高麗法學

제 99 호
2020. 12.

高麗大學校 法學研究院

간 행 사

高麗法學이 제99호를 발간합니다.

高麗法學은 교수님들을 비롯한 연구자들로부터 옥고를 받아 엄정한 심사를 통해 제작되고 있습니다. 이번 호에는 공법 및 사법의 각 분야에서 총 6편의 논문이 게재되어 있습니다. 귀중한 논문을 투고해주신 집필자 여러분께 감사의 말씀을 드립니다. 또한 투고된 논문에 대하여 공정하고 객관적인 심사를 해주신 교내외 심사위원 여러분들께도 감사의 말씀을 올립니다. 특히 이번 호에는 '자유전공학부 논문경연대회'에서 대상을 수상한 논문(업무상 재해의 상당인과관계 증명책임 완화에 대한 검토 및 제언)이 함께 게재되어 있습니다. 대상수상자에게도 감사의 인사와 축하의 말씀을 올립니다.

올해는 코로나 바이러스 사태와 집중호우 등의 재해가 끊이지 않은 해로 기록될 것 같습니다. 이렇게 어수선한 와중에도 高麗法學은 한국연구재단이 시행한 학술지 평가에서 등재지로 당당히 선정되었다는 기쁜 소식을 보고드립니다. 이런 좋은 결과를 이끌어주신 법학연구원장과 편집위원님들 및 김배정 조교에게 이 자리를 빌어 고마운 마음을 전합니다.

감사합니다.

2020년 12월

高麗法學 편집위원장 하 명 호

목 차

▣ 연구논문

사법혼란, 사법불신과 법치주의의 위기…… 장영수 / 1

통일 한국 의회의 구성 및 권한에 관한 통일합의의 방향…… 차진아 / 35

국민참여의 요구에 비추어 본 헌법개정절차의 검토…… 이장희 / 89

전자감독제도의 예방적 경찰활동으로서의 함의
- 범죄징후 예측시스템의 허용성을 중심으로 -…… 박민지 · 서정범 / 121

일명 '민식이법'(특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의13과 도로교통법
제12조)의 문제점과 개선방안…… 정재준 / 157

디지털 플랫폼 투명화 · 공정화 법제의 동향과 전망: EU, 일본, 우리나라 법제의
주요 내용과 평가에 대한 비교법적 검토…… 박경미 / 195

업무상 재해의 상당인과관계 증명책임 완화에 대한 검토 및 제언
- 산업재해보상보험법의 입법론적 개선방안을 중심으로 -
…… 조윤익 · 문성준 · 이윤서 · 김예진 / 237

고려대학교 법학연구원
고려법학 제99호 2020년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2020.99.1

사법혼란, 사법불신과 법치주의의 위기

장 영 수*

목 차

Ⅰ. 서: 사법부의 혼란과 사법불신 확대, 그 파급효
Ⅱ. 사법의 본질과 사법부의 역할
1. 사법의 개념과 본질
2. 공정한 재판, 이를 위한 사법부의 구성 원칙
3. 권력분립의 시스템과 사법부의 역할
Ⅲ. 이른바 사법농단의혹 이후 사법불신의 폭발
1. 사법불신의 전환점으로서의 사법농단의혹
2. 사법농단의혹의 처리 과정의 문제점
3. 최근 사법부의 정치적 편향성에 대한 우려
Ⅳ. 사법불신에 의한 법치주의 위기의 심각성
1. 민주주의와 법치주의의 상호 보완적 관계
2. 사법불신과 정치적·사회적 양극화의 관계
3. 근본가치의 무력화와 그 파급효 – 다수자에 의한 소수자 억압의 우려!
Ⅴ. 사법불신을 해소하고, 법치주의를 발전시키기 위한 조건들
1. 법과 법치의 의미에 대한 국민인식의 변화
2. 사법부의 내부적 변화 필요성
3. 사법불신의 해소를 위한 사법개혁의 방향
Ⅵ. 맺음: 대한민국이 진정한 민주적 법치국가가 되기 위해서는

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

Ⅰ. 서: 사법부의 혼란과 사법불신 확대, 그 파급효

1948년 이후의 역대 사법부 중에서 현재의 사법부가 최악의 사법부라고 말하기는 어려울 것이다. 독재 시절의 사법부가 정권에 굴종하고 있었던 점은 분명하고,[1] 그에 비하여 민주화 이후의 사법부는 여러 측면에 발전된 모습을 보이고 있기 때문이다.

그러나 2020년 현재 국민들의 사법부에 대한 불신이 민주화 이후뿐만 아니라, 대한민국의 72년 역사 속에서 가장 심각한 단계에 이르고 있다는 점은 부인하기 어렵다. 차라리 독재 시절에는 사법부에 대한 기대가 크지 않았으며, 국민들의 불신과 불만은 대부분 정권을 향하고 있었기 때문에 사법불신의 문제가 크게 부각되지 않은 탓일 수도 있다. 그러나 현재의 사법불신이 매우 심각한 상황이며, 그로 인해 대한민국의 민주주의와 법치주의가 크게 영향받고 있다는 점은 결코 가볍게 볼 문제가 아니다.

초대 대법원장이었던 김병로처럼 당시 국민들의 존경을 받았던 것[2]은 아니더라도, 민주화 이후의 사법부는 과거 독재시절의 잘못된 판결을 바로잡기 위해 재심 결정들을 통해,[3] 그리고 무엇보다 헌법재판소의 설립과 더불어 국민의 인권을 보장하는 적극적인 역할을 통해[4] 국민들의 사법에 대한 신뢰를 조금씩 쌓아가고 있었다.

그러나 2017년 문재인 정부에서 양승태 전 사법부의 재판거래의혹이

---

1) 사법부의 굴종에 관하여는 이헌환, 『정치과정에 있어서의 사법권에 관한 연구 -한국헌정사를 중심으로-』, 서울대 박사학위논문 1996 참조.

2) 이른바 법조 삼성의 일인으로 추앙되는 김병로에 관하여는 법조삼성평전간행위원회, 『한국 사법을 지킨 양심 : 김병로・최대교・김홍섭』, 2015 참조.

3) 예컨대 제1공화국 당시의 진보당 사건과 유신 당시의 인혁당 사건 등에 대해서는 재심을 통한 무죄판결이 있었다. 진보당 사건에 관하여는 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11 전원합의체 판결 참조. 인혁당 사건 등 사법부 과거사 정리와 관련된 재심 18건 모두 무죄판결이 나온 것에 관하여는 법률신문의 기사(https://www.lawtimes.co.kr/Case-Curation/view?serial=49182 최종방문 2020.11.12.) 참조.

4) 헌법재판소가 설립 초기의 국민적 무관심을 극복하고 권위 있는 국가기관으로 자리잡게 된 것은 국민의 인권을 보장하는 역할을 충실하게 수행함으로써 국민들의 존중과 신뢰를 얻었기 때문이며, 그 결과 초기에는 헌법재판소 결정을 노골적으로 무시하던 국회에서도 헌법재판소 결정을 존중할 수밖에 없게 된 것이다.

제기되었고, 나아가 2018년 이를 '사법농단의혹'이라 명명하여 법원 전체에 대한 수사가 진행되면서 사법부의 내부적 갈등이 심각해졌고, 국민들의 사법불신도 크게 확산되었다. 더욱이 수사가 장기화되고, 법원 내에서의 대응이 혼란스러운 가운데 사법부의 코드 인사와 대법원판결의 편향성 문제까지 제기되면서 사법불신은 최악의 상황으로 치닫고 있다.

최근 대한민국의 국내외 상황이 혼란스럽고, 사법부에 관한 이슈 이외에도 국민의 관심을 집중시키는 중요한 이슈들이 많기 때문에 사법부의 문제가 당장 크게 부각되지는 않고 있다. 그러나 사법부의 혼란과 국민들의 사법불신이 해소된 것은 아니며, 오히려 수면 하에 잠복한 상태로 곪아가고 있는 것은 아닌가 하는 우려도 크다.

이하에서는 먼저 '사법의 본질과 사법부의 역할'(Ⅱ)에 대한 검토를 통해 사법부의 의의와 기능에 대한 올바른 이해를 확인하고, 그 바탕 위에서 '이른바 사법농단의혹 이후 사법불신의 폭발'(Ⅲ)과 '사법불신에 의한 법치주의의 위기 현상'(Ⅳ)을 고찰하고자 한다. 그리고 '사법불신을 해소하고, 법치주의를 발전시키기 위한 조건들'(Ⅴ)을 검토하면서 현재의 사법부 혼란과 사법불신이 초래한 법치주의의 위기를 극복하기 위한 방안을 고민해 보고자 한다.

Ⅱ. 사법의 본질과 사법부의 역할

1. 사법의 개념과 본질

사법(司法)의 사전적 의미는 "국가의 기본적인 작용의 하나. 어떤 문제에 대하여 법을 적용하여 그 적법성과 위법성, 권리관계 따위를 확정하여 선언하는 일"이라고 정의된다.[5] 그러나 이를 보다 전문적으로 고찰하는 헌법학에서는 사법의 개념을 "구체적인 법적 분쟁이 발생한 경우에, 당사자로

5) 국립국어원의 표준국어대사전에 따른 개념정의.

부터의 쟁송의 제기를 기다려, 독립적 지위를 가진 기관이 제3자적 입장에서, 무엇이 법인가를 판단하고 선언함으로써, 법질서를 유지하기 위한 작용"이라고 정의한다.[6]

이런 개념정의에서 나타나듯이 사법의 본질은 공정한 재판이다. 공정하지 않은 재판은 사법의 본질에 반할 뿐만 아니라 법치국가의 근간을 뒤흔드는 매우 위험하고 유해한 것이기도 하다. 모든 국가권력이 국민으로 나오며, 모든 국가기관은 국민을 위해 객관적이고 공정하게 활동해야 한다. 그러나 그중에서도 사법의 공정성은 -입법 또는 집행과는 비교할 수 없는- 특별한 의미를 갖는다.

입법은 민주국가의 근간을 형성하는 역할을 한다. 입법은 헌법의 일차적 구체화이며, 국민의 민주적 의사를 수렴하여 국가질서의 중요한 부분들을 법률로 정하는 것이다. 이러한 입법에서 가장 중요한 요소는 민주성이다. 국민의 1차적 대표기관인 의회에서 국민의 의사를 제대로 수렴하고, 반영하는지가 입법의 핵심인 것이다.[7]

집행은 헌법과 법률의 테두리 안에서 국가사무를 처리하는 작용이다. 입법과 사법에 비해 집행에서 담당하는 업무의 양이 수백 배 이상 많을 뿐만 아니라, 그것이 국민생활에 미치는 파급효가 매우 크다는 점에서 집행작용의 객관성과 공정성에 못지않게 신속성과 효율성이 강조된다. 탄력적인 업무수행을 통해 국민들이 필요로 하는 수많은 행정서비스들이 늦지 않게, 그리고 만족할 수 있는 수준으로 제공되어야 하기 때문이다.[8]

반면에 사법에 있어서는 민주성보다도, 신속성과 효율성보다도 공정성

---

6) 장영수, 『헌법학』, 2020, 1065쪽 이하.

7) 의회를 적게는 수십 명, 많게는 수백 명의 의원들로 구성하여 국민들의 다양한 의사를 반영할 수 있도록 하는 '집단적 대표'로 구성하는 것도 바로 이러한 입법의 특성 때문이다. 이에 관하여는 장영수, 헌법의 기본원리로서의 민주주의, 안암법학 창간호(1993), 67-147(95이하)쪽 참조.

8) 방대한 행정조직이 효율적으로 움직일 수 있도록 대통령(또는 총리)을 정점으로 한 피라밋 구조로 행정부를 구성하는 것은 바로 이러한 행정의 특성 때문이며, 특히 우리나라와 같은 대통령제 정부형태를 취한 경우 대통령선거로써 이러한 정당성을 대통령에게 집중시키는 '개인적 대표'의 방식이 채택되고 있는 것도 같은 이유로 설명된다. 이에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 2020, 1030쪽 참조.

이 더욱 중요하다. 국민에 의해 선출되고, 국민의 의사를 최대한 반영하는 민주성보다는 전문 법관에 의한 전문성과 소수자의 인권을 보장하기 위한 공정한 재판이 더욱 강조된다. 신속한 재판의 중요성도 인정되지만 공정하지 않은 재판이 신속하게 내려지는 것은 아무 의미가 없는 것이다.[9]

공정한 재판은 사법의 본질이며, 이를 인정하는 바탕은 실질적 법치의 실현을 통한 인권의 보장이다. 공정한 재판을 통해서만 다수의 횡포로부터 소수자의 인권을 보장할 수 있으며, 포퓰리즘의 폐해로부터 정당한 권리, 정당한 가치를 수호할 수 있기 때문이다. 그로 인하여 사법부는 인권의, 그리고 법치의 최후 보루라고 일컬어지는 것이다.

2. 공정한 재판, 이를 위한 사법부의 구성 원칙

사법부의 구성과 활동은 공정한 재판을 어떻게 확보할 것이냐에 초점이 맞춰져 있다. 예컨대 사법부 구성의 제1원칙으로 사법부의 독립을 일반적으로 인정하는 것도, 재판에 대해 3심제를 원칙으로 한 심급구조를 두고 있는 것[10]도, 나아가 일정한 경우에 법관에 대한 제척・기피・회피가 인정되고 있는 것[11]이나 재심제도를 두고 있는 것[12]도 모두 재판의 공정성을 위한 것이다.[13]

---

9) 재판의 기능은 법적 분쟁의 합리적이고 공정한 해결이다. 공정하지 않은 재판은 -아무리 시간과 비용이 절약되는 효율적 사법절차를 갖추고 있다고 하더라도- 재판의 본질적 기능을 수행하지 못한 것으로 평가될 수밖에 없다.

10) 심급제를 통해 한편으로는 사법의 통일성을 확보하며, 다른 한편으로는 하급심 판결에서 발생할 수 있는 오류를 상급심에서 교정할 수 있도록 한 것이다. 심급제에 관하여는 김진곤, 단심재판의 헌법적 한계, 공법학연구 제18권 제4호(2017.11), 29-56쪽; 윤남근, 미국 연방법원의 심급제도, 안암법학 제25호(20077.11), 1025-1058쪽 참조.

11) 제척, 기피, 회피에 관하여는 민사소송법 제41조~제50조, 형사소송법 제17조~제25조, 헌법재판소법 제24조 등에서 규정되고 있다. 제적, 기피, 회피의 개선과 관련한 논의는 조수혜, 재판에 대한 신뢰 확보를 위한 법관의 제척·기피·회피 제도의 개선 -미국의 부적격제도의 역사적 변천과 그 시사점의 관점에서-, 전주대 법학연구 제60집(2019.03), 133-164쪽 참조.

12) 재심에 관하여는 민사소송법 제451조~제461조, 형사소송법 제420조~제440조 등에서 규정되고 있다. 다만 헌법재판소법에서는 제39조에서 "헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다"고 규정하고 있다.

'재판의 공정성'의 핵심은 불편부당이다. 즉, 법관이 원고나 피고 어느 한쪽에 대해 편향성을 가지고 있어서는 안 된다. 이는 사법부의 중립성과 직결된다. 어느 한쪽의 편에 서 있으면서 공정한 판단을 하는 것은 기대하기 어렵기 때문이다. 그리고 이러한 중립성의 전제조건이 독립성이다. 특정인이나 특정 기관에 종속되어 있으면서 중립일 것을 기대할 수는 없다. 결국 사법부의 독립에 의해 사법부의 중립성이 확보될 수 있으며, 중립적인 사법부에서만 공정한 재판을 기대할 수 있다는 점 때문에 사법부의 독립이 사법부 구성의 제1원칙으로 인정되는 것이다.[14]

사법부의 독립은 법원의 독립(조직상의 독립)과 법관의 독립(기능상의 독립)을 포함한다.[15] 한편으로는 사법부의 조직 자체가 다른 국가기관에 종속되어서는 안 될 뿐만 아니라, 다른 한편으로는 재판을 담당하는 법관 개개인이 -법원 밖에서의 영향뿐만 아니라 대법원장, 대법관, 혹은 소속 법원장 등 내부의 영향으로부터도- 독립하여 재판을 할 수 있어야 한다.[16] 그럴 때에만 사법부의 독립성과 중립성, 그리고 재판의 공정성이 확보될 수 있다.

물론 사법부가 독립성을 갖추었다고 해서 항상 중립적인 것은 아닐 수 있고, 독립적이고 중립적인 사법부에서 공정하지 않은 판결이 나올 수도 있다. 즉, 사법부의 독립성과 중립성은 재판의 공정성을 위한 필요조건이되, 충분조건은 아닌 것이다.[17] 그러나 필요조건조차 갖추지 않고서 재판의 공정성을 기대할 수는 없는 것이기에 그 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다.

---

13) 물론 재판의 신속성과 효율성이 무시되어도 좋다는 것은 결코 아니다. 다만, 재판의 공정성에 대한 요청이 신속성과 효율성에 비해 훨씬 우위에 있다는 점을 강조하는 것이다.

14) 그렇기 때문에 사법부 독립은 사법개혁의 과정에서도 존중되어야 한다. 이에 관하여는 장영수, 사법개혁, 사법민주화와 사법부독립의 사이에서, 유럽헌법연구 제24호(2017.8), 263-289(277이하)쪽 참조.

15) 이에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 2020, 1242쪽 이하 참조.

16) 2008년 당시의 촛불시위 사건에 대한 재판에 영향력을 행사하려 했던 것이 문제되었던 신영철 전 대법관(당시에는 서울중앙지방법원장) 사건은 이러한 문제를 잘 보여준 바 있다.

17) 그렇기 때문에 사법부의 독립에 대한 존중은 결코 자기목적이 아니며, 공정한 재판에 대한 국민의 신뢰를 얻지 못할 때에는 외부의 힘에 의한 사법개혁이 추진되기도 한다.

3. 권력분립의 시스템과 사법부의 역할

사법부의 독립과 가장 밀접한 관계에 있는 헌법원리가 권력분립의 원리이다. 권력분립을 통해 입법부와 집행부, 사법부가 각기 대등한 위치에서 독립적으로 역할을 수행할 수 있도록 할 때에만 사법부의 독립이 가능하기 때문이다.

그러나 고전적 권력분립과는 달리 현대적 권력분립 하에서는 삼권 상호간의 균형도 크게 깨어지고 있으며, 권력의 융화 현상 또한 뚜렷하다. 행정국가화로 인해 행정기능을 담당하는 집행부의 조직과 인력, 권한, 예산 등이 입법부와 사법부를 압도하고 있을 뿐만 아니라,[18] 정당국가화로 인해 입법부 내의 여당과 집행부가 유기적으로 연결되고 있는 것[19]은 현대민주국가에서 피할 수 없는 상황이기 때문이다.

그런 가운데 주목할 점은 사법의 부동성(不動性)이다.[20] 현대 민주정치의 구조 변화로 인해 입법부와 집행부의 관계는 다양하게 변화되고 있으며, 정부형태 또한 의원내각제, 대통령제, 이원정부제(분권형 대통령제)로 나뉘고 있다. 하지만 적어도 민주국가에서는 사법부의 독립이 가장 중요한 헌법적 요청으로 인정되고 있으며, 바로 그 때문에 공정한 재판을 통한 국정의 통제가 현대 민주국가에서 매우 중요한 역할을 담당하게 된 것이다.

특히 실질적 법치주의의 대두와 더불어 헌법재판이 강화된 것은 주목해야 할 부분이다. 비록 행정국가화, 정당국가화에 역행할 수는 없지만, 그로 인한 권력의 집중 및 오남용을 최소화하기 위해서는 한편으로 의회(특히 야당)에 의한 국정통제, 그리고 다른 한편으로 사법부에 의한 국정통제의 의미가 더욱 뚜렷해지고 있는 것이다.[21]

---

18) 이러한 행정국가화 현상에 관하여는 홍준형, 제도화된 행정국가와 법치주의, 서울대 행정논총 제38권 제2호(2000.12), 301-318쪽 참조.

19) 정당국가화에 관하여는 김문현, 정당국가현상과 대의제 민주주의, 공법연구 제24집 제4호(1996.08), 97-126쪽 참조.

20) 정치적 역학관계의 변화에도 불구하고 사법부는 바뀌지 않는다는 의미의 사법의 부동성은 독일에서 많이 강조된 바 있다. 독일에서는 법원의 예산, 법관 인사 등을 법무부에서 담당하고 있기 때문에 정권의 교체 등을 계기로 의해 이를 뒤흔들게 되면 사법의 독립성과 중립성이 훼손될 수 있다는 점 때문에 사법의 부동성이 더욱 강조된 것이다.

Ⅲ. 이른바 사법농단의혹 이후 사법불신의 폭발

1. 사법불신의 전환점으로서의 사법농단의혹

대한민국 사법부가 구성된 이후 재판의 공정성에 대한 문제 제기는 많았지만, 대부분 개별 사건에 대한 것이었지 사법부 전체에 대한 것은 아니었다. 예컨대 사법비리의혹이 제기된 경우에도 해당 판사 및 관련자들의 문제로 여겨졌을 뿐이고 사법부 전체를 비리집단으로 몰아가는 일은 없었다.

그런데 2017년 '재판거래의혹' 및 이를 달리 표현하였던 2018년 '사법농단의혹'[22]은 사법부 전체에 대한 국민의 불신을 심각하게 증폭시켰으며, 결국 민주화 이후 최악의 사법불신사태가 2020년 현재까지도 진행되고 있다. 비록 김명수 사법부가 아닌 양승태 사법부에 대한 문제제기였고, 현재 사법개혁에 관한 논의가 계속 진행되고 있지만, 국민의 사법불신이 쉽게 해소될 수 있을 것으로 기대하기는 어려운 상황이다.

사법농단의혹이 이렇게 특별한 파급효를 갖게 된 것은 세 가지 요인들이 복합적으로 작용했기 때문이라고 볼 수 있다.

첫째, 박근혜 전 대통령의 국정농단의혹이 크게 문제되어 탄핵결정까지 내려진 직후에 이를 연상시키는 -심지어 그 용어조차도 흡사한- 사법농단의혹이 제기되면서 이에 대한 국민들의 부정적 인식이 매우 심각하게 확산되었다.[23]

---

21) 이런 맥락에서 사법부, 특히 헌법재판소에 의한 법치국가적 통제를 현대적 권력분립의 중요한 특징으로 보기도 한다. 이에 관하여는 K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.Ⅱ, 1980, S.556 참조.

22) 비록 '의혹'이라는 표현을 사용했지만, '재판거래'라는 실질이 없음에도 자극적인 표현을 선택하여 재판거래의혹이라 말했던 것이나, 이에 대한 법조계의 비판이 높아지자 이를 박근혜 정부의 '국정농단' 사건에 빗대어 '사법농단'의혹으로 표현한 것은 그 용어가 매우 자극적일 뿐만 아니라, 사안의 성격 및 결과에 대한 예단까지도 적지 않게 포함된 것이라는 점에서 매우 심각한 문제를 안고 있는 것으로 볼 수 있다.

23) 법조계 내에서는 이러한 용어 사용에 대한 비판들이 있었지만, 일반 국민들 사이에서는 매스컴에 의한 용어 사용에 익숙해지면서 박근혜 정부의 '국정농단'과 양승태 사법부의 '사법농단'을 같은 맥락에서 보게 된 것이다. 그 결과 사법농단의혹에 연루된 판사들에 대해 무죄판결이 나온 것에 대해서도 쉽게 납득하지 못하는 사태가 벌어지

둘째, 사법농단의혹에 대한 처리과정이 깔끔하지 못했고, 그로 인해 의혹을 해소하기보다는 오히려 증폭시키는 상황이 벌어졌다. 사상 초유의 대법원장, 대법관에 대한 압수・수색이 있었고, 구속이 있었다. 이를 둘러싼 법조계 내에서의 논란이 오히려 국민들의 사법불신을 자극하였던 것이다.[24]

셋째, 김명수 사법부가 사법부의 새로운 모습을 보임으로써 사법농단의혹으로 인해 야기된 사법불신을 해소하는데 성공하지 못했다. 한편으로는 사법개혁논의가 성과없이 지지부진할 뿐만 아니라, 사법개혁안에 대한 입장도 오락가락 하고 있으며,[25] 다른 한편으로는 최근 대법원 판결의 정치적 편향성이 여러 차례 문제되면서 사법부에 대한 신뢰가 지속적으로 실추되고 있는 것이다.

2. 사법농단의혹의 처리 과정의 문제점

사법농단의혹에 대해서는 그동안 많은 엇갈린 주장들이 있었고, 특히 사법부 내에서도 다양한 목소리가 흘러나왔다. 일각에서는 구체적인 증거 없이 의혹을 부풀린다는 비판이 날카롭게 대두되었고, 다른 쪽에서는 해묵은 잘못된 관행을 바로잡아야 한다는 주장도 강력하게 제기되었다.[26]

그러나 국민들의 관점에서 가장 중요한 문제점으로 지적될 수 있는 것

고 있다.

24) 사상 초유의 사태이다 보니, 과연 대법원장이나 대법관에 대해 압수・수색을 하고, 구속해야 할 정도의 사안인지에 대해 법조계 내에서 비판적인 의견들이 상당히 나왔다. 반면에 다수의 국민들은 -국정농단사건과 사법농단사건을 비교하면서- 대통령도 구속되는데, 왜 대법원장은 안 되느냐고 주장하면서, 사법부는 청와대보다도 더 특권적이라는 비난하기도 했다.

25) 과거 대법원에 의해 설치된 사법발전위원회 및 그 후속조치를 위한 사법개혁추진단에서 사법행정회의 신설안을 만들었지만, 이를 토대로 만들어진 여당의 사법개혁안에 대해 대법원이 반대 의견을 표명하기도 했다. 이에 관하여는 법률신문의 2020.9.17. 기사 「대법원, '사법행정위 도입' 여당 사법개혁안에 "반대"」(https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=164357-최종방문 2020.11.12.) 참조.

26) 이러한 견해대립은 특히 관련 법관에 대한 탄핵주장, 그리고 사법농단의혹을 수사하기 위한 특별재판부의 설치 등과 관련하여 매우 날카로운 대립을 보였다. 사법농단특별재판부에 관하여는 차진아, 사법농단 의혹 특별재판부, 무엇이 문제인가?, 강원법학 제56권(2019.02), 327-365쪽 참조.

은 사법농단의혹의 처리과정에서 사법부가 어떤 확실한 메시지도 국민들에게 전달하지 못했다는 점이다. 사법농단의혹을 확실하게 부정하면서 사법부는 절대 그런 일을 하지 않았음을 믿어달라고 말했던 것도 아니고, 이를 깨끗하게 인정하면서 앞으로는 확실하게 달라질 것을 약속한 것도 아니었다.

오히려 사법농단의혹과 관련하여 내부적 갈등이 불거져 나오고, 그것이 여과 없이 언론을 통해 보도되면서 국민들이 사법부에 대해 가지고 있던 일말의 존중심마저도 깨어졌다. 일부 판사들의 비리가 문제될 때와는 달리 사법부 전체에 대한 불신이 크게 증폭되는 계기가 되었던 것이다.

실제로 사법농단의혹이 언론을 통해 보도되면서 - 현재의 김명수 사법부에 대한 의혹이 아니었음에도 불구하고- 현재의 법원 전체에 대한 국민적 불신이 매우 적나라한 형태로 나타난 바 있다.[27] 그러한 국민적 불신의 확산에 대해 사법부가 효과적으로 대응하지 못했다는 점도 사법불신 확산의 중요한 요인의 하나로 꼽을 수 있다.

그동안 사법부는 '법관은 판결로 말한다'는 명제에 따라 사법부에 대한 각종 비판에 대해 직접적인 대응을 하지 않는 태도를 유지해 왔고, 사법농단의혹에 대해서도 같은 태도를 취한 것으로 볼 수 있다. 그러나 이는 사안의 특수성 내지 심각성을 제대로 평가하지 못했던 것이며, 결과적으로 현명하지 못한 선택이었던 것으로 보인다.

정치와 사법은 분명히 구분되며, 또 구분되어야 한다. 그러나 목하의 현실은 정치가 사법을 흔들고 있는 상태이며, 사법농단의혹의 본질 또한 그와 다르지 않다. 다수의 국민들은 정치가 사법을 좌지우지한다는 믿고 있는데 이를 부인하지 않고 있는 사법부는 정치에 의한 사법의 농단을 사실상 인정하고 있는 것으로 보일 수 있는 것이다.[28]

---

27) 예컨대 김명수 대법원장에게 화염병을 투척했던 사건이나, 이후 그 행위에 대해 불법 내지 테라가 문제되기보다는 오히려 속 시원하다는 반응이 더 많이 나왔던 것도 이러한 국민적 사법불신을 보여주는 것이라 할 수 있다. 이에 관하여는 시사저널의 기사 「대법원장 테러범이 '애국 열사'? 분노 넘은 방조 사회」(https://www.sisajournal.com/news/articleView.html?idxno= 178830 최종방문 2020.11.12.) 참조.

28) 이는 또한 이후의 사법개혁 논의과정에서 나타난 개혁안이 법원 외부에 사법행정을 총괄하는 기구를 두는 방안으로 나타났던 것과도 무관하지 않다.

3. 최근 사법부의 정치적 편향성에 대한 우려

사법농단의혹과 더불어 사법불신을 더욱 심화시켰던 것이 최근 사법부의 정치적 편향성이 더욱 심해졌다는 평가이다. 사법부의 정치적 편향성은 주로 세 가지 측면에서 문제되고 있다.

첫째, 정치적 중립성이 누구보다 강조되는 직책이 판사라고 할 수 있다. 그런데 국회의원선거에 임박하여 판사직을 내려놓고 정당 공천을 받아 선거에 참여하여 당선된 사례들이 있다.[29] 무소속 후보자도 아니고 정당의 공천을 받아 국회의원선거의 후보자로 나설 정도라면 재직하고 있던 당시부터 해당 정당과의 교류·교감이 상당했을 것으로 볼 수밖에 없는데, 그 판사의 직무수행 중에는 과연 정치적 중립성이 엄격하게 지켜지고 있었을 것인지에 대한 합리적 의심이 생길 수 있다.

둘째, 최근까지도 판사들의 정치적 발언이 계속 문제되고 있다.[30] 물론 판사들도 국민의 한 사람으로서 정치적 의견을 가질 수 있고, 이를 사석에서 이야기할 수도 있다. 그러나 현안이 되고 있는 정치적 사건에 대해 SNS 등을 통해 입장을 표명함으로써 사실상 특정 정치세력을 편드는 것은 판사로서의 기본자세를 벗어난 것으로 평가될 수 있다. 이는 해당 판사들에 대한 국민들의 불신을 야기할 뿐만 아니라, 다른 판사들도 크게 다르지 않을 것이라는 의혹을 증폭시킨다.

셋째, 최근 정치적 사건들과 관련한 법원의 판결에서 편향성이 문제되는 사례들이 계속 나타나고 있다. 은수미 성남시장과 이재명 경기지사에 대한 판결,[31] 전교조의 법외노조 결정에 대한 판결[32] 등에 대해서는 그 정치

---

29) 지난 21대 총선에서도 판사 출신 당선자들이 적지 않았고, 특히 법복을 벗고 바로 선거에 참여한 이수진, 최기상, 이탄희 전 판사에 대해서는 '법복정치인'이라는 비판이 많았다. 이에 관하여는 중앙일보의 2020.4.16. 기사 「與직행한 판사들 모두 당선…인권법, 靑이어 국회도 안착」(https://news.joins.com/article/23756056 최종방문 2020.11.12.) 참조.

30) 동아일보의 2011.11.30. 기사 「판사들 잇단 정치발언에 술렁이는 법원」(https://www.donga. com/news/article/all/20111130/42243403/1 최종방문 2020.11.12.); 세계일보의 2011.12.22. 기사 「도넘은 판사들 SNS 정치 발언… 손놓은 대법원」(http://www.segye.com/newsView/ 20111221005134 최종방문 2020.11.12.); 매일경제의 2018. 11.19. 기사 「"중립 지켜야할 판사들이 정치적 행위" 사분오열된 사법부」(https://www.mk.co.kr/news/society/view/2018/11/724995/ 최종방문 2020.11.12.) 등 참조.

적 편향성에 대해 많은 비판이 있으며,[33] 이를 통해 대법원장, 대법관 등에 대한 코드 인사가 사법의 정치적 편향성을 더욱 심화시킨 것이라는 지적도 나오고 있다.[34]

이미 오래 전부터 '법은 가진 자들의 편'이라는 인식이 대한민국의 법치 발전에 큰 걸림돌이 되고 있다.[35] 그런데 이제 사법의 정치적 편향성까지 문제됨에 따라 사법불신이 더욱 심화되고 있을 뿐만 아니라, 그것이 법치의 위기로 번져나가는 조짐도 뚜렷해지고 있다. 법원의 판결에 승복하지 못하는 사례들이 많아질 뿐만 아니라, 정치권에서 사법부를 존중하지 않는 모습이 부쩍 많아지고 있는 것도 이러한 위기의 징후라고 볼 수 있다.[36]

Ⅳ. 사법불신에 의한 법치주의 위기의 심각성

1. 민주주의와 법치주의의 상호보완적 관계

민주국가 헌법의 양대 기본원리로 지칭되는 민주주의와 법치주의는 서

---

31) 장영수, 「'虛僞의 자유' 손들어준 이재명 판례」, 문화일보 2020.07.17. 칼럼 참조.

32) 장영수, 「大法 전교조 판결의 3대 법리적 결함」, 문화일보 2020.09.07. 칼럼 참조.

33) 장영수, 「김명수 3년 '재판 公正' 허물어진다」, 문화일보 2020.10.08. 칼럼 참조.

34) 법원의 코드인사에 대한 우려는 매일경제의 2018.02.13. 기사 「또 법관 코드인사… '인권법 모임' 대거 중용」(https://www.mk.co.kr/news/society/view/2018/02/103801/ 최종방문 2020. 11.12.); 서울경제의 2020.10.20. 기사 「"법원 '코드 판결' 우려" 비판 쏟아낸 野 의원들(https://www.sedaily.com/NewsVIew/1Z97ECWSBA 최종방문 2020.11.12.); 법률신문의 2018.09.03. 기사 「'코드 인사' 노골화… 헌재 '정치적 중립성' 훼손 우려」 (https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=146173 최종방문 2020. 11.12.) 등 참조.

35) 민주주의에 대한 확고한 신념과는 달리 법치주의에 대해서는 대다수 국민들이 유보적인 태도를 취하고 있는 것도 이러한 인식과 무관하지 않다.

36) 박범계 의원이 2020.11.05. 국회 법제사법위원회에서 대법관인 조재연 법원행정처장에게 "'의원님들, (예산을) 한 번 살려주십시오' 한 번 하시라"고 말했던 것이나, 이낙연 민주당 대표가 월성 1호기 원전의 조기 폐쇄에 관한 검찰 수사를 "정치 수사이자 검찰권 남용"이라고 비난했던 것, 양이원영 의원이 "대통령의 정당한 통치행위이자 정책결정"이라고 주장했던 것은 이제 정치가 모든 것을 좌지우지할 수 있고, 좌지우지해야 한다는 인식의 표현으로 보이는 것이다.

로 구분되지만, 밀접한 내적 관련성을 갖고 있다. 민주주의의 뿌리가 되는 '국민주권' 사상과 법치주의의 출발점이 되는 '인권존중' 사상은 하나의 실체를 다른 이름으로 부르는 것에 지나지 않기 때문이다.[37] 다만, 그렇다고 민주주의와 법치주의가 동일하다는 것은 아니다. 공동의 목적을 추구하지만 서로 다른 방향, 다른 길로 다가가는 것이 민주주의와 법치주의이기 때문이다.[38]

민주주의는 국민의 다양한 의사를 최대한 수렴하는 가운데 국가의사가 결정되는 정치과정을 통해 실현된다. 반면에 법치주의는 법에 의한 절차를 통해 정의(=인권)를 실현시키고자 한다. 민주주의가 다수의 의사에 의해 지배된다면, 법치주의는 다수자뿐만 아니라 소수자의 인권까지도 보호하는 것을 지향한다. 민주주의가 그때그때의 다수의 결정에 따라 국가질서를 역동적으로 형성하는 시스템인 반면에, 법치주의는 그러한 국가질서의 합리성과 안정성을 담보하는 시스템이다.[39]

그러므로 민주주의 없는 법치주의는 형식화되고, 인권의 본질에서 멀어질 수 있는 반면에 법치주의 없는 민주주의는 다수의 독재, 다수의 횡포에 빠질 우려가 크다. 법치가 붕괴할 경우에는 민주주의도 함께 무너진다는 것은 인류 역사의 교훈이다. 민주주의가 완벽하지 않으며 다수의 의사에만 의지할 경우에는 중우정치(衆愚政治)라는 타락한 형태가 출현한다는 점은 이미 민주정치의 초창기인 고대 그리스에서도 확인된 바 있다.[40]

그러므로 인류 역사를 통해 검증된 인권, 권력분립, 의회제도, 사법부 독립, 복수정당제 등의 근본 가치를 중심으로 다수의 독재, 다수의 횡포를

---

37) 현대 민주국가에서 주권자인 국민이 군주국가의 군주처럼 권력을 행사하는 것은 불가능하다. 결국 국민주권의 실질적 의미는 국민의 인권이 국가권력에 우선하는 가치로 인정되고, 이를 최대한 보장하는 것이 국가의 일차적 과제라는 점에 있는 것이다. 따라서 현대 민주국가에서 주권의 실체는 인권이라고 볼 수 있다.

38) 민주주의와 법치주의의 관계에 관하여는 장영수, 헌법의 기본원리로서의 법치주의, 안암법학 제2호(1994), 133-180(179이하)쪽 참조.

39) K. Hesse(계희열 역), 『통일 독일헌법원론』, 2001, 120쪽 이하 참조.

40) 중우정치에 관하여는 소병철, 플라톤의 이상국가론과 민주주의 비판의 현대적 함의: 『국가·正體』에서의 논의를 중심으로, 부경대 인문사회과학연구 제17권 제1호(2016.02), 375-402쪽 참조.

견제할 수 있는 엄밀한 기준이 정립되고 관철돼야 한다. 그것이 바로 법치이며, 법치주의를 통해 민주정치가 타락하는 것을 막아야 한다. 우리가 민주주의와 포퓰리즘을 구분하는 기준 또한 이러한 근본가치에 대한 존중 및 이를 보장하는 법치주의의 기능에서 찾을 수 있다.[41]

국민주권과 국민들의 인권이 별개가 아님에도 민주주의와 법치주의가 - 나아가 제3의 헌법원리로 일컬어지는 사회국가원리나 새롭게 대두된 문화국가원리, 환경국가원리 등도- 각기 필요한 이유는 모든 국민의 인권을 동시에 최대한 실현시킨다는 중대한 과제가 매우 어렵고도 복잡한 것이어서 다양한 기준들이 복합적으로 적용될 필요가 있기 때문이다.[42] 그런 의미에서 민주주의와 법치주의는 상호 보완의 관계로 이해될 수 있다.

2. 사법불신과 정치적·사회적 양극화의 관계

21세기 대한민국이 당면하고 있는 가장 심각한 문제의 하나가 진영논리에 따른 정치적·사회적 양극화라고 할 수 있다. 해묵은 영호남 지역갈등이 재연되고 있을 뿐만 아니라, 보수와 진보의 갈등과 대립은 이미 정상 궤도를 벗어난 것으로 평가된다.[43] 합리적 중도는 찾아보기 어려우며, 보수와 진보가 서로를 용인할 생각 없이 마주 보고 달리고 있는 모습은 브레이크가 고장난 기관차를 연상시킨다.

민주화 이후 보수와 진보의 진영갈등은 해묵은 것이지만, 최근처럼 극심한 형태로 나타난 적은 없었다. 보수와 진보가 서로를 향해 '종북좌빨'이니 '토착왜구'니 하는 막말을 쏟아내고, 여당대표가 보수궤멸을 주장하는 상

41) 민주주의와 포퓰리즘의 구분에 관하여는 장영수, 포퓰리즘과 법치주의: 현실적 국민의사 수용의 한계, in: 『포퓰리즘과 대한민국의 장래』, 2011, 61-102쪽 참조.

42) 즉, 어느 하나의 원리만으로 현대 민주국가에서 나타나는 다양한 국민들의 요구를 적절하게 실현할 수 없으며, 수요의 다양성에 대응하는 헌법원리들의 유기적 역할분담이 요청되는 것이다.

43) 민주적 다양성은 서로에 대한 관용을 전제하는데, 현재 보수와 진보의 대립은 상대를 궤멸시키려는 적대적 대립으로 나타나고 있으며, 그 결과 남북갈등보다 남남갈등이 더욱 심각하다는 이야기까지 나오고 있다.

황에서 서로에 대한 존중이나 이에 기초한 합리적 대화와 타협은 기대할 수 없다. 말로는 협치를 이야기하면서도 진정한 협치를 위한 노력을 찾을 수 없다. 진영 간의 편가르기를 전제로 한 적대적 대립을 통해 내부적 결속을 다지는데 주력할 뿐, 국민 전체를 통합시키려는 노력은 보이지 않는 것이다.[44]

이러한 갈등과 대립, 분열의 정치는 국가정책에도 반영되고 있다. 인사정책에서 코드인사를 당연시하는 것은 물론이고, 외교정책에서는 친북한, 친중국 정책이 주류를 이루게 되었다. 또한 경제정책에서도 모든 계층의 균등한 성장보다는 -비록 결과는 그렇게 나타나지 못한 경우가 많지만- 지지계층 위주의 경제정책을 노골적으로 추구하였고, 이는 특히 문재인 정부 초기의 최저임금제, 그리고 최근의 부동산임대차3법[45] 등 부동산정책에서 뚜렷하게 드러났다.

이러한 정치적·사회적 양극화가 더욱 심화될 경우에는 대한민국 전체가 몰락할 수 있다는 우려가 커지고 있다. 그러나 이 문제를 정치권에서 여야 간의 대화와 타협을 통해 해결하기에는 불신의 골이 너무 깊다. 절대 다수의석을 가진 거대 여당은 5·18비판금지법[46] 등 입법적 독주를 시작하고

---

44) 이러한 현실은 문재인 대통령이 취임사에서 "오늘부터 저는 국민 모두의 대통령이 되겠습니다. 저를 지지하지 않았던 국민 한분 한분도 저의 국민이고, 우리의 국민으로 섬기겠습니다. 저는 감히 약속드립니다. 2017년 5월 10일 이날은 진정한 국민 통합이 시작된 날로 역사에 기록될 것입니다."라고 국민들 앞에서 약속했던 것과도 어긋나는 것이다.

45) 부동산임대차3법이란 전월세신고제, 전월세상한제, 계약갱신청구권제 등을 핵심으로 하는 「주택임대차보호법」 개정안과 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 개정안을 말한다. 이러한 법개정은 임대인들의 반발에도 불구하고 임차인의 보호를 위해 강행되었으나, 결과적으로 부동산임대차 매물이 급격히 감소하고, 전세가격이 급등하는 등 임차인들에게도 심각한 타격을 입히고 있는 상황이다.

46) 2020.10.27. 민주당 국회의원 174명이 2건의 5.18 관련 법률에 대한 개정안을 발의했다. 하나는 설훈 의원이 대표발의한 「5·18민주화운동 진상규명을 위한 특별법」 개정안으로서 5·18민주화운동 진상규명조사위원회 활동의 정의, 범위, 임기, 정원, 활동기간 연장 등을 내용을 한 것이고, 다른 하나는 이형석 의원이 대표발의한 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」 개정안으로서 5·18민주화운동에 대한 부인·비방·왜곡·날조 및 허위사실 유포 등에 대해 「형법」이나 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 등 일반 법률보다 더욱 강하게 처벌하려는 것이다. 현재 주목받고 있는 것은 이형석 의원이 대표발의한 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」 개정안으로서 '5.18비판금지법'이라고 일컬어지면 논란의 대상이 되고 있다.

있으며, 야당은 이를 막을 수 있는 정치적 힘을 갖고 있지 못하다. 이런 상황에서 유일한 제도권 내에서의 해결수단은 위헌법률심판 등의 사법적 해결이다.

그런데 국민이 사법을 불신한다는 것은 사법의 권위가 실추된다는 것이며, 다른 국가기관들도 사법부를 가볍게 여길 수 있게 된다는 것이다. 그것은 곧 정치투쟁에 대해 사법부가 권위 있는 판단자로서 분쟁을 해결할 수 있는 능력이 크게 약화됨을 의미하는 것이다.[47] 그러므로 사법불신으로 인해 -비록 사법불신이 정치적·사회적 양극화를 초래한 것이라고 볼 수는 없지만- 정치적·사회적 양극화를 해결하기가 더욱 어려워졌다고 말할 수 있을 것이다.[48]

3. 근본가치의 무력화와 그 파급효 - 다수자에 의한 소수자 억압의 우려!

사법불신 및 사법혼란이 미치는 영향은 정치적·사회적 양극화의 문제에 한정되지 않는다. 정치가 법치를 지배하고, 사법부가 인권과 법치의 최후 보루로서 기능을 제대로 하지 못하게 되면, 근본가치에 대한 존중이 깨뜨려질 위험성이 매우 높아지며, 이는 곧 다수의 횡포, 다수의 독재에 의해 소수자의 인권이 침해될 우려가 크게 높아짐을 의미하는 것이다.

흔히 진정한 의미의 자유는 달리 생각할 수 있는 자유, 반대할 수 있는 자유라고 말한다.[49] 다른 생각들, 다른 사상들이 관용되고, 공존할 수 있는

---

47) 다른 한편으로는 거여의 등장하여 정치권 내에 반대세력이 크게 약화된 것도 사법부 독립에 부정적으로 작용한다. 정치세력의 분포가 경쟁적일수록 사법부의 독립성이 강화된다는 지적에 관하여는 강명세, 사법부의 독립성을 위한 정치적 조건, 현대정치연구 제9권 제2호(2016.10), 63-86(81)쪽 참조.

48) 정치가 사법 위에 군림하는 상황에서 사법이 정치권 내의 대립구도를 조정하고, 정리할 수 있는 힘과 권위를 가질 수 없는 것이다.

49) 이는 폴란드 출신의 사회주의운동가였던 로자 룩셈부르크(Rosa Luxemburg; 1871-1919)가 "Freiheit ist immer Freiheit der Andersdenkenden(자유는 항상 달리 생각하는 사람들의 자유다)"라고 말했던 것에서 비롯된 것이며, 이후 많은 사람들에 의해 인용되면서 널리 공감을 얻고 있다.

다원성의 인정이 곧 민주주의의 기초이며, 이를 부정하는 것은 전체주의로 가는 지름길이다.[50] 설령 국민 다수의 결정이라 하더라도 스스로 민주주의의 기초를 파괴하는 것까지 용인될 수는 없다는 것은 히틀러의 나치당과 같은 전체주의 세력이 다수의 지지를 통해 집권하는 것을 방관했던 것에 대한 반성에서 비롯된 역사적 교훈이다.[51]

민주주의가 다수결을 중요시하는 것은 다수가 항상 옳기 때문이 아니다. 다수결의 정당성은 민주주의의 이념인 자유와 평등을 최대한 실현시키는 의사결정방식이라는 점에 있다.[52] 그러나 일정한 사안에 대해서는 다수결이 적용될 수 없다는 다수결의 한계가 인정된다. 객관적인 진리가 존재하는 사안, 전문적 지식과 평가가 요구되는 경우, 그리고 인류 역사를 통해 검증된 근본가치에 대한 사안에 대해서는 국민 다수의 결정이 정당성을 가질 수 없는 것이다.[53]

근본가치란 어떤 경우에도 -심지어 국민 다수가 요구하는 경우에도- 침해되어서는 안 되는 것이다. 이를 현재의 다수보다 역사적 다수의 판단을 신뢰하는 것이라고 말하기도 한다. 마치 여론정치가 곧 민주정치일 수는 없는 것처럼, 다수의 결정이 항상 민주적인 것으로 평가될 수는 없으며, 소수

---

50) 다원주의와 민주주의의 관계, 그리고 다원주의의 부정이 전체주의로 귀결하게 되는 것에 관하여는 장영수, 앞의 글(주 8), 113쪽 이하 참조.

51) 이러한 반성으로부터 민주주의도 민주주의를 파괴하려는 적대적 세력으로부터 스스로를 방어해야 한다는 '방어적 민주주의'라는 새로운 관념이 탄생되었고, 이에 기초하여 위헌정당해산제도 등이 마련되었다. 방어적 민주주의에 관하여는 오향미, 독일 기본법의 방어적 민주주의 원리, 의정연구 제17권 제2호(2011), 111-139쪽; Young-Soo Chang, Streitbare Demokratie -Begriff und Bedeutung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland und Möglichkeiten und Grenzen einer Übertragung auf das Verfassungsrecht der Republik Korea-, Diss. Frankfurt/M. Universität, 1990; J. Lameyer, Streitbare Demokratie, Eine verfassungshermeneutische Untersuchung, 1978 참조.

52) 다수결의 정당성 근거에 관하여는 장영수, 민주주의헌법에 있어서의 다수결원리와 근본가치, 방산 구병삭박사 정년기념논문집, 1991, 485-508쪽 참조.

53) 특히 근본가치에 관한 사항을 다수결로도 변경할 수 없다는 점은 매우 특별한 의미를 갖는다. 근본가치 논쟁에 관하여는 G. Gorschenek, Grundwerte in Staat und Gesellschaft, 1977; Ch. Stark, Zur Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts, in: Festschrift für W. Geiger zum 80. Geburtstag, 1989, S.40-60(44ff.) 참조.

자의 인권보장 등 근본가치와 충돌하는 다수의 결정은 사법적 통제를 통해 억제되어야 한다.[54]

그런데 사법불신과 사법혼란에 의해 사법부가 무력화된다면, 정치권의 결정이 사실상 사법부를 지배할 수 있게 된다면, 다수의 횡포에 의해 소수자의 인권이 심각하게 침해되는 상황이 벌어지지 않을 것이라고 누구도 장담할 수 없다.

Ⅴ. 사법불신을 해소하고, 법치주의를 발전시키기 위한 조건들

1. 법과 법치의 의미에 대한 국민 인식의 변화

민주주의와 법치주의는 헌법질서를 형성하는 양대 축으로 평가될 수 있다. 그러나 대한민국 국민들 사이에 민주주의에 대한 인식과 법치주의에 대한 인식에는 매우 큰 차이가 존재한다. 해방 이후 70여 년의 경험을 통해 '민주'의 가치에 대해서는 폭넓은 공감대가 형성되었지만, '법치'에 대해서는 아직도 적지 않은 불신과 우려가 남아 있는 것이다.

이러한 법치에 대한 불신의 원인으로는 '법치'보다는 '덕치'가 우선이라는 유교사상의 영향,[55] 불법국가의 경험 속에서 형성된 법에 대한 불신,[56] 그리고 '유전무죄 무전유죄(有錢無罪 無錢有罪)'라는 말로 표현되는 것처럼 법이 권력과 재력에 영향을 받는다는 인식[57] 등이 지적될 수 있다. 민주화 이후 법치의 의미와 중요성에 대한 강조도 있었지만, 아직도 대다수 국민들은 법과 법치에 대한 뿌리 깊은 불신을 벗어나지 못하고 있다.[58]

---

54) 바로 이런 점에서 사법부가 인권보장의 최후 보루라고 평가되는 것이다.

55) 유교사상에서 말하는 덕치(德治) 또는 예치(禮治)에 관하여는 이철승, 민주주의의 법치와 유가의 덕치 문제, 철학연구 제106집(2014.09), 45-75쪽 참조.

56) 일제 강점기의 경험하였던 불법적인 법률들, 그리고 해방 이후의 독재정권 하에서 반복되었던 정당하지 못한 법률들에 대한 경험이 이러한 불신을 계속 확산시켰다.

57) 21세기에 들어와서도 국민들의 법에 대한 인신이 크게 바뀌지 않고 있는 것은 이처럼 정의의 도구여야 할 법이 강자의 도구로 전락한 경우가 적지 않다는 생각 때문이다.

이처럼 국민들이 법치에 대해 상당한 불신을 갖고 있다는 것은 악순환을 만들고 있다. 법에 대한 불신 때문에 법치가 제대로 뿌리내리지 못하고, 또 법치가 정착되지 못한 상태이니 법치에 대한 불신이 불식되지 못하고 있는 것이다. 그러므로 대한민국의 법치가 정상 궤도에 올라서기 위해서는, 그리고 이를 통해 사법불신의 해소를 위한 계기가 만들어지기 위해서는 악순환의 고리를 끊는 것이 필요하다. 이를 위한 가장 좋은 방법은 법치의 의미와 중요성에 대해 분명한 공감대를 형성하는 것이다.

누구나 합리적인 입법과 공정한 법적용이 바람직하다고 생각하지만, 그것이 국민들의 관심과 노력을 통해 확보될 수 있다는 생각은 크지 않다. 민주주의의 실현에 대해서 국민들이 적극적인 관심을 갖고 다양한 시민단체 활동, 나아가 촛불시위 등을 통해 적극적으로 노력하는 것과는 달리, 법은 전문가의 영역이고, 국민들은 단지 그들의 활동에 대해 잘잘못을 평가하는 것에 그치려는 경향이 강한 것이다.[59] 하지만 올바른 민주정치와 마찬가지로 올바른 법치 또한 국민들의 관심과 노력에 의해서만 성장할 수 있다.

국민의 관심과 노력이 사법절차에 대해, 재판 결과에 대해 국민 다수의 주장을 강요하는, 이른바 여론재판의 형태가 되어서는 안 된다.[60] 이는 법치의 개선이 아니라, 오히려 소수자의 인권을 침해하는 다수의 횡포가 될 우려가 더 크기 때문이다. 오히려 법의 이념인 정의와 법적 안정성을, 이를 구현하는 법제도의 의미와 역할을, 그리고 재판을 통해 어떻게 정의가 실현되는지를 - 마치 민주주의를 제대로 뿌리내리는 데에도 시민교육이 필요한

58) 이러한 법에 대한 불신은 과거의 국민법의식 조사뿐만 아니라, 비교적 최근의 조사에서도 나타나고 있다. 이에 관하여는 현대호・김명아, 『2015 국민법의식 조사 연구』(법제연구원 연구보고 2015-07), 2015, 77쪽 이하 참조.

59) 최근 조국 사태 등과 관련하여 올바른 법적 판단을 깊이 고민하지 않고 무조건 자신의 편이라고 느끼는 쪽에서 시위에 참여하여 함께 구호를 외치는 등의 행위가 많아진 것은 결국 선동정치에 매우 취약해졌다는 것과 다르지 않다.

60) 여론재판의 위험성은 공정한 재판을 위협할 수 있다는 점뿐만 아니라, 피의자 및 피고인에 대한 무죄추정의 원칙을 심각하게 훼손할 수 있다는 점에서 확인된다. 수사기관의 피의자에 대한 신상공개가 원칙적으로 금지되는 것도 이와 무관하지 않다. 이에 관하여는 이광범, 재판관련 보도의 문제점과 전문성 제고 방안, 언론중재, 제79호(2001.06), 45-60쪽; 최진순, 네티즌 수사대의 여론재판, 범죄자에게 인격권은 없다?, 언론중재 제139호(2016.06), 80-89쪽 참조.

것처럼[61]- 꾸준히 공부함으로써 법치를 올바르게 이해하고, 법치 실현과정의 잘잘못을 국민들이 제대로 평가할 수 있어야 할 것이다.

민주주의가 국민들의 민주의식 내지 주권의식의 발달에 따라 그 뿌리가 튼튼해지는 것과 마찬가지로, 법치주의도 국민들의 법치에 대한 이해와 존중 속에서만 제대로 발전할 수 있다.

2. 사법부의 내부적 변화 필요성

우리가 당면하고 있는 심각한 사법불신 및 그로 인해 야기되고 있는 법치주의의 위기를 극복하기 위해서는 국민들의 인식변화 이상으로 법관들의 인식변화가 필요하다.

지금까지 사법위기로 문제된 사례들, 사법개혁이 추진된 경험들은 민주화 이후에도 적지 않다. 예컨대 군사독재 시절이던 1971년부터 시작되어 2018년까지 6차에 걸쳐 발생하였던 사법파동[62]이나, 각종 사법비리를 계기로 시작되었던 여러 차례의 사법개혁[63]이 있었다. 그러나 지금까지 수많은 사법개혁에도 불구하고 대한민국의 사법부가 근본적인 변화를 겪은 것으로 평가되지 못하고 있는 것은, 사법부 내에서 변화의 필요성 및 방향에 대한 공감대가 부족했기 때문이라 할 수 있다.

사법부의 내부적 변화를 위해 우선적으로 필요한 것은 다음의 몇 가지

---

61) 민주시민교육의 의미와 중요성에 관하여는 음선필, 『민주시민교육의 국제적 동향과 시사점』.(법제연구원 현안분석 13-22-5-4), 2013; 정창화, 독일의 국가통일과 민주시민교육. 한독사회과학논총, 제30권 제1호(2020.03), 103-131쪽 참조.

62) 최초의 사법파동은 1971년 서울지검에서 현직 판사들에 대해 구속영장을 신청한 것과 관련하여 발생하였다. 당시 검찰의 구속영장청구가 시국사건에 대해 무죄판결을 내린 판사들에 대한 탄압이라는 문제제기가 있었고, 판사들이 사법권의 독립을 주장하는 성명을 발표하고 153명의 판사들이 사표를 제출하는 등의 사태로 확산되었다. 이후 민복기 대법원장이 법관 처우개선 등을 약속하면서 사태가 진정되었다. 이후 1988년, 1993년, 2003년 등에 몇 차례 사법파동이 계속되었고, 그 핵심은 사법부의 독립에 대한 내부적 반발이었다.

63) 특히 노무현 대통령 당시의 사법개혁은 사법시험 및 사법연수원의 폐지와 로스쿨제도의 도입, 국민참여재판의 도입 등 큰 변화를 가져왔으나, 국민들이 체감할 수 있는 사법부 구성원들의 태도 변화는 없었다는 비판이 있었다.

로 정리될 수 있다:

첫째, 판사들의 엘리트 의식이 개선되어야 한다. 자기 자신에 대한, 나아가 자신의 직업에 대한 자신감과 자부심 내지 소명의식은 긍정적으로 평가될 수 있으나, 판사들이 다른 국민들에 비해 우월하다는 생각을 가져서는 안 된다.[64] 이러한 엘리트 의식의 문제를 드러내는 대표적인 현상이 막말판사의 문제라 할 수 있을 것이다.

둘째, 모든 판사들의 개인적 발언과 행동에서도 사법의 정치적 중립성 및 독립성, 그리고 이를 통한 재판의 공정성의 무게가 담겨 있어야 한다. 물론 일부 판사에 국한된 것일 수 있지만, 정치적 발언을 쏟아내는 판사, 정치권에 투신하는 판사들이 점차 늘고 있다는 것은 사법부에 대한 국민의 불신을 심화시키며, 이러한 불신은 해당 판사들뿐만 아니라 사법부 전체를 대상으로 한다는 점을 간과해서는 안 될 것이다.[65]

셋째, 사법의 투명성이 크게 강화되어야 한다. 밀행성이 요청되는 수사에서조차 투명성의 결여로 인해 불신이 야기되는 경우가 많다. 더욱이 법원의 재판에 있어 투명하지 못한 부분이 있다면 의혹이 커지고, 불신이 확산되는 것은 당연하다. 재판과정과 그 결과(특히 판결문)는 최대한 공개되어야 하며, 비공개가 불가피한 경우에는 그 사유를 충분히 납득할 수 있도록 밝혀야 할 것이다.[66]

넷째, 국민과 소통하되, 여론에 흔들리지 말아야 한다. 이를 위해서는 국민들의 목소리를 충실히 듣되 말을 아껴야 할 것이며, 판결문은 국민을 설득할 수 있는 내용으로 작성되어야 한다. 법률조문조차도 국민들이 쉽게

---

64) 이는 또한 지나친 특권의식으로 이어져서 문제를 야기하기도 한다. 이에 관하여는 신평, 21세기 한국 법조의 바람직한 방향, 공법학연구 제7권 제5호(2006.12), 179-210(183이하)쪽 참조.

65) 그런 점에서 판사들의 정치적 발언이나 정치권 투신 등에 대해 법원 내부에서 합리적 기준을 세워 강력하게 제재할 필요가 있는데, 이를 하지 않고 있다는 것도 문제라고 본다.

66) 예컨대 인혁당 사건에 대한 법원 판결문은 재심이 있기까지 30년 가까이 공개되지 않음으로 인해 많은 비판의 대상이 되기도 했다. 지금까지도 법원의 판결문 중의 일부가 법원 자체에서 개설하여 운영하는 「법원 종합법률정보」에 공개되지 않고 있다는 점은 사법의 투명성을 크게 저해하는 것이다.

이해할 수 있도록 계속 바뀌고 있는데, 판결문의 형식과 내용은 구태를 벗어나지 못하고 있는 것도 심각한 문제라고 할 수 있다.[67]

다섯째, 사법부가 정치화되어서는 안 된다. 하지만 사법의 현재와 미래에 대한 비전을 제시하고 국민들의 이해와 공감을 얻기 위해 노력하는 것은 당연히 필요하다. 예컨대 상고법원의 도입 등에 대해서도 청와대의 협조를 구하기보다는 국민적 공감을 얻기 위해 노력하는 것이 정도(正道)라고 할 수 있으며, 그랬더라면 사법농단의혹도 발생하지 않았을 것이다.

이러한 노력들이 차근차근 축적되었을 때, 국민들도 사법에 대한 불신을 거두고 신뢰를 가질 수 있게 될 것이다.

3. 사법불신의 해소를 위한 사법개혁의 방향

사법개혁의 목표는 정상적인 사법기능을 회복하는 것이며, 곧 공정한 재판이 확보될 수 있도록 하기 위한 것이다. 그런데 사법개혁의 이름으로 오히려 공정한 재판에 걸림돌이 될 수 있는 요소들의 도입이 주장되는 경우가 적지 않다. 특히 최근 사법개혁과 관련하여 논란의 대상이 되고 있는 사법행정회의 안은 유럽의 일부 국가들에서 채택하고 있는 사법평의회를 모델로 한 것으로서 그 타당성에 대해 매우 날카로운 견해의 대립이 있다.[68]

2017년 국회 개헌특위자문위원회에서 본격적으로 논의되기 시작했던 사법평의회 안[69]이나, 이를 일부 변경한 사법행정회의 안 및 사법행정위원

67) 그 전제는 일반 국민들은 판결문을 읽을 이유가 없으며, 판결문은 법률전문가들에게만 읽힌다는 편견을 깨뜨리는 것이다.

68) 대법원은 법원행정처를 폐지하고 사법행정회의를 신설하는 내용의 사법개혁을 국회에 보고한 바 있으나(조선일보 2018.12.12. 기사「대법원 "행정처 폐지하고 사법행정회의 신설"…국회에 개혁안 보고」 https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2018/12/12/2018121202788.html 최종방문 2020.11.12.), 이와 관련하여 사법행정회의 위원 중의 상당수를 비법관으로 임명하는 것과 관련하여 정치화 우려가 제기되었다(한국경제 2018.12.12. 기사「사법행정회의 정치화 우려… "11명 위원 중 5명 비법관으로"」 https://www.hankyung.com/society/article/20181212 18311 최종방문 2010.11.12.). 반면에 민변과 참여연대에서는 여전히 대법원장에게 사법행정권한이 집중되어 있다고 비판하였다(민변 등 2019.01.16. 사법행정개혁에 대한 의견서 http://minbyun.or.kr/wp-content/uploads/2019/01/사법행정개혁에_대한_의견서민변-참여연대.pdf).

회 안[70]의 핵심은 현재의 법원행정처 대신에 사법부 밖에 판사들에 대한 인사권 등을 보유한 독립된 사법행정기관을 두겠다는 것이다. 이는 사법부의 독립과 관련하여 매우 심각한 우려를 자아내고 있으며, 법원 내에서도 사법행정위원회 안에 대한 찬반이 엇갈리는 가운데 대법원이 뒤늦게 공식적인 반대입장을 표명하기도 했다.[71]

사법행정위원회 안으로 대표되는 최근의 사법개혁안은 마치 검찰개혁을 위해 공수처를 도입한 것처럼 사법개혁을 위해 사법행정위원회를 두자는 것으로 보인다. 아직도 공수처에 대한 찬반이 뜨거운 것은 접어 두더라도, 과연 사법행정위원회가 판사들에 대한 인사권 및 사법부의 예산권 등을 통해 사법부에 미치는 영향이 얼마나 막대한지, 이러한 사법행정위원회로 인해 실제 재판의 공정성이 얼마나 심각한 영향을 받을 수 있는지에 대해 충분한 검토가 없었다.

이와 더불어 고려되어야 할 점은 일부 유럽 국가들에서의 사법평의회는 현재 우리나라에서 논의되고 있는 사법행정위원회와는 달리 -비록 그 조직은 법원 외부에 있지만- 실제 법관의 참여 비율이 높기 때문에 외부의 정치적 영향력은 미미하다는 점[72]이고, 심지어 독일의 경우 법관 인사 등의 사법행정을 법무부가 담당하고 있지만, 그로 인해 사법부의 독립이 침

---

69) 사법평의회 안에 대한 비판으로는 이인호, 사법개혁안으로서 사법평의회 방안의 위험성과 그 대안, 공법연구 제46집 제1호(2017.10), 117-143쪽; 장영수, 사법부의 구성체계에 관한 개헌논의의 현황과 전망 -개헌특위 자문위원회 사법부 분과의 사법평의회 설치 및 전관예우 금지조항 도입 제안을 중심으로-, 고려법학 제88권(2018.03), 1-33쪽 참조.

70) 대법원의 사법발전위원회에서 만들어진 사법행정회의 안은 제21대 국회에 들어와 다양한 법원조직법 개정안으로 이어졌다. 특히 2020.07.06. 이탄희 의원이 대표발의한 법원조직법 개정안에서는 사법행정에 관한 총괄적 권한을 가지는 심의, 의결기구로서 합의제기관인 사법행정위원회를 도입하는 것을 내용으로 하고 있으며, 상임위원은 비법관으로 임명하도록 하였다.

71) 대법원에서는 비법관이 다수인 사법행정위원회는 위헌 소지가 있다면서 반대의사를 밝혔다(KBS 2020.07.31. 보도「대법 "비법관 다수 참여하는 사법행정 심의·의결기구는 위헌 소지"」 https://world.kbs.co.kr/service/news_view.htm?lang=k&Seq_Code=361128 최종방문 2020.11.12.).

72) 사법평의회 내지 사법위원회의 다양한 형태에 관하여는 한상희, 사법행정체계의 개혁, 경희법학 제54권 제2호(2019.06), 57-106(67이하)쪽 참조.

해된다는 비판은 없다.[73] 하지만 추미애 법무부장관과 윤석열 검찰총장의 갈등에 비추어 볼 때, 과연 우리나라에서 그럴 수 있을 것인지는 매우 의심스럽다.

아무리 국회에 대한 불신이 심각하다고 해서 국회를 청와대의 산하에 둘 수는 없는 것처럼, 아무리 사법불신이 심각하다고 해서 사법부의 독립 자체를 훼손하고, 사법부가 다른 기관의 영향력 하에 놓이게 만들어서는 안 된다. 이는 -마치 인사권을 통한 검찰개혁을 주장하는 것처럼- 사법개혁의 목표인 공정한 재판의 확보에 역행하는 것이 된다.

오히려 2017년 개헌논의 당시 국회 개헌특위자문위원회뿐만 아니라 대부분의 시민단체에서 제시한 개헌안에서도 대통령의 대법원장 및 대법관에 대한 임명권을 삭제할 것을 제안했다는 점에 주목할 필요가 있다.[74] 올바른 사법개혁을 위해서는 사법부의 독립이 더 강화되어야 한다는 것이 당시 개헌안 마련에 참여했던 다수 전문가들과 시민단체들의 공감대였던 것이다.[75]

---

73) 이종수, 독일의 사법제도에 관한 소고(小考) —특히 법관인사 등 사법행정을 중심으로—, 연세대 법학연구 제27권 제2호(2017.06), 89-117쪽 참조.

74) 참여연대의 개헌안에서도 대법원장과 대법관을 대통령이 임명하지 않도록 규정하고 있었다.

참여연대개헌안제115조 ① 대법관은 사법행정위원회의 제청으로 국회의 동의를 얻은 자로 한다.

② 대법원장은 대법관 중에서 호선한다.

③ 대법관이 아닌 법관은 사법행정위원회의 제청으로 대법원장이 임명한다.

75) 그러나 2018년 3월 26일 국회에 발의되었던 대통령 개헌안에서는 대법원장 및 대법관에 대한 대통령의 임명권을 계속 존치하는 것으로 규정한 바 있다.

대통령개헌안제104조 ① 대법원장은 국회의 동의를 받아 대통령이 임명한다.

② 대법관은 대법관추천위원회의 추천을 거쳐 대법원장 제청으로 국회의 동의를 받아 대통령이 임명한다.

③ 대법관추천위원회는 대통령이 지명하는 3명, 대법원장이 지명하는 3명, 법률로 정하는 법관회의에서 선출하는 3명의 위원으로 구성한다.

④ 대법원장·대법관이 아닌 법관은 법관인사위원회의 제청으로 대법관회의의 동의를 받아 대법원장이 임명한다.

⑤ 대법관추천위원회 및 법관인사위원회의 조직과 운영 등 구체적인 사항은 법률로 정한다.

Ⅵ. 맺음: 대한민국이 진정한 민주적 법치국가가 되기 위해서는

민주주의를 실현하는 것은 일종의 '아포리아'라고 할 수 있다. 끊임없이 더 개선된 민주주의를 요구하지만, 결코 완벽한 형태의 민주주의에 도달할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 보다 나은 내일을 위해 민주주의의 발전을 위한 노력은 가장 선진적인 민주국가에서도 멈추지 않고 있다.

대한민국도 1987년을 민주화 원년으로 인정하고 있으며, 이후 30년 이상 민주주의를 발전시켜 왔다. '민주화 이후의 민주주의'에 대한 논란이 계속되고 있지만,[76] 분명한 것은 그 이전의 민주주의에 대한 요구와 그 이후의 민주주의에 대한 기대가 달라졌다는 점이다. 그 이전에는 독재와 민주라는 이분법적 대립을 통해 반독재·민주화투쟁이 국민들의 지지를 얻을 수 있었지만, 그 이후에는 민주주의의 제도화·생활화를 위해 개별적인 영역별·사안별로 민주주의를 섬세하게 구체화시키는 것이 문제되고 있는 것이다.

이제 진정한 민주주의를 위해서 단순히 독재는 안 된다는 말로는 충분치 않다. 어떤 것이 더 민주적인 것인지, 즉, 어떤 것이 국민의 의사에 더 많이 부합하며, 국민의 이익을 더 많이 실현시키는지에 대한 치밀한 분석과 종합적인 검토가 필요하다. 그런데 아직도 대한민국의 정치권에서는 진영논리를 앞세워 서로를 민주주의가 아니라고, 오로지 자신만이 진정한 민주주의라고 주장하는 것을 벗어나지 못하고 있다. 이러한 정치적 혼란 속에 사법의 정상화 및 법치의 확립은 오히려 후퇴하고 있는 것이 아닌가 우려스럽다.

이제는 정치의 안정을 통해 사법의 정상화와 법치의 확립을 기대하는 것보다는 거꾸로 사법의 정상화 및 법치의 확립을 통해 정치에 대해 명확한 룰을 정해주는 것이 필요할 것으로 보인다. 민주주의와 법치주의는 상호 의존관계일 뿐만 아니라, 이를 악순환이 아닌 선순환의 구조로 돌려 놓음으로써 대한민국을 선진적인 민주적 법치국가로 만들기 위한 시작점을 이제 정치의 개선이 아닌 법치의 발전에서 찾는 것이 더 현실적이지 않을까 생각하

76) 같은 이름의 최장집 교수의 책이 발간된 이후로 이에 대한 논란이 계속되고 있다. 이에 관하여는 최장집, 『민주화 이후의 민주주의』, 2010 참조.

는 것이다.

이를 위한 가장 중요한 전제는 주권자인 국민들의 사법과 법치에 대한 인식의 변화이다. 사법이 변해서 국민들의 사법불신이 해소될 것을 기다리는 것이 아니라, 사법에 관한 관심과 노력을 통해 사법의 변화를 유도해야 한다. 물론 이에 발맞추어 사법부 내부의 변화도 함께 진행되어야 한다. 이를 통해 사법부가 정상화되고, 법치가 확립될 때, 정치가 법치를 뒤흔드는 일도 막을 수 있을 것이며, 나아가 법치가 정치의 올바른 방향과 한계를 제시하는 것 또한 가능해질 것이다.

사법혼란, 사법불신과 법치주의의 위기 – 장 영 수	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.11.15.	2020.11.30.	2020.12.24.

[참고문헌]

강명세, 사법부의 독립성을 위한 정치적 조건, 현대정치연구 제9권 제2호(2016.10), 63-86쪽.

김문현, 정당국가현상과 대의제 민주주의, 공법연구 제24집 제4호(1996.08), 97-126쪽.

김진곤, 단심재판의 헌법적 한계, 공법학연구 제18권 제4호(2017.11), 29-56쪽.

법조삼성평전간행위원회, 『한국 사법을 지킨 양심 : 김병로·최대교·김홍섭』, 2015

소병철, 플라톤의 이상국가론과 민주주의 비판의 현대적 함의: 『국가·正體』에서의 논의를 중심으로, 부경대 인문사회과학연구 제17권 제1호(2016.02), 375-402쪽.

신평, 21세기 한국 법조의 바람직한 방향, 공법학연구 제7권 제5호(2006.12), 179-210쪽.

오향미, 독일 기본법의 방어적 민주주의 원리, 의정연구 제17권 제2호(2011), 111-139쪽.

윤남근, 미국 연방법원의 심급제도, 안암법학 제25호(20077.11), 1025-1058쪽.

음선필, 『민주시민교육의 국제적 동향과 시사점』.(법제연구원 현안분석 13-22-5-4), 2013.

이인호, 사법개혁안으로서 사법평의회 방안의 위험성과 그 대안, 공법연구 제46집 제1호(2017.10), 117-143쪽.

이종수, 독일의 사법제도에 관한 소고(小考) —특히 법관인사 등 사법행정을 중심으로—, 연세대 법학연구 제27권 제2호(2017.06), 89-117쪽.

이철승, 민주주의의 법치와 유가의 덕치 문제, 철학연구 제106집(2014.09), 45-75쪽.

이헌환, 정치과정에 있어서의 사법권에 관한 연구 -한국 헌정사를 중심으로-, 서울대 박사학위논문 1996

장영수, 민주주의헌법에 있어서의 다수결원리와 근본가치, 방산 구병삭박사 정년기념논문집, 1991, 485-508쪽.

———, 헌법의 기본원리로서의 민주주의, 안암법학 창간호(1993), 67-147쪽.

———, 헌법의 기본원리로서의 법치주의, 안암법학 제2호(1994), 133-180쪽.

———, 포퓰리즘과 법치주의: 현실적 국민의사 수용의 한계, in: 『포퓰리즘과 대한민국의 장래』, 2011, 61-102쪽.

———, 사법개혁, 사법민주화와 사법부독립의 사이에서, 유럽헌법연구 제24호(2017.8), 263-289쪽.

———, 사법부의 구성 체계에 관한 개헌논의의 현황과 전망 -개헌특위 자문위원회 사법부 분과의 사법평의회 설치 및 전관예우 금지조항 도입 제안을 중심으로-, 고려법학 제88권(2018.03), 1-33쪽.

———, 『헌법학』, 2020.

정창화, 독일의 국가통일과 민주시민교육. 한독사회과학논총, 제30권 제1호(2020.03), 103-131쪽.

조수혜, 재판에 대한 신뢰 확보를 위한 법관의 제척·기피·회피 제도의 개선 -미국의 부적격제도의 역사적 변천과 그 시사점의 관점에서-, 전주대 법학연구 제60집(2019.03), 133-164쪽.

차진아, 사법농단 의혹 특별재판부, 무엇이 문제인가?, 강원법학 제56권(2019.02), 327-365쪽.

최장집, 『민주화 이후의 민주주의』, 2010.

한상희, 사법행정체계의 개혁, 경희법학 제54권 제2호(2019.06), 57-106쪽.

현대호·김명아, 『2015 국민법의식 조사 연구』(법제연구원 연구보고 2015-07), 2015.

홍준형, 제도화된 행정국가와 법치주의, 서울대 행정논총 제38권 제2호(2000.12), 301-318쪽.

K. Hesse(계희열 역), 『통일 독일헌법원론』, 2001.

Young-Soo Chang, Streitbare Demokratie -Begriff und Bedeutung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland und Möglichkeiten und Grenzen einer Übertragung auf das Verfassungsrecht der Republik Korea-, Diss. Frankfurt/M. Universität, 1990.

Gorschenek, Günter: Grundwerte in Staat und Gesellschaft, 1977.

Lameyer, Johannes: Streitbare Demokratie, Eine verfassungshermeneutische Untersuchung, 1978.

Stark, Christian: Zur Notwendigkeit einer Wertbegründung des Rechts, in: Festschrift für W. Geiger zum 80. Geburtstag, 1989, S.40-60

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.Ⅱ, 1980.

【국문초록】

2020년 현재 국민들의 사법부에 대한 불신이 민주화 이후뿐만 아니라, 대한민국의 72년 역사 속에서 가장 심각한 단계에 이르고 있다. 그 직접적인 원인은 이른바 양승태 사법부에 대해 재판거래의혹, 사법농단의혹이 제기된 것에서 찾을 수 있다. 더욱이 더욱이 수사가 장기화되고, 법원 내에서의 대응이 혼란스러운 가운데 사법부의 코드 인사와 대법원판결의 편향성 문제까지 제기되면서 사법불신은 최악의 상황으로 치닫고 있다.

이 논문에서는 '사법의 본질과 사법부의 역할'에 대한 검토를 통해 사법부의 의의와 기능에 대한 올바른 이해를 확인하고, 그 바탕 위에서 '이른바 사법농단의혹 이후 사법불신의 폭발'과 '사법불신에 의한 법치주의의 위기현상'(Ⅳ)을 고찰하였다. 그리고 '사법불신을 해소하고, 법치주의를 발전시키기 위한 조건들'을 검토하면서 현재의 사법부 혼란과 사법불신이 초래한 법치주의의 위기를 극복하기 위한 방안을 고민해 보았다.

국민들의 민주주의에 대한 열망은 여전하지만, 법과 법치에 대해서는 해묵은 불신이 여전하다는 점, 그런 가운데 정치가 법치를 덮어버리는 현상이 나타나고 있다는 점이 현재 사법부 위기의 근원적인 문제로 볼 수 있다. 하지만 민주주의의 올바른 성장과 발전을 위해서는 법치주의를 통한 보완이 필요하다는 점을 가볍게 생각해서는 안 된다.

과거 반독재 투쟁이 곧 민주주의라고 인정되던 때와는 달리, 오늘날 민주주의는 제도화·생활화를 위해 개별적인 영역별·사안별로 섬세하게 구체화되어야 한다. 즉, 어떤 것이 국민의 의사에 더 많이 부합하며, 국민의 이익을 더 많이 실현시키는지에 대한 치밀한 분석과 종합적인 검토가 필요하다.

특히 소수자의 인권보호와 같은 근본가치를 다수의 횡포, 다수의 독재로부터 지키고, 민주주의가 중우정치 내지 포퓰리즘으로 타락하는 것을 막기 위해 법치의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 그런데 아직도 대한민국의 정치권에서는 진영논리를 앞세워 서로를 민주주의가 아니라고, 오로지 자신만이 진정한 민주주의라고 주장하는 것을 벗어나지 못하고 있다.

이러한 정치적 혼란 속에 사법의 정상화 및 법치의 확립은 오히려 후퇴하고 있는 것으로 보인다. 이제는 정치의 안정을 통해 사법의 정상화와 법치의 확립을 기대하는 것보다는 거꾸로 사법의 정상화 및 법치의 확립을 통해 정치에 대해 명확한 룰을 정해주는 것이 필요할 것으로 보인다.

이를 위한 가장 중요한 전제는 주권자인 국민들의 사법과 법치에 대한 인식의 변화이다. 사법이 변해서 국민들의 사법불신이 해소될 것을 기다리는 것이 아니라, 사법에 관한 관심과 노력을 통해 사법의 변화를 유도해야 한다. 물론 이에 발맞추어 사법부 내부의 변화도 함께 진행되어야 한다. 이를 통해 사법부가 정상화되고, 법치가 확립될 때, 정치가 법치를 뒤흔드는 일도 막을 수 있을 것이며, 나아가 법치가 정치의 올바른 방향과 한계를 제시하는 것 또한 가능해질 것이다.

【Zusammenfassung】

Justizverwirrungen, Misstrauen gegenüber Justiz und die Krise der Rechtsstaatlichkeit

Young-Soo Chang
(Professor, Korea University Law School)

Im Jahr 2020 erreicht das Misstrauen des koreanischen Volkes gegenüber der Justiz nicht nur nach der Demokratisierung, sondern auch in der 72-jährigen Geschichte Koreas das schwerwiegendste Stadium. Die direkte Ursache liegt im sogenannten Verdacht auf gerichtliche Transaktionen bzw. auf justizielle Verdrehung in Yang Seung-Tae Suprme Court. Darüber hinaus wendet sich das Misstrauen gegenüber Justiz angesichts langwieriger Ermittlungen und verwirrender Reaktionen innerhalb der Gerichte der schlimmsten Situation zu, da die Frage des Ernennung der Anhänger in der Justiz und die Voreingenommenheit des Urteils des Obersten Gerichtshofs aufgeworfen wurden.

In dieser Arbeit bestätigen wir durch eine Überprüfung ‘des Wesens der Justiz und der Rolle des Gerichts’ das richtige Verständnis der Bedeutung und Funktion der Justiz. Und auf dieser Grundlage ‘die Explosion des Misstrauens der Justiz nach dem sogenannten Verdacht auf justizielle Verdrehung’ und ‘die Krise der Rechtsstaatlichkeit’ wurde berücksichtigt. Während ich die ‘Voraussetzungen für die Lösung des Misstrauens der Justiz und die Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit’ überprüfte, versuchte ich nach Wegen zu suchen, um die derzeitige Verwirrung der Justiz und die durch das Misstrauen gegenüber der

Justiz verursachte Krise der Rechtsstaatlichkeit zu überwinden.

Obwohl die Bestrebungen des Volkes nach Demokratie immer noch bestehen, bleibt das alte Misstrauen gegenüber dem Gesetz und der Rechtsstaatlichkeit bestehen, und die Tatsache, dass die Politik die Rechtsstaatlichkeit überschattet, kann als grundlegendes Problem der gegenwärtigen Justizkrise angesehen werden. Es sollte jedoch nicht leicht genommen werden, dass es für das ordnungsgemäße Wachstum und die Entwicklung der Demokratie notwendig ist, sie durch Rechtsstaatlichkeit zu ergänzen.

Anders als in der Vergangenheit, als Anti-Diktatur-Kämpfe als Demokratie anerkannt wurden, muss die heutige Demokratie in einzelnen Bereichen und Fragen der Institutionalisierung und des Lebens detailliert beschrieben werden. Mit anderen Worten, es ist eine gründliche Analyse und umfassende Überprüfung erforderlich, welche besser zum Willen des Volkes passen und mehr Interessen der Volkes verwirklichen.

Insbesondere kann die Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit nicht überbetont werden, um die Grundwerte wie den Schutz der Menschenrechte von Minderheiten vor Diktaturen der Mehrheiten zu schützen und zu verhindern, dass die Demokratie sich zu einer Pöbelherrschaft oder einem Populismus zu verderben. In der politischen Welt der Republik Korea bestehen sie jedoch immer noch darauf, dass einander keine Demokratie ist, basierend auf der Lagerlogik, und dass nur sich selbst eine echte Demokratie ist.

Inmitten solcher politischer Turbulenzen scheinen sich die Normalisierung der Justiz und die Verwurzelung von Rechtsstaatlichkeit zurückzuziehen. Anstatt die Normalisierung des Justizrechts und die Verwurzelung von Rechtsstaatlichkeit durch politische Stabilität zu erwarten, erscheint es nun notwendig, klare Regeln für die Politik durch die Normalisierung des Justizrechts und die Verwurzelung von

Rechtsstaatlichkeit festzulegen.

Die wichtigste Voraussetzung dafür ist eine Veränderung der Wahrnehmung der Justiz und Rechtsstaatlichkeit des souveränen Volkes. Anstatt darauf zu warten, dass das Misstrauen des Volkes gegenüber der Justiz aufgrund einer Änderung der Justiz gelöst wird, müssen wir durch Interesse und Bemühungen am Justizverfahren eine Änderung der Justiz herbeiführen. Dementsprechend müssen natürlich auch Änderungen innerhalb der Justiz vorgenommen werden. Wenn die Justiz normalisiert und die Rechtsstaatlichkeit verwurzelt wird, kann dadurch verhindert werden, dass die Politik die Rechtsstaatlichkeit erschüttert, und außerdem kann die Rechtsstaatlichkeit die richtige Richtung und die richtigen Grenzen der Politik darstellen.

주제어(Stichwörter) : 사법불신(Misstrauen gegenüber Justiz), 사법혼란(Justizverwirrungen), 사법농단의혹(Verdacht auf justizielle Verdrehung), 법치주의의 위기(Krise der Rechtsstaatlichkeit), 근본가치(Grundwerte)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제99호 2020년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2020.99.35

통일 한국 의회의 구성 및 권한에 관한 통일합의의 방향

차 진 아*

목 차

Ⅰ. 서: 통일에 대한 준비상황과 의회구성을 위한 합의의 필요성
Ⅱ. 통일합의의 핵심으로서의 권력구조 골격에 관한 합의
1. 통일의 방식: 합의에 의한 통일의 의미와 중요성
2. 통일 한국의 국가형태와 정부형태
3. 통일 한국의 정치과제 수행의 핵심으로서의 의회제도
Ⅲ. 정부형태에 관한 통일합의와 의회의 권한 및 구성방식
1. 정부형태에 관한 통일합의에 따른 의회의 위상 변화
2. 대통령제 하에서 의회의 권한과 구성방식
3. 의원내각제 하에서 의회의 권한과 구성방식
4. 이원정부제(분권형 정부형태) 하에서 의회의 권한과 구성방식
Ⅳ. 연방제 및 양원제에 관한 통일합의와 의회의 구성방식 및 권한
1. 연방제 및 양원제 도입시 의회 구성방식의 변화
2. 연방제를 도입하지 않으면서 양원제를 도입할 경우 의회의 구성방식 및 권한
3. 양원제 도입시 상·하원 간의 갈등 조정

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

Ⅰ. 서: 통일에 대한 준비상황과 의회의 구성방향에 관한 합의의 필요성

향후 남북한의 통일은 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일이 되어야 한다.[1] 이는 현행헌법 제4조에 따른 헌법적 요청일뿐만 아니라 그 이상이기도 하다. 왜냐하면 자유민주적 기본질서는 심지어 헌법제정권력자조차도 구속하는 헌법의 근본가치이기 때문이다.[2] 통일을 위해서는 어떤 희생도 치룰 수 있다고 말하는 사람도 많지만, 엄밀하게 보면 이는 옳지 않은 말이다. 통일은 자기목적일 수 없다. 마치 민주주의와 법치주의 등 헌법의 기본원리들도 궁극적으로는 인간을 위한, 즉 인권의 보장과 실현을 위한 도구인 것처럼, 통일 또한 그런 것이다.[3]

그러므로 인권에 반하는 통일, 오히려 인권을 위협할 수 있는 통일은 정당화될 수 없다. 우리가 북한식 사회주의에 의한 통일, 이른바 적화통일을 거부하는 것은 바로 그 때문이다. 남한이 주도하는 통일은 옳고 북한이 주도하는 통일은 틀렸다는 진영논리가 아니라, 인류가 지향하는 보편가치인 인권의 관점에서 통일의 정당성을 찾아야 하기 때문에 그런 것이다.[4] 따라서 통일합의서의 기본적인 방향도 이에 부합하여야 하며, 통일합의서의 내용을 이루는 의회의 구성방향 또한 자유민주적 기본질서에 입각한 것이어야 한다.[5]

자유민주적 기본질서는 어떤 경우에도 침해되어서는 안 되는 최소한의 근본가치, 인류의 역사적 경험을 통해 확인된 공통분모이며, 그 밖의 부분에서는 통일헌법의 내용형성과 관련하여 매우 폭넓은 형성의 자유가 존재한다.[6] 그러므로 예컨대, 이른바 일당독재는 허용될 수 없지만,[7] 양당제냐 다

---

1) 장영수, 통일헌법 제정의 기본방향, 「유럽헌법연구」 제21호(2016.8), 406-408면.
2) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2020, 50-51면, 173-174면.
3) 장영수, 대북정책의 제도적 기초와 국민적 합의 도출을 위한 전제 -「남북관계 발전에 관한 법률」의 정비를 중심으로-, 「고려법학」 제59호(2010.12), 117-118면.
4) 장영수, 앞의 논문(주-1), 403-404면.
5) 장영수, 독일의 통일과정과 의원내각제 정부형태, 「유럽헌법연구」 제2호(2007.12), 32면 이하.

당제냐에 있어서는 다양한 가능성이 열려 있다. 국민의 의사를 왜곡하는 비민주적 선거는 허용될 수 없지만, 민주적 선거의 테두리 내에서는 선거제도의 다양한 유형이 선택될 수 있다. 의회제도의 경우에도 정부형태의 선택에 따라 의회의 역할과 권한이 다양한 형태로 구체화될 수 있으나, 이른바 소비에트제도처럼 국민의 의사를 정확하게 반영하기 힘든 의회는 민주적 의회라고 부르기 어렵다.[8]

이 논문에서는 통일 한국의 의회의 구성방식 및 권한범위에 대해 검토하고자 한다. 이를 위해, 우선, 전술한 자유민주적 기본질서라는 통일의 원칙에 따른 통일합의에 있어서 국가형태와 정부형태와 같은 권력구조의 골격에 관한 합의의 중요성을 조명하고, 통일의 준비과정 및 통일 이후 사회통합의 중심축으로서 의회의 위상과 중요성을 확인하고자 한다(「Ⅱ. 통일합의의 핵심으로서의 권력구조 골격에 관한 합의」)

이러한 논의를 바탕으로 하여 통일헌법에서 정부형태를 어떻게 결정하는지에 따라서 의회의 위상이 달라진다는 점을 전제로 대통령제, 의원내각제, 또는 이원정부제(분권형 정부형태)를 취할 경우, 의회를 어떻게 구성할 것이며, 의회에 어떤 권한이 부여되는지에 대하여 검토하고자 한다(「Ⅲ. 정부형태에 관한 통일합의와 의회의 권한 및 구성방식」).

다음으로 통일헌법에서 국가형태를 연방제로 변경하는지 여부에 따라 의회의 구성에서 양원제 도입의 필요성이 달라질 수 있으나, 단방제를 유지할 경우에도 지역대표형 상원의 도입이 필요하다는 점에 대해 검토하고, 양원제를 도입할 경우 하원의 성격과 구성방식, 권한 및 상원의 성격과 구성

---

6) 장영수, 앞의 책(주-2), 173-174면.

7) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정; 헌재 2015. 4. 30. 2012헌바95등 결정; "자유민주적 기본질서에 위해를 준다 함은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉, 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것이고, 이를 보다 구체적으로 말하면 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부 체제를 파괴·변혁시키려는 것으로 풀이할 수 있다".

8) 도회근, 통일헌법의 권력구조 -의회제도를 중심으로-, 「공법연구」 제40집 제2호(2011.12), 45면; 장영수, 앞의 책(주-2), 1119면.

방식 및 권한, 그리고 상·하원 간의 갈등의 조정을 위한 기구와 절차에 대해 검토(「Ⅳ. 연방제 및 양원제에 관한 통일합의와 의회의 구성방식 및 권한」)한 후, 이 논문을 마무리하고자 한다.

이를 통해 한편으로는 통일합의서의 주요 내용이 되어야 할 의회의 구성 방식 및 권한범위에 대해 어떤 기준을 가지고 접근할 것인지를 미리 정리해볼 수 있을 것이며, 다른 한편으로는 통일 이후의 정치적·법제적 변화에 대하여 어떻게 능동적으로 대처할 것인지에 대한 기본 구상을 다듬어가는 기회가 될 수 있을 것으로 기대한다.

Ⅱ. 통일합의의 핵심으로서 권력구조의 골격에 관한 합의

1. 통일의 방식: 합의에 의한 통일의 의미와 중요성

(1) 헌법상 통일의 원칙: 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일

통일의 의미와 중요성, 당위성을 의문시하지 않는 사람도 많다. 과거 "우리의 소원은 통일"이라는 노래를 날마다 듣고 부르며 성장한 세대와 북한을 외국처럼 느끼면서 성장한 요즘 젊은 세대의 통일에 대한 인식은 상당한 차이를 보인다.[9] 그러므로 오늘날 한편으로는 통일의 의미와 중요성을 재확인하는 것도 필요하고 다른 한편으로는 통일의 당위성을 되짚어 보는 것도 중요한 의미를 갖는다. 이미 헌법학자들에 의해 논의된 것처럼 통일의 사실적 필요성 내지 현실적 파급효과와 규범적 당위성은 구분되어야 할 것이기 때문이다.[10]

이처럼 통일의 가장 기본적인 출발점에 대해서도 세대 간의 견해차가 나타나는 상황에서 통일의 구체적 방법론에 대해서는 더욱 다양한 견해들

9) 이에 대해서는 https://www.insight.co.kr/news/277243 (2020. 5. 6. 최종검색); http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2019051301070230129001 (2020. 5. 6. 최종검색) 참조.

10) 장영수, 앞의 논문(주-1), 400-401면.

이 대립될 수밖에 없다. 과거 이승만정권에서 주장하던 북진통일과 같은 비현실적인 방안은 논외로 하더라도 지금까지 역대 정부가 다양한 통일방안을 제시했고,[11] 북한에서 주장하는 이른바 고려연방제 통일방안에 대해서도 많은 논란이 있다.[12]

이러한 통일의 방식에 대해 다양한 견해가 대립하는 것도 나름의 의미는 있다. 무엇이 최선의 통일방식인지를 충분히 검토함으로써 통일과정이 조금 더 순조롭게 진행될 수 있고, 통일 이후에 사회적 통합에도 순기능을 할 수 있는 통일방식을 찾는 것은 매우 중요한 것임이 분명하다. 그러나 그 이전에 전제되어야 할 것은 현행헌법 제4조에서 명시하고 있는 '자유민주적 기본질서에 입각한 통일'이라는 대전제이다.

현행헌법 제4조를 도입하게 된 이유에 대해서는 다양한 분석이 가능하다. 그러나 분명한 것은 전쟁에 의한 통일, 무력을 앞세운 통일은 어떤 경우에도 정당화될 수 없다는 것, 그리고 통일 이후의 헌법질서는 자유민주적 기본질서에 기초한 - 인권과 민주주의, 법치주의라는 인류 보편적 근본가치를 내용으로 하는- 민주적 법치국가이어야 한다는 점이다.[13] 즉 헌법 제4조는 통일의 방식과 관련한 최소한의 기준, 그리고 통일 이후의 헌법질서와 관련한 가장 기본적인 방향을 설정하고 있는 것이다.[14] 따라서 이와 충돌하

---

11) 이에 대해서는 김철수, 『한국통일의 정치와 헌법』, 시와진실, 2017, 110-128면; 박광기 / 박정란, 한국의 통일・대북 정책 60년 - 회고와 전망-, 「정치정보연구」 제11권 제1호(2008.6), 168-176면; 성낙인, 통일헌법상 권력구조에 관한 연구, 「공법연구」 제36집 제1호(2007.10), 463면 이하; 조민, 국가비전과 통일정책 -한국 통일정책 평가와 향후 과제-, 「저스티스」 제134-2호(2013.2), 483 502면; 최용환, 한국의 통일 정책 평가와 과제, 「신아세아」 제17권 제4호(2010.12), 244-273면.

12) 김남식, 북한은 끝내 "고려연방제"만 고집할 것인가, 「통일한국」 제71권(평화문제연구소, 1989.11), 20-23면; 김명기, 한민족 공동체와 고려연방제 통일방안, 「북한」 제219호(1990.3), 3-4면; 유덕준, 고려연방제 통일방안의 분석, 「윤리연구」 제25권(1987.12), 253-270면; 이연, 북한 사회주의 연구 북한 통일정책과 '고려연방제'안의 성격, 역사비평 제4호(1988.9), 40-64면; 제성호, 북한의 「낮은 단계 연방제안」 - 전략적 의도와 문제점, 「북한학보」 제31집(2006.11), 129-162면

13) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정; 헌재 2015. 4. 30. 2012헌바95등 결정. 자유민주적 기본질서에 대하여 자세한 것은 Erhard Denninger (Hrsg.), 「Freiheitliche demokratische Grundordnung」 Ⅰ, Ⅱ, Frankfurt(M) 1977 참조.

14) 장영수, 앞의 논문(주-1), 406-408면

는 통일방안은 어떤 경우에도 인정될 수 없다.

⑵ 흡수통일인가? 합의통일인가?

통일의 방식과 관련하여 그동안 많이 논의되었던 쟁점 중의 하나가 흡수통일의 방식을 선택할 것인가, 아니면 합의통일의 방식을 선택할 것인가에 대한 논란이었다. 그러나 이러한 양자택일 논의는 엄밀하게 볼 때, 정확한 것은 아니다. 예컨대 독일의 경우처럼 합의에 의한 흡수통일도 가능하기 때문이다. 합의에 의한 통일의 대립개념이란 흡수통일이 아니라, 합의 없이 힘의 우위를 앞세운 일방적인 통일이라 할 것이며, 흡수통일의 대립개념이란 어느 한 쪽이 다른 쪽에 흡수되는 것이 아니라 양자가 대등한 비중을 갖는 가운데, 새로운 국가, 새로운 헌법을 창설하는 통일방식이라 할 것이다.[15]

독일의 경우 구 동독의 호네커 정권이 동독 시민의 봉기로 인해 붕괴된 이후 동독 내에 구성된 잠정적 정부인 드 메지에르 정부가 서독정부와 통일협상을 벌였고,[16] 그 합의의 결과로 동독을 5개의 주로 분할한 후 이들이 각기 서독(독일연방공화국)의 주로 편입되는 방식(당시 서독기본법 제23조)으로 흡수통일이 진행되었다.[17]

이러한 독일의 통일방식은 평화적이고 합의에 의한 통일이었지만 흡수통일이라는 점과 관련하여 내부적으로 논란이 적지 않았다.[18] 그러나 당시 이러한 방식을 선택할 수밖에 없었던 이유는 동서독이 제3의 통일독일을 구성하고 새로운 헌법을 제정하는 방식으로 통일할 경우 이에 상당한 시간이 소요되는데,[19] 당시 독일 통일의 열쇠를 쥐고 있던 전승 4강국(미국, 소련, 영국, 프랑스)의 하나인 소련의 동의를 받을 수 있는 절호의 기회를 자칫 놓칠 수 있다는 우려가 동독의 서독 연방 편입이라는, 어떻게 보면 편법적인

15) 이에 대해서는 장영수, 앞의 논문(주-1), 410면 참조.

16) https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=001&aid=0006826151 (2020. 5. 15. 접속)

17) 김철수, 앞의 책(주-11), 347-348면; 장영수, 앞의 책(주-5), 29-30면, 36면.

18) 이에 대해서는 김철수, 『독일통일의 정치와 헌법』, 박영사, 2004, 310면 이하 참조.

19) 1945년 종전 이후 서독의 헌법, 즉 독일연방공화국 기본법이 제정되고 서독 정부가 출범하기까지 4년이 걸렸다.

방법으로 신속하게 통일하는 것을 선택하게 만들었던 것이다.[20] 그래서 일단 독일연방공화국 기본법 제23조의 방식으로 통일을 한 이후에 통일헌법의 제정을 새로이 검토하기로 했던 것이다.[21]

우리 통일환경을 독일을 모델로 하여 2+4로 이야기하는 사람도 적지 않다. 설령 이러한 주장이 일부 타당성을 갖고 있다 하더라도 독일과 우리나라 사이에는 기본적인 차이점이 있다. 독일은 전범국가로서 주권의 제약이 계속되는 상태였으며 독일을 분할 점령했던 전승4강국의 동의 없이는 독일의 통일이 불가능한 상황이었다. 반면에 우리나라는 전범국가도 아닐뿐더러 주변의 4강국 또한 전승국도 아니며, 이들에게 통일에 대한 협조를 요청할 뿐 이들의 동의를 의무적으로 얻어야 하는 것은 아니다. 이렇게 볼 때 독일에서는 흡수통일을 추진할 수밖에 없었던 사정이 있었다고 할 수 있다. 하지만 우리나라에서는 같은 사정이 있다고 볼 수 없다.[22] 언제 어떤 상황에서 통일이 진행될 것인지는 아직 예측하기 어렵고 여러 가지 변수가 발생할 수 있지만 현재로서는 합의에 의한 새로운 통일헌법의 제정 및 이에 기초한 통일국가의 형성으로 나아가는 것이 올바른 방향일 것이다.

⑶ 합의 통일의 필요성과 당위성

동서독 통일 당시 동독과 서독의 국력차는 비교할 수 없을 정도였다. 영토와 인구의 차이는 3배가 넘었고, 경제력의 차이는 10배가 넘는 것으로 평가되었다.[23] 그럼에도 불구하고 서독이 동독의 드 메지에르 정부를 통일

---

20) 당시 소련에서는 고르바쵸프 서기장이 집권하면서 페레스트로이카를 추진하여 광범위한 개혁이 진행중이었으며, 그 과정에서 독일은 막대한 차관을 제공함으로써 동서독 통일에 대한 소련의 동의를 얻어내었다. 그러나 소련 내에서 고르바쵸프 실각설이 끊이지 않았으며, 이런 상황에서 시간을 끄는 것은 자칫 통일의 기회 자체를 놓치게 될 수 있다는 우려가 지배적이었다(장영수, 앞의 논문[주-5], 29-30면).

21) 통일헌법 제정에 대해 연방의회의 조사위원회가 구성되어 논의한 결과 새로운 통일헌법을 제정할 필요없이 기존의 독일 연방공화국 기본법을 부분 개정하는 수준에서 마무리할 것을 제안하였고, 이 제안이 받아들여짐에 따라 통일헌법의 제정은 무산되었다고 한다(장영수, 앞의 논문[주-5], 36면).

22) 장영수, 앞의 논문(주-1), 419면의 각주 54.

23) https://www.dailynk.com/%ED%86%B5%EC%9D%BC%EC%A7%81%EC%A0%84-%EB%8F%99%EC%84%9C%EB%8F%85-%EA%B0%84%EC%9D%98-%EA%

협상의 파트너로 인정하고 합의에 의한 통일을 추진하였던 것은 세 가지 이유 때문이었다. 첫째, 통일이 민주적 정당성을 확보하기 위해서는 서독시민의 합의 내지 지지뿐만 아니라 동독 시민의 합의와 지지도 못지 않게 중요했기 때문이다. 둘째, 일방적인 통일은 - 설령 그것이 무력에 의한 통일이 아니라 하더라도- 부정적인 후유증을 크게 남길 수밖에 없다. 수 십년간 다른 국가체제 속에서 다른 삶을 살아왔던 동서독 시민들이 통일 이후 빠르게 통합될 수 있기 위해서는 합의에 의한 통일이 바람직했다. 셋째, 전승 4강국의 입장에서 보더라도 어느 한쪽이 다른 한쪽을 (그것이 경제력이든 군사력이든) 힘으로 억압하여 통일을 이루는 것에 대해서는 찬성할 입장이 아니었다. 예컨대 서독이 동독이 그런 식으로 억압해서 통일하려 한다면 소련이 그에 어떻게 동의할 수 있겠는가?

독일 통일에 적용되었던 세 가지 요인 중 세 번째 요인을 제외한 두 가지 요인은 우리나라에도 그대로 적용된다. 설령 경제력의 우위나 북한의 내부적인 갈등이나 정권붕괴 등을 이유로 힘에 의한 통일을 추진할 수 있는 상황이 발생한다 하더라도 힘에 의한 일방적 통일을 밀어붙이는 것은 통일의 정당성 자체를 매우 심각하게 훼손할 뿐만 아니라, 통일 이후의 후유증도 더욱 심각해 질 우려가 크다. 그런 점에서 우리는 수단과 방법을 가리지 않고 통일이라는 목표만 달성하면 된다는 식으로 생각해서는 안 된다. 헌법 제4조의 기본적인 요청에 따르더라도 합의에 의한 통일이 당연히 정당한 것이라고 보아야 할 것이다.

2. 통일 한국의 국가형태와 정부형태

(1) 연방제 논란과 통일 한국의 국가형태

통일 방안과 관련한 연방제 논의에 대해서는 해묵은 오해가 있다. 북한

B5%AD% EB%A0%A5%EC%B0%A8%EC%9D%B4%EB%8A%94/ (2021. 11. 15 최종접속)(경제력의 차이와 관련하여 서독과 동독은 국민총생산 43.2배, 1인당 GDP 2.1배, 무역규모 13.1배, 수출 14.4배, 수입 11.6배가 차이가 났다. 이에 대하여는 같은 곳 참조).

이 주장하는 고려연방제에 대한 부정적인 시각 때문이다. 과거 역대 정부에서 통일 방안을 제시할 때, 연방제에 대한 고려가 없었던 것은 아님에도 불구하고,[24] 연방제 주장은 북한의 주장이라는 인식이 광범위하게 확산되어 있는 것이다.[25] 그러나 현실적으로 보면 남북한의 사회·경제적 격차, 문화적 이질성 등을 고려할 때, 연방제를 제대로 잘 활용할 경우에는 -독일의 경우 그러했듯이- 통일 이후의 사회통합 과정에서 순기능이 상당히 클 것으로 기대할 수 있다.[26] 무엇보다 북한 지역의 자주성과 자율성을 존중하는 가운데 민주적 정치의사형성과정을 촉진하고 경제적·사회적 발전에 대한 공감대를 이끌어 내는데 연방제는 유용한 도구가 될 수 있기 때문이다.[27]

다만, 북한식 고려연방제 또는 일각에서 주장되는 중국/홍콩식 일국양제는 올바른 통일방안이라 할 수 없다.[28] 통일이란 서로 다른 정치와 문화를 가진 분단국가가 하나로 통합되는 것이며, 기존의 체제를 유지한 채로 이름만 하나의 국가로 묶는 것을 진정한 통일이라 할 수 없기 때문이다.[29] 뿐만 아니라, 이러한 방식의 통일이 장기적으로 유지되는 것도 가능하지 않다.[30]

우리가 심사숙고해야 할 연방제 통일이란 자유민주적 기본질서를 전제한 통일된 정치체제 하에서의 연방제이며, 남한 전체, 북한 전체를 각기 하나의 주(州)로 삼는 연방제, 즉 2개의 주로 구성되는 연방제도 매우 불합리하다. 설령 자유민주적 기본질서를 전제한다 하더라도 남한과 북한이 각기 1:1로 대립하는 구조는 연방제의 일반적 유형과도 맞지 않을 뿐만 아니라, 통일 이후 사회통합 과정에서 나타날 수 있는 연방제의 장점을 살리는 데에

---

24) 이에 대해서는 김명기, 앞의 논문(주-12); 이창현, 한민족공동체 통일방안의 특징과 평가, 「동북아연구」 제9권(조선대학교 동북아연구소, 1991.2), 75-92면; 장영수, 앞의 논문(주-1), 418면 참조.

25) 그로 인해 지난 2017년 제20 국회 개헌특위에서 개헌관련 전국토론회를 열었을 때, 연방제에 대해 북한의 고려연방제를 수용하자는 것이라면서 극렬하게 반대하는 목소리가 있었다.

26) 김승대, 헌법개정과 남북한 통일, 「공법연구」 제39집 제2호(2010.12), 142면.

27) 김승대, 앞의 논문(주-26), 142면.

28) 장영수, 통일을 준비하는 헌법개정의 방향, 『정만희교수 정년기념논문집』, 피앤씨미디어, 2019, 114면.

29) 장영수, 앞의 논문(주-5), 114면.

30) 장영수, 앞의 논문(주-5), 114면.

도 적합하지 않다. 이는 다음과 같은 세 가지 이유에서 그러하다.

첫째, 남한과 북한의 특성에 못지 않게 남한 내에서도 지역별 특성이 있고 이는 북한 내에서도 다르지 않다. 그런데 이러한 지역별 다양성을 충분히 고려하지 않고 남한과 북한의 2개 주로 구성할 경우에는 남북한의 갈등과 대립이 오히려 부각되고 각 지역별 특성 및 자율성은 묻혀 버릴 우려가 더 크다.

둘째, 연방제를 통한 각 지역 간의 자율성은 동시에 여러 주(州)들 사이의 협력을 통해 보완되어야 한다. 즉, 수 많은 주들 간에 자매 결연 등을 통해 특별히 긴밀한 관계를 형성하고 상호 협력하는 것이 더 바람직하다는 것이다. 예컨대, 경상도 지역과 함경도 지역 간의 협력 혹은 전라도 지역과 평안도 지역 간의 협력 등으로 세분화, 구체화하는 것이 더 효율적이다.

셋째, 주(州)들 사이의 경제력의 격차 등을 합리적으로 조정하고 이를 통해 국가 전체의 균형 있는 발전을 추구하기 위해서도 남한과 북한이라는 큰 단위로 주를 나누는 것보다는 더 세분화하여 각 지역의 현황 및 특성, 부족한 점 등을 보다 정확하게 드러내는 것이 바람직하다.

독일의 경우 동독이 5개의 주로 분할되어 독일연방공화국(구서독)에 편입된 것이 결코 숙고 없이 내린 즉흥적인 결정은 아니었던 것이다.

⑵ 통일 한국의 정부형태에 관한 논의 - 대통령제, 의원내각제, 이원정부제

통일 이후의 정부형태를 어떻게 할 것인가에 대해서는 날카로운 견해 대립이 있다. 한편으로는 지난 70여 년의 헌정사를 통해 우리에게 익숙한 대통령제가 아무래도 가장 효율적인 정부형태가 될 것이라는 견해가 있고,[31] 이와는 달리 통일 이후의 사회통합과정의 어려움을 생각할 때 이를 슬기롭게 극복했던 독일의 경우처럼 의원내각제 정부형태가 통일 이후의 정부형태로서 더 효율적이라는 반대의견도 있다.[32]

---

31) 김병록, 통일헌법의 국가형태에 관한 연구, 「공법연구」 제25집 제4호1997.8), 649-650면; 변해철, 남북한 통합과 통치구조 문제, 「공법연구」 제21집(1993.2), 84-85면.

32) 강원택, 『통일 이후의 한국 민주주의』, 미래한국재단 연구보고서, 2011, 111면 이하

대통령제의 가장 큰 장점은 지난 헌정사를 통해 우리에게 가장 익숙한 제도라는 점, 그리고 수 많은 과제들을 신속하고 효율적으로 처리할 수 있는 제도라는 점이다.[33] 1948년 정부수립 이후 70 여년의 헌정사 중에서 제2공화국 1년, 5·16 군사정부 2년 7개월을 제외한 근 70년의 세월을 대통령제 정부형태를 운영했으며,[34] 특히 1987년 6월 민주항쟁으로 대통령 직선제 개헌을 쟁취하면서 국민들이 대통령 직선에 대한 강한 애착을 가지고 있다는 점도 고려되어야 한다.[35] 또한 통일 이후 수 많은 행정과제들이 폭주할 것이며, 이를 신속하고 효율적으로 처리하는 데에는 대통령제가 적합하다는 주장도 나름 설득력이 있다.

반면에, 우리나라에서 대통령제는 지난 70년 동안 제왕적 대통령이 아닌 적이 단 한 번도 없었고, 그로 인한 내부적 갈등이 오히려 점점 더 심해지고 있는데, 통일 이후의 이질적인 남북한 관계 속에서 대통령제가 더욱 심각한 갈등과 분열의 요인이 될 수 있다는 우려도 만만치 않다. 또한 통일 이후의 산적한 행정과제들을 대통령제가 더 잘 처리할 수 있으리라는 것도 편견일 수 있다. 독일의 경우 의원내각제 정부형태 하에서 수 많은 통일과제를 합리적이고 효율적으로 처리해 왔으며 의원내각제의 장점을 잘 살려 동독 주민들의 목소리를 적절하게 반영하는 가운데 사회통합에도 성공했다는 평가를 받고 있다는 점을 간과해서는 안 될 것이다.[36]

독일의 경우에서 보듯이 의원내각제가 안착되어 있는 경우에는 통일 이후의 사회통합을 위해 가장 바람직한 정부형태라고 볼 수 있다. 그러나 우리나라에서 의원내각제를 가장 이상적인 정부형태로 단언하기 어려운 것은 의원내각제의 성공을 위한 몇 가지 전제조건이 아직은 제대로 갖추어져 있지 않기 때문이다.

---

33) 장영수, 앞의 논문(주-5), 41면.

34) 유신체제는 형식상 대통령제정부형태를 취하였지만 실질은 민주국가 헌법이 아닌 독재헌법이고 이를 일반적인 대통령제로 볼 수 없다는 견해도 있다. 이에 대해서는 장영수, 『대한민국 헌법의 역사』, 고려대학교 출판문화원, 2018, 226-227면, 238-239면.

35) 김종철, 정부형태 개편론에 대한검토 -최근의 개헌논의를 중심으로-, 「연세 공공거버넌스와 법」 제3권 제1호(2012.3), 194면; 장영수, 앞의 논문(주-5), 40-41면.

36) 장영수, 앞의 논문(주-5), 44-45면.

첫째, 의원내각제가 성공하기 위해서는 의회를 실질적으로 움직이는 국회의원들과 정당들이 제기능을 해야 한다.[37] 그런데 현재 우리 정당들이 제대로 된 당내 민주주의를 갖추고 있다고 보기 어렵고 그로 인하여 국민들의 정당에 대한 불신 및 정치불신이 상당히 크다. 이런 상황에서는 의원내각제가 성공하기 어렵다.[38]

둘째, 첫째 조건과 맞물려 있는 것이지만, 국민들의 정치적 의사가 의회의 구성에 정확하게 반영될 수 있도록 하는 합리적인 선거제도가 갖추어져 있지 않다. 최근 선거결과의 불비례성을 문제삼아 선거제도개혁이 추진되었지만, 준연동형 비례대표제의 도입은 실패로 끝났으며,[39] 현행과 선거제도 하에서는 국민의 정치불신, 의회에 대한 불신이 해소되기 어렵다.

셋째, 현재 남한 지역에서도 의원내각제 도입이 쉽지 않은 상황에서 통일 이후 북한지역까지 의원내각제로써 새로운 정부형태를 도입한다는 것은 매우 위험부담이 높은 도박이 될 수 있다. 통일 이후에 의원내각제 정부형태를 선택하기 위해서는 통일 이전에 남한에서 이를 경험하고 안정시키는 선행과정이 필요할 것이다.

최근 개헌논의과정에서 이른바 분권형 정부형태 내지 분권형 대통령제에 관한 관심이 높아지고 있다. 현행 대통령제로는 승자독식의 제왕적 대통령제의 문제를 해소하기 어렵고, 그렇다고 당장 의원내각제를 도입하기에는 여러 가지 전제조건이 미비하다는 생각에서 양자의 절충형 정부형태에 대한 관심이 높아지고 있는 것이다. 이러한 절충형 정부형태는 종래 이원정부제로 많이 불렸지만, 최근에는 분권형 정부제[40] 또는 분권형 대통령제로 지칭되기도 한다.[41]

---

37) 장영수, 앞의 논문(주-5), 38-39면.

38) 장영수, 앞의 논문(주-5), 29-40면.

39) 준영동형 비례대표제를 적용한 2020년 제21대 국회의원총선거는 거대 양당이 지역구 의석뿐만 아니라 위성 비례정당을 통해 비례 의석도 독식한 반면에 군소정당은 거의 전멸하게 되었고, 특표율과 의석수의 불비례성이 오히려 더 심화되는 부작용이 심각하게 나타났다.

40) 제20대 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 『국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서』, 290면 이하.

41) 예컨대, 제20대 국회 개헌특위자문위에서는 분권형 정부제와 같은 의미로 분권형

이원정부제는 대통령제의 요소와 의원내각제의 요소를 결합시킨 것으로서 국민의 직선에 의해 선출되는 대통령과 의회 간선으로 선출되는 총리가 집행권을 분장하는 것을 특징으로 한다.[42] 이러한 이원정부제는 효율적으로 잘 운용될 경우에는 대통령제의 장점과 의원내각제의 장점이 잘 결합될 수 있다는 기대를 주고 있으나, 자칫 잘못 운용될 경우에는 양 정부형태의 장점의 결합이 아닌, 단점의 결합이 될 것이라는 우려도 상당히 크다.

통일 헌법의 정부형태로서 의원내각제를 주장하는 사람에 비해 이원정부제를 주장하는 사람들은 많지 않다. 이는 이원정부제를 대통령제에서 의원내각제로 이행하는 중간 과정으로 생각하는 사람들이 적지 않고, 지금 당장 통일되는 것이 아니라 향후 새로운 정부형태에 대한 준비과정을 거친다고 가정할 때 현재는 이원정부제 개헌을 하더라도 통일 헌법에서는 의원내각제를 선택하는 것이 가능해질 것이라는, 즉 의원내각제의 성공조건을 통일때까지는 보다 충실히 갖출 수 있을 것이라는 기대가 있기 때문이다.

3. 통일 한국의 정치과제 수행의 핵심으로서의 의회제도

(1) 통일의 단계와 과제: 준비단계, 진행단계, 통합단계의 과제

통일은 장기적 과제이며, 이를 어느 한 순간에 이루어지는 일회적 사건으로 생각해서는 안 된다. 독일의 경우 통일을 위해 수십 년 준비했고 기약없는 통일노력이 어느 순간 급작스러운 동독정권의 붕괴와 맞물려 뜻밖의 순조로운 통일로 이루어졌다.

우리의 경우 과연 언제, 어떤 방식으로 통일이 이루어질 것인지를 정확하게 예측하기는 어렵다. 하지만 분명한 것은 통일을 위한 장기간의 관심과 노력, 투자가 필요하다는 것이다. 이를 통해 통일이 앞당겨 질 수도 있고, 통일 이후에 사회적 갈등, 경제적 격차 등의 통일비용문제를 축소시킬 수도

대통령제라는 용어도 널리 사용되었다(제20대 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 앞의 책[주-40] 166면, 186면, 291면, 340면, 358면).

42) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2020, 385-386면.

있다. 그러므로 통일은 남북한의 정치적 합의 또는 이에 준하는 급변사태에 의해 정치적 통합이 이루어지는 그 시점만을 대상으로 할 것이 아니라, 해방 이후 지속적인 통일의 노력, 지금부터 통일될 그 시점까지 보완되어야 할 사항, 새롭게 고려되어야 할 요소들, 그리고 무엇보다 국민들의 통일에 대한 의지를 다지는 작업이 전제되어야 한다.

이러한 통일의 준비단계가 충실하면 할수록 통일을 위한 협의과정도 무리없이 진행될 수 있을 것이며, 통일 이후에 사회통합과정 또한 남북한 주민들 사이의 갈등을 최소화하면서 보다 안정적으로 진행될 수 있을 것이다.

결국 현재 우리는 제1단계라 할 수 있는 통일의 준비단계에 장기간 머물러 있으며, 여기서의 준비가 충실해야 우리가 기대하고 있는 통일의 진행단계, 즉 통일을 위한 정치적 합의과정이 보다 수월해질 수 있다. 이를 위해서는 독일, 예맨, 그리고 베트남 등 분단을 극복하고 통일을 달성한 나라들의 선례들 속에서 그 장점과 단점을 충실하게 비교하는 가운데, 우리가 나아가야 할 방향에 대한 내부적 공감대가 탄탄하게 형성되어야 한다. 그렇지 않을 경우에는 -무력에 의해 통일되었던 베트남의 경우는 논외로 하더라도- 합의에 의해 통일되었지만 통일 이후에 정치적 불안정, 사회적 갈등으로 인해 장기적인 내전상태를 벗어나지 못하고 있는 예맨의 경우가 남의 일이 아니게 될 수도 있다.

또한 가장 무난하게 통일을 이루고 통일 이후의 국가발전을 성취한 독일의 경우에도 통일 직후 10여년 동안 사회통합의 과정에서 매우 극심한 진통을 겪었다는 점을 결코 간과해서는 안될 것이다.[43] 실제로 독일에서는 통일 이후에 전개될 사항을 미리 예측할 수 있었더라면 훨씬 효과적인 준비를 할 수 있었을 것이라는 아쉬움을 많이 이야기했다.

우리가 독일보다 통일이 많이 늦어지고 있는 것은 안타까운 일이지만 독일의 경험을 교훈삼아 우리는 시행착오를 많이 줄일 수 있다는 점도 통일의 준비과정에서 주목해야 할 점이다. 특히 통일의 진행과정에서 어떠한 절차와 방식으로 민주주의에 익숙하지 않은 북한주민들의 민주적 참여를 이

43) 우베 뮐러(Uwe Müller)(이봉기 역), 『대재앙, 통일 -독일 통일로부터의 교훈-』, 문학세계사, 2006.

끌어 내고 이를 통해 남북한이 공감할 수 있는 정치과정 내지 정치 국가권력 구조가 만들어져야 할 것인지에 대해서는 보다 많은 고민이 필요할 것이다.

⑵ 통일 과제 수행의 중심으로서의 대통령과 의회의 역할 분담

통일이라는 역사적 과제는 특정인 또는 특정 기구나 집단만의 과제일 수 없다. 대통령이나 통일부가 통일문제를 전담할 수 없으며, 모든 국가기관, 모든 지방자치단체, 나아가 모든 시민들과 사적 단체들도 통일을 위해 힘을 모아야 한다. 그러나 통일에 대한 국민적 관심이 오히려 사공이 너무 많이 배가 산으로 가는 결과로 이어지지 않도록 각자의 역할에 대한 적절한 분담과 조정이 매우 중요하다.

특히 대통령과 국회의 역할은 매우 핵심적이면서도 권력분립의 틀 안에서 상호협력과 통제가 교차하므로 조심스럽게 정리되어야 할 필요가 있다. 한편으로는 통일과 관련한 행정업무가 무수히 많을 수밖에 없으므로, 이와 관련하여 대통령의 주도적인 역할이 필요할 것이지만, 다른 한편으로는 통일과 관련한 주요업무들은 입법사항일 수밖에 없으므로 국회의 동의나 국회가 제정한 법률적 근거 없이 대통령이 일방적으로 추진하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다.

예를 들어, 동서독 통일과정에서 그러했듯이 남한 정부가 북한정부와 통일협상을 할 때에는 정부가 앞장서야 할 것이다. 그러나 정부가 어떤 사항에 대해 어느 정도까지 북한정부에 대해 양보 또는 각종 지원등을 약속할 수 있는지는 오롯이 정부의 권한 내에 있는 것은 아니기 때문에, 정부의 통일협상과정에 어떠한 형태로든 국회의 참여 내지 협력이 불가피해진다. 다만 독일의 경우는 의원내각제 국가이기 때문에 이러한 문제가 크게 부각되지 않았다. 하지만 대통령제 국가인 우리의 경우 -특히, 통일협상 당시 여소야대 국회라면- 이러한 문제는 매우 예민한 부분이 될 수 있다.

물론 통일이라는 역사적 대의 앞에 당리당략이 우선할 수는 없을 것이며, 국민들이 그것을 좌시하지도 않을 것이다. 하지만 통일과 관련한 무수히 많은 사안들 속에 어떤 갈등과 충돌이 발생할 수 있는지는 어느 누구도 모든 것을 예측할 수는 없으며 결국 대통령과 정부가 담당하는 역할, 국회가

담당하는 역할에 대한 원칙을 존중하는 가운데 상호간의 충돌을 합리적으로 조정할 수 있는 절차와 기구 등을 사전에 마련할 필요가 있다.

⑶ 통일 이후의 사회적 통합의 중심축으로서의 의회가 갖춰야 할 것

통일과정에서는 - 현재의 대통령제 정부형태가 그때까지 유지된다는 전제하에 - 대통령과 국회의 협조가 중요할 수밖에 없다. 그리고 실제 통일과 관련된 행정업무의 처리과정에서는 대통령과 정부의 역할이 더 크게 부각될 수 있다. 그러나 통일이 이루어진 이후의 사회적 통합 과정에서는 사정이 달라질 것이다.

독일의 경우도 동서독이 서로 원해서 통일을 했음에도 불구하고 동독 시민들은 동독 시민들 대로, 서독 시민들은 서독 시민들 대로 괜히 통일했다는 불평불만이 쏟아져 나올 정도로 통일 이후의 사회통합은 험난한 과정이었다. 그럼에도 불구하고 극단적인 대립과 갈등으로 비화되지 않고 비교적 안정적인 정치적 과정 속에 이러한 갈등이 봉합될 수 있었던 것은 독일의 연방제와 더불어 의원내각제 정치제도의 역할이 매우 컸던 것으로 평가된다.[44]

동독 주민들이 기대했었던 것은 서독 주민들이 누리는 삶의 질이었던 반면에 이를 위해 서독주민들이 부담하고 있는 자본주의적 경쟁시스템에는 전혀 대비되어 있지 않았다. 그로 인해 많은 어려움이 있고 불만이 누적되었을 때 이를 어떤 형태로든 수렴, 반영하고 이를 논의과정에서 해소시킬 수 있도록 하는 역할을 주로 담당하였던 것이 독일의 정치과정, 그리고 그 중에서도 의회의 역할이었다. 이른바 승자독식의 정치문화가 지배하고 있는 우리의 경우와는 달리 연방제와 의원내각제를 기틀로 하고 있는 독일에서는 연방을 구성하고 있는 각 주들이 각자의 지분을 가지고 있을 뿐만 아니라, 국가 차원의 정책결정에서도 의원내각제적 정치구조로 인하여 비록 소수정당이라 하더라도 상당한 정치적 영향력을 가질 수 있다. 구 동독주민들의 입장을 대변하는 정당들이 생겨나고 그들의 정치적 영향력이 통일 이후

44) 장영수, 앞의 논문(주-5), 44-45면.

의 국가정책이 일방적으로 - 인구와 경제력 등에서 구동독에 비해 압도적 우위를 보이고 있는 - 구서독 중심으로만 흘러가지 않도록 하는데 결정적인 역할을 했던 것이다.[45]

이러한 과정을 통해 동서독의 사회통합이 천천히 하지만 확고하게 뿌리내릴 수 있었으며, 그 결과 동독출신인 안겔라 메르켈(Angela Merkel)이 현재 독일의 제1당인 기민당의 당수이자 독일의 총리로서 활동하고 있는 것 아니겠는가? 그런 의미에서 통일 이후의 사회통합과정에서는 대통령보다도 의회의 역할이 더 중요할 수 있다.

Ⅲ. 정부형태에 관한 통일합의와 의회의 권한 및 구성방식

1. 권력구조 내지 정부형태에 관한 통일합의에 따른 의회의 위상 변화

(1) 자유민주적 기본질서와 통일 한국의 권력구조의 기본틀

통일의 가장 기본적인 전제조건은 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일이어야 한다는 것이다. 앞서 검토한 바와 같이 이러한 요청은 현행 헌법 제4조에 따라 직접적인 효력을 가지고 있을 뿐만 아니라, 자유민주적 기본질서는 헌법제정권력조차도 구속하는 근본가치라는 관점에서 볼 때, 통일헌법을 새로 제정할 경우에도 그 규범적 구속을 벗어나지 못하기 때문이다.

자유민주적 기본질서를 전제할 때, 통일 한국의 권력구조는 인권보장을 최고의 가치로 인정하는 민주적 법치국가의 질서가 될 수밖에 없다. 즉, 민주주의와 법치주의를 부인하는 전체주의적 질서를 채택하는 것은 금지되는 것이며, 통일 한국의 헌법질서 내지 권력구조의 기본적 방향은 이미 정해져 있는 것이다. 물론 민주적 법치국가의 틀 안에서도 다양한 형태로 권력구조가 형성될 여지는 존재하며, 특히 정부형태의 선택은 권력구조의 틀을 크게

45) 장영수, 앞의 논문(주-5), 44-45면.

바꾸는 요인이 될 수 있다.

다만, 정부형태의 선택에 관하여는 정치학자들의 분류에 따라 전제주의적 정부[46]나 전체주의국가의 정부형태[47]를 포함하는 것은 가능하지 않다. 정치학자들과는 달리 대부분의 헌법학자들이 정부형태를 의원내각제, 대통령제, 이원정부제(분권형 정부형태)의 세 가지로 분류하고 있는 이유는 현행헌법의 해석, 나아가 새로운 헌법의 제정과 개정에 실질적 의미를 가질 수 있는 것은 사실상 이 세 가지의 정부형태로 한정되기 때문이다.

같은 맥락에서 이하의 정부형태에 대한 구분은 의원내각제, 대통령제, 이원정부제에 한정하며, 이를 바탕으로 통일헌법에서 어떤 정부형태를 채택하는지에 따라 통일 한국의 의회가 어떻게 구성되며, 어떤 지위와 권한을 갖게 될 것인지에 대하여 고찰하고자 한다.

⑵ 정부형태의 유형과 각각의 장단점

의원내각제와 대통령제, 이원정부제를 구분하는 기준은 의회와 정부의 구성방식이다.[48] 즉, 이들 정부형태는 권력분립의 원칙에 따라 입법부와 집행부가 각기 독립된 기관으로 구성하되, 그 구성 및 권한 배분의 구체적 방식에서는 적지 않은 차이가 발생할 수 있으며, 실제 각국의 권력구조를 통해 이를 확인할 수 있다는 점에 초점을 맞춰서 정부형태를 유형화한 것이다.[49]

의원내각제 정부형태는 국민의 선거에 의해 의회를 구성하고, 의회에서 내각을 구성하는 방식을 취하고 있는 정부형태이다. 이러한 의원내각제는 의회와 정부의 공화관계를 특징으로 하며, 국민이 선출한 의회의 다수파가

---

46) 칼 뢰벤슈타인은 정부형태를 전제주의적 정부형태와 입헌주의적 정부형태로 구분한 바 있다(장영수, 앞의 책[주-2], 1088면).

47) 파이너는 현대적 정부형태를 자유민주국가의 정부형태, 전체주의국가의 정부형태, 제3세계국가의 정부형태로 나누고 있다(장영수, 앞의 책[주-2], 1088면).

48) 성낙인, 앞의 책(주-42), 362면; 장영수, 앞의 책(주-2), 1087면.

49) 사법부의 경우 그 독립성이 가장 중요한 헌법적 요청의 하나라는 점에서 정부형태의 변화에도 불구하고 영향을 거의 받지 않고, 받지 않아야 하는 것으로 이해되고 있다. 이에 관하여는 장영수, 앞의 책(주-2), 1086-1087면 참조.

내각을 구성함으로써 정부의 민주성과 의회에 대한 책임성이 강하다는 점이 장점으로 부각된다.[50] 반면에 군소정당 난립의 경우 정국의 불안정, 정당정치에 치우칠 경우 견제장치의 부재 등이 단점으로 지적되고 있다.[51]

대통령제는 미국이 영국 식민지를 벗어나면서 창안한 정부형태로서 의회뿐만 아니라 정부의 수반인 대통령도 국민이 선출하도록 함으로써 의회와 정부의 상호 독립 및 견제와 균형을 강화한 정부형태이다.[52] 삼권분립의 요청에 가장 철저한 정부형태로 평가되며, 유럽 내의 다수 선진국이 채택하고 있는 의원내각제와는 달리 제3세계의 국가들에서 많이 채택되었으나, 미국 이외에 대통령제를 성공시킨 나라는 별로 없는 것으로 평가된다.[53] 이는 대통령제가 -국민으로부터 직접 선출된 대통령이 정부 수반이 되어- 의회 내에서의 정당 간 갈등에도 불구하고 정부를 안정적으로 이끌어갈 수 있다는 장점이 있으나, 독재화되기 쉽다는 단점을 극복하지 못한 때문이라고 할 수 있다.[54]

혼합형 정부형태 또는 분권형 정부형태로 지칭되기도 하는 이원정부제는 양자의 장점을 결합시키고자 한 것이다.[55] 바이마르 공화국의 경우처럼 평상시에는 의원내각제의 민주성과 책임성을, 비상시에는 대통령의 강력한 리더십에 기초한 위기극복을 위하여 양 제도의 결합을 시도했으나, 결과적으로 장점의 결합이 아닌 단점의 결합으로 나타났다.[56] 반면에 프랑스의 경우에는 오랜 기간 의원내각제 정부형태를 운용했으나 결과적으로 실패하고 1958년 이른바 드골헌법에 의해 평상시에 국민에 의해 직선된 대통령과 의

---

50) 장영수, 정부형태의 선택 기준과 분권형 정부형태의 적실성, 「고려법학」 제86호(2017.9), 243면.

51) 장영수, 앞의 논문(주-50), 243면. 독일의 경우 이러한 문제를 최소화하기 위하여 이른바 건설적 불신임제도와 5% 저지조항을 도입하였다. 이에 관하여는 김도협, 독일의 건설적 불신임제도에 관한 일고찰, 「공법연구」 제28집 제2호(2000), 289-306면; 음선필, 저지조항, 순천향대학교 「사회과학연구」 제7권 제1호(2001), 183-198면 참조.

52) 장영수, 앞의 책(주-2), 1093면.

53) 장영수, 앞의 책(주-2), 1094면.

54) 장영수, 앞의 책(주-2), 1094면.

55) 장영수, 앞의 논문(주-50), 243면.

56) 장영수, 앞의 책(주-2), 1098-1099면.

회에서 간선된 총리가 총리가 정부를 분장하는 방식의 이원정부제를 도입한 이래 지금까지 비교적 성공적으로 운용하고 있다.[57]

주목할 점은, 같은 정부형태를 취한 국가 중에서도 성공과 실패가 엇갈리는 것에서 확인되듯이 특정의 정부형태가 무조건 우월한 것으로 보기는 어렵고, 각국의 정치적·사회문화적 배경에 따라 다른 결과가 나타날 수 있다는 것이다. 그러므로 우리에게 맞는 정부형태가 무엇인지를 면밀하게 분석하는 것이 정부형태들 간 추상적인 장단점의 비교보다 훨씬 중요하다고 할 수 있다.[58]

(3) 통일 한국의 정치적·사회적 상황과 정부형태의 선택

현재의 시점에서 어떤 정부형태가 우리의 정치상황에 맞으며, 향후의 발전을 위해 바람직할 것인지를 판단하는 것과 통일 한국의 정부형태를 어떤 것으로 취하는 것이 바람직할 것인가를 판단하는 것은 약간의 차이가 있을 수 있다.

예컨대 의원내각제는 현시점에서 바람직한 정부형태로 보기 어렵다. 의원내각제가 갖는 장점이 많고, 의원내각제를 선호하는 정치인들이나 학자들도 적지 않지만, 국민들의 압도적 다수가 의원내각제에 대한 부정적 인식을 가지고 있는 상태에서 이를 강행하는 것은 사실상 무리이며, 설령 관철된다 하더라도 만만치 않은 역풍을 맞게 될 것으로 보이는 것이다.

그러나 장래에 의원내각제가 통일 한국의 정부형태로서 적절한지를 판단할 경우에는 상황이 달라질 수 있다. 현시점에서 의원내각제에 대한 국민들이 반대하는 주된 이유는 국회와 국회의원들에 대한 불신이 크다는 점에 있는데, 통일 이전에 정치권의 노력에 의해 국민들의 불신이 많이 불식될 경우에는 의원내각제의 채택 가능성도 높아질 수 있기 때문이다.

또한 이와 관련하여 통일 국가에서 각각의 정부형태가 갖는 장점과 단점에 대한 비교도 매우 중요한 의미를 가질 수 있다. 통일 이후의 다양한 행정수요를 신속하고 효율적으로 처리한다는 점을 고려하면 대통령제의 장점

57) 장영수, 앞의 책(주-2), 1099면.
58) 장영수, 앞의 논문(주-50), 243-244,면

이 나타날 수도 있는 반면에 통일 한국에서 (특히 북한 지역에서) 다양한 욕구가 분출되는 것을 정치적으로 적절하게 수용하고 정리함으로써 사회통합에 기여할 수 있다는 점에서는 -이른바 승자독식의 구조를 가지고 있는 대통령제보다는- 의원내각제의 장점이 잘 발현될 수 있을 것이다.[59]

2. 대통령제 하에서 의회의 권한과 구성방식

(1) 대통령제의 개념과 특성

대통령제 정부형태는 입법부와 집행부를 엄격하게 분리시키고, 그럼으로써 입법부와 집행부의 공화적 관계보다는 상호독립성을 더욱 강조하는 정부형태이다.[60] 이러한 입법부와 집행부의 상호독립성은 대통령제 정부형태의 가장 기본적인 특성이라고 할 수 있다.

입법부와 집행부의 독립성은 첫째, 구성 단계에서 의회와 대통령이 각기 국민의 선거에 의해 별도로 선출되는 것으로 나타난다. 둘째, 활동 단계에서의 독립성은 원칙적으로 구성원의 겸직을 금지함으로써 양 기관의 독립적인 활동을 가능하게 할 뿐만 아니라,[61] 각 기관에 부여된 정당성에 근거하여 각자 입법활동과 집행활동에 전념하도록 하는 것이다. 셋째, 존속에 있어서의 독립성은 의원내각제와는 달리 의회의 내각불신임권이나 내각의 의회해산권이 인정되지 않는 것에서 나타난다.

또한 대통령제는 대통령이 국가원수와 집행부의 수반을 겸직하는 것이 일반적이라는 점에서 집행부의 일원적 구성을 특징으로 한다. 의원내각제의 총리와는 달리 대통령은 정부의 수반일 뿐만 아니라, -국민에 의해 직접 선출됨으로써 획득하는 대통령의 강력한 민주적 정당성을 기반으로- 국가원

---

59) 독일의 경우에도 의원내각제 정부형태가 통일 이후의 사회통합에 긍정적으로 작용했다고 평가되기도 한다. 이에 관하여는 장영수, 앞의 책(주-5), 44면 이하 참조.

60) 장영수, 앞의 책(주-2), 1094면.

61) 우리나라의 경우 국회의원의 국무위원 겸직을 허용하고 있는 것은 대통령제가 아닌 의원내각제적 요소라고 평가되고 있으며, 이런 요소들로 인하여 변형된 대통령제로 지칭되고 있다. 이에 대하여는 장영수, 앞의 책(주-2), 1105면.

수로서의 지위도 함께 갖는 것은 대통령이 다른 국가기관들에 대하여 상대적 우월성을 갖게 하는 요인이 되기도 한다.

또한 의회와 정부의 견제와 균형이 다른 정부형태에 비해 강하고 뚜렷하게 나타난다는 특징을 보인다. 이는 무엇보다 의회의 핵심 권한인 입법권에 대해서 대통령이 법률안 거부권을 행사할 수 있다는 것, 그리고 정부의 활동에 대해서는 의회의 인사 및 예산에 대한 강력한 통제가 인정되는 것으로 나타난다.

⑵ 대통령제 하에서 의회의 성격과 구성방식

정부형태에 따라서 정부의 구성방식이 크게 달라지는 것과는 달리 의회의 구성방식에는 큰 차이가 없다. 어떤 정부형태 하에서도 의회는 국민의 선거에 의해 선출되어야 하며, 국민으로부터 직접적인 민주적 정당성을 부여받지 못한 국가기관은 의회라고 부를 수조차 없는 것이다.[62]

그러나 정부형태에 따라 의회의 성격에는 상당한 차이가 나타나게 된다. 대통령제 하에서 의회는 -대통령제 정부형태 자체가 매우 엄격한 권력분립과 이를 기초로 한 견제와 균형의 논리를 강조하는 것이기 때문에- 다른 정부형태 하에서 의회와는 달리 정부의 구성에 관여하지 못하며, 오로지 입법기능, 그리고 정부에 대한 통제기능에 초점을 맞추고 있기 때문이다.

이러한 측면에서 대통령제 하에서 의회 구성방식의 특징은 (미국의 대통령제를 중심으로 볼 때) 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 앞서 언급했듯이 의원직과 내각 각료직의 겸직이 금지되는 것이 원칙이다. 이를 통해 상호독립성이 확실해질 수 있는 것이다.[63]

둘째, 의회가 정부에 대한 통제를 제대로 할 수 있기 위해서는 의원들의 전문성을 향상시키는 것이 필요하며, 이를 위해 상임위의 활성화 및 의원들의 상임위 활동의 연속성이 강조된다.[64]

---

62) 장영수, 앞의 책(주-2), 1119-1120면.

63) 장영수, 앞의 책(주-2), 1105면.

64) 이러한 점은 우리나라의 국회의원들이 2년 단위로 상임위를 변경하는 것(국회법 제40조)과 대조적이다.

셋째, 의회는 입법기능과 정부에 대한 통제기능을 합리적으로 수행할 수 있는 조직을 갖춰야 한다. 여기서 의원이 해당 분야의 전문성을 충족시키는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다는 점을 고려하여 의회 내에 다양한 전문적 보조인력 및 보조기관들이 포진하게 된다.[65]

⑶ 대통령제 하에서 의회의 권한

대통령제 하에서 의회의 권한은 크게 세 가지로 분류될 수 있다. 입법권, 정부에 대한 통제권, 국회 내부의 문제를 해결하기 위한 자율권이 그것이다. 그 중에서 특히 큰 비중을 갖는 것은 정부에 대한 통제권이다.

대통령제 하에서의 의회는 정부의 구성에 직접 참여하지 못하는 대신, 정부의 인사에 대해서는 강력한 통제권을 갖는다. 정부의 핵심적 위치에 있는 고위직 공무원에 대해서는 광범위한 인사청문권을 가지며,[66] 인사청문회의 결과에 따라 임명 자체를 무산시키는 것도 가능하다. 이러한 인사에 대한 의회의 통제가 오·남용될 경우에는 국정의 혼란 내지 마비를 야기할 수도 있지만, 대통령의 권한이 오·남용될 경우의 문제는 더욱 심각하고 장기적인 것이 된다는 점에서 의회의 인사통제권은 정당한 것으로 인정된다.

인사에 대한 통제 이상으로 큰 의미와 비중을 갖고 있는 것은 재정에 대한 통제권이다. 특히 미국의 경우 예산법률주의를 채택하고 있을 뿐만 아니라,[67] 이를 실질화하기 위해 지출승인법을 제정함으로써 정부의 중요한 재정지출에 대해서는 의회가 정부의 활동 전반을 강력하게 통제할 수 있도록 하고 있다.[68]

---

65) 미국에서는 사무처, 도서관, 감사원, 예산처 등의 다양한 보조기관이 의회의 활동을 보조하고 있다. 이에 관하여 상세한 것은 국회운영위원회 수석전문위원실, 『주요국의 의회제도』, 2004, 86면. 이하 참조.

66) 미국의 인사청문제도에 관하여는 강승식, 미국 상원의 행정부 공직후보자에 대한 인사청문회, 「미국헌법연구」 제26권 제1호(2015.4), 1-29면 참조.

67) 미국의 예산법률주의에 관하여 자세한 것은 강승식, 『미국에서의 권력분립원리』, 한국학술정보, 2005, 179면 이하; 김인철, 『예산법률제로의 전환 등에 따른 예결위원회의 기능 및 심의절차 등 개혁안 연구』(국회 예산결산특별위원회 연구보고서), 2017, 20면 이하; 임재주, 『국회에서 바라본 미국의회』, 한울아카데미, 2012, 367면 이하; 전주열/ 이상경/ 임현/ 김대홍/ 이승현, 『의회·행정부 관계와 예산권한배분에 관한 연구』, 한국법제연구원, 2018, 341면 이하 참조.

그 밖에도 의회의 권한은 매우 광범위하지만,[69] 가장 핵심적인 통제권은 이와 같은 인사 및 재정에 대한 통제권이라 할 수 있다. 이러한 의회의 통제권이 통일 이후의 사회통합 과정에서 과연 순기능이 더 클 것인지, 역기능이 더 클 것인지는 운영의 묘에 달려 있을 것이지만, 통일 이후에 산적한 후속과제들을 신속하고 효율적으로 처리하기 위해 대통령제를 채택한 경우라면 국회의 통제권도 상당 부분 자제되어야 할 경우가 많아질 수 있다.

3. 의원내각제 하에서 의회의 권한과 구성방식

(1) 의원내각제의 개념과 특성

의원내각제는 의회 중심의 정부형태이다. 17~18세기에 영국에서 시작된 의원내각제는 국민에 의해 선출된 의회가 입법권을 담당할 뿐만 아니라, 의회의 다수파가 정부를 구성함으로써 의회가 전체적인 국정운영의 중심에 서는 것이다.[70]

이러한 의원내각제는 의회와 정부의 공화관계에 기초한다는 점에서 대통령제와는 확연한 차이를 보인다. 대통령제 정부형태가 의회와 정부의 독립성을 강조하는 가운데 구성, 활동, 존속에 있어서 각기 독자성을 갖는 반면에 의원내각제는 의회와 정부의 공화적인 관계 속에서 상호 협력을 강조하며, 국민이 의회에 부여한 민주적 정당성에 기초하여 정부의 민주성과 책임성을 확보한다는 점에 초점을 맞추고 있는 것이다.

이렇게 구성된 의원내각제 하에서의 정부는 국가원수와 정부수반이 분리된다는 점에서 대통령제와 구별된다. 대통령제 하에서는 대통령이 양자의 지위를 겸하는 것이 일반적인 것과는 달리 의원내각제에서는 정부수반으로

---

68) 미국의 지출승인제도에 관하여는 홍종현, 『재정민주주의에 대한 헌법적 연구』, 고려대 박사학위논문 2012, 87면 이하 참조.

69) 미국 의회의 권한에 관하여는 강승식, 미국헌법상 연방의회의 권한과 그 한계, 「공법학연구」 제6권 제2호(2005.6), 279-311면 참조.

70) 영국의 의원내각제에 관하여는 이영우, 영국의 의원내각제에 관한 연구, 「토지공법연구」 제62집(2013), 421-438면 참조.

서의 총리와 국가원수로서의 왕 또는 대통령이 각기 별도로 존재함으로써 구조적인 차이가 나타나고 있는 것이다.[71]

이러한 의원내각제 하에서도 권력분립은 여전히 중요한 헌법적 요청이며, 의회가 일방적으로 정부를 지배하는 것은 아니다. 이와 관련하여 총리가 다수당의 당수로서 의회에서 큰 영향력을 가짐과 동시에 정부의 수반으로서의 지위를 갖게 됨에 따라 총리의 독재가 우려된다는 지적도 적지 않다. 이러한 문제들과 관련하여 한편으로는 내각 안에서 총리의 역할을 제한하며, 다른 한편으로는 의회의 내각불신임권과 내각의 의회해산권을 동시에 인정함으로써 상호 견제와 균형이 가능하도록 하고 있는 것도 의원내각제의 기본적 특성의 하나이다.

⑵ 의원내각제의 하에서 의회의 성격과 구성방식

의원내각제 하에서 의회는 국정운영의 중심이며, 그 민주적 정당성은 의회의 활동뿐만 아니라 정부의 구성과 활동에도 직접적인 영향을 미친다. 그에 따라 의회 선거의 중요성은 매우 크며, 대통령제 하에서의 의회 선거 이상의 의미와 비중을 갖는 것으로 볼 수 있다. 물론 국민의 선거에 의해 의회를 구성한다는 점에서는 차이가 없다. 다만, 내부적인 조직과 관련하여 다음과 같은 몇 가지 특징이 나타나고 있다.

첫째, 의회와 정부의 공화관계에 따라 의원직과 내각의 각료직의 겸직을 인정하는 것이 일반적이라는 점에서 차이를 보인다. 이러한 차이는 대통령제가 겸직을 금지하고 있는 것과는 대조적이다.[72]

둘째, 의회와 정부의 협업이 광범위하게 인정되고 있기 때문에 위원회의 구성이 다양하다. 예컨대 영국의 상임위원회(standing committee)는 대부분 매 법안마다 새로 구성되고 동 법안에 대한 심사가 끝나면 해체된다는 점에서 우리 국회의 상임위원회와는 차이를 보인다.[73]

---

71) 물론 의원내각제 하에서의 국가원수는 형식적·의전적 권한을 주로 행사하므로 실권은 대부분 총리에게 있다. 그럼에도 불구하고 대통령제 하에서의 대통령과는 그 헌법상 지위가 다르다고 볼 수 있다.

72) 다만, 우리나라처럼 대통령제를 근간으로 하면서도 일부 의원내각제적 요소를 받아들여 겸직을 허용하는 예도 있다.

셋째, 의회의 다수당이 정부를 구성함에 따라 소수당이 정부-여당을 통제하는 것이 중요해진다. 이에 따라 소수당의 실질적 기능을 보장하기 위한 조사위원회의 활동에 대한 보장이 큰 의미를 갖는다. 예컨대 독일의 조사위원회(Untersuchungsausschuss)는 기본법 제44조에 근거한 것으로서 국정조사위원회를 연방의회의원 4분의1 이상의 요구에 따라 구성할 수 있도록 하고 있다.[74]

⑶ 의원내각제의 하에서 의회의 권한

의원내각제 하에서도 큰 틀에서 의회의 권한은 대통령제와 유사하다고 볼 수 있다. 의회가 입법권을 가지며, 정부에 대한 통제권을 갖는다는 점에 본질적인 차이는 없다고 할 수 있는 것이다. 그러나 구체적인 문제로 들어가면 몇 가지 특징적인 권한들이 발견된다.

첫째, 의원내각제 하에서 의회는 정부의 구성에 대한 참여권을 갖는다. 즉, 대통령제의 경우와는 달리 의원들이 내각의 각료를 겸직할 수 있기 때문에 의회에서 내각을 구성할 뿐만 아니라, 의회의 구성원인 의원들이 총리를 비롯한 내각의 각료를 겸할 수 있는 것이다.

둘째, 의회의 정부에 대한 통제권도 대통령제의 경우와 마찬가지로 중요한 의미를 갖지만, 의원내각제 하에서는 정부의 활동에 대한 협력도 매우 중요하기 때문에 의회가 정부의 활동에 관여할 수 있는 공식적·비공식적 여지가 매우 폭넓게 인정된다. 그 반작용으로 의회의 정부에 대한 통제가 약화되는 측면도 나타나고 있다.[75]

셋째, 총리가 다수당의 대표이기도 한 경우가 많은 의원내각제에서는 의회와 정부의 충돌시 총리의 결정을 우선시키는 경우가 많다는 점에서 의회의 결정을 우선시키는 경우가 많은 미국의 경우와 차이를 보인다.[76]

---

73) 국회사무처 의사국, 『영국의회 의사규칙』, 2006, 161면 참조.

74) 이에 관하여는 홍일선, 독일연방의회의 국정조사권 -기본법 제44조의 국정조사위원회를 중심으로-, 「헌법학연구」 제11권 제3호(2005), 101-153면 참조.

75) 특히 재정통제에서 영국과 미국 등의 의회권한을 비교한 것에 관하여는 김춘순, 국가간 예산제도의 비교분석 -의회와 행정부의 권한 관계에 따른 4분면 유형별 분석-, 「한국행정논집」 제26권 제1호(2014.3), 1-29면 참조.

이러한 의원내각제는 사회통합을 위해 긍정적인 기능을 할 것이라는 평가가 높으며, 통일 이전에 의원내각제를 도입할 수 있는 여건이 성숙될 경우에는 대통령제보다는 의원내각제가 통일 한국의 정부형태로 적합하지 않을까 생각된다.[77]

4. 이원정부제(분권형 정부형태) 하에서 의회의 권한과 구성방식

(1) 이원정부제의 개념과 특성

의원내각제와 대통령제도 각기 영국과 미국에서 처음 만들어진 이후 세계 각국에서 자국의 정치·문화적 여건에 맞는 형태로 변형하여 도입하는 것이 일반적이었기 때문에 순수한 형태의 대통령제, 순수한 형태의 의원내각제는 찾기 어렵다.[78] 다양한 형태의 변형된 대통령제, 변형된 의원내각제가 존재하는 것이다.

그런데 각국의 정부형태 중에서는 대통령제의 요소와 의원내각제의 요소가 거의 대등하게 결합되어 있는 것들이 있다. 변형된 대통령제 또는 변형된 의원내각제로 보기에 곤란한 것들이 있는 것이다. 이러한 정부형태를 이원정부제로 지칭한다.[79]

---

76) 예컨대, 의회 정보위원회 정보공개 결의에도 불구하고 정보위원회의 활동 및 결과의 공개와 관련하여 관련한 마찰이 있을 때, 영국의 경우에는 총리에게 최종적인 결정권을 주고 있는 반면에, 미국이 경우에는 의회 본회의 의결을 따르게 하고 있다(허태회/박진수, 미국, 영국, 한국 의회의 국가정보 감시제도 비교 연구, 「분쟁해결연구」 제13권 제1호[단국대학교 분쟁해결연구센터, 2015], 134면).

77) 의원내각제가 통일헌법의 정부형태로서 적합한 점은 통일한국의 민주적 의사형성과정을 고려한 것이다. 즉, 통일한국의 정치적·문화적 환경이 오랜 분단으로 인한 이질성을 피할 수 없다는 점과 이를 극복하기 위한 노력의 중요성을 고려할 때, 의원내각제를 통한 민주성과 책임성의 강화는 통일 이후의 사회통합에도 긍정적으로 작용할 수 있을 것으로 기대할 수 있다(장영수, 앞의 논문[주-5], 44면 이하; 정철, 통일헌법의 권력구조, 「법학논총」 제25권 제2호(국민대학교 법학연구소, 2012.10), 187-188면).

78) 장영수, 앞의 책(주-2), 1097면. 더욱이 미국의 대통령제나 영국의 의원내각제도 100년 전, 또는 200년 전과는 크게 달라졌기 때문에 과연 순수한 형태의 대통령제나 의원내각제가 무엇인지도 문제된다.

79) 성낙인, 앞의 책(주-42), 381-385면; 장영수, 앞의 책(주-2), 1099면.

이원정부제는 대통령제의 핵심적 요소의 하나인 국민에 의해 선출된 대통령이 국정의 한 축을 담당함과 동시에, 의원내각제처럼 의회에 의해 선임된 총리가 국정의 다른 한 축을 담당하는 방식을 취한다.[80] 즉, 대통령과 총리가 정부를 분장(分掌)하는 것이 이원정부제의 기본적 특성이며, 바로 이러한 특성으로 인하여 이원정부제(Dual Executive System)라는 용어가 사용되고 있다.[81]

국민에 의해 선출된 대통령은 국가원수로서의 지위와 더불어 집행권의 일부를 담당하며,[82] 의회에 대해 책임을 지지 않는 것이 일반적이다. 반면에 의회에서 선임된 총리는 내각을 구성하며, 의회에 대해 책임을 지도록 함으로써 의원내각제의 장점인 책임정치를 살리려는 것이다.

⑵ 이원정부제 하에서 의회의 성격과 구성방식

이원정부제는 대통령제의 요소와 의원내각제의 요소를 거의 대등한 비중으로 결합시킨 것이기 때문에 의회의 성격도 대통령제와 유사한 부분이 나타나기도 하고, 의원내각제와 유사한 측면이 나타나기도 한다. 무엇보다 의회와 대통령의 관계는 대통령제와 유사한 반면에, 의회와 총리(내지 내각)의 관계는 의원내각제와 유사하다.

이처럼 복잡한 관계 속에서 의회와 정부의 관계가 설정된 탓에 의회의 구성방식도 다양하게 나타난다. 물론 국민의 선거를 통해 구성된다는 점은 정부형태를 떠나서 가장 기본적인 요청이며, 그밖에 내부조직의 구성 등과 관련하여 대통령제의 특징 또는 의원내각제의 특징으로 나타나는 것들이 이원정부제를 취하고 있는 국가들 사이에서는 하나의 일정한 경향을 보인다기보다는 상당한 정도의 편차를 보이고 있는 것이다.[83]

---

80) 성낙인, 앞의 책(주-42), 385면; 장영수, 앞의 책(주-2), 1097면.

81) 그동안 이를 신대통령제 또는 준대통령제(Semi-Presidentialism)라고 부른 경우도 있다.

82) 예컨대 외교, 국방 등을 대통령이 담당하는 프랑스의 경우가 가장 널리 알려져 있으나, 이원정부제를 취한 국가들 사이에도 구체적인 권한 배분에는 차이가 적지 않다. 이에 관하여는 성낙인, 앞의 책(주-42, 383면 이하 참조.

83) 이에 관하여 자세한 것은 성낙인, 이원정부제(반대통령제)의 구체화를 위한 권력분점

이와 관련하여 주목할 것은 이원정부제 자체에서도 대통령과 총리 사이의 권한 분배에 따라서 대통령 중심의 이원정부제(분권형 정부형태) 또는 총리 중심의 이원정부제(분권형 정부형태), 균형형 이원정부제(분권형 정부형태) 등으로 구분하는 견해도 있으며,[84] 이러한 형식적인 구분을 떠나서도 이원정부제를 채택한 국가들의 실제 권력구조 내지 권한의 행사는 상당히 다양한 스펙트럼을 보이고 있다는 점이다.[85]

⑶ 이원정부제 하에서 의회의 권한

이원정부제 하에서 의회의 권한은 이중적이다. 대통령에 대해서는 통제권한이 매우 약화되는 반면에 총리와 내각에 대해서는 보다 강력한 영향력을 미칠 수 있게 되는 것이다. 이러한 의회의 권한을 어떻게 적절하게 행사하느냐에 따라 의원내각제의 성공 여부에 큰 영향을 미칠 수 있을 것이다.

먼저, 의회의 대통령에 대한 직접적인 영향력 행사가 매우 제한된다. 물론 헌법에서 정하기에 따라 대통령에 대한 국회의 통제권을 폭넓게 인정하는 것도 가능하겠지만, 이는 이원정부제의 본질을 벗어나게 만들 가능성이 매우 높다. 이원정부제를 취하고 있는 국가들이 -대통령의 권한 범위에 대해서는 상당한 차이를 보이고 있지만- 대통령에 대한 의회의 통제권 인정에는 소극적인 이유가 여기에 있다.[86]

둘째, 총리 및 내각에 대해서는 의회의 광범위한 관여가 인정된다. 의회에서 총리를 선출하고 내각의 구성에 직·간접의 영향을 미칠 수 있는 것은 물론이고, 총리와 내각은 의회에 대하여 책임을 지며, 의회의 내각에 대한 광범위한 권한이 -의원내각제와 유사하게- 인정되는 것이다.

셋째, 의회는 총리와 내각에 대한 불신임권을 갖는다. 그러나 의회해산

의 구현, 「공법연구」 제38집 제1호 제1권(2009.10), 269-297면; 성낙인, 앞의 책(주-42), 386-390면 참조

84) 장영수, 분권형 정부형태에서 대통령-총리의 역할분담에 관한 연구, 「유럽헌법연구」 제23호(2017.4), 137-140면.

85) 이에 관하여는 장영수, 앞의 논문(주-84), 121-166면 참조.

86) 이 점에서는 의회의 대통령에 대한 통제권이 대통령제 하에서보다도 더 제한된다고 볼 수 있다.

권은 총리가 아닌 대통령에게 부여한 국가가 많다.[87] 의회해산의 문제는 국가적 중대사라는 관점에서 국가원수인 대통령이 행사하도록 한 것이다. 다만, 이 때에도 총리가 의회해산을 요청할 수 있도록 함으로써 균형추를 잡으려 한 경우도 있다.[88]

이러한 이원정부제는 최근 분권형 정부형태라는 이름으로 개헌 논의과정에서 매우 유력한 대안의 하나로 제시되고 있으며, 이에 대한 기대와 우려가 교차하고 있는 상태이다. 향후 신중한 논의와 국민의사의 수렴이 필요하겠지만, 통일 한국의 정부형태로 적합하다기보다는 의원내각제로의 발전을 위한 징검다리의 역할을 기대하는 것이 보다 현실적일 것으로 보인다.[89]

Ⅳ. 연방제 및 양원제에 관한 통일합의와 의회의 구성방식 및 권한

1. 연방제 및 양원제 도입시 의회 구성방식의 변화

(1) 양원제의 개념과 특성 및 통일 한국에서의 기능

정부형태에 따른 의회의 구성방식 및 권한의 차이에 못지않게, 아니 어쩌면 그 이상으로 통일 이후의 의회 구성방식 및 권한에 영향을 미칠 수 있는 변수가 양원제의 채택 여부이다.

양원제는 의회를 상원과 하원의 두 개의 원으로 구성하는 방식이며,[90]

---

87) 이러한 국가로는 예컨대, 프랑스, 포르투갈, 아일랜드 등이 있다. 이에 대해서는 성낙인, 앞의 책(주-42), 387면, 장영수, 앞의 논문(주-84), 140면, 145면.

88) 예컨대 핀란드 헌법 제26조는 총리의 제안 및 원내교섭단체와 협의 후에 대통령이 비상총선권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 대하여는 장영수, 앞의 논문(주-84), 141면, 151면 참조.

89) 이에 관하여는 장영수, 권력구조의 개헌에 관한 제18대 국회 헌법연구자문위원회의 연구, 「안암법학」 제53호(2017.5), 91면 이하 참조.

90) 변해철, 앞의 논문(주-31), 82-83면; 장영수, 앞의 책(주-2), 1140면; 홍완식, 헌법개정에 있어서 국회 분야 논점, 「헌법학연구」 제12권 제4호(2006.11), 431면.

대부분 하원은 국민의 인구비례에 따라 선출하는 반면에, 상원의 구성방식은 다양하다.[91] 미국이나 독일처럼 연방국가에서 주(州)의 대표로 구성되는 경우가 가장 많으나,[92] 프랑스처럼 지방자치단체의 대표로 구성되는 경우도 있고,[93] 영국처럼 귀족원으로 구성되는 경우가 있다. 즉, 양원제는 연방제를 채택할 경우에는 필수적인 것으로 인정되고 있지만, 프랑스, 영국, 일본처럼 연방제를 채택하지 않은 나라 중에서도 이를 도입하여 나름의 긍정적 기능을 살리고 있는 국가도 있는 것이다.

그러므로 통일 한국에서 연방제를 채택할 경우에는 양원제의 도입이 필수가 될 것이지만, 연방제를 채택하지 않을 경우에도 양원제의 도입에 대해서는 적극적으로 검토할 필요가 있다.[94]

양원제에 대해서는 국민의 의사를 정확하게 반영하지 못한다는 비판[95]과 더불어 시간과 비용의 소모, 정쟁의 심화 등이 우려되기도 한다.[96] 그러나 2017년 국회 개헌특위를 중심으로 한 개헌논의 과정에서도 지방분권의 강화와 더불어 이를 뒷받침할 수 있는 양원제의 채택이 강력하게 주장된 바 있었다.[97] 그것은 양원제가 국민의 다양한 이해관계를 여러 통로를 통해 반

91) 홍완식, 앞의 논문(주-90), 438면.

92) 연방국가들의 경우에도 상원을 구성하는 방식은 각기 차이를 보인다. 예컨대 미국의 경우 그 주(州)의 주민들의 선거를 통해 상원의원을 선출하는 반면에 독일에서는 주(州)정부가 상원의원을 임명한다. 이에 대하여는 이준일, 통일 후의 의회형태로서 양원제, 「세계헌법연구」 제20권 제1호(2014), 99-100면, 102-103면 참조.

93) 프랑스 상원의 구성에 관하여 자세한 것은 한동훈, 『프랑스 헌법상 상원에 관한 연구』, 헌법재판연구원, 2016, 20면 이하 참조.

94) 김병록, 앞의 논문(주-31), 648-649면; 송석윤, 양원제의 도입방안에 대한 연구, 「헌법학연구」 제14권 제4호(2008.12), 326면 이하; 이준일, 앞의 논문(주-92), 119면; 제20대 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 앞의 책(주-40), 288-289면, 310면. 통일 논의와는 별론으로 양원제 개헌론에 대한 반대견해에 대하여는 신우철, 양원제 개헌론 재고(再考), 「법과 사회」 제38권(2010.6), 99-124면; 홍완식, 앞의 논문(주-90), 439면 참조.

95) 프랑스 대혁명 당시의 정치사상가 쉬에스가 양원제에 대하여 "제2원이 제1원과 같은 결정을 한다면 무용한 존재이고, 반대로 제2원이 제1원과 다른 결정을 한다면 제2원은 유해한 존재이다."(장영수, 위의 책[주-2], 1141면에서 재인용)라고 비판한 것은 유명하다.

96) 양원제의 장단점에 관하여는 송석윤, 앞의 논문(주-94), 325면 이하 참조.

97) 제20대 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 앞의 책(주-40), 300-302면.

영시킬 수 있다는 점에서 분권의 강화라는 현대 민주주의의 경향에 더 잘 맞는 것으로 볼 수 있기 때문이다.[98]

더욱이 통일 이후의 남북한 주민들 사이의 문화적 충격의 완화 및 사회통합의 필요성 등을 고려할 때, 양원제 의회가 단원제 의회보다 -동서독통일 이후 독일의 사회통합과정에서 그러했듯이- 더 효율적인 측면이 있을 것으로 기대되는 것이다.[99]

⑵ 하원의 성격과 구성방식 및 권한

하원은 기본적으로 국민의 인구비례에 따라 선출되는 의원들로 구성되며, 이는 양원제를 채택한 민주국가에서 공통적인 것이다. 다만, 선거제도의 구체적인 방식과 관련하여 소선거구-다수대표제를 채택할 것인지, 중·대선거구 소수대표제를 채택할 것인지, 그리고 의원 정수의 일정 부분을 전국구·광역선거구-비례대표제로 충원하는 방식을 도입할 것인지 여부에서 차이를 보일 뿐이다.[100]

최근 우리의 선거구획정과 관련하여 도시와 농어촌 지역 간 인구불균형이 심화되어 도시 지역에서 선출하는 의원수가 많아지는 반면에, 농어촌 지역을 대표하는 의원수가 적어짐에 따라[101] 이른바 지역대표성이 크게 문제되고 있다.[102] 통일 이후에는 남한지역과 북한지역의 인구불균형이 매우

---

98) 장영수, 직접민주제 강화 개헌의 쟁점과 성공조건, 「한양법학」 제28권 제2집(2017.5), 59-90면의 각주 9에서 "다원성이 강조되는 현대사회에서 국민들의 다양한 욕구는 시장의 트렌드 변화에서도 확인된다. 과거와 같은 대량생산의 효율성보다는 소비자들의 다양한 기호에 맞는 여러 종류의 제품들을 소량 생산하는 것이 우선시되고 있는 것이다. 정치과정에서도 전통적인 양당제, 또는 3-4개 정당에 의한 다당제가 국민들의 다양한 정치적 욕구를 만족시키는데 한계를 보이고 있는 것이다." 라고 서술하고 있는 것처럼 국민의 다양한 정치적 목소리를 반영하기 위해서는 전통적인 양당제보다는 다당제가, 그리고 단원제 의회보다는 양원제 의회가 더 적합할 수 있는 것이다.

99) 같은 취지로 김병록, 앞의 논문(주-31), 648-649면; 변해철, 앞의 논문(주-31), 96면; 이준일, 앞의 논문(주-92), 113면 참조.

100) 이에 대하여 자세한 것은 중앙선거관리위원회 선거연수원, 『2019 각국의 선거제도 비교연구』, 2019, 212-260면 참조.

101) 공직선거법 제25조 제3항, 별표 1.

102) 앞서 지방분권과 연계한 양원제 도입 논의도 이러한 지역대표성 문제를 해결하는 대안으로서 큰 의미를 갖고 있는 것이다.

심각할 것이기 때문에 또 다른 형태로 지역대표성이 문제될 수 있다. 예컨대 인구비례에 의한 남한지역의 하원의원 수는 200명인데, 북한지역의 하원의원 수는 100명도 되지 못하는 상황이 벌어질 수도 있는 것이다.[103]

물론 단순히 어떤 지역의 의원 숫자가 얼마인지보다는 전국적인 정당조직이 어떻게 구성되며, 북한지역을 대표하는 정당이 남한지역에서 어느 정도의 지지를 얻는지, 또 남한지역을 대표하는 정당이 북한지역에서 어느 정도의 지지를 얻는지가 더 중요할 수 있다. 그러나 적어도 통일 초기에는 남북한 지역 간 의원 숫자의 차이도 매우 민감한 문제가 될 수 있다는 점을 간과해서는 안 될 것이다.

그러나 이러한 문제를 하원의원 수의 조정을 통해서 해결하는 것보다는 상원을 통해 해결하는 것이 바람직할 것이라는 점에서 통일 한국의 의회를 양원제로 구성하는 방안이 설득력을 가질 수 있는 것이다.

(3) 상원의 성격과 구성방식 및 권한

양원제 도입의 핵심은 결국 상원을 어떻게 구성하며, 어떤 권한을 부여할 것인가에 있다.[104] 이와 관련하여 다양한 변수가 작용할 수 있기 때문에 정확하게 하나의 구성방식 내지 권한 부여방식만이 타당한 것으로 정리하기는 어렵다. 예컨대 어떤 정부형태를 채택하는지에 따라서, 그리고 연방제를 채택할 것인지 여부에 따라서 다양한 변화가 가능하고, 또 필요할 것이다.

현재의 시점에서는 제10차 개헌에서 어떤 정부형태가 최종 선택될 것인지를 예측하기도 쉽지 않고, 그 정부형태가 통일의 시점까지 계속될 것인지를 예측하는 것은 더욱 어렵다. 또한 당장은 연방제를 채택할 가능성이 높지 않지만, 통일의 시점까지 어떤 변화가 있을지는 예측하기 어렵다. 그러

---

103) 이러한 문제는 독일 통일 당시에는 심각하게 대두되지 않았다. 애초에 동독 지역의 영토가 서독 지역의 영토에 비해 크게 작았기 때문에 인구비례로 하건, 지역대표성을 강조하건 서독 중심이 될 수밖에 없다는 점은 명백했던 것이다(이에 대하여는 전술한 「Ⅱ. 1. (3) 합의 통일의 필요성과 당위성」 참조). 그러나 남북한의 경우 인구비례로 할 경우와 지역대표로 할 경우에 의원 숫자에 큰 차이가 생긴다는 점에서 갈등의 소지가 더 크다고 볼 수 있다.

104) 상원의 구성방식 및 상원과 하원 간 권한 배분의 방식(이른바 균등형 또는 불균등형)에 대하여 자세한 것은 송석윤, 앞의 논문(주-94), 333면 이하 참조.

나 현재의 정치 지형의 변화 등을 고려할 때, 적어도 분권의 강화는 분명할 것으로 보이며, 이를 전제로 상원의 구성방식 및 권한에 대해 논의하면서 다음과 같은 점에 주목하고자 한다.

첫째, 제10차 개헌에서는 몰라도 통일 헌법의 제정시까지는 분권이 더욱 강화될 것이며, 이에 따라 의원내각제 또는 이원정부제로 정부형태가 바뀔 가능성을 염두에 두고자 한다. 대통령제 하에서 의회 권한과 의원원내각제 내지 이원정부제 하에서 의회 권한에는 큰 차이가 있기 때문에 이러한 전제는 매우 중요하다.

둘째, 연방제가 채택되지 않는다 하더라도 지방분권의 강화는 실현된다는 전제 하에서 검토하고자 한다. 이를 전제했을 때 지역대표로서 상원의 의미가 더욱 확실해질 수 있을 것이기 때문이다.[105]

이러한 변화의 흐름에 주목할 때, 상원은 지방분권을 실질적으로 뒷받침하는 지역대표로서 때로는 하원의 기능을 견제하고, 때로는 하원과의 협력을 통해 정부를 통제하고, 경우에 따라서는 정부와 하원 간의 갈등을 중재하는 역할까지도 기대할 수 있을 것이다.

2. 연방제를 도입하지 않으면서 양원제를 도입할 경우 의회의 구성방식 및 권한

(1) 연방제 없는 상원의 역할

양원제는 연방제와 결합되어 있는 것이 일반적이다. 그러나 전술한 바와 같이 연방제를 채택하지 않은 나라에서도 지역대표성의 강화 등을 이유로 양원제를 채택하는 사례들이 있다. 대표적으로 프랑스나 일본의 경우를 들 수 있다. 이들 국가에서는 인구비례로 구성되는 하원과는 별도로 지역대표성을 갖는 상원을 구성함으로써 하원만으로 처리하기 힘든 여러 문제를 해결하고 있다.[106]

---

105) 이준일, 앞의 논문(주-92), 119면.

106) 프랑스의 양원제에 관하여 자세한 것은 한동훈, 앞의 책(주-93), 2016 참조.

국내에서도 전술한 바와 같이 2017년 국회 개헌특위에서 지역대표형 상원의 도입에 관해 매우 적극적인 의견이 제시된 바 있다.[107] 이처럼 연방제 없는 양원제 도입이 검토되는 이유는 다음과 같다.

첫째, 단원제 의회로는 인구비례와 지역대표성을 동시에 해결하기 어렵다. 대도시 지역과 농어촌 지역 간 인구의 격차가 큰 우리나라에서도 인구비례 기준을 엄격하게 적용하다 보니,[108] 농어촌 지역의 지역대표성이 무너지는 사례들이 빈번하게 발생하고 있다. 예컨대, 서울에서는 구 하나를 갑, 을, 심지어 병선거구[109]로 나누며 총 49명의 국회의원을, 경기도에서는 시 하나를 갑, 을, 심지어 병선거구[110]로 나누어 총 59명의 국회의원을 선출하는 반면에, 강원도는 도 전체에서 선거구가 단 8개에 불과하였다.[111] 이런 상황에서 지역선거구라는 의미가 실종될 수밖에 없다. 결국 상원이라는 별도 기관에 의한 지역대표성 확보가 요청되는 이유이다.

둘째, 상원과 하원의 역할 분장을 통해 양원제의 일반적 장점으로 꼽히는 졸속입법의 방지뿐만 아니라 상원의 역할을 통해 분권과 협치를 실질화할 수 있다는 기대가 크다.[112] 비록 미국처럼 하원보다 상원이 더 강력한 권한을 갖는 경우는 기대하기 어렵지만, 하원에서의 정당 간 갈등과 대립이 상원에서는 -지역대표적 특성으로 인하여- 다른 형태로 나타나거나 완화될 수 있다는 점에서 하원의 정치적 갈등의 극단화를 막을 수 있을 뿐만 아니라, 상하원 각자의 역할 분담을 통한 선의의 경쟁을 통해 승자독식을 완화하고 분권을 강화하는 효과를 기대하는 것이다.[113]

---

107) 제20대 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 앞의 책(주-40), 2018, 300-301면.

108) 헌법재판소가 지역구 국회의원 선거에서 선거구간 인구편차의 허용한계와 관련하여 제시한 최대선거구와 최소선거구의 인구비율은 4:1(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등 결정)에서 3:1(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92 등 결정)을 거쳐 2:1로 변경(헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192등 결정)되었다.

109) 노원구 병선거구, 강서구 병선거구, 강남구 병선거구, 송파구병선거구.

110) 수원시 병선거구, 부천시 병선거구, 고양시 병선거구, 남양주시 병선거구, 용인시 병선거구, 화성시 병선거구

111) 공직선거법 제25조 제3항, 별표 1.

112) 제20대 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 앞의 책(주-40), 300-301면.

113) 제20대 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 앞의 책(주-40), 301면.

셋째, 상원과 하원의 갈등에 대한 비판적인 시각, 즉 쉬에스가 양원제에 대하여 "제2원이 제1원과 같은 결정을 한다면 무용한 존재이고, 반대로 제2원이 제1원과 다른 결정을 한다면 제2원은 유해한 존재이다."[114]라고 비판은 타당하지 않다. 오히려 다양한 의견이 다양한 방식으로 표출될 수 있도록 하는 것이 민주적 다양성의 요청에 부합한다,[115] 단순히 비용의 절감이라는 측면에서 양원제보다 단원제가 낫다는 것은 정쟁으로 인한 갈등, 국회에 대한 국민들의 심각한 불신 등으로 인한 기회비용을 제대로 평가하지 않은 것이며, 양원제 도입으로 국회의 기능이 정상화될 수 있다면 그로 인한 국가적·국민적 이익이 훨씬 더 크다고 할 것이다.

다만, 양원제가 성공하기 위해서는 몇 가지 전제조건이 갖추어져야 한다는 점은 결코 간과해서는 안 된다. 무엇보다 아래에서 서술하는 바와 같이 상하 양원의 구성방식, 각각의 권한배분의 문제가 명확하게 정리되고, 상하 양원 간 갈등의 합리적 조정방안 등이 마련되어야 한다.

(2) 하원의 구성방식 및 권한

인구비례를 기본으로 하는 하원의 구성방식은 양원제를 채택한다고 해서 크게 달라지지 않는 것이 원칙이다. 물론 각 지역구의 크기를 어느 정도로 할 것인지, 그에 따라 지역구의 수를 어떻게 할 것인지, 나아가 지역구의 수를 줄이고 비례대표 의석수를 확대하여야 한다는 요청에 대해서는 어떻게 대응할 것인지 등의 문제는 양원제를 도입하지 않은 상황에서도 이미 제기되고 있는 문제들이다.

그러나 지역대표성 상원을 둘 경우에는 그 자체로 인해 여러 변화가 발생할 수 있다. 현재의 국회는 인구비례와 지역대표성을 동시에 추구하고 있다. 그로 인해 한편으로는 지역구 국회의원 선거구 간의 2:1을 넘지 못하며,[116] 다른 한편으로는 대도시와 농어촌간의 인구밀도의 차이로 인한 지역

114) 장영수, 위의 책(주-2), 1141면에서 재인용.

115) 장영수, 직접민주제 강화 개헌의 쟁점과 성공조건, 「한양법학」 제28권 지2호(2017.5), 61면의 각주 9.

116) 헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192등 결정.

대표성 문제가 심각하게 대두되고 있는 것이다. 만일 지역대표성 상원을 도입할 경우, 하원에서는 지역대표성의 부담을 상당부분 벗어날 수 있게 된다. 즉, 하원은 지역구에서 선출된다 하더라도 그 지역주민의 이익을 대변하기보다는 국가 전체의, 국민 전체의 대표자로서의 역할에 충실할 수 있게 된다. 이러한 변화는 이미 오랫 동안 헌법학계 및 정치학계의 전문가들이 주장해 왔던 것이며, 지역구 의석수를 줄이고 비례대표 의석수를 늘려야 한다는 주장의 중요한 논거이기도 하다.[117]

물론 지역구 의석수 축소 및 비례대표 의석수 확대의 문제는 다른 여러 요인과 결합되어 있기 때문에 지역대표성의 완화만으로 쉽게 결론 내려질 수 있는 것은 아니다. 무엇보다 비례대표의석을 결정하는 정당명부 작성의 객관성과 공정성 및 투명성에 대한 국민의 신뢰가 확보되어야 할 것이다.[118] 나아가 당내 민주주의의 성장을 통해 국민들의 정당에 대한 신뢰가 뿌리내려야 새로운 선거제도 또한 안착될 수 있을 것이다.

하원의 권한은 기본적으로 입법에 관한 권한(입법기관으로서의 지위)과 더불어 정부에 대한 통제에 관한 권한(국정통제기관으로서의 지위)이다. 연방국가도 아니고 양원제를 실제 운영한 경험도 약 60년 전 1년도 채 되지 않는 짧은 기간에 불과한 것이기 때문에, 양원제를 도입한다 하더라도 미국처럼 상원에게 강력한 권한을 부여하는 것은 가능하지 않을 뿐만 아니라 바람직하지도 않을 것이다. 한편으로는 새롭게 도입된 상원이 막강한 권한을 가질 경우, 하원과의 대립과 갈등 등으로 오히려 국정의 혼란이 초래될 우려가 있고, 다른 한편으로는 그러한 상원의 도입에 대해서는 반대가 더욱 강력하게 제기될 것이다.

다만, 지역적 사안과 관련된 의안들에 대해서는 상원에게 주도적인 권한이 인정되어야 한다. 그것이 상원의 지역대표성이 유명무실한 것이 아닐 수 있게 만드는 최소한의 요청이기 때문이다.

---

117) 송석윤, 앞의 논문(주-94), 343면.

118) 지역구 공천 이상으로 비례대표 공천의 민주성과 책임성 및 투명성이 확보되어야 하며, 이를 전제할 때에만 비례대표 의석수 확대가 가능해 질 것이다.

⑶ 상원의 구성방식 및 권한

연방제를 채택하지 않음에도 불구하고 지역대표성 상원을 도입할 경우 상원의 구성 및 권한은 하원에 비해 상대적으로 약한 모습을 보일 수밖에 없다.[119] 한편으로는 인구비례에 의한 하원이 국민의 의사를 전체적으로 고르게 반영하는 반면에, 지역대표성 상원은 각 지역의 입장 내지 이해관계를 반영하는 것이기 때문이다. 즉, 하원에서 전체 국민의 의사 및 이해관계를 공론의 방식으로 반영하는 것이라면 상원은 지역별 이해관계의 조정, 특히 인구가 적은 농어촌 지역의 이해관계가 인구가 많은 대도시의 이해관계에 짓눌려 버리는 것을 막기 위한 것으로서 일종의 소수자 보호기능을 하는 것이다. 다른 한편으로는 하원에서 국가 전체의 입장에서 국가 전체의 정책을 결정하는 역할을 담당한다면, 상원에서는 이와 관련한 각 지역별 이해관계를 조정하는 역할을 한다. 예컨대, 국가 차원에서 특정 지역을 개발할 경우, 하원에서는 그 개발의 타당성 여부를 국가 전체 차원에서 평가하지만, 상원에서는 그것이 해당 지역뿐만 아니라 인근 지역 또는 경쟁 지역에 미치는 파급효를 평가하고 이를 어떻게 합리적으로 조정할 것인지를 논의하는 것이다.

그러므로 하원은 현재의 국회와 유사한 방식으로 구성되지만, 상원은 지역대표성이 뚜렷하게 드러나는 방식으로 구성되어야 한다. 상원의 구성은 각 지방자치단체를 단위로 선출된 의원으로 구성되어야 할 것인데, -통일 이후에도 광역자치단체와 기초자치단체의 이중구조가 존치될 경우- 크게 두 가지 방식을 생각할 수 있다. 하나는 현재의 광역자치단체를 기준으로 대표를 선출하는 방식이고, 다른 한편으로는 현재의 기초자치단체를 기준으로 대표를 선출하는 방식이다. 전자의 경우 연방제의 상원에 가까우며, 상원의 규모가 작아질 수 있고 상원 내에서의 의견 조율이 비교적 손쉬울 수 있다. 반면에 후자의 방식은 프랑스에서 채택하고 있는 방식이며, 상원의 구성원 숫자가 많아질 뿐만 아니라, 각 지역별 이해관계가 매우 복잡하게 표출되므로, 의견조율이 상대적으로 매우 어려울 수 있다. 하지만 지역대표성을

119) 송석윤, 앞의 논문(주-94), 341면.

제대로 살리고자 한다면 후자의 방식이 더 타당한 것으로 볼 수 있다.[120]

이와 같이 적어도 도입 초기에는 상원에게 하원과 동등한 수준으로 인정하는 것은 어려울 것이지만, 지역대표형 상원에게 기본적으로 다음의 세 가지 유형의 권한이 부여되어야 한다.

첫째, 지역적 사안과 관련한 입법 및 예산안(내지는 예산법률안)에 대해서는 상원에게 주도적인 권한이 인정되어야 한다. 법률안제출권은 하원뿐만 아니라 상원에게도 인정되어야 할 것이지만, 입법 및 예산에 관한 중추적인 역할은 하원이 담당하여야 할 것이다. 그러나 상원은 지역적인 이해관계의 조정이 필요한 법률안에 대해서는 하원과 함께 또는 하원보다 먼저 의견을 표명할 수 있게 하고, 의견충돌시 협의절차를 거쳐 상하 양원 모두의 의결이 있어야 법률로서 성립하도록 하여야 할 것이다. 지역대표성을 살려서 하원의 의사결정에 관여하는 것은 필요하나 이를 통해 하원의 의사결정을 대체할 경우에는 더욱 심각한 갈등이 초래될 수 있기 때문이다.

둘째, 하원과 상원 간의 의견대립이 있을 때, 이를 조정하기 위한 절차가 마련되어야 하며, -조정절차는 상원뿐만 아니라 하원도 요구할 수 있어야 하지만- 상원이 이를 활용하여 하원과 협의 또는 토의를 요구할 수 있는 권한이 인정되어야 한다. 이러한 권한이 없을 경우에 상원은 말 그대로 유명무실한 존재가 될 수 있다.

셋째, 상원은 지역적 사무에 관한 한, 독자적으로 정부에 대해 일정범위의 통제권이 인정되어야 한다. 정부의 결정을 바꿀 정도의 강력한 권한은 하원과 공동으로 행사해야 하겠지만, 정부의 정책 결정과 관련하여 책임 있는 정부 기관에 대한 국정감사·조사권, 관계 국무위원 등에 대한 의회 출석요구 및 질의권 등이 인정되어야 한다.

국회의 그밖의 권한 중에서 예컨대 조약의 체결·비준에 대한 동의권, (대통령제나 대통령 중심의 분권형 정부형태를 취할 때) 대통령의 인사권에 대한 통제권으로서 고위 공직자에 대한 인사청문회권이나 그 임명에 대한

120) 미국의 상원처럼 광역자치단체마다 일정 수의 의원을 선출하도록 하는 방식은 광역자치단체 내에서도 대표되는 지역과 그렇지 않은 지역 사이의 갈등이 클 수 있기 때문이다.

의회 동의권 등과 관련한 상하 양원 간 권한 배분에 대해서는 폭넓은 스펙트럼이 존재한다.[121]

3. 양원제 도입시 상·하원 간의 갈등 조정

(1) 양원제에 대한 반대 논거와 그 극복을 위한 조정 장치

대한민국은 지난 70여 년의 헌정사에서 매우 짧은 기간을 제외하고는 단원제를 채택해왔다.[122] 그로 인하여 정치권뿐만 아니라 일반 국민 사이에서도 단원제를 당연시하고 양원제에 대해 거부감을 느끼는 경향이 뚜렷하다. 물론 양원제에 대한 논의가 전혀 없었던 것은 아니다. 특히 여야 간의 갈등 또는 정부와 국회의 갈등을 조정할 수 있도록 상원을 설치하자는 의견이 일부 정치인들을 중심으로 조심스럽게 제기된 바도 있었다.[123] 그러나 이러한 주장은 양원제의 본질적 기능을 되살리려 하는 것이 아니라 일종의 원로원으로서 정치계의 원로들에게 기회를 주려는 것이라는 비판이 대두되면서 무산되었다.

양원제에 대한 부정적 인식이 팽배한 것에는 세 가지 원인이 있다.

첫째, 양원제 자체가 비능률 내지 정치적 혼란의 온상이 된다는 우려가 크다. 이는 과거 양원제를 시행하던 시기의 경험에서 비롯된 것도 있지만, 5·16 군사쿠데타 이후의 박정희 정권(5·16 군사정부 포함)에서 북한과의 체

121) 이에 대하여는 송석윤, 앞의 논문(주-94), 336면 이하 참조.

122) 1952년 발췌개헌(제1차 개정헌법)에서 양원제를 도입하였으나 제1공화국 당시에는 상원인 참의원이 구성된 바 없었고 참의원이 실제 구성된 것은 1960년 7월 29일 동시선거를 통해서였다. 그러나, 1961년 5·16 군사투데타에 의한 비상계엄으로 국회가 해산되고 1961년 6월 6일 제정 및 공포된 국가재건비상조치법 제28조에서 "헌법에 규정된 국회의 권한은 국가재건최고회의가 이를 행한다."고 규정하였다. 이에 대해서는 장영수, 앞의 책(주-34), 114면, 164면, 175면-185면. 그러므로 우리나라 헌정사상 양원제가 실제 실시된 기간은 1960년 7월 29일부터 1961년 5월 16일 내지 6월 6일까지로 9개월이 채 못된 것으로 볼 수 있다(안성호, 『『양원제 개헌론 - 지역대표형 상원연구-』, 신광문화사, 2013; 155면; 장영수, 앞의 책[주-34], 114면, 164면, 175면-185면).

123) http://www.naon.go.kr/content/html/2017/01/11/44311051-daa1-4663-9ec3-296f40c4a75b.html (2020. 5. 20. 접속).

제경쟁 하에서 국론의 분열을 막고 국력을 극대화하는 데 양원제는 부적합하다는 주장을 지속적으로 폈던 것에도 기인한다.

둘째, 양원제 자체가 국민의사의 왜곡이라는 주장이 있다. 국민의 의사는 하나일 수밖에 없는데(일반의사!), 상하 양원을 나누어서 이를 각기 달리 반영한다는 것 자체가 국민의 대표기관으로 적절하지 않다는 것이다. 이런 관점에서 하원과 같은 의사를 갖는 상원은 무용한 것이고, 다른 의사를 갖는 상원은 위험한 것이라는 주장이 나오기도 했던 것이다.

셋째, 우리나라에서는 국민들의 국회에 대한 불신이 매우 크다. 그로 인해 국회의원 정수를 늘리는 것에 대해 매우 비판적이다. 하물며 상원을 두어 많은 수의 국회의원을 늘릴 뿐만 아니라 국회의 권한과 역할을 확장하는 것에 대해 국민들의 동의를 얻기가 쉽지 않다.

이런 이유들로 인해 양원제 도입 주장은 지금까지 환영받지 못했다. 그럼에도 불구하고 최근의 개헌논의에서는 양원제 도입에 대한 주장이 매우 적극적으로 제시되었다.[124] 이는 과거와 달리 대한민국의 민주주의가 성장한 상황에서 양원제를 도입해도 될 여건이 과거에 비해 많이 개선되었기 때문이다. 또한 통일 이후의 남북한 사회통합을 고려할 때, 양원제가 갖는 긍정적인 기능[125]을 적극적으로 평가하게 되었고, 박정희 정권 당시와는 달리 다원적 민주주의에 대한 이해가 높아지면서 국론의 분열, 또는 국력의 집결이라는 명분 자체가 달리 해석되고 있으며 무엇보다 민주적 다양성에 대한 의미를 보다 적극적으로 받아들이게 되면서 상하 양원의 독자적인 역할 내지 기능에 대해서도 적극적으로 주장하는 사람들이 많이 늘었다.

이와 더불어 개헌논의과정에서 연방제 도입을 보다 적극적으로 추진하게 된 또 하나의 요인으로 지방분권의 강화가 작용했다는 점도 간과할 수 없다. 문재인 대통령이 연방제에 준하는 지방분권을 강조한 것에 탄력받아 지역대표성 상원을 둘 것인가 아니면 아예 연방제를 도입해서 상원을 구성할 것인가에 대해서도 논의가 있었던 것이다.[126]

---

124) 특히 제20대 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 앞의 책(주-40), 300-302면 참조.

125) 전술한 바와 같이 독일의 경우 의원내각제 정부형태와 양원제가 통일 이후의 사회통합에서 매우 큰 역할을 했다는 점도 고려되어야 할 것이다.

분명한 것은 아직도 양원제 도입에 대한 국민적 공감대가 뚜렷하게 형성된 것은 아니라는 점이다. 그럼에도 불구하고 앞서 지적했던 세 가지 원인 중 첫 번째와 두 번째는 이미 대부분 극복되었다고 할 수 있으며, 결국 어떻게 국민을 설득하느냐에 달려 있다고 말할 수 있을 정도로 양원제 도입의 가능성은 과거에 비해 현저하게 높아진 상태라고 볼 수 있다.

⑵ 협의를 통한 갈등 조정 장치

양원제의 가장 큰 장점은 상하 양원의 상이한 대표성, 그리고 다양한 시각을 통해 경솔한 입법을 방지할 수 있다는 점에서 찾는다. 물론 이로 인하여 입법절차가 지연되고 입법의 능률성이 저하된다는 비판도 있다. 하지만, 입법의 본질은 민주성과 책임성에 있으며, 이를 위해 어느 정도의 시간과 비용이 추가되는 것은 감수해야 할 것이다.[127]

따라서 상원의 역할은 하원의 권한을 나누어 갖는 것이 아니라, 한편으로 상원의 설립 취지에 맞춰 지역대표성을 제대로 살리는 역할을 하는 것이며, 다른 한편으로 하원의 활동 내지 하원 내에서의 여야 갈등에 대해 합리적인 협의절차를 통해 때로는 조정자 내지 중재자로서의 역할도 할 수 있어야 한다. 다만, 현재 상원의 도입에 대해 -더욱이 연방제국가가 아닌 단방제국가에서 상원의 경우- 정치권 내에서나 국민 사이에 확고한 지지가 없는 상태이므로 상원의 규모나 권한이 하원에 버금갈 정도로 커지는 것은 바람직하지 않다. 즉, 상원은 지역대표기관으로서 지역사무에 관한 권한에 대해서는 하원과 마찬가지로 의결권을 갖고 주도적인 역할을 하되, 그밖의 의회운영에 있어서는 하원이 중심적인 역할을 하고 상원은 그에 대해 의견제시권, 이의권 등 다양한 방식으로 때로는 협력하고 때로는 견제하는 역할을 수행하여야 할 것이다.

예컨대. 지역적 이해관계의 조정이 필요하거나 지역 간 균형발전에 관한 법률안은 상원에 우선적으로 제출하도록 하여 상원의 우선적 권한을 인

126) 제20대 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 앞의 책(주-40), 281-283면.

127) 다만, 과도한 입법지연이 발생하지 않도록 예컨대, 현행 국회법상 안건신속처리절차와 유사하게 심의·의결 기간을 적절하게 한정할 필요가 있다.

정하고 상하 양원의 의결을 거치도록 할 필요가 있다. 이러한 법률안에 대해 하원에서 이견을 제시하는 경우 상원의 주도 하에 협의과정이 진행될 필요가 있다. 상하 양원에서 동수의 의원으로 구성된 합동위원회 또는 조정위원회에서 상원 소속 위원이 법률안의 배경, 입법취지, 법안의 주요쟁점 등에 대해서 충분히 설명할 수 있도록 하고 이를 통해서 상하 양원의 협의가 진행되도록 하는 것이다. 그럼에도 불구하고 설득되지 않는 경우 하원이 그 법률안에 대해 반대의견을 굽히지 않고 결국 법률안을 부결시키는 일도 있을 수 있다.

반면에, 상원보다는 하원의 주도적인 역할이 인정되는 대다수 안건에 대해서는 하원이 협의과정의 주도적인 위치에 서게 될 것이다. 예컨대, 상원에서 반대의견을 제시하거나 이의를 제기하는 경우 합동위원회 또는 조정위원회에서 하원 소속의 위원이 법률안의 배경, 취지, 주요 쟁점 등에 대해 충분히 설명하고 이를 기초로 협의과정이 진행되어야 할 것이다.

상하 양원의 의결을 모두 거쳐야 하는 일부 안건에서 양원 간 이견이나 이의제기가 있을 경우 -전술한 바와 같이 하원 주도 또는 상원 주도의- 협의절차를 거친 뒤에 상하 양원이 의결하도록 하고, 하원만이 의결권을 갖는 대부분의 사안에서는 상원이 반대의견 또는 이의제기를 한 경우, 하원의 의결절차에 앞서 협의절차를 거치도록 할 수 있다.

⑶ 합의가 무산된 경우의 의사결정방식

협의의 결과가 항상 만족스러운 것은 아닐 수 있다. 상하 양원 간 이견이 뚜렷하고 의견조정이 실패한 경우에는 각기 헌법상 권한을 행사할 수밖에 없다. 문제는 상원의 독자적 권한을 어디까지 인정할 것인가에 있다.

먼저, 전술한 바와 같이 적어도 상원의 도입 초기에는 - 연방제도 도입되지 않은 경우에는- 상원의 기반이 약하기 때문에, 상원에게 일부 사안에 대해 주도적인 역할을 인정하는 경우에도 상원에게 일방적인 결정권을 부여하는 것은 거센 반대와 비판에 직면하게 될 가능성이 높다. 그러므로 상원이 주도적인 역할을 하는 경우에도 하원의 동의 없이 일방적인 의결권을 행사할 수 있는 경우는 거의 없는 것으로 할 필요가 있다. 즉, 이 경우에는

상원과 하원의 의결을 모두 거치도록 하고 상하 양원의 어느 한쪽에서라도 부결되면 최종적으로 그 의안은 부결되는 것으로 처리하는 것이다.

그리고 하원이 주도하는 대부분의 사안에서는 하원만이 의결권을 갖도록 하되, 상원의 이의제기나 의견제시가 있는 경우 양원 합동위원회 내지 조정위원회에 의한 협의절차를 거치도록 할 필요가 있다. 전술한 바와 같이 상원의 도입 초기에는 상원의 기반이 약하므로, 조정절차를 통해서도 상하 양원 간 이견이 조정되지 않는 경우, 하원이 최종적인 의결권을 행사하도록 하는 것이 바람직할 것이다.[128] 그러나 만약 연방제가 도입되거나 양원제가 안착하여 상원에 대한 국민적 신뢰 확보라는 전제조건이 갖추어진다면, 협의절차를 통해 상하 양원 간 이견이 조정되지 않는 경우에 하원이 최종적인 의결권을 행사하도록 하되 예컨대, 하원의 의결을 가중다수결에 의하도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.[129]

그러나 예외적으로 상하 양원의 의결을 모두 요구하여야 하는 경우도 있다. 이에 해당하는 것으로는 예컨대, 헌법개정안이나 대통령에 대한 탄핵소추안과 같이 사안의 중대성에 비추어 강력한 민주적 정당성이 요구되는

128) 프랑스의 의회는 법률안에 대해 상원과 하원의 의견이 일치되지 않는 경우 원칙적으로 하원이 최종적인 결정권을 갖는다. 이에 대해서는 한동훈, 앞의 책(주-93), 14면 이하.

129) 이는 상원에게 일종의 법률안거부권을 부여하는 것과 유사한 효과가 있다. 정부형태를 대통령제 정부형태로 할 경우에는 의회와 정부 간 견제와 균형의 원리에 따라 대통령에게 법률안거부권을 부여하여야 할 것이다. 그러나 정부형태를 의원내각제나 분권형 정부형태로 할 경우, 상원이 의견제시권 또는 이의권 등을 행사하며 협의절차를 거친 뒤에도 양원간 이견이 좁혀지지 않는 경우에, 하원의 의결에 가중다수결을 요구함으로써 의회 내에서 상하 양원 간 견제와 균형의 원리에 따라 다수의 횡포를 막고 졸속입법을 방지하는 효과를 기대할 수 있을 것이다. 예컨대, 의원내각제 국가인 독일의 경우 상원인 연방참사원은 각 주(州) 정부의 구성원으로 구성되어 있는데, 법률안에 대한 의결권은 하원인 연방의회가 독점하나, 연방참사원이 동의권을 갖는 법률안에 대해서는 연방참사원의 동의를 얻어야 하고, 그밖의 법률안에 대해 연방참사원이 소정의 기한 내에 이의를 제기한 경우, 연방의회는 연방참사원이 유효투표수의 단순다수결로써 이의를 제기한 법률안에 대해서는 재적의원 과반수로써, 연방참사원이 유효투표수의 3분의 2의 가중다수결로서 이의를 제기한 경우에는 재적의원 과반수 및 유효투표총수 3분의 2 이상의 찬성으로써 연방참사원의 이의를 기각할 수 있다(독일 기본법 제77조 제4항, 제121조). 에 대하여 자세한 것은 차진아, 독일의 입법절차에 관한 비교법적 고찰, 「의정연구」 제25호(2008.6), 155-157면 참조.

경우, 또는 전술한 바와 같이 지역사무에 관한 것으로서 상원에게 우선적 권한이 인정되는 사안의 경우를 들 수 있다. 이런 경우에는 하원을 통과했다 하더라도 상원에서 부결됨으로써 헌법개정이 무산되거나 대통령에 대한 탄핵소추가 무산되는 상황이 발생할 수 있다.[130]

Ⅴ. 결 론

통일이라는 역사적 과제는 어느 특정 분야의 문제가 아니라 국가 전체, 사회 전체의 다양한 영역들의 문제들을 포괄하는 것이며, 이를 준비한다는 것 또한 다양한 문제들을 종합적으로 고려하는 것이 될 수밖에 없다. 특히 통일 의회의 구성에 관한 문제는 통일 한국의 정치, 경제, 사회, 문화의 전반에 광범위하고 강력한 영향을 미칠 수 있다는 점에서 매우 신중하게 접근해야 할 것이다.

분명한 것은 어떤 중요한 사항에 대한 준비라 하더라도 항상 많은 시간적 여유가 주어지지는 않는다는 것이며, 통일 이후의 급박한 상황에서 이를 준비할 경우에는 더욱 심각한 갈등과 대립이 노출되고, 결국 바람직하지 않는 결과로 내몰릴 수 있다는 것이다. 그런 의미에서 통일에 앞서 다양한 가능성들을 검토하는 연구들의 의미와 중요성은 결코 가볍게 평가될 수 없다.

이 논문에서 통일 한국의 의회 구성 및 권한에 대해 검토한 것들은 일종의 시론(試論)에 불과하며, 향후 논의의 진전에 따라, 통일의 진행방식 및 통일 당시의 여러 가지 여건에 따라 얼마든지 달라질 수 있다. 그럼에도 불구하고 이런 논의가 의미를 가질 수 있는 것은 향후의 논의를 위한 기초가 될 수 있다는 점, -비록 여기에서의 논의가 최종적인 것은 될 수 없지만, 바로 그 때문에- 더욱 발전된 논의를 위한 밑거름이 될 수 있다는 점 때문이다.

통일 당시의 정치적·사회적 여건에 따라 의회구성의 방식은 달라질 수 있다. 예컨대 연방제의 도입 여부 및 이와 관련한 양원제의 도입 여부에

130) 이 전제는 헌법개정안이나 대통령에 대한 탄핵소추안 등에 대해 상원에게도 하원과 마찬가지로 의결권을 부여하는 것이다.

영향을 미치는 요소들은 매우 다양하며, 통일의 시점 및 통일 당시의 상황에 대한 판단에 따라 어떤 선택을 할 것인지는 열려 있는 것이다. 다만, 이 논문에서 제시했던 기본적인 기준들, 예컨대 통일 한국의 사회적 통합을 위해 연방제 및 양원제가 어떤 긍정적 또는 부정적 기능을 할 것인지에 대한 평가는 향후의 논의를 위해서도 참고가 될 것이다.

통일 한국 의회의 구성 및 권한에 관한 통일합의의 방향 – 차 진 아	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.11.26.	2020.11.30.	2020.12.24.

[참고문헌]

단행본

강승식, 『미국에서의 권력분립원리』, 한국학술정보, 2005.

김인철, 『예산법률제로의 전환 등에 따른 예결위원회의 기능 및 심의절차 등 개혁안 연구』(국회 예산결산특별위원회 연구보고서), 2017.

국회사무처 의사국, 『영국의회 의사규칙』, 2006.

국회운영위원회 수석전문위원실, 『주요국의 의회제도』, 2004.

권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.

김영춘·김성진, 『남북한통합과 통일인프라 확장방안』, 통일연구원(경제・인문사회연구회 협동연구총서 05-08-08), 통일연구원, 2005.

김철수, 『독일통일의 정치와 헌법』, 박영사, 2004.

_____, 『한국통일의 정치와 헌법』, 시와진실, 2017.

성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2020.

안성호, 『양원제 개헌론 -지역대표형 상원연구-』, 신광문화사, 2013.

임재주, 『국회에서 바라본 미국의회』, 한울아카데미, 2012

장영수, 『대한민국 헌법의 역사』, , 고려대학교 출판문화원, 2018.

_____, 『헌법학』, 홍문사, 2020.

전주열·이상경·임현·김대홍·이승현, 『의회·행정부 관계와 예산권한배분에 관한 연구』, 한국법제연구원, 2018..

제20대 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 『국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서』, 2018.

중앙선거관리위원회 선거연수원, 『2019 각국의 선거제도 비교연구』, 2019.

한동훈, 『프랑스 헌법상 상원에 관한 연구 』, 헌법재판연구원, 2016.

홍종현, 『재정민주주의에 대한 헌법적 연구』, 고려대 박사학위논문 2012.

우베 뮐러(Uwe Müller)(이봉기 역), 『대재앙, 통일 -독일 통일로부터의 교훈-』, 문학세계사, 2006.

Erhard Denninger (Hrsg.), 『Freiheitliche demokratische Grundordnung』 Ⅰ, Ⅱ, Frankfurt(M) 1977.

Hesse, Konrad: 『Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland』, 20.Aufl., Heidelberg 1995.

논문

강승식, 미국헌법상 연방의회의 권한과 그 한계, 「공법학연구」 제6권 제2호(2005.6), 279-311면.

_____, 미국 상원의 행정부 공직후보자에 대한 인사청문회, 「미국헌법연구」 제26권 제1호(2015.4), 1-29면.

김남식, 북한은 끝내 "고려연방제"만 고집할 것인가, 「통일한국」 제71권(평화문제연구소, 1989.11), 20-23면.

김도협, 독일의 건설적 불신임제도에 관한 일고찰, 「공법연구」 제28집 제2호(2000), 289-306면.

김명기, 한민족 공동체와 고려연방제 통일방안, 「북한」 제219호(1990.3), 176-185면.

김병록, 통일헌법의 국가형태에 관한 연구,「공법연구」제25집 제4호(1997.8), 622-651면.
김승대, 헌법개정과 남북한 통일,「공법연구」제39집 제2호(2010.12), 135-154면.
김종철, 정부형태 개편론에 대한검토 -최근의 개헌논의를 중심으로-,「연세 공공거버넌스와 법」제3권 제1호(2012.3), 163-211면.
김춘순, 국가 간 예산제도의 비교분석 -의회와 행정부의 권한 관계에 따른 4분면 유형별 분석-,「한국행정논집」제26권 제1호(2014.3), 1-29면.
도회근, 통일헌법의 권력구조 -의회제도를 중심으로-,「공법연구」제40집 제2호(2011.12), 35-55면.
박광기/ 박정란, 한국의 통일·대북 정책 60년 -회고와 전망-,「정치정보연구」제11권 제1호(2008.6), 161-190면.
박인수, 지역대표기관으로서의 프랑스 상원 연구,「유럽헌법연구」제25호(2017.12), 301-326면.
변해철, 남북한 통합과 통치구조 문제,「공법연구」제21집(1993.2), 73-88면.
성낙인, 이원정부제(반대통령제)의 구체화를 위한 권력분점의 구현, 공법연구 제38집 제1호 제1권(2009.10), 269-297면.
_____, 통일헌법상 권력구조에 관한 연구,「공법연구」제36집 제1호(2007.10), 453-490면.
송석윤, 양원제의 도입방안에 대한 연구,「헌법학연구」제14권 제4호(2008.12), 313-348면.
신우철, 양원제 개헌론 재고(再考),「법과 사회」제38권(2010.6), 99-124면.
안성호, 지역대표형 상원의 논거와 특징 및 설계구상,「한국행정학보」제41권 제3호(2007.9), 117-142면.
유덕준, 고려연방제 통일방안의 분석,「윤리연구」제25권(1987.12), 253-270면.
음선필, 저지조항, 순천향대학교「사회과학연구」제7권 제1호(2001), 183-198면.
이 연, 북한 사회주의 연구 북한 통일정책과 '고려연방제'안의 성격, 역사비평 제4호(1988.9), 40-64면.
이영우, 영국의 의원내각제에 관한 연구,「토지공법연구」제62집(2013), 421-438면.
이준일, 통일 후의 의회형태로서 양원제,「세계헌법연구」제20권 제1호(2014), 93-125면.
이창현, 한민족공동체 통일방안의 특징과 평가,「동북아연구」제9권(조선대학교 동북아연구소, 1991.2), 75-92면
장영수, 독일의 통일과정과 의원내각제 정부형태,「유럽헌법연구」제2호(2007.12), 23-49면.
_____, 대북정책의 제도적 기초와 국민적 합의 도출을 위한 전제 -「남북관계 발전에 관한 법률」의 정비를 중심으로-,「고려법학」제59호(2010.12), 113-140면.
_____, 통일헌법 제정의 기본방향,「유럽헌법연구」제21호(2016.8), 393-431면.
_____, 분권형 정부형태에서 대통령-총리의 역할분담에 관한 연구,「유럽헌법연구」제23호(2017.4), 121-166면.
_____, 권력구조의 개헌에 관한 제18대 국회 헌법연구자문위원회의 연구,「안암법학」제53호(2017.5), 77-104면.
_____, 직접민주제 강화 개헌의 쟁점과 성공조건,「한양법학」제28권 제2호(2017.5), 59-90면.
_____, 정부형태의 선택 기준과 분권형 정부형태의 적실성,「고려법학」제86호(2017.9), 239-272면.
_____, 통일을 준비하는 헌법개정의 방향,『정만희교수 정년기념논문집』, 피앤씨미디어, 2019, 99-120면.
정철, 통일헌법의 권력구조,「법학논총」제25권 제2호(국민대학교 법학연구소, 2012.10),

165-203면..
제성호, 북한의 「낮은 단계 연방제안」 - 전략적 의도와 문제점, 「북한학보」 제31집 (2006.11), 129-162면.
조 민, 국가비전과 통일정책 -한국 통일정책 평가와 향후 과제-, 「저스티스」 제134-2호 (2013.2), 483 502면.
차진아, 독일의 입법절차에 관한 비교법적 고찰, 「의정연구」 제25호(2008.6), 131-172면.
최용환, 한국의 통일 정책 평가와 과제, 「신아세아」 제17권 제4호(2010.12), 244-273면.
허태회/ 박진수, 미국, 영국, 한국 의회의 국가정보 감시제도 비교 연구, 「분쟁해결연구」 제13권 제1호(단국대학교 분쟁해결연구센터, 2015), 121-147
홍완식, 헌법개정에 있어서 국회 분야 논점, 「헌법학연구」 제12권 제4호(2006.11), 421-450면.
홍일선, 독일연방의회의 국정조사권 -기본법 제44조의 국정조사위원회를 중심으로-, 「헌법학연구」 제11권 제3호(2005), 101-153면.

【국문초록】

향후 남북한의 통일은 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일이 되어야 한다. 이는 현행헌법 제4조에 따른 헌법적 요청일 뿐만 아니라 그 이상이기도 하다. 왜냐하면 자유민주적 기본질서는 심지어 헌법제정권력자 조차도 구속하는 헌법의 근본가치이기 때문이다. 많은 사람들이 통일을 위해서는 어떤 희생도 치룰 수 있다고 말하지만, 엄밀하게 보면 이는 옳지 않은 말이다. 통일은 자기목적일 수 없다. 마치 민주주의와 법치주의 등 헌법의 기본원리들도 궁극적으로는 인간을 위한, 즉 인권의 보장과 실현을 위한 도구인 것처럼 통일 또한 그런 것이다.

그러므로 인권에 반하는 통일, 오히려 인권을 위협할 수 있는 통일은 정당화될 수 없다. 우리가 북한식 사회주의에 의한 통일, 이른바 적화통일을 거부하는 것은 바로 그 때문이다. 남한이 주도하는 통일은 옳고 북한이 주도하는 통일은 틀렸다는 진영논리가 아니라, 인류가 지향하는 보편가치인 인권의 관점에서 통일의 정당성을 찾아야 하기 때문에 그런 것이다. 따라서 통일합의서의 기본적인 방향 또한 이에 부합하여야 하며, 통일합의서의 내용을 이루는 의회의 구성방향 또한 자유민주적 기본질서에 입각한 것이어야 한다.

자유민주적 기본질서는 최소한의 근본가치, 어떤 경우에도 침해되어서는 안 된다고 인류의 역사적 경험을 통해 확인된 공통분모이며, 그 밖의 부분에서는 매우 폭넓은 형성의 자유가 존재한다. 그러므로 예컨대, 이른바 일당독재는 허용될 수 없지만, 양당제냐 다당제냐에 있어서는 다양한 가능성이 열려 있다. 국민의 의사를 왜곡하는 비민주적 선거는 허용될 수 없지만, 민주적 선거의 테두리 내에서는 다양한 선거제도 유형이 선택될 수 있다. 의회제도의 경우에도 정부형태의 선택에 따라 의회의 역할과 권한이 다양한 형태로 구체화될 수 있으나, 이른바 소비에트제도처럼 국민의 의사를 정확하게 반영하기 힘든 의회는 민주적 의회라고 부르기 어렵다.

이 논문에서는 통일 한국의 의회의 구성방식 및 권한범위에 대한 검토를 위해, 우선, 전술한 자유민주적 기본질서라는 통일의 원칙에 따른 통일합

의에 있어서 국가형태와 정부형태와 같은 권력구조의 골격에 관한 합의의 중요성을 조명하고, 통일의 준비과정 및 통일 이후 사회통합의 중심축으로서 의회의 위상과 중요성을 확인하였다(「Ⅱ. 통일합의의 핵심으로서의 권력구조 골격에 관한 합의」)

이러한 논의를 바탕으로 하여 통일헌법에서 정부형태를 어떻게 결정하는지에 따라서 의회의 위상이 달라진다는 점을 전제로 대통령제, 의원내각제, 또는 이원정부제(분권형 정부형태)를 취할 경우, 의회를 어떻게 구성할 것이며, 어떤 권한이 의회에 부여되는지에 대하여 검토하였다(「Ⅲ. 정부형태에 관한 통일합의와 의회의 권한 및 구성방식」).

다음으로 통일헌법에서 국가형태를 연방제로 변경하는지 여부에 따라 의회의 양원제 도입이 필요성이 달라질 수 있으나, 단방제를 유지할 경우에도 지역대표형 상원의 도입이 필요하다는 점에 대해 검토하면서, 양원제를 도입할 경우 하원의 성격과 구성방식, 권한 및 상원의 성격과 구성방식 및 권한, 그리고 상·하원 간의 갈등의 조정을 위한 기구와 절차에 대해 검토(「Ⅳ. 연방제 및 양원제에 관한 통일합의와 의회의 구성방식 및 권한」)한 후, 이 논문을 마무리하였다.

이를 통해 한편으로는 통일합의서의 주요 내용인 의회의 구성 방식 및 권한범위에 대해 어떤 기준을 가지고 접근할 것인지를 미리 정리해볼 수 있을 것이며, 다른 한편으로는 통일 이후의 정치적·법제적 변화에 대하여 어떻게 능동적으로 대처할 것인지에 대한 기본 구상을 다듬어가는 기회가 될 수 있을 것으로 기대한다.

【Zusammenfassung】

Direction of the unification agreement on the composition and powers of the Parliament of the Unified Korea

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

In the future, the unification of the two Koreas should be a peaceful unification based on the free democratic basic order (freiheitliche demokratische Grundordnung). This is more than just a constitutional request under Article 4 of the current Constitution. This is because the free democratic basic order(freiheitliche demokratische Grundordnung) is the fundamental value of the constitution that even constituent power is bound. Many say that unification can cost any sacrifice, but strictly speaking, this is not right. The unification cannot be a self-purpose. As the basic principles of the Constitution, such as democracy and rule of law, are ultimately tools for humanity, that is, guarantee and realization of human rights, unification also is like that.

Therefore, unification against human rights, rather, unification that could threaten human rights cannot be justified. That is why we reject the unification by North Korean socialism, the so-called unification under communism. This is not because a black and white issue that South Korea-led unification is right and North Korea-led unification is wrong, but because it is necessary to find the

legitimacy of unification from the perspective of human rights, which is a universal value that human beings pursue.

Therefore, the basic direction of the unification agreement should also conform to this, and the compositional direction of the parliament that forms the content of the unification agreement should also be based on the free democratic basic order(freiheitliche demokratische Grundordnung)

The free democratic basic order(freiheitliche demokratische Grundordnung) is a minimum fundamental value, a common denominator confirmed through human historical experience that it should not be infringed in any case, and there is a very wide scope of discretion elsewhere. Therefore, for example, so-called one party dictatorship is not allowed, but various options are open to two-party system or multiparty system. Non-democratic elections that distort the will of the people cannot be allowed, but within the framework of democratic elections, various types of election systems can be selected. In the case of the parliamentary system also, the role and authority of the parliament can be embodied in various forms depending on the government's choice, but it cannot be called as a democratic parliament that can not accurately reflect the intentions of the people, such as the so-called Soviet system.

In order to examine the composition and scope of power of the unified Korea's parliament, this paper, first, considered the framework of power structures such as the national form and the government form in the unification agreement based on the principle of unification called the free democratic basic order described above. It highlighted the importance of consensus and confirms the status and importance of parliament as the central axis of social integration in preparation process for unificationafter and after unification process(「Ⅱ.

Agreement on the framework of power structure as the core of the unification agreement」).

Based on these discussions, on the premise that the state of parliament is different depending on how the unified constitution determines the form of government, this paper examined how the parliament will be structured and what powers will be grant to the parliament depending on which governmnet system, presidential, parliamentary, or dual-government(decentralized presidential) system is seleted in the unified constitution(「Ⅲ. Unification agreement on the form of government and the powers and composition of parliament」).

Next, although the necessity of introducing a bicameralism may differ depending on whether the unification constitution changes the state form to a federal system, examining the need to introduce a regional representative upper house even when maintaining the unitary state system, if so, it reviewed the nature and composition of the lower house, the authority and the nature and composition of the upper house, and the mechanisms and procedures for mediating the conflicts between the upper and the lower house(「IV. Unification agreement on the federal system and bicameralism and the composition and powers of parliament」. After that it finished

Through this, on the one hand, it will be possible to summarize in advance how to approach the main content of the unification agreement, which is the constitutional structure and the scope of authority of the parliament. On the other hand, it is expected to be an opportunity to refine the basic idea of how to actively deal with political and legal changes after the unification.

주제어(Stichwörter) : 통일(unification), 의회(parliament), 양원제(bicameralism), 연방제(federalism), 정부형태(form of gevernmnent)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제99호 2020년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2020.99.89

국민참여의 요구에 비추어 본 헌법개정절차의 검토

이 장 희*

목 차

Ⅰ. 시작하며
Ⅱ. 헌법개정에서 주권자인 국민의 역할과 현실
1. 헌법개정의 의미
2. 반민주적 헌법개정의 경험과 문제점
3. 국민참여의 관점에서 본 현행 헌법개정절차
Ⅲ. 헌법개정에서 국민참여의 요청과 「국민투표법」 개정의 필요성
1. 국민참여개헌의 의미와 목적
2. 헌법개정에서 국민참여의 강화 방안
3. 현행 「국민투표법」의 문제점과 개정의 필요성
Ⅳ. 마치며

Ⅰ. 시작하며

지난 1948년 7월 대한민국의 제헌헌법이 만들어진 이후 지금까지 총 9차례의 헌법개정이 있었다. 그 사이에 장기독재와 권위주의적 정권을 물리치고 민주화의 열망을 실현하기 위해 수많은 국민적 희생과 노력이 있었다. 그리고 중요한 역사적 분기점에는 반드시 헌법개정이 있었다. 바로, 이승만의 장기집권의 꿈을 저지한 4·19 혁명으로 제3차 개헌이 있었고, 박정희와 전두환으로 이어지는 오랜 군부독재는 마침내 1987년 6·10 민주항쟁으로 끝을 보면서 제9차 개헌으로 현행 헌법이 탄생하였던 것이다.

* 창원대학교 법학과 부교수, 법학박사(헌법).

물론 9차례의 개헌 과정에서 국민적 요구에 따라 정상적인 개헌절차를 거친 것은 3차례 정도에 불과하였다. 나머지 6차례의 개헌이 모두 비정상적인 개정절차로 이루어졌을 뿐만 아니라, 그 내용에서도 국민적 참여는커녕 국민의 의사에 반하거나 국민과 무관하게 권력자의 장기집권의 토대를 마련하기 위한 헌법의 파괴였다.[1] 이 불행한 헌정의 역사 중에서 다행히도 지난 1987년 제9차 개정으로 탄생한 현행 헌법은 민주화를 향한 국민적 요구를 담은 헌법이었다. 비록 제9차 개헌조차도 졸속과 꼼수로 이루어진 개헌이었다는 비판이 적지 않았지만, 그래도 민주화의 오랜 염원 속에서 적지 않은 국민적 희생과 노력 끝에 어렵게 얻은, 작지만 소중한 결과였다. 현행 헌법에 담긴 이와 같은 무거운 역사적 의미가 이후 33년이 넘도록 헌법을 지속시키는 힘이었고 또 이른바 87년 체제 이후에도 민주주의를 더 심화·발전시킬 수 있었던 원동력이 아닌가 생각된다.

그러나 이것이 오히려 현행 헌법의 새로운 변화를 어렵게 하는 족쇄가 되고 있다고도 볼 수 있다. 한편으로는 예컨대 국회 의결 정족수를 재적의원 3분의 2를 요구하는 것처럼, 헌법개정절차 자체가 지나치게 까다롭다는 문제점도 있지만, 다른 한편으로는 과거에 헌법개정을 빙자한 헌법 파괴의 부정적 경험, 또 미래의 헌법에 대한 과도한 기대와 희망 사항들이 한데 합쳐져 33년이 넘도록 한 번도 개정되지 못하는 상황을 낳고 있다.

헌법은 시대적 가치와 요구를 담아내는 그릇이다. 우리 시대의 급격한 변화와 오랫동안 누적된 헌법개정의 요구를 고려해 볼 때, 향후 제10차 헌법개정은 현실적 필요성을 넘어서 - 규범과 현실의 차이를 줄이고 그로 인한 갈등을 해소한다는 의미에서[2] - '당위성'까지 있다고 해도 과언이 아닐 것이다. 따라서 잘못된 헌법개정에 대한 우려를 불식시키면서 헌법개정의

1) 역대 헌법개정절차의 문제점에 대해서는 뒤에서 다시 살펴보기로 한다.

2) 대표적인 경우가 바로 헌법 제29조 제2항에서 규정하는 군인 등의 국가배상청구권 제한이다. 이것은 이미 제3공화국 헌법 하에서 위헌이라고 결정되었던 국가배상법의 조항을 유신헌법에 다시 규정한 것으로 지금까지 남아 있는 것이다. 또 사형의 사실상의 폐지 경향에도 불구하고 헌법 제110조 제4항 단서에서 "사형"을 명시한 부분이 사형제 폐지논의에 해석상의 혼란을 일으키기도 한다. 무엇보다 제왕적 대통령의 문제는 단지 좋은 대통령의 민주적 감수성에만 호소할 것이 아니라 헌법개정을 통해 해결할 필요가 있다.

필요성과 당위성을 국민이 공감할 수 있는 방법이 모색되어야 한다. 그것은 바로 헌법개정에서 국민참여를 확대하는 것이라 생각된다. 물론 국민참여의 확대가 역설적으로 헌법개정의 난이도를 더 심화시키는 결과가 되어서는 아니되므로, 국민참여의 요청과 헌법개정의 가능성을 동시에 최적으로 실현할 수 있는 지점이 어디인지 함께 모색되어야 하는 것이다.

이러한 맥락에서, 이 글에서는 국민주권과 민주주의원리에 비추어 헌법개정의 헌법적 의미를 다시 살펴보고, 특히 과거 헌법개정의 부정적 경험을 반성하면서 현행 헌법개정절차를 국민참여적 관점에서 비판적으로 검토해 볼 것이다.(Ⅱ. 헌법개정에서 주권자인 국민의 역할과 현실) 이어서, 국민참여개헌이 무엇인지, 헌법개정에서의 국민참여의 의미와 목적을 살펴보고, 우리의 헌법개정의 가능성과 국민참여의 요청을 동시에 최적으로 실현할 수 있는 방법을 모색해 본 다음, 특히 현행 「국민투표법」이 국민참여를 오히려 저해하고 있는 문제점과 그 위헌성을 지적하면서(Ⅲ. 헌법개정에서 국민참여의 요청과 「국민투표법」의 개정 과제) 국민참여적 개헌에 대한 고찰을 마무리하고자 한다.

Ⅱ. 헌법개정에서 주권자인 국민의 역할과 현실

1. 헌법개정의 의미와 필요성

오늘날 국민주권과 민주주의원칙 하에서, 헌법제정권력과 헌법개정권력은 궁극적으로 국민에게 있다. 국가의 최고법질서를 어떠한 형태와 내용으로 만들 것인가는 국민의 결단에 의해 정해질 사항이며, 헌법이란 국가의 기본적 법질서에 관한 국민의 결단을 법규범의 형태로 정립한 것이라 할 수 있다. 우리 헌법은 전문(前文)에서 "유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 … 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다."고 규정함으로써, 우리

헌법의 주체가 국민임을 밝히고, 우리가 헌법을 만들고 개정하는 궁극적인 목적이 우리들의 안전, 자유, 행복의 영원한 확보임을 분명히 하고 있다.[3)]

이러한 맥락에서 보면, 헌법개정이란, 헌법개정권력의 주체인 국민이 스스로 자신의 규범적 의사의 일부를 변경하는 방법으로, "우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복"을 더욱 증진함에 있어 국민의 삶에 꼭 필요한 규범적 가치나 요구 사항들을 헌법에 명시적으로 담아내기 위한 의식적 노력이라고 말할 수 있겠다.

이처럼 헌법은 동시대를 살아가는 사람들의 삶의 모습과 가치를 담는 그릇이기도 하다. 또한 헌법은 시간의 흐름에 따라 우리 삶의 방식과 가치관이 바뀌듯이 그에 따라 새롭게 변화할 수밖에 없는 '역사성'을 가지는 것이다. 우리 헌법이 제정되던 1948년과 지금 우리가 살고 있는 2020년대는 천지개벽할 정도로 다르다. 예를 들어 여성의 지위는 단순히 가부장(家父長)의 지배를 받던 존재에서 인간의 존엄과 양성의 평등에 입각한 가정의 구성원이자 성적 자기결정권의 주체로 인정되고 있다. 또 정보에 대한 개념조차 분명하지 않던 시절에서 이제는 개인정보의 보호가 중요한 시대로 바뀌면서 개인정보자기결정권이 헌법상의 기본적 인권으로 인정되고 있으며, 인공지능기술의 발달로 우리 삶의 모습에 많은 변화가 예상되고 있다.

물론 규범적 현실의 변화는 대체로 헌법을 현실에 적용하고 현실의 문제를 해결하는 과정에서 '헌법해석'을 통해 해결될 수 있다.[4)] 그래서 탄력적

---

3) 우리의 민주주의 헌법은 한편으로는 서양의 민주주의 전통을 계수(繼受)한 것이기도 하지만, 다른 한편으로는 우리 스스로 자주적 결단하고 노력하여 이루어 낸 역사적 산물이라고 할 수 있다. 즉, 구한말에 민주의식이 태동한 이래로 일차적으로는 1919년 3·1 운동의 결과로 탄생한 대한민국임시정부의 임시헌장에서 '민주공화국 헌법'의 형태로 현현(顯現)하였고, 우리 국민은 오늘날까지 "우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보"하는 목적에서 민주공화국을 채택한 대한민국헌법을 이어온 것이다.

4) 콘라드 헷세는 헌법해석의 역할과 관련하여, "주어진 상황의 구체적인 조건 하에서 규범적 규정의 의미를 가장 잘 실현시키는 해석이 요청된다. 그것은 사실상황의 변화 속에서 헌법해석 자체도 변화될 수 있고 또 변화되어야 한다는 것을 의미한다"고 한다. 하지만 "헌법조문의 목적과 그 명백한 규범적 의지는 상황의 변화에 희생되어서는 안되며, 변화된 현실 속에서 규범적 규정의 의미가 더 이상 실현될 수 없을 때 헌법개정

인 헌법의 해석과 적용을 위해, 헌법은 추상적이고 개방적인 규범 체계로 마련되고 있으며, 추상적·개방적 헌법체계의 공백을 헌법해석을 통해 메워 나감으로써 우리는 헌법적 현실의 변화에도 불구하고 헌법규범의 현실적응성을 유지할 수 있는 것이다.[5] 그러나 헌법적 현실과 규범의 간극이 지나치게 커지고 헌법이 동시대의 국민적 삶의 가치와 변화를 담아내지 못하는 수준에 이른다면, 종국에는 그 헌법은 국민적 법감정과 동떨어지고 타당성을 잃은 비현실적 규범이 될 수밖에 없을 것이다.[6]

2. 반민주적 헌법개정의 경험과 문제점

우리는 1948년 제헌헌법 이후 40여 년 동안의 9번의 헌법개정을 경험하였다.[7] 그러나 헌법개정이 국민의 삶을 규율하는 기본적 법질서를 변경하는 중차대한 일임에도 불구하고, 9번의 개헌의 역사 중에서 국민의 의사나 요구와 무관할 뿐만 아니라 헌법파괴적인 개헌이 6번이나 되었다.[8]

1952년 이른바 '발췌개헌'으로 불리는 제1차 개헌은 '부산정치파동'이라 불리는 초유의 헌법파괴적 사건이 수반되었던 비정상적인 개헌이었다.[9] 이

의 가능성만이 남는다"고 지적한다. Konrad Hesse, 계희열 역, 헌법의 기초이론, 박영사, 2001, 26쪽. 헌법해석에 대해 더 자세한 논의는 계희열, 헌법의 해석, 고려대출판부, 1993 참조.

5) 헌법을 '대강의 질서'로 이해하면서, "모든 해석은 어느 정도 창조가 내포되어 있고, 그것은 규범의 관점에서 현실을 고찰하는데 있다"는 견해로 Christian Starck, 김대환 대표편역, 슈타르크 헌법논집 민주적 헌법국가, 시와진실, 2015, 80쪽 참조.

6) "헌법개정의 문제는 헌법변천의 가능성이 끝나는 곳에서 시작된다." Konrad Hesse, 계희열 역, 통일독일헌법원론, 제20판, 박영사, 2001, 23쪽.

7) 그런데 제헌헌법의 제정절차에 대해서는 당시 특별한 고민이 있었는지 확인되지 않으며, 제헌헌법이나 초안의 내용에 대한 고찰에 비하여 헌법제정 '절차'에 대한 고찰은 많지 않아 보인다. 5·10 선거와 제헌국회의 구성과정에 대해서는 장영수, 대한민국 헌법의 역사, 고려대출판문화원, 2018, 70쪽 이하; 박찬승, 대한민국은 민주공화국이다, 돌베개, 2013, 322-328쪽 참조. 5·10선거의 대표성과 헌법기초 전형위원 및 기초위원의 선정에 대한 논란에 대해서는 서희경, 대한민국 헌법의 탄생, 창비, 2012, 271쪽 이하를 참조.

8) 9차례 개헌의 주요 내용에 대하여는 장영수, 대한민국 헌법의 역사, 고려대 출판문화원, 2018; 김명주, 헌법사 산책, 산수야, 2010; 김상겸, 헌법개정의 시기와 방향, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010, 51-68쪽 등 참조.

러한 발췌개헌에 대해 단지 '공고절차' 위반이라는 절차적 흠을 지적하기도 하지만, 우리 헌정사의 첫 개헌은 불행히도 그 전 과정이 내용적으로나 절차적으로나 모두 위헌적이었던 것이다.

1952년 12월 23일 창당된 자유당은 제3대 국회의원총선거에서 이승만 대통령의 적극적 지원 아래 국회에서 다수의석을 확보하는데 성공하였고,[10] 무소속 의원들까지 영입하여 '이 헌법공포 당시의 대통령에 대한 중임제한 규정의 적용 배제'를 골자로 하는 헌법개정안을 1954년 9월 6일 제안하였으나 11월 27일 국회에서 의결정족수가 1표 부족하여 부결로 선포되었는데, 이틀 후 갑자기 '4사5입'이라는 논리를 내세워 부결선포를 뒤집고 다시 가결로 선포하였다.[11] 소위 '사사오입' 개헌이라 불리는 제2차 헌법개정은 의결정족수 규정이라는 절차적 위헌뿐만 아니라, '이 헌법공포 당시의 대통령에 대한 중임제한 규정의 적용배제'는 평등에 반하는 위헌적 헌법개정이었다.[12] 내용적으로도 단지 대통령의 집권연장과 장기독재의 기반을 마련하

9) 당시 제헌헌법 하에서는 대통령을 국회에서 선출하였는데, 한국전쟁에 대한 대처능력의 부족 등으로 국회의원들의 신임을 잃은 이승만대통령은 국회간선제 하에서는 재선될 가능성이 없다고 판단하였고, 한국전쟁으로 임시수도인 부산에 내려와 있는 전쟁상황임에도 불구하고 국회에 대통령직선제를 골자로 한 개헌안을 국회에 제출하였고, 국회는 1952. 1. 18. 이 개헌안을 부결시키고 오히려 4. 17. 내각책임제 개헌안을 제출함으로써 이승만대통령과 정면으로 충돌하였다. 이 상황에서 내각책임제를 반대하는 관제데모가 잇달아 일어나고 '백골단'이니 '땃벌떼'니 하는 정체불명의 정치폭력집단이 국회 해산을 요구하며 국회를 포위하고 위협하기도 하였다. 이승만대통령은 이를 구실로 4. 25. 비상계엄을 선포하였고, 속칭 '부산정치파동'을 일으켰다. 그 과정에서 일부 야당의원을 국회로 연행하여 국회에 강제로 출석시키고 군인이 경계하는 강압적 분위기 속에서 국회의 개헌안과 다시 제출한 정부개헌안을 절충한 이른바 '발췌개헌안'을 7월 4일 의결하게 하였다. 이후 1952년 실시된 정·부통령 선거에서 이승만이 2대 대통령으로, 함태영이 부통령으로 당선되었다. 이에 대해서는 대한민국 국회, 국회개원 50년, 1998, 34쪽 이하를 참조. 발췌개헌의 배경에 대해 더 자세한 것은 심용환, 헌법의 상상력, 사계절, 2017, 101쪽 이하를 참조.

10) 대한민국 국회, 국회개원 50년, 1998, 38쪽.

11) 당시 제2차 개정헌법 제98조는 "헌법개정의 의결은 양원에서 각각 그 재적의원 3분지 2이상의 찬성으로써 한다."고 규정하였고, 이에 따라 개헌안에 대한 국회 의결에서 재석 202명 중 찬성 135표, 반대 60표, 기권 7표로 가결에 필요한 136표에서 1표가 부족하였으므로 부결로 선포되었으나, 11월 29일 갑자기 자유당의원들이 재적의원 203명의 3분의 2는 '4사5입'하여 135명이 된다는 논리를 내세워 이미 부결된 개헌안을 다시 가결로 번복하였던 것이다.

기 위한 것이었다는 점에서 국민의 삶의 조건을 개선하거나 기본권의 보장을 개선하는 것과는 매우 거리가 먼 것이었다.[13]

1960년 이승만 독재에 저항한 4.19의 국민적 열망이 채 식기도 전에, 1961년 5월 16일에 박정희 등이 주도한 군사쿠데타가 발생하였고, 이로 인해 5대 국회는 출범한지 9개월 18일만에 해산되어 역대 최단기 국회를 기록하였다. 군사정부는 '국가재건최고회의'라는 위헌적 조직을 만들어 1961년 5월 19일부터 1963년 12월 16일까지 입법권을 행사하였으며,[14] 1962년 12월 17일에는 국민투표를 통해 대통령의 임기를 4년으로 하고 1차에 한하여 중임할 수 있도록 한 대통령중심제로 회귀하는 내용의 제5차 개헌을 주도하였다.[15] 제5차 개헌 역시 국가재건최고회의라는 위헌적 조직이 개헌을 주도하였고 비록 국민투표를 거쳤다고는 하지만 국민의 의사와 무관하게 개헌이 강행되었던 점에서 결국 민주헌법의 파괴였다고 볼 수 있다.

앞서 '혁명공약'을 통해 민정이양을 약속했던 박정희 군사정부는 그러나 1963년에 스스로 민주공화당을 창당하면서 8월에 박정희 국가재건최고회의 의장을 당총재와 대통령후보로 지명하고 10월 15일 실시한 제4대 대통령선거에서 박정희를 대통령으로 당선시켰다. 1967년 5월 3일 제6대 대통령선거에서 박정희가 재선되었고 박정희의 3선 제한을 철폐하려는 시도가 나

12) 제2차 개정헌법 제55조는 "대통령과 부통령의 임기는 4년으로 한다. 단, 재선에 의하여 1차중임할 수 있다."고 규정하고 있었는데 이승만대통령의 집권 연장을 위하여 "이 헌법공포당시의 대통령에 대하여는 제55조제1항 단서의 제한을 적용하지 아니한다."는 부칙 조항을 신설하였던 것이다.

13) 발췌개헌과 사사오입개헌의 공통점을 한 마디로 표현하면 "오직 한 사람을 위한 개헌"이라고 할 수 있을 것이다. 심용환, 헌법의 상상력, 사계절, 2017, 117쪽.

14) 당시 국가재건최고회의는 2년 7개월 동안 총 1,593건의 의안을 처리하였는데, 그 중 1,436건을 가결하였고(90% 가결), 부결이 2건, 폐기가 111건, 철회가 42건, 반려가 2건으로 모든 의안이 100% 처리되었다. 대한민국 국회, 국회개원 50년, 1998, 54쪽. 참고로 제6대 국회에서 제출된 의안이 총 1,194건이고 가결된 것이 전체의 56%인 671건이었으며, 부결이 7건, 폐기가 266건, 철회가 33건으로 총 977건이 처리되어 처리율이 82%였다는 점에서(임기만료로 인한 폐기가 217건이었다) 국가재건최고회의에서 처리된 의안이 상당한 양이었고 또 처리율도 매우 높았음을 확인해 볼 수 있다.

15) 제5차 개정헌법 제69조 ①대통령의 임기는 4년으로 한다. ②대통령이 궐위된 경우의 후임자는 전임자의 잔임기간 중 재임한다. ③대통령은 1차에 한하여 중임할 수 있다. [시행 1963. 12. 17.] [헌법 제6호, 1962. 12. 26., 전부개정]

타나기 시작하였다. 6월 8일 실시된 제7대 국회의원총선거에서 민주공화당이 3분의 2이상의 의석을 확보하였는데 당시 신민당은 6·8 총선거의 결과가 3선 개헌의 전조이자 부정선거라고 비판하였다.[16] 결국 1969년 8월 7일에 대통령의 3선 제한을 폐지하는 내용의 제6차 개헌안이 국회에 제출되었으며, 신민당을 비롯한 야당의원들의 격렬한 저항이 일어났고 결국 국회본회의장이 점거되는 일까지 발생하였다. 이를 피해 민주공화당은 9월 14일 새벽 2시 30분에 국회본회의장이 아닌 제3별관 특별회의실에서 3선 개헌안을 단독으로 의결하였다. 이 역시 국민투표를 거쳐 확정되었으며, 1971년 4월 27일 실시된 제7대 대통령선거에서 김대중 후보의 거센 도전에도 불구하고 박정희가 또다시 선출되었다. 이처럼 제6차 개헌도 심야날치기로 의결하였던 점에서 중대한 절차적 하자를 지닌 개헌이었을 뿐만 아니라, 대통령에 대한 3선 제한을 폐지하여 장기집권을 의도였다는 점에서 민주주의를 더욱 후퇴시키는 비정상적인 개헌이었던 것이다.

1972년 제7차 개헌으로 불리는 이른바 '유신헌법'의 탄생과정 자체가 헌법의 파괴행위였다. 1972년 10월 17일 대통령 특별선언으로 아무런 헌법적 근거도 없이 대통령이 갑자기 국회를 해산시키고 모든 정당 및 정치활동을 중지시키면서 헌법을 정지시키는 초헌법적 긴급조치를 선포함으로써 이른바 '10월 유신'을 단행한 것 자체가 위헌적 조치였던 것이다. 당시 제8대 국회는 불과 1년 3개월만에 해산되었으며, 계엄군에 의해 폐쇄되었다. 대통령을 의장으로하고 국무총리를 부의장으로 하며 국무위원으로 구성되는 '비상국무회의'가 만들어져 국회의 기능을 대신하였는데 이것도 헌법의 권력분립을 부정하는 위헌적 조치였던 것이다. 10월 27일에 비상국무회의는 임기 6년의 대통령을 통일주체국민회의에서 간선하고 대통령의 권한을 절대적으로 강화하는 내용의 제7차 개헌안을 공고하였고, 11월 21일 국민투표를 거쳐 확정되었다. 또 12월 27일에 유신헌법이 공포되기도 전인 12월 23일에 통일주체국민회의는 이미 박정희를 제8대 대통령으로 선출하였다. 그러나 유신헌법이 비록 국민투표에서 91.5%의 압도적인 찬성으로 확정되었다고는

16) 자세한 것은 대한민국 국회, 국회개원 50년, 1998, 66쪽 참조.

하지만 이오덕 선생을 비롯한 당시 지식인들은 국민투표 자체가 강압에 의한 것이었다고 회고하였다.[17] 또한 의회주의와 권력분립을 무력화하고[18] 민주주의를 훼손하여 헌법개정의 한계까지 벗어난 유신헌법을, 그것도 비상계엄 하에서 국회를 해산하고 비상국무회의가 국회의 권한을 대신하여 처리하게 하는 위헌적 절차였다는 점에서 도대체 정상적인 헌법개정이라 볼 수는 없는 것이었다.[19] 또 유신헌법은 국민의 요구와 무관하였고 국민의 헌법적 상식에도 반하는 것이었다. 1973년 8월부터 야당과 재야인사, 학생들의 반유신운동이 본격적으로 일어났던 점, 이후 헌법에 대한 비방과 개헌논의를 전면적으로 금지하는 대통령 긴급조치 제1호, 제2호, 제3호, 그리고 유신헌법에 대한 일체의 논의를 금지하는 긴급조치 9호까지 발동하였던 점이 이를 증명해 준다.

결국 유신체제에 대한 국민의 거센 저항은 1979년 부마민주항쟁으로 이어졌고, 결국 김재규의 10·26혁명으로 유신체제는 종말을 맞이하게 된다. '자유민주주의의 회복'에 대한 국민적 요구에 따라 최규하 제10대 대통령은 12월 8일에 긴급조치 9호를 해제하였고, 유신헌법에 대한 개헌 논의가 일어났다. 하지만 그러던 사이에 전두환 보안사령관을 중심으로 한 신군부세력이 1980년 5월 17일 계엄사령관을 불법으로 체포하고 비상계엄령을 전국으로 확대하게 되면서 모든 국민적 개헌논의가 중단되고 말았다.[20] 8월 27일 통일주체국민회의에서 11대 대통령으로 선출된 전두환은 다시 7년 단임의

---

17) 1972년 11월 21일 이오덕 일기에는 국민투표 당일의 상황을 이렇게 서술하고 있다. "기권하면 주민등록증을 빼앗는다느니 하는 말이 나고 있었다.…투표용지를 받아 도장 찍는 자리에 가니 남쪽 교실 구석에 세 군데 판자로 칸을 지어 형식적으로 베조각을 가려 놓았는데 … 그것은 아무것도 아니고 찍는 모양이 온 교실에 앉아 있는 사람에게 보이도록 되어 있는 것이다. 게다가 총을 멘 경비원이 교실 바로 앞에서 어정거리고 들여다보고 있는 것이니 참 가관이다. 나도 ○표에 아무런 주저 없이 찍을 수밖에 없었던 것이다." 이오덕, 이오덕 일기 1부(1962~1977), 양철북, 2013, 223쪽.

18) 예컨대 유신헌법은 국회의원 정수의 3분의 1에 해당하는 73명을 유신정우회에 속한 국회의원으로 하면서 대통령의 일괄 추천으로 통일주체국민회의에서 선출하였고 임기는 3년으로 하였다. 자세한 것은 유신헌법 제40조를 참조.

19) 제7차 헌법개정과정에 대한 더 자세한 비판으로 장영수, 대한민국 헌법의 역사, 고려대출판문화원, 2018, 236쪽 이하를 참조.

20) 자세한 것은 대한민국 국회, 국회개원 50년, 1998, 88쪽 참조.

대통령을 대통령선거인단에서 선출하는 내용을 골자로 하는 제8차 개헌안을 공고하고 10월 22일 국민투표로 확정하였다. 제8차 개정헌법이 10월 27일 시행되고 10대 국회가 해산되면서 '국가보위입법회의'라는 위헌적 조직이 만들어져 1981년 4월 10일까지 국회의 권한을 대신하였다.[21] 국민의 정치적 의사와 무관하게 신군부의 정권장악을 목적으로 탄생한 제8차 개정헌법은 국민의 정치적 참여를 오히려 억압하는 모습을 보였다. 제8차 개정헌법 부칙 제7조에서 "새로운 정치질서의 확립을 위하여 이 헌법 시행과 동시에 이 헌법 시행당시의 정당은 당연히 해산된다. 다만, 늦어도 이 헌법에 의한 최초의 대통령선거일 3월 이전까지는 새로운 정당의 설립이 보장된다."고 규정하였고, 국보위에서 제정한 「정치풍토쇄신을위한특별조치법」에 따라 기존의 정당 체제가 와해되고[22] 많은 야당 정치인들의 활동이 규제되고 처벌되었다. 이러한 제8차 개정헌법의 탄생 역시 기본적으로 반민주적 헌법의 기조를 유지하면서 신군부의 쿠데타 과정에서 이루어진 개헌일 뿐이었으며, 지금의 시각에서 보더라도 개헌에 대한 국민적 요구나 참여는 거의 인정되기 어려운 것이었다.

1984년 5월 18일 야권정치인들과 재야인사들을 중심으로 한 '민주화추진협의회(일명 민추협)'가 결성되었고, 이후 민주화운동의 구심점 역할을 하였다. 당장에는 정부에 의한 정치활동 탄압과 규제의 문제를 다투는 것이 중요했지만, 긴 안목에서 보면 민주화를 향한 국민적 의사와 요구에 맞게 민주주의 헌법을 재건하는 일이 중요했다. 1985년 창당한 신한민주당은 민

21) 물론 당시 제8차 개정헌법은 부칙 제6조 제1항에서 "국가보위입법회의는 이 헌법에 의한 국회의 최초의 집회일 전일까지 존속하며, 이 헌법시행일로부터 이 헌법에 의한 국회의 최초의 집회일 전일까지 국회의 권한을 대행한다."고 규정함으로써 국보위의 위헌성에 대한 형식적 비판에서는 벗어날 수 있었다. 또 제3항에서는 "국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다."고 하여 국보위의 법률 제정에 대한 형식적 합헌성도 마련하는 치밀함을 보여주었다.

22) 1981년 3월 25일의 제11대 국회의원 총선거에서는 당시 여당인 민주정의당이 35.6%의 득표율로 151석을 차지하였고, 신민당 등이 해산되고 재편된 민주한국당이 21.6% 득표율로 82석을 차지하였으며, 그 밖에 민주공화당과 유신정우회 등 구여권 정치인들이 중심이 된 한국국민당이 13.3%의 득표율로 25석을 차지하는 결과를 낳았다. 자세한 것은 대한민국 국회, 국회개원 50년, 1998, 92쪽 참조.

주정의당과 함께 양당구도를 형성하면서 이후 직선제 개헌 투쟁의 주도적 역할을 하였다.[23] 마침내 1986년 2월 대통령 직선제를 요구하는 국민 각계각층의 민주헌법쟁취투쟁이 전국으로 확산되었고, 신한민주당이 1천만 개헌 서명운동을 전개하였다. 이러한 상황에서 국회는 7월 30일 '헌법개정특별위원회'를 만장일치로 출범시켰으며, 여기서 여당은 의원내각제를, 야당은 대통령직선제를 주장하면서 맞섰다. 결국 전두환 대통령은 1987년 '4·13 호헌조치'를 통해 본인의 임기 내 개헌이 불가능하다는 이유에서 국민들과 정치권의 개헌논의를 일체 중단시켰고, 이로써 헌법개정의 국민참여적 의미에 대한 무지와 권위주의적 개헌관을 드러내 보였다.

'4·13 호헌조치'에 대한 국민적 불만은 고조되었으며, 1987년 6월 10일 '민주헌법쟁취 국민운동본부'가 주도하는 '박종철군고문살인은폐조작규탄 및 호헌철폐대회'가 전국 22개 도시에서 일제히 개최되었고, 마침내 민정당의 노태우 대통령후보에 의해 대통령직선제의 수용을 포함한 8개 항의 '6·29 민주화선언'이 발표되기에 이르렀다.

이처럼 1987년의 제9차 개정헌법은 '6·10 민주항쟁'의 결과로서 국민의 민주화 열망에 따른 최초로 여·야가 동등한 관계에서 합의한 개헌이었다고 평가될 수 있고,[24] 또 오랜 군부독재로 파괴되었던 민주헌법을 회복하려는 것이었음을 부정할 수 없다. 하지만 제9차 개헌 역시 형식적으로는 비록 전두환 정권의 영향력 하에 만들어진 것이었고 그 과정에서도 국민참여를 배제한 채 '8인 정치회담' 중심으로 밀실·졸속으로 이루어졌다는 점,[25] 또 6·10 민주항쟁을 주도했던 '민주헌법쟁취 국민운동본부'마저도 이러한 개

23) 대한민국 국회, 국회개원 50년, 1998, 100쪽 참조.

24) 심용환, 헌법의 상상력, 사계절, 2017, 313쪽. 제9차 개헌의 경과에 대해 더 자세한 것은 장영수, 대한민국 헌법의 역사, 고려대 출판문화원, 2018. 286쪽 이하를 참조.

25) 당시 '8인 정치회담'이 개헌논의를 주도하였고, 다시 여·야 합의로 헌법개정초안을 완성하였으며, 국회의원 264인이 개헌안을 발의하여 찬성 254표, 반대4표로 의결하고, 국민투표로 확정한 다음 1987년 10월 29일에 공포되었다. "국민은 국민투표절차에서 찬반만을 표시하는 마치 고무인(rubber stamp)의 역할을 했을 뿐이어서, 1987년 민주화 혁명의 주체인 시민의 의사를 제대로 반영했다고 할 수 없다."는 비판으로 김선택, 헌법개정과 국민참여 - 국민의 영혼으로 통하는 창, 어떻게 열 것인가, 공법연구 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012.12, 130쪽.

헌 과정에서 배제되었다는 점에서 국민참여적 헌법개정이라는 관점에서 보면 개헌의 절차적 정당성이 충분했다고 보기는 어려울 것이다. 다른 역대 개헌의 과정과 마찬가지로, 그나마 제9차 개헌절차에서 국민참여적 부분을 꼽는다면 겨우 국민투표를 통해 유권자 78.2%의 투표와 93.1%[26]의 찬성으로 확정되었다는 점뿐이었다.[27]

요컨대, 1960년 4·19로 탄생한 3차 개헌과 4차 개헌, 그리고 현행 9차 개헌이 민주헌법의 재건에 해당한다고 본다면, 나머지 우리의 개헌 역사는, 좀 과격하게 표현하자면, '헌법 파괴의 역사'였던 것이다. 하지만 민주헌법을 재건하는 개정과정 조차도 국민의 개헌참여는 사실상 없었다고 평가해도 과언이 아니다.

이러한 개헌의 역사적 경험을 통해 제10차 개헌을 앞두고 우리가 얻을 수 있는 교훈은 다음과 같다. 첫째는 역시 가장 기본이 되는 것으로서 헌법개정이 형식적인 개헌절차를 준수하면서 이루어져야 한다는 점이고, 둘째는 민주헌법의 동일성을 유지하는 합헌적인 개헌이어야 한다는 점이다. 유신헌법과 같은 파괴적 개헌은 더 이상 반복되어서는 아니 된다는 점은 긴 설명을 요하지 않는다. 셋째는 과거의 개헌에서 권력자 자신의 권력 강화와 장기집권의 욕망이 가져온 비극을 생각해 볼 때 무엇보다 개헌의 필요성에 대한 국민적 공감 속에서 '국민참여적 개헌'이 이루어져야 한다는 점이다.[28]

---

26) 9차 개헌의 국민투표 찬성률이 역대 국민투표 중에서 가장 높았다. 장영수, 대한민국 헌법의 역사, 고려대출판문화원, 2018. 290쪽 참조.

27) 예를 들어 1987년 9차 개헌은 6월 항쟁으로 나타난 헌법개정의 국민적 열망에 따라 이루어지고, 또 이전 헌법 조문의 37%를 개정하는 전면적이고 광범위한 헌법개정이었음에도 당시 민정당과 민주당을 대표하는 8인 정치회담에서 - 이른바 '스페인형'의 방식으로 - 엘리트에 의한 밀실담합으로 또 신속이라는 미명 아래 졸속으로 이루어졌던 것이다. 자세한 것은 임혁백, 개헌의 필요성과 실현가능성, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010, 27-28쪽 참조.

28) 향후 제10차 개헌을 앞두고 국민참여개헌의 당위성에 대해서는 많은 논의가 있었다. 대표적으로 장영수, 대한민국 헌법의 역사, 고려대출판문화원, 2018. 311쪽 이하; 장영수, 국민참여개헌의 당위성과 방법론, 안암법학 제54권, 안암법학회, 2017, 69-105쪽; 김선택, 헌법개정과 국민참여- 국민의 영혼으로 통하는 창, 어떻게 열 것인가, 공법연구 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012, 125쪽 이하; 김선택·윤정인, 국민참여개헌, 어떻게 할 것인가, 공법연구 제46집 제1호, 한국공법학회, 2017, 1-26쪽; 조정찬, 일류국가

3. 국민참여의 관점에서 본 현행 헌법개정절차

그러면 현행 헌법의 헌법개정절차 하에서 국민참여적 개헌이 가능할까를 검토해 보면 다음과 같다. 첫째, 현행 헌법에서 헌법개정안의 제안은 국회재적의원 과반수의 발의와 대통령의 발의로 이원화되어 있다.(헌법 제128조①) 헌법개정안의 발의가 전적으로 국민의 대표인 국회의원과 대통령에 의해 이루어진다는 점에서 이것은 단지 '간접적인 국민참여'의 의미를 지닐 뿐이다. 국회재적의원 과반수 발의로 정족수를 강화한 것은 국회의 헌법개정안 발의권을 제약한 것으로, 헌법개정으로 들어가는 문턱을 너무 높여 '간접적인 국민참여'나마 어렵게 만들었다는 생각이 든다.

대신 헌법 제128조 제2항은 "대통령의 임기연장 또는 중임변경을 위한 헌법개정은 그 헌법개정 제안 당시의 대통령에 대하여는 효력이 없다."고 규정함으로써 헌법개정의 효력을 제한하고 있는데, 이것은 지난 헌정사에 대한 반성으로 더 이상 대통령의 임기연장을 위한 목적에서 개헌을 이용하지 못하게 하려는 국민적 요구를 반영한 것이었으므로 넓은 의미에서는 국민참여의 성과로 볼 수 있을 것이다.[29]

둘째, 헌법개정안이 제안되면, 대통령이 20일 이상의 기간 동안 이를 공고하여야 한다.(헌법 제129조) 이것은 헌법개정안에 대해 국민의 알권리를 충족하고, 헌법개정안에 대한 국민적 이해와 평가의 시간을 확보하려는 것이다.[30]

이것은 공고기간을 최소한 20일 이상 확보하도록 함으로써 국민참여의 기회를 보장하려는 것으로 볼 수 있으며, 다만 20일 이상의 기간 동안 헌법

를 위한 헌법 개정의 방향과 과제 - 헌법개정절차를 중심으로, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010, 93-108쪽 등 참조.

29) 이것은 1987년의 헌법개정 이후 적어도 지난 34년 간 대통령의 5년 단임의 임기가 안정적으로 계속되었던 점에 비추어 볼 때 상당한 성과를 거둔 조항으로 평가되고 있다. 장영수, 개헌의 기본방향, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010, 77쪽 각주20번.

30) 조정찬, 일류국가를 위한 헌법 개정의 방향과 과제 - 헌법개정절차를 중심으로, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010, 98쪽.

개정에 대한 국민참여를 어떠한 방식으로 어느 정도로 구체화하느냐에 따라 국민참여의 가능성이 달라질 여지가 있다.

셋째, "국회는 헌법개정안이 공고된 날로부터 60일 이내에 의결하여야 하며, 국회의 의결은 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다."(헌법 제130조①) 이 규정의 문언에 충실히 따르면 대통령이 헌법개정안을 공고하자마자 국회가 의결하는 것도 가능한 것으로 보인다. 헌법은 공고된 날부터 60일을 넘겨서 의결하지 않도록 하고 있을 뿐이기 때문이다.

그러나 헌법개정안을 20일 이상 공고하는 것이 헌법개정에 대한 국민참여의 기회를 확보하려는 것임을 고려할 때, 국회는 최대한 60일에 가깝게 의결하는 것이 바람직하겠지만, 적어도 헌법이 요구하는 20일은 지나야 국회가 의결을 할 수 있다고 보아야 할 것이다. 하지만 20일의 국민참여가 충분한 기간이 아님은 물론이며, 국민참여의 실제 상황과 무관하게 헌법개정안에 대한 국회의 의결은 진행될 수 있다는 점에서 국민참여의 의미는 여기서도 크지 않다고 보인다.

그런데 이 규정의 문제는 발의된 헌법개정안에 대해 국회가 60일이 지나도록 의결을 하지 않았을 경우에 발생한다.[31] 지난 2018년 3월 26일 문재인 대통령이 발의한 헌법개정안에 대해 제20대 국회는 5월 24일 본회의에 부의하였으나 의결정족수 부족으로 투표를 하지 못하였고 의결 기한인 60일을 넘겨 결국 2020년 5월 29일에 임기만료로 폐기되었다.[32] 물론 당시 헌법개정절차상 헌재 결정에 따른 「국민투표법」 개정의 선결 문제가 엮여 있기는 했지만, 헌법개정안이 본회의에 상정까지 되었음에도 국회는 격한 정쟁으로 60일의 기간 내에 의결하지 못했던 것이다.[33]

---

31) 헌법개정안이 60일 이내에 의결되지 않을 경우 별다른 규정은 없으나 사실상 부결된 것으로 보아야 한다는 견해로 조정찬, 일류국가를 위한 헌법 개정의 방향과 과제 - 헌법개정절차를 중심으로, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010, 96쪽. 이에 따르면, 헌법개정안이 폐기된다는 규정도 없으므로 국회기 만료시까지 계속 계류한다고 보아야 하지만, 사실상 폐기된 것과 동일하다고 보고 있다.

32) 국회 의안정보시스템 (의안번호 2012670) 참조. http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_S1N8H0U3D2M6Y1W4W5I9F4R0K4P8Z5 한편, 60일 이후에도 국회가 헌법개정안을 의결할 수 있는지 여부는 부정적인 입장이다.

33) 당시 국회는 5월 24일 개헌안을 본회의에 상정하였으나 재적의원 288명 중 114명만

우리 헌법 제130조 제1항은 “의결하여야 한다”고 규정하고 있으므로 국회는 가결이든 부결이든 의결을 해야 할 헌법상의 의무가 있다. 이것은 국회에게 의결에 대한 부작위를 허용하는 것이 아니라, 헌법개정안에 대해 국민을 대신하여 ‘심의할 의무’를 부여한 것이며, 헌법 제130조 제3항의 규정과 결합하여 국민투표에 부쳐야 하는 헌법적 의무가 인정된다고 보아야 하는 것이다. 국회의 헌법개정안 의결권은 국민의 헌법개정권력으로부터 부여받은 것이며, 헌법개정안 의결권의 불행사는 헌법개정에 대한 위임자인 국민의 헌법개정권력에 반하는 것으로 볼 수 있다.

넷째, “헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.”[34] 이 경우 “대통령은 늦어도 국민투표일전 18일까지 국민투표일과 국민투표안을 동시에 공고하여야 한다.”[35] “헌법개정안이 제2항의 찬성을 얻은 때에는 헌법개정은 확정되며, 대통령은 즉시 이를 공포하여야 한다.”(헌법 제130조③) 헌법개정안에 대한 국민투표는 우리 헌법개정절차 중에서 유일하게 국민참여가 인정되는 부분이다.

역대 헌법 중 헌법개정절차에 국민투표가 도입된 것은 제5차 개정헌법에서부터이다. 이것은 어떤 규범적 가치의 논의에 따라 이루어진 것이 아니라, 1961년 5·16으로 국회가 해산된 상황에서의 헌법개정이었기 때문에 부득이 국민투표라는 절차를 도입할 수밖에 없었다는 점도 있지만,[36] 당시 군사정부가 만든 개헌안의 정당성을 확보하려는 것이었다.[37] 이후로도 헌법개정 국민투표를 규정한 것은 5차, 6차, 7차, 8차, 9차 개정헌법이었다.

그렇다고 헌법개정에서 국민투표의 의미가 작은 것은 아니다. 헌법 제

참석하였는데 “재적의원 3분의2 의결정족수(192명)를 충족시키지 못하여 법적으로 투표불성립을 선언했다.

34) 헌법 제130조 제2항

35) 「국민투표법」(시행 2016. 11. 30., 법률 제14184호, 2016. 5. 29., 타법개정) 제49조

36) 오호택, 헌법개정의 절차와 헌법개정의 가능성, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010, 41쪽.

37) 장영수, 대한민국 헌법의 역사, 고려대출판문화원, 2018, 214쪽. 물론 국민투표를 통해 결과적으로 국민의 주권의식을 고양할 수 있었던 점도 인정할 수 있을 것이다.

130조는 제72조의 국민투표와 달리 헌법개정안에 대해서는 필수적 국민투표 사항으로 규정하고 국민투표에서 찬성을 얻은 때 헌법개정이 확정되도록 함으로써, 명실상부하게 헌법의 주인이자 헌법개정권자가 국민임을 드러내고 있는 것이다. 이것은 헌법 전문이 "유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 … 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다."고 규정하여 헌법 개정의 주체를 명시한 것을 다시 구체화한 것이라 볼 수 있다.

하지만 국민투표를 거쳤다고 하더라도 국민참여적 개헌이라 부르기에는 민망한 면도 있다. 첫째, 헌법개정 국민투표의 통과는 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 요하도록 하고 있지만, 실제로는 유권자의 4분의 1 정도의 찬성만으로 전체 국민의 찬성이 있었다고 간주될 수 있다. 물론 이것이 다수결의 원리에 비추어 불가피하다고 하더라도 결국은 개헌안의 발의와 의결 과정을 지켜본 유권자 4분의 1 정도만 개헌안에 호의적인 생각을 가져주기만 하면 유권자 4분의 3이 반대하는 헌법개정도 가능한 구조라 할 수 있는 것이다. 다수결의 구조상 어쩔 수 없다고 보더라도, 이것이 헌법개정의 중차대한 문제임을 감안하면 가벼운 문제는 아닌 것이다.

둘째, 헌법개정 국민투표는 단순한 요식적인 통과의례에 그칠 위험도 있다. 지난 1972년의 유신헌법 역시 국민투표에서 91.5%의 찬성을 받아 통과되었는데, 헌법개정에 대한 찬반논의 등 국민참여가 실질적으로 봉쇄된 상태에서 사실상 강압에 의한 국민투표가 실시되었던 경험에 비추어 보면 - 물론 유신헌법이 실제로는 민주헌법의 파괴라는 것을 많은 국민이 더 잘 알았더라면 91.5%나 그것에 동의하였을지 만무하지만,[38] 결국 헌법개정안에 대한 정보가 분명하지 아니하고 또 실질적인 국민참여의 기회가 확보되

38) 1980년 제8차 개헌 역시 국민투표에서 95.5%라는 높은 찬성으로 확정되었다. 그러나 유신헌법에 이은 신군부 쿠데타에 대해 국민은 실질적으로 동의할 수 없었고, 1980년대 군부독재에 대한 국민의 저항은 날로 높아져 마침내 1987년 6월 민주항쟁으로 귀결되었던 것으로 볼 수 있다. 이렇게 볼 때, 독재 헌법이 국민투표에 의해 통과되었다는 것은 그 실질에 있어서 권력에 대한 두려움과 억압의 결과였다고 볼 수 있을 것이다.

지 않은 상황에서는 국민투표라는 것도 거창한 보여주기식 이벤트에 불과하다는 것이다.

셋째, 더 심각한 문제는 「국민투표법」으로 구체화되는 실제 국민투표의 과정에 있다고 보인다. 현행 「국민투표법」은 마치 공직선거에서 선거운동에 대한 제한과 유사한 구조로, '국민투표운동'에 대해 규정하면서 매우 제한적으로만 허용하고 있다. 두 가지 문제가 제기될 수 있는데, 첫째는 국민투표운동을 원칙적으로 불허하고 엄격한 요건 하에 예외적으로 허용하고 있다는 점이다. 둘째는 헌법개정안에 대한 찬반 의견의 형성을 매우 제한된 기간 중에만 허용하며, 그것도 정당원의 자격을 가지는 자에게만 허용하고 있는 것이다.[39] 이러한 국민참여가 최소화된 국민투표절차 하에서는 결국 대다수의 국민의 역할은 단순히 찬반 투표를 던지는데 그치도록 만들고 있으며, 결국 국민을 헌법개정의 주인공이라기보다는 '들러리'에 불과하게 만들고 있다. 이것은 민주주의의 본질에 맞는 국민참여적 헌법개정에 맞지 않는 것이며, 결국 헌법개정의 민주적 정당성을 훼손하는 결과를 가져온다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 헌법개정에서 민주적 국민참여의 과제

1. 국민참여개헌의 헌법적 의미와 목적

헌법개정은 국민참여적 과정을 통해 이루어져야 한다. 그러면 헌법개정에서의 '국민참여'란 무엇을 의미하는가? 국민참여 개헌의 개념을 충족하려면 다음의 요소들을 갖추어야 할 것으로 생각한다. 즉, ① 헌법개정에 대한 국민의 최종확정권(국민투표), ② 개헌 내용에 대한 국민의 정보공개청구와 알 권리의 보장, ③ 정부나 국회에 의한 국민적 이해와 공감대 형성 노력, ④ (특히 국민투표운동에서) 국민의 찬반토론과 여론 형성의 보장, ⑤ 개헌

39) 이에 대한 문제점과 개정 방안은 다시 후술하기로 한다.

절차에서 국민 참여 제도의 마련 등이 그러하다. 이 5가지 요소를 모두 담고 있을수록 국민참여적 헌법개정에 가까워질 수 있다고 볼 수 있다.

다만, 5가지 요소를 갖추었다고 충분한 것은 아니고, 국민참여적 헌법개정은 국민참여의 정도를 기준으로 다시 몇 가지 단계로 나누어 볼 수 있겠다. ① 현행 헌법개정절차에서 보여주듯이, 헌법개정의 사실을 단순히 알리고 국민 여론을 환기시키는 정도에서 공고절차를 거치도록 하는 방법, ② 헌법개정의 절차 중에서 국민공청회나 설명회 등 공개적인 국민참여의 기회와 알권리를 보장하면서 국민의 자발적 여론 형성을 보장하는 방법, ③ 헌법개정은 대표에 의해 주도되지만 그 개헌안의 주요 내용에 대해서, 예컨대 '공론화위원회'처럼 국민이 참여하는 심의를 통해 국민적 공감대를 형성하도록 하여 대표에 의해 주도되는 헌법개정을 보완하는 방법[40], ④ 헌법개정의 과정에서 별도의 헌법개정 국민회의를 구성하여 국민에 의해 개헌이 직접 주도되는 방법을 생각해 볼 수 있을 것이다.

이렇게 볼 때 현행 헌법상의 헌법개정절차는 국민참여적 요소 중 ①과 ②가 마련되어 있을 뿐이고(2점), 국민참여의 수준에서도 ①과 ②의 정도에서(2점) 국민참여가 이루어지고 있을 뿐이다. 국민참여의 최대치를 9점으로 보면, 우리는 단지 4점 정도에 그치고 있으며, '국민참여'의 관점에서 보면 비교적 낮은 수준의 방법을 취하고 있다고 평가해 볼 수 있다.

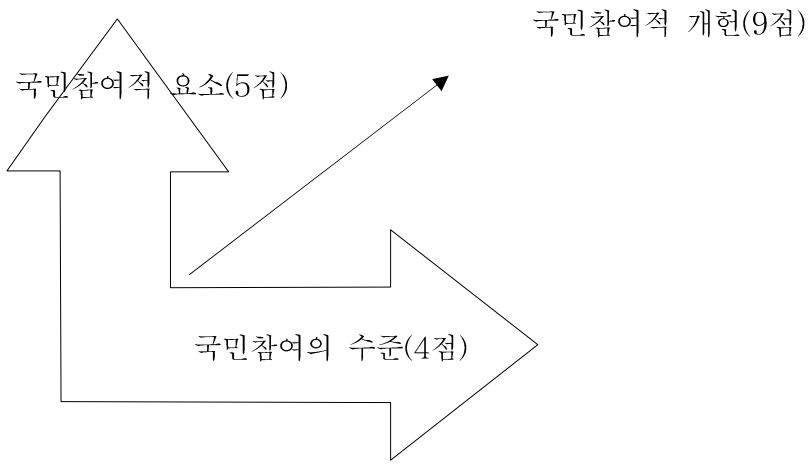
우리가 헌법개정에 단순한 국민참여의 기회 보장을 넘어서 국민참여의 실질적인 강화까지 요구하는 이유는 헌법의 주인이 국민이라면 헌법개정에서 헌법개정권력자인 국민의 역할이 실질적으로 확보되어야 하기 때문이다.[41] 그랬을 때 그 헌법이 국민의 규범적 의사라고 말할 수 있고, 국민과

---

40) 같은 맥락에서 2009년 아이슬란드에서 크라우드소싱 방식을 이용한 온라인 시민참여적 헌법개정이나 2012년 아일랜드의 시민참여 헌법개정방법이 주목되기도 한다. 이들은 랜덤으로 뽑힌 다수 시민들이 헌법개정심의절차에 참여한 사례로 평가되고 있다. 이에 대해 자세한 것은 김선택·윤정인, 국민참여개헌, 어떻게 할 것인가, 공법연구 제46집 제1호, 한국공법학회, 2017, 10-11쪽 참조.

41) 헌법개정에서 국민참여의 법적 근거로 UN 시민권 규약(ICCPR, 1966.12.16.) 제1조, 제2조와 제25조에 근거하여 인정되는 '헌법개정참여권'을 들기도 한다. 이에 대해서는 김선택, 헌법개정과 국민참여 - 국민의 영혼으로 통하는 창, 어떻게 열 것인가, 공법연구 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012.12, 133-134쪽 참조.

헌법을 정서적으로 가깝게 하여 헌법에 대한 국민의 주인의식을 고취시키며, 국가권력에 대한 헌법의 우위를 관철할 종국적인 힘을 헌법에 부여할 수 있기 때문이다.



결국 국가의사에 대한 국민의사의 우월성은 헌법에 의해 구성된 권력(국민대표가 주도하는 헌법개정절차)의 행사보다 헌법을 구성하는 권력(국민참여를 바탕으로 한 헌법개정절차)의 행사가 더 우월하다는 것에 근거하는 것이며, 이것은 적어도 헌법개정과정에서 국민참여를 실질적으로 보장함으로써 가능하다.

2. 헌법개정에서 국민참여의 강화 방안

그러면 헌법개정에서 국민참여를 강화하는 방안이 무엇이 있는지 검토해 보겠다. 이것은 헌법개정을 필요로 하는 사항과 헌법개정 없이도 가능한 사항으로 나누어 볼 필요가 있다.

먼저 헌법개정 없이도 가능한 사항으로는 첫째, 헌법개정안의 공고 전에 헌법개정안의 형성 과정에서 최대한 국민적 의견 수렴 기회를 확보하는

것이다. 예를 들어, 2017년 2월에 활동을 시작했던 '국회헌법개정특별위원회의 자문위원회'는 시민단체, 헌법학을 비롯한 학계와 연구단체 등으로부터 추천받은 각 분야별 전문가들로 구성되어 헌법개정이 필요한 사항들을 연구하고, 국민의 의견과 목소리를 담아내고자 국민참여 토론회, 전문가 토론회 등을 거쳐 2018년 1월에 보고서를 발간하여 정부에 전달하였다.[42] 이러한 활동은 한편으로는 과연 이들이 대표성을 충분히 가지는지의 문제가 있을 수 있고, 또 약 11개월에 걸쳐 이루어졌다는 점에서 전문적 검토뿐만 아니라 국민의 목소리와 의견을 모두 담아내기에는 기간이 다소 짧다는 문제점도 있지만, 다른 한편으로는 지난 과거의 헌법개정이 국민의 요구와 무관하거나 국민의 목소리를 외면한 것이었다는 점을 생각하면 국민참여의 관점에서 볼 때 아주 중요한 시도이며 의미 있는 성과라고 볼 수 있다. 이 외에도 국회의장이 주도하는 '헌법개정자문위원회'의 활동이나, 각 정당별 헌법연구위원회, 학술단체 주도의 헌법개정안 연구활동 등이 다수 있었다. 하지만 이러한 국민참여적 노력이 하나의 헌법개정안으로 수렴되지 못하고 흐지부지되는 경우가 많았다.

따라서 헌법개정안을 구성하기 위한 사전 노력으로서 국민참여의 과정은 적어도 헌법개정안을 마련하기 전에 1~2년 정도 시간적 여유를 두고 일정을 정하여 진행될 필요가 있다. 또 이러한 사전적 국민참여 절차를 법제화하여 진행하되, 여러 성과들이 그 개헌의 절차 속에서 융해되도록 함으로써 하나의 국민적 의견으로 수렴된 '헌법개정안'으로 귀결될 수 있도록 하는 제도화가 필요하다.

둘째, 헌법개정안에 대한 공고의 효과를 실질화하는 방법이다. 현행 헌법은 개정안 발의 후 적어도 20일 이상 공고하도록 하면서, 발의 후 60일 이내에 국회 의결을 하도록 하고 있는데, 60일로 기간을 제한한 것은 개헌논의의 지나친 장기화를 막으려는 것으로 해석된다.[43] 그럼에도 불구하고 헌

42) 국민헌법특별자문위원회에서 국민의견의 수렴과 개헌안 홍보 과정에 대하여 자세한 것은 국민헌법자문특별위원회, 2018 대한민국 헌법 개정 추진 백서, 대통령직속 정책기획위원회, 2018 113쪽 이하 참조.

43) 조정찬, 일류국가를 위한 헌법 개정의 방향과 과제 - 헌법개정절차를 중심으로, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010, 98쪽.

법개정안의 공고 이후 국회 의결을 최대한 60일에 가깝게 늦추고 국민참여의 기회를 최대한 확보하는 것이 필요하다. 이를 위해 국회 본회의 상정과 의결의 의사일정은 헌법의 틀 안에서 국회법 등에 명시하여 법제화하는 것이 필요하다.

셋째, 공고 기간 중에도, 국민의 참여를 보장하기 위하여, 말하자면 '사전 국민투표운동'의 기회를 보장할 필요가 있다. 후술하는 바와 같이, 사전 국민투표운동을 사전선거운동과 같은 의미로 이해할 이유가 없다. 더구나 현행 「국민투표법」 제26조[44] 및 제49조[45]에 따라 국민투표운동의 기간이 17일에 불과한 반면, 헌법개정안에 대한 전국민의 이해와 참여를 돕기에는 시간이 걸린다는 점을 고려하면, 국민이 헌법개정에 참여하여 의견을 형성하고 개진할 수 있는 시간적 기회가 더 확대될 필요가 있기 때문이다.

특히 공고 기간 중에는, 한편으로는 최대한 많은 국민들에게 헌법개정안의 내용을 알리고 이해를 구하는 것이 중요하다. 다른 한편으로는 앞서 공고 이전의 사전 절차가 헌법개정안에 대한 국민의 의견과 목소리를 담아 수렴하고 개별 쟁점을 정리하여 헌법개정안을 만드는 단계였다면, 헌법개정안의 공고 이후 국회의결 전의 단계에서 이루어지는 국민참여는 국회에 의한 개정안의 심의와 병행되는 점, 그리고 공고 이후의 헌법개정안에 대해서는 국회의 '수정의결'이 불가능함을 감안하여,[46] 헌법개정안에 대한 전체적인 찬반의견을 형성하는 과정으로 보아야 할 것이다.

넷째, 헌법개정안의 발의가 절차에 따라 철회되지 않는 한, 발의된 헌법개정안은 헌법에 따라 반드시 의사일정에 상정되어 의결되어야 한다. 헌법개정안은 전체적으로 국민의 참여를 통해 의견이 수렴된 결실이며 따라서 국민적 요구에 따른 것이라 할 수 있으므로, 국민의 헌법개정권력이 국회의

---

44) 「국민투표법」[시행 2016. 11. 30.] [법률 제14184호, 2016. 5. 29., 타법개정] 제26조(국민투표에 관한 운동의 기간) 국민투표에 관한 운동은 국민투표일공고일로부터 투표일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다.

45) 「국민투표법」[시행 2016. 11. 30.] [법률 제14184호, 2016. 5. 29., 타법개정] 제49조(국민투표일의 공고) 대통령은 늦어도 국민투표일전 18일까지 국민투표일과 국민투표안을 동시에 공고하여야 한다.

46) 조정찬, 일류국가를 위한 헌법 개정의 방향과 과제 - 헌법개정절차를 중심으로, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010, 96쪽.

헌법개정안심의의결권보다 우월하다는 헌법 원리, 또 “의결하여야 한다”고 규정하고 있는 헌법 제130조 제1항의 규정의 문언에 비추어, 발의된 헌법개정안을 국회가 임의로 의사일정에 상정하지도 않은 채 의결조차 하지 않는 것(의결부작위)은 헌법에 위반되는 것으로 보아야 한다.

또 의무적 의결 이후 국민투표에 부치도록 하는 헌법 제130조 제2항에 규정에 비추어 국회의 의결부작위는 국민의 기본권인 ‘국민투표권’을 침해하는 위헌적 공권력의 불행사로 보아 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있는 대상이 된다고 보아야 할 것이다.

그러면 헌법개정을 통해 가능한 사항이 있는지를 살펴본다. 헌법개정안에 대한 국민발안권을 인정하는 것이 여기에 해당할 것이다. 지난 제2차 개정헌법과 제5차 개정헌법에서 모두 유권자 50만명을 요건으로 하여 이미 헌법개정안의 국민발안을 규정한 바 있다. 지난 20대 국회 하에서 2020. 3. 6.에 참여연대를 비롯하여 25개 시민사회단체로 구성된 ‘국민발안개헌연대’는 이보다 더 가중된 요건으로 국회의원 선거권자 100만명 이상의 동의를 받아 헌법개정 국민발안을 할 수 있도록 하는 내용의 원포인트 헌법개정안을 당시 국회재적의원 과반수에 해당하는 국회의원 148명의 동의[47]로 발의하였다.[48] 그러나 이 헌법개정안은 발의 후 공고까지 거쳤음에도 국회 심의조차 하지 못한 상황에서 2020. 3. 18. 일부 국회의원의 철회로 흐지부지 사라지고 말았다.

헌법개정안의 국민발안제도에 대해서는 헌법개정안의 제안이 다소 신중하게 이루어지지 못하거나 남발될 가능성이 있다는 점에서 부정적인 면

47) 당시 개헌 발의에 찬성한 148명의 의원은 미래통합당 22명, 미래한국당 1명, 더불어민주당 92명, 민생당 18명, 정의당 6명, 민중당 1명, 국민의당 2명, 무소속 6명이었다. 자세한 것은 국회 의안정보시스템(의안번호 2024795 헌법개정안) 참조.

48) 이에 대해 자세한 내용은 http://www.peoplepower21.org/Solidarity/1701384 참조. 이 개정안에 참여한 단체는 다음과 같다. 경제정의실천시민연합, 국민참여개헌시민행동, 대한민국헌정회, 서울특별시의정회, 시민사회단체연대회의, 시민이만드는헌법, 전국시장군수구청장협의회, 전국민주노동조합총연맹, 젠더정치연구소 여세연, 주권자전국회의, 지방분권전국회의, 직접민주주의연대, 참여연대, 한국YMCA전국연맹, 한국YWCA연합회, 한국노동조합총연맹, 한국농업경영인중앙연합회, 한국농축산연합회, 한국여성단체연합, 한국여성정치연구소, 한국여성정치연맹, 헌법개정국민주권회의, 헌법개정여성연대, 홍사단, 고문헌(25개 단체, 가나다순, 2020.4 기준)

도 있을 수 있다. 그러나 헌법의 주인이자 헌법개정권자가 국민이라는 점에서 볼 때, - 법률안 등의 국민발안과는 달리 - 적어도 헌법개정안에 대해서는 국민발안의 명분과 필요성이 크다고 볼 수 있다. 더구나 국회나 대통령이 헌법개정을 전혀 시도하지 않는 경우 보충적으로라도 국민의 직접적 헌법개정안 발의가 인정된다면 강력한 정치적 파급효를 가질 수 있는 것이다. 무엇보다 국민참여적 헌법개정의 관점에서 볼 때 헌법개정안에 대한 국민투표와 더불어 헌법개정안의 국민발안은 명실상부하게 국민이 '헌법개정권자'임을 확인하는 헌법제도적 표현이 될 것이다.

3. 현행 「국민투표법」의 문제점과 개정의 필요성

국민참여적 헌법개정이 되기 위해서는 헌법개정을 최종적으로 확정하는 국민투표의 절차가 그에 맞게 정돈될 필요가 있다. 이와 관련하여 먼저, 지난 2014. 7. 24. 헌법재판소가 재외선거인의 국민투표권을 제한한 「국민투표법」 제14조 제1항에 대해 재외선거인의 국민투표권을 침해한다고 헌법불합치 결정을 하였음에도 불구하고,[49] 그 입법시한이 지난 2020. 10. 12. 현재까지 국회에서 아무런 법률 개정이 이루어지지 않고 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다.[50]

헌법재판소는 "헌법 제72조의 중요정책 국민투표와 헌법 제130조의 헌법개정안 국민투표는 대의기관인 국회와 대통령의 의사결정에 대한 국민의 승인절차에 해당한다. 대의기관의 선출주체가 곧 대의기관의 의사결정에 대

49) 헌재 2014. 7. 24. 2009헌마256 등, 판례집 26-2상, 173, 175.

50) 다만, 이 결정에서 헌법재판소는 "다만 국민투표법조항이 위헌으로 선언되어 즉시 효력을 상실하면 국민투표를 실시하고자 하여도 투표인명부를 작성할 수 없게 되므로, 입법자가 국민투표법조항을 개선할 때까지 일정 기간 국민투표법조항을 잠정적으로 적용할 필요가 있다. 또한 국민투표의 절차상 기술적인 측면과 국민투표의 공정성 확보의 측면에서 해결되어야 할 많은 문제들이 존재한다. 그러므로 국민투표권조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하되, 다만 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속적용을 명하기로 한다."면서 동 법률조항에 대해 2015. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용하도록 하는 헌법불합치를 결정하였다. 헌재 2014. 7. 24. 2009헌마256 등, 판례집 26-2상, 173 참조.

한 승인주체가 되는 것은 당연한 논리적 귀결이다. 재외선거인은 대의기관을 선출할 권리가 있는 국민으로서 대의기관의 의사결정에 대해 승인할 권리가 있으므로, 국민투표권자에는 재외선거인이 포함된다고 보아야 한다. 또한, 국민투표는 선거와 달리 국민이 직접 국가의 정치에 참여하는 절차이므로, 국민투표권은 대한민국 국민의 자격이 있는 사람에게 반드시 인정되어야 하는 권리이다."라고 하면서 "국민의 본질적 지위에서 도출되는 국민투표권을 추상적 위험 내지 선거기술상의 사유로 배제하는 것은 헌법이 부여한 참정권을 사실상 박탈한 것과 다름없다. 따라서 국민투표법조항은 재외선거인의 국민투표권을 침해한다."고 보았다.[51] 무엇보다 재외선거인의 국민투표권을 되찾아 주는 것 역시 헌법개정에서 국민참여를 확대하는 의미가 있음은 긴 설명을 요하지 않을 것이다. 이러한 헌법재판소의 결정 취지를 존중하는 「국민투표법」의 개정을 통해 제10차 개헌을 미리 준비할 필요가 있다. 이 논문에서는 추가적으로 다음의 두 가지 점에서 「국민투표법」 제6장에서 규정하고 있는 '국민투표운동'에 관한 규제의 문제점을 지적해 보고자 한다.

첫째, 현행 「국민투표법」 제27조에서 국민투표에 관한 운동을 규제하고 있는 부분이다. 현행 법률은 국민투표운동을 마치 선거운동을 규제하듯이 제한하고 있다. 그러나 국민투표운동은 헌법개정주체인 국민이 헌법개정안에 대한 이해를 높이고 의견을 형성하는 과정이므로, 공직선거법에서 말하는 선거운동과 다르게 보아야 한다. 공직선거에서는 후보자들 간의 경쟁이 이루어지므로 '선거운동의 자유'와 함께 '선거의 공정성'이 무엇보다 중요하겠지만, 헌법개정에 대한 국민투표운동에서는 그러한 공정성보다는 헌법개정안에 대한 국민의 찬반토론이나 의사표현의 보장이 무엇보다 중요하다.

하지만 현행 「국민투표법」 제25조는 헌법개정안에 대한 찬반의견의 형성을 규제가 필요한 행위로 전제하고 있지 않나 싶다. 국민투표운동기간이 길지 않아 국민참여적 효과가 반감되는 부분은 차치하더라도, 「국민투표법」 제27조는 동 법률에 규정된 이외의 방법으로는 국민투표운동을 할 수 없도

51) 헌재 2014. 7. 24. 2009헌마256 등, 판례집 26-2상, 173, 175.

록 함으로써 국민투표운동을 원칙적으로 제한하고 법률의 규정된 방법에 따라 예외적으로 허용하는 방식을 취하고 있는데,[52] 이는 선거운동의 자유를 원칙으로 하고 예외적으로 제한하는 선거운동의 경우보다 더 많은 제약을 가하고 있는 상황이라 평가된다.[53]

둘째, 「국민투표법」 제28조 제1항은 "정당법상의 당원의 자격이 없는 자는 운동을 할 수 없다."고 규정하고 동법 제116조는 이를 위반한 자에게 2년 이하의 징역이나 금고 또는 100만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는 부분이다.[54] 이 규정을 통해 '정당법상의 당원 자격이 없는 사람'에 대해서는 헌법개정안에 관한 찬반 의사의 표현이나 활동을 전혀 할 수 없게 만들어 버렸다. 이 규정의 논리대로라면, 정당원의 자격을 가지지 못하는 한 학계나 학술단체가 헌법개정안에 대한 찬반토론도 불가능한 상황이다.

'정당법상 당원의 자격'은 현행 「정당법」 제22조에서 규정하고 있다.[55] 국민투표운동의 주체에게 정당법상의 당원 자격을 요하는 이유는 아무래도

---

52) 「국민투표법」 제27조(운동의 한계) **운동은 이 법에 규정된 이외의 방법으로는 이를 할 수 없다.**

53) 「공직선거법」 제58조(정의 등) ② 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.

54) 「국민투표법」 제116조(각종 제한규정의 위반죄) **제28조**, 제32조제3항·제5항·제6항·제8항·제9항·제33조제2항, 제34조, 제36조 내지 제47조의 **규정에 위반한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.**

55) 「정당법」[시행 2020. 3. 11.] [법률 제17071호, 2020. 3. 11., 타법개정] 제22조(발기인 및 당원의 자격) ① 국회의원 선거권이 있는 자는 공무원 그 밖에 그 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그러하지 아니하다. <개정 2011. 7. 21., 2012. 1. 26., 2012. 2. 29., 2013. 12. 30., 2017. 12. 30.>
1. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분) 또는 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 공무원. 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체의 장, 국회 부의장의 수석비서관·비서관·비서·행정보조요원, 국회 상임위원회·예산결산특별위원회·윤리특별위원회 위원장의 행정보조요원, 국회의원의 보좌관·비서관·비서, 국회 교섭단체대표의원의 행정비서관, 국회 교섭단체의 정책연구위원·행정보조요원과 「고등교육법」 제14조(교직원의 구분)제1항·제2항에 따른 교원은 제외한다.
2. 「고등교육법」 제14조제1항·제2항에 따른 교원을 제외한 사립학교의 교원
3. 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자
② 대한민국 국민이 아닌 자는 당원이 될 수 없다.

헌법개정의 요구가 국민을 중심으로 표출되어야 하고, 또 정치적 중립성이 요구되는 일부 공무원에게는 국민투표운동의 허용이 적절하지 않다는 점, 국회의원 선거권이 없는 사람에게 국민투표권을 인정하는 것도 적절하지 않을 수 있다는 점에서 인정되는 것이라 볼 여지도 있다. 하지만 이것이 특히나 헌법개정에서 필수적 국민투표를 통해 헌법개정을 확정하는 사안이라는 점을 감안하면 그렇게 간단한 문제는 아니라고 보인다.

첫째, 헌법개정 국민투표가 반드시 정당과 연계되어 이해되어야 하는 것은 아니라는 점 때문이다. 정당은 정치활동과 특히 선거에 참여하는 정치조직이란 점에서, 일상적인 정치과정이나 특히 선거운동과 밀접한 관련이 있다. 그러나 헌법개정에 관한 찬반 의견의 표출 가능성이 정당과 연계되어야 하는 논리적 이유를 찾기가 어렵다. 단지 헌법상 선거관리위원회의 사무에 선거사무, 정당사무, 국민투표사무가 포함되므로 정당과 국민투표가 서로 연계된다고 본다면 궁색한 이유에 불과할 것이다.

둘째, 국민이지만 국회의원 선거권이 없는 사람에게 헌법개정안에 관한 국민투표운동을 금지할 이유도 크지 않다. 선거권이 없어서 선거운동이 금지되면 몰라도, 그것이 국민투표운동까지 금지할 이유가 될 수는 없을 것이다.

셋째, 정치적 중립성이 요구되는 공무원에게도 국민투표운동까지 금지할 이유는 없다. 국민투표운동의 금지는 국민투표에서 중립성을 지켜야 할 선거관리위원회 공무원에게 특히 요구되는 것이지 모든 공무원에게 일반적으로 금지할 이유는 없다.

넷째, 국민투표운동은 국민참여적 개헌에서 유일하게 제도화된 부분일 수 있다. 그러나 이 조차도 과도한 제한으로 인해 참가 자격이 왜곡된다면 민주적 정당성을 훼손할 수 있다.

결국, 이러한 「국민투표법」의 규정 내용은 헌법개정에 대한 국민참여를 어렵게 하고, 결국 헌법개정의 민주적 정당성을 훼손하며 국민의 헌법개정권과 국민투표권을 과도하게 침해하는 위헌적 법률이라고 보지 않을 수 없다. 따라서 제10차 헌법개정 이전에 이러한 위헌성을 제거하는 「국민투표법」 제6장의 전면적인 개정이 필요하다.[56]

Ⅳ. 마치며

지금까지 헌법개정의 의미와 반민주적 헌법개정의 역사적 경험과 문제점, 그리고 국민참여적 관점에서 본 헌법개정절차의 내용과 문제점 등을 하나씩 짚어봄으로써 헌법개정에서 주권자인 국민의 규범적 역할과 현실을 확인할 수 있었다. 지난 5차 개헌 이후 역대 헌법개정에서 국민투표를 거쳐 왔지만, 국민투표를 필수적 절차로 한다는 것 자체만으로는 국민참여적 개헌이라고 보기는 어렵다. 오히려 지금처럼 국민투표운동이 과도하게 억제된 상황에서 단순한 찬반을 묻는 헌법개정 국민투표는 요식적인 통과의례가 될 위험성을 지닐 뿐이다.

앞으로 있을 제10차 헌법개정은 국민참여개헌이 되어야 한다. 국민참여적 개헌이 되려면 국민참여적 요소를 확대할 뿐만 아니라 국민참여의 수준을 실질적으로 강화하는 제도화가 필요하다. 그랬을 때 국민이 진정으로 헌법개정권력자라 할 수 있고, 국민과 헌법을 정서적으로 가깝게 하여 헌법에 대한 국민의 주인의식을 고취시킬 수 있으며, 국가권력에 대한 헌법의 우위를 관철할 종국적인 힘을 헌법에 부여할 수 있다. 민주주의 헌법에서 대표에 의해 형성되는 국가의사보다 헌법으로 표현된 국민의사가 궁극적으로 우월하다는 것은 국민의 대표가 주도하는 헌법개정절차(헌법에 의해 구성된 권한의 행사)보다는 국민참여를 바탕으로 하는 헌법개정절차(헌법을 구성하는 권력의 행사)가 될 것을 요구한다.

현행 헌법개정절차 속에서 국민참여를 강화할 수 있는 방안을 모색하면서, 국회법 등의 법률개정만으로 국민참여를 강화할 수 있는 방안과 헌법개정을 통해서만 가능한 방법을 나누어 살펴보았다. 전자로는 헌법개정안의 공고 이전 헌법개정안의 형성과정에서는 최대한 국민의 의견수렴 기회를 확보하는 것, 헌법개정안의 공고 후 국회의결을 최대한 60일에 가깝게 늦추어 국민참여 기회를 최대한 확보할 수 있도록 국회의사일정을 법제화하는 것, 헌

56) 같은 취지에서 국민투표법의 개정이 필요하다는 주장으로 정만희, 헌법개정연구, 세종출판사, 2010, 32쪽 참조.

법개정안의 공고 중에도 이른바 '사전 국민투표운동'의 보장이 필요하다는 것, 헌법개정안이 발의되면 절차에 따라 철회되지 않는 한 국회는 - 가결이든 부결이든 - 헌법상 의결할 의무가 있다는 것을 지적하였다. 만약 국회가 의사일정에 헌법개정안을 상정하지도 의결도 않는다면, 그러한 의결부작위는 헌법 제130조 제2항에 규정된 국민의 국민투표권을 침해하는 위헌적인 공권력의 불행사로서 헌법소원의 심판대상이 될 수 있다. 후자의 방안으로는 헌법개정안의 국민발안제도가 필요하다고 보았다. 헌법개정안에 대한 국민발안은 국민투표와 더불어 명실상부하게 국민이 헌법개정권자임을 확인하는 헌법제도적 표현이 될 것이다.

끝으로 현행 「국민투표법」 조항이 국민참여개헌을 불가능하게 하는 위헌성을 지적하였다. 국민투표운동을 마치 선거운동처럼 취급하는 것도 불합리하지만, 특히 국민투표운동을 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하는 현행법의 태도는 선거운동보다도 더 제약적인 태도이므로, 국민참여적 개헌의 취지에 정면으로 위반된다. 또 국민투표운동의 자격을 정당원의 자격을 가지는 자로 한정하는 것은 아무런 논리적 이유나 내용적 타당성을 가지기 어렵다고 보았다. 향후 국민참여적인 제10차 헌법개정을 위하여 「국민투표법」 조항의 개정이 꼭 필요함을 다시 한번 강조해 둔다.

국민참여의 요구에 비추어 본 헌법개정절차의 검토 - 이 장 희	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.11.15.	2020.11.30.	2020.12.24.

[참고문헌]

계희열, 헌법의 해석, 고려대출판부, 1993
국민헌법자문특별위원회, 2018 대한민국 헌법 개정 추진 백서, 대통령직속 정책기획위원회, 2018
김명주, 헌법사 산책, 산수야, 2010
김상겸, 헌법개정의 시기와 방향, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010
김선택, 헌법개정과 국민참여 -국민의 영혼으로 통하는 창, 어떻게 열 것인가, 공법연구 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012
김선택·윤정인, 국민참여개헌, 어떻게 할 것인가, 공법연구 제46집 제1호, 한국공법학회, 2017
대한민국 국회, 국회개원 50년, 1998, 100쪽 참조.
박찬승, 대한민국은 민주공화국이다, 돌베개, 2013
서희경, 대한민국 헌법의 탄생, 창비, 2012
심용환, 헌법의 상상력, 사계절, 2017
양 건 외 18인, 새로운 헌법 필요한가, 대화문화아카데미, 2008
오호택, 헌법개정의 절차와 헌법개정의 가능성, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010
이오덕, 이오덕 일기 1부(1962~1977), 양철북, 2013
임혁백, 개헌의 필요성과 실현가능성, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010
장영수, 개헌의 기본방향, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010
장영수, 국민참여개헌의 당위성과 방법론, 안암법학 제54권, 안암법학회, 2017
장영수, 대한민국 헌법의 역사, 고려대 출판문화원, 2018
정만희, 헌법개정연구, 세종출판사, 2010
조정찬, 일류국가를 위한 헌법 개정의 방향과 과제 - 헌법개정절차를 중심으로, 국민과 함께하는 개헌이야기(1권), 국회미래한국헌법연구회, 2010
Christian Starck, 김대환 대표편역, 슈타르크 헌법논집 민주적 헌법국가, 시와진실, 2015
Konrad Hesse, 계희열 역, 통일독일헌법원론, 제20판, 박영사, 2001
Konrad Hesse, 계희열 역, 헌법의 기초이론, 박영사, 2001

http://www.peoplepower21.org/Solidarity/1701384
http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_S1N8H0U3D2M6Y1W4W5I9F4R0K4P8Z5

【국문초록】

이 논문에서는 헌법개정의 내적 의미, 반민주적 헌법개정의 경험과 문제점, 국민참여적 관점에서 본 헌법개정절차의 내용과 문제점 등을 짚어봄으로써 헌법개정에서 주권자인 국민의 역할과 현실을 확인해 보았다.

향후 제10차 헌법개정은 국민참여개헌이 되어야 한다는 전제 하에, 국민참여 헌법개정의 의미와 목적을 살펴보았다. 또 현행 헌법개정절차 속에서 국민참여를 강화할 수 있는 방안을 논하였다. 여기서 헌법개정 없이도 국민참여를 강화할 수 있는 방안을 모색해 보았으며, 헌법개정을 통해서만 가능한 방법으로 국민에 의한 헌법개정안 발안제도를 검토해 보았다.

끝으로, 현행 「국민투표법」 조항이 국민참여개헌을 불가능하게 한다는 점에서 관련 조항의 위헌성을 살펴보았다. 헌법재판소가 위헌성을 지적하였던 '재외국민에 대한 국민투표'의 문제에 대해 법개정의 필요성을 지적하였다. 또 국민투표운동을 선거운동으로 취급하는 불합리성은 차치하더라도, '국민투표운동'을 원칙적으로 금지하고 단지 예외적으로 허용하고 있는 현행법은 선거운동보다도 더 제약적으로 금지하는 태도이므로, 국민참여적 개헌의 취지에 정면으로 위반되는 것으로 보았다. 또 국민투표운동의 자격을 정당원의 자격을 가지는 자로 한정하는 것은 아무런 논리적 이유나 내용적 타당성을 가지기 어렵다고 보았다. 향후 제10차 헌법개정이 국민참여적 개헌으로 되기 위해서는 「국민투표법」의 개정을 비롯하여 다양한 제도의 개선과 보완이 필요함을 강조하였다.

【Zusammenfassung】

Revision of the Constitution and the demand for People's Participation

Lee, Jang Hee
(Ph.D in Law, Associate professor, Changwon National University)

In this paper, the internal meaning of constitutional amendment, the experience and problems of anti-democratic constitutional amendment, and the contents and problems of constitutional amendment procedures from the perspective of the people's participation in the revision of the Constitution, thus confirming the role and reality of the people who are sovereigns in constitutional amendment.

On the premise that the 10th amendment of the Constitution in the future should be a revision of the people's participation, we examined the meaning and purpose of the amendment of the people's participation in the Constitution. It also discussed ways to strengthen public participation in the current constitutional revision process. Here, we explored ways to strengthen public participation without revising the Constitution, and reviewed the proposed constitutional amendment system by the people in a way that is possible only through revising the Constitution.

Finally, we examined the unconstitutionality of the relevant clauses in that the current "National Voting Act" makes it impossible to amend the people's participation. The Constitutional Court pointed out the need for a revision of the law on the issue of 'voting for foreign nationals' that had been pointed out as unconstitutional It was also seen as a direct

violation of the purpose of the people's participatory constitutional amendment, as the legal system's attitude, which bans "people's voting campaigns" in principle and allows exceptions, is more restrictive than that of campaigns. It also saw that limiting the eligibility of the referendum to those who qualify as party members would have no logical reason or content validity. Through these system improvements, the amendment was emphasized in advance in preparation for the 10th amendment to the Constitution.

주제어(Stichwörter) : 헌법개정(constitutional revision), 국민참여(people's participation), 국민투표(referendum), 국민투표운동(referendum movement), 국민투표법(referendum law), 민주주의(democracy)

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2020.99.121

고려대학교 법학연구원
고려법학 제99호 2020년 12월

전자감독제도의 예방적 경찰활동으로서의 함의*

- 범죄징후 예측시스템의 허용성을 중심으로 -

박 민 지** · 서 정 범***

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 예방적 경찰활동 개관
1. 개념
2. 범죄예측 시스템
3. 소결
Ⅲ. 전자감독제도 개관
1. 전자감독제도의 의의 및 법적 성격
2. 전자감독제도에 의해 제한되는 기본권
3. 소결
Ⅳ. 범죄징후 예측시스템의 공법적 문제 - 그의 허용성을 중심으로
1. 범죄징후 예측시스템 개관
2. 범죄징후 예측시스템으로 인해 추가적으로 제한되는 기본권
3. 범죄징후 예측시스템의 허용성
Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 서 론

법무부는 2019년부터 고위험군의 성범죄자나 폭력범죄자 등과 같은 전자감독 대상자의 재범 위험을 사전에 차단하기 위해 범죄로 이어질 수 있는

* 본 연구논문은 2020년 한국공법학자대회에서 지능정보화 사회에서 공법학의 과제라는 대주제 아래 공모를 통해 대학원생 분과 우수논문으로 선정되어 발제한 내용을 정리한 것이다.
** 경찰대학 치안대학원 박사과정(공공안전법학 전공), 제1저자.
*** 경찰대학 법학과 정교수, 법학박사, 교신저자.

전자발찌 피부착명령자의 이상징후를 시스템이 스스로 감지하여 알려주는 범죄징후 예측시스템을 실무에 본격 도입하였다. 그리고 지난 2020년 3월 4일 법무부는 주요업무 계획을 발표하면서, 2021년까지 피부착명령자의 음주 여부를 실시간으로 측정하여 계속 확인하는 '음주 감응 전자장치'를 개발하겠다는 내용의 전자발찌 착용 강화방안을 제시하였다. 다만 법무부는 국내 상황을 감안해 우선 성범죄자와 살인/강도 범죄자에 착용되는 전자발찌에 한해 이와 같은 기능을 추가할 예정이라고 밝혔다.[1] 이러한 기술적 장비를 통한 전자감독제도[2]는 예견되는 위험을 전제로 사법행정력을 행사하는 예방적 경찰작용에 해당하는데, 이처럼 사전예방적 차원에서의 보호관찰이 도입되게 된 것은 전자발찌 피부착명령자가 재범을 저지른 경우에도 사후 대응만이 가능했던 기존 시스템에 대한 불신을 해소하기 위한 방안의 마련이 시급했기 때문으로 보인다.

이처럼 기술적 장비를 통한 사전예방적 차원의 전자감독제도 내지 범죄징후 예측시스템이 도입되게 된 이유는 지금까지의 전자감독 시스템이 전자발찌 피부착명령자의 재범을 사전에 예방하지는 못하고, 그들이 재범을 저지른 이후에야 비로소 사후적으로 대응할 수 밖에 없었던 것에서 찾을 수 있다. 다시 말해 기존의 전자감독제도로는 일반 공중의 안전을 충분히 확보하기 어렵다는 국민적 불만을 해소하기 위하여서는 사전예방적인 범죄징후 예측시스템의 도입이 시급했었던 것이다. 특히 8세 여아를 성폭행하여 장기파손 등의 상해를 가하여 사회적 논란을 야기하였던 아동 성폭행범 조두순[3]이 2020년 12월 13일에 만기출소하게 되자 그의 출소를 막아달라는 국민 청원이 청와대 게시판에 빗발치면서[4] 소위 '조두순법'이라고 불리는

---

1) 중앙일보, "음주 여부 감시하는 전자발찌 개발 추진…음주운전자에도 적용 가능할까", https://news.joins.com/article/23722796. <최종검색일 : 2020. 7. 24.>.

2) Annette Guckelberger, "전자재택감독의 헌법적 문제". 「토지공법연구」, 87(1) 2019, 1136면.

3) 조두순 사건에 관하여는 다음의 인터넷문헌 참조: https://ko.wikipedia.org/wiki/조두순_사건, <최종 검색일: 2020.7.25.>.

4) 서울신문, "조두순 24시간 감시할 전자발찌...80가지 징후로 성범죄 사전대응", https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20190401015002 <최종 검색일: 2020년 7월 12일>.

「특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률」(이하 '전자장치부착법'이라 칭함)상의 범죄 고위험군에 대한 보호관찰 규정을 강화하는 개정안의 필요성에 대한 국민적 여론이 형성되었다. 이에 법무부는 그러한 국민적 여론에 부응하여 「전자장치부착법 개정안」[5]을 받아들이는 한편, 전자감독제도의 실질적 운영행태를 강화하기 위하여 새로운 시스템을 도입하였다. 다만 이러한 국민적 요청에 따른 범죄징후 예측시스템의 도입은 시의적 필요성이란 요청에는 충실하지만, 그와 관련된 문제에 대한 충분한 법제도적 고려가 뒷받침되었는지에 대해서는 의구심이 든다.

법무부는 범죄징후 예측시스템이 보호관찰자에 대해 「전자장치부착법」상 수집해온 자료를 활용하는 것일 뿐이므로 추가적인 인권 침해 요소는 전혀 없다는 입장을 취하고 있다. 그러나 이러한 법무부의 입장은 다음과 같은 법적 문제를 충분히 고려하지 못하고 있다고 생각된다.[6] 즉,

첫째, 정보의 수집과 처리의 인권침해성 여부를 - 구체적으로 수집되는 정보의 내용과 처리방식을 고려함이 없이 - 일률적으로 판단할 수는 없다.

둘째, 기존의 전자발찌 부착명령제도가 제한하는 법익은 단순히 피부착명령자의 위치정보에 대한 것일 뿐이었다. 그러나 이번에 도입되는 범죄징

---

5) 이른바 '조두순법'이란 미성년자 대상 성범죄자의 출소 후 전자발찌 부착 기간을 연장하는 것을 골자로 한 '특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 일부개정법률안'으로, 2019년 3월 28일 국회를 통과하고 2019년 4월 16일부터 시행되었다. 관련하여 개정된 내용은 「전자장치부착법」 19세 미만의 사람에 대해 성폭력범죄를 범한 자에 대하여 준수사항을 부가할 경우에는 주거지역의 제한 및 특정인에의 접근금지가 반드시 포함되도록 하고(제9조의 2 제3항의 신설), 제10조의 부착명령 판결 등에 따른 '통지'를 '조치'로 그 제목을 개정하였으며 재범 위험성 검사의 실효성 제고를 위해 보호관찰소장으로 하여금 매년 1회 피부착명령자의 재범 위험성을 재평가하여 필요한 경우 부착명령 변경 청구를 하도록 하고(제14조의2 제2항 신설), 미성년자에 대한 성폭력범죄를 범한 피부착자 중 재범 위험성이 상대적으로 큰 사람에 대해서는 일대일 보호관찰이 진행될 수 있도록 하여(제32조의2 개정) 동 제도의 불완전성을 보완하고 보다 효과적으로 범죄를 예방할 수 있도록 개정되었다. 국회의안정보시스템, "특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 일부개정법률안(표창원의원 대표발의,의안번호 2011850,2018)"과 개정된 현행법을 비교하여 정리한 것임.

6) 특히 경찰청이 범죄를 사전에 예방하기 위한 치안 R&D기술 개발에 주력하고 조직적으로도 그에 대비하고 있음에도 불구하고 공법적 관점에서의 문제점에 대한 논의를 고려하여 전면적 실시를 유보하고 있는 것과 비교해 볼 때, 법무부의 주장은 설득력이 박약하다고 생각된다.

후 예측시스템은 동 시스템의 적용 대상자에 대한 인적정보, 범죄정보 및 생활정보를 포함하는 빅데이터(Big Data)를 수집하는 것을 예정하고 있다. 그런데 과연 「전자장치부착법」 상의 규정이 이러한 수준의 정보수집까지 허용하고 있는 것으로 볼 수 있는 것인지는 의문시된다. 나아가서 「전자장치부착법」 상의 규정이 그렇게 수집된 정보를 토대로 '데이터 마이닝(Data Mining)'[7]을 통하여 데이터의 패턴과 관계성을 밝히고, 그를 전제로 하여 통계학적 분석과 데이터베이스 기술을 적용하는 것까지 허용하는 것으로 볼 수 있는지는 극히 의심스럽다.

셋째, 법적 근거의 문제를 넘어서서 또 하나 문제되는 것은 수단의 선택에 관한 것인데, 특히 동법의 규정이 비례의 원칙의 요청을 충실히 따르고 있다고 볼 수 있는지에 대한 의문이 존재한다.

이런 문제점에 대한 인식을 배경으로 이하에서는 "전자감독제도의 예방적 경찰활동으로서의 함의"를 다음과 같은 순서로 고찰해 보고자 한다. 즉, 먼저 논의의 전제를 이루는 예방적 경찰활동의 개념을 확인하고, 그 하위 개념의 하나인 예측적 경찰활동을 중심으로 국내외의 운영사례를 살펴본다(Ⅱ. 예방적 경찰활동 개관). 그런 다음 (보호관찰 처분의 일환인) 전자감독제도와 관련하여 그의 법적 성격과 그로 인해 침해받을 수 있는 기본권에는 어떠한 것이 있는지를 밝혀 본다. 그리고 범죄징후 예측시스템이 도입되는 경우 전자감독제도가 예방적 경찰활동으로서 어떠한 의미를 갖게 되는지의 문제를 논의해 보기로 한다(Ⅲ. 전자감독제도 개관). 그리고 이어서 범죄징후 예측시스템의 활용이 공법적 측면에서 볼 때 허용될 수 있는지의 여부를 법적 근거와 비례의 원칙이란 관점에서 고찰해 보기로 한다(Ⅵ. 범죄징후 예측시스템의 공법적 문제 - 그의 허용성을 중심으로).

---

7) 데이터 마이닝이란 데이터 속에 숨어있는 지금까지 알려지지 않은 유효한 패턴이나 미묘한 관계성을 명확히 하고 장래 결과 예측을 가능하게 하는 규칙성을 추론하기 위하여 통계학적 분석이나 모델링, 수학적 알고리즘 및 기계적 학습방법과 같은 데이터 분석 기술을 적용하는 것으로 이해되고 있다. 이병규, "예측 치안의 헌법적 논의", 「한국부패학회보」, 24(3), 2019, 81면.

Ⅱ. 예방적 경찰활동 개관

1. 개념

경찰의 활동은 그 목적을 기준으로 행정경찰과 사법경찰로 구분해 볼 수 있다. 이 경우 행정경찰은 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위험을 방지하는 작용을 말하며, 사법경찰은 범죄를 수사하고 피의자를 체포하는 작용을 말한다. 행정경찰은 행정법규 내지 행정법원리의 적용을 받는다는 점에서, 형사법규 내지 형사법원리의 적용을 받는 사법경찰과 구분된다.[8] 한편 우리나라의 경우 행정경찰과 사법경찰의 구분은 현실적으로 검찰의 지휘권과 관련하여서도 인정될 수 있다. 즉, 사법경찰작용은 그에 대한 검사의 지휘권 인정 여부를 둘러싼 논란이 있는 것에 반하여,[9] 행정경찰작용은 경찰 고유의 작용이므로 처음부터 검찰의 지휘가능성이 배제되는 면이 있다. 과거에는 (특히 우리나라의 경우) 경찰활동은 그 중점을 범죄가 발생한 이후에 그를 수사하고 피의자를 체포하는 사후적인 진압작용에 두고 있었다. 그러나 과학기술의 진보와 이동편의성의 증대 등으로 인하여 고위험사회에 접어든 현대사회에는 경찰활동의 중점 자체가 전통적인 사후진압적 범죄수사로부터 사전예방적 '위험방지(Gefahrenabwehr)'로 옮아가고 있으며,[10] 최근에는

---

8) 행정경찰과 사법경찰의 구분 및 그분의 실익에 관하여 자세한 것은 서정범, 『경찰행정법』, 세창출판사, 2020, 23면 이하 참조. 한편 행정경찰과 사법경찰의 구분이 갖는 의미와 양자의 구분에 대한 인식결여에서 오는 문제점 등에 관하여는 서정범, "행정경찰에의 초대 - 경찰작용의 Paradigm Shift", 경찰학연구 제12권 제4호(2012), 193면 아래; 이진수, "경찰권의 확대·집중 경향과 이에 대한 법치주의적 전제 - 행정경찰과 사법경찰구분론의 관점에서", 「법학논집」 21(3), 2017, 143면 이하.

9) 사법경찰작용에 대한 검사의 지휘권을 둘러싸고 불거진 검찰과 경찰간의 오래 갈등은 "검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다"라고 규정한 「형사소송법」 제195조에 따라 일단락된 측면이 있다. 다만 동조항의 시행일은 미정이어서, 현재로서는 사법경찰은 검사의 지휘를 따르고 있다.

10) 이처럼 경찰활동의 중점이 사전예방적 측면으로 옮아가면서 범죄에 대한 대처에 있어서도 변화가 일어나고 있다. 즉, 종래에는 범죄에 대하여는 사후적으로 범죄의 수사 및 피의자의 체포에 시종하였다고 한다면, 오늘날에는 사회 각 기능의 참여와 공유를 통해 범죄를 사전에 억제하고 예방하는 선도적 활동으로 진화하고 있는 것이다. 이러한 점에 관하여는 윤상연·신상화. "범죄 예측의 현재와 미래", 「한국공안행정학회

이것에서 한 걸음 더 나아가 경찰의 책무가 전통적인 위험방지로부터 위험의 사전배려(Gefahrenvorsorge)[11]로 발전하고 있는 실정이다.[12]

이러한 사정에 착안하여 '예방적 경찰활동'이란 용어가 사용되기 시작하였다. 다만 아직까지는 예방적 경찰활동의 개념 내지 범주가 학문적으로 명확하지 않은 면이 있는바. 본고에서는 예방적 경찰활동이란 용어를 장래에 발생할 수 있는 구체적 위험에 대한 사전배려(위험사전대비활동)와 장래에 실행될 범죄에 대하여 개시될 수사에 대비한 범죄수사 사전대비활동(Strafverfolgungsvorsorge)을 포괄하는 개념으로 사용하고자 한다. 이러한 예방적 경찰활동은 다양한 방식으로 전개되고 있는바, 근래 들어 특히 많은 관심을 받고 있는 것은 이른바 '예측적 경찰활동(Predictive Policing)'이다. 여기서 예측적 경찰활동이란 "분산된 자료로부터 데이터를 수집하고 분석하는 통계적 예측을 통하여 미래의 범죄를 예방하거나 과거의 범죄를 해결하고 경찰의 개입대상을 결정하기 위한 활용방법과 기술을 모두 포함하는 개념"으로 이해되고 있다.[13] 미국과 영국 등의 경우 데이터 분석 기반으로 한 예측적 경찰활동이 새로운 경찰활동의 패러다임으로 등장하고 있으며, 예측적 경찰활동의 대표적 예로 볼 수 있는 범죄예측 시스템은 방대한 범죄 데이터베이스의 구축과 GIS기반의 범죄분석 기법 및 관련 프로그램의 획기적인 발전, 그리고 하드웨어 기술의 급속한 발전을 기반으로 점차 고도화되어 가고 있다.[14] 이하에서는 예측적 경찰활동의 전형이라고 할 수

보」, 72, 2018, 245면 참조.

11) 위험의 사전배려라는 용어 대신에 '위험사전대비활동'이라는 용어를 사용하는 경우도 있다(손재영, 앞의 책, 27면).

12) 서정범·김연태·이기춘, 『경찰법 연구』, 세창출판사, 2018, 263면. 한편 2017년 바이에른주는 경찰직무법의 개정을 통해 이른바 '우려되는 위험(Drohende Gefahr)'이라는 개념을 도입하였는바, 이로 인해 경찰이 기존보다 더 이른 시점에서 위험상황에 개입할 수 있는 법적 근거가 마련되었다는 평가가 행해지고 있다. 우려되는 위험의 개념 및 동 개념을 둘러싼 독일에서의 논의에 관하여는 박원규, "독일 경찰법의 최근 동향 - 바이에른 경찰법상 '우려되는 위험' 개념의 도입을 중심으로 -". 「경찰법연구」, 17(2), 2019, 108면.

13) 윤상연, "범죄예측 기술 어디까지 왔나?", 「치안정책리뷰」, 60, 2018, 5면.

14) 노성훈, "범죄예측모형과 데이터 기반의 예방적 경찰활동에 관한 탐색적 연구", 「대한범죄학회 춘계학술대회(2015)」, 대한범죄학회, 2015, 40면.

있는 범죄예측 시스템을 가지고 예측적 경찰활동에 대한 이해를 도모하고자 한다.

2. 범죄예측 시스템

범죄예측 시스템은 범죄자 및 피해자를 정보 수집의 대상으로 하는 인적 기반 예측시스템과 일반적인 사회/환경 지표를 활용하는 장소 기반 예측시스템으로 구분된다.[15]

(1) 인적 기반 예측시스템

인적 기반 예측시스템은 과거 범죄에 연루되었던 사람의 사회관계를 분석함으로써 위험인물을 추출하거나, 잠재적 범죄자 또는 피해자를 확인하는 방식을 말한다. 미국의 경우 시카고 경찰청(Chicago Police Department, CPD)이 '사회관계망 분석(Social Network Analysis, SNA)'을 통하여 폭력범죄의 가해자와 피해자를 예측하는 시스템을 운영하고 있으며, 이를 토대로 '편의고지프로그램(Custom Notification Program)' 상의 위험대상군을 판별하여 관리하고 있다.[16] 한편 필라델피아에서는 보호관찰 대상자에 한하여 2년 내에 재범 예측을 하는 프로그램이 사용되고 있다. 또한 영국의 경우 런던 경찰청이 2002년부터 범죄자평가제도(Offender Assessment System, OASys)를 통하여 조직폭력범죄자의 재범 위험을 예측하는 시스템을 운영하고 있다.[17] 이 시스템은 최근 5년간 수집된 조직범죄 데이터베이스를 통해 우범자들의 범죄기록을 비롯하여 그들이 SNS(Social Network Service) 망에 올리는 글 등을 분석해 범죄

15) 윤상연·신상화. 앞의 글, 253면.

16) 시카고 경찰은 그들에게 장래범죄에 대한 처벌내용들을 방문 고지하고 범죄로 나아가기 전에 현실적 어려움을 타개할 수 있도록 대상자가 제공받을 수 있는 직업 훈련등의 사회적 서비스를 안내하기도 한다. 이에 대하여는 범죄전의 법집행이 현실화된 것이라는 비판적 의견도 상존하고 있다. 이병규, 앞의 글, 79면.

17) 박민지·서정범, "사물인터넷을 활용한 경찰활동에 관한 연구", 「경찰학연구」, 19(3), 2019, 12면.

가능성을 예측한다. 뿐만 아니라 만약 우범자가 선동적인 글을 올리면 그와 온라인상으로 연결된 사람들의 범죄기록 등을 추적해 추가 범행가능성을 분석하여 우범자를 사전에 가려내는 빅데이터 분석능력까지 갖추고 있다고 한다.[18]

(2) 장소 기반 예측시스템

그러나 최근 범죄예측 시스템의 추세는 보다 활용 가능성이 높은 장소 기반 예측시스템으로 이동하고 있는 것으로 보여진다. 이는 장소 기반 예측시스템이 범죄환경을 분석하여 지역별 범죄발생 가능성을 예측함으로써 우범지역(Hot spot)을 선정하고 관리하는 경찰 전략과 활동 전술을 수립하는 데 유용할 뿐만 아니라 실제 경찰 현장에서의 능동적 대응을 지원할 수 있는 토대로 기능하기 때문이다. 장소 기반 예측시스템의 가장 대표적 사례는 미국에서 개발한 프로그램인 프레드폴(Pred Pol; Predictive Policing)을 들 수 있는바,[19] 캘리포니아의 UCLA와 산타클라라 대학, 그리고 LA와 산타크루즈 경찰서가 협력하여 7년간의 연구를 통해 개발한 프레드폴은 실제 범죄발생 실태와 업무효율성을 잘 반영하고 있는 것으로 평가받고 있다.[20] 이 시스템의 경우 과거 발생한 범죄의 유형과 발생 장소 및 시간 데이터를 투입하고, (지진 발생 원리와 같이) 최근 발생한 범죄 위치에 가중치를 두어 연관되는 범죄 발생을 예측하는 방식을 사용한다. 현재 미국 전역에 10여 개 경찰서에서 사용하고 있으며, 그 중에서 범죄가 많이 발생하는 LA 경찰서나 산타크루즈 경찰서의 프레드폴 사례가 잘 알려져 있다. 현지에서 경찰관들에게 프레

---

18) 오세연·이재영, "IoT와 Big Data의 연계를 통한 범죄예방 활용방안", 「한국콘텐츠학회지」, 13(1), 한국콘텐츠학회, 2015, 46면.

19) PredPol 공식 홈페이지, http://www.predpol.com/whatispredpol.

20) 그에 앞서 뉴욕시 경찰국에서 범죄 방지를 목적으로 하는 전략관리시스템으로 컴스탯(Comaparison Statistics, Comstat)이라는 범죄추적 시스템을 이용해왔다. 이는 정확하고 적시에 범죄 정보를 수집하고 분석하여 효과적인 전술을 전개하고 신속한 인원배치 및 엄밀한 후속 조치와 평가를 그 특징으로 하였다. 그러나 산타크루즈 경찰의 프레드폴은 범죄가 발생할 때마다 데이터가 축적되고 프로그램의 내용도 일상적으로 갱신됨으로써 예측의 정밀도가 종전에 비해 높아졌다. 이병규, 앞의 글, 76-77면.

드폴에 의한 업무효율성에 관한 인터뷰 결과에 따르면 과거에는 분석된 우범지역(Hot spot)에 대하여 경찰관들이 이미 경험적으로 잘 파악하고 있음에도 불구하고 오히려 높은 위험이 예측되는 지역과 시간대에는 경찰 스스로는 순찰을 회피하는 경우가 있었으나, 프레드폴에 의해 분석된 결과를 토대로 순찰임무가 명확히 부여됨으로써 범죄율이 가시적으로 감소했다고 한다.[21] 한편 우리나라의 경찰청 또한 이를 모델로 하여 AI를 통한 범죄예측을 본격화하기 위한 청사진을 그리고 있다.[22]

또한 대표적인 장소 기반 예측 시스템의 예로 2012년에 뉴욕시 경찰국(NYPD: New York Police Department)이 마이크로소프트사와 공동으로 개발한 빅데이터를 활용한 최첨단 테러 및 범죄예방시스템인 DAS(Domain Awareness System)을 들 수 있다. DAS는 기존 뉴욕경찰의 치안인프라(CCTV, 현장경찰관의 웨어러블 캠, 자동차번호 인식시스템, 방사능 감지기, 911 신고접수 현황, 뉴욕시의 차량 정보데이터베이스 등)를 통합하여 하나의 시스템으로 구축한 것이다. DAS의 가장 주요한 특징은 실시간 감시와 대응이라고 할 수 있는바,[23] DAS를 통해 범행이 인지됨과 동시에 통합운영센터(Joint Operation Center, JOC)를 통해 상황을 통제하고 지령하는 현장상황 정보를 공유하고 신속하게 대응하는 것이 가능하게 되었다. 뿐만 아니라 뉴욕시 경찰국은 기관 간의 정보공유를 위하여 중앙 집중식 기술 기반 수사정보 분석센터인 '실시간 범죄센터(Real Time Crime Center, RTCC)'를 2005년부터 운영해오고 있는데, RTCC는 발생한 사건의 수사를 위한 사후정보를 제공하고 있다. 한편 RTCC는 이러한 정보제공을 위하여 수사지원팀, 소셜미디어 분석조사팀, 청소년범죄팀, 안면식별팀으로 구성된 조직을 갖추고 있다.[24]

---

21) 장광호, 『스마트치안』, 박영사, 2020, 92면.

22) 시사라인 투데이, "경찰청, 인공지능 빅데이터활용 치안수준 높인다. '한국형 인공지능 기반의 범죄예측시스템'을 우선 추진과제로 개발", http://sltoday.co.kr/news/view.html?section=1&category=8&item=&no=146878, <최종검색일 : 2020. 7. 10.>.

23) 이준복, "4차 산업혁명 시대에서 범죄예방 및 정보인권 보장을 위한 법적 고찰-빅데이터 및 사물인터넷을 중심으로", 「영남법학」, 45(1), 2017, 30면 이하.

자치경찰 국가인 영국에서는 국가범죄청(National Crime Agency, NCA)의 범죄정보, 광역 단위 경찰(런던경찰청)의 범죄정보, 그리고 기초 단위 경찰(자치경찰)의 범죄 정보를 국가정보모델(National Intelligence Model, NIM)이라는 통일된 규격과 기준으로 관리하고 있다.[25] 이러한 국가-광역-기초단위의 분석 체제를 바탕으로 영국은 먼저 지리적·통계적 분석을 통해 특정 유형의 범죄가 자주 발생하는 지역을 확인하고, 이 분석을 해당 지역의 순찰과 수사활동에 반영하고 있다(장소 기반 예측시스템). 또한 범행시간 및 장소, 범행 수단과 주된 피해품 등에서 유사 용의자의 범죄행동 정보도 분석하고 있다(인적 기반 예측시스템). 그리고 이에 더하여 범죄사건 정보를 분석함으로써 추적하는 용의자 집단의 정보를 시각화하고 단서를 찾아내는 등 종합적 접근방식을 취하고 있다.[26]

이러한 세계적 추세에 발맞추어 국내에서도 경찰이 보유하고 있는 방대한 데이터를 이용한 인공지능(AI)기술 개발과 그 적용이 활발해지고 있다. 특히 AI를 통한 범죄예측을 본격화하기 위하여 경찰청은 2019년 '스마트치안 구현단'을 발족하고, 경찰청에 '치안 빅데이터 정책담당관'을 신설했다. 또한 이에 앞서 경찰대학 내에 설치된 치안정책연구소는 '스마트치안 지능센터'를 운영해왔는데, 이러한 조직개편은 한국형 범죄예측모델 개발에 한 발짝 더 다가서게 되는 계기를 제공하고, 치안 빅데이터의 분석·활용을 위한 경찰 내 컨트롤 타워 부재의 문제를 해결하는 결과를 가져왔다. 한편 2020년부터 경찰청은 '빅데이터 통합 플랫폼 1단계 구축' 사업을 추진하고 있는바, 우선적으로 경찰청이 보유한 110여 개 시스템 중 31개 시스템에 축적된 빅데이터의 분석 기반을 갖출 계획이라고 한다. 이러한 사업을 통해 여러 곳에 흩어져 있는 방대한 치안데이터를 통합하고, 각 기능별 중복투자로 인한 비효율성 문제도 일부 해결할 것으로 기대된다.[27]

---

24) 장광호, 앞의 책, 86-90면.
25) 장광호, 앞의 책, 72-74면.
26) 장광호, 앞의 책, 77-79면.
27) 우리나라의 현황에 관하여는 이하의 칼럼을 참고. 김연수, "코로나19시대 스마트치안과 빅브라더 사이...한국 경찰의 미래를 묻는다", https://firenzedt.com/?p=8042&fbclid=IwAR0gMo4fLXlqywAa7ZegeOYBOsdYOF

3. 소 결

일반적으로 AI를 활용한 예측적 경찰활동은 크게 다음과 같은 세 가지 방향으로 구분해 볼 수 있다: 첫째, 범죄 예측(범죄발생 가능성이 높은 시간과 공간 식별), 둘째, 범죄자 예측(범죄위험성이 높은 개인을 식별), 셋째, 피해자 예측(범죄피해 가능성이 높은 개인이나 집단을 식별)이 그것이다. 이 가운데 우리나라에서 추진하려는 것은 범죄발생 가능성이 높은 시간과 공간을 식별하는 범죄 예측이며, 이를 통하여 예방순찰을 강화하는 효과를 얻을 수 있을 것이라는 기대를 가지고 있다. 그러나 미국에서 스마트 치안(Smart policing)[28]을 위해 실제로 행해졌던 전략들을 검토한 결과, 가장 효과적인 전략은 주로 범죄자 중심 전략이었다는 결과가 도출되고 있다.[29] 이러한 연구결과는 예측적 경찰활동에 있어 범죄자 예측이 중요한 의미를 갖는다는 것을 의미할 뿐만 아니라, 본고의 주제인 전자감독제도에 범죄징후 예측시스템을 도입할 현실적 필요성 내지 정당성을 인정할 수 있는 근거로 작용할 수 있다고 생각된다.

Ⅲ. 전자감독제도 개관

1. 전자감독제도의 의의 및 법적 성격

이하에서는 전자감독제도의 법적 성격을 살피고 그로 인해 제한되는 기본권과 새롭게 도입된 범죄징후 예측시스템의 적법성을 검토해보고자 한다.

전자감독제도(Electronic Monitoring)란 범죄인의 신체에 위치추적 전

---

wjJf-2VEI9tGvcsY4FNHJIbOOASzs. <최종검색일 : 2020. 7. 10.>.

28) 미국에서 유래한 스마트치안(Smart policing)은 전략적 관리, 분석과 연구, 과학기술을 강조하는 경찰활동 전략이다. 범죄 데이터를 분석하여 원인을 파악하고 해결책을 도출하고 객관적으로 환류하는 방법론을 의미한다.고 한다. 장광호, 앞의 책, 61면.

29) 김연수, 앞의 칼럼, <최종검색일 : 2020. 7. 10.>.

자장치를 부착함으로써 피부착명령자의 위치와 이동경로 및 상태를 파악하여 재범을 억제하거나 교도소 수용을 대체하는 형사정책적 수단의 하나이다.[30] 한편 전자감독은 일종의 보안처분(保安處分)[31]으로서 행위자가 가지는 장래의 위험성을 이유로 행위자의 개선과 보안이라는 사회방위를 주목적으로 과해지는 형사처분으로 이해되고 있으며, 이러한 점에서 형벌과는 그 본질적 성격을 달리하는 것으로 설명되고 있다.[32] 이처럼 전자감독은 사회방위를 목적으로 하는 보안처분이기 때문에 피부착명령자의 선정에 있어서 가장 결정적인 요건은 '재범의 위험성'이라고 할 수 있는바, 법원은 「재범의 위험성은 대상자가 장래에 다시 특정범죄를 범하여 법적 평온을 깨뜨릴 '상당한 개연성'이 있음을 의미하며 재범 위험성의 유무는 대상자의 직업과 환경, 당해 범행 이전의 행적, 그 범행의 동기와 수단, 범행 후의 정황, 개전의 정 등 여러 사정을 종합적으로 평가하여 객관적으로 판단하여야 한다」고 판시하고 있다.[33]

우리나라에서 전자감독제도가 처음으로 시행된 것은 (구)「특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률」이 제정되어 시행된 2008년 9월 1일부터인데, 동 제도는 도입 초기부터 인권침해와 이중처벌을

30) 윤현봉·이은영, "전자감독제도 도입 10주년 계기 운영 성과와 발전 전망에 대한 연구-첨단 IoT 기술의 적용을 중심으로-",「한국공안행정학회보」, 74, 2019, 170면.

31) 형사처분에는 형벌, 보안처분과 보호처분이 포함된다. 형벌은 국가가 범죄에 대한 법률상의 효과로서 범죄자에 대하여 책임을 전제로 하여 과하는 법익의 박탈을 말하며 보안처분은 사회적 위험성을 방지하기 위하여 형벌을 보충하거나 이에 대신하는 보호, 교육, 교정, 치료 및 그 밖의 처분을 말한다. 보호처분은 지방법원 소년부가 심리의 결과 필요가 있다고 인정한 때에 결정으로써 소년에 대하여 언도하는 처분을 말한다. <찾기쉬운 생활법령 정보>, http://www.easylaw.go.kr/.

32) 그 주요 논거로는 먼저 전자감독제도는 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 것으로 목적으로 시행되고 있으며 행위자의 특수한 위험성으로 인하여 형벌만으로 그 목적을 달성할 수 없으므로 자유형의 선고와는 별도로 「사회안전법」을 근거 법률로 부가되는 형사제재인 보호관찰에 속하기 때문이다. 한편 전자감독은 전자장치 부착을 통한 감시뿐만 아니라 의무적인 보호관찰이 병행되고 있다는 것을 형벌과의 차이점으로 보고 있다. 무엇보다 형법 제41조에서 정한 형벌의 종류에는 전자감독이 포함되어 있지 않으며 부착명령에 대하여 '재범위험성'에 대해서 관련된 전문가들의 과학적인 사실판단을 참고로 하여 판사와 검사가 결정하고 있다는 점, 부착명령의 선고가 사건의 양형에 유리하게 참작되어서는 안된다는 점을 들 수 있다. 박찬걸, 앞의 글, 61-62면.

33) 대법원 2015. 2. 26 자 2014도17294, 2014전도276판결.

둘러싼 논의가 계속 이어져 왔다. 그러나 이러한 논란에도 불구하고 동법은 현재까지 총 11차례의 개정을 통하여 대상범죄 및 부착기간을 확대하여 왔을 뿐만 아니라, 헌법재판소의 결정을 통하여 동법 시행 이전에 판결을 선고받은 자에 대해서까지 소급적용이 인정된 바 있다.[34] 그리고 지금까지도 소급대상자를 대상으로 한 부착명령 청구가 계속되고 있는 상황이다.[35]

2. 전자감독제도에 의해 제한되는 기본권

(1) 신체의 자유

「헌법」 제12조 제1항에서 직접적으로 언급된 바와 같이 보안처분에 의하여도 신체의 자유가 제한받을 수 있다.[36] 즉, 「전자장치부착법」 제9조의 2에 따라 전자장치의 부착명령을 받은 대상자는 주거지역에 제한을 받을 수 있고, 특정지역과 장소에 출입하는 것이 금지되는 바,[37] 이러한 의무는 비록 그 장소가 대상자의 주거지에 속한다 할지라도 결과적으로 지정된 통제범위 안에서의 신체의 자유를 구속하는 것으로 볼 여지가 있다. 이와 관련하여 지난 2020년 4월 7일에 있었던 정부의 관계장관 회의에서 신종 코로나바이러스 감염증 자가격리자의 이탈을 막기 위하여 '위치 확인용 전자팔찌'를 도입하는 방안이 논의되는 과정에서도 이러한 전자적 장치의 부착은 헌법상 신체의 자유를 침해할 우려가 있

34) 헌법재판소 2012. 12. 27 자 2010헌가82, 2012헌바393결정; 「전자장치부착법」에 대한 2010. 4. 15. 제3차 개정을 통하여 동법 발효시점인 2008. 9.1. 이전에 성폭력범죄 사건의 제1심 판결을 선고받은 사람에 대하여도 소급하여 부착명령의 청구를 할 수 있다는 부칙 규정에 대하여 헌법소원심판을 청구한 사건이다.

35) 박찬걸, "전자감독제도의 성과분석과 발전방향", 「보호관찰」, 19(1), 2019, 58면.

36) 「헌법」 제12조 제1항에 따르면 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다"고 하여 보안처분에 의하여도 신체의 자유가 제한될 수 있음을 확인하고 있다.

37) 「전자장치부착법」 제9조의 2(준수사항)에 따르면 대상자는 야간 등 특정시간대의 외출이 제한되며 특정지역과 장소에 출입 금지될 뿐만 아니라 주거지역에 있어서도 제한을 받는다. 한편 동법 시행령 제12조에 주거이전, 국내여행 및 출국허가에 관하여 허가신청서와 소명자료를 보호관찰소에 출석하여 제출하여야 한다는 의무를 부과하고 있다.

다는 것이 심각하게 논의된 바 있다.[38] 다만 중앙재난안전대책본부는 제한되는 기본권에 대하여 공공안녕에 대한 보호법익이 더 크다고 판단하고 4월 11일 '코로나 대응책 브리핑'을 통해 자가격리 이탈자 관리를 강화하기 위하여 국민 전체는 물론 자가격리자 스스로의 안전을 위한다는 점을 고려하여 전자 손목밴드를 '안심밴드'로 명명하고 자가격리 지침 위반자에 한하여 본인의 동의를 받아 그 착용을 적용하도록 하였다.[39]

(2) 사생활의 비밀과 자유

「헌법」 제17조는 사생활의 비밀과 자유를 국민의 기본권으로 규정하고 있는바, 이는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것으로부터 개인의 사생활이 보호받는다는 것을 의미한다. 즉, 사생활의 비밀과 자유는 개인의 사생활이 당사자의 의사에 반하여 공개되지 아니할 권리로서, 정보와 관련하여서는 사생활의 영역안에서는 의사에 반한 정보 수집으로부터 보호될 권리를 의미한다. 그러나 위치추적 전자장치가 부착되는 경우 피부착명령자의 위치와 이동경로가 24시간 내내 감시당하게 되어 사실상 국가가 개인의 사생활 영역을 들여다보는 것이 되는 점을 고려할 때, 전자감독제도에 의해 사생활의 비밀과 자유가 제한받게 된다는 것은 자명하다.

(3) 거주 이전의 자유

「전자장치부착법」 제9조의 2에 따라 전자장치의 피부착명령자는 주거지역에 제한을 받을 수 있고, 특정지역과 장소에 출입하는 것이 금지된다. 이는 전자장치 피부착명령자가 국가의 간섭 없이 자유롭게 거주

---

38) 중앙일보, "폰서 20m 떨어지면 삐~~격리자에 전자팔찌 채운다는 정부", https://news.joins.com/article/23748613, <최종검색일: 2020. 7. 31.>.

39) 기사에 따르면 안심밴드는 자가격리 지침 위반자에 한하여 본인의 동의를 받아 적용할 예정이며 블루투스를 통해 휴대폰에 설치된 자가격리앱과 연계 구동하여 일정거리를 이탈하거나 밴드를 훼손, 절단시 전담관리자에게 자동으로 통보되는 방식으로 운영된다고 한다.: 연합뉴스, "[현장연결] 중앙재난안전본부, 코로나19 대응책 브리핑", https://www.yonhapnewstv.co.kr/news/MYH20200411003700038, <최종검색일: 2020. 7. 31.>.

와 체류지를 정할 수 있는 자유를 제한하는 측면이 있을 뿐만 아니라, (심리적으로는) 피부착명령자가 수영장이나 목욕탕 등과 같이 노출을 요하는 다중이용시설을 사용하는 것에 대한 심리적 부담감을 갖도록 만드는 측면 또한 갖고 있다. 다만 대법원은 전자장치 부착을 통한 전자감독제도가 헌법이 보장하고 있는 거주이전의 자유를 본질적으로 침해하는 측면이 없다고 판시한 바 있는데. 그 이유로 "「전자장치부착법」이 대상자의 전자장치로부터 발신되는 전자파의 수신자료에 대한 사용을 피부착명령자의 재범방지와 성행교정 등을 위하여 필요한 경우로 엄격히 제한하고 있을 뿐만 아니라 부착명령의 선고와 함께 '야간 등 특정 시간대의 외출제한'을 준수사항으로 부과할 수 있도록 한 것도 범죄에 취약한 시간대의 외출을 제한함으로써 가능한 한 재범의 발생을 방지하려는 데 있다"는 점을 들고 있다.[40]

(4) 개인정보자기결정권

개인정보자기결정권(Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung)은 1983년에 독일 연방헌법재판소가 판시한 인구조사판결(Volkszählungsurteil)[41]을 통하여 정립된 개념으로 정보주체인 개인에게 본인과 관련된 정보의 공개 및 이용을 결정할 권리가 있다는 것을 그 내용으로 한다. 한편 이러한 내용의 개인정보자기결정권은 우리나라에서도 헌법재판소의 판례를 통해 국민의 기본권으로 인정되고 있으며[42] 이를

40) 2009.9.10 자 2009도6061,2009전도13 판결.

41) BVerfGE 65, 1 ff. 독일의 인구조사판결의 경위와 내용 등에 관한 자세한 논의에 대하여는 것은 김일환, 『개인정보보호법제의 정비에 관한 연구』, 한국법제연구원, 1997, 78면 이하; 서정범, 앞의 책, 291면 이하. 한편 '정보의 자기결정'이란 표현은 Steinmüller에 의해 처음으로 사용된 이래(Steinmüller, Grundfragen des Datenschutzes, BT- Drucks, Ⅳ/3826, 88), 다른 학자들에 의해서도 받아들여지는 등(Schawan, Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte, VerwArch 1975, 120 ff.) 인구조사판결 이전에도 사용되었었다.

42) 헌법재판소는 개인정보자기결정권에 대하여 정보주체는 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 이용되도록 할 것인지를 스스로 결정할 수 있는 권리를 가진다고 판시하면서, 개인정보자기결정권을 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리라고 정의하였다(2005. 5. 26 자 99헌마513, 2004헌

구체화하기 위해 '개인정보 보호법', '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률', '신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률' 등이 제정되어 시행되고 있다. 이 경우에 있어서 개인정보자기결정권의 보호범위는 사실상 개인에 대한 모든 정보를 포함한다. 왜냐하면 어떠한 정보가 직접적 연관성이 없어 보인다고 할지라도 정보화시대에서는 개인에 대한 정보가 무제한적으로 저장 가능할 뿐만 아니라 다른 정보와 결합하여 개인을 식별할 수 있는 정보로 분석될 수 있기 때문이다.[43] 따라서 전자장치 부착명령 등의 방법으로 행해지는 전자감독제도는 대상자의 위치정보를 (정보주체인 대상자의 결정없이) 수집·보관·이용한다는 점에서 개인정보자기결정권을 침해한다고 보여진다. 더욱이 수집된 위치정보를 통해 장소에 따라 개인의 행동양식 또는 선호도를 추론할 수 있음을 고려할 때, 전자감독제도는 대상자의 행동에 중대한 영향력을 행사하고 감시에 대한 상당한 압박을 받게 할 수 있는 문제를 안고 있다.[44]

3. 소 결 - 전자감독제도의 공과(功過)

지금까지의 서술에서 보듯이 전자감독제도는 성폭력범죄자, 살인/강도 범죄자들로부터 우리 사회를 보호하기 위하여 필요한 최소한의 안전판이라고 할 수 있다. 그러나 전자감독제도는 이러한 순기능에도 불구하고 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 거주이전의 자유, 개인정보자기결정권 등과 같은 헌법상의 기본권을 침해하거나 제한하는 측면을 안고 있는 문제가 있다. 더욱이 2019년부터 전면적으로 시행되고 있는 범죄징후 예측시스템의 경우 관련 기본권의 침해가능성이 더 높고 중대하

마190 결정 참조). 한편 개인정보자기결정권의 헌법적 근거에 대해서는, 헌법 제10조설, 헌법 제17조설, 헌법 제10조·제17조 종합설이 대립하고 있는데, 헌법재판소는 헌법 제17조, 제10조 제1문, 자유민주적 기본질서 규정, 국민주권원리와 민주주의원리 등을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권이라고 판시하였다(헌법재판소 1997. 11. 27자 92헌바28 결정 참조).

43) Annette Guckelberger, 앞의 글, 1135면.

44) Annette Guckelberger, 앞의 글, 1136면.

며, 따라서 범죄징후 예측시스템이 과연 법적으로 허용될 수 있는지의 문제가 대두되고 있다.

Ⅳ. 범죄징후 예측시스템의 공법적 문제 - 그의 허용성을 중심으로

본 연구에서는 전자감독의 일환으로 2019년부터 시행되고 있는 범죄징후 예측시스템이 (공법적 관점에서 바라볼 때) 과연 허용될 수 있는 것인지의 문제를 중점적으로 다루고자 한다. 이를 위하여 먼저 범죄징후 예측시스템의 도입과정, 기본 개념 및 운영원리를 알아보고, 동 시스템을 통하여 추가적으로 제한되는 기본권을 확인해 보기로 한다. 그리고 이러한 사전작업을 토대로 하여 동 시스템이 공법적 관점에서 바라볼 때 허용될 수 있는 것인지 여부를 법적 근거 및 비례의 원칙이란 두 가지 측면에서 고찰해 보기로 한다.

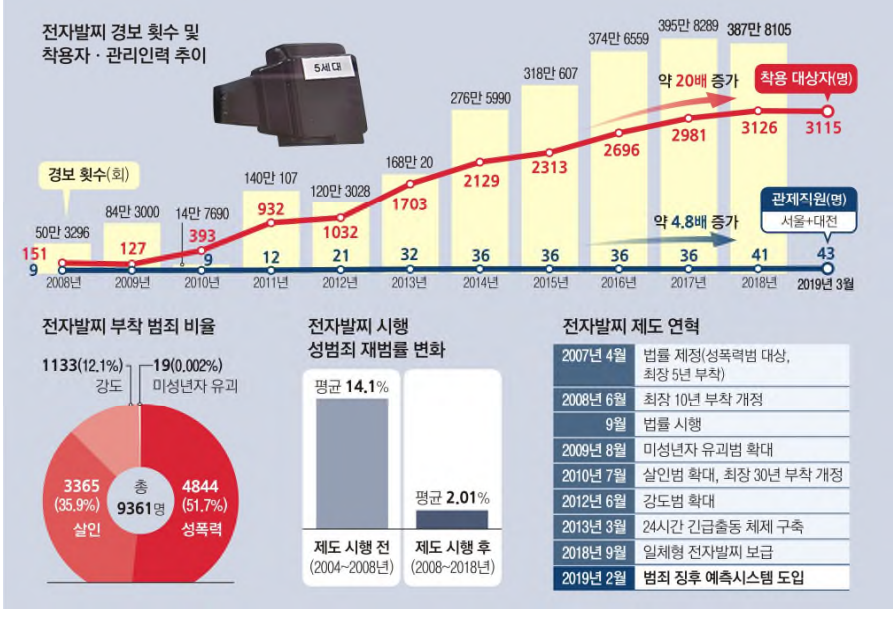
1. 범죄징후 예측시스템 개관

(1) 범죄징후 예측시스템의 도입과정

2008년부터 장기간에 걸쳐 전자감독 제도를 운영해 본 결과 업무량의 증가에 따른 만성적인 인력부족 등이 문제점으로 대두되었다.[45] 이에 법무부는 2018년에 전자감독 제도의 발전방안으로 AI와 빅데이터를 활용한 선제적 재범방지 시스템을 구축하겠다고 밝힌 바 있다. 그리고 이를 토대로 2019년부터는 기존 법률을 근거로 범죄징후 예측시스템이 도입되어 보다 강화된 형태의 전자감독이 이루어지고 있다(이러한 전자감독제도의 발전 추이에 관하여는 아래의 그림 1 참조). 그리고 근래에는 2021년까지 성범죄자와 살인 및 강도 범죄자에 한해 음주여부를 계속 확인하는 '음주 감응 전자장치'를 개발할 것이라고 밝혔다. 한편 경찰청에서 2015년부터 범죄피해자와 신고자 등 신변보호대상자에게 스마트 워치를 지급하여 위험상황 발생시에 실시간 위치를 확인하고 긴급하게 출동하는 방식으로 보호하여 왔

45) 윤현봉·이은영, 앞의 글, 185면.

다.[46] 그러나 법무부에서는 이러한 방식을 통한 신변보호는 가해자의 위치를 고려함이 없어서 사후적 대응에 머무른다고 판단하였으며, 이를 보완하기 위하여 전자장치를 부착한 피부착명령자(즉, 가해자)가 신변보호대상자(즉, 피해자)와 일정 거리 미만으로 근접할 경우에 실시간으로 울리는 경보기능을 구현할 수 있는 피해자 시스템 도입을 추친하고 있다.[47]



〔그림 1〕 전자발찌 부착명령제도의 시행경과(서울신문, 2019. 4. 1. 기사 발췌)

46) 신변보호대상자에 대한 2차 피해를 방지하기 위하여 지급하고 있는 웨어러블 워치(스마트 워치)의 근본 시스템은 크게 두 단계로 기능한다. 먼저 착용자가 긴급생황에서 버튼을 누르면 자동으로 112 상황실에 신고가 들어가고 긴급 신변보호 대상자의 신고라는 정보가 뜨며, 다음으로 이렇게 들어온 신고는 최긴급 지령 단계인 '코드 0'로 분류돼 경찰이 바로 현장에 출동하게 된다. 또한 웨어러블 워치는 GPS 기능을 통하여 착용자의 위치를 실시간 추적하는 것을 가능케 하며, 강제수신 기능도 탑재되어 있어 현장 상황을 112 지령실에서 바로 파악할 수 있도록 해준다. 뿐만 아니라 지령실에서 웨어러블 워치로 전화를 걸면 자동으로 통화 수신 모드가 작동하여 비명 등 범죄의심 정황을 청취할 수도 있으며, 사전에 가족이나 친구 등의 전화번호를 사전에 설정해두면 112 지령실과 함께 이들에게도 자동으로 위급상황임을 알리는 문자가 발송되기도 한다. 박민지·서정범, 앞의 글, 102-103면.

47) 윤현봉·이은영, 앞의 글, 189-190면.

(2) 범죄징후 예측시스템의 개념

범죄징후 예측시스템은 (성폭력)범죄자의 경우 대부분 유사패턴의 범죄를 반복한다는 것에 착안하여 개발한 것으로, 전자발찌 피부착명령자인 (성폭력)범죄자의 재범에 영향을 미치는 요인들을 종합적으로 분석하여 이상 징후가 있을 경우 이를 탐지하여 보호관찰관에게 알려주는 시스템을 말한다.[48] 이러한 범죄징후 예측시스템은 다음과 같은 구조로 이루어져 있다. 즉,

첫째, 분석 대상이 되는 정보는 부착명령 청구전 조사서, 판결문, 범죄사실, 면담정보 등과 같은 기존의 자료이다.[49] 이러한 자료에는 인적 정보, 범죄정보, 생활정보 등이 포함되어 있다(정보의 수집과 분석).

둘째, 이들 정보를 분석하여 재범가능성을 '일반', '주의', '고위험'의 세 등급으로 분류하여 집중적인 지도가 필요한 대상을 보호관찰관에게 알려준다(재범 가능성 등급화).

셋째, 그뿐만 아니라 추출된 모든 정보는 빅데이터 분석기법 등을 통하여 자동적으로 종합 분석되며, 분석결과 - 생활지역을 벗어날 경우를 포함하여 - 재범으로 이어질 수 있는 이상 징후가 탐지되면 상시적으로 보호관찰관에게 제공된다(이상 징후의 탐지).

이상의 내용을 종합하여 보면 법무부가 도입한 범죄징후 예측 시스템은 특정인의 우발적 행동을 감시하여 그의 범죄를 방지하는 인적 기반 범죄예측시스템으로 특별예방적 성격이 강조된 시스템이라고 할 수 있으며,[50] 보호관찰관의 역할을 보완하는 기능을 갖는 것으로 평가된다(범죄예측 시

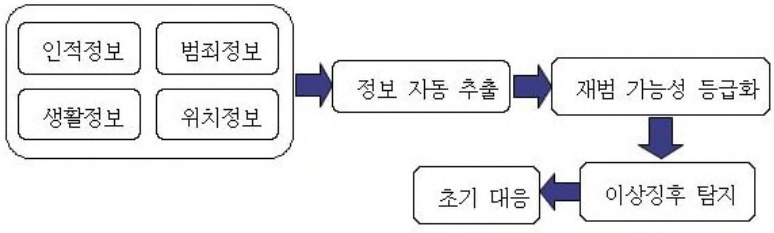
---

48) 「전자장치부착법」 제2조 제1호에 따를 때, 성폭력범죄자 이외에도 미성년자 대상 유괴범죄자, 살인범죄자 및 강도범죄자가 위치추적 전자장치(이하 전자장치라고 한다)의 부착명령 대상자가 된다. 또한 동조 제4호는 전자장치를 '전자파를 발신하고 추적하는 원리를 이용하여 위치를 확인하거나 이동경로를 탐지하는 일련의 기계적 설비로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다'고 규정하고 있으므로, 여기서의 전자장치에는 전자발찌 이외에도 다른 형태의 전자장치도 포함될 수 있다. 다만 전자장치의 부착의 문제가 주로 성폭력범죄자에 대한 전자발찌 부착과 관련하여 논해져 왔으므로, 종래 (성폭력)범죄자에 대한 전자발찌 부착을 중심으로 많은 논의가 이루어져 왔다.

49) 윤영석, "범죄징후 예측시스템에 대한 비판적 검토-2019년 법무부의 발표내용을 중심으로", 「과학기술법연구」,26(1), 2020, 150면,

50) 윤영석, 앞의 글, 153면.

스템의 작동과정에 관하여 개괄적인 것은 아래의 그림 2. 참조).



〔그림 2〕 범죄징후 예측시스템 개요 : '일반', '주의', '고위험' 3등급 관리

(3) 범죄징후 예측시스템의 성격 - 종래의 전자감독제도에 대한 특수성

종래의 전자감독제도가 단순히 전자발찌 등 전자부착장치의 착용상태나 출입금지 등 준수사항 위반 여부만을 파악하는 것이었다면, 범죄징후 예측시스템은 여기서 한 걸음 더 나아가 범죄 위험을 사전에 분석하여 예방할 수 있는 기능을 갖춤으로써 선제적인 재범방지활동을 할 수 있게 한다는 점에서 종래의 전자감독제도와는 그 차원을 달리한다고 볼 수 있다. 즉, 범죄징후 예측시스템은 피부착명령자의 위치정보 이외에 생활정보, 인적정보 및 범죄정보를 수집할 뿐만 아니라 부착된 전자장치를 통하여 수집되는 생활패턴을 실시간으로 분석함으로써 사실상 전자감시가 실시간으로 24시간에 걸쳐 이루어지게 된다(전자감시의 시간적 범위 확장). 또한 피부착명령자의 일반행동을 분석함으로써 개인의 사생활의 영역을 더 깊숙하게 침범하게 되는 면이 있다.

한편 범죄징후 예측시스템이 갖는 이러한 특징은 동 시스템의 작동원리에 대한 이해가 선행될 때 비로소 뚜렷해진다. 범죄징후 예측시스템은 법무부 위치추적 중앙관제센터의 알림판에 착용자 각각의 재범 가능성에 따라 예측시스템이 분류한 '일반', '주의', '고위험' 등급이 표시되고(이러한 등급은 착용자의 현재 상태에 따라 실시간으로 변화된다),[51] 이를 통해 관제

51) 이 등급은 판결문, 보호관찰 상황, 위치 추적 시스템으로부터 뽑아낸 자료를 토대로 범죄수법, 이동경로, 정서상태, 생활환경 변화 등 80여 가지 요인에 점수를 매겨 '재범 가능성이 얼마나 큰가'를 수치화시킨 것이다. 문서에서 특정 정보를 뽑아내는 '텍스트

직원이 점수가 높은 착용자에 우선순위를 두고 그를 주의 깊게 관리하는 것을 기본골격으로 한다, 특히 착용자의 평소 생활패턴을 '빅데이터'로 관리하여 이상징후를 보일 경우 경고해 주는 이동경로 분석은 착용자에 대한 보다 효율적인 관리를 가능케 한다. 예컨대 관제직원이 '고위험' 등급으로 분류된 한 착용자의 생활패턴을 조회하면 평소 주야간 생활패턴과 함께 최근 갑자기 드나들기 시작한 장소가 나타나게 되는데, 만일에 출입금지구역은 아니지만 착용자가 생활패턴에서 벗어나는 행동을 보이면 범죄징후 예측시스템이 이를 자동으로 인식하여 관제직원에게 알려주게 되는 것이다.

2. 범죄징후 예측시스템으로 인해 추가적으로 제한되는 기본권

전자발찌의 부착 등을 통한 전자감독제도가 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 거주이전의 자유, 개인정보자기결정권 등과 같은 기본권을 침해할 가능성이 높다는 것에 대하여는 이미 앞에서 논한 바 있다. 그러나 데이터 마이닝을 통한 범죄징후 예측시스템의 활용은 또 다른 차원의 기본권 침해의 문제를 야기하는 바, 그러한 기본권으로는 다음과 같은 것이 있다.

(1) 일반적 인격권

먼저 데이터 마이닝을 통해 얻을 수 있는 전자장치 피부착명령자의 특정 패턴 내지 관계성을 그에게 적용하는 단계에서 그의 경향이나 속성이 추단될 수 있다.[52] 즉, 이미 보유하게 된 단편적인 개인정보로부터 정보 주체의 새로운 정보인 경향이나 속성이 수집되는 결과를 가져온다. 따라서 데이터 마이닝의 결과를 적용하게 되면 전자장치 피부착명령자는 단순히 자신의 사생활 영역에서 정보가 수집되는 단계에서 더 나아가, 그에 대한 제한을 수인하여야 하는 문제가 발생한다. 개인의 인격은 사회 내에서 일정한 상호작용을 통하여 형성되고 발현되는 것으로 자유로운 인격 발현을 위해서 개인은 자신이 사회에 어떻게 묘사되고 있는지를 스스로 결정할 수 있어

마이닝' 기법을 통해 실시간으로 면담 기록에서 위험 징후를 파악해내기도 한다.

52) 이병규, 앞의 글, 82면.

야 하며,[53] 이는 헌법 제10조에 의해 보호되는 '일반적 인격권'으로 범죄징후 예측시스템에 의하여 새롭게 침해되는 기본권이다. 일반적 인격권은 '사생활의 보호'와 '사회적 인격상에 관한 자기결정권'을 그 내용으로 하는바, 인격의 자유로운 발현을 위해서는 인간이 독자적인 개성을 자율적으로 형성할 수 있는 개인적 생활 영역인 사생활의 보호를 필요로 한다. 따라서 양자는 표리의 관계에 있다고 할 수 있다. 그런데 데이터 마이닝의 결과를 개인에게 적용하는 범죄징후 예측시스템은 이미 보유하고 있는 단편적 개인정보만으로는 분명하지 않은 정보 주체의 사적인 일을 새롭게 알고자 하는 제도로서 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이 분명하며, 따라서 궁극적으로는 사회적 인격상에 관한 자기결정권을 침해하는 것이라고 할 수 있다.

(2) 양심의 자유

헌법 제19조는 「모든 국민은 양심의 자유를 가진다」고 규정하여 양심의 자유를 국민의 기본권으로 보호하고 있는데, 범죄징후 예측시스템은 이러한 양심의 자유를 침해할 소지가 높다. 왜냐하면 어떤 사람의 과거나 현재가 아니라 미래의 행동을 예측하는 행위는 그러한 행위의 전 단계인 인간 내심(內心)의 영역을 엿보는 행위가 될 수 있기 때문이다.[54] 즉, 어떤 자가 중죄를 범할지도 모른다는 예측은 본인조차도 신경쓰지 않는 범죄에 대한 무의식적인 욕구를 가시화하는 것으로서, 특정의 행위로 연결되는 내심의 영역의 동향이나 경향을 산출하고자 하는 행위는 양심의 자유를 침해한다고 해석할 여지가 충분하기 때문이다.[55] 종래에는 보안관찰처분인 전자감독제도로 인하여 양심의 자유가 침해되는지에 대하여 보안관찰의 처분대

53) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2020, 532면.

54) 헌법재판소 2002. 1. 31 자 2001헌바43 결정에서 전원재판부는 헌법 제19조에서 보호하는 양심은 옳고 그른 것에 대한 판단을 추구하는 가치적 · 도덕적 마음가짐으로, 개인의 소신에 따른 다양성이 보장되어야 하고 그 형성과 변경에 외부적 개입과 억압에 의한 강요가 있어서는 아니되는 인간의 윤리적 내심영역이라고 판시한 바 있다.

55) 이병규, 앞의 글, 86면 이하. 생각건대 이러한 서술의 타당성 여하는 양심의 자유의 보장 범위를 어떻게 이해할 것인지에 따라 달라지는 면이 있는 것이 사실이지만, 이를 넓게 파악하는 경우 이러한 서술은 나름의 설득력을 가질 수 있다고 보여진다.

상자가 해당범죄를 다시 저지를 위험성이 내심의 영역을 벗어나 외부에 표출되는 경우에 재범의 방지를 위하여 내려지는 특별예방적 목적의 처분이므로 양심의 자유를 보장한 헌법 규정에 위반된다고 할 수 없다고[56] 보았으나, 데이터 마이닝을 통해 추출되는 대상자의 경향이나 속성은 그러한 위험성이 외부로 표출된 단계로 보이지 않는다. 특히 양심의 자유가 개인적 인격의 정체성을 유지하는 기능을 갖고 있음을 고려할 때, 양심의 자유를 제한하는 행위는 개인의 윤리적 정체성을 침해하는 행위로 귀결되는 면이 있다는 것에 유의하여야 한다.

물론 데이터 마이닝의 결과를 적용하여 도출되는 개인에 대한 예측은 어디까지나 통계적인 추측에 불과하며, 그러한 예측에 의해 개인을 결정짓더라도 개인의 내심의 동향까지 완전히 알 수는 없는 것이므로 범죄징후 예측시스템이 양심의 자유를 침해하는 것은 아니라는 주장이 있을 수도 있다. 그러나 합리적 정확성이 검증된 예측 알고리즘의 적용 결과에 대하여 얼마나 회의적 내지 비판적일 수 있는지 의문시되며[57], 비과학적인 고정 관념으로부터도 도피하지 못하는 인간이 과학적인 확률로부터 얼마나 자유로울 수 있을지도 의문시된다. 그리고 이러한 점을 고려하면 범죄징후 예측시스템이 양심의 자유를 침해할 소지가 있음 또한 고려할 가치가 있는 것은 분명해 보인다.

3. 범죄징후 예측시스템의 허용성

범죄징후 예측시스템 및 그를 통한 초기대응은 이미 발생한 과거의 행위를 이유로 특정인을 처벌하는 것이 아니라, 아직 일어나지 않은 행위에 대하여 예측적으로 규제하는 것이다. 그리고 이는 전술한 바와 같이 대상자의 기본권에 대한 중대한 침해 내지 제한의 문제를 야기한다. 이로부터 – 공법적 관점에서 바라볼 때 – 과연 범죄징후 예측시스템이 허용될 수 있는 것인가?라는 의문이 제기된다. 환언하면 범죄징후 예측시스템으로 인한 기

56) 헌법재판소 1997. 11. 27 자 92헌바28 결정.
57) 윤병규, 앞의 글, 86면.

본권 제한의 정당성을 어떻게 확보할 것인가의 문제가 제기되는 것이다.

이러한 문제 해결의 단초는 「국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다」라고 규정하고 있는 헌법 제37조 제2항에서 찾을 수 있다고 생각한다. 즉, 비록 범죄징후 예측시스템이 기본권 침해적 요소가 있다고 하더라도 그것이 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우라면(비례의 원칙의 문제), 법률로써(법적 근거의 문제) 제한할 수 있는 것이다. 이렇게 볼 때 결국 범죄징후 예측시스템의 허용성은 법적 근거의 존재 여부와 비례의 원칙의 준수 여부에 따라 결정된다고 할 것이다.

(1) 법적 근거

법치행정의 원리의 구성요소 중 하나인 법률유보의 원칙의 적용범위에 관하여는 학설의 대립이 있다.[58] 그러나 근래 들어서는 독일 연방헌법재판소의 Kalkar결정[59]을 통해 발전된 본질사항유보설(Wesentlichkeitstheorie)이 우리나라의 학설과 판례[60]상으로도 많은 지지를 얻고 있는 것으로 보이는바, 본질사항유보설은 본질적 사항, 특히 기본권실현과 관련된 사항은 반드시 법률로 규율하여야 한다는 것을 그 내용으로 하고 있다. 따라서 본질사항유보설에 따르는 경우 기본권 침해 요소를 안고 있는 범죄징후 예측시스템의 활용이 허용되기 위하여는 반드시 법률상의 근거가 있을 것이 요구된다.

1) 이 문제와 관련하여 법무부는 종래 범죄징후 예측시스템의 근거법령으로 「전자장치부착법」 제1조[61], 제15조 제1항[62] 및 「보호관찰 등에 관

58) 법률유보의 원칙의 적용범위에 관하여 상세한 것은 서정범·박상희, 『행정법총론(제3판)』, 세창출판사, 2017, 18면 이하 참조.

59) BVerfGE 34 165 ff.

60) 텔레비전방송수신료 금액의 결정이 문제가 되었던 헌재결 1999.5.27 자 98헌바70 결정; 국가유공자단체의 대의원선출에 관한 사항이 문제가 되었던 2006.3.30. 자 2005헌바31 결정 등 참조.

한 법률」 제33조 제1항, 제2항[63]를 제시하여 왔다.[64] 그러나 이러한 법령들을 범죄징후 예측시스템의 근거로 보는 것은 다음과 같은 점에서 전혀 설득력이 없다고 생각된다.

첫째, 법무부의 주장은 그 성격을 전혀 달리하는 (위치추적) 전자장치의 부착의 문제와 범죄징후 예측시스템을 동일시하는 우를 범하고 있다. 즉, (위치추적) 전자장치의 부착은 피부착명령자의 위치를 확인하는 것일 뿐이며, (범죄징후 예측시스템과 같이) 그를 넘어서서 피부착명령자가 부착한 장치를 통해 추가적인 정보를 수집하거나 그들 정보의 분석을 통해 새로운 정보를 도출할 수는 없는 것이다. 또한 그렇게 얻어진 새로운 정보를 통해 재범의 위험성을 평가하고 그 결과값을 보호관찰관에게 통보하는 것도 허용될 수 없다. 따라서 법무부가 제시하는 법령들은 (위치추적) 전자장치의 부착의 근거로 고려될 약간의 가능성이 있을 뿐이며, 그를 범죄징후 예측시스템의 근거로 삼을 수는 없다고 생각한다.[65]

---

61) 「특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착·등에 관한 법률」 제1조(목적) 이 법은 수사·재판·집행 등 형사사법 절차에서 전자장치를 효율적으로 활용하여 불구속 재판을 확대하고, 범죄인의 사회복귀를 촉진하며, 범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 한다. [전문개정 2020. 2. 4.] [시행일 : 2020. 8. 5.].

62) 동법 제15조(보호관찰관의 임무) ①보호관찰관은 대상자의 재범방지와 건전한 사회복귀를 위하여 필요한 지도와 원호를 한다.

63) 「보호관찰 등에 관한 법률」 제33조(지도·감독) ① 보호관찰관은 보호관찰 대상자의 재범을 방지하고 건전한 사회 복귀를 촉진하기 위하여 필요한 지도·감독을 한다.
② 제1항의 지도·감독 방법은 다음 각 호와 같다.
1. 보호관찰 대상자와 긴밀한 접촉을 가지고 항상 그 행동 및 환경 등을 관찰하는 것
2. 보호관찰 대상자에게 제32조의 준수사항을 이행하기에 적절한 지시를 하는 것
3. 보호관찰 대상자의 건전한 사회 복귀를 위하여 필요한 조치를 하는 것

64) 윤영석, 앞의 글, 148면에 따르면 해당 연구자가 범죄징후 예측시스템에 대한 근거법령을 법무부에 정보공개요청한 결과로 「특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률」 제1조, 제15조 제1항, 「보호관찰 등에 관한 법률」 제33조 제1항, 제2항을 확인받았음을 답변서에서 찾을 수 있다.

65) 예컨대 「보호관찰 등에 관한 법률」 제33조 제1항과 제2항은 보호관찰관의 권한과 임무에 대하여 다소 구체적인 지도·감독방법을 설시하고 있는바, 이는 전자장치의 부착을 전제로 하는 것으로 해석될 소지가 있는 것이 사실이다. 그러나 보호관찰관이 (전자장치가 부착된) 보호관찰 대상자와 긴밀한 접촉을 가지고 항상 그 행동 및 환경 등을 관찰하고 대상자에게 준수사항을 이행하기에 적절한 지시를 할 수 있다는 조항 동 조항을 전자장치로부터 얻어진 정보를 분석하고 새로운 정보를 도출해내는 범죄징

둘째, 심지어 법무부가 제시하고 있는 법령들은 (위치추적) 전자장치의 부착의 근거법령으로도 삼기 곤란하다고 생각한다. 왜냐하면 「전자장치부착법」 제1조는 구체적인 제도나 처분의 근거를 명시한 것이 아니라 전자장치를 효율적으로 활용하여 불구속재판을 확대하고 범죄인의 사회복귀를 촉진하며 범죄로부터 국민을 보호한다는 목적을 밝힌 규정에 불과하며, 또한 동법 제15조 1항 또한 단순히 보호관찰관의 일반적인 임무를 밝히고 있을 뿐이기 때문이다.

2) 전자장치 부착명령제도와 범죄징후 예측 시스템을 결합하게 되는 경우 사생활 보호와 사회적 인격상의 자기결정권 및 양심의 자유 등과 같은 기본권 침해적 요소가 커질 우려가 있다는 주장 또한 힘을 얻고 있다. 이러한 주장에 대하여 법무부는 이미 10년 넘게 시행되어 온 전자장치부착법을 토대로 수집해 온 자료를 활용하는 것일 뿐이므로 인권침해의 요소가 전혀 없다는 주장을 펼치고 있다. 그러나 이미 밝힌 바와 같이 범죄징후 예측시스템의 도입은 전자장치부착을 통하여 침해되는 법익을 훨씬 뛰어넘는 기본권적 가치에 대한 침해를 가져오는 것을 고려할 때 법무부의 주장은 전혀 설득력이 없다고 생각된다.

3) 이상의 논의를 토대로 하면 결국 범죄징후 예측시스템의 활용은 직접적인 법적 근거를 결하고 있는 것으로서 인정될 수 없다는 결론에 달하게 된다. 따라서 입법론적으로는 범죄징후 예측시스템에 대한 법적 근거를 명확하게 마련할 것이 요구된다. 그렇다면 그러한 법적 근거가 별도로 마련될 때까지는 성폭력범죄자와 살인/강도범죄자 등으로부터 이 사회를 보호하기 위해 필요하며, 실제로 행해지고 있는 범죄징후 예측시스템은 활용될 수 없는 것일까? 생각건대 범죄징후 예측시스템에 대한 개별법적 근거가 없는 경우라면 그 대안으로 경찰법상 개괄적 수권조항[66]이 해당 행정작용에 인정

후 예측시스템의 근거조항으로 볼 수 있는지는 의문이다.

66) 여기서 말하는 개괄적 수권조항이란 개별적인 수권조항이 별도로 존재하지 않는 경우 경찰에게 위험방지를 위해 필요한 조치를 취할 수 있는 권한을 부여하는 일반적인

될 수 있는지 확인해 보아야 할 것인바, 필자는 예방적 경찰활동으로 포섭되는 전자감독제도의 허용성, 특히 그의 법적 근거의 문제를 해결함에 있어서는 개괄적 수권조항에 관련하여 이뤄지고 있는 위험과 책임에 대한 경찰법에서의 심도있는 논의가 많은 도움이 될 수 있으리라고 확신한다.

(2) 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)

범죄징후 예측시스템의 허용성을 판단하는 데 있어 고려하여야 할, 다른 한 가지 요소는 바로 비례의 원칙이다. 이와 관련하여 개별적 수권조항이 존재하는 경우라면 그들 조항이 규정하고 있는 내용, 특히 수단에 관한 규정을 대상으로 비례의 원칙의 요청을 준수하고 있는지 여부를 판단하면 될 것이다. 그러나 전술한 바와 같이 현재 우리나라의 경우 범죄징후 예측시스템에 대한 개별적 수권조항이 존재하지 않으므로, 범죄징후 예측시스템이 비례의 원칙에 합당한 지 여부는 동 시스템의 활용을 통해서 얻어지는 공익과(재범의 위험로부터 사회의 안전확보) 그의 활용을 통해 발생하는 불이익(대상자의 기본권침해)을 비교형량하여 판단할 수밖에 없을 것이다.

이 문제에 대하여는 학자들의 명시적인 견해 표명이 없는 가운데, 헌법재판소가 "전자발찌 부착명령 대상자에 포함되지 않은 성폭력 범죄자의 재범을 효과적으로 방지할 만한 수단이 없는 상황에서 수단의 적절성이 인정될 뿐만 아니라 전자발찌 부착이 성범죄 재범 방지에도 실질적인 효과를 나타내고 있다. 또한 대상자에 대한 수신자료의 열람조회를 엄격히 제한하는 등 과잉금지원칙에도 반하지 않으며, 전자발찌 부착 명령은 전통적 의미의 형벌이 아니고 재범 위험성을 방지하기 위한 보안처분이기 때문에 이중처

성격의 법률조항을 의미하는 것으로, 현재 개괄적 수권조항에 근거한 경찰권 발동을 인정하는 것이 지배적 견해이다. 다만 우리나라의 실정법상 어떤 조항을 개괄적 수권조항으로 볼 것인지를 둘러싸고 다음과 같이 학설이 첨예하게 대립하고 있다. 먼저 ①「경찰관직무집행법」(이하 경직법) 제2조 제7호)를 개괄적 수권조항으로 보는 견해가 있다. 다음으로 ② 「경직법」 제5조 제1항 제3호)를 개괄적 수권조항으로 보는 견해가 있다. 한편 ③ 「경직법」 제2조 제7호와 제5조 제1항 제3호가 결합하여 개괄적 수권조항으로 작용한다고 보는 견해도 있다. 마지막으로 ④「경직법」 제5조 제1항 제3호를 개괄적 수권조항으로 보고 국가적 법익의 침해나 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위험의 경우에도 이 조항을 유추적용할 수 있다는 주장이 있다.

벌금지 원칙에도 위반되지 않는다"고 판시한 바 있다.[67] 다만 주의할 것은 헌법재판소의 이러한 결정은 단지 전자발찌의 부착에 관한 것이라는 점에 유의하여야 한다. 즉, 위의 헌법재판소의 결정을 범죄징후 예측시스템이 비례의 원칙에 합당하다는 취지의 결정으로 오해하여서는 아니된다는 것이다. 범죄징후 예측시스템은 위치정보만이 아닌 다른 정보를 수집하고 그를 분석함으로써 새로운 정보를 얻어내고, 그를 기준으로 하여 금지행위를 명령하는 등의 대처로 이어지기 때문에 기본권 침해의 강도가 단순한 전자장치의 부착에 비해 월등히 커졌다. 따라서 범죄징후 예측시스템의 비례의 원칙 준수 여부의 문제는 전자장치의 부착과는 또 다른 차원에서 접근할 필요가 있다고 생각한다.

물론 불확실한 고위험사회로 정의되는 현대사회가 예방국가화의 길을 걷고 있음을 고려할 때, 전자감독제도가 보호하는 법익이 중대한 가치를 갖는다는 것은 비교적 쉽게 인정될 수 있다. 치안환경의 변화로 인하여 경찰법이 '고전적 경찰법(Klassischen Polizeirecht)'에서 '현대적 안전법(Modernen Sicherheitsrecht)'으로 발전하고 있는 상황[68] 하에서는 더욱 그러하다. 한편 이와 관련하여 경찰의 권한을 위험의 사전단계로까지 확장하고 있는 '우려되는 위험(drohende Gefahr)'[69]의 개념의 등장은 주목을 요한다고 생각한다.[70] 특히 독일의 경우 실정법상으로 우려되는 위험의 개념이 받아들여지

67) 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2015헌바35 결정을 통해 옛 「전자장치부착법 부칙」 제2조 제1항 등에 대해 낸 헌법소원에서 재판관 전원일치로 합헌 결정했다.

68) Park, Byungwoog, Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht- Eine Untersuchung am Beispiel der Entscheidung ueber sogenannte Onlilen-Durchsuchungen, BWV, 2013. p.149.

69) 2017년 독일「바이에른 경찰직무법(Gesetz über Aufgaben und Befugnisse der Staatlichen Bayerischen Polizei (Polizeiaufgabengesetz, PAG)」에서 창설한 개념으로 종래 다수설이 위험의 개념을 개별 사례에 존재하는 공공의 안녕 또는 공공질서에 대한 구체적인 위험으로 이해하고 있던 것에 비하여 위험방지에서 나아가 위험의 사전단계에 까지도 경찰이 개입하여 조치를 취할 수 있다고 보았다. 박원규, "독일 경찰법의 최근 동향 - 바이에른 경찰법상 '우려되는 위험' 개념의 도입을 중심으로 -". 「경찰법연구」, 17(2), 2019, 112면 이하 ; 손재영, "새로운 위험개념과 경찰법의 위기 - 독일 바이에른 경찰직무법(PAG)의 개정에 따른 위헌 논란을 중심으로 -", 「한국치안행정논집」, 17(1), 2020, 44면.

70) 전통적인 경찰법이론에 따르면 개별적 수권조항에 기하지 않은 경찰의 조치는(즉,

고 있는바, 경찰법상 개괄적 수권조항에 '우려되는 위험' 개념을 규정하면서 경찰에게 체류 및 접근금지, 전자발찌 부착 명령과 예방구금의 기간 폐지 및 통신감시 등 전에 없이 강력한 새로운 권한을 부여한 바이에른의 「위험인물에 대한 보다 효과적인 감시를 위한 법률(Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen)」이 그 대표적 예에 해당한다.[71] 2018년 5월 18일에 제정된 「바이에른 경찰법의 개정을 위한 법률(Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts(PAG- Neuordnungsgesetz)」 에서는 우려되는 위험의 개념을 전제로 예방적 디엔에이 사용(präentive DNA-Nutzung), 클라우드(Cloud) 수색을 포괄하는 우편물 검열, 대규모 행사등에 대한 조망 촬영, 바디캠(Bodycam)과 무인비행장치(Drone)의 투입 등 보다 광범위한 권한을 신설하였다.[72]

이러한 독일에서의 논의를 비교법적 견지에서 살펴볼 때에 전자감독제도가 보호하는 법익이 중대한 가치를 갖는다는 것에는 비교적 쉽게 동조할 수 있을 것이다. 다만 고도화된 전자감독제도의 필요성이 인정되고 그에 대한 사회적 공감대가 형성되어가고 있다는 사정만으로 범죄징후 예측프로그램을 전면적으로 도입하는 것은 문제가 있다고 생각한다. 즉, 여기서 논의되는 비례의 원칙이 준수되고 절차적 정당성을 확보할 수 있을 때에 한하여 범죄징후 예측프로그램의 도입을 고려하는 것이 마땅하다고 생각한다.

Ⅴ. 결 론

오늘날 경찰활동의 특징 중 하나는 경찰활동의 중심축이 종래의 사후

개괄적 수권조항에 근거할 경우) 공공의 안녕 또는 공공질서의 보호법익이 '구체적 위험(konkerete Gefahr)'에 처하는 것을 그 전제조건으로 하였다. '우려되는 위험'이란 개념은 구체적 위험개념을 고수하는 경우에 어떤 사태에 효과적으로 대처할 수 없는 영역의 존재가 인정되면서 등장하게 되었다.

71) 손재영, 앞의 글, 37면.

72) 「바이에른 경찰법의 개정을 위한 법률」의 제정 경위 및 동법의 주된 내용에 관하여는 박원규 앞의 글, 1-2면.

진압적인 것으로부터 사전예방적인 위험방지, 나아가 위험에 대한 사전배려로 옮아가고 있다는 것이다. 그리고 이러한 사정을 고려하여 '예방적 경찰활동'이란 용어가 사용되기 시작하였는바, 근래 들어 특히 많은 관심을 받고 있는 것은 "분산된 자료로부터 데이터를 수집하고 분석하는 통계적 예측을 통하여 미래의 범죄를 예방하거나 과거의 범죄를 해결하고 경찰의 개입대상을 결정하기 위한 활용방법과 기술을 모두 포함하는 개념"인 '예측적 경찰활동(Predictive Policing)'이다. 이러한 예측적 경찰활동과 관련하여 법무부는 2019년부터 초기의 전자장치 부착명령 등과 같은 전자감독제도를 넘어서는 범죄징후 예측시스템을 도입하고 있는데, 여기서 범죄징후 예측시스템이란 (성폭력)범죄자의 경우 대부분 유사패턴의 범죄를 반복한다는 것에 착안하여 개발한 것으로, 전자발찌 부착 대상자인 (성폭력)범죄자의 재범에 영향을 미치는 요인들을 종합적으로 분석하여 이상징후가 있을 경우 이를 탐지하여 보호관찰관에게 알려주는 시스템을 말한다. 이러한 범죄징후 예측시스템에 대해서는 범죄 위험을 사전에 분석하여 예방할 수 있는 기능을 갖춤으로써 선제적인 재범방지활동을 할 수 있게 한다는 점에서 종래의 전자감독제도와는 그 차원을 달리하는 것이라는 평가가 행해지고 있다.

한편 범죄징후 예측시스템은 전술한 바와 같은 장점만을 가지고 있는 것은 아니다. 즉, 동 시스템은 거주이전의 자유, 개인정보자기결정권, 일반적 인격권, 양심의 자유 등과 같은 기본권을 침해하는 측면 또한 갖고 있다. 이로 인하여 범죄징후 예측시스템이 과연 허용될 수 있는 것인지 여부가 문제되는 바, 이 문제는 법적 근거의 존재와 비례원칙의 요청 준수이라는 두 가지 기준을 고려하여 판단되어야 한다.

최근에 서두에서 거론되었던 성폭행범 조두순이 출소하게 되면 범죄발생지였던 안산으로 돌아가겠다는 발언을 했다. 현재로써는 정부가 보호 수용을 포함한 재격리에 관한「보호수용법」[73] 내지 보호수용제도의 도입

73)「보호수용법」은 위험성이 높은 범죄자를 형기 종료 후에 일정 기간 별도 시설에 수용할 수 있도록 하는 법안이다. 그러나 형기의 만료 후에 다시 격리된다는 점에서 이중처벌과 인권 침해의 논란이 뒤따르고 있다. 법조계 일각에서는 치료목적에서의 보호수용은 이중처벌이 아니라는 목소리를 내고도 있지만 정부는 아직 이에 대한 해결책이나 대안을 제시하지 못하고 있다. 한국경제, "조두순 출소 앞두고..."보호수용

에 대하여 적극적인 입장을 보이지 못하고 있고[74] 이에 피해자 가족은 안산을 떠나겠다고 밝혔다.[75] 본 연구자는 이와 같이 다가오는 위험이 명약관화하게 받아들여지는 경우에는 '우려되는 위험'이 있다고 판단할 수 있다고 본다. 또한 경찰의 행위권한을 전통적인 위험방지에서 사전단계로 확장하는 '우려되는 위험' 개념은 범죄징후 예측시스템에 적용되어 그 기본권 관련성을 따져볼 경우에는 이러한 감시 내지 감독이 공개적인 조치로써 행해질 때에는 명확성에 대한 요구수준을 낮추는 것에 대해서는 비교적 많은 사람들의 공감대를 얻은 것으로 보여진다.[76]

우리는 범죄징후 예측시스템이 재범의 위험성으로부터 사회의 안전확보라는 본래의 기능을 충실히 수행함과 아울러 피부착명령자의 인권을 충분히 존중하고 침해를 최소화시키는 시스템으로 발전되어 가기를 바란다. 그리하여 초기단계의 범죄징후 예측시스템이 예방적 경찰활동의 초석으로 기능하되, 그러한 예방적 경찰활동이 이 사회를 (많은 사람들이 우려하는) 감시사회로 흘러가게 만드는 일이 발생하지 않기를 소망한다. 이를 위해 때로는 불필요해 보이는 많은 절차들이 생겨날 수도 있다. 그러나 이러한 절차 또한 소중한 법익을 보호하기 위한 장치이며, 그러한 절차를 거치도록 하는 불편함을 감수하는 것이야말로 우리 사회의 철학적 가치를 지키기 위한 공동체의 책무가 되어야 한다.

전자감독제도의 예방적 경찰활동으로서의 함의 – 박 민 지·서 정 범	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.11.09.	2020.11.30.	2020.12.24.

은 '이중 처벌' 아니라 '치료'가 목적", https://www.hankyung.com/society/article/202010087610i, <최종검색일 : 2020년 10월 9일>.

74) 노컷뉴스, "안산시장 '조두순 보호수용'청원...2시간만에 2천명↑", https://n.news.naver.com/article/079/0003410469, <최종검색일 : 2020년 9월 23일>.

75) SBS News, ""조두순 다시 마주칠까" 피해자 가족 안산 떠난다", https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1005994642, <최종검색일 : 2020년 9월 23일>.

76) 손재영, 앞의 글, 47면.

[참고문헌]

1. 단행본

김일환, 『개인정보보호법제의 정비에 관한 연구』, 한국법제연구원, 1997.
서정범, 『경찰행정법』, 세창출판사, 2020.
서정범·김연태·이기춘, 『경찰법 연구』세창출판사, 2018.
서정범·박병욱(역), 『쿠겔만의 독일경찰법』, 세창출판사, 2015.
서정범·박상희, 『행정법총론(제3판)』, 세창출판사, 2017.
손재영, 『경찰법』, 박영사, 2018.
장광호, 『스마트치안』, 박영사, 2020.
한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2020.

2. 논문

노성훈, “범죄예측모형과 데이터 기반의 예방적 경찰활동에 관한 탐색적 연구”, 「대한범죄학회 춘계학술대회(2015)」, 대한범죄학회, 2015.
박민지, “사물인터넷 환경에서의 예방적 경찰활동에 관한 연구-개인정보자기결정권 관점에서의 접근-”, 경찰대학 치안대학원, 석사학위논문, 2020.
박민지·서정범, “사물인터넷을 활용한 경찰활동에 관한 연구”, 「경찰학연구」, 19(3), 2019.
박원규, “독일 경찰법의 최근 동향 - 바이에른 경찰법상 ‘우려되는 위험’ 개념의 도입을 중심으로 -”. 「경찰법연구」, 17(2), 2019.
박찬걸, “전자감독제도의 성과분석과 발전방향”, 「보호관찰」, 19(1), 2019.
백건하, “범죄수사 사전대비활동에 대한 검토”, 「범죄수사학연구」, 5(2), 2019.
서정범, “행정경찰에의 초대 - 경찰작용의 Paradigm Shift”, 경찰학연구 제12권 제4호(2012),
———, “경찰법에 있어서 공공의 안녕의 개념”, 「공법학연구」 9(2), 2008.
손재영, “새로운 위험개념과 경찰법의 위기 - 독일 바이에른 경찰직무법(PAG)의 개정에 따른 위헌 논란을 중심으로 -”, 「한국치안행정논집」, 17(1), 2020.
———, “경찰의 사전대비활동”, 「공법학연구」, 11(2), 2010.
오세연·이재영, “IoT와 Big Data의 연계를 통한 범죄예방 활용방안”, 「한국콘텐츠학회지」 13(1), 2015,
원혜욱, “전자장치 부착명령의 적용범위에 대한 고찰 - 만 19세 미만의 자에게 부착명령을 선고할 수 있는가 -”, 「보호관찰」, 12(2), 2012.
윤영석, “범죄징후 예측시스템에 대한 비판적 검토-2019년 법무부의 발표내용을 중심으로”, 「과학기술법연구」, 26(1), 2020.
윤상연, “범죄예측 기술 어디까지 왔나?”, 「치안정책리뷰」, 60, 2018,
윤상연·신상화. “범죄 예측의 현재와 미래”, 「한국공안행정학회보」, 72, 2018.
윤현봉·이은영, “전자감독제도 도입 10주년 계기 운영 성과와 발전 전망에 대한 연구-첨단 IoT 기술의 적용을 중심으로-”, 「한국공안행정학회보,」, 74, 2019.
이규호, “전자장치부착법의 내용 고찰”. 「사법행정」, 61(5), 2020.
이병규, “예측 치안의 헌법적 논의”, 「한국부패학회보」, 24(3), 2019.
이준복, “4차 산업혁명 시대에서 범죄예방 및 정보인권 보장을 위한 법적 고찰-빅데이터 및 사물인터넷을 중심으로」”, 「영남법학」 45(1), 영남대학교 법학연구소, 2017.
이진수, “경찰권의 확대·집중 경향과 이에 대한 법치주의적 전제 - 행정경찰과 사법경찰 구분론의 관점에서”, 「법학논집」 21(3), 2017.

장태우·신용태·김종배, “지능형 감시를 위한 객체추출 및 추적시스템 설계 및 구현”, 「한국통신학회논문지」, 38(7), 2013.
정철호·권영복, “특정범죄자에 대한 위치추적 전자감시제도의 정당성에 관한 고찰”. 「한국민간경비학회보」, 12(4), 2013.
Annette Guckelberger, “전자재택감독의 헌법적 문제”. 「토지공법연구』, 87(1) 2019.
Park, Byungwoog, “Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht-Eine Untersuchung am Beispiel der Entscheidung ueber sogenannte Onlilen-Durchsuchungen”, BWV, 2013.

3. 기타

국회의안정보시스템, “특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 일부개정법률안(표창원의원 대표발의)”, 의안번호 2011850, 2018.
김연수, “코로나19시대 스마트치안과 빅브라더 사이...한국 경찰의 미래를 묻는다”, https://firenzedt.com/?p=8042&fbclid=IwAR0gMo4fLXlqywAa7ZegeOYBOsdYOFwjJf-2VEI9tGvcsY4FNHJIbOOASzs. 2020. 7. 10.일자.
동국대학교 산학협력단. 『과학기술을 활용한 보호관찰업무 고도화 방안 최종보고서』,2017, 법무부.
법무부 범죄예방정책국, http://www.cppb.go.kr/.
법무부 보도자료, “전자감독제도 10년! 재범 억제 능력을 입증하고 수용시설 과밀화 대안으로 주목받다”, 2018. 9. 5일자.
법무부 보도자료, “전자감독 대상자의 재범예방을 위한 혁신과 다짐”, 2018. 9. 14일자.
법무부 보도자료, “전자감독 시스템, 성범죄 사전차단 기능 탑재하다.”-법무부, 「범죄징후 예측시스템」 개발. 2019. 1. 29일자.
노컷뉴스, “안산시장 ‘조두순 보호수용’청원...2시간만에 2천명↑”, https://n.news.naver.com/article/079/0003410469, 2020. 9. 23.일자.
중앙일보, “음주 여부 감시하는 전자발찌 개발 추진…음주운전자에도 적용 가능할까”, https://news.joins.com/article/23722796. 2020. 3. 5일자.
서울신문, “조두순 24시간 감시할 전자발찌...80가지 징후로 성범죄 사전대응”, https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20190401015002. 2019. 4. 1일자.
시사라인 투데이, “경찰청, 인공지능 빅데이터활용 치안수준 높인다. ‘한국형 인공지능 기반의 범죄예측시스템’을 우선 추진과제로 개발”, http://sltoday.co.kr/news/view.html?section=1&category=8&item=&no=146878, 2019. 9. 7. 일자.
위키피디아, https://ko.wikipedia.org/wiki/조두순_사건.
찾기쉬운 생활법령 정보, http://www.easylaw.go.kr/.
치안정책연구소, 『치안분야 공공데이터 수집 및 활용방안 연구』, 2020.
한국경제, “조두순 출소 앞두고...“보호수용은 ‘이중 처벌’ 아니라 ‘치료’가 목적”, https://www.hankyung.com/society/article/202010087610i, 2020. 10. 9. 일자
PredPol 공식 홈페이지, http://www.predpol.com/whatispredpol/.
SBS News, “ “조두순 다시 마주칠까” 피해자 가족 안산 떠난다”, https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1005994642, 2020. 9. 23.일자.

【국문초록】

재범가능성이 높은 성범죄자 또는 고위험군에 속하는 폭력범죄자의 재범을 억제하기 위하여 GPS 기반의 전자감독제도가 2008년 국내에 도입되어 운영되어 오고 있다. 제도의 도입 초기 동 제도는 전자발찌 착용상태나 출입금지 또는 외출제한 명령, 피해자 접근금지 명령 등의 준수사항 위반 여부만을 파악할 수 있는 사후대응적 시스템이었다. 그러나 2019년 2월부터 전자감독제도는 기존의 단순한 사후대응적 시스템에서 탈피하여 빅데이터를 활용하여 범죄에 대한 위험을 사전에 분석하여 예방하는 사전예방적 시스템, 즉 이른바 '범죄징후 예측시스템'으로 발전하기에 이르렀다. 그리고 법무부는 향후 이른바 '외부정보감응형 전자발찌'등의 도입을 통하여 범죄징후 예측시스템을 보다 고도로 발전된 상태로 운영하려고 하는 장기발전 비전을 제시하고 있다.

재범가능성이 높은 고위험군 범죄자들에 대해 고도로 발전된 전자감독제도를 활용하여 보호관찰을 행하는 방안의 일환인 범죄징후 예측시스템은 일반 공중의 안전에 대한 잠재적인 위험을 방지하기에 적합한 수단으로 그의 도입 필요성은 쉽게 인정될 수 있다. 그러나 현실적인 도입가능성 내지 허용성의 문제는 도입 필요성과는 차원을 달리하는 별개의 문제로서 공법적 관점에서 재검토를 요한다고 생각한다. 즉, 범죄징후 예측시스템 도입의 법적 근거를 어디에서 찾을 것인가의 문제, 그리고 - 법적 근거의 존재를 전제하는 경우에도 - 구체적 수단이 비례의 원칙의 요청을 준수하는 것인지의 문제에 대한 고찰이 필요하다. 이에 본 연구자는 이러한 문제점에 대한 인식을 토대로 범죄징후 예측시스템에 관한 공법적 문제라는 연구주제에 관하여 다뤄보고자 한다.

【Abstract】

A Study on the Implications of Electronic Monitoring as Preventive Policing

- Focused on the Permissibility of The Criminal Sign predictive System -

Park, Min Ji
(Department of Public Safety, Graduate School of Police Studies, Korea National Police University)
Suh, Jung Bum
(Professor, Korea National Police University(Corresponding Author)

The GPS-based electronic monitoring was introduced and operated in Korea in 2008 to curb repeat offenses of sexual crime offenders or violent criminals belonging to high-risk groups. In the early days of the system's introduction, the monitoring was a follow-up system that could only determine whether the electronic tagging was worn, prohibited from entering or leaving the country, or violated the victims' access conditions. However, from February 2019, the Ministry of Justice developed the electronic monitoring into a pre-preventive system, or so-called 'Criminal sign predictive system' that analyzes and prevents risks to crimes in advance by utilizing big data, breaking away from the existing simple reactive system. Furthermore, the Ministry of Justice proposes a long-term development vision to operate the crime sign prediction system in a more advanced state through the introduction of so-called "external information-sensitive electronic tagging" in the future.

The need for this introduction of the Criminal Sign Prediction System, part of a plan to conduct probation using a highly developed electronic supervisory system for high-risk offenders with high recidivism, can easily be recognized as a suitable means to prevent potential risks to the safety of the general public. However, this researcher thinks that practical applicability or acceptability is a separate matter from the need for introduction, requiring a review from a public law perspective. In other words, it is necessary to consider the question of where to find the legal basis for the introduction of a system for predicting crime signs, and - even assuming the existence of a legal basis - whether specific means comply with requests for proportional principles. Based on recognizing these problems, this researcher would like to address the study's subject, a problem from a public law point of view with the criminal sign predictive system.

주제어(Keyword) : 예방적 경찰활동(Preventive Policing), 전자감독제도(Electronic Monitoring), 범죄징후 예측시스템(The Criminal Sign predictive System), 전자발찌(Electronic Tagging), 보호관찰(Protective Supervision)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제99호 2020년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2020.99.157

일명 '민식이법'(특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의13과 도로교통법 제12조)의 문제점과 개선방안

정 재 준*

▶목 차◀

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 민식이법의 제정배경
1. 민식이 교통사고 당시 상황
2. 어린이 교통사고 추이
3. 민식이법의 입법 과정
Ⅲ. 민식이법의 문제점
1. 구성요건상의 문제점
2. 처벌 적정성에 대한 문제점
Ⅳ. 개선방안

Ⅰ. 서 론

우리나라의 근대적 도로 설치와 관리의 필요성을 역설한 인물은 조선 말기 개화사상가 김옥균이다. 그가 1882년에서 1883년까지 일본 동경에 체류하면서 근대 문물을 시찰한 뒤 저술한 '치도약론(治道略論)'은 도로의 정비와 자동차 통행에 관련된 모든 문제를 정리한 논설이다. 한일 강제 병합 직후인 1911년 4월 조선총독부는 '도로규칙(道路規則)'을 제정하고, 5월에 발표하였으며 1915년 12월 1일자로 전부 개정하여 시행하였다.[1] 이 도로규

* 중국 국립 산동대학교 법학원 교수(법학박사).

1) 조선총독부령 제111호. 국가정보법령센터(https://www.law.go.kr/) 참조.

칙에 연이어 도로단속규칙(道路取締規則, 1913년), 자동차단속규칙(自動車取締規則, 1915년), 자전차단속규칙(自轉車取締規則, 1917년) 등의 도로 교통 단속 규정들도 제정되었다.[2)]

「도로교통법」이라는 이름의 교통사고 관련법은 광복 이후인 1962년에 처음 제정되었다. 「도로교통법」은 '도로에서 일어나는 위험과 장해를 방지하고 제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보함'을 목적으로 하는 법률로서 1962년 1월 20일 제정된 이래 타법 개정을 제외하고도 현재까지 30차례 이상 개정이 이루어졌다.[3)] 「도로교통법」이 시행된 뒤 교통사고 발생 시 과실유무를 판단하여 운전자에 대한 형법상 업무상과실치사상죄가 적용되면 처벌할 수 있도록 하였다. 그러나 1970년대 후반에 들어서 자동차 보유 대수의 증가[4)]와 급격한 도로 확충으로 국민의 일상생활에서 운전은 특별한 것이 아닌 보편적 상황이 되었다. 이에 따라 급증하는 교통사고로 많은 전과자가 양산되자, 업무상 과실 또는 중대한 과실로 교통사고를 일으킨 '운전자에 대해 형사처벌 등의 특례'[5)]를 인정하는 법률(「교통사고처리특례법」)이 1982년 제정되었다. 교통사고 피해자에 대한 신속한 피해회복과 가해자에 대한 형사처벌을 간편하고 신속하게 함으로써 국민생활의 편의를 도모하자는 목적(동법 제1조)으로 제정되었으나 이 법은 '피해의 신속한 회복'과 '국민생활의 편익증진'이라는 입법 목적과는 달리 피해자 보호기능보

2) 토도로키 히로시, "20세기전반 한반도 도로교통체계 변화 - 신작로 건설과정을 중심으로 -" 지리학논총 별호 54, 서울대학교 국토문제연구소, 2004년 4월, 43면.

3) 명묘희·정미경 외, "도로교통법 개정방안 연구 - 도로이용자 지향적 도로교통법제 구현을 위한 -" 연구보고서 2013-0109-134, 도로교통공단 교통과학연구원, 2013년 12월, 3면.

4) 1980년 우리나라 자동차 보유대수는 527,729대였으나 2018년 23,202,555대로 약 44배 증가하였다. 도로교통공단, 교통사고통계분석, 2019년, 6면.

5) 「교통사고처리특례법」이 적용되기 위한 요건은 첫째, 차의 교통으로 인한 사고일 것, 둘째, 과실(또는 중과실)로 인한 사고일 것, 셋째, (자동차) 보험에 가입되어 있을 것, 넷째, 특례 예외 11개 항에 포함되지 않을 것 등을 필요로 한다. 예외조항에는 신호 또는 지시위반, 중앙선 침범, 횡단·유턴·후진위반, 제한속도 20킬로미터 초과, 앞지르기 방법 또는 금지 위반, 건널목 통과방법 위반, 횡단보도에서의 보행자 보호의무 위반, 무면허운전, 음주 등 위험운전, 보도침범 및 보도횡단방법 위반, 승객추락방지의무 위반, 어린이 보호구역에서의 주의의무위반, 화물추락방지 의무 위반 등이다. 강수철 외 5인, "교통사고처리특례법 개선연구," 경찰청 연구용역·도로교통공단 제출 연구보고서, 2019년 12월, 18-19면.

다는 운전자 보호기능에 치우쳐 교통사고 운전자를 일정한 경우 형법적으로 처벌하지 않는 도구로 기능하여 인명을 경시한다는 비판도 받고 있다.[6]

「도로교통법」 제정 당시에는 '교통사고시의 조치(제45조)'는 규정하고 있었으나 일반적인 '보행자의 보호(제23조)'에 대한 규정만 있었을 뿐 어린이 보행자에 대한 보호 규정은 없었다. 1970년 8월 12일 「도로교통법」 일부 개정안에서 처음으로 '13세 미만의 아동 보행자에 대한 보호(제10조의2)'를 신설하여 아동 보행자에 대한 적극적인 보호를 시작하였다. 1995년 1월 5일 「도로교통법」을 일부 개정하면서 '어린이 보호구역의 지정과 관리' 규정이 신설되었다.[7] 2007년 12월 21일 「교통사고처리특례법」 제3조(처벌의 특례)가 개정되어 어린이 보호구역에서의 어린이 교통사고시 반의사불벌 원칙이 적용되지 않는다.[8]

그럼에도 어린이 안전 공간이어야 할 어린이 보호구역 혹은 놀이공원 주차장 등에서 민식이, 하준이 등의 교통 사망사고가 잇따르자 운전자에 대한 강력한 처벌이 요구되었다. 일명 '민식이법'은 2019년 12월 10일 국회에서 통과된 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 제5조의13 조항이자 신설 규정으로서 '어린이 보호구역에서 어린이 치사상의 가중처벌'에 관한 것이다. 같은 날 국회에서 통과된 「도로교통법」 개정안은 '어린이 보호구역에서 경찰관서의 무인 교통단속용 장비 설치(제12조④항 신설)'와 '어린이 보호구역에서 지방자치단체장의 횡단보도, 안전표지판, 과속방지시설 등의 설치(제12조⑤항 신설)'를 규정하였는데, 이는 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 제5조의13 조항과 연계되어 어린이를 교통사고로부터 보호하려는 입법적 조치로 해석된다. 이 법의 시행으로 인해 많은 운전자들이 어린이 보호구역 내 운행에 관하여 좀 더 세심한 주의와 경각심을 가지게 되었다.

---

6) 황현아, "교통사고처리특례법의 문제점과 개선방안," 「KiRi Weekly 이슈분석」, 2016년 8월, 9면.

7) 동법 제11조의2에 의하면 "교통사고의 위험으로부터 어린이를 보호하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 유치원 및 초등학교의 주변도로 중 일정구간을 어린이보호구역으로 지정하여 차의 통행을 제한하거나 금지하는 등 필요한 조치"를 할 수 있도록 하였다.

8) 국가정보법령센터 홈페이지(https://www.law.go.kr/), 「교통사고처리특례법」 연혁 참조.

그러나 교통사고는 운전자, 보행자, 도로여건의 세 가지 요소가 결합하여 나타난다는 점을 고려할 때, 어린이 교통사고를 예방하기 위한 가정이나 학교에서의 교통안전교육 및 교통사고를 차단하기 위한 통학로·신호등·횡단보도 정비 등 잠재적 피해자인 어린이 본위의 개선정책은 도외시한 채[9] 운전자에 대한 감시 확대(보호구역 내 CCTV 설치와 주정차 금지)와 함께 특단의 처벌강화를 내용으로 하는 민식이법이 서둘러 제정되었다는 점도 부정하지 못한다. 어린이 보호구역에서의 교통사고에 따른 운전자 강력 처벌 규정은 어린이 피해자 부모의 운전자에 대한 과도한 합의금 요구 내지, 가중한 형벌 선고에 대한 운전자의 불안감을 내세워 민식이법에 대한 재검토를 요구하고 있는 상황이다. 즉, 민식이법은 통과되어 시행 중이지만 폭넓은 인도 확보나 교통 정온화 시설 미비, 어린이 통행특성 이해 부족 등 안전을 위협하는 요소가 상존하는 가운데, 처벌 상향을 통한 '일반 예방'에 초점을 두었다는 점에서 '처벌 수준의 적정성' 대해 논란이 되고 있다. 이렇듯 안전한 통학로를 만들기 위해 정량적으로 구체화한 제도적 개선 필요와 어린이 보호구역 밖에서도 어린이의 안전이 경시되어서는 안 된다는 현실적인 요구 또한 선행되어야 하지만, 본 논문은 민식이법 중 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 제5조의13에서 규정된 범죄 구성요건과 처벌상의 적정성을 집중적으로 검토하고 이에 대한 개선방안을 제시하고자 한다.

Ⅱ. '민식이법'의 제정 배경

1. 민식이 교통사고 당시 상황

2019년 9월 11일, 당시 9세였던 민식이는 동생(당시 7세)과 함께 충남 아산의 어느 중학교 앞 어린이 보호구역에서 도로 맞은편 어머니가 일하는 가게로 가기 위해 신호등 없는 횡단보도를 건너다가 달려오던 SUV 차량과

9) 지우석·최서윤, "민식이법으로도 미흡한 어린이보호구역 안전," 「이슈&진단」, No. 403, 경기연구원, 2020년 2월, 7면.

부딪혔다. 당시 '쿵'하는 소리에 민식이 어머니가 밖을 내다봤다가 형제가 도로에 쓰러져 있는 모습을 발견하고 병원에 후송했으나 민식이는 사망하였고 동생은 전치 2주의 부상을 입었다. 민식이 아버지는 "사고 지점에 과속단속 카메라가 있었더라면 운전자가 그렇게 (빨리) 달리지 않았을 것"이란 지적을 했지만, 가해 운전자는 23.6km/h(도로교통공단의 블랙박스 확인 후의 추정속도) 속도로 교차로를 지나자마자 횡단보도에 진입했으며 맞은편 정체된 좌측(편도 1차선) 차량들 때문에 좌측에서 우측으로 뛰어들던 민식이 형제를 발견하지 못했음을 당시 블랙박스 영상으로 확인할 수 있다. 따라서 민식이 사망 교통사고 발생의 원인은 과속에 있기보다는 횡단보도의 좌측 맞은편에서 급히 건너올 수 있는 보행자에 대한 급정거 준비를 소홀히 한 주의의무위반(어린이 보호구역에서의 어린이안전의무 위반)이라 예상된다. 사고지점인 '횡단보도'라는 것은 보행자가 도로를 횡단할 수 있도록 안전표지로 표시한 도로의 부분[10]으로서 언제든 보행자가 나타날 수 있음을 '예견'하였어야 하고 횡단보도에서의 통행 우선권은 보행자에게 있기 때문에 보행자를 발견한 운전자는 일시 정지해야 한다.[11] 설사 보행자를 발견하지 못하였다고 하더라도 언제든 급히 뛰어드는 보행자가 있을 경우를 대비해 급정거 준비를 하고 있어야 하는데, 가해 운전자는 민식이 형제를 가격하고도 1~2 미터를 더 끌고 가서야 뒤늦게 정지했다. 운전자가 민식이를 '가격한 후 정차'와 '사망'이라는 극단의 결과 발생의 인과관계를 부정하는 객관적 반증이 없는 이상 과실범의 '회피'의무에도 실패했다고 이 사건의 경찰과 검찰은 판단하였다. 결국 민식이 교통사고 담당 검찰은 「교통사고처리특례법」 제3조 1항에 의한 최고형인 금고 5년형을 구형하였다.[12] 2020년 4월 27일 대전지법 1심 법원은 금고 2년형을 선고하였고, 2020년 8월 13일 항소법원에서는 피고인과 피해자의 항소를 모두 기각하고 원심대로 금고 2년형을 확정하였다.

---

10) 「도로교통법」 제2조의 12.

11) 「도로교통법」 제27조 1항(보행자의 보호).

12) 「교통사고처리특례법」 제3조(처벌의 특례) ① 차의 운전자가 교통사고로 인하여 「형법」 제268조(업무상과실, 중과실 치사상)의 죄를 범한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 어린이 교통사고 추이

〈표 1〉 어린이 보행자 교통사고 추이[13)]

년도	사고건수(건)	부상자수(명)	사망자수(명)
2015	4,646	4,718	41
2016	4,288	4,402	36
2017	4,019	4,101	35
2018	3,582	3,695	22
2019	3,856	3,942	20

<표 1>은 지난 5년간 전국의 어린이 보행자 교통사고(어린이 보호구역 내에서의 어린이 교통사고 포함)는 사고건수와 사망자수·부상자수 모두 감소 추이를 보이고 있다. 이는 지난 5년간 전국의 보행자 교통사고 추이와 유사한 현상이다.[14)]

〈표 2〉 어린이 보호구역 내 어린이(13세 미만) 교통사고 추이[15)]

년도	사고건수(건)	부상자수(명)	사망자수(명)
2010	733	760	9
2011	751	783	10
2012	511	528	6
2013	427	438	6
2014	523	553	4
2015	541	558	8
2016	480	510	8
2017	479	487	8
2018	435	473	3
2019	567	589	6

13) 교통사고분석시스템(Traffic Accident Analysis System) 홈페이지(http://www.koroad.or.kr) 접속 (2020년 10월 28일).

14) 지난 5년간 어린이를 포함한 전체 보행자 교통사고 추이를 보면 뚜렷한 감소 추세에 있다. 2015년 51,759건에서 2019년 46,682건으로 약 10% 감소하였고, 사망자수도 2015년 1,795명에서 2019년 1,305명으로 약 27% 감소하였다.

15) 교통사고분석시스템(Traffic Accident Analysis System) 홈페이지(http://www.koroad.or.kr) 접속 (2020년 10월 28일).

<표 2>는 지난 10년간 어린이 보호구역 내에서 발생한 어린이 피해자 교통사고 추이를 나타낸 표이다. 사고건수와 부상자수를 고려해 볼 때 어린이 보호구역 내에서의 교통사고는 점진적인 감소 추세에 있다. 2019년 한해 증가가 있었지만, 지난 10여 년간 통계는 꾸준히 감소하고 있었고, 어린이 보호구역이 매년 약 200개씩 새롭게 지정되고 있는 현실을 고려해 볼 때, 어린이 보호구역 내 어린이 교통사고도 감소추세에 있다고 보는 것이 타당할 것이다.[16]

어린이 보호구역은 속도 제한과 많은 교통안전 표지 설치로 인하여 운전자의 주의의무 수준은 높아지게 마련인데도 불구하고, 어린이 보호구역 내에서의 어린이 보행자 교통사고의 경우 2019년 기준 1,000명 당 사망자수가 10.58명으로서 일반 도로의 어린이 보행자 교통사고의 1,000명 당 사망자수 5.19명에 비하여 2배가 높다.[17] 어린이 보호구역 내 교통사고 발생의 주된 원인 중 하나는 '어린이 보행자의 잘못' 때문인데, 이는 실무적으로 운전자의 '보행자 보호의무 위반'으로 규정하여 처리된다.[18][19] 어린이는 도로 횡단 시 주변 교통상황에 대한 종합적인 판단을 가지고 결정하기보다는 다음과 같은 위험한 행동 특성을 가지고 있다.[20] 첫째, 도로 횡단 시 걷기보다는 달리는 것을 선호하는 돌발적 행동 경향이 있다. 둘째, 차량의 속도나 거리의 예측능력이 부족하며 손을 들거나, 녹색등으로 바뀌면 횡단보도가 무

16) 2018년 어린이 보호구역은 16,765였으나 2019년 어린이집과 학원 주변 등이 대폭 어린이 보호구역으로 지정되면서 16,912개로 늘어났다. 경찰청 「어린이 보호구역 정기보고」 2001-2019, e-나라지표 홈페이지(https://www.index.go.kr/) 2020년 11월 1일 접속.

17) 다른 해에도 이러한 1,000명당 어린이 보행자 교통사고 사망자수와 어린이 보호구역 내에서의 교통사고 사망자수가 유사한 수치를 나타내고 있다. e-나라지표 홈페이지(https://www.index.go.kr/), 2020년 10월 30일 접속.

18) 빈미영, "어린이 교통사고, 원인을 알고 대책을 세우자," 「이슈&진단」, No. 219, 경기연구원, 2016년 2월, 6면.

19) 도로교통공단이 제출한 2013년에서 2017년까지의 어린이 보호구역 내 교통사고 원인별 통계를 보면 보행자 보호의무 위반(967건) > 안전운전의무 불이행(562건) > 운전자 법규위반 등 기타(453건) > 신호위반(397건) 등의 순서이다. 교통뉴스, 2019년 10월 8일자 기사.

20) 지우석·최서윤, 위의 논문, 6면; 빈미영, 위의 논문, 5면; 도로교통공단(www.koroad.or.kr), 공단보도자료 2018-05-03.

조건 안전하다고 생각한다. 셋째, 보호자 없이 친구들과 함께 어울려 이동하는 경우 도로와 인도(학교 보행로)의 경계를 확실히 구분하지 못한다. 넷째, 차에서 내리고 타기 위해 전후좌우 살피지 않고 무작정 뛰는 경우가 많다. 이러한 어린이 행동 특성을 충분히 이해하지 못한 운전자가 안전운전 의무를 이행하지 않았거나 불법 주정차 차량 등으로 시야가 방해되었을 때 어린이 교통사고로 연결되는 것이 일반적이다.[21]

3. 민식이법의 입법 과정

'민식이법'은 2019년 9월 11일 있었던 충청남도 아산시에 거주하는 '민식'이라는 어린이의 교통사고 사망사건을 계기로 논의되기 시작했다. 2019년 10월 11일, 국회에서는 더불어민주당 강훈식 의원 등 17인이 「도로교통법」 일부개정 법률안과 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 일부개정 법률안을 발의했다.[22] 강훈식 의원 등은 "최근 충남 아산의 한 어린이 보호구역 안에서 교통사고로 인해 어린이가 사망한 이후, 어린이 보호구역 내 사망사고 운전자에 대한 강력한 처벌을 요구하는 목소리가 커지고 있으며 또한 최근 5년간 「교통사고처리특례법」상 '12대 중과실 교통사고'가 36만 여건 발생해 8,712명이 사망하고 58만 여명이 부상당했지만, 법 위반 사범의 구속비율은 0.07%에 불과하고 기소된 비율도 25.3%에 불과한 것으로 드러났다. 현행법은 도주차량 운전이나 음주운전의 경우 가중 처벌을 하고 있지만, 어린이 보호구역 내에서 사망사고를 일으킨 운전자에 대한 별도의 처벌 규정을 두고 있지 않다. 또한 「교통사고처리특례법」이 가해자를 과도하게 보호하고 있다는 지적이 잇따르고 있다. 이에, 어린이 보호구역 내에서 교통사고를 내 피해자를 사망에 이르게 한 경우 처벌 수위를 강화하고, '12대 중과실 교통사고'에 대한 처벌을 강화하고자 한다."고 그 제안 이유를 밝혔다. 강훈식 의원이 발의한 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 개정안의 신구 조문 대

21) 디엔피넷 뉴스, "어린이 보호구역 내 사고원인 1순위 '불법 주·정차로 인한 시야방해'," 2020년 5월 7일자 기사.

22) 제20대 국회 의안번호 2022869.

비표는 다음과 같다.[23]

현 행	개 정 안
제5조의3(도주차량 운전자의 가중처벌) ①·② (생략) <신 설>	제5조의3(사고운전자의 가중처벌) ①·② (현행과 같음) ③ 사고운전자가 피해자를 사망에 이르게 한 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다. 1. 「교통사고처리특례법」 제3조제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로 인하여 사고가 발생한 경우에는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다. 2. 사고 장소가 「도로교통법」 제12조제1항에 따른 어린이 보호구역인 경우에는 3년 이상의 징역에 처한다.

민식이법 최초의 안이라 할 수 있는 강훈식 의원 법안에는 피해자가 어린이가 아님에도 가중처벌하거나,「도로교통법」 제12조①항에 따른 30km/h 미만 속도 내지 동법 제12조③항에 따른 '어린이안전의무'를 위반하지 않음에도 불구하고 발생한 사상사고까지 가중처벌 대상으로 삼고 있고, 어린이 보호구역 내에서 어린이 상해 교통사고는 제외하면서도 사망사고만 가중처벌하는 내용이 있어 소관위인 법제사법위원회에서 2019년 11월 29일 대안반영 후 폐기하도록 결정하였다.[24]

2019년 10월 15일에는 자유한국당 이명수 의원 등 11인도「특정범죄가중처벌등에관한법률」 일부개정 법률안을 발의했다.[25] 이명수 의원 등은 "「도로교통법」의 개정을 통해 어린이 보호구역에 교통안전시설 등을 설

23) 국회 의안정보시스템(Bill Information) 홈페이지(http://likms.assembly.go.kr) 2020년 9월 15일 접속.

24) 법제사법위원회, "「특정범죄가중처벌등에관한법률」 일부개정 법률안 심사보고서," 2019년 11월, 6면.

25) 제20대 국회 의안번호 2022888.

치하고 속도제한 규정을 실시한 지 10년 가까이 경과하였음에도 불구하고, 여전히 어린이 보호구역에서의 상해·사망사고가 개선되지 않고 있다. 자동차 운전자는 교통안전에 취약한 어린이를 안전하게 보호하기 위하여, 특히 어린이 보호구역 내에서의 운전은 속도를 제한하고 전방을 주시하는 등 신중을 기하여야 함에도 불구하고, 최근 '민식이 사건'에서 운전자가 어린이 안전에 유의하면서 운전하여야 할 의무를 위반함으로써 현행법상 어린이 보호구역 내 어린이 교통사고에 대한 가중처벌 필요성이 제기된다. 이에 어린이 보호구역에서 자동차(원동기장치자전거를 포함한다)의 교통으로 인하여 어린이를 사망 또는 상해에 이르게 한 경우에는 가중 처벌하도록 함으로써 어린이 안전보장을 도모하려는 것이다(안 제5조의13 신설)."고 그 제안 이유를 밝혔다. 이명수 의원이 발의한 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 개정안의 신구 조문 대비표는 다음과 같다.[26]

현 행	개 정 안
<신 설>	제5조의13(어린이 보호구역에서 어린이 치사상의 가중처벌) 「도로교통법」 제12조제3항에 따른 어린이 보호구역에서 자동차(원동기장치자전거를 포함한다)의 교통으로 인하여 어린이를 사망 또는 상해에 이르게 한 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다. 1. 어린이를 사망에 이르게 한 경우: 3년 이상의 징역 2. 어린이를 상해에 이르게 한 경우: 1년 이상의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금

26) 국회 의안정보시스템(Bill Information) 홈페이지(http://likms.assembly.go.kr) 2020년 9월 15일 접속.

이명수 의원 등의 개정 법률안에 대하여 법제사법위원회에서는 이 개정 법안이 어린이 보호구역 내 교통사고를 가중 처벌하는 내용으로서 어린이 보호구역 내 치사·치상죄를 신설하여 교통사고의 위험으로부터 어린이를 보호하려는 입법취지는 타당한 내용이라 판단되나,[27] 행위자 및 행위태양과 관련하여 "처벌 대상자를 '운전자'로 명시하지 아니하고, 행위태양을 '자동차의 교통으로 인하여'라고 규정한바 '과실'이나 '주의의무위반'을 요건으로 규정하지 아니하여, 처벌 대상이 지나치게 확대되어 책임주의에 반할 우려가 있다."는 지적을 하였다.[28] 또한 이명수 의원 개정 법안에서의 법정형은 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 상의 교통사고 후 도주죄(소위 뺑소니)나 동법 '위험운전치사상죄'의 법정형과 유사하게 규정된 것[29]으로 보이기 때문에 각 법정형과 균형을 이루는지 죄질과 비난가능성 등을 고려하여 입법 정책적으로 논의가 필요한 사안이라 판단하여 소관위인 법제사법위원회에서 2019년 11월 29일 대안반영 후 폐기하도록 결정하였다.

「특정범죄가중처벌등에관한법률」에 관한 위 2개의 원안[30]은 폐기되었고, 법사위를 통과한 대안에서는 어린이 보호구역에서의 주의의무를 위반하여 어린이를 충격한 경우를 가중 처벌하는 내용으로 변경되었다. 이상 법제사법위원회에서 지적한 문제점들을 종합하고, 법무부와 협의하여 강훈식 의원안과 이명수 의원안을 절충하여 아래와 같은 수정의견(대안)이 제시되었다.[31][32]

---

27) 법제사법위원회, 앞의 심사보고서, 5면.

28) 위의 심사보고서, 7면.

29) 이명수 의원안의 어린이 보호구역 내 어린이 사상사고 치사의 경우 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 상 3년 이상의 유기징역, 치상의 경우 1년 이상 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하 벌금을 규정하였다. 동법상 사상사고 후 도주차량(제5조의3①)의 치사의 경우 무기 또는 5년 이상의 징역, 치상의 경우 1년 이상의 유기징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금을 규정하였다. 위험운전치사상죄(제5조의11)의 치사의 경우 무기 또는 3년 이상의 징역, 치상의 경우 1년 이상 15년 이하 징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금을 규정하여 형량이 서로 비슷하다.

30) 강훈식 의원 법안과 이명수 의원 법안.

31) 법제사법위원회, 위 보고서, 9면.

32) 제20대 국회 의안번호 2024071.

현 행	수 정 의 견(대 안)	비 고
<신설>	**제5조의13(어린이 보호구역에서 어린이 치사상의 가중처벌)** 자동차(원동기장치자전거를 포함한다)의 운전자가 「도로교통법」 제12조제3항에 따른 어린이 보호구역에서 같은 조 제1항에 따른 조치를 준수하고 어린이의 안전에 유의하면서 운전하여야 할 의무를 위반하여 어린이(13세 미만인 사람을 말한다. 이하 같다)에게 「교통사고처리특례법」 제3조제1항의 죄를 범한 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중 처벌한다. 1. 어린이를 사망에 이르게 한 경우에는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다. 2. 어린이를 상해에 이르게 한 경우에는 1년 이상 15년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.	※ 어린이 보호구역 내 준수의무 - 「교통사고처리법」 제3조제2항 단서 제11호[33]의 법문 인용. ※ 어린이 정의 - 「도로교통법」에 규정된 어린이의 용어를 개정안에서 13세 미만인 사람으로 명시하였음. ※ 행위자 및 행위태양 - 행위자(처벌대상)를 자동차(원동기장치자전거 포함)의 운전자로, 과실범죄임을 명확히 하기 위하여 「교통사고처리특례법」 제3조제1항[34]의 죄를 범한 경우로 명시. ※ 법정형 - 어린이 보호구역 내 의무위반을 추가하였으므로 사망사고의 경우 강훈식의원 안과 같이 "무기 또는 3년 이상 징역"으로, 상해사고의 경우 이명수의원안과 같이 "1년 이상 15년 이하 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하 벌금"에 각 처하도록 함.

이미 2019년 11월 19일 문재인 정부의 '국민과의 대화'에서 첫 질문에 나선 민식이 부모의 대통령에 대한 질의를 기점으로 민식이법에 대한 사회적 논의가 크게 진전되었다. 그리고 2019년 11월 21일 국회 행정안전위원회

33) 「교통사고처리특례법」 제3조(처벌의 특례) ①·② (생략)
11. 「도로교통법」 제12조제3항에 따른 어린이 보호구역에서 같은 조 제1항에 따른 조치를 준수하고 어린이의 안전에 유의하면서 운전하여야 할 의무를 위반하여 어린이의 신체를 상해(傷害)에 이르게 한 경우.

34) 「교통사고처리특례법」 제3조(처벌의 특례) ① 차의 운전자가 교통사고로 인하여 「형법」 제268조의 죄를 범한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 「형법」 제268조(업무상과실·중과실 치사상) 업무상과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

법안소위에서 민식이법 연관 법률 개정안을 전원 합의로 통과시켰다. 이후 11월 29일 국회 법제사법위원회(법사위)에서도 통과하였다. 다수당인 여당을 중심으로 2019년 12월 10일 국회 본회의에서 최종 통과되어 2020년 3월 25일부터 시행되었다.[35]

시행된 '민식이법'의 내용은 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 제5조의13(어린이 보호구역에서 어린이 치사상의 가중처벌) 규정에서 "자동차(원동기장치자전거를 포함한다)의 운전자가 「도로교통법」 제12조 제3항에 따른 어린이 보호구역에서 같은 조 제1항에 따른 조치(자동차의 30km/h 미만의 통행속도)를 준수하고 어린이의 안전에 유의하면서 운전하여야 할 의무를 위반하여 어린이(13세 미만인 사람을 말한다. 이하 같다)에게 「교통사고처리특례법」 제3조 제1항의 죄[36]를 범한 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중 처벌한다."는 것이다. 민식이법 제1호는 "어린이를 사망에 이르게 한 경우에는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다." 제2호는 "어린이를 상해에 이르게 한 경우에는 1년 이상 15년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다."는 규정이다. '민식이법'은 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 제5조의13 외에도 「도로교통법」상 '어린이 보호구역에서 경찰관서의 무인 교통단속용 장비(CCTV) 설치(제12조 ④항 신설)'와 '어린이 보호구역에서 지방자치단체장의 횡단보도, 안전표지판, 과속방지시

35) 국회 법사위를 통과한 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 개정안 당일(2019년 11월 29일)에 국회 본회의가 열리며 이 법안을 심의할 예정이었다. 그러나 자유한국당이 패스트트랙으로 지정된 선거법과 공수처법을 막겠다며 199개 법안에 필리버스터(filibuster, 국회법 제106조의2 '무제한토론의 실시 등')를 신청하였다. 더불어민주당, 정의당, 바른미래당 등 다른 여야 정당들이 이에 반발하면서 본회의가 열리지 못하자 '민식이법'이 심의받지 못하는 결과를 초래했다. 비록 자유한국당은 '민식이법'과 '하준이법'을 민생법안으로 판단하여 이에 대한 필리버스터를 신청하지 않았지만 199개에 달하는 법안에 대해 필리버스터를 신청한 것 자체가 자유한국당 외 정당들이 반발하여 국회 본회의 보이콧을 선언하게 만들었다. 이렇게 '민식이법' 통과가 좌절되자 자유한국당이 '민생법을 외면'한다는 여론의 역풍을 맞게 되었고 2019년 12월 10일 정기 국회 마지막 날 본회의에서 '민식이법'이 결국 여야 합의로 통과되었다. '민식이법'은 이렇게 여야 정당의 정치적 볼모로 표류하다가 탄생된 것이었다.

36) 「교통사고처리특례법」 제3조(처벌의 특례) ① 차의 운전자가 교통사고로 인하여 「형법」 제268조의 죄(업무상과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자)를 범한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

설 등의 설치(제12조 ⑤항 신설)'를 규정하고 있다.

Ⅲ. 민식이법의 문제점

1. 구성요건상의 문제점

(1) '어린이 보호구역'

「특정범죄가중처벌등에관한법률」 제5조의13(어린이 보호구역에서 어린이 치사상의 가중처벌) 규정에 있어서, 어린이 보호구역은 「도로교통법」 제12조(어린이 보호구역의 지정 및 관리)에 따른 규정을 의미한다. 「도로교통법」 시행 초기인 1995년 1월 5일 개정안에서 처음 '어린이 보호구역(주로 초등학교와 유치원)'이 설치될 수 있었는데, 최근 어린이 보호구역 설치 대상이 어린이집과 학원 등으로 점차 확대되고 있다.[37] 이에 따라 2010년에는 전국에 약 1만 3천 개소이던 어린이 보호구역이 2019년에는 약 1만 7천 개소 수준으로 늘어났다.[38] 매년 약 200 개소가 새롭게 어린이 보호구역으

37) 「도로교통법」 제12조 ① 시장 등은 교통사고의 위험으로부터 어린이를 보호하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설의 주변 도로 가운데 일정 구간을 어린이 보호구역으로 지정하여 자동차등과 노면전차의 통행 속도를 30km/h 이내로 제한할 수 있다.
1. 「유아교육법」 제2조에 따른 유치원, 「초·중등교육법」 제38조 및 제55조에 따른 초등학교 또는 특수학교
2. 「영유아보육법」 제10조에 따른 어린이집 가운데 행정안전부령으로 정하는 어린이집
3. 「학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률」 제2조에 따른 학원 가운데 행정안전부령으로 정하는 학원
4. 「초·중등교육법」 제60조의2 또는 제60조의3에 따른 외국인학교 또는 대안학교, 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제223조에 따른 국제학교 및 「경제자유구역 및 제주국제자유도시의 외국교육기관 설립·운영에 관한 특별법」 제2조제2호에 따른 외국교육기관 중 유치원·초등학교 교과과정이 있는 학교

② 제1항에 따른 어린이 보호구역의 지정절차 및 기준 등에 관하여 필요한 사항은 교육부, 행정안전부 및 국토교통부의 공동부령으로 정한다.

③~⑤ (생략).

로 지정되고 있지만, 어린이 보호구역은 24시간 365일 시간적 제한이 없다. 시야가 제한되는 야간이나 새벽에 가로등이나 차량 전조등에 의존하여 어린이 보호구역을 통과해야 하는 차량 운전자가 갑자기 튀어나오는 어린이 보행자 혹은 자전거를 타고 달려오는 어린이와 충돌을 회피하는 것은 매우 어려운 일이다. 왜냐하면 운전자가 이런 시간대에 어린이 보행자가 있을 것이라는 예견가능성이 별로 없기 때문에 운전자의 '주의의무'를 상당히 축소시킨다. 원래 어린이 보호구역은 1995년 지정 당시 "초등학교와 유치원에 '등·하교' 하는 어린이들을 교통사고로부터 보호하기 위한 조치"로서 시작된 것이었다.[39] 등·하교가 모두 아침 시간과 오후 일몰 전의 시간이기에 이 시간대에 어린이를 교통사고의 위험으로부터 적극 보호하는 것은 타당하다. 그러나 어린이 보호구역을 365일/24시간 유지하는 현행법은 어린이 보행자에 대한 도로 횡단의 예견가능성이 희박한 한밤중이나 이른 새벽에도 운전자는 어린이안전의무를 다해야 하는 반면, 어린이 안전교육을 소홀히 한 채 어린 자녀를 야간에 집밖으로 이동하게 하여 교통사고의 간접적 원인을 제공한 부모의 관리와 훈육 소홀이라는 보호자의 과실 책임은 지우지 않는 모순이 있다.[40]

호주 빅토리안(Victorian)주의 경우 어린이 보호구역(스쿨 존) 내의 교통안전 표지판에 스쿨 존 적용의 제한(Time-based school zones operate)을 운전자에게 알려주어 운전자와 보행자와의 교통사고 위험에 대한 책임의 균형을 유지하고 있다.[41]

---

38) 2019년도 기준 어린이 보호구역은 총 16,912 개소로서 유치원 인근이 7,330 개소로 가장 많고, 다음으로 초등학교 인근이 6,191 개소, 어린이집이 3,181 개소 등이다. 박준환, "어린이 보호구역 내 어린이 교통사고의 처벌 및 예방 관련 법적 쟁점과 과제 - 민식이법을 중심으로 -", 「NARS」 제143호, 국회입법조사처, 2020년 6월, 2면, [표 1] 참조.

39) 최초 어린이 보호구역 신설 조항이 도로교통법 개정안에 상정되었을 때 그 신설 이유를 "현재 등·하교 시 유치원이나 국민학교(초등학교) 앞 도로에서 교통사고가 빈발하고 있어 어린이 보호구역을 별도로 지정하여 어린이들의 생명과 안전을 최대한 보호할 필요가 있다."고 밝히고 있다. 국회내무위원회, "「도로교통법」 개정안(의안번호: 140923) 심사보고서," 1994년 12월, 6면.

40) 어린이의 보호자는 교통이 빈번한 도로에서 어린이를 놀게 하여서는 아니 된다(「도로교통법」 제11조①항).

〈표 3〉 호주의 다양한 스쿨 존 표지판의 한 예와 그 해석[42)]

교통표지판의 예	교통표지판 내용의 해석
	여기 표지판에서부터 어린이 보호구역(스쿨 존)이니 차량 속도를 40km/h 이하로 줄여야 한다. 그러나 이러한 스쿨 존은 평일 학생 등교 시간인 오전 8시부터 9시30분, 하교 시간인 오후 2시30분부터 4시까지 유효하며, 그 외 시간대의 스쿨 존 지정은 제한된다. 등·하교가 없는 주말과 국경일에도 스쿨 존은 제한된다.

영국의 경우 어린이 보호구역을 '학교 도로(School Street)'라는 명칭으로 지정하여 어린이 교통사고로부터 보호하고 있는데 교통사고 위험성이 높은 학교의 거리를 'zone SS1'에서 'zone SS48' 등 일련번호를 부여하고, 등·하교 시간대에 차량 진입 자체를 막아 어린이 교통사고를 예방하고 있다. 그러나 이 시간대에도 사전에 허가 받은 차량이나 긴급 차량 등은 '학교 도로'에의 진입이 가능하다. 운전자의 어린이 보호는 '학교 도로'에서 등·하교 시간대에 집중되며, 이때 근처를 지나는 차량은 우회도로를 찾게 된다. 학교 도로(School Street)라도 등·하교 시간대가 아닌 경우 일반 도로의 기능을 복원하게 된다.[43)]

(2) 운전자 '주의의무위반'

「형법」 제14조는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한해서만 과실범죄를 처벌한다고 적시하고 있다.[44)] 이는 기본적으로 과실은 처벌의 대상이 아니지만, 법적으로 처벌이 필요한 경우에 한해서는 미리 정해둔 법률에 의

41) Bendigo Advertiser News on October 8, 2018(https://www.bendigoadvertiser.com.au).
42) 위 인터넷 사이트 참조.
43) 영국 런던시 자치구 헤크니(Hackney) 의회 홈페이지(https://hackney.gov.uk/school-streets) 2020년 10월 5일 접속.
44) 「형법」 제14조(과실) 정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.

거하여 처벌하겠다는 의미이다. 의도하지 않은 실수로 벌어진 과실 범법행위를 모두 처벌하는 것은 「형법」의 기본 취지에 걸맞지 않을 뿐더러 지나치게 많은 국민을 범죄자로 다루게 될 위험이 있으나, 그렇다고 모든 실수를 용인하는 것은 이를 악용하거나 위험 발생을 방지할 주의의무를 소홀히 하는 이들을 발생시킬 가능성이 있음을 염두에 둔 규정이라고 할 수 있다. 법률에 특별한 규정이 있어 처벌되는 과실의 대표적인 예로는 「형법」 제268조 업무상 과실이 있다. 「형법」의 '업무상' 과실 조항에 있어 업무란 지속·반복적으로 이루어지는 행위를 뜻할 뿐, 보수의 유무 등은 업무 여부를 판단하는 기준이 되지 않는다. 이러한 업무상 과실치사상죄에서의 업무는 자동차의 운행과 같이 사람의 생명·신체를 침해할 위험성을 내포한 업무여야 한다.[45] 이러한 업무상 과실은 바로 '주의의무' 위반을 말하는데 이때 '주의의무'는 과실범의 구성요건이 실현되지 않도록 주의해야 할 의무를 말하고 '주의'는 사회공동생활을 함에 있어서 구성원이라면 누구나 지켜야 할 판단을 말한다.[46] 이러한 운전자의 주의의무는 법익이 침해될 위험성을 예견하는 '예견의무'와 법익이 침해되지 않도록 적절한 조치를 취해야 하는 '회피의무'로 나누어 볼 수 있다.[47] 그러나 과실이 인정된다고 하더라도 곧바로 과실범이 성립하는 것은 아니다. 우리 「형법」상 과실범은 결과범으로 구성되어 있기 때문이다. 즉, 과실 행위 이외에 결과가 발생해야 하는데, 이 과실 행위와 결과 사이에 인과관계가 인정되어야 한다. 그런데 어린이 보호구역에서 어린이와 자동차의 충돌이라는 교통사고 발생시(결과 발생) 어린이와 자동차의 충돌에 있어서 운전자의 과실과는 무관하다는 인과관계 부정을 이끌어내기란 상당히 어렵다.

「자동차사고 과실비율 인정기준」[48]에서는 249개 도표로 교통사고를

45) 같은 일은 지속, 반복적으로 하는 이에 대해서는 사회 통념상 해당 업무에 대하여 통상보다 높은 책임과 주의가 요구는 것은 당연하다. 오영근, 『형법각론』, 제2판, 박영사, 2010년, 95면.

46) 신동운, 『형법총론』, 제6판, 법문사, 2011년 9월, 237면.

47) 위의 책, 238-239면.

48) 우리나라 손해보험협회가 일본 동경지방법원에서 1974년 마련한 '민사교통소송에 있어서의 과실상계율 등의 인정기준'을 토대로 작성하여 1976년부터 사용하고 있다.

구분하여 기본과실 비율을 산정하고 있는데 자동차와 보행자의 사고는 도표 101-134에서 상세히 구분하고 있다.[49] 교통사고 발생 시 교통사고 가해자와 피해자의 책임정도를 나타내는 산정 비율인 '과실비율의 산정 원칙'[50]은 첫째, 「도로교통법」의 우선권 여부에 따라 판단하는데 어린이 보호구역의 경우 운전자의 운행권보다는 어린이의 보행권을 우선에 두게 된다. 둘째, '교통강자 위험부담의 원칙'이다. 자동차가 보행자보다 교통강자이기 때문에 자동차의 위험부담이 보행자의 위험부담보다 더 크다고 산정하게 된다. 셋째, 사고 당시의 구체적 상황[51]이다. 이를 가지고 어린이 보호구역 내 어린이 교통사고 발생의 과실비율을 산정하게 되는데, 이 원칙의 첫째와 둘째 조건을 적용할 경우 운전자의 과실이 없기란 매우 드물 수밖에 없다. 이런 이유로 '교통사고에서 일방이 100% 책임이란 없다'고 하며, 실제 사고 상황에서 일방이 전적으로 잘못을 저지른 것처럼 보이는 경우에도 법적 책임 부담이 100 : 0으로 나뉘는 경우는 현실적으로 어렵다.[52] 그러나 민식이법에서 의미하는 운전자의 과실 유무는 민법상 과실이 아닌 「형법」상 과실범이기 때문에 조금 다른 관점에서 파악한다. 교통사고 '손해배상'을 위한 과실상계는 그 구성요건인 '인과관계'를 민법상 불법 행위에서 정의하는 인과관계를 준용하는데, 이는 운전자의 행동이 결과로 이어지는 사회적 기준에 따라 '손해의 발생에 어느 정도 기여'했는지를 중요하게 본다. 이에 비하여, 「형법」상 과실 산정은 '운전자 행위의 악성'보다는 '중요한 법익의 침해라는 결과까지의 인과관계 발생'을 중요한 판단 기준으로 보고 있다.[53] 민식이법은 어린이 보호구역 내 어린이 교통 치사상을 가중 처벌하겠다는 내용이다. 이는 어린이의 생명과 신체 보호라는 보호법익의 침해 결과가 발

49) 전용식·채원영, "자동차보험 과실상계제도 개선방안," 「보험연구원 연구보고서」 2017-2, 2017년 3월, 32-33면.

50) 대한민국 과실비율분쟁포털 홈페이지(https://accident.knia.or.kr/), 2020년 9월 22일 접속.

51) 이에는 차량의 속도, 사고 현장의 교통량, 가시거리, 도로의 폭과 종류 및 상황, 교통정리 및 규제상황, 기후와 계절을 비롯한 자연 조건 등을 고려한다.

52) 이는 사고 당사자 중 일방에게 100% 과실이 부과되는 것을 단독과실이라고 말하는데 후미충격 등의 사고에서 볼 수 있다. 전용식·채원영, 앞의 보고서, 25면.

53) 위의 보고서, 35-36면.

생한 이상, 가해 운전자가 어떠한 운행 상황이었는지 여부는 민법상 과실 산정에 비하여 더욱 항변하기 어려운 처지에 놓이게 된다. 민식이법은 '30km/h 미만의 속도,' '어린이 안전의무 이행 이라는 고도의 주의의무' 등을 운전자에게 부과하여 결과가 발생한 이상 운전자의 과실 책임에 대한 항변을 제한적으로 해석할 수밖에 없는 요소들을 갖추어 놓고 있다. 즉, 어린이 보호구역 내에서 피해자가 만 13세 미만의 어린이인 경우 자동차의 뒤에서 따라와 부딪히는 예외적인 상황을 제외하고는, 운전자가 아무리 천천히 운행한다고 하더라도 혹은 피하기 어려운 사고이더라도 운전자의 과실은 조금이라도 산정될 수밖에 없는 구조이다. 왜냐하면 어린이 보호구역에서 운전자가 주장하는 '고도'의 주의의무를 다했더라면 '사고'가 발생하지 않았어야 하는데 '사고'가 발생했다는 것은 고도의 주의의무를 다하지 않았다는 운전자 금반언(禁反言)의 굴레에 갇히기 때문이다. 실제 법원은 어린이 보호구역 내에서는 운전자가 "비록 편도 1차선에다가 도로 왼쪽에 차량들이 정차되어 있고 27km/h로 운행 중이었다고 하나, 통상의 주의보다 더욱 고도의 주의를 기울여야 하고, 갑자기 자전거를 타고 나온 어린이와 부딪히더라도 그런 점을 염두에 두고 전방과 좌우를 잘 살펴 운전"[54]해야 하는 운전자 주의의무를 부과하고 있다. 즉, 운전자는 운행 시야를 방해하는 모든 여건(야간운행, 좌우의 차량 정차 등)을 감수해야 하고, 횡단보도에서 자전거를 탄 어린이가[55] 갑자기 튀어나와 부딪힐 수 있다는 점[56]까지도 염두에 두고 운행해야 한다는 판결인 것이다. 어린이 보행자의 잘못으로 교통사고가 발생하는 경우에도 운전자의 '보행자 보호의무 위반'으로 규정되어 처리되는 것과 같은 맥락인 것이다.[57]

---

54) 서울남부지법 2016고정678 판결.

55) 자전거의 운전자가 횡단보도를 이용하여 도로를 횡단할 때에는 자전거에서 내려서 자전거를 끌고 보행하여야 한다(「도로교통법」 제13조의2,⑥항).

56) 한국일보 'View&(뷰엔)'팀이 2018년 3월 25일 한강공원 도로에서 오후 1시부터 2시간 반 동안 이곳을 지나는 자전거 822대의 속도를 측정했다. 시속 4km에서 40km까지 속도가 나왔으며, 평균 약 20km의 속도가 측정되었다. 보행자의 평균 시속은 5km이었다. 한국일보, 2018년 3월 29일자 기사.

57) 앞 주석 18) 참조.

(3) 구성요건 객체로서 '13세 미만의 어린이'

「도로교통법」은 '보행자'라는 용어를 56회나 사용하고도 따로 이 용어에 대한 정의를 하고 있지 않고 있으나 상식적으로 차량에 탑승하지 않고 도보(의족 등 포함)로 걷는 사람을 의미할 것이다.「도로교통법」 제정 당시에는 '교통사고시의 조치(제45조)'는 규정하고 있었으나 일반적인 '보행자의 보호(제23조)'에 대한 규정만 있었을 뿐 어린이 보행자에 대한 보호 규정은 없었다. 1970년 8월 12일「도로교통법」 일부 개정안에서 처음으로 '13세 미만의 아동 보행자에 대한 보호(제10조의2)'를 신설하여 아동 보행자에 대한 적극적인 보호를 시작하였고,[58] 1995년 1월 5일 「도로교통법」을 일부 개정하면서 '어린이 보호구역의 지정과 관리' 규정을 신설하였다.[59] 이 두 아동 보호 규정은 모두「도로교통법」 제2장 "보행자의 통행방법" 아래 부분에 신설되었기 때문에 '어린이 보행자'를 규정하는 것으로 파악하는 것이 타당하다.

민식이법(「특정범죄가중처벌등에관한법률」 제5조의13)에서 의미하는 범죄 구성요건상의 행위 주체는 '자동차(원동기장치자전거[60] 포함) 운전자'라고 명시되어 있기 때문에 명확하다. 그러나 민식이법에서 구성 요건상의 행위 객체에 '어린이 보행자'라고 규정하지 않고 '13세 미만의 어린이'라고만 규정하고 있어 '자전거를 탄 어린이'가 민식이법의 적용 대상인지 여부에 논란이 있다. 민식이법에서도 「도로교통법」을 인용하면서 어린이 보호구역에서의 어린이 보호를 목적으로 하므로 이는 원칙적으로 '어린이 보행자'를 보호하려는 취지로 해석된다.[61]

---

58) 제10조의2, ①항: 아동(13歲未滿의 者를 말한다. 이하 같다)의 보호자는 교통이 빈번한 도로에서 어린이를 놀게 하거나 보호자가 따르지 아니하고 유아(6歲未滿의 者를 말한다)만을 보행하게 하여서는 안 된다.

59) 당시「도로교통법」 제11조에 규정되어 있었으나 현재는 제12조에서 규정하고 있다.

60)「도로교통법」 제2조 19. "원동기장치자전거"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 차를 말한다. 가.「자동차관리법」 제3조에 따른 이륜자동차 가운데 배기량 125시시 이하의 이륜자동차 나. 배기량 50시시 미만(전기를 동력으로 하는 경우에는 정격출력 0.59킬로와트 미만)의 원동기를 단 차(「자전거 이용 활성화에 관한 법률」 제2조제1호의2에 따른 전기자전거는 제외한다).

61) 민식이법에서 인용한「도로교통법」 제12조 ③항은「도로교통법」 제2장 '보행자의 통행방법' 아래에 위치한다.

만일 구성 요건상의 행위 객체에 구체적으로 '어린이 보행자'라고 명시하였다면, '자전거를 탄 어린이'는 민식이법 적용 대상에서 배제될 가능성이 높다. '차량 운전자의 보행자에 대한 주의의무에 관한 사건'의 대법원 판례에서 「도로교통법」 제27조 제1항에 규정된 '보행자'의 의미가 "자전거에서 내려서 자전거를 끌고 통행하는 자전거 운전자를 포함한다."고 하였기 때문에[62] 이는 자전거를 운전하면서 이동하는 경우는 보행자로 보지 않는다는 것을 의미한다. 「도로교통법」도 자전거를 차량으로 분류하기 때문에[63] 자전거와 차량과의 교통사고는 차 대 차의 사고로 보는 시각이 지배적이다. 그런데 민식이법에는 '어린이 보행자'라는 표현은 없고 '13세 미만의 어린이(「특정범죄가중처벌등에관한법률」 제5조의13)'로만 규정하고 있다. 어린이 보호구역에서 '13세 미만의 어린이' 보호라는 것은 교통사고로 인하여 어린이 상해 혹은 사망의 결과를 초래할 경우를 보호하기 위한 것이기 때문에 폭넓게 이를 해석하는 것이 합당할 것이다. 그러나 단순한 어린이 보행자인지, 자전거를 운전하는 어린이인지, 개인형 이동장치(전동킥보드, 전동휠 등)를 운전하는 어린이인지[64], 아니면 차량에 탑승한 어린이인지 특정되지 않았을 경우, 행위 객체의 범위에 대한 불확실성으로 인하여 법률 명확성의 원칙에 위배될 소지가 있다. 경찰청과 법무부 산하 정부법무공단은 어린이 보호구역에서는 자전거 탑승자도 보호 대상이라며 자전거 운전 어린이와의 교통사고는 '민식이법'이 적용될 것이라고 하였다.[65] 왜냐하면 어린이에 대해선 특별한 보호가 필요하기 때문에 자전거를 탄 아이는 어린이 보호구역

62) 대법원, 2016도17442, 「교통사고처리특례법위반」 상고 기각 사건.

63) 「도로교통법」 제2조 17가. 가. "차"란 다음의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다. 1) 자동차 2) 건설기계 3) 원동기장치자전거 4) 자전거 5) 사람 또는 가축의 힘이나 그 밖의 동력(動力)으로 도로에서 운전되는 것.

64) 완구용 유아 자동차의 속도는 우리나라 안전 기준에 따라 시속 9km로 제한하고 있지만, 국내에 수입 유통되는 테슬라 제품 어린이 완구용 전기차는 시속 9.7km로서 보행 속도의 2배이며, 부가티 제품 어린이용 자동차 '부가티 베이비 II'는 어린이 모드에서는 시속 20㎞(전문가 모드에서 시속 40㎞)까지 주행이 가능하다. 조선일보, 2020년 7월 28일자 기사.

65) 아유경제, 2020년 4월 2일자 기사. 다만 이 기사는 교통사고 전문채널 유튜버 한문철 변호사의 발언을 인용하였다.

에선 어른과 달리 봐야 한다는 것이다. 우리 법원도 어린이 보호구역에서 발생한 '차량과 자전거를 타고 있던 어린이' 사이에 발생한 사고에서 '차 대 차'로 보지 않고 '차 대 어린이 보행자'로 봐 차량 운전자의 과실을 높게 본 판례가 있다.[66] 「도로교통법」에서 자전거를 '차(車)'로 분류하고 있지만, 어린이가 탄 자전거는 돌발 행동을 할 수 있는 어린이 보행자와 마찬가지의 보호대상으로 여겨 '차(車)'가 아닌 것으로 경찰·검찰·법원에서 사고처리를 하고 있어 피해자인 어린이 보호에 최선을 다한 것으로 보인다. 다만, 자전거의 평균 속도는 보행자의 속도보다 많게는 2배에서 4배 빨라서 어린이 보호구역 내에서 제한 속도를 준수하며 서행하는 차량보다 간혹 빨리 이동하여 차량을 충돌할 수 있다는 점도 고려해야 한다. 어린이가 운전하는 완구용 전기 자동차는 자전거와 마찬가지로 어린이를 보호하는 입장에서 민식이법의 대상에 해당될 것이고, 전동킥보드나 전동휠은 만 13세 이상이라는 연령 제한[67]이 있으므로 민식이법 피해자 적용대상에서 배제하는 것이 타당하다. 차량에 탑승한 어린이의 경우는 차량 대 차량의 사고로 봐야하며, 어린이가 탑승한 차량의 운전자에게 어린이 보호의 일차적 책임이 있으므로 이는 민식이법 적용 대상에서 배제해야 한다.

(4) 구성요건 행위로서 '30km/h 제한 속도' 운행

어린이 보호구역 내에서 「도로교통법」과 「교통사고처리특례법」에 규정된 자동차 제한 속도[68]인 30km/h 미만을 준수했다고 해서 어린이 교통사고 운전자를 민식이법 적용 대상에서 배제하는 것은 아니다.[69] 즉, 민식

66) 대구고법, 2008나9861 판결.

67) 「도로교통법」은 만 16세 이상 원동기장치자전거 면허를 취득한 사람만 전동킥보드를 탑승할 수 있도록 규정(제80조①항)했지만, 2020년 12월 10일부터는 운전면허 취득 규정이 사라지며 만 13세 이상부터는 누구나 자유롭게 개인형 이동장치인 전동킥보드, 전동휠 등을 탈 수 있다. 다만 20km/h 이내 속도로만 운행하여야 한다.

68) 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 제5조의13에서는 「도로교통법」 제12조 ①항의 운전자가 30km/h 이내 제한속도를 준수할 것을 요구하고 있다.

69) 어린이 보호구역 내에서 어린이 교통사고 치사상이 발생한 경우 운전자의 주의의무위반이 없더라도 30km/h 이내 제한속도를 지키지 않아 사고가 발생한 경우에는 민식이법 적용 대상이 된다.

이법상 운전자 과실을 따질 때 30km/h 이내 속도이었더라도 범죄성립 배제 요건에는 속하지 않는다. 예컨대, 운전자가 30km/h 이상의 속도로 운행하였다고 하더라도 어린이가 차량의 후미를 가격하는 경우 등 치사상 사고에는 운전자의 과실을 책정할 수 없으므로 민식이법의 성립을 배제하는 것이 타당하다. 결국 차량 운전자의 30km/h 이내 속도 준수가 민식이법 성립 배제 사유가 아닌데도 불구하고 현재 많은 운전자들이 어린이 보호구역 내에서 30km/h 이내 속도만 준수하면 교통사고가 나더라도 민식이법이 배제될 것이라고 착각하는 경우가 많다.[70] 한 유력 경제신문[71]에서는 민식이법의 30km/h 이내 속도 제한에 대하여 "29km/h의 속도로 달리다 사고로 아이를 사상케 한 경우에는 '민식이법' 적용이 안 되고, 31km/h로 달리다 사고가 난 경우에는 '민식이법' 적용 대상이 된다."고 기술하였으며, 심지어 민식이 교통사고 피해 당사자인 민식이 아버지조차 한 방송 프로그램에 나와서 운전자가 30km/h 이내 속도로 달리다가 사고를 내면 민식이법이 적용되지 않는다고 하였다.[72] 민식이법의 구성요건적 행위는, 운전자가 '어린이 안전의무를 지키며 운행'하는 것이고, 이의 한 요소로서 30km/h 속도를 고려할 뿐이다. 운전자의 30km/h 이내 속도 준수만으로 '어린이 안전의무를 지키며 운행'한 구성요건적 행위 전체를 배제하지 못한다. 그럼에도 불구하고 이들을 포함한 많은 일반 운전자들이 민식이법이 처벌하고자 하는 행위가 무엇인지 정확히 모르고 있다는 점에서 법률 명확성의 원칙[73]에 위배되지 않는지

---

70) 이 경우 일반 교통사고 처리인 「교통사고처리특례법」이 적용될 것이라고 생각하는 경우일 것이다.

71) 한경닷컴(https://www.hankyung.com/politics/article/201912027221H) 2019년 12월 2일자 기사.

72) "민식이 아버지: 일단 정확히 모르시는 분이 제일 많아요. 내가 천천히 달렸는데도 아이가 튀어나와서 사고가 나면 어떻게 하느냐? 그게 제대로 해명이 안 된 것이, 일단 민식이법이 적용되려면 (시속) 30킬로 이상 속도로 달려야하고 또 거기가 어린이 보호구역이어야 하고, 그 아이가 치여서 상해입거나 사망을 해야 해요. 그 모든 조건이 다 갖춰져야 그때 비로소 민식이법이 적용되는 거고...." SBS 보도프로그램 "비디오머그" 2020년 5월 4일자 업로드.

73) 법률 명확성의 원칙과 법률 적정성의 원칙을 내용으로 하는 죄형법정주의 원칙에 대하여 헌법재판소는 " … 죄형법정주의는 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를

검토할 필요가 있다.

2. 처벌 적정성에 대한 문제점

(1) 처벌 수준의 적정성

민식이법 제정 이전의 상황을 살펴보면, 어린이 보호구역 내의 어린이 상해 교통사고는 「교통사고처리특례법」에 의한 12대 중과실에 해당하여 반의사불벌죄 적용이 배제된다.[74] 이는 다른 일반 도로에서의 어린이 상해 교통사고[75] 운전자가 자동차 보험 가입 시에 가질 수 있었던 특례(반의사불벌)[76]가 적용되지 않고, 「형법」 제268조 업무상치사상죄 형벌인 5년 이하 금고 또는 2천만 이하 벌금이라는 처벌을 받을 수 있었다. 그런데 이번에 제정된 민식이법(「특정범죄가중처벌등에관한법률(제5조의13)」)은 어린이 상해의 경우는 1년 이상 15년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금, 사망에 이르게 한 경우에도 따로 규정하여 벌금형은 허용되지 않고 무기징역 또는 3년 이상의 징역에 처할 수 있도록 가중된 것이다. 이렇게 어린이 보호구역 내 어린이 교통사고에 대한 처벌이 상향되면서 여러 가지 사회적 논란이 가중되고 있는 가운데, 가장 중요한 쟁점 사항은 개정된 '처벌 수준의 적정성'에 대한 논란일 것이다. 특히 민식이법에 의한 어린이 사망사고 시 처벌은 과실범인데도 불구하고 무기징역 혹은 3년 이상의 징역형인데, 일반적인 과실치사[77]의 형벌이 2년 이하의 금고 또는 2000만원 이하의 벌금이라는 점, 업무상 과실치사 및 중과실치사[78]가 5년 이하의 금고 또는

결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. … " 헌재 1997. 03. 27, 95헌가17 결정, 공보 제21호, 305 참조.

74) 「교통사고처리특례법」 제3조②항의 11.

75) 「교통사고처리특례법」 상 12대 중과실과 소위 뺑소니, 음주운전 교통사고를 제외한 것을 의미한다.

76) 「교통사고처리특례법」 제4조(보험 등에 가입된 경우의 특례) ① 교통사고를 일으킨 차가 「보험업법」 등에 따른 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 제3조 제2항 본문에 규정된 죄를 범한 차의 운전자에 대하여 공소를 제기할 수 없다.

77) 「형법」 제267조.

78) 「형법」 제268조.

2000만원 이하의 벌금인 것과 비교해도 과도할 뿐만 아니라 '고의'적인 상해로 사망에 이르게 한 상해치사[79]의 경우 3년 이상의 유기징역과 비교한다고 해도 무거운 것이다. 민식이 교통사고 당시에도 운전자는 좌측 맞은편 1차선 편도의 정차차량으로 인한 시야 미비가 있었고 저속인 23.6km/h로 운행 중이었으나 순식간에 횡단보도에 뛰어든 민식이를 피하기 어려웠던 상황이 밝혀졌다.[80]

운전자의 주의의무위반과 사상이라는 결과발생 사이에는 상당한 인과관계가 있어야 하는데, '상당성'이란 개념은 '고도의 가능성'으로서 단순히 일정한 행위가 있으면 결과가 발생할 가능성으로는 부족하고 일정한 결과가 발생할 '개연성'까지 있어야 인과관계를 인정할 수 있다.[81] 이러한 상당성은 결과발생에 대한 '고도의 가능성'으로서, 운전자의 '고도의 주의의무'와 맞물려 민식이법에서 상충되어 상당성에 대한 이해의 폭을 더욱 모호하게 만든다. 즉, 운전자의 행위를 교통사고 발생에 귀속시키기 위해서 인과관계가 '고도(高度)의' 가능성을 가져야 한다는 것은 운전자의 그런 운행이 교통사고를 발생시켰다는 '고도의' 비난가능성의 존재를 요구하지만, 민식이법상 '고도의' 주의의무를 위반하면 처벌하겠다는 것은 '낮은' 비난가능성만 존재해도 고도의 주의의무를 위반한 것이므로 처벌하겠다는 것이다. 운전자의 행위가 구성요건상의 보호법익에 대한 위험 창출 내지는 위험에 대한 지배가능성이 있어야 운행과 교통사고 발생에 대한 인과관계를 인정할 수 있는데, 민식이법상 '고도의' 주의의무는 인과관계 상당성의 연결을 더욱 좁게 만들어 놓았다. 심지어 대법원은 피할 수 없는 교통사고인 경우에는 운전자가 중앙선 침범 등의 위험 창출을 하였더라도 주의의무 위반과 결과발생의 객관적 귀속을 부정한 판례도 있다.[82] 더욱이 이러한 사고를 피하기 어려웠던 운전자에게 「형법」상 과실치사상죄(제268조)가 아닌 「특정범죄가중처

79) 「형법」 제259조.

80) 「도로교통법」 제27조는 횡단보도에 '보행자가 있을 경우' 차량 운전자는 일시 정지해야 한다고 규정하고 있으나, 당시 블랙박스 영상을 보면 운전자는 보행자가 없는 것으로 착각한 듯 보인다.

81) 오영근, 『형법총론』, 제3판, 대명출판사, 2004년, 172면.

82) 대법원 1991. 02. 26, 90도2856 판결.

벌등에관한법률(제5조의13)」로 가중 처벌하는 것이 그만큼의 비난가능성이 높아진 것인지도 따져볼 일이다. 어린이 보호구역의 많은 안전표지판과 CCTV 그리고 과속방지턱 등에 의해서 대부분의 운전자는 운전 중 주의의무가 높아질 수밖에 없는데도 불구하고 어린이 교통사고 발생은 결국 일부라도 과실의 책임이 운전자에게 귀속될 수밖에 없고, 이는 다시 가중처벌에 귀결되는 구조가 된다. 이는 법적 안정성을 해칠 뿐만 아니라 헌법상 비례성의 원칙[83]이나 과잉금지원칙[84]에 위배될 소지가 큰 것이다.

(2) 다른 범죄의 법정형과의 비교

〈표 4〉 민식이법과 다른 범죄의 법정형 비교

고의·과실 여부	법률	범죄	처벌
과실범	교특법	교통사고로 인한 치상·치사(제3조제1항)	5년 이하 금고 또는 2천만원 이하 벌금
	형법	업무상과실·중과실 치사상(제268조)	
고의범		상해치사(제259조)	3년 이상 징역
		살인(제250조)	사형, 무기 또는 5년 이상 징역
중과실 (+ 도주 고의)	특가법	치사사고 후 도주차량(제5조의3제1항)	무기 또는 5년 이상 징역
중과실 (+ 도주·유기 고의)		치사사고 후 유기 및 도주차량(제5조의3제2항)	사형, 무기 또는 5년 이상 징역
중과실 (+ 위험운전 고의)		위험운전(음주·약물운전) 치사(제5조의11)	무기 또는 3년 이상 징역

83) 비례성의 원칙에 관하여 헌법재판소는 " … 법정형의 종류와 범위를 정할 때에는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화의 원칙에 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. … " 헌재 2006. 04. 27, 2006헌가5 결정, 공보 제115호, 619 참조.

84) 「헌법」 제37조 ②항.

고의·과실 여부	법률	범죄	처벌
중과실 (+ 도주 고의)		치상사고 후 도주차량(제5조의3제1항)	1년 이상 징역, 5백-3천만원 벌금
중과실 (+ 도주·유기 고의)		치상사고 후 유기 및 도주차량(제5조의3제2항)	3년 이상 징역
중과실 (+ 위험운전 고의)		위험운전(음주·약물운전) 치상(제5조의11)	1년-15년 징역, 1천-3천만원 벌금
중과실	특가법 (민식 이법)	어린이 보호구역 내 어린이 치사 (제5조의13)	무기 또는 3년 이상 징역
		어린이 보호구역 내 어린이 치상 (제5조의13)	1년-15년 징역, 5백-3천만원 벌금

* 「특정범죄가중처벌등에관한법률」은 '특가법'으로 「교통사고처리특례법」은 '교특법'으로 서술

<표 4>에서 보는 바와 같이 민식이법의 법정형[85]은 「특정범죄가중처벌등에관한법률(제5조11)」의 위험운전(음주·약물운전)으로 인한 치사상과 거의 유사한 처벌을 정하고 있다.[86] 그런데 음주운전·약물운전 등은 '위험운전 자체가 이미 고의범'[87]으로서 위험운전으로 인한 교통사고(치사상) 발생 없이도 특별형법인 「도로교통법」 제44조(음주운전 금지)와 제45조(약물운전 금지)에 의하여 형사 처벌되기 때문에 높은 비난가능성에서 시작된다. 위험운전이 교통사고 치사상이라는 결과가 발생할 경우 「특정범죄가중처벌등에관한법률」에 의해 가중 처벌된다.[88][89] 이와 비교하여 어린이 보호

85) 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 제5조의13을 말한다.

86) 민식이법의 치상 벌금 법정형의 최저금액(500만원 이상)이 위험운전의 치상 벌금 법정형보다 최저 금액(1천만원 이상)에서만 차이가 날뿐, 치상 징역형과 치사 법정형이 모두 같다.

87) 이주원, 『특별형법』, 홍문사, 2011년, 42면.

88) 「도로교통법」 제148조의2(음주운전 처벌): ① 제44조제1항 또는 제2항을 2회 이상 위반한 사람(자동차등 또는 노면전차를 운전한 사람으로 한정한다. 다만, 개인형 이동장치를 운전하는 경우는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)은 2년 이상 5년 이하의 징역이나 1천만원 이상 2천만원 이하의 벌금에 처한다. ③ 제44조제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등 또는 노면전차를 운전한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 혈중알코올농도가 0.2퍼센트 이상인 사람은 2년 이상 5년 이하의 징역이

구역 내 어린이 교통사고의 경우, '사고 발생 이전(以前)' 상태에서 운전자의 운행 자체에 대한 「형법」상 비난가능성은 없으며[90] 어린이 교통사고 치사상 발생에 관한 '고의'도 역시 없다. 음주, 약물 등 위험운전의 교통사고는 과속·중앙선 침범 등 운전자의 적극적이고 심각한 위법 행위로 인해 발생하는 경우가 대부분이나[91] 민식이법의 경우 보행자의 무단횡단이나 갑자기 도로에 뛰어드는 등 보행자 과실이 뚜렷한데도 운전자의 일시적 주의 태만 등이 고도의 주의의무 위반으로 연결되어 가중 처벌된다는 점에 문제가 있다.[92] 과실의 경중에 따라 처벌 수위가 달라져야 하는데 가벼운 과실에 대한 최저 처벌 수준이 가능해야 하는데도 불구하고 민식이법은 처벌의 하한이 없다는 한계가 있다. 즉, 과실이 큰 운전자에게 무거운 처벌이 당연한 만큼 상대적으로 가벼운 과실에는 가벼운 처벌이 가해져야 하는데, 경미한 운

나 1천만원 이상 2천만원 이하의 벌금 2. 혈중알코올농도가 0.08퍼센트 이상 0.2퍼센트 미만인 사람은 1년 이상 2년 이하의 징역이나 500만원 이상 1천만원 이하의 벌금 3. 혈중알코올농도가 0.03 퍼센트 이상 0.08퍼센트 미만인 사람은 1년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금.

「도로교통법」 제148조의2(약물운전 처벌): ④ 제45조를 위반하여 약물로 인하여 정상적으로 운전하지 못할 우려가 있는 상태에서 자동차등 또는 노면전차를 운전한 사람은 3년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

89) 「특정범죄가중처벌등에관한법률」상 치사상 사고 후 도주차량(제5조의3제1항,제2항), 치사상 사고 후 유기 및 도주차량(제5조의3제1항과 제2항)도 이러한 '도주' 혹은 '유기 후 도주'에 대한 "고의" 때문에 가중 처벌되는 것이다.

90) 운전자가 어린이 보호구역 내에 30km/h 제한속도 위반으로 단속되는 경우에는 행정법상(행정질서벌) 제재인 과태료가 부과된다. 과태료는 형벌이 아니므로 원칙적으로 형법이 적용되지 않으며, 과태료를 받는 경우에도 전과로 되지 않고 다른 형벌과 누범관계가 생기지 않는다.

91) 이미 처벌 가능한 '음주운전이나 약물운전의 고의를 가지고 운행한 운전자'가 교통사고를 일으켜 치사상을 한 경우의 가벌성이 과실로 어린이 보호구역 내 어린이 교통사고 치사상을 일으킨 운전자의 가벌성과 엇비슷하다는 것은 선뜻 이해하기 어렵다. 더욱이 음주운전 교통발생(치사상)의 경우 혈중알코올농도의 영향에 기인한 '음주운전자의 현격히 비정상적인 운행'으로 사고가 발생하는 경우가 일반적인데 비하여, 어린이 보호구역 내 어린이 교통사고의 경우에는 민식이 교통사고에서 알 수 있듯이 비정상적이지 않게 운행 중이던 차량도 '피해 어린이의 갑작스런 도로 뛰어듦'에 의하여 사고로 이어지는 경우도 적지 않기 때문이다.

92) 예컨대, 어린이의 경우 돌발적인 도로횡단이 일어나기도 하고, 도로 주변 불법 주차 등의 상황으로 인하여 즉각적인 대처가 어려운 상황에서 운전자의 경미한 과실에도 어린이가 죽거나 다치는 사고가 발생할 수 있다. 박준환, 앞의 논문, 6면.

전자 과실에도 어린이 사망사고는 벌금형이 허용되지 않고 3년 이상의 징역형이 최저이며, 부상사고의 경우에도 최저의 처벌이 500만원의 벌금(또는 1년 징역형)에 처해질 수 있다는 것은 과도하게 무거운 처벌 수준이라는 주장이다.[93] 뿐만 아니라 민식이법 이전에는 어린이 보호구역 내 어린이 교통사고의 경우 법정형의 하한 제한이 없었기 때문에[94] 재판부가 교통사고 정황과 운전자(행위/행위자) 과실을 구체적으로 고려하여 금고 1개월에서 5년까지, 벌금형으로도 처벌할 수 있는 재량이 넓었으나, 민식이법 이후로는 법정형의 하한이 규정되어 그만큼 재판부의 양형 재량도 감소하게 되었다.

민식이의 교통사고가 일어났던 해 두 달 앞서서 2019년 7월 12일 오전 8시40분, 강원도 인제군 인제읍 인제초등학교 앞 어린이 보호구역에서 40대 운전자 A씨가 정차하던 중 차량이 앞으로 전진하자 가속 페달을 브레이크로 착각해 잘못 밟았다. 급출발한 A씨의 차량은 같은 방향 옆 차선을 지나던 차량을 충격한 후 멈추지 않고 중앙선을 넘어 인도에 침입해 마침 등교 중이던 C양(8)을 덮쳐 숨지게 한 혐의로 법원은 금고 1년에 집행유예 2년을 선고하였다.[95] 사고 발생에 대한 C양의 과실이 전혀 없었던데 비하여, 민식이 교통사고의 경우에는 민식이 형제가 횡단보도를 급하게 달려나갔기 때문에 보행자의 과실도 상당 부분 존재했음에도 운전자는 금고 2년을 선고 받았다. 이보다 앞선 2018년 9월, 경기도 수원의 한 교차로에서 자전거를 타고 횡단보도를 지나던 8세 아이를 치어 숨지게 한 버스기사 B씨도 금고 6월에 집행유예 2년을 선고받았다.[96] 민식이 교통사고는 민식이법 적용이 되지 않았던 법 제정·시행 이전의 교통사고였는데도, 앞선 가해 운전자 A씨와 B씨의 처벌을 비교할 때 민식이 사고 운전자는 상당히 중한 형벌을 받았다.

---

93) 이렇게 가벼운 과실의 운전자인 경우 재판의 양형 과정에서 작량감경이나 집행유예 등으로 실제 처벌이 낮아질 수도 있겠지만, 과거에 비해 법정형의 상향으로 상대적 처벌 수준은 높아졌다고 할 수 있다. 위의 논문, 7면.

94) 「교통사고처리특례법」 제3조 ①항에 의하여 5년 이하 금고 또는 2천만원 이하 벌금형이었다.

95) 동아일보, 2019년 12월 14일자 기사.

96) 머니투데이, 2020년 4월 28일자 기사.

(3) 교통사고 현황과 형사책임 완화 문제

교통사고 운전자의 형사책임은「교통사고처리특례법」을 통하여 감경해 주려는 경향이 뚜렷한데, 이는「교통사고처리특례법」[97]의 제정 목적에서 분명히 알 수 있다. 즉, 자동차 운전이 국민생활의 일반요소로 되어가는 현실에 부응하여 교통사고를 일으킨 운전자에 대한 형사처벌 등의 특례를 정함으로써 교통사고로 인한 피해의 신속한 회복을 촉진하고 국민생활의 편익을 증진하려는 것이다.[98] 왜냐하면 고도로 발달한 현대의 산업사회는 일정한 위험을 안고 살아야 하는 구조를 갖고 있는데 이런 위험 요소를 일부 배제한다면 이 사회는 일상적으로 돌아갈 수 없고 더 불행한 상황을 초래하며 이런 전형적인 예가 교통영역이라는 것이다.[99] 이렇게 운전자의 형사책임을 완화하려는「교통사고처리특례법」제정 이유를 헌법재판소는 "자동차사고의 경우에는 일반 불법행위와는 달리 가해자의 책임문제보다는 피해자에게 어떤 방식으로 공평·타당한 보상을 할 것인가가 법률적으로 중요한 과제[100]"라고 하였다. 즉, 교통사고 책임과 관련하여 민사적 책임은「자동차손해배상보장법」제3조제2호[101]를 통하여 사실상의 무과실 책임을 부과하는 등 가해자의 형사적 책임을 묻기보다는 신속한 손해배상을 통해 피해자의 빠른 일상 회복을 유도하려는 것이고,「교통사고처리특례법」은 운전자의 형사적 책임을 경감시켜서 국민생활의 편익을 향상하려는 것으로 볼 수 있다.[102]

민식이법은 '가중 처벌'이라는 형벌 목적을 통해서 어린이 보호구역 내

---

97) 원안 명칭은 「교통사고운전자처벌등에관한특례법」으로 정부에 의해 제출되었다.

98) 1981년 11월 23일 정부에서 제출한 의안(의안번호: 110151) 원문의 제안 이유서이다. 이는「교통사고처리특례법」제1조 '목적'에 그대로 반영되었다.

99) 배종대,『형법총론』, 제10판, 홍문사, 2011년, 683면.

100) 헌재 1998. 05. 28, 96헌가4 결정, 판례집 10-1, 522 참조.

101) 제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다. 1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상한 경우에 자기와 운전자가 자동차의 운행에 주의를 게을리 하지 아니하였고, 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함이나 기능상의 장해가 없었다는 것을 증명한 경우 2. 승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상한 경우.

102) 박준환. 앞의 논문, 11면.

증가하고 있는 혹은 만연된 어린이 교통사고를 억제하려는 '일반 예방' 효과를 주요 목적으로 제정되었다. 그러나 <표 1>과 <표 2>에서 살펴보았듯이 우리나라 어린이 교통사고는 감소 추세에 있으며 다른 교통사범도 이와 비슷한 상황이다. 우리나라 교통사범 처리 현황을 보면, 2010년 총 742,704명이 입건되었으나 2019년에는 438,643명으로 매년 큰 폭으로 감소하고 있다.[103] 이 중에서 「도로교통법」 위반 발생건수는 2009년 431,909건에서 2018년 197,099건으로 이 역시 54.4% 감소 폭을 보이고 있다.[104] 우리나라 자동차 보유 대수 급증에도 불구하고 매년 교통사범 통계는 감소 추세[105]에 있는 것이다. 윤창호법[106]이나 민식이법과 같은 사회적 공분을 일으키는 사안이 언론에 집중 조명되거나 혹은 정치적으로 논란의 중심에 서서 신중한 논의를 거치기도 전에 입법되지는 않았는지 되짚어 주는 통계 현황이라 할 수 있다.

Ⅳ. 개선방안

어린이 보호구역 내에서 운전자는 교통사고 예방을 위하여 뒤따라오는 차량의 경적이나 추돌 위험성을 감수하더라도 제한속도인 시속 30km보다

---

103) e-나라지표 홈페이지(https://www.index.go.kr) 2020년 10월 2일 접속.

104) 이를 구체적으로 살펴보면 무면허는 2009년 98,234건에서 2018년 24,440건으로 감소, 음주운전도 2009년 290,260건에서 2018년 140,515건으로 대폭 감소, 음주측정거부도 2009년 3,054건에서 2018년 2,945건으로 감소하였다. 이상 법무부, 범죄백서, 2019년, <표 1-33> 참조. 2019년도 교통사범 438,643명 중에서 불과 10%인 43,579명만이 정식재판을 받았고 나머지는 구약식 혹은 불기소 처분되었다. 2018년 한 해에 접수된 「교통사고처리특례법」 위반 형사공판사건 현황을 보면, 총 9,711건이 접수되었고 그 중에서 단지 7.9%인 772명이 유기징역을 받았고 대부분인 5,523명(56.7%)이 집행유예를 선고받았다. 또한 2,568명(26.5%)이 벌금형을 선고받아 적지 않은 비중을 차지하고 있었다. 이상 대검찰청, 범죄분석, 2019년.

105) 교통사고 사망자수는 1980년 5,608명에서 2018년 3,781명으로 33% 감소하였다. 도로교통공단, 교통사고통계분석, 2019년, 6면.

106) 음주운전으로 인명 피해를 낸 운전자에 대한 처벌 수위를 높이고 음주운전 기준을 강화하는 내용 등을 담은 '「특정범죄가중처벌등에관한법률」 개정안' 및 '「도로교통법」 개정안'을 말한다. 「특정범죄가중처벌등에관한법률」 개정안은 2018년 11월 29일 국회에서 통과돼 그해 12월 18일부터 시행됐으며, 「도로교통법」 개정안은 2018년 12월 7일 국회를 통과해 2019년 6월 25일부터 시행됐다.

더 낮은 속도로 서행하면서 횡단보도, 신호등, 도로회전 시에 가급적 일시 정지하면서 운행하는 고도의 어린이 안전 주의의무를 지키는 것이 어린이 교통사고 예방에 유리하다.[107] 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 어린이 보행자의 잘못으로 교통사고가 발생해도 운전자의 '보행자 보호의무 위반'으로 처리되는 현실을 고려해 볼 때, 운전자의 완전한 '무(無)과실'이 아니라면 민식이법 적용배제 요구는 무기력해진다. 자전거를 탄 어린이가 갑자기 차량보다 빠른 속도로 출현해 회피할 수 없는 경우까지 고도의 주의의무위반을 들어 가중 처벌하겠다는 것이 민식이법의 본래 취지는 아닐 것이다. 중요한 것은 민식이법이 운전자에게 요구하는 어린이 보호구역에서의 명확한 내용이 무엇인지 그리고 그 처벌은 적정한지에 대하여 현재 공감을 얻지 못하고 있다는 사실이다. 그러기에 민식이법 구성요건에 대한 불명확성, 피해자 측의 무리한 합의금 요구, 처벌의 적정성과 불균형에 대한 불만 등 혼선이 계속되고 있다. 어린이 보호구역에서의 어린이 보호라는 특별한 법 제정 목적과 방향성은 중요하다. 그러나 실제 전체 어린이 교통사고의 95%는 '어린이 보호구역 밖'에서 발생하고 있는(2019년 기준) 또 다른 현실을 고려할 때, 대다수인 어린이 보호구역 밖의 어린이 교통안전도 경시되어서는 안 될 것이다. 현대적 형벌의 의미가 응보에서 교화 내지 재사회화로 바뀌었다고 하지만[108], 민식이법 신설 취지는 응보적 관점을 강조한 것으로 보이며 과실범에 대한 고의범을 능가하는 과잉처벌은 위헌 소지가 높다. 나아가 민식이법의 다른 한 축인 「도로교통법」상의 예방조치에도 더 큰 주안점을 두고 개정이 검토되어야 할 것이다. 따라서 다음과 같은 개선방안들을 제안한다.

첫째, 어린이 보호구역은 일몰 이후(대략 저녁 8시)와 일출 전(새벽 4시)에는 적용을 배제한다. 원래 어린이 보호구역은 등·하교하는 어린이를 보호하는 목적이므로 한밤중이나 일출 전의 새벽에 발생한 교통사고는 「교통사고처리특례법」상 반의사불벌 적용을 배제하고 민식이법이 아닌 「형법」상 업무상과실치사상(제268조)에 의하여 처벌될 수 있도록 한다.

---

107) 한상진, "왜냐면, 민식이법 이후의 운전자 걱정," 한겨레 신문 칼럼, 2020년 1월 29일자.

108) 장영수, "민식이법 논란, 감정적 과잉 처벌은 안 된다" 동아일보 기고문, 2020년 5월 5일자.

둘째, 자전거를 탄 어린이 운전자의 경우 민식이법 적용을 매우 제한적으로 해석한다. 예컨대, 어린이 보호구역에서 자전거를 타고 빨간색 신호등인데도 횡단보도를 빠른 속도로 이동하다가 사고가 난 경우, 차량이 거의 멈추었는데 자전거가 와서 가격한 경우, 차량의 측면을 가격한 경우 등은 민식이법 적용을 배제할 수 있도록 한다.

셋째, 민식이법의 가장 중요한 축인 「특정범죄가중처벌등에관한법률(제5조의13)」 법정형을 정비한다. 치사의 경우 벌금형을 도입하고 치사와 치상 모두 최저형을 도입하여 다양한 교통사고에 따른 과실 비율에 따라 법원이 양형에 가중과 감경을 고려할 수 있도록 한다.

마지막으로, 민식이법의 다른 한 축인 「도로교통법」상의 어린이 안전 교통표지 설치를 더욱 강화한다. 이에는 일정 간격으로 과속방지턱 설치, 어린이 보호구역 내 교통 정온화 기법(도로협착, 도로굴곡화 등) 적용 의무화, 어린이 보호구역의 시작뿐 아니라 마지막 지점에도 CCTV 설치, 어린이 진입을 원천 방지할 수 있도록 인도와 차도를 구분하는 어린이 키높이 펜스 설치, 어린이 보호구역 내 모든 횡단보도에 신호등 설치 혹은 보행자 존재 여부에 관계없이 횡단보도에 차량 일시정지 의무화, 등·하교 시간대 횡단보도에 교통안전봉사요원(예, 녹색 어머니회) 배치와 운영 상설화 등을 포함한다.

일명 '민식이법'(특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의13과 도로교통법 제12조)의 문제점과 개선방안 - 정 재 준	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.11.15.	2020.12.04.	2020.12.24.

[참고문헌]

강수철 외 5인, "교통사고처리특례법 개선연구," 경찰청 연구용역·도로교통공단 제출 연구보고서, 2019년 12월, 1-84면.

국회내무위원회, "「도로교통법」 개정안(의안번호: 140923) 심사보고서," 1994년 12월.

도로교통공단, 교통사고통계분석, 2019년.

대검찰청, 범죄분석, 2019년.

명묘희·정미경 외, "도로교통법 개정방안 연구 - 도로이용자지향적 도로교통법제 구현을 위한- " 「연구보고서」 2013-0109-134, 도로교통공단 교통과학연구원, 2013년 12월, 1-216면.

박준환, "어린이 보호구역 내 어린이 교통사고의 처벌 및 예방 관련 법적 쟁점과 과제 - 민식이법을 중심으로 -", 「NARS」 제143호, 국회입법조사처, 2020년 6월, 1-13면.

빈미영, "어린이 교통사고, 원인을 알고 대책을 세우자," 「이슈&진단」, No. 219, 경기연구원, 2016년 2월, 1-25면.

법무부, 범죄백서, 2019년.

법제사법위원회, "특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부 개정 법률안 심사보고서," 2019년 11월, 1-12면.

배종대, 『형법총론』, 제10판, 홍문사, 2011년.

신동운, 『형법총론』, 제6판, 법문사, 2011년.

이주원, 『특별형법』, 홍문사, 2011년.

오영근, 『형법각론』, 제2판, 박영사, 2010년.

_____, 『형법총론』, 제3판, 대명출판사, 2004년.

장영수, "민식이법 논란, 감정적 과잉 처벌은 안 된다," 동아일보 기고문, 2020년 5월 5일자.

지우석·최서윤, "민식이법으로도 미흡한 어린이보호구역 안전," 「이슈&진단」, No. 403, 경기연구원, 2020년 2월, 1-20면.

전용식·채원영, "자동차보험 과실상계제도 개선방안," 「보험연구원 연구보고서」 2017-2, 2017년 3월, 1-113면.

토도로키 히로시, "20세기전반 한반도 도로교통체계 변화 - 신작로 건설과정을 중심으로 -" 「지리학논총 별호 54, 서울대학교 국토문제연구소, 2004년 4월, 1-225면.

한상진, "왜냐면, 민식이법 이후의 운전자 걱정," 한겨레 신문 칼럼, 2020년 1월 29일자.

황현아, "교통사고처리특례법의 문제점과 개선방안," 「KiRi Weekly 이슈분석」, 2016년 8월, 9-11면.

교통사고분석시스템(Traffic Accident Analysis System) 홈페이지: http://www.koroad.or.kr.

국가정보법령센터 홈페이지: https://www.law.go.kr.

국회 의안정보시스템(Bill Information) 홈페이지: http://likms.assembly.go.kr.

도로교통공단 홈페이지: www.koroad.or.kr.

대한민국 과실비율분쟁포털 홈페이지: https://accident.knia.or.kr.

영국 런던시 헤크니(Hackney) 의회 홈페이지: https://hackney.gov.uk/school-streets.

한경닷컴(https://www.hankyung.com/politics/article/201912027221H) 2019년 12월 2일

자 기사.
Bendigo Advertiser News on October 8, 2018 (https://www.bendigoadvertiser.com.au/).
e-나라지표 홈페이지: https://www.index.go.kr.
SBS 보도프로그램 “비디오머그” 2020년 5월 4일자 업로드.
디엔피넷 뉴스, “어린이 보호구역 내 사고원인 1순위 ‘불법 주·정차로 인한 시야방해’,” 2020년 5월 7일자 기사.
교통뉴스, 2019년 10월 8일자 기사.
동아일보, 2019년 12월 14일자 기사.
머니투데이, 2020년 4월 28일자 기사.
아유경제, 2020년 4월 2일자 기사.
조선일보, 2020년 7월 28일자 기사.
한국일보, 2018년 3월 29일자 기사.
대법원 2017. 03. 15, 2016도17442 판결.
대법원 1991. 02. 26, 90도2856 판결.
헌재 1997. 03. 27, 95헌가17 결정, 공보 제21호, 305.
헌재 1998. 05. 28, 96헌가4 결정, 판례집 10-1, 522.
헌재 2006. 04. 27, 2006헌가5 결정, 공보 제115호, 619.

【국문초록】

차량과 보행자의 교통사고는 「형법」상 업무상과실치사상죄로 처벌되는 것이 원칙이다. '업무상' 과실치사상죄가 단순 과실치사상죄보다 더 중한 처벌을 받도록 한 이유는 자동차 등의 운행이 사람의 신체나 생명을 침해할 위험성이 높기 때문에 그 주의의무에 만전을 기하도록 한 것이다. 특히 어린이 보호구역 내에서 차량과 어린이 보행자의 교통사고(12대 중과실)는 「도로교통법」상 반의사불벌적용을 배제한다. 이는 「교통사고처리특례법」상 운전자의 형사책임 특례를 제한하여 어린이 안전의무에 더욱 최선을 다하고자 하는 법적 조치이다. 지난 10년간 모든 유형의 교통사고(어린이 보행자, 음주운전, 무면허, 사고 후 도주 등)는 감소 추세에 있다. 그러나 2019년 11월 대통령의 '국민과의 대화' 첫 질의자로 나선 민식이 부모의 일명 '민식이법' 제정 요구가 언론에 집중 조명되면서, 다음 달인 12월에 「특정범죄가중처벌등에관한법률」과 「도로교통법」의 개정안이 통과되었다. 민식이법(「특정범죄가중처벌등에관한법률」 제5조의13)상 치사의 경우 벌금형 없이 3년 이상 유기징역 혹은 무기징역형이며, 치상의 경우에도 '음주(약물)운전의 고의범'이 교통사고를 일으켜 상해의 결과가 발생한 경우의 법정형과 유사하다. 이에 처벌의 적정성을 두고 사회적 논란이 일고 있는 가운데 민식이법 구성요건상의 혼란도 가중되고 있다. 본 논문은 첫째, 민식이법이 어떻게 제정되었는지 당시의 국회 입법과정과 논의 상황을 면밀히 다루었다. 둘째, 민식이법과 다른 유사 범죄의 법정형을 상세히 비교하여 처벌이 적정한지 되짚어 볼 수 있도록 하였다. 셋째, 민식이법의 구성요건에서 간과하기 쉬운 속도제한, 주의의무위반, 행위객체에 대해 정확히 이해할 수 있도록 법원 판례들을 인용하였다. 마지막으로 우리나라 교통사고 통계 현황을 인용하여 민식이법의 제정 목적이 사회 문제 해결에 부합한지 사유할 수 있도록 하였고, 어린이 교통안전에 최선을 다할 수 있도록 「도로교통법」상 개선방안도 아울러 제시하였다.

【Abstract】

The Problems and Scheme of the Act on the Aggravated Punishment of Specific Violent Crimes and Road Traffic Act

Chung, Jae Joon
(Professor at Shandong University School of Law in the People's Republic of China)

All types of traffic accidents (children's pedestrians, drunk driving, unlicensed driving, and post-accident runaways) have been on the decline over the past decade. However, as the media focused on Min-sik's parents who were the first questioner for the president's "Talk with the people," on the issue of the so-called "Min-sik Law" in November 2019, the revision of the Act on the Aggravated Punishment of Specific Violent Crimes and Road Traffic Act was passed in December 2019. Amid social controversy over the appropriateness of punishment, confusion over the composition of the Min-sik Law is also mounting. This paper first dealt closely with the legislative process and discussion situation of the National Assembly at the time how the Min-sik Law was enacted. Second, the Min-sik Law and the statutory sentence of similar crimes were compared in detail to reflect on whether the punishment was appropriate. Third, court precedents were cited to ensure an accurate understanding of speed limits, violation of duty of care, and object behavior that are easy to overlook in the composition of the Min-sik Law. Finally, I suggested the current status of traffic accident statistics

in South Korea so that it could explain whether the purpose of the enactment of the Min-sik Law was in line with the resolution of social problems, and also proposed measures to improve the Road Traffic Act to ensure the best safety for children.

주제어(Key words) : 민식이법(Min-sik Law), 교통사고(Traffic accident), 어린이 보호구역(School zone), 운전자 주의의무(Driver's duty of care), 가중처벌(Aggravated punishment)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제99호 2020년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2020.99.195

디지털 플랫폼 투명화·공정화 법제의 동향과 전망: EU, 일본, 우리나라 법제의 주요 내용과 평가에 대한 비교법적 검토

박 경 미*

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 각 국 법제의 주요내용
1. EU
2. 일본
3. 우리나라
Ⅲ. 각 국 법제에 대한 비교와 평가
1. 도입배경 및 목적
2. 검색중립성과의 관계
3. 규제형식 및 적용범위
4. 각 국 거버넌스 차이에 따른 규제 프레임워크 및 공적집행
5. 규제 접근방식 및 효과에 대한 모니터링
Ⅳ. 맺으며

Ⅰ. 들어가며

세계적으로 플랫폼이 많은 산업분야로 확산되고 있는데 특히 “GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon)” 중심의 글로벌 시장 독점화, 집중화로 경쟁당국들의 우려가 고조되고 있다. 최근 코로나 여파로 비대면 거래가 증가하면서[1] 이런 현상은 가속화되고 있다. 가장 큰 문제는 플랫폼 사업자가

* ㈜포스코 법무실 차장, 고려대학교 ICR센터 연구원
이 글은 필자의 개인적 견해로 소속기관의 입장과는 무관합니다.

1) 우리나라 온라인 쇼핑몰 시장은 2017년 12월 7.5조원에서 2020년 10월 기준 14.2조까지

이용사업자와 관계에서 “key gatekeeper로서”[2] 자리매김하여 양 거래당사자의 협상력 불균형과 “경쟁 병목현상(competitive bottlenecks)”[3]이 두드러진다는 점인데 플랫폼의 양면시장 특성상 시장 원리로 효율적 가격이 달성되는 것이 아니라 일방 시장의 당사자가 타방 시장의 당사자에 비하여 많은 비용을 부담해야 하는 등 비대칭적 비용구조가 발생할 수 있다.[4] 즉, 플랫폼 사업자들은 반드시 시장지배적지위에 해당되지 않더라도 플랫폼 의존도가 상당히 높은 이용사업자들에게 무리한 요구를 하고 상대방은 그 요구를 수용할 수밖에 없는데 대표적으로 거래조건의 고지 없는 변경, 특별한 설명 없이 상품목록에서 제외하거나 계정이용을 중단, 상품·서비스 정렬순서를 불투명한 기준으로 결정하는 등 ‘불공정 거래관행(unfair trading practices)’이 확인되고 있다.[5] 이처럼 온라인 플랫폼 사업자와 이용사업자 간 디지털 시장에서의 비대칭(asymmetry) 관계로 인한 문제가 조명을 받고 있다.[6]

확대되었다. 통계청, 보도자료, “2020년 10월 온라인쇼핑 동향(2020. 12. 3.)” / “2017년 12월 온라인쇼핑 동향 및 4/4분기 온라인 해외직접판매 및 구매동향(2018.. 2. 2.)” 참고

2) European Commission, Consultation Result, “Synopsis Report on the Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries and the Collaborative Economy”, 25 May 2016, p.1, pp.13..

3) “경쟁병목현상”이란 중개서비스 플랫폼 시장에서 플랫폼 사업자는 싱글호밍(single-homing) 경향의 소비자 확보를 위하여 치열하게 경쟁하는데, 잦은 노출로 자사 경쟁력을 확보해야 하여 당위적으로 멀티호밍(multi-homing) 경향을 띨 수밖에 없는 플랫폼 이용사업자를 통하여 소비자 유치에 공들인 비용 회수 등 착취 가능성이 높아짐을 의미한다. 오프라인 시장도 이러한 현상은 존재하나 디지털 플랫폼 시장에서는 물리적, 공간적 제약이 없어 이러한 현상이 더 강하게 나타난다. Mark Armstrong, “Competition in Two Sided Markets” 「The RAND Journal of Economics」 vol.37, No.3, 2006, pp.677-678.

4) David S. Evans, “The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Marksts”, 「Yale Journal on Regulation」, Vol.20, No.2, 2003, pp.354-355.; Julian Wright, “One-Sided Logic in Two-Sided Markets”, 「Review of Network Economics」, Vol.3, No.1, 2004, pp.48-49.

5) European Commission, Press Release, “Digital Single Market: EU negotiators agree to set up new European rules to improve fairness of online platforms’s trading practices”, 14 Feb 2019, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1168>, (2020. 12. 28. 최종 방문.)

6) Inge Graef, “Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence”, 「Yearbook of European Law」 Vol. 38, No.1, 2019, p.451.; OECD, “Implication of E-commerce for Competition

2017년 구글이 자사 쇼핑사이트를 검색 상단에 노출 시키도록 검색 알고리즘을 설정하여 유럽연합(European Union, 이하 'EU')에서 제재[7]한 것을 시작으로 2020년 라쿠텐의 무료배송 정책으로 입점 이용사업자의 자율적 배송 가격조건 결정 침해가능성이 있자 일본 경쟁당국(公正取引委員會)이 개입한 사례가 있었고[8], 우리나라에서도 EU 구글쇼핑 사례와 유사하게 네이버의 자사 상품, 서비스 우대를 위한 쇼핑 검색 알고리즘 결과 조정·변경 행위에 대한 제재사례[9]가 있었는데 모두 현행 경쟁법 체계에서 법 집행이 이루어진 경우였다. 그러나, 최근에는 디지털 플랫폼 산업을 현행법으로 규율하는 것은 한계가 있어 새로운 경쟁법 툴을 검토하고 공감대를 형성하려는 시도[10] 뿐 아니라 관련 사안에 대한 경쟁당국의 보고서 검토, 개별적 입법 움직임이 특정 관할권이 아닌 선진 경쟁법제를 둔 여러 국가에서 나오고 있다. 검색 알고리즘 변경에 대한 영향력을 고려하여 호주 경쟁당국 ACCC(Australian Competition and Consumer Commission)이 발표한 보고서에서는 플랫폼 사업자에게 알고리즘 변경이나 디자인 변경 시 "행위규범(mandatory code of conduct)"으로 사전 통지의무를 부과하도록 제안하였고[11] 시장 자정력을 신뢰하여 EU 대비 상대적으로 디지털 플랫폼 사업자

Policy-Background Note", DAF/COMP(2018)3, 21 Feb 2019, p.38.

7) European Commission, Decision, CASE AT.39740 Google Search(Shopping), 27 June 2017., 본 사안은 TFEU 제102조 시장지배적지위 남용으로 과징금이 부과되었다.

8) 公正取引委員會, 報道發表資料, "樂天株式會社に對する緊急停止命令の申立てについて", 令和2年2月28日, <https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/feb/200228.html>, (2020. 12. 28. 최종방문), 私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律(이하, "독점금지법") 제70조의 4에 따라 법원은 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에 공정거래위원회 신청에 의하여 불공정거래행위 등 규정에 위반 혐의가 있는 경우 당해 행위 등에 대한 명령 취소 또는 변경할 수 있는데 이후 라쿠텐이 동 정책을 취소하자 공정거래위원회도 긴급정지명령신청을 철회하였다.

9) 공정거래위원회, 보도자료, "네이버 시장지배적 지위남용행위 및 불공정거래행위 제재", 2020. 10. 6., (2020. 11. 14. 최종방문.), <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=8759>, 본 사안은 공정거래법상 시장지배적지위 남용(사업활동방해행위) 및 불공정거래행위(차별적 취급행위 등)로 제재하였다.

10) European Commission, Press Release, "Antitrust: Commission consults stakeholders on a possible new competition tool", 2 June 2020, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_977>, (2020. 12. 29. 최종방문.)

에 대한 규제 완화정책을 고수한 미국도 Stigler보고서에서 플랫폼 사업자가 알고리즘을 변경 한 후 영향도를 기술한 Report를 정기 발행토록 하는 방안을 제시하였다.[12] 아울러, 미국 독점금지법 소위원회는 현행 독점금지법상 경쟁정책이 디지털 시장의 시장력과 경쟁제한행위를 다루기 적합한지 검토한 보고서를 발표하였다.[13] 본 보고서에서 독점 플랫폼 사업자의 자사우대(self-preferencing)와 차별적 취급(discriminatory treatment) 문제 해결을 위하여 의회에 반 차별적 법률 도입을 제안하였고[14], 협상력 우위(superior bargaining power)에 따른 남용행위 금지 및 플랫폼 이용사업자를 보호할 적법절차 마련을 의회에 권고하였다.[15] 이러한 추세는 디지털 플랫폼 시장에 대한 새로운 규제와 접근이 중요하게 부각되고 있음을 시사한다.

나아가 구체적 입법사례를 살펴보자면, 플랫폼 사업자의 불공정 거래관행으로부터 이용사업자를 보호하고자 2019년 2월 '온라인 플랫폼 시장의 공정성·투명성 강화를 위한 EU 이사회 규칙(Regulation on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services)'(이하, 'EU 플랫폼 투명성 규칙(Regulation (EU) 2019/1150)')이 제정, 2020년 7월부터 시행된 것을 필두로, 일본도 '특정 디지털 플랫폼 투명성 및 공정성 향상에 관한 법률(特定デジタルプラットフォームの透明性

---

11) Australian Competition and Consumer Commission, "Digital Platforms Inquiry Final Report", 26 Jul 2019, p.12., p.31., <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>, (2020. 12. 28. 최종방문.), 이후 호주에서는 플랫폼 사업자와 언론사 간 상업적 관계를 다룬 규범인 '언론협상 법안(News Media Bargaining Code)'이 2020년 12월 9일 의회에 법안으로 상정되었다. 관련하여 다음 링크 참조, <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r6652>, (2020. 12. 29. 최종방문.)

12) Stigler Committee on Digital Platforms, "Final Report", Sep 16 2019, pp.188-189., <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>, (2020. 12. 29. 최종방문.)

13) Subcommittee on Antitrust, "Investigation of Competition in Digital Markets - Majority staff report and recommendations", 1 Oct 2020, <https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf>,(2020. 12.1 최종방문)

14) id., pp.382-383.

15) id., pp.390-391.

及び公正性の向上に關する法律)'(이하, '일본 특정 플랫폼 투명성법(特定プラットフォームの透明性法)')을 2020년 6월 공표하고, 우리나라도 2020년 9월 플랫폼 사업자와 이용사업자 간 건전한 거래질서 확립을 위한 '온라인 플랫폼 중개거래의 공정화에 관한 법률'(이하, '우리나라 플랫폼 공정화법')에 대한 입법예고를 하였다. 각 법제의 제정 시기나 명칭이 매우 유사하여 상당 부분 앞선 법제의 영향을 받은 것으로 보여 각 국 법제에 대한 내용을 비교법적으로 파악하고 의의와 전망을 살펴보는 것이 시의적으로 중요해 보인다. 디지털 플랫폼 시장의 혁신, 동태성을 고려하지 못하고 과잉규제 시 법 집행 오류 가능성이 있고 혁신 유인을 저해하는 등 폐해가 커질 우려가 있는데 이러한 접근을 시도한 기존 선행연구가 많지 않은 상황이라 유럽, 일본 등 특별법 도입을 추진한 국가들의 도입배경과 주요 내용 그리고 해당 법제에서 어떻게 위와 같은 우려에 대응하는지 살펴보고 우리나라 입법예고안과 비교함으로써 디지털 시장에서의 투명성, 공정성 확보와 법 집행 효율성을 기대할 수 있을 것이다.

이 글은 이런 관점에서 논의를 위한 전제로 EU, 일본, 우리나라 디지털 플랫폼 투명화·공정화 법제 내용을 살펴보고 이를 토대로 각 국의 공통적 도입 배경과 목적 및 디지털 플랫폼 입법을 이끌어낸 주된 동력이 플랫폼의 검색기능과 관련성이 있다는 점에서 검색 중립성 논의에 대해서도 분석하겠다. 아울러, 각 국 거버넌스 차이와 경쟁법 체계에 따른 규제 형식 및 범위, 규제 프레임워크, 규제 접근방식 및 효과성 모니터링 관점에서 각 국 법제의 비교와 평가를 소개한다. 이 과정을 통하여 아직 시행 전인 우리나라 플랫폼 공정화법이 시장 효율성 유지라는 경쟁법 본래 목적을 이루고 규제 합리성을 달성할 수 있도록 바람직한 운영방안과 시사점을 도출하겠다.

Ⅱ. 각 국 법제의 주요내용

1. EU

EU의 플랫폼 규제는 2015년 디지털 단일시장전략 발표[16] 후 본격화

되었는데, EU 집행위원회(EU Commission)는 2016년 공개 의견수렴절차를 거쳐 플랫폼 시장에서의 불공정 거래관행의 구체적 현상을 파악하고 이를 신속, 효과적으로 규제하기 위한 조치계획을 밝혔다.[17] 그 결과, 플랫폼 사업자의 불공정 거래관행 문제를 해결하고 상대적으로 지위가 열악한 플랫폼 입점업체 등 플랫폼 이용사업자를 위한 EU 차원의 입법 필요성을 권고하였고 의회(EU Parliament)와 이사회(Council of the European Union)가 이를 수용하였다. 이후 2018년 EU 집행위원회는 '온라인 중개 플랫폼 및 검색엔진 사업자 대상 투명성 의무 및 절차적 공정성 부과를 위한 플랫폼 규칙 입법제안(regulation proposal)'을 발표하였다.[18] 2019년에는 EU 플랫폼 투명성 규칙을 제정하여 2020년 7월에 동 규칙을 시행하였는데[19], EU 집행위원회는 플랫폼 시장에서의 실질적 문제 해결을 위해서는 기존 EU 법제로 한계가 있고 회원국 간 법제가 형식·내용상 상이하므로 새로운 차원의 입법 필요성이 있음을 설명하였다.[20]

동 규칙은 디지털 플랫폼 시장에서 사업자 간 관계를 규율한 것으로 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 보유 여부, 설립지 또는 주소지와 관계없이 적용되며 온라인 중개서비스 제공자(providers of online intermediation services)[21], 검색엔진 제공자(providers of online search engine)[22] 모두를

---

16) European Commission, Communication, "A Digital Single Market Strategy for Europe", COM(2015) 192 final.

17) European Commission, Communication, "Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy A Connected Digital Single Market for All" ,COM(2017) 228 final. pp.8-9.

18) European Commission, "Proposal for a Regulation on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services", COM(2018) 238 final. pp.4-5.: 규칙(Regulation)의 입법형태를 채택한 것은 플랫폼 사업의 초국경적 특성 및 규범성 향상을 고려할 때 EU 역내국가에서 직접 적용하기 위해서이다.

19) European Commission, Communication, Press Release, "Digital Single Market: EU negotiators agree to set up new European rules to improve fairness of online platforms's trading practices", 14 Feb 2019, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1168>, (2020. 12. 29. 최종방문.)

20) 플랫폼 사업자의 gatekeeper로서 시장에 미치는 부정적 영향과 해결책은 경쟁법 등 기존 법 체계에서 효과적으로 다루어지지 않는 문제점이 있다.

21) 전자상거래, 앱 스토어, 소셜미디어 등이 대표적 예이다. Regulation (EU) 2019/1150

규율대상으로 한다.(이하, 양 제공사업자 모두 통칭하는 경우 '플랫폼 사업자') 플랫폼 이용사업자의 경우 i) 설립지가 EU일 것 ii) 플랫폼 이용사업자가 거래상 온라인 중개서비스 및 검색엔진을 통하여 상품이나 서비스를 EU 소재 소비자에게 제공할 것이라는 2가지 요건을 충족하여야 하는데 이는 플랫폼 사업자에 대한 지나친 관할권 확대에 의한 규제를 우려하여 보호대상인 플랫폼 이용사업자 범위를 한정한 것으로 보인다.

EU 플랫폼 투명성 규칙은 약관[23]에 의한 정보 제공 및 투명성·공정성 강화에 초점을 두고 실효성 확보를 위하여 분쟁 해결절차와 별도의 모니터링기구를 두고 있는 부분이 특징적인데 이하에서는 관련 주요 내용을 살펴보겠다.[24]

첫째, 온라인 중개서비스 사업자는 이해가 쉬운 용어로 거래 모든 과정에 걸쳐 이용사업자에게 사전에 약관제공 의무가 있는데 필수 제공정보는 플랫폼에서 생성, 제공된 데이터에 대한 이용사업자와 기술적, 계약적 접근 권한사항[25] 등이다. 약관 내용 변경 시 이용사업자에게 최소 15일 전 사전 고지하도록 하며,[26] 약관의 모든 변경 예정사항을 지속 가능한 수단(on a durable medium)으로 통지하여야 한다. 통지기간 종료 시까지는 효력이 미치지 않도록 하며 관련 의무 미 준수 시 약관 효력을 무효로 하여 실효성을 담보하고자 하였다.[27] 또한, 불공정 거래관행의 대표사례인 상품 공급의 제

Article 2.1, 2.3.

22) Regulation (EU) 2019/1150 Article 2.5, 2.6.

23) 통상 온라인 중개서비스 제공자에 의하여 미리 만들어진 조건(pre-formulated terms and conditions)을 사용하며 이는 온라인 중개서비스 제공자가 일방적으로 정한다.

24) EU 투명성 규칙의 주요 내용을 다룬 국내 문헌은 다음 참조: 조혜신, "온라인 중개서비스 및 검색엔진 관련 EU 이사회규칙 개관", 경쟁저널 제204호, 2020.; 강지원, "EU의 온라인 플랫폼 시장 불공정거래행위 규율 강화 - 온라인 플랫폼 시장의 공정성 및 투명성 강화를 위한 2019년 EU 이사회 규칙을 중심으로-", 「외국입법 동향과 분석」 제22호, 국회입법조사처, 2020.

25) Regulation (EU) 2019/1150 Article 9: 이러한 의무는 대형 플랫폼 사업자들이 자체적으로 생산할 상품을 결정하면서 이용사업자들에 의하여 생성된 방대한 거래데이터를 이용할 경우를 겨냥한 것으로 볼 수 있다. 이상윤, "유럽연합 경쟁법동향 시리즈 14", 자료집, 고려대 ICR센터, 2018. 6. 20.

26) 개별 법령에 의한 약관내용 변경, 사기·개인정보침해 사이버 보안 등 예측 곤란하며 긴급한 위험(unforeseen and imminent danger) 방지를 위해서는 예외가 인정된다.

한, 유보, 중단, 해지 시 객관적 근거(objective grounds)를 약관에 기재하여 최소 30일 전 고지하고 이의제기 기회를 부여해야 하며,[28] 관련 법령에 의하여 부득이하거나 이용사업자의 약관 위반에 따른 정당한 거래제한의 경우는 온라인 중개서비스 사업자가 입증하고 예외가 적용될 수 있다.[29]

둘째, 투명성·공정성 보장을 위한 각종 정보 공개의무와 관련된 사항이다. 플랫폼 사업자는 검색 순위배열(ranking)의 투명성 보장을 위하여[30] 관련 주요한 기준(main parameters) 및 고려사항들 간 상대적 중요성을 대중이 이해하기 쉬운 용어로 약관에 기재·공개하여야 하는데 만약, 특정업체의 경제적 대가(remuneraion) 지급이 순위 배열에 영향을 미치는 기준이라면 그 사실과 영향도[31]가 포함되어야 하지만, 순위나 배열 결정에 활용되는 알고리즘 자체나 EU법상 보호되는 영업비밀 사항(EU Directive 2016/943)은 공개대상에서 제외된다.[32] 그 밖에 특정 이용사업자에 대한 차별적 대우(differentiated treatment)[33]나 최혜국조항(most-favored customer clause)[34] 설정 시 그 내역과 근거가 되는 주요한 경제적, 상업적 또는 법적인 사항(main economic, commercial or legal considerations)을 사전에 약관에 기재하고 공개하여야 한다.[35] EU는 최혜국조항 자체를 금지한 것은 아니지만 관련정

27) Regulation (EU) 2019/1150 Article 3.

28) 플랫폼 사업자에 의하여 제한, 유보, 중단 및 해지가 이루어졌다면 그 이전에 플랫폼 이용 시 생성된 개인정보 기타 정보에 대한 정보 접근권을 보장해야 한다.

29) Regulation (EU) 2019/1150 Article 4.

30) 2020년 12월 7일 EU 집행위원회는 온라인 검색결과의 투명성 요구사항 시행을 위해 'Regulation (EU) 2019/1150'에 따른 순위 투명성 가이드라인을 발표하였다. European Commission, Commission Notice, "Guidelines on ranking transparency pursuant to Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council", 2020/C 424/01, (Article 5(7) 참조.)

31) 플랫폼을 통하여 소비자에게 제공되는 상품 및 서비스의 특성, 해당 특징들이 소비자에게 미치는 영향도와 중요성, 검색엔진의 경우 이용사업자가 이용하는 웹사이트 디자인의 특징 등이 그 예이다.

32) Regulation (EU) 2019/1150 Article 5

33) Regulation (EU) 2019/1150 Article 7.

34) 온라인 중개서비스 플랫폼 사업자와 거래 시 타 유통경로 대비 높은 가격이나 불리한 조건으로 상품 및 서비스를 제공하지 않기로 약정하는 조항을 의미한다.

35) Regulation (EU) 2019/1150 Article 10. 이용사업자가 서비스 이용으로 생성한 개인정보 등에 대하여 접근하는 것, 이용사업자가 온라인 검색엔진을 통하여 제공하는 상품

보가 있을 경우 공개의무를 부과한다.

셋째, 실효성 확보를 위한 사항으로는 플랫폼 사업자로 하여금 이용사업자가 무료로 쉽게 이용 가능하도록 '내부 고충처리시스템(internal complaint handling system)'을 마련하도록 하고 접수된 고충사항을 적정 기한 내 신속, 효과적으로 처리 후 이용사업자에게 통보하는 한편 관련 정보를 대중에게 공개하도록 한다.[36] 내부 고충처리시스템으로 해결되지 않는 분쟁 종결을 위하여 조정절차를 활용하도록 하거나[37] 공공기관 등에 의한 단체소송이 가능하도록 하였다.[38] EU 집행위원회는 동 규칙을 도입하면서 2018년 4월 '온라인 플랫폼 모니터링기구(observatory of the online platforms economy)'[39] 즉, 온라인 플랫폼 경제 분야의 독립 전문가 그룹과 위원회 관계자로 구성된 전담팀을 구성하여 자문기능 및 시장동향 파악, 부정적 효과가 미칠 수 있는 거래관행, 국가정책과 규제현황 등에 대한 모니터링 기능까지 담당하도록 하였다. 모니터링 범위는 규칙 제정 후 규제 효과성, 아울러 시장 전반에 대한 동향파악까지 포함한다.[40]

2. 일본

일본의 플랫폼 규제는 아베노믹스 추진과정에서 수반된 규제개혁의 일환으로 2018년 일본 경제재생본부[41]가 발표한 보고서인 '미래투자전략[42]'에

및 서비스에 소비자가 접근하는 것에 대하여 영향을 미치는 순위 결정 등이다.

36) 우리나라 플랫폼 공정화법 제6조 제1항 6호에서는 최혜국 조항을 계약서에 필수 기재사항으로 두고 있다.

37) Regulation (EU) 2019/1150 Article 12. 2인 이상 조정위원을 선임하고 조정위원 제안에 기초하여 플랫폼 사업자는 조정 건별로 합리적 수준의 조정비용을 부담한다.

38) Regulation (EU) 2019/1150 Article 14. EU 회원국은 원고적격을 갖춘 단체를 지정하고 집행위원회는 본 명단을 EU 관보에 게재할 수 있다.

39) 집행위원회는 'EU의 디지털 시장법안(Digital Markets Act)' 논의에서도 본 모니터링 기구를 통한 데이터 축적 및 협상력과 관계성, 플랫폼 사업자의 데이터 활용현황 등에 대한 분석을 추진하겠다는 계획을 밝혔다. 이상윤, "유럽연합 디지털 정책의 동향과 전망", 고려법학 제97호, 고려대학교 법학연구원, 2020, 215면.

40) 각주 5)의 EU 보도자료에 첨부된 QNA 참조.

41) 일본의 경제 재생을 위하여 경제대책 수립과 성장전략 실현을 담당하는 컨트롤 타워로 내각에 설치된 조직이다. <http://kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/>, (2020. 12.

서 구체화되었다. 경제산업성 주도로 공정거래위원회, 총무성이 참여한 '플랫폼형 비즈니스 대응을 위한 규제 룰의 기본원칙(プラットフォーム型ビジネスの台頭に對応した規制ルールの基本原則)'을 발표하면서 소비자 이익 보호와 혁신주도 사업자들에 대한 공정한 경쟁 참여기회를 부여하고자 플랫폼 시장의 경쟁환경 정비, 규제완화, 대규모 플랫폼 사업자에 대한 사회적 책임 부과 등 조치방안에 대하여 논의하였다.[43] 2019년 아베 내각에서는 '성장전략 팔로업(成長戰略フォローアップ)'에 대하여 한국의 국무회의 의결에 해당되는 각의 결정을 하였는데 여기에 디지털 플랫폼 투명화·공정화 법 제정이 포함되었다.[44] 디지털 시장의 경쟁과 혁신 촉진을 위한 신속, 효과적 경쟁정책 이행을 위하여 내각에 '디지털시장 경쟁본부(デジタル市場競爭本部)[45]'를 설치하면서 정책방향 협의체인 '디지털시장 경쟁회의[46]'와 실무협의체인 '디지털시장 경쟁회의 워킹그룹[47]'을 발족하여 법안 검토를 진행하였다. 곧이어 공정거래위원회는 온라인 쇼핑몰 및 앱 스토어 사업자의 거래관행에 대한 실태조사를 실시하여 보고서를 발표하였는데[48] 플랫폼 이

---

28. 최종방문.)

42) 日本経濟再生總合事務局, "Society 5.0 -データ驅動型社會への変革", 「未來投資戰略, 2018.

43) 経濟産業省, 公正取引委員會, 總務省, "デジタル・プラットフォーマーを巡る取引環境の整備に向けて(資料1)", 2019. 2. 18, <https://www.jftc.go.jp/soshiki/kyotsukoukai/kenkyukai/platform/kaisai_files/190218_1.pdf>, (2020. 12. 28. 최종방문.)

44) 그 외에 공정거래위원회가 주관한 '디지털 플랫폼 사업자와 개인정보 등을 제공하는 소비자와 거래에 관한 우월적지위 남용에 관한 독점금지법상 가이드라인' 및 개인정보위원회가 주관한 '개인정보 보호에 관한 법률'도 포함되었다.

45) 내각관방장관(내각총리대신 지원담당 내각부 소속기관 장) 포함 7명의 장관으로 구성된다. 설치근거, 명단, 개최현황은 다음을 참고, <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/>, (2020. 11. 14. 최종방문.)

46) 디지털시장경쟁본부 멤버 외 기업경영자, 대학교수 13명으로 구성된다. 설치근거, 명단, 개최현황은 다음을 참고, <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/kyosokaigi/index.html>, (2020. 11. 14. 최종방문.)

47) 대학교수, 회계사, 기업경영자, 변호사 등 10명으로 구성된다. 설치근거, 명단, 운영요령은 다음을 참고, <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/kyosokaigi_wg/index.html>, (2020. 11. 14. 최종방문.)

48) 公正取引委員會, 報道發表資料, "デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に關する實態調査(オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引)について", 令和元年10月31日,<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/oct/191031_2.

용사업자는 플랫폼 사업자의 거래 중지나 거래조건 변경 시 내용의 불투명성, 검색 알고리즘 조작에 의한 특정업체 우대정책 등을, 소비자는 개인정보나 데이터에 대한 남용을 주로 우려하고 있는 점이 확인되었다.[49] 이와는 별도로 자민당 현직 국회의원들이 '경쟁정책조사회(競爭政策調査會)[50]'를 발족하였는데 2019년 3월 "GAFA" 일본법인 대표들과 모임에서 법안 제정에 대한 의견수렴을 거쳐 이를 반영하기도 하였다.[51] 이러한 여건을 종합하여 '특정 플랫폼 투명성법'이 제정되었고 2020년 6월 공표되었다.[52]

동 법은 디지털 플랫폼[53] 중 거래 투명화·공정화 향상이 필요한 일정 사업규모 이상의 특정 플랫폼 사업자를 시행령 및 경제산업대신이 지정하고[54] 지정된 '특정 디지털 플랫폼 제공자(特定デジタルプラットフォーム提供者)'(이하, '플랫폼 사업자')에게 일정한 의무(規則)을 부과하는데 회사 형태, 사업주체 구성 및 계약형태, 주재지 또는 설립지는 무관하게 적용된다.[55] 그러나, EU의 플랫폼 투명성규칙과 달리 검색엔진 사업자는 적용대상이 아니므로 법 적용대상은 라쿠텐, 아마존, 페이페이몰, 메루카리, 구글플레이, 애플스토어 등이 될 것으로 보이며, EU가 사업자 간 거래를 적용대상

---

html>, (2020. 12. 28. 최종방문.)

49) 설문조사 결과 일방적 약관변경 경험은 라쿠텐 93%, 아마존 73%에 이르렀다.

50) 2018년 12월 발족하여 디지털 경제의 공정한 룰 정비를 위한 시장 의견청취, 정책제안을 주도하고 있다.

51) 日本経済新聞, 報道, "自民、GAFA聽取完了　獨禁法改正など4月に提言へ", 2019. 3. 22.,<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO42797400S9A320C1EA3000/>. (2020. 12. 28. 최종방문.)

52) 経済産業省, ニュースリリース, "「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に關する法律案」が閣議決定されました", 2020. 2. 18., <https://www.meti.go.jp/press/2019/02/20200218001/20200218001.html>, (2020. 12. 28. 최종방문.)

53) 特定プラットフォームの透明性法(특정 플랫폼 투명성법) 第2條1項에서 ⅰ) 디지털 기술을 사용하여 상품 등을 제공하는 이용사업자와 소비자를 연결하는 장소(양면시장)의 제공 ⅱ) 인터넷을 이용한 제공 ⅲ) 네트워크 효과를 이용한 서비스라는 3가지 요건을 규정한다.

54) 特定プラットフォームの透明性法(특정 플랫폼 투명성법) 第4條1項, 3項에서 경제에 미치는 영향, 플랫폼이용 집중도, 거래실태 및 동향을 통한 보호 필요성, 타 규제에서 대응, 매출액 등을 고려하여 최소범위로 한다.

55) 特定プラットフォームの透明性法(특정 플랫폼 투명성법) 第2條6項, 또한 第21條에서는 역외적용을 고려하여 공시송달 절차도 명시하였다.

으로 명시하는 것과 달리 일본은 거래상대방을 '상품 등 제공이용자(商品等提供利用者)'로 규정하므로(법 제5조) 프리마앱(フリマアプリ)[56] 등 개인 간 매매중개 플랫폼도 규제대상이 될 수 있을 것으로 보인다.[57]

일본의 특정 플랫폼 투명성법은 약관 통제에 의한 정보 제공 및 투명성·공정성 강화에 초점을 둔 점이 EU와 유사하다. 실효성 확보를 위한 구체적 방안을 플랫폼 사업자의 자율적 참여로 이끌어 내도록 한 점과 공정거래위원회 등 타 주무부처와 협력적 체계를 구축하였다는 점이 눈에 띄는데, 이하에서는 관련 내용을 살펴보겠다.

첫째, 동 법 적용대상이 되는 특정 디지털 플랫폼 사업자에 대하여 계약조건 공개나 변경 시 사전 통지를 의무화하였고[58] 공개정보 내용은 '상품 등 제공 이용자'(이하, '플랫폼 이용사업자')와 '일반 이용자'(이하, '소비자 기타')로 달리 규정하였다.[59] 양 당사자에게 모두 공개해야 하는 정보를 중심으로 살펴보자면 우선, '상품 게재순위 결정의 주요 기준'은 가치나 평가가 높은 상품을 단시간 내에 효율적으로 검색해야 하므로 매우 중요한 정보인데 실제 상품의 가치나 평가에 의하여 객관적 기준으로 상품 게재순위가 결정되는 것이 아니며 그 게재순위나 방법이 불투명한 문제점이 있기 때문에 반영된 것으로 보인다. 다만, 알고리즘 자체에 대한 공개를 강제할 경우 플랫폼 산업에서의 경쟁력 원천을 저해하여 자유로운 경쟁의 싹이 저해될 수 있는 우려[60]로 알고리즘 자체에 대한 공개를 요구하지 않는다는 점은

---

56) 프리마 응용프로그램(flea market application)은 우리나라의 당근마켓과 같이 온라인상에서 벼룩시장처럼 개인 간에 의한 물품 매매를 할 수 있는 앱을 의미한다.

57) 松澤 登, "デジタルプラットフォーム透明化法案の解説－EU規制と比較しながら", 基礎研レター, ニッセイ基礎研究所, 2020.5.25., 3頁, <https://www.nli-research.co.jp/files/topics/64519_ext_18_0.pdf?site=nli>, (2020. 12. 28. 최종방문.)

58) 特定プラットフォームの透明性法(특정 플랫폼 투명성법) 第5條, 第6條.

59) 特定プラットフォームの透明性法(특정 플랫폼 투명성법) 第5條2項, 3項: 상품 등 이용제공자에게 공개해야하는 정보는 거래거절의 판단기준, 플랫폼 이용 시 다른 상품의 구입 등을 요청할 경우 내용 및 이유, 계약조건 변경·범위를 초과한 거래 시 그 내용 및 이유 등이다.

60) 平山 賢太郎, "特定デジタルプラットフォーム取引透明化法 デジタルプラッフォームをめぐる取引の透明化(特集 2020年 通常國會 成立・注目法案の影響度)", 「Business Law Journal」 147号, Lexisnexis, 2020, 37頁. : 관련 내용은 다음을 참조, デジタル市

EU와 같다. 또한, 플랫폼 이용사업자가 매출액 데이터 등을, 플랫폼 사업자가 소비자의 상품 구매데이터나 상품 검색·열람 데이터 등을 취득·사용하는 경우 관련 조건을 공개하도록 한 점은 경쟁정책 관점에서 Lock-in 효과가 발생할 수 있는 정보에 해당되어 시장 지배력 유지, 강화를 용이하게 할 수 있는 문제점을 고려한 것으로 보인다.[61]

둘째, 동 법은 실효성 확보를 위하여 플랫폼 사업자로 하여금 플랫폼 이용사업자와 거래관계에서 상호 이해를 촉진하기 위하여 경제산업대신이 정한 지침에 따라 자주적으로 절차·체제를 정비 조치 하도록 하였는데[62] 플랫폼 이용사업자와의 거래공정성 확보를 위한 절차나 체제정비, 고충접수 또는 분쟁처리 시스템 정비, 긴밀하게 연락을 취하기 위한 일본 국내 업무관리자 선임[63] 등이 그 예이다. 플랫폼 사업자는 이와 관련된 자기평가 보고서를 매년 경제산업대신에게 제출하여야 하며, 경제산업대신은 제출된 보고서에 따라 플랫폼 사업자의 운영상황을 평가하고 평가결과를 공표하도록 하였다.[64]

셋째, 동 법은 경제산업성 주관으로 제정되었으나 운영, 집행에 있어 공정거래위원회나 총무성 등과 유기적 협력관계를 도모하도록 한다. ⅰ) 공정거래위원회와의 관계에서 경제산업대신은 플랫폼 사업자의 투명성·공정성 저해행위가 독점금지법상 불공정거래행위 금지(제19조)[65]에 해당될 경우 적절한 조치청구를 요구할 수 있는데[66] 해당 행위가 다수의 플랫폼 이용사

場競爭會議, “特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に關する法律案の概要(資料１)”, 28 Jan 2020,<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/kyosokaigi/dai3/siryou1.pdf>, (2020. 12. 28. 최종방문.)

61) 杉本和行,『デジタル時代の競爭政策』, 東京:日本経濟新聞出版社, 2019, 138頁.

62) 特定プラットフォームの透明性法(특정 플랫폼 투명성법) 第7條.

63) 해외 사업자에 대한 역외적용을 고려하여 第21條에서 공시송달 절차도 명시하였다.

64) 特定プラットフォームの透明性法(특정 플랫폼 투명성법) 第9條.

65) 일본에서의 정식명칭은 ‘불공정한 거래방법(不公正な取引方法)’인데 독점금지법 제정 당시에는 ‘불공정한 경쟁방법’이라고 규정하였다. 일본은 불공정거래행위를 독점금지법 제19조에서 금지하며 제2조 9항에서 구체적 행위유형을 열거한다.

66) 조치 청구대상에 부당 공동행위, 기업결합은 제외된다. 홍순강, “일본의 디지털 플랫폼 사업자 규제 지침 및 법률에 관하여”,「경쟁저널」제204호, 한국공정경쟁연합회, 2020, 30면.

업자에 대한 것인 경우, 플랫폼 이용사업자에 대한 불이익 정도가 클 경우, 기타 플랫폼의 투명성·공정성을 저해하는 중대한 사실이 인정될 경우 필수적으로 조치를 요구하도록 하였다.[67] 법안 제정 논의 시에는 소극적 의무이행 뿐 아니라 적극적 법 위반 금지행위(不当行爲の規則) 즉, 경쟁상품의 거절(競合商品を拒絶), 자사 서비스 등 이용강제(自社サービスなどの利用强制), 자사 상품을 유리하게 표시(自社の商品を有利に表示), 이용사업자의 사업운영에 중대한 지장을 초래하는 일방적 불이익 변경(事業の運營に重大な支障が生じる一方的な不利益変更) 등의 도입이 논의되었으나 플랫폼의 혁신성 저해 우려로 최종 법 제정안에서는 제외되었다.[68] 2020년 4월 공정거래위원회에 '디지털시장기획조사실(デジタル市場企畵調査室)'이 신설되었는데 초기 정원은 약 10명으로 디지털 시장에 대한 조사를 통한 거래실태 파악 및 전문가와 협업하여 정보 수집기능을 수행할 계획이다.[69] ii) 다른 주무부처와 관계와 기타사항은 다음과 같다. 경제산업대신은 데이터 유통에 대해서는 총무대신과, 자주적 절차·체제 정비에 관한 지침의 제정 및 법 적용대상이 되는 특정 플랫폼 사업자 지정을 위한 자료제출 요구 시 사업을 소관하는 대신과 의무 협의하도록 하고,[70] 경제산업대신에게 법 집행 실효성을 위하여 특정 플랫폼 사업자의 공개의무나 자주적 절차·체제 정비 위반 시 신속한 공개를 권고할 수 있도록 하며 조치 미이행 시 이행을 명할 수 있도록 하였다.[71] 사업장을 방문하여 서류, 기타 물건을 조사할 수 있는 현장조사권도 부여하였다.[72]

---

67) 特定プラットフォームの透明性法(특정 플랫폼 투명성법) 第13條.

68) デジタル市場競爭會議, "デジタル・プラットフォーマー取引透明化法案(仮称)の方向性", 17 Dec 2019, <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/kyosokaigi/dai2/dai2/sankou2.pdf>, (2020. 12. 28. 최종방문.)

69) 公正取引委員會, 報道發表資料, "事務總長定例會見記錄", 令和2年4月1日, <https://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/2020/apr_jun/kaikenkiroku200401.html>, (2020. 12. 28. 최종방문.)

70) 特定プラットフォームの透明性法(특정 플랫폼 투명성법) 第5, 7, 9, 15, 16條.

71) 特定プラットフォームの透明性法(특정 플랫폼 투명성법) 第6條. 위반 시 100만엔 이하의 벌금이 부과될 수 있다.

72) 特定プラットフォームの透明性法(특정 플랫폼 투명성법) 第12條.

3. 우리나라

우리나라는 2020년 6월 공정거래위원회에서 온라인 플랫폼 시장에서의 불공정 근절을 위한 '디지털 공정경제정책'을 발표하고 공정경제정책 일환의 3대 핵심분야 세부과제를 마련하였는데[73] 여기에 플랫폼 공정화법도 포함되었고 3개월 만인 2020년 9월에 입법예고되었다.[74] 관련 입법의 긴급성 또는 정당성 등은 별론으로 하더라도 입법과정이 매우 빠른 속도로 진행된 것으로 보이는데, 관련 보도자료에 의하면 최근 플랫폼에 대한 글로벌 경쟁당국들의 대응 추이를 따른 것이라고 설명한다.[75] 또한, 동 법은 시장 구조적 변화에 대응하여 온라인 플랫폼 중개거래에서의 공정성 및 상생협력 기반을 통하여 혁신, 성장이 지속 가능한 디지털 생태계 기반을 마련하기 위한 목적에서 제정하였다고 입법취지를 제시하였는데 현행법상 온라인 플랫폼 중개사업자에게 대규모 유통업법이 적용되지 못하는 법적 공백과 기존 공정거래법으로 플랫폼 산업의 상황이 반영되지 못하는 문제점[76]을 극복하기 위한 것으로 보인다. 공정거래법 적용의 한계를 해결하기 위한 방식으로는 기존 심사지침 개정 또는 신규 제정이 아닌 특별법 도입의 형태를 취하였다. 동 법에서는 플랫폼 시장에서의 양 거래당사자의 상호이해 촉진을 위하여 자주적 절차·체제를 정비 조치하도록 규정한 일본과 같이 자발적 상생협력 및 신속한 분쟁해결 지원체계도 반영하였다.

동 법 적용대상인 '온라인 플랫폼 중개서비스를 제공하는 사업자'(이하, '플랫폼 사업자')는 ⅰ) 중개서비스 계약관계 즉, 온라인 플랫폼을 통하여 정

---

73) 공정거래위원회, 보도자료, "디지털 공정경제 정책 발표", 2020. 6. 25. <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=8599>, (2020. 11. 14. 최종방문.)

74) 공정거래위원회, 보도자료, "온라인플랫폼 공정화법 제정안 입법예고", 2020. 9. 28. <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=8746>, (2020. 11. 14. 최종방문.)

75) 미국 FTC '21세기 경제 환경 경쟁·소비자 보호' 공청회(2018년-2019년), EU '디지털 시대의 경쟁정책' 보고서 발표(2019년), EU·일본 플랫폼 관련 투명성 법제 제정(2019년) 등이다.

76) 현행 공정거래법으로는 계약서 의무 제공 등 분쟁예방과 거래개선을 위한 근거규정이 부재하며 기존 거래상지위남용 기준으로 플랫폼 산업을 포섭하기 곤란한 점을 입법예고 보도자료에서 설명하고 있다.

보제공하거나 소비자로부터 청약접수 받는 등 계약관계에 있는 입점업체(이하, '플랫폼 이용사업자')와 소비자 간 상품, 용역 '거래의 개시의 알선' 서비스를 제공하여야 하며[77] ii) 일정규모 이상의[78] 매출액 또는 중개 거래금액을 충족하는 사업자 일 것을 요한다.[79] 플랫폼 사업의 초국경적 특성을 감안하여 역외적용과 공정거래법상 문서송달(법 제53조의3) 규정을 준용한다는 점은 EU 및 일본의 법제와 유사하다. 법 적용관계에 있어서는 온라인 플랫폼 중개서비스업자와 이용사업자 사이의 거래에 대한 특별법으로서 공정거래법 제23조 1항 4호에 우선 적용된다.[80]

우리나라의 플랫폼 공정화법은 EU, 일본과 마찬가지로 약관 통제에 의한 정보 제공 및 투명성·공정성 강화[81], 자발적 거래관행 개선[82], 분쟁해결 신속화를 위한 제도 기반[83]을 마련한 점이 유사하나 집행 실효성을 높이기 위하여 의무사항 외에 금지행위 구체화 및 억지력 확보를 위한 제재수단 차별화가 특징적으로, 이하에서는 EU, 일본과 차이점 중심으로 살펴보겠다.

첫째, 금지행위는 기존 공정거래법상 거래상지위 남용행위 금지조항(법 제23조 1항 4호)을 플랫폼 산업 특성에 따라 구체화하였다.[84] i) 기존의 거

77) 대표적으로 오픈마켓, 모바일 앱마켓 등이 해당되나 검색엔진 사업자는 제외된다.

78) 직전 사업년도 수수료 수입(매출액) 100억원 이내 또는 중개서비스를 통하여 판매가 이루어진 상품, 용역 판매가합계액(중개거래금액) 1,000억원 이내 범위에서 대통령령으로 정하는 금액이다.

79) 우리나라 플랫폼 공정화법 입법예고안 제2조, 제3조.

80) 우리나라 플랫폼 공정화법 입법예고안 제4조.

81) 하도급법, 대리점법 등 갑을거래 특별법과 마찬가지로 사전 계약서 작성 및 교부의무를 부과하고 계약서 필수 기재항목을 법정화하였는데 EU, 일본처럼 알고리즘 자체에 대한 공개 없이 상품 검색, 정렬순위 관련 기준을 공개하여 계약서에 반영하도록 하였다.(법 제6조) 계약내용의 변경, 서비스의 제한·중지·해지 시 사전 통지의무 및 미 이행 시 과태료 부과조치를 두었다.(법 제7조 및 8조)

82) 연성규범으로 탄력 대응이 가능하도록 플랫폼 유형별 표준계약서를 제시하고 표준계약서 제정 근거조항을 마련하였다.(법 제6조 3항) 상생문화 확산 촉진을 위한 상생협약 체결 권장과 지원에 대한 근거조항을 마련하였으며(법 제11조), 분쟁조정협의회 설치근거를 마련하여 신속한 분쟁해결을 지원하였다.(법 제12조)

83) 우리나라의 플랫폼 공정화법 입법예고안 제6조.

84) 이는 경쟁 수준을 초과하여 플랫폼 이용사업자에게 과도한 이익을 도모하는 착취남용을 금지시키겠다는 것으로 이해될 수 있다. 이상윤, "한국의 플랫폼 규제(안)", 블로그 자료, 브런치, 2020. 9. 30., <https://brunch.co.kr/@lsangyun/28>, (2020. 11. 14. 최종방문)

래상지위 인정기준[85]을 플랫폼 산업 특수성을 고려하여 제시하였는데 온라인 플랫폼 산업의 구조, 소비자·입점업체의 플랫폼 이용양태 및 이용집중도, 플랫폼사업자와 입점업체 간 사업능력 격차 등을 고려하도록 하였다. 이는 현행 공정거래법상 거래상지위 판단기준인 계속적 거래와 거래 의존도만으로는 플랫폼 시장의 특성을 반영하지 못하기 때문으로 보인다. ii) 거래상지위 남용행위는 세부유형을 시행령에서 제시하도록 하였는데 공정거래법상 행위유형과 비교할 때 '판매목표 강제행위' 대신 '부당한 손해 전가행위'가 포함되었다.[86] 또한, 플랫폼 이용사업자의 분쟁조정 신청, 신고, 서면실태조사에 따른 자료제출, 조사 협조 등을 이유로 불이익을 주는 행위에 대해서는 보복조치 금지규정을 두었다.

둘째, 금지행위 법 위반에 대한 억지력 제고를 위하여 동 법상 플랫폼 사업자의 거래상지위 남용행위는 과징금 부과기준을 강화하여 법 위반금액의 2배로, 정액과징금 한도는 10억원으로 하였다.[87] 그러나, 신사업 분야의 혁신동력을 유지하기 위하여 형벌은 보복조치 행위, 시정명령 불이행 등에만 최소한으로 부과하도록 하고[88] 신속한 피해구제 및 법적 불안성 조기 해소를 도모하고자 동의의결제를 도입[89]하는 한편 공정거래위원회의 서면실태 실시 근거조항을 두었다.[90] 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위 및 경쟁제한성 불공정거래행위, 본 법 적용대상에서 제외되는 플랫폼 사업자의 거래상지위 남용행위는 기존 공정거래법이 적용된다.[91]

---

85) 현행 거래상지위 인정기준의 내용이 불명확하며 예측가능성이 결여되는 등 문제점이 있다는 견해는 다음 논문 참고: 이황, "공정거래법에서 '거래상지위'의 개념과 판단기준", 「법제연구」 제51권, 한국법제연구원, 2016, 43-53면.

86) 2019년 법제연구원의 불공정행위 실태조사 결과 부당한 손해전가 행위 경험비율이 37.5%로 확인되어 실제 불공정 거래관행의 규제 목적으로 반영된 것으로 보인다.

87) 우리나라 플랫폼 공정화법 입법예고안 제29조.

88) 우리나라 플랫폼 공정화법 입법예고안 제33-36조.

89) 우리나라 플랫폼 공정화법 입법예고안 제27조.

90) 우리나라 플랫폼 공정화법 입법예고안 제23조.

91) 우리나라 플랫폼 공정화법 입법예고안 제3조 제3-5항, 제9조.

Ⅲ. 각 국 법제에 대한 비교와 평가

1. 도입배경 및 목적

EU의 플랫폼 투명성 규칙은 사업자 간 책임감 있는 경쟁을 유도하여 플랫폼 경제의 투명성, 신뢰보장을 토대로 법적 확실성, 명확성을 높이고 소비자 후생을 위한 공정, 투명한 온라인 생태계를 구축하여 효과적 피해구제 메커니즘을 강조하고자 한 선도적 입법례로[92] 일본과 우리나라 입법까지 영향을 미친 것으로 볼 수 있다. 플랫폼 의존도와 불균형한 협상관계 특성상 플랫폼 이용사업자 등에 대한 불공정행위와 거래관행을 규율하기 위하여 투명성 확보가 규제목적이 되어야 함을 명확히 하였다는 의의가 있다.[93] EU는 B2B[94]의 특수 유형 중 하나인 P2B(platform to business) 분야에 대한 법제를 선제적으로 도입하여 시장지배력까지는 아니더라도 상대적으로 지위가 우월한(relative bargaining power) 사업자의 남용행위로부터 경제적 약자를 보호하고자 하여[95] 경쟁법상 경쟁제한성이 아닌 불공정성에 근거하여 거래상(우월적)지위 남용행위를 규율하는 일본, 우리나라에 직접적 영향을 준 것으로 보인다.[96] 사업자와 소비자 간 관계에서 소비자는 통상 사업자 대비 열위에 있는 것으로 인정되기에 사업자에게 특별한 지위나 힘이 필

92) 조혜신, 각주 24)의 문헌, 9면.

93) 통상 사후 규제로서의 경쟁법 집행과 비교할 때 플랫폼에 대한 사전 규제 시 규제대상, 범위 등을 구체화하는 것이 용이하지 않아 결국 투명성 중심의 규제원리가 반영된 것으로 볼 수 있다. Firso Bostoen, “Neutrality, Fairness or Freedom? Principles for Platform Regulation”, Vol.7, No.1, 「Internet Policy Review」, 2018, p.11.

94) B2C 분야에서는 Unfair Constractual Terms Directive(93/13/EEC)와 Unfair Commercial Practices(2005/29/EC) 등이 적용되는데 후자는 식품 유통망 분야에서 제한적으로 적용된다.

95) 최근 EU는 거래상지위의 격차, 협상력 차이에 따른 불공정한 거래관행을 경쟁법상 시장지배적지위 남용으로만 규율하는 데 한계가 있다고 보고 있다. Paul Nihoul & Thomas Lubbig, “The next big questions in competition law: how do we treat buyer power?”, 「Journal of european competition law & practice」 Vol.2 No.2, 2011, p.107.

96) 강지원, “EU의 온라인 플랫폼규칙 시행이 유통분야에 주는 시사점”, 「유통법연구」 제7권 1호, 한국유통법학회, 2020, 55-56면.

요하지 않지만, 사업자 간 관계에서는 시장 논리상 대등한 경쟁관계로 인식되므로 한쪽을 보호하거나 규제할 경우 엄격한 논리가 필요한데 플랫폼 사업자는 이용사업자와 관계에서 상대적으로 우월한 지위가 있으므로 이를 이용하여 수직적 관계에서 불공정행위를 함에 따라 디지털 생태계에서 악영향을 미칠 수 있다는 문제의식이 반영된 것으로 보인다.[97]

일본은 플랫폼 필수요건으로 양면시장과 네트워크 효과를 직접 정의하면서[98] 이것이 플랫폼 사업자의 독과점을 용이하게 하므로 이 문제를 해결하기 위한 입법목적이 있음을 밝히고 있다.[99] 투명성 확보라는 수단을 통하여 플랫폼 사업자의 부당이득 우려 등 착취남용 리스크를 해소하려는 시도는 플랫폼 생태계 전체를 감안할 때[100] 플랫폼 이용사업자 뿐 아니라 소비자와 관계에서도 공정한 관행 정착을 통한 거래질서 구축이 가능할 것이라는 긍정적 평가도 있다.[101]

우리나라 플랫폼 공정화법 국회 발의법안[102]에서는 온라인 플랫폼 중개사업자가 과도한 수수료 등을 이용사업자에게 요구하거나 상품, 서비스 가격 인하를 강제하는 등 불공정 거래행위를 방지하기 위한 입법 목적성을 언급하고 있어 투명성 보장 차원의 EU 플랫폼 규칙과는 다소 상이한 것으로 보는 입장도 있는데[103] 그 이유는 온라인 플랫폼에 대한 직접 규제 보

97) 이상윤, "유럽연합의 플랫폼 규제 동향", 「외법논집」 제44권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2020, 305-306면.

98) 特定プラットフォームの透明性法(특정 플랫폼 투명성법) 第2條1項.

99) 김윤정, "온라인 플랫폼 중개거래질서 공정화를 통한 소상공인 보호", 온라인플랫폼 공정화법의 입법과제 및 정비를 위한 정책토론회 자료집, 2020. 11. 16, 54면. (본 발표자료는 다음의 문헌으로 정리됨: 김윤정, "온라인플랫폼 중개거래질서 공정화를 통한 소상공인 보호",「경쟁저널」 제205호, 한국공정경쟁연합회, 2020.)

100) 플랫폼 양면시장 특성상 생태계 전체의 거래질서를 위해서는 중국 전자상거래법과 같이 플랫폼 이용사업자의 소비자에 대한 불공정거래행위 규제를 함께 고려해야 한다는 견해도 있다. 김윤정, 각주 99)의 자료집, 55면.

101) 杉本和行, 각주 61)의 단행본, 138頁, 139頁.

102) 송갑석 의원 등 10인, "온라인플랫폼 통신판매중개거래의 공정화에 관한 법률안", 2020.7,<https://opinion.lawmaking.go.kr/gcom/nsmLmSts/out/2101835/detailRP>, (2020. 11. 14, 최종방문.)

103) 황태희, "온라인 중개플랫폼 사업자 규제에 대한 EU 및 국내 입법동향에 관한 소고", 「법학연구」 제63권, 전북대학교 법학연구소, 2020, 460면.

다는 온라인 플랫폼 의존도가 높은 온라인 플랫폼 중개거래의 '공정성' 자체에 초점을 맞추고 있기 때문으로 보인다. 그러나, 입법예고안에서 확인할 수 있듯이[104] 투명성, 공정성 제고를 위한 EU 법제와 도입목적에는 큰 차이가 없는 것으로 생각된다.

2. 검색 중립성과의 관계

디지털 플랫폼의 투명화·공정화 법제의 입법 필요성과 논의는 플랫폼의 검색기능과 관련이 있다는 점을 살펴보았다. 각 국 법제에서는 검색 시 배열순위 등의 결정요인이 소비자에 미치는 영향도를 감안하여 검색배열 순위에 영향을 주는 결정요인에 대한 공개 의무만 부과할 뿐 해당 결정요인의 객관성이나 공정성 여부는 규범적으로 판단하지 않는 특징이 있다.[105] 앞서 언급한 EU의 구글 사건, 일본 라쿠텐 사건, 우리나라의 네이버 제재 사건에서 살펴볼 수 있듯이 디지털 플랫폼의 투명화, 공정화 논의를 이끌어 낸 요인이 검색 왜곡(search bias) 및 자기편향(self-preferencing)적 검색기능과 관련되어 있어 사전 통지의무를 통한 절차적 공정성 준수와 약관 통제에 의한 투명성 강화를 위한 새로운 법제가 도입 된 것으로 볼 수 있다. 따라서, 이하에서는 온라인 플랫폼 생태계 내에서 이른바 검색 중립성과의 관계를 살펴보겠다. '검색 중립성(search neutrality)'이란 통상 인터넷 검색엔진에서의 알고리즘이 자사 컨텐츠나 서비스를 우대하지 않고 객관적 기준과 연관성을 토대로 중립적 검색결과를 도출하도록 하여 하류시장에서 자사와 경쟁사 간 불합리한 차별이 이루어지지 않도록 하는 개념으로[106] 보다 넓은 범위에서는 "최종 검색결과의 중립성이 담보되지 않더라도 투명성 보장 등 절차와 과정상 규범성(process-oriented norm)"으로 이해되기도 한다.[107]

---

104) 우리나라 플랫폼 공정화법 입법예고안 제1조(목적) "이 법은 온라인 플랫폼을 매개로 한 중개거래의 투명성을 제고하고 ... 공정한 거래질서를 확립하여..."

105) 강지원, 각주 96)의 문헌, 58면.

106) 곽주원, "검색중립성에 대한 논의", 「경쟁법연구」 제28권, 한국경쟁법학회, 2013, 20면.

107) 이상윤·이황, "검색 중립성과 경쟁법 집행원리", 「경쟁법연구」 제40권, 한국경쟁법학회, 2019, 267면.

EU 집행위원회는 검색중립성에 대하여 알고리즘은 본질적으로 추정적, 가정적 기초에서 만들어지며 순위를 정하는 절차가 포함되므로 이론상 절대적으로 중립적 검색결과란 결국 검색자 의도가 완전히 배제된 기계적 정렬순서를 부여해 주는 것에 불과하여 검색으로서 가치나 효용이 떨어진다고 하면서 순수한 의미의 중립성은 개념적으로 모순됨을 지적하였다.[108] EU 플랫폼 투명성 규칙에서 검색엔진 사업자가 플랫폼 이용자에 대한 차별적 대우 시 차별의 내용과 근거가 되는 사항을 공표하도록 하는 것을 살펴볼 때 검색엔진 사업자가 시장에서 자사의 검색순위가 불공정하거나 기준이 불투명하지 않음을 사업자 스스로 증명할 의무가 있다는 점에서 검색중립성 확보를 간접적이나마 이끌어 낸 것으로 볼 수 있다. 다만, 검색중립성을 시장의 완전 자율에 맡기지 않고 일부분 규제로 해결하려는 시도로 생각된다.[109] 이는 일본, 우리나라도 유사하게 나타나 그 맥을 같이 한다고 볼 수 있겠다.

3. 규제형식 및 적용범위

EU의 플랫폼 투명성규칙은 사전 통지의무를 통한 절차적 공정성과 약관 제공 및 필요정보 제공 등 투명성 향상 조치를 취하였을 뿐 불공정행위 유형 등 금지행위를 실체적으로 규율하지 않는[110] 자율적 사전 규제방식을 도입하였다.[111] "경쟁법 집행은 기업결합 심사를 제외하고는 사후(ex post) 규제가 원칙인데 사업자의 활동범위를 제한하는(line of business

---

108) European Commission, Staff Working Document, "Online Platforms, Accompanying the document Comminication on Online Platforms and the Digital Single Market", SWD(2016) 172 final., p.31.

109) 강지원, 각주 96)의 문헌, 59면.

110) 예외적으로 규칙 제8조(a)는 법적 의무 준수나 플랫폼 이용사업자에게 유리한 경우를 제외하고는 플랫폼 중개사업자에게 소급하여 약관상 거래조건 변경금지 의무를 부과한다.

111) 강지원, 각주 96)의 문헌, 55면. ; 조대근, "EU 온라인플랫폼 규제 동향 - 온라인플랫폼 시장의 공정성 및 투명성 강화 규칙(2019.6)을 중심으로-", 온라인플랫폼 정책포럼 자료, 과학기술정보통신부, 2020. 9. 25., 18면 ; 조혜신, 각주 24)의 문헌 17면. 등

restrictions) 사전(ex ante) 규제 중 투명성 의무부과 방식은 침익적 효과 및 개입 수준이 가장 약한 단계이다."[112] 적용범위는 온라인 플랫폼 중개사업자 뿐 아니라 검색엔진 사업자를 포함하여 폭넓게 적용하였는데 시장지배적지위 남용행위와 비교할 때[113] 다수 사업자들에게 비교적 가벼운 의무준수를 부과하도록 한 것이며, 플랫폼 사업자와 소비자 간 거래를 제외하도록 하여 소비자법과 중복을 회피하기 위한 적절한 제한방식을 취한 것이라 할 수 있다.[114] 만약, 경쟁법상 시장지배적지위 남용행위와 같은 사후 규제방식을 택할 경우 규제대상인 플랫폼 사업자의 적정한 범위 설정부터 불공정행위의 구체화까지는 현실적 어려움이 예상되므로 투명성 중심의 사전 규제방식을 채택한 것으로[115] 보다 "적극적 규제조치 전 단계로 투명성 보장조치 효과를 검증하는 것"으로도 이해할 수 있다.[116] 즉, 온라인 플랫폼 시장에서의 불공정 거래관행 해소를 위한 예방적 규정을 활용하여 자율적으로 온라인 생태계의 투명성과 공정성을 확보하려고 시도한 것이다.[117]

일본의 특정 플랫폼 투명성법은 EU와 비교할 때 정보제공 등 일부 의무사항 부과는 유사한 면이 있지만 규제내용 대부분을 정령, 성령, 지침 및 시행 후 운용에 맡기고 있는 사후 규제방식이 주력이 되는 것으로 보인다. 이는 디지털 플랫폼을 둘러싼 거래 환경정비에 관한 검토회에서 허가, 신고, 등록제 등 사전적 업(業) 규제 보다는 플랫폼 사업자의 행위 발생 후 사안별 제재여부를 결정하는 사후 규제방향이 적절하다는 검토에 따른 것이다.[118]

---

112) 홍대식, "온라인 플랫폼 공정화법의 입법과제 및 정비", 온라인플랫폼 공정화법의 입법과제 및 정비를 위한 정책토론회 자료집, 2020. 11 16, 21면. (본 발표자료는 다음의 문헌으로 정리됨: 홍대식, "온라인플랫폼 중개거래 공정화법의 입법과제 및 정비",「경쟁저널」 제205호, 한국공정경쟁연합회, 2020.)

113) 경쟁법상 경제분석, 경쟁제한성 입증 등을 거치지 않고 행위규제가 가능한 근거가 되며 신속한 규제가 이루어지도록 하는 법적 환경을 조성한 것이라 할 수 있다.

114) 정찬모, 『인터넷플랫폼 중립성 규제론』, 박영사, 2019, 251면.

115) 이상윤·이황, 각주 107)의 문헌, 283면.

116) 이상윤, 각주 25)의 자료집.

117) 황태희, 각주 103)의 문헌, 459면.

118) デジタル・プラットフォーマーを巡る取引環境整備に關する檢討會透明性・公正性確保等に向けたワーキング・グループ, "取引環境の透明性・公正性確保に向けたルール整備の在り方に關するオプション(案), 2019. 4.24., <https://www.meti.

규제 범위에서도 검색엔진 사업자를 제외하며, 소수의 플랫폼 사업자들에게 의무를 한정하는 방식을 취하고 있는데 규율범위 자체만 보면 EU의 플랫폼 규칙보다는 EU의 디지털 시장법안(Digital Markets Act)[119] 또는 제10차 독일 경쟁법 개정안 제19a조[120]와 유사하다고 볼 수 있다. 다만, 유럽은 단순 의무부과 뿐 아니라 금지행위, 입증책임 전환 등 보다 적극적 방식을 취하는 점에서 차이가 있다.[121] 이는 플랫폼 산업의 동태성과 시급성을 감안할 때 유연한 대응 필요성에서 최소한도의 규제를 염두한 것으로 신중한 접근으로 보는 시각도 있으나[122] 사후적 임시방편만 고려하고 규제 최소화를 명시적으로 규정한 법안이라는 비판적 평가도 있다.[123]

우리나라 플랫폼 공정화법은 EU와 같이 약관에 의한 통제, 사전 정보제공 등 투명성 보장을 위한 사전 규제방식을 도입하였으나 공정거래법상 거래상지위남용 금지행위 규정을 플랫폼 특성에 따라 보완하고 구체적 금지사항을 두어 사후규제에도 초점을 두고 있다. 따라서, 동 법은 하도급법 등과 같은 거래 공정화 규제[124] 로 사후 규제인 공정거래 규제에 그치는 것이 아니라 특정한 산업분야 규제(sector-specific regulation)로 사전 규제 측면이 강하다는 점에서 '혼성 규제(hybrid regulation)'의 법적 성격을 띤다는 견해도 있다.[125] 이 견해에 따르면, 공정거래위원회가 온라인 플랫폼 분

---

go.jp/shingikai/mono_info_service/digital_platformer/pdf/004_01_00.pdf>,(2020. 12. 28. 최종방문.)

119) 디지털 시장의 구조적 문제 시정을 위하여 소수의 대규모 디지털 gatekeeper에 대한 사전 규제, 시장조사, 시정조치 등이 논의되어 2020년 12월 15일 EU 집행위원회는 디지털시장 법안을 규칙(regulation)형식으로 제안하였다. European Commission, "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector", COM(2020) 842 final.

120) 특정 거대 디지털 플랫폼을 지정하여 엄격한 경쟁법 집행이 가능하도록 하였다.

121) 이상윤, 각주 97)의 문헌, 310-311면.

122) 平山 賢太郎, 각주 60)의 문헌, 39頁.

123) 室伏謙, "デジタルプラットフォーム新法の實態は「プラットフォーマー振興法」だ", ＤＯＬ特別レポート, Dimond Online, 2020. 4. 17., <https://diamond.jp/articles/-/235007>.

124) 공정거래법상 거래상 지위남용행위 규정을 강화한 특별법으로서 하도급법 및 유통3법의 법률명에서 사용하는 용어에 따른 것이다.

125) 홍대식, 각주 112)의 자료집, 32면.

야에서도 기존 대, 중소기업 간 특별법과 유사하게 경쟁당국으로서의 사후 규제 뿐 아니라 사전 규제를 모두 포섭하는 전담기관이 되는 근거를 마련하여 지나친 규제가 이루어질 수 있다는 우려를 보인다.[126] 그러나, 동 법이 플랫폼의 시스템적 문제나 정보 전송체계 등을 다루는 기술적 규제라던가 온라인 유통의 발전에 목적성을 둔 산업별 규제가 아니라 플랫폼이라는 신유형의 유통거래 공정화를 다루기 위한 것이기에 전 산업분야에 걸친 지나친 규제는 아니라는 반론도 있다.[127]

우리나라 동 법의 규제범위는 EU와 달리 온라인 플랫폼 중개사업자만을 규정하며 검색 엔진 사업자는 제외하는데, 매출액 기준으로 적용범위를 좁힌 점, 거래상지위 남용행위 금지 부분에서도 플랫폼 산업 특성을 감안하여 고유한 거래상지위 개념을 도입한 점은 규제범위가 지나치게 광범위해지는 문제를 감안한 조치로 생각된다. 그러나, 대규모 유통업법에서 거래상지위가 없는 경우 법률 전체가 적용되지 않는 것으로 규정하는 것과 비교할 때 실질적으로 불필요한 규제를 제한하려면 동 법에서도 거래상 지위가 인정되지 않아 플랫폼 이용사업자의 보호 필요성이 적다면 법률안 전체를 적용대상에서 배제하는 방법이 타당할 수 있다.[128] 또한, '거래 개시의 알선'에 대한 구체적 요건이 불명확하여 법 적용범위에 대한 예측 가능성이 저해되며, '재화 등에 대한 정보제공'으로도 법 적용대상에 포함될 여지가 있다면 직접적 거래 관련성이 없음에도 온라인 플랫폼을 기반으로 하는 상당한 활동들을 과잉 규제하게 되는 문제점이 있다. 따라서, 관련 정의 개념 명확화와 법 적용예외 유형을 보다 구체화하고 확대해야 한다는 비판도 제기된다.[129]

---

126) 홍대식, 각주 112)의 자료집, 33면.

127) 김윤정, 각주 99)의 자료집, 52면.

128) 한국공정경쟁연합회, "온라인 플랫폼 공정화법 제정(안) 관련 건의의견", 온라인 자료실, 2020. 11. 10., <https://www.kfcf.or.kr/archive/association/read.do>; 강지원, "온라인플랫폼 공정화법의 입법 과제 및 정비 - 일부 조항의 입법적 쟁점사항을 중심으로-", 온라인플랫폼 공정화법의 입법과제 및 정비를 위한 정책토론회 자료집, 2020. 11. 16., 109-110면.

129) 한국공정경쟁연합회, 각주 128)의 자료.

4. 각 국 거버넌스 차이에 따른 규제 프레임워크 및 공적집행

EU 플랫폼 투명성 규칙은 공동 규제적 접근을 취한 것으로 평가된다. IIA는 '공동규제(co-regulation)'에 대하여 EU법이 입법기관에 의한 목표를 달성하고자 EU가 승인한 경제적 운영자, 사회적 협력자, 비정부기관이나 협회 등에 위임시키는 메커니즘이라고 정의한다.[130] EU는 플랫폼 사업자에 대한 약관 규제 및 투명성 관련 의무 부과로 플랫폼 이용사업자를 보호하고 궁극적으로 최종 소비자의 편익 증진을 목표로 하지만 이를 직접 규제하기보다는 플랫폼 이용사업자의 보호를 통하여 간접적 효과를 기대하며, 이런 방식으로 플랫폼 시장에 대한 규제기관의 시장 개입수위를 조절하였다는 점에서 "자율적이며 공동규제적 접근 프레임(self and co-regulation approach)을 차용한 것"으로 볼 수 있다.[131] 일반적으로 EU법상 '규칙(regulation)'이라는 형식은 법 적용 통일성 확보를 위한 엄격한 입법형식인데 EU의 플랫폼 투명성 규칙은 투명성 측면에서 의무준수에 초점을 두어 기본만 지키면 사업자의 다양한 상행위 행태를 허용하는 태도를 보인다. 즉, 플랫폼 서비스의 중단, 해지 등도 원칙적으로 금지사항이 아니라 공개된 객관적 근거에 의하는 경우 허용하며 차별적 취급도 원칙적으로 금지하는 것이 아니라 그러한 우대가 약관이나 정책에 투명하게 공개될 것을 조건으로 한다. 또한, 데이터 접근 제한이나 최혜국조항도 경쟁법 등 다른 법 규제 차원에서는 문제될 수 있는 쟁점임에도 동 규칙에서는 이들에 대한 투명한 공개 외에는 선택의 자유를 제한하지 않는다.[132] 이는 현실적으로 사전 규제 범위 등을 구체화해야 하는 어려움으로 공정성 측면 보다는 투명성에 보다 초점을 둔 결과로 보이며 따라서, EU 회원국에 의한 개별법상 집행 전에는 적극적 공적개입이 이루어지지 않고 조정이나 소송 등에 의한 자율적 해결이 우선 할 것으로 보인다. 그러나, 자율성이 주는 역설로 동 규칙이 협상력

130) European Parliament, Council and the European Commission, "Interinstitutional Agreement on Better Law- Making", 16 Dec 2003, p.4, para 18.

131) 조대근, 각주 111)의 문헌, 19면.

132) 정찬모, 각주 114)의 문헌, 251면.

불균형에서 발생하는 실제 불공정관행 시정에 얼마나 긍정적 기능을 할지에 대한 의문도 제기되는데 그 이유는 투명성 제고를 위한 약관 제공 및 관련 의무 이행은 형식적 규율에 불과하며 거래내용 공정성을 담보하는 실질적 규율은 결을 달리하기 때문이다.[133]

일본의 특정 플랫폼 투명성법은 EU와 유사하게 정보 공개의무에 대해서는 큰 흐름을 같이한다. 다만, 플랫폼 사업자의 자율성을 도모하면서도 EU는 분쟁해결제도에 대하여 고충처리 시스템, 중재, 단체소송을 구체화하고 있는 반면 일본은 애초에 분쟁이 되지 않도록 '상호 이해를 촉구'하는 취지의 규정을 구체화한다는 점에서 양 국의 규제 프레임워크에 차이점이 있다. '상호 이해 촉구'와 관련해서는 평가가 극단적으로 나뉘는데, 추상적이며 모호한 '상호 이해의 촉진'이라는 이념 하에 사업자의 자주적 노력을 기대하면서 일반 소비자 등의 이익을 저해할 경우 거래조건 제시나 변경 등 공개의무에 대한 예외사항을 둠에 따라 소극적이며 실효성 없다는 비판적 평가[134]가 있는 반면, 일부 이해관계자 이익에 편향되지 않고 플랫폼 이용사업자, 소비자 편리성과 이익을 향상하는 측면이 배려되어 균형있는 규제의 기초를 구축하는데 성공했다는 긍정적 평가도 있다.[135]

EU와 두드러지게 보이는 일본의 가장 큰 차이점은 경제산업대신의 공표 및 권고, 조치명령, 현장조사권, 공정거래위원회에 조치요청 등 적극적 행정개입 근거규정을 구체화하고 있다는 점인데, 일본은 경쟁법상 사적 집행에 있어 우리나라와 달리 배제조치 전치주의를 유지하고 있어 공정거래위원회의 조치 부과 후 손해배상청구를 할 수 있으며[136] 소송보다 행정조치가 보다 현실적이고 효과적이라는 면에서 공적집행에 대한 높은 의존도가 반영된 것으로 보인다.[137]

---

133) 강지원, 각주 96)의 문헌, 58면.
134) 室伏謙, 각주 123)의 기고.
135) 松澤 登, 각주 57)의 문헌, 6頁.
136) 공정거래위원회, "일본의 경쟁법제도 및 사건처리절차", 해외정책동향 보고서, 2020, 11면.
137) デジタル市場競爭本部事務局, "「デジタル・プラットフォーマー取引透明化法案(仮称)の方向性」に關する意見募集に寄せられた御意見について", 2020. 3. 31,

우리나라 플랫폼 공정화법은 EU나 일본과 같이 투명성 확보를 위하여 약관에 의한 통제, 공개의무를 부과하는 한편 상생협약체결, 분쟁조정협의회 설치에 대한 근거조항을 두어 사업자의 자발적 참여를 유도하도록 하여 자율적이며 공동규제적인 방식을 취한 점도 있으나 단순 의무부과를 넘어 금지행위 및 제재 조항을 구체화하여 반영한 독자적 특징이 있다. 플랫폼 사업자 규제에 있어 기존 대규모 유통업법 적용대상 확장[138]이나 전자상거래소비자보호법 개정으로는 한계[139]가 있고 전기통신사업법상으로도 규제대상과 입법목적이 상이한 문제점[140]을 고려할 때 법체계 정합성을 위한 별도 특별법 제정 시도[141]는 법 집행 사각지대를 해소한 차원에서 의미가 있을 것으로 보인다. 그러나, 공정거래법의 특별법으로서 신설된 대리점법은 실체법 위반행위 유형이 기존 공정거래법상 거래상지위 남용행위와 차별화가 없어 규제 상당부분을 공정거래법 영역에 남겨두어 독자성이 부족하다는 문제가 지적되는데[142] 동법도 플랫폼에서 거래상지위 개념을 차별화하여 도입하였다고는 하나 법 위반 행위유형이 공정거래법과 대동소이하다는 비판이 제기된다.[143] 법 위반행위 규정방식에 있어서도 플랫폼 중개거래 고유의

<https://search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000200538>, (2020. 11. 14. 최종방문.)

138) 대규모 유통업법은 납품업자에 대한 불공정거래행위 규제가 주요 목적이므로 오프라인매장 중심으로 규정되어 온라인 플랫폼 중개사업자의 입점사업자에 대한 불공정거래행위 규제는 한계가 있다. 김윤정, "온라인 유통플랫폼의 불공정거래행위 규제를 위한 입법적 과제", 플랫폼 분야 반경쟁행위 유형 및 주요쟁점 세미나 자료집, 한국경쟁법학회, 2020. 6. 19., 34면.

139) 전자상거래소비자보호법은 당초 소비자보호 목적으로 제정된 법률이므로 플랫폼 사업자까지 규제범위를 확장할 경우 소비자 보호에 소홀할 수 있고 상당 부분이 계약법원리를 바탕으로 하는 법 체계상 행정집행적 성격을 띠는 불공정거래행위 규제조항 추가 시 법 체계상 불균형이 발생할 수 있다. 김윤정, 각주 138)의 자료집, 35면.

140) 플랫폼 사업자를 부가통신사업자로 보더라도 전기통신사업법은 망사업자인 기간통신사업자 중심의 수직적 규제를 중심으로 하며, 최종 보호대상도 사업자가 아닌 소비자이다. 김윤정, 각주 99)의 자료집, 46-49면.

141) 강지원, 각주 96)의 문헌, 70면.

142) 신영수, "거래공정화 규제체계상 대리점법의 지위와 역할", 「경쟁법연구」 제35권, 한국경쟁법학회, 2017, 22-23면. ; 강지원, 각주 128)의 자료집, 111면.

143) 예를 들면, 대규모유통업법상 정당한 사유 없는 반품, 경영정보 요구, 인테리어 비용

새로운 불공정 거래관행을 법률로 명확히 명시하고 기타 유형들을 위임규정에서 반영하도록 하는 입법방안이 효과적일 것이라는 견해가 있다.[144]

사후 규제방식 체계상 규제범위를 온라인 플랫폼 중개 사업자의 거래상지위 남용행위에 한정하고 형벌 부과대상에서도 제외했지만 공정거래법상 거래상지위 남용행위는 고의성을 요하는 형벌이므로 실제 집행 가능성이 낮고 위반행위 성격상 형사처벌 대상으로도 적합하지 않기에 해당 규정은 실효성이 낮을 수 있다.[145] 동 법 적용대상에서 제외된 중소형 플랫폼 중개거래 사업자의 거래상지위남용행위 시 공정거래법이 적용되므로 동 법과 비교하여 적은 규모의 과징금 기준을 적용받겠지만 이론상 형벌 규정을 적용받게 되는 법 체계상 불균형, 형평성 문제도 배제할 수 없다. 공정거래법에서 거래상지위 남용행위의 높은 법 집행실적[146], 금지행위 위반 시 과징금 2배 상향 규정 도입 시도, 계약서 작성 등 사전 의무 위반에 대해서도 사후 금지행위 위반과 동일한 과징금, 시정명령 부과가 가능한 점을 종합 고려할 때 EU, 일본 대비 강력한 공적 집행의 기반이 마련된 것으로 보인다. 공정거래법 외 다른 법률과의 관계에 있어서도 플랫폼 규제를 위한 여객자동차운수사업법 개정안[147], 가맹사업법[148] 등 타 법령을 통한 규제여건을 감안할 때 동 법안과의 중복적용 시 플랫폼 사업자의 부담이 증가하여 혁신 발전성을 저해할 수 있으므로 기존 법률에서 유사한 취지로 규율이 이루어지는 경우 적용대상에서 제외할 필요성도 논의된다.[149]

전가 등은 공정거래법에서의 거래상 지위남용행위와는 차별화된 고유 위반행위를 다양하게 반영하고 있다. 강지원, 각주 128)의 자료집, 112면.

144) 하도급법상 부당특약 금지규정과 같이 기본적 부당특약 유형은 법률로 규정하고 상세 내용은 시행령과 고시로 위임하는 방식을 참고할 수 있다. 강지원, 각주 128)의 자료집, 112면.

145) 홍대식, 각주 112)의 자료집, 32면.

146) 공정거래위원회 2019년 사건처리통계에 의하면 최근 5년간 행위유형별 사건처리건수는 불공정거래행위가 39%(1,461건)로 가장 많았으며 이 중 거래상지위 남용행위는 46%(676건)을 차지하였다. <https://www.ftc.go.kr/www/cop/bbs/selectBoardArticle.do?key=190>, (2020. 11. 14. 최종방문.)

147) 플랫폼운송 중개사업자에게 국토교통부장관 사업등록과 요금신고의무 부과 등을 부과하는 법 개정안이 2021. 4. 8 시행될 예정이다.

148) 가맹택시 사업자 대상으로 동법상 계약서 작성, 불공정거래행위 금지 등이 적용된다.

5. 규제 접근방식과 효과 모니터링

EU의 플랫폼 투명성규칙은 집행위원회가 “단순히 시장의 현황을 파악하기 위한 실태조사에 그치지 않고 시장실패 현상에 대한 확인, 점검 차원에서 각종 설문조사, 공개 의견수렴, 전문가 의견청취를 거쳐 “데이터 증거기반 접근방식(evidence-based approach)을 차용한 것으로 평가받고 있으며”[150] 이는 일본과 우리나라도 유사하다. 다만, 효과 모니터링은 각 국별 특유의 사항이 있어 이와 관련하여 살펴보겠다.

규제 효과에 대한 모니터링 차원에서 EU는 일본, 우리나라와 달리 동 규칙 제정과 함께 제 3의 전담기관으로 온라인 플랫폼 모니터링기구(observatory of the online platforms economy)를 설립하여 규칙 제정 후 규제 효과성과 시장 전반에 대한 동향파악을 고려하였는데 플랫폼 사업자로부터 정보 수집을 공식화하고 플랫폼 시장 점검 방향성을 제시하는 컨트롤타워로서 규제 효과에 대한 적극적 모니터링 기능이 이루어질 것으로 보인다.[151] 일본은 EU와 달리 효과 모니터링 차원에서 동 법에 기초한 상세 규제를 정령, 성령, 지침 및 시행 후 운용에 맡기고 있으며 자주적 절차·체제 정비에 대한 진단을 사업자 자기평가 후 경제산업대신의 평가, 결과를 공표하도록 되어 있어 자의적·관대화되거나 형식적 운영 가능성이 있어 보인다. 따라서, 정령 등 제·개정 시 다양한 이해당사자 입장에서의 심층 검토, 의견 청취, 동향파악을 지속하여 규제 효과에 대한 실효적 모니터링 기능이 작동하도록 해야 할 것이다.[152] 또한, 라쿠텐 사건에서의 경험에서 살펴보듯이 플랫폼 사업자에 대한 규제가 더 이상 현행 독점금지법만으로는 한계가 있어 별도 입법이 이루어진 것을 감안할 때[153] 최근 신설된 공정거래위원회가 디지털시

149) 한국공정경쟁연합회, 각주 128)의 자료.
150) 조대근, 각주 111)의 문헌, 20면.
151) 조대근, 각주 111)의 문헌, 20면.
152) 플랫폼 사업자의 공개의무 준수 위반 시 경제산업대신이 신속한 공개 권고를 할 수 있지만 미이행하더라도 100만엔 이하 벌금 부과에 그치는 점은 실효적 제재가 어려울 수 있다.
153) デジタルトランスフォーメーションチャンネル, “巨大IT規制法案の閣議決定で、巨大ECサイトはどう変わる？”, 2020. 8. 7., <https://www.digital-transformation-

장기획조사실을 통하여 관련시장 실태조사와 시장 동향에 대한 정확한 인지 등을 통하여 실질적 역할을 해야 할 것으로 생각된다. 또한, 동 법이 기업 실무에 미치는 수준을 살펴보면 ⅰ) 동법 적용대상으로 지정 여부는 각종 의무와 공적집행에 직접적 부담이 되는 점 ⅱ) 공개 필요한 거래조건은 업계 표준이 될 가능성이 있는 점[154] ⅲ) 자주적 절차·체제 정비는 플랫폼 이용사업자에게 불공정거래를 시정할 수 있는 새로운 수단을 제공하는 점에서 영향도가 높으므로 적절한 공적집행 및 효과 모니터링이 매우 중요할 것으로 생각된다.[155]

우리나라는 동 법의 운용 주관과 효과 모니터링을 공정거래위원회로 일원화하여 진행될 것으로 전망된다. EU나 일본 법제에 반영되지 않은 동의의결제도는 제도 자체의 활성화가 담보되지 않은 여건이지만, 플랫폼 산업 특성상 신속한 규제 및 종결이 필요하므로 업 특성을 고려한 본 제도의 운영 실효성이 매우 중요한 역할을 할 것이다. 서면 실태조사 또한 하도급법 등 타 법령에서 오래 전 도입되었으나 표본 범위의 적정성, 거래상대방의 익명성 보장, 무응답에 대한 통계처리 방식 등 문제가 지적되고 있으므로[156] 플랫폼 산업에 맞춤형으로 정책적 진단, 처방이 가능하도록 유연한 제도개선이 필요해 보인다.

각 국의 디지털 플랫폼 법제에 대한 효과 모니터링 역할은 국가별 규제 거버넌스와 규제 환경에 따라 차이점이 있는 것으로 보이는데 형식적 차원에 그치지 않고 효율성을 담보하기 위해서는 유연하게 변화하는 시장 여건을 면밀히 파악 후 이를 관련 제도와 경쟁정책에 적극 반영하는 방안이 모색되어야 할 것으로 생각한다.

---

real.com/blog/e-commerce-regulation-bill.html>, (2020. 12. 28. 최종방문.)

154) 유연성과 혁신성을 요하는 플랫폼 산업 특성상 사업 방식과 모델의 표준화, 정형화 가능성은 플랫폼 창의성을 저해할 수 있다. 홍대식, 각주 112)의 자료집, 33면.

155) 平山 賢太郎, 각주 60)의 문헌, 39頁.

156) "하도급 서면실태조사 부실 잇단 지적에... 전면 재설계 약속한 공정위", 디지털타임스, 2019. 10. 16., <http://www.joongboo.com/news/articleView.html?idxno=363367583>, (2020. 11. 14. 최종방문.)

Ⅳ. 맺으며

지금까지 EU, 일본, 우리나라의 플랫폼 사업자에 대한 거래 투명화·공정화 법제의 비교를 통하여 다양한 시각에서의 의의와 평가를 살펴보았다. EU의 착취남용이나 우리나라와 일본의 거래상(우월적)지위 남용 등 경쟁법상 수직적 관계에서 남용 문제가 주목받는 상황에서 디지털 플랫폼 산업에서의 불균형한 협상력 문제로 인한 불공정 거래관행의 실질적 교정과 효과적 규제를 위한 법제가 가시화되고 있다. 따라서, 향후 효과성에 대한 고민과 전망이 필요한 시점이다.

각 국의 입법 정책적 판단과 법적 상황에 따라 다소 차이점은 있으나 앞서 살펴본 법제들은 플랫폼 사업자와 직접 거래가 있는 플랫폼 이용사업자와의 관계에서 절차적 공정성 확보와 정보 제공 등을 통한 투명성에 초점을 두고 있다. 플랫폼 생태계는 양면시장으로서 최종 소비자와의 관계를 고려하지 않을 수 없는데 플랫폼 사업자와 이용사업자에 대한 우선적 규제는 시장 자정적 기능의 한계를 극복하고 간접적으로 소비자와 관계에서도 건전한 플랫폼 시장 생태계 질서가 확립되는 데에 긍정적 기여를 할 수 있다고 본다. 더 이상 시장의 자정기능을 기대하면서 궁극적으로 소비자 가격 인하 등 후생효과에 막연한 희망을 갖기 보다는 가시화되는 불공정 관행을 최소화하고 예방하기 위한 적절한 조치는 분명 필요한 시점이라 생각한다. 협상력 불균형에서 발생하는 실제 불공정관행의 시정에 있어서 형식적 규율과 그 거래내용의 공정성을 담보하는 실질적 규율은 결을 달리하기에 현행 법 체계의 사각지대 해소 및 효과적 모니터링 차원에서는 우리나라의 특별법 제정시도가 의미가 있을 것이다. 공정거래법상 기업집단의 소유지배구조 개선과 투명성을 강화하기 위하여 공시제도를 도입하고 있는데 외형상 공시의무 불이행 및 오 공시에 대하여 형식적인 과태료 처분을 한다고 하여 부당지원, 사익편취 등의 그릇된 거래관행이 완전히 교정되지는 않는 한계가 있으므로 부당 내부거래 조사 등 적정 수준의 별도 실효적 규제가 필요한 것과 유사한 맥락이라 하겠다.

우리나라 입법안이 온라인 플랫폼에 대한 산업 전반적 규제가 아닌 온

라인 플랫폼 중개거래에서의 공정성 확보라는 입법목적을 강조하고 있지만 규제강도나 제재수위가 제정배경, 입법목적이 유사한 EU나 일본 대비 매우 엄격한 면이 있는 것이 사실이다. 또한, 최근 공정거래위원회가 현행 경쟁법을 적용하여 네이버, 요기요 사건을 제재한 것과 같이 현행 법 체계로 규율이 불가능하지 않음[157]에도 별도 특별법을 통한 플랫폼의 규제 시도는 경쟁당국이 본연의 기능으로서 사후 규제 뿐 아니라 "거래 공정화 규제를 위한 사전 규제 전담기관으로" 규제영역을 지나치게 확산한 것이라는 비판적 시각에서 자유로울 수 없다고 본다. 경쟁법 집행에 의한 오류비용 최소화와 혁신 동력 유지, 입법안에 대한 사회·규범적 공감대 형성을 위해서는 규제행태, 타 법령과의 중복 규율 및 적용 법률별 제재강도에 따른 형평성 문제, 관련 정의 등 개념 불명확성에 따른 예측가능성에 대한 우려와 비판적 논의를 살펴보고 면밀한 보완을 통하여 합리적 수준에서 규제강도와 적용범위를 재조명할 필요가 있다고 생각된다. 법안이 확정되어 시행된 후에도 가변적 플랫폼 산업을 염두하여 명확한 실태파악, 모니터링을 실시하여 정교한 법 집행과 시장 효율성 달성이 필요할 것이다.

디지털 플랫폼 투명화·공정화 법제의 동향과 전망 – 박 경 미	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.11.15.	2020.11.30.	2020.12.24.

157) 요기요 사건에서 현행 공정거래법의 거래상지위남용행위를 적용하였다는 점에서 플랫폼 분야에서 동 규정의 적용에 어려움이 있었던 다른 구체적 사례나 원인이 무엇인지는 불분명한 것으로 보인다.

[참고문헌]

[국내 문헌]

강지원, “EU의 온라인 플랫폼 시장 불공정거래행위 규율 강화 – 온라인 플랫폼 시장의 공정성 및 투명성 강화를 위한 2019년 EU 이사회 규칙을 중심으로–”, 「외국입법 동향과 분석(NARS)」 제22호, 국회입법조사처, 2020.

———, “EU의 온라인 플랫폼규칙 시행이 유통분야에 주는 시사점”, 「유통법연구」 제7권 1호, 한국유통법학회, 2020.

———, “온라인플랫폼 공정화법의 입법 과제 및 정비 - 일부 조항의 입법적 쟁점사항을 중심으로–”, 온라인플랫폼 공정화법의 입법과제 및 정비를 위한 정책토론회 자료집, 2020. 11. 16.

곽주원, “검색중립성에 대한 논의”, 「경쟁법연구」, 제28권, 한국경쟁법학회, 2013.

공정거래위원회, 보도자료, “디지털 공정경제 정책발표”, 2020. 6. 25. <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=8599>

————————, 보도자료, “온라인플랫폼 공정화법 제정안 입법예고”, 2020. 9. 28. <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=8746>

————————, 보도자료, “네이버 시장지배적 지위남용행위 및 불공정거래행위 제재”, 2020. 10. 6. <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=8759>

————————, 해외정책동향보고서, “일본의 경쟁법제도 및 사건처리절차”, 2020. 3.

김윤정, “온라인 유통플랫폼의 불공정거래행위 규제를 위한 입법적 과제”, 플랫폼 분야 반경쟁행위 유형 및 주요쟁점 세미나 자료집, 한국경쟁법학회, 2020. 6. 19.

———, “온라인 플랫폼 중개거래질서 공정화를 통한 소상공인 보호”, 온라인플랫폼 공정화법의 입법과제 및 정비를 위한 정책토론회 자료집, 2020. 11. 16.

———,“온라인플랫폼 중개거래질서 공정화를 통한 소상공인 보호”,「경쟁저널」 제205호, 한국공정경쟁연합회, 2020.

디지털타임스, “하도급 서면실태조사 부실 잇단 지적에... 전면 재설계 약속한 공정위”, 2019. 10. 16., <http://www.joongboo.com/news/articleViewidxno=363367583>

송갑석 의원 등 , “온라인플랫폼 통신판매중개거래의 공정화에 관한 법률안”, 2020. 7. <https://opinion.lawmaking.go.kr/gcom/nsmLmSts/out/2101835/detailRP>

신영수, “거래공정화 규제체계상 대리점법의 지위와 역할”, 「경쟁법연구」 제35권, 한국경쟁법학회, 2017.

이상윤, “유럽연합의 플랫폼 규제 동향”, 「외법논집」 제44권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2020.

———, “유럽연합 디지털 정책의 동향과 전망”, 「고려법학」 제97호, 고려대학교 법학연구원, 2020.

———, “유럽연합 경쟁법동향 시리즈 14 - 온라인 플랫폼거래에서의 공정성과 투명성 촉진에 관한 규칙 제안서 발표 등”, 자료집, 고려대 ICR센터, 2018. 6. 20.

———, “한국의 플랫폼 규제(안)”, 블로그 자료, 브런치, 2020. 9. 30.

이 황, “공정거래법에서 ‘거래상지위’의 개념과 판단기준”, 「법제연구」, 제51권, 한국법제

연구원, 2016.
이상윤·이황, “검색 중립성과 경쟁법 집행원리”, 「경쟁법연구」 제40권, 한국경쟁법학회, 2019.
정찬모, 『인터넷플랫폼 중립성 규제론』, 박영사, 2019.
조대근, “EU 온라인플랫폼 규제 동향 - 온라인 플랫폼 시장의 공정성 및 투명성 강화 규칙(2019.6)을 중심으로 -”, 온라인 플랫폼 정책포럼자료, 과학기술정보통신부, 2020. 9. 25.
조혜신, “온라인 중개서비스 및 검색엔진 관련 EU 이사회규칙 개관”, 「경쟁저널」 제204호, 한국공정경쟁연합회, 2020.
황태희, “온라인 중개플랫폼 사업자 규제에 대한 EU 및 국내 입법 동향에 관한 소고”, 「법학연구」 제63권, 전북대 법학연구소, 2020.
한국공정경쟁연합회, “온라인 플랫폼 공정화법 제정(안) 관련 건의의견”, 온라인 자료실, 2020. 11, <https://www.kfcf.or.kr/archive/association/read.do>
홍대식, “온라인 플랫폼 공정화법의 입법과제 및 정비”, 온라인플랫폼 공정화법의 입법과제 및 정비를 위한 정책토론회 자료집, 2020. 11. 16.
———, “온라인플랫폼 중개거래 공정화법의 입법과제 및 정비”, 「경쟁저널」 제205호, 한국공정경쟁연합회, 2020.
홍순강, “일본의 디지털 플랫폼 사업자 규제 지침 및 법률에 관하여”, 「경쟁저널」 제204호, 한국공정경쟁연합회, 2020.

[해외 문헌]

Australian Competition and Consumer Commission, “Digital Platforms Inquiry Final Report”, 26 Jul 2019, <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>
David S. Evans, “The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Marksts”, 「Yale Journal on Regulation」, Vol.20, No.2, 2003.
European Commission, Communication, “A Digital Single Market Strategy for Europe”, COM(2015) 192 final.
———————, Communication, “Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy A Connected Digital Single Market for All”, COM(2017) 228 final.
———————, Consultation Result, “Synopsis Report on the Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries and the Collaborative Economy”, 25 May 2016.
———————, Staff Working Document, “Online Platforms, Accompanying the document Comminication on Online Platforms and the Digital Single Market”, SWD(2016) 172 final.
———————, Press Release, “Digital Single Market: EU negotiators agree to set up new European rules to improve fairness of online platforms’s trading practice”, 4 Febuary 2019. <https://ec.europa.eu/commission/ presscorner/detail/en/IP_19_1168>
———————, “Proposal for a Regulation on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services”, COM(2018)

238 final.
————————, “Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliment and of the council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services”
————————, Press Release, “Antitrust: Commission consults stakeholders on a possible new competition tool”, 2 June 2020, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_977>
————————, “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector”, COM(2020) 842 final.
————————, Commission Notice, “Guidelines on ranking transparency pursuant to Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council”, 2020/C 424/01.
European Parliament, Council and the European Commission, “Interinstitutional Agreement on Better Law- Making”, 16 Dec 2003.
Firso Bostoen, “Neutrality, Fairness or Freedom? Principles for Platform Regulation”, 「Internet Policy Review」, Vol. 7, No.1, 2018.
Inge Graef, “Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence”, 「Yearbook of European Law」 Vol. 38, No. 1, 2019.
Julian Wright, “One-Sided Logic in Two-Sided Markets”, 「Review of Network Economics」, Vol.3, No.1, 2004.
Mark Armstrong, “Competition in two sided Markets”, 「The RAND Journal of Economics」,Vol.37, No.3, 2006.
OECD, “Implication of E-commerce for Competition Policy-Background Note”, DAF/COMP(2018)3, 21 Feb 2019.
Paul Nihoul & Thomas Lubbig, “The next big questions in competition law: how do we treat buyer power?”, 「Journal of european competition law & practice」, Vol. 2, No.2, 2011.
Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report”, Sep 16 2019, <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>
Subcommittee on Antitrust, “Investigation of Competition in Digital Markets - Majority staff report and recommendations”, 1 October 2020.
<https://judiciary. house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf>
公正取引委員會, 報道發表資料, 令和元年10月31日, “デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に關する實態調査(オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引)について” <https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/oct/191031_2.html>
————————, 報道發表資料, 令和2年2月28日, “樂天株式會社に對する緊急停止命令の申立てについて”<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/feb/200228.html>
————————, 事務總長定例會見, 令和2年4月1日, “事務總長定例會見記錄”

<https://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/2020/apr_jun/kaikenkiroku200401.html>

経済産業省, ニュースリリース, “「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に關する法律案」が閣議決定されました”, 2020. 2. 18.<https://www.meti.go.jp/press/2019/02/20200218001/20200218001.html>

室伏謙, “デジタルプラットフォーム新法の實態は「プラットフォーマー振興法」だ”, ＤＯＬ特別レポート, Dimond online, 2020. 4. 17. <https://diamond.jp/articles/-/235007>

日本経済再生總合事務局, “Society 5.0-データ驅動型社會への変革-”, 「未來投資戰略」2018.<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/miraitousi2018_zentai.pdf>

日本経済新聞, 報道, “自民, GAFA聽取完了獨禁法改正など4月に提言へ”, 2019. 3. 22. <https://www.nikkei.com/article/DGXMZO42797400S9A320C1EA3000>

デジタル･プラットフォーマーを巡る取引環境整備に關する檢討會, “資料１　事務局提出資料”, 2019. 2. 18.<https://www.jftc.go.jp/soshiki/kyotsukoukai/ kenkyukai/platform/kaisai_files/190218_1.pdf>

デジタル･プラットフォーマーを巡る取引環境整備に關する檢討會透明性･公正性確保等に向けたワーキング･グループ, “取引環境の透明性･公正性確保に向けたルール整備の在り方に關するオプション(案), 2019. 4. 24.,<https://www.meti.go.jp/shingikai/mono_info_service/digital_platformer/pdf/004_01_00.pdf>

デジタル市場競爭會議, “デジタル･プラットフォーマー取引透明化法案(仮称)の方向性”, 17 Dec 2019, <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/kyosokaigi/dai2/dai2/sankou2.pdf>, (2020. 12. 28. 최종방문.)

----------, “特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に關する法律案（仮称）について”, 2020. 1. 28. <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/kyosokaigi/dai3/siryou1.pdf>

----------, “デジタル･プラットフォーマー取引透明化法案（仮称）の方向性」に關する意見募集に寄せられた御意見の詳細について”, 2020. 3. 31. <https://search.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000200538>

デジタルトランスフォーメーションチャンネル, “巨大IT規制法案の閣議決定で、巨大ECサイトはどう変わる？”, 2020. 8. 7. <https://www.digital-transformation-real.com/blog/e-commerce-regulation-bill.htm>

松澤 登, “デジタルプラットフォーム透明化法案の解說－EU規制と比較しながら”, 基礎研レター, ニッセイ基礎研究所, 2020. 5. 25. <https://www.nli-research.co.jp/files/topics/64519_ext_18_0.pdf?site=nli>

杉本和行, 『デジタル時代の競爭政策』, 東京 :日本経済新聞出版社, 2019.

平山 賢太郎, “特定デジタルプラットフォーム取引透明化法 デジタルプラットフォームをめぐる取引の透明化(特集　2020年　通常國會　成立･注目法案の影響度)”, 「Business Law Journal」147号, Lexisnexis, 2020.

【국문초록】

최근 구글의 알고리즘 변경 및 검색결과 조작에 대한 EU의 제재, 라쿠텐이 온라인 입점업체의 가격 결정권을 침해하고 무료 배송정책을 도입한 행위에 대한 일본 경쟁당국의 제한 조치, 네이버가 자사상품 우대목적으로 쇼핑 검색결과를 조정한 행위에 대한 우리나라 경쟁당국의 규제는 "경쟁 병목현상(competitive bottlenecks)"이 두드러지는 디지털 플랫폼시장에서 플랫폼 사업자가 플랫폼 이용사업자에 대한 "key gatekeeper로서" 행하는 불공정한 거래관행 문제를 해결하고자 현행 경쟁법으로 집행한 사례들이다. 그러나, 디지털 플랫폼 시장의 동태성을 무시한 과잉규제 시 법 집행 오류가 발생하고 혁신 유인을 저해하는 폐해가 발생하므로 새로운 방식의 규제와 접근 필요성이 주목받고 있다. 이는 특정 관할권이 아닌 선진 경쟁법제를 둔 여러 국가의 공통 현상으로 나타나는데, 시장 자정력을 신뢰하는 미국도 최근 독점금지법 소위원회 보고서를 통하여 플랫폼 시장에서 협상력 우위에 따른 남용 문제를 지적하고 반 차별적 법률 도입, 적법절차 마련 등을 제안하였다. EU, 일본은 디지털 플랫폼의 투명화 및 공정화를 위한 구체적 입법을 추진하였고 우리나라도 유사한 입법 시도를 한 상황을 고려할 때 EU 및 일본의 법제와 비교법적으로 분석하는 것은 시의적으로 중요하며 의미가 있을 것이다.

이 글은 이러한 관점에서 논의를 위한 전제로 EU, 일본, 우리나라의 디지털 플랫폼 투명화·공정화 법제의 주요 내용을 살펴본 후 다음의 5가지 측면을 검토한다. 첫째, 각 국 법제의 공통적 도입목적과 배경을 둘째, 디지털 플랫폼 입법을 이끌어 낸 주된 동력이 플랫폼의 검색기능과 연관성이 있다는 점에서 검색 중립성에 대한 논의를 셋째, 규제 형식과 범위를 넷째, 각 국의 거버넌스 차이에 따른 규제 프레임워크와 공적집행을 다섯째, 규제 접근방식 및 효과성 모니터링 관점에서 각 국 법제를 비교하고 다양한 관점에서의 의의와 평가를 살펴보고자 한다. 이 과정을 통하여 아직 시행 전인 우리나라 플랫폼 공정화법이 시장 효율성 유지라는 경쟁법 목적을 달성하면서 규제 합리성을 실현할 수 있도록 바람직한 운영방안과 시사점을 도출하겠다.

【Abstract】

Approach and Reflection towards Digital Platforms for Transparency and Fairness - Comparative Law Analysis in the EU, Japan and Korea

Gyeongmi Park
(Senior Manager, POSCO Co., Ltd Legal Affairs Team. /
Research Fellow, Korea University ICR Law Center)

Against the backdrop of digitalization and growing asymmetry between digital platforms and users, there has been growing concerns over limits of competition law enforcement that is firmly geared to tackling abusive practices by a firm with entrenched dominance. As various digital reports point out, in digital markets even companies without dominant position can engage in abusive practices by using their so-called 'gate-keeping position'. Such situation may be originated from, e.g. competitive bottlenecks. The EU's recent Google cases and South Korea's Naver case, which are based on the 'self-preferencing doctrine', could be regarded as good examples that show limits of coventional competition law enforcement. Also, in the current competition law framework The House Antitrust Subcommittee of the U.S released a report that it is critical to evaluate whether existing antitrust regulations are appropriate to tackle abusive treatment by platforms or whether new rules are needed to cope with this challenge.

Against this backdrop, various jurisdictions have adopted or are introducing ex ante regulation applicable to digital platform industry as a

complementary tool for competition policy. In 2019, the EU set up the first-ever rules aimed at improving transparence, fairness, and making predictable business environment regulating P2B when using online platforms. JFTC introduced new legislation for businesses and traders in the digital platform market. The KFTC announced draft legislation targeting online platforms as well. Thus, it is significant and timely to compare and analyze the legislation of the EU, Japan, and South Korea.

In this respect, this paper explores the approaches and prospects to promote the relationship between P2B while making such business fairer and more transparent. This will ultimately lead to advantages for the consumers in the online platforms. Therefore, we will look at the main contents of the legislation of EU, Japan, and South Korea and then make a comparative legal overview in this connection, this paper firstly explores commonalities and differences between each legislations and based on the findings, secondly, it will be analysed what's the background and goals of such legislative actions. third, how the notion of "search neutrality" is reflected into the laws will be reviewed in that the "search neutrality" discourse has been at the very heart of the need for platform regulation. Through this study, the author will hopefully highlight important considerations and implications so that Korea's new platform fairness law, which is preparing for implementation, can enforce antitrust activity and maintain market efficiency while maintaining regulatory rationality.

주제어(Keyword) : 디지털 플랫폼(digital platform), 플랫폼 규제(platform regulation), 경쟁법(competition law), 경쟁정책(competition policy), 투명성(transparency), 공정성(fairness), 검색 중립성(search neutrality), 자기편향(self-preferencing), EU 플랫폼 규칙(EU Regulation 2019/115), 일본(Japan), 한국(Korea)

【 抄 錄 】

透明性と公正性のためのデジタルプラットフォームへの趨勢と展望
- EU,日本,韓國における比較法分析

朴 · 敬美(パク · ギョンミ)
(株)ポスコ 法務室, 次長 / 高麗大學ICR研究センター, 研究員

「競爭ボトルネック現象 (competitive bottlenecks) 」が著しいデジタルプラットフォーム市場において、 巨大プラットフォーム業者がキーゲートキーパー (key gatekeeper) としてプラットフォーム利用業者の不公正な取引慣行を解決するため、現行の競爭法に基づいて法律を執行したケースとして以下のようなものが擧げられます。

－グーグルのアルゴリズム変更及び檢索結果操作に對するEUの制裁（ヨーロッパの執行委員會からの課徵金賦課）

－樂天がオンライン入店企業の価格決定權を侵害し、送料無料政策を導入した行爲に對する日本競爭当局の制限措置

－韓國のネイバーが自社商品を優遇する目的でショッピングの檢索結果を拵えた行爲に對する韓國経濟当局の規制

しかし、デジタルプラットフォーム市場の動態性を無視してただ過度な規制をしてしまうと、法律の執行に關して不具合が發生したり、革新誘引を阻害する弊害が發生する可能性があり、新しい方式の規制·アプローチが必要となります。アメリカの場合、まだ具体的に立法が進められたわけではありませんが、「獨占禁止法小委員會」が現行の獨占禁止法においての競爭政策がデジタルマーケットにおける市場力と競爭制限行爲を扱うのに適しているか檢討した報告書を發表しました。それにより、オンラインプラットフォーム市場における交涉力優位の濫用問題を指摘し、反差別的な法律の導入及び關連する適法な手續きの整備などを

提案したところでございます。EU、日本も同様にデジタルプラットフォームの透明化及び公正化のための具体的な立法を進め、韓國も同様の立法の試みを行った状況を考慮すれば、EUと日本の法制を比較分析することは時宜的に重要であり意味があるといえるでしょう。

本稿では、このような觀点から、議論の前提として、EU、日本、韓國のデジタルプラットフォームの透明化·公正化に關する主要法制の内容を概觀し、以下の5つの側面から檢討しようします。第一に、各國法制の共通的導入目的とその背景　第二に、デジタルプラットフォーム立法を引き出した主な動力が、プラットフォームの檢索機能と關連性があることから、檢索中立性に對する議論　第三に、規制の形式とその範囲第四に、各國のガバナンスの違いによる規制フレームワークと公的執行第五に、規制アプローチ方式及びその効果以上の觀点から、各國の法制を比較し、様々な觀点から法制の意義を探して評価しようします。このような過程により、まだ施行前ではおりますが、韓國の「プラットフォーム公正化法」が「市場効率性の維持」という目的を達成しながら規制の合理性を實現できるように、望ましい運營方法や示唆点を導き出そうとしています。

주제어(キーワード) : 디지털 플랫폼(デジタルプラットフォーム), 플랫폼 규제(プラットフォーム規制), 경쟁법(競爭法), 경쟁정책(競爭政策), 투명성(透明性), 공정성(公正性), 검색중립성(檢索中立性), 자기편향(自己偏向), EU 플랫폼규칙(EUプラットフォーム規則), 일본(日本), 한국(韓國)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제99호 2020년 12월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2020.99.237

업무상 재해의 상당인과관계 증명책임 완화에 대한 검토 및 제언*

- 산업재해보상보험법의 입법론적 개선방안을 중심으로 -

조 윤 익** · 문 성 준*** · 이 윤 서**** · 김 예 진*****

▶목 차◀

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 이론적 논의와 판례
1. 증명책임 전환 이론
2. 증명책임 완화 이론
3. 소결
Ⅲ. 입법론적 개선방안
1. 국회에서의 증명책임 개정안에 대한 논의 흐름
2. 주요 국가들의 입법례 분석
3. 소결
Ⅳ. 업무상 재해의 상당인과관계 증명책임에 관한 제언
1. 산업재해보상보험법의 개정 : 증명책임의 완화
2. 실무적 적용방안 및 보충법리
Ⅴ. 맺으며

* 본 연구논문은 '재난과 법'을 주제로 개최된 고려대학교 자유전공학부 제5회 논문경연대회에서 대상을 수상하였다.
** 주저자. 고려대학교 자유전공학부 경영학과, 학생.
*** 고려대학교 자유전공학부 정치외교학과, 학생.
**** 고려대학교 자유전공학부 경제학과, 학생.
***** 고려대학교 자유전공학부 행정학과, 학생.

Ⅰ. 문제의 제기

올해 4월, 구로 콜센터에서의 코로나19 집단 감염 사태는 산업재해가 한국 사회의 고질적 병폐임을 재확인시켜 주었다. 열악한 근무환경과 해당 업종 근로자들의 취약한 노동 지위는 위 사건에만 국한된 문제가 아니었다. '구의역 스크린도어 사망 사고'로 일컬어지는 한 비정규직 청년의 안타까운 죽음, 삼성 반도체 사업장 근로자들의 백혈병 발병 등 그간 반복되어 온 산업재해의 발생은 시간이 흘러도 쉽게 개선되지 않고 있는 위험한 노동환경을 실감하게 한다. 그러나 구로 콜센터의 사태가 코로나19 관련 첫 산업재해로 인정받아 근로자들이 사회적 보호를 받을 수 있었던 것처럼, 산업재해로부터 근로자를 보호하고 근로기준법에 명시된 업무상 재해에 대한 사용주의 책임을 강제보험화하기 위하여 우리나라는 산업재해보상보험법(이하 '산재보험법')을 1963. 11. 5.에 제정하여 1964. 1. 1.부터 시행하고 있다.

산재보험법은 제5조 제1항에서 '업무상의 재해'를 업무상 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망으로 규정하는데, 이는 업무상 사고, 업무상 질병, 출퇴근 재해를 포괄한다. 재해를 입은 근로자는 급여를 받기 위해 근로복지공단에 요양급여신청서를 제출해야 하며, 이후 공단은 재해조사를 실시한다. 공단은 작업환경측정자료, 물질 안전보건자료, 진료기록, 역학조사결과 등을 참고하여 재해경위, 근로이력, 사업장 유해환경, 의학적 인과관계, 개인력 및 생활환경을 조사한 뒤 승인 여부를 결정한다.[1] 근로자가 해당 결정에 불복하면 이의제기를 할 수 있는데, 이 경우 공단에 심사(1차 이의제기) 및 재심사(2차 이의제기)를 청구하거나 행정소송을 제기할 수 있다.[2]

산재보험법 제37조 제1항은 근로자가 급여를 받기 위해서는 업무와 재해 간 상당인과관계가 증명되어야 한다고 규정하는데, 이의제기로서의 행정소송에서 이에 대한 증명책임은 원칙적으로 근로자에게 부과된다. 그러나

1) 근로복지공단 산재보상국 보상계획부, "2020 산재보험 보상재활 서비스 가이드", 근로복지공단, 2020, 12쪽.

2) 근로복지공단 산재보상국 보상계획부, 위의 글, 62-63쪽.

증거의 편중과 전문적 지식의 필요성으로 인해, 법원이 통상적으로 요구하는 정도의 인과관계를 근로자가 증명하는 것은 매우 어렵다. 특히 첨단산업에서는 그 원료로 사용되는 화학물질이 자주 바뀌거나 관련 정보가 영업 비밀에 해당하는 경우가 많아, 근로자가 산업재해의 원인을 사후에 찾는 것은 불가능에 가깝다.[3] 또한 산재보험법 시행령[4]에서는 업무상 질병의 인정기준으로 시간적·의학적으로 인과관계가 증명될 것을 요구하여 산재 인정을 더욱 어렵게 하는 요인으로 작용하고 있다.

이러한 문제를 두고 그간 학계에서는 증명책임 완화 및 전환에 대한 여러 이론이 제기되었다. 법원 또한 이를 바탕으로 산업재해보험급여소송에서 근로자의 증명책임을 완화하기 위한 법리를 발전시켜왔으나, 그러한 법리가 실질적으로 근로자 보호에 기여하지 못하고 오히려 증명을 더욱 곤란하게 만들었다는 비판을 받았다. 해당 문제를 해결하기 위해 산재보험법 제37조 규정을 둘러싸고 국회와 학계에서 여러 개정안이 논의되었으나, 현재까지 입법화된 것이 없어 여전히 증명책임에 대한 다양한 해석과 주장이 공존하고 있다. 이에 본고는 상당인과관계의 증명책임 전환 및 완화 이론에 대하여 살피고(Ⅱ), 그간 국회에서 논의된 산재보험법 개정안과 주요 국가들의 증명책임 관련 입법례를 분석한 뒤(Ⅲ), 문제를 해결하기 위한 방안으로 산재보험법의 개정안과 실무적 적용방안 및 보충법리에 대하여 제언하고자 한다(Ⅳ).

---

3) 조재호, “업무상 질병의 인과관계 증명책임 완화 판례에 대한 검토”, 「사회보장법연구」 제7권 제2호, 서울대학교 사회보장법연구회, 2018. 1, 175쪽.

4) 제34조(업무상 질병의 인정기준) ② 업무상 부상을 입은 근로자에게 발생한 질병이 다음 각 호의 요건 모두에 해당하면 법 제37조제1항제2호나목에 따른 업무상 질병으로 본다.
1. 업무상 부상과 질병 사이의 인과관계가 의학적으로 인정될 것
2. 기초질환 또는 기존 질병이 자연발생적으로 나타난 증상이 아닐 것

II. 이론적 논의와 판례

1. 증명책임 전환 이론

(1) 증명책임의 분배에 관한 이론

증명책임(Beweislast)[5]이란, 소송상 증명을 요하는 사실의 존부가 확정되지 않은 진위불명의 상태에서, 당해사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 당사자가 자기에게 유리한 법률효과를 얻을 수 없게 되는 당사자의 위험 또는 불이익을 말한다. “증명책임은 민사소송의 척추이다”라는 말처럼, 증명책임을 누가 부담하는지에 따라 소송의 승패가 좌우되므로 그 분배는 매우 중요한 문제이다. 증명책임의 분배기준에 관한 통설은 법률요건분류설(이하 ‘규범설’)이다.[6] 규범설은 법관이 법규를 적용하기 위하여 해당 법규의 요건사실의 존재가 확정되어야 함을 전제로 하므로, 만약 요건사실의 부존재가 확정되거나 진위불명의 상태일 경우 법규는 적용될 수 없다. 이러한 법규부적용에 따른 불이익은 그 법규의 적용으로 승소할 당사자에게 돌아가므로, 규범설은 각 당사자가 자신에게 유리한 법규의 요건사실에 대한 증명책임을 져야 한다고 주장한다. 이에 따라 증명책임을 분배할 경우, 원고에게 우선적으로 증명책임을 부과한 후, 이에 대한 반증이나 항변의 권리를 피고에게 넘기는 형태를 보인다. 반면, 이러한 증명책임분배의 일반원칙에 대한 예외로서 권리주장자가 권리사실을 증명하는 것이 아니라 반대사실에 대하여 상대방에게 증명책임을 부담하도록 하는 경우를 ‘증명책임의 전환

---

5) 입증책임(立證責任) 또는 거증책임(擧證責任)이라고도 한다.

6) 19세기까지는 증명할 사실 자체의 성질·내용에 따라 증명책임을 분류하려는 요증사실 분류설이 지배적이었으나, 이 설은 구별기준이 명확하지 않아 현재에는 주장하는 사람이 없다. 법률요건분류설은 객관적 법규의 구조 속에서 증명책임의 분배기준을 찾으려고 하며 여기에는 특별요건설, 인과관계설, 전부사실설, 규범설 등이 주장된다. 그런데 이 중에서도 규범설이 확고한 통설 및 판례의 지위를 차지하고 있어, 규범설 자체를 법률요건분류설이라고도 한다. 이와 같은 의견으로는 이시윤, 『신민사소송법』 제14판, 박영사, 2020, 543-544쪽; 정영환, 『신민사소송법』 개정신판, 법문사, 2019, 755쪽; 박재완, 『민사소송법강의』 제3판, 박영사, 2019, 355쪽; 김일룡, 『민사소송법강의』 개정판, 오래, 2015, 616쪽.

(Umkehr der Beweislast)'이라고 한다.

(2) 증명책임의 전환

앞에서 살펴봤듯이 증명책임의 분배는 당사자들에게 소송의 승패를 좌우하는 매우 중요한 문제이므로 공평의 이념에 따라 합리적인 결과가 나올 수 있도록 이루어져야 한다. 그런데 규범설에 따라 증명책임을 분배하는 것이 오히려 당사자 간에 불공평을 초래하고 불합리한 결과를 낳을 때, 증명책임의 일반원칙을 예외적으로 수정하는 것을 증명책임의 전환이라고 한다.

증명책임의 전환은 법률의 규정에 따른 경우(입법적 접근)와 해석에 의한 경우(해석에 의한 접근)로 나뉜다. 먼저 입법적 접근은 입법을 통해 증명책임의 일반원칙에 예외적으로 수정을 가하여 일반원칙과 다른 증명책임의 분배를 처음부터 법률로 정하는 것을 말한다. 예컨대 일반규정인 민법 제750조의 불법행위에 기한 손해배상청구권이 성립하기 위해서는 청구권의 근거사실을 모두 피해자가 증명해야 하지만, 사용자의 배상책임(민법 제756조), 공작물 등의 점유자의 책임(동법 제758조), 동물의 점유자 책임(동법 제759조) 등의 경우 특별규정을 두어 가해자 측에서 주의의무를 해태하지 않았다는 사실을 증명하도록 증명책임을 전환함으로써 피해자 구제를 용이하게 하고 있다. 또한 자동차손해배상보장법 제3조에서도 원고가 아닌 피고에게 무과실을 증명하도록 규정하여 권리주장자가 권리근거사실을 증명하는 대신, 반대사실을 상대방에게 증명하도록 하여 증명책임을 전환하고 있다.

이처럼 증명책임의 전환은 대부분의 경우 법률에 특별규정을 두는 입법적 접근을 통하여 이루어지지만, 독일에서는 증명책임분배의 일반원칙을 적용하면 부당한 결과가 발생할 경우, 예외적으로 해석을 통한 증명책임의 전환도 시도되고 있다. 독일의 판례는 특히 제조물책임소송에서 제조자의 과실, 의료과오소송에서 의사의 과실과 손해의 인과관계 등에 대하여 이를 인정하고 있다.[7] 우리나라는 아직 업무상 재해와 손해 사이의 인과관계 증명에 대해서는 증명책임 전환의 법리가 적용된 판례가 존재하지 않지만, 의

7) 정영환, 위의 책, 760쪽.

료과오소송에 있어서는 이러한 법리의 도입 논의가 활발하게 이루어지고 있다.

하지만 증명책임의 전환은 증명책임분배의 일반원칙과 상반되게 증명책임을 분배하는 것이므로 법질서의 혼란을 야기할 수 있어 극히 제한적으로 인정되어야 한다. 특히 판례에서의 해석에 의한 증명책임 전환의 경우 객관적인 법률 규정이 아닌 법관에 의해 인정기준이 정해지기 때문에 법적 안정성이나 공평한 법 적용에 큰 위협이 될 수 있다.[8] 만약 이러한 증명책임의 전환 법리를 산재보험법상 상당인과관계에 적용한다면 법적 안정성을 해칠 뿐 아니라 근로자의 도덕적 해이와 남소(濫訴)가능성 등의 현실적인 부작용이 따를 수 있다. 따라서 이하에서는 증명이 곤란할 경우 증명책임을 지는 당사자의 부담을 완화시키는 증명책임 완화 이론에 대하여 살펴보고자 한다.[9]

2. 증명책임 완화 이론

(1) 개연성 이론

1) 학설의 입장

개연성 이론이란 원고가 본인이 주장하는 바의 인과관계에 대한 증명을 완전히 이행해내지 못하더라도, 상당한 정도의 개연성이 있다는 증명에만 성공한다면 인과관계를 인정할 수 있다는 법리이다. 일반적으로 민사소송에서 어느 사실의 증명이 있다고 하기 위해서는 '확실성과 거의 동등한

8) 정선주, "법률요건분류설과 증명책임의 전환", 「민사소송」 제11권 제2호, 한국민사소송법학회, 2007. 11, 150쪽.

9) 증명책임의 전환과 증명책임의 완화는 둘의 구분이 뚜렷하지 않아 하나의 판례에 대해서도 학자마다 이를 증명책임의 전환으로 볼 것인지 또는 완화로 볼 것인지에 대하여 견해의 차이가 있다. 이 글에서는 증명책임의 일반원칙 하에서 원칙적으로 증명책임을 지는 자의 부담을 부분적으로 경감해주는 것을 '증명책임의 완화'로, 증명책임의 일반원칙과 다르게 증명책임이 분배되는 것을 '증명책임의 전환'으로 보고 논의를 전개하였으며 증명책임의 완화가 과도하게 이루어질 경우 '사실상 증명책임의 전환'에 이른다고 보았다.

수준의 개연성', '사회의 통상인이 일상생활에 있어 의심하지 않고 행동의 기초로 삼을 정도의 확신'에 이르는 증명이 필요하다.[10] 반면 개연성 이론은 특히 인과관계의 존재 여부를 가려내기 어려운 환경이나 의료, 산재소송 등의 분야에서 증명책임을 완화하기 위한 법리로 사용되고 있다. 즉 개연성 이론은 입증의 정도를 '완전한 확신'에서 한 단계 낮춤으로써 가해자가 반증을 들어 인과관계의 부존재를 증명하지 못하는 한 개연적 심증, 개연성의 우월로서 인과관계를 인정하려는 것이다.[11] 이때 개연성은 손해배상의 범위를 규정한 우리나라 민법 제393조의 '통상'의 의미와 비슷한 수준으로 이해된다.[12]

그러나 개연성 이론은 증명도[13]만을 이용하여 막연하게 증명책임을 경감한다는 난점이 있다. 개연성 이론에 속하는 하위 법리들[14] 역시, 기존보다 증명도를 낮추어 증명책임을 완화할 것을 주장하면서도, 그러한 증명도인 '상당한 개연성'을 확보하는 데 필요한 구체적 내용에 대해서는 설명하고 있지 않아 모호한 측면이 있다. 따라서 개연성 이론은 판결에 적용되더라도 사실상 개연성의 판단이 개별 법관에 맡겨져 실질적인 피해자 구제를 담보하지 못한다는 한계가 있다.

---

10) 권오승, "환경소송의 효용과 한계", 「한일법학」 제14권, 한일법학회, 1995, 321쪽.

11) 정동윤·유병현·김경욱, 『민사소송법』 제7판, 법문사, 2019, 579-580쪽.

12) 박희호, "책임법에 있어서 인과관계의 구체적 척도에 관한 연구", 「동아법학」 제56권, 동아대학교 법학연구소, 2012. 8, 307쪽.

13) 법관이 사실을 인정하는 데 필요한 확신의 정도를 말한다.

14) 개연성 이론의 하위 갈래로는 사실상의 추정설, 우월한 개연성설 등이 있다. 사실상의 추정설은 피해자가 상당한 정도의 개연성이 인정될 만한 간접사실의 증명에 성공하면, 상대방의 반증이 없는 이상 경험칙의 적용을 통해 주요사실이 인정되어 인과관계가 사실상으로 추정된다고 본다. 한편 영미법상의 증거우월(preponderance of evidence), 즉 민사소송에서 원고와 피고 각각의 주장의 타당성을 비교하여 더 우월한 쪽을 인정하는 법리에 뿌리를 두는 우월한 개연성설은 어떠한 사실이 존재할 가능성이 부존재할 가능성보다 높다면 해당 사실의 존재가 인정될 수 있다고 본다. 그러나 이러한 논리는 당사자 간 주장의 대립을 해결할 수 있을 뿐, 실체적 진실을 확실히 밝히려는 데는 적합하지 않다. 더 자세한 내용은 손경한 외 5인, "국제적 집단피해에 대한 사례별 구제방안 연구", 법무부, 2014. 10, 112-113쪽; 조은래, "환경소송상의 입증문제에 대한 소고", 「환경법연구」 제28권 제3호, 한국환경법학회, 2006. 9, 337-339쪽; 전경운·김영경, "토양오염피해에 대한 손해배상청구의 법리", 「경희법학」 제48권 제3호, 경희법학연구소, 2013. 9, 65쪽 참고.

2) 판례의 동향

개연성 이론이 국내에서 최초로 적용된 사례는 대법원의 72다1774 판결[15]이다. 공해소송인 해당 사건에서 대법원은 '당해 행위가 없었더라면 결과가 발생하지 아니하였으리라는 정도의 개연성', '침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당 정도의 가능성' 등의 표현을 사용하며 피해자의 증명책임을 완화하였다. 산재소송 역시 공해소송과 마찬가지로 상당인과관계의 증명이 매우 어렵다는 특징이 있어, '상당한 개연성'을 기준으로 증명책임의 완화가 실현되기도 한다. 일례로 대법원 2003두12530 판결[16]은 화학물질에 대한 원고의 업무 중 노출수치 등을 근거로, 질병에 대한 다른 원인이 인정되지 않는 이상 업무와 상당인과관계가 있는 것으로서 업무상 재해로 볼 수 있다고 판단하였다. 또한 당해 사건에서 문제되었던 화학물질인 벤젠의 노출허용기준보다 실제 원고의 노출수치가 낮더라도 근로자가 질병의 원인물질에 지속적으로 노출되었기에 해당 화학물질이 질병의 원인이거나 적어도 그것이 발병을 촉진한 하나의 원인이 되었다고 추단할 수 있다고 하며 개연성 판단의 정도를 상당 부분 완화하였다.

이후 대법원의 2015두3867 판결[17]은 산업재해보상보험제도의 목적과 취지 등을 고려하면서 개연성 판단의 정도를 완화했을 뿐 아니라, 증명방해법리나 역학적 증거에 의한 증명 등의 논의를 받아들여 실질적으로 증명책임을 완화하고 있다는 점에서 큰 의미를 지닌다.[18] 해당 판결에서의 쟁점은 LCD(액정표시장치) 공장에서 근무한 근로자에게 발병한 다발성 경화증이 업무상 재해에 의한 질병으로 인정될 수 있는지 여부였다. 당시 대법원은 업무상 질병이 인정되기 위해서는 업무와 질병 간 인과관계가 존재하여야 하고 그 증명책임은 원칙적으로 근로자에게 있으나, 희귀질환의 연구결과가 충분하지 않아 현재의 의학 및 자연과학 수준에서의 증명은 곤란하므로, 의학적·자연과학적으로 명백한 인과관계가 아닌 법적·규범적 관점에서의 상

15) 대법원 1974. 12. 10. 선고 72다1774 판결.
16) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003두12530 판결.
17) 대법원 2017. 8. 29. 선고 2015두3867 판결.
18) 조재호, 앞의 글, 196쪽.

당인과관계가 인정되면 그 증명이 있다고 보았다. 즉 산업재해의 발생원인에 관한 직접적인 증거가 없더라도 근로자의 취업 당시 건강상태, 질병의 원인, 발병원인이 될 만한 물질의 작업장 내 존재 여부, 해당 물질이 있는 작업장에서 근무한 기간 등의 여러 사정을 고려하여 경험칙과 사회통념에 따라 합리적인 추론을 통하여 인과관계를 인정할 수 있으며, 이때 업무와 질병 사이의 인과관계는 사회 평균인이 아니라 질병이 생긴 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 판단하여야 한다고 하였다. 위 판결은 증명책임 완화와 관련된 논의들을 종합적으로 받아들임으로써 근로자 측의 인과관계 증명 부담을 실질적으로 완화하는 선례를 남겼다.

그러나 개연성 이론은 개연성의 정도가 법관에 따라 다르게 받아들여질 수 있다는 점에서 한계가 있다고 지적된다.[19] 예컨대 반도체 공장 근로자들의 악성 림프종 및 급성 백혈병 발병 사건[20]에서 대법원은 앞서 살핀 판례들과 같이 의학적·자연과학적으로 명백하지 않더라도 간접사실에 의하여 업무와 재해 사이의 상당인과관계가 추단될 정도로 증명되면 족하다고 하면서도, 유해물질 노출 정도가 질병을 유발하거나 그 진행을 촉진할 정도라고 보기는 어렵다는 이유로 인과관계를 부정한 바 있다. 이는 화학물질의 노출허용기준보다 낮은 정도의 노출에도 인과관계를 인정한 앞선 판례[21]와는 다소 다른 경향을 보인다. 이처럼 개연성 이론이 판결에 적용된다고 하더라도 그것이 해당 이론의 본 취지인 증명책임 완화에 실제적으로 기여할 수 있는지는 불확실하다는 문제가 있다.

(2) 간접반증 이론

1) 학설의 입장

간접반증(indirekter Gegenbeweis)이란 주요사실에 관하여 일응의 추정[22]이 인정될 때, 해당 추정의 전제사실과는 양립되는 별개의 간접사실을

19) 조성민, "공해의 사법적 구제에 관한 고찰", 「한양법학」 제1집, 한양법학회, 1990. 2, 50쪽.

20) 대법원 2016. 8. 30. 선고 2014두12185 판결.

21) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003두12530 판결.

증명함으로써 기존의 추정을 전복하는 증명활동을 말하며,[23] 간접반증 이론은 이러한 간접반증의 구조를 이용하여 증명의 곤란으로부터 피해자를 구제하고자 한다. 이는 법관의 자유심증에 의해 판단이 좌우될 수 있다는 개연성이론의 한계를 극복하기 위해 등장했다는 점에서 신개연성 이론이라 불리기도 한다. 독일의 환경소송에서 발전한 위 법리는 다음과 같이 주제를 나누어 입증을 요구한다. 인과관계적합성(Kausalitätseignung, 문제가 된 물질이 손해를 발생시킬 만한 것이라는 점)과 1차적 인과관계(Initialkausalität, 가해자가 운영하는 시설에서 해당 물질이 생성된 점), 그리고 2차적 인과관계(Grundkausalität, 해당 물질이 피해자에게 도달했고 피해자의 법익을 침해한 점)를 입증하면 가해자가 다른 간접사실을 통한 반증을 하지 못하는 한, 상당한 개연성과 그에 따른 인과관계가 인정된다.[24]

이처럼 간접반증이론은 세 요건을 토대로 경험칙의 작용영역을 규정하고 가해자에게 간접반증책임을 지우고 있어, 증명도에만 집중한 개연성설보다 명확한 이론 구성을 보인다는 특징이 있다.[25] 최근 산업재해보험급여소송을 비롯한 현대형 소송에 있어 인과관계의 증명이 곤란한 경우가 늘어나고 있는데, 피해자에게 인과관계의 모든 사항을 증명하도록 요구하는 것은 형평의 관념에 비추어 적절하지 않다. 이러한 점을 고려하여, 업무상 재해의 증명책임 분배에 있어 일부를 피고 측의 간접반증의 대상으로 함으로써 증명의 곤란을 겪는 피해자를 보호하려는 판시가 꾸준히 증가하는 추세이다.

2) 판례의 동향

공해소송에서는 오래전부터 간접반증 이론의 적용이 활발하게 이루어지고 있다. 대법원 81다558 판결[26]은 피고 기업의 폐수배출과 원고 근로자의 발병 간 인과관계를 다룬 사건에서, 피고 기업이 배출한 원인물질이 물

22) 증명에 난점이 있는 주요사실에 대하여 고도의 개연성이 있는 경험칙을 이용하여 간접사실로부터 그 주요사실을 추정하는 것을 말한다.
23) 이시윤, 앞의 책, 552쪽.
24) 손경한 외 5인, 앞의 글, 113쪽.
25) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 580쪽.
26) 대법원 1984. 6. 12. 선고 81다588 판결.

을 매체로 하여 간접적으로 손해를 끼칠 가능성이 농후하며 가해행위와 손해 사이의 인과관계를 구성하는 일련의 연결고리를 자연과학적으로 증명한다는 것은 사실상 불가능하다는 점을 인정하였다. 또한 해당 판결은 기술적·경제적으로 피해자보다 원인조사가 용이하며 원인을 은폐할 염려가 있는 가해기업이 해당 물질과 손해 사이에 인과관계가 없음을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 판시함으로써 최초로 간접반증을 활용한 증명책임 완화 판결을 보여주었다. 이외에도 대법원은 다수의 환경소송[27], 의료소송[28], 그리고 제조물 책임소송[29]에서 간접반증 이론의 적용을 꾸준히 보여주었다.

한편 업무와 재해 간 인과관계가 문제되는 사건에 대해서 대법원은 일관적으로 개연성 이론에 따라 증명책임을 완화하는 경향을 보였으나 최근에는 하급심 판례뿐만 아니라 대법원 판례 중에서도 간접반증 이론을 이용하여 증명책임을 완화한 사례가 등장하였다. 대법원 2010두283 판결[30]은 기존 판례의 경향과는 달리 간접반증 이론을 적용하여 업무상의 재해 인정 여부에 관한 증명책임을 근로자에게만 부담시키지 않고 공단과 적절히 분배되어야 한다고 판시하면서 피고 공단의 지급청구를 인정하였다. 해당 판결 하급심[31]에서는 위 판결 요지를 보다 자세히 명시하였는데, 해당 업무상 재해의 증명책임 입증에 대해 근로자가 ① 업무 중 취급한 물질이 발병원인일 가능성이 있다는 점, ② 근로자가 정상적인 업무 중 해당 물질에 노출되었다는 점, ③ 이전에는 질병의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었으나 근로자가 업무에 종사하던 중 질병에 걸렸다는 점을 증명했을 시, 사업주 또는 국가가 ㉠ 발병원인물질이 인체에 전혀 무해하다는 점 혹은 ㉡ 발병원인물질과 무관한 다른 원인이 질병의 원인이라는 점을 증명하지 못한다면 인과관계가 추정되어 업무상 재해가 인정된다고 보았다.

---

27) 95다2692 판결; 2003다2123 판결; 2009다42666 판결; 2009다84608 판결 등.
28) 93다52404 판결; 98다10472 판결; 2002다3822 판결; 2012다117492 판결 등.
29) 98다15934 판결; 2003다16771 판결; 2004가단29429 판결; 2005다31361 판결 등.
30) 대법원 2019. 4. 29. 선고 2010두283 판결.
31) 서울고등법원 2009. 12. 2. 선고 2009누8849 판결.

위 판결은 “근로자의 업무상의 재해를 신속하고 공정하게 보상(산재보험법 제1조)”함으로써 근로자 보호에 기여하고자 하는 산재보험제도의 취지를 고려하였고, 간접반증 이론을 통해 증명책임을 적절하게 분산시켜 공적 부조의 활성화를 도모했다는 점에서 그 의의를 인정할 수 있다. 그러나 만약 근로자가 작업환경에서 사용하였던 물질과 질병 간의 의학적 인과관계를 증명할 수 없는 경우 산재를 인정받을 수 없고, 근로자가 업무를 수행한 작업장에서 사용된 물질을 전혀 모르는 경우 위와 같은 추정이 불가능하다는 한계를 여전히 지니고 있다.[32]

(3) 증명방해 법리

1) 학설의 입장

우리 민사소송법은 제344조 제1항에서 문서제출명령 위반 등의 증명방해행위에 대하여 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 규정되지 않은 형태의 증명방해행위에 대해서도 일반적으로 신의성실의 원칙을 근거로 하여 해당 방해행위를 한 상대방에게 일정한 불이익을 부여해야 한다고 명시하고 있다. 행정소송에 관하여 민사소송법 규정을 준용한다는 행정소송법 제8조 제2항을 고려하였을 때, 위와 같은 증명방해의 법리는 행정소송 절차를 통해 이루어지는 업무상 재해 소송에서도 적용할 수 있을 것으로 기대된다.[33] 즉 행정소송의 당사자는 “문서를 가지고 있는 사람에게 그것을 넘겨달라고 하거나 보겠다고 요구할 수 있는 사법상의 권리”를 가지고 있는 경우 법원에 대하여 문서제출의무자에게 문서제출명령을 내릴 것을 요구할 수 있으며 상대방이 법원의 제출명령에 응하지 않거나 문서를 훼손하는 등의 방해행위를 할 경우, 법원은 이 사실을 당사자의 증명책임 완화의 근거로 고려할 수 있다.

특히나 산재소송 과정에서는 사용자가 영업 비밀을 이유로 관련 자료

32) 김구열·김재원·손익찬, “업무상 질병 여부에 대한 증명책임과 근로자의 건강권 보장”, 「공익과 인권」 제14권, 서울대학교 공익인권법센터·서울대학교 법학전문대학원 인권법학회 공동발간, 2014, 89쪽.

33) 조재호, 앞의 글, 189쪽.

의 제출을 거부하는 경우가 빈번하게 발생하므로[34] 증명방해 법리의 적용은 산업재해 보상 사건의 해결에 크게 기여할 수 있을 것으로 보인다. 다만, 해당 법리의 적용을 위해서는 근로자가 사업주의 구체적인 증명방해 행위의 존재를 증명해야 하는데 이 역시 결코 쉬운 과정이 아니기에 아직까지 그 실효성이 적은 것으로 보인다. 또한 사업주의 증명방해 행위가 인정되더라도, 이는 우리 법 대원칙 중 하나로써 증거의 증명력을 법관의 자유로운 판단에 맡긴다는 자유심증주의에 따라 변론 전체의 취지로 참작할 수 있을 뿐, 증명방해 행위가 있었다는 사정만으로 곧바로 인과관계가 존재한다는 판단을 할 수 있는 것은 아니라는 점에서 증명방해법리는 한계를 안고 있다.[35] 더불어 민사소송법 제344조에서 규정하고 있는 문서제출의무를 가진 문서의 경우에는 해당 규정을 문서제출 거부에 따른 증명방해에 대한 제재의 근거로 볼 수 있지만, 법률에 규정이 없는 일반적인 증명방해 행위에 대해서는 증명방해에 대한 제재를 가하는 근거가 명확하지 않으므로 추가적인 법리 보완이 필요하다.

2) 판례의 동향

업무상 재해 소송에서 증명방해 법리가 활용된 판례로는 앞서 언급한 서울고등법원 2011누23995 판결[36]이 있다. 삼성전자 반도체사업부 백혈병 피해 노동자의 항소심 판결이었던 위 판결에서는 증명책임을 여전히 근로자 측에 지우고 있으나, 해당 사건의 보조참가자인 삼성전자에 가스 또는 화학물질 모니터링 시스템의 작동 내역을 밝힐 의무를 부과함으로써 증거편재의 현실을 반영하고 사용자 측의 정보 은폐와 사실 왜곡 등의 증명방해 행위를 상당인과관계의 판단과정에서 고려하였다.

---

34) 박선우, “근로자가 알아낼 수 없는 증거를 증거로 내라…한솔케미칼 논란으로 본 산재 소송의 역설”, 로톡뉴스, 2020. 1. 31., https://news.lawtalk.co.kr/1737 (2020. 12. 29. 최종확인); 정은주, “백혈병 등 산재 소송서 삼성, 법원 제출자료 불응 83%”, 한겨레, 2016. 9. 26., http://www.hani.co.kr/arti/society/labor/762695.html (2020. 12. 29. 최종확인)

35) 조재호, “업무상 질병의 인과관계 증명책임”, 「사회보장법연구」 제6권 제1호, 서울대학교 사회보장법연구회, 2017, 119쪽.

36) 서울고등법원 2014. 8. 21. 선고 2011누23995 판결.

한편 대법원에서 직접적으로 증명방해법리를 통해 업무상 질병 소송의 인과관계 증명책임을 경감한 판례는 찾아보기 어렵다. 증명방해법리가 부수적으로 적용된 판례로는 앞서 언급한 삼성전자 LCD 공장 근로자의 업무상 질병에 대해 다룬 대법원 2015두3867 판결[37]이 있다. 해당 판결에서는 "사업주의 협조 거부 또는 관련 행정청의 조사 지연 등으로 인해 해당 질환에 영향을 미칠 수 있는 작업환경상의 유해요소들의 종류와 노출정도를 구체적으로 특정할 수 없었다는 특별한 사정이 인정된다면, 상당인과관계를 인정하는 단계에서 근로자에게 유리한 간접사실로 고려할 수 있다"라고 판시하였다. 더불어 삼성전자가 법원에 산업안전·보건진단 결과보고서를 제출하는 과정에서, '공정 중 취급하는 유해화학물질의 현황 및 작업환경측정 결과', '근로자의 건강관리 현황' 등은 영업비밀에 해당한다며 삭제한 후 제출했다는 점을 미루어보았을 때 원고가 자신에게 해악을 끼친 유해화학물질의 종류 및 노출 정도를 증명하기 곤란하다는 점을 인정하고 이를 원고에게 유리한 사정으로 판단하였다. 즉, 증명방해행위가 있는 경우 이를 인과관계를 판단 시에 적극적으로 고려할 필요가 있다는 점을 강조함으로써, 사업주의 증명방해행위를 근로자의 증명책임 완화 근거로 참작하여 증거의 편재로 인한 근로자의 증명 곤란 문제를 완화할 수 있다는 가능성을 보여주었다. 하지만 여전히 산업재해 소송에서는 사업주가 영업비밀을 이유로 문서제출명령을 거부하거나 문서를 은폐하는 경우가 많기 때문에 증명방해법리의 보다 강화된 적용이 필요할 것으로 보인다.

3. 소결

업무상 재해의 상당인과관계의 증명책임을 지는 근로자의 부담을 덜어줄 수 있는 방안을 찾아보고자 지금까지 증명책임의 전환 및 완화 이론에 대하여 살펴보았다. 증명책임의 전환은 현대형 소송의 정보 편차와 전문성 문제에 대한 보완책으로서 소송의 적정 및 공평성을 높이는데 기여할 수 있

37) 대법원 2017. 8. 29. 선고 2015두3867 판결.

으나, 법적 안정성을 침해하여 법질서에 혼란을 야기하고, 특히 해석에 의한 증명책임의 전환이 이루어질 경우에는 법관이 입법자의 역할을 대신한다는 점에서 현실적으로 적용이 어려울 것으로 보인다.

그간 판례는 여러 학설을 통해 상당인과관계의 증명책임에 대한 완화를 시도하였으나, 각각의 한계점이 분명 존재하였다. 개연성 이론의 경우, 법관에 따라 '상당한 개연성'의 정도가 매우 다르게 인정되어 명문화된 규정이 없는 한 근로자의 증명책임 완화를 확실하게 이끌어내기는 어려웠다. 간접반증 이론은 개연성 이론보다 그 판단기준이 명확하나, 근로자가 의학적 인과관계를 증명할 수 없거나 작업장에서 사용된 물질을 전혀 알 수 없는 경우에는 여전히 근로자의 증명 곤란을 해결할 수 없었다. 또한, 증명방해법리는 실효성이 낮고 인과관계 판단의 결정적 요인으로 작용하기 어렵다는 한계가 있었다. 따라서 본고는 이러한 문제점을 해결하기 위한 입법론적 개선방안을 모색하기 위하여, 그간 국회에 발의된 산재보험법 개정안을 살피고 주요 국가들의 증명책임 관련 입법례를 분석하고자 한다.

Ⅲ. 입법론적 개선방안

1. 국회에서의 증명책임 개정안에 대한 논의 흐름

(1) 서설

위에서 살펴본 것처럼 학계와 판례에서 근로자의 증명책임을 완화하기 위한 다양한 시도들이 있었다. 그러나 실체법규에 아무런 변화가 없는 한, 이러한 이론적인 논의들은 얼마든지 다양한 해석이 가능하고, 판례마다 다르게 적용되어 법적 안정성을 해칠 수 있다는 한계를 지닌다. 그러므로 이하에서는 법적 안정성과 객관성을 가장 확실하게 담보할 수 있는 입법론적 개선방안에 대해 살펴보고자 한다. 현재까지 국회에서 업무상 재해의 증명책임에 대하여 논의된 개정안은 18대 국회(2008~2012)에서 두 번, 19대 국

회(2012~2016)에서 한 번 제안되었으나 세 개정안 모두 위원회 심사단계에 그치고 임기만료로 폐기되었다. 역대 국회에서 이루어진 입법적인 시도의 주요 내용은 무엇인지, 그리고 이러한 시도가 실질적인 성과를 얻지 못한 이유는 무엇인지 분석하고자 한다.

(2) 18대 국회 산업재해보상보험법 일부개정법률안

1) 강성천 의원안[38]

> 산업재해보상보험법 일부를 다음과 같이 개정한다.
> 제37조제2항 및 제3항을 각각 제3항 및 제4항으로 하고, 같은 조에 제2항을 다음과 같이 신설한다.
> ② 제1항에 따른 업무와 재해 사이에 상당인과관계의 존재여부에 대한 입증책임은 사업주가 부담한다.

위 개정안은 증명책임의 전환을 입법화하려는 첫 시도였다. 재해의 업무관련성에 대한 증명책임에 관하여 명확하게 규정하고 있지 않아 그 증명책임을 근로자에게 전가하고 있는 현행 산재보험법을 개정하여 그 증명책임을 사업주가 전적으로 부담하도록 명시하고자 한 것이다. 그러나 법정에서 증명책임이 문제되는 산재보험급여소송은 원칙적으로 근로복지공단의 급여 부지급 처분 등에 대한 행정심판의 성격을 갖는 산재심사 및 재심사 청구를 거쳐 행정소송으로 진행되므로, 업무상 재해 판단과 관련된 증명책임을 제3자인 사업주에게 전환하는 것은 현실적이지 않을 뿐 아니라 소송법적으로도[39] 타당하지 않다. 위 개정안은 소관상임위원회에 상정되지 못한 채로 폐기되었다.

---

38) 강성천 의원 등 10인의 산업재해보상보험법 일부개정법률안, 의안번호 1812866 (2011. 8. 12. 발의)

39) 근로복지공단의 급여 부지급 처분의 위법성을 주장하는 원고인 피재근로자 측이 인과관계에 대하여 증명책임을 부담하는 것이 소송법상의 원칙이므로, 이에 대한 증명책임이 전환된다고 하더라도 사업주가 아닌 근로복지공단에 증명책임이 전환되는 것이 타당할 것이다.

2) 이미경 의원안[40]

> 산업재해보상보험법 일부를 다음과 같이 개정한다.
> 제37조의2를 다음과 같이 신설한다.
> 제37조의2(증명책임의 분배) 근로자가 제37조제1항제2호가목에 따른 업무상 질병에 걸린 경우 근로자가 업무수행 과정에서 같은 목상의 근로자의 건강에 장해를 일으킬 수 있는 요인을 취급하거나 그에 노출된 경력이 있다는 사실을 증명하면 제37조제1항 각 호 외의 부분 단서에 따른 상당인과관계가 있는 것으로 추정한다. 다만, 공단이 다음 각 호의 사실을 모두 증명하면 그러하지 아니하다.
> 1. 근로자가 건강에 장해를 일으킬 수 있는 요인을 취급하거나 그에 노출되는 업무시간, 그 업무에 종사한 기간 및 업무 환경 등에 비추어 볼 때 근로자의 질병을 유발할 수 없다는 사실
> 2. 근로자가 건강에 장해를 일으킬 수 있는 요인을 취급하거나 그에 노출된 것이 원인이 되어 그 질병이 발생한 것이 아니라는 의학적 사실

위 개정안은 현행 산재보험법에 제37조의2(증명책임의 분배)를 신설하는 것이 주요 내용이다. 업무상 질병의 경우 증명의 책임을 나누어 근로자는 업무수행과정에서 유해·위험요인을 취급하거나 유해·위험 요인에 노출된 경력이 있다는 사실을 증명하도록 하고, 공단은 재해자가 증명한 사실에 대하여 업무와 재해 사이에 의학적 인과관계가 없다는 사실을 반증하도록 했다. 이러한 증명책임의 분배는 산업의 고도화로 인해 유해화학물질 사용 등이 많아지고 이에 따른 직업병도 늘어나고 있는 상황에서 재해자가 업무와 재해 사이의 인과관계를 증명하기 어렵다는 점, 증명에 필요한 증거자료는 공단과 사업주가 가지고 있는 상황에서 재해자가 자료를 확보하기도 어려울 뿐 아니라, 의학적 사실도 증명하기가 불가능하다는 점을 고려하여 근로자의 부담을 덜어주고자 한 것이다.

---

40) 이미경 의원 등 46인의 산업재해보상보험법 일부개정법률안, 의안번호 1813703 (2011. 11. 1. 발의)

환경노동위원회 검토보고서에서는 위 개정안을 반영할 경우 다음과 같은 사항들이 신중하게 검토될 필요가 있다고 지적했다. ① 현재 공단이 담당하고 있는 유해·위험 요인의 취급 및 노출 경력에 대한 조사 및 증명의 책임이 근로자에게 분배되면 오히려 근로자에게 더 부담을 줄 우려가 있고, 근로자 및 공단 각각의 자료수집 과정에서 사업주가 자신에게 유리한 자료를 제출하는 경우 노사갈등을 유발할 수 있다는 점 ② 개정안은 증명책임을 분배하는 방식으로 규정하고 있으나, 사실상 증명책임을 공단으로 전환하려는 취지로 해석될 수 있어 산재보상 체계가 왜곡될 수 있다는 점. 즉, 원인이 밝혀지지 않은 질병의 경우 공단이 이를 반증하기가 어려워 당연히 산재로 인정될 것이고 그 결과, 업무상 질병이 아닌 일반 질병에 대해서도 산재보험에 의존하려는 도덕적 해이 현상이 심화될 우려가 있다는 점 ③ 산재보험에서 입증책임이 전환된 외국의 입법례를 찾기 어렵다는 점이 그것이다.

2011년 11월 22일에 진행된 제303회 국회(정기회) 제5차 전체회의기록에 따르면 환경노동위원회 검토보고서의 지적사항과 더불어 당시에 근로자들의 증명책임을 덜어주기 위해 얼마 전에 개선된 질병판정위원회 제도의 효과를 먼저 지켜보자는 의견과 법체계에 큰 변화를 가져오는 만큼 더 신중한 논의가 필요하다는 의견이 제시되었고, 위 개정안 역시 본회의에 상정되지 못한 채로 폐기되었다.

(3) 19대 국회 산업재해보상보험법 일부개정법률안[41]

산업재해보상보험법 일부를 다음과 같이 개정한다.
제5조에 제8호를 다음과 같이 신설한다.
8. “유해·위험 요인”이란 물리적 인자(因子), 화학물질, 분진, 병원체, 신체에 부담을 주는 업무 등 근로자의 건강에 장해를 일으킬 수 있는 요인을 말한다.
제37조제1항제2호가목 중 “물리적 인자(因子), 화학물질, 분진, 병원체, 신체에 부담을 주는 업무 등 근로자의 건강에 장해를 일으킬 수 있는 요인”을 “유해·위험 요인”으로 한다.
제37조의2를 다음과 같이 신설한다.

제37조의2(유해・위험 요인으로 인한 업무상 질병의 증명책임) 근로자가 「근로기준법」 제78조제2항에 따른 업무상 질병에 걸린 경우 근로자가 업무수행 과정에서 유해・위험 요인을 취급하거나 그에 노출된 경력이 있음을 증명하면 제37조제1항제2호가목에 따른 업무상 질병으로 본다. 다만, 공단이 다음 각 호의 요건 모두를 증명하면 그러하지 아니하다.

1. 유해・위험 요인을 취급하거나 유해・위험 요인에 노출되는 업무시간, 그 업무에 종사한 기간 및 업무 환경 등에 비추어 볼 때 근로자의 질병을 유발할 수 있다고 인정되지 아니할 것
2. 근로자가 유해・위험 요인에 노출되거나 유해・위험 요인을 취급한 것이 원인이 되어 그 질병이 발생하였다고 의학적으로 인정되지 아니할 것

위 개정안은 18대 국회에서 발의되었던 이미경 의원 등 46인의 개정안에 '유해·위험 요인'에 대한 정의규정이 추가된 것으로, 근로자가 업무수행 과정에서 유해·위험 요인을 취급하거나 그에 노출된 경력이 있음을 스스로 증명하도록 하고, 근로복지공단은 주장된 질병과 업무 사이에 인과관계가 없음을 증명하도록 함으로써 근로자의 증명책임 부담을 완화하려는 주요 내용은 이전과 동일하다. 단, 이전의 개정안에서는 동법 제37조 제1항 제2호 가목[42]에 따르는 것으로 규정된 업무상 질병이 위 개정안에서는 「근로기준법」 제78조 제2항에 따른 것이라는 점에서 차이가 있다.

환경노동위원회 검토보고서에서는 위 개정안에 대하여 다음과 같은 사항들을 지적했다. ① 개정안은 「근로기준법」 제78조 제2항에 따른 업무상 질병에 걸린 경우로 업무상 질병의 증명책임범위를 한정하고 있는데, 이는 현재 실질적인 업무상 질병 판정기준이 되고 있는 「산업재해보상보험법

41) 이미경 의원 등 33인의 산업재해보상보험법 일부개정법률안, 의안번호 1900651 (2012. 7. 12. 발의)

42) 업무수행 과정에서 물리적 인자(因子), 화학물질, 분진, 병원체, 신체에 부담을 주는 업무 등 근로자의 건강에 장해를 일으킬 수 있는 요인을 취급하거나 그에 노출되어 발생한 질병

시행령」의 별표3, 「업무상 질병에 대한 구체적인 인정기준」보다 업무상 질병의 범위를 제한할 수 있다는 점 ② 개정안은 근로복지공단이 유해·위험요인과 질병과의 의학적 인과관계가 없다는 사실을 반증하도록 하고 있으나, 특정한 개인에 대하여 업무와 질병의 관련성이 없다는 것을 의학적으로 계량화하여 증명하기 곤란한 경우가 다수 있으며, 업무상 질병을 인정하는 관련 판례에서도 업무와 질병 사이에 의학적, 자연과학적으로 명백한 인과관계를 요구하지는 않고 있으므로, 의학적 관련성은 질병의 업무기인성을 설명하기 위한 보충자료로 활용되어야 한다는 점이 그것이다.

2012년 8월 27일에 진행된 제301회 국회(임시회) 제2차 전체회의에서도 이러한 지적과 같이 업무와 질병 사이 인과관계가 없다는 의학적 반증요건을 법률에 명시하는 것은 신중하게 결정할 필요가 있다고 보았고, 위 개정안 역시 본회의에 상정되지 못한 채로 폐기되었다.

(4) 검토

국회에서 논의되었으나 큰 성과 없이 임기만료로 폐기된 위 개정안들은 증명책임의 분배 정도에 차이는 있으나 근로자가 지는 인과관계의 증명책임을 대폭 완화하여 실질적으로 사업주 혹은 근로복지공단의 몫으로 전환하려는 취지로 발의되었다. 그러나 현행법상 피재근로자가 지고 있는 증명책임을 전환하는 것은 다음과 같은 문제들을 내포하고 있어 앞서 논의된 개정안들이 입법에 반영되기 어려웠던 것으로 보인다.

먼저, 18대 국회 강성천 의원 등 10인의 개정안처럼 정보 접근성의 측면에서 우월한 지위를 가진 사업주에게 증명책임이 전가되면 사업주는 자신에게 유리한 정보만을 선별적으로 활용할 수 있고, 이는 결국 사업주의 면책증명을 촉진하여 오히려 근로자 측에 불리한 결과로 이어질 수 있다.[43] 특히 산업재해 발생 이전부터 사업주가 면책의 요건을 인지하고 정보를 독점한다면 업무상의 재해를 예방하려는 사용자 측의 의욕과 유인이 부재한 상황이 초래될 수도 있다. 이러한 잠재적인 문제를 차치하고서라도 현행 실

43) 박지순·이주원, "산재보험급여소송에서 업무상 재해의 증명책임", 「고려법학」 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 66쪽.

무와 법체계상 산재보험소송에서 제3자인 사업주에게 존재하지 않았던 증명책임을 단번에 전적으로 부담시키는 것은 타당하지 않다. 하지만 현행법상 소송 당사자가 아닌 사업주는 재판부가 요구한 자료 제출을 거부하더라도 아무런 불이익을 받지 않아 근로자의 산재 입증이 곤란해지는 경우가 빈번하게 발생하고 있으므로, 사업주에게는 인과관계 증명을 위한 진상조사 시 정보제공에 협조하도록 강제하는 정도의 일정한 부담을 지우는 것이 바람직할 것이다.

다음으로, 18·19대 국회에서 이미경 의원이 대표발의한 개정안들처럼 근로자 측 증명책임을 대폭 완화시킴으로써 근로복지공단에게 증명책임이 사실상 전환될 경우 근로자 측이 제소를 남발할 위험이 있다. 그렇게 되면 결국 경계가 불분명하고 원인이 의심스러운 사안에 대해서도 산재 인정 사례의 범람이 나타날 가능성이 매우 높다. 이러한 현상은 산재보험급여 및 행정비용의 현저한 증가로 이어져 산재보험재정 전반의 위기를 초래할 뿐만 아니라 사업주의 보험료 부담을 가중시켜 산재보험제도 자체의 존립기반을 위협하게 된다. 이처럼 산재보험의 운영체계를 고려하였을 때 오로지 근로자 보호만을 최우선으로 입법하는 것은 오히려 산재예방이라는 기본적인 과제 수행을 곤란하게 할 수 있으므로 다양한 이해관계를 신중하게 고려한 뒤 근로자의 부담을 덜어주는 방향을 모색해야 할 것이다.

우리나라에서 이처럼 증명책임을 전환하려는 입법적 시도가 있었음에도 불구하고 아직 입법과정에서 아무런 성과를 얻지 못한 것은 이와 같은 현실적인 문제들을 내포하고 있기 때문이다. 그러므로 이하에서는 주요 국가들의 입법례를 분석하여 시사점을 도출하고, 기존에 우리나라에서 제시된 개정안들의 문제점을 보완하여 증명책임 완화 법리의 바람직한 입법화 방향을 제안하고자 한다.

2. 주요 국가들의 입법례 분석

현재 모든 국가에서 업무상 사고 및 업무상 질병의 증명에 대한 책임은 원칙적으로 재해자에게 있으며, 업무상 사고의 경우에는 업무와 재해 사이

인과관계 증명에 대한 책임 문제가 거의 발생하지 않고 있다. 따라서 이하에서는 각국에서 인과관계 증명이 어려운 업무상 질병의 증명책임을 어떻게 완화하고 있는지에 대하여 중점적으로 살펴보려고 한다.

(1) 독일

독일은 현재 산재보험법(Sozialgesetzbuch VII: Gesetzliche Unfallversicherung, 사회법전 제7편) 제3장에서 산업재해(제8조)와 직업병(제9조) 등 산재보험 적용사례에 관해 규정하고 있다. 특히 제9조 제1항에 근거한 연방정부의 "직업병에 관한 시행령 "(Berufskrankheitenverordnung, BKV)에서는 직업병의 목록을 구체적으로 나열하고 있다. 연방정부는 의학 지식에 따라 피보험활동을 통하여 어느 특정인 집단이 그 밖의 사람들보다 현격하게 높은 정도로 노출된 특수한 영향을 통해 야기된 질병들을 법령 속에 직업병으로 명기할 수 있는 권한을 가진다. 또한 직업병 판정을 할 시점에 최신 의학 지식에 의하여 해당 질병이 직업병 목록에 수용되기 위한 전제조건들이 충족되어 있으나 법령 제정자가 아직 변경규정을 공포하지 않았을 경우, 산재보험운영기관들은 법규에 명시되어 있지 않은 질병도 직업병과 유사하게 산재보험적용사례로 인정하여야 한다.[44]

1996년, 독일 연방상원은 사회법전 개정 시 업무 관련성이 어느 정도 인정되는 질병의 경우 산재 보험자가 발생한 질병이 업무와 관련성이 없음을 입증하지 못하면, 근로자 측에 주장과 그 증명책임을 부담시키지 않고 업무상 질병으로 인정되도록 하는 증명책임의 전환 규정[45]을 제안했다. 하지만 독일 연방정부는 이러한 증명책임의 전환이 산재보험과 건강보험의 경계를 변화시켜 사회정책적으로 수용할 수 없는 결과를 낳을 것을 우려하

---

44) 근로복지공단, 『독일 산재보험법 해설서』, 2006, 186-193쪽.

45) "자신의 업무에서 발생하는 특별한 조건으로 인하여 동법 제9조제1항 및 그 시행령에서 규정된 직업병에 이환될 위험이 상당한 정도에 이를 피보험자가 실제로 질병에 이환되었다면, 이 질병은 업무상의 사유에 의한 것으로 본다. 다만, 피보험자가 업무상의 범위 밖에서 그 질병을 얻었다면 그러하지 아니하다. 업무관련성의 특별한 조건의 존재는 그 조건이 구체적으로 증명되지 아니하지만 해당 업무에서 전형적인 것으로 나타나면 추정된다." 고려대학교 산학협력단, "요양제도 운영실태 분석을 통한 산재근로자 입증부담 완화방안 연구", 고용노동부, 2012. 10, 98-99쪽.

여 결국 해당 사안의 입법을 거부하였고, 대신에 법률상 추정(gesetzliche Beweisvermutung) 요건으로서 다음과 같이 규정했다. "① 업무의 특별한 조건으로 인하여 (제1항에서 규정하고 있는 '현저히 높은 정도'를 넘어서 그보다) 더 증가한 정도로 BKV에서 규정된 직업병의 발병 위험에 노출되어 있는 피보험자가 해당 질병에 이환되고, ② 피보험업무 외에는 발병의 원인에 대한 관련점이 확인될 수 없는 경우에는 해당 질병이 피보험업무에 의하여 야기된 것으로 추정된다." 위의 요건이 모두 충족되면 법률상 추정이 인정되지 않는 예외적인 질병을 제외하고 직업병으로서 업무상 재해로 인정된다. 증명책임의 전환 대신 이러한 법률상 추정 요건을 두면서 원칙적으로 근로자가 증명책임을 부담하되, 근로자의 증명책임 부담을 부분적으로 완화시킨 것이다. 제9조 제3항의 인과성 추정조항[46]에 따르면, 직업병 목록에 기록된 질병이 존재하며, 피보험자가 피보험활동 중 질병의 위험에 높은 정도로 노출되었으며, 피보험활동 외부의 원인에 대한 연계점이 없을 때 제3항에 따른 법적 추정이 인과관계를 대신한다. 제9조 제3항이 의미하는 추정의 반박을 위해서는 질병의 발생에 직업 외적 원인이 중대할 수 있다는 구체적인 연계점들과 진지한 가능성으로 충분하다.[47]

독일은 산재보험법을 처음 제정하여 시행한 때부터 지금까지 보상책임의 인과관계를 파악하기 위해 '중요조건설(Die Theorie der rechtlich wesentlichen Bedingung)'을 따르고 있다. 중요조건설이란 어느 조건이 결과에 대한 원인이 되려면 그 조건이 다른 조건들과 비교했을 때 결과에 대해 가지는 특별한 내적 관계로 인해 결과 발생에 중요하게(wesentlich) 기여한 조건이 되어야 한다는 학설로, 독일과 오스트리아에서 통설과 판례로 인정되고 있는 이론이다.[48] 우리나라에서 취하고 있는 상당인과관계설[49]과

---

46) Erkranken Versicherte, die infolge der besonderen Bedingungen ihrer versicherten Tätigkeit in erhöhtem Maße der Gefahr der Erkrankung an einer in der Rechtsverordnung nach Absatz 1 genannten Berufskrankheit ausgesetzt waren, an einer solchen Krankheit und können Anhaltspunkte für eine Verursachung außerhalb der versicherten Tätigkeit nicht festgestellt werden, wird vermutet, daß diese infolge der versicherten Tätigkeit verursacht worden ist.

47) 근로복지공단, 앞의 책, 195쪽.

48) 유성재, "산재보험법제의 현황과 과제 - 업무의 개념과 인과관계를 중심으로", 「법

비교해 보면 상당인과관계설은 일반적·추상적 관점에서 인과관계를 평가하는 반면, 중요조건설은 개별적·구체적 관점에서 인과관계를 평가한다. 상당인과관계설은 행위 시 예견할 수 있었던 상황을 기초로 판단하는 반면 중요조건설은 어느 조건이 결과발생에 대하여 가졌던 관계를 사후에 과거를 되돌아보면서 판단하므로, 상당인과관계설이 요구하는 당사자의 주의의무로서 인식가능성(Erkennbarkeit)과 예견가능성(Vorhersehbarkeit)을 배제하고 있다.[50]

한편 우리나라는 산재보험법에 의한 보험급여와 민사상 손해배상청구 사이에 청구권 경합을 인정하지만 독일은 고의 또는 중과실에 의한 불법행위 또는 통근도상의 재해를 제외한 모든 산업재해에 대해서는 일체의 민사상 손해배상책임을 배척하는 배타적인 산재보험수급권만을 인정하고 있다.

(2) 스웨덴

독일과 마찬가지로 오랜 역사를 가진 스웨덴의 산재보험제도는 1901년 임의보험 형태의 "업무상 사고와 직업병 발생 시 급여에 관한 제1차 법률"이 제정되고, 1916년에 위 법률이 강제보험 방식으로 전환되면서 본격화되었다. 이후 1954년 직업손해보험에 관한 법률을 제정하면서 산업재해를 업무상 사고와 직업병의 결과로 정의하고, 직업병에 대한 정의규정과 함께 정부 시행령상의 직업병 목록을 만들었다.[51]

제연구」 제27호, 한국법제연구원, 2004, 117쪽.

49) 상당인과관계설은 '상당성'의 판단기준에 따라, 행위 당시 행위자가 인식하였거나 행위자가 인식할 수 있었던 사정을 기초로 하여 상당성을 판단하여야 한다는 주관적 상당인과관계설, 행위 당시에 존재한 모든 사정을 객관적으로 종합하여 법관이 상당성을 판단하여야 한다는 객관적 상당인과관계설, 그리고 행위자뿐만 아니라 일반인 특히 그중에서도 가장 우수한 자가 인식할 수 있었던 사정을 기초로 하여 상당인과관계를 판단하여야 한다는 절충적 상당인과관계설로 나뉜다. 우리나라 통설과 판례는 절충적 상당인과관계설을 따르고 있다.

50) 유성재, 앞의 글, 117-118쪽; 성대규, "상당인과관계설의 본래적 의미, 한계와 중요조건설 - '업무상 재해'의 사례를 중심으로-", 「법학연구」 제22집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2019. 9, 288-290쪽.

51) Joachim Breuer, Berufskrankheitenrecht ohne Kausalitätsbeweis?, NZS 1995, 146, p.10.

1977년에는 스웨덴 산재보험제도의 가장 중요한 개혁 중 하나라고 할 수 있는 “업무상 사고와 직업병의 보험에 관한 법률(The Work Injury Insurance Act)”이 제정되었다. 이로 인하여 이전까지 적용되던 당시 법률을 모두 폐지하고 직업병 목록을 삭제하였으며, 다음과 같은 일반규정을 통해 업무상 사고 또는 질병에 의한 모든 건강상의 손해는 보상되어야 한다고 규정했다. ① 근로자가 자신의 일터에서 잠재적으로 유해적 영향에 노출되었는지 여부, ② 잠재적 유해조건과 근로자가 주장하는 질병 또는 부상 사이에 원인관계가 존재하는지 여부에 대한 2단계 조사결과에 대해 현저히 설득력 있는 반증사유가 제시되지 않는다면 법률상 추정의 형식으로 유해영향과 부상 사이의 원인관계가 존재하는 것으로 보아 업무상 재해로 인정했다.[52] 즉, 업무상 요인에 의해 질병이 발생하지 않았다는 사업주의 명백한 반증이 없는 경우에는 업무상 재해가 모두 인정되도록 한 것이다.

이러한 법률상 원인추정의 도입은 사고나 질병의 원인이 명백하게 규명되는 것이 현실적으로 매우 어렵다는 점에서 논란이 있었다. 이에 따르면 사회보험기관들은 질병이나 사고의 원인이 분명히 입증되지 않은 의심스러운 사안에 대해서도 원인이 명백한 사안과 동일하게 취급해야 하고, 지방당국에 넓은 재량권이 부여됨에 따라 임의적 결정의 위험성도 증가하기 때문이다. 게다가 해당 법률 도입 이후 보험급여 비용이 1979년 9억 2백만 크로네에서 1986년 29억 1천 2백만 크로네, 1988년 68억 9천 3백만 크로네로 급상승했고 1979년에서 1988년까지 산재보험 행정비용도 3천만 크로네에서 1억 8천 백만 크로네로 6배 이상 증가했으며, 같은 기간 고용주의 납세의무는 0.25%에서 0.90%로 증가했다.[53] 당시 스웨덴에서는 공공부문의 재정상태가 열악했고 경기불황과 실업률 상승을 겪고 있었기 때문에 보험재정적자를 줄이기 위해서는 산재보험제도 개혁이 불가피했다.[54]

---

52) 근로복지연구원, “산업재해 인정기준 · 방식에 대한 해외 사례”, Global Trends 제21호, 2017. 3, 3-4쪽.

53) J. Breuer, p.11.

54) 1994년 8월 리가에서 열린 강연에서 스웨덴 국민 보험 사무국의 칼 구스타프 셔먼(Karl Gustav Scherman)은 “우리가 가지고 있던 특별한 업무상 사고와 질병에 대한 보상시스템은 재앙이 되었습니다. 법률상 추정제도는 직업병으로 간주될 수 있는

결국 1993년, 법률을 다시 개정하여 유해요인과 질병과의 구체적·객관적인 증명을 통해 산재보상이 인정되도록 했다. 작업환경의 유해한 영향은 어떤 요소가 당해 종류의 유해한 영향을 가지고 있다는 과학적 증거에 기반한 '고도의 개연성(a high degree of probability)'이 증명되는 경우에만 인정되며, 1977년부터 적용된 법률상 인과관계의 추정은 폐지되고, 근로자의 보상청구권은 유해영향과 질병 사이의 원인관계를 인정할 수 있는 주된 사유가 인정되는 경우에만 성립되도록 한 것이다.[55] 하지만 2000년대 초, 이러한 엄격한 조건들을 요구하는 것은 산재인정 범위를 너무 제한적으로 만든다는 지적이 나오면서 2002년 '고도의 개연성' 증명에서 '작업으로 인해 부상이나 질병이 발생했다는 주장에 대한 지배적인 근거[56]'를 제시하도록 입증요건을 다시 완화하였다. 이후 몇 차례에 걸친 법 개정을 거친 현행 사회보험법(Socialförsäkringsbalk, The Social Insurance Code) 규정[57]에서도 이러한 요건은 유지되고 있다.[58]

(3) 일본

일본은 우리나라와 달리 업무상 재해의 인정기준에 관하여 노동기준법(勞働基準法) 및 노동자재해보상보험법(勞災保險法)에서 상세한 규정을 두고 있지 않고 그 세부요건에 관하여는 전적으로 행정관청과 법원의 해석에 맡기고 있는 실정이며, 업무상 재해에 관한 소송이 제기된 경우 그 증명책임에 대해서도 마찬가지이다.[59]

것을 광범위하게 정의하고, 개연성보다는 가능성에 기초를 둔 것이었습니다. 하지만 이 시스템은 행정과 법원 모두에서 관리할 수 없게 되었습니다. 보험시스템은 이제 바뀌어야 합니다."라며 법률상 추정제도를 비판했다.

55) 고려대학교 산학협력단, 앞의 보고서, 101-103쪽.

56) "predominant grounds existed for the assertion that the injury or disease was caused by the work"

57) 3 § Med arbetsskada avses en skada till följd av olycksfall eller annan skadlig inverkan i arbetet. En skada ska anses ha uppkommit av sådan orsak, om övervägande skäl talar för det.

58) Försäkringskassan(Swedish Social Insurance Agency), Social Insurance in Figures 2016, 2016, p.10-11.

59) 김재희, "일본에서의 업무상 재해의 상당인과관계 증명책임에 관한 고찰", 「법학논

업무상 재해의 인정처분의 효력이 다투어진 행정소송[60]에서 법원은 "노재보험법상의 보험급여는 근로자의 업무상의 질병 등에 대하여 행해지는 것으로, 당해 근로자의 질병 등을 업무상 질병이라고 하기 위하여는 당해 근로자가 당해 업무에 종사하지 않았다면 당해 결과가 발생하지 않았다는 조건관계가 인정되는 것만으로는 부족하고, 당해 업무와 당해 질병 등과의 사이에 법적으로 보아 노재보상을 인정하기에 상당한 관계 즉 상당인과관계가 존재할 것을 요한다."라고 하여 상당인과관계설을 채용하고 있으며, "노재보험에서 상당인과관계가 긍정되기 위해서는 ① 업무에 위험이 내재되어 있다고 인정될 것(위험성의 요건), ② 질병이 업무에 내재된 위험의 현실화로 발병했다고 인정될 것(현실화 요건)이 필요하다"라고 하여 그 인정요건을 명시하였다.

그런데 일본 법원은 상당인과관계의 증명책임의 전환에 대해서 부정적 입장을 취하여 오고 있으며, 행정관청도 증명책임의 전환을 입법론의 문제로 보고 전환 자체에는 소극적 입장을 취하고 있다.[61] 노재보험부 회의[62]에서 제시된 업무상 재해의 증명책임을 회사측에 부담시키는 방안에 대하여 노재보상과장은 증명책임의 문제는 '법률상의 문제'라며 이는 입법론적으로 해결해야 할 문제임을 암시했다. 노재보험소송에서도 마찬가지로 노재보험급여를 구하는 피재근로자 등 원고측에 증명책임이 있다고 해석되며, 이에 따라 원고측이 업무기인성을 주장 및 증명할 부담을 진다. 이미 노재사고가 발생한 지 많은 시간이 지난 뒤에 근로자가 상당인과관계를 증명하는 것이 결코 쉽지 않음에도 불구하고, 법원은 증명책임 분배의 원칙을 중시하여 전환 및 완화에 소극적인 입장을 취하고 있다. 일례로 유족보상급여부지급처분결정 취소청구사건[63]에서 피재근로자측이 증거의 편재와 기록의 소실로 인한 증명곤란을 이유로 증명책임이 전환 또는 경감되어야 한다고 주장했

총」 제32권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2020. 2, 537쪽.

60) 東京高裁平22・10・13・平21(行コ)168

61) 김재희, 앞의 글, 537쪽.

62) 2011年12月5日 第46回勞災保險部會議事錄, 勞働基準局勞災補償部勞災管理課 (출처: https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r98520000020ff7.html 2020. 12. 29. 최종확인)

63) 東京地裁平25.2.28.平22(行ウ)705

으나, 법원은 그러한 사정만으로 원고측의 증명책임이 전환 또는 경감된다고 인정할 수 없다며 원고측의 주장을 받아들이지 않았다.

한편 증명책임을 부담하는 근로자의 증거에 대한 접근가능성이 제한되어 증명이 쉽지 않다는 점 때문에 근로자측이 재해조사복명서[64]를 문서제출명령의 대상으로 할 수 있는지 여부가 재판에서 문제된 바 있다. 즉, 재해조사복명서가 문서제출의무의 면제 항목을 규정하는 민사소송법 제220조 제4호의 로('나')목[65] '공무비밀문서'에 해당하는지 여부가 문제되었는데, 이에 대해 최고재판소[66]는 재해조사복명서가 공무비밀문서에 해당하기는 하지만 이를 실질적인 비밀로서 보호할 만한 것으로 인정하기 어렵고, 그 제출에 의하여 공무수행에 현저한 지장이 생길 우려가 구체적으로 존재하지 않으므로 문서제출명령의 대상이 될 수 있다고 판단하였다. 위 판례는 증명책임의 전환이나 완화에 엄격한 입장을 취했던 일본 법원이 근로자 측에서 용이하게 증거를 확보할 수 있는 길을 열어주었다는 의의를 지닌다.

(4) 미국

미국에서는 산업혁명 시기에 치솟는 업무상 재해 관련 문제를 처리하기 위해 산재보험제도가 발전하기 시작했다. 1963년 하와이주를 마지막으로 모든 주가 근로자보상입법을 갖추었고, 적용대상이 되는 근로자, 고용형태, 재해 및 직업병의 종류 등도 점차 확대되었다. 하지만 일반근로자를 대상으로 하는 연방법은 현재까지 제정되지 못하고 있다. 현재 미국은 통일적인 연방법 없이 연방근로자보상법(Federal Employees' compensation Act

64) 재해발생시 노동기준감독관은 노동안전위생법에 기하여 사업장에 들어가 관계자에 대하여 질문을 하고 장부 등의 검사 등을 행함으로써 노동재해의 발생원인을 규명하고 재발방지에 관한 조치 등의 판단에 제공하기 위하여 노동기준감독서에 대하여 재해조사복명서를 제출하는데, 근로자측이 동 재해조사복명서를 서증으로 제출할 수 있다면 증명에 상당한 도움이 될 수 있다.

65) 日本民事訴訟法(平成八年法律第百九号) 第二百二十條 (文書提出義務) 次に掲げる場合には、文書の所持者は、その提出を拒むことができない。ロ　公務員の職務上の秘密に關する文書でその提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの

66) 最決平17・10・14民集59巻8号2265項

)[67], 해안 및 항만근로자보상법(Longshoremen's and Harbor Workers' Compensation Act), 진폐급여법(Black Lung Benefits Act)과 이후의 수정법 등 특수직종에 대한 연방법들과 함께, 50개 주의 독자적인 근로자보상법 및 Washington 특별행정주의 근로자보상법을 갖추고 있다.[68]

미국에서 업무로 인한 부상(injury)이 업무와의 인과관계를 인정받기 위해서는 시간적·장소적으로 업무와 밀접한 연관을 맺고 있을 것(closely connected)을 요하며, 직업병의 경우 업무수행성과 업무기인성(arises out of and in the course of the employment)을 모두 갖출 것을 요구하고 있다.[69] 판례는 근로자가 질병에 걸렸을 경우 일반적으로 다음과 같은 요소가 있어야 산재법의 보호를 받을 수 있다고 명시했다.[70] ① 근로자가 종사하는 특정한 업무나 직업의 특징이 있어야 하고 ② 그러한 질병은 작업장 밖에서 대중이 동일하게 노출되어 있는 일반적인 질병이 아니어야 하며 ③ 반드시 질병과 작업 간 인과관계가 있어야 한다는 것이다. 이때 질병과 근로자의 직업 간 산업적 인과관계(industrial causation)는 환경증명을 통해 개연성만 인정되면 인과관계가 인정된다. 이는 산재법상 질병의 보상을 위한 인과관계의 판단이 근로자의 인간다운 생활을 위해서 존재하는 법적 영역의 문제이기 때문에 이러한 목적에 맞는 법적 판단이 필요한 것이며, 반드시 과학적인 방법을 기초로 하여야 한다는 원칙이 없기 때문이다.[71]

---

67) 위험한 노동에 근무하는 일정한 연방공무원(Federal civilian employees in hazardous work)을 보호하는 첫 산재보상법이었다.

68) 오선균, "세계 각국 산업재해보상제도의 법적 성격", 「정책연구」 vol. 09, 노동보험포럼, 2012. 6, 90-91쪽.

69) Margaret C. Jasper, Workers' Compensation Law, Oceana(2nd edition), 2008, p.24-26.

70) elements necessary to prove the existence of a compensable "occupational disease": (1) the disease must be characteristic of a trade or occupation, (2) the disease is not an ordinary disease of life to which the public is equally exposed outside of the employment, and (3) there must be proof of causation, i. e., proof of a causal connection between the disease and the employment. Hansel v. Sherman Textiles, 304 N.C. 44, 283 S.E.2d 101, (1981)

71) 이달휴, "미국 산업재해보상보험법에 있어서 질병에 대한 업무상 판단", 「법학논고」 제47집, 경북대학교 법학연구원, 2014. 8, 425쪽.

미국은 독일과 마찬가지로 피재근로자가 산재법의 보호를 받으면 원칙적으로 일반법에 근거한 손해배상을 청구하지 못하도록 했다. 즉, 미국의 산재보험법은 근로자가 사용자의 과실에 대한 소제기와 강력한 손해배상을 받을 권리를 포기하고, 사업주는 과실소송에서 일반법(common law)에서 사용할 수 있는 항변을 포기하는 근로자와 사용자의 협상의 산물이라고 할 수 있다.[72]

3. 소결

지금까지 4개국의 업무상 재해 관련 입법례를 살펴보았다. 먼저 독일의 법률상 추정규정을 참고하기 위해서는, 사실상 전환과 다름이 없는 증명책임의 무리한 완화는 사회적으로 감당하기 어려운 결과를 야기할 수 있다는 점을 보여준 스웨덴의 사례를 고려하여 증명책임의 전환에 이르지 않도록 추정요건을 더욱 강화할 필요가 있을 것으로 판단된다.

한편 스웨덴에서 법률상 원인추정 규정을 포기하고, '고도의 개연성'보다 한 단계 완화된 '작업으로 인해 부상이나 질병이 발생했다는 주장에 대한 지배적인 근거'를 제시하도록 한 것은 현재 우리나라가 산재보험법 및 시행령에서 요구하는 '의학적 인과관계'보다 완화된 정도이며 근로자와 공단 모두에게 무리한 책임 없이 합리적인 결과를 도출할 수 있다는 점에서 주목할 만하다. 또한, 스웨덴의 증명책임 완화규정은 우리나라 판례에서 널리 쓰이고 있는 개연성 이론과도 합치되는 면이 있어 현행법 개정 시 참고하는 데 큰 무리가 없을 것으로 보인다.

일본의 사례는 증명책임의 분배가 입법론적 방법을 통해 명확한 절차를 거쳐 이루어져야 한다는 점을 시사하며, 근로자 측에서 용이하게 증거를 확보할 수 있도록 하는 것이 증명책임을 실질적으로 완화하는 데 기여할 수 있다는 것을 보여주었다. 그리고 미국에서 산재법상 질병의 보상을 위한 인과관계의 판단은 법적 판단의 영역이므로, 반드시 과학적인 방법으로만 증

72) 이달휴, 위의 글, 412쪽.

명되어야 할 것이 아니라는 점을 고려해 개연성으로 인과관계를 인정하는 경향은 증명책임의 완화가 왜 필요한지를 뒷받침해주고 있다.

지금까지 기존 학설과 판례, 입법례를 살펴본 결과 현행법체계 및 판례의 입장과 같이 보상청구권을 주장하는 원고인 근로자측이 증명책임을 부담하는 것을 전제로 하되, 적절한 수준에서 부담의 완화를 도모하는 방향으로 나아가는 것이 바람직한 것으로 판단된다. 이하에서는 합리적이고 객관적인 완화 기준을 입법화하는 새로운 산재보험법 개정안을 제시하고자 한다.

Ⅳ. 업무상 재해의 상당인과관계 증명책임에 관한 제언

1. 산업재해보상보험법의 개정 : 증명책임의 완화

산재보험법은 “근로자의 업무상의 재해를 신속하고 공정하게 보상하며, 재해근로자의 재활 및 사회 복귀를 촉진(산재보험법 제1조)”을 목적으로 하며, 재해의 보상과 근로자 보호를 추구하고 있다. 이와 같은 목적을 실현하기 위해서는 근로자의 증명책임을 완화하기 위한 입법적인 노력이 필요하다. 현실적으로 근로자들이 정보의 비대칭 속에서 업무와 재해 간의 인과관계를 확보하지 못하는 경우가 많으므로 기존의 업무상 재해의 인정요건인 ‘상당인과관계’ 및 시행령에서 요구하는 ‘의학적 인과관계’를 개정할 필요가 있다. 또한 앞서 살핀 개연성 이론, 간접반증 이론, 증명방해 법리 등의 학문적인 성과를 반영함으로써 업무상 재해의 요건을 현실화하고, 그에 대한 인정기준과 법적 효력을 정형화하고자 한다.

(1) 제37조

현 행	개 정 안
제37조(업무상의 재해의 인정 기준) ① 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장해가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계(相當因果關係)가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.	제37조(업무상의 재해의 인정 기준) ① 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장해가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다.
<신 설>	제37조의2(업무와 재해의 인과관계 추정) 근로자가 다음 각 호의 요건에 해당하는 사실을 증명하면 업무와 재해의 인과관계가 추정된다. 1. 근로자가 정상적인 업무 중에 재해를 입었다는 사실 2. 근로자가 재해 발생 전에 관련 부상·질병 또는 장해와 관련된 건강상의 결함이 없었다는 사실 3. 업무와 발생한 부상·질병 또는 장해 간의 상당한 개연성
<신 설>	제37조의3(업무와 재해의 인과관계 반증) 단, 제37조의2에서 재해의 결과가 업무가 아닌 다른 원인으로 발생한 사실을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

현행 제37조의 '상당인과관계(相當因果關係)'를 삭제하고 개정안 제37조의2에 업무와 재해의 인과관계 추정을 위한 요건을 마련하였다. 민사소송법상의 증명책임 분배원칙과 규범설을 준용하여 원고인 근로자가 우선적인 증명책임을 부담하도록 규정하였다. 다만, 산재소송에서는 증거의 편중과 전문적 지식의 필요성으로 인해 근로자가 업무와 재해의 결과 사이의 상당인과관계를 입증하기가 매우 어렵다. 이에 독일의 법률상 추정요건과 스웨덴에서 근로자가 '작업으로 인해 부상이나 질병이 발생했다는 주장에 대한 지배적인 근거'를 제시하면 인과관계를 인정하도록 하는 입법례를 참고하여 증명책임을 완화하고자 하였다. 근로자가 업무 중 재해를 입었다는 사실과 재해 발생 전에 건강상 결함이 없었다는 사실을 밝히고, 특별히 다른 원인이 개입될 여지가 없이 업무와 재해 사이의 '상당한 개연성'이 존재함을 입증한다면 업무상 재해를 인정하도록 한 것이다. 해당 개정안은 각 호에 업무와 재해 사이의 인과관계 추정을 위한 요건을 상세히 규정함으로써 기존 판례에서의 개연성 이론 채택 경향을 현실화·정형화하는 데에 기여할 것이라 기대된다. 이때 '상당한 개연성' 요건의 판단은 시간적 혹은 의학적인 엄밀성을 요하지 않고, 일반인의 상식에 바탕을 두면 족할 것이다.

이와 같이 근로자가 인과관계를 입증하면, 공단은 제37조의3에 따라 강화된 반증을 하도록 요하였다. 간접반증 이론을 반영하여 상대방이 전제사실과 양립되는 "재해의 결과가 업무가 아닌 다른 원인으로 발생한 사실"을 증명하면 제37조의2의 추정이 부정되도록 규정하였다.

(2) 제38조

현 행	개 정 안
<신 설>	제38조(사업주의 정보제공) 제37조의2의 인과관계 증명을 위하여 근로자가 정보를 요청하면 사업주는 관련 자료를 제공하여야 한다.

제129조(과태료) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 100만원 이하의 과태료를 부과한다.	
1 ~ 5. (생략)	1 ~ 5. (현행과 같음)
<신 설>	6. 제38조에 따른 정보제공을 하지 아니하거나 거짓된 정보를 제공한 자

증명방해 법리를 적용한 제38조를 신설함으로써 사업주가 근로자의 산재 입증을 위해 필요한 정보를 제공하도록 의무화하였다. 산재의 입증과정에서 피고는 근로복지공단이지만, 증명에 필수적인 증거를 소유하고 있는 주체는 사업주이다. 이때 사업주는 소송의 결과와 이해관계가 맞닿아있기에 조사의 거부나 지연, 관련 자료의 누락이나 불충분한 제공 등을 행할 수 있어, 근로자는 행정심판 결과 전까지 인과관계 증명을 위한 정보를 확보하기 곤란하다. 또한 정보공개심의위원회의 공개결정 후에도 사업주가 행정심판이나 집행정지, 나아가 행정소송을 제기하면 재해의 피해를 입은 근로자들은 해당 기간 동안 증명에 곤란을 겪게 된다.

이러한 문제의 해결을 위해서는 사업주의 관련 자료 제공을 의무화하여야 한다. 산재소송에서 사업주는 대부분 국가핵심기술 혹은 경영·영업상의 비밀이라는 이유로 작업환경보고서, 안전진단보고서 등의 정보제공을 거부하고 있다. 그러나 위해로부터 근로자의 생명·신체·재산을 보호하고 재해근로자의 재활 및 사회복귀를 촉진하는 산재보험법의 사회보장적 성격을 고려하면 이러한 조항을 마련하는 것이 온당하다고 판단된다. 현재에도 동법 제116조[73]에서 사업주의 조력의무를 규정하고 있으나, 자료 제출 요구권

73) 제116조(사업주의 조력) ① 보험급여를 받을 사람이 사고로 보험급여의 청구 등의 절차를 행하기 곤란하면 사업주는 이를 도와야 한다.
② 사업주는 보험급여를 받을 사람이 보험급여를 받는 데에 필요한 증명을 요구

범위가 불분명하고 처벌조항이 없어 사실상 아무런 강제력이 없다. 따라서 사업주에게 '제37조의2의 인과관계 증명'을 위해 필요한 '관련 자료를 제공' 할 의무가 있음을 구체적으로 규정하고, 제129조에 사업주가 정보를 제공하지 않거나 거짓된 정보를 제공한 경우에는 과태료를 부과·징수하도록 함으로써 실효성을 제고하였다. 나아가 사업주가 근로자의 증명을 방해할 경우 이를 인과관계 판단에 있어 근로자에게 유리한 사정으로 고려하여야 할 것이다. 위 규정은 근로자의 인과관계 증명에 실질적인 도움을 줄 뿐 아니라, 사업주가 업무상 재해를 야기하는 유해·위험 요소를 사전에 개선·예방하고, 관련 자료를 수집·보관하는 데에도 기여할 수 있으리라 기대된다.

(3) 시행령 제34조 및 〔별표 3〕

현 행	개정안
제34조(업무상 질병의 인정기준) ① 근로자가 「근로기준법 시행령」 제44조제1항 및 같은 법 시행령 별표 5의 업무상 질병의 범위에 속하는 질병에 걸린 경우(임신 중인 근로자가 유산·사산 또는 조산한 경우를 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 다음 각 호의 요건 모두에 해당하면 법 제37조제1항제2호가목에 따른 업무상 질병으로 본다. <개정 2018. 12. 11.>	
1 ~ 2. (생 략)	1 ~ 2. (현행과 같음)

하면 그 증명을 하여야 한다.
③ 사업주의 행방불명, 그 밖의 부득이한 사유로 제2항에 따른 증명이 불가능하면 그 증명을 생략할 수 있다.

3. 근로자가 유해·위험요인에 노출되거나 유해·위험요인을 취급한 것이 원인이 되어 그 질병이 발생하였다고 의학적으로 인정될 것	3. 근로자가 특별한 다른 요인의 개입 없이 유해·위험요인에 노출되거나 유해·위험요인을 취급한 것이 원인이 되어 그 질병이 발생하였다는 상당한 개연성이 인정될 것
제34조(업무상 질병의 인정기준) ② 업무상 부상을 입은 근로자에게 발생한 질병이 다음 각 호의 요건 모두에 해당하면 법 제37조제1항제2호나목에 따른 업무상 질병으로 본다.	
1. 업무상 부상과 질병 사이의 인과관계가 의학적으로 인정될 것	1. 업무상 부상과 질병 사이의 상당한 개연성이 인정될 것

현 행	개 정 안
[별표 3] 업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준(제34조제3항 관련)	[별표 3] 업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준(제34조제3항 관련)
1. 뇌혈관 질병 또는 심장 질병	1. 뇌혈관 질병 또는 심장 질병
가. (생 략)	가. (현행과 같음)
나. 가목에 규정되지 않은 뇌혈관 질병 또는 심장 질병의 경우에도 그 질병의 유발 또는 악화가 업무와 상당한 인과관계가 있음이 시간적 의학적으로 명백하면 업무상 질병으로 본다.	나. 가목에 규정되지 않은 뇌혈관 질병 또는 심장 질병의 경우에도 그 질병의 유발 또는 악화가 업무와 상당한 개연성이 있음이 인정되면 업무상 질병으로 본다.

2. 근골격계 질병 가. (생 략)	2. 근골격계 질병 가. (현행과 같음)
나. 신체부담업무로 인하여 기존 질병이 악화되었음이 의학적으로 인정되면 업무상 질병으로 본다.	나. 신체부담업무로 인하여 기존 질병이 악화되었다는 상당한 개연성이 인정되면 업무상 질병으로 본다.
다. 신체부담업무로 인하여 연령증가에 따른 자연경과적 변화가 더욱 빠르게 진행된 것이 의학적으로 인정되면 업무상 질병으로 본다.	다. 신체부담업무로 인하여 연령증가에 따른 자연경과적 변화가 더욱 빠르게 진행되었다는 상당한 개연성이 인정되면 업무상 질병으로 본다.
3 ~ 7. (생 략)	3 ~ 7. (현행과 같음)
8. 간 질병 가 ~ 나. (생 략)	8. 간 질병 가 ~ 나. (현행과 같음)
다. 업무상 사고나 유해물질로 인한 업무상 질병의 후유증 또는 치료가 원인이 되어 기존의 간 질병이 자연적 경과 속도 이상으로 악화된 것이 의학적으로 인정되는 경우	다. 업무상 사고나 유해물질로 인한 업무상 질병의 후유증 또는 치료가 원인이 되어 기존의 간 질병이 자연적 경과 속도 이상으로 악화되었다는 상당한 개연성이 인정되는 경우

산재보험법 시행령 제34조와 [별표 3]의 일부 규정에서 인과관계가 시간적 또는 의학적으로 명백하고 연속적일 것을 요하는 인정기준 역시 개정이 필요하다. 시간적·의학적 명백성은 기존 산재보험법 제37조 '상당인과관계' 요건의 입증을 더욱 어렵게 만들어, 업무상 재해의 신속하고 공정한 보상을 강조하는 입법취지에 반하는 결과를 초래한다. 업무상 질병의 인과관계 입증에 있어 의학적·자연과학적 증명을 요하지 않고 법적·규범적 관점에서 판단하는 판례의 경향을 고려하여[74] 보다 합리적인 요건을 마련하여야

한다. 특히 재해의 보상과 근로자의 보호라는 산재보험의 사회보장적 성격에 비추어 인정기준을 넓히는 개정 방향이 바람직하다.

이에 앞서 제시한 개정안 제37조의2 제3호의 요건을 준용하여 질병을 초래한 직접적인 증거가 없더라도, 추론을 통해 업무와 발생한 질병 사이의 '상당한 개연성'이 인정된다면 업무상 질병으로 인정되도록 하였다. 시행령 제34조 제1항 제3호는 동법 개정안 제37조의2의 제3호와 제4호의 요건을 규정하였고, 시행령 제34조 제2항의 업무상 부상과 질병 사이의 인과관계 역시 '상당한 개연성'을 입증하면 인정하도록 요건을 완화하였다. 아울러 시행령 제34조 제3항[75]의 구체적인 인정 기준을 정한 [별표 3]의 뇌혈관 질병 또는 심장 질병, 근골격계 질병, 간 질병의 각 목의 요건 역시 시행령 개정안 제34조 제1항 및 제2항에 따라 '상당한 개연성'이 인정되면 업무상 질병으로 추정되도록 하였다. 이때 시행령 제34조 개정안 및 [별표 3] 개정안에서 상당한 개연성의 판단은 사회 평균인이 아닌, 업무상 질병이 나타난 근로자의 신체 및 건강조건을 기준으로 하여야 할 것이다.

2. 적용방안 및 보충법리

(1) 역학적 인과관계론

'역학적 인과관계론'이란 원인규명에 역학을 도입하여 인과과정이 명확하게 밝혀지지 않았더라도 인과관계를 인정하려는 시도로서, 특히 환경소송에서 활발하게 논의되었다. 이때 역학이란 질병이 집단적으로 발생, 분포, 소멸하는 등의 현상과 그 영향을 분석함으로써 그것이 여러 자연·사회적 요인과 갖는 상관관계를 통계적 방법으로 규정하는 방법을 말한다. 역학은 궁극적으로 질병의 발생을 사전에 방지하거나 사후에 감소시키는 방안을 발견하고자 하므로,[76] 사회보장적 성격을 갖는 산재소송의 성격을 고려할 때,

---

74) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두3821 판결 등.

75) 산업재해보상보험법 시행령 제34조(업무상 질병의 인정기준) ③ 제1항 및 제2항에 따른 업무상 질병(진폐증은 제외한다)에 대한 구체적인 인정 기준은 별표 3과 같다.

76) 김덕기, "업무상 질병으로 인한 사용자의 민사책임 : 안전배려의무와 인과관계를 중심

역학적 조사의 적극적인 활용이 장려될 필요가 있다.

최근 법률과 판례에서는 업무상 재해 관련 인과관계 파악 과정에서 해당 이론이 적용되는 사례가 나타나고 있다. 산업안전보건법[77] 제141조 제1항에서는 "고용노동부장관은 직업성 질환의 진단 및 예방, 발생 원인의 규명을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 근로자의 질환과 작업장의 유해요인의 상관관계에 관한 역학조사를 할 수 있다"라고 명시하며 역학조사의 필요성을 인정하고 있다. 또한 앞서 언급한 대법원 2015두3867 판결[78]은 피용자의 문서제출 명령신청 등을 통한 역학조사 결과가 현출되는 경우, 역학조사 결과를 채택하거나 간접사실로 고려할 수 있다고 명시하였다. 물론 사후적인 역학조사는 근무 환경을 온전히 반영하기 곤란하다는 한계와 교란 및 편향 등의 오류가능성을 지니고 있다. 그럼에도 역학적 증거의 채택을 통해 산재보험법 개정안 제37조의2 각 요건에 해당할 수 있는 가능성을 발견함으로써 실무적으로 업무상 질병의 인과관계에 대한 증명책임을 완화할 수 있을 것으로 기대된다.

(2) 안전배려의무

안전배려의무란 계약당사자의 일방인 채무자가 상대방인 채권자의 생명, 신체, 건강을 침해해서는 안 된다는 소극적 의무와 생산시설의 예상되는 위험으로부터 근로자를 보호하기 위해 적절한 조치를 강구해야 한다는 적극적 의무를 포괄하는 개념으로써 비록 민법에 명문의 규정은 없으나, 학설과 판례에 의해 그 의미를 인정받고 있다.[79] 대법원은 99다5634 판결[80]에서 "사용자는 고용계약에 수반되는 신의칙상 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강 등을 해치는 일이 없도록 인적·물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 보호의무를 부담하고 이

으로", 동국대학교대학원 박사학위논문, 2019, 240쪽.

77) 2020. 6. 9. 일부 개정된 현행 법률을 말한다(법률 제17433호).

78) 대법원 2017. 8. 29. 선고 2015두3867 판결.

79) 김형배, 『노동법』, 제26판, 박영사, 2018, 344-346쪽.

80) 대법원 2001. 7. 27. 선고 99다56734 판결.

러한 보호의무를 위반함으로써 피용자가 손해를 입은 경우 이를 배상할 책임이 있다"라고 판시함으로써 사용자의 안전배려의무를 인정하였다. 이외에도 다수의 대법원 판례[81]에서 사고발생 시점과 장소, 발생경위와 같은 여러 사정을 종합하여 사고의 업무관련성과 예측가능성을 기준으로 보호의무위반에 따른 사용자의 손해배상책임을 판단하였다.

안전배려의무는 상대방의 신체나 재산 등에 대한 위험을 미연에 방지해야 할 일반적 의무가 계약법에 편입됨으로써 계약책임의 범위를 질적으로 확대하고자 하는 시대의 흐름과 더불어 국민 법 감정의 통상에 부합한다는 의의를 지닌다.[82] 근로자 또는 그 가족에게 지급되는 산업재해보상보험 급여가 손해를 온전히 보완하지 못할 경우, 근로자는 사용자의 안전배려의무 위반을 근거로 그 차액의 손해배상을 청구할 수 있다. 즉, 안전배려의무 위반에 따른 민사손해배상은 산업재해보상보험 급여를 초과하는 범위를 대상으로 하므로, 안전배려의무는 위험을 미연에 방지해야 할 사용자의 계약책임과 피용자에 대한 배상의 범위를 확대함으로써 산업재해보상보험을 보완하는 역할을 하고 있다.

Ⅴ. 맺으며

현행 산재보험법은 사업주 일방에 증거와 전문적 지식이 편중된 현실에서 '상당인과관계'를 업무상 재해의 인정요건 중 하나로 규정하고 근로자에게 시간적·의학적인 증명을 요구하며, 법이 보호하고자 하였던 대상에게 안전망 대신 더욱 무거운 고통을 안기는 모순을 낳고 있다. 이에 본고에서는 업무상 재해의 증명책임의 전환 및 완화와 관련된 이론과 판례를 비판적으로 검토하여 이러한 문제를 해결하고자 하였다. 증명책임의 전환 이론의 경우 법적 안정성 침해, 근로자 측의 남소가능성과 같은 문제점을 내포하고 있었다. 증명책임의 완화 이론 중 가장 대표적인 개연성 이론은 입증의 척

81) 대법원 2000. 5. 16. 선고 99다47129 판결; 대법원 1998. 11. 27. 선고 97다10925 판결 등.
82) 김덕기, 앞의 글, 156-157쪽.

도를 기존의 판례 경향보다 낮추려는 시도를 보였으나, '상당한 개연성'의 모호함으로 인해 객관성을 담보하기 어려웠다. 간접반증 이론은 비교적 구체적인 판단기준을 정립하였으나, 의학적 인과관계를 증명할 수 없거나 작업장 사용물질을 전혀 모르는 경우 추정이 곤란했다. 증명방해 법리는 경영·영업상의 비밀을 이유로 한 사업주의 자료제출거부문제에 도움이 될 수 있으나, 구체적인 방해행위의 존재를 증명하기가 어렵고 실효성이 부족하다는 한계가 있었다.

한편 증명책임 전환의 뚜렷한 문제에도 불구하고 그간 국회에서는 산재보험법 제37조를 증명책임의 전환 내지는 실질적으로 전환과 같은 효과가 있는 분배규정으로 개정하려는 시도만이 이루어졌으며, 결국 사업주의 면책증명 촉진, 산재예방 의욕 및 유인의 부재, 보험급여 비용의 현저한 증가 등의 한계로 인해 실질적인 성과를 내지 못하고 폐기되었다.

따라서 본고는 민사소송법상의 증명책임 분배원칙과 규범설에 따라 원고인 근로자가 우선적인 증명을 부담하되, 증명책임 완화 이론과 주요 국가들의 입법례를 반영하여 그 증명의 정도를 낮추는 산재보험법 개정안을 제안하였다. 특히 독일의 법률상 추정규정, 스웨덴에서 '작업으로 인해 부상이나 질병이 발생했다는 주장에 대한 지배적인 근거'를 제시하도록 하는 규정과 미국 판례의 법적 차원의 인과관계 판단 경향은 국내 다수의 판례에서도 통용되는 개연성 이론과 합치하며 근로자와 공단 모두에게 규범적으로 합리적인 결과를 도출할 수 있다는 점에서 주목할 만하다. 이를 바탕으로 본고는 산재보험법 개정안에서 '상당인과관계'를 삭제하는 대신 업무와 재해 간 인과관계 추정을 위한 구체적 요건을 정형화함으로써 기존의 불확실성을 제거하고, 실질적으로 증명 곤란 문제를 해결하고자 사업주의 정보제공 의무를 명시하여 이를 위반할 시 과태료를 부과·징수하도록 하였다. 또한 동법 시행령 제34조와 [별표 3]의 업무상 질병의 인정기준 역시 해당 근로자의 신체 및 건강조건을 기준으로 업무와 질병 간의 상당한 개연성이 인정되면 증명이 추정되도록 하였다. 비록 개연성 이론의 한계로 지적되었던 '상당한 개연성'의 모호함이 개정안에서도 여전히 존재하지만 개연성에 대한 판단은 사안별로 달라질 수밖에 없으므로 법관의 판단에 맡겨 판결의 유연

성을 해치지 않고자 하였으며, 이러한 한계를 보완하고자 제37조의2 각호에 요건을 구체화하여 객관성을 제고하였다. 물론 입법화라는 방법론적 특성상 위 제언만으로는 개별적인 사안에서 근로자의 권익을 완전하게 보호하기는 어렵다. 그럼에도 법률은 판례 경향의 일관성을 보장하는 기반이 된다는 점과 증명책임 완화 개정안 외에도 역학적 인과관계론, 안전배려의무와 같은 실무적 적용방안과 보충법리를 추가로 살펴 결함을 보완할 방도를 찾고자 하였다는 점에 본 연구의 의의가 있다.

업무상 재해의 상당인과관계 증명책임 완화에 대한 검토 및 제언 – 조윤익 · 문성준 · 이윤서 · 김예진	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.12.30.	심사제외논문	2020.12.30.

[참고문헌]

[단행본]
근로복지공단, 『독일 산재보험법 해설서』, 2006.
김일룡, 『민사소송법강의』 개정판, 오래, 2015.
김형배, 『노동법』 제26판, 박영사, 2018.
박재완, 『민사소송법강의』 제3판, 박영사, 2019.
이시윤, 『신민사소송법』 제14판, 박영사, 2020.
정동윤·유병현·김경욱, 『민사소송법』 제7판, 법문사, 2019.
정영환, 『신민사소송법』 개정신판, 법문사, 2019.

[논문 및 보고서]
강창경, "제조물책임에서 소비자의 입증책임 완화 방안", 정책연구실, 2006.
고려대학교 산학협력단, "요양제도 운영실태 분석을 통한 산재근로자 입증부담 완화방안 연구", 고용노동부, 2012. 10.
권오승, "환경소송의 효용과 한계", 「한일법학」 제14권, 한일법학회, 1995.
근로복지공단 산재보상국 보상계획부, "2020 산재보험 보상재활 서비스 가이드", 근로복지공단, 2020.
근로복지연구원, "산업재해 인정기준 · 방식에 대한 해외 사례", Global Trends 제21호, 2017. 3.
김구열·김재원·손익찬, "업무상 질병 여부에 대한 증명책임과 근로자의 건강권 보장", 「공익과 인권」 제14권, 서울대학교 공익인권법센터·서울대학교 법학전문대학원 인권법학회 공동발간, 2014.
김덕기, "업무상 질병으로 인한 사용자의 민사책임 : 안전배려의무와 인과관계를 중심으로", 동국대학교대학원 박사학위논문, 2019.
김재희, "일본에서의 업무상 재해의 상당인과관계 증명책임에 관한 고찰", 「법학논총」 제32권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2020. 2.
박지순·이주원, "산재보험급여소송에서 업무상 재해의 증명책임", 「고려법학」 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011.
박희호, "책임법에 있어서 인과관계의 구체적 척도에 관한 연구", 「동아법학」 제56권, 동아대학교 법학연구소, 2012. 8.
성대규, "상당인과관계설의 본래적 의미, 한계와 중요조건설 - '업무상 재해'의 사례를 중심으로-", 「법학연구」 제22집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2019. 9.
손경한 외 5인, "국제적 집단피해에 대한 사례별 구제방안 연구", 법무부, 2014. 10.
오선균, "세계 각국 산업재해보상제도의 법적 성격", 노동보험포럼, 「정책연구」 vol. 09, 2012. 6.
유성재, "산재보험법제의 현황과 과제 - 업무의 개념과 인과관계를 중심으로", 「법제연구」 제27호, 한국법제연구원, 2004.
이달휴, "미국 산업재해보상보험법에 있어서 질병에 대한 업무상 판단", 「법학논고」 제47집, 경북대학교 법학연구원, 2014. 8.
이현주 외 5인, "외국의 산재보험제도 연구 - 선보장·후정산제도를 중심으로 -", 한국노동

연구원, 2004.
전경운, “환경소송에서 인과관계의 입증을 위한 소고”, 「환경법연구」 제32권 제2호, 한국환경법학회, 2010.
전경운·김영경, “토양오염피해에 대한 손해배상청구의 법리”, 「경희법학」 제48권 제3호, 경희법학연구소, 2013. 9.
정선주, “법률요건분류설과 증명책임의 전환”, 「민사소송」 제11권 제2호, 한국민사소송법학회, 2007. 11.
조성민, “공해의 사법적 구제에 관한 고찰”, 「한양법학」 제1집, 한양법학회, 1990. 2.
조은래, “환경소송상의 입증문제에 대한 소고”, 「환경법연구」 제28권 제3호, 한국환경법학회, 2006. 9.
조재호, “업무상 질병의 인과관계 증명책임”, 「사회보장법연구」 제6권 제1호, 서울대학교 사회보장법연구회, 2017.
———, “업무상 질병의 인과관계 증명책임 완화 판례에 대한 검토”, 「사회보장법연구」 제7권 제2호, 서울대학교 사회보장법연구회, 2018. 1.

[국외문헌]
Joachim Breuer, Berufskrankheitenrecht ohne Kausalitätsbeweis?, NZS 1995.
Försäkringskassan, Social Insurance in Figures 2016, 2016.
Margaret C. Jasper, Workers’ Compensation Law, Oceana(2nd edition), 2008.

【국문초록】

우리나라의 산업재해보상절차는 재해를 입은 근로자에게 오히려 더욱 무거운 고통을 안기는 경우가 많은데, 이는 현행 산업재해보상보험법(이하 '산재보험법')이 사업주 측에 증거와 자료가 편중되어 있는 현실에도 불구하고 업무와 재해 간 '상당인과관계' 및 시간적·의학적 인과관계의 증명책임을 사업주나 공단이 아닌 근로자에게 부담시키고 있기 때문이다. 이에 본고에서는 업무상 재해의 증명책임 전환 이론의 한계를 살핀 다음, 증명책임 완화에 관한 이론과 관련 판례를 비판적으로 검토하고 그간 국회의 개정논의가 좌절된 이유를 분석하였다. 끝으로 증명책임 완화 이론의 학문적인 성과를 반영하고 해외사례에서 시사점을 얻은 개정안을 새롭게 제안하였다.

검토 결과 증명책임의 전환 이론은 법적 안정성 침해, 근로자 측의 남소가능성과 같은 문제점을 내포하고 있었다. 증명책임의 완화 이론에는 개연성 이론, 간접반증 이론, 증명방해 법리가 있는데 이 중 개연성 이론은 입증의 정도를 종전의 판례에서 요구하는 것보다 낮추려는 시도를 보였으나, '상당한 개연성'의 모호함으로 인해 객관성을 담보하기 어려웠다. 간접반증 이론은 비교적 구체적인 판단기준을 정립하려 하였으나, 의학적 인과관계를 증명할 수 없거나 작업장 사용물질을 전혀 모르는 경우 추정이 곤란했다. 증명방해 법리는 경영·영업상의 비밀을 이유로 한 사업주의 자료제출거부 문제에 도움이 될 수 있으나, 구체적인 방해행위의 존재를 증명하기가 어렵고 실효성이 부족하다는 한계가 있었다.

한편 증명책임의 전환은 현실적으로 실현이 어려움에도 불구하고 그간 우리 국회에서는 산재보험법 제37조를 증명책임의 전환 내지는 실질적으로 전환과 같은 효과가 있는 분배규정으로 개정하려는 시도만 이루어졌다. 결국 해당 개정안들은 사업주의 면책증명 촉진, 산재예방 의욕 및 유인의 부재, 보험급여 비용의 현저한 증가 등의 문제점들을 지적받은 채 임기만료로 폐기되었다.

이에 본고는 민사소송법상의 증명책임 분배원칙을 기초로 하여 원고인 근로자가 우선적인 증명을 부담하되, 증명책임 완화 이론과 주요 국가들의

입법례를 반영하여 그 증명의 정도를 낮추는 산재보험법 개정안을 제안하였다. 특히 독일과 스웨덴의 입법례와 미국의 판례 경향은 국내 다수의 판례에서 통용되는 개연성 이론과 합치하며, 근로자와 공단 모두에게 규범적으로 합리적인 결과를 도출할 수 있다는 점에서 주목할 만하였다. 이를 참고하여 본고는 새로운 산재보험법 개정안에서 '상당인과관계'를 삭제하는 대신, 업무와 재해 간 인과관계 추정을 위한 구체적 요건을 정형화하여 기존의 불확실성을 제거하고자 하였다. 또한, 실질적으로 증명 곤란 문제를 해결할 수 있도록 증명방해 법리를 적용하여 사업주의 정보제공의무에 관한 조항을 마련함과 동시에, 사업주가 정보제공 의무를 위반할 경우 과태료를 부과·징수하도록 함으로써 실효성을 높이고자 하였다.

물론 입법화라는 방법론적 특성상 위 제언만으로는 개별적인 사안에서 근로자의 권익을 완전하게 보호하기는 어렵다. 그럼에도 법률은 판례 경향의 일관성을 보장하는 기반이 된다는 점과 증명책임 완화 개정안 외에도 역학적 인과관계론, 안전배려의무와 같은 실무적 적용방안과 보충법리를 추가로 살펴 결함을 보완할 방도를 찾고자 하였다는 점에서 본 연구의 의의를 발견할 수 있다. 이 글이 업무상 재해의 상당인과관계 증명책임 완화에 대한 이해를 높이고 궁극적으로 근로자의 증명책임 부담을 덜어주는 데에 기여할 수 있기를 기대한다.

【Abstract】

Review and Suggestion on the Mitigation of the Burden of Proof on Causality of Industrial Accidents
-Focusing on the Legislative Improvement of the Industrial Accident Compensation Insurance Act-

Yoonik Zoh
(First Author, Student, Korea University, School of Interdisciplinary Studies, Business School)
Seongjun Moon
(Student, Korea University, School of Interdisciplinary Studies, Department of Political Science & International Relations)
Yoonseo Lee
(Student, Korea University, School of Interdisciplinary Studies, Department of Economics)
Yejin Kim
(Student, Korea University, School of Interdisciplinary Studies, Department of Public Administration)

In industrial accident lawsuits, workers are entirely responsible for proving the causality between the accident and their work, based on the Industrial Accident Compensation Insurance Act(the "IACIA"). For this reason, this paper reviewed the limitations of existing theories regarding conversion and mitigation of the burden of proof. Also, this study analyzed why the previous amendments to the IACIA discussed in the Korean National Assembly were frustrated. Lastly, we proposed a new

amendment to the IACIA, reflecting the academic achievements of the theories on the mitigation of the burden of proof and referring to foreign cases.

By examining the theory on conversion of the burden of proof, it turns out to have some problems such as infringement of legal stability and the lawsuit abuse. However, despite the practical difficulty in converting the burden of proof, discussion in the Korean National Assembly was mainly focused on its conversion.

On the other hand, theories regarding the mitigation of the burden of proof have been developed among the scholars: Probability Theory, Indirect Rebuttal Theory, and Theory of Spoliation of Evidence. Each theories, however, also have limitations so that they are insufficient to help victims in reality.

Therefore, this paper proposes a new amendment to the IACIA, mitigating the worker's burden of proof. Considering existing theories, precedents in Korea and foreign legislation, the proposed amendment formalized specific requirements for estimating the 'considerable probability' and suggested provisions concerning the obligation of employers to provide information for victims with charging a fine for negligence to increase the effectiveness.

This study's point lies in the sense that it has tried to find a way to combine precedents with existing theories and foreign legislation. This article is expected to contribute to a better understanding of the mitigation of the burden of proof and ultimately lessen the victim's burden of proof.

주제어(Keyword) : 업무상 재해(Industrial Accident), 산업재해보상보험법(Industrial Accident Compensation Insurance Act), 상당인과관계(Proximate Causal Relation), 증명책임 완화(Mitigation of Burden of Proof)

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 법학연구원에 귀속된다.

부 칙

제1조 이 규정은 2012년 8월 13일부터 시행한다.

[별첨 1]

高麗法學 원고 작성방법

1. 편집용지(A4)의 여백주기(한글에서 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, 출판년도, 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 각주란에 인적사항을 표기한다.
- 공동연구논문의 경우에는 주저자(책임연구자)와 공동저자를 구분하고, 주저자/공동저자의 순서로 표기한다.

7. 참고문헌의 표기

- 논문의 본문 뒤에 중요한 참고문헌의 서지사항을 목록으로 첨부하여야 한다.

8. 논문초록의 표기

- 논문의 본문 뒤에 외국어(영어・독어・불어 중 택1)로 작성한 논문초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기되어야 한다.
- 논문의 내용을 적절한 표현으로 전체적으로 전달하되 분량은 20줄 내외로 한다.

9. 주제어의 표기

- 논문초록의 뒤에는 주제어(Keyword)를 국문과 외국어를 병기하여 5개 이상을 첨부하여야 한다.

高麗法學 제100호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제100호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한
   2021년 2월 15일 (3월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식
   1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
   2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

   ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
   ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
   ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법
   - 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : **klr.jams.or.kr**

   ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
   ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 **klr.jams.or.kr** 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
   ※ 홈페이지 참조 : http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do

4. 심사결과 후 게재판정기준
   총 투고 논문 수의 60% 이내에 해당하는 수의 논문을 3인의 심사위원의 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 제101호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제100호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한
   2021년 5월 15일 (6월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식
   1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
   2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

   ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
   ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
   ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법
   - 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : **klr.jams.or.kr**

   ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
   ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 **klr.jams.or.kr** 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
   ※ 홈페이지 참조 : http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do

4. 심사결과 후 게재판정기준
   총 투고 논문 수의 60% 이내에 해당하는 수의 논문을 3인의 심사위원의 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 신의성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.

④ 저자는 원칙적으로 공표된 저작물을 인용하여야 하며, 공개되지 아니한 학술 자료를 논문심사나 연구제안서 심사 또는 사적 접촉을 통하여 획득한 경우에는 반드시 해당 연구자의 동의를 얻어 인용하여야 한다.

⑤ 저자는 타인이 이미 발표한 논문에 담긴 이론이나 아이디어를 번안해서 자신의 저작물에 소개할 때에는 그 출처를 명시해야 한다.

⑥ 저자는 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하는 경우 어떤 아이디어가 자신의 것이고 어떤 아이디어가 참조된 출처로부터 왔는지를 독자들이 명확하게 알 수 있도록 집필해야 한다.

⑦ 저자는 연구의 방향을 결정하는 데에 중대한 영향을 주었거나 독자가 연구 내용을 이해하는 데에 도움이 될 수 있는 중요한 공개된 문헌이라면 관련 연구자가 이론적·경험적으로 알 수 있는 경우를 제외하고는 모두 참고문헌에 포함시켜야 한다.

⑧ 선행연구 리뷰에서 초록을 사용했으면서도 참고문헌 목록에는 학술지 논문을 인용하거나, 논문의 출간 버전을 인용하면서 실제로는 학술회의 발표논문집에 출간된 초기 버전 또는 예비 버전을 사용하는 것을 피해야 한다.

제16조 (일반 지식의 인용방법) ① 타인의 아이디어 또는 그가 제공한 사실에 관한 정보를 사용할 때에는 누구의 것인지 출처를 밝혀야 하지만, 그것이 일반적으로 공지된 지식이거나 독자들이 인지하고 있는 자료인 경우에는 예외로 한다.

② 어떤 개념 또는 사실이 일반 지식인지 의문이 드는 경우에는 인용하는 것이 바람직하다.

제 2 절 연구부정행위

제17조 (연구부정행위의 정의) "연구부정행위"라 함은 전 연구과정(연구의 제안, 연구의 수행 및 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가 행위 등)에서 발생하는 위조 및 변조행위, 표절행위, 부당한 논문저자 표시 행위, 중복게재 행위 등을 말한다.

1. "위조"는 존재하지 않는 데이터 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. "변조"는 연구 재료·장비·과정 등을 인위적으로 조작하거나 데이터를 임의로 변형·삭제함으로써 연구 내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다. (여기서 "삭제"라 함은 기대하는 연구결과의 도출에 방해되는 데이터를 고의로 배제하고 유리한 데이터만을 선택하여 사용하는 행위를 말한다.)

3. “표절”은 저작권법상 보호되는 타인의 저작, 연구 착상 및 아이디어나 가설, 이론 등 연구결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 사용하는 행위를 말한다.
4. “부당한 논문저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 기여가 없는 자에게 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
5. “중복게재”는 편집인이나 독자에게 이미 출간된 본인 논문의 존재를 알리지 않고 이미 출간된 본인 논문과 완전히 동일하거나 거의 동일한 텍스트의 본인 논문을 다른 학술지에 다시 제출하여 출간하는 것을 말한다.

제18조 (아이디어 표절) ① “아이디어 표절”이라 함은 창시자의 공적을 인정하지 않고 전체나 일부분을 그대로 또는 피상적으로 수정해서 그의 아이디어(설명, 이론, 결론, 가설, 은유 등)를 도용하는 행위를 말한다.

② 저자는 통상 각주 또는 참고인용의 형태를 통해 아이디어의 출처를 밝힐 윤리적 책무가 있다.

③ 저자는 타인의 연구제안서 및 기고 원고에 대한 동료 심사 등을 통해 알게 된 타인의 아이디어를 적절한 출처와 인용 없이 도용해서는 안 된다.

제19조 (텍스트 표절) “텍스트 표절”이라 함은 저자를 밝히지 않고 타인 저술의 텍스트 일부를 복사하는 행위를 말한다.

제20조 (모자이크 표절) “모자이크 표절”이라 함은 타인 저술의 텍스트 일부를 조합하거나, 단어를 추가 또는 삽입하거나, 단어를 동의어로 대체하여 사용하면서 원저자와 출처를 밝히지 않는 행위를 말한다.

제21조 (중복게재) ① 이미 출간된 본인 논문과 주된 내용이 동일하다면 후에 출간된 본인 논문의 본문이 다소 다른 시각이나 관점을 보여주는 텍스트를 사용하거나 이미 출간된 동일한 데이터에 대한 다소 다른 분

석을 포함하더라도 중복에 해당한다.

② 이미 출간된 논문을 인지할 수 없는 다른 독자군을 위하여 중복게재를 하는 경우에는 두 학술지의 편집인이 중복게재에 대해 동의해야 하고, 저자는 학술지의 독자들에게 동일 논문이 다른 학술지에 출간되었다는 사실을 밝혀야 한다. 한 언어로 출간된 논문을 다른 언어로 번역하여 다른 학술지에 출간하는 경우도 마찬가지이다.

③ 동일논문을 서로 다른 학회지에 복수로 기고하는 것은 금지되며, 하나의 학술지에 게재거부가 결정된 후에 다른 학술지에 기고하는 것이 원칙이다.

제22조(연구부정행위의 사후조치) ① 연구부정행위 의혹이 제기되면 편집위원회가 부정행위 조사를 실시한 후 과반수 투표로 최종 결정한다. ② 연구윤리를 위반한 투고자는 향후 고려법학 투고가 금지된다. <본조신설 2016. 6. 9>

제23조 (연구부정행위와 저작권침해 유의) ① 논문이 학술지에 게재되면 통상적으로 저작권은 학술지 발행인에게 이전된다. 따라서 저자는 학술지에 게재된 논문을 다른 형태로 출간하거나 재사용할 때에는 저작권 침해의 우려가 있음을 유의하여야 한다.

② 중복게재는 저작권침해의 우려가 있으므로 유의하여야 한다.

③ 저작권이 보호된 출처로부터 광범하게 텍스트를 인용하는 경우에 인용부호를 적절하게 사용하거나, 제대로 환문하였다 하더라도 저작권이 침해될 수 있음을 유의하여야 한다.

제 3 절 비윤리적 연구행위

제24조 (심사과정의 비윤리적 연구행위) ① 심사자는 연구제안서 또는 논문심사 과정에서 알게 된 특정정보를 원저자의 동의 없이 심사자가 직간접으로 관련된 연구에 유용해서는 안 된다.

② 다음 각 호의 행위는 심사과정의 비윤리적 연구행위에 해당할 수 있으므로 삼가야 한다.

1. 자신이 의뢰받은 논문심사를 학생이나 제3자에게 부탁하는 행위
2. 심사 중인 연구제안서나 논문의 내용을 학과나 학회 동료들과 논의하는 행위
3. 심사종료 후 심사물의 사본을 반납하거나 분쇄하지 않고 이를 보유하는 행위

제25조 (비윤리적 연구행위) 다음의 행위는 윤리적으로 부적절한 연구행위에 해당할 수 있다.

1. 공동연구의 사실을 적절한 방식으로 알리지 않고 학회나 세미나에서 발표하는 행위
2. 연구계획이 해당분야에 상당히 기여할 것이라는 확신을 주어 연구비를 지원받으려고 기대효과에 관한 진실을 왜곡하는 행위
3. 제출된 논문을 심사하는 과정에서 명예를 손상시키는 언명이나 인신공격을 하는 행위
4. 금전적 이익을 얻기 위해 연구결과를 과대평가하는 행위
5. 논문을 읽지 않고 심사·평가하는 행위
6. 연구비 유용행위
7. 연구업적 및 결과를 허위로 진술하거나 보고하는 행위

제 4 절 부적절한 집필행위

제26조 (부적절한 집필행위) 다음의 행위는 부적절한 집필행위에 해당한다.

1. 부적절한 출처인용
2. 참고문헌 왜곡
3. 출간논문을 인용하면서 초록 등에 의존하는 행위
4. 읽지 않거나 이해하지 못한 저술의 출처인용

5. 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하면서 부분적으로만 출처를 밝히는 행위
6. 텍스트의 재활용 행위
7. 연구업적을 부풀릴 의도로 하나의 논문으로 게재되었어야 할 연구결과를 수 개의 논문으로 분할하여 게재하는 행위

제27조 (참고문헌의 왜곡금지) ① 참고문헌은 논문의 내용과 직접적으로 관련이 있는 문헌만 포함시켜야 한다. 학술지나 논문의 인용지수를 조작할 목적으로 또는 논문의 게재 가능성을 높일 목적으로 관련성에 의문이 있는 문헌을 의도적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 된다.
② 자신의 데이터 또는 이론에 유리한 문헌만을 편파적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 되며, 자신의 관점과 모순될 수 있는 문헌도 인용할 윤리적 책무가 있다.

제28조 (텍스트의 재활용) ① "텍스트의 재활용"이라 함은 저자가 자신의 다른 저술에서 이미 사용했던 텍스트의 일부를 재사용하는 것을 말한다.
② 텍스트 재활용은 윤리적 집필정신에 어긋나므로 이미 출간된 텍스트를 재활용하는 것을 피해야 하며, 불가피하게 재활용하는 경우에는 인용부호를 표시하거나 적절한 환문을 하는 등 표준적 인용관행에 따라야 하며, 저작권 침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

부 칙

이 규정은 2007년 3월 1일부터 시행한다.

[별첨 1]

高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물 동의서

투고 논문	제 목								
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문	

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재를 희망하는 자로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學' 연구윤리지침을 준수하고 그 위반으로 인해 발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

본인은 위 저작물이 장래 법학 발전에 기여할 수 있도록, 아래와 같이 고려대학교 법학연구원이 위 저작물을 이용하는데 동의합니다.

- 다 음 -

1. 고려대학교 법학연구원이 운영하는 DB구축과 인터넷 등 정보통신망을 통한 서비스와 보존을 위하여, 본 저작물의 내용 변경을 제외한 필요 범위 내에서 편집 및 형식상 변경을 허락하고, 필요한 범위의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.
2. 저작물을 이미지DB(PDF)로 구축하여 인터넷을 포함한 정보통신망 등에 공개하여 저작물 일부 또는 전부의 복제·배포 및 전송에 관한 일체를 제공하는데 동의함.
3. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고 이용 기간 종료 3개월 이내에 별도의 의사표시가 없을 때에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
4. 저자가 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 편집위원장에게 이를 통보함.
5. 고려대학교 법학연구원은 저작권자의 저작물 이용 동의를 받기 이전에, 해당 저작물로 인하여 발생되었거나 발생될 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.

20 년 월 일

논문 투고자 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

[별첨 2]

高麗法學 논문 심사위원 서약서

투고 논문	제 목								
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문	

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재 논문의 심사위원으로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學 게재 논문 심사규정' 제4조 (심사판정과 이의제기)와 제7조 (비밀유지의무)를 준수하고 그 위반으로 인해 발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

20 년 월 일

심사위원 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

편집위원장 : 하명호(고려대학교 법학전문대학원 교수)

편 집 위 원 : 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 (제99호)

2020年 12月 20日 印刷
2020年 12月 30日 發行

發行人 池 元 林
發行處 高麗大學校 法學硏究院
서울특별시 성북구 안암로 145
고려대학교 법학연구원
TEL : (02) 3290-2914
FAX : (02) 922-4013

製作處 (주)한신아트
TEL : (02) 2277-2271

값 30,000원

* 이 책의 무단전재 또는 복제행위를 금합니다.
ISSN 1598-1584 (Print)
ISSN 2672-0736 (Online)