

明 知 法 學

제17권 제2호



2019

명지대학교 법학연구소

設 立 精 神

하나님을 믿고 부모님께 효성하며 사람을 내 몸같이 사랑하고 자연을 애호 개발하는 기독교의 깊은 진리로 학생들을 교육하여 민족문화와 국민경제발전에 공헌케 하며 나아가 세계평화와 인류문화 발전에 기여하는 성실 유능한 인재를 양성하는 것이 학교법인 명지학원의 설립목적이며 설립정신이다.

주후 1956년 1월 23일

設 立 者 **유 상 근**

教 育 方 針

1. 성경을 바르게 교육하여 하나님의 능력과 진리에 대한 확고한 신앙을 길러주고 실천을 통하여 성실한 인간성의 도야를 선행한다.
2. 민족과 인류의 문화적 선(善) 전통을 바르게 가르치고 인간생활을 획기적으로 개선 발전케 하는데 실용가치있는 내용을 먼저 연구 교육하여 인류의 이상을 향하여 과감하게 개혁 전진하게 한다.
3. 교육방법은 청각 편중의 방법을 지양하고 가능한 한 실행 실습을 통한 방법으로 개선하여 획기적인 교육성과를 기한다.

理 事 長 **현 세 용**

刊 行 辭

명지대학교 법학연구소가 2004. 4. 1. 출범한 이후, 중단 없이 발간되고 있는 명지법학은 미력하나마 우리 법학 발전에 일정 정도 기여하였다고 자부합니다. 이번에도 쉬지 않고 걸어온 결과물이 제17권 제2호로 나오게 되었습니다.

이번 호에는 모두 4편이 투고되었고, 그 중 “공공조달에 있어서 경쟁정책과 중소기업보호정책의 조화에 관한 연구: 레미콘·아스콘 산업을 중심으로”, “드론의 안전한 비행을 위한 법적 연구: 「항공안전법」 제131조의2의 안전관리 방안의 제시를 중심으로” 그리고 “论中国成年意定监护制度的完善” 등 총 3편의 논문들이 게재되었습니다.

위의 논문들은 내·외 심사위원들의 엄격한 심사를 거쳐 게재가 확정된 논문들입니다. 모두 저명한 연구자 그리고 실무에서 취득한 전문성이 발휘된 전문가의 글이 이번 호를 채우고 있습니다. 다시 한 번 귀중한 원고를 이번 명지법학에 실을 수 있게 되어 무척 기쁘게 생각합니다.

그동안 명지법학이 긴 세월 중단 없이 출간될 수 있었던 것은 명지대학교에 재직하였거나 현재 재직 중인 많은 교수님들은 물론 대학원생들이 노력해주신 결과입니다. 또한, 외부에서 투고해주신 많은 분들의 협력이 없었다면 지속적 발간은 불가능했을 것입니다.

명지법학 제17권 제2호의 발행에 즈음하여, 원고를 투고해 주신 분들, 논문을 심사하여 주신 심사위원님들 그리고 법학 연구에 헌신하고 계신 모든 분들께 감사의 마음을 전합니다. 아울러, 명지법학 제17권 제2호가 나오기까지 편집·출판을 맡아주신 최석환 교수님께도 진심으로 감사의 뜻을 전합니다.

2019년 2월

명지대학교 법학연구소 소장 박 영 규

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

공공조달에 있어서 경쟁정책과 중소기업보호정책의 조화에 관한 연구
-레미콘·아스콘 산업을 중심으로- 홍 명 수 / 1

드론의 안전한 비행을 위한 법적 연구
-「항공안전법」 제131조의2의 안전관리 방안의 제시를 중심으로- 이 창 규 / 25

论中国成年意定监护制度的完善 马卫东·姜胜/49

[부 록]

「명지법학」 편집규정	63
「명지법학」 투고규정	66
「명지법학」 연구윤리규정	69
「명지법학」 원고작성 지침	73

**공공조달에 있어서 경쟁정책과
중소기업보호정책의 조화에 관한 연구
-레미콘·아스콘 산업을 중심으로-**

홍명수*

논문요지

공공부문에서의 조달은 경쟁정책과 중소기업보호정책의 조화를 통하여 이루어지고 있다. 이를 구체화한 제도로서 희망수량입찰제도가 운영되고 있으며, 동 제도 하에서 공급자의 조합은 핵심적인 역할을 수행한다.

적기공급·품질관리 등이 매우 중요한 레미콘·아스콘에서는 조합의 역할이 필수적인 산업이기 때문에 조합 중심의 입찰 및 공급시스템을 구축하되, 물량배정과 조합 운영에 있어서 투명성과 공정성을 높이기 위해, 배정심의회나 감독위원회와 같은 독립 기구를 설치하는 방안이 효과적일 수 있다. 결국 조합 중심의 경쟁을 실질적으로 활성화하면서, 동시에 적시공급과 물량확보 및 하자관리 등에 있어서 조합의 기능을 제고하는 방안을 모색할 필요가 있다. 이때 조합의 역할은 중소기업보호정책이나 지역경제 기반 확충 등 산업정책적 관점에서도 의의가 있다.

원재료 비중이 높고 제품차별화의 여지가 거의 없는 레미콘·아스콘 시장의 특성상 조달과정에서 가격경쟁이 제대로 일어날 가능성은 매우 적다. 따라서 궁극적으로는 당해 시장에서의 사업자 간 경쟁을 가격경쟁에서 품질경쟁으로 유도하는 방안도 적극적으로 검토할 필요가 있으며, 낙찰자 선정 또한 최저가격에만 의존하기 보다는 품질이나 생산능력 등과 관련된 다양한 지표를 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

검색용 주제어: 공공부문 조달, 경쟁정책, 중소기업보호정책, 레미콘·아스콘 시장, 희망수량입찰

· 논문접수: 2018.12.31. · 심사개시: 2019.01.18. · 게재확정: 2019.01.25.

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서론

공공부문에서의 조달은 경쟁방식에 의하는 것을 원칙으로 하며, 이 원칙이 구현된 방식으로 입찰방식이 일반적으로 활용되고 있다. 또한 공공부문은 중소기업보호정책에 있어서도 중요한 역할을 담당한다. 중소기업이 일정 수준의 경쟁력을 갖추기 위해서는 지속적으로 상품 생산 및 유통에 종사하는 것이 중요하며, 이를 위하여 공공부문은 마중물로서의 역할을 수행할 수 있을 것이다. 이러한 취지에서 공공부문에서 조달의 경우 중소기업 보호의 관점이 반영되고 있다.

그러나 경쟁정책과 중소기업보호정책은 경쟁원칙의 실현과 경쟁의 불가피한 제한의 관점이 충돌하는 측면이 있으며, 따라서 이를 조화하는 것이 제도 설계와 운용에 있어서 핵심적인 과제가 된다. 이하에서는 특히 레미콘·아스콘 산업을 중심으로 두 정책의 실현과 조화에 관하여 상론할 것이다.

II. 중소기업 참여 공공부문 조달의 체계와 구체적 적용(레미콘·아스콘)

1. 공공부문 조달의 기본 원칙

입찰은 거래 상대방과 거래 조건을 동시에 결정하는 방식으로,¹⁾ 이러한 계약 체결 방식이 효율성을 발휘할 수 있기 위해서는 경쟁 메커니즘의 작동이 전제되어야 한다. 따라서 입찰 과정에 대한 보호는²⁾ 경쟁적 기능이 유지되도록 하는데 초점을 맞추게 되며, 이러한 점에서 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법)은 입찰 담합에 대한 중요한 규제 근거가 되고 있다. 특히 입찰 과정에서 담합 행위는 경쟁의 외관을 인위적으로 창출하여 경쟁제한 행위를 은폐하는 의미가 있기 때문에,³⁾ 공동행위 규제에 있어서 특별한 주의가 요구되며, 현행 독점규제법도 이에 대하여 입법적으로 대응하는 규정을 도입하고 있다.⁴⁾

입찰의 기능상 장점은 무엇보다 거래 조건이나 당사자를 선정하는 과정이 경쟁에 의하여 규율됨으로써 거래 과정에서 효율성을 낼 수 있다는 점에 있으며, 또한 공공부

1) 鈴木滿, 入札談合の研究, 信山社, 2001, 2면.

2) 형법은 입찰의 공정을 사회적 법익의 하나로 보고, 이에 대한 침해를 제315조에서 범죄구성 요건으로 명정하고 있다.

3) Ulrich Immenga & Ernst-Joachim Mestmäcker hrsg., Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kommentar, C. H. Beck, 2001, SS. 145-146(Daniel Zimmer) 참조.

4) 입찰 담합을 공동행위로서 규제하는 근거가 되는 독점규제법 제19조 제1항 제8호 및 공공부문의 입찰 관련 담합행위에 대한 대처로서 공정거래위원회와 발주기관 간의 협력 프로세스를 정하고 있는 제19조의2 등 참조.

문에서 조달의 경우 조달 행정의 투명성을 제고할 수 있다는 점도 강조되고 있다.⁵⁾ 이러한 이유로 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 국가계약법) 제7조 제1항 본문은 “각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결하려면 일반경쟁에 부쳐야 한다”고 하고, 제2항은 제1항 본문에 따라서 경쟁입찰에 부치는 경우에 요구되는 절차를 제시함으로써 국가를 당사자로 하는 계약 체결에 있어서 일반경쟁, 즉 경쟁입찰에 의하는 것을 원칙적인 방식으로 규정하고 있다. 또한 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 지방계약법) 제9조 제1항 본문은 “지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 계약을 체결하려는 경우에는 이를 공고하여 일반입찰에 부쳐야 한다”고 규정함으로써, 국가계약법에 비하여 공공부문에서 계약 방식의 원칙으로서 일반입찰을 보다 분명하게 제시하고 있다.

2. 중소기업 보호정책과 공공 조달

(1) 공공부문에서 중소기업보호정책의 반영

공공부문에서 조달(public procurement)의 경우, 이상에서 언급한 계약 방식에 관한 기본 원칙으로서 국가계약법 및 지방계약법에서 규정하고 있는 경쟁에 의한 입찰방식에 의하여야 한다. 그러나 국가계약법이나 지방계약법은 계약의 목적, 성질, 규모, 지역특수성 등이 고려되어 일반입찰에 일정한 수정이 가해질 수 있는 여지를 두고 있으며,⁶⁾ 특히 레미콘이나 아스팔트콘크리트(아스콘)의 경우처럼 입찰에 참여할 것으로 예상되는 사업자가 주로 중소기업일 경우에 일반입찰 방식의 수정으로서 중소기업보호정책이 고려될 수 있다.

(2) 판로지원법의 의의

이와 관련하여 「중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률」(이하 판로지원법)은 중소기업 보호의 정책적 목적을 추구하기 위하여 제한 없는 경쟁을 상정하는 일반입찰 방식에 일정한 변경을 가하는 제도적 근거가 되고 있다.

일반적으로 경쟁법은 경쟁자 보호가 아닌 경쟁 보호를 이상으로 하며,⁷⁾ 원칙적으로 경쟁법상 규제가 경쟁력이 열등한 사업자 보호를 위하여 작동하는 것은 아니다. 그러

5) 신영수, 「정부계약의 투명성 제고를 위한 법제개선방안 -공공조달부문의 입찰담합 규제를 중심으로-」, 한국법제연구원, 2006, 31면 이하 참조.

6) 국가계약법 제7조 제1항 단서나 지방계약법 제9조 제1항 단서는 지명입찰이나 수의계약이 예외적으로 가능함을 밝히고 있다.

7) EU의 'Guidance on Article 102 Enforcement Priorities', para. 6은 “위원회는 단순히 경쟁자를 보호하는 것이 아니라 효율적인 경쟁을 보호하는 것이 중요하다는 것을 유념하여야 한다”고 규정하고 있다.

나 경쟁상 열위에 있는 중소기업을 보호하는 정책의 중요성을 부인하기 어려우며,⁸⁾ 나아가 중소기업정책을 통하여 중소기업에게 경쟁력을 향상시킬 수 있는 기회를 제공하는 것은 궁극적으로 경쟁정책에 부합할 수 있다는 점도 염두에 둘 필요가 있을 것이다. 이러한 사고는 중소기업에 대하여 일정 범위에서 경쟁법 적용을 유보하는 근거가 될 수 있으며,⁹⁾ 다른 한편으로 중소기업정책이 추구하여야 할 구체적 정책 목표의 방향을 시사하는 것이기도 하다.¹⁰⁾

이러한 관점에서 판로지원법 제1조가 동법의 목적으로 ‘중소기업의 경쟁력 향상과 경영안정’을 명시적으로 규정하고 있는 것은 중소기업정책과 경쟁정책의 조화를 모색하고 있는 동법의 취지를 반영한 것으로 이해할 수 있을 것이다. 판로지원법이 중소기업 보호의 관점에서 규정하고 있는 핵심적인 제도는 중소기업제품 공공구매제도라 할 수 있다.¹¹⁾

(3) 중소기업제품 공공구매제도

중소기업제품 공공구매제도는 판로지원법 제2조의 공공기관이¹²⁾ 중소기업¹³⁾ 제품의 구매를 확대하기 위한 제도를 총칭한 것이며, 특히 판로지원법 제3조는 “공공기관의 장은 중소기업제품의 조달계약을 체결하거나 판로를 지원하는 경우에 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다”고 규정함으로써 국가나 지방자치단체가 중소기업 제품을 조달할 경우에 동법이 국가계약법이나 지방계약법에 우선 적용됨을 명시적으로 밝히고 있다.

중소기업제품 공공구매제도에 해당하는 다양한 제도들이 존재한다. 대표적으로 중소기업자간 경쟁제도, 공사용자재 직접(분리) 구매제도, 중소기업제품 구매목표비율제도, 직접생산확인제도, 중소기업 기술개발 제품 우선구매제도 등이 있으며, 넓은 범위에서

8) 전문성의 제고, 안정적이고 건전한 산업구조 구축, 인적자원·물적자원의 초기 형성을 통한 산업기반의 구축, 고용기회의 확대, 지역 균형 발전, 노동력 제공의 토대가 되는 사회망의 안정적 구축 등을 중소기업 보호 정책의 근거로 제시하는 것으로, 이경의, 「중소기업정책론」, 지식산업사, 2006, 38-40면 참조.

9) Fritz Rittner & Meinrad Dreher, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, C. F. Müller, 2008, S. 477.

10) 중소기업정책에 경쟁정책이 중요한 고려 요소로 수용되는 것에 관한 분석으로, 이경의, 앞의 책, 476면 이하 참조.

11) 권오승·홍명수, “경제법학”, 「학문연구의 동향과 쟁점」 제8집, 대한민국학술원, 2018, 772면 참조.

12) 판로지원법 제2조 제2호는 국가기관, 지방자치단체, 특별법에 따라 설립된 법인 중 대통령령으로 정하는 자, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제5조에 따른 공공기관 중 대통령령으로 정하는 자, 「지방공기업법」에 따른 지방공사 및 지방공단, 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」에 따른 지방의료원이 공공기관에 해당하는 것으로 규정하고 있다.

13) 판로지원법 제2조 제1호에서 중소기업에는 「중소기업기본법」 제2조에 의한 중소기업과 「중소기업협동조합법」 제3조에 의한 중소기업협동조합이 해당한다.

과도한 경쟁을 방지하고 소기업을 보호하기 위한 계약이행능력 심사제도도 이에 해당할 것이다.

구체적으로 보면, 공사용자재 직접구매 제도는 중소기업이 대기업의 하청기업으로 전락하는 것을 방지하기 위하여 공공기관이 공사발주 시 공사에 소요되는 자재 중에서 중소벤처기업부장관이 지정한 자재의 경우 중소기업으로부터 직접 구매하여 공사 계약자에게 제공하는 것을 의무화 한 제도를 말하며, 판로지원법 제12조 및 동법 시행령 제11조에 근거한다. 현재 중소벤처기업부고시 제2017-30호 「중소기업자간 경쟁제품 및 공사용자재 직접구매 대상품목 지정내역」이 제정되어 있으며, 레미콘과 아스콘은 모두 여기에 포함되어 있다.¹⁴⁾

직접생산확인제도는 대기업제품, 수입제품의 납품 및 하도급 생산납품 등의 중소기업자 간 경쟁을 침해하는 행위를 방지하기 위하여 공공기관이 중소기업자 간 경쟁의 방법으로 제품조달 계약을 체결할 시 해당 중소기업의 직접생산여부를 확인하도록 하는 제도이다. 동 제도는 판로지원법 제9조 내지 제11조, 동법 시행령 제10조, 동법 시행규칙 제5조 내지 제8조 및 「중소기업제품 공공구매제도 운영요령」(이하 공공구매 운영요령) 제28조 내지 제33조에 근거한다. 확인에 관한 업무는 중소기업중앙회가 담당하며, 유효기간은 2년이다.

중소기업 우선조달제도는 중소기업의 공공조달시장 판로 확대를 위하여 중소기업자 간 경쟁제품이 아닌 제품의 경우 공공기관에서 일정금액 미만 조달구매 시 중소기업 간 제한 경쟁을 의무화하는 제도로써 판로지원법 시행령 제2조의2에 근거한다.¹⁵⁾

소기업제품 우선구매제도는 중소기업자 간 경쟁제품 중 영세 소기업 및 소상공인 보호가 필요하다고 인정되는 제품을 지정하여 공공조달시장 판로 확대를 지원하기 위하여 소기업 및 소상공인 간 제한경쟁이 이루어지도록 하는 제도로써, 판로지원법 제7조의2 및 공공구매 운영요령 제15조의2에 근거한다.

계약이행능력 심사제도는 품질의 저하를 낳을 수 있는 지나친 저가 낙찰 방지, 적절한 납품이행능력을 갖춘 중소기업 선별, 품질향상 유도 및 정부정책에 부합하는 중소기업 등에 대한 우대 등을 위하여 입찰참여 중소기업자의 계약이행능력을 심사하여 일정수준 이상의 평점을 받은 우량업체를 낙찰자로 결정하는 제도로써, 판로지원법 제7조에 근거한다. 현행 배점기준을 보면, 포지티브 요소로서 납품이행능력, 입찰가격, 신인도 그리고 네거티브 요소로서 당해물품 납품이행능력 결격사유를 고려하며, 종합평점이 일정점수(현 88점) 이상인 경우에 낙찰자가 될 수 있다.

중소기업제품 구매목표비율제도는 중소기업제품의 구매효과를 실질적으로 제고하기 위하여 공공기관에서 연중 구매 총액 중 일정 비율 이상을 중소기업제품 및 기술개발제품을¹⁶⁾ 의무적으로 구매하도록 하는 제도로써, 판로지원법 제5조 및 동법 시행령 제

14) 아스콘의 경우 일반 아스콘과 순환 아스콘이 모두 포함된다.

15) 1억원 미만일 경우 소기업 또는 소상공인 간 제한경쟁 그리고 1억원 이상 2.1억원 미만일 경우 중소기업 간 제한경쟁이 적용된다.

3조 내지 제5조에 근거한다. 구체적인 구매목표비율은 중소기업제품의 경우 총 구매액의 50% 이상 그리고 기술개발제품의 경우 중소기업물품 구매액의 10% 이상이다.¹⁷⁾

이 외에 영세 소기업 및 소상공인의 수주와 조합 기능을 활성화하기 위하여 공공기관이 협동조합으로부터 업체를 추천받아 중소기업자간 경쟁제품을 수의계약으로 구매하는 제도인 소액수의계약대상업체 조합추천제도(판로지원법 시행령 8조), 중소기업협동조합과 3개 이상의 소기업 및 소상공인이 공동사업을 통해 제품화한 경우 공동사업 수행 소기업 및 소상공인 간 제한경쟁 또는 협동조합에 의한 추천업체 간 지명경쟁이 가능하도록 하는 소기업 공동사업제품 우선구매제도(판로지원법 7조의2 및 지방계약법 시행령 20조 및 22조), 공공기관구매 낙찰 중소기업의 생산자금 지원을 위한 무보증 대출제도, 각 수요기관에 공통적으로 소요되는 규격화된 물품에 대한 수요기관의 다양한 수요를 충족시키기 위하여 조달청이 2인 이상의 공급자와 제3자를 위한 단가계약을 체결하여 수요기관이 나라장터를 통하여 자유롭게 구매하는 제도(「조달사업에 관한 법률」 시행령 7조의2), 중소기업의 공동 브랜드를 통하여 중소기업의 판로지원 및 경쟁력 향상을 위해 조합 등 법인이 개발, 보유한 우수한 공동상표 제품에 대하여 공공기관이 수의계약으로 우선 구매할 있도록 하는 제도(「조달사업에 관한 법률」 9조의2 및 동법 시행령 18조의2) 등이 있다.

(4) 중소기업자간 경쟁제도

이상의 중소기업제품 공공구매제도에 해당하는 제도는 모두 중소기업제품의 공공구매와 관련하여 일정한 기여를 하고 있지만, 이 중에서도 공공구매의 기본 원칙인 입찰과 관련하여 핵심적인 의미를 갖는 것은 판로지원법 등에 기초한 중소기업자간 경쟁제도이다.

중소기업자간 경쟁제도는 판로지원법에 근거한다. 구체적으로 동법 제6조 제1항은 “중소벤처기업부장관은 중소기업자가 직접 생산·제공하는 제품으로서 판로 확대가 필요하다고 인정되는 제품을 중소기업자간 경쟁 제품으로 지정할 수 있다”고 규정하고 있으며,¹⁸⁾ 제7조 제1항은 “공공기관의 장은 경쟁제품에 대하여는 대통령령으로 정하는

16) 기술개발제품의 경우 성능신뢰도에 확신이 없는 중소기업의 기술개발제품에 대하여 정부가 성능검사를 거쳐 성능이 확인된 제품을 공공기관이 우선 구매할 수 있도록 지원함으로써 중소기업의 기술개발 촉진 및 공공구매확대를 도모하는 한편, 성능인증을 받아 성능보험에 가입된 제품의 구매로 발생하는 손실을 보전할 수 있는 제도(판로지원법 15조 내지 18조 및 동법 시행령 14조 내지 16조) 및 우선 구매대상 기술개발제품의 성능 인증에 소요되는 검사비 및 적정가격 산출을 위한 원가계산비용 지원으로 공공기관의 기술개발제품 구매를 촉진하는 제도(판로지원법 19조, 20조 및 동법 시행령 16조, 17조)에 의하여 뒷받침되고 있다.

17) 구체적인 구매목표비율은 매년 공공기관별 구매계획과 실적을 파악한 후 국무회의를 거쳐 공고하며, 과거 목표비율은 2013년 69.3%, 2014년 69.8%, 2015년 70.2%, 2016년 71.5%, 2017년 72.8%이었다.

18) 레미콘과 아스콘은 모두 「중소기업자간 경쟁제품 및 공사용자재 직접구매 대상품목 지정내

특별한 사유가 없으면 중소기업자만을 대상으로 하는 제한경쟁 또는 중소기업자 중에서 지명경쟁(이하 ‘중소기업자간 경쟁’이라 한다) 입찰에 따라 조달계약을 체결하여야 한다”고 규정함으로써 중소기업자간 경쟁제도에 관한 명문의 근거를 제시하고 있다.

절차적으로 중소기업자간 경쟁제품의 지정은 조합, 세부품목별 관련단체 또는 중소기업 10인 이상의 추천에 따라서 중소기업중앙회가 지정요건 및 타당성을 검토한 후에 중소벤처기업부가 중앙행정기관과의 협의를 거쳐 지정하는 과정으로 진행된다. 지정 과정에서 요구되는 판단 기준은, 제품 기준으로 직접생산 중소기업이 20개 이상이며 구매실적 20억 원 이상일 것 그리고 세부품명 기준으로 직접생산 중소기업이 10개 이상이며 구매실적 10억 원 이상일 것 등이고, 이를 충족한 제품에 한하여 대기업 또는 수입 유통업체 등의 국내시장 진입으로 당해 업종을 영위하는 중소기업의 판로가 축소되어 경영애로를 겪고 있다는 사실을 파악할 수 있는 사례 또는 관련 통계 등을 조사하여 산업정책상 충분한 지정 필요성이 인정될 경우에 지정이 이루어진다.¹⁹⁾

이상의 과정을 거쳐 지정된 경쟁제품의 입찰에 참여할 수 있는 자격은 판로지원법 제8조에서 정하고 있다. 동조 제1항은 “제7조에 따른 중소기업자간 경쟁입찰에 참여할 수 있는 중소기업자의 자격(이하 이 조에서 “참여자격”이라 한다)은 규모와 경영실적 등을 고려하여 대통령령으로 정한다”고 규정하고 있으며, 동법 시행령 제9조 제1항은 중소기업자간 경쟁입찰에 참여하는 중소기업자 요건으로서 경쟁제품을 직접 생산·제공할 수 있는 설비(1호)와 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」 제12조 제1항 각 호의 요건(2호)을²⁰⁾ 갖추 것을 요구하고 있다.

조합의 경우에는 동조 제2항에 의하여 각 호에서 요구하는 해당 조합 조합원의 2분의 1 이상이 제1항 각 호의 요건을 모두 갖춘 중소기업자로 구성되어 있을 것(1호, 다만 제조공법이나 원자재를 기준으로 구성된 조합 등 중소벤처기업부장관이 정하여 고시하는 조합으로서 경쟁제품을 생산하는 조합원이 전체 조합원의 2분의 1 미만인 경우에는 해당 경쟁제품을 생산하는 조합원의 2분의 1 이상이 제1항 각 호의 요건을 모두 갖춘 중소기업자로 구성되어야 한다), 경쟁제품의 품질관리 및 사후관리 기준을 마련하여 운영하고 있을 것(2호), 조합이 중소기업자간 경쟁입찰에 참여하는 것을 허용한다고 정관에 명시되어 있을 것(3호), 중소벤처기업부장관이 공공구매 업무와 관련된다고 인정하는 교육을 연간 10시간 이상 이수한 상근임직원을 2명 이상 두고 있을 것(4호),

역」에서 중소기업자간 경쟁제품으로 지정되어 있다. 다만 레미콘의 경우 서울, 경기, 인천 지역에서 연간예측을 20% 내에서 예외로 할 수 있다.

19) 중소벤처기업부·중소기업중앙회, 2018 중소기업제품 공공구매제도, 2017, 271면.

20) 국가계약법 시행령 제12조 제1항 각 호의 요건은, 다른 법령의 규정에 의하여 허가·인가·면허·등록·신고 등을 요하거나 자격요건을 갖추어야 할 경우에는 당해 허가·인가·면허·등록·신고 등을 받았거나 당해 자격요건에 적합할 것(2호), 보안측정 등의 조사가 필요한 경우에는 관계 기관으로부터 적합판정을 받을 것(3호), 기타 기획재정부령이 정하는 요건에 적합할 것(4호)이며, 4호에서 기획재정부령이 정하는 요건은 국가계약법 시행규칙 제14조 제1항에서 「소득세법」제168조·「법인세법」제111조 또는 「부가가치세법」제8조에 따라 해당사업에 관한 사업자등록증을 교부받거나 고유번호를 부여받은 경우를 말한다.

그밖에 입찰에 참여하는 조합이 중소기업자간 경쟁입찰을 하는 시장에서 차지하는 시장점유율 기준 등 경쟁입찰의 실효성을 높이기 위하여 공정거래위원회와의 협의를 거쳐 중소벤처기업부령으로 정하는 사항에²¹⁾ 적합할 것(5호)을 모두 갖추고, 해당 조합이 생산하거나 제공하는 제품에 대해서만 중소기업자간 경쟁입찰에 참여할 수 있으며, 다만 공정한 경쟁을 위하여 중소기업자간 경쟁입찰에 2개 이상의 조합이 참여할 필요가 있다고 판단되는 경우에는 중소벤처기업부장관은 해당 제품을 따로 고시할 수 있다. 또한 판로지원법 제8조 제2항은 경쟁입찰에 참여하는 조합에 대하여 중소벤처기업부장관의 참여자격에 대한 확인절차에 관하여 규정하고 있다.

중소기업자간 경쟁입찰에 참여가 제한되는 것에 관하여 판로지원법 제8조의2가 규정하고 있다. 동조 제1항은 대기업(분할 등에 의하여 설립되는 기업과 존속하는 기업 중 어느 하나가 분할·분할합병 또는 물적분할이 속하는 연도의 다음 연도부터 4년 이내에 대기업이 되는 경우도 포함한다) 또는 중소기업자간 경쟁입찰 참여자격 유지 또는 공공조달시장의 점유율 확대 등을 목적으로 분할 등을 하였다고 중소벤처기업부장관이 인정한 중소기업에 해당하는 기업으로부터 「상법」 제530조의2 및 제530조의12에 따른 분할·분할합병 및 물적분할에 의하여 설립되는 기업과 존속하는 기업이 같은 종류의 사업을 영위하는 경우에 해당하는 중소기업(1호), 대기업과 대통령령으로 정하는 지배 또는 종속의 관계에 있는 기업들의 집단에 포함되는 중소기업(2호), 정당한 사유 없이 제3항에 따른 중소벤처기업부장관의 조사를 거부한 중소기업(3호)이 이에 해당한다.

3. 레미콘·아스콘 공공구매 입찰 방식²²⁾

(1) 계약체결의 기본 원칙 및 입찰 참여 자격

앞에서 살펴본 것처럼 레미콘과 아스콘은 판로지원법상 중소기업자간 경쟁제품으로 지정되어 있으며, 따라서 중소기업자간 제한입찰의 방식이 적용된다. 다만 레미콘의 경우 「중소기업자간 경쟁제품 및 공사용자재 직접구매 대상품목 지정내역」에서 예외적으로 서울, 경기, 인천 지역의 경우 연간예측율 20% 내에서 일반입찰이 가능한 것으로 정하고 있다.

입찰에 참가하기 위해서는 판로지원법 제8조 및 동법 시행령 제9조에서 제시한 요건을 충족하여야 한다. 동법에 의할 경우 개별 중소기업 및 중소기업협동조합이 모두

21) 판로지원법 시행규칙 제3조 제1항 본문에서 영 제9조 제2항 제5호에서 "중소벤처기업부령으로 정하는 사항"이란 법 제7조 제1항에 따른 중소기업자간 경쟁입찰에 참여하는 조합이 중소기업자간 경쟁입찰을 하는 제품시장에서 차지하는 시장점유율이 100분의 50 이하인 것을 말한다.

22) 조달청, 2017년도 주요 시설자재 업무처리 지침 참조.

입찰에 참가할 수 있으며, 레미콘·아스콘의 경우 실제 동법 시행령 제9조 제2항의 요건을 갖춘 조합(적격조합)이 응찰의 주를 이룬다. 적격조합 외에 중소기업이 입찰에 참가할 수 있는 다른 방식이 존재하는데, 판로지원법 제7조 제3항에 의한 공동수급체를 구성하거나 또는 개별적으로 응찰이 가능하다. 당연히 입찰에 참가하는 중소기업은 입찰 자격으로서 동법 시행령 제9조 제1항의 요건을 충족하여야 한다.

이와 같이 레미콘·아스콘 경우에 요구되는 자격을 구체적으로 보면, 개별 사업자가 직접 또는 공동수급체 구성원 내지 조합원으로서 입찰에 참여할 경우에 해당 지역에 소재한 사업자이어야 하고 또한 레미콘·아스콘 생산공장에서 출하지역까지 90분 이내 타설이 가능하여야 한다. 절차적으로는 1) 국가종합전자조달시스템 입찰참가자등록규정에 의하여 개찰일 전일까지 국가종합전자조달시스템(<http://www.g2b.go.kr>)에 제조 물품으로 레미콘·아스콘을 등록할 것, 2) 판로지원법 제2조에 규정된 중소기업자로 동법 제9조 및 동법시행령 제10조 규정에 의한 직접생산확인증명서를 소지할 것, 3) 중소기업기본법 제2조에 규정된 중소기업자 또는 소기업 및 소상공인지원을 위한 특별조치법 제2조에 따른 소상공인으로서 '중소기업·소상공인 및 장애인기업 확인요령'에 따라 발급된 중소기업·소상공인 확인서를 소지할 것, 4) 입찰일 전일까지 산업표준화법 제5조에 따른 KS인증을 받을 것 등이 요구된다. 이와 같은 자격 요건은 중소기업 보호를 목적으로 한 제한경쟁입찰의 취지가 정확히 실현되기 위한 제도적 보완으로 이해할 수 있으며, 따라서 요건의 허위 충족을 방지하기 위한 엄격한 심사가 필요할 것이다.

입찰에 참가하는 조합의 대해서는 시장점유율에 관한 특별한 조건이 부과되고 있다는 점에도 주의를 요한다. 즉 판로지원법 시행규칙 제3조에 의하여 조합은 희망수량 경쟁입찰을 하는 시장에서 차지하는 시장점유율이 100분의 50 이하일 것이 요구되는데,²³⁾ 이러한 조건의 부과는 제한 경쟁입찰 방식이 관련 제한물품 조달 시장에서 특정 조합이 독점적 지위에 이르게 하는 수단으로 전락할 위험을 방지하는 것에서 의의를 찾을 수 있을 것이다. 다수의 중소기업이 존재하는 시장에서 개별 중소사업자가 경쟁력을 가질 수 있도록 하는 정책에 비추어, 이러한 조건의 타당성은 인정할 수 있지만, 제도의 운영과 관련하여 몇 가지 우려도 나타날 수 있다.

우선 레미콘·아스콘 시장에서 사업자의 전국적인 분포와 조합의 수를 고려할 때, 이러한 제한이 현실성이 있는지에 의문이 제기될 수 있다. 시장점유율을 직접적으로 규제하는 것이 경쟁정책상 바람직한지에 대한 본질적 문제제기는 차치하더라도,²⁴⁾ 현재

23) 이때 시장점유율은 경쟁입찰 시장에서 직전사업년도 1년간 해당 경쟁제품의 총매출액 중에서 중소기업자 간 경쟁입찰에 참여하는 적격조합 소속 조합원사의 해당 경쟁제품 매출액 전체를 합산한 금액이 차지하는 비율을 의미한다. 구체적으로 시장점유율 산정방식은 '시장점유율 = 직전사업년도 1년간의 적격조합의 해당 제품 경쟁입찰 시장 매출액 합계액/직전사업년도 1년간의 해당 제품의 경쟁입찰 시장 총 매출액'이 된다.

24) 시장점유율은 시장참가자들의 선택의 결과로서 나타나지만, 또한 시장점유율은 시장참가자들의 선택에 영향을 미친다는 점에서 시장지배력을 판단하는 다른 고려 요소와 차별성을 갖는

의 관련 시장은 조합을 포함한 공동수급체와 개별 사업자에 의한 경쟁 구조로 되어 있다는 점을 염두에 둘 필요가 있다. 이러한 상황에서 조합에 대한 인위적인 시장점유율 제한은 다른 경쟁 주체의 기회 확대로 이어질 수 있지만, 당해 시장에서 복수의 조합에 의한 경쟁 구조가 실질적으로 이루어지지 않고 있는 상황에서 이러한 정책 효과가 현실적으로 발현될 수 있을지는 명확치 않으며, 시장에서의 경쟁을 왜곡하는 효과를 낳을 수도 있다.

구체적인 기준의 타당성 측면에서 볼 경우에도, 시장점유율의 산정 기준을 직전연도 1년간을 기준으로 하고 있는 것이 적절한지에 의문이 있다.²⁵⁾ 관수 레미콘·아이콘은 일상적으로 거래되는 상품과는 달리 조달 시기가 일정치 않으며, 따라서 단기간의 거래량만으로 시장에서의 수급 상황을 판단하기 어려운 특성을 갖고 있다. 또한 공적인 조달과 수급 과정에서의 행정 절차에 의하여 발주 시부터 최종 상품 구매 시까지의 기간이 장기화될 수 있고, 이로 인하여 이월 물량이 발생할 수 있을 것이다. 이와 같은 특성을 고려할 때, 시장점유율을 제한하는 기준을 설정하고자 한다면, 관수입찰 현황을 정확히 파악할 수 있는 낙찰 수량으로 상정하는 것이 보다 적절한 기준이 될 수 있다. 또한 이와 같이 기간을 상정할 경우에, 발주 시부터 최종 공급 시까지 상당한 기간이 소요됨으로써 이행이 지연되고 있는 조달의 경우 시장점유율 산정이 불합리하게 이루어질 수 있는 문제를 피할 수 있을 것이다.

(2) 희망수량 경쟁입찰 방식

희망수량 경쟁입찰은 국가계약법 시행령 제17조 2항에 근거한 경쟁입찰 방식의 하나이다. 입찰참여자 는 가격뿐만 아니라 희망하는 거래량을 정하여 투찰하고, 정부가 결정한 예정가격 이하의 가격으로 투찰한 자 중 최저 가격으로 투찰한 자로부터 순차적으로 발주 물량에 달할 때 까지 투찰한 자를 모두 낙찰자로 결정하게 된다. 이러한 입찰 방식은 특히 중소기업이 주를 이루는 시장에서 유효하다. 이러한 시장에서는 한 사업자의 생산능력으로 수요량 전부를 공급하는 것이 가능하지 않은 경우가 많으며, 이때 수요량의 일부에 대한 입찰을 허용하고 복수의 투찰자가 가격 순으로 낙찰자로 결정되는 방식은 경쟁입찰을 실질적으로 가능하게 하는 입찰 방식이 될 수 있다.

기능적으로 보면, 희망수량 경쟁입찰 방식은 발주처인 수요기관에게 조달의 편의를 제공한다. 무엇보다 복수의 사업자가 수요량 범위 안에서 낙찰자로 결정될 수 있기 때문에 단일한 계약을 통하여 다수의 사업자와 물품 조달 계약을 체결하는 것이 가능하

다. 이러한 중요성에 비추어 이를 직접적으로 제한하는 것이 경쟁정책적으로 바람직한지는 의문이다. 이와 관련하여 Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Thomson/West, 2005, 81-82면 참조.

25) 예를 들어 미국 반독점법상 배타적 거래와 관련하여 연방대법원은 배타적 거래의 기간이 1년 이하인 경우에는 허용될 수 있다는 입장을 취하였다. *FTC v. Motion Picture Advertising Service* 344 U. S. 392 (1953) 참조.

며, 이는 개별 사업자와의 거래를 통하여 원하는 수요를 충족하기 어려운 상황에서 유력한 의미가 있다. 또한 단일한 가격을 통하여 복수의 사업자와의 거래를 행함으로써 가격관리상의 이점이 있다는 점도 희망수량 경쟁입찰 방식의 긍정적 기능이 될 수 있다. 이는 최저가격을 제시한 투찰자의 잔여 물량에 대해서도 후순위 투찰자에 대하여 동일한 가격으로 공급할 것을 계약 과정에서 합의하는 것에 의하여 현실화되는데, 이러한 절차적 가능성은 수요기관의 가격관리 측면에서 상당한 효율을 낼 수 있는 것이다.

한편 희망수량 경쟁입찰 방식은 입찰에 참여하는 사업자 입장에서도 긍정적인데, 조달 물량 전체를 공급하는 것이 불가능한 사업자도 희망 수량의 범위 내에서 입찰에 참여할 수 있다는 점에서 중소기업자에게 입찰 참여 기회를 실질적으로 제공하는 의미를 갖는다.

이와 같은 기능상의 장점에도 불구하고, 희망수량 경쟁입찰 방식의 부정적 효과에 대한 우려도 존재한다. 우선 희망수량 경쟁입찰 방식에 의할 경우 특정 사업자에게 조달 물량이 편중될 가능성을 배제하기 어렵다. 이는 관수시장에서 경쟁 사업자 간 불균형을 초래할 수 있지만, 원활한 조달 측면에서도 문제가 될 수 있다. 예를 들어 복수의 발주기관에 의하여 희망수량 경쟁입찰이 진행되고 특정 사업자가 수요량의 대부분을 담당하고 공급 시기가 중복될 경우에 조달이 원활이 이루어지지 못하는 상황이 발생할 수 있다.

또한 희망수량 경쟁입찰 방식은 사업자 간 담합을 유인하는 원인이 될 수도 있다. 공정거래위원회는 희망수량 경쟁입찰의 경우 다른 입찰참여자들의 투찰물량을 알 수 없기 때문에 전체 입찰참여자들의 투찰물량은 발주물량보다 많거나 적은 것이 일반적인데, 입찰참여자들의 전체 투찰물량은 발주물량과 정확히 일치하였는 바, 이 사실로 미루어 보아도 피심인들이 사전에 투찰물량을 합의하였다는 사실을 충분히 인정할 수 있다는²⁶⁾ 입장을 취하였다. 이와 같은 입장은 입찰참여자들이 경쟁자의 희망수량을 알 수 없는 상태에서 희망수량의 합이 발주물량과 일치하는 것을 기대하기 어렵다는 상식적인 판단에 근거하고 있으며, 충분히 입찰담합의 입증 근거로서 원용될 수 있을 것이다.

그러나 입찰과정에서 담합은 낙찰자와 거래조건을 입찰참여자들 간의 경쟁이 아닌 상호 합의에 의하여 결정하는 것을 의미하며, 구체적인 합의 내용은 입찰 방식에 따라서 상이하게 나타날 것이다. 즉 희망수량 경쟁입찰 방식에서는 희망수량이 합의의 중요한 대상이 될 수 있지만, 희망수량을 제시하여야 하는 입찰 방식 자체가 입찰 담합이 증가하는 원인이 된 것으로 보기는 어려우며, 따라서 이러한 이유로 희망수량 방식 자체의 변경을 모색하는 것이 타당한 것으로 볼 것은 아니다. 다만 담합의 초점이 수

26) 공정위 2009. 10. 7. 의결 제2009-204호; 공정위 2009. 10. 7. 의결 제2009-205호; 공정위 2010. 10. 12. 의결 제2010-117.

량에 맞추어질 것이라는 예상은 가능하며, 규제 기관의 대응에 있어서 이러한 점이 적절히 고려될 필요가 있을 것이다.

이상의 희망수량 경쟁입찰 방식은 관수 레미콘·아스콘 조달의 기본 원칙이 되고 있다. 나아가 동 원칙에 기초하여 한 조합은 최대 50% 물량을 ‘최저가 낙찰’로 투찰할 수 있으며, 입찰 물량이 100% 채워지면 입찰이 마감되는 방식으로 진행된다. 이러한 조건 하에서 조합 등 입찰참여자(수요) 수량의 범위 내에서 계약할 희망수량과 단가를 제시하여 투찰하며, 예정가격 이하의 단가로 입찰한 자 중 최저가격으로 입찰한 자 순으로 조달청 입찰공고수량에 도달할 때까지 입찰자를 낙찰자로 결정하게 된다. 한편 최저가격 낙찰자부터 희망물량을 우선 배정하는 것이 원칙이나 적기에 안정적 공급이 가능하도록 하기 위하여 다른 낙찰자가 최저가격으로 납품하는 것에 동의하는 경우에는 동의한 낙찰자에 한해 수요기관의 근거리에 있는 낙찰자에게 우선 배정하게 된다. 이와 같은 레미콘·아스콘의 희망수량 경쟁입찰 방식에 의하여 개별 레미콘·아스콘 사업자의 입찰참여와 거래의 기회가 실질적인 것이 될 수 있으며, 특히 단일 조합의 입찰수량 제한과 근거리 배정 방식은 그 폭을 확대하는 의미가 있다. 이로써 특정 조합에 의한 시장의 독과점 우려는 상당한 정도 해소될 수 있을 것이다. 그러나 중소기업협동조합의 결성에 의하여 영세한 레미콘·아스콘 사업자의 경쟁력을 향상시키고자 하는 중소기업 보호 정책과의 충돌 문제도 발생할 여지가 있다.

(3) 입찰 절차와 예정가격 산정

구매처인 공공기관은 계약종료일 1개월 이전에 구매결의를 하며, 가격 조사 등에 필요한 기간 등을 고려하여 입찰 공고를 한다. 공공기관은 입찰 공고 후 가격 조사 및 예정가격을 작성하며, 예정가격은 적정한 거래실례가격이 형성된 경우에는 2개 이상의 사업자를 조사하여 확인한 거래실례가격 및 전문가가격조사기관이 조사하여 공표한 가격을 결정기준으로 한다. 다만 적정한 거래실례가격이 없는 경우에는 원가계산에 의한 가격조사도 가능하다.

레미콘·아스콘의 가격에서 원재료비가 약 70%에 이를 정도로 가격에서 차지하는 비중이 큰 상품 특성을 갖고 있으며, 이는 가격 경쟁의 여지가 크지 않음을 의미한다. 민수시장에서는 공급업자들이 제시하는 판매단가표(1m³ 기준) 상의 가격에 일정비율을 할인하는 방법으로 가격이 결정되고, 관수시장에서의 가격은 이를 참고하여 결정하는 방식을 취한다. 그러나 레미콘과 아스콘의 경우 다소 차이가 있는데, 특히 레미콘의 경우 조달청이 조사한 최근 2~3개월의 실거래가격을 기초로 하여 산정된 예정가격이 가격 결정의 기준이 되고 있다는 점에서 아스콘과는 차이를 보이고 있다.

실제로 레미콘 관수 입찰에서 낙찰자의 결정은 예정가격 이하에서 최저가격을 기준으로 이루어지므로, 결국 입찰 과정에서 예정가격의 산정은 가격의 상한을 결정하는 의미가 있다. 구체적인 예정가격 산정 과정은 기초가격과 예정가격 산정으로 나뉜다.

앞에서 살펴본 것처럼 레미콘의 경우 조달청이 국가계약법 시행령 제9조 그리고 시행규칙 제2장 및 ‘조달청 내자업무처리규정’ 제30조에 따라 입찰 전 조사한 레미콘 민수 실거래가격에 일반적으로 민수 실거래가격보다 낮은 수준에서 조정을 행하는 조정률을 적용하여 예정가격의 기초가 되는 기초금액을 산정하고, 이는 입찰개시일 전날부터 기산하여 5일 전까지 국가종합전자조달시스템을 통하여 공개된다. 그리고 예정가격은 ‘조달청 내자구매업무처리규정’ 제30조에 따라 기초금액을 기준으로 $\pm 0.2\%$ 범위 내에서 서로 다른 15개의 예비가격을 작성하여 이 중 무작위로 4개를 추첨한 후 이를 산술평균한 값으로 결정된다. 따라서 응찰자는 이상의 기초금액을 통해 예정가격을 추정하고, 그 추정금액 이하에서 다른 입찰자보다 유리한 금액으로 투찰하게 된다.

아스콘의 관수시장은 연간단가계약으로 이루어진다는 점이 특징적이다. 아스콘의 민수시장에서의 단가는 주요 수요자인 건설업체와 아스콘제조업체간의 협의에 의하여 결정되며, 단기적 수급상황에 직접적인 영향을 받게 된다. 반면 관수시장의 단가는 각 지방조달청별로 지역별 아스콘공업협동조합과의 연간 단가계약에 의하여 결정되며, 연간 단가계약은 각 지방조달청이 아스콘제조업체의 민수 공급가격을 조사한 후 이를 기초로 하여 체결된다.

이상의 레미콘·아스콘 관수시장에서의 입찰에서 예정가격은 민수시장에서의 가격에 기초하여, 대체로 이보다 낮은 가격 수준에서 산정된다. 민수시장의 가격을 참고하는 것은 동일한 상품의 거래가 이루어지는 인접시장의 가격이라는 점에서 의의가 있지만, 당해 시장의 특성도 아울러 고려될 필요가 있다. 즉 앞에서 레미콘·아스콘 시장의 특성에서 살펴보았듯이, 레미콘·아스콘 시장은 전후방에 위치한 대기업에 의하여 영향을 받는 시장이며, 다수의 영세사업자가 공급자가 되고 대기업이 수요자가 되는, 즉 수요 측면에서 구매력(buying power)이 나타나는 시장 구조적 특징을 보이고 있으며, 따라서 가격이 낮게 형성될 수밖에 없는 특성을 갖고 있다. 이와 같은 민수시장 구조의 특성은 관수시장에서 입찰 전 예정가격을 산정할 때 참고할 필요가 있을 것이다.

Ⅲ. 레미콘·아스콘 공공부문 입찰에 관한 분석

1. 제한경쟁 자체의 타당성 검토

레미콘·아스콘의 공공조달도 입찰 방식에 의하는 것이 원칙이지만, 중소기업정책의 반영에 의하여 일반 입찰이 아닌 제한 입찰 방식으로 이루어지고 있다. 제한 입찰의 법적 근거는 판로지원법에 의하여 주어지고 있다. 동법은 명시적으로 중소기업의 경쟁력 향상과 경영 안정을 목적으로 하고 있다는 점에서(1조) 중소기업정책의 실현을 위한 법제도로서의 의의를 갖고 있으며, 이와 같은 정책 목표는 중소기업제품 공공구매 제도에 의하여 구체화되고 있다.

중소기업은 산업의 기반을 제공하고 건전한 체계를 구축하는데 핵심적 요소이며, 또한 많은 인력을 고용하고 나아가 이들의 숙련도를 제공하여 양질의 노동력을 다양한 분야에 공급하는 역할을 수행한다. 이와 같이 중소기업이 국민경제에서 차지하는 중요성을 부인할 수 없으며, 따라서 국가가 추구하는 정책으로서 중소기업보호정책의 주요 경제정책의 하나로 자리하고 있다. 이를 실현하기 위한 제도로써 중소기업제품 공공구매제도 그리고 중소기업자간 경쟁제도도 이러한 관점에서 정당성을 인정할 수 있을 것이다. 그렇지만 이와 같은 원론적 정당성을 넘어서, 구체적 타당성이 있는지, 예를 들어 동 제도를 레미콘·아스콘 산업에 적용하는 것이 타당한지에 관한 논의가 추가될 필요가 있다.

레미콘·아스콘은 판로지원법 제6조 제1항에 의하여 동법에서 규율 대상으로 하는 경쟁제품으로 지정되고 있다. 동 조항에서 요구하는 지정 요건은 크게 중소기업의 직접생산과 판로 확대의 필요성이라 할 것이다.

레미콘·아스콘은 제품 특성이나 산업적 특성 등에 비추어 이러한 요건을 충족하는 것으로 볼 수 있다. 우선 상품의 특성과 관련하여 레미콘·아스콘은 시간적 제약이 있는 반제품으로서 원자재를 단순 가공하여 제조되는 상품이라는 점에 주목할 필요가 있다. 즉 고부가가치를 낼 수 있는 기술집약적인 상품 또는 막대한 초기 설비투자를 요하는 자본집약적인 상품과는 거리가 있다. 또한 시간 제약이 따르는 반제품적 성격으로 인하여 공급의 지리적 범위가 90분 이내로 제한되고, 따라서 수요처의 위치가 경쟁이 이루어질 수 있는 지리적 범위를 실질적으로 결정하게 된다. 이와 같이 상품 자체에 내재하는 지역적 특성은 특정 공급업자의 규모의 경제가 발현될 수 있는 조건, 즉 공급량의 확대가 전국적인 범위에서 이루어질 수 있는 가능성을 제한하므로, 규모 측면에서 중소기업이 상품 생산에 적합하게 되고, 나아가 전국적으로 영세한 공급업자가 산재해 있는 원인이 되고 있다.²⁷⁾

레미콘·아스콘의 산업 구조도 중소기업에 적합한 특성을 보이고 있다. 레미콘·아스콘은 공급의 전체 수량이 건설 산업에서 수요하고 있으며, 또한 생산비의 70% 이상을 차지하는 원자재인 시멘트나 골조 등의 공급을 통하여 생산이 이루어진다. 이와 같이 전후방에 위치한 산업의 특성은 레미콘·아스콘 산업에도 반영되고 있다. 즉 레미콘·아스콘 산업은 상하 인접한 산업에 의존도가 높기 때문에 이들 산업의 동향에 직접적인 영향을 받을 수밖에 없으며, 또한 시멘트산업이나 건설산업 등 전후방 관련 산업은 모두 대자본을 필요로 하는 특성에 따라서 대기업이 당해 산업을 주도하고 있다는 점도 고려되어야 한다. 이와 같이 절대적 의존도가 높고, 또한 사업자 규모의 차이가 상대적으로 열세인 산업적 특성은 전후방 모두에서 레미콘·아스콘 사업자가 열등한 교섭력을 가질 수밖에 없는 조건을 형성하고 있다.²⁸⁾

27) 넥스텔리전스, 「레미콘의 중소기업 적합업종 선정 타당성 연구」, 2011, 12면 이하 참조.

28) 위의 보고서, 18면 및 홍명수, “공정거래법상 중소기업정책의 반영에 관한 연구”, 「법학연구」 제53권 제1호, 2012, 335면 이하 참조.

또한 레미콘·아스콘 산업의 전후방에 위치한 대기업을 중심으로 수직적 계열화가 확대되어 왔다는 점에도 주목을 요한다. 예를 들어 동양메이저, 쌍용양회, 한일산업 등의 전후방 관련 회사들이 레미콘·아스콘 산업에 진출하고 있으며, 이를 통하여 수직적 계열화가 진행되고 있다. 이러한 현상은 여전히 산업 내에서 중소기업의 비중이 높다 하더라도, 중소기업제품으로서 레미콘·아스콘의 안정적인 판로 확보의 필요성이 있음을 시사하는 것이다.²⁹⁾ 이상의 레미콘·아스콘의 상품적 특성 및 산업적 특성에 비추어, 판로지원법 제6조 제1항에 규정된 경쟁제품의 지정 요건에 레미콘·아스콘은 부합하는 것으로 볼 수 있을 것이다.³⁰⁾ 따라서 중소벤처기업부장관의 고시 형식으로 제정된 「중소기업자간 경쟁제품 및 공사용자재 직접구매 대상품목 지정내역」이 레미콘·아스콘을 경쟁제품에 포함시키고 있는 것은 충분히 타당한 것으로 이해된다. 전술한 것처럼 판로지원법상 경쟁제품의 경우에는 중소기업자간 경쟁제도를 적용하여 공공부문에서의 조달의 경우 제한경쟁이 제도적으로 허용되며, 레미콘·아스콘도 동 제도의 적용을 받아 제한경쟁의 방식으로 공공부문의 조달이 이루어지고 있다. 동 제도가 궁극적으로 중소기업보호 정책의 실현을 위해 도입되었다는 점과 레미콘·아스콘이 중소기업제품으로서의 특성을 갖고 있다는 점을 고려할 때, 이와 같은 제한 경쟁은 타당한 조달 방식으로 볼 수 있다.

2. 제한경쟁 내용의 타당성 검토

레미콘·아스콘의 공공부문 조달에 있어서 제한경쟁의 규율은 판로지원법 제7조 이하에 근거하여 이루어지고 있다. 동법에 의하여 제한경쟁 방식의 입찰에 참여할 수 있는 자격은 중소기업자에게 부여되며, 구체적으로 동법 제8조 및 동법시행령 제9조의 요건을 충족하는 중소기업자와 중소기업협동조합이 참가자격을 갖는다. 중소기업자의 경우 개별적으로 또는 공동수급체³¹⁾를 구성하여 응찰할 수 있다.

레미콘·아스콘의 경우는 중소기업자간 경쟁제도에 의한 제한경쟁 입찰에 있어서 추가적인 제한이 부과되고 있는데, 특히 판로지원법 시행령 제9조 제2항 단서는 필수적으로 복수의 조합이 입찰에 참여하여야 하는 제품을 중소벤처기업부장관이 고시할 수

29) 위의 보고서, 24면 이하 참조.

30) 중소벤처기업부·중소기업중앙회, 2018 중소기업제품 공공구매제도, 2017, 271면.

31) 판로지원법 제7조 제3항은 “공공기관의 장은 제2항에 따른 계약상대자를 결정함에 있어서 「중소기업기본법」 제2조제2항에 따른 소기업(이하 "소기업"이라 한다)과 「소상공인 보호 및 지원에 관한 법률」 제2조에 따른 소상공인(이하 "소상공인"이라 한다)의 공동 수주기회를 확대하기 위하여 5인 이상의 중소기업자로 구성된 공동수급체 중 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 공동수급체에 대하여 우대할 수 있다”고 규정하고, 동법 시행령 제5항은 “법 제7조 제3항에서 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 공동수급체란 다음 각 호의 요건을 모두 충족하는 공동수급체를 말한다. 1. 소기업 또는 소상공인이 3인 이상 포함되어 있을 것 2. 공동수급체를 구성하는 모든 중소기업자가 법 제9조제1항에 따라 직접생산의 확인을 받은 기업일 것”으로 규정하고 있다.

있도록 하고 있고, 「중소기업제품 공공구매제도 운영요령」(중소벤처기업부고시 제 2017-23호) 제13조 제4항은 레미콘과 아스콘을 이에 해당하는 것으로 정하고 있다. 결국 레미콘·아스콘을 공공부문에서 조달할 경우에 제한경쟁 방식으로 이루어지는 입찰에 복수의 조합이 참여하여야 하고, 중소기업자는 개별적으로 또는 공동수급체를 구성하여 참여할 수 있다.

제한경쟁 입찰을 시장 측면에서 보면, 「중소기업제품 공공구매제도 운영요령」 제21조 제1항은 “규칙 제3조 제1항에 따른 중소기업자간 경쟁입찰을 하는 시장(이하 “경쟁입찰 시장”이라 한다)이란 경쟁제품 별로 공공기관의 장이 중소기업자간 경쟁입찰 방법에 의하여 조달계약을 체결할 수 있는 전체 시장을 말한다”고 규정하고 있고, 제2항에 의한 경쟁입찰 시장의 범위는 레미콘·아스콘의 경우 “조달청이 실제 구매입찰하는 세부 시장권역”이 되고 있다. 이러한 기준에 의하여 조달청은 ‘주요 시설자재 관리지침’을 통하여 레미콘 54개, 아스콘 28개의 세부 권역을 제시하고 있다.

이와 같은 제도 하에서 실제 레미콘·아스콘의 제한경쟁 입찰의 양상을 보면, 조합이 낙찰하는 비중이 절대적인 것으로 나타나고 있다. 2015년 기준 레미콘·아스콘의 공공부문 구매 현황을 보면, 레미콘의 경우 조합 92.02%, 공동수급체 1.68%, 개별 중소기업자 0.04%, 중견·대기업 6.26%이며, 아스콘의 경우 조합 96.09%, 공동수급체 3.91%로 나타나고 있다. 즉 제한경쟁 입찰 방식에 의하고 있는 레미콘과 아스콘의 조달에서 실질적으로 조합이 공급의 대부분을 차지하고 있다. 이와 같이 조합에 의한 수주가 일반화된 상황에서 물량담합이나 가격담합의 우려도 커지고 있으며,³²⁾ 제한 경쟁의 취지에 부합하는 성과를 내고 있는지에 대한 의문이 커지고 있다.

그러나 이러한 현상에 대한 이해는 보다 종합적으로 이루어질 필요가 있다. 현재의 제도 환경에서 조합은 제한경쟁의 입찰에서 낙찰자로 선정될 가능성이 크며, 따라서 조합의 구매 비중이 절대적으로 높은 것만으로 현행 제도의 성패를 단정할 수는 없다는 점을 염두에 둘 필요가 있다. 레미콘·아스콘 공공구매에 적용되는 중소기업자간 경쟁제도는 제한경쟁을 원칙으로 하고 있는데, 이러한 방식이 일반입찰에 비하여 경쟁을 제도적으로 제한하는 것이지만, 경쟁 자체를 배제하고자 하는 것은 아니다. 오히려 경쟁 주체의 수가 제한되는 대신 제한된 범위 안에서 입찰 과정은 경쟁에 의할 것을 목표로 하는 제도이며, 이러한 관점에서 제도의 성패를 판단할 필요가 있을 것이다.

경쟁정책의 관점에서 현재 나타나고 있는 레미콘·아스콘의 제한경쟁의 문제는 상품의 특성이나 영세한 사업자를 중심으로 전후방 위치한 대기업에 영향을 받을 수밖에 없는 산업구조적 특성으로 인하여 실질적으로 입찰에 참여할 수 있는 주체는 조합에 제한되고 있지만, 이들을 중심으로 한 경쟁이 실효적으로 이루어지지 못하고 있다는 점은 문제이며, 또한 현행 희망수량입찰에서 조합이 세부권역별로 난립되어 운영상 부실조합이 발생하는 등의 문제도 나타나고 있다.

32) 감사원, 「감사보고서 -중소기업자간 경쟁제도 등 운영실태-」, 2016, 24-29면 참조.

제한경쟁의 구체적인 운영 방식에 관한 검토도 동일한 관점에서 행해질 필요가 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 레미콘·아스콘의 입찰은 희망수량 경쟁입찰 방식으로 진행되고 있으며, 따라서 입찰참여자도 가격과 동시에 발주된 물량 안에서 거래하고자 수량을 투찰 시 제시하여야 한다. 중소기업자가 주를 이루고 규모의 경제가 실현되기 어려운 산업적 특성을 고려할 때, 희망수량 방식은 발주처인 수요기관뿐만 아니라 입찰에 참여하고자 하는 중소기업자 측면에서도 긍정적으로 기능할 것이다.

그러나 희망수량 경쟁입찰 방식의 구체적인 운영 측면에서는 논의의 여지가 있다. 입찰 참여 조합이 제시할 수 있는 희망수량을 전체 물량의 50% 이하로 제한하고 있으며, 이에 더하여 입찰 참여 자격 조건으로서 시장점유율이 50% 이하일 것을 요구하는 것도 입찰에 참여하고자 하는 조합에게 실질적인 제한으로 작용할 것이다. 이러한 제한의 취지는 특정 조합이 경쟁입찰 관련시장에서 독과점적 지위를 갖는 것을 억제하고자 하는 것이며, 제한경쟁 방식을 취하더라도 경쟁 시스템은 유지되어야 한다는 점에서 그 타당성을 인정할 수 있을 것이다. 그러나 이와 같은 제한이 협동조합 방식을 통하여 중소기업의 경쟁력을 향상시키고자 하는 중소기업정책과 경제주체의 자율적 경쟁을 통하여 후생 극대화를 이루고자 하는 경쟁정책의 본질에 비추어 적절한 수준인지 그리고 잔여 물량에 대한 사업자 배분이 경쟁정책의 취지에 부합하게 합리적으로 이루어질 것인지는 의문이다. 일률적인 기준에 의하기 보다는 조합원 사업자의 수나 경쟁입찰 관련시장의 규모 등을 고려하여 제한 기준을 고려하여 경우에 따라서 합리적으로 설정하는 방안을 고려할 필요가 있을 것이다.

또한 기술적인 측면에서 조합의 입찰 참여 조건으로서 1년 기준에 의한 시장점유율 산정이 합리적인지 의문이다. 레미콘·아스콘 시장이나 산업적 특성을 고려할 때, 시장점유율 산정이 불가피하다면 낙찰수량을 기준으로 시장점유율을 산정하는 것이 예기치 않은 불이익을 피할 수 있다는 점에서 보다 타당한 기준이 될 수 있다. 이와 동일한 맥락에서 레미콘의 경우 예정가격 산정 시 민수시장의 실거래가격을 참고하는 것에도 신중할 필요가 있다. 이러한 접근방식이 타당성을 갖기 위해서는 민수시장의 구조가 경쟁적인 것이어야 하는데, 동 시장은 수요측면에서의 지배력(buying power)이 강하게 작용하는 시장이라는 점이 고려될 필요가 있다. 이에 대한 고려가 예정가격에 대한 조정을 적용에 반영될 필요가 있을 것이다.

3. 개선 방안의 검토

(1) 다수공급자계약제도의 적용 문제

현재 이상의 문제를 극복할 수 있는 유력한 대안의 하나로 다수공급자계약제도(Multiple Award Schedule)의 확대 문제가 거론되고 있다. 다수공급자계약제도는 정부조달과 관련하여, 각 공공기관의 다양한 수요를 충족하기 위하여 품질, 성능, 효율

등에서 동등하거나 유사한 종류의 물품을 수요기관이 선택할 수 있도록 2인 이상을 계약상대자로 하는 계약제도로써 2004년 조달사업법 시행령 개정 이후 도입되었다.

동 제도의 의의는 공공부문 조달에 있어서 수요자 선택의 폭을 확대함으로써 경쟁원리의 실현이 보다 강화될 수 있다는 점에서 찾을 수 있을 것이다. 그러나 동 제도가 갖는 한계나 우려에 대해서도 주의를 기울일 필요가 있다. 예를 들어 다수공급자계약은 행정기관 간 협력에 의한 계약으로서의 성격을 갖고 있으므로 조달기관과 수요기관 간의 권한배분이 중요한 문제가 될 수 있다는 점, 다수공급자계약제도가 경쟁원리의 실현에 기여할 수 있기 위해서는 수요기관에 의한 선정 과정이 투명하고 공정하게 이루어질 필요가 있다는 점, 동 제도 하에서는 공급자들의 경쟁이 적격성 평가 단계에서부터 시작될 수밖에 없으므로 이 과정이 공정하게 이루어질 수 있도록 하는 제도의 설계가 필요하다는 점 등이 논의될 필요가 있을 것이다.³³⁾

(2) 조합 중심의 경쟁 활성화

중소기업보호정책과 경쟁정책을 아울러 추구하는 현행 제도 하에서 조합을 중심으로 한 경쟁 활성화를 모색하는 것이 결국 근본적 해결 방안이 될 것이다. 그러나 현재 레미콘·아스콘 공공구매에서 복수의 조합 참여를 필수적인 것으로 하고 있지만, 실질적으로 조합 간 경쟁이 가능하지 않은 상황에서 이러한 제도 운용은 복수 조합 입찰 요건을 충족하기 위하여 들러리 입찰 등의 경쟁을 가장하는 행태를 초래할 수도 있다. 전술한 것처럼 조합의 수를 늘리기 어려운 구조적 상황에서 이러한 요구가 바람직한 시장 행동을 유인하는 데는 한계가 있으며, 또한 1개 조합 50%와 같은 시장점유율 제한을 받고 있다는 점도 아울러 고려되어야 한다.

이러한 점에서 현재 제도적으로 도입되어 있는 공동수급체의 활성화를 적극적으로 모색할 필요가 있을 것이다. 복수 조합에 의한 경쟁이 여의치 않은 상황에서 실질적으로 경쟁이 가능한 공동수급체의 존재는 경쟁을 유인할 수 있는 중요한 요소가 될 수 있으며, 이를 활성화하는 것은 실현 가능한 대안으로서 고려될 수 있을 것이다. 또한 단순히 공동수급체 결성과 입찰 참가를 촉진하는 정책뿐만 아니라 필수적인 복수조합 입찰 참가 요구를 배제하고 입찰 과정에서 조합과 공동수급체 간의 경쟁이 이루어질 경우에는 유효한 경쟁입찰로 인정하고 절차를 진행하는 등의 정책 변화도 포함하여 논의될 필요가 있다.

아울러 개인 사업자의 입찰 참가에 대해서도 경쟁 활성화와 중소기업보호정책의 취지를 종합하여 다시 검토될 필요가 있다. 개별 사업자의 입찰 참가의 제도적 보장은 1개 조합 50%, 복수 조합 80%의 시장점유율 제한을 통하여 실질적인 것이 되고 있다.

33) 김대인, “다수공급자 물품계약제도에 있어서 경쟁원리의 실현”, 『경쟁법연구』 제17권, 2008, 266면 이하 참조.

이와 같은 제도적 보장은 입찰 참가자의 수를 늘리는 것이므로 경쟁의 강화로 볼 여지가 있지만, 중소기업협동조합의 보호를 통하여 중소기업의 경쟁력 강화를 추구하는 정책적 관점에서 일정한 의문을 낳는다. 무엇보다 조합의 낙찰 범위를 제한함으로써 조합 경쟁력을 제한하고 그 공백을 개별 참가자를 통하여 보완하는 방식은 협동조합 보호의 제도적 취지와 상충되는 것이다. 따라서 개별 참가자의 입찰 참가를 허용하는 것을 넘어서, 일정한 수량이 개별 참가 사업자에게 낙찰되도록 하는 제도 운영에 대해서는 신중할 필요가 있을 것이다.

과거 단체수의계약제도는 경쟁 과정이 배제된 채 수의계약 방식으로 공공부문 조달이 이루어짐으로써 절차적 투명성과 효율성에 문제를 낳았으며, 현재 희망수량 경쟁입찰 제도는 이러한 문제를 해결하기 위한 방안으로 도입된 것이다. 조합은 협력을 지향하는 사업자들의 단체이며, 중소기업협동조합의 경우 이러한 목적이 제도적으로 승인된 결과로 이해된다. 따라서 조합 내부에서 자원 배분의 문제는 어느 정도 경쟁원칙의 적용이 유보될 수 있지만, 조합 외부에서, 즉 조합이 다른 경제주체와 경쟁하는 상황에 대해서는 경쟁원칙이 적용되어야 하며, 이러한 방향으로의 제도 설계는 불가피한 것이라는 점에서 단체수의계약제도에서 경쟁입찰제도로의 제도 변화는 타당한 변화로 볼 수 있다. 그러나 중소기업보호정책의 관점에서 여전히 조합의 중요성을 부인하기 어렵다는 점도 염두에 두어야 한다. 무엇보다 경쟁 과정을 통하여 조합이 낙찰자로 결정된 이후에는 조합과 수요기관 간의 자유로운 협상을 통하여 거래조건을 결정하도록 하는 것이 바람직하며, 시장점유율 제한 등 낙찰 범위를 제도적으로 제한하는 것은 경쟁의 취지와 중소기업정책의 관점 모두에서 타당성에 의문이 있다. 경쟁 활성화 측면에서 사업자들의 공동수급체나 개별 사업자의 입찰 참가를 허용하더라도, 필연적으로 이러한 허용이 시장점유율 제한과 같은 구조적 제한과 결합되어야 하는 것은 아니며, 이러한 제도의 도입에는 신중할 필요가 있을 것이다.

(3) 품질 경쟁으로의 유인

레미콘·아스콘과 같이 원재료 비중이 높은 상품 시장에서는 일반적으로 가격 책정의 가능한 범위가 크지 않으며, 따라서 가격 경쟁을 실질적으로 기대하기 어렵다. 이러한 특성을 고려할 때, 사업자 간 경쟁은 가격을 제외한 다른 경쟁 요소를 중심으로 이루어질 가능성이 크며, 실질적인 경쟁 활성화 역시 이러한 방향으로 촉진될 필요가 있다.

가능한 방안으로 입찰 과정에서 낙찰자 결정 시 단순히 최저가격 기준에 의하지 않고, 시공 능력이나 제품의 품질 등을 가격과 함께 지수화하여 종합적인 심사가 가능하도록 하는 것도 품질 경쟁의 촉진 관점에서 고려될 수 있을 것이다.

IV. 결론

공공부문에서의 조달은 경쟁정책과 중소기업보호정책의 조화를 통하여 이루어지고 있다. 이를 구체화 한 제도인 희망수량입찰제도는 중소기업에게 최소한의 거래 기회를 보장하면서 또한 경쟁이 지속될 수 있도록 하고 있다는 점에서 의의가 있다. 동 제도 하에서 국가(조달청)는 수요독점적 지위에 있고, 대체로 중소기업으로 구성된 공급자는 조합을 결성하여 이에 대응하고 있다. 중소기업 협동조합 중심의 입찰 운영 방식과 희망수량입찰제도는 경쟁정책과 중소기업보호정책의 조화의 관점에서도 중요하지만, 특히 레미콘·아스콘 산업에서는 적기공급·품질관리 등 상품 공급의 효율성 측면에서도 유력한 의미가 있다. 그러나 희망수량입찰제도의 구체적 운영 과정에서 참가 자격 제한이나 단일 조합의 입찰 물량 제한 등으로 인하여, 특히 경쟁정책적 측면에서 유효한 경쟁이 전개되고 있는지에 의문도 있는 상황이다. 또한 물량배정과 조합운영에 있어서 투명성과 공정성을 높이는 방안이 지속적으로 강구될 필요도 있을 것이다.

제도 개선방안의 하나로 다수공급자계약제도(Multiple Award Schedule)를 레미콘·아스콘 관수 시장에 적용하는 것을 검토할 수 있다. 동 제도는 수요기관이 품질, 성능, 효율 등에서 동등하거나 유사한 종류의 물품을 수요기관이 선택할 수 있도록 2인 이상을 계약상대자로 하는 계약제도이다. 동 제도의 의의는 공공부문 조달에 있어서 수요자 선택의 폭을 확대함으로써 경쟁원리의 실현이 보다 강화될 수 있다는 점에 있지만, 동 제도가 경쟁 원칙에 부합하는 방향으로 실현되기 위해서는 조달기관과 수요기관의 권한이 적절히 배분되고, 수요기관에 의한 계약자 선정 과정이 투명하고 공정하게 이루어지며, 또한 그 이전에 복수의 공급자에 포함되기 위한 적격성 평가가 공정하게 이루어질 수 있도록 하는 제도적 설계가 과제로 주어지고 있다. 이러한 과제가 실현되지 않은 상황에서 개선 효과를 기대하는 것에는 한계가 있을 것이다.

또한 조합 중심의 경쟁을 실질적으로 활성화시키는 방안을 모색하면서, 동시에 적시공급과 물량확보 및 하자관리 등에 있어서 조합이 실효적으로 기능할 수 있도록 하는 것, 즉 중소기업보호정책이나 지역경제 기반 확충 등 산업정책적 관점에서도 조합의 역할을 살펴보는 것도 중요하다. 레미콘·아스콘 관수 입찰에서 복수의 조합 참여를 필수적인 것으로 하고 있지만, 실질적으로 조합 간 경쟁이 가능하지 않은 상황에서 이러한 조건은 형식적 경쟁으로 이어질 우려가 있다. 개별 사업자의 입찰 참여 허용은 이러한 우려에 대한 보완으로 이해되지만, 발주되는 물량의 규모와 개별 사업자의 영세한 규모 등을 고려할 때, 이것이 실질적인 개선으로 이어질지는 의문이다. 결국 형식적인 복수 조합 구조에 치중하지 않고, 조합 중심의 경쟁을 활성화하는 방안을 강구하는 것이 중요하다. 물론 사업자들의 공동수급체나 개별 사업자의 입찰 참가는 입찰 경쟁을 활성화하는데 도움이 될 수 있다. 다만 1위와 2위 조합에 대한 시장점유율에 따른 낙찰 범위를 인위적으로 제한하는 것은 경쟁정책과 중소기업보호정책을 종합적으로 고려할 때 바람직한 정책방향이라고 보기 어렵다. 이미 희망수량입찰 제도는 전체 물

량 안에서 가능한 공급량을 투찰자가 자율적으로 정하도록 하는 제도적 의의를 갖고 있다는 점에 주목할 필요가 있을 것이다. 조합, 공동수급체 등에 의한 경쟁은 공정하게 이루어지도록 하고, 이에 따라서 결정된 낙찰자에 대해서는 수요기관과의 자율적인 협상을 통하여 거래조건을 결정하도록 하는 것이 경쟁정책뿐만 아니라 협동조합을 통하여 중소기업을 보호하고자 하는 정책의 관점에서 바람직한 정책 방향이 될 수 있다.

끝으로 원재료 비중이 높고 제품차별화의 여지가 거의 없는 레미콘·아스콘 시장의 특성상 조달과정에서 가격경쟁이 제대로 일어날 가능성은 매우 적다는 점에도 유의하여야 한다. 이러한 점을 감안하여 당해 시장에서의 사업자 간 경쟁을 가격경쟁에서 품질경쟁으로 유도하는 방안도 적극적으로 강구되어야 하며, 또한 최저가격에만 의존하기 보다는 품질이나 생산능력 등과 관련된 다양한 지표를 종합적으로 고려하는 방식으로 낙찰자 선정이 이루어지게 할 필요가 있다. 무엇보다 시공품질 보장은 최우선적인 정책 고려요소의 하나가 되어야 한다는 점에 의문은 없으며, 이를 위하여 개별 업체 보다는 조합의 적정역할을 중시하는 방향으로의 제도개선이 필요할 것이다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 감사원, 「감사보고서 -중소기업자간 경쟁제도 등 운영실태-」, 2016.
- 권오승·홍명수, “경제법학”, 「학문연구의 동향과 쟁점」 제8집, 대한민국학술원, 2018.
- 김대인, “다수공급자 물품계약제도에 있어서 경쟁원리의 실현”, 「경쟁법연구」 제17권, 2008.
- 넥스텔리전스, 「레미콘의 중소기업 적합업종 선정 타당성 연구」, 2011.
- 신영수, 「정부계약의 투명성 제고를 위한 법제개선방안 -공공조달부문의 입찰담합규제를 중심으로-」, 한국법제연구원, 2006.
- 이경의, 「중소기업정책론」, 지식산업사, 2006.
- 홍명수, “공정거래법상 중소기업정책의 반영에 관한 연구”, 「법학연구」 제53권 제1호, 2012.

2. 해외문헌

- 鈴木滿, 入札談合の研究, 信山社, 2001.
- Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Thomson/West, 2005.
- Immenga, U. & Mestmäcker, E. hrsg., *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kommentar*, C. H. Beck, 2001.
- Rittner, F. & Dreher, M., *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht*, C. F. Müller, 2008.

[Abstract]

A Study on Reconciliation between Competition Policy and Policy for Protecting Small and Medium Businesses in Public Procurement

Myungsu Hong*

Article 1 of “Act on Facilitation of Purchase of Small and Medium Enterprise-Manufactured Products and Support for Development of Their Markets” stipulates that the purpose of this Act is to contribute to the enhancement of the competitiveness of small and medium enterprises and to the management stability thereof by facilitating the purchase of small and medium enterprise-manufactured products and supporting the development of markets therefor. And Article 17 (2) of “Enforcement Decree of the Act on Contracts to Which the State is a Party” stipulates that in a general competitive tendering procedure for the manufacture or purchase of goods in a large quantity, a supplier may be allowed to make a tender with the quantity that he/she desires to supply and the unit price therefor within the maximum of the required quantity of goods.

These provisions show that they are pursuing both competition policy and small-medium business protection policy at the same time and harmonization of the two policies. In particular, it could be understood that the desire quantity bidding system is a system that embodies the harmony of the two policies, and The system also applies to the Remicon and Ascon markets. However, in the markets of Remicon and Ascon, the system is causing problems, especially in terms of competitive policy. There is a need to find a way to activate the competition centered on cooperatives.

<Key words>

Public Procurement, Competition Policy, Small-Medium Business Protection Policy, Remicon/Ascon Market, Desire Quantity Bidding System

* Professor, College of Law, Myongji Univ.

드론의 안전한 비행을 위한 법적 연구

- 「항공안전법」 제131조의2의 안전관리 방안의 제시를 중심으로 -

이창규*

논문요지

우리나라는 혁신적 기술의 산물인 드론의 활용을 위한 많은 투자와 연구를 진행해 왔으며, 드론 관련 규제완화 정책도 적극적으로 이루어지고 있다. 그러나 드론의 조종자의 과실 혹은 기체 등의 결함으로 비행 중 드론이 추락하여 국민에게 불의의 피해를 발생시킬 수 있는 점은 가장 우려가 크다. 현행 「항공안전법」 제131조의2 제2항의 구체적인 내용으로 「항공안전법 시행규칙」 제313조의2 제2항에는 포괄적인 내용을 제시하고 있어서, 안전관리 방안의 세부내용에 관한 사항을 명확하게 제시할 필요가 있다.

드론의 운용목적에 관한 「항공안전법」 제131조의2 제2항은 공공목적으로서 “1. 산불의 진화·예방, 2. 응급환자를 위한 장기(臟器) 이송 및 구조·구급활동, 3. 산림방제(防除)·순찰, 4. 산림보호사업을 위한 화물 수송” 등을 국민의 생명과 직결되는 사항을 규정하고 있기 때문에 드론의 운용에 있어서 명확한 안전관리 방안이 제시되어야 한다. 특히 시행규칙에서 안전관리에 관한 직접적인 내용으로 “1. 무인비행 장치의 관리 및 점검계획, 2. 비행안전수칙 및 교육계획”에 대한 명확한 방향과 계획이 제시되어야 할 것이다.

먼저 드론의 관리계획은 업무용 드론의 안전한 운영을 계속하기 위해 필요한 점검정비라고 할 수 있다. 예를 들어 정기점검, 수리개조, 부품교환 등에 관한 내용이다. 드론의 점검계획은 공급자 및 해당 기종마다 다르기 때문에 제조업자나 판매자는 기종마다 점검정비를 할 수 있는 내용이 필요하다. 드론기체의 수입업자가 해외 제품을 공급하는 경우에는 안전의 확보를 위해 제조자가 설명서 등을 번역해서 제공해야 하고, 국내의 사정에 맞게 장비를 제공해야 한다.

그리고 비행안전수칙에 관한 내용은 드론의 실제 운용에 있어서 운영자가 준수해야 되는 사항에 관한 규정이다. 특히 일반적인 비행 외에도 제공자가 실시하는 시험 제작기의 시험비행 및 성능확인 시험비행은 물론, 소유자가 실시하는 비행에 대해서도 안전한 비행장에 한정하여 안전하게 비행을 할 수 있도록 배려해야 한다.

마지막으로 비행교육계획의 내용은 교육 시스템을 구축하는 것이다. 교육 시스템의 구축은 드론의 조종을 교육하기 위해 마련된 교육 과정 및 이를 교육시키는 교육원을 의미한다. 특히 교육원은 드론 교육을 위한 표준 코스를 정할 필요가 있

* (주) 인텔리콘 연구소 연구원, 법학박사

다. 드론이 기종마다 그 내용이 다른 경우에는 공급자는 표준 코스를 참고로 기종마다 조종사의 육성에 관한 교육 시스템을 구축할 필요가 있다.

검색용 주제어: 드론, 항공안전법, 드론 안전관리, 드론 관리, 드론 점검, 드론 비행교육

· 논문접수: 2019.01.05. · 심사개시: 2019.01.18. · 게재확정: 2019.01.25.

I. 서

주지하다시피 드론(drone)¹⁾은 「항공안전법」 제2조 제3호에서의 무인비행장치를 의미하는 것으로 기체에 카메라를 장착하여 다용도로 사용할 수 있는 초경량비행장치를 의미한다.²⁾ 이러한 드론은 비행체 스스로 주위 환경을 인식해 판단하고 자율적으로 임무를 수행해야하기 때문에 사물인터넷(Internet of Things : IoT), 인공지능(artificial intelligence : AI), 클라우드 컴퓨팅(cloud computing) 등 4차 산업혁명 요소기술의 융합체라고 할 수 있다.³⁾⁴⁾

그동안 우리나라는 혁신적 기술의 산물인 드론의 활용을 위한 많은 투자와 연구를 진행해 왔으며, 드론 관련 규제완화 정책도 적극적으로 이루어지고 있다. 가령, 2017년 3월 30일부터 기존의 항공법을 폐지하고, 항공 관련 규정을 항공안전법, 항공사업법 및 공항시설법으로 분산 혹은 통합하였다. 이 중 항공안전법의 개정을 통해 드론의 야간 비행 및 육안 밖 비행이 가능하게 되었으며, 공공분야의 무인비행장치에 관련한 특례가 신설되었다.⁵⁾ 나아가 공공부문의 완화기준으로 군용 및 경찰용·세관용 무인비행장치와 관련된 업무에 종사하는 자에게는 법이 적용되지 않도록 개정되었다(「항공안전법」 제131조의2 제1항.).

중요한 점은 드론의 조종자의 과실 혹은 기체 등의 결함으로 비행 중 드론이 추락하여 국민에게 불의의 피해를 발생시킬 수 있는 점은 가장 우려가 크다. 드론의 추락사고 등으로 국민에게 물질적, 정신적 피해를 발생시킬 수 있으며, 드론 관련 산업이 위축될 수 있는 것이다. 이에 「항공안전법」 제129조에 따라 드론의 조종자가 준수해야 하는 사항을 규정하고 있다. 그러나 「항공안전법」 제131조의2는 드론에 있어서 항공안전법의 적용을 특별히 면제하고 있다.⁶⁾ 특히, 이 규정에서 주목할 수 있는 사항은 바

1) 드론(drone)은 법률상의 용어는 아니며, 사전적 의미는 수벌이 웅웅거리는 소리를 의미한다. 또한 오늘날에는 소형 무인비행장치를 의미하는 것으로 널리 통용되고 있지만 1930년대 초 세계 1차 대전 중 영국이 사용한 Droned Fairy Queen부터 처음 명명되기 시작하였다. 김종선·김선태, “무인항공기체계 발전 방향”, 「국방과 기술」 제323호, 2006, 35면.

2) 「항공안전법」 제2조 제3호.

3) 한국항공우주연구원, 「4차 산업혁명의 도래와 드론」, 2017.10, 1-2면.

4) 드론은 기존 유인기를 무인화하여 전자광학(Electro-Optica : EO), 적외선장비(Infra-Red : IR), 전천후 관측 영상레이더(Synthetic Aperture Radar : SAR) 등 임무장비와 특수장비를 장착해 육·해상에서 복합적 인·주·야간 정찰감시 등의 임무를 수행할 수 있다. 서동혁·김승민, 「무인이동체산업의 국내 역량분석 및 정책방향」, 산업연구원, 2016, 17면.

5) 드론 관련 산업 육성을 목적으로 드론의 야간 비행과 가시권 밖 비행 허용을 위한 ‘드론 특별승인제’를 포함하는 드론 관련 규제 개선을 「항공안전법」 제129조 등의 개정을 통하여 2017년 11월 10일부터 시행되고 있다.

6) 「항공안전법」 제131조의2(무인비행장치의 적용 특례) ① 군용·경찰용 또는 세관용 무인비행장치와 이에 관련된 업무에 종사하는 사람에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다.

② 국가기관등이 소유하거나 임차한 무인비행장치를 재해·재난 등으로 인한 수색·구조, 화재의 진화, 응급환자 후송, 그 밖에 국토교통부령으로 정하는 공공목적으로 긴급히 비행(훈련을 포함한다)하는 경우(국토교통부령으로 정하는 바에 따라 안전관리 방안을 마련한 경우에 한정

로 제2항에서의 국토교통부령으로 정하는 바에 따른 안전관리 방안을 마련한 경우로 한정하고 있다는 점이다. 그러나 「항공안전법」 제131조의2 제2항의 구체적인 내용으로 「항공안전법 시행규칙」 제313조의2 제2항에는 포괄적인 내용을 제시하고 있어서 안전관리 방안의 세부내용에 관한 사항을 명확하게 제시할 필요가 있다.⁷⁾

그리하여 이 글에서는 항공법이 폐지된 이후 새롭게 시행되고 있는 항공안전법의 안전관리 규정을 기초로 아직 수립되지 않은 안전관리 방안의 구축방안을 제시하고자 한다. 이를 위해 항공기 안전관리의 기준을 유형별로 분석하고, 드론의 안전관리 법제를 분석한다. 구체적으로 항공기 안전관리의 국제기준(II. 1.이하)과 드론의 안전유지를 위한 사전적 규제(II. 2. 이하)를 분석한다. 이후 장을 바꾸어 III. 항공안전법상 안전관리 방안의 수립 방안의 첫 단계로서 안전관리방안의 목적을 제시한다(III. 1.이하). 이후 드론의 관리 및 점검계획의 큰 틀(III. 2. 이하)과 3. 비행안전수칙 및 교육계획(III. 3. 이하)을 제시한다.

II. 드론의 안전관리 법제 분석

1. 항공기 안전관리의 국제 기준

(1) 항공기 안전관리의 기준의 분석

항공기의 안전관리에 관한 규제는 국제적 기준에 맞추어 규율되고 있다.⁸⁾ 20세기부터 시작된 항공규제(aviation regulation)의 원리는 크게 두 가지이다. 첫째는 공역(airspace)을 구분 내지 범주화(categorisation)하여 각 범주마다 상이한 항공기 유형들이 비행할 수 있도록 관리하는 것이고, 둘째는 물리적 시스템에 관한 규제와 항공기의 작동에 관한 규제를 분리하는 것이다.⁹⁾ 이와 함께 감항성(airworthiness)에 관한

한다)에는 제129조제1항, 제2항, 제4항 및 제5항을 적용하지 아니한다.

③ 제129조제3항을 이 조 제2항에 적용할 때에는 "국토교통부장관"은 "소관 행정기관의 장"으로 본다. 이 경우 소관 행정기관의 장은 제129조제3항에 따라 보고받은 사실을 국토교통부장관에게 알려야 한다.

7) 「항공안전법 시행규칙」 제313조의2(국가기관등 무인비행장치의 긴급비행)

② 법 제131조의2제2항에 따른 안전관리방안에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 무인비행장치의 관리 및 점검계획, 2. 비행안전수칙 및 교육계획, 3. 사고 발생 시 비상연락·보고체계 등에 관한 사항, 4. 무인비행장치 사고로 인하여 지급할 손해배상 책임을 담보하기 위한 보험 또는 공제의 가입 등 피해자 보호대책, 5. 긴급비행 기록관리 등에 관한 사항

8) Wilfredo Torres-Pomales, *Toward a Safety Risk-Based Classification of Unmanned Aircraft*, NASA, 2016, at 2-3.

9) 이현수, “무인항공기 민간활용에 따른 안전규제의 쟁점”, 『행정법연구』 제45호, 행정법이론실무학회, 2016, 88면.

규제는 물리적 시스템에 대한 인증을 의미하는 것이며, 여기에는 항공기를 안전하게 사용할 수 있는 상태를 만들어 내는 데 필요한 설계(design), 제조(manufacture) 및 정비(maintenance)에 관한 규율들이 포함된다. 또한 물리적 시스템에는 기체(airframe), 엔진, 비행통제 소프트웨어 등이 포함된다.¹⁰⁾ 참고로 작동과 조종에 관한 규제는 항공기를 안전하게 조종하는 데 필요한 규율에 관한 사항을 의미하는 것이며, 여기에는 조종사의 훈련, 면허 및 항공운송관리서비스의 사용에 관한 규율들이 포함된다.¹¹⁾

항공이 국제적 차원으로 전개되면서 공역 규제도 국제적 차원에서 먼저 마련되었다. 국제조약에 의해 공역은 A에서 G등급으로 나누어지며, 각각의 등급마다 항공기 운항 유형으로 구분된다. 항공안전법도 이러한 전통적인 항공규제의 틀에 맞추어 제2장에서 항공기를, 제3장에서 항공종사자를 규율하고 있으며 제4장에서는 공역의 지정과 관리를 규율하고 있다. 특히 항공안전법 제2장과 제3장은 물적 시스템규제와 항공기 조종 규제를 하고 있기 때문에 항공기 안전관리의 법제는 이에 대한 규율이 핵심적인 내용이라고 할 수 있다.¹²⁾

(2) 항공기의 유형별 규제

가. 항공기체를 기준으로 한 규제

우리나라에서는 1987년에 초경량비행장치에 관한 개념규정이 마련되었고, 이후 2009년 개정을 통해 경량항공기에 관한 개념규정이 새롭게 제정되었다. 이에 현재의 항공기, 경량항공기 및 초경량비행장치로 나누는 방식으로 자리 잡게 되었다. 그 뒤 2011년 법 개정에서는 새롭게 무인항공기라는 개념이 도입되었으며, 항공기에 사람이 탑승하지 않고 원격·자동으로 비행할 수 있는 항공기를 무인항공기로 지칭하면서 무인항공기의 운항을 항공업무의 일종으로 규정하고 있다(舊「항공법」 제2조 제3호 마목). 이 규정은 외국 문헌에서 RPAS(Remotely Piloted Aircraft System) 또는 UAV(Unmanned Aerial Vehicle) 등으로 일컬어지는 것들이 우리 항공안전법에서는 항공기의 하위유형으로서 무인항공기와 초경량비행장치로 분류되는 것이며, 무인항공기와 초경량비행장치의 하위유형으로서의 무인비행장치로 나뉘게 되었다.¹³⁾ 최근인 2017년 3월부터 기존 항공법이 폐지되고, 항공안전법, 항공사업법 및 공항시설법이 시

10) 김중욱·송복섭, “무인항공기(UAV) 산업에서의 IT융합”, 『정보과학회지』 제31권 제1호, 한국정보과학회, 2013.1, 65면.

11) Flavio A. C. Mendonca and Thomas Q. Carney, A Safety Management Model for FAR 141 Approved Flight Schools, *Journal of Aviation Technology and Engineering* 6:2. 2017, at 34-35.

12) 이현수, 앞의 논문, 88면.

13) 김송주, 「무인항공기 비행안전 제고를 위한 입법·정책 과제」, 국회입법조사처, 2015.12, 9면.

행중이다.¹⁴⁾

항공안전법에서는 제2장에서는 소유관련 등록 제7조, 운항관련 감항증명 제23조, 제작, 운항, 정비한 항공기의 타인제공 감항승인 제24조, 설계관련 형식증명 제20조, 제작관련 제작증명 제22조, 기술표준제품에 대한 형식승인 제27조, 부품 등 제작자 증명 제28조 등 안전을 위한 사전규제를 마련하고 있으며 경량항공기에 대해서도 기술기준과 안전성인증이라는 규제수단을 마련하고 있다.

나. 초경량비행장치에 대한 규제

초경량비행장치에 대하여 신고의무는 「항공안전법」 제122조, 초경량비행장치 비행제한구역에서의 비행승인은 법 제127조, 조종자 증명, 법 제125조, 기술기준 및 안전성 인증은 법 제124조, 초경량비행장치 조종자 증명 등은 법 제125조, 조종자 교육훈련을 위한 전문기관지정 제126조 등을 규정하고 있다.¹⁵⁾

특히, 조종자 준수사항의 상세는 법 시행규칙이 정하고 있다. 「항공안전법 시행규칙」 제310조는 일몰 후부터 일출 전까지의 야간 비행금지, 150m 이상의 고도, 인구밀집지역 또는 사람이 많이 모인 곳의 상공 등에서의 비행금지, 비행 중 낙하물 투하금지, 음주상태에서의 조종 금지, 안개, 황사 등으로 시야가 좋지 않은 경우는 물론 가시권 밖으로의 비행 금지 등 행태관련 금지가 적용된다. 이러한 금지규정을 위반한 경우에는 「항공안전법」 제161조 제5항에 따라 200만 원 이하의 과태료를 부과 받게 된다.¹⁶⁾

항공안전법에서 신고의무는 신고대상에서 제외되는 초경량비행장치의 유형을 대통령령에서 정하도록 위임하고 있다. 「항공안전법 시행령」 제24조 제5호와 제6호는 무인비행선 중에서 연료를 무게를 제외한 자체무게가 12kg 일 것과 길이가 7m 이하 일 것을 요구하고 있다. 「항공안전법 시행규칙」 제306조 제1항 제4호는 제3항은 조종자 증명의 경우에도 초경량비행장치 사용사업에 사용되는 무인항공기중 연료를 제외한 동체의 무게가 12kg 이하인 경우와 7미터 이하 일 것을 규정하고 있다.¹⁷⁾

이외에도 항공안전법은 초경량비행장치에 대해서도 신고의무, 기술기준 및 안전성 인증 등의 물리적 규제와 조종자 증명, 조종사 준수 사항 등의 조종 관련 행태규제를 도입하고 있다. 다만 자체무게 12kg 이하의 장치에 대해서는 신고의무, 안전성 인증, 조종자 증명관련 규제대상에서 배제함으로써 위험 기반 규제가 아닌 중량 기반 규제라는 전통적인 입장을 취하고 있다.¹⁸⁾

14) 이창규, “무인비행장치(드론)의 가시권 밖 비행을 위한 개선방안 연구 : 무인비행장치 특별 비행 기준의 개정방안을 중심으로”, 『법학논총』 제38권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2018.8, 210면.

15) 우충식, “항공안전법 개정에 따른 산림재해 무인기(드론) 활용 법률 개선방안”, 『산림정책이슈』 제98호, 2017.11, 10면.

16) 한국소비자원, 「드론 안전실태 조사결과」, 2017.06, 8면.

17) 국토교통부, 「항공사업법 등 3개 법안 하위법령 정비방안에 대한 연구」, 2016, 95면.

2. 드론의 안전유지를 위한 사전적 규제

(1) 규제의 기준

항공기의 규제에 대한 항목은 크게 물적 요소, 인적요소, 공역요소를 기준으로 나누어 볼 수 있다.¹⁹⁾ 그리하여 무인항공기의 안전 법제를 연구하기 위해선 이 세 가지의 범주를 분석해야 한다. 특히 물적요소에 따른 규제와 인적요소에 따른 규제를 동시에 이행하여야 하며, 나날이 발전하는 항공과학기술에 따른 양자 사이의 합리적인 규제가 중요한 쟁점이다. 그리고 무인항공기의 중량을 기준으로 하여 안전성인증이나 조종자 격증명 등의 규제를 적용할 것인지 아니면 중량을 중심으로 규제의 적용여부를 여부를 결정할 것인지가 중요한 요소이다.²⁰⁾

무인항공기를 안전하게 활용할 수 있도록 하기 위한 규제는 설계·제조사, 조종자·운영자, 공역 관련 이해당사자들, 그리고 일반시민들의 요구가 적절히 반영되어야 한다. 빠르게 발전하고 있는 무인항공기 산업의 특성에 따라 규제를 마련해야 하는 입장에서는 어떠한 사항을 규제대상으로 하는 것이 정당한지에 대한 판단이 중요하다.²¹⁾

항공안전법은 무인항공기의 안전한 활용을 도모하기 위한 조치로서 조종자에게 일몰 후 일출 전 사이의 야간비행의 금지, 가시거리 내의 비행, 군중이 모인 장소에서의 비행금지 등 조종자에게 많은 의무를 부과하고 있다. 이와 더불어 무인항공기를 설계하고 제조하는 단계에서부터 야간에는 작동이 멈추도록 하는 시스템을 장착할 의무를 설계자, 제조자에게 부과한다든지, 지오-펜싱(geo-fencing) 기법을 활용하여 무인항공기가 비행할 수 있는 공간 범위가 입력되도록 설계하는 방법으로 제조 단계에서부터 규제하는 방안도 고려될 수 있다.²²⁾

그리하여 이러한 기술을 규제할 것인지와 아니면 무인항공기 비행과 관련된 자들을 규제할지 여부가 문제라고 할 수 있다. 만일 필요한 안전기준을 자동화된 방식으로 무인항공기에 탑재시킨다면 작동과 관련한 상세한 행위규제는 필요하지 않다. 이미 무인항공기 시장이 급속히 성장하고 있고 사건사고도 증가하고 있는 추세이기 때문에 안전과 관련한 원칙이 필요하기 때문에 규제의 필요성이 있다. 그러나 다른 한편으로는 기술이 나날이 발전하고 있는 이 시점에서 적절한 규제도 가까운 장래에 불필요한 것이 되거나 산업발전을 저해하는 규제가 될 수 있다.²³⁾

18) 이현수, 앞의 논문, 88-89면.

19) CAA, Human Factors in Aircraft Maintenance and Inspection, CAA, 2002, at 1-2.

20) 김송주, 앞의 보고서, 35-36면.

21) 임 현·이현수·김대인, 「무인항공기 이용활성화를 위한 법제분석」, 한국법제연구원, 2015. 12, 56면.

22) 박현일·이창규, “혁신적 신기술의 개인정보보호에 관한 국제 비교 -드론 카메라를 중심으로”, 「국제거래법연구」 제25권 제2호, 국제거래법연구, 2016, 126면.

23) 위의 논문, 124면.

항공기체를 설계 그리고 제조 시에 의무적으로 반영하게 한다면 행위규제가 줄어들게 될 것이다. 또한 조종자 내지 운용자로서의 소비자는 행위규제 위반 시에 부가되는 각종 제재를 받지 않을 것이며, 관련 소프트웨어 오작동 등으로 사고가 발생한다면 설계자와 제조자의 책임이 문제될 것인 바 책임의 귀속주체의 변화를 수반하게 될 것이다.²⁴⁾ 이러한 기술규제는 설계·제조 관련 비용증가, 가격상승으로 인한 수요위축에 대한 우려, 사고 시 제조자 책임문제를 수반하게 되는데 규제를 형성하는 단계에서 제조사 등의 조직화된 이익과 소비자 내지 운영자들의 비조직화된 이익이 적절히 대변될 수 있도록 하는 절차를 마련해야 한다.²⁵⁾

(2) 사전적 신고와 비행 기준

항공안전법은 무인기를 별도로 규율하지 아니하고 초경량비행장치 전반에 관한 규율에 포함시켜 개별 항목으로 규정하고 있다. 이러한 법체계는 「항공사업법」 제2조 제9호의 등록기준 및 등록신청 그리고 「항공사업법」 제2조 제24호의 초경량비행장치사용사업자로서 각각 규율하고 있다고 할 수 있다.

초경량비행장치에 관한 항공안전법의 규율을 위반하는 사람은 항공기 또는 경량항공기의 경우와 마찬가지로 항행 중 항공기 위험 발생의 죄(제139조), 항행 중 항공기 위험 발생으로 인한 치사·치상의 죄(제138조), 항공상 위험 발생 등의 죄(제140조), 감항증명을 받지 아니한 항공기 사용 등의 죄(제144조), 무자격자의 항공업무 종사 등의 죄(제148조), 수직분리축소공역 등에서 승인 없이 운항한 죄(제155조)가 적용된다.²⁶⁾ 초경량비행장치의 불법사용 등에 관하여 서는 별도의 법조(제161조)가 적용되고 각종 과태료(제166조)가 부과될 수 있다. 초경량비행장치의 조종자에 대하여서도 업무정지처분이 내려질 수 있다(「항공안전법 시행규칙」 제316조).²⁷⁾

가. 신고와 안전성 인증

항공안전법에서 드론이 포함되어 초경량비행장치는 신고사항이다. 이에 초경량비행장치를 소유하거나 사용할 수 있는 권리가 있는 자는 초경량비행장치의 종류, 용도, 소유자의 성명, 제129조 제4항에 따른 개인정보 및 개인위치정보의 수집 가능 여부 등을 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 대

24) 박준우, 「세계 상용드론 (Commercial drones) 시장 현황 및 전망」, 한국항공우주연구원, 2018, 20면.

25) 이현수, 앞의 논문, 93면.

26) 이해원, “드론 촬영의 형법적 문제”, 「형사법의 신동향」 통권 제54호, 대검찰청, 2017, 222면.

27) 우충식, 앞의 논문, 7면.

통령령(「항공안전법 시행령」 제24조)으로 정하는 초경량비행장치는 그러하지 아니하다(법 제122조 제1항). 국토교통부장관은 초경량비행장치의 신고를 받은 경우 그 초경량비행장치소유자 등에게 신고번호를 발급하여야 한다(법 제122조 제2항). 신고번호를 발급받은 초경량비행장치소유자 등은 그 신고번호를 해당 초경량비행장치에 표시하여야 한다(법 제122조 제3항). 초경량비행장치 신고요령은 지방항공청별 훈령으로 공포·시행된다.²⁸⁾

시험비행 등 국토교통부령(「항공안전법 시행규칙」 제304조)으로 정하는 경우이다. 그리하여 국토교통부장관의 허가를 받은 경우를 제외하고는 동력비행장치 등 국토교통부령(항공안전법 시행규칙 제305조)으로 정하는 초경량비행장치를 사용하여 비행하려는 사람은 국토교통부령으로 정하는 기관 또는 단체의 장으로부터 그가 정한 안전성 인증의 유효기간 및 절차·방법 등에 따라야 한다.²⁹⁾ 구체적으로 초경량비행장치가 국토교통부장관이 정하여 고시하는 비행안전에 관한 기술상의 기준에 적합하다는 안전성 인증을 받지 아니하고 비행하여서는 아니 된다(「항공안전법」 제124조 본문).³⁰⁾

나. 조종자 증명 및 준수사항

동력비행장치 등 국토교통부령(「항공안전법 시행규칙」 제306조 제1항)으로 정하는 초경량비행장치를 비행하려는 사람은 국토교통부령(「항공안전법 시행규칙」 제306조 제2항)으로 정하는 기관 또는 단체의 장으로부터 그가 정한 해당 초경량비행장치별 자격 기준 및 시험의 절차·방법에 따라 해당 초경량비행장치의 조종을 위하여 발급하는 증명(초경량비행장치 조종자 증명)을 받아야 한다. 초경량비행장치의 조종자는 초경량비행장치로 인하여 인명이나 재산에 피해가 발생하지 않도록 국토교통부령(「항공안전법 시행규칙」 제310조)으로 정하는 준수사항을 지켜야 한다(「항공안전법」 제129조 제1항).³¹⁾

III. 항공안전법상 안전관리방안의 수립 방안

1. 안전관리방안의 수립 목적

항공안전법에서는 야간 및 비가시권 비행을 위한 특별비행 승인을 받은 자는 승인된

28) 이수미·김용진, “드론의 국내 도시 도입을 위한 국내외 사례 연구”, 2017년 대한건축학회 추계학술발표대회논문집, 2017.10, 995면.

29) 이창규, 앞의 논문, 7면.

30) 우충식, 앞의 논문, 9면.

31) 한국소비자원, 앞의 책, 8면.

범위 내에서 비행토록 의무화하고 있다. 만일 특별비행 승인 범위를 벗어난 곳에서 드론을 비행시킨 조종자는 항공안전법에 따라 과태료를 부과 받는다.³²⁾ 이와 함께 「항공안전법」 제131조의2 제2항과 그 시행규칙 제313조의2 제2항에서는 드론 안전관리방안의 마련을 요청하고 있다. 그러나 「항공안전법」 제131조의2 제2항의 구체적인 내용에 대하여 「항공안전법 시행규칙」 제313조의2 제2항에서는 포괄적인 내용을 제시하고 있는 바, 안전관리 방안의 세부내용에 관한 사항을 명확하게 제시할 필요가 있다. 특히 시행규칙에서 안전관리에 관한 직접적인 내용으로 “1. 무인비행장치의 관리 및 점검계획, 2. 비행안전수칙 및 교육계획”에 대한 명확한 방향과 계획이 제시되어야 할 것이다.

<표 1> 「항공안전법」 및 시행규칙의 분석

「항공안전법」 제131조의2(무인비행장치의 적용 특례) ① 생략 ② 국가기관등이 소유하거나 임차한 무인비행장치를 재해·재난 등으로 인한 수색·구조, 화재의 진화, 응급환자 후송, 그 밖에 국토교통부령으로 정하는 공공목적으로 긴급히 비행(훈련을 포함한다)하는 경우(국토교통부령으로 정하는 바에 따라 안전관리 방안을 마련한 경우에 한정한다)에는 제129조제1항, 제2항, 제4항 및 제5항을 적용하지 아니한다. ③ 생략
「항공안전법 시행규칙」 제313조의2(국가기관등 무인비행장치의 긴급비행) ① 생략 ② 법 제131조의2제2항에 따른 안전관리방안에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다. 1. 무인비행장치의 관리 및 점검계획 2. 비행안전수칙 및 교육계획 3. 사고 발생 시 비상연락·보고체계 등에 관한 사항 4. 무인비행장치 사고로 인하여 지급할 손해배상 책임을 담보하기 위한 보험 또는 공제의 가입 등 피해자 보호대책 5. 긴급비행 기록관리 등에 관한 사항

드론의 안전관리 방안의 마련의 종국적인 목적은 드론의 안전한 운영을 통해 운영자의 생명 및 제3자의 생명과 신체 및 재산에 관한 위협을 사전에 예방하기 위함이다.³³⁾ 그리하여 드론의 안전관리 방안의 수립 목표는 현재의 기술 수준에 맞추어 드론을 운영과 소유자가 준수해야 할 사용에 있어서의 주의사항이 제시되어야 한다.³⁴⁾ 또한 항공안전법과 시행령을 준수하는 것으로 전제로 법 이외의 안전요구 사항에 대해서도 지

32) 미국 FAA는 드론의 야간 비행 등을 위한 특별비행 승인제도를 운영하고 있다. 구체적으로 FAA PART107.200 - Waiver policy and requirements에서 특별비행승인서 발급 시 책임자에게 부여된 특별조항에서 승인서의 모든 사항을 준수하도록 하고, 이에 대한 위반 시 FAA(미 연방항공청)에게 특별비행승인을 취소·연기할 수 있는 권한을 부여하고 있다.

33) 류성진, “드론의 상용화(常用化)에 따른 안전과 법적 문제”, 「법제연구」 제51호, 한국법제연구원, 2016, 263-264면.

34) 황미진, 「드론 시장에서의 소비자보호 방안 연구」, 한국소비자원, 2016, 56면.

침의 명시가 필요하고 드론 운용에 관한 국민의 이해를 증진시킬 필요가 있다.³⁵⁾

항공안전법의 안전관리 지침은 원칙적으로 국내에서 운용되는 드론을 대상으로 해야 한다. 그래서 기타 드론 기종인 고정익, 회전익(단일 로터(rotor))에 의해 비행하는 비행기 활강 기체, 비행선, 관계 유학 풍선기구, 무인자유기구 등은 이 지침의 대상에서 제외되어야 한다. 또한 이 안전관리지침의 대상이 되는 기체를 해외에서 운용하는 경우에는 이 지침과는 별도로 운용 할 수 있는 해당 국가의 법률 등을 준수해야한다. 이 지침과 해당 국가의 법률에 차이가 있는 경우에는 이 지침의 취지는 감안하면서도 해당국의 법률이 우선된다고 할 수 있다.

2. 드론의 관리 및 점검계획의 방향

(1) 드론의 관리계획

가. 드론 관리계획의 기준

드론의 관리계획은 업무용 드론의 안전한 운영을 계속하기 위해 필요한 점검정비라고 할 수 있다. 예를 들어 정기점검, 수리개조, 부품교환 등에 관한 내용이다. 또한 항공안전법에 비추어 무게 12kg 이하의 기체에 이 지침을 준용하는 것이 바람직하다. 그래서 드론에 관하여 출하점검, 판매점검, 시업점검, 작업 전 점검, 비행 전 점검, 비행 점검, 비행 후 점검, 작업 후 점검을 행할 필요가 있다.³⁶⁾

먼저 출하점검은 말 그대로 출하 시에 실시하는 점검이다. 그리고 판매점검은 판매 시에 실시하는 검사이며, 시업점검은 운영자가 조종사의 시업점검을 실시하는 것이다. 아울러 작업 전 점검은 비행을 시작하기 전에 실시하는 점검이다. 비행을 하기 전에 최종적으로 행하는 비행 전 점검은 비행 직전에 실시하는 점검·정비이다. 비행이 종료된 이후에 행하는 비행 후 점검은 비행 직후에 실시하는 점검·정비이다. 작업 후 검사는 작업 종료 후에 실시하는 점검·정비이다. 이러한 점검 중에서 유의해야 하는 사항은 바로 관속비행(慣熟飛行, accustom flight)³⁷⁾점검을 행해야 한다. 이에 관속점검은 안전을 확보한 환경에서 실제점검 비행을 실시하여 신뢰성을 확인, 조종사를 위한 미세 조정을 실시하는 것을 의미한다고 할 수 있다.³⁸⁾

35) 김송주·박준환, “무인비행장치 사고의 대비 및 처리 조치 관련 향후과제”, 「이슈와 논점」 제 1333호, 2017.7, 국회입법조사처, 2면.

36) 참고로 일본 산업용무인항공기협회(日本産業用無人航空機協会)에서 제안한 “産業用無人航空機安全基準(回転翼機・無人地帯用)”에 따르면 시간적 순서대로 기체 등을 점검할 것을 제안하고 있다. 日本産業用無人航空機協会, 産業用無人航空機安全基準(回転翼機・無人地帯用), 2016, 20面.

37) 관속(慣熟)의 사전적 의미는 “여러 번 겪어 손이나 눈에 익숙하다”라는 것으로 안전한 비행을 위해서 유념해야 하는 사항이다.

드론의 소유자 또는 운영자는 정해진 일정한 비행시간을 채우고 능숙한 비행을 할 수 있어야 한다. 만일 이 같은 수준에 도달하지 못한 경우에는 필요에 따라 검사정비, 부품교환 등을 실시해야 한다. 또한 교체작업을 대행 할 수 있는 적절한 기관에 교체작업을 위탁할 필요가 있다. 그리고 조종사가 비행 중의 자율제어 장치의 고장 등에 대한 대처를 할 수 있도록 위험회피 조작을 구동할 수 있는 기능 점검이 필요하다.³⁹⁾⁴⁰⁾ 또한 위험회피 조작에 대해서는 기술의 진화에 따라 한정되지 않고 적절히 최대한의 기능을 사용할 수 있도록 조정이나 점검을 실시하는 것이 요구된다. 이에 조종사가 비행 중에 비행 전후에 있어서 관리자는 주위의 상황에 충분히 주의하고 안전을 확보 할 수 있는 상황의 확보에 노력해야 한다.⁴¹⁾

나. 드론의 소유자, 제조자, 운영자의 의무

드론의 소유자는 안전을 확보하기 위해 제조자가 정하는 절차에 따라 적정한 점검을 실시해야 한다. 그리고 제조자는 적정한 보수·점검 작업을 정하고, 취급 설명서 등에 명시할 필요가 있다.⁴²⁾ 소유자 및 운영자는 제공자의 보수·점검 작업을 적절하게 실시하여 정비에서는 공급자에 지정된 부품 등을 사용해야함은 물론이다. 제조자가 공급하는 취급 설명서 등은 정비공구 등에 대해서도 종류, 규격, 취급 방법 등을 명확하게 표시해야 한다.⁴³⁾ 예를 들어, 기체의 조립방식을 설명할 시에는 소유자 및 운영자는 이를 준수해야 한다.

이후 일반적인 보수점검에 관한 사항으로 운영자는 조종사에 대해 시업점검을 실시하고 시업점검부에 기록할 필요가 있다. 시업점검 내용은 공급자에게 문의해야 하며 드론에 탑재하는 장비 공급자는 적정한 보수·점검 작업으로 정하고, 취급 설명서에 명시하여야한다. 또한 비행안전을 충족하는 것에 대한 사항을 취급 설명서에 명시할 필요가 있다. 운영자는 드론에 탑재하는 장비에 대해 장비 공급자가 정하는 지침 매뉴얼, 기종마다 정해진 페이로드(payload)의 범위에 탑재하는 것은 물론, 균형 있게 비행 할 수 있는 상태가 될 수 있게 비행 중 낙하하지 않는 것을 점검해야 한다.⁴⁴⁾ 관리

38) Puentes, Antonio, *The Manual Flight Skill of Airline Pilots*, Master's Theses, 2011, at 7.

39) 이기명·김웅이, “무인비행장치(드론) 증가에 따른 안전관리기준 개선방안”, 2015 추계 한국항공경영학회 학술대회, 2015.11, 75면.

40) 예를 들면, 일반적으로 드론 조정에 있어서 수동모드는 컨트롤러 소프트웨어 고장 시에도 가장 신뢰성이 높은 사양으로 되어 있는 것이 고려할 수 있다. 이에 드론의 긴급추락에 관한 대책으로 수동모드에 대한 전환으로 비행을 위함없이 조작 할 수 있는 조정하는 것이 요구된다.

41) 국토교통부·경찰청, 「드론 불법비행 단속가이드」, 2016, 16면.

42) Juan A. Besada et al., *Drone Mission Definition and Implementation for Automated Infrastructure Inspection Using Airborne Sensors*, sensors 2018, at 4-5.

43) 日本産業用無人航空機協会, 前掲書, 9面.

자는 운용에 숙련된 비행을 행하여 기체와 관련된 모든 시스템 탑재물을 점검하여 적절한 보수 정비가 이루어지고 있는지 안전하게 비행을 실시 할 수 있는 상황인지에 대한 확인이 필요하다.⁴⁵⁾

(2) 드론의 점검계획

드론의 점검계획은 공급자 및 해당 기종마다 다르기 때문에 제조업자나 판매자는 기종마다 점검정비 내용이 필요하다. 드론기체의 수입업자가 해외제품을 공급하는 경우에는 안전의 확보를 위해 제조자가 설명서 등을 번역해서 제공해야 하고 국내의 사정에 맞게 장비를 제공해야 한다.⁴⁶⁾ 기체의 검사는 정기적 혹은 비정기적으로 실시해야 하고, 드론의 형상·기능·동작 상태 등의 확인 작업을 실시해야 한다. 구체적인 정비의 내용은 수리, 부품 교환 등을 의미한다고 할 수 있다. 공급자 또는 판매자는 해당 기종의 점검 정비에 대한 설명서 등에 필요한 사항을 기재해야 한다.⁴⁷⁾

제조자 또는 판매자는 해당 기종의 조종 방법, 점검 정비에 대해 소유자가 인정한 조종사, 정비사에게 연수를 실시하고 조종 방법, 정비 방법의 숙련될 수 있도록 노력해야 한다. 기체의 정비는 점검 정비에 있어서 제조자의 점검·정비 작업 지시에 지정된 부품 등을 사용해야 함은 물론이다. 소유자 또는 소유자가 인정한 조종사, 정비는 정비 시에 규정된 점검 정비 절차·간격에 따라 실시하고 그 기록을 남겨야 한다.

드론의 숙련된 비행점검·정비는 공급자에서 기체를 수령한 다음에 정기점검 2회, 정비 후 점검 1회의 실시가 필요하다. 그리고 안전을 확보한 시험 비행장에서 실제로 비행하고 비행 시의 미세한 불량을 제거해야 한다. 드론의 비행계획은 실제운영에 관한 최대한 맞추어 계획되는 것이 바람직하다. 작업을 실시하는 것은 운영자 소유자가 인정한 조종사, 정비가 실시하는 것 외에 제공자도 실시를 해야 한다. 공급자가 실시하는 경우에는 공급자는 운영자에게 전하고 운영자는 제공자가 실시되어 있지 않은 비행 검사 항목을 확인해야 한다.⁴⁸⁾

드론의 작업 전 점검·정비 작업은 본격적인 작업을 시작하기 전에 점검·정비를 실시하는 것이다. 이 작업은 원칙적으로 소유자 또는 소유자가 인정한 조종사, 정비를 실시하는 것이다. 예컨대 프로펠러 회전 방향의 확인, 동력 배터리 점검 및 충전, 송신기, 수신기 확인, 기체의 확인, 전원 연결 시의 확인에 관한 사항이다.⁴⁹⁾ 드론 비행 전

44) FAA, *Remote Pilot : Small Unmanned Aircraft Systems Study Guide*, 2016, at 30.

45) *Ibid.*, at 31.

46) 임베디드소프트웨어·시스템산업협회, “드론의 기술 및 시장 트렌드와 무한한 기회”, 「KESSIA ISSUE REPORT」, 2015, 25면.

47) Justin Yapp, *UAV as a Service: Providing On-Demand Access and On-The-Fly Retasking of Multi-Tenant UAVs Using Cloud Services*, Dissertations and Theses, 2016, at 2.

48) 국토교통부 항공안전행동지침, 無人航空機飛行マニュアル, 2018, 2면.

점검·정비 작업 직전 또는 비행 시작 시에는 점검·정비를 실시 할 것이다. 이 작업을 실시하는 사람은 운영자와 소유자가 인정한 조종사가 실시하는 것을 원칙으로 한다. 비행 전 점검·정비를 하다가 비행을 할 수 없을 결함이 발생될 경우에는 주저 없이 비행을 포기해야 한다.⁵⁰⁾

3. 비행안전수칙 및 교육계획의 방향

(1) 비행안전수칙의 내용

비행안전수칙에 관한 내용은 드론의 실제 운용에 있어서 운영자가 준수해야 되는 사항에 관한 규정이다. 특히 일반적인 비행 외에도 제공자가 실시하는 시험 제작기의 시험비행 및 성능확인 시험비행은 물론, 소유자가 실시하는 비행에 대해서도 안전한 비행장에 한정하여 안전하게 비행을 할 수 있도록 배려해야 한다.⁵¹⁾⁵²⁾ 이를 위해 다음의 사항을 준수해야 한다.

첫째, 드론의 운용에 있어서 관련 항공 관련 법령을 인식하고 준수해야 한다. 둘째, 드론 운용자는 운용지역 제3자에게 위험 방지 등을 충분히 감안한 안전을 보장할 의무를 부담한다. 셋째, 운영자는 드론을 범죄, 테러 등의 반사회적 행위에 이용해서는 안 된다. 넷째, 드론을 업무에 활용할 시에는 운영자는 앞서의 지침을 인지시키는 의무를 부담한다. 드론을 사용하여 업무에 활용하는 사업자는 위탁처의 운용에 대하여 이러한 지침을 철저히 준수하도록 지도해야 한다. 또한 위탁처의 운영자가 이 지침을 위반한 경우에는 발주자도 동등한 책임을 져야한다.

드론의 운용에 있어서 「항공안전법 시행규칙」 제308조에 따른 비행금지구역 내에서 비행허가신청이 승인 된 지역 이외의 그리고 또한 운용자의 자기 소유지 이외의 지역을 비행하는 경우에는 사전에 보고하고 승인을 얻어야한다. 그리고 「항공안전법 시행규칙」 제310조의 초경량비행장치 조종자의 준수사항을 준수해야 함은 물론이다.⁵³⁾ 특히 「항공안전법 시행규칙」 제310조 제1항 제2호의 “2. 인구가 밀집된 지역이나 그 밖에 사람이 많이 모인 장소의 상공에서 인명 또는 재산에 위험을 초래할 우려가 있는 방법으로 비행하는 행위”는 고궁, 국회의사당 등의 시설, 공항 및 철도, 일반 도로 및 고속도로 등은 물론 대중교통, 원자력 발전소 등 에너지 관련 시설, 국가가 규정 한 기타 중요시설에서의 비행은 금지된다.⁵⁴⁾ 다만, 항공안전법과 사전에 관계 기관의 허

49) 上揭書, 3面.

50) 上揭書, 5面.

51) 국토교통부·경찰청, 앞의 책, 16면.

52) Federal Public Service Mobility and Transport, *Aviation Safety Information Leaflet: Drone Flying*, 2017, at 2-3.

53) 국토교통부, 앞의 책, 95면.

54) Alexander Solodov, Analyzing the Threat of Unmanned Aerial Vehicles(UAV) to

가를 얻은 경우에는 그렇지 아니하다.

가. 비행계획 수립 및 비행허가의 확보

드론의 소유자 및 운영자는 운영 개시일 이전에 미리 계획 비행 장소에서의 비행 계획을 수립하고 운영하는 데 필요한 사전 준비를 마련해야 한다. 나아가 비행 계획서를 작성하여 공급자에 제출하고 정보를 공유해야 할 의무가 있다. 관리자는 소유자가 판매나 대여 시에 신청한 사용목적에 부합하는지 안전하게 비행을 실시 할 수 있는지 확인하고, 위험 등의 대응책을 마련해야 한다.⁵⁵⁾

그러나 장기간 비행조건이 인정되지 않는 일정한 지역에서의 운용을 반복하는 경우는 6개월마다 비행장의 상태를 조사해야 하고, 관련 보고서를 관리자에게 제출해야 한다. 그리고 경비·보안 목적의 경우에는 비행 계획을 수립하는 자에게 시간 및 장소에 관한 사항은 보고하지 않아도 상관 없지만 목적, 사용기간에 대해서는 제공자에게 전달할 필요가 있다. 해상 등 인구가 과소한 지역이며, 비행 장소가 넓은 경우에는 비행 계획 공급자에 한해서 제출해야 하며, 시간과 장소에 관한 보고는 하지 않아도 무관하지만, 목적, 사용 기간에 대해서는 관리자에게 전달할 필요가 있다.⁵⁶⁾

나. 안전성의 검토와 비행 계획의 승인

소유자·운영자, 조종사는 비행 계획을 검증하고 안전성에 대한 충분한 검토를 실시하여야 한다. 즉, 소유자·운영자는 비행계획을 검증하고 기술적으로 운용이 가능한지 충분한 검토를 실시해야 한다.⁵⁷⁾ 특히 페이로드, 비행시간, 필요한 배터리 용량에 대해서는 면밀히 검토하여 비행시간, 비행거리를 산정해야 한다. 또한 제공자가 정한 중심위치의 이동과 허용범위 내에서 운용이 필요하다.⁵⁸⁾

드론의 소유자·운영자는 비행 계획을 확인하고 필요한 각종 신청을 실시하여 관리자의 승인을 받아야 한다. 이후 소유자·운영자는 비행 계획을 확인하고, 이러한 신청을 승인하기 위하여 충분한 설명을 행해야 한다.⁵⁹⁾ 나아가 운영자는 비행 계획의 안전성, 기술, 신청, 조정 결과를 소유자에게 보고하고, 소유자는 비행 계획에 대한 타당성에 대한 판단을 행할 필요가 있다.⁶⁰⁾

Nuclear Facilities, *Security Journal*, Volume 31, Issue 1, 2018, at 6-7.

55) FAA, *You & UAS*, 2017.6, at 12-13.

56) 위의 책, 65면.

57) Flight Safety Foundation, *Basic Aviation Risk Standard Implementation Guidelines*, 2016, at 22.

58) 이수미·김용진, 앞의 논문, 995면.

59) American Bureau of Shipping, *GUIDANCE NOTES ON USING UNMANNED AERIAL VEHICLES*, 2018, at 11.

다. 보험 가입

드론의 운용에 있어서 운영자의 보험(대인·대물)의 가입이 필요하다.⁶¹⁾ 이에 비행 계획에 대해서는 보험 적용 범위임을 확인하고, 보험 적용 이외의 비행계획인 경우에는 비행 계획의 재검토 새롭게 적용되는 보험 계약을 제공하는 등의 대책을 마련해야 한다.⁶²⁾ 그런데 보험에 가입되어 있다고 해서 사람이 밀집한 지역인 주거 지역, 시가지, 군중의 상공 등에서 운용이 가능한 것은 아니다. 또한 운영자가 가입하고 있는 보험의 피보험자의 범위에 조종사가 포함되어 있는지를 사전에 확인이 필요하다. 이는 조종사가 보험 계약자가 되는 운영자와 다른 회사 조직에 속하는 경우, 보험의 보장 대상에 포함되지 않는 경우가 있기 때문이다.

(2) 비행교육계획의 내용

가. 조종사 자격요건

조종사 자격요건은 드론을 조종하기 위해 필요한 조종사 자격 및 교육 시스템에 관한 내용이다. 드론을 안전하게 운영하기 위해 조종사는 다음의 요건을 갖추고 있어야 한다. 먼저, 연령은 드론의 안전한 운용에 대한 충분한 이해와 대응을 할 수 있는 연령이어야 한다. 그리고 조종사의 신체 상황으로서 조종에 적합하지 않은 피로한 상황 및 음주를 행한 상태가 아니어야 한다.⁶³⁾ 조종사 훈련은 업무용 드론에서는 공급자가 제공하는 교육 시스템에 따라 적정한 조종 훈련교육을 실시한다.⁶⁴⁾

조종사는 교육을 받은 특정 모델에만 조종해야 하고, 만일 다른 기종을 조종하는 경우에는 그 기기에 맞는 교육을 받아야 한다. 조종사의 자격은 업무용 드론에서 공급자에 의하여, 교육 시스템에서 정해진 자격의 유효 기간을 준수할 필요가 있다. 그리고 제조자가 교육 시스템 수강자에 대해 자격을 발급하는 경우에는 그러한 교육을 받은 조종사의 기록을 보관해야 한다.⁶⁵⁾

60) 国土交通省航空局標準マニュアル, 前掲書, 2018, 4面.

61) 김송주·박준환, 앞의 논문, 2면.

62) Brandon Stark, *Unmanned Aircraft System Policy Policy Guidance Document*, University of California, 2018, at 27-29.

63) FAA, *supra* note 44, at 49-50.

64) Transport Canada, *Pilots of Unmanned Air Vehicle Systems*, 2014, at 39.

65) Department for Transport. *Unlocking the UK's High Tech Economy: Consultation on the Safe Use of drones in the UK*, 2016, at 8.

나. 교육 시스템 구축

교육 시스템은 드론의 조종을 교육하기 위해 마련된 교육 과정 및 교육원을 의미한다.⁶⁶⁾ 공급자 또는 이에 준하는 기관은 드론 교육을 위한 표준 코스를 정하는 것이다. 또한 교육 시스템은 기종마다 따라 그 내용이 다른 경우에는 공급자는 표준 코스를 참고하여 기종마다 조종사의 육성에 관한 교육 시스템을 구축해야 한다. 교육원의 요구 사항과 책임은 스스로 조종사로서의 충분한 기능을 가지고 교육 과정을 진행해야 할 것이다.

비행 훈련 수준은 공급자에 기준을 마련하여 상응한 훈련방법을 마련하는 것이 필요하다. 각각의 단계는 조종사의 기량이 합격에 도달하지 않으면 다음 단계로 진행할 수 없도록 해야 한다. 만일 충분히 합리적인 이유가 있고 기량을 확인할 수 있는 경우는 입문 수준의 훈련은 건너 뛴 수 있다. 또한 이미 여러 기종에서 중급 수준을 이수한 조종사가 다른 기종의 비행 훈련을 실시하는 경우 중급 수준의 훈련으로 충분하다.⁶⁷⁾

다. 교육 내용

교육시설과 교육자료에 대해서는 해당 기종의 성능 및 요구 사항 등에 따라 크게 변화되기 때문에 공급자 위주로 정해야 한다. 그러나 아래의 항목을 참고로 해당 기종의 성능을 충분히 끌어낼 수 있는 장소에서 교육을 실시할 필요가 있다. 특히, 비행 전후의 실기로 해당 기종을 실제로 운용 할 수 있는 비행 전 점검으로서 비행 후 점검의 내용을 이해하고 실습하는 것을 목적으로 해야 한다. 구체적으로 프로펠러의 회전 방향 확인, 프로펠러의 연결 확인, 배터리 충전 확인, 배터리 연결 확인, 사용 후 배터리 상태 확인 및 보관, 기지국 송신기의 사용 방법 확인, 문제에 대한 대응 절차의 확인, 기타 옵션 기기의 사용 방법 확인이다.⁶⁸⁾

첫째, 10m 사방 서클(야외), 5m 사방 서클(실내)을 갖추고 있는 훈련 비행장에서의 훈련이다. 이 훈련은 PC 시뮬레이터 실기 등을 적절히 사용하여 실시 송신기의 스틱 조작을 통해 안전하게 비행 할 수 있는 비행 기술을 습득하는 것이다.

둘째, 육안 외에서의 범위에서 훈련이다. 드론을 적절히 사용하여 훈련을 실시하고, 기지국 모니터 조작에 의해 자동 항법 모드에서 안전한 비행 할 수 있는 비행 기술을 습득해야 한다.

셋째, 불가항력적인 상황에 대한 대응 훈련이다. 이는 예상하지 못한 드론과 관련한

66) 대한상공회의소, 「드론교육과정」, 2017, 14면.

67) Jordan Lynn Bartholomew-Russell Scott Mayo, *Development of a 4th-8th Grade Curriculum for Flying and Programming Mini Drones*, All Graduate Plan B and other Reports, 2018, at 5.

68) Transport Canada, *op.cit.*, at 41.

사고에 대하여 기존의 비행 훈련을 통해 극복 할 수 있는 방법과 그렇지 못한 사고에 대한 대응방안을 훈련하는 것이다. 만일 예상할 수 없는 비정상 작동 환경을 재현하기 어려운 경우에는 고급 PC시뮬레이터 이용이 필요하다.

IV. 결

드론의 안전한 이용을 위한 합리적인 규제는 반드시 필요하다. 드론과 같이 안전성이 명확하게 확립되지 않은 새로운 혁신적 기술은 위험요소가 필연적으로 존재한다. 이에 드론의 활용에 대한 진보적인 이해와 활용방안을 고민하여 우리 사회에서 안전성 있고 실효성 있게 활용할 수 있는 방안의 도출이 요구된다.

현행 「항공안전법」 제131조의2 제2항의 구체적인 내용은 「항공안전법 시행규칙」 제313조의2 제2항에는 포괄적인 내용을 제시하고 있어서 안전관리 방안의 세부내용에 관한 사항을 명확하게 제시할 필요가 있다. 특히 「항공안전법 시행규칙」 제313조의2조에서 안전관리에 관한 내용으로 드론의 관리 및 점검계획과 비행안전수칙 및 교육계획에 관한 구체적인 내용이 필요하다.

먼저 드론의 관리계획은 업무용 드론의 안전한 운영을 계속하기 위해 필요한 점검정비라고 할 수 있다. 예를 들어 정기점검, 수리개조, 부품교환 등에 관한 내용이다. 드론의 점검계획은 공급자 및 해당 기종마다 다르기 때문에 제조업자나 판매자는 기종마다 점검정비를 할 수 있는 내용이 필요하다. 드론기체의 수입업자가 해외제품을 공급하는 경우에는 안전의 확보를 위해 제조자가 설명서 등을 번역해서 제공해야 하고, 국내의 사정에 맞게 장비를 제공해야 한다.

그리고 비행안전수칙에 관한 내용은 드론의 실제 운용에 있어서 운영자가 준수해야 되는 사항에 관한 규정이다. 특히 일반적인 비행 외에도 제공자가 실시하는 시험 제작기의 시험비행 및 성능확인 시험비행은 물론, 소유자가 실시하는 비행에 대해서도 안전한 비행장에 한정하여 안전하게 비행을 할 수 있도록 배려해야 한다.

마지막으로 비행교육계획의 내용은 교육 시스템을 구축하는 것이다. 교육 시스템의 구축은 드론의 조종을 교육하기 위한 교육과정을 의미한다. 특히 교육원은 공급자 또는 이에 준하는 기관으로서 드론 교육을 위한 표준 코스를 정하는 것이다. 드론이 기종마다 따라 교육내용이 다른 경우에는 공급자는 표준 코스를 참고하여, 기종마다 조종사의 육성에 관한 교육 시스템을 구축할 필요가 있다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 국토교통부, 「항공사업법 등 3개 법안 하위법령 정비방안에 대한 연구」, 2016.
- 국토교통부·경찰청, 「드론 불법비행 단속가이드」, 2016.
- 김송주, 「무인항공기 비행안전 제고를 위한 입법·정책 과제」, 국회입법조사처, 2015.12.9.
- 김송주·박준환, “무인비행장치 사고의 대비 및 처리 조치 관련 향후과제”, 「이슈와 논점」 제1333호, 국회입법조사처, 2017.7.
- 김종선·김선태, “무인항공기체계 발전 방향”, 「국방과 기술」 제323호, 2006.
- 김중욱·송복섭, “무인항공기(UAV) 산업에서의 IT융합”, 「정보과학회지」 제31권 제1호, 한국정보과학회, 2013.1.
- 대한상공회의소, 「드론교육과정」, 2017.
- 류성진, “드론의 상용화(常用化)에 따른 안전과 법적 문제”, 「법제연구」 제51호, 한국법제연구원, 2016.
- 박준우, 「세계 상용드론 (Commercial drones) 시장 현황 및 전망」, 한국항공우주연구원, 2018.
- 박현일·이창규, “혁신적 신기술의 개인정보보호에 관한 국제 비교 - 드론 카메라를 중심으로”, 「국제거래법연구」 제25권 제2호, 국제거래법연구, 2016.
- 서동혁·김승민, 「무인이동체산업의 국내 역량분석 및 정책방향」, 산업연구원, 2016.
- 우충식, “항공안전법 개정에 따른 산림재해 무인기(드론) 활용 법률 개선방안”, 「산림정책이슈」 제98호, 2017.11.
- 이기명·김웅이, “무인비행장치(드론) 증가에 따른 안전관리기준 개선방안”, 2015 추계 한국항공경영학회 학술대회, 2015.11.
- 이수미·김용진, “드론의 국내 도시 도입을 위한 국내외 사례 연구”, 2017년 대한건축학회 추계학술발표대회논문집, 2017.10.
- 이창규, “무인비행장치(드론)의 가시권 밖 비행을 위한 개선방안 연구 : 무인비행장치 특별비행 기준의 개정방안을 중심으로”, 「법학논총」 제38권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2018.8.
- 이해원, “드론 촬영의 형법적 문제”, 「형사법의 신동향」 통권 제54호, 대검찰청, 2017.
- 이현수, “무인항공기 민간활용에 따른 안전규제의 쟁점”, 「행정법연구」 제45호, 행정법이론실무학회, 2016.
- 임 현·이현수·김대인, 「무인항공기 이용활성화를 위한 법제분석」, 한국법제연구원, 2015.
- 임베디드소프트웨어·시스템산업협회, “드론의 기술 및 시장 트렌드와 무한한 기회”, 「KESSIA ISSUE REPORT」, 2015.

한국소비자원, 「드론 안전실태 조사결과」, 2017.06.

한국항공우주연구원, 「4차 산업혁명의 도래와 드론」, 2017.10.

황미진, 「드론 시장에서의 소비자보호 방안 연구」, 한국소비자원, 2016.

2. 외국문헌

Alexander Solodov, Analyzing the Threat of Unmanned Aerial Vehicles(UAV) to Nuclear Facilities, *Security Journal*, Volume 31, Issue 1, 2018.

American Bureau of Shipping, *GUIDANCE NOTES ON USING UNMANNED AERIAL VEHICLES*, 2018.

Brandon Stark, *Unmanned Aircraft System Policy Policy Guidance Document*, University of California, 2018.

Department for Transport. *Unlocking the UK's High Tech Economy: Consultation on the Safe Use of drones in the UK*, 2016.

FAA, *Remote Pilot - Small Unmanned Aircraft Systems Study Guide*, 2016.

FAA, *You & UAS*, 2017.6.

Federal Public Service Mobility and Transport, *Aviation Safety Information Leaflet: Drone Flying*, 2017.

Flavio A. C. Mendonca and Thomas Q. Carney, A Safety Management Model for FAR 141 Approved Flight Schools, *Journal of Aviation Technology and Engineering* 6:2. 2017.

Flight Safety Foundation, *Basic Aviation Risk Standard Implementation Guidelines*, 2016.

Jordan Lynn Bartholomew-Russell Scott Mayo, *Development of a 4th-8th Grade Curriculum for Flying and Programming Mini Drones*, All Graduate Plan B and other Reports, 2018.

Juan A. Besada et al., Drone Mission Definition and Implementation for Automated Infrastructure Inspection Using Airborne Sensors, *sensors* 2018.

Justin Yapp, *UAV as a Service: Providing On-Demand Access and On-The-Fly Retasking of Multi-Tenant UAVs Using Cloud Services*, Dissertations and Theses, 2016.

Puentes, Antonio, *The Manual Flight Skill of Airline Pilots*, Master's Theses, 2011.

Transport Canada, *Pilots of Unmanned Air Vehicle Systems*, 2014.

Wilfredo Torres-Pomales, *Toward a Safety Risk-Based Classification of Unmanned Aircraft*, NASA, 2016.

国土交通省航空局標準マニュアル，無人航空機飛行マニュアル，2018.

日本産業用無人航空機協会，産業用無人航空機安全基準(回転翼機・無人地帯用)，2016.

[Abstract]

**A Study of Improvement Measures of Drone's Safety Management Legislation:
With a focus on aviation safety act**

Lee, Chang-Kyu*

South Korea is pursuing a lot of investment and research to utilize the drone which is the product of innovative technology, and the drone related deregulation policy is actively carried out. However the most concern is that the unmanned reconnaissance aircraft crashing in flight due to the drone pilot's negligence or aircraft flaws can cause sudden damage to the people. However the Aviation Safety Law provides comprehensive content on drone safety management, and it is necessary to clearly present details on safety control measures. In particular the contents of the management and check plan of the unmanned aerial vehicle flight safety attention and education plan should be presented.

First, the drone's management plan can be made necessary maintenance for continuing the safe operation of the business drone. For example, it is the main contents concerning regular inspection, repair remodeling, parts replacement, etc. Drone's inspection plan differs from manufacturer to manufacturer, so manufacturers and distributors need the contents of inspection and maintenance for each model. When an importer of a drone aircraft supplies overseas products, manufacturers must translate and provide instruction manuals and the like in order to ensure safety and provide equipment according to domestic circumstances.

Regarding flight safety precautions, flight safety precautions need to be prescribed in the actual operation of the drone if the safety operator must comply. In addition to flight in general in general, it is limited to airfields that are safe for flight where the owner carries out flight test flight and performance verification test of the testing machine carried out by the provider, good flight before product shipment and sale, Consideration must be given so that flight can be carried out safely.

The content of the last flight education plan is necessary to build an

* Researcher, Intellicon Meta Lab, Ph.D. in law

education system. It means a curriculum and an educational institution prepared to educate drone maneuvers. Especially educational institutions, providers or similar institutions need to establish a standard course for Drone's education. If the content of the education system differs according to each model, manufacturers need to build an education system on pilot development for each model with reference to the standard course.

<Keywords>

drone, aviation safety law, drone safety management, drone management, drone checking, drone flight education

중국 성년의정후견제도의 개선에 관한 연구

마위둥*·장썩**

논문요지

후견제도는 고대 로마법으로부터 중시하게 되었다. 전통적 후견제도는 시장거래 질서만 중시하였지, 보호자의 의사를 무시하고 있어 인간사회의 진보적인 제도와 국제 인권주의 원칙에 모순되고 있다.

성년의정후견제도는 성인의 주관적 의사를 최대한 존중하여 의뢰인이 스스로 후견인을 정할 수 있으며, 또한 명확하게 자신의 의사를 표시할 수 있다. 특히 이 제도는 민사행위능력이 상실되었거나 일부 상실된 성인을 보호할 수 있으며, 필요한 경우에는 공권력이 개입하여 당사자의 합법적 권익을 보호할 수 있다.

현재 중국 성년후견제도는 내용 및 방법에 있어서 민사행위 능력이 상실되거나 일부 상실된 노인, 장애인, 정신질환자들의 현실적인 요구를 만족시킬 수 없는 상황에 직면하고 있으므로 성년의 의정후견제도를 개선 및 보완을 통한 문제해결이 시급하다.

본 연구는 《중화인민공화국 노인권익보장법》과 《중화인민공화국 민법총칙》의 관련 법규의 문제점과 원인을 분석하고, 해당 절차법과 실질법을 검토하여 보다 합리적이고 체계적인 중국 성년의정후견제도를 제시하고자 한다.

검색용 주제어: 중국, 의정후견, 성년후견, 후견계약, 노년 권익

· 논문접수: 2018.07.12. · 심사개시: 2018.12.26. · 게재확정: 2019.01.25.

* 법학 박사, 청다오대학교 법학원, 부교수

** 청다오대학교 법학원, 한중법률센터 연구원

I. 引言

《2016年国民经济和社会发展统计公报》显示，中国超过六十岁的老年人所占人口比重约为17%。中国经济发展尚不充分就过早老龄化，“未富先老”的特殊情况造成很多棘手难题。人口老龄化问题促使中国通过法律手段开辟解决现实问题的新路径。传统的监护制度难以有效解决老龄化带来的诸多问题，因而世界各国都在努力完善相关法律制度，也正因如此，成年意定监护制度走进了我们的视线。从中国实际出发，完善成年意定监护制度势在必行。

2012年新修订的《老年人权益保障法》初次涉及成年意定监护，具有里程碑式的意义。2017年实施的《民法总则》，对成年意定监护制度做出了进一步阐释，体现了立法者对完善成年意定监护制度的高度重视以及做出的不懈努力。然而其中主要是一些宏观性的法律规定，不够具体明确。怎样立足于中国社会实际，进一步完善中国的成年意定监护制度，使其能够更好地发挥解决社会问题、满足实践需求、保障人民权益的作用，是本文研究的出发点和落脚点。

II. 成年意定监护制度的基本理论

1. 成年意定监护的概念

(1) 成年意定监护的含义

成年意定监护制度又称为成年任意监护制度，是学理上的概念，是同法定监护制度相对而言的。英美法系和大陆法系对其命名也不尽相同，日本将这一制度定义为“任意监护制度”，美国将这一制度定义为“持续性代理权授予制度”。

渠涛在《中日民商法研究》中提出，任意监护制度是指委托人在没有丧失其意思能力之前，选定监护人，并且双方签订委托合同，在其中约定在委托人失去行为能力时，受托人所担负的对委托人的人身监护和财产管理的权利和义务，并且该制度还包括在确定监护人的时候发生合同的效力的特约的合同。¹⁾

魏树发认为，意定监护属于意定代理的范畴，其内容是本人于没有丧失行为能力之前，提前以书面合同的形式选定其监护人，以备自己日后由于年迈或者意外突发事故等原因而丧失行为能力，意定监护人能够及时有效地对本人进行日常生活照料和财产事务的处理。该制度与以往的代理制度存在明显差异，意定代理之中存在公权力的干预。²⁾李霞教授则主张，在意

1) 渠涛主编：《中日民商法研究》第一卷，法律出版社2003年版，第391页。

2) 魏树发：《成年人监护法的理念和立法课题》，载《福建论坛（人文社会科学版）》，2006年11

定监护制度里最为关键的一部分是委托监护合同。³⁾

笔者认为,成年意定监护是指具有完全民事行为能力的成年人,根据其主观意愿,通过签订书面协议的方式,选任信赖的监护人,并且在该协议中约定在委托人完全丧失或者部分丧失行为能力后,受托人有对其进行监护的义务和责任的法律制度。这一制度方兴未艾,其具有的保障丧失或者部分丧失民事行为能力成年人的合法权益的作用,为各个国家和地区所重视。

(2) 成年意定监护的分类

从意定监护的内容差异来看,可以将其划分成人身监护与财产监护。第一,人身监护涉及被监护人的衣食起居、疾病治疗和心理沟通等内容。第二,财产监护包括监护人对被监护人的全部或者部分财产能够使用、收益、处分的权利。根据成年意定监护制度的立法目的,监护人不能损害被监护人的合法权益,不能肆意妄为,应该尊重被监护人的真实意愿,意定监护人必须从保障被监护人的合法财产权益的角度出发,处理被监护人的财产事务。⁴⁾

从意定监护人的个数来看,可以将其划分成单一监护与复数监护。被监护人可以按照其自主意思和实际需求确定数目合适的监护人,复数监护是指被监护人需要针对不同的事务确定不同的监护人,各司其职,各负其责。而单一监护则是指被监护人将监护事务全部交由一个个体负责。

(3) 成年意定监护的特征

首先,成年意定监护中体现出合同的特征。成年意定监护合同在成年意定监护中占有举足轻重的地位,合同的一个显著特征就是意思自治。一方面,被监护人在行为能力健全时可自主确定监护人,对具体的监护事务通过协商予以确定;另一方面,对监护人而言,他同样可以根据真实意愿决定接受或者拒绝被监护人的要约。这都反映出成年意定监护制度中蕴含的意思自治精神,体现出合同的一系列特征。

其次,成年意定监护中存在国家权力干预的特点。意定监护合同与普通民事合同存在明显差异,监护合同需要在委托人丧失或部分丧失行为能力后才产生效力。通过法定形式诸如登记、公证等来明确意定监护合同的成立或者生效要件是极为必要的。此外,国家权力干预也包括对监护过程的监督。中国现行的《老年人权益保障法》和《中华人民共和国民法总则》里都没有涉及与监督相关的法律规定,然而纵观当今世界各国,完善有关对意定监护进行公权力监督的法律制度正如火如荼地进行着,这也是中国完善成年意定监护制度必不可少的一步。

月。

3) 李霞:《成年监护制度研究-以人权的视角》,中国政法大学出版社,2012年12月第1版。

4) 秦春云:《中国老年人意定监护制度研究》,载《法制博览》,2015年1月(下),第125页。

2. 设立成年意定监护制度的意义

(1) 对老年人的意义

中国当前已经步入老龄社会⁵⁾，四十年后中国老年人口在世界所占比重可能达到25%。中国老年人口基数大，同时老龄化速度迅猛。在计划生育的大背景下，不少老人仅有一个子女，而子女由于在外地求学或工作，异地生活的现象越来越普遍。中国现阶段社会发展不充分、不平衡，老龄化问题突出但国家却没有能力赡养全部需要帮助的老年人，单靠社保无法根治这一难题，这就要求必须建立健全成年意定监护制度，缓解国家赡养老年人的重重压力，真正实现老有所养。

(2) 对青年人的意义

目前中国福利体制并不健全，亟需社会对家庭予以保障。现在最常见的家庭模式毫无疑问非“四二一”模式莫属，即丈夫和妻子两人，通常得赡养各自的父母也就是四个老人，以及一个孩子。自2016年1月1日修正后的《人口与计划生育法》实行，全面放开二胎政策正式落地，不少家庭得抚养两个孩子，极大加重了青年人的工作压力和生活压力。⁶⁾青年人是推动社会发展的主力军，过大的压力容易造成负面情绪和消极影响，这对于社会安定和经济发展有百害而无一利。要缓解青年人的压力，与此同时不影响老人的赡养，完善成年意定监护制度是不二之选。

(3) 对保护植物人的意义

植物人理所当然是被监护的对象，但是中国法律在这一领域几乎是空白。法院在审理相关案件时，通常按照审理精神病人的相关法条加以借鉴，然而植物人跟精神病人毕竟存在差异，植物人一般得长时间在医院接受治疗，精神病人则是因人而异。另外，植物人通常是行为能力健全之人发生意外事故所致，有突发性，针对这一特点，构建成年意定监护制度能够对此类突发事件及其产生的不利后果起到防范作用，在行为能力健全时提前选任监护人，纵使出现意外事故，不幸丧失行为能力，仍然可以最大限度地保障自身的人身及财产权益。

5) 《中国老龄产业发展报告(2014)》，中国已经处于老龄化社会，预计2050年世界老龄人口将会达到20.2亿，中国老龄化人口将达到4.8亿。

6) 《人口与计划生育法》于2015年12月修正，2016年1月1日实行，提倡一对夫妻生育两个子女。

III. 中国成年意定监护制度的立法现状及分析

1. 成年意定监护制度的相关法律规定

(1) 《老年人权益保障法》的相关规定

《中华人民共和国老年人权益保障法》第26条规定：“具备完全民事行为能力的老年人，可以在近亲属或者其他与自己关系密切、愿意承担监护责任的个人、组织中协商确定自己的监护人。监护人在老年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，依法承担监护责任。

老年人未事先确定监护人的，其丧失或者部分丧失民事行为能力时，依照有关法律的规定确定监护人。”⁷⁾

这一条文是中国成年意定监护的开端，但是存在明显不足。第一，把被监护的对象局限于老年人太过狭隘，尽管在法律实务中，成年意定监护对象以老年人为主，但不能因而将其他丧失或者部分丧失民事行为能力的成年人一概排除在法律保护范围之外。第二，没有说明监护事务的范围，此条没有对监护职责是否应该涉及教育、医疗、财产、人身等方面进行陈述。第三，此条规定如果老年人失去行为能力，并且此前没有确定意定监护人，则应当适用法定监护，如果老人已经签署了意定监护协议，则由意定监护人行使监护职责。但如果在协议中存在明显的漏洞，此时是由法定监护人还是由意定监护人来履行监护职责尚未明确。

(2) 《民法总则》的相关规定

《中华人民共和国民法总则》第33条规定：“具有完全民事行为能力的成年人，可以与其近亲属、其他愿意担任监护人的个人或组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人。协商确定的监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，履行监护职责。”

民法总则虽然对意定监护做出了进一步规定，但实施细节仍需完善。在签订意定监护协议时，本着对被监护人自主意愿予以充分尊重的原则，被监护人选择信任并能满足自身需求的监护人，在满足合同约定的条件后，监护人要依据协议来履行自己的监护职责。双方通过书面形式确定监护关系不仅能够为监护提供书面依据，而且一旦发生监护人侵权事件，合同便可成为被监护人维护自身权益的证据，可以更好地对处于弱势地位的被监护人进行保护。同样基于对被监护人的权利保障，在签订监护协议时，被监护人对协议中的监护事项有决定性的权利。在意定监护制度中最大受益者是老年人，随着法治社会的建设发展，老年人的法治意识在逐渐增强，这使得老年人在保护自身权益方面话语权增强。从法制角度来保障老年人的合法权益而不是通过协商解决，能够更好的保护老年人的权益不受侵害。⁸⁾

7) 参见《中华人民共和国老年人权益保障法》，2015年修订，第26条。

8) 张学军：《成年监护制度综议》，载《江海学刊》2005年第5期。

2. 中国成年意定监护制度存在的问题及原因分析

(1) 立法的背景和意义

自本世纪初中国步入老龄化社会以来,老龄人口的比例在逐步提高,老龄化社会的到来给中国的经济和社会生活带来了巨大挑战。西方国家自是上世纪60年代起,面对日益发展的老龄化挑战,开始倡导“维持生活正常化”“尊重自我决定权”等新理念,逐步建立了成年人意定监护制度。⁹⁾中国也顺应国际成年监护立法改革的潮流,于2013年《中华人民共和国老年人权益保障法》首次确立了老年人意定监护制度,2017年3月颁布的《民法总则》进一步扩展其适用范围,确立了中国成年意定监护制度。¹⁰⁾

但是,现阶段《民法总则》和《中华人民共和国老年人权益保障》中的相关规定,其内容过于原则,可操作性不强,在意定监护的内容和程序规定等方面存在不足和缺陷。随着中国老龄化社会的日益深入,成年意定监护制度的作用也将日益显现,社会上对成年意定监护的需求也会越来越大,但由于中国现行立法在这方面存在的不足,势必影响其作用的有效发挥。因此进一步在立法层面完善成年意定监护制度,对解决意定监护的法律纠纷以及人口老龄化带来的社会问题都有着重要的意义。

(2) 立法理念和原则

2017年3月新出台的《民法总则》对成年意定监护制度做出了进一步规范。从法律本身来讲,法律规范具有一定滞后性,此次《民法总则》做出具有前瞻性的法律准备,在成年人监护方面树立了崭新的、创新性的立法理念。监护人不再享有传统意义上的“监护权”,而是肩负意定监护协议所赋予的监护职责。这种转变可以更好的保障被监护人的权益,使传统的对被监护人的约束和管理转变为保护,这体现了中国法治建设理念上的进步。

但是多年来人们深受《民法通则》潜移默化的影响,形成了长久的法制依赖性,部分立法者难免形成传统法律的思维习惯,这种行为观念根深蒂固,使得现行《民法总则》的有效实施需要经历很长一段时间。这也意味着从思想意识层面去突破传统法制观念限制,形势较为严峻。近几年成年意定监护仍然停留在宏观理论层面,没有做出充足完善的细致规范,很大一部分原因在于没有突破传统监护理念。

(3) 立法体例

在中国的立法体例层面存在着诸多局限,现阶段仍在沿用上世纪八十年代颁布的《民法通

9) 刑宝东:《我国老龄化背景下成年人意定监护制度的不足及完善》,载《特区经济》2018年第6期。

10) 张玲玲:《成年意定监护制度的中国范式》,载《大连海事大学学报》2018年第1期。.

则》，相比较来讲，《民法总则》已经在很多方面做了改进，但依然存在以下几点不足：

第一，监护内容过于单一，没有对监护制度内容进一步明确。在监护制度中，仅仅对监护人的选任做了规定，然而对于监护人的监护范围和职责没有明确统一的规范说明。对于不同的被监护人，监护职责应侧重不同，比如对于精神病人的监护更多是生活照顾和医疗监护；对于未成年人的监护职责在于重视其成长过程，促使其完成教育；对于老年人是注重预防心脑血管疾病和心灵抚慰等方面。

第二，对于监护的程序规定不足。在《民法通则》和《民法总则》中，对于监护程序都没有涉及。在《民法总则》中，确定意定监护人需要进行协商，但是双方如何协商、订立合同的性质等，在《民法总则》中没有详述，增加了更多的不确定性。关于意定监护监督更是近乎空白。

IV. 完善中国成年意定监护制度的构想

1. 实体法上的完善

(1) 意定监护合同的主体

意定监护合同的主体是构建、完善成年意定监护制度的基本前提条件。意定监护合同的主体包括本人与意定监护人。本人就是监护合同的委托人；意定监护人则是受托人，在满足监护开始的条件后，受托人即意定监护人开始履行自身的监护职责，对本人即被监护人予以监护。

가. 本人

本人是指适用意定监护制度的人。这里对“本人”的理解存在三种不同意见：一是受法定监护的未成年身心障碍者；二是受法定监护的成年身心障碍者；三是具有完全民事行为能力的成年人。

在笔者看来，本人仅仅是指有完全民事行为能力的成年人，它并不包括受法定监护的未成年身心障碍者以及成年身心障碍者。前两种划分方式扩大了意定监护范围却并不科学。前两种方式认为，对于未成年身心障碍者和成年身心障碍者来讲，这部分人可以由其父母或者其他监护人作为代理人签署监护协议，这一协议在意定监护中也适用。但是被代理人在此情形下可能缺乏一定的行为能力，所以代理人签署的协议是否代表被代理人的真实意愿，在此很难进行界定。对于意定监护来讲，必须是年满十八周岁的成年人并且有完全行为能力人才才适用。也就意味着意定监护协议是由其本人签署，并且完全符合本人意愿，这与法定监护有根本的区别。前者体现了主动性，而后者更多的是被动的接受。因此前两种划分方式将受法

定监护的成年以及未成年身心障碍者划归“本人”范围之内有待商榷。

나. 意定监护人

委托监护合同通常附生效条件，这就表明虽然合同已经签署，但并不意味着合同立即生效，必须满足某种条件。在该条件满足之前，相对人就是受托人，在条件都已满足、合同生效之后，相对人就是意定监护的监护人。被监护人本人与意定监护人之所以能够建立意定监护关系，就在于双方互相了解，彼此信赖，而且达成了合意。

意定监护人的适格条件。只要年满十八周岁的具有完全民事行为能力的成年人或者没有宣告破产的法人，都可以成为意定监护人。例如本人的家属、亲戚、朋友以及福利机构等等。为了更好地保护本人的权益，在签订合同前要对所选择的意定监护人进行适当的了解。另外，选择与本人的利害关系相冲突的自然人或者法人作为意定监护人，应该深思熟虑，慎之又慎。

(2) 监护人的权利与义务

《民法总则》和《民法通则》对法定监护都视为一种职责形式，体现了强制性特点。“职责”并不是法律术语，它强调职能的履行过程，以及监护人是否能够承担一定的责任。这两部法律都是着重保障被监护人，对监护人的合法权益并没有过多涉及。这就使得彼此之间的权利义务产生失衡。意定监护与法定监护最大的差异在于意定监护具有高度自愿性，而法定监护却体现强制性或义务性。像辞职权、报酬请求权等在法定监护中是不存在的权利，却是意定监护的重要组成部分。

가. 意定监护人的权利

第一，请求报酬的权利。法定监护制度中没有请求报酬的权利，更多强调的是监护人的职责义务，但是对于意定监护制度来讲，该报酬请求权是监护人最为基本的权利。这是与法定监护最根本的区别。

笔者认为，意定监护人应该具有请求报酬的权利，对于意定监护人的范围人选不再局限在亲属中，合理的报酬利于建立稳定的监护关系。现有的监护体系越来越呈现出脱离亲属关系的趋势。传统孝道文化的影响力正在逐步减弱，在监护关系的确立过程中，逐步摆脱亲属化关系，甚至当事人之间毫无血缘关系。对于监护人来讲，付出劳动自然要得到一定的报酬。另外，给予适当的报酬，可以在一定程度上扩大可选择的监护人的范围。

第二，监护人具有辞职权。意定监护协议是基于双方自愿所签署的，这也是意定监护的根本要求。监护人如果受某些因素影响，不愿或者不能继续履行自身的监护职责，应该享有辞职权。没有辞职权是对监护人的一种人身自由意志的束缚，反而会因监护人的消极处理损害

被监护人的合法权益，与这一制度设计的初衷相背离。部分学者的观点是监护人在两种情况下可以申请辞职，一是在合同生效前的辞职，二是生效后的辞职。笔者认为辞职权应该仅指监护人在履行合约的过程中选择辞职的一种权利。第一种情况显然不构成辞职。合同在生效前，双方都是具有完全意思能力的人，可以通过协商进行事前约定。

4. 意定监护人的义务

第一，对被监护人进行人身监护。人身监护事务不仅限于法律行为，还应该包括护理和照顾等事实行为。比如对护理人、护理方式的选择、是否住院治疗及饮食安排，都可以根据被监护人的实际情况自行约定。随着社会经济的发展，人们愈加重视精神满足，这种趋势对于意定监护人来讲意味着要求的提高。法定监护缺乏这一方面内容的规定，而意定监护体现出更高的灵活性和自主性，只要不违反公序良俗，当事人双方可以对责任义务进行约定。

第二，对被监护人的财产实施管理。财产管理分两类，一种是与被监护人日常生活直接关联的，即必要事务；其他与被监护人的生活没有直接关联的，即特殊事务。在财务管理过程中，可能涉及下面几点：处分不动产和处分动产，与金融机构进行交易，代领工资收益、退休金，还有受领保险金、支付生活费、支付医疗费等情形。其中，不动产或者与此相关的重大财产，如果处置不当可能给被监护人造成居无定所的严重后果，所以处置该类财产时，一定要严格的限制。为了保障被监护人的合法权益，在双方签订监护合同时，需要对相关事宜尽可能做到非常详尽的约定。

2. 程序法上的完善

(1) 意定监护合同的公证

对意定监护合同进行公证是为了对合同的合法性和真实性予以证明。这一方面可以保护当事人双方的各自权益，另一方面可以对监护人和被监护人进行一定程度的约束。此公证制度的确立对于意定监护体系建设来讲有着积极的作用，可以作为配套机制，在意定监护制度实施过程中起到推动作用。目前，实践中已经出现了意定监护合同公证的案例。2016年10月，上海市宝山区居民甲因病住院，他的五位儿女在治疗和陪护意见上不一致产生矛盾。为解决这一问题，甲与小儿子乙协商由乙来做自己丧失或者部分丧失民事行为能力时的监护人，二者对设定意定监护合同达成一致后，由公证处进行了公证。¹¹⁾该案例被选为中国司法部首批公证指导性案例1号，可以显示出公证制度在意定监护体系中的地位。

首先，办理公证的工作人员有义务对当事人提供的资料进行核查，对当事人的身份进行核实，确定该当事人提请公证的资格性。其次，公证制度意在保护被监护人的权益，防止他人

11) 《老年人意定监护协议公证》，载《中国公证》2018年第2期。.

对被监护人的侵害，因此工作人员必须严格依照法律规定行使权力。另外，公证人员还要对意定监护合同的有效性进行核实，是否存在伪造合同的情形，从而更好的保护被监护人的权益。

(2) 意定监护合同登记制度

第一，对意定监护合同进行登记的程序。首先，意定监护合同应该由当事人双方亲自到居委会或村委会申请登记，登记机关在收到材料后要如实登记，并将登记的结果以书面形式通知当事人双方或者告知其父母、配偶或者成年子女，确认没有异议后，居委会或村委会及民政部门依法对该合同登记造册。该合同在完成登记后，不可随意撤销或者变更，但是在遇到其他特殊情况时，可以依照相关的程序进行申请变更或撤销。这种登记是为了取得对抗效力，也就意味着如果出现善意第三方，那么没有登记的意定监护合同则会失去其效力。

第二，关于意定监护合同的登记事项。登记事项应该包括以下几点。第一，当事人双方的基本信息，在意定监护合同中，要对当事人双方的基本信息予以登记，减少在合同履行过程中因信息疏漏出现的纠纷；第二点，对意定监护合同的内容进行详细的登记，其中包括代理权限、监护职责等等。其中，如果意定监护人是组织或其他机构，应对其经营范围、地址、名称等基本信息予以严格的登记，还要对此意定监护合同的成立日期予以登记。

第三，有关意定监护合同的登记异议。在登记发生效力前存在一定的异议期间，利害关系人对意定监护合同存在异议，可以在此时间段内提出。在此我们需要明确两点：什么主体可以提出异议？异议的理由是否成立？首先，对意定监护合同提出异议的主体可以是父母、本人配偶、子女、兄弟姐妹等等。异议成立应分为以下情况：代理权不存在，主张代理权无效，或者委托人没有资格签署代理协议等等。

(3) 对意定监护人的监督

在成年意定监护的监督方面，可以适当将法院监督和自然人监督相结合，切实保障被监护人的权益，做到管理和监督相结合。首先，私人监督具有很强的主动性，能够及时发现监护人滥用监护权的行为；其次，就当前中国实际情况，利用公共权力进行监督，不仅能加大对该意定监护合同的监管力度，而且还能提高该合同的权威性；再次，基于当前中国司法资源紧张的现实，要对意定监护合同的监督成立专门的监管机构显然是不现实的。采取监督人直接监督和法院审查等间接监督相结合的方式，既不会占用过多的司法资源，又能实现有效的意定监护监督。

V. 结语

《民法总则》顺应中国社会快速发展、人均寿命大幅提高、已经进入老龄化社会的现实需求，规定了成年意定监护制度。这一制度对中国弱势群体的权利保障、老年人生活品质的提升起到重要作用，但是，中国成年监护制度尚处于初步阶段，《民法总则》中的相关规定也并不全面，还需要在实体法上和程序法上进一步完善。因此，必须对这一制度展出深入分析研究，做出科学完备的解释，才能满足该法实施后可能引发的大量实践需求。

发展完善成年意定监护制度已然成为世界各国发展的普遍共识，然而基于各国家历史、文化、经济等因素的差异，各个国家对于意定监护制度的规定都不尽相同。所以，我们在借鉴域外成功经验时，要以我为主、为我所用，不能照本宣科、生搬硬套。成年意定监护旨在尊重被监护人的真实意愿，实现“维持生活正常化”、“尊重自我决定权”等。中国的成年意定监护制度尚有许多亟待完善之处，学者们的观点意见不尽相同，立法者应在广泛听取社会各界建议的基础上，谨慎、独立、全面地判断思考，对制度大胆进行创新，实体法和程序法两手抓，立足中国的社会实际，制定一部能够惠及众多行为能力存在欠缺的成年人的成年意定监护制度，实现法律的基本价值。

[참고문헌]

- 渠涛,『中日民商法研究』,法律出版社,2003.
- 李霞,『成年监护制度研究』,中国政法大学出版社,2012.
- 秦暮云,“我国老年人意定监护制度研究”,『法制博览』,2015年第3期
- 李霞,“意定监护论纲”,『法学』,2011年第4期
- 朱涛,『自然人行为能力制度研究』,法律出版社,2011.
- 张学军,“成年监护制度综议”,『江海学刊』,2005年第5期
- 陈伯礼,“我国精神病人公共监护制度论纲”,『西南民族大学学报』,2013年第5期
- 梁慧星,『中国民法典草案建议稿附理由亲权编』,法律出版社,2006.
- 杨大文,『婚姻家庭法』,中国人民大学出版社,2012.
- 谢晖,『法律信仰的理念与基础』,山东人民出版社,1997.
- [日]石田穰,『民法总则』,东京:悠悠社,1992.
- 王利明,『民法』,中国人民大学出版社,2005.
- 陈华彬,『民法总论』,中国法制出版社,2011.
- 李霞,『民法典成年保护制度』,山东大学出版社,2007.
- 史尚宽,『亲属法论』,台湾荣泰印书馆,1980.
- 趙曉舒·高敏,“中国监护信托制度的构建”,중국법연구, Vol.29, 2017.

[中文抄录]

论中国成年意定监护制度的完善

马卫东*·姜胜**

监护制度从古罗马法中逐步发展而来。传统监护制度片面注重市场交易秩序，忽视被监护人自主意愿，难以满足人类社会进步和国际人权主义发展的新要求。成年意定监护制度更加尊重成年人的主观意愿，委托人自主确定监护人，明确监护内容。该制度能够有效地保护丧失或者部分丧失民事行为能力的成年人，必要时有公权力介入进行监督，能够对被监护人的合法权益予以有效维护。

在中国传统监护制度中，无论是监护范围还是监护方法，都无法满足诸如老年人、残疾人、精神病人等丧失或者部分丧失民事行为能力的成年人不断增多的现实要求，只有完善成年意定监护制度才能更好地解决以上问题。本文通过研究《中华人民共和国老年人权益保障法》和《中华人民共和国民法总则》中的相关法律规定，分析存在的不足及其产生的原因，从程序法和实体法两个方向对中国成年意定监护制度做出了科学性、系统性的内容设想，以完善中国成年意定监护制度，使其更好地应对挑战，服务社会、造福人民。

<关键词>

中国，意定监护，成年监护，监护合同，老年权益

* 法学博士，青岛大学法学院，副教授

** 青岛大学法学院中韩法律中心研究员

[Abstract]

The Perfection of Arbitrary Adult Guardianship System of China

WeiDong-Ma^{*}·Sheng-Jiang^{**}

The system of guardianship developed from ancient Roman law. The traditional guardianship system pays one-sided attention to the order of market transaction. It is difficult to meet the new requirements of the social progress and the development of international human rights doctrine. Adult guardianship system pay more attention to the subjective intention of protection of adults. The system can effectively protect the adults lost or partially lost ability. Government power will intervene if necessary. This can efficaciously protect legal interests of the ward.

No matter the range or the way of guardianship, the traditional guardianship system of our country is becoming more and more unfit for modern requirements that the old people, disabled individuals and mental patient are increasing. So it is urgent to perfect the arbitrary adult guardianship system in our country. The paper analyses adult self-determined guardianship system in our country. Dissecting its problems and reasons by introducing relevant legal provisions in Elderly Rights Law and General Principles of the Civil Law. We offer scientific and systematic proposals from entity and procedure in order to perfect the arbitrary adult guardianship system which can face challenges, serve the society and benefit the people better.

<key words>

China, By monitoring;Adult guardianship, Monitoring contract, The elderly right

^{*} Ph.D. in law, Qingdao University, Faculty of Law, Associate Professor

^{**} Qingdao University, Faculty of Law, Researcher

「명지법학」 편집규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(목적) 이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)의 편집, 간행 및 논문심사에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(명지법학의 간행)

- ① 「명지법학」은 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② 「명지법학」의 발간일자는 매년 7월 31일과 1월 31일을 원칙으로 한다.
- ③ 「명지법학」은 인쇄출판과 전자출판의 형태로 간행하며, 전자출판의 경우 원문파일을 명지대학교 법과대학 법학연구소 홈페이지에 게재한다.
 - 홈페이지 주소: <http://col.mju.ac.kr/user/mjulaw/index.html>

제3조(원고의 게재)

- ① 투고 원고는 「명지법학」 투고규정상의 투고 자격을 갖춘 투고자의 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 「명지법학」에 게재한다.
- ② 투고 원고는 전문 학술논문으로써 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며, 「명지법학」 투고규정 및 원고작성 지침에 따른 절차와 요건을 갖춘 것이어야 한다.
- ③ 제출된 투고 원고가 본 연구소가 제시한 투고규정 및 원고작성 지침에 부합하지 않을 경우에는 수정을 요구할 수 있다.

제4조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.
- ② 편집위원은 편집위원장을 포함한 5인 이상으로 한다.
- ③ 편집위원이 될 수 있는 자는 법학교수, 법학분야 박사학위 보유자 또는 법률분야에 5년 이상 종사한 자로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.
- ④ 편집위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.
- ⑤ 편집위원장은 편집위원 중 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

제5조(편집위원회의 업무)

- ① 「명지법학」의 편집 및 출판
- ② 「명지법학」 원고의 접수 및 게재 여부 심사
- ③ 「명지법학」 연구윤리위원회의 결정에 따른 조치
- ④ 기타 간행물의 편집 및 출판

제6조(편집위원회의 운영)

- ① 위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 위원장이 소집한다.
- ② 위원회의 의결은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
- ③ 위원회는 「명지법학」 기타 간행물에 투고된 원고를 제8조의 기준과 「명지법학」 투고규정 및 「명지법학」 원고작성 지침에 따라 심사하여 그 게재 여부를 정한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

제7조(심사위원회의 구성)

- ① 논문 심사는 제8조 제1항의 기준에 따라 편집위원회에서 위촉하는 3인의 심사위원이 심사한다.
- ② 심사위원은 명지법학연구소의 연구위원 및 편집위원장이 위촉하는 외부 심사위원으로 구성한다.
- ③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

제8조(원고의 심사)

- ① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
 1. 주제설정(창의성과 적절성)
 2. 연구 방법의 논리적 완결성
 3. 연구의 학술적 완성도
 4. 연구결과의 학문적 기여도
 5. 종합의견(게재, 수정 후 게재, 수정 후 재심사, 게재 불가)
- ② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.
 1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
 2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
 3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도
- ③ 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 수정 후 재심사(차호 게재), 게재 불

가로 구분한다.

- ④ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

제9조(심사료) 「명지법학」 투고논문을 심사하는 심사위원에게는 소정의 심사료를 지급할 수 있다. 심사료는 편집위원회에서 결정하며, 법학연구소장이 지급여부를 결정한다.

제10조(게재료) 「명지법학」에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 결정한다.

제11조(본 규정의 시행 및 개정)

- ① 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거친 날로부터 시행한다.
- ② 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거쳐서 개정할 수 있다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 투고규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(투고자격)

- ① 국내외 대학 전임교수
- ② 법률 분야의 종사자
- ③ 대학원생으로써 박사학위 수료 이상의 자
- ④ 기타 편집위원회의 추천을 받은 자
- ⑤ 각 호의 자와 공동으로 투고하는 자

제2조(투고원고)

- ① 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.
 1. 발표논문: 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
 2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 투고된 논문
 3. 기타(번역·평석 등): 「명지법학」 게재를 위하여 제출된 번역, 판례평석, 입법동향분석, 서평 등
- ② 학술지에 게재할 원고는 다음의 요건을 갖춘 것이어야 한다.
 1. 법학 연구 및 교육 혹은 법률문화 창달에 기여하는 내용의 원고 일 것
 2. 다른 학술지 등에 발표한 일이 없는 원고일 것, 다만, 타 학술지에 일부 발췌문을 발표하였을 경우에는 그 전문(全文)을 투고할 수 있다.
 3. 외국논문을 한글로 번역한 논문의 경우에는 게재를 요청하는 번역자에 의해 저작권 협의가 이미 완료되어 있을 것
- ③ 학술지에 게재할 원고의 전체분량은 「명지법학」 원고작성 지침에 따른 형식으로 20매 내외를 원칙으로 하며, 30매를 초과할 경우 편집위원회의 결정에 따라 게재가 허용될 수 있다.

제3조(투고절차 및 방법)

- ① 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ② 원고는 작성자의 인적사항을 삭제한 후 제출하고, 표지에 저자명, 소속, 직위,

연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.

- ③ 원고 제출은 투고기한 내에 완성된 원고를 첨부하여 전자우편(E-Mail)으로 송부함을 원칙으로 한다.

제4조(투고기한) 논문의 투고는 「명지법학」의 발간 예정일을 기준으로 1월 전(각 6월 30일, 12월 31일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정으로 기한을 초과하여 제출하는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

제5조(논문제출처) 논문투고에 관한 문의와 투고논문의 제출처는 다음과 같다.

- 주소: (03674) 서울시 서대문구 남가좌동 50-3 명지대학교 법학연구소
- 이메일: lawresearch@mju.ac.kr
- 전화: 02-300-0803
- 팩스: 02-300-0804

제6조(저작권)

- ① 학술지의 편자(編者)는 법학연구소장의 명의로 한다. 다만, 학술지의 내용에는 개별 원고의 집필자를 명시한다.
- ② 「명지법학」에 출판된 모든 저작물의 편집저작권 및 출판권은 본 연구소에 귀속된다.

제7조(투고논문의 작성방법) 투고논문의 작성방법은 명지법학 원고작성 지침에 따른다.

제8조(논문의 심사)

- ① 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정·보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규정에 따라서 이루어진다.
- ② 「명지법학」의 심사기준은 1) 논문제목과 내용의 적합성, 2) 기존연구와의 차별성, 3) 연구내용의 독창성, 4) 연구방법과 결과의 명확성, 5) 논문체계와 기술방법의 적절성, 6) 참고문헌 인용의 적합성, 7) 연구 기대효과 및 학계 기여도로 한다.
- ③ 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 문서(전자문서, 이메일 포함)로써 통지한다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 즉시 통보한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리 규정

제정 2007. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(목적) 이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적 인 사항을 규정함으로 목적으로 한다.

제2조(용어의 정의) 이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- ① "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
- ② "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
- ③ "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
- ④ "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나, 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
- ⑤ "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
- ⑥ "제보자"라 함은 부정행위 또는 부적절행위를 인지한 사실 또는 관련 증거를 제시한 자를 말한다. 다만, 고의 또는 과실로 당해 주장이나 증언에 반하는 사실을 간과한 자는 제보자로 간주하지 않는다.
- ⑦ "피조사자"라 함은 제보 또는 연구소의 인지에 의하여 부정행위 등의 조사대상이 된 자 또는 조사를 수행하던 중 부정행위 또는 부적절행위에 가담한 것으로 추정되어 조사대상이 된 자를 말한다. 다만, 조사과정에서의 참고인이나 증인은 포함되지 아니한다.

제3조(기능) 위원회는 명지법학의 회원·준회원 또는 단순게재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

- ① 연구윤리 확립에 관한 사항
- ② 연구부정행위의 예방, 조사에 관한 사항
- ③ 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항

제4조(구성)

- ① 위원회의 위원은 명지법학의 편집위원장이 지명하는 편집위원 중 3명과 위원회의 추천을 받은 외부 인사 2인으로 한다.
- ② 연구윤리위원장은 위원회에서 호선하고, 위원장과 위원의 임기는 2년으로 한다.
- ③ 위원회의 제반업무를 처리하기 위해 간사 1인을 둘 수 있다.
- ④ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

제5조(회의)

- ① 위원회의 회의는 필요한 경우에 위원장이 소집하고 주재한다.
- ② 회의는 재적위원 과반수 출석으로 성립하며, 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 필요한 경우 위원이 아닌 자를 회의에 참석시켜 의견을 들을 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제6조(연구부정 행위 조사)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정행위 존재 여부를 조사하여야 한다.
- ② 위원장은 예비조사를 실시할 수 있다.

제7조(위원회의 권한과 책무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에 혐의 사실을 인정할 것으로 추정할 수 있다.
- ③ 위원회는 연구기록이나 증거의 상실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.

제8조(기피·제척·회피)

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의·의결 및 조사에 관여

할 수 없다.

- ③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피를 신청할 수 있다.
- ④ 위원장은 위원 중 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사 사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

제9조(진술기회의 보장) 위원회는 조사 사실에 대해 피조사자에게 의견을 제출하거나 해명할 기회를 부여하여야 한다.

제10조(조사결과에 따른 조치)

- ① 위원회는 재직위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사자 실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.
- ② 연구부정 행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
 - 1. 연구부정 논문의 게재취소
 - 2. 연구부정 논문의 게재취소 사실의 공지
 - 3. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록·접수·취소 일자, 취소 이유 등이 포함되어야 한다.

제11조(결과의 통지)

- ① 위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및 제보자 등 관련자에게 통지한다.
- ② 전항의 통지 방식에는 전자문서에 의한 통지도 포함된다.

제12조(재심의)

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심을 요청할 수 있다.
- ② 전항의 재심의 요청 방식에는 전자문서에 의한 요청도 포함된다.

제13조(비밀유지의 의무 등)

- ① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 노력하여야 한다.
- ② 제보·조사·심의·의결 및 건의 등과 관련된 일체의 사항은 비밀로 하되, 상당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

- ③ 위원 및 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 심의·의결·조사 기타 관련 절차에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

제14조(경비) 위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 원고작성 지침

법학연구소에서 간행하는 「명지법학」에 논문을 게재하고자 하는 자는 다음의 원고 작성 절차를 준수해야 한다.

다 음

1. 원고 작성의 원칙

- 1) 원고는 워드프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 전자우편(E-Mail)으로 제출하며, 워드 프로세서는 [한글] 프로그램 사용을 원칙으로 한다.
- 2) 원고는 국문으로 작성하는 것을 원칙으로 하되, 필요한 경우 외국어로 작성할 수 있다.
- 3) 원고는 각주, 표, 그림 등을 포함하여 A4 용지 20매 내외로 하는 것을 원칙으로 한다.

2. 원고의 구성

원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 한다.

- 1) 논문제목(부제 포함)
- 2) 투고자 성명(학위, 소속 및 지위 등 투고자의 인적사항에 관한 내용은 각주로 표시함)
- 3) 논문요지
- 4) 논문요지의 검색용 주제어(주제어는 10개를 넘지 않도록 함)
- 5) 본문(각주 포함)
- 6) 참고문헌(본문에서 인용한 참고문헌에 한함)
- 7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 포함
- 8) 외국어 주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 국문 주제어): 외국어 주제어는 국문 주제어와 같은 순서로 배열함

3. 원고 작성의 규칙

구체적인 원고작성 양식은 다음과 같다.

- 1) 목차의 순서는 다음과 같다.
 - I. 로마숫자 (가운데 정렬)

- 1. 아라비아 숫자
 - (1) 괄호 숫자
 - 가. 한글 가, 나, 다
- 2) 공동 연구논문인 경우에는 공동 연구자 성명에 *로 각주표시를 한 후 해당 각주에 책임연구자와 연구자를 각각 기재한다.
- 3) 각주의 표기는 다음과 같다.
- 저서 인용: 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.
 - 한글 및 일본어, 중국어 저서일 경우, 책명을 「」으로 표시한다.
 - 영어 및 독일어 등 서양문헌인 경우 책명을 이탤릭으로 표시한다.
 - 정기간행물 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제○○권 ○호(년도), 면수.
 - 영어 및 독일어 등 외국잡지일 경우 저자명, “논문제목”, 「논문집명」, 권호, 년월, 면수의 순으로 하며, 논문제목은 이탤릭으로 표기한다.
 - 기념논문집 인용: 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문 「기념논문집명」, 면수.
 - 판결 인용: 대법원 19○○.○○.○○. 선고, ○○다○○○○ 판결 (법원공보 19○○년, ○○○면) 또는 대판 19○○.○○.○○, ○○다○○○○
 - 미국 판례의 경우: 제1당사자 v. 제2당사자, 판례집 권 번호 판례집 약자, 판결의 첫 페이지, 인용된 페이지 (선고년도) 또는 사건명의 약칭, 판례집 권 번호와 판례집 약자 at 인용된 페이지.
 - 그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하여 작성한다.
- 4) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정
- 위쪽: 30, 아래쪽: 35, 왼쪽: 35.9, 오른쪽: 35.9, 머리말: 15, 꼬리말: 15, 제본: 0
- 5) 문단모양
- 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄 간격: 160, 문단 위: 0, 문단 아래: 0, 낱말 간격: 0, 정렬방식: 혼합
- 6) 글자모양
- 서체: 신명조, 자간: 0, 장평: 100, 크기: 10
- 7) 참고문헌은 저자명, 저서명 또는 논문 제목, 출판사 또는 학술지명 및 권호, 발간연도의 순서로 기재한다.
- 참고문헌의 글자크기는 9pt로 한다.
 - 참고문헌의 순서는 국내문헌, 동양문헌, 서양문헌 순으로 한다. 국내문헌은 저자명의 가나다순, 동양문헌은 그 나라 발음의 알파벳순, 서양문헌은 발음에 관계없이 알파벳순으로 한다.

◆ 편집위원회

위원장 : 박영규 (명지대학교 법과대학 교수)

위 원

권건보 (아주대학교 법학전문대학원 교수)

노호창 (호서대학교 사회과학대학 교수)

선정원 (명지대학교 법과대학 교수)

송재일 (명지대학교 법과대학 교수)

신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)

이철기 (가천대학교 법과대학 교수)

최병천 (전남대학교 법학전문대학원 교수)

홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

간 사 : 최석환(명지대학교 법과대학 교수)

편집 보조인 : 윤정미(명지대학교 법학연구소 교육조교)

明 知 法 學 (제 17권 제 2호)

2019년 1월 30일 인쇄

2019년 1월 31일 발행

板 權
所 有

발행인 : 박 영 규

발행처 : 명지대학교 법학연구소

주 소 : 서대문구 남가좌동 50-3

전 화 : (02)300-0803, FAX : (02)300-0804

제 작 : 도서출판 학술정보

* 이 책의 무단복제·복사·전재를 금함

ISSN 1229-7585

