2022. 3
통권 제696호

발 간 등 록 번 호
11-1170000-000428-07
ISSN 1739-9904

| 한국연구재단 등재학술지 |

법제
Legislation

법제시론

최영찬
법은 평가되어야 한다

법제논단

고명수
스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 연구

권용수
규제샌드박스 제도의 의의와 쟁점

김경찬
난폭·보복운전 대응을 위한 입법적 개선방안

김기영·김봉철
독일 디지털 헬스케어법의 주요 내용과 정책적 시사점

김민배
미국의 부동산에 대한 외국인의 투자규제와 국가안보

김소연
폭행·협박 중심 강간죄에 관한 탈식민주의적 고찰

박기주
국가과학기술연구회 소관 과학기술 출연연구기관 자체감사 일원화의 법적 구조와 추진 방향

박효민
EU 탄소국경조정메커니즘(CBAM)의 WTO TBT 협정 합치성

심경수
미국 부통령제의 재조명

이수창
소청심사의 공정성 강화를 위한 법제적 개선방안

정슬기
미국 연방법상 업무상 자살과 증명책임

황의관
의약품 부작용 피해구제제도의 법·정책적 개선방안 연구

법제처
Ministry of Government Legislation

2022. 3

법제

Legislation

Ministry of Government Legislation

CONTENTS | 통권 제696호

법제시론

법은 평가되어야 한다_최영찬 | 7

법제논단

스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 연구_고명수 | 13

규제샌드박스 제도의 의의와 쟁점_권용수 | 45

난폭·보복운전 대응을 위한 입법적 개선방안_김경찬 | 73

독일 디지털 헬스케어법의 주요 내용과 정책적 시사점_김기영·김봉철 | 103

미국의 부동산에 대한 외국인의 투자규제와 국가안보_김민배 | 131

폭행·협박 중심 강간죄에 관한 탈식민주의적 고찰_김소연 | 167

국가과학기술연구회 소관 과학기술 출연연구기관 자체감사 일원화의 법적 구조와 추진 방향_박기주 | 195

EU 탄소국경조정메커니즘(CBAM)의 WTO TBT 협정 합치성_박효민 | 221

미국 부통령제의 재조명_심경수 | 253

소청심사의 공정성 강화를 위한 법제적 개선방안_이수창 | 281

미국 연방법상 업무상 자살의 증명책임_정슬기 | 315

의약품 부작용 피해구제제도의 법·정책적 개선방안 연구_황의관 | 349

법제에 게재된 내용은 투고자의 개인적인 견해로서
법제처의 공식 견해는 아닙니다.

법제처
Ministry of Government Legislation

법제시론

Ministry of Government Legislation

법은 평가되어야 한다

최 영 찬
법제처 법제정책국장

법령은 당대의 과제를 해결하려는 목적으로 여러 수단을 동원하여 때로는 규제하고 때로는 지원하는 체계를 갖추게 된다. 그 정당성, 적정성 또는 효과에 대한 생각이 다르고 새로운 수단의 도입 필요성 때문에 법령은 다시 개정되거나 다른 제정의 수요가 생긴다. 완벽한 법이란 없기 때문이다.

법령의 실효성이나 효과성 여부를 떠나서 법령이 개정되어야 하는 이유는 또 있다. 법은 시간을 거스를 수도 없고 시간에 맞설 수도 없다. 여성이나 어린이 앞에서의 욕설을 불법으로 규정하던 美 미시간주 법률은, 19세기 당시의 사회적 가치관을 반영한 것이었을 테지만, 지금은 누구의 눈에나 사회적 기준에 맞지 않을 것이다. 또 80년대 초까지만 해도 버스에서 흡연을 할 수 있었다고 해서 지금 버스에서의 흡연권을 주장한다면, 이 또한 시대착오적인 일이 될 것이다.

그래서 법령은 변해야 한다. 합리성의 차원에서도 그렇고 사회는 점점 더 복잡해져 가며, 과거와 현재가 딛고 있는 시공간적 배경이 다르기 때문에도 현재의, 그리고 현대의 가치체계에 부합하는 방식으로 법령이 작동할 수 있도록 변해야 한다. 그래서 활발한 입법 활동이 정당화되는 것이고, 우리는 지금 폭포수처럼 쏟아지는 법률안과 더불어 약 1,600여 개의 법률이 평균적으로 최소한 2년에 한 번씩은 개정되는 시대에 살고 있는 것이다. 그러나 법률의 폭주는 사회경제적 부담을 초래하고 법률을 더욱 복잡하게 해서 전체를 둘러볼 수 없게 하는 결과를 낳게 된다. 조금 더 좋은 법률, 품질 좋은 법률을 만들고, 기존의 법률을 조금 더 좋은 법률로 변화시키기 위한 체계적인 노력이 없이는 입법의 선의가 배반의 결과로

되돌아 올 수도 있다. 그래서 입법은 신중하게 검토되어야 하고 만들어진 법령은 끊임없이 다시 심사되어야 하며 개선되어야 하는 것이다. 법령의 영향에 대한 사전평가에서 사후평가에 이르는 일련의 평가제도는 이런 필요를 동태적으로 실현하는 수단이다.

우리의 경우 환경영향평가, 부패영향평가 등을 비롯하여 규제영향평가가 사전적 평가제도의 일환으로 정부입법과정에 도입되어 있고, 법제처가 수행하는 법령안 심사과정은 병행적 평가로 볼 수 있으며, 현행 법령에 대한 법제처의 정비사업은 사후 영향평가에 기반하고 있다고도 할 수 있다. 그 밖에도 한국법제연구원이 2000년대 중반 이후 주도적으로 입법영향평가 관련 연구를 지속해 오면서 일부 사후 평가를 진행하고 있고, 국회 입법조사처도 조사의 일환으로 사후 입법영향평가를 해 오고 있다. 그러나 지금의 제도를 완전한 의미의 사전 입법영향평가라고 보기는 어려울뿐더러 사후 영향평가 자체도 정교한 평가라기보다는 개괄적인 평가에 그치는 경우가 많고 입법개선과 연결되는 제도적 장치가 없다는 점에서 진정한 사후 입법영향평가라고 보기도 어렵다.

좋지 못한 법령은 사회적 혼란이나 비용을 초래한다는 점에서 사전적 입법영향평가의 도입은 그 필요성이 크지만, 발의법안의 양, 입법속도, 의원발의법안의 통과비중이 다른 나라에 비해 압도적으로 높은 우리 입법 현실을 고려할 때, 사전 영향평가제도의 도입은 입법권의 제약이라는 측면이 부각되어 현실화되기 어려운 과제가 될 가능성이 크다. 다른 여러 나라의 경우처럼 의회에서 논의되고 통과되는 법률안의 대부분을 정부가 마련하는 입법적 역할 배분이 되어야 비로소 정부가 전체적으로 사전 입법영향평가를 통일적으로 도입할 수 있는 기반이 될 수 있을 것이다.

한편으로는 만들어진 법령에 대한 평가작업도 소홀히 되어서는 안 된다. 선의가 좋은 결과를 보장하지도 않을뿐더러 인간이 하는 미래에 대한 평가가 완벽할 리는 더더욱 없을 것이기 때문이다. 거기다가 시간은 흘러가고 사회는 변하기 때문에 더욱 그렇다. 그래서 법령은 사전적 평가, 병행적 평가, 사후적 평가제도가 모두 구비되어야 정당성을 확보할 수 있다고 하겠다.

영국, 호주, 캐나다, 뉴질랜드를 비롯하여 미국의 일부 주 등에서는 독립적인 위원회를 두어 법령개혁작업의 임무를 맡기고 있다. 영국 법령위원회(The Law Commission)는 공정하고(fair), 현대적이며(modern), 단순하고(simple), 비용 효과적인(cost-effective) 법령의 보장, 호주 법령개혁위원회(Australian Law Reform Commission)는 현재 상황과 수요의 반영, 결함 제거, 단순화, 효과적 방법(methods)의 도입, 사법적 접근가능성 증

대 등을 활동 목표로 내세우고 있다.

이제 시행 1년을 맞은 우리 「행정기본법」은 "지속적으로 법령등과 제도를 정비·개선할 책무"를 국가와 지방자치단체에 부여하고 있고, 「법제업무 운영규정」은 현실성, 지나친 부담이나 불합리, 국가적 중요정책 수행상 필요, 알기 쉬운 정비, 위헌/위법 등을 정비 기준으로 규정하고 있다. 이에 덧붙여 「행정기본법」에 따라 설치된 국가행정법제위원회는 법령등에 공통으로 적용되는 기준의 도입·개선에 관한 사항 등에 관한 내용을 논의하도록 되어 있고 이를 위해 법령 정비를 위한 분과를 별도로 두고 있다.

주목할 만한 것은 같은 법에 도입된 사후 입법영향평가제도인데, 법제처장이 한국법제연구원과 협력하여 입법영향분석을 할 수 있도록 하면서 소관 중앙행정기관과의 연계 하에 입법 개선으로까지 이어질 수 있는 제도적 기반을 마련한 것이다. 이러한 제도 도입에 따라 올해 처음으로 사회적 관심도가 높은 법률에 대한 사후적 입법영향평가가 처음 시도될 예정이다.

제도가 목표의 성공을 의미하는 것은 아니지만, 「행정기본법」에 따라 새로 도입된 사후영향평가와 국가행정법제위원회가 그 역할을 충분히 다 해서 우리의 법에 생기를 불어넣고 현실에 부합하는 법제가 계속 이루어져 가기를 기대해 본다.

법제논단

법제분야와 관련된 학계,
기관 등에 소속된 외부 투고자가
투고한 논문입니다.

Ministry of Government Legislation

스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 연구

- 독일형법 제238조와의 비교를 중심으로 -

고 명 수 (Myoung-su Ko)
고려대학교 법학전문대학원 연구교수, 법학박사

논문접수 : 2022. 02. 11. 심사개시 : 2022. 02. 15. 게재확정 : 2022. 03. 04.

목 차

Ⅰ. 서

Ⅱ. 스토킹행위 구성요건
1. 스토킹개념의 모호함
2. 상대방의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 한 행위
3. 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 행위

Ⅲ. 스토킹범죄 구성요건
1. 지속적·반복적인 스토킹행위
2. 점진범(Das sukzessive Delikt)
3. 적성범(Eignungsdelikt)

Ⅳ. 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 개선방안
1. 범죄유형 변경
2. 보호조치별 스토킹행위 구성요건 차별화
3. 포괄구성요건 신설

Ⅴ. 결

국문초록

우여곡절 끝에 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」(이하 스토킹처벌법)이 2021년 4월 20일 제정, 10월 21일부터 시행 중이다. 지금까지 스토킹범죄연구는 스토킹처벌법 도입 여부 및 방식에 초점이 맞춰져 있었다. 스토킹처벌법이 제정되었기 때문에 이제는 스토킹행위·스토킹범죄에 대한 보다 효과적인 규율방안, 내용적 개선을 연구할 때이다. 스토킹범죄 구성요건에 대한 실체법적 분석, 적용 법리 개발, 형법 기본이론에 대한 정합성 강화가 요구된다. 독일은 우리보다 앞서 스토킹범죄 구성요건을 제정하였고 적용과정에서 여러 시행착오를 겪고 있다. 독일의 스토킹처벌규정(독일형법 제238조) 제·개정과정과 축적된 스토킹범죄 법리를 분석하여 시사점을 얻고자 한다.

이에 본고는 우선 스토킹행위(Ⅱ.) 및 스토킹범죄 구성요건의 특성(Ⅲ.)을 면밀히 분석한다. 스토킹을 규율할 때 스토킹개념이 모호하고, 스토킹행위를 사회적으로 용인된 행위와 구분하는 것이 쉽지 않는 점을 항상 염두에 두어야 한다. '상대방의 의사에 반하여' '정당한 이유 없이' 한 행위, '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것' 표지의 의미를 분석한다. 상대방의 의사에 반한 것인지 여부는 피해자의 실제 주관적 의사를 기준으로 판단하고, 피해자의 불안감 또는 공포심이 유발한 것인지 여부는 객관적으로 알려진 모든 정황에 기초하여 사전적 관점에서 사회 일반인을 기준으로 판단하여야 함을 구체적으로 논증한다. 그리고 스토킹범죄 구성요건과 관련하여, 스토킹행위의 지속성·반복성 표지의 구체적 의미를 분석하고, '점진범', '적성범'연구를 통해 스토킹범죄유형을 심층 연구한다.

위의 논의를 바탕으로 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 개선방안을 제시한다. 피해자 보호의 정도에 따라 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건유형을 5단계로 나눠볼 수 있는데, ③ 유형을 지시하는 '일으키는 것' 문구를 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키기에 적합한(또는 충분한) 행위'(② 유형)로 개정하여야 함을 구체적으로 논증한다. 그리고 스토킹처벌법 제2조 제1호 가목 내지 마목 행위가 진행 중인 경우, 신고를 받아 출동한 사법경찰관리가 응급조치(제3조) 중 제2호를 제외한 조치는 피해자에 대한 불안감 또는 공포심 유발 여부와 무관하게 할 수 있도록 하는 방안을 제안한다. 스토킹행위는 매우 다양한 형태로 나타날 수 있다. 행위자가 구체적으로 규정된 구성요건적 행위가 아닌 방식으로 스토킹을 하는 창의성을 얼마든지 발휘할 수 있다. 이로 인해 발생하는 처벌의 공백을 막기 위해 포괄구성요건을 둘 것을 제안한다.

※ 주제어: 스토킹, 스토킹처벌법, 점진범, 적성범, 포괄구성요건, 보호조치, 스토킹피해자 보호

I. 서

오랜 진통 끝에 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」(이하 스토킹처벌법)이 2021년 4월 20일 제정, 10월 21일부터 시행 중이다. 1999년 5월 24일 스토킹처벌에 관한 특례법안(김병태의원 등 13인 외 21인, 의안번호 151966) 발의 이후 22건의 의원안, 1건의 정부안이 제출되었다.[1] 제21대 국회는 10건의 스토킹 관련 법률안을 통합·조정해 위원회 대안을 만들고 법제사법위원회를 거쳐 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률안(법제사법위원장, 의안번호 2109075)을 재석 238인 중 찬성 235인(기권 3인)으로 가결하였다.

스토킹처벌법이 이처럼 우여곡절 끝에 제정된 것은 스토킹 개념의 모호함, 사회적으로 용인되는 행위와 스토킹행위 간 구분의 어려움 때문이었다. 대표적인 스토킹행위인 접근하거나 진로를 막아서는 행위(스토킹처벌법 제2조 제1호 가목), 편지, 선물을 주는 행위(동호 라목)는 일상다반사이고, 호감표시이거나 이성 간 애정문제로 인한 행위일 수 있다는 인식이 팽배했다. 그래서 형법 투입을 최대한 자제하고 사회 내 자율적 수단으로 통제하는 것이 바람직하다고 보았다. 스토킹범죄 처벌규정을 만들더라도 상징형법에 그칠 수 있다는 우려도 제기되었다.[2] 이런 이유로 2012년 경범죄처벌법으로 '지속적 괴롭힘'(제3조 제41호)[3]을 규율하는 정도의 대응에 그쳤다.[4] 그 사이 스토킹이 강력 범죄로 이어지는 안타까운 사건들이 지속적으로 발생하였고,[5] 국가가 스토킹을 엄벌하고 스토킹피해자를 보다 적극적으로 보호하여야 한다는 공감대가 형성되었다. 이에 발맞춰 스토킹처벌법 제정을 위한 연구가 계속되었다. 독일, 미국, 일본 등 외국의 입법례 분석을 비롯하여 스토킹범죄의 특성

1) 일련의 입법안 스토킹범죄구성요건 분석은, 한민경, "법정에 선 스토킹 : 판결문에 나타난 스토킹 행위의 유형과 처벌을 중심으로", 「원광법학」제37권 제1호, 73-74쪽 참고.

2) 이승준, "독일의 스토킹 처벌 규정의 개정과 그 시사점", 「형사정책」제29권 제2호, 126쪽: 법집행기관의 집행력 부족으로 인한 전체 법질서 균열을 경계한다.

3) 상대방의 명시적 의사에 반하여 지속적으로 접근을 시도하여 면회 또는 교제를 요구하거나 지켜보기, 따라다니기, 잠복하여 기다리기 등의 행위를 반복하여 하는 사람'을 10만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 처벌한다.(경범죄처벌법 제3조 제1항) 스토킹관련 규정은 이외에도 제19호(불안감 조성, '정당한 이유 없이 길을 막거나 모여들거나 뒤따르거나 겁을 주어 불안하게 하거나 귀찮고 불쾌하게 한 경우', 제40호(장난전화, '정당한 이유 없이 다른 사람에게 전화·문자메시지·편지·전자우편·전자문서 등을 여러 차례 되풀이하여 괴롭힌 경우')가 있다.

4) 이 규율의 한계에 대해서는, 정도희, "스토킹의 개념과 처벌에 관한 몇 가지 제언", 「법과 정책연구」제17권 제3호, 42쪽 참고: 상대방의 명시적 거절의사표시를 요한다는 점, 일정 행위가 반복되어야만 국가 개입이 가능하다는 한계를 지적한다.

5) 최근 사건으로는 2016년 4월 헤어진 연인을 스토킹하다 흉기로 수차례 찔러 살해한 가락동 스토킹 살인사건(한겨레, "죽겠다" 협박하던 그놈만 살았다, 가락동 스토킹살인 2년, 2018년 4월 19일, 최종검색일: 2022년 2월 10일; 〈https://www.hani.co.kr/arti/society/women/841206.html〉); 2021년 3월 스토킹 피해자를 포함하여 그 가족까지도 살해한 노원 세 모녀 살인사건(국민일보, 노원구 아파트서 세모녀 피살…20대 용의자 자해, 2021년 3월 26일, 최종검색일: 2022년 2월 10일; 〈http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0015674112&code=61121211&cp=nv〉).

이 심층 연구되었다. 폭행, 협박에는 이르지 않은 스토킹의 불법성 근거, 기존 범죄[6](특히 협박죄)와 비교할 때 스토킹범죄의 적정한 처벌 정도를 논의하였다. 이러한 노력이 결실을 맺어 스토킹처벌법이 제정되었다.

스토킹처벌법은 '상대방의 의사에 반하여' '정당한 이유 없이' 상대방 또는 그의 동거인, 가족에 대하여 일정 행위[7]를 하여 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'을 스토킹행위로 규정하고 있다.(제2조 제1호) 이러한 '스토킹행위를 지속적 또는 반복적으로 하는 것'을 스토킹범죄로 정의한다.(동조 제2호) 대부분의 입법안과는 달리, 제정법은 스토킹행위와 스토킹범죄를 이원화하였다. 스토킹행위태양을 세분화·단계화하여 형벌의 대상을 제한하여야 한다는 연구[8]가 반영된 것으로 보인다. 이로써 스토킹범죄 전 단계에도 응급조치(제3조), 긴급응급조치(제4조), 잠정조치(제9조)를 통해 스토킹피해자를 보호할 수 있는 법적 근거가 마련되었다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다.[9] 아래 Ⅱ, Ⅲ.에서는 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건의 특성을 면밀히 분석한다.

스토킹범죄 연구는 지금까지는 스토킹처벌법 도입 여부 및 방식에 초점이 맞춰져 있었다. 스토킹처벌법이 제정되었기 때문에 이제는 스토킹행위·스토킹범죄에 대한 보다 효과적인 규율방안, 내용적 개선을 연구할 때이다. 법 제정 이후 벌써 9건의 개정안이 발의되었다. 대부분 절차적 측면에서, 스토킹처벌법 제정 목적인 피해자 보호(제1조 참고)를 강화하기 위한 제안이다.[10] 이 방안들은 주로 스토킹행위자가 피해자에게 접근하는 것을 적시에

6) 형법상 폭행죄, 협박죄, 강요죄, 주거침입죄, 명예훼손죄, 모욕죄, 업무방해죄, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조(통신매체를 이용한 음란행위), 제14조(카메라 등을 이용한 촬영), 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제1항 제3호(정보통신망을 통하여, 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보를 유통한 경우), 제70조(명예훼손), 채권의 공정한 추심에 관한 법률 제9조(폭행·협박 등의 금지) 제2호 및 제3호, 위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률 제15조 제1항(위치정보의 수집 등의 금지)을 들 수 있다.(정현미, "스토킹범죄 규제를 위한 입법방향", 「이화젠더법학」제12권 제3호, 239쪽)

7) 가. 접근하거나 따라다니거나 진로를 막아서는 행위, 나. 주거, 직장, 학교, 그 밖에 일상적으로 생활하는 장소 또는 그 부근에서 기다리거나 지켜보는 행위, 다. 우편·전화·팩스 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망을 이용하여 물건이나 글·말·부호·음향·그림·영상·화상을 도달하게 하는 행위, 라. 직접 또는 제3자를 통하여 물건등을 도달하게 하거나 주거등 또는 그 부근에 물건등을 두는 행위, 마. 주거등 또는 그 부근에 놓여져 있는 물건등을 훼손하는 행위

8) 이건호, "스토킹 행위에 대한 규제와 피해자화 방지전략에 대한 고찰", 「형사정책연구」제71권, 1485쪽; 박찬걸, "스토킹의 개념 정립 및 피해자 보호방안에 관한 연구: 지속적 괴롭힘죄의 신설에 즈음하여", 「가천법학」 제5권 제2호, 339-340쪽; 정도희(주 4), 50쪽.

9) 동일한 관점으로는, 박찬걸, "최근 제정된 스토킹처벌법의 개정에 대한 소고", 「형사법연구」 제33권 제3호, 269-270쪽: 스토킹처벌법을 사전 예방기능에 초점을 맞춘 법으로 분석하면서, 획기적 진일보로 평가한다.; 이건호, "스토킹 행위에 대한 형사법적 대응과 그 한계 - 스토킹 행위의 유형화와 법률적 대응방법의 다양화를 중심으로 -", 「형사정책」 제16권 제2호, 156쪽.

10) 반의사불벌죄 조항 삭제, 피해자에 대한 불이익처분 금지 신설, 피해자보호명령 및 신변안전조치 도입(남인순의원안, 의안번호 2110747), 긴급응급조치를 취소 또는 변경한 경우에도 스토킹행위의 상대방이나 그 법정대리인에게 통지하여야 하는 규정 신설(양정숙의원안, 의안번호 2111777), 「범죄신고자법」 준용을 통한 신변안전조치 명확화(정청래의원안, 의안번호 2112435), 법률조력에 대한 특례조항 신설(김미애의원안, 의안번호 2113395), 긴급응급조치 위반 시 과태료가 아니라, 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하는 개정(이영의원안, 의안번호 2113929), 피해자보호명령, 신변안전조치, 피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지 규정(태영

효과적으로 막기 위한 것이다. 스토킹은 주로 아는 사람에 의해 이뤄지기 때문이다.[11] 그런데 스토킹처벌법의 내용도 개선이 필요하다. 사이버스토킹행위를 규정하자는 제안(김상희 의원안, 의안번호 2111800), 피해자가 미성년자인 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금으로 가중처벌하자는 제안(민형배의원안, 의안번호 2114454)이 그 일환이다. 이외에도 스토킹범죄 구성요건에 대한 실체법적 분석, 적용 법리 개발, 형법 기본이론에 대한 정합성 강화가 요구된다. 그리고 점진범, 적성범 연구(아래 Ⅲ-2, 3.)를 통해 스토킹범죄유형을 심층 연구하고자 한다. 독일은 우리보다 앞서 2007년 3월 31일 독일형법 제238조에 스토킹범죄를 규정하였고 적용과정에서 여러 시행착오를 겪고 있다. 2017년 3월 10일 결과범이자 침해범으로 제정한 스토킹범죄를 적성범으로 개정한 것도 그 중 하나이다. 독일형법 제238조 제·개정과정과 축적된 스토킹범죄 법리를 분석하여 시사점을 얻고자 한다. 이에 기초하여 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 개선방안을 제시한다.(Ⅳ.)

Ⅱ. 스토킹행위 구성요건

1. 스토킹개념의 모호함

일상에서 스토킹행위는 매우 다양한 형태로 나타날 수 있다. 행위유형마다 피해자에게 미치는 영향의 정도도 다양하다.[12] 스토킹행위를 거쳐 기존 범죄(주 6 참고)로 나아가거나 기존 범죄와 일부 중복되는 행위구조를 가지고 있다.[13] 그래서 스토킹범죄의 보호법익 확정도 쉽지 않다. 독일은 스토킹범죄(제238조)를 독일형법 내 개인의 자유에 대한 죄에 규정하였다. 그리고 스토킹범죄의 보호법익을 일반적으로 개인 생활형성에 관한, 행동의 자유 및 의사결정의 자유로 포괄적으로 이해한다.[14] 우리나라도 보호법익을 동일하게 본

호의원안, 의안번호 2113986), 피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지, 피해자에 대한 변호사 선임의 특례 규정(전주혜의원안, 의안번호 2114172)을 제안한 바 있다.

11) 송란희, 현장 사례를 통해 본 스토킹범죄 처벌법 입법방향, 제21차 젠더와 입법포럼, '스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률' 제정안 "이의 있습니다", 2018. 7. 3., 5쪽.

12) 이원상, "스토킹 처벌규정 도입에 대한 고찰", 「형사정책연구」제94권, 152쪽; 송란희(주 11), 5-7쪽.

13) 김성룡, "독일의 '스토킹행위의 처벌에 관한 법률'의 고찰", 「형사정책연구」 제18권 제4호, 139쪽.

14) 독일에서의 논의는, Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 4; Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (194); BT-Drs. 15/5410, S. 6; BT-Drs. 16/1030, S. 14 참고: 보호법익으로 개인의 법적 평온, 개인적 삶의 영역, 공포로부터의 자유를 제시하는 견해도 있다.; 제238조 제2항은 신체의 완전성, 생명, 제3항은 생명을 보호법익으로 한다.

다.[15] 그러나 스토킹범죄를 형법이 아닌 특별법에 규정하면서 보호법익에 대한 논의를 비중 있게 다루고 있지는 않다. 게다가 스토킹처벌법은 피해자 보호 및 건강한 사회질서 확립을 목적으로 내세워(제1조), 스토킹범죄의 보호법익을 개인적 법익을 넘어 사회적 법익 차원까지 확장하고 있다.

이러한 스토킹행위특성으로 인해, 스토킹을 보호법익을 중심으로 모든 사태를 포괄하기 위한 추상화 작업 후 재차 구체적인 구성요건을 만드는 방식(이른바 판덱텐 방식[16])으로 규율하기 어렵다.[17] 그래서 우리나라를 비롯하여 대부분의 국가에서 구체적인 스토킹행위 유형을 나열하는 사안 중심적 방식으로 스토킹을 구성하고 있다. 이렇게 스토킹을 구성하면 새로운 유형의 스토킹행위에 대응하지 못하는 단점이 있다. 독일형법 제238조는 사안 중심적 방식을 취하되, 그 단점을 보완하기 위해 포괄구성요건(제1항 제8호)을 두고 있다. 포괄구성요건에 대해서는 아래 Ⅳ-3.에서 자세히 검토한다.

2. 상대방의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 한 행위

스토킹행위는 '상대방의 의사에 반하여' '정당한 이유 없이' 일정 행위를 하여 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'이다.(스토킹처벌법 제2조 제1호 참고) 위 요소들은 대부분의 국가에서 요구하는 스토킹의 기본 전제조건이다. 독일형법 제238조 제1항도 일정 행위를 하여 '타인의 생활형성을 중대하게 침해하기에 적합한 방식으로' 타인을 '권한 없이' 스토킹한 자를 처벌한다. '권한 없이'요건이 위 '상대방의 의사에 반하여' '정당한 이유 없이'요건에 해당한다.

이성 간 애정표현과 스토킹행위를 구분하는 핵심적인 기준은, 특정 행위가 상대방의 의사에 반하는지 여부이다.[18] 그래서 스토킹처벌법은 스토킹행위가 되려면 상대방의 의사에 반할 것을 요구한다. 이때 상대방의 의사는, 경범죄처벌법 제3조 제1항 제41호가 상대방의 '명시적' 의사에 반할 것을 요구하는 것과 비교하면, 명시적·묵시적 의사를 불문한다.

이 요건을 '상대방의 동의 없이'로 개정할 필요가 있다는 견해가 있다.[19] 상대방의 의사

15) 특히 김성룡(주 13), 151-152쪽: 자유에 대한 포괄적 법익으로 이해한다.
16) 판덱텐 시스템과 사안 중심적 입법형식에 대해서는, 이원상(주 12), 174-175쪽, 179쪽 참고.
17) 판덱텐 시스템에 따른 구성을 시도하는 견해는, 이원상(주 12), 176쪽: "사람을 괴롭힐 목적으로 그 주변에서 지속적인 의사표현을 통하여 그 사람 또는 그와 친밀한 사람에게 불안감이나 공포감을 조성한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다."
18) 같은 견해로는 박찬걸(주 8), 334쪽; 정도희(주 4), 34쪽.
19) 김정혜, 스토킹처벌 법안의 주요 내용 및 쟁점, 제21차 젠더와 입법포럼, '스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률' 제정안 "이의 있습니다",

에 반할 것을 요구하면 피해자의 의사가 쟁점이 되어 피해자에게 부담이 될 수 있으므로, 상대방의 동의를 얻어 행한 것인지를 검토하는 방식이 타당하다고 한다. 그런데 거부의사가 아닌 동의 유무를 기준으로 하면 스토킹행위에 포섭되는 행위범위가 너무 넓어진다. 스토킹행위는 사회적으로 용인되는 행위와의 구분이 다소 모호하다. 스토킹행위유형인, 접근하거나 따라다니거나 진로를 막아서는 행위, 일상적으로 생활하는 장소 또는 그 부근에서 기다리는 행위, 편지, 선물을 주는 행위는 일상다반사이다. 물론 스토킹행위가 되려면 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'이어야 한다는 추가적인 요건도 충족되어야 한다. 그러나 이 요건은 객관적으로 알려진 모든 정황에 기초하여 사전적 관점에서 사회 일반인을 기준으로 충족 여부를 판단하여야 하기 때문에(아래 Ⅱ-3. 참고) 피해자의 거부의사가 아닌 동의 유무를 기준으로 하면 보다 용이하게 충족된다. 그리고 이 요건에 대한 행위자 고의인정도 용이해져,(아래 Ⅳ-1. 참고) 스토킹행위 성립범위가 넓어진다. 반대로 스토킹범죄 성립범위가 지나치게 확대되는 것을 막기 위해 상대방의 명시적 의사에 반한 경우로 제한할 것을 요구하는 견해가 있다.[20] 그런데 스토킹행위자는 피해자를 잘 아는 경우가 대부분이다. 스토킹행위자와 피해자 간 관계를 고려할 때, 스토킹행위를 피해자가 명시적으로 거부의사를 표하는 경우로만 한정하면 피해자 보호에 취약하다. 게다가 스토킹행위 특성상 피해자의 명시적 의사표명이 오히려 스토킹행위자를 자극할 수 있다. 따라서 상대방의 (명시적·묵시적) 의사에 반할 것을 요건으로 하는 것이 타당하다.

상대방의 의사에 반한 것인지는 피해자의 주관적 의사를 기준으로 판단하여야 한다. 이에 반해 사회평균인을 기준으로 하여 객관적으로 평가하여야 한다는 견해가 있다.[21] 극단적인 남성기피증이 있는 여성을 예로 들어 설명한다. 남성기피증이 있는 여성에게 어떤 남성이 통상적인 데이트 신청을 두 번 하여 그 여성이 극도의 불안감을 느낀 경우는, 피해자의 심리적 고통이 객관적 합리성을 잃은 것이어서 스토킹에 해당하지 않는다고 한다. 이 견해는 '상대방의 의사에 반할 것'과 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'을 하나로 묶어 판단한 것으로 보인다. 그런데 양 구성요건요소는 스토킹행위 성립을 각각 제한하기 때문에, 양 요소를 하나의 요건으로 판단하는 것은 바람직하지 않다. 스토킹범죄를 개인적 법익에 대한 죄로 보는 이상, 피해자의 주관적 의사에 반하지 않은 행위에 국가가 개입

2018. 7. 3., 20쪽.

20) 김잔디, "스토킹죄의 실행행위 구조에 관하여", 「비교형사법연구」제21권 제2호, 90쪽.

21) 박찬걸(주 8), 334쪽.

할 명분도 부족하다.[22] 따라서 피해자의 주관적 의사에 실제로 반한 것인지를 확인하여야 한다. 그에 반해 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으킨 것인지는 사회일반인을 기준으로 하여 객관적으로 판단하는 것이 타당하다. 범죄성립 여부가 피해자의 심리상태에 의해 좌우되는 것은 일종의 우연책임이기 때문이다. 이에 대해서는 아래 Ⅱ-3., Ⅳ-1.에서 자세히 검토한다. 위 사례에서 남성의 데이트신청이 스토킹이 아닌 이유는, 피해자의 주관적 의사에 반하기는 하였으나 사회일반인의 기준에서 볼 때 피해자가 불안감을 느낀 것이 과도하기 때문이다.

다음으로 '정당한 이유 없이' 요건을 검토한다. 정당한 이유로 한 행위는 위법성 단계(형법 제20조 내지 제24조)에서 평가할 수 있음에도 불구하고 구성요건해당성마저 부정함으로써, 그러한 행위는 사회적으로 용인되는 행위임을 명시한 것이다.[23]

특히 피해자의 승낙(형법 제24조)에 의해 정당한 이유가 인정되는 경우를 논의해볼 필요가 있다. 기존 범죄(주 6 참고) 중 피해자 승낙이 있는 폭행, 모욕, 명예훼손행위는 위법성이 조각되는데, 이 요건으로 인해 스토킹행위 자체를 구성하지 않는다.[24] 피해자는 행위자의 특정 행위유형[25]에 대해 승낙해야 한다. 스토킹범죄에 대한 승낙이 되려면, 특정 스토킹행위유형에 대한 승낙 외에도 일련의 스토킹행위를 지속·반복적으로 하는 것에 대해서도 피해자의 승낙이 있어야 한다.[26]

3. 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 행위

스토킹처벌법은 스토킹행위 성립요건으로 피해자의 불안감 또는 공포심을 일으키는 행위일 것을 요구한다.[27] 그에 반해 독일형법 제238조는 피해자의 생활형성에 대한 중대한 침해에 대한 적합성을 요건으로 하여, 피해자의 심리상태를 구성요건에 명시하지 않는다. 그러나 스토킹으로 인해 생활형성의 자유가 침해되는 과정에서 피해자가 불안감 또는 공포

22) 김성돈, 「형법총론(제7판)」, 성균관대학교 출판부, 2021, 329쪽: 법익주체의 자율적 처분권에만 맡겨져 있는 법익을 다루는 범죄에 대해 피해자의 승낙이 있으면, 처음부터 해당 법익을 보호할 이익이 없기 때문에 구성요건도 충족시키지 못한다.
23) 같은 이해는, Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 26.
24) 그에 반해 피해자의 양해에 해당하는 주거침입, 강요행위는 이 요건과 무관하게 애초에 구성요건해당성이 부정된다.(김성돈(주 22), 331쪽, 335쪽 참고); 피해자의 승낙과 양해를 구분하지 않는 견해는 배종대, 「형법총론 (제15판)」, 홍문사, 2021, 80/1 이하.
25) Valerius, Beck-OK, § 238, Rn. 15.
26) Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 33.
27) 미국도 안전에 대한 두려움, 정신적인 고통을 구성요건요소로 한다.(이성기, "스토킹 행위에 관한 형사법적 연구", 「법학논문집」제42권 제1호, 291-292쪽)

심을 느끼는 것은 당연한 것으로 이해한다.[28] 그래서 스토킹으로 인해 피해자가 불안감 또는 공포심을 느끼지 않았음에도 이사 또는 이직한 경우는 독일형법 제238조의 보호대상으로 삼지 않는다.

이를 고려할 때, 피해자의 행동의 자유 및 의사결정의 자유에 대한 보호 정도와 관련하여 스토킹행위 요건을 다음의 단계로 도식화할 수 있겠다.

① 스토킹처벌법에 규정된 일정 행위를 한 경우(입법자가 이러한 행위는 피해자의 불안감 또는 공포심 유발에 대한 일반적·추상적 위험성이 있다고 보고 스토킹처벌법에 규정한 것이다.) -〉 ② 피해자의 불안감 또는 공포심을 유발하기에 적합한 일정 행위를 한 경우 -〉 ③ 피해자의 불안감 또는 공포심을 유발한 일정 행위를 한 경우 -〉 ④ 피해자의 불안감 또는 공포심을 유발하고 그로 인해 피해자의 생활형성을 침해하기에 적합한 일정 행위를 한 경우 -〉 ⑤ 피해자의 불안감 또는 공포심을 유발하고 그로 인해 피해자의 생활형성을 침해하는 일정 행위를 한 경우.[29]

유형 ①은 추상적 위험범, 유형 ②·④는 추상적 위험범의 하위개념으로서 적성범, 유형 ③·⑤는 침해범이다.

2009년 1월 9일 김재윤의원 등 10인이 발의한 '스토킹 처벌 및 방지에 관한 법률안'(의안번호 제3469호)은 스토킹범죄를 ① 유형으로 제안한 바 있다. 스토킹행위·스토킹범죄를 위험범으로 규율하여야 한다는 견해는, 스토킹 초기단계 행위는 그 자체로 위험성이 있을뿐더러 중범죄로 발전될 가능성이 크다는 점을 근거로 제시한다.[30] 현행 스토킹처벌법은 상대방에게 불안감 또는 공포심을 '일으키는 것'이라 하여 침해범으로 구성하고 있다. 그러나 이를 추상적 위험범으로 해석할 수 있다고 보는 견해가 있다. 판례가 협박죄, 명예훼손죄도 추상적 위험범으로 해석하는데다, 원래 스토킹범죄는 ① 유형인데 그 성립범위를 축소하기 위해 피해자에 대한 불안감 또는 공포심 유발을 추가로 요구하는 것이어서 추상

28) 같은 관점으로는 Kühl, ZIS 7/2016, 450 (451); 이원상, "스토킹처벌법의 문제점에 대한 고찰", 「비교형사법연구」제23권 제4호, 208쪽; 김성룡(주 13), 151쪽 이하, 이성기(주 27), 291쪽.

29) 적성범과 침해범 사이에 구체적 위험범(스토킹처벌법에 규정된 일정 행위로 인해 피해자의 불안감 또는 공포심에 대한 구체적 위험이 발생한 경우(② 유형과 ③ 유형 사이) 또는 스토킹처벌법에 규정된 일정 행위로 인해, 피해자의 불안감 또는 공포심이 유발되고 그로 인해 피해자의 생활형성 침해에 대한 구체적 위험이 발생한 경우(④ 유형과 ⑤ 유형 사이))이 있을 수 있는데, 구체적 위험성은 '제3자의 관점에서 가까스로 면한 사고', 즉 법익의 안전이 심각하게 손상되어 손해가 발생하는 것을 더 이상 방지할 수 없었는데 손해가 우연히 발생하지 않은 것으로 이해한다. 객관적으로 알려진 모든 정황에 기초하여 사전적 관점에서 위험성을 판단한다.(고명수, "자동차 불법경주 규율 개선에 관한 연구 – 독일 형법 제315조d와의 비교를 중심으로 –", 「형사법의 신동향」 제72호, 269-270쪽 참고) 따라서 구체적 위험범 법리와 스토킹행위-스토킹피해 간 관계를 고려할 때 구체적 위험범으로 구성하기는 어려워 보인다.

30) 정현미(주 6), 246-247쪽; 이승준(주 2), 131쪽; 김잔디(주 20), 97쪽; 박찬걸(주 9), 275-276쪽.

적 위험범으로 해석하는 데 문제가 없다고 설명한다.[31] 실무의 태도를 반영한 현실적인 분석이기는 하나, 이 해석에 따르면 협박죄를 추상적 위험범으로 해석할 때의 문제점, 즉 형사책임이 지나치게 전치화되고 범죄 성립이 판사의 자의에 의해 결정될 수 있다는 문제점이 스토킹행위·스토킹범죄에도 그대로 적용된다.[32] 게다가 협박죄는 '협박한 자'를 대상으로 하고 있어 협박 개념구성에 따라[33] 추상적 위험범으로 이해할 수 있는 일말의 여지가 있다할지라도, 불안감 또는 공포심을 '일으키는 것'을 추상적 위험범으로 구성하는 것은 문리해석의 한계를 벗어난다.[34] 그리고 스토킹행위와 사회적으로 용인되는 행위 간 구분이 다소 모호한 점도 고려하여야 한다. 무엇보다 스토킹범죄를 개인적 법익에 대한 죄로 이해한다면, 추상적 위험범으로 해석하는 것은 지양하여야 한다.[35] 또한, 행위책임원칙상 범죄를 추상적 위험범으로 규율하려면, 객관적인 구성요건적 행위 자체가 보호법익에 대해 일반적인 침해위험성을 제시하여야 한다. 위험범은 침해범과 비교할 때 보다 적은 객관적 불법을 실현하기 때문에 그 처벌도 침해범보다 경해야 한다.[36] 이러한 형법의 기본원칙을 무시한 채 판례의 누적을 통해 보호의 정도를 구체화시키는 방법을 취한다면 형법의 근간이 흔들릴 수 있다. 따라서 스토킹행위·스토킹범죄를 ① 유형으로 구성하는 것에 반대한다. 다만, 스토킹'행위'는 ① 유형 행위만으로도 스토킹처벌법상 일정 보호조치를 취할 수 있는 방안을 생각해볼 수 있다. 이에 대해서는 아래 Ⅳ-2.에서 검토한다.

스토킹처벌을 위한 입법안 대부분은 제정법과 같이 ③ 유형을 제안하였다. 대표적으로 서범수의원안(의안번호 2104200, 2020.9.24.) 제2조 제1호 및 제2호[37]를 들 수 있다.[38]

---

31) 박찬걸(주 9), 275-276쪽.

32) 이에 대한 비판은 대표적으로, 배종대(주 24), 31/9 이하.

33) 협박을 타인에게 공포심을 불러일으킬 수 있는 모든 해악고지에 해당하는 것으로 보는 광의의 협박개념에 따르면 협박죄를 위험범으로 구성하게 된다.(배종대(주 24), 31/5 이하 참고)

34) '일으키는 것' 문구를 침해범으로 해석해야 하는 것에는 동의하나, 스토킹범죄를 추상적 위험범으로 보아야 한다는 견해는, 박찬걸(주 9), 275-276쪽.

35) 김혜경, "개인적 법익의 추상적 위험범적 해석의 타당성", 「형사정책」 제22권 제2호, 248쪽: 그 근거로 형법의 보충성, 그리고 개인적 법익에 대한 죄는 법익 귀속자가 명백하고 법익침해 여부 증명이 보편적 법익에 대한 죄의 경우보다 수월하다는 차이가 있다는 점을 든다.; 장응혁, "스토킹범죄의 정의에 관한 연구 - 독일과 일본의 논의를 중심으로 -", 「법학연구」 제27권 제1호, 191쪽: 개인적 법익을 보호하는 범죄를 추상적 위험범으로 해석하는 것을 경계하여야 한다는 문제의식 하에서 스토킹범죄도 침해범으로 구성하여야 한다고 본다. 다만 이 견해는 피해자 보호 측면에서 위험범으로 구성하는 것이 부득이 하다고 보고, 이 문제를 구성요건의 엄격화로 해결할 것을 제안한다.; Kühl, ZIS 7/2016, 450 (450).

36) 고명수, "형사입법에 대한 사전적 법적 심사기준 개선연구 - 합헌성 및 체계정합성 심사를 중심으로 -", 「법학연구」 제24권 제3호, 201-202쪽: 이 외에도 위험개념이 모호하기 때문에 불법결정이 자의적일 수 있고, 처벌에 대한 정당성이 충분히 확보되지 않는다는 점을 지적한다.; 같은 입장으로는 장응혁(주 35), 186쪽.

37) 제2호에서 스토킹범죄를 '지속적 또는 반복적으로 스토킹행위('피해자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 피해자에게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위', 제1호)를 하여 피해자에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'이라고 정의하였다.

38) 이 외에도 김병태의원안(의안번호 151966, 1999.5.24.): '심각한 공포심이나 불안감을 유발하는 행위', 이강래의원안(의안번호

염동연의원안(의안번호 172815, 2005.9.27.) 제2조[39], 이낙연의원안(의안번호 1901321, 2012.8.27.) 제2조 제1호[40]는 ④ 유형을 제안하였다. ⑤ 유형을 제안한 입법안으로는 정춘숙 의원안(의안번호 2100036, 2020.6.1.) 제2조 제1호[41]가 있다. ② 유형과 ⑤ 유형을 혼합한 형태도 있다.[42]

스토킹행위·스토킹범죄를 적성범과 침해범 중 어느 유형으로 하는 것이 타당한지는 아래 Ⅳ-1.에서 살펴보고, 여기에서는 피해자의 불안감 또는 공포심 유발에 대한 판단기준을 검토한다.

이와 관련하여 피해자의 주관적 심리를 강조하는 입장은 사회 일반인을 기준으로 해당 요건 충족 여부를 판단하면 스토킹 성립이 제한되는 경우가 있다고 지적한다.[43] 다만 이 입장도 피해자의 주관적 심리상태는 부차적인 고려 대상이고, 사회 일반인을 주된 기준으로 하여야 한다고 한다.[44] 이를 보다 구체화할 필요가 있다. 위 Ⅱ-2.에서 피해자의 의사에 반하는지와 피해자의 불안감 또는 공포심을 유발하는지를 하나로 묶어 판단하는 것에 반대한 바 있다.[45] 피해자의 의사에 반하는지 여부는 피해자의 실제 주관적 의사를 기준으로 판단하는 것이 타당하다고 하였다. 즉 피해자의 거부의사표시가 없더라도 해당 요건은 충족될 수 있다. 다만 피해자의 명시적·묵시적 거부의사가 행위자에게 표현되면 '피해자의 의사에

162733, 2003.10.13.): '공포감이나 불안감을 유발하거나 정신적, 신체적으로 고통을 주는 것'을 들 수 있다.

39) "이 법에서 "스토킹 등 대인공포유발행위"라 함은 특정인에게 정당한 이유 없이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 시도하여 당사자 또는 당사자와 신뢰관계가 있는 자에게 불안•공포 또는 재산상의 손해를 유발시킬 수 있는 행위를 말한다." (이하 생략)

40) "스토킹이란 당사자의 의사에 반하고, 피해자나 그 가족이 생명, 신체의 안전에 위협을 느낄만한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다."(이하 생략)

41) "스토킹범죄"란 상대방의 동의 없이 반복적으로 다음 각 목의 행위를 하여 자유로운 생활형성을 침해하는 일련의 행위를 말한다. (이하 생략); 이승준(주 2), 140쪽도 이 유형을 제안한다.

42) 남인순의원안(의안번호 2000102(2016.6.3.)) 제2조 제1호는 스토킹을 "당사자의 동의 없이 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것"이라고 정의하면서(② 유형), 바목은 "그 밖에 피해자, 피해자의 동거인, 피해자의 친족, 피해자의 직장동료 등 피해자와 가까운 관계에 있는 사람이 생명, 신체의 안전에 위협을 느낄만한 공포나 두려움을 주는 등 자유로운 생활형성을 침해하는 행위"(⑤ 유형)로 구성한 바 있다.

43) 이원상(주 12), 177쪽; 정도희(주 4), 49쪽; 다른 근거로는, 박찬걸(주 9), 275쪽: 이 견해는 스토킹행위구성에 피해자의 주관적 심리가 중요하게 고려되어야 한다는 입장이다. 원래 스토킹행위는 ① 유형으로 구성가능하나 피해자의 주관적 심리를 추가적인 구성요건으로 제시한 것으로 보기 때문이다. 다만, 앞으로 실무에서 사회 일반인을 기준으로 두려움 또는 공포감을 느끼게 할 수 있는 행위로 해석하는 식으로 구체적인 판단기준이 세워질 것으로 예상한다.

44) 이원상(주 12), 177쪽; 이 제안에 대해 다소 오해가 있어 보인다. 호감형의 사람이 스토킹 고의로 행위 하였음에도 피해자는 스토킹으로 받아들이지 않을 수 있고, 그와 반대로 불호감형의 사람이 순수하게 친절을 베풀었음에도 피해자는 스토킹으로 받아들일 수 있다는 이원상 교수의 견해에 대해 정도희 교수는 객관적 기준에 따라 판단하여야 한다는 입장에서 다소 공감하기 어렵다고 지적한다.(정도희(주 4), 49쪽) 그런데 이원상 교수는 이 예시를 스토킹 행위개념의 복잡성을 설명하기 위해 제시한 것이고 피해자의 의사 내지 심리적 감정이 사회 일반인을 기준으로 한 판단에 영향을 미칠 수 있음을 보여주기 위해 제시한 것으로 보인다.

45) 정도희(주 4), 49쪽도 양 요건을 하나로 묶어 판단하는 것으로 보인다. 스토킹행위 판단기준을 피해자가 원하지 않았음에도 일련의 객관적 행위를 했다는 데서 찾는다. 피해자 관점에서 피해자의 주관적 심리를 고려하되, 스토킹 여부는 피해자의 심리상태에 좌우되지는 않는다고 한다.

반하는 행위를 한다는 것', 그리고 '피해자에게 불안감 또는 공포심을 유발하기에 적합한 행위를 한다는 것'(아래 Ⅳ-1. 참고)에 대한 행위자 고의 인정이 보다 용이하다. 그에 반해 피해자의 불안감 또는 공포심 유발에 대한 판단은 행위가 이루어진 구체적 상황, 피해자의 거부의사 표시 여부[46] 등 객관적으로 알려진 모든 정황에 기초하여 사전적 관점에서 사회 일반인을 기준으로 하여야 한다. 범죄성립이 피해자의 주관적 심리상태에 따라 좌우되는 것은 일종의 우연책임이 될 수 있기 때문이다. 그리고 피해자의 주관적 심리상태를 기준으로 하면 국가가 자유로운 생활 영위를 위한 행위자의 기본권에 지나치게 개입하는 것이다.[47] 위 Ⅱ-2.에서 살펴 본 극단적인 남성기피증이 있는 여성 사례가 이에 해당할 수 있겠다.

Ⅲ. 스토킹범죄 구성요건

1. 지속적·반복적인 스토킹행위

스토킹범죄는 지속성·반복성을 특징으로 한다. 스토킹처벌법도 스토킹범죄를 지속적 또는 반복적으로 스토킹행위를 하는 것(제2조 제2호)으로 규정하여 이를 명확히 하고 있다. 피해자의 의사에 반한 일정 행위를 지속·반복적으로 하면, 폭행, 협박 등을 동반하지 않더라도, 스토킹피해자에게 장기간에 걸쳐 심리적·신체적 영향을 준다.[48] 스토킹행위의 위험성은 행위의 반복 중에 '나선형태의 상승곡선'을 따라 증가한다.[49] 그래서 경한 스토킹행위가 살인에 이르기도 한다. 따라서 스토킹행위의 지속성 또는 반복성에서, 개별 행위의 합을 넘어선 스토킹범죄의 고유의 불법내용을 찾을 수 있다.[50] 이를 근거로 스토킹범죄 구성요건이 만들어졌고, 스토킹행위가 기존 범죄를 추가적으로 실현하지 않더라도 스토킹범죄로 규율할 수 있게 되었다.[51] 그리고 기존 범죄를 추가적으로 실현하여 스토킹범죄가 해당 범죄와 상상적 경합이 되더라도, 양형 과정에서 스토킹행위의 지속성·반복성이 반영될 수 있

46) 문제는 피해자의 거부의사가 행위자에게 제대로 전달되지 않은 경우일 것인데, 이때에도 피해자의 의사에 반한 행위인 것은 맞으나, 스토킹행위가 되려면 행위자에게 피해자의 의사에 반하는 행위를 한다는 것, 그리고 그로 인해 피해자가 불안감 또는 공포감을 느낀다는 것에 대한 고의가 있어야 하므로, 행위자가 그러한 사실조차 인식하지 못했다면 스토킹행위를 구성하지 않는다.
47) 이러한 지적으로는, 이건호(주 9), 154쪽.
48) 이원상(주 12), 152쪽; 박찬걸(주 8), 331-332쪽; 김잔디(주 20), 94쪽; 이건호(주 9), 124-125쪽.
49) 김성룡(주 13), 141쪽; 김학태, "독일과 한국에서의 스토킹 규제에 관한 비교법적 고찰", 「EU연구」제28호, 193쪽.
50) Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (757); 김학태(주 49), 196-197쪽.
51) 정도희(주 4), 48쪽; 이원상(주 12), 151쪽.

게 되었다.[52]

이하에서는 스토킹행위의 지속성·반복성 표지와 관련하여, 지속성과 반복성 간 관계, 반복성 표지의 구체적 의미를 검토한다.

먼저 지속성과 반복성 간 관계를 따져보면, 지속성이 있으면 반복성을 갖지만 반대로 반복성은 지속성을 항상 갖지는 않기 때문에 반복성이 보다 큰 개념이다. 그래서 반복성만 요구하고 지속성은 삭제하여야 한다는 주장이 있다.[53] 독일형법 제238조 제1항도 2021년 10월, '끈질기게 하여'(beharrlich)를 '반복적으로 하여'(wiederholt)로 개정되었다.

다음으로 지속성·반복성 표지의 구체적 의미를 살펴본다. 독일 연방대법원은 객관적 요소(반복된 행위)와 주관적 요소(법률에서 요구하는 피해자에 반하는 행위 금지에 대한 무시)로 설명한다. 피해자 의사에 대한 무시 또는 피해자의 바람에 대한 무관심에서 비롯된 행위를 장래에도 반복하여 행하려는 의도로 반복할 것을 요구한다.[54] 그리고 개별 스토킹행위는 서로 충분한 시·공간적 연관성이 있을 것, 행위자의 의지가 지속적으로 일관될 것을 요구한다.[55] 후자의 요구를, 상대방에 대한 통제력 획득·표출이라는 일정 목표 하에 개별 스토킹행위가 내적으로 연결되어야 한다고 구체화할 수 있다.[56] 따라서 행위자가 개별 스토킹행위 당시에 지속·반복적으로 스토킹행위를 할 고의가 없다면, 행위자가 그동안 했던 스토킹행위의 빈도와 지속기간을 추후에 인지하더라도, 스토킹범죄 고의는 인정되지 않는다.[57] 다만 행위자의 고의는 개별적인 스토킹행위를 연결하는 차원으로 족하고 행위자가 장래의 모든 스토킹행위방식을 구체적으로 구상하지 않아도 된다.[58] 개별 스토킹행위들이 내적으로 연결되었다면, 각 행위 사이에 시간적 간격이 크더라도 스토킹범죄성립을 위한 하나의 행위단일체(Handlungseinheit)를 구성할 수 있다.[59] 이때 개별 스토킹행위 모두 스토킹처벌법 제2조 제1호 각 목상 동일한 스토킹행위양태일 필요는 없고, 각기 다른 행위양태여도 지속·반복적으로 이루어지면 된다.[60] 그런데 개별 스토킹행위 사이에 행위

52) 스토킹처벌법 제정 전에는 일련의 스토킹행위를 잘게 나눠 기존 형법 구성요건에 해당하는 행위만을 처벌할 수 있었음을 지적한 견해는, 한민경, (주 1), 86쪽.
53) 이러한 분석으로는, 김잔디(주 20), 92쪽; 정현미(주 6), 260쪽.
54) BGH NStZ 2010, 277 (278).
55) BGH NStZ 2010, 277 (280).
56) 이러한 이해는, Meyer, ZStW 115 (2003), 249 (252); Hochmayr, ZStW 122 (2010). 757 (770 f.).
57) Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (761).
58) Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (763 f.); 지속·반복적으로 스토킹행위를 한다는 고의 판단기준이 모호하고 그 입증이 쉽지 않다는 지적은, Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 24.
59) BGH NStZ 2010, 277 (280).
60) Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 39; Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (770 f.).

자와 피해자 간 합의된 접촉이 있으면 지속성·반복성은 부정된다.[61] 다양한 스토킹행위들을 전체적으로 평가하여야 하는데, 개별 스토킹행위 간 내부적 연결 외에도 각 행위 간 시간적 간격도 중요한 판단요소라고 한다.[62] 그러면서 스토킹행위 발생일이 총 5일이었고 발생일 간에 최대 6주 간격이 있었던 사건에서, 일련의 스토킹행위들이 3개월 이상의 장기간에 걸쳐 이뤄졌다는 사실에도 주목하였다.[63] 스토킹행위가 지속되는 기간이 길어질수록 가해자의 행위가 더 과격해진다는 스토킹범죄의 특성을 반영한 것으로 보인다. 스토킹행위 지속기간의 중요성은 독일형법 제238조 2021년 10월 개정에도 반영되었다. 동조 제2항은, 제1항 제1호 내지 제7호상 행위를 특히 중하게 한 경우 3월 이상 5년 이하의 자유형으로 가중 처벌하는데, 그러한 경우 중 하나(제3호)로 '다수의 행위를 통해 최소 6개월 이상의 기간 동안 피해자를 스토킹한 경우'를 규정하였다. 이 외에도 지속성·반복성이 인정되기 위한 최소한의 개별 스토킹행위 수가 논의된 바 있다. 독일형법 제238조 제정과정에서 5개 이상의 행위가 있을 것이 거론된 바 있었으나,[64] 연방대법원은 개별 스토킹행위가 특히 심각한 경우라면 한 번의 반복만으로도 이 요건을 충족시킨다고 보았다.[65]

이상의 논의를 통해 지속성 또는 반복성 표지를 다음과 같이 구체화할 수 있겠다. 해당 표지는 내적으로 연결된 스토킹행위(질적 요소)를 일정 기간 동안(시간적 요소), 여러 차례 반복하여(양적 요소) 행할 것을 요구한다. 스토킹범죄 성립에 각 요소 간 관계도 중요하다.[66] 개별 스토킹행위가 심각하면, 스토킹행위 지속기간이 짧더라도 스토킹범죄가 성립할 수 있다. 그에 반해 개별 스토킹행위가 경한 경우에는 보다 긴 지속기간동안 일정 횟수 이상 반복되어야 할 것이다.

2. 점진범(Das sukzessive Delikt)

스토킹범죄구조는, 내적으로 연결된 개별 스토킹행위가 일정 기간 반복된다는 점에서 계속범(Dauerdelikt)과 유사한 특성을 갖는다. 그래서 일반적으로 점진범을 계속범의 하위 개념으로 이해하면서 양자를 엄격하게 구분하지는 않는다. 계속범은 범죄의 기수 이후 법

61) BGH NStZ 2016, 724 (725).
62) BGH NStZ 2010, 277 (278).
63) BGH NStZ 2010, 277 (279).
64) BR-Drs. 551/04, S. 7.
65) BGH NStZ 2010, 277 (279).
66) Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (760).

익침해상태가 일정 시간 경과할 것을 요하는 범죄로, 구성요건적 행위에 의해 야기된 위법상태를 유지하기 위한 행위가 수 개 존재한다. 각 행위는 구성요건을 독자적으로 충족하지만, 전부를 포괄하여 일죄가 된다.[67] 그러나 스토킹범죄는 개별 스토킹행위 사이에 시간적 중단이 있다는 점에서, 범죄구성요건이 연속적으로 실현되는 계속범과 다르다. 그리고 스토킹범죄는 개별 스토킹행위만으로는 스토킹범죄 구성요건의 모든 요소를 충족하지 못한다. 그러한 행위를 반복해야만 스토킹범죄가 성립한다. 이를 반영하여 독일에서는 스토킹범죄를 '점진범'[68](Das sukzessive Delikt)으로 구분한다.[69] 점진범에 대한 연구는 많지 않다. 그러나 스토킹범죄를 제대로 규율하기 위해서는, 계속범과의 차이를 중심으로 점진범 법리를 연구하고 스토킹범죄구조를 보다 명확히 이해할 필요가 있다.

우선 스토킹범죄와 다른 기존 범죄(주 6 참고) 간 경합문제를 생각해본다. 점진범에서는 내적으로 연결된 각 부분행위들이 하나의 행위단일체로 묶이는 효과가 발생한다. 따라서 스토킹범죄와 같은 법정형(징역 기준)의 범죄(협박죄) 또는 보다 낮은 법정형의 범죄(폭행죄)를 추가적으로 실현한 경우에도 하나의 행위단일체로 묶여 스토킹범죄 단일형을 구성한다.[70] 그에 반해 스토킹범죄보다 중한 범죄를 추가적으로 실현한 경우에는 양 죄는 경합관계에 놓인다. 추가적으로 실현된 범죄의 성격에 따라 상상적 경합(대표적으로 강요죄), 실체적 경합(대표적으로 살인죄, 상해죄)이 될 것이다.

다음으로 실행의 착수 시기 문제이다. 스토킹범죄 실행의 착수시기를 첫 번째 개별 스토킹행위를 한 때로 보아야 하는지, 아니면 스토킹범죄에 결정적인 영향을 미치는 개별 스토킹행위를 한 때로 보아야 하는지를 검토한다. 물론 스토킹범죄는 미수범 처벌규정이 없기 때문에 실행의 착수시기 논의는 실익이 그다지 크지는 않다. 실행의 착수시기와 관련하여 통설은 행위자의 범행계획에 비추어 볼 때 구성요건실현을 위한 직접적 개시행위로 본다.[71] 구성요건실현을 위한 직접적 개시행위인지 여부는 행위자의 범행계획을 객관적으로

67) 김성돈(주 22), 739쪽.

68) 이러한 용어사용은, 김잔디(주 20), 100쪽, 각주 42번: 일본에서는 점차범이라는 용어를 사용하는데, '점차'(시간이나 차례에 따라 조금씩)와 '점진'(조금씩 앞으로 나아감)의 어의를 고려하여 점진범 용어를 사용할 것을 제안한다. 점진범을 '일정한 목표를 향한 동종의 행위를 반복하여 실행하는 것을 전제로 복수의 행위를 실행함으로써 차츰 달성하고자 하는 결과에 근접하게 되는 범죄유형'으로 정의한다. 이에 동의하여 본고도 점진범으로 기술한다.

69) BGH NStZ 2010, 277 (280): 'Die sukzessive Tatbegehung'; Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 39.

70) Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (780 f.).

71) 배종대(주 24), 109/7 이하; 임웅, 「형법총론 (제12정판)」, 법문사, 2021, 384쪽; 이재상/장영민/강동범, 「형법총론 (제10판)」, 박영사, 2019, 27/29 이하; 김성돈(주 22), 449-451쪽; 실행의 착수시기와 관련하여 구성요건에 해당하는 실행행위를 기준으로 하는 객관설, 행위자 의사를 기준으로 하는 주관설, 양자를 결합하는 절충설(주관적 객관설, 개별적 객관설)이 대립한다. 판례는 개별 범죄종류마다 다른 기준을 제시한다.

분석하여 해당 행위와 이후 구성요건실현행위 사이에 중간행위가 있는지에 따라 판단한다.(중간행위개입시설)[72] 스토킹범죄는 지속·반복적으로 스토킹행위를 하여야만 구성요건이 실현된다. 개별 스토킹행위가 상호 간에 내적으로 연결되어야 하고 그에 대한 행위자의 고의가 인정되어야 한다. 이때 개별 스토킹행위의 강도, 내적으로 연결된 스토킹행위가 지속·반복된 전체 기간, 발생빈도 등을 종합적으로 판단할 필요가 있다.(위 Ⅲ-1. 참고)

정당방위 성립과 관련하여서는 다음과 같은 논점이 있을 수 있다. 정당방위 성립요건 중 부당한 침해는 법질서전체를 기준으로 하여 그 침해의 위법성을 판단한다.[73] 따라서 최초의 개별 스토킹행위에 대해서도 피해자 측은 정당방위를 할 수 있다. 정당방위 성립요건 중 침해의 현재성은, 법익침해가 급박한 상태에 있거나 바로 발생하였거나 아직 계속되고 있어야 함을 요구한다. 즉 정당방위는 범죄종료 시까지 할 수 있다. 그래서 계속범에 대한 정당방위는 그 범죄가 언제 종료되었는지가 논점이 된다. 그러나 점진범에서는, 개별 부분행위(스토킹행위)가 완전히 종료된 후에 다음 개별 부분행위(스토킹행위)가 있기 전에 이뤄진 정당방위의 성립 여부가 논점이 될 수 있다.[74] 이 경우 예방적 정당방위가 되므로 정당방위가 인정되지 않을 것이다.[75] 독일 연방대법원도 동일한 결론을 내린 바 있다. 7번째 스토킹행위를 하고 난 후 도주하던 스토킹행위자에게 피해자가 총상을 입힌 사건에서 피해자의 정당방위를 인정하지 않았다.[76] 침입자가 다른 날 밤에 갑자기 다시 침입해 올 수 있다는 불안감만으로 침해의 현재성을 인정할 수 없다고 보았다.[77] 그런데 스토킹행위는 다양한 형태로 나타난다. 상대방 또는 그의 동거인, 가족의 신변(생명, 신체의 완전성, 자유)을 침해하겠다는 협박을 동반하는 스토킹행위가 반복적으로 이뤄질 수 있다. 이 협박은 피해자에게 계속 영향을 준다.[78] 따라서 개별 스토킹행위가 종료된 후 다음 개별 스토킹행위 전에도 의사결정·의사활동의 자유에 대한 공격의 현재성이 인정될 수 있어야 한다.[79]

---

72) 김성돈(주 22), 450-451쪽.
73) 배종대(주 24), 63/9; 임웅(주 71), 252쪽; 이재상/장영민/강동범(주 71), 17/7; 김성돈(주 22), 297쪽.
74) 이러한 문제제기는, Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (778 f.).
75) 예방적 정당방위에 대해서는, 배종대(주 24), 63/7; 이재상/장영민/강동범(주 71), 17/12; 김성돈(주 22), 295쪽 참고.
76) BGH NJW 1979, 2053 (2053): 스토킹행위자는 밤에 피해자 부부의 정원과 아파트에 7회, 그 중 2회는 침실에까지 침입했다. 피해자는 집에 경보 시스템까지 설치하였다.
77) BGH NJW 1979, 2053 (2053 f.); 다만 언제든지 피해를 입을 수 있는 지속적인 현재의 위험이 있기 때문에 긴급피난을 인정하였다.
78) 이러한 관점은, Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (778 f.); Roxin/Greco, AT, 15/29: 공갈죄에서 의사결정·의사활동의 자유를 침해하는 수단인 협박이 종료하였다는 이유로 정당방위의 현재성을 부정하는 것은 타당하지 않다고 지적한다. 피해자 머릿속에 남아 있는 협박을 '다모클레스의 칼'(환락 중에서도 늘 존재하는 위험)에 비유한다.
79) 개별 스토킹행위 유형과 상관없이 개별 스토킹행위가 종료되었더라도 스토킹은 지속 중인 것으로 보아야 한다는 견해는, 김정혜(주 19), 23-24쪽.

마지막으로 스토킹범죄에 대한 방조범 성립문제를 검토한다. 방조자가 피방조자의 전체 스토킹범죄에 가담하면 스토킹범죄 방조범이 된다. 그런데 휴대폰을 제공해 스토킹행위자가 상대방에게 전화를 한 번 할 수 있게 해 준 경우 또는 스토킹행위자가 정보통신망을 이용하여 상대방에게 보내는 파일(글, 말, 부호, 음향, 그림, 영상, 화상; 스토킹처벌법 제2조 제1호 다목)을 편집·제작해 준 경우처럼 특정 개별 스토킹행위에만 가담한 경우에도, 피방조자의 전체 스토킹범죄 방조범이 될 수 있을지의 문제이다.[80] 방조행위는 피방조자의 실행착수 전후 어느 때라도 가능하다. 피방조자가 실행에 착수한 후 기수에 이르기 전에도 가능하며, 기수에 이른 후에도 범죄행위가 종료되기 전이라면 가능하다.[81] 따라서 방조행위의 시기는 문제되지 않는다. 그러나 다음의 추가적인 요건이 확인되어야 할 것이다. 피방조자가 문제되는 개별 스토킹행위에 이어 내적으로 연결된 스토킹행위들을 반복할 것이라는 사실, 또는 그 행위에 앞서 피방조자가 이미 스토킹행위들을 한 바 있고 그 행위가 이전 행위들과 내적으로 연결되어 있다는 사실, 또는 피방조자가 이미 일련의 스토킹행위를 반복하여 스토킹범죄기수에 이르렀다는 사실을 알면서도, 문제되는 개별 스토킹행위를 방조하였을 것이 요구된다.

3. 적성범(Eignungsdelikt)

위 Ⅱ-3.에서 언급하였던 적성범 법리를 살펴본다. 적성범은 우리에게는 다소 생소한 개념인데, 독일은 적성범을 침해범, 추상적 위험범, 구체적 위험범과 구분되는 실체적 개념으로 활용하고 있다.[82] 적성범은 결과발생 또는 구체적인 위태화를 전제하지는 않지만 규범 내부적으로 피해자관련성을 완전히 배제하지는 않는다. 충분한 가상적-추상적인 피해자관련성이 있을 것을 요구한다.[83] 그래서 잠재적 위험범(potenzielles Gefährdungsdelikt)이라고도 한다. 그리고 구체적 위험은 발생하지 않더라도 행위가 그러한 구체적 위험을 야기하기에 적절해야 한다는 점에서 추상적-구체적 위험범(abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt)이라고도 한다.[84] 대표적인 적성범 규정으로는 독일형법 제130조(국민선

80) 이러한 문제제기는, Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (776 ff.).
81) 통설, 판례의 입장이다.; 배종대(주 24), 146/5; 김성돈(주 22), 701-702쪽.
82) 적성범을 추상적 위험범의 하위개념으로 보는 견해는, Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 45.
83) Hoyer, Die Eignungsdelikte, Duncker & Humblot, 1987, S. 201.
84) Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 45; Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 1; Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (195); 잠재적 위험범 용어에 반대하는 견해는, Kriminologische Zentralstelle, Stellungnahme zu dem Referentenentwurf

동) 제1항 ('공공의 평온을 교란하기에 적합한(geeignet) 방법으로'), 제325조(대기오염) 제1항 ('그 시설이 있는 영역 외에서 타인의 건강, 동물, 식물, 기타 상당한 가치가 있는 타인의 물건을 해하기에 적합한(geeignet) 대기의 변화를 야기한 자')이 있다. 따라서 적합성(Geeignetheit) 개념 이해가 중요하다.

Hoyer은 행위자가 위험에 처하게 될 법익의 대상과 관련하여 위험의 효과가 발생하지 않게 충분히 안전조치하지 않은 상태에서 행위를 하여 침해를 야기하기에 충분한 위험원을 (공동)생성한 경우에 적합성이 있다고 설명한다. 행위자가 충분한 안전조치를 취하지 않은 것은 과실조정능력(Fahrlässigkeitsvermittlungsfähigkeit)이 있음에도 그 능력을 투입하지 않은 것이고, 따라서 그 행위는 허용되지 않은 침해과실(Verletzungsfahrläassigkeit)이 있다고 한다.[85] 이 법리를 권총발사에 비유하여 설명한다.[86] 권총을 발사하여 사람을 살해하거나 생명을 위험에 빠뜨리면, 살인에 적합한 물건을 사용한 것이다. 그런데 행위자가 객관적으로 또는 적어도 주변상황에 대한 자신의 인식에 기초할 때 권총의 (실제) 사격범위에 위험에 처할 대상이 없음을 확신할 수 없는 상태에서 권총을 발사하였으나 위험의 효과가 발생하지 않았다면, 그것은 권총이라는 수단의 특성이 아니라 피해자영역의 특성에서 비롯된 것이다. 그러면 살인에 대한 적합성이 인정된다고 한다. 행위자가 적절한 안전예방조치(피해자영역의 특성에 대한 충분한 통제)를 하여 실제 구체적인 피해자관련성(사격범위에 실제 사람이 없었다는 사실)이 없도록 기여한 경우에만 살인에 대한 적합성이 부정될 수 있다고 한다.[87]

독일은 2007년 형법 제238조를 신설하면서, 명확성원칙을 이유로 스토킹범죄를 ⑤ 유형(침해범이자 결과범; 타인의 생활형성을 중대하게 침해한 자; 위 Ⅱ-3. 참고)으로 하였다.[88] 그러나 스토킹범죄 신고에 비해 유죄 선고가 극히 저조하였다.[89] 피해자가 불안감 또는 공포심을 느꼈음에도 자신의 생활방식을 변경하지 않으면 구성요건을 충족하지 못하기 때문이다. 게다가 독일 연방대법원은 생활형성에 대한 침해 개념을 매우 좁게 보았다. 스토킹으로 인해 피해자가 하지 않았을 행동이 대외적으로 드러나야 비로소 피해자의 생활

eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen, Stand: 21. April 2016, S. 2: 도그마틱차원에서 잠재적 위험범과 적성범은 구분되기 때문에, 적성범 개념을 사용해야 한다는 입장이다.

85) Hoyer(주 83), S. 197 f., S. 200.

86) Hoyer(주 83), S. 109 f.

87) Hoyer(주 83), S. 201.

88) BT-Drs. 16/3641, S. 13.

89) Schöch, NStZ 2013, 221 (222): 신고 대비 유죄선고 비율이 다른 범죄에 비해 지나치게 낮다고 지적한다. 2010년 21,698명의 피의자 중에서 3.4%인 748명이 기소되었고, 1.9%인 414명만이 유죄 선고받았다.

방식이 침해된 것으로 보았다.[90] 즉 스토킹행위의 불법내용보다 피해자의 반응이 스토킹범죄성립에 더 결정적인 기준으로 작용하였다.[91] 생활형성에 중대한 침해결과를 야기했다는 인과관계 입증도 범죄성립에 걸림돌로 작용하였다.[92] 이 문제를 해결하고자 2012년 독일 바이에른주(州)는 오스트리아 형법 제107조a를 참고하여 독일형법 제238조 제1항을 적성범으로 개정할 것을 요구하였다.[93] 이후 2017년 3월 형법 제238조를 ⑤ 유형(피해자의 생활형성을 중대하게 침해하는 일정 행위를 한 경우)에서 ④ 유형(그러한 침해를 유발하기에 객관적으로 적합한 행위를 한 경우)으로 개정하였다.

이 개정에 대해 우선 형사책임의 전치화라는 비판이 제기되었다. 법익보호 목적에 보다 효과적이라는 이유로 형사책임을 전치화하는 것은 정당화될 수 없고, 스토킹범죄는 사회적으로 용인되는 행위 간의 구분이 모호하다는 특성이 있다는 점을 고려할 때 시민사회에 대한 지나친 개입이 될 수 있음을 경계한다.[94] 그리고 '피해자의 생활형성에 대한 중대한 침해'개념 자체가 불명확한데,[95] 이 개념을 그대로 활용하면서 '피해자의 생활형성에 대한 중대한 침해에 적합한 행위'를 요구하는 것에 반대한다. 게다가 적성범으로 변경하면 행위가 침해결과에 미치는 영향으로 범죄성립 여부를 판단하는데, 이때 판사의 자의가 개입될 수 있다고 비판한다.[96] 적합성은 직접 관찰할 수 있는 사실문제가 아니기 때문이다. 적합성 여부 판단기준이 결과발생에 대한 개연성인지, 가능성인지도 분명하지 않다고 지적한다. 적성범은 일반적으로 보편적 법익에 대한 범죄유형임을 강조하며, 개인적 법익에 대한 죄를 적성범으로 처벌하는 것은 정당화될 수 없다는 견해도 있다.[97] 개인적 법익에 대한 죄임에도 예외적으로 적성범으로 구성한 경우(비방죄(독일형법 제186조)[98])도 있지만, 비방죄 구조는 대중과 관련성이 있다는 점에서 스토킹범죄와는 차이가 있다고 항변한다. 그리고 이 개정으로 유죄판결 건수가 증가할 것으로 기대할 수 없다는 지적도 있다.[99] 스토킹범죄

90) BGH NStZ 2010, 277 (279); Kuhlen, ZIS 3/2018, 89 (93).
91) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (196); Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 29; Gericke, MüKo-StGB, § 238, Rn. 2.
92) Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 29.
93) Schöch, NStZ 2013, 221 (224).
94) Kühl, ZIS 7/2016, 450 (450 f.).
95) 이러한 지적은 특히, Kinzig/Zander JA 7/2007, 481 (484); Kühl, ZIS 7/2016, 450 (451).
96) Kühl, ZIS 7/2016, 450 (451): 독일형법 제126조(범죄위협에 의한 공공평온교란)에서도 공공평온을 교란하기에 적합한 방법이 되려면, 공공평온 교란이 구체적이어야 하는지, 추상적-일반적이어야 하는지, 아니면 공개적 장소에서 관련 발언을 하는 것만으로 충분한지 해석의 문제가 있다고 지적한다.
97) Kühl, ZIS 7/2016, 450 (450).
98) '타인에 대한 관계에서 그 자를 경멸하거나 세평을 저하시키기에 적합한 사실을 주장하거나 유포한 자'
99) Kriminologische Zentralstelle(주 84), S. 5.

구성요건 유형을 명문으로 개정하는 것보다 스토킹범죄를 실무에서 어떻게 다루는지가 더 중요하다는 것이다.[100] 독일형법은 스토킹행위로 피해자, 그의 친족 또는 그와 친밀한 관계에 있는 자에 대해 사망 또는 중대한 건강손상의 위험을 야기한 경우(구체적 위험범; 2021년 개정 전 제238조 제2항, 개정 후 동항 제2호)를 기본 스토킹범죄보다 중하게 처벌하는데, 연방대법원은 구체적인 증상발현이 입증되어야 중대한 건강손상의 위험 야기를 인정할 수 있다는 입장이다.[101] 이에 비추어 볼 때, 피해자에게 눈에 띌 만한 피해가 발생하지 않은 스토킹행위는 법원이 심각하게 받아들일만한 위험원이 아니라고 볼 것이라고 예상한다.

개정에 찬성하는 측은, 우선 생활형성에 대한 중대한 침해를 요구함으로써 범죄성립 여부를 피해자의 반응에 따라 결정하는 것은 부당하다고 비판한다.[102] 대다수의 스토킹피해자들은 불안감 또는 공포심을 느끼더라도 사회적·경제적으로 불안정한 상황 속에서 이사나 이직을 감당하기 어렵다. 그런데도 피해자가 이사·이직할 것을 요구하는 것은 극히 비현실적인 대응이라고 지적한다. 적성범으로 규율하면 스토킹범죄성립이 피해자의 스토킹에 대한 반응 여부 및 방식에 좌우되지 않고, 사법기관이 스토킹의 심각성을 직접 평가할 수 있게 된다.[103] 이 개정이 명확성원칙에 반한다는 지적에 대해서는, '피해자의 생활형성에 대한 중대한 침해'개념이 이미 어느 정도 구체화되었고[104] 개정 후에도 동일 개념을 그대로 사용하기 때문에, 처벌 대상이 되는 행위에 대한 예측가능성이 훼손되지 않는다고 반박한다.[105] 적합성은 스토킹행위가 피해자의 심리에 미치는 영향의 정도를 기준으로 판단하면 된다고 한다. 이때 스토킹행위의 빈도, 연속성, 강도, 지속기간, 그리고 피해자의 변화된 생활방식, 심리적·신체적 피해 등을 고려한다.[106] 특별예방효과에서 이 개정의 정당성

100) Kriminologische Zentralstelle(주 84), S. 9.

101) BGH, Beschluss des 5. Strafsenats vom 22.7.2010 – 5 StR 256/10 –, Rn. 10.: 우울한 탈진상태를 동반하는 심신증이 입증되지 않은 경우였다.

102) Kuhlen, ZIS 3/2018, 89 (94 f.).

103) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (195 f.).

104) BGH NStZ 2010, 277 (279); BGH NStZ-RR 2013, 145 (146); BT-Drs. 16/575, S. 8 참고: 생활형성에 대한 중대한 침해가 인정되는 경우로, 피해자가 전혀 외출하지 못한 경우, 제3자와의 동행 없이 혼자서는 외출하지 못한 경우, 자신의 주거지나 근무지를 변경한 경우, 이민 간 경우를 든다. 이 외에도 피해자가 치료가 필요한 경우, 여가활동 및 의사소통방식이 현저히 변화한 경우, 이름을 변경한 경우가 해당할 수 있다고 본다.; 생활형성에 대한 중대한 침해가 부정되는 경우는, 이메일 주소를 변경한 경우, 전화를 받지 않거나 전화기에 자동응답기를 설치한 경우, 증거획득 목적으로 발신자 추적 장치를 설치한 경우를 든다. 이 외에도 전화번호를 변경한 경우, 경보시스템을 설치한 경우, 휴대전화를 잠시 끄는 경우, 별장으로 일주일 간 피신한 경우, 창문과 문을 잠그는 것과 같이 일상적인 보호조치를 취한 경우, 계속된 전화로 불안하고 불면증이 생겼으나 생활형성에 영향을 미칠 정도는 아니었던 경우가 해당된다.(Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 32)

105) Spohn, Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz: Ein Resümee mit Blick auf die Reform durch das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen, Nomos, 2017, S. 197 f.; Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 30.

을 찾는 견해도 있다.[107] 스토킹행위자는 대부분 비합리적으로 행동하고 병리학적으로 문제가 있는데, 이러한 자로부터 피해자의 자유를 보호해 주어야 한다고 주장한다.

Ⅳ. 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 개선방안

1. 범죄유형 변경

위 Ⅱ-3.에서 스토킹행위·스토킹범죄 요건을 피해자의 행동의 자유 및 의사결정의 자유에 대한 보호정도 단계별로 유형 ①~⑤을 제시하였다. 그리고 유형 ①은 타당하지 않음을 논증하였다. 여기에서는 적성범으로 구성할 것인지, 침해범으로 구성할 것인지를 검토한다. 피해자의 불안감 또는 공포심 유발(유형②·③)단계를 규율대상으로 할지, 그로 인한 피해자의 생활형성에 대한 침해(유형 ④·⑤)단계를 규율대상으로 할지는 각국의 상황에 따라 입법 정책적으로 결정할 사항이다. 현재 우리나라는 피해자의 불안감 또는 공포심 유발단계를 규율하고자 한다. 따라서 스토킹행위·스토킹범죄를 유형 ②(적성범)와 유형 ③(침해범) 중 어느 것으로 규율하는 것이 타당한지를 검토한다.

스토킹처벌법 입법 과정에서 스토킹행위·스토킹범죄 유형에 대해서는 크게 관심을 두지 않았다. 죄형법정주의는 어떠한 행위가 범죄를 구성하는지를 명확하게 제시할 것을 요청한다. 이에 따라 입법자는 범죄유형도 구성요건에 명시해야 한다. 스토킹범죄 보호정도를 적성범으로 할 것인지 침해범으로 할 것인지를 먼저 정하고, 그에 따라 구성요건을 구성하여야 한다. 우리 입법자는 스토킹행위를 상대방에게 불안감 또는 공포심을 '일으키는 것'(제2조)으로 규정하여 침해범임을 명시하였다. '일으키는 것'을 문리해석하면 스토킹범죄는 침해범이다. 그런데도 많은 견해가 스토킹규율 목적인 스토킹피해자 보호를 감안하면, 스토킹범죄는 위험범(내지 적성범)으로 규율하는 것이 타당하다고 본다. 그렇다면 '일으키는 것'문구를 개정하여야 한다. 개정하지 않고 목적론적 해석을 통해 스토킹행위·스토킹범죄를 위험범(내지 적성범)으로 규율할 것을 기대해서는 안 된다.

106) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (195 f.); Kühl, ZIS 7/2016, 450 (451); Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 31.; 보다 구체적으로, 협박죄를 기준으로 하여 적합성 여부를 판단하면 된다고 보는 견해는, Valerius, JuS 2007, 319 (323).
107) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (197 f.).

스토킹행위자의 고의와 관련하여서도 '일으키는 것' 문구의 개정이 요구된다. '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'에 대한 고의가 있어야 스토킹행위가 성립한다. 위 Ⅱ-3.에서 불안감 또는 공포감 유발 여부는 사회 일반인의 객관적 기준으로 판단하여야 한다고 논증하였다. 극단적인 남성기피증을 가진 여성 사례(Ⅱ-2.)를 제시했던 견해는 반대 사례도 제시하였는데, 상대방의 거부에도 불구하고 내심의 의사는 다를 것이라고 생각하며 수십 차례 일방적으로 꽃을 배달하거나 편지를 보낸 경우에도 '합리적인 사람을 기준으로 하여 상대방이 심리적 고통을 겪으리라는 것을 알 수 있었다면' 스토킹에 해당한다고 본다.[108] 고의는 행위자 주관적 요소이고, 따라서 그 판단은 구체적, 개별적이어야 한다. 현행 '일으키는 것'문구에 따르면 행위자는 자신이 상대방에게 불안감 또는 공포심을 유발한다는 고의를 가진 채 일정 행위를 해야 한다. 이 사례에서 행위자에게 그러한 고의는 없다. 게다가 정신의학적으로 볼 때 대부분의 스토킹행위자는 피해자도 자신에게 호감이 있을 것이라고 착각한 채 스토킹행위를 한다고 한다.[109] 고의가 없기 때문에 스토킹행위·스토킹범죄가 성립하지 않는다. 이러한 스토킹규율의 공백을 방지하기 위해서는 '일으키기에 충분한' 또는 '일으키기에 적합한' 형태로 구성요건을 변경하여야 한다. 그래야 해당 구성요건 충족 여부를 객관적 기준에 의해 판단함을 명시할 수 있고, 행위자의 고의대상도 불안감 또는 공포심 유발에 적합한 행위를 한다는 것이 된다.

따라서 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'에서 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키기에 적합한(또는 충분한) 것'(적성범)으로 개정하여야 한다. 이 방안은 스토킹피해자 보호라는 입법자의 의도에도 부합한다. 그리고 피해자의 불안감 또는 공포심 유발 여부는 사회 일반인을 기준으로 객관적으로 판단하여야 한다는 당위(위 Ⅱ-3. 참고)를 명확히 제시하기 위한 것이어서 형사책임을 ③ 유형에 비해 실질적으로 전치화하는 것도 아니다.

2. 보호조치별 스토킹행위 구성요건 차별화

스토킹처벌법은 스토킹행위(제2조 제1호)와 스토킹범죄(동조 제2호, 지속적 또는 반복적으로 스토킹행위를 하는 것)를 구분하는 이원적 구조로 제정되었다. 아직 스토킹범죄에

108) 박찬걸(주 8), 334쪽.
109) 정도희(주 4), 33쪽; 이기헌, "스토킹의 형법적 규제에 관한 비교법적 고찰", 「비교형사법연구」제4권 제2호, 333쪽.

이르지는 않은 스토킹행위에 대해서도 응급조치(제3조), 긴급응급조치(제4조), 잠정조치(제9조)를 통해 국가가 스토킹피해자를 보호할 수 있게 한 것이다. 스토킹행위를 행정적 예방조치로 다뤄 죄형법정주의의 엄격한 적용에서 벗어날 수 있고, 탄력적이고 신속한 운용이 가능하다는 점에서 바람직한 조치이다.[110] 특히 스토킹규율에 대한 양 관점, 즉 스토킹 개념의 모호함으로 인해 스토킹'범죄'성립을 엄격히 제한할 필요가 있다는 점과 국가가 스토킹피해자를 적시에 보호해 주어야 한다는 점을 조화롭게 반영할 수 있다. 이 관점에서 현행 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건을 검토해본다.

스토킹범죄 구성요건과 스토킹행위 구성요건 간에 지속성·반복성 요소 차이만 둔 것은, 개별 스토킹행위에 대해 국가가 보호조치를 취하는 것에 대한 정당성을 확보하기 위한 것으로 보인다. 스토킹행위가 반복되면 형벌부과가 정당화되는 구조에서 개별 행위의 위험성이 충분히 확보되기 때문이다. 그러나 스토킹행위 성립이 어려워 국가의 개입시점이 다소 늦어진다는 단점이 있다. 이를 보완하기 위해 스토킹행위 구성요건을 완화하는 방안을 생각해볼 수 있다.

스토킹행위를 ① 유형(추상적 위험범, 상대방의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 상대방 또는 그의 동거인, 가족에 대하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우)으로 구성하는 방안을 들 수 있다. 서범수의원안(의안번호 2104200, 2020.9.24.) 제2조 제1호 및 제2호[111]는 스토킹행위에 대해서는 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으킬 것을 요구하지 않았다.[112] 그러나 스토킹 개념이 모호하고 사회적으로 용인되는 행위와의 구분이 쉽지 않다는 점을 감안할 때 스토킹행위를 '일괄적으로' ① 유형으로 변경하는 것은 타당하지 않다. 스토킹행위에 대한 보호조치 중 스토킹행위자와 피해자등의 분리 및 범죄수사(스토킹처벌법 제3조(응급조치) 제2호), 스토킹행위의 상대방이나 그 주거 등으로부터 100미터 이내의 접근 금지(제4조(긴급응급조치) 제1호)는 스토킹행위자의 기본권을 상당히 제한한다.

이를 고려하여, '진행 중인 스토킹행위'[113]에 대해 사법경찰관리가 할 수 있는 응급조치(제3조) 중 제2호를 제외한 조치(스토킹행위의 제지, 향후 스토킹행위의 중단 통보 및 스토

110) 주 9 참고.
111) 주 37 참고.
112) 유사한 제안으로는, 이건호(주 9), 153쪽.
113) 스토킹행위 중 신고가 어려울 수 있고, 정보통신망을 이용하는 경우 전송과 동시에 피해자에게 도달되므로 진행 중 신고가 불가능함을 지적하는 견해로는, 김정혜(주 19), 23-24쪽.

킹행위를 지속적 또는 반복적으로 할 경우 처벌 경고(제1호), 피해자등에 대한 긴급응급조치 및 잠정조치 요청의 절차 등 안내(제3호), 스토킹 피해 관련 상담소 또는 보호시설로의 피해자등 인도(피해자등이 동의한 경우만 해당한다)(제4호))는 ① 유형에 대해서도 할 수 있도록 하는 방안을 제안한다. 스토킹피해를 이유로 경찰에 신고하였으나 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키기에 적합한 행위인지 판단이 모호하여 경찰이 아무런 조치를 할 수 없어 발걸음을 돌리면 스토킹피해자는 국가의 보호를 받지 못한다는 느낌을 강하게 받을 것이고, 반대로 스토킹행위자는 자신의 행위가 아무런 문제가 없다고 생각할 것이다. 상대방의 주관적 의사에 반하는 행위는 제아무리 호감표현이라 해도 일정 정도 제한되어야 한다. 따라서 신고를 받아 출동한 사법경찰관리는, 상대방의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 상대방 또는 그의 동거인, 가족에 대하여 스토킹처벌법 제2조 제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위가 진행 중인 경우, 응급조치(제3조) 중 제2호를 제외한 조치를 할 수 있다고 개정할 것을 제안한다.

3. 포괄구성요건 신설

독일은 2007년 스토킹범죄를 신설하면서 '기타 이와 유사한 행위'(제238조 제1항 제5호)라는 포괄구성요건을 두었다. 이 포괄구성요건이 명확성원칙을 위반한다는 지적이 많았다.[114] 이 외에도 포괄구성요건은 법치국가적 정형성을 벗어나 처벌범위를 지나치게 넓힐 수 있다는 문제가 있다.[115] 제238조 제1항을 개정하는 과정에서, 연방정부는 적성범으로 개정하면 형사책임이 확장된다는 점을 고려하여 포괄구성요건을 삭제하는 법률안을 발의하였다.[116] 제1호 내지 제4호 구성요건을 통해 제5호를 해석하기에는 각 구성요건의 성격이 이질적이어서 제5호는 충분히 명확하지 않다는 점을 근거로 제시하였다. 그러나 연방의회에서 포괄구성요건 삭제에 반대하였고, 제5호는 2017년 개정형법에 존치되었다.[117] 이후 2021년 10월 제238조를 개정하면서 현재 제5호 규정은 제8호로 이동하고 '기타 제1호 내지 제7호와 유사한 행위'로 문구를 변경하였다.

포괄구성요건 삭제에 반대하는 입장은, 스토킹행위의 다양성과 입법자의 입법재량을 내

114) BGH NStZ 2010, 277 (278); Neubacher, ZStW 118 (2006), 855 (869); Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (486).
115) 이러한 지적은, 이원상(주 28), 218쪽.
116) BT-Drs. 18/9946, S. 14.
117) BT-Drs. 18/10654, S. 3 f.

세운다.[118] 제1호 내지 제4호 구성요건이 서로 이질적인 것은, 오히려 스토킹행위의 다양성을 보여주는 것이다. 스토킹행위자는 구체적으로 규정된 구성요건적 행위가 아닌 방식으로 스토킹 하는 창의성을 얼마든지 발휘할 수 있고, 그러면 규율의 공백이 발생한다고 지적한다.[119] 그리고 입법자는 다양한 행위양태를 포섭하기 위해, 해석이 필요한 불확정적 법적 개념을 사용할 수 있는 입법재량이 있음을 강조한다. 명확성원칙과 관련하여 구성요건이 수범자에게 방향을 제시할 수 있을 정도면 족하고, 포괄구성요건은 구체적으로 제시된 다른 구성요건에 준하는 행위이고 스토킹 피해발생에 적합한 위험성을 내재한 행위를 다룬다고 목적론적 제한 해석할 수 있다는 입장이다.[120] 이러한 해석은 위험범(적성범)에 대해서도 가능하므로, 제238조를 적성범으로 개정하였기 때문에 포괄구성요건을 삭제하자는 주장은 설득력이 없다고 반박한다.[121]

판단건대, 스토킹행위는 다양하게 나타날 수 있다. 입법자는 새로운 유형의 스토킹행위를 현행 스토킹처벌법 제2조 제1호 바목 이하에 구체적으로 추가하여야 한다. 추가하기 전에는 스토킹규율의 공백을 감수할 수밖에 없다. 구체적으로 규정된 행위유형 외에 다른 방식으로 행한 스토킹에 노출된 스토킹피해자를 제대로 보호해줄 수 없는 것이다.[122] 포괄구성요건을 두더라도 현행 스토킹처벌법 제2조 제1호 가목 내지 마목 구성요건을 통해 규율대상이 되는 스토킹행위를 충분히 예견할 수 있다. 따라서 독일형법 제238조 제1항 제8호와 같이 스토킹처벌법 제2조 제1호 바목에 '이와 비교할 수 있는 그 밖의 다른 행위'[123] 구성요건을 둘 것을 제안한다.

118) Kuhlen, ZIS 3/2018, 89 (95); Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (196).

119) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (196): 독일형법 제177조가 규정하고 있지 않은 성희롱, 자살 위협, 오물, 동물의 사체 또는 기타 쓰레기 등을 버리는 경우를 예로 든다.

120) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (196 f.); Kuhlen, ZIS 3/2018, 89 (92).

121) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (198).

122) 이를 근거로 포괄구성요건을 찬성하는 견해는, 정현미(주 6), 249쪽; 이승준(주 2), 140쪽(포괄구성요건을 구체적으로 제시된 다른 구성요건과 유사한 행위로 규정하는 독일방식을 제안한다.); 이성기(주 27), 297쪽(포괄구성요건을 추상적으로 구성하는 미국 방식을 제안한다. 상대방의 의사에 반한 지속적 또는 반복적인 행위로 '피해자, 피해자의 가족 또는 친밀한 관계에 있는 사람으로 하여금 생명, 신체, 생활의 안전에 위협을 느끼게 하거나 상당한 정신적 고통을 주는 행위'로 규정할 것을 제안한다.); 그에 반해 장응혁 교수는, 스토킹범죄를 침해범으로 구성한다 할지라도 판례가 이를 위험범으로 해석할 가능성이 높다는 점을 감안하여, 구성요건을 엄격하게 제한하여 스토킹범죄성립을 제한하고자 한다. 그래서 포괄구성요건에 반대한다.(장응혁(주 35), 192쪽)

123) 정춘숙 의원안(의안번호 2100036, 2020.6.1.) 제2조 제1호 참고.

Ⅴ. 결

이상의 논의를 통해 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건을 분석하고 개선방안을 제시하였다. 이를 간략히 정리하면 다음과 같다. 스토킹을 규율할 때 항상 염두에 두어야 하는 점은, 스토킹개념이 모호하고, 스토킹행위가 사회적으로 용인된 행위와 구분이 쉽지 않는 것이다. 스토킹행위가 성립하려면 '상대방의 의사에 반하여' '정당한 이유 없이' 상대방 또는 그의 동거인, 가족에 대하여 일정 행위를 하여 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것' 요건을 충족시켜야 한다. 이때 '상대방의 의사에 반할 것'과 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'을 하나로 묶어 판단하지 않고, 각각의 구체적인 의미를 새겨 스토킹행위·스토킹범죄 성립 제한요소로서 각기 기능할 수 있게 하여야 한다. 스토킹범죄를 개인적 법익에 대한 죄로 보는 이상, 피해자의 주관적 의사에 반하지 않은 행위에 국가가 개입할 명분이 부족하기 때문에 상대방의 의사에 반한 것인지 판단은 피해자의 실제 주관적 의사를 기준으로 하여야 한다. 따라서 피해자의 거부의사표시가 없더라도 해당 요건은 충족될 수 있다. 다만 피해자의 명시적·묵시적 거부의사가 행위자에게 표현되면 '피해자의 의사에 반하는 행위를 한다는 것', 그리고 '피해자에게 불안감 또는 공포심을 유발하기에 적합한 행위를 한다는 것'에 대한 행위자 고의 인정이 보다 용이하다. 그에 반해 피해자의 불안감 또는 공포심 유발에 대한 판단은 객관적으로 알려진 모든 정황에 기초하여 사전적 관점에서 사회 일반인을 기준으로 하여야 한다. 피해자의 주관적 심리상태를 기준으로 하면, 스토킹행위의 불법내용보다 피해자의 반응이 스토킹행위·스토킹범죄 성립에 더 결정적인 기준이 되어 일종의 우연책임이 될 수 있기 때문이다. 이 판단기준을 명확히 하기 위해서는 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'(침해범)에서 '일으키기에 적합한(또는 충분한) 것'(적성범)으로 개정하여야 한다. 입법자는 죄형법정주의 요청에 따라 범죄유형도 구성요건에 명시해야 한다. 해석론으로 위험범(내지 적성범)으로 보고 스토킹행위·스토킹범죄 성립을 객관적 기준에 따라 결정하면 된다고 무리하게 해석하는 것보다 구성요건에서 이를 명확하게 통제하는 것이 바람직하다. 이때 적합성은 스토킹행위의 빈도, 연속성, 강도, 지속기간 등을 고려하여 스토킹행위가 피해자의 심리에 미치는 영향의 정도로 이해할 수 있겠다.

스토킹범죄는 개별 스토킹행위만으로는 성립하지 않고, 개별 스토킹행위가 지속·반복되어야만 성립한다. 즉 스토킹범죄의 고유의 불법내용은 스토킹행위의 지속성·반복성에서

찾을 수 있다. 지속성·반복성 표지는, 내적으로 연결된 스토킹행위(질적 요소)를 일정 기간 동안(시간적 요소), 여러 차례 반복하여(양적 요소) 행할 것을 요구한다. 스토킹범죄 성립에 각 요소 간 관계도 중요하다. 개별 스토킹행위가 심각하면, 스토킹행위 지속기간이 짧더라도 스토킹범죄가 성립할 수 있다. 그에 반해 개별 스토킹행위가 경한 경우에는 보다 긴 지속기간동안 일정 횟수 이상 반복되어야 할 것이다. 예를 들어 심각한 스토킹행위는 한 달 동안 2-3차례 반복되면 족하지만, 경한 스토킹행위는 3-4개월에 거쳐 5회 이상 행해져야 스토킹범죄가 성립할 수 있을 것이다. 이러한 스토킹범죄 구조를 보면, 범죄구성요건이 연속적으로 실현되는 계속범과는 달리 개별 스토킹행위 사이에 시간적 중단이 있다. 이 특성을 중심으로 점진범의 법리를 분석하여 스토킹범죄 구조를 보다 명확히 이해하고자 하였다. 이 분석에 기초하여 스토킹범죄를 중심으로 점진범 연구가 축적되는 계기가 되기를 기대한다.

이 외에도 스토킹처벌법이 상징형법으로만 기능하지 않도록, 스토킹처벌법 제2조 제1호 가목 내지 마목 행위가 진행 중인 경우 신고를 받아 출동한 사법경찰관리가 응급조치(제3조) 중 제2호를 제외한 조치는 피해자에 대한 불안감 또는 공포심 유발 여부와 무관하게 할 수 있다고 개정할 것, 그리고 스토킹처벌법 제2조 제1호 바목에 '이와 비교할 수 있는 그 밖의 다른 행위'라는 포괄구성요건을 둘 것을 제안한다. 포괄구성요건을 두는 것은 스토킹규율의 공백을 막기 위한 것이다. 입법자는 새로운 유형의 스토킹행위를 구체적으로 추가하는 개정 노력을 게을리 해서는 안 된다. 독일형법 제238조도 2021년 10월 개정을 통해 기본 스토킹범죄(제238조 제1항) 및 가중 처벌되는 중한 스토킹범죄(제2항) 행위유형을 추가하였다.[124] 그리고 스토킹행위의 위험성을 고려할 때, 스토킹범죄를 기본범죄로 하여 상해, 사망의 결과를 발생시킨 경우 결과적 가중범으로 규율할 필요가 있다. 독일형법은 제

124) 제238조 제1항 제5호부터 제8호까지 신설: 5. 타인, 그의 친족 또는 그와 친밀한 관계에 있는 자를 대상으로 형법 제202조a, 제202조b 또는 제202조c의 행위를 하거나, 6. 타인, 그의 친족 또는 그와 친밀한 관계에 있는 자의 이미지를 유포 또는 공개하거나, 7. 타인을 경멸하거나 세평을 저하시키기에 적합한 내용(형법 제11조 제3항)을, 그 자가 작성한 것처럼 가장하여 유포 또는 공개하거나, 8. 기타 제1호 내지 제7호와 유사한 행위
제238조 제2항 제1호, 제3호부터 제7호 신설, 기존 제2항 규정(스토킹행위로 피해자, 그의 친족 또는 그와 친밀한 관계에 있는 자를 사망 또는 중대한 건강손상의 위험을 야기한 경우)은 제2호에 위치시킴: ② 특히 중하게 제1항 제1호 내지 제7호상 스토킹행위를 한 경우 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 일반적으로 특히 중한 스토킹행위로 인정되는 경우는, 행위자가 1. 스토킹행위로 피해자, 그의 친족 또는 그와 친밀한 관계에 있는 자의 건강손상을 야기한 경우, 2. 스토킹행위로 피해자, 그의 친족 또는 그와 친밀한 관계에 있는 자를 사망 또는 중대한 건강손상의 위험을 야기한 경우, 3. 다수의 행위를 통해 최소 6개월 이상의 기간 동안 피해자를 스토킹한 경우, 4. 제1항 제5호상 행위를 하면서 타인을 디지털 방식으로 염탐하기 위한 목적의 컴퓨터프로그램을 이용한 경우, 5. 제1항 제5호상 행위로 얻은 이미지를 제1항 제6호의 행위를 하면서 사용한 경우, 6. 제1항 제5호 행위로 얻은 내용(형법 제11조 제3항)을 제1항 제7호 행위를 하면서 사용한 경우, 7. 행위자가 21세 이상인데 피해자는 16세 미만인 경우이다.
그리고 제238조 제4항(상대적 친고죄 규정)을 삭제하였다.

238조는, 건강손상을 야기하거나(제2항 제1호) 사망 또는 중대한 건강손상이라는 '구체적 위험'을 발생시킨 경우(제2호)를 특히 중한 스토킹행위로 3월 이상 5년 이하의 자유형으로 가중 처벌하고, 사망의 결과를 야기한 경우(제3항)[125]에는 1년 이상 10년 이하의 자유형으로 가중 처벌한다. 결과적 가중범을 규율함으로써 스토킹범죄의 심각성을 보다 명확하게 제시할 수 있고, 그로 인해 발생한 상해, 사망의 결과와 관련하여 불법성을 제대로 평가할 수 있기 때문이다.

구슬이 서 말이라도 꿰어야 보배다. 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건을 잘 갖추어놓아도 이를 제대로 활용하지 못하면 스토킹피해자를 보호할 수 없다. 독일의 실무 경험을 살펴보면, 스토킹범죄 법정형이 3년 이하의 징역이어서 집행유예 선고가 많았는데, 이후 스토킹피해자에 대한 보호에 소홀한 측면이 있었다고 한다. 이때 스토킹행위자는 보다 심각한 형태의 스토킹으로 나아가는 경우가 많다고 한다.[126] 그리고 검찰에서 스토킹범죄에 대한 경각심 부족 현상이 확인되었다. 스토킹범죄가 스토킹범죄보다 중한 범죄를 추가적으로 실현하면 양 죄는 경합관계에 놓인다.(위 Ⅲ-2. 참고) 그런데 상해죄가 성립하면 스토킹범죄에 대해서는 검찰이 관심을 두지 않는 경향이 있다고 한다. 스토킹범죄가 협박죄도 추가적으로 실현하면 스토킹범죄로 입건된 사건을 검찰이 협박죄로만 기소할 가능성이 크다는 지적도 있다.[127] 이러한 실무태도는 스토킹범죄의 심각성 인식을 저해할 수 있다. 독일의 사례를 반면교사 삼아, 스토킹규율에 대한 양 관점, 즉 스토킹 개념의 모호함으로 인해 스토킹범죄성립을 엄격히 제한할 필요가 있다는 점과 국가가 스토킹피해자를 적시에 보호해 주어야 한다는 점을 조화롭게 추구하는 운용의 묘를 기대한다.

125) 피해자나 그와 가까운 사람이 가해자를 피해 도망치다 사망하거나, 피해자가 자살하게 된 경우가 이에 해당한다.(BT-Drs. 16/3641 S. 14)
126) 이러한 지적으로는, Kriminologische Zentralstelle(주 84), S. 6.
127) Kriminologische Zentralstelle(주 84), S. 7.

[참고문헌]

[국내문헌]

김성돈, 「형법총론(제7판)」, 성균관대학교 출판부, 2021.

배종대, 「형법총론 (제15판)」, 홍문사, 2021.

임웅, 「형법총론 (제12정판)」, 법문사, 2021.

이재상/장영민/강동범, 「형법총론 (제10판)」, 박영사, 2019.

고명수, "형사입법에 대한 사전적 법적 심사기준 개선연구 - 합헌성 및 체계정합성 심사를 중심으로 -", 「법학연구」 제24권 제3호, 2021.

고명수, "자동차 불법경주 규율 개선에 관한 연구 - 독일 형법 제315조d와의 비교를 중심으로 -", 「형사법의 신동향」 제72호, 2021.

김성룡, "독일의 '스토킹행위의 처벌에 관한 법률'의 고찰", 「형사정책연구」 제18권 제4호, 2007.

김잔디, "스토킹죄의 실행행위 구조에 관하여", 「비교형사법연구」 제21권 제2호, 2019.

정현미, "스토킹범죄 규제를 위한 입법방향", 「이화젠더법학」 제12권 제3호, 2020.

김정혜, "스토킹처벌 법안의 주요 내용 및 쟁점", 제21차 젠더와 입법포럼, '스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률' 제정안 "이의 있습니다", 2018. 7. 3.

김학태, "독일과 한국에서의 스토킹 규제에 관한 비교법적 고찰", 「EU연구」 제28호, 2011.

김혜경, "개인적 법익의 추상적 위험범적 해석의 타당성", 「형사정책」 제22권 제2호, 2010.

박찬걸, "최근 제정된 스토킹처벌법의 개정에 대한 소고", 「형사법연구」 제33권 제3호, 2021.

박찬걸, "스토킹의 개념 정립 및 피해자 보호방안에 관한 연구: 지속적 괴롭힘죄의 신설에 즈음하여", 「가천법학」 제5권 제2호, 2012.

송란희, "현장 사례를 통해 본 스토킹범죄 처벌법 입법방향", 제21차 젠더와 입법포럼, '스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률' 제정안 "이의 있습니다", 2018. 7. 3.

이건호, "스토킹 행위에 대한 형사법적 대응과 그 한계 - 스토킹 행위의 유형화와 법률적 대응방법의 다양화를 중심으로 -", 「형사정책」 제16권 제2호, 2004.

이건호, "스토킹 행위에 대한 규제와 피해자화 방지전략에 대한 고찰", 「형사정책연구」 제71권, 2007.

이기헌, "스토킹의 형법적 규제에 관한 비교법적 고찰", 「비교형사법연구」 제4권 제2호, 2002.

이성기, "스토킹 행위에 관한 형사법적 연구", 「법학논문집」 제42권 제1호, 2018.

이승준, "독일의 스토킹 처벌 규정의 개정과 그 시사점", 「형사정책」 제29권 제2호, 2017.

이원상, "스토킹 처벌규정 도입에 대한 고찰", 「형사정책연구」 제94권, 2013.

이원상, “스토킹처벌법의 문제점에 대한 고찰”, 「비교형사법연구」 제23권 제4호, 2022.

장응혁, “스토킹범죄의 정의에 관한 연구 – 독일과 일본의 논의를 중심으로 –”, 「법학연구」 제27권 제1호, 2017.

정도희, “스토킹의 개념과 처벌에 관한 몇 가지 제언”, 「법과 정책연구」 제17권 제3호, 2017.

정현미, “스토킹범죄 규제를 위한 입법방향”, 「이화젠더법학」 제12권 제3호, 2020.

한민경, “법정에 선 스토킹 : 판결문에 나타난 스토킹 행위의 유형과 처벌을 중심으로”, 「원광법학」 제37권 제1호, 2021.

[외국문헌]

Eisele, Jörg, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch,* 30. Aufl., C.H.BECK, 2019.

Gericke, Jan, *Münchener Kommentar zum StGB,* 4. Aufl., C.H.BECK, 2021.

Hoyer, Andreas, *Die Eignungsdelikte,* Duncker & Humblot, 1987.

Roxin, Claus/Greco, Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 5. Aufl., C.H.Beck, 2020.

Spohn, Viola, *Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz: Ein Resümee mit Blick auf die Reform durch das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen*, Nomos, 2017.

Valerius, Brian, *Beck'scher Online-Kommentar StGB,* 50. Edition, C.H.BECK, 2021.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, *Straftecht Allgemeiner Teil*, 49. Aufl., C.F.Müller, 2019.

Hochmayr, Gudrun, "Das sukzessive Delikt –ein neuer Deliktstypus. Zugleich ein Beitrag zur Anwendung der Strafvorschriften gegen Stalking", *ZStW* 122, 2010.

Kinzig, Jörg/Zander, Sebastian, "Der neue Tatbestand der Nachstellung(§ 238 StGB)", *JA* 7/2007, 2007.

Kubiciel, Michael/Borutta, Nadine, "Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung(§ 238 StGB)", *KriPoZ* 3/2016, 2016.

Kühl, Kristian, "Stalking als Eignungsdelikt", *ZIS* 7/2016, 2016.

Kuhlen, Lothar, "Stalking als kriminalpolitisches Problem", *ZIS* 3/2018, 2018.

Meyer, Frank, "Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von “Stalking” im deutschen Recht", *ZStW* 115, 2003.

Schöch, Heinz, "Zielkonflikte beim Stalking-Tatbestand", *NStZ* 2013, 2013.

Valerius, Brian, "Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB", *JuS* 2007, 2007.

Abstract

Eine Studie über die Voraussetzungen der Stalking-Handlung und den Stalking-Straftatbestand - im Vergleich mit § 238 des deutschen Strafgesetzbuches -

Myoung-su Ko
Research Professor, Korea University Law School, Dr. jur.

Nach langem Bedenken ist mit dem 「Anti-Stalking-Gesetz」 am 21.10.2021. der Straftatbestand des Stalkings in Kraft getreten. Das Gesetz unterscheidet zwischen der Stalking-Handlung(§ 2 Nr. 1) und dem Stalking-Straftatbestand(§ 2 Nr. 2). Zum Schutz vor Stalking-Handlung können polizeiliche und gerichtliche Maßnahmen ergriffen werden.(Vgl. § 3, § 4 und § 9 「Anti-Stalking-Gesetz」) Wiederholen sich die Handlungen, wird der Stalking-Straftatbestand verwirklicht, wird dann mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.(§ 18 Abs. 1 「Anti-Stalking-Gesetz」)

In diesem Beitrag werden die Eigenschaften und Elemente von jedem von ihnen analysiert. Ausgehend von dieser Analyse wird nach Möglichkeiten gesucht, den Opferschutz in Bezug auf die Stalking-Kontrolle zu stärken und die Form des Straftatbestandes des Stalkings zu verbessern, um dem Gesetzlichkeitsprinzip gerecht zu werden.: Hier wird vorgeschlagen, den Straftatbestand des Stalkings in ein Eignungsdelikt umzuwandeln, den Auffangstatbestand in § 2 Abs. 1 「Anti-Stalking-Gesetz」 unter Bezugnahme auf

§ 238 Abs. 1 Nr. 8 des deutschen Strafgesetzbuches einzuführen und die Polizei schnell geeignete Maßnahmen zum Schutz der Opfer von Stalking einleiten zu lassen. Außerdem wird vorgeschlagen, die Voraussetzungen für Stalking je nach Eingriffsintensität der polizeilichen Maßnahmen bei Stalking zu variieren.

Auch eine materiell-rechtliche Analyse der Straftatbestandsmerkmale des Stalkings und deren Dogmatik wird unter Bezugnahme auf die Diskussion in Deutschland untersucht. Dabei geht es insbesondere um die Analyse von sukzessiven Delikten und Eignungsdelikten.

Key Words : Stalking, Anti-Stalking-Gesetz, Das sukzessive Delikt, Eignungsdelikt, Auffangstatbestand, polizeiliche und gerichtliche Maßnahmen zum Schutz vor Stalking-Handlung, Schutz von Stalking-Opfern

규제샌드박스 제도의 의의와 쟁점

권 용 수 (Yong-su Kwon)
건국대학교 글로컬캠퍼스 조교수

논문접수 : 2022. 02. 11. 심사개시 : 2022. 02. 15. 게재확정 : 2022. 03. 14.

목 차

Ⅰ. 들어가며

Ⅱ. 규제샌드박스 제도의 의의와 성과
1. 도입 배경과 의의
2. 운영 및 법적 근거
3. 규제샌드박스 제도를 둘러싼 동향
4. 규제샌드박스 승인 현황과 그 성과

Ⅲ. 규제샌드박스 제도 운용상의 쟁점 검토
1. 규제샌드박스 대상 확대
2. 규제샌드박스 신청 자격
3. 규제샌드박스 제도 승인 및 조건 부여
4. 혁신·융복합 촉진과 소비자 보호의 균형

Ⅳ. 마치며

국문초록

최근 사물인터넷(IoT)·인공지능(AI)·빅데이터·블록체인 등 새로운 기술의 비약적 발전과 디지털전환·탄소중립이라는 산업 패러다임의 전환 등은 혁신과 규제의 긴장·갈등 관계를 심화시키고 있다. 이에 따라 혁신과 규제의 긴장 관계 등에 대처하는 방식에 관한 논의도 새로운 국면을 맞이하였다. 혁신이 규제와 긴장 관계 등을 형성하거나 형성할 우려가 있는 경우 관련 규제를 개정·개혁하는 차원을 넘어, 과감하면서도 합리적인 방식으로 양자의 긴장 관계를 완화할 수 있는 새로운 규제 완화 기제에 관한 논의가 이루어졌다. 그 결과로서 일정 조건을 전제로 기존의 규제를 선제적으로 유예하거나 면제하는 제도, 즉 규제샌드박스 제도가 도입되었다.

우리나라의 규제샌드박스 제도는 영국이나 일본 등 해당 제도를 먼저 도입·운용해 온 국가의 모델을 한 단계 발전시킨 형태로 운용되고 있다. 구체적으로 금융 등 특정 분야가 아닌 신산업 전 분야에 규제샌드박스 제도가 적용되는 것을 상정한 가운데, '실증특례'를 중심으로 규제 존재 여부를 확인해주는 '신속확인'과 안전성 확보를 전제로 선제적 시장 출시를 허용해주는 '임시허가'를 유연하게 연계시킨 형태로 제도가 운용되고 있다. 이러한 운용 체계를 갖춘 규제샌드박스 제도는 기업의 혁신적 활동을 효율적으로 뒷받침하고 소비자의 편익을 향상시키는 등 다양한 이점을 가져올 수 있는 만큼, 사회적으로 큰 관심을 받았다. 그 결과 2021년 12월 말까지 애초의 예상을 뛰어넘은 632건의 규제샌드박스 승인 건수를 기록하였고, 실제 투자·매출·고용 증가 등 눈에 띄는 성과도 거두었다.

다만 우리나라는 다수의 개별법을 통해 규제샌드박스 제도를 규율하다 보니 제도적·실무적 상충 등의 문제를 비롯해 제도의 효율적 작동이나 활성화라는 관점에서 적잖은 과제도 안고 있다. 본 연구에서는 규제샌드박스 제도의 의의와 성과를 분명히 밝힌 다음, 혁신이나 융복합 등을 꾀하는 기업이 되도록 많이 규제샌드박스 제도를 활용할 수 있도록 할 필요가 있다는 판단 아래 우선 ① 규제샌드박스 대상 확대, ② 신청 자격 확대, ③ 승인 및 조건 부과 완화, ④ 혁신·융복합 촉진과 소비자 보호의 균형을 검토하였다.

※ 주제어: 규제개혁, 규제샌드박스, 신속확인, 실증특례, 임시허가, 혁신, 융복합

Ⅰ. 들어가며

디지털전환·탄소중립이라는 산업 패러다임의 전환 속에서 그 어느 때보다 기업의 혁신적 활동이 강조되고 있다. 관련해 매우 동태적인 개념인 '혁신'[1]에 법이 어떻게 대처해야 하느냐가 주요 쟁점으로 떠오르고 있다. 혁신과 법의 관계 정립은 오래된 쟁점이나,[2] 제4차 산업혁명 도래에 따른 정보통신기술 등의 비약적 발전이 그 긴장 관계를 폭발시키면서 새로운 논의의 필요성을 불러왔다. 예를 들어 혁신이 현행 규제와 긴장 관계를 형성함으로써 특정 규제의 개정을 압박하는 차원을 넘어, 규제 방식이나 그 존재 의의 자체를 압박함에 따른 논의가 요구되고 있다. 정보통신기술 등이 예측 범위를 뛰어넘는 속도로 발전하면서 새로운 사업모델 창출이나 시장 지위 변화에 상당한 영향력을 행사하는 현실에 비추어 보면, 특정 규제 개정을 통한 대처는 개정 시점에 새로운 긴장 관계에 직면할 가능성이 있다.

그렇다면 오늘날에는 혁신과 규제의 긴장 관계를 해소하기 위해 과감하게 규제를 완화·폐지해야 할까? 기본적으로 산업 패러다임의 급격한 전환 속에서 우리나라의 지속가능한 발전을 도모하기 위해서는 과감한 규제 완화 등이 필요하다고 본다. 다만 그 수준과 방식에 있어서는 사안에 따라 다른 취급도 필요해 보인다.[3] 규제는 혁신과 기존 시장의 관계를 조율함으로써 산업 전반(이해관계자 포함)의 균형 있는 발전을 목표한다는 존재 의의가 있기 때문이다. 우리는 새로운 사업모델이 기존의 산업 등과 맞닿는 영역에서 극심한 갈등을 초래하는 경우를 왕왕 목격할 수 있고,[4] 그로부터 규제의 필요성이 인식되는 모습도 볼 수 있다. 예로 우버를 비롯해 타다, 카카오 카풀, 카카오택시 등 정보통신기술에 기반해 운전자와 승객을 연결해주는 운송네트워크 플랫폼의 등장과 기존 운송산업의 충돌 사례를 떠올려 보자.[5] 이 사례에서는 '혁신'에 방점을 찍고 과감한 규제 완화를 주장하는 견해와 '기존 산

1) 혁신의 라틴어원인 innovare는 무엇을 '변화시키는 것' 또는 '새롭게 하는 것'을 뜻하는데, 이를 전제하면 혁신은 기술뿐 아니라 철학, 윤리, 정치, 기타 사회과학 분야 등 다양한 상황에서 일어날 수 있다(Thomas Fetzer·김태오(역), "혁신과 규제 : 동태적 시장에서의 정태적인 법 – 예측불가능한 것에 대한 규제방식", 「경제규제와 법」 제9권 제2호(서울대학교 아시아태평양연구소, 2016), 51쪽).

2) Thomas Fetzer·김태오(역), 위의 논문, 50쪽.

3) 신기술의 도입을 규제할 것인지, 어떤 방식으로 규제할 것인지 등은 하나의 일관된 원칙에 따라 정해질 수 없다는 지적으로 이원우, "혁신과 규제 : 상호 갈등관계의 법적 구조와 갈등해소를 위한 법리와 법적 수단", 「경제규제와 법」 제9권 제2호(서울대학교 아시아태평양연구소, 2016), 24쪽.

4) 이원우, 위의 논문, 10쪽.

5) 김다은·윤견수, "혁신과 규제의 딜레마 : 한국의 모빌리티 플랫폼 정책 사례를 중심으로", 「정부학연구」 제27권 제1호(고려대학교 정부학연구소, 2021), 115쪽.

업 보호'에 방점을 찍고 동일한 규제 적용을 주장하는 견해가 대립하였다.[6] 모두 나름의 일리가 있다 보니, 과감한 규제 완화를 선택하기 어려운 측면이 있었다. 덧붙여 '소비자'에 방점을 찍고 위 사례에 접근해 보면 특정 시장에 새로운 사업모델(혁신)이 들어와 기존의 사업모델(기존 산업 보호)과 소비자를 두고 경쟁하는 체제가 구축되는 수준의 규제 완화가 이루어지는 것이 바람직할 수 있다.[7]

이상을 종합해 보면, 혁신과 기존 산업의 적절한 경쟁을 유발함으로써 우리 경제의 지속가능한 성장과 소비자 후생 증진에 이바지할 수 있는 '과감하면서도 합리적인 규제' 완화 등을 도모하는 것이 향후 핵심 과제라 할 수 있다. 사물인터넷(IoT), 인공지능(AI), 빅데이터, 블록체인 등 제4차 산업혁명 관계 기술이 등장한 이후, 규제 완화 등의 필요성은 한층 더 커졌다. 그런데 합리적 수준과 방식의 규제 완화를 도모하는 것은 그리 녹록지 않다. 입법자는 신이 아니며 예측 범위를 벗어난 '파괴적 혁신' 등에 배려한 '과감하면서도 합리적인 규제'를 마련하는 것까지 기대하기는 어렵다.[8] 한편, 입법자가 혁신을 저해하는 걸림돌을 없애야 한다는 강한 의지가 있다고 하더라도, 규제 완화 등의 속도가 현실을 앞지르는 것을 기대하기는 쉽지 않다. 특정 이해집단에 의한 규제 왜곡의 가능성을 떠나, 규제의 존재 의의가 있기 때문이다. 이러한 이유로 종전의 규제 완화 방식에 더해, 새로운 방식의 규제 완화 기제가 요구되었다. 이에 따라 우리나라에서는 일정 조건을 전제로 기존의 규제를 선제적으로 유예하거나 면제하는 제도, 즉 규제샌드박스 제도라는 새로운 규제 완화 체제를 논의·도입하였다.[9] 아래에서는 규제샌드박스 제도 전반의 모습과 그 의의를 분석한 후, 혁신과 기존 산업의 긴장 관계 해소를 통한 우리 경제의 지속가능한 발전 및 소비자 후생 증진 도모라는 큰 틀에서 몇 가지 쟁점을 검토하고자 한다.

6) 윤승영, "여객 운송중개 플랫폼 규제의 비교법적 고찰 : 소비자보호의 관점에서", 「상사법연구」 제37권 제4호(한국상사법학회, 2019), 241쪽.

7) 과감한 규제 완화 등은 기존 시장의 후발주자가 되는 혁신에 과도한 인센티브로 작용해 혁신과 기존 산업의 경쟁이 아닌 기존 산업의 쇠퇴를 초래할 우려가 있다. 이는 소비자의 선택지를 제한하는 결과로 이어질 수 있다.

8) '파괴적 혁신'은 단순하고 저렴한 제품이나 서비스로 시장 밑바닥을 공략한 후 빠르게 시장 전체를 장악하는 방식의 혁신을 말한다. 이러한 혁신은 기존의 제품이나 서비스와의 격렬한 충돌이 불가피하다. 이 점에서 파괴적 혁신에 배려한 규제 완화 등은 기존의 제품이나 서비스에 치명적인 타격을 줄 수밖에 없는데, 그 타격의 정도를 예측하지 못하는 상황에서 '합리적 규제'를 마련한다는 것은 어불성설이다.

9) 권헌영, "한국형 규제샌드박스의 현황과 향후 과제", 「KISO JOURNAL」 제35호(한국인터넷자율정책기구, 2019), 30쪽.

Ⅱ. 규제샌드박스 제도의 의의와 성과

1. 도입 배경과 의의

규제는 기본권 제한이라는 부정적 이미지를 내재하고 있음에도 불구하고, 혁신과 기존 시장의 관계를 조율하고 시장실패를 교정하는 공익적 기능을 인정받아 그 존재 자체를 부정당하지는 않는다.[10] 다만 1980년대에 접어들어 규제가 불필요하거나 국가의 경쟁력 확보에 해가 될 수도 있다는 인식이 전 세계적으로 확산하였고, 규제개혁의 필요성이 강조되기 시작하였다.[11] 이러한 흐름 속에서 우리나라도 1980년대 이후 계속해서 개혁정책의 주요 과제로 규제개혁[12]을 추진하고 있다.[13] 최근 4년간 규제혁신 플랫폼 구축, 기업활동·국민 생활 핵심 규제개선 등을 통해 개선한 규제만도 8,623건에 달한다.[14] 그런데 파괴적 혁신을 가능케 하는 사물인터넷(IoT), 인공지능(AI), 빅데이터, 블록체인 등 제4차 산업혁명 관계 기술이 등장한 이후, 종전의 규제개혁 방식만으로 융합이나 혁신을 효과적으로 뒷받침하는 데 한계가 있음이 점차 드러났다.[15] 그 때문에 융합과 혁신이 강조되는 시대에 부합하면서도 기존의 규제개혁 방식이 지닌 한계를 보완할 수 있는 새로운 규제 완화 기제가 요구되었다. 이에 따라 등장한 것 중 하나가 규제샌드박스 제도이다.[16] 즉, 규제샌드박스는 급변하는 사회환경에 발맞춰 규제체계의 패러다임을 전환하기 위해 도입된 것이라 할 수 있다.[17]

2020 규제개혁백서에 따르면, 규제샌드박스는 "사업자가 신기술을 활용한 새로운 제품과 서비스를 일정 조건(기간·장소·규모 제한)하에서 시장에 우선 출시해 시험·검증할 수

10) 이재훈·손병호·김현민·이민정·유지은, 「제도·규정 분석을 통한 국내 규제샌드박스 법제 개선 연구」, 한국과학기술기획평가원, 2019, 4쪽.
11) 이성우, "규제영향분석제도의 효과적 집행방안", 「한국정책학회보」 제9권 제2호(한국정책학회, 2000), 142쪽.
12) 우리나라는 1998년 행정규제기본법에 근거해 대통령 소속으로 규제개혁위원회를 설치하는 등의 움직을 보였다.
13) 김종석, "규제개혁 30년 : 평가와 과제", 「규제연구」 제29권 제2호(한국규제학회, 2020). 우리나라 규제 완화 정책을 정리한 것으로 이원우, "규제개혁과 규제완화 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색", 「저스티스」 통권 제106호(한국법학원, 2008), 366~369쪽.
14) 국무조정실·국무총리비서실, "규제혁신 플랫폼 제도, 핵심규제 개선방식, 적극행정 행태 추진 총 8,600여건 이상 규제혁신 성과창출", 보도자료(2021. 9. 1).
15) 세계경제포럼의 보고서를 보면 우리나라의 혁신 역량 및 정보통신기술 적용력은 각각 6위와 1위로 매우 높게 평가된 한편, 규제 부담과 법체계의 효율성은 각각 87위와 67위로 상당히 낮게 평가되고 있다(Klaus Schwab, *The Global Competitiveness Report 2019*, World Economic Forum, 2019).
16) 先허용 後규제 전환을 위해 새로운 규제혁신 플랫폼, ① 규제샌드박스, ② 선제적 규제혁신 로드맵(기술발전을 예측해 미리 규제이슈를 발굴해 정비하는 것), ③ 네거티브 규제 시스템(신산업이나 신기술이 도래할 때마다 인허가 대상을 추가할 필요가 없도록 법령 규정방식을 개선)을 구축하였다.
17) 최철호, "규제개혁을 위한 규제샌드박스 제도 연구", 「법학연구」 제29권 제1호(경상대학교 법학연구소, 2021), 197, 198쪽.

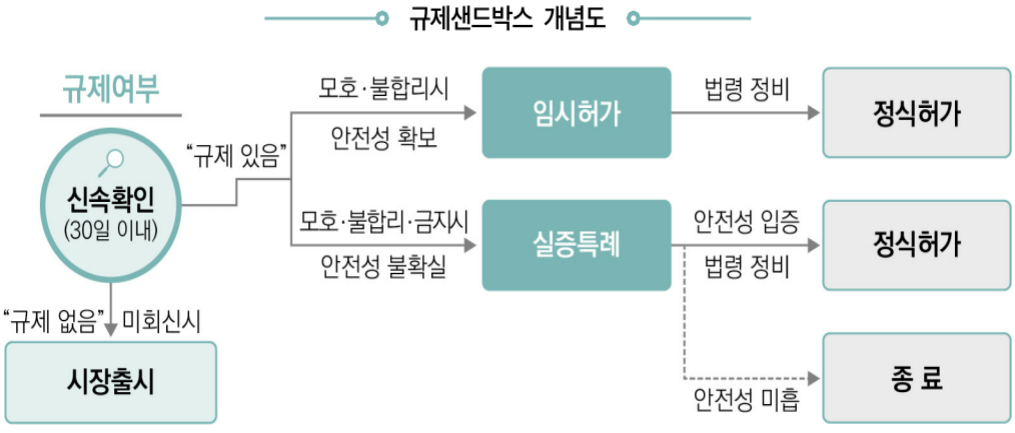
있도록 현행 규제의 전부나 일부를 적용하지 않는 것을 말하며 그 과정에서 수집된 데이터를 토대로 합리적으로 규제를 개선하는 제도"를 말한다.[18] 이러한 제도가 효율적으로 작동한다면 ① 기업은 혁신적인 아이디어를 규제 걱정 없이 실현함으로써 시장에서의 우위를 점할 수 있을 것이고, ② 소비자는 지금껏 경험하지 못한 혁신적인 상품이나 서비스에 대한 선택권을 보장받는 등 여러 편익을 누릴 수 있을 것이다. 나아가 ③ 정부는 규제샌드박스 운영 과정에서 수집된 데이터를 토대로 규제의 존재 실익을 따져보고, 합리적인 규제개선이나 세밀한 규제 설계를 도모할 수 있을 것이다. 이는 특정 기업을 넘어 해당 규제개선 등에 관계된 모든 기업에 제도적 혜택을 줄 수 있다는 점에서 주목할 가치가 있다.[19]

2. 운영 및 법적 근거

가. 운영 체계

규제샌드박스 제도는 2016년 영국에서 금융 분야를 대상으로 처음 도입된 이후,[20] 현재 일본, 미국, 싱가포르, 대만 등 세계 각지에서 다양한 분야를 대상으로 운영되고 있다.[21] 우리나라의 규제샌드박스 제도는 기본적으로 영국 등 해당 제도를 먼저 도입한 국가의 모델을 한 단계 발전시킨 형태로 도입·운영되고 있다. 즉, 특정 분야가 아닌 신산업 전 분야에 규제샌드박스 제도가 적용되는 것을 상정한 가운데, '실증특례'를 중심으로 규제의 존재 여부 등을 확인해주는 '신속확인' 제도와 안정성에 문제가 없는 경우 선제적 시장 출시를 허용하고 관련 규제를 사후적으로 개선하는 '임시허가' 제도를 유연하게 연계시킨 형태로 제도 운용을 설계하였다(아래 '규제샌드박스 개념도' 참고).[22] 또한, 주요국에 견주어 빠른 심사 체계를 구축하고 있으며, 유사 과제는 신속 처리를 통해 심사 절차 간소화를 도모하였다.[23]

18) 국무조정실·규제개혁위원회, 「2020 규제개혁백서」, 규제개혁위원회, 2021, 47쪽.
19) 김가윤, "한국형 규제 샌드박스 제도의 주요 성과와 향후 법적 과제", 「방송통신정책」 제32권 제5호(정보통신정책연구원, 2020), 3쪽.
20) 영국의 규제샌드박스 제도에 관해서는 고영미, "핀테크 규제샌드박스 제도의 해외 입법 동향과 시사점 : 영국과 호주의 입법 사례를 중심으로", 「경영법률」 제30권 제1호(한국경영법률학회, 2019), 293~306쪽.
21) 2018년 중반부터 2020년에 걸쳐 핀테크 관련 규제샌드박스가 세계적으로 확산하였고, 특히 동아시아 및 태평양 지역에서 그 확산세가 두드러졌다. 현재는 규제샌드박스가 핀테크를 넘어 금융·보험·상거래, 법률, 에너지, 디지털 의료 및 보건 등 전 산업을 대상으로 확대·운영되는 중이다(황인욱·박성용, 「저성장 극복을 위한 규제개선 방안 : 규제샌드박스를 중심으로」, 국회입법조사처, 2022, 11, 12쪽). 참고로 2022년 1월 기준 세계 57개국에서 규제샌드박스를 운영하고 있다(황인욱·박성용, 위의 보고서, 11쪽).
22) 해외의 규제샌드박스 제도는 대체로 실증특례를 중심으로 운영되고 있다(김가윤, 앞의 논문, 3쪽; 국무조정실·규제개혁위원회, 「2019 규제개혁백서」, 규제개혁위원회, 2020, 25쪽).
23) 국무조정실·규제개혁위원회, 위의 보고서, 25쪽. 그런데 현실에서는 증가하는 규제샌드박스 신청 수요와 행정의 인적 한계 등 복합적 요인으로 인해 심사 기간 등 법령상의 체제가 효율적으로 작동하지 않는 측면이 있다(김원순, "「금융혁신지원 특별법」상 금융규제샌드박스



출처 : 국무조정실·규제개혁위원회, 「2020 규제개혁백서」, 규제개혁위원회, 2021, 47쪽.

구체적인 제도 운용 체계는 다음과 같이 정리할 수 있다. 우선 ① 기업은 신기술이나 서비스 등을 활용해 무언가를 하려는 경우 관련 규제가 존재하는지 또는 인허가가 필요한지 등에 관해 확인해 줄 것을 관계부처에 신청하는 '신속확인' 제도를 이용할 수 있다(산업융합촉진법 제10조의2, 정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법(정보통신융합법) 제36조 등[24]). 관계부처는 신청에 관계된 사항을 30일 이내에 확인해 답해야 하며, 기한 내 답변을 하지 않으면 규제가 없는 것으로 간주된다. 이는 기업의 혁신적인 활동이 인허가 등의 진입규제나 소극행정으로 인해 저해되는 것을 방지하기 위함이다.[25]

② 신속확인 제도를 활용한 결과 관련 규제 등이 확인되었다면 (i) '임시허가' 또는 (ii) '실증특례' 제도 이용을 선택할 수 있다. (i) 임시허가는 신기술·서비스 등에 관한 근거 법령이 없거나 명확하지 않은 경우, 안전성 확보를 전제로 신속한 사업화를 임시로 허가하는 제도를 말한다(산업융합촉진법 제10조의6, 정보통신융합법 제37조 등). 이는 이미 상용화할 수 있을 정도로 기술·서비스가 완성되었음에도 각종 규제로 인해 해당 기술·서비스를 이용해 사업을 영위하는 것이 어려울 때 활용할 수 있다. 즉, 이 제도는 안전성이 확보된 신기술·서비스 등의 시장 진입을 앞당김으로써 기업과 소비자의 편익 제고 등을 꾀하는 것이라 할 수 있다. (ii) 실증특례는 신기술·서비스가 관계 법령으로 인해 제한·금지되거나 안전성

제도에 대한 소고 : 혁신 친화적 금융규제체계의 정립", 「홍익법학」 제22권 제2호(홍익대학교 법학연구소, 2021), 53~56쪽).
24) 법률마다 다소 다른 용어를 사용하고 있으나, 실질적 절차에는 큰 차이가 없다(김가윤, 앞의 논문, 5쪽).
25) 박종준, "한국형 규제 샌드박스 법체계에 관한 소고", 「법조」 제69권 제3호(법조협회, 2020), 202쪽.

이 불확실한 경우,[26] 안전성이나 기존의 시장 상황을 고려해 기간·규모 등에 관한 제한을 두는 것을 전제로 실증을 허가하는 제도이다(산업융합촉진법 제10조의3, 정보통신융합법 제38조의2 등). 즉, 기존의 규제 적용으로는 실현 불가능한 실증을 선제적으로 허용함으로써 신기술·서비스를 신속히 검증할 수 있도록 하는 것이다.

임시허가나 실증특례는 모두 근거 법령의 불명확·불합리를 전제로 하는 것이고, 이 점에서 법률 외의 시행 기준으로서 심의위원회의 심의 결과가 활용된다는 특징이 있다.[27] 한편, 신기술 적용 등으로 인해 발생할 수 있는 국민의 생명·안전 우려나 환경 훼손 등을 억지한다는 관점에서 특례 제한·취소, 배상책임 강화를 위한 책임보험 가입 의무화, 입증책임 전환 등의 안전장치를 두고 있다.[28] 관련해 규제샌드박스 제도가 융합이나 혁신을 촉진·확산하는 동력으로 충분히 기능하도록 한다는 관점에서 보면, 안전장치의 구체적 내용에 관해서는 체계적인 검토가 필요해 보인다.[29]

나. 법적 근거

규제샌드박스 제도는 단일법이 아니라 신기술·신산업 분야에 관계된 여러 법률에 의해 뒷받침되고 있다(아래 '규제샌드박스 추진 체계' 참고).[30] 즉, 2019년 7월부터 시행된 행정규제기본법(행정규제에 관한 일반법)에서 우선허용·사후규제 원칙과 규제 특례에 관한 기본방향을 제시한 가운데(동법 제5조의2, 제19조의3 등), 개별 법률에서 규제샌드박스 제도의 구체적인 운용을 뒷받침하는 체계를 갖추고 있다.

26) 예컨대, 산업융합촉진법 제10조의3 제1항에서는 실증특례의 요건으로서 ① 허가 등의 근거가 되는 법령에 해당 산업융합 신제품·서비스에 맞는 기준·규격·요건 등이 없는 경우, ② 허가 등의 근거가 되는 법령에 따른 기준·규격·요건 등을 해당 산업융합 신제품·서비스에 적용하는 것이 맞지 아니한 경우, ③ 다른 법령 규정에 따라 허가 등을 신청하는 것이 불가능한 산업융합 신제품·서비스에 대하여 제한된 구역·기간·규모 안에서 실증이 필요한 경우를 제시하고 있다.

27) 규제샌드박스 소관부처마다 심의위원회를 두고 있으며, 해당 심의위원회는 통상 위원장, 정부위원, 민간위원으로 구성된다(이재훈·손병호·김현민·이민정·유지은, 앞의 보고서, 73쪽).

28) 국무조정실·규제개혁위원회, 앞(18)의 보고서, 48쪽.

29) 권용수, "중소기업의 경영혁신을 지원하는 일본의 최근 입법 동향", 「법조」 통권 제731호(법조협회, 2018), 305쪽.

30) 규제샌드박스 법체계를 검토한 것으로서 박종준, 앞의 논문, 197~211쪽.

출처 : 국무조정실·규제개혁위원회, 「2020 규제개혁백서」, 규제개혁위원회, 2021, 49쪽.

행정규제기본법에서는 신기술 서비스·제품 관련 규제 정비 시 '규제로 인해 제한되는 권리나 부과되는 의무는 한정적으로 열거하고 그 밖의 사항은 원칙 허용하는 규정 방식' 등을 먼저 고려할 것(동법 제5조의2 제1항)을 요청한 데 더해, 신기술 서비스·제품 관련 규제 특례를 부여하는 법률이 정하는 바에 따라 규제의 적용을 면제하거나 완화할 수 있음을 분명히 하였다(동법 제19조의3 제3항). 후자는 규제샌드박스 제도에 관한 일반적인 법적 기반이라 할 수 있다. 이러한 행정규제기본법의 토대 위에서 개별 법률이 특정 영역의 규제샌드박스 제도 운용을 뒷받침하고 있다. 예컨대, 2019년 1월부터 시행된 정보통신융합법과 산업융합촉진법이 ICT 융합·산업융합에 관계된 규제샌드박스 제도 운용을, 같은 해 4월부터 시행된 금융혁신법과 지역특구법이 혁신금융·규제자유특구[31] 내에서 추진되는 지역혁신성장사업이나 지역전략산업에 관계된 규제샌드박스 제도 운용을 뒷받침하고 있다. 또한, 2020년 2월부터 시행된 스마트도시법이 스마트혁신사업[32]이나 스마트실증사업[33]에 관

31) '규제자유특구'(규제프리존)는 광역시·특별자치시 및 도·특별자치도에서 혁신사업 또는 전략산업을 육성하기 위해 규제 특례 등이 적용되는 구역으로서 중소벤처기업부장관이 지정·고시한 구역을 말한다(지역특구법 제2조 제13호). 이는 지역의 특화발전을 위해 설정된 구역인 '지역특화발전특구'(동법 제2조 제2호)와 구별되는 개념이다. 규제자유특구와 지역특화발전특구를 비교 검토한 것으로 최호성·김정대, "규제자유특구와 지역특화발전특구에 대한 비교 연구", 「디지털융복합연구」 제17권 제2호(한국디지털정책학회, 2019).

32) 스마트혁신사업이란 스마트혁신기술·서비스를 제공·이용하기 위해 법에 따라 임시로 승인을 받은 사업을 말한다(스마트도시법 제2조 제10호).

33) 스마트실증사업은 스마트혁신기술·서비스를 시험·검증하기 위해 법에 따른 승인을 받아 일정 기간 동안 규제의 전부 또는 일부를 적용하지 아니하도록 한 사업을 말한다(스마트도시법 제2조 제11호).

계된 규제샌드박스 제도 운용을,[34] 같은 해 12월부터 시행된 연구개발특구법이 연구개발특구[35]에서 신기술 창출을 목적으로 하는 연구개발에 관계된 규제샌드박스 제도 운용을 뒷받침하고 있다. 규제샌드박스 제도가 이와 같은 법체계 모습을 띤 배경에는 국무총리실이 컨트롤타워가 되어 과감한 규제개혁을 이끌어나가는 것도 필요하지만, 분야별 특수성을 반영한 실효적인 제도 운용이나 소비자 피해 등 규제 특례에 수반하는 부작용을 고려할 때 신산업 창출 효과가 큰 분야부터 제도를 도입하고, 그 운용 결과를 토대로 제도 적용 범위를 확대해 나가는 것이 적절하다는 판단이 있었다.[36]

3. 규제샌드박스 제도를 둘러싼 동향

가. 제도 시행 1주년

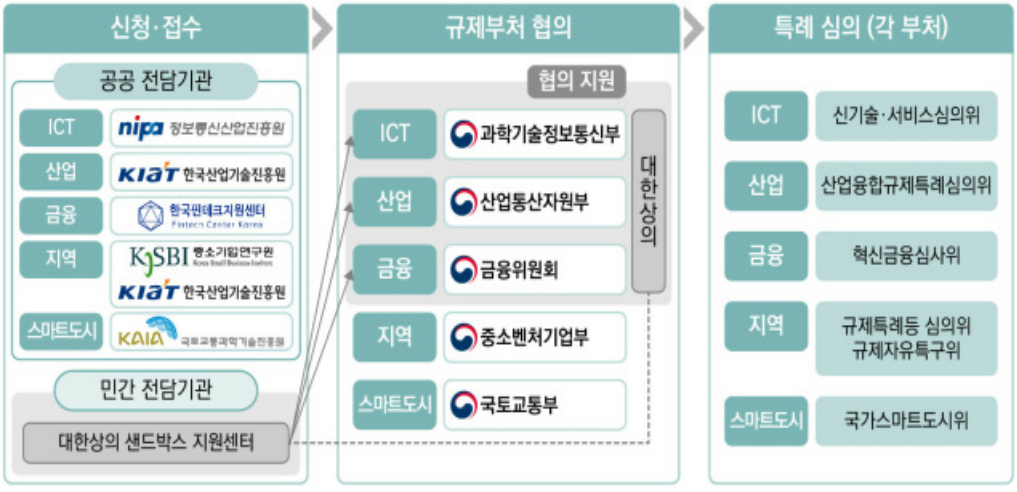
규제샌드박스 제도는 기업들의 요구를 반영해 계속해서 보완·발전 중이다.[37] 제도 시행 1주년을 맞이해서는 기업들의 제도 이용 문턱을 낮추고 기업을 보다 효율적으로 대변하기 위해 '대한상공회의소 샌드박스 지원센터'를 설치하였다(2020년 5월). 지원센터에서는 2020년 5월부터 2021년 1월 말까지 총 223건의 과제를 접수하였고, 그중 53건이 실증특례와 임시허가 승인으로 이어졌다.

34) 2020년 2월부터 시행된 스마트도시법에서는 '스마트규제혁신지구'라는 개념을 두고, 해당 지구 내에서만 스마트혁신사업이나 스마트실증사업을 실시할 수 있도록 하였다. 그런데 스마트규제혁신지구로 지정된 후에도 스마트혁신사업계획 또는 스마트실증사업계획을 수립·승인받아야 하는 절차(박종준, 앞의 논문, 210쪽)와 관련해, 스마트혁신사업이나 스마트실증사업의 원활한 수행을 위해 절차를 간소화할 필요가 있다는 지적이 끊이질 않았다. 그래서 2021년 3월 개정에서 스마트규제혁신지구 지정과 관련된 절차를 삭제하고, 규제를 신속확인하는 절차를 신설하는 등 절차 규정을 정비하였다.

35) 연구개발특구는 연구개발을 통한 신기술(국내에서 최초로 개발된 기술 또는 기존 기술을 혁신적으로 개선·개량한 우수한 기술)의 창출 및 연구개발 성과의 확산과 사업화 촉진을 위해 조성된 지역으로서 과학기술정보통신부장관이 지정한 지역을 말한다(연구개발특구법 제2조 제1호).

36) 이상헌, 신산업 경쟁력 강화를 위한 규제개혁 특례법안 검토보고(김종석 의원 대표발의(의안번호 제13852호)), 2018, 11쪽.

37) 국무조정실·규제개혁위원회, 앞(18)의 보고서, 49~52쪽.



출처 : 국무조정실·규제개혁위원회, 「2020 규제개혁백서」, 규제개혁위원회, 2021, 50쪽.

그리고 유사·동일 과제에 대한 신속처리(fast-track) 제도를 보강함으로써 기존 특례사업과 사업모델이 동일한 경우 접수부터 승인까지의 기간을 1개월 이내로 단축하였다. 또한, 실증사업 범위를 제한하는 조건을 부가할 때 신속한 조건변경이 가능하도록 현행 6개월의 최소 실증기간을 폐지하고 사업 특성에 따라 적기에 변경할 수 있도록 한 한편, 규제부처에 조건 완화 권한을 부여[38]해 제도 운용의 탄력성을 높였다. 나아가 규제샌드박스 적용 기업의 시장진출을 지원하기 위해 공공조달[39] 및 자금·세제·사업재편 지원[40] 등을 강화하였다.[41]

38) 규제부처는 규제특례심의위원회의 재의결 없이도 사업자와 협의해 조건변경을 할 수 있도록 하였다.
39) 공공기관의 시제품 시범 구매 사업 대상 제품 선정 시 규제샌드박스 승인 제품은 혁신성 평가를 면제하고, 수의계약을 허용하고 있다. 이는 공공조달이 특례 제품의 초기수요를 견인하고, 규제샌드박스 적용 기업을 지원하기 위함이다.
40) 기업활력법에 따라 규제샌드박스 제품과 관계된 사업재편을 추진하는 기업은 자금과 세제 등을 패키지로 지원하고 있다.
41) 현재 규제샌드박스 승인기업 지원 제도로는 신속심사, 조건 최소화, 조건 변경요청제, 법령 정비 요청제, 특례 비용 지원(실증특례비(최대 5억 원)와 책임 보험료(최대 1,500만 원) 지원), 융자 지원(산업구조고도화지원 프로그램(우대금리 0.5~0.7%)에 따른 융자 신청 가능), 전용펀드 지원(핀테크·스타트업 대상 전용펀드(4년간 3천억 원 규모) 신청 가능), 우대보증(최대 95% 보증비율로 보증요율을 최대 0.5% 감면), 사업재편 지원(산업용지 처분특례, 세제, 지방투자촉진보조금, 중소기업 사업전환자금 등), 특허 지원, 공공조달 지원, 기술·인증기준 개선 지원, 해외 진출 지원 등이 있다.

승인 절차		자료보완 법률자문	사업내용 검토·정리	관계부처 협의·조정	심의·의결 [분과위/특례위]
일반	(3개월)	15일	30일	20~30일	15일/7일
신속처리	유사(2개월)	8일	15일	15일 이내	7일/7일
	동일(1개월)	8일	15일	7일 이내	생략/서면(즉시)

출처 : 국무조정실·규제개혁위원회, 「2020 규제개혁백서」, 규제개혁위원회, 2021, 50쪽.

나. 제도 시행 2주년

제도 시행 2주년을 맞이해서는 ① 제도 개선을 통한 사업중단 불안 해소, 규제법령 정비 신속 추진, 규제샌드박스 분야 확대 등을 추진하였다.[42] 한 예로 2018년 개정 정보통신융합법에서는 제37조 제6항에 임시허가 유효기간 만료 전 법령 정비 노력 의무를 신설하였다. 그런데 정보통신융합법과 유사한 취지로 임시허가 제도를 규정한 산업융합촉진법이나 지역특구법에서는 유효기간 만료 전에 법령 정비를 해야 하며, 그렇지 않으면 법령 정비가 완료될 때까지 유효기간이 연장되는 것으로 간주한다는 규정을 두었다(산업융합촉진법 제10조의6 제12항·제13항, 지역특구법 제90조 제9항). 이러한 차이는 일반 국민에게 혼동을 줄 우려가 있는 한편, 정보통신융합법의 규정은 규제법령 정비 지연에 따라 사업이 중단될 수 있다는 기업의 불안을 초래할 수도 있다. 이에 2021년 6월 정보통신융합법 개정에서는 종전의 노력 의무를 강화하고,[43] 산업융합촉진법이나 지역특구법과의 균형을 맞춤으로써 국민의 행정 불편과 사업중단 불안을 해소하였다. 참고로 금융혁신지원 특별법에서는 2021년 4월 개정을 통해, 혁신금융사업자가 혁신금융서비스 운영 과정에서 안정성을 입증한 서비스와 관련해 규제개선을 요청할 수 있는 법적 근거를 마련하였다(동법 제10조의2).[44] ② 제도 운용의 효율성 제고라는 관점에서 신속확인 강화, 기업의 행정부담 완화(신청서 온라인 제출 등), 실증특례 기간의 탄력적 운영,[45] 조직 강화(컨설팅 강화, 전담조직의

42) 국무조정실·규제개혁위원회, 앞(18)의 보고서, 51쪽.

43) 2021년 6월 개정 정보통신융합법 제37조 제6항의 내용을 다음과 같다. "관계기관의 장은 제5항에 따른 임시허가 유효기간의 만료 전에 해당 신규 정보통신융합등 기술·서비스에 대한 허가 등의 근거가 되는 법령을 정비하여야 하며, 제5항에 따라 연장된 임시허가의 유효기간 내에 허가 등의 근거가 되는 법령 정비가 완료되지 않은 경우에는 법령 정비가 완료될 때까지 유효기간이 연장되는 것으로 본다. 다만, 해당 법령 정비가 법률의 개정을 필요로 하는 경우에는 그러하지 아니하다."

44) 법적 근거 마련 배경에는 혁신금융사업자가 혁신금융서비스 운영을 통해 금융시장 및 금융질서의 안정성이나 금융소비자 보호에 미치는 영향 등 안전성이 입증되더라도 혁심금융서비스 지정기간(2+2년) 내에 법령 정비가 완료되지 않으면 사업이 중단될 수 있다는 우려가 있었다.

정규직제화 및 인력 증원 등) 등을 추진하였다.[46] 예컨대, 규제가 존재하지 않음이 확인되면 즉시 시장 출시가 가능하게 하는 신속확인 제도는 그 효과가 매우 크다는 점에서 활성화의 필요성이 인정된다. 그러나 담당 공무원은 규제 부존재를 확인해주는 데 부담을 느낄 수도 있고, 전문성 부족 등의 요인으로 확인에 상당 정도 시간이 걸릴 수도 있다.[47] 이 점에서 신속확인을 강화하기 위해서는 특별한 조치가 요구된다. 이에 정부는 적극적인 해석을 유도하기 위해 규제 여부가 모호한 경우 규제부처의 적극행정위원회 등 활용을 확대하기로 하였다. 또한, 신속확인 내용을 공유함으로써 많은 기업에 도움을 주고자 규제정보포털에 실증특례나 임시허가 외에 신속확인 결과도 공개하기로 하였다. ③ 기업 지원 강화라는 관점에서 보증대상의 확대, 투자 확대 유도 등도 추진하였다. 예컨대, 기술보증기금을 통한 규제샌드박스 우대보증 대상을 임시허가 승인기업에서 실증특례 승인기업까지로 확대하고, 산업지능화펀드의 투자대상에 규제샌드박스 승인기업을 추가해 투자 확대를 유도하는 것을 상정하였다. 현재 승인기업에 대해서는 특례 비용 지원, 융자 지원, 전용펀드 지원, 우대보증, 사업재편 지원, 특허 지원, 공공조달 지원, 기술·인증기준 개선 지원, 해외진출 지원 등 다양한 지원이 이루어지고 있다.[48]

4. 규제샌드박스 승인 현황과 그 성과

규제샌드박스 제도는 기업의 관심과 만족 속에서 기대 이상으로 활용되고 있다.[49] 예로 승인 건수를 보면 제도 시행 1년 만인 2019년에 당초 목표의 2배에 가까운 195건을 기록하였고,[50] 2020년에도 209건을 기록하였다(아래 '규제샌드박스 승인현황' 참고). 2021년에도 200건 이상의 승인이 이루어진 결과, 2021년 12월 말까지 총 632건의 승인 건수를 기록하였다.[51] 구체적인 승인 내용을 보면 산업융합(198건)에 이어 금융혁신(185건), ICT 융합(135건)에 관계된 것이 많았는데, 이는 융복합과 혁신이 강조되는 시대에 규제샌

45) 실증특례 기간은 통상 2년으로 지정(2년 연장 가능)되는데, 단기간에 실증을 마칠 수 있고 신청 기업이 희망하는 때에는 실증기간을 단축함으로써 규제부처의 신속한 제도 개선을 유도하기로 하였다.
46) 국무조정실·규제개혁위원회, 앞(18)의 보고서, 51, 52쪽.
47) 권용수, 앞(29)의 논문, 280쪽.
48) 규제정보포털, https://www.better.go.kr/sandbox/info/sandbox_support.jsp (검색일 : 2022. 1. 11).
49) 기업의 규제샌드박스 제도 인지 비율은 가파른 상승세를 보였고, 승인기업의 만족도는 2019년과 2020년 2년 연속 90%대를 유지하였다(국무조정실 규제조정실, 「규제샌드박스 시행 2년 주요 사례」, 경성문화사, 2021, 24쪽).
50) 김가윤, 앞의 논문, 10쪽.
51) 규제샌드박스, http://sandbox.go.kr/sandbox.SandboxTaskSIPL.laf (검색일 : 2022. 1. 11). 2022년 1월 기준 총 승인 건수에 비추어 볼 때, 2021년에도 200건 이상의 승인이 이루어진 것을 알 수 있다.

드박스 제도가 지닐 수 있는 의의가 무엇인가를 보여준다.[52] 그리고 승인기업의 67%가 중소기업이었는데, 이는 규제샌드박스 제도가 매출 규모가 작은 스타트업이나 벤처기업의 혁신을 뒷받침하고 있음을 보여준다.[53] 한편, 2021년 12월 기준 총 125건의 규제개선 과제가 완료되었고, 관련 서비스가 시행 또는 시행을 앞두고 있다.[54]

규제샌드박스 승인현황

구 분	승인 합계	'19	'20	임시 허가	'19	'20	실증 특례	'19	'20	적극 행정	'19	'20
계	404	195	209	46	21	25	329	158	166	29	16	13
ICT융합 (과기부)	86	40	46	33	16	17	43	20	23	10	4	6
산업융합 (산업부)	102	39	63	13	5	8	75	22	53	14	12	2
혁신금융 (금융위)	135	77	58	-	-	-	135	77	58	-	-	-
규제자유특구 (중기부)	65	39	26	-	-	-	65	39	26	-	-	-
스마트도시 (국토부)	16	-	16	-	-	-	11	-	11	5	-	5

출처 : 국무조정실·규제개혁위원회, 「2020 규제개혁백서」, 규제개혁위원회, 2021, 53쪽.

그렇다면 규제샌드박스 승인은 실제 어떠한 효과를 가져왔을까? 2020년 규제개혁백서에 따르면 규제샌드박스 승인은 기업의 원활한 시장 출시를 지원하였고,[55] ①투자·②매출·③고용 증가 등의 성과를 가져왔다.[56] 나아가 국무조정실 자료에 따르면 법령 개정 등 제도 개선을 끌어내 승인기업뿐만 아니라 일반기업들도 규제 없이 사업을 할 수 있도록 하였고, 규제자유특구를 통해 지역경제 활성화와 국가 균형 발전의 토대를 구축하였다.[57]

①투자·②매출·③고용 증가에 관해 좀 더 살펴보자. ①투자와 관련해 규제샌드박스 승인

52) 2021년 하반기까지도 금융혁신에 관계된 승인 건수가 가장 많았으나, 최근 산업융합에 관계된 승인 건수가 금융혁신에 관계된 승인 건수를 앞질렀다.
53) 국무조정실·규제개혁위원회, 앞(18)의 보고서, 53쪽.
54) 규제개선 완료 과제 목록은 황인욱·박성용, 앞의 보고서, 65~70쪽.
55) 이 부분에 대해서는 이견도 있어 보이지만(김인경, "스타트업 '혁신 실험장' 혹은 '희망고문' ... 규제샌드박스 논란", BLOTER(2021. 7. 9)), 규제샌드박스 제도를 활용해 선제적 시장 출시를 실현한 기업이 존재하는 만큼 이를 부정할 수는 없다고 본다.
56) 국무조정실·규제개혁위원회, 앞(18)의 보고서, 54쪽.
57) 국무조정실 규제조정실, 앞의 보고서, 21, 25쪽; 국무조정실, "규제혁신 플랫폼 제도, 핵심규제 개선방식, 적극행정 행태 추진 : 총 8,600여건 이상 규제혁신 성과 창출", 보도자료(2021. 9. 1), 2쪽.

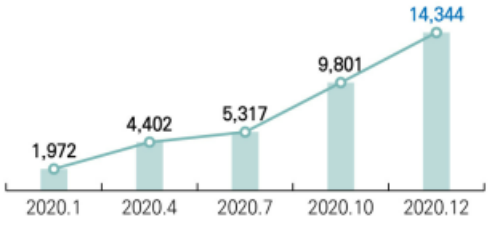
은 기업의 인지도를 높여 벤처캐피탈(VC) 등의 투자 유치를 촉진하는 역할을 하였다. 그 결과 2020년 12월까지 1.4조 원의 투자 유치 성과를, 제도 시행 2년 반 만에 1.9조 원의 투자 유치 성과를 올렸다.[58] 특히 규제자유특구에서의 대규모 투자를 끌어냄으로써 지역 균형 발전에도 일정 정도 이바지하였다.

① 분야별 투자유치* 현황(누계)
* 벤처투자(VC) 및 기업 자체투자 합계

구분	투자유치 금액
ICT융합	468억 원
산업융합	642억 원
혁신금융	5,887억 원
규제자유특구	7,309억 원
스마트도시	38억 원
합계	**1조 4,344억 원**

② 시점별 투자유치 현황

(단위: 억 원, 누계)



출처 : 국무조정실·규제개혁위원회, 「2020 규제개혁백서」, 규제개혁위원회, 2021, 54쪽.

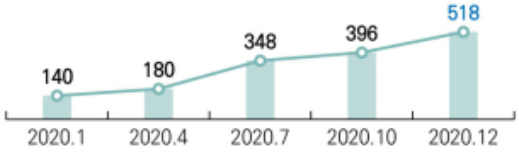
②매출과 관련해서는 전대미문의 코로나19 사태로 인해 경기가 둔화한 상황임에도 불구하고, 제도 시행 2년 만에 ICT·산업융합 분야에서만 518억 원의 매출을 발생시키는 등 분명한 성과를 보였다. 또한, 제도 시행 2년 반이 지난 시점에서는 총 839억 원의 매출 증가라는 성과를 거두었다.[59]

① 분야별 매출증가 현황(누계)

구분	매출증가 금액
ICT융합	257억 원
산업융합	261억 원
합계	**518억 원**

② 시점별 매출증가 현황

(단위: 억 원, 누계)



출처 : 국무조정실·규제개혁위원회, 「2020 규제개혁백서」, 규제개혁위원회, 2021, 55쪽.

③고용과 관련해서는 양질의 일자리 창출이 매우 중요한 과제가 된 상황에서 신기술 분

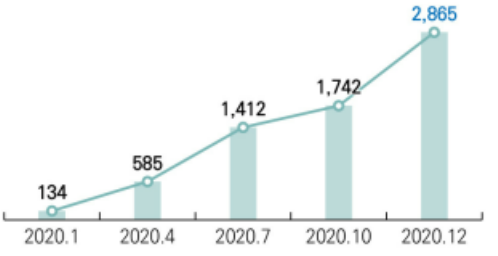
58) 국무조정실, 앞의 보도자료, 2쪽.
59) 국무조정실, 앞의 보도자료, 2쪽.

야의 새로운 일자리를 만들어 내는 역할을 톡톡히 하였다.[60][61] 관련해 주목할 점은 개발자, 디자이너, 마케터 등 젊고 유능한 인재가 원하는 양질의 일자리가 창출되었다는 것이다.[62] 또한, 금융혁신과 규제자유특구 분야의 고용이 크게 증가해 핀테크 발전과 국가 균형 발전에도 이바지하고 있다는 것이다.[63]

① 분야별 고용증가 현황(누계)

구분	증가 인원
ICT융합	714명
산업융합	96명
혁신금융	743명
규제자유특구	1,255명
스마트시티	57명
합계	2,865명

② 시점별 고용증가 현황 (단위: 명, 누계)



출처 : 국무조정실·규제개혁위원회, 「2020 규제개혁백서」, 규제개혁위원회, 2021, 55쪽.

Ⅲ. 규제샌드박스 제도 운용상의 쟁점 검토

규제샌드박스 제도의 의의나 성과에 비추어 보면, 우리 경제의 지속가능한 발전과 소비자 후생 증진[64] 차원에서 규제샌드박스 제도의 효율적 활용을 도모하는 것이 중요하다. 규제샌드박스 제도의 효율적 활용에 관계된 과제는 다양하나,[65] 아래에서는 융복합이나 혁신을 꾀하는 많은 기업이 제약 없이 규제샌드박스 제도 활용을 검토할 수 있도록 할 필요가 있다는 판단 아래 대상 확대, 신청 자격 합리화, 승인 조건 등을 중심으로 검토를 하려 한다.

60) 일본에서는 ① 현상 유지 시나리오와 ② 혁신 시나리오를 상정하고, 각 시나리오의 장래 산업구조·취업구조를 구체적 수치와 함께 발표한 바 있다(産業構造審議会 新産業構造部会事務局, 「「新産業構造ビジョン」一人ひとりの, 世界の課題を解決する日本の未来」, 経済産業省, 2017, 16, 367~369頁). 그에 따르면 장기적으로 ①에서는 시장 상실, 일자리의 양적·질적 저하 등이 예상되는 한편, ②에서는 고부가가치·고성장 부문 획득, 노동인구 감소 극복, 많은 사람이 고소득을 얻을 수 있는 사회 실현 등 긍정적 효과를 기대할 수 있었다.

61) 2020년 12월 시점에는 2,800여명의 고용 창출 성과를 거두었고, 2021년 8월 시점에는 3,800여명의 고용 창출 성과를 거두었다(국무조정실, 앞의 보도자료, 2쪽).

62) 금융위원회·금융감독원, "금융규제 샌드박스, 양질의 일자리가 창출되고 핀테크산업 성장이 이루어지고 있습니다", 보도 참고자료(2021. 8. 18), 2쪽.

63) 국무조정실 규제조정실, 앞의 보고서, 23쪽.

64) 규제샌드박스 제도는 국민의 생활편의를 증진하는 역할을 담당하고 있다는 것으로 국무조정실, 앞의 보도자료, 2쪽.

65) 이재훈·정희영, "한국형 규제 샌드박스의 이해와 정책적 제언 : 샌드박스 활성화를 위한 정책, 입법·제도 개선 중심으로", 「인권과 정의」 제489호(대한변호사협회, 2020), 302~308쪽.

1. 규제샌드박스 대상 확대

최근 정부는 규제샌드박스 대상을 모빌리티(2021년 12월), 바이오·헬스(2022년) 분야로 확대한다고 발표하였다.[66] 사실 기존의 법률을 통해 산업 전 분야에 대한 대응이 가능하다고 생각되나, 위와 같이 규제샌드박스 대상을 확대하고 소관 부처를 명확화하는 것은 해당 분야에 대한 전문적이고 효율적인 대응 강화를 기대할 수 있다는 점에서 의의가 있다고 생각된다.[67] 예를 들어, 모빌리티의 경우 지금까지 교통 분야에 관계된 국토교통부 소관에 별도의 규제샌드박스 제도가 없다 보니 과학기술정보통신부·중소벤처기업부·산업통상자원부 등 다른 부처를 거쳐 규제샌드박스 승인이 이루어져 왔다.[68] 그런데 다른 부처의 경우 모빌리티의 특성에 대한 이해도가 낮다 보니 과도한 기준 적용, 불필요한 시간 및 비용 소모 등 신속하고 전문적인 대응이 이루어지지 못한 측면이 있었다.[69] 거기다가 사회적 갈등이 극심한 사안에서는 본격적인 심의 전(사전검토위원회 등의 단계)에 부처 간 대립이나 이해관계자 간의 충돌로 인해 규제샌드박스 심의가 진행되지 않는 경우까지 있었다.[70] 이러한 가운데 정부가 규제샌드박스 대상 확대와 관련해 모빌리티를 직접 언급하고, 그 소관 부처를 국토교통부로 한 것은 의미가 있다. 한편, 바이오·헬스는 영국, 일본, 미국 등 주요국의 동향에 비추어 볼 때 규제개혁의 필요성이 날로 커지는 분야인데, 우리나라의 경우 핵심 규제부처인 보건복지부가 국민의 생명과 건강에 직결되는 분야이다 보니 규제개혁에 부담을 느껴 소극적 자세를 취하는 경향이 있다.[71] 이러한 상황에서 정부가 규제샌드박스 대상을 바이오·헬스 분야로 확대하겠다고 발표한 것은 그 자체로 핵심 부처인 보건복지부의 태도 변화를 가져올 수 있다.

또한, 정부는 규제자유특구와 관련해서도 6차 신규특구 등 지정 확대를 발표하였다.[72]

66) 국무조정실·국무총리비서실, 앞의 자료, 7쪽.

67) 반대로 규제샌드박스 대상을 수시로 확대하는 것은 법치주의와의 긴장 관계를 심화시키고, 기업의 혼란을 가중시킬 수 있다는 지적도 있다(이상영, "현행 '규제샌드박스' 제도, '법치주의와 충돌' 소지", 중소기업투데이(2021. 11. 1), http://www.sbiztoday.kr/news/articleView.html?idxno=11485 (검색일 : 2022. 1. 12)).

68) 지금까지 모빌리티 관련 규제샌드박스 승인은 사업자 → 과학기술정보통신부 → 국토교통부 → 심의위원회(과학기술정보통신부) → 사업자의 흐름으로 이루어져 왔다.

69) 이지민, 「모빌리티 활성화 및 지원에 관한 법률안 검토보고(박상혁의원 대표발의(의안번호 제2104053호)」, 국토교통위원회, 2020, 10, 11쪽.

70) 나지원, "ICT 규제 샌드박스 현황과 법적 쟁점 : 정보통신융합법을 중심으로", 「경제법연구」 제19권 제1호(한국경제법학회, 2020), 28쪽; 주무부처가 이해관계자들의 불만을 의식해 심의에 소극적인 자세를 보이면서 규제샌드박스 과제 10건 중 2건 이상이 심의에 오르지 못하고 있다는 것으로 김윤진, "ICT 규제샌드박스 과제 23% 승인보류, 왜?", 뉴스로드(2021. 10. 7), http://www.newsroad.co.kr/news/articleView.html?idxno=16264 (검색일 : 2022. 1. 12).

71) 황인욱·박성용, 앞의 보고서, 57쪽.

이 자체는 긍정적으로 평가할 수 있지만, 규제자유특구에 대해서는 지정 확대를 떠나 좀 더 근본적인 부분에 대한 고민이 필요해 보인다. 바로 수도권을 제외하고 비수도권만을 규제자유특구로 상정하는 것(지역특구법 제72조[73])이 적절한가이다. 우리나라가 규제자유특구와 관련해 수도권을 제외한 것은 지역혁신 외에 국가균형발전을 도모할 필요가 있었기 때문이다.[74] 소멸위기에 놓인 지역이 증가하는 현실[75]에 비추어 국가균형발전의 필요성을 부정할 수는 없다. 다만 규제샌드박스 제도의 목적이 무엇인지 되새겨볼 필요가 있다. 규제샌드박스 제도가 급변하는 경제 환경에 발맞춘 혁신이나 융복합을 촉진함으로써 국가경쟁력을 높이고 산업 전반의 고도화를 달성하는 데 목적으로 둔 것이라면, 수도권을 무조건 배제하는 방식보다는 비수도권에서 불가능한 혁신적 사업 등을 수도권에 맡기는 방식이 적절할 수 있다.[76]

2. 규제샌드박스 신청 자격

오늘날 혁신이나 융복합이 우리 경제에 미치는 긍정적인 영향을 생각하면,[77] 규제샌드박스 제도 신청 자격은 되도록 폭넓게 정하는 것이 바람직할 수 있다. 이러한 관점에서 보면 신청 자격 확대 등에 관한 검토가 필요해 보이는 법률도 있다. 예컨대, 금융혁신지원 특별법을 보면, 규제샌드박스 제도 신청 자격을 ① 금융회사 등[78]과 ② 국내에 영업소를 둔 상법상의 회사로 한정하고 있다(동법 제5조 제1항). 즉, 국내에 영업소를 두지 않고 비대면으로 금융서비스를 제공하고자 하는 외국회사나 회사 형태가 아닌 개인사업자 등은 신청이 불가하다.[79] 혁신금융서비스의 안정적 제공이나 이용자 보호라는 관점에서만 본다면, 신

72) 규제자유특구는 혁신성장과 균형발전을 촉진하기 위해 비수도권 지역 특성에 맞는 혁신산업을 지정하고 규제 특례 부여와 예산 지원을 하는 것이다. 비수도권 14개 시도(부산(블록체인과 해양 모빌리티), 대구(스마트 웰니스와 이동식 협동로봇), 광주(무인저속 특장차와 ESS 발전), 대전(바이오 메디컬), 울산(게놈서비스, 수소모빌리티, 이산화탄소 자원화), 세종(자율주행), 강원(디지털 헬스케어, 액화수소, 정밀의료), 충북(스마트 안전제어와 그린 수소), 충남(수소에너지 전환과 탄소저감 건설소재), 전북(친환경 자동차와 탄소융복합), 전남(e모빌리티와 에너지 신산업), 경북(배터리 리사이클링, 헴프, 스마트 물류), 경남(무인선박과 5G 활용 스마트 공장), 제주(전기차 충전))에 28개 규제자유특구가 지정되었다(국무조정실·국무총리비서실, 앞의 자료, 2쪽).

73) 지역특구법 제72조에서는 규제자유특구와 관련해 「수도권정비계획법」 제2조 제1호에 따른 수도권을 제외하고 있다.

74) 김윤경, "한·일의 혁신관련 규제개혁 비교 : 규제 샌드박스를 중심으로", 「한일경상논집」 제88권(한일경상학회, 2020), 36쪽; 이재훈·최대승·유지은·이민정·이은아, 「규제자유특구 분석을 통한 제도·법제 개선 연구」, 한국과학기술기획평가원, 2020, 48쪽.

75) 양석훈·오은정, "지자체 89곳 '인구감소' 소멸위기 ... 고향세가 해법되나", 농민신문(2021. 10. 20), https://www.nongmin.com/news/NEWS/POL/ETC/345949/view (검색일 : 2022. 1. 12).

76) 김윤경, 앞의 논문, 36쪽; 판교 테크노밸리 등의 발전 양상을 볼 때, 수도권에도 과감한 규제 완화가 필요함을 언급한 것으로 이재훈·최대승·유지은·이민정·이은아, 앞의 보고서, 48쪽.

77) 이광호, "ICT 융합산업 육성을 위한 규제개선 정책방안", 「규제연구」 제25권(한국규제학회, 2016), 58, 59쪽.

78) 금융회사, 전자금융업자 등, 금융업을 영위하는 공사나 기금 등을 말한다.

청 자격을 일정 수준의 조직과 재원을 갖춘 자로 제한하는 것의 당위성을 부정할 수 없다.[80] 그러나 규제샌드박스 신청 자격을 이처럼 제한하는 입법례는 찾아보기 어렵다.[81] 무엇보다 규제샌드박스 제도의 취지나 금융혁신지원 특별법이 금융시장의 안정성 확보 및 이용자 보호를 염두에 둔 여러 규정을 두고 있다는 점을 감안하면, 신청 자격을 규정할 때도 이용자 보호나 편익 제고 등에 방점을 찍는 것이 적절한 것인지, 혁신적 활동에 기회를 부여하는 것 등을 좀 더 강조해야 하는 것은 아닌지 고민할 필요가 있다.[82]

혁신적인 기술력이나 아이디어를 가진 개인이나 단체가 있을 수 있고 이들의 혁신적 활동을 지원하는 것이 우리나라의 지속가능한 발전이라는 관점에서, 나아가 소비자의 편익 증진이라는 관점에서 필요할 수 있다. 개인이나 2 이상의 단체가 별도 법인을 설립하지 않은 경우에도 규제샌드박스 승인 신청은 할 수 있도록 하고, 아이디어의 사업화 가능성 등이 인정되면 법인 설립 등을 전제로 심사 등을 진행하는 것도 충분히 가능하다는 지적도 있다.[83] 이상을 토대로 보면, 혁신이나 융복합 활동에 대한 기회 부여의 의의 등을 고려해 규제샌드박스 신청 자격은 되도록 폭넓게 정하는 것이 적절하다고 생각된다.[84]

3. 규제샌드박스 제도 승인 및 조건 부여

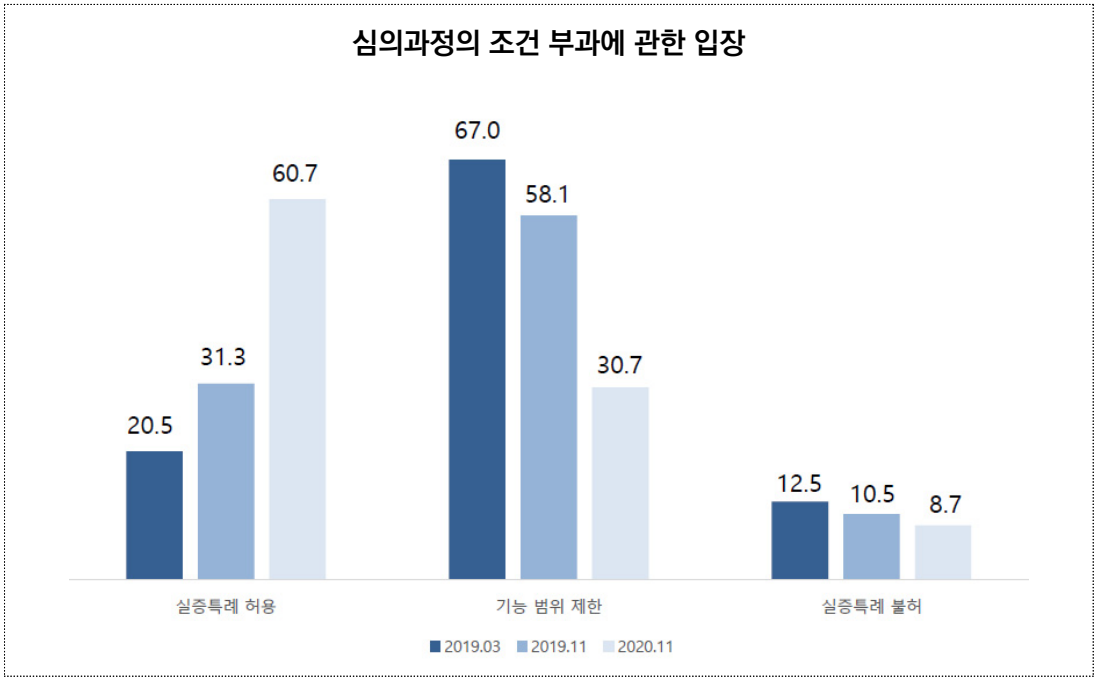
승인 사례로 본 규제샌드박스 제도의 의의는 다음과 같이 설명할 수 있다. ① 규제에 가로막혀있던 다양한 혁신이나 융복합 활동을 지원하는 효과적 도구이다. 예컨대, 보도·공원의 통행·출입을 허용함으로써 자율주행 배달 로봇 기술 실증을 가능케 하였고, 주파수 부재 문제를 해소함으로써 무선 충전 실증을 가능케 하였다.[85] 또한, ② 사회적 합의 부재나 부작용에 대한 우려 등으로 장기간 교착상태에 있는 과제를 해결하는 돌파구가 된다. 예컨대, 도심지역 수소충전소 설치를 허용함으로써 지역주민 반발로 부지확보가 어려웠던 충전소 설치를 가능케 하였고, 도시 내 공유숙박을 내국인 관광객에게도 제공할 수 있도록 실증특례를 부여함으로써 숙박 공유 기반 공유경제 활성화를 도모하였다.[86] 나아가 ③ 국민 생활

79) 금융감독원, 「혁신금융서비스 지정 매뉴얼」, 2021, 4쪽.
80) 맹수석, "금융혁신지원특별법의 쟁점과 개선 방안", 「상사법연구」 제38권 제1호(한국상사법학회, 2019), 312쪽.
81) 한 예로 일본에서는 규제샌드박스 신청 자격을 일본기업으로 한정하지 않고, 외국기업까지 포함하였다. 일본 규제샌드박스에 관해서는 김윤경, 앞의 논문, 28~31쪽.
82) 맹수석, 앞의 논문, 312쪽.
83) 김원순, 앞의 논문, 50쪽.
84) 김원순, 앞의 논문, 50쪽; 맹수석, 앞의 논문, 312쪽.
85) 국무조정실·규제개혁위원회, 앞(18)의 보고서, 58쪽.

의 편의를 증진하는 다양한 혁신적 서비스를 신규 창출하는 역할을 하고 있다. 예컨대, 공공기관의 모바일 전자고지를 허용함으로써 국민의 편의를 증대시켰고, 모바일 대출 조건 비교 플랫폼을 허용함으로써 소비자가 더 저렴한 대출상품 선택 기회를 가질 수 있도록 하였다.[87]

그런데 이상과 같은 규제샌드박스 제도의 의의, 특히 ①②를 생각하면 규제샌드박스 승인에 신중할 필요도 있다.[88] 현행법이 특정 규제를 둔 것에는 소비자 보호, 안전 등 나름의 이유가 존재하고,[89] 사회적 합의가 이루어지지 않은 사업 등을 추진하도록 하는 것은 논란을 심화할 가능성이 있다. 이 때문에 규제샌드박스 제도에서는 규제 폐지 등이 아니라 '일정 조건'을 전제로[90] 규제의 유예 또는 면제를 상정한 것이고,[91] 신기술 적용으로 인해 발생할 수도 있는 문제를 방지하기 위한 안전장치[92]도 마련한 것이다. 다만 관련해 현시점에서 한 번쯤 고민해 볼 부분도 있는데, '일정 조건' 부과를 어떻게 할 것인가이다. 규제샌드박스 제도 만족도 조사결과를 보면, 일정 조건 부과가 필요하다는 비율이 대폭 감소한 것을 알 수 있다. 2021년 조사결과를 보면, '안전 등의 이유로 범위 제한이 필요하다'라고 한 비율이 30.7%였고, 안전문제가 크지 않다면 기업이 신청한 그대로 '실증특례를 허용해야 한다'라고 한 비율이 60.7%를 기록하였다.[93]

86) 국무조정실·규제개혁위원회, 앞(18)의 보고서, 58쪽.
87) 국무조정실·규제개혁위원회, 앞(18)의 보고서, 58쪽.
88) 정부의 규제샌드박스 운용과 관련해 과감한 추진(50.7%)과 신중한 추진(49.3%)이 필요하다는 비율은 거의 같다(국무조정실·규제개혁위원회, "규제샌드박스 시행 2년차, 만족도 조사결과 발표 : 2년 만에 인지도 크게 상승! 참여기업은 90% 이상 만족", 보도자료(2021. 12. 23), 7쪽).
89) 예컨대, 보험업법 제98조에서는 특별이익 제공을 금지하고 있다. 이는 고객 유치를 위해 보험사들이 경품이나 현금을 제공하는 것이 결국 보험가입자 전체의 보험료 부담 증가로 이어지는 등의 부작용을 고려한 것이다.
90) 예를 들어 반려동물 보험에 대한 리워드형 커뮤니티 플랫폼 서비스 승인 시에 ① 보상을 제공할 수 있는 보험 상품이나 가입자 수 한정, ② 보상 한도가 보험회사로부터 수취한 보험모집 관련 수수료 액수로 한정, ③ 반려동물 보험 판매 시 보상 제공 기준이나 변경절차 등 사전 협의 등의 조건을 부과하였다(권용수, "반려동물 보험의 실효성 확보를 위한 입법 과제 검토", 「법조」 제70권 제1호(법조협회, 2021), 263쪽).
91) 최철호, 앞의 논문, 198쪽.
92) 국민의 생명이나 안전 등에 우려가 큰 경우 특례를 제한할 수 있도록 한 것, 특례 적용 중 문제가 발생하거나 예상될 경우 특례를 취소할 수 있도록 한 것, 배상책임 강화를 위해 사전 책임보험 가입을 의무화한 것, 입증책임을 피해자에서 사업자로 전환한 것을 들 수 있다.
93) 국무조정실·규제개혁위원회, 앞의 보도자료, 7쪽.



조건 부과는 소비자 보호나 분쟁 발생 억지 등의 관점에서 분명 의의를 지닐 수 있지만, 그것이 남발될 경우 혁신과 융복합 촉진을 저해할 수 있다. 실제 기업현장에서는 조건부 승인으로 인해 사업성이 저해됨에 따라 굵직한 성과를 낼 수 없거나 사업 중지를 선택할 수밖에 없다는 의견이 적지 않다.[94][95] 이에 비추어 보면, 적어도 까다롭거나 지나치게 많은 조건을 부과함으로써[96] 규제샌드박스 제도의 취지를 훼손하거나 자유로운 실증 테스트를 곤란하게 하는 것은 지양할 필요가 있다.[97]

94) 황인욱·박성용, 앞의 보고서, 58쪽; 김인경, 앞의 기사

95) 한국 NFC 대표는 규제샌드박스 승인 시 부가조건을 16개나 걸어 서비스를 출시해도 반쪽짜리 사업밖에 할 수 없음을 토로하였다(국무조정실, 규제샌드박스 운영과정서 기업 애로 적극 경청(2021. 11. 11), https://www.korea.kr/news/actuallyView.do?newsId=148895449 (검색일 : 2022. 1. 13)).

96) 규제샌드박스 승인 시에 조건을 부과하는 것은 혹시 모를 국민 피해를 예방하고 손해를 보상하기 위함이 명분인데, 안건에 따라서는 20여 개에 달하는 조건을 부과하는 예가 있다. 그 내용은 고객 수나 운영지역을 극도로 제한하고 보험에 가입하라는 것 등인데, 이러한 조건을 부과하면 규모의 경제를 이루기 어렵고 수익을 내기 어렵다(구태언, "규제샌드박스 '성과 홍보' 유감", 머니투데이(2021. 10. 27), https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2021102616473811056 (검색일 : 2022. 1. 13)).

97) 까다로운 조건을 부과할 경우 해당 조건 충족을 위한 사전 준비 기간이 지나치게 길어져서 규제샌드박스 제도의 취지를 실현하기 어려운 문제가 발생할 수 있다는 지적으로서 김원순, 앞의 논문, 57쪽.

4. 혁신·융복합 촉진과 소비자 보호의 균형

혁신이나 융복합을 확산·촉진하는 것은 국가 경쟁력 강화나 소비자 편익 제고 등에 이바지할 수 있지만,[98] 충분한 검증이 전제되지 않은 혁신적인 기술·서비스는 예기치 못한 소비자 피해 등을 초래할 우려도 있다. 이 점에서 규제샌드박스 제도는 혁신이나 융복합 촉진과 소비자 보호 등의 균형이라는 관점에서 바라볼 필요는 있다. 여기서 주의할 점은 자칫 특정 가치를 중시해 나머지 가치를 훼손시키는 일이 생기지 않도록 하는 것이다.

관련해 하나의 예를 들면, 2018년 3월 민병두 전 의원이 대표발의한 금융혁신지원 특별법안에서는 혁신금융사업자에 무과실책임을 부과하고,[99] 고의 또는 중과실의 경우 징벌적 손해배상을 부과[100]하는 내용을 담고 있었다. 이는 소비자 보호를 중시한 결과로 보이나, 혁신이나 융복합을 촉진하겠다는 규제샌드박스 제도와는 모순되는 측면이 있다.[101] 해당 법안 검토보고서에도 민법상 불법행위 책임은 고의 또는 과실을 원칙으로 한다는 것,[102] 민법상 배상책임의 범위는 통상의 손해를 한도로 하며 징벌적 손해배상 도입[103] 시 자금력이 미약한 스타트업이나 벤처기업의 참여가 제한될 수 있다는 것 등을 지적하며, 기업의 혁신적 활동 촉진과 소비자 보호를 종합적으로 고려할 것을 요청하였다.[104] 해당 법안은 결국 무과실책임과 징벌적 손해배상 부과를 삭제하는 방향으로 수정된 후 통과되었다.[105]

그렇다면 현재 소비자 보호를 염두에 둔 규제샌드박스 관련 안전장치 등은 위의 관점에

98) 예컨대, 제4차 산업혁명에 기초한 금융과 IT 융합(Fin-tech) 등은 금융소비자의 편리하고 합리적인 금융 생활을 실현하는 데 이바지할 수 있다.

99) 민병두 의원 대표발의 금융혁신지원 특별법안 제15조 제1항에서는 "혁신금융사업자는 혁신금융서비스의 제공 및 중단 등으로 인해 이용자에게 손해가 발생한 경우 이를 배상하여야 한다. 이 경우 혁신금융사업자가 고의 또는 과실이 없음을 들어 배상책임을 면할 수 없다."라고 규정하였다.

100) 민병두 의원 대표발의 금융혁신지원 특별법안 제15조 제2항에서는 "제1항에도 불구하고 혁신금융사업자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 이용자에게 손해가 발생한 때에는 법원은 그 손해액의 3배가 넘지 않는 범위 내에서 손해배상액을 정할 수 있다. 이 경우 고의 또는 중대한 과실 유무에 관해 다툼이 있는 경우 혁신금융사업자가 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명하여야 한다."라고 규정하였다.

101) 권용수, 앞(29)의 논문, 305쪽.

102) 제조물 책임법 등과 같이 사업자와 소비자 간의 정보 비대칭을 이유로 무과실책임을 부과하는 예가 있기는 하다. 그런데 제조물 책임법은 피해자 보호를 도모하고 국민 생활의 안전 향상 입법 목적으로 하는 것(동법 제1조)으로서 규제샌드박스 제도와는 그 취지 자체가 다르다.

103) 징벌적 손해배상은 의도적이거나 악질적인 행위를 처벌해 피해자를 보호하고, 추후 그러한 행위 발생을 억지하기 위한 것으로서 그 의의를 부정할 수만은 없다. 그러나 과도한 처벌은 기업의 경영 활동을 위축할 수 있고, 이중처벌 금지 위반 등의 문제도 있는 만큼 신중한 접근이 필요하다. 최근 상법 개정(상법 개정안 제66조의2)을 통해 징벌적 손해배상을 도입하는 것도 상당한 논란을 불러왔던 점을 생각하면 규제샌드박스 제도와 관련해 징벌적 손해배상을 도입하는 것은 적절치 않다고 생각된다.

104) 무과실책임을 고수할 경우 면책조항을 두던지, 규제샌드박스 제도의 실효성이라는 관점에서 징벌적 손해배상을 검토할 필요가 있다는 것으로 전상수, 금융혁신지원 특별법안 검토보고(민병두 의원 대표발의(의안번호 제12338호)), 2018, 49쪽.

105) 금융혁신지원 특별법안에 대한 수정안에서는 수정이유로 '무과실 배상책임 및 징벌적 손해배상 조항으로 인해 사업자의 과도한 부담이 우려'된다는 것을 들었다.

서 적절한 것일까? 현실에 비추어 좀 더 유연한 대처나 배려가 요구되는 부분이 있다. 예컨대, 안전성과 유효성이 검증되지 않은 혁신적인 기술을 활용한 사업에 따른 피해자 발생 가능성을 배려한 책임보험 가입 의무화 등이다. 지금껏 없던 혁신적 기술 활용을 염두에 둔 경우 그에 대응한 책임보험을 찾아 가입하기는 쉽지 않다. 실제 가입 가능한 책임보험이 없어 여러 보험사를 찾아다니면서 수개월의 시간을 허비하거나 고액의 보험료를 부담하는 일이 발생하고 있다.[106] 시기적절하게 혁신이나 융복합이 확산·촉진되길 원한다면, 정부가 기금을 활용하는 방안 등 지금보다 과감한 대처나 배려가 필요해 보인다. 현재는 중소중견기업의 책임보험 비용을 50%까지 지원(1,500만 원 한도)하는 한편, 책임보험에 가입할 수 없는 경우 ① 책임보험 가입 불가 사유서와 ② 손해배상 방법·기준 및 절차 등 손해배상 방안을 포함한 손해배상 계획서 작성 제출을 허용하고 있다.[107]

Ⅳ. 마치며

정보통신기술의 발전이나 세계화 등의 영향으로 산업 환경이 급변하고 업종 간 경계가 모호해지는 가운데, 혁신이나 융복합이 지닌 의의는 날로 커지고 있다. 기업 등의 혁신·융복합 활동은 우리 경제의 지속가능한 발전을 뒷받침하고, 소비자의 편익을 기대 이상으로 높일 수도 있기 때문이다. 관련해 혁신과 융복합을 촉진하는 데 이바지하는 과감한 대책 마련이 요구되었으며, 우리 정부는 실효적인 대책의 하나로서 규제샌드박스 제도를 도입·운영하고 있다. 자금력 등이 부족한 스타트업이나 벤처기업의 혁신적 활동을 확산·촉진하기 위해서는 금융·R&D·세제 지원 등도 중요하지만, 이러한 지원이 실효적으로 작동하도록 혁신적 활동의 시작 자체를 저해하는 걸림돌을 제거하는 것이 중요하다.[108] 이 점에서 본 연구의 핵심 소재인 규제샌드박스 제도는 중요한 의미를 지닌다. 규제샌드박스 제도가 법치주의와 긴장 관계에 있다는 지적 등도 있지만, 이 역시 규제샌드박스 제도의 의의 자체를

106) 위홈 대표는 적합한 책임보험이 없어 보험사만 15곳을 찾아다녔고, 보험사에서 번번이 거절당해 3~4개월간 책임보험 문제를 해결하는 데 시간을 다 소비하였다고 한다(국무조정실, 규제샌드박스 운영과정서 기업 애로 적극 경청(2021. 11. 11), https://www.korea.kr/news/actuallyView.do?newsId=148895449 (검색일 : 2022. 1. 13)).

107) 산업융합 규제샌드박스, https://sandbox.kiat.or.kr/front/intropage/intropageShow.do?page_id=3f35f82d392f4fb7a41988b49fa6f022 (검색일 : 2022. 1. 13).

108) 이원우, "신융합산업 활성화를 위한 규제개혁입법의 현황과 과제", 「경제규제와 법」 제12권 제2호(서울대학교 아시아태평양법연구소, 2019), 147쪽.

부정하는 것은 아니라 생각된다.

우리나라의 규제샌드박스 제도는 영국, 일본 등 해당 제도를 먼저 도입·운용해 온 국가의 모델을 한 단계 발전시킨 형태로 도입되었고, 이 점에서 긍정적 평가가 가능하다. 금융 등 일부 분야에 그치지 않고 신산업 전 분야에 규제샌드박스 제도가 적용되고 있으며, 실증특례를 중심으로 규제 존재 여부를 확인해주는 신속확인과 안전성 확보를 전제로 시장 출시를 허용해주는 임시허가가 연계해 유연한 제도 운용이 이루어지고 있다. 그 결과 2021년 12월까지 632건의 규제샌드박스 승인이 이루어졌고, 투자·매출·고용 증가 등 눈에 보이는 성과도 거두었다. 그러나 다수의 개별법에 따라 규제샌드박스 제도가 뒷받침되면서 초래되는 제도적·실무적 상충 등의 문제를 비롯해 제도의 효율적 작동이라는 관점에서 검토가 필요한 적잖은 쟁점도 있다. 본 연구에서는 혁신 등을 꾀하는 기업이 되도록 많이 규제샌드박스 제도를 활용할 수 있도록 하겠다는 일념 아래 우선 ① 규제샌드박스 대상 확대, ② 신청 자격 확대, ③ 승인 및 조건 부과 완화, ④ 혁신·융복합 촉진과 소비자 보호의 균형을 검토하였는데, 향후 다양한 관점에서 추가적 쟁점을 도출하고 검토하고자 한다.

[참고문헌]

국무조정실 규제조정실,「규제샌드박스 시행 2년 주요 사례」, 경성문화사, 2021.

국무조정실·규제개혁위원회,「2019 규제개혁백서」, 규제개혁위원회, 2020.

_____,「2020 규제개혁백서」, 규제개혁위원회, 2021.

이재훈·손병호·김현민·이민정·유지은,「제도·규정 분석을 통한 국내 규제샌드박스 법제 개선 연구」, 한국과학기술기획평가원, 2019.

이재훈·최대승·유지은·이민정·이은아,「규제자유특구 분석을 통한 제도·법제 개선 연구」, 한국과학기술기획평가원, 2020.

고영미, "핀테크 규제샌드박스 제도의 해외 입법 동향과 시사점 : 영국과 호주의 입법 사례를 중심으로",「경영법률」제30권 제1호(한국경영법률학회, 2019).

권용수, "중소기업의 경영혁신을 지원하는 일본의 최근 입법 동향",「법조」통권 제731호(법조협회, 2018).

_____, "반려동물 보험의 실효성 확보를 위한 입법 과제 검토",「법조」제70권 제1호(법조협회, 2021).

권헌영, "한국형 규제샌드박스의 현황과 향후 과제",「KISO JOURNAL」제35호(한국인터넷자율정책기구, 2019).

제35호(한국인터넷자율정책기구, 2019).

김가윤, "한국형 규제 샌드박스 제도의 주요 성과와 향후 법적 과제",「방송통신정책」제32권 제5호(정보통신정책연구원, 2020).

김다은·윤견수, "혁신과 규제의 딜레마 : 한국의 모빌리티 플랫폼 정책 사례를 중심으로",「정부학연구」제27권 제1호(고려대학교 정부학연구소, 2021).

김윤경, "한·일의 혁신관련 규제개혁 비교 : 규제 샌드박스를 중심으로",「한일경상논집」제88권(한일경상학회, 2020).

김종석, "규제개혁 30년 : 평가와 과제",「규제연구」제29권 제2호(한국규제학회, 2020).

김원순, "「금융혁신지원 특별법」상 금융규제샌드박스 제도에 대한 소고 : 혁신 친화적 금융규제체계의 정립",「홍익법학」제22권 제2호(홍익대학교 법학연구소, 2021).

나지원, "ICT 규제 샌드박스 현황과 법적 쟁점 : 정보통신융합법을 중심으로",「경제법연구」제19권 제1호(한국경제법학회, 2020).

맹수석, "금융혁신지원특별법의 쟁점과 개선 방안",「상사법연구」제38권 제1호(한국상사법학회, 2019).

박종준, "한국형 규제 샌드박스 법체계에 관한 소고",「법조」제69권 제3호(법조협회, 2020).

윤승영, “여객 운송중개 플랫폼 규제의 비교법적 고찰 : 소비자보호의 관점에서”, 「상사법연구」 제37권 제4호(한국상사법학회, 2019).

이광호, “ICT 융합산업 육성을 위한 규제개선 정책방안”, 「규제연구」 제25권(한국규제학회, 2016).

이성우, “규제영향분석제도의 효과적 집행방안”, 「한국정책학회보」 제9권 제2호(한국정책학회, 2000).

이원우, “규제개혁과 규제완화 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색”, 「저스티스」 통권 제106호(한국법학원, 2008).

_____, “혁신과 규제 : 상호 갈등관계의 법적 구조와 갈등해소를 위한 법리와 법적 수단”, 「경제규제와 법」 제9권 제2호(서울대학교 아시아태평양연구소, 2016).

_____, “신융합산업 활성화를 위한 규제개혁입법의 현황과 과제”, 「경제규제와 법」 제12권 제2호(서울대학교 아시아태평양법연구소, 2019).

이재훈·정희영, “한국형 규제 샌드박스의 이해와 정책적 제언 : 샌드박스 활성화를 위한 정책, 입법·제도 개선 중심으로”, 「인권과 정의」 제489호(대한변호사협회, 2020).

이지민, 「모빌리티 활성화 및 지원에 관한 법률안 검토보고(박상혁의원 대표발의(의안번호 제2104053호)」, 국토교통위원회, 2020.

최철호, “규제개혁을 위한 규제샌드박스 제도 연구”, 「법학연구」 제29권 제1호(경상대학교 법학연구소, 2021).

최호성·김정대, “규제자유특구와 지역특화발전특구에 대한 비교 연구”, 「디지털융복합연구」 제17권 제2호(한국디지털정책학회, 2019).

황인욱·박성용, 「저성장 극복을 위한 규제개선 방안 : 규제샌드박스를 중심으로」, 국회입법조사처, 2022.

Thomas Fetzer·김태오(역), “혁신과 규제 : 동태적 시장에서의 정태적인 법 – 예측불가능한 것에 대한 규제방식”, 「경제규제와 법」 제9권 제2호(서울대학교 아시아태평양연구소, 2016).

産業構造審議会 新産業構造部会事務局, 「「新産業構造ビジョン」一人ひとりの, 世界の課題を解決する日本の未来」, 経済産業省, 2017.

Klaus Schwab, *The Global Competitiveness Report 2019*, World Economic Forum, 2019.

Abstract

Significance and Issues of the Regulatory Sandbox System

Yong-su Kwon
Assistant Professor, konkuk University Glocal Campus

Recently, rapid development of new technologies such as the Internet of Things (IoT), artificial intelligence (AI), big data and blockchain, and the shift of industrial paradigms such as digital transformation and carbon neutrality are deepening tensions and conflicts between innovation and regulations. Accordingly, discussions on how to cope with the conflict between innovation and regulation have also taken a new turn. Under the judgment that there is a limit to easing the conflict between innovation and regulation through the previous regulatory reform method, discussions were made on a new deregulation mechanism that can alleviate the conflict between the two. As a result, a system that preemptively suspends or exempts existing regulations on the premise of certain conditions, that is, a regulatory sandbox system, was introduced.

Korea's regulatory sandbox system is operated in a form that further develops the model of countries that have introduced and operated the sandbox system, such as the UK and Japan. Basically, it is assumed that the regulatory sandbox system is applied to all new industries, not specific fields such as finance. In addition, focusing on the “Test-Bed” system, it is assumed that (i) the “Quickly check” system that checks the existence of regulations and

(ii) the “Temporary Permission” system that allows preemptive market launch on the premise of securing safety. Regulatory sandbox system has received great social attention in that it can bring about various advantages such as efficiently supporting corporate innovative activities and improving consumer benefits. As a result, by the end of December 2021, the number of regulatory sandbox approvals exceeded expectations was recorded, and remarkable results such as actual investment, sales, and employment growth were also achieved.

However, as Korea regulates the regulatory sandbox system through a number of individual laws, it has a number of tasks in terms of efficient operation or activation of the system, including institutional and practical conflicts. In this study, the significance and performance of the regulatory sandbox system were specifically reviewed, and the justification of the system was clarified based on this. Then, it was judged that companies seeking innovation need to use the regulatory sandbox system as much as possible, and the balance between promoting innovation(or convergence) and consumer protection was reviewed.

Key words : Regulatory Reform, Regulatory Sandbox, Quickly check, Test-Bed, Temporary Permission, Innovation, Convergence

난폭·보복운전 대응을 위한 입법적 개선방안

김 경 찬 (KyoungChan Kim)
한국 형사·법무정책연구원 연구위원

논문접수 : 2022. 02. 11. 심사개시 : 2022. 02. 15. 게재확정 : 2022. 03. 14.

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 난폭·보복운전관련 개념과 현행법의 한계
1. 난폭·보복운전의 의미와 법적개념
가. 난폭운전의 의미와 개념
나. 보복운전의 의미와 개념
2. 난폭·보복운전관련 현행법상의 쟁점과 한계
가. 난폭운전관련 도로교통법 관련 쟁점과 한계
나. 보복운전관련 현행법상의 쟁점과 한계
다. 교통사고처리특례법 관련
Ⅲ. 난폭·보복운전관련 입법적 검토 필요사항
1. 난폭운전의 요건과 9가지 유형
가. 복합성·지속성·반복성
나. 난폭운전의 9가지 유형관련
2. 난폭운전과 속도위반 관련
가. 난폭운전 관련 속도위반
나. 일반적인 속도위반 관련
3. 난폭운전 처벌관련
가. 처벌강화 필요성과 재범 여부
나. 난폭운전치사상죄 도입?
다. 난폭운전과 음주운전의 복합적 상황과 가중처벌
라. 추가적인 조치관련
4. 보복운전 명시와 방해운전 관련
5. 도로교통법관련 정비
Ⅳ. 결론

국문초록

난폭·보복운전과 관련한 심각한 사례가 연일 보도되고 문제의 심각성이 지속적으로 제기되고 있다. 난폭·보복운전은 중대한 사고로 이어지거나 이어질 가능성이 높은 매우 위험한 운전으로 이를 감소시키거나 억제시킬 필요가 있는 매우 중대한 범죄라고 할 수 있다. 교통안전보장과 위험운전 관련 범죄에 대한 대응 및 심각성에 대한 인식은 국가마다 차이가 있을 수 있지만, 교통안전과 관련한 범죄가 치명적인 결과를 발생할 가능성이 높은 만큼 일부 국가들은 살인, 강도, 강간 등과 같은 중대 범죄에 준하는 강력한 대응을 통해 억제하려는 법률과 정책을 시행하기도 한다.

난폭·보복 운전을 사전에 예방하고 대응할 수 있는 다양한 방안 즉 최근 들어 스마트 교통안전 시스템구축이나 자율주행 자동차, 교통안전교육 강화 등과 같은 다양한 방법과 새로운 기술도입이 논의되고 검토되고 있지만, 그러한 기술이 완성단계에 이르기까지 현실적으로 발생하는 다양한 교통안전사고는 법률적 대응이 불가피한 점이 있다. 따라서 법률적인 관점에서 국내·외적으로 난폭·보복 운전금지를 어떻게 규정하고 있으며 위반한 경우 어떠한 대응이 이루어지고 있는지를 살펴보는 것은 난폭·보복 운전대응관련 법 정책적 측면에서 일정한 의미가 있을 것으로 보인다.

즉 난폭·보복 운전과 관련한 한국의 법 규정이나 정책이 외국의 입법례나 정책과는 어떠한 차이가 있으며 또한 처벌이나 대응과 관련하여 필요한 사항이나 보완점에 대해 살펴봄으로써 난폭·보복 운전에 대한 효과적인 예방과 대응이 될 수 있는 방안을 검토하고 모색하고자 한다.

※ 주제어: 난폭운전, 보복운전, 교통방해, 음주운전, 위협운전, 암행순찰, 방해운전, 교통사고처리특례법, 속도위반, 도로교통법

Ⅰ. 서론[1)]

난폭운전, 보복운전, 음주운전, 무면허 운전 등 도로교통상의 매우 위험한 운전[2)]이나 운전을 방해하는 위험한 행위[3)]는 도로에서 누구나 한 번쯤 직접경험하거나 언론에서 자주 보도하기도[4)] 하는데, 이는 실제로 생명에 위협을 느끼는 경험[5)]을 하거나 중대한 사고로 이어지는 경우가 많다.[6)]

최근 법무부는 난폭운전과 보복운전 및 도로 위의 폭력행위에 대해서 엄정하게 대응할 필요성을 강조하였고,[7)] 경찰에서도 난폭·보복운전에 대한 심각성을 인식하고 집중단속[8)]이나 24시 암행순찰 단속[9)] 등을 계속해서 이어오고 있다.

기간을 정하여 단속활동을 통하여 적발되거나[10)] 또는 다양한 경로로 신고 등을 통해 처리된[11)] 난폭·보복운전도 적은 수는 아니라고 할 수 있다. 단속활동을 통하여 범죄발생을 막고 사고예방을 도모하는 것은 수고스러운 업무이고 또한 다양한 신고 경로를 마련하기도 하였지만, 그럼에도 불구하고 실제 발생하거나 또는 피해가 야기된[12)] 난폭·보복 운전을 고려한다면 현재의 대응에도 일정한 한계가 있음을 부인하기 어렵다.

지속적으로 끊임없이 발생하는 난폭·보복운전 대응을 위해 다양하고 다차원적인 도로교

1) 본 연구는 한국형사·법무정책연구원 2020년 연구보고서 '난폭·보복운전 예방을 위한 실태조사 연구' 중의 일부를 재편성하거나 수정·반영하였음을 밝혀둡니다.
2) '무면허·음주·난폭·고의 사고·누범' 20대 실형 선고
https://www.sedaily.com/NewsView/22IJJAO1UI (검색일:2022.3.8.)
3) '제주 카니발 폭행 사건' 가해자 징역 1년 6개월…법정구속
https://www.yonhapnewstv.co.kr/news/MYH20200604010500038?did=1825m (검색일:2022.3.8.)
4) 주먹질에 낫까지 휘두른 난폭운전 시비…그 결말은?
http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5131828&ref=A (검색일:2022.3.8.)
5) 국도서 140㎞ '쌩~'…도로 가리지 않는 불법 운전 수두룩
https://www.yna.co.kr/view/AKR20210316127000062?input=1195m (검색일:2022.3.8.)
6) 대전경찰청, 잇따른 사망사고에 이륜차 난폭운전 강력단속
https://www.cctoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=2126667 (검색일:2021.3.17.)
7) 법무부장관, 보복 · 난폭운전 및 도로 위 폭력행위에 대한 엄정 대응 지시, 법무부 보도자료, 2019.08.21.
8) 난폭·보복·음주 등 고위험 운전행위자 11,275명 검거, – 9월 9일부터 10월 28일까지 50일간 집중단속 결과, 앞으로도 12월 27일까지 강력히 단속할 예정 –, (경찰청 보도자료, 2019.11.18.)
9) 대전경찰청 암행순찰차 운영 보름 만에 150여건 단속
http://www.newspim.com/news/view/20210311000794 (검색일:2022.3.8.)
10) 난폭운전, 보복운전, 음주운전 등과 관련한 고위험 운전자에 대하여 2019년 9월 9일부터 10월 28일까지 50일 집중단속으로 11,275명 검거 (경찰청 보도자료, 2019.11.18.)
11) 스마트 국민제보, 국민신문고, 방문신고, 112신고, 현장단속, 기타 등 다양한 경로의 신고방식이 있는데, 2019년 1~7월 난폭운전은 5,255건, 보복운전은 3,047건 / 2018년 1~7월 난폭운전 3,479건, 보복운전 2,622건으로 전년 동기간 대비 난폭운전은 51%, 보복운전은 16.2% 증가한 것으로 경찰청은 보도하였다. (경찰청 보도자료, 2019. 8. 26)
12) [THE FINANCE] `보복·난폭운전` 피해자 증가… 보험사들 특약 신설 줄이어
http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2022012602101963075002&ref=naver (검색일:2022.02.03.)

통 안전교육의 강화와 스마트 교통정책의 신속한 반영 및 협력은 물론 도로교통 안전에 대한 확인점검 등 포괄적이고 종합적인 대응이 불가피하다. 그럼에도 불구하고 본 논문에서는 현행 난폭·보복운전과 관련한 도로교통법과 형법 등을 포함한 관련 법률에서 어떠한 취약점이나 문제점이 있는지 살펴보고 난폭·보복운전에 대한 효과적인 대응을 위해 개선방안과 몇 가지 입법적 보완점을 검토해 보고자 한다.

Ⅱ. 난폭·보복운전관련 개념과 현행법의 한계

1. 난폭·보복운전의 의미와 법적 개념

가. 난폭운전의 의미와 개념

오토바이나 자동차 등을 운전해 본 경험이 있는 사람은 자신이 난폭하게 운전을 하였거나 또는 다른 사람이 운전을 난폭하게 하였다고 느끼거나 생각하는 경우가 종종 있다. 개인이 경험하거나 느끼는 난폭운전의 정도는 사람마다 생각의 차이가 있을 수 있고, 도로 안전을 보험 가입으로 보장하거나 해결하는지 또는 당사자의 행위에 대해 엄격한 처벌 하는지 등 국가마다 다를 수 있지만, 도로교통에서의 운전과 관련한 안전은 생명과 직결되는 매우 중요한 요소이기에 어느 강력범죄 못지않게 보다 면밀한 대응과 접근이 필요할 수 있다.

도로교통의 안전과 관련된 법 규정은 '난폭운전'이라는 표현을 직접적으로 사용하고 있지 않다고 하더라도 난폭운전 예방과 직·간접적으로 관련성을 가진다고 할 수 있다. 또한 심각한 운전행위의 형태로서 '난폭운전'을 직접적으로 규정하고 있는 법 규정의 내용과 범위는 난폭운전 예방과 대응에 직접적으로 상당한 영향을 미친다고 볼 수 있다.

한국은 현재 난폭운전을 직접적으로 규정하고 있는 법률은 도로교통법으로 조문의 제목을 난폭운전 금지로 규정하고 있다.[13] 도로교통법 제46조의 3은 관련 9가지 세부유형을

13) 도로교통법 제46조의3(난폭운전 금지) 자동차등(개인형 이동장치는 제외한다)의 운전자는 다음 각 호 중 둘 이상의 행위를 연달아 하거나, 하나의 행위를 지속 또는 반복하여 다른 사람에게 위협 또는 위해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 하여서는 아니 된다. 〈개정 2020. 6. 9.〉
1. 제5조에 따른 신호 또는 지시 위반
2. 제13조제3항에 따른 중앙선 침범
3. 제17조제3항에 따른 속도의 위반
4. 제18조제1항에 따른 횡단·유턴·후진 금지 위반

제시하고 있는데, 그 9가지 행위 중에서 두 가지 이상의 행위를 연달아서 행하거나 한 가지 행위를 지속적으로 또는 반복해서 행함으로써 다른 사람에게 위협이나 위해를 가하거나 교통상의 위험을 발생하게 하는 것을 난폭운전으로 개념정의하고 있다.

나. 보복운전의 의미와 개념

보복운전은 난폭한 운전을 포함하여 일정한 위험한 운전행위에 대하여 보복으로 역시 난폭한 운전이나 일정한 위험한 운전으로 보복하는 운전행위라고 할 수 있다. 보복운전은 좁은 의미에서 보거나 문자적 의미로 본다면 자동차를 운전하면서 '운전행위'로써 행하는 보복행위를 의미할 수 있지만, 넓은 의미 본다면 운전행위 이외에 별도의 다른 행위로 보복행위를 하거나 보복할 것이라는 협박을 하는 행위도 포함될 수 있다.

이러한 보복운전 행위는 물론이고 단순히 운전을 방해하는 보복행위도 자동차를 운전하는 특수한 상황과 관련되어 행하는 것으로 이는 운전이라는 위험 상황에서 일어나는 일이므로 이 역시 넓은 의미에서 난폭운전의 한 행위이거나 매우 위험한 행위로 엄격히 다루어질 필요가 있다.

현재 '보복운전'을 별도로 법적인 개념과 관련하여서는 한국의 도로교통법이나 형법 등은 '보복운전'이라는 표현을 사용하고 있지 않으며 또한 '보복운전'을 직접적으로 규정하고 있지 않다. 대신 보복운전이나 운전 중 보복행위에 대한 규제를 위해서 형법상의 다른 조문을 적용하는데, 이를테면 살인죄, 일반교통방해죄, 교통방해치사상죄, 협박죄, 특수협박죄, 상해죄, 특수상해죄, 재물손괴죄, 특수재물손괴죄, (구)폭력행위등 처벌에 관한 법률상의 폭행, 집단적 폭행 그리고 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률상의 보복범죄의 가중처벌죄 등을 적용하였거나 적용하고 있다.

5. 제19조에 따른 안전거리 미확보, 진로변경 금지 위반, 급제동 금지 위반
6. 제21조제1항·제3항 및 제4항에 따른 앞지르기 방법 또는 앞지르기의 방해금지 위반
7. 제49조제1항제8호에 따른 정당한 사유 없는 소음 발생
8. 제60조제2항에 따른 고속도로에서의 앞지르기 방법 위반
9. 제62조에 따른 고속도로등에서의 횡단·유턴·후진 금지 위반
[본조신설 2015. 8. 11.]

2. 난폭·보복운전관련 현행법상의 쟁점과 한계

가. 난폭운전관련 도로교통법 관련 쟁점과 한계

앞서 개념에서 살펴본 바와 같이 한국의 난폭운전금지는 도로교통법 제46조의 3에서 규정하고 있다. 난폭운전 금지는 9가지 세부 유형을 정하고 이와 관련하여 두 가지 이상의 행위를 연달아 하는 행위, 한 가지 행위를 지속하거나 또는 반복하여 행하는 행위와 같이 복합성, 지속성, 반복성 등을 요건으로 하고 있다.

난폭운전의 성립요건에 복합성, 지속성, 반복성을 필요로 함으로써 기본적 교통안전 질서의무규정과 차별화를 두어 난폭운전 금지가 다른 일반 교통안전 질서의무 위반보다 심각성과 위험성, 위반의 중대성 등을 부각시키고 관련 요건을 명확하게 제시할 수 있다는 장점이 있을 수 있다. 그러나 다른 관점에서는 도로교통상의 어떠한 운전행위는 단지 하나의 행위를 1회만 행하더라도 매우 위험하고 심각하게 안전운전을 방해하는 행위에 해당할 수 있다는 점이다. 이러한 1회적인 위험한 운전행위에 대해서 물론 단순한 교통안전 질서의무 위반을 적용할 수도 있지만 그 위반 정도가 지나치게 과도한 경우 단순한 교통안전 질서의무위반을 적용하는 것은 부적절할 수 있다.

예를 들면 난폭운전 중 속도위반과 관련하여 살펴보면, 도로교통법에서 속도위반의 경우 60km 초과 위반의 경우 과거 12만원으로 동일하게 범칙금을 부과하였으나, 이후 최근 개정에서는 과도한 속도위반에 대해 처벌을 강화하고 또한 차별화 필요성을 반영하여 개정하였다. 최근 개정에서는 80km초과~100km이하의 경우 30만원 이하의 벌금이나 구류,[14] 100km 초과의 경우 100만원 이하의 벌금이나 구류,[15] 100km 초과를 3회 이상한 경우 난폭운전금지에 해당하여 1년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금[16]에 처하도록 처벌을 강화하여 개정한 것이다.

이러한 개정과 관련하여 60km 초과하여 운전하는 경우에서 다시금 구별하여 80km 초

14) 도로교통법 제154조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 30만원 이하의 벌금이나 구류에 처한다. [개정 2020.6.9.] 9. 제17조제3항을 위반하여 제17조제1항 및 제2항에 따른 최고속도보다 시속 80킬로미터를 초과한 속도로 자동차등을 운전한 사람(제151조의2제2호 및 제153조제2항제2호에 해당하는 사람은 제외한다)

15) 도로교통법 제153조(벌칙) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 100만원 이하의 벌금 또는 구류에 처한다. [신설 2015. 8. 11., 2020. 6. 9.] 2. 도로교통법 제17조제3항을 위반하여 제17조제1항 및 제2항에 따른 최고속도보다 시속 100킬로미터를 초과한 속도로 자동차등을 운전한 사람

16) 도로교통법 제151조의2(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 1년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금에 처한다. 2. 제17조제3항을 위반하여 제17조제1항 및 제2항에 따른 최고속도보다 시속 100킬로미터를 초과한 속도로 3회 이상 자동차등을 운전한 사람 [개정 2020.6.9.]

과와 100km 초과로 각각 구분하고 또한 3회라는 횟수의 조건을 다시 부가한 것은 물론 범칙금에서 벌금으로 상향한 것은 속도와 관련한 난폭운전에 대한 엄격한 제제로써 일정부분 의미가 있다고 평가할 수 있다.

그러나 다시금 생각해보면 처음단계인 60km 초과의 경우도 안전운전의 관점에서 볼 때 매우 위험한 운전으로 이해할 수 있다. 만약 제한속도 100km 지점에서 160km 이상의 속도는 -어떠한 특별한 사정이 있지 않는 이상- 단순한 실수나 주의부족으로 속도위반을 한 것이 아닐 수 있고, 이후 예측하지 못한 요인으로 대형 사고나 인명사고로 이어질 가능성이 매우 높은 속도라고 할 수 있는 것이다.

또한 최근 개정에서 100km 초과를 3회 이상한 경우에 별도의 벌칙조항을 만들어 처벌할 수 있도록 관련 조문을 신설한 것도 없는 것보다는 낫지만, 속도위반 100km 초과는 단지 1회만 위반하더라도 매우 지나칠 정도로 위험한 운전에 해당할 수 있다는 사실이다. 제한속도 100km 지점에서 100km 초과속도는 200km를 넘어서는 속도라고 할 수 있으며, 이러한 속도로 3회 이상을 범한 경우만 별도로 처벌을 강화한 것은 의미가 있지만, 1회성의 100km 초과속도 위반도 매우 위험성이 크다고 할 수 있으며[17] 어떠한 과실이나 실수로 100km 초과속도 위반이 아닌 이상 매우 엄격하게 다루어질 필요가 있는 것이다.

나. 보복운전관련 현행법상의 쟁점과 한계

보복운전 금지는 난폭운전 금지가 도로교통법에 명시적으로 규정된 것과는 달리 보복운전 금지가 '도로교통법'이나 '형법'의 법 규정에는 명시되어 있지 않다. 그러나 현재 '보복운전'이나 운전과 관련하여 행한 '보복행위' 또는 '보복협박행위 등'이 형법이나 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률에서 다른 법조문에 각각 해당할 수 있는 범죄이어서 '형법'이나 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률'이 적용되고 있는 것이다.

보복운전을 한 경우 형법상의 살인이나 특수상해, 특수협박, 일반교통방해, 특수재물손괴 등이 적용될 수 있지만 보복운전을 행하는 당사자의 살인의 고의나 상해 또는 협박의 고의가 없이 단순히 상대방이 운전을 난폭하게 해서 또는 자신의 운전을 방해하였기 때문에 똑같이 복수를 하거나 위협을 가한다는 의식을 가지고 있는 경우 또는 경우에 따라 범죄라는 의식보다는 이는 단순한 다툼이나 싸움으로서 대수롭지 않게 생각한다는 점에서 형법의

17) 물론 이와 관련한 내용을 충분히 알 수 있도록 경고와 주의사항을 미리 전달해 줄 필요가 있다.

관련 해당조문의 적용에 때로는 고의입증이 어려울 수 있다.

또한 보복운전자는 보복운전 금지 또는 운전과 관련한 '보복행위 금지'라는 규범을 명확히 인식하지 못한 채 자신이 행한 보복행위에 대한 인식과 의식에서 그 행위가 범죄라는 인식을 가지지 않기 때문에, 단순한 다툼정도로 이해하면서 운전 중 보복행위로 쉽게 나아가게 하는 취약점이 있는 것이다.

보복운전 행위는 '자동차 등의 운전 중'이라는 상당히 위험한 상황에서 발생하는 행위로서 대형교통사고나 중대한 인명사고로 이어질 가능성이 매우 높은 행위이므로 이에 대해서 명확하게 '난폭운전 금지' 규정과 마찬가지로 도로교통법에서 '보복운전 금지'를 규정해 줄 필요가 있다고 판단된다. -물론 보복운전 행위, 보복행위를 어떻게 구체적으로 규정하는가는 추가적 논의가 필요할 수 있지만- 이는 현재 보복운전과 관련하여 형법 적용상의 어려움을 일정부분 덜 수 있고 운전자에게는 보다 명확한 규범의 제시를 통하여 도로교통 안전을 위한 법 교육의 효과를 기대해 볼 수 있다.

다. 교통사고처리특례법 관련

교통사고처리특례법은 업무상과실이나 또는 중대한 과실로 교통사고를 발생시킨 운전자에 대하여 특례를 정하여 교통사고 피해의 신속한 회복과 국민생활에 도움이 되도록 한다는 것을 목적[18]으로 하고 있다.

이 법이 제정된 배경과 관련하여 공무원이 운전 사고가 발생한 경우 공소제기를 통한 직위해제가 될 수 있다는 점에서 이러한 위험을 회피하기 위해 보험가입 관련 특례조항을 두었다는 점[19]과 자동차 산업의 본격화에 따른 자동차보험 가입유도와 활성화[20]를 통하여 자동차 운전과 관련한 위험관리 및 안전운전에 대한 일정한 개인의 책임을 보험으로 이전시켰다는 점 등은 안전운전과 보험을 연결시킨 것으로 다시금 검토해 볼 필요가 있는 것이다.

교통사고처리특례법 제3조 제2항의 업무상 과실, 중과실로 피해자가 상해를 입은 경우 또는 다른 사람의 건조물이나 재물을 손괴한 경우에 12개 항목[21]에 해당하는 경우에는 보

18) 교통사고처리특례법 제1조(목적) 이 법은 업무상과실(業務上過失) 또는 중대한 과실로 교통사고를 일으킨 운전자에 관한 형사처벌 등의 특례를 정함으로써 교통사고로 인한 피해의 신속한 회복을 촉진하고 국민생활의 편익을 증진함을 목적으로 한다.

19) 한문철, "교통사고처리 특례법 제정 당시 국회 내무위 속기록, 왜 교통사고처리특례법을 폐지해야 하나?", 『교통사고처리특례법 폐지 및 대체입법』, 한국형사정책연구원, 2018.9.3. 11-49면

20) 김일수, "형사정책적 관점에서 본 교통사고처리특례법의 문제점", 교특법폐지 및 대체입법 공청회, 2019.3.19.

험이나 공제에 가입이 되었다고 하더라도 공소를 제기할 수 있도록 하고 있다. 해당 12개 항목은 교통사고처리특례법이 매우 위험한 운전에 해당할 수 있는 항목으로 인정하고 있는 것이다.

교통사고처리특례법 제3조 제2항의 12개 항목은 도로교통법 제46조의 3 난폭운전 금지 규정에서 규정하고 있는 9가지 항목과 관련성이 있다고 할 수 있는데, 즉 신호위반, 속도위반, 앞지르기 방법위반, 중앙선 침범, 횡단, 유턴, 후진 위반 등과 관련한 규정이 일정부분 유사한 부분이 있는데, 난폭운전 금지가 복합성, 반복성, 지속성을 요하는 반면, 교통사고처리특례법은 단지 1회의 위반만으로도 치명적인 상해나 사망의 결과가 발생함을 상정하고 처벌하는 것으로 볼 수 있는데, 이 두 법에서 지향하는 교통사고 예방과 처벌에 대한 종합적인 재검토가 요구된다.

보복운전에 해당할 수 있는 행위 중에서 운전을 방해하여 차량을 막아서거나 정지하여 차량의 진행을 막는 행위가 형법상의 고의입증이 어려운 경우, 그리고 그러한 행위로 인해 상해가 발생한 경우에도 교통사고처리특례법 12가지 항목에 역시 별도로 규정하거나 포함

21) 교통사고처리특례법 제3조(처벌의 특례) ① 차의 운전자가 교통사고로 인하여 「형법」 제268조의 죄를 범한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
② 차의 교통으로 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄(業務上過失致傷罪) 또는 중과실치상죄(重過失致傷罪)와 「도로교통법」 제151조의 죄를 범한 운전자에 대하여는 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소(公訴)를 제기할 수 없다. 다만, 차의 운전자가 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범하고도 피해자를 구호(救護)하는 등 「도로교통법」 제54조제1항에 따른 조치를 하지 아니하고 도주하거나 피해자를 사고 장소로부터 옮겨 유기(遺棄)하고 도주한 경우, 같은 죄를 범하고 「도로교통법」 제44조제2항을 위반하여 음주측정 요구에 따르지 아니한 경우(운전자가 채혈 측정을 요청하거나 동의한 경우는 제외한다)와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로 인하여 같은 죄를 범한 경우에는 그러하지 아니하다. 〈개정 2016. 1. 27., 2016. 12. 2.〉
1. 「도로교통법」 제5조에 따른 신호기가 표시하는 신호 또는 교통정리를 하는 경찰공무원등의 신호를 위반하거나 통행금지 또는 일시정지를 내용으로 하는 안전표지가 표시하는 지시를 위반하여 운전한 경우
2. 「도로교통법」 제13조제3항을 위반하여 중앙선을 침범하거나 같은 법 제62조를 위반하여 횡단, 유턴 또는 후진한 경우
3. 「도로교통법」 제17조제1항 또는 제2항에 따른 제한속도를 시속 20킬로미터 초과하여 운전한 경우
4. 「도로교통법」 제21조제1항, 제22조, 제23조에 따른 앞지르기의 방법·금지시기·금지장소 또는 끼어들기의 금지를 위반하거나 같은 법 제60조제2항에 따른 고속도로에서의 앞지르기 방법을 위반하여 운전한 경우
5. 「도로교통법」 제24조에 따른 철길건널목 통과방법을 위반하여 운전한 경우
6. 「도로교통법」 제27조제1항에 따른 횡단보도에서의 보행자 보호의무를 위반하여 운전한 경우
7. 「도로교통법」 제43조, 「건설기계관리법」 제26조 또는 「도로교통법」 제96조를 위반하여 운전면허 또는 건설기계조종사면허를 받지 아니하거나 국제운전면허증을 소지하지 아니하고 운전한 경우. 이 경우 운전면허 또는 건설기계조종사면허의 효력이 정지 중이거나 운전의 금지 중인 때에는 운전면허 또는 건설기계조종사면허를 받지 아니하거나 국제운전면허증을 소지하지 아니한 것으로 본다.
8. 「도로교통법」 제44조제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 하거나 같은 법 제45조를 위반하여 약물의 영향으로 정상적으로 운전하지 못할 우려가 있는 상태에서 운전한 경우
9. 「도로교통법」 제13조제1항을 위반하여 보도(步道)가 설치된 도로의 보도를 침범하거나 같은 법 제13조제2항에 따른 보도 횡단방법을 위반하여 운전한 경우
10. 「도로교통법」 제39조제3항에 따른 승객의 추락 방지의무를 위반하여 운전한 경우
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
12. 「도로교통법」 제39조제4항을 위반하여 자동차의 화물이 떨어지지 아니하도록 필요한 조치를 하지 아니하고 운전한 경우

되어 있지 않아 대응이 어려울 수 있다.

교통사고처리특례법과 관련한 전면개편이나 폐지 논의가 진행되고 있기는 하지만 교통사고처리특례법은 난폭·보복운전, 난폭·보복운전치사상 등과 관련성이 있으므로 난폭·보복운전과 관련한 조문을 정비하는 경우 교통사고처리특례법도 역시 함께 정비가 필요하다고 할 수 있다.

Ⅲ. 난폭·보복운전관련 입법검토 필요사항

난폭·보복운전 문제가 발생하고 관련 사고가 끊이지 않는 것은 비단 이를 규제하고 처벌하는 법률만의 문제는 아니라고 할 수 있지만 현실적으로 난폭·보복운전과 관련하여 법률적으로 금지하거나 어떻게 규제를 하고 다른 국가가 어떻게 규제하거나 처벌하고 있는지를 검토하고 살펴보는 것은 참고나 도움이 될 수 있을 것으로 보인다.

1. 난폭운전의 요건과 9가지 유형

가. 복합성·지속성·반복성

도로교통법 제46조의 3 난폭운전 금지는 난폭운전과 관련하여 9가지 유형의 예를 제시하고 있다. 9가지 유형은 각 유형에서 1회성 위반행위만으로는 난폭운전을 구성하지 않고 여러 행위가 복합적으로 발생하거나 또는 하나의 행위가 지속적이거나 반복적일 것을 요건으로 하고 있다.

난폭운전에 복합성·지속성·반복성을 요건으로 하는 것은 난폭운전 행위가 일반적으로 안전운전의무를 위반한 운전행위와 명확한 구별이 될 있도록 함으로써 운전자가 단순한 안전운전의무를 위반한 것인지 아니면 보다 강화된 처벌을 필요로 하는 난폭운전에 해당하는 것인지를 명확히 구분할 수 있도록 함으로써 운전자가 과도하게 난폭운전으로 처벌받는 것을 방지할 수 있도록 한다는 이른바 순기능적 장점도 있음을 일정부분 논의할 수 있다.

그러나 현재의 난폭운전의 9가지 유형에 해당하는 경우에 해당 운전행위가 복합성, 지속성, 반복성을 나타내지 않고 단지 1회성 위반행위의 경우도, 현실적으로는 '단순한 안전운

전 의무'를 훨씬 넘어서는 난폭운전이 될 수 있으며, 이는 곧 타인의 운전에 커다란 위험을 초래하거나 위협을 주는 등 심각한 영향을 미칠 수 있다는 점이다.

또한 복합성·지속성·반복성이라는 현재의 요건은 빈번하고 대수롭지 않게 발생하는 난폭운전에 대한 위험성 인식을 제고하기 어렵고 난폭운전 금지에 대한 교육적 효과도 낮을 수 있다. 또한 현재의 난폭운전 금지 조항은 이른바 매우 극심한 난폭한 운전에 대해서만 일부 난폭운전을 적용할 수 있다는 점이다. 이러한 좁은 요건은 일반적으로 '(위험한) 자동차 운전' 또는 '도로 위'라는 특별한 상황에 대한 반영이 부족한 것으로 보이며, 어떠한 1회성의 심각한 난폭운전에 대해 단순한 안전의무 위반의 범칙금을 부과하는 정도로 대응함으로써 그러한 난폭운전을 방치하는 효과도 초래하는 것이다.

나. 난폭운전의 9가지 유형관련

한국 도로교통법 제46조의 3은 난폭운전 금지의 9가지 위반 유형으로 신호나 지시위반, 중앙선 침범, 속도위반, 후진·유턴·횡단 금지 위반, 안전거리 미확보, 급제동 금지 위반, 진로변경 금지위반, 앞지르기 방법이나 앞지르기 방해금지 위반, 정당한 사유 없는 소음발생, 고속도로에서의 앞지르기 방법위반, 고속도로 등에서의 후진·유턴·횡단 금지위반 등을 각각 규정하고 있다.

한편 일본은 난폭운전(あおり運転)의 심각성에 대해 인지하여 최근 방해운전죄(妨害運轉罪)를 신설 규정하였는데 2020년 6월 2일 국회심의를 거쳐 2020년 6월 30일부터 시행하도록 하였다. 일본의 방해운전죄는 10개의 항목으로 정비하였으며 구체적으로 통행구분 위반, 급브레이크 금지, 차간거리 유지위반, 진로변경 금지위반, 차량등의 등화위반(하이빔 위협 등), 경음기 사용 등 위반, 안전운전의 의무위반, 최저속도 위반, 정차 및 주차금지 위반 등으로 규정[22]하였다.

일본의 경우 한국의 9가지 유형과는 달리 차량등의 등화위반, 최저속도 위반, 정차 및 주차금지 위반 등을 '방해운전죄(妨害運轉罪)'에 포함시키고 있는데, 일본의 방해운전죄는 난폭운전과 보복운전 모두가 포함될 수 있는 개념으로 보인다. 즉 차량 운행시 차량등으로 인하여 눈이 지나치게 부셔서 보이지 않는 경우 매우 위험한 상황이 발생할 수 있는 위험한 운전이며, 이는 곧 한국의 난폭운전에 해당할 수 있다. 주정차 위반의 경우도 때로는 보복

22) 일본 도로교통법 제117조의 2의 2. 제11호

운전과도 관련성이 있을 수 있는데, 도로에서 주정차가 되어 있을 경우에도 대형사고로 이어질 가능성이 높다는 점에서 마찬가지로 난폭운전이나 보복운전과 관련하여 함께 도로교통법에 도입을 검토해 볼 필요가 있을 것으로 보인다.

2. 난폭운전과 속도위반 관련

가. 난폭운전 관련 속도위반

한국 도로교통법 제46조의 3 난폭운전 금지의 9가지 유형 중 속도위반은 대표적인 난폭운전에 해당한다. 속도위반으로 속도위반과 관련하여 최근 추가적인 보완규정이 마련되기도 하였으나 규정 속도를 60km 이상 80km 미만에 해당하는 경우 현재에도 범칙금 12만원만이 부과되고 있다.[23)]

규정 속도를 60km를 초과한다고 하였을 때 10km나 20km도 아닌 60km 초과 운전은 어떠한 사고로 인하여 초과나 특별히 예외적인 경우를 제외한다고 하더라도 고의적으로 속도초과를 한 것으로 볼 수 있다. 이는 제한속도 100km 이하 지점에서 160km~180km로 운전하는 것으로 이는 매우 위험하고 난폭한 운전에 해당한다고 볼 수 있지만, 그러한 속도위반에 현재의 벌칙은 범칙금 12만원 부과에 그치고 있는 것이다.[24)]

또한 100km 이상 과속하였을 경우에는 100만원 이하의 벌금이나 1일 이상 30일 미만인 구류에 처하는 것으로 하고 있고 100km 이상을 3회 이상 위반한 경우에는 현행 난폭운전 금지와 동일한 1년 이하의 징역이나 또는 5백만원 이하의 벌금에 처하는 것으로 하고 있다. 과속이 1회라도 100km 이상 과속하였을 경우는 제한속도 100km이하의 지점에서 200km이상의 속도로 운전하는 것인데, 이러한 운전은 대형사고나 인명사고를 초래할 수 있는 매우 위험한 운전에 해당할 수 있으며, 이 경우 또한 3회 위반의 경우에만 특별히 무겁게 처벌하는 것이 교통안전 정책에 얼마나 도움이 될 수 있을지 논의가 필요하다.

한편 호주의 경우 한국보다 기준이 낮다고 할 수 있는데, 차량은 제한속도를 45km 이상

23) 도로교통법 제17조 제3항, 도로교통법 시행령 제93조 제1항 [별표 8]

24) 경찰, '차량 탑재형 단속장비' 도입..과속운전 1만 2천여건 적발
경찰은 최근 2021년 12월부터 2022년 2월까지 차량 탑재형 교통단속 장비를 활용하여 과속단속을 하여 1만 2,503건을 단속하였다. 그 중 40km 이하 위반의 1만 784건은 전체의 84%로 경고처분, 40km 초과 80km 미만 1,609건은 전체의 12.9%로 과태료 부과, 80km를 초과한 110건은 0.9%로 형사입건한 바 있다. https://www.fnnews.com/news/202203030941129420 (검색일:2022.3.8.)

과속한 경우, 오토바이는 155km 이상 과속하는 경우에 최고 6천달러 (한화 약60만원) 벌금이나 9개월의 구금 및 운전면허 최소 6개월 정지를 부과하는 것으로 하고 있다.[25)]

나. 일반적인 속도위반 관련

제한속도 위반과 관련한 범칙금 부과금액으로 승용차를 기준으로 하여 20km 이하는 3만원, 20km 초과 40km 이하는 6만원, 40km 초과 60km 이하는 9만원이 각각 부과된다. 또한 앞서 언급한 바와 같이 60km 초과 80km 이하의 경우도 난폭운전을 적용하지 않고 범칙금 12만원을 부과하고 있다.[26)]

스웨덴의 경우 속도위반과 관련하여 초과속도를 한국이 20km 단위로 구분하는 것과는 달리 5km 또는 10km로 세분화하여 규정하고 있다.[27)] 이러한 세분화된 속도위반 규정은 초과된 속도에 대한 긴장감과 세심한 주의를 필요로 하여 속도위반 감소에 도움이 될 수 있을 것으로 보인다. 또한 작은 속도위반의 경우에도 한국보다 높은 벌금을 부과하는 것으로 보인다.

예를 들자면 도심에서는 제한속도를 50km,[28)] 시골외곽지역은 90km, 고속도로는 110~120km로 도로별로 규정하고 초과속도 1~10km 사이는 2000크로나(kr, 한화 약 26만원), 초과속도 11~15km는 2400크로나(kr, 한화 약 31만원) 초과속도 16~20km은 2800크로나(kr, 한화 약 36만원) 초과속도 21~25km는 3200크로나(kr, 한화 약 41만원), 초과속도 26~30km는 3600크로나(kr, 한화 약 46만원) 초과속도 30km 이상은 4000크로나(kr, 한화 약 51만원 정도) 등으로 5km 단위로 구분하여 각각 부과하고 있다.[29)]

속도위반 벌금의 금액과 관련하여 비싼 국가 순으로는 1위가 노르웨이, 아이슬란드, 에스토니아, 영국, 스웨덴, 오스트리아, 스위스, 이스라엘, 네덜란드, 캐나다 등의 순이고 초과

25) HOONING, RECKLESS DRIVING & DANGEROUS DRIVING
https://www.andrewwilliamslawyer.com.au/reckless-dangerous-driving.html (검색일:2022.3.8.)
26) 도로교통법 제17조 제3항, 도로교통법 시행령 제93조 제1항 [별표 8]
27) 스웨덴에서의 운전지침과 안전운전,
https://www.rhinocarhire.com/Drive-Smart-Blog/Drive-Smart-Sweden.aspx (검색일: 2022.3.8.)
28) 한국도 최근 안전속도 5030 정책을 시행하여 보행자 사망자수가 감소하였다는 긍정적인 결과가 나오기도 하였다. '안전속도 5030' 시행 한 달…출퇴근 빨라지고 보행 중 사망자 감소
https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5209521&ref=A (검색일: 2022.3.8.)
29) 스웨덴에서 교통위반 금액
https://korkortonline.se/en/facts/fines/ (검색일:2022.3.8.)

속도 20km 위반에 각각 $1028(한화 약 126만원)[30], $750(한화 약 92만원), $626(한화 약 77만원), $595(한화 약 73만원), $412(한화 약 50만원), $401(한화 약 49만원), $362(한화 약 44만원), $282(한화 약 35만원), $278(한화 약 34만원), $275(한화 약 34만원) 정도로[31] 한국보다 상당히 높다고 할 수 있다.

즉 한국이 초과속도 20~40km 위반에 승용차 기준 6만원인 것과 비교해 보면 한국의 속도위반 범칙금이 외국에 비하여 상당히 낮은 것이라고 할 수 있다. 속도위반 범칙금을 전반적으로 상향할 경우 운전자의 입장에서는 부담스러워할 수 있다. 범칙금 상향이 속도위반을 줄이는 것과 반드시 정비례한다고는 할 수 없겠지만, 속도위반을 세분화하고 일정부분 범칙금을 상향하는 것은 속도위반에 대한 더 많은 주의를 기울이게 하며 조심할 것을 기대할 수 있으므로 난폭운전을 일정부분 사전에 예방하는 효과가 있을 것으로 보인다.

3. 난폭운전 처벌관련

가. 처벌강화 필요성과 재범 여부

난폭운전에 대한 경찰의 집중단속이나 암행단속을 통하여 난폭운전을 적발하거나 스마트 국민제보 시스템을 통한 난폭운전에 대한 제보, 자율주행 자동차의 개발이나 스마트 교통체계의 정비, 운전자의 운전행태와 정보에 대한 분석과 제어의 시스템 개발 및 고도화도 난폭운전 발생을 낮추는데 일정한 도움이 될 수 있을 것이며 난폭운전에 대한 종합적인 대응 필요성에 부응할 수 있는 정책들이다.

그러나 현재 도로교통에서는 운전자에게 운전할 자유를 폭넓게 허용하고 있는 상황이며, 자율운전 차량이 보편화되거나 완성되기 전에는 해당 운전자에 대한 제재나 처벌로 통제하거나 제어하는 것이 불가피한 상황이라고 할 수 있다. 이러한 상황에서 난폭운전에 대한 제재의 종류와 처벌의 정도가 적절한지 또는 관련 법 규정이 난폭운전 예방에 도움이 되는지 분석하거나 검토하는 것은 반드시 필요하다고 볼 수 있다.

난폭운전의 심각성으로 난폭운전 금지조항이 도입된 후 7년 정도가 된 2022년 현재에도 난폭운전이 감소하는 추세나 경향으로 이어지고 있는 것으로 보이지는 않는다. 난폭 운

30) 1달러=1,234.70원(기준일:2022.3.8.)
31) Speeding Statistics Australia 2020
https://www.budgetdirect.com.au/car-insurance/research/speeding-statistics-australia.html (검색일:2022.3.8.)

전자에 대한 처벌을 강화하는 것만이 난폭운전을 막는 효과적인 방법일 수는 없겠지만, 난폭운전이 감소하고 있지 않은 상황에서 현재 한국의 난폭운전 금지의 요건이나 규정에 문제점이 없는지, 처벌 규정이 효과적인지 검토가 요청되는 것이다.

한국 도로교통법 제43조의 3 난폭운전 금지에 해당하는 경우에 처벌은 1년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금[32]에 처하는 것으로 하고 있고 또한 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 기간에서 정지시킬 수 있도록 하고 있다.[33]

일본의 경우 난폭운전 처벌강화 필요성이 크게 제기되었고 공감을 얻어[34] '방해운전죄'가 신설되었으며, 2020년 6월 30일부터 3년 이하의 징역이나 50만엔(한화 약 534만원)[35] 이하의 벌금을 부과하도록 하고 있다. 또한 '방해운전죄'를 범하고 고속도로 등에서 다른 자동차를 정시시키거나 그 외 도로에서 현저한 교통위험을 발생시킨 경우에는 가중하여 5년 이하의 징역이나 100만엔(한화 약 1,069만원) 이하의 벌금을 부과하는 것으로 처벌을 강화하였다.[36]

일본 도로교통법 '방해운전죄'의 경우 2020년 6월 개정에서 기본적으로 3년 이하의 징역에 처하지만 특별한 경우 5년 이하의 징역에 처할 수 있어 한국의 난폭운전이 1년 이하의 징역에 처하는 것보다 상당히 법정형을 상향시킨 것으로 보인다. 벌금부과의 경우도 '현저한 교통위험을 발생시킨 특별한 경우' 한국의 벌금 500만원 보다 2배 많은 벌금인 100만엔(한화 약 1,069만원)으로 상향한 것을 살펴볼 수 있다.

이러한 징역형과 벌금형의 상향[37]이 난폭운전의 감소와의 관계성에 대한 분석은 향후

32) 도로교통법 제151조의2. 제1호

33) 도로교통법 제93조 제1항

34) 일본의 난폭운전 '아오리운덴' 판결…18년 중형
일본 가나가와 현에서 사회적으로 커다란 반향을 일으킨 사건이 발생하였다. 고속도로에서 한 차량이 급브레이크를 밟아 진로를 방해하며 1차로에서 다른 차량을 정지시켜 시비를 가리던 중에 대형트럭이 뒤에서 추돌한 사건이다. 이 사건으로 부부가 사망하고 두 딸은 상해를 입었다. 가해자는 휴게소에서 주차문제로 인한 분풀이를 위해 고속도로를 따라 온 것이며 급브레이크를 밟고 정차를 시켜 운전을 방해한 것이다. 가해자는 지난 3개월 간 난폭운전을 4차례나 범한 상습범이었다. 한편 가해자가 자동차를 정차시킨 상태에서 사고가 발생하여 위험운전사상죄 적용에 논란이 있었으나 요코하마 법원은 난폭운전과 사고의 인과관계를 인정하여 위험운전치사상죄를 인정하였다. https://www.asiatoday.co.kr/view.php?key=20181216010009440 (검색일:2022.3.8.)

35) 환율 100엔=1069원(2022.3.8.기준)

36) 일본 도로교통법 제117조의 2. 제6호

37) 한국은 오래 전부터 재산비례벌금제 도입과 관련하여 많은 논의가 진행되고 있지만 현재 도입하고 있지 않은 상황이다. 한국과 일본의 경우 재산비례벌금형을 도입하지 않은 상태에 있지만 일부 국가에서는 재산비례벌금제를 시행 중에 있는데, 한국의 경우 재산비례벌금제를 전면적으로 도입하기에 앞서 우선 도로교통법 위반과 관련하여 도입시행을 우선 검토해 보는 것도 필요할 수 있다.
재산비례벌금제는 한국의 경우 운수교통과 관련하여 화물운반이나 택시 등 하루 일당의 형식으로 수입을 얻는 경우가 상당수 있을 것으로 보이는데 이들에게는 일정한 큰 금액을 부과하여 일상생활이 불가능하게 하기 보다는 일수벌금으로 일상생활을 유지하는 가운데 자신이 하루하루 버는 수입에 맞는 적절한 벌금을 부담하게 할 수 있다는 점이 있고 또한 어떠한 고급자동차를 유희의 목적으로 난폭하게 운전하는 이들에게나 가벼운 범칙금은 가볍게 감수하고 자신의 편의만을 목적으로 자동차를 운행하는 이들에게는 자신의 경제적 상황에 상응

더 실증적인 분석과 검토가 필요하겠지만, 감소하지 않고 반복되는 난폭운전에 대해서는 별도의 특단적 대응이 필요할 것으로도 보인다.

난폭운전 금지조항은 2015년 8월 시행 이후 2022년 3월까지 약 6여년 정도가 경과하였다. 일부 판례에서 난폭운전의 재범을 고려하고, 양형에서는 재범상황을 일부 반영하여 판결을 내리기도 하지만,[38] 난폭운전 재범과 삼범 등과 관련하여 난폭운전이 어느 정도의 재범률을 나타내고 있는지 체계적으로 파악되고 검토될 필요가 있다. 난폭운전 금지 조항이 도입된 지 6년 정도이면 재범과 삼범 등 지속적으로 난폭운전을 범하는 이들에 대한 충분한 데이터가 축적되지 않을 수도 있지만, 난폭운전에 대한 재범과 삼범 이상 등을 구분하여 평가하고 관련하여 처벌의 수위도 조정하여 규정해 줄 필요가 있다. 심각하게 반복적인 난폭 운전자에 대해서는 기간별로 또는 장기간의 운전할 기회를 박탈하는 것도 필요하다.

호주의 경우 난폭운전에 대해 초범, 재범, 삼범 등으로 나누고 이를 구별하여 처벌하고 있는데 초범일 경우 6천달러(일수벌금으로 부과)이나 또는 9개월 구금과 최소 6개월의 운전면허 정지를 부과한다. 재범의 경우는 9천달러(일수벌금으로 부과)이나 9개월의 구금 그리고 최소 12개월의 운전면허 정지를 부과한다. 삼범의 경우는 최고 1만 2천달러의 벌금(일수벌금으로 부과)과 12개월 이하의 구금 및 운전면허의 영구 무효화가 처분된다.[39]

나. 난폭운전치사상죄 도입?

현재 도로교통법 제46조의 3은 난폭운전 금지는 규정하고 있지만 '난폭운전치사상죄'는 별도로 규정하고 있지 않다. 한편 이와 관련하여서 -운전에서의 고의·과실을 구분하기 어렵다거나 명확히 구분하지 않는다면- 형법 제268조의 업무상 과실이나 중과실 치사상죄[40]를 적용할 수 있을 것인데 교통사고처리특례법 제3조와 제4조에서 난폭운전과는 부분적으로 일치할 수 있는 12가지 항목에 해당한다면 경우에 따라 보험에 가입하였다고 하더라도 처벌이 가능할 수도 있을 것이다.

한 부담을 가질 수 있는 일수벌금이 부과될 수 있도록 하는 것을 시범적으로 고려해 볼 수 있을 것이다.

38) 난폭운전의 재범, 삼범 등 또는 초범일 경우 등과 관련하여서는 현재 양형의 사유로 고려하고 있다. (울산지방법원 2019노1023, 울산지방법원 2019고단2395, 수원지방법원 2019고단2302) 이와 관련하여서 명확하게 처벌의 수위를 초범, 재범, 삼범 등 구분하여 법률에서 명확하게 규정하여 준다면 일반예방적 효과나 반복적인 범죄대응에 일정한 역할을 할 수 있을 것으로 보인다.

39) HOONING, RECKLESS DRIVING & DANGEROUS DRIVING
https://www.andrewwilliamslawyer.com.au/reckless-dangerous-driving.html (검색일:2022.3.8.)

40) 형법 제268조(업무상과실·중과실 치사상) 업무상과실 또는 중대한 과실로 사람을 사망이나 상해에 이르게 한 자는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

하지만 난폭운전으로 인한 사망이나 상해가 발생한 난폭운전치사상과 업무상 과실·중과실 치사상은 구분되어야 할 것으로 보이는데, -물론 고의와 과실을 명확하게 구분하고 증명하는 것은 별도의 과제라고 할 수 있겠지만- 난폭운전은 난폭운전에 대한 고의를 가지고 있는 상해나 또는 사망의 결과가 발생한 결과적 가중범이고 업무상 과실·중과실 치사상은 난폭운전에 대한 고의가 없는 상태에서 사망이나 상해의 결과가 발생한 사고라고 할 수 있다.

따라서 난폭운전으로 인한 상해나 또는 사망사고는 별도로 규정하여서 난폭운전으로 인한 심각한 사고와 피해에 대해 상당한 주의가 필요하다는 점을 운전자에게 명확하게 인식시키고 주의를 기울일 수 있도록 '난폭운전치사상죄' 규정에 대한 검토를 고려해 볼 수 있다.

한편 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의 11에서는 '위험운전 등 치사상죄'를 규정하고 있는데,[41] 본조에서 위험운전은 '음주 또는 약물의 영향'으로만 한정하고 있는데, 범위가 한정된 위험운전으로 인하여 상해나 사망에 이르게 한 경우 가중처벌을 하고 있다.[42]

한편 일본의 경우 '위험운전치사상죄'를 두고 있는데 위험운전의 범위를 넓게 하고 있으며, 명정운전(알콜·약물), 제어곤란고속운전, 조작이 미숙한 무기능운전, 방해운전, 신호무시운전,[43] 통행금지도로운전[44]을 포함하는 개념[45]이다. 여기에는 한국은 논란이 많은 '넓은 일본의 위험운전 범위'에서 '음주 또는 약물의 영향'이라는 일부만을 도입[46]하여 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률에 규정한 것으로 보인다. 난폭운전치사상 또는 위험운전치사상 등과 같은 가중처벌[47]이 난폭운전 또는 위험운전에 대한 경각심을 일깨우는 효과가 있을 수 있지만, 안전운전 교육과 예방활동이 적절히 마련되어 있지 않은 상태에서는 과도한 책임과 처벌이거나 또는 상징적 입법이 될 수 있다는 비판이나 우려도 존재한다.

41) 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의11(위험운전 등 치사상) ① 음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차(원동기장치자전거를 포함한다)를 운전하여 사람을 상해에 이르게 한 사람은 1년 이상 15년 이하의 징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처하고, 사망에 이르게 한 사람은 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다. 〈개정 2018. 12. 18., 2020. 2. 4.〉
② 음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운항이 곤란한 상태에서 운항의 목적으로 「해사안전법」 제41조제1항에 따른 선박의 조타기를 조작, 조작 지시 또는 도선하여 사람을 상해에 이르게 한 사람은 1년 이상 15년 이하의 징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처하고, 사망에 이르게 한 사람은 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다. 〈신설 2020. 2. 4.〉

42) 일본의 경우에도 자동차운전으로 사람을 사상하게 한 행위 등 처벌에 관한 법률 제2조에서 위험운전치사상죄를 두고 있는데, 세부항목에 6가지 유형을 두고 있기도 하다. (ポケット六法, 有斐閣, 2015, pp.1541~1542)

43) 김형준, 일본 형법상 위험운전치사상죄의 제문제, 법학논문집 제32집 제1호, 13~18면

44) 일본 형법 제208조의 2에서 자동차운전사상행위처벌법 제2조 제1~6호로 이전 확대 규정함

45) 김연주, 일본 위험운전치상죄의 개정현황과 그 시사점, 법학논총 제41권 제3호, 2017, 184면

46) 김연주, 일본 위험운전치상죄의 개정현황과 그 시사점, 법학논총 제41권 제3호, 2017, 197면

47) 일본의 경우도 위험운전치사상죄에서 위험운전행위가 가중되어 처벌되는 것인데, 일반적으로 다른 행위가 업무상과실치사상죄로 처벌되는 것과 비교하면 불균형이지 않는가에 대한 비판이 있다. (長井 圓 , 道路交通犯罪と過失犯 現代刑事法, 38号, 2002, 40頁 재인용; 김형준, 일본 형법상 위험운전치사상죄의 제문제, 법학논문집 제32집 제1호, 2008, 15면)

전반적으로는 '난폭운전(치사상)'과 '위험운전(치사상)'에 대한 개념을 체계적으로 재검토하고, 교통사고처리특례법, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률과 도로교통법에 있는 운전 및 교통안전과 관련한 내용을 통합하여 정리해 주어 일반인이 별도의 법률을 찾아보기보다는 도로교통법에서 손쉽게 찾아보고 알 수 있도록 하는 것이 도움이 되고 필요할 것으로 보인다.

다. 난폭운전과 음주운전의 복합적 상황과 가중처벌

난폭운전의 경우 난폭운전 단독으로 이루어지는 경우도 있지만 난폭운전과 음주운전이 복합적으로 이루어지는 경우도 다수 있다. 음주운전[48]의 경우 이로 인한 치명적 사고가 다수 발생한 바 있고 이에 음주운전에 대한 처벌강화 필요성에 대한 목소리가 높아 처벌규정이 강화된 바 있다.[49]

그런데 한국의 도로교통법에서는 난폭운전과 음주운전이 복합적으로 이루어지는 경우에 대부분 형량이 높은 음주운전을 적용하여 처벌하고 있는 것으로 보인다. 음주운전이 운전석에 착석하여 아무 사고 없이 일정 거리를 운행한 것도 엄격하게 다루어질 필요가 있는 것은 안전운전을 보장할 수 없기 때문일 것이다. 음주운전이 상해나 사망사고로 이어진 것은 현재 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률에서 별도로 규정하고 있기는 하고, 음주운전으

48) 도로교통법 제44조(술에 취한 상태에서의 운전 금지) ① 누구든지 술에 취한 상태에서 자동차등(「건설기계관리법」 제26조제1항 단서에 따른 건설기계 외의 건설기계를 포함한다. 이하 이 조, 제45조, 제47조, 제93조제1항제1호부터 제4호까지 및 제148조의2에서 같다), 노면전차 또는 자전거를 운전하여서는 아니 된다. 〈개정 2018. 3. 27.〉
② 경찰공무원은 교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등, 노면전차 또는 자전거를 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 운전자가 술에 취하였는지를 호흡조사로 측정할 수 있다. 이 경우 운전자는 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다. 〈개정 2014. 12. 30., 2018. 3. 27.〉
③ 제2항에 따른 측정 결과에 불복하는 운전자에 대하여는 그 운전자의 동의를 받아 혈액 채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있다.
④ 제1항에 따라 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준은 운전자의 혈중알코올농도가 0.03퍼센트 이상인 경우로 한다. 〈개정 2018. 12. 24.〉

49) 도로교통법 제148조의2(벌칙) 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. 〈개정 2020. 6. 9.〉
② 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람으로서 제44조제2항에 따른 경찰공무원의 측정에 응하지 아니하는 사람(자동차등 또는 노면전차를 운전하는 사람으로 한정한다)은 1년 이상 5년 이하의 징역이나 500만원 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 징역이나 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 0.03퍼센트 이상 0.08퍼센트 미만인 사람은 1년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금
④ 제45조를 위반하여 약물로 인하여 정상적으로 운전하지 못할 우려가 있는 상태에서 자동차등 또는 노면전차를 운전한 사람은 3년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

로 인한 상해나 사망사고가 대부분 난폭한 운전행위를 동반하고 있음을 짐작할 수는 있다. 그러나 음주운전이 상해나 사망사고로 이어지지는 않았지만, '음주운전과 난폭운전이 복합적으로 진행'된 경우에는 별도의 규정을 통하여 이른바 '난폭하게 운전하지 않은 음주운전'만 단독으로 이루어진 경우보다 강화된 처벌이 필요할 수 있다.[50]

한편 호주의 경우 난폭 또는 위험한 운전에서 가중된 경우를 7가지 정도로 구분하여 별도로 규정하고 있다. 첫 번째, 앞서 규정한 바와 같이 경찰이 차량 정지 신호나 요청을 하였으나 실현 가능할 때 응하지 않은 경우로서, 이러한 경찰의 지시를 따르지 않은 경우에 호주는 반복성을 요구하지 않고도 난폭운전에 더하여진 가중된 처벌을 규정하고 있다. 한국 도로교통법은 난폭운전에 반복성, 복합성, 지속성을 요구하면서 그 경찰의 지시를 중요하게 구분하여 다루거나 그 심각성을 고려하고 있지 않다는 점에서 경찰과 운전자의 추격전을 드물지 않게 목격할 수 있으며 이로 인한 추가적인 사고도 발생한다는 점이다.

두 번째, 혈액이나 호흡에서 규정된 알코올 수치를 가지고 운전한 경우 세 번째, 혈액이나 구강 내 액체 속에 규정된 약물을 지닌 채 운전한 경우 네 번째, 차량의 적절한 운행을 할 수 없을 정도로 (마)약이나 중독성 음주의 영향으로 운전을 하는 경우와 같이 음주, 약물, 마약, 중독성 음주가 난폭운전에 더하여져 결부된 경우 가중된 처벌을 별도로 규정해 주고 있다.[51]

다섯 번째, 속도제한을 30% 이상 초과하여 과속으로 운전하는 경우에도 난폭운전에 가중처벌을 규정하고 있는데[52] 한국의 도로교통법은 최근의 개정에서도 제한속도 60km 초과에도 범칙금 12만원 부과에 그치고 있다.

여섯째, 취약한 도로 이용자의 안전을 위태롭게 하는 방식으로 운전하는 경우에 호주는 난폭운전에 오히려 가중된 처벌을 규정하고 있는데,[53] 한국의 도로교통법은 도로교통법 제27조 보행자 보호[54]와 동법 제156조 벌칙에서 단순히 20만원 이하의 벌금이나 구류 또

50) 물론 이 경우도 양형에서 일부 반영될 수 있겠지만 법률에서 보다 명확하게 제시해 줄 필요가 있을 것으로 보인다.

51) 7A Aggravated offence—furious, reckless or dangerous driving, Road Transport (Safety and Traffic Management) Act 1999, A1999-80, Republication No 33, Effective: 1 February 2020, Republication date: 1 February 2020

52) 7A Aggravated offence—furious, reckless or dangerous driving, Road Transport (Safety and Traffic Management) Act 1999, A1999-80, Republication No 33, Effective: 1 February 2020, Republication date: 1 February 2020

53) 7A Aggravated offence—furious, reckless or dangerous driving, Road Transport (Safety and Traffic Management) Act 1999, A1999-80, Republication No 33, Effective: 1 February 2020, Republication date: 1 February 2020

54) 도로교통법 제27조(보행자의 보호) ① 모든 차 또는 노면전차의 운전자는 보행자(제13조의2제6항에 따라 자전거등에서 내려서 자전거등을 끌거나 들고 통행하는 자전거등의 운전자를 포함한다)가 횡단보도를 통행하고 있을 때에는 보행자의 횡단을 방해하거나 위험을 주지 아니하도록 그 횡단보도 앞(정지선이 설치되어 있는 곳에서는 그 정지선을 말한다)에서 일시정지하여야 한다. 〈개정 2018. 3. 27., 2020. 6. 9.〉

는 과료에 처하는 것으로 하고 있으며, 이는 보행자 보호에 커다란 차이가 있다.

일곱째, 차량에 17세 이하의 사람을 동승하여 운전하는 경우 등의 정황이 존재하고 난폭운전인 경우 가중된 난폭운전 위반에 해당할 수 있도록 하고 있는데, 한국의 난폭운전과 관련한 규정은 동승자와 관련한 별도의 내용을 담고 있지 않다. 그 외에도 호주는 반복된 난폭운전의 경우도 가중된 난폭운전 위반[55]으로 정하여 무거운 처벌을 규정하고 있다.[56]

라. 추가적인 조치관련

현재 도로교통법은 난폭운전과 관련하여 징역형이나 벌금부과 이외에 운전면허 취소나 1년 이내의 정지를 규정하고 있다. 현행 도로교통법은 난폭운전은 음주운전과 복합적으로 발생하는 경우나 재범이나 삼범 등과 같이 반복적인 난폭운전자의 난폭운전, 도로에서 속도를 다투는 자동차 경주,[57] 무면허운전을 포함한 매우 심각한 난폭운전의 경우에 별도로 차별화하여 구별된 법적 제재를 규정해 주고 있지 않다.

호주의 경우 자동차 경주, 속도 기록의 측정, 자동차의 부적절한 사용, 경찰의 자동차 정지에 따르지 않는 경우, 오토바이의 위협적 운전 등의 경우에 압수가 가능할 수 있도록 하고 있다.[58] 심각하고 중대한 난폭운전의 경우에는 그 중대성에 따라 기간을 정하여 차량에 대한 즉시 압수나 몰수의 적용도 적극 고려할 필요[59]가 있다고 보인다.

---

② 모든 차 또는 노면전차의 운전자는 교통정리를 하고 있는 교차로에서 좌회전이나 우회전을 하려는 경우에는 신호기 또는 경찰공무원 등의 신호나 지시에 따라 도로를 횡단하는 보행자의 통행을 방해하여서는 아니 된다. 〈개정 2018. 3. 27.〉

③ 모든 차의 운전자는 교통정리를 하고 있지 아니하는 교차로 또는 그 부근의 도로를 횡단하는 보행자의 통행을 방해하여서는 아니 된다.

④ 모든 차의 운전자는 도로에 설치된 안전지대에 보행자가 있는 경우와 차로가 설치되지 아니한 좁은 도로에서 보행자의 옆을 지나는 경우에는 안전한 거리를 두고 서행하여야 한다.

⑤ 모든 차 또는 노면전차의 운전자는 보행자가 제10조제3항에 따라 횡단보도가 설치되어 있지 아니한 도로를 횡단하고 있을 때에는 안전거리를 두고 일시정지하여 보행자가 안전하게 횡단할 수 있도록 하여야 한다. 〈개정 2018. 3. 27.〉

55) 7A Aggravated offence—furious, reckless or dangerous driving, Road Transport (Safety and Traffic Management) Act 1999, A1999-80, Republication No 33, Effective: 1 February 2020, Republication date: 1 February 2020

56) CRIMES ACT 1900 - SECT 52A, Dangerous driving: substantive matters, 52A Dangerous driving: substantive matters http://www5.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/ca190082/s52a.html#circumstances_of_aggravation (검색일:2022.3.8.)

57) 고명수, 자동차 불법경주 규율 개선에 관한 연구 -독일 형법 제315조d와의 비교를 중심으로-, 형사법의 신동향, 대검찰청, 2021, vol 71, 283면

58) Division 2.3 Seizure, impounding and forfeiture of vehicles for certain offences, 10AA(3) 7A Aggravated offence—furious, reckless or dangerous driving, Road Transport (Safety and Traffic Management) Act 1999, A1999-80, Republication No 33, Effective: 1 February 2020, Republication date: 1 February 2020

59) 한국 경찰청에서도 난폭·보복운전에 대해 몰수와 관련하여 검토한 바가 있기도 하다.
경찰, 매너 없는 난폭·보복운전 집중단속…車 몰수도 검토
http://www.kyongbuk.co.kr/news/articleView.html?idxno=2013022 (검색일:2022.02.08.)

4. 보복운전 명시와 방해운전 관련

현재 보복운전 금지라는 용어는 법규에 명시적으로 규정하고 있지 않으나 보복운전뿐만 아니라 운전 이외의 다양한 보복행위에 대하여도 형법상 살인이나 특수상해, 특수협박, 일반교통방해, 특수재물손괴 등을 적용하고 있다.

그런데, 도로를 자동차로 막고 가지 못하도록 하는 경우 현재 형법상 일반교통방해죄[60]에 해당할 수 있거나 상해나 사망사고가 난 경우 교통방해치사상죄[61]에 해당할 수는 있지만, 일반교통방해죄는 교통을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 행위[62]를 의미하므로 교통이 불가능하지 않고 그렇다고 교통이 현저히 곤란하지 않지만 보복운전자가 다른 운전자의 차량을 가지 못하도록 막아 세우는 경우에 일반교통방해죄의 적용이 명확하지 않은 점도 있다.

또한 이러한 경우 보복운전자가 자신이 교통을 방해한다는 고의[63]로 보복운전행위를 하기보다는 다른 특정 운전자에게 차량을 운전하지 못하게 한다는 인식과 고의를 가지거나 때로는 '자신이 단지 어떠한 단순한 일정한 다툼'을 하는 정도로 여기는 등 역시 교통방해죄의 적용이 때로는 용이하지 않은 부분이 있다.

보복운전과 관련하여 현행 형법의 적용으로 처벌이 가능할 수도 있지만 여전히 운전자가 자신의 행위가 보복운전에 해당하는지 명확히 알기 어려운 부분이 있다. 따라서 도로교통법에서 보다 명시적으로 보복운전 금지를 규정해 주거나 일본의 '방해운전죄'와 같이 보복운전이 방해운전에 포함될 수 있도록 하여 운전자들로 하여금 자동차 등을 운전하는 경우에 금지 사항을 보다 명확하게 알 수 있도록 하는 것은 교육적 효과도 있을 뿐만 아니라 필요할 것으로 보인다.

60) 형법 제185조 (일반교통방해) 육로, 수로 또는 교량을 손괴 또는 불통하게 하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.
61) 형법 제188조 (교통방해치사상) 제185조 내지 제187조의 죄를 범하여 사람을 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다
62) 이재상, 형법각론, 박영사, 2016, 541면/ 정성근-박광민 형법각론, SKKUP 성균관대학교 출판부, 2019, 551면
63) 이재상, 형법각론, 박영사, 2016, 541면/ 정성근-박광민 형법각론, SKKUP 성균관대학교 출판부, 2019, 551면

5. 도로교통법관련 정비

현재 '난폭운전 금지'는 도로교통법에서 규정하고 있고, '위험운전치사상죄'는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률에서 규정하고 있으며, 교통사고처리특례법은 존폐논의가 있지만 형법상 업무상과실·중과실에 해당하는 운전행위와 관련하여 다양한 유형의 안전운전 위반 행위를 규정하고 있다. 보복운전의 경우에도 명시적으로 보복운전이 표현되어 있지는 않지만 형법상 다양한 관련 규정이 적용되고 있는 상황이다. 아울러 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률에서는 운행 중인 자동차 운전자에 대한 폭행이나 협박한 사람을 가중하여 처벌하고 있다.[64]

이렇듯 난폭운전이나 보복운전과 관련하여 적용하는 법조문이 도로교통법, 형법, 특정범죄가중처벌등에 관한 법률, 교통사고처리특례법 등 다양한 법률에 산재해 있는데, 이러한 관련 규정들을 도로교통법으로 편입하여 운전자 등이 도로교통 안전과 관련한 내용들을 모두 일목요연하게 파악할 수 있도록 할 필요가 있을 것으로 보인다.

아울러 자동차 운전자에 대한 폭행과 관련하여 자동차(이륜자동차)뿐만 아니라 소형 오토바이(125cc 이하의 이륜자동차)[65] 운전자들에게 가하는 폭행행위의 경우[66]에도 물론 형법상 처벌이 가능할 수 있지만, '도로 위' 또는 '운전 중'이라는 매우 위험한 상황에서 발생하는 것인 만큼 도로교통법에서 명확하게 규정하여 관련 내용을 알 수 있도록 할 필요가 있을 것으로 보인다.

이러한 난폭운전, 보복운전, 음주운전, 위험운전 등 도로교통안전과 관련한 사항은 종합적으로 도로교통법에서 체계적으로 규정하여 운전자가 명확하고 일목요연하게 관련규정을 파악하고 이해하기 쉽게 정리해 줄 필요가 있을 것[67]으로 보인다.

---

64) 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의10(운행 중인 자동차 운전자에 대한 폭행 등의 가중처벌) ① 운행 중(「여객자동차 운수사업법」 제2조제3호에 따른 여객자동차운송사업을 위하여 사용되는 자동차를 운행하는 중 운전자가 여객의 승차·하차 등을 위하여 일시 정차한 경우를 포함한다)인 자동차의 운전자를 폭행하거나 협박한 사람은 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 〈개정 2015. 6. 22.〉 ② 제1항의 죄를 범하여 사람을 상해에 이르게 한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처하고, 사망에 이르게 한 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

65) 도로교통법 제2조 (정의) 제21호에서 '자동차등'이란 자동차와 원동기장치자전거를 의미하는 것으로 하고 있고 제17조 (자동차등과 노면전차의 속도)에서 도로통행 속도관련 규정도 함께 적용되는 것으로 하는 등 원동기장치자전거를 함께 포함하는 것이 필요할 수 있을 것이다.

66) 송언석 의원 대표발의, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안, 의안번호 8940 / 양기대 의원 대표발의, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안, 의안번호 8897

67) 일본의 경우도 도로교통법과 자동차운전사상처벌법 상의 정상적인 운전이 곤란한 상태 〉 정상적인 운전을 할 수 없는 우려가 있는 상태 〉 정상적인 운전에 지장이 발생할 우려가 있는 상태 등의 표현을 두고 법 적용 범위에 대한 논의가 있기도 하다. (城祐一郎, 危險運轉致死傷罪, 東京法令出版社, 平 成31年, pp.6~7)

Ⅳ. 결론

난폭·보복운전은 많은 인명이 다치거나 사망사고를 발생시키거나 발생시킬 가능성이 매우 높은 위험한 범죄이다. 난폭·보복운전이 매우 심각하고 중대한 범죄임에도 불구하고 이에 대해 효과적인 예방과 대응이 적절히 이루어지지 않아 난폭·보복운전 사례와 관련 사건은 지속적으로 발생하고 있다.

난폭·보복운전 금지와 관련하여 현재 한국의 도로교통법에서는 난폭운전 금지에서의 요건에서 9가지 유형을 제시하면서 이러한 9가지 행위의 반복성, 지속성, 복합성을 요건으로 하고 있는데 이러한 요건이 난폭운전을 보다 뚜렷하게 구분해 주는 순기능적인 면이 일부 있기는 하지만 9가지 유형의 난폭운전 행위는 단지 반복성, 지속성, 복합성이 반드시 결부되지 않더라도 매우 난폭하고 위험한 행위에 해당하는 경우가 많다는 점에서 본 요건은 재검토될 필요가 있다.

또한 속도위반과 관련하여 최근 2021년 4월 도심 제한속도 50km로 위반속도가 낮아지기도 하였으나[68] 전반적으로 한국은 범칙금 부과의 액수가 대부분 선진국에 비하여 대체로 낮은 편이고 속도위반이 되는 난폭운전의 속도도 한국은 외국에 비하여 높게 설정되어 있다.

보복운전의 경우 현재 일정부분 형법의 적용이 가능할 수는 있으나 형법적용과 관련한 고의입증 부담을 줄이고 보복운전 금지하고 있음을 명확하게 알 수 있도록 도로교통법에서 규정하여 주는 것도 고려해 볼 필요가 있다.

난폭·보복운전의 구성요건과 관련하여 외국의 입법례가 한국보다 요건이 엄격하지 않고 재범이상을 구별하고 있다는 점, 난폭운전치사상죄? 또는 위험운전치사상죄의 재검토, 난폭운전과 음주운전의 복합적 상황에 대한 가중처벌 필요성, 차량압수 및 몰수 등 추가 제재 필요성 등도 일정부분 고려하고 반영할 필요가 있다. 만약 일본과 같이 관련 규정을 당장 정비하거나 강화하지는 않는다면, 교통안전 의무준수와 관련된 범칙금 상향이나 난폭운전 관련 속도를 하향하는 등 우선적으로 가벼운 제재부터 확실하게 적용되도록 진행할 필요도 있을 것으로 보인다.

일반적으로 범죄에 대한 대응이 어렵다는 측면에서 중형주의를 선호하는 추세나 경향이

68) 오늘부터 도심 제한속도 '50km'…위반 시 범칙금
http://news.tf.co.kr/read/life/1855021.htm (검색일:2022.3.8.)

반드시 바람직하다고 할 수는 없지만, 현실적으로 반복적이고 무분별하게 발생하는 난폭운전과 이와 관련한 보복운전이 초래하는 중대하고 심각한 결과를 고려할 때 이에 대해 보다 현장감 있는 접근과 대응이 필요할 수 있으며, 이를 억제할 수 있도록 적용 법률도 보다 효과적인 방식으로 개정할 필요가 있는 것이다.

물론 나날이 발전해 가는 자동차와 교통안전 기술의 추세를 반영하여 스마트 교통안전 시스템, 자율주행 기술의 발전, 교통안전 교육의 강화 등 다양한 관련 방안도 위험한 운전 행위 방지를 위해 반드시 필요한 만큼 지속적으로 함께 검토되고 개선·발전될 필요가 있을 것이다.

[참고문헌]

[저서/서적과 논문]

이재상, 형법각론, 박영사, 2016

김연주, 일본 위험운전치상죄의 개정현황과 그 시사점, 법학논총 제41권 제3호, 2017

정성근·박광민, 형법각론, SKKUP 성균관대학교 출판부, 2019

고명수, 자동차 불법경주 규율 개선에 관한 연구 -독일 형법 제315조d와의 비교를 중심으로-, 형사법의 신동향, 대검찰청, 2021

김형준, 일본 형법상 위험운전치사상죄의 제문제, 법학논문집 제32집 제1호, 2008

ポケット六法, 有斐閣, 2015

長井 圓 , 道路交通犯罪と過失犯 現代刑事法, 38号, 2002, 재인용;

城祐一郎, 危險運轉致死傷罪, 東京法令出版社, 平成31年

[입법 법률안과 공청회자료]

송언석 의원 대표발의, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안, 의안번호 8940

양기대 의원 대표발의, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안, 의안번호 8897

김일수, “형사정책적 관점에서 본 교통사고처리특례법의 문제점”, 교특법폐지 및 대체입법 공청회, 2019.3.19.

한문철, “교통사고처리 특례법 제정 당시 국회 내무위 속기록, 왜 교통사고처리특례법을 폐지해야 하나?”, 『교통사고처리특례법 폐지 및 대체입법』, 한국형사정책연구원, 2018.9.3.

[보도자료와 언론보도]

법무부 보도자료, 법무부장관, 보복ㆍ난폭운전 및 도로 위 폭력행위에 대한 엄정 대응 지시, 2019.08.21.

경찰청 보도자료, 난폭·보복·음주 등 고위험 운전행위자 11,275명 검거, - 9월 9일부터 10월 28일까지 50일간 집중단속 결과, 앞으로도 12월 27일까지 강력히 단속할 예정 -, 2019.11.18.

경찰청 보도자료, 난폭보복음주 운전은 중대한 범죄입니다! -난폭보복음주 등 고위험 운전 100일간 집중단속 -, 2019. 8. 26.

'무면허·음주·난폭·고의 사고·누범' 20대 실형 선고
https://www.sedaily.com/NewsView/22IJJAO1UI (검색일:2022.3.8.)

'제주 카니발 폭행 사건' 가해자 징역 1년 6개월…법정구속
https://www.yonhapnewstv.co.kr/news/MYH20200604010500038?did=1825m (검색일:2022.3.8.)

대전경찰청, 잇따른 사망사고에 이륜차 난폭운전 강력단속
https://www.cctoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=2126667 (검색일:2021.3.17.)

국도서 140㎞ '쌩~'…도로 가리지 않는 불법 운전 수두룩
https://www.yna.co.kr/view/AKR20210316127000062?input=1195m (검색일:2022.3.8.)

주먹질에 낫까지 휘두른 난폭운전 시비…그 결말은?
http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5131828&ref=A (검색일:2022.3.8.)

대전경찰청 암행순찰차 운영 보름 만에 150여건 단속
http://www.newspim.com/news/view/20210311000794 (검색일:2022.3.8.)

'안전속도 5030'시행 한 달…출퇴근 빨라지고 보행 중 사망자 감소
https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5209521&ref=A (검색일: 2022.3.8.)

일본의 난폭운전 '아오리운덴' 판결…18년 중형
https://www.asiatoday.co.kr/view.php?key=20181216010009440 (검색일:2022.3.8.)

오늘부터 도심 제한속도 '50km'…위반 시 범칙금
http://news.tf.co.kr/read/life/1855021.htm (검색일:2022.3.8.)

경찰, 매너 없는 난폭·보복운전 집중단속…車 몰수도 검토
http://www.kyongbuk.co.kr/news/articleView.html?idxno=2013022 (검색일:2022.02.08.)

[THE FINANCE] `보복·난폭운전` 피해자 증가… 보험사들 특약 신설 줄이어
http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2022012602101963075002&ref=naver (검색일:2022.02.03.)

경찰, '차량 탑재형 단속장비' 도입..과속운전 1만2천여건 적발
https://www.fnnews.com/news/202203030941129420 (검색일:2022.3.8.)

[홈페이지]

스웨덴에서의 운전지침과 안전운전,
https://www.rhinocarhire.com/Drive-Smart-Blog/Drive-Smart-Sweden.aspx (검색일: 2022.3.8.)

스웨덴에서 교통위반 금액
https://korkortonline.se/en/facts/fines/ (검색일:2022.3.8.)

Speeding Statistics Australia 2020
https://www.budgetdirect.com.au/car-insurance/research/speeding-statistics-australia.html (검색일:2022.3.8.)

CRIMES ACT 1900 - SECT 52A, Dangerous driving: substantive matters, 52A Dangerous driving: substantive matters
http://www5.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/ca190082/s52a.html#circumstances_of_aggravation (검색일:2022.3.8.)

HOONING, RECKLESS DRIVING & DANGEROUS DRIVING
https://www.andrewwilliamslawyer.com.au/reckless-dangerous-driving.html (검색일:2022.3.8.)

Abstract

The legislative adjustment for the prevention of the reckless driving including road rage in Korea

KyoungChan Kim
Research Fellow, Korean Institute of Criminology & Justice (KICJ)

The aim of this thesis is to analyze the road traffic laws including criminal law related with traffic safety for the prevention of the reckless driving and road rage in Korea. Although it has been six years for the regulation of preventing the reckless driving to be enforced in Korea, the cases of reckless driving have not been decreased until a recent date.

There are several characteristics in Korean Road Traffic Act compared with that of the countries like Japan and Australia about the prevention of reckless driving. Firstly, it is required to have the elements of the persistence and complexity including repetitiveness in reckless driving in Korean Road traffic Act, it must be difficult to apply the traffic law to many one-time reckless driving cases from the view point of the prevention of car accident.

Secondly, there is no aggravated punishment for the repeated offender in Korean Road Traffic Act, it must be difficult for the reckless drivers as the repeated offender to know in advance the seriousness or the dangerousness about the reckless driving.

Thirdly, it is also difficult for the Korean drivers to recognize the danger and the prohibition of the road rage and reckless driving due to the regulations

scattered in many laws like criminal law and the Road Traffic Act including "Act on Special Cases concerning the Settlement of Traffic Accidents", therefore it is required to arrange the regulations related with the reckless driving and road rage in the Korean Road Traffic Act inclusively.

Fourthly, it can be necessary to impose the regulation of vehicle seizure about the serious reckless driving in Korea. Besides, it is still necessary to review and reflect the effectiveness of the traffic safety education including the development about the smart transportation system for the decrease of reckless driving in Korea.

Key words : reckless driving, dangerous driving, aggressive driving, hoon driving, road rage, drunk driving, the traffic laws, Road Traffic Act

독일 디지털 헬스케어법의 주요 내용과 정책적 시사점

김 기 영 (Ki-Young Kim) / 경희대 공공대학원 객원교수, 법학박사
김 봉 철 (Bong-Cheol Kim) / 사법정책연구원 연구위원, 법학박사

논문접수 : 2022. 02. 11. 심사개시 : 2022. 02. 15. 게재확정 : 2022. 03. 14.

목 차

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 독일 디지털 헬스케어법의 주요 내용
1. 개요
2. 디지털 건강앱의 적용범위
3. 시장진입의 규율

Ⅲ. 디지털 헬스케어법의 의미와 새로운 디지털 건강앱
1. 독일 디지털 헬스케어법의 의미와 입법적 방향
2. 국내 디지털 헬스케어 현황과 과제

Ⅳ. 결론

국문초록

2019년 12월에 발효된 독일 「디지털 헬스케어법(DVG)」은 무엇보다도 건강앱이 법정 건강보험의 급여목록에 포함되도록 하였다. 독일은 이러한 입법을 통하여 세계 최초로 소위 '디지털의료'를 시행하였는데, 이는 미래의료에 대한 입법적 의미가 있다. 독일 사회법전 제5권(SGB V)에 디지털 건강앱에 대한 독립적인 요양급여권리가 포함되면서 건강앱에 대한 건강보험법 규정이 근본적으로 개혁되었고, 이로 인하여 건강보험법에 따른 규제체계의 광범위한 변화를 가져왔다. 특히, 전반적인 보건의료서비스의 공급 여건을 포함하는 지평을 넓히는 것은 획기적인 것으로 판단될 수 있다.

본 연구에서는 이러한 배경에서 디지털 헬스케어법에 의해 어떤 규제접근방식이 선택되었고, 어떠한 특별한 기능을 가지고 있는지를 살펴보고 있다. 이를 위해서 디지털 헬스케어법의 주요내용으로 적용범위와 허가를 위한 요건들과 건강보험 등재를 위한 요건들을 설명하고 있다. 이에 따라 디지털 건강앱으로 건강보험의 혜택을 받을 수 있는 기준을 무엇인지 설명하고 있다. 디지털 건강 앱은 의료제조물의 안전, 기능 및 품질에 대한 요건을 충족할 것, 데이터 보호 요건을 준수하고 최신 기술에 따라 데이터 보안을 보장할 것, 긍정적인 의료급부 효과가 있을 것, 포함절차 및 차후 변경 절차를 명시하고 있다. 물론 건강 앱 비용은 최근에 건강보험으로 도입되었지만 무엇보다도 데이터 보호규정을 준수하는 경우에만 가능하다. 건강보험급여가 가능한 건강 앱은 광고를 완전히 중단해야 하며 특히 허용되는 처리목적에서 기타 제한 대상으로 규정하고 있는 것이 특징이다.

이에 따라 입법정책적 의미와 건강앱과 관련하여 디지털 헬스케어법의 맥락에서 이루어진 혁신을 통해 이러한 균형이 어느 정도 달성되었는지 분석하고 있다. 또한 새로운 법적 프레임워크의 결과로 디지털건강앱(DiGA)에 대한 새로운 효과 및 여전히 남아 있는 법적 문제와 평가를 제시하고 있다.

※ 주제어: 건강앱, 모바일 헬스, 디지털 의료, 건강보험, 의료기기

Ⅰ. 서론

독일의 설문조사에 따르면 현재 스마트폰 사용자의 2분의 1 내지 5분의 1이 건강앱을 사용한다.[1] e-헬스 및 모바일 헬스 제품 시장[2]은 빠르게 성장하고 있다. 2013년 최신 공식 통계에 따르면 전 세계적으로 97,000개 이상의 건강앱이 있으며[3] 이는 매년 꾸준히 증가하고 있다.[4] 그럼에도 불구하고 2018년까지 독일에서 의료기기로 등록된 건강앱은 622개에 불과했다.[5] 건강앱 수는 건강보험이 제공하는 요양급여범위에 대한 편익입증의 어려움으로 인해 더욱 낮았다.[6] 이러한 상황을 해결하기 위해 최근 2019년 12월 「디지털 헬스케어법(Digitale-Versorgung-Gesetz: DVG)」이 시행되었다.[7]

이를 통해 무엇보다도 건강앱이 법정건강보험(GKV)의 급여목록에 포함되도록 하고, 독일 입법자는 디지털 건강관리를 의료수준에 맞는 요양급여를 지향하는 방향으로 독일 건강관리시스템을 디지털화하는 단계별 프로세스에서 중요한 이정표를 세웠다. 소위 디지털 건강앱(DiGA)의 제공으로 법정건강보험환자의 새로운 서비스 범주가 법정건강보험의 표준치료등재목록에 포함된 것이다.[8] 이러한 입법은 e-헬스, 특히 건강앱이 의료에 혁명을 일으킬 수 있기 때문이다.[9] 이에 따라 미래에 의료분야에서도 디지털 혁신이 일어나야 하며, 디지털의 측면에서 건강보험법의 요양서비스구조를 보다 추가적으로 보완하고 더 나은 헬스케어의 목적을 위해 혁신친화적으로 건강보험법을 개정하도록 하는데 있다.[10]

---

1) 적어도 스마트폰 사용자의 41%가 건강앱을 사용한다고 하는 문헌으로는 Gassner, MedTech meets M-Health, MPR 2015, 73(73); 5분의 1이 사용한다고 하는 문헌으로는 Bierbaum/Bierbaum, in: Pfannstiel/Da-Cruz/Mehlich (Hrsg.), Digitale Transformation von Dienstleistungen im Gesundheitswesen I, 2017, 249 (252); 29 %의 이용에 대해서는 Thranberend/Knöppler/Neisecke, Gesundheits-Apps, Bertelsmann Stiftung, 2016, S. 7.

2) 모바일 헬스(mHealth)의 개념에 대해서는 Europäische Kommission, Grünbuch über Mobile-Health-Dienste ("mHealth") vom 10.4.2014, COM(2014) 219 final, S. 7.

3) Europäische Kommission, Grünbuch über Mobile-Health-Dienste ("mHealth") vom 10.4.2014, COM(2014) 219 final, S. 8.

4) Zezschwitz, Neue regulatorische Herausforderungen für Anbieter von Gesundheits-Apps, MedR 2020, 196; Jakobs/Huber, Software als Medizinprodukt: Haftungs- und versicherungsrechtliche Aspekte, MPR 2019, 1.

5) BT-Drs. 19/5736, S. 3.

6) Europäische Kommission, Grünbuch über Mobile-Health-Dienste ("mHealth") vom 10.4.2014, COM(2014) 219 final, S. 14; Terhechte, Medizinische Software/Medical Apps, Bundesgesundheitsblatt 61 (2018), 321 (322).

7) Gesetz für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation vom 09.12.2019, BGBl. 2019 Teil I Nr. 49 vom 18.12.2019, S. 2562-2584.; 이에 대한 국내 소개로는 연미영, 독일 디지털헬스케어법의 건강관리앱 처방제 도입과 건강관리서비스 시사점, 보건산업브리프 Vol. 313(2020. 09. 10), 한국보건산업진흥원.; 서경화, 디지털 헬스의 최신 글로벌 동향, 대한의사협회 의료정책연구소, 2020. 05., 25면 이하.

8) Kemmner/Vivekens, Die digitale Gesundheitsanwendung auf dem Weg in die Erstattungsfähigkeit - Fast Track-Verfahren mit Hürden, MPR 2020, 80.

9) Katzenmeier, Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin, MedR 2019, 259 (264); Gassner, MedTech meets M-Health, MPR 2015, 73 (73).

의료시스템에 오랫동안 존재해 온 디지털화 압력은 의료법에 따른 규제 체제에 훨씬 더 광범위한 영향을 미치고 있다.[11] e-health에 대한 기대는 제조업체의 관점에서만 높은 것이 아니다. 오히려 환자 입장에서는 정보 상황의 개선, 진단과 치료에 대한 집중적인 참여, 결과적으로 환자의 자기결정권의 강화, 개별요인에 대한 고려 등의 확대에 대한 기대도 있다. 특히 현재 의학적으로 공급이 부족한 지역에서 의료서비스를 개선하기 위한 건강시스템 전체의 맞춤의학의 인식과 품질 및 효율성의 전반적인 향상을 기대하고 있다.[12] 이 모든 것이 미래의학에 대한 희망의 이유를 제공한다.[13] 이에 따라 건강보험법에 따른 마지막 입법개혁의 명시된 목표는 법정건강보험의 표준의료에서 디지털 혁신을 구현하고 건강 부문 의료시스템에서 디지털 혁신을 위한 인센티브를 창출하는 것이었다.[14] 한편으로는 건강 및 데이터 보호를 목적으로 하는 규제적 제한이 발생해야 한다. 이것이 건강보험법상의 보호법익들과의 조화를 이룰 수 있기 위해서는 디지털 앱에 대한 세부규제 전략이 건강보험법 영역에서 개발되어야 한다. 따라서 이러한 점에서 건강보험법은 다시 한 번 행정법의 준거영역이 될 수 있다.

---

10) BT-Drs. 19/13438, S. 1.

11) 디지털 기반 미래의료의 방향에 대해서는 윤기영/이명호, 뉴노멀: 우리가 알던 세상은 끝났다., 2021.2, 184면 이하.; 이에 대해 자세한 것은 김기영, 데이터기반의학에서 의료수준의 정립과 법적 책임, 한국의료법학회지 제25권 제1호(2017.6), 49면; 김기영, 현대의학의 전망과 법적 책임의 변화, 의생명과학과 법 제25권(2021.6), 5면(16면); 우리나라 의료법 및 개인정보보호법 등에서 원활한 의료정보 공유 및 서비스를 제약하는 법·제도적인 한계에 지적에 대해서는 박정원/심우현/이준석, 디지털 헬스케어 발전을 위한 규제 개선 방안에 관한 연구, 정보화정책 제25권 제1호, 2018년 봄호, 60-81면.; 최근 '데이터 3법' 개정으로 활용가능성에 대해서는 이한주, 가명정보 개념 도입을 통한 의료정보 활용 활성화 가능성의 법적 검토, 한국의료법학회지 제28권 제1호 (2020.6), 97면.; 김기영, "의료부분 클라우드 규제현황과 개선과제", 클라우드컴퓨팅 법제도연구보고서, 정보통신산업진흥원, 2021년 2월, 121면.; 이와 관련한 비교법적인 논의에 대해서는 장세균·김현·김소윤, 정밀의료에서의 개인정보와 정책방향에 관한 연구 : 미국, EU, 일본과의 비교법제도 분석을 중심으로, 한국의료법학회, 한국의료법학회지 25권 1호(2017.6), 133면.

12) Katzenmeier, Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin, MedR 2019, 259 (259 f.); Pohl, MedTech digital: Zugang digitaler Gesundheitslösungen in die Regelversorgung?, MPR 2019, 127.; 그 외에도 우리나라에서는 스마트 헬스케어 시스템 또는 서비스를 이용하여 평상시 건강을 관리하도록 돕고 이를 통해 질병의 발생이나 부작용이 줄어들게 되면 만성질환 진료비 증가율 1% 감소시, 약 2000억 원 이상의 사회적 비용 절감 효과를 기대할 수 있다고 한다. 이에 대해서는 식품의약품안전처·식품의약품안전평가원, 스마트 헬스케어 의료기기 기술·표준 전략 보고서, 2018. 8., 12면. 스마트 헬스케어를 도입하지 않은 최악의 경우와 가장 적극적으로 도입한 경우를 비교할 때, 국가 의료비는 2025년 7천억 원 이상, 2030년 4조 5천억 원 이상의 차이가 날것으로 추정, 스마트 헬스케어 적극적 도입 시 체계적인 당뇨 관리로 2030년 당뇨병 인구는 306만명으로 예상되며, 최악의 경우 대비 당뇨병 인구의 70% 수준까지 감소할 것으로 전망, 만성질환 전체를 대상으로 스마트헬스케어를 도입할 경우의 사회경제적 효과는 당뇨병 중심의 사회경제적 효과 대비 10배 이상 창출될 전망(2014년 기준 만성질환 중 당뇨병의 진료비 비중은 8.36%, 진료환자 수 비중은 17.2%임)을 하고 있다.

13) BT-Drs. 19/13438, S. 1, 34; Europäische Kommission, Grünbuch über Mobile-Health-Dienste ("mHealth") vom 10.4.2014, COM(2014) 219 final, S. 4, 15; Katzenmeier, Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin, MedR 2019, 259; Bierbaum/Bierbaum, in: Pfannstiel/Da-Cruz/Mehlich (Hrsg.), Digitale Transformation von Dienstleistungen im Gesundheitswesen I, 2017, 249 (253).

14) BT-Drs. 19/13438, S. 2. 디지털 헬스케어법(DVG)의 의미에 대해서는 Braun, Die Versorgung mit digitalen Gesundheitsanwendungen nach den Regelungen des Digitale-Versorgung-Gesetzes, GesR 2019, 757.; Braun, Die Förderung der Entwicklung digitaler Innovationen durch Krankenkassen nach dem Digitale-Versorgung-Gesetz, NZS 2019, 894.

우리나라에서도 국제 디지털 헬스케어 시장에서 뒤쳐지지 않기 위해서는 수가 체계 확립 등 국가 차원의 디지털 헬스케어 시장 조성이 필요하다는 지적과 가치 측정의 어려움, 전통적인 의료 시스템과의 괴리, 보건의료 데이터 활용의 어려움, 비용 지불 문제 등 디지털 헬스케어 활성화의 장애물로 제기되고 있다.[15] 이러한 배경에서 독일은 디지털 헬스케어법(DVG)에 의해 어떤 규제접근방식이 선택되었고, 어떤 특별한 기능을 가지고 있는지를 연구할 가치가 있다. 본 연구에서는 건강앱과 관련하여 디지털 헬스케어법의 맥락에서 이루어진 혁신을 통해 이러한 입법정책적인 균형이 어느 정도 달성되었는지 분석하고자 한다. 또한 새로운 법적 프레임워크의 결과로 디지털 건강앱 제조업체에게 어떠한 요건과 영향을 주는지 그리고 독일 연방의약품의료기기관리기관(BfArM)의 디지털건강앱 지침이 발효되고 법령이 발효된 후에도 남아 있는 법적 문제와 평가를 제시하고자 한다.

Ⅱ. 독일 디지털 헬스케어법의 주요 내용

1. 개요

건강앱 비용은 특정한 조건에서 법정건강보험에서 부담하게 되는데, 이를 시행하기 위해 「디지털 헬스케어법」은 「사회법전」 제5권의 표준을 변경·보완하고 있다. 소위 디지털 건강앱 처방에 따른 경우 중요한 법적 근거는 「사회법전」 제5권(SGB V) 제139e조이다. 「사회법전」 제5권 제33a조 제1항에 따르면 디지털 건강앱이 「사회법전」 제5권 제139e조에 따라 연방의약품의료기기관리기관(BfArM)에서 유지·관리하고 의사 또는 심리치료사가 처방하거나 건강보험공단에서 허가한 디지털 앱 등재목록에 포함된 경우 피보험자는 디지털 건강앱으로 건강보험의 혜택을 받을 수 있는 기준을 설정하고 있다.

디지털 건강앱은 연방의약품의료기기관리기관이 관리하는 목록에 포함되기 위해서는 「사회법전」 제5권 제139e조 제2항 제2문에 따라 디지털 건강앱은 '의료제조물의 안전, 기능 및 품질에 대한 요건을 충족할 것'(제1호), '데이터 보호 요건을 준수하고 최신 기술에 따라 데이터 보안을 보장할 것'(제2호), '긍정적인 의료급부 효과가 있을 것'(제3호)에 해당하여야 한다.

15) 각계 전문가가 보는 한국 디지털 헬스케어 과제는?, 청년의사 2021.07.01.

이에 대한 실질적 기준 및 절차적 요건은 연방보건부가 「사회법전」 제5권 제139e조 제9항 제1문 제2호에 따라 제정한 2020년 4월 21일에 발효된 소위 「디지털건강앱 행정명령」(DiGAV)에 명시되어 있다.[16] 데이터 보호와 관련해서는 부록 1이 포함된 「디지털건강앱 행정명령」 제4조에서 데이터 보호 및 데이터 보안에 대한 요건을 규율하고 있다. 그리고 이 행정명령 제5조 내지 제7조는 품질 요건, 특히 상호운용성 및 인증서를 통한 검증의 구체화를 제시하고 있다. 「디지털건강앱 행정명령」 제4조는 「일반데이터보호규칙(DS-GVO)」의 기준과 비교하여 허가 및 처리목적에 대한 허용기준의 축소하고 데이터 보호의 준수절차를 더 자세히 정의하고 있다.

2. 디지털 건강앱의 적용범위

1) 적용되는 앱: 디지털 건강앱

「디지털 헬스케어법」의 새로운 규정은 소위 디지털 건강앱(DiGa)이라는 특정 앱에만 적용된다. 디지털 건강앱은 「사회법전」 제5권 제33a조 제1항 제1문에서 '주요 기능이 본질적으로 디지털 기술을 기반으로 하는 저위험 등급의 의료기기이며 피보험자의 경우 또는 서비스 제공자가 제공하는 의료에서 질병의 인식, 모니터링, 치료 또는 완화 또는 부상이나 장애의 인식, 치료, 완화 또는 보상을 지원하기 위한 의료제조물'이라고 법적으로 정의되어 있다.

「사회법전」 제5권 제33a조 제1항 제1문은 건강보험피보험자는 저위험 등급 의료기기(Medizinprodukten niedriger Risikoklasse)에 대한 청구권을 가진다고 규정하고 스마트폰 앱의 처방에 대한 권리를 보장하고 있다. 이는 의료기기 분류에 따른 용도제한을 기반으로 하고 있지만[17] 위해의 정도와 관련성이 더 높은 용어인 '디지털 기술'에 대한 정의는 없다. 다만 「사회법전」 제5권 제33a조 제3항에 따라 규정된 건강앱의 규정된 유형과 「디지털 헬스케어법」의 입법목적[18]을 기반으로 한 용어는 최신 소프트웨어를 포함한다. 입법자의 의사에 따르면 「사회법전」 제5권 제33a조 제1항이 의료제조물의 주요 기능 즉, 질병

16) BGBl. I 2020 768.; 이에 대해서는 Braun, Die Versorgung mit digitalen Gesundheitsanwendungen nach den Regelungen des Digitale-Versorgung-Gesetzes, GesR 2019, 757-771; Schreiber/Gottwald, Gesundheits-App auf Rezept, ZD 2020, 385.
17) BT-Drs. 19/13438, 44, Zu Abs. 1 - Gesetzesentwurf DVG v. 23.9.2019.
18) BR-Drs. 360/19, 31 f., I. - Gesetzesentwurf DVG v. 9.8.2019.

의 진단, 관찰, 치료 및 고통의 감소라는 목적을 이러한 디지털 기술을 통해 구현할 수 있도록 하여야 한다는 것이다. 이와 같은 디지털 기술은 다른 의료기기를 통제하거나 보완하는 역할만 하는 것은 아니다.[19] 이러한 점에서 소프트웨어와 하드웨어의 결합 솔루션뿐만 아니라 소위 독립형 앱[20]도 포함하여야 한다. 따라서 '디지털 기술'이라는 넓은 용어는 예를 들어 기술표준의 명확성과 같은 측면에서 벗어나지 않으면서도 광범위한 적용범위를 갖는다.

또한 건강앱은 오로지 의료기기만 포함하는데 그 중에서도 '저위험 등급(niedrige Risikoklasse)'만 포함한다. 「사회법전」 제5권 제33a조 제2항은 이러한 용어해석을 위해 의료기기에 대한 유럽지침(VO (EU) 2017/745) 제51조 및 부록 VIII(Anhang VIII)를 준용하고 있다. 독일 입법자는 의료기기의 분류를 이 유럽지침 부록 VIII 6.3에 따르고 있다.[21] 의료기기로 사용하는 소프트웨어는 일반적으로 위험도가 가장 낮은 수준(I)으로, 진단용으로 사용하는 경우에는 그 다음 높은 위험도 수준(IIa)으로 분류한다. 이러한 등급에는 비침습적 저위험 제품이 포함된다.

「사회법전」 제5권 제33a조 제1항 제1문의 적용은 순수 피트니스 또는 운동 추적기가 아닌 의학적 목적을 가진 '실제' 건강앱만이 된다.[22] 특히 연방의약품의료기기관리기관에서 전자는 지금까지 소위 의료앱과 대조적으로 '피트니스 및 웰빙 앱'으로 표시하였다.[23] '실제' 건강앱의 예로는 혈당 기록용 앱,[24] 약물 섭취 알림[25] 또는 시력 및 청력 테스트 앱이 있다.[26]

---

19) BR-Drs. 360/19, 43; 이에 대해 자세한 것은 Pohl, MedTech digital: Zugang digitaler Gesundheitslösungen in die Regelversorgung?, MPR 2019, 127(128).; Sträter, Europäische Regulierung des Medizinprodukterechts, Was können die Medizinprodukte-Verordnung der EU und ein ungeregelter Brexit für die GKV verändern?, NZS 2020, 530.

20) 인공지능기반 독립형 소프트웨어의료기기에 대해서는 식품의약품안전처·식품의약품안전평가원, 2020년 신개발 의료기기전문분석 보고서, 2020. 3., 11면.

21) BR-Drs. 360/19, 44.

22) 또한 연방의약품의료기기관리기관 사례 참조, 2020년 4월 17일 「사회법전」 제5권 제139e조에 대한 지침, 〈https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Beratungsverfahren/DiGA-Leitfaden.pdf?blob=publicationFile&v=1〉.

23) 예를 들어 연방의약품의료기기관리기관 Medical Apps 오리엔테이션 도움말 참조, 〈https://www.bfarm.de/DE/Medizinprodukte/Abgrenzung/MedicalApps/_node.html〉; v. Czettritz/Strelow, "Beam me up, Scotty" – die Klassifizierung von Medical Apps als Medizinprodukte, PharmR 2017, 433 (434).

24) "인슐린 추적기의 분류: 당뇨병의 디지털 건강앱 자가 관리 – 서비스 제공자, 비용 부담자 및 정책 담당은 새로운 방법을 찾아야 한다." VDGH, 〈https://www.vdgh.de/media/file/19591.VDGH_Digitale_Gesundheitsanwendungen_im_DSM_Sept_ 2018.pdf〉.

25) 〈https://www.bundesgesundheitsministerium.de/digitale-versorgung-gesetz.html〉.

26) v. Czettritz/Strelow, "Beam me up, Scotty" – die Klassifizierung von Medical Apps als Medizinprodukte, PharmR 2017, 433 (434).; Backmann, Gesundheits-Apps im Durchbruch – Regulatorische – und haftungsrechtliche Aspekte zu "mobile Health", MPR 2011, 73.

2) 규범의 주체로서 제조사

「사회법전」 제5권 제33a조, 제139e조의 규범의 주체 및 이에 따라 의료수가보상을 받을 자격이 있고 의무가 있는 자는 디지털 건강앱 '제조사(Hersteller)'이다. '제조사'라는 용어는 의료기기 관련법 규정에 따라 사용하지만 데이터보호법의 컨셉에서는 사용하지 않는다.

「일반데이터보호규칙(DS-GVO)」에 따라 규범의 적용을 받는 자는 통상 앱 제조사가 아니라 각 데이터 처리를 책임지는 자이다.[27] 제조사라는 용어는 「의료기기법(MPG)」에 명확하게 정의되어 있다. 디지털 건강앱은 의료기기이어야 하기 때문에 유사점은 분명하다. 「의료기기법(MPG)」제3조 제15호 제1문에 따르면 제조사는 '자신의 이름으로 시장에 처음 출시하는 것과 관련하여 의료기기의 설계, 제조, 포장 및 라벨링을 책임지는 ...' 주체이다. 또한 「사회법전」 제5권 제33a조, 제139e조에서 '제조사'는 자신의 이름으로 처음으로 디지털 건강앱을 시장에 출시하는 주체이다. 유사하게 공법 규정에서도 '제조사 용어'를 제품을 시장에 출시하는 자와 결부하여 사용된다.[28] 「사회법전」 제5권 제139e조를 구체화하는 「디지털건강앱 행정명령」에서는 「디지털건강앱 행정명령」 제1조 제2항에 따라 '제조사'는 해당 의료기기 규정에 따라 의료기기를 제조하는 자를 말한다. 「디지털건강앱 행정명령」 제4조에 따르면 '제조사'는 데이터 보호 및 데이터 보안 준수를 책임지는 규범의 적용 대상자이다.[29]

이에 반해 일반정보보호법에서는 의무를 지는 자가 「일반데이터보호규칙」 제4조 제7호에서 말하는 '책임자(Verantwortliche)'이다. 이 자는 단독 또는 다른 사람과 공동으로 개인 데이터 처리의 목적과 수단을 결정하는 사람이다. 이는 데이터 보호를 준수해야 하는 단위가 한편으로는 「사회법전」 제5권 제139e조와 「디지털건강앱 행정명령」 그리고 다른 한편으로는 「일반데이터보호규칙」에서 법적으로 동일하게 정의되지 않음을 의미한다. 이와 관련하여 편차가 있을 위험이 있다. 다만 원칙적으로 의료기기법상 개인 정보의 처리 목적 및 수단을 디지털 건강앱에 의거하여 결정하고 관리하는 자는 의료기기법상 제조사가 된다. 따라서 대부분의 경우 「사회법전」 제5권 제33a조와 제139e조에서 말하는 제조사는

27) Specht-Riemenschneider, Herstellerhaftung für nicht-datenschutzkonform nutzbare Produkte - Und er haftet doch!, MMR 2020, 73(74).
28) 이는 예를 들어 「제조물책임법」(ProdHaftG) 제4조 제2항에 따른 유럽연합 수입자의 제조사 지위를 다루는 「제조물책임법」에 해당한다. 이에 관해서는 Wagner, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, ProdHaftG § 4 Rn. 35 f.
29) Schreiber/Gottwald, Gesundheits-App auf Rezept, ZD 2020, 385(387f).

「일반데이터보호규칙」 제4조 제7호에서 말하는 데이터 보호 책임자이기도 하다.

그렇지 않은 경우 관련된 다양한 사람들이 어떻게 관련되어 있는지 확인하기 위해 사례별 조사가 필요하다. 예를 들어 「일반데이터보호규칙」 제26조에서 말하는 여러 당사자의 공동 책임도 생각할 수 있다. 「디지털 헬스케어법」 입법자료나 「디지털건강앱 행정명령」 입법자료에는 초안 작성자가 이러한 개념적 편차를 다루고 있다는 징후가 없다. 따라서 이러한 차별화는 새로운 규정의 초점이 의료기기 및 사회법보다 데이터 보호법에 덜 초점을 맞추었기 때문일 수 있다. 그러나 실제로 이것은 대부분의 경우 「디지털건강앱 행정명령」에서 말하는 '제조사'가 「일반데이터보호규칙」에서 말하는 '책임자'와 동일할 가능성이 높기 때문에 극히 드문 경우에만 문제가 될 수 있을 것이다.

3. 시장진입의 규율

1단계인 기존의 건강앱 단계에서 법정건강보험시장에 대한 건강앱의 접근방법은 2단계 또는 3단계로 설계되었다. 첫째, 건강앱은 의료기기 법률의 요구사항에 따라 CE 인증을 받아야 한다. 두 번째는 이를 기반으로 제조사의 요청에 따라 법정건강보험(GKV)에 대한 시장접근, 특히 서비스 목록에 포함에 대한 결정이 내려진다. 그 다음에는 세 번째로 가격규제가 뒤따른다.

1) 의료기기의 허가

「사회법전」 제5권 제33a조에 따른 디지털 건강앱의 서비스에 대한 청구의 전제 조건은 이것이 의료기기법에 따른 저위험 의료기기이기 때문에 유럽 경제지역에서 건강앱을 시장에 출시하기 위해서는 적합성평가절차(Konformitätsbewertungsverfahren)를 시행해야 한다는 점이다.[30] 이러한 범위에서 4단계의 위험등급이 분류되는데,[31] 각각의 위험등급에 따라, CE 등급 획득을 위한 다양한 전제 조건이 충족되어야 한다. 특히 위험관리 측면에서 최신 기술에 대한 특정 요구사항을 충족해야 한다.[32]

30) Art. 5 ff. VO (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2017.
31) 구체적인 위험등급의 분류는 § 13 Abs. 1 MPG iVm Anhang IX der RL 93/42/EWG; Art. 51 Abs. 51 Absatz 1 Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2017 iVm Anhang VIII.
32) 이에 대해 자세한 것은 Jabri, in: Wischmeyer/Rademacher (Ed.), Regulating Artificial Intelligence, 2020, 307 (314 ff.).

지금까지 건강앱은 능동형 진단 및 제어에 사용되며 주요 생리학적 매개변수를 대상으로 제어하는 경우 위험등급(class) IIa에 해당하였다.[33] 그 외에는 실제 시장에서 유통되는 건강앱의 절반이라고 볼 수 있는 것이 위험등급 I이다.[34] 앱이 이에 대한 정보를 제공하여 진단 또는 치료에 도움이 되거나 생리적 과정을 제어하는 데 기여하는 경우[35] 의료기기행정명령에 따라 위험등급 IIa로 건강앱을 의료기기로 분류하게 되기 때문에 장래에는 건강앱의 더 높은 등급조정이 이루어진다.[36] 이에 따라 의료기기로서 건강앱의 분류를 위해 필요한 의학적 목적을 고려하여, 위험등급 IIa는 더 높은 등급의 특정 위험이나 다른 치료법과의 연결이 관련되지 않는 한 일반적으로 건강앱(Health-Apps)에 해당된다.

허가된 요양급여청구권은 위험등급 I 및 위험등급 IIa 의료기기를 모두 포함하기 때문에 이러한 조정은 특히 제33a조 제2항의 경과규정 이후 건강보험(GKV)의 틀 내에서 서비스 제공에 직접적인 영향을 미치지는 않는다.[37] 그러나 건강앱이 원칙적으로 인증기관(Benannten Stellen)에서 이루어지는 위험등급[38]과 달리 위험등급 IIa으로 분류되는 경우 기존의 인증기관의 수가 적다는 점에서 지연이 될 수 있고 혁신의 장애가 될 수 있는 우려가 있었다.[39] 의료기기행정명령과 함께 만들어진 경과규정은 이 문제를 상당 부분 해결하였다.

이에 따라 인증기관의 전반적인 포함은 제조사로서는 법적 안전성을 보다 더 보장할 뿐만 아니라 잠재적으로 피해를 입은 당사자에 대한 보호에도 도움을 줄 수 있다.[40] 인증기관은 잠재적으로 제조사가 운영하는 재정에 대해 또 다른 책임을 대표하기 때문이다.[41] 이는 입법자가 의도한 인센티브를 유지하기 위해 건강보호법에서 특히 가격 규제의 틀 내에서 대응해야 한다. 그러나 유연한 가격책정 메커니즘을 고려할 때 큰 어려움 없이 수행할 수

33) Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14.6.1993 iVm. Anhang IX, III. Klassifizierung, Regel 10.
34) 연방정부안의 정보에 따르면 시장에 있는 건강앱의 반이 위험등급 I이라고 한다, BT-Drs. 19/5736 v. 12.11.2018, S. 3.
35) Art. 51 Abs. 1 Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2017 iVm Anhang VIII, Kapt. 3, Ziffer 6.3. Regel 11.
36) Jakobs/Huber, Software als Medizinprodukt: Haftungs- und versicherungsrechtliche Aspekte, MPR 2019, 1 (5).
37) 경과규정에 대해 자세한 것은 Braun, Die Versorgung mit digitalen Gesundheitsanwendungen nach den Regelungen des Digitale-Versorgung-Gesetzes, GesR 2019, 757 (759).
38) Anhang II; VII Nr. 6, IV bzw. V oder VI; Art.52 Abs. 6, Abs. 7 Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2017 iVm Anhang IX Kap. I, III.
39) Braun, Die Versorgung mit digitalen Gesundheitsanwendungen nach den Regelungen des Digitale-Versorgung-Gesetzes, GesR 2019, 757 (759).
40) 의료기기법을 보호법규로 하여 독일 민법(BGB) 제823조 제2항에 따른 인증기관의 책임(Haftung der Benannten Stelle)에 대한 가능성의 판례로는 BGH, NJW 2020, 1514 Rn. 31 ff.
41) Jakobs/Huber, Software als Medizinprodukt: Haftungs- und versicherungsrechtliche Aspekte, MPR 2019, 1(5).

있다고 한다.

2) 「사회법전」 제5권의 시장접근요건

「사회법전」 제5권 제33a조 제1항, 제2항에 따르면 의료기기법에 따른 CE 인증을 기반으로 건강앱이 법정건강보험(GKV) 시장에 접근하기 위한 전제 조건은 다음과 같다. 첫째, 위험도가 낮고, 둘째, 디지털 건강 응용프로그램 등재목록에 포함되어 있어야 한다. 셋째, 의사의 처방이나 건강보험공단의 허가를 받아야 한다.

(1) 저위험 등급의 의료기기

「사회법전」 제5권 제33a조 1항에 따른 급여청구권에는 의료기기로 허가된 모든 건강앱이 포함되지 않고 위험등급 I 및 IIa에 분류되어 결과적으로 낮은 위험가능성이 인정되는 건강앱으로 제한되어 있다. 일부 학설에 따르면 이는 「사회법전」 제5권 제33a조에 따른 요양급여자격을 덜 복잡한 디지털 기술로 축소하기 때문에 새로 생성된 인센티브 구조의 복잡성에서 더 광범위한 디지털 혁신이 배제된다는 비판을 받는다.[42]

그러나 오히려 이러한 위험가능성은 「사회법전」 제5권 제33a조 제2항에 따른 제외기준에서 중요한 기준이다. 이러한 규제방식은 잠재적인 진료방법의 편익에 대한 정보가 감소된다는 점에서 납득할 수 있는 부분이다.[43] 궁극적으로 이러한 편익정보에 대한 감소는 약간의 위험성향이 있지만 더 높은 위험가능성의 경우 문제가 될 것이다. 법정건강보험의 서비스 범위에 다른 유형의 서비스보다 위험수준이 더 높은 건강앱을 포함할 가능성이 여전히 존재한다. 예를 들어 새로운 치료방법의 일부 또는 질병관리프로그램(Disease Management Programmen)[44]의 일부로(「사회법전」 제5권 제137f조 제8항) 일반적으로 요구되는 편익정보가 제공될 수 있는 경우, 결과적으로 각 위험에 따라 적절한 증거가 제공되도록 보장하고 있다.

42) Pohl, MedTech digital: Zugang digitaler Gesundheitslösungen in die Regelversorgung?, MPR 2019, 127(128 f.).
43) 디지털 건강앱 등재목록(Verzeichnis für digitale Gesundheitsanwendungen)의 등재요건 참조.
44) 「사회법전」 제5권 제33a조 제4항은 다른 건강보호법상 규정들에 영향을 주지 않는다고 명시적으로 규정하고 있다. 오로지 「사회법전」 제5권 제3장이나 연방의료수가위원회(GBA)의 거부시에만 요양급여가 제외된다.

(2) 디지털 건강앱에 대한 건강보험급여목록의 등재

저위험 등급의 건강앱이 건강보험(GKV) 시장에 접근하려면 독일 연방의약품의료기기관리기관(BfArM)의 디지털 건강앱이 「사회법전」 제5권 제139e조에 따라 디지털 건강앱 등재목록(Verzeichnis für digitale Gesundheitsanwendungen)에 포함되어야 한다. 이외에도 디지털 건강앱에 대해 의료기기법에 따른 CE 인증이 추가되었다.

이에 따라 독일 연방의약품의료기기관리기관(BfArM)은 포지티브 목록이라는 수단을 통해 「사회법전」 제5권 제33a조에 따른 청구권을 최종적이고 법적 구속력 있게 구체화할 책임이 있다.[45] 독일 연방의약품의료기기관리기관에서 수행할 등재절차의 일환으로, 「사회법전」 제5권 제33a조 제2항과 함께 건강앱은 보안, 기능 및 품질에 대한 요구사항이외에도 데이터 보호 및 데이터 보안규정의 준수여부를 확인하고, 긍정적인 의료공급효과의 존재여부도 포함되어야 한다. 신청서를 제출할 때 제조사는 「사회법전」 제5권 제139e조 제2항 제2문에 따른 요건을 충족하였다는 증거도 제공하여야 한다. 이러한 작업을 수행하는 방법은 「디지털건강앱 행정명령」에서 규정하고 있다. 연방의약품의료기기관리기관은 「디지털건강앱 행정명령」 제4조에서 제6조까지에 의해 구체화된 형식의 디지털 의료 품질뿐만 아니라 안전, 기능, 데이터 보호 및 보안에 대한 요구 사항의 증거로 요구사항 충족을 확인하는 인증서가 있는 경우 인증서 제출을 요청할 수 있다(「디지털건강앱 행정명령」 제7조).[46] 이러한 특정한 요구사항을 다루는 관련 인증서는 아직 존재하지 않지만 정보보안 요구사항의 증거를 제공하기 위해 2022년까지 도입할 예정이다.[47]

뿐만 아니라 의료기기 시험에 대한 구속력은 없으나 기본적으로 의료기기적합성절차에서 기존에 이미 시험통과된 의료기기의 요건을 반복할 필요는 없으며[48], 대신에 실제 건강보험법상 기준인 안전성, 기능성, 품질 등이 검토된다. 아직 의료기기 시험대상이 아닌 경우 긍정적인 의료공급효과의 존재도 평가된다.[49] 사회보장법에 따른 일반적인 성능 요구

45) 실질적 기준 외에도 '연방의약품의료기기관리기관에 의한 데이터 보호 검토'의 절차적 설계도 가 있다. 목록의 입력은 「사회법전」 제5권 제139e조 제2항 제1문에 따라 연방의약품의료기기관리기관에서 제조사 요청에 따라 이루어진다. 제조사는 「사회법전」 제5권 제139e조 제2항 제2문에 규정된 기준에 대한 증거를 제공하여야 한다. 「디지털건강앱 행정명령」 제2조는 신청 내용을 구체적으로 다룬다. 「사회법전」 제5권 제139e조 제8항 제1문에 따라 연방의약품의료기기관리기관은 인터넷에 신청서를 게시하고 제조사에 신청절차에 대해 조언한다. 이에 관해서는 연방의약품의료기기관리기관 홈페이지 정보 참조, 〈https://www.bfarm.de/DE/Medizinprodukte/DVG/_node.html〉.

46) Schreiber/Gottwald, Gesundheits-App auf Rezept, ZD 2020, 385(389).

47) Referentenentwurf des BMG, Verordnung über das Verfahren und die Anforderungen der Prüfung der Erstattungsfähigkeit digitaler Gesundheitsanwendungen in der gesetzlichen Krankenversicherung (Digitale-Gesundheitsanwendungen-Verordnung - DiGAV) v. 15.1.2020, Begr., S. 56, Zu Abs. 6; S. 61, Zu § 13.

48) 「디지털건강앱 행정명령」 제3조.

사항 외에도 건강앱에서 종종 문제가 되는 데이터 보호 및 데이터 보안에 대한 요구 사항뿐만 아니라 종종 충족되지 않는 앱의 상호호환성 및 장애물이 없는 앱의 디자인에 대한 요구사항은 지금까지 건강보험(GKV)의 표준진료에 포함되는 조건이다. 따라서 이러한 앱의 보다 신속한 법정건강보험의 적용으로 인한 재정적 인센티브는 건강앱의 기능을 개선하는데 사용된다.

Ⅲ. 디지털 헬스케어법의 의미와 새로운 디지털 건강앱

1. 독일 디지털 헬스케어법의 의미와 입법적 방향

규정의 목적을 달성하기 위해 선택된 규율방식은 설계와 관련하여 적절해야 할 뿐만 아니라 혁신 촉진과 미래의 의료개선 및 건강 및 데이터 간의 균형을 고려하여 적절해야 한다. 이를 평가하기 위해서는 「디지털 헬스케어법」에 의해 도입된 규정과 더불어 의료기기법에 의한 건강앱 규제와 향후 의료기기 행정명령에 대한 규제도 함께 고려되어야 한다.

1) 디지털 건강앱을 위한 새로운 입법적 규율체계

디지털 건강앱에 대한 법적 프레임워크를 설계할 때 독일 입법부는 다양한 유형의 규범에 의존한다. 무엇보다도 공식적인 의회법률인 「디지털 헬스케어법」은 법적 프레임워크와 결정적인 초석 및 기준을 정의하고 있다. 이러한 프레임워크를 추가로 개발하기 위해 2020년 4월 8일 연방보건부(BMG)는 행정명령[소위 디지털 건강앱의 건강보험급여심사절차에 대한 행정명령(DiGAV)]을 제정하였다.[50]

「사회법전」 제5권 제139e조 제9항의 허가규범에 따르면 디지털 건강앱의 건강보험급여심사절차에 대한 행정명령은 제139e조에 따른 디지털 건강앱에 대한 등재목록(DiGA-Verzeichnis)의 등재절차, 디지털 건강앱의 실질적 요구사항 및 보상금액에 관한

49) 의료제조물법상의 적합성평가절차의 구속력의 관점에서 폭넓게 보는 관점은 Braun, Die Versorgung mit digitalen Gesundheitsanwendungen nach den Regelungen des Digitale-Versorgung-Gesetzes, GesR 2019, 757 (762 f.).

50) Verordnung über das Verfahren und die Anforderungen zur Prüfung der Erstattungsfähigkeit digitaler Gesundheitsanwendungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, BGBl. 2020 Teil I Nr. 18 vom 20. April 2020, S. 768-798.

중재 절차에 대한 자세한 문제를 규정하고 있다. 독일 연방의약품의료기기관리기관(BfArM)의 행정규정은 4월 말에 발표된[51] 소위 "디지털 건강앱 가이드(DiGA-Leitfaden)"에서 3가지 표준을 마련하였다. 여기에는 디지털 건강앱 등재목록의 통지 및 포함 절차 및 관련 법적 요구사항에 대한 요약 및 설명이 포함되어 있다.[52] 따라서 보충규정의 의미에서 원래 기능을 갖기 위한 것이 아니라 해석으로 사용된다.[53] 「디지털 헬스케어법」 및 디지털 건강앱의 건강보험급여심사절차에 대한 행정명령(DiGAV)에 대한 지원에 관한 내용은 행정규칙으로서의 법적 성격에 해당하며[54], 이에 따라 법적 권한이 없기 때문에 실체법을 보완하는 추가적인 설계는 허용되지 않는다.[55]

2) 디지털 헬스케어법을 통한 새로운 인센티브

지금까지는 헬스케어시장을 중심으로 일어난 디지털 변화[56]는 디지털 헬스케어법의 도움으로 독일의 법정의료보험 시장으로 확대되었다. 물론 결과적으로 건강앱의 시장허가 및 시장 설계를 위해 새로 제정된 규정이 이전의 건강보호기준을 훼손하지 않으면서 혁신을 촉진하는 충분히 매력적인 시장을 만드는 데 성공했는지 여부는 앞으로 주목해봐야 할 것이다.

그동안 법정의료보험 시장은 충분한 유인책이 없어서 거의 성공하지 못하여 규제 조치가 크게 비효율적이었다.[57] 디지털 헬스케어법이 통과되기 전에는 시중에 나와 있는 많은 건강앱이 의료기기로 분류될 수 있었지만,[58] 시장의 제조업체에서는 그렇지 않은 경우가 많았다. 제조업체의 주관적인 목적에 초점을 맞추기 위해[59] 법정건강보험공단의 서비스목록에 포함하는 데 필요한 위험편익분석의 어려움과 함께 인증에 대한 높은 비용이 들었다. 유

51) 지침에는 “Das Fast-Track-Verfahren für digitale Gesundheitsanwendungen (DiGA) nach § 139 e SGB V Ein Leitfaden für Hersteller, Leistungserbringer und Anwender”이란 제목으로 되어 있으며, 현재 BfArM 홈페이지에서 다운로드할 수 있다. 〈https://www.bfarm.de/DE/Medizinprodukte/DVG/_node.html〉.
52) DiGA-Leitfaden des BfArM, a. a. O., S. 8, 10 f.
53) DiGA-Leitfaden des BfArM, a. a. O., S. 10.
54) Stellungnahme zum DiGAV-E der AOK, S. 32, 〈www.aok-bv.de unter “Positionen” - Stellungnahmen〉.
55) § 15 Abs. 4, § 20 Abs. 2, § 21 Abs. 1 und § 24 Abs. 1 DiGAV-E.
56) 보건의료 영역의 디지털화에 대해서는 김기영, 데이터기반의학에서 의료수준의 정립과 법적 책임, 한국의료법학회지 제25권 제1호(2017.6), 49면.
57) Bierbaum/Bierbaum, in: Pfannstiel/Da-Cruz/Mehlich (Hrsg.), Digitale Transformation von Dienstleistungen im Gesundheitswesen I, 2017, 249 (256).
58) Terhechte, Medizinische Software/Medical Apps, Bundesgesundheitsblatt 61 (2018), 321 (322).
59) Gassner, MedTech meets M-Health, MPR 2015, 73 (77); Katzenmeier, Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin, MedR 2019, 259(264 f., Fn. 95).

망한 전망에도 불구하고 시장이 충분히 매력적이지 않은 것으로 간주되었다.[60] 건강앱을 인증하려는 다른 민간차원의 시도도 복잡한 경제 상황과 제품 부문의 빠른 속도로 인해 그동안 실패하였다.[61] 테스트에 필요한 시간과 함께 예상되는 이익과 장기적인 측면에서 건강앱이 적절한 품질검사 없이 점점 더 많이 사용됨으로써 잠재적으로 심각한 부정적인 결과를 초래할 수 있다.[62]

이러한 관점에서 현재 건강앱 시장을 형성하고 있는 소규모 기업 모두에 대해 디지털 의료분야의 규제 조건을 개선하기 위해 건강앱에 대한 보건법상의 규제 전략이 크게 재조정되었다. 그리고 대기업에 대한 인센티브 창출이 시장에 투자하기 위해 이전에는 법정 서비스와 선택적 계약을 통해서만 가능했던 법정의료보험 시장에 대한 건강앱 제조업체의 접근이 상당히 확대되었다. 특히 「사회법전」 제5권 제33a조에서 디지털 건강앱에 대한 별도의 급여청구권을 도입하였다.[63] 한편으로 명시된 목표는 이를 통해 건강 및 데이터 보호와 관련하여 보호 수준을 높이는 것이었다. 다른 한편으로는 법정건강보험의 표준치료에 디지털 건강앱의 규율을 포함하는 것뿐만 아니라, 더 오랜기간 동안 치료의 개선과 수익성의 증가 모두에 있는 e-Health의 잠재력을 달성하는데 그 목표가 있었다.

이전에 구식이며 혁신에 적대적이라는 비판[64]을 받은 건강앱에 대한 허가 및 요양급여 인정 규정에 대한 개정이 의료서비스의 적정성과 건강보험재정의 건전성을 달성할 수 있는지 여부는 더 면밀한 분석이 필요하다. 국제적으로 건강앱에 대한 신중한 규제는 이러한 시장의 구조로 인해 과도한 규제가 혁신에 적대적이며 장기적으로 환자 치료의 질적 개선을 저해할 수 있다는 점에서 의해 종종 정당화되었다.[65] 따라서 새로운 규제에 대한 접근방식에 필요한 추가적인 시간과 그에 따른 개발, 유지 관리, 시판 후 관리비용 증가 및 건강앱에 대한 후속조정의 제한된 유연성[66]은 디지털 건강앱을 제공받을 수 있는 법적 건강보험시

60) Europäische Kommission, Grünbuch über Mobile-Health-Dienste ("mHealth") vom 10.4.2014, COM(2014) 219 final, S. 6.
61) Thranberend/Knöppler/Neisecke, Gesundheits-Apps, Bertelsmann Stiftung, 2016, S. 7.
62) Europäische Kommission, Grünbuch über Mobile-Health-Dienste ("mHealth") vom 10.4.2014, COM(2014) 219 final, S. 14 f.
63) Braun, Die Versorgung mit digitalen Gesundheitsanwendungen nach den Regelungen des Digitale-Versorgung-Gesetzes, GesR 2019, 757.
64) Bierbaum/Bierbaum, in: Pfannstiel/Da-Cruz/Mehlich (Hrsg.), Digitale Transformation von Dienstleistungen im Gesundheitswesen I, 2017, 249 (261).
65) 미국의 FDA의 규율관점에서 보는 견해로는 Gassner, MedTech meets M-Health, MPR 2015, 73 (76).
66) Zezschwitz, Neue regulatorische Herausforderungen für Anbieter von Gesundheits-Apps, MedR 2020, 196 (200); Münkler, Laura, Health-Apps im gesundheitsrechtlichen Regulierungsgefüge, NZS 2021, 41.

스템의 권리에 피보험자를 위한 혜택에 대한 새로운 자격을 포함함으로써 기존의 개선을 촉진할 수 있는 인센티브 구조를 구성함으로써 입법적으로 적절히 보장하고 있다고 평가할 수 있다.

3) 라이프스타일 앱의 제외

건강앱(Gesundheitsapp)과 관련하여 건강보험법에 따른 규율방식을 검토하기 위해 첫 번째 단계는 건강앱이 실제로 무엇에 관한 것이며 이러한 모든 앱이 어느 정도까지 건강보험법 체계의 적용을 받는지 여부를 명확히 하는 것이다. 그 이유는 건강앱은 기본적으로 모바일기기에 설치할 수 있는 모든 네트워크 기반 응용 프로그램을 포함하기 때문이다.[67] 또는 피트니스 및 건강 측정 분야의 가치를 저장 또는 평가하여 진단 준비를 돕거나 심지어 치료 목적으로 사용되기도 한다.[68]

반면에 건강앱의 규제측면에서 법적으로 의료기기의 용어와 디지털 건강앱의 용어는 한편으로는 좁은 의미와 다른 한편으로 광범위한 의미의 건강앱이다. 이는 물론 둘 다 보건앱의 규제와 관련되어 있지만 라이프스타일을 위한 일반적 이름의 건강앱[69]에 더 가깝다. 이에 따라 의료적 목적이 있는 앱만 의료기기 및 디지털 건강앱으로 분류된다.[70] 이것은 소프트웨어가 예를 들어 데이터를 분석하거나 해석하기 때문에[71] 독립적인 진단 또는 치료 서비스를 제공하는 경우이다.[72] 계산 또는 측정이 수행되거나 모니터링 기능이 가정된다. 결과적으로 순수하게 지식, 저장 또는 통신 제공을 위해 사용되는 소프트웨어는 보건법에 따른 규제 접근 방식의 의미에서 건강앱은 아니다.[73] 치료에 관한 의사결정 지원이 투여량 계산 또는 모니터링이 개인적인 영향에 기초한 데이터나 정보가 생성되거나 또는 정보수집 또는 알림에 의해 수행되는 경우에만 건강보험법에 따른 규제 접근방식의 의미에서 건강앱

67) Terhechte, Medizinische Software/Medical Apps, Bundesgesundheitsblatt 61 (2018), 321 (324).
68) Rämsch-Günther/Stern/Lauer, Abgrenzung und Klassifizierung von Medical Apps, Bundesgesundheitsblatt 61 (2018), 304.
69) 디지털 건강앱의 개념은 앱 뿐만 아니라 "본질적으로 디지털기술(wesentlich auf digitaler Technologie)"에 근거하는 한 다른 의료기기도 포함한다, Braun, Die Versorgung mit digitalen Gesundheitsanwendungen nach den Regelungen des Digitale-Versorgung-Gesetzes, GesR 2019, 757 (757).
70) 「사회법전」 제5권 제33a조 제1항 제1문.
71) Lücker, Medizinprodukterechtliche Rahmenbedingungen für E-Health-Produkte im europäischen Wirtschaftsraum, Bundesgesundheitsblatt 61 (2018), 278 (279).
72) EuGH, 7.12.2017, Rs. C-329/16, Rn. 24 ff.
73) Lücker, Medizinprodukterechtliche Rahmenbedingungen für E-Health-Produkte im europäischen Wirtschaftsraum, Bundesgesundheitsblatt 61 (2018), 278 (278).

이 존재한다.

그러나 여기서 제외되는 것은 웰빙 또는 피트니스에 맞춰져 있는 보건 앱(Health-Apps)이며, 이는 1차 예방에만 제공되는 것이다. 또한 이것들은 보건법에 따른 규제 구조에 의해 다루어지지 않으므로 특정한 데이터보호 조항을 제외하고 현재 규제방식으로 거의 다루어지지 않는다.[74] 입법과정에서 피트니스 앱(Fitness-Apps)과 좁은 의미의 건강앱의 구별은 실용적이지 않다는 비판에도 불구하고 이 규제접근방식에 대한 몇 가지 설득력 있는 고려사항을 제시할 수 있다. 규제 접근 방식을 선택한 이유는 한편으로 법정건강보험의 진료 구조의 초점이 이 분야에서 연방정부의 제한된 역량으로 인해 질병치료에 있기 때문이다. 따라서 예방 조치는 부분적으로만 허용되며 「사회법전」 제5권 제20조 이하에서 별도로 규제된다.[75] 이는 라이프스타일 및 피트니스 앱이 이미 매우 중요한 역할을 하고 있지만, 건강관리의 필요성은 지금까지 거의 고려되지 않았기 때문이다.[76] 1차 예방을 제공하는 건강앱은 선택적 계약을 기반으로 계속 부여되고 건강보험사 간의 경쟁을 통해 법정건강보험에 포함될 수 있고 경제적 고려 사항을 배경으로 하기 때문에 설득력 있는 규제접근방식이다. 이는 무엇보다 특히 과잉규제를 방지하는데 있다.

4) 선택적 치료에서 집단적 치료로의 메커니즘 전환

「디지털 헬스케어법」이 가져온 혁신을 요약하자면, 새로운 규제는 건강앱의 디지털 혁신 촉진과 건강보험법인 「사회법전」 제5권의 일반적인 규제 구조 모두에서 상당한 혁신 가치가 있다고 말할 수 있다. 건강보험법과 관련하여 이것은 세 가지 측면에서 적용된다. 첫째, 전반적인 치료 구조 및 치료 조건의 측면에 대한 혜택 개념의 사실적 확장이 획기적인 것으로 판명되었다. 둘째, 건강앱의 개발 및 최적화를 위한 인센티브 구조와 품질 및 안전성을 성공적으로 결합하는 것은 성공적인 것으로 간주되어야 한다. 이는 건강앱을 개선하고 개발한다는 관점에서 혁신을 촉진하기 때문이다. 셋째, 건강보험법상 공동의 자율규제의 정당화 문제를 우회하여 건강보험법의 다른 영역에 대한 모범이 될 수 있다.

74) Rämsch-Günther/Stern/Lauer, Abgrenzung und Klassifizierung von Medical Apps, Bundesgesundheitsblatt 61 (2018), 304 (304 f.); Lücker, Medizinprodukterechtliche Rahmenbedingungen für E-Health-Produkte im europäischen Wirtschaftsraum, Bundesgesundheitsblatt 61 (2018), 278 (282).

75) Braun, Die Versorgung mit digitalen Gesundheitsanwendungen nach den Regelungen des Digitale-Versorgung-Gesetzes, GesR 2019, 757 (758).

76) Thranberend/Knöppler/Neisecke, Gesundheits-Apps, Bertelsmann Stiftung, 2016, S. 6.

구체적으로 정의할 수 있는 이러한 추가 개발 외에도 법정건강보험의 요양급여목록에 건강앱을 포함하면 다른 중요한 영향이 있을 수 있다. 우선 한편으로 인증된 건강앱의 사용은 의사와 접촉하는 환자의 주권을 강화하며, 이는 의사-환자 관계의 수정을 의미한다. 건강앱의 진단 및 치료 제안을 포함한다는 것은 다양한 치료접근방식을 보다 집중적으로 논의해야 하므로 궁극적으로 의사의 지도에도 불구하고 공동의 치료결정이 내려져 치료순응도에 대해 긍정적인 영향을 미칠 가능성이 있음을 의미한다. 반면에, 건강앱의 보다 집중적인 사용은 개인화 의료의 방향으로 다음 단계를 가능하게 할 것이다. 훨씬 더 광범위한 데이터베이스가 포함될 수 있기 때문에 치료결정을 내릴 때 개별적 요인을 훨씬 더 잘 고려할 수 있기 때문이다.

그러나 동시에 건강앱 사용의 확대가 장기적으로 자신의 건강에 대한 피보험자의 책임을 과도하게 강조하고 특정한 생활방식을 이끌어야 한다는 상당한 압박으로 이어지지는 않는지 관찰해야 한다. 디지털 앱의 사용증가와 관련하여 그려지는 의학의 미래 그림을 고려하여 건강, 개인의 광범위한 투명성, 건강 최적화의 우선성, 지속적인 건강 모니터링 및 자신의 건강에 대한 개인의 책임귀속을 목표로 하는 건강 부문에서 「사회법전」 제5권 제1조에 명시된 바와 같이 건강 시스템 내에서 개인의 책임과 연대 사이의 관계를 재고해야 할 것이다.[77]

디지털 앱의 사용으로 인해 개인의 건강위험이 예측가능하고 예방 행동을 통해 최소화할 수 있는 것처럼 보이면 개인의 행동조정을 통해 피할 수 있었던 치료비용의 예상을 정당화할 필요성이 증가하기 때문이다.[78] 건강앱 사용의 확장은 결과적으로 미래에 건강을 유지하거나 심지어 증진하는 특정 방식으로 라이프스타일을 형성해야 하는 압력을 증가시킬 수 있다. 또한 의료 목적의 건강앱에 대한 인센티브 제한은 합리적인 것으로 판단된다. 그럼에도 불구하고 건강 시스템 내에서 개인의 책임과 연대 사이의 현재 관계는 건강앱의 사용증가를 통한 예방조치의 확대를 배경으로 논의되어야 한다.

77) 이와 관련하여 최철호, 우리나라 의료기기 부작용에 따른 피해구제시스템 도입방안 연구, 한국의료법학회지 제25권 제2호(2017.12), 49면.

78) Katzenmeier, Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin, MedR 2019, 259(266).

5) 디지털 앱의 데이터 보호와 보안

디지털 건강앱이 무엇보다도 데이터보호규정에 따라 설계되고 적절한 데이터 보안을 보장하는 경우에 목록포함이 이루어진다. 「사회법전」 제5권 제139e조 제1항에 따른 목록에 디지털 건강앱을 포함하기 위해 여기에서 초점을 맞춘 중요한 기준은 데이터 보호 및 데이터 보안에 대한 요구사항을 준수하는 것이다.[79] 이러한 요구 사항은 법령, 특히 「디지털건강앱 행정명령」 제4조에 자세히 설명되어 있다. 제조사는 데이터 보호 적합성과 충분한 데이터 보안을 증명해야 하며 연방의약품의료기기관리기관은 해당 데이터 보호감독기관의 공식적인 개입 없이 이를 확인한다.

하지만 실제로 이러한 새로운 절차는 실질적 및 절차적 규정이 본질적으로 골격에 불과하기 때문에 데이터 보호법 측면에서 상당한 위험을 수반한다. 민감한 건강정보를 다룰 때 매우 중요한 데이터 보안을 포함한 데이터 보호는 새로운 디지털 헬스케어법(DVG)에 대한 입법 과정에서 무시되었다. 이에 따라 데이터 보호와 데이터 보안은 모두 지금까지 시장에 출시된 건강앱의 주요 단점이다. 따라서 시장 진입 단계에서 건강앱에 대한 다양한 요구사항이 적용되며, 이는 모든 피보험자가 적절하게 사용할 수 있는 안전하고 고품질의 앱만이 법정건강보험시스템에 접근할 수 있도록 보장하는 역할을 하도록 해야 한다.

행정명령 수준에서 처음에 계획한 제한이 여전히 「사회법전」 제5권 제139조 제9항의 승인 기반에 의존하는 것은 비판적으로 검토하여야 한다. 이는 데이터 보호 및 데이터 보안 요구 사항의 '세부사항'을 규제할 수 있는 권한만 부여하며 「일반데이터보호규칙」에 비해 더 엄격한 요구사항을 설정하지는 않는다. 「디지털건강앱 행정명령」 제4조는 「일반데이터보호규칙」에 따라 허용된 기반과 목적을 추가로 제한할 뿐이다. 이것이 원하는 정도로 EU 법적으로 준수하는지 여부는 논쟁의 여지가 있다. EU 규정에서 명시적으로 허용하는 경우에만 「일반데이터보호규칙」을 제한하고 설계할 수 있다. 여기서 「일반데이터보호규칙」 제9조 제4항은 「디지털건강앱 행정명령」의 기반이 되어야 하는 확실한 근거를 제공한다.[80] 이에 따라 회원국은 유전, 생체 인식 또는 건강 데이터 처리와 관련하여 제한 사항을 비롯한 추가 조건을 도입하거나 유지할 수 있다.[81] 예를 들어, 국내 입법자는 명시적 동의가 있

79) Schreiber/Gottwald, Gesundheits-App auf Rezept, ZD 2020, 385(387f).

80) 연방보건부의 초안, 법정건강보험에서 디지털 건강앱의 상환을 테스트하기 위한 절차 및 요구 사항에 관한 시행령 (「디지털건강앱 행정명령」 - DiGAV) 2020년 1월 15일, 〈https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/D/DiGAV_Referentenentwurf.PDF〉, 'DiGAV-E1', Begr., S. 54, Zu Abs. 2.

더라도 (「일반데이터보호규칙」 제9조 제2항 a)) 건강 데이터 처리를 금지하거나 완전한 금지에 대한 불리한 측면으로서 데이터 처리 동의에 대한 더 엄격한 요구사항을 추가로 설정할 수 있다. 그러나 개방 조항은 「일반데이터보호규칙」 제9조 제4항에 명시된 유전, 생체 또는 건강 데이터의 처리로 제한된다.

물론 데이터 보안의 일반성을 감안할 때 독일 입법자는 모든 경우에 명확히 규정해야 한다는 것은 거의 불가능한 것으로 보인다. 예를 들어 건강 데이터뿐만 아니라 다른 민감도의 건강 데이터도 디지털 건강앱과 관련하여 처리되고 구성이 다를 것이기 때문이다. 그와 같이 예상된 검토가 「일반데이터보호규칙」 제25조·제32조에 규정된 위험에 대한 검토의 기초가 되는 비례원칙에 위배된다는 것을 암시하는 것이 많다. 개별적인 경우에 사용할 수 있는 경우 특정 상황에서 「일반데이터보호규칙」 제35조 제10항을 적용하는 경우에도 마찬가지이다. 해당 권리가 가능한 한 순조롭게 균형을 잡을 수 있도록 「일반데이터보호규칙」의 일환으로 위험기반 접근방식을 선택하였다. 여기서 「일반데이터보호규칙」 제76조제2문에 따라 당사자 권리에 대한 위험은 객관적으로 결정하여야 한다. 이러한 객관성은 또한 위험이 특정 처리에 대해 사례별로 결정되어야 함을 의미한다. 따라서 행정명령 수준에서 검토할 경우 개별사례에 대한 이러한 객관적인 검토는 수행할 수 없을 것이다.

2. 국내 디지털 헬스케어 현황과 과제

우리나라는 2020년 9월 기준 총 53개 인공지능 의료기기가 허가를 받았지만 아직 정식 수가가 인정된 디지털 헬스케어의 사례는 없다. 디지털헬스 앱에 대해 국내에서는 수가 관련 제도는 확립되지 않았다.[82)]

최근 보건복지부와 건강보험심사평가원이 '혁신적 의료기술의 요양급여 여부 평가 가이드라인'[83)]을 통해 영상의학분야 AI기반 의료기술, 3D 프린팅 이용 의료기술, 병리학분야 AI 기반 의료기술에 대한 건강보험 수가 판단 기준 등을 제시하고, 사례에 따라 급여를 추가가치를 인정할 것이라고 하는 단계이다. '혁신의료기술 평가분야(트랙)'는 연구결과 축적

81) 데이터 보호법의 개방조항과 「디지털 헬스케어법」에 의한 조정에 대해서는,
Kühling/Schildbach, Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V, NZS 2020, 41.

82) '디지털 헬스케어' 외국선 건강보험 적용, 우린 언제쯤?, 헬스조선 2021.02.03.

83) 식품의약품안전처의 평가는 의료기기에 대한 품목허가를 위한 것이고, 건강보험심사평가원의 평가는 기기가 환자에게 도움이 되고 진료현장에서 사용할 만한 가치가 있어 급여 적용이 적정한지를 평가하는 것으로 건강보험등재에 대해 우리나라의 가이드라인에 대해서는 보건복지부/건강보험심사평가원, 「혁신적 의료기술의 요양급여 여부 평가 가이드라인」2019. 12.

이 어려운 첨단의료기술에 대해 안전성이 확보됐을 경우 환자의 삶을 획기적으로 개선하거나 환자의 비용 부담을 줄여주는 등의 잠재가치를 추가적으로 평가해 우선 시장 진입 기회를 부여하고, 사후 재평가하는 제도로 2019년 3월 15일 시행됐다. 혁신의료기술 평가 대상 기술은 로봇, 삼차원프린팅, 이식형 장치, 가상현실·증강현실, 나노기술, 인공지능, 디지털 치료, 정밀의료, 첨단재생의료 등이다. 따라서 독일의 상황과는 달리 저위험 등급의 의료기기에 대한 건강보험급여의 도입과는 거리가 있는 실정이다.

뿐만 아니라 독일과 같은 저위험 등급의 의료기기는 우리나라의 기존 수가 체계에서 디지털 헬스케어의 가치 측정이 어렵기 때문에 의료적 중대성이 높거나 기존 건강보험 영역에 대체 가능한 항목이 없는 경우는 선별급여를 적용하고, 그 외에는 한시적 비급여 등재를 고려하고 있다. 건강앱이 이른 시일 내에 우리나라에서 디지털 헬스케어에 건강보험이 적용되기는 어려울 것으로 예상하고 있다. 행위별 수가제를 채택하는 우리나라 보험체계 특성상 정식 수가 책정은 디지털 헬스케어 발전을 위한 중요한 요소 중 하나다. 예를 들어 EMR 등 인프라 성격의 디지털 헬스케어 제품은 수요처인 병원에서 비용을 부담할 수 있기에 당장 급여가 되지 않더라도 활성화될 수 있지만, 개별 환자에게 적용되는 제품의 경우 건강보험이 적용되지 않으면 비용문제로 인해 현장에서 사용되기엔 한계가 있다. 디지털 헬스케어 급여화를 위해서는 독일의 입법과 같이 건강보험평가원의 적극적인 참여와 민관 협력이 특히 잘 이루어져야 가능하다. 따라서 건강앱의 사용이 환자에게 이익이 되거나 비용절감효과 등이 입증되는 경우 적극적으로 디지털 헬스케어 정식 급여화 방안을 검토해야 하고, 디지털 헬스케어의 특성을 고려한 규제와 수가 시스템을 정립해나갈 필요가 있다.

Ⅳ. 결론

전반적으로 디지털 진보에 대한 의료 시스템의 개방은 디지털 건강앱 분야에서도 환영받을 것이다. OECD국가 대부분은 아직 디지털 헬스케어가 해결해야 하는 여러 가지 이슈로 인해 이와 관련한 논의를 성숙시키지 못하고 있는 것으로 보인다. 그러나 점차 빨라지고 있는 의료서비스의 디지털화 속도를 감안하면 디지털 헬스케어 솔루션에 대한 평가절차와 보장정책을 마련하는 것은 곧 거의 모든 국가가 해결해야 할 과제가 될 것이 분명하다. 이러

한 점에서 보건법에 중요한 측면 외에도 독일의 입법이 선택한 규율방식은 디지털 의료의 도입과 우리 의료서비스 현실에 맞는 디지털 헬스케어에 대한 건강보험 보장정책 마련을 위해 디지털 혁신의 법적 규제를 위한 일반적 모델역할을 보여주고 있으며 시의적절하다고 생각된다.

한편으로, 특히 디지털 앱 분야에서 시장의 성장을 복잡하게 만드는 승인을 위한 너무 긴 절차 시간의 일반적인 문제는 두 가지 모두에 따른 시판 후 의료기기법 및 건강보험법의 통제의 도움으로 해결되고 현명하게 해결되었다. 다른 한편으로는 허가체제의 틀 내에서 품질 요구사항을 광범위한 재정적 인센티브와 결합함으로써 디지털 앱의 정보보안을 통해 데이터 보호 및 혁신에 중대한 장애물을 만들지 않으면서 해결하고 있다. 이렇게 하면 기본적으로 공동선에 봉사하는 것으로 간주될 수 있는 영역으로 디지털 혁신을 이끄는 데 성공할 수 있다. 동시에 재정적 인센티브와 규제 요건의 조합을 사용하여 시장 부문을 최적화할 수 있다. 소프트웨어 환경이 이미 보안 측면으로 충분히 포함되어 있고 앱 제조사가 이에 영향을 줄 수 있는 수단이 없을 것이므로 의미 있는 방식으로 포함될 수 있는 범위에 대해 더 집중적으로 논의해야 한다. 그러나 일반적으로 디지털 헬스케어법(DVG)의 규제방식을 기반으로 할 수 있다.

다만 데이터 보호 및 데이터 보안 측면에서도 이행은 미흡하다. 건강앱 비용은 건강보험으로 충당되었지만 무엇보다도 데이터 보호 규정을 준수하는 경우에만 가능하다. 입법자는 체계적이고 유능하며 적절한 데이터 보호 검토를 통해 제조사와 환자 모두를 위한 건강 데이터 처리의 민감한 영역에서 법적 안전성을 확립할 기회를 놓쳤다. 이를 위해서는 명확한 절차적 규정이 필요했을 것이다. 물론 「일반데이터보호규칙」, 「연방데이터보호법」 및 「사회법전」제5권에는 이미 충분한 규모의 실질적 요구사항이 포함되어 있다. 아울러 구체적으로는 관련 데이터보호 감독기관의 포괄적인 참여가 이루어져야 할 것이다. 이와 관련된 효력은 승인 결정에서 데이터 보호의무의 준수로 인한 긍정적인 확인적 효력을 가질 수 있을 것이다.

[참고문헌]

〈단행본〉

서경화, 디지털 헬스의 최신 글로벌 동향, 대한의사협회 의료정책연구소, 2020. 05.

식품의약품안전처·식품의약품안전평가원, 2020년 신개발 의료기기전문분석 보고서, 2020. 3.

식품의약품안전처·식품의약품안전평가원, 스마트 헬스케어 의료기기 기술·표준 전략 보고서, 2018. 8.

윤기영/이명호, 뉴노멀: 우리가 알던 세상은 끝났다., 책들의정원, 2021.2.

Europäische Kommission, Grünbuch über Mobile-Health-Dienste ("mHealth") vom 10.4.2014, COM(2014) 219 final.

Thranberend/Knöppler/Neisecke, Gesundheits-Apps, Bertelsmann Stiftung, 2016.

Pfannstiel/Da-Cruz/Mehlich (Hrsg.), Digitale Transformation von Dienstleistungen im Gesundheitswesen I, 2017.

〈논문〉

김기영, "의료부분 클라우드 규제현황과 개선과제", 클라우드컴퓨팅 법제도연구보고서, 정보통신산업진흥원, 2021년 2월, 121면.

김기영, 데이터기반의학에서 의료수준의 정립과 법적 책임, 한국의료법학회지 제25권 제1호(2017.6), 49면.

김기영, 현대의학의 전망과 법적 책임의 변화, 의생명과학과 법 제25권(2021.6), 5면.

박정원/심우현/이준석, 디지털 헬스케어 발전을 위한 규제 개선 방안에 관한 연구, 정보화정책 제25권 제1호, 2018년 봄호, 60면.

이한주, 가명정보 개념 도입을 통한 의료정보 활용 활성화 가능성의 법적 검토, 한국의료법학회지 제28권 제1호 (2020.6), 97면.

장세균·김현·김소윤, 정밀의료에서의 개인정보와 정책방향에 관한 연구 : 미국, EU, 일본과의 비교법제도 분석을 중심으로, 한국의료법학회, 한국의료법학회지 25권 1호(2017.6), 133면.

최철호, 우리나라 의료기기 부작용에 따른 피해구제시스템 도입방안 연구, 한국의료법학회지 제25권 제2호(2017.12), 49면.

〈해외논문〉

Backmann, Ben, Gesundheits-Apps im Durchbruch – Regulatorische – und haftungsrechtliche Aspekte zu "mobile Health", MPR 2011, 73.

Braun, Julian, Die Förderung der Entwicklung digitaler Innovationen durch Krankenkassen nach dem Digitale-Versorgung-Gesetz, NZS 2019, 894.

Braun, Julian, Die Versorgung mit digitalen Gesundheitsanwendungen nach den Regelungen des Digitale-Versorgung-Gesetzes, GesR 2019, 757.

Gaßner, Maximilian/Strömer, Jens M., Mobile Health Applications – haftungsrechtlicher Standard und das Laissez-faire des Gesetzgebers, VersR 2015, 1219.

Gassner, Ulrich M., MedTech meets M-Health, MPR 2015, 73.

Jakobs/Huber, Software als Medizinprodukt: Haftungs- und versicherungsrechtliche Aspekte, MPR 2019, 1.

Katzenmeier, Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin, MedR 2019, 259.

Kemmner, Carolin/Vivekens, Sabrina, Die digitale Gesundheitsanwendung auf dem Weg in die Erstattungsfähigkeit – Fast Track-Verfahren mit Hürden, MPR 2020, 80.

Lücker, Volker, Medizinprodukterechtliche Rahmenbedingungen für E-Health-Produkte im europäischen Wirtschaftsraum, Bundesgesundheitsblatt 61 (2018), 278.

Münkler, Laura, Health-Apps im gesundheitsrechtlichen Regulierungsgefüge, NZS 2021, 41.

Pohl, MedTech digital: Zugang digitaler Gesundheitslösungen in die Regelversorgung?, MPR 2019, 127.

Rämsch-Günther, Nicole/Stern, Sylvia/Lauer, Wolfgang, Abgrenzung und Klassifizierung von Medical Apps, Bundesgesundheitsblatt 61 (2018), 304.

Schreiber/Gottwald, Gesundheits-App auf Rezept, ZD 2020, 385.

Sehnert, Die Bindungswirkung der Einkommensfeststellung eines Sozialversicherungsträgers, NZS 2000, 437.

Specht-Riemenschneider, Herstellerhaftung für nicht-datenschutzkonform nutzbare Produkte – Und er haftet doch!, MMR 2020, 73.

Sträter, Burkhard, Europäische Regulierung des Medizinprodukterechts, Was können die Medizinprodukte-Verordnung der EU und ein ungeregelter Brexit für die GKV verändern?, NZS 2020, 530.

Strömer, Jens M./Gaβner, Maximilian, Mobile Health Applications – haftungsrechtlicher Standard und das Laissez-faire des Gesetzgebers, VersR 2015, 1219.

Terhechte, Arno, Medizinische Software/Medical Apps, Bundesgesundheitsblatt 61 (2018), 321.

v. Czettritz, Peter/Strelow, Tanja, "Beam me up, Scotty" – die Klassifizierung von Medical Apps als Medizinprodukte, PharmR 2017, 433.

Zezschwitz, Friederike von, Neue regulatorische Herausforderungen für Anbieter von Gesundheits-Apps, MedR 2020, 196.

Abstract

Implementation of the German digital healthcare act and Its Political Implications*

Ki-Young Kim / Visiting Professor, Dr.jur. Kyung Hee Univ.
Bong-Cheol Kim / Dr.jur. Judicial Policy Research Institute.

The "Digital Health Care Act(DVG)", which came into effect in December 2019 in Germany, above all, made health apps to be included in the pay list of statutory health insurance, and this legislation has a legislative meaning, as the first in the world to implement so-called digital medical care, creating a new concept for future medical care. The health insurance regulations for health apps were fundamentally reformed. This has triggered widespread changes in the regulatory framework under the Health Insurance Act. In particular, it can be regarded as a ground-breaking legislation to broaden the perspective to include the overall health and medical service supply conditions.

In this study, which regulatory approach was selected by the Digital Healthcare Act against this background, and what special functions it has is examined. Accordingly, it explains the criteria for receiving health insurance benefits through the digital health app. The digital health app must meet the requirements for safety, function and quality of medical products, comply with data protection requirements and ensure data security according to the latest technology, a positive health benefit effect. Of course, health app costs have recently been introduced into health insurance, only if you comply with data

protection regulations. Health apps for health insurance benefits must completely stop advertising, and are particularly characterized as being subject to other restrictions in terms of permitted processing purposes.

To this end, as the main contents of the Digital Health Care Act, it explains the scope of application, requirements for permission, and requirements for health insurance registration. Accordingly, the purpose of this study is to analyze the extent to which this balance has been achieved through the legislative and policy implications and innovations made in the context of the Digital Healthcare Act in relation to health apps. It also presents new effects for digital health apps(DiGA) as a result of the new legal framework, and the remaining legal issues and assessments.

Keywords: Health-App, Mobile Health, Digital Medicine, Health insurance, Medical product

미국의 부동산에 대한 외국인의 투자규제와 국가안보

- 31 CFR Part 802가 한국에 주는 시사점을 중심으로-*

김 민 배 (Min-Bae Kim)
인하대학교 법학전문대학원 교수

논문접수 : 2022. 02. 11. 심사개시 : 2022. 02. 15. 게재확정 : 2022. 03. 14.

목 차

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 미국의 외국인 부동산 기준과 개념
1. 미국 「부동산 규정」의 경과
2. 외국인과 법인 등
3. 지배와 모기업
4. 재산권과 임대

Ⅲ. 심사대상 포트와 부동산
1. 심사대상 포트
2. 대상 부동산과 거래
3. 군사시설

Ⅳ. 적용 예외 부동산과 거래
1. 적용 예외 부동산과 예외 국가
2. 적용 예외 부동산거래
3. 적용 예외 부동산 투자자 등

Ⅴ. CFIUS의 판단과 국가안보
1. CFIUS의 심사와 판단
2. 부동산거래와 국가안보의 판단기준
3. 심사대상 부동산과 국가안보의 적용기준

Ⅵ. 시사점
1. 외국인의 부동산 취득규제
2. 외국인 기준과 적용 예외
3. 외국 법인 등에 기준과 과제
4. 외국인의 부동산 취득과 과세
5. 외국인 부동산 관련 법률의 개정

* 본 논문은 인하대학교의 지원에 의해 연구되었음.

국문초록

미국 재무부는 2020년 외국투자위험심사현대화법(Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018. 이하 FIRRMA)에 따라 31 CFR Part 802(이하 「부동산 규정」)를 공포하였다. 한편 미국 외국인 투자 위원회(Committee on Foreign Investment in the United States, 이하 CFIUS)는 부동산 관련 거래를 심사하여, 미국의 국가안보를 위협하는 경우 외국인과의 부동산거래를 중단할 수 있도록 하였다. 특히 FIRRMA에서는 국가안보의 규제 대상이 군사시설뿐만 아니라 국가안보에 잠재적으로 영향을 미칠 외국인의 투자와 거래에 대해 심사할 수 있도록 하고 있다.

「부동산 규정」은 거래와 관련한 부동산의 가치나 금액 그리고 관련된 부동산의 규모는 관계가 거의 없다. 핵심적 판단기준은 해당 부동산이 특정한 지리적 위치에 존재하는가에 있다. 미국이 부동산거래에 대해 CFIUS를 통해 심사를 강화하는 것은 특정 부동산거래의 결과로 발생하는 미국의 국가안보에 대한 위험을 경감 내지 완화하기 위한 것이다. CFIUS의 심사를 토대로 대상 부동산에 대한 외국인의 투자가 미국의 국가안보를 해칠 수 있다고 대통령이 판단하는 경우 투자와 거래를 중단시킬 수 있다. 주요 군사시설, 공항, 항만, 보호지역 등에 대한 부동산이 그 대상이 된다.

본 논문은 미국의 「부동산 규정」에서 국가안보를 이유로 한 외국인의 부동산거래 중지와 투자 제한에 대해 살펴보고, 그것이 우리나라에 주는 시사점을 검토하고자 한다. 이를 위해 미국 「부동산 규정」의 경과를 살펴본 후 「부동산 규정」을 적용하는데 중요한 외국인과 법인, 지배와 모기업, 재산권과 임대 등의 개념과 기준을 검토하고자 한다. 물론 「부동산 규정」이 미국 내 모든 부동산에 대해 외국인의 투자나 거래를 제한하는 것은 아니다. 그 대상이 되는 심사대상 포트, 대상 부동산과 거래, 해당 군사시설 목록 등을 검토한다.

한편 미국은 「부동산 규정」이 적용되지 않는 예외 부동산과 예외 국가를 기준을 규정하고 있다. 적용 예외 국가로 선정되면 해당 국가의 외국인은 부동산거래와 투자 등에서 CFIUS의 심사를 받지 않는다. 현재 영국, 캐나다, 호주 등 3개국이 예외 국가의 대우를 받고 있다. 따라서 적용 예외 국가에 해당하지 않는 우리나라의 경우 CFIUS의 심사대상이 된다. 이와 관련된 CFIUS의 심사와 판단기준, 국가안보의 판단기준, 국가안보의 적용기준 등을 검토한다.

결론적으로 국가안보를 이유로 외국인에 대해 부동산의 투자와 거래를 중단 혹은 금지하는 「부동산 규정」이 우리나라에 주는 시사점을 제시하고자 한다. 특히 외국인의 부동산 취득규제 문제, 외국인 기준과 적용 예외 과제, 외국 법인 등의 기준과 과제, 외국인의 부동산 취득과 과세 문제에 대해 주는 시사점을 검토한다. 우리나라도 외국인 부동산 투자에 대해 국가안보 차원에서 규제가 필요하며, 이를 구체화하기 위해서는 외국인 투자 관련 법률인 「부동산거래 신고법」, 「외국인투자 촉진법」, 「군사기지 및 군사시설 보호법」, 「외국환거래법」, 「세법」 등에 대한 개정과 제도의 재정립이 필요하다는 점을 강조하고자 한다.

※ 주제어 : 외국투자위험심사현대화법, 미국 외국인 투자 위원회, 심사대상 포트, 군사시설, 심사대상 부동산과 거래, 적용 예외 국가와 투자자, 적용 예외 거래, 외국인과 지배, 국가안보

Ⅰ. 서론

급격한 부동산 가격 상승과 관련하여 외국인의 투기성 부동산 취득에 대해 문제가 제기되었다. 제21대 국회에서 외국인에게 부동산 취득세와 양도소득세를 중과하는 것을 주요 내용으로 하는 다수의 「지방세법 일부개정 법률안」과 「소득세법 일부개정 법률안」이 발의한 것도 이와 직접 관련되어 있다[1]. 외국인의 국내 부동산 취득 관련 법률은 1961년 「외국인토지법」에서 허가제 위주로 운영되었다. 그러나 선진국들의 토지시장 개방과 IMF 이후 외국자본 유치 필요성 때문에 1998년 6월 이후에는 부동산 취득을 신고제로 전환하였다. 그러나 「외국인토지법」은 2016년 1월 부동산거래 관련 인·허가 제도의 근거 법률을 일원화한 「부동산거래 신고 등에 관한 법률」(이하 「부동산거래 신고법」)이 2017년 시행되면서 폐지되었다.

국가에 따라 차이가 있기는 하지만 외국인에 의한 부동산의 취득은 그 특성 때문에 제한되고 있다. 즉, 토지의 한정된 면적, 경제적인 중요성, 국민 의식의 반영, 국가안보의 관점 등이 그 이유다. 그러나 각 국가의 외국인에 대한 부동산 취득은 시대의 흐름에 따라 변화하였다. 이념상으로도 평등과 우애의 관념에 기초하여 자국민과 외국인을 평등하게 취급하고, 국제법상 상호주의 등에 따라 외국인에게 부과된 취득 제한을 완화하기도 하였다. 다른 한편 외국인에 의한 부동산 취득이 증가한 요인으로 다국적 기업에 의한 거래 증대, 해외투자의 세제상 우대조치, 투기 자본의 존재, 노동력의 국가 간 이동, 외국에서 휴가를 가능케 한 생활 수준의 상승 등을 들 수 있다.

우리나라에서 쟁점이 된 외국인의 국내 토지 거래현황을 보면 2014년 15,429건, 2018년 26,062건이다. 2020년에는 8월 말 기준으로 17,365건이며, 이것은 같은 기간 우리나라 전체 토지거래 건수(2,296,430건) 중 약 0.76%에 해당한다. 2019년 12월 말 기준 외국인의 토지 소유 면적은 248.7㎢로 우리 국토 면적의 0.2% 정도이다. 소유 주체별로는 외국 국적의 교포 55.6%(138.3㎢), 합작법인 28.6%(71.1㎢), 외국인 8.0%(19.8㎢), 외국 법인 7.6%(18.7㎢) 등이다. 공시지가 기준으로는 서울이 11조 4,175억 원(37%)으로 투자집중도가 가장 높다.[2].

1) 김세현·김예성, "외국인의 국내 부동산 취득관련 쟁점과 과제", 「국회입법조사처 리포트」, 2020, 1 면.

2) 국적별로는 미국 52.2%(129.8㎢), 중국 7.8%(19.3㎢), 일본 7.5%(18.6㎢), 유럽 7.2%(18.0㎢) 등의 순이다. 중국 국적 외국인의 경우 2010년에는 3.1㎢(1.4%)의 토지를 소유하는데 불과하였으나 2019년에는 6배 이상 크게 증가하였다. 시도별 현황을 보면 면적기준으로는 경기도가 17.7%(43.9㎢), 전남15.5%(38.6㎢), 경북 14.7%(36.6㎢), 강원 8.9%(22.2㎢), 제주 8.8%(21.8㎢) 순이다.

그러나 외국인에 의한 부동산 취득이 증가한 국가에서는 외국인의 부동산 취득에 대해 제한하는 특별 입법을 제정하고 있다. 국가가 직접적으로 외국인에게 토지취득을 금지하거나 외국인에게 높은 세금을 부과하거나 토지취득을 위한 요건을 강화하고 있다. 외국인에 의한 토지취득 제한 이유는 경제적 이유, 공공의 복지, 사회적 이유, 국방상 이유 등 다양하다[3]. 그 가운데 국가안전보장상의 이유로 외국의 토지 취득이나 부동산 거래를 제한하는 경우 국가안보상의 주요 지역인 군사 기지 주변이나 해안 지대 등이 그 제한 대상이 된다.

미국 재무부는 「31 CFR Part 802」[4] 즉, 「부동산 규정」을 토대로 CFIUS의 관할권을 매매 또는 임대와 관련된 특정 유형의 부동산거래에 대해서 까지 확대하였다[5]. 새로운 「부동산 규정」에 의해 CFIUS는 특정 기준을 충족하는 부동산 관련 거래를 심사할 수 있다.[6] 만약 그것이 미국의 국가안보를 위협하는 경우 외국인과의 부동산거래를 중단할 수 있다[7]. CFIUS는 항만과 공항 그리고 군사시설 등 일정한 범위의 부동산거래에 대해 새로운 「부동산 규정」을 적용하도록 하고 있다.[8] 「부동산 규정」은 거래와 관련한 부동산의 가치나 금액 그리고 관련된 부동산의 규모는 관계가 없으며, 적용 가능성을 결정하는 핵심적 기준은 해당 부동산이 특정한 지리적 위치에 있는가에 달려 있다. 전통적인 의미에서의 국가안전보장 기준이 변화하는 것을 알 수 있다.

본 연구에서는 미국의 「부동산 규정」에서 정한 외국의 미국 내 부동산 투자 제한과 거래 규제에 대해 검토하고자 한다. 특히 국가안보를 이유로 한 미국의 외국인에 대한 부동산 규제의 특성과 대상을 중점적으로 검토하고자 한다. 이를 위해 CFIUS의 심사대상이 되는 포트, 군사시설, 심사대상 부동산, 심사대상 부동산 거래, 적용 예외 국가, 적용 예외 투자자, 그리고 외국인의 거래와 소유권에 대한 국가안보의 판단기준 등을 분석하고자 한다. 이러

https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=116&tblId=DT_MLTM_6044&vw_cd=MT_ZTITLE&list_id=I2_6&seqNo=&lang_mode=ko&language=kor&obj_var_id=&itm_id=&conn_path=MT_ZTITLE. (2021.12.15. 검색).

3) Joshua Weisman, "Restrictions on the Acquisition of Land by Aliens", The American Journal of Comparative Law 28(1),1980, p.41.

4) https://home.treasury.gov/system/files/206/Part-802-Final-Rule-Jan-17-2020.pdf. 본고에서는 part 802 of title 31 of the Code of Federal Regulations(CFR). 31 CFR Part 802 - REGULATIONS PERTAINING TO CERTAIN TRANSACTIONS BY FOREIGN PERSONS INVOLVING REAL ESTATE IN THE UNITED STATES을 '31 CFR § 802 혹은 「부동산 규정」'이라 약칭함.

5) 부동산이란 미국에 있는 모든 토지(지하 및 수중 포함) 또는 토지에 부속된 구조물 (건물 또는 그 일부 포함)을 의미한다. 31 CFR § 802.235. 거래란 제안 또는 완료 여부에 관계없이 부동산을 소유한 자로부터 매입 또는 임대 또는 양도를 의미한다. 31 CFR § 802.237.

6) 1950년 국방생산법 섹션 721을 수정한 것이다. 50 U.S.C. 4565; 31 CFR 31 CFR § 802. 101(a)

7) 小野亮, "安全保障に基づく対米投資規制の強化 (CFIUS 改革) ― 中国の最先端技術獲得と規制逃れに高まる警戒", 「みずほリポート」, みずほ總合研究所, 2018.05, 1-6 면. James K. Jackson, "The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)", Congressional Research Service Report, February 14, 2020, p. 11.

8) 그러나 「부동산 규정」은 국제비상경제권법 또는 미국 헌법에 따른 대통령 또는 의회의 기타 권한을 포함하여, 연방법의 다른 조항에 따라 제공되거나 확립된 다른 권한, 프로세스, 규정, 조사, 집행 조치 또는 검토에는 영향을 미치지 않는다. 31 CFR § 802.103.

한 검토를 통해 국가안보를 이유로 한 미국의 외국인에 대한 투자 제한 규정이 우리나라에 주는 시사점을 제시하고자 한다. 특히, 부동산이나 토지취득의 제한 기준이 되는 외국인의 개념과 정의, 외국 기업이나 법인 등의 기준과 지배권, 외국인이 취득하는 부동산에 대한 차별과세, 그리고 국가안보를 논거로 한 외국인의 토지취득 제한의 타당성 등을 검토하고자 한다. 결론적으로 외국인 부동산 투자에 대해 국가안보 차원에서 규제를 하는 경우 외국인 투자 관련 법률 등에 대한 개정이 필요하다는 점을 강조하고자 한다.

Ⅱ. 미국의 외국인 부동산 기준과 개념

1. 미국 「부동산 규정」의 경과

미국 헌법상 재산권은 다양한 변천 과정을 거쳤다. 미국의 최초 헌법에는 재산권을 규정한 구체적 조항은 찾아볼 수 없다. 이는 미국 헌법의 기초자들이 재산의 가치를 인식하지 못했기 때문이 아니라 재산을 포함한 개인의 모든 자유는 어느 정도 연방정부와 주 정부의 권한을 선택적으로 제한함으로써 유지할 수 있다고 판단한 결과라고 할 수 있다[9]. 그 후 미국 헌법의 수정을 통해 재산에 관한 규정을 구체화하였다. 첫째, 개인과 주 쌍방에 관해 재산권을 새 정부가 제약하는 권한에 제한을 가하는 것이다. 헌법은 연방정부의 권한 남용 방지를 목적으로 하고 있다. 특히, 차별적인 연방 정책 때문에 특정 주만 유리하거나 불리해지는 일이 없도록 하고 있다. 둘째, 각 주 사이 통상과 외국 무역에 대한 연방정부의 권한을 강화하기 위해 광범위한 과세 권한을 갖고 있도록 하였다[10].

한편 미국 수정헌법 5조의 적법 절차 조항은 재산권뿐 아니라 개인적 자유 보장에서 중요한 규정이다. 수정헌법 제5조의 수용 조항은 재산을 강하게 보호하고 있다.[11] 수정헌법 5조는 당시 연방정부에 대해서 적용하였지만 많은 주들이 주의 권리장전에 같은 내용을 규

9) https://usa.usembassy.de/etexts/gov/peoplerights.pdf. (2022.3.7.검색)

10) “재산권이 아무런 억제도 없이 입법기관의 의사에 의해서만 좌우된다면 그러한 정부에 자유가 있다고 할 수 없다. 자유로운 정부의 기본적 원리는 개인의 자유와 사유재산에 관한 권리가 존중되어야 할 것을 요구하는 것이다”. Wilkinson v. Leland, 27 U.S. 627 (1829): https://supreme.justia.com/cases/federal/us/27/627/(2022.3.8. 검색)

11) “개인이 소유한 토지를 공익을 위해 수용하는 것은 재산적 이익의 박탈이 아니라 토지 이용의 단순한 제한일 뿐이라는 말은 본래의 의미를 모두 무시한 말이다. 실제로 토지수용 권한의 주된 목적은 그 대가를 보상하면서 정부가 바로 그러한 재산적 이익의 양도 요구를 할 수 있도록 하는 것이다”. Nollan v. California Coastal Comm'n, 483 U.S. 825 (1987): https://supreme.justia.com/cases/federal/us/483/825/(2022.3.8. 검색)

정하였다. 그리고 20세기까지 도로 운하 등 경제기반사업의 촉진을 주도한 것은 연방정부가 아니라 주 정부였다. 이때 주 헌법의 재산권 보호 조항을 바탕으로 개인 토지 소유자의 권리가 존중되었다[12].

미국의 부동산 제도 역시 복잡한 역사적 변천을 거듭했다. 연방 차원에서 획일적으로 규제하는 부동산 법제가 아니라 개별 주별로 다른 부동산 제도를 운용하고 있다. 각주마다 차이가 있지만 부동산에 대한 권리는 토지의 현재 점유를 기초로 한 권리와 장래 점유를 기초로 한 권리 그리고 토지 이용에 관한 용익 물권과 같은 권리로 구분된다. 그리고 점유를 기초하는 권리는 광의로 부동산으로 총칭되며, 자유 보유권과 임차권으로 나뉜다. 전자는 real property이지만, 후자는 personal property로 보아 상속 시 준거법 선택에 차이가 있다. 즉, 자유 보유 부동산(freehold estate)이면 물건 소재지법이 적용되며, 부동산 임차권은 주소지 법이 적용된다. 자유 보유 부동산은 권리의 강도에 따라 절대적 단순 부동산, 소멸 조건부 단순 부동산, 평생 부동산 권리 등으로 분류된다.[13] 점유를 기초하는 권리 중 미래의 이익은 장래 권리이므로 만약 현재의 점유자가 해당 토지에 대해서 부적절한 관리나 사용을 하는 경우 그러한 부적절한 관리와 사용은 부동산 침해에 해당하게 된다.[14]. 점유를 기초로 하지 않는 권리는 지역권과 계약 등이 있다. 모두 토지 이용에 관한 권리나 의무를 정하는 제도이며, 부동산 보유 자체에는 관여하지 않는다.

그러나 이러한 분류는 일반적인 것으로 각 주의 주법에 따라 권리와 의무 그리고 규제방식이 다르다. 미국의 외국인 부동산거래와 소유 그리고 규제에 적용되는 법률이 복잡한 것은 외국인의 부동산 소유에 대한 규제가 각 주 및 컬럼비아 특별구에 의해 처리되고 있기 때문이다. 각 주가 외국인의 부동산에 대해 법률과 판례를 통해 다양하게 규제하고 있다. 연방 차원에서 보면 외국인 투자가가 관여하는 일정한 부동산거래에 대해 보고를 요구하고 있다. 이러한 보고의무에는 토지를 소유하는 기업의 주식 또는 파트너십 지분의 일정한 취득의 보고[15], 농지의 권리 취득, 양도 또는 소유의 보고[16], IRS에 대한 연차 납세 신고 제

12) "새로운 도시개발을 함으로써 발생하는 홍수나 지진, 교통체증, 환경파괴 등의 위험에 미치는 영향에 대한 예측에는 불확실성이 따른다. 이러한 영향의 크기에 관하여 의심이 있는 경우 그것을 회피한다고 하는 공공의 이익은 재산소유자의 사적 이익보다 커야 한다." Dolan v. City of Tigard, 512 U.S. 374 (1994) : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/374/(2022.3.8. 검색).

13) https://matthewminer.name/law/outlines/1L/1st+Semester/LAW+515-001+%E2%80%93+Property+I/Possessory+Estate (2022.3.7. 검색)

14) https://www.law.cornell.edu/wex/future_interest (2022.3.8. 열람).

15) 22 U.S.C. 3101-3108; https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title22/html/USCODE-2011-title22-chap46.htm (2022.3.8. 검색).

16) 7 U.S.C. 3501-3508; https://www.law.cornell.edu/uscode/text/7/3501 (2022.3.8. 열람).

출[17] 등이 포함되어 있다.

그러나 미국의 「적성국 교역법」은 미국의 전쟁 상대국 국민이 토지를 소유하는 것을 금지하고 있다.[18] 「국제비상경제권법」이나 미국의 경제제재 프로그램에서는 외국의 기업이나 개인 등에 의한 토지 소유를 금지하고 있다.[19]

미국의 역사를 보면 CFIUS는 거래로 인해 외국인이 미국 비즈니스[20]에 대해 지배 내지 통제할 수 있는 경우에만 해당 부동산거래에 대해 관할권이 있었다. 그러나 CFIUS는 외국의 지배가 국가안보에 위협이 될 경우 경감조치를 명령할 수 있으며, 경감조치가 위협을 해결할 수 없는 경우 거래를 차단할 수 있다. 또한 거래가 이미 행하여진 경우에도 매각 명령을 내릴 수 있다. CFIUS는 2012년 Ralls Co.에 대해 인근 해군 무기 훈련 시설의 제한된 영공과의 근접성에 대한 우려를 이유로 오리건의 4개 풍력 발전 단지 프로젝트에 대한 모든 지분을 매각하라는 명령을 내렸다[21]. 그리고 CFIUS는 Anbang Insurance가 2015년에 New York Waldorf Astoria를 19억 5천만 달러에 매입한 것을 검토하고 승인했다[22]. 하지만 Anbang의 2016년 약 10억 달러에 Hotel del Coronado를 구매하려는 시도는 샌디에이고 해군 기지와의 근접성에 대한 우려로 인해 CFIUS에 의해 중지되었다. 2018년 CFIUS는 COSCO Shipping Holdings Co.의 Orient Overseas International Ltd. 인수를 약 63억 달러에 허용했지만 COSCO의 Long Beach Container Terminal 지분 매각에 대한 승인을 조건으로 했다. 이 터미널은 2019년 4월에 18억 달러에 매각되었다.[23]

미국의 「부동산 규정」은 첨단기술 규제 규정인 「31 CFR § 800」과 함께 중국의 미국에 대한 투자를 견제하고자 하는 데 주된 목적이 있다.[24] CFIUS는 중국 투자자, 특히 중국 정부와 관련이 있는 투자자를 면밀하게 조사한다. 그 이유는 중국의 경제적 성장, 군사적 야

17) 28 U.S.C. 861, 871, 882;https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title26/html/USCODE-2011-title26-subtitleA-chap1-subchapN.htm (2022.3.8. 검색).
18) 50 App.U.S.C. Sections 1-44: https://law.justia.com/codes/us/2010/title50/app/tradingwi/(2021.5.7. 검색).
19) 50 U.S.C..Sections 1701: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/50/1701 . (2021.5.7. 검색).
20) 미국 비즈니스란 이를 통제하는 사람의 국적에 관계없이 미국 내 각 주간 상업에 종사하는 모든 법인 등을 의미한다. 31 CFR § 802.241; 31 CFR § 800.252의 정의에 대한 사례 참조.
21) 김민배, "미국의 첨단기술보호 정책과 국가안보의 판단기준", 「법제」, 법제처, 2020.12, 235-236 면; https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1672928.html (2021.5.7. 검색).; Christopher M. Fitzpatrick, "Where Ralls Went Wrong: CFIUS, the Courts, and the Balance of Liberty and Security", 101 Cornell L. Rev. 2016, pp.1087-1114: http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol101/iss4/5 (2021.5.7. 검색).
22) https://www.reuters.com/article/fidelityguaranty-ma-anbang-idUSL2N16N1U4 (2021.5.7. 열람).
23) https://www.jdsupra.com/legalnews/cfius-s-final-real-estate-regulations-90187/.(2021.5.7. 검색).
24) 김민배, "미국의 외국인 투자규제 대상과 특징- 미국의 외국투자위험심사현대화법(FIRRMA)를 중심으로-", 「법제」, 법제처, 2020.9, 43-45 면; 나수엽, 김영선, "미국의 「외국인투자위험심사현대화법(FIRRMA)」발효와 미국의 대중투자규제", 「KIEP 세계경제 포커스」, 대외경제정책연구원, 2020.4. 1-12 면; 김명아, 국제통상 투자 법제연구(1), 한국법제연구원, 2019. 10. 참조.

망, 지식재산권 침해, 사이버 해킹사례, 전략적 군사적 기술(반도체, 인공 지능 등)에 대한 중국 국가 차원의 투자가 가져올 영향 때문이다[25]. 최근 미국 대통령 명령에 따라 공식적으로 차단된 거래 대부분은 중국 투자자 또는 중국 영향력에 대한 우려가 관련되어 있다[26]. FIRRMA는 중국 및 기타 미국의 적대국에 대한 엄격한 심사를 보장하는 특별 우려 국가와 반대로 우호 국가의 화이트 리스트를 통해 외국의 미국에 대한 투자를 심사하고 있다. 미국의 「부동산 규정」의 제1차 목표는 중국이 미국의 주요시설에 대한 투자 저지에 있다고 할 수 있다. 그러나 미국에 대한 투자에 있어 한국도 CFIUS의 심사를 받아야 한다. 우리나라는 미국의 「부동산 규정」에 의해 제외되는 적용 예외 국가가 아니기 때문이다. 그러므로 미국 「부동산 규정」에 의해 우리나라의 미국에 대한 투자나 거래 제한이 가져올 영향에 대해 예의주시해야 한다.[27]

2. 외국인과 법인 등

국가마다 부동산에 대한 외국인의 취득 여부를 결정하는 주요한 기준은 '외국인'이다. 외국인에 대한 기준은 국가마다 차이가 있다. 미국의 「부동산 규정」은 외국인을 다음과 같이 정의를 하고 있다[28]. ① 외국 국적자, 외국 정부[29], 외국 법인 등, 그리고 외국 정부 또는 외국 법인 등에 의해 지배권을 행사하거나 행사할 수 있는 모든 법인 등 ② 외국인이 지배권을 행사하거나 행사할 수 있는 자가 외국인인 경우 등을 의미한다[30].

「부동산 규정」에 의하면 외국 국적자란 미국 국적자를 제외한 모든 자를 의미하고 있다.[31] 그런데 외국인과 관련하여 「부동산 규정」에서 사용하는 entity의 의미를 정리할 필요가 있다. 일반적으로 entity는 법인이나 기업 등을 의미하지만 「부동산 규정」에서 사용

25) 峰尾洋一, "技術競争で欠落する米国の攻めの戦略", 「丸紅ワシントン報告」, 2020.01, 3-4 면; 杉之原真子, "対米投資規制強化の政治過程-2018年外国投資リスク審査現代化法をめぐって", 「国際交流研究」, 2019 第21号,105 면; 増田耕太郎, "中国企業の対米直接投資の急増と米国の 国家安全保障 米国民に歓迎される投資を増やせるのか", 「国際貿易と投資」 No.108, 2016, 44-61 면; Bob Davis, "Trump Plans New Curbs on Chinese Investment, Tech Exports to China", WSJ, June 24, 2018.
26) https://www.goodwinlaw.com/publications/2018/06/hospitality-and-leisure-series (2021.5.7. 검색).
27) 일본도 같은 차원의 우려를 하고 있다. 小野亮, "FIRRMA · ECRAの成立と変容する米国の対中観—米中の狭間に立つ日本への示唆", 「みずほリポート」, みずほ總合研究所, 2018.11, 1-2 면; 日本国際問題研究所, "技術争覇時代の日本の選択", 「戦略年次報告」, 2019, 41-45 면.
28) 31 CFR § 802.221.
29) 31 CFR § 802.219.
30) 31 CFR § 802.221 (c)(1);31 CFR §802.221 (c)(2)
31) 31 CFR § 802.220 ; https://www.proskauer.com/alert/final-cfius-rules-issued-what-it-means-for-real-estate-transactions-and-investors (2021.7.7. 검색).

하는 entity의 개념은 매우 포괄적이다. 즉, ① entity란 법인 또는 단체의 지사, 파트너십, 그룹 또는 소그룹, 협회, 부동산, 신탁, 법인 또는 부서(국가 또는 외국 국가의 법률에 따라 조직되었는가를 묻지 않는다) ② 특정 장소 또는 특정 제품 또는 서비스에 대한 비즈니스로서 어느 하나에 의해 운영되는 자산(별도의 법인체로 조직되었는가는 관계없다) ③ 모든 정부(외국 국가 또는 지방정부, 미국 정부, 미국 내 주 정부 및 해당 부서, 기관 등을 포함)를 의미하는 것으로 정의하고 있다. 외국 정부란 미국 정부 또는 미국의 지방정부를 제외한 정부 기능을 수행하는 모든 정부 또는 기관을 의미한다. 이 용어는 해당 부서, 기관 및 조직을 포함한 국가 및 지방정부를 의미하지만 이에 한정하지 않는다. 이와 같이 「부동산 규정」에서 사용하는 entity의 개념에는 기업, 법인, 단체, 정부, 기관 등을 포함하고 있다(이하에서는 '법인 등'이라고 한다).[32]

미국의 「부동산 규정」이 외국인과 법인 등의 개념을 다양하게 규정하고 있는 것은 과거의 형식적인 국적의 기준으로는 효과적인 규제를 할 수 없다고 판단하였기 때문이다. 법인의 형태도 다양하고, 외국의 기관도 출자 등을 통해 지배권을 행사하기 때문이다. 미국의 「부동산 규정」은 과거와 달리 실질적인 지배 주체를 기초로 하여 외국인의 개념과 기준을 재정립하고 있다는 점에 주목해야 한다.

3. 지배와 모기업

미국의 외국인 토지거래 규제에 관한 「부동산 규정」에서 '지배'(control)가 중요한 개념이자 기준이 되고 있다[33]. 미국의 「부동산 규정」에 의하면 지배란 직접적이든 간접적이든 행사 여부와 관계없이 법인 등에 대한 전체 의결권의 과반수 또는 지배적 소수자의 소유권을 통해 이사회의 대표, 대리 투표, 특별 지분, 계약, 합의에 따라 공식 또는 비공식적 합의 또는 기타 수단에 의해 법인 등에 영향을 미치는 중요한 사항을 결정, 지시 또는 의결하는 권한을 의미한다[34].

특히, 다음과 같은 사항 또는 법인 등에 영향을 미치는 중요한 사항에 관한 결정, 지시, 조치, 판단, 의결하는 것을 의미한다. ① 일반적인 사업 진행에 관계없이 법인 등의 유무형의

32) 31 CFR § 802.213. 본고에서는 「부동산 규정」이 corporation 등을 별도로 사용하고 있는 점과 개념 정의 등을 고려하여 기업 등보다는 법령의 규정대로 법인 등(entity)로 사용하고자 한다.
33) 31 CFR § 802.208.
34) 31 CFR § 802.221 (c)(5); 31 CFR § 802.221 (c)(6)31 CFR § 802.208(a).

주요 자산의 매각, 리스, 담보, 모기지 또는 기타 양도, ② 법인 등의 조직개편, 합병 또는 해산, ③ 법인 등의 생산, 운영 또는 연구개발 시설의 폐쇄, 재배치 또는 실질적인 변경, ④ 법인 등의 주요 지출 또는 투자, 자본 또는 부채의 발행, 배당금 지급 또는 운영예산의 승인, ⑤ 법인 등이 추진할 새로운 사업대상이나 벤처의 선정, ⑥ 법인 등의 중요한 계약의 체결, 종료 또는 불이행, ⑦ 법인 등의 비공개 기술, 재무 또는 기타 소유 정보의 처리를 관리하는 법인 등의 정책 또는 절차, ⑧ 임원 또는 선임 관리자의 임명 또는 해임, 또는 파트너십의 경우 무한책임사원의 임명 또는 해임, ⑨ 중요 핵심기술 또는 민감한 기술 또는 미국 정부 기밀 정보에 접근할 수 있는 직원의 임명 또는 해임, 그리고 ⑩ 규정[35]에 기술된 사항에 관한 '법인'등의 정관, 구성 협약서 또는 기타 조직문서의 개정 등이다.

한편 복수 이상의 외국인이 법인 등에 소유 지분을 가지고 있는 상황에서 지배의 문제를 검토할 때, 외국인과 관련이 있는지 또는 함께 행동하기 위한 공식적인 또는 비공식적인 약정이 있는지, 그들이 단일 외국 국가의 국가 또는 하위 국가 정부의 기관 또는 기구인지, 그리고 특정 외국인 개인과 그 기업에 소유 지분이 있는 다른 개인이 모두 단일 외국 국가 또는 지방정부에 의해 통제되는가와 같은 요인을 고려해야 판단하도록 하고 있다.[36]

한편 미국의 「부동산 규정」에 의하면 소액주주 보호를 위한 것은 그 자체로 법인 등에 대한 지배력을 부여하는 것으로 간주하지 않는다.[37] 즉, ① 법인 등의 전체 또는 실질적으로 전체 자산의 매각 또는 담보를 방지하거나 파산 또는 청산을 위한 자발적 신고를 저지할 수 있는 권한 ② 법인 등이 다수의 투자자 또는 그 계열사와 계약을 체결하지 못하도록 하는 권한 ③ 법인 등이 다수 투자자 또는 그 계열사의 의무를 보장하지 못하도록 하는 권한 ④ 법인 등이 해당 법인 등에 대한 이해관계를 전환하는 추가 상품을 발행하는 경우 법인 등에 대한 투자자의 비례 지분이 희석되는 것을 방지하기 위해 법인 등에 대한 추가 지분을 매입할 수 있는 권리 ⑤ 해당 주식을 관리하는 관련 기업 문서에 규정된 바와 같이, 소액 투자자가 보유한 특정 주식 종류의 기존 법적 권리 또는 선호도의 변경을 방지할 수 있는 권한 ⑥ 법령과 관련한 법인의 정관, 설립협약 또는 기타 조직 문서의 수정을 저지할 수 있는 권한 등이다[38].

미국의 「부동산 규정」에 의하면 주된 사무소란 규정에 따라 법인 등의 경영진이 법인 등

35) 31 CFR § 802.208(a)(1)부터 (9).
36) 31 CFR § 802.208(b).
37) 31 CFR § 802.208(c).
38) 31 CFR § 802.208(c) (1)에서 (5)까지 기술된 사항을 말한다.

의 활동을 지시, 통제 또는 조정하는 주요 장소를 의미한다. 또는 투자 기금의 경우 펀드의 활동은 주로 무한책임사원, 전무이사 또는 이와 동등한 자에 의해 지시, 감독, 통제 또는 조정되는 경우를 말한다.[39] 모기업이란 기업과 관련하여 다음을 의미한다.[40] ① 직간접적으로 다음의 행위를 한 자이다. 첫째, 법인 등에 대한 의결권[41]의 50% 이상을 보유하고 있거나 보유하려는 경우 둘째, 법인 등 이익의 최소 50%에 대한 권리를 보유하고 있거나 보유하려는 경우 또는 법인 등 자산의 최소 50%에 대한 해산 시 권리를 보유하고 있거나 보유하려는 경우 등이다[42]. ② 무한책임사원, 상무 임원 또는 이와 동등한 자이다. 한편 다른 법인 등(중간 모기업)과 관련하여 규정[43]의 조건을 충족하는 모든 법인 등은 중간 모기업이 속한 다른 법인 등의 모기업에 해당한다고 본다[44].

미국의 「부동산 규정」도 법인의 외형적 구조가 아니라 실질적 지배 구조를 기준으로 외국인과 외국기관 그리고 모기업에 해당하는가를 판단하고자 하는 것이다. 과거 인적 구조를 중심으로 판단하던 기준에서 직접적이든 간접적이든 행사 여부와 관계없이 '법인 등에 대한 전체 의결권의 과반수 또는 지배적 소수자의 소유권을 통해 이사회의 대표, 대리 투표, 특별 지분, 계약, 합의에 따라 공식 또는 비공식적 합의 또는 기타 수단에 의해 법인 등에 영향을 미치는 중요한 사항을 결정, 지시 또는 의결하는 권한을 지니고 있는지를 토대로 판단하는 것이다. 이처럼 미국의 「부동산 규정」은 기업, 회사, 기관, 단체, 외국 정부 등의 형태가 매우 복잡하게 변화하는 것을 주시하면서, 시대적 변화에 맞게 외국 법인 등을 판단하는 기준을 새롭게 제시하고 있다.

4. 재산권과 임대

미국의 「부동산 규정」에 의하면 재산권이란 부동산과 관련하여 행사 여부, 다른 사람과 동시에 공유하는지 여부, 본래 부동산이 지역권 기타 저당권의 대상이 되는가를 나타내는 다음과 같은 권리 또는 법적 권한을 의미한다고 한다.[45] 즉, ① 부동산에 물리적으로 접근

39) 31 CFR § 802.232 (a)(b).
40) 31 CFR § 802.229 (a).
41) § 802.244 의결권이란 해당 지분의 소유자 또는 보유자가 법인 등의 이사 선출(또는 법인이 아닌 법인 등의 경우 유사한 기능을 수행하는 자) 기타 당해 법인 등에 영향을 미치는 사항에 대해 투표할 수 있는 권한을 갖는 법인 등에 대한 모든 이해관계를 의미한다.
42) 31 CFR § 802.229(c) (1).
43) 31 CFR § 802.229(a) (1) 또는 (2).
44) 31 CFR § 802.229(c) (2)(3).
45) 31 CFR § 802.233 (a).

하는 권리 또는 법적 권한 ② 타인이 부동산에 물리적으로 접근하는 것을 배제하는 권리 또는 법적 권한 ③ 부동산의 개선 또는 개발하는 권리 또는 법적 권한 ④ 부동산에 고정되거나 움직일 수 없는 구조물이나 물건을 부착하는 권리 또는 법적 권한 등이다[46]. 그리고 임대차란 소유권을 제외하고, 부동산에 대한 보유 지분을 일정 시간 동안 그리고 대가로 교환하여 부동산의 점유권을 타인에게 양도하는 것을 말한다. 임대차의 개념에는 전체 또는 부분적인 전대와 양도가 포함되어 있다.[47]

미국의 「부동산 규정」은 외국인에 의한 토지 소유권 취득 제한이 장기간의 임대차 방식으로 변형되고, 외국인의 장기간 임대차가 문제가 되고 있다는 점을 알고 있다. 외국인에 의한 신탁도 마찬가지이다. 또한 토지나 부동산에 대한 담보권의 설정에 따라 소유자는 외국 금융기관으로부터 융자를 받을 수 있다. 문제는 외국인을 위해 설정된 담보권의 실행에 따라 외국 금융기관 등에 의한 토지나 부동산의 취득이 가능하게 된다는 점이다. 미국의 「부동산 규정」은 외국인에 의한 지역권의 설정을 제한하거나 외국의 금융기관에 의해 행해진 융자를 보증하기 위해 설정된 담보권에 대해 예외적으로 취급하도록 하고 있다.

Ⅲ. 심사대상 포트와 부동산

1. 심사대상 포트

미국의 「부동산 규정」에 따라 심사대상이 되는 5가지 부동산 유형은 다음과 같다. 즉, 심사대상이 되는 공항 또는 대상이 되는 해상 항만에 속하거나 그 일부로 기능하는 부동산이다. 심사대상 포트(covered port)란 규정에 따라 다음과 같이 리스트된 포트를 말한다.[48]

① 교통부 연방 항공국의 연간 최종 항공기 데이터와 49 USC 40102로 정의된 '대형 허브 공항'[49]

46) 31 CFR § 802.233 (a)(1).
47) 31 CFR § 802.226 (b)(1) (2). 31 CFR § 802.226; 파트 800이 적용될 수 있는 특정 장기 임대 및 양도에 대해서는 31 CFR § 800.249 (a) (5) 참조.
48) 31 CFR § 802.210(b). 이 조항의 단락 (a)에 설명된 목록은 교통부 웹 사이트에 게시되어 있다.
49) https://www.faa.gov/airports/planning_capacity/passenger_allcargo_stats/passenger/ Passenger Boarding(Enplanement) and All-Cargo Data for U.S. Airports. 상업 서비스 공항에서의 비행기(등급별) 파일 참조. 대형 허브 공항은 '허브' 열 제목 아래에 'L'로 식별됨.

② 교통부 연방 항공국 (Federal Aviation Administration) 데이터에서 연간 총 화물 운송 중량이 12억 4천만 파운드 이상인 공항[50]

③ 교통부 연방 항공청이 '군민 공동 이용 공항'으로 49 USC 47175에 의해 지정된 공항[51]

④ 교통부 해운관리부에 의해 규정된 국가 항만 준비 네트워크 내의 상업적 전략 항만[52]

⑤ 교통부 교통 통계국 데이터에 의한 상위 25위 총톤수, 컨테이너 또는 건식 벌크 포트[53]

그런데 대상 포트가 「부동산 규정」[54]에 따라 적용되는 심사대상 포트인가 여부를 결정하기 위해 다음과 같은 기준을 적용한다. 첫째, 2020년 2월 13일 이후에 「부동산 규정」에 명시된 리스트에 추가된 모든 포트는 교통부에서 관리하는 리스트에 해당 포트가 추가된 후 30일이 될 때까지 대상이 되는 포트에 해당하지 않는 것으로 간주한다. 둘째, 특정한 거래의 중요 조건 또는 거래 완료일을 규정한 서면 문서에 당사자가 서명하기 바로 직전, 그 이전, 즉 거래 완료일 전일에 효력을 발휘하는 대상 포트에 적용한다.[55]

---

50) https://www.faa.gov/airports/planning_capacity/passenger_allcargo_stats/passenger/ 착륙 중량별 전 화물 공항 파일 참조. 연방 항공국(FAA)에서 지정한 미국 공항(2018년 수치 기준)에 대해서는 미국 공항 및 민간·군사 공동(공동 사용) 공항에 대한 승객 탑승 (탑승) 및 모든 화물 데이터를 참조.

51) https://www.faa.gov/airports/planning_capacity/joint_use_airports/. Joint Civilian/Military (민군 공동 사용) 공항. FAA는 민간인이 민군 공용 공항으로 알려진 군용 비행장에 접근하는 것을 원할 때 해당 군부서와 협력한다. 민간 항공기 활동을 허용하는 민군 공용 군사 비행장 21개 군사시설은 다음과 같다. Air Force : AF Plant 42, Palmdale, CA; Charleston AFB, Charleston, SC; Dover AFB, Dover, DE; Eglin AFB, Valparaiso, FL; Grissom AFB, Peru, IN ; Kelly/Lackland AFB, San Antonio, TX; March ARB, Riverside, CA ; Scott AFB (Mid America), Belleville, IL ;Sheppard AFB, Wichita Falls, TX; Westover ARB, Chicopee, MA. Army : Blackstone AAF (Ft. Pickett), VA ; Camp Guernsey AAF, Guernsey, WY; Dillingham AAF, Waialua, HI;Forney AAF (Fort Leonard Wood), MO;Robert Gray AAF, Ft. Hood/Killeen, TX;Grayling AAF, (Camp Grayling), MI; Libby AAF (Ft. Huachuca), Sierra Vista, AZ; Sherman AAF, (Ft. Leavenworth), KS ; Sparta/Fort McCoy (Sparta), WI ; Wright AAF (Fort Stewart) Midcoast Rgnl, Ft Stewart/Hinesville, GA. Navy : MCAS Yuma, Yuma, AZ.

52) https://www.maritime.dot.gov/ports/strong-ports/national-port-readiness-network-nprn(2021.7.7. 열람). National Port Readiness Network (NPRN)은 비상사태 및 기타 국방 비상시 군사 배치를 지원하기 위한 상업항의 준비 상태를 보장하기 위해 고안된 협동 네트워크이다. NPRN은 NPRNSG(National Port Readiness Network Steering Group), NPRNWG(National Port Readiness Network Working Group) 및 9개 연방 기관과 조직으로 구성된다. 각 전략 상업항에는 9개 기관 대표들이 항만준비위원회(USCG Relative Port Captain of the Relative Port)를 운영하여 평시 및 실제 국방 비상시 효율적인 항만 운영을 조정할 수 있는 수단을 제공하고 있다.

53) https://www.bts.gov/content/list-top-25-tonnage-container-and-dry-bulk-ports. (2021.7.7. 열람). 지정된 미국 해상 항만에 대해서는 교통부 웹 사이트의 NPRN (National Port Readiness Network) 및 Top 25 톤수, 컨테이너 및 드라이 벌크 포트 참조.

54) 31 CFR § 802.210(a).

55) 31 CFR § 802.210 (b).

2. 대상 부동산과 거래

미국의 「부동산 규정」에 의하면 심사 대상 부동산이란 다음 각 목에 해당하는 부동산을 말한다.[56] 대상 포트에 있거나 그 안에 위치하거나 그 일부로 기능하는가. 또는 다음과 같은 곳에 위치하는가에 따라 판단한다. ① 「부동산 규정」 부록 A의 1부 또는 2부에 있는 목록에서 명시된 것으로서 규정[57]에서 명시한 군사시설 또는 미국 정부의 다른 시설 또는 재산에 근접성[58]이 있는 것 ② 「부동산 규정」의 부록 A의 2부에 있는 목록에서 명시된 것으로서 규정에 기술된 군사 설비의 확장된 범위[59] ③ 「부동산 규정」의 부록 A의 3부에 있는 목록에서 명시된 것으로 규정[60]에 기술된 군사시설과 관련하여 특정한 모든 카운티 또는 기타 지구 ④ 「부동산 규정」의 부록 A의 부분 4에서 명시된 바와 같이 규정[61]에 명시된 군사시설의 모든 부분, 그리고 미국 영해의 경계 내에 있는 범위 등을 말한다.

대상 부동산 거래란 다음과 같은 경우를 의미한다.[62] ① 적용 예외 부동산거래 외에 심사 대상 부동산에 대한 외국인 개인에 의한 매입, 임대 또는 양도에 따른 재산권 중 적어도 3가지 이상을 외국인에게 제공하는 것 ② 적용 예외 부동산거래 외에 해당 대상 부동산에 관하여 외국인 개인이 갖는 권리의 후속적 변경을 통해, 심사 대상 부동산의 외국인 개인에 의한 매입, 임대 또는 양도가 규정에 따른 재산권 중 적어도 3개를 보유하게 되는 경우[63], 또는 ③ 부동산거래와 관련하여 섹션 721의 적용을 회피하거나 회피하려는 의도를 가진 기타 거래, 양도, 합의 또는 약정 등이다.

심사대상이 되는 부동산거래는 다음과 같다. ① 첫째 외국인(적용 예외 부동산 투자자 제외)이 직접 또는 간접적으로 대상 부동산을 매매·임대·양도를 받는 경우를 포함하여 규정의 기준을 충족하는 거래[64] ② 심사 대상 부동산에 대해 적어도 3개의 재산권을 갖는 외국

56) 31 CFR § 802.211.
57) 31 CFR § 802.227(b).
58) '근접'(close proximity)이란 31 CFR § 802에서 특정한 미국 정부의 군사시설 또는 다른 시설 또는 재산과 관련하여 그러한 군사시설, 시설 또는 자산 경계로부터 바깥쪽으로 1마일 떨어진 영역을 의미한다. 31 CFR § 802.203.
59) '확장 범위'(extended range)란 31 CFR § 802.227 (h), (k) (m)에 명시된 군사시설과 관련하여 파트 802 부록 A의 파트 2에 특정된 지역에서 군사시설에 근접한 외부 경계로부터 99마일까지 확장되는 영역을 의미한다. 한편 확장 범위는 미국 영해의 외측 한계를 초과하지 않는 범위를 말한다. 31 CFR § 802.217.
60) 31 CFR § 802.227(a).
61) 31 CFR § 802.227(p).
62) 31 CFR § 802.212 ; https://www.proskauer.com/alert/final-cfius-rules-issued-what-it-means-for-real-estate-transactions-and-investors.(2021.7.7. 검색).
63) 31 CFR § 802.233.
64) 31 CFR § 802.212; 31 CFR § 802.301(h)(1); 31 CFR § 802.301(a).

인(적용 예외 부동산 투자자 제외)이 심사 대상 부동산에 대한 완전한 소유권을 갖추지 못한 매수[65] ③ 외국인(적용 예외 부동산 투자자 제외)이 부동산을 매매·임대·양도하는 경우 그 일부가 3개 이상의 재산권을 보유한 부동산에 포함되는 경우[66] ④ 3개 이상의 재산권을 보유하고 있는 외국인(예외 부동산 투자자 제외)에 의한 심사대상 부동산의 매매·임대·양도[67] ⑤ 외국인(적용 예외 부동산 투자자 제외)이 다른 외국인으로부터 규정의 기준을 충족하는 심사대상 부동산의 매매·임대·양도[68] ⑥ 외국인(적용 예외 부동산 투자자 제외)이 심사 대상 부동산에 대한 매매·임대·양도에 따라 그 외국인이 심사대상 부동산에 대해 갖는 권리가 그 후 변경되고, 그 결과 외국인이 최소 3개의 재산권을 갖게 되는 것[69] 그리고 ⑦ 규정의 적용을 회피하거나 회피하도록 설계되었거나 의도된 거래 등이다[70].

3. 군사시설

미국의 「부동산 규정」에 의하면 군사시설이란 부록 A에 있는 목록에 명시된 대로 다음 범주 설명에 해당하는 모든 사이트를 의미한다.[71] 즉, '(a) 공군 탄도 미사일 기지 (b) 공군 탄도 미사일 기지를 관리하는 공군 부대 (c) 공군 항공 전투 사령부의 부대를 포함하는 공군 기지 및 주요 부속시설 (d) 공군 연구소 또는 시험소 및 관련 대지를 포함하는 공군 기지 및 주요 부속시설 (e) 북미 항공 우주 방위 사령부와 그 지역을 포함하는 공군 기지 및 주요 부속시설 (f) 위성, 원격 측정, 추적 또는 지휘 시스템을 포함하는 공군 기지 및 주요 부속시설 (g) 이 조항에 규정한 군사시설과 병설되지 않은 저장고, 무기고 및 비행장을 제외한 군사기지, 탄약 공장, 우수 연구소와 그 주요 부속시설 (h) 미국에 위치한 육군 전투 훈련 센터 (i) 국방부 장관 부속 첨단연구단 본부와 주요 사무소 및 부속시설 (j) 알래스카, 노스다코타, 캘리포니아 또는 매사추세츠주에 있는 장거리 레이더 사이트 및 주요 부속시설 (k) 10 USC 196에 정의된 주요 범위 및 시험 시설 기본 활동 (l) 파견대, 시설, 물류 대대, 신병 기지 및 지원 시설을 제외한 해병대 기지와 비행장 및 그 주요 부속시설 (m) 해군 또는 공군이 소유한 10 USC 101 (e) (1)에 규정된 군사 범위 또는 오레곤, 네바다, 아이다 호, 위스콘신,

65) 31 CFR § 802.301(b).
66) 31 CFR § 802.301(h)(5); 31 CFR § 802.301(c).
67) 31 CFR § 802.301(d).
68) 31 CFR § 802.301(e).
69) 31 CFR § 802.212; 31 CFR § 802.301(h)(7); 31 CFR § 802.301(f).
70) 31 CFR § 802.301(g).
71) 31 CFR § 802.227.

미시시피, 노스캐롤라이나, 플로리다 주에 있는 합동 부대 훈련 센터 (n) 대서양 잠수함 부대 또는 태평양 잠수함 부대와 그 주요 사무소의 편대 및 지원사령부를 포함하는 해군 기지 및 비행장, 주요 사무소 (o) 해상, 항공, 해저 전쟁 센터, 연구소와 그 주요 부속시설 (p) 해군 근해 범위 단지 및 근해 작전 지역 등'이다.

그리고 「부동산 규정」의 지리적 기준과 관련하여 부록 A의 파트 1에는 특정된 군사시설 131개, 파트 2에는 32개 시설이 리스트가 되어 있다. 「부동산 규정」에 따라 알래스카, 캘리포니아, 오리곤 및 워싱턴의 서해안 주에서 심사대상이 되는 공항과 항만은 알래스카 앵커리지 (ANC), 오리곤 포틀랜드 등이다.[72]

특히 미국 국경에서 1마일 이내의 심사 대상 시설과 32개의 군사시설 중 '확장된 범위'내에 있는 서부 해안의 군사시설을 특정하고 있다.[73] 이것은 시설과 근접한 토지와 시설로부터 확장된 범위 토지 사이에 위치한 모든 부동산을 포함하고 있다. 이러한 군사시설은 일반적으로 물리적 또는 전자적 감시에 민감한 훈련 범위 또는 발사 지점을 포함하고 있다. '근접' 및 '확장 범위' 범위 내의 서부 해안 기지와 서해안 군사시설은 99마일 확장 범위 규정에 따라 보호되고 있다.[74]

부동산의 지리적 위치가 미국 영해의 경계 내(해안선으로부터 12해리)에 있고, 「부동산 규정」 부록 A의 4부에 특정된 23개의 해상군사 작전, 훈련 및 사거리 지역 내에 위치한 섬 및 비정기적인 반도의 부동산은 해상군사 범위에 관련한 지도에 표시되어 있으며, 미국 서해안의 경우 4개가 리스트 되어 있다[75]. 미국의 영해와 관련해서는 국립 해양대기청(NOAA)이 게시한 지도의 미국 영해의 경계가 표시를 참고해야 한다.

72) 심사 대상 공항은 다음과 같다. ALASKA : 앵커리지 (ANC), 캘리포니아: 로스앤젤레스 (LAX), 오클랜드 (OAK), 팜 데일 (공동 AF 플랜트 42), 리버사이드 (공동 사용 March ARB), 산 디에고 (SAN), 샌프란시스코 (SFO), OREGON : 포틀랜드 (PDX), 워싱턴 : 시애틀-타코마 (SEA). 심사 대상 항만은 다음과 같다. ALASKA : 앵커리지, 케치칸, 발데즈, 캘리포니아 : 로스앤젤레스, 롱비치, 오클랜드, 샌디에이고, OREGON : 포틀랜드, 워싱턴 : 칼라마, 롱뷰, 시애틀, 타코마.

73) 리스트는 각 군사시설에 대해 규정이 특정한 위치를 표시하지만, 대규모 시설의 경우 대상 부동산이 특정 지리적 위치에 국한되지 않을 수 있다. 각각의 경우 시설의 명칭이 괄호 안에 표기되어 있다. 전국적으로 특정된 군사시설의 위치는 미국 인구 조사국 웹 사이트(U.S. Census Bureau website)의 지도를 참조.

74) 알래스카 : 앵커리지 (Elmendorf-Richardson 합동 기지), Anderson (클리어 공군 기지), Cape Newenham (Cape Newenham 장거리 레이더 기지), Delta Junction (Fort Greely), * Fairbanks (Fort Wainwright) * 및 (Eielson 공군 기지)), Fort Yukon (Fort Yukon 장거리 레이더 사이트), Ketchikan (남동 알래스카 음향 측정 시설), Kodiak Island (Kodiak 추적 스테이션), Oliktok (Oliktok 장거리 레이더 사이트)등 캘리포니아 : Edwards (Edwards 공군 기지), * El Segundo (로스앤젤레스 공군 기지), Fairfield (Travis 공군 기지), Lompoc (Vandenberg 공군 기지), * Norco (해군 병기 기지 해안 파견대), Oceanside(해병대 베이스캠프 Pendleton), Point Mugu (해군 기지 Ventura 카운티 -Point Mugu 운영 시설), Twentynine Palms(해병대 항공 지상 전투 센터)등. OREGON : Boardman (해군 무기 시스템 훈련 시설 Boardman). 워싱턴 : Keyport (해군 기지 Kitsap-Keyport), Spokane (Fairchild 공군 기지) 등.

75) 캘리포니아 연안 : Northern California Range Complex, Point Mugu Sea Range, Southern California Range Complex. 오레곤 및 워싱턴 연안 : Northwest Training Range Complex.

Ⅳ. 적용 예외 부동산과 거래

1. 적용 예외 부동산과 예외 국가

미국의 「부동산 규정」에 따라 호주, 캐나다 및 영국은 심사대상이 아닌 적용 예외 국가에 해당한다. 이들 3개 국가는 특정 부동산이 규정이 적용되는 위치에 포함되더라도 지리적 특정 예외에 추가하여 규정 적용 범위에서 거래가 제외될 수 있다. 「부동산 규정」은 외국인 적용 예외 부동산 기준에 따라 일종의 심사를 하여 특정 국가의 외국인에 대해서는 포괄적인 면제를 하고 있다. CFIUS는 미국의 강력한 국가안보 기반과 방향 등에 부합하는지에 대한 검토를 통해 미국의 우호 협력 국가로서 적용 예외 국가 제도를 운용하고 있다.

이와 관련하여 「부동산 규정」의 세부 조항에는 해당 국가의 특정 당사자가 예외 자격을 얻기 위해 국적 및 자격 규정 등을 충족하는지를 규정하고 있다. 「부동산 규정」에 따라 적용 예외의 대상이 되려는 외국 국가는 2022년 2월 13일까지의 기준[76]과 2022년 2월 13일 이후의 기준[77]을 모두 충족해야 한다.[78] 즉 CFIUS가 적격인 외국 국가로 특정하고, 규정[79]에 따라 결정을 내린 외국의 국가를 말한다.

그러나 「부동산 규정」의 적용 예외 규정은 외국인이 미국 비즈니스에 투자하는 거래에 포함된 부동산거래에는 적용되지 않는다. 미국 비즈니스에 대한 외국인의 투자를 심사하는 CFIUS의 별도 규정에 따라야 한다[80]. 즉, 심사 대상 부동산 거래에는 미국 비즈니스를 구성하지 않는 거래만 포함된다. 이 규정은 공통적이고 주택 사용에 부수적인 주택 주변 토지를 포함하여 모든 단독주택에 대해서 적용하지 않는다.[81] 주택이 아닌 외국인의 별도 토지 취득은 규정 적용 범위에서 제외될 가능성이 작다.

76) 31 CFR § 802.214(a).
77) 31 CFR § 802.214(a) 및 (b).
78) 31 CFR § 802.214; 31 CFR § 802.1001(a)에 따른 결정의 연방관보에 고시로 게재. 이에 대해서는 31 CFR § 802.1001(c)을 참조. 적용 예외 국가 목록은 재무부 웹사이트의 위원회 섹션에서도 확인할 수 있다.
79) 31 CFR § 802.1001(a).
80) 31 CFR 800.
81) § 802.223 주택 단위란 단독 주택, 타운 홈, 이동식 주택 또는 트레일러, 아파트, 원룸 또는 하나의 거주 공간, 공실의 경우 별도의 거주 공간으로 사용할 것을 목적으로 하는 공간을 의미한다.

2. 적용 예외 부동산거래

미국의 「부동산 규정」에 따르면 심사대상이 아닌 부동산거래는 다음과 같다[82]. 규정[83]의 적용 예외 부동산거래의 정의를 충족하는 거래, 대상 부동산의 외국인에 의한 매입 또는 임대 또는 양도 또는 후속 권리 변경으로 인해 외국인이 해당 부동산과 관련하여 3개 이상의 재산권을 갖지 않는 것, 유가증권 인수자 역할을 하는 사람이 일반적인 업무 과정과 인수 과정에서 유가증권을 취득하는 것, 그리고 보험사가 정상적인 업무 과정에서 계약 체결에 따른 충실의무, 보증책임 또는 재해채무와 관련된 보험 계약 조건에 따른 인수 등이다.

그리고 적용 예외 부동산거래란 다음을 의미한다고 규정하고 있다[84]. ① 대상 부동산의 적용 예외 부동산 투자자에 의한 구매 또는 임대 또는 양도 또는 대상 부동산과 관련하여 적용 예외 부동산 투자자의 권리 변경, 파트 800에 규정된 대상 부동산의 구매, 리스 또는 양도를 포함한 심사 대상 거래[85], 규정[86]의 대상이 되는 부동산을 제외하고, 도시화 지역 또는 도시 클러스터[87] 내에 있는 심사 대상 부동산의 구매, 임대 또는 양도[88], 단독주택 단위로 부동산을 사용하는데 부수적인 범위까지 고정물 및 인접 토지를 포함하여 단독주택 단위인 대상 부동산의 매입, 임대 또는 양도 등이다[89].

그리고 규정[90]에 따라 대상 부동산의 외국인에 대한 임대 또는 양도 등은 적용 예외 부동산에 해당한다. 첫째, 외국인이 법령상[91] 정의에 따라 국토안보부 교통보안국이 규정[92]에 따라 안전보장 프로그램을 수락한 외국 항공 항공사에 대한 임대 또는 양도가 외국 항공사로서의 활동을 촉진하는 경우 또는 임대 또는 양도 조건에 따라 대상 부동산이 일반인에게 소비재 또는 서비스의 소매 판매에 참여할 목적으로만 사용하는 경우 등이다[93].

82) 31 CFR § 802.302.
83) 31 CFR § 802.216.
84) 31 CFR § 802.216.
85) 31 CFR § 802.216 (h)(1)(2).
86) 31 CFR § 802.211(a) 또는 (b)(1).
87) 도시 클러스터(urban cluster)란 가장 최근의 미국 인구 조사에서 확인된 통계적 지리적 영역을 의미하며, 인구 조사 지역 또는 구획과 인구가 최소 2,500명 이상 50,000명 미만이 인접하는 적격 지역으로 구성된다. 31 CFR § 802.239. 도시화 지역(urbanized area)은 가장 최근의 미국 인구 조사에서 확인된 통계적 지리적 영역을 의미하며, 인구 조사 지역 또는 구획과 인구가 최소 50,000 명 이상이 인접하는 적격 지역으로 구성된다. 31 CFR § 802.240.
88) 31 CFR § 802.216 (h)(6)(7).
89) 31 CFR § 802.216 (h)(9) (10).
90) 31 CFR § 802.211(a).
91) 49 USC 40102 (a) (21).
92) 49 CFR 1546.105.
93) 31 CFR § 802.216 (e).

거래가 완료되었을 때 다음과 같이 부동산에 적용되는 복합 건물 내 상업용 공간의 외국인에 의한 구매 또는 임대 또는 양도 등은 적용 예외 부동산에 해당한다. 첫째, 외국인과 그 계열사가 해당 건물의 상업 공간 총면적의 10%를 초과하는 해당 건물의 상업 공간에 대해 종합적으로 보유, 임대 또는 양도하지 않는 경우 둘째, 외국인과 그 계열사 (각각 별도 집계)는 건물의 상업 공간에 대한 소유권, 임대 및 양도 계약 수를 기준으로 총세입자 수의 10%를 초과하지 않는 경우 등이다[94].

그리고 다음의 대상 부동산의 외국인에 의한 구매 또는 임대 또는 양도 등은 적용 예외 부동산에 해당한다. 첫째, 법령에 정의된 알래스카 '네이티브 빌리지','네이티브 그룹' 또는 '네이티브 코퍼레이션'이 소유하고 있는 것 둘째, 규정에 명시된 아메리칸 인디언, 인디언 부족, 알래스카 원주민 또는 법인 등 대해 신탁하고 보유하고 있는 것 등이다[95].

3. 적용 예외 부동산 투자자 등

적용 예외 부동산 투자자란 거래 완료일을 기준으로 규정[96]의 적용을 받는 외국인을 의미한다[97]. 적용 예외 부동산 국가의 국민이고, 적용 예외 부동산 국가가 아닌 외국의 국적을 갖지 않은 외국인, 적용 예외 부동산 국가의 외국 정부, 또는 적용 예외 부동산 국가 또는 미국의 법률에 따라 조직되고, 적용 예외 부동산 국가 또는 미국에 주 사업장을 두고 있는 법인 등이다.

그리고 미국의 「부동산 규정」에 따라 자신과 각 모회사(있는 경우)와 관련하여 다음 각 조건을 충족하는 법인 등을 말한다. 첫째, 해당 법인 등이 적용 예외 부동산 국가의 법 또는 미국의 법률에 따라 조직된 것 둘째, 해당 법인 등이 적용 예외 부동산 국가 또는 미국에 주 사업장을 두고 있는 것 셋째, 이사회 또는 그에 상응하는 이사회의 구성원 75% 이상과 옵서버 75% 이상이 미국 국적자 또는 적용 예외 부동산 국가 이외의 외국 국민이 아닐 것 등이다. 외국인 또는 외국의 단체로서 개별적으로, 그리고 전체적으로 10% 이상의 의결권을 보유한 자, 그 기업의 이익의 10% 이상에 대한 권리를 보유한 자, 해산의 경우 그 기업의 자

94) 31 CFR § 802.216 (h)(11).
95) 43 USC 1602;31 CFR § 802.216 (g)(1).
96) 31 CFR § 802.215 (c) 및 (d).
97) 31 CFR § 802.215 (a);
https://www.proskauer.com/alert/final-cfius-rules-issued-what-it-means-for-real-estate-transactions-and-investors. (2021.7.7. 검색).

산 중 10% 이상에 대해 그 권리를 보유하는 자, 또는 그러한 법인 등에 대한 통제를 행사할 수 있는 경우이다. 98)

그러나 다음의 경우는 부동산거래와 관련하여 적용 예외 부동산 투자자에 해당하지 않는다99). 즉, 거래 완료일 전 5년 동안 외국인, 그 모기업 또는 자신이 모기업인 법인 등으로서 다음에 해당하는 경우이다. part 800 또는 801에 따라 위원회로부터 통지 또는 신고에 중대한 허위 진술 또는 누락을 했거나 거짓 인증을 했다는 서면 통지를 받은 경우와 섹션 721100)에 따라 위원회 또는 주무 기관에 의해 체결된 경감 협정의 중요한 조항, 부과된 중요 조건 또는 명령을 위반했다는 서면 통지를 위원회로부터 받은 경우 그리고 섹션 721(d)에 따라 대통령이 조치를 행한 경우 등이다.

한편 미국 재무부 외국자산관리청(OFAC)로부터 벌칙을 부과한 위반 고지서 또는 벌칙 통지서를 받은 자 그리고 개정된 「국제긴급경제권법」, 「적성국거래법」 또는 그에 기초하여 발령된 행정명령, 규정, 명령, 지시 또는 라이선스를 포함하여 OFAC가 관리하는 미국의 명백한 제재법 위반에 대해 OFAC와 합의, 계약 체결을 한 경우도 적용 예외 부동산 투자자에 해당하지 않는다.

국방부 국방통상통제국으로 부터 규정101)에 기재된 서면에 의한 금지 통지서를 수령한 경우와 2018년 「수출관리개혁법」, 「수출관리규정」102) 또는 그에 따라 발령된 행정명령, 규정, 명령, 지시 또는 허가를 포함하여, BIS가 관리하는 미국 수출 관리법령 위반에 대해 상무부가 내린 처분 명령의 피신청인 또는 당사자인 경우도 적용 예외 부동산 투자자에 해당하지 않는다.

그리고 미국 원자력안전국으로부터 민사 처벌을 부과하는 최종 결정을 받은 경우와 미국 내 모든 관할권의 중범죄와 관련하여 유죄판결을 받았거나 법무부와 기소 유예 협약 또는 불기소 협약을 체결한 경우 등도 적용 예외 부동산 투자자에 해당하지 않는다103).

98) 「부동산 규정」 31 CFR § 802.215 (a)(3)(iv)에 의하면 단일 외국 국가 또는 하위 정부 기관 또는 기구 또는 기구와 관련이 있거나 이에 의해 지배되는 외국인, 공식 또는 비공식적인 협력 약정을 한 외국인은 외국인 그룹의 일부로 간주되고, 개별 소유권이 합산된다. 31 CFR § 802.215 (b).
99) 31 CFR § 802.215 (c).
100) 섹션 721은 수정된(50 U.S.C 4565) 1950년 국방생산법 섹션 721의 타이틀 VII을 의미한다. 31 CFR § 802.236.
101) 22 CFR part 127 및 128.
102) 50 U.S.C. 4801 et seq; 15 CFR 730-774.
103) 10 CFR part 810에 따라 시행된 1954년 원자력법 제57조 b 위반을 말한다.

Ⅴ. CFIUS의 판단과 국가안보

1. CFIUS의 심사와 판단

CFIUS는 해당 부동산거래를 검토하고, 심사 대상거래를 중단하거나 경감 완화조치 등을 요구할 수 있다. CFIUS는 심사 대상 부동산 거래의 당사자에 대해 잠재적으로 국가안보에 미칠 영향에 대해 문제를 제기할 수 있다. CFIUS가 국가안보에 대한 위협을 경감시키기 위해 추가적인 조치나 보완을 요구하는 경우 거래를 완료하기 전에 관련 자료를 제출해야 한다[104]. 심사 대상거래에 해당하는 거래의 경우 외국 당사자가 외국 국가 행위자와 연관되고 있는지를 판단해야 한다.

CFIUS는 신고서를 검토하는데 30일[105], 전체 신고의 경우에는 최소 45일[106]이 소요된다. 만약 국가안보 문제를 충분하게 검토해야 한다고 판단하는 경우 최소 45일이 추가된다. CFIUS는 조사가 시작된 날로부터 45일 이내에 또는 45일째가 영업일이 아닌 경우 45일째 이후의 다음 날 영업일까지 조사를 완료해야 한다[107]. 특별한 상황에서 주관 기관의 장이 서명한 서면 요청에 따라 15일 동안 조사를 연장할 수 있다. 특별한 상황이란 불가항력 사건으로 인해 또는 미국의 국가안보를 위해 위원장의 재량에 따라 조사를 연장해야 하는 상황과 적절한 조치 과정을 의미한다. 조사 연장 요청은 위원장이 조사를 연장해야 하는 특별한 상황을 구체적으로 설명해야 한다[108]. 조사가 완료되거나 종료되면 대통령에게 보고서를 송부하고, 대통령의 결정을 요청한다[109]. CFIUS는 대통령이 거래를 중단 또는 금지할 것을 권고할 수 있으며, 거래와 관련하여 대통령에게 결정을 요구한다.

CFIUS가 대상 부동산 거래에 관한 대통령의 결정을 요청하는 보고서를 대통령에게 보내는 경우 보고서에는 관련된 정보가 포함되어야 하며[110], 권고안을 제시해야 한다. CFIUS가 대통령에게 단일 권고안을 제시하는 결정을 내릴 수 없는 경우, CFIUS 위원장은 위원회의 보고서를 대통령에게 제출하면서 서로 다른 견해를 제시하고, 대통령의 결정을

104) 31 CFR § 802.801.
105) 31 CFR § 802.403.
106) 31 CFR § 802.503.
107) 31 CFR § 802.508 (a).
108) 31 CFR § 802.508 (e).
109) 31 CFR § 802.508 (b).
110) 섹션 721(d)(4)(A) 및 (B).

위한 쟁점을 제시해야 한다[111].

조사가 완료되거나 종료된 후 CFIUS가 대통령에게 보고서를 보내지 않고 신고된 대상 부동산 거래와 관련하여 섹션 721에 따른 모든 심의 조치를 종료하기로 결정한 경우 조치가 완료된다. 재무부 공무원은 당해 거래 당사자들에게 거래에 대해 조치를 종료하기로 결정했다는 것을 서면으로 즉시 통지해야 한다[112]. CFIUS는 대상 부동산 거래에 대한 검토 후 거래가 국가안보를 해칠 수 있고 그러한 경감조치가 완화되지 않았다고 결정한 경우 중요한 기반시설이 외국인에 의해 지배될 수 있는 모든 대상 부동산 거래에 대해 국가안보에 대한 영향을 결정하기 위한 조사에 착수해야 한다[113]. 재무부 공무원은 조사 시작을 서면으로 심사 대상 부동산 거래 당사자에게 즉시 알려야 한다[114].

2. 부동산거래와 국가안보의 판단기준

CFIUS가 완료된 거래에 대해 권한을 행사하여 외국인과의 거래와 그 소유권이 국가안보를 위협한다고 판단하면 그 거래나 소유권에 대해 경감 완화조치나 매각을 명령할 수 있다. 심사대상 포트의 경우 토지의 실제 구매 또는 임대에 대한 거래에 추가하여 항만시설과 관련하여 인프라를 운영하거나 개발할 목적으로 부동산을 사용하는 외국 법인 등에 대한 모든 거래에 대해서 적용하고 있다. 「부동산 규정」은 실제로 포트 내에 위치하지 않더라도 대상 포트의 일부로 기능할 부동산에 대해서도 심사하고 있다. 「부동산 규정」을 통해 CFIUS가 규정이 적용되는 모든 포트를 핵심 인프라로 명시하였기 때문이다. 외국인과 부동산거래를 체결하는 미국 포트는 특별한 주의를 기울여야 한다는 점을 「부동산 규정」과 법령을 통해 명시하고 있다.

「부동산 규정」에 의하면 심사대상이 되는 부동산 거래가 미국의 국가안보에 미치는 영향은 CFIUS가 분석한다. 특히 국가안보와 관련한 부동산거래에 대한 위험 분석은 다음과 같은 요소를 고려해야 한다.[115] 첫째, 위협성이다. 위협은 미국의 국가안보에 위해를 가할 외국인의 의도와 능력에 관한 것이다. 둘째, 취약성이다. 심사대상이 되는 부동산의 특성이

111) 31 CFR § 802.508 ©.
112) 31 CFR § 802.508 (d).
113) 31 CFR § 802.505 (b); 31 CFR § 802.503; 31 CFR § 800.214.
114) 31 CFR § 802.507.
115) 31 CFR § 802.102.

국가안보에 손상을 줄 수 있는지이다. 셋째, 잠재성이다. 국가안보에 미치는 영향, 즉 위협요소에 의한 취약성 악용에서 합리적으로 발생할 수 있는 국가안보에 대한 잠재적 영향에 대한 판단이다.

미국이 부동산거래에 대해 CFIUS를 통해 심사를 강화하는 것은 특정 부동산거래의 결과로 발생하는 미국의 국가안보에 대한 위험을 경감 내지 완화하기 위한 것이다. 미국 대통령의 판단에 따라 심사대상 부동산 거래를 하는 외국인이 미국의 국가안보를 해칠 수 있는 조치를 할 수 있다는 점에 대해, 대통령이 믿을 만하고 신뢰할 수 있는 증거가 있는 경우 심사대상인 부동산거래를 중단하거나 금지하도록 해야 한다. 그리고 섹션 721 및 「국제비상경제권법」등에 따라 미국의 국가안보를 보호할 수 있는 충분하고 적절한 권한을 제공하지 않을 경우 대통령이 심사 대상 부동산 거래를 중단하거나 금지하도록 해야 한다[116].

3. 심사대상 부동산과 국가안보의 적용기준

CFIUS는 핵심 인프라와 관련된 거래가 미국 국가안보를 위협하는지 조사하기 위해 특별히 많은 시간을 투자하여 검토한다. 「부동산 규정」에는 특정 유형의 부동산거래에 관해 다양한 사례와 예외를 설명하고 있다. 「부동산 규정」에 따르면 외국 당사자와의 특정 부동산거래에 적용되는지를 결정하기 위해 두 단계의 로드맵을 사용한다. 첫 번째는 심사대상 부동산의 특정 단계이다. 「부동산 규정」이 적용되는 미국 지역에 있는지와 특정 지역 예외가 적용되는지를 결정하는 방법이다. 두 번째는 심사 대상 부동산이 적용 예외에 해당하는가에 대한 판단단계이다. 해당 지역의 지리적 위치로 인해 규정을 적용할 부동산과 관련하여 예외에 해당하는가를 체크 하도록 하고 있다.

하지만 그 범위가 제한되어 있어 예상치 못한 방식으로 작동할 수도 있다. 다세대 건물의 상업 공간 임대에 대한 예외를 보면, 작은 건물의 점포 임대 및 사무실 건물에 세입자가 작은 경우 사무실 공간 임대와 같은 기타 일상적인 상업 임대에는 규정이 적용되지 않는다. 마찬가지로 단독주택 및 주택 지역의 전형적인 토지 매입에 대해서는 규정을 적용하지 않는다. 그러나 외국 당사자가 건물의 많은 부분을 임대하거나 부지가 비정상적으로 크거나 외국인 구매자가 후속 공터를 매입하는 경우 예외가 적용되지 않을 수 있다.

「부동산 규정」에 의하면 심사 대상거래가 매수, 임대, 양도 등에 해당하는가를 검토해야

116) 50 U.S.C. 1701. 김여선, “국제투자 규범에서 국가안보에 대한 규제”, 「서울法學」 제26권 제2호, 2018, 521-556 면.

한다. 필요에 따라 외국 당사자가 최소 3개의 재산권을 취득하는지 여부, 외국 당사자가 부동산거래에 참여하는 법인 등을 통제하는지 여부, 미국 부동산에 대한 외국 대출 또는 모기지가 보장되는지 여부, 그리고 심사 대상거래가 미국 부동산이 아닌 미국 비즈니스의 매수를 포함하는지 여부 등에 대해 검토해야 한다. 그런데 「부동산 규정」의 적용은 군사시설 주변 부동산, 인구 밀도가 높은 도시 지역 그리고 외딴 시골에 따라 관련 규정의 적용이 다를 수 있다.

「부동산 규정」의 적용 범위와 관련하여 부동산의 위치 및 예외 목록은 항만, 군사시설, 인접한 보호 지역에 따라 수정되거나 규정의 적용이 변경된다. 당사자는 「부동산 규정」이 적용되지 않는 부동산에 대해서는 거래를 체결할 수 있다. 그러나 「부동산 규정」의 적용 범위가 유동적이기 때문에 해당 부동산이 새로운 규정의 적용을 받을 수도 있다. 「부동산 규정」에 의하면 '심사대상 부동산'을 FAA의 연간 최종 탑승 데이터에 리스트된 대형 허브 공항이나 FAA에서 정의한 민군 공동 공항 중 하나를 충족하는 방식을 사용하고 있다. 군사시설에서도 근접성과 확장 범위를 적용하여 최종적으로 판단하고 있다. CFIUS는 또한 군사시설의 대상 목록을 평가하고 추가 규정을 통해 필요하다고 판단되는 경우 변경을 할 수 있다.

부동산거래 당사자는 중요 핵심기술, 중요 인프라, 민감한 개인 데이터(TID)를 포함하는 비즈니스에 대한 통제 및 투자와 관련된 일반 CFIUS 규정을 함께 검토해야 한다. 부동산거래가 TID 비즈니스에 대한 투자를 다루는 파트 800의 요구 사항에 포함되는가를 판단해야 한다. 투자자들은 다양한 기반시설, 인텔리전스 또는 원자력 발전 시설에 지리적으로 근접한 부동산이나 기업 등에 대한 투자 또는 인수에 대해 CFIUS가 깊은 관심과 우려를 토대로 판단한다는 점을 항상 기억해야 한다. 미국이 외국인에 대한 부동산거래를 규제하는 목적은 분명하다. 국가안보라는 기준에서 나타나는 것과 마찬가지로 외국인에 의한 항만, 공항, 주요시설에 대한 부동산 취득을 방지하고자 하는 것이다. 미국의 「부동산 규정」은 단순한 영토나 국경의 방어를 넘어, 외국인의 부동산 취득에 의한 국가안보 위협을 막고자 하는데 그 목적이 있다고 할 수 있다.

Ⅵ. 시사점

1. 외국인의 부동산 취득규제

우리나라의 외국인에 대한 부동산이나 토지의 취득이나 거래 규제는 주로 투기성 문제와 관련되어 있다. 그런데 「부동산거래 신고법」에 의하면 상호주의에 따라 대한민국 안의 토지의 취득 또는 양도를 금지하거나 제한할 수 있으며(제7조), 외국인 등의 토지거래 허가(제9조)를 규정하고 있다. 외국인 등이 취득하려는 토지가 ① 「군사기지 및 군사시설 보호법」 제2조 제6호에 따른 군사기지 및 군사시설 보호구역, 그 밖에 국방 목적을 위하여 외국인 등의 토지취득을 특별히 제한할 필요가 있는 지역으로서 대통령령으로 정하는 지역 ② 「문화재보호법」 제2조 제3항에 따른 지정문화재와 이를 위한 보호물 또는 보호구역 ③ 「자연환경보전법」 제2조 제12호에 따른 생태·경관보전지역 ④ 「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」 제27조에 따른 야생생물 특별보호구역의 어느 하나에 해당하는 구역·지역 등에 있으면 토지를 취득하는 계약을 체결하기 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 신고관청으로부터 토지 취득의 허가를 받도록 하고 있다. 만약 이를 위반하여 체결한 토지취득계약은 그 효력이 발생하지 아니한다.

그러나 허가 대상 토지를 제외하고는 내국인과 마찬가지로 규모나 목적 등에 관계없이 신고만으로 국내 부동산 취득이 가능하다. 외국인의 국내 부동산 취득과 관련하여 적용되는 법률로는 외국인 투자 절차 및 지원 등에 관한 「외국인투자 촉진법」과 국내 부동산 취득과 관련된 외국환의 반·출입에 관한 「외국환거래법」 등이 있다. 「외국인투자 촉진법」제4조는 외국인 투자를 지원하고 외국인 투자에 편의를 제공하여 외국인 투자 유치를 촉진하고, 국민경제의 건전한 발전을 위해 외국인 투자의 자유화 등을 규정하고 있다. 즉, 외국인은 법률에 특별한 규정이 있는 경우 이외에는 제한을 받지 아니하고 국내에서 외국인 투자 업무를 수행할 수 있다. 그러나 외국인은 「외국인투자 촉진법」제4조 제2항에 따라 투자에 제한을 받는다. 즉, 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우와 국민의 보건위생 또는 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 어긋나는 경우 그리고 대한민국의 법령을 위반하는 경우이다. 외국인 투자가 제한되는 업종과 제한 내용은 대통령령으로 정하도록 하고 있다.

한편 우리나라의 투기성 부동산거래를 규제하기 위해서는 외국인의 부동산거래를 신고

제 원칙에서 허가제로 전환하는 방안도 있다. 다른 국가들은 비거주 외국인의 부동산 취득에 대해 빈집요금 부과나 신축 주택 구입 금지 등의 규제를 하고 있다. 그러나 우리 헌법은 국제법 존중주의 및 상호주의에 따라 제6조에서 "외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다."고 규정하고 있다. 따라서 외국인의 부동산 취득에 대하여 일률적으로 허가제를 도입하는 것은 상호주의에 부합하지 않을 수 있다. 하지만 국가안보 차원에서 비거주 외국인과 외국기관 그리고 외국 정부 등을 통한 특정 지역과 투기성 부동산에 대한 취득을 규제하기 위한 관련 법령의 개정과 제도보완이 필요하다고 생각된다.

2. 외국인 기준과 적용 예외

부동산이나 토지의 취득이 제한되는 경우 외국인에 대한 정의는 입법자가 제한을 부과하는 이유와 밀접하게 관련이 있다. 제한을 부과하는 이유가 복합적이었던 것과 마찬가지로 제한을 부과하는 외국인의 기준도 복합적이다. 외국인인지 아닌지를 판단하기 위한 기준은 다양하다.

「부동산거래신고법」에서 '외국인' 등이란 대한민국의 국적을 보유하고 있지 아니한 개인, 외국의 법령에 따라 설립된 법인 또는 단체, 사원 또는 구성원의 2분의 1 이상이 외국인에 해당하는 자인 법인 또는 단체, 업무를 집행하는 사원이나 이사 등 임원의 2분의 1 이상이 외국인에 해당하는 자인 법인 또는 단체, 외국인인 사람이나 법인 또는 단체가 자본금의 2분의 1 이상이나 의결권의 2분의 1 이상을 가지고 있는 법인 또는 단체, 외국 정부, 대통령령으로 정하는 국제기구 등을 말한다.

「외국환거래법」에서 '거주자'란 대한민국에 주소 또는 거소를 둔 개인과 대한민국에 주된 사무소를 둔 법인을 말한다. 그리고 '비거주자'란 거주자 외의 개인 및 법인을 말한다. 다만, 비거주자의 대한민국에 있는 지점, 출장소, 그 밖의 사무소는 법률상 대리권의 유무에 상관없이 거주자로 본다. 외국인투자 촉진법에서 '외국인'이란 외국의 국적을 가지고 있는 개인, 외국의 법률에 따라 설립된 법인 및 대통령령으로 정하는 국제경제협력기구를 말한다.

국가마다 외국인을 설정하는 기준은 국적, 거주지, 시민권, 민족 등에 따라 다르다. 많은 국가가 국적을 기준으로 하여 외국인에 의한 토지취득을 제한하고 있다. 그런데 국적에 기초한 외국인의 정의는 이민, 출생, 귀화 등을 기준으로 하고 있다. 우리나라의 경우 다문화

가족 등이 늘어남에 따라 외국인의 기준을 어떻게 할 것인지에 대해 구체적인 기준 마련이 필요하다. 기존의 외국인 판단기준을 넘어서 국적 개념, 거주 개념, 동포와 민족 개념 등에 대한 재검토를 토대로 외국인의 기준을 재정립해야 한다.

미국의 「부동산 규정」에 의하면 부동산 규제 대상에서 외국인을 개인이 아니라 국가 단위로 그 대상을 설정하고 있는 점에 주목할 필요가 있다. 국적과 같은 기존의 외국인 판단 기준이 아니라 지배와 투자의 실체를 기준으로 판단하고 있다. 외국인을 국적 등의 기준으로 판단하는 경우 투자나 거래 규제에 한계가 있다는 것을 의미한다. 실체를 숨긴 외국 법인이나 정부와 기관 등이 다양한 모습으로 투자와 거래를 하고 있으며, 그것이 국가안보의 위협 요소라는 점을 미국의 「부동산 규정」이 시사하고 있다. 미국의 「부동산 규정」처럼 국가안보 차원에서 우리나라도 외국인의 개념과 기준, 외국과 법인, 외국인과 정부 기관 등의 기준과 대상, 그리고 부동산 규제를 둘러싼 인허가 절차 등에 대한 보완이 필요하다. 미국의 「부동산 규정」과 같이 적용대상과 그 예외 기준을 개인이 아니라 국가 단위로 설정하는 경우 그에 대한 장단점과 과제 그리고 도입 가능성을 검토할 필요가 있다.

3. 외국 법인 등에 기준과 과제

개인과 달리 외국 법인 등을 매개로 한 부동산 취득을 어떻게 할 것인가. 법인 등에 대한 기준은 개인보다 훨씬 복잡하다. 일반적으로 외국 법인에 외국에 해당하는지를 판단하기 위해 개인과 같은 기준의 적용을 생각할 수 있다. 법인이 어디에 등록하느냐 혹은 법인이 어디에 존재하는가를 기준으로 결정하는 것이다. 법인의 소재지를 중심으로 하는 경우 비즈니스의 주요 장소나 본사 등에 의해 결정된다. 하지만 이러한 기준으로는 법인 등에 의해 취득한 부동산의 이익을 누가 향유하는가에 대해 그 이익의 귀속과 실체를 파악할 수 없다. 따라서 법인 등이라는 베일을 벗기고, 그 베일의 배후에 누가 숨어 있는지를 특정하기 위한 기준이 필요하게 된다. 그 기준이 되는 것이 누가 출자자 혹은 주주인가 하는 것이다. 출자자나 주주의 대부분이 외국인인 경우라면 그 법인은 외국 법인으로 취급된다. 이것은 무기명 주식의 발행을 금지하거나 출자자와 주주 등의 공개를 강제함으로써 해결하는 방식이다.

그러나 문제는 남아 있다. 명의대여, 신탁, 지주회사를 이용함으로써 투자자와 법인의 실체를 은폐하는 것이 가능하기 때문이다. 회사의 실질적인 지배가 출자액이나 주식과는 무

관하게 투표권에 의해서 결정하는 경우 누가 출자자이며, 주주인가라고 하는 판단기준의 적용에 한계가 있다. 또 다른 기준으로는 재정상 구조에 따라 외국 법인에 해당하는가를 결정하는 것이다. 법인의 재정적인 지배 상태 즉, 외국의 금융기관으로부터의 신용 제공과 같은 요소에 의존하고 있는지에 따라 판단하는 것이다. 재정적으로 외국에 의존하고 있지 않다는 입증 책임을 해당 법인에 부과함으로써 법인의 실질을 공개하도록 하는 것이다. 만약 법인의 재정이 외국 법인에 의해 좌우되는 경우 그 법인은 외국의 지배에 있다고 보는 것이다.

그런데 외국인에 의한 부동산 취득규제는 매매, 교환, 증여 등 모든 종류의 취득 방법에 적용도 과제이다. 부동산을 매입할 때 외국 법인에 의해 융자가 이루어지고, 물적 담보가 설정되어 융자금 상환 불능에 따라 물적 담보가 실행되면 외국인이나 외국 법인이 부동산을 취득하게 된다. 이러한 경우 외국인의 부동산 취득의 우회로서 작동할 가능성이 있으므로, 이에 대한 대안도 필요하다. 나아가 법을 위반한 외국인에 의한 부동산거래에 대한 제재와 관련하여 일정 기간 내에 그 부동산을 처분하지 못하는 경우 지방자치단체 또는 국가가 인수하는 방안도 검토해야 한다. 법인에 의한 토지거래에 대해서도 주의가 필요하다. 미국의 「부동산 규정」처럼 외국 법인은 물론 국내 법인이라도 실질적으로 외국인이 소유하는 법인 등에 대한 외국인 해당 여부에 대한 정밀한 판단기준을 마련해야 한다.

미국의 「부동산 규정」은 외국 투자자나 외국 법인 등의 실체를 규명하기 위해 자본의 새로운 형식에 따라 외국인과 외국 법인 등의 기준을 달리해야 한다는 것을 의미하고 있다. 미국의 「부동산 규정」은 우리나라에 외국인 투자자와 외국 법인 등과 관련한 문제를 해결하기 위한 주요한 시사점을 제시하고 있다. 미국은 '지배'라는 기준을 제시하면서 실질적으로 투자나 거래를 하는 주체가 누구인가를 밝혀내려 하고 있다. 지배라는 기준을 통해 외국인 개인이나 외국 법인 등의 배후에 존재하는 외국기관이나 외국 정부 혹은 특정 국가에 의한 부동산 투자를 제한하고 있다. 미국의 「부동산 규정」이 제시한 지배의 개념과 기준에 대한 검토를 통해 우리나라에서도 외국인과 외국 법인 등의 기준을 재정립할 필요가 있다고 생각한다.

4. 외국인의 부동산 취득과 과세

외국인의 국내 부동산 취득 절차는 국내 거주 여부 등에 따라 차이가 있다. 국내 비거주 외국인은 외국으로부터 반입한 자금으로 국내 부동산을 취득하는 경우 국내 거주 외국인과 달리 「외국환거래법」과 「외국환거래규정」에 따라 원칙적으로 외국환은행의 장에게 '부동산 취득신고'를 하여야 한다. 그러나 취득세, 양도소득세 등 부동산 관련 조세 부과에 있어서 외국인은 내국인과 차별이 없다. 국가안보에 위험을 초래하는 일부 외국인 투자 제한 업종을 제외하고는 외국인 투자(부동산임대업 등 투자)가 가능하다.

그런데 국제화의 흐름과 다문화 사회의 확산에 따라 외국인이 토지나 부동산을 상속하거나 증여하는 경우도 발생할 수 있다. 외국인도 상속이나 증여를 받을 수 있지만 소정의 기간에 상속이나 증여된 해당 토지를 자국민에게 양도 내지 매매하도록 하는 국가도 있다. 외국인에 의한 토지나 부동산의 상속이나 증여에 대해서 심도 있게 실태조사와 대응 방안을 모색해야 한다. 다문화 사회에서 상속에 따라 외국인에게 토지나 부동산의 취득이 인정되는 대상과 절차 그리고 예외 등에 대한 법적 조치가 마련되어야 한다.

우리나라의 제21대 국회에서도 외국인의 무분별한 부동산 취득을 규제하기 위해 외국인의 부동산거래에 대해 취득세 및 양도소득세를 중과하는 내용의 법률안이 발의되었다. 그러나 「소득세법」상 소득세 부과의 문제는 국적이 아니라 거주지에 따라 구분되며, 국적에 따른 소득세 등의 차별적 적용은 조약에 규정된 국적에 따른 차별금지조항을 위배할 수 있으므로 검토가 필요하다. 그러나 우리나라도 부동산과 주택의 유형, 가격, 위치 등의 조건에 따라 차등 과세를 적용하는 방안을 검토할 필요가 있다.

5. 외국인 부동산 관련 법률의 개정

국가마다 토지나 부동산 등의 취득을 제한하는 경우 제한을 받는 토지의 면적과 그 사용 목적과의 사이에 관련성이 크다. 부동산의 취득규제나 거래 제한은 사용 목적, 면적, 가치, 위치 등에 의해 결정된다. 취득이나 거래가 가능한 부동산의 면적이나 가격 등은 국가에 따라 다르다. 한편 국가에 따라 국유지의 외국인에 의한 취득은 엄격히 제한된다. 국가에 따라 외국인에 의한 광물, 석유, 천연가스, 물, 산림과 같은 자연 자원을 개발할 수 있는 토지에 대해서는 엄격한 규제 조치가 이루어지고 있다. 또한 취득 대상인 토지나 부동산의 위치

도 중요한 기준이 된다. 취득 대상인 토지나 부동산의 위치가 사회적인 의미를 갖는 것은 외국인에 의한 토지취득이 해당 지역 거주하는 주민에게 부정적인 사회적 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 또한 해당 토지나 부동산이 국가의 이익이나 국가안전보장에 중요한 요소라고 판단하기 때문이다.

그러나 우리나라 「헌법」이 보장하는 경제적 자유권이나 국제법상의 상호주의 등에 의해 외국인에 의한 토지나 부동산의 거래를 전면 금지하기는 어렵다. 그렇지만 국가안전보장상의 이유로 특정한 국경지대와 일부 섬, 공공복지 차원에서 천연자원 매장지나 상수원과 같은 특정 토지에 대해서는 외국인에 의한 토지의 취득을 금지할 수밖에 없다. 국가의 안전보장과 공공의 이익 차원에서 일부 토지와 부동산에 대한 외국인이나 외국 법인 등의 투자나 거래 규제는 불가피하다고 생각된다.

최근 미국에서 외국인의 부동산에 대한 투자나 거래를 규제하는 것은 국가안보의 차원에서 행해지고 있다. 외국인의 부동산이나 토지취득규제를 할 수 있는 다양한 논거에도 불구하고, 국가안보를 규제의 논리와 기준으로 설정한 것은 나름대로 그 의도가 있다. 국가안보 논리에 기초한 논리와 기준은 국제법적 규범이나 WTO 규정 등을 우회하면서도 외국인에 대한 부동산 규제의 목적을 달성할 수 있기 때문이다. 우리나라는 주변 국가들과 국경분쟁의 요소들도 많고, 국가안보상의 문제도 있다. 「군사기지 및 군사시설 보호법」이 일정한 범위에서 외국인의 부동산거래를 규제하고 있지만 미국의 「부동산 규정」이 군사시설뿐만 아니라 항만 공항 등에 대해서도 광범위하게 규제하고 있다는 점을 주목할 필요가 있다.

우리나라도 국가안보의 차원에서 미국의 「부동산 규정」처럼 외국인에 의한 주요 군사시설, 공항, 항만 주변 등에 대한 부동산의 거래를 구체화하여 규제할 필요가 있다. 또한 국경은 물론 해양과 관련한 유인도서와 무인도서 등에 대해 외국인의 토지거래를 규제할 필요가 있다. 국가안보 차원에서 국경 지역인 섬, 그리고 천연자원 지역 등에 대한 외국인의 부동산 투자와 거래를 제한할 필요가 있다. 외국인에 의한 국내 부동산에 대한 투자와 거래를 모두 제한하는 것이 아니라 미국의 「부동산 규정」과 같이 국가안보 차원에서 구체적으로 그 대상을 설정하고, 심사와 판단 절차 등을 거쳐 규제할 필요가 있다. 이를 위해서는 입법적으로「부동산거래 신고법」, 「외국인투자 촉진법」, 「군사기지 및 군사시설 보호법」, 「외국환거래법」, 「세법」등 관련 법령에 대한 개정과 제도의 보완이 필요하다.

[참고문헌]

김명아,「국제통상 투자 법제연구(1)」, 한국법제연구원, 2019. 10.

김민배, “미국의 외국인 투자규제 대상과 특징- 미국의 외국투자위험심사현대화법(FIRRMA)를 중심으로-”,「법제」, 법제처, 2020.9.

김민배, “미국의 첨단기술보호 정책과 국가안보의 판단기준”,「법제」, 법제처, 2020.12.

김민배,「산업기술보호법」, 명문미디어 아트팩, 2011.

김세현·김예성, “외국인의 국내 부동산 취득관련 쟁점과 과제”,「국회입법조사처」, 2020.

김여선, “국제투자규범에서 국가안보에 대한 규제”,「서울法學」, 서울시립대학교 법학연구소, 2018.

나수엽, 김영선, “미국의 「외국인투자위험심사현대화법(FIRRMA)」발효와 미국의 대중투자규제”,「KIEP 세계경제포커스」, 대외경제정책연구원, 2020.4.28.

峰尾 洋一, “技術競争で欠落する米国の攻めの戦略”,「丸紅ワシントン報告」,丸紅経済研究所, 2020.01.

杉之原真子, “対米投資規制強化の政治過程-2018年外国投資リスク審査現代化法をめぐって”,「国際交流研究」第21号, フェリス女学院大学国際交流学部紀要委員会, 2019.

小野亮, “FIRRMA · ECRAの成立と変容する米国の対中観—米中の狭間に立つ日本への示唆”,「みずほリポート」, みずほ總合研究所, 2018.11.

小野亮, “安全保障に基づく対米投資規制の強化 (CFIUS 改革) - 中国の最先端技術獲得と規制逃れに高まる警戒”,「みずほリポート」, みずほ總合研究所, 2018.05.

日本国際問題研究所, “技術争覇時代の日本の選択”,「戦略年次報告」, 公益財団法人 日本国際問題研究所, 2019.

増田耕太郎, “中国企業の対米直接投資の急増と米国の国家安全保障-米国民に歓迎される投資を増やせるのか”,「国際貿易と投資」No.108, 国際貿易投資研究所, 2016.

Bob Davis, “Trump Plans New Curbs on Chinese Investment, Tech Exports to China”, *WSJ*, June 24, 2018.

Christopher M. Fitzpatrick, “Where Ralls Went Wrong: CFIUS, the Courts, and the Balance of Liberty and Security”, 101 *Cornell L. Rev.,* 2016.

James K. Jackson, “The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)”, *Congressional Research Service Report,* February 14, 2020.

Joshua Weisman, “Restrictions on the Acquisition of Land by Aliens”, *The American Journal of Comparative Law* 28(1), 1980.

50 App.U.S.C. Sections 1-44: https://law.justia.com/codes/us/2010/title50/app/tradingwi/(2021.5.7. 검색).

50 U.S.C..Sections 1701: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/50/1701 . (2021.5.7. 검색).

7 U.S.C. 3501-3508; https://www.law.cornell.edu/uscode/text/7/3501

Dolan v. City of Tigard, 512 U.S. 374 (1994) : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/374/ (2022.3.8. 검색)

Nollan v. California Coastal Comm'n, 483 U.S. 825 (1987): https://supreme.justia.com/cases/federal/us/483/825/(2022.3.8. 검색)

Wilkinson v. Leland, 27 U.S. 627 (1829): https://supreme.justia.com/cases/federal/us/27/627/(2022.3.8. 검색)

https://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1672928.html (2021.5.7. 검색)

https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=116&tblId=DT_MLTM_6044&vw_cd=MT_ZTITLE&list_id=I2_6&seqNo=&lang_mode=ko&language=kor&obj_var_id=&itm_id=&conn_path=MT_ZTITLE. (2021.12.15. 검색).

https://matthewminer.name/law/outlines/1L/1st+Semester/LAW+515-001+%E2%80%93+Property+I/Possessory+Estate (2022.3.7. 검색)

https://usa.usembassy.de/etexts/gov/peoplerights.pdf. (2022.3.7.검색)

https://www.bts.gov/content/list-top-25-tonnage-container-and-dry-bulk-ports. (2021.7.7. 검색).

https://www.goodwinlaw.com/publications/2018/06/hospitality-and-leisure-series (2021.5.7. 검색).

https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title22/html/USCODE-2011-title22-chap46.htm (2022.3.8. 검색).

https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title26/html/USCODE-2011-title26-subtitleA-chap1-subchapN.htm (2022.3.8. 검색).

https://www.jdsupra.com/legalnews/cfius-s-final-real-estate-regulations-90187/. (2021.5.7. 검색).

https://www.law.cornell.edu/wex/future_interest (2022.3.8. 검색).

https://www.maritime.dot.gov/ports/strong-ports/national-port-readiness-network-nprn (2021.7.7. 검색).

https://www.proskauer.com/alert/final-cfius-rules-issued-what-it-means-for-real-estate-transactions-and-investors (2021.7.7. 검색).

https://www.reuters.com/article/fidelityguaranty-ma-anbang-idUSL2N16N1U4 (2021.5.7. 검색).

Abstract

Regulation of foreign investment in real estate in the United States and National security.
- Focusing on the implications of 31 CFR Part 802 to Korea-

Min-Bae Kim
Professor, Inha University Law School

The new real estate regulations, announced in January 2020, allow the government to suspend real estate transactions with foreign person if they threaten U.S. national security. Under the 31 CFR Part 802, CFIUS is requiring new real estate regulations to be applied to a certain range of real estate transactions, including ports, airports and military installation.

Before Congress passed the Foreign Investment Risk Review and Modernization Act of 2018(FIRRMA), real estate transactions were subject to CFIUS review only if CFIUS determined that the transaction would result in the control of a US business. In 2018, FIRRMA both formalized and expanded CFIUS's jurisdiction to review a range of real estate transactions by defining covered transactions. On February 13, 2020, the US Department of Treasury's final rules implementing FIRRMA became effective. A new Part 802 was added to the CFIUS regulations to address CFIUS's broadened real estate transaction authority.

A new Part 802 specify an excepted real estate investor and transaction etc. These include most transactions in urbanized areas or urban clusters defined by the U.S. Census Bureau, the purchase, lease, or transfer of a housing unit. Part 802 defines the concept of exceptional real estate countries and exceptional real estate investors. Along with 31 CFR Part 800, Part 802 aim to control Chinese real

estate investment in the US. In the traditional meaning and concepts, national security standards are expanding not only to military installation but also to territorial boundaries and TID U.S. Business.

A number of other US allied countries seek to be designated as excepted states, given the potential benefit to businesses domiciled there that are interested in US investment. As with the general CFIUS regulations, a private party must be from an excepted state and must also meet the extensive requirements in the definition of excepted foreign real estate investor detailed in Section 802.215. There are currently three countries on the White List : Australia, Canada and the United Kingdom.

In this study, I'd like to review the characteristics and subjects of real estate regulation for foreign person in the United States, on the basis of national security. In particular, I'd like to review the following : the criteria and characteristics of the covered port, military installation, covered real estate, covered real estate transactions, excepted real estate foreign state, excepted real estate investors and excepted real estate transaction, and criteria for national security.

Recently, on the basis of national security, Japan enacted a law that regulates real estate transactions for foreign person similar to part 802 of the United States. Korea also needs to strongly regulate real estate transactions for foreign person.

From a border management perspective, it is necessary to regulate foreign real estate transactions not only for military installation but also for islands. But this does not restrict foreign investment and transactions in Korean real estate. Like the the 31 CFR Part 802, regulations should be set from the perspective of national security. In particular, it is necessary to regulate real estate subject to review through examination and judgment procedures. To this end, it is necessary to revise real estate-related laws and supplement at the institutional level.

Key Words: FIRRMA, CFIUS, Property rights, Covered port, Military installation, Covered real estate and transactions, Excepted real estate foreign state and investors, Excepted real estate transaction, Foreign person and control, National security.

폭행·협박 중심 강간죄에 관한 탈식민주의적 고찰

-한국 강간죄의 식민성과 대만 강제성교죄의 탈식민성을 중심으로 -

김 소 연 (Soyeon Kim)
서울대학교 법학대학원 석사과정

논문접수 : 2022. 02. 11. 심사개시 : 2022. 02. 15. 게재확정 : 2022. 03. 04.

목 차

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 탈식민주의와 한국 강간죄
1. 탈식민주의 이론
2. 현행 한국 형법상 강간죄의 개념
3. 현행 폭행·협박 중심 강간죄의 한계와 탈식민주의 이론 적용

Ⅲ. 대만 강제성교죄의 탈식민성
1. 대만 강제성교죄의 탈식민 과정
2. 현행 대만 형법상 강제성교죄
3. 대만과의 비교를 통해 본 한국 폭행·협박 중심 강간죄 탈식민의 방향

Ⅳ. 결론

국문초록

현행 대한민국 형법 제297조는 강간죄에 관하여 “폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다”라고 규정하고 있다. 강간죄가 성립하기 위해서는 행위의 수단으로서 폭행 또는 협박이 필요하고, 일본 기원의 ‘최협의(最狹義)의 폭행·협박설’을 취하고 있는 통설과 판례에 따라 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박의 행사가 존재하였어야 한다. 그렇기 때문에 보호법익인 성적 자기결정권의 침해를 야기할 때가 있다는 한계를 가지고 있다. 현행 폭행·협박 중심 강간죄 개정에 관한 기존의 논의는 동의 여부를 중심으로 주로 여성 인권 또는 페미니즘적 관점에서 이루어져 왔다. 그런데 폭행 또는 협박이 있어야만 강간이라는 협소한 사고 및 의식, 그리고 최협의설은 한일 병합(韓日倂合) 이전에는 존재하지 않았고, 일제강점기에 일본제국에 의해 이식되어 현재까지 수용되고 있는 연속성을 보인다는 점에서 탈식민주의적 관점에서도 논의를 할 필요가 있다. 특히, 이러한 연속성은 단순히 법조문이 흡사하다는 점에서 보다는, 이것이 내포하고 있는 개념과 이데올로기가 사회에 내면화되어 사회적으로 확립된 일반적인 인식을 발명하기 때문에 위험하다는 점에서 주목하여야 한다.

한국과 함께 일본 형법의 영향을 직접적으로 받은 대만의 경우, 한국과 동일한 최협의설이 중화민국 형법의 강간죄 규정(구 제221조)에서 명문으로 오래 존속하였으나, 1999년 전면 개정으로 최협의설 폐기 및 상대방의 의사 여부 중심의 강제성교죄(현 제221조)가 확립되어 탈식민을 이룬 바 있다. 한국 강간죄는 여전히 식민성을 가지고 있는데, 대만 강제성교죄가 이렇게 탈식민성을 지닐 수 있었던 이유는 당시 대만 형법 개정의 배경에 형사법의 ‘대만화(臺灣化)’ 논의가 있었기 때문이다. 한국 폭행 ·협박 중심 강간죄를 대만과 비슷하게 탈식민의 방향으로 재구성을 한다면 자연스럽게 성적 자기결정권이 보호될 것이며, 따라서 피해자를 위한 정의 실현이 가능해질 것이다. 재구성의 방향은 따라서 구성요건의 확대 또는 예시요건화, 그리고 상대의 의사에 반하였는지의 구성요건 추가 등 입법적 개선과 행위수단의 강도 심사에 대한 조정 등 사법해석에 변화를 주는 방향으로 진행되어야 할 것이다. 이렇게 재구성하면 “억울한 가해자” 발생의 우려가 있으나, 이러한 우려를 먼저 겪은 대만은 사법 판단을 통해 ‘억울한 가해자’가 발생하는 문제를 방지하고 있어, 이에 대해 생각보다 크게 우려할 필요는 없는 듯하다. 한국의 정서와 사정에 맞추면서 대만의 선례를 참고하여 한국 현행 강간죄 규정이 개정된다면 비로소 탈식민이 될 수 있으리라 기대된다.

※ 주제어: 한국 형법, 대만 형법, 일본 형법, 식민지 법제, 강간죄, 폭행, 협박, 탈식민주의

Ⅰ. 서론

한국과 대만(臺灣)[1]은 과거 중화 문화권에 속하였고, 일본제국의 식민지가 되었다는 공통점이 있다. 일본의 식민 지배를 받으면서, 일본과 다른 전통을 가지고 있던 두 지역에 일본의 문화적 질서, 제도, 관념 등이 이식(移植)이 이루어졌다. 이때 이식된 것들 중에 독립 후 식민지 지배체계가 사라졌다고 해도, 큰 변화 없이 법제에 남아있게 된 것들이 존재한다. 이는 일본의 법제가 식민지 조선과 대만의 공식적인 통치 원칙으로 작용하여 절대적인 영향력이 있었고, 또 독립 후에 이러한 일본 법제가 단절되지 못하고 연속성을 가졌기 때문이다. 식민지 법제의 잔재를 청산하자는 움직임은 독립 후부터 현재까지 존재하고, 꽤나 고무적인 성과를 내기도 하였다. 많은 사람들이 의식하고 있는 아직 청산되지 못한 잔재에 주목하는 것도 중요하겠지만, 식민 지배에서 벗어난 지 70년이 넘은 이 시점에서는 현재 식민지의 잔재로 인식조차 안되고 있는 '숨겨진 잔재'의 정체를 밝히는 작업이 우선시되는 것이 바람직할 것이다. 오랜 기간 동안 식민지 잔재가 고유 '관습'으로 둔갑하고 있다는 것은, 식민주의가 내면화되어 사고와 의식의 영역에 견고하게 남아있는 것이 있다는 뜻이기 때문이다.

일본이 피식민지 조선과 대만에 이식하여 이후 사회에 내면화된 '숨겨진 잔재'의 예시로 일본 형법의 강간죄 규정(제177조)과 이것이 이식한 강간 개념과 이데올로기가 있다. 국내 학계에서 한국의 강간죄가 일본의 강간죄의 영향을 받았다는 사실은 널리 알려져 있어 이를 언급한 선행연구는 다수 존재하지만, 구체적으로 강간죄 규정의 식민성을 비판하거나 탈식민주의 방법론을 적용한 연구는 없다. 좋은 비교 대상인 대만의 형법과 같이 연구한 사례 역시 전무하다.

당시 일본 형법의 강간죄의 구성요건은 최협의(最狹義)의 폭행·협박설로, 폭행 또는 협박이라는 행위 수단이 반드시 있어야 하였고, 피해자가 저항할 수 없거나 현저히 곤란하게 할 정도로 행사되어야만 강간죄가 성립되었다. 현대에 와서 최협의설은 상대의 의사에 반하여 강제로 성교하였지만 최협의의 폭행·협박을 행하지 않은 경우를 비(非)범죄화하여 강간죄의 보호법익인 개인의 성적 자기결정권의 침해를 야기하게 되었다. 이러한 최협의설을

1) 현재 중화민국(中華民國) 정부가 실효 지배하고 있다. 중화민국은 1912년에 중국 대륙에서 건국되어 통치하였지만, 1949년 중국 공산당에 패하여 정부를 대만으로 이전(국부천대(國府遷臺))하였다. 중화민국 정부 지배 전 대만은 청(大淸)의 영토였으며, 시모노세키 조약(下關條約)에 따라 1895년부터 1945년까지 일본의 영토가 되어 대만 총독부 치하에 있었다.

강간죄 조항(제221조)에 명시적으로 규정하고 있던 대만은 본 조항의 대만화(臺灣化)를 꾀하게 되어, 1999년 전면 개정을 통해 최협의설을 폐기함으로써 탈식민을 이루었다. 반면에, 한국은 학계에서 1990년대부터 최협의설에 대한 비판이 제기되고 있음에도 불구하고, 통설과 판례는 최협의설을 현재까지 고수하고 있다. 또, 최협의의 강간에 대한 비판은 주로 여성 인권 또는 페미니즘적 관점에서 이루어지고 있다. 이렇게 강간죄 규정 내용의 식민성에 대한 논의가 부족하다는 것은 폭행 또는 협박이 있어야만 강간이라는 협소한 사고 및 의식은 법에서만 국한되어 존재하는 것이 아니라, 한국 사회에서 오랫동안 굳어져 내면화되어서 그런 것은 아닌지에 대한 의문이 생겼고, 이는 본 연구의 시초가 되었다.

따라서, 본고는 현행 한국 강간죄의 식민성과 대만 강제성교죄의 탈식민성을 중심으로 일본 기원의 폭행·협박 중심 강간죄에 관한 탈식민주의적 고찰을 하고자 한다. 탈식민주의 방법론은 일본 형법과 그 법으로 인해 이식된 관습과 법 이데올로기가 독립 후 한국과 대만에 잔존하면서 어떻게 내면화되어 오랫동안 영향력을 행사하고 있는지, 그리고 식민지 잔재를 극복하고 '탈식민' 하였는지를 밝히는 데 유용할 것이다. 우선 탈식민주의 이론과 현행 한국 형법상 강간죄의 개념을 검토하고, 탈식민주의 이론을 현행 폭행·협박 중심 강간죄가 가지는 한계에 적용하여 분석하고자 한다. 그리고 대만 강제성교죄의 탈식민 과정과 그 성공적인 결과인 현행 대만 형법상 강제성교죄를 살펴보고, 비교를 통해 한국 폭행·협박 중심 강간죄의 탈식민 방향을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 탈식민주의와 한국 강간죄

1. 탈식민주의 이론

탈식민주의(postcolonialism)는 식민지 이후에도 정치적·문화적 측면 등에서 지속되는 식민성(coloniality)에 대한 비판이론이자 이를 극복하기 위한 인식론이다.[2] '탈식민(postcolonial)'이라는 용어는 독립 이전(colonial periods)와 독립 이후(post-colonial)를 구별하기 위해 사용된 적이 있었기 때문에, 제국주의 세력이 떠난 후의 국가 문화에만 관심을 두는 것처럼 보일 수 있다.[3] 하지만 식민주의하에서 한 집단이 하위 집단

2) 김명숙·안진·양현아·이상수·홍성수·황승흠, 「법사회학, 법과 사회의 대화」, 서울, 다산출판사, 2013, 143면.

을 통제하고 지배할 뿐만 아니라 그 하위 집단에 문화적 질서를 이식하였고[4] 이러한 이식된 문화의 연속성이 존재하고 있다. 따라서, 탈식민주의는 식민지 시대부터 오늘날에 이르기까지 제국주의 과정의 영향을 받은 모든 문화를 통칭하는 것으로 정의되고 있다.[5]

이러한 견지에서, 탈식민주의를 국내에 처음 소개한 김성곤 교수는 탈식민주의에 대해 다음과 같이 말하였다.

> 탈식민주의는 비단 식민지 시대뿐만 아니라, 독립을 한 후에도 계속 남아 파괴적인 영향력을 행사하고 있는 식민지의 잔재를 탐색해서, 그것들의 정체를 밝혀내고 그것들에 대항하자는 인식에 근거하고 있다고 말할 수 있다.[6]

식민지 잔재의 정체를 밝히는 것, 그리고 '탈식민'은 생각보다 녹록하지 않은 과정이다. 왜냐하면 식민주의의 영향력이 가장 끈질기고 견고하게 남아 있는 영역은 사고와 의식의 영역이고, 따라서 눈에 잘 보이지 않기 때문이다.[7] 법의 영역에서도, 과거 식민지가 피식민지에 이식한 식민법의 잔재가 존재한다면 잘 보일 것 같지만 이미 관습과 법 이데올로기(legal ideology)[8] 등으로 내면화되어 식민주의의 영향과 현재성을 알아차리기 어려울 때가 많다.

2. 현행 한국 형법상 강간죄의 개념

현행 대한민국 형법 제297조는 강간죄에 관하여 "폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다"라고 규정하고 있다. 강간죄의 보호법익은 사람의 성적 자기 결정의 자유이며, 행위의 주체와 객체 모두 사람[9]이다.[10] 강간죄의 구성요건에 해당하기 위해서는 폭행 또는 협박으로 강간하는 실행행위가 필요하다. 즉, 행위의 수단으로서

3) Bill Ashcroft, Gareth Griffiths and Helen Tiffin, *The Empire Writes Back: Theory and Practice in Post-Colonial Literatures*, London. Routledge, 2002, p.1.
4) Sally Engle Merry, "Law and Colonialism," *Law & Society Review*, Vol. 25, No. 4, 1991, p.894.
5) B. Ashcroft, G. Griffiths and H. Tiffin, *supra* note 3, p.2.
6) 김성곤, "탈식민주의 시대의 문학", 「외국문학」, 제31호, 1992, 14면.
7) 오인영, "포스트식민주의 이론의 이해와 수용", 「동양학」, 제32권, 2002, 2면.
8) "입법자, 법관, 법학자들의 작업에서 전제로 작용하거나 학설을 통하여 표시되는 가치구조나 인지적 이념구조라고 말할 수 있다." 오병선, "법철학의 연구방법과 이데올로기", 「서강법학」, 제6권, 2004, 7면.
9) 구(舊)형법에서는 행위 객체가 부녀(婦女)라고 규정되어 있었으나 2012년 개정형법에서 사람으로 개정되었다.
10) 오영근, 「형법각론」, 서울, 박영사, 2021, 142면.

폭행 또는 협박이 필요하고, 가해자가 피해자를 '강간'하여야 강간죄가 성립된다. 여기에서 '강간'이란, 상대방의 항거 불능 또는 현저한 곤란을 이용하여 피해자의 의사에 반하여 피해자를 간음하는 것이다.[11] 따라서 피해자의 동의 또는 승낙은 강간죄의 구성요건 해당성 조각 사유이다. 폭행·협박과 강간 사이에는 인과관계가 있어야 하고, 인과관계가 없는 경우 미수가 된다. 그렇기 때문에, 피해자의 비동의 의사 또는 동의 부재만으로 강간죄가 성립되지 않는다.

통설과 판례는 '최협의(最狹義)의 폭행·협박설'을 취하고 있어, 가해자가 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박을 행사한 것이 입증될 때만 강간죄 성립을 인정하고 있다.[12] 따라서, 강간죄 요건이 충족되려면 가해자의 폭행·협박 행위의 존재뿐만 아니라, 피해자가 가해자 상대로 항거, 즉 반항하는 행위를 하였어야 한다. 강간 실행의 착수 시기 역시 항거 불가능 또는 곤란한 폭행·협박의 개시 시점이라고 한다.[13] 이러한 최협의설에 따른다면, 피해자의 의사에 반하였지만 폭행 또는 협박이 부재한 경우 그리고 피해자의 의사에 반하였고 폭행 또는 협박이 있었지만 그 정도가 피해자의 항거를 현저하게 곤란하게 할 정도가 아니었던 경우에는 강간죄가 성립되지 않는다. 최협의의 폭행 ·협박에 대한 판단은, 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단한다.[14]

3. 현행 폭행·협박 중심 강간죄의 한계와 탈식민주의 이론 적용

가. 최협의의 폭행·협박이 가지는 한계

현행 폭행·협박 중심의 강간죄는 성적 자기 결정의 자유라는 보호법익의 침해를 야기할 때가 있어, 강간죄의 본질을 흐리게 하는 결과를 낳고 있다. 최협의설에 미달하는 정도의 폭행 또는 협박을 행한 상대의 의사에 반한 성교는 비(非)범죄화되고 있기 때문이다. 즉, 상호 동의한 성교와 '최협의의 폭행·협박을 사용한 강간' 사이의 중간지대는 존재하지 않으며, 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않는 정도의 폭

11) 상게서, 144면.
12) 오영근, 전게서, 143면; 조국, 「형사법의 성편향」, 서울, 박영사, 2018, 34면; 변종필, "강간죄의 폭행·협박에 관한 대법원의 해석론과 그 문제점", 「비교형사법연구」, 제8권 제2호, 2006, 154면.
13) 오영근, 전게서, 145면.
14) 오영근, 전게서, 143면; 조국, 전게서, 34면.

행·협박을 사용하는 성교는 법적으로 허용되는 셈이다.[15] 또, 최협의설에 따라 '피해자의 적극적인 저항'이 인정에 대한 핵심적 판단 기준으로 사용되고 있는데[16], 저항하기 어려운 상황에서 강하게 저항해야만 강간죄가 성립한다는 것이 합리적인가 의문이 든다. 공포 등 심리적 요인으로 저항을 포기하는 경우도 있을 수 있고, '항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박'이 존재하는 최협의설의 문구와 같은 상황에서는 피해자가 적극적인 저항을 할 수 없을 것이다. 따라서, 강간죄의 이러한 판단 기준은 강하게 반항할 수 없는 상황에서 강하게 반항해야만 충족할 수 있는 모순을 가진 기준이다.[17]

한국성폭력상담소에 따르면, 2017년 강간 피해 상담자 중 최협의설에 따른 강간죄 구성요건을 충족한 경우는 12.1%뿐이었으며, 가해자의 심각한 수준의 폭행·협박과 피해자의 강한 저항 또는 도망친 행위 부재로 강간죄 성립이 되지 않은 사례가 43.5%에 달하였다.[18] 이런 식으로 피해자가 비동의 의사를 표시하였거나 동의가 부재하였던 상황에서 강제 성교가 행해졌는데도 불구하고 강간죄로 인정되지 못하는 사례가 많다. 이처럼 현행 강간죄는 폭행 또는 협박이 필수로 존재하여야 한다는 점과 그 정도는 최협의의 것이어야 하므로 성적 자기결정권을 보호하는 데 한계가 있다. 폭행 또는 협박이 동반되지 않은 피해자의 의사에 반한 강제 성교 행위는 피해자의 성적 자기결정권을 분명히 침해하는 행위이지만, 현행법상 이는 근본적으로 강간이 아니다. 성적 자기결정권은 '원치 않은 성관계를 하지 않을 자유'인데, 현재까지 유지되고 있는 최협의설 기준에 따르면 재판 과정에서 피해자의 의사에 반하였다는 사실과 폭행 또는 협박이 행사되었다는 사실까지 입증이 된 경우에도 죄가 되지 않을 수 있다.[19]

나. 탈식민주의 이론 적용의 필요성

이렇게 협소한 '강간' 개념의 정의는 강간이라는 용어에 대한 사회적 의미와는 관계없이 단순히 형법이라는 법령에서 사용하고자 하는 약정적 정의(stipulative definition)[20]라

15) 조국, 전게서, 47면.
16) 상게서, 47면; 한국한국성폭력상담소,「2017년 한국성폭력상담소 상담통계 및 상담 동향분석」, 2018, http://www.sisters.or.kr/load.asp?sub_p=board/board&b_code=7&page=1&f_cate=&idx=3985&board_md=view (2021년 12월 17일 접속), 15-16면; 변종필, 전게서, 157, 159, 161-162면.
17) 신윤진, "'擬制和姦'의 메커니즘: 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행·협박설 비판", 「공익과 인권」, 제2권 제1호, 2005, 76면.
18) 한국성폭력상담소, 상게보고서, 15면.
19) 신윤진, 전게서, 76면.
20) 사회적인 의미와는 관계없이 법령에서 사용하고자 하는 의미를 약속하고 선언하는 것으로, 본래의 의미에 다소의 첨삭을 가하고자 하는

고만 할 수는 없다. 왜냐하면, 사회적으로 확립된 '강간'의 의미, 즉 사전적 정의(lexical definition)[21] 역시 "폭행 또는 협박 따위의 불법적인 수단으로 사람을 간음함"[22] 혹은 "폭행이나 협박에 의하여 반항하지 못하고 강제적으로 간음하다"[23]라고 되어있기 때문이다. 폭행 또는 협박이 있어야만 강간이라는 협소한 사고 및 의식이 한국 사회에서 오랫동안 굳어져 내면화되어 있는 것은 분명하나, 그렇다고 이러한 협소한 강간 개념을 관습이라고 하기에는 다소 애매한 감이 있다. 조선에서 형법전으로 주로 사용한 대명률직해(大明律直解)[24]과 속대전(續大典)[25]의 강간 규정에는 폭행 또는 협박을 요한다는 언급이 없기 때문이다. 조선 시대까지만 해도[26] 강간의 개념에 폭행 또는 협박이 포함되지 않았으며, 폭행이 강간죄의 구성요건으로 최초로 등장한 것은 1905년에 반포된 대한제국의 형법대전(刑法大全)[27]이다. 이때 '폭행'이라는 구성요건의 출현은 당시 사회에서 폭행을 반드시 수반해야 강간이라는 일반적인 인식이 존재하여 이것이 형법대전 강간죄 규정으로 반영된 결과인 것이 아니라, 제정 과정에 법률 고문으로 참여하였던 프랑스 법률가 로랑 크레마지(Laurent Cremazy)에 의해 당시 프랑스 형법(1810년 구형법)의 영향을 받은 것이다.[28] 형법대전은 1912년 조선형사령(朝鮮刑事令)에 의해 폐지되어 적용 기간이 길지 않았고, 이후 형사법제와 연속성도 없이 단절되었기 때문에 형법대전으로 인해 '폭행이 있어야만 강간'이라

경우에 주로 사용된다. 이익현, "용어정의규정에 관한 연구①", 「법제」, 1993, https://www.moleg.go.kr/mpbleg/mpblegInfo.mo?mid=a10402020000&mpb_leg_pst_seq=129223 (2021년 12월 17일 접속).

21) 용어에 대한 사회적으로 확립된 의미가 무엇인가를 밝히는 것이다. 상게논문.

22) 표준국어대사전, "강간", https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=39197 5&searchKeywordTo=3 (2021년 11월 27일 접속).

23) 고려대한국어대사전, "강간하다", https://dic.daum.net/word/view.do?wordid=kkw000304854 &supid=kku000008429 (2021년 11월 27일 접속).

24) 「大明律直解」卷25 刑律 第390條 犯姦 2. 强姦者絞, 未成者 杖一百流三千里。3. 强姦者婦女不坐。 국사편찬위원회 한국사데이터베이스 조선시대 법령자료, 「대명률직해」, http://db.history.go.kr/law/item/level.do?levelId=jlawb_170_0250_0010&allViewYn=Y (2021년 12월 19일 접속).

25) 「續大典」 刑典 姦犯 [婢夫姦妻上典] 婢夫姦妻上典者, 男女, 皆不待時斬。强姦成者, 男同律, 女不坐。未成者, 斬待時。而閭巷人婢夫, 則只以作妻居生於率下, 有同雇工者論。 국사편찬위원회 한국사데이터베이스 조선시대 법령자료, 「대속대전」, http://db.history.go.kr/law/item/level.do?levelId=jlawa_205_0240_0040 (2021년 12월 19일 접속).

26) 조선 후기부터 고종 2년(1865년)에 반포된 대전회통(大典會通)의 형전(刑典)을 형법전으로 사용하였는데, 대전회통의 강간죄 규정은 속대전의 것과 동일하여 '폭행' 또는 '협박' 언급이 없다. 국사편찬위원회 한국사데이터베이스 조선시대 법령자료, 「대전회통」, http://db.history.go.kr/law/ite m/level.do?levelId=jlawa_405_0320_00400 (2021년 12월 19일 접속).

27) 제535조에서 "폭행(暴行)으로 핍박(逼迫)하여 부녀(婦女)를 강간(强姦)한 자(者)는 교형(絞)에 처(處)하고 부녀(婦女)는 죄를 주지 아니(不坐)함이라"고 규정하였다. 대한국법부, 「刑法大全」, 경성, 대한국법부, 1906, 144면.

28) 형법대전은 대전회통(大典會通)과 대명률과 신반율(新頒律)을 참호(參互)하여 집성(集成)하였다고 밝혔지만, 상술하였듯이, 대명률과 대전회통의 강간죄 규정 어디에도 '폭행'이라는 용어는 존재하지 않는다. 또, 갑오개혁 이후 반포된 신반율에는 강간죄 관련 법령이 없다. 따라서, 강간죄 규정에서 '폭행'이 형법대전에서 처음 나타난 것은 당시 강간죄 규정의 구성요건에 폭행을 포함하고 있던 프랑스 형법의 영향을 받은 것이라고 볼 수 밖에 없다. 상게서, 1면; 형법대전에 관한 개관은 문준영, "大韓帝國期 刑法大全의 制定과 改正", 「법사학연구」, 제20호, 1999.

는 인식이 사회적으로 확립되었다고 보기 어렵다. 따라서, 조선과 대한제국의 강간죄 관련 규정을 살펴보았을 때 현대 사회에 내면화되어 존속하고 있는 협소한 강간의 개념은 한반도의 고유 관습이 아니라는 것을 알 수 있다.

그렇다면 폭행 또는 협박이 있어야만 강간이라는 협소한 사고 및 의식, 그리고 최협의설이라는 법 이데올로기는 어디에서 기인하는 것인가? 이를 설명함에 있어서 탈식민주의 이론의 적용이 필요하다. 협소한 강간 개념과 최협의설은 한일 병합(韓日併合)[29] 이전에는 존재하지 않았고, 일제강점기에 일본에 의해 이식되어 현재까지 수용되고 있는 연속성을 보이기 때문이다. 일본의 형법은 식민지 시절과 해방 후 1953년까지 의용(依用)되었고, 대한민국 제정형법이 일본의 형법과 개정형법가안(改正刑法假案)[30]을 많이 차용한 사실이 있다. 따라서, 탈식민주의 방법론은 식민 지배 국가 일본의 형법과 그 법으로 인해 이식된 관습과 법 이데올로기가 독립 후 한국에 잔존하면서 어떻게 내면화되어 현재까지 영향력을 행사하고 있는지, 그리고 식민지 잔재를 극복하고 '탈식민'의 여부를 밝히는 데 유용할 것이다.

다. 탈식민주의 이론 적용: 한국 강간죄의 식민성

우선, 조선형사령에 따라 일제강점기 동안 1907년(明治40年)에 제정된 일본의 형법[31]이 식민지 조선에서 의용되었다. 당시 일본 형법은 강간에 대해 다음과 같이 규정하였다.

> 第百七十七条 暴行又ハ脅迫ヲ以テ十三歳以上ノ婦女ヲ姦淫シタル者ハ強姦ノ罪ト為シ二年以上ノ有期懲役ニ処ス十三歳ニ満タサル婦女ヲ姦淫シタル者亦同シ[32]
>
> 제177조 폭행 또는 협박으로 13세 이상의 부녀를 간음한 자는 강간의 죄로서 2년 이상의 유기징역에 처한다. 13세 미만의 부녀를 간음한 자도 이와 같다.[33]

29) 한일합병, 한일합방, 경술국치 등의 호칭으로도 알려져 있다. 근 10년 동안 한일합병, 한일합방, 한일병합이라는 호칭이 부적절하여 한일병탄, 국권피탈 등으로 불려야 한다는 지적이 지속적으로 제기되어 왔다. 하지만 공식적인 용어 합의가 이루어지지 않아, 본고에서는 1910년 발효된 한일병합조약 (日: 韓国併合ニ関スル条約)의 명칭에 따라 '한일 병합' 용어를 사용하겠다.

30) 일본은 형법을 전면 개정하려고 개정형법가안을 완성하였으나, 제2차 세계대전의 후반에 이르게 되자 개정형법가안은 법률로 성립되지 못하고 결국 폐지되었다. 오영근, "일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점", 「형사법연구」, 제20호, 2003, 115면.

31) 이때 제정된 일본 형법은 이후 여러 번의 개정을 거쳐 현행 형법으로 이어지고 있다.

32) 国立公文書館デジタルアーカイブ「刑法改正・御署名原本・明治四十年・法律第四十五号」 https://www.digital.archives.go.jp/DAS/meta/listPhoto?LANG=default&BID=F0000000000000021036&ID=&TYPE= (2021年 12月 20日 閲覧)。

33) 필자 번역.

본 조항에 따르면, 강간죄가 성립하기 위해서는 폭행 또는 협박으로 부녀(婦女)를 간음(姦淫)하는 실행 행위가 필요하다. 즉, "폭행 또는 협박"은 예시적인 요건이 아니라, "폭행 또는 협박"을 수반한 성교를 하여야만 강간죄 성립이 된다.[34] 여기서 폭행 또는 협박 정도는 최협의의 것으로, 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 하기에 충분한 폭행 또는 폭행을 의미한다.[35] 이러한 최협의설의 기원은 일본 형법학자 마키노 에이이치(牧野英一)[36]인데, 그는 1907년에 개정형법통의전(改正刑法通義全)에서 폭행 개념을 유형화하여, 강도죄(제236조)와 강간죄를 '최협의의 폭행'이 요구되는 것으로 분류하였다.[37][38] 마키노는 독일 형법의 해석론을 그대로 수용하여 일본으로 들여왔다. 당시 독일의 형법(RStgB)[39]은 강간죄에서의 폭력(Gewalt)을 '생명·신체에 대한 현재의 위험을 초래하는 폭행'이라 규정(§ 177 S.1 RStgB)하고 있었고[40][41], 이는 최협의설이 되었다.[42] 하지만, 독일은 폭력의 정도가 경미한 경우(§ 177 S.2 RStgB)에도 강간죄를 인정하였는데,[43] 마키노는 이 점을 완전히 무시하였다.[44]

35년의 식민 통치 동안 일본 형법은 1921년(大正 10年)과 1941년 (昭和 16年)에 2차례 개정되었지만[45], 강간죄 조항은 개정되지 않고 상술한 내용과 구성요건이 유지되었다. 해

34) 河村有教「台湾刑法の不同意性交罪と日本刑法改正への示唆」多文化社会研究 2021年 第7号 (2021), 84頁。

35) 沼野輝彦 · 設楽裕文『刑法各論』(弘文堂, 2017), 26頁, 46-48頁。

36) 도쿄제국대학 법과대학 졸업 후 도쿄 지방 법원 판사 등을 맡은 후, 1910년(明治43年)부터 독일, 영국, 이탈리아에서 유학을 하였다. 베를린 훔볼트 대학교에서 형법학자 프란츠 폰 리스트(Franz von Liszt)를 사사해 근대학파 형법학을 배워 귀국하였다. 이후 도쿄제국대학 교수로 지냈으며, 주관주의, 목적형론, 교육형론에 근거한 형법이론 등을 제창하였다. 国立国会図書館「牧野英一」 https://www.ndl.go.jp/portrait/datas/528.html (2022年 1月 18日 閲覧)。

37) 深町晋也「家庭内における児童に対する性的虐待の刑法的規律」立教法学 Vol.97 (2018), 207頁。

38) 일본은 2017년 형법 성범죄 관련 규정을 전면적으로 개정하였으나, 제177조 강제성교죄(구 강간죄)의 폭행·협박 구성요건에 대한 최협의설이라는 통설과 판례의 입장은 현재까지 유지되고 있다. 齋藤実「強制性交等罪における暴行·脅迫要件について -北欧の性犯罪規定との比較検討-」獨協法学 第112号 (2020), 384-386頁。

39) 당시 독일 형법은 1872년에 발효된 독일제국형법(Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich; RStGB)이다.

40) Mit Zuchthaus wird bestraft, wer durch Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine Frauensperson zur Duldung des außerehelichen Beischlafs nöthigt, oder wer eine Frauensperson zum außerehelichen Beischlafe mißbraucht, nachdem er sie zu diesem Zwecke in einen willenlosen oder bewußtlosen Zustand versetzt hat. (§ 177 S.1 RStgB) Christina Müting, *Sexuelle Nötigung: Vergewaltigung (§ 177 StGB): Reformdiskussion Und Gesetzgebung Seit 1870*, Berlin, De Gruyter, 2010, p.224-225.

41) 현재 독일은 최협의설을 취하고 있지 않으며, 2016년 형법 개정을 통해 타인의 인식가능한 의사에 반하여 성행위를 한 경우를 처벌하는 규정을 도입하여(§ 177 Abs. 1 StgB), 구성요건이 확대되었다. Bundesamt für Justiz. *Strafgesetzbuch (StGB) § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung.* Bundesministerium der Justiz, https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/__177.html. Accessed 18 January 2022.

42) 한인섭, "성폭력을 조장하는 대법원 판례", 「성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 1~12차 자료집 모음」, 2007, 74면.

43) Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter Einem Jahre ein. (§ 177 S.2 RStgB) C. Müting, *supra* note 40, p.225.

44) 한인섭, 전게논문, 74면.

45) 日本法令索引「刑法 (明治40年4月24日法律第45号) 」 https://hourei.ndl.go.jp/#/detail?lawId=0000009467&searchDiv=1&current=6 (2021年 12月 20日 閲覧)。

방 후 일제 법령과의 단절은 조선인에게 차별과 억압을 가하는 일부 법령을 제외하고는 이루어지지 않았다.[46] 일본 형법은 1945년 독립 후에도 1953년에 대한민국 형법이 제정될 때까지 의용되었으며, 제정형법 역시 일본 형법과의 단절을 이루지 못하였다. 시간적으로 급박하게 제정 작업을 수행하여야 했기 때문에 일본 형법과 개정형법가안을 크게 참고하였고[47], 형법전 편찬의 중점을 식민지의 법과 제도에 민족어와 전통의 외형을 갖추게 하는 것에 두었기 때문이다.[48] 제정형법의 강간죄 조항을 보면, 일본의 개정형법가안을 수정 없이 한국어로 번역한 것에 그친 정도라는 것을 알 수 있다.

대한민국 제정형법 제297조 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

改正刑法假案　第三百八十八条　暴行又ハ脅迫ヲ以テ婦女ヲ強姦シタル者ハ三年以上ノ有期懲役ニ處ス[49]

개정형법가안 제388조 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.[50]

개정형법가안 강간죄의 구성요건은 일본 형법의 것과 같아, 한국의 형법도 동일한 구성요건을 가지게 되었다. 최협의설의 경우, 일본의 통설과 판례의 복제판이다.[51] 해방 후 한국 법률가들은 한국어로 번역된 마키노의 저서로 공부하였고, 독립 후 판례가 식민지 시절 판례에 이어서 최협의설을 연속적으로 고수한 탓이다.[52]

제정형법 입법자들은 식민지 법제를 청산하지 못하고, 법률가들은 충분한 검토 없이 마키노의 반쪽짜리 학설을 재판 과정에 적용하였다. 한국 형법의 강간죄 조항은 2012년에 객체를 '부녀'에서 '사람'으로 개정되었을 뿐, 최협의의 폭행·협박이라는 구성요건은 현재까지 유효하다. 최협의의 폭행·협박 중심의 강간죄는 1912년부터 지금까지 한 세기를 넘는

46) 한인섭, "刑事法制의 變遷 - 그 評價와 展望", 「법제연구」, 제15호, 1998, 4면.
47) 상게논문, 4면.
48) 장유진, "피해자의 처벌불원 의사에 의존하는 형사절차에 대한 포스트식민주의적 비판", 「공익과 인권」, 통권 제21호, 2021, 135면.
49) 国立国会図書館デジタルコレクション「刑事法規集.第1巻」https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1267477/125 (2022年 1月 18日 閲覧)。
50) 법무부조사국, "일본개정형법가안", 「法務資料第五輯」, 서울, 법무부, 1948, 307면.
51) 조국, 전게서, 44면.
52) 한인섭, "성폭력을 조장하는 대법원 판례", 74-75면.

시간 동안 이 땅에 존속하였다. 시간의 영향력은 절대적이었다. 한 세기는 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박이 있어야만 강간이라는 사고 및 인식이 사회에 스며들게 하기에 충분한 시간이었다. 한국에서 강간죄 개정 관련 논의 및 연구는 주로 페미니즘적 관점에서 이루어지고 있는데, 강간죄에서 지속되는 식민지성을 극복하자는 논의 및 연구가 현저히 적은 것을 보면 폭행·협박 중심의 강간 개념이 한국 관습인 것처럼 둔갑하여 많은 한국인이 이를 미처 의식하지 못하는 것을 알 수 있다. 탈식민은커녕 현행 강간죄의 정체가 식민지 시절 이식된 관습과 법 이데올로기인지조차 제대로 밝혀지지 않아, 문제의식이 생기기 어려운 듯하다. 그 결과, 현행 강간죄 규정과 학설 및 판례는 피해자 보호에 한계를 계속해서 지니고 있으며, 성적 자기결정의 자유를 침해하여 인권에 대한 제약을 초래하고 있다.

Ⅲ. 대만 강제성교죄의 탈식민성

1. 대만 강제성교죄의 탈식민 과정

20세기 말까지만 해도 대만이 탈식민의 국면[53]에 진입하였는지 여부에 대해 회의적인 시각이 많았다. 대만은 일찍이 17세기부터 여러 제국주의 열강의 식민지였으며, 일본의 식민 지배를 가장 최근까지[54] 그리고 최장 시간 동안[55] 받았다. 일본 식민 지배 종료 이후 대륙 본토에서 중국 공산당에 패한 중화민국 국민당이 정부를 대만으로 이전하자, 국민당에 의한 '내부 식민 지배'가 시작되었다고 여기는 대만 지식인들이 많았다.[56] 대만을 지배하게 된 중화민국은 일본 식민지 잔재를 청산하지 않았으며, 이 때문에 오히려 잔존하고 있는 일본 식민지 유산과 중화민국 유산의 혼합이라는 결과가 발생하였다. 대만의 역사는 식민주의의 역사이기 때문에, 오랜 기간 동안 일본 식민지 유산으로부터 해방되는 데 어려움을 겪었다.[57]

53) 특히 대만일치시기(台灣日治時期)에서 비롯된 식민지성 극복을 의미한다.
54) 차이가 많이 나는 것은 아니지만 대만은 다른 식민지보다 늦게 독립하였다. 대만은 1945년 10월 25일에 광복을 맞이 하였는데, 이 날 항복 문서 교환이 이루어지고 대만총독부가 소멸하였다. 조선과 비교하자면, 조선은 일본이 태평양 전쟁에서 패전한 1945년 8월 15일에 독립하게 되었으며, 조선총독부는 1945년 9월 28일에 소멸하였다.
55) 1895년부터 1945년까지 50년 간 식민 지배를 받았다. 대만은 일본 최초의 식민지이다.
56) Ping-Hui Liao, "Postcolonial studies in Taiwan: Issues in critical debates," *Postcolonial Studies*, Vol. 2, No. 2, 1999, p.199.

대만이 경험한 탈식민의 어려움은 형법에서 잘 나타난다. 일치시기(日治時期) 대만에 적용된 형법은 1880년(明治13年)의 일본 구형법과1907년(明治40年)에 제정된 일본 형법이다. 일본 구형법은 메이지 29년 율령[58] 제4호(明治29年律令第4号)에 따라 대만에서 의용되었으며[59], 이후 일본 형법은 1908년에 대만형사령(台湾刑事令)이 제정됨에 따라 의용되기 시작하였다[60]. 식민지 정부는 이러한 율령을 통해 일본의 형법을 대만에서 실시하면서 대만인들의 의사를 전혀 묻지 않은 채 대만에 그대로 적용한 것이다.[61] 광복 이후 지금까지 대만에서 적용되고 있는 형법은 중화민국 형법(中華民國刑法)[62]이다. 중화민국 형법은 1935년(民國 24年) 국민당이 본토에 정부를 두고 있을 때 제정되었지만, 제정 과정에서 일본 형법의 영향을 많이 받았다.[63] 그 시기 중화민국의 형법학 연구는 이제 막 시작되어 주로 일본의 연구를 번역 소개하는 것으로 발전하였고, 특히 범죄론, 그중에서도 범죄 성립요소(구성요건)에 관해서 일본 이론에 의한 '피식민지화'를 피할 수 없었다.[64] 이렇게 하여 일본 형법이 이식한 관습과 이데올로기가 대만 독립 이후에도 계속 잔존하게 되었다.

중화민국 형법의 강간죄 규정은 제정된 이후로 1999년(民國 88 年[65]) 이전까지 개정이 이루어지지 않았었는데, 제정 이후부터 개정 이전까지는 다음과 같이 규정하였었다.

> 第二百二十一條　對於婦女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之者，
> 為強姦罪，處五年以上有期徒刑。
> 姦淫未滿十四歲之女子，以強姦論。
> 前二項之未遂犯罰之。[66]

57) *Ibid*, p.199-200, p.206-210.
58) 제국의회에서 입법된 법률과 동일한 법적 효력을 가지고 있는 행정명령이다.
59) 貞廣知行「明治29年律令第4号」http://nomenclator.la.coocan.jp/ip/ksup/sup/m29r004.htm (2021年 12月 16日 閱覽)。
60) 国立公文書館デジタルアーカイブ「台湾刑事令ヲ定」https://www.digital.archives.go.jp/img/1668545 (2021年 12月16日 閱覽)。
61) 王泰升， 台湾法における日本的要素 ，台北市：國立臺灣大學出版中心，2014， 頁251。
62) 중화민국이 최초로 제정한 형법은 아니다. 최초로 제정한 형법은 북양정부 시절 1912년(民國元年)에 제정된 잠행신형률(暫行新刑律)이다. 잠행신형률은 일본 형법학자 오카다 아시타로(岡田朝太郎)의 주도 아래 만들어진 중국 대륙 최초의 근대 형법전 대청신형률(大清新刑律)과 흡사하다. 이후 국민당 정부는 1928년(民國17年)에 현재 구형법(舊刑法)이라 불리는 중화민국 형법을 제정하였었다. 구형법은 오래 지속되지 못하고 1935년 현행 중화민국 형법이 제정되면서 폐지되었다. 중화민국의 세 형법은 일본 형법 및 형법학과 함께 하였으며, 따라서 이전에 중국 대륙을 지배한 왕조들의 법제와 단절되어 있다. 이는 후일 일본으로부터 독립한 대만에 계속 일본 형법 및 형법학의 영향이 지속되게 하는 원인이 되었다.
63) 河村有教, 전게논문, 74頁。
64) 孫文「中華民国時代の犯罪体系」立命館法学 第377号 (2018) 。
65) 중화민국은 쑨원(孫文)이 중화민국이 건국된 1912년을 원년으로 하는 민국기년(民國紀年)을 사용하고 있다.
66)立法院法律系統，中華民國刑法23年10月31日制定，
https://lis.ly.gov.tw/lglwc/lawsingle?00191D03906D0000000000000000000A000000002000000^04536023103100^00000000000# (查詢日期：2021.12.16.) .

제221조 폭행, 협박, 약제, 최면술 또는 기타 항거 불능하게 하는 방법으로 부녀를 간음한 자는 강간죄로서 5년 이상의 유기징역에 처한다.
14세 미만의 여성을 간음한 것은 강간으로 간주한다.
전 2항의 미수범은 처벌한다.[67]

상술한 범죄 성립 요소의 '피식민지화'가 여실히 드러난다. 일본 형법의 강간죄 규정과 같이, 중화민국 형법에서 강간죄가 성립하기 위해서는 '폭행·협박·약제·최면술' 등의 방법으로 부녀를 간음하는 실행 행위가 필요하다. 또, 이러한 행위는 피해자인 부녀가 항거 불가능할 정도로 행사되어야 한다. 즉, 일본 기원의 최협의설이 형법 해석으로 반영되어 있는 것이 아니라, 직접 명문으로 규정되어 있다. 중화민국 형법에서 '폭행·협박·약제·최면술'은 예시적 요건이기는 하지만, 이에 준하는 수단으로 피해자가 저항하지 못할 정도로 행사하여 간음한 경우에 강간죄가 성립되었다. 피해자의 의사는 구성요건에 포함되지 않았다.

'폭행·협박·약제·최면술' 또는 이에 준하는 행위가 있어야지만 강간이라는 협소한 사고 및 의식, 그리고 최협의설이라는 법 이데올로기는 일본 식민 정부와 국민당 정부를 거치는 과정에서 단절되지 않고 연속성을 가지고 있었다. 하지만 20세기 말에 형사법의 '대만화(臺灣化)' 추진을 분기로 이전과 상황이 달라졌다. 1990년대 대만은 여러 차례의 헌법 개정을 하였고[68], 1996년 처음으로 직선제 총통 선거를 시행하게 되면서 민주화가 이루어졌다. 당시 대만 민주화의 영향으로 대만 주체의식이 확산되어, 중화민국 법제의 대만화가 여러 중요 법률 영역에서 전개되었다.[69] 특히, 일본 형법의 영향을 강하게 받은 중화민국 형법의 대만화 추진은 당연한 수순이었다. 또, 상술한 강간죄 조항과 같은 중화민국 형법 내 성범죄 규정들이 현대 대만의 사회 상황과 맞지 않다고 느끼는 이들이 많아졌다.[70] 즉, 일본 식민지 시절에는 대만의 사회 관습에 대한 고려 없이 일본 형법이 그대로 적용되었고, 독립 이후에도 일본 형법과 흡사한 중화민국 형법의 강간죄 규정이 수정 없이 적용되고 있었기 때문에 점차 대만의 사회와의 괴리가 커져 이를 극복하고자 탈식민 국면에 진입하게

67) 필자 번역.
68) 제1차 헌법개정(1991년), 제2차 헌법개정(1992년), 제3차 헌법개정(1994년), 제4차 헌법개정(1997년), 제5차 헌법개정(1999년). 1980년대 말부터 냉전 체제가 완화됨에 따라 전시비상법체제이자 국민당의 일당 독재 체제 유지의 수단이었던 헌법 임시 조항 동원감란시기 임시조관(動員戡亂時期臨時條款)에 대한 폐지 여론이 거세졌다. 이러한 요구가 받아들여져 1991년 제1차 헌법개정으로 동원감란시기 임시조관이 폐지되었다. 이후의 여러 차례의 헌법개정을 거치면서 점차 민주주의가 확대되었다.
69) 중화민국 법제의 대만화 배경 및 과정에 대해서는 다음 문헌을 참조할 것. 王泰升 , 臺灣法律現代化歷程: 從「內地延長」到「自主繼受」, 台北市 : 國立臺灣大學出版中心 , 2015 。
70) 상게서 , 頁165-167。

된 것이다.

1999년 3월 입법원(立法院)[71]은 상당히 신속하게 형법 개정안을 완성하였으며, 이는 바로 같은 해 4월 21일 총통이 공포하여 시행되었다. 형법이 제정된 이후 가장 광범위한 수정이 이루어졌으며, 제221조 강간죄의 경우 법 개념, 보호법익, 구성요건 모두 개정되어 가장 파급력이 있었던 개정으로 꼽힌다. 강간죄에서 '강간'과 '간음' 표현이 빠지고 강제성교죄(強制性交罪)라고 부르게 되었으며, 행위 객체는 남자까지 포함하게 되었다. 개정 전 강간죄는 풍속을 방해하는 죄(妨害風化罪) 아래 규정되어 있어서 도덕범(道德犯)[72]의 개념에 속하였으나, 개정 후 신설된 성적 자주[73] 방해죄(妨害性自主罪)에 속하게 되면서 자유범(自由犯)의 개념에 속하게 되었다.[74] 강제 성교는 개인의 자유권이라는 법익을 침해하기 때문에, 강제성교죄의 보호법익이 개인의 성적 자주권으로 된 것이다. 일본의 영향을 가장 많이 받았다고 할 수 있는 구성요건에 가장 많은 수정이 이루어졌다. 우선, 약제의 사용은 제222조 가중성교죄(加重強制性交罪)로 이동하였고, 그 자리에 공혁(恐嚇)이라는 예시적 요건이 추가되었다. 가장 중요한 것은 상대의 항거를 불가능하게 하는 행위의 정도, 즉 최협의설을 삭제한 개정이다. 최협의설의 폐기와 동시에 '상대의 의사에 반하였을 것'으로 개정되어, 피해자의 항거를 불가능할 정도에 이르지 않는 정도의 강제 수단을 사용하여도 강제성교죄로 인정되게 되었고, 피해자가 최선을 다해 저항하였는지 입증하는 것은 불필요해졌다. 대만은 최협의의 폭행·협박 등을 사용한 강간이라는 식민지성을 극복하고, 대만의 사회 상황과 상대가 동의하지 않은 성적 침해라는 강간죄의 본질을 살려 개정함으로써 탈식민을 이루었다.

2. 현행 대만 형법상 강제성교죄

대만의 현행 형법은 '강간죄'과 '강간'이라는 표현을 사용하지 않으며, 한국의 강간죄에 해당하는 규정은 강제성교죄 혹은 비동의성교죄(非同意性交罪)라 부르고 있다. 강제성교죄

71) 중화민국의 입법기관이다. 중화민국은 오권분립을 채택해, 이에 따라 입법원(立法院), 사법원(司法院), 행정원(行政院), 고시원(考試院), 감찰원(監察院)의 오원(五院)으로 이루어져 있다.

72) 사회 규범, 특히 본 조항에서는 사회상의 성 도덕 규범을 위배한 범죄를 의미한다.

73) 대만의 성적 자주(性自主)는 한국의 '성적 자기결정'이다. 따라서, 대만에서 '성적 자기결정권'에 해당하는 표현은 '성적 자주권(性自主權)'이다.

74) 古德凱 , "妨害性自主罪章修法歷程的反思以白玫瑰運動為轉捩點 , "財團法人民間司法改革基金會 , https://www.jrf.org.tw/articles/1688 (查詢日期 : 2021. 12.16.)

는 기존 강간죄의 식민성 극복의 산물이다. 대만 형법은 현재 강제성교죄에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.

第 221 條 1. 對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願 之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。
2. 前項之未遂犯罰之。[75]

제221조 ①남녀에 대하여 폭행·협박·공혁[76]·최면술[77] 또는 기타 그 의사에 반하는 방법으로 성교한 사람에 대해서는 3년 이상 10년 이하의 유기징역에 처한다.
②전항의 미수범은 처벌한다.[78]

본 조항의 보호법익은 성적 자주권이다. 강제성교죄는 형법 제16장 성적 자주 방해죄 하에 규정되어 있어, 강제성교는 개인의 성적 자주를 저해하는 행위라는 것을 강조하고 있다.[79] 명문상 행위의 주체는 사람이고, 객체는 남자와 여자이다. 행위의 객체가 남자와 여자로만 제한되는지 해석에 대립이 있었으나, 지금은 행위의 주체와 마찬가지로 행위의 객체에 아예 제한이 없는 것으로 받아들여지고 있다.[80] 다만, 조문의 표현만을 본다면, 피해자가 남녀의 신분으로 확정되기 어려운 인터섹스(陰陽人) 등일 수 있으니 "타인(他人)"으로 개정하는 것이 바람직하다는 의견이 학계를 중심으로 제기되고 있다.[81]

강제성교죄의 구성요건은 폭행·협박·공혁·최면술 등 상대의 의사에 반하는 방법으로 실행한 성교 행위이다. 여기서 '폭행·협박·공혁·최면술' 등의 강제 방법과 함께 규정되어 있는 '기타 그 의사에 반하는 방법' 문구의 해석이 쟁점이 되어 학설 및 판례 간 갈등이 있다. 학설은 다음과 같이 총 세 가지가 있다.

① '폭행·협박·공혁·최면술'은 예시적 요건이고, 그에 준하는 수단으로 상대의 '의사에 반하는 방법'으로 성교한 경우에 강제성교죄가 성립된다고 보는 견해.

75) 全國法規資料庫，中華民國刑法，https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=C0000001 (查詢日期 : 2021. 12.16.)
76) 대만은 협박(脅迫)과 공혁(恐嚇) 구분하고 있다. 협박은 피해자가 공포를 느낄 수 있도록 일반인이 체감할 수 있는 현재의 피해를 피해자에게 알리는 것이다. 가령, 정신 장애가 있는 사람을 산에 데려가 구강 성교를 하지 않으면 산에 버리고 갈 것이라고 말하는 것이 협박이다. 공혁은 가해자가 미래의 해악 또는 불이익에 대해 피해자에게 알리는 것이다. 성교를 하지 않으면 불법촬영을 공개한다고 말하는 것이 공혁이다. 法觀人編輯部，"張鏡榮(榮律師)編著《透明的刑法－分則編》，"法觀人 第249期, 2020，頁45。
77) 최면술(催眠術)은 사람을 인공 수면 상태에 빠뜨리는 모든 방법을 의미한다. 상게논문, 頁45。
78) 필자 번역.
79) 李聖傑，"從性自主權思考刑法的性行為,"中原財經法學, 第10期, 2003，頁2-4。
80) 南春白，108年圖解刑法概要 關鍵見解+精選試題，新北市：千華數位文化，2018, 頁377。
81) 高金桂，"從刑事政策論刑法妨害性自主罪之立法變革，"刑事政策與犯罪研究論文集, 2000，頁5。

② 가해자에 의해 '폭행·협박·공혁·최면술' 등의 수단이 사용되었는지 여부는 중요하지 않고, 피해자가 물리적 뿐만 아니라 심리적[82]으로 강제되는 상태에서 성교한 경우에도 강제성교죄가 성립된다고 보는 견해.

③ (①과 ②의) 절충설로, '폭행·협박·공혁·최면술' 등을 예시적 요건으로 해석하면서도, '기타 그 의사에 반하는 방법'을 ①보다 확장 해석하여 '폭행·협박·공혁·최면술' 정도만큼 강하지 않은 약한 수단을 사용하여도 강제성교죄가 성립된다고 보는 견해.[83]

판례는 제221조 제1항의 '기타 그 의사에 반하는 방법'은 동조 동항에서 규정한 '폭행·협박·공혁·최면술' 등과 같은 방법과 유사할 필요가 없고, 가해자가 주관적으로 피해자의 성적 자주권을 침해할 의사를 가지고 실행하는 것을 의미하며, 피해자의 성적 자주를 방해하는 어떠한 수단도 '기타 그 의사에 반하는 방법'에 모두 해당한다는 입장이다.[84] 가령, 연애의 실패, 건강 악화, 사업 실패 등으로 인해 의사결정 능력이 현저하게 약해졌을 때, 오컬트(法力), 신괴, 종교, 미신 등 과학적으로 증명되지 않은 수단으로 유인하여 피해자의 성적 자주권을 침해한 것 역시 강제성교죄의 구성요건에 해당한다고 한다.[85] 또, '의사에 반하는 방법'은 피해자가 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이를 필요는 없고, 피해자의 의사에 반하는 것으로, 즉 성적 자주권을 제약하는 것으로 충분하다고 한다.[86] 따라서, 판례는 상술한 세 학설보다 강제성교죄의 구성요건을 넓게 보고 있다.

3. 대만과의 비교를 통해 본 한국 폭행·협박 중심 강간죄 재구성의 방향

한국과 대만은 경위는 다르지만, 두 지역 모두 한 세기가 넘는 기간 동안 일본 식민지법의 영향으로 최협의의 폭행·협박 등 강제 수단을 사용한 강간이라는 개념이 잔존하였다. 한국의 경우, 일본의 형법은 1912년 식민지 조선에 처음 들어왔다. 한반도는 1945년 8월 15일 일본이 항복 선언을 한 즉시 독립하였으나, 이후 8년이 경과하도록 일본 형법이 계속 의용되었다. 1953년에 대한민국 형법이 제정되어 독자적인 형법전을 보유하게 되었지만, 일본의 형법과 개정형법가안을 기초로 한 것이기 때문에 일본 법제와의 단절이 이루어지지

82) 심리적으로 압박을 가하는 상황 또는 분위기 속에서 성교한 경우 등.
83) 河村有教, 전게논문, 85-86頁。
84) 最高法院102年度臺上字第3692號刑事判決；最高法院107年度台上字第3348號刑事判決 등 참조.
85) 最高法院102年度臺上字第3692號刑事判決； 最高法院106年度台上字第456號刑事判決 등 참조.
86) 最高法院 97年台上字第 6117 號 刑事判決；最高法院105年度台上字第654號刑事判決 등 참조.

못하였고, 지금까지 여러 번의 개정이 있었음에도 불구하고 폭행·협박이 필요한 강간죄의 최협의설과 같이 식민지 법이 이식한 개념과 법 이데올로기가 한국 사회에 내면화되어 '관습'으로 둔갑되어 있는 것들이 있다. 대만에서는 한국보다 16년 이른 1896년부터 당시 일본의 형법(구형법, 1907년부터 현행 형법)이 의용되었다. 50년간 일본 형사 법제 아래 있었으며, 독립도 다른 식민지보다 2개월 가량 늦게 하였다. 광복을 맞이한 후 독자적인 형법전을 제정한 한국과 달리, 대만은 대륙 본토에서 중화민국 국민당 정부가 대만을 통치하게 됨에 따라 중화민국 형법의 적용을 받게 되었다. 중화민국 형법은 그전에는 대만과 관계없이 대륙에서 제정되었지만, 일본 형법의 영향을 많이 받았다. 따라서, 일본 법제의 단절은 이루어지지 못하였고, 국민당에 의한 '내부 식민 지배'가 시작되었다고 여기는 대만인들이 생겼다. 대만은 한국보다 더 긴 시간 동안 일본 형법의 영향 아래에 있었음에도 불구하고 1999년 형법 개정을 통해 형사법의 '대만화,' 즉 탈식민화를 이루었다. 강간죄 조항의 경우, 한국과 마찬가지로 일본에서 비롯된 최협의설이라는 법 이데올로기가 오래 존속하였으나, 개정을 통해 최협의설을 폐지하고 상대방의 의사 여부 중심의 강제성교죄를 확립하였다.

사실, 개정되기 전에도 한국 형법상 강간죄와 다소의 차이가 있었다. 한국 형법상 강간죄 조항은 예나 지금이나 행위의 수단으로서 폭행 또는 협박이 반드시 필요하지만, 대만의 구 강간죄 조항에서 폭행·협박·약제·최면술 등이 예시적 요건이었다. 명문상 규정되어 있는 예시적 요건 또는 이에 준하는 행위가 있어야지 강간죄로 인정하였던 것이다. 다만, 그 행위의 정도에 있어서 "기타 항거 불능하게 하는 방법으로 부녀를 간음한 자"를 처벌한다고 하였기에, 최협의설이 명시적으로 규정되어 있었다. 한국에서 최협의설은 명문으로 규정되어 있지는 않지만, 학설과 판례에 의해 강간죄 성립의 실질적 판단 기준으로 작용하고 있다. 최협의설은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않은 정도의 강제 수단을 사용한 성교 행위를 법적으로 허용하여 개인의 성적 자기결정권의 침해를 일으키는 심각한 결함이 있어, 강간죄 조항과 현대 사회의 성문화 및 성에 대한 인식 사이에 괴리가 생기게 되었다. 이에 대한 한국과 대만의 대처는 상당한 차이를 보여, 상술한 것과 같이 탈식민을 한 대만과 그러지 못한 한국이라는 결과가 발생하였다. 원인은 여러 가지가 있겠으나, 강간죄 개정에 대한 관점 차이가 주요 원인인 것으로 보인다.

20세기 말 무렵 대만이 민주화되어 대만 주체의식이 강화되면서, 일치시기 의용된 일본 형법상 강간죄 조항에 이어서 그 영향을 받아 제정된 중화민국 형법상 강간죄 조항이 지속해서 적용되어온 식민주의 역사에 대한 문제의식이 널리 퍼지게 되었다. 즉, 대만은 탈식민

주의적 관점으로 강간죄를 바라본 것이다. 강간죄 조항은 대만 사회의 관습과 강간에 대한 관념에 기초하여 제정된 것이 아니라 이식된 것이며, 이렇게 이식된 식민지 유산은 내면화되는 듯하였지만 현대 대만의 사회 상황과 점점 괴리가 생기면서 '대만적'이지 않는 강간죄의 식민성이 드러난 것이다. 이때 대만 인권 및 여성주의 운동가들이 가세하면서 입법원은 강간죄 조항 전면 개정이라는 강수를 두게 되었고, 이는 완벽한 탈식민으로 이어졌다. 현재 조항이 완벽하게 탈식민성을 띠는 것은 개정으로 인해 최협의설이 완전히 폐기되었고 강간 개념 자체가 바뀌었기 때문이다. 대만에서 강간은 상대의 의사에 반하는 강제성교이라는 개념으로 확립되었으며, 심지어 사법 판단에 의하면 상대의 의사에 반하여 성적 자유를 침해하는 어떠한 수단을 사용하든 강제성교죄가 성립된다. 한국에서는 강간죄 규정의 성립 요소와 관련해서 2012년에 행위 객체를 '부녀'에서 '사람'으로 개정하기만 하고, 최협의의 폭행·협박이라는 구성요건은 현재까지 유효하다. 이는 한국이 대만과 달리 강간죄 조항에 탈식민주의적 접근을 한 것이 아니라, 주로 여성 인권 또는 페미니즘의 관점에서 개정을 논하고 있기 때문이다. 학계에서는 90년대부터 꾸준히 최협의의 폭행·협박설에 대한 비판이 제기되었는데, 이것이 지닌 식민성에 대해 논하는 탈식민주의적 비판은 드물다. 최근 한국에서는 '비동의 간음죄' 혹은 '비동의 강간죄'를 신설해야 한다는 목소리가 높아졌지만[87], 이는 대다수 한국인이 식민지 경험에 대해 공통적으로 부정적인 감정을 가지고 있어서 '일제 잔재 청산,' 형법의 '한국화' 등 탈식민에 대한 열망이 생겨서가 아닌 미투 운동의 영향으로 인한 것이다. 일제강점기 잔재 청산을 해야 한다는 목소리는 늘 있었지만, 강간죄 조항에 대해서는 관련 논의가 거의 없었다. 판례는 최근까지도 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 한다는 입장을 고수하고 있다.[88] 최근 공포된 형법 일부개정법률(법률 제17571호)는 일본식 표현을 한국어로 변경하는 등 용어나 문장에 대한 개정이 있었을 뿐, 규정의 내용에 대한 개정은 이루어지지 않았다. 한국 형법이 일본식 표현을 벗어난 것은 분명히 긍정적인 변화이지만, 내용에 대한 개정이 없었으므로 식민지 시절 이식된 관습과 법 이데올로기가 청산되지 못한 채 사회에서 계속 작용하고 있게 되었다. 대만은 1996년에 민주화가 되면서 법제의 대만화가 추진되어 탈식민을 이루었지만, 한국은 그보다 이른 1987년에 민주화가 되었음에도 불구하고 아직 탈식민의 국면에 진입하지 못하였다는 것이 못내 아쉽다.

87) 국회에 관련 법안이 발의되기도 하였으나 의결된 안은 없다.
88) 대법원 2017. 10. 12., 선고 2016도16948, 2016전도156, 판결(공2017하, 2156).

현재 한국의 강간죄 조항은 보호법익인 개인의 성적 자기결정권의 침해를 야기한다는 문제를 명백하게 가지고 있기 때문에, 재구성이 필요하다. 대만과 비슷하게 탈식민의 방향으로 재구성을 한다면 자연스럽게 성적 자기결정권이 보호될 것이며, 따라서 피해자를 위한 정의 실현이 가능해질 것이다. 재구성의 방향으로 입법으로 개선하는 방향과 사법해석에 변화를 주는 방향이 있다. 우선, 구성요건을 확대하거나 예시요건화하는 것이 재구성의 한 방법이겠다. 현행 한국의 형법 규정은 폭행 또는 협박이라는 수단을 사용하여 강간하였을 것을 필요로 하다. 약제의 사용, 최면술 등 다른 수단으로 강간하였다고 하더라도 폭행 또는 협박 행위가 같이 존재해야 강간죄가 성립된다. 대만처럼 폭행·협박 등을 예시적 요건으로 보거나 공혁·최면술 등 다른 강제 수단을 추가하여 확대한다면, 현행 규정으로는 강간죄 인정이 되지 못하는 강제 성교행위 피해자의 피해 구제가 이루어질 수 있을 것이다. 또, 상대의 의사에 반하였는지가 구성요건에 포함하는 것과 행위 수단의 강도 심사에 대한 조정이 있다. 한국의 강간죄 조항과 사법해석에 따르면 상대방의 동의 여부가 중심 판단 기준이 아니며, 최협의설에 따라 폭행 또는 협박을 심지어 피해자가 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도로 행사하였어야 강간죄가 성립한다. 이에 따라 거부 의사는 표시하였지만 폭행 또는 협박이 없었던 경우, 최협의설의 기준에 미달하는 경우 등 상황에서 자신의 의사에 반하여 성교를 하게 된 피해자 보호 및 구제가 이루어지기 어렵다. 대만의 경우, 강제성교죄의 성립에 있어서 상대의 의사에 반하는 방법이면 족하다고 한다. 이렇게 개정이 되고 나서 대만 내에서 '억울한 가해자' 발생에 대한 우려가 있었다.[89] 하지만 우려와는 달리 이러한 부작용이 크게 나타나지 않았으며, 현재 사법 실무에서는 피해자의 의사에 반하는 것만으로 강제성교죄를 인정하고[90], 행위 수단의 강도는 심사하지 않고 있다(강제수단불필요설).[91] 재판부는 '억울한 가해자' 여부를 증거재판주의를 기초로 삼아[92] 사건과 관련된 모든 사정을 종합하여 판단하며, 피해자가 무고(誣告)의 의도를 가지고 있다고 판단하거나 상대의 의사에 반하였다고 보기 어려울 때 '억울한 가해자'에게 처벌을 내리지 않는다. 가령, 착오로 인한 동의 표시를 하여 행해진 성교는 강제성교죄로 성립되지 않는다는 입장이다. 강제력 행사 없었기 때문에 비록 착오가 있었다고 하더라도 개인의 자유의지

89) 高金桂 , 전게논문 , 頁5-6。
90) 最高法院 97年台上字第 6117號刑事判決 ; 最高法院102年度臺上字第3692號刑事判決 ; 最高法院105年度台上字第654號刑事判決 ; 最高法院107年度台上字第3348號刑事判決 등 다수 판례 참조.
91) 法觀人編輯部 , 전게논문 , 頁47-48。
92) 最高法院101年度台上字第2686號刑事判決 등 다수 판례 참조.

에 기반하여 동의하였다고 보는 것이다.[93] 강제성교죄의 구성요건이 다소 광범위하기 때문에 외견상 강제성교죄의 성립 가능성이 높아 보이지만 사법 판단을 통해 '억울한 가해자'가 발생하는 문제를 방지하는 것이다. 한국에서 '비동의 강간죄' 신설에 대한 의견이 제기되었을 때 논란이 되었던 이유가 '억울한 가해자'가 발생할 것이라는 여론이 일었기 때문인데, 대만의 실례(實例)를 보았을 때 '억울한 가해자'에 대해서는 생각보다 크게 우려하지 않아도 될 듯하다. 그렇지만, 오랜 기간 동안 최협의설을 고수하고 있는 한국의 법원을 생각하였을 때, 대만 법원처럼 행위수단의 강도를 아예 심사하지 않는 것은 현재로서는 어려울 것이다. 다만, 최협의설에 미치지 못하는 정도의 강제 수단의 행사로 성교를 하게 된 피해자를 구제하기 위해서는 행위 수단의 강도 심사에 대한 조정이 반드시 필요하다. 적어도 강제 수단의 정도는 강간죄의 성립 여부를 결정하는 요건이 아닌, 양형 요소로 봐야 할 것이며, 피해자의 의사에 반하였는지가 강간죄 성립 기준이 되어야 한다. 이러한 방향으로 한국 현행 강간죄 규정이 개정된다면 한국 사회의 성(性) 문화 및 인식에도 피해자 의사 중심의 강간죄가 내면화될 것이다.

Ⅳ. 결론

본고는 탈식민주의적 관점에서 현행 한국 형법상 강간죄의 청산되지 못한 식민성과 탈식민의 결과인 대만 강제성교죄를 중심으로 폭행·협박 중심 강간죄에 관한 고찰을 하고자 하였다. 식민지 조선과 대만 모두 일본 형사 법제 아래 있었고, 독립 후 제정된 대한민국 형법과 대만에 적용된 중화민국 형법은 식민지 법제와 단절되지 못하고 연속성을 지니게 되었다. 이러한 연속성은 단순히 법조문이 흡사하다는 점에서 보다는, 이것이 내포하고 있는 개념과 이데올로기가 사회에 내면화되어 사회적으로 확립된 일반적인 인식을 발명하기 때문에 위험하다는 점에서 주목할 필요가 있다. 한국과 대만이 같은 일본의 강간죄 규정의 영향을 받았지만, 오로지 대만만이 탈식민을 이루었다는 점에서 한국의 현행 강간죄에 대한 개정 논의가 활발한 지금 대만은 귀중한 비교 대상이다. 한반도에서 협소한 강간 개념과 최협의설은 한일 병합 이전에는 존재하지 않았으며, 일제강점기부터 현재까지 수용되고 있는

93) 最高法院102年度台上字第248號刑事判決。

연속성을 보이고 있다. 대만도 비슷한 구성요건과 명문으로 최협의설을 규정하고 있는 연속성을 보였었지만, 대만 민주화 이후 대만의 사회 상황과 맞지 않는다고 느끼는 이들이 많아지면서 최협의설이 완전히 폐기되었고 '상대의 의사에 반하는 것'이 강제성교죄 성립의 주요 판단 기준이 되었다.

아직 식민성을 지니고 있는 현행 한국 형법상 강간죄 규정은 폭행 또는 협박이 필수로 존재하여야 한다는 점과 상대의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이르러야 하므로 성적 자기결정권을 보호하는 데 한계가 있다. 따라서 재구성이 필요한데, 한국의 정서와 사정에 맞추면서 대만의 탈식민 방향과 비슷하게 재구성한다면 자연스럽게 성적 자기결정권 침해 문제가 상당 부분 해결될 것이다. 필자가 제시하는 구체적인 방향은 구성요건의 확대 또는 예시요건화, 그리고 상대의 의사에 반하였는지의 구성요건 추가 등 입법적 개선과 행위수단의 강도 심사에 대한 조정 등 사법해석에 변화를 주는 방향이다. 최근 한국에서 강간죄 개정안 또는 '비동의 강간죄' 신설안이 발의되기도 하였으나 '억울한 가해자' 발생 가능성 등으로 인해 논란이 일자 의결되지 못하였는데, 대만은 큰 무리 없이 강제성교죄 성립에 관해 강제수단불필요설을 재판 실무에서 적용하고 있어, 이에 대해 크게 우려할 필요는 없는 듯하다. 한국도 강제 수단의 정도를 구성요건이 아닌, 양형 요소로 보는 것이 바람직할 것이다. 한국 형법이 제정된 지 거의 70년이 되었고, 최근 개정이유에 명시된 것처럼 형법은 "국민들의 일상생활에 직접 적용되는 기본법"이라는 점에서 모범이 되어야 한다.[94] 이제 폭행 또는 협박이 있어야만 강간이라는 협소한 사고 및 의식, 그리고 최협의설이라는 법 이데올로기라는 식민성과 이것이 내면화된 우리 사회의 성(性) 문화 및 인식을 극복하고 탈식민을 할 때이다.

94) 법무부 형사법제과, 「형법」 및 「형사소송법」 일부개정법률 공포,
https://www.moj.go.kr/moj/211/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGMTU5JTJGNTM5NzI1JTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNGcGFzc3dvcmQlM0QlMjZyZ3NCZ25kZVN0ciUzRCUyNmJic0NsU2VxJTNEJTI2cmdzRW5kZGVTdHIlM0QlMjZpc1ZpZXdNaW5lJTNEZmFsc2UlMjZwYWdlJTNEMiUyNmJic09wZW5XcmRTZXElM0QlMjZzcmNoQ29sdW1uJTNEJTI2c3JjaFdyZCUzRCUyNg%3D%3D (2022년 3월 10일 접속).

[참고문헌]

[국내문헌]

〈단행본〉

김명숙·안진·양현아·이상수·홍성수·황승흠, 「법사회학, 법과 사회의 대화」, 서울, 다산출판사, 2013.

대한국법부, 「刑法大全」, 경성, 대한국법부, 1906.

법무부 조사국, "일본개정형법가안", 「法務資料第五輯」, 서울, 법무부, 1948.

오영근, 「형법각론」, 서울, 박영사, 2021.

조국, 「형사법의 성편향」, 서울, 박영사, 2018.

〈논문〉

김성곤, "탈식민주의 시대의 문학", 「외국문학」, 제31호, 1992.

문준영, "大韓帝國期 刑法大全의 制定과 改正", 「법사학연구」, 제20호, 1999.

변종필, "강간죄의 폭행·협박에 관한 대법원의 해석론과 그 문제점", 「비교형사법연구」, 제8권 제2호, 2006.

신윤진, "'擬制和姦'의 메커니즘: 강간죄 해석에 있어서의 최협의 폭행·협박설 비판", 「공익과 인권」, 제2권 제1호, 2005.

오병선, "법철학의 연구방법과 이데올로기", 「서강법학」, 제6권, 2004.

오영근, "일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점", 「형사법연구」, 제20호, 2003.

오인영, "포스트식민주의 이론의 이해와 수용", 「동양학」, 제32권, 2002.

장유진, "피해자의 처벌불원 의사에 의존하는 형사절차에 대한 포스트식민주의적 비판", 「공익과 인권」, 통권 제21호, 2021.

한인섭, "성폭력을 조장하는 대법원 판례", 「성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 운동 1~12차 자료집 모음」, 2007.

한인섭, "刑事法制의 變遷 - 그 評價와 展望", 「법제연구」, 제15호, 1998.

〈기타 자료〉

고려대한국어대사전, “강간하다“, https://dic.daum.net/word/view.do?wordid= kkw000304854 &supid=kku000008429 (2021년 11월 27일 접속).

국사편찬위원회 한국사데이터베이스 조선시대 법령자료,「대명률직해」, http://db.history.go.kr/law/item/level.do?levelId=jlawb_170_0250_0010&allViewYn=Y (2021년 12월 19일 접속).

국사편찬위원회 한국사데이터베이스 조선시대 법령자료,「대전회통」, http://db.history.go.kr/law/item/level.do?levelId=jlawa_405_0320_00400 (2021년 12월 19일 접속).

국사편찬위원회 한국사데이터베이스 조선시대 법령자료,「속대전」, http://db.history.go.kr/law/item/level.do?levelId=jlawa_205_0240_0040 (2021년 12월 19일 접속).

대법원 2017. 10. 12., 선고 2016도16948, 2016전도156, 판결(공2017하, 2156).

법무부 형사법제과,「형법」 및「형사소송법」 일부개정법률 공포, https://www.moj.go.kr/moj/211/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGMTU5JTJGNTM5NzI1JTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNGcGFzc3dvcmQlM0QlMjZyZ3NCZ25kZVN0ciUzRCUyNmJic0NsU2VxJTNEJTI2cmdzRW5kZGVTdHIlM0QlMjZpc1ZpZXdNaW5lJTNEZmFsc2UlMjZwYWdlJTNEMiUyNmJic09wZW5XcmRTZXElM0QlMjZzcmNoQ29sdW1uJTNEJTI2c3JjaFdyZCUzRCUyNg%3D%3D (2022년 3월 10일 접속).

이익현, “용어정의규정에 관한 연구①”,「법제」, 1993, https://www.moleg.go.kr/mpbleg/mpblegInfo.mo?mid=a10402020000&mpb_leg_pst_seq=129223 (2021년 12월 17일 접속).

표준국어대사전, “강간”, https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=391975&searchKeywordTo=3 (2021년 11월 27일 접속).

한국성폭력상담소,「2017년 한국성폭력상담소 상담통계 및 상담 동향분석」, 2018, http://www.sisters.or.kr/load.asp?sub_p=board/board&b_code=7&page=1&f_cate=&idx=3985&board_md=view (2021년 12월 17일 접속).

[외국문헌]

〈단행본〉

Bill Ashcroft, Gareth Griffiths and Helen Tiffin, *The Empire Writes Back: Theory and Practice in Post-Colonial Literatures*, London, Routledge, 2002.

Christina Müting, *Sexuelle Nötigung: Vergewaltigung (§ 177 StGB): Reformdiskussion Und Gesetzgebung Seit 1870*, Berlin, De Gruyter, 2010.

南春白，108年圖解刑法概要 關鍵見解+精選試題，新北市：千華數位文化，2018。

王泰升，台湾法における日本的要素 ，台北市：國立臺灣大學出版中心，2014。

王泰升，臺灣法律現代化歷程: 從「內地延長」到「自主繼受」，台北市： 國立臺灣大學出版中心，2015。

沼野輝彦 · 設楽裕文『刑法各論』(弘文堂, 2017)。

〈논문〉

Ping-Hui Liao, "Postcolonial studies in Taiwan: Issues in critical debates," *Postcolonial Studies*, Vol. 2, No. 2, 1999.

Sally Engle Merry, "Law and Colonialism," *Law & Society Review*, Vol. 25, No. 4, 1991.

高金桂，"從刑事政策論刑法妨害性自主罪之立法變革，"刑事政策與犯罪研究論文集 ，2000。

法觀人編輯部，"張鏡榮(榮律師)編著《透明的刑法－分則編》，"法觀人， 第249期 ，2020。

齋藤実「強制性交等罪における暴行・脅迫要件について -北欧の性犯罪規定との比較検討-」獨協法学 第112号 (2020)。

孫文「中華民国時代の犯罪体系」立命館法学 第377号 (2018) 。

李聖傑， "從性自主權思考刑法的性行為,"中原財經法學 第10期, 2003。

河村有教「台湾刑法の不同意性交罪と日本刑法改正への示唆」多文化社会研究 2021年 第7号 (2021)。

深町晋也「家庭内における児童に対する性的虐待の刑法的規律」立教法学 Vol.97 (2018)。

〈기타 자료〉

Bundesamt für Justiz, *Strafgesetzbuch (StGB) § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung.* Bundesministerium der Justiz, https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/__177.html. Accessed 18 January 2022.

古德凱，"妨害性自主罪章修法歷程的反思—以白玫瑰運動為轉捩點，"財團法人民間司法改革基金會，https://www.jrf.org.tw/articles/1688 (查詢日期：2021. 12.16.)

国立公文書館デジタルアーカイブ「台湾刑事令ヲ定」 https://www.digital.archives.go.jp/img/1668545 (2021年 12月16日 閲覧)。

国立公文書館デジタルアーカイブ「刑法改正 · 御署名原本 · 明治四十年 · 法律第四十五号」
https://www.digital.archives.go.jp/DAS/meta/listPhoto?LANG=default&BID=F0000000000000021036&ID=&TYPE= (2021年 12月 20日 閲覧)。

国立国会図書館「牧野英一」
https://www.ndl.go.jp/portrait/datas/528.html (2022年 1月 18日 閲覧)。

国立国会図書館デジタルコレクション「刑事法規集.第1巻」
https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1267477/125 (2022年 1月 18日 閲覧)。

貞廣知行「明治29年律令第4号」
http://nomenclator.la.coocan.jp/ip/ksup/sup/m29r004.htm (2021年 12月 16日 閲覧)。

日本法令索引「刑法(明治40年4月24日法律第45号)」
https://hourei.ndl.go.jp/#/detail?lawId=0000009467&searchDiv=1&current=6
(2021年 12月 20日 閲覧)。

立法院法律系統，中華民國刑法23年10月31日制定，
https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?00191D03906D0000000000000000000A000000002000000^04536023103100^00000000000# (查詢日期：2021. 12.16.)

全國法規資料庫，中華民國刑法，
https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=C0000001 (查詢日期：2021. 12.16.)

最高法院 97年台上字第6117號刑事判決。

最高法院101年度台上字第2686號刑事判決。

最高法院102年度台上字第248號刑事判決。

最高法院102年度臺上字第3692號刑事判決。

最高法院105年度台上字第654號刑事判決。

最高法院106年度台上字第456號刑事判決。

最高法院107年度台上字第3348號刑事判決。

Abstract

A Postcolonial Review on the Violence and Intimidation Based Rape Crime

- Focusing on the Coloniality of Rape Crime in Korea and the Postcoloniality of Forcible Sexual Intercourse Crime in Taiwan -

Soyeon Kim
Master of Laws Student, School of Law, Seoul National University

Article 297 of the current Criminal Act of South Korea stipulates that "a person who, by means of violence or intimidation, has sexual intercourse with another shall be punished by imprisonment for a limited term of at least three years." For the crime of rape to be commissioned, means of conduct that include violence or intimidation are necessary. Regarding such means of conduct, the popular opinion and judicial precedent, which is originated from Imperial Japan, interprets that there should have been an exercise of violence or intimidation to the extent that it makes the victim's protest impossible or remarkably difficult. Therefore, there is a limitation in that there are times when it causes infringement of the right of sexual self-determination. The revision of the current violence-and-intimidation-based rape crime article was discussed from the perspective of women's human rights or feminism. However, referring to the fact that the idea of the narrow-sensed violence-and-intimidation-based rape crime did not exist before the annexation of Korea by Imperial Japan, and that it was implanted to the Korean society and shows continuity until today, it is

necessary to review the violence-and-intimidation-based rape crime from the postcolonial perspective. In particular, such continuity is destructive because the ideas and legal ideologies that the article implies are internalized into society and invent socially established general perceptions.

In Taiwan (which is ruled by the Republic of China today), which was also directly influenced by the Penal Code of Japan, the same idea of the narrow-sensed violence-and-intimidation-based rape crime existed in its Criminal Code. However, in 1999, the Criminal Code of the Republic of China was revised, and such revision abolished the idea of the narrow-sensed violence-and-intimidation-based rape crime and established the consent-based forcible sexual intercourse crime (Article 221). While the rape crime in Korea still contains coloniality, Taiwan's forcible sexual intercourse crime was post-colonialized because 'Taiwanization' of the Criminal Code was the central theme of the revision at the time. If the violence-and-intimidation-based rape crime in Korea is reconstructed in the direction of post-colonialization, similarly to Taiwan, the right of sexual self-determination will be naturally protected, and justice for victims will be realized. Specifically, such reconstruction should proceed toward legislative improvements, such as expanding or exemplifying the constituent elements and adding the element of consent, and modifications of judicial interpretation such as adjusting the required intensity of the means of conduct. The possibility of a "victimized assailant" can be solved by referring to the fact that Taiwan is preventing the occurrence of this issue through judicial decisions. Korea will become post-colonialized if the current violence-and-intimidation-based rape crime article is revised by referring to Taiwan's precedents while considering Korea's legal circumstances.

Keywords: Criminal Act of the Republic of Korea, Criminal Code of the Republic of China, Penal Code of Japan, Colonial Legal System, Rape, Violence, Intimidation, Post-colonialism

국가과학기술연구회 소관 과학기술 출연연구기관 자체감사 일원화의 법적 구조와 추진 방향

박 기 주 (Ki-Ju Park)
한양대학교 공공정책대학원 겸임교수, 법학박사

논문접수 : 2022. 02. 11. 심사개시 : 2022. 02. 15. 게재확정 : 2022. 03. 14.

목 차

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 기존 감사시스템의 문제점과 개정법의 경과
1. 기존 감사시스템의 현황과 문제점
2. 개정법의 추진경과
3. 외부감사와의 관계

Ⅲ. 연구회 중심의 자체감사 체계의 분석
1. 공공기관의 자체감사의 법적 구조
2. 연구개발목적기관의 도입에 따른 자체감사 체계 개편
3. 자기조직적 거번넌스 이론에서 본 감사일원화

Ⅳ. 국가연구개발에서 감사시스템의 방향
1. 미국의 사례
2. 국가 R&D감사 혁신의 기본 방향 : 연구 자율성과 책임성의 조화
3. 컨설팅 중심의 감사로 전환

Ⅴ. 결론

국문초록

국가 R&D사업은 산출물과 과정이 정해져 있는 일반사업과 달리 목표는 정해져 있으나 그 산출물과 과정이 상황에 따라 다양하게 변화될 수 있다. 과정 중심(사업비 집행 중심)의 일반사업 감사와 달리 결과 중심(연구성과 중심)의 감사가 필요한 이유이다. 이러한 문제의식은 연구회 중심의 감사일원화를 추구하는 '과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립운영 및 육성에 관한 법률(법률 제17341호, 2020.6.9., 일부개정)'의 개정으로 이어졌다.

개정법의 시행 이전부터 국가연구개발에 있어 '연구'라는 행위에 대한 특별한 취급의 필요성이 제기되었다. 이에 대한 입법적 결과로 2018년 '공공기관 운영에 관한 법률'의 개정을 통해 '연구개발목적기관' 개념이 도입되었다. 그 후 국가과학기술연구회 산하 소관연구기관의 자체감사 기능이 연구회로 이관되어 새로운 국가연구개발 '시스템감사'의 법적 체계는 만들어진 상태이다.

본 연구는 이러한 국가연구개발의 '시스템감사'의 방향으로 미국의 사례에서 보듯 객관적인 증거기반의 컨설팅 감사를 제안한다. 이러한 컨설팅 감사체계를 갖추기 위해서는 연구회가 국가연구개발사업 전반에 대해 소관 연구기관의 사전적 컨설팅에 응할 수 있는 조직과 인력을 우선적으로 확보하고 그 체계를 발전시켜야 한다. 이를 통해 연구기관의 행정과 경영의 효율성을 미리 담보하고 연구비 집행 중심의 감사가 아닌 성과중심의 중장기적 성과평가형 감사로 전환하는 토대를 마련해야 할 것이다.

※ 주제어: 국가과학기술연구회, 자체감사, 감사일원화, 시스템 감사, 컨설팅 감사

Ⅰ. 서론

국가 R&D규모의 지속적인 증가와 함께 과학기술분야 출연연구기관(이하 출연(연)) 감사의 중요성이 증대되고 있다. 특히 국가연구개발사업의 집행예산 20조원 시대에 가장 많은 예산을 사용하는 국가과학기술연구회(이하 연구회) 소관 출연(연)의 감사는 그 중요성으로 인해 일찍부터 개선의 목소리가 있어 왔다. 연구회 산하 출연(연)의 집행예산은 2020년 기준 약 4.2조 원으로 전체 국가연구개발사업 집행예산의 17.7%를 차지하며[1] 이에 따른 국가와 사회에 대한 책임성도 날로 커지는 것이 현실이다.

문재인 정부는 국가 R&D 혁신방안에서 창의적이고 도전적인 R&D지원 체계 강화를 위해 연구자 중심의 R&D지원 시스템 혁신을 추진했다(국가과학기술자문회의, 2018년 7월). 국정과제로 자율과 책임을 기초로 한 과학기술혁신 생태계 조성을 제시하고 '연구와 행정 분리'를 통해 회계감사 등의 업무에서 연구자들에게 집중된 의무를 경감시켜 연구몰입 환경을 조성하려는 시도를 하였다. 연구기관의 감사에 있어서도 기존 체계의 실효성에 대한 한계를 극복하고 연구몰입을 위한 환경조성을 위해 '지적' 중심에서 '예방' 중심으로 감사의 방향 전환이 필요하다고 보았다.

연구회는 2014년 (구)기초기술연구회와 (구)산업기술연구회 통합 이후, 연구행정 선진화[2]를 통해 출연(연)의 행정관리시스템을 연구회 중심으로 일원화 하고 있으며 이에 따라 사후감사[3]에 대한 출연(연) 감사부서의 역할변화가 필요했다. 국가 R&D의 특수성[4]을 고려하고 도전적 연구환경 조성을 위해서는 연구비 사용이 중심이 되는 '지적' 중심의 기존 감사에서 탈피할 필요성이 꾸준히 제기되었다.

국가 R&D사업은 산출물과 과정이 정해져 있는 일반사업과 달리 목표는 정해져 있으나 그 산출물과 과정이 상황에 따라 다양하게 변화될 수 있다. 과정 중심(사업비 집행 중심)의 일반사업 감사와 달리 결과 중심(연구성과 중심)의 감사가 필요한 이유이다. 감사원도 보다 생산적인 연구 환경의 조성을 지원하기 위해 직접 감사를 지양하고 메타감사 등을 추진했

1) 출연(연)은 국가과학기술연구회소속 출연(연)이 4.2조원, 부처 직할 출연(연) 4.2조원, 경제·인문사회계 출연(연)이 0.6조원 순이다(한국과학기술기획평가원, 2020년도 국가연구개발 조사분석 보고서, 2020).

2) 연구회는 연구자 중심의 출연(연)의 연구 환경 조성을 위해 연구자 친화적 연구지원시스템 구축 및 출연(연) 공통 행정업무의 일원화를 추진 중에 있다.

3) 자체감사 중 과거의 행위·사실을 대상으로 하는 일반 및 특정 감사를 말한다.

4) 국가R&D 특수성: 민간의 투자가 어려운 원천기술 기초 기술과 신성장 동력 창출을 위해 ·도전적 환경조성이 필요하고 전문성, 불확실성 고비용 등 특수성 내재(2019.2.13. 감사원 보도자료)

다.[5] 메타감사는 피감사기관이 시행한 자체감사의 과정 및 결과를 평가하여 적정할 경우 그 결과를 감사원 감사 결과로 준용하는 방식이다.

이러한 국가 R&D감사에 대한 문제의식과 함께 2018년 국정감사에서는 출연(연) 감사제도 개선책 마련에 대한 의원들의 지적이 있었다. 이는 당시 문제가 되었던 부실학회(WASET 등)[6]에 출연(연) 연구원들이 참가하여 연구윤리 문제 등의 이슈가 사회적으로 부각되면서 출연(연) 감사제도 또한 개선의 필요성이 제기된 것이었다. 이후 연구회 중심의 감사일원화를 추구하는 '과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립운영 및 육성에 관한 법률(법률 제17341호, 2020.6.9., 일부개정, 이하 '개정법'이라 한다)'이 개정되어 시행되게 되었다.

본 연구는 개정법의 취지에 따라 연구기관의 부담을 경감하고 국가 R&D연구의 특성을 반영한 감사시스템이 되기 위해 고려해야 할 점과 과제에 대해 제시하고자 한다. 특히 '연구'라는 특수한 활동을 통해 성과를 창출하는 연구회와 연구기관들이 어떠한 감사체계를 완비해야 하며 감사의 궁극적인 목적과 방향은 무엇이 되어야하는지에 대해 고찰해 볼 예정이다. 이를 위해 기존 감사시스템이 가지고 있던 문제점과 개정법이 탄생하기까지의 문제의식을 살펴보고 일반적인 공공기관과는 다른 연구기관 자체감사의 특성을 검토할 것이다. 연구기관만의 자체감사의 방향성을 제시하고 미국의 사례를 통해 컨설팅 중심 감사를 R&D감사의 주요한 방향으로 제시할 예정이다. 이를 통해 개정법이 추구하는 연구회 중심 자체감사의 의미와 가치가 명확해질 것으로 기대된다.

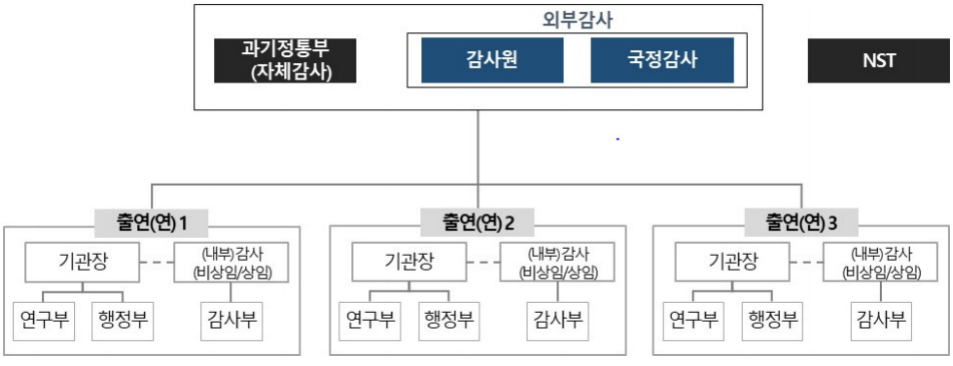
Ⅱ. 기존 감사시스템의 문제점과 개정법의 경과

1. 기존 감사시스템의 현황과 문제점

기존에 출연(연)은 각각 상임 및 비상임의 독임제 감사를 통해 외부감사(국정감사, 감사원)와 자체감사(과기정통부, 기관내부 감사)에 대응하는 체계였다.

5) 감사원, 2019.2.13. 자 보도자료(19년 감사운영 방향 및 원 운영방향), 2019.
6) 이에 대한 현황과 개선방안 등은 박소영, 부실학회 문제 대응 현황과 개선방안, 이슈와 논점, 제1617호, 국회입법조사처, 2019 참고.

〈그림1〉 기존 연구회 및 소관 연구기관 감사의 구조



〈표1〉 기존 연구회 및 소관 연구기관 감사 현황

기관내부 자체감사		주무부처 자체감사		외부감사	
구분	현황	구분	현황	구분	현황
일반감사	1회/연	종합감사	1회/2-3년	감사원 감사	1회/4-5년
특정감사	사안에 따라				
일상감사	수시	특정감사 등	수시	국회 국정감사	1회/연
복무감사	4~5회/연				

이와 같은 기존의 감사시스템의 문제점은 다음과 같다. 우선 과학기술분야 출연(연)의 특수성을 반영한 감사에 대한 정의 및 기준이 부재하여 감사와 R&D 관리의 구분이 불분명하고, 감사는 연구비 집행의 적법성에 치중되었다. 출연(연)은 국가 R&D수행을 위한 전문기관으로 전문성과 자율성 및 창의성이 중시되며, 연구과정에서 다수의 시행착오가 발생할 가능성이 높음에도 이 같은 특성은 반영되지 않은 것이다.

출연(연)의 자체감사는 타 공공기관과 동일한 범위에서 감사를 정의할 수 있는데, 출연(연)의 감사는 타 공공기관과 같이 외부감사(감사원 감사, 국정감사)와 자체감사(주무부처 감사, 기관내부 자체감사)로 구성되어 있다. 타 공공기관과 같은 사업비 집행 중심의 감사기준을 적용하여 대부분의 R&D감사가 '연구비 집행 및 과제관리'에 집중되어 R&D영역에서 적발 사례 중 70% 이상이 연구비의 부적절 집행 및 과제관리 문제에 해당하였다.[7] 대부

분의 연구자들은 감사와 R&D관리의 구분이 모호하다고 생각하고 있으며, 이러한 측면에서 감사의 효과성에 대해서도 회의적인 것이 현실이었다.

두 번째로, 감사기준인 기관운영 규정을 점검하고 개선을 주도하는 주체가 없어 불합리한 규정 등이 감사에 활용되기도 한다는 것이다. 개별 출연(연)은 인력 및 전문성 확보가 어려워 기관 특성을 반영한 감사규정 및 감사방법론 개발이 어려운 것이 현실이며 기관별 감사인은 적게는 3명에 불과하여 감사이외 제도개선 등 감사의 전문성 제고를 위한 방안 추진 등에 어려움이 있었다.

세 번째로, 감사인력이 내부인사라는 특성으로 인해 온정적 감사 및 기관장의 영향을 받는다는 점이다. 출연(연) 내부의 자체감사를 수행하는 감사인의 대부분이 온정적 감사의 존재를 인식하고 있다. 대부분의 경우 친분과 이해관계 때문에 구조적으로 온정적 감사가 될 수밖에 없는 것이 현실이다. 또한 감사인에 대한 기관장의 인사 및 평가 권한 등에 의해 감사의 독립적 운영에 한계를 가지게 된다.

네 번째로, 감사인력 대비 감사인의 업무가 과중하여 관련 소명 책임이 연구자들에게 전가되는 현상이 발생한다. 이는 연구자의 연구몰입 환경을 저해한다. 국가 R&D에 대한 감사를 경험한 출연(연) 연구자들의 경우 소명자료 작성 등의 감사 관련 행정업무의 과다를 감사 불만족 사유로 들고 있다. 사안이 발생할 경우, 불규칙적으로 실시되는 특정감사를 위해 별도의 전담인력을 보유하는 것이 어려우며 특정감사의 기간도 매우 다양하다.

다섯 번째로, 감사인의 감사경력과 감사부서 근속기간이 짧다는 것이다. 감사경력 및 근속기간이 권고기간 보다 짧아 전문성이 부족한 것이 현실인데, 감사원은 감사의 효율성과 전문성을 확보를 위해 자체감사인의 감사 경력 및 감사부서 근속기간을 36개월 이상으로 권고하고 있다.

2. 개정법의 추진경과

앞서 기존 출연(연)의 감사에서 지적되는 문제를 입법적으로 해결하기 위한 시도가 추진되었다. 2019년 9월 23일, 변재일 의원이 대표로 발의했던 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률 일부개정법률안」 및 2019년 9월 24일 노웅래 의원이 대표로 발의를 한 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한

7) 감사원, 국가 R&D 감사백서, 2013.

법률 일부개정법률안」이 각기 제372회 국회(임시회) 제1차 과학기술정보방송통신위원회(2019년 12월 23일)에 상정되었다. 이후 제안 설명이 이루어지고, 전문위원의 검토보고 및 대체토론을 거친 이후 법률안심사소위원회에 회부되었다.

제377회 국회(임시회) 제1차 과학기술원자력법안심사소위원회(2020년 5월 6일)에서 위 2건의 법률안을 병합해 심사한 결과, 이를 통합 및 조정하여 위원회 대안을 마련하였다. 제1차 과학기술정보방송통신위원회(2020년 5월 7일)에서 과학기술원자력법안심사소위원회가 심사보고한대로 2건의 법률안에 대해 각각 본회의에 부의하지 않기로 하고, 법률안심사소위원회의 대안을 위원회의 대안으로 제안할 것을 의결한다.

대안으로 확정된 법안에서는 연구회 소관 연구기관이 수행하는 자체감사의 기능을 연구회로 이관해 실시하게 함으로써 연구기관 자체적인 감사활동의 독립성을 더욱 강화해 온정적인 감사행태를 원천적으로 차단하였다. 연구회는 연구기관의 특성에 부합하는 감사의 기준 및 방법을 개발하고 실시함으로써 연구자들이 감사 때문에 연구 활동이 위축되지 않고 연구에 전념할 수 있도록 하여 연구기관의 연구몰입 환경을 조성하는 것이 입법의 목적이다.

구체적으로 개정법을 살펴보면 우선, 연구기관의 감사 제도를 폐지하는 것이 핵심이다(개정법 제11조 및 제12조). 연구회는 연구기관에 대한 자체감사의 실시 권한을 가지며 이를 위한 전담조직의 설치 등의 근거를 마련해 연구회 중심으로 자체감사를 실시하게 된다(개정법 제16조). 연구회의 사업 및 이사회의 의결사항으로 '연구기관의 자체감사에 대한 사항'을 반영한다(개정법 제21조 및 제24조).

3. 외부감사와의 관계

개정법에서 핵심적인 사항은 연구회가 연구기관을 대상으로 자체감사를 실시하고 이를 위한 전담조직을 만든다는 것 이외에 법 제16조 제5항에서 "정부는 연구기관에 대하여 외부 감사의 부담을 경감하는 등 연구기관의 특성을 반영한 감사제도의 확립을 위하여 노력한다."는 점을 명시한 점이다. 이는 연구회 중심의 자체감사를 최대한 존중하면서 외부감사를 최소화하여 연구기관의 감사 부담을 경감하기 위한 것으로 연구의 자율성과 독립성, 특수성을 반영한 의미 있는 개정이라 할 수 있다.

'연구'라는 행위 자체가 과정을 평가하고 명확한 결과를 예측하기 어려운 특수성을 가지

기 때문에 일반적인 국가사업의 기준과 잣대를 들이대기 어렵다는 국회와 정부 차원의 공통적 인식이 반영될 결과로 개정법의 진일보한 가치를 보여주고 있다. 물론 이는 의무조항은 아니며 언제든지 연구기관이 외부감사의 대상이 되는 것이 법적으로 면제되는 것은 아니다. 하지만 최소한 연구기관이 수행하는 '연구'라는 특수한 사업에 대해 국가 차원의 신뢰성 있는 약속이라는 의미에서 이 조항이 가지는 의미는 크다.

앞으로 개정법의 취지를 잘 살리기 위해서는 정부와 감사원 등 외부감사의 주체가 연구회 중심의 연구기관 자체감사를 최대한 존중하고, 연구비 집행 중심의 감사를 지양하고 연구시스템 발전에 초점을 맞추도록 유도하는 것이 중요할 것이다. 이를 위해 연구회의 인적·물적 감사 인프라의 조속한 확충과 연구기관의 특성에 맞는 감사기법을 개발할 수 있도록 정부 차원의 전폭적 지원이 필요하다.

Ⅲ. 연구회 중심의 자체감사 체계의 분석

1. 공공기관의 자체감사의 법적 구조

가. 자체감사의 의의

자체감사는 공공기관을 운영함에 있어 효율성 및 효과성을 제고할 뿐 아니라 공공기관 구성원들의 책임성과 윤리의식의 증진을 위한 기능을 가지므로 그 역할과 중요성이 더욱 증가하고 있다. 이러한 자체감사의 목적은 1) 기관 내부 통제의 건전성 및 적정성 등에 대한 기관 관리의 합리성을 증명하며, 2) 감사기준 및 회계의 원리와 원칙을 수립하고, 3) 감사대상이 되는 기관 업무의 능률성을 점검하며, 4) 해당 기관과 하급 기관의 업무 실태를 파악해 행정 및 운영을 개선하는 동시에 구성원의 기강을 유지하며, 5) 의사결정에 기초인 신뢰할 수 있는 정보를 제공하며, 6) 자체 행정에 자율적 책임성을 확보하고 고객의 신뢰성을 높이기 위한 지원체계를 구축하는 것이라 할 수 있다.[8)]

공공부문의 자체감사는 1950년 대 미국에서 각 행정기관이 내부통제 시스템 안에 자체

8) 이영균·이균범, 자체감사의 효율성 제고에 관한 연구: 공기업 자체감사요원에 대한 설문조사분석을 토대로, 한국지방자치학회, 제10권 제1호, 1988, 195면 이하; 송건섭, 자체감사시 공공감사기준의 적용한계와 정책방향. 한국행정논집, 제14권 제4호, 2002, 1109면 이하.

감사를 포함하도록 한 것을 통해 처음으로 도입되었으며[9], 내부통제의 일환이라고 보고 있다. 그러나 자체감사의 영역이 커져 자체감사의 기능이 확대됨에 따라 이에 대한 구별이 사라지고 있다고 보는 견해[10]도 제시되고 있다. 그러나 아직까지 실제로 내부통제 개념이 자체감사보다 넓은 의미를 가진 것으로 논의되고 있다.

국제내부감사협회(IIA; The Institute of Internal Auditors)는 자체감사를 "조직운영을 개선하고 가치를 창출하도록 설계된 독립적이고 객관적인 확인(assurence) 및 컨설팅 활동"이라고 정의한다.[11] 이 정의에 따르면 "자체감사는 위험관리, 내부통제 및 거버넌스 과정의 효과성을 평가하고 개선하기 위해 체계적인 접근방법을 사용함으로써 조직 목표를 달성하게끔 지원하는 역할을 수행한다."는 것을 의미한다.[12] 또한 자체 감사는 내부 통제 수단의 하나로 처벌보다 시정이나 개선에 무게를 두어야 한다고 볼 수 있다.[13]

이를 요약하면, 자체감사는 공공기관 내부의 자체적 감사와 사정업무를 위해 마련된 제도로, 질적으로 우수한 공공서비스를 시민에게 제공하는지 여부를 객관적이며 공정한 기준을 통해 판단하여 문제점이 있는 경우 대안을 제시하는 활동이라고 정의할 수 있다.[14]

이러한 자체감사의 역할은 전통적으로 지출행위 등에 대한 회계검사 등을 기초로 하는 합법성 위주 감사에서 최근에는 위험관리 감사, 성과감사, 컨설팅 감사 등으로 감사의 범위나 역할이 확대되는 추세이다. 이와 관련해 OECD는 자체감사에 대한 역할 변화에 대하여 "초기의 자체감사는 각 기관의 감시자로써 통제권자로 합법성 위주, 결과 중심적인 접근방법을 통해 이루어져왔으나, 현대의 자체감사는 가치창출을 지원하며 통제 자체를 활용하는 컨설턴트의 역할을 수행하며, 전문가를 통한 기관의 부가가치까지 창출할 수 있도록 적극적이고 미래지향적인 역할을 지향하고 있다."고 보고 있다.[15]

9) 심 호, 자체감사와 조직역량, 박영사, 2013.
10) Baltaci, M. and Yilmaz, S., Keeping an Eye on Sub-national Governments: Internal Control and Audit at Local Levels. World Bank Institute, Washington, D. C., 2006.
11) IIA, Internal Audit Capability Model (IA-CM) for the public sector, 2009.
12) 노승용·김보은, 공공기관 감사품질 제고를 위한 협력감사 활용 방안에 관한 연구, 한국정책과학회보, 제20권 제2호, 2016, 97면.
13) 이태종·송건섭, 자체감사의 운영 분석과 기능 강화 방안, 한국정책과학학회보, 제14권 제1호, 2010.
14) 노승용·김보은, 전게논문(주 12), 98면.
15) OECD/PIFC Expert Group Working Group on Audit Manuals, Internal Control Systems in Candidate Countries, vol 2.

나. 공공기관 자체감사의 법적·제도적 특징

공공감사와 관련된 상위법은 「헌법」[16] 및 「국회법」이 있으며, 구체적인 법률 규정으로 「상법」과 「공인회계사법」 등이 있다. 그러나 공공기관의 감사와 직접적으로 연관된 법률은 「공공감사에 관한 법률」, 「감사원법」, 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」, 「상법」 등이라 할 수 있다. 중앙정부 및 지방정부 등 다른 공공부문은 「상법」 혹은 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」과 같은 법률에 의거하지 않는다. 공공기관은 해당 기관 및 사업의 특성에 따라 「공공기관 운영에 관한 법률」에 의거해 공공부문이 아닌 민간에 적용되는 감사와 연련된 법률들이 적용된다는 특징을 지니고 있다.

공공기관의 경우 세부적인 경영목표 수행을 위한 자율성이 주어지고 그에 따른 책임 경영을 실시하여, 실무적 측면에서 공공기관의 경영에 대한 정보 전반에 대해 정부보다는 공공기관 자체로 더 많은 정보를 갖게 됨으로써 주인-대리인 간의 정보비대칭 문제가 크게 발생할 수 있다.[17] 따라서 공공기관의 비효율성을 통제하기 위하여 공공기관 내부와 외부 모두에서 적극적인 감사가 필요하다. 이는 다른 공공부문보다 더욱 엄격한 법률적·제도적 구성이 이루어진다고 할 수 있다.

공기업과 준정부기관의 공공기관 자체감사 제도적 근간을 이루는 대표적 법률은 「공공기관 운영에 관한 법률」(이하 공공기관운영법)이다[18]. 「공공기관운영법」 제1조에 따라 "공공기관의 운영에 관한 기본적인 사항과 자율경영 및 책임경영체제의 확립에 관하여 필요한 사항을 정하여 경영을 합리화하고 운영의 투명성을 제고함으로써 공공기관의 대국민 서비스 증진에 기여함을 목적"으로 기획재정부 장관이 지정한 공공기관을 대상으로 이 법이 적용되게 된다.

「공공기관운영법」은 공기업 및 준정부기관에 대해 내부 통제를 명시적으로 규정하지 않으나, 다만 같은 법률 제20조에서 감사위원회에 대해 규정하고 있으며, 제32조 제5항에 의한 감사기준에 따라 직무실적의 평가에 대한 요건을 제시하는 등 자체감사의 법률적 기준을 규정하고 있다. 이때 감사위원회와 관련해서 기획재정부의 "공기업·준정부기관 감사위원회 운영지침"에 의하여 적용범위, 위원회의 직무 및 권한, 위원의 임명과 소집, 회의 절차

16) 헌법의 감사에 대한 규정은 국회의 국정감사(제61조)에 대한 규정이 대표적이며 제2절 행정부 제4관에서 감사원에 관해 규정하고 있다. 헌법에서는 국가조직법의 측면에서 접근하고 있다. 헌법은 감사에 대해 하위법률로 그 내용을 위임하고 있다고 할 수 있다.
17) 한국조세재정연구원, 공공기관 감사제도와 운영현황 분석, 2014.
18) 공공부문의 내부통제와 관련해 명시적인 법률 규정은 국가재정법에 있다. 이 법률의 대상은 공기업 중 정부부처형 공기업을 의미하므로 공기업과 준정부기관은 해당되지 않는다.

및 회의록의 작성, 관계인의 출석 등에 대한 자세한 내용이 규정되어 있다.

또한 제39조에서 회계원칙에 대해 제시하고 있으며 "공기업·준정부기관 회계사무규칙"에 따라 "기관장은 회계처리의 적정성 여부와 재무제표의 신뢰성을 평가하기 위한 내부통제를 해야 하며(제21조)", 제1항에 따라 "기관장은 내부통제를 위해 책임자를 임명해야 하고, 이를 위한 절차와 방법을 가져야 한다."고 규정하고 있다.

그 후 2010년 3월 「공공감사에 관한 법률」(이하 「공공감사법」)이 제정되고, 자체 감사기구의 설치·운영과 공공 감사활동의 법적 근거가 마련되었다. 「공공감사법」에서 감사는 "감사기구의 장 또는 감사인이 감사대상기관 및 그 기관에 속한 자의 제반 업무와 활동 등을 조사·점검·확인·분석·검증하고 그 결과를 처리는 행위"라고 정의하고 있다. 여기서 지칭하는 업무 및 활동의 조사, 확인·점검·분석·검증은 우리가 흔히 얘기하는 회계 검사 및 직무 감찰활동을 의미하고 있다. 이러한 감사기능의 권한은 단순한 조사활동, 점검 혹은 확인, 시정 조치의 의미보다 개념상 훨씬 넓으며 강하다고 볼 수 있다. 새로 제정된 「공공감사법」은 공공부문의 자체 감사체계의 독립성 및 전문성을 증진시키고자 이전보다는 구체적인 법률조항들을 규정한다. 실제로 「공공감사법」이 제정된 이후, 공공기관 감사의 독립성 및 전문성과 관련된 제도적 체계가 발전했다고 평가되고 있다.[19)]

다. 공공기관의 자체감사 운영주체

공공기관 자체감사의 운영주체는 자체적 감사기구의 장인 감사와 자체감사를 실제로 수행하는 감사지원부서의 두 가지 체계로 생각해 볼 수 있다. 공공기관은 기관에 편성된 예산이나 인적 특성에 따라 공공기관운영법을 통해 유형화되고 있으며, 그에 의해 해당 공공기관은 감사제도(상임 혹은 비상임)와 감사위원회제도 중 하나를 채택하며, 양자를 혼합하여서 운영할 수는 없다. 이와 같은 규정은 「공공기관운영법」 제20조에서 제시되며, 시장형 공기업과 자산 2조원 이상 준시장형 공기업의 경우 감사위원회를 의무적으로 설치해야 한다. 이와 같은 감사와 감사위원회는 공공기관이 자체감사의 독립성을 추구하기 위해 중요한 제도이다.

이때 감사(인)는 상임감사 및 비상임감사가 있으며, 출근 형식에 차이가 있을 뿐 그 권한과 의무, 책임 등에 있어서 실질적인 차이는 없다.[20)] 그럼에도 불구하고 상임감사는 비상임

19) 감사연구원, 감사원과 자체감사기구 간 역할분담에 관한 연구, 2013.

감사보다 연봉에서 보다 우위에 있으며, 실제로 현장에서는 감사(인)에 대한 직무수행평가에서 비상임감사의 실적은 제외되는 점에서 제도와 실제에서 차이가 있다. 기획재정부의 감사매뉴얼을 기초로 공공기관의 감사위원회와 감사 제도를 비교하면 다음과 같다. 감사제도는 감사의 단일 지위로써 독임제 형식으로 의사결정이 이루어지며, 이사와 분리되어 이사회에 대한 의견진술권을 가지고 있다. 이와 달리 감사위원회 제도는 이사 및 감사의 지위를 동시에 병행하면서, 합의제 형태로 의사결정이 이루어진다. 이사회의 하위기구로서 이사회에 대해서 자체적인 의결권을 갖는 점에서 감사제도와 차별화 된다.

라. 공공기관 자체감사의 특성

공공기관 자체감사의 특성은 다음과 같이 정리된다. 첫째, 「공공기관운영법」에 따라 기관 유형별로 해당되는 감사의 법체계가 다르게 적용되기도 한다. 앞서 언급하였듯이 공공기관운영법에 의거해서 유형화된 공공기관은 각각 기관의 특성과 예산 등에 의해 공기업(시장형과 준시장형), 준정부기관(기금형과 위탁형), 기타공공기관 등으로 분류되고 있으며, 시행하는 사업의 특성과 예산에 따라 「상법」이나 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」, 「은행업법」 등의 규정을 따른다.

둘째, 공공기관은 해당 공공기관의 특성에 따라 감사위원회 혹은 감사제도를 채택해 운영하고 있다. 이러한 감사위원회 및 감사 제도는 공공기관의 경우 사업의 특성으로 인해 민간부문의 감사 법체계를 준수해야 하는 해당 기관의 경우 의무적으로 설치·운영해야 한다. 감사위원회 및 감사는 선임에 있어서도 기관장의 영향을 받지 않도록 외부에서 선임함으로써 감사의 독립성과 전문성을 향상시키는데 기여한다. 하지만 이와 관련해 실질적 전문성을 측정할 수 있는 규정 혹은 기준이 없어 공공기관 감사의 선임에서 낙하산 인사 등의 문제는 지속적으로 야기되고 있다.

셋째, 공공기관의 자체감사는 회계준칙에 대해 비교적 자세한 법적 기준을 가진다. 앞서 지적하였듯이 일부 공공기관은 사업의 특성으로 수익을 창출해야하기 때문에 회계부분에서 면밀한 검토가 요구된다. 이 경우 「상법」이나 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」에 따라 회계 부분이 논의되기도 한다. 이는 '공기업·준정부 회계사무규칙'과 '공기업·준정부 기관 회계기준' 등에서 다루어지기도 한다. 이것은 다른 공공부문에 비해 회계검사 활동 등에

20) 기획재정부, 공기업·준정부기관 감사매뉴얼, 2011.

있어 구체성을 띄고 있는 것으로 볼 수 있다.

넷째, 「공공기관운영법」 제36조에 따라 공기업과 준정부기관의 감사는 직무수행에 있어 관련 평가를 받게 되며, 이에 따라 인센티브가 주어지거나 해임이 결정될 수도 있다. 이러한 감사에 대한 평가는 감사(인) 개인에 대한 평가로 이루어지지만 실제로 기관의 감사활동 및 청렴활동 역시 그 평가에 포함된다. 이는 기관의 감사활동에 대한 피드백 요소로 작용한다고 볼 수 있다. 이를 통해 공공기관의 감사(인)들은 교육·훈련, 기관 자체적인 감사활동에서 투명성과 전문성, 객관성 등을 평가 받게 된다.

2. 연구개발목적기관의 도입에 따른 자체감사 체계 개편

앞서 살펴본 대로 기존에 연구회 및 소관 연구기관은 공공기관운영법의 적용을 받아 기타공공기관으로 분류되어 그에 따른 감사체계의 적용을 받아 왔다. 기존에 연구기관은 공공기관운영법상 기타공공기관으로 분류되어 연구기관의 특수성을 인정받지 못했다는 지적이 있었고 출연(연)을 '연구개발목적기관'으로 별도로 지정해 관리하도록 해야 한다는 과학기술계의 요구가 있었다.

출연(연)은 중장기적인 관점에서 국가 연구개발(R&D) 업무를 수행하므로 그 특수성이 인정될 필요가 있으며 공공기관운영법 개정을 통해 출연(연)의 독립성 및 자율성을 보장함으로써 자유로운 연구 환경을 만드는 계기를 마련할 필요성이 있었다. 이에 공공기관운영법(법률 제15524호, 2018. 3. 27., 일부개정)이 개정되어 기타공공기관의 세부 유형으로 연구개발목적기관을 지정할 수 있게 되었다(공공기관운영법 제5조 제4항).

이에 따라 연구개발을 주된 목적으로 하는 공공기관에 대해 기획재정부 장관이 기관의 특성 및 업무의 특수성을 반영하여 기관의 기능이나 관리 여건 등을 재조정하며, 일정한 조건을 만족하는 기관은 민영화 추진이 가능할 수 있도록 하는 등 타 공공기관과 다른 기준에 따라 별도의 계획을 수립하게 된다. 2021년 현재, 연구개발목적기관에는 22개 연구회 및 소관연구기관이 포함되며 총 74개 연구개발목적기관이 지정되어 있다(표2 참고).

연구회 중심의 자체감사 체계 도입 전에 공공기관운영법에서는 기타공공기관의 특별한 유형으로 '연구목적개발기관'을 인정하고, 이 기관들은 특별히 세분화하여 지정하기 시작했다. '연구'의 특수성을 인정하겠다는 국회와 정부의 정책 변화이며, 이를 통해 연구기관의 자율성, 독립성, 특수성이 법적으로 인정받았다는 의미를 지닌다.[21)]

이러한 일련의 변화 속에서 2020년에 이루어진 '연구회 중심의 감사제도 일원화'라는 감사체계 혁신도 가능할 수 있었다. 물론 연구개발목적기관 지정이라는 변화가 연구 현장에서 큰 변화를 느끼지 못한다는 비판이 있지만 연구기관에 대한 정부의 정책적 태도 변화는 연구회 중심의 감사제도라는 시스템 도입에 긍정적인 역할을 한 것이 사실이다.

2018년에 개정된 공공기관운영법에서 연구개발목적기관이라는 새로운 공공기관의 유형 지정의 근거가 마련됨 동시에 연구기관의 특수성을 인정한 감사체계의 개편은 연구기관의 자율성과 독립성, 연구라는 특수성이 전체 공공영역 거버넌스 체계에서 새롭게 자리매김하는 계기를 마련했고 이를 통해 새로운 연구기관 운영과 혁신의 방향성이 제시된 것이라 할 수 있다.

〈표2〉 2021년 연구개발목적기관 현황(74개)

국가과학기술연구회 및 소속기관 (22)	경제·인문사회연구회 및 소속기관 (25)	부처 직할 연구원 등 기타기관 (27)
국가과학기술연구회	경제·인문사회연구회	한국과학기술원
한국과학기술연구원	건축공간연구원	광주과학기술원
한국기초과학지원연구원	과학기술정책연구원	대구경북과학기술원
한국천문연구원	국토연구원	울산과학기술원
한국생명공학연구원	대외경제정책연구원	기초과학연구원
한국한의학연구원	산업연구원	한국과학기술기획평가원
한국과학기술정보연구원	에너지경제연구원	한국원자력통제기술원
한국표준과학연구원	정보통신정책연구원	한국원자력안전기술원
한국항공우주연구원	통일연구원	한국산업기술시험원
한국원자력연구원	한국개발연구원	한국세라믹기술원
한국생산기술연구원	한국교육개발원	한국나노기술원
한국전자통신연구원	한국교육과정평가원	한국국방연구원
한국건설기술연구원	한국교통연구원	국방과학연구소
한국철도기술연구원	한국노동연구원	국방기술품질원

21) 연구개발목적기관에 대한 자세한 내용은 최지선, 연구개목적기관 제도 현황과 입법과제, 국회입법조사처 정책연구용역보고서, 2019 이하 참고.

국가과학기술연구회 및 소속기관 (22)	경제·인문사회연구회 및 소속기관 (25)	부처 직할 연구원 등 기타기관 (27)
한국식품연구원	한국농촌경제연구원	한국문화관광연구원
한국지질자원연구원	한국법제연구원	한국보건의료연구원
한국기계연구원	한국보건사회연구원	대구경북첨단의료산업진흥재단
한국에너지기술연구원	한국여성정책연구원	오송첨단의료산업진흥재단
한국재료연구원	한국조세재정연구원	(재)중소기업연구원
한국전기연구원	한국직업능력개발원	한국지식재산연구원
한국핵융합에너지연구원	한국청소년정책연구원	한국학중앙연구원
한국화학연구원	한국해양수산개발원	(재)APEC기후센터
	한국행정연구원	한국해양과학기술원
	한국형사정책연구원	국립해양생물자원관
	한국환경정책·평가연구원	국립낙동강생물자원관
		국립호남권생물자원관
		(재)차세대수치예보모델개발사업단

3. 자기조직적 거번넌스 이론에서 본 감사일원화

연구회의 감사체계 변화를 연구회 거번넌스의 이론적 관점에서 검토해 볼 필요도 있다. 특히 자기조직적 거버넌스 이론은 다양한 형태의 새로운 거버넌스 이론의 한 유형으로 연구기관의 자율성을 이론적 관점에서 파악하는데 의미를 가진다.[22] 자기조직적 거버넌스 이론은 복잡성 이론의 자기조직화 개념을 통해 이를 거버넌스 이론에 적용한 개념이라 할 수 있다. 복잡성 이론의 관점에서 세계는 적응적 행위자들, 그들이 따르는 기본적인 규칙, 그리고 환경의 세 요소로 이루어진다.[23]

우리가 관찰하는 자연적 혹은 사회적 거시구조들은 그 속의 행위자들이 전체적 구조에 대한 인식이나 정보가 없이 인접한 행위자들과의 관계를 기초로 상호작용한 결과라 할 수

22) Rhodes, R. A. W., Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability, Buckinghan: Open University Press, 1997.
23) Epstein, J. M., Agent-Based Computational Models and Generative Social Science. Complexity, 4(5), 41-60, 1999.

있다. Rhodes에 의하면, 거버넌스는 "사회적 인공지능 체계(socio-cybernetic system)" 혹은 "자기조직적 연결망(self-organization)"으로 사용된다고 하였다. 이런 의미의 거버넌스는 사회·정치체계에 속하는 모든 행위자들의 상호작용의 공통적인 결과로서 출현 또는 '창발[24]'하는 하나의 유형(pattern) 혹은 구조를 의미한다.

연구회 체제는 급속히 변화하는 글로벌 연구환경 및 과학기술의 급속한 발전, 정부의 과학기술 정책과 연계된다. 또한 출연(연)이 처한 사회구조의 급격한 변화와 발전과도 밀접히 관련되어 있다. 따라서 연구회 시스템 속에서 창발적인 구조를 발전시킨 행위자들 간 지역적 상호작용의 목적이 필연적으로 특정한 창발적 구조로 실현되지 않는다고 볼 수 있다. 자기조직적 거버넌스는 적응성 중심의 창발적 구조로 이해하는 것에서 이론적 의미를 찾을 수 있으며 연구회 체제의 개별 연구기관도 이러한 관점으로 이해할 경우 그 의미에 대해 파악할 수 있다.

연구회 체제에서 벌어지는 연구기관의 연구행위는 외부적 기준에서 엄밀한 법칙성과 관찰자가 그러한 법칙을 인식하거나 이해가능한 도구적 합리성의 개념이 적용되기가 어렵다. 과학기술은 그 분야에 대해 이를 연구하는 연구자가 제일 잘 이해하고, 그와 관련된 연구과정(행정절차 포함)도 특수하며 한정된 개별주체들만이 이를 수행한다. 일반적으로 특정 연구의 의미와 내용은 외부에서 객관적으로 판단하기 어렵고 그러한 평가가 객관적으로 이루어진다 해도 그 평가에 어떠한 기준이 적용되며 어떻게 평가에 대한 결과를 도출할 것인지의 문제가 그리 간단치 않다.

연구회 및 출연(연) 체계를 이해할 때 어려운 점은 각 출연(연)의 개별적·구체적인 역할과 책임이 일반적 행정조직과는 달라 공통적 기준으로 판단하기 어렵다는 점이다. 개별 출연(연)의 고유임무는 서로 상이하여 상대적 평가가 어려우며 과학기술 분야의 특성으로 연구 자체의 의미와 내용도 원칙적으로 출연(연)이 스스로 설정해 진행하게 된다.

국회와 정부, 시민사회 등 외부 시각에서는 출연(연)에 국가적 자원을 다수 배분하지만 이것이 정확하게 어떻게 쓰이며 과연 쓰이는 자원이 적절한지를 완벽하게 통제할 수 없는 한계가 있다. 반대로 개별 출연(연)은 과학기술 연구의 특성을 외부에서 적절히 이해하지 못해 관련 연구사업 등이 차질을 빚거나 좌초되는 경우 연구 자체의 한계를 느끼게 된다.

24) 창발(創發, emergence)이란 하위 차원에서는 예측할 수 없었던 것이 상위 차원에서 돌발적으로 새롭게 출발하는 현상이다. 이런 창발 현상은 포지티브 피드백(질서붕괴)에서 네거티브 피드백(질서유지)으로 이행해 가는 접점의 역할을 하며, 이를 통해 새로운 질서가 창출된다(보다 자세한 내용은 박기주, 국가과학기술연구회 거버넌스 구조에 관한 연구 – 자기조직적 거버넌스 개념과 관계적 계약이론을 중심으로 –, 입법과 정책 제7권 제1호, 2015, 참고).

국회와 정부 등은 출연(연)이 수행하는 R&D사업에 대해 국가의 많은 재원을 투입하지만 그 성과를 적절히 평가할 전문성이 없기 때문에 연구의 성과 및 본질보다는 지엽적이고 말단적인 문제(연구비 집행 등)를 지적하기가 쉽다.

자기조직적 거버넌스 이론에 따르면 네트워크에 참여하는 행위자들에 의해 문제 의 인식과 해법의 모색이 지속적으로 재구성되는 점을 고려하면, 연구회 및 출연(연) 체제의 문제 인식과 해법도 연구와 연구행정에 참여하는 당사자들에 의해서 지속적으로 재구성된다는 점을 알 수 있다. 초기에 설정된 '과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립운영 및 육성에 관한 법률'이라는 설계된 법적 구조는 하나의 초기 조건만을 제공한다. 이 법적 체계에서는 당사자들이 상호작용을 통하여 지속적으로 재구성하는 연구 및 연구행정 등에 대한 문제의식과 해법이 보다 중요하다고 할 수 있다.

앞서 자기조직적 거버넌스 이론에서도 설계된 구조가 중요하지만 복잡한 사회적 문제 해결의 기제로서는 창발적인 구조가 보다 중요하다는 점을 강조했다. 연구회 체제의 문제 인식과 이의 해결은 결국 네트워크에 참여하는 당사자들의 자율적이며 창발적인 방법으로 해결되는 것이 가장 바람직하다. 즉, 행위자들 스스로 상호작용이 가장 잘 발생할 수 있는 방식으로 연구회 체제가 구성되고 운영되는 것이 바람직하다.

이러한 관점에서 '연구'라는 특수한 행위를 위한 자원의 배분과 집행에 있어 연구라는 전체적 활동에 참여하는 당사자들이 어떻게 상호작용을 하고 이를 통해 만들어내는 문제의식과 해법이 중요하다. 이에 대한 외부적 평가는 '연구'라는 행위의 특수성을 감안해 본질을 왜곡할 우려가 있으므로 상당히 제한된 방식으로 이루어지는 것이 타당하다.

연구회의 새로운 감사시스템의 방향은 외부의 시각을 통해 연구를 평가하고 판단하는 것이 아니라 '연구'에 참여하는 당사자들이 스스로 결과를 도출하는 과정의 합리성을 자체적으로 판단하고 이를 대외적으로 설득시키는 체계라 할 수 있다. 연구라는 특수한 활동을 우리 스스로 평가하고 판단함과 동시에 결과를 정당하게 사회적으로 인정받을 수 있도록 감사시스템의 방향성을 설계할 필요성이 큰 것이다.

Ⅳ. 국가연구개발에서 감사시스템의 방향

1. 미국의 사례

미국은 국가 R&D사업의 책임성을 확보하기 위한 방안에 대해 오랜 기간 고민해 왔다. 미국 국가연구개발에서 내부감사의 기능을 하는 것은 연방기관별 감찰관실(OIG, Office of the Inspector General)이며, 외부감사의 역할은 감사원(GAO, Government Accountability Office)이 행한다.[25] 예를 들어, 미국의 국립과학재단(NSF, National Science Foundation) OIG의 역할은 독립된 감독기구로 NSB(National Science Board)가 수행한다. NSF의 OIG는 활동 계획을 수립 시 NSF와 상의하며 보고서 발간 전에는 보고서에 대해 NSF의 피드백을 받게 된다.

국립보건원은(NIH, National Institutes of Health)는 보건복지부 산하기관으로, 독립성이 큰 NSF와 다르게 조직 내 OIG는 없으며 보건복지부의 조직 내부에는 OIG가 있다. 대신, 행정 조직인 OMA(Office of Management Assessment) 하부에 DPI(Division of Program Integrity)라는 조직이 있어, OIG 기능과 유사한 내부감사 기능을 수행하고 있다.

미국 국가연구개발 외부감사(GAO)는 기본적으로 성과에 대해 책무성(accountability)을 향상하기 위한 성과감사 중심의 변화와 논리모형(logic model)에 기초한 성과평가 활동 중심이다. 미국의 GAO는 성과감사의 결과에서 나타난 이런 문제점을 중심으로 개선 방안이나 해결책을 제시하는데, 이는 흡사 컨설팅 보고서와 같이 객관적인 증거기반의 감사를 피감기관에게 유익하도록 제언하는 형태로 진행하는 특징이 있다.

1990년대 및 2000년대 초반, 과학 연구에 대한 인식의 변화(예를 들면, 책무성 강화 등) 및 정부업무수행성과법(GPRA, Government Performance and Results Acts)[26]의 시행 등의 변화에 따라 미국은 국가 R&D사업에서 책임성을 확보하는 발전을 이루게 된다. 미국의 국가 R&D사업의 평가체계는 연방정부 수준에서 과학기술정책을 총괄하는 중앙부처가 담당하는 것이 아니라, 개별부처나 독립적인 연구담당기구들 중심으로 추진되는 구조

25) 미국 감사원 제도의 보다 자세한 내용은 이진수, 미국 감사원의 제도적 특징과 우리나라에의 시사점-감사원과 연방의회의 관계를 중심으로-, 행정법연구, 제54호(2018년 8월), 67면 이하 참고,

26) GPRA의 도입 배경, 주요 내용, 각 부처의 보고서 작성 사례, 연방연구시스템에 대한 영향 등에 관한 자세한 사항은 이장재 외, 미연방연구시스템에 대한 정부성과결과법(GPRA)의 영향 분석, KISTEP 연구보고서, 2003.

라 할 수 있다. 국가 차원에서 R&D사업들에 대한 종합적인 조정 및 부처 간의 연계는 대통령 직속기구들에서 이루어진다.

국가 R&D사업의 평가를 위해 별도의 평가 제도를 마련하는 것이 아니라 1993년 GPRA를 시행한 이후, 정부성과 평가의 한 측면으로 국가 R&D사업에 대한 평가체계를 확립했다. 2002년 GPRA의 성과정보를 예산배분에서 활용하기 위해 평가관리 기법인 PART(Program Assessment Rating Tool)[27]를 도입하게 되며, 2010년 정부성과와 예산의 연계강화를 위해 GPRA를 개정하게 된다.

NSF와 NIH 사례를 보면, 국가 R&D 사업에서 책임성을 확보하는 방안의 첫 단추는 연구제안서에 대한 검토이다. 동료심사로 이루어지는 연구제안서의 검토에서 가장 중요한 것은 학문적 우수성, 학문적 탁월성(예, 인류가 시도하지 않았던 연구이거나 연구자 자신이 해왔던 연구 자체에 도전적 진보 등을 가져오는 연구)이다. 따라서 미국의 책임성은 이 연구제안서 선정 단계에서의 연구자 간의 치열한 경쟁에 있다고 해도 과언이 아니다.

NSF는 예를 들어 Merit Reivew(탁월성 평가)를 통해 선정에 많은 공을 들인다. NIH도 선정평가의 중요성은 NSF와 동일하며 다만 추가로 STAR Metrics[28]를 통해 국가 R&D사업의 양적·질적 성과를 온라인(On-Line)상에 축적해서, 투자와 성과 사이의 인과관계를 파악하며, 장기적으로 R&D사업의 효과를 측정한다.

2. 국가 R&D감사 혁신의 기본 방향 : 연구 자율성과 책임성의 조화

국가 R&D감사 혁신의 기본 방향은 연구의 자율성과 책임성을 어떻게 조화시킬 것인가로 요약된다고 생각한다. 미국의 경우 1950년 설립된 국립과학재단(National Science Foundation, NSF)의 설립과정에서 발생한 '연구자의 자율성'을 강조한 의견과 '사회적 책임성'을 강조한 의견 간 논쟁이 있었다.[29] 바네바 부쉬(Vannevar Bush)가 1945년에 완

27) 이에 대해서는 손병호, 미 연방정부의 연구개발 프로그램 성과관리: PART(Program Assessment Rating Tool)를 중심으로, 과학기술정책, Volume 14 Issue 2 Serial No. 146(2004년), 참고.

28) STAR METRICS(Science and Technology in America's Reinvestment Measuring the Effect of Research on Innovation, Competitiveness and Science)는 고용 및 지식창출, 보건분야 성과 도출을 위하여 연방정부가 추진하고 있는 과학투자의 효과 측정을 가능하게 한 프로그램이다. STAR METRICS는 미 국립보건원(NIH), 국립과학재단(NSF) 및 백악관 과학기술정책실(OSTP)로 구성된 다기관 공동으로 추진하는 다기관 과제이다.
(http://www.nih.gov/news/health/jun2010/od-01.htm. 2022년 2월 11일 최종방문)

29) 킬고어(H.Kilgore)와 부쉬(V.Bush)의 과학연구의 성격에 대한 다른 관점이 대립했다. 민주당 소속 정치가(웨스트버지니아주 상원의원)였던 킬고어가 촉구한 재단의 청사진은 보조금과 연구계약제를 통해 기초연구 및 응용개발 분야를 지원함은 물론, 연구인력 선정에 있어 지역적 균형을 강조하고 재단의 운영에 시민대표를 포함시키는 것임이었다. 즉 재단이 지원하는 과학 연구에 대한 대중의 영향력 행사를

성한 “Science-The Endless Frontier”라는 대통령 보고서는 NSF 설립과 관련된 주도권이 정치인으로부터 과학기술정책의 주권자인 학술연구자로 넘어오는 계기가 된다. 최종적으로 바네바 부쉬(Vannevar Bush)의 안이 재단의 기본이념으로 채택된다.

미국 R&D체계는 다원적, 분권적이라 할 수 있는데, 그 배경에는 정치와 행정 체계에서 다양한 이해관계들의 자유로운 경쟁을 추구하는 미국의 전통적인 정치적 환경의 특성과 아울러, 2차 대전이 끝나고 미국 R&D 정책의 근간을 형성했던 연구 성과의 제고를 위한 자율성 및 개별 연구기관의 독립성에 대한 확고한 신뢰가 주요한 원인으로 작용한다.

‘부쉬 원칙(Bush Principle)’ 및 미국의 다원적 전통에서 이어진 NSF는 연구비 내에서 연도별 협약 없이 자유로운 연구하는 ‘그랜트(Grant) 제도’를 운영한다. 연구자는 최소한의 행정 부담을 지며 경제적 성과에 대한 부담만을 지고 학문적 우수성(과제 지원 시 평가기준)에만 초점을 두고 연구를 수행한다.

한편, 연방보조금협약법(Federal Grant and Cooperative Agreement Act, 1977), 미국의 혁신 및 경쟁력 강화에 관한 법(American Innovation and Competitiveness Act, 2017) 등에 의해 과학 연구에 대한 지원의 정당성이 확보되는 가운데, 과학의 경제적·사회적 욕구를 충족(즉, 과학 연구활동의 산업과의 연계)하기 위한 법(예를 들면, 미국 회복 및 투자법(American Recovery and Reinvestment Act, 2009))도 있다.

1990년대 및 2000년대 초반의 과학 연구에 대한 인식의 변화는 과학기술의 사회에 대한 기여 및 연구개발 투자의 필요성, 미국의 R&D시스템의 특성을 고려한 연방정부 및 관련기구의 투자의 중요성, 책무성(accountability) 강화 등으로 나타난다. NSF의 경우, 이사회와 NSB(National Science Board)의 전략적 방향 및 결정사항을 준수하면서도 개별적으로도 자금 지원을 결정하는 책임을 가지고 있다.

NSF는 미국 대통령 산하의 기관인데 대통령 산하인 이유는 모든 과학기술 분야의 기초연구를 지원하는 NSF가 특정 부처의 영향을 받지 않기 위함이다. NIH의 경우, 원장은 매

가능케 하고 지원 대상의 선정에도 공공성을 강조하는 것이다. 이는 과학 연구에 있어 민주적 이상과 본질에 충실한 반면, 대중적 인기영합주의의 위험성도 내포한다.

이에 반해 전시에 OSRD(과학연구개발국)를 지휘했으며 MIT의 전기공학자이기도 했던 부쉬는 킬고어의 대의명분에는 동의하면서도 방법상으로는 차이를 보인다. “과학, 그 끝없는 프런티어(Science, the Endless Frontier)”라는 보고서에서, 부쉬는 자연과학과 의학의 양대 분야를 중심으로 최우수 과학자의 기초연구를 지원함으로써 미국 과학의 발전을 모색하는 엘리트주의적 모델을 표방한다. 기초과학 연구 지원과 인력양성 프로그램이 최첨단 과학 및 응용기술 영역의 연구-개발로 이어져 경제발전과 국가안보의 초석이 됨으로써 궁극적으로 국민의 복지에 공헌할 수 있다고 부쉬는 역설한다. 그러나 부쉬의 제안은 재단의 운영이 정부와 대중의 간섭을 배제한 채 과학자들의 기준과 논리에 의해 진행되도록 하는 것이기에 과학 연구의 효율성과 자율성을 보장하는 반면에, 소수 엘리트 과학자들의 잔치로 흐를 위험성 역시 있었다(https://www.sciencetimes.co.kr/news/미국과학진흥-시스템의-커다란-축-nsf/, 2022년 2월 11일 최종방문).

년 의회에 국립보건원 예산을 요청한다는 점 등에서 미국 과학 연구의 자율성과 독립성을 엿볼 수 있다.

3. 컨설팅 중심의 감사로 전환

앞서 살펴본 미국의 예에서 보듯이 기존 감사체계의 실효성에 대한 한계의 극복 및 연구몰입 환경의 조성을 위한 방안으로 '지적' 중심의 감사에서 '예방' 중심의 컨설팅형 감사로 방향을 전환하는 것이 연구회 중심의 감사일원화의 효과성을 담보할 수 있는 가장 중요한 과제로 판단된다. 4차 산업혁명시대 급속하게 발달한 ICT기술들이 내부 통제시스템에 적용되고(예산 집행의 전산화, 감사정보시스템 구축 등) 강화됨에 따라 잘못된 연구비 사용을 지적하는 기존 감사체계의 실효성은 점점 감소하고 있는 것이 현실이다.

국가 R&D 특수성을 고려하여 도전적 연구환경 조성을 위해 연구비 사용에 대한 지적 중심의 기존 감사에서 탈피할 필요가 있다. 불합리한 규정을 점검하고 이에 대한 개선이 없이 이러한 기준이 감사에 활용되어 감사의 품질을 저하하고 규정을 준수해야 하는 부담으로 연구자의 연구몰입도 저해하고 있다.

연구회는 감사 기준이 되는 불합리한 운영규정을 점검하고 개선하는 주체로서 이를 위한 내부 '사전 컨설팅 그룹'을 필수적으로 운영해야 할 것이다. 사전적으로 불합리한 기관운영 규정을 점검하고 이에 대한 개선을 권고하여 연구자의 규정 위반, 업무 비효율을 예방하고 상시적인 감사 컨설팅을 통해 감사유발 요인을 선제적으로 방지하여 불필요한 외부감사를 원천적으로 지양할 수 있는 체계를 만들어야 한다.

이를 위해 구체적으로 연구기관의 운영규정을 전반적으로 점검하고 이를 토대로 '감사 컨설팅 매뉴얼' 개발해야 한다. 컨설팅 제공을 위한 절차, 방법, 기준을 포함한 운영규정 점검 및 위험도 평가와 예방 방지 컨설팅 매뉴얼을 각각 개발해야 한다. 연구회는 표준 감사 규정을 마련해야 하는데 개별 연구기관의 특성이 고려될 수 있도록 기관 운영규정을 점검하고 이에 기초한 종합적 매뉴얼을 개발해야 한다.

또한 연구회에서 추진하는 출연(연) 자체감사에서 도출되는 부적절한 운영규정을 분석하여 개선안을 제공해야 한다. 연구회에서 출연(연) 자체감사를 수행하는 과정에서 도출되는 연구몰입을 저해하는 기관운영 규정에 대한 적절성, 효율성을 점검하고 개선안을 제시하는 것이 중요하다. 불법(과실)의 위험도 평가 및 예방 방지에 관한 컨설팅도 제공해야 한

다. 행정절차, 관련기준, 시스템 등에서 컨설팅을 요청하는 기관의 운영시스템에 있어 불법(과실)의 위험도를 종합적으로 점검하고 이를 개선하기 위한 방안이 제공되어야 할 것이다.

Ⅴ. 결론

미국의 R&D 책임성의 근간은 초기 과제제안서 심사부터 합리적인 시스템을 도입하여 운영하며 선정평가, 사후시스템 등을 통하여 책임성을 확보하고 있기 때문에 가능하다. 내부감사(예, 감찰관실(OIG)) 및 외부감사(예, 감사원(GAO))는 컨설팅의 보고서와 같이 객관적인 증거를 기초로 감사결과가 피감기관에게 도움이 될 수 있는 제언의 형태로 제시되게 된다.

반면에 우리는 1980년대 초에 특정 연구개발사업을 비롯해서 30년 간 정부주도로 많은 연구개발을 수행했으나 연구관리시스템이 연구비 관리에 치중되어 있었다. 2013년 감사원에서 국가 전체 R&D 감사를 했을 때 1,000페이지 넘는 보고서 중에 548건이 지적되었다. 감사에서 지적된 건수들을 보면 기획조정 이나 평가, 관리, 성과가 아니고 연구비 집행에 관련된 것만 387건이었다.

국가연구개발에 있어 이와 같은 문제의식은 지속적으로 제기되어 왔다. 이에 대한 입법적 움직임으로 2018년 공공기관운영법 개정을 통한 '연구개발목적기관' 개념이 도입되고, 2020년에는 국가과학기술연구회 소관 연구기관의 자체감사 기능이 연구회로 이관되어 새로운 국가연구개발 '시스템감사'의 법적 체계는 만들어진 상태이다.

본 연구는 이러한 국가연구개발의 '시스템감사'의 방향으로 미국의 사례에서 보듯 객관적인 증거기반의 컨설팅 감사를 제안한다. 이러한 컨설팅 감사체계를 갖추기 위해서는 연구회가 국가연구개발사업 전반에 대해 소관 연구기관의 사전적 컨설팅에 응할 수 있는 조직과 인력을 우선적으로 확보하고 그 체계를 발전시켜야 한다. 이를 통해 연구기관의 행정과 경영의 효율성을 미리 담보하고 연구비 집행 중심의 감사가 아닌 성과중심의 중장기적 성과평가형 감사로 전환하는 토대를 마련해야 할 것이다.

[참고문헌]

KISTEP Issue Weekly, 국가R&D 감사의 이해와 시스템 개선에 관한 제언, 2019

감사연구원, 감사원과 자체감사기구 간 역할분담에 관한 연구, 2013

감사원, 국가 R&D 감사백서, 2013

감사원, 공공감사에 관한 법률의 이해, 2014

감사원, 2019.2.13 자 보도자료(19년 감사운영방향 및 원 운영방향), 2019

강문상, 미국의 연구개발 동향, 한국과학기술기획평가원, 2018

곽노성, 국립보건원(NIH)의 사업 기획 및 운영 현황 조사(해외연수/출장 보고서), 한국보건사회연구원, 2013

국가과학기술연구회, 연구회 및 출연(연) 감사기능 일원화 방안 연구, 2019

김기완 외, 미국의 성과평가제도 도입이 정부부처·기관의 R&D 관리·평가 활동에 끼친 영향 분석, 한국과학기술기획평가원, 2005

김소영, 연구윤리 대토론회Ⅱ: 연구의 자율성과 책임성 강화를 위한 연구관리 혁신, 한국과학기술단체총연합회 토론자료, 2018

김정헌, 송건섭, 관리과학기법의 성과감사 적용에 관한 연구, 한국정책과학학회보, 제5권 제2호, 2001

김해도, 미국의 연방연구비 부정집행 발각과 감사과정, 한국연구재단, R&D BRIEF, 2018

노승용·김보은, 공공기관 감사품질 제고를 위한 협력감사 활용 방안에 관한 연구, 한국정책과학회보, 제20권 제2호, 2016

노환진 외, R&D 분야 재원배분 방식 및 성과 분석: 과학기술계 정부출연연구기관을 중심으로, 국회예산정책처, 2014

류영수, 국가 R&D 평가체제 혁신을 위한 제언. 한국과학기술기획평가원, 2019

박기주, 국가과학기술연구회 거버넌스 구조에 관한 연구 - 자기조직적 거버넌스 개념과 관계적 계약이론을 중심으로 -, 입법과 정책 제7권 제1호, 2015

서울행정학회, 출연(연) 감사 효율화 및 제도발전에 관한 연구, 2010

송건섭, 자체감사시 공공감사기준의 적용한계와 정책방향. 한국행정논집, 제14권 제4호, 2002

심 호, 자체감사와 조직역량, 박영사, 2013

염재호, 연구윤리 대토론회Ⅱ: 연구의 자율성과 책임성 강화를 위한 연구관리 혁신, 한국과학기술단체총연합회 토론자료, 2018

오현환 외, 국가연구개발사업 평가제도 개선 방안 연구: 상위평가 및 특정평가를 중심으로, 한국과학기술기획평가원, 2019

윤지웅 외, 자율과 책임에 기반한 미래 과학기술 정책수행 시스템 연구. 과학기술정보통신부, 2018

이민형, 출연연구기관 역사적 변화 과정과 미래 발전 방향. 과학기술정책 제213호, 2016

이영균·이균범, 자체감사의 효율성 제고에 관한 연구: 공기업 자체감사요원에 대한 설문조사분석을 토대로, 한국지방자치학회, 제10권 제1호, 1988

이재훈 외, 감사 시스템 및 사례 분석을 통한 R&D 제도 개선에 관한 연구, 한국과학기술기획평가원, 2018

이정우, 연구비 집행에 관한 내부통제 시스템 운용에 관한 연구, 감사논집, 제31호, 2018

이태종·송건섭, 자체감사의 운영 분석과 기능 강화 방안, 한국정책과학학회보, 제14권 제1호, 2010

이효빈 외, 미국 및 일본의 연구비 지원제도 소개 : NSF/NIH/JSPS/JST를 중심으로, 한국연구재단, 2019

정용덕, 현대 국가의 행정학, 법문사, 2001

한국조세재정연구원, 공공기관 감사제도와 운영현황분석, 2014

Baltaci, M. and Yilmaz, S., Keeping an Eye on Sub-national Governments: Internal Control and Audit at Local Levels. World Bank Institute, Washington, D. C., 2006

Bardach, E., Getting Agencies to Work Together. Washington, D.C. : Brookings Institution, 1998

IIA, Internal Audit Capability Model (IA-CM) for the public sector, 2009

_____, Defining Our Role in a changing Landscape. North American Report October 2013, Audit executive center, Integrated Approach. London: Chapman and Hall, 2013

_____, Intersecting Roles. Fostering Effective Working Relationships Among External Audit, Internal Audit, and the Audit Committee, 2014

INTOSAI, Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector, 2004

OECD/PIFC Expert Group Working Group on Audit Manuals, Internal Control Systems in Candidate Countries, vol 2, 2004

Abstract

Legal structure and direction of the Centralization on Self-audit of the Government-funded Research Institute(GRI)s under the National Research Council of Science and Technology(NST)

Ki-Ju Park
Adjunct Professor, Graduate School of Public Policy, Hanyang University

The national R&D project has a set goal, unlike a general project that has a set output and process, but the output and process can be changed in various ways depending on the situation. This is the reason why a result-oriented (research performance-oriented) audit is necessary, unlike general project audits that are process-oriented (focused on the execution of funds). This awareness of the issue led to the revision of 'ACT ON THE ESTABLISHMENT, OPERATION AND FOSTERING OF GOVERNMENT-FUNDED SCIENCE AND TECHNOLOGY RESEARCH INSTITUTES, ETC. (Act No. 17341, June 6, 2020, partially amended, hereinafter referred to as the 'Amendment Act')' and which seeks to unify the audit centered on the National Research Council of Science and Technology(NST).

Prior to the enforcement of the revised law, the need for special treatment of the act of 'research' in national R&D was raised. As a legislative result, the concept of a 'R&D purpose institution' was introduced through the revision of the 'ACT ON THE MANAGEMENT OF PUBLIC INSTITUTIONS' in 2018. The self-audit function of research institutes was transferred to the NST and which

led to a new national R&D 'system audit'. Hence, the legal system is in place.

This study proposes an objective evidence-based consulting audit, as seen in the case of the United States, in the direction of such a 'system audit' of national R&D. In order to have such a consulting audit system, the NST must first secure an organization and manpower that can respond to the pre-consulting of the research institute for the overall national R&D project, and develop the system. Through this, it is necessary to guarantee the efficiency of the administration and management of research institutions in advance and lay the foundation for the transition to a performance-oriented mid- to long-term performance evaluation type audit rather than a research fund execution-oriented audit.

Key words : NST, self-audit, centralization on self-audit, system audit, consulting audit

EU 탄소국경조정메커니즘(CBAM)의 WTO TBT 협정 합치성[1)]

– 환경, 기술, 그리고 TBT협정 간 관계 모색 –

박 효 민 (Hyomin Pak)
법무법인(유) 세종 파트너 변호사

논문접수 : 2022. 02. 11. 심사개시 : 2022. 02. 15. 게재확정 : 2022. 03. 04.

목 차

Ⅰ. 서론

Ⅱ. EU CBAM 이전 국제환경분야의 발전 모습
1. 국제사회의 탄소배출 감축 노력 : 국제환경협약
2. 탄소배출량 감축을 위한 국내 정책 : 탄소가격제, EU ETS

Ⅲ. CBAM의 도입 및 내용
1. CBAM 도입 배경
2. EU 집행위 CBAM 법안

Ⅳ. WTO TBT 협정과의 합치성
1. TBT협정 적용 가능성
2. 제2.1조 (비차별원칙 위반 여부)
3. 제2.2조 (정당한 목적 달성 필요 이상으로 무역 규제적인지)
4. 제2.3조 (목적의 존재 및 덜 제한적 방법)

Ⅴ. 결론 및 대안

1) 이 논문은 국가기술표준원, (사)표준인증안전학회 및 한국표준협회가 공동주최한 제6회 무역기술장벽(TBT) 논문공모전 대상(산업통상자원부장관상) 수상작입니다.

국문초록

EU 집행위가 발표한 EU CBAM 법안은 탄소배출감축을 위한 기술규제정책 중 하나이다. 각국이 자국 국내법에 따라 시행하는 일방주의적 환경 정책은 표면적으로 환경 보호라는 정당한 규제 목적을 취하지만, 실질적으로 국내 산업 보호 목적을 가지는 경우가 많기에 자국 시장 접근에 대한 TBT 장벽이 될 가능성이 높다. 각국 환경 규제가 타국의 수출입에 직간접적으로 영향을 미칠 경우, WTO 규범 위반 문제가 제기될 수 있다. 따라서 각국의 환경 규제 정책이 환경보호 목적을 실현하면서도 타국과의 통상마찰을 야기시키지 않기 위해서는 각국의 환경정책이 WTO 협정(특히 TBT 협정) 등 각국이 약속한 국제규범과 합치되는 방향으로 세심하게 고안되어야 한다.

환경은 글로벌 문제로서 한 국가의 노력만으로 해결하기 힘들기 때문에 다자주의적인 국제협력이 병행되어야 하며, 친환경 기술의 혁신도 함께 이뤄져야 한다. 이같이 환경 보호 목적 달성을 위해서는 글로벌 협력을 통해 기술 혁신을 촉진하는 인센티브를 부여하는 방향으로 각국 정책이 고안되어야 하며, 전기차 등 친환경 기술 발전을 바람직한 예로 들 수 있다. 특정 오염원 이동을 막기 위한 국경 규제는 수입국과 수출국 간을 차별하여 무역 분쟁을 가져온다. 특히 선진국을 중심으로 친환경 기술 혁신을 유도하고, 이를 개도국으로 전파하는데 핵심적인 역할을 해야 한다.

이 논문은 EU CBAM과 TBT 협정 합치성의 검토를 통해 EU CBAM의 법적 문제점을 분석하고, 국제규범에 합치하는 CBAM은 향후 어떻게 형성되어야 할지에 대해 청사진을 제시하고자 한다. 수출 위주의 무역 구조를 취하며 탄소집중적 산업에 경제발전을 의존하는 우리나라 입장에서 전세계 일방주의적 경향은 상당히 위험하며, 이같은 국제 정세 속에서 중견국으로서 적극적인 역할을 해야 할 것이다. 이 논문은 우리 정부가 향후 이같은 전략을 입안함에 있어서 기여를 할 수 있을 것으로 기대한다.

※ 주제어: WTO TBT협정, EU CBAM, 탄소국경세, 파리협정, 탄소배출, 환경, 기술, 협력

Ⅰ. 서론

We'll find a way. We always have. (영화 인터스텔라 중)

이제 환경문제는 심각한 글로벌 문제이다. 이에 대응하기 위해 2021년 연초 미국과 EU(European Union) 등은 자국 무역정책의 핵심 어젠다로'환경보호'를 제시했고,[2] 최근 미국은 기후문제를 국가안보 및 대외정책의 우선순위로 발표했다.[3] 환경문제 해결을 위해 각국 환경정책이 필수적인바, 이는 긍정적 현상이다. 그러나 각국 환경정책이 국제적 정당성을 갖추기 위해선 환경정책이 실제로 환경 보호 목적을 가져야 하며 국제규범에 합치되고 국제협력을 통해 시행되어야 한다.

각국이 국내법에 따라 시행하는 일방주의 환경정책은 표면적으로 환경 보호라는 정당한 목적을 취하지만 실질적으로 국내산업 보호 목적을 띄는 경우가 많다. 따라서 각국 환경 규제가 해외 수출에 직간접적인 영향을 미칠 경우에는 WTO 규범 위반 문제가 제기될 수 있다. 따라서 각국 환경 규제 정책이 본래의 환경보호 목적을 실현하면서도 타국과 통상마찰을 일으키지 않기 위하여 각국의 환경정책은 WTO(World Trade Organization) 협정, 특히 TBT(Technical Barriers to Trade) 협정 등 각국이 약속한 국제규범과 합치되는 방향으로 세심하게 고안되어야 한다.

환경은 글로벌 문제로서 한 국가의 노력만으로 해결하기 힘든바, 국제협력이 병행되어야 하며, 친환경 기술 혁신을 위해 협력해야 한다. 글로벌 환경보호 목표의 달성을 위해서는 글로벌 협력을 통한 기술 혁신을 촉진하는 인센티브를 부여하는 방향으로 각국 정책이 고안되어야 한다. 특정 오염원의 이동을 막기 위한 국경 규제는 수입국과 수출국 간 차별을 가져와 무역 분쟁을 야기할 것이다. 이 과정에서 선진국을 중심으로 친환경 기술 혁신을 유도하고 이를 개도국으로 전파하기 위해 TBT 협정이 중추적인 역할을 할 수 있다.

최근 EU 집행위원회(European Commission)가 발표한 탄소국경조정메커니즘

2) United States Trade Representative, 2021 Trade Policy Agenda and 2020 Annual Report (2021.3.), p. 3; European Commission, Trade Policy Review (2021.2.18.), pp. 2, 6, 10.

3) White House, Fact Sheet: Prioritizing Climate in Foreign Policy and National Security, https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/10/21/fact-sheet-prioritizing-climate-in-foreign-policy-and-national-security/ (2021.12.21.).

(Carbon Border Adjustment Mechanism, 이하 "CBAM") 법안(Proposal for a Regulation)[4]은 전세계적으로 많은 논란을 불러일으키는바[5] 이에 대한 비판적 검토가 필요하다. 탄소배출은 특정 산업분야에 한정되며 이는 기반산업으로서 각국 정부로부터 수많은 혜택을 받고 있다. 또한 탄소배출 감축을 위한 획기적 기술이 없기에 기술 혁신이 이뤄지지 않는 한 배출량 감축이 사실상 힘들다. 이같은 기술은 선진국에서는 개발 가능하지만 탄소배출위주의 산업에 자국의 경제발전을 의존하는 것은 주로 개도국이란 점에서 탄소배출감축 목표야말로 선진국의 기술개발 및 지원, 그리고 개도국의 협조가 필수적이다.

오히려 각국이 CBAM 등 일방적 환경정책을 통해 국제무역을 제한할 경우, 탄소배출 감축 목표 달성은 힘든 반면 국제사회에서 긴장상태를 야기할 수 있다. 이로 인해 기술발전이 저해되고, 글로벌 차원의 환경보호 협력도 약화되며, 강대국 중심으로 글로벌 환경정책이 형성될 가능성이 높다.

EU CBAM을 시작으로 미국도 탄소국경세 도입 움직임을 보이는 등[6] 강대국의 일방적 환경규제가 확대되는 국제정세 속에서 향후 각국의 환경규제가 부당한 무역기술장벽으로 작동하지 않기 위해서는 WTO 등 다자 포럼에서의 협력 노력이 특히 중요하며, 각국은 TBT 협정을 준수해야 한다.

이 논문은 EU CBAM이 TBT 협정에 합치되는지 여부에 대한 검토를 통해 EU CBAM의 문제점을 법적으로 분석하고 국제규범에 합치하는 CBAM이 되기 위해서는 어떻게 발전되어야 할지에 대한 청사진을 제시하고자 한다. 수출 위주의 무역 구조를 취하며, 탄소집중적 산업에 경제발전을 의존하는 우리나라 입장에서 이같은 일방주의적 환경 규제 경향은 상당히 위험하다. 이같은 흐름 속에서 우리나라는 중견국으로서의 역할을 충분히 해야 할 것으로 보여지는바 이 논문은 우리나라가 향후 이같은 전략을 입안함에 있어서 일정한 기여를 할 수 있을 것으로 기대한다.

4) EU의 법령체계 중 Regulation은 상위규범으로서, 모든 내용이 구속력을 가지며 모든 회원국 내에서 직접적인 효력을 가진다. 국내에서는 이를 주로 '규정'으로 해석하지만, 이같이 해석할 경우 법률 하위의 '규칙'이라는 어감을 줄 수 있기 때문에 이 논문에서는 "Proposal for a Regulation"을 "법안"으로 해석하기로 한다.

5) EU CBAM 법안에 대해 마티아스 코먼 OECD 사무총장은 CBAM을 기후변화 대응을 위한 글로벌 차원의 제도로 확대해야 한다고 주장했다. 또한 제임스 바커스 前 WTO 상소기구 위원은 현행 법안은 트기 GATT 제1~3조 위반 가능성이 있는바, WTO 분쟁해결기구 제소 가능성이 매우 높다고 지적했고, 미국도 CBAM에 비판적 입장을 표명했다.

6) New York Times, Democrats Propose a Border Tax Based on Countries' Greenhouse Gas Emissions, https://www.nytimes.com/2021/07/19/climate/democrats-border-carbon-tax.html, (2021.12.23.).

Ⅱ. EU CBAM 이전 국제환경분야의 발전 모습

1. 국제사회의 탄소배출 감축 노력: 국제환경협약

탄소배출량 감축을 위한 대표적인 국제환경협약은 유엔기후변화협약[7] 및 파리협정[8]이다. 이들 협약의 핵심원칙은'형평 원칙' 및'각국의 다른 실정을 감안한 공동의 그러나 차별적인 책임'이다.[9] 즉 전세계 기후변화 방지를 위한 공동 목표를 수립하지만, 각국의 글로벌 환경오염에 대한 책임 및 이행 능력이 다르기 때문에 구체적 이행은 각국 재량에 맡겼다. 파리협정 하에서도 참여국은 글로벌 평균기온을 1.5℃ 감축시켜야 하며 이를 위해 온실가스 순배출량을 2050년까지 순제로로 감축해야 한다. 여기서 각 참여국이 감축목표를 포함한 기여방안을 스스로 결정하는 방식인 국가별 온실가스 감축 기여 방안(Nationally Determined Contributions, 이하 "NDC")을 취한다. 즉 각국별로 NDC를 자발적으로 채택·유지하며, 이에 따라 각국은 국내이행조치를 취해야 한다.[10]

선진국은 기후변화에 대한 역사적 책임이 있음을 감안하여 선진국이 주도적으로 절대적 배출량 감축 목표를 위한 조치를 취해야 함에 반해 개도국은 여전히 화석연료생산에 경제가 의존하며 이행을 위한 재원·기술이 부족함을 인식하며 선진국은 개도국이 기후변화 방지 정책을 원활히 수행할 수 있도록 지원해야 함을 강조한다.[11] 개도국은 자국 상황에 비추어 탄소배출 감축을 점진적으로 수행하도록 노력해야 하며 이행 과정에서 지원을 제공받아야 한다.[12] 선진국은 협약상 의무 이행 관련 개도국에 대한 재원을 제공할 의무가 있다.[13] 즉 선진국이 설정한 높은 수준의 의무는 해당국을 구속하며 선진국은 이를 준수하면서 전세계 탄소감축을 위한 노력을 주도해야 하며 선진국은 개도국을 지원해야 한다. 따라서 선진국의 높은 수준의 의무 이행을 위한 정책을 타국(특히 개도국)에게 강제하는 것은 동 협정 취지에 부합하지 않는다.

각국은 자국 환경정책에 따라 자원을 활용하고 국제협력을 할 수 있는 주권적 권리를 가

7) United Nations Framework Convention on Climate Change, May 9, 1992, S. Treaty Doc No. 102-38, 1771 U.N.T.S. 107.
8) Paris Agreement to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 12, 2015, T.I.A.S. No. 16-1104.
9) *Supra* note 6 제3조 제1항, 제4조 제1항; *Id.* 제2조 제2항 등.
10) *Supra* note 7 제4조 제2항.
11) *Supra* note 6 서문, 제4조, *Id.*, 제4조 제4항 등.
12) *Id* 제4조 제4항 및 제5항.
13) *Id.*, 제9조 제1항.

지며 이에 따라 각국은 기후변화 관련 다양한 정책을 취할 수 있다.[14] 또한 기후 변화 대응을 위한 각국 조치는 자의적이거나 정당화되지 않는 차별의 수단 또는 국제 무역에 대한 위장된 제한이 되어선 안된다.[15]

유엔기후변화협약 이행을 위해 채택된 교토의정서는[16] 각국이 자국 상황에 따라 정책·조치를 이행하도록 규정하며,[17] 탄소배출 감축 목표 달성을 위한 정책수단으로 3가지 시장기반 메커니즘(▲배출권 거래(Emissions Trading),[18] ▲공동이행(Joint Implementation),[19] ▲청정개발 메커니즘(Clean Development Mechanism)[20])을 제시한다. 이 중 무엇을 선택할지 여부는 각국의 자유이다.

EU CBAM의 기초가 된 배출권 거래제(Emissions Trading Scheme, 이하 'ETS')는 교토의정서 제17조가 규정하며, 이에 따르면 각국은 ETS를 국내적으로 수립·시행할 수 있고 이의 채택은 강제되지 않는다.[21] 따라서 각국은 ETS 외에도 교토의정서가 제안한 다른 메커니즘을 포함하여 자국 실정에 맞는 배출권 감축수단(탄소세, 인센티브 등)을 자율적으로 채택할 수 있다. EU, 우리나라 등 일부 국가는 ETS 제도의 도입을 통해 탄소배출 감축 목표 달성을 위해 노력 중이며, 이를 채택하지 않는 많은 국가들도 다양한 제도를 통해 자국 감축 목표 이행을 위해 노력하고 있다.

파리협정도 협력기반 접근법을 채택한다. 파리협정은 각국이 NDC 감축목표를 유연하게 달성하기 위한 수단으로 각국 배출권 시장 연계를 통한 국제탄소시장 형성 가능성을 규정한다. 각국은 NDC 이행시 자발적 협력을 할 수 있고[22] 각국이 NDC 달성을 위해 자발적으로 국제적으로 이전된 감축결과물(Internationally Transferred Mitigation outcomes, 이하 "ITMO")을 발행·이전·사용할 수 있고[23] 이같은 메커니즘은 자발적으로 수립된다.[24] 즉 각국이 탄소배출권 시장을 타국과 연계하기 위해서는 각국이 합의를 통해

14) *Supra* note 6 서문.
15) *Id.*, 제3조 제5항.
16) Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 10, 1997, 2303 U.N.T.S. 162.
17) *Id.*, 제2조 제1항.
18) *Id.*, 제17조.
19) *Id.*, 제6조.
20) *Id.*, 제12조.
21) 이는 유엔기후변화협약 공식 사이트의 해설에 따르더라도 명확하다. "Emissions trading schemes *may be* established as climate policy instruments at the national level and the regional level." United Nations Climate Change, Emissions Trading, https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol/mechanisms/emissions-trading ('21.12.23.).
22) *Supra* note 7, 제6조 제1항.
23) *Id.*, 제6조 제2항.
24) *Id.*, 제6조 제4항.

자발적으로 연계해야 하며, 일국의 정책을 타국에게 강요할 수 없다.

또한 상기 환경협약 모두 ETS 등 국내정책만으로 온실가스 배출을 획기적으로 감축시키는데 부족함을 인정하고 기술 증진이 환경정책과 함께 진행되어야 함을 인정한다. 또한 환경 문제 해결을 위해 선진국 주도의 기술 발전 및 기술 이전·공유가 매우 중요하다. 따라서 각 참여국은 온실가스 배출을 통제·감소·방지하는 기술·관행·프로세스의 개발·적용·확산을 촉진·협력하고[25] 기후 시스템 관련 과학적·기술적·사회경제적 연구를 촉진·협력하며,[26] 기후 시스템 및 기후 변화 관련 과학·기술 정보의 공개 및 신속한 교환을 촉진·협력한다.[27] 더욱이 다른 참여국(특히 개도국)이 협정을 이행할 수 있도록 선진국은 친환경기술을 타국에 이전, 접근할 수 있는 재정적 지원을 해야 하며, 이 과정에서 선진국은 개도국의 역량 및 기술 개발 및 향상을 지원하며, 다른 참여국도 이같은 기술의 이전 촉진을 지원할 수 있다.[28]

2. 탄소배출량 감축을 위한 국내 정책 : 탄소가격제, EU ETS

(1) 탄소가격제

탄소가격제는 온실가스 배출의 외부비용, 즉 농작물 피해, 폭염·가뭄에 따른 비용, 홍수·해수면상승에 따른 재산 손실 등 대중이 부담하는 배출비용을 포착하고 가격과 배출원을 연계하는 수단이며, 이는 이산화탄소에 대한 가격의 형태를 띈다. 탄소가격은 온실가스 배출로 인한 피해를 부담할 책임이 있으며, 이를 피할 수 있던 사람에게 부담을 전가한다. 탄소가격은 탄소배출 감축의무를 하향식으로 부과하는 대신 배출자에게 경제적 시그널을 제공하고 그들이 배출량을 낮추거나 계속 배출할 경우 이에 상응하는 비용을 지불하도록 한다. 이는 소비자는 낮은 가격을 선호한다는 핵심 경제원리에 기초하는데, 탄소가격이 부과될 경우 생산자가 부담해야 할 비용이 증가하며, 생산자는 가격 증가분을 소비자(상품 비용)에 전가시킴으로써 대응할 수 있으나 이 경우 소비자는 가격이 오른 상품을 구매하지 않을 것인바, 생산자는 결국 배출량을 줄이고 그에 따라 비용 증가를 최소화할 수 있는 방법

25) *Supra* note 6, 제4조 제1항 (c)호.
26) *Id.*, 제4조 제1항 (g)호.
27) *Id.*, 제4조 제1항 (h)호.
28) *Id.*, 제4조 제5항.

을 찾을 동기를 얻게 된다는 것이다. 탄소가격제 중 ETS와 탄소세가 일반적인 유형이다.

ETS는 정부가 온실가스 배출 사업장을 대상으로 연단위 배출허용총량(cap)을 설정하여 배출량을 할당하여 할당범위 내에서 배출행위를 할 수 있게 하고, 할당된 사업장의 온실가스 배출량을 평가하여 여분 또는 부족분의 배출권에 대해 사업장간 자율거래를 허용하는 제도이다.[29] 탄소세는 온실가스 배출에 대한 명시적 세율 또는 화석연료의 탄소함량에 대한 명시적 세율(tCO2e당 가격 등)을 정의하여 탄소 가격을 직접 설정한다. 탄소세의 배출저감 성과가 미리 정의되지 않고 탄소가격이 미리 정해져 있다는 점에서 ETS와 다르다.

2021.4.1. 기준, 탄소세를 채택한 국가는 24개국, ETS를 채택한 국가·지역은 EU를 포함하여 10개이며, 지방정부 차원에서 이를 시행하는 경우도 있다. 이는 글로벌 온실가스 배출량의 약 16.1%에 해당하는 지역이다.[30]

탄소가격제의 성공을 위해서는 글로벌 탄소가격제가 시행되어야 한다. A국은 탄소가격제를 시행하지만, B국은 탄소가격제를 시행하지 않을 경우, 그 효과는 거의 없을 것이며, 오히려 '탄소누출(carbon leakage)'위험이 발생한다.

(2) 탄소누출

탄소누출은 온실가스 배출규제가 있는 국가의 배출량 감소가 유사 규제가 없는 국가에서의 배출량 증가를 초래하는 것을 의미한다. 예컨대 EU에서 온실가스 배출을 엄격히 규제함에 따른 생산비용의 차이 발생으로 인해 배출시설이 EU 밖으로 이전됨에 따라 EU역외에선 탄소배출량이 증가한다.[31] 현재 전세계적으로 단일 글로벌 탄소가격제가 시행되지 않는바 탄소가격을 부과한 국가가 있고, 그렇지 않은 국가도 있으며, 탄소가격 부과국 중에서도 구체적인 제도 및 탄소가격은 다르다. 따라서 탄소배출량은 탄소가격제 시행국에서 유사규제가 없는 타국으로 이동하며, 탄소가격을 부과하는 국가 이외에 위치한 온실가스 배출기업은 이같은 규제가 없기에 싼 값으로 제품을 생산할 수 있고 이같은 제품을 탄소가격을 부과하는 국가로 수출함으로써 경쟁 우위를 얻는 반면, 탄소가격을 부과하는 국경 내 위

29) International Carbon Action Partnership, ETS 브리프 8호, 배출권 거래 및 탄소세: 두가지 정책수단, 하나의 목표, https://icapcarbonaction.com/ko/?option=com_attach&task=down load&id=642 (2021.12.24.)

30) World Bank, Carbon Pricing Dashborad, Map & Data https://carbonpricingdashboard.worldbank.org/map_data (2021.12.21.)

31) European Commission, *Carbon Leakage*, Retrieved from https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allowances/leakage_en (2021.12.21.)

치한 기업이 생산한 제품을 이같은 규제가 없는 국가로 판매하는 수출업자는 경쟁적으로 불리하다.

탄소배출집약적이며, 해외수출위주의 국내산업일수록 탄소누출에 더욱 취약하다. OECD 연구에 따르면 전세계 온실가스 배출량의 25% 이상이 국제적으로 거래되는 상품에 포함되며, 이는 화학, 금속, 전자제품 등 소수 품목에 집중된다. 또한 제품 생산 과정 뿐만 아니라 제품 소비 과정에서도 많은 탄소배출이 이뤄진다.[32] 탄소배출량이 많은 산업부문의 대부분은 지속 성장하며, 거래량이 확대되는데, 이는 개도국에 기반을 둔 생산자가 참여하며, 궁극적으로 전세계 탄소 배출량을 증가시킨다. 또한 수출 관련 활동(운송, 저장, 도·소매) 과정에서도 많은 탄소배출이 이뤄진다는 점도 눈여겨 볼만 하다.

[전체 수출에 내포된 탄소배출총량][33] (단위: CO_2 백만 톤)

	분야	2015	2005
1	기본 금속	약 1180	약 1150
2	운송·저장	약 1000	약 900
3	화학	약 700	약 600
4	ICT 전자제품	약 600	약 600
5	광산, 에너지	약 550	약 610
6	기계	약 500	약 400
7	전자기기	약 410	약 300
8	석유	약 390	약 380
9	자동차	약 380	약 370
10	기타 제조업	약 360	약 350
11	섬유.의류	약 330	약 360
12	도·소매	약 300	약 290
13	가공 금속	약 280	약 200
14	고무&플라스틱	약 270	약 220
15	비금속 광물	약 260	약 200

32) Norihiko Yamano, Joaquim Guilhoto, *CO2 emissions embodied in international trade and domestic final demand: Methodology and results using the OECD Inter-Country Input-Output Database* (OECD Science, Technology and Industry Working Papers 2020/11), pp. 8-9, 24-34.
33) *Id.*, p. 32.

국제환경협약에 가입하고 탄소배출 감축 목표를 설정하여 탄소가격제를 시행하는 등 친환경 규제를 적극 취하는 국가의 가장 큰 우려는 자국 내 산업시설이 탄소가격이 없는 국가로 이전하고 이로 인해 자국 경제발전에 부정적 영향을 미치는 것이다. 강한 환경규제가 자국 경제발전에 부정적 영향을 미칠 경우, 규제를 강하게 할 유인이 사라진다. 따라서 특히 ETS 도입국은 탄소누출 방지를 위해 ETS 내에 무상할당제도를 채택한다. 즉, 탄소누출의 위험이 높은 산업에 대해 탄소배출권을 무상으로 할당하는 것이다.

이같이 탄소누출은 환경보호가 아닌, 환경규제가 경제발전에 미치는 부정적 영향과 직접 관련된다. 따라서 탄소누출 방지 정책 지속시 보호무역주의가 될 수 있고 탄소누출 고위험군 산업이 보호를 받기에 기술혁신을 저해하여 궁극적으로 환경보호목표 달성이 힘들어지는 아이러니가 발생하게 된다.

(3) EU ETS

교토의정서는 제1차 기간(2008-12년) 동안 선진37개국의 법적구속력이 있는 온실가스 배출 상한 또는 감축 목표를 설정했다. EU 회원국 모두 교토의정서에 따른 감축의무를 부여받았기에 EU는 감축의무 달성을 위한 정책수단이 필요한바, 2005년 1월부터 EU ETS를 본격적으로 운영했다. EU ETS는 세계 최초이자 최대 규모의 가장 성공적인 ETS로 평가된다.[34] EU ETS는 기간별로 운영되어[35] 현재 4기 ETS가 운영 중이며, 4기 내용은 3기와 유사하다.

EU ETS의 배출허용총량은 항공 부문과 고정 사업장 등으로 구분된다. 3기부터 고정배출사업장에 대한 배출허용총량은 2020년까지 매년 감축되게 변경되었다. 배출권은 각국 정부에 의해 사업장에 무상할당되거나 경매를 통해 유상할당된다. 3기부터 경매가 기본방식이며, 예외적 무상할당방식으로 변경되었으나 산업부문에선 여전히 무상할당이 제공된다. 한편 탄소배출권 구매비용으로 非 EU기업과의 경쟁에서 불리해지며 탄소누출 위험에 직면한 모든 부문은 3기 동안 배출권 전부를 계속 무상할당받았다. 단, 산업부문 최대 무상할당량은 일정량을 넘지 못하도록 설정되었으며, 3기 기준 총 배출권의 57%가 유상할당 대상이며, 43%가 무상할당 대상이다. 또한 제조업의 경우 총 배출권의 80%가 무상할당 대

34) European Commission, EU Emissions Trading System (EU ETS)
https://ec.europa.eu/clima/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets_en (2021.12.22.)
35) 1기(2005-7), 2기(2008-12), 3기(2013-20), 4기(2021-30). 현재 4기가 진행 중이다.

상이며, 이 비율은 점차 감소하여 2020년 30%로 감소한다.[36]

EU ETS 3기에 무상할당량 결정을 위한 기준(benchmark)은 제품 제조에 필요한 모든 생산 공정을 포함한다. 이는 동일 제품을 생산하는 EU 내 상위 10% 성과 사업장의 평균 온실가스 배출량으로 설정되었다.[37] 제품 벤치마크 사용 불가능시, 열 생산 또는 연료 소비에 기반한 대체(fall-back) 기준이 사용된다. 두 가지 방법 모두 불가능시, 과거 배출량에 기반한 기준이 사용된다.[38]

EU ETS 4기에서도 탄소누출 고위험 산업부문은 100% 무상할당 대상이며, 기타 산업부문은 2026년 30%에서 2030년 0%로 무상할당을 점진적으로 철폐할 예정이다.[39] 이같은 기타 산업군에 대한 무상할당 철폐 과정에서 탄소누출 위험 대응을 위한 수입산 제품에 대한 탄소세 부과 논의가 진행되었다.

Ⅲ. CBAM의 도입 및 내용

1. CBAM 도입 배경

2019.12월 EU집행위는 2050년까지 기후중립(climate neutrality)[40] 달성을 위해 기후목표를 상향조정하는 “유럽 그린딜(European Green Deal)”을 발표했다.[41] 수준 높은 탄소감축 목표 달성 과정에서 발생가능한 탄소누출 위험을 방지하기 위해 EU집행위는 CBAM를 제안했다. EU 설명에 따르면, EU와 달리 대부분 국가의 환경 목표는 높지 않은 바 EU 기업이 탄소집약적 사업장을 규제가 약한 해외로 이전하거나 EU산 제품이 탄소집

36) European Commission, Free allocation https://ec.europa.eu/clima/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets/free-allocation_en (2021.12.21.)
37) European Commission, *EU ETS Handbook* (2015), p. 47.
38) *Id.*, pp. 51~53.
39) European Commission, Revision for phase 4 https://ec.europa.eu/clima/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets/revision-phase-4-2021-2030_en)
40) ‘탄소중립’은 지구온난화를 유발하는 탄소배출량을 상쇄하여 탄소 총배출총량을 ‘0’으로 만드는 것을 의미한다. 이에 반해 ‘기후중립’은 기후변화의 주요 원인인 이산화탄소 이외 기타 온실가스 규제까지 포함하여 탄소중립보다 더욱 포괄적이라는 점에서 구분된다. (United Nations Climate Change, *A Beginner's Guide to Climate Neutrality*, https://unfccc.int/blog/a-beginner-s-guide-to-climate-neutrality)
41) European Commission, *A European Green Deal*, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-20 19-2024/european-green-deal_en (2021.12.9..)

약적 수입품으로 대체되는 등 탄소누출이 발생할 수 있으며, 탄소누출은 탄소배출량을 EU 밖으로 이동시켜 EU와 글로벌 기후 노력을 저해할 수 있는바, 국내산 및 수입산 제품 간 탄소가격을 동등하게 하고 EU 기후 목표가 완화된 목표를 가진 국가로 생산시설을 이전함으로써 훼손되지 않게 하기 위해 CBAM을 도입했다는 것이다.[42] 즉, EU는 CBAM의 목적으로 '탄소누출' 및 'EU 환경목표 훼손 금지'를 들고 있다.

그러나 EU정상회의, EU의회 및 EU집행위는 COVID-19 이후 증가한 공동채무 상환을 통해 EU 경제회복을 위한 재정지원책으로 CBAM 법안을 도입한바[43] 오히려 CBAM의 정확한 목적은'탄소누출 방지를 통한 EU 산업보호'및'EU 경제회복'으로 볼 수 있다.

유럽 그린딜에 따르면 EU CBAM는 WTO법을 포함한 EU의 국제법상 의무를 준수하는 방식으로 설계될 것이며 이는 현행 EU ETS에서 탄소누출의 위험을 다루기 위한 무상할당의 대안이 될 것이다.[44] 이에 기초하여 2021.3.10. EU의회는"WTO에 합치하는 EU CBAM"결의문을 채택했다.[45] 이후 2021.7.14. EU집행위는 CBAM 법안을 발표했고[46] EU의회 및 이사회의 동의를 거쳐 법안을 확정한 이후 전환기간을 거쳐 2023년부터 점진적으로 시행될 예정이다.[47]

2. EU 집행위 CBAM 법안

(1) 적용범위

CBAM 법안은 부속서 I에 명시된 5개 분야(철강, 시멘트, 비료, 알루미늄 및 전력생산)에

42) European Commission, Carbon Border Adjustment Mechanism: Questions and Answers, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_3661 (2021.12.16.)

43) European Commission, EU budget: the European Commission welcomes the agreement on €1.8 trillion package to help build greener, more digital and more resilient Europe, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2073 (2021.12.11.) 이 중 핵심 부분은 다음과 같다. ▲첫째 단락 중, "The European Commission has today welcomed the agreement between the European Parliament and EU Member States in the Council on Europe's next long-term budget and NextGenerationEU, the temporary recovery instrument." ▲여섯째 단락 중 "A clear roadmap towards new own resources to help repay the borrowing. The Commission has committed to put forward proposals on a carbon border adjustment mechanism and on a digital levy by June 2021, with a view to their introduction at the latest by 1 January 2023."

44) *Supra* note 40.

45) European Parliament, A WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism: European Parliament resolution of 10 March 2021 towards a WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism, (2021.3.10.) (2020/2043(INI).

46) European Commission, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism*, Brussels, 14.7.2021, 2021/0214(COD).

47) *Id.*, 제36조 참조.

속하는 제3국산 특정상품이 EU 관세영역 내로 수입되는 경우에 적용된다.[48] 적용대상인 상품의 구체적인 HS 코드가 열거되어 있다.

CBAM 면제국가는 부속서 II에 명시되며,[49] EU ETS 제도를 시행 중이거나, 자국 ETS와 EU ETS를 완전히 연계시키기로 합의한 국가에 해당해야 한다.[50]

(2) 부과 방식: 내포된 탄소배출량

CBAM의 핵심 전제는 개별 상품은 다른 생산공정을 거치기에 다른 양의 탄소배출량을 내포한다는 점이다. CBAM 법안은 이를 '내포된 탄소배출량(embedded emissions)'으로 일컫는데, CBAM은 각 상품에 내포된 실제 탄소배출량에 따라 각 상품을 다르게 규제하기 위해 입안되었으며, 내포된 배출량은 부속서 III에 규정된 방식에 따라 산출된다.[51]

CBAM 법안은 내포된 배출량의 산정방식을 상품과 전기로 구별한다. 상품의 경우,'내포된 배출량'은 상품의 생산과정에서 배출된 직접 배출량을 의미하며, 부속서 III 제2항 및 제3항에 적시된 산술식에 따라 계산되는데, 실제 배출량을 결정할 수 없을 경우 부속서 III 제4.1항에 규정된 기본값(default values)에 따라 결정된다.[52]

단일재(simple goods)의 경우, 상품의 내포된 배출량은 다음과 같다.[53]

$$\text{상품의 내포된 배출량} = \frac{\textbf{당해 상품의 귀속 배출량}\ (\text{생산 과정에 의해 야기되는 보고기간 중 당해 사업장 내의 직접 배출량})}{\textbf{당해 상품의 활동 수준}\ (\text{당해 사업장 내에서 보고 기간 내에 생산된 상품의 금액})}$$

복합재(complex goods)에 내포된 배출량은 투입물질까지 포함한다.[54]

$$\text{상품의 내포된 배출량} = \frac{\textbf{당해 상품의 귀속 배출량 + 생산과정에서 소비된 투입 물질의 내포된 배출량}}{\textbf{당해 상품의 활동 수준}}$$

48) *Supra* note 45, 제2조 제1항.
49) *Id.*, 제1조 제1항.
50) *Id.*,. 제2조 제5항.
51) *Id.*, 제7조 제1항.
52) *Id.*, 제7조 제2항.
53) *Id.*, 부속서 III 제2항.
54) *Id.*, 부속서 III 제3항.

기본값은 원칙적으로 수출국의 평균 배출량에 따라 결정되는데, 신뢰가능한 데이터가 특정 유형의 상품에 적용될 수 없는 경우 해당 상품 유형에 대한 EU 내 최하위 10% 사업장의 평균 배출량에 기초해서 결정된다.[55] 또한 세부산정기준은 EU 집행위에서 후속 이행 규정을 통해 구체화될 예정이다.[56]

EU CBAM 법안은 탄소누출 위험 대응 정책이며 탄소배출량을 근거로 한 규제로서 유사 목적의 EU ETS와 연계·통합되어 운영될 예정이다.[57] CBAM은 점진적으로 EU ETS의 무상할당에 대한 대안이 되겠지만, CBAM 시행 이후에도 EU ETS 무상할당은 일단 계속 적용되며 점진적으로 감축될 예정이다.[58]

(3) 운영방식

당국이 허가한 신고인만이 적용대상상품을 EU관세영역 내로 수입할 수 있다.[59] 허가된 수입업자는 해당 상품이 EU 내에서 생산되었다면 지불했을 탄소가격에 상응하는 CBAM 인증서(certificates)를 권한당국으로부터 구입해야 한다.[60] 인증서 금액은 상품별 총 탄소배출량(부속서 III 및 후속 이행규칙상 공식에 따름)에 따라 산정하되, △상품 원산지 국가에서 기지불된 탄소가격을 공제하고,[61] △EU ETS에 따른 무상할당분에 대한 조정[62]을 거친 금액에 상당하는 CBAM 인증서를 구매해야 한다.[63] 이를 위해 신고인은 탄소가격이 원산지국에서 실제 지불되었고 수출환급 또는 기타 보상의 대상이 아니었음을 증명하는 정보를 제출해야 한다.[64] 여기서 탄소가격은 탄소세 또는 ETS로 정의되며,[65] 탄소가격제 이외의 탄소배출권 감축 수단은 제외된다.

상기 내용을 포함한 CBAM 신고서(declaration)를 매년 5월 31일까지 권한당국에 제출해야 하며,[66] 신고된 총 내포된 배출량은 공인검증인이 검증해야 한다.[67] CBAM 인증서

55) *Id.*, 부속서 III 제4항.
56) *Id.*, 제7조 제6항.
57) *Id.*, 제1조 제2항 및 제3항.
58) *Id.*, 제1조 제2항 및 제3항.
59) *Id.*, 제4조.
60) *Id.*, 제20조 제1항.
61) *Id.*, 제9조 제1항.
62) *Id.*, 제31조 제1항
63) *Id.*, 제6조 제2항 (c)
64) *Id.*, 제9조 제2항.
65) *Id.*, 제3조 제23항.
66) *Id.*, 제6조 제1항 및 제2항.

는 허가된 신고인이 제21조에 따라 계산된 금액으로 권한당국으로부터 구매한다.[68] 인증서는 상품에 내포된 이산화탄소 배출량 1톤에 해당하며[69] 이 금액은 EU 공동경매장에서 EU ETS 배출권 종가의 주간 평균가격으로 산정된다.[70] 허가된 신고인은 매년 5월 31일까지 자신이 신고한 배출량에 상응하는 CBAM 증명서를 구입하여 권한당국에 제출해야 한다.[71]

EU ETS는 특정 분야 사업장의 온실가스 배출량에 대한 상한선을 정하고, 탄소누출 방지를 위해 배출권을 무상할당하고, 이 무상할당분을 넘어선 부분은 ETS 거래시장에서 배출권을 구매해야 한다. 이에 반해 CBAM은 EU로 수입되는 제품에 내포된 탄소배출량에 대해 금액을 지불하도록 한다. 2035년에 EU ETS가 완전히 폐지될 때까지, CBAM은 EU ETS 하에서 무상 할당으로부터 혜택을 받지 못하는 배출량에 비례해서만 적용될 것이다.[72]

Ⅳ. WTO TBT 협정과의 합치성

1. TBT 협정 적용 가능성

EU CBAM이 TBT 협정의 적용대상에 해당하기 위해서는 동 협정 부속서 1의 '기술 규정 또는 표준'에 해당해야 한다. 동 부속서 1 제1항에 따르면 '기술규정'은 상품의 특성, 또는 관련 공정 및 생산방법을 규정하며, 그 준수가 강제적인 문서를 의미한다. 또한 제2항에 따르면 '표준'은 상품의 특성 또는 관련 공정 및 생산방법을 공통적이고 반복적인 사용을 위해 규정하는 문서로서 인정된 기관에 의해 승인되고 그 준수가 강제적이 아닌 문서를 의미한다. *EC-Asbestos* 및 *EC-Sardines* 사건 등에서 상소기구는'기술규정'의 3가지 요건으로 (i) 조치가 식별가능한 상품·상품군에 적용될 것, (ii) 상품의 특성을 적시할 것, 그리고 (iii) 준수가 강제적일 것을 제시했다.[73]

67) *Id.*, 제8조 제1항.
68) *Id.*, 제20조 제1항.
69) *Id.*, 제3조 (18).
70) *Id.*, 제21조 제1항.
71) *Id.*, 제22조 제1항.
72) *Supra* note 41.

CBAM 법안에서 수입품의 내포된 탄소배출량 산정 및 배출량에 따른 CBAM 인증서 강제 구매 조치를 기술규정으로 볼 수 있다. 당해 조치는 각 상품에 내포된 탄소배출량에 상응하는 가격으로 판매되기에 (i)식별가능한 특정 상품군에 적용되며, (ii)상품 생산 공정에서 발생하는 탄소배출량을 포함하는 내포된 배출량을 기준으로 CBAM 증명서 구입 의무를 부과하는바, 이는 당해 상품의 특성을 적시한 것에 해당하며, (iii) 동 기준을 준수하지 못하면 수입업자는 처벌을 받으므로[74] 그 준수가 강제적이다. 따라서 당해 조치는 TBT 협정의 적용대상인 기술규정에 해당하여 동 협정의 적용대상에 해당한다.

2. 제2.1조 (비차별원칙 위반 여부)

TBT 협정 제2.1조에 따르면 회원국은 기술규정 관련 회원국의 영토에 수입되는 상품이 자국 원산인 동종상품 및 기타 국가를 원산지로 하는 동종상품보다 불리한 취급을 받지 않아야 한다. 따라서 원산지가 다른 동종상품을 차별하여 최혜국대우 원칙을 위반했는지, 그리고 EU산과 외국산의 동종상품 간 차별을 통해 내국민대우 원칙을 위반했는지 여부가 각각 문제된다.

US-Clove Cigarettes 및 *US-Tuna II(Mexico)* 사건에서 상소기구는 동 조항 위반 여부 판단을 위한 3단계 테스트를 설시했다. (i) 해당 조치가 부속서 1.1에 따른 기술규정 해당 여부, (ii) 수입상품이 국내상품과 동종상품인지 여부, (iii) 동종상품 간 불리한 취급을 했는지 여부.[75] 여기서 기술규정 여부는 앞서 살펴본 바와 같이 인정되므로 나머지 요건 두 가지를 검토한다.

(1) 동종상품인지 여부

US-Cigarettes 사건에서 상소기구는 GATT 내국민대우 및 최혜국대우 조항의 동종성과 동일 기준인 경쟁기반 접근법을 채택했다.[76] 이에 따라 상품의 물리적 특성, 최종 용도, 소비자 기호, 관세분류 기준 등을 고려한다.[77] 상품별 내포된 탄소배출량이 다르더라도

73) Appellate Body Report, EC-Sardines, para. 176; Appellate Body Report, EC-Asbestos paras. 66-70.
74) *Supra* note 46, 제26조.
75) Appellate Body Report, US-Tuna II (Mexico), para. 202; Appellate Body Report, US- Clove Cigarettes, para. 87; Appellate Body Report, US-COOL, para. 267.
76) Appellate Body Report, US-Clove Cigarettes, paras. 107-120.

HS코드가 동일한 상품이면 물리적 특성, 최종 용도, 소비자 기호, 관세분류 등을 고려할 때 동종성은 쉽게 충족된다.

(2) 동종상품 간 불리한 취급을 했는지 여부

US-Clove Cigarettes 사건 등에서 상소기구는 다음의 2단계 기준을 사용했다. (i) 기술규정이 동종상품 대비 수입상품의 경쟁 조건이 손상되도록 변경했는지 여부 및 (ii) 이같은 손상(해로운 영향)이 있는 경우, 전적으로 정당한 규제적 구분에서 비롯되었으며 수입품에 대한 차별을 반영하지 않는지 여부[78] 등.

1) 내국민 대우 (외국산 對 EU산 동종상품 간)

i) 경쟁 조건이 손상되도록 변경되었는지 여부

관련 상품군 간 경쟁조건의 관점에서 평가된다. 특히 사실과 상황의 총체적 고려, 조치의 설계, 구조, 예상되는 운영방식으로부터 식별가능한 경쟁조건에 대한 영향의 평가가 필요하다.[79] 또한 해당 산업의 특수한 특성, 해당 산업의 상대적 시장 점유율, 소비자 선호도 및 과거 패턴 등을 포함한 시장의 모든 관련 특징을 검토해야 한다.[80] 이의 판단은 시장에서 당해 조치의 실제 효과를 입증할 필요까지는 없으며, 가능성만을 보여주는 것으로 충분하다.[81]

CBAM 대상품목 수출기업의 EU시장에서의 경쟁기회에 대한 해로운 영향은 다음의 이유로 CBAM 설계, 구조, 예상 운영방식으로부터 충분히 식별가능하다.

우선, 외국산 상품에 대해서만 추가 증명자료 제출 및 CBAM 인증서 제출 의무를 부과하므로 EU시장에서 외국기업의 경쟁 기회에 해로운 영향을 미친다. 더욱이 ETS는 경매시장에서 배출권을 판매할 수 있는 제도임에 반해 CBAM은 수출기업에 한해 EU ETS 배출권

77) Appellate Body Report, EC-Asbestos, para. 101; Panel Report, US-Tuna II (Mexico), para. 7.235.
78) Appellate Body Reports, US-Tuna II (Mexico), para. 215; US-COOL, para. 271; US-Tuna II (Mexico) (Article 21.5 - Mexico), para 7.26.
79) Panel Report, EC-Seal Products, para. 7.156, referring to Appellate Body Report, US-FSC (Article 21.5 - EC), para. 215; Appellate Body Report, US-COOL, para. 269.
80) Appellate Body Report, US-COOL, para. 269, referring to Appellate Body Reports, US-Tuna II (Mexico), paras. 233-234; Korea-Various Measures on Beef, para. 145; and Panel Report, Mexico-Taxes on Soft Drinks, para. 8.119; Appellate Body Report, US-Tuna II (Mexico) (Article 21.5 - Mexico), para. 7.28.
81) Appellate Body Report, US-Tuna II (Mexico) (Article 21.5-Mexico), para. 7.29; Panel Report, EC-Seal Products, para. 7.156, referring to Appellate Body Report, US-FSC (Article 21.5), para. 215.

금액 상당을 EU당국에 지급하도록 한다. 이는 EU기업이 EU 내에서 기본적으로 무상할당 및 추가적인 부분에 대해서는 경매시장에서 자율적 구입이라는 구조를 취하는 것과 완전 다른 모습으로서 수출업자의 경쟁조건에 손상을 가한다.

각국의 탄소배출량 감축을 위한 제도 및 탄소가격제 세부 내용은 각국별로 다른데, EU ETS를 기준으로 타국의 수입품에 대해 탄소배출량에 따른 금액 부과 및 관련 조정은 수입품에 대한 차별이 된다. EU산 상품의 경우 자국 내에서 자국 탄소배출량 감축을 위한 EU ETS만을 준수하면 되지만, 외국산 상품의 경우에는 원산지 국가의 탄소배출감축제도를 준수해야 하며, EU로 수출시에는 탄소누출을 야기했다는 이유로 EU CBAM까지 준수해야 하는 이중의 부담을 받는다. 이는 한 번의 배출행위에 대한 두 번의 불이익 부과이다.

EU집행위는 CBAM이 EU ETS의 무상 할당으로부터 혜택을 못받는 배출량에 비례해서만 적용될 것이며, 이에 따라 EU 생산자와 외국 생산자가 공평한 대우를 받도록 할 것임을 밝혔다.[82] 그러나 '수출국에서 기지불된 탄소가격 공제' 및 'EU ETS에 따른 무상할당분에 대한 조정'을 거치더라도 외국산 상품에 대한 경쟁 조건에 대한 손상은 아래와 같은 이유로 해소되지 않는다.

우선 ETS 도입국도 탄소가격은 각국별로 다르며 이 금액은 시시각각 바뀌기 때문에[83] 적절한 조정이 이뤄질지 의문이다. 또한 ETS가 아닌 고정탄소세를 채택한 국가, 또는 탄소가가격제도 이외의 배출량감축정책을 채택한 국가 내의 기업에 대한 적절한 조정은 거의 불가능하다. 탄소가격을 각국이 필수적으로 채택해야 할 의무는 없기에 일부 국가는 배출량 감축을 위해 탄소가격 대신 청정에너지 및 제품 표준과 인센티브 등에 더욱 의존할 가능성이 있다. 파리 협정은 상향식 원칙에 바탕을 두며 각 국이 자국 기여도를 결정하기에 탄소 규제 및 과세에 대한 다양한 접근은 불가피하다. CBAM이 탄소가격제와 연관되기에 비가격적 접근을 따르는 국가의 생산자들은 불이익을 받게 된다. 비가격적 접근을 따르는 국가가 생산비용은 높으면서 배출량이 낮을 수 있음에도 불구하고 CBAM 지불이 강제될 수 있다. 따라서 국가별로 다른 탄소가격의 공제가 어떤 조정을 거쳐 이뤄질 것인지가 명확하지 않으며, 이같은 제도의 불명확성은 향후 외국기업에 대한 차별로 이어질 가능성이 상당히 높다.

생산과정에서 탄소배출은 수출국에서 이루어졌음에도 CBAM 인증서 구매 기준은 EU

82) *Supra* note 41.
83) EMBER, Daily Carbon Prices, https://ember-climate.org/data/carbon-price-viewer/ (2021.12.24.)

ETS 배출권 주간 평균가격으로 산정되는 점도 문제이다. 각국 탄소배출감축목표, 각국 산업구조, 각국 탄소배출량 및 산업부문별 탄소누출 위험 등을 종합적으로 감안하여 해당 국가에서 탄소누출 위험을 방지하기 위해 무상할당량이 산정됨에도 불구하고 EU ETS에 따른 무상할당분에 따른 금액을 조정하는 것도 문제이다. 또한 EU 기업은 EU당국에 기제출한 자료를 통해 무상할당이 되지만 외국기업의 경우 자국 내 탄소가격제 시행을 위해 자국당국에 자료 제출 이외에 EU당국에게도 증거를 제출해야 하는바, 이 또한 수입품에 대한 추가 제한이며 국내 중소기업 등은 이에 대한 대응이 실질적으로 이뤄지기 힘들기에 거의 EU시장 진입을 할 수 없게 될 가능성이 높다.

탄소 계산 관련 수입품의 탄소함량은 측정 방법, 시간, 장소에 따라 다르기에 이를 계산하고 검증하는 것은 매우 어렵다. 예컨대 EU가 미국산 철강에 CBAM을 부과할 경우, 철강 생산자는 각기 다른 탄소 집약도를 가진 전력망을 가진 지역에 위치하며, 석탄, 천연가스 등 다른 탄소집약도를 가진 다양한 자원을 사용할 수 있다. 전체적으로 철강의 탄소 집중도는 톤당 500kg CO2e에서 2000kg CO2e까지 다양하다. 따라서 수출국의 탄소 집중도의 국별 평균에 의존하는 탄소계산과정은 실제 배출량을 잘못 추정하여 저탄소 생산자에게 불이익을 주고 비용을 증가시킬 가능성이 높다.

더욱이 실제 배출량을 입증하지 못할 경우 적용되는 기본값도 EU ETS에 따라 EU기업에 대해 적용되는 것과 상당히 대조된다. 수입품에 대해선 이같은 입증을 제대로 못할 경우 EU사업장 중 최하위 10% 사업장의 평균 배출량에 따라 결정하여, EU당국이 손쉽게 집행할 수 있도록 규정한다.

이같이 각국별 탄소가격제도를 운영하는 현 상황에서 수출업자에 대해 추가적으로 EU ETS에 기반한 CBAM을 적용하는 것 자체가 EU시장에서 EU산과 비교할 때 경쟁력에 상당한 손상을 야기할 것으로 충분히 예측된다.

ii) 전적으로 정당한 규제적 구분으로부터 비롯되었는지 여부

해당 기술규정이 당해 사안의 특정 상황에 비추어 설계, 구성, 드러난 구조, 운영, 및 적용에서 공평한지(even handed) 여부를 검토해야 한다.[84] 상소기구는 해로운 영향이 전적으로 정당한 규제적 차이에서 기인하지 않음을 입증하는 다른 방법이 있다고 판시했다.[85] 예

84) Appellate Body Reports, US-Tuna II (Mexico) (Article 21.5-Mexico II), 7.82; US-Tuna II (Mexico) (Article 21.5-Mexico), para. 7.96.

컨대 당해 조치가 자의적이거나 정당하지 않은 차별을 구성하는 방식으로 적용되거나, 조치가 다루려는 정당한 이익에 대한 위험이 적절하게 검토되지 않은 경우 등.[86]

CBAM은 EU산 상품과 외국산 상품 간 정당한 규제적 구분을 하지 않는 것으로 판단된다. CBAM은 내포된 탄소배출량이라는 개념 및 공식을 도입하여 이에 기초하여 외국산 상품에 대해 일정 금액을 지급하도록 규정하는데, 동일 산업부문의 EU기업은 여전히 EU ETS 내에서 배출권을 무상할당 받으며 추가적으로 필요할 경우 EU ETS 배출권 경매시장에서 구매하면 된다. EU산과 외국산 동일상품의 탄소배출량이 동일함에도 불구하고, 양자에 대해 정당한 이유 없이 EU산은 EU ETS에 따라 배출권 무상할당을 하고, 외국산에 대해선 원칙적으로 탄소배출량에 따른 금액을 부과시키되 일정한 조정을 하는 것이다.

즉 EU산 상품은 철저히 EU 탄소배출량감축목표, EU산업구조, EU사업장의 배출량 등을 종합적으로 검토하여 EU 기업에 대해 적용하는 것이 정당한 EU ETS를 적용함에 반해, 외국기업에 대해선 외국에서 탄소를 배출하며 그 국가에서 그 기업에 대해 적용하는 것이 적절한 배출권감축수단을 취하고 있는지 여부와 상관없이 일괄적으로 CBAM 인증서를 구매하도록 강요하며 이에 대한 조정도 철저히 EU 제도를 기반으로 이뤄진다.

환경협약에 따라 각국은 자국에 가장 적절한 환경정책 및 자국 산업의 탄소누출 위험 방지 정책을 취하고 있음에도 불구하고, EU는 내포된 탄소배출량 측정을 위한 새로운 공식을 만들었고, 이같은 내포된 탄소배출량 및 공식은 EU산 상품과 외국산 상품 간 차별을 하는 것으로 보여진다. 이는 그 설계 및 구조, 이같은 입안을 하게 된 과정을 살펴보면 분명해진다.

EU CBAM은 탄소누출에 대응하기 위해 외국산 상품에 적용된다. 이미 EU는 탄소누출에 대응하기 위해 EU ETS 내 무상할당을 시행하고 있다. 추가로 CBAM을 도입할 정당한 규제적 구분은 없을 것으로 보인다. 더욱이 CBAM과 탄소누출 위험의 감축 간 명확한 연관성이 없으며 EU기업이 탄소누출 때문에 EU 밖으로 사업장을 이전하는지 여부도 EU는 정확히 입증하고 있지 않다.

또한 내포된 탄소배출량 산정시, 원산지국에서 해당 상품생산에서의 배출량만을 측정하

85) Appellate Body Report, US-Tuna II (Mexico) (Article 21.5-Mexico II), para. 6.10.

86) Appellate Body Report, US-Tuna II (Mexico) (Article 21.5-Mexico II), para. 6.10, referring to Appellate Body Reports, US-Tuna II (Mexico) (Article 21.5-Mexico), para. 7.31; US-COOL, para. 271; US-COOL (Article 21.5-Canada and Mexico), para. 5.94; Appellate Body Reports, US-Tuna II (Mexico) (Article 21.5-Mexico II), paras. 6.12-6.13; US-Tuna II (Mexico) (Article 21.5-Mexico), paras. 7.98.

며, 이 물품이 EU 내로 진입하여 얼마나 탄소를 배출하는지 여부 등에 대해 언급하고 있지 않다. EU에서 만일 환경보호목표를 위해서 CBAM을 도입했다면, 오히려, EU 진입 이후에 당해 상품의 탄소배출량에 대해 자국의 시민들에 대해서 금액을 부과하는 것이 적절하다.

원산지국 내에서 해당 상품 생산에 배출량을 근거로 EU 당국에 대해 수출업자가 금액을 내야 할 정당한 이유가 전혀 없다. 더욱이 해당국가가 EU에 비해 낮은 환경규제를 가지고 있는지에 대해서는 정량적으로 측정할 수가 없다. 즉, 환경규제라는 것은 각종 인센티브/R&D지원 등과 같은 무형적인 정책 또한 포함하므로 우선 EU의 환경규제정책과 타국의 환경규제정책이 어떠한 수준인지 여부에 대해 입증하기 쉽지 않으며, 더욱이 이러한 환경규제정책의 차이로 EU 기업이 외부로 유출된다는 점을 입증하는 것도 쉽지 않다. 그럼에도 불구하고 EU는 완벽한 과학적, 증거적 기반을 두지 않고 단순히 '탄소누출위험' 및 'EU의 환경보호목표 노력의 저해 위험'이라는 단순한 '위험 추정'만을 통해 외국기업 모두에 대해서 불필요한 부담을 부과하는 CBAM은 TBT협정 위반에 해당될 가능성이 높다.

또한 EU의 내포된 탄소배출량 공식이 과학적 근거, 또는 증거에 기반하여 정확한 공식으로 보여지지 않는다. 또한 각 상품에 내포된 배출량을 정확하게 측정할지 여부는 불확실하다. 내포된 탄소배출량의 측정 방식은 여전히 매우 불명확한바, EU 당국의 해석의 여지가 많이 개입하게 될 것이다.

더욱이 EU에서 선정한 4가지 분야(철강, 시멘트, 비료, 알루미늄)가 적절한지 여부에 대해서도 의문이 제기된다. 최소한 EU CBAM이 해외기업의 외국에서의 상품생산에 적용된다면 분야 선정 또한 글로벌 수출품목 내에 존재하는 탄소배출량을 정확히 반영해야 한다. 그러나 4가지 품목이 이를 반영한 것으로 보이지 않는다. 예컨대 현재 철강에 대해서만 CBAM 적용대상이 되며 철강을 사용한 부품 수백개가 사용되는 자동차는 CBAM 적용대상이 아닌 점은 상당한 의문이 있으며, 이는 또다른 간접적인 탄소누출 위험을 야기할 수도 있다.

이 외에도 *US-Tuna II (Article 21.5-Mexico)* 사건에서 GATT 제20조(일반예외) 모두조항(chapeau) 관련 판례도 이 요건 해석시 관련성을 가진다고 설시한바,[87] 제2.1조 해석시 GATT 제20조 모두조항 관련 판례도 고려하며 검토할 필요가 있다.

GATT 제20조 모두조항은 다음과 같다."다음의 조치가 동일 여건이 지배적인 국가간에

87) Appellate Body Report, US-Tuna II (Mexico) (Article 21.5 - Mexico), para. 7.92.

자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 수단을 구성하거나 국제무역에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 않는다는 요건을 요건으로, 이 협정의 어떠한 규정도 체약당사국이 이러한 조치를 채택하거나 시행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 않는다.”

EU ETS 제도는 각국별로 다르게 규정할 수 있으며 심지어 ETS를 규정하지 않고 다른 방식(탄소세 등)으로 탄소감축을 하더라도 무관하다. 그럼에도 불구하고 EU는 각국간 제도적 차이를 전혀 고려하지 않고 자국의 ETS 제도를 기초로 하여 CBAM 증명서라는 새로운 ‘기술규정’을 부과하는데, 이는 외국산 물품 관련 기존에 존재하지 않던 규제를 새롭게 부과하는 것으로서 새로운 방식의 무역 장벽이 될 가능성이 높고, 더욱이 이미 배출한 상품별 내포된 배출량에 대해 매우 복잡하고, 그 누구도 적용하지 않은 새로운 방식을 도입함으로써, ‘탄소배출량’에 대한 기여보다는 해외로 이전된 사업장의 EU로의 이전을 목적으로 하는 국제무역에 대한 위장된 제한으로 판단될 가능성이 매우 높다. 더욱이 이미 EU 역내적으로 ‘탄소누출’ 위험을 방지하기 위한 무상할당 등과 같은 조치를 이미 취하고 있는 상황에서 ‘탄소누출’을 방지하기 위한 대외적 조치를 또다시 취했다는 점에서 이는 순전히 환경보호 목적을 위한 정책으로 보기 힘들다.

한가지 주목할 점은 EU정상, EU의회 및 EU집행부는 CBAM 법안을 COVID-19 이후 증가한 공동 채무 상환을 통한 EU 경제회복을 위한 재정적 지원책으로 도입했다는 점이다.[88] 따라서 CBAM 법안은 ‘환경 보호’라는 목적 보다는 ‘환경 보호’를 표면적 목적으로 제안하지만, 실질적으로는 보호주의적 목적이 존재한다는 점을 알 수 있다. 따라서 CBAM 법안은 GATT 제20조 모두조항 요건을 충족하지 못한 것으로 판단될 가능성이 매우 높다.

결론적으로, 규제적 구분은 자의적이거나 정당화될 수 없는 차별적인 방식으로 적용되었다.

2) 최혜국 대우 (외국산 對 외국산)

다음으로 외국산 對 외국산 동종상품 간 불리한 취급을 했는지 여부에 대해 살펴본다. CBAM 법안은 동종 상품과 관련하여 면제대상에 포함된 일부국의 상품과 이에 포함되지 않은 나머지 모든 국가의 동종 상품 간 차별을 하며, 또한 각 상품에 내포된 실체 배출량에 따라 각기 다른 CBAM 증명서 구매 금액을 부과함에 따라 외국산 동종 상품 간 차별을 한

88) *Supra* note 42.

다. 더욱이 ETS 제도를 운영하는 국가와 운영하지 않는 국가, 그리고 ETS 제도를 운영하는 국가 간에도 각국의 배출규제 수준에 따라 공제되는 금액이 달라지는바, 이는 '동종상품'과 관련된 '불리한 취급'으로 볼 수 있다.

3. 제2.2조 (정당한 목적 달성 필요 이상으로 무역 규제적인지)

TBT협정 제2.2조에 따르면, 회원국은 국제무역에 불필요한 장애를 초래할 목적으로 또는 그러한 효과를 갖도록 기술규정을 준비, 채택 또는 적용하지 않을 것을 보장한다. 이러한 목적을 위해, 기술규정은 미달성이 가져올 위험을 고려하여 정당한 목적 달성에 필요한 이상으로 무역을 규제하지 않아야 한다. 이러한 정당한 목적은 특히 국가안보상 요건, 기만적 관행의 방지, 인간의 건강 또는 안전, 동식물의 생명 또는 건강, 또는 환경의 보호 등을 포함한다. 또한 이러한 위험을 평가할 때 고려 요소는 이용 가능한 과학·기술 정보, 관련 처리기술 또는 상품의 의도된 최종 용도 등이다. *US-COOL* 사건에서 상소기구는 TBT협정 제2.2조의 제2문이 제1문에 포함된 의무의 범위·의미를 알려준다고 해석하며, 제2.2조상 요건으로서 다음을 제시했다. (i) 정당한 목적의 존재, (ii) 정당한 목적 달성에 필요한 이상으로 무역을 규제하지 말 것, (iii) 정당한 목적의 미달성이 가져올 위험을 고려할 것.[89]

(1) 정당한 목적의 존재

정당한 목적과 관련하여, 우선 조치의 목적을 확인하는데, *US-Tuna II (Mexico)* 사건에서 상소기구는 "회원국이 달성하려는 목적 평가시, 관련 법규정, 입법연혁, 구조, 운용 관련 기타 증거를 고려하여 독립적, 객관적으로 평가한다"고 판시하였다.[90] 다음으로 목적의 정당성을 확인하는데, *US-Tuna II (Mexico)* 사건에서 상소기구는 '정당한 목적 판단시 서문 및 제2.2조 제3문을 참고하여, 미국 돌고래 보호 규정의 목적은 동식물의 생명 또는 건강 또는 환경의 보호이며, 이는 멸종 위기에 처한 개체만을 대상으로 하진 않으며, 따라서 회원국이 동물 집단의 지속가능성이 위협을 받지 않는 개별 동물 또는 종의 보호를 목적으로 하는 정책 또한 허용하는 것으로 해석한다.[91]

89) Appellate Body Report, US-COOL para 369.
90) Appellate Body Report, US-Tuna II (Mexico), para. 314; Appellate Body Report, US-COOL paras. 371-372.
91) Appellate Body Report, US-Tuna II (Mexico), para. 313.

우선 CBAM의 목적을 확인한다. 앞서 살펴본바와 같이 EU집행위는 CBAM 목적을 △환경보호목적 및 △탄소누출의 방지로 설명하지만, 정확한 목적은 오히려'탄소누출 방지를 통한 EU 산업보호'및'EU 경제회복'으로 보인다.

다음으로 목적의 정당성을 확인한다. 정당한 목적은 TBT 서문, 제2.2조 제3문을 참고해야 하며, 여기서 정당한 목적으로 국가안보상 요건, 기만적 관행의 방지, 인간의 건강 또는 안전, 동식물의 생명 또는 건강, 또는 환경의 보호 등을 규정한다. 탄소누출 방지 및 EU 경제회복은 자국 산업 보호를 위한 보호주의 목적에 가까우므로 정당한 목적에 포함되기 힘들 것으로 보인다. 이경우, EU집행위에서 언급한'EU 환경목표의 훼손 금지를 통한 환경목표 달성'을 CBAM 목적이라고 가정하고(이 논문에서 저자는 이를 CBAM의 실제 목표는 아니라고 보지만) 이 조문을 검토하면 아래와 같다.

(2) 정당한 목적 달성에 필요 이상으로 무역을 규제하지 않을 것

아와 관련하여, *US- Tuna II (Mexico)* 사건에서 상소기구는 (i) 해당 조치가 정당한 목적에 기여하는 정도, (ii) 조치의 무역제한성, (iii) 조치를 통해 회원국이 추구하는 목적의 미달성으로부터 발생가능한 위험의 본질과 결과의 중대성 등과 같은 판단 요소를 제시했다. 이 중 특히 해당 조치와 가능한 대안 조치 간 비교가 필요한데, 제안된 대안이 덜 무역제한적인지, 미달성이 가져올 위험 고려시, 정당한 목적에 동등하게 기여하는지, 그리고 합리적으로 이용가능한지 등을 기준으로 비교한다.[92]

CBAM은 우선 탄소배출권 감축이라는 환경 보호 목적에 기여할 가능성이 매우 낮다. EU CBAM은 수입품에 대해 추가 금액을 부과시킴으로써 EU산 상품과 외국산 상품 간 가격차가 없도록 하기 위한 목적으로 채택되었다. 더욱이 EU CBAM은 타국에서 배출된 탄소배출에 대해 금액을 부과하는데 만일 탄소배출권 감축을 위해서라면 CBAM을 채택할 것이 아니라, 국제협력 등을 통해 국가간 글로벌 제도를 형성해 나가야 한다. 그리고 자국 내에서의 무상할당 제도를 오히려 삭감해야 하는데도 불구하고 EU는 자국 내의 탄소누출 고위험군 산업에 대한 무상할당은 여전히 유지한다. 그렇다면 이같은 고위험군 EU 내의 산업은 굳이 혁신기술을 발전시킬 생각은 하지 않고, 정부로부터의 탄소배출을 위한 혜택에

92) Appellate Body Report, US-Tuna II (Mexico), para 322; Appellate Body Report, US-COOL paras. 374-378; US-COOL (Article 21.5 - Canada and Mexico), para. 5.197.

만 기대게 된다. 즉 이는 EU 내의 탄소배출권 감축 목표를 저해시킨다. 즉, EU 내에서의 탄소배출량을 감축하기 위한 직접적인 정책을 취해야 함에도, 이같은 노력은 전혀 하지 않으면서 CBAM을 도입한 것만으로 환경보호목적에 기여할 가능성이 있다고 볼 수 없다.

또한 CBAM은 수입품에 대해서만 특정 의무를 부과함으로써 무역에 대해 중대하게 제한을 하게 된다. 더욱이 CBAM과 함께 무상할당이 계속되면 국내 생산업체들이 이중의 혜택을 받는 등 수입품에 대한 보호무역주의를 통한 국제무역에 대한 중대한 제한이 된다. 더욱이 CBAM를 관리하는 당국이 탄소함량을 산정함에 있어서 일정한 재량을 가진 경우, 이같은 산정을 상향함으로써 자국 산업을 보호하는 방향으로 적용될 가능성이 상당히 높다.

더욱이 EU ETS를 통해 탄소누출을 충분히 다룰 수 있으므로 CBAM을 추가적으로 입안하는 것은 무역에 덜 제한적인 방법이 있음에도 불구하고 이를 채택하지 않은 것이다. 국제환경협약에서는 각국이 자국 실정에 가장 적절한 조치를 채택·운용하도록 규정하며 이에 따라 각국별로 다른 국내조치를 통해 이행하고 있음에도 불구하고 EU ETS라는 EU의 국내조치를, 정당한 근거 없이 타국에서 탄소배출을 통해 생산된 품목에 적용하는 것은 문제가 있다.

이같은 국경간 문제에 대해서는 국가간 합의, 협력을 통해서 해결함으로써 국제무역에 미치는 영향을 최소화할 수 있음에도 불구하고 - 즉 각 국 별로 자국이 보유한 기업별 탄소배출권 자료를 공유하며 데이터베이스를 구축하며, 정확한 자료를 공유하기 위해 노력하는 것 - 이같은 노력 대신 손쉽게 각 수출기업에 대해 CBAM을 채택한 것은 이 조항의 위반으로 보여진다.

4. 제2.3조 (목적의 존재 및 덜 제한적 방법)

기술규제는 그 채택을 야기한 상황 또는 목적이 더 이상 존재하지 않거나, 변화된 상황 또는 목적이 무역에 덜 제한적인 방법으로 다룰 수 있는 경우에는 유지되어선 안된다. 여기서 탄소누출 위험은 EU ETS 내 무상할당이란 무역에 덜 제한적 방법을 통해 다룰 수 있기에 CBAM이 채택되어서는 안된다.

다음으로 자국의 탄소배출목표를 상향함으로써 무상할당분을 줄일 예정이기 때문에, EU 생산자와 외국 생산자 간 공평한 경쟁의 장을 만들기 위해서 CBAM을 도입해야 한다는 주장에 대해서는 이같은 목적은 정당한 목적이라고 볼 수 없으며, 이같은 목적을 위해

정책은 채택되어서는 결코 안된다. 이는 결과(상품의 가격)에 있어서 공정을 가져오기 위한 것인데, 국제환경협약에서 특히 각국별로 다른 목표 및 정책을 인정하고 있으며, 여전히 EU는 탄소배출을 상당히 많이 하는 국가이며, 역사적으로도 탄소배출량이 많았고 현재의 오염에 대한 기여가 가장 높다는 점을 감안하면, 이같은 목표를 위해서 CBAM을 채택하는 것 자체가 문제가 있다.

Ⅴ. 결론 및 대안

국제환경협약의 채택 이후에도 WTO, FTA 등 무역협정은 기후 혁신을 촉진하는데 실패했다. 그 이유는 글로벌 환경에 대한 탄소배출 비용이 시장 가격에 제대로 반영되지 않았기 때문이다. 소비자는 환경오염을 유발하지만 값싼 상품과 친환경적이지만 비싼 상품 중 값싼 상품을 선택할 것이며, 이로 인해 친환경 상품을 제조할 기술 혁신에 대한 유인이 사라지게 될 것이다.

각국별로 탄소배출감축 목표가 다르며, 이를 위한 제도가 다른 현 상황에서 탄소누출을 완벽하게 해결할 수 없는바, 친환경적이지만 비싼 상품이 시장에서 경쟁력을 가지기 위해서는 우선 탄소누출 위험 방지를 위한 탄소가격제를 전세계적으로 확대되도록 협력해야 하며, 이와 동시에 친환경 기술의 발전·혁신을 통해 탄소배출량을 감축시킬 수 있는 혁신적인 방법을 찾음과 동시에 자국 친환경 제품이 자국 또는 해외에서 경쟁력을 가질 수 있도록 각종 혜택, 인센티브를 부여하고, 이같은 혜택은 WTO 보조금에서 제외되도록 하는 등 다자 협력이 절실하다. 그렇지 않고 외국산 값싼 상품에 대해 추가 금액을 부과하는 EU CBAM과 같은 일방주의적 환경규제 정책은 보호무역주의를 야기하여 국제 협력을 저해하여 환경보호목표를 저해하게 될 것이다.

이같은 관점에서 CBAM은 WTO 또는 국제환경협약 등 다자주의의 틀 내에서 논의되야 하며 환경보호정책과 국제무역 간 조화를 이루기 위해서는 TBT협정과의 합치성을 확보하는 방향으로 입안되는 것이 중요하다. 그럼에도 불구하고 현재 EU의회에서 논의되는 CBAM 법안 수정안은 이 논문의 분석 대상인 집행위 제출 CBAM 법안 내용보다도 국제무역에 더욱 제한적이며 우리 기업에 대해 더욱 중대한 제한을 부과할 수 있는 문안을 다수 포함하고 있는 것으로 파악된다.[93] 우리 정부는 CBAM 법안의 개정 과정을 지속적으로 모

니터링·분석하고 우리 기업이 향후 직면할 문제점에 대해 적극적으로 대응하여 향후 CBAM이 국제무역에 정당화되지 않는 제한을 야기하지 않도록 해야 할 것이다.

향후 CBAM은 다자간 협력을 통해 도입되어야 한다. 구체적으로 탄소누출 방지를 위해 상품에 내포된 상품 생산시 탄소배출량을 기준으로 하여 국경을 넘는 상품에 대해서만 관세와 유사한 금액을 부과할 것이 아니라, 탄소배출량 감축에 직접적으로 기여할 수 있는 제도를 만들어서 이를 국내외 기업 모두가 지키도록 해야 한다. 예컨대 국제 기준을 만들어서 탄소배출량 감축에 기여한 상품 인증을 도입하거나, 탄소배출량을 지난해보다 몇 % 이상 감축한 상품에 대한 친환경 인증을 도입해야 한다. 이는 선진국 주도로 시작하여 점차 개도국으로 확대되는 점진적인 협력 방식을 취해야 한다.

더욱이 탄소배출량 감축이라는 궁극적 환경보호 목표달성이 CBAM의 유일한 목표가 되어야 한다. 이같은 목표달성을 위해서는 친환경 기술개발이 핵심적며, 기후친화적 기술 혁신을 촉진하는 정책이야말로 배출량 순제로 국가전략을 위해 중요하다. 또한 국가 중심의, 국가간 협력으로 시행되어야 하는바, 국가간 탄소배출량 관련 정보 교환을 통해 정확한 정보를 파악하면서 글로벌 정책을 만들어가야 한다. CBAM이 효과적이기 위해선 CBAM은 제품 특정적이어야 한다. 즉 동일 부문이라도 각 품목별로 다른 국가 또는 지역별 탄소 집중 기준은 전생애 주기 기초(life-cycle basis)를 추적가능해야 하며, 원천국으로부터 투명하며 검증가능한 데이터를 수집하고 이에 기초해서 판단되어야 한다. 이는 국가별로 정보를 정확히 제공해야 하며, 각국이 기업에 대해 관련 자료를 개별적으로 요구하여 이중의 부담을 가해서는 안된다.

또한 CBAM이 특정 부문에 국한될 경우 탄소누출 위험은 더욱 커질 수 있다. CBAM을 탄소배출량이 많은 모든 산업부문에 공정하게 부과할 수 없다면, 1차적으로 탄소를 대량 배출하는 기업에 대해 배출량을 감축을 위한 기술개발을 할 수 있도록 지원을 해야 한다. 그렇지 않다면 국제 무역에서 구체화된 배출량은 직간접적 탄소 누출과 관련 있는지 여부와 관계없이 기후 혁신을 위한 인센티브를 약화시키게 된다. 철강, 알루미늄, 시멘트 등과 같은 산업은 일반적으로 배출량을 감축할 수 있는 현재 과학기술수준에서 실행가능한 기술이 거의 없는 분야이며 따라서 혁신이 가장 필요하다는 사실은 현재의 CBAM이 한계가 있다는 점을 절실히 보여준다. CBAM은 배출량을 줄이는 한계 비용이 CBAM 비용과 동일할

93) 이와 관련된 상세한 분석은 다음을 참고: 2022.2.9. 법무법인(유) 세종 뉴스레터 "EU 탄소국경조정메커니즘(CBAM) 개정안의 주요 내용 및 영향" (https://www.shinkim.com/kor/media/newsletter/1710?page=0&code=&keyword=)

때까지 생산자에게 배출량을 줄일 동기를 제공하겠지만, 감축 한계비용이 매우 높은 부문에서는 관세가 단순히 시장가격에 추가될 것이며, 수요는 이에 대응하여 감소하겠지만, 물리적 단위당 배출량(예컨대, 철강 1톤)은 거의 변하지 않을 것이다. CBAM으로 고려되는 핵심 부문(시멘트, 철강 알루미늄)은 이같은 범주에 속하며 이 분야에서 오늘날 탈탄소화 기술은 매우 비싸고 널리 확대되지 않았다. 이에 따라 CBAM 채택에 앞서 감축 한계비용을 절감하기 위한 혁신이 추진되어야 한다. 현재 전기차 분야의 발전에서 볼 수 있듯, 기술혁신 추진을 위해서는 국가 차원의 적극적인 기술지원정책이 필요하다.

이같은 관점에서 향후 TBT협정상 기본원칙에 따라 각국은 협력을 통해 기존 시스템을 보완하고, 이같은 기술혁신을 증진시킬 수 있는 방향으로 나아가야 하며, 그 과정에서 각국의 일방적 정책을 지양하고 오히려 친환경적인 기술을 장려하기 위한 기술규정을 만들어야 할 것이다. CBAM이 위장된 TBT 장벽으로서 기능하지 않도록 하기 위해서는 WTO TBT 협정에 엄격하게 합치되어야 한다. 강대국의 일방주의적 환경규제정책은 수많은 국가의 수출에 큰 영향을 미친다는 점에서 향후 이같은 일방주의적 정책에 대해서는 WTO 포럼을 적극 활용하는 노력이 필요하다. 잘 설계되고 잘 관리된, 국제환경규범과 WTO에 철저히 합치되는 CBAM은 기후 혁신에 긍정적인 영향을 미칠 것이다. 배출집약적 상품의 탄소 함량에 기초한 투명하고 지속가능한 관세는 국내 생산자들에게 공정한 경쟁의 장을 마련하는 동시에 생산자들에게 배출량을 줄이도록 분명한 동기를 제공한다. 강력한 R&D 및 인센티브 정책으로 보완된다면 CBAM은 글로벌 기후 혁신 시스템에서 중요한 요소가 될 것이다.

강대국 주도의 일방주의적 CBAM의 확대는 각국 내의 시장에서 지켜야할 추가 규제가 되어 국제무역을 상당히 제한시키게 될 것이며, 수출기업에 대해서는 불필요한 장벽으로서 기능하게 된다. 이를 방지하기 위해 각국은 WTO Plurilateral Agreement를 만들기 위해 노력해야 하며, 이 협정의 목표는 지속가능한 국제 무역, 국경간 혁신기술 흐름 장려, 야심찬 기후 목표 추진, 탄소배출량이 높은 산업에 대한 집중 투자 촉진 및 국제환경협약 및 국가주권의 존중 등이 되어야 한다.

향후 일방주의적 CBAM이 글로벌 기후 정책의 핵심이 된다면 결국 파리협약에 따른 탄소배출량 감축 목표 달성은 힘들게 될 가능성이 매우 높다. 전세계는 이제 일방주의, 보호주의적 환경 정책에서 벗어나 글로벌 환경 목표를 제대로 달성할 수 있는 진정한 기술협력을 향해 나아가야 하며, 이 과정에서 WTO TBT협정은 중추적인 기능을 담당해야 한다.

[참고문헌]

European Commission, (2021, October 20), A European Green Deal

European Commission, (2021, July 14), Carbon Border Adjustment Mechanism: Questions and Answers

European Commission, (2020, Nov. 10), EU budget: the European Commission welcomes the agreement on €1.8 trillion package to help build greener, more digital and more resilient Europe

European Commission, (2021. Oct. 29) EU Emissions Trading System (EU ETS)

European Commission, EU ETS Handbook (2015)

European Commission, (2021, October 29), Free allocation

European Commission, EU ETS Handbook (2015)

European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism, Brussels, 14.7.2021, 2021/0214(COD).

European Commission, Trade Policy Review (2021.2.18.)

European Parliament, A WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism: European Parliament resolution of 10 March 2021 towards a WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism, (2021.3.10.) (2020/2043(INI).

International Carbon Action Partnership, ETS 브리프 8호 (2019.4월), 배출권 거래 및 탄소세: 두가지 정책수단, 하나의 목표

Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 10, 1997, 2303 U.N.T.S. 162.

Norihiko Yamano, Joaquim Guilhoto, CO_2 emissions embodied in international trade and domestic final demand: Methodology and results using the OECD Inter-Country Input-Output Database (OECD Science, Technology and Industry Working Papers 2020/11)

Paris Agreement to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 12, 2015, T.I.A.S. No. 16-1104.

Report of the Appellate Body, European Communities - Measures affecting asbestos and asbestos-containing products, 12 March 2001, WT/DS135/AB/R

Reports of the Appellate Body, European Communities – Measures prohibiting the importation and marketing of seal products, 22 May 2014, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R

Report of the Appellate Body, United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes, 4 April 2012, WT/DS406/AB/R

Report of the Appellate Body, United States – Measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Mexico, 20 November 2015, WT/DS381/AB/RW

Reports of the Appellate Body, United States – Certain Country of Origin Labelling Requirements, 29 June 2012, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R

The New York Times, (2021, October 17.) Democrats Propose a Border Tax Based on Countries' Greenhouse Gas Emissions

The White House, (2021, October 21), Fact Sheet: Prioritizing Climate in Foreign Policy and National Security

United Nations Climate Change, (2021, Feb. 26), A Beginner's Guide to Climate Neutrality

United Nations Climate Change (2021, October 30.) Emissions Trading

United Nations Framework Convention on Climate Change, May 9, 1992, S. Treaty Doc No. 102-38, 1771 U.N.T.S. 107.

United States Trade Representative, 2021 Trade Policy Agenda and 2020 Annual Report (2021.3.)

World Bank, (2021, October 30), Carbon Pricing Dashborad, Map & Data

Abstract

Compatibility of EU Carbon Border Adjustment Mechanism ("EU CBAM") with the WTO TBT Agreement: Exploring the link between the environment, technology and TBT Agreement

Hyomin Pak
Partner, Shin & Kim LLC

The Proposal for the EU CBAM Regulation announced by the European Commission falls under the technical regulation and seems to be highly unlikely to be compatible with the WTO TBT Agreement. After the outbreak of COVID-19, countries with big markets have adopted their unilateral environmental policies, such as the CBAM, in accordance with their own domestic law. These policies tend to maintain protectionist purposes to protect their domestic industries. Accordingly, if a country's environmental regulation adversely affects international trade, the legal issue whether it violates the existing WTO rules could be raised. In order for each country's environmental regulation not to cause trade conflicts with other countries, an unilateral environmental policy adopted by a country must be carefully devised in accordance with well-established international norms such as international environmental agreements and the WTO Agreement such as TBT Agreement.

This paper aims to analyze the legal as well as technical issues embedded in the EU CBAM proposal and proposes the blueprint on how the EU CBAM

should be designed and implemented complying international legal norms. Without the global carbon price, the problem of carbon leakage is inevitable. Therefore, a transnational environmental policy adopted by each state should not pursue prohibiting the carbon leakage, which would not result in reducing carbon emissions. Considering the fact that Korea has maintained export-oriented trade structure and carbon-intensive industries, such as a steel sector, have driven the economic growth of Korea, the current global trend toward unilateral environmental policy sends dangerous signal for us. It is expected that this paper would contribute to devising the national strategy to counter this unilateralism and to protect Korean industries.

key word: WTO TBT Agreement, EU CBAM, Carbon price, Paris Agreement, Carbon emission, environment, technology, cooperation

미국 부통령제의 재조명*

심 경 수 (Kyung Soo Shim)
충남대학교 법학전문대학원 교수

논문접수 : 2022. 02. 11. 심사개시 : 2022. 02. 15. 게재확정 : 2022. 03. 14.

목 차

Ⅰ. 머리말

Ⅱ. 부통령제의 제도적 본질
1. 도입 목적
2. 헌법상 역할

Ⅲ. 부통령제의 역설
1. 역설 (paradox)
2. nothing(아무것도 아닌 것)과 anything(모든 것)
3. 잠재적 가능성

Ⅳ. 부통령제의 발전과 최근의 동향

Ⅴ. 맺음말

* 이 논문은 충남대학교 학술연구비의 지원을 받아 연구되었음을 밝힌다.

국문초록

미국의 부통령들은 그 자리의 중요성에도 불구하고 오랫동안 낮은 평가를 받아 왔다. 미국 국민들에게 기억되는 부통령들은 대통령직을 승계한 사람들이었다. 부통령은 상원의장을 맡다가 대통령이 궐위되면 대통령이 된다. 부통령 자리의 잠재력과 평판이 엇갈리는 주요 원인은 우선 부통령 선임 방식에 있다. 각 정당은 부통령직을 이용하여 표의 균형을 맞추거나(ticket balancing) 일부 요소를 달래거나 보상할 수 있다. 그 이유는 그 자리의 헌법적 책임이 크지 않기 때문이다. 상원은 그 의장이 존중해야 하는 전통을 가진 헌법기관이다. 상원의장으로서 부통령은 가부동수일 경우에만 투표하면서 공정한 역할을 수행한다. 대선 후보들이 누가 러닝메이트가 될지를 지정하는 전당대회에서 강점을 갖게 되면서, 그들은 티켓의 균형을 맞추는 사람뿐만 아니라 개인적, 정치적으로도 양립할 수 있는 사람을 선택하게 되었다. 이것은 선거 운동에서 협력적이고, 일하는 관계로 이어졌으며, 그들이 승리할 경우, 공직에 취임하게 되었다. 부통령은 공관과 전용기를 제공받으며, 국가안전보장회의(NSC) 상임위원이면서, 국방과 외교 문제에 대해 지속적으로 보고받고 있다. 이처럼 건국 초기부터 20세기에 걸쳐서 나타난 미국 부통령직은 현재로 오면서 확연히 구분되는 다른 모습을 보여주고 있으며, 미국 헌정사에서 중요한 헌법기관으로 자리매김을 하고 있다. 의원내각제와는 달리, 대통령제도에서는 부통령이 대통령직을 승계한다는 그 자체가 결국 대통령직 교체를 의미한다. 국가원수 및 행정부의 수반이 바뀌는 헌법적 장치에서 중요한 핵심적 문제는 안정성에 있다. 그 안정성을 확보하는 데 핵심적 역할을 미국은 부통령제가 담당하고 있다는 그 자체 하나만으로도 부통령제의 중요성을 알 수 있다. 대통령제를 채택하고 있는 국가에서는 행정의 공백을 최소화하여 정부의 안정성을 유지하여야 한다는 점에서 미국 부통령제 도입을 검토할 필요성이 있다.

※ 주제어: 부통령, 대통령 유고, 승계, 상원의장, 캐스팅 보트

Ⅰ. 머리말

2021년 1월 20일, 미국 역사상 첫 여성 부통령이자 유색인종 부통령에 오르게 된 카말라 해리스(Kamala Harris)는 라틴계 최초 연방대법관인 소니아 소토마요르(Sonia Sotomayor) 앞에서 다음과 같이 제49대 미국 부통령 취임선서를 했다.

> "나, 해리스(Kamala Harris)는 국내외의 모든 적에 맞서 미국 헌법을 지지하고 수호할 것임을 맹세합니다. 나는 진실한 믿음과 충성을 다할 것이며, 나는 어떤 정신적 유보나 회피 목적 없이 이 의무를 자유롭게 수행할 것이며, 그리고 내가 임하게 될 직분의 임무를 훌륭하고 충실하게 수행할 것입니다. 신이여 저를 도와주소서."[1)]

이날 부통령 취임식 직전에 바이든(Joe Biden) 제46대 미국 대통령 취임식이 열렸는데, 바이든(Joe Biden)은 오바마(Barack Obama) 대통령 시절 함께한 제46대 부통령 출신이기에 미국 부통령에 대한 관심과 소환이 자연스럽게 일어나고 있다.

부통령제는 미국 헌정사에 있어 가장 오래된 문제 중의 하나이다.[2)] 미국 부통령은 미 연방정부 행정부에서 대통령에 이어 제2인자(Subleader, No. 2 man)이며, 대통령 승계 서열 1위이다. 또한 부통령은 상원의장으로서 입법부의 임원이기도 하다. 이 자격으로 부통령은 언제든지 상원 심의를 주재할 수 있지만, 가부동수 외에는 투표할 수 없다. 부통령은 선거인단을 통해 미국 국민에 의해 대통령과 함께 4년 임기로 간접 선출된다. 선출방법, 임기 및 자격은 대통령과 같지만, 투표 시에는 각각 별도의 투표용지에 기재하여 투표하게 하고, 따로따로 당선자를 정하게 되어 있다.[3)] 부통령의 직무는 대통령 재임 중에는 상원 의장

1) 수정헌법 제20조에 따라 부통령의 임기는 대통령과 마찬가지로 1월 20일 정오부터 시작된다. 대통령 취임일(Inauguration Day)로 알려진 이 날에 시작되는 첫 번째 대통령과 부통령 임기는 1937년 Franklin D. Roosevelt 대통령과 부통령 John Nance Garner의 두 번째 임기였다. 이전에는 취임일이 3월 4일이었다. 날짜 변경으로 두 사람의 첫 임기(1933-37)는 4년에서 43일이 부족했다; "Commencement of the Terms of Office: Twentieth Amendment" Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, Library of Congress. pp. 2297-98. Archived from the original on July 25, 2018. Retrieved July 24, 2018; 또한 1937년에는 부통령의 취임식이 대통령의 취임식 직전에 의사당 동쪽 앞에서 열렸다. 그때까지 대부분의 부통령들은 대통령의 취임식에 앞서 상원에서 취임 선서를 했다. 헌법은 대통령 선서의 구체적인 문구를 포함하고 있지만, 부통령 및 기타 공무원은 헌법을 지지하기 위하여 선서 또는 확약을 해야 한다는 일반적인 요구 사항만 제6조에 명시하고 있다. 위의 선서문은 1884년부터 사용되어 왔다; "Vice President's Swearing-in Ceremony" inaugural.senate.gov. Washington, D.C.: Joint Congressional Committee on Inaugural Ceremonies. Archived from the original on September 18, 2018. Retrieved July 30, 2018.

2) Clinton Rossiter, The American Presidency(Revised), Harcourt brace Jovanovich, Inc., 1962, p. 129.

3) U.S. Const. amend. XII.

이 되는 것뿐이며[4], 헌법상 대통령을 보좌하는 행정기관으로서의 지위를 가지는 것이 아니다. “대통령이 면직, 사망, 사직, 또는 그 권한 및 의무를 수행할 능력을 잃었을 때는, 그 직무권한은 부통령에게 귀속된다.”[5] 각 당이 후보를 선택할 때는 대통령 후보와 완전히 다른 기준으로 선거하는 경우가 많다. 부통령은 미국 정치에 있어서는 아주 기묘한 존재에 해당한다.[6]

오늘날 미국의 부통령은 상당한 권력을 가진 직위이며 대통령 행정부의 필수적인 부분으로 널리 인식되고 있다. 역할의 정확한 성격은 행정부마다 다르지만, 대부분의 현대 부통령은 대통령의 핵심 고문, 거버넌스 파트너 및 대통령 대리인 역할을 수행한다. 부통령은 국가안전보장회의(NSC)의 법정 위원이며,[7] 국가안보 문제에서 중요한 역할을 한다. 행정부 내에서 부통령의 역할이 확대됨에 따라 입법부의 역할은 축소되었다. 이를테면 이제 부통령은 상원을 거의 주재하지 않는다.

부통령의 역할은 1787년 헌법제정회의 당시 만들어진 이후 크게 바뀌었다. 원래 부통령직은 미국 역사의 상당 부분 하찮은 직책으로 여겨졌었는데, 특히 제12차 수정헌법 이후 부통령은 더 이상 대통령선거에서 차점자가 아니었다. 부통령의 역할은 1930년대 들어 꾸준히 중요성이 커지기 시작했고, 1939년 행정부에 부통령실이 신설되면서 훨씬 더 중요해졌다. 권력과 위상이 높아져 이제는 부통령이 대통령직을 향한 디딤돌로 여겨지는 경우가 많아졌다. 1970년대 이후 부통령은 워싱턴에 관저를 갖게 되었다.

미국헌법은 부통령직을 권력분립상 그 위치를 명시적으로 정하지 않아서 학자들 사이에 행정부, 입법부 어디에 속하는지 또는 둘 다에 속하는지에 대한 논란도 있었으나, 부통령을 입법부에서 거의 완전히 격리된 행정부의 관리로 바라보는 현대적 시각은 대부분 대통령이 행정 권한을 부통령에게 할당한 것으로 보고 있다.[8][9] 그럼에도 불구하고, 현대의 부통령들은 종종 의회에서 근무했으며, 행정부의 입법 우선순위를 높이는 데 도움을 주는 임무를 맡

4) U.S. Const. art. I, § 3(4). 단 가부동수일 경우에만 캐스팅보트를 갖는다.
5) U.S. Const. art. II, § 1(6).
6) 木下 毅·Thomas I. Emerson(共著), 現代 アメリカ 憲法, 東京大學出版會, 1992, p. 58.
7) The US Legal System. U.S. Legal Support. Archived from the original on October 25, 2012. Retrieved February 20, 2018.
8) "A Constitutional Anomaly: Safeguarding Confidential National Security Information Within the Enigma That Is the American Vice Presidency". William & Mary Bill of Rights Journal. Williamsburg, Virginia: William & Mary Law School Scholarship Repository. 17 (2), pp. 565–605. Archived from the original on July 16, 2018. Retrieved July 28, 2018.
9) "A Constitutional Chameleon: The Vice President's Place within the American System of Separation of Powers Part I: Text, Structure, Views of the Framers and the Courts". Kansas Journal of Law and Public Policy. 24 (1), pp. 1–77. Archived from the original on December 30, 2017. Retrieved July 27, 2018.

곤 했다.

대통령제를 채택하고 있는 모든 국가에서 대통령의 유고 문제는 흔하진 않지만, 피할 수 없는 숙명이다. 앞으로 이 문제는 우리가 생각하는 것 이상으로 중요한 문제로 대두될 가능성이 크다. 우리의 경우 대통령 유고시 국무총리가 대통령의 권한을 대행하더라도 그것은 임시적일 뿐이고, 헌법에 정해진 일정에 따라 새로운 대통령을 선출하도록 하는 과도기적 대행 역할만 수행한다. 우리 헌법 제68조에 따르면 대통령이 궐위되거나 대통령 당선자가 사망하거나 기타 사유로 그 자격을 상실할 때에는, 60일 이내에 후임 대통령을 선출하도록 되어 있다. 말하자면 국무총리는 대통령 유고시 잔여 임기를 모두 채우는 것이 아니라, 잔여 임기에 상관없이 60일 이내에 후임 대통령의 선출을 준비하도록 되어 있는 것이다. 이런 점에서 국무총리는 어떠한 경우에도 '대통령'이 될 수는 없다. 우리의 경우 국무총리는 국회에서 동의를 얻어 대통령이 임명한다(헌법 제86조). 그러나 부통령은 국민이 직접 선출하기 때문에 대통령 유고시 대통령의 권한을 대행하는 경우 부통령이 국무총리보다 민주적 정당성을 더 가지고 있다고 말할 수 있다. 이런 민주적 정당성 때문에 미국에서는 대통령 유고시에 '대통령'으로서 그 잔여 임기를 끝까지 마치는 전통을 세웠다. 미국 부통령제는 부통령제가 없는 한국의 헌법질서에서도 고찰하여 볼 중요한 의미를 갖는 제도가 아닐까 한다.

이하에서는 미국 부통령제의 헌법상 본질과 역설을 중심으로,[10] 헌법기초자들의 고민과 후대 세대에의 적용 및 재해석, 나아가 변화과정에 대하여 다시 조명해보고자 한다.

Ⅱ. 부통령제의 제도적 본질

1. 도입 목적

1787년 필라델피아 제헌회의에서 부통령제는 미국 헌법제정자들로부터 그리 큰 관심을 끌지 못했다. 왜냐하면 부통령이라는 직책이 그리 중요하지 않다고 생각되었기 때문이다.

10) 미국 건국의 아버지들이 어떠한 생각을 가지고. 어떻게 탄생시켰는가 하는, 그 제도적 기원에 관해서는 졸고, 미국 부통령제의 성립과 그 배경에 관한 고찰, 법학연구 제9권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1998, 229-247면 참조; 미국 대통령제에서의 권력분립원리에 관해서는 다음의 저서를 참조; 강승식, 미국에서의 권력분립원리, 한국학술정보, 2005; 미국 헌정사에 관해서는 다음의 논문을 참조; 권영설, 미국헌법의 사상적 및 역사적 기초, 미국헌법연구 통권 제10호, 미국헌법학회, 1999, 119-151면.

제헌회의에서 부통령제가 도입되게 된 목적은 2가지다. 하나는 대통령 유고시 승계문제를 해결하는 것이고, 또 하나는 부통령이 상원의장을 맡음으로써 과대 대표성을 해결하는 것이다.

(1) 유고 문제

식민지 시절 영국은 아메리카 식민지에 총독뿐만 아니라 부총독을 두었다. 식민지에 따라 lieutenant governor 혹은 deputy governor 등 여러 이름으로 불리었지만, 부총독의 주요한 역할은 평상시에는 총독을 보좌하며 총독 유고시에는 총독 업무를 대행하는 것이었다. 총독이 사망하거나 아픈 경우도 있었지만, 업무차 모국인 영국에 가야 할 때도 있었기 때문에 유고시 부총독의 총독대행 역할은 매우 중요한 것이었다.

부총독에 대한 식민지 전통은 아메리카 식민지가 독립한 후에도 부분적으로 계속되었다. 매사추세츠, 코네티컷, 로드아일랜드, 뉴욕, 사우스캐롤라이나 등 다섯 주에서 새로운 헌법 제정을 통해 헌법기관으로서 부지사를 설치했다. 물론 여기에서 부지사와 부총독이라는 말은 영어로 같은 표현을 사용한다. 따라서 1787년 필라델피아에 13개 주 대표들이 모였을 때 대통령 유고시 대행 혹은 승계하는 관례는 주마다 다양했다고 할 수 있다.

더욱이 제헌회의 초기에는 연방 행정부의 최고행정관을 1인으로 할 것인지 복수의 사람으로 할 것인지도 결정되지 않은 상황이 지속되었다는 점을 기억한다면, 대통령 유고시 대행/승계자에 대한 계획이 막연하고 모호한 상태였다는 사실이 그리 이상하거나 납득하기 어려운 일은 아니다. 그래서 필라델피아 제헌회의 초기에 제출된 버지니아 안(Virginia Plan) 이나 뉴저지 안(New Jersey Plan) 모두 부통령에 대한 구상이 없었을 뿐 아니라 대통령직 승계 문제도 다루지 않았었다.

부통령직에 대한 언급은 1787년 헌법제정회의가 끝날 무렵까지 11명으로 구성된 "잔여사무" 위원회(committee on "Leftover Business")가 대통령을 선출하는 방법을 제안할 때까지 언급되지 않았다.[11] 위원회의 대표단은 이전에 상원의장의 선출을 고려하여 "상원이 스스로 의장을 선출해야 한다."고 결정했으며 이 관리가 행정부의 직계 후임자로 지명될 것이라는 데 동의했다. 그들은 또한 행정부의 선출 방식을 고려했지만, 합의에 이르지 못했

11) "Major Themes at the Constitutional Convention: 8. Establishing the Electoral College and the Presidency". TeachingAmericanHistory.org. Ashland, Ohio: Ashbrook Center at Ashland University. Archived from the original on February 10, 2018. Retrieved February 21, 2018.

다. 이 모든 것이 9월 4일에 위원회가 대통령을 선거인단에 의해 선출하도록 권고하면서 바뀌었다. 각 주는 해당 주의 하원의원과 상원의원 수를 합한 수의 대통령 선거인을 갖는다.[12)]

개별 주에 대한 충성도가 새 연방에 대한 충성보다 더 크다는 것을 인식한 헌법제정자들은 개별 선거인들이 다른 주의 후보보다 자신의 주 출신 후보를 선택하는 경향이 있을 것으로 내다봤다. 그래서 그들은 부통령이라는 직책을 만들고 선거인단에게 두 명의 후보자에게 투표하도록 요구했다. 그 두 표 중 적어도 한 표는 선거인과 다른 주 출신이어야 하며, 두 번째 투표는 국가적 성격의 후보자에게 주어질 것이라고 믿었다. 또한 선거인단이 두 번째 표를 전략적으로 낭비할 가능성을 방지하기 위해 첫 번째 차점자가 부통령이 되는 것으로 했다.[13)]

결과적으로 대통령과 부통령을 선출하는 방법은 헌법 제2조 제1절 제3항에 명시되어 있으며, 각 주에 상원과 하원의원 수를 합한 것과 동일한 수의 선거인을 할당했다. 각 선거인은 대통령 후보로 두 명에게 투표할 수 있었지만(대통령과 부통령 모두가 아닌), 대통령에 대한 첫 번째와 두 번째 선택을 구별할 수 없었다. 전체 선거인의 과반수인 경우 최고득표자가 대통령이 되고, 차점자가 부통령이 된다. 1위 또는 2위가 동점인 경우 또는 과반수 득표자가 없는 경우에는 조항에 명시된 조건부 선거 절차에 따라 대통령과 부통령이 선출되었다.[14)]

(2) 상원의 과대 대표성

제헌회의의 논의에서 부통령이 대통령의 승계자로 거론된 것이 9월 4일이었기 때문에, 부통령의 또 다른 헌법상 역할, 즉 상원의장에 대해 논란이 일어난 것은 당연히 그 이후였다. 주 사이의 타협의 결과 하원은 인구비례로, 상원은 주의 동등비례로 2명 씩 선출하기로

12) "The Evolving Vice Presidency". Temple Law Review. Philadelphia, Pennsylvania: Temple University of the Commonwealth System of Higher Education. 78 (4), pp. 811-896. Archived from the original on April 1, 2019. Retrieved July 29, 2018.

13) "US Vice Presidents". History Review. No. 71. London: History Today. Archived from the original on February 19, 2018. Retrieved February 21, 2018.

14) "Essays on Article II: Electoral College". The Heritage Guide to The Constitution. The Heritage Foundation. Archived from the original on August 22, 2020. Retrieved July 27, 2018; "The Electoral College: How It Works in Contemporary Presidential Elections". CRS Report for Congress. Washington, D.C.: Congressional Research Service. p. 13. Archived from the original on December 6, 2020. Retrieved July 29, 2018.

했다.

그런데 상원의장의 과대 대표성 문제가 논란이 되었다. 모든 주의 상원의원들은 각각 1표씩 투표할 권리를 부여받았는데, 상원의장에게 모든 안건에 참여할 수 있도록 허용해주면 상원의장 출신 주가 과대 대표되는 결과를 가져올 것이기 때문이다. 상원의장도 어떤 한 주의 대표이므로 모든 표결 문제에 대해 1표를 행사할 것이다. 그런데 만일 투표 결과가 가부동수일 때 의장으로서 상원의장은 캐스팅 보트를 행사하게 된다. 따라서 상원의장의 출신 주는 항상은 아니지만, 결정적인 상황에서 3표를 갖게 되는 결과가 될 수 있다. 그렇다고 상원의장으로 하여금 투표를 하지 못하도록 한다면 상원의장의 출신 주는 일상적으로 1표밖에 갖지 못하는 과소대표의 문제가 발생할 것이다. 이런 딜레마를 해결하기 위해서는 주를 대표하는 사람이 아닌 전체 국민을 대표하는 사람이 상원의장이 되어야 한다고 생각하게 된 것이다.

결국 부통령이 상원의장이 됨으로써 상원의장의 과대 대표성 문제를 해결했다. 그러나 또 다른 문제에 봉착하게 되었다. 부통령은 원칙적으로 행정부에 소속된다. 부통령은 유고 시 대통령직을 승계하기 때문이다. 더 정확히 말하자면 부통령은 잠재적으로 행정부 소속이다. 그러나 결과적으로 부통령은 상원의장직을 맡게 되었기 때문에, 평시에는 입법부의 구성원이며, 대통령 유고 시에는 행정부의 구성원이 된다. 그래서 몇몇 미국 헌법 제정자들은 입법부와 행정부를 혼합하는 식의 정부 형태를 거부했다. 권력분립주의 정신에 투철했던 그들은 이런 혼합은 혼란을 가져올 것이라고 비판했다.

그렇다고 해서 부통령에게 상원의장을 맡기지 않을 때 발생하는 문제를 달리 해결할 방안이 없었다. 부통령이 아니고는 상원의장의 과대 대표성 문제를 해결할 수 없었다. 또 부통령을 상원의장직 이외에 다른 행정부나 입법부 혹은 사법부의 직책을 맡길 수도 없었다. 당연히 부통령은 사법부의 법관일 수 없었다. 또 부통령은 지역별로 국민을 대표하는 입법부 의원도 아니었다. 그렇다고 부통령을 총리식으로 대통령 밑에 둘 수도 없었다. 왜냐하면 미국 헌법은 대통령에게 모든 행정권을 부여했기 때문에 부통령에게 부여할 다른 여분의 행정권이 없었다. 그래서 버지니아 출신의 조지 메이슨(George Mason)은 부통령의 상원의장직 보유는 분명히 입법부 권한에 대한 침해라는 사실을 강조하면서 인정할 것은 인정하자고 제헌회의에 호소했다. 그리고 권력분립이 현실정치에서 최대한 이루어지도록 헌법을 만들고 지키자고 주장했다.

이렇게 해서 미국 헌법 제정자들은 부통령 제도를 도입하게 되었다. 단순히 대통령의 유

고시를 대비한 관리인이자 대통령직 승계자로서 도입한 것은 아니었다. 상원의 주별 동등한 대표성 문제와 얽히면서 부통령 제도의 필요성이 더욱 제기된 것이다.

대통령의 후계자로서 부통령의 정치적 위상과 희망은 사실 후대 역사의 소산이다. 필라델피아 제헌회의에서는 후계자로서 부통령 위상에 대해서는 논의하지 않았다. 초대 대통령 워싱턴 밑에서 부통령이었던 에덤스(John Adams)가 2대 대통령이 되었고, 애덤스의 부통령이었던 제퍼슨(Thomas Jefferson)이 3대 대통령이 되긴 했지만, 그런 논의가 제헌회의에서 있었던 것은 아니다. 그런 정치적 목적을 가지고 부통령제를 도입한 것은 아니었다.[15]

2. 헌법상 역할

헌법제정회의 대의원들이 행정부와 상원 기능을 모두 갖춘 자리를 설립하는 것을 승인했지만, 그 자리를 이해하는 사람은 많지 않았고, 그래서 부통령에게 거의 직무도 부여하지 않았으며, 권한도 주지 않았다.[16] 소수의 주에서만 유사한 입장을 가지고 있었다. 이 중 뉴욕주 헌법은 "부지사는 그의 직책상 상원의장이 되어야 하며, … 그들의 결정에 결정권을 행사하되, 다른 어떤 경우에도 투표해서는 안 된다."고 규정했다. 결과적으로 헌법 개정으로 일부 사항이 추가되거나 명확해졌지만, 원래 부통령은 헌법상 대통령 유고의 경우와 상원의장 2가지 권한만 갖고 있다.

(1) 대통령 유고 (有故)

미국 헌정사상 지금까지 8명의 대통령이 임기 중 사망했고, 한 명이 사임했다. 사망한 8명 가운데 링컨(Abraham Lincoln), 가필드(James A. Garfield), 매킨리(William McKinley), 케네디(John F. Kennedy)는 암살되었다. 더욱이 잭슨(Andrew Jackson), 테오드르 루즈벨트(Theodore Roosevelt), 프랭클린 루즈벨트(Franklin D. Roosevelt), 트루먼(Harry S. Truman), 포드(Gerald Ford), 레이건(Ronald Reagan) 등 6명의 대통령들에게 암살이 기도되었었다. 이렇게 볼 때, 대통령이 연임에 성공하면서 8년의 임기를

15) 조지형, 헌법에 비친 역사, 푸른역사, 2007, 95-101면.
16) "Vice President of the United States (President of the Senate)". senate.gov. Washington, D.C.: Secretary of the Senate. Archived from the original on November 15, 2002. Retrieved July 28, 2018.

무사히 마치는 것은 오히려 드문 일이다. 건국 초기를 제외하면, 전시와 같은 위기상황이라든가 정반대로 대단히 평온한 시기에나 가능했던 것이다. 따라서 대통령의 유고시에 대통령직이 어떻게 승계되는가가 매우 중요한 문제가 된다.

대통령의 유고는 다음의 몇 가지 경우에 발생한다. 가장 많이 발생하였고, 앞으로도 발생할 가능성이 제일 큰 것은 대통령의 임기 중 사망이다. 또 Richard Nixon의 경우와 같이 대통령이 스스로 그 직을 사임하였을 때, 육체적 혹은 정신적 건강 때문에 대통령직의 수행이 불가능하게 되었을 때, 그리고 재임 중의 범죄행위로 인하여 탄핵을 받아 면직되었을 때 등이다. 헌법제정자들도 이 문제를 예견하였다. 헌법 제2조 제1항 제6호는 대통령의 유고에 대비한 조항이다. 대통령의 유고가 발생하면, 대통령직은 부통령에게 승계되며, 또 연방의회는 법률로써 대통령의 면직, 사망, 사직 또는 직무 수행 불능의 경우를 규정할 수 있고, 그러한 경우에 대통령의 직무를 수행할 관리를 정할 수 있다고 하였다. 그러나 이 조항은 부통령의 궐위와 같은 경우를 명시하지 않고 있으며, 또 대통령의 직무수행 불능에 관하여도 논란의 여지를 남기고 있었다. 1965년에 비준된 수정헌법 제25조는 이 문제를 해결하였다. 대통령이 면직, 사망 또는 사임하는 경우에 부통령이 승계하는 것은 물론이지만, 부통령이 궐위되었을 때에는 대통령이 부통령을 지명하고, 연방의회 양원이 다수결로 인준하면 부통령에 취임할 수 있게 규정하였다.

1973년 10월 애그뉴(Spiro Agnew) 부통령이 직무상의 부당취득(extortion), 수뢰, 탈세 등으로 조사를 받는 과정에서 사임하자, 닉슨(Nixon) 대통령은 당시 연방 하원의 원내총무였던 포드(Gerald Ford)를 부통령에 지명하였다. 포드(Ford)는 그해 12월에 상·하 양원의 인준을 받아 부통령에 취임하였다. 수정헌법 제25조의 수순을 따른 것이다. 또 1974년 8월 닉슨(Nixon)이 워터게이트 사건으로 사임하였을 때, 대통령이 된 포드(Ford)는 역시 수정헌법 제25조에 의거하여 뉴욕주 지사이던 록펠러(Nelson Rockefeller)를 부통령에 임명했고, 의회의 승인을 얻은 록펠러(Rockefeller)는 그해 말에 부통령에 취임하였다. 후자의 사건은 매우 예외적인 것이었다. 미국 역사상 최초로 대통령과 부통령 모두가 국민에 의하여 선출되지 아니한 기이한 상황이 발생한 것이다. 이에 따라 일부에서는 부통령제를 폐지하고, 대통령이 사망, 또는 탄핵으로 궐위되면, 즉시 국민이 대통령을 새로 선출해야 한다는 의견도 대두되었다. 그러나 이에 대한 헌법개정 논의는 계속되지 않았다.

대통령직을 처음으로 승계했던 것은 타일러(John Tyler) 부통령이다. 해리슨(William Henry Harrison) 대통령이 재임 한 달 만에 병사함에 따라 Tyler 부통령이 대통령직을 승

계했던 것이다. 이 처음의 승계는 논란의 대상이었다.[17] 대통령직을 승계한 부통령이 전임 대통령의 잔여 임기 동안 실질적으로 대통령이 되는 것인지, 아니면 새로운 대통령이 선출될 때까지 위기관리의 역할만을 해야 할 것인지가 문제였다. 타일러(Tyler)는 전자를 원했고, 의회도 이를 승인하였다. 그 후 대통령의 사망으로 대통령직을 승계한 일곱 명의 부통령들은 잔여 임기 동안 대통령직을 수행했다.

대통령의 임기가 끝나기 전에 대통령직이 승계되는 또 다른 상황은 대통령이 탄핵되는 경우이다. 미국 대통령이 탄핵된 경우는 세 번 있었으나, 그로 인하여 물러난 대통령은 없었다.[18]

한편 수정헌법 제25조는 대통령의 직무수행 불능에 관하여도 상세한 규정을 두고 있다. 대통령 스스로가 자신의 직무수행 불능을 선언할 수도 있고, 또 부통령과 행정부 각 부처의 장관 등이 대통령의 직무수행 불능을 선언할 수 있다. 어느 경우에나 그것은 대통령의 직무수행 불능을 기재한 공한이 상원의장 대행과 하원의장에게 송부된 때로부터 효력이 생긴다. 그러면 부통령은 즉시 대통령의 권한과 임무를 대행한다. 또한 수정헌법 제25조는 대통령의 임무 수행이 다시 가능하게 되었을 때, 대통령이 취할 수 있는 조치 등에 관하여도 적절한 규정을 두고 있다.

수정헌법 제25조 제3항과 제4항은 대통령이 수술을 받고 있거나, 중병에 걸리거나, 부상을 입거나, 또는 대통령의 권한이나 의무를 수행할 수 없는 경우와 같이 대통령이 일시적으로 지휘할 수 없는 상황을 규정하고 있다. 제3항은 스스로 선언한 무능력을 다루고, 제4항은 부통령과 내각 과반수의 공동행동에 의해 선언된 무능력을 다룬다.[19] 제4항은 발동된 적이 없지만, 제3항은 두 명의 대통령에 의해 세 차례에 걸쳐 발동되었다. 레이건(Ronald Reagan) 대통령은 수술을 받기 전인 1985년 7월 13일 조지 H. W. 부시(George H. W. Bush) 부통령이 약 8시간 동안 대통령 권한대행을 한 적이 있다. 조지 W. 부시(George

17) 이 문제는 William Henry Harrison 대통령이 임기 31일 만에 사망한 1841년 처음으로 시험대에 올랐다. Harrison의 부통령인 John Tyler는 자신이 대통령의 권력과 의무뿐만 아니라 대통령직을 승계했다고 주장했다. 그는 대통령 취임선서를 했고 자신을 "대통령 권한대행"으로 언급하는 문서를 인정하지 않았다. 의회 일각에서는 Tyler의 주장을 헌법 위반이라고 비난했지만, 그는 자신의 입장을 고수했다. Tyler의 견해는 1967년 수정헌법 제25조 제1항이 명시했던 대통령 사망에 따른 질서 있는 대통령 권한 이양에 대한 중대한 선례를 만들면서 상원과 하원이 그를 대통령으로 인정하기로 투표했을 때 결국 우세를 확립하게 되었다. 지금까지 총 9명의 부통령이 임기 내 대통령직을 승계했다. Tyler 외에도 Millard Fillmore, Andrew Johnson, Chester A. Arthur가 그들이다. Theodore Roosevelt, Calvin Coolidge, Harry S. Truman, Lyndon B. Johnson, 그리고 Gerald Ford 등이다; Freehling, William, *John Tyler: Domestic Affairs*, Charllotesville, Virginia: Miller Center of Public Affairs, University of Virginia, 2016.

18) 닉슨 대통령은 탄핵절차가 진행되자 스스로 사퇴를 하였고, 클린턴 대통령은 상원에서 부결되었으며, 최근의 트럼프 대통령도 상원에서 부결되었다.

19) Walter Mondale, *Memo to Jimmy Carter re: The Role of the Vice President in the Carter Administration,* 1976.

W. Bush) 대통령은 2002년 6월 29일과 2007년 7월 21일, 두 차례에 걸쳐 진정제를 투여받은 의료 절차를 거치기 전에 체니(Dick Cheney) 부통령이 매번 약 2시간 동안 대통령 권한대행을 맡았었다.[20]

제3항과 제4항을 추가한 것은 무능력 대통령에 대한 제2조 승계조항에 무능력의 존재 여부를 판단하는 내용 등 모호성이 있고, 무능력의 경우 부통령이 남은 임기 동안 대통령이 되는지 아니면 단지 권한대행에 불과한지 등이다. 20세기 전반과 19세기 동안 몇 몇 대통령들은 심각한 질병, 신체적 장애 또는 부상을 겪었으며, 일부는 몇 주 또는 몇 달 동안 지속되었다. 이 기간 동안, 국가가 효과적인 대통령 리더십을 필요로 했음에도 불구하고, 어떠한 부통령도 찬탈자처럼 보이고 싶어하지 않았고, 그래서 권력은 결국 이양되지 않았다. 아이젠하워(Eisenhower) 대통령이 자신의 건강 문제를 공개적으로 언급하고 아이젠하워가 효과적인 대통령 리더십을 제공할 수 없게 된 경우 닉슨(Nixon)이 자신을 대신하도록 하는 협정을 부통령 닉슨과 체결한 후(닉슨은 아이젠하워가 아팠을 때 세 차례에 걸쳐 몇 주 동안 대통령의 직무를 비공식적으로 맡음) 이 주제에 대한 헌법의 모호성을 해소하기 위한 논의가 의회에서 시작되었다.[21]

(2) 상원의장

미 연방헌법 제1조 제3절 제4항은 부통령에게 상원의장 직함을 주고, 상원 회의를 주재할 권한을 부여한다. 이 자격으로 부통령은 질서와 예의를 유지하고, 의원들이 발언할 수 있도록 인정하며, 상원의 규칙, 관행 및 선례를 해석할 책임이 있다. 이와 함께 캐스팅보트 권한도 생긴다.

헌법 기초자들은 부통령이 항상 이 책임을 수행할 수 있는 것은 아니라고 예상했기 때문에, 헌법은 입법 절차의 적절한 질서를 유지하기 위해 상원이 임시의장을 선출할 수 있도록 규정하고 있다. 실제로 20세기 초부터 상원의장은 물론 임시의장도 거의 회의를 주재하지 않는다. 대신 의장은 정기적으로 다른 상원의원들에게 임무를 위임한다.[22] 토론을 관장하

20) Woolley, John; Peters, Gerhard. *List of Vice-Presidents Who Served as "Acting" President Under the 25th Amendment,* Santa Barbara, California: University of California, 2018.

21) Feerick, John D., *Presidential Succession and Inability: Before and After the Twenty-Fifth Amendment,* Fordham Law Review. New York City: Fordham University School of Law, 2011; Kalt, Brian C. & Pozen, David., *The Twenty-fifth Amendment*. The Interactive Constitution. Philadelphia, Pennsylvania: The National Constitution Center, 2018.

22) Forte, David F., *Essays on Article I: President Pro Tempore*, Heritage Guide to the Constitution. The Heritage Foundation., 2018.

는 규칙 XIX[23]는 부통령이 토론에 참여할 수 있는 권한을 부여하지 않으며, 일정한 절차에 의하여 현직 부통령과 유사한 권한을 부여하지 않고 상원의원 및 미국의 전직 대통령에게만 연설할 수 있는 권한을 부여한다.

비록 헌법이 특별히 요구하지는 않지만, 상원의장으로서 부통령은 대부분의 연방 공무원 탄핵 재판을 주재할 수 있다. 그러나 미국 대통령이 탄핵심판을 받을 경우에는 연방대법원장이 주재하도록 규정하고 있다.[24] 이 조항은 대통령과 상원의원 간의 관계에서 공직자의 해임을 위한 재판을 부통령이 주재하는 과정에서 발생할 수 있는 이해 충돌을 피하기 위해 고안되었다. 이와는 대조적으로, 부통령이 재판을 받을 때 누가 의장을 맡는지는 규정되어 있지 않다. 따라서 탄핵을 받은 부통령이 상원의장으로서 자신의 탄핵심판을 주재할 수 있을지는 불분명하다. 헌법은 그 문제에 대해 침묵하고 있다.[25]

수정헌법 제12조는 부통령이 상원의장 자격으로 선거인단 투표를 받은 다음 상원과 하원의 입회하에 봉인된 투표를 개봉하도록 규정하고 있다.[26] 투표수는 상원의장이 합동 회의를 주재하도록 지정하는 선거인계수법(Electoral Count Act)에 규정된 대로 양원 합동 회의에서 집계된다. 의회가 법으로 합동 회의의 다른 날짜를 정하지 않는 한, 다음 대통령 선거 후에 열리는 것으로 규정되어 있다.[27]

이 자격으로 애덤스(John Adams), 제퍼슨(Thomas Jefferson), 밴 뷰렌(Martin Van Buren), 조지 H. W. 부시(George H. W. Bush) 등 4명의 부통령이 자신의 대통령 선거를 발표할 수 있었다. 반대로 1861년의 브레킨리지(John C. Breckinridge), 1961년의 닉슨(Richard Nixon), 2001년의 고어(Al Gore)는 모두 상대방의 선거를 발표해야 했다. 가장 최근에는, 2021년 1월 6일 펜스(Mike Pence) 부통령은 후임 해리스(Kamala Harris)의 선출을 발표했다.[28]

23) 규칙 및 운영에 관한 상원 위원회에서 설립한 미국 상원 상임 규칙의 규칙 XIX는 상원 회의장에서 논의되는 주제를 다룬다. 규칙 XIX를 포함한 규칙은 2013년에 마지막으로 업데이트되었다.

24) 미국 헌법 제1조 제3절 제6항.

25) Glass, Andrew., *Senate expels John C. Breckinridge, Dec. 4, 1861*, Arlington County, Virginia: Politico, 2014.

26) Kuroda, Tadahisa., *Essays on Article II: Electoral College*, The Heritage Guide to The Constitution. The Heritage Foundation, 2018.

27) Neale, Thomas H., *The Electoral College: How It Works in Contemporary Presidential Elections,* CRS Report for Congress. Washington, D.C.: Congressional Research Service, 2017.

28) Glass, Andrew., *Senate expels John C. Breckinridge, Dec. 4, 1861*, Arlington County, Virginia: Politico., 2014; Glass, Andrew., *Congress certifies Bush as winner of 2000 election, Jan. 6, 2001,* Arlington County, Virginia: Politico., 2016.

Ⅲ. 부통령제의 역설

1. 역설 (paradox)

미국의 부통령은 미국 정치제도에 있어 하나의 커다란 역설이 아닐 수 없다. 일반적으로 부통령은 대통령과 나란히 행정부의 서열 2번째 우두머리로 불린다. 그러나 미국의 행정권은 헌법에 의해 독임제인 대통령에게만 부여되고 부통령에게는 속하지 않는다. 그럼에도 불구하고 부통령의 지위는 국가에 있어서 대통령 다음가는 제2인자이며, 건국 이래 수많은 유능한 인물이 이 자리에 취임해 왔다. 그렇지만 이 제2의 관직에 취임한 인사들은 유능 여부에 관계없이 거의 어떠한 권력도 만들어 내지 못했다.

그렇다 하더라도 제2차 대전 이후에는 비교적 부통령의 책임과 영향력이 증대되어 왔다. 이를테면 유능했던 부통령들로서는 바클리(Alben Barkley; 1945-1953), 험프리(Hubert Humphrey; 1963-1969), 린든 존슨(Lyndon B. Johnson; 1961-1963), 닉슨(Richard M. Nixon; 1953-1961), 록펠러(Nelson Rockfeller; 1974-1977), 고어(Al Gore; 1993-2001), 체니(Dick Cheney; 2001-2009) 등을 들 수 있다. 그들은 상원에서 여러 루트를 통해 대통령의 정책실현에 도움을 주었다. 그러나 부통령들의 영향력은 의회 지도자, 대통령의 각료 및 보좌관들에게는 미치지 못했다. 따라서 공공정책면에서 발휘되는 부통령의 영향력은 아주 미약하고, 그것도 실제로는 무시되는 것이 보통이었다.

그 이유는 부통령의 지위는 역설적이며, 권력분립주의에 대한 유일한 예외이기 때문이다. 그는 행정부의 관리인 동시에 또 입법부 상원의장이기도 하다. 이와 같이 부통령의 지위는 행정부와 입법부에 걸쳐 이중성을 갖기 때문에 권력분립제의 일탈자이기도 하다. 게다가 부통령이 갖는 정규 역할은 두 가지 밖에 없다. 즉 그 두 가지 역할이란 헌법규정에 따라, 첫째 대통령을 승계하는 것이고, 둘째 상원의장직을 맡는 것이다.

우선 첫째 역할은 부통령이 대통령의 사망, 무능력 및 사직 등의 사태가 발생했을 때, 대통령직을 승계하는 것이다. 이와 같이 부통령은 대통령직의 정규 승계자이지만, 대통령에게 예상치 못한 사고가 발생한 경우 이외에는 등장하지 않기 때문에, 부통령의 지위는 대통령의 사고를 기다린다는 역설적인 성격을 그 속에 지니고 있다.

둘째, 상원의장의 역할은 관례로 수행되는 권한이고, 공식적인 권한은 극히 미미하다. 실제로 이 의장직은 한 사람의 상원의원으로 충분히 수행할 수 있으며, 따라서 부통령은 각

회기에 출석이 요구되는 것은 아니다.

또 현실적으로도 부통령은 상원에는 거의 출석하지 않으며, 임시의장이나 상원의 지도자에게 의장의 직책을 맡기는 것이 보통이다. 다만 상원의장은 상원에 있어서 표결시 가부동수 일 경우에 한 표를 행사하게 된다. 이것이 이른바 의장의 캐스팅보트다.[29]

그러나 유능한 부통령도 현실적으로는 무력하다. 현실에 있어서 한 사람의 정치가가 상원의원으로 근무한 경우와 상원의장으로 근무한 경우를 비교한다면, 부통령으로 근무한 쪽이 무력한 것이다. 이 점에서도 부통령직은 또 역설적이다. 본래 상원 입장에서 본 부통령은 행정부에서 입법부로 몰래 들어온 침입자이며, 대통령이 보낸 스파이로 생각되고 있다. 따라서 부통령은 상원으로부터 신뢰받지 못하고, 또 그의 출석도 환영받지 못하고 있다.

그러나 또 다른 한편 부통령은 대통령으로 부터도 무시되는 경향이 있다. 트루먼(Harry S. Truman) 부통령은 루즈벨트(Franklin D. Roosevelt) 대통령으로부터 국무회의에 초대된 최초의 인물이었는데, 그럼에도 불구하고 루즈벨트 대통령이 순직했을 때, 당시 정치에 관련된 정보에 대해 거의 알지 못했다고 한다.[30] 또 윌슨(Woodrow Wilson) 대통령은 부통령을 전혀 상대하지 않았었다. 마샬(Thomas R. Marshall) 부통령은 윌슨 대통령의 병중에도 국무회의에 초대되지 못하고, 항상 정책결정에 대한 보고도 전혀 받지 못했다. 이처럼 행정부 관리들로부터도 입법부 의원들에게서도 무시되는 입장에 놓여 있는 것이 부통령이었던 것이다.

부통령이 미국 정치에서 존중되지 않는 이유로서는 여러 가지 사정을 들 수 있지만, 가장 중요한 요인의 하나로서 부통령의 선임방법을 들 수 있다. 정·부통령의 선거방법을 정한 수정헌법 제12조는 현재로서는 양대 정당의 존재를 전제로 해서 정해져 있다. 그리고 대통령 후보의 지명에 문제는 없다고 하더라도, 부통령의 지명에 대해서는 후보자의 밸런스(balance)가 고려되게 되어 있다. 이러한 밸런스(balance)에서 부통령은 대통령 후보와 대조적인 인물이 중시되고 있다. 즉 대통령이 어느 한 지역이나 정당의 이데올로기를 대표하는 경우에 부통령은 대통령과 다른 성격을 소유할 것이 요구되고 있다. 이것이 이른바 정·부통령 후보의 정치적 균형화라고 불리는 것이다.

수정헌법 제12조가 채택되기 이전에는 정당의 존재를 의식하지 않고, 정치적인 밸런스도 요청되지 않았었다. 따라서 행정부의 두 번째 우두머리는 그 역사적 시점에 있어서 첫

29) 참고로 캐스팅보트를 행사한 부통령은 다음과 같다. John C. Calhoun(31회), John Adams(29회), Mike Pence(8회).
30) William Ebenstein and Others, "American Democracy." by 1970, Harper & Row Publishera. pp. 114-115.

번째 인물이 대통령에 취임하고, 두 번째 인물이 부통령에 취임한 것으로 대통령직의 승계 시에도 아무런 문제가 없었다. 왜냐하면 이 방법에 의하면 정·부통령은 그 시점에서 서로 1급의 인물을 확보할 수 있었기 때문이다. 그러나 현재의 정·부통령 선발방법에서는 린든 존슨(Lyndon B. Johnson)과 케네디(John F. Kennedy)의 경우에서 볼 수 있듯이 서로 대통령직을 다투던 정적으로 되는 경우도 있다. 현실적으로 정적동지(政敵同志)로 된 정·부통령의 콤비를 이룬 경우에는 양자의 관계에 부조화를 야기하고, 원활하지 못할 우려가 있다.

원래 수정헌법 제12조는 정당의 발전을 계기로 하여 채택된 것이지만, 정당에 의한 부통령의 지명이 반드시 적격 인물이 선출된다고는 할 수 없다. 부적격 인물을 부통령으로 지명하는 것은 역사상 오점을 남길 우려가 없지 않다. 예컨대, 아이젠하워(Dwight D. Eisenhower)의 질병이나 케네디(Kennedy)의 암살 등을 기회로 하여 부통령이 대통령을 승계하는 것은 반드시 바람직한 사태라고는 할 수 없다. 그러므로 부통령을 행정부 수반을 위한 '제2의 적격자'로 하는 시도 가능성도 있다. 그 시도는 말할 것도 없이 수정헌법 제12조 이전의 제도로 되돌리는 것이다. 물론 대통령직을 승계한 인물이더라도 유능했던 부통령은 존재한다. 예를 들어 루즈벨트(Franklin D. Roosevelt) 대통령의 순직으로 등장한 해리슨(Harry S. Truman) 대통령이라든가 케네디(John F. Kennedy)의 암살로 인해 대통령직을 승계한 존슨(Johnson)은 그들의 경력에서 보더라도 유능한 부통령이었다. 그리고 이들 양 부통령은 대통령직 승계 후에 행정부의 최고 수장으로서 적격하다는 것이 증명되었다. 미국의 장래에 비전을 갖는 유능한 대통령은 부통령을 크게 활용해서 행정부의 제2의 관직이 빛을 발할 수 있도록 했다.

2. nothing(아무것도 아닌 것)과 anything(모든 것)

미국의 부통령은 미 헌정사상 가장 기대에 어긋나는 제도의 하나로 인식되어 왔다. 부통령제는 미국에서 가장 오래된 문제의 하나이며 클린턴 로시터에 따르면 '불필요한 자리'로 되어 있다.[31] 초대 부통령을 역임했던 애덤스(John Adams)는 "우리나라는 머리를 써서 일찍이 인간이 고안해 내고, 상상력에 의해 생각해 낸 것 중에서 가장 무의미한 역할을 나를 위해 만들어 냈다."고 개탄을 하게 된다. 이와 같이 미합중국에 있어서 부통령직은 당초부터 실패의 라벨이 붙여져 건국의 아버지들의 기대에 미치지 못했다. 실제로 실권이 없는

31) Clinton Rossiter, The American Presidency(Revised), Harcourt brace Jovanovich, Inc., 1962, pp. 129-136.

이름만의 지위 즉 허위(虛位)를 부여받은 부통령의 지위는 1787년 헌법제정회의에서도 반대가 있었다. 그러나 부통령의 지위는 명목뿐이고 실권이 없는 이름만의 지위 즉 허위(虛位)이며, 그러므로 일류 정치가들이 열망하지 않는 자리였다. 이 자리는 전 세계 유일의 초강대국 미국의 수장으로서 국제사회에서 그 누구도 범접할 수 없는 막강한 영향력을 행사하는 최고자리인 대통령직과는 당연히 대조적이다. 따라서 일류 정치가들이 열망하지 않는 것은 대통령의 경우와는 달리 부통령직에 권력을 산출할 소지가 없기 때문이다.

현실적으로 부통령의 자리는 역사를 통해서 볼 때 확실히 권력을 만들어 내지 못했다. 본질적으로 정치권력이라는 것은 그 자리나 지위에 직접 결부되어 있다. 그러나 불행하게도 미국 부통령의 지위는 헌법상 명칭뿐이고, 역할에 관해 아무런 규정도 없다. 여기에 실은 정치권력의 비밀이 가로놓여 있는데, 부통령이 힘이 없는 것도 역시 여기에서 찾을 수 있다. 이와 같이 헌법은 물론 법률상으로도 부통령의 권한이나 역할이 거의 정해져 있지 않기 때문에, 부통령이 공공정책상 수행하는 역할도 역시 최소한으로 그치고 마는 경향이 있다.[32]

또 부통령의 정치생활의 사활은 대통령의 태도 여하에 달려있다. 그러나 대통령의 부통령에 대한 태도는 그다지 좋지 않은 것이 일반적이다. 게다가 미국의 헌법제도 하에서는 최고 행정수반으로서의 대통령이 권력을 독점하는 방식이 채택되고 있다. 그리고 이 권력을 독점하는 대통령은 일반적으로 부통령에게 권력을 나누어 주길 꺼린다. 그것은 대통령의 주된 목표는 자기의 정치적 발전을 의도한 행정활동에 집중되기 때문에, 부통령에게 자기의 권력을 배분하는 것을 좋아하지 않는다. 또 한편 부통령이 대통령에 의해 활용되지 않는 이유로는 대통령선거에 있어서 대통령 후보지명에 있어서 라이벌로 입후보할 가능성이 있기 때문이다. 예컨대, 1960년 대통령선거에 있어서 케네디(John F. Kennedy)와 린든 존슨(Lyndon B. Johnson)은 서로 대통령 후보지명을 두고 경쟁한 사이였다. 이 두 사람은 다음 해인 1961년부터 정·부통령으로서 근무했으면서도 감정적으로 조화될 수 없었던 것으로 전해지고 있다. 그래서 존슨(Johnson)은 대통령에 취임했을 때 험프리(Hubert Humphrey; 1963-1969)를 부통령으로 뽑아 다음과 같은 합의서를 작성했다. 첫째, 행정부의 정책을 지지할 것, 둘째, 백악관(White House)과 의사를 일치시킬 것, 셋째, 대통령에게 공공연히 반대하지 않을 것 등이었다. 이와 같은 계약을 체결함으로써 존슨

32) John H. Ferguson, "The American System of Government", 1977, McGraw-Hill Book Company, p. 261.

(Johnson) 대통령은 부통령과 쓸데없는 알력을 피하려고 한 것이다. 이에 대해 험프리(Humphrey)는 "부통령은 대통령이 바라는 인물로 될 것이다. 나 또한 그렇게 되어있다."고 술회한 바 있다. 이는 대통령이 최고 행정수반으로서 성공하기 위해서는 적어도 부통령에 의한 배후의 협력이 필요하다는 것을 말해주고 있는 것이다. 또 그와 동시에 부통령으로서는 대통령의 의사에 따르지 않고서는 자기가 존립할 수 없다는 것을 암시해주고 있는 것이다. 여하튼 최고 행정수반으로서 대통령의 주된 관심은 자기 명성의 제고와 다른 고급관리들의 통제나 지배에 있기 때문에, 제2의 자리로서의 부통령이 공적 인물로 될 기회를 묵살할지도 모른다.[33]

3. 잠재적 가능성

워싱턴(George Washington) 대통령 하에서 초대 부통령을 역임했던 애덤스(John Adams)는 이 자리에 취임하면서 다음과 같은 감회를 술회한 적이 있다. "나는 별개의 2가지 힘을 갖고 있다. 하나는 현실의 힘이고, 다른 힘은 가능성의 힘이다. 나는 부통령이다. 이 점에서는 나는 아무것도 아니다(nothing). 그러나 나에게는 모든 것으로 될 가능성이 있다(anything)." 애덤스의 술회에서 알 수 있듯이 부통령에게 인정된 힘은 현실적인 힘이 아니라, 어디까지나 가능성으로서의 잠재된 힘이다. 애덤스(Adams)의 후계자로 제2대 부통령에 취임한 제퍼슨(Thomas Jefferson)은 부통령직에 대해서 아주 낙관적인 논평을 내리고 있다. 즉 "제1의 자리는 그저 매우 비참한 반면, 제2의 자리는 명예를 수반한 지위로 안락하다."고 하고 있다. 확실히 대통령만큼 위대하지는 않더라도 부통령직은 미국행정부의 양대 수반 중 하나이고, 역할이 전무하다 해도 이름이 있는 지위이다. 실제로 1820년대까지의 미국 역사에서는 애덤스(Adams)와 제퍼슨(Jefferson)의 경우만을 제외하면 국무장관이 일종의 대통령 후계자였다. 국무장관에 임명되면 차기 대선주자가 되고 대통령이 될 것이라는 말이 퍼졌다. 그리고 요즈음 우리가 흔히 보게 되는 것처럼 부통령이 차기 대선주자가 되는 현상은 1970년대 이후의 일이다. 그러나 이것도 제도화 되어 있는 규정이 아니라 정치문화 현상으로서 언제든지 유력자가 나타나면 부통령이 대통령 후보에서 밀려날 수도 있다.[34] 그러나 이와 반대로 자기의 국가적 명성을 높이는 한 대통령은 보좌관이나 각료

33) op. cit. "American Democracy." by William Ebenstein and Others, 1970, Harper & Row Publishera. p. 413.
34) 조지형, 헌법에 비친 역사, 푸른역사, 2007, 95-101면.

들과 마찬가지로 부통령의 관심을 자극해서 자기의 정책실현을 위해 적극 활용한다. 예컨대 닉슨(Richard M. Nixon) 대통령은 애그뉴(Spiro T. Agnew) 부통령에게 여러 가지 역할을 주어 적극 활용했다. 그를 백악관 내에서 뿐만 아니라 신설한 정부문제 사무국의 책임자에 임명했다. 이 사무국 책임자의 자격으로 애그뉴(Agnew) 부통령은 연방정부와 주 정부의 연락관으로서 활약했다. 나아가 애그뉴(Agnew) 부통령은 항상 닉슨 대통령의 보좌관으로서 동석하고, 의회 지도자들을 포함한 백악관 회의에도 참석했다. 이 밖에도 애그뉴(Agnew) 부통령은 국가우주회의 의장을 시작으로 6개의 정부회의와 위원회 위원으로서도 활약했다. 이와 같은 닉슨 대통령에 의한 부통령의 활용은 어쩌면 그가 아이젠하워 대통령에 의해 부통령 당시에 주어진 처우에 따른 교훈을 살린 것으로 생각할 수 있다. 이렇게 해서 닉슨 대통령의 부재중에 애그뉴(Agnew) 부통령은 국무회의나 국가안전보장회의, 도시문제위원회 등의 의장으로서의 직책을 수행했다.[35]

부통령의 지위는 전적으로 최고행정수반인 대통령의 의사에 의해 좌우된다. 대통령은 제2의 관직이 수행하는 역할을 확대할 수 있는 동시에 그 반대로 부통령의 역할을 축소할 수도 있다. 또 경우에 따라서는 부통령을 완전히 무시하는 것도 가능한 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고 부통령의 지위는 현직 대통령과의 관계에 있어서 석연치 않은 암묵적인 의혹의 여지를 남기고 있다. 그 이유는 한마디로 말해 부통령이라는 자리의 본질이 대통령의 보좌관에 적합하지 않다는 점이다.

요컨대, 부통령은 대통령 보좌관으로서의 조건이 결여되어 있다. 일반적으로 대통령의 보좌관으로서는 다음과 같은 4가지 적격성을 들 수 있다. 첫째, 대통령에게 직접 책임을 질 것, 둘째, 대통령의 요망에 직접 부응할 수 있을 것, 셋째, 대통령의 관심과 완전히 일치할 수 있을 것, 넷째, 대통령이 언제든지 해임할 수 있을 것 등이다. 이러한 보좌관의 적격성에서 볼 때, 부통령은 이상적인 보좌관으로서의 자격을 갖추었다고 볼 수는 없다.[36]

그럼에도 불구하고, 우선 부통령은 대통령과 함께 4년 임기가 헌법에 의해 보장되고 있다. 일반적으로 대통령이라 하더라도 4년 임기 재직 중에는 함부로 부통령을 해임할 수 없다.[37] 다음에 제2의 관직은 대통령직의 정통성있는 승계자로서 언제나 상당한 정도의 정

35) op. cit. p. 412.
36) 심경수, 미국 부통령제의 성립과 그 배경에 관한 고찰, 법학연구 제9권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1998, 246면 재인용.
37) 대통령제에서는 연방정부의 3기관에 분배시킨 권한이 다른 기관에 주어진 권한을 견제할 수 있는 정치제도라는 점에서 부통령직은 다른 함의를 갖는다; 심경수, 미국 헌법상 인사의 본질, 헌법재판연구 제4권 제2호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017, 307면; 심경수, 현행 헌법상 권력구조의 문제점, 동아법학 통권 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014, 44면.

치적 지지세력을 갖고 있다. 그 때문에 부통령과 대통령 사이에는 언제라도 정치적, 정책적인 마찰이 존재할 가능성이 남아있다. 그것은 또 부통령이 완전히 대통령을 지지하지 않는다는 것을 의미한다. 이러한 두 가지 점은 부통령으로부터 보좌관으로서의 자격을 빼앗아가고 있다. 이것을 의식하기 때문에 대통령은 부통령의 존재와 그 처우에 고민하는 것이다.

그러나 뛰어난 정•부통령이란 이들 양자 간의 갭을 최소한으로 줄일 수 있는 조합이다. 또 부통령의 존재이유는 건국의 아버지들이 의도했듯이 대통령직의 승계에 있는 것이고, 그 외에 대통령의 요청을 넘어서 정치적으로 활동하는 것은 반드시 바람직한 것은 아니다. 따라서 유능한 부통령은 현직 대통령의 입장을 충분히 이해한 다음 자기의 한계와 가능성을 충분히 자각한 인물인 것이다.

대통령의 영향권 내로 들어온 부통령직은 조절판적 역할에 집착하고 있었으므로, 부통령이 대통령을 무시 또는 저항하거나 나아가 애를 먹일 수도 있다는 점을 무시해 왔다. 대통령들은 전통적으로 자기의 러닝메이트를 대통령직무의 중심에서 제외시켰다. 왜냐하면 부통령은 출신 배경이나 성격정향의 면에서 본질적으로 상원의원이고, 정당 내에서 대통령과는 다른 파벌 또는 노선을 대표하며, 경험적으로 볼 때도 부통령은 통상 중심적인 행정역할을 수행하기에 부적합하다고 생각되었기 때문이다. 그러나 최근 대통령들은 이러한 장애를 극복한 것 같다. 루즈벨트(Franklin D. Roosevelt)는 월러스(Henry A. Wallace)에게, 아이젠하워(Eisenhower)는 닉슨(Nixon)에게, 케네디(Kennedy)는 존슨(Lyndon B. Johnson)에게, 존슨(Johnson)은 험프리(Hubert Humphrey)에게 중요한 임무를 맡겼다. 대통령후보자들은 정치적으로 밀접한 관계에 있거나 주요한 행정역할 수행에 적합한 자들을 러닝메이트로 선택했다. 닉슨(Nixon)은 때때로 아이젠하워(Eisenhower)의 사실상 참모의 역할을 했으며, 존슨(Johnson)과 케네디(Kennedy) 사이에서도 역시 그랬었다. 부통령은 의사당에서만이 아니라 백악관에서도 집무실을 가졌는데, 점차 상원의장의 사회역을 다른 사람에게 위임하였고, 상원이나 의회 전체의 대변인 역할이나 의회와 대통령 간의 중재자 역할보다는 대통령 대리인 역할을 주로 맡았다.

부통령은 적어도 대통령직 구조 내에서 확고한 위치를 차지하게 되었다. 대통령승계권에 관한 수정헌법 제25조에 의하여 후계자 지명권은 사실상 의회로부터 대통령에게 이전된 것이다.[38] 오랫동안 대통령은 자신의 러닝메이트 지명권을 가졌는데, 이제는 부통령 궐위

38) 수정헌법 제25조 제2절: 부통령직이 궐위된 때에는 대통령은 부통령을 지명하고 부통령은 양원의 과반수 득표에 의하여 승인을 받아 그 직위에 취임한다.

시에 부통령 선임권도 가지게 되었다. 존슨(Lyndon B. Johnson)은 험프리(Humphrey)로부터, "그가 부통령이 되면, 대통령과 공식적으로 견해를 달리하지 않을 것이며, 백악관에서 그의 연설문을 밝힐 것이고, 일단 결정이 이루어진 뒤에는 대통령을 지지하겠다."는 확약을 받았었는데, 이러한 양해를 구하는 것이 장래의 부통령을 선택하는 척도로 될 여지도 있다. 이러한 모든 상황의 진전은 수정헌법 제22조의 3선 금지 조항의 사실상 폐지를 의미한다. 3선 금지로 인하여 대통령의 두 번째 임기에는, 용의주도한 정치가들이 대통령의 세력범위에서 빠져나가 새로운 정치기반을 형성하게 되므로, 대통령은 약화될 것이라는 우려가 있었다. 그러나 이제부터는 대통령이 자기 사람을 선택하여 그로 하여금 자신의 정치적 정책결정기구의 한 부분을 담당하게 한다면, 대통령은 전당대회를 통제함으로써 자기 사람을 자기 정당의 차기 대통령 후보자가 되게 할 수 있다. 대통령의 명시적 후계자는 대통령당파(presidential party) 외에서 지지를 구하는 것을 조심스러워하며, 그리하여 전에는 대통령과 분리되고 경쟁적이기까지 한 부통령직이 이제는 정반대로 대통령의 권력과 의사결정의 구조에 통합된 또 하나의 권력중심이 된 것이다.[39][40]

Ⅳ. 부통령제의 발전과 최근의 동향

제2차 세계대전 이후 부통령제는 새로운 양상으로 나타난다. 20세기 기간 동안에 부통령직은 서서히 보다 성숙한 모습을 띠게 된다. 부통령직은 행정부 내에 영향을 끼치던 유능한 사람들에게 매력을 끌기 시작했다. 부통령 당시 마샬(Thomas Marshall)은 가끔씩 국무회의에 참석을 하였으나, 쿨리지(Calvin Coolidge)의 경우에는 정규적으로 국무회의에 참석했다. 이러한 경향은 쿨리지(Coolidge)가 대통령으로 취임한 이후에도 지속되었다. 다만, 후버(Herbert Hoover) 대통령이 재직중일 때에는 잠시 지속되지는 못하였지만, 이후 루즈벨트(Franklin D. Roosevelt) 대통령 재직 중 가너(John Nance Garner)가 부통령이 되었을 때 이후부터는 이러한 경향이 지속되곤 했다. 가너(Garner) 부통령과 그의 후임자였던 월러스(Henny Wallace)의 경우 대통령이 부여하는 임무, 외국여행, 그리고 입

39) James M. Burns, Presidential Government(Boston: Houghton Mifflin Co., 1965), 권영성 감수, 이재흥외 공역, 미국형 대통령제, 법문사, 1983, 131-132면.
40) 一倉重美津, アメリカ憲法要說, 成文堂, 1993, pp. 116-138.

법부와의 연락(Garner)과 대통령이 구성하는 위원회의 우두머리(Wallace)와 같은 것을 역할을 맡기 시작했다. 루즈벨트(Franklin D. Roosevelt) 대통령의 세 번째 부통령이었던 트루먼(Harry S. Truman)의 경우에는 그의 부통령 재직기간 82일 동안 거의 할 일이 없었지만, 그의 대통령 시절 부통령이었던 바클리(Alben Barkley)는 오히려 반대로 많은 일을 맡았다. 20세기 처음 50년 동안에도 부통령직은 역시 유명한 사람들에게 인기가 있었다. 일부는 의회 지도자들이거나 대통령 후보자들이었는데, 사실상 모두 나중에 대통령 감으로 간주되었다. 일반적으로 대통령과 부통령 간의 관계는 소원했던 것으로 알려져 있었는데, 그 부분적인 이유는 1940년대 이전의 대통령 후보들이 그들의 러닝메이트를 뽑는데 거의 아무런 역할을 하지 못했기 때문이었다. 전임자의 사망에 이어서 대통령직을 승계했던 19세기의 부통령들이 그들 자신의 임기를 위한 선거에서 실패했던 반면에, 1900년부터 1950년까지 승계 했던 부통령들은 이후에 대통령에 당선되었다.[41] 그렇지만 윌슨(Wilson) 대통령 재임 중에 발생했던 직무수행불능의 중요한 실례를 부통령이 다룰 수 없었는데, 적어도 부분적인 이유로는 대통령의 직무수행불능에 관한 명백한 규정이 없었기 때문이었다. 그 이후에 애매한 상황을 수정하기 위하여 수정헌법 제25조의 헌법개정이 이루어졌다.[42]

마샬(Thomas Marshal) 부통령의 경우에는 당시 윌슨(Wilson) 대통령에게 접근이 허용되지 않았으며, 윌슨(Wilson) 대통령의 건강에 관한 정보에 관해서도 접근이 일체 허락되지 않았다.[43] 이처럼 부통령의 직무 내용은 최근에 이르기까지 상당히 변화해 오고 있다. 부통령은 정부 최고정책 입안회의의 활동적인 위원으로, 이를테면 국무회의, 국가안전보장회의, 그 밖의 다수의 회의나 위원회에 출석하고 있다. 그리고 종종 의장을 맡는다. 이러한 회의나 위원회는 대통령의 정책을 실행에 옮기는 데 큰 도움이 되고 있다. 나아가 부통령은 대통령을 대신해서 다방면에 걸쳐 다양한 국내문제를 처리하거나, 국제문제의 해결을 위해 세계 각국의 국가원수나 각료와 대화를 위해 외국을 방문하기도 한다.

최근에는 대통령이 부통령의 경험과 능력을 신뢰하게 되었기 때문에, 상원도 부통령에게 외교문제에 관해 특별히 의견을 요구하고 있다. 부통령은 그 직무의 성질상 공적인 입장에서 권한을 발휘할 수는 없다. 그러나 부통령은 대통령 측근의 한 사람으로서 대통령을 설득

41) 阿部竹松, アメリカ合衆国憲法, 有信堂, 2002, pp. 224-226.
42) 수정헌법 제25조 (대통령의 직무수행불능과 승계) 제1절 내지 제4절 참조; 1965년 7월 6일 발의, 1967년 2월 10일 비준.
43) 마샬(Marshall)은 본래 대통령 부인과 의사에 의해 승인을 받은 의회의 해결책에 의해 뒷받침되지 않는 한, 일어나지 않을 것이 확실했던 사건에 개입하기를 꺼린 채 옆에 비껴서 있었다.

할 수가 있다. 또 다른 사람에 대해서는 부통령으로서의 위상에 큰 영향력을 행사하고 있어서 그 중요성이 부각 되고 있다.[44]

Ⅴ. 맺음말

조 바이든 미국 대통령이 2021년 11월 19일 취임 후 처음으로 건강검진을 받았는데, 마취된 85분간 카멀라 해리스 부통령이 여성으로 처음 대통령 권한대행을 맡았다.[45] 바이든 대통령은 대장내시경 검사를 위해 마취를 했고, 깨어날 때까지 해리스 부통령에게 권력을 승계했다. 오전 10시 10분에 권력을 승계한 바이든 대통령은 11시 35분 해리스 부통령과 통화하고 다시 직무를 시작했다. 이 기간 해리스 부통령은 웨스트윙에서 업무를 수행하였다. 대통령의 건강검진 때문에 권력이 잠시 승계된 사례는 조시 W. 부시 전 대통령 재임 시절 2002년, 2007년 두 번뿐이었다.[46]

강한 후계자를 가지면 생전에 위험하고, 약한 후계자를 가지면 사후에 위험하다.[47] 미국의 부통령들은 종종 미국 역사에 있어서 잊혀진 존재였다. 중요한 자리임에도 불구하고 그것은 오랫동안 조롱과 풍자의 대상이었다. 한 세대에서 다른 세대로 기억되는 거의 유일한 부통령들은 대통령직을 승계한 사람들이다. 부통령은 상원의장을 맡다가 대통령이 궐위되면 대통령이 된다. 이러한 의무만으로도 그 자리는 국민들로부터 선망의 대상 중 하나로 간주되어 왔다. 부통령 자리의 잠재력과 평판이 엇갈리는 주요 원인은 우선 부통령 선임 방식에서 찾을 수 있다. 각 정당은 앞에서 살펴본 바와 같이 부통령직을 이용하여 표의 균형을 맞추거나(ticket balancing) 일부 요소를 보상할 수 있다. 이를테면, 가톨릭 신자이자 동부 출신인 케네디(John F. Kennedy)에게 적절한 러닝메이트는 프로테스탄트이면서 남부 출신이었던 존슨(Lyndon B. Johnson)이었다. 또한 서부(캘리포니아)의 주지사였지만 전국적인 면에서는 풋내기였던 레이건(Ronald Reagan)에게 동부 출신으로 텍사스에 자리

44) 복수의 부통령직과 부통령제의 긍정성을 검토하는 견해로는 다음의 논문을 참조; 김명식, 대통령 권한대행제도와 헌법개정, 미국헌법연구 제29권 제1호, 미국헌법학회, 2018, 62-63면; 부통령의 독립성과 의회를 통한 통제에 관해서는 다음의 논문을 참조; 김명식, 미연방 부통령직의 독립성에 관한 소고, 미국헌법연구 제25권 제2호, 미국헌법학회, 2014, 55-57면.

45) 바이든 대통령은 이날 워싱턴 DC 인근 메릴랜드주의 월터 리드 군 병원에서 정기 건강검진을 받았는데, 이 병원은 대통령이나 가족이 치료를 받을 때 주로 이용하는 곳이다. 미 언론들은 해리스 부통령이 여성, 그리고 유색 인종으로서 처음으로 대통령 권한을 대행한 기록을 만들었다고 전했다.

46) 최아리, 美 85분간 해리스가 첫 여성 권한대행…바이든 "건강 이상 없다", 조선일보, 2021.11.20.

47) 박동운, 통치술, 샘터출판부, 1977, 107면.

잡은 연방정부에서 경험을 쌓은 부시(George Bush)는 적절한 러닝메이트였다. 또 하나의 이유는 그 자리의 헌법적 책임이 크지 않기 때문이다. 상원은 그 의장이 존중해야 하는 전통을 가진 헌법기관이다. 상원의장으로서 부통령은 가부동수일 경우에만 투표하면서 올바르고 공정한 역할을 수행한다. 대선 후보들이 누가 러닝메이트가 될지를 지정하는 전당대회에서 강점을 갖게 되면서, 그들은 티켓의 균형을 맞추는 사람뿐만 아니라 개인적, 정치적으로도 양립할 수 있는 사람을 선택하게 되었다. 이것은 선거 운동에서 협력적이고, 일하는 관계로 이어졌으며, 그들이 승리할 경우, 공직에 취임하게 되었다. 먼데일(Walter Mondale)과 최근 몇몇 부통령들은 수많은 행정적, 정치적, 외교적 임무를 성공적으로 수행함으로써 부통령의 가능성을 보여주었다. 부통령은 공관과 전용기를 제공받으며, 국가안전보장회의(NSC) 상임위원이면서, 국방과 외교 문제에 대해 지속적으로 보고받고 있다.[48] 이처럼 건국 초기부터 20세기에 걸쳐서 나타난 미국 부통령직은 현재로 오면서 확연히 구분되는 다른 모습을 보여주고 있으며, 미국 헌정사에서 중요한 헌법기관으로 자리매김을 하고 있다. 의원내각제와는 달리, 대통령제도에서는 부통령이 대통령직을 승계한다는 그 자체가 결국 대통령직 교체를 의미한다. 국가원수 및 행정부의 수반이 바뀌는 헌법적 장치에서 중요한 핵심적 문제는 안정성에 있다. 그 안정성을 확보하는 데 핵심적 역할을 미국은 부통령제가 담당하고 있다는 그 자체 하나만으로도 부통령제의 중요성을 알 수 있다. 대통령제를 채택하고 있는 국가에서는 행정의 공백을 최소화하여 정부의 안정성을 유지하여야 한다는 점에서 미국 부통령제 도입을 검토할 필요성이 있다.

48) John H. Ferguson & Dean E, McHenry, The American System of Government, the 14th Edition, 1981, p. 358.

[참고문헌]

강승식, 미국에서의 권력분립원리, 한국학술정보, 2005.

권영성, 이재흥, 미국형 대통령제, 법문사, 1983.

권영설, 미국헌법의 사상적 및 역사적 기초, 미국헌법연구 통권 제10호, 미국헌법학회, 1999, 119-151면.

김명식, 대통령 권한대행제도와 헌법개정, 미국헌법연구 제29권 제1호, 미국헌법학회, 2018, 39-66면.

김명식, 미연방 부통령직의 독립성에 관한 소고, 미국헌법연구 제25권 제2호, 미국헌법학회, 2014, 35-63면.

박동운, 통치술, 샘터출판부, 1977.

심경수, 미국 부통령제의 성립과 그 배경에 관한 고찰, 법학연구 제9권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1998, 229-247면.

심경수, 미국 헌법상 인사의 본질, 헌법재판연구 제4권 제2호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017, 279-313면.

심경수, 현행 헌법상 권력구조의 문제점, 동아법학 통권 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014, 23-54면.

조지형, 헌법에 비친 역사, 푸른역사, 2007.

一倉重美津, アメリカ憲法要說, 成文堂, 1993.

阿部竹松, アメリカ合衆国憲法, 有信堂, 2002.

木下 毅·Thomas I. Emerson(共著), 現代 アメリカ 憲法, 東京大學出版會, 1992.

Secretary of the Senate, *Vice President of the United States,* senate. gov. Washington, D.C.; the original on November 15, 2002. Retrieved July 28, 2018.

Freehling, William, *John Tyler : Domestic Affairs*, Charllotesville Virginia: Miller Center of Public Affairs, University of Virginia, 2016.

Feerick, John D., *Presidential Succession and Inability: Before and After the Twenty-Fifth Amendment,* Fordham Law Review, New York City: Fordham University School of Law. 79 (3), 2011.

Woolley, John; Peters, Gerhard, *List of Vice-Presidents Who Served as "Acting" President Under the 25th Amendment,* The American Presidency Projec. Santa Barbara, California: University of California. June 18, 2018.

Feerick, John D., *Presidential Succession and Inability: Before and After the Twenty-Fifth Amendment,* Fordham Law Review. New York City: Fordham University School of Law. 79 (3), 2017.

Feerick, *John, Essays on Article I: President Pro Tempore*, Heritage Guide to the Constitution, The Heritage Foundation, 2018.

Goldstein, Joel K., *Can the Vice President preside at his own impeachment trial?: A critique of bare textualism*, Saint Louis University Law Journal. 44, 2000.

Fried, Charles., *Essays on Article II: Electoral College*, The Heritage Guide to The Constitution, The Heritage Foundation, 2020.

Clinton Rossiter, *The American Presidency*, Harcourt brace Jovanovich, Inc., 1962.

John H. Ferguson, *The American System of Government*, McGraw-Hill Book Company, 1977.

William Ebenstein and Others, *American Democracy*, Harper & Row Publisher, 1970.

James M. Burns, *Presidential Government,* Boston: Houghton Mifflin Co., 1965.

John H. Ferguson & Dean E, McHenry, *The American System of Government*, the 14th Edition, 1981.

Abstracts

Review on the Vice Presidency of U.S.

Kyung Soo Shim
Professor, ChungNam University Law School

The Vice President of the United States has long received low marks for the importance of his position. The Vice Presidents remembered by the American people are those who have succeeded to the presidency. The Vice President serves as Senate Chair and becomes President when the President is arrested. The main reason for the intersection of Vice President's potential and reputation is the Vice President's election system. Each party uses the Vice Presidential office to balance votes. And each party uses the vice presidential post to compensate. The reason is that the constitutional responsibility of the Vice Presidential office is not great. The Senate is a constitutional body with a tradition that the Senate must respect. The Vice President of the Senate will vote only if there is a tie and play a fair role. Presidential candidates hold a Hall of Fame tournament that specifies who will be a running mate. The people chooses a person who balances power. This connects them from campaigns to cooperative relationships. The Vice President will be provided with a legation and a special plane. The Vice President is a standing member of the National Security Council (NSC) and is continuously informed on defense and diplomatic issues. The Vice Presidential office in the United States shows another appearance that is clearly distinguished as it is today. Namely, the

Vice President is important constitutional body. Unlike the parliamentary cabinet system, in the presidential system, the fact that the vice president succeeds to the presidency itself means a change of presidency. Stability is an important core issue in the constitutional device where the head of state and the administration change. This is the importance in ensuring stability of the vice presidential system. In countries that have a presidential system, the point is that the administrative gap must be minimized and the stability of the government must be maintained. In this point of view, it is necessary to consider the introduction of the US Vice Presidential System.

key words: Vice President, Presidential Accident, Succession, Senate Chair, Casting Boat

소청심사의 공정성 강화를 위한 법제적 개선방안

이 수 창 (Su-Chang Lee)
변호사, 대구광역시교육청

논문접수 : 2022. 02. 11. 심사개시 : 2022. 02. 15. 게재확정 : 2022. 03. 14.

목 차

Ⅰ. 소청심사제도의 공정성 문제의 제기

Ⅱ. 소청심사제도의 개요
1. 소청심사제도의 의의와 심사대상
2. 소청심사 관련 주채
3. 소청결정의 효력과 통제

Ⅲ. 소청심사기관의 독립성과 전문성 검토
1. 소청심사기관의 독립성 검토
2. 소청심사기관의 전문성 검토

Ⅳ. 소청결정에 대한 통제수단의 검토
1. 소청결정에 대한 통제수단의 필요성
2. 피소청인의 불복가능성에 대한 검토

Ⅴ. 소청심사제도의 법제적 개선방안
1. 소청심사기관의 인적 독립성 제고
2. 소청심사기관의 직무상 전문성 확충
3. 소청결정에 대한 피소청인의 제소권 허용

국문초록

소청심사제도와 관련하여서 첫째, 소청의 인용률이 과도하게 높다는 점, 둘째, 소청결정이 소청인의 직급 · 직렬과 소청인과 소청심사기관의 관계 등에 영향을 받는다는 점, 셋째, 소청심사기관별 인용률의 편차가 크고 유사 사례에 대해 다른 소청결정이 있다는 점 등에서 공정성 문제가 지속적으로 제기되어 왔다.

이러한 공정성 문제가 제기되는 내부적인 원인으로는 소청을 관장하는 기관인 소청심사위원회의 독립성과 전문성 부족을 들 수 있다. 우선 소청심사위원회의 독립성 부족은 소청심사위원회의 구성이 위원회가 소속된 특정 행정기관의 의사에 의해 전적으로 결정된다는 점에서 주로 인적 독립성의 부족이라고 할 것이다. 그리고 소청심사위원회의 전문성 부족은 법률전문가와 사실관계(심사대상 업무내용 등)에 대한 전문가들의 역할 구분이 사실상 없다는 데서 기인한다.

한편, 공정성 문제가 제기되는 외부적인 원인은 소청결정에 대한 통제 정치의 부족을 들 수 있다. 현재 감사원에 의한 제한적 재심요구 이외에는, 원칙적으로 피소청인은 소청결정에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없다. 소청심사는 소송에 비하여 불완전한 약식쟁송으로 실체적·절차적 정당성이 부족한데도 소청인이 불복하지 않는 한 사법적 심사를 받을 수 없는 것이다.

따라서 소청심사제도와 관련된 공정성 문제를 시정하기 위해서는 이러한 내·외부적 원인의 해소를 위한 다음과 같은 개선방안이 필요하다.

첫째, 소청심사기관의 인적 독립성 제고를 위해 통합된 지방소청심사위원회의 국가 단위 설치와 소청심사위원회 구성권의 다층화, 다단계화를 도모하여야 한다.

둘째, 소청심사기관의 직무상 전문성 제고를 위하여 법률전문가와 사실관계 전문가의 역할 구분 및 조정, 사실관계 전문가가 될 수 있는 공무원위원 등의 구성 다양화가 요구된다.

셋째, 소청결정의 적법·타당성 통제 장치로서 피소청인에 의한 제소권을 인정하여야 한다. 이 경우 피소청인이 소청인과의 관계 등에 따라 제소권을 부당한 목적으로 남용하지 않도록 통제할 제도적 수단이 함께 마련되어야 한다.

※ 주제어: 소청심사위원회, 인적 독립성, 직무상 전문성, 구성권의 다층화, 피소청인의 제소권.

Ⅰ. 소청심사제도의 공정성 문제의 제기

소청심사제도는 공무원(과 사립학교 교원)이 징계 기타 자신의 의사에 반하는 불리한 처분 등을 받은 경우 이에 대한 불복수단이 되는 특별행정심판이다.[1] 이러한 소청심사제도는 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자로서 그 사명을 다할 수 있도록 공무원 신분에 대한 징계 기타 불이익 처분 등에 대한 구제기회를 제공하여 직업공무원제도의 확립에 기여하고(권리구제기능), 동시에 위법·부당한 징계 기타 불이익처분을 행정부 내에서 시정하여 행정작용의 적법·타당성의 회복에 기여하는 역할을 한다(행정의 자기통제기능).[2]

한편, 소청심사제도에 관하여 제기되는 공정성 문제는 다음과 같이 크게 3가지로 분류할 수 있다.

① 소청결정의 구제인용률이 높아 소청심사제도가 비위공무원에 대한 구제수단으로 운영되고 있다. 국가 단위에 설치된 인사혁신처 소청심사위원회의 구제인용률은 2014-2018년 평균 34.6%, 교원소청심사위원회 2014~2018년 36.5%, 시·도별 지방 단위에 설치된 지방소청심사위원회의 2016~2020년 평균 36.6%에 이르고 있다.[3] 이러한 인용률은 과거에 비하여 감소된 것으로 시민단체들이 공무원 등의 책임성을 강조하여 공무원의 비위에 대해 엄격한 기준을 적용할 것을 요구하고 각 소청심사기관이 심사위원회에 일정 비율 이상 외부인사를 포함하는 등 시정 노력을 기울인 결과이다.[4]

그러나 주요 선진국과 비교하면 공무원의 소청에 대한 구제인용률은 미국의 경우 평균 3~4%대, 일본의 경우 평균 2%대에 그쳐[5] 여전히 우리나라 소청인용률이 높음을 알 수 있다. 이에 따라 현재까지도 시민단체에서는 소청심사가 적법성 통제수단보다는 (비위)공무원에 대한 징계감경수단이라는 비판이 지속되고 있다.

② 소청결정이 비위행위 등 징계원인에 대한 객관적 평가 이외에 소청인의 직급, 근무지 등 소청인과 소청심사기관(이 소속된 기관)의 관계에 영향을 받는다. 국가 단위 소청심사위워회의 경우 징계 등이 감경·취소된 비율은 평교사에 비하여 교장이 높고, 지방 단위에서

1) 국가공무원법 제9조 제1항, 지방공무원법 제13조, 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 제7조 제1항.
2) 한봉기, “중앙·지방소청심사기관의 운영 및 심사결정에 관한 비교연구”, 「한국비교정보학보」 제15권 제2호, 2011, 179면.
3) 국가통계포털(https://kosis.kr/search/search.do) 시도별 소청심사.
인사혁신처 소청심사위원회, 「소청결정사례집(제55집)」,인사혁신처 소청심사위원회, 2018. 635 면.
4) 송도인, “사립학교 교원의 소청심사제도에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위 논문, 2019, 42.
5) 김요환, “소청심사제도의 문제점과 개선방안: 인용률 분석을 중심으로” 경북대학교 석사학위 논문, 2016, 42~43면.
전현철, “소청심사제도의 개선방안—미국 실적제보호위원회와의 비교를 중심으로—, 「행정법연구」제44호, 2016, 148면.

도 소청인의 직급이 높을수록, 다수 직렬인 행정직일수록 징계수준이 낮아진다(상후하박형 양정).[6] 그리고 시·도별 지방소청심사위원회의 경우 소청인이 심사기관이 소속된 광역지자체에 근무하는 경우에는 징계 등이 취소·감경되는 비율이 높아지는 경향이 있다.[7]

③ 소청심사기관에 따라 인용률의 차이가 있으며, 유사 사례에 대해 다른 소청결정이 내려지는 등 법질서의 통일성이 저하된다.[8] 과거(2006년-2010년) 국가 단위(행정안전부 소청심사위원회)의 소청인용률(39.1%)과 지방 단위(16개 시· 도별 지방소청심사위원회)의 소청인용률(53.8%)과 같은 큰 차이는 지방공무원법 개정을 통해 소청심사위원 중 외부인사 비율을 늘리고 인력 풀(pool)제를 활용하는 등의 노력으로 앞서(①) 살펴본 바와 같이 줄어들었다.

그러나 현재(2016~2020년)도 시·도별 지방소청심사위원회의 구제인용률은 서울과 경기도는 30~33%인데 비하여, 월등히 높은 수준(47~53%)을 보이는 광역지자체의 군(群)이 존재하여 여전히 인용률 상 큰 편차가 있음을 알 수 있다.

또한 같은 소청심사기관 내에서도 유사한 사례와 비교하여 과중한 처분이 내려져(그러한 처분을 소청에서 인용하여) 행정소송에서 취소한 사례들이 존재한다.[9] 더욱이 현행 관계 법령상 소청인에게 불리한 소청결정의 경우에만 행정소송에서 다퉈 유사한 사례와 형평성이 없는 경우를 통제할 수 있다. 이러한 점에 비춰 유사한 사례에 비해 소청인에게 유리하게 결정되어(소청에서 징계 등이 과도하게 감경·취소된 경우) 공정성을 저해하는 사례가 존재할 수 있음을 추단할 수 있다.

정부는 소청심사제도의 공정성 문제가 시민단체와 학계로부터 지속적으로 제기되어 온데 대응하여 입법 및 제도 개선의 노력을 기울였고, 그 결과 과거에 비할 때 기관별 구제 인용률의 편차가 줄어드는 등 효과를 거둔 것이 사실이다. 그러나 이러한 노력에도 불구하고 상기한 공정성 문제들이 근원적으로 혹은 국민적 차원에서 만족할만한 수준으로 해결되지는 못하였다.

이에 본 연구에서는 기존의 대응방안들에 더하여 소청심사제도의 공정성 문제에 대하여

6) 전현철(주5), 132면.
최병호/김도현/오정일, '소청심사위원회의 양정 행태에 관한 경험적 연구: 경상북도 소청심사위원회를 중심으로" 「행정논총」 제55권 제3호, 2017, 107면~112\3면.
7)최병호,"징계처분과 소청심사의 양정인자에 관한 연구", 경북대학교 박사학위 논문, 2018, 146~147면.
8) 이동찬, "소청심사제도에 관한 연구-형평성을 중심으로-", 「토지공법연구」제57집, 2012, 241면.
노영숙/이민규,"지방공무원 징계현황 및 소청심사의 운영실태와 개선방안, 「한국부패학회보」 제22권 제4호, 2017, 111-115면.
9) 인사혁신처 소청심사위원회, 「소청결정에 대한 행정소송사례 분석집-소청인 승소사례 중심-」, 2017, 인사혁신처 소청심사위원회, 4~7면.

보다 실효성 있고 근원적인 개선방안을 제시하고자 한다. 이러한 목적에서 소청심사 공정성 문제의 원인을 분석하고자 (소청심사를 관장하는 소청심사기관) 내부적으로는 소청심사위원회의 독립성과 전문성을 검토하고, 외부적으로는 소청결정의 적법·타당성을 통제할 제도적 수단이 충분히 마련되어 있는지에 대해 살펴볼 것이다. 그리고 이러한 소청심사기관 내·외부적 원인 분석에 대응하여 각각의 제도적 개선방안들을 개진하고자 한다.[10)]

Ⅱ. 소청심사제도의 개요

1. 소청심사제도의 의의와 심사대상

가. 소청심사제도의 기능과 요건

공무원 등이 징계 등 의사에 반하는 불이익 처분을 받아 이에 불복하는 경우 이를 심사·결정하는 특별행정심판제도인 소청심사는 그 자체가 행정작용임과 동시에 (준)사법적 작용에 해당한다. 즉, 소청심사기관은 그 자체가 행정조직의 일부로서 그 의사결정(소청결정)은 행정청의 외부적 의사표현으로 행정작용이며, 그 업무인 소청심사 및 결정을 통해 징계 기타 불이익 처분 등으로 인한 분쟁의 발생을 전제로 구체적인 사실관계를 확정하고 법령을 적용·해석하여 분쟁을 해결하는 사법적 기능을 수행하는 것이다.[11)]

그리고 현재 소청심사제도는 별정직 공무원, 법관 등 소청제도의 적용이 배제되는 예외적인 경우를 제외한다면[12)] 징계 기타 불이익 처분 등에 관한 행정소송은 소청심사를 반드시 거친 후에 제기할 수 있어 소청심사는 제소를 위한 필수적 전심절차이다(국가공무원법 제16조 제1항, 지방공무원법 제20조의2).

이러한 점에서 특별행정심판으로서 소청심사제도는 공무원 등의 권리구제, 행정의 자기통제, 법원의 부담완화라는 관점에서 행정의 적법·타당성 실현에 기여하는 것이다.[13)] 한

10) 다만, 본 연구에서 모든 소청심사제도에 관하여 논하지는 않고 전체 소청심사에서 비중이 큰 인사혁신처 소청심사위원회와 각 시·도별 지방·교육소청심사위원회, 교원소청심사위원회와 관련된 문제점과 개선방안에 대해 중점적으로 살펴보고자 한다. 또한 논의의 집중성을 위하여 민사소송과 선택적으로 교원소청을 선택할 수 있는 경우 즉, 소청이 임의적인 구제절차에 해당하는 사립학교 교원의 경우는 주된 논의 대상에서는 제외하고 논하고자 한다.

11) 전현철(주5), 137면.

12) 국가공무원법 제3조, 법관징계법 제27조.

13) 김영천/최윤영, "지방자치단체의 자치권 강화를 위한 행정심판법 개정방향", 「지방자치법연구」 제17권 제4호, 2017, 268면.

편, 소청심사제도가 사법적 기능을 수행한다는 점과 행정소송의 필수적 전심절차라는 점에서 소청심사기관의 공정성·독립성의 제도적 보장이 요구되고, 심사과정에서 소송에 준하는 절차보장이 이루어질 필요성이 도출된다.

나. 소청심사의 대상

소청심사의 대상은 공직자 등에 대한 ① 징계처분과 ② 기타 그 의사에 반하는 불리한 처분 내지 부작위다(국가공무원법 제9조 제1항, 지방공무원법 제13조, 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 제7조 제1항).

이중 징계(懲戒)는 부정·부당한 행위에 대해 제재를 가한다는 의미로 공무원 등의 의무위반에 대하여 국가 내지 지방자치단체 등이 공법상 권력에 의거하여 부과하는 행정상 제재를 의미한다.[14] 이러한 징계의 목적은 특별행정법관계(공무원 관계)의 기강확립·질서유지를 도모하여 공무원이 공직자로서 의무를 다하게 하기 위함이다.[15] 징계로 사용될 수 있는 처분의 종류는 법령상 파면·해임·강등·정직·감봉·견책 등 6가지이며(국가공무원법 제79조, 지방공무원법 제70조), 이중 파면·해임은 공무원 신분을 완전히 박탈하는 배제징계이고, 강등·정직·감봉·견책은 신분은 유지하되 보수 및 승진 상 불이익을 부과하는 교정징계다.[16]

이외에 소청심사의 대상이 되는 기타 불리한 처분 내지 부작위에는 강임·휴직·직위해제·불문경고·면직처분 등이 포함된다. 이러한 소청심사의 대상에 포함되는 불이익 처분의 범위는 국민에 대한 봉사자인 공무원도 기본권을 향유하는 주체이며 소청심사제도의 취지가 권리구제에도 있는 점을 감안할 때, 광의로 해석하는 것이 바람직할 것이다.[17]

14) 인사혁신처 소청심사위원회, 「소청심사 업무편람」. 인사혁신처 소청심사위원회, 2020, 15면.
15) 대법원 1983.6.28. 선고 83누130 판결: 대법원 1991.2.12. 선고 90누5627 판결: 대법원 1991.7.23. 선고 90누8954 판결.
16) 최병호(주7), 21면.
17) 인사혁신처 소청심사위원회(주14), 14면.

2. 소청심사 관련 주체

가. 소청당사자

(1) 소청인

징계 기타 불이익 처분 등에 불복하여 소청심사를 청구할 수 있는 소청인 적격은 원칙적으로 신분상 재직 중 징계 등 불리한 처분을 받은 공무원 중에서도 그 처분의 취소·변경을 구할 법률상 이익(소익, 소청청구의 이익)이 있는 자에 한하여 인정된다. 그러므로 징계 등 불이익처분의 취소·변경과 무관하게 이미 처분의 존재 내지 효력이 상실된 경우 당해 소청청구는 각하 대상이 된다.

그러나 예외적으로 불이익처분의 효과가 기간 경과, 처분의 집행 완료 등으로 이미 소멸한 경우에도 그 처분의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있다면 소청인 적격이 인정된다(행정심판법 제13조 제1항). 가령 해임처분 취소소송 중 임기가 만료된 임기제 공무원의 경우 당해 처분의 취소로 해임처분일로부터 임기만료일까지 보수지급을 구할 법률상 이익이 있으므로 소익이 인정된다.[18] 다만, 신분상 공무원 중에서도 특수경력직 공무원(정무·별정직 공무원)은 소청심사제도가 적용되지 않으므로 소청인 적격이 배제된다(국가공무원법 제3조, 지방공무원법 제3조).

(2) 피소청인

소청인의 소청제기에 따라 소청심사에 대응할 수 있는 피소청인 적격은 소속 공무원 등에 대하여 징계 기타 불이익 처분 등을 한 행정청에게 부여된다. 즉, 감사원 및 자체감사기구로부터 비위행위를 범한 공무원에 대하여 징계요구를 받고 이에 따라 소속 공무원에 대한 징계처분 등을 그 명의로 행한 기관장(행정청)이 피소청인이 되는 것이다. 다만, 예외적으로 대통령이 행한 처분 등에 대하여는 임명제청권자가 된다(소청절차규정 제2조 제1항 제3호).

18) 대법원 2012.2.23.선고 2011두5001 판결.

나. 소청심사위원회의 인적 구성

소청당사자의 소청제기와 답변 등을 종합적으로 검토하고 공정한 소청심사를 거쳐 적법·타당한 소청결정을 내려야 할 책무를 부여받은 소청심사기관에는 법령상 관할사건별로 다양한 소청심사위원회가 있다.

이러한 소청을 관장하는 소청심사기관으로는 행정부 소속 일반적 국가공무원과 외무·경찰·소방공무원 등의 소청심사를 관할하는 인사혁신처 소청심사위원회와, 각 지자체·교육청 소속 일반직 지방공무원의 소청심사를 관할하는 지방소청심사위원회와 교육소청심사위원회, 교원과 지방교육청 소속 교육전문직원의 소청심사를 관할하는 교원소청심사위원회 등이 있다. 그 밖에도 군인(군무원)의 소청심사를 담당하는 군(군무원)인사소청심사위원회와 항고심사위원회와 국회·법원·헌법재판소·선관위 소속 공무원의 소청심사를 관할하는 개별 소청심사위원회 등 다양한 형태의 소청심사기관이 존재한다.

다만, 이하에서는 전체 소청심사의 대상 중에서 큰 비중을 차지하는 인사혁신처 소청심사위원회와 각 시·도별 지방·교육소청심사위원회, 교원소청심사위원회를 중심으로 그 구성에 관해 살펴보고자 한다.

(1) 인사혁신처 소청심사위원회

인사혁신처 소청심사위원회는 국가공무원 중 행정부 소속 일반직 공무원의 소청심사와 국가공무원 중 특정직 공무원 일부에 해당하는 외무공무원·경찰공무원·소방공무원, 국가정보원 및 대통령경호실 소속 공무원의 소청심사를 담당한다.[19]

같은 위원회는 위원장(차관급) 1인을 포함한 상임위원(임기제 고위공무원) 5인과 비상임위원 7명으로 구성된다.[20] 이때, 상임위원은 ① 3년 이상 3급 공무원 이상 혹은 고위공무원단 소속인 자 중에서, 비상임위원은 ② 5년 이상 경력의 법관·검사·변호사와, ③ 5년 이상 법학·행정학·정치학 부교수 이상 직에 근무 중인 자 중에서 인사혁신처장의 제청으로 대통령이 임명한다.[21]

19) 국가공무원법 제9조 제1항, 국가공무원법 제9조 제4항.
20) 국가공무원법 제9조 제3항, 인사혁신처와 그 소속기관 직제 제23조 제1항.
21) 국가공무원법 제10조 제1항.

(2) 지방소청심사위원회와 교육소청심사위원회

시·도 지방소청심사위원회와 시·도 교육소청심사위원회는 각각 지방자치단체와 교육청 소속 일반직 지방공무원의 소청심사를 담당한다. 같은 위원회는 위원장 1인을 포함한 16명~20명의 위원으로 구성되는데, 그 위원은 ① 법관·검사·변호사로 재직 중인 자, ② 법학 부교수 이상으로 재직 중인 자, ③ 소속 국장급 이상의 공무원 중에서 시·도지사 또는 교육감이 임명한다.[22]

이때 심사의 공정성을 담보하기 위한 장치로서 전체 소청심사위원은 상기 ①~②의 자가 1/2 이상으로 구성되어야 하며, 위원장도 그중에서 호선되어야 한다.[23] 나아가 심사위원회 각 회의는 위원장과 시·도지사 내지 교육감이 지정하는 6명의 위원으로 구성하되 공무원 아닌 위원이 5명 이상이 되도록 규정하고 있다.[24]

(3) 교원소청심사위원회

교원소청심사위원회는 국립·공립·사립 유치원, 초·중·고·대학교 소속 교원의 소청심사와 시·도 교육감 소속 교육전문직원(장학관·장학사·연구관·연구사)의 소청심사를 담당한다.[25] 같은 위원회는 위원장 1인(임기제 고위공무원)과 상임위원 1인을 포함한 7명~9명의 위원으로 구성된다. 이때, 위원은 ① 10년 이상 경력의 법관·검사·변호사, ② 교육경력 10년 이상 교원, ③ 교육행정기관의 3급 (퇴직)공무원 이상 내지 (퇴직)고위공무원, ④ 사립학교 법인임원 등, ⑤ 교원단체의 추천인, ⑥ 법률학 담당 부교수 이상인 자 중에서 교육부장관이 제청하여 대통령이 임명한다.[26]

22) 지방공무원법 제14조 제2항.
23) 지방공무원법 제14조 제1항, 제15조 제1항.
24) 지방공무원법 제14조 제4항.
25) 유아교육법 제20조, 초·중등교육법 제19조, 고등교육법 제14조.
26) 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 제7조 제2항, 교육부와 그 소속기관 직제 제32조.

【표1. 관할별 소청심사위원회의 인적 구성 정리】

구분	구성
인사 혁신처 소청심사위원회	○ 위원장 : 1명(차관급) ○ 위 원 : 상임위원 5명(위원장 포함), 비상임위원 7명 ○ 위원은 상임위원은 ① 3년 이상 3급 공무원 이상 혹은 고위공무원단 소속인 자 중에서, 비상임위원은 ② 5년 이상 경력의 법관·검사·변호사, ③ 5년 이상 법학·행정학·정치학 부교수 이상 직에 근무 중인 자 중에서 인사혁신처장이 제청하여 대통령이 임명
시·도 지방(교육) 소청심사위원회	○ 위원장 : 1명, 공무원이 아닌 위원 중에서 호선 ○ 위 원 : 16명~20명 ○ 위원은 ① 법관·검사·변호사로 재직 중인 자, ② 법학 부교수 이상으로 재직 중인 자, ③ 소속 국장급 이상의 공무원 중에서 시·도지사가 임명 ○ 위원 중 ①~②의 자가 1/2 이상이 되어야 함 ○ 심사위원회 각 회의는 위원장과 시·도지사가 지정하는 6명의 위원으로 구성하되 공무원 아닌 위원이 5명 이상이어야 함
교육부 교원 소청심사위원회	○ 위원장 : 1명(임기제 고위공무원) ○ 위 원 : 7명~9명(상임위원 1명) ○ 위원은 ① 10년 이상 경력의 법관·검사·변호사, ② 교육경력 10년 이상 교원, ③ 교육행정기관의 3급 공무원 이상 내지 고위공무원, ④ 사립학교 법인 임원, ⑤ 교원단체 추천인, ⑥ 법학 부교수 이상인 자 중에서 교육부장관이 제청하여 대통령이 임명

3. 소청결정의 효력과 통제

가. 소청결정의 효력-기속력을 중심으로

소청심사위원회는 소청청구가 청구인 부적격, 제소기간 도과, 관할위반 등 관계 법령이 정한 요건과 절차를 위배한 경우 본안심사 없이 요건심사만 하여 각하할 수 있다. 그리고 적법요건을 갖춘 청구에 대하여 본안심사를 수행하여 결과 청구가 이유 없는 경우에는 원처분을 유지하는 기각결정을, 그 청구가 이유 있는 경우에는 인용결정을 한다.

이러한 소청결정은 기속력, 불가쟁력, 불가변력 등의 효과를 가진다. 이에 따라 소청결정이 일단 성립하면 피소청인(처분행정청)은 그 결정 내용에 따라 행동할 실체법적 의무를 부

담한다(기속력).[27] 이러한 소청결정의 기속력은 행정심판법상 재결의 기속력과 같은 것으로 이해되며 피소청인(처분행정청) 등은 동일처분 반복금지의무, 처분으로 인한 위법 상태의 원상회복의무, 재처분의무를 부담한다(같은 법 제49조).[28] 이에 따라 징계의결요구권자는 소청심사위원회가 법령적용 및 사실조사의 하자, 징계절차상 하자, 징계양정의 과다를 이유로 징계처분의 무효 내지 취소 결정을 한 경우 그 결정일로부터 3월 내에 관할 징계위원회에 다시 징계의결을 요구하여야 한다.[29]

특별행정심판인 소청결정의 기속력은 소청청구가 인용되었어도 피소청인이 소청결정의 취지에 반하는 태도를 고수한다면 소청인의 권리구제는 실현될 수 없으므로 소청결정의 실효성 확보를 위해 관계 법령에서 규정하고 있는 것이다.[30]

그리고 만약 소청결정에 소청인이 불복하려는 경우 결정서를 통보받은 날로부터 90일 이내에 피소청인(처분청)을 피고로 행정소송을 제기하여야 하며 이 제소기간이 도과한 이후에는 소청결정에 관하여 다툴 수 없다(불가쟁력).[31] 또한 소청결정은 준사법작용의 법적 성질을 갖는 쟁송절차를 거쳐 이뤄진 사법적 판단(재결)이므로 소청심사위원회가 일단 그 결정을 하였다면 위원회와 피소청인(처분행정청) 등은 임의로 결정을 취소·변경할 수 없다(불가변력).

나. 소청결정에 대한 통제

(1) 행정적 통제-소청결정에 대한 재심 요구

소청결정에 대한 통제 정치로서 인사혁신처장 등 중앙인사관장기관장에 의한 소청심사위원회의 소청결정에 대한 재심요구제도가 존재하였으나, 소청심사기관의 기능적 독립성[32] 확보를 위하여 2004.6.12. 국가공무원법상 관련 규정이 삭제되어 중앙인사관장기관장에 의한 재심요구제도는 폐지되었다.

따라서 소청심사위원회의 소청결정에 관한 외부적 통제는 감사원에 의한 재심 요구만이

27) 국가공무원법 제15조, 지방공무원법 제20조, 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 제10조의3.
28) 전현철(주5), 137면.
29) 국가공무원법 제78조의3, 지방공무원법 제69조의3.
30) 조성규, "행정심판 재결의 기속력과 피청구인인 행정청의 불복가능성", 「행정법연구」 제54호, 2018, 150면.
31) 행정소송법 제20조 제1항.
32) 기능적 독립성이란 특정기관이 직무를 수행함에 있어 외부로부터 개입 없이 스스로 의사결정을 하여 직무를 수행하는 것 즉, 지시로부터의 자유(Weisungsfreiheit)를 의미한다.
최승필/임현/서승환, "독립성의 규범적 의미와 기능에 관한 연구", 한국외국어대학교 산학협력단, 2016. 18~20면.

인정된다.[33] 즉, 감사원의 파면요구에 따른 파면처분에 관한 소청(인용)결정에 대하여 소청심사위원회는 그 결정을 감사원에 통보하여야 하며, 감사원은 그 통보일로부터 1월 내에 당해 소청심사위원회 등에 재심을 요구할 수 있다(감사원법 제32조 제5항, 제6항). 이 경우 재심 요구를 접수한 소청심사위원회는 원칙적으로 재심 요구일로부터 30일 내 재심사건을 처리하여야 하며, 위원회는 재심사건을 심사·결정한 경우 재심결정서를 소청당사자 및 감사원장에게 송부하여야 한다(소청절차규정 제17조).

(2) 사법적 통제-소청당사자의 불복 제소

소청인이 소청결정에 불복하여 그 결정을 송달받은 날로부터 90일 내 원처분 내지 부작위를 대상으로 행정소송을 제기할 수 있다. 이때 피고적격은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 처분행정청(피소청인)에게 있다.[34] 다만, 재결 자체에 고유한 위법이 있는 경우에 한하여 그 재결을 대상으로 항고소송을 제기할 수 있으므로, 소청결정 자체에 고유한 위법을 주장하는 경우에는 예외적으로 소청심사위원회가 피고가 된다.[35]

그러나 피소청인은 원칙적으로 소청결정에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없다. 법원은 행정심판 상 피청구인(처분행정청)에게 불복을 허용한다면 행정의 자기통제에 반하고 국민의 신속한 권리구제를 지연시키므로, 피청구인은 행정심판법 제49조 제1항의 재결의 기속력에 따라 재결에 불복할 수 없다는 입장이다.[36] 이에 따라 특별행정심판인 소청에서도 피소청인(처분행정청)은 행정소송상 원고적격을 부여받지 못하고 있는 것이다.[37]

다만, 예외적으로 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법상 사립학교 교원이 제기한 교원소청심사에 있어서는 소청인 뿐만 아니라 피소청인인 사립학교법인 등도 결정에 불복하여 제소할 수 있다.[38] 이는 헌법재판소가 사립학교 교원에 의한 소청결정에 관하여 학교법인의 불복제소권을 배제한 구법 조항에 대하여 학교법인 등의 재판청구권 등을 침해한다는 이유로 위헌결정을 하였기 때문이다.[39] 이에 따라 행정소송의 원고적격을 부

33) 인사혁신처 소청심사위원회(주14), 81면.
34) 국가공무원법 제16조, 지방공무원법 제20조의2, 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 제10조 제3항, 행정소송법 제13조 제1항, 제20조.
35) 대법원 1993. 8. 24. 선고 93누5673 판결.
36) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97누15432 판결.
37) 서보국, "행정심판제도의 기능과 책임성 강화에 대한 고찰", 「법학연구」 제28권 제3호, 2020, 112-114면.
38) 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 제10조 제3항.
39) 이 사건에서 헌법재판소는 학교법인에게 소청결정에 불복할 제소권한을 부여한다고 하여 사립학교 교원의 권리구제에 공백이 발생하는 것도 아니고 학교법인은 교원과 사법적 고용계약을 형성하는 일방 당사자에 불과하므로, 당해 조항은 학교법인의 재판청구권 등을 침해

여받은 학교법인 등은 교원소청심사위원회의 결정에 불복하려는 경우 위원회의 소청결정이 원처분이 되므로 소청결정을 소송대상으로 삼고 위원회를 피고로 하여 행정소송을 제기할 수 있다.[40]

Ⅲ. 소청심사기관의 독립성과 전문성 검토

1. 소청심사기관의 독립성 검토

가. 독립성의 의의-인적 독립성을 중심으로

앞서(Ⅰ.) 살펴보았듯이, 소청심사제도와 관련된 공정성 문제는 ① (국민적 시각에 비춰) 소청결정의 구제 인용률이 과도하게 높은 점, ② 소청결정이 비위행위 등 징계사유에 대한 객관적 평가 이외에 소청인의 직급, 근무지 등에 영향을 받는 점, ③ 각 소청심사기관별 구제인용률의 큰 편차 및 유사 사례에 대해 다른 소청결정 등으로 인한 법질서의 통일성 저해된다는 점 등을 들 수 있다.

이러한 소청심사의 공정성 문제가 제기되는 직접적인 원인은 소청심사위원회의 독립성 부족에서 찾을 수 있다. 소청심사위원회는 사법적 기능을 하는 업무의 특성상 이해관계인과 중립적인 위치에서 의사 결정하여야 하나, 그렇지 못하다면 소청인 내지 소속기관과의 관계에 치우친 소청결정을 도출할 수 있기 때문이다.

이러한 독립성은 기관의 법적 지위와 수행할 임무가 구체적으로 규정될 것을 뜻하는 법적 독립성, 기관 구성원의 임면 및 인력 운영에 대한 외부적 영향력의 차단을 뜻하는 인적 독립성, 특정 기관이 부여된 업무 권한에 대해 외부적 개입에서 벗어나 스스로 의사결정하여 직무를 수행할 수 있는 것을 뜻하는 기능적 독립성, 부여된 직무를 수행하는 데 필요한 물적 자원을 충분한 확보하는 것을 뜻하는 재정적 독립성으로 구성된다.[41]

소청심사기관의 경우 관계 법령상 그 법적 지위와 수행할 권한의 범위는 비교적 명확하

한다고 보았다.
헌법재판소 2006.2.23.선고 2005 헌가7, 2006헌마1163(병합) 결정.
40) 송도인(주4), 46면-48면.
41) 최승필/임현/서승환(주32), 18~20면.

고(법적 독립성), 심사 및 의결에 있어 재원의 확보가 문제가 되는 경우는 거의 없다(재정적 독립성). 또한, 소청심사에 관하여 공식적으로는 소속기관으로부터 어떠한 지시나 감독을 받거나 소청결정에 외부기관의 동의 등을 요하지 않는다(기능적 독립성). 그럼에도 불구하고 앞서 살펴본 바와 같이 소청인용률 등이 소청인의 직급, 근무지 등에 의해 영향을 받아 공정성 문제가 나타나는 주된 원인은 인적 독립성의 부족이라고 할 것이므로 이하에서는 이러한 소청심사기관의"인적 독립성"에 대해 검토하고자 한다.

나. 소청심사기관의 인적 독립성 평가

관계 법령상 소청심사기관은 기본적으로 의사결정의 신중성과 독립성을 확보하기 위해 합의제 행정기관(위원회)의 형태로 운영되고 있다. 이에 따라 위원장과 위원 등의 임명(구성)이 위원회가 소속된 기관의 영향력으로부터 어느 정도 벗어나 있는지를 살펴보아 소청심사기관의 인적 독립성을 평가할 수 있다.

앞서(Ⅱ.2.나.) 살펴보았듯이 현재 소청심시기관은 인사혁신처, 각 광역지자체와 시·도 교육청, 교육부 등 행정기관에 소속된 소청심사위원회인데 그 위원을 구성할 권한은 전적으로 각 소청심사위원회가 소속된 행정기관이 행사한다.[42] 이렇듯 임명(제청)권의 분배가 특정한 한 기관에 전속되어 있을 뿐만 아니라, 구체적인 선발절차도 공개경쟁을 거치도록 법제화되어 있지 않고 전적으로 소속 행정기관의 재량에 맡겨져 있다.[43]

따라서 우선 임명(제청)권의 분배 측면에서 현행 소청심사위원회의 구성방식을 개선할 필요가 있다. 인적 독립성을 보장하기 위한 구성원의 임명방식을 ① 일정한 자격요건을 설정하는 방법, ② 임명에 개입하는 기관을 다단계, 다층화하는 방법-가령 의회, 법원, 관련 전문단체 등에 임명권을 분산하는 방식-으로 구분할 수 있다.[44] 이때, 후자(②)의 방법은 비록 절차가 번거롭지만, 임명권을 분산하여 의사결정기구의 구성원와 장(長)이 특정한 한 기관의 기호와 의사에 의하여 결정되지 않도록 하여 그 편향성을 극복하는 데 더 효과적이다.

현재 각 소청심사위원회의 구성 방식은 상기한 전자(①)의 방법-법조인, 대학 교수, 고위

42) 시·도 지방(교육)소청심사위원회의 위원은 시· 도지사와 교육감이 임명하고 인사혁신처 소청심사위원회와 교육부 교원소청심사위원회는 인사혁신처장과 교육부장관이 제청하여 대통령이 임명한다.

43) 최병호/김도현/오정일, "소청심사위원회의 양정 행태에 관한 경험적 연구::경상북도 소청심사위원회를 중심으로" 「행정논총」제55권 제3호, 2017, 97면.

44) 최승필/임현/서승환(주32), 18~19면

공무원 등을 소청심사위원의 요건으로 설정-에 해당한다. 이러한 방법도 자격 요건을 세밀하게 법정화한다면 인적 독립성 확보에 어느 정도 기여할 수 있다. 그러나, 대개 그러한 자격 요건에 해당하는 인력의 풀(Pool)이 커 결국 소청심사위원회 소속 행정기관의 기호에 의해 위원회의 구성이 좌우되므로 후자(②)의 방법-임명권의 다층화, 다단계화-을 채택하지 않고 있다는 사실은 인적 독립성 부족의 한 요인이 된다.

한편, 위원의 선발절차 측면에서도 현행 소청심사위원의 선발절차는 개선되어야 한다. 미국의 경우에는 소청심사기관인 실적제보호위원회(MSPB, Merit System Protection Board)는 인사관장기관인 인사관리처(OPM, Office of Personnel Management)와는 독립된 기관이며, 공개경쟁을 통해 소청심사를 관장하는 위원인 행정법판사와 행정심판관(행정판사)를 선발하고 위원회가 그들을 임명한다.[45)]

물론, 단순히 공개채용을 시행한다고 해서 선발의 공정성과 인적 독립성이 담보되는 것은 아니다. 더 나아가 서류전형 및 면접전형 등의 공개채용절차도 주관성이 개재될 수 있는 만큼 선발 과정이 공정하도록 여러 가지 제도적 장치-선발과정을 한 기관에서 전담하지 않고 다양한 기관에서 주관하는 등-가 강구되어야 한다. 이러한 점에 비춰 현재와 같이 공개채용절차 없이 소청심사위원을 지연과 학연 등 인맥에 기초하여 선발하는 것은 가능하도록 허용하는 것은 인적 독립성 저하의 주된 요인이 된다.

2. 소청심사기관의 전문성 검토

가. 직무상 전문성의 의의- 법률전문성과 심사대상 업무에 대한 이해도

상기한 3가지 차원에서의 공정성 문제는 소청심사기관의 전문성 부족에서도 기인한다. 소청심사위원들은 징계사유의 입증 정도를 법률적으로 평가하고 유사 사례와의 비교·분석을 통해 징계 등의 형평성을 객관적으로 검토하여 적법·타당한 소청결정을 도출하여야 한다. 그러나 이러한 직무 특성상 요구되는 전문성을 갖추지 못할수록 위원회가 소속된 기관의 입장이나 소청인과 동류의식 등에 종속되어 소청결정을 할 수밖에 없기 때문이다.

소청심사기관은 징계사유와 관련된 구체적인 사실관계를 파악하고 이에 대해 법령을 해석·적용하여 징계 기타 불이익 처분의 적법·타당성을 판단하는 사법기능을 수행한다. 이

45) 전현철(주5), 148~149면.

러한 소청심사에 요구되는 직무상 전문성은 법률지식, 결정문(재결) 작성과 관련된 기술, 심문기법, 심사 관련 자료수집·분석상 전문성, 소청당사자의 업무내용(사실관계)에 관한 전문성 등으로 구분할 수 있다.

이에 대해 소청심사"위원"이 갖추어야 할 핵심적인 직무상 전문성은 법률지식, 심문기법 등과 같은 "법률전문성"과 "심사대상이 되는 업무 내용(사실관계)에 대한 이해도"라고 할 수 있다. 구체적인 소청결정문의 작성과 소청심사 관련 자료의 수집·분석과 같은 세부적인 실무작업은 소청심사위원이 결정 취지와 주요 이유에 대해 합의가 이뤄진 후 그 취지에 따라 위원회를 보좌하는 행정"직원"들이 담당하기 때문이다. 따라서 이하에서는 우선 소청심사기관의 주된 의사결정을 담당하는 소청심사위원들이 이러한 두 구성 요소를 소 어느 정도로 갖추고 있는지를 검토하고, 행정직원들의 전문성에 관련된 부분을 논하고자 한다.

나. 소청심사기관의 직무상 전문성 평가

(1) 소청심사위원의 전문성

이에 따라 관계 법령상 각 소청심사위원회는 법조인(법관·검사·변호사)과 법률학 교수 등 법률전문성을 갖춘 외부위원을 일정 부분 포함하도록 구성되어 있다. 특히 시·도 지방(교육)소청심사위원회는 상기한 법률전문가들이 각 회의의 구성원 6명 중 5명 이상을 점하도록 하고 있다. 한편, 관계 법령상 소청심사위원으로 고위직 공무원들을 비롯하여 일정 경력 이상 교원, 사립학교 임원 등 소청당사자와 관련된 업무 내용에 대한 이해도를 가진 인력도 선임되도록 규정되어 있다.

이에 대해, 소청심사제도가 사법적 기능을 수행하는 만큼 소청심사위원은 그러한 사법적 기능의 수행에 적합한 법률전문가로 구성되어야 하는데 소청심사위원으로 법률전문가 아닌 행정공무원, 교원 등이 소청심사위원회를 구성하는 것은 지양되어야 한다는 견해가 제시된다.[46] 이러한 견해는 행정공무원과 교원 등은 심사대상이 되는 사실관계에 대해 해박할 수는 있어도 규범적 판단의 전문가가 아니고 소청인과 동류의식에 따라 공정성을 저해할 수 있는 판단을 할 우려가 있음을 지적하다. 그리고 미국의 실적제보호위원회의 경우와 같이 소청심사위원을 일정한 법조 경력이 있는 변호사 중에서 선발하고, 심사위원을 모두 상근직화하여 소청심사의 전문성과 책임성을 제고하자고 주장한다.[47]

46) 전현철(주5), 148~149면.

물론, 소청심사위원회가 사법적 기능을 수행함에 있어 불편부당한 위치에 있어야 하는 심사위원이 소청당사자와 연대의식을 갖는 등으로 영향을 받는 것은 결코 바람직하지 못하다. 따라서 상기한 견해가 소청심사위원에게 요구되는 직무상 전문성 중"심사대상이 되는 업무 내용(사실관계)에 대한 이해도"를 제고하기 위해 "법률전문성"을 저해하는 것은 지양하여야 한다는 취지라면 이는 타당하다.

다만, 비록 소청심사가 행정소송에 비해 불완전한 약식쟁송임에도 그 고유한 가치를 인정받는 이유는 법원의 부담 경감 이외에도 분쟁해결에 있어 심사대상인 행정업무에 관한 전문지식을 활용할 수 있기 때문이다.[48] 따라서 소청심사의 대상이 되는 업무내용에 대한 높은 이해도를 가진 행정공무원, 교원 등이 소청심사위원회를 구성하여 사실관계에 대한 보다 신속·정확한 파악을 할 수 있는 점은 활용할 필요가 있다.

더욱이 법률전문가 등 외부위원도 자신을 임면하는 기관(소청심사위원회가 소속된 행정기관)으로부터 영향력을 받을 수 있다는 점에서 공정성의 문제가 전적으로 행정공무원, 교원 등이 소청심사위원을 맡는 것에서 기인하는 것도 아니라고 할 것이다.

다만, 현재 소청심사제도에서는 법률전문성을 갖춘 위원과 업무 내용(사실관계)에 대한 이해도를 갖춘 위원이 사실관계에 대한 심리뿐만 아니라 법률적 쟁점에 관한 판단에도 그 역할 구분 없이 동일한 의결건을 행사하는 것은 소청심사의 전문성과 결정의 적법성을 저해하는 원인이 되므로 이에 대한 개선이 이뤄져야 한다.

(2) 사무직원의 전문성

한편, 국가 단위에 설치된 소청심사기관(인사혁신처 소청심사위원회, 교육부 교원소청심사위원회)의 행정직원들은 전국 단위의 소청사건의 처리를 전담하면서 소청결정문의 구체적인 작성과 소청심사 관련 자료의 연구·분석에 있어 전문성을 축적할 수 있다.

반면, 개별 지방단위에 설치된 소청심사기관(지방소청심사위원회, 교육소청심사위원회)의 행정직원들은 대개 법무부서나 기획부서 등에 근무하면서 송무, 행정심판, 법제 등의 업무를 병행하므로 직원에게 소청업무에 필요한 전문성을 도야할 기회가 상대적으로 부족하다.

이러한 점은 지방 단위 소청심사기관에서 행정직원들의 보좌를 받는 소청심사위원들이

47) 전현철(주5), 138~148면.
48) 박정훈, "행정심판법의 구조와 기능", 「행정법연구」제12호, 2004, 245면.

전국 단위에서 다양한 사례들 심도 있게 비교·분석하여 공정성을 갖춘 소청결정을 내리기 어렵게 만드는 한 원인이 된다. 따라서 특히 지방 단위 소청심사의 공정성 제고를 위하여 소청심사기관을 소청업무 전담기관화할 필요성이 있다.

Ⅳ. 소청결정에 대한 통제수단의 검토

1. 소청결정에 대한 통제수단의 필요성

앞서(Ⅰ.과 Ⅲ.) 살펴보았듯이 현행 소청심사제도에서 공정성 문제는 크게 3가지 즉, ① (국민적 시각에 비춰) 과도하게 높은 소청인용률, ② 소청결정이 이해관계인(소청인, 소청심사위원회 소속기관)의 영향을 받는 점, ③ 소청결정의 일관성·통일성 저하 등이다. 그동안 정부 차원에서는 이러한 소청심사제도의 공정성 문제를 해결하기 위하여 외부인사를 위원회에 일정 비율 포함하도록 법제화하는 등 소청심사위원회의 제3자성(독립성)과 전문성 제고를 위해 노력해왔다. 이러한 노력은 소청심사기관에 대한"내부적"인 개선방안에 해당한다.

그러나, 소청심사는 (행정소송에 비해) 간이·신속성이 강조되는 불완전한 약식쟁송절차이고, 본질적으로는 일종의 "자기심판(자기통제)"에 해당한다는 점에서 이러한 노력만으로 공정성 문제를 근원적으로 해소할 수는 없다. 따라서 소청결정의 공정성에 관하여 국민적 동의를 받기 위해서는 "내부적"으로 소청심사위원회의 독립성과 전문성을 제고하는 것뿐만 아니라, 소청결정에 대해"외부적"인 적법·타당성 통제장치도 갖추는 것이 필요하다.

이러한 외부적인 통제장치로는 소청심사기관과 독립되어 특별권력관계(공무원관계)의 통일적 법질서 확립을 도모할 수 있는 행정기관이 재심을 요구하는 것도 유효한 수단이 될 수 있다. 그러나 이러한 역할을 할 수 있는 감사원, 중앙인사관장기관 등도 (국가 단위인지 지방 단위인지의 차이는 있으나) 본질적으로 소청심사위원회와 같이 행정부에 속한 조직이고, 외부인사들이 일정 비율 포함된 소청심사위원회에 비하여 반드시 그 전문성이 우위에 있다고 단정하기도 어렵다.

이러한 취지에서 국가공무원법 및 감사원법에서는 중앙인사관장기관에 의한 재심 요구 제도를 폐지하였으며, 감사원의 재심 요구도 감사원이 기존에 파면을 요구한 사안과 같이

비위행위가 중대·명백한 경우에 한정하고 있다. 특정한 행정기관의 소청심사위원회에 대한 통제는 자칫 소청심사위원회의 독립성과 전문성을 훼손할 수도 있다는 점에서 이러한 입법의 태도는 타당하다.

따라서 소청결정에 대한 적절한 외부적인 통제장치로는 사법기관에 의한 심사를 들 수 있다. 행정부로부터 독립된 법관에 의한 심급별 판단이 행정기관에 의한 통제보다 실체적·절차적 정당성을 갖춰 소청결정에 대해 보다 객관적인(적법한) 평가가 이뤄질 것이기 때문이다. 그리고 특정 행정기관의 해석에 의존하기보다 상급심 법원에 의한 확정판결이 제시되는 것이 공무원 내부관계에 대한 법해석의 통일성 확보에도 유리할 것이다.

그러나 앞서 살펴보았듯이 법원은 소청인이 소청결정에 불복하여 행정소송을 제기하는 것만을 허용할 뿐 피소청인(처분행정청)이 소청결정에 불복하여 행정소송을 제기할 수는 없다고 새기고 있다. 따라서 이하에서는 상기한 소청심사의 문제점들에 대응하기 위한 요청으로 피소청인의 불복제소권(행정소송의 원고적격) 부여가 입법 정책적으로(논리적으로) 가능한지에 대해 검토하고자 한다.

【표2. 소청결정에 대한 통제】

구분	주체	수단	허용여부	요건
행정적 통제	감사원	재심요구	가능	감사원이 파면 요구한 사항
	중앙인사 관장기관	재심요구	불가	-
사법적 통제	소청인	제소 및 사법심사	가능	제소기간, 피고적격, 관할법원 등의 준수(행정소송법)
	피소청인	제소 및 사법심사	불가	-

2. 피소청인의 불복가능성에 대한 검토

소청심사는 일종의 특별행정심판이고 소청결정은 재결과 같은 법적 효력을 가진 것으로 이해되는바, 이러한 입장에서 관계 법령상 피소청인의 불복 제소권(행정소송의 원고적격)

이 인정되지 않는 근거는 다음과 같이 분류할 수 있다.[49]

① 피소청인이 소청결정에 대해 불복하는 것은 소청심사(행정심판)의 기능인 행정상 자기통제를 파기한다. ② 피소청인에게 소청결정에 관한 불복을 인정하면 소청인의 신속한 권리구제가 지체된다. ③ 관계 법령상[50] 소청결정의 기속력을 규정하고 있으므로 피소청인은 소청결정에 기속되어 이에 불복하여 제소할 수 없다.

따라서 이하에서는 상기 3가지 논거들을 검토하여 소청결정에 대한 외부적 통제장치로서 피소청인에 의한 불복 제소권 도입의 타당성을 살펴보고자 한다.

가. 피소청인에 대한 제소권 부여가 행정상 자기통제에 반하는지 여부

현행 소청심사제도에서 행정의 자기통제는 피소청인(처분행정청)이 부과한 징계 기타 불이익 처분의 위법·부당성을 배제하기 위해 제3자성(독립성)을 일정 부분 획득한 소청심사기관이 징계 등을 심사할 기회를 가지는 데 있다.[51][52] 즉, 소청심사기관과 피소청인의 관계를 감안할 때 소청심사제도는 광의의 행정부 내에서 통제장치이지 엄밀한 의미에서의 자기통제에 해당하지는 않는다. 더욱이, 소청심사를 통한 "자기통제"의 목적은 행정부 내부의 적법·타당성 확보이지, 피소청인과 소청심사위원회의 위계질서 확인이 아니다.

따라서 피소청인이 제3자(독립된 소청심사위원회)가 내린 위법·부당한 행정작용(소청결정)에 불복 제소하여 행정부 내부의 적법·타당성을 확보하고자 하는 것을 자기모순이라고 할 수는 없다. 피소청인의 제소와 사법심사를 통해 소청결정의 적법·타당성이 제고된다면 이는 행정의 자기통제의 궁극적인 목적 달성에도 기여하는 것이다. 오히려 피소청인의 제소권을 배제하여 소청결정의 위법·부당성을 제거할 가능성을 차단하는 것이 행정부 내부의 적법·타당성 통제를 위한 행정의 자기통제 기능을 저해한다.

나. 피소청인에 대한 제소권 부여가 신속한 권리구제에 반하는지 여부

소청인(공무원)의 신분상 조기 안정 즉, 신속한 권리구제는 중요한 가치임은 분명하다.

---

49) 대법원 1998.5.8.선고 97누15432 판결.
50) 국가공무원법 제15조, 지방공무원법 제20조, 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 제10조의3.
51) 김영천/최윤영(주13), 268~269면.
52) 이러한 소청심사위원회의 제3자성(독립성) 확보는 소청결정의 공정성 제고 차원에서 바람직한 것으로 여겨진다. 이와 같은 모습은 "광역지자체"에 설치된 소청심사위원회와 징계 등을 부과한 행정청인 "기초지자체(장)"의 관계에서 가장 여실하게 나타난다.

그러나 징계 등의 원인이 된 공무원이 비위행위에 대한 충분한 심사를 통한 법치주의를 확립하고 이를 통해 공직사회가 對국민적 신뢰관계를 회복하는 것 역시 몰각될 수 없는 가치이다.

한편, 현재도 소청인이 될 수 있는 사립학교 교원의 경우 교원소청심사만으로 분쟁이 종결되지 않고 학교법인 등이 소청결정에 불복할 경우 행정소송 등으로 나아갈 가능성이 있다.[53] 이렇듯 (교육)공무원이 아닌 학교법인 등과 사법상 고용관계에 있는 사립학교 교원의 신분보장을 두고서도 그 권리구제의 신속성을 절대적으로 우선시하는 것이 아니라 소송을 통한 징계 등 불이익 처분을 둘러싼 분쟁의 종국적 해결과 절차적 정당성을 도모하는 것이다.

또한, 공무원은 징계 기타 불이익을 쟁송을 통해 확정적으로 취소시킨 뒤에는 사립학교 교원 등과 비교할 때 복직 및 보수의 소급 지급 등에 있어 관계 법령상 더 두터운 법적인 보호를 받는 것이 일반적인 모습이다.

그렇다면 전체 국민에 대한 봉사자로서 책무성이 강조될 뿐만 아니라 그 신분의 안정성이 확보된 공무원에 대해 "사법상 고용관계에 있는 국민"(사립학교 교원)의 경우보다 특별히 그 권리구제의 신속성을 더욱 강조하여야 하는 논리적인 이유를 찾기도 어렵다.

이러한 점들을 고려할 때, 피소청인의 소청결정에 대한 불복이 소청인과의 보복적 감정 내지 오기 등에 기인하여 제소권 남용이 되지 않도록 통제한다면, 피소청인에 대한 제소권(원고적격) 부여는 공무원의 신분안정과 특별권력관계의 질서 확립, 對국민적 신뢰회복이라는 가치를 충족할 수 있는 적절한 수단이 될 수 있다.

다. 피소청인에 대한 제소권 부여가 소청결정의 기속력에 반하는지 여부

피소청인의 소청결정에 대한 제소는 결정의 기속력에 반한다는 주장은 실정법 규정[54]에 근거를 두고 있다. 그런데, 앞서(Ⅱ.3.가.) 살펴보았듯이, 이 기속력 규정은 정당한 (준)사법적 판단(결정 등) 내려졌음에도 피소청인이 소청인의 권리회복을 도외시하는 것을 방지하기 위함이다(소청결정의 실효성 확보). 따라서 그러한 규정을 이유로 피소청인이 제소하여 정당한 사법적 판단(확정판결)을 받아 그 기속력에 따라 분쟁의 종국적 해결을 도모(소청인

53) 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 제10조 제3항.
54) 국가공무원법 제15조, 지방공무원법 제20조, 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 제10조의3.

권리회복 내지 원처분의 유지)하는 것까지 금지함은 지나친 제한이다.[55]

한편, 소청결정이 내려져 기속력이 발생한 상황에서 피소청인에 의해 불복 제소가 이뤄져 법률관계가 모순되는 상황이 발생할 수 있다. 그러나 이는 소청인(원고)이 처분의 집행정지 등을 구할 수 있는 것과 마찬가지로 피소청인이 재처분의무 등의 잠정적 정지를 구할 법적 수단을 마련하여 해소할 수 있는 것이다.[56]

더욱이 확정판결의 기속력은 소송당사자가 심급을 거치며 불복수단을 모두 소진하여 더 이상의 불복가능성(승소가능성)이 차단되어 그 결과로 기속력이 발생하는 것이다. 반면에, 소청결정의 기속력은 약식쟁송 절차인 소청심사를 단심으로 거쳤을 뿐 다른 불복수단(소송)을 전혀 소진하지 않은 상황에서 먼저 기속력을 발생시키고 그 결과 불복가능성을 원천적으로 차단하는 것은 논리적으로 타당한 귀결이라고 볼 수 없다. 따라서 피소청인에 의한 불복가능성의 허용 여부는 입법 정책적인 선택의 문제라고 할 것이다.

라. 소결

소청결정에 대하여 피소청인의 제소권을 배제하는 근거가 되는 행정의 자기통제, 공무원 권리구제의 신속성, 소청결정(재결)의 실효성 확보(기속력) 등은 그 자체로서는 타당한 가치이다. 그러나 이러한 가치들은 소청결정의 적법·타당성의 확보라는 법치주의적 요청을 충족하는 전제에서만 그 의미가 있다.

나아가 다른 행정심판의 재결에 비해 소청결정은 적법·타당성 통제의 필요성이 크다. 앞서 살펴보았듯이 국민으로부터 소청심사제도가 비위공무원에 대한 징계감경수단 내지 제식구 감싸기 수단이라는 오해를 받는 경우가 빈번하기 때문이다. 이러한 오해를 불식시키고 행정 내부의 적법성을 확보하기 위해서 소청결정에 대한 외부적 통제장치(제소)를 마련하는 것이 필요하다.

한편, 약식쟁송의 결과인 소청결정에 대해 피소청인의 불복제소가 배제된 것과 달리 소송단계에서는 법원 판결이라고 할지라도 피소청인(피고)은 불복상소권을 임의로 포기할

55) 김용섭, "재결의 기속력의 범위를 둘러싼 논의", 「인권과 정의」 제354권, 2006, 215면.
조성규(주30), 163면.
서보국(주37), 118-120면.
홍정선, "행정심판의 피청구인으로서 지방자치단체의 원고적격", 「지방자치법연구」제7권 제1호, 2007, 14면.
문상덕, "지방자치제도의 활성화와 행정소송 : 지방자치 관련 대법원판례 검토를 중심으로", 「행정법연구」통권 제 25호, 2009, 104면.
56) 조성규(주30), 164면.

수도 없다. 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」(이하 국가소송법이라 한다.)에 따라 상소포기 등 중요 소송행위는 법무부의 지휘를 받아야 하기 때문이다(소송지휘제도).[57] 이를 통해 국가는 피소청인(피고)이 소청인과의 관계 등 내부적인 이해관계에 의해 적극적으로 징계처분의 당위성을 주장하지 않고 하급심 판결에 만연히 동의하여 상소를 포기하는 것을 방지하고 있다.[58]

이상의 점들을 고려할 때, 소청결정의 적법 · 타당성 통제장치로 피소청인의 제소에 의한 사법적 심사를 활용하는 것은 그 필요성이 인정된다. 다만, 소청인 등 소청당사자의 법적 지위를 지나치게 장기간 불안정하게 하지 않도록 피소청인에 의한 제소권 남용을 통제할 장치의 마련이 요구된다고 하겠다.

Ⅴ. 소청심사제도의 개선방안

1. 소청심사기관의 인적 독립성 제고

가. 통합된 지방소청심사위원회의 설치

(1) 국가 단위 지방소청심사위원회 설치의 필요성

(가) 공정성 문제에 대한 대응

앞서 살펴보았듯이 현재 지방공무원법에 따라 지방·교육 소청심사위원회는 광역지자체 단위에서 설치되어 시·도지사와 교육감이 소청심사위원에 대한 임면권을 행사한다. 한편, 지방공무원법은 법조인과 법률학 부교수 등을 외부위원으로 일정 비율 이상 구성하게 되어 있으나, 대개 (공개경쟁절차도 없이) 지연과 학연에 따라 지역의 변호사나 교수 등이 위촉

57) 국가소송법 제6조 제1항, 같은 법 시행령 제8조.

58) 일례로 한 지방자치단체가 징계처분 취소사건에서 직원과의 관계 등을 이유로 1심 패소 후 항소를 포기하려 하였으나 법무부(검찰청)가 적극적으로 항소를 독려하여 당해 지자체가 최종심에서 승소한 사건이 있다. 이 사건에서 지자체 소속 공무원(원고)은 근무지 무단이탈 32회, 출퇴근시간 미준수 23회 등을 이유로 소속 지자체(피고)로부터 정직 3월의 처분을 받자 이에 불복해 취소소송을 제기하였다. 그 결과 1심에서는 비슷한 시기 비위행위를 범한 다른 공무원에 비해 징계가 과중하다는 이유로 원고 승소판결을 선고하였다.

그러자 지자체는 조직과 소속 직원과의 대립이 바람직하게 보이지 않는 점 등을 들어 항소포기 의견을 제시하였으나 법무부는 당해 직원의 비위 정도가 중하고, 조직과 소속 직원과의 대립이 바람직하지 않다는 이유로 소송을 포기하는 것은 납득할 수 없다고 하여 항소 제기하도록 지휘하였다. 항소 제기 후 항소심과 대법원에서는 지방자치단체(피고)가 승소하였다.

광주고등법원 2016.9.8.선고 2016누3702 판결 정직처분취소사건.

법무부, 「행정소송사례집(제38집)」, 과천, 법무부, 2017, 169~172면.

되는 것이 일반적이다.

이에 비록 지방공무원법은 지방·교육 소청심사위원회의 각 회의 구성 시 내부공무원 위원이 위원 6명 중 1명을 넘지 못하도록 규정하고는 있으나,[59] 외부위원의 임명권이 전적으로 광역지자체에 있는 상황에서 외부위원이라고 할지라도 소청심사 과정에서 지역의 인적 네트워크나 소속기관과의 유대를 고려하지 않을 수는 없다. 이러한 지방 단위 심사위원회의 저조한 인적 독립성은 그 소청결정이 소청인의 직급이나 근무지 등에 영향을 받게 하고 지역별 소청인용률에 상당한 편차를 초래하는 등 공정성 문제를 유발하는 주요 원인이 된다.

이러한 문제점을 시정하기 위하여 각 소청심사위원회가 비위 사례별로 공통적인 소청심사결정의 기준을 제정·공유하여 소청심사결정의 형평성과 예측가능성을 제고하자는 방안, 징계 및 소청심사 관계공무원의 인적교류, 비교 연수 등을 통한 역량강화를 우선시하여야 한다는 방안 등이 제시되었다.[60]

이러한 방안들은 현행 소청심사제도의 개선에 기여할 수 있는 부분이 분명 존재한다. 그러나, 첫째, 범례화된 소청심사 결정기준이 제정되어도 소청심사위원들이 자신을 임명·위촉하는 광역지자체로부터의 영향력에서 자유로울 수 없다면 구체적인 심사에서 그 결정기준을 일관되게 적용할 것을 기대하기는 어렵다. 둘째, 실제로 소청심사 결정을 내리는 것은 결국 소청침사위원인데 이들이 내리는 결정의 내용이 달라지지 않는 한, 소청심사 관계 공무원이 전문성이 제고되어 사안 정리 및 재결문 작성 등 관련된 부수적 업무 수행능력이 향상된다고 할지라도 소청심사의 공정성 문제를 근원적으로 개선하는 데는 한계가 있다.

그러므로 소청심사의 공정성 문제에 대한 보다 근원적·실효적인 개선방안은 광역지자체 및 교육청 소속 직원에 대한 소청심사를 관장하는 독립된 통합 지방 소청심사위원회[61]를 국가 단위[62]에서 구성하는 것이다(지방공무원법 개정 등 법적 근거의 신설).

59) 지방공무원법 제14조 제4항.

60) 최병호(주7), 153~158면.

61) 시·도별 "지방소청심사위원회"와 "교육소청심사위원회"를 하나의 지방소청심사위원회로 통합하는 것이다. 시도교육감 소속 교육전문직(장학관, 장학사, 연구관, 연구사 등)은 교육청 등에서 수업이나 연구가 아닌 행정업무를 주로 담당하지만 그 업무의 내용과 특성이 교원과 유사하다는 이유로 이유로 교원과 함께 이들의 소청심사를 교원소청심사위원회에서 관장한다. 마찬가지로 교육청 소속 일반직 지방공무원들은 소속은 교육청 등이나 실제 수행하는 업무는 총무, 시설, 계약 등으로 지자체 소속 일반직 지방공무원들과 유사하므로 이들의 소청심사를 통합된 지방소청심사위원회에서 함께 관할하는 것이 타당할 것이라고 본다.

62) 통합된 지방소청심사위원회는 행정안전부나 인사혁신처 등에 소속되어 위원회 운영을 보좌할 행정직원 등을 지원받아 전국 단위 위원회 운영의 경험을 전수받는 것이 합리적이라고 본다.

(나) 자기통제성(지방자치의 존중)에 대한 검토

한편, 국가 단위의 통합적 지방소청심사위원회의 설치가 지방자치단체의 자치권에 대한 불합리한 침해 내지 지방자치에 역행하는 것이라는 우려가 제기될 수 있다. 그러나, 국가 단위 통합적 지방소청심사는 소청심사가 가지는 행정부 내 자기통제기능의 구현을 지원하기 위한 것으로 자치권 행사에 대한 과도한 제약이라고는 할 수 없다.

즉, 소청심사와 같은 행정심판의 자기통제기능이 정상적으로 수행되기 위해서는 국가와 지방자치단체를 포함한 행정부 내부에 판단기준의 통일성이 갖춰져야 한다. 또한, 행정부가 가진 전문성이 효과적으로 활용되기 위해서는 사안에 따라서는 국가 단위로 행정심판이 이루어지는 것이 바람직하다.[63] 따라서, 국가 단위에 설치된 통합적 지방소청심사위원회는 지방자치단체 등의 징계권 등을 사전에 잠탈하려는 것이 아니라 소청결정의 통일성과 소청심사의 전문성을 도모하기 위한 것인바 이의 설치를 두고 자치권 훼손이라고 할 수는 없을 것이다.

또한 후술하듯이 피소청인이 되는 지방자치단체에게 국가 단위에 설치될 지방소청심사위원회의 결정이 위법할 경우 이에 불복하여 제소할 권한을 부여한다면, 국가 단위 통합적 지방소청심사위원회 제도는 적법한 자치권(징계 등 불이익 처분을 할 권한) 행사의 보장에도 기여할 수 있다.

나아가, 국가 단위 통합적 지방소청심사위원회는 소청인이 되는 지방공무원의 권리구제의 실효성 제고를 통해 지방단위 직업공무원제도의 안정에 기여한다. 유사한 사례로 국가 단위에 설치된 교원소청심사위원회는 시·도 교육감이 관리하는 (국·공립)교원 뿐만 아니라 지방공무원인 교육전문직원의 소청심사도 관할한다. 이는 과거 시·도 교육감 소속으로 설치된 교육소청심사위원회에서 지방공무원인 교육전문직원의 소청을 담당하던 것을 소청인의 권리구제 강화와 심사의 전문성 도모를 위해 법 개정을 통해 교원소청심사위원회에서 관장하는 것으로 개정한 것이다.

반면, 교육소청심사위원회의 경우 징계위원회와 소청심사위원회가 모두 동일한 인사권자(교육감) 소속으로 존재하고 평소 인사권자의 지휘·감독을 받는 공무원 위원이 소청심사를 담당하여 소청심사위원회가 기관장의 권력 사유화 수단으로 오용될 수 있다는 평가를 받는다.[64] 이러한 점들을 고려할 때, 국가 단위 통합적 지방소청심사제도는 소청인이 되는

63) 헌법재판소 2014. 6. 26. 2013헌바122결정.
64) 박호수, "교원소청심사위원회와 교육소청심사위원회의 제도 비교", 한국교원대학교 석사학위 논문, 2019, 53~56쪽.

지방공무원의 적정한 신분보장을 통하여 지방단위 직업공무원제도의 안정에도 기여하는 것으로 볼 수 있다.

(2) 통합된 지방소청심사위원회의 구성

(가) 위부위원의 구성

이렇듯 통합된 지방소청심사위원회의 전체 위원은 현행과 같이 외부위원(법관·검사·변호사, 법학 부교수 이상)과 공무원 위원으로 구성하되 외부위원은 대법원, 법무부, 대한변협, 교육부 등이 지원자를 공개채용절차를 거쳐 선발하여 그 선발된 인원을 위원회 소속기관에 추천하고 그 소속기관에서 이들을 임명하는 것이다. 그리고 외부위원 중에서 호선된 위원장 1인은 상임위원으로 보하여 각 심사위원회 회의를 구성할 위원을 지정하고 위원회를 통할하게 할 필요가 있다.

(나) 공무원 위원 등의 구성

한편, 공무원 위원은 지방자치단체나 지방교육행정기관에서 일정 기간(10년 이상) 근무한 경력 있는 자 중에서 비상임위원으로서 임명·위촉하여 그 인력풀(pool)을 확대하고[65] 개별 회의마다 위원장이 회의의 구성원으로 지정하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 다만, 이 경우 소청심사의 공정성을 위하여 공무원 위원 중에서 개별 사건의 소청인과 동일한 지자체 소속이거나 그러하였던 자를 회의의 구성원으로서 지정할 수는 없도록 제한하여야 할 것이다(제척사유로 지정),

(다) 사무직원의 구성

이 경우 통합된 위원회의 운영을 보좌할 행정직원은 (이들이 소청결정에 영향력을 행사할 지위에 있지는 않으므로 기존 업무의 연속성을 위하여) 지자체나 지방교육행정기관에서 소청 관계 업무를 수행한 경력이 있는 지방공무원을 파견받아 국가공무원으로 전환하거나. 소청 관계 국가공무원(인사혁신처 소청심사위원회와 교육부 교원소청심사위원회 소속 직원)들을 파견 받아 운영할 수 있을 것이다. 이 경우 일정 기간 위원회에서 근속할 수 있도록 인사 상 유인책을 마련하여 행정직원들이 소청 관련 자료 분석과 사실관계 조사에 전문

65) 후술하듯이(Ⅴ.2.나.), 공무원 위원의 인력풀(pool)을 현행과 같이 국장급 이상 고위공무원에 한정하지 않고 중견관리자(4~5급), 실무자(6급 이하)의 경우도 확보하여 직급에 따라 소청결정이 영향력을 받는다는 시비에서 벗어날 수 있도록 구성하는 것도 시도할 수 있을 것이다.

성을 도야할 수 있도록 기회를 마련할 필요가 있다.

나. 소청심사위원회 구성권의 다층화

현재 관계 법령에 따르면 국가 단위의 소청심사위원회는 인사혁신처와 교육부 등에 설치되어 있다. 이 중에서 교육감이 징계 기타 불이익 처분 등을 부과한 교육전문직원이나 교원에 대해서는 그 처분행정청과 소청심사기관(교원소청심사위원회)이 분리되어 있다는 점에서 소청심사의 공정성 확보에 긍정적이다. 그러나, 이외의 국가공무원은 인사혁신처와 교육부 등에 소속된(관련된) 징계위원회에서 징계 기타 불이익처분을 부과하였으므로 소청심사의 공정성 제고를 위해 소청심사위원회의 구성권을 행정부의 특정한 한 기관에 종속시키는 것은 지양하는 것이 바람직하다(소청심사기관의 제3자성 내지 독립성의 제고).

우선 법조인(법관·검사·변호사)과 대학 교수 등을 위원으로 선임하는 경우에는 (앞서 통합 지방소청심사위원회 구성안과 마찬가지로) 대법원, 법무부, 대한변협, 교육부 등에서 일정 경력 이상의 지원자 중에서 공개채용절차를 거쳐 선발하고 그 선발된 인원을 통합된 각 소청심사위원회에 추천하는 형태로 그 구성권을 다층화, 다면화할 필요가 있다.

또한, 현재 법령상 인사혁신처 소청심사위원회와 교육부 교원소청심사위원회는 상기한 법률전문가라고 할 수 있는 외부위원(법조인과 교수)의 경우 경력요건이 제각각이므로 인력풀(pool)을 넓혀 적합한 인재의 선발을 촉진하는 취지에서“5년 이상 경력의 법관·검사·변호사”와 “법학 부교수 이상인 자”로 요건을 일원화하는 것이 바람직하다고 본다. 공무원 위원 등의 구성에 관하여는 이하(Ⅴ.2.나.)에서 전문성의 제고 차원에서 일원적으로 논하고자 한다.

2. 소청심사기관의 직무상 전문성 확충

가. 법률전문가와 사실관계 전문가의 역할 재분배와 조정

관계 법령상 소청심사기관 중 현재는 지방·교육 소청심사위원회의 경우만 위원장과 광역지자체장(교육감 포함)이 지정하는 6명의 위원으로 각 회의를 구성하고 그 회의 구성 시 공무원 위원이 1명을 초과할 수 없도록 제한하고 있다.[66] 반면, 국가 단위의 소청심사위원

66) 지방공무원법 제14조 제4항.

회는 그러한 제한 없이 3급 이상 (퇴직)공무원, (퇴직)교장·교감(교육경력 10년 이상 교원이었던 자), 사립학교 경영자, 교원단체 피추천인 등이 각각 소청심사위원이 될 수 있다. 그 결과 상대적으로 법률전문가인 외부위원의 비중이 적고 사실관계 전문가인 공무원 위원 등의 비중이 크다.

그러나 소청심사가 소청인 등 소청관계인과 동류의식에 따라 이뤄지는 것을 방지하고 소청결정의 적법성을 확보할 수 있도록 구체적인 회의에 참석할 법률전문성을 갖춘 위원의 최소인원을 법제화하는 것이 바람직할 것이다. 이를 위해서 국가공무원법 제14조 제1항, 교원소청에 관한 규정 제16조 제1항 등 의사·의결정족수에 관한 부분을 개정할 필요가 있다.

나아가 법률전문가와 심사대상 사실관계(업무내용)에 관한 전문가의 역할을 구분하여 각자의 전문성이 발휘될 수 있도록 해야 한다.[67] 즉, (퇴직)공무원, (퇴직)교원, 사립학교 경영자, 교원단체 추천인 등 소청의 사실관계(업무내용)에 대한 이해도가 높은 위원들은"배심원"역할을 수행하는 것이다. 이들은 소청심사 과정 중에서 법률전문가인 위원들의 자문에 응하여 ① 업무상 상사와 부하 등 여러 당사자가 있는 경우 귀책의 분배 정도, ② 업무 내용과 난이도에 따른 고의·과실의 정도, ③ 소청인의 근무태도와 업무처리 상 적극성 등에 기초한 정상참작의 필요성 등에 관해 토론하여 쟁점별로 표결로써 결정된 의견을 제시한다.

한편, 법조인과 법률학 교수 등 법률전문가들은 일종의"심판관"역할을 수행한다. 구체적으로는 소청심사 과정 중 요건심사에서는 소청인 적격성 및 소청심사 대상성 심사와 본안심사에서 징계절차의 적합성 심사[68]를 독자적으로 수행한다. 그리고 본안심사 중 ① 증거 등에 따른 비위사실 입증정도, ② 유사 사례와 비교한 징계양정의 형평성 등을 상기한"사실관계 전문가 위원의 의견에 기초하여"최종적인 소청결정을 도출한다.

이때, 법률전문가가 독자적으로 심사를 수행하는 영역에서 위법성이 발견된다면 곧 그에 따른 소청결정이 내리고, 그 외의 경우에는 법률전문가 그룹은 쟁점이 되는 사실관계에 관하여는 사실관계 전문가 그룹이 제시한 의견에 기속되어 법률상 판단을 하여야 할 것이다. 이러한 역할 구분을 위해서 소청에 관한 절차규정에서 위원별 심사의 범위(대상)와 쟁점별 의결방법을 세분화하는 작업이 필요하다(소청절차규정 제7조의2, 제14조, 교원소청에 관

67) 현행 국민참여재판에서의 판사와 배심원의 역할 구분과 유사하다고 할 것이다.
68) 관할 징계(인사)위원회의 출석통지·진술권 부여 위원에 대한 제척 등 처리·징계의결정족수 등 준수여부, 징계시효 도과여부 등

한 규정 제12조, 제13조 제1항 등).

나. 사실관계 전문가(공무원 위원 등)의 구성 다양화

상기한 사실관계 판단의 전문가가 될 수 있는 자는 관계 법령상 (퇴직)공무원, (퇴직)교원, 사립학교 경영자, 교원단체 추천인 등인데 이 중 공무원 위원의 자격은 3급 내지 국장급 이상 공무원 등 고위공무원이다. 또한, 이외 사립학교 법인 임원과 사립학교 경영자, 퇴직 교장·교감(교육경력 10년 이상 교원이었던 자), 사립학교 경영자, 교원단체 피추천인 등도 대부분 단체나 기관의 고위직(관리직)임을 알 수 있다.

그러나 대부분의 소청인은 공무원, 교원 중에서 실무자이므로 사실관계 판단에 있어 소청심사위원 구성상 고위직 편중은 (공정성의 측면에서, 심사대상의 업무내용에 대한 이해도 측면에서도) 바람직하지 않다. 가령 상사의 지시로 인하여 징계원인이 되는 비위행위가 발생하였고 그 귀책이 누구에게 있는지를 판단하는 경우 고위직에 편중된 (사실관계 전문가) 위원이 동류의식에 따른 판단을 하여 공정성 문제가 야기될 수 있다.

따라서 소청심사위원 중 사실관계 판단에 전문성을 가지는 공무원 위원 등의 인력풀(pool)을 늘리고 그 구성도 고위공무원(1~3급) 이외에도 중간관리자(4~5급)와 실무자(6급 이하), 관리자 아닌 평교사 등을 일정 비율 임명·위촉하여 다양화할 필요가 있다.

3. 소청결정에 대한 피소청인의 제소권 허용

가. 피소청인의 행정소송 제소권(원고적격)의 인정

현재 소청결정에 대한 외부적인 통제는 감사원의 요구에 의한 파면에 관한 소청(인용)결정에 대한 감사원의 재심요구제도만 존재하고, 소청인의 경우와 달리 피소청인은 소청결정의 위법성을 다퉈 제소할 수 없다. 그러나, 소청심사의 공정성 문제를 해소하고 소청결정의 적법성을 확보하기 위해서는 소청결정에 관한 외부적인 통제장치로 피소청인에 의한 불복 제소권을 허용하여야 한다. 그 이유에 대해 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 심사기관의 독립성과 전문성, 의사결정과정의 신중성을 감안할 때 소청결정의 공정성 문제를 해소하는 데 가장 적절한 수단은 소청결정에 대한 사법심사를 허용하는 것이다, 즉, (소청인에게 유리한 결과를 위한 제소만을 허용할 것이 아니라) 피소청인의 제소를

통해 행정부와 독립된 법원의 심급별 판단을 거쳐 징계 등 처분의 적법성을 통제하게 할 때 비로소 소청인의 직급, 소청인과 피소청인의 관계, 인사권자의 정치적 판단 등에서 벗어나 공직사회의 질서와 기강에 관해 일관된 해석 · 판단을 도출할 수 있다.

둘째, 지방자치단체의 자치권을 비롯한 각 행정청의 권한(징계권 등)을 존중하는 차원에서 피소청인의 불복을 허용하는 것이 바람직하다. 다층화된 소청심사제도는 국가와 지방자치단체 간 혹은 광역·기초 지방자치단체 간 우열을 확인하기 위한 장치가 아니라 의사결정(소청결정)의 공정성을 확보하기 위한 것이다.

현재 국가 단위에 설치된 교원소청심사위원회는 시·도 교육감이 부과한 징계 등 불이익 처분을 통제하고, 시·도 단위에 설치된 지방소청심사위원회는 기초지자체장이 부과한 징계 등 불이익 처분을 통제한다. 그러나 사법심사에 비하여 약식쟁송의 결과물인 소청결정이 항상 적법·타당한 절대 무오류의 것이 될 수는 없다. 따라서 피소청인이 되는 지방자치단체에게 소청심사기관의 결정에 자동으로 기속될 것을 강요하기보다는 불복 가능성을 허용하여 사법심사를 받을 기회를 보장하는 것이 지방자치제도의 취지에 보다 부합할 것이다.

셋째, 선진국에서도 소청결정의 공정성 확보를 위해 행정기관(피소청인)의 불복을 허용하는 입법례들을 발견할 수 있다. 미국의 경우 소청인 뿐만 아니라 피소청인도 소청심사기관인 실적제보호위원회의 최초 소청결정(initial decision)에 불복하여 재심구(petition for review)을 청구할 수 있다.[69] 한편 독일의 경우 행정심판기관(사법위원회)의 인용결정에 대해 중립적 외부감독기관(복무관리청)의 심사를 통해 처분청이 행정소송으로 불복 가능한지를 결정하고 있다.[70]

다만, 외국의 입법례를 통해 살펴본 피소청인(행정기관)의 불복 수단은 “재심요구”와 “제소”가 있는바, 이중 후자의 방법이 소청심사의 공정성 제고라는 목적에 부합한다고 본다. 사법심사에 비해 심사기관의 독립성과 전문성이 부족한 약식쟁송절차인 소청심사를 반복하는 것은(재심 요구) 적법성 통제장치로서 실효성에 한계가 있을 수밖에 없기 때문이다. 나아가, 권리구제의 신속성 측면에서도 행정심판은 단심을 유지하는 것이 바람직한 점, (후술하듯이) 관계 법령상 피소청인에 의한 불복의 남용을 통제하기에도 제소권을 허용하는 경우가 보다 용이한 점을 고려하여야 할 것이다.

69) 전현철(주5), 146면.
70) 서보국(주37), 118-119면.

따라서 입법적으로는 관계 법령상 기속력 규정[71]에 피소청인이 소청심사위원회의 결정에 관하여 행정소송을 제기한 경우에는 소청결정의 기속력을 판결 선고 시까지 유예할 수 있다는 단서 규정을 신설하여 해석상 논란을 차단하는 것이 바람직할 것이다.

나. 피소청인의 제소권 남용에 대한 통제장치 구비

피소청인의 소청심사위원회의 결정에 대한 제소권은 임의로 포기되거나 행사될 수 없는 권한이다. 만약, 피소청인이 제소권 행사 여부를 독단적으로 결정한다면, 소청인과 피소청인 간 관계 등에서 비롯한 부당한 이유로 사법심사에 의한 적법성 통제가 필요한 경우에 제소가 이뤄지지 않거나, 소청결정이 객관적으로 타당한 경우에 제소가 이뤄져 소청인의 권리구제가 만연히 지체될 수 있다. 따라서 피소청인이 제소(포기) 여부를 결정하는 경우에는 외부의 독립적이면서도 법률전문성을 갖춘 기관이 그 승소가능성 등을 면밀히 검토하여 제소권 남용을 통제할 필요가 있다.

이때, 국가소송법은 행정소송에 있어 소송지휘제도를 규정· 운영하고 있다. 즉, 행정소송을 수행하려는 행정청은 상소제기·포기·취하, 화해, 인낙, 소 취하에 대한 동의 등 소송을 개시·종결할 수 있는 주요 소송행위를 하려는 경우에는 사전에 법무부장관의 지휘(동의)를 받아야 한다(같은 법 시행령 제8조, 같은 법 시행규칙 제14조). 나아가 국가소송법은 행정청이 이러한 주요 소송행위에 있어 기한 내 사전지휘를 받지 않는 경우에는 이를 소송수행해태로 보아 그 행정청의 소송수행자에 대하여 징계를 건의할 수 있다(법 시행령 제14조 제1항, 제2항). 이러한 소송수행해태 책임의 징구는 법무부의 소송지휘에 대해 강제력을 부여하는 수단이 되고 있다.[72]

따라서, 입법적으로 국가소송법상 소송지휘의 대상에'제소'하는 경우를 포함하도록 관련된 규칙과 지침을 개정하는 것이 필요하다. 이를 통해 피소청인 등 소청당사자와 독립된 외부기관인 법무부에서 (변호사 자격을 가진 직원들이) 승소가능성, 제소필요성 등을 중립적으로 심사하고, 피소청인이 부당한 목적으로 제소하거나 제소를 포기하는 것을 제재할 수 있어 피소청인의 제소권 남용 방지와 소청인의 적법한 권리구제에 기여할 수 있을 것이다.

71) 국가공무원법 제15조, 지방공무원법 제20조, 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 제10조의3.
72) 이수창, "국가소송법상 소송지휘제도의 평가와 개선방안 연구–행정소송을 중심으로–", 「감사논집」제36호, 2021. 109면.

[참고문헌]

김영천/최윤영,“지방자치단체의 자치권 강화를 위한 행정심판법 개정방향”,「지방자치법연구」 제17권 제4호, 2017.

김요환, “소청심사제도의 문제점과 개선방안: 인용률 분석을 중심으로” 경북대학교 석사학위 논문, 2016.

김용섭, “재결의 기속력의 범위를 둘러싼 논의”,「인권과 정의」 제354권, 2006.

노영숙/이민규,“지방공무원 징계현황 및 소청심사의 운영실태와 개선방안,「한국부패학회보」제22권 제4호, 2017.

문상덕, “지방자치제도의 활성화와 행정소송-지방자치 관련 대법원판례 검토를 중심으로-”,「행정법연구」통권 제25호, 2009.

_____,“지방자치 관련 소송제도의 재검토”,「행정법연구」제54권, 행정법이론실무학회, 2018,

박정훈,“행정심판법의 구조와 기능”,「행정법연구」제12호, 2004.

박호수, “교원소청심사위원회와 교육소청심사위원회의 제도 비교”, 한국교원대학교 석사학위 논문, 2019.

방시혁,“공무원법상 징계 및 불복절차에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위 논문, 2019.

법무부,「행정소송사례집」 제38집, 과천, 법무부, 2017.

서보국,“행정심판제도의 기능과 책임성 강화에 대한 고찰”,「법학연구」 제28권 제3호, 2020.

송도인,“사립학교 교원의 소청심사제도에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위 논문, 2019.

이동찬,“소청심사제도에 관한 연구-형평성을 중심으로-”,「토지공법연구」제57집, 2012.

이수창,“국가소송법상 소송지휘제도의 평가와 개선방안 연구-행정소송을 중심으로-”,「감사논집」 제36호, 2021.

인사혁신처 소청심사위원회,「소청결정에 대한 행정소송사례 분석집-소청인 승소사례 중심-」, 인사혁신처 소청심사위원회, 2017.

_____,「소청결정사례집(제55집)」, 인사혁신처 소청심사위원회, 2018.

_____,「소청심사 업무편람」. 세종, 인사혁신처 소청심사위원회, 2020.

전현철, “소청심사제도의 개선방안—미국 실적제보호위원회와의 비교를 중심으로—,「행정법연구」 제44호, 2016.

조성규,“행정심판 재결의 기속력과 피청구인인 행정청의 불복가능성”,「행정법연구」제54호, 2018.

최병호/김도현/오정일, “소청심사위원회의 양정 행태에 관한 경험적 연구: 경상북도 소청심사위원회를 중심으로”「행정논총」제55권 제3호, 2017.

최병호,“징계처분과 소청심사의 양정인자에 관한 연구”, 경북대학교 박사학위 논문, 2018.

최승필/임현/서승환, “독립성의 규범적 의미와 기능에 관한 연구”, 한국외국어대학교 산학협력단, 2016.

한봉기,“중앙·지방소청심사기관의 운영 및 심사결정에 관한 비교연구”,「한국비교정보학보」제15권 제2호, 2011.

홍정선, “행정심판의 피청구인으로서 지방자치단체의 원고적격”,「지방자치법연구」제7권 제1호, 2007.

Abstract

Legal Improvement Measures for Reinforcing Fairness of the Appeal System

Su-Chang Lee
Lawyer, Daegu Metropolitan Office of Education/ nna06@naver.com

Regarding the appeal system, the following fairness issues have been continuously raised. First, the acceptance rate of the petition is excessively high. Second, the decision of appeals review committees is affected by the position of the appellant and the relationship between the appellant and the appeals review agency. Third, there is a large variation in the acceptance rate for each appeal review agency and there are different decisions of appeals review committees for similar cases.

The internal cause of this issue of fairness is the lack of independence and expertise of the appeals review committees. First, the independence problem of the appeals review committees arises from the fact that the composition of the appeals review committees is entirely determined by the will of the specific institution to which the appeals review committees belongs(problem of human resource independence). In addition, the lack of expertise of the appeals review committees mainly arises from the ambiguous and mixed division of roles between experts who have a high understanding of the task(facts of appeals) and legal experts.

On the other hand, the external cause of the issue of fairness is the lack of

control over the decisions of appeals review committees. Except for the current limited request for review by the Board of Audit and Inspection, in principle, the appellee cannot file an administrative lawsuit against the decisions of appeals review committees, so there is virtually no external control of legality. The decisions of appeals review committee cannot be subject to judicial review unless the Appellant disagrees, despite the lack of substantive and procedural justification due to incomplete summary disputes compared to litigation.

Therefore, in order to correct the issue of fairness related to the appeals review system, the following improvement measures are needed to resolve these internal and external causes.

① In order to enhance the human resource independence of the appeals review agencies, the establishment of an integrated local appeals review committee, multilayerization of the authority to form the appeals review committee shall be promoted.

② In order to enhance the professionalism of the appeals review committees, it is required to distinguish and coordinate the roles of legal experts and experts about facts of appeals, and to diversify the composition of internal public officials who can become experts about facts of appeals.

③ As a legality and validity control device for a decision of appeals review committees, the authority to file an administrative lawsuit by the appellee must be newly established. In this case, institutional means must also be prepared to control the appellee not to abuse the authority to file an administrative lawsuit for unfair purposes, depending on the relationship with the appellant.

Key words : Appeal Review Committee, human resource independence, professionalism in duties, multilayerization of appointment authority, the authority of the appellee to file an administrative lawsuit.

미국 연방법상 업무상 자살의 증명책임

정 슬 기 (Sul-Gi Jeong)
성균관대학교 일반대학원 박사과정 수료

논문접수 : 2022. 02. 11. 심사개시 : 2022. 02. 15. 게재확정 : 2022. 03. 14.

목 차

Ⅰ. 시작하며

Ⅱ. 미국 산재보상제도의 변화

Ⅲ. 연방법상 업무상 자살의 규율과 판결례
1. 연방근로자보상법(FECA)
2. 부두항만근로자보상법(LHWCA)

Ⅳ. 우리나라와의 비교 및 시사점
1. 행정청에 대한 환송판결
2. 실질적 증거 기준
3. 추정의 원칙

Ⅴ. 마치며

국문초록

우리나라의 업무상 재해의 증명책임이 피재근로자측에서 모두 감당하기에는 전문성과 정보의 편중 등의 문제로 과중하다는 것은 주지의 사실이다. 이 글에서는 업무상 재해의 증명책임을 피재근로자측과 행정청에 분배하고 있는 미국 연방법상 업무상 자살의 인정기준 및 절차를 살펴보고 관련 판결례를 검토하였다. 그리고 우리나라의 관련 제도와 비교하여 세 가지 시사점을 도출하였다.

첫 번째, 미국 법원에서는 행정청이 업무상 재해에 대한 결정에 흠결이 있는 경우 다시금 행정청으로 파기환송하는 "효력유지 환송판결" 제도를 두고 있다. 두 번째, 미국은 연방행정절차법상 실질적 증거 기준을 규정하고 있다. 법원은 행정청의 행정행위, 사실인정, 결정이 실질적 증거 기준에 준하지 못하면 위법으로 판결하고 취소한다. 세 번째, 연방법에서는 업무상 재해의 판단에 있어 추정의 원칙을 적용한다. 업무상 재해를 주장하는 측과 행정청 모두 실질적 증거를 제시함으로써 추정의 원칙을 적용하여 업무상 재해를 인정하는 것이다.

이처럼 미국 연방법에서는 산재소송에서 행정청에 대한 증명책임을 분배하고 있다. 이는 행정청에 대하여는 산재보상결정에 엄격성을 부여하게 되며, 피재근로자측에 대하여는 증명책임의 부담을 경감시키는 효과를 나타낸다.

향후 우리나라 업무상 재해의 인정 제도에 증명책임 분배를 실질적으로 논하기 위해서는 업무상 재해의 인정 여부를 주장하는 양측에서 실질적 증거를 제시함으로써 합리적인 추정의 결과가 도출될 수 있는 법체계의 구성이 수반되어야 할 것이다.

※ 주제어: 업무상 재해, 증명책임, 자살, 효력유지 환송판결, 실질적 증거 기준, 추정의 원칙

Ⅰ. 시작하며

노동자의 산재보상은 1800년대에 독일과 영국을 중심으로 시작되었다. 미국은 이보다 늦은 1900년대에 들어서면서 보통법(Common Law)을 통한 산업재해 보상에 대한 논의를 시작하였다. 미국은 영미법 체계를 따르고 있어, 대륙법 체계에 있는 우리나라와는 입법, 행정, 사법의 작동 방식에 상이한 부분이 많다.[1] 그럼에도 불구하고 연방법 및 주법 차원에서 산업재해 보상과 관련된 보상제도 및 소송의 다양한 경험을 축적하고 있어 우리나라 산재보상제도에 주는 시사점이 존재한다.

미국 연방법 중 근로자의 업무상 자살에 대해 보상을 규정하고 있는 법에는 연방근로자보상법(FECA), 연방사용자책임법(FELA), 해운법(Jones Act), 부두항만근로자보상법(LHWCA), 진폐급여법(BLBA)이 있다. 이 글에서는 미국 연방법상 자살의 산재인정과 증명책임에 대한 현행 제도와 소송 과정을 검토하였다. 이에 업무상 재해와 관련된 법적 정의를 명시하고, 업무와 재해 사이의 상당인과관계를 판단하기 위한 규정을 두고 있는 연방근로자보상법과 부두항만근로자보상법을 중심으로 살펴보았다.

우리나라에서 산재가 발생하면 최초로 근로복지공단을 통하여 산재보상을 신청하고,[2] 업무상질병판정위원회의 결과에 불복하면 업무와 재해 사이의 상당인과관계를 법원에서 판단하는 취소소송 절차를 통하여 대법원에서 종국적인 판결을 내린다. 반면, 미국의 산재소송에서 법원은 행정작용(업무상 재해의 결정)의 위법성이 있었는지를 판단하고, 그 흠결이 중대하지 않거나 취소할 경우의 혼란이 더 크다고 보일 경우에는 행정청에 대한 "효력유지 환송판결"을 하고 있다. 또한 업무상 재해 여부를 판단하는 행정청의 판단이 실질적 증거에 따랐는지에 대하여 연방행정절차법(Administrative Procedure Act)상 심사기준에 준하여 법원에서 심사한다. 이때 실질적 증거인지 여부는 업무상 재해의 인정을 주장하는 측과 불인정하는 측 사이의 증거가 충분한지에 따라 추정의 원칙을 적용한다.

2021년 우리나라 대법원 전원합의체는 「산업재해보상보험법」 제37조 제1항의 업무상 재해 인정 규정에서 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 대한 증명책임이 근로복지공단에 전환 또는 분배된 것인지 여부에 대하여 판단하였다. 다수의견으로 증명책임이 업무상 재

1) 법제처, 「미국의 법령체계와 입법심사기준에 관한 연구」, 법제처, 2010.10, 3면.

2) 지금까지 우리나라는 재해보상 책임을 갖는 모든 사용자를 대상으로 공공보험에 가입시키고 해당 사용자에게 고용된 근로자(고용보험법상 노무제공자로 피보험자가 되는 자를 포함)가 업무상 재해를 입으면 보험사업자인 근로복지공단에서 사용자를 대신하여 보험급여를 지급하고 있다(임종률, 「노동법」(제19판), 박영사, 2021, 501면).

해를 주장하는 측에 있다는 결론이 났지만, 소수의견을 통하여 증명책임이 문언해석, 역사적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석, 법원의 태도 변화 등의 이유로 근로복지공단에 증명책임이 분배되었다는 점을 명시하였다.

우리나라 산재보상제도에서 피재근로자측은 전문적(의학적, 과학적) 증거 자료의 구비와 사측을 통한 증거·증언을 확보하기 어려운 현실에서 행정청의 업무상 재해 여부 결정을 그대로 받아들여야 한다. 이러한 배경에서 이 글은 미국의 행정청에 대한 환송판결과 행정청에 대한 증명책임의 분배 방식을 검토하여, 우리나라의 업무상 자살의 인정 절차와 기준에 대한 시사점을 도출하고자 한다.

Ⅱ. 미국 산재보상제도의 변화

미국의 고전적인 업무상 사고는 광산, 공장, 철로변 등 '위험직종(hazardous occupation)'이라고 불리는 산업에서 발생한 상해 및 사망 사건을 위주로 다루어졌다. 반면 사무직 노동자(clerical worker) 및 직업병 등에 대하여는 산업재해 적용을 제외하였다.[3)]

미국의 초기 산재보상제도는 19세기경 보통법(Common Law)상 사용자의 주의의무 위반에 따른 손해의 전보를 중심으로 이루어졌다. 이 때 동료종업원 이론(Fellow-Servant Doctrine), 기여과실 이론(Contributory Negligence), 위험인수 이론(Assumption of Risk) 원리의 항변을 통하여 사용자는 산업재해 책임에 대하여 상당 부분의 면제를 받을 수 있었다.[4)] 세 가지 이론의 내용을 간략히 살펴보면 다음과 같다. (1) 동료종업원 이론은 사용자의 책임 범위에 동료(피용자)의 과실이 포함되지 않기 때문에 피재근로자가 동료를 상대로 소를 제기해야 하는 것이다. 이 이론에 따르면 동료의 과실은 고용상 수반되는 위험으로 여겨지고, 이에 따라 근로자들 서로간에 주의를 기울이게 하는 효과가 있다는 의미도 포함되어 있다. 당시에는 공장이나 광산 등에서 산업재해가 빈번하였기 때문에, 동료종업원 원칙은 피해회복을 받기 어려운 장벽이었다. (2) 기여과실 이론은 근로자 스스로가 안전을

3) 로렌스 M. 프리드만, 「미국법의 역사」, 청림출판, 안경환 옮김, 2006, 849면.

4) 20세기 초 미국에 제한책임의 원리가 도입되면서 기여과실의 법리가 철폐되기 시작했다. 이때 가장 먼저 무너진 원리가 '동료종업원 원칙'이다. 이 원칙은 연방사용자책임법의 제정과 함께 철폐되었다. 1900년대부터 1910년까지 산업재해보상제도에 대한 논의가 활발하게 이루어지면서 1910년 뉴욕주에서 처음 보상법을 제정하고자 하였으나 위헌으로 판결되고, 1911년 위스콘신 주에서 보상법 제정에 성공하면서 연방대법원의 합헌으로 이어졌다. 이후 대부분의 주에서 산업재해보상법을 제정하였고 마지막으로 미시시피 주의 제정으로 미국의 산업재해보상법 제정이 마무리 되었다(로렌스 M. 프리드만, 「미국법의 역사」, 청림출판, 안경환 옮김, 2006, 846-847면).

위하여 합리적인 주의를 기울여야 하고, 예방수단을 강구하지 않는 경우에는 기여과실의 항변으로 피해회복이 인정되지 않는다는 것이다. 다만, 사용자의 행위가 고의적이거나 악의적인 경우에는 예외가 인정되었다. (3) 위험인수 이론은 근로자가 업무 수행상 통상적으로 수반되는 위험을 인수하는 데 자발적으로 동의했다고 간주하고 이러한 근로자의 자유로운 의사결정에 따라 일하는 이상, 업무상 발생한 재해에 대하여는 손해배상을 인정하지 않는다는 것이다. 이때 위험이란 성숙한 근로자라면 알고 있을 것으로 추정되는 위험의 전부뿐만 아니라, 당해 근로자가 인지하고 있는 비정상적이거나 특수한 위험까지 포함된다.[5)]

이러한 논리에도 불구하고, 근로자에 대한 산재보상의 필요성과 지급의 용이를 위하여 사용자들은 보통법에 의한 항변을 포기하고, 근로자들은 사용자에게 청구하는 업무상 재해의 보상을 금액이 적더라도 더 확실하고 신속하게 받고자 하였다. 즉, 대부분의 사고에서 동료의 책임을 제거하고 사용자와 동료 근로자를 보호하였다. 위험인수의 원칙 역시 폐기하였지만, 근로자가 술에 취해있거나 고의로 자해한 경우에 대하여 보상을 제한하기로 하였다. 이러한 사회적 타협이론(Social Compromise Theory)에 따라 지금의 산재보상제도로 정착하게 되었다.[6)]

이러한 제도적 배경에 따라 미국 산재보상법령은 상해를 입은 근로자에 대하여 사용자가 지급해야 하는 금액에 제한을 설정하고, 사용자가 지불해야 할 보상액수를 산출하는 공식을 마련하였다. 영구적으로 노동능력을 일부 상실한 경우에 대한 보상 규정 및 신체 부위별 보상기준액을 규정하는 등 제도적인 보상의 틀을 마련하자 배심재판도 감소하고, 산업재해 보상사건을 수임하는 관계자(변호사, 조정관, 보험중개상 등)에 대한 의존이 현격히 줄어들었다.

산업재해보상이 급증하면서 업무와 상해의 인과관계판단은 '고용의 상태에서(in the course of, during)' 또는 '업무로 인해 발생한(arising out of, caused by)'이라는 문구에 집착하여 적용하였는데, 그 폐단으로 직장 내에서 발생하는 상해에 대하여는 인정하고, 직장 외에서 발생하는 상해 및 사망에 대하여는 업무상 인과관계에 대한 고려없이 산재를 인정하지 않는 사례를 축적하는 등[7)] 산재보상제도의 지속적인 개정이 필요한 시기를 겪게

5) 오종한, 「미국 산재보상제도의 역사적 전개와 현황」(노동법연구 제4호), 서울대학교 노동법연구회, 1994, 177-179면.
6) 오종한, 「미국 산재보상제도의 역사적 전개와 현황」(노동법연구 제4호), 서울대학교 노동법연구회, 1994, 175-185면.
7) 로렌스 M. 프리드만은 사무실에서 동료직원과 대화를 위해 고개를 돌리던 중 목뼈를 삔 경우에는 산재보상을 인정한 사례가 있다면서, 일요일 자택에서 티비 시청 중 심장마비를 일으킨 경우는 전혀 보상받지 못하고 월요일 사무실에서 서류를 읽다가 쓰러지는 경우에는 보상받는 식의 논리에 문제가 있다면서 산재보상제도의 합리성에 대하여 지적하고 있다(로렌스 M. 프리드만, 「미국법의 역사」, 청림출판, 안경환 옮김, 2006, 850면).

되었다.

19세기에 들어오면서 법원은 업무상 스트레스, 해고 또는 승진 압박에 따른 우울증 및 정신장애 등의 정신적 손해에 대하여도 산재를 인정하기 시작했다. 그러나 1930년대에는 근로자가 스스로 목숨을 끊는 자살에 대하여 보상을 허용하는 법률이 합헌인지, 기지급한 근로자보상금의 회수가 근로자보상법의 목적에 맞는지 등의 근로자보상의 법적 필요성에 대한 본질적인 질문과 함께, 망인이 실제의 의사 없이 자살한 것인가라는 고의성 여부에 따른 인과관계에 대한 판단기준이 주요 논의 대상이 되었다.[8)]

1960년대에는 정신적 스트레스로 인한 자살의 보상을 위한 판단기준과 관련하여 유능한 증거(competent evidence)의 필요성이 논의되었다. 즉, 망인의 자해 행위가 비의도적이었는지 여부, 만약 의지의 결여가 있었다면 그 정신 상태가 보상가능한 상해에 의하여 야기되었는지 여부를 모두 충족해야 한다는 것이다.[9)]

1980년대 이후로 기업들은 산재보상을 운영비용의 급증으로 보고 로비를 시작하였다. 그 결과 많은 주에서 산업재해보상제도가 퇴보하게 되었다. 일례로 캘리포니아에서 1989년 정신적 피해에 대하여 합법적, 비차별적, 선의의 종업원의 행위에 대하여 보상을 제한한다는 규정을 하였다. 이로써 더이상 해고로 인한 정신질환의 보상을 주장할 수 없게 되었다.[10)]

그러나 산업화로 인하여 유해 물질을 다루는 회사에서 극심한 직업병으로 국민총생산에 맞먹는 금액의 손해배상 청구 소송이 제기되는 등 미국에서 산업재해 보상제도는 퇴보할 수 없는 상황이었고, 일부 주들에서 정신적 피해 보상 및 징벌적 손해배상의 규모를 축소하려는 정책을 내세웠지만, 제도의 핵심은 건재하였다.[11)] 미국에서 업무상 정신질병 및 자살에 대한 보상이 제도적으로 자리잡지 못하는 상황에서, 각 주에서는 2000년대에 들어서면서 업무상 재해를 인정하는 제도를 마련하고 판결을 내리기 시작하였다.[12)]

---

8) Bauer, Ralph S., When Is a Suicide Compensable under a Workmen's Compensation Statute?, University of Chicago Law Review Vol. 1, Iss. 1, UNIVERSITY OF CHICAGO LAW SCHOOL, 1993

9) Thomas J. Scanlon, Suicide under Workmen's Compensation Laws, Clev.-Marshall L. Rev 26, Cleveland State University, 1963, p.41

10) 로렌스 M. 프리드만, 「미국법의 역사」, 청림출판, 안경환 옮김, 2006, 850면.

11) 로렌스 M. 프리드만, 「미국법의 역사」, 청림출판, 안경환 옮김, 2006, 856-857면.

12) 1999년 미네소타대법원은 Middleton v. N. W Airlines 사건을 통해 그 동안 신체적 상해가 없는 업무상 정신질병에 따른 자살을 인정하지 않던 기존의 법리를 따르지 않고, 업무 관련 스트레스로 인한 자살이 보상 가능한 산재보상의 부상이라는 점을 확인하였다. 미네소타대법원의 판결은 다른 주의 업무상 정신질병 및 자살 인정에도 영향을 미친 것으로 확인된다(Boehmke, Julie L., Employment Law—Allowing Compensability of Suicide under Minnesota's Workers' Compensation Statute, William Mitchell Law Review Vol. 27, Mitchell Hamline School of Law, 2000 참조)

이러한 과정에서 현행 미국의 산재보상제도는 미국의 산업화와 법체계의 특성에 따라 산재보상과 관련하여 자살의 경우에도 연방법 및 각 주별로 관련 규정을 두고 있으며, 산재보상을 청구하는 피재근로자측 이외에 행정청에서도 업무와 재해 사이의 인과관계를 인정하기 위한 법적 추정을 위하여 실질적 증명 기준에 따른 증명책임을 부담하는 법리를 구축하였다.

Ⅲ. 연방법상 업무상 자살의 규율과 판결례

미국은 근로자의 산재보상에 대하여 연방법과 주(state)법에서 규율하고 있다. 주법이 연방법의 틀에서 제개정된다는 특성에 따라 본 고에서는 연방법을 중심으로 살펴보도록 한다. 연방법의 주요 적용대상은 연방 정부의 직원 또는 주간 상거래의 주요부문에 고용된 근로자로 제한하고 있다. 연방법상 산재보상법령에는 연방근로자보상법(FECA), 연방사용자책임법(FELA)[13], 해운법(Jones Act), 부두항만근로자보상법(LHWCA), 진폐급여법(BLBA)[14]이 있다.

13) 연방사용자책임법은 해운법이 선원의 장해 및 사망에 책임을 지는 것과 같이, 사용자의 과실로부터 철도 근로자의 장해 및 사망에 대하여 책임을 지고 있다(45 U.S.C. §§ 51). 연방사용자책임법은 해운법상의 보상 법리와 동일하다.

14) (1) 진폐법(BLBA)에서는 '광산근로자(miner)'가 진폐로 인한 상해를 입은 경우 광산운영자의 보상에 대하여 규정하고 있다. 우리나라 현행법과의 용어상 차이가 있는데, 우리나라에서 'miner'는 광산근로자에 대한 안전을 방지하고자 하는 목적의 「광산안전법」상 광산근로자로 번역하고 있고, 진폐로 인한 상해의 보상에 대하여는 「진폐의 예방과 진폐근로자의 보호 등에 관한 법률」(이하, 진폐예방법)상 분진작업에 종사하는 근로자(이하, 진폐근로자)를 의미한다. 진폐법(BLBA)상 광산근로자(miner)에 대한 보상책임이 있는 광산운영자(mine operators; 「광산안전법」상 광업권자와 조광권자로 해석되나, 진폐예방법상 사업주를 의미)가 장해수당을 지불할 것을 요구하고 광산운영자를 알 수 없거나, 임금을 지급하기 어려운 경우 해당 광산근로자에 대하여 장해수당을 제공한다. 보상수당의 운영은 노동부 장관이 관리하는 기금에서 설정하며, 산재보상 프로그램 사무국의 탄광산재보상과에서 이 법의 시행을 관리한다(Cornell Law School, "Workers compensation", Legal Information Institute). 우리나라의 경우 광산안전에 대하여는 산업통산자원부에서 관할하고(광산안전법), 진폐근로자에 대하여는 고용노동부(진폐예방법)에서 관할하고 있다.

〈표1〉 미국 연방법상 산재보상 관련 법령과 적용대상

법령명	적용대상	관련 법령
연방근로자보상법 (Federal Employees' Compensation Act; FECA)	공무원, 근로자, 정부와 계약한 근로자	5 U.S.C. § 8101 – 8193
연방사용자책임법 (Federal Employment Liability Act; FELA)	철도종사자[15]	45 U.S.C. § 51 – 60
해운법 (Merchant Marine Act; the Jones Act)	선원	46 U.S.C. § 101–805
부두항만근로자보상법 (Longshore and Harbor Workers' Compensation Act; LHWCA)	항만근로자	33 U.S.C. § 901 – 950
진폐급여법 (Black Lung Benefits Act; BLBA)	광산근로자	30 U.S.C. § 901 – 945

이하에서는 근로자의 자살을 업무상 재해로 인정하는지를 중심으로 연방근로자보상법, 부두항만근로자보상법상 업무상 자살의 인정과 관련된 주요 규정을 검토하고 법원의 판결례를 살펴보도록 한다. 특히 미국 연방법에서 업무상 재해에 대한 파기환송을 행정청[16]으로 다시 이관한다는 점, 업무상 재해의 증명책임이 행정청에도 존재하며 산재인정 여부를 주장하는 양측이 법적 추정을 위하여 실질적 증명 기준에 따른 증명책임을 모두 지고 있다는 점 등과 같이 우리나라 업무상 재해, 특히 자살의 산재인정 판단에 시사하는 바를 도출하도록 한다.

1. 연방근로자보상법(FECA)

가. 관련 규정

연방근로자보상법은 미국의 공무원과 미국 정부를 위하여 일하고 급여를 받는 근로자 및

15) 철도종사자(railway employee)는 우리나라 「철도안전법」 제2조에서 정의하고 있는 '철도종사자'로 번역한다.
16) 「행정기본법」 제2조 제2호에서는 행정에 관한 의사를 결정하는 국가 또는 지방자치단체의 기관, 공공단체 또는 기관이나 사인에 대하여 "행정청"으로 정의하고 있다. 본 고에서 검토하는 미국 연방법상 업무상 재해 보상금을 지급하는 노동부와 수당지급검토위원회 등에 대하여도 우리나라에서 사용하는 명칭과 마찬가지로 "행정청"으로 부르기로 한다.

개인 등을 적용대상으로 한다. 동법에서는 동법의 적용을 받는 공무원, 근로자, 개인이 직무 수행 중 입은 상해로 인한 장해 및 사망에 대하여 보상하고 있다. 또한 미국 본토 및 협정하에 있는 지역과 시설에 고용되어 있는 근로자들이 전쟁의 위험 및 적대 세력(또는 개인)으로 인하여 억류, 구금, 구속 등의 결과로 입은 장해 및 사망에 대하여 보상한다.

보상은 근로자의 직무수행 중 발생한 "장해 또는 사망"으로 제한되는데, 근로자의 고의나 음주로 인한 것은 인정하지 않는다. 이 법은 장해로 인한 의료비를 보장하며 근로자의 재교육을 요구한다. 장해를 입은 근로자는 장해기간 동안 정상 월급여의 3분의 2를 받고 영구적인 신체적 상해나 피부양자가 있는 경우 더 많은 금액을 지급받을 수 있다.[17)]

산업재해로 인한 장해 또는 사망에 대한 보상청구는 상해 또는 사망 이후 3년 이내에 청구해야 하며, 신체검사, 노동부장관의 조사, 청문회 등의 적절한 절차를 거친 이후, 해당 근로자 또는 유족에게 보상금을 지급한다. 근로자 보상의 관리는 미국 노동부(US Department of Labor; DOL)에서 한다. 연방근로자보상법상 업무상 상해와 관련된 주요 규정은 다음과 같다.

〈표2〉 연방근로자보상법상 업무상 재해의 보상 관련 주요 규정

구분	내용	규정
근로자 (employee) 의 정의	(A) 미국 정부의 모든 부서에 있는 공무원(a civil office) 또는 근로자[18)] (B) 미국 공무원 또는 근로자와 유사한 개별 업무수행을 미국에 제공하는 자(법령에서 업무수행의 승인 및 이용을 인가하거나, 개인의 여비 또는 기타 경비의 지급을 인가하는 경우에는 무보수 또는 명목상 급여를 지급) (C) 위스콘신 주의 메노미네 인디언 보호 구역에 있는 부족의 목재 및 벌목 작업에 관한 법령에 따라 수행되는 작업에 고용된 개인[19)] (D) 컬럼비아 특별구(정부)에 고용된 개인 (E) 전직 대통령의 사무실의 직위에 임명된 자 (F) U.S.C. 제28편 121장에 따라 선정된 소배심원 및 대배심원	5 U.S.C. § 8101 (1)
보상 (compen sation) 의 정의	근로자 또는 근로자의 피부양자에게 지급되는 금전적 수당 및 근로자 보상기금(Employees' Compensation Fund)에서 지급되는 기타 수당이 포함된다. 이 보상으로 인해 장해 및 사망에 대해 지급되는 월별보상금액은 감액되지 않는다.	5 U.S.C. § 8101 (12)

17) Cornell Law School, “Workers compensation”, Legal Information Institute

구분	내용	규정
근로자 장해 및 사망에 대한 보상	(a) 미국 정부가 직무 수행 중 입은 상해로 인한 근로자의 장해 또는 사망에 대하여 FECA에 명시된 바와 같이 보상금을 지급해야 한다. 다만 (1) 근로자의 고의적 위법행위로 인한 경우, (2) 근로자 자신 또는 타인의 상해나 사망을 초래하려는 근로자의 의도로 인하여 발생한 경우, (3) 상해를 입은 근로자의 음주로 발생한 경우에는 제외한다.	5 U.S.C. § 8102

연방근로자보상법은 업무수행 중 상해로 인한 근로자의 장해 및 사망에 대한 보상금의 지급 시, 업무수행과 상해 사이의 인과관계를 요구한다(5 U.S.C. § 8102 (a)). 다만 근로자의 고의적 위법행위, 고의적으로 자신 및 타인의 상해를 초래한 경우, 음주로 인한 경우 등에 대하여는 보상을 제외하고 있다.

근로자에게 발생한 상해로 인하여 장해(및 장해로 인하여 의료서비스를 받는 경우 포함) 또는 사망에 대한 보상은 해당 기간 내에 청구를 제기하지 않으면 허용되지 않을 수 있다.[20] 다만 예외 적용은 다음과 같다. (1) 직속상사가 30일 이내에 발생한 상해 또는 사망에 대하여 실질적으로 인지한 경우이다. 이때 인지의 정도는 직속상사에게 업무상 상해 또는 사망에 대하여 합리적으로 통지한 수준이어야 한다. 또한 (2) FECA 제8119조 명시된 상해 또는 사망에 대하여 30일 이내에 서면통지한 경우는 제외한다(5 U.S.C. § 8122).

업무상 상해를 인정받기 위하여 근로자는 상해를 입은 후 합리적으로 요구되는 시간과 장소에서 미국 의료 담당관 또는 노동부 장관이 지정하거나 승인한 의사의 검사를 받아야 한다. 근로자는 본인의 검사를 위하여 의사를 지정하고 비용을 지불할 수 있다. 미국측 의사와 근로자측 의사의 견해가 불일치하는 경우, 노동부 장관은 검사를 수행할 세 번째 의사를 임명해야 한다(5 U.S.C. § 8123).[21] 최종적으로 노동부 장관은 (1) 수급자가 제출한 청구와 직속상사가 제출한 보고서의 고려 및 (2) 노동부 장관이 필요로 하는 조사의 완료 등의 사실여부에 대한 조사 및 판정을 해야 하고, 보상금에 대한 지급을 해야 한다(5 U.S.C. § 8124).

18) 미국 정부 소유의 기관에 소속된 공무원 또는 근로자를 포함한다.
19) 개인(an individual)이란 독립계약자(an independent contractor) 또는 독립계약자로부터 고용된 개인을 의미하지 않는다.
20) 장해와 관련된 사항은 5 U.S.C. § 8122 (b) 참고.
21) 신체검사시 발생하는 비용 및 검사결과의 제출 등과 관련된 사항은 5 U.S.C. § 8122 (C), (D) 참고.

나. 판결례

Tarver v. United States는[22] 연방근로자보상법의 적용을 받는 재향군인 관리국의 근로자가 자살한 사건이다. 망인(피재근로자)이 상사의 괴롭힘으로 인하여 자살하였고 이에 유족이 노동부와 콜로라도주 연방지방법원으로부터 연방근로자보상법(FECA)상의 근로자 보상 결정을 받지 못함에 따라, 제10순회 항소법원에 연방불법행위청구법(FTCA)상 망인의 자살에 대한 손해배상을 청구하였다.

사실관계

원고(Laverne)의 남편(망인)은 재향군인 관리국(Veterans Administration)에서 1982년부터 1990년까지 전기공으로 일하는 중 신체 장해로 인하여 퇴직하였다. 퇴직 후 17일째 되는 날 망인은 총기를 이용하여 자살하였다. 사망 당시 망인의 알코올 레벨은 436으로 법정 알코올 레벨을 웃도는 수준이었다. 원고는 망인의 자살은 상사의 언어학대, 낮고 굴욕적인 업무 지시, 업무점검을 통한 협박, 적절한 절차가 수반되지 않은 퇴직 강요로 인한 부당해고, 감독자(망인의 상사)에 대한 부주의한 감독으로 인한 것이라고 주장하였다.

법원의 판단

앞서 노동부 장관과 지방법원에서는 망인의 자살이 FECA상 보상 범위에 속한다는 점은 인정하였지만, 망인의 업무와 사망 사이의 적절한 인과관계를 확인할 수 없어 보상을 기각한 바 있다.

연방항소법원은 FECA상 망인의 자살에 대한 보상을 위하여는 (1) 특정 상해가 FECA상 보상 범위에 속하는지 여부(산재인정의 적용범위)와 (2) 특정 사건의 사실에 따라 보상받을 수 있는지 여부(인과관계)를 판단해야 한다고 설시하였다. 다만 항소법원은 FTCA 청구를 진행을 위하여는 노동부 장관이 FECA상 보상에 대하여 다시 판정해야 한다고 결정하였다.

먼저 원고가 주장하는 망인의 스트레스로 인한 자살이 FECA상 보상 범위에 속하는지 판단을 위하여는 "업무상 질병(disease) 또는 질환(illness)은 지속적 또는 반복적인 스트레스 및 긴장과 같은 요인에 의하여 일정 기간 동안 작업 환경에서 발생하는 상태"[23]인지를 판단해야 한다고 하였다. 이러한 점에서 항소법원은 자살이 업무상 보상 범위에 속한다는 점은 인

22) Tarver v. United States, 25 F.3d 900, 902-903 (10th Cir. 1994)
23) 20 C.F.R. § 10.5(a)(16)

정하였다.

두 번째, 특정 사건의 사실에 따라 보상받을 수 있는지 여부는 "업무수행 중 발생한 상해"[24]를 증명해야 한다고 명시하였다. 항소법원은 업무와 사망 사이의 인과관계 판단에 있어 노동부가 "망인의 고용과 자살 강박 사이의 직접적 연관성을 보여주는 증거와 음주가 영향을 미치지 않은 이유를 입증하는 것은 유족의 책무"라고 하면서 업무상 인과관계를 인정하지 않은 점에 대하여, "노동부는 원고의 청구요건에 대해 검토를 할 것이 아닌, 사법상 쟁점(업무상 사건과 자살의 인과관계 판정)을 판단해야 한다"고 지적하였다.

연방항소법원은 FECA에 적용되는 근로자의 장해 및 사망과 관련하여서는 노동부에서 우선적으로 청구를 처리해야 한다면서, 원고의 FECA 보장에 관한 청구를 노동부 장관이 최종 결정이 있을 때까지 소송 절차를 중단한다고 결정하였다. 그리고 노동부에서 보상금을 지급하지 않으면 원고는 지방법원을 통하여 FTCA의 청구를 진행할 수 있다고 설시하였다.

위 사건을 통하여 연방근로자보상법상 업무상 재해 판결에 대한 두 가지 주목할 점을 확인할 수 있다. (1) 업무상 스트레스로 인한 자살을 보상 범위에 포함한다는 점과 (2) 산재보상의 절차상 이의제기 시 법원이 행정청으로 파기환송을 한다는 점이다.

먼저 법원은 (1) 자살에 대한 업무상 보상 범위의 인정 여부와 관련하여 C.F.R.(Code of Federal Regulations; 미국연방규정)에서 '스트레스'를 업무상 질병의 원인으로 정의하고 있는 것을 확인하였다. 단 2021년 기준 C.F.R.상 "업무상 질병 또는 질환(Occupational disease or illness)은 단일 근무 또는 교대조보다 긴 기간 동안의 업무 환경에 의하여 생성된 상태이다"로 개정되었다(§ 10.5 (q)). 그리고 기존의 "스트레스성 질병"의 정의는 § 10.5 (ee)에서 "외상성 손상(Traumatic injury)이란 단일 근무제 또는 교대제 내에서 특정한 일(event)이나 사건(incident) 또는 연속적인 일이나 사건으로 야기된 신체 상태(condition)를 의미한다. 이러한 신체상태는 발생 시간이나 장소 또는 기왕증이 있는 신체의 일부 또는 기능상으로 식별이 가능할 정도의 스트레스나 긴장 등의 외적 위력으로 발생한다"고 규정하고 있다. 즉, 업무상 스트레스에 대하여는 업무와 근로기간의 연속성에 대하여 명시하고 있으며(q), 특정한 사건의 발생하는 경우 또는 기왕증이 있는 경우 스트레스 및 긴장 등의 외적 위력으로 외상성 손상이 일어난다(ee)는 점을 명시하고 있다.

24) Figueroa, 7 F.3d at 1407-08

다음으로 (2) 법원의 행정청에 대한 파기환송과 관련하여, 항소심에서는 노동부가 망인의 입증책임의 내용이 부족하는 것을 이유로 망인의 업무와 자살 사이의 인과관계에 대해 심리하지 않은 것이 근로자 보상을 배제하는 이유가 될 수 없다고 하면서 지방법원과 노동부의 법적 판단상 오류[25]를 지적하였다. 이에 행정청에서 FECA상 보상에 대하여 다시 심리하고 재심결과 보상을 거부할 경우, 원고는 지방법원에 FTCA상 손해배상을 청구할 수 있다고 설시하였다.

2. 부두항만근로자보상법(LHWCA)

가. 관련 규정

부두항만근로자보상법(LHWCA)은 미국 해역(영해 및 연안)에서 사용자에게 고용된 근로자들이 업무상 상해로 인하여 장해를 입거나 사망하는 경우에 대하여 금전 보상하는 내용을 규정하고 있다. 동법에서는 근로자, 사용자, 상해, 장해, 사망, 보상, 추정 등과 같은 산재보상과 관련된 기본적인 정의 규정을 두고 있다.

〈표3〉 부두항만근로자보상법상 업무상 재해의 보상 관련 주요 규정

구분	내용	규정
근로자 (employee) 의 정의	근로자란 해상 고용(maritime employment)에 종사하는 자를 의미하며, 항만 근로자(longshoreman), 그 밖의 항만 운영자, 선박 수리자, 조선소 및 선박해체업자를 포함하는 항만 근로자를 포함한다. 다만 이하의 사람들은 포함하지 않는다. (A) 사무, 비서, 보안, 데이터 처리 작업의 수행을 위하여 독점적으로 고용된 개인 (B) 클럽, 캠프, 레크레이션 운영, 레스토랑, 박물관, 소매점에 고용된 개인 (C) 정박지(marina)에 고용된 자, 해당 정박지의 건설, 교체 또는 확장에 종사하지 않는 개인(일상적인 유지 관리 제외) (D) (i) 공급업체, 운송업체, 소매상에 고용되어 있거나, (ii) 사용자의 부지에서 일시적으로 사업을 하거나, (iii) 일반적으로 이 법에 따른 사용자에게 고용된 직원이 아닌 경우 (E) 양식업 종사자	33 U.S.C. § 902 (3)

25) 오대성, 「미국 민사소송에서의 재심제도-연방법원의 소송절차를 중심으로-」(법학논총 제35권 제3호), 전남대학교 법학연구소, 77면.

구분	내용	규정
	(F) 길이가 65피트 미만인 레저 선박의 건조시 고용된 개인, 레저 선박의 수리시 고용된 개인. 해당 선박의 수리와 관련하여 레저 선박의 일부 해체시 고용된 개인 (G) 모든 선박의 선장 또는 선원 (H) 선장이 고용한 18톤 미만의 소형 선박을 선적, 하역, 수리하기 위해 고용한 자 (A)-(F)에 해당하는 자가 주(state) 근로자보상법상 보장되는 경우	
사용자 (employer)의 정의	사용자란 근로자가 미국의 항해 가능한 수역 전체 또는 부분에서 해상 고용을 하는 모든 사용자를 의미한다(인접 부두, 선창, 드라이독, 터미널, 건물도로, 인양선가(marine railway) 또는 사용자가 선박을 선적, 하역, 수리 또는 건조시 관례적으로 사용하는 기타 인접구역 포함).	33 U.S.C. § 902 (4)
상해 (injury)의 정의	상해란 고용 및 고용 과정에서 발생하는 우발적인 상해 또는 사망, 고용상 자연적으로 발생하거나 사고로 인하여 자연적 또는 불가피하게 발생하는 직업병 또는 감염을 의미한다. 또한 고용상 발생하는 제3자의 고의적인 행위에 따른 상해로 포함한다.	33 U.S.C. § 902 (2)
장해 (Disability)의 정의	장해란 동일 고용 또는 다른 고용에서 상해를 입은 당시에 근로자가 임금을 받을 수 없는 무능력 상태를 의미한다. 영구적 손상 기준에 대하여는 미국의학협회에서 영구손상평가지침(§ 910(d)(2))을 수시로 공표한다.	33 U.S.C. § 902 (10)
사망 (Death)의 정의	사망은 보상받을 수 있는 권리의 근거가 되며, 상해로 인한 사망만을 의미한다.	33 U.S.C. § 902 (11)
보상 (Compensation)의 정의	보상은 이 장에서 규정한 바와 같이, 근로자 또는 그의 피부양자에게 지급되는 금전 수당을 의미하며, 장례 수당도 포함한다.	33 U.S.C. § 902 (12)
적용 범위 (Coverage)	(A) 미국의 해역에서 사적 영역에 있는 해상 고용상 발생한 상해에 대하여만 보상을 지급한다. (B) 미국의 공무원이나 직원, 기관, 주, 외국 정부, 이하 하위 부서에 고용되어 있는 근로자에 대하여는 장해 및 사망과 관련하여 보상을 하지 않는다. (C) 상해가 근로자의 음주 또는 근로자의 고의적 의도로 인하여 발생한 경우에 대하여는 보상을 지급하지 않는다	33 U.S.C. § 903
추정 (Presumptions)	이 장에 따른 보상 청구의 집행을 위한 모든 절차에서 반대되는 실질적인 증거가 없는 한 다음과 같이 추정된다. (A) 청구가 이 법 규정에 적용된다.	33 U.S.C. § 920

구분	내용	규정
	(B) 청구에 대한 충분한 통지가 제공되었다. (C) 상해가 상해를 입은 근로자의 음주로 인해 발생하지 않았다. (D) 상해가 상해를 입은 근로자의 고의로 인해 자신 또는 타인을 다치게 하거나 사망하지 않게 하였다.	

부두항만근로자보상법상 근로자의 사망은 보상받을 수 있는 권리의 근거가 됨을 명시하고 있다(§ 902 (11)). 다만, 상해로 인한 사망을 의미하는데, 이때 사망이란 고용 및 고용 과정에서 우발적 또는 자연적으로 발생하거나, 업무상 사고로 인하여 발생하는 직업병 또는 감염에 의할 것을 요구한다(§ 902 (2)).

초기의 미국 근로자보상법(Workman's Compensation Act)에서는 근로자의 자살이 "보상가능여부(Death By Suicide-When Compensable, 보상이 허용되는 상해)"에 충족할 것을 요구해왔다. 이때 보상가능여부를 결정하는 지배적 요소는 자살 당시의 근로자의 심경으로서, 고의적이거나 의도적이지 않은 행위일 것을 요구하였다. 즉, 망인이 자해행위의 결과 사망이 될 것이라는 점을 인식하고 고의적으로 행위를 범하게 되면 보상이 불가능하지만, 섬망 또는 극도의 흥분(delirium or frenzy)상태에서 행위의 결과를 인식하지 못하게 된 경우에는 신체적 상해와 사망 사이에 직접적이고 끊어지지 않는 인과 관계가 존재한다고 판단하였다.[26] 예를 들어 망인이 부상으로 인한 고통과 감염으로 심경이 혼란스러운 가운데 그 결과를 예측하지 못한 상태에서 독극물을 마시고 자살한 사건[27], 통제할 수 없는 충동으로 섬망 및 극도의 흥분 가운데 죽음을 초래하려는 의식이 없는 상태에서 병원 창문으로 뛰어내려 자살을 일으킨 사건[28]이 있었다.[29]

현행 부두항만근로자보상법은 피재근로자의 상해 또는 사망이 근로자의 고의로 인해 자신 또는 타인을 다치거나 사망하지 않게 하였다는 점에 대한 실질적 증거를 통하여 근로자 보상을 추정하고 있다. 그러나 행정청에서 보상가능여부에 대한 실질적 반증을 제시하게 되면 근로자보상을 받을 수 없게 된다.

26) Daniels v. New York, New Haven & Hartford Railroad Co, 183 Mass. 393, 67 N.E. 424. (1903).
27) Jones v. Trades and General Ins. Co. Tex. Civ. Appeals, 144 S.W. 2d 689 (1940).
28) Daniels v. New York, New Haven & Hartford Railroad Co, 183 Mass. 393, 67 N.E. 424. (1903).
29) John Koch, Workmen's Compensation Act - Death by Suicide - When Compensable, 28 Marq. L. Rev. 53., 1944, pp.53-55

나. 판결례

Eysselinck, v. United States Department of Labor은[30] 이라크에서 지뢰제거 업무를 수행하던 근로자가 자살로 사망한 사건이다. 미망인은 망인이 업무수행으로 외상후 스트레스 장애(PTSD)를 겪고 자살한 것이라고 주장하면서, 수당검토위원회(Benefits Review Board, BRB)에 유족보상을 청구하였으나 부지급 결정을 받았다. 이후 텍사스 남부 지방법원에서 기각되었고[31], 제5순회 항소법원에 항소한 사건이다.

사실관계

망인(Eysselinck)은 이라크에서 지뢰 작업의 책임자로 일하면서 팀원에 대한 전반적인 관리와 훈련 업무 및 오작동 폭탄 및 폭발 장치 등을 제거하는 일 등을 수행하였다. 2004년 2월 21일 망인은 3개월의 휴가를 받고 집으로 돌아왔고, 2004년 4월 23일 자살하였다. 미망인은 망인이 업무 관련 스트레스와 위험한 업무를 수행하는 특수성으로 인하여 망인이 자살하고자 하는 충동을 억제하지 못하는 PTSD를 겪었기 때문에 사망 보상의 혜택을 받을 자격이 있다면서, LHWCA에 따른 보상을 청구하였다.

법원의 판단

미망인은 망인의 사망에 대한 유족보상을 위하여 먼저 수당검토위원회에 수당 지급을 청구하였다. 수당검토위원회의 행정법 판사(Administrative Law Judge, ALJ)는 망인의 업무와 PTSD간의 상관관계를 확인하고자, 각 전문가들의 의견을 들었다. 망인의 경우 기존의 정신건강관리전문가의 치료기록이 없는 상황이었기 때문에, 각 전문가는 기록 검토 및 인터뷰를 수행하였다. 기존 망인의 PTSD의 여부를 판단하기 위하여 근무조건에 대해 검토한바, 미망인의 전문가는 망인이 PTSD를 겪었을 것이라는 의견을 밝혔고, 다른 전문가는 업무와 PTSD의 연관성이 없다고 하면서 오히려 망인의 행동은 알코올 소모의 경향이 있다고 밝혔다.[32] 행정법 판사는 PTSD진단이 어렵다고 한 전문가의 의견이 더 설득력이 있다고 보고 망인이 고의로 자살한 것으로 판단하였다.

30) EYSSELINCK, v. DIRECTOR, OFFICE OF WORKERS' COMPENSATION PROGRAMS, U.S. Department Of Labor No. 09-20847 Aug. 16, 2010.(392 Fed.Appx. 262, United States Court of Appeals, Fifth Circuit.)
31) EYSSELINCK v. DIRECTOR, OFFICE OF WORKERS' COMPENSATION PROGRAMS, U S Department of Labor Civil Action No. H-07-4589. Nov. 12, 2009.(2009 WL 3837370, United States District Court, S.D. Texas, Houston Division.)
32) 33 U.S.C.A. § 903(c)

이후 텍사스 남부 지방 법원에서도 수당검토위원회의 결정에 대한 미망인의 검토 청원을 기각하였다.

미망인은 제5순회 항소법원에 항소하였다. 법원은 (1) 수당검토위원회가 실질적인 증거에 따라 결정했는지 여부와 (2) 망인의 죽음이 고의가 아니라는 법적 추정이 허용되는지 여부를 판단하였다. (1) 법원은 행정법 판사가 망인이 사망 전 수행하던 업무가 이라크에서 생명을 위협하는 상황에 노출되지 않았다는 점을 확인한 결과, 업무와 PTSD간의 연관성이 없다는 전문가의 의견을 신뢰한 점을 인정하였다. 항소법원은 행정법 판사가 가장 합리적으로 보이는 추론을 선택할 책임이 있으며 실질적인 증거가 뒷받침되는 이상 그 판단은 재평가할 수 없다고 하였다.

다음으로 (2) 미망인이 망인의 자살이 고의가 아니라는 법적 추정이 허용되어야 한다고 주장한 점에 대하여, 항소법원은 법적 추정이란 반대되는 실질적인 증거가 없는 경우에만 적용된다는 점을 확인하면서,[33] 이러한 추정은 유력한 증거가 완전히 부족한 경우 결과를 통제하는 것으로서[34] 행정법 판사가 방대한 기록을 제출하였고 모든 증언과 전문가 의견을 철저히 검토한 점을 인정하면서 행정법 판사의 판단을 받아들였다.

위 사건의 피재근로자측(미망인)은 자살 전 진료기록이 없었기 때문에 기록 검토 및 인터뷰를 통해 업무와 망인의 PTSD에 인과관계가 있는지 여부를 밝힘으로써 사망에 고의성이 없었다는 법적 추정이 필요하였다. 이러한 법적 추정에는 실질적인 증거가 뒷받침되어야 하는데, 이때 실질적인 증거란 합리적인 사람이 사실 발견을 받아들이게 만드는 일련의 증거를 의미한다.[35] 항소법원에서 다루어진 법적 추정은 (1) 보상을 불인정한 행정청과 지방법원에 대하여는 망인의 업무와 PTSD간의 상관관계를 확인하는 것이고, (2) 항소인은 망인의 자살이 저항할 수 없는 충동의 결과였다는 점을 입증할 책임이 있었다.

먼저 (1) 망인의 자살에 고의성을 인정한 수당검토위원회와 지방법원의 판단에 실질적인 증거로서 법적 추정이 허용되는지 여부이다. 부두항만근로자법 제920조 제d항에서 근로자의 사망이 고의가 아니었다는 법적 추정은 반대되는 실질적인 증거가 없는 경우에만 적

33) 33 U.S.C.A. § 920(d)
34) Del Vecchio v. Bowers, 296 U.S. 280, 286, 56 S.Ct. 190, 80 L.Ed. 229 (1935)
35) Dir., Office of Worker's Comp. Programs, U.S. Dep't of Labor v. Ingalls Shipbuilding, Inc., 125 F.3d 303, 305 (5th Cir.1997)

용된다는 점을 명시하고 있다. 실질적인 증거를 통하여 결론을 뒷받침할 수 있어야만 적절하게 법의 적용이 이루어질 수 있다는 것이다.[36]

(2) 항소법원은 항소인에 대하여도 망인이 저항할 수 없는 충동의 결과로 자살하게 된 것을 입증할 책임이 있다면서, 저항할 수 없는 충동을 입증하기 위하여 사망자가 자살로 이어지는 충동을 유발한 정신질병이나 장해를 앓고 있다는 전문가의 의견이 부족한 점을 지적하였다.[37] 항소법원은 수당검토위원회의 행정법 판사에게 가장 합리적으로 보이는 추론을 선택할 책임이 있고, 증거가 뒷받침된다면 이를 재평가할 수 없다면서, 수당검토위원회에서 행정청측의 전문의와 항소인측의 전문의 증언을 고려하여 내린 결론을 인정하였다.

우리나라에는 산업재해의 보상과 관련하여 피재근로자측에 편중되어 있는 증명책임으로 인한 전문적인 증거 제시의 부담, 증거의 편중 등의 이유로[38] 증명책임의 전환이나 부담의 경감에 대한 논의가 존재한다. 반면 위 사건과 같이 미국 항소법원은 행정청과 지방법원에서 망인의 자살을 배척하기 위한 충분한 증거를 제시하고 있는지에 대한 증명책임의 상당한 책임을 부여함으로써 유력한 법적 추정을 위해 실질적인 증거와 법의 일치를 요구하고 있다.

Ⅳ. 우리나라와의 비교 및 시사점

1. 행정청에 대한 환송판결

가. 미국의 효력유지 환송판결

연방근로자보상법에서 살펴본 Tarver v. United States 사건에서 원고측은 노동부와 지방법원에서 연방근로자보상법상 업무상 재해가 인정되지 않자, 연방불법행위청구법상 손해배상을 청구하였다. 연방항소법원은 노동부에서 업무상 재해의 인과관계 판단이 미비했다는 점을 이유로 연방근로자보상법상 업무상 재해 보상에 대하여 노동부가 최종 결정할

36) Hall v. Consol. Emp't Sys., Inc., 139 F.3d 1025, 1029 (5th Cir.1998); Pierce v. Underwood, 487 U.S. 552, 565, 108 S.Ct. 2541, 101 L.Ed.2d 490 (1988).

37) Voris v. Tex. Emp'rs Ins. Ass'n, 190 F.2d 929, 931 (5th Cir.1951).

38) 조윤익·문성준·이윤서·김예진, 「업무상 재해의 상당인과관계 증명책임 완화에 대한 검토 및 제언-산업재해보상보험법의 입법론적 개선방안을 중심으로-」(고려법학 제99호), 고려대학교 법학연구원, 2020.12. 239면.

것으로 효력유지 환송판결을 하였다. 그리고 노동부에서 다시금 업무상 인과관계를 인정하지 않으면 원고측이 지방법원을 통하여 연방불법행위청구법상의 청구를 진행할 수 있다고 판단하였다.

이처럼 미국 항소법원에서는 행정작용의 위법성 인정으로 취소판결이 내려져야 할 경우, 이에 대한 흠결이 중대하지 않고 이를 취소함으로 인한 혼란이 더 크다고 판단되면 행정작용의 효력은 유지하고, 법원에서 해당 행정청에 환송하는 '효력유지 환송판결'을 내리고 있다. 미국의 효력유지 환송판결은 D.C. 항소법원에서 1970년대에 도입되면서 1990년대부터는 제도로써 정착하게 되었다. 효력유지 환송판결은 (1) 행정작용에서 나타난 하자의 정도 및 (2) 환송판결로 인한 잠정적인 변화가 초래할 수 있는 혼란의 정도를 고려하여 결정한다. 환송판결 이후의 판단 절차는 (1) 행정청의 부적절한 이유제시 및 절차위반에 대하여 해당 행정청에 환송함으로써 새로운 이유의 제시 및 절차 이행, (2) 행정청에 환송한 이후에도 행정청의 결정에 위법성이 있다고 판단되는 경우 해당 행정작용의 취소 순이다.[39]

효력유지 환송판결에 대한 긍정적 견해와 부정적 견해가 존재하는데, 먼저 긍정적 견해로는 (1) 행정소송의 특성에 맞는 구제수단이라는 점, (2) 형평법상 구제수단으로써 무효판결만 할 경우 사회적 비용의 증가한다는 점, (3) 행정청에 대한 재고의 기회를 부여한다는 점 등이 있다. 부정적 견해로는 (1) 행정청의 전단·자의를 판단하면 무효화해야 한다는 점(연방행정절차법 제706조 위반), (2) 법원의 행정부 영역에 대한 침범이라는 점, (3) 행정청의 태만을 야기하고 당사자에게는 소송제기를 꺼릴 수 있다는 점, (4) 엄격심사의 양면이 존재한다는 점(전단·자의적 사건의 범람으로 법원의 엄격심사를 방해할 수 있으며, 행정청의 전문성까지 고려함에 따라 엄격심사를 강화할 수 있음) 등이 있다.[40]

나. 취소소송의 한계

「산업재해보상보험법」은 산업재해보상보험 사업을 시행하여 근로자의 업무상 재해를 신속하고 공정하게 보상하는 것을 목적으로 한다(제1조). 우리나라의 산재보험금 지급절차는 다음과 같다. 근로복지공단에서 고용노동부장관의 위탁을 받아 산업재해에 대한 보험급여의 결정 및 지급, 보험급여의 결정을 위한 심사 청구의 심리 및 결정의 업무를 수행한

39) 금태환, 「효력유지 환송판결의 가능성」(행정법연구 제42호), 행정법이론실무학회, 2015.7., 135면.
40) 금태환, 「효력유지 환송판결의 가능성」(행정법연구 제42호), 행정법이론실무학회, 2015.7., 143-149면.

다(동법 제11조). 근로복지공단을 통한 보험급여 결정에 불복하면 산재재심사청구를 공단측에 다시 제기할 수 있으며(동법 제103조), 재심사결과에 불복하면 '요양불승인처분취소' 또는 '유족급여 및 장의비 부지급처분취소' 등의 사건명으로 행정법원에 행정소송을 제기할 수 있다.[41] 그리고 1심 행정소송에 불복하면 원고(피재근로자측)는 고등법원에 항소할 수 있고, 2심 고등법원의 결정에도 불복하면 대법원에 상고할 수 있다. 만약 대법원에서 피고(근로복지공단)의 주장(법적 견해) 및 원심판단에 오해가 있는 경우, 대법원은 원심판결을 파기하고 원심법원에 환송하게 된다.

우리나라에는 미국의 효력유지 파기환송 판결과 같이, 법원에서 행정청에 대하여 파기환송을 하는 제도가 존재하지 않는다. 우리나라의 업무상 재해 청구는 종국적으로는 행정소송법상 취소소송으로 결론이 난다. 취소소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송으로써(행정소송법 제4조 제1호), 취소소송에서 취소는 처분 등의 흠이 중대하고 명백한 경우의 흠이라면 '무효'이고, 단순한 위법사유가 있는 경우에는 '취소'가 가능하다.

우리나라에서 취소소송의 판단은 법원의 재량에 맡겨져 있는데, 재량적인 판단과정에도 불구하고 출구가 제한적이라는 특성에 따라 효력유지 환송판결을 대안으로 제시하는 견해도 있다. 이에 대한 논증으로 헌법재판소의 결정이 한정위헌, 한정합헌, 헌법불합치 결정 등의 변형결정이 존재하고, 만약 헌법재판소법 제45조 "헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률 조항의 위헌 여부만을 결정한다"는 규정에 대하여 모든 변형결정을 배척한다는 해석은 법조문의 문언에 집착하는 것으로 구체적 규범통제의 본질과 기능에 대한 고려가 필요하다는 해석이 있다.[42]

우리나라의 산재소송에서는 행정청의 결정과 법원의 판결로써 행정청으로 파기환송을 하는 제도가 없기 때문에 행정청으로서는 미국의 파기환송제도보다는 결정의 부담이 덜할 수도 있다. 산업재해보상제도는 산업화 이후 불법행위에 따른 무과실 책임, 사용자의 산재보상책임, 산재보험으로서 사회보장제도로 변모해 왔다.[43] 그러나 아직까지 업무상 정신질병의 유형에 속하는[44] 자살의 업무관련성 인정에 있어 유족이 증거를 수집하고 인과관

41) 업무상 질병 판정기준 및 심사청구 처리절차와 관련하여 정슬기, 「정신질병의 산재인정과 개선방안 Ⅱ - 절차적, 규범적, 후속조치적 측면에서 -」(법제 694권), 법제처, 2021 참조.

42) 허영, 「헌법소송법론」(제9판), 박영사, 2014, 245-246면; 금태환, 「효력유지 환송판결의 가능성」(행정법연구 제42호), 행정법이론실무학회, 2021.7., 152면 재인용.

43) 권오성, 「업무상 재해의 상당인과관계에 관한 증명책임 재검토」(노동법연구 제50권), 서울대학교 노동법연구회, 2021, 197면.

44) 근로복지공단, 「정신질병 업무관련성 조사 지침」(2021.01.13. 개정); 정슬기, 「정신질병의 산재인정과 개선방안 Ⅱ - 절차적, 규범적, 후속조치적 측면에서 -」(법제 694권), 법제처, 2021, 92-95면 참조.

계에 대한 증명책임을 다하기는 어려운 현실이다.[45]

산재보상을 판단하는 행정청의 심리를 강화하고 재고의 기회를 부여하는 행정청에 대한 파기환송이라는 구조적 장치(제도 또는 절차)가 장기적으로는 고려의 대상이 될 수 있을 것이다.

2. 실질적 증거 기준

부두항만근로자법에서 살펴본 Eysselinck, v. United States Department of Labor 사건에서는 항소법원이 앞서 수당검토위원회의 행정법 판사의 결정이 실질적 증거에 따랐는지 여부에 대하여 판단하였다. 이는 원고측의 주장인 망인의 죽음이 고의가 아니라는 법적 추정이 허용되기 위해서는 반대되는 실질적인 증거가 없어야만 한다는 의미로써, 수당검토위원회가 업무상 PTSD를 인정하지 않기 위해서는 유력한 증거를 제시해야 한다는 점을 확인하였다.

이하에서는 업무상 재해 인정을 위한 법적 추정의 요건과 연방행정절차법상 행정청의 결정에 대한 법원의 재심 기준을 살펴보도록 한다.

가. 행정청의 증명책임과 실질적 증거 기준

미국 연방법상 실질적 증거 기준은 연방거래위원회(Federal Trade Commission)의 설립과 함께 1914년 처음 도입되었다. 그 밖에 각종 위원회[46]가 도입되면서 위원회가 결정하는 사실 인정에 종국성을 부여하기 위해서는 실질적 증거, 증언에 의하여 지지된다는 법 규정을 마련하기 시작하였다. 일정한 증거가 있어야만 위원회의 사실 인정을 존중할 수 있다는 취지이다. 이후 판례와 개별법에서 실질적 증거 기준에 대한 해석과 입법이 있었고, 1946년 미국 연방행정절차법(Administrative Procedure Act, APA)의 제정과 함께 법

45) 2021년 전원합의체 판결에서는 피재근로자측이 산재소송에서 증명책임을 부담하는 것이 어려운 이유에 대하여 다음과 같이 설시하고 있다. (1) 영업비밀이라는 이유로 근로자가 일했던 작업조건이나 작업환경 등이 공개되지 않는 경우가 많다. (2) 업무상 사고의 경우 업무의 전문화나 현대화에 따라 사고원인이 복잡하고 기술적인 부분이 있어 사고원인을 규명하는 데 고도의 전문적 지식이 요구되고 근로자 스스로 사고원인을 과학적으로 증명하기 어려울 수 있다. (3) 업무상 질병의 경우 의학적 전문지식의 부족이나 역학조사의 한계로 의학적 인과관계 규명이 사실상 불가능한 경우가 빈번하다. 특히 의학적으로 원인이 밝혀지지 않은 질병에 대해서는 역학조사 등에 많은 시간과 비용이 드는데도 이를 감당할 수 없는 근로자로 하여금 증명책임을 지도록 하는 것은 공평의 원칙과 정의 관념에 반한다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2017두45933 전원합의체 판결 [유족급여및장의비부지급처분취소] 소수의견 인용).

46) 1935년 연방동력위원회(Federal Power Commission), 1935년 전국노동관계위원회(National Labor Relations Board) 등이 있다.

적 개념을 적립하였다.

미국의 산업부흥기 시대의 흐름에 따라 법원은 위원회의 결정에 대하여 존중적 심사를 하게 되면서 이에 대한 불만이 제기되었고, 연방행정절차법과 Wagner법을 수정한 1947년 Taft-Hartley법에서 실질적 증거 기준의 판단 범위를 "전 기록에 근거"해야 한다고 명시하였다.

실질적 증거 기준의 판단 범위에 대한 논란을 종식시킨 것은 1951년 Universal Camera Corp. v. NLRB 판결[47] 이다. 이 판결은 현재 법원에서 심사할 수 있는 증거의 범위 및 해당 증거의 신빙성 기준을 확인하였다. 이 판결 이전에는 행정청의 결정과 관련된 증거만을 검토한다거나, "증거가 없지 않으면", "주관적 상황이나 증언만 아니라면" 인정해 오던 관행이었다면, 이 판결 이후로는 실질적 증거의 심사 범위를 넓혀 모든 증거(기록)를 고려하고, 합리적인 사람이 합리적인 결론으로 도출할 증거이어야 한다는 점을 명확히 하였다. 이러한 법리의 발전은 심사의 범위가 법리에 따라 공식화됨에 따라 판단 공식(기준) 이외의 나머지 사실을 놓칠 수 있다는 점을 견제할 수 있는 긍정적 측면으로 평가되었다.[48]

현행 미국 연방행정절차법상 실질적 근거 기준은 인용판결의 유형(특별법, 일반법, 불문법)에 따라 적용 법률이 다르다.[49] 미국 연방행정절차법은 일반법에 대하여 적용되고 있으며, 제706조 행정처분에 대한 심사범위에서 행정청의 결정에 대한 사실인정에 필요한 사법심사기준을 규정하고 있다. 행정처분에 대한 주요 심사기준에는 전단·자의 기준(A), 실질적 증거 기준(E), 전면적 재심사(F)가 있다.[50]

47) Chairman(원고)은 Universal Camera Corp.의 감독 직책에 있었다. 원고는 1944년 1월 업무 불복종을 사유로 하여 해고되었는데, 심사관(examiner)은 회사 부회장, 책임기사, 공장기사 등의 증언을 듣고 원고의 해고가 보복적 동기에서 나오지 않았다고 하였으나, 1948년 노동위원회의 다수는 심사관이 인용한 증거와 다른 증거들을 인정하고 원고의 복직을 명령하였다. 1951년 연방대법원은 이 사건의 본질적 문제가 행정절차법과 Wagner법이 NLRB 결정을 실질적 증거 원칙에 따라 심사범위를 "기록 전체"로 하여야 한다는 기존의 관행을 분명하는 데 있다면서, 심사관의 사실 인정 보고서에 대한 추가 심사를 위하여 환송하였고, 환송심에서는 원고의 해고가 증언과 관계없다는 점을 인정하고 위원회의 결정을 인정하였다(UNIVERSAL CAMERA CORP. v. NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD(1951)).

48) 금태환, 「미국 연방행정절차법에서의 실질적 증거 기준」(행정법연구 제18권), 행정법이론실무학회, 2007, 307-312면.

49) 특별법의 경우 관련 법률의 규정에 따라 실질적 증거 여부를 판단하는데, 미국 연방법 제42편(공중보건복지) 제7장(사회보장) 사법심사 규정(제504조)에서 관할법원에 대하여 (1) 노동부장관에게 사실인정을 다시 조사할 것을 환송, (2) 장관이 결정한 행정행위의 전부 또는 일부에 대한 확인 또는 취소 등을 규정하고 있다. 불문법에 따른 절차가 진행된 경우 취소명령, 선언판결, 금지명령, 이행명령 등이 내려진다(법원행정처, 「외국사법제도연구(23)-각국의 의무이행소송-」, 2018, 14-15면).

50) 법원행정처, 「외국사법제도연구(23)-각국의 의무이행소송-」, 2018, 13면 참조하여 재번역

행정절차법상 심사범위(5 U.S. Code § 706 (2))
법원은 결정이 필요한 범위 내에서 모든 관련 법률 쟁점에 대해 결정하고, 헌법 및 관련 법률 조항을 해석하고, 행정처분의 의미와 적용가능성을 결정한다. 관할 법원은 다음을 수행한다. (2) 행정행위, 사실인정, 결론이 다음과 같이 판단되는 경우 이를 위법으로 판결하고 취소한다. (A) 자의적, 전단적, 재량남용 또는 그 밖에 법률에 합치하지 않는 경우(전단·자의 기준) (B) 헌법상의 권리, 권한, 특권 또는 면제에 반하는 경우 (C) 법정관할권, 권한, 또는 제한을 초과하거나 법적 권리에 미치지 못하는 경우 (D) 법률에서 요구하는 절차에 따르지 않는 경우 (E) 동법 556조와 557조에 적용되는 사건 또는 법률에 따라 실시하는 청문절차의 관련 기록에 따라 검토되어야 하는 사안에서 실질적 증거에 근거하지 않는 경우(실질적 증거 기준) (F) 사실관계가 해당 법원의 전면적 재심사 대상이 될 정도의 사실관계로 확인되지 않는 경우(전면적 재심사)

이처럼 실질적 증거 기준은 행정청이 내리는 결정에 증명책임을 부여함으로써 행정청의 자의적 결정을 경계하도록 하고, 행정청의 결정이 잘못된 경우 법원의 심사 범위를 정해 주는 기능을 한다.

Eysselinck, v. United States Department of Labor 사건에서도 법원은 수당검토위원회의 결정이 적절한 검토 범위를 준수했는지 여부의 판단을 위해 실질적 증거에 뒷받침되고 법과 일치하는지 여부를 검토해야 한다고 설시하였다. 이 때 “실질적 증거는 합리적인 사람이 받아들일 수 있는 사실 인정의 근거로써, 지나치거나 모자라지 않은 정도의 관련 증거”라 명시하였다.[51] 즉, 실질적 증거에 일정 부분의 증거가 존재한다는 것으로는 부족하며, 증거의 평가를 의미하는 것은 아니고, 합리적인 사람이라면 그 결론을 받아들일 수 있는 적당한 증거이어야 한다.[52]

이처럼 미국의 실질적 증거 원칙은 산재소송에서 피재근로자측이 단독으로 업무상 재해의 인과관계에 대한 증명책임을 지지 않고, 산재신청을 심사하는 행정청의 결정과 전 기록에 대하여 법원의 판단 범위로 설정함으로써 증명책임을 분배하고 있다.

51) Eysselinck, v. United States Department of Labor에서 제시한 실질적 증거의 의미와 법리는 최근 2020년 판결에서도 인용되고 있다(SEA-LAND SERVICES, INCORPORATED, Petitioner, v. DIRECTOR, OFFICE OF WORKERS' COMPENSATION PROGRAMS, United States Department of Labor, 949 F.3d 921 United States Court of Appeals, Fifth Circuit. No. 18-60698 February 14, 2020).

52) Consolidated Edison Co. v. Labor Board, 305 US 197 (1938); 금태환, 「미국 연방행정절차법에서의 실질적 증거 기준」(행정법연구 제18권), 행정법이론실무학회, 2007, 304면 재인용.

나. 산재보험법 제37조 제1항의 해석

업무상 재해의 인정은 산재보험법에 근거하고 있는 사회보험제도의 성격이 있으며, 산재보상을 신청하는 행정청에 대하여 신청하는 행정행위의 성격이고, 당해 근로자를 기준으로 업무와 재해 사이의 상당인과관계를 판단하는 사법절차라는 모든 법적 테두리를 요구하는 제도이다. 이러한 배경에서 피재근로자측이 감당해야 하는[53] 업무상 재해의 증명책임(입증책임)과 법적절차에 대한 부담이 크다는 주장과 증명책임의 전환, 완화, 분배에 대한 논의가 지속되고 있다.

2021년 대법원 전원합의체판결(이하 2021년 전원합의체판결)에서는 산재보험법 제37조 제1항(이하, 이 사건 조항)의 업무상 재해 인정 규정에서 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 관한 증명책임을 근로복지공단에 전환하거나 분배하는 규정으로 해석할 수 있는지 여부에 대하여 판결하였다.[54] 이번 판결은 근로복지공단에 대한 증명책임 전환으로 볼 수 없다는 다수의견으로 결론이 났고, 소수의견에서 2007년 개정 산재보험법 해석을 문언해석, 역사적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석의 관점을 통하여 상당인과관계의 증명책임이 기울어진 운동장에서 입법적, 사법적, 행정적으로 어떻게 해석되어야 할 것인지에 대하여 명시하였다. 2021년 전원합의체판결의 의견을 간략하게 종합하면 다음과 같다.

증명책임의 전환을 인정하지 않는 의견(다수의견)

(1) 이 사건 조항은 본문에서 업무상 재해의 적극적 인정 요건으로 인과관계를 규정하고 단서에서 그 인과관계가 상당인과관계를 의미하는 것으로 규정함으로써, 전체로서 업무상의 재해를 인정하기 위해서는 상당인과관계를 필요로 함을 명시하고 있을 뿐, 상당인과관계의 증명책임을 전환하여 그 부존재에 관한 증명책임을 공단에 분배하는 규정으로 해석되지 아니한다.

(2) 2007년 개정 당시 이 사건 조항의 신설은 노동부령에 위임했던 업무상 재해의 인정기준을 법률에서 유형별로 직접 규정한 다음 구체적인 인정기준은 대통령령으로 정하도록 함으로써 포괄위임 논란을 해소하고, 업무상 재해의 인정 요건으로

53) 헌법재판소는 산재보험법 제37조 제1항에서 업무상 재해의 인정요건인 상당인과관계의 증명에 대하여 근로자 쪽에 대하여 부담시키는 것이 피재근로자측에 대한 보상 및 생활보호를 유지하고, 보험재정의 건전성을 유지하기 위함에 합당함이 있다고 결정한 바 있다(헌법재판소 2015.6.25., 2014헌바269 결정; 임종률, 「노동법」(제19판), 박영사, 2021, 509면 참조).

54) 대법원 2021.9.9. 선고 2017두495933 전원합의체 판결(유족급여 및 장의비 부지급처분취소)〈산업재해보상보험법상 업무상 재해인정 시 업무와 재해 사이의 상당인과관계의 증명책임 전환 여부에 관한 사건〉[공2021하, 1810]

업무와 재해 사이에 상당인과관계가 필요하다는 원칙을 분명하게 하려는 데에 취지가 있었다. 더 나아가 이 사건 조항의 단서 규정을 통하여 상당인과관계 증명책임의 전환과 같이 산업재해보상보험제도 운영에 근본적인 변화를 가져올 수 있는 사항의 변경까지 의도하였다고 볼 만한 사정을 찾기 어렵다.

(3) 이 사건 조항에 따른 업무상 재해의 인정 요건에 관하여만 공단이 업무와 재해 사이의 상당인과관계의 부존재를 증명하여야 한다고 해석하는 것은, 산재보험법상 진폐 등에 관한 규정 및 관계 법령들에 따른 재해보상제도의 전반적인 체계와 조화되지 아니하고 입법자가 전혀 예정하지 않았던 상황을 초래하므로 수긍하기 어렵다.

증명책임의 전환을 인정하는 의견(소수의견)

(1) 문언해석

이 사건 조항은 본문에서 업무상 재해의 개념 요소 또는 인정기준으로 '업무관련성'이 필요하다는 점을 규정하면서 각 호 각 목에서 그 내용을 구체화하고, 단서에서 업무상 재해의 성립 요건 가운데 근로자 측에서 증명하기 어려운 '업무와 재해 사이의 상당인과관계'를 추출하여 그 증명책임을 공단에 전환한 것으로 보아야 한다.

(2) 역사적 해석

이 사건 조항을 보면, 입법자는 산재보험급여 관련 소송에서 산재보험에 따른 보험급여를 받고자 하는 근로자 측의 권리를 실효적으로 보장하고 근로자 측의 증명곤란을 경감하기 위하여 이 사건 조항을 신설하여 근로자 측과 공단 사이에서 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 관한 증명책임을 사전에 분배하고자 하였음을 알 수 있다.[55)]

(3) 체계적 해석

진폐에 대한 업무상 재해의 인정기준에 관한 근거 조항인 산재보험법 제91조의2나 제91조의10은 이 사건 조항과 달리 본문과 단서의 형식으로 되어 있지 않으므로, 논리적으로 진폐와 재해 사이의 상당인과관계에 관한 증명책임을 이 사건 조항과 동일하게 해석할 필요가 없다. 다만 「공무원 재해보상법」, 「군인 재해보상법」, 「사립학교교직원 연금법」 등의 관련 조항이 이 사건 조항과 거의 유사하게

본문/단서의 규정 형식으로 규정하고 있다. 이러한 경우에도 이 사건 조항에 관한 해석과 동일하게 단서에서 정한 '상당인과관계'에 관한 증명책임은 수급권자 측이 아니라 이를 다투는 상대방 측에 있는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.

(4) 목적론적 해석

산업현장에서 근로에 종사하는 사람을 보호하기 위해서 제정된 법률인 산재보험법이 그 목적을 달성하기 위해서는 보험급여 부지급처분에 관한 취소소송에서 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 관한 증명책임을 전환하는 것이 바람직하다. 또한 산재보험급여 관련 소송에서 대부분의 증거방법이나 정보가 사업장에 존재하여 근로자로서는 사용자의 절대적 협조가 없이는 증명을 하는 것이 어렵다. 이러한 문제의식에서 대법원은 구체적인 사안에서 개별적으로 증명책임을 완화하거나 경감하기 위한 법리를 발전시켜 왔다.[56]

2006년 산업재해보상보험법령의 전부 개정과 더불어 2020년 동법 시행령 제36조 제1호의 자살 등 자해행위를 '의학적으로 인정되는 경우'에서 '상당인과관계가 인정되는 경우'로 개정하는 등 인과관계의 증명이 적어도 법령 수준에서는 그 증명의 정도를 이전보다는 낮추고 있다고 평가할 수 있다고 하면서, 주안점은 법원(및 질병판정위원회)에서 피재근로자의 정신적 이상 상태를 어느 정도까지 확대하여 인정할 것인지 여부라는 지적이 존재한다.[57] 이 사건 조항의 의미가 행정청에 대한 증명책임의 분배로 볼 수 없다고 한 대법원의

55) 2007년 산재보험법 개정에 관하여 공개된 입법자료 중 '국회 법제사법위원회 체계·자구검토보고서의 수정이유'에는 다음 두 가지가 포함되어 있다. 하나는 이 사건 조항에 단서가 추가된 이유에 관하여 업무상 사고와 질병으로 분류된 모든 유형에서 상당인과관계가 필요함을 분명하게 한다는 것이다. 다른 하나는 업무상 재해의 인정기준에 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없는 것을 '공단이 증명하는 경우'에는 업무상 재해로 볼 수 없도록 하여 업무상 재해의 판단에 상당인과관계를 필요로 한다는 것을 일반인이 보다 분명히 알 수 있도록 한다는 것이다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2017두45933 전원합의체 판결(유족급여및장의비부지급처분취소)).

56) 소수의견에서는 이상의 4가지 해석론 이외에도 '법원의 태도 변화'와 관련하여, 대법원이 지속적으로 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 대하여 법리오해에 따른 파기환송을 해왔던 흐름을 지적하였다. 최근 내려진 업무상 사고로 인한 산재요양을 받아오던 망인이 급격한 우울증으로 자살한 사건에서(대법원 2021. 10. 14. 선고 2021두34275 판결(유족급여및장의비부지급처분취소), 원심은 업무상 재해에서 업무와 사망 사이의 인과관계 등에 대한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않아 잘못된 판결을 하여 파기 환송한 바 있다. 이 사건에서 대법원은 "인과관계를 인정하기 위해서는 근로자의 질병이나 후유증상의 정도, 그 질병의 일반적 증상, 요양기간, 회복가능성 유무, 연령, 신체적·심리적 상황, 근로자를 에워싸고 있는 주위상황, 자살에 이르게 된 경위 등을 종합적으로 고려"해야 하며(대법원 2014. 10. 30. 선고 2011두14692 판결, 대법원 2017. 5. 31. 선고 2016두58840), "사망의 원인이 된 질병의 주된 발생 원인이 업무수행과 직접적인 관계가 없더라도 적어도 업무상 재해가 질병의 주된 발생 원인에 겹쳐서 질병을 유발하거나 악화시켰다면 그 사이에 인과관계가 있다고 보아야 한다"는 기존 법리를 제시한 바(대법원 2020. 5. 28. 선고 2019두62604 판결), 사망의 원인이 된 질병의 주된 발생 원인이 업무수행과 직접 관계가 없으나 업무상 재해가 질병의 주된 발생 원인에 겹쳐서 질병을 유발하거나 악화시킨 경우에 대하여도 업무와 재해 사이의 인과관계를 넓게 인정하고 있는 흐름이다.

57) 전형배, 「산재보상에서 업무와 자살의 인과관계와 추정규정의 도입」(노동법학 제76호), 한국노동법학회, 2020, 137면.

다수의견은 우리나라 산재보상제도의 사회보험제도로서 어떠한 위치에 자리매김하고 있는지를 확인시켜 주었다. 다만 소수의견을 통하여 증명책임의 분배 논리가 문언해석, 역사적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석, 법원의 태도 변화 등의 이유로 존재한다는 점을 명문화함으로써 향후 산재보험법이 사회보험제도로서의 목적론에 부합할 수 있는 근거가 된 것은 유의미하게 보인다.

앞서 살펴본 바와 같이, 미국은 행정절차법상 실질적 증거 원칙을 통하여 행정청의 결정이 내용적, 절차적으로 합당한 합리성이 있어야만 재해보상금에 대한 부지급이 가능하다는 점을 명시하고 있다. 그러나 우리나라는 업무상 재해의 결정에 대하여 (1) 산재보험법과 근로복지공단의 판단지침에만 의존하고 있다는 점, (2) 행정소송법상 실질적 증거 원칙이 없다는 점, (3) 업무와 재해 사이의 인과관계에 관하여는 이를 주장하는 측에서 증명해야 한다는 대법원의 판례법리가 있다는 점(2021년 전원합의체판결) 등의 사정으로 미국의 행정절차법만큼 행정청의 판단에 엄격성을 부여하고 있지는 않다. 업무수행성이 극명하게 드러나는 업무상 사고와 달리, 업무상 정신질병(특히 자살)은 피재근로자측이 업무관련성에 대한 증명책임의 부담을 수행하기 어려운 위치에 있다.

우리 법원의 업무상 정신질병의 판단은 의학적·자연과학적으로 명백히 입증되어야 하는 것이 아니라, 피재근로자의 주변상황, 제반 사정을 고려하여 규범적 관점에서 제반 사정을 고려하여 업무상 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우를 인정하고 있다.[58] 2021년 전원합의체판결의 소수의견에서는 이러한 상당인과관계 판단 법리에 대하여 "단순한 사실인정의 영역이 아니라 그 판단의 기초가 되는 간접사실에 대한 평가 문제"라고 해석하고 있다. 또한 소수의견에서는 업무와 재해 사이의 상당인과관계의 증명책임에 대한 이번 논의에 따른 향후 법적 검토 사항으로 현행 산재보상제도 관련 법률을 좀 더 명확한 문언으로 개정이 필요하다고 설시하였다. 이러한 개정으로 행정청의 전단·자의 결정을 최대한 배제하고 해당 결정을 합리적으로 받아들일 수 있는 정도의 증명책임을 부여함으로써 사회보험제도로서의 목적에 부합을 도모할 수 있을 것이다.[59]

58) 업무상 재해의 인정은 의학적인 인과관계의 입증이 필요하며, 상당인과관계에 대하여는 피재근로자측에서 주장해야 한다는 해석이 있다(하갑래, 「노동법」(제4판), 중앙경제, 2021, 290면); 기존의 법원의 판단 법리에 대하여는 정슬기, 「정신질병의 산재인정과 개선방안 II – 절차적, 규범적, 후속조치적 측면에서 –」(법제 694권), 법제처, 2021 98면 참조.

59) 권오성 교수는 2021년 전원합의체 판결을 통하여 양 당사자의 추상적 평등을 전제로 하고 있는 변론주의, 증명책임의 분배에 관한 법률요건분류설 등은 산재보험법의 사회보험적 성격을 고려할 때 산재소송에 적합하지 않다고 지적하고, 상당인과관계에 대한 증명책임을 근로복지공단에 전환하는 규정으로 해석하고자 하는 것은 향후 산재보험법을 그 실체에 어울리는 그릇에 담는 출발점이라고 평가하고 있다(권오성, 「업무상 재해의 상당인과관계에 관한 증명책임 재검토」(노동법연구 제50권), 서울대학교 노동법연구회, 2021 참조.). 반면, 박지순·이주원 교수는 법률요건분류설에 따라 각자에 유리한 요건 사실 존재에 대하여 증명책임을 부담함에 따라 적극적 처분에 대하여는

3. 추정의 원칙

부두항만근로자법 제920조에서는 추정의 원칙을 적용하고 있다. 행정청에서 청구인의 주장에 반대되는 실질적인 증거가 없는 한 추정의 원칙을 적용하여 업무상 재해를 인정하는 것이다. 이때, 행정청이 제시해야 하는 실질적 증거에는 (1) 해당 법령에 적용되는 지 여부, (2) 절차적 요건이 구비되었는지 여부(충분한 통지), (3) 근로자의 상해가 음주로 발생했는지 여부, (4) 근로자의 상해가 근로자의 고의로 인하여 자신 또는 타인의 상해를 유발하였는지 여부이다(33 U.S.C. § 920).

증명책임의 완화에 대한 일반이론으로 법률상의 추정과 일응의 추정이 대표적이다. 법률상 추정이란 법에 적용되는 일정한 사항에 대하여 추정규정을 두고 증거를 제출하는 자의 증명부담을 완화하는 제도이다. 법률상 추정은 추정사실에 대한 적극적 반대사실을 증명해야 하는데, 법관에게 확신을 주는 본증(추정된 사실이 인정되지 않도록 하기 위하여 추정을 다투는 사람이 제출하는 증거)[60]이 있어야만 해당 추정을 깨뜨릴 수 있다.[61] 즉, 입증하는 자가 전체사실을 증명함으로써 법률상의 추정을 받을 경우, 상대방이 추정사실에 대한 부존재의 증명책임을 짐으로써 추정의 효과를 복멸하는 증명책임의 전환의 효과가 있다.[62]

일응의 추정은 고도의 개연성이 있는 경험법칙을 통하여 간접사실로부터 주요사실을 추정하는 것으로 일응(우선) 충분한 증명이라고 보며, 추정된 사실이 거의 증명된 것이라고 보기 때문에 표현증명으로도 불린다. 일응 추정의 효과는 증명책임 있는 당사자가 전제사실인 간접사실을 증명함으로써 주요사실에 대한 추정이 성립되면 예외사실(특별한 사정)을 증명하지 않는 한 추정된 사실을 그대로 인정하게 된다. 또한 일응 추정이 일어나면 이를 깨뜨리기 위한 반대사실의 증명이 아닌 반증(법관이 의심을 품게 할 정도)이 가능하다. 다만 일응 추정의 원칙은 불법행위의 인과관계인정에 주로 적용되고 흔하게 거듭 일어나는 정형적 사상경과가 문제된 경우에 기능을 발휘한다는 특징이 있다는 해석이 있다.[63]

그 처분을 행한 처분청이, 그 거부처분에 대하여는 원고측이 증명책임을 부담하는 증명책임의 분배 원칙이 타당하다고 보고 있다. 다만 현행 산재소송의 증명책임에 대한 다수설 및 판례가 법률요건분류설에 따르고 있는데, 업무상 질병의 업무기인성에 대한 주장과 증명책임은 피재근로자가 부담하고 있다면서, 법원은 실제 판례에서 일응추정의 원칙을 통하여 증명책임의 부담을 전환보다는 완화 내지 경감하고 있다고 설시하였다. 이에 증명책임 문제에 대한 향후 제도개선 방향을 산재사건의 조사방법 및 인정기준을 체계적이고 과학적으로 개선할 수 있는 방법을 고민해야 현행 법질서와 법체계에 무리를 주지 않는다고 한 바 있다(박지순·이주원, 「산재보험급여소송에서 업무상 재해의 증명책임」(고려법학 제63호), 고려대학교 법학연구원, 2011 참조.).

60) 김홍엽, 「민사소송법」 제10판, 박영사, 2021, 637면.

61) 전형배, 「산재보상에서 업무와 자살의 인과관계와 추정규정의 도입」(노동법학 제76호), 한국노동법학회, 145면.

62) 박지순·이주원, 「산재보험급여소송에서 업무상 재해의 증명책임」(고려법학 제63호), 고려대학교 법학연구원, 2011, 55면.

63) 김홍엽, 「민사소송법」 제10판, 박영사, 2021, 762-764면.

2007년 산재보험법령의 전면 개정에도 불구하고 법원과 행정청에서 다소 엄격한 판결례를 보여주고 있으며, 2021년 전원합의체판결에서도 업무상 재해의 증명책임이 피재근로자측에 있다는 점이 다시 한번 확인되었다. 업무상 재해의 증명책임이 주장하는 측에 있다는 현행법과 판례가 확립된 상황에서 산재보험법 제37조 제3항을 신설하여 "제2항에 따른 자해행위를 업무상 과로 또는 스트레스 상태에서 한 때에는 업무상의 사유로 인한 정상적인 인식능력 등이 뚜렷하게 낮아진 상태에서 한 것으로 추정한다"는 추정규정을 도입하면서, 동법 시행령 제36조 제1호의 "상당인과관계가 인정되는 경우"의 문구를 삭제하고 "그 밖에 업무상 사유가 원인이 되어 자해행위를 한 경우"로 개정하여 피재근로자측의 증명책임을 완화시켜야 한다는 개선안이 제시된 바 있다.[64]

우리나라의 업무상 재해의 증명책임이 피재근로자측에서 모두 감당하기에는 전문성과 정보의 편중 등의 문제로 과중하다는 것은 주지의 사실이다. 다만 이러한 문제를 추정의 원칙 도입으로 해결하기 위해서는 미국 연방법상 추정의 원칙이 어떠한 체계에서 규정되고 해석되고 있는지를 검토하는 것이 필요하다.

미국 연방법에서는 업무상 재해와 관련하여 대부분의 관련 법에서 (1) 음주 여부와 (2) 근로자의 고의성에 대하여 업무상 재해의 추정을 주장하는 측과 업무상 재해의 추정을 불인정하는 측 사이에서 실질적 증거의 충분한 구비와 내용 여부에 따라 판단하고 있다. 따라서 우리나라에 추정의 원칙을 도입하기 위하여는 산재보험법령상 증명책임이 상당인과관계 여부를 주장하는 양측(긍정 또는 부정) 사이에 모두 존재한다는 점을 명시하고, 업무상 질병판정위원회에서 사용하고 있는 「정신질병업무관련성조사지침」의 개정이 무엇보다 중요하다. 이러한 입법과 더불어 법원은 상당인과관계를 주장하는 양측의 본증 또는 반증이 충분하고 실질적인 증거에 기초하고 있는지 여부를 판단할 수 있는 기준을 확립해 나가야 할 것이다.

Ⅴ. 마치며

미국은 업무상 재해에 대한 보상으로 연방법과 주법에서 규율하고 있다. 연방법의 적용을 받는 공무원 및 근로자들은 행정청을 통하여 최초로 산재보상을 신청하고, 주법의 적용

64) 전형배, 「산재보상에서 업무와 자살의 인과관계와 추정규정의 도입」(노동법학 제76호), 한국노동법학회, 2020, 147면.

을 받는 근로자들은 주에 따라 다르지만 대부분 주별 산재보상프로그램을 통하여 민간 보험회사로부터 산재보상을 받는 구조이다.[65] 이 글에서는 자살이 피재근로자의 부존재로 증명책임의 부담이 큰 산업재해 중 하나라는 의미에서, 미국 연방법상 자살의 산재인정 기준 및 절차의 적용례 중심으로 살펴보았다. 우리나라의 관련 제도에 주는 시사점은 다음과 같다.

첫 번째, 미국 법원에서 행정청이 업무상 재해에 대한 결정에 흠결이 있는 경우 다시금 행정청으로 파기환송하는 "효력유지 환송판결" 제도를 두고 있다.

두 번째, 미국은 연방행정절차법상 실질적 증거 기준을 규정하고 있다. 이는 행정청이 결정하는 증거, 증언의 타당성을 담보하기 위하여, 주요 심사기준으로 전단·자의 기준, 실질적 증거 기준, 전면적 재심사 등을 두고 있다. 법원은 행정청의 행정행위, 사실인정, 결정이 심사기준에 준하지 못하면 위법으로 판결하고 취소한다.

세 번째, 연방법에서는 업무상 재해 판단에 있어 추정의 원칙을 적용하고 있다. 즉, 행정청에서 청구인의 주장에 반대되는 실질적인 증거를 제시하지 못하면 추정의 원칙을 적용하여 업무상 재해를 인정하는 것이다.

이처럼 미국 연방법에서는 산재소송에서 행정청에 대한 증명책임을 분배하고 있다. 이는 행정청에 대하여는 산재보상결정에 엄격성을 부여하게 되며, 피재근로자측에 대하여는 증명책임의 부담을 경감시키는 효과를 나타낸다.

2021년 전원합의체판결은 업무상 재해의 증명책임이 주장하는 측(피재근로자)에 있다는 것을 확인하였다. 현행 업무상 재해의 법리는 전문성만을 고려하지 않고 그 외의 상당인과관계를 종합적으로 고려하고 있다고 설시한다. 그러나 이러한 기준만으로는 피재근로자측의 증명책임이 경감되지 않는다. 증명책임 완화의 목적은 합리적 추정이 경합한 결과로 합당한 재해인정 여부를 결정하는 데 있을 것이다.

향후 증명책임의 분배를 입법화하기 위하여는 업무상 재해의 인정 여부를 주장하는 양측에서 실질적 증거를 제시하고, 이에 근거하는 합리적인 추정의 결과가 도출될 수 있는 법체계의 구성이 수반되어야 할 것이다.

65) 한국보건사회연구원, 「미국의 사회보장제도」, 2018, 297-300면.

[참고문헌]

김홍엽, 「민사소송법」 제10판, 박영사, 2021

권오성, 「업무상 재해의 상당인과관계에 관한 증명책임 재검토」(노동법연구 제50권), 서울대학교 노동법연구회, 2021

근로복지공단, 「정신질병 업무관련성 조사 지침」(2021.01.13. 개정)

금태환, 「미국 연방행정절차법에서의 실질적 증거 기준」(행정법연구 제18권), 행정법이론실무학회, 2007

금태환, 「효력유지 환송판결의 가능성」(행정법연구 제42호), 행정법이론실무학회, 2015.7,

로렌스 M. 프리드만, 「미국법의 역사」, 청림출판, 안경환 옮김, 2006

법원행정처, 「외국사법제도연구(23)-각국의 의무이행소송-」, 2018

법제처, 「미국의 법령체계와 입법심사기준에 관한 연구」, 법제처, 2010.10

오종한, 「미국 산재보상제도의 역사적 전개와 현황」(노동법연구 제4호), 서울대학교 노동법연구회, 1994

임종률, 「노동법」(제19판), 박영사, 2021

전형배, 「산재보상에서 업무와 자살의 인과관계와 추정규정의 도입」(노동법학 제76호), 한국노동법학회, 2020

정슬기, 「정신질병의 산재인정과 개선방안 Ⅱ - 절차적, 규범적, 후속조치적 측면에서 -」(법제 694권), 법제처, 2021

조윤익·문성준·이윤서·김예진, 「업무상 재해의 상당인과관계 증명책임 완화에 대한 검토 및 제언-산업재해보상보험법의 입법론적 개선방안을 중심으로-」(고려법학 제99호), 고려대학교 법학연구원, 2020

하갑래, 「노동법」(제4판), 중앙경제 2021

한국보건사회연구원, 「미국의 사회보장제도」, 2018

허영, 「헌법소송법론」(제9판), 박영사, 2014

Bauer, Ralph S., When Is a Suicide Compensable under a Workmen's Compensation Statute?, University of Chicago Law Review Vol. 1, Iss. 1, UNIVERSITY OF CHICAGO LAW SCHOOL, 1993

Boehmke, Julie L., Employment Law—Allowing Compensability of Suicide under Minnesota's Workers' Compensation Statute, William Mitchell Law Review Vol. 27, Mitchell Hamline School of Law, 2000

John Koch, Workmen's Compensation Act - Death by Suicide - When Compensable, 28 Marq. L. Rev. 53., 1944

Thomas J. Scanlon, Suicide under Workmen's Compensation Laws, Clev.-Marshall L. Rev 26, Cleveland State University, 1963

Abstract

Study on suicide from performance of employee's duties and burden of proof under U.S. federal law and cases

Sul-Gi Jeong
Sungkyunkwan University Ph.D. Candidate.

In this article, we've looked at examples of the application of worker's industrial accident compensation(Workers' compensation) laws and procedures under US federal law, especially suicide from performance of employee's duties and burden of proof under U.S. federal law and cases. Then, we examined the implications for Korea's related legal systems. As a result, the differences from judgment procedures and standards in Korea Workers' compensation are as follows.

First, if the administrative agency's decision on Workers' compensation is damaged, the court will destroy it and return it to the agency again. This is a "Remand without Vacation" system. Second, the US provides substantial evidence standards under the Administrative Procedure Act. It holds unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be arbitrary and capricious, substantial evidence, and trial de novo by the reviewing court. Third, federal law applies the principle of presumption to Workers' compensation. That is, if the administrative agency does not provide substantive evidence against the claimant's allegations, the principle of presumption applies. As a result, work-related accidents are recognized.

Thus, US federal law gives the Mitigation of the Burden of Proof to government agencies with worker's compensation. This gives severity to the agency. And this reduces the burden of proof on the affected workers.

From now on, the allocation of burden of proof must be legislative. Both sides claiming the certification of Workers' compensation must provide substantive evidence. And the result of presumptions based on this should be derived. It is necessary to reconstruct the legal system for this purpose.

keywords : Worker's industrial accident compensation, Burden of proof, Suicide, Remand without vacation, Substantial evidence, Presumption

의약품 부작용 피해구제제도의 법·정책적 개선방안 연구[1)]

황 의 관 (Eui-Kwan Whwang)
한국소비자원 정책연구실 책임연구원

논문접수 : 2022. 02. 11. 심사개시 : 2022. 02. 15. 게재확정 : 2022. 03. 14.

목 차

Ⅰ. 들어가는 말

Ⅱ. 의약품 부작용 피해구제제도의 의의 및 현황
1. 의약품 부작용 피해의 의미와 피해구제의 문제
2. 의약품 부작용 피해구제제도 현황 및 특성
3. 피해구제 체계, 대상, 보상범위 및 절차 등

Ⅲ. 주요 국가의 의약품 부작용 피해구제제도
1. 일본
2. 대만
3. 비교법적 고찰의 시사점

Ⅳ. 의약품 부작용 피해구제제도 개선방안
1. 법적 쟁점 및 법제개선방안
2. 의약품 소비자 권익 강화를 위한 정책 개선방안

Ⅴ. 결론

1) 본 연구는 필자가 연구책임을 맡아 수행한 「의약품 관련 피해구제제도 개선방안 연구-의약품 부작용 피해구제를 중심으로」(한국소비자원 정책연구 19-12) 보고서를 바탕으로 논문으로 작성한 것임을 밝혀둡니다. 또한, 본 논문의 심사를 맡아주신 익명의 심사위원들께 진심으로 감사드립니다.

국문초록

의약품은 사업자와 소비자 사이의 정보격차가 크고 피해발생시 소비자의 생명·신체에 중대한 위해로 이어지게 된다. 또한 피해발생시 의약품과 손해사이의 인과관계, 의약품 제조업자의 고의·과실 등 피해구제를 위한 귀책사유 입증이 어렵다. 이런 이유로 의약품 피해구제의 특성을 반영한 의약품 부작용 피해구제제도가 2014년부터 시행되고 있으나 여러 한계가 지적되고 있다. 이에, 본 연구는 의약품 부작용 피해구제제도를 중심으로 의약품 관련 피해구제제도의 현황 및 문제점을 조사·분석하고 주요 국가들의 의약품 부작용 피해구제제도와의 비교법 연구를 통해, 의약품 소비자의 권익향상 및 제도운용의 효율성 제고를 위한 법제개선방안을 제시한다.

1장은 서론부분으로 연구의 배경과 목적 등을 담고 있다. 2장은 우리나라 의약품 관련 피해구제제도의 현황을 다루고 있다. 의약품으로 인한 피해가 발생한 경우 이용할 수 있는 제도 일반을 살펴보고, 의약품 부작용 피해구제제도가 가지는 무과실책임을 바탕으로 한 손실보상의 특성을 분석한다. 그리고 의약품 부작용 피해구제 체계, 대상, 보상범위 및 절차 등 제도의 현황을 고찰한다. 3장은 주요국가의 의약품 부작용 피해구제제도를 조사·분석하는 비교법 연구를 수행한다. 일본과 대만의 의약품 부작용 피해구제제도를 대상으로 하여, '피해구제 운영체계 및 조직', '피해구제급여의 대상 및 범위', '피해구제 재원조성 방법' 등을 중심으로 각 국가별 제도를 조사·분석하고 우리나라 제도와의 비교를 통해 법·정책적 시사점을 도출한다. 4장에서는 의약품 부작용 피해구제제도의 문제점과 이의 개선방안을 다룬다. 문제점은 기존 문헌분석과 비교법 분석을 통해 도출한 사항을 중심으로 발굴한다. 의약품 소비자 권익향상을 위한 법제 개선방안으로 '피해구제급여 지급결정에 대한 소비자의 이의신청권 보장', '정상적 사용, 부작용 등 핵심개념의 법제화' 등을 제안하고 있다. 정책적 개선방안으로는 '피해구제급여 및 지급방식의 다양화', '제외대상 의약품 지정절차 개선' 등을 제안하고 있다. 마지막 5장은 결론부분으로 전체 연구를 요약하고 연구가 가지는 의미와 한계를 살펴보고 있다.

※ 주제어: 의약품부작용피해구제, 공적 피해구제제도, 무과실책임, 의약품의료기기종합기구, 대만약해구제기금회

Ⅰ. 들어가는 말

2020년부터 계속되고 있는 코로나19 팬데믹 사태는 백신의 개발 및 접종으로 극복되어 가는 추세에 있다가, 최근 오미크론 변이의 출현으로 세계적인 재확산의 물결속에 팬데믹의 위험이 계속되고 있다. 그럼에도 보건당국과 관련 분야의 전문가들은 백신접종이 코로나19 위험에 대한 가장 효과적인 대응방안이고, 이에 백신접종의 필요성을 강조하고 있다.[2] 하지만 코로나19 백신접종에 따른 부작용 위험을 우려하면서, 백신접종에 거부감을 토로하는 일부 국민도 존재하고 있다. 그러나 백신의 부작용이 있다고 하더라도 그에 비해 백신이 가지고 오는 효용이 매우 크기 때문에 국가 전체적으로 보면, 백신접종은 분명 필요하다. 이처럼 의약품의 경우 정상적인 사용이 있는 경우라도 낮은 확률이지만 부작용이 발생할 수 있고 이를 복용한 소비자는 치명적인 피해를 입게 된다. 의약품부작용은 의약품 자체에 내재해 있는 것으로 이러한 부작용이 있음에도 불구하고 해당 의약품이 가지는 사회적 효용이 매우 크기 때문에 일반적인 사용이 허용된다. 따라서 이러한 의약품부작용에 따른 피해를 해당 의약품을 사용한 자에게만 전적으로 부담시키는 것이 바람직한 것인지에 대한 논란이 있을 수 있다. 이러한 논의가 반영되어 「약사법」에서는 의약품부작용으로 발생한 피해에 대하여는 국가가 적극적으로 개입하여 대처하는 공적 피해구제제도로서 의약품부작용 피해구제제도가 시행되고 있다. 하지만 의약품부작용 피해구제제도에 대하여는 국정감사[3]를 비롯한 여러 영역에서 제도의 한계와 법제적 개선의 필요성이 제기되고 있다. 이에, 본 연구는 비교법 연구를 통하여 의약품부작용 피해구제제도의 법제적·정책적 개선방안을 제시하고자 한다. 이를 위하여 우선, 의약품부작용 피해구제제도의 의의와 다른 피해구제제도와의 차이점 및 특성을 살펴본다. 다음으로 우리나라와 유사한 공적피해구제제도의 성격을 가지는 의약품부작용 피해구제제도를 도입·시행하고 있는 일본, 대만의 관련 법제 및 제도 현황을 고찰하고, 우리나라의 의약품부작용 피해구제 관련 법제 및 제도와 비교·분석한다. 이를 통해 법·정책적 시사점을 도출하고 이를 기반으로 의약품부작용 피해구제제도 관련 법제의 개선방안과 의약품소비자의 권익제고를 위한 정책적 개선방안을 제시한다.

---

* 본 연구는 필자가 연구책임을 맡아 수행한 「의약품 관련 피해구제제도 개선방안 연구-의약품 부작용 피해구제를 중심으로」(한국소비자원 정책연구 19-12) 보고서를 바탕으로 논문으로 작성한 것임을 밝혀둡니다. 또한, 본 논문의 심사를 맡아주신 익명의 심사위원들께 진심으로 감사드립니다.

2) 질병관리청 https://ncv.kdca.go.kr/menu.es?mid=a10116020000 (최종방문, 22.1.12).

3) 이명수의원실 국정감사 보도자료(2018.10.15).

Ⅱ. 의약품 부작용 피해구제제도의 의의 및 현황

1. 의약품 부작용 피해의 의미와 피해구제 문제

의약품에 따라 발생하는 피해는 의약품 결함으로 인한 피해만이 아니라 의약품 이외의 외적인 요소로 인한 피해까지 포괄하여 의약품을 매개로 발생하는 피해를 의미한다. 따라서 의약품에 따른 피해는 의약품 제조업자, 제조·판매를 허가한 국가, 처방·투여한 의사, 조제·판매한 약사, 의약품을 오·남용한 소비자도 의약품에 따른 피해를 일으키는 주체에 포함된다.[4] 의약품은 효능과 동시에 부작용을 일으키기 때문에 효능을 기대하고 의약품을 복용했던 소비자는 부작용으로 인하여 고통 받을 수 있고, 대량생산, 유통 및 소비되는 의약품의 특성상 이에 따른 피해는 복잡해지고 그 규모가 확대되고 있다. 특히 의약품의 허가는 전임상시험과 3단계의 임상시험 과정을 거쳐 어느 정도 입증된 안전성과 유효성을 바탕으로 이루어지고 있지만, 시판 후 부작용을 완전히 예측하기 어렵다. 이에 의약품에 일정 정도 부작용이 잠재되어 있다는 사실은 일반적으로 인정되고 의약품이 제공하는 유용성을 감안하여 부작용 위험을 수용하여 사용하고 있다. 이처럼 의약품은 다른 제조물과는 다르게 제조 당시의 과학과 기술 수준으로 이러한 부작용을 발견하기 어려운 특수성이 있다.[5] 의약품에 따라 발생하는 피해는 의약품 자체의 결함이나 부작용 이외에도 의료인이나 소비자의 과실에 따라 발생할 수 있다. 하지만 의약품 부작용 피해를 제외한 다른 피해는 통상적인 피해구제제도로 이를 전보할 수 있어, 부작용 피해와는 구분된다. 따라서 의약품 부작용 피해는 다른 것과 용어를 구분하여 사용할 필요가 있어, 본 연구에는 이를 구분하여 사용한다. 즉, 의약품에 따른 피해는 광의로서 의약품 부작용, 결함 및 그 외의 외부요인에 따라 발생하는 피해를 지칭하고 의약품 부작용 피해는 의약품의 제조상 결함이나 그 외의 외부요인이 없이 발생하는 의약품에 내재되어 있는 위험에서 발생하는 피해를 가리키는 것으로 한다.

의약품에 따른 피해가 발생한 경우 소비자는 제약회사에 대하여 민법에 따른 손해배상을 청구할 수 있다. 민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정하고 제751조 제1항에서는 재산 이외의 손

4) 연세대학교 산학협력단, 「의약품 피해구제 사업비 조성 및 운용방안 연구」, 식품의약품안전처 용역연구개발과제 보고서, 2012, 39면.
5) 연세대학교 산학협력단, 앞의 보고서, 37면.

해에 대하여도 배상할 책임이 있음을 명확히 하고 있다. 즉, 민법상 불법행위책임이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서'고의 또는 과실'과 위법성, 인과관계가 입증되어야 한다. 따라서 민법상 불법행위가 성립하기 위해서는 제약회사의 고의나 과실이 입증되어야 한다. 그러나 의약품 부작용 피해의 경우 제약회사의 고의 또는 과실이 없는 경우에 발생한다는 점에서 민법상 불법행위에 따른 손해배상청구는 한계가 있다. 또한, 민법상 불법행위에 따른 손해배상청구는 민사소송을 통해야 하기 때문에 소송과정에서 소비자들은 시간과 비용이 많이 소요되어 피해구제의 효율성이 낮을 수밖에 없다. 한편, 「제조물책임법」에 따라 제조업자는 제조물의 결함에 관하여 무과실책임을 부담하게 되고, 결함에 대해 인식하면서도 필요한 조치를 취하지 아니한 경우에는 징벌적 손해배상책임을 진다. 의약품도 제조물에 해당되며 의약품 제조업자 등도 전형적인 제조업자에 포함되기 때문에 의약품에 따른 피해가 발생한 경우 「제조물책임법」이 적용될 수 있다. 따라서 제조과정에서 의약품에 유입된 불순물이나 이물 또는 부패나 변질 등의 제조상 결함이 있는 경우, 의약품의 효능보다 부작용이 더 큰 설계상의 결함이 있는 경우, 제품의 사용설명서 등에 의약품에 관한 지시나 경고를 제대로 하지 않은 지시·경고상의 결함이 있는 경우 의약품 제조업자는 제조물책임을 진다.[6] 하지만 의약품 부작용의 경우 부작용 발생의 예견 곤란성, 입증의 곤란성을 감안할 때 의약품의 결함을 인정받기가 어렵고 그에 따라 의약품 제조업자의 제조물책임을 추궁하기도 용이하지 않다는 문제가 있다.[7] 또한, 의약품 부작용 피해구제의 경우 의약품의 정상적 사용에서 발생하는 피해에 대한 구제이기 때문에, 소비자피해구제나 분쟁조정, 「의료분쟁조정법」상 의료사고에 포섭하기 어렵다. 결국 기존의 법체계에서 의약품 부작용 피해에 대한 구제가 용이하자 않아 이를 위한 별도의 제도로서 의약품부작용 피해구제제도가 도입되었다.

6) 연세대학교 산학협력단, 앞의 보고서, 40면.

7) 이와 관련하여 2012년 3월 감기약 복용 후 스티븐-존슨증후군이 발병한 환자가 약사, 의약품 제조회사, 병원 등을 상대로 손해배상청구소송을 제기했는데, 당시 원고는 의약품 제조회사에 대하여는 해당 감기약이 「제조물책임법」제2조 다목에서의 '표시상의 결함'이 있다고 주장했다. 이에 대하여 법원은 표시상의 결함을 인정하지 않았는데, 그 이유로 제조회사가 해당 의약품에 부작용으로 표시한 사항이 스티븐존슨증후군 내지 독성 표피 괴사용해증의 위험성을 적절하고도 효과적인 방법으로 기재하였다고 보았다. 서울고법 2017.4.4. 선고 2013나2010343 판결.

2. 의약품 부작용 피해구제제도 현황 및 특성

가. 의의 및 연혁

의약품 부작용 피해구제제도는 의약품 부작용으로 사망, 장애, 질병 등의 피해를 입은 유족 및 환자에게 사망일시보상금, 장애일시보상금, 진료비 및 장례비 등 보상금을 지급하여 피해를 구제하는 제도를 의미한다.[8] 의약품 부작용 피해구제제도는 「약사법」에 따라 운용되고 있는 제도로서 법상으로 식품의약품안전처의 업무이지만 제도운영에 관한 행정적·절차적 사항은 한국의약품안전관리원(이하 '의약품안전관리원')이 위탁을 받아 수행하고 있다.[9] 「약사법」의 규정 이외에도 의약품 부작용 피해구제에 관하여는 동법의 위임에 따라 대통령령인 「의약품 부작용 피해구제에 관한 규정」(이하 '피해구제규정')과 총리령인 「의약품 부작용 피해구제에 관한 규정 시행규칙」이 있다.

「약사법」에 의약품 부작용 피해구제제도가 최초로 도입되어 규정된 것은 1991년 이었는데, 의약품 부작용으로 발생하는 피해구제 등을 위한 연구사업 및 관련 단체의 부담금 납부 근거에 대하여 규정하고 있었으나, 하위법령 미제정 등으로 사실상 사문화되어 있었다.[10] 이후 1995년 1월 보건복지부는 제도시행을 위하여 관련단체의 의견을 수렴하여 「약사법 시행규칙」을 입법예고한 바 있으나, 의료인의 과실에 의한 의료사고와 의약품으로 인한 피해의 명확한 구분을 위한 의료분쟁조정 관련 법령 마련과 연계하여 추진할 필요가 있다고 판단하여 시행규칙 개정작업을 중지하였다.[11] 이러한 행정입법부작위에 대하여 2012년에 헌법소원이 있었는데, 헌재는 행정입법부작위가 위헌으로 확인되더라도 위헌선언의 장래효에 따라 청구인은 권리구제를 받을 수 없어 위헌확인을 구할 권리보호이익이 없다고 보아 청구를 기각하였다.[12] 이후 국회에서 의약품 부작용 피해구제제도 도입을 위한 「약사법」 개정논의가 있어왔고 그 결과 약사법개정안이 2014년 2월 28일 국회를 통과하여 3월 18일 공포되었으며, 6개월 후인 2014년 12월 19일부터 의약품 부작용 피해구제사업이 시행되었다.[13]

---

8) 양민석, "의약품 부작용 피해구제 제도", 대한내과학회지 제93권 제1호, 2018, 8면; 정영훈, "의약품부작용 피해구제제도 활성화를 위한 제언", 소비자정책동향 제67호, 2016, 7면.
9) 「약사법」 제86조, 제86조의2 제1항 및 「의약품 부작용 피해구제에 관한 규정」 제8조.
10) 국회 보건복지위원회, 「약사법 일부개정법률안 검토보고」, 2014, 8면.
11) 국회 보건사회위원회, 앞의 심사보고서, 8면; 국회입법조사처, 「약사법 제86조(의약품 부작용 피해구제사업)의 입법영향분석」, NARS 입법영향분석보고서 제28호, 2017, 4면.
12) 헌재 2015.6.25. 2012헌마210 입법부작위 위헌확인.

나. 법적 특성

의약품 부작용 피해구제제도는 의약품 복용에 따라 발생한 피해를 구제하기 위한 제도이지만, 일반적인 피해구제제도와의 차이가 있다. 우선, 의약품 부작용 피해구제제도는 의약품 부작용 피해에 대한 보상이지 배상이 아니라는 점이다. 일반적으로 '배상(賠償)'은 '위법한 원인행위'로 인하여 손실이 발생한 경우 그 원인행위를 야기한 자가 해당 손실을 전보(塡補)하는 것을 의미하며, 이러한 경우 발생한 손실을 통상 '손해'라 한다. 반면에 '보상(報償)'은 '적법한 원인행위'로 인하여 손실이 발생한 경우 그 원인행위를 야기한 자가 해당 손실을 전보(塡補)하는 것을 의미한다. 통상적으로 배상제도는 위법한 원인행위를 전제로 하기 때문에 행위규범의 위반과 이에 대한 주관적 구성요건으로서 고의·과실이 충족되어야 하는 과실책임주의를 따르게 된다. 반면에 보상제도는 적법한 원인행위가 있었음에도 이에 대해 발생한 손실을 전보하는 것이기 때문에 행위규범의 위반을 전제로 하지 않는다. 다시 말해, 위법성이 없음에도 불구하고 발생한 손실을 메워 주는 것이므로 고의·과실과 같은 원인행위자의 주관적 귀책사유가 필요하지 않고, 발생한 결과의 불법성을 제거하기 위해 인정되는 것이다. 따라서 보상제도는 일반적으로 사법관계(私法關係)가 아니라 공법관계(公法關係)인 행정상 손실보상제도에서 인정되는 것이다. 즉, 국가나 지방자치단체와 같은 공행정주체가 적법한 행위를 한 경우에도 행정객체에게 손실이 발생하는 경우 이에 대한 배상책임은 없으나 '공적 부담 앞의 평등의 원칙'에 따라 발생한 손실을 전보하여 주는 일종의 손실에 대한 대상(代償)제도로 인정되어 왔다.[14] 따라서 의약품 부작용 피해구제제도가 보상제도로 운영되고 있다는 것은 의약품 복용에 따라 발생한 피해에 대한 구제에 있어서, 과실책임주의를 전제로 하고 있지 않으며 동시에 침해행위가 특정 규범의 위반이란 위법성을 가지지 않아도 구제의 대상이 된다는 것이다. 그리고 의약품부작용 피해구제제도의 특성은 행정청의 결정에 따른 피해구제급여 지급이다. 즉, 의약품 부작용 피해구제급여를 받고자 하는 자는 의약품안전관리원에 신청을 하고 의약품안전관리원이 관련 사실을 조사·감정하여 식약처에 심의를 요청하여 심의결과에 따라 피해구제급여를 지급하게 되는데, 이러한 구조 자체가 다른 분쟁해결제도의 조정이나 중재제도와는 다르게 분쟁을 행정청이 적

13) 국회의안정보, 「약사법 일부개정법률안(대안)(보건복지위원장)」(의안번호 1909531), http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_O1P4E0J2G2C0P1R9N5Q5G4G9V5K1Y1

14) 가장 대표적인 경우가 공용수용에 따른 손실보상제도 이다. 다만, 학설상으로는 손실보상제도는 공적부담 앞의 평등이 아닌 사유재산권 보장에 따른 것이며, 공적 부담 앞의 평등의 원칙은 행정책임의 영역에서 다루어야 한다는 논의가 있다. 이광윤, 「일반행정법」, 법문사, 2012, 400면 이하 참조.

극적으로 개입하여 해결한다. 다른 분쟁해결제도는 당사자의 의사에 따른 분쟁의 조정·중재로 분쟁을 해결하지만, 의약품 부작용 피해구제제도는 행정청이 적극적으로 개입하여 행정청 스스로가 분쟁해결의 당사자가 되는 구조로 전환된 것이다. 이러한 구조에서는 본래 분쟁해결 당사자 중 하나인 의약품 제조업자가 사라지는데, 이들은 분쟁해결에 소요되는 재원을 부담하는 것으로 대신하게 된다. 이는 의약품 부작용의 위험을 사회화하는 것이다. 즉, 의약품 부작용의 위험을 의약품 제조업자 등이 분담하고 이를 통해 조성된 자금의 관리를 행정기관이 담당하고 의약품 부작용으로 피해를 입은 자에게 이를 지급하여 분쟁을 해결하는 것이다. 의약품 제조업자는 부담금 납부의무를 지지만 의약품 부작용 분쟁당사자가 되는 위험으로부터 자유롭게 되고, 의약품 부작용 피해를 입은 자는 의약품 제조업자와의 지난한 분쟁해결 과정을 거치지 않고 행정청을 통해 분쟁을 해결할 수 있다는 장점을 가지게 되는 것이다. 이를 법적인 관점에서 보면 본래 의약품 부작용 분쟁이 의약품 제조업자와 의약품 소비자 사이의 사법상 법률관계에서 해결해야 하는 것인데, 의약품 자체가 가지는 특수성에 따라 정책적으로 행정청이 개입하여 의약품 부작용 피해를 입은 자와 행정청 사이의 공법상 법률관계로 분쟁을 해결하는 구조로 전환시킨 것이다. 따라서 의약품 부작용 피해구제제도에 있어서 기본적인 법률관계 당사자는 의약품 부작용 피해를 입은 자와 행정청인 식약처이고 사법관계가 아닌 공법관계를 형성하게 된다.

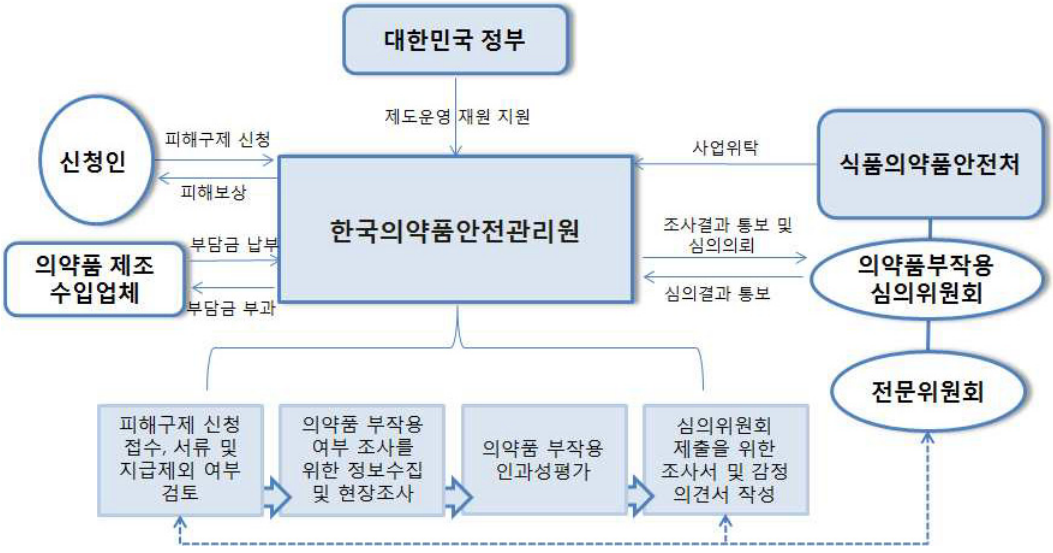
3. 피해구제 체계, 대상, 보상범위 및 절차 등

의약품 부작용 피해구제는 의약품안전관리원이 담당하고 있는데, 의약품안전관리원은 「약사법」 제68조의3에 따라 설립된 법인으로서 소위 공법상 영조물법인에 해당한다.[15] 의약품 부작용 피해구제 신청서 접수, 신청사건의 조사, 의약품 부작용 피해구제급여의 지급 등 행정적 업무와 조사업무를 의약품안전관리원이 담당하고, 의약품 부작용 피해구제 사업관리 및 피해구제급여 지급결정 등 전체적인 사업관리와 행정적 결정을 식약처가 담당하는 구조로 되어있다. 그리고 의약품 부작용 피해구제제도 운영비용은 정부가 지원하며, 피해구제급여에 소요되는 비용은 의약품 제조업자 등의 부담금을 주된 재원으로 하는데, 의약품 부작용 피해구제 부담금의 징수·관리업무도 의약품안전관리원이 담당하고 있다. 의약

15) 「약사법」 제68조의3 제5항은 의약품안전관리원에 관하여는 「약사법」에서 규정한 것을 제외하고는 「민법」 중 재단법인에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다.

품 부작용 피해구제사업의 전반적인 운영체계를 정리하면 다음 그림과 같다.

〈의약품 부작용 피해구제사업 업무 흐름도〉



출처: 식품의약품안전처·한국의약품안전관리원, 의약품부작용피해구제 사업소개

가. 피해구제 대상, 보상범위, 방법 및 절차

의약품 부작용 피해구제급여에는 '진료비', '장애일시보상금', '사망일시보상금', '장례비'가 있다.[16] 최초에는 사망일시보상금만 보상대상이었는데, 그 후 2016년 장애일시보상금 및 장례비가 포함되었으며 2017년 진료비 보상까지 확대되었다.[17] 피해구제급여를 지급한 후 의약품안전관리원장은 치료 경과 등을 확인하고 필요한 조사를 할 수 있으며, 피해구제급여를 지급하기로 결정한 경우 해당 품목의 의약품의 제조업자등에게 피해구제급여의 지급 결정 사실을 통지하여야 한다.[18] 그리고 진료비나 장애일시보상금을 지급받은 자가 해당 의약품의 부작용으로 인하여 질병 또는 장애의 정도가 심해지거나 해당 의약품의 부작용으로 인하여 새로운 질병 또는 장애가 발생한 경우에는 의약품안전관리원장에게 피해구제급여 지급을 신청할 수 있고, 이에 대하여 의약품안전관리원장은 법 제86조의4제4항 및 제8항에 따라 피해구제급여를 지급하기로 결정된 경우에는 피해구제급여를 추가로 지

16) 「약사법」 제86조의3 제1항.
17) 피해구제 보상금 산정기준은 「피해구제 시행규칙」 제7조 및 별표에 따라 정해지고 있다.
18) 「피해구제 시행규칙」 제12조 제3항 및 제4항.

급하여야 한다. 이 경우 장애일시보상금을 지급받은 자는 장애등급의 차이에 따른 차액을 지급한다.[19] 「약사법」 제86조의3 제2항은 의약품의 적절한 사용에 따른 피해구제 보상 대상이라 하더라도 피해구제급여의 지급제외가 되는 경우를 열거하고, 시행규칙으로 정하도록 위임하고 있다. 그리고 「약사법」과 시행규칙에서 식약처장이 정하도록 한 의약품에 대하여는 「의약품부작용피해구제 지급제외 대상 의약품의 지정」에서 규정하고 있다. 피해구제 지급 제외 대상 의약품은 약품 이상 반응의 빈도와 특정 성분이 포함되어 고위험을 내포하고 있는 의약품이 포함되어 있다. 이는 특정 의약품의 경우에는 부작용의 위험성이 높은 경우라고 하더라도 해당 의약품을 사용할 필요가 있기 때문에 의약품 부작용 피해구제의 대상에서 제외한 것으로 보인다. 한편, 의약품안전관리원장은 의약품 부작용 피해구제급여 신청인이 고의 또는 중대한 과실로 해당 질병의 상태를 악화시키거나 치유를 거부·방해한 것으로 인정되는 때에는 피해구제급여의 전부 또는 일부의 지급을 중단할 수 있다.[20] 또한, 의약품안전관리원장은 피해구제급여를 받은 사람이 거짓 또는 그 밖의 부정한 방법으로 피해구제급여를 받은 경우에는 급여액의 2배를 징수하여 부담금 회계의 수익금으로 한다. 피해구제급여를 받은 이후 의료사고로 판명되어 조정·중재를 받은 경우이거나 잘못 지급된 피해구제급여에 대하여는 피해구제급여액을 징수하여 부담금 회계 수익금으로 한다.[21]

나. 재원조성 방법 및 기타사항

의약품 부작용 피해구제 사업운영비는 정부의 보조금으로 충당하고, 피해구제급여에 필요한 비용은 의약품 제조업자 등의 부담금으로 충당하고 있다. 피해구제 부담금은 전문의약품 또는 일반의약품으로 분류되는 의약품의 생산액 또는 수입액에 비례하여 부과하는 기본부담금과 심의위원회의 심의를 거쳐 식약처장이 부작용 피해구제의 필요성을 인정한 의약품으로 판정된 의약품에 부과하는 추가부담금이 있다.[22] 기본부담금은 '전년도 의약품 생산액 및 수입액의 1000분의 1'로 추가부담금은 '전년도 해당 의약품으로 인한 피해구제 지급액의 100분의 25. 다만, 그 의약품의 전년도 생산액·수입액의 100분의 1을 초과하지 아니한다.'로 한도를 정하고 있다. 피해구제 부담금은 의약품의 제조업자등의 전년도 상반

19) 「피해구제 시행규칙」 제13조 제1항 및 제2항.
20) 「약사법」 제86조의5 제1항.
21) 「약사법」 제86조의5 제1항.
22) 「약사법」 제86조의2제2항.

기 품목별 생산액 또는 수입액 및 피해구제급여액을 기준으로 1월 및 의약품의 제조업자등의 전년도 하반기 품목별 생산액등 및 피해구제급여액을 기준으로 7월의 연 2회 부과·징수한다.[23] 의약품안전관리원장은 부담금을 다른 회계와 구분하여 회계처리하여야 하며, 부담금 운용 수익금, 정부보조금 등을 고려하여 「피해구제에 관한 규정」에서 정하는 바에 따라 재정운용위원회를 구성·운영하여야 한다. 그리고 「약사법」에서는 피해구제급여를 받을 권리를 양도 또는 압류하거나 담보로 제공할 수 없도록 규정하고 있으며, 국가나 지방자치단체는 피해구제급여로 지급된 금액에 대하여는 공과금을 부과하지 아니하도록 규정하여 피해구제급여로 지급된 금액을 보호하고 있다.[24]

Ⅲ. 주요 국가의 의약품 부작용 피해구제제도

1. 일본

가. 연혁 및 피해구제 체계

일본은 탈리도마이드로 인한 약화사고와 위장약을 복용한 환자 중 11,000명이 스몬(SMON)병에 걸려 제약회사와 국가를 상대로 손해배상을 청구한 사건 등으로 인해 다른 나라에 비해 의약품 부작용 피해구제제도가 빨리 발전했다.[25] 이에 1979년 「의약품 부작용 피해구제 기금법」에 따라 기금[26]을 설립하여 1980년 5월부터 의약품 부작용 피해구제 업무를 수행하였다. 이 기금은 1987년 '의약품 부작용 피해구제 및 연구개발 진흥기금'으로 조직이 개편되었고 1994년 '의약품안전 조사기구'로 개편되었다. 이후 2001년 내각의 특수 법인 등 정리 합리화 계획에 따라 '국립의약품식품위생연구소', '의약품 의료기기 심사센터', '재단법인 의료기기 센터의 일부 업무'를 통합하여, 2004년 4월 「独立行政法人医薬品医療機器総合機構法」에 따라 의약품의료기기종합기구(Pharmaceuticals and Medical Devices Agency, 이하 'PMDA'라 함)을 설립하고 이 기구를 통해 의약품 부작

23) 「피해구제 시행규칙」 제10조제1항.
24) 「약사법」 제86조의7 및 제86조의8.
25) 연세대학교 산학협력단, 앞의 보고서, 60면.
26) 「医薬品副作用被害救済基金法」 제3조.

용 피해구제 업무를 수행하고 있다.[27] PMDA는 특별법인 「独立行政法人医薬品医療機器総合機構法」에 따라 설립된 공법인으로서 의약품 및 의료기기의 승인심사, 시판 후 안전성 정보수집, 의약품 피해구제 등을 담당하고 있으며, 건강피해구제부에서 의약품 부작용 피해구제 서비스를 제공하고 있다. 전체적인 체계는 우리와 유사하게 구성되어 있는데, 의약품 부작용 피해구제급여의 신청·접수, 급여의 지급 등 피해구제 업무의 실무적·행정적 업무는 PMDA가 담당하며, 주요한 의사결정은 후생노동성장관이 담당하고 있다. 의약품 부작용 피해구제 사업에 운영되는 비용의 50%는 정부 지원금으로, 피해구제급여로 지급되는 금액에 대하여는 허가 의약품 제조·판매업자 등이 부담하는 부담금으로 충당하고 있다.

나. 피해구제 대상, 절차 및 보상범위 등

일본은 피해구제 대상인 의약품 부작용을 "이 법에서 '허가 의약품 등 부작용'은 허가 의약품 등이 적정한 사용 목적에 따라 적정사용 된 경우에도 그 허가 의약품에서 사람에게 발현하는 유해한 반응을 말한다."고 하여 피해구제제도의 근거 법률에서 명확히 정의하고 있다.[28] 여기서 의약품은 '제조 판매 승인·허가를 받은 의약품'이며 병원이나 진료소에서 처방된 의약품, 약국에서 구입한 의약품, 일반의약품이 포함되고 별도로 대상에서 제외되는 의약품이 정해져 있다. 또한 '적정한 사용'이란 의약품의 용기 또는 첨부 문서에 기재되어있는 효과, 용법, 사용상의 주의에 따라 사용되는 것을 말하지만, 개별 사례에서는 현재 의학·약학의 과학수준에 비추어 종합적인 견지에서 판단한다.[29] 의약품 부작용에 따른 피해라고 해서 모두가 의약품 부작용 피해구제제도의 대상이 되는 것은 아니고 일정한 수준의 건강상 피해가 있어야만 하고 피해구제 제외대상이 아니어야 한다. 여기서 일정한 건강상 피해란 의약품 부작용으로 인하여 입원 치료를 필요로 하는 정도의 질병, 일상생활이 현저히 제한되는 정도의 장애 및 사망을 의미한다. 피해구제급여의 종류로는 의료비, 의료수당, 장애연금, 장애양육연금, 유족연금, 유족일시금, 장례비의 총 7가지 항목을 보상하고 있으며, 피해구제지급 결정금액을 일시금 또는 연금형태로 지급하고 있다.[30] 입원이 필요한 정도의 질병에 대해 치료를 받는 경우 의료비 및 의료비 이외의 비용을 '의료수당'으로 지급하고

27) PMDA,「独立行政法人 医薬品医療機器総合機構 業務案内」, 4-5면.
28) 「独立行政法人医薬品医療機器総合機構法」제4조제10호.
29) https://www.pmda.go.jp/relief-services/adr-sufferers/0011.html (최종방문, 2022. 1. 13).
30) 연금형태로 지급하는 경우 지급결정금액에 일정 계수를 곱하여 산출한 금액을 피해자 및 유족에게 보상하고 있다. PMDA 홈페이지 '급부의 종류와 급부액 설명' https://www.pmda.go.jp/relief-services/adr-sufferers/0007.html(최종방문, 2022. 1. 13).

있다. 이는 환자의 지속적인 통원이나 입원 치료에 대한 수당을 지급하는 것으로서 소비자 후생을 제고한다는 측면에서 의미가 있는 제도이다.[31] 의료비의 경우 비급여 항목은 보상 범위에서 제외되고 일상생활이 현저히 제한되는 정도 이상의 장애의 경우에 18세 이상 성인에게 지급하는 장애연금과 18세 미만의 소아·청소년의 양육자에게 장애아동 양육연급을 지급하고 있다.[32] 의약품 부작용 피해로 인하여 피해자가 사망한 경우에는 해당 피해자가 가정 내에서 생계유지 역할을 했는지 여부에 따라 유족연금이나 유족일시금을 지급하며 장례비를 추가적으로 지급하고 있다. 장애연급과 장애아동 양육연금, 유족연금과 유족일시금은 동시에 청구할 수 없다는 점이다. 피해구제급부는 의약품 부작용으로 인한 질병에 관한 것이어야 하며, 의약품 부작용인지 판단이 어려운 경우에도 청구는 할 수 있다. 피해구제 급부의 청구기한은 원칙적으로 사유가 발생한 날로부터 5년 이내이며, 장애연금과 장애아동 양육연금은 청구기한 제한이 없다.[33]

다. 피해구제 절차 및 지급현황

의약품 부작용 피해구제 절차는 3단계로 청구인의 급여신청, 약사·식품위생 위원회의 의학·약학적 판정, 후생노동성 장관의 급여결정 순서로 진행된다. 피해구제 급여신청은 본인 또는 배우자나 유족 등 청구권자가 구비서류를 갖추고 PMDA에 청구한다. 일본도 PMDA가 직접적으로 의약품 부작용 피해구제 여부를 결정하지 않는다. 즉, PMDA는 의약품 부작용 피해구제급여 신청이 있는 경우 해당 피해가 의약품 부작용에 의한 피해인지 여부 등과 같은 의학·약학적인 판단이 필요한 사항에 관하여 후생노동성 장관에게 판정을 신청하여야 한다.[34] 이러한 신청에 대하여 후생노동성 장관은 약사·식품위생심의회의 의견을 듣고 결정을 하고 PMDA에 그 결과를 통지해야 하며,[35] PMDA는 후생노동성 장관의 판정에 따라 급여를 지급한다.[36] 한편, 의약품 부작용 피해구제급여 판정에 대하여 불복하는 자는 후생노동성령에서 정하는 바에 따라 후생노동성 장관에게 심사를 신청할 수 있다.[37] 이러한 신청에 대하여 후생노동성 장관은 행정불복심사법상 PMDA의 상급행정청

31) 같은 견해로 정영훈, 앞의 글, 15면.
32) 연세대학교 산학협력단, 앞의 보고서, 64면.
33) PMDA 홈페이지 건강피해구제업무 개요 중 급부의 청구기한 및 청구권자
https://www.pmda.go.jp/relief-services/adr-sufferers/0021.html (최종방문, 2022. 1. 13).
34) 「独立行政法人医薬品医療機器総合機構法」 제17조제1항.
35) 「独立行政法人医薬品医療機器総合機構法」 제17조제1항.
36) 「独立行政法人医薬品医療機器総合機構法」 제15조제1호.

으로 본다.[38][39] 심사신청은 부작용 피해구제 급여의 지급결정을 안 날의 다음날부터 기산하여 3개월 이내에 하여야 하며, 심사신청인의 성명, 주소, 지급결정, 신청 취지 등을 기재한 심사신청서를 후생노동성 장관에게 제출하여야 한다.[40] 심사신청에 대하여 후생노동성 장관은 재결(裁決)을 하는데, 이에는 각하재결, 기각재결 및 지급결정의 전부 또는 일부 취소하거나 변경하는 재결을 할 수 있다. 다만, 심사신청인에게 불이익한 재결은 금지되고 있다.[41] 재결은 서면으로 하고 이유를 부기해야 하며 후생노동성 장관은 재결서 등본을 심사신청인과 PMDA에 송부한다. 그리고 PMDA는 피해구제급여 지급결정을 할 때 피해구제급여 신청인에게 당해 지급결정 등에 대하여 후생노동성 장관에 심사신청을 할 수 있다는 취지 및 심사신청을 할 수 있는 기간을 알려야 한다.[42]

라. 피해구제 부담금의 부과·징수 등

일본도 의약품 부작용 피해구제 급부에 필요한 비용은 허가 의약품 제조 판매업자 등이 납부하는 갹출금을 가지고 충당되고 있다.[43] 일본의 의약품 부작용 갹출금은 일반갹출금과 추가갹출금으로 구분되며, 납부의무자와 산정방식이 각각 다르다. 일반갹출금은 법제19조제1항에 따라 매년 4월 1일에 「의약품, 의료기기등의 품질, 유효성 및 안전성 확보 등에 관한 법률」제12조제1항의 규정에 따라 허가 의약품 등의 제조 판매업의 허가를 받고 있는 자 또는 동법 제23조의20제1항의 규정에 따라 재생의료등제품의 제조·판매 허가를 받은 자가 각 연도 7월 31일까지 PMDA에 신고·납부한다.[44] 따라서 관련 법령에 따라 허가를 받아 갹출금 납부의무자에 해당되면 출하된 허가의약품이나 부작용 구제급부에 관련한 제품이 없는 경우에도 납부의무를 부담하게 된다.[45] 일반갹출금의 액수는 허가 의약품 제조 판매업자 등이 제조·판매 허가의약품 또는 허가재생 의료제품의 전년도의 총 출하 수량을 기준으로 산출한 기초 거래액에 부작용 갹출금률을 곱하여 산정하고, 여러 의약품의 제

37) 「独立行政法人医薬品医療機器総合機構法」제25조제1항.
38) 「独立行政法人医薬品医療機器総合機構法」제25조제2항.
39) 행정불복심사법의 해당 규정은 상급행정청으로서 필요하다고 인정되거나 신청인의 신청에 의해 집행정지를 취할 수 있다는 규정이다. 「行政不服審査法」제25조제2항 및 제3항.
40) 「独立行政法人医薬品医療機器総合機構法施行規則」제45조 및 제46조.
41) 「独立行政法人医薬品医療機器総合機構法施行規則」제49조.
42) 「独立行政法人医薬品医療機器総合機構法施行規則」제50조 및 제51조.
43) 일본은 부담금 대신 갹출금(拠出金)이란 용어를 사용하고 있다.
44) 「独立行政法人医薬品医療機器総合機構法」第19条
45) PMDA, 「令和元年度 副作用拠出金 申告 · 納付の手引 」, 2019, p.1.

조 판매업 허가를 받은 자 또는 여러 사무소를 갖는 경우도 주된 사무소에서 일괄하여 산정하고 신고·납부한다. 부작용 갹출금률은 우리법제상 부담금요율을 의미한다.[46]

추가갹출금은 법 제19조제7항에 따라 PMDA가 전년도에 부작용 구제 급부의 지급 결정한 사례와 관련되는 질병, 장애 또는 사망의 원인이 된 허가 의약품 등(이를 통상 '원인 허가 의약품 등'이라 함)의 제조 판매업자가 일반갹출금 이외에 부가적으로 신고·납부하는 것을 말한다.[47] 추가갹출금은 PMDA가 원인 허가의약품 등을 제조·판매한 자에게 각 연도의 초기에 전년도의 해당 의약품에 따라 지급된 피해구제 급여액을 통지하는데, 이를 기초로 하여 추가갹출금을 산정하게 된다.[48] 의약품 제조·판매업자등이 납부한 갹출금에 대해서는 세법상 납부고지서를 받은 날이 속하는 사업연도의 손금 또는 필요경비에 산입된다.[49] 일본의 경우 의약품 부작용 피해구제 급여의 장래지급 예상액을 추정하고 미래 급여지급액을 충당하기 위하여 매 사업연도 말에 보유하는 책임준비금을 산정하여 적립하고 있다. 즉, 법률에서 PMDA가 방법서에서 정하는 바에 따라 매 사업연도에서 책임준비금을 산정하여 이를 적립하도록 규정하고 있다.[50] 이는 피해구제제도의 장기적인 존속을 위한 재정적 기반조성을 위해 장래 급여지급에 소요되는 비용을 사전에 적립하여 미지급되는 사태를 방지하기 위한 방안이다. 2018년 연도 말의 책임준비금은 25,823,000,000엔인데, 제도 도입 이래 지속적으로 증가하는 추세에 있다.

2. 대만

가. 연혁 및 피해구제 체계

대만에서 의약품 복용에 따른 피해구제를 위한 것으로 약해구제제도(藥害救濟制度)가 운용되고 있다.[51] 대만의 약해구제제도는 1996년에서 1997년 사이 2가지 약물인 terbinafine,

46) 2021년 현재 0.27/1000 이다. PMDA, 「令和 3年度 副作用拠出金 申告·納付の手引」, 3면.
47) PMDA, 「令和 3年度 副作用拠出金 申告·納付の手引」, 2021, 4면; 연세대학교 산학협력단, 앞의 보고서, 79면.
48) 추가갹출금은 원인 허가의약품으로 인해 지급된 급여의 합계액의 1/4로 산정한다. 다만, 이렇게 산정한 금액이 허가 의약품 제조 판매업자 등의 전년도 원인허가의약품 등의 합계 출하액의 1/100을 포과하는 경우에는 합계 출하액의 1/100을 곱한 것으로 한다. PMDA, 「令和 3年度 副作用拠出金 申告·納付の手引」, 4면.
49) PMDA 홈페이지 갹출금의 세법상 취급에 대한 후생노동성의 국세청에 대한 문의자료. https://www.pmda.go.jp/relief-services/contributions/0006.html (최종방문, 2022.1.13).
50) 「独立行政法人医薬品医療機器総合機構法」 제30조
51) 이하 대만의 의약품 부작용 피해구제제도에 관하여는 원칙적으로 '약해구제제도'란 명칭을 사용하고, 우리나라 제도와의 비교 등 필요한 경우 의약품 부작용 피해구제제도란 용어를 사용하기로 한다.

itraconnazole로 인한 사망 등 심각한 의약품 부작용에 대한 사회적 관심으로 생기게 되었다.[52] 이러한 일련의 사건들은 대만 국민에게 큰 충격을 주었고 의약품 부작용 피해구제 제도를 1980년부터 시행해오고 있는 일본 제도에 대한 연구로 이어졌다.[53] 이러한 제도연구에 따라 대만의 보건복지부는 약물 피해로 고통을 겪고 있는 피해자들을 위한 구제책을 시행하게 되었다. 구제책은 2단계로 진행되었는데, 첫 번째는 1998년 10월 12일에 발표되어 1999년 1월 12일에 시행되었다. 이 당시 약해구제를 위한 정책의 주요 사항 이행을 위해 의료약학협회가 주축이 된 위원회를 설립하였다. 의료약학협회는 의약품구제심사팀, 구제기금관리팀의 2개 팀을 구성했고, 각각 의약품부작용 조사와 기금 징수 및 승인된 의약품 피해에 대한 피해구제급여 지급 등을 담당했다. 두 번째로 보건복지부는 입법원이 약해구제법을 제정하도록 촉구했고, 여러 번의 협상을 통해 제약산업계 및 협회들 사이의 동의를 얻고자 노력을 기울였고, 마침내 입법원 의원과 소비자들의 지지를 얻어 의약품 부작용 피해구제를 위한 「藥害救濟法」이 입법회를 통과하여 2000년 5월 31일 공포되고 6월 2일에 시행되었다.[54] 「藥害救濟法」은 6개 장 28개 조항으로 구성되어 있는데, 제5조는 주무관청은 의약품 피해구제를 위한 기금을 설립하도록 하고 있다. 동 법 제6조는 '주무관청은 의약품 피해구제 업무 및 재정관리 업무를 담당할 별도의 조직을 설립하여야 한다. 만일 설립하는 경우 해당 목적을 위한 재단법인으로 설립할 수 있다.'고 규정하고 있다. 이에, 행정원위생서는 재단법인인 대만약해구제기금회(Taiwan Drug Relief Foundation, TDRF, 이하 '기금회'라 함)을 설립하여 약해구제법 집행을 담당하게 하였다. 기금회는 2001년 10월 24일 재단법인으로 등록하였고 같은 해 12월 25일 업무를 시작했다.[55] 기금회는 자치법규에 따라 12명의 이사와 1명의 이사장으로 구성된 이사회의 감독을 받는다. 이사장은 기금회를 관리·감독하며 외부적으로 기금회를 대표한다. CEO에 해당하는 집행장은 이사장이 이사회의 승인을 얻어 임명한다. 부집행장의 보조를 받는 집행장은 이사회의 감독아래서 기금회의 모든 활동 및 내부 행정업무에 대한 책임을 진다. 행정원위생서가 설정한 목표달성을 위해, 기금회는 아래 그림과 같이 행정조, 기획선도조, 약해조사조, 약물안전조의 5개 하부 조직을 두고 있다.[56]

52) 연세대 산학협력단, 앞의 보고서, 91면.
53) TDRF 홈페이지 성립배경, https://www.tdrf.org.tw/about02/ (최종방문, 2022.1.13.).
54) TDRF 홈페이지 성립배경, https://www.tdrf.org.tw/en/about01/ (최종방문, 2022.1.13).
55) TDRF 홈페이지, https://www.tdrf.org.tw/en/about01/ (최종방문, 2022.1.13).
56) TDRF 홈페이지, https://www.tdrf.org.tw/en/about02/ (최종방문, 2022.1.13).

기금회 임무는 '제조업자, 수입업자를 포함한 의약품 기업체로부터 징수된 피해구제 기금의 수납 및 관리', '의약품 부작용으로 인해 고통을 겪는 환자들이 제출한 신청서 조사', '승인된 신청자에 대한 피해구제급여 지급', '의약품 피해구제 프로그램 및 부작용에 관한 대중 교육', '의약품, 의료기기 및 식품첨가물의 시판 후 감시에 관한 프로젝트 수행', '국가 약품이상반응 보고시스템, 의료기기보고시스템, 의약품결함보고시스템 및 식용첨가물 이상반응 보고시스템에 관한 데이터베이스 관리', '유해사례 및 장래 예방대책 조사' 등이다.

대만의 의약품 부작용 피해구제 체계도 우리나라 및 일본과 유사한 구조를 가지고 있다. 즉, 의약품 부작용 피해구제에 관한 신청서 접수, 신청된 피해사례에 관한 조사, 피해구제급여의 지급 등 실무적·행정적 업무는 기금회가 담당하고 피해구제급여의 지급 여부 등 정책 결정은 위생복지부가 담당하고 있다. 따라서 의약품 부작용 피해구제 운영을 담당하는 주체와 피해구제에 관한 정책적 결정을 하는 주체가 분리·구분되어 있는 체제라 할 것이다. 특히 우리 법제나 일본과 유사하게 의약품 부작용 피해구제 운영은 정부부처가 아닌 별도의 법인격을 가진 공공단체가 담당하고 의약품 부작용 피해구제에 관한 정책적 결정은 정부 부처가 담당하여 피해구제 제도 체제의 유사성을 공유하고 있다. 차이점은 위생복지부 산하의 '약해구제심의위원회'가 직접 심의·구제 결정을 한다는 것이다. 대만의 위생복지부 산하에는 '약해구제심의위원회'와 '보건의료기금관리위원회'의 2개 위원회가 있다. 보건의료기금관리위원회는 위생복지부가 관리하는 6개 기금을 관리하고 있으며. 약해구제기금도 해당된다. 약해구제심의위원회는 약해구제 신청을 승인하고 피해구제급여의 지급금액 결정을 담당하기 위해 설립되었다. 약해구제심의위원회는 11~17명으로 구성되며 위원으로 의료, 약리학, 법률전문가와 사회단체대표 및 관할 관청이 지명한 자로 구성하고, 전체 위원 중 최소한 1/3 이상은 법률전문가 및 사회단체 대표로 한다.[57] 심의위원회는 약해구제신청을 받은 날로부터 3개월 내에 결정을 해야 하고, 필요한 경우 3개월의 기간을 연장할 수 있지만, 연장기간은 1개월을 초과하지 못한다.[58] 즉, 대만은 이러한 약해구제심의위원회가 피해구제급여의 지급 여부만이 아니라 금액까지도 결정한다.

57) 「藥害救濟法」 제15조.
58) 「藥害救濟法」 제16조.

나. 피해구제 대상, 절차 및 보상범위 등

대만의 약해구제제도는 합법적인 의약품의 정상적인 사용으로 인한 피해를 그 대상으로 하고 있으며, 근거 법률에서 이를 명확히 규정하고 있다. 즉, 대만의 「약해구제법」제1조는 "본 법의 목적은 법적 약물의 적정한 사용으로 인해 피해를 입은 자에게 신속한 구제를 제공하기 위함이다."하고 제3조에서 합법적인 의약품, 적정한 사용 등을 정의하고 있다.[59] 합법적인 약물은 보건복지부가 발행한 의약품허가를 득한 제조, 수입 또는 판매 의약품을 말하며, 적정한 사용이란 의료인의 복약지도 또는 의약품 라벨의 지시에 따른 사용을 말한다.[60] 또한, 약해란 '약물의 부작용으로 인한 사망, 장애 또는 중증질환'을 의미하고 부작용이란 '약물의 사용에 관련한 유해한 효과'로 정의하고 있다. 여기서 장애는 '장애인보호법 및 규정에 따른 장애분류 및 수준에 합치하는 상태로서 정신적 요인으로 인한 상태는 제외' 하고 중증질환이란 '보건복지부가 국가건강보험의 심각한 질병목록 및 약물부작용보고 규정에 따라 공포한 질병'을 의미한다. 따라서 대만의 경우 의약품 부작용 피해구제의 대상이 되는 것은 사망, 장애, 중증질환이다.

한편 「藥害救濟法」제13조는 약해구제 신청을 할 수 없는 경우를 나열하고 있다. 2011년 5월 4일 법 개정 전까지는 모든 off-label 약물 사용이 보상에서 제외되었으나, 개정 이후에는 심의위원회에서 판단하여 현재의 의료 및 치료원칙을 준수한 경우에는 보상대상에 포함된다.[61] 따라서 현재는 off-label 약물사용에 따른 부작용도 적절한 근거가 있으면 구제하고 있는데, 여기서 말하는 적절한 근거는 '대만 정부에서 발표한 치료 지침에 우선 추천약제', '다른 선진국에서 용법에 대한 허가를 이미 받은 경우', '의약품 사용에 강력한 근거가 있고 그 분야를 대표할 수 있는 국제 학회의 지침에 포함되어 있는 경우', '대표적인 의학교과서에 우선 추천약제로 포함되어 있는 경우'의 4가지이다.[62] 그리고 정신적 피해, 중의약제품, 생약제품, 의료기기 등도 보상범위에 포함하자는 논의가 있으나 제외대상이다.[63]

대만의 경우 「藥害救濟法」에 따라 의약품 부작용 피해구제급여는 사망, 장애, 중증질환의 3종이 있다. 3종의 피해구제급여를 심의위원회의 심의 결과에 따라 해당 금액을 지급하는데, 통상 지급까지 소요되는 기간은 6~8개월이며 피해자들은 소송 등에 비해 상대적으

59) 「藥害救濟法」 제3조.
60) 「藥害救濟法」 제3조 제2호 및 제3호.
61) 연세대산학협력단, 앞의 보고서, 99면.
62) 서울보라매병원, 「부작용 피해구제 제외 의약품 지정 운영개선 방안 연구」, 식품의약안전처 용역연구개발과제 보고서, 2016, 33-34면.
63) 연세대산학협력단, 앞의 보고서, 99면.

로 적절한 시기에 재정적 지원을 받을 수 있게 된다. 사망급여의 최대한도는 200만 대만달러, 장애급여는 장애정도에 따라 중증장애는 최대 150만, 중간정도 장애는 130만, 경증장애는 115만 대만달러이다.[64] 대만의 경우 사망급부의 경우 기본금액으로 160만 대만달러가 지급되고 사망자의 배우자나 미성년 자녀[65], 부모 등이 있는 경우를 참작하여 추가지급이 가능하지만 최고 한도는 200만 대만달러로 정해져 있다. 장애급부의 경우에도 장애의 정도에 따라 기본금액[66]이 있고 배우자, 미성년 자녀, 부모 등이 있는 경우를 참작하여 추가지급을 할 수 있지만, 최고 한도가 정해져 있다. 중증질환 급여의 경우 중환자실이나 화상병동에 입원해야 하는 경우에는 재량으로 60만 대만달러 한도에서 증액할 수 있다.[67] 우리 법제에 비하여 특이한 점은 피해구제급여에서 인과성이 확정되지는 않았으나 피해에 대한 다른 이유가 확정되지 않아 약물사용과의 연관성을 배제할 수 없는 경우에 임의적인 재량이지만 피해구제급여를 지급한다는 것이다. 물론 이러한 경우에도 심의위원회의 심의를 거치고 피해구제급여액을 임의적으로 정하여 지급한다는 한계는 가지고 있다.[68] 대만의 경우 약해구제급여 신청자격은 중증질환급여의 경우 피해자 본인 또는 법정대리인, 장애급여의 경우 본인 또는 법정대리인으로 동일하며 사망급여의 경우에는 피해자의 법적상속인이다.[69] 「약해구제법」제14조에 따라 신청인은 약해가 있음을 안 날로부터 3년 이내에 피해구제 신청을 해야 한다. 약해구제 신청인이 청구를 하면 기금회는 피해자의 의료기록 등을 조사하여 심의위원회에 제출할 자료들을 수집하며, 사전 회의 및 예비조사를 통해 전문가들의 의견도 위원회에 제출한다. 이러한 자료 및 의견을 제출받은 심의위원회는 신청인의 청구내용을 심의하여 약해구제 급여의 지급여부 및 금액을 결정하고 그 결과를 기금회로 전달하며 기금회는 이를 신청인에게 통지한다.[70] 신청인이 심의위원회의 심의결과에 불복하는 경우에는 관련 법률에 따라 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다.[71] 이러한 약해구제 신청의 일련의 과정은 우리나라나 일본의 그것과 유사하다고 할 것이다. 다만, 상술한 바와 같이 피해구제급여의 지급여부와 금액까지를 보건복지부산하의 심의위원회에서 담당하고 있다는 점이 차이가 있다.

64) 「藥害救濟給付標準」 제4조.
65) 장애가 있는 자녀는 미성년이 아니어도 포함된다.
66) 예를 들어, 극중도의 경우 150만 대만달러, 중도의 경우 110만 대만달러 등이 기본급여액이다.
67) 「藥害救濟給付標準」 제5조.
68) 「藥害救濟給付標準」 제3조 내지 제5조.
69) 「藥害救濟法」 제13조.
70) 연세대학교 산학협력단, 앞의 보고서, 100면.
71) 「藥害救濟法」 제20조.

다. 피해구제 부담금의 부과·징수 등

대만의 의약품 부작용 피해구제를 위한 기금은 기금회가 관리하며 기금의 재원은 '의약품 제조업자 및 수입업자가 납부하는 부담금', '부담금연체가산금', '대위청구로 인한 수입금', '기부금', '기금의 이자수입', '기타 관련 수입'으로 충당한다.[72] 이 중 부담금이 주요한 재원이 되며 부담금의 납부의무자는 대만에서 사업 거래를 수행하기 위해 허가된 모든 의약품 제조업자와 수입업자이다. 의약품 제조업자 및 수입업자(이하 '의약품 제조업자 등'이라 함)는 전년도 자신의 의약품 판매총액에 일정 비율[73]을 곱하여 산정된 부담금을 보건복지부가 정한 마감일까지 약해피해구제기금에 납부하여야 한다.[74] 대만도 우리나라, 일본과 유사하게 부담금 부과 및 징수에 관한 업무를 보건복지부가 「藥害救濟法」에 따라 기금회에 위탁하여 수행하고 있다. 위탁기관인 보건복지부는 법에 따라 기금회에 대하여 자료제출, 재정자료 조사 등 감독권한을 가지고 있다.[75]

대만의 경우 의약품 제조업자 등이 납부하는 부담금의 경우 기금의 총액에 따라 결정되도록 「藥害救濟法」에서 규정하고 있다. 「藥害救濟法」 제7조 제2항은 약해구제기금의 총액이 3억 대만달러에 도달 할 때 까지는 부담금 부과요율을 0.1%로 하고, 3억 대만 달러에 도달하는 경우에는 보건복지부가 약해구제기금의 재정상황 등을 고려하여 부담금 부과율을 의약품 제조업자 등의 판매액 대비 0.02%에서 0.2% 사이에서 조정할 수 있도록 규정하고 있다. 부담금 부과에 관련하여 만일 의약품 제조업자나 수입업자가 전년도 판매액에 관한 정보를 제공하지 아니하는 경우, 부담금은 현재 연도의 판매액을 평가하여 징수한다. 이러한 경우 만일 실제 판매액이 평가액과 차이가 있는 경우, 차액은 환급되거나 다음 연도 분으로 징수한다.[76] 만일 의약품 제조업자와 수입업자가 마감일 내에 부담금을 납부하지 아니하고 서면 통지를 수령하고도 미납하는 경우, 매 2일 마다 부담금의 1%를 체납금으로 부과한다. 체납금이 부과되는 경우에도 체납금의 총액은 최초 부담금 총액의 2배를 넘지 아니한다.[77] 원활한 부담금 징수와 납부를 위하여 의약품 제조업자 등은 보건복지부가 지정한 기한 내에 현재 연도와 전년도의 추산된 자신들의 허가 의약품 판매액과 관련한 정보와

72) 「藥害救濟法」 제5조 각 호.
73) 우리 법제상 부담금 부과요율에 해당한다.
74) 「藥害救濟法」 제7조
75) 「藥害救濟法」 제8조
76) 「藥害救濟法」 제7조 제2항.
77) 「藥害救濟法」 제8조.

서류를 신고하여야 한다. 이 신고내용을 바탕으로 기금회는 의약품의 판매액을 기준으로 아래와 같은 방식으로 부담요율을 적용하여 부담금을 산정한다. 신고 된 판매액의 정확성을 판별하기 위하여 기금회는 정기적으로 무작위로 선정한 몇 개 회사에 대하여 회계감사를 실시하여 사실관계를 파악한다고 한다.[78] 보건복지부는 의약품 제조업자 등에게 관련 서류 제출을 요구할 수 있으며, 의약품 제조업자 등은 이를 거절하거나 회피하거나, 방해해서는 안 된다.[79]

대만의 약해구제를 위한 부담금에서 특이한 부분은 법에 따라 부담금을 납부한 의약품 제조업자 또는 수입업자가 자신들의 의약품이 약해의 원인이 된 경우, 보건복지부는 다음 연도 부담금 부과율을 0.1%을 적용한다는 점이다.[80] 이는 약해구제의 원인이 된 의약품의 제조업자 등에게 그렇지 아니한 의약품의 제조업자 등에 비하여 중한 부담금 부과율을 부과한다는 점에서 보면 우리나라나 일본의 추가부담금에 해당하는 것이다. 흥미로운 점은 「藥害救濟法」에서는 이처럼 추가부담금을 규정하고 있지만, 실무상으로는 이를 적용하지는 않는다고 한다.[81] 따라서 대만의 경우 추가부담금은 관련 법률에는 근거 규정을 두고 있으나 실제 징수하고 있지 않아 추가부담금이 없이 운용되고 있다고 할 것이다.

3. 비교법적 고찰의 시사점

가. 피해구제 운영체계 및 조직

일본과 대만 모두 의약품 부작용 피해구제의 운영은 정부부처가 아닌 별도의 법인격을 향유하는 공공단체가 실무적 업무를 담당하고 있었다. 우리나라도 의약품안전관리원이 의약품 부작용 피해구제에 관한 실무적·행정적 업무를 담당하고 있다는 점에서 유사한 구조를 가지고 있었다. 또한, 일본의 PMDA나 대만의 기금회는 모두 개별 법률에 따라 설립되어 공공서비스인 의약품 부작용 피해구제 업무를 위탁받아 수행하고 국가와는 별개의 법인격을 가지고 있어 의약품안전관리원과 동일한 법적성격을 가지고 있었다. 세 기관 모두 의약품 부작용 피해구제 신청접수, 신청내용에 대한 조사, 피해구제급여의 지급 등의 업무를

78) 연세대산학협력단, 앞의 보고서, 103면.
79) 「藥害救濟法」 제10조.
80) 「藥害救濟法」 제7조.
81) 연세대산학협력단, 앞의 보고서, 103면.

담당하고 있었으며, 의약품 부작용 피해구제 재원조성을 위한 부담금의 부과·징수업무도 담당하고 있었다. 의약품 부작용 피해구제급여의 지급여부 결정과 같은 정책적 판단은 세 국가에서 모두 정부부처가 담당하고 이의 집행에 관한 업무를 세 기관이 담당하고 있었다. 그리고 세 국가 모두 정부부처의 피해구제급여 결정과정에 합의제 행정기관인 위원회가 개입하는 절차를 두고 있었다.[82] 합의제 행정기관인 위원회의 행정청 의사결정 참여정도에 따라 심의기관과 의결기관으로 구분되는데, 우리나라와 일본의 경우에는 심의기관이지만 대만은 의결기관으로 차이가 있었다.

나. 입법방식과 피해구제급여의 범위·종류

세 국가 사이의 유사점과 차이점이 공존하고 있었다. 우선 의약품 부작용 피해구제제도는 허가 의약품의 정상적 사용에 따라 발생한 부작용 피해에 대하여 사회적 연대 차원에서 당해 피해를 전보해 주는 보상제도이다. 따라서 사법상 피해구제제도와 차이가 있기 때문에 주요 사항들을 법률에서 규정할 필요가 있다. 일본, 대만은 근거 법률에서 이러한 제도적 특성을 명확히 규정하고 있었지만, 우리나라는 그렇지 않았다. 즉, 일본은 근거 법률에서 의약품 부작용을 정의하면서 '허가 의약품', '적정한 사용'등을 명확히 규정하고 있었으며, 대만도 「藥害救濟法」에서 약해와 약물의 부작용을 정의하면서 '허가 의약품', '적정한 사용'을 규정하고 있었다. 하지만 우리나라의 「약사법」은 '의약품 부작용', '정상적 사용'을 법에서 명시적으로 규정하고 있지 않았다. 의약품 부작용 피해구제 제외대상은 '별도의 피해구제제도가 있는 법정 예방접종에 의한 피해', '의약품의 제조업자 등의 배상책임이 명백한 경우', '응급의료행위를 위해 사용한 경우', '경미한 피해나 청구기간이 도과한 경우' 등은 공통적으로 제외대상이었다. 동일한 청구원인에 의하여 이미 피해보상을 받은 경우 중복보상으로 피해구제 대상에서 제외되는데, 이에 관하여는 세 국가 모두 유사하게 규정하고 있었다. 피해구제급여의 종류에 관하여 보면 일본의 경우 7가지 피해구제급여 종류가 있었고 대만은 3가지 종류가 있었으며, 우리나라의 경우에는 4가지가 있었다. 피해구제급여 종류는 각국의 사정에 따라 차이가 있었으며, 일본의 경우가 가장 많은 급여종류가 있었으며 우리나라, 대만의 순서였다. 대만은 사망, 장애, 중증질환의 3가지 피해구제급여가 있어 상대적으로 피해구제급여의 지급범위가 적었다. 피해구제급여의 종류 이외에도 지급방식에 있

82) 일본은 약사·식품위생심의회, 대만은 약해구제심의위원회, 우리나라는 의약품부작용 심의위원회

어서는 일본의 경우 일시금 외에도 연금형식으로 지급하고 있었고 우리나라와 대만은 모두 일시금으로 지급하고 있었다. 피해구제급여를 일시금으로 지급하는 것과 연금으로 지급하는 것 중에 어떤 방식이 더 타당하다고 볼 수는 없다. 왜냐면 피해구제급여 총액은 동일한 상태에서 단지 지급방식만을 다르게 하는 것이기 때문이다. 다만, 피해구제급여 수급자에게 동일한 피해구제금액이라고 하더라도 일시금과 연금 중 선택할 수 있도록 허용하는 것은 선택권을 보장차원에서 수급자의 권리를 향상시키는 조치로 볼 수 있다. 다만, 연금 방식으로 피해구제급여를 지급하는 경우 일정 금액을 정기적으로 해당 수급자에게 지급해야 한다는 점에서 피해구제재원을 안정적으로 확보하고 있어야 할 것이다.

다. 피해구제 불복수단

피해구제급여 지급결정에 불복하는 경우 각국의 법제에서는 관련 법률에 따라 행정심판을 제기할 수 있고 그에 불복하는 경우 행정소송도 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 관하여 일본의 경우에는 피해구제급여 지급결정을 신청인에게 통보하면서 PMDA가 후생노동성 장관에게 당해 지급결정 등에 대하여 후생노동성 장관에게 심사신청을 할 수 있다는 취지 및 심사신청 기간을 알리도록 법에서 규정하고 있다. 대만은 「藥害救濟法」에서 관련 법률에 따라 피해구제급여 지급결정에 대하여 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 우리나라의 「약사법」에서는 피해구제급여 지급결정에 대한 불복수단을 규정하고 있지 않고, 신청인이 불복하는 경우 사용할 수 있는 구제방법에 대하여 통지하도록 하는 규정도 없다. 다만, 피해구제급여 지급결정이 행정처분이기 때문에 「행정심판법」이 적용되어 행정심판을 제기할 수 있고 「행정소송법」에 따라 취소소송도 제기할 수 있다. 하지만 「약사법」에서 규정하지 않고 행정법의 일반원리와 「행정심판법」, 「행정소송법」에 따라 규율하고 있어 일본, 대만의 경우와 차이가 있었다. 이의신청제도와 관련하여 「약사법」에서는 의약품 안전관리원의 장이 식품의약품안전처장에게 최초의 피해구제급여 지급결정에 대하여 재결정을 요청할 수 있도록 규정하고 있는데, 일본이나 대만의 경우에는 이러한 입법이 없었다.

라. 피해구제 재원조성 관련 사항

의약품 부작용 피해구제에 필요한 재원을 조성하기 위하여 일본, 대만과 우리나라 모두 부담금을 부과·징수하고 있었다. 사실 의약품 부작용 피해를 국가가 나서서 보상해 주는 제도의 경우 직접 국가의 예산을 통해서 피해구제를 할 수도 있고, 이해관계자에게 조세와는 별도의 부담금을 부과하여 피해구제에 필요한 재원을 충당할 수도 있다. 그런데 세 국가 모두 전자가 아닌 후자의 방식을 채택하여 국민 일반이 아닌 의약품 부작용에 관련된 자에게 특별한 공용부담을 부과하는 방식을 채택하고 있었다. 부담금의 부과 대상은 세 국가 모두 유사하게 허가 의약품의 제조업자, 판매업자, 수입업자를 포함하고 있었다. 부담금 부과의 기준이 되는 것은 일본과 대만은 의약품 제조업자 등이 전년도 허가 의약품의 판매액을 기준으로 하여 산정되고, 우리나라는 의약품 제조업자 등의 전년도 의약품의 생산액 또는 수입액을 기준으로 하여 차이가 있었다. 일본과 우리나라에서는 기본부담금 외에 추가부담금을 부과·징수하고 있었다. 대만은 법에서 추가부담금에 해당하는 것을 부과할 수 있도록 근거 규정이 있으나 실무상으로 집행하고 있지 않았다. 일본의 경우 장래지급 예상액을 추정하고 미래 급여지급액을 충당하기 위하여 매 사업연도 말에 보유하는 책임준비금을 산정하여 적립하고 있었다. 이러한 책임준비금 적립제도는 관련 법률에서 이를 규정하고 있었다. 의약품 부작용 피해구제가 일시적인 제도가 아니라 의약품에서 발생하는 부작용에 따라 피해를 입은 자에 대한 지속적인 지원을 위한 제도라면, 향후 발생할 수 있는 피해구제 급여 미지급 사건을 사전에 방지하는 차원에서 시행되고 있는 것으로 보인다.

Ⅳ. 의약품 부작용 피해구제제도 개선방안

1. 법적 쟁점 및 법제개선방안

가. 재결정요청 제도

(1) 재결정요청제도의 성질

「약사법」제86조의4 제8항은 의약품안전관리원장은 심의위원회의 심의 결과에 이의가

있는 경우에는 식약처장에게 재결정을 요청할 수 있고, 이 경우 식약처장은 중앙약사심의위원회[83]에 자문하고 그 결과를 의약품안전관리원장에게 통보하여야 하며, 의약품안전관리원장은 식약처장의 재결정이 있은 날부터 30일 이내에 피해구제급여를 지급하도록 규정하고 있다. 그리고 「피해구제 시행규칙」제11조는 '부작용 피해의 인과관계 정도 및 급여 유형이 심의위원회의 심의결과와 현저한 차이가 있다고 판단되는 경우'와 '피해구제급여액 산정이 적절하지 아니하다고 판단되는 경우'에 의약품안전관리원장이 재결정을 요청할 수 있도록 규정하고 있다. 피해구제급여의 재결정 절차는 신청인이 피해구제급여 지급신청 후 심의위원회의 심의를 거쳐 지급여부에 대한 최초의 결정이 있고, 이 결정에 대하여 다시 검토해줄 것을 요청하는 일종의 항소절차(appeal process)에 해당한다. 그런데 「약사법」과 「피해구제 시행규칙」은 재결정을 요청할 수 있는 주체를 의약품안전관리원장으로만 규정하고 있어서 문제가 있다. 일반적으로 이의신청이란 '행정청의 처분이나 부작위에 대하여 당해 행정청에 다시금 불복을 제기하여 권리구제를 강구하는 제도'로서 '이의신청을 행정청의 상대방이나 제3자로 하여금 행정심판이나 행정소송과 같은 본격적인 권리구제로 나서기 이전에 처분청에게 그 위법성이나 부당성을 환기시키고 처분청은 그에 대한 재고를 통해 자신의 처분이나 부작위에 대하여 스스로 시정할 기회를 얻게 되는 제도로 이해하기도 한다.'를 의미한다.[84] 그런데 실제 개별법에서 이의신청이란 명칭으로 규정되어 있는 절차들은 이러한 강학상의 의미와는 다르게 사용되고 있다. 즉, 이의신청은 본래 처분청에 신청인이 최초결정을 재고해달라고 제기하는 것으로서 행정쟁송으로 나아가기 전의 약식절차임에도 불구하고 실정법에서는 이의신청이란 명칭 아래에 처분청의 직근 상급기관이나 제3의 기관에 제기하는 경우에도 이의신청이란 용어를 사용하고 있다. 반대로 당해 행정청에 불복하여 제기하는 경우 이의신청이 아니라 심사청구[85]라는 용어를 사용하여 실질은 이의신청임에도 다른 용어를 사용하고 있다. 따라서 개별법상 이의신청, 심사청구, 재심사청구 등 다양한 명칭으로 사용되고 있는 불복절차에 대하여는 기본적으로 특별행정심판 내지 행정심판 절차의 특례로 볼 수 있는 유형과 간이한 불복절차로 볼 수 있는 유형으로 구분하여야 한다.[86] 구분기준에 관하여 심판기관기준설, 준사법절차보장설, 행정심판필적

83) 중앙약사심의위원회는 「약사법」제18조에 따라 보건복지부장관과 식약처장의 자문에 응하기 위하여 식약처에 설치하는 위원회이다.
84) 김성수, "부담금에 대한 이의신청제도 강화방안", 토지공법연구 제51집, 2010, 186면; 김용섭, "개별법상 이의신청제도의 현황분석과 입법적 개선과제-이의신청 등과 행정심판의 관계정립을 중심으로", 행정법연구 제42호, 2015, 82면에서 재인용.
85) 「국민연금법」제108조의 심사청구, 「석면피해구제법」제35조의 심사청구가 있다.
86) 김용섭, 앞의 논문, 83면.

설, 종합판단설 등이 있는데, 결론적으로는 이들 요소를 종합적으로 고려하되 특별행정심판으로 보는 경우에는 신청인이 다시 행정심판을 제기할 수 없다는 점을 감안하여 간이한 불복절차로 보아야 한다. 이러한 기준으로 「약사법」상의 재결정 요청제도를 보면, 행정심판청구를 배제하는 명문규정이 없고 특별행정심판에 준하는 절차적 규정이 없다는 점, 명문규정이 없는 경우 특별행정심판 보다 간이한 불복절차로 보아야 한다는 점을 고려할 때 특별한 행정심판으로 볼 수 없다.

(2) 재결정 요청제도와 절차적 적법절차 문제

피해구제급여 지급결정과 유사한 사회보장법률에서 최초 처분청에 이의신청을 허용하는 개별법에서는 통상 신청인이 처분청에 대하여 이의신청이나 심사청구를 하도록 규정하고 있으며, 이의신청절차의 경우 별도의 위원회를 두어 이를 심의하도록 규정하고 있다.[87][88] 그런데 「약사법」은 이의신청제도로서 재결정 요청제도를 규정하고 있으면서도 재결정을 신청할 수 있는 자로 의약품안전관리원장만을 규정하여 이의신청제도에서 보장해야 하는 최소한의 절차적 적법절차를 보장하고 있지 않다. 미국 법제에서 절차적 적법절차(procedural due process of law) 원칙이 자연적 정의에 준하여 인정되고 있다. 이는 미연방헌법상 적법절차조항에 따라 정부가 개인의 자유, 재산권을 박탈하는 행위를 할 때는 적정한 절차를 제공할 것을 요구하는데, 여기에는 해당 박탈행위에 대한 사전통지, 의견제출 절차, 상급기관에의 항소절차 등이 포함된다.[89] 우리 헌법도 적법절차를 규정하고 있으며, 헌법재판소는 헌법상 적법절차조항을 모든 국가작용에 적용되는 것으로 해석하고 있다. 최근 대법원도 적법절차원리를 행정법상 법의 일반원칙으로 해석하여 적용한 판례를 제시하고 있다. 그리고 의약품안전관리원이 재결정을 요청할 수 있는 조건에서 신청인에게도 이를 허용하지 아니하는 것은 소위 무기평등의 원칙에 비추어도 타당성을 발견하기 어렵다. 즉, 의약품안전관리원은 「약사법」에 따라 설립된 소위 공법상 영조물법인으로서 의약품 부작용 피해구제 사업에서는 식약처가 결정한 의사를 집행하고 관련 사실의 조사·검정 등의 업무를 담당한다. 그런데 이러한 조사·검정 업무를 담당하는 기관이 피해구제급여

87) 「석면피해구제법」 제35조 내지 제37조; 「국민연금법」 제108조 내지 제109조.
88) 하명호, "사회보장행정에서 권리의 체계와 그 구제", 고려법학 제64호, 고려대학교 법학연구원, 2012, 187-189면.
89) Richard J. Pierce Jr., 「Administrative Law Treatise」 4th edition, Aspen Law & Business, 2002; William F. Fox, 「Understanding Administrative Law」 6th edition, LexisNexis, 2012; Keith Werhan, 「Principles of Administrative Law」 2nd edition, West Academic Publishing, 2014.

지급 결정에 대한 재결정을 요청할 수 있는데 반하여 피해구제급여 신청인이 재결정을 요청할 수 있는 권리가 규정되어 있지 않다는 것은 피해구제급여 지급 절차에서 대립적 당사자 사이의 형평을 맞추지 못한 것으로 볼 수 있다. 따라서 신청인도 재결정 요청을 통해 다툴 수 있도록 「약사법」개정이 필요하다.

나. 피해구제사업의 위탁관련 문제

의약품부작용 피해구제사업은 「약사법」상 식약처의 업무이나 「피해구제 규정」제8조에 따라 이를 의약품안전관리원에서 담당하고 있다. 「약사법」제86조는 '식품의약품안전처장은 의약품 부작용 피해구제사업을 의약품안전관리원에 위탁할 수 있다.'고 규정하여 사업의 위탁여부를 재량행위로 규정하고 있으나, 「피해구제 규정」제8조는 '식품의약품안전처장은 법 제86조제5항 및 법 제86조의2제1항 후단에 따라 의약품 부작용 피해구제사업 및 의약품 부작용 피해구제 부담금의 부과·징수에 관한 업무를 의약품안전관리원에 위탁한다.'고 하여 기속행위로 규정하고 있다. 따라서 법과 규정을 종합하면 식약처는 피해구제사업 전체를 의약품안전관리원에 위탁하게 되고, 행정법상 위탁의 법리에 따라 피해구제급여 지급결정에 관한 법률관계에서 처분청은 의약품안전관리원이 된다.[90] 법에서 피해구제사업의 위탁여부를 재량행위로 규정하였기 때문에 「피해구제 규정」이 이를 기속행위로 규정한 것이 위임범위를 일탈한 것은 아니다. 하지만 행정조직법정주의 측면에서는 문제가 있다. 행정조직의 설치·조직·직무범위는 법률로 정하는 것이 행정조직법정주의인 바, 이는 행정객체에게는 행정기관의 조직체계, 권한을 법률로서 예측할 수 있어야 한다는 것이고 행정기관의 설치와 권한의 중요사항은 의회가 정해야 한다는 것이다. 그런데 피해구제사업의 경우 법과 대통령령을 결합하여 해석하면 피해구제사업이 의약품안전관리원의 사업이 되어 실질적으로는 권한이 이양되는 것과 동일한 효과를 가진다.[91] 따라서 법상 식약처 권한인 피해구제사업이 대통령령을 통해 의약품 안전관리원으로 위탁되어 행정조직법정주의 위반소지가 있다. 이는 법상 피해구제사업을 위탁할 수 있다고 규정한 것을 「피해구제 규정」에서 기속행위로 규정하면서, 위탁되는 업무의 범위를 한정하지 않았기 때문에 피해구제사업 전체가 위탁되어 실질적으로 해당 사업이 의약품안전관리원의 사업이 된다. 따라

90) 의약품 부작용 피해구제급여 지급결정에 대한 행정심판에서도 처분청을 의약품안전관리원으로 보고 있다. 중앙행정심판위원회 2017.6.20. 의약품부작용 피해구제급여 미지급결정 취소청구 2016-20986

91) 「피해구제 규정」에서 피해구제사업의 위탁을 기속행위로 규정하였기 때문이다.

서「피해구제 규정」개정을 통해 피해구제사업의 위탁범위를 한정할 필요가 있다.

다. 부작용, 정상적 사용 개념의 법제화

일본과 대만의 경우에는 의약품 부작용 피해구제제도의 근거 법률에서 동 제도의 핵심적인 개념인 의약품의 '부작용'과 '정상적 사용'을 정의규정에 명확히 하고 있었다. 일본은 의약품의 부작용을 하나의 항에서 정의하고 있다. 반면에 대만의 경우에는 정의조항에서 '약해', '부작용', '적정한 사용'각각을 구분하여 상대적으로 상세히 규정하고 있다. 입법방식에서는 두 국가가 다소 차이를 보이고 있지만, 내용적인 차원에서 보면 모두 '부작용'과 '적정한 사용'을 규정하고 있다. 반면에 우리나라는 정의조항에 부작용이나 정상적 사용을 규정하고 있지 않고, 대신「약사법」제86조제1항에서 "식품의약품안전처장은 의약품 부작용으로 발생하는 피해를 구제하고,..."만을 규정하고 있으며 제86조의3제2항에서 의약품 부작용 피해구제급여의 제외대상에 '피해자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 발생한 경우', '의료사고로 인한 경우'를 제외하고 있어 무과실책임에 의한 보상제도임을 간접적으로 규정하고 있다. 의약품 부작용 피해구제제도는 무과실·보상제도로서 특수성을 가지고 있으며 이 제도에 있어서 '부작용'과 '정상적 사용'은 제도 전체의 특성을 보여주는 핵심적인 개념이다. 다른 국가의 입법에서도 이를 정의조항에서 규정하고 있는 것은 동 제도에서 이들 개념이 차지하고 있는 중요도를 반증하고 있다. 특정한 정책을 법으로 실현할 때 핵심적인 개념은 법률에서 명확히 규정해야 이에 대한 해석상 다툼의 소지도 적고 규범의 수범자 입장에서도 동 제도에 대한 이해도를 높일 수 있다. 이러한 점에서 볼 때 우리「약사법」의 규정은 이러한 기준을 충족한다고 보기 어렵다. 따라서 '부작용', '정상적 사용'과 같은 핵심 개념을 법률에서 명확히 규정하여 수범자인 국민이 쉽게 이해할 수 있도록 입법적 개선이 필요하다.

2. 의약품 소비자 권익 강화를 위한 정책 개선방안

가. 피해구제급여 종류 및 지급방식 다양화

피해구제급여의 종류에 있어서 우리나라는 일본의 7종, 대만의 3종 사이에 있다. 통상 피해구제급여의 종류가 많을수록 구제되는 피해의 범위가 넓어 의약품 소비자에게 이익이

다. 하지만 피해구제급여를 다양화하기 위해서는 그에 수반되는 재원이 필요하고 이는 부담금 등의 부과액이 증가해야 한다는 문제에 직면하게 된다. 따라서 피해구제급여의 종류를 확장하는 문제는 의약품 부작용 피해구제제도에서 소요되는 재정이 충분히 충당되어야만 가능하다. 다만, 중·장기적으로 의약품 부작용 피해구제제도가 활성화되고 충분한 재원이 조성되는 단계에서는 피해구제급여 종류를 확장할 필요가 있다고 할 것이다. 따라서 일본과 같은 다양한 종류의 피해구제급여는 의약품 부작용 피해구제제도의 발전에 따라 필수적으로 고려해야 할 것이다.

대만과 우리나라는 피해구제급여를 모두 일시금으로 지급하고 있었지만, 일본의 경우에는 장애연금, 장애아동 양육연금 등 연금방식으로도 피해구제급여를 지급하고 있었다. 피해구제급여를 일시금으로 지급하는 것과 연금형식으로 지급하는 것은 정책적인 선택의 문제이지만, 피해구제급여 수급자는 선택권을 가지므로 권익이 향상되는 측면이 있다. 따라서 의약품 소비자를 위해 피해구제급여의 지급방식을 현행의 일시금 지급방식에서 연금형식으로도 지급할 수 있도록 하여 피해구제급여 수급권자의 선택권을 보장하는 입법적 개선이 필요하다.

나. 책임준비금 제도 도입

의약품 부작용 피해구제제도를 30년 넘게 시행하고 있는 일본은 안정적인 재원조성·유지를 위하여 장래지급 예상액을 추정하고 미래 피해구제급여에 충당하기 위해 책임준비금을 산정하여 매년 말에 보유하여 적립하고 있다. 책임준비금 제도는 의약품 부작용 피해구제제도의 장기적인 존속을 위해 필요한 재원조성방식이다. 장래의 피해구제급여 지급에 대비하여 일정한 금액을 별도로 분리하여 매해 적립하여 피해구제급여가 미지급되는 사태를 방지할 수 있기 때문에 동 제도의 장기적인 존속이 가능하도록 만들기 때문이다.[92] 본래 책임준비금은 보험계약에서 보험계약자 또는 수익자에게 장래에 보험금, 환급금, 배당금을 지급하기 위하여 적립한 금액으로서 보험계약준비금의 일종을 의미한다.[93] 이러한 책임준비금은 사적보험만이 아니라 국민연금, 산업재해, 고용보험, 건강보험 등 사회보험제도에

92) 국민연금, 산업재해, 고용보험, 건강보험 등 사회보험제도에서도 안정적인 재정운용 및 장래 사회보장급여의 지급담보 등을 위하여, 근거법률에서 책임준비금을 적립하도록 규정하고 있다.

93) 금융위원회, 금융용어사전 '책임준비금'
https://www.fsc.go.kr/know/wrd_list.jsp?menu=7420000&bbsid=BBS0026&sword=&s=0&e=0&page=151

서도 안정적인 재정운용 및 장래 사회보장급여의 지급담보 등을 위하여 시행되고 있다.[94] 해당 사회보험의 근거 법률에서 책임준비금을 적립하도록 규정하고 있다. 이에, 우리나라의 경우에도 이를 도입할 필요가 있으며, 도입하는 경우 일본이나 다른 사회보험제도와 마찬가지로 「약사법」에서 이를 규정하는 방안이 타당하다.

Ⅴ. 결론

의약품은 질병 치료와 건강 유지를 위하여 필수적으로 소비되는 제품이지만 그 효능과 동시에 부작용을 야기 시키는 위험성을 내재하고 있다. 오늘날 의약품은 대량생산되어 유통되고 있으며 의약품의 소비과정에는 다양한 주체가 간여되어 있어 의약품에 따른 피해는 복잡성과 함께 대규모로 이어질 가능성이 높다. 이에 의약품의 특성을 반영하여 「약사법」에서는 의약품 부작용 피해구제제도를 2014년에 도입하여 시행하고 있다. 의약품 부작용 피해구제제도는 의약품의 정상적인 사용에도 불구하고 의약품 자체에 내재되어 있는 부작용 위험성이 현실화되어 발생하는 피해를 국가가 개입하여 구제해 주는 제도이다. 본 연구는 의약품 부작용피해구제제도의 현황을 살펴보고 비교법 연구를 통해 동 제도의 개선방안을 제안하고 있다. 이를 위해 우리나라의 의약품 부작용 피해구제제도와 유사한 제도를 시행하고 있는 국가인 일본과 대만의 제도를 살펴보고, 우리 법제도와 비교 및 분석하여 법정책적 시사점을 도출하고 있다. 이를 통하여 현행 제도의 문제점을 찾고 이를 개선하기 위한 법제적 개선방안을 제시하였다. 이러한 연구를 통하여 의약품 소비자의 권리향상과 함께 의약품 부작용 피해구제제도의 법제도적 문제를 개선하는 계기가 된다는 점에서 연구의 의의를 찾을 수 있을 것이며, 향후 동 제도의 개선을 위한 입법과정에서 참고자료로 활용될 수 있기를 기대해 본다.

94) 예를 들어, 「산업재해보상보험법」 제99조, 「고용보험법」 제84조, 「국민건강보험법」 제38조, 「국민연금법」 제101조 등. 명칭은 책임준비금 이외에 준비금이란 용어를 사용하고 있다.

[참고문헌]

김성수, “부담금에 대한 이의신청제도 강화방안”, 토지공법연구 제51집, 2010

김용섭, “개별법상 이의신청제도의 현황분석과 입법적 개선과제-이의신청 등과 행정심판의 관계정립을 중심으로”, 행정법연구 제42호, 2015

양민석, “의약품 부작용 피해구제 제도”, 대한내과학회지 제93권 제1호, 2018

정영훈, “의약품부작용 피해구제제도 활성화를 위한 제언”, 소비자정책동향 제67호, 2016

하명호, “사회보장행정에서 권리의 체계와 그 구제”, 고려법학 제64호, 2012

김철용, 「행정법」, 고시계, 2012

이광윤, 「일반행정법」, 법문사, 2012

서울보라매병원, 「부작용 피해구제 제외 의약품 지정 운영개선 방안 연구」, 식품의약품안전처 용역연구개발과제 보고서, 2016

이명수의원실 국정감사 보도자료(2018.10.15.)

국회 보건복지위원회, 「약사법 일부개정법률안 검토보고」, 2014

국회 입법조사처, 「약사법 제86조(의약품 부작용 피해구제사업)의 입법영향분석」, NARS 입법영향분석보고서 제28호, 2017

연세대학교 산학협력단, 「의약품 피해구제 사업비 조성 및 운용방안 연구」, 식품의약품안전처 용역연구개발과제 보고서, 2012

중앙행정심판위원회 2017 재결례집

질병관리청 https://ncv.kdca.go.kr/menu.es?mid=a10116020000

PMDA, 「独立行政法人 医薬品医療機器総合機構 業務案内」, 2018

_____ 홈페이지 https://www.pmda.go.jp

_____, 「令和元年度 副作用拠出金 申告・納付の手引 」, 2019

_____, 「令和 3年度 副作用拠出金 申告・納付の手引 」, 2021

재단법인약해구제기금회(TDR) 홈페이지 https://www.tdrf.org.tw

Richard J. Pierce Jr., 「Administrative Law Treatise」4th edition, Aspen Law & Business, 2002

William F. Fox, 「Understanding Administrative Law」 6th edition, LexisNexis, 2012

Keith Werhan, 「Principles of Administrative Law」 2nd edition, West Academic Publishing, 2014

Abstract

A Study on the Legal-Policy Improvement of Relief System for Adverse Drug Reaction

Eui-Kwan Wheang
Head Researcher, Dept. of Policy Research in Korea Consumer Agency

Drugs have a large information asymmetry between business and consumers, and when drug-related injury occurs, it is difficult to prove the reasons for the remedy such as causality between drugs and injuries, intention and negligence of drug manufacturers. For this reason, the relief system for adverse drug reaction has been in effect since 2014, reflecting the characteristics of drug damage remedy, but several limitations have been pointed out. In this regard, this study research and analyzes the current status and problems of drug-related injury remedy system, focusing on the relief system for adverse drug reaction. And through comparative law study regarding the relief system for adverse drug reaction in major countries, this study proposes the legislative improvements for enhancing the efficiency of the relief system for adverse drug reaction and extending the area of drug consumer's right.

Chapter 1 is an introductory section that contains the background and purpose of the study. Chapter 2 deals with the current situation of the Korean drug-related injury relief system. The general system that can be used in case of injury caused by drug is examined, and the characteristics of loss compensation based on the strict liability of the relief system for adverse drug

reaction are analyzed. In addition, the current status of the relief system for adverse drug reaction, including the operate system, applicable case for relief, coverage and procedures of that system, would be reviewed. Chapter 3 carries out comparative law study to research and analyze the relief system for adverse drug reaction in major countries. Focusing on 'the operate system and organization of relief', 'the object and scope of injury relief', and 'the method of financing the relief system', this study is to research and analyze the relief system for adverse drug reaction in Japan and Taiwan. And with comparing these countries' system with Korean system, this study draws legal policy implications. Chapter 4 deals with the problems and ways to improve the relief system for adverse drug reaction. Problems are identified based on the results derived from the analysis of existing literature and comparative study. The legislative improvement measures in order for extending the medicine consumer rights include 'guaranteing the applicant's right to appeal the decision concerning whether to pay relief benefits or not', 'diversification of the method of payment of relief benefits', 'legalization of core concepts such as proper usage and adverse reaction', etc. As for the financing of the relief system for adverse drug reaction, the legal issues related to the relief contribution are examined, and the introduction of the reserve system for relief benefits payment in the future is also suggested to make the financial fundament of the relief system stable. The last chapter 5 conclude with a summary of the study and deals with the implications and limitations of the study.

Keyword: Relief System for Adverse Drug Reaction, Public Damage Relief System, Strict Liability, PMDA(Pharmaceuticals and Medical Devices Agency), TDRF(Taiwan Drug Relief Foundation)

법제 발간에 관한 규정

[시행 2022. 2. 18.] [법제처훈령 제444호, 2022. 2. 18., 일부개정]

법제처(대변인)
044-200-6513

제1장 총칙

제1조(목적) 이 규정은 법제처가 발간하는「법제」의 발간에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(발행) ① 「법제」는 연 4회 발간하며, 3월, 6월, 9월, 12월 15일에 발행하는 것을 원칙으로 한다.

② 법제편집위원회의 결정에 따라 특별한 필요성이 인정되는 때에는 특별호를 발간할 수 있다.

제2장 법제편집위원회

제3조(법제편집위원회의 설치) 「법제」에 게재할 논문의 심사와 편집 등에 관한 사항을 결정하기 위하여 법제편집 위원회(이하 "위원회"라 한다)를 둔다.

제4조(구성) ① 위원회는 위원장을 포함하여 10명 이내의 위원으로 구성한다. 이 경우 위원의 소속기관은 지역별로 균등하게 분포되어야 한다.

② 위원장은 위촉위원 중에서 연구성과와 경력 등을 고려하여 법제처장이 지명한다.

③ 위원은 4급 이상의 법제업무 관련 공무원, 교수, 변호사 등 관련 분야의 전문가 중에서 법제처장이 임명하거나 위촉한다.

④ 제3항에 따른 위원 중 위촉위원의 임기는 2년으로 하되, 연임할 수 있다. 다만, 위원의 사임 등으로 인하여 새 로 위촉된 위원의 임기는 전임 위원 임기의 남은 기간으로 한다.

⑤ 위원회의 사무를 원활하게 처리하기 위하여 간사 1명을 두되, 간사는 대변인으로 한다.

제5조(기능) 위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·결정한다.

1. 「법제」 발간에 관한 일반사항
2. 원고의 모집 및 심사
3. 「법제」 배부에 관한 사항
4. 위원회 운영에 관한 사항
5. 심사위원의 위촉
6. 논문의 게재 여부에 관한 사항
7. 그 밖에 「법제」 편집·발간과 관련하여 위원장이 부의하는 사항

제6조(위원장의 직무) ① 위원장은 위원회를 대표하고, 위원회의 업무를 총괄한다.

② 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우 법제처장은 위원장을 새로 지명할 수 있다.

제7조(위원회의 운영) ① 위원회의 회의는 정기회의, 임시회의로 구분한다.

② 정기회의는 3월, 6월, 9월, 12월 「법제」 발간 전에 개최한다.

③ 임시회의는 다음 각 호의 경우에 개최한다.

1. 위원장이 필요하다고 인정하는 경우
2. 위원 3명 이상의 요청이 있는 경우

④ 위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 위원장이 일 시적으로 직무를 수행할 수 없는 경우 위원장이 미리 지명한 위원이 위원장을 대행한다.

⑤ 위원회를 소집하기 어렵거나 위원장이 필요하다고 인정하는 경우에는 서면의결로 회의에 갈음할 수 있다.

제8조(의견청취) 위원장은 직무수행을 위하여 필요한 경우 관계 직원 또는 전문가로부터 의견을 들을 수 있다.

제9조(수당 등) ① 회의에 출석하거나 서면으로 의견을 제출한 위원에게는 예산의 범위에서 수당을 지급할 수 있다.

② 조사·연구에 필요한 경비 및 여비 등은 예산의 범위 안에서 실비를 지급할 수 있다.

제3장 원고작성 및 투고

제10조(원고의 요건) 원고는 법제분야에 관한 논문에 한하며, 다른 학술지에 게재되지 않은 것이어야 한다.

제11조(원고의 작성) ① 원고는 '한글'로 작성한다.

② 원고의 분량은 참고문헌을 포함하여 200자 원고지 150매 내외(A4용지 25매 내외)로 한다.

③ 제출하는 원고는 표지, 본문, 참고문헌, 초록으로 구성한다.

제12조(표지의 작성) ① 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 로마자), 저자이름(국문 및 로마자), 저자의 소속기관 및 직위, 연락처(전화번호, 주소 등), 목차, 주제어(국문 및 외국어, 10개 이내), 내용요약문(국문, A4 1매 이내)을 기재 한다.

② 저자가 2명 이상일 경우 주 저자, 공동 저자의 순서로 기재하고, 명칭은 성, 이름순으로 표기한다.

제13조(본문의 작성) ① 목차는 Ⅰ. 1. 가. (1) (가) 1) 가) ① ㉮ 순으로 한다.

② 각주는 다음 각 호의 구분에 따라 표시한다.

1. 단행본: 저자명, 서명, 출판사, 출판연도, 면수
2. 정기간행물: 저자명, "논문제목", 「잡지명」, 출판연도(또는 제○○권 ○호), 면수
3. 기념논문집: 저자명, "논문제목", 기념논문집명, 출판사, 출판연도, 면수
4. 판례: 선고일, 사건번호(예: 대법원 1982. 7. 13. 선고, 82도1219 판결)
5. 외국문헌·판결: 그 나라의 표준적인 표시 방법에 따른다.
6. 인터넷 자료: 저자명, 자료명, 해당 URL, 검색일자

③ 저서는 「」, 논문은 " "로 표시하고 서양서의 경우에는 이탤릭체로 표시한다.

④ 쪽수의 경우 국문문헌은 쪽 또는 면으로 표시하고 그 밖의 경우에는 p 또는 S로 표시한다.

제14조(참고문헌의 작성) ① 참고문헌은 국내문헌·외국문헌의 순으로 하고, 단행본, 논문, 기타 자료의 순으로 정 리한다.

② 참고문헌 목록은 다음 각 호의 구분에 따라 작성한다.

1. 단행본의 경우: 저자, 「책명」(서양서의 경우 「」 표식 없이 이탤릭체), 출판지, 출판사, 출판연도
2. 논문의 경우: 필자. "논문제목", 「게재지명」(서양서의 경우 「」 표식 없이 이탤릭체), 권·호수, 발행연도

제15조(외국어 초록의 작성) 초록은 영어, 프랑스어, 독일어, 일어, 중국어, 스페인어 중 선택하여 작성하고, 분량은 A4 1매 이상이 되어야 한다.

제16조(원고의 투고) ① 「법제」에 원고를 수록하려는 자는 원칙적으로 「법제」의 발행 예정일 1개월 전까지 위원회 가 지정한 전자우편주소, 온라인 논문투고·심사시스템 등을 통하여 제출하여야 한다.

② 위원회의 위원 및 간사와 「법제 연구윤리에 관한 규정」 제8조에 따른 연구윤리위원회의 위원은 그 임기 중에 원고를 투고할 수 없다.

제4장 원고의 심사

제17조(심사위원 선정기준과 절차) ① 심사위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로 한다.

1. 박사학위를 소지한 사람
2. 변호사 자격을 가진 사람
3. 법제업무 관련 4급 이상 공무원이거나 공무원이었던 사람
4. 공인된 대학의 법률학 조교수 이상으로 재직하거나 재직하였던 사람

② 위원장은 투고된 원고별로 제1항 각 호에 해당하는 위원 중 심사위원 3명 이상을 지명한다. 이 경우 투고된 원 고의 필자가 소속된 기관과 같은 기관에 소속된 사람은 심사위원으로 지명해서는 아니 된다.

③ 위원장은 특히 필요한 경우에는 제2항에 따라 지명된 심사위원 외에 해당 분야 전문가에게 논문의 심사를 의뢰할 수 있다.

제18조(원고 심사) ① 제17조제2항에 따라 지명된 심사위원은 제출된 원고를 심사한다.

② 원고 심사 시 필자에 관한 사항은 비밀로 한다.

③ 심사위원(제17조제3항 및 제20조제5항에 따라 심사 의뢰 또는 자문을 요청 받은 사람을 포함한다)에게는 예 산의 범위에서 심사비를 지급할 수 있다.

제19조(심사기준) 투고된 원고의 심사기준은 다음 각 호와 같다.

1. 주제의 참신성
2. 내용의 독창성
3. 내용의 전문성
4. 원고의 학술적 가치
5. 원고의 완결성
6. 그 밖에 위원회에서 정한 심사기준

제20조(심사 판정) ① 심사위원은 제19조의 심사기준에 따라 심사한 후에 별지 서식에 따른 원고 심사서를 작성하 여 위원회에 제출한다. 이 경우 심사의 근거에 대하여 구체적으로 서술하여야 한다.

② 위원회는 심사위원의 의견을 종합하여 다음 각 호의 구분에 따라 판정한다. 다만, 위원회는 필요한 경우 의결 을 통하여 심사위원의 평균점수를 10점의 범위에서 가점 또는 감점할 수 있다.

1. '게재': 평균 80점 이상. 다만, 수정 후 게재 의견이 2명 이상인 경우 수정 후 게재로 판정한다.
2. '수정 후 게재': 평균 70점 이상 80점 미만. 다만, 게재 유보 의견이 2명 이상인 경우 게재 유보로 판정한다.
3. '게재 유보': 평균 60점 이상 70점 미만. 다만, 게재 또는 수정 후 게재 의견이 2명 이상인 경우 수정 후 게재로 판정한다.
4. '게재 불가': 평균 60점 미만

③ 수정 후 게재 판정을 받은 원고의 필자는 수정하여 다시 제출할 수 있고, 위원장이 검토하여 게재 여부를 정한 다.

④ 게재 유보 판정을 받은 원고의 필자는 수정·보완하여 다시 투고 할 수 있고, 위원회는 재심사를 거쳐 게재 여 부를 결정한다.

⑤ 위원회는 동일한 논문에 대하여 심사위원 간의 심사판정이 현저하게 차이가 나는 경우에는 심사위원 외에 해 당 분야 전문가에게 심사 또는 자문을 요청할 수 있다.

⑥ 이 훈령에 따른 직무에 종사하거나 종사했던 위원, 심사위원 및 공무원은 심사위원, 심사결과, 원고 작성자에 관한 사항 등 직무상 알게 된 정보를 다른 사람에게 누설하거나 직무상의 목적 외의 용도로 사용해서는 안 된다. 다만, 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 및 「공익신고자 보호법」에 따른 부패행위 신고 및 공익신고의 경우는 제외한다.

제21조(심사결과의 통보) 간사는 심사결과를 투고된 원고의 필자에게 개별적으로 통보한다.

제5장 원고의 게재 등

제22조(원고의 게재) ① 게재 판정을 받은 원고는 「법제」에 게재한다.

② 「법제」의 내용은 종이 문서 외에 법제처 홈페이지 및 블로그 등에 게시할 수 있다.

③ 「법제」에 원고를 기고한 자는 기고 시에 인터넷 홈페이지 게재 등 전자출판에 동의한 것으로 본다.

④ 「법제」에 게재된 원고의 필자에게 예산의 범위 안에서 원고료를 지급할 수 있다.

제23조(출판물 저작권) ① 『법제』에 게재되는 모든 저작권은 법제처에 귀속된다. 이 경우 게재 판정을 받은 때부터 저작권은 법제처에 이양된 것으로 본다.

② 저자는 게재된 원고의 내용을 다른 학술지 또는 발간물 등에 게재하거나 활용하려는 경우에는 반드시 『법제』에 게재된 것임을 밝혀야 한다.

부칙 〈제444호, 2022.2.18.〉

이 훈령은 2022년 2월 18일부터 시행한다.

법제 연구윤리에 관한 규정

[시행 2016. 7. 8.] [법제처훈령 제352호, 2016. 7. 8., 제정]

법제처(대변인)
044-200-6513

제1장 총칙

제1조(목적) 이 규정은 법제처가 발간하는 학술지 『법제』의 논문게재와 관련하여 연구윤리에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "저자"란 연구를 수행하고 논문을 작성한 사람을 말한다.
2. "연구 원자료"란 연구 목적을 달성하기 위해 저자가 관찰, 조사 등을 거쳐 수집한 가공 이전의 자료와 문헌 등 을 말한다.
3. "연구자료"란 연구 원자료를 가공한 자료와 이를 활용한 2차 자료 및 문헌을 말한다.
4. "연구결과"란 저자가 연구 활동을 통해 얻은 연구자료를 활용하여 도출한 체계화된 결론을 말한다.
5. "연구결과물"이란 저자가 연구 활동을 통해 최종적으로 얻은 결과를 기술한 보고서·논문·간행물·단행본 등의 학술적 저작물과 지식재산을 말한다.

제3조(적용대상) 이 규정은 『법제』의 논문게재와 관련하여 저자와 「법제 발간에 관한 규정」 제4조 및 제17조에 따 른 편집위원, 심사위원에 대해 적용된다.

제2장 저자 및 편집위원 등의 역할과 책임

제4조(저자의 역할과 책임) 저자는 연구의 자유에 기초하여 자율적으로 연구를 수행하되, 다음 각 호의 사항을 준수 하여야 한다.

1. 사실에 기초한 정직하고 투명한 연구를 진행할 것
2. 전문가로서 학문적 양심을 견지할 것
3. 새로운 학술적 결과를 공표하여 학문의 발전에 기여할 것
4. 자신 및 타인의 저작물 활용 시 적절한 방법으로 출처를 밝히는 등 선행 연구자의 업적을 인정·존중할 것
5. 연구비 지원기관의 이해관계에 영향을 받지 않고, 연구결과물에 연구와 관련된 모든 이해관계를 명시할 것
6. 지속적으로 연구윤리교육에 참여할 것

제5조(편집위원 및 심사위원의 역할과 책임) 편집위원 및 심사위원은 다음 각 호의 사항을 준수하여야 한다.

1. 편집위원은 투고된 논문의 게재 여부를 결정하는 책임을 지며, 저자의 독립성을 존중할 것
2. 편집위원은 학술지 게재를 위해 투고된 논문에 대해 어떤 선입견이나 사적인 친분과 무관하게 논문의 수준과 투고 규정에 근거하여 취급할 것
3. 편집위원은 투고된 논문의 게재가 결정될 때까지는 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하지 아니할 것
4. 심사위원은 심사의뢰 받은 논문을 개인적인 학술적 신념이나 저자와의 사적인 친분 관계를 떠나 객관적 기준 에 의해 공정하게 심사할 것
5. 편집위원 또는 심사위원은 심사 대상 논문에 대한 비밀을 유지할 것
6. 논문 투고자와 동일한 기관 소속 심사위원은 해당 논문의 심사를 하지 아니할 것

제6조(서약) 저자는 별지 서식의 연구윤리규정준수 서약서에 따라 「법제 연구윤리에 관한 규정」(이하 "연구윤리규 정"이라 한다)을 준수할 것을 서약한다.

제3장 연구부정행위

제7조(연구부정행위의 금지) 저자는 논문의 투고부터 게재까지의 과정에서 다음 각 호의 행위(이하 "연구부정행위 "라 한다)를 하여서는 아니 된다.

1. 위조: 존재하지 않는 연구 원자료 또는 연구자료, 연구결과 등을 허위로 만들거나 기록 또는 보고하는 행위
2. 변조: 연구 과정 등을 인위적으로 조작하거나 연구 원자료 또는 연구자료를 임의로 변형·삭제함으로써 연구 내 용 또는 결과를 왜곡하는 행위
3. 표절: 다음 각 목의 경우와 같이 일반적 지식이 아닌 타인의 독창적인 아이디어 또는 창작물을 적절한 출처표 시 없이 활용함으로써, 제3자에게 자신의 창작물인 것처럼 인식하게 하는 행위
   가. 타인의 연구내용 전부 또는 일부를 출처를 표시하지 않고 그대로 활용하는 행위
   나. 타인의 저작물의 단어·문장구조를 일부 변형하여 사용하면서 출처표시를 하지 않는 행위 다. 타인의 독창적인 생각 등을 활용하면서 출처를 표시하지 않은 행위
   라. 타인의 저작물을 번역하여 활용하면서 출처를 표시하지 않은 행위
4. 부당한 저자 표시: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위
   가. 연구내용 또는 결과에 대한 공헌 또는 기여가 없음에도 저자 자격을 부여하는 행위
   나. 연구내용 또는 결과에 대한 공헌 또는 기여가 있음에도 저자 자격을 부여하지 않는 행위
5. 부당한 중복게재: 연구자가 자신의 이전 연구결과와 동일 또는 실질적으로 유사한 저작물을 출처표시 없이 게 재한 후, 연구비를 수령하거나 별도의 연구업적으로 인정받는 경우 등 부당한 이익을 얻는 행위
6. 그 밖에 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어나는 행위

제4장 연구윤리위원회

제8조(연구윤리위원회의 설치) 『법제』에 투고된 연구논문에 대한 연구부정행위에 관한 결정을 논의하기 위해 연구 윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)를 둔다.

제9조(구성 및 운영) ① 위원회는 위원장 1명을 포함하여 10명 이내의 위원으로 구성한다.
② 위원회의 위원은 관련분야의 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 법제처장이 위촉하며, 위원장은 위원 중에서 호선(互選)한다.
③ 위원의 임기는 2년으로 하되, 연임할 수 있다.
④ 그 밖의 위원회 운영을 위하여 필요한 사항은 위원장이 따로 정할 수 있다.

제10조(기능) ① 위원회는 연구윤리규정에 위반되는 행위에 대하여 심의하고, 심의 결과에 따른 필요한 조치사항을 결정한다.

② 위원회는 제보된 사안에 대해 폭넓게 조사한 후, 연구윤리규정에 위반되는지가 사실로 판정된 경우에는 적절 한 제재조치를 할 수 있다.

③ 위원회는 게재 취소, 게재된 논문의 무효처리 등 논문 게재 이후의 연구부정행위에 대해서 제18조에 따른 조 치를 할 수 있다.

④ 위원회는 게재 확정 이전에 연구부정행위가 발견된 논문에 대해서 법제편집위원회에 의견을 제출한다.

제5장 연구부정행위의 검증 및 처리절차

제11조(연구부정행위 접수) 위원장은 간사를 지정하여 전자메일 등으로 연구부정행위 제보를 접수한다.

제12조(제보자의 권리보호) ① 연구부정행위를 인지하여 인지한 사실 또는 관련 증거를 위원회에 알리려는 자(이하 "제보자"라 한다)는 구술·서면·전화·전자우편 등의 방법을 통하여 실명으로 제보하여야 한다.

② 제1항에도 불구하고 논문명, 구체적인 연구부정행위 등이 포함된 증거를 서면이나 전자우편으로 받은 경우에 는 실명이 적혀 있지 않더라도 실명 제보에 준하여 처리할 수 있다.

제13조(연구부정행위 검증 절차) 위원장이 연구부정행위를 검증하려는 경우에는 "본조사" 전에 "예비조사"를 먼저 진행할 수 있다.

제14조(예비조사) ① 위원회는 연구부정행위 의혹에 대하여 본조사 실시 여부를 결정하기 위하여 제보를 접수한 날 부터 30일 이내에 예비조사에 착수한다.

② 위원장은 피조사자가 연구부정행위 사실을 모두 인정하는 경우에는 본조사를 거치지 않고 바로 판정을 내릴 수 있다.

제15조(본조사) ① 위원회는 연구부정행위의 사실 여부를 입증하기 위하여 예비조사가 완료된 후에 본조사를 실시 한다.

② 위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술 등의 기회를 주어야 하며, 당사자가 이에 따르지 않을 경우에는 이 의가 없는 것으로 본다.

제16조(판정) 위원회는 예비조사 착수 이후 6개월 이내에 조사결과를 확정하여 이를 제보자와 피조사자에게 문서로 통보(이하 "판정"이라 한다)하여야 한다. 다만, 위원회는 이 기간 내에 조사가 이루어지기 어렵다고 판단될 경우 피조사자에게 그 사유를 통보하고 조사 기간을 연장할 수 있다.

제17조(이의신청) ① 제보자 또는 피조사자는 예비조사 결과 또는 판정 결과에 이의가 있는 경우 그 결과를 통보받 은 날부터 30일 이내에 위원회에 서면으로 이의신청을 할 수 있다.
② 위원회는 제1항에 따른 이의신청이 특별한 사유가 없으면 이의신청이 접수된 날부터 60일 이내에 처리하여야 한다.

제18조(연구부정행위에 대한 조치) ① 위원회는 연구부정행위 조사 결과에 따른 제재 조치로서, 주의 환기, 비공개 경고, 공개 경고, 시정 권고, 논문 투고의 제한, 게재된 논문의 무효처리 등의 조치를 내릴 수 있다.
② 위원회에서 연구부정행위로 판정된 저자에 대해서는 판정된 때부터 3년간『 법제 』에 논문 투고를 금지하고, 해당 논문은『 법제 』논문목록에서 삭제하며, 게재 취소 사실을 법제처 홈페이지와 다음 권(호)을 통하여 공지한 다.
③ 제2항에 따른 공지는 저자명, 논문명, 논문수록 권(호), 취소일자, 취소사유 등이 포함되어야 한다.

부칙 〈제352호, 2016.7.8.〉

이 훈령은 발령한 날부터 시행한다.

법제 연구윤리위원회 위원

〈위원장〉

◉ 홍 정 선 명예회장 (한국지방자치법학회)

〈위 원〉

◉ 함 인 선 교수 (전남대학교 법학전문대학원)
◉ 김 창 조 교수 (경북대학교 법학전문대학원)
◉ 김 남 철 교수 (연세대학교 법학전문대학원)
◉ 신 옥 주 교수 (전북대학교 법학전문대학원)
◉ 이 현 수 교수 (건국대학교 법학전문대학원)
◉ 이 효 경 교수 (충남대학교 법학전문대학원)
◉ 서 을 오 교수 (이화여자대학교 법학전문대학원)
◉ 윤 수 정 교수 (강원대학교 법학전문대학원)

『법제』誌 2022년 6월호 논문 공모 안내

법제처에서는 등재학술지 『법제』에 게재할 법제 관련 논문을 모집하고 있습니다. 관심 있는 연구자 분들의 많은 참여 부탁드립니다.

1. 법제 소개

- 『법제』는 법제처에서 분기별(3월, 6월, 9월, 12월)로 발간하는 논문집으로 법제와 관련된 논문을 게재하는 한국연구재단 등재학술지입니다.
- 논문집 발간을 통해 법제처의 실무 경험과 지식, 학계의 연구 성과를 접목하여 새로운 법제이론을 확립하고 실무 활용도를 제고하기 위해 노력하고 있습니다.

  ※ 『법제』는 법제처 누리집(http://www.moleg.go.kr) '지식창고-법제' 메뉴에서 보실 수 있습니다.

2. 논문 주제: 공법(헌법, 행정법) 관련 일반 연구논문

- 『법제』 2022년 6월호(통권 제697호)에 게재

3. 논문투고신청서 제출

- 투고 신청: 논문투고신청서를 작성하여 2022년 4월 12일(화)까지 법제처 대변인실 담당자 전자우편으로 송부(thelegislation@korea.kr)

『법제』誌 2022년 6월호 논문 공모 안내

4. 원고제출 세부사항

ㅇ 응모자격: 제한 없음(단독 또는 공동응모 가능)

ㅇ 논문분량: A4용지 25매 내외

- 작성방법: '한글' 프로그램 사용, 글꼴(휴먼명조), 글자크기(본문 11pt, 각주 9pt), 줄간격(180%), 여백(좌·우 30mm, 위 20mm, 아래 15mm)
- 논문구성: 표지(제목, 목차)/국문요약문/본문/참고문헌/외국어요약문

※ 표지의 제목 및 저자이름은 국문 및 로마자로 병행표기

※ 세부 작성사항은 「법제 발간에 관한 규정」 제3장 원고작성 및 투고 참조

※ 논문 개요에 논문 관련 정보(수상 여부, 연구비 지원 여부, 연구용역 관련 여부 등) 기재

ㅇ 논문 작성기한: 2022년 5월 2일(월)

ㅇ 특전: 심사 후 논문 게재 확정시 소정의 원고료 지급, 논문 별쇄본 및 『법제』지 제공

5. 기타사항

ㅇ 제출논문이 사전에 발표(학위논문 포함)되거나 「법제 연구윤리에 관한 규정」 제7조에 따른 연구부정행위(위조, 변조, 표절, 부당한 저자표시 등)에 해당하는 경우 논문 게재 등 취소 가능함

ㅇ 주제에서 벗어나거나 논문 구성서식에 맞지 않는 경우 심사대상에서 제외함

ㅇ 논문심사비, 게재비 등 별도의 투고자 비용부담 없음

ㅇ 논문 접수 및 심사는 온라인 시스템(JAMS)을 통해 진행됨

ㅇ 논문 투고 문의: 044)200-6513(법제처 대변인실)

법제 편집위원회

위원장 김 용 섭 교 수 (전북대학교 법학전문대학원)
위 원 박 진 영 교 수 (경희대학교 법학전문대학원)
박 현 정 교 수 (동아대학교 법학전문대학원)
송 시 섭 교 수 (동아대학교 법학전문대학원)
이 우 영 교 수 (서울대학교 법학전문대학원)
이 종 수 교 수 (연세대학교 법학전문대학원)
장 경 원 교 수 (서울시립대학교 법학전문대학원)
정 주 백 교 수 (충남대학교 법학전문대학원)
최 계 영 교 수 (서울대학교 법학전문대학원)
손 대 수 심의관 (법제처 사회문화법제국)
간 사 이 기 정 (법제처 대변인)

법제 3월호 (통권 제696호)

인쇄 | 2022년 4월 4일
발행 | 2022년 4월 4일

법제처
Ministry of Government Legislation

발행처 | 법제처
발행인 | 이강섭
편 집 | 대변인실
제 작 | (주) 경성문화사 044-864-5577
발간등록번호 | 11-1170000-000428-07