

국가유공자예우법상 의료지원 제한에 관한 헌법상 검토

김 일 환*

I. 문제제기	1. 국가유공자 보호를 위한 법률의 내용과 문제점
II. 헌법상 국가유공자보호의 필요성과 내용	2. 진료혜택의 제한에 따른 국가유공자의 자기결정권 침해여부 검토
1. 국가유공자 예우에 관한 헌법적 근거	3. 진료혜택의 제한에 따른 국가유공자의 보건권 침해여부 검토
2. 헌법상 국가유공자의 보호를 위한 국가의 포괄적 보호의무 도출	4. 진료혜택의 제한에 따른 국가유공자의 평등권 침해여부 검토
III. 국가유공자 의료지원에 관한 국가유공자예우법 제23조의 위헌여부 검토	IV. 결론

I. 문제제기

헌법상 국가는 사회, 경제적 약자들에게 자유와 평등의 현실적 보장을 제공해야 한다. 이는 우선 헌법상 보장된 '사회적 기본권'을 통하여 그리고 '사회국가원리'에 근거한 '사회적 시장경제질서'를 통해서도 인정된다.¹⁾ 이러한 이념에 근거한 헌법 제32조 제6항에 따라 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다. 결국 이 규정의 도입취지는 국민이 국가를 위하여 희생한 것에 대하여 보상을 하고 그들에 대한 예우 및 지원을 통하여 국민적 통합을 이루겠다는 것이다.²⁾ 헌법재판소 또한 헌법상 국가유공자의 보호를 위한 직접적이고 일반적인 규정은 없으나 헌법 제32조 제6항은 국가

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52 ; “자본주의경제의 발달과정에 있어서 빈곤은 더 이상 개인적인 물질적 결핍의 문제가 아니라 사회의 안정을 위협하는 사회 전체의 문제이고, 경제의 성장에 의하여 자연적으로 해결될 수 있는 것도 아니라는 인식이 자리 잡아 가면서, 빈곤문제는 국가의 과제로 인식되었다. 이러한 인식으로부터 현대의 여러 국가는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시켜 줌으로써 건강하고 문화적인 생활을 보장하는 것이 국가의 책무라고 하는 사회국가원리를 헌법에 규정하게 되었고, 우리 헌법도 제34조 제1항·제2항에서 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다고 규정하고 …”(헌재 1997. 5. 29. 94 헌마 33).

2) 법제처, 헌법 주석서 II, 2010, 330면.

유공자 등의 보호를 위한 포괄적 보호의 예시규정으로 해석하고 있다.³⁾

위와 같은 헌법정신과 이념에 근거하여 제정된 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(이하 국가유공자예우법이라고 함)은 국가를 위하여 공헌하거나 희생한 국가유공자와 그 유족에 대하여 합당하게 예우하고 지원하여 이들의 생활안정과 복지향상을 도모하고 국민의 애국정신을 기르는데 이바지함을 목적으로 하고(제1조), 국가유공자의 공헌과 희생이 우리들과 우리들의 자손들에게 숭고한 애국정신의 귀감으로서 항구적으로 존중되고, 그 공헌과 희생의 정도에 대응하여 국가유공자와 그 유족의 영예로운 생활이 유지·보장되도록 실질적인 보상이 이루어져야 한다는 것을 예우의 기본이념으로 삼고 있다(제2조). 이를 위하여 국가유공자예우법 제41조는 국가유공자와 그 유족 등이 건강한 생활을 유지하고 필요한 진료 등을 받을 수 있도록 의료지원을 할 의무를 국가에게 부과하고 있다. 그런데 이러한 국가의 의료지원을 구체화하는 동법 제42조는 국가유공자와 그 유가족에게 실시하는 의료지원은 보훈병원 및 위탁을 지정받은 병원에서 진료를 받는 경우에 국가가 그 비용을 부담한다고 규정하여 국가유공자의 보호에 관한 헌법규정 및 동법의 입법 목적과 제41조에 반한다.

결국 국가유공자가 보훈대상 의료지원 대상자이면서 건강보험 가입자인 경우, 보훈대상 의료지원 대상자의 자격으로 전국 5개 보훈병원 및 300여개의 위탁병원에서 의료 이용 시 국가의 지원을 받고, 일반병원(전국의 322개 종합병원을 포함한 62,853개 병·의원) 이용 시에는 건강보험 가입자의 자격으로 진료(본인부담금과 보험료는 보훈대상 의료지원 대상자가 부담)를 받는다. 하지만 이 경우 국가유공자에 대한 비용부담이 국가의무에서 일반국민에게로 전가될 수 있고, 국가에 기여한 국가유공자들에 대한 국가의 지원이라는 헌법정신에 부합되지 않는다. 다음으로 국가유공자가 보훈대상 의료지원 대상자이면서 의료급여 수급권자인 경우, 보훈대상 의료지원 대상자의 자격으로 전국 5개 보훈병원 및 300여개의 위탁병원에서 의료 이용 시 국가의 지원을 받고 일반병원(전국의 322개 종합병원을 포함한 62,853개 병·의원) 이용 시 의료급여 수급권자의 자격으로 진료(본인부담금 거의 없고 보험료는 납부하지 않음)를 받는다. 하지만 이 경우 국가에 기여한 국가유공자의 명예에 상응되지 않는 대우로 국가유공자의 자긍심을 훼손당하며 의료급여 수급권자로 일반병원을 이용하게 된다. 마지막으로 국가유공자가 보훈대상 의료지원만 받는 대상자인 경우, 보훈대상 의료지원 대상자의 자격으로 전국 5개 보훈병원 및

3) 현재 1995. 7. 21. 93헌가14.

300여개의 위탁병원에서 의료 이용 시 국가의 지원을 받고 일반병원(전국의 322개 종합병원을 포함한 62,853개 병·의원) 이용시에는 국가보훈처로부터 승인을 받고 국가유공자가 진료비를 먼저 납부 후 국가보훈처로부터 환부를 받을 수 있다.⁴⁾

국가유공자는 그의 선택에 따라서 국가유공자 의료보호대상자가 되어 국가에 의한 의료보호를 받거나 아니면 건강보험법이 정한 건강보험의 적용을 받을 수 있다. 그런데 국가유공자나 그 가족 등이 직장보험가입자의 경우는 매월 급여를 받는데다가 보험료가 비교적 저렴하므로⁵⁾, 진료선택의 폭이 넓은 일반병원에서의 진료받기를 희망하여 건강보험 요양급여를 선택하고, 국가유공자로서 의료보호 의료급부를 받을 수 있는 보훈병원이나 위탁병원을 포기하는 경우가 많다.⁶⁾ 그런데 국가유공자 및 유가족이 국민건강보험법 제10조(자격의 상실 시기 등)에 따라 매월 보험료 납부 등이 부담이 되어 본인 선택으로 건강보험을 탈퇴하는 경우, 국가 직무 수행 중 입은 상이 및 장애를 가진 고령의 국가유공자가 집 근처 일반병원을 자유롭게 이용 못하게 된다. 결국 국가유공자 중에서도 경제적 능력이 없거나 힘든 국가유공자가 더 많은 보호와 지원이 필요함에도 불구하고 오히려 진료접근성과 의료수준이 낮은 병원을 이용할 수밖에 없는 실정이다. 따라서 이 논문에서는 보훈병원 및 위탁을 지정받은 병원에서 진료를 받은 경우에만 국가가 그 비용을 부담하도록 규정하고 있는 국가유공자예우법 제42조의 위헌여부에 대하여 검토하고자 한다.

II. 헌법상 국가유공자보호의 필요성과 내용

1. 국가유공자 예우에 관한 헌법적 근거

가. 사회적·경제적 약자의 보호를 위한 헌법적 이념

헌법상 국가는 사회, 경제적 약자들에게 자유와 평등의 현실적 보장을 제공해야 한다. 이는 우선 헌법상 보장된 '사회적 기본권'을 통하여 그리고 '사회국가원리'에 근거한 '사회적 시장경제질서'를 통해서도 인정된다. 헌법재판소 또한 이에 대하여

4) 이에 관하여는 국민건강보험공단, 국가유공자 의료지원제도 위헌요소 검토, 2013, 4면 이하 참조.

5) 국가유공자라고 하더라도 그 가족 등이 직장보험에 가입한 경우 피부양자로서 건강보험 적용을 받을 수 있다.

6) 그러다보니 국가유공자(본인, 유가족 포함)는 국가로부터 의료지원을 받을 수 있음에도 불구하고 국가유공자 1,372천여명 중 82.5%인 1,132천여명이 건강보험에 가입되어 있다.

“우리 헌법은 사회국가원리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 헌법의 전문, 사회적 기본권의 보장(헌법 제31조 내지 제36조), 경제 영역에서 적극적으로 계획하고 유도하고 재분배하여야 할 국가의 의무를 규정하는 경제에 관한 조항(헌법 제119조 제2항 이하) 등과 같이 사회국가원리의 구체화된 여러 표현을 통하여 사회국가원리를 수용하였다. 사회국가란 한마디로, 사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가이다.”⁷⁾고 설명하고 있다.

나. 헌법 제32조 제6항의 내용

이러한 이념에 근거한 헌법 제32조 제6항에 따라 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다. 결국 이 규정의 도입취지는 국민이 국가를 위하여 희생한 것에 대하여 보상을 하고 그들에 대한 예우 및 지원을 통하여 국민적 통합을 이루겠다는 것이다.⁸⁾ 이는 헌법 제34조 제1항에서 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”고 규정하고, 같은 조 제2항에서 국가의 사회보장·사회복지증진의 의무(입법의무)를 선언한 것과 제32조 제6항에서 “국가유공자, 상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”고 규정함으로써 법에 의한 국가유공자 등에 대한 국가의 우선적 보호이념을 명시한 것 등에 의하여 헌법적 정당성이 뒷받침된다.⁹⁾

2. 헌법상 국가유공자의 보호를 위한 국가의 포괄적 보호의무 도출

헌법상 국가유공자의 보호를 위한 직접적이고 일반적인 규정은 없으나 판례와 학설에 따르면 헌법 제32조 제6항은 국가유공자 등의 보호를 위한 포괄적 보호의 예시규정으로 해석되고 있다. 이는 현행 헌법이 그 전문에서 “국민생활의 균등한 향상”을 기함으로써 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐한다.”고 선언하였고, 제34조 제1항에서는 “모든 국민은 인간다운

7) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52.

8) 법제처, 헌법 주석서 II, 2010, 330면.

9) 헌재 2010. 5. 27. 2009헌바49.

생활을 할 권리를 가진다.”고 규정하고 있으며, 같은 조 제2항에서는 “국가는 사회 보장, 사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”고 규정함으로써 국가의 사회보장, 사회복지증진의 의무(입법의무)를 선언하고 있다는 것에서 그 근거를 찾을 수 있다. 그리고 헌법은 제32조 제6항에서 국가유공자 등에게 우선적으로 근로의 기회를 제공할 국가의 의무만을 명시하고 있지만, 이는 헌법이 국가유공자 등이 조국 광복과 국가민족에 기여한 공로에 대한 보훈의 한 방법을 구체적으로 예시한 것일 뿐이며, 동 규정과 헌법전문에 담긴 헌법정신에 따르면, 국가는 사회적 특수계급을 창설하지 않는 범위 내에서 국가유공자 등을 예우할 포괄적인 의무를 지고 있다고 해석된다는 헌법재판소의 결정¹⁰⁾에서도 분명하게 확인할 수 있다.¹¹⁾

이러한 헌법정신을 수용하여 국·공립학교 채용시험의 동점자처리에서 국가유공자 등 및 그 유족·가족에게 우선권을 주도록 하고 있는 국가유공자등 예우 및 지원에 관한 법률 등의 해당 조항들이 일반 응시자들의 평등권을 침해하는지 여부에 대하여 헌법재판소는 “이 사건 동점자처리조항이 추구하는 공익은, 국가유공자들이 국가와 민족을 위하여 세운 공훈이나 그들이 감수한 특별한 희생에 대한 보훈과 보상의무에 따른 것이고, 이로써 국민들의 애국심을 함양하고 민주사회의 발전에 기여하고자 하는 것임에 비추어 보면, 달성하고자 하는 공익이 일반 응시자들이 받는 국·공립학교 채용시험 동점자처리에서의 상대적 불이익이라는 사익보다는 크다고 할 것이다. 그러므로 이 사건 동점자처리조항은 일반 응시자들의 평등권을 침해하지 아니한다. 이 사건 동점자처리조항에 의하여 일반 응시자들은 국·공립학교 채용시험의 동점자처리에서 불이익을 당할 수도 있으므로 일반 응시자들의 공무담임권이 제한된다고 할 것이나, 이는 국가유공자와 그 유·가족의 생활안정을 도모하고 이를 통해 국민의 애국정신함양과 민주사회 발전에 이바지한다고 하는 공공복리를 위한 불가피한 기본권 제한에 해당하며, 앞서 본 바와 같이 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 위반된 것으로 볼 수 없고, 기본권의 본질적인 내용을 침해한다고도 할 수 없다. 따라서 이 사건 동점자처리조항은 일반 응시자들의 공무담임권을 침해하지 아니한다.”¹²⁾고 결정하였다.

따라서 국가유공자에 대한 위와 같은 헌법상 이념과 보호규정은 국가공동체에

10) 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14.

11) 헌법상 국가유공자보호의 내용과 그 한계에 관하여는 전광석, 국가유공자보상에 대한 헌법적 보호의 가능성, 헌법학연구 제6권 제4호, 2000, 111면 이하 ; 전광석, 국가유공자보상의 범위결정 및 보상의 원칙, 헌법학연구 제10권 제4호, 2004, 225면 이하 참조.

12) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마44.

기여한 개인의 행위 자체에 대한 보호의 필요성을 인정한 것으로서, 국가유공자에 대한 포괄적인 보호를 헌법이 요청하고 있으므로 현행 헌법은 국가에게 국가유공자의 적극적 보호를 위한 법적 의무를 부과하고 있음을 알 수 있다.¹³⁾

Ⅲ. 국가유공자 의료지원에 관한 국가유공자예우법 제42조의 위헌여부 검토

1. 국가유공자 보호¹⁴⁾를 위한 법률의 내용과 문제점

위와 같은 헌법정신과 이념에 근거하여 제정된 국가유공자예우법은 국가를 위하여 공헌하거나 희생한 국가유공자와 그 유족에 대하여 합당하게 예우하고 지원하여 이들의 생활안정과 복지향상을 도모하고 국민의 애국정신을 기르는데 이바지함을 목적으로 하고(제1조), 국가유공자의 공헌과 희생이 우리들과 우리들의 자손들에게 송고한 애국정신의 귀감으로서 항구적으로 존중되고, 그 공헌과 희생의 정도에 대응하여 국가유공자와 그 유족의 영예로운 생활이 유지·보장되도록 실질적인 보상이 이루어져야 한다는 것을 예우의 기본이념으로 삼고 있다(제2조). 따라서 법상의 국가유공자 유족에 대한 각종 수급권 역시 이러한 기본적인 목적과 일치하는 범위에서 인정되어야 하며, 특히 법상의 수급권이 헌법상의 사회보장적 성격을 가지고 있는 점에서 유공자의 희생으로 인하여 생활에 어려움을 가지게 된 유족들의 인간다운 생활을 보장하고 생활안정과 복지향상을 도모할 수 있도록 하는 것이 중요하다.¹⁵⁾

이를 위하여 국가유공자예우법 제41조는 국가유공자와 그 유족 등이 건강한 생활을 유지하고 필요한 진료 등을 받을 수 있도록 의료지원을 할 의무를 국가에게

13) 국가유공자제도 및 그 정비에 관하여는 방동희, 공상공무원의 국가유공자 예우·지원과 국가유공자 법제도 개선에 관한 연구, 법과 정책연구, 한국법정책학회 제10집 제2호, 2010, 657면 이하 ; 이호용, 독립유공자 예우에 관한 법정정책 문제점과 개선방안, 한양법학 제21집, 2007, 717면 이하 ; 민병로, 5·18 민주유공자 보훈제도의 개선방안, 민주주의와 인권 제9권 제2호, 69면 이하 ; 이희성, 5·18 민주유공자 보상법의 현황과 과제, 민주주의와 인권 제9권 제2호, 27면 이하 참조.

14) 국가유공자 등에 대한 각종 지원제도에 관하여는 국가보훈처/한국보건의사회연구원, 저소득 국가유공자 지원제도 및 개선방안연구, 2012 ; 국가보훈처, 2012년도 국정감사 업무현황 보고자료 참조.

15) “인간다운 생활을 할 권리로부터는 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 ‘최소한의 물질적인 생활’의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다고 할 것이다. 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 권리라고 할 것이다.”(1995. 7. 21. 93헌가14).

부과하고 있다. 그러나 이러한 국가의 의료지원을 구체화하는 동법 제42조에 따른 국가유공자와 그 유가족에게 실시하는 의료지원은 보훈병원 및 위탁을 지정받은 병원에서 진료를 받은 경우에 국가가 그 비용을 부담한다고 규정하여 국가유공자의 보호에 관한 헌법규정 및 동법의 입법목적과 제41조에 반한다.

위에서 설명한 것처럼 헌법 전문, 헌법 제34조 제1항과 제2항, 헌법 제32조 제6항 등을 통하여 국가는 사회적 특수계급을 창설하지 않는 범위 내에서 국가유공자 등을 보호할 포괄적인 의무를 지고 있다고 해석된다.¹⁶⁾ 위와 같은 헌법정신과 이념에 근거하여 제정된 국가유공자예우법은 국가를 위하여 공헌하거나 희생한 국가유공자와 그 유족에 대하여 합당하게 예우하고 지원하기 위하여 제정되었으며, 이에 따라 동법 제41조는 국가유공자와 그 유족 등이 건강한 생활을 유지하고 필요한 진료 등을 받을 수 있도록 의료지원을 할 의무를 국가에게 부과하고 있다. 그러나 국가유공자예우법 제42조는 헌법상 사회적·경제적 약자에 대한 국가의 보호 의무 및 국가를 위하여 희생한 국가유공자의 특별한 보호에 관한 규정 그리고 이를 구체화하는 국가유공자예우법의 입법목적과 동법 제41조에 반한다. 위와 같은 규정들의 도입취지가 국가를 위하여 희생한 분들에 대하여 보상을 하고 그들에 대한 예우 및 지원을 통하여 국민적 통합을 이루겠다는 것이라면 이들에게 인간다운 생활을 보장하고 생활안정과 복지향상을 도모할 수 있도록 하는 것이 중요하다. 그렇다면 한정되고 제한된 특정병원에서만 치료를 받을 기회를 제공하는 것이 아니라, 국가유공자에게 건강한 생활을 유지하고 필요한 진료 등을 받을 수 있도록 충분한 의료지원을 제공하는 것이 헌법 및 동법의 입법목적에 부합한다.

2. 진료혜택의 제한에 따른 국가유공자의 자기결정권 침해여부 검토

가. 헌법상 자기결정권의 보호범위

헌법 제10조의 행복추구권은 일반적 자유권으로서 “국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격”¹⁷⁾을 가진다.¹⁸⁾ 이에 따라서

16) 헌재 2010. 5. 27. 2009헌바49.

17) 헌재 2000. 6. 1. 98헌바216.

18) 이에 관하여는 金日煥, 幸福追求權의 保護範圍와 法的 性格에 관한 憲法上 考察(現代公法理論의 諸問題(天鳳石琮顯博士華甲紀念論文集), 2003, 583면 이하 참조.

헌법상 행복추구권으로부터 일반적 행동자유권과 더불어 자기결정권이 도출된다. 헌법상 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고¹⁹⁾, 소비자가 자신의 의사에 따라 자유롭게 상품을 선택하는 소비자의 자기결정권은 헌법 제10조의 행복추구권에 의하여 보호된다.²⁰⁾

나. 국가유공자 진료기회선택의 현황

위에서 설명한 것처럼 국가유공자에우법 제41조는 국가유공자에게 양질의 의료 서비스를 제공하도록 규정하고 있으나 동법 제42조와 관련 의료지원제도의 불충분함으로 인하여 이들에 대한 의료전달체계가 매우 미흡하다. 현재 국가유공자가 보훈대상 의료지원만 받는 대상자인 경우, 일반병원(전국의 322개 종합병원을 포함한 62,853개 병·의원)을 제외한 전국 5개 보훈병원 및 300여개의 위탁병원에서 의료이용시에만 국가의 지원을 받는다. 보훈병원은 중앙보훈병원 외 서울, 부산, 대구, 광주, 대전에 각 1개씩 있고, 위탁지정병원은 전국적으로 약 310여개소가 있으며 이 중 대부분이 1차 진료기관(의원급)과 국공립의료원(지방공사 강남병원, 수원의료원 등)으로써 진료접근성과 의료수준의 질적 만족도가 부족한 상태이다. 이에 따라서 많은 국가유공자들이 전국의 모든 병의원에서 진료 받을 수 있게 해달라는 민원을 국가보훈처 홈페이지 자유게시판에 2002년부터 줄기차게 요구하고 있으나²¹⁾, 현재

19) 현재 2009. 11. 26. 2008헌바58, 2009헌바191(병합).

20) 현재 1996. 12. 26. 96헌가18.

21) 그중 대표적인 민원 의견을 소개하면 다음과 같다 : “제목 의료지원정책 전면 개선하여야합니다 (작성자 박공자 등록일 2004-05-22 조회 수 354) : 현재 시행중인 보훈정책 중 행정편의주의의 대표적인 정책이 바로 의료지원분야입니다. ... 보훈병원 근처에 거주하시는 분들은 보훈병원을 쉽게 이용하실 수 있지만 원거리에 거주하시는 분들은 보훈병원에 가는 것을 포기합니다. 보훈병원에 한번 갔다 오는 경비면 집근처 시설좋은 큰 병원을 이용할 수 있는데 뭐 하러 힘들게 보훈병원까지 가겠습니까? 우리 유공자들은 집근처 일반 병의원에서 진료와 입원 치료 시는 전액 자비로 부담하여야합니다 장기입원치료시는 위탁지정병원에서의 입원도 불가하고 불편한 몸을 이끌고 원거리에 있는 보훈병원까지 가야합니다. 장기입원치료시 왜 집근처 위탁지정병원을 두고 생활근거지와 멀리 떨어진 보훈병원까지 가야합니까? 왜 우리들에게 이중삼중의 고통을 안겨줍니까? 우리들이 개인사업하며 돈벌다 다쳤습니까? 우리들이 놀러 다니다가 교통사고 나서 다쳤습니까? 보훈처직원 여러분들은 공무원이니까 사상이 아닌 공상처리시 시설이 좋고 집과 가까운 대학병원 등 어느 병원에서든지 치료가 가능하지 않습니까? 여러분들에게 집과 가까운 시설이 좋은 병원을 두고 공무원연금관리공단에서 보훈처처럼 먼 곳에 위탁지정병원을 정해 놓고 그 병원에서만 치료하라고 한다면 여러분들은 무슨 말들을 하시겠습니까? 보훈처여러분들도 모두가 잠재적인 장애인이자 국가유공자들이십니다. 왜 위탁지정병원에서만 진료가 가능하게 합니

까지 국가유공자 의료지원전달 체계의 개선은 전혀 이루어지고 있지 않다.

국민권익위원회 역시 보훈병원의 의료지원 체계에 문제가 있다는 분석결과를 발표하였다.²²⁾ 보훈병원의 환자 안전 및 의료서비스 질 제고에 관한 결정에서 국민권익위원회의 지적사항을 보면 국가유공자와 그 유가족의 의료지원을 위해 운영 중인 보훈병원의 시설 등의 한계로 환자 안전관리, 의료서비스의 질 측면에서 이용자의 고충을 유발한다고 되어 있다. 특히 보훈대상자의 고령화 및 만성질환자(고혈압, 당뇨 등) 증가에 따른 보훈병원 진료 수요가 지속적으로 증대되는 반면, 의료설비 및 의료진의 부족 등으로 서비스의 질적 수준은 그에 상응하지 못하는 상황이어서, 2011년 말 기준으로 ○○보훈병원의 경우 진료(외래) 대기일수가 순환기 내과 36.8일, 내분비내과 30.1일, 신경과 29.7일, 안과 35.5일, 치과 19.5일 등이 소요되는 등 장시간 진료대기, 의료진의 불친절 및 설명 부족 등 의료서비스 질 저하 및 환자 안전사고 발생 우려가 있다고 지적하고 있다.²³⁾

현재 보훈병원은 5대 주요도시(서울특별시, 대전광역시, 광주광역시, 부산광역시, 대구광역시)에 설립되어 있으며, 이를 기반으로 인근지역 보훈대상자까지 진료하고 있어 권역별 거점병원의 성격이 강하다. 이에 따라 보훈병원을 중심으로 한 권역별 분포를 살펴보면, 서울과 경기, 강원지역을 포함하는 제1권역의 보훈대상자 수는 366,541명으로 가장 많다. 다음으로 부산, 경남, 울산, 제주를 포함하는 4권역의 보훈대상자 수는 총 149,418명으로 두 번째로 많다. 대구·경북의 5권역은 105,500명, 광주 및 전남북을 포함하는 3권역과 대전 및 충남북을 포함하는 2권역은 각각 98,854명과 89,472명으로 상대적으로 적다. 지리적으로 살펴보면, 서울에 있는 중앙보훈병원이 강원도지역에 거주하는 보훈대상자까지, 부산 보훈병원이 제주도에

까? 왜 보훈병원에서만 장기입원치료가 가능케 합니까? 이유는 간단합니다. 유공자와 보훈가족들을 전국의 모든 병원에서 진료와 입원치료를 가능하게 해주면 각 병원에서 보훈복지의료공단에 진료비 청구시 복잡하고 보훈복지의료공단의 업무량이 많아지기 때문에 보훈처와 보훈복지의료공단에서 편하게 일을 하기 위해서 입니다. 그래서 유공자와 보훈가족들의 불편은 아랑곳하지 않고 진료비 청구시 청구 병원을 최소화시켜 진료비 청구 창구를 단순화시켜 편하게 일해 보자는 것입니다. 같은 공단지지만은 공무원연금관리공단에서는 공단의 업무량이 많더라도 전국의 모든 병원에서 진료와 입원치료가 가능케 해줍니다. 보훈처처럼 별도로 공단의 진료지정병원을 정해서 그 병원에 가서만 진료를 해라 그러지 않습니다. 오히려 의료시설이 좋은 병원이 있으면 그 병원에 가서 진료를 하라고 안내도 해줍니다. 보훈처와 보훈복지의료공단에서 공무원연금관리공단처럼 하지 못할 이유가 없습니다. ...”

22) 이에 관하여 자세한 것은 국민권익위원회, 보훈의료비 예산운영의 효율성 제고방안, 2011 참조.

23) 국민권익위원회 의결, 제2012-79호.

거주하는 보훈대상자까지 진료해야한다는 것을 보여준다.²⁴⁾

다음으로 국가보훈대상자는 건강보험, 의료급여 대상자에 비해서 연령층이 높고 주로 남성으로 구성되는 특징이 있다. 특히 65세 이상 전체 노인환자 1인당 진료비는 보훈병원(220만원), 위탁병원(137만원), 의료급여(120만원), 건강보험(81만원) 순으로 나타난다. 이는 국가보훈대상자의 고령화와 이로 인한 노인성 질환이 만성적으로 나타날 가능성이 높다는 것을 의미한다. 노인성 만성질환은 일반적으로 의료이용의 빈도가 높으며, 1회 방문시 다양한 진료과에 방문하고, 처치에 따른 성과가 뚜렷하게 나타나지 않는 특징이 있다. 뿐만 아니라 도시지역을 제외한 전 지역에서 보훈의료서비스를 이용하기 위해서는 장기간 이동해야 하고, 소득 격차에 따라 생활권 밖을 벗어난 의료서비스 이용에 차이가 있다는 것을 고려할 때 의료서비스 이용의 불평등을 야기하기도 한다. 실제로 참전유공자에 대한 조사 결과 보훈병원을 이용하지 않다고 응답한 비율이 전체 응답자의 92.1%로 매우 높게 나타나는데 그 이유로 '거리상의 제약' 또는 '거동 불편' 등의 응답이 높게 나타나고 있다.²⁵⁾

국가유공자 및 유가족이 국민건강보험법 제10조(자격의 상실 시기 등)에 따라 매월 보험료 납부 등이 부담이 되어 본인 선택으로 건강보험을 탈퇴하는 경우에는 국가 직무 수행 중 입은 상이 및 장애를 가진 고령의 국가유공자 임에도 불구하고 일반병원을 자유롭게 이용하지 못하게 된다. 결국 국가유공자 중에서도 경제적 능력 등이 없어서 더 많은 보호와 지원이 필요함에도 불구하고 오히려 진료접근성과 의료수준이 낮은 병원을 이용할 수밖에 없다. 따라서 국가유공자에 대한 국가의 의료지원을 구체화하는 동법 제42조는 보훈병원 및 위탁을 지정받은 병원에서 진료를 받은 경우에만 국가가 그 비용을 부담하도록 하고 있어 국가유공자의 병원선택 및 진료기회와 관련하여 자기결정권의 중대한 침해가 있다. 이는 보훈대상자들의 만족도 조사에서 보훈의료지원을 일반병원으로 확대(43.3%)해달라는 의견이 위탁병원의 확대 설치(22.6%)와 보훈병원의 확대 설치(22.0%)보다 월등히 높다는 사실에서도 잘 나타나고 있다.²⁶⁾

24) 보훈교육연구원/한국보건사회연구원, 보훈의료체계 유지 필요성 및 발전방향, 2012, 60-61면.

25) 보훈교육연구원/한국보건사회연구원, 전계보고서, 2012, 175면 이하.

26) 보훈교육연구원/한국보건사회연구원, 보훈의료체계 유지 필요성 및 발전방향, 2012, 21면.

다. 국가유공자의 연령과 질병 등의 특징

1) 보훈대상 의료지원 대상자 연도별 현황

보훈교육연구원/한국보건의사회연구원이 발간한 위 보고서²⁷⁾에 따르면 보훈대상자의 평균 연령 추이는 1996년 61세였던 평균연령이 2000년에 63세, 2005년에는 65세 그리고 2011년에는 69세로 15년 간 8세 증가하였다. 애국지사의 경우 동 기간 동안 13세 증가하였으며 순국·애국지사 유족의 경우 9세 증가하였다. 전·공상군경 본인인 경우 평균연령은 57세에서 62세로 5세 증가하였고 군경유족의 경우 3세 증가하였다. 이에 따라서 대상자 본인의 고령화가 유족의 고령화보다 빠르게 진행됨을 알 수 있다. 그리고 위 보고서에 따르면²⁸⁾ 국가보훈대상자는 건강보험, 의료급여 대상자에 비해서 연령층이 높고 주로 남성으로 구성되는 특징이 있는데, 이는 국가보훈대상자의 고령화와 이로 인한 노인성 질환이 만성적으로 나타날 가능성이 높다는 것을 의미한다.

2) 보훈병원과 위탁병원²⁹⁾의 상황

보훈병원 현황에 대하여 위 보고서에 따르면 현재 보훈병원은 5대 주요도시(서울특별시, 대전광역시, 광주광역시, 부산광역시, 대구광역시)에 설립되어 있으며, 이를 기반으로 인근지역 보훈대상자까지 진료하고 있어 권역별 거점병원의 성격이 강하다. 지리적으로 살펴보면, 서울에 있는 중앙보훈병원이 강원도 지역에 거주하는 보훈대상자까지, 부산 보훈병원이 제주도에 거주하는 보훈대상자까지 진료해야한다. 또한 위 보고서에 따르면³⁰⁾ 진료권별로는 중앙보훈병원이 관리하는 서울, 인천, 경기도 등 수도권과 강원도에 소재한 위탁병원이 128개소(39.75%)로 가장 많고, 대전 보훈병원이 관리하는 대전, 충남, 충북에 소재한 위탁병원이 39개소(12.11%)로 나타난다. 이를 요양기관종별로 살펴보면 병원급 48.14%, 종합병원급 26.09%, 의원급 18.32% 순인데, 이는 1차 의료기관으로서 위탁병원의 확대에 따른 보훈병원과의 체계적 보훈보건의료시스템 구축이라는 목표와는 괴리가 있다고 할 수 있다.

27) 보훈교육연구원/한국보건의사회연구원, 전계보고서, 42면.

28) 보훈교육연구원/한국보건의사회연구원, 전계보고서, 175면.

29) 위탁병원의 현황에 관하여는 연세대학교 보건정책 및 관리연구소, 국가유공자 등 위탁병원 적정 운영방안, 2004 참조.

30) 보훈교육연구원/한국보건의사회연구원, 전계보고서, 61면, 74면.

라. 진료혜택제한에 따른 비례성원칙 위반여부 검토

따라서 보훈병원 및 위탁을 지정받은 병원에서 진료를 받은 경우에 국가가 그 비용을 부담하도록 하고 있는 동법 제42조가 헌법상 비례성원칙을 위반하고 있는지를 검토할 필요가 있다.

1) 헌법상 비례성원칙의 의의와 내용

헌법상 비례성원칙이란 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미한다. 비례성원칙은 국가작용의 한계를 명시하는 것인데 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성(보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 한다는 것으로서 그래야만 수인(수인)의 기대가능성이 있다는 것)을 의미하는 것으로서 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙이다.³¹⁾

2) 비례성원칙 위반 여부 검토

헌법상 국가유공자의 보호에 관한 규정에 근거하여 제정된 국가유공자예우법은 국가를 위하여 공헌하거나 희생한 국가유공자와 그 유족에 대하여 합당하게 예우하고 지원하여 이들의 생활안정과 복지향상을 도모하고 국민의 애국정신을 기르는데 이바지함을 목적으로 하고(제1조) 있으며, 국가유공자예우법 제41조는 국가유공자와 그 유족 등이 건강한 생활을 유지하고 필요한 진료 등을 받을 수 있도록 의료지원을 할 의무를 국가에게 부과하고 있다.

따라서 국가유공자예우 등의 입법목적 및 이를 위한 의료지원 규정의 정당성은 인정된다. 그런데 이를 이행하는 과정에서 특정 병원에서 진료를 받아야 국가가 그 비용을 부담하도록 하는 동법 제42조는 비례성원칙중 피해의 최소성과 법익의 균형성에 위반된다. 일반적으로 국가유공자는 몸이 불편하고 고령인 경우가 대부분인데, 현재 보훈병원과 위탁지정병원은 전체 의료기관에서 차지하는 비중이 극히 적을 뿐만 아니라 지방 등의 경우 접근성이 떨어져 국가

31) 현재 1989. 12. 22. 88헌가13 ; “국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성).”(현재 1990. 9. 3. 89헌가95).

유공자들이 보훈병원과 위탁진료병원을 선별하여 진료를 받으러 다니는 것은 현실적으로 어려울 뿐만 아니라 그 기대가능성도 높지 않다. 이는 위에서 언급한 국민권익위원회의 결정은 물론 2012년도 국정감사 결과보고서(2013. 2.)에서도 국가보훈처와 한국보훈복지의료공단에 대한 국회의 지적사항 중 하나로 “보훈병원의 기본진료과, 영상의학과, 응급의학과 등 전문의 부족으로 의료서비스 저하가 우려되는바, 보훈병원 의료 인력의 안정적 확보 방안을 마련할 것”이 언급되고 있는 것을 통하여 잘 알 수 있다.³²⁾

다음으로 국가유공자의 의료접근성이란 관점에서 살펴보면 국가유공자를 위한 현행 진료체계는 매우 문제가 많다. 위에서 설명한 것처럼 국가보훈대상자는 건강보험, 의료급여 대상자에 비해서 연령층이 높고 주로 남성으로 구성되는 특징이 있으며, 이는 국가보훈대상자의 고령화와 이로 인한 노인성 질환이 만성적으로 나타날 가능성이 높다는 것을 의미한다. 노인성 만성질환은 일반적으로 의료이용의 빈도가 높으며, 1회 방문시 다양한 진료과에 방문하고, 처치에 따른 성과가 뚜렷하게 나타나지 않는 특징이 있다. 뿐만 아니라 도시지역을 제외한 전 지역에서 보훈 의료서비스를 이용하기 위해서는 장기간 이동해야 하고, 소득 격차에 따라 생활권 밖을 벗어난 의료서비스 이용에 차이가 있다. 실제로 참전유공자에 대한 조사 결과 보훈병원을 이용하지 않다고 응답한 비율이 전체 응답자의 92.1%로 매우 높게 나타나는데 그 이유로 ‘거리상의 제약’ 또는 ‘거동 불편’등의 응답이 높게 나타났다. 이는 2013년도 보훈업무 계획보고(2013. 4. 1)에서 국가보훈처가 국가유공자 의료·요양 등에 관한 문제점으로 “▶중앙보훈병원 진료인원 증가로 인한 장시간 대기 및 원거리 통원, 진료 불편에 따라 인천, 경기권 병원 건립 요구 ▶65세 이상 국가유공자 및 유족 46만명 중 요양등급 판정자는 2.8만 명이나 수요를 흡수할 시설 등이 부족한 실정” 등을 언급하고 있는 부분에서 분명하게 나타나고 있다.³³⁾

또한 국가유공자에게 제공되는 의료시설의 수준과 체계에도 많은 문제점이 있다. 현재 보훈병원은 최근 개소한 중앙보훈병원 외, 서울, 부산, 대구, 광주, 대전에 각 1개씩 있으며 위탁지정병원은 전국적으로 약 310여개소가 있으며 이중 대부분이 1차 진료기관(의원급)과 국공립의료원(지방공사 강남병원, 수원의료원 등)으로써 진료접근성과 의료수준의 질적 만족도가 부족한 상태이다. 이에 건강보험자격을 상실한 국가유공자 등이 만족할 만한 수준의 의료시설을 갖춘 요양기관(종합병원,

32) 국회 정무위원회, 2012년도 국정감사 결과보고서, 2013, 207면 이하 참조.

33) 국가보훈처, 2013년도 보훈업무 계획보고, 2013, 6면.

대학병원, 거주지 인근 의원 등)을 이용하게 된다. 보훈교육연구원/한국보건사회연구원³⁴⁾이 발간한 위 보고서³⁴⁾에 따르면 현재 보훈의료체계는 보훈병원과 위탁병원으로 구축되어 있다. 전국 5대 보훈병원은 종합병원급이며, 3~4개 광역시도의 진료권을 담당하고 있으며, 각 보훈병원별로 위탁병원을 지정하고 있다. 당초 보훈처 및 보훈의료공단은 1차 진료기능은 위탁병원에서, 2차 진료기능은 지역 보훈병원에서, 3차 진료기능은 중앙보훈병원에서 하는 순차적인 구조를 계획하였으나, 실제로는 1차, 2차, 3차 진료기능의 구분 및 연계가 되지 않고 있다. 이러한 이유 중 하나는 지정된 위탁병원이 다양한 병의원 형태를 포함하기 때문이다. 곧 위탁병원으로 지정된 곳이 일반의원급과 병의원급, 대형병원 등이 뒤섞여 있어 1차 진료, 2차 진료, 3차 진료 순으로 연계되지 않고 있다. 위 보고서에 따르면³⁵⁾ 보훈의료체계는 1차 진료(위탁병원), 2차 진료(지방보훈병원), 3차 진료(중앙보훈병원)으로 구상하였으나, 실제 위탁병원 지정은 종합병원(26.1%), 병원(50.0%), 의원(23.9%) 순으로 나타나고 있다. 국가보훈처는 중앙보훈병원의 상급종합병원 지정을 추진하고 있으나 2012~2014년 지정이 이미 완료됨에 따라 단시일 내 지정은 어려울 것으로 보이며 상급 종합병원 지정을 위해서는 1단계에서 소요병상 수를, 2단계에서 지역 배분을 고려할 뿐만 아니라 20개 이상의 전문과목 구비, 중증질환 환자구성비율(60%), 의료인력(30%), 교육기능(10%)에 대한 상대평가 요건을 만족해야 한다. 하지만 중앙보훈병원은 소요병상 수가 부족하고 수도권에 위치한 관계로 지역배분의 형평성에서도 좋은 점수를 받기 어려울 뿐만 아니라 중증질환 환자 구성비와 의료인력, 교육기능 등도 요건에 미치지 못하고 있는 실정이다.³⁶⁾

이에 따라 단기적으로 현행 보훈의료체계를 규모와 기능별로 1-2-3차로 재편하여 중앙 및 지역보훈병원을 2차 진료기관으로 설정하고, 환자 후송체계 및 긴급의료지원 체계를 구축해야 한다.³⁷⁾ 장기적으로는 국가보훈처가 2013년도 보훈업무 계획보고에서 밝히고 있듯이 수도권 의료수요 급증에 따른 보훈병원 건립, 고령·병약자의 특성을 고려한 맞춤형 보훈복지서비스 제공 등을 추진해야 한다.³⁸⁾ 그와 동시에 만성질환 및 노인성 질환을 앓고 있는 다수의 국가유공자들이 당장 그들의 아픈 몸을 치료받기 위하여 질 높은 서비스를 제공할 수 있는 일반병원도 이용할 수 있어야

34) 보훈교육연구원/한국보건사회연구원, 전계보고서, 175면.

35) 보훈교육연구원/한국보건사회연구원, 전계보고서, 19면 이하.

36) 보훈교육연구원/한국보건사회연구원, 전계보고서, 19면.

37) 이에 관하여는 보훈교육연구원/한국보건사회연구원, 전계보고서, 175면 이하 참조.

38) 국가보훈처, 2012년도 국정감사 업무현황 보고자료, 6면.

한다. 따라서 고령화된 국가유공자의 사망 등으로 보훈대상자의 수가 계속 감소되는 추세이므로 향후 보훈대상자의 감소로 인해 별도의 보훈의료체계를 유지하는 것보다 일반병원을 모두 이용하는 것이 한계효용을 극대화하는 시점이 올 것으로 예상된다. 위 정책보고서의 내용³⁹⁾은 매우 문제가 있다. 이와 같은 내용은 현재 치료를 받아야 할 국가유공자의 수가 사망 등의 이유로 줄어들게 되면 향후에는 보훈의료지원을 일반병원으로 확대할 수도 있다는 것을 의미할 수도 있기 때문이다.

국가가 어떠한 목적을 달성하고자 할 때 어떠한 조치나 수단 하나만으로서 가능하다고 판단할 경우도 있고 다른 여러 가지의 조치나 수단을 병과하여야 가능하다고 판단하는 경우도 있을 수 있으므로 과잉금지의 원칙이라는 것이 목적달성에 필요한 유일의 수단선택을 요건으로 하는 것이라고 할 수는 없으나⁴⁰⁾, 입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다.⁴¹⁾ 또한 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다.⁴²⁾ 이러한 관점에서 볼 때 특정 병원을 이용하는 경우에 한하여 국가가 비용을 부담하는 동법 제42조는 국가유공자의 기본

39) 보훈교육연구원/한국보건사회연구원, 전계보고서, 21면.

40) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 ; “무릇 국가가 입법, 행정 등 국가작용을 함에 있어서는 합리적인 판단에 입각하여 추구하고자 하는 사안의 목적에 적합한 조치를 취하여야 하고, 그때 선택하는 수단은 목적을 달성함에 있어서 필요하고 효과적이며 상대방에게는 최소한의 피해를 줄 때에 한해서 그 국가작용은 정당성을 가지되 상대방은 그 침해를 감수하게 되는 것이다. 그런데 국가작용에 있어서 취해진 어떠한 조치나 선택된 수단은 그것이 달성하려는 사안의 목적에 적합하여야 함은 당연하지만 그 조치나 수단이 목적달성을 위하여 유일무이한 것일 필요는 없는 것이다. 국가가 어떠한 목적을 달성함에 있어서는 어떠한 조치나 수단 하나만으로서 가능하다고 판단할 경우도 있고 다른 여러 가지의 조치나 수단을 병과하여야 가능하다고 판단하는 경우도 있을 수 있으므로 과잉금지의 원칙이라는 것이 목적달성에 필요한 유일의 수단선택을 요건으로 하는 것이라고 할 수는 없는 것이다.”(1989. 12. 22. 88헌가13).

41) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5 ; “입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다. 기본권을 제한하는 규정은 기본권행사의 ‘방법’에 관한 규정과 기본권행사의 ‘여부’에 관한 규정으로 구분할 수 있다. 침해의 최소성의 관점에서, 입법자는 그가 의도하는 공익을 달성하기 위하여 우선 기본권을 보다 적게 제한하는 단계인 기본권행사의 ‘방법’에 관한 규제로서 공익을 실현할 수 있는가를 시도하고 이러한 방법으로는 공익달성이 어렵다고 판단되는 경우에 비로소 그 다음 단계인 기본권행사의 ‘여부’에 관한 규제를 선택해야 한다.”(1998. 5. 28. 96헌가5).

42) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95.

권을 최소로 침해하는 수단이 아니며 그로 인하여 얻게 되는 공익이 국가유공자가 입는 피해보다 더 크다고 할 수 없다. 결국 국가유공자가 보훈대상 의료지원만 받는 대상자인 경우, 일반병원(전국의 322개 종합병원을 포함한 62,853개 병·의원)을 제외한 전국 5개 보훈병원 및 300여개의 위탁병원에서 의료 이용 시에만 국가의 지원을 받는다. 특히 이는 충분한 진료기회를 받지 못하여 육체적·정신적으로 고통을 겪고 있는 고령의 국가유공자들을 생각한다면 이러한 불충분한 의료지원을 통하여 잃게 되는 사익이 얻게 되는 공익보다 훨씬 크다는 것이 명백하다.

이처럼 헌법이 단순히 국가유공자 등에 대해 근로의 기회제공의무만을 국가에 부여한 것이 아니라 국가유공자 등에 대한 포괄적 예우를 할 의무를 요구하는 것이라면 국가유공자예우법 제42조는 국가유공자의 의료지원 보장을 위한 법규정으로서 매우 불충분하다. 이 규정으로 인하여 장애가 있고 대부분 고령인 국가유공자가 몸이 아파 병원에 갈 때 전국 5개의 보훈병원과 300여개의 위탁의료병원을 이용하거나 보훈처의 승인을 받아 일반병원에서 자비로 먼저 진료 후 나중에 환불받을 수 있도록 함으로써 헌법 및 동법 제41조의 입법취지에 반하여 명목상의 국가유공자 의료지원으로 한정되어 버렸다. 물론 이러한 입법 당시 국가의 경제수준, 재정능력, 국민감정 등을 종합적으로 고려하여 의료지원의 범위 및 절차를 만들었다고 이해할 수는 있다. 하지만 그 뒤 국가유공자 의료지원제도 개선에 관한 국회의 국정감사, 국민권익위원회의 개선권고, 당사자인 국가유공자들의 끊임없는 요구에도 불구하고 1985년 국가보훈처 설립이래 현재까지 개선이 전혀 이루어지지 않고 있다.

3. 진료혜택의 제한에 따른 국가유공자의 보건권 침해여부 검토

헌법 제36조 제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하고 있는데, 이러한 보건권은 국민이 자신의 건강을 유지하는 데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 국가는 국민의 건강을 소극적으로 침해하여서는 아니 될 의무를 부담하는 것에서 한걸음 더 나아가 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다는 것을 의미한다.⁴³⁾ 이에 따라서 국가는 국민건강 및 보건의 양적, 질적 향상을 위한 의료 정책을 적극적으로 수립·시행하여야 한다.⁴⁴⁾

국가유공자예우법 제41조는 국가유공자와 그 유족 등이 건강한 생활을 유지하고

43) 헌재 2009. 11. 26. 2007헌마734.

44) 헌재 2004. 1. 29. 2001헌바30.

필요한 진료 등을 받을 수 있도록 의료지원을 할 의무를 국가에게 부과하고 있으나, 동법 제42조는 그러한 진료를 특정 병원에서 받아야만 국가가 비용을 부담하도록 규정하고 있다. 따라서 동법 제42조는 국민의 보건에 관한 정책을 수립하고 시행할 의무를 지우는 헌법 제36조 제3항에도 반한다. 특히 이는 대한민국 정부가 수립한 국가인권정책 기본계획⁴⁵⁾을 통해서도 잘 드러난다. 대한민국 정부가 수립하여 추진중인 2012-2016년 국가인권정책 기본계획 중 일부 내용을 보면 군 장병 의료접근권 향상 및 군 의료체계 개선을 위하여 전 군병원에 진료협력센터 설치, 신속한 민간진료 및 환자관리 강화, 외부 용역 활용 외진 셔틀버스 시범 운행, 저소득층 의료급여의 보장성 강화를 위하여 의료급여 보장성 강화 등 추진 및 의료급여 수급권자 일반 건강검진 등('12년), 미등록 외국인과 그 자녀에 대한 의료지원을 위하여 입원진료 및 당일 외래수술(다만, 입원 및 수술진료와 연계되는 사전 외래진료 1회, 사후 외래진료 3회 인정) 등이 포함되어 있다.⁴⁶⁾ 하지만 국가유공자에 관한 내용은 국가인권정책 관련 추진사항에 전혀 포함되어 있지 않다. 헌법재판소는 권력분립원칙 등을 이유로 들어 관련 입법을 전혀 하지 아니하였거나 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 없는 재량의 범위를 명백히 이탈한 경우에 해당 사회적 기본권의 침해를 인정하고 있다.⁴⁷⁾ 이러한 관점에서 본다면

45) 정부 내 각 부처가 개별적으로 수행하던 인권과 관련된 업무를 인권의 보호와 증진이라는 가치를 중심으로 종합함으로써 인권을 국가정책의 주요한 지향점으로 설정한 공식적인 범정부 계획이 국가인권정책 기본계획이다.

46) 대한민국 정부, 2012 - 2016, 국가인권정책 기본계획, 2012, 138면 이하.

47) “헌법 제34조 제1항이 보장하는 인간다운 생활을 할 권리는 사회권적 기본권의 일종으로서 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미하는데, 이러한 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 권리라고 할 것이다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가 14, 판례집 7-2, 1, 30-31; 1998. 2. 27. 97헌가10등, 판례집 10-1, 30-31; 2000. 6. 1. 98헌마 216, 판례집 12-1, 622, 646-647; 2003. 5. 15. 2002헌마90, 판례집 15-1, 581, 600-601). 나아가 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 모든 국가기관을 기속하지만 그 기속의 의미는 동일하지 아니한데, 입법부나 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침, 즉 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관, 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것이다(헌재 1997. 5. 29. 94헌마 33, 판례집 9-1, 553-554; 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 758-759; 2001. 4. 26. 2000헌

헌법 제36조 제3항은 이미 국가에게 모든 국민에 대한 건강 등에 관한 정책을 적극적으로 수립·시행하도록 요구하고 있으며, 헌법 전문 및 사회국가원리와 헌법 제32조 제6항은 더 나아가 국가유공자의 특별한 보호를 규정하고 있다. 위와 같은 헌법규정들의 해석을 종합해보면 일반국민이 아닌 국가유공자에 대한 의료지원대책은 더욱 더 세심하고 정교할 것을 요구한다고 판단된다. 위에서 이미 설명한 것처럼 국가유공자 그리고 담당기관인 국가보훈처는 물론 국민권익위원회 등도 국가유공자들에게 제공되는 진료기회가 매우 제한적이며 불충분하다는 것을 이미 알고 있으면서도 이에 대한 보호방안을 강구하지 못하고 있는 상황이다. 따라서 보훈병원이나 위탁지정병원 등을 통한 최소한의 의료지원만을 제공하고 있는 현재의 입법정책은 국가유공자의 보건권보호를 위한 헌법상 용인될 수 있는 재량범위 내에 있다고 보기 어렵다.

4. 진료혜택의 제한에 따른 국가유공자의 평등권 침해여부 검토

가. 헌법상 평등권 침해 판단기준

본질적으로 동일하게 다루어야 할 두 집단에 대하여 입법자가 차별대우를 한 것이 확인되면 다음으로 그러한 차별대우에 헌법적 정당성이 있는가를 판단하여야 한다. 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하였다고 하여 그것만으로 곧 평등권에 위반되는 것은 아니고 차별대우가 헌법적 정당성을 갖지 못하는 경우에 평등권에 위반된다. 먼저 심사기준으로서 자의금지원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 차별대우가 자의성을 면하려면 헌법적으로 정당화되어야 하는데, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 관점이 존재한다면, 차별대우는 자의적이 아닌 것으로 판단된다. 여기서 ‘자의성’은 ‘합리적인 이유의 결여’이므로, 이 기준에 의하

마390, 공보 56, 494). 또한, 국가가 행하는 생계보호가 헌법이 요구하는 객관적인 최소한도의 내용을 실현하고 있는지 여부는 결국 국가가 국민의 '인간다운 생활'을 보장함에 필요한 최소한도의 조치를 취하였는가의 여부에 달려있다고 할 것인데 생계보호의 구체적 수준을 결정하는 것은 입법부 또는 입법에 의하여 다시 위임을 받은 행정부 등 해당기관의 광범위한 재량에 맡겨져 있다고 보아야 할 것이므로, 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 인간다운 생활을 할 권리를 보장한 헌법에 위반된다고 할 수 있다(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 553-554).”

면 자의성심사에서 단지 ‘차별의 합리적인 이유가 존재하는가’를 판단한다. 차별대우가 자의성을 면하려면 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재해야 한다.⁴⁸⁾ 다음으로 비례의 원칙에 따른 심사는 ‘차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는가’를 판단하기 위하여 차별대우와 차별목적간의 상호관계를 비례의 원칙을 기준으로 하여 심사한다. 따라서 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 예를 들어 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다. 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성 원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.⁴⁹⁾

나. 차별에 따른 국가유공자의 평등권 침해

먼저 의료지원과 관련하여 국가유공자가 차별을 받았다고 주장할 수 있는 비교 집단으로는 현역병, 의무경찰순경, 교도소 수용자 등을 들 수 있다. 국민건강보험법 제60조 제1항에서는 “공단은 제54조 제3호 및 제4호에 해당하는 사람이 요양기관에서 대통령령으로 정하는 치료 등(이하 이 조항에서 “요양급여”라 한다)을 받은 경우 그에 따라 공단이 부담하는 비용(이하 이 조에서 “요양급여비용”이라 한다)을 법무부장관·국방부장관·소방방재청장·경찰청장 또는 해양경찰청장으로부터 예탁 받아 지급할 수 있다. 이 경우 법무부장관·국방부장관·소방방재청장·경찰청장 또는 해양경찰청장은 예산상 불가피한 경우 외에는 연간(年間) 들어갈 것으로 예상되는 요양급여비용을 대통령령으로 정하는 바에 따라 미리 공단에 예탁하여야 한다.”고 규정하고 있다. 국민건강보험법 제54조 제3호는 “제6조 제2항 제2호에 해당하게 된 경우”이고, 같은 조 제4호는 “교도소, 그 밖에 이에 준하는 시설에 수용되어 있는 경우”이며, 동 법 제6조 제2항 제2호는 “「병역법」에 따른 현역병(지원에 의하지 아니하고 임용된 하사를 포함한다), 전환복무된 사람 및 무관후보생”이다. 따라서 현재 현역병 및 전환복무된 사람, 무관후보생, 교도소 등에 수용되어 있는 자

48) 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64.

49) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363.

등이 요양기관에서 치료를 받은 비용에 대해서는 법무부장관·국방부장관·소방방재청장·경찰청장 또는 해양경찰청장 등과 국민건강보험공단이 협의하여 그 비용을 사후정산하고 있다. 다시 정리하자면, 현역병, 교도소 수용자 등의 진료비는 국민건강보험법 제54조 제3호 및 제4호에 해당하는 가입자로서 복무(재소)기간 중 외부 요양기관에서 진료 시 동법 제60조에 근거하여 국방부, 법무부 등 예탁기관과 요양급여비용을 정산한다.⁵⁰⁾ 하지만 국가보훈처는 국가유공자의 경우에는 위와 같은 사후정산을 거부하며 모든 책임을 국가유공자 개인 등에게 떠넘기고 있다.

민주국가에서 병역의무는 납세의무와 더불어 국가라는 정치적 공동체의 존립·유지를 위하여 국가 구성원인 국민에게 그 부담이 돌아갈 수밖에 없는 것으로서, 병역의무의 부과를 통하여 국가방위를 도모하는 것은 국가공동체에 필연적으로 내재하는 헌법적 가치라 할 수 있다.⁵¹⁾ 따라서 현역병은 헌법과 법률에서 정한 병역의무를 이행하기 위하여 징집절차를 거쳐서 의무적으로 일정기간 동안 군복무를 하는 자로서, 이들 또한 병역의무의 이행으로 인하여 차별받지 않도록 헌법상 규정하고 있다. 이처럼 국가를 위한 의무를 이행하는 자들 또한 일정한 조건을 충족하면 요양기관을 선택하여 치료받을 수 있으며 그 비용 또한 국가가 부담하도록 하고 있다. 이에 반하여 그 어떤 대가도 바라지 않고 오로지 국가를 위하여 희생한 국가유공자는 보훈병원 등 제한된 의료기관에서만 치료를 받아야만 그 비용을 국가가 부담하는 현행 법체계는 헌법상 국가유공자의 평등권을 침해한다.

먼저 국가의 보호를 받아야 할 동일한 집단인 현역병 등과 국가유공자 간 진료혜택의 차별은 자의금지원칙에 위반된다. 병역의무를 이행중인 현역병 등 보다 헌법상 더 많이 보호받아야 하는 국가유공자의 치료를 일정 진료기관으로 한정할 합리적 이유가 없다. 교도소에 수감된 수용자나 국가안보를 위한 병역의무를 이행하는 군인처럼 헌법상 일반적 행동자유나, 거주이전의 자유에 제한이 클 수밖에 없

50) 현역병 등에 관한 관계기관과 정산 사례를 보면 국방부의 경우 현역병, 무관후보생(각 군 사관생도, 준사관후보생) 등에 관하여 2004년 4월 29일부터 정산을 실시하고 있으며, 법무부는 경비교도대원에 대하여는 2004년 4월 30일부터 정산을 실시하고 있으며, 교도소, 구치소, 소년원, 소년분류심사원, 치료감호소 수용자 중 건강보험자격이 있는 자 또는 있었던 자에 대하여는 2006년 1월 1일부터 정산을 실시하고 있다. 경찰청은 의무 경찰순경, 전투 경찰순경에 대하여 2004년 4월 30일부터, 해양 경찰청은 해양 전투 경찰순경에 대하여 2004년 4월 30일부터, 소방방재청은 의무소방대원에 대하여 2004년 4월 30일부터 정산을 실시하고 있다. 이에 따른 정산비용은 2012년 11월 30일 현재 3,429억원이라고 한다(이에 관하여 자세한 것은 국민건강보험공단, 국가유공자 의료지원제도 개선방안, 2013, 1면 이하 참조).

51) 현재 2006. 11. 30. 2005헌마739.

는 특별한 집단에 속하는 자들에게도 그들의 건강 등을 위하여 일반병원을 이용할 수 있게 하고 그 비용을 국가가 부담한다면, 거주이전의 자유에 제한이 없고 고령이며 다양한 노인성 질환을 앓고 있으며, 헌법상 국가의 특별한 보호를 받아야 하는 국가유공자들에게는 더더욱 일반병원에서 진료받을 충분한 기회가 제공되어야 한다. 특히 위에서 언급한 대한민국 정부가 수립하여 추진 중인 2012-2016년 국가인권정책 기본계획 중 군 장병 의료접근권 향상 및 군 의료체계 개선의 내용을 보면⁵²⁾ 국가가 일정한 공간적 제약 하에 있는 군 장병에 대하여 일반병원 이용 등을 포함한 다양한 보호대책을 지속적이고 체계적으로 강구하고 있지만, 헌법상 포괄적 보호를 받아야 하는 국가유공자의 경우에는 이에 관한 계획조차 전혀 없다는 점에서 헌법상 용인될 수 없는 불합리한 차별이라고 판단된다.

다음으로 몸이 불편하고 고령인 경우가 대부분인 국가유공자들이 진료접근성과 의료수준의 질적 만족도가 부족한 특정 병원을 이용함으로써 인하여 충분한 치료를 받을 수 없게 된다. 이미 위에서 여러 번 지적하고 있는 것처럼 만성적 노인성 질환을 앓고 있는 다수의 고령 국가유공자들이 사망 등으로 인하여 그 수가 계속 줄어들고 있다. 이는 국가유공자들에게 충분한 진료기회가 제공되지 않는 한 생명을 잃거나, 건강을 유지하는데 심각한 어려움에 봉착하게 된다는 것을 의미한다. 결국 국가유공자가 보훈대상 의료지원만 받는 대상자인 경우, 일반병원(전국의 322개 종합병원을 포함한 62,853개 병·의원)을 제외한 전국 5개 보훈병원 및 300여개의 위탁병원에서 의료 이용 시에만 국가의 지원을 받는다. 특히 이는 충분한 진료기회를 받지 못하여 육체적·정신적으로 고통을 겪고 있는 고령의 국가유공자들을 생각한다

52) 대한민국 정부, 2012 - 2016, 국가인권정책 기본계획, 2012, 138면 이하 : “- 신병교육기관 유급 지침 개선/적용, - 연대통합행정업무시스템 활용 진료 후속조치 강화, - IPTV 활용 원격진료 시범 운영, - 외부 용역 활용 외진 셔틀버스 시범 운행치료뿐만 아니라 사전예방방과 조기진단을 위해 적극 노력, - 군복무 중 예방접종을 확대하여 집단면역 형성, - 병영시설 환경 개선 및 방역활동 강화를 통한 감염성 질환의 예방 환경 조성, - 육군훈련소 지구병원 내 감염병 전담‘예방의학과’설치, 시설·장비 등 하드웨어뿐만 아니라 인력 등 소프트웨어 보강, - 지휘관 및 군의관 교육을 강화하여 환자에 대한 인식 개선, - 장기군의관, 간호사 및 의료기사의 지속 확충을 통한 전문성 제고, - 신병교육기관 및 일부 전방연대 의료 인력 추가배치(군의관 1명 → 2명), 군병원과 사단의무대뿐만 아니라 연대·대대 의무실 개선, - 사단의무대 전문의 보강, 건강검진 및 재활까지 역할 확대, - 연대·대대 의무실은 환자식별 및 응급처치역량 강화에 중점, 군 의료수준을 향상시키는 동시에 민간병원과 협력 강화, - 수도병원은 서울대학교병원과 교류 및 협력, 중증외상센터 설립, - 기타 군병원은 지역 내 대학병원과 순회 진료 등 협진체계 구축, - 전 군병원에 진료협력센터 설치, 신속한 민간진료 및 환자관리 강화.”

면 이러한 불충분한 의료지원을 통하여 잃게 되는 사익이 얻게 되는 공익보다 훨씬 크다는 것이 명백하다. 이에 따라서 한정된 병원을 통한 진료기회의 불충분한 제공으로 인하여 국가유공자의 건강권, 생명권 등 관련 기본권의 중대한 제한이 발생할 가능성이 크다. 결국 국가유공자에 대한 의료지원이라는 입법목적 달성을 위한 수단으로서 선택된 의료기관의 제한은 차별목적 을 이루기 위한 수단을 통한 피해의 최소화, 법익의 균형성을 충족하지 못하여 비례원칙에도 위반된다.

IV. 결론

1. 헌법상 국가는 사회, 경제적 약자들에게 자유와 평등의 현실적 보장을 제공해야 한다. 이는 우선 헌법상 보장된 '사회적 기본권'을 통하여 그리고 '사회국가원리'에 근거한 '사회적 시장경제질서'를 통해서도 인정된다. 이러한 이념에 근거한 헌법 제32조 제6항에 따라 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다. 결국 이 규정의 도입 취지는 국민이 국가를 위하여 희생한 것에 대하여 보상을 하고 그들에 대한 예우 및 지원을 통하여 국민적 통합을 이루겠다는 것이다. 헌법재판소 또한 헌법상 국가유공자의 보호를 위한 직접적이고 일반적인 규정은 없으나 헌법 제32조 제6항은 국가유공자 등의 보호를 위한 포괄적 보호의 예시규정으로 해석하고 있다.

2. 이를 위하여 국가유공자예우법 제41조는 국가유공자와 그 유족 등이 건강한 생활을 유지하고 필요한 진료 등을 받을 수 있도록 의료지원을 할 의무를 국가에게 부과하고 있다. 그러나 이러한 국가의 의료지원을 구체화하는 동법 제42조에 따른 국가유공자와 그 유가족에게 실시하는 의료지원은 보훈병원 및 위탁을 지정 받은 병원에서 진료를 받은 경우에 국가가 그 비용을 부담한다고 규정하여 국가유공자의 보호에 관한 헌법규정 및 동법의 입법목적과 제41조에 반한다.

3. 국가유공자에 대한 국가의 의료지원을 구체화하는 동법 제42조는 보훈병원 및 위탁을 지정받은 병원에서 진료를 받은 경우에만 국가가 그 비용을 부담하도록 하고 있어 국가유공자의 병원선택 및 진료기회와 관련하여 자기결정권의 중대한 침해가 있다. 이 규정으로 인하여 장애가 있고 대부분 고령인 국가유공자가 몸이

아파 병원에 갈 때 전국 5개의 보훈병원과 300여개의 위탁병원을 이용하거나 보훈처의 승인을 받아 일반병원에서 자비로 먼저 진료 후 나중에 환불받을 수 있도록 함으로써 헌법 및 동법 제41조의 입법취지에 반하여 명목상의 국가유공자 의료지원으로 한정되어 버렸다. 다음으로 국가유공자와 담당기관인 국가보훈처는 물론 국민권익위원회 등도 국가유공자들에게 제공되는 진료기회가 매우 제한적이며 불충분하다는 것을 이미 알고 있으면서도 이에 대한 보호방안을 강구하지 못하고 있는 상황이다. 따라서 보훈병원이나 위탁병원 등을 통한 최소한의 의료지원만을 제공하고 있는 현재의 입법정책으로는 국가유공자의 보건권 보호를 위한 재량범위 내에 있다고 보기 어렵다. 마지막으로 국가를 위한 의무를 이행하는 자들 또한 일정한 조건을 충족하면 요양기관을 선택하여 치료받을 수 있으며 그 비용 또한 국가가 부담하도록 하고 있다. 이에 반하여 그 어떤 대가도 바라지 않고 오로지 국가를 위하여 희생한 국가유공자는 보훈병원 등 제한된 의료기관에서만 진료를 받아야만 그 비용을 국가가 부담하는 현행 법체계는 헌법상 국가유공자의 평등권을 침해한다.

(논문접수일 : 2013.06.08, 심사개시일 : 2013.08.08, 게재확정일 : 2013.09.24)



▶ 김 일 환

사회적 기본권(Constitutional Social Rights), 헌법재판소(Constitutional Court), 국가유공자(Men of National Merit), 의료지원(Medical Aid), 평등권(Right to Equality)

Abstract

**A Constitutional Study on the limit of Medical Aid for
Men of national Merit Act**

Kim, Ilhwan

State should stands to provide realistic guarantees of freedom and equality for the economically weak and most vulnerable people of society in accordance with the Constitution. And these guarantees are recognized through the ‘Social Constitutional Rights’ and the principle of social state based on social market economic order. According to the Article 32.6 of constitutional law based on these principles, the families of ‘men of national merit’, ‘the Disabled Veterans’ and ‘Dead Soldiers and Policemen’ are granted priority for employment opportunities under the conditions as prescribed by the law. After all, the purpose of introducing this regulation is to reward for their sacrifices for nation and to accomplish a national integration by means of providing an honorable treatment and supports to them. The Constitutional Court interprets that there are no direct and general regulations to protect the men of national merit but only the Article 32.6 of Constitutional law that is an exemplary regulation for comprehensive protection. There exists a serious violation of the right of self-determination since state stands to bear the expenses only when the men of national merit receive a medical aid at the Korea Veterans Hospital or a designated hospital according to the Article 42 of ‘Men of National Merit Act’. By this regulation when most of aged person go to the hospital, they can utilize five Korea Veterans Hospitals in the nation and three hundred charging hospitals. Or they can also

receive a refund after they were treated at one's own expense at Ilsan Hospital in the Kyonggi province if The Ministry of Patriots-Veterans give one's approval. As a result, Nominal national merit has become normally limited to medical assistance. The thing with this problem is article 41 of the Constitution and 'Men of National Merit Act' contrary to the legislative intent. It has been already well-known by Men of national merit, the Ministry of Patriots and Veterans Affairs and Anti-Corruption and Civil Rights Commission that the opportunities of medical services for men of national merit are very restricted and not even sufficient. Accordingly, it is hard to judge that the protection of right of public health for men of national merit falls within the range of government's discretion due to the current legislative policy which provides the minimum level of medical services through the Korean Veterans Hospital and government-designated hospitals. Lastly, the people who implement the duties for nation can choose a medical care institution and receive the opportunities for medical treatment on the conditions of fulfilling certain requirements. These kinds of expenses are to be payed by governments. On the contrary, the men of national merit can only request to the government to pay the expenses for medical treatments on the limitation that they receive the medical services at the Korea Veterans Hospital and government-designated hospitals. Thus, present regulation system constitutes the breach of equal rights for men of national merit.

미래지향적인 의원입법제도 발전방안

지성우*

I. 들어가는 말	
II. 의원입법의 의의와 확대원인	2. 법률안의 제출 전단계
1. 정부입법과 의원입법	3. 법률안 제출단계
2. 의원입법의 확대 원인과 선진화의 필요성	IV. 의원입법의 문제점과 합리적 발전방안
III. 현행 국회의 의원입법과정 분석	1. 의원입법의 특징 및 문제점
1. 개설	2. 의원입법발의 제도의 합리적 운영방안
	V. 결론

I. 들어가는 말

대의제 민주주의 국가에서 입법과정(legislative process)이라 함은 좁은 의미로는 특정의 정책목표를 달성하기 위하여 법률안이 기초·성안되어 의회에 제안되고, 의회가 이를 심의·의결한 후 정부에 이송되며, 정부가 이를 공포함으로써 하나의 법규범으로 성립·발효되기까지의 일련의 과정을 말한다.

보다 넓은 의미에서의 입법과정은 당해 국가공동체가 추구하는 매우 중요한 정치·경제적·사회적 그리고 문화적 가치 및 이념을 성문화하는 과정이다. 이는 궁극적으로는 당해 공동체내의 각종 이해관계자간의 다양한 의견·갈등을 조정·통합하여 하나의 통일된 질서를 이루어내는 과정이다. 입법과정에서 국민의 의사와 입법수요를 파악할 수 있고, 상충되는 의견들을 대화와 타협을 통해 조정·통합할 수 있으며, 다수결의 원칙에서 소외된 집단을 보호하고 정치적 의사를 표현할 수 있는 기회를 부여할 수 있다.¹⁾

오늘날 정부제안의 입법이 대부분을 차지함에 따라 국회는 입법부가 아니라 통

* 성균관대 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 국회의 입법권에 대해서는 김철수(2013). 헌법학신문, 박영사, 1364-1380면; 성낙인(2013). 헌법학, 법문사, 998-1013면; 전광석(2013). 한국헌법론, 집현재, 557-569면; 정종섭(2013). 헌법학원론, 박영사, 1037-1060면; 한수웅(2013). 헌법학, 법문사, 1089-1090 및 1109-1123면; 허영(2013). 헌법이론과 헌법, 박영사, 679-729면 등을 참조.

법부(通法府)화함으로써 입법부의 기능이 저하되고 있다는 비판이 가하여지고 있다. 이러한 문제점을 해소하기 위해 국회 상임위원회에 전문위원·조사위원을 두어 전문지식이나 기술을 보강하거나 입법자료수집을 위하여 국회에 입법조사국이나 법제국 등을 설치하는 등 의원입법 강화에 노력하고 있다.

한국 입법과정의 문제점에 대해 입법학의 권위자들은 “우리나라에는 각 전문분야, 예컨대 보건·위생·의료·약사의 전문가는 있어도 그 분야의 입법전문가는 한 사람도 없다고 할 수 있다 … 입법자인 국회의원을 법률가에 한정시킬 수는 없더라도 우리를 규율할 법을 제정하는 작업에 법전문가의 조력이나 협력이 필요하다. 이들의 조력이나 협력을 얻어야 더 좋은 입법을 행할 수 있다는 생각(idea) - 이것을 넓은 의미로 입법과정에 있어서의 법전문가에 대한 사회적 수요라고 하자-이 아직 우리 사회에는 없는 것이다”²⁾라고 하고 있다.

이와 같이 우리나라에서는 다른 분야의 전문가에 비해 입법전문가가 매우 부족한 것이 현실이며, 이러한 문제점으로 인하여 입법에 있어 사전·사후의 절차적 통제가 어렵다. 따라서 법률안을 발의할 수 있는 헌법상의 두 주체, 즉 국회의원과 정부에 의해 실행되는 법률의 내용의 민주적 가치를 제고하기 위한 다양한 방안이 강구되어야 한다.

특히 권력분립주의의 원칙에 근거하여 국회의 자주성을 확보한다는 차원에서는 국회의원들에 의한 의원발의 법률안은 행정이 대응하기에 적절하지 않는 사회적 상황을 일정한 정책적 판단에 의거하여 법제화하는 기능을 수행하고 있다. 또한 의원입법안은 국민의 여론이 대립되는 사안, 소수자와 소외계층의 권리를 보호·지원하는 사항 등에 있어서는 매우 높은 대의주의적 가치를 실현할 수 있다.

한국에서는 15대 국회 이후 의원입법이 폭증하면서 17대 국회에서는 총 6,387건, 제18대 11,191건의 의원발의 법률안이 발의되었고, 향후에도 의원발의 법률안의 증가세는 지속될 것으로 보인다. 이렇게 의원발의 법률안이 증가하는 것은 한편으로는 국회가 입법권과 대정부견제권이라는 본래의 기능과 권한을 회복하는 것이라고도 볼 수 있다. 법안발의는 국회의원의 대표적인 입법에 관한 권한이자 의무라는 점에서 의원발의 법률안이 증가하는 추세 자체나 가결률이 다소 낮은 점을 비판하는 것은 타당하지 않다.³⁾

2) 최대권(1993) 입법학(미발표 강의교재), 1993, 10-14면 [김수용(2010.12.21) 국회입법과정의 현황·문제점·개선방안, 입법학회 세미나(국회입법과정의 내실화와 입법영향분석) 9면에서 재인용]; 같은 견해로 김형성(2013). 기초연설문, 입법학회 세미나(국회 의원입법제도의 합리적인 발전방안).

그러나 의원발의 법률안의 양적 증가에도 불구하고 정부발의 법률안의 가결률이 16대 국회 72%, 17대 국회 51%였던데 반해, 의원발의 입법안은 16대 국회 27%, 17대 국회 21%, 18대 국회 13.6% 등으로 현저히 낮았다.

또한 내용상으로도 법률 전체를 조망하고 장기적인 비전을 제시하는 내용보다는 사회의 특정 계층이나 지역구 등을 위한 미시적·단편적인 내용의 법률안도 다수 포함되어 있다는 비판도 있다.

이와 같이 의원발의 입법안이 함의하고 있는 다양한 장점과 민주적 성격에도 불구하고 오래 전부터 제기되고 있는 다양한 현실적인 문제점을 해결하기 위한 구체적인 절차적·내용적 방안에 대한 본격적인 논의가 필요한 시점이다.⁴⁾

이하에서는 의원입법의 의의와 최근 우리나라에서의 의원입법의 확대원인 및 의원입법의 문제점을 분석한 후, 민주적 성격을 제고하기 위한 구체적인 방안이 무엇인지에 대해 논의한다.

II. 의원입법의 의의와 확대원인

1. 정부입법과 의원입법

가. 정부입법의 의의

현대 사회복지국가에서는 행정부에 의한 법률발안이 압도적으로 증가하고 있고, 정당제의 발달로 인해 정부발의 법률안은 그 심의과정에서도 정부와 여당이 일체가 되어 입법을 수행하며 입법과정 전반에 걸쳐 주도적인 역할을 하고 있다. 특히 사회관계가 복잡해지면서 점차 입법과정에서 고도로 기술적이고 정교한 사전적인 입법계획의 필요성이 커지고 있다.⁵⁾

정부는 국회에 법률안을 제출할 수 있는데(헌법 제52조) 우리나라에 있어서 정부의 법제업무를 효율적으로 추진하기 위한 법제기구로는 국무총리 소속의 법제처가 있다. 법제처는 각종 법령안의 심사업무를 주로 담당한다. 즉, 정부의 법제기구인 법제처에서는 법령안심사업무가 그 업무의 주축을 이루고 있다. 법령안의 심사

3) 홍완식(2008). 의원입법의 절차적 합리화 방안, 입법조사처(편), 27면.

4) 입법학적 측면에서의 입법갈등의 양상과 해소방안에 관한 종합적·체계적 연구는 고인석(2010). 입법갈등해소 방안에 관한 연구: 입법갈등해소를 위한 입법평가제도의 적용방안을 중심으로, 박사학위논문(동국대).

5) Hans Joachim Mengel(1984). *Grundvoraussetzungen demokratischer Gesetzgebung*, ZRP S.153f.

는 법령안의 접수→법령안의 심사→법령안의 작성과 결재→국무회의상정안건의 작성→국회제출이라는 과정을 거친다.

법률안의 제출에 관하여 정부는 정부입법계획제도를 운영하고 있으며, 법제처에서 이를 주관한다(법제업무운영규정 제2장). 정부입법계획제도는 1979년 12월 10일 국무총리훈령 제152호인 “정부법제업무의 효율적 수행을 위한 입법추진계획제도의 실시에 관한 특별지시”에 의하여 1980년부터 도입·운영되어 왔다.

입법계획제도(Legislative Programm, Legislaturplanung, Gesetzgebungsprogramm)는 입법정책을 통하여 도출된 입법의도를 효율적·계획적으로 실현하기 위한 수단으로서 정부입법과정의 가장 중요한 단계에 속하며,⁶⁾ 민주적 법치국가에 있어 국가적 조정을 도모하는 핵심적인 중요한 수단이다.⁷⁾ 이 제도는 입법의 추진시기를 검토·조정하여 정부제출법률안이 정기국회 등 특정시기에 집중되지 않도록 하는 한편, 국정개선과 국내외의 여건변화에 대응하는 법제보완이 적기에 추진될 수 있도록 거시적·종합적으로 관리하는 제도이다.⁸⁾

현재 우리나라의 정부입법계획은 (1) 정부의 입법활동이 계획적·체계적으로 수행 되도록 함으로써 입법이 특정시기에 집중하는 것을 방지하고 법안심의의 능률화 도모, (2) 입법추진에 있어서 각 부처간의 사전협조를 충실히 하도록 함으로써 정부 전체차원에서 입법내용을 종합적으로 조정, (3) 법안에 대한 충분한 심의기간을 확보함으로써 법제처와 국회의 법안심의의 충실화 도모, (4) 수립된 정부입법계획을 관보·컴퓨터통신망 등을 통하여 국민에게 알림으로써 입법과정에 있어 국민의 참여기회를 보장하고 입법과정의 민주성 제고 등을 목적으로 하고 있다.⁹⁾

6) [당시 국무총리훈령 제152호에 규정된 내용을 요약하면 다음과 같다. “국가업무의 확대·전문화에 비추어 정부정책수행의 기틀을 마련하는 법령의 제정이나 개정에 있어서 관련된 타법령과의 통일적 체계를 이루도록 정부차원에서 부처간의 긴밀한 협조와 충분한 사전검토를 하여야 한다. 그러나, 각 부처가 소관 법령의 제정 또는 개정을 조급하게 추진하는 나머지 부처간의 사전협조와 관련사항의 충분한 검토를 하지 못함으로써 법령내용의 미흡, 타법령과의 상충, 법체계의 통일성 결여, 시행상의 마찰과 빈번한 개정 등 문제점을 야기하고, 행정조치로도 가능한 사항을 법령으로 규제하여 국민들의 부담을 가중시키는 경우도 있었다. 따라서 이러한 폐단을 시정하고 계획적·체계적인 입법사무를 수행할 수 있도록 하기 위하여 첫째, 입법추진계획을 작성·실시하고, 둘째, 부처간 협조체제를 강화하며, 셋째, 정부제출 법률안의 국회심의시 부처간의 협조체제를 유지하고, 넷째, 법제처장은 입법추진계획의 세부지침을 수립”하도록 지시한 것이다.] 박영도 외(2006). 원활한 입법추진을 위한 입법계획제도 발전방안에 관한 연구 법제연구원(편), 20면에서 재인용.

7) Georg Müller(1999). Elemente einer Rechtssetzungslehre, Zürich, S.11.

8) 박영도 외(2006). 앞의 보고서; 법제처(2011). 선진 각국의 정부입법계획제도 운영실태 분석.

9) 법제처(1998). 법제처 50년사, 321면.

법제처는 지난 2007년부터 부처별 입법계획의 종합적인 조정기능을 보다 내실 있게 추진하기 위하여 부처별 입법계획에 대한 예비검토제를 도입·시행하고 있다.

현재 정부입법과정의 특징은 (1) 정부입법계획의 유용성, (2) 입법예고절차의 정착, (3) 규제심사의 전환, (4) 차관회의·국무회의 심의의 관행적 만장일치제 등을 들 수 있다.¹⁰⁾

나. 의원입법의 의의

의원입법이란 정부에 의해 발의되는 ‘정부입법’에 대비되는 개념으로서 ‘국회의원’에 의해 발의되고 입법되는 것을 말한다. 삼권분립주의 하에서 국회는 유일한 입법기관으로서 입법은 원칙적으로 국회에서 국회의원이 발안하여 통과되는 것이 원칙이다. 일찍이 권력분립주의가 현실화되었던 미국의 경우 삼권분립주의에 충실하였기 때문에 미국 헌법은 정부의 법률발안권을 배제하고 국회의원만이 발안권을 가지도록 하였다.

그러나 사회가 전문화·분업화·기술화되고 자본주의가 고도화됨에 따라 여러 가지 사회문제가 발생하여 신속·적절한 대응책을 강구하기 위해서는 행정부의 입법조치가 필요하게 되었다.

현행 헌법은 국회의원과 정부에 모두 법률안 제출권을 부여하고 있고(헌법 제52조)¹¹⁾, 의원입법에 있어서는 의원 10인 이상의 찬성으로 의안을 발의할 수 있도록 하였다(「국회법」 제79조 1항). 이러한 법률안제출권에 관한 헌법 조항은 제헌헌법 제39조에서 “국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있다”라고 규정한 이후 전혀 개정되지 않고 현재에 이르고 있다.

이러한 헌법규정에 따라 국회의원과 정부는 법률안제출권을 행사할 수 있는데, 통상 국회의원이 발의하는 법률안을 ‘의원입법’이라고 하고, 정부가 제출하는 법률안은 ‘정부입법’이라고 한다.¹²⁾

10) 박균성 외(2008). 입법과정의 선진화와 효율성 제고에 관한 연구, 법제처(편), 55-56면.

11) 헌법 제52조 : “국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있다.”

12) ‘의원입법’을 표현하는 정확한 용어는 ‘의원발의 법률안’이며, ‘정부입법’의 정확한 용어는 ‘정부 제출 법률안’이다. 특히 ‘정부입법’의 경우에는 ‘행정입법’을 포함하는 개념으로 활용되는 경우가 있기 때문에 ‘정부입법’이라기보다는 ‘정부제출 법률안’으로 표현하는 것이 옳다. 하지만 이 글에서는 관행상 ‘의원입법’과 ‘정부입법’이라는 용어를 사용하되, 필요한 경우에는 ‘의원발의 법률안’과 ‘정부제출 법률안’이라는 용어를 사용하기로 한다. 同 旨 홍완식(2008). 앞의 보고서, 29면 각주 4번 참조.

2. 의원입법의 확대 원인과 선진화의 필요성

이와 같이 의원입법이라 함은 국회의원(또는 위원회)들에 의해 발의된 법률안을 통칭하는 개념이다. 우리나라에서 15대 국회 이후 의원발의 입법안이 획기적으로 증가하게 된 데에는 다음과 같은 원인이 있다고 본다.

가. 입법의제의 폭발적 증가와 입법절차

현대사회에서는 사회의 이익이 전문화되고 분리됨으로써 국회가 다루어야 할 입법의제가 크게 증가하고 있다. 이에 따라 제13대 국회 이후 국회에 제출되는 법안의 수는 꾸준히 증가하였다.

〈표1〉 국회 법안제출 현황¹³⁾

구분	13대	14대	15대	16대	17대	18대
의원안	462	252	806	1,651	5,728	11,191
위원회안	108	69	338	261	659	1,029
정부안	368	581	807	595	1,102	1,693
합계	938	902	1,951	2,507	7,489	13,913

위의 통계를 살펴보면 전체적으로 법안제출 건수가 급증하였는데, 그 중에서도 의원발의안의 증가율이 가장 뚜렷하게 나타난다. 의원입법안은 제16대 국회부터 폭발적으로 증가하기 시작해서 제16대 1,651건, 제17대 5,728건, 제18대 11,191건으로 크게 증가하였다. 증가율로 보면 제17대 국회에서 35배, 제18대 국회에서 2배가 증가한 것이다.

이와 같이 의원입법안이 급증한 원인으로는 정부안에 비해 발의요건이 비교적 단순하고, 법안발의 이전에 거쳐야 하는 필수절차가 없다는 점, 현대 사회에서 이익의 다양화로 인해 이익을 둘러싼 갈등이 분출되는 경우가 많은데 법안발의를 통해 국회의원이 특정 계층이나 업무를 대표하고 이익을 관철함으로써 사회의 불만을 해소하는 소통의 장으로 활용되어 왔다는 데 있다.

이렇게 의원입법의 증대로 인한 장점이 매우 많기는 하지만 의원입법이 양적으로 증가한다고 해서 전문적·장기적인 법률이 증가했다고는 단언할 수 없으며, 오히

13) 국회의안정보시스템(<http://lokssassemblygokr/bill/jsp/StaFinishBilljsp>, 2013.8.10. 검색).

려 정부안에 비해서 내용과 형식면에서 부실한 법안이 다수 제출되고 있다는 비판이 꾸준히 제기되어 왔다.¹⁴⁾

나. 위기사회·복지국가의 확대와 행정입법의 증가에 대한 견제의 필요성

현대 산업사회에서는 국가의 성격이 단순한 야경국가를 벗어나 사회복지 문제를 적극적으로 해결해야 하는 사회국가의 변화함에 따라 국가의 기능과 과제가 대폭 확대되었다. 따라서 입법자가 모든 법규사항을 직접 법률로 규율한다는 것은 불가능하게 되었다. 입법권은 원칙적으로 입법자에게 속하지만, 국회가 폭증하는 규제 수요를 모두 충족시키기에는 역부족이므로 복잡·다양하고 끊임없이 변화하는 사회에서 지속적으로 증가하는 사회국가적 과제를 이행하기 위해서는 구체적이고 세부적인 사항에 대해 행정부에 일임하거나 세부적인 전문적·기술적 규정은 행정부에 의해 하위규정으로 위임할 필요성이 커졌다.

이렇게 종래의 의원입법만으로는 신속·적절하게 대응하지 못하게 되자 20세기 세계 각국의 입법례는 정부에게도 법률발안권을 부여하고 있는 것이 통례이다.¹⁵⁾ 정부가 실제 행정을 담당하고 있으므로 다양한 문제에 대응하기 위해 제·개정되어야 할 핵심사항을 잘 파악하고 있고, 이에 대한 전문지식이나 기술인원 및 입법자료를 풍부하게 확보하고 있기 때문이다.

하지만 최근에는 정부입법안에서 미처 다루지 못한 사항이나 입법이 불비한 측면을 보완하기 위해 국회의원들도 매우 활발하게 의원입법을 제안하고 있다. 이렇게 의원입법이 대폭 증가하면서 국회가 입법기관으로서의 역할을 제대로 하게 된다는 점에서는 긍정적이다. 이는 제13대 국회 이후 20여 년간 국회 스스로 입법과정에서 민주성, 대표성, 책임성을 확보하기 위한 노력을 기울여 왔고, 그 결과 입법절차가 상당한 수준으로 제도화되었기 때문인 것으로 보인다. 즉 과거에는 실질

14) 이러한 의원입법에 대한 절차적 문제점에 대해서는 전진영(2012). 제18대 국회입법활동분석, 국회입법조사처 현안보고서 156 참조.

15) 다만 대통령제 국가인 미국의 경우 행정부에게 법률안 제출권이 없고 의회에만 인정되므로 의원내각제적 요소인 정부의 법률안 제출권을 폐기해야 한다는 견해도 있다. 미국은 현재까지 헌법상 정부의 법률발안권이 인정되지 않고 있다. 그래서 미국의 경우 법률안은 여당원의 의원입법형식으로 발안하고 있는데, 실제로 국회에서 제정되는 법률의 대부분은 정부제안의 법률이 차지하고 있다. 기타 세계 각국의 경우도 국회에서 제정되는 법률은 대부분 정부에서 제안된 것이다. 이에 대해서는 대표적으로 김철수(2008). 제정 60주년의 입법과 헌법보장문제, 제헌 60주년기념 국제학술대회 논문집, 11면.

적으로 행정부가 행사하던 입법의 주도권이 국회로 이전된 부분이 많이 증가하여 공공정책 결정의 중심축이 행정부에서 국회로 넘어오고 있다고 볼 수도 있다.¹⁶⁾

하지만 반대로 의원입법이 양적으로 증대되면 부실입법·졸속입법이 양산될 우려도 있다.

의원입법이 자칫 소속 정당이나 일부 계층·단체 등을 위해 오·남용될 수 있는 위험성도 높아진다. 즉 의원입법에는 의원개인이 발안하는 것과 정당의 정책에 의하여 정당에서 발안하는 것이 있다. 후자의 경우 여당안은 대부분 실질적으로는 정부발안의 법안이 된다. 그리고 의원개인에 의한 법률안은 내용적으로 특정지역·특정업자 보호를 위한 법률안 또는 소수파가 많은 혁신정당의 특정계급의 보호를 위한 법률안 등이 많기 때문에 「국회법」에 의해 발안 및 수정동의 등에 일정한 요건을 부과되어 있다.

다. 국회의원의 입법활동 평가의 중요지표로 작용

매년 국정감사가 끝난 후, 다양한 시민단체들과 언론사에서는 국정감사 우수의원 또는 올해의 우수의원 등의 이름으로 의정활동에 대한 평가를 시행하고 있다.

시민단체의 대부분은 국회의원들에 대해 전반적으로 평가항목을 정해서 종합적으로 평가하거나, 특정 이슈에 대해 이슈제기능력과 대안제시능력을 기준으로 하여 부분적으로 평가하는 두 가지의 방식을 취하고 있다.

한편 언론사에서도 적극적으로 국회의원의 국정감사활동을 평가하고 있는데, 최근 유력일간지의 경우에는 국회의장과 장관겸직의원을 제외한 국회의원을 대상으로, 각 상임위원회의 소속 위원에게 자신을 제외한 여야의원 1인씩을 우수의원으로 추천하도록 하여 17대 국회임기 4년간 국회의원의 의정활동을 법안발의 및 가결율을 중심으로 평가하고 있다.¹⁷⁾

국회의원의 의정활동 평가는 국정감사활동 뿐만 아니라 국회의원의 법안발의 등 일반적인 입법활동에 대한 평가의 차원에서 진행되고 있다. 이와 같이 다양한 시민단체나 언론기관들이 국회의원의 의정활동을 평가하여 공개함으로써 유권자가 차기 선거시에 당해 의원에 대한 지지여부를 결정하는 중요한 판단의 근거를 제공할 수 있다. 또한 국정활동이 상시적으로 공개된다는 사실 자체만으로도 국회의원

16) 이에 대해서는 전진영(2012). 앞의 보고서, 3면.

17) 시민단체 및 언론사들의 국회의원 평가 현황에 대한 상세한 사항은 전진영(2010). 국회의원의 의정활동평가의 현황과 쟁점, 이슈와 논점 163 참조.

들에게 의정활동의 책임성을 제고하도록 촉진할 수 있는 긍정적인 효과도 있다.

이러한 다양한 장점에도 불구하고 시민단체나 언론사에 의한 국회의원 평가는 다음과 같은 무시할 수 없는 문제점도 있다.

먼저 의정활동 평가의 기준이 명확하게 제시되고 있지 않기 때문에 자의적인 평가가 가능하다. 의정활동 평가와 관련해 현재까지 전세계적으로 합의된 하나의 통일된 기준은 없다. 현대 사회에서는 각 이익집단들이 경쟁적으로 자신들의 이익을 보다 많이 대표될 수 있도록 노력한다. 그러므로 이익집단들은 자신들의 가치나 이익에 부합하는 의원을 높이 평가할 가능성이 높다.

둘째 양적인 지표를 중심으로 의정활동을 평가해 왔기 때문에 국회의원들이 형식적으로 입법발의 개수 등에만 치중할 가능성이 높다.

1990년대 중반 이후 시민단체와 언론기관에서 의원의 법안발의 건수를 기준으로 하여 의정활동을 정량적으로 평가하면서 의원발의안이 급증해왔다.¹⁸⁾ 그러나 의원발의안이 증가했다고 해서 반드시 그에 비례하여 많은 의원안이 입법에 성공한 것은 아니다. 따라서 의원발의안의 단순 증가보다는 입법의 질 개선 또는 입법 효율성의 측면에서 달성한 최종 성과도 함께 평가되어야 할 것이다.

또한 의원입법의 사회적 영향력이나 장기적 파급효과 등에 대한 장기적인 차원에서 질적인 평가기준을 보다 정밀하게 설정하여 의원입법에 대한 평가가 단순히 의원입법의 숫자 늘리기를 조장하는 차원에 머물러서는 안 된다.

III. 현행 국회의 의원입법과정 분석

1. 개설

현행 헌법과 「국회법」상 국회의 법률안의 입안에는 (1) 의원발의 법률안과 (2) 위원회제안 법률안이 있다.

헌법 제52조에서는 국회의원과 아울러 정부에도 법률안을 제출권을 부여하고 있다. 또한 「국회법」 제51조는 국회의 위원회도 그 소관에 속하는 사항에 관하여

18) 국회의 의안 통계에 따르면 15대 국회에서 의원발의 건수는 1,444건, 16대에서는 1,912건에 불과했으나, 각종 시민단체와 언론사 등이 국회의원들의 입법활동을 평가하기 시작한 17대에는 6,387건으로 급격히 증가했다 이원수 외(2012). 국내 입법 커뮤니케이션의 구조적 특징, 한국언론정보학보 60, 60면 각주 5에서 재인용.

법률안을 입안하여 위원장 명의로 제출할 수 있도록 하고 있다.¹⁹⁾ 다만, 의원 또는 위원회가 예산 또는 기금상의 조치를 수반하는 의안을 발의 또는 제안하는 경우에는 그 의안의 시행에 수반될 것으로 예상되는 비용에 대한 추계서를 아울러 제출하여야 한다(「국회법」 제79조의2).²⁰⁾

정부제출법률안은 국무회의의 심의를 거쳐 대통령 명의로 제출하되 국무총리와 관계 국무위원이 부서하여야 한다(헌법 제82조 및 제89조).²¹⁾

2. 법률안의 제출 전단계

가. 입법의 구상 단계 - 입법정책과 입법계획의 수립

현행 헌법과 「국회법」상 의원들이 발의하는 법률안에 대해 일정한 절차에 따라 입법계획을 수립하는 과정에 대한 특별한 규정은 없다. 정당이나 교섭단체 별로 자신들이 필요한 범위 내에서 입법전략이나 입법계획이 있을 수는 있지만 의원 발의 입법을 미리 제한하고 입법계획을 수립·제출하게 하는 경우에는 입법권 제한의 문제가 발생할 수 있다.

정당 외부적·규범적인 제한이 없는 경우와는 달리 예외적으로 소속 정당의 필요에 따라 법안을 제출할 수도 있는데, 이 경우에는 정당 내의 정책기구나 정당지도부의 결정에 따라 추진되는 법률안을 정당 소속의원의 이름으로 발의하게 된다.

이와 같이 원칙적으로 현행법상 국회의원들은 개별적으로 평소 자기의 관심과 각자의 전문분야에서 입법동기를 발굴하여 독자적으로 법안을 발의하고 있다. 이러한 의원발의 법률안과는 달리 위원회제안 법률안이 있다. 통상 위원회제안 법률안은 의원발의 법률안의 일종으로 설명되기도 하지만 양자는 각기 특성과 발의절차가 다르기 때문에 구분하여야 한다는 견해도 있다.²²⁾ 여기에서는 이해의 편의를

19) 「국회법」 제51조 : “ ①위원회는 그 소관에 속하는 사항에 관하여 법률안 기타 의안을 제출할 수 있다.

②제1항의 의안은 위원장이 제출자가 된다.”

20) 「국회법」 제79조의2 : “의안을 발의하는 의원은 그 안을 갖추고 이유를 붙여 소정의 찬성자와 연서하여 이를 의장에게 제출하여야 한다.”

21) 헌법 제82조 : “ 대통령의 국법상 행위는 문서로써 하며, 이 문서에는 국무총리와 관계 국무위원이 부서한다. 군사에 관한 것도 또한 같다.”

헌법 제89조 : “ 다음 사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다. 1. 국정의 기본계획과 정부의 일반정책 … 17. 기타 대통령·국무총리 또는 국무위원이 제출한 사항.

22) 정호영(2004). 국회법, 법문사.

위하여 양자를 구분하여 설명하기로 한다.

나. 의원발의 법률안

의원발의 법률안은 해당 문제에 대해 전문가인 국회의원이 직접 작성하는 것이 원칙일 수 있지만, 현재에는 대부분 국회의 입법조사처나 법제실에 의뢰하여 법안을 구상하거나 입안하고 있다.

의원발의 법률안을 보다 원활하게 지원하기 위하여 국회사무처의 공식적인 법제 지원기구로 법제실이 설치되어 있다. 법률안의 입안을 의뢰하는 때에는 입법내용이 포함된 입법요강 또는 법률안초안에 관련자료를 첨부하여 요청하여야 한다. 최근에는 단순히 입법요강만 제시하는 경우보다는 구체적으로 법률안 각 조항의 개정내용이 담긴 초안을 제출하는 경우가 대부분이다. 이러한 현상은 정당, 국회의원 또는 의원연구단체의 입법활동이 매우 활발해졌고, 입법조사처와 법제실 등 입법 지원조직의 역량과 수준이 향상되었다는 것을 의미한다.

입법조사처와 법제실 이외에도 정당의 정책관련부서, 소속 정당 전문위원 등이 입법활동을 보조하고 있다.

1) 발의요건

「국회법」 제79조 제1항에 의하면 의원발의 법률안은 10인 이상의 찬성으로 법률안을 발의할 수 있다. 종래에는 법률안 발의를 위해서는 20인 이상의 찬성이 필요했으나 현재는 발의요건을 10인으로 완화하였다.

2) 입안절차

의원이 개인적으로 발의하는 법률안의 입안을 지원하기 위해 국회사무처에 법제실을 운영하고 있다. 의원입법의 경우 법제실에 법률안의 입안을 의뢰할 것인지의 여부는 전적으로 의원의 판단에 달려 있는 임의적인 절차이다. 법제실에 법률안의 입안을 의뢰할 수 있는 자는 국회의원, 교섭단체 대표의원, 의원연구단체의 대표, 국회의 상임위원회 및 특별위원회의 위원장과 전문위원 등이다.

만일 의원이 법제실에 입법지원을 요청하고자 하는 때에는 입법내용의 대강을 법제실에 알려주고 관련 참고자료를 첨부하여 법률안입안(검토)의뢰서를 제출한다.

이후 법제실에서는 소관상임위원회별로 기초팀을 구성하고 입법례 수집, 전문가 회의 개최, 관계자 면담 및 현지조사를 거쳐 법률안 초안을 작성한 후, 법률안 성

안을 의뢰한 의원에게 송부하여 최종 결정하게 한다. 이후 법제실 초안을 마련하여 법제실 전체회의를 개최하고, 최종적으로 성안된 법률안을 내부결재를 거쳐 법률안 분석서와 함께 법안을 의뢰한 의원에게 송부하게 된다.

〈표2〉 국회 법제실에서의 법률안 입안과정



다. 위원회 발의 법률안

1) 발의요건

「국회법」 제51조에 의하면 위원회는 그 소관에 속하는 사항에 관하여 법률안 기타 의안을 제출할 수 있으며(제1항), 제1항의 의안은 위원장이 제출자가 된다(제2항). 만일 위원회에서 법률안을 제출하고자 하는 때에는 소위원회를 구성하고 당해 소위원회에서 마련한 초안에 대해 위원회 전체회의에서 질의·토론·축조심사를 거쳐 의결하거나 위원의 동의로 제안된 내용을 위원회에서 직접 심의·의결하여 법률안을 마련하고 있다. 이 경우에는 위원장이 제출자가 된다.

2) 상임위원회의 심사권

상임위원회는 그 소관에 속하는 의안과 청원 등의 심사 기타 법률에서 정하는 직무를 행한다. 상임위원회는 소관사항에 대하여 자주적인 심사권을 가지고 있으

므로 소관사항에 대해 의안을 스스로 입안하고 제출할 수 있다(「국회법」 제36조 및 제37조).

위원회에서 제출한 의안에 대해서는 당해 사안에 대해 위원회에서 충분한 심사를 거쳤다는 것을 전제로 하므로 위원회에 다시 회부하지는 않는다. 다만 예외적으로 의장이 다시 심사할 필요가 있다고 인정할 때에는 국회운영위원회의 의결에 따라 이를 다른 위원회에 회부할 수 있다.

또한 본회의는 위원장의 보고를 받은 후 필요하다고 인정할 때에는 그 의결로 다시 그 안건을 같은 위원회 또는 다른 위원회에 회부할 수 있다(「국회법」 제94조).

3. 법률안 제출단계

가. 법률안의 제출권자

헌법 제52조에 의하면 국회의원과 아울러 정부도 법률안을 제출할 수 있고, 「국회법」 제51조는 국회의 위원회도 당해 소관에 속하는 사항에 관하여 법률안을 입안하여 위원장 명의로 제출할 수 있다고 규정하고 있다.

나. 법률안의 제출 절차

법안을 발의하는 의원은 그 안을 갖추고 이유를 붙여 소정의 찬성자와 연서하여 이를 의장에게 제출하여야 한다. 의원이 법률안을 발의하는 때에는 발의의원과 찬성위원을 구분하되, 당해 법률안에 대하여 그 제명의 부제로 발의의원의 성명을 기재한다. 다만, 발의의원이 2인 이상인 경우에는 대표발의의원 1인을 명시하여야 한다. 의원이 발의한 법률안 중 국회에서 의결된 제정법률안 또는 전부개정법률안을 공포 또는 홍보하는 경우에는 당해 법률안의 부제를 함께 표기할 수 있다(「국회법」 제79조 제2항, 3항, 4항 참조).

법률안으로써 성립하기 위해서는 먼저 그 성격상 당해 법률안이 조문의 형식을 구비하여야 한다. 또한 법률안의 형태에 따라서 약간 다른 경우가 있으나 원칙적으로는 법률안의 제안이유가 첨부되어야 한다(「국회법」 제79조 제2항).

〈표3〉 정부제출법률안과 의원발의 법률안의 입법절차 비교²³⁾

구분	정부제출 법률안 입법절차	의원발의 법률안 입법절차
법률안 준비단계	1) 법률안 입안	1) 입법준비
	2) 관계부처와의 협의	2) 법제실 심사, 법안입안
	3) 당정협의	3) 입법예고
	4) 입법예고	4) 법률안 비용추계
	5) 규제심사	
	6) 법제처 심사	
	7) 차관회의, 국무회의 심의	
	8) 대통령 서명 및 부서	
	9) 국회제출	
국회 상임위원회 심사단계		1) 국회상임위원회 상정
		2) 제안설명(의원, 정부)
		3) 검토보고(전문위원)
		4) 대체토론
		5) 소위원회 심사
		6) 위원회 의결
법사위 체계/자구심사 단계	법안 체계 및 자구심사	
전원위원회 심사 단계	전원위원회 심사	
본회의 의결 단계	본회의 심의 및 의결	
법률안 공포 및 재의 요구 단계	대통령의 법률안 공포 및 재의요구	

IV. 의원입법의 문제점과 합리적 발전방안

1. 의원입법의 특징 및 문제점

가. 높은 발의수 vs 낮은 가결율

먼저 시민단체 등에서 의원발의안의 수와 가결율을 공개하면서 일부 의원들이 발의안 숫자만을 늘이려고 노력하거나 법률안의 파급력이나 쟁점 여부에서의 중요성을 배제한 채 가결되기 쉬운 법률안을 양산해 내고 있다는 문제점이 있다²⁴⁾

의원입법의 경우에는 집행이 불가능하거나 과도한 비용이 소요됨에도 불구하고 지역구의 민원해결이나 이익단체의 로비에 의해 법안이 제출될 가능성이 높다. 이

23) 이혁우 외(2011). 43면에서 수정 재인용.

24) 임중훈(2005). 입법과정의 민주적 정당성 제고를 위한 모색, 헌법학연구 제11권 제4호, 316면.

와 같이 의원들에 의해 제출된 법률안이 매우 많음에도 불구하고 가결율이 저조한 이유는 현실성이나 타당성에 대한 검증을 제대로 하지 않아 집행이 불가능하거나 과도한 비용이 소요되고, 지역구 민원해결이나 이익단체의 로비에 의하여 법안이 제출되기 때문이다. 또한 대외적으로 법안제출실적을 과시를 위하여 제출되는 경우가 있고, 법제기술상 완성도가 미흡한 법률안이 제출된다는 점 등의 근본적인 문제가 있다.

또 한 가지 의원발의 법률안의 가결률이 저조한 이유는 애초부터 당해 법안에 관련된 이해관계 세력에게 보내는 신호로서의 의미 정도로 법안을 제출하기 때문에 실제로 당해 법안에 가결되었는지의 여부는 전혀 무관하게 자신의 입장을 표출하는 방법의 하나로 사용되기 때문이기도 한다.²⁵⁾

나. 매우 간이한 발의 절차

위의 표에서 보는 바와 같이 정부제출 법률안의 경우 ‘법률안 입안 → 관계부처와의 협의 → 당정협의 → 입법예고 → 규제심사 → 법제처 심사 → 차관회의 및 국무회의 심의 → 대통령 서명 및 부서 → 국회 제출’ 등 9가지의 단계를 거쳐야 한다.

반면, 의원발의 입법안의 경우에는 ‘입법준비 → 법률안입안 → 국회법제실 검토 → 법률안의 비용추계’ 등 현실적으로 4단계만 거치면 되기 때문에 비교적 매우 간이한 준비절차로 발의가 가능하다.

양자의 차이점은 첫째, 정부제출 법률안의 경우에는 이렇게 다양한 기관과 절차를 거치면서 문제가 되는 부분에 대해 의견을 청취하고 수정할 기회를 갖게 된다. 또한 정부입법안의 경우에는 사전심사제도로써 이해관계자의 의견청취를 위한 입법예고와 규제영향 심사시 이해관계자 의견청취 적시사항이 있다. 반면, 의원발의 입법안의 경우에는 과거에는 「국회법」 제82조의2에 입법예고 조항이 있었지만 의무사항이 아니어서 소관위원회의 재량으로 실시여부를 결정하도록 하여 실효성이 없었다. 최근 이 조항을 개정하여 입법예고조항을 의무제로 했지만 이것 역시 규제영향분석서와 같이 이해관계가 첨예한 사항에 대한 전문가 등의 견해가 제대로 반영되고 있지는 않다.

25) 박경미(2008). 국회입법기능 제고의 제도적 방안: 의원의 입법발의를 중심으로, 2008 건국 60주년 기념 공동학술대회(국제정치학회), 141면.

둘째, 정부입법의 경우 법제처를 거치게 되는데 법제처 심사에 있어서는 상위 및 다른 법안과의 모순 관계, 관계기관과의 협의 여부 등에 대해 검토·심사하고 있다. 반면, 국회 법제실 심사의 경우에는 임의적 선택사항으로서 주로 의원실의 요청이 있는 경우 법안 형식의 문구 작성을 지원해 주는 역할에 주요 업무가 집중되어 있어 사전심사라는 측면보다는 ‘입법지원’의 기능에 중점이 있다.

셋째, 정부발의 입법안에 대해서는 규제관련 법안의 사전심사제도가 있는 반면, 의원발의 입법의 경우에는 「행정규제기본법」이 시행된 1998년 15대 국회 이후에도 여전히 규제관련 법안들에 대한 사전 심사제도가 부재하기 때문에 규제의 신설·강화시에도 별달리 공론의 장을 열 가능성이 없다는 문제가 있다.

2. 의원입법발의 제도의 합리적 운영방안

가. 입법평가(Gesetzesfolgenabschaezung)제도의 도입

1) 입법평가

독일에서 법률효과평가(Gesetzesfolgenabschaezung)라 불리는 입법평가는 미국에서의 규제영향분석(Regulatory Impact Analysis)이라고 표현되고 있다.

헌법상 입법기관인 국회는 그 고유권한인 입법권 행사시 헌법의 규범성을 침해하지 않는 범위 내에서 입법권자의 의지를 구현하는 것이고, 이는 헌법의 수권 내에서 이루어지는 경우 입법정책의 문제로서 입법형성권 내지 입법형성의 자유는 최대한 보장되어야 한다. 따라서 기본권보장을 위하여 입법이 필요한 경우 국회는 적극적으로 입법을 해야 할 의무가 있고, 정당한 이유 없이 이를 장기간 방치하는 것은 입법행위의 의무에 배치된다. 이렇게 입법기관인 국회는 법률이 국민들의 생활을 적정하게 규율할 수 있도록 법률관찰의무와 법률개선의를 갖고 있다.

이 중 법률개선의를 입법당시에는 예견할 수 없었던 문제로 인하여 입법의 기초적인 사실관계에 의문이 제기된 경우, 입법자가 새로운 규범현실 하에서도 제 기능을 발휘할 수 있는지에 대해 심사하고 개선할 의무가 있다는 것이다.

법률개선의를 완수하기 위한 방법의 하나로서의 입법평가라 함은 “어떠한 구체적인 사안에 대하여 법률제정의 동기가 발견되면 법률제정을 둘러싼 다양한 실태 조사 및 전문가와 해당 이해관계자 등의 의견을 종합하여 법률제정의 방향을 결정하고, 법률제정을 통하여 문제를 해결해야 한다고 결정이 되면 입법을 준비하는 기관이 구체적인 법률안 작성을 하여 법률안을 완성한 후 이를 법률로써 제정·공

포해야 하고, 해당 법률이 시행되면 입법준비 단계에서 입법자가 법률제정을 통하여 달성하고자 하였던 입법목적 및 목표가 실현되었는지를 평가하여 개선이 필요한 경우 해당법률에 적절한 작위를 가하는 일련의 과정”이라고 정의할 수 있다.²⁶⁾

2) 입법평가제도

입법평가제도는 법률의 규정이 야기하는 모든 차원의 효과를 고려하여 법률의 질을 개선하는 것과 아울러 법률의 빈번한 개정에 따른 불안정성을 치유라는 것을 목적으로 한다는 점²⁷⁾에서 의원발의 입법으로 인해 야기되는 문제점을 치유할 수 있는 좋은 방법 중의 하나이다.

입법평가제도에는 첫째, 사전입법평가제도가 있다. 이는 법률의 준비단계에서 이루어지는 것으로 새로운 법률의 제정의 불가피한지에 대해 평가하는 것이다.

둘째, 병행입법평가제도는 해당 전문가에 의해 작성된 법률초안에 대한 검토과정에서 법률초안이 실제로 법률로 제정되어 시행되는 것을 가상하고 해당법률의 집행가능성, 준수가능성, 이해의 용이성, 비용-편익관계, 제도적 기능성 등을 검토하고 최종적인 법률안을 만드는 것이다.

셋째, 사후평가제도도 있다. 이는 현재 시행되고 있는 법률이 실제로 최초의 입법자의 의도대로 시행되고 있는지에 대해 검토하고 해당 법률의 개정, 폐지 또는 대체법률의 마련 등을 위해 수행되어야 한다.²⁸⁾

이 중에서 의원발의 입법제도에 대한 합리적인 규제를 위해서는 사전 입법평가제도 또는 적어도 병행입법평가제도를 도입하여 입법단계에서부터 문제의 소지가 있는 법률들에 대한 사전 모니터 기능을 할 수 있을 것이다.

나. 사전적 영향평가 및 규제영향분석제도의 도입

1) 사전적 영향평가제도의 의의

사전적 영향평가제도라 함은 일반적으로 기존 또는 새롭게 계획된 사업, 정책, 기술 등이 그것의 집행으로 인하여 정치·경제·사회 및 환경에 미치는 영향을 예측

26) 최윤철(2006.5). 입법평가의 제도화 방안, 법제, 5-29면.

27) 박영도(2006.12). 입법관리로서의 입법평가, 한국입법학회 학술대회자료, 16면.

28) 사후 입법평가제도는 독일연방헌법재판소에서 판시한 ‘입법자의 법률관찰의무(Beobachtungspflicht)’와 깊은 관련이 있다. BVerfGE 88, 203(309f.). 상세한 것은 최윤철(2007). 입법자의 법률관찰의무, 토지공법연구 제21집, 465면 이하.

또는 평가하여 정책대안의 선택에 유용한 정보를 제공하는 것으로 정의된다.²⁹⁾

우리나라를 비롯하여 전세계적으로 개발 사업이나 신기술 발달이 인간의 삶에 긍정적인 영향 뿐 만 아니라 심각한 부정적인 영향을 초래할 수도 있다는 것을 인지함에 따라 규제, 정책이 입안되기 전에 사전적으로 환경영향평가, 규제영향평가, 성별영향평가, 부패영향평가, 갈등영향평가 등을 실시하고 있다.³⁰⁾

1981년부터 실시된 환경영향평가(Environmental Impact Assessment)는 사업시행으로 인한 환경의 저해요인 및 그에 대한 영향을 사업계획 수립, 시행 이전에 미리 평가, 검토하여 이를 최소화 할 수 있는 방안을 마련하여 최선의 사업계획안을 선택할 수 있도록 하는데 목적이 있다. 또한 성별영향평가(Gender Impact Assessment)는 행정기관이 추진하고자 하는 정부정책을 대상으로 하여 기존 또는 새로운 정책과 프로그램, 법제들이 성별에 미치는 영향을 분석·평가하는 과정으로써 정책과정에서 모든 정책이 성에 구애되지 않고 평등하게 개발되고 집행되도록 도움을 준다.

이렇게 다양한 사전적 영향평가제도는 각 제도의 목적은 다르지만, 어떠한 사업이나 정책, 규제 등을 실시하기 이전에 사전적으로 평가한다는 점에서 공통점을 갖고 있다.

2) 규제영향분석제도

규제영향분석제도(Regulatory Impact Analysis, RIA)는 규제가 시행되기 이전에 고품질의 규제를 발전시키기 위하여 사전적으로 해당 규제의 영향에 대해 평가 및 분석하는 제도라고 할 수 있다.³¹⁾ OECD에 따르면 규제영향분석제도라 함은 “새롭게 만들어지거나 현재 존재하고 있는 규제의 편익이나 비용, 그리고 그 파급효과들을 점검하고 측정하는 체계적인 의사결정도구”라고 할 수 있다.³²⁾

한편 「행정규제기본법」 제2조 제5호에 의하면 “규제영향분석”이란 규제로 인하여 국민의 일상생활과 사회·경제·행정 등에 미치는 여러 가지 영향을 객관적

29) 노화준(2001). 정책평가론, 법문사; 노화준(2005). 고품질 규제발전을 위한 규제영향분석제도에 관한 연구, 한국정책학회보, 14(4), 165-192면; OECD(2003). Best Practices on regulatory Impact Analysis in OECD countries; 이정환(2004). 사회영향평가 제도화 방안연구. ECO 6, 127-165면.

30) 김들순·강민아(2008). 성별영향평가의 제도적 정착조건 연구: 환경영향평가·규제영향평가를 중심으로. 한국정책학회 춘계학술대회 발표논문집, 175-176면.

31) 노화준(2005). 위의 논문, 165-192면.

32) OECD(2007). Building a Framework for Conducting Regulatory Impact Analysis(RIA), Tools for Policy-Makers, p.8.

이고 과학적인 방법을 사용하여 미리 예측·분석함으로써 규제의 타당성을 판단하는 기준을 제시하는 것을 말한다.”라고 규정하고 있다.

현재 정부제출 법률안에 대해서는 규제영향 분석 및 규제개혁위원회의 사전규제 심사제도가 의무화되어 있다. 반면 의원발의 입법안에 대해서는 이러한 절차가 없기 때문에 의원입법을 규제심사의 회피수단으로 이용해왔다는 비판이 있다. 특히 정부가 규제심사의 회피수단으로 의원들을 개인적으로 접촉하여 의원발의 입법안을 추진해왔던 것은 부인할 수 없는 현실이다.

다만 의원발의 법률안을 개선한다는 이유로 법률안을 사전에 심사하는 것은 국회의 입법권을 과도하게 제한할 가능성이 있기 때문에 바람직하지 않다. 그러므로 의원입법 절차에 규제심사제를 도입해 규제영향분석서를 첨부하도록 하는 방안이 바람직하다.

이 제도는 ① 규제영향분석서를 첨부함으로써 의원입법이 규제회피심사수단으로 운용되는 것을 방지할 수 있고, ② 정부와 국가가 함께 규제신설을 억제하는데 공동보조를 취할 수 있어 규제법안을 효율적으로 관리할 수 있으며, ③ 정부의 규제개혁을 위한 정책과 노력에 대한 국회차원의 지원을 한층 내실화할 수 있는 장점이 있다.³³⁾

V. 결론

입법기관인 국회는 입법의무를 지고 있으며, 이 의무에 의하여 국민의 기본권을 보호하고 법치국가의 원리에 따라 국가의 존재와 기능을 유지·보호하여야만 한다. 입법의무는 국회의원들에게 ‘국민의 기본권 보장과 복리를 증진할 수 있는 바람직한’ 규범을 정립할 것을 요구하고 있다. 이 의무를 충실히 수행할 수 있도록 하기 위하여 헌법은 다양한 통제수단을 마련하고 있다.

먼저 주권자인 국민이 직접 입법과정에 참여하여 입법의무를 통제할 수 있는데, 예를 들면 국민은 입법청원이나 「국회법」 또는 입법예고와 관련한 행정절차에서 자신의 견해를 밝힐 수도 있다.

한편, 국회는 그 고유권한인 입법권을 헌법의 규범성을 침해하지 않는 범위 내

33) 동지 홍완식(2013). 의원입법과 규제영향분석 - 법학적 관점에서의 검토, 한국 규제학회학술대회 발제문, 13면.

에서 입법형성권을 발휘하여 입법권자의 의지를 구현할 수 있다. 공동체 구성원이 보유하고 행사하는 일정한 자유와 권리를 형성할 의무는 공동체의 최고법인 헌법에서 정한 것이기 때문에 입법자는 기본권보장을 위하여 필요한 경우에 장기간 이를 해태해서는 안 된다.

반면, 입법자가 입법형성권을 남용하여 국민의 기본권 보장에 문제를 야기하는 규범을 만드는 것 역시 헌법상의 입법개선 의무에 위반되는 것이라고 본다. 이런 측면에서는 최근 의원발의 입법안들은 증가된 양에 비해서 질적인 수준을 담보하거나 국민의 기본권 보장에 불가결한 내용으로만 구성되어 있다고 보기에는 미흡한 점이 많다.

향후 국회는 (1) 부단한 입법과정의 문제점 개선노력, (2) 입법부와 행정부의 협조체계 구축, (3) 국민의 입법참여의 활성화, (4) 위원회의 의안집중현상과 본회의의 형식화 해소, (5) 정기국회 전후의 법률안 제출시기 집중 완화, (6) 국회의원의 전문성을 통한 입법균형 도모, (7) 입법보조기관의 이용활성화 등을 통하여 합리적인 범위 내에서 적절한 절차에 의해 입법형성권을 행사하여야 할 것이다.

(논문접수일 : 2013.07.31, 심사개시일 : 2013.08.26, 게재확정일 : 2013.09.24)



▶ 지 성 우

입법(Legislation), 입법권(Legislative Power), 국회(National Assembly), 국회의원(Member of the National Assembly), 의원입법(Legislation by Member of the National Assembly)

Abstract

**Plan for future-oriented Legislation by member of the
National Assembly**

JI, SEONG WOO

Legislation is law which has been promulgated by a legislature or governing body. Today legislation is not only expertise, but also a duty of the legislature. Legislative power is indispensable for national operations and the fundamental rights guaranteed. Therefore the legislation does duty as the boundary of freedom of the legislature.

Korea is governed by elected representatives of the people. President and National Assembly stand proxy for national.

Korea's government system is in principle divided into legislative, the judicial, and the administrative branches. The one of most important parliamentary function is legislation, passing legislation is the most valuable role of national assembly.

In Korea, the Congress has the power of legislation and the Constitution sets forth the nation's fundamental laws. And the Constitutional Court can not the process and the content of the observation.

Legislation is in korea usually proposed by executive and a member of the National Assembly, whereupon it is debated by members of the legislature and is often amended before passage. First, a representative sponsors a bill, then the bill is assigned to a committee for study. If released by the committee, the bill is put on a calendar to be vote on. In the legislation process public opinion is reflected in the National

Assembly.

The work of National Assembly is initiated mostly by the introduction of a proposal by member of the National Assembly. However today the number of bills by member of the national assembly is increasing suddenly and therefor it should be properly regulated.

우리나라 지속가능성 관련 법제의 헌법적 검토*

장 인 호**

I. 문제제기	
II. 지속가능성 개념의 의의	
1. 지속가능성 개념의 의의	
2. 지속가능성 개념의 구성요소와 적용범위	
3. 지속가능성 개념의 헌법적 접근 필요성	
III. 지속가능성 관련 우리나라 법체계의 입법현황 및 문제점	
1. 우리나라 지속가능성 관련법의 입법실태	
2. 우리나라 지속가능성 관련법의 문제점	
3. 지속가능성의 실현을 위한 법제정비 필요성	
IV. 헌법적 중요성이 커진 지속가능성의 실현을 위한 법제정비 방안	
1. 지속가능성 실현의 헌법적 중요성	
2. 지속가능성의 실현을 위한 법제정비 기본원칙	
3. 지속가능성 실현을 위한 법제정비 개선방향	
V. 결론	

I. 문제제기

18세기 중엽 영국에서 시작된 산업혁명은 독일, 프랑스 등의 유럽지역의 국가들은 물론 미국, 이탈리아 등의 여러 나라로 확산되었다. 이로 인하여 세계 각 국가들은 개발과 성장에 주로 집중하면서 경제일변도의 성장방식 및 정책을 추진하였으며, 경제적인 성장을 경쟁적으로 달성하는데 치중함으로써 공업화를 이루었다.¹⁾

이와 같이 전 세계 각 국에서 과학기술의 발전에 수반하여 일어난 사회적·경제적 구조의 변화 즉 산업화로 인하여 에너지의 사용이 급격하게 증가하게 되자 막대한 천연자원의 필요성이 커지는 동시에 자원이 전 세계적으로 무분별하게 소비되면서 막대한 자원들이 고갈되기에 이르렀다. 더욱이 공업화 과정에서 발생한 다량의 폐기물과 유해한 물질이 자연생태계에 버려지면서 과거에는 볼 수 없었던 심각한 환경오염이 발생하면서 자연생태계의 오염정화능력이 한계에 도달하였다.

이와 동시에 환경 분야의 위기를 비롯하여 경제, 사회, 문화, 재정, 과학기술 등

* 이 논문은 2012년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구(NRF-2012S1A3A2033974).

** 글로벌 과학기술법연구소 미디어법센터 SSK사업단 책임연구원/법학박사.

1) 제레미 리프킨(안진환 옮김), “3차 산업혁명-수평적 권력은 에너지 경제 그리고 세계를 어떻게 바꾸는가”, 믿음사, 2012, 15면-16면.

다양한 분야에서 수많은 위기들이 급격히 증대되고 있다. 이러한 가지각색의 위기로 인하여 인류는 지금까지 겪어 보지 못한 극심한 변화의 시대를 맞이하고 있다.

이처럼 심각한 위기의 증대 속에서 지속가능성에 대한 논의가 환경 분야에서 시작된 이후 전 세계 각 국들의 다양한 분야로까지 확산되어 왔다. 무엇보다 인류가 빠르게 광범위한 지역으로 확산되고 있는 심각한 위기들을 해결하지 못한다면, 심각한 환경위기로 인하여 많은 동식물이 멸종될 수 있다. 뿐만 아니라 각종 위기로 인해 인류의 생존은 물론 국가의 존립까지도 더 이상 장담할 수 없게 되었다.

또한 경제위기와 빈부격차를 극복하기 위한 사회복지에 대한 요구가 계속 증대되면서 전 세계 각국의 정부는 환경 분야에서 발생하는 위기는 물론 경제위기와 사회위기까지 동시에 해결해야 하는 어려움에 직면하게 되었다. 즉, 환경 분야에서 시작된 지속가능성에 관한 논의가 경제 및 사회 분야로 더욱더 확산되고 있다.

무엇보다 다양한 분야에서 수많은 위기가 증가함에 따라 지속가능성에 대한 논의가 진전되었다. 특히 1992년 브라질 개최된 리우회의²⁾에서 지속가능성이 인류 공통과제로 인정된 이후 국제협약 및 국제사법재판소판례에서 지속가능성이 인용됨은 물론 세계 각 국에서 지속가능성이 더욱 중요해졌다. 그 결과 환경 분야를 넘어 다양한 수많은 분야로까지 지속가능성에 대한 논의의 필요성도 입증되었다.³⁾

이러한 상황에서 우리나라는 2007년 구 지속가능발전기본법을 입법하면서 지속가능성을 국내법에 수용하였다. 이에 따라 현행 지속가능발전법이 존치하고 있는 상황에서 2010년 저탄소녹색성장기본법을 제정하면서 지속가능성과 관련된 기본법적인 성격을 가진 법률이 두 개가 병존하게 되었다. 그 결과 우리나라에서 지속가능성의 실현과 관련되어 있는 법체계에 혼란을 초래하였다. 특히 지속가능성이라는 개념에 보다 녹색성장이라는 좁은 개념을 기초로 한 저탄소녹색성장기본법의 제정에 대해서 적지 않은 비판을 받았다.

무엇보다 지속가능성은 오늘날 전 세계 각 국에서 벌어지고 있는 다양한 분야의 수많은 위기들과 연관된 것으로 국가의 존립은 물론 국민의 기본권과 삶의 질에 적지 않은 영향을 미치고 있는 중요한 문제이다. 그러므로 본 논문에서 국제적으로 인류의 중요한 문제로 부각되는 동시에 헌법적으로도 그 중요성이 입증되고 있

2) 1992년 브라질 리우에서 전 세계 각 국가의 대표들과 민간단체들이 지구의 환경보존을 위하여 모여 회의를 하였다. 동 회의에서는 지구환경보전과 지속가능성을 위한 사회·경제적 과제를 성공적으로 달성을 위하여 의제21, 기후변화협약, 생물다양성보존협약 등이 채택되었다.

3) Ivo Appel, "Staatliche Zukunfts und Entwicklungsvorsorge", Mohr Siebeck, 2004, S. 242 ff.

는 지속가능성을 성공적으로 실현하기 위해 지속가능성과 관련된 법제도를 검토하고, 이를 통해 지속가능성의 실현을 위한 법제정비의 개선방안을 제시하고자 한다.

II. 지속가능성 개념의 의의

1. 지속가능성 개념의 의의

가. 지속가능성의 어원

오늘날 전 세계에서 사용되는 ‘sustainability’ 즉 ‘지속가능성’⁴⁾이라는 용어는 영미권에서 사용된 것으로 1992년 리우회의를 계기로 전 세계로 확산되었다. 이처럼 영미의 ‘sustainability’의 ‘sustain’은 ‘떠받치다·유지하다’라는 의미를 가지고 있으며, 동 용어는 어원적으로 프랑스어인 ‘sustenir’라는 동사로부터 유래하였다. 이러한 지속가능성 개념은 프랑스어에서 유래된 것으로 자연생태계를 적절히 보존하고 사회정의, 평등구현, 경제분배 등을 어떻게 균형 있게 달성할 것인가와 관련이 있다.

그 이후 18세기 후반 독일어에 유입된 ‘지속가능한’(nachhaltig)⁵⁾이라는 개념은 “어떠한 것을 보존하고 시간을 넘어 유지시키면서 무엇을 남겨두는 것”을 말하는 ‘존속’(nachhalt)이라는 단어에 그 어원적 뿌리를 두고 있다. 이러한 영향으로 인하여 독일에서 ‘지속가능성’을 뜻하는 ‘Nachhaltigkeit’는 ‘지속가능한’을 뜻하는 ‘nachhaltig’로부터 파생되었다.⁶⁾ 이러한 점에서 볼 때 영미의 ‘sustainability’ 즉 ‘지속가능성’ 개념은 독일의 산림이용과 산림보존으로부터 그 근거를 찾을 수 있다.

특히 독일의 Georg Ludwig Harig가 자연생태계의 균형을 위해 중요한 역할을 수행하고 있는 산림자원이 훼손되지 않고, 앞으로도 지속적으로 이용되어야 한다는 취지로 ‘지속가능성’이라는 뜻을 가진 ‘Nachhaltigkeit’를 언급하였다. 이러한 점에서 지속가능성은 독일의 환경 중 특히 산림분야에서 유래한 용어임을 알 수 있다.⁷⁾

또한 1992년 브라질의 리우에서 개최되었던 국제적인 회의를 통해서 인류의 공통적인 과제로 확산된 지속가능성은 동 회의 이후 전 세계 각 국에서 생태환경의

4) 1987년 WCED의 Our Common Future는 “Sustainable Development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”라고 정의 하였다.

5) Klaus Bosselmann, “The Principle of Sustainability”, University of Auckland in New Zealand, 2008, p. 19- p. 21.

6) Michael Kloepfer/Hans. G. Nutziger, “Langzeitverantwortung im Umweltsaat”, *Economica*, 1993, S. 42, S. 61 ff.

7) 산림법 제3조.

건전성과 균형에 관한 중요한 개념으로 사용되게 되었다. 그 후 지속가능성은 독일의 산림분야에서 현재세대는 물론 미래세대도 산림을 지속적으로 이용할 수 있도록 숲과 나무를 적절하게 이용해야 된다는 취지로 언급된 'Nachhaltigkeit'로부터 유래한 이후 영미권의 지역을 포함하여 전 세계에서 각국에서 통용되기 시작했다.

이처럼 지속가능성이라는 의미를 가진 'sustainability'는 영미지역을 비롯해 전 세계적으로 사용되고 있으며, 우리나라에서 지속가능성이라는 개념은 통합적 시각에서 적절한 이용과 공동되면서 차별화된 책임과 함께 다양한 분야의 균형과 조화를 강조함으로써 현재세대는 물론 미래세대를 위한 개념으로 인식되기에 이르렀다.

나. 지속가능성 개념의 연혁 및 의미

1992년 리우회의 이전, 지속가능성 개념은 국제포경협약, 유엔인간환경회의, 1987년 세계환경개발위원회의 '우리 공동의 미래'등에서 언급되었다. 1946년 국제포경협약(International Convention for the Regulation of Whaling)은 지속가능성의 '세대 간 형평'을 규정했다. 1972년 유엔인간환경회의(UN Conference on Conservation and Utilization of Resources)는 '오직 하나뿐인 지구'의 주제로 개최됐다. 1984년 설립된 세계환경개발위원회(World Commission on Environment and Development)는 1987년 '우리공동의 미래(Our Common Future)' 보고서를 유엔에 제출한 바 있다.

1992년 리우회의 이후, 지속가능성이라는 개념은 리우선언은 물론 생물다양성협약, 기후변화협약 등의 여러 국제적 협약들에서 언급되고 있다. 리우회의에서 체결된 생물다양성협약(Convention on Biological Diversity)에 따르면, 생물자원이 재생될 수 없을 정도의 소비를 막고 지속가능성의 실현을 위해 노력을 해야 한다. 그리고 리우회의에서 온실가스를 줄여 지구온난화와 이상기후변화를 막기 위한 국제협약인 기후변화협약(United Nations Framework Convention on Climate Change)이 체결되었다. 이와 같이 '지속가능성'은 앞에서 언급하였던 것처럼, 독일에서 산림환경의 지속적인 이용을 위하여 언급되기 시작한 이후 리우회의를 계기로 전 세계 각국에 확산된 개념이다. 무엇보다 '우리 공동의 미래'라는 보고서에 따르면, 지속가능성이라는 개념은 "미래세대가 그들의 필요를 충족시킬 능력을 손상시키지 않으면서 현재세대의 필요를 충족시키는 발전"이라고 정의하면서 현존세대뿐만 아니라 물론 미래세대에게 지속가능성이라는 개념의 중요성이 더 커지고 있음을 밝혔다.⁸⁾

지속가능성 개념의 의미와 관련하여 현행 지속가능발전법 제2조를 살펴보면, '지

8) 이에 관해서는 WCED, Our Common Future, 1987, p. 43 참조.

속가능성'이란 "현재세대의 필요를 충족시키기 위해 미래세대가 사용할 경제, 사회, 환경 등에 존재하는 모든 자원을 낭비하거나 여건을 저하시키지 아니하고 서로 조화와 균형을 이루는 것"이라고 규정하였다. 그리고 동법 제2조 제2호에서 '지속가능한 발전'을 정한 것을 살펴보면 "“지속가능성'에 기초하여 경제의 성장, 사회의 안정과 통합 및 환경의 보전이 균형을 이루는 발전을 말한다"라고 규정하면서, 지속가능성을 기초로 발전에 집중한 개념이 지속가능한 발전임을 밝히고 있다.

또한 현행 지속가능교통물류발전법 제1조에 따르면, '지속가능성'이란 "현재세대의 필요를 충족시키기 위하여 미래세대가 사용할 경제, 사회, 환경, 교통 등의 자원을 낭비하거나 여건을 저하시키지 아니하고 서로 조화와 균형을 이루는 것을 말한다"라고 규정하였다. 그리고 동법 제1조 제2호에 따르면, '지속가능한 교통물류체계'란 "“지속가능성'에 기초하여 사람, 화물 등의 이동성과 접근성 향상 등 교통물류의 발전을 이루는 교통물류체계를 말한다"라고 규정하고 있다. 여기서도 '지속가능한 교통물류체계'라는 용어가 '지속가능성'에 기초한 개념임을 알 수 있다.

2. 지속가능성 개념의 구성요소와 적용범위

가. 지속가능성 개념의 구성요소

1) '다양한 분야의 통합'과 '모든 자원의 적절한 이용'

가) '다양한 분야의 통합'

지속가능성은 환경·사회·경제·재정 등의 분야가 동등한 비중을 갖고 각 분야가 서로 균형 있게 통합적으로 발전을 해야 한다는 요구이며, 통합적인 측면에서 현재세대는 물론 미래세대의 이해가 균형 있게 고려되어야 한다는 것을 의미한다.⁹⁾ 이러한 측면에서 볼 때 지속가능성의 구성요소 중 하나인 '다양한 분야의 통합'이란 지속가능성을 성공적으로 달성할 수 있도록 계획을 수립하기 위해서는 환경, 경제 및 사회 분야는 물론 에너지, 과학기술, 재정 등 수많은 다양한 분야가 균형을 이룰 수 있도록 종합적으로 고려되어야 한다는 것을 의미한다.

여기서 통합은 환경 분야에서 발생한 환경파괴의 위기를 상생적으로 극복함으로써 지속가능성의 실현을 활성화시키기 위해 경제와 환경 분야의 균형·조화를 말한다. 더욱이 환경, 경제 등에서 불균형이 심각하여 많은 문제가 나타나는 상황에서 통합을 통한 균형은 강조되고 있다.¹⁰⁾ 즉 '다양한 분야의 통합'은 다양한 분야가

9) 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2013, 24면.

계속적으로 서로 균형과 조화를 이룰 수 있도록 통합적인 시각에서 종합적으로 각 분야를 고려해야 한다는 것을 의미한다.¹¹⁾

나) ‘모든 자원의 적절한 이용’

‘모든 자원의 적절한 이용’은¹²⁾ 지속가능성의 실현을 위해 천연자원, 동식물자원 등을 이용하는데 있어서 자연자원의 재생산능력을 초과하지 않는 범위의 내에서 모든 자원을 지속적으로 이용·개발하기 위한 합리적인 기준을 설정하여 각종 자원을 적정한 수준으로 이용하여야 한다는 것을 의미한다.¹³⁾ 여기서 모든 자원이란 자연생태계에 존재하여 인간의 생산활동과 생활에 이용될 수 있는 에너지나 물자를 모두 함께 통칭한다.¹⁴⁾ 더욱이 ‘모든 자원의 적절한 이용’에 따르면, 인류가 이용할 수 있는 자원이 유한하다는 점에서 현재세대는 물론 미래세대도 사용할 수 있도록 자원을 무분별하게 낭비하지 않고 자원의 양과 수가 지속가능하게 유지될 수 있을 정도로 자원을 최대한 아끼면서 효율적으로 이용해야 한다.¹⁵⁾

2) ‘각 주체들 간의 형평’과 ‘장기적 안목에서 사전예방’

가) ‘각 주체들 간의 형평’

‘각 주체들 간의 형평’으로는 ‘세대 간 형평’과 더불어 ‘세대 내 형평’이 있다. ‘세

10) Philippe Sands, “Principles of International Environmental Law”, Manchester University Press, 1995, p. 61 이하 참조.

11) 1972년 전 세계 여러 국가들이 참석하여 환경적 위협에 대처하기 위하여 전 세계적인 협력을 선언한 스톡홀름선언은 환경의 지속가능성을 실현하기 위하여 기본적인 방향과 26개의 원칙을 제시하고 있다. 동 선언의 원칙13에 따르면, 보다 합리적인 자원의 관리와 이로 인한 환경의 향상을 위하여 모든 국가는 개발계획에 종합적이고 조화로운 정책을 적용함으로써 국민의 이익을 위하여 개발과 인간 환경의 보호 및 개선의 필요성 간에 모순이 없도록 해야된다고 하였다.

12) ‘적절한 이용(appropriate use)’의 적절한(appropriate)이란 지속가능한(sustainable), 합리적(rational), 신중한(prudent) 등과 같이 여러 가지 용어들을 혼용하여 사용하고 있다. 이에 관해서는 Philippe Sands, op. cit., p. 198-p. 200 참조.

13) 세계자연보전연맹(IUCN)이 발표한 야생동물자원의 ‘지속가능한 이용’에 관한 성명문(IUCN Statement on Sustainable Use of Wild Living Resources)에 의하면, ‘지속가능한 이용’은 생물다양성보전에 기여하고 인류가 삶을 영위하는데 있어 요구되는 수요를 만족시킬 수 있게 하는 것으로 중요한 보전방법이라고 밝히고 있다.

14) 윤익준, “지속가능한 개발의 원칙과 생물다양성 보전의 법적 연계성 검토”, 환경법 연구 제33권 제3호, 한국환경법학회, 2011, 219면 이하.

15) 자연환경보전법 제1조.

대 간 형평'이란 "현재세대와 미래세대의 의무, 책임, 이익 등을 균형 있게 고려해야 한다"라는 것을 의미한다.¹⁶⁾ 따라서 '세대 간 형평'에 따르면, 현재세대의 무분별한 자원고갈 또는 낭비행위는 물론 환경오염행위는 지구에서 인류가 지속적으로 살 수 없도록 하므로 방지되어야 한다.¹⁷⁾

특히 자원이 유한하다는 것을 전제로 '세대 간에 형평성'의 필요성이 요구됐다.¹⁸⁾ '세대 간 형평'에 의하면, 현재세대는 미래세대를 위해 최선의 노력으로 환경보존의무를 부담하게 되는 것이다.¹⁹⁾ '세대 내 형평'이란 "동일 세대 내에서 각 주체의 이익이 형평하게 고려되어야 한다는 것"을 뜻한다. 이러한 점에서 '형평성'은 '국가 간 형평성'과 '세대 간 형평성'이외에도 계층 간 문제로 '세대 내의 형평'은 다양한 관점에서 논의될 수 있다.

나) '장기적 안목에서 사전예방'

지속가능성의 구성요소 중 하나인 '장기적 안목에서 사전예방'이란 지속가능성을 성공적으로 실현하기 위해 장기적인 측면에서 사후적 구제방법이 아니라 '사전에 미리 예방'을 하는 사전예방차원의 해결방법이 우선되어야 된다는 것을 말한다.²⁰⁾

이러한 점에서 '장기적인 안목에서 사전예방'이란 계획의 수립 시 근시안적인 대처가 아니라 수십 년을 넘어 현재세대는 물론 미래세대까지 함께 고려하여 장기적인 측면에서 계획이 수립·진행되어야 한다는 것을 의미한다는 것을 알 수 있다. 이런 점에서 '장기적 안목에서 사전예방'은 지속가능성을 위해 단순히 근시안적으로 몇 년의 계획을 하는 것이 아니라 여러 세대를 고려해야 된다는 것을 말한다.²¹⁾

16) Patricia Brinie/Alan Boyle, "International Law/the Environment", Oxford University Press, 2002, p. 90.

17) Edith Brown Weiss, "In Fairness to Future Generations : International Law Common Patrimony and Intergenerational Equity", The United Nations Press, 1989. p. 5 이하.

18) 1972년 세계유산협정 제4조.

19) Allehone Mulugeta Abebe, "The African Union Convention on Internally Displaced Persons: Its Codification Background, Scope, and Enforcement Challenges", Refugee Survey Quarterly Vol. 3 No. 2, Oxford University Press, 2010, p. 28 이하.

20) 2005년 프랑스는 건전하고 균형이 잡힌 환경의 지속적인 유지를 위하여 환경헌장(Charte de l'environnement)을 공포하였으며, 동 헌장에서 생태환경의 지속적인 보존과 회복에 있어서 지속가능성의 성공적인 실현의 필요성과 함께 사전예방적인 차원에서의 중요성을 밝히고 있다.

21) E. Rebbinder, "Ziele Grundsätze, Strategien und Instrumente, Arbeitskreis für Umweltrecht", Grundzüge des Umweltrechts, 2. Aufl. 1997, S. 57 ff. : R. Streinz, "Auswirkungen des Rechts auf, Sustainable Development, Stütze oder Hemmschuh?", Die Verwaltung 31, 1998, S. 449 ff.

3) ‘관리감독과 협력에서 공통되면서 차별화된 책임’과 ‘삶의 질 향상’

가) ‘관리감독과 협력에서 공통되면서 차별화된 책임’

지속가능성 개념의 구성요소 중 하나인 ‘관리·감독과 협력에서 공통되지만 차별화된 책임’²²⁾이란 각 주체들이 지속가능성을 안정적으로 실현시키는데 있어 공통의 책임의식을 갖고 그 책임정도에 따라 책임에 적합한 역할을 하며 서로 협력해야 한다는 것을 뜻한다. 여기서 각 주체는 국가·기업·민간단체·개인 등이 있다.²³⁾

이러한 ‘관리·감독과 협력에서 공통되지만 차별화된 책임’에 따르면, 다양한 분야에서 지속가능성을 성공적으로 실현하기 위하여 각 주체들이 동반자로서, 관리·감독에 있어서 ‘공통적인 책임’과 ‘차별화된 책임’을 가진다는 것을 알 수 있다.

나) ‘삶의 질 향상’

인간은 누구나 맑은 공기, 깨끗한 물, 부족함 없는 자원 등을 필요로 한다. 따라서 지속가능성이 현실적으로 성취되기 위해서는 환경, 경제, 사회, 재정 등의 다양한 분야에서 ‘삶의 질’이 높아져야 한다.²⁴⁾ 인간다운 생활을 하기 위해서는 육체적·물질적인 것은 물론 정신적·문화적 측면에서 ‘생활의 질’이 향상되어야 한다.

이러한 맥락에서 볼 때 ‘삶의 질 향상’은 지속가능성을 성취하는데 있어 중요한 요소이다. 따라서 인간이 경제적으로 풍요로운 것 못지않게 깨끗한 물을 마시고 오염되지 않은 쾌적한 환경에서 살 수 있을 때 비로소 ‘삶의 질’이 향상될 수 있음을 알 수 있다. 또한 지속가능성의 실현을 위해서는 양적 팽창에만 치중하는 것이 아니라, 질적 측면도 함께 고려해야 ‘삶의 질’이 향상될 수 있다는 것을 의미한다.

나. 지속가능성 개념의 적용범위

1) 환경 분야

심각한 환경오염으로 인하여 기후변화가 발생하자 막대한 피해는 물론 많은 사망자까지 발생하는 동시에 국가의 존립마저 위협을 받고 있다. 예를 들어 지구온난화로 매년 해수면이 상승하자 전국토의 고도가 매우 낮은 투발루와 같은 나라는 바다수위가 상승하는 현상이 멈추지 않고 지속된다면 바다 속으로 가라앉을 것으

22) I. Porra, “The Rio Declaration : New Basis for International Cooperation”, Greening International Law, 1993, S. 20 ff.

23) 리우선언 원칙7.

24) 지속가능발전법 제1조.

로 전망되고 있다. 이와 더불어 대기, 토양 및 수질이 오염되면서 인류의 생존마저 위협받게 되었다.²⁵⁾ 이처럼 환경파괴가 진행되면서 생태계의 균형이 급격하게 무너지자 성장에만 집중하는 방식에 대한 반성이 요구되었다. 잘못된 성장과 개발의 방식으로 인해 발생한 환경위기의 극복을 위하여 환경 분야의 지속가능성 실현에 대한 필요성이 국내외적으로 더욱 커지고 있다.²⁶⁾

2) 경제 분야 및 사회 분야

경제중심의 개발 및 성장방식은 천연자원이 무한하지 않고 소비시장도 유한한 측면에서 과거와 같은 성장을 계속 유지할 수 없다는 한계에 부딪혔다. 무역적자, 저성장, 금융위기, 국가·기업·가계부채 등의 경제위기로 인한 부정적 영향은 한 지역이나 한 국가에 국한되는 것이 아니라 전 세계에 미치고 있다. 동시에 산업화 과정에서 경제위기와 함께 새로운 사회문제도 나타났다.²⁷⁾

빈부격차·양극화, 저출산·고령화 등의 사회문제로 인해 국가경쟁력이 저하되었다. 아무리 높은 경제성장을 성취하더라도 여러 사회문제가 해결되지 않는다면 균형을 이룬다고 볼 수 없으므로 지속가능성이 실현되었다고 볼 수 없다는 인식이 확산됐다.²⁸⁾ 이러한 인식하에 단순히 경제성장만을 추구하는 것이 아니라 사회발전도 함께 이룸으로써 삶의 질이 향상되고 국가발전도 동시에 달성할 수 있는 방안이 요구됨에 따라 지속가능성의 실현에 대한 필요성이 커지게 되었다.

3) 그 이외의 다양한 분야에서 지속가능성 적용범위의 확대

지속가능성은 환경을 비롯해 경제·사회를 넘어 전반적으로 인간생활의 기반이 되는 다양한 영역에 적용되어야 하는 중요한 가치로 받아들여지고 있는 것이 세계적인 추세이다. 특히 유럽국가들을 포함하여 전 세계 각 국들은 인류생존 및 국가존립과 밀접하게 관련된 지속가능성을 다양한 분야로 까지 확대해 고려하였다.²⁹⁾

이러한 상황에서 지속가능성은 각 분야의 다양한 위기해결을 위해 그 중요성이 점증된 만큼 그 적용범위도 확대됐다. 이처럼 전 세계에서 각 분야에서 지속가능성을 실현해야 할 중요성이 급증하면서 국제사회와 각 국은 다각적 측면에서 지속

25) 성재호, “기후변화협약에 대한 소고”, 서울국제법연구 제6권 제2호, 서울국제법연구원, 1999, 169면 이하.

26) Ivo Appel, a. a. O., S. 223 ff.

27) 전광석, 지속가능성과 세대 간 정의, 헌법학연구 제17권 제2호, 한국헌법학회, 2011, 281면-283면.

28) Michael Kloepfer, “Aspekte der Umweltgerechtigkeit, Jahrbuch des öffentlichen Rechts”, 2008, S. 5 ff.

29) R. 안드레스(오수길 옮김), “지속가능성 혁명(Sustainability Revolution)”, 마루별, 2010, 25면-27면.

가능성의 달성을 위해 노력하고 있다. 따라서 국제사회는 물론 각 국의 정부, 지방자치단체, 기업, 민간단체 등의 공통관심사가 되고 있는 지속가능성은 전 세계적으로 환경·경제·사회 분야를 넘어 다양한 분야로 그 적용범위가 점차 확대되고 있다.

3. 지속가능성 개념의 헌법적 접근 필요성

앞에서 살펴본 바와 같이, 지속가능성이라는 개념은 1992년 리우회의 이전부터 각 국제협약 및 국제회의에서 확인할 수 있었다. 특히 리우회의 이후 전 세계 각 국은 심각하게 문제가 되고 있는 심각한 환경위기를 극복하는 것은 물론 다양한 분야에서 발생하는 수많은 문제들을 해결하기 위해 지속가능성을 자국의 헌법 및 법규에 수용하기에 이르렀다. 그 결과 프랑스헌법³⁰⁾, 스위스연방헌법³¹⁾ 등은 지속가능성을 헌법상에 직접적으로 명문화하였다. 이처럼 전 세계 각 국에서 다양한 분야의 많은 법규에 지속가능성이라는 개념이 수용되고 그 구성요소가 포함되었다.

이와 같이 지속가능성이 국내외적으로 중요한 가치로 확인되고 있는 가운데 우리나라에서 지속가능성에 관한 논의는 처음에 환경 분야에서 논의가 되었다. 또한 2007년 구 지속가능발전기본법 즉, 현행 지속가능발전법에서 지속가능성을 규정하면서 국내법적으로 수용하게 되었다. 이런 점에서 오늘날 지속가능성이 환경 분야를 넘어 다양한 분야에서 논의되는 것은 물론 지속가능성 관련 문제가 국가의 존립과 국민의 기본권에 적지 않은 영향을 미치면서 지속가능성에 대한 헌법적 중요성이 증대되는 것을 부인할 수 없다. 이러한 측면에서 볼 때, 지속가능성 개념에 대한 헌법적 접근의 필요성이 요구되고 있다.

따라서 우리나라의 최고법인 헌법에서 지속가능성의 헌법적 가치와 중요성이 점차 증가하고 있는 상황에서 지속가능성과 관련된 우리나라의 현행 법체계 속에서 어떠한 의미를 가지고 있는가에 대한 분석이 필요하다. 따라서 지속가능성의 실현을 위해 지속가능성 관련 법체가 잘 운영되는지에 대한 현황 및 문제점을 파악하기 위한 실태조사가 이루어져야 한다. 이를 근거로 지속가능성을 실현하기 위한

30) 프랑스환경헌장 제6조에 따르면, “공공정책 당국은 지속가능성의 실현을 증진하여야 한다”라고 규정함으로써 프랑스 헌법에 지속가능성을 명문으로 규정하고 있다.

31) 스위스연방헌법 제2조 제2항에 따르면, “스위스연방은 국가의 공공복리, 지속가능한 발전, 내부 결속 및 문화적 다양성을 촉진해야 한다”라고 한다. 또한 스위스연방헌법 제73조는 “연방 및 주는 자연의 지속적인 균형, 특히 자연의 재생능력 및 인간의 자연이용에 관한 지속가능한 균형을 달성하기 위하여 노력하여야 한다”라고 규정함으로써 헌법에 지속가능성을 명시적으로 수용하고 있다.

현행 법제들의 정비방안을 모색할 필요성이 크다.

무엇보다 해방 후 1948년 헌법 제정 시 지속가능성의 논의는 입법사항에 포함시키지 않았다. 이러한 상황에서 오늘날 헌법규정이 경제와 산업발전, 환경과 생태계보전, 재정과 사회복지의 실현을 수용 할 수 있는지가 문제됨에 따라 지속가능성의 헌법적 접근의 필요성이 더욱 요구되고 있다. 이와 같이 다양한 분야에서 문제되는 지속가능성이 헌법현실에서 중요한 문제로 대두되고 있는 만큼 앞으로 지속가능성에 관한 논의가 여러 분야에서 더욱 활성화되어야 할 것이다.

Ⅲ. 지속가능성 관련 우리나라 법체계의 입법현황 및 문제점

1. 우리나라 지속가능성 관련법의 입법실태

가. 구 지속가능발전기본법

2000년 지속가능성의 성공적 달성을 위한 지속가능발전기본법안이 준비를 시작한 이후 7년 뒤인 2007년에 지속가능발전기본법안이 국회를 통과되었다. 이에 따라 경제, 사회, 환경, 에너지, 재정 등 다양한 수많은 분야에서 발생하고 있는 여러 문제점들과 위기들을 상생적으로 해결할 수 있는 법제의 필요성이 커지게 되었다.

그 결과 2007년 구 지속가능발전기본법이 제정되었고, 동법의 제정 이후, 우리나라 정부는 경제, 사회 및 환경의 균형을 위한 국가시스템을 마련되었다. 특히 정부는 지속가능발전전략 및 이행계획을 수립해 국가지속가능발전지표평가, 중장기 행정계획 등을 검토를 하였다. 이러한 구 지속가능발전기본법은 리우선언과 요하네스버그이행계획을 위한 근거법으로 제정되었다. 이처럼 우리나라가 국제협약을 성실히 준수해야할 필요가 있기 때문에 지속가능발전기본법이 제정된 것이다. 지속가능발전기본법 제4조도 “정부는 이와 같이 지속가능성과 관련된 국제합의를 이행하고, 국가가 지속가능성을 촉진하기 위해 20년 단위로 하는 지속가능성의 성공적인 위한 기본전략을 수립·추진해야 한다고 내용을 확인하였다.³²⁾

더욱이 지속가능발전위원회는 2006년 구 지속가능발전기본법안을 마련하였다. 그 후 2010년 구 지속가능발전기본법의 명칭이 지금처럼 현행 지속가능발전법으로 바뀌면서 구 지속가능발전기본법에서 규정하고 있던 많은 부분이 삭제되었다. 무

32) 최윤철, “우리나라 헌법에서의 환경권의 의미”, 환경법연구 제27권 제2호, 한국환경법학회, 2004, 373면 이하.

엇보다도 구 지속가능발전기본법의 삭제된 내용은 총22개 조문 중 제3조부터 제6조까지, 제8조, 제9조의 제3항과 제4항, 제12조 등이 있다. 이와 같이 구 지속가능발전기본법에서 삭제된 규정들이 현행 저탄소녹색성장기본법에 흡수되었다.

나. 현행 지속가능발전법

녹색성장의 추진과 함께 2010년 저탄소녹색성장기본법이 제정이 되면서 구 지속가능발전기본법이 현행 지속가능발전법으로 명칭이 변경되었다. 그 당시 구 지속가능발전기본법에 존재하였던 총22개 조문 중 동법의 제3조 부터 제6조까지, 제8조, 제9조의 제3항과 제4항, 제12조 등이 삭제됐다. 이와 같이 구 지속가능발전기본법의 삭제된 부분이 저탄소녹색성장기본법에 편입되면서 현행 지속가능발전법이 기본법으로의 성격이 약화되었다. 무엇보다 지속가능성과 관련된 여러 개별법을 통합적 규율을 위해 지속가능성과 관한 기본법은 개별법을 위한 기본원칙과 주요 내용인 기본법을 포함한 법률이야 한다. 하지만 현행 지속가능발전법의 기본원칙 등 주요내용을 저탄소녹색성장기본법으로 편입시키는 것은 문제가 많다.

현행 지속가능발전법은 총5장, 본문 제22조, 부칙 등으로 구성되어 있다. 그리고 동법 제2장은 지속가능성을 위한 기본전략 등에 관한 것이다. 동법 제3장은 지속가능성 평가에 관한 것이다. 동법 제4장은 지속가능성을 위한 위원회에 관한 것이다. 또한 현행 지속가능발전법 제5장은 보칙이다. 또한 동법의 내용으로는 지속가능발전지표 및 지속가능성 평가에 관한 동법 제13조, '지속가능성보고서'에 관한 동법 제14조, '지속가능발전위원회의 설치'에 관한 동법 제15조 등이 있다.

다. 저탄소녹색성장기본법

저탄소녹색성장기본법은 2010년에 제정됐으며, 동법은 총7장, 본문 제64조 및 부칙으로 구성되어 있다. 현행 저탄소녹색성장기본법은 구 지속가능발전기본법의 내용들 중 삭제된 부분이 저탄소녹색성장기본법으로 옮겨 탄생되었다. 이에 따라 기본법의 성격을 가진 구 지속가능발전기본법이 존재하는데도 불구하고 저탄소에 기반을 둔 녹색성장이라는 개념을 중점으로 하는 저탄소녹색성장기본법을 마련해 법체계상의 모순을 가져 왔다. 과거의 경제성장경험에 비추어 볼 때 현행 저탄소녹색성장기본법은 '저탄소'라는 에너지전략을 통해 성장을 이룬다는 것으로 결국 다양한 분야의 균형이 아니라 성장과 개발에 초점이 맞추어졌음을 알 수 있다.³³⁾

무엇보다 ‘지속가능성’이라는 개념 자체가 과거 성장과 개발에 집중한 성장·개발 위주방식에 대한 반성에서 나왔다는 점에서 볼 때, ‘저탄소녹색성장’은 국제흐름에 적합하지 않은 것이며, 정부당국자가 ‘지속가능성’에 대한 이해가 부족하다는 것을 의미한다. 이로 인하여 저탄소녹색성장기본법은 법안마련단계에서부터 문제점이 있다고 지적되고 있다.³⁴⁾ 이와 같이 동법은 지속가능성 보다 좁은 개념인 녹색 성장에 중점을 두며 경제성장과 환경보전만을 중점에 둔 법률이다.³⁵⁾ 이러한 점에서 볼 때 현행 저탄소녹색성장기본법은 ‘저탄소’라는 에너지전략을 통해서 경제성장을 이룬다는 것으로 결국 환경위기를 발전기회로 활용하여 에너지부족, 신에너지확보 등을 해결함으로써 친환경기술개발 특히 친환경경제성장에 초점이 맞추어져 있다.

2. 우리나라 지속가능성 관련법의 문제점

상술한 바와 같이, 저탄소녹색성장기본법은 구 지속가능발전기본법의 입법취지에 부적합하다. 또한 지속가능성이 1992년 리우회의에서 인류의 공통적인 과제로서 그 중요성이 인정된 이후 지속가능성은 국제사회와 각 국가에서 달성해야 할 중요한 가치로 입법되고 있는 국제적인 흐름에도 부합하지 않는다. 그 결과 지속가능성의 실현이라는 당초 입법취지가 저탄소녹색성장기본법의 제정으로 훼손됐다.

첫 번째, 저탄소녹색성장기본법상 ‘녹색성장’의 개념이 지속가능발전법상 ‘지속가능발전’의 개념보다 협소함에도 불구하고 기본법으로 인정되었다. 이로 인하여 지속가능성과 관련된 법체계와 개념상의 혼란을 야기한다는 문제점이 발생하였다.³⁶⁾

두 번째, ‘저탄소녹색성장’의 ‘녹색성장’은 어원 및 개념정의의 차원에서 살펴보면 ‘저탄소’에 기반 한 ‘녹색성장’ 즉 ‘성장’에 기초를 두고 있는 개념이다. 이처럼 ‘균형’보다는 ‘성장’에 초점을 주로 맞춘 개념인 ‘녹색성장’은 우리나라가 채택하기에는 적합한 전략은 아니라고 한다.³⁷⁾

33) 지식경제부, “지식·혁신주도형 녹색성장을 위한 산업발전전략”, 지식경제부 보고서, 2008, 17면 이하.

34) 오선영, “지속가능한 개발의 국제법적 발전과정 및 국내 법체계에 대한 시사점에 관한 소고”, 법학연구 제21권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2011, 258면 이하.

35) 윤순진, “저탄소녹색성장의 이념적 기초와 실제”, 환경사회학연구 제13권 제1호, 환경사회학회, 2009, 333면-334면.

36) 함태성, “녹색성장과 지속가능발전의 관계정립에 관한 법적고찰 -저탄소녹색성장기본법(안) 제정에 관한 법적 논쟁과 관련하여-”, 환경법연구 제31권 제1호, 한국환경법학회, 2009, 370면-373면.

37) 임서진, “이명박 정부의 녹색성장정책의 한계와 대안 : 녹색성장에 대한 담론과 에너지체제 전환”, 에너지시민회의 출범워크숍 자료집, 2009.

세 번째, 심각한 환경오염에 관련된 문제들을 해결하기 위해서는 국제사회의 합의와 협력이 필요하다. 그러나 국제사회에서 합의가 되지 않은 '녹색성장'은 '지속가능발전'이 법적 개념으로서 의미를 갖는 것과 함께 취급할 수 없다고 본다.

네 번째, 국제연합특별총회, 세계지속가능발전정상회의 등의 국제회의를 비롯하여 2002년 남아공에서 2016년까지 향후에서 '지속가능성'을 목표로 제시하였다. 그러나 '녹색성장' 개념에 대한 논의는 '지속가능성' 개념처럼 그 논의가 오래되지 않았다. 이런 점에서 '녹색성장'은 지속가능성처럼 국제적으로 공인된 개념은 아니다.

특히 '녹색성장'은 저탄소와 관련해서 경제성장과 환경보호에 주로 집중하는 상대적으로 좁은 개념으로 사회형평성이 포함되어 있지 않는 점에서 '녹색성장'이 '지속가능성'은 물론 '지속가능한 발전' 보다도 협소한 개념이다. 따라서 '녹색성장'을 강조하는 현행 법제는 하위개념으로 상위개념을 대체한 것은 모순이다. 이미 '지속가능성'이 국제법질서로서의 지위를 갖추고 있는 상황에서 '녹색성장'에 치중한다면 국제기준과의 정합성을 약화시킬 수 있다.

지속가능발전법은 저탄소녹색성장기본법이 제정되면서 본래의 기능을 많은 부분이 상실하였다. 더욱이 저탄소녹색성장기본법에서는 '지속가능발전'의 개념을 지속가능발전법상의 개념으로 보고 있다고 규정하였다. 이러한 점에서 볼 때 지속가능발전기본계획수립 등을 제6장에 '녹색생활 및 지속가능발전의 실현'에 배치해 '지속가능성'이 '녹색성장'을 포함하는 개념으로 파악하고 있는 것으로 보인다.³⁸⁾

그럼에도 불구하고 저탄소녹색성장기본법이 지속가능발전법을 대체하며 저탄소녹색성장기본법이 지속가능발전법 보다 우위에 있는 형식을 취하고 있다.³⁹⁾ '녹색성장'은 '지속가능성'과 달리 개발과 성장의 욕구가 큰 개발도상국을 위한 것이기 때문에 '지속가능성'과 달리 개발도상국에 적합한 모델이라는 비판이 제기되었다.

이와 같이 '지속가능성'은 녹색성장보다 넓은 개념이다.⁴⁰⁾ 따라서 '지속가능발전'보다 '저탄소녹색성장'이 좁은 개념이라는 점에서 저탄소녹색성장기본법을 현행 지속가능발전법보다 기본법의 위치를 인정하는 것은 적합하지 않다. 즉 '지속가능성'이 '녹색성장' 보다 넓은 개념임에도 불구하고, '녹색성장'이 '지속가능성'을 흡수하는 개념으로 보는 것은 문제가 있다. 또한 저탄소녹색성장기본법과 지속가능발전

38) 조홍식/황형준, "녹색성장과 환경법제의 대응-", 한국환경법학회 제95회 학술대회, 2009. 36면.

39) 안성경, "녹색성장론에 대한 비판적 연구 -환경법적 관점에서-", 한양법학 제21권 제3집, 한양대학교 법학연구소, 2010, 337면.

40) 윤경준, "저탄소녹색성장 정책 다시 보기 -비판적 평가 및 전망-", 한국정책학회보 제21권 제2호, 한국정책학회, 2012, 33면-34면.

법 중 어느 법이 기본법인지에 대해 혼란이 있다. 무엇보다 저탄소녹색성장은 지속가능발전 개념을 포섭하지 못한다는 비판이 있다. 따라서 지속가능성을 위해 통합적 측면에서 법체계의 마련이 필요하다. 그런데 기존에 기본법의 역할을 하였던 현행 지속가능발전법이 존재하는 상황에서 저탄소녹색성장기본법이 제정되었다.

이상과 같이 ‘지속가능성’은 ‘녹색성장’이라는 개념보다 더 넓은 개념이다. 반면, ‘녹색성장’은 ‘지속가능성’보다 협소한 개념이다. 따라서 ‘녹색성장’이라는 개념보다 ‘지속가능성’이라는 용어가 더 적합하다. 이러한 측면을 고려하여 저탄소성장기본법과 지속가능발전법의 문제점의 개선방안이 합리적으로 모색되어야 할 것이다.

‘지속가능성’과 관련하여 많은 개별법들이 환경·경제·사회 등 분야에 산만하게 여기저기 산재해 있다. 예를 들어 환경 분야에만 하더라도 환경정책기본법·대기환경보전법·환경영향평가법·자연환경보전법·환경기술 및 환경산업 지원법·‘생물다양성 보전 및 이용에 관한 법률’·유해화학물질관리법·폐기물관리법, 산림법 등이 있다. 이외에도 다양한 분야에서 지속가능성과 관련된 많은 개별법들이 산재해 있다.

그 밖에 경제, 사회 등 여러 분야도 관련 개별법이 여기저기 혼란스럽게 산재해 있다. 경제 분야에서는 대외무역법, ‘무역거래기반 조성에 관한 법률’ 등이 있다. 이와 함께 사회 분야에는 노인복지법, 저출산고령사회기본법, ‘고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률’, 국민기초생활보장법, 최저임금법, 아동복지 등이 있다. 이처럼 다양한 분야에서 지속가능성과 관련된 수많은 개별법들이 혼란스럽게 산재해 있는 것이 현실이다. 이러한 측면에서 지속가능성의 실현을 위해서는 각 분야에 산재해 있는 관련법에 대한 체계적·통일적 입법과 규제가 요망된다.

그러므로 지속가능성이 우리나라의 기본법과 개별법규에 반영되어야 한다. 특히 지속가능성 관련 법제는 기본법의 성격을 갖는 것과 개별법의 성격을 갖는 것을 구분하는 것이 법논리적으로 타당성이 있다. 아울러 현행 저탄소녹색성장기본법과 현행 지속가능발전법을 하나의 법제로 하기 위해 기본법에 부적합한 사항은 개별법으로 옮겨 담는 정비가 필요하다.

3. 지속가능성의 실현을 위한 법제정비 필요성

가. 지속가능성 관련 법률들 간의 체계적 모순 해결

상술한 바와 같이, 저탄소녹색성장기본법이 제정 시 구 지속가능발전기본법의 많은 조문이 삭제되고,⁴¹⁾ 삭제된 내용이 저탄소녹색성장기본법에 편입되었다. 그러

나 저탄소녹색성장기본법은 그 명칭부터 비판을 받고 있다. 왜냐하면 ‘저탄소녹색성장’은 성장과 개발에 주로 치중한 협소하고 국한된 개념이기 때문이다.⁴²⁾ 그리고 녹색성장은 아직 사회적 합의가 존재하고 있지 않다.⁴³⁾ 따라서 저탄소녹색성장기본법은 다양한 분야를 통합적인 관점에서 고려하는 지속가능성에 적합하지 않다는 비판이 있다. 오히려 구 지속가능발전기본법이 현행 저탄소녹색성장기본법보다 지속가능성의 실현에 적합한 각 분야율을 포괄할 수 있는 기본법에 더 적합하다.

그럼에도 불구하고 저탄소녹색성장기본법이 제정되면서 구 지속가능발전기본법에서 삭제된 내용이 저탄소녹색성장기본법에 편입된 것은 법률들 간의 체계적인 모순을 야기하고 있다는 비판이 제기됐다. 현재와 같은 혼란들을 방지하기 위해 지속가능성과 관련된 기본법과 개별법들 보다 더 큰 틀에서 통일적·체계적으로 정립되어야 할 필요성이 더욱 커지고 있다. 이러한 측면에서 볼 때 현재 지속가능성과 관련된 법률들 간의 체계적 모순이 해결되어야 할 필요성이 적지 않으므로, 지속가능성의 실현을 위해 법제정비의 필요성이 있다.

나. 성장의 한계에 따른 새로운 방향의 모색

로마클럽의 발표에서 보았듯이, 산업혁명 이후 경제성장을 거듭했던 국가는 그 과정에서 환경오염, 자원고갈, 사회갈등, 기후변화 등과 같은 다양한 문제점들이 발생하였다. 특히 성장과 개발에만 중점을 두면서 발전한 기존방식으로는 여러 분야의 균형을 이루었기 때문에 기존 방식과 같이 반환경적 성장방식이 아니라 여러 분야와의 공존할 수 있는 새로운 방향이 모색되어야 한다는 점이 요구되고 있다.

이는 과거와 같은 경제일변도의 성장방식으로 인해 환경 분야의 심각한 균형으로 인해 인류의 생존과 국가의 존립마저 위협하는 환경위기의 원인이 되었기 때문이다. 따라서 과거의 성장방식에 대한 비판과 기존방식의 수정에 대한 요구와 함께 지속가능성의 성공적 실현을 위해서는 새로운 제도의 필요성이 요구되었다.⁴⁴⁾

따라서 자원이 무한하지 않고 유한한 가운데 우리나라도 경제적인 측면에서 ‘성장의 한계’이라는 어려움에 직면한 상황에서 새로운 방향을 모색할 필요성이 커지

41) 구 지속가능발전기본법에서 제4조, 제6조, 제8조, 제9조, 제12조 등이 삭제되었다.

42) 윤경준, 전계논문, 44면-49면.

43) 함태성, 전계논문, 365면-370면.

44) 채구묵, “사회복지시설의 문제점 개선 과제 및 전략”, 사회복지정책 제16권, 한국사회복지정책학회, 2003, 79면 이하.

고 있다. 이러한 측면에서 우리나라에서도 지속가능성을 성공적으로 달성하기 위한 법제도에 대한 바람직한 개선의 필요성이 커지고 있다.

다. 합리적인 자원이용과 친환경적인 사회구조 실현

기존과 같은 무분별한 개발은 천연자원을 급격하게 고갈시키고 심각한 환경파괴를 야기하는 것은 물론 각 분야에 부정적 영향을 미쳤다. 특히 1968년에 결성한 로마클럽의 인간·자원·환경 문제에 관한 미래예측 보고서인 1972년 ‘성장의 한계’에 따르면, 성장이 환경에 미치는 부정적 영향의 심각성을 경고하면서 기존의 성장방식이 수정되지 않고 계속된다면 인류의 생존마저 위협할 가능성이 크다고 밝혔다.

무엇보다 환경파괴가 매우 심각해지고 무분별한 개발과 함께 다량의 폐기물이 급증하는 상황에서 친환경적인 소비와 사회구조에 대한 관심이 고조되었다. 뿐만 아니라 쓰레기를 효율적으로 재활용하는 방식을 확대함으로써 각종 다량의 폐기물로 인한 환경오염의 문제와 함께 에너지자원이 부족한 사태도 동시에 해결해야 할 필요성이 커지고 있다.⁴⁵⁾ 이에 따라 합리적 자원이용과 친환경적인 사회구조 실현을 위해서 지속가능성과 관련된 현행 법제도에 대한 개선방안이 모색되어야 한다.

라. 지속가능성에 관한 국제기준과의 정합성 필요

생물다양성협약, 사막방지화협약, 기후변화협약 등과 같은 다양한 분야의 국제협약들을 비롯하여 국제사법재판소의 판결에서 지속가능성에 대한 규범력이 인정되고 있다.⁴⁶⁾ 이러한 국제적인 추세 하에서 지속가능성을 규범화하는데 있어서 우리나라에서도 지속가능성과 관련된 법제를 정비함에 있어서 국제적인 기준을 고려하여 각종 분야에서 발생하고 있는 문제들을 해결할 수 있다. 이를 통해 국제법상 인류공통과제로 인정되고 있는 지속가능성과 관련된 법규를 정비함으로써 국제법질서와 국내법질서를 조화시킬 수 있다. 왜냐하면 지속가능성을 이루기 위해서는 통합적인 관점에서 경제성장과 다양한 분야가 조화와 균형을 이루어야 하기 때문이다.

유엔지구환경정상회의 즉 리우회의를 통해서 지속가능성이라는 개념이 21세기를

45) 강만옥/이상용, “에너지·전력부문 보조금의 환경친화적 개편방안과 파급효과 연구Ⅱ”, 한국환경정책평가연구원 연구보고서 제6호, 한국환경정책평가연구원, 2008, 5면 이하.

46) 윤세중/정홍범/최지은, “저탄소녹색성장 기본법에 관한 비판적 고찰-환경법의 지도이념으로서 ‘녹색성장’의 타당성”, 환경법연구 제32권 제2호, 한국환경법학회, 2010, 317면-322면.

맞이하야 인류가 당면한 공동적으로 추구하여야 할 새로운 인류의 공통과제로 인정되었다. 이러한 이유로 지속가능성의 실현은 국제사회의 모든 구성원이 추구할 공통과제가 되었다. 무엇보다 국제사회에서 지속가능성이 국제적으로 중요한 인류 공통과제로 인정되는 상황에서 헌법현실에 있어서 그 중요성이 커지고 있다.

이러한 가운데 지속가능성과 관련된 법제도의 정비를 통해 지속가능성을 성공적으로 성취시킨다면 국가적으로 경쟁력을 신장할 수 있음은 물론 국민의 삶의 질도 향상시킬 수 있다. 따라서 현행 지속가능성 관련 법제들이 지속가능성에 관한 국제적 기준을 합치됨으로써 국제사회에 동참·기여할 수 있도록 하기 위해 지속가능성에 관련된 우리나라 법제들에 대한 합리적인 정비가 필요하다.

IV. 헌법적 중요성이 커진 지속가능성의 실현을 위한 법제정비 방안

1. 지속가능성 실현의 헌법적 중요성

오늘날 지속가능성은 환경법의 영역을 넘어서 국민생활의 모든 영역에서 그 중요성이 더욱더 커지고 있는 것이 세계적인 추세이다. 이러한 현실에서 유엔, 유럽 연합, 국제경제개발협력기구 등의 국제기구는 물론 많은 국가들 역시 지속가능성의 실현을 위해서 자국의 입법, 정책 등을 마련하고 있다. 또한 각국은 지속가능성을 중요한 국가적 전략으로 수립하고 이를 평가·개선하는 체제를 구축하고 있다.

뿐만 아니라 프랑스헌법, 스위스연방헌법, 포르투갈헌법 등과 같은 여러 나라의 헌법적인 차원에서 지속가능성의 중요성이 커지고 있음에 따라 지속가능성을 실현시키기 위해서 헌법에 지속가능성을 명문화하고 있다. 이와 같이 지속가능성에 대한 중요성이 전 세계적으로 환경법 또는 개별법의 영역은 물론 헌법적인 차원에서도 고려해야하다는 점이 인식되면서 지속가능성의 헌법적 중요성이 점증되고 있다. 이러한 맥락에서 지속가능성 실현의 헌법적 중요성을 아래에서 살펴보자 한다.

첫 번째, 국민 삶의 터전인 자연생태계가 심각하게 훼손되는 것을 방지하기 위해서 지속가능성의 헌법적 중요성이 대두되었다.⁴⁷⁾ 무엇보다 환경 분야에서 온실가스·산림파괴로 인한 지구온난화, 도시화로 인한 환경오염 및 동식물멸종, 산업폐기물로 인한 수질·토양·대기오염, 과학기술발달로 인한 환경파괴위험성⁴⁸⁾ 등으로

47) 고문현, “저탄소녹색성장을 위한 비교 헌법적 연구”, 환경법연구 제32권 제3호, 한국환경법학회, 2010, 124면.

인한 위기가 고조되고 있다.⁴⁹⁾ 이처럼 오늘날 발생하고 있는 심각한 자연환경의 파괴로 인해 표출되는 여러 문제들을 종합적으로 해결해야할 필요성이 커졌다.⁵⁰⁾ 이에 따라 현재세대의 필요를 충족시키기 위해 각종 정책들을 추진함에 있어 미래 세대의 생존권을 저해하지 아니하는 지속적인 발전이과 균형이 추구되어야 한다.

두 번째, 기존의 법체계로는 해결할 수 없는 다양한 분야의 각종 위기들이 다양한 분야에서 급격하게 대두되고 있는 상황에서 지속가능성과 관련된 정책들이 시행되는 과정에서 규범과 현실의 괴리가 노출되고 관련 법규자체의 흠결과 운용상의 문제점이 제기되고 있다. 이러한 상황을 감안할 때 국가시스템의 전반에 걸쳐 헌법적인 차원에서 지속가능성을 실현해야할 중요성은 적지 않다.

세 번째, 환경 분야를 넘어 경제위기·사회위기·에너지위기 등 각종 위기로 인해 헌법현실이 과거와 달리 다양한 분야에 발생하고 있는 위기와 변화들을 근본적으로 해결하고 대처할 수 있는 방향이 필요하게 되었다. 이에 따라 급변하는 상황 속에서 나타난 새로운 위기에 대한 대처방향을 제시하는 지속가능성의 헌법적 중요성이 커지고 있는 것이 현실이다.⁵¹⁾ 특히 헌법은 시대환경의 변화에 상응할 수 있어야 한다.⁵²⁾ 따라서 지속가능성을 헌법상 도입하여 다양한 위기에 적절하게 대응해야 한다는 점에서 헌법상에서 지속가능성의 중요성이 그 만큼 증대되었다.

네 번째, 지속가능성을 성공적으로 성취하기 위해서는 장기적인 안목에서 현재 세대의 기본권은 물론 미래세대의 생존까지 통합적인 관점에서 균형적으로 고려하여 조화시켜야 한다는 점에서 헌법적으로도 지속가능성은 매우 중요한 문제이다.⁵³⁾ 더욱이 지속가능성과 관련하여 기본법적 성격을 가진 두 개의 법이 존재함으로써 법률체계의 혼란을 야기하는 상황에서 한 국가의 최고법이자 국가의 기본 질서를 정하고 있는 헌법에서 지속가능성의 중요성은 증가할 수밖에 없다.

다섯 번째, 우리나라에서 2007년에 구 지속가능발전법기본법이 제정되면서 국내 법적으로 지속가능성을 규정하고 있는 상황이다. 즉 지속가능발전법, 저탄소녹색성장기본법 등의 법규에도 지속가능성이 명문으로 규정된 상황에서 지속가능성의 합

48) 신윤창/안치순, “원전의 사회적 수용성에 관한 연구”, 한국정책과학학회보 제13권 제3호, 한국정책과학학회, 2009, 189면 이하.

49) 전학선, “유럽헌법과 프랑스 헌법개정”, 유럽헌법학회연구논집 창간호, 유럽헌법학회, 2007, 70면-71면.

50) 김광수, “지속가능한 국토이용 평가”, 세계헌법연구 제16권 제3호, 국제헌법학회, 2010, 633면-638면.

51) 전광석, 전계논문, 273면-274면.

52) 장영수, “헌법학”, 홍문사, 2012, 60면-61면.

53) 윤성복, “환경과 미래세대들”, 한독사회과학논총 제15권 제1호, 한독사회과학회, 2005, 205면-209면.

리적·체계적 법제화를 위하여 헌법적으로도 지속가능성의 중요성이 확산되고 있다.

여섯 번째, 다양한 분야에서 심각하게 발생하고 있는 수많은 위기로 인해서 지속가능성에 대한 필요성에 대해 국민적인 공감대가 형성되어 있기 때문에 국민요구를 반영하기 위해 지속가능성을 헌법상에 수용해야 할 타당성과 가능성이 적지 않다고 본다.⁵⁴⁾ 무엇보다 현재 각계각층 국민이 지속가능성의 중요성을 인식하고 있는 만큼 여론과 공감대가에 의해 국민의 생활과 국가의 큰 기본질서에 적지 않은 영향을 미치는 헌법에서 지속가능성의 중요성이 더 커졌다.

일곱 번째, 국가의 존립과 국민의 생존을 보호를 해야 할 필요성이 더욱 증가하면서 지속가능성에 대한 헌법적인 중요성이 점증되고 있다. 이러한 상황에서 지속가능성의 성공적인 실현시키기 위해서는 각종위기에 적극적으로 대처할 수 있는 시스템을 마련함으로써 국민의 기본권을 보장할 수 있다고 본다. 이러한 측면에서 볼 때 새롭게 발생하는 다양한 위기로 부터 국가의 존립과 국민의 기본권을 보호하기 위하여 지속가능성의 헌법적 중요성이 증대되고 있는 것은 분명하다.

여덟 번째, 지속가능성과 관련된 문제는 모든 국가기관이 고려해야 할 중요한 문제로 그 비중이 증가했다. 지속가능성과 관련된 문제가 심각해지고 이에 대한 국가의 대응의 필요성 증대와 함께 환경문제는 법적으로도 행정법 또는 민사법만의 문제로 보기 어려울 정도로 국가생활에서 차지하는 범위와 비중이 커졌다.

위에서 열거한 여러 가지 이유들을 살펴본 바에 의하면, 지속가능성과 관련된 문제는 국민의 기본권과도 매우 밀접한 사항인 동시에 단순히 국가가 임의로 선택할 수 있는 정책적 목표로 취급하는 것은 더 이상 타당하지 않다고 본다. 이러한 측면에서 지속가능성을 성공적으로 실현하는 것은 오늘날 현대국가의 과제이다. 따라서 지속가능성은 국가의 모든 국가기관은 물론 개인, 기업 등과 같은 모든 사회구성원이 고려해야할 문제로 헌법적으로 중요한 요청이라고 볼 수 있을 것이다.

앞에서 살펴본 바와 같이 지속가능성은 국제법적으로는 1992년 리우회의 이후 인류의 보편적 인류과제로 부각되었으며, 우리나라에서도 지속가능발전법이 2007년 제정되면서 국내법적으로도 이에 관한 논의가 시작되었다. 무엇보다 인류가 처한 위기상황에 비추어 볼 때 국민의 생존·생활 및 국가존립에 적지 않은 영향을 미치고 있는 상황에서 지속가능성은 헌법적으로 존중되어야할 중요한 가치이다.⁵⁵⁾

54) 이에 관하여는 강석훈, “국민들의 공감대 형성이 중요하다”, 철학과 현실 제76호, 철학문화연구소, 2008, 41면-46면 참조.

55) 이에 관하여는 전광석, 전거서, 25면-26면 ; 지속가능성에 대한 헌법적인 근거는 헌법전문 “...

이러한 맥락에서 볼 때 지속가능성의 성공적인 실현에 대한 헌법적 중요성은 부인할 수 없으며, 지속가능성은 국가작용에 대한 헌법의 중요한 과제에 해당한다.⁵⁶⁾

2. 지속가능성의 실현을 위한 법제정비 기본원칙

지속가능성이 성공적으로 실현되기 위해서는 지속가능성이라는 개념의 구성요소인 ‘다양한 분야의 통합’, ‘각 주체들 간의 형평’, ‘관리감독과 협력에서 공통되면서 차별화된 책임’, ‘모든 자원의 적절한 이용’, ‘장기적 안목에서 사전예방’, ‘삶 질의 향상’ 등이 지속가능성의 성공적인 실현과 관련되어 있는 다양한 분야의 수많은 개별법들의 기본적인 방향을 제시하는 기본법의 원칙으로 반영되어야 한다.

이와 더불어 지속가능성의 실질적인 달성을 위한 법제정비의 개선방안과 관련하여 ‘예산편성과 재정확보’, ‘영향평가와 실태조사’, ‘민관협력과 관리감독’, ‘홍보와 교육의 강화’ 등이 지속가능성과 관련된 각각의 개별법들에 포함되어야만 한다.

첫 번째, 전 세계 각 국에서 경제성장뿐만 아니라 사회복지, 자연생태계보호 등에 대한 국가들의 요구가 커지고 있는 상황에서 각 국의 정부가 이를 해결하기 위한 비용이 급증하면서 재정확보가 선행되어야 함은 중요한 문제가 됐다. 따라서 오늘날 현대국가가 많은 분야에서 공적 과제를 성공적으로 추진하기 위해서는 재정의 안정적 확보가 필요하다. 이와 함께 재정확보는 궁극적으로 국민의 생존권 보장과 함께 사회복지달성이라는 기본적 가치실현과 관련되어 있다. 따라서 국민의 기본권적 가치를 최적화하여 현실적으로 실현하기 위해 현대국가는 안정적으로 재정을 확보하고 예산의 운영과 집행에 대한 엄격한 규제가 수반되어야 한다.⁵⁷⁾

두 번째, 지속가능성이 성공적으로 실현될 수 있도록 하기 위해서는 계획된 여러 목표를 성취하고 각 분야의 원활한 조화를 위해서는 객관적이고 면밀히 평가할 수 있는 실태조사가 선행되어야 한다.⁵⁸⁾ 이와 함께 사전예방적인 차원에서 장기적

우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐..”한다는 것을 비롯해 헌법상의 여러 조문에 내포되어 있다.

56) 이에 관하여는 전광석, 전게서, 26면-27면 ; 지속가능성은 환경 분야, 사회 분야, 경제 분야 및 경제 분야가 균형 있게 그리고 지속적으로 미래세대의 이해를 충족할 가능성을 보장하면서 발전하여야 한다는 헌법적인 요청이다. 비록 그 내용에 있어 명확하지 못한 점이 있다고 해도 이를 이유로 지속가능성이 헌법적 과제로서의 성격을 부인할 수 있는 없다.

57) 이에 관하여 장영수, 전계논문, 954면 참조.

58) 한택환, 지속가능개발의 추진전략-환경인프라 기반확장을 중심으로-, 21세기 지속가능발전 전략 세미나, 환경부/한국환경정책평가연구원/지방의제21 전국협의회, 2000. 10. 27면 이하 참조.

인 안목을 가지고 현재세대는 물론 미래세대까지 함께 고려하여 다양한 분야에서 계획을 수립하기 위해서는 충분한 실태조사와 함께 영향평가가 전제되어야 한다.

세 번째, 지속가능성의 실현을 위한 ‘관리감독과 민관협력’이 필요하다. 재정과 예산이 점점 더욱 증대되고 있는 현대사회에서 행정부가 확보된 재정을 효과적으로 집행하고 있는지에 대한 관리와 감독의 필요성도 더욱 증가하였다. 무엇보다 행정국가화 경향이 더욱 심화되고 있는 현재의 상황에서 행정부가 국민의 세금으로 마련한 재정과 예산을 얼마나 효율적으로 운용하는지에 대한 체계적인 관리감독을 강화하는 것은 지속가능성의 실질적인 성취에 있어서 매우 중요한 문제이다.

네 번째, 지속가능성의 성공적인 실현을 위한 ‘교육실시와 홍보강화’가 필수적이다. 그리고 지속가능성의 달성을 위해서는 소비패턴, 사고방식 등의 변화가 필요하기 때문에 국민인식의 변화가 중요하다. 따라서 지속가능성을 위한 교육의 강화와 함께 지속가능성의 실현을 위한 국민적 공감대가 교육과 홍보를 통해 형성되어야 한다. 무엇보다 오늘날의 다양한 분야에서의 많은 위기가 기존의 성장제일주의방식, 친환경적이지 못한 소비패턴, 무분별한 자원고갈행위 등으로 발생한 만큼 과거의 잘못된 방식과 인식을 변화시킬 수 있는 교육과 홍보가 더욱 강화되어야 한다.

3. 지속가능성 실현을 위한 법제정비 개선방향

가. 예산편성과 재정확보를 위한 법제정비 방안

현대국가가 해결해야 될 위기의 증가에 비례하여 재정의 규모가 급증하자 현재세대와 미래세대가 부담할 재정적인 규모도 커졌다. 또한 경제적인 위기가 빈번히 발생함에 따라 국가의 지출이 증대하여 국가부채도 가중되고 경제성장과 함께 환경보호는 물론 사회의 복지에 대한 요구가 더욱 커지고 있기에 각 국의 정부나 지방자치단체가 생태계보존과 사회복지를 위해 지출해야 할 비용이 매년 급증하고 있다. 이처럼 금융위기, 무역적자 등이 빈번하게 나타나면서 경제위기가 더 이상 일시적 현상이 아니라 구조적 문제가 되면서 재정지출은 지속적으로 급증해 왔다.

더욱이 환경복구사업·건설사업 등에 들어가는 비용이 급증하는 가운데 여성·아동·노인복지 등을 위한 지출비용이 급증함에 따라 재정적으로 어려움을 겪는 국가들이 증가하자 지속가능성의 안정적 실현을 위해 재정확보는 더욱더 중요해졌다.

특히 급증한 국가부채는 현재세대는 물론 미래세대가 감당할 수 있는 능력을 고려해 국가부채를 감소시켜야 한다. 따라서 다양한 분야에서 야기되고 있는 문제를

해결하고 지속가능성을 성취하기 위해서는 과도한 비용에 대한 적절한 제한이 필수적이다. 또한 세계 각국에서 발생한 재정위기를 살펴보면, 지속가능성을 달성하기 위해서 재정의 안정적 운용과 예산의 확보·균형분배와 적합한 집행이 중요하다는 것을 알 수 있다. 또한 다양한 위기에 대응하기 위한 세부실천계획은 물론 적절한 예산배분도 요망된다.⁵⁹⁾ 아울러 안정적 재정확보로 재정건전성을 높이고 확보된 예산의 균형 배분·집행의 근거가 되는 법제도정비도 요망된다.⁶⁰⁾ 또한 지속가능성을 위해서는 예산의 균형분배 및 집행과 동시에 수입과 지출의 균형도 중요하다.⁶¹⁾ 이를 위해 예산편성과 재정확보를 위한 엄격하고 상세한 규정이 필요하다.

이와 같이 현대국가가 다양한 분야의 여러 위기들을 성공적으로 극복하기 위해서는 안정적인 재정확보가 필수적이다. 이에 따라 적자초과분의 해소규정⁶²⁾, 예산의 낭비와 적자예산을 방지함을 위한 초과된 부채감축규정⁶³⁾, 국가기관의 차관에 관한 제한규정 등을 고려하여 우리나라의 실정에 적합하게 입법함으로써 우리나라의 사회에서 지속가능성이 성공적으로 성취될 수 있도록 해야 할 필요성이 크다.

나. 영향평가와 실태조사를 위한 법제정비 방안

지속가능성이 성공적으로 달성하기 위해서는 다양한 분야들의 수많은 문제들을 함께 고려해야 하므로 관련 실태의 조사가 중요하다. 더욱이 효율적인 ‘실태조사’를 진행하기 위해서는 다양한 분야와 여러 지역들에 대한 전문적·사전예방적인 실태조사가 필요하다. 이와 동시에 국제적인 기준에 부합하는 실태조사가 요망된다.

특히 각 분야의 복잡한 실태에 대한 파악이 충분하게 진행하려면 전문성을 갖춘 제도와 전문적인 인력이 구비되어야 한다. 그리고 도시화와 공업화로 야기된 심각

59) 최정기, “지속가능한 발전을 위한 건교부의 역할과 대응전략”, 21세기 지속가능발전 전략 세미나, 한국환경정책평가연구원/환경부/지방의제21전국협의회, 2000. 10. 27-28, 166면-169면.

60) Markus Möstl, “Nachhaltigkeit und Haushaltsrecht”, Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Mohr Siebeck, 2008, S. 585 ff.

61) Andreas Glaser, “Nachhaltige Entwicklung und Demokratie, Mohr Siebeck”, 2006, S. 101 ff; “스위스연방헌법 제126조는 장기적으로 수입·지출균형을 유지할 의무를 부과했다. 실효성 보장을 위해 지출이 일정액을 초과 시 일정기간 내 재정균형회복을 위한 조치가 선행되어야 한다”고 한다.

62) 독일은 2008년 금융위기로 인한 유로화위기에 대응하고 2009년 유럽연합(EU)의 안정성장협약(SGP)과 채무제한법(schuldenbremse gesetz)을 이행해 국가의 재정건전성을 강화하고 국가부채를 감하기 위해서 노력하였다.

63) 스위스연방헌법 제126조부터 동법 제135조까지의 재정건전성에 관한 규정에 따르면 스위스연방은 경제상황을 적절히 고려해 국가부채를 감축해야 한다는 엄격한 규정을 두고 있다.

한 환경파괴 등의 문제들을 예방할 수 있는 사전예방차원의 제도와 기구를 갖추어야 한다. 더욱이 실태조사와 관련된 기구를 구성함에 있어 전문가의 참여와 협력이 중요하다. 이러한 점에서 사전예방적이고 전문적인 실태조사를 위한 방법 중 하나로서 사전예방을 위한 제도와 기구가 필히 마련되어야 하는 것은 필수적이다.

이와 함께 ‘지속가능성’에 근거하여 다양한 분야에서 국제적인 기준에 부합하는 실태조사가 내실 있게 실현이 될 필요성이 있다. 특히 각 분야의 위기는 한 국가의 문제만으로 종료되는 것이 아니라 주변 국가에 서로 적지 않은 영향을 미치고 있다. 이러한 측면에서 전 세계각 국가는 서로 협력을 통하여 지속가능성을 실현해야 하기 때문에 각 국은 국제기준에 적합하게 각각의 개별법을 정비해야 한다.

또한 지속가능성을 위한 영향평가를 위해서는 각 분야에 부합한 평가방법을 발굴하고 각 지역과 분야에 적합한 지표를 찾아야 한다. 더욱이 사전예방적인 차원에서 다양한 각각의 분야에 대한 영향평가를 하는 데 있어 성과평가는 물론 과정평가 등 여러 평가방식이 장기적 안목에서 모색되어야 한다. 여기서 과정에 대한 영향평가와 관련하여 의견수렴방법, 계획수립기간, 계획실천과정 등이 평가대상이다. 아울러 영향평가가 성공적으로 실현되기 위해서는 정확한 지표와 실태조사를 통하여 적합한 평가방법을 도입해야 한다. 예를 들어 교통영향평가처럼 차량의 정체현상, 차량으로 인한 오염현상 등 여러 가지 요소들이 평가에 반영되어야 한다.

특히 지표는 지속가능성을 위한 필수적인 척도로서 기존의 상황을 면밀하게 비교·검토할 수 있는 근거자료인 동시에 기준이 될 수 있으므로 계획수립 시 객관적 평가를 위해 지표가 마땅히 필요하다. 또한 각 국가기관은 지표를 통해 목표를 체계화하고 장래 변화를 예측할 수 있다. 이와 같이 현대국가가 지속가능성과 관련하여 현황파악을 하고 이에 근거해 정책을 수립하는데 있어서 실태조사는 중요한 문제이다. 따라서 지속가능성의 성공적인 실현을 위한 정책의 수립·집행 시 지표분석에 의존해 각 분야의 문제점을 파악할 수 있기 때문에 지표의 개발은 중요하다.

지속가능성이 전 세계적으로 공통과제로 인정된 상황에서 각국은 지속가능성과 관련된 기준을 명확히 비교·평가하는 도구로 지표를 활용하고 있으며, 각 국에서 지속가능성의 성공적 실현을 위한 효과적 평가도구와 실행척도로써 지표에 대한 연구가 활발히 진행되고 있다. 이러한 맥락에서 유엔, 경제개발협력기구, 유럽연합 등과 같은 각 국제기구들은 지속가능성을 측정할 수 있는 지속가능발전지표(SDIs : Sustainable Development Indicators)를 지속가능성의 평가수단으로 활용하고 있다.

다. 민관협력과 관리감독을 위한 법제정비 방안

지속가능성과 관련되어 다양한 분야에 들어가는 액수가 막대하기 때문에 행정부가 비용처리의 과정에서 낭비될 수 있는 금액도 커졌다. 더욱이 지속가능성이 실현과 관련해서 지출되는 엄청난 재정과 예산은 국민세금으로 충당되므로 철저히 관리하고 감독해야 한다. 따라서 예산운용, 정책추진과정, 재정지출 등에 있어서 감독과 관리의 강도가 필요하다. 이와 함께 직무감찰과 회계감사의 강화를 통해 효과적인 관리시스템이 구축해야 한다. 이에 따라 현대의 행정국가가 행정권에 대한 감독을 효율적으로 하기 위하여 성과감사, 과정감사 등이 요망된다. 무엇보다 성과감사를 수행하는데 있어서 행정의 효율성은 물론 경제성까지도 감사의 대상에 포함시켜 행정작용에 대한 효율적인 감시와 체계적인 통제에 기여하고 있다.⁶⁴⁾

아울러 정책수립의 상황은 물론 그 성과에 대한 사후평가에 대해서 종합적으로 분석해야한다. 지속가능성의 성공적인 실현을 위하여 모니터링, 성과감독, 보고의무, 결과평가 등이 필요하다.⁶⁵⁾ 이러한 이유로 효율적인 감사를 위해서는 전문학적인 재정을 사용함에 있어서 합리적인 절차에 따라 용도와 한도에 맞게 재정이 지출되었는지에 대한 감독이 수반되어야 한다. 즉 회계오류와 위법한 재정지출의 여부에 대해 체계적인 감독과 함께 이에 대한 실태가 정확하게 파악되어야 한다.⁶⁶⁾

점차 다각화되고 복합적인 위기들이 나타남에 따라 이를 관리하는 행정부에 대한 관리감독이 필요하다. 따라서 지속가능성을 위한 정책과 사업에 대한 체계적인 관리감독을 강화하기 위한 조치들이 다양한 분야의 개별법들에 반영되어야 한다.

최근 여러 분야에서 발생하는 수많은 문제는 국가기관만이 해결하기에는 어려움이 있다. 다시 말하여 각 분야의 다양한 문제들은 그 수를 헤아릴 수 없을 정도로 엄청나게 나타나고 있기 때문에 공공기관이 이를 모두 해결하는 것은 어렵다. 이에 따라 지속가능성의 성공적인 실현에 있어 협력은 매우 중요하다. 이러한 점에서 민간단체와 국가기관의 협력이 더욱 활성화되어야 할 것이다. 이와 같이 오늘날 민관협력은 유럽 등 전 세계계의 행정개혁에 있어서 중요한 의미를 가진다.⁶⁷⁾

더욱이 지속가능성과 관련된 문제들은 대규모사업인 경우가 많기 때문에 비용이

64) 이미영, “시스템 감사의 회고와 전망”, 감사 제98호, 2008년, 98면.

65) Carl Böhret/Hermann Hill, “Ökologisierung des Rechts- und Verwaltungssystems”, Nomos, 1994, S. 208 ff.

66) 송기국, “한국의 시스템감사와 공공부문에 대한 재정적 성과”, 감사 제100호, 감사원, 2007, 5면 이하.

67) 정남철, “민관협력(PPP)에 의한 공적과제운행의 법적 쟁점: 독일 및 유럽연합에서의 논의를 중심으로”, 공법연구 제37권 제2호, 한국공법학회, 2008, 341면.

막대하다. 국가기관이 모든 비용을 다 마련하기 어렵기 때문에 민간단체의 기부가 필요하다. 정책이 지속적으로 실현되는데 있어 많은 인력이 오랫동안 필요한 경우가 많기 때문에 공공기관의 인력만으로는 부족한 경우가 적지 않다. 따라서 다양한 분야에서 위기가 급증하는 상황에서 지속가능성의 성공적 달성을 위해서는 민간단체와 공공기관의 상호협력을 통해 문제를 해결하는 것이 오늘날의 추세이다.

무엇보다 지속가능성 관련 문제는 장기적인 경우가 적지 않기 때문에 인력, 재정, 장비 등이 충분하지 못하면 관련 사업과 정책은 축소되거나 폐기될 수밖에 없다. 이러한 측면에서 국가기관이 재정, 인력, 시간 등의 한계로 인해 현장에 신속하게 모든 문제를 해결할 수 없는데 있어서 적지 않은 어려움이 발생하고 있기 때문에 국가기관과 민간단체와의 상호적인 협력은 앞으로 더욱 중요할 수밖에 없다.

라. 홍보와 교육의 강화를 위한 법제정비 방안

지속가능성이 근본적으로 달성될 수 있도록 하기 위해서는 교육의 역할이 강조될 수밖에 없다. 이와 같이 전 세계 각국은 교육의 중요성을 인식하고 지속가능성을 실질적으로 달성하기 위한 교육을 위한 투자에 치중하고 있다. 즉, 전 세계 각국은 지속가능성에 적합한 교육시스템을 통해 자국의 경쟁력을 향상시키고 있다.

따라서 지속가능성이 실현되기 위해서는 지속가능한 교육이 이루어져야 한다. 이를 위해서는 교육을 통해 생물다양성의 중요성, 이상기후변화의 영향, 지구온난화의 원인 등을 알리도록 함으로써 국민이 친환경제품소비, 오염행위방지, 천연자원이용 등에 관심을 갖고 동참할 있도록 교육이 역할을 해야 한다. 더욱이 사전예방적인 차원은 물론 장기적인 안목에서 지속가능성을 성공적으로 실현하기 위한 교육제도가 마련되고 실시되어야 한다. 또한 통합적 시각에서 교육 분야가 다양한 분야와 조화될 수 있도록 지속가능성을 실현하기 위한 교육이 추진되어야 한다.

예를 들어 환경 분야에서 지속가능성이 성공적으로 달성되기 위해서는 친환경교육이 이루어져야 한다. 이러한 친환경교육을 통해서 경제성장 못지않게 자연보호도 중요함을 알림으로써 경제와 환경이 서로 균형을 이루는데 사회의 모든 구성원이 자발적으로 협력하도록 해야 한다. 이러한 이유로 장기적 측면에서 지속가능성을 위해 필요한 기존 소비패턴의 변화, 절약 등에 대한 교육이 성인에게도 이루어져야 한다. 그리고 지속가능성의 성공적인 달성을 위한 다양한 교육프로그램을 개발하고 전문적인 교사의 양성도 요망된다. 더불어 유치원과 초·중·고등학교는 물론 대학교에서도 지속가능성을 실현하기 위한 체계적인 교육이 추진되어야 한다.⁶⁸⁾

또한 지속가능성의 달성을 위한 교육프로그램과 캠페인이 활성화되어야 한다. 이를 위해 각 부처가 참여해 정책을 개발·실행해야 된다. 모든 사회구성원이 지속가능성의 실현을 위한 교육에 참여해야 한다. 더욱이 오염원과 관련된 기업의 직원과 운영자를 대상으로 교육도 실시되어야 한다. 이를 위해 지속가능성 관련 개별법에 지속가능성을 위한 교육프로그램의 실시에 대한 상세한 규정도 필요하다.

그리고 지속가능성의 성취를 위한 공동목표를 설정하여 협력이 가능한 체계를 조직하고 지속가능성을 위한 홍보를 강화해야 한다. 이와 함께 참여주체가 정보를 공유·교환할 수 있어야 하며, 캠페인운동도 활성화되어야 한다. 이를 통해 국민에게 지속가능성의 중요성을 알려 국민의 인식변화와 공감대를 도출할 수 있다. 유네스코는 “지속가능성을 위한 교육은 교육을 넘어 제도·사회체제의 모든 면을 다룬다. 지속가능한 교육은 총체적으로 사회사업·개발목표를 규정하는 방법을 제시한다. 지속가능한 교육은 지속가능성의 증진을 위하여 환경과 빈곤문제 등을 함께 다루는데 있다”고 하였다.⁶⁹⁾ 이처럼 지속가능성이 성공적으로 달성되기 위해서는 국민의 인식은 물론 생활습관·소비행태 등에 있어 근본적인 변화가 시급하다. 이를 위해서는 지속가능성의 실현을 위한 교육·홍보의 역할이 중요하기 때문에 실효성 있는 교육·홍보를 담보할 수 있는 법제도적 뒷받침이 안정적으로 수반되어야 한다.

V. 결론

인류는 개발과 성장에 초점을 맞추어 경제적으로 성장을 이루었지만 환경과 개발에서 있어 균형이 실현되지 못해 많은 문제점이 야기되었다. 더욱이 환경과피로 인한 피해가 대형화·다양화되는 상황에서 이를 해결하지 못한다면 국가의 존립과 국민의 생명마저도 담보할 수 없다. 이러한 상황에서 각 분야에서 촉발된 위기는 기존의 시스템으로 감당하기가 용이하지 않기 때문에 ‘지속가능성’이 요구되었다.

이러한 상황에서 우리나라는 2007년 구 지속가능발전기본법을 제정함으로써 지속가능성을 국내법적으로 수용하였다. 그 이후 현행 지속가능발전법이 존치하는 상황에서 저탄소녹색성장기본법을 2010년에 입법하면서 현재 저탄소녹색성장기본

68) 국민의 의식을 변화시키고 국가의 지속가능성 비전을 달성하기 위해서는 교육의 역할이 중요하다. 특히 미래의 주인공이 될 청소년교육에 주목해야한다. 이에 관하여는 손승남, 지속가능한 미래, 삶의 질 그리고 생태교육, 교육의 이론과 실천 제15권 제2호, 한독교육학회, 2010, 99면 참조.

69) 조우진, “지속가능발전의 윤리적 성격과 교육”, 고려대학교 박사학위논문, 2011, 120면-121면.

법과 지속가능발전법이 공존하고 있다. 이러한 이유로 인하여 지속가능성과 관련해 국내법제의 체계가 중복·병행하여 혼란을 야기하고 있다는 비판이 제기되었다.

따라서 우리나라의 기본법과 개별법규에 지속가능성을 반영함에 있어서 지속가능성과 관련된 법제는 기본법의 성격을 갖는 것과 개별법의 성격을 갖는 것을 구분하는 것이 법논리적으로 타당성이 있다. 아울러 현행 저탄소녹색성장기본법과 현행 지속가능발전법을 하나의 법제로 통일을 하기 위해서는 기본법에 부적합한 사항은 개별법으로 옮겨 담는 등의 합리적이고 체계적인 정비가 필요하다고 본다.

무엇보다 지속가능성을 위한 법제정비방안과 관련해 ‘실태조사와 영향평가’, ‘재정확보와 예산편성’, ‘관리감독과 민관협력’, ‘교육보급과 홍보강화’ 등이 필요하다. 따라서 국내법제는 지속가능성을 위한 기본법의 기본원칙에 담을 내용인 ‘실태조사·영향평가’, ‘재정확보·예산편성’, ‘관리감독·민관협력’ 등에 따라 법제를 개선해야 한다. 이와 함께 지속가능성은 각 분야에서 증대되고 있는 위기를 극복하고 각 분야가 균형을 이루어 국민 삶의 질을 향상시킬 수 있는 문제이기 때문에 헌법적 중요성이 증대되고 있다. 이처럼 현대국가에서 그 중요성이 커지고 있는 지속가능성은 현재세대와 미래세대를 위하여 자연생활기반을 보호하고 새로운 위기를 극복함으로써 국가의 경쟁력도 함께 높일 수 있다. 특히 여러 분야의 부정적인 측면은 최대한 배제하고 긍정적인 측면을 극대화시키면서 다양한 분야가 균형과 조화를 이루면서 번영을 하기 위해서는 지속가능성이 성공적으로 실현될 수 있어야 한다.

이러한 맥락에서 볼 때, 앞으로 현재세대는 물론 미래세대를 위하여 성공적인 지속가능성의 실현에 부합하는 사회적인 구조의 변화가 필요한 시점이다. 따라서 시스템적인 측면에서 지속가능성의 성공적인 달성을 위하여 부정적인 점을 최소화하고 긍정적인 점을 극대화를 위한 법제도에 대한 안정적인 뒷받침이 필수적이다.

그러므로 오늘날 다양한 분야에서 동시다발적으로 나타나고 있는 위기를 대처하는데 있어 중요한 지속가능성에 대해 헌법적 측면에서도 관심을 가져야 한다. 허 다양한 분야와 관련된 법제도가 위기에 대처할 수 있을 정도로 충분한지에 대해 통합적 관점에서 종합적으로 분석·고찰해야 한다. 아울러 검토한 문제점들에 대해서 장기적인 안목에서 사전예방에 중점을 두고 법제도적 개선을 함으로써 사회변화에 안정적으로 대처해야 한다. 이를 위해서는 헌법적인 관점에서 국가의 기본적인 질서를 규정하고 국민에게 큰 영향을 미치고 있는 각 분야의 여러 제도들에 대한 면밀한 고찰을 통해 지속가능성이 성공적으로 실현될 수 있도록 해야 한다.

(논문접수일 : 2013.07.31, 심사개시일 : 2013.08.08, 게재확정일 : 2013.09.24)



▶ 장 인 호

지속가능성(sustainability), 지속가능한 발전(sustainable development), 현재세대(present generations), 미래세대(future generation), 통합(integration), 균형(balance), 거버넌스(governance), 예방(prevention), 삶의 질(quality of life)

Abstract

The Consitutional Study of Legal System in the Republic of Korea for the Realization of the Sustainability*

Chang, Inho

Since the Industrial Revolution, the policies to cope with many kinds of crises including serious environmental pollution during a growth process has become as an urgent issue of the international society as well as of every other nations. Thus, the debates on the ‘sustainability’ have extended to various fields such as economy, society and so on in order to overcome these kinds of crises.

The Sustainability has been enlarged as a important issue for human race since Rio Conference of 1992. A regulatory power of international conventions declaring a Sustainability have been recognized widely after the Rio Conference.

By extension, every nations in the world have adopted a sustainability into their own regulations and constitutions, which manifestly prove that a sustainability is being emerged as an crucial value to overpass those crises that human race is facing at the present moment. Accordingly, South Korea is endeavoring to participate in such international movements to actualize the sustainability, and finally has adopted the enactment of ‘Framework Act on Sustainable Development’ to her domestic law.

Especially, the changes of today's societies tend to occur very rapidly

* This study was conducted by financial support by National Research Foundation of Korea and the government(the Education Ministry) in 2012.(NRF-2012S1A3A2033974).

and simultaneously throughout the various fields. However it is a logical presumption that damage was estimated to be in the billion of dollars not mentioning a following recovery period on a long-term basis. In this situations, controversy on ameliorating a legal system to implement the enactment of laws with respect to sustainability has been appeared as an urgent issue as much as the emerging importance of the sustainability.

Therefore, this study is aimed at researching on the methods of legislating the laws and regulations related to a sustainability with a view to overcome such serious crises of every fields and to construct a system as well that can contribute to improving a life quality of people for the future of this country.

금융 및 경제위기의 공법적 대응방안

- 조장적 사회국가를 지향하면서 -

강 현 호*

I. 서설	2. 금융 및 경제위기의 대응의 초석으로서 사회국가원칙
II. 금융 내지 경제위기의 특징	V. 금융 내지 경제위기 대응방안으로서 조장적 사회국가체제의 구축
III. 금융 및 경제위기로 인한 공법적 제문제	1. (적극적) 사회국가로부터 조장적 사회국가로의 전개
1. 국민의 기본권에 대한 장애	2. 조장적 사회국가의 주된 내용
2. 실업 및 고용불안	3. 조장적 사회국가에 대한 법제적 뒷받침
3. 헌법상 경제질서의 변형	VI. 결론
4. 경찰상 위험 및 환경오염의 증가	
IV. 금융 및 경제위기의 공법적 대응	
1. 공법적 대응방향의 모색	

I. 서설

우리가 살고 있는 사회는 위기사회(Risikogesellschaft)라고 할 수 있다.¹⁾ 울리히 벡에 의하면, 위기사회란 전근대의 농업사회로부터 근대의 산업사회로 이전하면서 사회의 발전과 더불어 위기가 양산되는 사회를 의미한다. 그에 의하면, 현대의 산업사회에서는 기술발전의 부수적 결과로서 알려지지 아니한 위험과 자기파괴의 잠재력이 나타나게 되었으며, 개인들은 언제든지 현실화 될 수 있는 위험에 대해서 불안을 느끼게 된다.²⁾ 원래 위기란 단어는 회복과 죽음의 분기점이 되는 갑작스럽고 결정적인 병세의 변화를 가리키는 의학용어(medizinischer Begriff)로 사용되었으나, 그 후 다른 분야에 있어서도 어떤 안정된 상태에 있어서 위급한 상황 또는 위험한 경우를 말한다.³⁾ 이러한 위기에는 자연과학적인 해악의 배분뿐만 아니라 소위 금융 내지 경제위기를 통한 실업, 경제적 곤경이나 파산과 같은 사회적 위험상

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 위기사회라는 용어는 독일의 사회학자인 울리히 벡(Ulrich Beck)에 의하여 각인된 것으로서, 그의 1986년 저서의 제목이기도 하였다.

2) Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Suhrkamp 1986, S. 25.

3) 21세기 정치학대사전, 2010. 1. 5, 한국사전연구소; 두산백과.

황도 포함한다. 다음에서 고찰할 금융위기 내지 경제위기라고 할 때 위기는 이러한 사회적 위험상황의 의미에서의 위기를 말한다.

이러한 위기 개념에서 금융위기 내지 경제위기를 살펴보면, 금융위기 내지 경제위기란 금융 내지 경제부문에서의 급격한 상황의 악화 즉 신용경색, 급격한 인플레이션, 환율의 급격한 변동, 자본의 급격한 유출입 또는 금융기관의 자본건전성 악화 등을 통하여 금융기관과 금융거래자 또는 각종의 경제주체 등에게 갑작스럽고 심각한 위험상황이 도래하게 되고 이러한 위험상황이 다시금 한 국가 내지 여러 국가의 금융 및 경제체제에 악영향을 미치게 되는 것을 의미한다고 할 수 있다.⁴⁾ Honkapohja⁵⁾에 따르면, 금융위기(Financial crises)를 은행위기(Banking crises), 투자버블(Speculative bubbles), 그리고 외환위기(Currency crises)로 분류하고 있는바, 금융, 은행 그리고 외환이 금융 내지 경제위기의 핵심분야라고 할 수 있을 것이다.⁶⁾

사실 이러한 금융 내지 경제위기는 자본주의를 기초로 하는 자유시장경제 체제 하에서는 역사적으로 비교적 빈번하게 그리고 반복적으로 도래하였다. 역사적으로 볼 때 1610년 Kipper und Wipperzeit Inflation(주화변조를 통한 가치의 급격한 절하), 17세기 네덜란드의 튜립광풍(Tulipmania), 18세기 영국의 남해회사(South Sea)와 미시시피 버블, 1907년 미국 금융위기, 1929년의 대공황, 1971년 미국의 금태환 중단 선언, 1990년대 말 인터넷 벤처기업의 거품붕괴로 인한 위기, 2001년 911테러 등이 그 예들이며, 이러한 위기들은 갈수록 점점 심화되고 있다고 볼 수 있다.⁷⁾

특히 최근의 금융위기(Finanzkrise) 내지 경제위기(Wirtschaftskrise)란 금융부문에 있어서 갑작스런 위험의 상태가 도래한 것으로서, 통상적으로 2007년 말 미국의 금융시스템의 붕괴와 비우량주택담보대출(서브프라임 모기지: Subprime Mortgage)⁸⁾

4) Socher, Hanke: Fachbegriffe aus M & A und Corporate Finance - Die Finanzkrise, NJW 2010, S. 495.

5) Seppo Honkapohja, Member of the Board, Bank of Finland.

6) <http://www.actuaries.org/ASTIN/Colloquia/Helsinki/Presentations/Honkapohja.pdf>.

7) 유종일, 미국 금융위기의 원인과 시사점, 기업지배구조연구 29호(2008년), 3면: 외환위기가 전 시기를 꿰뚫어서 점증해온 것은 자본이동성-환율안정-자율적 거시정책 세 가지를 모두 동시에 누리는 것은 불가능 하다는 소위 개방경제의 trilemma라는 관점에서 이해할 수 있을 것이다.

8) 신용등급이 낮은 저소득층을 대상으로 주택자금을 빌려주는 미국의 주택담보대출상품. 우리말로 '비우량주택담보대출'이라 한다. 신용도가 낮기 때문에 우대금리보다는 높은 금리가 적용된다. 미국의 주택담보대출시장은 집을 사려는 일반 개인들의 신용등급에 따라 크게 3종류 대출로 나눈다. 신용등급이 높으면 프라임(Prime), 낮으면 서브프라임(Subprime), 그 중간은 알트에이(Alt-A: Alternative-A) 모기지이다. 신용등급이 높을수록 우대금리를 적용 받을 수 있다. 모기지 신용등급은 신용평가회사인 FICO(Fair Issac and Company)라는 곳에서 대출신청자의 과거 대출실적과 대출잔액, 거래기간, 신용대출실적과 신용조회수, 적정수준 대출유지 여부 등 5개 부문을 기준으로

및 이를 담보로 한 증권의 부실화로 인하여 이를 거래하였던 많은 금융기관, 특히 그토록 안전하다는 평가를 받았던 리먼 브러더스(Lehman Brothers) 투자은행, AIG, Fannie Mae⁹⁾, Freddie Mac¹⁰⁾ 등의 동반 부실이 초래되었다.¹¹⁾

서브프라임 모기지 즉 비우량주택을 담보로 하는 대출은 소득이 낮고 신용도가 낮은 자가 주택을 구입하는 경우에 실행하는 대출로서, 이러한 대출이 주택가격이 지속적으로 상승하는 경우에는 커다란 문제를 야기하지 아니하였다. 그런데, 2006년부터 미국 주택가격이 하향곡선을 그리기 시작하게 되면서 대출자들의 원리금 상환에 문제가 발생하기 시작하였다. 이런 와중에 미국에서는 서브프라임 모기지를 기초자산으로 하는 파생상품(Derivatives)¹²⁾들이 만들어졌고, 높은 수익률을 보장하므로 전세계적으로 판매되게 되었다. 그 후 대출자들의 연체율이 상승하게 되었으며, 이를 기초로 한 자산유동화증권(ABS¹³⁾) 등 각종 파생상품들도 자본잠식상태가 되었다. 2008년 9월에 Fannie Mae와 Freddie Mac이, 얼마 후 세계적인 투자은행이었던 Lehman Brothers¹⁴⁾가 파산하게 되었다. 미국 보험업계의 리딩컴퍼니인 AIG¹⁵⁾ 역시 재정건전성이 급격히 악화되었고, 연이어 세계적인 신용경색이 발생하

점수를 매긴다. 거래기간이 길수록, 신용점수와 비교할 때 기준대출이 적을수록, 신용조회수가 많지 않을수록, 연체가 없고 적정수준의 대출을 유지할수록 신용점수는 높게 나온다. 점수는 최저 300점에서 최고 850점까지 나타난다. 일반적으로 신용점수가 620점 미만에 해당하는 사람들이 서브프라임 모기지를 받는다. 신용점수 620점은 넘지만, 소득증명이 불완전하거나 두 번째 주택을 구입하는 경우는 알트에이 모기지에 해당된다.

9) FNMA(Federal National Mortgage Association).

10) 패니 매(Fannie Mae)와의 경쟁 촉진을 위해 1970년 미 정부 보증으로 설립된 제2의 주택저당 담보대출 기관.

11) Socher, Hanke: Fachbegriffe aus M & A und Corporate Finance - Die Finanzkrise, NJW 2010, S. 495. Märker, Hillesheim: Brennpunkt Finanzkrise: Anlegerschutz in Deutschland, Zeitschrift für Rechtspolitik(ZRP) 2009, S. 65: 2008년 말 독일 사회에서 금융위기라는 단어가 올해의 단어로 선정되기도 하였다.

12) <http://terms.naver.com>: 파생상품이란 국공채, 통화, 주식 등 기초자산의 가격이나 자산가치 지수의 변동에 의해 그 가치가 결정되는 금융계약을 말하는 것으로, 구체적으로 리스크 회피를 위한 수단으로 사용되는 선물, 옵션, 스왑 등을 의미한다. 한편 파생상품시장의 참가자는 최종 수요자와 딜러로 구분되나 한 기관이 두 가지 역할을 동시에 수행하기도 한다. 최종 수요자는 금융 기관, 기업, 기관투자자, 정부기관, 국제기구 등이며 딜러는 대형 은행, 대형 증권회사, 보험회사 등이다.

13) ABS: Asset Backed Securities.

14) <http://ko.wikipedia.org/wiki>: 리먼 브러더스 홀딩스(Lehman Brothers Holdings Inc., NYSE: LEH, IPA:)는 1850년에 생긴 다각화된 국제 금융 회사였으며, 투자은행, 증권과 채권 판매, 연구 및 거래, 투자관리, 사모투자, 프라이빗 뱅킹 등에 관여하고 있었고 미국 국채 시장의 주 딜러이기도 하였다.

게 되었다.¹⁶⁾ 이러한 위기의 여파로 파키스탄, 우크라이나, 헝가리 등 국가들도 IMF에 구제금융을 요청하게 되었다.

금융시장의 불안은 실물경제에 영향을 미치게 되고, 그 여파로 경제침체, 신용경색, 소비심리 악화를 가져오고 연이어 대규모의 기업도산과 함께 수많은 실업자를 양산하게 된다. 또한 대출금리의 급등으로 이자 부담이 증가하게 되고 부동산 가격하락과 주가 하락 등 자산가치의 하락 현상이 나타나게 되고 투자 등 경제적 활동도 위축되는 현상을 보이게 된다.¹⁷⁾

본고에서는 이러한 금융 내지 경제위기의 특징을 고찰하고(II), 금융 내지 경제위기로 발생할 수 있는 법적 문제를 살펴보며(III), 이에 대한 공법적 대응방안을 모색하고자 한다(IV).

II. 금융 내지 경제위기의 특징

금융위기 내지 경제위기가 가지는 특징들을 고찰할 때, 이에 대처할 수 있는 적절한 방안을 고안할 수 있을 것이다. 헬싱키에서 개최된 ASTIN 2009 Colloquium에서 Honkapohja는 금융 내지 경제위기의 특징으로서 첫째, 금융체제의 연약성(Fragility of financial systems)으로서 전략적 추천과 자산과 책임의 불균형, 그리고 외환의 위험, 둘째, 요소들의 증폭(Amplifying factors)으로서 인간 이성의 불완전성, 고도의 레버리지, 셋째, 자산가격의 붕괴 그리고 넷째, 규제의 실패(Regulatory failures) 등을 들고 있다.¹⁸⁾ 이러한 견해와 더불어 금융 내지 경제위기의 특징에 대해서 보다 상세하게 고찰하기로 한다:

첫째로, 금융 내지 경제위기는 대처하기가 어렵다. 특히 개인이나 중소기업의 경우에는 더욱 더 그러하다. 왜냐하면 그만큼 위험을 회피할 수 있는 능력이 결여되어 있기 때문이다. 위기란 시기적으로도 갑작스럽게 찾아오기 때문에 대응하는 것이 쉽지 아니하다. 2008년 미국에서 시발된 금융위기 역시 위기가 도래할 지를 모르고 있었다. 물론 그러한 위험에 대해서 경고하는 학자들이 있기는 하였으나 그러한 위험

15) AIG: American International Group.

16) 손영화, 금융위기에 있어서 재정건전성 대책방안 - 미국 금융위기 이후의 일본에서의 논의와 실태를 중심으로 -, 한양법학 30집(2010. 04.), 302면.

17) 조용두, 포스코경영연구소, 글로벌 금융위기 전개방향 및 파급영향, 1면 이하.

18) <http://www.actuaries.org/ASTIN/Colloquia/Helsinki/Presentations/Honkapohja.pdf>.

이 현실화되기 전까지는 경고의 목소리는 힘을 얻지 못하고 있었다. 이처럼 위기는 마치 우리 인체에 암이 발병하듯이 어느 순간 급작스럽게 그 병증을 드러낸다.

둘째로, 특정 개인이나 때로는 특정 국가의 역량을 뛰어넘는다. 이러한 금융위기의 전이성은 세계 경제가 WTO체제를 통해서 자유화되는 것과 밀접한 연관이 있다. 금융기관 그리고 기업의 경제활동도 한 국가의 차원을 넘어서 네트워크처럼 얽혀 있으므로, 한 부문이나 특정 기업에 발생한 위기의 여파가 다른 부문으로 이 전되는 현상을 보인다. 이러한 위기 앞에서 국민들은 엄청난 영향을 받게 되고, 실업 내지 파산의 위기에 봉착하게 된다.

금융 내지 경제위기가 발생하는 경우에 특정 개인이나 사회를 넘어 인근 국가 나아가 세계 여러 국가에 어떤 식으로든 파급효과를 미치게 된다. 미국의 금융위기가 유럽으로 전이되고 소위 'PIGS'로 대변되는 포르투갈, 아이슬란드, 그리스 그리고 스페인에 이르기까지 광범하게 위기증상을 나타내게 되었다.¹⁹⁾

셋째로, 금융 내지 경제위기에 있어서 복잡하고 다양한 거래기법 내지 파생상품의 등장으로 인하여 원인을 진단하고 합당한 대처방안을 마련하기가 어렵다. 금융 내지 경제위기는 대강은 예측을 할 수도 있으나 실제로 경제가 활황기에 있을 때에는 그런 목소리는 희미해지고 장밋빛 청사진만 제시되다가 어느 순간에 엄청난 부실이 발생하게 되는데, 이를 정확하게 예측할 수 있는 그리고 무엇이 문제인지를 제시하는 것은 대단히 어렵다. 심지어 금융 내지 경제 부문의 전문가들조차도 위기를 파악하기가 어렵다.²⁰⁾ 이러한 문제에 대해서 이언 사피로는 “붕괴하는 파

19) Weber, Albrecht: Die Reform der Wirtschafts- und Währungsunion in der Finanzkrise, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht(EuZW), 2011, S. 936.

Häde, Ulrich: Die europäische Währungsunion in der internationalen Finanzkrise – An den Grenzen europäischer Solidarität? EuR 2010, S. 859.

20) Märker, Hillesheim: Brennpunkt Finanzkrise: Anlegerschutz in Deutschland, Zeitschrift für Rechtspolitik(ZRP) 2009, S. 66: Derivate Finanzprodukte sind weder für den Laien noch für den Finanzexperten verständlich(파생상품은 일반인은 물론 금융전문가조차도 이해하기 어려웠다.) 이언 사피로, 정성원(역), 사회과학과 금융위기: 사회과학의 최근 경향에 대한 몇 가지 반성, Journal of Political Criticism 8(2011.5), 11면: 2004년 당시 골드만삭스의 수장이었던 헨리 폴슨 주니어(Henry Paulson Jr.)는, 투자은행들이 자신들의 능력만으로도 투자자 보호를 위한 50억 달러 이상의 자산을 위탁 받을 수 있음을 근거로, 미 증권거래위원회(SEC: the Securities and Exchange Commission)가 이들 은행들에게 자본준비금(capital reserve) 요건을 적용하지 말아야 한다고 설득하기 위해 조직된 투자은행 대표단을 이끌었다. 그 대신에 투자은행들은 자신들의 대차대조표를 증권거래위원회의 감사에 공개하겠다고 약속했다. 그러나, 대부분의 시간을 단 한 명의 관리직도 없는 사무실에서 일하면서 4조 달러가 넘는 자산을 추적해야 할 책무를 진

생시장과 수천억 달러의 부채담보부증권(securitized debt obligations)은 그것을 만들어낸 사람들조차 완전히 이해하지 못하는 것이었다. 그럼에도 불구하고, 서구정부들에게는 그들과 함께 일을 하는 것 말고는 다른 선택의 여지가 없었다. 바로 이것을 모두가 알고 있었기에, 투자은행가들은 자신들이 초래한 재난들 때문에 자신들의 힘을 박탈당하지 않아도 되었던 것이다.²¹⁾”라고 서술하고 있다. 이러한 위기의 속성은 과학기술과 각종 계산 기법들의 발달에 힘입어 더욱 더 가속화될 것이 자명하다. 우리가 생존하는 지구 공동체의 금융 내지 경제시스템이 점점 더 발달하는 과학기술과 금융공학의 기초 위에 설계되기 때문이다.

넷째로, 금융 및 경제위기는 반복된다. 17세기의 네덜란드 튜립가격의 상승과 하락으로 인한 위기, 18세기 영국의 위기 그리고 20세기 닷컴기업의 붕괴 등 위기는 반복하여 존재하여 왔다. 이것은 인간의 유한성과도 관련이 있다. 아무리 잘 준비를 하여도 인간의 힘을 넘어서는 지진이나 허리케인 등 재앙이 초래될 수 있듯이 금융 및 경제체제에 있어서도 항상 붕괴의 가능성은 열려 있는 것이다. 이러한 관점에서 위기 그 자체를 예방하는 시스템의 구축도 중요하지만, 발생한 위기 가운데 고통을 받을 국민들이 적절하게 대응할 수 있는 위기관리체제를 구축하는 것도 중요하다.

다섯째, 금융 및 경제위기의 배후에는 사후적으로 고찰할 때 감독의 소홀이 발견된다. 위기의 직접적이든 간접적이든 그 원인의 하나로 지목되는 것이 바로 감독의 소홀이라고 할 수 있다.²²⁾ 그리고 감독이 소홀하게 된 원인으로는 감독관청의 무관심, 정치적 이슈, 전문적 식견의 결여, 또는 사업자와 감독관청 간의 연결고리 등이 있을 수 있다. 이언 샤피로에 의하면 “아마도 이에 대한 가장 충격적인 실례는 저축기관감독청(OTS: the Office of Thrift Supervision)의 경우라 할 수 있을

총 7명의 조사관들로, 실제로 어떤 감사도 제대로 진행하지 못했던 것이었다. 그럼에도 불구하고, 폴슨이 이미 미 행정부의 재무부 장관이 되고 난 이후인 2008년 3월까지도, 증권거래위원회 의장인 크리스토퍼 콕스는 증권거래위원회가 주요 투자은행들이 보유한 “완충자본(capital cushions)에 대해 상당히 만족하고 있다”면서 의회를 다독이고만 있었다. 그 후 6개월이 지나자 리먼 브라더스(Lehman Brothers)는 파산했고, 다른 주요 투자은행들도 악성인 통합 모기지 채무(consolidated mortgage debt)에 익사하기 일보직전이라는 사실이 매우 신속하게 드러났다. 체제의 붕괴를 막기 위해서라도 연방정부는 수천억 달러 규모의 구제금융을 제공함으로써 이들 은행들을 구조해야 했다.

21) 이언 샤피로, 정성원(역), 사회과학과 금융위기: 사회과학의 최근 경향에 대한 몇 가지 반성, *Journal of Political Criticism* 8(2011.5), 14면.

22) Kindler, Peter: Finanzkrise und Finanzmarktregulierung - Ein Zwischenruf zum 68. Deutschen Juristentag NJW 2010. S. 2465.

것이다. 1980년대의 저축대부조합 파산위기와 2000년대 초 자신의 통제하에 있던 대규모 저축금융기관들의 파산을 겪고도, 2008년 금융붕괴가 시작될 때까지 저축기관감독청은 자신이 감독하기로 되어있던 대출은행들의 규제기관이라기 보다는 이들을 위한 로비스트처럼 행동하였다. 생존 자체를 자신의 감독하에 있는 금융기관들이 지불하는 보수에 의존하는 저축기관감독청은 악명 높은 무간섭접근법(hands-off approach)을 약속하고 또 이를 시행하는 식으로 사업을 꾸려나갔던 것이었다.²³⁾”라고 기술하고 있다. 감독의 소홀의 문제는 다시금 중복감독의 문제, 감독의 질적 수준의 문제, 감독기관과 피감독기관 사이의 연결고리의 문제 등으로 구분하여 다룰 수 있다.

이러한 금융 및 경제위기는 금융부문에 한정되어 문제를 일으키는 것이 아니라, 한 국가 내지 세계 여러 국가의 실물경제에 직접적인 영향을 가하게 되고 그로 인하여 비교적 건전한 회사의 도산, 금융 및 실물거래의 위축, 환율의 급변, 신용의 경색, 실업의 증가, 사회 불안의 확산, 이혼율의 증가, 범죄발생건수의 증가, 환경 파괴의 증가 등 각종 문제들을 가져오게 된다.

III. 금융 및 경제위기로 인한 공법적 제문제

금융 및 경제위기는 한 국가의 금융부문과 경제부문에서만 문제를 발생시키는 것이 아니라 법적인 측면에서도 다양한 문제들을 양산하게 된다. 가장 먼저 대두 되는 것이 바로 국민의 기본권에 대한 침해 내지 제한의 문제가 대두되는데, 특히 생존권적 기본권, 인간다운 생활을 할 권리, 자유로운 삶을 영위할 권리 소위 행복추구권 등 헌법상 보장된 기본권에 커다란 영향을 미치게 되고, 나아가 실업, 이혼, 경제적 곤경 등의 상황을 통하여 경찰상 위협을 야기하는 등 수많은 사회적 파급효과를 가져온다. 다음에서는 금융 및 경제위기가 어떤 법적 문제를 야기할 수 있는 지 살펴보기로 한다.

1. 국민의 기본권에 대한 장애

금융 및 경제위기는 국민의 기본권, 특히 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 거주

23) 이언 샤피로, 정성원(역), 사회과학과 금융위기: 사회과학의 최근 경향에 대한 몇 가지 반성, *Journal of Political Criticism* 8(2011.5), 10면.

이전의 자유와 직업선택의 자유 등 자유권적 기본권 그리고 특히 생존권적 기본권의 향유에 커다란 장애를 초래한다. 금융 내지 경제위기로 인하여 국민들의 삶은 급속도로 황폐화된다. 이러한 위기는 단순히 경제 사회적인 영역에서 머무는 것이 아니라 국가 사회의 모든 부문에 있어서 커다란 영향을 끼치게 되고 결국 헌법상의 기본권의 향유를 방해하게 된다. 여기에는 크게 두가지 방향에서 접근할 수 있는데, 한편으로는 국민이 자유롭게 향유하던 자유를 누릴 수 없게 되는 측면과 다른 한편으로는 기본권의 보장에 있어서 중요한 역할을 하는 국가의 지원이 감소되는 방향으로 나타나게 된다. 국민의 기본권 보장에 있어서 국가의 역할이 특히 중요한데, 이러한 국가의 역할이 대단히 위축되게 될 것이고, 특히 다음에서 보듯이 실업으로 인하여 국민들의 생존권적 기본권이 위협받게 된다.

기본권 중에서 자유권은 주로 국가로부터의 자유를 의미하므로 국가의 공권력 행사의 억제를 통해서 달성할 수 있으나, 생존권적 기본권 내지 사회적 기본권은 국가의 적극적인 지원을 통해서 달성될 수 있다. 이는 생존권적 기본권의 법적 성격을 크게 프로그램적 규정으로 보는 입장과 이를 추상적 권리 내지 객관적 권리로 보는 입장으로 대별하는 것을 통해서도 알 수 있다. 어떠한 헌법상의 사회적 기본권은 국가가 법률을 제정하여 적극적으로 국민의 복리를 증진하여야만 구체적으로 보장될 수 있다.²⁴⁾ 헌법재판소 역시 그 결정에서 “국가가 행하는 생계보호의 수준이 그 재량의 범위를 명백히 일탈하였는지의 여부, 즉 인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적 내용의 최소한을 보장하고 있는지의 여부는 생활보호법에 의한 생계보호급여만을 가지고 판단하여서는 아니되고 그 외의 법령에 의거하여 국가가 생계보호를 위하여 지급하는 각종 급여나 각종 부담의 감면등을 총괄한 수준을 가지고 판단하여야 하는바, 1994년도를 기준으로 생활보호대상자에 대한 생계보호급여와 그 밖의 각종 급여 및 각종 부담감면의 액수를 고려할 때, 이 사건 생계보호기준이 청구인들의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고는 보기 어렵고, 따라서 비록 위와 같은 생계보호의 수준이 일반 최저생계비에 못미친다고 하더라도 그 사실만으로 곧 그것이 헌법에 위반된다거나 청구인들의 행복추구권이나 인간다운 생활을 할 권리를 침해한 것이라고는 볼 수 없다.”라고 하여 사회적 기본권의 보장과 관련하여서 그러한 기본권에게 구체적 권리성을 인정하기 보다는 하나의 목표설정적 의미를 지니고 있다고

24) 한수용, 헌법학, 2012, 928면 이하.

판시하고 있다. 그러므로 생존권적 기본권의 보호는 정부의 적극적 지원에 크게 의존하고 있으며, 이러한 국가의 지원은 경제 내지 금융위기에 의하여 직접적으로 영향을 받게 된다.²⁵⁾

2. 실업 및 고용불안

헌법 제32조 제1항 제1문에는 ‘모든 국민은 근로의 권리를 가진다.’ 그리고 제34조 제1항에는 ‘모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.’고 규정하고 있다. 그러나 금융 내지 경제위기가 도래하는 경우에 기업이 도산하게 되고 경제활동이 위축되면서 일자리가 줄어들고 실업문제가 심각하게 된다. 실업은 단지 특정 개인이 일을 할 수 있는 직장을 잃는다는 의미를 넘어서 개인의 생존, 삶의 의미, 인생의 설계 등에 커다란 영향을 끼치게 된다. 또한 국가경제적으로도 인적 자원을 적절하게 활용할 수 없으므로 커다란 손실을 가져오며, 소득이 감소하여 지출을 축소하게 되고, 배우자나 부모 형제 그리고 동료들로부터도 소외되기도 하는 등 개인의 정신적 건강에도 해로움을 끼치게 된다.²⁶⁾

우리나라에 있어서도 소위 ‘IMF 위기’ 후에 원튼 원치 아니하던 직업의 안정성이 훼손되고, 노동생산성 내지 국가경쟁력을 추구하는 과정에서 노동시장의 유연성이 강조되었다. 금융 내지 경제위기 상황에서 기업은 국제적인 경쟁에 부닥치면서 살아남기 위하여 특별한 고용형태가 요청되었고 이러한 과정에서 비정규직 근로자들을 상당수 고용하게 되었다. 이은진에 의하면 “비정규직 근로자의 비율은 ‘IMF 위기’가 발생한 1997년에는 45.7%이었으나, 그 후 3년 뒤인 2000년에는 52.1%로 증가하였고, 2008년 세계적인 경제위기로 52.3%로 증가하게 되었다.”고 적시되고 있다.²⁷⁾

특히 최근 우리나라에서는 청년실업이 커다란 사회문제로 대두되고 있기도 하다. 일자리 창출은 금융 내지 경제위기와 커다란 관련성이 있는 것으로 보이고, 청년들에게 꿈과 희망을 제시하기 위해서는 다양한 분야에서 지속적으로 일자리를 창출하여야 한다.

25) 헌법재판소 1997.5.29. 선고 94헌마33 전원재판부 【1994년세계보호기준위헌확인】.

26) 이은진, 실업의 사회적 영향, 한국사회학회, 258면.

27) 노상현, 한국의 경제위기와 노동법의 역할, 법학논총 30집 1호(2010. 04.), 482면 이하.

3. 헌법상 경제질서의 변형

금융질서를 포함하는 경제질서(Wirtschaftsordnung)는 현대 사회에 있어서 대단히 중요한 국가의 기본적 질서이다.²⁸⁾ 경제질서는 경제과정의 조정, 재산권의 문제, 가격결정의 장소, 기업 과실의 형태 그리고 재정경제의 형식 등 국민경제에 있어서 경제적 상황을 규율하는 모든 법적 규범 및 제도들을 포함한다. 우리 헌법은 제9장 경제의 장 제119조에서 “① 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. ② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”고 규정하여 자유주의적 시장경제질서를 근간으로 하며, 그 바탕 위에서 사회적 정의와 공공복리를 위하여 국가의 적절한 개입과 규제의 근거를 두고 있다. 이런 점에서 우리 헌법상의 경제질서는 개인의 자유와 창위에 바탕을 두지만 공공의 이익을 위하여 적절한 규제를 할 수 있는 사회적 시장경제질서(soziale Marktwirtschaftsordnung)를 채택하고 있다고 보아야 할 것이다.

금융 내지 경제질서의 붕괴는 현대 사회가 움직이는 기본적인 시장경제질서의 붕괴를 가져오게 되고 그 파급효과는 국가와 사회에 커다란 악영향을 미치게 된다. 예를 들면, 주가가 곤두박질치고 신용경색으로 돈이 돌지 않게 되고 중소기업 등을 포함하여 개인들의 위험이 증가하게 된다. 금리가 상승하고, 생산·소비·투자가 위축되는 현상이 증가한다. 이러한 금융질서의 붕괴는 다시금 경기침체를 가져오고 고용이 위축되고 실업이 증가하게 되면서 악순환이 반복된다.²⁹⁾ 실업의 증가는 이와 결부된 각종 세금의 결손, 사회보험부담의 증가, 국가재정의 악화 등 악순환의 출발점을 만들게 되고, 거리에는 빈곤층이 넘쳐 나고 국민들에게는 희망이 보이지 않게 되고 국가와 사회에 대해서 저항적인 분위기가 형성된다. 이러한 위기 상황 하에서는 우리 헌법이 지향하는 사회적 시장경제질서에 변형을 가하게 되고, 국가의 규제와 통제가 심화되어서 우리 헌법이 지향하고 있는 사회적 경제질서에 왜곡 내지 붕괴를 가져오게 된다.

금융 내지 경제위기 상황을 맞이하여 한시적으로 이러한 시장경제질서의 변형을 정당화하는 헌법상 근거를 우리 헌법 제76조 제1항에서 찾아볼 수 있다: ‘대통령은

28) Märker, Hillesheim: Brennpunkt Finanzkrise: Anlegerschutz in Deutschland, Zeitschrift für Rechtspolitik(ZRP) 2009, S. 65 f.

29) 허찬국/안순권/김창배, 글로벌 금융위기의 파장과 대응방안, 한국경제연구원 정책연구 2009.02, 26면 이하.

내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 재정·경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.'라고 규정하여 재정·경제상의 위기를 대처하기 위하여 대통령이 필요한 재정·경제상 처분을 발할 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 금융 내지 경제위기 상황이 일상화되고, 개인과 기업이 그 역동성을 잃게 되고 경제적으로 침체가 계속되는 경우에는 자유주의적 창의적 경제질서에 대한 국가의 개입이 일상화 되고, 점차적으로 계획주의적 사회주의적 경제질서로 나아갈 위험성이 모태하게 된다.

4. 경찰상 위험 및 환경오염의 증가

경찰이란 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 방지·제거하기 위하여 일반통치권에 의거하여 국민에게 명령 또는 강제하는 작용으로서 행정의 가장 근간을 이루는 작용이다. 그런데 금융 내지 경제위기는 국민의 생활에 활력을 떨어뜨리고, 사회문제를 야기시키고 경찰상 위험을 증가시키게 된다. 경찰상 위험이란 공공의 안녕과 질서에 대한 위협을 의미한다. 공공의 안녕과 질서에 대한 '위해'란 위험과 장해를 의미하는 것으로서, '위험'이란 공공의 안녕과 질서에 대한 침해가 발생할 가능성을 말하고, '장해'란 공공의 안녕과 질서에 대한 위험이 현실화되어 손해가 이미 발생한 상태를 말한다.³⁰⁾ 김미곤의 연구보고서에 의하면, IMF 경제위기로 인하여 빈곤한 국민이 증가하게 되고 이혼, 아동 또는 노인의 유기, 가출, 노숙, 자살 등 사회적 병리현상들이 증가되었다.³¹⁾ 이러한 현상들을 경찰상 위험으로 볼 수 있는데, 언론에서도 'IMF 위기'로 인하여 보다 많은 범죄가 발생하였다는 뉴스가 종종 보도되었고, 최근의 경제위기로 인하여 보다 많은 사회적 문제를 야기한 것도 보도되었다.³²⁾

금융 내지 경제위기는 한편으로는 기업의 경제활동을 약화시키므로 환경침해를 감소시키는 효과도 있지만, 다른 한편으로는 환경에 대한 투자여력을 약화시키고 시급한 경제적 문제해결을 위해서 환경에 대한 침해를 야기하기도 한다. 수많은

30) Krise und Zukunft des Sozialstaates, S. 6.

31) 김미곤, 한국사회의 빈곤실태와 개선방안, 민주사회와 정책연구 2006(통권 9호), 72면.

32) 연합뉴스, 1998-09-22: IMF체제하 실업문제와 사회적위기 세미나; NEWSis, 2003-11-03: 아직 끝나지 않은 'IMF악몽'...IMF형 자살'잇따라.

기업들이 도산함으로 인하여 버려진 공장시설들이나 폐기물들이 방치되기도 한다. 폐기물의 적정처리비용을 감당할 수 없어서 은밀하게 방기하는 현상도 증가하게 된다. 국민들에게 급박한 현실적 고통을 제공하게 되어서, 환경보호에 대한 인식을 훼손하게 된다. 일단 먼저 국민들은 기본적 의식주를 해결하고 보자는 의식이 팽배함으로 인하여 환경보전에 대한 존중의식이 감소하게 된다.³³⁾

IV. 금융 및 경제위기의 공법적 대응

1. 공법적 대응방향의 모색

금융 내지 경제위기에 대한 이러한 문제들에 대해서 공법적으로 어떤 대응조치를 취할 수 있는가에 대해서 고찰하고자 한다. 물론 본 논문에서는 특정 분야 예를 들면 사회보험 내지 연금분야 또는 실업급여의 문제에 한정하여 다루지는 아니하고, 공법적 측면에서 전체적인 방향을 설정하기로 한다. 이러한 방향은 공법상 사회국가원칙에 터잡아 살펴보고자 한다.

월스트리트 저널 아시아판에서는 ‘금융위기를 통해 얻은 교훈 7가지’라는 제목하에 다음과 같은 글을 게재하고 있다: 첫째: 정확한 진단을 내려라. 둘째: 불확실한 상황에서 오히려 더 적극적으로 대처하라. 셋째: 금융위기는 ‘경제 문제’이지, 도덕성의 문제가 아니다. 넷째: 은행 위험관리에 신경써라. 다섯째: 부채 관리에도 신경써라. 여섯째: 경기부양 효과가 지속적이고 오래 가는 재정정책을 시행하라. 일곱째: 출구전략을 마련하고 설명하라.³⁴⁾ 금융 내지 경제위기에 대응하기 위하여 가장 좋은 방안은 예방적 조치들이므로, 위기에 대한 예방적 체제를 구축하여야 한다. 예방적 체제를 구축하기 위해서는 위기가 다가오게 되는 상황에 대해서 정확한 진단을 할 수 있어야 하며, 또한 위기를 야기할 수 있는 정치·경제적 상황들도 고려하여야 한다. 다음으로는 위기가 도래한 경우에 관리체제를 구축하여야 하는데, 특히 금융 내지 경제위기에 있어서는 은행 및 금융체제의 신뢰성을 유지하는 것이 중요하다. 이를 위해서는 중앙은행의 역할이 중요한데, 금융경색상황을 타개하기 위해서 유동성을 충분히 공급하고 위기에 즉각적으로 대처하는 임시대출을 할 수

33) 김타균, 경향신문, 2003-04-30 [시론] 환경정책 후퇴를 주시한다; 권혁범, 동아일보, 2004-11-30: [수요프리즘]환경은 이제 뒷전인가.

34) Wessel, David, 금융위기를 통해 얻은 교훈 7가지, <http://kr.wsj.com/posts/2013/04/23/>.

있어야 한다.³⁵⁾ 은행 체제를 재건하기 위해서 필요하다면 한시적으로나마 특별기구를 설치하고 이러한 기구는 금융 및 경제부문의 각 행위주체들에게 위기관리 및 극복을 위한 지침을 제시하는 것이 요청된다.³⁶⁾

또한 국민들의 기본권 특히 생존권적 기본권, 인간다운 생활을 할 권리, 최저생활의 보장 등을 위해서 사회적 안전망을 보다 체계적이고도 정교하게 구축하는 것이 필요하다. 사회적 정의, 약자에 대한 보호를 중심가치로 하는 국가를 사회국가라고 할 수 있으며, 이러한 사회국가에 있어서 사회보장은 사회국가원칙의 특별한 표현이라고 할 수 있다.³⁷⁾ 사회보장을 규율하는 법을 광의와 협의로 구분할 수 있는데, 광의로는 개인에게 질병, 노령·장애·사망, 산업재해(산재), 실업 등 사회적 위험이 발생하여 이를 원인으로 개인이 정상적인 생활을 영위할 수 없는 상황을 극복하기 위한 법의 총체를 의미하고, 협의로는 국가 혹은 공법상의 법인이 사회적 위험이 발생한 상황을 극복하기 위해서 필요한 급여를 직접적으로 제공하는 것을 목적으로 제정된 법을 의미한다.³⁸⁾ 이러한 사회보장법의 내실화를 통하여 금융 내지 경제위기상황을 대처할 수 있을 것이다. 사회보장을 통한 금융위기 상황을 극복하기 위한 법제를 정비함에 있어서 다음과 같은 내용들을 포함시킬 필요가 있다: 첫째, 인프라 구축을 지원하는 것이다.³⁹⁾ 둘째, 중소기업 등 위기기업에 대한 지원책이다. 셋째, 경기를 부양하는 것이다. 넷째, 세금감면⁴⁰⁾과 보조금의 지급⁴¹⁾이다.⁴²⁾ Butterwegge에 의하면 금융 내지 경제위기를 극복하는 방안의 하나로서 사

35) 손영화, 금융위기에 있어서 재정건전성 대책방안 - 미국 금융위기 이후의 일본에서의 논의와 실태를 중심으로 -, 漢陽法學 30輯(2010. 04.), 303면 이하: 세계 동시 불황 속에서 주요 선진국은 재정운영방침을 변경하여 규모의 차이는 있지만 대폭적인 세출증가를 동반하는 정책이나 일시적인 감세라고 하는 적극적인 재정지출에 의한 경제대책을 실시하였다. 일본에서는 「안심실현을 위한 긴급종합대책」, 「생활대책」, 「생활방위를 위한 긴급경제위기 대책」이라는 4번에 걸친 경제대책을 실시하여 2008년에 2번에 걸친 보정예산이 편성되었고, 2009년에는 과거 최대규모의 보정예산(제1호)이 편성되는 등 국비로 약 26.2조엔(사업규모에서는 약 132.2조엔)의 재정지출을 하였다.

36) <http://www.actuaries.org/ASTIN/Colloquia/Helsinki/Presentations/Honkapohja.pdf>.

37) BVerfGE 28, 324, 348.

38) 전광석, 사회변화와 헌법과제로서의 복지국가의 실현, 공법연구 제31집 제1호(2002), 64면 이하.

39) Fehling, Michael: Das europäische Beihilfenrecht in der Wirtschaftskrise, Europarecht(EuR), 2010, S. 599.

40) 허찬국 외 2인, 글로벌 금융위기의 과장과 대응방안, 한국경제연구원 정책연구 2009-02, 1면 이하.

41) Fehling, Michael: Das europäische Beihilfenrecht in der Wirtschaftskrise, Europarecht(EuR), 2010, S. 598.

42) Spindler, Gerald: Finanzkrise und Gesetzgeber - Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz, Deutsches Steuerrecht(DStR) 2008, S. 2268: 독일의 경우에도 위기극복을 위하여 연방정부는 신속하게 구제법안을 마련하였다. 그러한 법률로는 금융시장안정화를 위한 특별조치의 이행법률(Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des

회보험 특히 일반적, 통일적, 그리고 결속적 시민보험을 제시하기도 한다. 의료, 수발 그리고 연금보장을 포함하는 점에서 일반적이고, 기타 다른 보장을 체제를 허용하지 아니하는 점에서 통일적이고, 사회보험의 재원에 있어서 각자의 분담금은 각자의 소득에 따라서 형평을 기하는 것에서 결속적이다.⁴³⁾

또한 내적으로는 경찰상 위험 상황이 발생하지 아니하도록 함과 동시에 외적인 환경의 변화 특히 외환 리스크, 자금의 급격한 유출입 등에 대해서 필요한 법적 시스템 마련하고 정비하는 것이 필요하다. 환경오염 내지 환경침해를 방지하기 위해서 물론 오염원인자들에게 책임을 부담시키는 체제가 요청되겠지만, 금융 내지 경제위기라는 커다란 사회적 국가적 위기상황에서 이러한 책임부담 시스템이 정상적으로 작동하기 어려운 측면도 있으므로 이에 대해서 국가가 환경오염원인에 대해서 미리 예방적인 조치를 취함과 동시에 발생한 환경오염에 대해서 국가 내지 공동체 전체적인 차원에서 대비책을 마련하는 것도 요청된다.

2. 금융 및 경제위기의 대응의 초석으로서 사회국가원칙

가. 사회국가의 의의

일반적으로 사회국가란 기존의 자유주의적 국가에 의하여 발생하는 빈부의 격차, 생활환경의 악화, 치열한 경쟁 속에서 도태된 약자 등을 보호하고 이들에게도 최소한의 인간다운 생활의 조건을 마련하여 주는 국가라고 할 수 있을 것이며, 사회국가원칙(das Sozialstaatsprinzip)이란 이러한 내용을 국가의 목표로 삼고 하나의 지도이념으로 세우는 것을 말한다. 사회국가는 사회적 정의의 이념 하에 모든 국민에게 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 기초를 마련해주고, 사회구조적인 종속성과 차별을 제거함으로써 사회적 약자도 자율적인 삶을 형성 및 유지할 수 있는 조건을 마련하여야 할 적극적인 과제와 의무를 국가에게 지운다. 그렇지만 사회국가의 적극적인 활동은 어디까지나 개인의 자율성 내지 자기책임성에 대하여 보충적인 것에 머물러야 할 것이다. 그렇지 아니하면 개인의 자율성이 도리어 훼손되고 책임을 지지 아니하는 국민을 양산하게 될 우려가 있다.

Finanzmarktes: Finanzmarktstabilisierungsgesetz - FMSiG), 금융시장안정화기금설치법(Das Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds: Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz - FMSiFG), 금융시장안정화기금법(Das Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds - FMS) 그리고 이에 부속된 법규명령들을 들 수 있다.

43) Butterwegge, Christoph, Krise und Zukunft des Sozialstaates, S. 10 ff.

나아가 사회국가원리의 실현을 위한 국가의 적극적 활동은 현실적으로 그 재정적인 능력에 의해 뒷받침되지 않으면 안 된다. 다시 말해 사회국가의 구체적 실현 방식과 정도는 그때그때 사회·경제적 상황 내지 (이와 밀접한 관련 하에 있는) 국가의 재정적인 능력에 달려 있다고 할 수 있다. 이러한 현실적인 여건을 고려하는 가운데, 사회국가적 요청을 실현하는 것은 일차적으로 국가, 특히 입법자의 과제라고 할 수 있다.⁴⁴⁾

사회국가가 지니는 의미에 대해서 차진아 교수가 다음과 같이 적절하게 표현하고 있다: “사회국가의 탄생과정을 통해 확인할 수 있는 것은 인간은 고립된 주권적 개인으로서가 아니라, 서로 서로 의존하는 유기적 연대성 속에 있다는 점이다. 이러한 맥락에서 사회국가의 “사회”는 연대성(Sozialunion)으로 이해될 수 있다. 이렇게 이해된 사회국가의 헌법적 수용은 정의 관념의 개인적 정의에서 사회적 정의로의 전환, 즉 무엇이 각자의 정당한 몫인지를 판단하는 방식 내지 관점의 변화를 의미한다. 사회적 정의는 종래 개인적 정의가 간과하였던 사회·경제의 구조적 모순들에 주목함으로써, 왜곡된 사회·경제구조 하에서 개인의 능력과 노력에 의해 얻은 것을 조정하고자 하며, 사회적 강자에게 일정한 몫을 내 놓을 것을 요구한다. 사회적 정의가 문제 삼고 있는 것은 예컨대 더 유능하고 더 열심히 일하는 사원이 그렇지 못한 사원보다 더 많은 보수를 받는 것처럼 개인의 능력과 노력에 상응하는 재화 내지 법익의 배분 그 자체의 정당성이 아니라, 그 전제가 되는 사회·경제적 조건의 정당성인 것이다. 이러한 맥락에서 사회국가는 연대성으로 이해되는 사회적 정의의 이념 하에서 실질적 자유와 실질적 평등을 실현하고자 하는 것으로 이해할 수 있다.⁴⁵⁾”라고 표현하고 있다. 그에 의하면 사회국가는 다른 말로 연대국가라고 할 수 있을 것이다. 이러한 연대국가의 의미에 있어서는 개인의 개성의 표현이 후퇴하고 다함께 다같이 라는 사상이 전면에 등장하게 된다. 이러한 사상의 연장선 상에서 차진아 교수는 다음과 같이 사회국가의 내용을 전개하고 있다: “사회국가의 이념을 연대성으로 이해된 사회적 정의에서 찾을 때, 사회국가는 사회·경제적 약자에 대한 배려와 부조를 지향하는 것으로 볼 수 있다. 그런데 사회국가에 있어서 사회적 약자에 대한 배려와 부조가 과거의 사회적 약자에 대한 보호와 본질적으로 구별되는 것은, 사회국가는 이를 단순한 시혜가 아니라 사회적 약자의

44) 차진아, 사회국가의 이념과 그 현실적 한계 - 소득세를 통한 혼인과 가족생활의 보호에 관한 한국과 독일의 (연방) 헌재 판례를 중심으로 -, 헌법학연구 13권 3호(2007. 09.), 172면 이하.

45) 차진아, 상계논문, 169면 이하.

권리 내지 인권으로 파악하고 있다는 점이다. 이는 국가가 모든 국민에게, 그러므로 사회적 약자에게도 인간의 존엄에 상응하는 자율적인 삶의 형성 및 유지가 가능하도록 그 실질적인 조건들을 마련함으로써 실질적 자유 및 실질적 평등을 실현하여야 한다는 헌법적 요청을 의미하는 것이다. 사회국가는 사회적 약자를 단순한 보호의 대상으로서가 아니라 사회·경제의 구조적 모순의 희생자로 파악한다. 사회국가는 이러한 모순을 시정하고 구조적인 불이익으로부터 사회적 약자를 보호할 의무를 지며, 사회적 약자는 이를 자신의 정당한 권리로서 법적으로 주장할 수 있는 것이다.⁴⁶⁾”라고 하여, 사회국가원칙에 입각하여 국민들에게 주관적 공권, 즉 자신의 이익을 위하여 국가를 향하여 주장할 수 있는 법률상 힘까지 긍정하고자 한다. 다만 법률상 힘으로서 주관적 공권을 인정함에 있어서 사회적 약자가 그러한 사회적 기본권을 국가에 대해서 주장할 수 있기 위해서는 입법자에 의한 구체화가 요청되고, 사회국가의 실현방식과 부조의 정도는 국가의 경제적 여건을 고려하면서 일차적으로는 입법자에 의해 구체화되어야 할 것이다.

나. 독일에 있어서의 사회국가원칙

독일의 바이에른주 헌법(1946) 제3조에서 “사회국가(Sozialstaat)”라고 표현하고 있는바, 여기서 사회국가란 국민 각자에 대하여 인간다운 존중을 보장할 것을 임무로 하는 국가 그리고 사회정의의 실현(경제적·문화적인 약자에 대한 압박의 부정)을 목적으로 하는 국가라고 할 수 있다. 사회국가는 각 계층의 국민들이 경제적 으로나 문화적으로 적정한 수준의 생존을 보장받을 수 있도록 하는 분배원칙을 포함하고 있다. 독일 기본법은 제28조 제1항에서는 이전의 자유적 법치국가라고 표현하는 것을 개정하여 사회적 법치국가라고 표현하고 있다. 이는 기본법의 목표의 하나로서 사회적 안전과 평등을 추구하는 것을 천명하고 있는 것이다. 독일에 있어서 사회국가원칙의 내용은 명확한 것은 아니어서 다소간 내용의 광협이 있을 수 있으나, 핵심적 내용으로서는 나이, 질병, 무능력, 실업 때문에 생계가 막막하게 된 자들에게 최소한의 인간다운 생활을 보장하는 것을 들 수 있으며, 그 외에도 사회적 정의의 구현을 위한 전제조건을 구축하는 것, 강제적 사회보험체제를 구축하는 것 등을 주요 내용으로 한다.⁴⁷⁾

독일 연방헌법재판소에 따르면, 사회국가는 인간의 존엄성을 위한 최소한의 전

46) 차진아, 상계논문, 171면.

47) Hofmann, Rainer, § 16 Sozialstaat, Verfassungsrecht I, S. 1.

제조건을 보장하는 것이며, 나아가 국가적 공동체가 특정인에게 발생한 부담을 함께 짊어지는 것이다. 특정인이나 특정그룹에 지워진 부담이 통상적으로 전체에 의하여 짊어져야 할 갑작스런 어찌할 수 없는 위험(Schicksal)으로부터 발생하였고, 또한 다소간 우연적으로 발생하였다면 이러한 부담을 함께 나누는 것이 사회국가이다.⁴⁸⁾ 그리고 사회국가원칙은 개인적 생활여건이나 사회적 불이익으로 인하여 그들의 개인적 그리고 사회적 활동에 방해를 받고 있는 개인이나 사회의 그룹들에게 국가적인 보호와 부조를 요청한다.⁴⁹⁾ 사회국가는 공정한 사회질서를 마련할 의무를 국가에 부담시킨다.⁵⁰⁾ 위기라는 인생의 우여곡절을 맞이하는 전환점에서 하나의 보장을 부여하는 것을 통해서 사회적 안전의 최소한의 수준을 보장할 의무가 국가와 공동체에게 있다.⁵¹⁾

이러한 사회국가는 입법자에게도 입법을 함에 있어서 사회국가원칙을 고려하도록 요청하고 있으며⁵²⁾, 사회국가의 내용에 대한 형성은 입법자들에게 맡겨져 있다.⁵³⁾ 그리고 사회국가원칙으로부터 주관적 공권이 도출되지 않는 아니며, 입법자가 법률을 통해서 구체적인 공권들을 정립하여야 한다.⁵⁴⁾

다. 우리 헌법상 사회국가원칙

우리 헌법재판소의 결정에 의하면, 사회국가란 사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가를 의미한다. 이러한 헌법에 의하여 국가가 사회현상에 대하여 방관적인 입장을 취하는 것이 아니라, 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가를 사회국가라고 한다. 사회국가란 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는

48) BVerfGE 110, 412, 445 f.; BVerfG NJW 2009, 2267, 2275: Dass Sozialstaates hat das Ziel, die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sicherzustellen.

BVerfGE 102, 254, 298: Ferner bietet das Sozialstaatsprinzip, dass die staatliche Gemeinschaft in der Regel Lasten mitträgt, die aus einem von der Gesamtheit zu tragenden Schicksal entstanden sind und mehr oder weniger zufällig nur einzelne Bürger oder bestimmte Gruppen von ihnen getroffen haben.

49) BVerfGE 35, 202, 236; BVerfGE 45, 376, 387.

50) BVerfGE 27, 253, 283; BVerfGE 35, 202, 235 f.

51) BVerfGE 28, 324, 348 ff.

52) BVerfGE 1, 97, 105; 36, 73, 85.

53) BVerfGE 18, 257, 273; BVerfGE 29, 221, 235.

Epping/Hillgruber, GG, 17. Auflage, C.H.Beck., 2013, Art. 20 Rn. 197.

54) Hofmann, Rainer, § 16 Sozialstaat, Verfassungsrecht I, S. 2.

그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가이다.⁵⁵⁾ 우리 헌법은 사회국가원리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 헌법의 전문, 사회적 기본권의 보장(헌법 제31조 내지 제36조), 경제 영역에서 적극적으로 계획하고 유도하고 재분배하여야 할 국가의 의무를 규정하는 경제에 관한 조항(헌법 제119조 제2항 이하) 등과 같이 사회국가원리의 구체화된 여러 표현들을 통하여 사회국가원리를 수용하고 있다고 볼 수 있다.

우리 헌법재판소에 의하면 헌법 제34조 제5항의 '신체장애자'에 대한 국가보호의무의 헌법적 의미와 장애인을 위한 '저상버스'를 도입해야 할 국가의 구체적 의무가 헌법으로부터 도출되는지의 여부와 관련하여, “헌법은 제34조 제1항에서 모든 국민의 "인간다운 생활을 할 권리"를 사회적 기본권으로 규정하면서, 제2항 내지 제6항에서 특정한 사회적 약자와 관련하여 "인간다운 생활을 할 권리"의 내용을 다양한 국가의 의무를 통하여 구체화하고 있다. 헌법이 제34조에서 여자(제3항), 노인·청소년(제4항), 신체장애자(제5항) 등 특정 사회적 약자의 보호를 명시적으로 규정한 것은, '장애인과 같은 사회적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유행사의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므로, 국가가 특히 이들에 대하여 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건을 형성하고 유지해야 한다'는 점을 강조하고자 하는 것이다. 장애인의 복지를 향상해야 할 국가의 의무가 다른 다양한 국가과제에 대하여 최우선적인 배려를 요청할 수 없을 뿐 아니라, 나아가 헌법의 규범으로부터는 '장애인을 위한 저상버스의 도입'과 같은 구체적인 국가의 행위의무를 도출할 수 없는 것이다. 국가에게 헌법 제34조에 의하여 장애인의 복지를 위하여 노력을 해야 할 의무가 있다는 것은, 장애인도 인간다운 생활을 누릴 수 있는 정의로운 사회질서를 형성해야 할 국가의 일반적인 의무를 뜻하는 것이지, 장애인을 위하여 저상버스를 도입해야 한다는 구체적 내용의 의무가 헌법으로부터 나오는 것은 아니다.⁵⁶⁾”라고 결정함으로써 사회적 기본권으로부터 구체적인 국가의 행위의무를 도출할 수는 없고 입법자의 입법을 기다려야 한다는 입장이다.

금융 내지 경제위기를 맞이하여 가장 시급한 문제가 바로 실업문제이다. 실업문제와 결부하여 요청되는 수단이 바로 사회안전망 확충(기초생활보장, 장애인지원, 영유아보육지원, 노인지원)이다. 사회적 안전망을 마련함에 있어서 전적으로 공적인 재원만으로 구축하는 것은 쉽지 아니하므로, 민간의 재원을 활용하는 사회보험

55) 헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2002헌마52 전원재판부 【저상버스도입의무불이행위헌확인】.

56) 헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2002헌마52 전원재판부 【저상버스도입의무불이행위헌확인】.

정책도 부수적으로 요청된다. 사회보험정책을 보장국가의 관점에서 접근할 필요가 있는데, 개개인의 삶에 있어서 비교적 번영할 때 이를 잘 모아두었다가 어려움의 때에 나눠줄 수 있는 체제를 구축할 필요가 있다.

라. 소결

금융 내지 경제적 위기상황의 등장은 국민의 삶과 생활 그리고 재산권과 기본권에 커다란 영향을 끼치게 되고, 이러한 위기로 인하여 많은 것들을 잃어버린 국민은 더욱 더 국가의 급부에 의존되게 되는 것이 현실이다. 이러한 상황에서 국민의 인간다운 생활을 보장하기 위해서는 국민이 국가에 대해서 가지는 각종 요구들과 이에 대한 반면으로 국가가 국민에게 제공하여야 하는 각종 급부들에 대해서 보다 긴밀한 연대성이 요청된다. 종전에는 이러한 분야를 급부행정이라고 하여 대부분 국가 등 행정주체의 재량적 결정에 의존하거나 법령의 근거가 있어야만 국민의 신청 내지 요구를 들어주었다. 그렇지만 이러한 국가의 재량적 시혜적 관계가 금융 내지 경제위기의 상황에서는 유지될 수 없고, 경우에 따라서는 국민에게 주관적 공권을 긍정할 필요가 있을 것이다.⁵⁷⁾ 다만 이러한 주관적 공권성의 인정은 사회국가원칙 그 자체로부터 직접적으로 도출된다고 보기는 무리가 있으며, 입법자의 입법을 통하여 여러 가지 고려사항들을 적정하게 형량하여 필요한 최소한의 범위 내에 한정되어야 할 것으로 사료된다.

V. 금융 내지 경제위기 대응방안으로서 조장적 사회국가체제의 구축

1. (적극적) 사회국가로부터 조장적 사회국가로의 전개

사회국가에 있어서 지금까지는 적극적 사회국가(aktiver Sozialstaat)체제를 구축하

57) BVerwGE 42, 148, 157 ff: 사회국가원칙이 행정청의 재량을 0으로 수축하는 방향으로 기능하였다. BVerwGE, 1, 159(Fürsorgeanspruch: 부조청구권): 우리는 공적부조법을 공적 부조의 담당자가 요부조자에 대한 관계에서 부조에의 법적 의무를 지며, 후자는 그에 대응하는 청구권을 가진다는 취지로 해석해야 한다는 결론에 도달하였다. 국가권력에 의하여 보호되는 불가침의 인간의 존엄성(제1조)은, 대체로 생활에 필수적인 수요의 충족과 생존이 문제되는 한, 요부조자를 한낱 국가작용의 대상으로 보는 것을 금지한다. 헌법의 기본사상에 부합하는 공적부조법의 해석은 아마 다음과 같을 것이다: 법률이 요부조자를 위하여 부조업무담당자에게 의무를 부과하는 한, 요부조자는 그에 상응하는 권리를 가지며, 이에 따라 보호의 침해를 행정재판소에 제소할 수 있다.

는데 초점을 맞추었다면, 이제부터는 조장적 사회국가(aktivierender Sozialstaat)로의 방향을 전환할 필요가 있으며, 이러한 방향은 우리나라의 사회국가에 있어서도 타당하다. 조장적 사회국가는 1998년 독일 시민당(SPD)의 선거공약으로 제시되었다. 시장경제 내지 자유주의적 국가의 부정적인 결과를 제거하기 위하여 복지국가 내지 사회국가가 등장하였으며, 사회국가는 시장의 불평등을 시정하고 실질적 생활과 수입의 평등을 추구하였다. 그런데 이러한 사회국가의 조정이 조정가능성의 한계로 인해서 벽에 부딪치게 되었다. 실업자에 대한 법적 근거도 없이 과다한 실업급여 등으로 인하여 국가재정의 결핍문제가 발생하였다. Schröder 전 독일총리는 보상적인 복지국가에 대해서 현재의 복지국가는 인간으로부터 결정권을 빼앗고 인간을 점점 더 운(運)에 의존되도록 하고 있으며, 이러한 체제는 비용적으로도 가능하지 않을 뿐 아니라, 비효율적이고 비인간적이라고 비판하였다.⁵⁸⁾ Galuske는 적극적 복지국가에 대하여 크게 다음의 세가지 비판을 제시하고 있다: 첫째, 사회국가는 비용이 너무 크고 세계시장의 심화되는 경쟁과 부족한 국가재정에 비추어 볼 때 한계없는 확장압력에 복속된다(비용측면). 둘째, 사회국가의 엄청난 국민경제적 비용에도 불구하고 그의 공역무 수행은 빈번하게 비효율적이고 관료주의적인 경직과 낭비에 시달린다(효율측면). 셋째, 사회국가적인 보장은 원래 의도하였던 바, 즉 능동적이고도 자기책임성 있는 국민을 만들지 못하고, 반대로 사회적 보장침대가 인간의 창의성과 방어능력을 떨어뜨리고 자원의 낭비를 가져오게 된다(마비측면).⁵⁹⁾

무분별한 실질적 평등의 추구는 이상에서 제시된 것과 같이 여러 문제를 가져오면서 ‘제3의 길’로서 기회의 평등으로 방향을 전환하였으며, 이러한 사회국가의 방향전환을 조장적 사회국가(aktivierender Sozialstaat)라고 한다.⁶⁰⁾ Galuske는 적극적 사회국가의 문제를 극복하기 위하여는 무상복지로부터 근로복지로 나아가야 하며 그것이 바로 조장적 사회국가라고 하였다.⁶¹⁾ 독일의 바이에른주 의회 의장인 Alois

58) Schröder, Gerhard, Gerechtigkeit im Zeitalter der Globalisierung schaffen – für eine Partnerschaft in Verantwortung, Regierungserklärung vom 29.10.2002(www.bundesregierung.de vom 29.10.2002), S. 11: “Der allgegenwärtige Wohlfahrtsstaat (so Schröder), der den Menschen die Entscheidungen abnimmt und sie durch immer mehr Bevormundung zu ihrem Glück zwingen will, ist nicht nur unbezahlbar. Er ist am Ende auch ineffizient und inhuman.

59) Galuske, Michael, Der aktivierende Sozialstaat, 2004, S. 3 f.

60) 사실 “aktivierender Sozialstaat”는 “aktiver Sozialstaat”로부터 발전적으로 나아간 것으로 보는데, 후자를 적극적 사회국가라고 표현한다면, 전자는 문언적으로는 ‘적극적이 되도록 하는’의 의미로서 ‘활성적’ 내지 ‘능동적’이라고 번역할 수도 있을 것이나, 그 실질적 의미는 결국 국민이 자발적으로 움직이도록 조장하는 점에서 ‘조장적’이라고 표현할 수도 있을 것이다.

Glück이 ‘조장적 사회국가’를 사회정책의 지도이념으로 표방하였다.⁶²⁾ 조장적 국가에서 국가는 객관적인 기준을 설정하고, 이러한 기준에 의거한 공정한 기회를 국민에게 제공하며, 국민은 스스로의 책임으로 이러한 기준들을 자기자신의 이익을 위하여 활용하여야 한다. 조장적 사회국가의 실제적 딜레마는 한계적인 재정수단과 동시에 충족시켜야 할 사회적인 요청들 사이에 분명한 우선순위를 정하는 것이다. 이러한 국가의 우선순위에 기초한 활동은 필연적으로 소외자들을 생산하게 될 것이나, 그렇지만 이러한 소외자들이 사회적으로나 정치적으로 약자에게만 귀속되어서는 아니된다. 이러한 조장적 사회국가의 주된 내용은 자기 스스로를 돕는 원칙, 국가와 사회의 적절한 책임분배, 근로의욕과 근로활동을 조장시키는 조치, 국민에 대한 지속적 교육 등을 들 수 있다.

2. 조장적 사회국가의 주된 내용

가. 자기부조의 원칙

조장적 사회국가는 자기책임의 기본원칙 위에 구축되고, 도움 역시 자기자신에 대한 도움을 가장 먼저 의미하고, 여러 가지 조치들을 구성함에 있어서 국민들이 노력하고 자신의 가능성을 최대한 발휘하고자 노력하도록 충분한 유인책이 포함되어 있도록 하여야 한다는 것을 의미한다(Vorrang der Selbsthilfe).⁶³⁾ Stephan von Bandemer, Josef Hilbert에 따르면 조장적 사회국가란 “국가가 사회적 임무를 위하여 포괄적인 공적 책임을 부담하기는 하지만, 그러나 모든 임무들을 스스로 다 수행할 필요는 없다. 그의 임무는 오히려 공역무를 수행하는 자(광의의 공무원)를 포함하여 사회를 조장시키고, 요청하고 그리고 후원하며, 사회가 스스로 문제해결자로 참여하도록 하는 것이다.” Glück에 의하면 조장적 사회국가에 있어서 부조는 일차적으로 자기부조로부터 시작하며⁶⁴⁾, 국가의 각종 조치들을 개개인들이 자신의 역량을 잘 발휘할 수 있는 유인들이 내포되도록 형성하여야 한다.⁶⁵⁾

61) Galuske, M.: Flexible Sozialpädagogik. Elemente einer Theorie Sozialer Arbeit in der modernen Arbeitsgesellschaft, Weinheim/München 2002, S. 4 ff.

62) Glück, Alois, Vita activa - Wege zu einer neuen Sozial- und Bürgerkultur, Rede auf dem Deutschen Katholikentag am 3. Juni 2000 (www.csulandtag.de/htmllexport/582.html), S. 3.

63) Glück, Alois, Vita activa - Wege zu einer neuen Sozial- und Bürgerkultur, Rede auf dem Deutschen Katholikentag am 3. Juni 2000 (www.csulandtag.de/htmllexport/582.html), S. 3.

64) BVerfG 17, 38, 56: 우선적인 자기부조의 유보(der Vorbehalt der vorrangigen Selbsthilfe)가 사회국가원칙의 본질적 요소이다.

나. 책임의 새로운 분배

(적극적) 사회국가가 추구하는 이념은 타당하지만, 체계적인 구축이 문제가 되었으므로, 조장적 사회국가에서는 사회국가의 실현에 있어서 효율성 그리고 성과지향적인 조정을 지향함과 동시에 국가와 사회 상호간의 새로운 책임분배를 추구한다(gerechte Verteilung der Verantwortung zwischen Staat und Gesellschaft). 조장적 사회국가는 국가의 근대화 및 정치적 향도를 실용적 과정의 측면에서 바라보는 것인데, 이를 통해서 국가와 행정의 근대화 과정에서 효과성, 효율성, 그리고 적정성을 생산성과 결부시키는 것을 추구한다. 국가와 사회가 경직적인 대립각을 세우는 것이 아니라 새롭고 효과적이고 지속가능한 문제해결을 추구하며, 새로운 책임분배를 형성하는 것이다.

책임의 새로운 분배에 있어서 국가의 부담경감이라는 측면만이 강조되는 것이 아니라 국가와 사회 상호간의 책임의 적절한 분배를 추구한다. 이러한 책임분배에 의하면, 첫째, 국가는 공적인 임무를 위한 보장책임을 부담한다. 둘째, 국가는 시장에 적합한 수익을 얻을 수 없을 때 혹은 정치적인 목표에 부합하는 경우에 한하여 재정책임을 부담한다. 셋째, 공적인 임무를 제3자가 집행할 수 없거나 위험, 남용 혹은 평등의 관점에서 제3자가 배제되는 경우에 한하여 국가가 집행책임을 부담한다. 넷째, 국가는 공적인 임무를 현명한 정부로서 향도책임을 부담한다.

다. 근로의욕과 근로활동의 조장

조장적 사회국가의 중심사상은 노동 내지 근로를 중요시 여기는 것이다(Förderung von Arbeitswillen und Arbeitstätigkeit). 국민에게 근로의욕을 고취시키고, 근로를 찾아 행동하는 자에게 근로의 기회가 주어져야 하며, 일자리를 얻기까지 정치적 배움의 과정을 중요시 여긴다. 조장적 사회국가는 자기주도에 의하여 근로를 시작하도록 하며, 근로의 권리와 의무 그리고 이를 통한 사회에 대한 신뢰와 수인 사이에서 균형을 추구한다. 조장적 사회국가가 노동에의 의무를 강조하는 것과 관련하여, 국가 전반적으로 노동력에 대한 수요가 부족하며, 사회적 약자에 대한 급부를 줄이는 것을 정당화하는데 이용되고 있다는 비판이 있으나, 국민이 자발적으로 근로를 시작하고자 하도록 하고, 근로를 얻기까지의 과정을 중요시 여

65) Glück, Alois, Vita activa – Wege zu einer neuen Sozial- und Bürgerkultur, Rede auf dem Deutschen Katholikentag am 3. Juni 2000 (www.csulandtag.de/htmllexport/582.html), S. 3.

기는 점에서 긍정적으로 바라보게 된다. 이러한 관점에서 당근과 채찍이 조장적 사회국가의 내용으로 들어가 있는데, 예를 들면, 장기적인 실업자에게는 사회부조를 제한하는 것이다.

조장적 사회국가에서는 근로의욕을 조장할 수단을 마련하고, 노동시장의 조장을 위하여 근로활동의 장애요소를 제거하며, 노동시장의 활력성을 촉진하는 것을 추구한다. 또한 노동시장의 유연성을 고양하고, 노동시장에 있어서 각종의 규제들을 제거하는데, 특히 고용관계에 있어서 유연성을 추구하고, 고용형태의 다양성을 추구하고, 고전적인 적극적 사회국가는 국민의 생존을 보장하기는 하였으나 국민에 내재되어 있는 자활능력과 자신의 능력으로 스스로 문제를 극복하는 능력을 조장하지는 못하였다. 너무나 좋고 편안한 복지체제가 자활의지와 능력을 마비시켰다. 조장적 사회국가에서는 국민들의 노동시장참여를 독려하며, 급변하는 노동시장의 변화와 요구에 적응하도록 요청한다. 기간제 일자리와 사소한 일자리라도 없는 것 보다는 낫다. 이러한 일자리를 통해서 보다 나은 일자리로 넘어가는 징검다리로 삼을 수도 있기 때문이다.

라. 지속적 교육

조장적 사회국가에서 근로는 사회질서의 핵심요소로 자리잡게 되는데, 개개인들이 근로능력을 지니기 위해서는 지속적인 교육이 필요하다(nachhaltige Berufsbildung). 지속적이고도 효율적인 교육을 통해서 개개의 국민들에게 근로에 대한 기회의 균등을 제공할 수 있다. 금융 내지 경제위기의 가장 직접적인 위협으로서 실업의 위협을 들 수 있는데, 지속적 교육체제가 형성되는 경우에는 실업의 기간이 자활능력의 함양 그리고 개인적 계속교육의 기간이 될 수 있고, 이는 결국 실업이라는 인생의 가장 고통스러운 시기가 이보 전진을 위한 일보후퇴의 유용한 시기로 전환될 수 있다.

3. 조장적 사회국가에 대한 법제적 뒷받침

독일에서 이러한 조장적 사회국가(aktivierender Staat)의 이념을 법제적으로 뒷받침한 것이 바로 Hartz 법이다. 당시 Volkswagen(VW)의 매니저였던 Peter Hartz⁶⁶⁾에

66) Peter Hartz는 당시 독일 Volkswagen(VW) 자동차 회사의 임원이었으며, Hartz-Gesetze를 제안하였던 고로, 그의 이름을 따라서 Hartz 법률이라고 명명하였다.

따라서 명명되어서 Hartz 법이라 하였는데, 특히 Hartz IV에 의하여 노동 및 사회 보장법에 근본적인 변화를 가져왔다. Hartz 법은 크게 I, II, III, IV로 구분되는데, 주된 내용은 Hartz I은 부조필요성의 심사에 있어서 보다 고양된 기준을 제시한 것이고, Hartz II는 개인사업자, 가족사업자 등을 통하여 많은 미니직업을 만드는 것이며, Hartz III은 연방노동청을 순수한 공기업으로 변환시키는 것이고, 마지막으로 Hartz IV는 실업급여와 사회부조를 통합하는 것이다.⁶⁷⁾

VI. 결론

이상에서 경제 및 금융위기의 현상과 특징 그리고 그에 대한 대처방안으로서 사회국가원칙과 조장적 사회국가원칙에 대해서 고찰하였다. 금융 내지 경제위기는 우리 인간의 삶에 있어서 회피할 수 없다고 전제할 때, 즉 반드시 경험할 수 밖에 없는 것이라고 할 때, 이러한 위기상황을 대처하기 위해서는 사회국가원칙이 중요하다. 금융 내지 경제위기로 인하여 국민들은 국민으로서 누려왔던 기본적 인권이 훼손되고 실업의 위기와 장래에 대한 불안으로 고통받게 된다. 나아가 우리 국민 모두가 함께 살아가야 할 공동체에 대한 위협이 증가하게 된다. 이를 대응하기 위해서는 위협에 빠진 국민들에게 인간다운 생활을 할 수 있도록 생계를 보장하고 공동체적 차원에서 부조가 요청된다. 즉 사회적 정의와 형평 그리고 실질적 평등을 추구하는 것이 바로 사회국가 원칙이다.

그런데 이러한 사회국가원칙이 보다 적극적으로 구현될수록 그에 따른 부작용도 나타나게 되었다. 전 독일총리였던 슈뢰더가 언급하였듯이 '기생충 인간'이 증가하게 되었고, 사회국가를 지탱하는 국가의 경제적 부담은 증가하고 이를 운영하는 기구들은 관료주의에 빠지게 되었고 그로 인하여 국가와 사회 전체가 위험상황에 빠질 우려가 높아지게 되었다.

67) Bosancic, Sasa, "Fördern und Fordern" im aktivierenden Sozialstaat - Wohlfahrtsstaat im Wandel, 2008, S. 1 ff.

BVerfG, Urteil vom 9. 2. 2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09 und 1 BvL 4/09: 독일 연방헌법재판소는 Hartz IV 결정에서 통상급부가 입법자에 의하여 필요한 최저생계의 측정의 기초로 제시된 구조원칙(Strukturprinzip)으로부터 벗어나서 선별된 통계모델에 의거하여 산정되도록 규정한 사회법전의 규정들을 위헌으로 선언하였다. 특히 어린이 특유의 필요의 관점에서 전반적인 자료누락의 하자를 지적하였다.

참고: BvL은 구체적 규범통제(konkrete Normenkontrolle)를 의미한다.

이러한 상황에 직면하여 새로운 ‘제3의 길’로서 조장적 사회국가가 위기사회를 극복하는 방안으로 강구되었다. 조장적 사회국가의 주된 내용은 국민 개개인이 국가의 부조에 의존하기 보다 자기 스스로의 힘으로 자신의 생활을 개척하여 나가고 자기를 돕는 의미에서 자기부조우선의 원칙, 국가와 사회 상호간에 있어서 전적으로 국가의 책임만을 강조하던데서 탈피하여 국민도 그에 합당한 책임을 부담하도록 하는 책임의 새로운 분배, 무상복지에 안주하여 근로를 하지 아니하는 국민을 만드는 체제를 탈피하여 근로의욕과 근로활동을 조장하고, 이를 위해서 국민들을 지속적으로 교육하는 것 등이다.

우리나라에서도 현금에 전개되고 있는 사회국가원칙과 관련하여 무상복지에 초점을 두기 보다는, 스스로의 능력을 발휘하여 ‘자립하는 인간’ 내지 ‘국가와 사회의 부담을 함께 짊어지는 구성원’을 추구하는 조장적 사회국가로 나아가며 이에 적합한 법적 제도적 체제를 갖추어야 할 것이다.

(논문접수일 : 2013.07.31, 심사개시일 : 2013.08.16, 게재확정일 : 2013.09.24)



▶ 강 현 호

금융위기(finanzielle Krise), 경제위기(wirtschaftliche Krise), 실업(Arbeitslosigkeit), 사회국가(Sozialstaat), 조장적 사회국가(aktivierender Sozialstaat), 자기부조(Selbsthilfe)

Zusammenfassung

**Gegenmaßnahmen gegen finanzielle und wirtschaftliche
Krise - in die Richtung auf den "aktiverenden
Sozialstaat" -**

Kang, Hyunho

Phänomen und Merkmale von Wirtschafts- und Finanzkrise sind untersucht und dazu auch als Gegenmaßnahmen gegen sie sind das Prinzip des Sozialstaates und des aktivierenden Sozialstaat erforscht. Wenn finanzielle - oder wirtschaftliche Krise in unseres menschlichen Lebens nicht vermieden werden können, in anderen Wörtern wenn sie unbedingt geschehen werden, dann ist das Sozialstaat von großer Bedeutung, um die Krise zu bewältigen.

Durch finanzielle - oder wirtschaftliche Krise verlieren die Bürger die bisherigen Vorteile und können die Grundrechte, die sie bisher genossen haben, nicht mehr genießen. Die Bürger leiden durch die Arbeitslosigkeit an Angst vor der Zukunft und auch an Hoffnungslosigkeit. Darüber hinaus werden die Gefahren unserer Gemeinschaft im großen Maße erhöht. Um diese Gefahren zu mildern und unsere Gemeinschaft auf den guten Weg hinzurichten, wir brauchen aus der Sicht des Gemeinwohls den Armen und den Nötigen gerechte Hilfe zu leisten und ihnen minimale Lebensstandards zu garantieren. Es ist gerade die Idee des Sozialstaates, Soziale Gerechtigkeit und materielle Gleichheit zu verfolgen.

Allerdings sind die negativen Nebenwirkungen des aktiven Sozialstaates aufgetreten, um das Sozialstaat noch aktiver zu verwirklichen. Wie der ehemalige deutsche Kanzler Schröder erwähnt hat, ist die Zahl

von Parasiten unter der Bevölkerung ständig erhöht. Die soziale Lage des Staates ist verschlechtert und die zunehmende wirtschaftliche Belastung durch bürokratische Organisationen führt das ganze Land in die gefährliche Situation.

Angesichts dieser Situation, als ein neuer "dritter Weg" ist der aktivierende Sozialstaat erschienen, um die Krise der Gesellschaft zu überwinden. Die wichtigsten Inhalte der aktivierenden Sozialstaat sind wie folgend: Erstens, Vorrang der Selbsthilfe, nämlich der Bürger selbst hat sich selbst zu helfen zu versuchen, um sein Schicksal zu überwinden, anstatt sich auf die Hilfe der Staates zu setzen. Zweitens, Gerechte verteilung der verantwortung zwischen dem Staat und der Gesellschaft, in anderen Wörtern haben die Bürger und die Gesellschaft ihre eigene Verantwortung selbst zu tragen, anstatt alle Verantwortung auf den Staat zu verschieben. Drittens, Förderung des Arbeitswillens und Arbeitstätigkeit, das heißt daß der aktiverende Staat fördert den Bürgern Arbeitsmotivation und Tätigkeiten, damit sie sich nicht an die umsonste Wohlfahrtspflege zu gewöhnen. Viertens, der aktivierende Staat legt eine Grundlage für die nachhaltige Berufsbildung.

Diese Inhalte des aktiverenden Sozialstaates gelten auch im heutigen Tage für unser Land, wo der Sozialstaat relativ kräftig entwickelt wird. Das Ziel unserer Gemeinschaft sollte nicht darin liegen, die Bürger zu Parasiten zu verwandeln, sondern zu selbst helfenden Menschen und auch zu die sozialen Lasten mittragenden Mitgliedern der Gesellschaft.

방송법 제9조에서 허가·승인·등록의 법적 의의에 관한 연구*

김 민 호**

I. 문제의 소재	2. 승인의 법적 의의
II. 방송법 제9조에서 ‘허가’의 법적 의의	3. 방송법 제9조에서의 “승인”의 법적 의의
1. 현황	IV. 방송법 제9조에서 ‘등록’의 법적 의의
2. 허가의 의의 및 법적 효과	1. 현황
3. 방송법 제9조에서 ‘허가’의 법적 의의	2. 등록의 법적 의미
III. 방송법 제9조에서 ‘승인’의 법적 의의	3. 방송법 제9조에서의 “등록”의 법적 의의
1. 현황	V. 결론

I. 문제의 소재

방송법 제9조는 방송사업자의 시장진입제한에 관하여 규정하고 있다. 방송사업의 유형에 따라 허가, 승인, 등록 등을 통하여 시장진입이 허용되는 방식을 취하고 있다. 지상파방송사업, 위성방송사업 등은 허가를, 종합편성·보도·상품판매전문편성 방송채널사용사업 등은 승인을, 일반 방송채널사용사업, 전광판방송사업 등은 등록을 하도록 규정하고 있다. 그런데 문제는 법에서 규정하고 있는 허가, 승인, 등록의 법적 의의가 무엇이며, 이들 상호간에 어떠한 차이가 있는 것인지가 명확하지 않다는 것이다. 강학상 행정행위의 유형과 실제 법령에서 사용하고 있는 행정행위의 유형이 일치하지 않는 것은 일반적인 현상이다. 하지만 실제 법령에서 면허, 허가, 인가, 특허 등의 다양한 용어를 사용하고 있을지라도 대부분의 경우에는 그 법적 의의는 강학상 허가, 특허, 인가 등으로 나누어지는 것이 일반적이다. 그런데 방송법 제9조에서 규정하고 있는 허가, 승인, 등록은 그 법적 의의가 강학상 무엇에 해당하는지가 불분명하다. 제9조 제1항 내지 제2항에서 규정하고 있는 ‘허가’는 강학상 허가인지 아니면 특허인지? 제9조 제3항 내지 제9항에서 규정하고 있는

* 이 논문은 2012년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.
(NRF-2012S1A3A2033974).

** 성균관대 법학전문대학원 교수, 법학박사.

‘승인’은 강학상 무엇으로 보아야 하는지? 제9조 제5항에서 규정하고 있는 ‘등록’은 사실상의 허가인지 아니면 자기완결적 신고인지? 등이 명확치 않다는 것이다.

허가, 승인, 등록의 법적 의의가 무엇이냐에 따라 처분의 효과가 달라지는 것은 물론이고 더욱 중요한 것은 이들이 강학상 어떠한 행정행위의 유형에 속하느냐에 따라 요건심사의 범위와 정도가 다르고 처분청의 재량성 여부도 달라진다. 따라서 방송법 제9조에서 규정하고 있는 허가, 승인, 등록의 법적 의의가 무엇인지를 규명하는 것은 매우 중요하다. 그럼에도 불구하고 사실상 이에 대한 논의와 선행연구는 거의 없는 실정이다. 이에 본고에서는 방송법 제9조의 법문언상 허가, 승인, 등록이 강학상 어떠한 행정행위의 유형에 속하는지 그 법적 의의(성질)을 규명하고 각각의 법적 효과와 처분청의 요건심사의 범위와 정도, 그리고 처분 재량성 여부에 관하여 고찰하고자 한다.

II. 방송법 제9조에서 ‘허가’의 법적 의의

1. 현황

방송법 제9조에서 ‘허가’를 통하여 시장진입이 가능하도록 규정하고 있는 것은 제1항의 지상파방송사업¹⁾, 제2항의 위성방송사업, 종합유선방송사업 또는 중계유선방송사업²⁾, 그리고 제11항의 공동체라디오방송사업³⁾이다.

이들 중 지상파방송사업과 공동체라디오방송사업은 방송통신위원회의 허가를 받아야 하고, 위성방송사업, 종합유선방송사업 또는 중계유선방송사업은 미래창조과학부 장관의 허가를 받아야 한다. 방송통신위원회가 지상파방송사업 등을 허가할

1) 방송법 제9조 ① 지상파방송사업을 하고자 하는 자는 방송통신위원회의 허가를 받아야 한다. 이 경우 방송통신위원회는 미래창조과학부장관에게 「전파법」에 따른 무선국 개설과 관련된 기술적 심사를 의뢰하고, 미래창조과학부장관으로부터 송부 받은 심사 결과를 허가에 반영하여야 한다.

2) ② 위성방송사업을 하고자 하는 자는 「전파법」으로 정하는 바에 따라 미래창조과학부장관의 방송국 허가를 받아야 하고, 종합유선방송사업 또는 중계유선방송사업을 하고자 하는 자는 대통령령으로 정하는 기준에 적합하게 시설과 기술을 갖추어 미래창조과학부장관의 허가를 받아야 한다. 이 경우 미래창조과학부장관은 미리 방송통신위원회의 동의를 받아야 한다.

3) ① 공동체라디오방송사업을 하고자 하는 자는 방송통신위원회의 허가를 받아야 한다. 이 경우 방송통신위원회는 미래창조과학부장관에게 「전파법」에 따른 무선국 개설과 관련된 기술적 심사를 의뢰하고, 미래창조과학부장관으로부터 송부 받은 심사 결과를 허가에 반영하여야 한다. 이외의 공동체라디오방송사업자의 편성, 재원 등 운영에 필요한 세부사항은 대통령령으로 정한다.

때에는 미래창조과학부장관에게 「전과법」에 따른 무선국 개설과 관련된 기술적 심사를 의뢰하고 그 심사 결과를 허가에 반영하여야 한다.

2. 허가의 의의 및 법적 효과

허가라 함은 법규에 의해 일반적·상대적으로 금지되어 있는 것을 특정한 경우에 해제시켜주는 행위를 말한다. 다시 말해서 인간이 원래부터 가지고 있던 자연적 자유를 행정목적상 법규에 의하여 금지시키고 특정한 경우에 한하여 그 금지를 해제시켜줌으로써 인간의 자연적 자유를 회복시키는 것을 의미한다. 허가는 상대적 금지에 대해서만 가능하고 어떠한 경우에는 해제될 수 없는 절대적 금지(살인 등)의 경우에는 허가가 허용되지 않는다.

허가와 구별되는 개념으로 이른바 “예외적 승인(허가)”이라는 것이 있다. 허가는 일반적으로 해제를 예정하는 ‘예방적 금지’를 대상으로 하지만, 예외적 승인은 일반적으로 금지를 예정하는 ‘억제적 금지’를 대상으로 한다. 예컨대 개발제한구역에서의 건축허가 등이 이에 해당한다. 예외적 승인은 고도의 공익성 판단이 요구되므로 언제나 재량행위라고 할 것이다. 허가는 행정강제 또는 행정벌의 원인이 되는 적법 요건이지 당해 행위의 법률상효과에 직접 영향을 미치는 유효요건이 아니다.

허가는 명령적 행위이면서 기속행위이고, 특허는 형성적 행위이면서 재량행위라는 것이 종래의 통설적 견해이었다. 그러나 필자는 허가의 본질을 자연적 자유의 회복이라는 헌법상 기본권을 설정하여 주는 일종의 형성적 행위라고 이해하고 있고, 기속행위와 재량행위의 구별은 당해 처분의 근거법령의 법문언의 체계·형식·내용에 따라 판단하여야 하며 행위의 성질에 따라 일의적으로 결정되는 것은 아니다. 그렇다면 이제 허가와 특허의 구별은 무의미한 것인가? 그렇지는 않다. 특허와 허가의 본질적인 차이는 특허 또는 허가의 대상이 되는 개인활동이 공공서비스에 해당하는지의 여부에 있다. 다시 말해서 공공서비스를 사인에게 설정하여 줄 때는 특허가 되고, 공공서비스가 아닌 것을 사인에게 허용하는 것은 허가가 된다. 예컨대 공공서비스와 관계없는 음식점영업을 허용하는 것은 허가에 해당하지만, 사설경비업의 영업을 허가하는 것은 사인으로 하여금 경비라는 공공서비스를 제공하도록 허용한 것으로서 특허에 해당한다.

따라서 특허의 상대방은 공공서비스를 제공하는 지위에 있기 때문에 공공서비스의 기본원칙, 즉 평등의 원칙, 계속성의 원칙, 적응의 원칙에 의한 통제를 받는다. 다시 말해서 경찰허가의 경우에는 법령을 위반하지 않는 한 허가를 취소할 수 없으

나, 경찰특허의 경우에는 공공서비스의 기본원칙을 준수하여야 하고 이를 위반한 경우에는 특허를 취소할 수 있다. 예컨대 사설경비업에 대한 경찰특허를 한 경우에는 당해 사설경비업체가 법령을 직접 위반하지는 않았지만 서비스를 불평등하게 제공하였거나 채산성을 이유로 경비활동을 임의로 중단하였거나 변화된 경비환경에 대응할 수 있는 인력과 장비를 갖추지 못한 경우에는 경찰특허를 취소할 수 있다.

3. 방송법 제9조에서 ‘허가’의 법적 의의

법학에서의 개념구분론은 요건론과 효과론으로 구분됨이 보통이다.⁴⁾ 요건론이란 요건심사의 정도에 따라 법문언상 행정행위의 개념을 구분하려는 태도이며, 효과론이란 법적 효과에 따라 행정행위를 유형화하려는 태도이다. 다시 말해서 행정청이 당해 행정행위의 요건을 심사함에 있어서 심사의 정도가 형식적이나 실질적이나에 따라 행정행위를 개념적으로 유형화하는 방법론을 요건론이라 한다면, 당해 처분의 법적 효과로서 행정청의 법적 의무 발생 유부 및 기속·재량성 정도, 상대방의 향유 이익(권리)에 따라 행정행위의 법적 의의를 개념화하려는 태도를 효과론이라 한다.

따라서 요건론과 효과론을 사용하여 방송법 제9조의 법문언상 ‘허가’의 법적 의의를 규명하여 보면 다음과 같다. 우선 방송법 제9조에서의 허가요건에 대한 심사의 정도가 형식적인지 또는 실질적인지를 살펴볼 필요가 있다.

지상파방송사업을 하려는 자는 방송통신위원회에, 위성방송사업·종합유선방송사업·중계유선방송사업을 하려는 자는 미래창조과학부장관에게 (1)신청인에 관한 사항을 기재한 서류, (2)사업계획서, (3)시설설치계획서, (4)일간신문을 경영하는 법인이 주식 또는 지분을 소유하고 있는 법인이 지상파방송사업의 허가를 신청하는 경우에는 방송법 시행령 제4조 제2항에서 정하는 자료⁵⁾를 첨부하여 허가신청서를

4) 이상천, 요건으로서의 신고·신청에 따른 효과로서의 수리·등록·허가의 개념적 구분 재론, 공법학연구 제11권 제3호, 한국비교공법학회, 2010.8, 296면.

5) 방송법 시행령 제4조 ②법 제8조제4항에 따라 지상파방송사업자, 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업자의 주식 또는 지분을 소유하려는 일간신문을 경영하는 법인(특수관계자를 포함한다)은 주식 또는 지분을 소유하려는 날이 속하는 사업연도의 직전 사업연도 1년간의 다음 각 호의 자료를 방송통신위원회에 제출하여야 한다.

1. 신문의 부수 확인 및 인증에 관한 업무의 전문성이 인정되는 기관 또는 단체 중 방송통신위원회가 문화체육관광부장관과 협의하여 지정하는 기관 또는 단체의 인증을 받은 전체발행부수 및 유가판매부수. 유가판매부수는 가구대상 판매부수, 영업장대상 판매부수 및 가관판매부수로 구분

제출하여야 한다. 미래창조과학부장관 또는 방송통신위원회는 허가신청서를 접수한 때에는 접수일부터 90일 이내에 (1)방송의 공적 책임·공정성·공익성의 실현 가능성, (2)방송프로그램의 기획·편성 및 제작계획의 적절성, (3)지역적·사회적·문화적 필요성과 타당성, (4)조직 및 인력운영등 경영계획의 적정성, (5)재정 및 기술적 능력, (6)방송발전을 위한 지원계획, (7)기타 사업수행에 필요한 사항 등⁶⁾을 심사하여 허가여부를 결정하고, 허가를 하는 경우에는 신청인에게 허가서를 내주어야 한다.⁷⁾

또한 미래창조과학부장관 또는 방송통신위원회는 심사를 할 때에 시청자의 의견을 공개적으로 청취하고, 그 의견의 반영 여부를 공표하여야 한다. 특히 종합유선방송사업을 하고자 하는 자를 허가할 때에는 특별시장·광역시장 또는 도지사의 의견을 들어야 한다.⁸⁾

이처럼 방송법 제9조의 허가요건은 필요성, 타당성, 적정성 등 정성지표에 대한 가치 평가이고 실질적 심사가 요구되는 영역으로서 전형적인 행정청의 판단여지 내지는 재량판단이 요구된다. 또한 허가의 상대방은 전파법 등에서 규제하고 있는 전파를 독점적·배타적으로 사용하고 방송사업에 대한 배타적 영업권을 가지는 등 허가의 상대방이 향유하는 이익 또한 단순한 반사적 이익을 넘어서는 권리로 볼 수 있어서 방송법 제9조에서의 허가는 자연적 자유의 소극적 회복인 강학상 허가보다는 새로운 권리의 설정인 강학상 특허로 보는 것이 타당하다.

Ⅲ. 방송법 제9조에서 ‘승인’의 법적 의의

1. 현황

방송법 제9조에 따르면 (1)중계유선방송사업자가 종합유선방송사업을 하고자 할

하여야 한다.

2. 재무제표 및 재무제표에 대한 회계감사인(「주식회사 외부감사에 관한 법률」 제3조제1항에 따른 감사인을 말한다. 이하 이 항에서 같다)의 감사보고서.

3. 연결재무제표 및 연결재무제표에 대한 회계감사인의 감사보고서(「주식회사 외부감사에 관한 법률」 제2조에 따른 주식회사 중 연결재무제표를 작성하는 주식회사의 경우에 한정한다).

4. 그 밖에 이사회 구성현황 등 방송통신위원회가 경영 투명성을 위해 필요하다고 인정하여 고시로 정하는 자료.

6) 방송법 제10조 제1항.

7) 방송법 시행령 제5조.

8) 방송법 제10조 제1항.

경우⁹⁾, (2)상품소개와 판매에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업을 하고자 하는 경우¹⁰⁾, (3)국내에서 수신될 수 있는 외국 인공위성의 무선설비를 이용하여 위성방송을 행하는 사업을 하고자 하는 경우¹¹⁾, (4)외국 인공위성의 무선국의 특정 채널의 전부 또는 일부 시간에 대한 전용사용계약을 체결하여 그 채널을 사용하고 자 하는 경우¹²⁾에는 미래창조과학부장관의 승인을 받아야 한다. 또한 종합편성이 나 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업을 하고자 하는 경우에는 방송통신위원회의 승인을 받아야 한다.

2. 승인의 법적 의의

가. 허가로서의 승인

법령에서 승인이라는 문언을 사용하는 것 중에서 허가의 성질을 가지는 경우는 일반적 허가과 재량적 허가에 해당하는 것이 대부분이다.

일반적(기속적) 허가의 의미로 사용된 입법례로는 건축법 제22조가 있다. 건축법 제22조는 건축주가 허가를 받았거나 신고를 한 건축물의 건축공사를 완료한 후 그 건축물을 사용하려면 공사감리자가 작성한 감리완료보고서와 공사완료도서를 첨부하여 허가권자에게 사용승인을 받도록 규정하고 있다. 허가권자는 (1)사용승인을 신청한 건축물이 이 법에 따라 허가 또는 신고한 설계도서대로 시공되었는지의 여부, (2)감리완료보고서, 공사완료도서 등의 서류 및 도서가 적합하게 작성되었는지의 여부 등을 검사하고 사용승인을 해주어야 한다.

재량적 허가의 의미로 사용된 입법례는 건축법 제11조를 들 수 있다. 건축법 제11조는 (1)21층 이상의 건축물 등 대통령령으로 정하는 용도 및 규모의 건축물을 특별시나 광역시에 건축하려 하는 경우, (2)자연환경이나 수질을 보호하기 위하여 도지사가 지정·공고한 구역에 건축하는 3층 이상 또는 연면적의 합계가 1천제곱미터 이상인 건축물로서 위락시설과 숙박시설 등 대통령령으로 정하는 용도에 해당하는 건축물을 건축하려는 하는 경우, (3)주거환경이나 교육환경 등 주변 환경을 보호하기 위하여 필요하다고 인정하여 도지사가 지정·공고한 구역에 건축하는 위락시설 및 숙박시설에 해당하는 건축물을 건축하려 하는 경우에는 행정청의 허가를 받아야 하는데,

9) 방송법 제9조 제3항.

10) 방송법 제9조 제5항.

11) 방송법 제9조 제6항.

12) 방송법 제9조 제8항.

처분청은 허가를 하기에 앞서 도지사의 '승인'을 받도록 규정하고 있다.

나. 특허로서의 승인

법령에서 특허의 의미로 승인이라는 문언이 사용되어진 입법례는 「농어촌주택 개량촉진법」 제7조를 들 수 있다. 낡고 험었거나 불량한 농어촌주택의 개량을 촉진하고 농어촌지역에 있어서 뒤떨어진 주거환경의 향상을 도모하기 위한 '개선사업'은 시장·군수·구청장이 시행하여야 하는 사무이다. 그런데 시장·군수·구청장이 이러한 개선사업을 직접 시행하지 않고 (1)농어촌진흥공사, (2)국토교통부장관에게 등록한 주택건설사업자, (3)농어촌주택조합, (4)농어촌주택의 소유자 등이 시행할 수 있도록 승인을 해 줄 수가 있다. 이 때에 승인을 얻은 농어촌진흥공사 등은 해당 사업의 시행과 관련하여 배타적·독점적 사업시행권을 가지게 되므로 이법 제7조에서의 승인은 강학상 전형적인 특허에 해당한다.

다. 인가로서의 승인

인가란 제3자의 법률행위를 보충하여 그 법률적 행위를 완성시켜주는 행위를 말한다. 예컨대 토지거래허가구역내에 토지를 소유하고 있는 자가 타인에게 토지를 매도하기 위하여 매매계약을 체결하였을 경우 이들의 매매계약만으로 재산권 변동이 완전히 발생하지 않고 관할 군수의 토지거래허가가 있어야만 소유권이전등기를 할 수 있는 것이 이에 해당한다. 이처럼 행정청의 행정행위가 사인간의 법률효력을 보충하여 그 법률적 효력을 완성시켜주는 행위를 인가라 한다.

비영리법인설립인가, 사립학교이사취임승인, 공기업운임·요금승인, 지방채기채승인, 토지거래허가 등이 이에 해당한다. 따라서 인가의 대상은 그 성질상 당연히 법률행위에 한정된다.

인가는 제3자의 법률행위의 효력을 완성시켜 주는 것이지 결코 그 법률행위의 하자를 치유하는 것은 아니다. 다시 말해서 제3자의 법률행위에 하자가 있음에도 불구하고 행정청이 이를 알지 못하여 인가를 하였다 해서 그 법률행위의 하자가 치유되는 것은 아니다. 그러나 인가의 전제가 된 기본적 행위가 실효 되면 인가의 효력도 상실된다.

인가란 행정청이 제3자의 법률관계에 개입하여 이들의 법률적 효력을 완성시켜 주는 것이므로 앞에서 살펴본 허가 또는 특허와 그 성질이 매우 다르다 할 것이

다. 따라서 인가로서의 승인은 실질적 요건에 대해 매우 엄격한 실질적 심사를 요구하지 않으며 매우 형식적인 요건만을 심사하여 제3자의 법률행위가 법령이나 절차를 위반하지 않은 경우에는 승인을 해주는 것이 일반적이다.

인가로서의 승인에 해당하는 입법례로는 「지방재정법」 제11조를 들 수 있다. 지방자치단체의 장은 그 지방자치단체의 항구적 이익이 되거나 긴급한 재난복구 등의 필요가 있는 때에는 지방채를 발행할 수 있다. 그런데 지방자치단체의 장은 지방채를 발행하고자 하는 경우에 재정상황 및 채무규모 등을 고려하여 지방의회의 의결을 얻어야 한다. 다만, 외채를 발행하는 경우에는 지방의회의 의결을 거치기 전에 안전행정부장관의 승인을 얻어야 한다. 이 때에 안전행정부장관의 승인은 지방자치단체장의 지방채 발행의 법률적 효력을 완성시켜주는 이른바 강학상 인가에 해당한다.

3. 방송법 제9조에서의 “승인”의 법적 의의

현행 방송법 제9조는 종합편성이나 보도 또는 상품소개와 판매에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업을 하고자 하는 자는 방송통신위원회의 승인을 얻도록 규정하고 있다. 그렇다면 여기에서 “승인”의 행정법적 성질은 위에서 살펴본 허가, 특히, 인가로서의 승인 중 어느 것에 해당하는지를 검토해 볼 필요가 있다. 방송법 시행령 제10조는 방송법 제9조에서의 허가과 승인의 심사기준 및 절차를 동일하게 규정하고 있다. 따라서 허가의 경우와 마찬가지로 행정청은 (1)방송의 공적 책임·공정성·공익성의 실현 가능성, (2)방송프로그램의 기획·편성 및 제작계획의 적절성, (3)지역적·사회적·문화적 필요성과 타당성, (4)조직 및 인력운영등 경영계획의 적정성, (5)재정 및 기술적 능력, (6)방송발전을 위한 지원계획, (7)기타 사업수행에 필요한 사항 등을 심사하여 승인 여부를 결정하여야 한다.

행정청이 승인여부를 결정함에 있어 그 판단의 대상이 형식적 요건뿐만 아니라 매우 사실적·전문적·기술적인 요건을 실질적으로 엄격하게 심사해야함을 쉽게 알 수 있다. 다시 말해서 승인의 요건은 방송의 공익성과 방송사업자의 책무를 성실히 이행할 수 있는지 여부에 대한 방통위의 재량적 판단에 의존하고 있다는 것이다.

따라서 현행 방송법상 홈쇼핑 및 종합·보도PP의 승인은 재량적 허가 또는 특허 중 어느 하나에 해당한다 할 것이다. 그렇다면 홈쇼핑 및 종합·보도PP의 승인은 허가인가 아니면 특허인가의 문제는 방송법의 문언만으로는 쉽게 판단하기 어렵고 홈쇼핑 및 종합·보도PP의 성질에 대한 규명을 통하여 해결하여야 한다.

홈쇼핑 및 종합·보도PP는 일반 PP가 제공할 수 없는 홈쇼핑 및 종합·보도에 대한 독점적 편성을 전제로 하는 것이므로 그 성질이 자연적 자유의 회복이라기보다는 독점적 권리의 부여로 보는 것이 타당하므로 홈쇼핑 및 종합·보도PP의 승인은 특허로 보아야 할 것이다.

결국, 앞에서 말한 것처럼 이러한 사항들은 정성적 지표로서 이에 대한 심사는 처음부터 재량성 또는 판단여지를 내포하고 있다고 할 것이다. 결국 방송법 제9조에서의 승인은 행정청의 정성적·재량적 판단이 요구되는 강학상 특허로 보아야 할 것이다.

그렇다면 방송법 제9조에서 허가와 승인이 모두 강학상 특허에 해당한다면 강학상 동일한 행정행위의 유형인 특허를 방송법 제9조가 허가과 승인으로 나누어 규정한 까닭이 무엇인지 의문이 남는다. 특히 심사요건과 절차를 동일하게 규정하면서 단지 지상파방송사업, 종합유선방송사업 등 방송사업은 '허가'를, 종합편성, 보도, 홈쇼핑 등 방송채널사용사업은 '승인'을 얻도록 규정한 입법자의 의도를 파악해 보아야 한다. 이미 살펴 본 바와같이 법문언상 허가나 승인이 모두 강학상 특허에 해당함에도 불구하고 입법자가 양자를 구별한 것은 '재량권 행사의 범위' 또는 '공익성 판단의 정도'를 달리 규정하고자 한 것으로 보인다. 지상파, 위성, 종합유선 등 방송사업은 주파수나 권역의 한정적 제한이 불가피한 영역으로서 허가를 취득할 경우 배타적이고 독점적으로 특정 주파수나 권역을 지배할 수 있는 까닭에 고도의 공익성 판단이 요구되고 그 만큼 행정청의 재량권 행사 범위도 넓게 인정될 수 밖에 없는 영역이라 할 것이다. 이에 반하여 종합편성, 보도 등 방송채널사용사업의 경우 광고시장상황, 보도의 공정성, 소비자 보호 등의 공익적 목적으로 행정청이 시장진입여부를 조절하는 정도의 재량권 행사가 요구되는 영역이다. 따라서 강학상 동일 개념인 특허를 입법자가 허가과 승인으로 구별하여 규정한 까닭을 굳이 찾는다면 허가가 승인 보다는 공익성 판단 정도가 더욱 엄격하고 그 만큼 행정청의 재량범위가 큰 것으로 이해할 수 있다. 하지만 이는 어디까지나 추론적 해석에 불과한 것일 뿐 입법자의 의도를 정확히 알 수는 없다. 따라서 입법자의 의도가 무엇이든 방송법 제9조에서의 허가과 승인은 그 문언상 구별에도 불구하고 강학상 동일한 개념인 특허로서 취급하여도 무방할 것으로 보인다.

IV. 방송법 제9조에서 ‘등록’의 법적 의의

1. 현황

방송채널사용사업·전광판방송사업 또는 음악유선방송사업을 하고자 하는 자는 미래창조과학부장관에게 등록하여야 한다. 물론 앞에서 살펴 본 바와 같이 종합편성이나 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업을 하려는 자는 방송통신위원회의 승인을 받아야 하고, 상품소개와 판매에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업을 하려는 자는 미래창조과학부장관의 승인을 받아야 한다.

2. 등록의 법적 의미

가. 자기완결적 신고로서의 등록

일반적으로 사인의 공법행위로서의 신고란 “사인의 행정청에 대한 일정한 사실·관념의 통지로 공법적 효과가 발생하는 행위” 또는 “사인이 공법적 효과의 발생을 목적으로 행정주체에 대하여 일정한 사실을 알리는 행위로서 행정청에 의한 실질적 심사가 요구되지 아니하는 행위”를 의미한다.

신고의 통상적인 법적 효과는 신고의무를 이행함으로써 신고의 대상행위를 적법하게 할 수 있는 적법성을 회복하는 경우로서 공법적 효과가 발생하지만, 혼인신고와 같이 사법상의 혼인의 효력이 창설적으로 발생하는 경우도 있다. 따라서 신고는 “공법적 효과”가 발생하는 행위가 아니라 “관계법이 정하는 법적 효과”의 발생을 목적으로 하는 행위라 할 수 있다. 당연히 아무런 법적 효과를 가져 오지 아니하는 신고는 사실로서의 신고일 뿐, 사인의 공법행위로서의 신고에는 해당하지 아니한다.

일반적으로 신고의 종류에는 자기 완결적 공법행위로서 신고와 행정요건적 공법행위로서 신고로 구분하고, 전자는 수리를 요하지 아니하고, 후자는 수리를 요하는 것으로 보는 견해가 학설의 일반적 경향이다.¹³⁾

일반적으로 자기 완결적 신고와 행정요건적 공법행위로서의 신고는 그 효과, 신고에 대한 신고필증의 의미, 신고수리의 의미, 신고수리의 거부처분의 성질 등을

13) 류광해, 행정법상 신고의 요건과 심사범위, 법학연구 제16집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2013.3, 24면.

달리하는 것으로 보고 있다. 이 점에서 양자의 구별 실익은 명확하다.¹⁴⁾

따라서 신고와 다른 개념(등록 또는 허가)과의 구별론은 행정요건적 공법행위로서 신고에 대한 행정청의 수리가 등록 또는 허가와 같은 성질을 지니는가 아니면 다른 성질을 지니는가의 문제이다. 결국 행정요건적 공법행위로서 신고의 수리는 법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지하고 행정청이 사인이 알려진 일정한 사실을 행정청이 유효한 행위로서 받아들이는 것을 말한다.¹⁵⁾

결론적으로 수리를 요하는 신고에서의 신고는 인·허가나 등록에서의 신청과 같은 성질을 지니고 있고, 신고를 요하는 수리에서의 수리는 인·허가나 등록에서의 인·허가나 등록과 같은 법적 성질을 지니고 있다고 하겠다. 바꾸어 말하면, 자기완결적 공법행위로서의 신고와 행정요건적 공법행위로서의 신고는 구별의 필요성이 있으나, 행정요건적 공법행위로서의 신고에 따르는 수리와 인·허가나 등록에서의 신청과 이에 대한 등록 또는 인·허가와 구별실익은 의의가 없다고 하겠다. 그러므로 신고에서의 구별실익은 어떠한 신고가 자기완결적 공법행위로서의 신고이며 행정요건적 공법행위로서의 신고인가를 구별하는데 있다.

‘등록’이 “자기완결적 신고”로서의 성질을 가진다는 의미는 신고자가 신고요건을 갖추어서 행정청에게 신고를 하면 그것만으로 법적 효과가 완결되는 것을 말한다. 다시 말해서 이러한 신고는 행정청의 수리 여부에 관계없이 법적 효과가 발생한다. 행정청은 신고요건이 미비된 경우(신고서식의 기재사항 미비 등) 이를 반려를 할 수 있으나 이는 신고의 수리를 거부하는 것이 아니라 신고요건의 미비를 보완하여 제출하라는 일종의 행정지도로 보아야 한다. 결국 이러한 신고는 행정청에게 수리거부권한이 없다 할 것이다. 이러한 유형의 신고는 일반적으로 행정청이 신고자의 현황을 파악하기 위한 수단으로 사용된다. 따라서 이러한 유형의 신고는 “특정한 사업”의 시장진입을 제한하기 위하여 사용되는 수단은 아니다.

이에 대하여, ‘등록의 의미는 일정한 법률사실이나 관계를 특정한 기관에 마련해 둔 장부에 기록하는 행위를 의미하는 것으로 자기완결적 신고가 신고의무자의 일방적인 행위에 의하여 법적 효과가 발생하는 반면, 등록의 경우에는 신고자의 신고가 있는 후 이에 대한 권한 있는 행정청의 기록행위가 존재해야 하는 쌍방적 행

14) 정훈, 공법상 신고의 법적 성질과 현실에서의 의미, 동아법학 제58호, 동아대학교 법학연구소, 2013, 187면.

15) 최승필, 규제완화에 대한 법적 고찰 -인·허가 및 신고, 등록제도와 네거티브 규제를 중심으로-, 공법학연구 제12권 제1호, 한국비교공법학회, 2011, 330면.

위에 해당한다¹⁶⁾고 주장하면서 자기완결적 신고에 해당하는 등록은 없는 것으로 설명하는 견해도 있다. 하지만 장부에 기록하는 행위는 사실행위에 불과한 것으로서 민원인의 적법한 신고 또는 등록 요청에도 불구하고 행정청이 기록을 행하지 안니한 것은 행정청의 과실일 뿐 법적 효과(적법요건)의 발생여부에는 아무런 영향을 미치지 않으므로 법문언상 등록의 의미가 자기완결적 신고와 동일한 의미로 사용될 수 있다고 생각한다.

이에 해당하는 입법례로는 「공인회계사법」과 「공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률」 등이 있다. 공인회계사의 자격이 있는 자가 직무를 행하고자 하는 경우에는 1년 이상의 실무수습을 받은 후 금융위원회에 등록하여야 하고¹⁷⁾, 공인중개사사무소의 개설하여 중개업을 영위하려는 자는 중개사사무소를 두려는 지역을 관할하는 시장·군수 또는 구청장에게 중개사사무소의 개설등록을 하여야 한다¹⁸⁾. 이 때에 등록은 법령이 규정하고 있는 서식과 절차에 따라 사실관계를 기재하여 해당 관청에 신고함으로써 법적 효과가 발생하는 이른바 자기완결적 신고로서의 등록에 해당한다 할 것이다.

나. 허가로서의 등록

종래에는 허가를 전형적인 명령적 행위로 보아 요건이 갖추어진 경우 금지의 해제를 반드시 해주어야 하는 기속행위로 보았다. 하지만 ‘행정행위가 그 재량성의 유무 및 범위와 관련하여 이른바 기속행위와 재량행위로 구분된다고 할 때, 그 구분은 당해 행위의 근거가 된 법규의 체제·형식과 그 문언, 당해 행위가 속하는 행정 분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다’¹⁹⁾는 것이 판례의 입장이므로 허가라고 해서 언제나 기속행위라고는 할 수 없다. 실제로 동일한 건축허가에 있어서도 일반건축물의 허가는 기속적 허가에 해당²⁰⁾하지만 위락시설 및 숙박시설에 해당하는 건축물의 허가²¹⁾는 재량적 허가라고 할 수 있다.

따라서 허가로서의 등록은 또 다시 (1)완화된 허가로서의 등록, (2)기속적 허가

16) 최승필, 위의 논문, 330면.

17) 「공인회계사법」 제7조.

18) 「공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률」 제9조.

19) 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결.

20) 건축법 제11조 제1항.

21) 건축법 제11조 제2항 제3호.

서의 등록, (3)재량적 허가로서의 등록으로 나누어 잘 수 있다.

완화된 허가제도란 허가신청자의 신청에 대하여 행정청은 형식적 요건의 충족 여부에 대해 형식적 심사만을 하여 형식적 요건에 흠결이 없는 한 허가를 발급하여야 하는 것을 말한다.

이에 반하여 일반적(기속적) 허가제도란 행정청이 형식적 허가요건을 실질적으로 심사하여 허가여부를 결정하는 것이다. 형식적 요건이란 '사업장의 규모', '사업장의 시설', '사업자의 자격' 등과 같이 객관적 평가가 가능한 요건을 말한다. 이에 반하여 평가자의 주관적 평가가 요구되는 요건을 '실질적 요건'이라 한다. 예를 들어 '공익성 평가', '자본의 건전성 평가', '기존 시장에 주는 영향' 등이 이에 해당한다. 실질적으로 심사한다는 의미는 신청자가 제출한 형식적 요건이 법령이 정하고 있는 기준에 합치되는지 여부를 전문적·기술적 평가도구를 활용하여 실질적으로 평가하는 것을 말한다. 따라서 일반적(기속적) 허가제도는 '사업장의 규모', '사업장의 시설', '사업자의 자격' 등과 같은 형식적 요건을 행정청이 전문적·기술적 평가도구를 활용하여 실질적으로 심사하여 허가 여부를 결정하는 것을 말한다.

재량적 허가제도는 허가여부에 대한 판단여지를 행정청에게 가장 많이 일임한 것으로서, 행정청은 허가여부를 결정하기에 앞서 허가요건에 대해 매우 엄격한 심사를 한다. 결국 재량적 허가제도란 행정청이 허가에 필요한 형식적 요건뿐만 아니라 실질적 요건 등에 대하여 매우 엄격한 실질심사를 통하여 허가 여부를 결정하는 것을 말한다.²²⁾

행정청의 재량성 여부 및 심사의 엄격성 등에 따라 허가를 이처럼 분류할 수 있는 것처럼, 법령에 비록 등록이라는 문언을 사용하고 있을 지라도 이러한 등록이 어떠한 허가제도로서 사용되었는지는 근거 법률의 해석을 통하여 비로소 알 수 있는 것이다.

완화된 허가로서의 등록에 해당하는 입법례로는 「계량에 관한 법률」, 「고압가스 안전관리법」 등이 있다. 계량기의 제작업, 계량기의 수리업 등을 하고자 하는 자는 시설 및 설비를 갖추어 특별시장·광역시장·도지사에게 등록하여야 하고²³⁾, 고압가스 용기·냉동기 등을 제조하려는 자는 시장·군수 또는 구청장에게 등록하여야 한다.²⁴⁾

일반적(기속적) 허가로서의 등록에 해당하는 입법례로는 「건설산업기본법」,

22) 류광해, 앞의 논문, 33면.

23) 「계량에 관한 법률」 제6조.

24) 「고압가스 안전관리법」 제5조.

「골재채취법」 등을 들 수 있다. 건설업을 영위하려는 자는 업종별로 등록을 하여야 하는데, 행정청은 기술능력·자본금·시설 및 장비와 기타 필요한 사항 등을 심사하여 등록 여부를 결정하여야 한다.²⁵⁾

재량적 허가로서의 등록에 해당하는 입법례로는 「간접투자자산 운용업법」이 있다. 투자신탁의 수탁자로서 투자신탁재산의 보관 및 관리를 업으로 하고자 하는 전문인력, 전산설비 등 물적 시설을 갖추어 금융감독위원회에 등록하여야 하는 바²⁶⁾, 행정청은 재무건전성 등을 평가하여 등록여부를 결정할 수 있다.

다. 특허로서의 등록

특허란 이전에는 존재하지 아니하던 새로운 권리를 특정의 요건을 갖춘 자에게 특별히 부여하는 행정행위를 말한다. 예를 들어 특정 해역에서 독점적으로 어류를 포획할 수 있는 권리를 설정하여 주는 어업면허라든지, 개인택시 영업활동을 독점적으로 할 수 있는 권리를 부여하는 개인택시면허 등이 이에 해당한다.

앞에서 설명한 허가는 인간이 원래부터 향유하고 있던 자연적 자유를 공익목적상 법으로 금지하고 일정한 요건을 갖추어 자연적 자유의 회복을 신청한 자에게 예외적으로 금지를 해제하여 주는 것임에 반하여, 특허는 이전에 존재하지 않았던 새로운 권리를 특정의 요건을 갖추어 신청한 자에게 설정하여 주는 행위라는 점에서 양자는 다르다 할 것이다.

따라서 허가는 허가요건이 형식적일 수도 있고, 실질적일 수도 있으며, 이에 대한 행정청의 심사 역시 형식적 심사에 그칠 수도 있고 매우 엄격한 실질심사를 필요로 하는 경우도 있지만, 특허는 실질적 요건에 대해 행정청이 엄격한 실질적 심사를 통하여 특허 발급여부를 재량적으로 결정하는 것이 일반적이다.

또한 특허와 허가의 현실적인 구별은 특허 또는 허가의 대상이 되는 활동이 공공서비스에 해당하는지의 여부에 있다. 다시 말해서 공공서비스를 사인에게 설정하여 줄 때는 특허가 되고, 공공서비스가 아닌 것을 사인에게 허용하는 것은 허가가 된다. 예컨대 공공서비스와 관계없는 음식점영업을 허용하는 것은 허가에 해당하지만, 사설경비업의 영업을 허가하는 것은 사인으로 하여금 경비라는 공공서비스를 제공하도록 허용한 것으로서 특허에 해당한다.

따라서 특허의 상대방은 공공서비스를 제공하는 지위에 있기 때문에 공공서비스

25) 「건설산업기본법」 제9조, 제10조.

26) 「간접투자자산 운용업법」 제23조.

의 기본원칙, 즉 평등의 원칙, 계속성의 원칙, 적응의 원칙에 의한 통제를 받는다.²⁷⁾ 다시 말해서 경찰허가의 경우에는 법령을 위반하지 않는 한 허가를 취소할 수 없으나, 경찰특허의 경우에는 공공서비스의 기본원칙을 준수하여야 하고 이를 위반한 경우에는 특허를 취소할 수 있다. 예컨대 사설경비업에 대한 경찰특허를 한 경우에는 당해 사설경비업체가 법령을 직접 위반하지는 않았지만 서비스를 불평등하게 제공하였거나 채산성을 이유로 경비활동을 임의로 중단하였거나 변화된 경비환경에 대응할 수 있는 인력과 장비를 갖추지 못한 경우에는 경찰특허를 취소할 수 있다.

따라서 특허로서의 등록이란 “등록을 함으로써 등록자는 독점적 권리를 행사할 수 있는 권리를 취득한다는 것”을 의미한다. 이러한 유형의 등록은 등록요건이 형식적 요건뿐만 아니라 공익성, 자본의 건전성, 기존 시장에 주는 영향 등과 같은 실질적 요건이 요구되고, 등록여부에 대한 결정이 행정청의 재량적 판단에 일임되는 경우가 일반적이다.

그런데 재량적 허가와 특허는 현실적으로 그 구별이 쉽지 않다. 앞에서 살펴본 바와 같이 허가와 특허는 그 성질과 대상에 있어서 차이가 있다. 그 성질이 자연적 자유의 회복인지 아니면 새로운 권리의 설정인지 라는 성질상의 차이가 있고, 또한 그 대상 활동이 공공서비스와 관련이 있는 것인지에 따라서도 양자는 구별될 수 있다.

라. 공증으로서의 등록

공증이란 특정한 사실 또는 법률관계의 준부를 공적으로 증명하는 행위를 말한다. 등기부등기, 선거인명부·토지대장·건축물관리대장 등에 등재, 증명서발급, 영수증교부, 검인·날인 등이 이에 해당한다. 공증은 공적 증거력을 발생시킨다. 그러나 이 증거력은 일응 추정력에 불가함으로 반증이 있을 경우에는 전복될 수 있다. 공증은 사실이 존재하면 공증을 거부할 수 없는 기속행위이며 성질상 원칙적으로 문서에 의하여야 하는 요식행위이다.

따라서 공증으로서의 등록이란 “등록을 함으로써 특정한 사실 또는 법률관계의 준부를 공적으로 증명 받을 수 있는 것”을 말한다.

공증으로서의 등록에 해당하는 입법례로는 「수산업법」, 「디자인보호법」 등을

27) 이광윤, 일반행정법강의, 법문사, 2010, 186면.

들 수 있다. 어업권의 설정·보존·이전·변경·소멸 및 처분의 제한, 지분 또는 입어에 관한 사항은 어업권원부에 등록하여야 한다. 그런데 이 때에 등록은 등기를 갈음한다.²⁸⁾

3. 방송법 제9조에서의 “등록”의 법적 의의

현행 방송법상 일반 PP의 등록제도는 (1)미래창조과학부장관의 수리를 요하지 않고 PP의 신고행위에 의해 바로 법적 효과가 발생하는 이른바 자기 완결적 신고제, (2)PP가 형식적 요건만을 충족하여 신청을 할 경우 미래창조과학부장관이 그 신청한 사실에 대하여 형식적 심사만을 하는 완화된 허가제, (3)PP의 신청에 대하여 미래창조과학부장관이 형식적 심사뿐만 아니라 실질적 심사까지도 할 수 있는 재량적 허가제, (4)PP의 신청에 대하여 미래창조과학부장관이 공익성 등을 판단하여 PP에게 독점적 권리를 설정하여 주는 특허제 중 어느 하나에 해당할 것이다. 그렇다면 현행 방송법상 PP의 등록제도는 위의 4가지 경우 중 어디에 해당하는 것인가? 이는 방송법 관련규정의 해석을 통하여 판단해야 한다.

현행 방송법 제9조의2는 방송채널사용사업의 등록요건에 관하여 규정하고 있는 바, 그 요건은 (1)납입자본금과 실질자본금이 각각 5억원 이상일 것, (2)주조정실, 부조정실, 종합편집실 및 송출시설을 갖출 것, (3)해당 방송채널사용사업을 영위할 수 있는 사무실을 보유할 것, (4)방송사업자가 사용하고 있는 다른 채널명과 동일한 채널명 또는 시청자가 동일한 채널로 오인할 수 있는 채널명을 사용하지 아니할 것 등이다. 또한 방송채널사용사업을 하고자 하는 자가 등록신청서에 편성계획서 및 사업계획서를 첨부하여 미래창조과학부장관에게 제출하면 미래창조과학부장관은 신청내용이 법령에 위배되는지 여부와 사실관계의 확인을 거쳐 30일 이내에 신청인에게 등록증을 교부하여야 한다.²⁹⁾

이들 요건들을 살펴보면 형식적 요건이외에 실질적 판단을 요구하는 실질적 요건이 없는 것으로 보인다. 따라서 현행 방송법상 PP의 등록제도는 PP의 신청에 대하여 미래창조과학부장관이 그 신고한 사실에 대하여 형식적 심사만을 하여 등록 여부를 결정하는 이른바 완화된 허가제로 보는 것이 타당할 것이다.

28) 「수산업법」 제19조.

29) 「방송법」 시행령 제8조 제2항.

V. 결론

이상에서 살펴 본 바와같이 방송법 제9조의 법문언상 허가 및 승인은 강학상 특허에 해당하며, 등록은 완화된 허가로 보는 것이 타당하다. 그런데 이 기회에 방송사업자들의 시장진입을 차별적으로 규제하고 현행 방송법의 태도에 대해 다시 한번 면밀한 재검토가 필요할 것으로 보인다.

현행 방송법제상에서의 방송매체간 규제차이는 방송매체간 왜곡된 경쟁상황을 유발하여, 다매체 다채널화를 통한 수용자편익의 증대를 기대하기가 어렵다는 지적이 있다.³⁰⁾ 방송매체에 따라 규제차이를 보이는 것이 동일서비스 동일규제라는 수용자의 관점보다 방송매체 및 채널의 특성, 상황 등을 감안한 공급자중심의 규제라는 것이다. 따라서 이러한 문제점을 해소하기 위해서는 첫째, 공급자 중심의 규제체도를 개선하기 위하여 수용자 관점의 도입이 필요하며, 둘째, 수용자 관점에서 동일서비스는 동일하게 규제되어야 하며, 셋째, 공익적 관점에 대한 추상적 규제도 필요하겠지만, 공익성을 위한 규제효과가 개인에게 전이될 수 있도록 제도의 개선 및 그에 대한 연구가 필요하다는 주장이다.³¹⁾

특히 일반PP와 홈쇼핑PP의 차별적 규제에 대한 비판이 많다. T-Commerce를 통한 방송으로 광고를 통한 무제한 양방향 방송이 실현되는 시점에서 채널 정책이 더 이상 제한적인 허가제는 시대에 뒤떨어진다는 것이다. 홈쇼핑 PP는 중소기업의 보호라는 명분하에 승인제라는 보호 시스템으로 제도화 되어있고 방송법으로 규제를 하고 있지만 실제 중소기업보다는 대기업의 수익만을 키운다면 제도의 원래적인 의미가 없어진다는 주장이다. 타PP와 동일하게 등록제로 하여 자본주의 시장 원리에 맞다면 채널이 많아짐으로써 공급자인 중소기업은 보다 더 많은 기회를 얻어갈 것이며 소비자 입장에서는 적정한 가격으로 상품가격이 안정될 것이고 고품질과 다양한 품목을 홈쇼핑을 통해 얻어감으로써 소비자 후생을 증대시킬 수 있을 것이라는 주장³²⁾은 상당히 설득력이 있어 보인다.

30) 이병섭, 방송매체간 규제차이에 관한 연구 -수용자편익의 관점에서-, 언론학연구 제14권 2호, 부산울산경남언론학회, 2010.08, 145면.

31) 이병섭, 위의 논문, 146면.

32) 김만환, 방통융합시대에 TV홈쇼핑 정책에 관한 연구, 유통연구 제16권 제5호, 한국유통학회, 2011.12, 36-38면.

(논문접수일 : 2013.07.31, 심사개시일 : 2013.08.23, 게재확정일 : 2013.09.24)



▶ 김 민 호

방송법(Broadcasting Act), 허가(Permission), 승인(Approval), 등록
(Registration), 시장진입규제(License)

Abstract

Legal Meanings of Korean Broadcasting Act Article 9.

Min Ho Kim

Article 9 of the Broadcasting Act limits broadcaster entry to the market. Depending on the type of broadcasting, license, approval or registration is needed for market entry. . It provides that a person who intends to operate a terrestrial broadcasting business or satellite broadcasting business shall obtain a license, and that a person who intends to operate CATV broadcasting business shall obtain approval, and that a person who intends to operate program-providing business, electric signboard broadcasting business or CATV music broadcasting business shall register.

However, it is unclear what the legal definition of license, approval and registration, and whether there is any difference among those concepts. It is general that administrative actions discussed in the academia and the actual actions provided by statutory are corresponded. It is unclear that concepts of license, approval and registration provided by the Article 9 are corresponded with academic definition. In particular, whether ‘license’ of the paragraph 1 and 2 of the Article 9 means permit or patent, what the definition of ‘approval’ of the paragraph 3 and 9 of the Article 9 is, and whether ‘register’ of the paragraph 5 of the Article 9 is de facto permit or voluntary declaration.

Depending on legal definition of those actions, the effect of administrative measure, the range of requirement examination, and discretion are differentiated. Therefore, it is necessary to define legal

meaning of license, approval, and register specified in Article 9 of the Broadcasting Act.

However, the discussion and previous studies are few so far. This study defines the legal meaning of license, approval, and register specified in Article 9, and legal effects, the range of requirement examination, and discretion of each concept.

개정형법상 성적자기결정권의 의미와 보호의 실제

박성민*

I. 들어가며	
II. 성적자기결정권의 형법적 의미	
1. 성적자기결정권의 도입과 변화	
2. 성적자기결정권의 현대적 의미	
III. 개정형법상 성적자기결정권의 보호	
1. 행위객체의 확대	
2. 유사강간죄의 신설	
	3. 위계에 의한 간음죄 규정의 삭제
	4. 친고죄의 폐지
	IV. 특히 성적자기결정권이 문제되는 영역
	1. 부부강간의 문제
	2. 균형법상 동성애처벌의 문제
	V. 나오며

I. 들어가며

우리 형법상 성을 매개로 한 범죄는 신체의 자유 및 성적자기결정권을 보호법익으로 하는 범죄군과 성도덕이나 성윤리를 보호법익으로 하는 소위 성풍속범죄라고 일컬어지는 범죄군으로 구분된다. 추행·간음·성매매와 성적착취를 목적으로 하는 약취·유인죄 및 강간, 강제추행, 유사강간 등이 전자에 속하고, 간통이나 공연음란, 음행매개 및 음화반포 등이 후자에 속한다.

통상 성폭력범죄라고 하면 강간이나 강제추행만을 연상하기 쉽지만, 우리 성폭력범죄처벌등에 관한 특례법(이하 성폭력처벌법) 제2조 제1항에서는 강간과 같은 개인적 법익에 관한 죄 뿐만 아니라 성풍속범죄 중 간통을 제외한 공연음란, 음행매개 등 거의 대부분의 성관련 범죄를 통칭하는 용어로 사용한다. 성폭력을 은밀하고 조심스러운 인간의 성에 대한 비정상적 공격행위로 폭넓게 정의한다면, 간통자와 상간자의 합의에 의한 성관계인 간통을 제외하는 성폭력처벌법의 분류는 일견 타당하다고 할 것이다.

한편, 2012년 12월에 성폭력 범죄 중 성적자기결정권을 보호법익으로 하는 범죄군에 대한 형법개정이 있었다. 개정입법의 취지는 흉포화되고 다양화된 성범죄에 대해 구형법이 효율적으로 대처하지 못한다는 점인데 그 주요내용을 보면, (i) 강간 등 죄의 행위객체를 부녀에서 사람으로 확대하고, (ii) 유사성교행위를 처벌하

* 경상대학교 법학과 조교수, 법학박사.

는 유사강간죄 규정을 신설했으며, (iii) 실효성이 의문시되던 위계에 의한 간음죄 규정을 삭제하고, (iv) 강간이나 강제추행죄 등에 적용되던 친고죄를 폐지하였다. 최근 사회 일반의 성폭력범죄에 대한 혐오감이 최고조에 이른 가운데 성폭력범죄에 대한 사회안전망을 재정비하는 것이 필연적인 과제로 되었고, 형법이 이에 호응한 것으로 평가할 수 있을 것이다.

개정형법은 사회안전망의 입법적 정비의 의미 외에 성적자기결정권의 보호범위에도 일대 변혁을 가져왔는데, 형법이 발효된 상황에서 보호법익인 성적자기결정권의 의미와 내용을 확인하는 것은 유의미한 작업이 될 것이다. 이 논문은 성폭력범죄 중 개인적 법익으로서 성적자기결정권을 보호법익으로 하는 범죄인 강간, 강제추행 및 유사강간 등(이하에는 편의상 강간 등 죄로 칭함)을 대상으로 성적자기결정권의 의미를 고찰하고, 구법에 비해 성적자기결정권의 보호가 어떻게 달라졌는지를 살펴보는데 목적이 있다.

II. 성적자기결정권의 형법적 의미

1. 성적자기결정권의 도입과 변화

과거에는 강간 등 죄의 보호법익을 정조로 이해함으로써 강간 등 죄는 여성의 순결을 보호하는 범죄로 인식되었다. 하지만 이와 같은 봉건적 가부장제에 근거한 남성편향적 사고는 강간범죄의 현상을 왜곡하는 결과를 초래하였다.¹⁾ 예를 들면 과거 다방여종업원이 피해자인 강간사건에서 우리 검찰은 가해자를 무혐의 처리함으로써 다방여종업원의 정조를 보호하지 않았는데,²⁾ 당시 이 사건은 우리 사회에 보호가치 있는 정조와 보호가치 없는 정조를 구별할 수 있는가 하는 의문을 제기하였다.

1995년 형법전에 ‘정조에 관한 죄’로 편제되어 있던 강간 등 죄를 ‘강간과 추행의 죄’로 개정하면서 비로소 성적자기결정권이 강간 등 죄의 보호법익이 되었고, 2012년 형법개정을 통해 종래 강간과 강제추행으로 2대별되던 성적자기결정권의 보호가 유사강간의 도입으로 더욱 세밀히 분화되었다.³⁾

1) 윤영철, “형법의 법익론 관점에서 본 부부강간의 문제”, 형사정책연구 제18권 제1호, 2007, 12면.

2) 1988년 대구 다방여종업원인 강정순씨는 경찰관 2명으로부터 윤간을 당했지만, 검찰은 두 명의 경찰을 모두 무혐의 처리하였다.

3) 이에 대해 자세히는 후술한다.

2. 성적자기결정권의 현대적 의의

가. 성적자기결정권 개념의 확장

성적자기결정권은 원하는 상대방과 원하는 장소에서 원하는 시간에 원하는 방법으로 성행위를 할 수 있는 자유와 원치 않는 상대방과는 성행위를 하지 않거나 또는 원하는 상대방이라 하더라도 장소와 시간, 방법이 맞지 않으면 성행위를 거부할 수 있는 자유를 의미한다. 전자를 적극적인 의미에서의 성적자기결정권이라 한다면, 후자는 소극적인 의미에서의 성적자기결정권이라 할 수 있다. 우리 형법은 강간 등 죄의 구성요건을 통해 소극적인 의미의 성적자기결정권은 보호하지만, 간통죄나 음행매개 및 공연음란죄 등(이하에서는 편의상 간통 등 죄로 칭함)의 구성요건으로는 개인의 성적자기결정권을 제한한다.⁴⁾

성폭력범죄의 범익으로서 성적자기결정권은 독일 형법의 성적 자기결정(sexuelle Selbstbestimmung)에서 유래한 것이다. 독일 형법은 우리의 강간 및 추행의 죄에 해당하는 범죄군으로 성적자기결정에 대한 죄(Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung)를 규정하고 있다. 성적자기결정권은 성행위의 상대방, 장소, 시간, 방법 등에 대한 의사자유를 본질로 한다고 할 수 있다.⁵⁾ 의사자유를 본질로 하는 한 성적자기결정권은 보호법의 이전에 국민의 기본권으로서 헌법적 권리이다.⁶⁾

한편, 성적자기결정권은 강간 등 죄의 중요한 보호법익이지만, 일반적인 성범죄의 보호법익으로 기능할 수 없다. 예를 들면 행위객체가 13세 미만의 미성년자나 정신병자인 경우 우리 형법은 동의하의 성관계도 처벌하는데, 13세 미만의 미성년자 등은 자율적인 의사결정능력이 없다는 점에서 성적자기결정권을 보호법익으로 상정할

4) 성적자기결정권의 보호와 제한에 대해 자세히는 이열, 형법상 자기결정권에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 95면 및 241면 이하 참조.

5) Thomas Fisher, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57.Aufl., C.H.Beck, 2010, Vor §174 Rn.5; Urs Kindhäuser, Strafrecht BT. I., 2. Aufl., Nomos, 2005, S.142. 독일의 경우 성적자기결정(sexuelle Selbstbestimmung)이라고 하지만, 이것이 의사자유를 본질로 하는 한 권리성을 부정할 수는 없기 때문에 우리 형법의 성적자기결정권과 다른 개념으로 이해할 수는 없다.

6) 헌법재판소는 “헌법 제10조는 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적(性的) 자기결정권이 포함되어 있다.”라고 하여 성적자기결정권을 개인의 인격권, 행복추구권의 전제인 개인의 자기운명결정권으로 파악하였다(헌재결 2009. 11. 26, 2008헌바58). 대법원은 “개인의 성적자기결정권은 헌법이 정한 개인의 존엄과 가치, 양성의 평등, 행복추구권에 기초하고 있으므로...”라고 하여 기본권성을 긍정하고 있다(대판 2013. 5. 16, 2012도14788-전원합의체).

수 없다. 이 경우에는 형법이 후견적인 지위에서 이들의 건전한 성적 발육을 보호하는 것으로 이해할 수 있다. 또한 간통 등 죄는 오히려 성적자기결정권을 제한하는 구성요건이라는 점에서 성적자기결정권의 보호와 무관한 범죄라고 할 수 있다.

이처럼 강간 등 죄의 보호법익으로서 성적자기결정권이 가지고 있는 한계에도 불구하고 해석을 통해 성을 매개로 하는 범죄의 일반적인 보호법익으로서의 활용 가능성을 모색하는 입장이 있다. 성적 자기결정권을 ‘개인의 인격과 결부된 성의 완전성’으로 이해하는 견해가 그것인데, 이 입장은 성적자기결정권을 의사결정의 자유 이외에 신체의 완전성(불가분성)을 포괄하는 개념으로 이해한다.⁷⁾ 특히 이 입장은 성적자기결정권을 개인의 신체적·정신적 정체성 내지 성의 완전성으로 이해함으로써 성범죄를 성폭속이나 성도덕과 단절시키는 효과를 거두게 되고, 보호법익의 관점에서 간통죄의 비범죄화가 가능하다는 장점이 있다.⁸⁾

그러나 개인의 신체적·정신적 정체성이나 성의 완전성이라는 표현은 너무 추상적이어서 그 한계를 가늠하기 어려운 문제가 있다.

먼저 성범죄의 일반적인 보호법익으로서 성의 완전성이나 성적 정체성을 상정하게 되면 성적자기결정권의 소극적인 측면뿐만 아니라 적극적인 측면까지도 형법의 보호법익으로 이해하게 된다. 즉 형법이 성의 적극적인 실현을 보장하는 것으로 이해하게 되는 것이다. 따라서 간통죄처럼 성적자기결정권의 적극적인 측면을 제한하는 구성요건은 성의 완전성을 성범죄의 일반적인 보호법익으로 이해하는 입장에 의하면 법익침해 없는 범죄-오히려 성의 완전한 실현을 방해하는 불필요한 구성요건이 된다-가 되고, 자연스럽게 비범죄화를 추구할 수 있다.

그러나 간통죄를 단순히 침해 법익이 없는 범죄로 이론 구성하는 것은 간통죄의 폐지를 전제한 채, 그 이론적 타당성만을 부여하고자 하는 일부 편협한 성해방론자들의 주장과 다를 바 없다. 간통죄의 비범죄화는 침해법익의 존재여부가 아니라, 종래 간통죄를 통해 형법이 보호하고자 하는 가치인 혼인, 가족, 성폭속, 성적 성실의무 등과 간통죄의 구성요건이 침해하는 가치인 성적자기결정권의 비교형량을 통해 판단할 문제이다. 더구나 성범죄의 일반적 보호법익을 상정하는 논리구조는 간통죄뿐만 아니라 공연음란죄나 음화반포의 경우에도 적용됨으로써 자칫 형법이 성의 방종을 조장한다는 비판을 받을 여지가 있다.

강간과 같은 성폭력을 성적 자기결정권의 침해로 정의하려는 이면에는 기존의

7) 박혜진, “형법상 성적자기결정권 개념의 성찰”, 형사법연구 제21권 제3호, 2009, 249면.

8) 박혜진, “형법상 성적자기결정권 개념의 성찰”, 250면.

성범죄들이 지니는 남성중심의 가부장적 구조를 해체하려는 것과 성폭력의 적용범위를 강간과 추행을 넘어 좀 더 확장할 것을 예비하고자 하는 의도가 있다.⁹⁾ 이를 부정하고자 하는 것은 아니지만, 형법으로 성해방을 실현하고자 한다면 이는 형법의 최후수단성이나 보충성과 부합하기 힘들다고 할 것이다.

한편 성적 정체성이나 완전성이라는 개념은 개인의 정신적 측면에 주안점을 두게 되고, 이는 개인의 성적 감정도 포함하는 것으로 이해하게 된다. 따라서 종래 구성요건에 대한 논의가 진행 중인 성희롱도 범죄화할 수 있는 장점이 있지만, - 이런 점에서는 기존 여성계가 표방하고 있는 성폭력개념의 확대와 부합한다고 할 것이다 - 한편으로는 구성요건의 정형성이 훼손될 수 있다는 것은 부정할 수 없다. 강간 등 죄는 개인의 성적 감정을 보호하지 않는다는 것을 잊어서는 안 될 것이다.¹⁰⁾

인간의 성을 지극히 개인적인 것으로 파악하는 이러한 입장은 개인의 성이 성윤리나 성풍속과 같은 사회적 가치로부터 자유로울 수 없다는 점을 간과하고 있다.¹¹⁾ 성적자기결정권이 본래의 의미 이외에 다른 가치를 함의하려는 시도는 보다 신중할 필요가 있다.

나. 성적자기결정권의 새로운 해석

앞서 성적자기결정권에 대해 문언을 넘어선 해석을 비판했지만, 성적자기결정권을 의사자유의 관점에서 편면적으로 규정짓는 것도 우리 형법의 조문 체계상 강간 등 죄가 차지하고 있는 위치와 부합하지 않는다. 왜냐하면 우리 형법의 협박죄는 의사결정의 자유를 보호법적으로 하는데, 성적 의사결정의 자유가 개인의 의사자유의 일종이라는 점에서 협박죄의 보호법익과 동일하다고 보면, 법정형이 3년 이하인 협박죄에 비해 강간죄를 징역 3년 이상으로 무겁게 처벌하는 이유를 설명할 수 없기 때문이다. 더구나 강간죄가 협박과 간음행위의 결합범형식을 취하고 있다는 점

9) 신상숙, “성폭력의 의미구성과 성적자기결정권의 딜레마”, 여성과 사회 13호, 2001, 20면.

10) Thomas Fisher, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Vor §174 Rn.6.

11) Fisher는 독일형법 제13장(성적자기결정에 대한 죄)이 “표면적으로는 해방을 추구하는 지위를 가지지만, 그 이면에는 가끔 후견적인 도덕관념이 숨어있다”고 표현한다.(Fisher, a. a. O.) 한편, 해당 견해는 성의 완전성을 개인의 인격과 결부시키고 있는데, 성의 완전성을 개인의 인격과 결부시키더라도 마찬가지로 비판이 가해질 것이다. 해당 견해의 인격이 개인의 ‘개성’에 주안점을 둔 것이라면 두말할 필요도 없이 성의 해방을 의미하는 것으로 이해할 수 있으므로 이와 같은 비판에서 자유로울 수 없고, 만약 인격을 ‘사회가 요구하는 시민의 보편적 소양’으로 이해한다면 이는 인간의 성이 사회적 가치로부터 자유로울 수 없다는 것을 자인하게 되는 것이므로 자신의 주장과 모순되기 때문이다.

에서 강간죄의 보호법익인 성적자기결정권을 의사자유만으로 이해할 수는 없다.

따라서 간음행위에 의해 침해되는 법익을 상정할 필요가 있는데, 간음에 의해 침해되는 법익에 대해서는 그것이 신체와 관련된 것이든 아니면 명예와 관련된 것이든 그 내용은 불문하고, 이전에는 특별한 언급이 없었다. 그러나 성기의 삽입을 동반하는 간음행위에 대한 평가를 성적 의사 결정의 자유에 함의하는 것은 여전히 강간죄를 평가함에 있어 가부장적인 남성편향적 사고가 잔존하고 있다는 비난을 면할 수 없다고 할 것이다. 과거 계몽주의 시대에도 인간의 자유의지를 긍정하고 범죄를 행위자 스스로의 자유의지의 산물로 파악하면서 개인책임을 부과할 수 있는 근거를 마련하였지만, 오히려 강간죄의 경우에는 피해자로 하여금 지속적인 거부 의사를 표현하고 그 흔적을 남기도록 함으로써 피해자에게 가혹한 결과를 초래하게 하였다. 현재에도 성적의사결정의 침해여부를 기준으로 강간죄의 성립을 판단하게 되면, 결국 피해자가 지속적인 거부 의사를 표현하고 그것이 외부에 전달되었는가 하는 점이 범죄성립의 쟁점이 될 것이다. 결국 피해자의 몸에 남은 상흔과 지속적인 구조요청을 통해 피해자의 의사를 입증하게 됨으로써 오히려 피해자에게 가혹한 결과를 초래하게 될 것이다.

결국 폭행·협박이외에 간음행위로 인해 침해되는 법익을 상정할 필요가 있으며, 필자는 그것을 성적자기결정권의 가능한 범위의 해석을 통해 신체활동의 자유로서 “성적행동의 자유”로 이해하고자 한다. 이는 전혀 새로운 것이 아니며, 종래 강요죄의 보호법익으로 거론되는 의사결정의 자유와 그에 따른 활동의 자유로부터 유래한 것이다. 강요죄가 강간 등 죄의 한계로 이해된다는 점에서¹²⁾ 무리한 설명방식이라고 할 수는 없다고 생각한다.¹³⁾¹⁴⁾

성적자기결정권을 성적 의사 결정의 자유와 성적 행동의 자유로 이해하는 본 논문의 입장에 의하면, 이미 조성된 피해자의 항거불능상태를 이용하여 간음행위를 하는 준강간을 설명하기가 용이하다.

준강간은 피해자가 상대방을 거부할 것인지에 대한 명확한 의사를 기대하기 힘든 상황에서 간음행위가 이루어지기 때문에 애초에 행위자의 의사결정능력을 전제로 의사결정의 자유만을 내용으로 하는 성적자기결정권개념으로는 해당 구성요건

12) Thomas Fisher, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, §177 Rn.2.

13) 만약 성적의사결정의 자유에 이미 성적 행동의 자유가 포함되어 있다고 본다면 의사의 자유와 신체의 자유의 차이를 간과한 것이며, 이를 구분하여 명확하게 하는 것은 성폭력범죄의 보호법익으로서 성적자기결정권을 바르게 자리매김하는 작업이 될 것이다.

14) 이러한 설명방식은 간음행위뿐만 아니라 ‘추행’이나 ‘유사성행위’에도 유효하다.

의 법익침해를 설명할 수 없다. 강간은 피해자의 명시한 의사에 반해 간음행위가 이루어진다는 점에서 성적의사결정의 자유 및 성적행동의 자유가 모두 침해되는 기본적인 구성요건으로 본다면, 준강간은 “의사결정능력이 제한된 상황에서 성적행동의 자유가 침해”되는 수정 구성요건으로 이해할 수 있다. 종래 판례는 준강간을 의사적 관점에서 거부의사여부에 천착함으로써 존극을 연출한 바 있다.¹⁵⁾ 이제 준강간의 성립여부를 판단함에 있어서는 피해자의 의사여부만을 확인하던 관점에서 벗어나 행위자의 특성, 간음행위가 있었을 당시의 행위상황, 피해자의 항거불능상태의 정도 등을 종합적으로 고려하여 의사결정능력이 제한된 상황에서 성적행동의 자유가 침해되었는가를 판단함으로써 위와 같은 희극적 요소를 희석시킬 수 있을 것으로 판단된다.¹⁶⁾

또한 성적자기결정권에 성적행동의 자유를 포괄하는 설명방식은 “신체접촉 없는 추행”의 설명에도 용이하다. 우리 판례는 행위자가 밀폐된 공간에서 피해자와 단 둘만 있는 상황에서 자위행위를 한 경우에 공연음란죄가 아닌 강제추행죄를 적용한 사례가 있다.¹⁷⁾ 본 논문의 입장에 따르면 해당 소위는 민감한 부분에 대한 신체접촉은 없었지만, 밀폐된 공간에서 피해자가 해당 장소를 이탈하지 못한 상태에서 자위행위가 이루어짐으로써 성적 의사결정의 자유뿐만 아니라 삽입이외의 기타 성행위를 할 성적 행동의 자유를 침해한 것으로 이해할 수 있다.

한편 성적자기결정권을 의사결정의 자유만으로 파악하게 되면, 결국 범죄성립을 피해자의 의사에 의존하게 될 가능성이 있다. 강간죄를 판단함에 있어 외부로 드러난 폭력성보다 피해자의 내부의사에 중점을 두게 되면 구체적인 경우에 국가의 공권력행사가 피해자의 의사에 좌우될 수도 있다. 문제는 복잡한 감정교류와 이를 통한 소소한 신체침해를 수반하는 성관계의 특성상 피해자의 의사(성관계 거부의사)를 명확히 추단하는 것이 쉽지 않으며, 피해자에 따라서는 이점을 악용하는 경우도 있을 수 있다. 국가의 공권력행사가 피해자에 의해 좌우되고, 이를 악용할 소

15) 과거 준강간의 성립여부가 문제된 “뒤집힌 청바지 사건”에서 청바지의 벗겨진 모양으로 상대방의 거부의사를 확인한 전례가 있다. 이제 역설적으로 가해자들은 피해여성이 청바지를 입은 경우에는 청바지를 벗긴 후 뒤집어 놓기만 하면 강간의 혐의를 벗을 수 있게 되었다.

16) 이에 따르면 뒤집힌 청바지 사건의 경우 피해여성이 구토를 할 정도로 만취한 점, 만취 상태로 택시를 탄 점, 택시기사가 피해여성에 비해 고령인데다 피해여성의 성행에 비추어 성관계의 당위성을 설명하기 곤란한 점, 가해자가 피해여성을 자신의 집으로 데리고 간 일련의 정황 등을 종합적으로 검토하여 준강간의 성립을 긍정할 수 있을 것이다.

17) 대판 2013. 1. 16, 2011도7164.

지가 있다는 것은 법적 안정성을 저해한다는 측면에서 바람직하다고 할 수 없다. 결국 구체적인 정황을 살펴 성적의사결정 이외에 성적행동의 자유가 침해되었는가를 확인함으로써 이러한 우려도 불식시킬 수 있을 것으로 생각된다.

Ⅲ. 개정형법상 성적자기결정권의 보호

1. 행위객체의 확대

개정형법은 강간 등 죄의 행위객체를 부녀에서 사람으로 확대하였다. 이에 따라 형법 제297조 강간죄의 객체에 남자가 포함됨으로써 남자의 소극적 성적자기결정권의 보호범위가 강간죄에까지 확대되었다. 다만 성기와 성기 이외의 신체 일부의 삽입을 행위태양으로 하는 유사강간죄와의 조문체계상 남성의 남성에 대한 삽입행위는 유사강간으로 의율하고, 강간죄의 행위객체 확대는 여성의 남성에 대한 성적자기결정권 침해로 그 효과가 제한된다고 할 것이다.

체계해석상 행위객체 확대의 효과는 제한적이지만, 형법에서 그 의미는 자못 크다 할 것이다. 먼저 종래 강간죄의 여성의 정범성이 공동정범이나 간접정범의 형태로 제한되는 것에 탈피하여, 여성이 단독(직접)정범형태로도 강간죄를 범할 수 있게 되었다. 여전히 여성의 남성에 대한 폭력에 둔감한 우리 사회에 형법의 진보적 시각을 구성요건에 반영했다는 점에서 유의미한 진전이 아닐 수 없다.

한편 필자는 강간죄의 행위객체의 개정으로 인해 종래 논란이 되던 성전환자에 대한 강간죄 성립여부도 입법적으로 해결된 것으로 생각한다. 종래 우리 판례는 성전환 수술 후 주민등록법상 여성으로 정정신고하지 않은 자에 대해 강간죄 성립을 인정하면서 여성으로의 귀속감, 사회적으로 여성으로서의 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성역할을 수행하는 측면과 같이 피해자의 정신적·사회적 요소를 고려하였다.¹⁸⁾ 하지만 행위객체가 부녀에서 사람으로 개정되면서 법원은 행위객체의 여성성에 대한 판단으로부터 자유로워졌고, 수술을 통해 외관상 여성 또는 남성의 성기를 가진 자라면 다른 고려 없이도 성기와 성기의 삽입만으로 강간죄의 성립을 인정할 수 있게 되었다.

물론 이러한 결론은 간음을 여성의 “성기”와 남성의 “성기”의 삽입으로 이해하면서 외형적으로 서로 다른 성기의 삽입에 간음의 본질이 있다는 전제하에서만 가

18) 대판 2009. 9. 10, 2009도3580.

능한 결론이다. 구 형법이 간음의 객체를 부녀에 한정하면서 벗어나 일반적으로 사람이라고 하고 있고 성전환자의 변화된 성기를 성기이외의 신체로 이해할 수 없는 한-성기이외의 신체로 해석하면 유사강간이 될 것이다- 이러한 해석이 타당하다고 할 것이다. 다만 간음을 “여성”의 성기와 “남성”의 성기의 삽입으로 이해하면서 성기의 외형보다는 성기주체의 성별에 주안점을 둔다면 여전히 해석상의 문제는 남는다고 할 수 있다.¹⁹⁾

2. 유사강간죄의 신설

개정형법은 제297조의 2에 유사강간죄 규정을 신설하였다. 동조는 “폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.”고 규정하고 있다. 유사강간은 유사성교행위를 행위태양으로 하는 구성요건인데, 유사성교행위는 성기와 성기의 삽입을 전제로 한 간음과 달리 ‘성기와 성기 이외의 신체 및 도구’ 또는 ‘항문과 성기이외의 신체 및 도구’의 삽입을 의미한다.

유사성교행위를 행위태양으로 하는 유사‘강간’을 강간유사범죄로서 강간범죄의 일종으로 정의한다면, 종래 성기와 성기의 삽입으로 정의하였던 간음의 의미를 신체 삽입²⁰⁾으로까지 확대하는 의미가 있다. 2012년 법제사법위원장이 제안한 형법 일부개정법률안(의안번호 2751)에서 나타난 제안이유 또한 이러한 점을 분명히 하고 있으나,²¹⁾ 개정된 형법의 내용을 보면 간음의 개념확대를 모색했던 입법자의 의도는 실패한 것처럼 보인다.

먼저 개정형법은 유사성교행위를 행위태양으로 하는 유사강간죄(제297조의 2)를 간음행위를 행위태양으로 하는 강간죄(제297조)와 구별하여 별개의 조문에 규정하고, 법정형도 강간죄에 비해 감경하는 방식으로-강간은 3년 이상의 유기징역이지만 유사강간은 2년 이상의 유기징역- 정의함으로써 입법자의 의도와 달리 간음은

19) 개정형법이후에도 성전환자에 대한 여성성의 판단이 필요하다는 입장으로는 김성돈, 형법각론, skkup, 2013, 170-171면.

20) 여기서 삽입의 수단이나 대상이 성기인가 여부는 중요하지 않다. 궁극적으로는 도구의 성기의 삽입도 간음으로 볼 수 있는 여지가 있다.

21) “유사성교행위만 하더라도 독일, 프랑스 등 선진외국에서는 강간의 기준을 ‘신체에의 삽입’에 두고 강간죄에 포섭하여 엄하게 처벌하고 있는 것에 반하여 우리나라는 ‘성기간의 삽입’만을 강간죄로 처벌하고 이와 유사한 성교행위는 강제추행죄로 처벌하고 있고....”(형법일부개정법률안, 2면).

종래의 성기간의 삽입을 전제로 한 개념으로 남은 채, 종래 강제추행으로 정의하였던 행위태양 중 일부를 별도로 구성요건화한 것으로 이해된다. 독일의 경우 처벌하는 성행위를 성적 남용행위(Sexueller Missbrauch)로 단일하게 규율함으로써 간음 및 유사성교행위 뿐만 아니라 추행까지 포괄하는 개념으로 사용하고 있는 것과는 구별된다고 할 것이다.²²⁾

결국 개정형법은 유사강간죄 규정을 신설함으로써 성적자기결정권을 침해하는 성행위를 성적삽입행위²³⁾와 추행행위로 구별하고, 성적삽입행위를 다시 성기 대성기의 삽입을 의미하는 간음과 그 외의 신체삽입을 의미하는 유사성교행위로 구별하고 있다고 할 것이다. 이처럼 성적자기결정권의 보호가 세분화되었지만, 그렇다고 해서 성적자기결정권의 보호 범위가 구법에 비해 확대된 것으로 평가할 수는 없다. 물론 유사강간죄의 신설에 대해서는 종전 강제추행으로 처벌되는 범죄 중 그 정상(情狀)이 극악한 것-이것이야말로 유사강간에서 규율하고자 했던 유사성교행위일 것이다-을 구별하여 처벌을 강화했다는 점에 그 의미를 찾을 수 있지만, 유사강간죄의 신설이 새로운 성폭력행위의 발견에 기인한 것이 아닌 한 그 효과는 제한적일 수 밖에 없다. 오히려 입법기술적으로 그 정도의 효과는 강제추행죄의 법정형 강화만으로도 충분하다는 비판에서 자유로울 수 없을 것이다.

결론적으로 간음행위를 성기간의 삽입행위로 제한하는 현재의 해석을 고수하는 한, 유사강간죄 신설만으로는 흉포화되는 성폭력범죄에 대한 형법의 대책으로는 미흡하다고 할 것이다.

오히려 유사강간죄는 조문형식에 있어 성폭력처벌법상의 상례적 방식을 차용함으로써 다른 구성요건 규정들과 비교해 다소간의 어색함이 있다. 형법조문의 규정 방식은 상례적 방식(Regel Beispiel)과 결의론적 방식(Kasuistik)으로 구분할 수 있는데, 우리 형법전은 결의론적 방식을 취함으로써 개별 사례에 따라 구체적인 해석을 요하는 간략화 된 형태를 취하고 있다. 특별형법전의 경우에는 상례적 방식을 따르는 것도 있지만, 형법에서 상례적 방식을 차용하는 것은 기존 형법의 조문체계를 고려해 신중했어야 할 부분이다.

이러한 문제를 해석론의 관점에서 제기하면, 유사강간과 강제추행죄와의 구성요

22) 독일형법 제174조 이하. 대신에 독일은 법정형의 범위를 폭넓게 규정함으로써 성적남용행위에 따라 법관의 재량을 폭넓게 인정하는 방식으로 운용한다.

23) 필자가 강간과 유사강간의 삽입행위를 '성적' 삽입행위라고 제한적으로 명명한 배경은 손가락을 입이나 콧구멍에 넣는 것처럼 성적 의미가 없는 삽입행위와 구별하기 위해서이다.

긴한계에 관한 문제가 있다. 개정형법은 유사강간의 미수범을 처벌하는데, 유사강간죄 규정은 상세하면서도 치밀하지 못한 부분이 있어 미수범의 성립과 관련하여 실제 적용상의 혼란이 발생한다. 유사강간의 경우 “구강, 항문 ‘등’ 신체의 내부에 성기를 넣는 행위”를 처벌한다. 문제는 현실적으로 성기의 삽입이 가능한 신체내부가 구강과 항문 외에는 존재하지 않지만, 구강이나 항문 이외의 신체에 대해서도 삽입의 가능성을 열어둠으로써 성기를 콧구멍이나 귓구멍에 삽입하려는 행위도 유사강간행위가 된다.²⁴⁾ 다만 해당 소위는 애초에 결과실현이 불가능하다는 점에서 위험성여부를 판단하여 불능미수로 처벌할지, 아니면 강제추행으로 처벌해야 하는지에 대한 논란이 있을 수밖에 없다.²⁵⁾

3. 위계에 의한 간음죄 규정의 삭제

과거 헌법재판소의 위헌판결에 의해 혼인빙자부분이 제외됨으로써²⁶⁾ 위계에 의한 간음죄로 존속하였던 형법 제304조를 개정형법에서는 삭제하였다. 동조는 남성이 여성보다 우월한 사회적 지위를 구가하던 과거에 위계로써 부녀의 정조를 취한 엘리트 남성을 처벌할 목적으로 규정되었다. 이후 강간 등 죄의 보호법익이 성적자기결정권으로 정립되면서 동조의 보호법익도 부녀의 성적자기결정권으로 이해되었고, 결국 본조는 형법이 후견적 지위에서 여성의 성적자기결정권을 보호하는 규정으로 귀결되었다.

하지만 입법취지와는 달리 실제로는 간통의 상간자가 처벌을 회피하기 위한 수단으로 동조를 악용함으로써 그 실효성에 의문이 제기되었고, 여성의 사회적 지위가 신장됨으로써 여성의 성적자기결정권에 대한 우리 형법의 후견적 지위도 그 의미를 상실하게 되었다.²⁷⁾ 이에 개정형법이 동조를 삭제하였다.

24) 이런 관점에서 일찌감치 성기삽입이 가능한 신체부분이 불분명하다는 문제점을 제시하면서 유사성교행위의 유형을 재분류하여 특히 구강성교와 항문성교만을 강제적 유사성교행위로 취급해야 한다는 견해가 있었다.(김성돈, “성폭력범죄의 행위유형에 대한 비판적 형법도그마틱” 성균관법학 23권 2호, 성균관대학교 법학연구소, 2011, 179면 이하) 기왕에 개정형법은 이를 고려해야 하며, 추후 개선시 특히 고려해야 할 부분이라 할 것이다.

25) 물론 범죄자의 범행계획에 비추어 삽입의 의도가 있었다면 유사강간의 불능미수로 보고, 그렇지 않다면 추행으로 보아야 한다는 해석을 할 수도 있지만, 성행위에 대한 형법적 평가가 난삽해졌다는 느낌이 필자만의 주관적인 것으로 볼 수는 없을 것이다.

26) 헌재 2009. 11. 26, 2008헌바58, 2009헌바191 병합-전원재판부.

27) 이를 여성의 성적자기결정권의 보호가 강화된 것으로 이해하면서, 현재의 위헌 판단에 따른 형법적용영역의 축소와 서로 상관관계를 가지는 것으로 이해하는 입장이 있다.(김성돈/이열, “성적

위계에 의한 간음죄의 삭제는 이제 “일반적으로” 기만에 의한 성적 자기결정권의 침해를 형법이 보호하지 않는다는 선언이라고 할 수 있다. 독일 형법도 성적 자기결정은 기만에 의해 보호되지 않고, 다만 특수한 신분관계를 이용한 성적 남용 행위를 처벌하는 규정들-독일형법 제174조 이하-속에 포함시켜 보호하는 것으로 이해한다.²⁸⁾ 이러한 입법태도는 이제 우리 형법의 경우도 마찬가지로 위계에 의한 간음은 미성년자나 피보호자처럼 보호가 필요한 “특수한 경우에 대한 범죄로 한정”지어졌다.

4. 친고죄의 폐지

종래 강간이나 강제추행죄에 대해 인정되던 제306조의 친고죄 규정을 개정형법에서는 삭제하였다. 이는 피해자가 가해자의 협박으로 고소를 취하하거나 역으로 피해자가 가해자로부터 명예훼손으로 고소되는 문제점을 개선하기 위한 것이다.

다만 친고죄 규정의 취지를 수사절차나 공판과정에서 발생하는 피해자의 2차 피해를 막자는 입법자의 고려로 이해하면, 친고죄를 폐지하는 과정에서 피해자보호방안이 적절히 강구되었어야 할 것이다. 그러나 현재의 피해자보호방안에 대해서는 실효성에 의문이 가는 것이 사실이다. 공판과정에서 가해자와의 분리를 위한 차폐시설, 영상녹화물의 증거능력에 대한 예외 인정, 신뢰 있는 자에 의한 동석 등 피해자에 대한 절차법상의 다양한 보호방안이 강구되어 있지만, 가해자에 의한 반복범죄가 증가하고 있는 지금의 피해자 보호 상황은 여전히 개선의 여지가 큰 것으로 보인다.

한편 성적자기결정권은 의사결정의 자유와 신체의 자유 등 자유권을 기반으로 한다는 점에서 그 침해에 대한 사법부의 판단도 스스로가 자유롭게 결정할 수 있어야 한다는 것이 친고죄 규정의 본질일 것이다. 하지만 동 규정의 삭제로 침해에 대한 법적 판단을 공권력이 전적으로 결정하게 됨으로써 성적자기결정권의 보호에 대한 형법의 후견적 지위가 공고해진 것으로 해석할 수 있다.

다만 피해자의 의사를 무시한 공소제기가 의사자유를 본질로 하는 성적자기결정

자기결정권의 형법적 의의와 기능”, 법학논총 34권 2호, 단국대학교 법학연구소, 2010, 419면) 해당 논문에서는 명확하지 않지만, 여기서 보호가 강화된 것은 적극적 의미의 성적자기결정권에 한정시켜 이해해야 할 것이다. 형법이 후견적 지위를 상실했다는 것은 소극적 의미의 성적자기결정권의 보호가 의미를 상실한 것이며, 반대로 여성의 적극적자기결정권을 존중한 것으로 이해할 수 있기 때문이다.

28) Thomas Fisher, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, §174 Rn 2.

권과 부합하지 않는 것은 아닌가하는 의문은 있을 수 있다. 그러나 형법의 법익보호는 행위시를 기준으로 판단하고, 행위시에 성적자기결정권이 침해되었다면 행위 이후에 공소제기여부를 결정함에 있어 피해자의 의사를 반영하지 않는 것은 형사정책상의 문제에 불과할 뿐 성적자기결정권과는 무관하다고 할 것이다.

IV. 특히 성적자기결정권이 문제되는 영역

1. 부부간간의 문제

부부간의 강간죄 성립여부는 종래 남성우월주의자와 급진적 페미니스트들의 감정적 충돌을 불러오는 이슈인데다가 최근 박근혜 정부의 4대약 중 가정폭력의 대표적인 유형이라는 점에서 그 사회적 관심이 증가하고 있는 문제이면서, 학자들 사이에도 의견이 첨예하게 갈리는 영역이다.

일반적으로 부부간간죄의 성립을 부정하는 입장에서는 부부는 동거의무에 기반하여 지속적인 성생활을 영위하는 관계이고, 서로 간에 신뢰를 바탕으로 소소한 다툼과 화해가 반복되는 부부관계의 특수성을 감안하면 부부간에는 강간죄가 성립할 수 없다고 이해한다.²⁹⁾

반면에 우리 형법이 강간죄의 객체에 특별히 부부를 제외하는 제한규정을 두고 있지 않고,³⁰⁾ 민법상의 동거의무가 성관계의무를 포함한다하더라도 그 자체로 강제에 의한 성관계를 용인한 것으로 볼 수 없다는 견지에서 부부간에도 강간죄가 성립할 수 있다는 반론도 있다.³¹⁾

종래 우리 판례는 다소 유보적인 입장을 취하면서 정상적인 부부사이에는 강간죄가 성립할 수 없지만, 혼인관계가 파탄난 상황에서 실질적인 부부관계를 인정할 수 없는 상태라면 법률상 배우자인 처도 강간죄의 객체가 된다는 입장이었다.³²⁾

29) 김일수/서보하, 형법각론, 박영사, 2009, 160면; 박광민, 형법각론, 삼영사, 2011, 171면; 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2004, 128면; 이재상, 형법각론, 박영사, 2012, 159면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2012, 169면; 정영일, 형법각론, 박영사, 2008, 141면.

30) 우리 형법은 개정이전에는 강간죄의 객체를 '부녀'로 규정하고 있었고, 개정 이후에도 특별한 제한 없이 '사람'이라고만 하고 있다. 반면에 구 독일형법(1997년 제33차 개정이전의 독일 형법) 제177조는 혼인의 성교(ausserehelicher Beischlaf)만을 처벌하도록 규정하고 있었기 때문에 부부간에는 강간죄가 성립할 수 없는 명문의 규정을 두고 있었다.

31) 김성돈, 형법각론, skkup, 2009, 157면; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2010, 246면; 오영근, 형법각론, 박영사, 2010, 171면.

하지만, 최근 우리 대법원은 폭행 또는 협박의 내용 정도가 아내의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 정도에 이른 것인지 여부, 남편이 유형력을 행사하게 된 경위, 혼인생활의 형태와 부부의 평소성행, 성교당시와 그 후의 상황 등 모든 사정을 종합적으로 검토하여 남편이 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란할 정도의 폭행이나 협박을 가하여 아내를 간음한 경우에는 “정상적인 혼인생활을 영위하고 있는 경우에도 강간죄가 성립”하는 것으로 판시하였다.³³⁾ 대법원의 다수의견은 부부간강간정설의 입장을 대부분 근거로 인용하고 있지만,³⁴⁾ 합의체 일각에서는 간음의 사전적 의미가 배우자 이외의 자와의 성관계라는 점과 폭행죄나 협박죄 규정을 통해 처의 성적자기결정권을 보호할 수 있다는 것을 근거로 강간죄 성립을 부정하는 반대의견도 있다.³⁵⁾

필자는 판례의 다수의견처럼 부부간에도 강간죄의 성립을 긍정하는 것이 타당하다고 생각한다.

먼저 간음의 사전적 의미를 근거로 강간죄 성립을 부정하는 입장은 간음의 사전적 의미가 종교적 의미를 내포하고 있음을 간과하고 있다. 성경에서 간음이란 정당한 결혼 관계의 파괴를 초래하는 부부간 외의 그릇된 성적 교섭으로서, 고대 이스라엘에서는 간음은 명백히 금지되었고(10계명 중 제7계명), 하나님의 이름을 욕되게 하는 자는 돌로 쳐 죽인 바 되듯, 간음에 의해 자타를 더럽히는 자도 역시 돌로 쳐 죽여야만 했다(레위기 20:10, 24:16, 신명기 22:20-24, 요한복음 8:3-5). 결국 간음을 종교법적으로 이해하면 결혼 서약의 위반을 의미하고, 사전적 의미는 그 연장선상에 있는 것으로 이해할 수 있다. 특히 형법적 의미에서는 간음과 간통을 구별하지만, 사전적 의미에서는 간음과 간통이 유사어로 사용되고 있음을 간과해서는 안 될 것이다. 따라서 우리 형법의 강간죄에 있어 간음을 사전적 의미 그대로

32) 대판 2009. 2. 12, 2008도8601. 일본도 사례는 흔치 않지만, 혼인관계 파탄을 강간죄 성립의 전제로 이해한다(廣島高松江支判 昭62-6-18判示1234號 154頁). 다만 해당 판례의 경우 남편이 제3자와 공모하여 처를 윤간했다는 점에서 혼인관계 파탄유무와 상관없이 강간죄의 성립을 인정할 수 있는 사안이라는 비판도 있다(大塚 仁/河上 和雄/佐藤 文哉/古田 祐紀, 大コンメンタール刑法(第2版) 第9卷, 2002, 青林書院. 69頁).

33) 대판 2013. 5. 16, 2012도14788-전원합의체.

34) 판례는 앞서 살핀 근거 외에도 개인의 성적자기결정권보호에 성역이 없다는 것을 전제로 아내에 대한 성폭력이 은밀하고 지속적인 경향이 있어 국가공권력의 개입이 필요하며, 사회일반의 보편적 인식과 법감정을 반영하여 정상적인 부부간에도 강간죄가 성립할 수 있다고 보았다(대판 2013. 5. 16, 2012도14788-전원합의체의 다수의견).

35) 대판 2013. 5. 16, 2012도14788-전원합의체 중 대법관 이상훈 김용덕의 반대의견.

로 수용할 수는 없으며, 오히려 간음의 객체를 부녀에서 사람으로 확대한 개정형법의 태도에 비추어 보면, 간음을 행위 이외에 대상에 대한 제한적 의미를 포함하는 것으로 이해하는 것은 타당한 논리구성이라고 할 수 없다.³⁶⁾

그리고 부부간조의 성립을 부정하는 것은 성적자기결정권의 관점에서 보면 부부사이에는 (소극적) 성적자기결정권이 제한되는 것으로 이해할 수 있으며, 궁극적으로는 부부일방의 적극적 자기결정권이 타방의 소극적 자기결정권에 우선한다는 논리도 성립할 수 있다. 이는 양성평등을 기초로 하는 성적자기결정권의 취지에 반하는 것이다. 우리 형법이 선량한 성풍속을 보호하기 위해 간통 등 죄의 구성요건을 형법에 규정함으로써 개인의 적극적인 성적자기결정권을 제한하고 있는 것과 같이, 성적자기결정권을 자유권이나 행복추구권에 근거하는 헌법상의 기본권이라고 보면, 소극적인 성적자기결정권을 제한함에 있어서는 헌법 제37조 제3항의 제한논리와 함께 법률의 형식을 취하는 것이 타당하다. 그러나 우리 형법은 구독일형법 제177조와 같은 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 해석을 통해 부부간조의 성립을 부정하는 것은 위헌의 소지가 있다고 할 것이다.³⁷⁾

한편 부부간조죄의 성립을 긍정하는 입장에서는 부부관계의 특수성을 근거로 제시하고 있다. 부부관계의 특수성을 혼인에 의한 정교의 승낙으로 이해하든지 아니면 일반 남녀관계와 다른 그 무엇으로 이해하든지간에 부부관계의 특수성은 부부간의 신뢰를 바탕으로 구성되는 것인데, 만약 남편이 항거할 수 없는 폭력을 행사하여 간음하였다면 그 자체로 이미 부부간의 신뢰는 깨어진 것으로 이해해야 한다. 결국 신뢰를 바탕으로 하는 부부관계의 특수성을 고려하면 더더욱 부부간의 강간죄의 성립을 긍정할 수 있을 것이다.

부부간조죄의 성립을 부정하는 일부입장에서는 부부간조의 문제는 가정폭력범죄의 처벌에 관한 특례법상의 폭력행위로 처벌하면 된다고도 하거나, 형법상의 폭행이나 협박죄로 처벌하면 된다고 한다.³⁸⁾ 그러나 가정폭력범죄처벌에 관한 특례법상의 가정폭력 범죄자의 구분을 보면 제2조 가목(폭행)과 마목(강간)을 구별하고

36) 일반적으로 종교법은 “간음하지 말라”라고 하여 대상(객체)을 간음의 의미에 포함시켜 금지하지만, 우리 형법은 “사람을 강간하지 말라”고 하므로 간음에서 객체를 분리시켜 규정하고 있다. 이것만 보더라도 간음의 의미가 일반적인 사전의 의미와 다르다는 것을 방증하고 있는 것으로 볼 수 있다.

37) 또한 부부라고 해서 일반에 비해 소극적인 성적자기결정권의 보호를 제한하는 것은 사회적 지위에 따른 차별이라는 점에서 헌법상의 평등권에도 위반된다고 할 것이다.

38) 손동권, 형법각론, 529면; 임웅, 형법각론, 169면.

있다. 따라서 가정폭력범죄처벌에 관한 특례법에 있어서는 형법상 강간죄가 성립할 수 있는 자를 폭행죄로 처벌할 이론적 근거는 없고, 오히려 가정폭력범죄자 중 강간죄를 범한 가족구성원에 대해서는 강간죄의 성립을 긍정하는 것이 그 입법태도에 부합한다고 할 것이다. 한편 부부강간을 형법의 폭행죄나 협박죄로 처벌하는 것만으로도 처의 성적자기결정권을 충분히 보호할 수 있다는 입장³⁹⁾ 협박죄나 폭행죄가 반의사불벌죄라는 점을 간과하고 있다. 일반적으로 부부강간의 피해자인 처가 학습된 무기력 상태(learned helplessness)에 놓이게 되면,⁴⁰⁾ 처는 남편에 대한 처벌불원의 의사표시를 할 가능성이 높다. 이는 폭력에 길들여져 정상적인 판단을 할 수 없는 상태에서의 결정이라는 점에서 폭행·협박죄만으로 처의 성적자기결정권을 충분히 보호할 수 없음을 의미한다. 특히 개정형법이 강간죄의 친고죄 규정을 폐지함으로써 성적자기결정권보호에 대한 형법의 후견적 지위가 더욱 공고해졌다는 점에서 그 차이는 극명하다고 할 것이다.

그리고 부부강간의 경우에 형법상 강요죄의 성립을 주장하는 입장⁴¹⁾도 있는데, 이는 의무의 유무와 관련하여 논리모순에 빠질 수 있다. 왜냐하면 부정설은 부부간의 성행위를 동거의무(성행위의무)로부터 비롯된 것으로 파악하므로 부정설의 입장에서 부부강간에 대해 강요죄의 성립을 긍정하는 것은 성행위의무 있는 자들에게 성행위 의무 없는 일을 하였다고 처벌하는 이상한 논리가 성립하기 때문이다.

다만 긍정설의 입장에 따르더라도 구체적인 경우 강간죄 성립에는 신중할 필요가 있다. 특히 친고죄가 폐지된 상황에서 부부강간의 강간죄 성립을 긍정하게 되면, 형법이 언제나 가정에 개입할 여지가 생김으로써 가정불화의 자정작용에 악영향을 미칠 우려도 있다.⁴²⁾ 법은 가정에 들어가지 않는다는 법언이 불변의 진리는 아니지만, 형법의 보충성에 비추어 신중함이 필요한 시점이다.

39) 대법원 전원합의체 판결의 소수의견이기도 하다.

40) 이는 폭력의 순환이론에 따른 피해자의 심리상태인데, 폭력의 순환이론이란 1단계 긴장조성, 2단계 극심한 폭력, 3단계 화해를 반복하는 것으로 가정폭력 피해자는 이러한 폭력의 악순환으로 인해 학습된 무기력 상태에 놓이게 된다. 이를 매맞는 아내 증후군이라고도 한다(매맞는 아내 증후군에 대해 자세한 양현아/김현경, “가정폭력 피/가해자의 탄생 : 가정폭력 피해자의 처절한 사적 구제”, 공익과 인권 통권 제12호, 2012, 81면 이하).

41) 김일수/서보학, 형법각론, 160면; 손동권, 형법각론, 129면.

42) 부부간에 강간죄성립이 일상화되면, 형법이 부부일방의 이혼을 위한 수단으로 전락될 수도 있다. 혼인빙자간음이나 간통이 원래 그 입법취지와는 무관하게 이혼시 유리한 전략의 일환으로 사용된 전례를 보더라도 가정불화의 자정작용을 무시한 채 형법이 부당하게 개입하는 것은 아닌지 신중을 기해야 할 것이다.

실제 사안에 있어 부부간의 긍정논리를 전개할 때에는 부부간의 성립을 일반적으로 인정할 것이 아니라 혼인관계 파탄의 성질을 폭넓게 인정하는 방향으로 나아가야 할 필요가 있다. 예를 들면 부부간이라 하더라도 흥기를 사용하는 등 심각한 폭력을 동반하거나 지속적인 가정폭력이 있는 경우라면 혼인관계가 파탄난 것으로 보아 강간죄의 성립을 긍정할 수 있을 것이다. 이런 경우라면 이미 정상적인 부부관계라고 보기 어렵기 때문이다. 따라서 부부일반에 강간죄가 성립한다고 볼 것이 아니라 개별사례에 따라 혼인관계파탄의 인정범위를 다소 유연하게 해석하여 강간죄의 성립을 긍정하는 것이 타당할 것이다.

우리 판례도 이러한 점을 반영하여 폭행 또는 협박의 내용이 아내의 성적 자기결정권을 본질적으로 침해하는 정도에 이른 것인지 여부, 남편이 유형력을 행사하게 된 경위, 혼인생활의 형태와 부부의 평소성행, 성교당시와 그 후의 상황 등 모든 사정을 종합적으로 검토하여 강간죄 성립여부를 판단할 것을 강조하고 있다.⁴³⁾ 비록 판례가 정상적인 부부관계라 하더라도 강간죄가 성립할 수 있음을 천명하고 있지만, 행간의 의미를 보면 종전 혼인관계 파탄의 범위를 다소 유연하게 해석하는 것으로도 이해할 수 있다.

한편 부부간의 긍정기조가 다른 성범죄 구성요건에 적용되는 것은 경계해야 할 것이다. 예를 들면 항거불능상태를 이용하는 준강간이나 그 침해의 정도가 경미한 강제추행의 경우에는 부부관계의 특수성이 보다 강하게 작용할 수 있는 영역이므로 범죄성립을 제한하는 것이 타당하다.

2. 균형법상 동성애처벌의 문제

성적자기결정권은 법의 이전에 헌법상의 권리이므로 이를 제한하기 위해서는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의해서만 가능하다. 적극적 성적자기결정권을 예로 들면 원칙적으로 국민은 원하는 상대방과 원하는 장소에서 원하는 시간에 성행위를 할 수 있지만, 법률에 의한 제한을 받는다. 원하는 상대방이라 하더라도 결혼한 사람은 배우자 이외의 자와 성행위를 할 수 없도록 형법이 간통죄를 규정하고 있으며(상대방에 대한 제한), 원하는 상대방이라 하더라도 공공장소에서 성행위를 하는 경우에는 공연음란죄로 처벌받을 수 있고(장소에 대한 제한), 대가를 매개로 성행위를 하는 경우에는 성매매특별법에 따라 처벌받을 수 있다(방법에 대한 제

43) 대판 2013. 5. 16, 2012도14788-전원합의체.

한). 즉 적극적인 의미의 성적자기결정권은 헌법상의 기본권이지만 공공복리와 사회공통의 질서를 위해 형법이 제한할 수 있다.

이외에는 특별히 적극적 성적자기결정권의 발현을 제한하는 형법규정은 없다. 따라서 원칙적으로 동성간의 성행위도 우리 형법의 적용대상이 아니다. 하지만 우리 군형법은 제92조의6에서 군인 군무원 등에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람을 처벌하는 규정을 두고 있는데,⁴⁴⁾ 이는 합의에 의한 동성애행위를 처벌한다는 점에 특색이 있다.

동 규정은 성적소수자에 대한 무조건적인 혐오(homophobia)를 조장하는 규정이라는 점에서 인권단체를 중심으로 개정의 목소리가 높다. 그러나 수십명이 내무반에서 기와침식을 같이 하는 우리 군의 특성과 남북이 대치하여 군사적 위협이 상존하는 분단현실에 비추어보면 군기를 훼손하는 행위에 대한 형법적 규제는 반드시 필요하다고 할 수 있다. 즉 국가안보의 필요성에 따라 군인의 적극적 성적자기결정권도 제한할 수 있다고 생각한다.

다만 동규정이 “그 밖의 추행”으로 규정하고 있는 것은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반할 여지가 있으므로 개정할 필요가 있다. 한편 최근 국회에서는 동성애처벌의 적용범위를 여군간에도 확대하자는 논의가 있는데, 해당 조문이 군인의 성별에 제한을 두지 않은 상황에서 “그 밖의 추행”개념을 “그 밖의 성애행위”로 개정함으로써 충분히 규율할 수 있을 것으로 판단된다.

V. 나오며

형법은 유사성교행위를 처벌하는 유사강간죄를 신설함으로써 성적자기결정권의 내용을 세분화하고, 위계에 의한 간음죄 규정을 삭제함으로써 남성과 여성의 성적자기결정권을 존중하는 방향으로 개정하였다. 또한 강간죄의 행위객체를 사람으로 하여 여성의 단독정범 가능성을 확인함으로써 상대적으로 남성의 성적자기결정권 보호를 강화하였다. 더불어 강간죄와 강제추행죄에 대한 친고죄 규정을 삭제함으

44) 동규정은 2013년 4월에 개정되었는데, 구군형법 제92조의 5에서 “계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”는 규정을 쉬운 용어를 사용하여 조성한 후 조문의 위치를 옮겨 92조의 6에 위치시켰다. 군형법 제92조의 2 및 3에서 유사강간과 강제추행을 처벌하는 규정을 두고 있다는 점에서 동조문은 합의에 의한 동성애행위를 처벌하는 규정으로 이해할 수 있다.

로써 성적자기결정권 보호에 정점을 찍었다.

신설된 유사강간죄는 유사성교행위를 별도의 죄로 규정하였다는 점에서 의미가 있지만, 유사성교행위가 종래 강제추행죄의 영역에 포함되어 있는 행위였다는 점에서 형법이 성적자기결정권의 보호범위를 확장한 것으로 이해하기는 힘들다.

반면에 강간죄의 행위객체 확대는 학계의 해묵은 논쟁에 종지부를 찍었다는 점에서 의미있는 진전이라 할 수 있다. 강간죄의 객체를 부녀에서 사람으로 바꾸었을 뿐이지만, 여성의 남성에 대한 폭력을 수용하는 진보적 시각과 성전환자에 대한 강간죄논란에 종지부를 찍었다는 점은 높이 평가할만하다. 이것만으로도 형법의 성적자기결정권의 보호영역은 괄목할 만한 확장이 있었다고 평할 수 있다. 그러나 무엇보다 친고죄폐지야말로 성적자기결정권 보호에 대한 국가공권력의 후견적 지위를 공고히 하였다는 점에서 보호영역확대의 중핵이라 할만하다.

최근의 형법개정이나 부부강간에 대한 법원의 시각을 보면 앞으로 성적자기결정권의 형법적 보호는 양성평등, 나아가 성적소수자까지 아우르는 궁극적인 성평등의 가치를 실현하는 방향으로 진전될 것이다. 다만 성적자기결정권은 성적 의사결정의 자유 및 성적 행동의 자유를 내용으로 하는 만큼 자유의 본질적인 가치를 훼손하는 방향이어서는 곤란할 것이다. “주먹을 뺨을 거리는 상대방 턱의 거리에 반비례한다”고 하는 자유의 의미는 형법의 수범자에게만 요구되는 것은 아니며, 형법을 제정하고 해석할 때도 기준이 되어야 할 것이다. 따라서 자기결정권의 개념에 대해 자유권의 본질을 훼손할 수 있는 해석은 곤란하며, 그런 점에서 성적자기결정권에 자유이외의 다른 가치를 함의하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이다. 결론적으로 성적자기결정권은 성적 의사결정의 자유와 성적 행동의 자유로 해석하는 것이 타당하다고 생각하며, 더불어 우리가 보호하고자 하는 성적자기결정권은 적극적 의미의 성적 자기결정권이 아닌 소극적 의미임을 잊어서는 안 될 것이다.

(논문접수일 : 2013.07.31, 심사개시일 : 2013.08.16, 게재확정일 : 2013.09.24)



▶ 박 성 민

성적자기결정권(sexual self-determination), 강간(rape), 유사강간(similar rape), 부부강간(marital rape), 친고죄(offense subject to prosecution on complain)

Abstract

The meaning of sexual self-determination and its examples of protection in the amended Criminal Law

Park, Sung-Min

In December 2012, the Criminal Law was revised with regard to sexual violence crime. The motive for such revision is that the former Criminal Law could not effectively respond to sexual crimes that have been brutalized and diversified. The main points of revisions are found as follows; (i) object of sexual crime is expanded from women to a person, (ii) similar rape is newly enacted, (iii) Adultery under promise of marriage was deleted, (iv) The offense subject to prosecution on complaint was abolished.

Due to revision of Criminal Law there was fundamental change in the traditional scope of protection on sexual self-determination as well. Accordingly, there arose a need to verify the meaning and contents of the sexual self-determination as the benefit and protection of the law.

The purpose of this study is to review the meaning of right to self-determination against rape, forced molestation and similar rape, which are the legal interest protecting sexual self-determination, among sexual violence crimes, and to check how protection of sexual self-determination has changed in comparison with the former Act.

Firstly, similar rape adopted at this revision is meaningful in that behaviors of quasi sexual intercourse are defined as separate crime. However, as behaviors of quasi sexual intercourse have been a type of molestation, this revision can hardly be regarded as the expanded

protection on sexual self-determination. Meanwhile, expanded scope for object of sexual crime can be highly evaluated in the progressive attitude to accept the violence to the male by female and putting an end to the dispute on rape crime on transsexuals. More than anything else, abolition of offense subject to prosecution on complaint may be regarded as the core measure to expand scope of protection in that the status of sovereign power is solidified as guardian for protecting the sexual self-determination.

Seen from the Court's positive viewpoints on recent revision of Criminal Law or marital rape, the protection on sexual self-determination from Criminal Law's viewpoints will advance to the direction to realize the ultimate value of sexual equality encompassing equality between two sexes and further to sexual minorities as well. However, the direction shall not be such one that would damage the fundamental value of freedom, as the sexual self-determination comprises the freedom of sexual decision making and sexual behaviors.

전자거래에 있어서 서명·인증법제 개선을 위한 제언

김 현 경*

I. 서론	2. 국외 입법동향
II. 현행 전자서명·인증제도를 둘러싼 쟁점	3. 소결
1. 전자서명·인증제도의 의의	IV. 전자서명·인증제도 개선을 위한 제언
2. 우리나라 전자서명·인증제도 현황	1. 인증기술 경쟁력 강화
3. 현행 제도를 둘러싼 논란들	2. 공공부문의 특성 반영
III. 국외 전자서명·인증제도 분석	3 '기술중립성' 재확립
1. 국제적 논의	V. 결론

I. 서론

공인인증서는 도입 초기 인터넷뱅킹, 온라인증권거래 등 전자금융 분야에 주로 이용되었다. 2012년 말 기준으로 총 2838만 건이 발급되었으며 개인에게 발급된 공인인증서는 총 2558만 건으로 이는 국내 경제활동인구 2513만 명의 102%에 해당한다. 그러나 최근 현행의 공인인증제도는 보안에 취약하며, 정부가 주도하는 공인인증제 때문에 다양한 보안 시스템이 개발되지 않고 있다며 공인인증제도를 규정하고 있는 전자서명법 및 전자금융거래법 개정에 대한 논란이 첨예하게 제기되고 있다. 이종걸 의원이 발의한 전자금융거래법 개정안은 공인인증서 사용을 강제하는 근거로 작용하는 현행 제21조 제3항을 개정하는 게 골자다.¹⁾ 최재천 민주당 의원이 발의한 전자서명법 전부개정법률안은 `공인인증서`에서 `공인`을 삭제해 정부 주도의 인증제도를 폐지하자는 안을 담고 있다. 또 전자서명과 공인전자서명 구분을 없애고 당사자 간 합의에 의해 전자서명이 사용될 수 있도록 했다.²⁾

이러한 법 개정안에 대하여는 다음과 같은 쟁점이 대두될 수 있다. 우선 전자서명에 있어서 공인인증제를 과연 폐지하는 것이 타당한가이고 다음으로 현행법이 기술중립성에 위배되는가 하는 문제이다. 그리고 현행의 전자서명법이 국제기준에 부합한가 등이다. 이러한 부분에 대한 검토와 관련하여서는 현재 공인인증서와 관

* 성균관대학교 겸임교수, 법학박사.

1) 의안번호 1905067, 2013.5.23. 국회제출.

2) 의안번호 1905145, 2013..5.28 국회제출.

런해서 발생하는 문제가 법령이 규정하고 있는 내용 자체의 문제인지 공인인증제도를 제대로 운용하지 못한 운용 혹은 법 집행의 문제인지에 대하여 좀 더 면밀한 고찰이 필요하다. 따라서 본 고에서는 전자서명 및 공인인증제도가 도입되게 된 의의와 배경, 해외 입법례를 고찰한 후 이러한 쟁점에 대하여 검토하고자 한다.

II. 현행 전자서명·인증제도를 둘러싼 쟁점

1. 전자서명·인증제도의 의의

현행법상 계약체결에 있어서 계약당사자는 계약법의 일반원칙인 계약자유의 원칙에 따라 계약체결의 형식에 구애받지 아니한다. 계약서라는 일정한 형식(방식)에 의하지 아니하여도 의사표시의 합치만 있으면 계약의 효력이 생긴다. 이는 전자거래에서도 당사자 사이에 일정한 형식에 의하지 아니한 채 전자적 형태로 의사표시가 합치하기만 하면 마찬가지로 적용된다. 따라서 온라인상에서 반드시 전자서명이 요구되는 것은 아니다.³⁾ 그러나 서명이 일반적으로 계약체결의 요건이 되지 않는다 할지라도 계약체결의 형식성 또는 사후의 분쟁에 대비하기 위한 증거법상 중요한 논의대상이 된다.⁴⁾ 또는 여타 법령에서 서명을 요구하는 경우 그러한 법령에서 요구한 행위가 온라인상에서 이루어질 경우 종래의 종이문서에 걸맞은 온라인상의 서명이 필요한 것이다.

종이문서에서의 서명 또는 날인은 문서의 진정한 성립이 추정되도록 하고(형식적 증거력, 민사소송법 제329조), 또한 계약서 등과 같은 처분문서의 경우 서명·날인으로 진정성립이 인정되면 그 기재내용은 진실한 것으로 추정되며(실질적 증거력)⁵⁾, 어음·수표상의 배서행위 등과 같은 요식행위에 있어서 서명·날인은 그 형식적 요건이 된다(어음법 제13조제1항, 수표법 제16조제1항). 그리고 이러한 서명·인장의 위조 또는 부정사용은 형법상 처벌의 대상이 된다.

3) 우리 현행법상 서명이 규범적인 면에서 계약체결의 본질적 요소가 아니라 할지라도 미국법에서는 계약내용에 따라 계약체결을 위하여 갖추어야 하는 실체법상 요건이 되기도 한다. 미국법상 계약체결시 서명을 필요로 하는 법적 근거는 통일상법전(Uniform Commercial Code : UCC)§2-201의 사기방지법(Statute of Frauds)의 규정이다. 이러한 서명의 요구도 본질적으로는 당사자 사이의 법률관계의 명확성을 도모하여 증거를 보전하려는 것이고 다른 하나는 당사자로 하여금 신중을 피하려는 데에 있다.

4) 배대현, 전자상거래와 전자서명법상 Digital Signature의 법리, 통신정보보호학회지, 1999,3. 105면.

5) 대법원 2010.11.11., 선고, 2010다56616 판결.

그러나 온라인에서 이루어지는 거래, 메시지 전달 등의 특징은 ‘비대면’, 즉 상대방에 대해 정확히 알지 못한다는 것이다. 상대방의 확인이 중요하지 않은 거래도 있으나 그렇지 않은 경우에는 이와 같은 비대면 행위에서의 문제점은 상대방에 대한 진위확인과 행위의 검증이다. 예를 들어 인터넷 뱅킹을 이용하려는 경우 은행 창구에서 고객 본인임을 확인하듯 인터넷 상에서도 고객을 확인할 수 있어야 한다. 또한 법령에서 서명날인 함으로서 유효성을 인정하는 경우 인터넷 상에서도 이러한 서명날인의 방법이 있어야 한다. 이러한 문제를 해결하기 위한 방법으로 도입 된 것이 전자서명법상의 전자서명과 인증제도라고 할 수 있다. 전자서명의 중요한 기능은 신원확인(Authentication), 거래내용의 위·변조 금지(Integrity), 기밀유지(Confidentiality), 거래사실의 부인방지(Non-repudiation) 등이다. 이러한 기능에 대한 법적 효력이 인정될 경우 분쟁이 발생하였을 때 판단의 기준이 될 수 있다.

우리나라는 인터넷 초기 각각의 전자거래 시 인증을 필요로 하는 기관(은행 및 금융권 등)에서 발급한 사설인증서를 이용하였다. 즉 초기 은행별로 사설인증서를 발행하였으나 사설인증서는 각 시스템에서만 사용이 가능하고 법적 효력이 없으므로 인증제도를 국가적으로 관리할 필요성이 제기되었다. 따라서 전자서명법을 제정하여 공인인증기관을 지정하였고 이러한 공인된 인증기관이 제공하는 전자서명 방식에 대하여 법적 효력을 부여함으로써 거래의 안전성을 제고하고자 하였다.⁶⁾

2. 우리나라 전자서명·인증제도 현황

가. 민간분야

통상 민간분야 전자서명·인증과 관련하여 적용되는 법은 「전자서명법」이다. 「전자서명법」은 전자문서의 안전성과 신뢰성을 확보하고 그 이용을 활성화하기 위하여 전자서명에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 국가사회의 정보화를 촉진하고 국민생활의 편익을 증진함을 목적으로 한다. 전자서명은 서명자를 확인하고 서명자가 당해 전자문서에 서명을 하였음을 나타내는데 이용하기 위하여 당해 전자문서에 첨부되거나 논리적으로 결합된 전자적 형태의 정보를 말하며(동법 제2조제2호)⁷⁾ 공인전자서명과 기타의 전자서명에 대하여 규율하고 있다. 다만 특별히 일

6) 신흥식, “유료화 논쟁속 국내 공인인증산업 기술의 현 주소”, 정보과학회지, 제23권 제1호, 2005, 15~20면.

7) 전자서명의 개념은 각국 법률 및 문헌에서 일률적으로 규정하고 있지 않으므로 통일적 정의는 곤란하나 UNCITRAL(유엔무역법위원회) 전자서명 통일규칙 초안에 의하면 “전자서명(Electronic signature)란 자료메시지에 부착되거나 논리적으로 결합된 전자적 형태의 자료로서 서명자의 신원

반서명 또는 날인으로서 효력을 지니는 전자서명을 미래창조과학부장관이 지정한 공인인증기관이 발급한 인증서에 포함된 전자서명검증키에 대응하는 전자서명생성키로 생성한 전자서명에 한정하고 이러한 공인전자서명에 대하여는 전자문서의 서명성을 충족한 것으로 보며, 형식적 증거력도 인정된다. 즉 다른 법령에서 문서 또는 서면에 서명, 서명날인 또는 기명날인을 요하는 경우 전자문서에 공인전자서명이 있는 때에는 이를 충족한 것으로 보며, 공인전자서명이 있는 경우에는 당해 전자서명이 서명자의 서명, 서명날인 또는 기명날인이고, 당해 전자문서가 전자서명된 후 그 내용이 변경되지 아니하였다고 추정된다(제3조). 반면 공인인증기관이 아닌 일반인증기관이 인증한 전자서명이나 인증기관이 인증하지 아니한 전자서명은 법적으로 적극적으로 그 효력이 인정되지 않는다.⁸⁾ 즉 공인전자서명을 제외한 일반적인 ‘전자서명’에 대하여는 당사자 간의 약정에 의한 효력을 인정함으로써 ‘공인전자서명’에 비해 대외적으로 낮은 효력을 부여하고 있다. 또한 공인인증기관이 발급한 공인인증서에 대하여 본인확인을 할 수 있는 효력을 명시적으로 인정함으로써 다른 법령에서 특별히 배제하지 않는 한 공인인증서가 본인확인의 법적 수단임을 명확히 하고 있다.

한편 공적기관이 아닌 자가 행한 것이라고 하여도 전자서명생성정보가 가입자에게 유일하게 속한다는 사실을 확인하고 이를 증명하는 행위를 “인증”이라고 한다(전자서명법 제2조제6호). 공인인증기관은 전자인증을 행하는 기관으로 미래창조과학부장관이 지정한다. 공인인증기관으로 지정받을 수 있는 자는 국가기관·지방자치단체 또는 법인에 한하므로(법 제4조제2항), 민간법인도 공인인증기관이 될 수 있으며, 법인이 아닌 개인은 공인인증기관이 될 수 없다. 공인인증기관으로 지정받고자 하는 자는 대통령령이 정하는 기술능력·재정능력·시설 및 장비 기타 필요한 사항을 갖추어야 하며, 공인인증업무준칙의 신고, 역무제공거부 금지, 이용자차별금지 등의 제한을 받는다. 또한 한국인터넷진흥원으로부터 전자서명검증키를 인증받아, 그 인증 받은 전자서명검증키에 합치하는 전자서명생성키를 이용하여 인증업무를 수행하게 된다. 그밖에 합병신고, 업무휴지통보의무 등을 준수하여야 한다.

한편 「전자문서 및 전자거래기본법」은 ‘전자거래 중에서 전자서명에 관한 사

을 확인하고 자료메시지의 내용에 대한 그 사람의 승인을 나타낼 목적으로 사용된 것”을 말한다.
8) 따라서 지문감식, 홍채인식, 유전자감식과 같은 바이오메트릭스의 경우 비대칭암호화방식의 전자서명보다 더욱 확실하게 행위자를 증명할 수 있는 방법임에도 불구하고 법적으로 효력을 인정받지 못하고 있다. 이러한 전자서명은 결국 민사소송법의 일반원칙에 따라 그 효력이 결정될 수 밖에 없다. 장경원, 전자서명의 공법적 제문제행정법연구 제29호, 2011, 157~158면.

항은 「전자서명법」에서 정하는 바에 따른다(제11조)'고 규정함으로써 전자거래에 관하여 전자서명법을 원용하고 있다. 기타 「전자금융거래법」은 금융회사등(금융회사·전자금융업자 및 전자금융보조업자)으로 하여금 전자금융거래의 안전성과 신뢰성을 확보할 수 있도록 정보기술부문 및 전자금융업무에 관하여 금융위원회가 정하는 기준을 준수하도록 규정하고 있으며(제21조제2항), 금융위원회는 전자금융거래의 안전성과 신뢰성을 확보하기 위하여 「전자서명법」 제2조제8호의 공인인증서의 사용 등 인증방법에 대하여 필요한 기준을 정할 수 있다(제21조제3항)고 규정하고 있다. 즉 「전자서명법」상의 공인인증서를 안전성 확보 기준을 위한 하나의 예로 규정하고 있다.

나. 공공분야

「전자정부법」에서는 민원인등의 본인확인과 행정전자서명의 인증에 대하여 규정하고 있다. 민원인 등의 본인확인의 방법으로 법률에서는 「전자서명법」 제2조제3호에 따른 공인전자서명을 제안하고 있으며 그밖의 방법에 대하여는 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙, 대통령령으로 정하는 방법으로 신원을 확인하도록 규정하고 있다. 대통령령에서는 i) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제23조의2에 따른 주민등록번호 외의 회원가입 방법 ii) 전화, 컴퓨터, 무선통신 등을 이용하여 신용카드등록정보 등 본인의 신원을 확인할 수 있는 자료를 입력하게 하는 방법 iii) 그 밖에 행정안전부장관이 정하여 고시하는 방법을 규정하고 있다(동법 제10조, 동법 시행령 제23조).

「전자정부법」상 행정전자서명에 대하여는 전자적 행정업무 수행에 있어서 그 진위를 인정하기 위해 행정전자서명의 인증에 대하여 규정하고 있다. 행정기관이 작성하는 전자문서에는 원칙적으로 행정전자서명을 사용하도록 규정하고 있으며, 중앙사무관장기관의 장은 행정전자서명에 대한 인증업무를 수행하여야 하고, 인증받은 행정전자서명이 있는 경우에는 그 행정전자서명을 전자문서에 표시된 행정기관 및 공공기관의 관인·공인 또는 해당 기관에서 직접 업무를 담당하는 사람의 서명이 있는 것으로 보며, 그 전자문서는 행정전자서명이 된 후에 그 내용이 변경되지 아니하였다고 추정한다(법 제29조제1항). 대통령령에서는 이러한 행정전자서명의 인증을 위한 인증관리센터의 설치, 인증서의 발급 등에 대하여 규정하고 있다.

3. 현행 제도를 둘러싼 논란들

가. ‘공인’ 인증제도가 필요한가

현재 전자서명·인증제도를 둘러싼 논란의 핵심은 우선 ‘공인’된 인증제도의 필요성에 대한 논란이라고 볼 수 있다. 「전자서명법」 및 「전자금융거래법」 개정안은 정부가 공인하는 인증제도의 도입을 반대하고 있다. 그 근거로 국내 인증기관들의 국제 시장 진출 및 국제 경쟁력 확보를 들고 있다.⁹⁾ 금융결제원 등의 공인인증시장 독점은 보다 나은 서비스제공을 위한 시스템 개발 및 다른 경쟁기관과의 기술적 효과성 및 보안의 안전성에서 우위를 추구하기 보다는 사원 금융기관에 적합한 서비스 제공에 안주할 위험이 있다는 지적은¹⁰⁾ 이러한 근거를 뒷받침한다고 볼 수 있다.

또한 루트인증기관은 원래부터 ‘정부’와는 무관한 것으로 미국을 비롯한 전세계의 여러 루트인증기관들도 정부가 승인하지 않으며 한국처럼 정부가 루트인증기관을 관리, 관장하는 것은 타당하지 않다는 견해이다.¹¹⁾ 이러한 견해는 인증업체의 업무가 기술적, 관리적으로 안전하게 수행되지를 점검하는데 사용되는, 국제적으로 널리 인정받는 ‘인증업체 업무수행 점검 기준’(WebTrust 기준, ETSI가 공표한 기준, ISO 기준)이 있으며, 이 중 하나의 기준에 따라서 전문적인 보안감사(security audit) 업체가 해당 인증기관을 검증(실사)하여, “적합” 판정을 받으면, 그런 인증기관은 웹브라우저 회사들에게 루트인증기관으로 기본 탑재해 달라고 신청하게 되고 웹브라우저들이 이를 신뢰하면 바로 루트인증기관이 된다는 것이다. 즉 애초부터 정부가 개입할 여지가 없는 분야이므로 정부가 인증업체를 공인할 필요가 없다는 것이다.

나. 보안에 취약한 제도인가

또 다른 논란은 현행의 제도가 보안에 취약하다는 것이다. 특히 이러한 보안 취약성과 관련된 논의는 공인인증서가 취하고 있는 기술방식에 대한 비난의 일환이라고도 볼 수 있다. 현행 공인인증서는 액티브엑스 방식으로 인해 악성코드 설치 등 보안 취약성과 불편함을 제기한다. 국내 전자서명인증체계에서는 공인인증기관

9) 의안번호 1905145, 2013.5.28 국회제출.

10) 박경혜, 공인인증제도 개선방안 시나리오 연구, 디지털정책연구 제8권제4호, 65-66면.

11) [http://opennet.or.kr/2557#WebTrust\(2013.7.31\)](http://opennet.or.kr/2557#WebTrust(2013.7.31)). 확인.

간 인증서 상호연동을 위해 공인인증서 저장위치를 통일하여 공개하고 있어 해커들의 표적이 되고 있다는 비난 또한 동일한 맥락이라고 할 수 있다. 비록, 전자서명키는 암호화가 되어 저장되어 있지만, 키보드해킹 등으로 인해 패스워드의 획득이 가능하므로 하드디스크나 이동형 저장장치에 저장된 사용자의 공인인증서와 전자서명키는 해킹에 쉽게 노출될 수 있다. 또한 전자서명키 등의 안전한 저장·관리를 위해 스마트카드나 USB 토큰을 이용하더라도 저장장치 내에 자체 전자서명기능이 없는 경우, 전자서명을 하기 위해서는 저장매체에 저장된 키를 가입자 PC의 메모리에 로딩하여야 하며, 이 때 메시지 후킹, 메모리 덤프 등의 해킹으로 전자서명키가 유출될 수 있는 가능성이 존재하게 된다.¹²⁾

다. 기술중립성·국제기준에 위배되는가

다음으로 전자서명은 ‘논리적으로 결합된 전자적 형태의 정보’라는 것을 요건으로 하고 있으며 이를 기술적으로 디지털서명 형태의 전자서명만 의미하는 것으로 해석하는 한 이는 기술중립성 원칙을 벗어난 자칫하면 특정 기술주의를 취한 것으로 이해될 우려가 있다고 한다.¹³⁾ 특히 정부가 공인전자서명을 사용하도록 장려하는 규정을 두는 것은 특정 기술에 대한 특혜가 될 수 있으며 이는 시장의 질서를 왜곡시킬 수 있다.

뿐만 아니라 현행법은 국제적 기준에도 부합하지 않는다고 한다. 현행법상 일방은 전자서명을 사용하기를 원하지 않는데, 타방이 일방적으로 전자서명을 강요하는 상황은 계약 자유의 대원칙에 어긋나고, 거래당사자들이 그 거래를 위하여 적절한 인증 방법을 상호 결정하는 것을 보장하는 한미 FTA (대한민국과 미합중국간의 자유무역협정) 제15.4조와도 조화되기 어렵다고 한다.¹⁴⁾ 또한 금융위원회의 인증기술 규제는 접근매체를 금융회사가 “선정하여 사용”하도록 하고 있는 같은 법 제6조제1항에도 위배될 여지가 있고, “어떤 인증 기법을 사용할 것인지는 [중략] 은행경영진의 평가에 기초하여 은행이 결정하여야 한다”고 규정한 바젤위원회 (BCBS)의 은행감독원칙에도 어긋난다고 한다.¹⁵⁾

12) 이원철 외 3인, 전자금융거래시스템 취약점 분석 및 안전성 강화방안 연구, 情報保護學(會誌) (2005. 8) 46-47면.

13) 최준선, “전자서명과 전자인증의 문제점”, 「무역상무연구」, 제15권, 한국무역상무학회, 2001, 212면.

14) 전자서명법 전부개정법률안(의안번호 1905145) 제안사유.

15) 전자금융거래법 개정이유(의안번호 1905067).

Ⅲ. 국외 전자서명·인증제도 분석

1. 국제적 논의

가. 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)

유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)는 국제거래협약을 전자적 환경에서 적용하는데 장애가 되는 요소를 제거하기 위하여 2005년 ‘국제계약에서의 전자적 의사표현의 이용에 관한 유엔 협약(United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, 이하 ‘전자계약협약’이라 한다)’을 제정하였고¹⁶⁾ UN총회에서 정식채택 하였다.¹⁷⁾

‘전자계약협약’은 법적 확실성과 상업적 예견 가능성을 증진시키기 위하여 ‘기술 중립성의 원칙(Principle of Neutrality)’과 ‘기능적 등가성의 원칙(Principle of Functional Equivalence)’하에 상세한 규정을 두고 있다. ‘기술 중립성의 원칙(Principle of Neutrality)’은 전자계약협약이 구체적인 기술이나 매체와 관련 없이 모든 형태의 전자적 의사표현을 규율한다는 것을 의미한다. 따라서 협약은 특정 기술에 의존하거나 그것을 전제로 하지 않고 중립적인 입장을 취함으로써 모든 형태의 의사표현이나 보관에 적용될 수 있다. ‘기능적 등가성의 원칙(Principle of Functional Equivalence)’은 ‘UNCITRAL 전자상거래 모델법’에서도 취했던 방식으로 전자적 의사표현에 의해서도 전통적인 종이 기반의 서면 요건을 충족할 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 두 원칙을 근간으로 한 협약의 모든 규정들은 결국 당사자가 적절한 매체나 기술을 선택할 수 있는 자유를 보장하는데 기여하며, 협약은 각국이 규정하고 있는 서면 요건을 전적으로 배제할 것을 목적으로 하지 않고, 각국의 통신 기술의 발전에 맞게 국내법을 조화시킬 것을 허용하고 있다.

한편 협약의 형식요건으로 협약의 규정방식에 대하여 전자계약협약은 방식의 자유(freedom of form)를 일반원칙으로 천명하고 있다. ‘방식의 자유(freedom of

16) UNCITRAL은 국제적인 거래에 관한 법의 통일을 목표로 다양한 협약 체결 시도하였으나 ‘UNCITRAL모델법’은 대부분 법적 구속력을 갖지 않는다고 볼 수 있다. 특히 ‘전자상거래모델법’이나 ‘전자서명모델법(UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment)’은 초창기 전자상거래의 법적 통일 모델로 각국의 입법에 많은 영향을 부여하였으나 이러한 모델법은 모두 법적 구속력을 가지지 않았기 때문에 국제적인 법규 통일의 효과를 발휘하기 곤란하다고 볼 수 있다.

17) 법무부, 전자계약의 현안과 과제-UN전자계약협약을 중심으로, 2008.

form)'라 함은 전자적 의사표현이나 전자계약이 특별한 형식으로 작성되거나 증명될 것을 요구하지 않는다는 것을 의미한다(협약 제9조 제1항). 다만, 기능적 등가성을 유지할 위해 정보기술을 고려한 요건을 설정하고 있다. 즉 전자적인 방식으로 계약을 체결하거나 입증하는 경우에는 기술적 측면에서 종이 서면과 차이가 발생하기 때문에, 당사자가 채택하는 형식이 종이 서면과 기능적으로 동등하다는 요건이 필요하다는 것이다. 이를 위하여 협약은 서면(writing) 요건, 서명(signature) 요건, 원본(original form) 요건을 각각 규정하고 있다.

우선 서면요건으로 법률에 의사표현 또는 계약에 관하여 서면을 요구하는 경우에 전자적 의사표현에 포함된 정보가 향후의 참조를 위하여 이용할 수 있도록 접근 가능하다면 서면요건을 충족하다고 규정하고 있다(협약 제9조 제2항). 즉 전자적 의사표현의 서면성은 접근 가능성, 이용가능성, 향후 참조 등 3가지 요건의 충족이 필요하다. 접근가능성(accessible)이라 함은 컴퓨터 데이터 형태의 정보가 읽을 수 있고 해석할 수 있을 것을 의미하며, 이용가능성(usable)은 사람에 의한 이용과 컴퓨터 처리가 모두 가능해야 한다는 것을, 향후 참조(subsequent reference)라 함은 너무 강한 기준을 설정하는 “지속성(durability)”이나 “불변성(non-alterability)”도 아니고, 너무 주관적인 기준을 설정하는 “가독성(readability)”이나 “가해성(intelligibility)”도 아닌 절충적 의미로 파악하여야 할 것이다.

다음으로 법률이 서명 요건을 요구하는 경우에 전자적 의사표현이 일정한 요건을 갖추면 서명 요건을 충족하게 됨을 규정하면서(협약 제9조 제3항), 그러한 일정한 요건으로 ‘의사표시방법의 이용’, ‘의사표시방법의 신뢰성 기능 확보’를 들고 있다. 당사자의 의사를 표시하기 위한 방법의 이용이라 함은 당사자의 신원을 확인하고 전자적 의사표현에 포함된 정보에 관하여 당사자의 의사를 표시하기 위한 방법이 이용되어야 함을 의미하며, 의사표시 방법이 신뢰성 또는 신원확인기능·의사표시기능을 갖출 것이라 함은 관련 약정을 포함하는 모든 상황에서 전자적 의사표현이 생성 또는 유통된 목적에 적합할 정도로 신뢰성이 있거나 그 자체 또는 다른 증거와 함께 당사자 신원 확인 기능 및 전자적 의사표현에 포함된 당사자 의사의 표시 기능을 갖추었다고 사실상 입증된 경우를 의미한다고 볼 수 있다. 이러한 두 가지 요건을 충족한 경우 서명 요건이 충족된 것으로 본다.

또한 전자적 의사표현이 정보의 무결성과 이용자 표시 가능성 요건을 갖추면 문서의 원본 요건을 충족하게 된다고 규정하고 있다(협약 제9조 제5항).정보의 무결성이라 함은 전자적 의사표현 등이 최종적인 형태로 처음 생성된 때부터 그에 포

함되어 있는 정보의 무결성에 관하여 신뢰할만한 보장이 존재하며 무결성 판단기준은, 의사표현, 저장 또는 표시의 통상적인 과정에서 발생하는 부가적 기입이나 변경을 제외하고, 해당 정보가 완전하게 남아 있는지 그리고 변경되지 않았는지의 여부라고 볼 수 있다. 이용자에게 표시될 수 있을 것이라 함은 전자적 의사표현에 포함된 정보가 이용 가능하도록 생성된 경우에 그 정보가 이용 가능해야 할 사람에게 표시(display)될 수 있음을 의미하며 이러한 두 가지 요건을 완비하면 전자적 의사표현의 원본요건 충족하게 된다(협약 제9조 제4항).¹⁸⁾

나. EU 전자서명지침

「전자서명을 위한 공동체의 구조에 관한 1999년 12월 13일의 유럽 의회 및 유럽연합이사회 지침 1999/93/EC」(이하 “EU전자서명지침”이라 한다)¹⁹⁾은 인증기관의 자격인정, 인증기관의 책임에 관한 통일적 규칙을 마련하고 전자서명의 사법(私法)상 및 소송법상의 효력 등에 관한 사항을 규정하였으며, 기술중립성 원칙을 채택하여 다양한 전자서명을 인정하고 있다.

본 지침은 전자서명이 전자적 형식에 의한 것일 뿐이라는 이유로 수기서명과 그 효력에서 차별되어서는 안 된다는 점을 규정한다(제5조제2항). 그리고 전자서명제품, 증명서 및 인증서비스제공자가 지침이 정하는 특별한 요건을 충족하면 그들에 의해 작성되는 전자서명을 법적으로 수기서명과 동등한 효력을 가지는 것으로 취급할 것을 요구하고 있다(제5조제1항). 한편 동 지침은 계약 당사자간 또는 특정 당사자 간에 기술적 합의가 이루어진 경우 그 통신시스템에서 이루어진 전자서명에 대하여도 법적 효력을 인정한다(고려사항(16))

또한 전자서명생성데이터와 전자서명검증데이터를 이용하여 인증 등 전자서명의 진정성 확인을 하도록 하고 있으며,²⁰⁾ 인증서비스제공자에 의해 발행되는 증명서를 이용해 서명자의 동일성을 확인하는 방식을 취하고 있다. 그러나 이러한 규정

18) 줄고, 상업장부등의 전자적 보존 활성화를 위한 상법 제33조의 재검토, 비교사법, 비교사법 제18권 3호(통권54호), 8~10.

19) Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures: Electronic Signatures Directive, (EU Directive, 1999. 12. 제정, 2000. 1. 19발효). 이 지침은 2001년 7월 19일까지 회원국의 국내법상 필요한 국내조치를 취할 것을 요구하였다.

20) Article 2. Definition 9. "certificate" means an electronic attestation which links signature-verification data to a person and confirms the identity of that person:

은 기술중립성에 위배된다고 보기 곤란하며 기술발달의 속도와 인터넷이라는 국제적 환경을 고려할 때 다양한 인증기술과 서비스에 대해 개방된 접근을 하여야 한다고 규정하고 있다.²¹⁾

한편 전자서명의 종류를 ‘전자서명(electronic signature)’, ‘선진전자서명(advanced electronic signature)’ 적격전자서명(qualified electronic signature)으로 나누고 있다. 1단계인 전자서명은 ‘다른 전자 데이터에 부가된 또는 논리적으로 그와 결부되고 있고 동시에 진정 확인의 방법으로 이용되는 전자적 형식의 데이터’(제2조제1호 정의)로 수기서명을 스캔하여 화상으로 붙인 것과 같은 것도 이에 해당한다. 제2단계인 선진전자서명은 ‘(a)그것이 오로지 서명자에게만 귀속되고 있고, (b)서명자의 동일성 확인이 가능하고, (c)서명자가 그 유일한 통제 하에 유지될 수 있는 수단에 의해 작성되고 있고, (d)사후 데이터 변경을 인식시킬 수 있도록 그와 관련된 데이터에 링크되고 있다’는 요건을 충족하는 서명을 말한다(제2조제2호). 제3단계인 이른바 적격전자서명은 선진전자서명의 요건에 덧붙여 지침 제5조1항 및 부속서 1 또는 3에 나타낸 가중 요건을 충족하는 서명으로 수기서명과 동등하게 취급되는 안정성이 높은 서명을 의미한다.

2. 국외 입법동향

가. 독일

독일은 1997년 8월 시행된 「정보서비스 및 통신서비스를 위한 필요최소한도 조건의 규율을 위한 법률(Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Information und Kommunikationsdienste(Information- und Kommunikationsdienste-Gesetz; IuKDG)v.22.7.1997」 (이른바 멀티미디어법이라 한다)²²⁾ 제3조에 의해 전자서명법(Gesetz zur digitalen Signatur; Signaturgesetz; SigG)이 제정되었다. 이후 EU전자서명지침에 합치되도록 2001년 5월 이를 개정하였다. 개정법에서는²³⁾ 법에서 정한 요건을 충족하는 공인인증서

21) EU전자서명지침 고려사항 (8) Rapid technological development and the global character of the Internet necessitate an approach which is open to various technologies and services capable of authenticating data electronically.

22) 동법은 3개의 신법의 제정과 6개의 법률의 개정을 내용으로 하는 옴니버스법이고 전부 11개조로 이루어져 있다.

23) 독일은 정보서비스 및 통신서비스에 관한 조건규제법(Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen für Information und Kommunikationsdienste)을 제정하였다. 이 법은 단일법이 아니라 원격서비스 이용에 관한 법률(Teledienstegesetz), 원격서비스의 데이터 보호에 관한

를 기반으로 한 공인전자서명에 대하여 수기서명과 동등한 법적효력을 부여하였으며, 공인전자서명의 법적효력에 대해서만 민법, 행정절차법 등에서 별도로 규정하는 형식을 취하였다.²⁴⁾ 동 법은 전자서명을 하기 위한 법적 체계를 정비하여 전자서명이 확실하게 행해지고 전자서명의 위조를 확실하게 확인할 수 있도록 함을 제정취지에 두고 있다. 인증절차에 관하여는 전자서명에 대한 정의, 소관관청, 인증기관면허, 증명서 발행, 인증기관의 고지의무, 증명서의 내용, 증명의 정지, 문서화, 데이터의 보호, 주무 당구이 감독, 전자서명의 기술적 요소 등에 관하여 규정하고 있다.

독일은 전자서명 감독기관인 연방망관리청이(Bundesnetzagentur)²⁵⁾ 최상위인증기관의 역할을 담당하고 있으며 그 밑에 공인인증기관으로 연결되는 2계층의 구조를 가지고 있다. 공인인증기관은 법적 효력을 갖는 가입자 인증서를 발급하기 위하여, 최상위인증기관으로부터 발급 받은 인증서에 대응되는 전자서명생성기를 사용해야 한다. 독일은 공인인증기관이 되기 위해서 주무관청에 신청하여 법령에서 정한 요건을 갖추었음을 확인 받아야 하고 주무관청은 확인필증을 교부해 주는 임의적 자격인정제도를 도입하고 있다.²⁶⁾ 이를 통해 전자서명의 기술적·관리적 안전성이 종합적으로 확인되었음을 증명할 수 있으며, 인증기관은 법률관계에서 전자서명이 안전하다고 주장할 수 있는 것이다. 그러나 일반 인증기관을 운영하기 위해서는 특별한 허가를 필요로 하지 않고, 다만, 인증역무제공자는 인증기관 운영에 필요한 신뢰성과 전문지식, 손해배상제도를 마련하고 법이 요구하는 준수사항을 지킨다는 보장이 있어야 한다.²⁷⁾

특히 개정된 전자서명법은 EU지침이 정하는 3개의 전자서명 종류를 서명법 안에 넣는 등 EU전자서명지침의 영향으로 서명의 효력과 안정성에 따라 전자서명의 종류도 바뀌게 되었다.²⁸⁾ 전자서명을 ‘텍스트 형식일때의 서명’, ‘선진전자서명

법률(Teledienstschutzgesetz), 전자서명법(Signaturgesetz)을 포함하여 형법·징서위반법·청소년에게 해로운 문서배포에 관한 법·저작권법·가격표시법 등의 법률개정을 내용으로 하는 종합적인 법으로 구성되어 있다.

24) 전자서명과 관련하여 독일 민법 및 민사소송법을 개정하여 2002년 1월 1일부터 시행하고 있다.

25) BNetzA는 구 RegTP(Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post연방통신우편감독청)의 기능을 수행하기 위해 2005년 7월 13일부로 개편된 기관으로 독일 통신법(Telekommunikationsgesetz : TKG)에 의해 연방경제노동부(BMWA)에 소속된 연방기관으로서 지위에 있다.

26) 일반 인증역무제공자가 공인을 받으려면 전자서명법과 시행령이 규정하는 사항을 준수하고 있다는 사실을 입증함으로써 관할관청의 공인을 받을 수 있다(임의적 공인 : freiwillige Akkreditierung : voluntary Accreditation).

27) 장경원, 전자서명의 공법적 문제-독일의 법제와 그 시사점-, 행정법연구 제29호, 2011,160~161면.

28) 장경원, 전자서명의 공법적 문제-독일의 법제와 그 시사점-, 행정법연구 제29호, 2011,166-167면.

(Fortgeschrittene elektronische Signatur)', '적격전자서명(Qualifizierte elektronische Signatur)', '인정인증서비스제공자의 증명서를 이용한 전자서명' 등이다.

우선 '텍스트 형식일 때의 서명'은 특정 서명기술을 사용하지 않는 방법으로 서명의 기재 등에 의한 방법이고 어떤 특별한 법적 규제도 없이 서명의 검증 등도 불가능하다.²⁹⁾ 다음으로 '선진전자서명'은 기술적 방법을 이용하여 서명자 본인 확인과 데이터의 완전성 확인을 가능하게 하는 조건을 충족하는 서명(서명법 제2조 제2호)으로 전자서명 중 안전성이 낮고 법적 규제도 거의 없으며, 특별한 법적 효과도 부여되지 않는다. '적격전자서명'은 선진전자서명 중 작성 시점에서 유효한 증명서에 근거하고 있고 동시에 (칩 카드 등을 이용한) 안전 서명 작성 장치에 의해 작성된 것을 말한다(제2조제3호). 이 적격전자서명은 인정을 통해 사전심사는 이루어지지 않았지만 전자서명법 제4조 또는 제14조에서 정해진 요건을 충족하는 신고된 인증기관이 작성한 전자증명서를 말한다. 이 전자서명은 법적으로 문서형식을 대체하는 것으로서 실체법상 인정되고 소송법상으로도 표현증거로서의 효과가 부여되지만 인증기관이 사전에 행정적 심사를 받지 않았기 때문에 실제 소송에 있어서는 해당 서명이 적격서명에 해당된다는 것, 서명법에 의한 검증이 가능하다는 것 등을 입증해야 한다.³⁰⁾ 다음으로 '인정인증서비스제공자의 증명서를 이용한 전자서명' 즉 '인정전자서명'은 가장 안정성이 높고 또 장기적으로 검증 가능한 전자서명이다. 감독청인 연방망관리청의 기본 인증에 근거하는 서명을 사용해 증명서가 발행되므로 문서 형식의 대체가 법적으로 인정되는 등 사전에 증명된 안전성을 원용함에도 용이하고, 서명법상 증명서가 실효된 날로부터 30년간 문서보존 및 검증 가능성이 의무화된다. 즉 인증사업자의 파산이나 사업정지의 경우도 다른 사업자 또는 우편통신국에 업무 및 문서 등이 전달됨에 따라 서명의 장기적인 검증 가능성이 보증된다(서명법 제4조제2항).

적격전자서명이 소송상 효력을 부여받을 수 있도록 「현대적인 법적 거래에의 사법상의 형식 규정 및 그 밖의 법령의 적합화를 위한 법률」³¹⁾에 의해 민법등의 개정이 이루어지게 되었다. 개정민법은 법률상 정해진 문서 형식이 전자적 형식에 따라 대체되어야 할 때는 의사표시의 작성자는 이것에 그 이름을 부가하고 서명법

29) 이는 구서명법상 단순서명(Einfache Signatur)(구 서명법 제2조 제1항)에 해당한다.

30) Alexander Roßnagel, Rechtliche Unterschiede von Signaturverfahren, MMR 2002, S. 215 ff. 참조.

31) Gesetz zur Anpassung der Formschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernern Rechtsgeschäftsverkehr v.13.Juli 2001,BCB1.I S.1542.

에 따른 '적격전자서명'을 붙이지 않으면 안되며, 계약시 담당자는 각각 동 내용의 문서에 전항에서 표시된 방법으로 전자적으로 서명하지 않으면 안된다고 규정하였다(독일민법전 제126a조).

나. 미국

미국은 연방차원에서 2000년 '국내외 상거래상의 전자서명에 관한 법률(Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, Public Law No: 106-229, 일명 E-Sign Act)'을 마련하였다. 이 법은 전자서명의 효력에 대하여 규정하고 있다. 다만 전자서명에 대한 인증기관의 허가, 감독에 관한 특별규정을 두고 있지 않은 대신 이를 각 주의 전자서명법에 위임하고 있다(Sec 102). 유타, 워싱턴, 네바다, 캘리포니아 및 텍사스주 등은 허가(면허)제도를 시행하고 있다. 특히 유타주의 경우 연방법에 앞서 1995년 전자서명법을 제정하였는데 당해 전자서명이 인증된 인증국이 발행한 증명서인며, 공개키를 통한 검증이 가능한 경우 문서상의 것과 동일한 법적 효력을 갖는다고 규정하고 있다. 인증기관 또한 상무국을 통한 허가제를 시행하고 있다.³²⁾ 캘리포니아주는 공적 기관과 거래의 경우에 한하여 수기서명과 동일한 효력을 갖도록 하는 전자서명규정을 두었다. 공적기관과 통신인 경우 인증기관은 정보기술국으로부터 면허를 받도록 하였으며 인증기관의 책임과 의무를 확보하기 위하여 정보기술국에 자격인증증명서를 연 1회 이상 제출하도록 하고 있다.(주 법전 Sec.16.5) 반면 플로리다를 비롯한 기타 주에서는 당해 허가제에 견주어 보다 유연하고도 완화된 규정을 존치하고 있다. 즉 정부허가 보다는 민간이 자유롭게 인증업무를 수행할 수 있도록 하고 있다. 그러나 정부조달 등 정부와의 거래 시 공히 필요한 한도에서는 별도의 허가제를 택하고 있다.³³⁾

한편 연방차원에서 전미통일주법위원회(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)가 1999년 7월 승인한 통일전자거래법(Uniform Electronic

32) Utah주 디지털서명법은 미국 내에서 전자서명법의 효시일 뿐만 아니라 다른 나라의 전자서명에 관한 모범법으로 커다란 관심을 끌었다(1995년). 이는 미국 ABA에서 마련한 '디지털서명 지침'작성에 따른 논의내용을 모범으로 삼아 제정된 것으로 디지털 서명의 기술적 특성을 온전히 반영하였다. 전자서명이라는 일반적 명칭을 피하고 기술적 특성을 드러낸 Utah주의 디지털서명법은 서명자의 신원을 확인하고 의사표시내용을 제3자에 의한 변경 없이 상대방에 보낼 수 있도록 하는 기술적 내용을 담은 것이다.

33) 심종석·정희원, 전자서명 관련 법제의 개선과제에 관한 일고찰, 인터넷전자상거래연구 제10권제2호, 2010.6, 62면.

Transactions Act, UETA)은 현재 45개 이상의 주에서 채택하거나 또는 UETA 일부를 주법에 수용하여 적용하고 있다. E-Sign Act와 UETA의 관계에 대해서는 E-Sign Act에서 ‘UETA 제101조(상사거래에 있어서 전자문서 및 전자서명 유효성에 관한 일반규칙을 정한 규정)의 규정을 개정, 제한 또는 대체할 수 있다’(Sec.102,(a))고 규정함으로써 양자의 충돌을 피하고 있다. 또한 UETA와 E-Sign Act 모두 특정 전자서명기술을 전제로 하지 않는 기술중립주의(The principal of technical neutrality)를 수용하고 있다.

다. 일본

일본에서는 「전자서명 및 인증업무에 관한 법률(電子署名及び認証業務に関する法律)」이 제정되어 2001년 4월 1일부터 시행되고 있는데, 전자서명을 “전자적 기록에 기록될 수 있는 정보에 관하여 행하여지는 조치로서 당해정보가 당해 조치를 하는 자의 작성에 관한 것임을 표시하기 위한 것이며 당해 정보에 관하여 변경이 있었는지를 확인할 수 있는 것”으로 규정하여 문서의 진정성립과 무결성의 확인을 요건으로 하고 있다. 한편, 전자서명의 효력에 관하여 동법은 전자적 기록으로 정보를 표시하기 위하여 작성된 것은 당해 전자적 기록에 기록된 정보에 관하여 본인에 의한 전자서명이 행해지는 때에는 진정하게 성립한 것으로 추정한다고 규정하여, 동법에서 규정한 전자서명의 효력을 모든 전자서명에 부여하는 것이 아니라 본인만이 할 수 있는 안전한 전자서명에만 부여하고 있다.

한편 동법에서는 인증업무 수행과 관련된 허가제 등과 같은 규제조항은 두고 있지 않다. 다만 특정인증업무를 수행하고자 하는 자는 주무대신(총무성·경제산업성·법무성 장관)의 인정을 받을 수 있도록 하는 특정인증업무인정제도를 도입하고 있다. 특정인증업무를 전자서명을 한 자가 당해 정보의 작성자가 자신이라는 것을 나타낼 수 있고, 당해 정보가 전자서명된 후 내용이 변경되었는지 여부를 확인할 수 있는 전자적 기록에 기록될 수 있는 정보(=전자서명: 전자서명및인증업무에관한법률 제2조제1항)중에서 그 방식에 따라 본인만이 서명할 수 있고, 주무성령이 정하는 기준에 적합한 것에 대해서 인증하는 업무를 말한다(동법 제2조제3항). 이는 한 기관을 공인인증기관으로 지정하는 방식이 아니라 특정인증업무에 대하여 인정을 하는 방식을 의미한다. 일본 전자서명법은 전자서명법을 공동입법 한 총무성, 경제산업성, 법무성에 인증기관 인정권한을 부여하고 있다. 다만 총무성·경제산업성·법무성이 직접 인증심사를 하는 것이 아니라 지정조사기관을 두어 공인인증업무의

인정에 필요한 실질적 권한을 부여하고 있음과 동시에 그 결과를 토대로 각 부처에서 특정인증업무를 인정할 수 있도록 규정하고 있다. 현재 정부기관인 재단법인 일본품질보증기구(Japan Quality Assurance Organization:JQA)를 지정조사기관으로 지정하고 있는데 이는 특정인증업무에 대해 전문적 조사를 수행할 수 있는 기관을 특별히 지정함으로써 조사의 신속성과 신뢰성 확보를 그 배경에 두고 있다. 현재 (주)일본인증서비스(JCSI), Digital Notary Authority(DNA), 제국데이터뱅크주식회사(TDB) 등이 특정인증업무 인정을 받아 당해 관련 업무를 수행하고 있다.³⁴⁾

3. 소결

전자서명에 대하여 일정한 요건 하에 수기서명과 동일한 효력을 인정하는 것은 더 이상 새로운 이슈가 아니며 당연한 규정으로 자리매김 하였다. 뿐만 아니라 앞서 살펴본 바와 같이 국제적 기준은 대부분 전자서명과 관련하여 기술중립성에 대하여 규정하고 있다. UNCITRAL의 전자서명모델법³⁵⁾, EU전자서명지침, 미국의 UETA와 E-Sign Act에서는 전자서명의 정의와 관련하여 모두 기술중립주의를 채택하고 있다. EU전자서명지침은 서명생성데이터와 서명검증데이터를 이용하여 서명을 확인하고 인증서비스 제공자에 의해 발행되는 증명서를 이용해 서명자의 동일성을 확인하는 방식을 취하고 있지만 기술발달의 속도와 인터넷이라는 국제적 환경을 고려할 때 다양한 인증기술과 서비스에 대해 개방된 접근을 하여야 한다고 규정하고 있다.³⁶⁾ 미국 유타주의 디지털서명법도 디지털서명에 대해 정의하면서도 다른 방식의 전자서명의 이용을 배제하지 않도록 규정하고 있다.³⁷⁾ 독일 개정전자서명법도 전자서명의 생성에 관하여 기술방식 요건을 제한적으로 규정하지 않고 기준의 설정에 관해서만 규정하여 실험적 영역을 인정하고 있으며, 이 실험적 영역 내에서 다양한 기술방식을 적용할 수 있고 경쟁을 유지할 수 있도록 하고 있

34) 심종석·정희원, 전자서명 관련 법제의 개선과제에 관한 일고찰, 인터넷전자상거래연구 제10권제2호, 2010.6, 65-66.

35) UNCITRAL, Report of the Working Group on Electronic Commerce on the Work of its thirty-seventh session(Vienna, 18-29 September 2000), A/CN.9/483 Distr6 October 2000, Remarks 3&10.

36) EU전자서명지침 고려사항 (8) Rapid technological development and the global character of the Internet necessitate an approach which is open to various technologies and services capable of authenticating data electronically.

37) 미국 유타주 전자서명법 제401조 제2호.

다. 동법 제1조제2항은 “법규정에서 이 법의 전자서명을 규정하지 않은 경우에 다른 방식의 전자서명의 적용이 가능하다”고 하고 있다.

전자서명인증제도가 도입될 당시에는 핵심기술인 공개키암호기술(PKI)을 이용한 디지털서명에 한정하여 전자서명을 규정하고 있었다. 그러나 최근 전자서명기술이 발달함에 따라서 디지털서명뿐만 아니라 지문인식, 홍채(虹彩)인식, 수기서명측정 기술 등 새롭고 다양한 기술이 개발되어 전자서명에 활용될 가능성이 높아지게 되었다. 기술발전의 속도, 관련 경제 환경 등에 비추어 볼 때, 법에서 특정기술을 옹호하거나 제한하는 것은 기술 및 시장의 발전에 역행할 수 있으며 이는 모두에게 유익하지 못한 결과를 초래하게 된다는 공통된 인식에 근거한다고 할 수 있다.

한편 ‘인증제도’에 있어서는 공인인증제도의 도입방식, 운용 등에 있어서 각 나라마다 어느 정도 차이가 있다. 미국의 E-sign Act는 정부가 ‘공인’하는 방식의 인증제도를 도입하고 있지 않으나, 각 주의 재량에 맡기고 있다. 전자서명법의 국제적 효시라고 할 수 있는 유타주의 경우 초기 강력한 인증기관의 허가제를 도입하였으나, UNCITRAL전자서명모델법의 영향을 받은 州에서는 허가제도를 완화하는 경향이다. 독일의 경우에도 공인인증기관이 되기 위해서 주무관청에 신청하여 법령에서 정한 요건을 갖추었음을 확인 받아야 하고 주무관청은 확인필증을 교부해주는 임의적 자격인정제도를 도입하고 있다. 그러나 일반 인증기관을 운영하기 위해서는 특별한 허가를 필요로 하지 않고, 다만, 인증역무제공자는 인증기관 운영에 필요한 신뢰성과 전문지식, 손해배상제도를 마련하고 법이 요구하는 준수사항을 지킨다는 보장이 있어야 한다. 인증기관에 대하여 국가가 엄격히 심사하여 허가해주는 기존의 허가제에서 그 요건을 완화하는 임의적인 자격승인제도를 두는 추세로 변해 가고 있다. 다만 그 요건을 완화하는 대신 인증서비스로 인하여 손해가 발생하였을 경우에 그 이용자의 권익보호를 위하여 손해배상관련 제도를 명확히 하려는 추세에 있다. 이는 다양한 주체에 의한 인증서비스의 제공과 이용자의 선택의 폭을 넓히고 등 인증산업의 활성화 및 경쟁력 강화를 위함이라고 할 수 있다.

IV. 전자서명·인증제도 개선을 위한 제언

1. 인증기술 경쟁력 강화

‘인증’이란 전자서명생성정보가 가입자에게 유일하게 속한다는 사실을 확인하고 이를 증명하는 행위를 말한다. 인증행위는 온라인상에서 일정한 형식인 인증서를 통하여 구체적으로 나타나게 된다. 따라서 인증기관은 실체적으로 가입자의 신원을 확인하는 행위로 인증서를 가입자에게 발급한다.

현재 공인인증서제도를 둘러싸고 제기되는 문제가 법률상의 문제인지 운용상의 문제인지에 대하여 검토할 필요가 있다. 액티브엑스의 취약점으로 인한 악성코드 설치 등 현행 공인인증서비스의 보안성 취약성과 관련된 문제는 공인인증서비스 자체의 취약점에 의한 것은 아니며, 공인인증서 관리를 위한 프로그램이 가지는 취약점이라고 할 수 있다. 따라서 이는 법률상의 문제라기보다는 공인인증서에 적용되는 기술의 문제이며, 이는 이러한 기술방식을 채택, 운용하는 방식의 개선을 통해 가능하다. MS의 인터넷익스플로러가 아닌 브라우저 이용자들은 공인인증서를 사용할 수 없으므로 구글 크롬257이나 애플 사파리 같은 웹브라우저 사용자들을 배려하는 정책 마련도 필요하다는 지적 역시 법이 가로막고 있는 문제라기보다는 공인인증제도의 기술적 문제라고 할 수 있다.

그러나 현행법상 ‘공인인증서’에 대하여는 일반 인증서에 비해 우월한 효력을 부여하며 이러한 ‘공인인증서’를 제공할 수 있는 기관은 정부의 허가를 득한 ‘공인’인증기관만이 가능하다. 따라서 ‘공인인증서’의 우월적 효력으로 인해 여타 인증서가 시장에 진입하기 곤란하며 소수의 허가를 득한 ‘공인인증기관’만의 제한된 경쟁으로 인해 기술과 시장경쟁력이 떨어지게 되고 이는 서비스 질적 저하로 연결된다.³⁸⁾ 그렇다면 이는 법의 문제이다. 이와 관련하여 다음과 같은 개선방안이 제안될 수 있다. 우선 극소수 공인인증기관의 시장 독식을 막기 위하여 ‘공인인증기관’의 제한된 진입을 완화하여 그 진입규제를 낮추도록 개정하는 것이 하나의 방법으로 제안될 수 있다. 즉 법이 정한 일정한 요건을 갖추면 ‘공인인증기관’으로 등록할 수 있도록 하여 다양한 기술을 활용한 공인인증서 도입을 유도할 필요가 있다.³⁹⁾ 현재의

38) 2008년 12월 기준 공인인증기관별 공인인증서 발급현황을 보면 금융결제원이 69%로 공인인증 시장의 2/3를 점유하고 있다.

39) 미래창조과학부는 최근 논란이 되고 있는 공인인증서 이용과 관련, 허가제가 아닌 등록제 형태로 전환할 방침임을 시사했다.

공인인증제도를 없애는 것이 아니라 기존 공인인증제도는 그대로 두되 다양한 인증기술들이 공정한 경쟁을 벌일 수 있도록 하는 것이다. 다음으로 ‘공인인증기관’이 제공하는 공인인증서에 대한 현행법상 우월한 효력을 폐지하여 일반인증기관과 대등한 관계의 경쟁구조를 마련하는 것이다. 현행법상 공인인증기관이 아닌 일반인증기관이 인증한 전자서명이나 인증기관이 인증하지 아니한 전자서명은 적극적으로 그 효력이 인정되지 않는다. 즉 공인전자서명을 제외한 일반적인 ‘전자서명’에 대하여는 당사자간의 약정에 의한 효력을 인정함으로써 ‘공인전자서명’에 비해 대외적으로 낮은 효력을 부여하고 있다. 따라서 일반 인증기관이 더욱 확실하게 행위자를 증명할 수 있는 인증방식을 사용한다 할지라도 법적으로 효력을 인정받지 못하고 있다. 이러한 방식은 전자서명의 기술적 수준에 따라 그 효과를 차등화 하는 것이므로 ‘전자서명’의 수준에 따라 그 효력을 차등화 하는 방식의 도입이 함께 이루어져야 할 것이다. 이는 EU전자서명지침과 독일 전자서명법에서 살펴본 바와 같이 ‘전자서명(electronic signature)’, ‘선진전자서명(advanced electronic signature)’ 적격전자서명(qualified electronic signature) 등 신뢰성과 안전성에 따라서 전자서명을 분류하고 각각에 따라 효력을 달리하는 방식이 고려될 수 있다.

양자의 취지는 모두 인증기술의 경쟁력 강화로 인한 보안강화, 관련 산업의 발전, 이용자의 편의성 증진이다. 결국 정부의 개입과 민간의 자율 보장의 접점을 어디에 허용하여야 하는 것이다. 세계적인 추세는 강제적인 부분을 줄이면서 사용자와 서비스제공자의 자율적 노력을 유도하는 방향으로 움직이고 있다. 이런 점들을 고려하면 공인인증만을 강제하지 않고 사설인증을 병행해 쓰도록 유도하자는 최근의 주장은 다분히 설득력이 있다.⁴⁰⁾ 전자인증기술의 급속한 변화속도에 대응하기 위한 유연성의 측면에서도 비공인인증기관의 영역을 인정할 필요가 있는 것으로 판단된다. 이를 통해 공인인증기관과 비공인인증기관의 병존을 통한 공신력 확보와 민간자율원칙이 모두 조화를 이루도록 하는 것이 바람직하다.⁴¹⁾

(디지털타임스 2013-07-19,

[http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2013071902019960800003\(2013.7.23](http://www.dt.co.kr/contents.html?article_no=2013071902019960800003(2013.7.23), 확인.)

40) 장홍순, 공인인증제도, 이제 정비해야 한국경제.

[http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2013061439301\(2013.7.24](http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2013061439301(2013.7.24), 확인.)

41) 김선광·김중훈, 한·중 전자서명제도에 관한 비교 연구, 통상정보연구 제11권 4호 (2009년 12월 27일), 70-71면.

2. 공공부문의 특성 반영

한편 공인인증제도의 운용과 관련하여 공공과 민간은 인증제도 운용 취지 자체가 다르다. 전자서명은 전자적 의사표시에 관한 것이며, 비대면 거래에서 빚어지는 취약점을 해결할 방편으로 즉 거래의 안전성을 꾀할 목적으로 고안되어 활용되면서 관련 법리를 체계화하였다⁴²⁾ 전자서명은 전자(상)거래의 기초로부터 이의 활성화를 꾀하는 것이라는 점에서⁴³⁾ 공공부문의 전자서명의 목적과는 차이가 있다. 사인간의 거래관계는 원칙적으로 사적자치의 원칙이 적용되며 사인간의 거래로 인한 권리의무 관계에 관한 모든 사항(문서의 양식, 작성 방식 등 포함)은 당사자 간 약정에 의해 정할 수 있다. 다만 민법상 의사표시의 등 사인 간 거래에 관하여 법규정을 두는 이유는 당사자간에 약정이 없거나 불명확하여 다툼이 있는 경우 이를 해결하기 위한 기준과 원칙을 정하기 위한 것이라고 할 수 있다. 「전자서명법」, 「전자문서 및 전자거래기본법」 등은 사인 간 거래에 있어서 전자서명의 효력 등을 정함으로써 기존의 민법 등 사법규정을 보완하는 기능을 수행한다. 반면 공공과 이루어지는 거래의 효력 등은 공공기관간 혹은 공공기관과 사인 간 이루어지는 공법상 법률관계를 규율하기 위한 것이며 공법상 법률관계의 성립시기, 공법상 법적 효력의 발생시기, 민원사무처리기간의 기산 등은 사인간의 거래관계와는 달리 특약에 의해 효력을 배제시킬 수 있는 임의규정이 아니다. 즉 민간에서 서명을 요구하는 경우가 사후 분쟁에 대비한 증거확보, 소송 등을 위한 것이라면, 공공영역의 서명·인증 체계는 고도의 공신력이 요구되는 서로 다른 영역이다. 민원 등 공공과 민간 간의 거래에 있어서 본인확인을 위한 인증은 단순히 사적자치에 따라 개인이 선택에만 맡길 수 있는 문제는 아니다. 비교법적 고찰에 의하더라도 정부의 조달 등 정부와의 거래에서 필요한 한도에서 허가를 받는 경향이 있음을 알 수 있다.⁴⁴⁾

42) Baker & McKenzie ed., Report on Legal Issues in Cross-Border E-Commerce Transactions. Seoul: ASIA PKI Forum, 2002, pp.6-12; Matsuura, Jeffrey H. Security, Rights, and Liabilities in E-Commerce. Boston:Artech House. 2002, pp.168-170.

43) Mann, Ronald J. & Winn, Jane K. (2005) Electronic Commerce. New York: Aspe pp.361-362.

44) 유타주는 대상이 되는 전자서명을 디지털전자서명으로 한정하고 있으며, 전자서명이 (i)인증된 인증국이 발행한 증명서이며 (ii)공개키를 통한 검증이 가능한 경우에는 문서상의 것과 동일한 법적 효력을 갖는다고 규정하고 있다. 또한 인증기관에 대하여는 인정기관인 상무국을 통한 허가제를 시행하고 있다. 캘리포니아주는 1995년 주법전에 공적인 기관과의 전자통신의 경우에 한하여 수기서명과 동일한 효력을 갖도록 하는 전자서명규정을 두었다. 공적인 기관과의 통신인 경우 면허(의무적)를 정보기술국으로부터 받도록 하였으며 인증기관의 책임과 의무를 확보하기 위하여 정보기술국에 자격인증증명서를 년1회 이상 제출하도록 규정하였다(주법전 16.5절).

「전자서명법 전부개정안」⁴⁵⁾에서는 행정기관과 공공기관이 민원인에게 교부하는 전자문서에 전자서명을 하기로 선택할 경우, 그 서명 검증에 필요한 인증서를 발급하는 인증기관은 미래창조과학부장관이 정하는 인증업무수행기준을 충족하여야 한다(제4조)고 규정함으로써 공공부문 전자서명에 대한 특칙을 마련하고 있다. 그러나 이는 앞서 언급한 바와 같이 공공부분의 전자문서 및 전자서명과 관련된 부분은 공공분야의 특성을 반영하여 「전자정부법」에서 규정해야 할 사항이며 사인의 전자거래 및 전자문서에 활용되는 전자서명의 기본적 사항을 규정하는 전자서명법에 규정하는 것은 법체계에 부합하지 않다. 한편 이 법에 규정한다 할지라도 동 규정은 「전자정부법」상의 민원과 관련된 규정과 배치되므로 「전자정부법」 개정이 함께 제안되어야 한다. 또한 공공영역의 인증업무수행규칙을 미래창조과학부장관이 정하도록 하는 것은 전자정부 관할을 안전행정부 소관으로 규정한 정부조직개편의 취지에도 부합하지 않는다.

현재 「전자정부법」은 민원인등의 본인확인 방법으로 「전자서명법」상의 공인전자서명 및 기타 대통령령이 정하는 방식이라고 규정하면서 공인전자서명을 직접적으로 인용하고 있다. 특정 방식은 대통령령이나 하위법령에서 정하는 것이 타당하며 법률에서는 본인확인을 위한 방식의 보안기준, 안전성확보방안 등에 대하여 규정하는 것이 바람직하다고 본다. 「전자서명법」상의 공인전자서명 체계 개편과 별도로 공공부분의 서명·인증과 관련하여서는 복합인증 등 보안성 강화를 위한 추가적 방안이 논의되어야 한다. 또한 본인확인이 중요한 민원 및 행정업무와 그렇지 않은 경우를 세분화하여 인증방식을 달리 규정할 필요가 있다.

3 ‘기술중립성’ 재확립

가. 기술중립성의 의의

기술중립성(technology neutrality)이란 개념은 다양한 영역에서 서로 조금씩 다른 의미로 사용되고 있다. 기술에 대한 이론적 접근은 크게 도구적 이론과 실체적 이론의 두 가지 입장으로 나누어 설명할 수 있다.⁴⁶⁾ 이중에서 가장 널리 받아들여지고 있는 이론은 도구이론(instrumental theory)으로서 기술이란 그 사용자가 의도하는 목적에 봉사하는 도구라는 상식적인 사상을 바탕으로 하고 있다. 이 이론에 의

45) 의안번호 1905145, 2013.5.28 국회제출.

46) 기술에 대한 이론적 접근 및 기술의 중립성에 대한 일반적인 설명은

<<http://www.regent.edu/acad/schcom/rojc/mdic/neutral.html>> 참조.

하면 기술은 그 자체로서는 가치판단적 내용을 포함하지 않는 '중립적인(neutral)' 것으로서 본질적으로 선하거나 악하다고 할 수 없으며, 그것은 지배하는 개인이나 기관이라는 그 어떤 정치적 사회적 목적에도 사용될 수 있다고 한다. 따라서 이에 의하면 기술이 부정적인 결과를 초래하는 경우에도 이는 기술 자체의 속성에 의한 것이 아니라 정치가, 군대, 기업 등에 의하여 부적절하게 사용되었기 때문이라고 한다. 요컨대, 총이 사람을 살해하는 것이 아니라 사람이 사람을 살해한다는 것이다. 이와는 대조적으로, 기술은 단순한 수단이 아니라 생활환경이나 생활방식을 구성하여 실체적인 영향(substantive impact)을 미친다는 실체이론(substantive theory)도 주장되고 있다. 이와 같은 기술중립성의 개념을 좀 더 실제적으로 파악하면, 특정기술에 대하여 거래 또는 경쟁상의 혜택이나 불이익을 주지 않는 것으로도 해석할 수 있다.⁴⁷⁾

기술중립적 접근에 대한 유력한 근거 중의 하나는 기술이라는 것이 보다 새로운 기술의 출현으로 인하여 쉽게 쓸모없게 되어버리므로 기술특정적 접근방법은 안전하지 못하거나 비효율적일 수 있다는 것이다.⁴⁸⁾ 일부학자들은 전자상거래시장에서의 소비자와 상인들간의 실정을 좀 더 제대로 파악하지 않은 상태에서 특정 기술을 요구하는 것은 신중하지 못한 것이라고 주장한다.⁴⁹⁾ 더 나아가 특정 기술을 요구하는 경우에, 이는 해커의 입장에서 개인의 신원을 도용하고 사기를 행하기에 상대적으로 용이한 기술을 이용자에게 강요하는 결과를 초래할지도 모른다.

즉 기술중립성 원칙이라 함은 기술적 환경과 이에 따라 급변하는 사업적 환경에 잘 적응하여 규범력을 유지할 수 있는 법을 만들기 위하여 기술적으로 중립적인 법을 만들어야 한다는 원칙으로, 기술법의 입법의 원칙 중 하나이다. 입법자가 기술중립성 원칙을 준수하여야 하는 이유는, 첫째, 어떤 특정한 기술에 편향하여 법을 제정하면 기술이 발전함에 따라 그러한 법은 환경에 뒤처지게 되어 규범력을 상실하게 되고, 둘째, 특정한 기술에 편향된 입법은 채택된 기술의 개발자와 제공자에게 이익을 주며, 채택되지 않은 기술을 개발한 자나 이러한 기술을 이용하여 서비스를 제공하는 제공자를 차별하여 평등의 원칙에 반하고, 셋째, 시장을 편향적으로 이끌어 궁극적으로 기술의 혁신(innovation)을 저해하기 때문이다.⁵⁰⁾

47) 이경규, 전자거래관련법상의 기술중립성에 관한 비교법적 고찰, 비교사법 제12권 2호 (통권29호) 676-7면.

48) Amelia H. Boss, "Searching for Security in the Law of Electronic Commerce", 588 PLI/Pat 401, 441 (2000).

49) Jane Kaufman Winn, "Open Systems, Free Markets, and Regulations of Internet Commerce", 72 *Tul. L. Rev.* 1177, 1183 (1998).

50) Patricia L. Bellia, Paul Schiff Berman, David G. Post, *CYBERLAW : Problems of Policy and*

나. ‘기술중립성’ 관련 현행법상의 쟁점과 개선방안

1999년 제정당시 「전자서명법」은 전자서명에 대하여 “전자문서를 작성한 자의 신원과 전자문서의 변경 여부를 확인할 수 있도록 비대칭 암호화방식을 이용하여 전자서명생성기로 생성한 정보로서 당해전자문서에 고유한 것을 말한다(제정법 제2조제2호)”고 규정하였다. 이는 공개키기반구조(public key infrastructure : PKI 방식)를 법률에 특정하여 전자서명으로 정의한 것이다.⁵¹⁾ 그러나 2002년 전자서명법 개정에서는 이처럼 특정한 기술로 한정하던 전자서명을 관련 기술의 발전에 따라 적용가능한 모든 기술을 수용할 수 있도록 포괄적으로 개념정의 함으로서 기술중립성 확보에 진일보 하였다(법 제2조 및 제3조).⁵²⁾

그럼에도 불구하고 비공인전자서명과 공인전자서명 모두 ‘논리적으로 결합된 전자적 형태의 정보’라는 것을 요건으로 하고 있으며 이를 기술적으로 디지털서명 형태의 전자서명만 의미하는 것으로 해석하는 한 이는 기술중립주의 원칙을 벗어난 자칫하면 특정 기술주의를 취한 것으로 이해될 수 있다.⁵³⁾ 디지털서명과 전자서명은 동의로 사용되지 않으며 디지털서명은 전자서명의 구체적 일 형태라고 할 수 있다. 디지털서명은 일반적으로 소위 공개키기반(Public Key Infrastructure)를 핵심으로 한 수기서명의 대체물로서, 수학적 조작을 통하여 얻어진 일련의 숫자 및 문자를 이용한 암호화된 정보를 말한다. 기술적으로는, 전자메시지에 해쉬함수(hash function)를 이용하여 메시지요약(message digest)를 만든 후, 이에 공개키(public key) 알고리즘과 송신자의 비밀키(private key)를 이용하여 암호화한 비트(bits)의 조합을 의미한다. 따라서 서명작성자의 공개키를 가지고 있는 수신자는 비트의 조합이 송신자의 공개키에 대응한 비밀키에 의하여 작성된 것인지의 여부와 메시지를 비트의 조합으로 만들어 전송한 이후에 제3자에 의하여 변경되었는지의 여부를 확인할 수 있게 된다.⁵⁴⁾ 그러나 현행 「전자서명법」상 전자서명을 “전자

Jurisprudence in the Information Age, Thomson West, 2004.

- 51) 배대현, 전자서명법상 인증기관(certification authority)의 인증역무에 관한 법률문제, 정보화정책 90-91면.
 52) 제2조(용어의 정의) 2. "전자서명"이라 함은 서명자를 확인하고 서명자가 당해 전자문서에 서명을 하였음을 나타내는데 이용하기 위하여 당해 전자문서에 첨부되거나 논리적으로 결합된 전자적 형태의 정보를 말한다.
 53) 최준선, “전자서명과 전자인증의 문제점”, 「무역상무연구」, 제15권, 한국무역상무학회, 2001, 212면.
 54) 디지털서명과 정보전송의 일련의 절차는 다음과 같이 정리할 수 있다. 1) 이용자는 우선 한쌍의 키 가운데 공개키(전자서명검증키)를 공개저장소에 보관하고 비밀키(전자서명생성키)를 자신이 사용 관리한다; 2) 전송하고자 하는 내용을 작성한 다음 이를 해쉬알고리즘 등을 사용하여 요약한다; 3) 요약된 메시지를 자신의 비밀키를 사용하여 암호화한다; 4) 디지털서명을 메시지에 첨

문서에 첨부되거나 논리적으로 결합된 전자적 형태의 정보”라고 하여 디지털서명에 한정하고 있지 않으며 ‘기술중립성’과 관련된 개념상 논란은 없어 보인다. 즉 현행 전자서명법 자체는 기술중립적이며 특정 기술을 사용하도록 직접적으로 강제하는 내용은 없다. 그러나 현행 공인전자서명이 공개키(Public key)방식으로 운영되고 법률상 그러한 공인전자서명에 대하여 일반서명에 대한 우월적 효력을 인정하므로 공개키 방식의 전자서명이 기술적 우위에 있는 것으로 오인하게 할 수 있고 다른 전자서명이 기술적으로 뛰어난에도 불구하고 그 법적 효력을 인정받지 못함으로써 법에의 해 상대적으로 특정 기술을 옹호하는 듯한 결과를 낳게 될 수 있다. 그러나 이는 법이 기술중립성을 준수하고 있는가의 문제가 아니라, 공인인증서에 적용되는 기술을 채택하는 과정의 적정성에 관한 문제이다. 그럼에도 불구하고 이러한 우려에 대한 법적 개선으로 전자서명의 안정성 및 신뢰성과 관련된 요건을 정하고 더 엄격한 요건의 전자서명에 대하여 더 우월적 효과를 인정하도록 하는 방안이 고려될 수 있다.

한편 「전자금융거래법 개정안」⁵⁵⁾에 따르면 공인인증서 사용을 강제하는 근거로 작용하는 「전자금융거래법」 제21조제3항은⁵⁶⁾ 기술중립성에 위배되며 특히 동법에 근거한 「전자금융감독규정」(금융위 규정)제37조⁵⁷⁾도 함께 개선되어야 한다고 한다. 「전자금융거래법」 제21조제3항은 금융위원회가 “공인인증서의 사용 등” 인증방법에 대하여 필요한 기준을 정하도록 규정하고 있다. 공인인증서의 사용을 인증방법의 하나의 예시로 해석하는 한 여타 인증방법의 수용을 배제하는 것이 아니므로 기술중립성에 위배된다고 볼 수 없다. 따라서 제21조제3항 개정안으로 제안된 “금융위원회는 제2항의 기술을 정함에 있어서 보안기술과 인증기술의 공정한 경쟁을 저해하거나, 특정기술 또는 서비스의 사용을 강제하여서는 아니 된

부하여 상대방에게 송부한다; 5) 상대방은 접수된 메시지를 공개키를 가지고 복호화하고 인증기관에서 전송된 인증자료를 통하여 확인한다. 배대현, “전자서명과 인증”, 인터넷법률(창간호, 2000), 111-112면.

55) 의안번호 1905067, 2013.5.23. 국회제출.

56) 제21조(안전성의 확보의무) ① - ② (생략)

③ 금융위원회는 전자금융거래의 안전성과 신뢰성을 확보하기 위하여 「전자서명법」 제2조제8호의 공인인증서의 사용 등 인증방법에 대하여 필요한 기준을 정할 수 있다.

57) 제37조(공인인증서 사용기준) ① 모든 전자금융거래에 있어 「전자서명법」에 의한 공인인증서 또는 이와 동등한 수준의 안전성이 인정되는 인증방법(이하 “공인인증서등”이라 한다)을 사용하여야 한다. 다만, 기술적·제도적으로 공인인증서등의 적용이 곤란한 금융거래로 금융감독원장이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

다”는 내용은 현행 제3항을 수정하는 내용이기 보다는 전자금융거래법에 당연히 적용되어야 하는 원칙적 사항을 강조하기 위해 특별히 규정하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 현행 전자금융거래법 제21조제3항에 근거하여 마련된 전자금융감독규정(금융위 규정)제37조는 “모든 전자금융거래에 있어 「전자서명법」에 의한 공인인증서 또는 이와 동등한 수준의 안전성이 인정되는 인증방법(이하 “공인인증서 등”이라 한다)을 사용하여야 한다. 다만, 기술적·제도적으로 공인인증서등의 적용이 곤란한 금융거래로 금융감독원장이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정함으로써 현재 공인인증서에 적용되는 특정 기술 및 이에 준하는 기술의 사용만을 강제하고 있다. 따라서 본 규정은 기술중립성에 위배될 소지가 다분하다. 이러한 규정은 특정기술을 기준으로 하는 것이 아니라 보안성·신뢰성·안정성 등 인증을 위한 객관적 기준을 구체화하여 기술중립성에 위배되지 않도록 개선되어야 할 것이다.

V. 결론

최근 현행의 공인인증제도는 보안에 취약하며, 정부가 주도하는 공인인증제 때문에 다양한 보안 시스템이 개발되지 않고 있다며 공인인증제도를 규정하고 있는 「전자서명법」 및 「전자금융거래법」 개정에 대한 논란이 첨예하게 제기되고 있다. 전자금융거래법 개정안은 공인인증서 사용을 강제하는 근거로 작용하는 현행 제21조 제3항을 개정하는 게 골자이며, 전자서명법 전부개정법률안은 `공인인증서`에서 `공인`을 삭제해 정부 주도의 인증제도를 폐지하고 전자서명과 공인전자서명 구분을 없애고 당사자 간 합의에 의해 전자서명이 사용될 수 있도록 하는 것을 주요 내용으로 하고 있다. 이러한 법 개정안에 대하여는 다음과 같은 쟁점이 대두될 수 있다. 우선 전자서명에 있어서 공인인증제를 과연 폐지하는 것이 타당한가이고 다음으로 현행법이 기술중립성에 위배되는가 하는 문제이다. 이러한 부분에 대한 검토와 관련하여서는 현재 공인인증서와 관련해서 발생하는 문제가 법령이 규정하고 있는 내용 자체의 문제인지 공인인증제도를 제대로 운용하지 못한 운용 혹은 법 집행의 문제인지에 대하여 좀 더 면밀한 고찰이 필요하다. 따라서 본 고에서는 전자서명 및 공인인증제도가 도입되게 된 의의와 배경, 해외 입법례를 고찰한 후 앞서 제기한 세 가지 쟁점에 대하여 검토하였다.

공인인증제도는 우리나라뿐만 아니라, 독일, 미국의 각 주 등에서도 유사한 제도를 운영하고 있는바 반드시 ‘공인인증제도’ 자체가 보안기술 발달에 직접적으로 부정적 효과를 주고 있다고 확인하기는 곤란하다. 다만 액티브엑스의 취약점으로 인한 악성코드 설치 등 현행 공인인증서비스의 보안성 취약성과 관련된 문제는 공인인증서비스 자체의 취약점에 의한 것은 아니며, 공인인증서 관리를 위한 프로그램이 가지는 취약점이라고 할 수 있다. 따라서 이는 법률상의 문제라기보다는 공인인증서에 적용되는 기술의 문제이며, 이는 이러한 기술방식을 채택, 운용하는 방식의 개선을 통해 가능하다. ‘공인인증서’의 우월적 효력으로 인해 여타 인증서가 시장에 진입하기 곤란하며 소수의 허가를 득한 ‘공인인증기관’만의 제한된 경쟁으로 인해 기술과 시장경쟁력이 떨어지게 되고 이는 서비스 질적 저하로 연결된다면 이는 법적 개선이 필요한 사안이고 이와 관련하여 본 고에서는 ‘공인인증기관’의 제한된 진입을 완화하여 그 진입규제를 낮추도록 개정하는 방안 또는 공인인증기관과 비공인인증기관에 따른 인증서 효과 차등화가 아니라 전자서명의 기술적 수준에 따라 그 효과를 차등화 하는 방안에 대하여 제안하였다. 그밖에 공공영역의 서명·인증 체계는 고도의 공신력이 요구되며 단순히 사적사치에 따라 개인이 선택에만 맡길 수 있는 문제는 아니다. 따라서 「전자정부법」 개정을 통해 「전자서명법」상의 공인전자서명 체계 개편과 별도로 복합인증 등 보안성 강화를 위한 추가적 방안이 논의되어야 한다.

한편 기술적 환경과 이에 따라 급변하는 사업적 환경에 잘 적응하여 규범력을 유지할 수 있는 법을 만들기 위하여 기술적으로 중립적인 법을 만들어야 한다. 이를 기술중립성 원칙이라 하며 우리전자서명·인증 법제가 당연히 추구해야 하는 원칙이다. 현행 전자서명법 자체는 기술중립적이며 특정 기술을 사용하도록 직접적으로 강제하는 내용은 없다. 그러나 공인전자서명에 대하여 일반서명에 대한 우월적 효력을 인정하므로 공인인증서에 적용되는 기술을 채택하는 과정에서 기술중립성이 지켜지지 않는 한 공인전자서명이 채택하고 기술을 강제하는 부정적 효과가 발생할 수 있다. 이와 관련해서는 공인인증서명에 우월적 효력을 인정하기보다 전자서명의 안정성 및 신뢰성과 관련된 요건을 정하고 더 엄격한 요건의 전자서명에 대하여 더 우월적 효과를 인정하도록 하는 방안이 고려될 수 있다. 그밖에 현행 「전자금융거래법」 제21조제3항에 근거하여 마련된 「전자금융감독규정」(금융위규정)제37조는 현재 공인인증서에 적용되는 특정 기술 및 이에 준하는 기술의 사용만을 강제하고 있다. 따라서 본 규정은 기술중립성에 위배될 소지가 다분하다.

이러한 규정은 특정기술을 기준으로 하는 것이 아니라 보안성·신뢰성·안정성 등 인증을 위한 객관적 기준을 구체화하여 기술중립성에 위배되지 않도록 개선되어야 할 것이다.

(논문접수일 : 2013.07.31, 심사개시일 : 2013.08.19, 게재확정일 : 2013.09.24)



▶ 김 현 경

전자서명(electronic signature), 인증기관(Certificate Authority), 공인인증제도(government leading certification system), 기술중립성(technology neutrality)

Abstract

Study on the Development of Electronic Signature·Certificate Authority Legal System

Hyun-Kyung Kim

Recently, according to claims that current certification system is vulnerable to a security and the government leading certification system impedes a variety of security system, amendments of the Digital Signature Act which regulates authorized certification system and the Electronic Financial Transaction Act are discussed.

A proposal of Electronic Financial Transactions Act suggests that paragraph 3 of Article 21 of the current Act which forces the use of the authorized certificate would be amended. The Digital Signature Act amendment bill abolishes the government leading certification system by deleting all the 'authorized' from the 'authorized certificate', and eliminates the distinction between qualified electronic signature and general electronic signature in accordance with the agreements between the parties. There are three major issues on the amendment:

First, whether it is appropriate that the authorized certification system for electronic signature is abolished is an issue. Second, whether the current law does violate the technology neutrality should be considered. Finally, whether the current Digital Signature Act is in accordance with the international standards should also be considered.

To examine these issues, it is necessary to review whether current issues are caused from statutory provisions, operational system, or enforcement of the law. Thus, this study reviews the background of

electronic signature and certification system introduction and abroad legislations to resolve the above three issues.

出資轉換으로 취득한 株式의 취득가액을 시가 이하로 계상한 경우 法人稅法상 益金에 해당하는지 여부

박 승 두*
배 영 석**

I. 序 論	
II. 法人稅法상 課稅要件	4. 출자전환 관련 會計 및 稅務處理의 爭點
1. 法人稅의 概念	
2. 法人稅의 課稅對象	IV. 出資轉換으로 취득한 株式의 취득가액을 시가 이하로 계상한 경우 法人稅法상 益金에 해당하는지 여부
3. 納稅義務	1. 출자전환시 주식 취득가액의 계상 기준
4. 益金의 存在와 歸屬時期	2. 출자전환주식 취득가액의 과소 계상이 益金算入 事由가 되는지 여부
III. 出資轉換 관련 會計 및 稅務의 處理방법	3. 益金의 歸屬時期를 충족하였는지 여부
1. 出資轉換시 會計 및 稅務 處理 사례	V. 結 論
2. 출자전환시 債務免除 여부와 貸損金의 인정 여부	
3. 농협과 처분청 간의 會計 및 稅務處理의 差異點	

I. 序 論

일반적으로 경영상태가 어려운 기업은 과도한 채무를 부담하고 있다. 그래서 이들 기업의 회생을 위하여 금융기관의 대출금 등 기존의 채무를 자본금으로 전환하는 ‘출자전환’이 기업회생절차·Workout절차·기업정상화계획이행절차·상법상 절차 등에서 다양하게 활용되고 있다.

그런데 외관상 단순히 보이는 출자전환에 관하여는 여러 가지 쟁점이 제기되고 있다. 첫째, 출자전환을 하면 기존의 채무는 모두 소멸하느냐, 아니면 취득하는 주식의 평가액 만큼 소멸하고 나머지는 잔존하느냐 하는 문제가 있다. 둘째, 첫 번째 문제와 관련된 것으로 출자전환되는 채무의 이행을 위하여 보증한 자의 책임범위

* 청주대학교 법학과 교수, 법학박사.

** 진일회계법인 대표회계사.

에 관한 것이다. 특히, 이 문제는 기업회생절차에서는 채무자회생법¹⁾ 제250조 제2항²⁾의 부종성 배제규정에 의하여 논란이 있다. 셋째, 출자전환하는 기업은 기존의 채무를 변제하는 대신에 채권자에게 주식을 발행 교부하게 되는데, 발행한 주식의 평가액 이상만큼 채무면제이익이 발생하여 법인세의 과세대상이 되느냐 하는 문제가 있다. 마지막으로, 출자전환으로 기존 채권 대신에 주식을 받게 되는 채권자인 기업은 법인세법상 자산을 취득하는 경우 취득가액을 시가로 계상하게 되어 있는데, 출자전환으로 받게 되는 주식도 시가로 계상하여야 하느냐, 또 이를 시가보다 낮은 금액으로 계상한 경우 그 차액이 법인세상 익금에 해당하여 법인세를 부담하여야 하느냐 하는 문제가 있다.

이 연구는 이 중에서 맨 마지막의 쟁점과 관련된 것으로, 출자전환으로 취득하는 주식의 취득가액을 시가보다 낮은 금액으로 계상한 경우 그 차액이 법인세상 익금에 해당하느냐 하는 문제에 관하여 검토하였다.

이 문제에 관하여는 실제 사례가 있는데, 주식회사 농협은행³⁾(이하 “농협”이라 함)은 채권금융기관의 약정에 따라 LG카드 주식회사⁴⁾(이하 “LG카드”라 함)의 경영 정상화를 지원하기 위하여 2004년 및 2005년에 3차에 걸쳐서 기존 대출금채권을 주식으로 전환하는 출자전환(이하 “본건 출자전환”이라 함)을 행하였다.

그런데 서울지방법국세청장(이하 “처분청”이라 함)은 농협이 출자전환으로 취득한 위 주식의 취득가액을 시가보다 낮은 금액으로 회계처리하였다는 이유로 2009년 11월 13일 농협에 대하여 법인세 및 가산세를 부과하는 처분(이하 “본건 과세처분”이라 함)을 내렸다. 이에 대하여 농협은 본건 과세처분이 부당하다는 이유로 서울행정법원에 취소소송을 제기하였으나 패소하였고, 다시 서울고등법원에 항소하였으나, 역시 패소하여 현재 대법원에 계류중이다(이하 본건 과세처분과 관련한 일련의 사건을 “이 사건”이라 함).

이와 같이, 출자전환에 관하여는 여러 가지 복잡한 쟁점이 있기 때문에 판례 또

1) 이는 2005년 3월 31일 제정되고 2006년 4월 1일 시행된 “채무자회생 및 파산에 관한 법률”(법률 제7428호)을 말한다.

2) 제250조 (회생계획의 효력범위) ②회생계획은 다음 각호의 권리 또는 담보에 영향을 미치지 아니한다. 1. 회생채권자 또는 회생담보권자가 회생절차가 개시된 채무자의 보증인 그 밖에 회생절차가 개시된 채무자와 함께 채무를 부담하는 자에 대하여 가지는 권리. 2. 채무자 외의 자가 회생채권자 또는 회생담보권자를 위하여 제공한 담보.

3) 당초 ‘농협협동조합중앙회’에 과세처분이 되었으나, 그 후 농협중앙회는 기업분할이 되어 현재 ‘주식회사 농협은행’으로 그 과세처분이 승계되었다.

4) 신한카드와 합병하여 현재 상호는 ‘주식회사 신한카드’이다.

한 변화하고 있다. 최근 대법원은 기존의 해석과 다른 두 가지 판결을 내렸다. 그 하나는 Workout절차에서 한 출자전환에 관한 것⁵⁾이고, 다른 하나는 기업정상화계획 이행협약체결법인에게 한 출자전환에 관한 것⁶⁾이다.

이와 같이 출자전환은 어려운 기업의 회생을 위하여 종종 이용되고 있으며 이를 둘러싼 여러 가지 쟁점들이 제기되고 있지만, 이론적으로 이에 관한 명확한 해석 기준이 정립되지 못하고 있어 처분청도 합리적인 처리기준을 마련하지 못하고 있을 뿐만 아니라 법원까지도 이를 제대로 판단하지 못하고 있다. 따라서 이 연구는 출자전환으로 취득하는 주식의 취득가액을 시가보다 낮은 금액으로 계상한 경우 그 차액이 법인세상 익금에 해당하느냐 하는 문제에 관하여, 본건 출자전환 관련 회계와 세무처리방법을 중심으로 분석하여 합리적 해석기준을 제시함으로써 법치주의에 입각한 행정의 실현에 기여하고자 한다.

II. 法人稅法상 課稅要件

1. 法人稅의 概念

법인세(Corporate Tax)는 법인에 귀속하는 소득에 대한 조세이다. 따라서 소득세와 마찬가지로 소득을 과세대상으로 하며, 법적 성격은 국세, 보통세, 직접세이다.⁷⁾ 따라서 법인세를 ‘광의의 소득세’ 혹은 ‘법인소득세’라 부르기도 한다.⁸⁾ 소득세와 법인세를 구분하는 기준은 납세의무자에게 있다. 납세의무자가 자연인이면 소득세를 부과하고, 법인이나 단체인 경우에는 법인세를 부과한다.

우리나라의 경우도 일제시대 조선소득세령에 따라 소득을 제1종에서 제3종까지 구분하여 법인에게는 제1종 소득세라는 명목으로 과세하였다가, 해방후 1949년 법인에 관한 사항을 분리하여 법인세법을 제정(1949.11.7 제정, 법률 제62호)하였다.⁹⁾

그러나 개인에 대한 소득세와 법인세는 별개의 것이 아니라, 일단 법인에 소득이 발생하였다면 주주에 대한 배당, 근로자에 대한 급여 등 다시 개인에 대한 소득으로 발생하기 때문에, 이중으로 과세하는 면이 있다. 따라서 법인의 주주인

5) 대법원, 2010.9.16. 선고 2008다97218.

6) 대법원, 2012.11.22. 선고 2010두17564.

7) 오 윤, 「세법원론」, 한국학술정보, 2013, 569면.

8) 김원석, 「법인세법론」, 광고 이택스, 2011, 27면.

9) 윤형도, “법인세제도의 진화론적 접근”, 조선대학교 대학원, 경영학박사 학위논문, 2007, 84면.

다른 법인이나 개인에게 과세할 때는 원래 법인에게 부과하였던 세금의 일부 또는 전부를 차감한다. 오늘날 법인세제도가 세계각국에 일반화되어 있지만, 아랍에미리트연합국처럼 법인세제도가 없는 나라도 있으며, 본질적으로 동일한 소득을 법인을 통하여 가득하는 경우와 개인이 직접 가득하는 경우에 대해 세제의 중립성이 상실되는 문제가 있다.¹⁰⁾

2. 法人稅의 課稅對象

법인세도 소득세와 마찬가지로 “각 사업연도의 소득”을 과세대상으로 한다. 따라서 법인세법은 회계이론상의 손익법의 입장에서 그 사업연도에 속하거나 속하게 될 익금의 총액에서 그 사업연도에 속하거나 속하게 될 손금의 총액을 공제한 금액을 과세대상 소득으로 규정하고 있다(법인세법 제14조 제1항).

그리고 익금이라 함은 자본 또는 출자의 납입 및 법인세법에서 따로이 규정하는 것을 제외하고 해당 법인의 순자산을 증가시키는 거래로 인하여 발생하는 수익의 금액을 말하며(법인세법 제15조 제1항), 손금이라 함은 자본 또는 출자의 환급, 잉여금의 처분 및 법인세법에서 따로이 규정하는 것을 제외하고 해당 법인의 순자산을 감소시키는 거래로 인하여 발생하는 손비의 금액을 말한다(법인세법 제19조 제1항). 이는 기업회계기준의 수익과 손비의 개념을 그대로 수용한 것이지만, 양자가 반드시 일치하는 것은 아니다.¹¹⁾

3. 納稅義務

법인세의 납부의무자는 원칙적으로 사법상의 법인이다. 그리고 추가적으로 법인격이 없는 사단·재단 기타 단체(법인격이 없는 단체) 중에서도 일정요건을 갖추면 법인으로 간주하여 법인세를 부과한다.¹²⁾

10) 오 윤, 앞의 책, 569면.

11) 이태로·한만수, 『조세법강의』, 박영사, 2013, 376~390면.

12) ① 주무관청의 허가 또는 인가를 받아 설립되거나 법령에 의하여 주무관청에 등록된 사단·재단 기타 단체로서 등기되지 아니한 것과 ② 공익을 목적으로 출연된 기본재산이 있는 재단으로서 등기되지 아니한 것으로서 수익을 구성원에게 분배하지 아니하는 것은 법인으로 간주한다(국세기본법 제13조 제1항). 이를 ‘당연의제법인(當然擬制法人)’이라 한다. 그리고 ① 사단·재단 기타 단체의 조직과 운영에 관한 규정을 가지고 대표자 또는 관리인을 선임하고 있을 것, ② 사단·재단 기타 단체 자신의 계산과 명의로 수익과 재산을 독립적으로 소유, 관리할 것, ③ 사단·재단 기타 단체의 수익을 구성원에게 분배하지 아니할 것, ④ 대표자 또는 관리인이 관할세무서장에

그러나 구체적인 납세의무의 성립은 ① 납세의무자, ② 과세물건, ③ 세율 등 법인세법인 정하는 과세요건이 충족되어 추상적 납세의무가 발생된 상태를 말한다. 납세의무가 일정액의 현실적인 금전채무로 구체화하기 위해서는 납세의무의 확정 절차를 거쳐야 한다.¹³⁾

4. 益金の 存在와 歸屬時期

법인세를 과세하기 위하여는 운선, 법인세법상 과세대상이 되는 익금이 존재하여야 하고, 구체적으로 익금이 귀속되는 시기에 해당하여야 한다. 일반적인 회계원칙상 수익은 실현되는 때에 인식한다. 실현은 매출이나 교환의 성립, 매출채권의 발생과 같이 소득을 발생시키는 거래가 존재하고 거래대가로 화폐나 자산을 취득하기로 하는 등의 사실이 있음을 의미한다. 법인세는 기간과세세목이므로 과세대상인 각 사업연도 소득금액을 결정하는 익금과 손금에 관련된 거래가 귀속되는 시기가 특정 사업연도의 법인세액의 규모를 좌우하게 된다. 법인세법은 권리의무확정주의에 의하여 손익을 인식하도록 하고 있다. 수익을 획득할 권리는 거래계약의 성립으로 바로 확정되기도 하지만, 재화나 용역의 제공자로서 계약을 이행하여야만 확정되기도 한다. 과세관청으로서는 과세소득이 있다는 사실 및 그 소득이 당해 사업연도에 귀속되었다는 사실을 입증하여야 한다.¹⁴⁾

Ⅲ. 出資轉換 관련 會計 및 稅務의 처리방법

1. 出資轉換시 會計 및 稅務 처리 사례

출자전환 관련 회계 및 세무의 처리방법을 알아보기 위하여 위에서 소개한 실제 처리한 사례를 분석해 보기로 한다. 농협은 1,2,3차에 걸쳐 출자전환하여 취득한 LG카드 주식의 공정가액을 한국채권평가회사 주식회사가 평가한 가액(이하 “채권평가회사 평가액”¹⁵⁾이라 함)으로 보아 LG카드의 주식취득가액을 회계상으로 계상하였고, 이 회계처리를 할 때 ‘채권금액’과 ‘회계상 평가액’ 간의 차액을 대손충당

계 신청하여 승인을 얻을 것 등의 요건을 충족하면 과세상 법인으로 의제된다(국세기본법 제13조 제2항). 이를 ‘승인의제법인(承認擬制法人)’이라 한다: 이태로·한만수, 앞의 책, 383~384면.

13) 이태로·한만수, 앞의 책, 78~80면.

14) 오 윤, 앞의 책, 619~620면.

15) 채권평가회사의 1주당 평가액은 1차는 1원, 2차는 2,430원, 3차는 3,978원으로 각각 평가하였다.

금에서 차감하는 내용으로 회계처리하고 세무처리도 대손금으로 처리하였다.

본건 출자전환에 따라 증자를 한 LG카드는 그 증자등기를 할 때에 1999. 1. 25. 법원행정처에서 제정한 상업등기예규 제960호에 따라 등기를 하였다. 그래서 증자 등기 첨부서류인 은행의 주금납입증명서를 첨부하는 대신에, LG카드의 채무부담사실 증명서면, LG카드의 상계의사표시 서면(또는 채권자의 상계 의사표시에 대한 LG카드의 승인 서면), 출자전환이 있었음을 증명하는 금융감독원장의 확인서 등 3가지 서류를 첨부하여 증자등기를 하였다.

대법원 전원합의체 판결¹⁶⁾에서 “... 원고가 쌍용건설로부터 1주당 발행가를 5,000원으로 하여 신주를 발행받고 그 신주인수대금채무와 이 사건 대출금 등 채권을 상계하기로 합의하여 이 사건 대출금 등 채권을 주식으로 출자전환한 사실을 인정한 다음, 원고의 쌍용건설에 대한 이 사건 대출금 등 채권은 위와 같은 출자전환에 의하여 전액 만족을 얻어 소멸하였다는 취지로 판단하였다. 원심의 판단은 앞서 본 법리에 비추어 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 기업개선작업절차에 있어 출자전환의 해석에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다...”라고 판시하는 점에 비추어 보면, 본건 출자전환의 본질은 기업개선작업절차에서 한 출자전환이 아니라고 하더라도 상업등기예규 제960호에 따라 상계에 관한 서류에 의하여 증자 등기를 한 것이므로 상계 방식에 의한 주금납입방법의 증자임이 분명하다.

따라서 ① 상계설에 따라 회계처리한다면, 1차 출자전환의 경우 농협은 1주당 액면가액 5,000원의 주식을 현금 5,000원을 지급하고 취득한 것과 다를 바가 없으므로, 농협은 LG카드 주식의 취득가액을 1주당 액면가액(=발행가액=현금지급액)인 5,000원으로 회계처리해야 타당하다. ② 그럼에도 농협은 1차 출자전환의 경우 LG카드 주식의 공정가액(채권평가회사 평가액 1원)을 주식의 취득가액으로 보아 회계 및 세무처리를 했다. ③ 그에 반하여 처분청은 출자전환 당시 LG카드 주식의 거래가액(시가)인 1주당 1,500원을 취득가액으로 보아 세무처리해야 한다고 하여 본건 과세처분을 하였다. 이 3가지 주장의 차이점은 아래 <표 1>과 같다.

16) 대법원, 2010.9.16. 선고 2008다97218.

<표 1> 1차 출자전환의 경우 1주당 취득가액과 액면가액 간 차액의 처리

(단위:원)

구 분	방 법	취득 가액	취득가액과 액면가액 간 차액		
			차액 금액	처리	과세당국 주장
1	상계설	5,000	0	-	1,499(=1,500-1)만큼 취득가액을 낮게 계상 → 이 금액을 익금산입 해야 함
2	농협의 실제 처리	1	4,999	대손금	
3	과세당국의 입장	1,500	3,500	대손금	

실제 증자등기 신청한 내용에 의하면 1차 출자전환의 경우, 농협은 LG카드로부터 1주당 5,000원씩을 대출금 상환으로 현금변제받고 상환받은 그 5,000원씩을 곧바로 LG카드가 발행하는 신주를 1주당 5,000원씩 현금지급하고 취득한 것과 동일하므로, 농협은 본건 출자전환에서 채권액 전액을 변제받은 셈이 되고, 이 출자전환에서 대손금이 발생할 여지가 없다.

그렇다면 1차 출자전환시 ‘1주당 시가액 1,500원’과 ‘1주당 현금지급액(=상계액) 5,000원’ 간의 차액(3,500원)은 결국 ‘주식 취득대가 - 취득시의 시가평가액’이므로, 이 금액(3,500원)은 ‘대손금’이 아닌 ‘평가손실’에 해당한다. 따라서 본건 출자전환의 본질인 상계설에 따라 회계처리하면, 1차 출자전환의 경우 3,500원은 ‘대손금’으로 처리할 것이 아니라 ‘평가손실’로 처리해야 타당하고, 2차, 3차의 출자전환시에도 동일한 논리가 적용되어야 한다. 그렇다면 농협이 이 차액(3,500원)을 대손금으로 회계 및 세무처리한 것은 본질과 다르게 처리한 것이다.

2. 출자전환시 債務免除 여부와 貸損金の 인정 여부

금전채권을 출자전환할 때 채무면제가 발생하는가(즉, 소멸하는 채무가 있는가)에 대하여, 대법원의 견해는 회생절차에서는 채무면제가 발생하지만(시가평가액 소멸설), Workout절차와 기업정상화계획 이행절차에서는 채무면제가 발생하지 않는다고 본다(상계설).

과세당국은 2003. 3. 4. 이전에는 회생절차에서 출자전환으로 주식을 취득하는 경우 상계설의 입장에서 해석하였으나¹⁷⁾ 2003. 3. 5.에 시가평가액 소멸설로 법인

17) 재정경제부 해석, 재법인 46012-191, 1999.12.6: 재정경제부는 이 해석에서 “액면가액이 1주당 5,000원, 주식 시가가 1주당 7,000원인 법정관리 중인 A회사가 출자전환으로 증자를 하면서 주

세법을 적용하는 것으로 해석을 변경한 후,¹⁸⁾ 계속 이 입장을 취하고 있다. 따라서 과세당국은 현재, 대법원 견해와는 달리, 회생절차, Workout절차, 기업정상화계획 이행절차를 구분하지 않고 모든 출자전환의 과정에 채무면제가 발생한다고 보고 있다. 대법원의 견해를 정리하면 다음 <표 2>와 같다.

<표 2> 출자전환 시 채무면제의 존부에 관한 대법원의 견해

구 분	출자전환의 본질	채무면제 범위	채무면제 범위
회생절차	시가평가액 소멸설	‘발행가액-시가’	시가액 만큼 변제
Workout절차	상계설	없음	발행가액을 변제
기업정상화계획이행절차	상계설	없음	발행가액을 변제

그런데 과세당국은 회생절차에서 출자전환하는 때에 발생하는 채무면제에 대하여 법인세법을 적용할 때에는 대손금으로 해석하고 있지만 부가가치세법을 적용할 때에는 대손금이 아니라는 입장을 취하고 있어, 회생절차에서 출자전환시 발생하는 채무면제에 관하여 일관된 입장을 견지하는 것이 아니라 모순적 태도를 취하고 있다. 즉, 재정경제부는 “출자전환으로 소멸한 채권의 가액이 그 주식의 취득가액을 초과하는 금액은 채권자인 법인의 대손이다”¹⁹⁾라고 해석하여 출자전환시 소멸한 채무(즉, 채무면제 부분)은 대손금이라고 해석할 뿐만 아니라, 2009. 2. 9.에 개정된 법인세법 시행령에 대한 개정세법해설의 개정내용 설명부분에서도 이것이 대손금이라는 것으로 설명하고 있다. 그러나 부가가치세법상 매출채권의 대손세액공제에 관한 해석에서는 일관되게 대손금으로 인정하지 않고 있다²⁰⁾.

식발행가액을 1주당 15,000원으로 할 경우, ① 1주당 액면가액을 초과하는 금액의 전액 10,000원(=15,000원-5,000원)이 주식발행초과금인지, ② 1주당 액면가액을 초과하는 금액 중 2,000원(=7,000원-5,000원)은 주식발행초과금이고 나머지 8,000원(=15,000원-7,000원)은 채무면제이익인지 여부”에 대한 질의에 대하여, “①”이 타당하다고 해석하였다.

18) 재정경제부 해석, 재법인 46012-37, 2003.3.5: 재정경제부는 이 해석에서 “타인으로부터 채권을 시가로 평가하여 취득한 법인이 당해 채권을 채무자인 법인에 출자전환하는 경우에 그 출자전환으로 취득하는 주식의 가액은 법인세법시행령 제72조 제1항 제4호1)의 규정에 의하여 ‘당해 주식의 취득 당시의 시가’로 하는 것”으로 해석을 변경하였다.

19) 2003.4.18.해석, 재법인 46012-248.

20) 국세청 해석, 서삼46015-10534, 2003.4.1; 부가-1106, 2011.9.15.; 부가-267, 2012.3.14; 법규부가

현재 과세당국이 부가가치세법상 매출채권의 대손세액공제에 관한 해석에서는 채무면제를 대손금으로 인정하지 않는 근거는, 종전 법인세법시행령 제62조 제1항 제15호²¹⁾에서 “...특수관계에 있는지 여부를 불문하고 채권의 일부를 조기 회수하기 위하여 해당 채권의 일부를 불가피하게 포기한 경우 그 포기한 채권 (이하 생략)”을 대손금의 하나로 규정하고 있었다가 이것이 2009.2.9. 삭제되었으므로 이제는 채권포기 내지 채무면제는 부가가치세법상 대손금에 해당하지 않는다는 논리에 근거한 것으로 보인다.

그러나, 출자전환 주식의 취득가액을 초과하는 채권가액은 대손금이라고 재정경제부에서 해석한 2003.4.18. 당시에는 채권포기를 한 금액이 대손금인 것으로 규정한 종전 법인세법시행령 제62조 제1항 제15호가 없었다. 그럼에도 재정경제부는 채권포기(즉, 채무면제)를 대손금이라고 해석하였고, 지금도 부가가치세법상 대손세액공제가 아닌 법인세법의 해석에서는 이런 입장을 취하고 있는데, 유독 대손세액공제에 관한 해석에서만 회생절차에서 출자전환 할 때의 채무면제에 대해서 대손금으로 인정하지 않는 모순적 태도를 취하고 있다.

3. 농협과 처분청 간의 會計 및 稅務處理의 差異點

농협과 처분청 간의 의견 차이는, 앞 <표 1>에서 보는 바와 같이 1차 출자전환의 경우, ① **농협**은 출자전환주식의 취득가액을 1주당 채권평가회사 평가액 1원으로 회계처리하였고, 1주당 출자전환 대출금액 5,000원과 취득가액 간의 차액 4,999원을 대손금으로 회계 및 세무처리하였다.

그런데, ② **처분청**은 출자전환주식의 취득가액을 1주당 시가액 1,500원으로 해야 하고, 1주당 출자전환 대출금액 5,000원과 취득가액 간의 차액 3,500원만을 대손금으로 회계 및 세무처리해야 한다는 주장이다. 이 양 주장을 분개로서 비교해보면 다음<표 3>과 같다.

2012-253, 2012.6.28.; 부가-424, 2013.05.14. 외 다수.
21) 이 규정은 2007.2.28.에 신설되었다가 2009.2.4.에 삭제되었다.

<표 3> 1차 출자전환의 경우 양 주장의 1주당 회계처리의 비교

구 분	차 변	대 변
농협의 실제 처리	주식 1 대손금 4,999	대출금 5,000
처분청의 주장	주식 1,500 대손금 3,500	대출금 5,000

위 회계처리에서 나타난 바에 의하면, 처분청은 농협이 1차 출자전환의 경우 출자전환주식의 1주당 취득가액을 1,499원(=1,500원-1원) 만큼 과소계상했다고 보아, 이 금액을 익금에 산입해야 한다고 주장하면서 본건 과세처분을 한 것이다. 이 사건의 경우 이런 이유에 의하여 1차, 2차, 3차 출자전환에 대하여 익금에 산입, 과세한 금액은 평가차액 325,464백만원에 이르는 거액의 금액이다.

4. 출자전환 관련 會計 및 稅務處理의 爭點

이 사건에서 처분청은 농협이 출자전환주식의 취득가액을 과소계상했고, 따라서 이 과소계상액 만큼 농협은 순자산을 과소계상한 것이므로, 결국 이 과소계상액에 해당하는 익금을 과소계상한 것이라고 보아 본건 과세처분을 하였다. 그러나 이것은 이 사건의 본질을 잘못 본 것이다.

이 사건을 위 분개 사례에 비추어서 보면, 이 사건의 쟁점은 「취득가액의 과소계상액 1,499원(=1,500원-1원)의 문제」가 아니라 「대손금 계상액 1,499원(4,999원-3,500원)의 손금인정 여부의 문제」이고 이것이 이 사건의 본질이다. 즉, 이 사건은 출자전환으로 취득한 주식의 ‘취득가액을 과소 계상함에 따라 익금을 과소 계상했는지 여부’를 판단할 기준이 되는 「취득가액으로 계상할 시가가 얼마인가」의 문제가 아니라 ‘출자전환시 채무면제한 것으로 보아 대손처리’한 「대손금이 세무상 손금으로 인정되는 것인가」의 문제인 것이다.

그 이유는, ① 주식을 취득하는 시점(출자전환시점)에서는 자산(주식)의 취득만 있을 뿐이어서 손익이 발생할 수 없고, 따라서 이 시점에서는 익금·손금의 과세 문제나 익금의 과소 계상 문제가 발생할 이유가 없으므로, ‘주식의 취득가액이 얼마인가’ 또는 ‘취득가액을 결정할 시가가 얼마인가’의 문제는 세무상 의미있는 사항이 아니기 때문이다. ② 또한, 출자전환주식의 취득가액을 과소계상했다고 해서 이 과소계상액 만큼의 익금이 누락되거나 이 금액이 익금에 해당한다는 근거가 법

인세법에 없으므로, 출자전환주식의 취득가액의 과소계상은 세무상 쟁점이 될 수 있는 사항이 아니기 때문이다. 따라서 취득가액으로 계상할 시가의 금액이 얼마인 가라는 문제는 세무상 쟁점이 될 사항이 아니다.

그러나, 위 분개 사례에서 보듯이, 출자전환주식의 취득가액을 얼마로 하느냐(즉, 채권회수가액을 얼마로 하느냐)에 따라 대손금의 금액이 결정된다. 대손금은 출자전환채권가액에서 주식취득가액을 차감한 금액으로 계산되기 때문이다. 그런데 대손금은 손금항목이다. 따라서 세무상 손비로 인정되는 대손금을 과다계상했는지 여부의 문제는 곧바로 과세표준에 영향을 주는 것이므로 세무상 쟁점사항이 된다. 즉, 농협은 1차 출자전환시 1주당 대손금을 3,500원이 아닌 4,999원을 계상했는데, 농협이 계상한 1주당 4,999원의 대손금이 세무상 허용 범위를 넘어 과다계상한 것 인지의 여부는 출자전환시점에 곧바로 세무상 문제가 될 수 있는 사항이 된다.

그렇다면 출자전환 시점에 농협이 「채무면제한 것으로 보아 세무처리한 대손금의 손금인정 여부」의 문제는, 「출자전환주식의 취득가액 과소계상 여부」의 문제와는 달리, 출자전환시점에 세무상 쟁점이 되는 것이고, 바로 이것이 이 사건의 쟁점인 것이다.

그러나 처분청은 2006.2.9.에 신설된 법인세법시행령 제11조 제6호의 괄호의 내용²²⁾은 당연한 사항을 주의적·확인적으로 규정한 것으로 보고, 이 괄호의 내용이 신설되기 이전에도 이 괄호의 취지를 납세자에게 적용할 수 있다고 보아 본건 과세처분을 한 것으로 보인다. 즉, 출자전환시 주식발행초과금이 아닌 금액(즉, 시가를 초과한 출자전환금액)은 그 성질상 출자전환받는 법인에게 채무면제익으로서 익금에 해당하는 것이므로 이를 역으로 생각하여 출자전환하는 자에게는 이 금액은 곧 채무면제로서 손금이라고 보아, 출자전환시 채무면제에 따른 대손금은, 2006.2.8. 이전 사업연도에도 2006.2.9. 이후 사업연도와 마찬가지로, 당연히 손금사항이 되는 것으로 생각하여 대손금의 문제는 세무상 쟁점이 될 수 있는 것으로 보지 않은 것으로 생각된다. 처분청은 오로지 ‘출자전환으로 취득한 주식의 취득가액을 얼마로 계상했는가’의 문제는 ‘시가 이하로 계상했다면 그 차액 만큼은 순자산의 감소로 연결되고, 따라서 익금의 누락으로서 과세대상이 되는 게 아닌가’라는 점으로 곧바로 연결된다고 보아 이것만을 쟁점사항이 되는 것으로 파악한 것으로 보인다. 2차 출자전환의 경우 1주당 시가가 5,550원이고 액면가액(=발행가액)이 5,000원이었는데, 처분청은 2차 출자전환의 경우에도 시가와 발행가액 간의 차액(1

22) 출자전환시 ‘주식발행초과금이 아닌 금액은 채무면제익이라는 익금에 포함’되도록 규정한 내용이다.

주당 550원) 만큼 익금 누락으로 보아 과세한 것을 보면 더욱 그렇다.

IV. 出資轉換으로 취득한 株式의 취득가액을 시가 이하로 계상한 경우 法人稅法상 益金에 해당하는지 여부

1. 출자전환시 주식 취득가액의 계상 기준

출자전환으로 주식을 취득하는 경우, 해당 주식의 취득가액을 원칙적으로 시가로 하여야 한다는 규정은 2006.2.9.에 개정된 법인세법시행령 제72조 제1항 제4호이다. 따라서 본건 출자전환을 할 당시 출자전환주식의 취득가액에 관하여 적용될 수 있는 것은 구 법인세법시행령 제72조(2001.12.31.에 개정된 후 2006.2.9.에 개정되기 이전의 것. 이하 “구 시행령”이라 함) 제1항 제4호인데, 이 제4호 본문에서 취득 당시의 시가를 주식의 취득가액으로 하는 경우는 ‘현물출자·합병 또는 분할’의 3가지 경우로 규정하고 있었고 이 3가지 경우 외에 “출자전환까지 포함된 것은 2006.2.9. 개정 이후”이다.

그런데 본건 출자전환은 상법에 근거하여 증자한 것이고 농협은 LG카드 주식의 발행가액 전액을 현금지급하고 취득한 것과 다를 바가 없는 ‘상계’ 방식에 의하여 주식을 취득한 것이다. 따라서 법리적으로 볼 때 본건 출자전환은 출자전환채권을 공증인이 평가한 가액으로 증자법인에 현물로 출자하는 현물출자에 해당하지 않는다. 그렇다면 농협이 취득한 본건 출자전환주식은 ‘현물출자’에 의하여 취득한 것이 아닌 이상, 이 주식의 세무상 취득가액을 결정하는 근거가 구 시행령 제72조 제1항 제4호의 본문이 될 수 없다. 본건 출자전환 당시 이 제4호의 본문에 ‘현물출자’는 규정되어 있었으나 ‘출자전환’은 규정되어 있지 않았기 때문이다. 만약 본건 출자전환에도 구 시행령 제72조 제1항 제4호가 아닌 2006.2.9.에 개정된 이후의 규정을 적용한다면 소급과세에 해당되어 조세법률주의에 어긋난다. 이에 관한 규정의 내용은 아래 <표 4>와 같다.

또한 재정경제부가 2003.3.5. 자 예규(재법인 46012-37)에서 “타인으로부터 채권을 시가로 평가하여 취득한 법인이 당해 채권을 채무자인 법인에 출자전환하는 경우에 그 출자전환으로 취득하는 주식의 가액은 법인세법시행령 제72조 제1항 제4호의 규정에 의하여 ‘당해 주식의 취득 당시의 시가’로 하는 것”이라고 해석하였는데, 구 법인세법시행령 제72조 제1항 제4호에 ‘출자전환’에 관한 규정이 없는데도

불구하고 이러한 해석을 하는 것은 “출자전환은 법리상으로 현물출자에 해당한다”고 하는 잘못된 원칙을 전제로 하고 있으며, 본건과 같은 출자전환의 성질은 ‘상계’이지 ‘현물출자’가 아니므로 이 예규는 법리를 오해하여 한 해석으로 보인다.

〈표 4〉 주식의 취득가액에 관한 법인세법시행령 신·구 비교

구분	2006.2.9 개정 이전	2006.2.9 개정후	현행
법인세법시행령	<p>제72조 (자산의 취득가액 등) ① 법 제41조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 자산의 취득가액은 다음 각 호의 금액으로 한다.</p> <p>1. ~3. (생략)</p> <p>4. <u>현물출자</u>·합병 또는 분할에 의하여 주주등이 취득한 주식등 : 취득당시의 시가. 다만, 합병 또는 분할(물적분할을 제외한다)의 경우에는 종전의 장부가액에 법 제16조 제1항 제5호 또는 동항 제6호의 금액 및 제11조 제9호의 금액을 가산한 가액으로 한다.</p>	<p>제72조 (자산의 취득가액 등) ① 법 제41조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 자산의 취득가액은 다음 각호의 금액으로 한다.</p> <p>1. ~3. (생략)</p> <p>4. <u>현물출자, 채무의 출자전환</u>, 합병 또는 분할에 의하여 주주등이 취득한 주식등의 시가. 다만, 제15조 제4항 각 호의 요건을 갖춘 채무의 출자전환으로 취득한 주식 등은 출자전환된 채권(법 제34조 제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 채권을 제외한다)의 장부가액으로 하고, 합병 또는 분할(물적분할을 제외한다)의 경우에는 종전의 장부가액에 법 제16조 제1항 제5호 또는 동항 제6호의 금액 및 제11조 제9호의 금액을 가산한 가액으로 한다.</p>	<p>제72조(자산의 취득가액 등) ① (생략)</p> <p>② 법 제41조 제1항 및 제2항에 따른 자산의 취득가액은 다음 각 호의 금액으로 한다.</p> <p>1. ~ 4. (생략)</p> <p>4의2. <u>채무의 출자전환</u>에 따라 취득한 주식등 : 취득 당시의 시가. 다만, 제15조 제4항 각 호의 요건을 갖춘 채무의 출자전환으로 취득한 주식등은 출자전환된 채권(법 제19조의2 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 채권은 제외한다)의 장부가액으로 한다.</p>

2. 출자전환주식 취득가액의 과소 계상이 益金算入 事由가 되는지 여부

위에서 본 바와 같이, 2006.2.9.에 개정된 법인세법시행령 제72조 제1항 제4호(현행은 제72조 제2항 제4의2호)에 의하여 출자전환으로 주식을 취득하는 경우, 해당 주식의 취득가액을 원칙적으로 시가로 하여야 한다. 그런데 만약 주식의 취득가액을 시가이하로 한 경우, 법인세법상 익금에 해당하느냐 하는 것이 문제된다.

먼저, 익금의 개념을 알아보면, 익금(gross income)이라 함은 해당법인의 순자산을 증가시키는 거래로 인하여 발생하는 수익의 금액을 말한다. 법인세는 소득세의

일종으로서 순소득과세의 원칙에 따라 순소득(net income)에 대하여 과세하는데, 이를 산출하기 위하여 익금을 산정한 후 손금을 공제한다.²³⁾

구체적으로 무엇이 익금인지에 관하여는 법인세법에서 규정하고 있는데, 법인세법(2004.12.31. 법률 제7289호로 개정되기 전의 것) 제15조에는 ‘익금의 범위’를 다음과 같이 규정하고 있다.

① 익금은 자본 또는 출자의 납입 및 이 법에서 규정하는 것을 제외하고 당해 법인의 순자산을 증가시키는 거래로 인하여 발생하는 수익의 금액으로 한다.

② 다음 각호의 금액은 이를 익금으로 본다.

1. 제52조제1항의 규정에 의한 특수관계자인 개인으로부터 유가증권을 동조 제2항의 규정에 의한 시가에 미달하는 가액으로 매입하는 경우 시가와 당해 매입가액의 차액에 상당하는 금액

2. 제57조제4항의 규정에 의한 외국법인세액(세액공제된 경우에 한한다)에 상당하는 금액

③ 제1항의 규정에 의한 수익의 범위 및 구분등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

그리고 위 법률의 위임에 의하여 대통령령(2006.2.9. 대통령령 제19328호로 개정되기 전의 것) 제11조에는 ‘수익의 범위’를 다음과 같이 규정하고 있다.

법 제15조 제1항의 규정에 의한 수익은 법 및 이 영에서 달리 정하는 것을 제외하고는 다음 각 호에 규정하는 것으로 한다.

1. 한국표준산업분류에 의한 각 사업에서 생기는 수입금액(도급금액·판매금액과 보험료액을 포함하되, 기업회계기준에 의한 매출에누리금액 및 매출할인금액을 제외한다. 이하 같다). 다만, 법 제66조제3항 단서의 규정에 의하여 추계하는 경우 부동산임대에 의한 전세금 또는 임대보증금에 대한 수입금액은 금융기관의 정기에 금이자율을 참작하여 재정경제부령이 정하는 이자율(이하 ‘정기예금이자율’이라 한다)을 적용하여 계산한 금액으로 한다.

2. 자산(자기주식을 포함한다)의 양도금액

3. 자산의 임대료

4. 자산의 평가차익

5. 무상으로 받은 자산의 가액

6. 채무의 면제 또는 소멸로 인하여 생기는 부채의 감소액

23) 김완석, 앞의 책, 132면.

7. 손금에 산입한 금액중 환입된 금액
8. 이익처분에 의하지 아니하고 손금으로 계상된 적립금액
9. 제88조 제1항 제8호 각목의 규정에 의한 자본거래로 인하여 특수관계자로부터 분여받은 이익
10. 제1호 내지 제9호외의 수익으로서 그 법인에 귀속되었거나 귀속될 금액

다음으로, 위 법인세법 및 동법시행령의 규정상 출자전환시 주식의 취득가액을 시가이하로 과소 계상한 것이 익금에 해당하느냐 여부를 검토하여 보면, 다음과 같다.

첫째, 법인세법 제15조 제2항 제1호에서 “특수관계자인 개인으로부터 유가증권을 동조 제2항의 규정에 의한 시가에 미달하는 가액으로 매입하는 경우 시가와 당해 매입가액의 차액에 상당하는 금액”을 익금으로 규정하고 있는데, 과세당국은 이를 유추 적용하여 농협이 특수관계자인 LG카드²⁴⁾의 주식을 출자전환에 의하여 취득하면서 1차 출자전환의 경우 시가(1주당 1,500원)에 미달된 가액(1주당 1원)을 취득가액으로 회계상 계상했다고 보아, 그 차액(1주당 1,499원)을 익금에 산입해야 한다고 본 것으로 생각된다.

그러나, ① 본건 출자전환의 경우, LG카드는 ‘개인’이 아닌 ‘법인’이므로 문언상으로도 법인세법 제15조 제2항 제1호에 해당하지 않을 뿐만 아니라, ② 본건 출자전환주식은 ‘주주’로부터 취득한 주식이지 아니라 ‘주식발행법인’으로부터 원시적으로 취득한 것이어서 이 제1호에 해당하지 않는다. ③ 또한 이 제1호에 정한 내용은 그 본질이 증여이기 때문에 이를 익금으로 규정한 것인데²⁵⁾, LG카드가 본건 출자전환을 통하여 농협에 증여를 한다는 것은 있을 수 없어 본건 출자전환이 이 제1호에 해당할 수 없다. ④ 일반적으로 자산을 시가보다 낮은 저가로 취득하는 경우 저가 취득에 따른 차액을 익금으로 산입하지 않고 이 자산을 처분했을 때 비로소 익금에 산입하지만, 이 원칙을 일관하면 법인이 특수관계자인 개인으로부터 유가증권을 시가에 미달하는 가액으로 매입하여 처분하지 않고 계속 보유하는 경우 처분이익이 발생하지 않아 과세되지 않는 조세회피현상이 발생하므로 이를 방지하기 위하여 법인세법 제15조 제2항 제1호를 둔 것인데,²⁶⁾ 본건 출자전환은 이러한 조

24) 농협이 출자전환하여 주주의 지위이었으므로 2차 출자전환 이후부터는 농협과 LG카드 간에 특수관계 있는 자에 해당한다.

25) 대법원 판결, 1995.7.28. 선고 94누3629 및 2003.5.27. 선고 2001두5903 참조.

26) 이용호, 「2013 법인세 해설」, 세연 T&A, 2013, 146~147면.

세회피의 문제가 발생하는 사례가 아니므로 이 조항이 적용될 대상이 아니다. 따라서 이 사건에서 농협이 취득한 본건 출자전환주식을 법인세법 제15조 제2항 제1호를 유추적용하여 세법을 적용한다면 이는 법리의 오해에서 기인한 것일 뿐만 아니라 유추해석을 금하는 조세법률주의에 반한다.

그 다음, “...법인이 실권주를 평가액(주: 499원)보다 높게 발행(주: 액면가 5,000원에 발행)한다고 해서 실권주 인수인인 주주와의 관계에서 이익이 발생하지 않는다. 실권주 발행법인으로서 그 발행시점에 무상으로 인수가액을 출연받았다가 청산 시에 남아있는 자기자본을 지분비율에 따라 주주들에게 돌려주면 그만이기 때문이다. 따라서 그 과정에서 법인에 차익이 생길수 없다.”라는 판결²⁷⁾에 비추어 보면, 본건 출자전환시 증자법인(LG카드)과 증자참여법인(농협) 간의 증자거래(자본거래)에서는 이익이 발생할 수 없는 것은 분명하다.

또한, 설령 자산의 저가 양수의 경우라도 세무상으로는 그 양수대가인 저가에 의하여 매입가액을 정하는 것이 원칙이다. 특수관계자 간의 저가거래인 경우에도 그 양도자의 양도가액에 대하여 부당행위계산부인의 규정을 적용할 뿐 양수자의 양수가액에 대하여 부당행위계산부인의 적용을 하지 아니하며, 정상적인 시가와 저가와와의 차액은 당해 자산의 취득 후 처분과정에서 과세될 뿐이다.²⁸⁾ 따라서 설령 본건 출자전환주식을 저가 양수했거나 저가로 취득가액을 계상했다고 하더라도 취득시점에서는 익금산입이 될 수 없다.

마지막으로 법인세법시행령 제11조의 제1호부터 제9호까지에 해당하는지 여부를 살펴보면, ① 본건 출자전환주식은 아무런 대가없이 무상으로 취득한 것이 아니라 기존 채권의 변제에 갈음하여 인수받은 것이므로 제5호의 “무상으로 받은 자산의 가액”에 해당되지 아니하며,²⁹⁾ ② 제10호의 “그 밖의 수익으로서 그 법인에 귀속되었거나 귀속될 금액”에 관하여 보면, 본건 출자전환주식의 취득으로 농협에 귀속되었거나 귀속될 수익이 발생할 여지가 없는 것이므로 본건 출자전환의 경우 제10호에 정한 수익이 발생할 수 있는 사항이 아니다.

결론적으로, 출자전환시 주식의 취득가액을 시가이하로 하였다고 하더라도 이를 법인세법이나 동법시행령 어느 규정에 의하더라도 익금에 해당한다는 해석을 할 수 없다.

27) 서울고등법원, 2012.9.26. 선고 2012누5451.

28) 김준석, “익금의 귀속시기와 자산·부채의 취득가액의 계산 및 평가(4)”, 『회계와 세무』, 제30권 6호, 1998.6.1, 127면.

29) 법인세법상 익금으로 산입될 ‘무상으로 받은 자산의 가액’에 포함되는 자산의 해당여부에 관하여는 실질과세의 원칙에 따라 실질에 따라 판단하여야 한다: 대법원 1991.12.10 선고, 91누5303 판결.

3. 益金の 歸屬時期를 충족하였는지 여부

설령 주식의 취득가액을 시가 이하로 계상한 것이 익금에 해당한다고 하더라도 익금귀속시기가 되어야 과세할 수 있다. 즉, 이 사건에서 농협이 회계 및 세무상으로 본건 출자전환주식의 취득가액을 1차 출자전환의 경우 1주당 취득가액을 시가(1,500원)가 아닌 1원으로 하였다 하더라도 주식을 취득한 사업연도³⁰⁾에는 익금이 귀속되지 않기 때문에 이 시점에서는 과세할 수 없다. 세무회계상 익금에 해당한다고 해서 바로 그 익금을 과세하는 것이 아니라 그 익금이 실현되어야(즉, 실현시기가 도래하여야) 비로소 익금으로 과세하는 것인데, 주식 취득연도에는 아직 익금의 실현시기가 도래하지 않았기 때문이다. 익금이더라도 익금 귀속시기가 되어야만 비로소 과세한다는 점은, 자산의 양도금액과 자산의 임대료가 각각 법인세법시행령 제11조 제2호, 제3호에 익금항목으로 각각 열거되어 있지만 이 익금이 과세되기 위해서는 법인세법시행령 제68조(자산의 판매손익 등의 귀속사업연도) 및 제71조(임대료 등 기타 손익의 귀속사업연도)에서 정한 익금의 귀속시기의 요건을 갖추어야만 가능하다는 것을 보면 쉽게 알 수 있다.

그러므로, 설사 처분청의 주장대로 농협이 계상한 본건 출자전환주식 가액 중 시가 미달액(예: 1차 출자전환의 경우 1주당 1,499원)이 익금이라고 하더라도, 이 익금을 과세하기 위해서는 이 익금의 귀속시기가 도래하여야 하므로, 본건 출자전환주식의 취득일에 익금의 귀속시기가 도래하였는가를 별도로 따져야 한다. 익금이라는 것과 익금의 귀속시기는 완전히 별개의 문제이기 때문이다.

이 점에 관하여 대법원은 “세무회계상 타인 발행의 주식인수는 투자자산의 매입에 해당하고, 이러한 투자자산의 손익의 귀속시기는 그 자산을 양도하고 대금을 청산한 날이 속하는 사업연도이다. 따라서 법인세법 제52조, 구 법인세법 시행령 제88조 제1항 제8호 (나)목에 정한 실권주 고가인수의 경우, 취득가액 중 부인 대상인 시가초과액은 그 주식을 인수한 날이 속하는 사업연도의 법인의 과세표준에는 아무런 영향을 미치지 못하고, 다만 그 주식을 양도하고 대금을 청산한 날이 속하는 사업연도에 귀속되어 동액 상당의 과세표준을 증액시키게 된다.”³¹⁾고 하여 익금이라는 것³²⁾과 익금이 귀속되어 과세되는 것³³⁾과는 별개임을 분명하게 밝히고 있다.

30) 1차 및 2차의 출자전환은 2004년도이며, 3차의 출자전환은 2005년도이다.

31) 대법원, 2008.9.25. 선고 2006두3711.

32) 이 사건의 경우 특수관계자의 실권주를 고가 인수함에 따른 익금을 말하는 것으로서, 법인세법 시행령 제11조 제9호에 정한 익금항목에 해당한다.

농협이 본건 출자전환 주식을 취득한 시점에는 익금귀속시기가 도래하지 않아 익금으로 과세할 수 없고, 본건 출자전환 주식을 농협이 매각해야만 비로소 법인세법시행령 제68조에 의거 출자전환 주식의 매각가액은 익금항목(법인세법시행령 제11조 제2호)으로서 실현(귀속)이 되고, 또한 그 취득가액(장부가액)은 손금항목(법인세법시행령 제19조 제2호)으로서 실현(귀속)이 된다. 그럼에도 과세당국은 본건 출자전환 주식을 취득한 연도에 익금이 실현(귀속)된 것인가를 별도로 따지지도 않은 채 본건 과세처분을 하였다. 따라서 본건 과세처분은 손익의 귀속시기를 가리키지도 않고 익금항목이라는 사실에만 주목하여 주식 취득연도에 과세한 것이므로, 익금의 본질과 익금의 귀속시기를 혼동한 것이다.

V. 結 論

이상에서 본 바와 같이, 2006.2.9.에 개정된 법인세법시행령 제72조 제1항 제4호(현행은 제72조 제2항 제4의2호)에 의하여 출자전환으로 주식을 취득하는 경우, 해당 주식의 취득가액을 원칙적으로 시가로 하여야 하는데, 만약 주식의 취득가액을 시가이하로 한 경우, 법인세법상 익금에 해당하느냐 하는 것이 문제된다.

먼저 익금의 개념을 알아보면, 익금은 해당법인의 순자산을 증가시키는 거래로 인하여 발생하는 수익의 금액으로서 법인세법과 법인세법시행령에 구체적으로 규정하고 있지만, 어디에도 출자전환으로 취득하는 주식의 취득가액을 시가보다 낮은 금액으로 계산한 경우 그 차액이 익금에 해당한다는 규정이 없으며, 해석상 가능하지도 않다.

더구나 본건 출자전환은 이 규정이 도입되기 이전임에도 불구하고 이를 소급적용하거나, 그 이전의 규정에서 ‘현물출자’에 관한 내용을 출자전환에 확대 적용하는 것은 조세법률주의에 어긋난다. 그리고 “채권의 출자전환으로 취득하는 주식이 당해 채권가액을 초과하는 경우 동 초과액은 출자전환일이 속하는 사업연도의 익금에 해당하는 것이다”라는 국세청의 해석³⁴⁾도 법인세법 제15조 제2항 제1호를 유추 적용한 것이거나, 아니면 ‘출자전환’이 2006.2.9.에 개정되기 전의 법인세법시행령 제72조 제1항 제4호의 ‘현물출자’에 포섭되는 것으로 보아 해석한 것으로

33) 이 사건에서 고가로 인수한 실권주를 처분해야 비로소 익금이 실현(귀속)된 것으로 보아 과세하는 것을 말한다.

34) 국세청, 서면2탐-1796, 2005.11.8. 2차 출자전환이 이 경우에 해당한다.

보이는데, 이 해석도 역시 법리를 오해한 것이다.

그리고 설령 주식의 취득가액을 시가 이하로 계상한 것이 익금에 해당한다고 하더라도 익금귀속시기가 되어야 과세할 수 있다는 점을 고려할 때, 본건 과세처분은 법리를 오해한 것에 근거한 처분이어서 위법한 처분으로 판단된다.

(논문접수일 : 2013.07.31, 심사개시일 : 2013.08.22, 게재확정일 : 2013.09.24)



▶ 박 승 두 · 배 영 석

법인세법(Corporate Tax Act), 법인세법시행령(Enforcement Decree of the Corporate Tax Act), 익금(gross income), 손금(gross loss), 출자전환(debt-for-equity swap), 소득(income), 시가(current price), 순소득(net income)

Abstract

A study on whether the undervaluation of the stocks acquired from a debt-for-equity swap falls within the category of gross income under Corporate Tax Act

Park, SeungDu

Bae, YuongSuk

A debt-for-equity swap is a concept designed to revive the companies in financial difficulties through converting their overwhelming debt into equity stocks. However, there have been constant and various issues presented around it with no theoretically clear standard on interpreting the circumstances set. Due to lacking criteria, not only are the tax offices unable to come up with a reasonable way to proceed such affairs, but also the court is put in the situation where they themselves find it hard to make just decisions.

The purpose of this study is to contribute to the realization of rule-of-law-based administration and to suggest a fair and reasonable standard of interpretation in certain cases, for example, whether the stocks that were acquired from a debt-for-equity swap comes within the category of gross income in reference to current Corporate Tax Act.

Corporate Tax Act puts companies subject to taxation based on their income in each business year, just as the income tax is posed to taxpayers on their year's income. Accordingly, in the profit and loss method's perspective, the current Corporate Tax Act defines its tax amount to be as much as the taxpayer's expected/probable total gross income in the very business year with the same year's expected/probable

gross loss deducted.

Under current Corporate Tax Act, what gross income means is the income generated by the transactions that increase the concerning companies' net income. Corporate tax is a derivative form of income tax and is posed to the taxpayer based on their net income according to the 'principle of taxation on net income', which is the reason the calculation, gross loss deducted from the gross income, is needed. Article 15 of the Corporate Tax Act provides detailed explanation about the range of gross income and Article 11 of Enforcement Decree of the Corporate Tax Act stipulates the official meaning of profits. Neither Corporate Tax Act nor the Enforcement Decree defines one's acquisition cost of the undervalued stocks from the debt-to-equity swap to be gross income, and thus such interpretation is also impossible.

우리나라의 MDP 도입방안에 관한 연구* **

이 전 오***

I. 서론	4. 독일
II. MDP 일반론	5. 호주
1. MDP의 개념	IV. 우리나라의 MDP 도입방안
2. MDP의 장단점	1. 개설
III. 주요 외국의 MDP 동향	2. MDP의 도입 여부에 대한 검토
1. 미국	3. 변호사와 비변호사 간의 구체적인 동업방안
2. 일본	V. 결론
3. 영국	

I. 서론

우리나라에서는 변호사와 변호사 아닌 사람이 동업하거나 보수를 분배하는 것은 엄격히 금지된다.(변호사법 제34조) 이를 위반한 경우에는 형사처벌의 대상이 되며(변호사법 제109조 제2호), 이를 위반한 사법상 약정은 무효이다. 여기서 ‘변호사가 아닌 자’에는 변호사 아닌 다른 직역의 전문가 예컨대 법무사, 변리사, 세무사, 관세사, 공인노무사, 공인회계사 등이 포함된다.

그런데 영국, 호주, 독일, 캐나다 등에서는 변호사와 변호사 아닌 자격사와의 동업을 허용하고 있다. 이와 같이, 변호사와 변호사 아닌 자격사 사이의 동업을 MDP(Multi-Disciplinary Practice)라고 부른다. 그 중에서 특히, 변호사와 변호사 이외의 법률 관련 인접 직종 자격사와의 동업을 LDP(Legal Disciplinary Practices)라고 부르기도 한다.

변호사와 변호사 아닌 자격사와의 동업 문제는 법률서비스와 비법률서비스를 하나의 장소에서 일괄적·종합적으로 제공하여 의뢰인의 수요를 충족시키는 원스톱 서비스의 측면에서 논의되고 있다. 다른 한편으로는 법률서비스 시장에 대한 진입

* 이 논문은 성균관대학교 2012년 연구년 과제로 작성된 것이다.

** 이 논문은 이전오, 「변호사와 비변호사의 협업방안 연구」, 법무부, 2012. 8. 보고서의 내용을 수정·보완한 것이다.

*** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

장벽을 제거함으로써 경쟁의 방해요소를 제거한다는 시장경제적 고려도 있다. 그러나 변호사는 고도의 공익성을 지닌 업무를 수행하므로 그 업무의 독립성이 보장되어야 하고, 변호사의 충실의무, 이해충돌방지의무, 비밀유지의무와 윤리의무 등이 준수될 것이 요구된다. 따라서 고객을 위한 효율적인 법률서비스의 제공과 법률시스템에 대한 보다 쉬운 접근을 지향하는 한편, 변호사 업무의 특수성 등 변호사 직역의 핵심가치를 유지하여야 할 안전장치의 확보라는 균형의 모색이 당면과제로 제기된다.

2012년부터 로스쿨 졸업생들이 변호사 시장에 진출함으로써 변호사 수는 앞으로 더욱 가파르게 증가할 것이다. 그러나, 종래 변호사들의 주된 업무였던 송무업무 영역은 이미 포화상태이므로 앞으로 변호사들은 종래 법률유사직종이 서비스를 제공하던 영역으로 진출하는 것을 고려하지 않을 수 없을 것이다. 그렇게 되면 변호사 직역과 다른 직역 간의 충돌이 예상되는데 MDP는 이에 대한 하나의 해결책이 될 수 있을 것이다.

또한, 법률시장이 개방되고 국제 법률업무가 증가함에 따라서 법률시장의 고객 범위가 개인으로부터 국제적 기업에 이르기까지 다양해지는 상황 아래에서, 적극적으로 MDP를 허용하고 있는 외국의 법률서비스 시장의 상황을 주목하지 않을 수 없게 되었다. 이에 따라, 변호사와 비변호사 간의 동업문제에 대하여 종래처럼 마냥 부정적으로 볼 수만은 없는 상황이 닥쳐왔다. 현실적으로도 국내 일부 로펌에서는 변리사, 회계사들과 협업하는 형태로 일을 하고 있고, 다른 일부 로펌에서는 직접 세무법인이나 특허법인을 설립하여 운용하는 경우도 있으며 내부에 팀을 운영하는 경우도 있어, 사실상으로는 변호사와 비변호사 전문가 간의 동업내지 협업이 행하여지고 있는 실정이다. 이른바 사실상의 MDP¹⁾라고 부를 수 있겠다.

위에서 말한 모든 사정들을 감안한다면, 우리도 변호사와 비변호사 간의 동업문제 즉 MDP에 대하여 하루빨리 연구하고 준비하여야할 시점이라 하겠다. 본 논문은 이와 같은 인식 아래, 우리나라에 MDP를 도입한다면 어떤 방향으로 할 것인지를 모색한 글이다. 시사점을 얻기 위하여 주요 외국의 MDP 제도에 관하여도 간략하게 소개하였다.

1) 법령상의 근거 없이 또는 법령상 허용되지 않음에도 불구하고 변호사와 비변호사가 협업내지 동업하는 현상을 가리키는 의미로 사용하고자 한다.

II. MDP 일반론

1. MDP의 개념

MDP(Multidisciplinary Practice)는 변호사와 변호사 아닌 다른 직역의 전문가가 동업(협업)하는 것 또는 그런 동업 조직체를 가리킨다.²⁾ 각 나라마다 법조직역의 체계나 변호사 제도가 다르기 때문에 MDP 논의의 의미나 중점 또한 나라에 따라 달라질 수 있다. 가령, 변호사가 법률업무를 일반적·포괄적으로 모두 취급하는 미국의 경우에는 변호사 이외의 다른 관련 법률전문가를 상정하기 어렵기 때문에, MDP 논의의 중심은 변호사와 공인회계사 간의 동업을 허용할 것인가에 있다. 그러나, 변호사가 단일 종류가 아니고 아울러 유사 법률전문가가 다양하게 존재하는 영국과 같은 경우에는, 우선은 직역을 달리 하는 변호사나 인접 전문가들 간의 동업을 허용할 것인가가 문제되고, 나아가 변호사와 법률 이외의 업무를 수행하는 다른 전문가(예컨대, 공인회계사·금융전문가·인사전문가·재정전문가 등) 간의 동업을 허용할 것인가가 추가적으로 문제된다.

우리나라에는 세계에서 유례를 보기 드물게 변호사 이외에 다종다양한 법률 관련 직종이 존재하고 있다. 따라서, 우리나라에서의 MDP 논의는 무엇보다도 변호사와 이들 인접 법률직종 간의 동업문제에 우선 초점이 맞추어져야 할 것이고, 이어서 변호사와 법률 이외의 다른 전문가 간의 동업문제가 추가적으로 논의되어야 할 것이다.³⁾

2. MDP의 장단점

MDP를 허용하는 경우의 장점과 단점을 간략히 살펴보면 다음과 같다.

가. MDP의 장점

1) one-stop service의 제공

MDP의 가장 큰 장점은 고객의 one-stop shopping이 가능해 진다는 점이다. 즉, 종전에는 가령 의뢰인이 법률문제와 세무문제가 같이 들어 있는 사안을 해결하려면 법률문제는 변호사 사무실에, 세무문제는 세무사 사무실에 맡겨서 해결하여야

2) George C. Nonna, "Towards a Reformed Conception of Multidisciplinary Practice", 56 Clev. St. L. Rev. 533, 534(2008).

3) 이전오, "영국과 미국의 MDP 동향", 인권과정의 2010. 12.(412호), 대한변호사협회, 8-9쪽.

하였다. 그러나, 변호사와 세무사가 동업체를 이룬 MDP 제도 하에서는 의뢰인이 MDP 한 곳에 사건을 맡기면 모든 문제를 처리할 수 있게 된다. MDP 논의가 시작된 계기가 바로 이와 같이, 법률서비스와 그 밖의 다른 서비스를 동시에 제공받기를 원하는 시장의 수요 때문인 점을 생각하면 one-stop service는 MDP의 가장 큰 장점이라 하겠다.

2) 서비스의 질 향상

경제거래가 날로 복잡해지고 그 내용이 다양해짐에 따라서, 요사이는 한 분야의 단순한 전문 지식만으로는 제대로 된 컨설팅이나 분쟁해결을 할 수 없는 사건이 점점 많아지고 있다. 예컨대, 주택의 재건축·재개발을 둘러싼 문제를 제대로 해결하기 위하여서는 소송을 포함한 법률적 측면의 검토 이외에 세무신고를 포함한 조세문제에 대한 검토가 필요하고, 나아가 집단적인 등기업무를 효율적으로 처리하는 것이 필요한 것과 같다. 이 경우에 MDP가 허용되지 않으면, 고객으로서는 법률·세무·등기 등 각각의 분야에 대하여 변호사·세무사·법무사 등에게 사건을 의뢰할 수밖에 없고 그것이 지금의 현실이다.

한편, 사건을 의뢰받은 각 영역의 전문가는 자기 전문 영역에서는 사안을 깊이 검토하여 적별한 서비스를 제공 할 수 있겠지만, 문제의 다른 측면을 제대로 보지 못한다면 의뢰인에게 최선의 서비스를 제공하기 어렵다. 이 경우에 MDP가 허용된다면, 변호사와 다른 영역의 전문가가 사건의 수임단계에서부터 의뢰인을 공동으로 만나 같이 설명을 들을 수 있고, 그 후에 다양한 전문가들이 모여서 여러 측면을 모두 검토한 후에 종합적인 서비스를 제공할 수 있기 때문에 서비스의 질이 종전에 비하여 훨씬 높아질 것이다. 아울러 의뢰인이 각각의 전문가별로 사안을 의뢰할 때에 비하여, 사건을 한 곳에 맡김으로써 고객이 지불하는 수임료도 전체적으로 낮아질 것이라고 예측된다.

3) 경쟁 촉진

MDP를 허용함으로써 다른 직종의 전문가들이 공동으로 파트너가 되는 것을 가능하게 하고, 나아가 외부소유자가 MDP에 자본을 투자하는 것을 허용하게 되면 잠재적인 신규진입자가 법률시장에 훨씬 쉽게 진입할 수 있을 것이다. 그 결과로, 공급이 증대되는 만큼 보다 좋은 서비스를 제공하기 위한 경쟁이 치열해질 것이다. 경쟁의 촉진은 서비스 질의 향상과 수임료 인하를 가져올 뿐 아니라, 오늘날

국경을 넘어선 거래가 증가하고 있고 그에 대하여 종합적이고 깊이 있는 서비스의 필요성이 점증하는 현실에 비추어 볼 때에 국제경쟁력을 확보하는 데에도 도움이 될 것이다.

4) 사실상 MDP의 제도화

우리나라의 경우, 대형 법무법인이나 회계법인을 중심으로 하여 변호사와 법무사, 관세사, 세무사 또는 공인회계사 간의 협업이 이루어지고 있는 실정이나 이에 대한 규율이나 통제가 제대로 이루어지지 않고 있다. 그럴 바에야 MDP를 정식으로 도입하여 제도화시키는 것이 나올 것이다.

나. MDP의 단점

1) 공익성 훼손 우려

우리나라 변호사법 제2조⁴⁾에 나타난 바와 같이 변호사는 전통적으로 공공성을 지닌 전문직종이다. 그런데 변호사와 다른 전문직 간의 동업을 허용하게 되면 변호사의 이러한 공익성이 훼손될 우려가 있다. 즉, MDP를 통하여 변호사와 비변호사 전문직종 간의 동업을 허용하게 되면 아무래도 고객의 요구를 충족하기 위한 비즈니스적인 측면에 중점을 둘 가능성이 많아지기 때문에 변호사직역의 고유한 가치인 공익성의 정도가 낮아질 우려가 있다.

2) 독립성 훼손 우려

변호사는 고도의 직업윤리를 필요로 하는 직종으로서 그와 같은 본질을 지키기 위하여서는 고도의 직업윤리에 따라서 사건을 독립적으로 수임·판단·수행할 것이 요구된다. 그러나, MDP 제도 아래에서는 변호사가 타 영역의 파트너 및 외부소유자의 영향을 받아 독립적인 판단을 하지 못할 우려가 있다.

3) 비밀유지의무 훼손 우려

대부분의 국가에서는 변호사가 자기 의뢰인의 비밀이나 정보를 공개하는 것을 금지하고 있다. 예컨대, 우리나라 변호사법 제26조⁵⁾ 및 미국변호사협회 윤리장전

4) 변호사법 제2조(변호사의 지위) 변호사는 공공성을 지닌 법률 전문직으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 수행한다.

5) 변호사법 제26조(비밀유지의무 등) 변호사 또는 변호사이었던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누

1.6(ABA Model Rule 1.6)과 같다. 비밀유지의무를 실현하기 위하여 미국에서는 변호사-의뢰인 간 특권(Attorney-Client Privilege)을 인정하고 있고, 영국에서도 변호사와 고객 간의 비밀유지 특권(legal professional privilege)을 인정하고 있다. 이런 법적 장치를 통하여 의뢰인은 변호사에게 숨김없이 진실을 말할 수 있고, 변호사는 이를 토대로 하여 의뢰인의 최선의 이익을 도모하기 위하여 노력하게 되는 것이다.

그런데 MDP가 허용되면 각 전문가들이 서로 간의 고객을 공유하게 될 것이므로, 변호사가 의뢰인으로부터 얻은 정보나 비밀이 내부적으로 공동으로 활용되는 과정에서 자연스레 공개되거나 나아가 외부로 유출될 우려가 있다. 또한, 직종의 특성상의 차이로 인하여 비밀유지가 준수되지 않을 수도 있다. 가령 변호사와 회계사 간의 MDP를 허용하는 경우에, MDP가 법률 서비스 및 감사 서비스를 통합적으로 제공하기 위하여 특정 회사를 수임하였다고 가정하자. 변호사는 업무를 처리하는 과정에서 그 업체의 불법사실을 발견하더라도 고객의 비밀을 철저히 유지할 의무가 있다. 그러나, 회계사는 업무의 속성상 재무제표에 의하여 의사결정을 하는 투자자 등 외부인에게 정확한 정보를 제공할 의무가 있기 때문에, 감사 대상 회사의 비밀에 속하는 사실이라 할지라도 불법사실이 발견되면 재무제표를 통하여 그것을 정확하게 외부에 알려야 하는 의무가 있다.

이와 같이, 다양한 서비스를 동시에 제공하려고 하는 과정에서 변호사의 고객 비밀 유지의무가 훼손될 우려가 있다.

4) 이해충돌 방지의무 훼손 우려

변호사는 의뢰인과 이해관계가 충돌되는 사건을 수임하여서는 아니 되고, 업무 수행 과정에서도 의뢰인과 이해충돌이 발생하지 않도록 하여야 한다. 이러한 이해충돌 방지의무는, 이해관계가 대립하는 당사자 일방의 법적 이익을 최대한 옹호하여야 하는 변호사의 의뢰인에 대한 충실의무와 그 업무수행상의 공정성을 확보하기 위한 변호사의 핵심적 공익상 의무이다.⁶⁾ 우리나라 변호사법 제31조와 변호사윤리장전 제17조와 제18조에서 이러한 변호사의 이해충돌방지를 기본적인 이념으로 하여 변호사의 수임제한과 관련된 사항을 규정하고 있다.

이해충돌방지의무는 변호사뿐만 아니라 다른 전문가 직역에서도 요구하는 경우가 있지만, 변호사 직역은 상세하고 엄격한 이해충돌 방지 원칙을 가지고 있다. 그

설하여서는 아니 된다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

6) 대한변협 정책조정실, “이종(異種) 자격사 간 동업 제도의 도입에 관한 소고”, 대한변협신문 2010. 1. 4. 자.

런데, 변호사 아닌 전문가가 MDP를 구성하여 변호사와 동업하게 되면 아무래도 변호사의 이해충돌방지원칙이 손상될 우려가 있다.

III. 주요 외국의 MDP 동향

1. 미국⁷⁾

미국 변호사 협회 윤리장전(ABA Model Rules Of Professional Conduct)은 변호사가 변호사 아닌 자와 파트너십을 구성하는 것을 금지하고 있고, 변호사가 변호사 아닌 자와 보수를 분배하는 것 역시 금지하고 있다.⁸⁾ 그러나, 현실 세계에서는 1990년대 들어서 대형 회계법인들이 변호사를 대거 채용하여 고객에게 회계서비스 이외에 법률서비스를 같이 제공하는 현상이 나타났다. 요컨대, 사실상의 MDP가 나타난 것이다.

이와 같은 현상에 부단친 미국변호사협회는 MDP 문제를 연구하기 위한 위원회(ABA Commission on Multidisciplinary Practice)를 1998년에 조직하였다. MDP 위원회는 1년 이상에 걸쳐서 다방면에 걸쳐 깊은 연구를 거쳐, 1999년 6월에 보고서⁹⁾를 제출하였는데, 핵심적인 결론은 MDP를 도입할 필요가 있고 변호사협회 윤리장전 5.4를 개정하여야 한다는 것이었다. 그러나 미국 변호사협회 대의원회(American Bar Association's House of Delegates)는 1999. 8. 10. 열린 회의에서, 추가적인 검토가 더 필요하다는 이유로 위 보고서의 결론을 채택하지 않았다. 이에 따라 MDP 위원회는 추가 검토를 거쳐서 1999년 6월의 보고서를 보완하여 2000년 5월에 새로운 보고서¹⁰⁾를 제출하였다. 그 요지는, 변호사가 비변호사와 보수를 나누어 가지거나 비변호사와 결합하여 법률서비스와 비법률서비스를 같이 제공하려면, 변호사의 독립성이 확보될 수 있도록 변호사가 MDP의 통제권을 가져야 한다는 것이었다. MDP 위원회의 수정제안이 있는 뒤에, 일리노이 주, 뉴저지 주, 뉴욕 주, 플로

7) Sydney M. Cone, "American lawyers fight over MDP rules", Euro. Law. 2000, pp.51-52와 Paul D. Paton, Symposium: "The Economic Downturn and the Legal Profession: Multidisciplinary Practice Redux: Globalization, Core Values, and Reviving the MDP Debate in America", 78 Fordham L. Rev. 2193, April 2010, pp.2193-2210을 참조하여 작성한 것임.

8) ABA Model Rules of Professional Conduct Rule 5.4 Professional Independence Of A Lawyer.

9) American Bar Association Commission on Multidisciplinary Practice Report to the House of Delegates.

10) Commission On Multidisciplinary Practice, Report To The House Of Delegates.

(<http://www.abanet.org/cpr/mdp/mdpfinalrep2000.html>).

리다 주 등은 비변호사와 보수를 분배하는 것이나 비변호사가 지분을 소유하거나 또는 변호사 업무를 통제하는 것은 법조 직역의 핵심가치에 어긋나며, 따라서 변호사와 비변호사 간의 보수 분배를 금지하고, 비변호사의 직간접적인 소유권 또는 업무 통제권을 금지하는 법률은 개정되어서는 아니 된다고 주장하면서 미국변호사 협회는 MDP 제안을 거부하고 MDP 위원회를 해산하여야 한다고 건의하였다.

그런 상태에서, 미국 변호사협회 대의원회는 2000년 7월에 MDP 위원회의 2000년 5월 제안을 다시 거부하면서 MDP 위원회 자체를 해산시켰다. 이로써 미국에서의 MDP 논의는 끝이 나고 잠재된 문제들은 수면 아래로 가라앉게 되었다.

그러나, 영국에서 2007년에 법률 서비스법(The Legal Services Act 2007)이 통과되어 MDP가 허용되게 되자 미국은 충격을 받았고, 2008년과 2009년에 걸친 금융 위기를 겪으면서 MDP 문제를 다시 검토하게 되었다. 즉, 2009년 8월에 미국 변호사 협회장 Carolyn Lamm은 변호사 직역 전체의 장래를 논의하기 위한 20/20 윤리 위원회(the ABA Commission on Ethics 20/20)를 만들었고, 윤리위원회는 2009. 11. 19. 전제 쟁점 개요서(Preliminary Issues Outline)를 발표하였다. 여기에서, MDP 문제에 어떻게 대처할 것인지, 특히 범세계적인 법률 서비스 시장에서 MDP를 허용하는 경우의 대처방안을 법조직역의 장래의 기본적인 쟁점의 하나로 들고 있다.

이에 따른 연구결과인 2011. 12. 2.자 보고서¹¹⁾는 법률서비스와 비법률서비스를 같이 제공하는 로펌은 허용하지 않고, 몇 가지 매우 엄격한 제한 아래 변호사가 비변호사와 함께 법률 업무를 수행하는 형태의 동업체를 할 수 있도록 ABA 변호사 윤리장전 5.4의 수정을 제안하고 있다.

2. 일본¹²⁾

일본에서는 변호사와 비변호사 사이의 협업 문제가 일본 변호사법 제72조(변호사의 법률사무 독점)¹³⁾ 문제의 일환으로 논의되었다. 일본 정부는 변호사가 법무사, 세무사, 변리사 등의 인접 업종과 협력하여 업무를 수행하는 ‘종합적 법률·경

11) ‘Discussion Paper on Alternative Law Practice Structures’.

12) 큐슈대학교에서 연수한 최재아 검사가 법무부에 제출한 내부 보고서에서 많은 도움을 받았다.

13) 일본 변호사법 제72조(비변호사의 법률 사무의 취급 등의 금지)

변호사 또는 변호사 법인이 아닌 자는 보수를 얻을 목적으로 소송 사건, 비송사건 및 심사 청구, 이의 신청, 재심사 청구 등 행정청에 대한 불복 신청 사건 기타 일반의 법률 사건에 관하여 감정, 대리 중재 또는 화해 기타 법률 사무를 취급하거나 이를 주선하는 것을 업으로 할 수 없다. 그러나 이 법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

제 관계 사무소'가 일본 변호사법 제72조 단서가 개정되기 전부터 변호사법상 허용되는 것으로 보고 있었다. 그런 까닭인지, 사법제도개혁 추진과정에서 일본 변호사법 제72조 단서가 개정된 후에도 그에 따라 변호사와 비변호사간 협업을 허용하는 내용의 새로운 법률이 제정되지는 않았다.

그런데, 허용되는 협업형태나 관리·감독시스템에 관한 세부적인 법률이나 행정규칙은 없고, 변호사회에서 제정한 변호사직무기본규정 제12조에서 '변호사는 그 직무에 관한 보수를 변호사 또는 변호사 법인이 아닌 자와의 사이에 분배해서는 아니된다. 단, 법령 또는 본회 내지 소속 변호사회에서 정하는 회칙에 별도의 정함이 있는 경우 그 밖에 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다'라고 정하고 있다.

일본 변호사법 제72조의 해석상으로, 경비를 공동으로 하는 협업사무소만 허용될 뿐이고 소득을 공동으로 하는 협업사무소는 허용되지 않는다는 것이 일본 정부의 견해일 뿐 아니라 일반적인 해석이다.

일본에서는 이른바 '빅5' 거대 회계사무소가 산하에 법률사무소를 두는 형식의 사실상의 협업이 이루어지기도 하고, '종합적 법률·경제관계사무소'를 표방하고 변호사, 세무사, 회계사 등이 함께 모여 하나의 사무소를 운영하는 형식의 협업이 이루어지기도 한다.

협업에 관한 국가 차원의 법령상 규제는 없다. 다만, 도쿄 변호사회 업무개혁위원회에서는 '2006. 인접 자격자들과의 공동 사무소 경영에 관한 지침'을 작성했다. 이에 따르면, 변호사는 행정기관과 독립된 지위에서 이를 감독하는 기능을 하므로 행정기관의 감독을 받는 인접 자격자들과는 본질적으로 다르고, 따라서 변호사의 독립성 및 변호사 윤리에는 특수성이 있기 때문에 이를 지키기 위하여 종합적 법률·경제 관계 사무소는 당분간 변호사가 경영하는 것을 원칙으로 하여야 한다고 규정한다.

현재 일본에서는 소득공동형 사무소의 인정 여부가 입법론적으로 논의되고 있다.¹⁴⁾ 일본변호사회는 경영상의 효율성과 일관성 측면에서는 소득공동형 사무소가 인정될 필요가 있지만, 변호사 자격을 이용한 다양한 불법행위를 어떻게 차단할 수 있을지에 대한 대비가 필요하다는 의견이다. 특히 변호사법상 변호사의 의무이자 권리인 '기본적 인권의 옹호와 사회 정의의 실현'이 보장될 수 있는 제도적 장치가 구축되어야만 소득공동형 사무소가 가능하다는 입장이다.

일본 변호사회는 인접법률직종의 경우 행정기관의 보조 직업적인 성격이 강하므로 사회정의 실현과 인권옹호를 사명으로 하는 변호사와는 근본적으로 다르다는

14) 김용섭, "독일과 일본에서의 MDP 논의", 인권과정의, 2010. 12., 대한변호사협회, 41쪽.

전제 하에 공동사무소 문제에 관하여 접근한다. 그리고, 소득공동형 사무소를 인정할 경우에도 업종별로 특정 분야에 한정하여 인정하는 방법 등이 검토되고 있다.

3. 영국¹⁵⁾

영국에서의 MDP 논의는 미국과 출발점 및 성격이 다르다. 미국의 경우는 변호사협회를 중심으로 하여 MDP 논의가 전개되었지만, 영국의 경우에는 정부 그 중에서도 특히 공정거래위원회(the Office of Fair Trading)를 중심으로 하여 MDP 문제가 본격적으로 논의된 것이 특징적이다.

구체적으로 보면, 공정거래위원회는 2001년 3월에 발표한 보고서에서, 변호사협회가 1년 내에 MDP에 대한 장애요소 예컨대, 변호사와 비변호사 간의 보수분배 금지 조항을 철폐하지 않으면 벌금을 부과하겠다고 공표하였다. 그럼에도 불구하고, 변호사협회의 자체적인 노력이 가지적인 결과를 낳지 못하자, Falconer 국무성장관은 David Clementi 경에게 영국 법조지역의 감독체계에 관한 연구를 맡기면서 최종보고서를 2004. 12. 31.까지 제출할 것을 요구하였다.

Clementi 경은 2004. 12. 15. 최종보고서인 「Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales」(약칭 Clementi Report)를 발표하였다. 위 보고서는 영국 법조지역의 개혁에 관한 여러 가지 제안들을 담고 있는데, 그 중에서 제6장인 ABS(Alternative Business Structures)에서 MDP 문제를 다루고 있다.

영국에는 변호사가 단일 직종이 아니라, 사무변호사(solicitor)와 법정변호사(barrister)로 구분되어 있고 그 밖에 여러 가지 법률 관련 전문가가 존재하고 있는데, Clementi 보고서에서는 사무변호사와 법정변호사 간 또는 변호사와 인접 법률 전문가 간의 동업형태인 LDP(Legal Disciplinary Practice)와 변호사와 법률 이외의 다른 전문가격자 간의 동업형태인 MDP(Multidisciplinary Practice)를 구분하여 논하면서, 우선 LDP를 채택하여 시행하고 MDP는 추후에 안전장치가 확실하게 갖추어졌을 때에 실시할 것을 제안하였다.

Clementi 보고서를 기초로 하여 영국 법조지역의 개혁을 위한 법률인 법률서비스법(The Legal Services Act 2007)의 입법이 추진되었다. 위 법안에 대하여 영국 법조지역에 대한 감독체계를 어떻게 개선할 것인지에 대하여 하원과 상원에서 치

15) Paul D. Paton, symposium: The Economic Downturn and the Legal Profession: Multidisciplinary Practice Redux: Globalization, Core Values, and Reviving the MDP Debate in America, 2010, pp.2232-2240을 참조하여 작성한 것이다.

열한 논의를 거쳐 마침내 2007. 10. 30. 법률서비스법이 여왕의 재가를 얻어 2008. 3. 7.부터 시행되었다.

법률서비스법에서는 Clementi 보고서처럼 LDP와 MDP라는 2단계 접근방식을 취하지 아니하고, ABS라는 용어를 쓰면서 LDP는 물론이고 MDP도 허용하였다. 법률서비스법은 LDP와 MDP를 구별하지 않고 ABS라는 개념을 사용하면서 변호사와 법률 영역 외의 다른 영역 전문가의 동업을 허용하고, 일정 요건 하에 변호사 자격이 없는 사람 또는 단체의 변호사 조직체 소유도 인정한다. ABS는 외부 자본의 투자를 받을 수 있고, 주식시장에 상장도 가능하다.

위와 같이 영국은 MDP에 관하여 매우 적극적인 태도를 취하고 있다. 이 점과 관련하여, 앞으로 영국에서 ABS가 어떻게 운영되어 가는지, 걱정하던 변호사의 독립성·공익성 훼손 방지, 이해충돌방지 등이 제대로 확보되는지 등을 신중히 살펴볼 필요가 있다고 여겨진다.

4. 독일¹⁶⁾

독일은 변호사(Rechtsanwalt)와 비변호사(Nichtsrechtsanwalt) 간의 협업(berufliche Zusammenarbeit)은 허용하고 있으나, 비변호사 중 변리사(Parentanwalt), 세무사(Steueranwalt), 회계사(Wirtschaftsprüfer)와 같이 일정한 직업군과의 협업만을 인정하는 체도를 채택하고 있다.

독일은 ‘변호사법’(Bundesrechtsanwaltsordnung, BRAO) 제59조a 제1항 제1문에서 ‘변호사는 변리사, 세무사, 회계사와 하나의 공동법률사무소를 개설할 수 있다’고 규정하고 있다. 위 조항은 1994. 9. 2. ‘변호사와 변리사의 직업법의 새로운 규정을 위한 법률’(Gesetz über die Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwalt, RPNuOG)을 통하여 변호사법으로 편입되었다. 그러나, 위 규정은 확인적 성격을 가지는 것에 불과하고, 실무와 학계¹⁷⁾에서는 변호사와 비변호사 간의 협업은 법규 편입 이전부터 독일 기본법(Grundgesetz) 제12조 제1항의 ‘직업의 자유’의 한 내용으로 해석하고 있다.

독일 변호사법 제59조a 제1항 제1문에서는 변호사가 협업을 할 수 있는 직업군을 다른 변호사(변호사회의 회원) 및 변리사(변리사회의 회원), 세무사, 회계사로 제한하고 있다. 변호사와 유사인접 직업의 자격사 간에 제공가능서비스의 범위에

16) 베를린 훔볼트 대학에서 연수한 김은미 검사가 법무부에 제출한 내부보고서에서 크게 도움을 받았다.

17) Henssler/Pritting, Bundesrrchtsanwaltsordnung, 3. Aufag 627쪽 참조.

대하여도 각각의 직업법에서 규정하고 있는 고유 업무의 범위 안에서만 협업¹⁸⁾이 가능한 것으로 규정하고 있다.

변호사와 비변호사 간의 협업의 형태에 대하여 독일변호사법 제59조a항에서는 공동법률사무소(Sozietät)와 공용사무실(Bürogemeinschaft)을, 제59조의 c항에서는 변호사 유한회사(Rechtanwalts-GmbH)를 인정하고 있으며, 판례는 변호사 주식회사(Rechtanwalts-AG)의 형태까지도 허용¹⁹⁾하되, 이러한 협력의 형태에 따라 규제와 책임의 정도를 달리 하고 있다.

독일에서는 현재, 독일변호사법 제59조a에서 인정하고 있는 변리사, 회계사, 세무사 이외에 다른 자유 직업군, 특히 의사, 건축사 등과의 협업을 인정할 것인지가 문제이다.²⁰⁾ 변호사와 의사, 건축사 등과의 협업의 허용을 주장하는 견해는 무엇보다 책임배상소송 등에 있어서 의사, 건축사 등의 전문가의 지식이 재판에서 감정자료 등을 활용함에 있어 탁월한 효과가 있어 결국 이러한 장점이 의뢰인의 이익으로 귀결될 것이라고 주장한다.²¹⁾

아울러, 제3자의 자본참가 형태의 협업을 허용할 것인지가 문제되고 있다. 독일 변호사법 제59조e 제3항은 제3자가 법률회사에 순수하게 자본만을 참가하거나 수익을 분배받는 형태의 협업을 금지하고 있다. 일부 견해는 현재 독일 변호사 수익 증가 및 해외 대형 로펌의 독일 진출로 인하여 어려움을 겪고 있는 독일 변호사 업계의 현실을 타파하기 위해 제3자의 자본참가 형태의 협업을 인정할 것을 주장하고 있다. 그러나, 제3자의 자본참가형태의 협업은 변호사 업무의 독립성과 공익적 성격에 비추어 변호사의 업무 수행에 있어 자본가의 영향력이 개입되는 것을 우려하는 견해가 일반적인 것으로 보인다.²²⁾

18) 독일 변호사법 제59조a 1항, 회계사법 44조b 1항 등.

19) BGH NJW 2005, 1568.

20) 실제 독일에서는 변호사협회가 주축이 되어 2007년 의사, 건축사 등과 변호사의 협업을 인정하는 변호사법개정법안을 제출하였으나 의회에서 통과되지 못하였다. *AnwaltBl* 10/2007, 682-699 참조.

21) 2009년 Soldan Institut(법조인을 상대로 한 컨설팅회사)에서 변호사들을 상대로 실시한 설문조사에서 변호사의 41% 정도가 현행 변호사법 59조a항의 적용범위를 의사, 건축사 등의 자유직업인에게까지 확장하는 방향에 찬성하는 것으로 확인되었다. 또한 위 조사에서 변호사들은 협업이 희망하는 다른 자유직업군으로 변호사법에서 인정하고 있는 변리사 등보다 건축사, 기업상담가를 선호하는 것으로도 확인되었다.

22) Henssler, in Henssler/Prütting, *Bundesrechts-anwaltsordnung*, 3. Auflage, 704쪽 참조.

5. 호주²³⁾

호주의 경우, 1994년 뉴사우스웨일즈(New South Wales)주에서 호주 최초로 MDP(Multi-disciplinary partnerships) 제도를 도입하였다. 2000년 호주 변호사협회(Law Council of Australia)는 MDP 관련 정책제안서를 채택, 변호사의 영업형태를 규제하는 법령 개정 및 MDP 도입을 강력하게 주장하였다.

2004년 이후 뉴사우스웨일즈주 외에 나머지 5개 주(Victoria, Queensland, South Australia, Western Australia, Tasmania) 및 2개 자치령(Australian Capital Territory, Northern Territory)에서도 순차적으로 변호사법을 개정하여 MDP를 도입하였다.

호주의 MDP 현황을 보면 가령 퀸즈랜드주에서 활동 중인 MDP 개수는 2011. 7. 1. 기준 6개로 전체 로펌 1,540개 중 약 0.4%이다. MDP에 소속된 변호사 숫자는 2010. 7. 1. 기준 171명으로 전체 로펌 소속 변호사 6,296명 중 약 2.7%에 불과하여 퀸즈랜드주 전체 변호사업계에서 차지하는 비중이 아직은 미미한 수준에 그치고 있다.

위와 같이 MDP가 활성화되지 못하고 있는 것은 원스톱서비스 수요에 대한 불확실성이 크고, 고도의 공익성이 요구되는 변호사의 엄격한 직업윤리와 이윤추구를 중시하는 타직역 전문가들의 직업윤리가 서로 조화되기 어렵기 때문인 것으로 분석된다.

퀸즈랜드주는 2007년 MDP를 도입하면서 변호사법에 극히 기본적이고 선언적인 규정만을 두고 있고 협업금지 직업군의 범위, MDP에서 특히 문제될 소지가 있는 변호사의 책임과 의무 등에 관하여는 시행령이나 변호사협회규칙에서 자세한 사항을 정하도록 위임하고 있으나 현재까지 관련 하위규정이 미비되어 있는 실정이다.

이는 현재까지 MDP와 관련하여 변호사의 공익성이나 독립성, 이해충돌방지의무, 비밀유지의무 등이 특별히 문제된 사건이나 판례가 없어서 관련 규정을 마련할 필요성이 없었기 때문인 것으로 추정된다.

퀸즈랜드주의 MDP는 2007년 제도 도입 이후 그 숫자가 차츰 증가하고 있는 추세이나 변호사업계 전체로 볼 때는 아직 그 비중이 미미한 상태이며, 앞으로 MDP가 변호사들의 보편화된 영업형태로 자리 잡게 되면 관련규정 및 판례에 의하여 세부적인 법리가 정립될 것으로 전망된다.

23) 호주에서 연수한 류국량 검사가 법무부에 제출한 내부 보고서에 기초하여 작성하였다.

IV. 우리나라의 MDP 도입방안

1. 개설

변호사와 비변호사 간의 협업(동업)을 허용할 것인지에 관하여, 각국은 자신이 처한 경제적·산업적 특성을 감안하고 동시에 법률서비스와 관련된 전통과 문화를 고려하여, 자기나라에 적합한 방안을 채택하고 있다.

미국은 D.C.처럼 예외적으로 협력을 허용하는 경우가 있으나 아직까지는 변호사와 비변호사 간의 동업을 불허하고 있다. 다만, Commission on Ethics 20/20의 논의 과정을 보면 MDP를 제한적으로 허용하는 쪽 즉 LDP 쪽으로 가지 않을까 예상된다.

일본의 경우, 경비를 공동으로 하는 협업사무소만 허용될 뿐이고 소득을 공동으로 하는 협업사무소는 허용되지 않는데, 신중하고 변화를 싫어하는 일본의 속성에 비추어 볼 때에 이런 경향은 당분간 그대로 유지될 것으로 보인다.

영국은 법률의 제정을 통하여 LDP뿐 아니라 MDP까지 법제화하여 이를 시행하고 있다는 점에서 변호사와 비변호사 간의 동업문제에 대하여 매우 적극적이다. 영국은 법률서비스 산업을 해외에 수출하려는 전략을 가지고 글로벌 로펌들을 양성하려고 하였던 국가라는 점에서, 법률서비스 경쟁력 강화라는 차원에서 MDP 문제에 접근하고 있다고 보인다. 영국의 경우 중위권 로펌과 기업 계열사들이 ABS를 신청하는 등 적극적인 태도를 보이고 있는데, 그 추이를 유심히 지켜볼 필요가 있다.

호주는 MDP에 참여할 수 있는 협업가능직역에 대하여는 법률상 특별한 제한을 두고 있지 아니하므로, 공인회계사, 건축사, 부동산업자, 보험설계사, 중재인, 이민 대리인 등 모두가 가능하다.

독일은 변호사와 비변호사 중 변리사, 세무사, 회계사와 같이 제한적인 일정한 직업군과의 협업을 인정하는 제도를 채택하고 있다. 그 밖에 다른 직업군 특히 의사나 건축사 등과의 동업을 인정할 것인지에 대하여 논란이 있으나 아직은 부정적이다. 이처럼 세계 각국은 MDP에 관하여 자신들이 처한 상황에서 각자에게 적합한 방향을 모색하고 있다. 이런 관점에서 우리는 어떻게 해야 할 것인지, 만약 MDP를 허용된다면 어떤 모습이 되어야 하는지에 대해서 아래에서 간략히 살펴보고자 한다.

2. MDP의 도입 여부에 대한 검토

가. 제1안: MDP 불허(현행 변호사법 유지)

지금까지의 대한변호사협회와 서울지방변호사회는 기본적인 입장은 MDP 불허로 보인다. 반대하는 이유는, MDP는 효율적인 영리추구를 목적으로 하는 동업체를 전제로 하는 것인데, 이러한 동업은 이해상충방지의무나 비밀유지의무 등 변호사의 핵심적 윤리의무의 이행에 장애요소가 될 것이 명백하다고 보기 때문이다. 요컨대, 반대의 기본적인 논지는 동업을 허용할 경우 변호사의 윤리성과 고도의 공익성을 담보할 수 없다는 것이다.

그러나, MDP를 전면적으로 불허하는 견해는 법률수요자의 요구를 무시한 것이고, 현재의 법률시장 상황에 맞지 않다는 점에서 유지되기 어려울 것이다.

나. 제2안: 전면적 허용안

한국개발연구원(KDI) 보고서는 서비스산업 선진화를 위해 변호사, 법무사, 공인회계사 등 전문자격사 시장의 진입장벽을 대폭 낮추는 방안이 타당하다고 보아 시카고학파(Chicago School)처럼 전문자격증을 법률상의 진입장벽으로 보고, 경쟁을 격화시키면 서비스가 개선된다는 생각을 하고 있는 것으로 보인다.²⁴⁾ 이런 입장에 따르면, 변호사와 비변호사 간의 동업은 아무런 제한없이 전면적으로 즉시 허용하는 것이 바람직하다는 결론에 이르게 된다. 그리고 MDP를 가장 넓게 허용하는 경우 동업자인 비변호사에는 법무사, 세무사, 변리사, 공인중개사, 공인노무사, 공인회계사, 의사, 건축가, 금융전문가, 인사전문가 등 광범위한 전문가가 포함될 수 있을 것이다. 그러나 이런 입장은 변호사 제도의 특징인 윤리성과 공익성을 전혀 감안하지 않은 것이고, 변호사 제도가 붕괴될 경우 초래될 수 있는 사회적인 폐해를 제대로 고려하지 않고 있다는 점에서 찬성하기 어렵다.

다. 제3안: 제한적 내지 점진적 허용안

이 안은 변호사와 비변호사 간의 동업(협업)을 허용하되, 직업별로 차등을 두자는 입장이다. 구체적으로 말하자면, 변호사와 법무사, 세무사, 변리사, **공인노무사, 관세사 등간의** 동업은 즉시 허용하되, 변호사와 그 밖의 다른 전문가(공인회계사,

24) 고영선의, “전문자격사 규제개혁의 필요성과 방향”, KDI 2010. 4. 8. 보고서.

의사, 건축사, 금융전문가 등) 간의 동업은 허용하지 않거나 허용하더라도 충분한 준비를 거친 후에 점진적으로 허용하자는 견해이다.

우선, 의사, 건축사, 금융전문가, 인사전문가 등은 그 업무의 성격이 변호사와 판이하기 때문에, 변호사와의 동업을 허용한다면 변호사 직역의 공익성을 유지하기가 몹시 어렵다고 할 것이다. 따라서, 우리나라에서 MDP를 허용한다고 하더라도 도입 초기부터 변호사와 의사, 건축사, 금융전문가, 인사전문가 등과의 공업을 허용할 수는 없다고 본다.

문제는 공인회계사와의 동업을 허용하여 하나의 조직체가 법률서비스와 감사업무를 동시에 할 수 있게 할 것인가이다. 이것은 일단 감사업무와 자문업무의 동시제공을 금하는 Sarbanes-Oxley Act의 취지에 비추어 볼 때에 부정적으로 보아야 할 것이다. 또한, 고객 입장에서는 통합서비스를 원할 가능성이 크다고 예상되지만, 변호사와 공인회계사 간의 동업 문제는 먼저 업무의 속성에서 변호사는 회계사와 구별된다는 점을 생각하여야 한다. 즉, 변호사(법무법인)와 회계사(회계법인) 간의 동업이 이루어지게 되면, 어느 일방의 이해관계를 위하여 직무를 수행하는 변호사의 업무적인 속성과 감사업무의 경우 특정한 의뢰인으로부터 감사업무를 위탁받았다고 하더라도 이를 이용자 관점에서 독립적으로 재무제표와 감사보고서 등의 서류를 작성하여야 하고 이를 공개하여야 하는 의무를 부담하는 회계사의 업무 내지 이해관계를 어떻게 조절할 것인지에 대하여 보다 철저한 준비가 있어야 한다고 본다. 그렇다면 MDP 도입 초기에는 공인회계사도 동업 대상에서 일단 배제하여야 하지 않을까 생각한다. **다만, 공인회계사는 감사업무 이외에 컨설팅 업무도 담당하고 있고, 컨설팅 업무에 관하여는 사실상의 MDP가 행하여지고 있는 실정 등을 감안할 때에 장기적으로는 공인회계사와의 MDP도 적극적으로 검토하여야 할 것으로 생각한다.**

그에 비하여, 변호사와 법무사·세무사·변리사, **공인노무사, 관세사** 등 간의 동업은 조속한 시일 내에 적극적으로 허용하는 것이 바람직하다고 본다. 다만 이 경우에도 변호사제도의 공익성을 유지하기 위한 제도적 장치를 갖추어야 하는 것은 두 말할 것도 없다.

3. 변호사와 비변호사 간의 구체적인 동업방안

우리나라에서도 변호사와 비변호사 간의 동업을 제한적으로 허용하자는 입장에서더라도 구체적인 내용을 어떻게 설계하고 이를 어떻게 규율할 것인가에 관하여

는 검토하고 연구하여야 할 것들이 많이 있다.

아래에서는 그 중에서 주요 쟁점 몇 가지에 대하여 살펴보기로 한다.

가. 동업조직의 형태

1) 쟁점

변호사와 비변호사 간의 동업을 허용할 경우, 그 동업체의 구조를 어떻게 할 것이며 그 조직체 내의 지배구조를 어떻게 할 것인가가 문제이다. 이것은 MDP 논의에 있어 변호사와 고객의 입장, 변호업무의 공익성의 확보, 원스톱 서비스로 대변되는 시장의 효율성 등과 관련된 논의로서 중요성을 가진다.

2) MDP의 조직 형태

MDP 조직체의 형태와 관련하여서는 두 가지 견해가 있을 수 있다.

첫째, 법무법인에 한하여 MDP를 허용하자는 견해이다. 이 입장에서는 기존의 대형법무법인 등이 다른 직종의 전문가들을 구성원으로 포섭하여 MDP 조직체로 발전하는 경우가 많을 것으로 예상한다. 이 경우 기존의 법무법인은 변호사와 다양한 전문가들로 구성되어 MDP 업무를 하는 가칭 ‘중합법무법인’ 형태를 띠게 될 것이다. 이 견해에서는 MDP를 개인 법률사무소나 합동법률사무소에게 허용하는 것에 관하여는 회의적이다. 즉, 변호사와 변호사 아닌 자 간의 동업은 우리 사회가 경험하지 못한 형태의 실험으로서 만일 이러한 실험이 실패할 경우 그 폐해가 크고 다시 원상회복하기는 매우 어려울 것이기 때문에, 이런 점을 생각한다면 일단은 가장 안정적이고 정립된 형태인 기존의 법무법인에 대하여 MDP를 시행해본 이후에, 이를 합동법률사무소, 개인사무소 등으로 확장하는 것이 바람직하다는 것이다.

둘째, 대형 로펌은 지금도 사실상의 MDP를 행하고 있기 때문에 MDP가 법률상의 제도로 도입되는지 여부에 대하여 절박한 관심이 없고, 오히려 소규모 법무법인, 비인가합동 법률사무소, 개인법률사무소 등이 MDP에 대한 강한 희망을 가지고 있다는 현실²⁵⁾을 감안하면 MDP 조직체의 형태에 대하여 일체 제한을 둘 필요없이 허용하여야 한다는 견해가 있을 수 있다. 즉, 기존의 대형법무법인부터 개인법률사무소까지 원한다면 누구나 MDP 조직체를 결성하여 업무를 할 수 있게 하자는 입장이다.

MDP가 우리나라 법률시장에 미칠 영향이 아직 미지수이고, 변호사와 비변호사

25) “변호사들, 돈 되는 부동산시장 넘본다는데...”, 조선일보 2012. 2. 25. B3면.

간의 동업을 허용하는 것이 변호사 직의 독립성·공익성 등을 해치는 부정적인 결과를 가져와서는 안 될 것이므로 우선 법무법인에 한하여 변호사와비변호사 간의 협업을 허용하고 차차 확대하여 가는 것이 좋다고 생각한다.²⁶⁾

나. 비변호사의 지위

MDP에 있어 비변호사의 지위와 관련하여, 가령 종합법무법인의 경우에 비변호사를 구성원으로 할 것인가 여부에 대해서 다음과 같은 안들을 생각해 볼 수 있다.

① 파트너가 될 수 없도록 하는 안

변호사와 비변호사 간의 동업을 허용하면서도 비변호사는 파트너로서의 지위를 가지지 못하도록 함으로써 변호사 조직의 특성을 그대로 유지하도록 하는 방안이다.

② 지분제한을 두는 방안

비변호사도 파트너가 될 수 있도록 하지만 제한을 두는 방법이다. 즉, MDP 조직의 구성에 있어 변호사가 50% 또는 75% 이상의 지분을 가지게 함으로써 변호사가 MDP 조직의 지배권을 가지도록 하는 방안이다.

③ 경영조직 제한을 두는 방안

이사회와 같은 경영결정기구의 구성에서 변호사가 과반 이상을 점하도록 하는 방안이다. 배당과 관련하여서는 지분적인 이해를 따르되, 조직의 운용과 관련해서는 경영권을 변호사가 가지도록 하여 조직의 운용이 공익성을 따르도록 하는 방안이다.

④ 결어

변호업무의 공익성을 확보하기 위해서는 변호사 아닌 자가 로펌의 경영을 좌우하거나 변호사를 지휘·감독하는 경우를 제한하는 장치는 반드시 필요하다. 그렇다면, MDP 조직의 구성에 있어 변호사가 50% 이상의 지분을 가지게 하고, 경영결정기구의 구성에서 변호사가 과반 이상을 점하도록 하는 방안이 바람직하다고 본다.

26) 같은 취지로, 최승재, “한국형 MDP의 도입방향”, 인권과 정의, 2010. 12. 대한변호사협회, 60쪽.

다. 조직변경

MDP를 위한 종합법무법인 형태를 허용하면 기존의 법무법인이 종합법무법인으로 조직변경을 하는 경우가 있을 것이다. 즉, 기존의 법무법인이 제후관계에 있는 세무법인이나, 특허법인 또는 고용 중에 있는 세무사나 변리사, 법무사 등을 흡수하여 종합법무법인으로 조직변경을 하는 경우가 많을 것이므로, 이런 조직변경을 규율하는 조항이 필요하다.

라. MDP 인가권한

MDP를 도입한다고 하는 경우에 그 인가권을 어디에서 행사할 것인가가 문제된다. 영국과 같이 별도의 독자적인 인가기관을 설립할 수도 있겠지만 그렇게 되면 제도가 매우 복잡해질 것이다.

MDP 인가권은 형행 법무법인 제도처럼 법무부가 가지는 것이 상당할 것이다. 이에 대하여는, 자율규제권의 확보를 존중하는 차원에서 대한변호사협회가 MDP 인가권을 가져야 한다는 반론이 있을 수 있을 것이다. 그러나 MDP가 실험적으로 시행되는 초기라는 점과 기존의 다른 변호사법상의 조직형태가 법무부 장관의 인가라는 형식을 취하고 있는 이상 MDP에 대하여도 법무부 장관이 인가권을 가지는 것이 상당하다고 생각한다.

마. 징계권한

외국의 예에서 보듯이 변호사와 비변호사간의 동업을 허용하여 같은 조직체 안에서 활동하는 경우에 비변호사는 변호사와 같은 수준의 윤리성을 요구받는다. 이 경우에 비변호사 가령 세무사가 변호사윤리규정을 위반하면 변호사징계기관²⁷⁾과 세무사 징계기관²⁸⁾ 중 어디에서 징계할 것인가가 문제된다. MDP에 있어 비변호사의 행위를 변호사의 행위와 같이 본다고 하더라도 변호사 아닌 자에 대한 변호사협회나 법무부장관의 징계는 그 효력이나 징계의 방법 및 수단 등의 측면에서 적절하지 않으므로, 법무사·세무사·변리사를 규율하는 개별법에서 종합법무법인의 구성원이 되는 법무사·세무사·변리사가 변호사법을 위반하는 경우를 징계사유로 추가하여 이에 따른 징계를 하도록 하는 것이 옳다고 본다.

27) 변호사에 대한 징계는 변협징계위원회에서 하되 이의신청이 있으면 법무부 징계위원회가 결정한다.

28) 기획재정부 장관.

바. 입법안

이상의 논의를 정리하여 입법안으로 제시하면 일응 다음과 같다.²⁹⁾

변호사법 중 일부 개정법률안

제34조(변호사가 아닌 자와의 동업 금지 등) ① 누구든지 법률사건이나 법률사무의 수임에 관하여 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 사전에 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받기로 약속하고 당사자 또는 그 밖의 관계인을 특정한 변호사나 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인하는 행위

2. 당사자 또는 그 밖의 관계인을 특정한 변호사나 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인한 후 그 대가로 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 요구하는 행위

② 변호사나 그 사무직원은 법률사건이나 법률사무의 수임에 관하여 소개·알선 또는 유인의 대가로 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 제공하거나 제공하기로 약속하여서는 아니 된다.

③ 변호사나 그 사무직원은 제109조 제1호, 제111조 또는 제112조 제1호에 규정된 자로부터 법률사건이나 법률사무의 수임을 알선받거나 이러한 자에게 자기의 명의를 이용하게 하여서는 아니 된다.

아니 된다.

⑤ 변호사가 아닌 자는 변호사가 아니면 할 수 없는 업무를 통하여 보수나 그 밖의 이익을 분배받아서서는 아니 된다.

⑥ 제4항 및 제5항에 불구하고, 이 법에서 정한 종합법무법인의 경우에는 변호사가 아닌 자도 종합법무법인의 구성원이 될 수 있으며, 이 경우 이 법 및 대통령령이 정한 범위 내에서 보수나 그 밖의 이익을 분배 받을 수 있다.

제5장의4 종합법무법인

제58조의32(설립) ① 변호사는 제34조 제6항의 규정에 따라 변호사 아닌 자와 동업조직을 만들어 조직적·전문적으로 직무를 수행하기 위하여 종합법무법인을 설립할 수 있다.

29) 이하 고딕체가 개정부분이다.

② 변호사가 종합법무법인을 설립하여 동업을 할 수 있는 변호사 아닌 자는 법무사, 변리사, 세무사, 관세사, 공인노무사(이하 “비변호사”)에 한한다.

제58조의33(구성원) ① 종합법무법인은 5인 이상의 구성원이 있어야 하며, 그 중 과반수 이상은 변호사여야 한다. 구성원인 변호사 중 1명 이상은 통산(通算)하여 10년 이상 「법원조직법」 제42조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 직에 있었던 자이어야 한다.

② 법무법인은 제1항에 따른 구성원의 요건을 충족하지 못하게 된 경우에는 3개월 이내에 보충하여야 한다.

③ 종합법무법인은 구성원 아닌 소속 변호사 및 비변호사를 둘 수 있다.

④ 종합법무법인의 출자지분의 과반수는 변호사가 보유하여야 하며, 구성원의 변동이 있을 경우 변호사의 지분은 변호사만 승계할 수 있다.

제58조의34(설립인가 및 취소) ① 종합법무법인을 설립하려면 구성원이 될 변호사가 정관을 작성하여 주사무소 소재지의 지방변호사협회와 대한변호사협회를 거쳐 법무부장관의 인가를 받아야 한다. 정관을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

② 법무부장관은 종합법무법인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 설립인가를 취소할 수 있다.

1. 법 제58조의33을 위반하고도, 3개월 이내에 이를 시정하지 않은 경우
2. 업무 집행에 관하여 법령을 위반한 경우

③ 법무부장관은 전항에 따라 법무법인의 설립인가를 취소하려면 청문을 하여야 한다.

제58조의35(조직변경) ① 종합법무법인의 설립요건을 갖춘 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합은 구성원 전원의 동의가 있으면 법무부장관의 인가를 받아 종합법무법인으로 조직변경을 할 수 있다.

② 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합이 제1항에 따라 법무부장관으로부터 종합법무법인의 인가를 받은 때에는 2주일 이내에 주사무소 소재지에서 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합의 해산등기 및 종합법무법인의 설립등기를 하여야 하고, 종합법무조합의 인가를 받은 때에는 2주일 이내에 주사무소 소재지에서 법무법인, 법무법인(유한) 또는 법무조합의 해산등기를 하여야 한다.

제58조의36(비변호사의 의무) 종합법무법인의 비변호사 구성원 및 변호사 아닌 자로서 종합법무법인에서 근무하는 비변호사는, 이 법에서 달리 정하지 않는 한 이 법 및 변호사윤리장전 등에 규정된 변호사의 의무를 변호사와 동일하게 부담한다.

제58조의37 (손해배상책임의 보장) 종합법무법인은 그 직무를 수행하다가 위임인에게 손해를 입힌 경우 그 손해에 대한 배상책임을 보장하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 사업연도마다 손해배상준비금을 적립하거나 손해배상책임보험에 가입하여야 한다.

② 제1항에 따른 손해배상준비금 또는 손해배상책임보험은 법무부장관의 승인 없이 손해배상 외의 다른 용도로 사용하여서는 아니 되며 그 보험계약을 해제하거나 해지하여서는 아니 된다.

제58조의38(징계요구권) 대한변호사협회는 제58조의 36 규정을 위반한 비변호사의 행위에 대해 법무부장관을 통하여 당해 비변호사가 소속된 단체에 대하여 징계를 요구할 수 있다. 당해 비변호사가 소속된 단체는 정당한 사유가 없는 한 지체 없이 관련 법령에 따라 당해 비변호사를 징계하여야 한다.

제58조의39(준용규정) 종합법무법인에 관하여는 제0조, 제0조, 제0조, 제0조를 준용한다.

제58조의40(다른 법률의 준용) 종합법무법인에 관하여 이 법에 정한 것 외에는 「상법」 중 합명회사에 관한 규정을 준용한다.

부칙

제1조(시행일) 이 법은 0000. 0. 0.부터 시행한다.

제2조(다른 법률과의 관계) 이 법에 의하여 설립된 종합법무법인에 소속된 법무사, 변리사, 세무사, 관세사, 공인노무사의 행위에 대한 규율과 관련하여서는 이 법이 법무사법, 변리사법, 세무사법, 관세사법, 공인노무사법에 우선하여 적용된다.

V. 결론

오늘날의 변호사업이 profession인지 아니면 business인지에 대하여는 사람마다 생각이 다를 수 있다. 그러나, 변호사 직역이 고도의 윤리성과 공익성에 터잡아 존속하여 온 역사적 연혁 및 법조삼륜(法曹三輪)의 하나로서 사법체계의 일환을 구성한다는 점에서 변호사업을 순수한 사업으로만 볼 수는 없다.³⁰⁾ 그러나, 변호사업이 점점 상업적인 성향을 띄어가는 것은 사실이고 이런 흐름 자체를 돌이키기는 어려워 보인다. 그렇다면, 앞으로도 one-stop service의 제공을 요구하는 국민의 목소리는 점점 커질 것이라고 여겨지고 따라서 MDP를 허용하는 것이 세계적인 추세라 되리라고 생각한다. 다만, 구체적으로 어떤 범위와 조건 하에 MDP를 허용할 수 있을 것인지는 각 나라의 법률제도, 법의식, 법률문화, 전문가 집단의 의견 및 국민 여론 등에 달려 있다 하겠다.

우리나라의 경우, 반대론 내지 부정적 견해가 있지만, 변호사와 비변호사 간의 동업(MDP)이 가져다 줄 긍정적인 효과로 국민에 대한 법률서비스의 질적 향상, 대외 경쟁력 강화, 법조 직역의 전문화와 다양화 등을 들 수 있을 것이다. 그렇다면 무조건 제도 도입을 우려하기 보다는 우리에게 알맞은 한국형 MDP를 모색하여 이

30) 변호사가 상법상의 의제상인인지가 문제된 사안에서 대법원 2007. 7. 26. 자 2006마334 결정은, “변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하는 변호사법의 여러 규정에 비추어 보면, 위임인·위촉인과의 개별적 신뢰관계에 기초하여 개개 사건의 특성에 따라 전문적인 법률지식을 활용하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률사무를 수행하는 변호사의 활동은, 간이·신속하고 외관을 중시하는 정형적인 영업활동을 벌이고, 자유로운 광고·선전활동을 통하여 영업의 활성화를 도모하며, 영업소의 설치 및 지배인 등 사업사용인의 선임, 익명조합, 대리상 등을 통하여 인적·물적 영업기반을 자유로이 확충하여 효율적인 방법으로 최대한의 영리를 추구하는 것이 허용되는 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다 할 것이고, 변호사의 직무 관련 활동과 그로 인하여 형성된 법률관계에 대하여 상인의 영업활동 및 그로 인한 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하지 않으면 아니 될 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없다. 따라서 근래에 전문직업인의 직무 관련 활동이 점차 상업적 성향을 띄게 됨에 따라 사회적 인식도 일부 변화하여 변호사가 유상의 위임계약 등을 통하여 사실상 영리를 목적으로 그 직무를 행하는 것으로 보는 경향이 생겨나고, 소득세법이 변호사의 직무수행으로 인하여 발생한 수익을 같은 법 제19조 제1항 제11호가 규정하는 ‘사업서비스업에서 발생하는 소득’으로 보아 과세대상으로 삼고 있는 사정 등을 감안한다 하더라도, 위에서 본 변호사법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하여 볼 때, 변호사를 상법 제5조 제1항이 규정하는 ‘상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자’라고 볼 수는 없다 할 것이므로, 변호사는 의제상인에 해당하지 아니한다.”고 판시하였다.

를 제도화 시켜야 할 것이다. 이것이 국민들에게 변화하는 시대상황에 맞는 서비스를 제공하는 길일뿐만 아니라, 법률시장 개방에 대비하여 우리 법조의 경쟁력을 키우는 길이라고 생각한다.

(논문접수일 : 2013.07.31, 심사개시일 : 2013.08.23, 게재확정일 : 2013.09.24)



▶ 이 전 오

변호사와 비변호사 간의 동업(MDP), 법률서비스법(Legal Services Act), 변호사 보수(Legal Fees), 미국변호사협회(ABA)

Abstract

A Study on MDP in Korea

Lee, Jeon Oh

Multi-disciplinary Practice(hereinafter MDP) refers to the practice of lawyers and nonlegal professionals engaging in a business partnership. The approval of MDP and its extent differs in each country, depending on factors such as the country's legal system, lawyer system, and legal environment. Countries that disapprove MDP are the United States and Japan. Countries that approve MDP are England, Germany, and Australia.

The need and call for an one-stop service from the market will likely increase more and more, consequently resulting in the global trend of MDP's approval. At this point, Korea should immediately launch studies and discussions on MDP to come up with a 'Korean MDP' and systemize the practice. Not only would this be a means to provide the people a service that well suits the changing phases of time, but it would also be an opportunity to expand Korea's legal market as well as increase the country's legal competitiveness.

If Korea adopts MDP, I suggest the followings.

First, discussions in Korea on MDP should be mainly focused on business partnership between lawyers and paralegals.

Second, MDP form should be allowed only to law firms.

Third, non-lawyers can be partner of MDP. However, lawyer should have interests more than 50 % of the MDP.

Fourth, articles for form change from the current law firm to MDP is needed.

Fifth, Ministry of Justice should be the licensing authorities for MDP.

Sixth, discipline of non-lawyer specialists of MDP may be done by other laws that control the non-lawyer specialists.

휴대폰 단말기 약정보조금의 부가가치세 과세표준에의 포함 여부에 관한 연구

이 준 봉*
정 지 선**

I. 서론	2. 매출에누리 및 판매장려금에 대한 기업회계와 부가가치세법상의 취급
II. 휴대폰 단말기 보조금 지급의 내용 및 특성	IV. 단말기 약정보조금이 부가가치세법상 과세표준에 포함되는지의 여부에 대한 검토
1. 단말기 보조금제도의 형성경위	1. 단말기 약정보조금이 부가가치세법상 과세표준에 포함되는지의 여부에 대한 국세청과 조세심판원 및 법원의 입장
2. 단말기 보조금의 지급유형 및 경로	2. 단말기 약정보조금이 부가가치세법상 과세표준에 포함되는지의 여부에 관한 검토
3. 단말기 판매의 가격형성요인 및 가격구조	V. 요약 및 결론
4. 단말기 약정보조금 지급의 특성	
III. 단말기 약정보조금에 대한 기업회계 및 부가가치세법상 취급	
1. 부가가치세법상 과세표준의 의의 및 내용	

I. 서론

일반적으로 단말기 보조금이란 이동통신 서비스업체가 가입자의 유치를 위하여 휴대전화 값의 일부를 대신 부담해 주는 제도를 말한다. 현재 단말기 보조금은 그 지급유형에 따라 SK와 KTF 및 LGU+ 등 통신3사가 의무약정과 연계하여 이용자에게 직접 지급하는 약정보조금과 단말기를 출고가보다 저렴한 가격으로 판매하기 위해 통신3사의 대리점이 이용자에게 제공하는 일체의 경제적 이익인 약정의보조금을 총칭하는 개념으로 사용되고 있다.

이러한 단말기 보조금은 이동전화 서비스 업체간에 신규가입자의 유치를 위해 도입된 후 그 보조금 경쟁이 과열되면서 한시적으로 금지되기도 하였지만, 신규 가입자의 유치 및 기존 가입자의 유지를 위해 활용하는 중요한 마케팅 기법 중의

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 변호사, 법학박사, 경영학박사(제1저자).

** 서울시립대학교 세무전문대학원 부교수, 세무학박사(교신저자).

하나이다.

이러한 단말기 약정보조금이 단말기 자체의 매출에 대한 것인지 아니면 이동통신사업자가 제공하는 이동통신서비스 매출에 관련된 것인지의 여부가 문제될 수 있고, 단말기 약정보조금의 성격에 대해서도 매출에누리에 해당한다는 견해와 판매장려금에 해당한다는 견해로 나누어져 있다. 법인세법과 소득세법에서는 에누리나 장려금 중에서 어디에 해당하여도 문제가 되지 않지만, 부가가치세법에서는 매우 중요한 문제이다. 왜냐하면, 부가가치세에 있어서 단말기 약정보조금이 단말기 자체의 매출보다는 이동통신서비스 매출에 관련된 것이라면 단말기의 공급가액에서 차감할 수 없기 때문이다. 또한 그 법적 성격이 매출에누리에 해당한다고 해석하면 공급가액에서 그 가액만큼 공제되기 때문에 그 가액에 부가가치세율(10%)을 곱한 금액만큼 매출세액을 감소시키는 반면에 장려금에 해당한다고 해석하면 공급가액에서 공제하지 않기 때문에 부가가치세 매출세액이 상대적으로 많아지게 된다.

그런데 위와 같은 부가가치세법상 쟁점들에 대한 결론에 따라, 즉 부가가치세법 보조금이 단말기 매출과 관련된 것인지 아니면 이동통신서비스 매출에 관련된 것인지 여부 및 그 법적 성격이 매출에누리와 판매장려금 중 어디에 해당하는지 여부에 따라, 납세의무자의 조세부담 또는 국가의 조세수입에 있어서 매우 큰 차이가 발생하기 때문에 그 성격을 분명하게 할 필요가 있다.

따라서 이하에서는 휴대폰 단말기 보조금의 일반적인 내용과 법적 성격에 대하여 살펴보고, 위 부가가치세법상 쟁점들에 대하여 살펴보기로 한다. 다만, 본 연구는 위 단말기 보조금 중에서 단말기 이용자가 특정 이동통신 서비스를 이용하는 대가로 지급되는 약정보조금만을 대상으로 하여 해당 보조금의 법적 성격과 부가가치세 과세표준에의 포함 여부를 살펴볼 것이므로 위 부가가치세법상 쟁점들을 ‘단말기 약정보조금이 부가가치세의 과세표준에 포함되는지의 여부에 대한 검토’라는 항목으로 각각 살펴보고자 한다.

II. 휴대폰 단말기 보조금 지급의 내용 및 특성

1. 단말기 보조금제도의 형성경위

단말기 보조금의 법령상 정의는 (구)전기통신사업법 제36조의4 제1항 에서‘…그

역무의 이용에 필요한 통신단말장치의 구입비용을 지원(구입가격보다 낮게 판매하거나 현금지급, 가입비의 보조 그 밖의 경제적 이익의 제공을 포함한다) ...'로 되어 있었다. 동 조항은 '통신단말장치 구입비용의 지원금지 등'이란 제목으로 규정되었으며, 이는 단말기 보조금 금지정책에 따라 규정된 것으로 단말기 보조금이 허용되면서 해당 규정은 삭제되었다.

현재 단말기 보조금은 그 지급유형에 따라 통신3사가 의무약정과 연계하여 이용자에게 직접 지급하는 '약정보조금'과 '약정의보조금'을 총칭하는 개념으로 사용되고 있다¹⁾. 여기서 약정보조금은 1~2년간의 의무사용에 따라 이용자에게 지급하는 것을 의미하고, 약정의보조금은 가맹점이 이동통신서비스의 의무사용과 무관하게 본사나 단말기 제조회사로부터 받은 판매장려금과 수수료 등을 전용하여 가입자에게 지급하는 것을 말한다. 이러한 단말기 보조금은 가입자의 초기 가입비용과 사업자 전환비용을 낮추는 성격을 가지고 있는 반면에 요금원가로 인정될 경우에는 요금이 높게 유지되도록 하는 요인이 될 수도 있다.

단말기 보조금의 지급은 1996년 4월 기존 한국이동통신의 독점적인 시장구조에 경쟁사업자인 신세기통신이 허가받으면서 이동전화 서비스 제공과 함께 지급되기 시작하였다. 그 후 1997년 10월부터 개인휴대통신(PCS) 분야에 한국통신프리텔과 한솔PCS 및 LG텔레콤 등 3개의 통신사업자가 추가적으로 허가를 받았으며, 이러한 사업자들은 시장점유율을 높이기 위하여 단말기 보조금을 지급하는 등 과열경쟁이 이루어지게 되었다²⁾.

이처럼 단말기 보조금이 과열양상을 보이면서 단말기 보조금의 지급을 찬성하는 입장과 반대하는 입장이 대립하게 되었다. 동 보조금의 지급을 찬성하는 입장은 보조금의 지급으로 단말기의 초기 구입비용 절감에 따른 이용자의 편익증대와 단말기 제조업체의 수익증대를 통한 내수경기 부양을 그 이유로 들었다. 반면, 반대하는 입장에서는 독과점 시장구조를 가장 큰 이유로 들었다. 1999년 당시 이동통신사는 5개사로 이 중에서 SK텔레콤의 시장 점유율이 43.1%였다. 즉, 보조금의 지급을 반대하는 입장은 자금력을 동원할 지배력 있는 사업자의 보조금 전략은 후발 사업자의 시장 진입을 어렵게 하여 정상적인 시장경쟁을 방해하므로 소모적인 보

1) 손금주, "전기통신사업법 제54조의 중복규제 여부 - 단말기 보조금 관련 방송통신위원회와 공정거래위원회의 규제를 중심으로 -", 「경제규제와 법」 제5권 제1호, 서울대학교 공익산업법센터, 2012.5, p.221 참조.

2) 황철중, "불확실성과 모호성하의 정책결정과정 연구 -단말기 보조금 금지정책을 중심으로 -", 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2006.12, p.70.

조금 경쟁 대신에 설비투자를 통한 품질개선 경쟁 및 요금경쟁을 유도하여 가입자의 편익을 증대시키는 것이 옳다고 하였다³⁾. 이와 같은 단말기 보조금의 과열경쟁에 따라 정부는 2000년 6월부터 사업자들의 이용약관에 단말기 보조금 금지조항을 반영하도록 하는 등의 보조금의 지급을 규제하기 시작하였다.

그럼에도 불구하고 편법적인 보조금의 지급이 지속적으로 이루어지자 보조금의 지급금지를 법제화하기에 이르렀다. 즉, 2002년 12월 전기통신사업법의 개정을 통하여 2003년 3월부터 3년간 한시적으로 단말기에 대한 보조금의 지급을 금지하도록 하였으며, 그 이후에도 2년간의 유예기간을 거쳐 5년간 시행되었다⁴⁾.

2008년 3월 27일 이후 현재까지는 단말기 보조금에 대한 규제가 이루어지지 않고 있기 때문에 사업자들이 보조금의 지급규모를 자율적으로 결정할 수 있게 되었다. 다만, 단말기 보조금의 차별적인 지급(제조사 장려금 포함⁵⁾)으로 인하여 이용자의 이익을 저해하는 행위에 대해서는 제재를 가하고 있다. 여기서 단말기에 대한 보조금의 지급과 관련된 가입자간 차별정도의 판단기준⁶⁾은 가입자 모집비용이 그 가입자로부터 예상되는 이익을 초과하면 다른 가입자에 대한 비용전가 가능성이 있으므로, 보조금의 지급수준이 각 사별 가입자 1인당 평균 예상이익⁷⁾을 초과했는지의 여부를 그 기준으로 제시하였다. 이에 따라 방송통신위원회는 2010년과 2011년 심결시 가입자 1인당 평균 예상이익을 27만원으로 설정하고 있다.

단말기 보조금은 이동전화 서비스 업체간의 신규가입자 유치를 위하여 도입된 마케팅 기법의 하나이다. 비록 보조금 경쟁이 과열되면서 한시적으로 금지되었지만, 여전히 이동전화사업자의 신규 가입자 유치와 기존 가입자 유지를 위한 중요한 마케팅 기법 중의 하나이다.

3) 한중수·김정권, “휴대전화 단말기 보조금 회계전쟁”, 『회계저널』 제19권 제3호, 한국회계학회, 2010.6, pp.293-294.

4) 부연하여 설명하면, 2002년 12월에 전기통신사업법을 개정하여 보조금 지급금지에 관한 내용을 법제화하였으며, 2003년 3월에 이를 시행하였다. 이러한 보조금 지급금지는 2006년까지 시행할 예정이었지만, 2006년 말에 2006년 3월부터 2년간 보조금의 지급을 원칙적으로 금지하되, 하나의 이동통신사에서 18개월 이상 사용한 가입자에 한하여 보조금을 지급할 수 있도록 하였다.

5) 이동통신사와 제조사의 재원이 결합되어 보조금으로 지급된다는 점에서 제조사 장려금을 포함시키고 있다.

6) 여기서의 판단기준은 방송통신위원회가 2010년 9월 24일 의결한 내용이다.

7) 가입자 1인당 평균 예상이익 = 가입자 1인당 월평균 예상이익 × 단말기 평균 교체주기(20개월).

2. 단말기 보조금의 지급유형 및 경로

가. 단말기 보조금의 지급유형

2004년 방송통신위원회가 작성한 ‘단말기 보조금 지급실태 및 규제기준’에 관한 자료에 따르면 단말기 보조금의 유형은 다음과 같이 정리할 수 있다⁸⁾.

첫째, 초기 납입금은 대리점의 단말기 판매마진인데, 이를 포기하는 경우에는 보조금의 지급으로 본다.

둘째, 단말기 할부판매는 할부총액을 출고가 이하로 설정하는 경우의 보조금 지급형태를 말한다.

셋째, 영업정책 장려금은 이동전화사업자가 일반적인 수수료 이외에 특정요금제 장려금, 순증판매 장려금, 신규 그레이트(grade) 장려금, 할부판매촉진 장려금 등의 명목으로 대리점에 지급하는 금액이다.

넷째, 제조업체 장려금은 이동전화사업자와 제조업체의 단말기 구매 계약 시 사전협약에 따라 제조업체가 대리점에 지급하거나, 제조업체가 단말기 판매를 장려하기 위해 지급하는 금액이다.

다섯째, 대리점 자체 마진은 대리점이 가입자를 유치했을 경우 이동전화 사업자로부터 받을 것으로 예상되는 통상의 수수료(가입수수료, 관리수수료 등) 중 일정부분을 포기하고 단말기 보조금으로 활용하는 금액을 말한다.

이러한 다양한 형태의 단말기 보조금의 지급실태를 기준으로 하나의 대리점이 자체 마진(영업정책 장려금 1인당 1만원 가정)을 통해 이용자에게 지급할 수 있는 보조금의 범위는 가입자 1인당 예상되는 기대이익(가입자 유치수수료, 각종 판매 인센티브, 관리 수수료 등) 약 11만원 중에서 매장운영비·건물임차료·직원임금 및 각종 공과금을 제외한 4~5만원 수준이라고 한다.

한편, 2008년 단말기 보조금에 대한 규제가 해제되면서 같은 해 6월 이동통신 3사는 다음과 같은 비교적 정형화된 단말기 보조금 제도(약정보조금)를 시장에 내놓았다⁹⁾.

첫째, 지급대상은 신규 단말기를 구입하여 이동통신서비스에 가입한 고객(신규가입고객 또는 기존고객 중 단말기 변경 고객) 중에서 개통 이력이 없는 신규단말기에 한하여 보조금을 지급한다.

8) 황철중, 앞의 논문, p.71.

9) 한중수·김정권, 앞의 논문, p.295.

둘째, 의무사용약정 기간 내 해지 시 잔여일수에 해당하는 단말기 보조금을 위약금¹⁰⁾으로 부과한다.

셋째, 고객은 자유롭게 요금제를 선택할 수 있고 일정액 이상의 사용의무는 없다.

넷째, 보조금 지급기준에 있어서 SK텔레콤과 KTF는 단말기별·기간별로, 즉 약정기간은 12·18·24 개월로 나누고 각 단말기별로 보조금을 차등 지급하며, LG텔레콤은 약정기간을 12개월로 한정하고 단말기별로 차등 지급한다.

그리고 최근 방송통신위원회의 심결자료¹¹⁾에 따르면 약정의 보조금에 대한 세부 지급유형으로 단말기 판매시에 즉석에서 저가로 할인하여 판매하는 할인판매, 가입비·채권 보전료·충전기 비용 등을 면제해 주는 가입비 면제, 출고가로 판매하되 그 차액을 가입자에게 입금시켜 주는 환불 등이 있는데, 이 중에서 할인판매가 가장 일반적으로 활용되고 있다.

결론적으로 현재 단말기 보조금의 유형은 크게 2008년부터 시행되고 있는 약정 보조금과 종전부터 최근까지 이동통신사가 영업정책상 지급하여 오던 여러 명목의 장려금과 수수료 등인 약정의보조금으로 구분할 수 있을 것이다.

나. 단말기 보조금의 지급경로

단말기 보조금의 지급경로는 단말기의 유통경로와 밀접한 관계가 있다. 단말기 보조금의 지급형태는 구매자가 단말기를 구입하는 단계에서 가격할인이라는 형태로 직접 공제되어 지급되는 것처럼 보이지만, 실질적인 지급경로는 다르다. 즉, 단말기의 유통은 제조회사가 직접 유통하기도 하지만, 대부분의 경우에는 이동전화사업자들이 단말기를 구입한 후에 이를 자체적으로 관리하는 유통망을 통해 소비자들에게 제공하고 있다¹²⁾. 현행 통신3사의 단말기 유통구조는 통신3사는 모두 지역본부를 두고, 지역본부 산하 마케팅팀이 대리점을 직접 관리하며, 대리점 또는 대리점과 위탁판매계약을 체결한 판매점을 통해 이동전화의 가입 및 개통과 동시에 단말기 판매가 이루어지고 있다¹³⁾. 그리고 SK텔레콤 주식회사는 SK네트웍스를

10) 위약금 = 보조금 × $\frac{\text{미사용일수}}{\text{약정기간일수}}$

11) 방송통신위원회 심의·의결 제2011-51-174호 (사건번호 : 201106조사019).

12) 송재도·김주환, “단말기 보조금의 특성 및 경쟁효과”, 「상업교육연구」 제24권 제3호, 한국상업교육학회, 2010.8, p.299.

13) 손금주, 앞의 논문, p.221.

통해, 나머지 통신2사는 직접 제조사와 단말기 모델사양·출고가·출고량 등을 협의하여 단말기를 유통시키는 것이 일반적이다. 이와 같은 단말기의 유통구조 때문에 최종 가격을 제조사가 전담하여 통제하지 못하고, 이동통신사들이 단말기의 제조사에 대한 영향력을 확보하고 있는 것이다.

이러한 단말기의 유통구조에 따르면, 이동통신사가 제조사로부터 매입한 단말기를 대리점에 정상가액으로 판매하고 대리점의 단말기 구입자에 대한 판매가액은 제조사와 이동통신사로부터 다양한 보조금 재원을 제공받은 대리점이 시장상황을 고려하여 판매가격을 결정한다. 만약 이동통신사와 대리점 간에 단말기 구입자의 의무약정기간에 따른 보조금 지급에 대한 약정이 체결된다면 이동통신사는 제조사로부터 정상가액으로 납품받아 대리점에 정상가액으로 판매한 후 이를 외상매출금으로 계상하고, 대리점은 단말기 구입자가 해당 이동통신 서비스에 가입하는 경우 그 약정보조금 상당액을 차감한 금액으로 판매한 후에 정상가액에서 약정보조금을 차감한 나머지 금액만을 이동통신사에게 지급하게 된다.

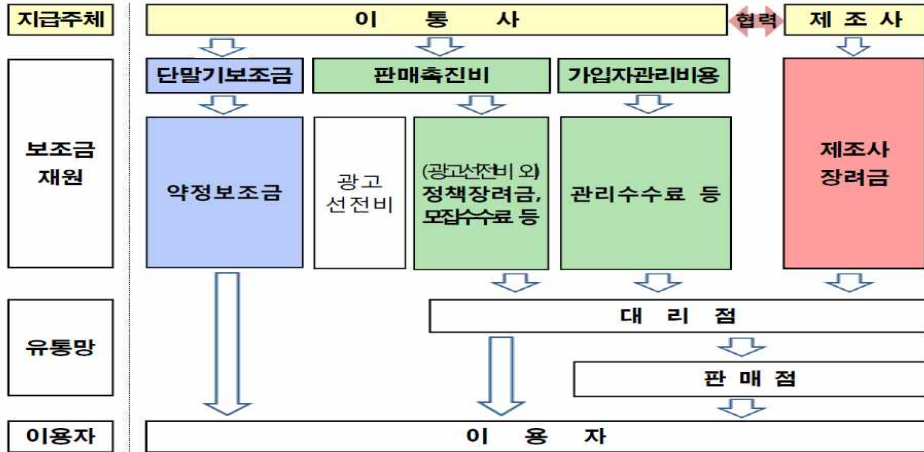
한편, 통신3사의 단말기 보조금 재원은 약정보조금의 경우에는 영업보고서상 ‘통신 단말장치 구입지원비용’으로 분류되고, 약정외보조금의 경우에는 대리점이 통신3사로부터 지급받는 판매장려금¹⁴⁾·약정수수료¹⁵⁾ 등을 전용하여 지급되며, 이들 재원은 영업보고서상 ‘판매촉진비(광고선전비 제외)’ 또는 ‘가입자관리비용’으로 분류된다. 그리고 약정외보조금에는 통신3사가 부담하는 것 외에 제조사가 대리점에게 단말기 판매실적에 연동하여 직접 지급하는 리베이트인 ‘제조사 장려금’이 있는데, 이는 제조사가 단말기의 최초 출시 이후 시간의 경과에 따른 소비자의 지불의사 가격의 하락, 수요변동 대응 및 단말기 재고 관리 등의 목적을 위한 것이다. 이러한 금원 역시 출고가의 변동이 아닌 단말기 보조금의 형태로 이루어지고 있으며, 이는 공식적으로 제조사의 판매장려금이 된다.

이러한 단말기의 유통경로에 따른 보조금의 창출과 지급경로를 정리하면 다음의 그림과 같다.

14) 판매장려금은 통신3사가 영업정책에서 정한 단말기 판매실적에 연동하여 대리점에 지급하는 리베이트이다.

15) 약정수수료는 통신3사가 서비스 가입실적 또는 위탁업무의 처리대가로 대리점에게 지급하는 수수료로서, 서비스 개통시 지급되는 개통수수료 또는 번호이동이나 신규 가입자 모집시 해당 가입자의 월요금 수납액의 6%를 48개월간 지급받게 되는 가입고객관리수수료 등이 있다.

<그림 1> 단말기 보조금 재원 및 보조금 지급경로



주 : KT 및 LGU+의 제조사 장려금 중 일부(출고가 대비 납품가를 낮추는 방식으로 구성된 재원을 이동통신사를 통해 집행하는 경우는) 영업보고서상 판매촉진비에 포함됨.

자료 : 방송통신위원회 심의·의결 제2011-51-174호 (사건번호 : 201106조사019).

3. 단말기 판매의 가격형성요인 및 가격구조

가. 가격형성요인

이동통신 단말기의 가격은 크게 출고가격과 판매가격으로 구분할 수 있다¹⁶⁾. 지식경제부 고시 제2011-204에 따르면, 출고가격은 ‘공급가격, 공장가격 등의 명칭여하를 불문하고 휴대폰 제조업자, 수입업자, 유통업자, 전기통신사업자 등이 표시의 무자에게 휴대폰을 공급하는 가격’을 총칭한다. 고시상의 표시의무(판매)자는 휴대폰을 판매하는 소매업을 영위하는 점포와 휴대폰 판매점을 직접 운영하는 제조업자·수입업자·유통업자 및 전기통신사업자를 의미한다. 반면, 통상의 출고가격은 ‘생산자가 생산품을 시장에 출고할 때의 가격’으로 정의되는바, 이에 따르면 제조업자가 1차 유통업자에게 이동통신 단말기를 공급하는 최초의 명목상 공급가격 역

16) 변정욱 외, “이동통신시장 단말기 가격형성 구조 연구”, 방송통신위원회, 2011.12, pp.38-52. 참조하여 정리하고 본고의 목적에 따라 일부 변형하였다.

시 출고가격으로 볼 수 있다¹⁷⁾.

따라서 위 고시에서 정한 출고가격은 통상의 출고가격과는 다른 의미를 갖는 것으로 보인다. 그리고 판매가격은 일반소비자에게 판매하는 휴대폰의 실제가격으로 소비자가격을 의미한다.

우선 단말기의 출고(공급)가격을 결정하는 요인을 부품시장과 단말기시장 및 단말기 제조사와 유통업자간의 협상력 등의 측면에서 구체적으로 살펴보고자 한다. 이는 단말기 보조금의 성격을 보다 명확하게 규명하기 위한 것이다.

첫째, 부품시장 측면에서 출고가격에 미치는 요인은 이동통신 단말기 부품의 원가, 제조 및 공급비용 등 부품의 공급과 관련된 비용구조와 판매마진을 들 수 있다.

둘째, 단말기시장 측면에서는 단말기 제조사가 해당 시장에서 차지하는 시장지배력 및 경쟁상황과 대체재의 존재여부 등 수평적인 시장구조도 출고가격에 영향을 미칠 수 있다.

셋째, 단말기 제조사와 유통업자간의 협상력 측면에서는 수직적 비대칭 경쟁구조에 의해 영향을 받는다. 이 경우 수직적 비대칭 경쟁구조란 우리나라의 경우처럼 이동통신사가 유통망에서 우위를 점하고 있는 경우 다양한 단말기 제조업체들이 과점구조인 이동통신시장에 단말기를 공급하기 위한 경쟁을 말하는 것이다.

그리고 단말기의 판매가격은 위의 출고가격에 미치는 요인을 비롯하여 유통업자의 보조금 재원과 유통비용 및 단말기의 판매에 따른 수익에 의하여 영향을 받을 수 있다. 이러한 요인들은 크게 유통업자들의 선택 가능한 대안 및 전략에 의해 결정되며, 각 요소들은 유통망 및 판매유형에 따라 판매가격에 상이하게 영향을 미칠 수 있다. 예를 들면, 이동통신서비스를 직접적으로 제공하지 못하는 전문 유통업자는 이동통신서비스를 대행 및 판매하는 일종의 대리점 역할을 수행하거나 대행 없이 단말기만 판매하는 온·오프라인 오픈마켓을 운영하기도 한다. 이러한 전문 유통업자는 단말기 제조업자로부터 확보하는 리베이트 및 할인액, 유통비용 절감 등을 통한 자체 할인재원과 이동통신사로부터 확보할 수 있는 각종 수수료 및 보조금 등을 고려하여 판매가격을 결정할 수 있다. 그러나 이동통신 사업자가 단말기의 유통망에서 우위를 차지하는 국내의 경우에는 일반적으로 이동통신 사업자가 제조업자로부터의 리베이트를 비롯하여 단말기와 이동통신사의 결정을 연계시키는 결합판매에 따른 이동통신 서비스의 예상수익 등 요인들을 고려하여 판매

17) 지식경제부 고시 제2011-204호 「휴대폰 가격표시제 실시 요령」 및 방송통신위원회 심의·의결 제2011-51-174호 참조.

가격을 결정한다. 따라서 최종 판매가격은 서비스와의 결합판매 여부가 주요한 요소로 작용할 수 있으며, 그 이외에도 각 유통단계별 비용 및 마진 등에 의해 영향을 받을 수 있다.

이러한 단말기의 출고가격과 판매가격의 주요 결정요인을 정리하면 다음의 <표 1>과 같다.

<표 1> 이동통신 단말기 가격결정 주요 요인

구분	공급 요인	시장구조 요인	수요 요인
출고 가격	<ul style="list-style-type: none"> • 원가 : 부품원가 및 공급비용 • 공급망 및 제조방식 	<ul style="list-style-type: none"> • 시장구조 및 지배력 • 경쟁구조 요인 : 브랜드, 제품 차별화, 질적 차별화 등 • 벤치마킹, 대체재 등 	<ul style="list-style-type: none"> • 협상력 : 서비스 시장 경쟁구조, 도·소매 유통망, 특화 투자 • 기타 : 매입수량, 판매 기대수익, 계절, 출고시기 등
판매 가격 (소매)	<ul style="list-style-type: none"> • 도매가격(출고가) • 제조사 장려금 • 보조금 재원 	<ul style="list-style-type: none"> • 시장구조 및 지배력 • 유통구조 및 비용 <ul style="list-style-type: none"> - 직·간접 유통망 - 유통비용, 대리점 • 판매 마진 등 	<ul style="list-style-type: none"> • 서비스 기대수익 : 의무약정기간, 가입 요금제 등, 결합판매 유무 • 기타 : 할부, 프로모션(promotion) 여부

자료 : 변정욱 외, “이동통신시장 단말기 가격형성 구조 연구”, 방송통신위원회, 2011.12.

나. 가격구조

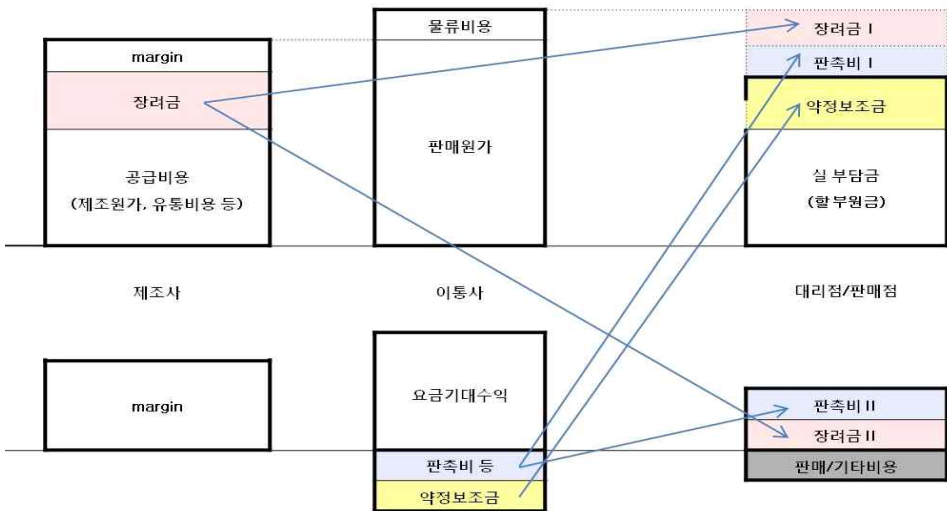
이동통신 단말기의 실질적인 소비자 가격은 단말기 제조업자와 유통업자 및 통신사업자가 제공하는 다양한 보조금과 유통비용 및 마진 등에 의해 결정된다. 위 보조금은 재원별로 이동통신사가 의무약정기간에 따라 차별적으로 제공하는 약정 보조금과 약정외보조금인 이동통신사의 정책장려금(이통사→대리점), 약정 수수료(이통사→대리점) 및 제조사 장려금(제조사→대리점)으로 구성된다¹⁸⁾. 대리점에서

지급하는 단말기의 지원 유형으로는 이동통신사에서 설정한 약정보조금 외에 단말기의 판매시에 즉석에서 저가로 할인하여 판매하는 할인판매, 가입비와 채권 보전료 및 충전기 비용 등을 면제해 주는 가입비 면제, 출고가로 판매하되 그 차액을 가입자에게 입금시켜 주는 환불 등의 형태가 있으며, 그 중 할인판매가 가장 일반적으로 활용되고 있다.

특히, 위 단말기 약정보조금을 통한 차등적인 판매가격의 할인은 단순히 단말기의 판매를 증가하기 보다는 특정 이동통신서비스를 이용하는 가입자를 유치하기 위한 주요한 수단으로 활용되는데, 이는 이동통신서비스가 단말기와 연계되어 있고 모든 가입자에게 요금을 인하여 주는 것보다 특정 이동통신 가입자에게만 혜택을 제공하는 것이 비용 대비 효과적일 뿐만 아니라 향후 이동통신서비스를 제공하는 과정에서 그 보조금을 회수할 수 있기 때문이다.

또한, 약정보조금은 대리점에 전가되지 않고 이동통신사업자가 부담하게 된다. 즉, 약정보조금에 해당하는 금액만큼 대리점이 단말기의 판매시 할인하는 경우 그 할인금액에 상당하는 금액을 제외한 금액만 대리점은 이동통신 사업자에게 지급하게 되어 약정보조금의 경제적인 부담은 대리점이 아닌 이동통신사업자에게 귀속되는 것이다.

〈그림 2〉 이동통신 단말기의 기본 가격(형성)구조



18) 변정욱 외, 앞의 논문, pp.38-52. 참조하여 정리하였다.

자료 : 변정욱 외, “이동통신시장 단말기 가격형성 구조 연구”, 방송통신위원회, 2011.12.

4. 단말기 약정보조금 지급의 특성

단말기 보조금은 약정보조금과 약정외보조금으로 구분되지만, 이하에서는 약정보조금에 한하여 그 특성을 살펴보고자 한다.

단말기 약정보조금은 이동통신사가 가입자에게 단말기 구입가격의 일부를 보조하거나 무상으로 제공하여 가입을 촉진하고, 그 비용을 장기간에 걸쳐 회수하는 요금전략이라고 할 수 있다. 즉, 소비자는 고가의 단말기를 저렴한 가격으로 취득함으로써 그 혜택을 과대평가하여 쉽게 가입을 결정하게 되며, 사업자는 이부요금제(two-part tariff: 고정요금(기본료) + 변동요금(통화료))를 통하여 보조금을 기본요금에 전가하고 장기간 가입을 유지시켜 안정적인 수익을 확보할 수 있는 것이다¹⁹⁾. 단말기 약정보조금은 지급시기 측면에서 소비자가 사업자를 선택하는 시점에 지급되기 때문에 사업자간 비교가 용이하고, 소비자들이 민감하게 반응한다. 그러므로 이동통신사들은 단말기의 보조금 수준에 대해 좀 더 경쟁적인 입장을 가지게 되는 것이다. 그리고 충성·전환 및 신규가입자간에 차별적인 적용이 가능하다. 오랫동안 가입상태를 유지하고 있는 충성도가 높은 충성 가입자는 이동통신사의 입장에서는 고객유지 비용이 거의 들지 않지만, 점유율 경쟁이 격화되는 상황에서는 단말기 약정보조금을 통해 전환가입 대상자들에게 집중적으로 혜택을 제공하고자 할 것이다²⁰⁾. 이 경우에는 충성 가입자는 높은 가입유지비용을 부담 할 수밖에 없다. 이와 같이 이동통신사는 가입자를 늘리기 위하여 다른 어떠한 수단보다 단말기 약정보조금을 선호하는 특성을 가지고 있다.

또한, 일반적으로 통신요금을 일단 인하하게 되면 다시 인상하기 어렵고, 이는 이용자 전체에 영향을 미치게 되기 때문에 이동통신 사업자에게는 요금경쟁보다는 단말기 약정보조금이 보다 유리한 경쟁수단이 된다. 그리고 이동통신사는 생산성 향상을 통하여 요금인하가 가능하지만, 이를 단말기 약정보조금 지급으로 대체한다면 통신요금 인하의 요인은 사라지게 될 것이고, 결국 이는 보편적인 이용자에게는 상대적으로 불리하게 된다. 이러한 이동통신 요금체계와 단말기 약정보조금의 상관관계를 통한 단말기 약정보조금의 특성을 정리하면 다음과 같다²¹⁾.

19) 나광석, “휴대전화 단말기보조금의 주요 쟁점과 대응방안”, 한국소비자보호원, 2006.2, p.3.

20) 송재도·김주한, 앞의 논문, p.305.

첫째, 요금의 인하는 인당 또는 통화당 매출을 감소시키면서 수요증대를 추구하는 방식인데 비하여 단말기 약정보조금은 인당 매출의 감소 없이 수요를 증가시키는 수단이다. 예를 들어 기본료의 인하와 단말기 약정보조금의 증가는 대체성이 높은 수단이며, 유사하게 가입자의 증가를 추구하는 행위이다. 그런데, 기본료의 인하는 매출의 감소를 수반하지만, 단말기 약정보조금은 매출의 감소가 아닌 별도의 비용 증가를 수반하는 것이다.

둘째, 요금은 한번 인하하면 다시 인상하기 어려운 상방 경직성을 갖는데 비해 단말기 약정보조금은 시기별로 지급수준을 달리하는 것이 용이하다. 대체로 여타 요금의 변화는 소비자들이나 규제기관이 인지하기 용이하며, 인상에 따른 저항이 크다. 그런데, 단말기 약정보조금은 단말기의 출시 이후에 경과기간이나 새로운 단말기의 출시에 따라 지속적으로 변하는 것이 일반적이다. 결과적으로 이동전화 사업자들이 그 수준을 변경시키는 것을 소비자가 인지하기 어려우며, 상대적으로 저항이 작은 수단이 되는 것이다.

Ⅲ. 단말기 약정보조금에 대한 기업회계 및 부가가치세법상 취급

1. 부가가치세법상 과세표준의 의의 및 내용

가. 의의

우리나라의 부가가치세법은 부가가치세의 과세방법으로 전단계세액공제방법을 채택하고 있기 때문에 매출세액에서 매입세액을 공제하여 부가가치세 납부세액을 계산한다. 그리고 실정법상 과세표준이라고 하는 것은 부가가치금액을 의미한다기보다 매출세액의 계산기초가 되는 매출가액을 의미하며, 부가가치세법에서는 매출가액을 ‘공급가액’이라고 하고 있다. 부가가치세를 적정하게 부과하기 위해서는 먼저 매출세액을 정확하게 계산하여야 하며, 매출세액은 매출액에 부가가치세율을 곱한 것이기 때문에 그 매출액의 적정한 계산은 부가가치세에 있어서 가장 중요한 기초적인 과제가 된다²¹⁾.

사업자가 재화 또는 용역을 공급하고 금전으로 대가를 받는 경우에는 그 대가를 과세표준으로 한다. 그러나 물물교환 등과 같이 금전 이외의 대가를 받는 경우에

21) 송재도·김주한, 앞의 논문, p.304.

22) 최명근·나성길, 「부가가치세법론」, 세경사, 2006, p.326.

는 자기가 공급한 재화 또는 용역의 시가를 과세표준으로 한다. 이 과세표준에는 거래상대방으로부터 받는 대금·요금·수수료 그 밖의 명목 여하에 불구하고 실질적인 대가관계에 있는 모든 금전적 가치 있는 것으로서 다음에 계기하는 것을 포함한다²³⁾.

- ① 현물로 받는 경우에는 자기가 공급한 재화 또는 용역의 시가
- ② 장기할부판매 또는 할부판매의 경우의 이자상당액
- ③ 대가의 일부로 받는 운송보험료·산재보험료 등
- ④ 대가의 일부로 받는 운송비·포장비·하역비 등
- ⑤ 개별소비세·교통·에너지·환경세 및 주세가 과세되는 재화 또는 용역의 경우에는 당해 개별소비세·교통·에너지·환경세 및 주세와 그 교육세 및 농어촌 특별세 상당액

나. 공급가액에서 차감되는 항목의 부가가치세 과세표준 해당여부

부가가치세법상 과세거래를 행함에 있어서 그 공급가액에서 차감하는 거래가 발생하기도 한다. 이러한 항목에 대하여 부가가치세법상 공급가액에서 차감하는지의 여부는 부가가치세의 부담에 매우 중요한 의미를 가지게 된다. 왜냐하면, 공급가액에 포함되지 않으면, 그 가액에 부가가치세 세율(10%)을 곱한 금액만큼 부가가치세 매출세액이 감소하게 되고, 결과적으로 부가가치세 납부세액이 감소하게 되기 때문이다. 반면에, 부가가치세 과세표준에서 공제되지 않으면 그 공급가액 전체를 기준으로 부가가치세 매출세액을 계산하기 때문에 납세의무자의 부가가치세 부담은 그만큼 증가할 수 밖에 없다.

따라서, 이하에서는 주요 공급대가의 차감항목 중에서 부가가치세법상 과세표준에 포함하지 않는 항목과 포함되는 항목으로 나누어 살펴보고자 한다.

1) 과세표준에 포함하지 않는 금액

공급가액에서 차감되는 항목 중에서 부가가치세법상 과세표준에 포함하지 않는 주요 항목은 예누리, 환입된 재화, 상대방에 도달되기 전에 파손·훼손·멸실된 재화, 할인액, 환급받는 개별소비세 등이 있다.

23) 부통 13-48-2.

가) 에누리

에누리액은 재화 또는 용역의 공급에 있어서 그 품질·수량 및 인도·공급대가의 결제 그 밖의 공급조건에 따라 그 재화 또는 용역의 공급당시의 통상의 공급가액에서 일정액을 직접 공제하는 금액으로 한다²⁴⁾.

나) 환입된 재화

환입된 재화란 공급한 재화가 품질 그 밖의 계약조건 위반 등의 사유로 반품되어 온 것으로서 당초 공급의 일부 또는 전부를 취소하는 것이므로 과세표준에 포함되지 않는 것이다²⁵⁾. 다만, 폐업한 거래상대방으로부터 재화를 반품받는 것은 수정세금계산서를 발급할 수 없고 과세표준에서도 공제할 수 없다.

다) 상대방에 도달되기 전에 파손·훼손·멸실된 재화

공급자의 귀책사유로 공급받는 자에게 도달하기 전에 파손되거나 훼손되거나 멸실한 재화의 가액은 과세표준에 포함하지 아니한다²⁶⁾.

라) 국고보조금과 공공보조금

재화 또는 용역의 공급과 직접 관련되지 아니하는 국고보조금과 공공보조금은 과세표준에 포함하지 않는다²⁷⁾. 국가·지방자치단체 등이 공익을 목적으로 재화 또는 용역의 공급과 직접 관련이 없는 국고보조금과 공공보조금을 지급하는 것은 재화 또는 용역의 공급대가가 아니기 때문에 과세표준에 포함하지 않는 것이 당연하지만, 그 대가로 지급하는 경우에는 과세표준에 포함하여야 할 것이다.

마) 연체이자

공급에 대한 대가의 지급이 지체되었음을 이유로 받는 연체이자도 과세표준에 포함하지 아니한다²⁸⁾.

24) 부가가치세법 제29조 제5항 제1호.
 25) 부가가치세법 제29조 제5항 제2호.
 26) 부가가치세법 제29조 제5항 제3호.
 27) 부가가치세법 제29조 제5항 제4호.
 28) 부가가치세법 제29조 제5항 제5호.

바) 할인액

재화 또는 용역을 공급한 후의 그 공급가액에 대한 할인액은 공급대가의 미수금을 그 약정기일 전에 영수하는 경우에 일정액을 할인하는 금액을 말한다²⁹⁾. 과세표준에 포함하지 아니하는 할인액은 재화 또는 용역을 공급한 후의 그 공급가액에 대한 할인액으로서 외상판매에 대한 공급대가의 미수금을 결제하거나 공급대가의 미수금을 그 약정기일 전에 영수하는 경우에 일정액을 할인하는 금액을 말하는 것이며, 공급시기에 세금계산서를 발급한 후 할인액이 발생한 경우에는 당초 세금계산서상의 공급대가에서 실제로 지급받은 공급대가와의 차액을 공급가액과 세액으로 구분 기재한 (감액)수정세금계산서를 발급하는 것이다³⁰⁾.

사) 공급받는 자가 부담하는 원자재

거래상대방으로부터 인도받은 원자재 등을 사용하여 제조·가공한 재화를 공급하거나 용역을 제공하는 경우에 당해 원자재 등의 가액은 과세표준에 포함하지 아니한다. 다만, 재화 또는 용역을 공급하고 그 대가로 원자재 등을 받는 경우에는 그러하지 아니하다³¹⁾.

아) 환급받는 개별소비세

석유류 판매업자가 석유류 제조업자로부터 개별소비세 및 교통·에너지·환경세가 과세된 석유류를 구입하여 외국공관에 판매하고 개별소비세법 및 교통·에너지·환경세법에 따라 개별소비세 및 교통·에너지·환경세를 환급받은 경우 당해 환급세액은 제조업자의 과세표준에서 공제하고, 당해 제조업자는 판매업자에게 공급가액을 수정하여 세금계산서를 발급하여야 한다³²⁾.

2) 과세표준에 포함되는 항목

대손금과 장려금 및 하자보증금은 부가가치세 과세표준을 계산함에 있어서 공제하지 아니한다³³⁾. 즉, 대손금과 장려금 및 하자보증금은 해당 금액이 발생하였다고 하여도 부가가치세 과세표준에 포함하여 매출세액을 계산하는 것이다.

29) 부가가치세법 제29조 제5항 제6호.

30) 서삼-2849, 2007.10.18.

31) 부가가치세법 기본통칙 13-48-7.

32) 부가가치세법 기본통칙 13-48-4.

33) 부가가치세법 제29조 제6항.

가) 대손금

대손금이란 일반적인 상거래에서 발생하는 매출채권 등을 채무자의 파산·강제집행·사업의 폐지나 사망·실종·행방불명 그 밖의 채권의 소멸시효의 완성 등으로 인하여 회수할 수 없는 경우의 채권을 말하는 것으로 매출채권에서 직접 차감하도록 하고 있다. 이것은 거래상대방이 당해 재화 또는 용역을 이미 사용·소비한 것이므로 과세표준에서 공제하지 않는 것이다. 다만, 대손금에 대하여는 그 금액의 110분의 10에 해당하는 금액을 대손세액(부가가치세 상당액)으로 하여 대손이 확정된 과세기간의 매출세액에서 공제하도록 규정하고 있다³⁴⁾.

나) 장려금

사업자가 자기재화의 판매촉진을 위하여 거래상대방의 판매실적에 따라 일정물의 장려금품을 지급 또는 공급하는 경우 금전으로 지급하는 판매장려금은 과세표준에서 공제하지 아니하며, 재화로 공급하는 것은 사업상 증여에 해당하므로 부가가치세를 과세한다³⁵⁾. 즉, 판매장려금이란 판매촉진 또는 시장개척 등의 목적으로 거래상대방의 판매실적에 따라 일정물의 장려금품을 지급 또는 공급하는 것으로 부가가치세의 과세표준에서 공제하지 않는 것이다.

다) 하자보증금

사업자가 완성도기준지급 또는 중간지급조건부로 재화 또는 용역을 공급하고 계약에 따라 대가의 각 부분을 받을 때 일정금액을 하자보증을 위하여 공급받는 자에게 보관시키는데, 이러한 하자보증금은 과세표준에서 공제하지 아니한다³⁶⁾. 하자보증금은 재화 또는 용역의 공급대가가 아니라 하자보증기간 동안 예치한 금액으로서 보증기간이 경과되면 회수할 수 있는 금액이기 때문에 과세표준에서 공제하지 않는 것이다.

2. 매출에누리 및 판매장려금에 대한 기업회계와 부가가치세법상의 취급

가. 매출에누리

중소기업회계기준에 따르면 매출액이란 회사의 주된 영업활동에서 발생한 제품

34) 김완일·김홍규, 「부가가치세법의 이해와 실무」, (주)영회조세통람, 2012, p.309.

35) 부가가치세법 기본통칙 6-16-3.

36) 부통 6-48-6.

· 상품 또는 용역 등의 총매출액에서 매출에누리와 매출할인 및 매출환입을 차감한 금액을 말하는바, 일정 기간의 거래수량 또는 거래금액에 따라 매출액을 실질적으로 감소시키는 것은 매출에누리에 포함한다³⁷⁾. 그리고 일반기업회계기준에 따르면 수익은 재화의 판매와 용역의 제공 또는 자산의 사용에 대하여 받았거나 받을 대가의 공정가치로 측정하지만, 매출에누리와 할인 및 환입은 수익에서 차감하도록 하고 있다³⁸⁾.

한편, 부가가치세법에 따르면 매출에누리액은 재화 또는 용역의 공급에 있어서 그 품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법이나 그 밖의 공급조건에 따라 통상의 대가에서 일정액을 직접 깎아 주는 금액으로 그 재화 또는 용역의 공급당시의 통상의 공급가액에서 일정액을 직접 공제하도록 규정하고 있다³⁹⁾.

위에서 살펴보는 바와 같이 매출에누리의 경우에는 기업회계와 부가가치세법에서 동일하게 취급하고 있다. 즉, 기업회계와 부가가치세법 모두 매출액에서 차감하도록 하고 있는 것이다.

나. 판매장려금

기업회계기준에 따르면 판매촉진을 목적으로 소비자 또는 중간판매자에게 제공하는 현금할인과 현금보조 방식의 현금판매 인센티브는 판매자의 매출에서 직접 차감하고, 무료현물 또는 무료서비스 등 현물판매 인센티브는 판매거래의 일부로 보아 비용 처리하도록 하고 있다⁴⁰⁾.

한편, 부가가치세법에서는 거래상대방에게 지급하는 판매장려금으로서 금전으로 지급하는 경우에는 과세표준에서 공제하지 아니하며, 재화로 지급하는 경우에는 사업상 증여에 해당하여 별개의 재화의 공급으로 보아 부가가치세를 과세하도록 규정하고 있다⁴¹⁾.

위에서 살펴보는 바와 같이 판매장려금의 경우에는 기업회계기준에서는 매출액에서 직접 차감하도록 하고 있지만, 부가가치세법에서는 공급가액에서 차감하지 못하도록 하고 있다. 이에 따라 판매장려금이 있는 경우에는 기업회계상의 매출액보다 부가가치세법상 공급가액이 더 많이 계상되는 것이다.

37) 중소기업회계기준 제26조.

38) 일반기업회계기준 16.5.

39) 부가가치세법 제29조 제5항 제1호.

40) 일반기업회계기준 실무지침 16.23.

41) 부가가치세법 기본통칙 6-16-3.

IV. 단말기 약정보조금이 부가가치세법상 과세표준에 포함되는지의 여부에 대한 검토

1. 단말기 약정보조금이 부가가치세법상 과세표준에 포함되는지의 여부에 대한 국세청과 조세심판원 및 법원의 입장

이동통신사 등이 대리점을 통하여 지급하는 단말기 약정보조금은 실질적으로 최종 소비자의 단말기 구매가격(소매가격)을 낮추게 되어 그 약정보조금만큼의 차액은 구매자 입장에서는 결과적으로 덜 지급하게 되는 바, 해당 차액이 단말기 자체의 매출액에서 직접 공제되는 매출에누리가 되는 것인지 아니면 판매된 단말기 자체를 통하여 향후 발생하게 될 이동통신서비스의 매출을 촉진하기 위한 판매촉진비(판매장려금) 등의 비용으로 보아야 하는지의 여부가 문제될 수 있음은 기술한 바와 같다.

이러한 쟁점과 관련하여 현재 단말기 보조금의 법적 성격에 대하여 해석상 다툼이 있는 상황이다. 즉, 국세청과 조세심판원은 단말기 약정보조금은 판매장려금으로 보아야 하기 때문에 부가가치세의 과세표준에서 공제되지 않는다고 보고 있으며, 법원은 동 보조금은 매출에누리로 보는 것이 타당하기 때문에 부가가치세의 과세표준에서 공제되어야 한다고 보고 있다. 그 외 단말기 약정보조금에 대한 학설 역시 나누어져 있다. 다만, 학설에 대한 분석은 항을 바꾸어 분석하기로 한다.

이하에서는 단말기 약정보조금의 법적 성격에 대하여 국세청과 조세심판원 및 법원의 입장을 순서대로 살펴보고자 한다.

가. 국세청의 입장

국세청은 이동통신사가 대리점을 통하여 이용기간이 일정기간 이상인 상품을 선택하는 이용자에게 단말기를 할인판매하는 경우 그 할인액은 부가가치세의 과세표준에 포함된다는 유권해석을 내리고 있다. 즉, 국세청은 단말기 약정보조금에 대하여 『「전기통신사업법」상 전기통신사업자(이하 "이통사"라 함)가 대리점과 통신단말장치(이하 "단말기"라 함)의 공급조건에 따라 제조업체로부터 구입한 단말기를 구입가격으로 대리점에 공급한 후, 고객이 이통사와 일정기간 이상 당해 이통사의 통신서비스 이용조건을 선택하고 단말기구입비용지원(이하 "보조금"이라 함)을 이통사로부터 지원받기로 사전약정한 경우, 당해 대리점은 보조금 상당액을 단말기

가격에서 차감하여 고객에게 판매하고, 이통사가 대리점으로부터 당초 단말기 공급가격에서 고객에 대한 보조금 상당액을 감액하여 대가를 받는 때에는 감액된 당해 보조금 상당액은 이통사가 대리점에 공급한 단말기 공급가격에 대한 에누리에 해당되지 아니하는 것』이라고 해석하고 있다⁴²⁾.

나. 조세심판원의 입장

조세심판원도 국세청과 동일하게 단말기구입 보조금 지급거래와 단말기 공급거래는 거래당사자가 다른 별개의 거래이므로, 단말기구입 보조금은 판매 후의 할인액과 대손금 또는 장려금과 유사하다고 보고 있다. 즉, 조세심판원은 『청구법인과 고객 간에 이루어진 "단말기보조금 지급거래"는 청구법인과 대리점 간에 이루어진 "단말기 공급거래"와 법적 실체가 다른 별개의 거래로서 청구법인의 주장처럼 단말기구입 보조금을 에누리로 보기 위해서는 사전 약정이나 기타 공급조건에 의해 청구법인이 고객에게 단말기를 공급하고 일정 금액을 직접 공제한 경우이어야 하는데, 이 건 단말기 거래는 청구법인이 제조사로부터 매입한 단말기를 대리점에 정상가액으로 판매한 후, 대리점의 책임하에 고객에게 단말기를 판매(일정 조건 충족시 보조금지급 약정을 유보)한 점에 비추어 단말기 공급가액은 대리점에 판매함으로써 이미 확정되었으며, 이동통신회사인 청구법인이 고객에게 지급한 단말기구입 보조금은 고객이 의무사용기간 동안 통신서비스를 이용할 것을 조건으로 지급된 것이어서 단말기 공급거래와는 무관하고, 단말기구입 보조금은 판매 후의 할인액과 대손금 또는 장려금과 유사한 금액으로 단말기 공급가액에 영향을 미칠 수 없는 금액인 만큼 부가가치세 과세표준에서 차감할 수 없다고 판단된다.』라고 결정하고 있다⁴³⁾.

다. 법원의 입장

법원은 단말기 보조금에 대하여 국세청과 조세심판원의 해석과는 달리 매출에누리로 보고 있다. 대법원은 단말기 보조금에 대하여 『부가가치세법 제13조 제2항은 "다음 각 호의 금액은 과세표준에 포함하지 아니한다."고 규정하면서 제1호로 '에누리액'을 들고 있고, 부가가치세법 시행령 제52조 제2항은 "법 제13조 제2항 제

42) 재부가-138(2010.3.16.).

43) 조심2010서2202, 2010.12.30. 同旨 조심2010중3043, 2011.06.22., 조심2010서3107, 2011.06.22. 등.

1호에 규정하는 에누리액은 재화 또는 용역의 공급에 있어서 그 품질·수량 및 인도·공급대가의 결제 기타 공급조건에 따라 그 재화 또는 용역의 공급 당시의 통상의 공급가액에서 일정액을 직접 공제한 금액으로 한다."고 규정하고 있는바, 위 규정 소정의 에누리액은 그 품질·수량 및 인도·공급대가의 결제 기타 공급조건에 따라 정하여지면 충분하고 그 발생시기가 재화 또는 용역의 공급시기 전에 한정되는 것은 아니라고 할 것이다.』라고 판시⁴⁴⁾하여 매출에누리에 해당한다고 해석하고 있다. 또한, 최근 서울행정법원 역시 『원고는 대리점에 단말기를 공급하면서 일단 제조업체로부터 구매한 가격을 통상의 판매가격으로 지정하여 대리점에 공급하되, 원고가 사전에 고지한 판매정책에 따라 원고의 이동통신서비스에 일정기간 이상의 가입을 약정하는 고객에 대해서는 대리점으로 하여금 단말기를 일정금액 할인하여 판매하도록 하였고, 이러한 경우 대리점은 원고에게 해당 단말기 대금을 지급할 때 그 할인금액을 차감한 나머지 금액을 지급하도록 하였다. 이 사건 보조금은 원고가 대리점에 단말기를 공급하면서 일정한 조건에 따라 공급당시의 가액에서 일정액을 직접 공제한 것으로 부가가치세법 소정의 에누리액이라고 볼 것이다. 다만, 원고는 이 사건 보조금을 에누리액으로 회계처리하거나, 이 사건 보조금을 차감한 액수로 수정세금계산서 등을 다시 발행하지는 않았지만, 이는 과세관청이 이 사건 보조금을 에누리로 볼 수 없다는 견해를 밝혀 이에 따른 것에 불과하므로 위와 같은 사정만으로 이 사건 보조금의 성격이 달라진다고 볼 수 없다.』라고 판시⁴⁵⁾하여 대법원과 동일하게 매출에누리로 해석하고 있다.

2. 단말기 약정보조금이 부가가치세법상 과세표준에 포함되는지의 여부에 관한 검토

가. 쟁점의 정리

위에서 살펴본 바와 같이 단말기 약정보조금의 법적 성격에 대해서는 국세청과 조세심판원은 판매장려금으로 해석하고 있으며, 법원은 매출에누리로 해석하고 있다. 이러한 해석상 다툼은 단말기 약정보조금이 단말기 매출과 관련된 매출에누리에 해당하는 것인지, 아니면 판매장려금에 해당하는 것인지의 여부에 집중되어 있다. 그러나 단말기의 판매에는 항상 이동통신서비스 매출이 수반되기 때문에 이러

44) 대법원 2003. 4. 25. 선고 2001두6586 판결.

45) 서울행정법원 2012. 9. 13. 선고 2011구합5612 판결.

한 접근은 타당하지 않다고 할 것이다.

단말기 가입자는 단말기를 구입하였다는 사실 자체만으로는 이동통신서비스를 받을 수 없으므로 단말기 구입과 함께 특정 이동통신서비스에 가입하여야 한다. 이는 두 개의 거래로 이루어지는 것인데, 그 하나는 단말기 자체의 매출거래이고 다른 하나는 이동통신서비스의 매출거래이다. 따라서 단말기 약정보조금이 부가가치세법상 과세표준에 포함되는지의 여부를 논하기 이전에 단말기 약정보조금의 지급이 단말기 자체의 매출에 관련된 것인지, 아니면 이동통신서비스 매출에 관련된 것인지를 여부를 먼저 결정한 이후에 그 매출에 대하여 단말기 약정보조금의 지급이 해당 매출에 대한 매출에누리가 되는지, 아니면 판매장려금이 되는지의 여부를 결정하여야 한다.

따라서 이하에서는 단말기 약정보조금의 지급이 단말기 자체의 매출에 관련된 것인지 아니면 이동통신서비스 매출에 관련된 것인지를 여부를 먼저 살펴보고, 단말기 약정보조금의 지급이 해당 매출에 대한 매출에누리가 되는지, 아니면 판매장려금이 되는지의 여부를 살펴보기로 한다.

나. 단말기 약정보조금의 지급이 단말기 자체의 매출과 관련된 것인지의 여부

단말기 약정보조금은 본질적으로 소비자의 이동통신 서비스 시장의 진입장벽을 낮추기 위한 마케팅 수단으로서 이동통신사의 영업비용에 해당한다고 보아야 할 것이다⁴⁶⁾. 그리고 방송통신위원회는 보조금을 이동통신사업자의 ‘단말기 출고가 미만 판매행위’로 해석하여 왔다. 여기서 출고가란 권장소비자가를 의미하는 것이며, 권장소비자가란 실제로 단말기 제조업체와 이동통신사간의 협의에 의해 형성되는 가격이라고 할 수 있다. 또한, 단말기 약정보조금을 출고가와 판매가격 차이만으로 한정하지 않고, 환불·요금면제·가입비 면제 또는 상품권의 지급 등도 모두 단말기 약정보조금의 지급방식으로 보았다⁴⁷⁾.

현재 이동통신사가 지급하는 단말기 보조금 중에서 약정보조금은 지급시기 또는 단말기의 모델에 따라 차등적으로 지급되는 것이 일반적이고 모두 12개월에서 24개월이라는 약정기간동안 특정 이동통신서비스에 가입할 것을 조건으로 한다. 약정기간 동안 계약을 유지하지 않을 경우 가입자는 약정위반에 따른 위약금을 지급

46) 방석호 외4인, “정보통신분야 주요 규제 이슈들의 검토 및 분석을 위한 연구”, 한국정보법학회, 2005.12, p.127.

47) 방송통신위원회 심결집 2005, p.28.

하여야 한다. 이러한 약정보조금은 실질적으로 소비자가 구매한 이후 통신요금[고정요금(기본료)]이나 약정위반에 따른 위약금으로 이동통신사가 회수할 수 있는 것이다. 그렇다면 결국 단말기 약정보조금은 구매시점의 단말기 판매 자체와 연관되기 보다는 향후 발생할 이동통신서비스의 매출과 연관된 것으로 보는 것이 타당하므로, 이를 단말기 판매 자체에 대한 매출에누리로 파악할 수는 없는 것이고, 오히려 단말기 판매 이후에 발생하는 이동통신서비스 매출과 관련하여 지출된 선급비용으로 보는 것이 타당하다.

다만, 이동통신사가 서비스의 가입실적 또는 위탁업무의 처리대가로 대리점에 지급하는 수수료로서, 서비스의 개통시에 지급되는 개통 수수료나 번호이동 또는 신규 가입자 모집시에 해당 가입자의 월 요금 수납액의 4 ~ 11%를 48개월간 지급하는 가입고객 관리수수료에 대해서는 대리점이 판단하여 본인이 수수하든지 일정부분 단말기 약정보조금에 포함시켜 판매가를 낮추는 경우도 있다. 이 경우 역시 이동통신사가 대리점에 지급하는 리베이트적인 성격을 지니고 있다고 볼 수 있다. 이러한 리베이트는 두 가지 형태로 나눌 수 있다. 하나는 정해진 금액을 사업자에게 전액 지급한 후에 그 중 일부는 다시 사업자로부터 되돌려 받는 경우이고, 다른 하나는 처음부터 정해진 금액에서 일부 금액을 깎은 뒤 사업자에게 지불하는 경우이다⁴⁸⁾. 이러한 리베이트 역시 대리점 스스로 단말기 판매 이후에 발생할 이동통신서비스 사용료에 기하여 별도로 지급받는 수수료를 얻기 위하여 그 수수료 중 일정부분을 단말기 약정보조금에 포함시키는 것이므로 이를 단말기 가격 자체를 감액하는 에누리로 볼 수는 없으며, 단말기 판매 이후에 발생할 이동통신서비스 매출의 증가 및 유지를 목적으로 지출하는 것으로 보아야 한다. 따라서 이 역시 이동통신서비스에 대한 특별한 판매활동에 따라 지급되는 것으로 보아야 할 것이다.

위와 같이 대리점 스스로의 판단에 따라 약정보조금에 부가하여 지급하는 금액으로 인하여 각 가입자가 받는 약정보조금의 혜택은 각 가입자별로 동일하지 않게 되는 특성이 있다.

다. 단말기 약정보조금의 이동통신서비스 매출에 대한 법적 성격

단말기 약정보조금이 단말기 자체의 매출과 관련된 것이 아니라고 하더라도, 이동통신서비스 매출과 관련된 것으로 보기 위해서는 그 보조금을 이동통신사업자가

48) 변정욱 외, 앞의 논문, p.39.

단말기 구입자에게 지급한 것이라는 점이 전제되어야 한다.

따라서 단말기 약정보조금이 비록 대리점을 통하여 단말기 구입자에게 지급된다고 하더라도 이를 이동통신사업자가 단말기 구입자에게 지급한 것으로 볼 수 있는지의 여부를 먼저 살펴보도록 한다. 만약 단말기 약정보조금의 지급이 이동통신사업자와 단말기 구입자 사이의 거래에 해당한다면, 단말기 약정보조금이 이동통신사업자에게 매출에누리과 판매장려금 중에서 어디에 해당하는지에 대하여 살펴보기로 한다.

1) 단말기 약정보조금의 지급자가 이동통신사업자인지의 여부

단말기 약정보조금은 경제적으로 이동통신사업자가 부담한다. 왜냐하면 약정보조금에 해당하는 금액만큼 대리점이 단말기 구매자에게 할인을 하더라도 대리점은 해당 금액만큼 이동통신사업자로부터 보전받기 때문이다. 설사 대리점이 자신의 판단에 따라 약정보조금을 이동통신사업자가 제공하는 것보다 많이 지급한다고 하더라도 그 대리점은 개통수수료 또는 가입고객관리수수료 등의 형태로 이동통신사업자로부터 해당 금원을 보전받게 된다. 따라서 단말기 구매자에게 제공되는 약정보조금은 이동통신사업자의 비용에 해당하는 것이다. 즉, 단말기 약정보조금을 이동통신사업자와 대리점이 협의하여 단말기 구매자에게 지급하는 경우에는 해당 대리점의 수익은 단말기 약정보조금의 지급 여부와 무관한 것이다. 대리점이 스스로의 판단에 따라 약정보조금을 지급하는 경우에도 단말기 구입자가 의무약정기간을 준수한 경우에는 이와 동일하다.

다만, 대리점이 스스로의 판단에 따라 약정보조금에 포함하여 지급하였지만, 단말기 구입자가 의무약정기간을 준수하지 않아서 대리점에게 피해가 발생할 수 있는 여지가 있지만, 그렇다고 하더라도 이는 대리점의 사업소득금액의 계산상 필요경비에 해당하는지의 여부와 관련하여 문제가 될 뿐 단말기 매출에 대한 에누리과 해당하는지 또는 해당 금원을 이동통신사업자가 지출한 것인지의 여부가 문제되지 않는다. 해당 보조금은 대리점이 단말기의 판매 이후에 발생할 이동통신서비스의 매출과 관련하여 추가적으로 얻을 수수료 수입을 기대하여 부여한 것이므로 단말기 자체의 매출과 연관시킬 수 없고, 그 부담을 이동통신사업자에게 귀속시킬 수도 없기 때문이다. 이러한 이유로 대리점이 스스로의 판단에 따라 약정보조금에 포함하여 지급한 금원은 이하의 논의에서 제외하기로 한다.

위와 같이 위 약정보조금에 대한 경제적 부담이 이동통신사업자에게 귀속될 뿐

만 아니라 의무사용약정 역시 대리점이 이동통신사업자를 대리하여 가입자와 이동통신사업자 사이에 체결되고 해당 보조금을 영수하였다는 확인서 역시 가입자가 이동통신사업자에 대하여 작성하는 것이 거래의 실정이다⁴⁹⁾.

이러한 점을 감안한다면 “과세의 대상이 되는 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 귀속이 명의(名義)일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있을 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용한다”고 규정하는 국세기본법 제14조 제1항을 거론할 필요도 없이 의무사용약정에 기한 단말기 약정보조금의 지급은 가입자와 이동통신사업자 사이에 이루어진 것으로 보는 것이 타당하다.

2) 단말기 약정보조금이 단말기 매출관련 예누리에 해당하는지의 여부에 대한 법원 판단기준의 분석

기술한 바와 같이 법원은 부가가치세법상의 매출예누리에 해당하기 위해서는 일정한 재화의 공급에 있어서 품질·수량 및 인도·공급대가의 결제 기타 공급조건에 따라 일정액을 공급가액에서 직접 공제하는 것으로 충분하다고 보고 있다. 따라서 법원은 이동통신사가 대리점에 단말기를 공급하면서 일정한 조건에 따라 공급당시의 가액에서 일정액을 직접 공제할 것을 약정하고 단말기 대금에서 그 일정액을 공제하는 것은 부가가치세법상 매출예누리에 해당한다고 보고 있다. 또한, 법원은 사전에 정해진 일정한 조건에 따라 금액이 결정되면 충분하고, 해당 금액의 발생시기가 재화 또는 용역의 공급시기 전으로 한정되는 것 역시 아니라고 한다.

그러나 법원의 입장과 같이 공급조건에 대한 사전약정이 있고 그 조건에 따라 공급당시의 가액에서 일정액을 직접 공제하면 매출예누리에 해당하고, 그 공제액의 확정이 비록 공급시기 이후라도 상관없다고 판단한다면 다음과 같은 모순이 발생한다.

부가가치세법 제29조 제6항은 장려금에 대하여 명확하게 정의하고 있지 않으며, 사전에 정해진 일정한 조건에 따라 지급되는 금액을 장려금에서 배제한다는 규정 역시 두고 있지 않다. 또한, 판매장려금 역시 일정한 조건(약정)에 의해 지급될 수 있으며, 당사자 사이에서 그 조건에 따른 일정 금액을 해당 재화 또는 용역의 공급 당시의 가액에서 공제할 수 있다. 그렇다면 법원의 위 해석기준에 따르면 매출예누리의 범주에 판매장려금 역시 포함된다고 볼 수 있는 여지가 있다. 즉, 판매장

49) 2008년 1월, 동년 7월, 2009년 10월과 2010년 2월 자 KTF W-CDMA 서비스 이용약관 및 2010년 3월자 SK텔레콤(주) 서비스 신규계약서 등 참조.

려금 역시 사업자가 자기의 재화를 공급하면서 일정한 조건에 따라 판매촉진을 위하여 거래상대방에게 매출대금의 일부를 환급해 주거나 매출액을 감액할 수 있는 것이므로 위 법원의 해석에 의한다면 판매장려금도 매출에누리에 포함된다고 해석될 여지가 있는 것이다. 그런데, 이와 같이 해석하는 것은 부가가치세법 제29조 제5항 제1호에서 매출에누리는 과세표준에서 공제하도록 규정하고 있고, 동 조 제6항에서 장려금은 과세표준에 포함된다고 규정하는 것에 정면으로 반하는 것이 되어 불합리하다.

그러나 필자들은 법원의 입장이 위 입장에 국한되는 것은 아니라고 판단한다. 왜냐하면 판례들은 매출에누리에 해당하는지의 여부를 판단함에 있어서 문제가 되는 공급조건이 당사자들 사이의 약정에 의하여 정하여져 있을 것만을 요건으로 하는 것이 아니라 그 공급조건이 법문과 같이 해당 재화 또는 용역의 '품질 · 수량 및 인도 · 공급대가의 결제 등'에 관한 것이어야 한다는 점을 함께 실시하고 있기 때문이다. 즉, 법원의 입장을 이와 같이 이해한다면, 사전약정에 의하여 공제액이 지급된다고 하더라도 그 지급조건이 '법문 상 위 요건에 해당하는 공급조건'에 따라 공제액이 지급된 경우에는 매출에누리에 해당할 수 있지만, 그렇지 않을 경우에는 판매장려금에 해당하는 것으로 구분될 수 있게 되어 상술한 바와 같은 문제점은 발생하지 않게 된다.

따라서 판매장려금과 매출에누리의 개념은 단순히 사전에 일정한 조건에 대한 약정이 있었는지의 여부를 기준으로 하여 구분할 것이 아니라 오히려 부가가치세법상 예누리 개념에 해당하기 위한 조건의 내용에 먼저 주목할 필요가 있다. 매출에누리에 해당하기 위해서는 재화 또는 용역의 공급 당시의 통상의 공급가액에서 일정액을 직접 공제하는 일정한 조건이 해당 재화 또는 용역의 '품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법이나 그 밖의 공급조건'에 관한 것이어야 한다. 즉, 지급금액을 결정하는 기준이 재화 또는 용역의 '품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제 등'에 관한 것이 아니라면 매출에누리에 해당하지 않는다고 보아야 하는 것이다.

한편, 필자들은 위와 같은 생각에 근거하여 매출에누리와 구분하는 목적 상 일응 판매장려금을 '재화 또는 용역의 판매촉진 및 시장개척 등을 목적으로 거래상대방에게 제공하는 금액으로서 해당 재화 또는 용역의 품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법 등에 관한 공급조건에 의하여 제공되는 금원을 제외한 것'으로 정의하고자 한다.

3) 단말기 약정보조금의 지급이 이동통신서비스 매출에 관련된 것임을 전제하면서도 이를 매출에누리로 파악하는 견해에 대한 분석

매출에누리를 ‘공급대가의 결정요인으로서의 공급조건에 관한 공급자와 공급받는 자 사이의 약정’에 의하여 공급받는 자가 최종적으로 지출하는 금액이 감축되는 경우 그 감축액이 에누리에 해당하고, 공급자가 공급조건에 관한 약정상으로는 공급받는 자에게 지급할 의무가 없는 금액을 공급이 완료되고 난 후에 어떤 사업적 동기에서 은혜적으로 지급하는 경우 그 금액을 장려금이라고 정의하는 견해가 있다⁵⁰⁾. 이 견해는 또한 약정보조금의 지급이 단말기 매출과 연관된 것이 아니라 는 점을 전제하여 대법원 판례(대법원 2003.04.25. 선고 2001두6586 판결, 병합 : 2001두6593, 2001두6609, 2001두6616, 2001두6623, 2001두6630, 2001두6647, 2001두6654, 2001두6661)가 단말기 약정보조금 지급의 반대급부를 이동통신용역의 이용대가의 수취가 아니라 단말기 판매대금의 수취라고 혼동하는 오류를 범하였다는 점을 지적한다. 그러나 이상의 입장에도 불구하고 이 견해는 고객이 의무이용기간 이상으로 이동통신용역을 이용함에 따라 이동통신사업자가 일정 규모 이상의 이익을 얻는 것을 반대급부로 하여, 즉 그러한 이익에 대한 보답으로 그 이익 중 일부를 단말기 구입대금에 충당하는 조건으로 고객에게 지급하는 단말기 보조금은 이동통신용역의 공급조건에 관한 이동통신사업자와 고객 사이의 약정에 따라 이동통신용역의 이용개시 시점에 지급되기 때문에 부가가치세의 과세표준에서 공제되는 에누리에 해당한다고 한다.

이 견해는 위 매출에누리가 단말기 매출에 대한 것임을 전제하는 것으로 보인다. 이는 이 견해가 이동통신사업자의 이동통신매출에 대응하는 매출에누리로서 공제되어야 한다는 점에 대하여 언급하지 않고 있고, 위 대법원 판례의 논거를 비판하면서도 논리를 달리하여 그 결론을 지지하는 입장을 취하고 있기 때문이다. 이하 이를 전제로 이 견해를 다음과 같이 분석한다.

첫째, 매출에누리는 관련된 매출에서 공제되어야 하는 것인데, 이 견해에 따르면 약정보조금은 이동통신서비스 매출에 관련된 것임에도 불구하고 단말기 매출액에서 공제되는 것이므로 그 타당성을 인정하기 힘들다. 왜냐하면 약정보조금이 이동통신서비스의 매출에 관련된 것이고 매출에누리에 해당한다면 향후 이동통신서비스 매출이 발생하는 기간에 안분하는 등의 방법으로 공제된다고 보는 것이 논리적

50) 한만수, “이동통신용역의 이용자 겸 단말기 구입자에게 지급되는 보조금의 부가가치세 과세표준에의 포함 여부에 관한 연구”, 『법학논집』 제17권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2012.9, pp.140-142.

이기 때문이다.

둘째, 이 견해는 공급조건에 관한 이동통신사업자와 고객 사이의 약정에 따라 지급되는 금액은 에누리에 해당한다는 것을 전제하고 있지만, 법문은 공급조건을 한정하고 있다. 즉, 법문은 ‘품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법 등’에 관한 공급조건에 기하여 지급될 것으로 규정하고 있으므로, ‘고객이 의무이용기간 이상으로 이동통신용역을 이용함에 따라 이동통신사업자가 일정 규모 이상의 이익을 얻는 것을 반대급부로 하여, 즉 그러한 이익에 대한 보답으로 그 이익 중 일부를 단말기 구입대금에 충당하는 조건으로 고객에게 지급하는 단말기 보조금’이 단말기 공급에 관한 ‘품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법 등’에 관한 공급조건에 해당하는지의 여부를 먼저 결정하여야 한다. 그러나 이 견해가 제시하는 위 공급조건은 그 자체로서 단말기 공급에 관련된 것이 아니고 오히려 이동통신서비스 매출에 관련된 것이다.

셋째, 설사 위 공급조건이 단말기 매출에 대한 것이라고 하더라도 위 의무약정기간에 대한 약정이 법문상 ‘품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법 등’에 관한 공급조건에 해당하는지의 여부가 의문이다. 이동통신가입자들이 동일한 의무약정기간 동안 해당 이동통신을 이용한다고 하더라도 그 통화량은 각 가입자별로 상이하기 때문에 위 의무약정기간을 들어 수량에 관한 공급조건⁵¹⁾에 해당한다고 볼 수는 없기 때문이다. 즉, 법문에서 매출에누리를 정의하면서 ‘품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법 등’에 관한 공급조건을 규정한 것은 해당 조건들을 통하여 매출에누리를 적용할 매출액이 특정될 수 있다는 점을 감안한 것으로 보이는데, 약정보조금의 지급과 관련된 의무약정기간 조건만으로 매출에누리를 적용할 해당 매출액이 특정될 수 없으므로 의무약정기간 조건은 위 공급조건에 해당하지 않는다고 판단한다.

넷째, 판매장려금을 공급자가 공급조건에 관한 약정상으로는 공급받는 자에게 지급할 의무가 없는 금액을 공급이 완료되고 난 후에 어떤 사업적인 동기에서 은혜적으로 지급하는 경우로 한정하는 것 역시 타당성을 인정하기 힘들다. 왜냐하면 법문상 매출에누리에 해당하지 않는 경우에는 ‘공급조건에 관한 약정 상으로는 공급받는 자에게 지급할 의무가 없는 경우’ 및 ‘법이 정하는 공급조건에 해당하지 않은 약정 상 공급받는 자에게 지급할 의무를 부담하는 경우’ 모두가 논리적으로 포함될 수 있을 뿐만 아니라 위 견해와 같이 판매장려금을 한정하여 해석할 법문상

51) 수량 이외의 품질, 인도 및 공급대가의 결제와 관련된 것은 본고의 목적과 무관하다고 판단하였다.

근거가 없기 때문이다.

이상의 점을 감안한다면 단말기 약정보조금의 지급이 이동통신서비스 매출에 관련된 것임을 전제하면서도 이를 단말기에 대한 매출에누리로 파악하는 위 견해는 그 정당성을 인정할 수 없다고 할 것이다.

4) 매출에누리에 대한 법문 이외의 특정 요건을 설정하고 이에 근거하여 약정보조금을 매출에누리로 보는 견해에 대한 분석

매출에누리의 요건을 다음과 같이 설정하고 이에 근거하여 약정보조금을 단말기에 대한 매출에누리로 보는 견해가 있다. 이 견해는 약정보조금이 ①사업자가 재화를 공급하면서 판매정책에 따라 판매대금에서 일정액을 직접 공제할인하는 가격보상조건이 사전에 정하여져 있고, ②가격보상이 필수적으로 이루어지며, ③매출액이나 판매수량에 따른 거래처별 적용대상에 제한이 없고, ④판매물품의 가격에 직접적으로 영향을 미치므로 해당 단말기 보조금은 판매장려금이 아니라 에누리액에 해당한다고 한다⁵²⁾. 이하 위 견해에 대하여 분석한다.

첫째, 위 견해가 취하는 매출에누리에 관한 요건들은 법문상 규정된 것들이 아니다. 설사 일부 요건들을 판례를 분석하여 추출하였다고 하더라도 법원이 사실관계를 정리하고 판결이유를 실시하는 과정에서 등장한 일부의 표현을 일반적인 요건으로 볼 수는 없는 것이다.

둘째, 위 견해는 법문 상 규정된 ‘품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법 등’에 관한 공급조건에 해당하는지의 여부를 매출에누리에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 고려하지 않고 있다.

이상의 점을 감안한다면 매출에누리에 대한 법문 이외의 특정 요건을 설정하고 이에 근거하여 약정보조금을 매출에누리로 보는 견해 역시 그 정당성을 인정하기 힘들다고 할 것이다.

5) 소결

단말기 약정보조금이 단말기 매출에서 공제되는 매출에누리 항목인지의 여부와 관련하여 검토한 위 결과를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 단말기 약정보조금은 구매시점의 단말기 판매 자체와 연관되기 보다는 향

52) 안경봉 · 신흥균, “단말기 보조금과 부가가치세법상 에누리”, 『법학논집』 제24권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2011.10, p.318.

후 발생할 이동통신서비스의 매출과 연관된 것으로 보는 것이 타당하므로, 이를 단말기 판매 자체에 대한 매출에누리로 파악할 수는 없는 것이고 오히려 단말기 판매 이후에 발생하는 이동통신서비스 매출과 관련하여 지출된 선급비용으로 보아야 한다. 따라서 단말기 약정보조금은 단말기 매출 자체에 대한 매출에누리가 될 수 없다.

둘째, 의무사용약정에 의한 단말기 약정보조금의 지급은 가입자와 이동통신사업자 사이에 이루어진 것으로 보는 것이 타당하다.

셋째, 판매장려금과 매출에누리에 관한 개념은 단순히 사전에 일정한 조건에 대한 약정이 있었는지의 여부를 기준으로 구분할 것이 아니라 재화 또는 용역의 공급 당시의 통상의 공급가액에서 일정액을 직접 공제하는 일정한 조건이 해당 재화 또는 용역의 '품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법 등'에 관한 것인지의 여부를 기준으로 하는 것이 타당하다.

넷째, 매출에누리는 재화 또는 용역의 공급에 있어서 그 품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법 등에 따라 그 재화 또는 용역의 공급당시의 통상의 공급가액에서 일정액을 직접 공제하는 금액으로 의미한다.

다섯째, 매출에누리와 구분하는 목적상 일응 판매장려금을 '재화 또는 용역의 판매촉진 및 시장개척 등을 목적으로 거래상대방에게 제공하는 금액으로서 해당 재화 또는 용역의 품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법 등에 관한 공급조건에 의하여 제공되는 금원을 제외한 것'으로 정의하는 것이 타당하다. 따라서 판매장려금을 공급자가 공급조건에 관한 약정상으로는 공급받는 자에게 지급할 의무가 없는 금액을 공급이 완료되고 난 후에 어떤 사업적 동기에서 은혜적으로 지급하는 경우로 한정하는 것은 타당하지 않다.

여섯째, 단말기 약정보조금 지급의 전제조건인 의무약정기간에 대한 약정은 이동통신서비스 매출과 관련된 '품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법 등'에 관한 공급조건에 해당하지 않는 것으로 보는 것이 타당하므로 단말기 약정보조금은 이동통신서비스 매출과 관련해서도 매출에누리에 해당될 수 없다. 즉, 단말기 약정보조금은 이동통신사가 이동통신서비스에 대한 가입자를 유치하기 위하여 지출하는 마케팅 비용에 해당하는 판매장려금으로 보는 것이 타당하다.

V. 요약 및 결론

이상에서 단말기 보조금의 개념과 특성 및 단말기 약정보조금에 대한 기업회계와 부가가치세법상 취급에 대하여 살핀 후, 이러한 단말기에 대한 약정보조금이 부가가치세법상 과세표준에 포함되는지의 여부, 즉 단말기 보조금이 부가가치세 과세표준에서 제외하는 매출에누리에 해당하는지 또는 부가가치세 과세표준에서 공제하지 아니하는 판매장려금에 해당하는지 여부와 관련하여, 국세청, 조세심판원, 법원 및 학설의 입장을 소개 및 분석하였으며, 이를 토대로 그 해석론을 제시하였다.

단말기 약정보조금을 단말기 자체의 판매와 관련된 것으로 보는지 여부 및 그 법적 성격이 매출에누리와 판매장려금 중 어디에 해당하는 것으로 보는지의 여부가 본고의 쟁점인 바, 현행법의 해석상으로는 이동통신단말기에 대한 약정보조금은 단말기 판매 자체가 아니라 이동통신서비스에 관련된 것일 뿐만 아니라, 이동통신서비스에 대해서도 매출에누리가 아닌 판매장려금으로 보아야 하므로, 부가가치세법상 공급가액에서 이를 차감하는 것은 타당하지 않는데, 그 근거는 다음과 같다.

첫째, 단말기의 판매에는 항상 이동통신서비스 매출이 수반되기 때문에 두 개의 거래로 이루어지는데, 그 하나는 단말기 자체의 매출거래이고 다른 하나는 이동통신서비스의 매출거래이다. 이 경우 단말기 약정보조금은 단말기 판매 자체와 연관되기 보다는 향후 발생할 이동통신서비스의 매출과 연관된 것으로 보는 것이 타당하다. 또한, 의무사용 약정에 따른 단말기 약정보조금의 지급은 거래의 실질상 가입자와 이동통신사업자 사이에 이루어진 것으로 보아야 한다.

둘째, 매출에누리와 판매장려금의 구분은 재화 또는 용역의 공급 당시의 통상의 공급가액에서 일정액을 직접 공제하는 일정한 조건이 해당 재화 또는 용역의 '품질이나 수량, 인도조건 또는 공급대가의 결제방법 등'에 관한 것인지 여부를 기준으로 하는 것이 타당한데, 이러한 기준에 따르면 단말기 보조금은 장려금으로 보아야 한다.

셋째, 판매장려금은 공급자가 공급조건에 관한 약정상으로는 공급받는 자에게 지급할 의무가 없는 금액을 공급이 완료되고 난 후에 어떤 사업적 동기에서 은혜적으로 지급하는 경우로 한정하여야 한다는 견해가 있는데, 이는 타당하지 않다.

넷째, 단말기 약정보조금은 이동통신사가 자신이 제공하는 이동통신서비스에 대

한 가입자를 유치하기 위하여 지출하는 마케팅 비용인 판매장려금으로 보는 것이 타당하다. 즉, 단말기 약정보조금은 단말기 자체의 판매를 촉진하기 위한 것이라기 보다는 이동통신사업자가 자신의 이동통신서비스를 일정한 기간 동안 사용할 경우 그 서비스 사용량에 관계없이 지급하는 전형적인 판매장려금에 해당하는 것이다.

다섯째, 단말기 약정 보조금은 일정한 기간 동안 이동통신서비스를 의무적으로 사용하도록 하는 목적에 따라 지급한 것이므로, 단말기 자체를 공급하는 자의 입장에서 단말기의 판매가격에서 단말기 약정보조금을 차감한 것을 부가가치세 과세표준으로 할 수 없다.

마지막으로, 단말기 약정보조금은 이동통신서비스의 요금을 인하하는 것과는 달리 이동통신서비스의 요금을 감소시키지 않으면서도 그에 대한 수요를 증가시키는 수단이다. 따라서 단말기 약정보조금은 이동통신서비스의 매출을 감소시키는 항목이 아닌 별도의 비용항목으로 보아야 하므로, 부가가치세 과세표준에서 차감하는 매출에누리가 아닌 판매장려금으로 보아야 한다.

(논문접수일 : 2013.07.10, 심사개시일 : 2013.08.22, 게재확정일 : 2013.09.24)



▶ 이 준 봉 · 정 지 선

보조금(Subsidy), 부가가치세(Value Added Tax), 과세표준(Tax Base),
매출에누리(Sales Discount), 판매장려금(Sales Subsidy)

Abstract

**A Study on the Inclusion of Mobile Phone Handset
Contract Subsidy In the Value Added Tax Base**

Lee, Jun Bong
Chung, Ji Sun

The mobile handset subsidy is a system where mobile communication service companies pay for a part of mobile phone cost in order to attract subscribers. Although there was a time when this system was temporarily prohibited as the subsidy competition became overheated after the introduction of system, it is utilized as one of important marketing techniques for attracting new subscribers of mobile communication service companies and maintaining the existing subscribers.

The status on whether such mobile handset contract subsidy is the one related to the sale of mobile handset itself or the one related to the sale of mobile communication service provided by mobile communication service companies can become a problem while the nature of mobile handset contract subsidy is also divided into an opinion that it falls under the sales discount and an opinion that it falls under the sales subsidy. Although it doesn't become a problem regardless of whether it falls under discount or subsidy in Corporate Tax Act and Income Tax Act, this is a very important issue in the Value-Added Tax Act since a lot of difference is shown in the amount of sales tax. In other words, one wouldn't be able to deduct from the supply value of mobile handset if the mobile handset contract subsidy is the one related to the sale of mobile communication service rather than the sale of mobile handset.

itself. Also, while the amount of sales tax is reduced by as much as the amount that has multiplied the value added tax rate (10%) to the value by being deducted from the supply value if its legal nature falls under the sales discount, the amount of value added tax sales gets comparatively greater from not being deducted from the supply value if interpreted as falling under the subsidy.

In other words, as the issue of this paper is whether the mobile handset contract subsidy is seen as the one related to the sale of mobile handset itself and whether its legal nature falls under the sales discount or sales subsidy, since not only the contract subsidy on the mobile communication handset is the one related to the mobile communication service which is not the sale of mobile handset itself but must be seen as the sales subsidy which is not the sales discount even in terms of the mobile communication service according to the interpretation of existing law, deducting this amount from the supply value according to the Value-Added Tax Act of the mobile handset itself is improper. The grounds for this are as follows.

First, while the sale of mobile handset is performed as two transactions as it is always accompanied by the sale of mobile communication service, one is the sales transaction of the mobile handset itself and the other is the sales transaction of mobile communication service. In this case, it is appropriate to consider the mobile handset contract subsidy as the one connected to the sale of mobile communication service to be created in the future rather than being connected to the sale of mobile handset itself. Also, the payment of mobile handset contract subsidy followed by the mandatory subscription contract must be seen as the one formed between the actual subscriber of transaction and the mobile communication service company.

Second, while it is appropriate to classify sales discount and sales subsidy based on whether the fixed conditions of deducting fixed amount directly from the usual supply value at the time of supplying goods or

services are the ones related to the 'quality, quantity and delivery or payment of supply amount' of the corresponding goods or services, the mobile handset subsidy must be seen as subsidy according to such standard.

Third, while there is an opinion that the sales subsidy must be limited as a case of paying as grace under certain business motives after the supply of amount without the obligation to pay the person getting supplied according to the contract related to supply conditions by the supplier gets completed, this is inappropriate.

Fourth, it is appropriate to see the mobile handset contract subsidy as a sales subsidy which is the marketing expense spent in order to attract subscribers on the mobile communication service provided by the mobile communication service company itself. To elaborate, the mobile handset contract subsidy falls under a typical sales subsidy which a mobile communication service company pays regardless of the used amount of the service in case of using its mobile communication service for a fixed period of time rather than the one for promoting the sale of mobile handset itself.

Fifth, as the mobile handset contract subsidy is the one paid according to the purpose of making people use the mobile communication service mandatorily for a fixed period of time, the value that has deducted mobile handset contract subsidy from the sale price of mobile handset cannot be used as the value added tax base at the position of a party supplying the mobile device itself.

Finally, the mobile handset contract subsidy is the method of increasing the demand even without reducing the mobile communication service charges unlike the one lowering the mobile communication service charges. Therefore, as the mobile handset contract subsidy must be seen as a separate expense item which is not an item to decrease the sale of mobile communication service, it must be seen as sales subsidy which is not the sales discount deducted from the value added tax base.

주지관용기술을 적용한 발명의 진보성 판단

정 차 호*

I. 서론	IV. 진보성 판단에서의 주지관용기술의 적용
II. 주지관용기술의 정의	1. 진보성 판단체계
1. '주지관용기술' 또는 '기술상식' 용어의 사용례	2. 결합발명에서 결합이 주지관용 기술이라는 주장
2. 협의의 공지기술(공연인지기술), 공연실시기술 및 광의의 공지기술	3. 하나의 선행기술과 하나의 주지관용기술의 결합의 용이 판단
3. 유럽 및 미국의 '기술상식'과의 비교	4. 주지관용기술이 진보성 판단에 미치는 영향
4. 주지관용기술 및 기술상식의 정의	V. 사례 검토
III. 주지관용기술의 증명	1. 임펠러-동력모터 사건
1. 우리 판례 및 학설의 태도	2. Perfect Web 이메일 반복발송 방법 사건
2. 미국의 주지관용기술 증명	VI. 결론
3. 유럽의 주지관용기술 증명	
4. 일본의 주지관용기술 증명	
5. 소결	

I. 서론

발명의 진보성을 판단하기 위해서는 선행기술과 그 발명을 비교한다. 그런데, 많은 경우 주지관용(周知慣用)기술이 발명과 비교되기도 한다. 주지관용기술도 (선행기술이 더 많이 알려진 것이라는 측면에서는) 선행기술의 일부이므로 주지관용기술이 발명과 비교되는 데에 이의를 제기할 수는 없다. 그런데, 또 많은 경우, 발명의 진보성 결여를 주장하는 자는 제시된 기술이 주지관용기술임에 대한 구체적인 증거를 제시하지 못하는데, 그런 경우에 그 주장된 주지관용기술을 어떻게 취급하여야 하는지는 어려운 문제이기도 하고 실무적으로 매우 중요한 문제이기도 하다. 선행기술이 개시하지 않는 구성요소가 주지관용기술이라고 방만하게 주장하는 것을 방지하게 되면 진보성 판단의 장면이 근거없는 주장의 경연장이 될 수도 있고 가치있는 발명의 진보성이 허무하게 부정될 가능성도 높아질 것이다.

이 글은 주지관용기술임이 증거로서 구체적으로 증명이 되어야 하는 것인지 여

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

부를 검토한다. 그 점에 관하여 정면으로 검토한 선행논문은 (2013년 7월 현재) 2개 정도가 검색되었는데,¹⁾ 그 논문들은 한편으로는 증거로서 증명되어야 하는지 여부에 대하여 약간 불명확한 결론을 내리기도 하고 다른 한편으로는 진보성 판단의 장면에서 주지관용기술이 적용되어서 진보성 판단에 어떠한 영향을 미치는지에 대하여는 나아가 살피지 않고 있다. 그러한 의문에 대한 답을 얻기 위하여 이 글은 먼저 주지관용기술이 무엇인지에 대한 정확한 정의를 시도한다. 주지관용기술에 대한 정확한 이해를 바탕으로 구체적인 증거로 입증되어야 하는 상황과 그렇지 않은 상황을 제시하고자 한다. 나아가, 하나의 주지관용기술과 다른 하나의 선행기술을 결합하여 대상 발명의 진보성을 부정하는 장면에서 주지관용기술이 진보성 판단에 미치는 영향에 대하여 검토하고자 한다. 그 과정에서 미국, 유럽, 일본의 법리 및 사례를 비교, 분석할 것이다.

II. 주지관용기술의 정의

주지관용기술이 발명의 진보성 판단에 미치는 영향을 분석하기 위해서는 일차적으로 주지관용기술이 무엇인지에 대하여 명확하게 정의할 필요가 있다. 우리 판례에서 주지관용기술이라는 용어를 허다하게 사용하면서도 그 용어를 명확하게 정의한 대법원 판례는 없는 것으로 보인다.²⁾ 어떤 용어의 의미를 이해하기 위해서는 그 용어와 비슷한 의미를 가진 용어와 비교하는 것이 효과적인 경우가 많다. 그런 견지에서는 주지관용기술을 선행기술, 기술상식 등의 용어와 비교할 필요가 있다.³⁾ 이하, 주지관용기술을 선행기술, 기술상식 등과 비교하며 이해한 후 그러한 이해에

1) 한동수, “심결취소소송에서 주지관용기술의 증명방법 및 발명의 진보성 판단시 2차적 고려사항”, 「대법원판례해설」 76호, 법원도서관, 2008; 박태일, “최근 특허법원 주지관용기술 판단 사례에 관한 검토”, 「특허소송연구」 제5집, 특허법원, 2010.

2) 한동수, 앞의 글, 396면(“주지관용기술의 의미를 밝힌 대법원판결은 없다.”); 박태일, 앞의 글, 62면(“주지관용기술에 관하여 특허법상 명문의 규정도 없고, 그 의미를 구체적으로 밝히고 있는 대법원 판결도 없지만, 실제로 진보성 여부 판단에서 주지관용기술이 주요한 판단자료로 사용되고 있다.”).

3) 법리적으로는 물론 실무적으로도 그 두 기술의 차이를 구분하기가 쉽지 않다. 특히, 정보검색기술의 발전에 따라 선행기술과 주지관용기술의 차이를 구분하기 쉽지 않은 경우가 많을 것이다. KCI Licensing Inc v Smith & Nephew plc [2010] EWHC 1487 (Pat), at 105 (“It has never been easy to differentiate between common general knowledge and that which is known by some. It has become particularly difficult with the modern ability to circulate and retrieve information.”).

<<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2010/1487.html>>.

따라 주지관용기술을 정의한다.

1. ‘주지관용기술’ 또는 ‘기술상식’ 용어의 사용례

기술상식이라는 용어는 주로 신규성을 판단하는 장면에서 많이 사용된다.⁴⁾⁵⁾ 특허청 심사지침서는 선행기술에 “사실상 기재되어 있는 사항”을 파악하는 장면에서 기술상식을 참작한다고 설명한다.⁶⁾ 일본특허청 심사기준에 따르면, 간행물에 명시적으로 개시된 사항뿐만 아니라 통상의 기술자가 특허출원 시의 기술상식을 참작하여 당해 간행물에 기재되어 있는 사항으로부터 파악할 수 있는 사항도 신규성을 부정하는 증거로 사용될 수 있다고 한다.⁷⁾ 한편, 신규성을 판단하는 장면에서 유럽 특허청 심사지침서는 “common general knowledge”를 참작할 수 있다고 설명하고 있다. 선행기술의 내재적 개시 여부를 판단하는 동일한 (신규성 판단) 장면에서 우리나라와 일본이 기술상식이라는 용어를 사용하고 유럽이 “common general knowledge”라는 용어를 사용하므로 유럽의 “common general knowledge”가 우리나라 및 일본이 말하는 ‘기술상식’과 같은 의미를 가진다고 생각된다. 이에 대하여는 아래에서 좀 더 구체적으로 살펴본다.

기술상식이라는 용어가 신규성 또는 동일성 판단의 장면에서 주로 사용되는데 반해, 주지관용기술이라는 용어는 진보성 판단의 장면에서 주로 사용된다. 한 논문이 특허법원에서 주지관용기술이라는 용어가 사용된 사례를 예시하고 있는데 소개된 26개 판결 모두가 진보성과 관련된 것이다.⁸⁾ 한편, 주지관용이라는 용어가 신

4) 대법원 2013. 5. 24. 선고 2011후2015 판결(특허거절결정 심결취소)(“그리고 한정된 수치범위가 공지된 발명에 구체적으로 개시되어 있다는 것에는, 그 수치범위 내의 수치가 공지된 발명을 기재한 선행문헌의 실시 예 등에 나타나 있는 경우 등과 같이 문언적인 기재가 존재하는 경우 외에도 통상의 기술자가 선행문헌의 기재 내용과 출원 시의 기술상식에 기초하여 선행문헌으로부터 직접적으로 그 수치범위를 인식할 수 있는 경우도 포함된다.”).

5) 물론, 신규성과 유사한 성격을 가진, 신규사항, 선원 등 발명의 동일성을 판단하는 다른 장면에서도 기술상식은 참작될 수 있다. 한편, 기능식 청구항인지 여부를 판단하는 장면에서도 기술상식이 참작된 사례가 있다. 대법원 2009. 7. 23. 선고 2007후4977 판결(특허거절결정)(“이 사건 제15항 발명의 원심 판시 구성 2인 ‘외부로부터 입력되는 음성 또는 사진에 준비되는 음성의 성질(聲質)을 캐릭터의 체형에 관한 속성정보에 기초하여 변환하는 변환수단’에 관하여 보면, 구성 2는 이 사건 출원발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자(이하 ‘통상의 기술자’라고 한다)라면 우선권 주장일 당시의 기술상식에 기초하여 특허청구범위의 기재 자체만으로 음성변환수단의 구체적인 기술구성을 명확하게 인식할 수 있으므로 이른바 기능적 표현이 포함되어 있는 구성은 아니다.”).

6) 특허청, 「특허·실용신안 심사지침서」, 2011년도 추록, 3204면.

7) 日本特許廳, 「特許·実用新案審査基準」, 第II部 第2章 新規性・進歩性, 1.5.3(3)①.

구성 판단에 사용된 사례도 있다. 대법원은 수치한정발명의 신규성을 판단함에 있어서 수치한정이 통상의 기술자가 적절히 선택할 수 있는 주지·관용의 수단에 불과하고 이에 따른 새로운 효과가 발생하지 않는다면 그 신규성이 부정된다고 설시한 바가 있고,⁹⁾ 발명의 동일성을 판단함에 있어서 주지·관용기술의 부가, 삭제 등을 판단한 사례도 있다.¹⁰⁾ 이와 같은 견지에서 보면, 적어도 신규성 또는 동일성 판단의 장면에서는 주지·관용기술이라는 용어와 기술상식이라는 용어가 같은 의미로 사용되는 것으로 이해된다.

2. 협의의 공지기술(공연인지기술), 공연실시기술 및 광의의 공지기술

특허법 제29조 제1항은 선행기술을 공연인지, 공연실시, 간행물 및 인터넷 게재물의 4개의 형태로 분류하고 있다.¹¹⁾ 공연인지(publicly known)기술은 공중이 인지하고 있는 기술을 말하고, 공연실시(publicly used)기술은 공중이 실시하고 있는 기술을 말하는데, 그 기술이 아직 간행물 또는 인터넷 상에 인쇄의 형태로 개시된 것은 아니다. 그에 반해 간행물(이하 인터넷 간행물 포함)은 인쇄의 형태로 기술을 개시한다. 용어의 문언적 해석에 따르면, 주지(well-known)기술은 공연인지기술 중 더 많이 알려진 기술을 뜻하는 것으로 보이고,¹²⁾ 관용(well-used)기술은 공연실시기술 중 더 많이 사용된 기술을 뜻하는 것으로 보인다.¹³⁾ 그러나, 주지 및 관용 기

8) 박태일, 앞의 글, 61면.

9) 대법원 2013. 5. 24. 선고 2011후2015 판결(특허거절결정 심결취소).

10) 대법원 2001. 6. 1. 선고 98후1013 판결(“구 실용신안법(1993. 12. 10. 법률 제4596호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제4조 제3항에서 규정하는 고안의 동일성을 판단하는 데에는 양 고안의 기술적 구성이 동일한가 여부에 의하여 판단하되 고안의 효과도 참작하여야 할 것인바, 기술적 구성에 차이가 있더라도 그 차이가 과제 해결을 위한 구체적 수단에서 주지·관용기술의 부가, 삭제, 변경 등으로 새로운 효과의 발생이 없는 정도의 미세한 차이에 불과하다면 양 고안은 서로 동일하다고 하여야 할 것이다.”).

11) 특허법 제29조 제1항(“산업상 이용할 수 있는 발명으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 제외하고는 그 발명에 대하여 특허를 받을 수 있다.

1. 특허출원전에 국내 또는 국외에서 공지되었거나 공연히 실시된 발명.

2. 특허출원전에 국내 또는 국외에서 반포된 간행물에 게재되었거나 전기통신회선을 통하여 공중(公衆)이 이용할 수 있는 발명”).

12) 일반적으로 알려진 상표와 비교하여, 더 많이 알려진 상표를 주지상표(well-known mark)라고 칭하는 사례와 유사하다.

13) 비슷하면서도 약간 다른 정의: 특허법원 2007. 12. 21. 선고 2007허3752 판결(확정)(“주지기술은 당해 기술분야에서 일반적으로 알려져 있는 기술이고 관용기술은 주지기술이면서 널리 사용되고 있는 기술을 의미하는데, ……”).

술을 공연인지기술 및 공연실시기술의 연장선상에서만 파악하게 되면 간행물 중 일반적으로 알려진 기술을 포섭하지 못하게 된다.

특허법 제29조 제1항이 규정하는 선행기술 전체를 (인지, 실시, 간행물의 형태를 구분하지 않고) (광의의) 공지기술이라고 칭하기도 한다.¹⁴⁾ 여기서의 공지기술은 (공연인지기술과 구분되어야 하고) 공중 중 불특정 1인이라도 (관련일 당시) 알 수 있었던 상태에 있는 기술을 말하는 것으로 해석된다. 그런데, 만약, 그 공지기술이 해당 기술분야 기술자 다수에게 잘 알려지는 상태로 전파되면 그 공지기술은 주지기술이 될 수 있을 것이다. 위에서 말한 공지기술의 개념은 인지, 간행물 또는 실시의 형태 중 하나일 수 있다. 그런데 예를 들어 공지가 인지 또는 간행물의 형태로 되고 그것이 널리 알려지면 그 기술은 주지기술이 될 것이다. 그런데, 그러한 주지기술이 실시도 널리 되어서 관용기술이 되기까지 하면 비로소 주지관용기술이 될 것이다.¹⁵⁾ 그런 견지에서는 실무에서 사용하는 주지관용기술이라는 용어는 널리 알려지고 또 널리 실시되고 있는 기술을 지칭하는 것으로 해석될 수 있다. 물론, 해당 기술이 널리 알려지기는 하였어도 널리 실시되지 않고 있다는 것을 아는 경우에는 주지관용기술이라는 용어 대신 주지기술이라는 용어를 사용하여야 할 것이다. 널리 사용되는 관용기술이 널리 알려지지 않는 경우는 상정하기가 어려우므로¹⁶⁾ 관용기술이라는 용어만을 사용하는 경우는 (특별한 경우를 제외하고는) 없다고 볼 수 있다.

3. 유럽 및 미국의 ‘기술상식’과의 비교

주지관용기술과 기술상식이 같은 의미를 가진 것이라고 (명확한 근거를 제시하

14) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009후832 판결(특허권리범위확인)(“어느 발명이 특허발명의 권리범위에 속하는지를 판단함에 있어서 특허발명과 대비되는 발명이 공지의 기술만으로 이루어지거나 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자(이하 ‘통상의 기술자’라 한다)가 공지기술로부터 용이하게 실시할 수 있는 경우에는 특허발명과 대비할 필요 없이 특허발명의 권리범위에 속하지 않게 된다(대법원 2001. 10. 30. 선고 99후710 판결 등 참조).”).

15) 약간 다른 설명: 특허청, 심사지침서, (“주지기술(周知技術)이란 그 기술에 관해 상당히 다수의 문헌이 존재하거나, 또는 업계에 알려져 있거나, 혹은 예시할 필요가 없을 정도로 잘 알려진 기술과 같이 그 기술분야에서 일반적으로 알려져 있는 기술을 말하며, 관용기술(慣用技術)은 주지기술 중 자주 사용되고 있는 기술을 말한다.”).

16) British Acoustic Films (53 R.P.C. 221 at 250) (“It is certainly difficult to appreciate how the use of something which has in fact never been used in a particular art can ever be held to be common general knowledge in the art.”).

지 않고) 결론적으로 설명하는 글이 있다.¹⁷⁾ 필자도 그 두 용어가 같은 의미를 가지는 것으로 위에서 간단히 잠정적인 결론을 내린 바 있다. 그러나, 그 점에 대하여는 추가적인 검증이 필요하므로, 유럽과 미국에서 기술상식(common general (technical) knowledge)이라는 용어가 가지는 의미를 살펴보고, 기술상식과 주지관용 기술이 같은 의미를 가지는지 여부를 확인한다.

가. 유럽의 기술상식

유럽특허청 심사지침서에 의하면, “common general knowledge”는 기초적인 교과서에 수록되는 정도의 기술이어야 한다.¹⁸⁾ 다만, 대상 기술이 새로운 것이어서 아직 그 기술이 교과서에 수록되지 않은 경우에는 잡지에 게재된 것만으로도 “common general knowledge”가 될 수 있다.¹⁹⁾ 하나의 간행물의 내용이 널리 반포되고 많은 관련 기술자에 의하여 읽혀졌다는 사실만으로는 그 내용이 “common general knowledge”가 되지 아니한다.²⁰⁾ 해당 기술분야에 종사하는 자들 다수에게 일반적으로 알려지고 의심없이 받아들여진(generally known and accepted without question) 기술이 “common general knowledge”가 되는 것이다.²¹⁾²²⁾ 더욱이, “common general

17) Trilateral Project 24.1: *Biotechnology Comparative Study on Biotechnology Patent Practices Comparative Study Report*, 3 Biotechnology and the Law Appendix J5, at 1.2.1.1 (“In determining whether claimed invention not accompanied by sufficient description in the specification can be carried out by a person skilled in the art, should an examiner take into consideration either the common general knowledge (such as well-known or commonly used art) or all the relevant documents in the state of the art?”).

18) Guidelines for Examination in the European Patent Office (April 2009), part C, Chapter IV-22, 11.3.

19) *Id.* at part C, Chapter II-2, 4.1.

20) *British Acoustic Films* (53 R.P.C. 221 at 250) (“A piece of particular knowledge as disclosed in a scientific paper does not become common general knowledge merely because it is widely read, and still less because it is widely circulated.”).

21) Guidelines for Examination in the European Patent Office, at part C, Chapter II-2, 4.1. (“Such a piece of knowledge only becomes general knowledge when it is generally known and accepted without question by the bulk of those who are engaged in the particular art; in other words, when it becomes part of their common stock of knowledge relating to the art.”).

22) Andrew Rudge, *Guide to European Patents* § 12:7 (“Common general knowledge therefore only includes information which has become generally accepted by skilled people and does not usually include individual research publications or the teaching of patent applications. Generally accepted knowledge is that found in textbooks and laboratory handbooks and, perhaps, in review articles.”).

knowledge”가 되기 위해서는 많이 알려지는 정도를 넘어서서 많이 사용되기까지 하여야 한다.²³⁾ 이런 견지에서는 유럽의 “common general knowledge”은 우리나라의 주지관용기술과도 상응하는 것으로 이해된다. 이러한 “common general knowledge”에 관한 법리는 적어도 영국에서는 잘 인정되고 있고 비판하는 글은 보이지 않는다고 한다.²⁴⁾ 다만, “의심없이 받아들여진(accepted without question)”이라는 문구의 의미에 대하여는 충분히 검증되지 않았지만, “추가 연구(행동)를 위하여 좋은 기초가 되는 것으로 일반적으로 인정되는(generally regarded as a good basis for further action)” 정도의 의미를 가진 것으로 생각될 수 있다.²⁵⁾

나. 미국의 기술상식

미국의 경우, 진보성 결여를 주장하는 자는 두 선행기술의 결합에 대한 교시, 제안 또는 동기(TSM, Teaching, Suggestion or Motivation)를 제시하여야 한다는 법리가²⁶⁾²⁷⁾ 1984년²⁸⁾ 이래로 적용되어 왔다. 그러한 TSM을 구체적인 증거가 아니라 기술상식이라는 주장에 근거할 수도 있지만,²⁹⁾ 그러한 주장은 통상 인정되지 않으므로 자연스럽게 TSM을 선행기술에서 제시하는 것이 중요하였다.³⁰⁾ 그런데, KSR 판결에

23) *British Acoustic Films* (53 R.P.C. 221 at 250) (“It is certainly difficult to appreciate how the use of something which has in fact never been used in a particular art can ever be held to be common general knowledge in the art.”).

24) *Id.* (“Those passages have often been quoted, and there has not been cited to us any case in which they have been criticised.”).

25) *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd.* [1972] R.P.C. 457, at page 482.

26) *Al-Site Corp. v. VSI Int'l, Inc.*, 174 F.3d 1308, 1323-24 (Fed. Cir. 1999) (“The party seeking patent invalidity based on obviousness must show some motivation or suggestion to combine prior art teachings.”).

27) Matthew J. Spark, *Determination of Level of Ordinary Skill in the Art: A Post-KSR Prosecution Tool*, 92 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 315, 315 (2010) (“For decades, patent practitioners found the Teaching/Suggestion/Motivation (TSM) test to be one of the strongest weapons in their arsenal for traversing obviousness rejections made by Examiners at the US Patent and Trademark Office (PTO).”).

28) *ACS Hospital Sys., Inc. v. Montefiore Hospital*, 732 F.2d 1572, 1577 (Fed. Cir. 1984).

29) Eli M. Sheets, *A Little Common Sense is a Dangerous Thing: The Inherent Inconsistency Between KSR and Current Official Notice Policy*, 10 U. N.H. L. Rev. 163, 167 (2012) (“The TSM test was not, in theory, limited to explicit teachings—courts could also employ more nebulous ‘implicit’ nods to a teaching, suggestion, or motivation in the prior art.”).

30) *In re Oetiker*, 977 F.2d 1443, 1447 (Fed. Cir. 1992) (“There must be some reason, suggestion, or motivation found in the prior art whereby a person of ordinary skill in the field of invention

서³¹⁾ 미국연방대법원이 경직된 TSM 법리를 배척하고 두 선행기술을 결합하는 것이 기술상식(common sense)인 경우³²⁾ 진보성이 부정될 수 있다는 법리를 제시하였다.³³⁾ 특히, 대상 과제를 해결하고자 하는 설계변경의 필요(design need) 또는 시장의 수요(market pressure)가 존재하고 많지 않은 수의(finite number of) 특정되고 예측가능한 해결책이 있는 경우 진보성이 부정될 가능성이 충분하다는 것이다.³⁴⁾ KSR 판결로 인하여 갑자기 기술상식의 제시, 입증 등이 중요하게 되었고, 당연히 심사관, 심판관이 기술상식에 근거하여 진보성을 거절하는 사례가 늘어났다.³⁵⁾

미국특허상표청 심사지침서는 진보성 판단을 위하여 주지기술 또는 기술상식을 제시할 수 있으며, 그 경우에도 증거에 의한 뒷받침이 필요하다고 설명한다. 이렇게 주지기술과 기술상식을 “또는”으로 선택적으로 연결하는 것으로 보아서 동 지침서는 주지기술과 기술상식에 특별한 차이를 두지 않는 것으로 이해된다. 주지기술 또는 기술상식이 제시되기 위해서는 그 기술이 즉시 및 의심없이 설명될 수 있어야 한다는 설명에서도 그 두 기술을 구별하지 않는다.³⁶⁾ 그런 견지에서, 결론적으로 미국에서는 기술상식과 주지기술을 같은 의미로 사용하며, 그것은 널리 알려져서 해당 기술분야 통상의 기술자에게 의심없이 받아들여지는 것이라고 정의할 수 있다.

4. 주지관용기술 및 기술상식의 정의

이상에서 살핀 바에 따르면, 주지관용기술을 기술상식과 같은 것으로 이해하여

would make the combination.”).

31) KSR International Co. v. Teleflex Inc. et al., 550 U.S. 398 (2007).

32) Common sense를 직역하면 ‘상식’이 되지만 발명이 통상 기술을 전제로 하므로 여기서의 상식은 ‘기술상식’이라고 보아야 한다.

33) KSR, supra, at 420 (“Common sense teaches that familiar items may have obvious uses beyond their primary purposes, and in many cases a person of ordinary skill will be able to fit the teachings of multiple patents together like pieces of a puzzle.”).

34) *Id.* at 421 (“When there is a design need or market pressure to solve a problem and there are a finite number of identified, predictable solutions, a person of ordinary skill has good reason to pursue the known options within his or her technical grasp. If this leads to the anticipated success, it is likely the product not of innovation but of ordinary skill and common sense.”).

35) Matthew J. Spark, supra, at 317 (“Phrases like ‘predictable result,’ ‘well known’ and ‘common sense’ began appearing in post-KSR office actions with increasing frequency.”).

36) USPTO, MPEP 2144.03, A (“Official notice unsupported by documentary evidence should only be taken by the examiner where the facts asserted to be well-known, or to be common knowledge in the art are capable of instant and unquestionable demonstration as being well-known.”).

도 무리가 없다고 생각된다.³⁷⁾ 주지관용기술 또는 기술상식은 “해당 기술분야의 기술자 다수에게 널리 알려지고 어떤 경우에는 나아가 널리 실시되고 있는 기술”이라고 정의할 수 있다. 널리 알려졌다는 것은 상당히 다수의 문헌이 존재하거나, 또는 업계에 알려져 있거나, 혹은 예시할 필요가 없을 정도로 잘 알려진 기술을 말하는 것이다.³⁸⁾ 유럽 및 미국의 경우, 그것이 널리 알려질 뿐만 아니라 의심없이 받아들여진(accepted without question) 것이어야 하는데, 그러한 요건이 더 필요한지에 대하여는 향후의 판례나 학설의 논의가 좀 더 보태지기를 기다릴 필요가 있을 것이다. 사건으로는, “의심없이 받아들여진”이라는 요건이 주지관용기술임을 명확하게 하는 장점이 있고, 우리 민사소송법 제288조가 규정하는 (일반인에게) 현저한 사실도 통상의 지식과 경험을 가진 일반인이 진실이라고 믿어 의심치 않는 사실을 말한다는 법리와³⁹⁾ 상응한다는 장점을 가지므로 그러한 요건도 필요하다고 생각한다. 다른 한편으로는 그 요건이 그것에 대한 어려운 논쟁을 야기할 것이라는 단점은 예상된다. 주지관용기술이 되기 위하여 해당 기술분야의 기술자에게 잘 알려지기만 하면 되지 일반인에게까지 잘 알려질 필요는 없다. 그런 견지에서 “관용(주지)기술은 사회화된 기술이다”라는 표현에서의⁴⁰⁾ ‘사회’는 일반 사회가 아니라 해당 기술분야의 사회를 의미한다고 보아야 한다.

III. 주지관용기술의 증명

1. 우리 판례 및 학설의 태도

어떤 기술이 주지관용기술임을 주장하는 자는 그것에 대하여 증명할 책임을 부

37) 특허법원 2010. 8. 26. 선고 2009허6342 판결(특허등록무효)(“나아가, 앞에서 든 증거에 의하면 결정다형들로부터 단결정을 분리하고 X-선 회절 패턴을 측정하여 그 결정구조를 특정하는 것은 이 사건 특허발명이 속하는 기술분야에서 통상적으로 행해지는 기술임을 알 수 있고, 결정다형들은 재결정시 사용되는 용매의 종류 및 용매의 조성비, 온도, 교반 여부 등의 다양한 조건을 변화시킴으로써 얻어질 수 있다는 것은 그 기술분야에서 주지되어 있는 기술상식이다.”).

38) 일본 도쿄고재 昭50. 7. 30. 「無體集」 7권2호, 260면(“주지기술이라는 것은 그 기술분야에서 일반적으로 알려져 있는 기술이어서 예를 들어, 이것에 관하여 상당히 다수의 공지 문헌이 존재하거나, 또는 업계에 널리 알려져 있거나 혹은 널리 사용되고 있을 것을 요하는 것으로 해석된다.”)(竹田和彦, 「특허의 지식」 제8판, 김관식 등 역, 도서출판 에이제이디자인기획, 2011, 185면에서 재인용).

39) 호문혁, 「민사소송법」 제6판, 2008, 453-454면.

40) 竹田和彦, 「특허의 지식」 제8판, 김관식 등 역, 도서출판 에이제이디자인기획, 2011, 185면.

담한다.⁴¹⁾ 그런데, 민사소송법 제288조는 법원에서 당사자가 자백한 사실과 현저한 사실은 증명을 필요로 하지 않는다고 규정한다. 현저한 사실에는 ① 일반인에게 현저한 사실 및 ② 법원에게 현저한 사실이 있다. 일반인에게 현저한 사실은 통상의 지식과 경험을 가진 일반인이 진실이라고 믿어 의심치 않는 사실을 말한다.⁴²⁾ 그런데, 주지관용기술은 일반인에게는 채 알려지지 않아도 해당 기술분야 기술자에게만 널리 알려진 것일 수 있다. 그렇다면, 주지관용기술은 일반적으로는 일반인에게 현저한 사실에 해당한다고 보기는 어렵다.⁴³⁾ 법원에게 현저한 사실은 법관이 직무상 경험으로 알고 있는 사실로서 그 사실의 존재에 관하여 명확한 기억을 하고 있거나 또는 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실을 말한다.⁴⁴⁾ 주지관용기술은 통상의 경우에는 이 부류에도 해당하지 않는 것으로 생각된다.⁴⁵⁾ 그렇다면, 주지관용기술은 민사소송법 제288조의 적용을 받기는 어려워 보이며, 주지관용기술을 내세우는 자가 그것이 주지관용기술임을 증명하여야 할 것이다.

특허청의 심사 또는 특허심판원의 심판 절차에서는 심사관 또는 심판관이 통상의 기술자라고 할 수 있으므로 주지관용의 기술이 이들 심사관이나 심판관에게는 현저한 사실에 해당할 수 있으므로 증명을 필요로 하지 않는다는 견해가 있다. (일본의 한 글의 내용을 차용한)⁴⁶⁾ 그 견해는 심사관 또는 심판관을 통상의 기술자로 전제하고 있는데 그러한 전제는 잘못된 것이다. 심사관 또는 심판관은 통상의 기술자의 눈(수준)을 빌려서 판단하는 자일뿐 일반적으로는 통상의 기술자가 아니고⁴⁷⁾ 특별한 경우에 그러할 뿐이다.⁴⁸⁾ 심사관 또는 심판관은 여러 기술분야의 출

41) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2002후2600 판결(“가압방법 및 제3항 발명의 구성이 주지·관용 기술에 불과하다고 볼 증거를 기록상 찾아 볼 수 없다”는 이유로 주지관용기술임을 부인한 사례).

42) 호문혁, 앞의 책, 453-454면.

43) 물론, 주지관용기술이 해당 기술분야 기술자에게는 물론이고 일반인에게도 너무나 당연한 것으로 인정될 수 있다. 필자가 아는 그러한 기술은 국수(noodle) 단면을 기존의 원형에서 삼각형으로 변형하는 것이다. 어떤 재료의 단면을 원형뿐만 아니라 삼각형으로 선택할 수 있다는 사실은 해당 기술분야 기술자에게는 물론이고 일반인에게도 너무나 당연한 주지기술인 것으로 보인다. 그 점에 대하여 별도의 증명이 필요하지 않을 수 있다. 그리고, 그 주지기술(삼각형)을 국수에 적용하는 것이 통상의 기술자에게 용이할 것이다. 물론, 삼각형 단면을 국수에 적용함으로써 인하여 예측치 못한 효과가 발생하는 경우에는 그 적용의 용이함에 대하여는 별도로 판단하여야 할 것이다.

44) 대법원 1996. 7. 18. 선고 94다20051 전원합의체 판결.

45) 한동수, 앞의 글, 396면(“특허청의 심사관이나 심판관 및 당사자는 기술전문가로서 통상의 기술자라고 할 수 있으므로, 주지관용의 기술이 이들 심사관이나 심판관 및 당사자에게는 현저한 사실에 해당한다는 점에서 그 근거를 찾을 수 있을 것으로 보인다.”).

46) 西田美昭, “심판서에 있어서 이유기재의 정도”, 「특허판례백선」 제3권, 中山信弘 등 편, 박영사, 2005, 304-305면.

원에 대하여 심사 또는 심판을 하게 되는데 그 여러 기술분야 모두에서 통상의 기술자가 될 수는 없다. 특히, 심판관은 심사관에 비하여 상대적으로 인원이 적어서 매우 넓은 기술분야를 담당해야 하므로 그가 그 모든 기술분야의 통상의 기술자라고 보는 것은 상식적이지가 않다. 또, 이 견해는 “법원에게 현저한 사실”의 원칙을 “심사관 또는 심판관에게 현저한 사실”로 확대 적용하고 있는 셈이다. 그런 견지에서는, 심사관 또는 심판관에게 현저한 사실이 되기 위해서는 그 사실의 존재에 관하여 심사관 또는 심판관이 명확한 기억을 하고 있거나 또는 기록 등을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실이어야 할 것인데 일반적인 주지관용기술이 그렇게 심사관 또는 심판관의 기억에 남아 있거나 심사/심판 기록을 조사하여 곧바로 그 내용을 알 수 있는 사실이라고 인정되지 않는다. 그렇다면, 심사, 심판 단계에서도 주지관용기술을 내세우는 자가 그것이 주지관용기술임을 증명하여야 할 것이다. 또, 법원 절차에서 법원은 자유로운 심증에 의하여 증거 등 기록에 나타난 자료를 통하여 주지관용의 기술을 인정할 수 있는데,⁴⁹⁾ 헌법이 법원에게 특별히 부여한 재량인 ‘자유심증’이라는 것이 행정공무원인 심사관 또는 심판관에게 적용될 수 있는 것으로 보이지 않는다.

그러므로, 심사, 심판 절차에서든 법원 절차에서든 “주지관용기술에 대해서는 원칙적으로 증명책임을 지는 자가 증명하여야 한다.”⁵⁰⁾ 다만, 주지관용기술이 너무나 자명한 것이어서 해당 기술분야 기술자에게는 물론이고 일반인에게도 진실이라고 믿어 의심치 않는 사실(일반인에게 현저한 사실)인 경우가 있을 수 있고, 그러한 경우에 한하여 주지관용기술임을 구태여 증명할 필요가 없을 것이다. 또, 어떤 기술이 주지관용기술이라고 출원인 또는 특허권자가 인정(자백)한 경우, 심사관이 주

47) Dan L. Burk & Mark A. Lemley, *Is Patent Law Technology-Specific?*, 17 Berkeley Tech. L.J. 1155, 1188 (2002) (“The PHOSITA standard is thus an ultimate conclusion of law based upon evidence, [FN143] not dictated by the capabilities or knowledge of the Patent Office examiner, a reviewing judge, or even that of the inventor . . .”).

48) Dan L. Burk & Mark A. Lemley, *Biotechnology’s Uncertainty Principle*, 54 Case W. Res. L. Rev. 691, 710 (2004) (“Courts have on occasion equated the knowledge of a given individual, such as a patent examiner, with that of the PHOSITA.”).

49) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006후3052 판결(“어느 주지관용의 기술이 소송상 공지 또는 현저한 사실이라고 볼 수 있을 만큼 일반적으로 알려져 있지 아니한 경우에 그 주지관용의 기술은 심결취소소송에 있어서는 증명을 필요로 하나, 법원은 자유로운 심증에 의하여 증거 등 기록에 나타난 자료를 통하여 주지관용의 기술을 인정할 수 있다 할 것이다(대법원 1991. 4. 23. 선고 90후489 판결, 대법원 2003. 8. 22. 선고 2002후2600 판결 등 참조).”).

50) 한동수, 앞의 글, 396면.

지관용기술로 제시한 것에 대하여 출원인이 다투지 않는 경우 등에는 굳이 증명을 요하지는 않을 것이다.

법관의 자유심증에 따라 주지관용기술에 대한 증명이 생략된다는 견해가 있을 수 있다. 대법원 설시에 의하면, 법원 절차에서 증거 등 기록에 나타난 자료와 변론 전체의 취지를 참작하여 법관이 자유롭게 주지관용기술의 존재에 대한 심증을 형성할 수 있을 것인데,⁵¹⁾ 해당 기술분야의 기술자가 아닌 법관이 주지관용기술의 존재에 대하여 자유심증을 형성할 수 있는 사례는 많지 않을 것으로 생각된다. 그 경우에도 “변론 전체의 취지만”으로 자유심증을 형성하는 것은 곤란하므로,⁵²⁾ 자유심증을 형성하게 하는 어떤 기록상 자료의 뒷받침은 있어야 할 것이다.⁵³⁾ 즉, 자유심증의 형성을 위해서도 어차피 기록상 자료에 의한 뒷받침이 있어야 하므로, 주지관용기술은 (항상) (특별한 경우를 제외하고)⁵⁴⁾ 증명을 요한다고 보아도 무방한 정도이다.

2. 미국의 주지관용기술 증명

가. 증명을 요하는 법리

미국의 경우, 선행기술이 출원일(우선일, 발명일)에 공중에 의하여 접근 가능하였음에 대하여도 심사관이 증명을 하여야 하므로,⁵⁵⁾ 제시되는 기술이 기술상식인 점에 대하여도 당연히 심사관이 증명을 하여야 할 것으로 생각되어 왔다. 더욱이

51) 위 대법원 2006후3052 판결.

52) 한동수, 앞의 글, 각주 20(“한편, 주지관용기술의 입증의 정도를 완화한다고 해서, 대법원판례는 문서의 진정성립과 자백의 철회요건으로서의 착오 이외에는 변론의 전체 취지에 대하여 증거원인으로서의 독립성을 부정하므로(대법원 1983. 9. 13. 선고 83다카971 판결, 1974. 7. 23. 선고 74다119 판결, 1991. 12. 24. 선고 91다카21145, 21152 판결 등), 변론 전체의 취지만으로 이를 인정하는 것은 곤란하다.”).

53) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012후436 판결(실용신안등록무효)(“그런데 어느 주지관용의 기술이 소송상 공지 또는 현저한 사실이라고 볼 수 있을 만큼 일반적으로 알려져 있지 아니한 경우에 그 주지관용의 기술은 심결취소소송에 있어서는 증명을 필요로 하고, 이때 법원은 자유로운 심증에 의하여 증거 등 기록에 나타난 자료를 통하여 주지관용의 기술을 인정할 수 있다 할 것이나(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006후3052 판결 등 참조), 변론종결 후 제출된 참고자료까지 여기의 ‘증거 등 기록에 나타난 자료’에 포함된다고 볼 수는 없다.”).

54) 일반인에게도 현저한 사실인 경우, 법관이 자유심증에 따라서 증명책임을 면해 줄 수 있을 것이다. 또, 주지관용기술을 내세우는 자의 상대방이 주지관용기술입에 대하여 반박하지 않는 경우에도 법원이 그 내세우는 자의 주장을 그대로 받아 들일 수 있을 것이다.

55) Constant v. Advanced Micro-Devices, Inc., 848 F.2d 1560, 1568-69 (Fed. Cir. 1988).

In re Zurko 사건에서 그 점은 더욱 명확하여졌다. 대상 사건에서 심판관은 발명의 특정 구성요소를 사용하는 것은 해당 업계의 기초지식이며 기술상식이라는 이유로 그 구성요소에 대한 선행기술을 구체적으로 제시하지 않고 대상 발명의 진보성을 부정하였다. 미국연방관할항소법원(CAFC)은 심사관 또는 심판관의 진보성 판단은 '실질적인 증거(substantial evidence)'에 근거하여야 한다는 법리를 제시한 후, 위와 같은 심판관의 판단은 실질적인 증거에 근거한 것이 아니므로 허용되지 않는다고 판시하였다.⁵⁶⁾ 전문행정기관인 심판관은 주변 쟁점(peripheral issues)에 대하여는 그 자체의 전문성에 근거하여 결론을 내릴 수 있지만, 핵심적인 사실판단에 있어서는 그러할 수 없는 것이다.⁵⁷⁾ 이 판결은 항소법원의 것이지만, 관련 대법원 판결의⁵⁸⁾ 과기·환송심에 관한 것이므로 대법원 판결과 유사한 지위를 가진다. 그러한 측면에서는 (아래에서 소개하는) *KSR* 판결이 *Zurko* 법리를 일정 부분 과기하면서 증명을 요하지 않는 특별한 경우를 제시한다.

나. 증명을 요하지 않는 측면

KSR 대법원은 TSM 테스트의 적용에 있어서도 기술상식에 의존하는 것이 가능하다는 CAFC의 *DyStar v. C.H. Patrick* 판례를 인용하면서,⁵⁹⁾ 설계변경의 필요(design need), 시장의 수요(market pressure), 적은 수의 인지되고 예측가능한 해결책 등이 있고 예상되는 연구를 한 경우 그러한 연구는 통상의 기술자의 상식에 해당하는 것으로 볼 수 있다고 실시하였다.⁶⁰⁾ 이러한 *KSR* 법리를 이어받아

56) *In re Zurko*, 258 F.3d 1379, 1386 (Fed. Cir. 2001) (“[T]he Board cannot simply reach conclusions based on its own understanding or experience—or on its assessment of what would be basic knowledge or common sense. Rather, the Board must point to some concrete evidence in the record in support of these findings.”).

57) *Id.* (“This expertise may provide sufficient support for conclusions as to peripheral issues. With respect to core factual findings in a determination of patentability, however, the Board cannot simply reach conclusions based on its own understanding or experience—or on its assessment of what would be basic knowledge or common sense. Rather, the Board must point to some concrete evidence in the record in support of these findings.”).

58) *Dickinson v. Zurko*, 527 U.S. 150 (1999).

59) *DyStar Textilfarben GmbH & Co. Deutschland KG v. C.H. Patrick Co.*, 464 F.3d 1356, 1367 (Fed. Cir. 2006) (“Our suggestion test is in actuality quite flexible and not only permits, but requires, consideration of common knowledge and common sense”).

60) *KSR Intern. Co. v. Teleflex Inc.*, 550 U.S. 398, 421 (2007) (“When there is a design need or market pressure to solve a problem and there are a finite number of identified, predictable

미국특허상표청 심사지침서(MPEP)는 제시되는 기술이 주지(well-known) 또는 상식(common) 기술임이 즉시 및 의심없이(instant and unquestionable) 설명될 수 있는 경우 문서증거(documentary evidence)를 제시하지 않을 수 있다고 설명하며,⁶¹⁾ 나아가, 테이프 녹음기가 녹음을 하는 경우 기존의 녹음된 내용을 삭제하는 기술이 주지기술이라고 판단한 사례⁶²⁾ 및 높은 온도로 짧은 시간 가열하는 것과 낮은 온도로 긴 시간 가열하는 것이 등가의(equivalent) 것임이 주지기술이라고 판단한 사례를⁶³⁾ 소개하고 있다.

다. 소결

이러한 미국의 법리를 정리하면, *Zurko* 법리에 따라 증거에 의하여 뒷받침되지 않는 주지기술이라는 제시는 어떤 경우에도 허용되지 않으며,⁶⁴⁾ 그 증거는 일반적으로는 문서증거에 의하여 뒷받침 되어야 할 것이되, 관련 기술이 명백하고 의심없이 (clearly and unmistakably) 주지기술임을 논증증거로서 제시할 수 있는 경우 및 다른 반박이 없는 경우에⁶⁵⁾ 한하여 문서증거의 제출이 생략될 수 있을 뿐이다. 우리 법리가 일반인에게 명백하고 의심없는 사실을 현저한 기술로 포섭하여 증명이 불필요한 것으로 보는 것과 비교하면, 미국은 통상의 기술자에게 명백하고 의심없는 주지기술을 증명이 불필요한 것으로 보는 점에 차이가 있다. 물론, 출원인의 적절한 반박이 있는 경우 심사관은 해당 거절이유를 유지하기 위해서는 문서증거를 제시하여야 한다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾ 만약, 심사관이 개인적 지식에 의존하여 주지기술임을 계속 주장하고자 하

solutions, a person of ordinary skill has good reason to pursue the known options within his or her technical grasp. If this leads to the anticipated success, it is likely the product not of innovation but of ordinary skill and common sense. In that instance the fact that a combination was obvious to try might show that it was obvious under § 103.”).

61) USPTO, MPEP 2144.03, A (“Official notice unsupported by documentary evidence should only be taken by the examiner where the facts asserted to be well-known, or to be common knowledge in the art are capable of instant and unquestionable demonstration as being well-known.”).

62) *In re Fox*, 471 F.2d 1405, 1407 (CCPA 1973).

63) *In re Chevenard*, 139 F.2d 711, 713 (CCPA 1943)(이 사건에서 출원인이 주지기술에 대하여 심사관에게 반박을 하지도 않았다.).

64) MPEP 2144.03, A (“It is never appropriate to rely solely on ‘common knowledge’ in the art without evidentiary support in the record, as the principal evidence upon which a rejection was based. *Zurko*, 258 F.3d at 1385 . . .”).

65) *Chevenard*, 139 F.2d at 713 (“[I]n the absence of any demand by appellant for the examiner to produce authority for his statement, we will not consider this contention.”).

는 경우 선언서(affidavit) 또는 진술서(declaration)로서 구체적으로 해당 사항을 설명하여야 한다.⁶⁸⁾ 이 경우 선언서 또는 진술서가 증거로 사용될 것이다.

3. 유럽의 주지관용기술 증명

유럽특허청 심사지침서는 기술상식(common general knowledge)은 일반인이 아닌 통상의 기술자의 기술상식임을 전제로 하면서,⁶⁹⁾ 기술상식임이 반드시 문서증거로 제시될 필요가 없으나, 기술상식임에 대하여 출원인이 반박하는 경우에는 문서증거에 의하여 뒷받침되어야 한다고 설명한다.⁷⁰⁾ 기술상식은 통상의 기술자에게 널리 알려진 것이므로 문서증거로 뒷받침하는데 어려움이 없는 것이 일반적일 것이다. 그런 견지에서는 장시간의 검색 후 겨우 발견된 기술은 기술상식이라고 보기 어렵다.⁷¹⁾⁷²⁾

4. 일본의 주지관용기술 증명

일본의 민사소송법 제179조는 우리 민사소송법 288조에 상응하는 것이며, 그에

66) MPEP 2144.03, C (“If applicant adequately traverses the examiner’s assertion of official notice, the examiner must provide documentary evidence in the next Office action if the rejection is to be maintained.”).

67) Lance Leonard Barry, *Did You Ever Notice? Official Notice in Rejections*, 81 J. Pat. & Trademark Off. Soc’y 129, 138 (Feb. 1999) (“A challenge may take the form of a demand for evidence that a noticed fact was well known. If an applicant demands such evidence, an Examiner should cite a reference showing the fact in the next Office action. Such a citation is unnecessary if the applicant does not challenge the notice.”).

68) MPEP 2144.03, C (“If the examiner is relying on personal knowledge to support the finding of what is known in the art, the examiner must provide an affidavit or declaration setting forth specific factual statements and explanation to support the finding. See 37 CFR 1.104(d)(2).”).

69) EPO, Guidelines for Examination, G-VII, 3.1 (Common general knowledge of the skilled person).

70) EPO, Guidelines for Examination, G-VII, 3.1 (“Common general knowledge can come from various sources and does not necessarily depend on the publication of a specific document on a specific date. An assertion that something is common general knowledge need only be backed by documentary evidence (for example, a textbook) if this is contested (see G-IV, 2).”).

71) *Id.* (“[I]f the information can only be obtained after a comprehensive search, it cannot be considered to belong to the common general knowledge and cannot be used to complete the disclosure (see T 206/83)”).

72) Andrew Rudge, *Guide to European Patents* § 12:7 (“[I]n any case, it should not be necessary to undertake a comprehensive search in order to locate such subject matter.”)(유럽특허청 심판원 T51/87, T206/83 심결 인용).

따라 일반인에게 현저한 사실인 경우 별도의 증명이 필요없을 것이다.⁷³⁾ 그러나, 앞의 우리나라 제288조에 관한 설명에서도 언급한 바와 같이, 일반인에게까지 의심없을 정도로 널리 알려진 주지관용기술은 그렇게 많지 않을 것으로 생각된다. 그렇다면 일반인에게 현저한 사실이 아닌 일반적인 주지관용기술에 대하여는 어떤 정도의 증명이 필요한가?

일본의 한 글은 심사 또는 심판 절차에서는 심사관 또는 심판관이 당업자라는 점에 근거하여 주지관용기술에 대하여 따로 증명을 할 필요가 없고, 판사는 당업자가 아니므로 (일반인에게 현저한 사실을 제외하고는) 증명을 하여야 한다고 설명한다.⁷⁴⁾ 이 주장은 우리나라에도 수입되어 지지된 바가 있다. 그러나, 앞의 우리나라 법리 부분에서 설명한 바와 같이, 그러한 주장은 근거가 부족하다.

주지관용기술을 증명할 필요가 있는지에 대하여 일본 법원도 애매한 입장을 보이고 있다. 일본 도쿄고재는 주지관용기술에 대하여 굳이 일일이 증명할 필요가 없다는 설시를 하기도 하였고,⁷⁵⁾ 다른 한편, 주지관용기술의 안이한 적용을 경계하여야 한다고 설시하기도 하였다.⁷⁶⁾

5. 소결

이상에서 살펴본 우리나라, 미국, 유럽 및 일본의 주지관용기술 증명에 관한 법리에 의하면 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 일반인에게조차 현저한 사실인 주지관용기술은 별도의 증거없이 사용할 수 있다. 이 점에 대하여 출원인이 반박을 하더라도 심사관, 심판관 또는 판사는 일반인에게 현저함을 이유로 추가적인 증거없이 해당 기술이 주지관용기술임을 전제로 결론을 내릴 수 있을 것이다. 통상의 기술자에게의 주지관용기술도 별도의 증거없이 사용될 수 있다. 그러나, 이 점에 대하여 반박이 있는 경우, 심사, 심판 절차에서든 법원 절차에서든 증명책임

73) 西田美昭, 앞의 글, 304면("기술상의 상식 또는 기술수준이 되는 사항을 증거로서 증명할 필요가 있다. 다만, 그 사항이 민소법 제179조 소정의 '현저한 사실'의 한 유형인 '공지의 사실(통상의 지식, 경험)을 구비한 불특정 다수의 일반인이 믿고 의심하지 않는 정도로 널리 알려진 사실'에 해당되는 경우에는 증명할 필요가 없다.")

74) 西田美昭, 상동, 303-304면.

75) 도쿄고재 昭60. 2. 28.("주지기술이라는 것은 일일이 예를 들 것까지도 없이 당업자에게 있어서 주지의 사실이라고 하는 것이기 때문에, 심결이 주지기술인 것의 예를 보여 주지 않는다고 해도, 그것만으로는 심결을 위법이라고 할 수는 없다.")(竹田和彦, 「특허의 지식」 제8판, 김판식 등 역, 도서출판 에이제이디자인기획, 2011, 186면에서 재인용).

76) 도쿄고재 昭61. 10. 23. 판결(상동에서 재인용).

을 지는 자가 증명하여야 할 것이다. 즉, 상대방이 인정하는 경우에만 증거가 필요하지 않을 뿐이고 상대방이 반박하는 경우에는 증거로서 증명되어야 하는 것이다.

제시되는 기술이 주지기술임을 증명하기 위해서는 기술의 내용과 공연인지 또는 공연실시의 횟수 등이 중요할 것이다. 참고로, 상표법에서의 주지상표(well-known mark)임의 증명은 그 상표의 사용양태, 사용방법, 사용량 등에 의한다.⁷⁷⁾

IV. 진보성 판단에서의 주지관용기술의 적용

1. 진보성 판단체계

A 및 B 구성요소를 가지는 발명을 가정한다. 하나의 선행기술이 A 및 B를 개시하는 경우, 심사관은 대상 발명의 신규성 결여를 결정할 수 있다. 그러나 하나의 선행기술이 A를 개시하고 다른 선행기술이 B를 개시하는 경우, 심사관은 진보성 판단과 관련하여 그 두 선행기술을 제시하는 외에 추가적으로 통상의 기술자가 그것들을 용이하게 결합할 수 있음에 대하여 증명하여야 한다.⁷⁸⁾ 해당 발명은 A와 B의 (무의미한 공존이 아니라) 유기적인 결합이고⁷⁹⁾ 그 결합이 발명의 중요한 사상인 경우가 많기 때문이다. 그러한 결합용이에 대하여 직접적 또는 간접적 증거로 증명이 가능하다.

제시된 선행기술 또는 다른 선행기술이 그 결합의 동기에 대하여 개시하고 있는

77) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010후2322 판결(상표등록무효)(“상표법 제7조 제1항 제9호 소정의 주지상표로서 타인의 상표등록을 배제하려면 그 상표가 특정인의 상표에 사용되는 것임이 수요자 또는 거래자 간에 널리 인식되어 있을 것이 필요하고, 구체적으로 그 상표가 주지상표인가의 여부는 그 사용, 공급, 영업활동의 기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 거래실정이나 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부가 우선의 기준이 된다고 할 것이다(대법원 1994. 1. 25. 선고 93후268 판결 등 참조).”).

78) KSR Int'l Co. v. Teleflex, Inc., 550 U.S. 398, 418 (2007).

79) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2009후1897 판결(특허등록무효)(“어느 특허발명의 특허청구범위에 기재된 청구항이 복수의 구성요소로 되어 있는 경우에는 각 구성요소가 유기적으로 결합한 전체로서의 기술사상이 진보성 판단의 대상이 되는 것인지 각 구성요소가 독립하여 진보성 판단의 대상이 되는 것은 아니므로, 그 특허발명의 진보성 여부를 판단함에 있어서는 청구항에 기재된 복수의 구성을 분해한 후 각각 분해된 개별 구성요소들이 공지된 것인지 여부만을 따져서는 안 되고, 특유의 과제 해결원리에 기초하여 유기적으로 결합된 전체로서의 구성의 곤란성을 따져 보아야 할 것이며, 이 때 결합된 전체 구성으로서의 발명이 갖는 특유한 효과도 함께 고려하여야 할 것이다.”).

경우 그 선행기술은 직접적 증거가 된다. 간접적 증거로 제시될 수 있는 것에 대하여 우리 대법원은 당해 특허발명의 출원 당시의 기술수준, 기술상식, 해당 기술분야의 기본적 과제, 발전경향, 해당 업계의 요구 등을 제시하고,⁸⁰⁾ 미국 법원은 시장경향(market forces), 디자인 동기(design incentives), 배경기술(background knowledge), 발명의 과제(problem), 통상의 기술자의 기술상식(common sense) 등을 제시한다.⁸¹⁾ 그러므로, 우리나라와 미국에서 공히 기술상식 여부의 판단이 중요하다.

2. 결합발명에서 결합이 주지관용기술이라는 주장

복수 선행기술의 결합이 통상의 기술자에게 ‘기술상식’이라는 단순한 결론적인 주장은 일반적으로는 허용되지 않고, 그 주장은 추가적인 증거에 의하여 뒷받침되어야 할 것이다.⁸²⁾ “해당 결합이 기술상식”이라는 결론을 쉽게 허용하는 것은 ① 진보성 판단의 객관성 및 예측 가능성을 저하시킬 것이라는 점, ② 사후고찰의 오류가 진보성 판단을 지배하게 할 것이라는 점, ③ 객관적 증거의 중요성이 폄하될 것이라는 점 등으로 인하여 바람직하지 않다. 발명의 진보성 결여를 주장하는 자는 관련 기술이 기술상식임에 대한 관련 증거를 제시하기 위하여 노력하여야 하고, 출원인(특허권자)은 상업적 성공, 다른 자의 실패 등 이차적 고려사항에 해당하는 증거를 제시하기 위하여 노력하여야 하고, 판단자는 그러한 양측의 증거를 비교형량 한 후 진보성 결여를 주장하는 자가 증명책임을 다하였는지를 판단하여야 할 것이다.

80) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2009후1897 판결(특허등록무효)(“그리고 여러 선행기술문헌을 인용하여 특허발명의 진보성을 판단함에 있어서는 그 인용되는 기술을 조합 또는 결합하면 당해 특허발명에 이를 수 있다는 암시, 동기 등이 선행기술문헌에 제시되어 있거나 그렇지 않더라도 당해 특허발명의 출원 당시의 기술수준, 기술상식, 해당 기술분야의 기본적 과제, 발전경향, 해당 업계의 요구 등에 비추어 보아 그 기술분야에 통상의 지식을 가진 자(이하 ‘통상의 기술자’라고 한다)가 용이하게 그와 같은 결합에 이를 수 있다고 인정할 수 있는 경우에는 당해 특허발명의 진보성은 부정된다고 할 것이다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005후3284 판결 등 참조).”)

81) Plantronics, Inc. v. Aiph, Inc. --- F.3d ---- (Fed. Cir. 2013), slip opinion, at 17 (“Therefore, motivation to combine may be found explicitly or implicitly in market forces; design incentives; the ‘interrelated teachings of multiple patents’; ‘any need or problem known in the field of endeavor at the time of invention and addressed by the patent’; and the background knowledge, creativity, and common sense of the person of ordinary skill.”).

82) USPTO, *Examination Guidelines Update: Developments in the Obviousness Inquiry After KSR v. Teleflex*, 75 Fed. Reg. 53,643, 53,659 (Sep. 1, 2010) (“Common sense may be used to support a legal conclusion of obviousness so long as it is explained with sufficient reasoning.”).

다만, 기술상식이 증거로 제시되지 않아도 되는 경우도 상정할 수 있다. 즉, 일반인에게조차 현저할 사실인 경우, 심사관 또는 무효심판 청구인의 주장이 출원인 또는 특허권자에 의하여 그대로 받아들여지는 경우 또는 법원이 자유심증으로 인정하는 경우에는 구체적인 증거가 요구되지 않을 것이다. 심사관 또는 무효심판 청구인의 주장에 대하여 출원인 또는 특허권자가 다투는 경우에는⁸³⁾ 심사관 또는 청구인이 그 논리를 구체화 할 필요가 있다. 그러한 구체화는 일반적으로는 서면 증거에 의하여야 하되,⁸⁴⁾ 대상 기술상식이 해당 기술분야 기술자는 물론 일반인에게도 널리 알려진 정도의 것이어서 법관이 자유심증을 형성할 수 있는 정도의 것이라면 별도의 증거에 근거하지 않고도 그에 관한 설명만으로 진보성이 부정될 수 있을 것이다.⁸⁵⁾

3. 하나의 선행기술과 하나의 주지관용기술의 결합의 용이 판단

대법원 2008. 5. 29. 선고 2006후3052 판결에서 특허발명은 “금, 은, 셀레늄, 게르마늄으로 이루어진 그룹에서 선택되어지는 재료에 의해 속옷(7)에 피복층(3)이 증착형성되는 것을 특징으로 하는 피부보호용 속옷”이다. 선행기술은 알루미늄을 증착형성하는 편직물 제조방법이다. 선행기술은 특허발명의 다른 구성요소를 모두 개시하고 있으나, 증착시키는 재료를 “금, 은, 셀레늄, 게르마늄”으로 개시하고 있지는 않다.⁸⁶⁾ 법원은 알루미늄을 그러한 재료로 선택하는 것은 단순한 설계적 사항에 불과하고 그러한 재료가 인체에 유용한 효과가 있다는 점은 널리 알려진 소위 주지관용기술이라고 보았다. 즉, 하나의 선행기술과 하나의 주지관용기술을 결합하여 대상 특허발명의 진보성을 부정하고 있는 것이다.

83) MPEP § 2144.03 (“To adequately traverse such a finding, an applicant must specifically point out the supposed errors in the examiner’s action, which would include stating why the noticed fact is not considered to be common knowledge or well-known in the art.”).

84) *Id.* (“It is never appropriate to rely solely on ‘common knowledge’ in the art without evidentiary support in the record . . . an assessment of basic knowledge and common sense that is not based on any evidence in the record lacks substantial evidence support.”).

85) *Id.* (“Official notice unsupported by documentary evidence should only be taken by the examiner where the facts asserted to be well-known, or to be common knowledge in the art are capable of instant and unquestionable demonstration as being well-known.”).

86) 이 판결은 미국 연방대법원의 *Hotchkiss* 판결을 연상시킨다. 동 판결에서 쟁점이 된 발명은 문의 손잡이를 도자기로 제조한 것이고 선행기술은 나무로 제조된 손잡이이다. 나무를 도자기로 대체 하는 것이 용이한지 여부가 관건이다.

대상 판결은 대상 특허명세서가 금, 은, 셀레늄, 게르마늄의 효과에 대하여 자세하게 기재하고 있고 우황청심환, 은단 등의 다양한 사용례를 예시하고 있다는 점을 주지관용기술로 보는 근거로 제시하고 있다.⁸⁷⁾ 그런데, 대상 특허명세서에 기재된 사항을 주지관용기술이라고 보기에는 무리가 있어 보인다. 복수 개의 특허명세서에 기재된 사항도 주지관용기술로 인정하기 어려우므로,⁸⁸⁾ 하나의 특허명세서에 기재된 사항은 더욱더 그러할 것이다. 그러나, 출원인 본인이 특허명세서에서 관련 기술을 주지관용기술이라고 자인한 경우, 출원인이 그렇지 않음을 반박하지 않는 경우에 한하여, 그 기술이 주지관용기술로 처리될 수 있을 뿐이다. 대상 판결에서 주지관용기술임에 대한 증명이 제대로 되었다고 가정하면, 하나의 선행기술과 하나의 주지관용기술을 결합하여 진보성 결여를 판단하는 것이 가능해 보인다. 그러나, 그 경우에도 하나의 선행기술과 하나의 주지관용기술을 결합하는 것이 용이한지에 대하여는 별도로 판단이 되어야 할 것이다.

4. 주지관용기술이 진보성 판단에 미치는 영향

유럽특허청에서는 기술상식이 진보성 판단에 영향을 미치는 바는 제한적이다. 대부분의 경우, (주지기술이 아닌) 선행기술과 대상 발명의 차이에 주안점을 둔다.⁸⁹⁾ 그러나, 영국 법원에서는 기술상식의 설정이 진보성 판단에 영향을 많이 미친다. 두 개의 보통 선행기술을 결합하는 장면에서보다 하나의 보통 선행기술과 다른 하나의 기술상식을 결합하는 장면에서 진보성을 더 자주 부정하기 때문이다.⁹⁰⁾ 주지관용기술도 선행기술의 한 부분임은 틀림이 없지만, 주지관용기술을 근

87) 한동수, 앞의 글, 398면(“금, 은, 셀레늄, 게르마늄’ 등의 금속이 인체에 유용한 효능을 가진다는 점이, 이 사건 특허발명의 명세서에 금, 은, 셀레늄, 게르마늄이 인체에 미치는 영향에 대하여 자세하게 기재되어 있고, 우황청심환, 은단 등의 다양한 사용례를 예시하고 있는 점에 비추어 볼 때 주지관용의 기술이라 할 것이다.”).

88) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009후405 판결(복수 개의 특허명세서에 개시되어 있는 사정만으로는 해당 기술을 주지관용기술로 볼 수 없다는 사례).

89) Andrew Rudge, *Guide to European Patents* § 9:2 (“However, in proceedings before the EPO, which primarily turn on the analysis of printed prior art documents, the identity of the skilled person and his level of common general knowledge are rarely factors of any importance in determining the outcome of proceedings.”).

90) *Id.* (“This is in contrast, for instance, to proceedings before the UK High Court in which considerable evidence may be presented in order to establish the identity and knowledge of the skilled person, since the Court is less willing to countenance the combination of different prior art documents than the combination of one document with common general knowledge in

거로 진보성 결여를 주장하는 경우 그 주장이 받아들여질 가능성이 높을 것으로 생각된다.⁹¹⁾ 그러므로, 무효심판 청구인이 제시되는 기술이 보통의 선행기술이 아니라 주지관용기술임을 주장하고 증명하는 경우 진보성 결여의 심결을 끌어낼 가능성이 더 높아진다고 볼 수 있다.

V. 사례 검토

1. 임펠러-동력모터 사건⁹²⁾

대상 발명은 하우징, 하우징 내에 장착되는 임펠러, 임펠러와 연결된 동력모터로 구성되는데 반해, 선행기술은 임펠러가 동력모터에 연결되는 구성이 명시적으로 개시되어 있지 않는 사례에서, 임펠러가 그것을 구동시키기 위한 동력모터에 연결되어야 한다는 사실을 기술상식으로 본 사례이다. 어떤 회전체(여기서는 임펠러)가 동력모터에 의하여 구동되어야 한다는 사실은 해당 기술분야의 기술자에게는 물론이고 일반인에게도 의심없는 현저한 사실에 해당할 것이므로 별도의 증명없이 주지기술로 인정하는 것이 타당하였다고 생각된다. 즉, 주지기술이 해당 기술분야에 널리 알려진 정도를 넘어서서 일반인에게도 널리 알려지고 의심없이 받아들여지는 경우에는 민사소송법 제288조에 근거하여 증명을 생략하는 것이 가능한 것이다.⁹³⁾

2. Perfect Web 이메일 반복발송 방법 사건⁹⁴⁾

대상 발명은 대량(bulk) 이메일 관리방법으로서, (a) 표적 수신자의 프로파일을

considering inventive step.”).

91) 竹田和彦, 「특허의 지식」 제8판, 김관식 등 역, 도서출판 에이제이디자인기획, 2011, 186면(“왜냐하면, 관용기술과 같은 사회화된 기술, 다시 말해 당업자의 피와 살이 된 기술과, 우연히 출원 직전에 반포된 외국문헌에 기재된 기술은 인벤티브 스텝(진보성)의 베이스가 된다는 점은 마찬가지로, 그로부터 스텝의 폭의 측정에 이르러서 차이가 생기게 할 가능성이 있기 때문이다. 이것은 마치 견고한 지면으로부터 도약하는 것보다 스프링의 위에서 뛰는 것이 높이 뛰게 하는 것과 같을 것이다.”).

92) 특허법원 2009. 11. 13. 선고 2009허2791 판결(특허거절결정, 심리불속행).

93) 한편, 동 사안에서는 굳이 주지관용기술임을 증거도 없이 인정할 필요없이, 선행기술이 동력모터를 명시적으로 개시하고 있지는 않지만, 내재적으로 개시하고 있다고 보는 것이 법리적으로 더 간명하였다고 생각된다.

94) Perfect Web Technologies, Inc. v. InfoUSA, Inc., 587 F.3d 1324 (Fed. Cir. 2009).

표적 수신자 그룹에서 일치시키는 단계, (b) 이메일을 그 수신자에게 송신하는 단계, (c) 수신이 성공적인 이메일의 수를 계산하는 단계 및 (d) 그 수가 정해진 최소 수치를 초과하지 않는 경우 그 수치에 도달할 때까지 위 (a)-(c) 단계를 반복하는 단계로 구성된다. (a)-(c) 단계를 개시하는 선행기술만이 증거로 제시되었다. 그러므로, 진보성 판단에 있어서의 쟁점은 (d) 단계를 추가하는 것이 통상의 기술자에게 용이한지 여부와 그에 관하여 증거로서 증명하여야 하는지 여부이다. CAFC는 상식의 적용을 위해서는 추상적이지 않은 명백한 근거가 있어야 하는 것이 기본법리임을 전제로 하면서도, 대상 발명은 선행기술의 (a)-(c) 단계에 (d) 단계를 추가하는 것이기도 하지만 한편으로는 선행기술을 반복하는 것이기도 한데, 어떤 상황이 만족스럽지 못할 경우 그 상황에서 중단하는 결정과 (a)-(c) 단계를 다시 시도하는 결정 중 하나를 선택하는 것은 상식에 불과하다는 논리에 근거하여 대상 발명의 진보성을 부정하였다. ‘재시도(try again)’라는 일반인에게조차 현저한 상식에 근거하여 별도의 문서증거 없이 진보성을 부정한 사례이다.

VI. 결론

주지기술은 공연인지(publicly known) 기술이 더 널리 알려진 기술의 의미로도 사용될 수 있고, (공연인지, 공연실시, 간행물 등을 포괄하는) 광의의 공지기술이 더 널리 알려진 기술의 의미로도 사용될 수 있을 것인데, 통상의 경우 후자의 의미로 사용된다. 그러한 주지기술은 통상 널리 사용되기도 하므로 그런 견지에서는 주지기술과 주지관용기술은 같은 의미를 가진 것으로 볼 수 있다. 나아가, 이 글은 미국, 유럽, 우리나라의 사용례에 근거하여 주지관용기술이라는 용어가 기술상식이라는 용어와 같은 의미를 가진 것으로 파악하였다.

주지관용기술 또는 기술상식은 해당 기술분야 통상의 기술자에게 널리 알려지고 의심없이 받아들여지는 기술을 의미한다. 통상, 여러 교과서에 기재된 사항이 주지관용기술일 가능성이 높다. 하나 또는 소수의 특허명세서에 기재된 사항은 그 사실만으로는 주지관용기술이라고 보기 어렵다.

일반인에게조차 현저한 사실인 주지관용기술은 별도의 증거없이 사용할 수 있다. 이 점에 대하여 출원인이 반박을 하더라도 심사관, 심판관 또는 판사는 일반인에게 현저함을 이유로 추가적인 증거없이 해당 기술이 주지관용기술임을 전제로

결론을 내릴 수 있을 것이다. 통상의 기술자에게의 주지관용기술도 별도의 증거없이 사용될 수 있다. 그러나, 이 점에 대하여 반박이 있는 경우, 심사, 심판 절차에서든 법원 절차에서든 증명책임을 지는 자가 증명하여야 할 것이다. 제시되는 기술이 주지기술임을 증명하기 위해서는 기술의 내용과 공연인지 또는 공연실시의 횟수 등이 중요할 것이다.

심사관이 주지기술에 근거한 진보성 결여를 방만하게 결정하는 경우, 출원인의 불만 또는 불복이 많아질 것이다. 미국에서 KSR 판결로 인하여 진보성 판단에 있어서 기술상식의 적용이 더욱 용이하여졌고, 심사관은 더욱 자주 기술상식에 의존하게 될 것이고 상대적으로 심사관의 거절결정에 불만을 가지는 출원인의 수는 더 늘어날 것이 예상되었다. 실제로 미국에서 심사관의 거절결정에 불복하는 심판의 청구건수가 급증하였으며, 한 통계는 KSR 이전과 비교하여 심판건수가 143% 증가하였다고 한다.⁹⁵⁾ 이러한 심판건수의 증가는 출원인의 불만지수와 어느 정도 연결된다고 생각한다. 그런 견지에서 특허청은 고객인 출원인의 불만지수를 낮추기 위해서라도 기술상식 또는 주지관용기술에 대한 의존도를 낮추기 위한 방안을 고민하여야 할 것이다. 그 방안 중 하나는 주지관용기술임은 특별한 경우가 아니라면 심사관, 무효심판 청구인 등의 결론적이고 근거없는 주장에 의하여 판단될 것이 아니라 증거를 통하여 판단되어야 한다는 법리를 강하게 운영하는 것이다.⁹⁶⁾

95) Sheri Qualters, *Patent Appeals Board Projects 143 Percent Increase in Filings for FY 2009*, Law.com, <www.law.com/jsp/nlj/PubArticleNLJ.jsp?id=1202434147448&slreturn=1&hbxlogin=1>.

96) 김종석, 앞의 글, 110면("앞으로 주지관용기술의 인정 여부에 관하여 증거를 통하여 판단하는 방향으로 나아가야 하겠고, 그에 관한 많은 사례가 축적됨으로써 판단의 정확성과 객관성을 담보할 수 있으리라 생각된다."). 박태일, 앞의 글, 62-63면("주지관용의 정도에 이르렀다는 점에 대한 판단이 가능한 한 객관적인 증거조사 결과에 의하여 이루어져야 할 필요가 있다. 즉, 주지관용기술을 주장하는 측에서 이를 입증하기 위한 명확한 서증을 제출하고, 이에 대해 상대방의 의견 진술 및 반대 증거 제출 기회를 보장함으로써 보다 정확하고 객관적인 진보성 판단이 가능해질 것이다.").

(논문접수일 : 2013.07.31, 심사개시일 : 2013.09.04, 게재확정일 : 2013.09.24)



▶ 정 차 호

주지관용기술(well-known technology), 기술상식(common general knowledge), 발명(invention), 진보성(inventive step), 증명책임(burden of proof)

Abstract

Determination of Inventive Step of an Invention Applying Common General Knowledge

Jung, Chaho

This paper, after analyzing theories of the U.S.A., Europe and the Republic of Korea, defines well-known knowledge or common general knowledge as a technology generally known and accepted without question to the skilled person in the relevant art. Generally, a knowledge described in several textbooks could be accepted as a common general knowledge. However, a knowledge described in one or a few patent specifications hardly be accepted as common general knowledge.

A knowledge which was generally known and accepted without question even to laypersons can be introduced without a proving evidence. Even over contrary contentions, the Examiner can decide based on the common general knowledge. Furthermore, a knowledge which was generally known and accepted without question to the skilled person in the art can be introduced without a proving evidence. However, in this instance, if there is a contrary contention, the person who rely on the common general knowledge shall introduce a supporting evidence, regardless whether the procedure is before the Patent Office, the Board or the Court.

국제법상 환경범죄론의 再考察*

모 영 동**

I. 서론	III. 국제환경법상 해로운 결과로 인한 국제범죄
II. 국제환경법상 해로운 결과	1. 국가에 의한 국제범죄
1. 국제환경법상 해로운 결과의 유형	2. 국가의 국제범죄 성립에 대한 논쟁
2. 국제환경법상 해로운 결과의 기준	IV. 結論

I. 서론

인간은 환경과의 상호관계 속에서 발전하여왔다. 환경은 인간에게 생존에 필요한 터전과 자원이라는 이로운 혜택을 제공하였지만, 태풍, 지진, 가뭄 등과 같은 피해를 가져다주기도 하였다. 인간 역시 멸종위기에 빠진 종을 보존하고 파괴된 생태계를 회복하고 불모지를 개발하여 생명에 더욱 적합한 지역으로 개발하는 등의 이로운 결과를 자연에게 주고 있다. 반대로 개발을 이유로 환경을 훼손하는 해로운 결과를 낳기도 하였다. 이와 같은 인간과 환경의 상호관계 속에서 인간이 자연에게 주는 해로운 결과는 인간과 환경 사이의 상호관계의 균형을 매우 광범하고 때로는 심각하게 파괴하여 인간의 생존 자체를 위협하기도 하였다. 이러한 맥락에서 국제환경법이 등장하게 되었는데 바 국제환경법은 인간과 자연의 상호관계에서 인간이 자연에게 끼치는 해로운 결과에 대한 통제와 관리의 필요성에서 비롯된 것이다.

국제환경법이 규범을 통하여 통제와 관리의 주된 대상으로 삼고 있는 것은 자연에 의하여 발생한 결과가 아닌 인간에 의하여 발생한 해로운 결과인데, 문제는 이 해로운 결과의 범위와 정의가 변화해왔다는 사실이다. 20세기 초의 환경조약인 1902년 ‘농업에 이로운 조류 보호를 위한 협정’¹⁾과 1911년의 ‘북태평양 물개 보호

* 이 논문은 2012년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (2012S1A3A2033974).

** 법학박사, 성균관대학교 SSK 미디어법 사업단 박사후연구원.

1) Convention for the Protection of Birds useful to Agriculture (1902, Paris) 前文 “an uniform procedure concerning the protection of birds useful to agriculture”.

및 보존을 위한 협약²⁾을 살펴보면 환경문제의 인식은 경제적 자원인 종에 대한 보존에 초점이 맞추어져 있었다.³⁾ 이러한 경제적 자원에 대한 해로운 결과의 규제는 트레일 용광로 사건을 계기로 산업 활동으로 인한 해로운 결과로까지 그 범위가 확대되었다.

인간에 의해 발생한 해로운 결과인 종의 개체 수 급감이나 멸종 그리고 국제적 오염을 규제하기 위하여 국제사회는 다양한 접근법을 창안하여 시도하였다. 해로운 결과에 대하여 국가 책임을 묻는 전통적인 배상제도에서부터 국가보조금, 소비자들에 대한 환경정보 제공, 기술이전, 배출권거래제도 등 경제적 유인(經濟的誘因, economic incentives)을 활용한 새로운 접근방법도 시도되었고, 거시적 차원에서 지속적개발(持續的開發)이라는 패러다임의 전환도 시도되었다. 그러나 새롭게 등장한 경제적유인에 기반을 둔 시장적 이행체제의 실효성이 환경범죄에 의하여 위협받고 있다는 사실이 밝혀지면서 환경에 해로운 결과에 대하여 형사적 책임을 묻는 명령 통제형의 전통적 방안이 재조명되고 있다. 시장적 이행체제를 위협하는 환경범죄의 예로서 몬트리얼 의정서 체제의 실효성을 위협하고 있는 오존층 파괴물질 불법 거래를 들 수 있다. 몬트리얼 의정서의 발효에 의하여 새롭게 생산되는 CFCs(Chlorofluorocarbon)에는 높은 관세를 부과하고 재활용 CFCs에 대해서는 자유로운 거래를 허용하는 체제가 성립하게 된다.⁴⁾ 그런데, 재활용 CFCs에게 경제적유인을 부과함으로써 새로운 CFCs의 생산을 억제하려는 몬트리얼 의정서 체제는 새로이 생산된 CFCs를 재활용 CFCs로 거짓 신고하여 판매하는 불법거래의 등장으로 그 실효성을 위협 받게 된다.⁵⁾ 몬트리얼 의정서와 CFCs의 불법거래는 범죄로 인하여 국제환경협약체제의 실효성이 위협받는 예를 보여줄 뿐만 아니라, 환경규범체제의 이행준수를 강화하기 위한 경제적유인의 활용이 오히려 불법거래로 인하여 발생하는 경제적 이득을 상승시켜 환경범죄를 유발할 수 있다는 사실을 보여준다.

국제환경규범체제를 위협하는 환경범죄에 대한 대응의 필요성을 국제사회가 간과하고 있었던 것은 아니다. 환경에 해로운 결과를 범죄로 보고 대응하려는 노력은 국내적 국제적으로 모두 이루어져 왔고 이에 대한 논의 역시 이루어져 왔는데

2) Convention between the United States and other Powers Providing for the Preservation and Protecting of Fur Seals.

3) D. Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law*, (Harvard University Press, 2010), p.10.

4) D. Banks, C. Davies, J. Gosling et al., *Environmental Crime: A threat to our future*, (Environmental Investigation Agency, 2008), pp.14-17.

5) *Ibid.*

국제법상 환경에 해로운 결과에 대하여 형사적 책임을 묻는 방식은 다음과 같은 특징을 가지고 있다. 첫째, 유해폐기물, 해양오염, 멸종위기종의 거래, 불법어업의 분야에서 일반적으로 이루어지고 있다.⁶⁾ 둘째, 그 이행방법에 있어서 각국에게 위반행위를 처벌하도록⁷⁾ 하거나, 필요한 입법 및 기타 조치⁸⁾를 하도록 하는 위임의 방식으로 이루어지고 있다.⁹⁾

그런데 환경에 해로운 결과가 국가에 의하여 발생한다면 이에 대하여민사적 책임 묻는 것과 별도로 국가에게 형사적 책임을 물을 수 있는가 하는 법적 문제를 생각해 볼 수 있다. 이것은 개인에 대한 환경범죄가 성립한다면 국가에 의한 환경범죄 역시 성립할 수 있는가라는 논의라고 할 수 있다. 이 논의의 의미는 환경에 해로운 결과가 발생한 경우 그 결과에 대하여 민사적 책임인 보상 및 배상을 국가에 대하여 청구할 수 있을 뿐만 아니라 형사적 책임으로서 제재를 가할 수 있다는 점에서 찾을 수 있다. 이것은 심각하고 광범위한 오염의 잠재적 발생원인 유정과 원자력 발전소의 상당수가 국가에 의하여 관리, 소유되고 있거나 영향력 아래에 있다는 사실을 고려한다면 더욱 큰 의미를 가진다고 할 수 있다.¹⁰⁾ 본고는 이 문제를 살펴봄에 있어서 먼저 국제환경법상 해로운 결과의 법적 의미와 의미를 정립하고 환경에 해로운 결과에 근거하여 국가에 대하여 형사적 책임을 물을 수 있는지를 국제법상 범죄성립 여부에 관한 국제법위원회(ILC)의 논의를 중심으로 살펴보고자 한다.

6) P. Birnie, A. Boyle and C. Redgwell, *International Law & the Environment Third edition*, (Oxford, 2009), p.330.

7) 'Convention for the Regulation of Whaling, Sept. 24, 1931'과 the 'Convention for the Prevention of Marine Pollution by Dumping from Ships and Aircraft, Feb. 15, 1972', art. 11이 있다.

8) 북극곰 보전 협정 (the Agreement for the Conservation of Polar Bears 1973)과 북태평양 물개 보호 잠정조약, UN 해양법협약 218조 1항에서 찾아 볼 수 있다.

9) S. McCaffrey, "Crimes Against the Environment", in *International Criminal Law 2nd edition* (edited by M. Bassiouni), (Transnational Publisher, 1999), p.989의 각주 32-34 참고.

10) Toxic State-Corporate Crimes, Neo-liberalism and Green Criminology: The Hazards and Legacies of the Oil, Chemical and Mineral Industries, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, Vol.2, No.2(2013), pp.14-17; 중국의 원자력발전소를 운영하는 China Nuclear Engineering and Construction Corporation, China National Nuclear Corporation, China Guangdong Nuclear Power Group은 모두 국영기업이며 도쿄 광역시 정부는 후쿠시마 원전사고가 발생하기 한 해 전인 2011년 당시 후쿠시마 원자력 발전소를 운영한 도쿄전력주회사의 5대 주주였다.

II. 국제환경법상 해로운 결과

인간이 삶을 영위하기 위하여 하는 활동의 상당부분이 환경에 해로운 영향을 미칠 수 있다는 것을 감안할 때 인간에 의하여 발생한 환경에 대한 해로운 결과가 모두 국제환경법의 규제 대상이 될 수는 없다는 것은 자명하다. 그러므로 광의의 해로운 결과와 국제환경법의 규제대상으로서의 해로운 결과는 구별되어야 한다. 그러나 이에 대한 명확한 개념과 기준은 아직 세워지지 않았다.¹¹⁾

1. 국제환경법상 해로운 결과의 유형

국제법문서(國際法文書)는 해로운 결과에 대하여 다양한 표현을 하고 있다. 국제환경법의 핵심을 담은 표현으로써 흔히 선린의 원칙 혹은 ‘sic utere tuo, ut alienum non laedas’이 언급된다.¹²⁾ 이 법언에서 ‘laedas’는 침범, 손상의 의미를 가지고 있고, 1938년과 1941년 트레일 용광로 중재법원의 결정문은 국제법상 어떠한 국가도 매연을 통한 침해(injury)로 타국의 영토, 재산, 사람에게 심각한 결과(serious consequence)를 야기할 권리가 없다고 명시하고 있다.¹³⁾ 1949년의 코르푸 해협 사건에서 국제사법법원(ICJ)의 판결은 다른 국가의 권리에 반하게 자국의 영토를 사용해서는 아니 된다고 판결하였는데 이 판결은 국제적 환경 침해를 허용하지 않을 의무가 발생한 것으로 보고 있다.¹⁴⁾ 스톡홀름선언 원칙 21(the 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment)은 자국의 관할이나 통제 하에 있는 행동이 타국의 환경 혹은 국가 관할권의 한계를 넘는 영역에 손해(damage)를 야기하지 않도록 보장할 책임을 천명하였다.¹⁵⁾ 그러나 스톡홀름 선언의 전문(前文)

11) M. Bowman, “the Definition and Valuation of Environmental Harm: An Overview”, in M. Bowman and A. Boyle (ed), *Environmental Damage in International and Comparative Law*, (Oxford, 2005), p4.

12) 이것은 일국이 자국 영토 내에서 혹은 공동의 영역에서 타국의 권리 혹은 지구환경보호에 반하는 방법으로 행동하는 것을 허용하지 않는다는 내용을 함축하고 있다. 김정균/성재호, 「국제법」 제 5개정판, (박영사, 2006), p.503.

13) Trail Smelter case (United States, Canada), *RIIA, Volume III*, (United Nations, 2006), p.1965.

14) S. Blicch, “An Overview of International Environmental Regulation”, *Ecology Law Quarterly*, vol.2.no.1 (1972), p.18.

15) 스톡홀름 선언 원칙 21의 원문은 다음과 같다 “States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other

은¹⁶⁾ 환경위해(environmental harm)에 대한 우려를 표명하고 환경위해의 하나로써 오염(pollution), 생태계균형의 교란 등을 예시하였다. 리오선언의 원칙 2는 각국이 다른 국가나 공역의 환경에 손해(damage)를 입히지 않도록 하고 있다.¹⁷⁾ 이와 같이 국제법문서는 환경에 해로운 결과를 침해(侵害, injury), 손해(損害, damage), 위해(危害,harm)를 이용하여 표현하고 있다. 이와 같이 다양한 용어로 표현되고 있는 환경에 대한 해로운 결과를 각 용어의 법적 개념을 통하여 살펴볼 필요가 있다.

가. 침해 (Injury)

침해의 사전적 정의를 살펴보면 불법적 행위 또는 처우, 위반 또는 타인의 권리에 대한 침해, 사람 또는 사물에 입힌 손상 혹은 손실로 풀이되고 있으며, harm, detriment, damage와 대체적으로 사용될 수 있는 단어로 정의되어 있다.¹⁸⁾ 침해의 사전적 의미는 실제로 침해가 가지는 의미의 역사적 변천을 모두 담고 있는 것이라고 할 수 있다. 침해의 의미는 두 가지로 파악되는데, 첫째는 법익의 침해라고 볼 수 있고 두 번째는 법익에 대한 침해에서 분화된 의미로서 신체, 재산 등에 대한 물리적 침해라고 볼 수 있다.

1) 법익(法益)에 대한 침해로서 injury

침해는 먼저 권리에 대한 침해, 의무의 위반으로 인하여 발생하는 결과라고 볼 수 있는데 이는 미국의 불법행위법 평석(Tort Restatement of the Law)에서 내리고 있는 정의인 법적으로 보호되는 권리에 대한 침범과도 일치한다.¹⁹⁾ 침해를 권리에 대한 침해로 보는 견해는 로마법에서도 발견된다. 로마법은 침해(injuria)의 요건으로서 불법을 요구하였는데, 침해에 대한 책임을 묻기 위해서는 권리침해의 존재

States or of areas beyond the limits of national jurisdiction”.

16) “We see around us growing evidence of man-made harm in many regions of the earth: dangerous levels of pollution in water, air, earth and living beings; major and undesirable disturbances to the ecological balance of the biosphere; destruction and depletion of irreplaceable resources; and gross deficiencies, harmful to the physical, mental and social health of man, in the man-made environment, particularly in the living and working environment”.

17) *Supra*, note 15.

18) 1.wrongful actions or treatment; violation or infringement of another’s rights, 3. hurt of loss caused to or sustained by a person or thing; harm, detriment, damage로 정의 내리고 있다.

<http://www.oed.com/view/Entry/96114?rskey=mLtb0N&result=1&isAdvanced=false#eid> (2013년 5월9일 검색).

19) *Tort: Restatement of the Law, 2nd*, American Law Institute §§1 to 280, §7, p.12.

와 그 침해행위의 불법성이 필요하였다.²⁰⁾ 로마법에서 살펴볼 수 있는 침해의 또 다른 모습은 입법을 통하여 탄생하는 법적 존재라는 것이다. 법무관법(法務官法)²¹⁾은 변화된 사회의 모습을 침해에 반영하고 있는데 고시를 통하여 기존에 규제되지 않았던 새로운 침해를 창설하였다.²²⁾ 법무관법에 의하여 새롭게 창시된 침해는 타인의 신체에 대한 침해뿐만 아니라 명예, 법적 지위에 대한 침해를 포함한 것으로 낚시 행위의 방해, 극장에서 의 착석의 방해, 공중목욕탕에서 목욕을 방해하는 것과 같이 공공물의 이용을 방해하는 행위를 포함하고 있었다.²³⁾

법적 권리의 침해, 법적 의무의 위반으로서 침해는 그로티우스와 바텔이라는 국제법의 두 초기 이론가들에게도 이어졌다. 그로티우스는 침해를 권리 발생의 근거 중 하나로 들면서 인간 공동의 본성 또는 특정한 관계에서 비롯하는 의무에 어긋나는 부주의, 기만, 불법침입을 작위 부작위에 상관없이 모두 침해로 보았다.²⁴⁾ 바텔은 침해를 완전성이라는 자연법적 권리를 전제로 하는 것으로 보고 침해를 완전성을 훼손시키는 것, 신체나 상태의 완전성을 훼손하는 것으로 정의하였다.²⁵⁾

2001년 국제법위원회가 채택한 ‘국제적 불법행위(國際的 不法行爲)²⁶⁾로 인한 국가책임(國家責任)’ 초안(Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts) 역시 권리침해, 의무위반으로서의 침해를 계승하고 있다. 동 초안 31조 1항과 2항은 “The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act”, “Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State”라고 정의하여 침해가 불법행위에 의하여 발생하는 것임을 명시하고 있다. 국제법위원회의 1988년 보고서에서도 침해의 법익침해적(法益

20) 이진기, “Lex Aquilia의 구성과 내용: 위법성과 책임”, 『재산법연구』 제29권 제3호(2012), p.103.

21) 로마의 法務官은 민사소송을 총괄하는 직책으로 필요에 따라 告示(edictum)를 發布할 권한을 가졌다. 法務官은 告示權을 통하여 시대사상에 어긋나는 법률이나 관습을 폐지하고 규정이 없는 경우 보충하였다. 한창렬, “法律思想으로 본 法務官法과 衡平法”, 『법대논총』, vol.1 (1958), pp.72-73.

22) 현승중, “침해(injuria)-로마법상의 불법행위-에 관한 연구”, 『법률행정논집』 (남홍우 교수 회갑 기념호), p.71.

23) *Ibid.*

24) H. Grotius, *The Rights of War and Peace*, Book II, (Liberty fund, 2005), p.884.

25) E. Vattel, *The Law of Nations*, Book II, Ch XX, (T&J. W. Johnson, 1888), p.271.

26) 본고는 wrongful act와 illegal act를 구별하여 illegal act는 법에 위반되는 행위를 의미하고, wrongful act는 명시적인 법률이 없더라도 잘못된 행위를 지칭하는 포괄적 용어라고 해석하여 wrongful act를 ‘違法’행위보다 포괄적인 개념인 ‘不法’행위로 하였다.

侵害의) 성격을 찾을 수 있다.²⁷⁾ 1988년 보고서는 위해(harm)가 가치의 감소에 대한 사실적 묘사임에 비해 침해가 법률적 의미를 가지고 있는 불법행위에 대한 책임에 좀 더 적합한 용어라는 제안이 있었는데²⁸⁾, 특별 보고서를 작성한 Barboza도 침해는 불법을 내포하고 있다고 하였는 바, 이는 침해가 법적 권리의 침해이며 의무 위반이라는 것을 보여주는 것이다. ²⁹⁾

2) 물리적 침해로서 injury

침해가 가지고 있는 또 다른 의미는 인간 또는 사물에 대한 물리적 침해인데 이 역시 로마법에서 뿌리를 찾아볼 수 있다. 모든 불법행위를 포괄하는 개념으로서의 로마법상 injury는 점차 분화되어 구체적인 모습을 띠게 되는데, 십이표법(十二表法, Laws of Twelve Tables)에서는 상해와 폭행을, 법무관법에서는 타인의 명예와 권리행사의 방해와 같은 추상적인 침해의 모습을 띠게 된다.³⁰⁾ 특히 십이표법에서 바라본 침해(injuria)는 사지과괴, 경미한 폭행, 절골(折骨)로 규정되어 있어 침해가 가지고 있는 사실적 물리적 침해의 측면을 보여주고 있다.³¹⁾ 1988년 작성된 국제법위원회 특별보고서가 내린 “transboundary injury”의 정의 속에서도 이러한 사실적 물리적 침해로서의 침해의 개념이 발견된다.³²⁾ 동 보고서는 침해의 정의를 “the effect which arises as a physical consequence of the activities...is appreciably detrimental to persons or objects, or to the use or enjoyment of areas”로 내렸는데 이것은 침해가 physical consequence, 즉 물리적 결과를 통하여 발현되는 것임을 보여준다.³³⁾ 뿐만 아니라, 2001년에 채택된 국가책임 초안 제 31조 2항에서도 침해의 물리적 속성을 규정하고 있는데 이러한 점을 고려할 때, 십이표법에서 구체화된 침해의 사실적 물리적 속성이 여전히 계승되고 있는 것으로 볼 수 있다.³⁴⁾

27) *Yearbook of the International Law Commission* 1988, vol.II(1), Fourth report on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by International Law, by Mr. Julio Barboza, Special Rapporteur, A/CN.4/413 and Corr.1&2.

28) *Ibid.*, p.257.

29) J. Barboza, *the Environment, Risk and Liability in International Law*, (Martinus Nijhoff, 2011), p.10.

30) *Supra* note 22, pp.65-66.

31) *Ibid.*

32) *Supra* note 28.

33) *Ibid.*

34) 불법행위에 대한 국가책임 규정초안 제 31조 1항, “Injury includes any damage, whether **material** or moral, caused by the internationally wrongful act of a State”.

나. 위해(Harm)

위해(Harm)의 사전적 정의는 “(Physical or otherwise) Evil as done to or suffered by some person or thing; hurt, injury, damage, mischief”로 injury, damage와 상호 대체적으로 사용될 수 있는 용어라는 것을 알 수 있다.³⁵⁾ 그러나, 미국의 불법행위법 평석과 국제법위원회의 정의를 살펴보면 위해는 침해의 사실적 물리적 속성을 계승한 개념으로 파악된다. 미국의 불법행위법 평석에 의하면 위해 정의는 ‘모든 원인으로부터 발생하는 인간에 대한 손해 또는 피해의 사실’로 침해와 구별되는데 실제적 피해의 존재를 의미하는 위해가 반드시 법익을 침해하는 것이 아니고, 반대로 법익의 침해를 의미하는 침해가 존재하더라도 위해가 반드시 발생하지 않는다고 두 용어의 관계를 설명하였다.³⁶⁾ 이것은 위해가 가지고 있는 특성을 잘 설명해주는 것으로 침해가 법익을 전제로 한 침범인 것에 비하여 위해는 법익을 전제로 하지 않은 해로운 물리적 변화를 의미하는 것으로 물리적 침해로서의 물리적인 법익 침해로서의 침해의 개념에서 물리적인 측면을 계승하여 독립한 개념으로 볼 수 있다. 사유지에 대한 침입은 침해를 발생시키지만 물리적으로 해로운 변화인 위해를 일으킬 수도 있고 때로는 위해가 아닌 이로운 변화를 줄 수도 있다는 설명은 침해와 위해의 분리를 잘 설명하고 있다 하겠다.³⁷⁾ 위해가 침해의 사실적 요소를 계승한 개념이라는 것은 국제법위원회의 보고서에서 의해서 뒷받침된다. 1989년에 국제법위원회가 제출한 특별보고서는 “transboundary injury”대신 “transboundary harm”을 사용할 것을 제안하였는데 위해를 정의하는데 있어서 “injury suffered by a State as a physical consequence”라고 한 것은 위해의 정의에 있어서 침해의 사실적 요소가 반영된 개념임을 보여준다고 할 수 있다.³⁸⁾

그러나 침해가 가지고 있는 물리적 속성이 위해의 물리적 속성을 혼동하여서는 안 된다. 침해는 사실적 속성은 가지고 있지만, 여전히 불법에 뿌리를 둔 법률적 성격을 가진 법에 의하여 탄생하는 개념이다. 이에 비하여 위해는 사실적 개념으로서 법적 중립성을 가지고 있는 개념으로 이해할 수 있다. 이는 특별보고자인 Barboza가 자신의 모국어인 스페인어로 보고서를 작성하면서 위해에 해당하는 용

35) <http://www.oed.com/view/Entry/84259?rskey=jOOxkG&result=1&isAdvanced=false#eid> (2013년 5월9일 방문).

36) *Supra* note 16, p.13.

37) *Ibid.*

38) *Yearbook of the International Law Commission* 1989, vol.II(1), Fifth report on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law, by Mr. Julio Barboza, Special Rapporteur, A/CN.4/423 and Corr.1&2, para.30, pp.136.

어로 선택한 것이 스페인어로 손해, 피해, 병, 상처를 의미하는 ‘daño’였고, daño’를 설명함에 있어서 원인행위의 불법성을 포함하지 않는 중립적인 단어라고 서술한 것은 위해와 침해가 서로 다른 속성의 개념이라는 것을 더욱 명확하게 해준다.³⁹⁾

다. 손해 (Damage)

기원전 3세기에 제정된 lex Aquilia는 손해(damnum)를 침해된 물건으로 인하여 소유자에게 발생한 현실적 손실로서 규정하고 손해를 침해에 대한 산정으로 보았다.⁴⁰⁾ 그로티우스 역시 손해를 주어진 권리보다 적게 가지게 되는 결과로 보았는데 이 역시 법적 침해의 결과로서 손해를 이해한 것으로 볼 수 있다.⁴¹⁾ 손해가 결과에 대한 평가와 산정이라는 점을 보여주는 예로서 현재 사용되고 있는 손해의 사전적 정의를 들 수 있는데 옥스퍼드 사전은 손해를 “Loss or detriment caused by hurt or injury affecting estate, condition, or circumstances”, “Injury, harm; esp. physical injury to a thing, such as impairs its value or usefulness.”으로 정의하고 있어 침해의 결과로 인한 가치와 효용성의 훼손이라는 로마법상의 손해의 개념이 반영되어 있다.⁴²⁾ 영미법상 법적 용어로서의 손해 역시 이러한 손해의 정의와 일맥상통하고 있는데 Torts the Second Restatement 역시 손해는 침해받은 사람에게 보상 또는 배상되는 금액을 의미하는 것으로 구별하고 있어⁴³⁾ 침해에 대한 평가로서의 손해를 정의하고 있다.

라. 침해, 위해, 손해의 관계

법적 개념으로서의 침해, 위해, 손해의 구별을 연혁적 분석을 통하여 규명하는 것은 쉽지 않아 보인다. 침해는 이미 기원전 5세기의 법문서인 십이표법에서 이미 발견되고 손해의 개념 역시 기원전 3세기에 제정된 lex Aquilia에서 발견⁴⁴⁾되고 있다. 그러나 이러한 문헌적 기록에만 의존하여 침해가 손해보다 연혁적으로 우선하는 상위개념이라고 단정 짓기는 어렵고, 이 두 개념이 완전히 독립적인 개념이라

39) *Supra*, note 24, para.35, p.257.

40) *Supra* note 20, p.100.

41) *Supra* note 24.

42) 온라인 옥스퍼드 영어 사전, <http://www.oed.com/view/Entry/47005?rskey=JEEFwf&result=1#eid>

2013년 9월 22일 방문.

43) *Supra* note 19.

44) *Supra* note 20.

는 추론도 불가능하다. 다만, 침해와 위해와의 관계를 살펴보면 있어서 연혁적 분석이 일부 가능한데, 기원전 451년경에 제정된 십이표법상의 *injuria*는 사실적 침해와 추상적 침해라는 두 개의 의미를 한 용어 속에 모두 포함하고 있었다는 *Institutes of Roman Law*의 평가⁴⁵⁾에서 침해라는 용어가 포괄적인 개념으로서 사용되었고 이후 위해가 분화되었음을 침해와 위해의 관계에 관련하여 추론할 수 있을 뿐이다. 이러한 연혁적 분석을 통하여 침해는 불법행위에 의하여 발생하는 무형적 유형적 결과를 포괄적으로 의미하는 것이고, 유형적 결과라는 측면에서 침해와 위해는 공통점을 가지고 있으나 위해는 유형적 결과로서 침해에서 분화되어 불법행위를 전제로 하지 않는 사실적 결과를 의미하게 되었다고 추론해 볼 수 있다.

하지만, 손해와 침해, 위해의 관계는 중세 이후 영미법상에서 논의되었던 *injuria sine damno*, *damnum sine injuria* 논의를 통하여 좀 더 명확해진다. 영미법에서는 이미 손해 없는 침해 (*injuria sine damno*) 즉, 법익이 침해되더라도 침해의 산정 결과가 없거나 이익 발생한 경우, 침해 없는 손해는 (*damnum sine injuria*) 법적이익의 침해가 없었으나 결과적으로 가치나 유용성이 하락한 경우를 경험하고 있었던 것이다.⁴⁶⁾ 이것은 중세에 이미 손해, 침해, 위해가 서로 다른 법적 개념으로서 자리잡고 논의의 대상이 되고 있었다는 것을 보여준다.

손해와, 침해, 위해가 가진 법적개념의 상이성을 고려할 때 오늘날 논의되는 국제환경에 해로운 결과로서의 손해와 침해, 위해 역시 구별되어야 한다. 국제환경침해는 불법행위로 인하여 발생한 해로운 결과로, 국제환경위해는 불법행위를 전제하지 않은 가장 광의의 해로운 결과 사실로서, 환경손해는 이러한 1차적 해로운 결과를 산정한 2차적 결과로서 구별하여 사용하는 것이 이들 개념의 시원적 차이와 부합한다고 하겠다.

2. 국제환경법상 해로운 결과의 기준

국제법상 환경에 대한 해로운 결과는 그 개념뿐만 아니라 어떠한 정도의 해로운 결과가 국제법상 문제가 되는지에 대해서도 아직 명확하지 않다. 절대적으로 해로운 결과의 발생을 금지하는 것인지, 최소기준이 있는 것인지에 대한 합의가 이루어지고 있지 않고 있다.⁴⁷⁾ 해로운 결과의 정도를 지칭하는 용어의 심각성은

45) Gaius, *Institutes of Roman Law*, with a Translation and Commentary by the E. Postler (Clarendon Press, 1904),(generated by Online Library of Liberty, 2011), p.440.

46) J. Getzler, *A History of Water Rights at Common Law*, (Oxford, 2004), p.146.

appreciable, significant, substantial 순으로 substantial harm이 가장 심각한 결과로 간주되고 있다.⁴⁸⁾ 금지하고 있는 해로운 결과가 경미할수록 반대로 보호기준은 높은 것이 되므로 가장 높은 기준은 해로운 결과의 정도를 지칭하는 수식어와의 결합 없이 사용되는 경우로 모든 해로운 결과를 방지하는 가장 높은 단계의 보호가 이루어지는 것을 의미하게 된다.⁴⁹⁾ 그러나, 이러한 경우는 UN 해양법협약 194조와 스톡홀름선언을 제외하고는 거의 사용되고 있지 않다.⁵⁰⁾ 이에 비하여 ‘appreciable harm’⁵¹⁾은 모든 harm의 발생을 금지하는 no harm rule보다는 덜 엄격한 기준이지만 significant harm이나 substantial harm보다 낮은 정도의 harm의 발생을 금지하는 것으로 no harm 기준을 제외하고는 가장 엄격한 기준으로서 하천이용에 있어서 상류국에 의한 오염행위 등을 강력하게 규제하고 싶어 하는 하류국에 의하여 많이 주장되고 있다.⁵²⁾ 이에 비하여 국제하천의 이용 관리에 있어서 폭 넓은 재량권을 요구하는 상류국들에 의하여 선호되는 ‘significant harm’은 ‘appreciable harm’ 보다 심각하고 ‘substantial harm’보다는 경미한 결과로서 가장 낮은 수준의 보호를 요구하는 ‘substantial harm’보다는 높고 ‘appreciable harm’ 보다는 높은 수준의 기준이라 할 수 있다.⁵³⁾ 즉, 국제환경법은 조약의 목적이나 상황에 따라서 규제하려는 해로운 결과를 다르게 정의하고 있는 바, 해로운 결과 전체를 규제하는 경우는 거의 없으며 일정한 기준 이상의 해로운 결과를 요구하고 있다. 즉, 해로운 결과가 일정 기준에 다다랐을 때 국제환경법의 규제대상이 되는 것이다. 이와 같이 규제하려는 해로운 결과의 정도가 다르다면, 해로운 결과의 정도에 따라 이에 대한 책임의 정도가 달라야 하는 주장이 나오는 것도 당연하다고 하겠다.

III. 국제환경법상 해로운 결과로 인한 국제범죄

국가를 최고적, 최종적 정치단체로 보아 국가를 무책임적 위치에 있는 것으로

47) V. Nanda and G. Pring, *International Environmental Law & Policy for the 21st Century*, (Transnational Publisher, 2003) pp.20-23.

48) *Ibid.*, pp.204-206.

49) *Ibid.*

50) *Supra*, note 48.

51) *Supra*, note 38.

52) *Supra*, note 47.

53) *Supra*, note 24, p.206.

보아온 과거의 주장은 국가간의 상호관계가 더욱 긴밀해진 현대에 이르러 더 이상 받아들여지지 않고 국제불법행위책임(國際不法行爲責任)은 확립된 국제법상 원칙이 되었다.⁵⁴⁾ 그런데 국제법상 책임제도의 특징은 형사적 책임과 민사적 책임이 아직 뚜렷이 분화되지 못한 것이다. 이것은 영미법과 로마법 양측 모두의 초기단계에 있었던 현상⁵⁵⁾으로 국제법상 책임은 국제의무위반에 대하여 민사적 책임을 지는 형태로 대부분 전개되고 있다.⁵⁶⁾ 국제법상 국가책임을 논함에 있어서 형사적 책임에 갈음하는 논의가 있었는데 국제법위원회에서 이루어진 형사적 책임의 논의는 위반의 정도와 의무의 본질에 바탕을 둔 것으로 국내법상 논의와는 또 다른 모습을 띠고 있는 것이었다. 환경손상의 정도와 의무의 위반에 따른 국가에 의한 국제범죄의 논의는 이러한 연장선상에 있는 것으로 환경에 대한 해로운 결과가 극도로 심각하여 인류공동체를 위협할 경우 이를 범죄로 보려는 국제법상 논의였다.

1. 국가에 의한 국제범죄

가. 국가에 의한 국제범죄의 정의

국가의 국제범죄 (International Crimes of State) 또는 국가범죄(Crimes of States, State Crimes)의 개념과 이에 대한 논의는 국제의무의 특성과 의무위반의 심각성에 따라 국제불법행위에 의하여 발생하는 책임을 차별화하려는 것으로 1976년 국제법위원회에서 채택되었다.⁵⁷⁾ 국제불법행위를 국제불법행위(international delicts)와 국제범죄(international crimes)로 구별하는 국제위원회의 태도는 1996년 제일독회(the first reading of its Draft Articles in 1996)까지 찬반 논쟁에도 불구하고 계속해서 유지되었다.⁵⁸⁾ 국제불법행위 안에서 ‘국가에 의한 국제범죄’라는 개념은 의무위반의 정도에 따라 책임의 성격을 구별한 것으로 국가에 의한 국제범죄의 정의를 ‘그

54) 김정균/성재호, 「국제법」 제5개정판, (박영사, 2006), p.195.

55) 영미법상 형사책임과 민사책임은 절차적 구분이었다면 로마법에서는 보호법익에 따른 실제적 구분이었다. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law* 5th ed., (Lawbook Exchange, 2001), p.421; C. von Bar, *A History of Continental Criminal Law*, (Lawbook Exchange, 1999), p.10.

56) *Supra*, note 46.

57) *Yearbook of the International Law Commission, 1976, vol. II(2)*, Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eight session, 3 May-23 July 1976, Official Records of the General Assembly, Thirty-first session, Supplement No.10, p.95.

58) Alan Pellet, “Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes”, *European Journal of International Law*, Vol.10, No.2(1999), p.425.

위반이 국제공동체 전체에서 범죄로 간주될 정도로 국제공동체의 기본적 이해를 보호하는데 근원적인 국제의무의 위반으로부터 발생한 국제불법행위'로 하고 있다.⁵⁹⁾ 이러한 국가범죄의 예로서 국제평화와 안보, 자기결정권, 인간환경, 인권에 있어서 근본적인 중요성가지는 의무의 심각한 의무를 들었는데 환경에 대해서는 대기 또는 해양에 대한 대량의 오염을 인간환경 보호와 보존을 위해 근본적인 중요성을 가지는 국제의무에 대한 심각한 위반으로 보았다.⁶⁰⁾

나. 국가에 의한 국제환경범죄

국가에 의한 국제범죄는 환경에 대한 해로운 결과로 인한 국가범죄를 규정하고 있는데 1976년 특별보고자 아고(Ago)는 인류공동의 자원에 대한 보호와 자유로운 향유를 목적으로 하는 국제법의무에 대한 심각한 위반을 국가범죄 중 하나로 아래와 같이 예시하였다.⁶¹⁾

Article 18 Content of the international obligation breached

3. The serious breach by a State of an international obligation established by a norm of general international law accepted and recognized as essential by the international community as a whole and having as its purpose:

(c) the conservation the free enjoyment for everyone of a resource common to all mankind

비록 인류공공의 자원이라는 용어가 사용되었으나, 아고는 평화를 유지하기 위해서 인류공동체가 특정의 공공자원을 사용하는 것을 보장하는 강행규범이 존재하고 있다고 보았는데⁶²⁾ 그 이유는 각국에게 있어서 인류 공공의 자원의 사용과

59) "An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime"; Draft Articles on State Responsibility with Commentaries Thereto Adopted by the International Commission on First Reading, Report of International Law Commission on the work of its forty-eight session, Official Records of the General Assembly, Fifty first Session Supplement No.10, A/51/10 and Corr.1, p105.

60) *Ibid.*, p.106.

61) *Supra*, note 50, para.155, p.54.

62) *Yearbook of International Law Commission*, 1976, vol.II(1), Fifth report on State responsibility by

보전을 위협하는 행위가 국제의무에 대한 심각하고 중대한 위반으로 고려될 만큼 심각해졌기 때문이었다.⁶³⁾ 환경이 인류공공의 자원이라는 개념에서 진일보하여 환경 그 자체로서의 가치를 인정받으면서 1996년 제 1독회에서 검토된 초안에서는 공공자원이라는 용어가 인간환경으로 대치되게 되는데 등장하게 되고 바다와 대기에 대한 대량의 오염과 같은 인간환경의 보존과 보호를 위한 근원적인 국제의무 위반을 국가범죄(國家犯罪)로 규정하고 있다.⁶⁴⁾

Article 19 International crimes and international delicts

2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime that community as a whole constitute an international crime.

(d) a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.

국제법위원회가 이렇게 해로운 결과로 인한 국가의 국제범죄를 도입하게 된 이유는 과학기술로 인한 경이로운 성취에도 불구하고 인류 전체가 직면한 현재세대와 미래세대의 생존 그 자체를 위협할 수 있는 환경위기를 인식하였기 때문이다.⁶⁵⁾ 1972년 스톡홀름 선언을 배경으로 한 이러한 위기의식은 인간환경의 보호와 개선이 모든 국가의 의무라는 합의에 국제사회가 한 걸음 더 다가갔음을 의미하는 것으로 환경에 대한 의무 위반은 인도(人道)나 평화에 대한 의무 위반만큼 비난받아야 한다고 보았던 것이다.⁶⁶⁾

Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur—the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility(continued), A/CN.4/291 and Add. 1 & 2 and Corr.1, 각주 148, p.32.

63) *Ibid.*, para. 147, p.52.

64) Draft articles on State Responsibility with commentaries thereto Adopted by the International Law Commission on First Reading (1997), Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, supplement No.10, (A/51/10 and Corr. 1), pp.125-151.

65) *Ibid.*, para 31, p.118.

66) *Ibid.*, p.119.

2. 국가의 국제범죄 성립에 대한 논쟁

가. 반대론

2001년 국가책임규정초안에서는 국제범죄 조항은 누락되었다는 사실은 국제범죄를 반대하는 국가나 학자들에게 있어서는 당연한 일이었다. 반대론의 첫 번째 근거는 법리적인 것이 아닌 제도적 중복성(institutional redundancy)에 있다. 국가의 국제범죄에 대한 규제는 안전보장이사회와 부속기관들이 이미 수행하고 있으며 국가책임규정초안에 이를 규정하는 것은 이들 기구와 기관들의 역할과의 중복과 혼란을 야기할 것이라는 지적이었다.⁶⁷⁾ 두 번째는 국제법상 책임의 성격에 근거한 것으로 각국은 국제법상 책임에 대하여 다양한 견해를 표명하였는데 먼저 미국은 국가책임은 기본적으로 민사책임인 것으로 보았고 프랑스는 국가책임을 독특한 것(sui generis)이며 복구와 배상을 기반으로 하는 국제법 체제를 고려할 때 국가책임의 형법화는 기존의 국제법체제와 상충한다고 주장하였다.⁶⁸⁾ 세 번째는 국가실행과 국제관습법에 근거한 것으로 독일과 영국, 아일랜드는 의 국가실행과 기존의 국제관습법이 국가에 의한 국제범죄를 인정하고 있지 않다고 지적하였으며,⁶⁹⁾ 아일랜드의 주장은 국가를 실제적으로 처벌할 수 있는가의 문제에 근거한 것으로 국가에 대한 형사적 처벌은 실제로는 국민이라는 개인을 처벌하는 것이 되어 결과적으로 개인에 대한 형사적 처벌이 된다는 점을 이유로 들어 국가에 의한 국제범죄 개념에 반대하였다.⁷⁰⁾

나. 찬성론

Alain Pellet은 국가에 의한 국가범죄 개념의 대표적 지지자로서 불법행위로부터 범죄의 구별은 반드시 필요하다고 주장하고 있다.⁷¹⁾ Pellet의 주장은 국제사회 전체를 위협하는 집단학살과 그 의무의 침해가 단순히 두 국가 사이에 한정되는 양자 무역협정상의 의무위반을 같은 의무위반으로 볼 수 없다는 것에 근거를 두고

67) Crawford, *First report on State responsibility, International Law Commission, Fiftieth Session, A/CN.4/490/Add/1*(May 1998), para 52. p.6.

68) *Ibid.*

69) *Ibid.*

70) *Ibid.*, para 52, p.7.

71) A. Pellet, "Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!", *European Journal of International Law*, Vol.10 No.2(1999), p.425.

있다.⁷²⁾ 또한 Pellet은 국가에 의한 국제범죄 개념이 주관적이며 모호하다는 반대론자들의 비판을 근거 없는 것이라고 일축하고 있는데 초안 제 19조 상의 국가에 의한 국제범죄 개념이 주관적이고 모호하다는 비판은 국제관습의 개념이 가지는 주관성과 모호성에 비할 때 오히려 객관적이며 명확하다고 반박하였다.⁷³⁾

국가범죄의 성립을 반대하는 학설은 국가범죄가 성립하기 위해서는 국제공동체 전체에 의하여 범죄로서 인정받아야 하는데 여기서 국제공동체라는 개념이 모호하며 이로 인하여 범죄의 결정이 주관적으로 이루어지게 된다는 것이다.⁷⁴⁾ 이에 대하여 Pellet은 국제사법법원규정 38조에 규정되어 있는 ‘법으로 수락된 일반적 관행의 증거로서의 국제관습’의 개념은 수락 주체에 대하여 언급하고 않으나 널리 받아들여지고 있다는 점을 지적하면서, 이와 비교할 때 국가에 의한 국제범죄 규정은 적어도 국제공동체라는 주체에 의해서 결정된다는 점을 명확하게 규정하고 있으므로 모호성과 주관성에 근거한 비판을 반박하였다.⁷⁵⁾

일부 국가가 제기한 국가에 의한 국제범죄를 뒷받침하는 국가실행이 없다는 비판에 대해서는 국제법위원회의 초안 제1독회가 제시한 반박을 살펴볼 필요가 있다. 초안 제 1독회에서 국제법위원회는 제재(sanction)가 국제법원에서 사용되지 않은 것은 국제법원이 제재를 인정하지 않았기 때문이 아니라 국제법원에게 주어진 임무가 회복(reparation)의 의무가 있는지의 여부를 살피고 그 금액을 정하는 일이었기 때문이라고 설명 하였다.⁷⁶⁾ 즉, 제재가 국제법원에 의하여 부정된 것이 아니라 국제법원이 제재를 인정할 기회가 없었다는 것이다. 오히려 남아프리카 포루투갈 식민지 배상사건⁷⁷⁾을 예로 들어 선례가 있다고 주장하였다. 동 사건에서 법정은 불법행위에 대한 다른 회복 방법의 시도가 실패하였을 때 불법행위에 비례한 제재의 사용은 합법적이라고 판결하였다.⁷⁸⁾

국가에 의한 국제범죄를 인정하는 학설에는 Pellet과 같은 적극적 긍정설뿐만 아니라 소극적 긍정설이 있는데 후자는 국가에 의한 국제범죄라는 용어는 사라졌지만 그 본질적 개념은 ‘강행규범에 대한 심각한 위반’으로의 외양적(外樣的)으로 변

72) *Ibid.*, p.426.

73) *Ibid.*

74) *Ibid.*

75) *Ibid.*

76) *Supra* note 57, p106.

77) *Responsibility of Germany arising out of acts committed after 31 July 1914 and before Portugal took part in the war*, Reports of International Arbitral Awards, vol. II, pp. 1025 et seq.

78) *Supra* note 70.

용(變容)되었을 뿐 그 실체는 유지되고 있는 것으로 보고 있다.⁷⁹⁾ Wyler는 외양적 변용의 근거를 2001년 초안 역시 국제불법행위를 심각한(serious) 불법과 심각하지 않은(non-serious) 불법으로 분류하고 있는 것에서도 찾고 있는데 이러한 심각한 불법과 심각하지 않은 불법 구조는 일반불법(delicts)과 범죄(crime)로 분류하였던 2001년 이전 초안과 구조적으로 같은 형태로 국가에 의한 범죄가 2001년 초안에서도 여전히 존재하고 있는 것으로 보았다.⁸⁰⁾

다. 찬반론에 대한 평가

국제법위원회가 국가범죄 조항을 삭제하기로 한 결정이 법리적 흠결에 근거한 것이 아닌 국가책임규정초안 채택 자체가 부정되는 것을 막기 위한 정치적 이유에서 비롯되었다는 비판⁸¹⁾은 국가범죄 조항의 삭제가 법리적으로 완결된 작업이 아니며 계속된 논의가 필요한 것임을 알려주는 것이라 하겠다. 기구적 중복성이나 국제법 성격에 근거한 반대론은 다음과 같은 면에서 재고가 필요하다. 첫째, 기구적 중복성은 국제연합의 개혁에 있어서 이슈가 되고 있는 사안⁸²⁾으로 국가범죄 조항만의 문제가 아니며 둘째, 국제법 성격에 근거하여 국가책임이 민사적 책임에 한정되어야 한다는 주장은 민사적 책임과 형사적 책임이 명확히 구분된 개념으로서 발전된 것이 아니라는 사실을 간과한 것이라고 할 수 있다. 즉, 민사적 성격을 지니므로 형사적 성격을 지닐 수 없다는 주장이나 반대로 형사적 성격을 가지고 있으므로 민사적 성격을 지닐 수 없다고 주장하는 것은 명확히 구분되지 않은 상태에서 발전해 온 형사적 책임과 민사적 책임의 성격에 대한 오해에서 비롯된 것이라고 할 수 있다.⁸³⁾ 오히려 공동체 전체의 이익이 침해된 경우 이를 범죄로 보고 징벌한 로마법⁸⁴⁾이나 그로티우스⁸⁵⁾에 따르면 공동체 전체의 이익이 침해되었을 경우 형사적 처벌을 가하는 것은 국제책임의 본질적 성격에 부합하는 것이라고 할 수 있다.

79) E. Wyler, "From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'", *European Journal of International Law*, Vol. 13, No.5(2002), p.1160.

80) *Ibid.*, p.1159.

81) D. Bowett, "Crimes of State and the 1996 Report of the International Law Commission on State Responsibility", *European Journal of International Law*, Vol. 9, No.1(1998), p. 163.

82) United State Mission to the United Nations, *Leading for Reform at the United Nations*, (2012, 1. 20).

83) T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law* 5thed., (Lawbook Exchange, 2001), p.421.

84) C. von Bar, *A History of Continental Criminal Law*, (Lawbook Exchange, 1999), p.10.

85) H. Grotius, *The Rights of War and Peace*, Book II, (Liberty fund, 2005), p.209.

IV. 結論

환경에 해로운 결과로 인한 국제범죄의 논의는 국가에 의한 환경에 발생한 해로운 결과를 국제범죄로 보고 책임을 묻는 국제규범이 실질적으로 존재하고 있는가의 문제와 존재하지 않는다면 존재할 당위가 있는가의 문제로 이어진다. 국가에 의한 국제범죄를 국제법이 인정하고 있는가의 문제는 강행규범과 대세적의무가 국제범죄를 계승했는가 여부를 먼저 살펴봐야 할 것이다. 국제법위원회에서 규정하였던 국제범죄의 성격과 정의는 ‘불법행위의 구별’과 ‘제재’로 압축할 수 있는데 불법행위의 구별은 의무의 성격과 위반의 정도에 따라 불법행위를 구별하겠다는 취지였다. 그리고 제재(sanction)는 책임에 의하여 발생하는 법률관계는 양자적이어야 한다는 전통적 관점에서 다자적 법률관계로서의 책임으로의 확대를 시도한 것이었다.⁸⁶⁾ 이러한 맥락에서 보면, 2001년 ‘국제적 불법행위로 인한 국가책임규정 초안’이 강행규범과 대세적의무를 통하여 국제범죄의 개념을 실질적으로 계승하였다는 주장은 강행규범과 대세적의무가 불법행위의 구별과 제재라는 국제범죄의 특질을 내포하고 있을 때 유효한 주장이 된다고 할 수 있다.

2001년 초안은 강행규범을 통하여 ‘불법행위의 구별’을, 대세적의무를 통하여 ‘제재’라는 책임의 다자성을 계승한 것으로 보인다. 강행규범을 살펴보면, 2001년 초안 제2부 제3장은 일반국제법상 강행규범적 의무의 중대한 위반이 있을 경우 특정한 결과(particular consequence)가 있다고 규정하고 있다. 2001년 초안 제40조는 제1항에서 일반국제법상의 강행규범에 의하여 발생하는 의무의 위반의 경우에 적용됨을 선언하고 있으며 제2항은 책임국의 대규모적이고 조직적 의무 불이행을 수반하는 경우에 심각한 것으로 본다고 규정하고 있다. 이것은 국제범죄를 구성하던 근원적인 이해(fundamental interests of the international community)나 심각한 위반(serious breach)과 일맥상통하는 것이다. 또한 의무위반이 직접 영향을 받는 국가뿐만 아니라 국제공동체 모든 구성원에 대한 위반으로 본 대세적의무의 정의는 국제범죄에서 발생하는 책임이 다자성을 가지게 된다는 점에서 비슷하다고 할 수 있다.

그러나 1996년 초안 제19조에서 규정한 환경오염으로 인한 국제범죄가 계승되었는지의 여부는 검토가 필요하다. 첫 번째, 대규모의 대기오염 및 해양오염이 강

86) 책임에 의하여 발생하는 법률관계의 성격에 대한 논쟁은 *Yearbook of the International Law Commission*, 1971, vol. II(1), (A/CN.4/246 and Add.1-3), paras. 32-36, pp.207-209 참고.

행규범의 위반에 해당하는지가 불확실하다. ‘sic utere tuo, ut alienum non laedas’가 널리 인정받는 법언이기는 하나 과연 이것이 최고법적 성질을 가지는 절대적 규범이 되었는가에 대해서는 아직 논의가 더 필요하다고 할 수 있다. 두 번째, 모든 환경오염이 대세적 의무가 된다고 할 수 없다. 대세적 의무란 그 위반이 직접 영향 받는 국가뿐만 아니라 모든 구성원에 대한 위반이 되는 것으로 국제공동체 전체에 대한 의무인데 대량의 환경오염 모두를 국제공동체 전체에 대한 의무위반으로 볼 수는 없기 때문이다. 국제범죄의 개념 중 상당부분이 강행규범과 대세적 의무를 통하여 계승되었다고 볼 수 있지만, 환경에 해로운 결과에 대한 국제범죄는 강행규범과 대세적 의무를 통한 계승이 이루어졌다고 보기에는 어려움이 많다. 그러므로 현 국제법상 환경에 해로운 결과에 대한 국가범죄가 존재한다고 명확히 말하기는 쉽지 않다.

그러나, 환경에 해로운 결과에 대하여 국가범죄를 물을 당위가 있는가라고 하는 것은 다른 문제라고 할 수 있다. 첫째, 국제환경법은 해로운 결과에 대한 기준의 엄격성을 다르게 설정하고 있는데 국제법위원회가 국가범죄를 규정하면서 설정하였던 대량의 오염은 국제법이 규정하고 있는 substantial harm보다도 더 중대한 해로운 결과로서 대량의 오염을 발생시키는 것은 국제환경법상 존재하는 가장 낮은 기준조차도 지키지 않아 발생한 결과로 볼 수 있다. 즉, 이것은 국제공동체의 구성원으로서 지켜야 할 가장 최소한의 의무마저 지키지 않은 것이며 또한 공동체의 근본적인 이익을 보호하는 의무를 위반한 것으로도 볼 수 있다는 점에서 국가에 의하여 환경에 대한 대량의 해로운 결과가 발생하였을 경우에 원인국에게 형사적 책임을 묻는 것은 충분히 당위성이 있다고 할 수 있다. 둘째, 국가에게 형사책임을 묻는 당위성은 환경규범체제의 실효성을 지속시키기 위해서 필요하다고 할 수 있다. 국제환경법체제가 활용하고 있는 경제적유인을 이용한 시장적 이행체제는 이미 불법야생동물거래, 불법폐기물 운반 등의 환경범죄를 유발하고 있으며 동시에 그 실효성이 잠식되고 있다. 이러한 환경범죄의 주체로서 일부 국가가 경제적 이득을 위하여 직·간접적으로 개입할 가능성이 충분하다고 볼 때, 국가범죄의 도입은 국제환경법체제의 실효성을 보장하기 위하여 반드시 필요한 개념이라고 하겠다.

(논문접수일 : 2013.07.31, 심사개시일 : 2013.08.20, 게재확정일 : 2013.09.24)



▶ 모 영 동

환경손상(environmental harm), 국제범죄(international crimes), 국가책임(State Responsibility), 국제법위원회(International Law Commission), 국제환경법(International Environmental Law)

Abstract

Revisiting International Environmental Crimes of States

Youngdawng Moh

International environmental law has never been free from criticism on its effectiveness. International community including States, International Organization, NGOs and various stakeholders have tried different and innovative approaches to overcome this criticism in international environmental law. The present author argues that the problem of current international environmental law lies in its vague concept of environmental harm and undifferentiated responsibility. First, the article will try to find a legal definition of injury, harm and damage irrespectively by comparing conceptual difference and tracing its historical roots shown in legal texts. The terms. Those terms are now almost being used interchangeably but they have interconnected but different origins as well as meanings. The present author argues that the terms should be differentiated and by doing so, we can share the clear-cut bounds of international environmental law. Second, the article will also look into the discussion concerning international crime in International Law Commission in the last century. The present author will focus on the dialogues between the members of International Law Commission whether delicts and crimes should be distinguished. By this author's analogy, if there are differences in environmental harm, different degree and form of responsibility should be applied. Unfortunately, International Law Commission's original work to include international environmental crime by states meaning the differentiated form of responsibility exists has opted out. Even though

some believes the notion of international crime has been replaced by *jus cogen* and *erga omnes* in general, this applies only humanitarian law and human rights law era and not to transnational environmental harm. Therefore, this author argue that to deal with different environmental harms, forms of responsibility should be distinguished accordingly.