

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 **연 세 용**

刊 行 辭

명지대학교 법학연구소가 2004. 4. 1. 출범한 이후, 지속적으로 발간되고 있는 명지법학이 이번에 제18권 제2호로 나오게 되었습니다.

이번 호에는, “기층법원 안건 분류의 명확성에 관한 논의”, “민정에 부합하는 법리의 적용에 있어서 검찰기관의 중요성 논의”, “좋은 규제의 판단기준에 관한 소고”, “상생협력법상 규제 범위의 개선에 관한 고찰” 및 “미국 테러방지 체제상의 인원보호제도에 관한 일고찰 - 국토안보부를 중심으로” 등 총 5편의 논문들이 게재되었습니다.

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

그 동안 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 제18권 제2호의 발행에 즈음하여, 원고를 투고해 주신 분들, 논문을 심사하여 주신 심사위원님들 그리고 법학 연구에 헌신하고 계신 모든 분들께 감사의 마음을 전합니다. 아울러, 명지법학 제18권 제2호가 나오기까지 편집·출판을 맡아주신 김주영 교수님께도 진심으로 감사의 뜻을 전합니다. 모든 분들이 올 한해도 더욱 건강하시고 많은 성취 이루시기를 바랍니다.

2020년 1월

명지대학교 법학연구소장 박 영 규

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

- 基层法院案件繁简分流标准的明确性论议 이녕 · 황보명국 / 1
- 检察机关在民情与法理契合点上的重要性探讨 송치명 · 휘평 / 19
- 좋은 규제의 판단기준에 관한 소고 황 현 희 / 37
- 상생협력법상 규제 범위의 개선에 관한 고찰 홍 명 수 / 55
- 미국 테러방지 체제상의 인권보호제도에 관한 일고찰 - 국토안보부를 중심으로
..... 김 주 영 / 73

[부 록]

- 「명지법학」 편집규정 105
- 「명지법학」 투고규정 108
- 「명지법학」 연구윤리규정 111
- 「명지법학」 원고작성 요령 115
-

基层法院案件繁简分流标准的明确性论议

(기층법원 사건에 있어서 복잡한 분류기준의 명확성에 관한 논의)

이녕(李宁)* · 황보명국(皇甫明国)**

논문요지

현재의 중국 사회는 전환기에 처해 있다고 할 수 있다. 급속한 경제의 발전과 더불어 사회의 여러 모순이 뒤엉키어 날로 복잡해지고 있다. 결과적으로 대량의 해결하지 못한 사회적 모순이 소송의 형식으로 법원으로 집중되고 있는 상황이다. 하지만 여기에 필요한 사법의 자원은 제한되어 있다. 특히 얼마 전에 있었던 사법의 개혁으로 재판자격을 소지한 법관의 수량도 많이 줄어서, 사법의 재판 업무에 엄청난 압력을 가하고 있다. 그리고 사법의 책임제를 통하여 '사건을 재판한 법관의 책임 원칙'을 지키게 하면서 재판권의 실행과 관련 법규의 통일적인 적용으로 인하여 안건의 재판에 더욱 많은 요구가 있게 되었다. 이러한 와중에 사건의 분류는 법관의 재판에 있어서 자못 중요하게 되어 그 표준을 어떻게 정하는가에 의하여 법률의 안정성 유지에 영향을 주게 된다. 재판의 담당 법관은 현행 제도의 요구대로 재판의 효율성을 제고하기 위해서는 사건의 분류를 중요시 하여야 문제를 해결할 수 있으며 사법의 자원도 절약할 수 있다. 특히 전국적으로 법원에 보편적으로 존재하고 있는 문제가 사건은 많고 판사가 적어서 최고인민법원에서 최근에 사건의 분류제도를 줄곧 강조하고 있다. 본문은 바로 이러한 시점을 염두에 두고 중국 기층법원 사건 분류의 명확성과 여기에 존재하는 문제점을 분석하고 관련 대책을 논의하고자 한다.

검색용 주제어: 기층법원, 사건, 분류, 표준, 명확성

· 논문접수: 2019.12.13. · 심사개시: 2020.01.10. · 게재확정: 2020.01.21.

* 청도대학교법과대학 대학원생, 2019중국법률직업자격시험 통과.

** 법학박사, 청도대학교법과대학 부교수, 중일한법학연구센터 소장, 교신저자.

目 录

前 言

一、基层法院案件繁简分流标准的明确性概要

二、基层法院案件繁简分流标准的明确性存在的问题

三、基层法院案件繁简分流标准明确性问题解决对策

结 语

前 言

“公正与效率”是人民法院工作的永恒主题，二者矛盾地统一于审判实践中。如何抓住矛盾的主要方面是追求最佳司法效益的首要问题。随着民商事案件数量逐年上升，整合审判力量，优化资源配置，规范和完善案件繁简分流的路径，以实现公正与效率的合理平衡，成为当前法院审判管理工作重中之重的任务。案件繁简分流机制是解决当事人诉累的重要途径，符合当今世界司法审判发展的普遍规律。案件繁简分流可以做到简案快审、疑案精审之目标，能较好地促进审判效率与审判质量的提高，实现便民服务之宗旨。

一、基层法院案件繁简分流标准的明确性概要

（一）“繁简分流”的概念

基层法院案件的“繁简分流”，是指“基层法院的案件在立案以后，根据案件的难易程度，将简单的案件集中由少数几个固定的法官根据简易程序进行审理。”顾名思义，“繁”是指复杂案件，“简”是指简单案件，“分流”操作是在案件受理后通过对案情进行定性分析，将案情复杂与简单的案件区分开，复杂案件适用普通程序审理，简单案件适用简化的诉讼程序审理，以发挥不同审判程序的制度功能，达到审判资源的科学配置。在繁简分流中，对审判效率影响较大的是简易程序的理解和适用。对简易程序的理解，《布莱克法律辞典》的解释是：简易程序，以相对快速、简单的方式解决争议或处理案

件的没有陪审团的程序¹⁾。《美国法律辞典》的解释是:简易程序,使特定的法律问题可以快捷地得到解决的简化程序。简易程序采用审理的普通形式,但是它简略,根据简化的程序规则进行。日本《法学辞典》的解释是:简易程序,是指相对于通常诉讼程序,以简易、迅速处理为目的的诉讼程序;在简易程序中,有的是不经过实质审理,有的是限制了攻击和防御的方法,有的是以释明代替证明,并以此来实现通过简易的审理达到迅速的目的。”在中国,“简易程序,是指专供基层人民法院和它派出的法庭审理简单的案件时所适用的审判程序。”简易程序的根本特性表现为“简便易行”,是中国民事诉讼始终强调的“两便”原则的最集中体现。由此可见,民事诉讼繁简分流的主要目的是通过识别案件的复杂程度,将简单案件从普通的诉讼程序中分流出来,适用简化的诉讼程序规则,以快速、便捷的解决简单纠纷。

然而基层法院案件的“繁简分流”,是指根据案件的标的额大小、双方当事人、数量、事实和法律关系复杂程度等因素,将民商事案件区分成简单与复杂的案件,对不同案件配置不同司法资源进行分别处理,以此达到优化司法资源配置、提升审判质效的目的。“繁简分流”是一个立体的、动态的过程,按照审判流程可以分为四个层次,第一个层次是诉前分流,简单案件通过多元化纠纷解决机制进行化解,过滤后的复杂案件再流入法院系统,以此减少法院受案数量;第二个层次是程序分流,简单案件通过适用小额诉讼程序、简易程序等进行“快审”,复杂案件通过适用普通程序进行“精审”,通过难案与简案的甄别,分流至不同的审判程序,进而合理配置审判资源;第三个层次是审前分流,审前分流主要指庭前会议制度,召开庭前会议的内容包括但不限于组织证据交换、组织庭前调解等,通过召开庭前会议来减轻法官庭审负担,甚至直接通过准予撤诉或调解方式提前终结整个诉讼程序;第四个层次是文书分流,通过庭审查明的事实难易程度确定审理重点,根据审理重点在文书中有所侧重,简化甚至取消其他非重点事项的论述部分,以此减轻法官的工作量²⁾。

(二) 实行繁简分流机制的重要意义

1. 繁简分流是缓解案多人少的重要手段

“司法改革无论如何冠冕堂皇,总是基于积案的压力。”³⁾当前中国各级法院受理案件数量激增,基层法院民商事案件审判领域更成为“重灾区”,而受编制影响,各级法院法官数量实在有限,面对群众日益增加的各类诉求,如果在

1) 參見：李少平《最高人民法院關於進一步推進案件繁簡分流优化司法資源配置的若干意見》讀本第132-135頁。

2) 參見：黃秀麗《論繁簡分流与快速處理机制—以一個基層法院的司法運作爲樣本》于西南政法大學2010年論文第5-8頁。

3) 參見：梁振彪《“繁簡分流”与民事訴訟程序簡化—基層法院的司法路徑》于西南政法大學2010年論文第9-12頁。

每一个案件的审理上都适用相同的程序、分配同等的司法资源，不但影响了案件审理周期、增加了法官的工作量，更间接影响了当事人的权利，“人民群众提起诉讼，不但希望得到一个说法、一个胜诉判决，而且希望得到公正、高效、及时、便民的诉讼服务”。效率作为现代司法重要价值之一，已经赋予了和公正同样重要的地位，英美法系尚有“法忌延迟”的谚语，意即迟到的正义不是正义，这条定律尤其体现在一些简单的民生案件上，该类案件的诉讼拖延极易导致当事人间激化、信访等问题⁴⁾。因此，在民商事案件审理过程中科学地运用繁简分流制度，将案件事实较清楚、矛盾冲突不明显的简单纠纷被分流出来适用占用司法资源较少的简化程序审理，复杂纠纷适用严格的普通程序审理，这样，不仅使实体判决的公正性得到保障，更能够提升审判效率、优化司法资源的配置，进而缓解“案多人少”的矛盾。繁简分流不单纯是普通程序和简易程序的分开适用，还牵涉到法院的整体工作和一系列的改革，具体讲有以下几点好处。

(一) 有利于审判效率和审判质量的提高。繁简分流的动力始于案多人少的矛盾，随着中国经济社会的发展，大量的矛盾纠纷涌入法院，导致法院案多人少的矛盾异常突出。如何解决这一矛盾，满足人民群众越来越高的司法需求，是新时期摆在人民法院面前的严峻课题。我们现在存在的一个突出问题是案件多，平均用力，效率不高。实行案件的繁简分流，简易案件简单审，复杂案件精确审，不仅会提高案件的办结效率，而且会提高案件质量。(二) 有利于诉讼与非诉讼纠纷对接解决机制平台的建设。不是所有的纠纷都经过诉讼程序就好，也不是所有的纠纷只有经过诉讼程序才能解决。通过法院对外的业务指导，调动非诉调解纠纷的积极因素，把大量的纠纷挡在诉外，实现诉内与诉外的案件分流。不仅调动了社会力量参与矛盾纠纷的解决，而且使法院从繁重的案件中解脱出来，实现了精确审判，对有效缓解案多人少的矛盾大有好处。(三) 有利于促进法官职业化和专业化建设。实行繁简分流，势必会带来法官专业上的分工，从而提升职业化水平，使法官群体得到锻炼。审理简易案件的法官就要在快捷、高效上下功夫；审理普通案件的法官就要在严格、精深上下功夫，这既反映了当事人不同的诉讼价值要求，也体现了法官不同的司法价值追求，必然促进审判的专业化水平。(四) 有利于法官分类管理和类型化审判。法官分类管理是司法改革的重要内容，而繁简分流工作除了程序分流以外，按审判流程还可以分为立案法官、速裁法官、调解法官、审理法官和执行法官，审理法官包括刑事、民事、行政法官，通过实行法官分类管理的改革，形成法官的专业化分工，促进了类型化审判，这是完全符合中央关于司法体制、机制改革要求的。

2.繁简分流是推行司法改革的重要内容

人民法院始终坚持便于当事人诉讼和便于人民法院依法独立、公正和高效行使审判权

4)參見：邱聯恭《司法之現代化与程序法》，第207-211頁。

的“两便原则”，在司法实践中也不断尝试和推进诉讼缓和和程序的简化，但是，中国法院系统司法效率整体不高，这与诉讼机制运行不科学、司法资源配置不合理有着很大关系，繁简分流是一个长期、系统的工程，不可能与司法改革的其他事项割裂开来，只有通过探索对民商事案件进行繁简分流，简化诉讼程序，提高审判效率，才能做到以点带面、点面结合，促进司法制度和诉讼制度的科学化和规范化。

3.繁简分流是践行司法为民的重要举措

在经济发展和人们社会交往过程中，纠纷的产生无法避免，但产生的纠纷必须通过一定途径进行化解，否则将不利于经济健康、有序、长效地发展，甚至造成社会的动荡。法院的司法裁判作为纠纷解决的最后手段，筑成了维护经济发展和社会稳定的最后一道防线，但是法院的司法裁判必须历经一系列法定的诉讼程序，当事人在复杂案件中往往愿意适用更复杂的程序并且愿意为此支付相对更高的诉讼成本，但在简单案件中，当事人对诉讼程序的需求则更倾向于简单、及时、低成本、高效益，当诉讼程序越严格、规则越复杂时，当事人的经济、心理负担就越重，这种负担甚至会超越当事人选择诉讼所带来的收益，而现阶段，中国各级法院就不同程度存在繁简不分的问题，这显然不能满足人民群众不同的司法需求，与中国司法为民的服务宗旨相悖。因此，各级法院应当正视人民群众对诉讼程序的司法需求，探索运用繁简分流制度作为对人民群众司法需求的制度回应，做到“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”⁵⁾。

4.繁简分流是提升国家治理能力的重要体现

人民群众日益增长的司法需求与司法资源短缺正成为当前人民法院工作的主要矛盾，该矛盾必然不能靠无限增加司法资源来化解，如何在“案多人少”背景下平衡司法公正与司法效率的关系就成为法院系统面临的重要难题。繁简分流制度的推行就是着眼于人民法院在推进国家治理体系和治理能力现代化中所扮演的角色，用改革的思维和方式研究破解执法办案工作面临的难题，完善诉讼程序机制、优化司法资源配置，在解决当前迫切问题的同时建立长效制度机制，不断提高司法效率。

二、基层法院案件繁简分流标准的明确性存在的问题

(一)各地繁简标准不统一且不够细化

5)参见：张丽《德国民事一审程序繁简分流研究——兼论其对于中国的借鉴意义》于南京大学，2013论文第19-21页。

由于案件的繁简区分在立案第一关上很难掌握，立案审查只是表面上的审查，有的案件从表面上看简单，但审理中却发现许多疑难问题，只有转普通程序进行审理，简案不简，影响简易案件的审判效率。同时中国在诉讼程序的规范上，简易程序和普通程序的适用不规范。中国民事和刑事诉讼法对适用简易程序均有明确的规定，然而，这种规定过于笼统，在实践中难以操作。

虽然最高人民法院在《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》中明确提出要将案件的事实繁简程度、社会影响大小、法律适用和裁判结果的指导意义等作为划分繁简案件的主要考虑因素⁶⁾。但是该项规定属于概括性规定，司法实践中各基层法院都有自己的判定标准，具有较强的主观性。一般的做法是采用归纳法、列举法和排除法等，主要通过立案法官判断、利用科技信息化判断或人机结合判断等方法，虽然这些方法各有成效，但“简案不简”还是时有发生⁷⁾。

以标的额较小为例，“较小”二字难以界定。《民事诉讼法》规定小额诉讼为标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下的，实行一审终审。以天津市为例，63180元的30%即18954元，而深圳法院定为20万以下，浙江常山法院500万以上为“繁案”，还有的法院按照数额划分团队，速裁团队审理20万元以下案件，成立两个简易团队负责审理20万至100万的简单民事案件，如唐山市路北区法院。但是也有法院并没有以数额为标准进行限定，如浙江岱山法院⁸⁾。

(二) 缺乏专业化、类型化分流

案件繁简分流的目的是为了更好地实现司法资源优化配置、缓解法官审案压力、为当事人节约司法成本，故应根据案件难易进行实质性地分流，而实践中因案件难易的标准不清晰，致使一些法院的繁简分流简单而机械，未实现制度设计的预定目标。案件繁简分流的层面出现形式、机械、混乱的情形。

案件繁简分流形式化。并未解读最高院颁布的繁简分流意见的目的，片面追求简案适用率。除法律规定必须适用繁案程序的案件外，一律适用简案程序。在立案甄别阶段，不对案件的难易程度进行实质区别，而是仅根据案由及法律规定，在法律规定的范围内，追求简案适用范围的最大化，而不对案件进行实质甄别。

案件繁简分流机械化。(1) 标的数额一刀切。无论何种类型的案件，不看案情复杂程度，完全根据标的大小来区分繁简，或三百万以上，或五百万以上，均适用繁案程序，而标的在三百万或五百万以下的就适用简案程序。标的额的大小并不代表案情的难易，标的额较大但法律关系明确的案件适用繁案程序会司法资源，而标的额小但案情复杂适用简案程序反而会造成审限无限延长、司法成本更高的现象⁹⁾。(2) 简案类

6) 参见：刘子平《民事诉讼审前案件分流机制的法律思考》载于《法制与经济》，2015年第4期。

7) 参见：倪娜《“繁简分流”，让公正与效率并驾齐驱》载于《当代广西》，2016年第17期。

8) 参见：黄振东，邱碧媛《“繁简分流”的深圳探索——以裁判文书和庭审方式改革为重点》载于《人民法治》，2016年第10期。

型一刀切。根据法院受理民事诉讼案件的不同类型,首先明确属于简单案件的构成要件,将这些要件作为甄别标准,对案件繁简分流时简单区分,比如离婚案件,结婚时间较短、不涉及子女抚养和财产、住房分割的为简案;对于债务纠纷,原告起诉时有书面借据可证明借贷关系的为简案;对于损害赔偿案件,原告请求赔偿数额低于一定标准的为简案,这种情况仅明确具体要件、忽略综合要件,机械地定义和区分案件繁简,极易造成似易实难与似难实易的困惑。

立案环节的繁简分流也包括按照专业审判团队或者类型化案件进行分流,小额诉讼程序限定了九种类型¹⁰⁾,即:(一)买卖合同、借款合同、租赁合同纠纷;(二)身份关系清楚,仅在给付的数额、时间、方式上存在争议的赡养费、抚育费、扶养费纠纷;(三)责任明确,仅在给付的数额、时间、方式上存在争议的交通损害赔偿和其他人身损害赔偿纠纷;(四)供用水、电、气、热力合同纠纷;(五)银行卡纠纷;(六)劳动关系清楚,仅在劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或者赔偿金给付数额、时间、方式上存在争议的劳动合同纠纷;(七)劳务关系清楚,仅在劳务报酬给付数额、时间、方式上存在争议的劳务合同纠纷;(八)物业、电信等服务合同纠纷;(九)其他金钱给付纠纷。但是没有施行类型化分流与类型化审判。有的法院成立了物业纠纷审判庭或者金融审判团队,但是速裁庭仍然甄选此类适用小额程序或者进行诉前调解。如果物业纠纷审判团队更有经验,或者有相关的要素式、表格式裁判文书,也许较速裁庭更利于化解纠纷。现在的模式仍是速裁庭基本覆盖了这几类类型化案件,而专业化的审判团队较少,发牌式分案模式导致审判庭法官审理案件类型比较杂。比如一个擅长于建设工程、买卖合同类案件的法官遇到家事纠纷就感到棘手,那么一件简案也就成了繁案。一个法官承办案件类型多在基层法院的人民法院表现得尤为明显,造成案件繁简转换混乱化。在对案件进行繁简分流后,案件进入实质审理程序,案件的繁简一目了然,会发现案件繁简分流不当的情况,这时需要案件的繁简转换,但部分法院存在案件繁简转换混乱的情况,转换困难和转换随意在司法实践中均存在的,有的法院规定一旦分流不宜转换,或者有的法院无需领导审批法官自行转换,造成案件乱转、繁案适简、简案适繁的情况,这种情况使案件繁简分流失去意义。

(三) 信息化和智能化建设水平有待提高

在“互联网+”时代,信息技术是先进生产力,是未来社会发展不可阻挡的趋势,谁能率先掌握、灵活应用,谁就能掌握工作主动权。对于民商事案件繁简

9)参见:刘春花《论中国民事速裁机制的构建—以深圳宝安法院速裁庭为例》于西南政法大学,2016论文第11-13页。

10)参见:刘春花《论中国民事速裁机制的构建—以深圳宝安法院速裁庭为例》于西南政法大学,2016论文第13-14页。

分流工作而言，有无信息技术的支撑有着天壤之别，如果没有强大的信息技术手段作为支撑，法院的案件繁简分流只能是一辆人力车，根本无法走得更远。

纵观各地基层法院的改革实践，目前部分法院在庭审智能记录、卷宗智能归档、文书智能草拟、案例智能剖析等相关领域的信息化应用还处于初级探索阶段。如欠发达地区改革试点的扶绥县人民法院，由于每年办公经费较为拮据，用于信息化建设的经费多用于设备购置，根本无系统软件的开发经费，因此案件繁简分流的信息化程度无自创性可言。又如，对于地处少数民族地区的法院来说，使用现有的庭审语音识别系统对于少数民族语言的识别率非常低，庭审工作仍需人工操作补录，工作量仍然巨大，远没有达到“智能化”程度，智能化辅助审理案件仍有很大提升空间。在这一背景下类案类判成为了法官裁判案件时着重考虑标准，以保持法律一贯追求的稳定性价值属性。办案法官在高位运行的案件数量和繁简分流机制下激发的效率需求，与现有查找方式单一的类案检索工具很难击中法官的办案痛点冲突明显，无法有效地解放司法生产力。

类案检索数据库供给的缺陷体现在两个方面：一是数据库的缺陷，二是未分流的缺陷。实践中，从类案检索的来源看，主要包括中国裁判文书网上的裁判文书、案例库、法律法规司法解释、法律文件、法律图书期刊、公开的诉讼数据、庭审录音录像等。但是这些检索来源并未同时存在于同一类案检索平台，所以它们之间并没有能够利用数据的关联，构建出符合法官办案需要的类案推送平台。另外，作为类案检索基础数据的上网裁判文书，存在着时间和空间上的“先天缺陷”。2013年后各地法院开始大量集中地公开裁判文书，截至2019年7月，中国裁判文书网上已公布了将近5000万件，但这些文书的时间段主要集中在近五年，以往的裁判文书并未收录，并且发达地区的裁判文书公开数量远远多于经济不发达地区。因此，系统所储备的类案缺乏时间、空间的检验，很难较好地提炼出相对稳定的司法经验。而在案件繁简分流机制改革的背景下，审理繁案的法官与审理简案的法官无差别地使用简案与难案混合的数据库，也会造成简案检索结果需要法官进行二次筛选、难案检索结果不精确的情况。

文书分流未与时俱进

近年来，随着繁简分流制度的探索与改革，一些地方法院围绕裁判文书写作进行了繁简分流改革的探索并积累了宝贵的经验，比如深圳法院于2012年5月开始进行裁判文书简化改革，主要实行令状式、要素式、表格式裁判文书，北京知识产权法院探索实行省略式、引用式、表格式裁判文书，长沙县法院则实行分论式裁判文书。但是从随机搜索到的100份全国一审民商事案件判决书统计结果来看¹¹⁾，裁判文书主要存在以下问题。

(1) 各类判决书的适用数量分布不平均。在该100份文书中，适用普通程序样式的判

11) 该100份判决书来源于中国裁判文书网，搜索时间为2018年7月3日，搜索关键词分别为“2018”、“基层法院”、“一审”、“民事案由”、“判决书”。

判决书数量达到37份，占比37%，适用简易程序样式的判决书数量达到63份，占比63%，适用小额诉讼程序样式的判决书数量为0份，占比0%。判决书样式数量分布也侧面反映了目前全国各地基层法院小额诉讼程序适用率整体偏低，更谈不上令状式、表格式、要素式文书的适用。（2）判决书未严格依照规定的样式进行书写。在适用普通程序判决书样式书写的37份判决书中，有17份未按规定样式进行书写，占比45.9%，主要体现在证据和事实认定部分未区分有无争议的证据和事实分别进行书写。在适用简易程序判决书样式书写的63份判决书中，有61份未按规定样式进行书写，占比96.8%，主要体现在事实认定部分并未区分双方当事人有无争议进行书写，而是直接陈述法院认定的事实，再列明认定事实所采纳的证据材料名称¹²⁾。（3）判决书说理部分繁简不分、质量参差不齐。该100份文书基本仍然是沿用传统裁判文书书写模式，且说理部分质量普遍不高。其中，有的判决书只着重对裁判结果的说理，却忽视了对当事人意见的回应；有的判决书只对原告的诉请进行了予以支持或不予支持的阐述，未对被告的辩论意见予以回应；有的判决书在回应双方当事人意见时，仅仅对意见采纳与否的结果进行表述，对采纳与否的理由一概不进行论述；有的判决书对不区分争议焦点，在说理部分一概进行详细论述。这类书写方式形成的裁判文书中的说理部分逻辑结构不清晰、重复内容多、篇幅冗长、可读性差，不能满足当事人的阅读需求。

三、基层法院案件繁简分流标准明确性问题解决对策

（一）科学确定案件繁简标准

实践中，案件繁简标准划分应包括两个内涵，一个是程序方面的繁与简；另一个是实体方面的繁与简。1. 从案件程序入手划分繁简案件。从程序上看，划定为简案的案件一般需符合以下程序条件：(1)通过传票传唤或者其他简便方式通知，当事人可以随时到庭参加诉讼的案件；(2)当事人之间争议不大或虽有较大争但可以在规定的速裁期限内审结的案件；(3)无需追加当事人的案件；(4)无需审计、鉴定、评估的案件；(5)当事人明确表示放弃答辩、举证期限或者虽未放弃但所要求的期限不影响在规定的速裁期限内审结的案件；(6)其他适合速裁的案件。划定为繁案的案件一般需符合以下程序条件：(1)需要公告送达的案件；(2)确实需要审计、鉴定、评估的案件；(3)确实需要追加当事人的案件。新类型、疑难复杂案件的标准较主观，往往因人而异、因院而异，而程序标准较易识别。¹³⁾如果从程序方面限定划分案件的繁简，需从繁简的正反两方面界定，虽然不能做到100%精确，但是尽可能接近于准确，而且也有利于当事人

12) 参见：胡云腾《深化司法改革与行政审判实践研究》发表于全国法院第28届学术讨论论文集第210-216页。

13) 参见：孙国庭《论繁简分流视野下基层法院初步审判庭的设立》于苏州大学，2009论文第9-14页。

程序利益的保护。需要说明的是,《最高人民法院关于民商事案件繁简分流和调解速裁操作规程(试行)》规定,上级人民法院发回重审、指令立案审理、指定审理、指定管辖,或者其他人民法院移送管辖的案件以及再审案件不适宜速裁审理,这是划分繁简案件时必须注意的问题。

2.从案件实体入手划分繁简案件(1)根据共同要素划分。按照事实清楚、权利义务关系明确、争议不大三个标准细分,可以针对不同案件设置几个共同要素。例如,以诉讼请求为要素,如离婚纠纷中,不仅要求子女抚养权,还要求分割房产、公司股权等,诉请多的案件不属于简案。又如,以基本事实是否清楚为要素,如民间借贷纠纷中,双方只是对具体数额、给付时间、方式存在分歧的可以适用速裁程序,但如果债务存在抵押等多种担保方式,就不宜适用速裁程序。再如,以双方证据为要素,如果双方存在较大争议,提交正反两方面证据过多导致案件基本事实难以查清,抑或出现鉴定和反诉等其他情形,这就不属于简案。¹⁴⁾ (2)根据案件类型划分。《最高人民法院关于民商事案件繁简分流和调解速裁操作规程(试行)》规定了离婚后财产纠纷、买卖合同纠纷、商品房预售合同纠纷、金融借款合同纠纷、民间借贷纠纷、银行卡纠纷、租赁合同纠纷等事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的金钱给付案件可以采用速裁方式审理。但从实际操作看,离婚纠纷、房屋租赁合同纠纷、抚养费纠纷、赡养费纠纷、财产保险合同纠纷、劳务合同纠纷在速裁案件中占比较大,而金融借款合同纠纷适宜商事审判专业团队集中审理。(3)根据主客观评估划分。通过法官在审判实践中所总结的司法规律,结合审理案件中出现的新情况,对如何认定区分简单案件进行动态调整。同时,运用信息化手段,通过综合分析评估所在法院所审结的各类型民商事案件的审理期限、上诉率、二审改判率、发回重审率、申诉信访率等审判质效指标数据,合理汇总出简案的主要类型和特征,从而指导实践中繁简案件的区分。

(二) 形成专业化、规范化的案件分流标准

案件繁简比例的确定。片面追求简案的适用率或片面的追求繁案适用率都与最高院关于案件繁简分流意见相悖,因此确定案件繁简的大体比例十分重要,防止法官在行使自由裁量权时的滥用。以W县法院为例,虽然简案适用率达到近95%,但是部分简案在案件审理过程中延长审限和转换为繁案程序,与立案时运用繁案程序的案件相加总计达到总受理案件的30%。因此,繁简案件的比例应确定在1:2为宜。

案件综合识别排除标准。存在下列情况的案件不得适用简案程序:①法律规定不得适用简案程序的;②案情复杂的;③社会影响面广的;④当事人有上访情绪的;⑤首例新型的;⑥法律有无明确规定的;⑦一方当事人为知名人士的;⑧涉外、涉港、涉澳的;⑨涉及建设工程施工、土地宅基地纠纷类的。

14) 参见:杨晓萍《民商事案件繁简分流机制的全方位构建和完善——以 A 基层人民法院运作模式为视角》发表于《法制博览》,2017年第三期。

个案认定区分标准。除上述综合识别排除标准外，还应具体考虑个案的情况，根据原告陈述的事实和理由、当事人提供的证据加以甄别，使案件繁简分流得当。比如对于机动车交通事故责任纠纷案件，如果有明确的道路交通事故认定书和事故证明，应按简案处理；对于健康权纠纷案件，如果有公安机关的处罚认定或者询问笔录，则可以按照简案程序审理，如果事实认定不清的则应列入繁案范围；离婚纠纷中结婚双方结婚时间较短、无子女、无共同财产，应为简案；民间借贷案件，借条与付款凭证相互对应的为简单民事案件；身份关系清楚的抚养费及赡养费案件应为简单民事案件。

区域具体化标准。同样的案件在不同的区域来讲难易程度、复杂程度也不相同，因此在不同区域进行案件繁简分流时也应适用不同的标准。（1）标的额标准。中国东西部地区经济发展程度严重不一，2016年上海市居民年均纯收入为54305元，2016年西藏自治区城镇居民年均纯收入为18305元，差距较大，因此在进行案件繁简分流时考量标的额因素时应充分考虑到区域经济差别，即使在同一省份，不同的县区之间也存在经济差距较大的情况，因此不同法院在依据标的额划分繁简案件时应充分考虑当地的经济状况，笔者认为每个县应以其城镇居民的年人均收入的300倍作为划分点为宜，标的额低于本地年人均收入的300倍应按考虑适用简案，标的额高于本地年人均收入300倍的应考虑适用繁案。（2）少数民族自治地区标准。少数民族地区群众在诉讼过程中大多依附于习惯、风俗、当地的道德特色，因此案件基本以调解为主，在案件繁简的确定上应当以简案为主以繁案为例外，在繁简分流标准的确定上考虑当地的特色自行制定相应的标准。

案件繁简二次分流标准。因繁简案件甄别只是根据案由、案情、原告陈述的事实理由和提供的证据进行形式上的甄别，不可能达到100%的准确率，因此当案件分流后进入实质审判程序，可能会出现实际简案分流为繁案、实际繁案分流为简案的情况，这种情况下，应当存在繁简案件的二次分流救济，对案件进行重新分流。简案在审查过程中出现上述应当适用繁案程序的情形时，应当由承办人员出具书面的理由说明，经分管院长、院长审批后退回立案庭，由立案庭进行重新分流。繁案在审理过程中发现应当适用简易程序的，经分管院长、院长审批后退回立案庭，由立案庭进行重新分流。因法庭辩论终结的案件已基本调查完毕，不宜再更换审判人员再重新对案件进行调查，因此法庭辩论终结的案件不再进行二次分流。

（三）提高信息化程度，“类案检索”繁简分流机制设计

加强案件繁简分流的信息程度，会大大提高基层法院案件繁简分流的效率。用计算机代替人工，在繁琐的案件分流上会大大节约时间。因此设计一套与案件分流机制相互整合的类案检索路径，把类案数据库按照一定的标准划分为简案库与繁案库¹⁵⁾。对

15) 参见：刘春花《论中国民事速裁机制的构建—以深圳宝安法院速裁庭为例》于西南政法大学，2016论文第5-8页。

办理的案件进行甄别判断，简案进入简案库检索，难案进入繁案库检索，辅之以相应的智能化功能，且与案件繁简分流机制相得益彰，才是解决类案检索未分流而引起的重复整理推送数据的困境的应有之道。

第一，智能化筛选繁案和简案。对于类案池中非直立案件相关的指导性案例、公报案例以及各级法院筛选编撰的具有明确的参考价值各类案例汇编，都是具有典型性对复杂案件适用法律的阐释，这些案例符合疑难案件的标准，自然地应分为繁案行列。而对于各级法院的裁判文书，要多维度建立起“案件要素”与“繁案简案”之间的联系，这是将类案进行繁简分流的的关键¹⁶⁾。首先，以案由为标准一次分流，案由不同，类案的繁简设定规则就不同，比如金融借款纠纷案件的简单案件就占了绝大多数，所以金融借款纠纷的类案繁简分流就应当以简案设定为原则，以繁案设定为例外，系统默认金融借款纠纷类案为简案，除非类案存在诸如夫妻共同债务的认定等存在争议的因素。而建工类案件标的额大、诉讼参与人多元、法律关系复杂、涉及领域复杂应当以繁案设定为原则，以简案设定为例外¹⁷⁾。

这就需要每一类案由，甚至对同一案由下的某种案件事实，进行类型化分析，总结办案经验得出设定标准，并将这一标准抽象为标签，具体为法条，让系统去主动排查标签或适用争议的法条。其次，以要素标签的智能化筛选进行二次分流。

第二，个性化推送检索类案。简单案件的要素式模板生成。对于这类案件，可以直接引用法律及司法解释进行裁判，而法条往往散见于各类别的法律或司法解释中，由于法官之间法律知识体系存在差异，容易遗漏，可以通过检索系统检索类案模板解决上述问题。检索系统可以设计该类案件法律法规的展现、裁判规则的提炼、事实要素的归纳、格式化的说理。另外，还可以增加模板化裁判文书自动生成功能，不仅可以提升办案效率，也达到了统一裁判尺度的目的。目前，不管是令状式、表释式以及要素式的裁判文书已经在法官群体中得到认可。^③而不论哪一种形式的裁判文书：都是按照不同的案由和案情抽象出的“模板”，模板中提取了同类型案件的要素标签，法官只需要在系统中填写各要素的内容，数据库将类案池里的数据与关联法条进行比对分析，就可以自动生成需要的裁判文书，既提升了检索效率，也降低了文书的制作周期，更契合了要素式审判的改革需求。难案的智能化类案推送。

(四) 加强对案件文书分流的完善

首先裁判文书说理部分须繁简得当。在最新令状式、要素式、表格式裁判文书样式中，已经要求该三类文书对说理部分进行了相应简化，但该三类文书适用率并不高。笔者认为对当前基层法院民商事案件的裁判文书应当区分不同情况进行处理，通过分

16) 参见：谢林晓《民商事审判繁简分流之实证研究》于浙江大学，2018年论文第13-17页。

17) 参见：杨治，李志芬《对进一步完善民事速裁机制的调查与思考》载于《法律适用》2010年第5期。

流实现繁简得当。具体来说，文书分流应当考虑如下因素：一是案件类型。对于案情疑难复杂的案件、涉及法律关系众多的案件、新类型案件、有指导意义的案件及其他法官认为有必要加强说理的案件，应当加强说理部分的书写，对其他类型案件，例如案情相对常见的民间借贷、交通事故、婚姻家庭、合同纠纷等类型案件，可以适当简化说理部分。二是案件适用程序。适用小额诉讼程序审理的案件尽可能适用令状式、要素式、表格式裁判文书样式进行简化，适用简易程序审理的案件通常案情也较为简单，可以简化说理部分的书写。三是案件有无争议。对争议事项进行加强说理，对于无争议事项说理部分简化书写，同时，对双方当事人的意见应当均予以充分回应，不能概不回应、只回应一方、选择性回应或者是所有诉讼请求“打包式”回应。

其次是强化文书评查，提升文书质量。针对司法实践中裁判文书质量参差不齐的现状，应当着重发挥优秀裁判文书的示范作用，促进基层法院法官制作高质量裁判文书，提升司法公信力。一是强化裁判文书评查。各级法院应当在裁判文书评查上加大工作力度，将裁判文书说理纳入评查范围，将发现的问题统一整理并予以通报，切实改进。说理不透彻、繁简不区分、引用不恰当等现象，同时将评查结果与法官业绩评价挂钩，促进法官严格把守文书质量关¹⁸⁾。二是推选优秀文书。鼓励基层法院开展常态化开展优秀裁判评选活动，将说理是否规范、繁简是否得当等作为评选的重要标准，逐渐建立和完善裁判文书质量激励机制。三出台明确说理内容的指引。针对司法实践中法官不愿说理、不能说理等问题，各地法院可以参考重庆市四中法院的做法，将说理内容确定下来作为审判时指引。重庆市四中法院主要是出台了《裁判文书说理指引》，其中，针对所有民商事案件提出了“一般指引”，即“事理明晰、法理透彻、文理信达”，针对不同类型案件提出“分类指引”，将对每类案件的说理要求进行了详细规定，借此统一说理部分的书写，提高文书质量。

最后，可以赋予当事人选择文书样式的权利。司法实践中，裁判文书样式选择的决定权一直都掌握在审判法官手中，这是法院职权主义的一个具体体现，但在当事人主义越来越被重视的全球化趋势下，可以考虑对裁判文书样式的选择进行适当放权。由于目前司法实践中小额诉讼程序适用率较低，导致简化类裁判文书样式（指令状式、要素式、表格式、裁判文书样式）几乎形同虚设，因此，笔者建议可以将简化类文书的选择权在一定条件下交予当事人，具体来说，当事人可以在以下条件合意选择裁判文书样式：（1）案件适用小额诉讼程序或简易程序进行审理；（2）当事人均参与了案件的开庭审理；（3）法官或法官助理已就相关裁判文书的特点进行了充分释明。对符合以上条件的案件，法官或法官助理应当在开庭结束后对当事人进行相关释明，引导当事人合意选择裁判文书样式，对当事人一致选用的裁判文书样式予以适用，当事人无法达成合意时，仍然由法官自行决定。

18)参见：黄忠任《民事审判方式改革新举措之繁简分流的探索》载于《法制与社会》，2017年第10期。

结 语

中国社会目前正处在转型期，各种社会矛盾层出不穷，发展至今，愈来愈多的社会利益冲突渴望通过司法途径得以解决，这直接导致司法领域内民商事案件大量增加，法院能够运用方便群众的诉讼程序和方法快速解决这些纠纷，是国家保障法律执行的关键所在。但如今司法实践中案多人少矛盾十分严峻，而繁简不分的司法模式使法院和法院审判人员始终处在超负荷的工作状态，司法机关及工作人员已经明显感受到随着案件迅速增长带来的急速上升的工作压力，通过无止境的加班来完成工作显然不是长久之计，也透支着审判人员的身体健康，不符合“以人为本”的发展要求。探索实施繁简分流制度，虽然不能从根本上解决案多人少的矛盾，但可以在一定程度上缓解矛盾。通过探索实施科学的繁简分流制度，不仅可以合理地分配有限的司法资源，满足多元纠纷解决需求，更能有效缓解法官的工作压力，让其更加专注于案件审判质量，对维护社会的和谐与稳定发展有着深远意义。

参考文献

- [1] 邱联恭.司法之现代化与程序法[M].台湾：台湾三民书局，1992.
- [2] 王利明.司法改革研究[M].北京：法律出版社，2001.
- [3] 舒瑶芝.民事诉讼程序分流研究[M].北京：法律出版社，2013.
- [4] 李少平.<最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见>读本[M].北京：人民法院出版社，2016.
- [5] 胡云腾.深化司法改革与行政审判实践研究（上）——全国法院第28届学术讨论会获奖论文集[M].北京：人民法院出版社，2017.
- [6] 孙国庭.论繁简分流视野下基层法院初步审判庭的设立——围绕立案庭的改组展开[D].苏州大学，2009.
- [7] 黄秀丽.论繁简分流与快速处理机制——以一个基层法院的司法运作为样本[D].西南政法大学，2010.
- [9] 梁振彪.“繁简分流”与民事诉讼程序简化——基层法院的司法路径[D].西南政法大学，2010.
- [10] 张丽.德国民事一审程序繁简分流研究——兼论其对于中国的借鉴意义[D].南京大学，2013.
- [11] 刘春花.论中国民事速裁机制的构建——以深圳宝安法院速裁庭为例[D].西南政法大学，2016.
- [12] 谢林晓.民商事审判繁简分流之实证研究[D].浙江大学，2018.
- [13] 杨治，李志芬.对进一步完善民事速裁机制的调查与思考[J].法律适用2010(5).
- [14] 刘子平.民事诉讼审前案件分流机制的法律思考[J].法制与经济，2015(4).
- [15] 倪娜.“繁简分流”，让公正与效率并驾齐驱[J].当代广西，2016(17).
- [16] 黄振东，邱碧媛.“繁简分流”的深圳探索——以裁判文书和庭审方式改革为重点[J].人民法治，2016(10).
- [17] 杨晓萍.民商事案件繁简分流机制的全方位构建和完善——以 A 基层人民法院运作模式为视角[J].法制博览，2017 年(3).
- [18] 黄忠任.民事审判方式改革新举措之繁简分流的探索[J].法制与社会，2017(10).

[中文摘要]

基层法院案件繁简分流标准的明确性论议

李宁* · 皇甫明国**

中国社会目前处于转型期,在经济高速发展的背后,各类社会矛盾错综复杂、日益突出,直接导致大量未被化解的社会矛盾纷纷以诉讼的形式涌入法院系统,而现有司法资源相当有限,尤其是本轮司法改革以后,拥有审判资格的员额法官数量锐减,这给当前的司法审判工作带来了沉重的压力。同时,随着司法责任制改革提出的“让审理者裁判,让裁判者负责”要求的逐步落实,对审判权运行、统一法律适用都有了更高的要求。在这一背景下,类案类判成为了法官裁判案件时着重考虑品标准,以保持法律一贯追求的稳定性价值属性。办案法官在高位运行的案件数量和繁简分流机制下激发的效率需求,与现有查找方式单一的类案检索工具很难击中法官的办案痛点,冲突明显,无法有效地解放司法生产力。类案类判的情况如何,直接关系到法院工作的生命线—审判质量的总体水平。针对全国各地法院普遍存在的“案多人少”的突出问题,最高人民法院近年来一再强调推行繁简分流制度,以期更好地应对当下案件数量繁多、矛盾突出尖锐等问题。本文即是在这种背景下对基层法院案件繁简分流制度进行了研究。

关键词 基层法院 案件 繁简分流 标准 明确性

* 青岛大学法学院研究生,2019中国法律职业资格考试通过。

** 法学博士,青岛大学法学院副教授,中日韩法学研究中心主任,通讯作者

[Abstract]

The specific definition of standard for the diversion of complex and simple cases in basic courts

Li-Ning Huangfu-Mingguo

Chinese society is in a period of transformation, and behind the rapid economic development, various social contradictions are becoming increasingly prominent. As a result, a large number of social conflicts that have not been resolved have flooded into the court in the form of litigation. However, the existing judicial resources are quite limited, especially after this round of judicial reform, the number of judges with judicial qualifications has decreased sharply, which brings heavy pressure to the current judicial work. At the same time, with the gradual implementation of the requirement of "let the adjudicator judge and the adjudicator be responsible" proposed by the reform of judicial accountability system, there are higher requirements for the operation of judicial power and the uniform application of law. Under this background, category judgment has become the focus of judges to consider the quality standard, in order to maintain the stability value attribute that the law always pursues. The efficiency demand stimulated by the high number of cases and the complicated and simplified diversion mechanism of case-handling judges is in obvious conflict with the existing single case retrieval tool, which is difficult to hit the pain point of case handling for judges and cannot effectively liberate judicial productivity. The judgment of a class of cases is directly related to the overall level of trial quality, which is the lifeline of the court's work. In view of the prominent problem of "too many cases and too few cases" in courts all over the country, the supreme people's court has repeatedly emphasized the implementation of the system of separating complicated and simple cases in recent years, hoping to better deal with the current large number of cases and acute contradictions. This paper is in this context to the grass-roots court case flow system has been studied.

<key words>

basic court; case; the division between complex and simple; standard;

明知法學 제18권 제2호

definition

检察机关在民情与法理契合点上的重要性探讨

(민정에 부합하는 법리의 적용에 있어서 검찰기관의 중요성 논의)

송치명(宋启明)* · 휘평(侯风)**

논문요지

중국 사법체계의 공신력이 강하지 않는 원인은 한편으로는 사법의 판결이 법학의 이론과 가끔씩 모순되고 있으며, 다른 한편으로는 사법의 판결이 전통적 법치 의식과 어긋나고 있기 때문이다. 그리하여 국민은 법에 의한 재판에 이해할 수 없게 되고 나아가서 법치 의식이 일치되기 어려운 것으로 나타나고 있다. 이는 현재 중국이 사회의 급격한 변화의 전환기에 처하고 있는 것과도 관련된다. 도시화 된 사회관계에서 시장경제의 발전으로 인하여 모든 시민들이 각자 '지성인'으로 여기고 본인의 권익을 절대적으로 지키고자 하고 있으며, 이러한 점은 중국이 공유제를 주체로 하고 여러 소유제 경제가 공동적으로 존재하고 있는 기본 경제제도와 상호 모순되는 점이다. 말하자면 국민은 자신의 정신적 해방에 대한 강한 필요와 강대한 정부 기관의 통제 사이에 격렬한 충돌이 일어나고 있으며, 국민들로 하여금 공권력 기관에 대해 일종의 적대적인 관계에 있게 할 우려가 있다. 예를 들면 정보가 상대적으로 폐쇄된 시골에서는 여전히 정부에 대한 강한 의존심을 유지하고 있고, 정부가 '못하는 것이 없고' 반드시 사건을 밝혀낼 수 있다고 확신하고 있다. 하지만 이것은 현대의 민주법치가 실행하고 있는 '불법 증거의 배제 법칙'·'증거재판주의' 등 규칙들과 위반되는 것이다. 이 또한 현재 중국의 사법 개혁이 반드시 공략해야 할 난제 중의 하나이다. 즉 법으로 나라를 다스리는 목표에 부합하는 동시에 중국 국민의 전통적인 법치 의식에 부합하는 '법과 덕을 결합하여 나라를 다스리는 길'을 모색해야 한다. 이 와중에 검찰기관은 법률의 감독기관으로서 법의 통일성을 유지하고, 법에 따라 나라를 다스리는 데에 있어서 중요한 직책을 짊어지고 있다. 그래서 현재 존재하고 있는 법률문제를 해결하기 위하여 중국 검찰기관은 기능의 재정립을 진행하고 '체포와 공소의 합일(捕诉合一)'의 원칙을 실행하고 있으며, 또한 검찰 기관의 주도하의 유죄인정의 관련 제도를 확립하여 검찰의 감독기능 복귀를 실현하고 있다. 이처럼 검찰기관의 기능 변경과 재정립은 중국의 국정에 부합한 것으로 사법 중에서 가장 시급히 해결해야 할 문제이며, 중국 사법의 체계화 및

* 청도대학교법과대학대학원생, 2017년 중국사시 합격

** 청도시 황도구 인민법원 부장판사

'민정'에 부합하는 '법치'에 도움이 되며, 종국적으로 '법과 덕이 조화로운 국가'의 국책을 적극 추진하게 된다.

검색용 주제어: 검찰기관, 민정, 법리, 직능의 재정립, 중요성

· 논문접수: 2019.12.13. · 심사개시: 2020.01.10. · 게재확정: 2020.01.21.

目 录

前 言(서설)

一、检察机关在民情与法理的契合点上的存在问题
(민정에 부합하는 법리의 적용에 있어서 존재하는 문제)

二、检察机关的职能重塑
(검찰 기관의 직능 재정립)

三、检察机关在民情与法理契合点上的重要性释义
(민정에 부합하는 법리의 적용에 있어서 검찰기관의 중요성)

结 语(결론)

前 言

“于欢案”、“天津赵春华非法持有枪支案”、“大学生掏鸟获刑10年半案”等案件表现出大众对案件判决结果的预期与最终法院的判决结果存在较大差别：一方面表现为司法判决与学理有时存在分歧，另一方面表现为司法判决与普通民众的传统法治意识脱节，反映了当下司法进程与社会大众的法治意识的进步无法亦步亦趋。这是当下司法改革必须要攻克的一个难题，即探索出一条既符合依法治国目标，又顺应中国大众传统法治意识发展的，“依法治国与以德治国”相结合的司法之路。司法改革浪潮的潮头是“庭审”，而推动潮头的则是审前程序，只有保障审前程序中证据来源的合法性、真实性、关联性，保障犯罪嫌疑人辩护权的有效行使，才能使高质量的证据材料流入法庭。检察机关作为法律监督机关，不仅能监督侦查机关依法办案，保障犯罪嫌疑人的合法权益，又能行使一般监督权，是审判机关与侦查机关、犯罪嫌疑、普通大众联系的重要枢纽，检察机关在司法体制中发挥着重要作用，应当充分发挥检察机关的职能。

一、检察机关在民情与法理的契合点上的存在问题

一) 传统思维与理性法治的差异

“法律是社会的习惯和思想的结晶。”正如自然法学派所主张的“恶法非法”，法律的正当性来自于遵从社会大多数人内心的善良，符合社会大多数人的习惯。法律为治国之策，只有符合民情，才会得到支持，才能推行“依法治国与以德治国相结合”的国策。我党用中国特色的社会主义政治制度推动中国社会的进步与发展，但是作为外源型法律制度，在转嫁的过程当中不免要与本国的传统法治思维发生内容与形式的冲突。比如：就“张扣扣复仇

案”而言，传统的儒家经典告诉我们“父母之仇，不共戴天”，《宋刑统》及《明律》都有特殊规定，或奏请皇上敕裁或较普通杀人从轻发落。但是作为现代理性主义下的法律，复仇由国家统一行使，杀人行为属于破坏公共秩序，危害他人生命的罪大恶极行为；刑事案件采用有条件的因果关系切断不必要的联系，不关心动机，本案件的最终裁判结果不免对社会大众会造成朴素情感上的冲击。中国历来注重实用主义，为了追求案件的客观真相可以牺牲相对较小的权益，放弃程序限制；现代充满个人理性精神的法律认为任何人被法院宣告有罪前，都视为无罪，因此采取刑讯逼供、暴力威胁等手段取证的行为都被视为违法的。当充满“仁”“义”“礼”“智”“信”精神，讲求“公天下”、“修身”“齐家”“治国”“平天下”的“公本位”制思维与讲求个人权利最大化的“个人本位”的思维产生碰撞，自然会产生许多矛盾的火花。

二) 司法公信力不高

如果以“枉法裁判”、“徇私舞弊”为关键词在中国司法文书网上检索，从2009年至今的案件统计分别有66884件和89900件。暂且不论案件最终结果，也不论案件的缘由，即认为法官裁决有问题的就有将近16万件，这远远达不到习主席要求的“要让人民群众在每一个司法案件当中都能感受到公平正义”的要求。这说明了法院的判决不能被群众完全信服，司法公信力不强。司法公信力的塑造很大程度上取决于司法判决以及整个司法体制运行的威信力。司法判决一方面应当严守依法裁判，但又不得不考虑到民众目前的法治思维水平，因为司法的一项重要功能在于定纷止争；司法体制运行的威信力获得，在于能否让群众有参与感、认同感。

第一、公民个人的现代法治意识欠缺。中国司法判决的公信力不强很大程度上是因为民众的法治意识无法理解依法裁判的判决，在意识上无法达成一致。这与中国当下正处社会急剧变化的转型期有关。在城市群体中，市场经济的发展，每一位市民都在努力捍卫作为“理性人”的权益，这与中国以公有制为主体多种所有制共同发展的基本经济制度有时是相冲突的。民众对于自身精神解放的强烈需要与强大的政府机关的管控之间产生了激烈碰撞，导致市民对于整个公权力机关处于一种敌视的状态；在信息相对闭塞的乡村，民众仍然保持着对于政府的强烈依赖心理，认为政府“无所不能”，定能将案件查个水落石出，但是这与现代的民主法治讲求的“非法证据排除规则”、“证据裁判”等规则是相悖的。因此严格依法裁判往往会助增民众对司法机关失望甚至绝望的情绪，这也是信访事件源源不断的原因。两种情形都会增加大众对于司法机关的不信任感，产生对于法官的不满，从而表现出一些非理性诉求，正如汪太贤先生所言“中国传统的人文精神在有些方面存在缺陷，如重心性而非知性，重意志而非理性，重内在德性轻外在范式，结果就是，中国人文思想中缺乏理性精神，而这是通往法治的极大障碍”。当然少数法官存在着不廉洁的行为，将乡土中国的熟人逻辑带到整个开放陌生的城市群体中，自然存在着为结交朋友，请客送礼、拉帮结伙的现象，从而导致势单力薄者加剧不公平感，甚至用极端方式来宣泄自身的

情绪。

第二、司法体制的威信力不高。司法体制运行的威信力不高表现为中国司法体制运行混乱。无论在英美法系还是大陆法系的国家，法庭都是通过证据展示、质证、认证形成最终案件事实的；裁判权居中，主持控方与辩方的举证、质证，在法庭上形成自由心证；司法权将涉及人身权和财产权的强制措施集中，将案件事实的调查权主要交给控辩双方，而非自身或侧重控方。中国公检法机关的“捆绑式一体化作业”一直饱受诟病。刑事司法办案程序呈现出一种“刚性”，即公、检、法三机关在办案过程当中一直处于强势地位，努力追求客观真实，表现出一种彻查到底的态度。侦查机关作为社会除暴安良，维护国家稳定的国家机器，在缺乏制约的前提下容易失控。中国现有法律规定批捕权交由检察院行使，检察院有羁押性必要审查，但是在强大的“侦查中心”主义的压力下，制约效果并不好。检察机关得到的卷宗是侦查形成的，批捕会见犯罪嫌疑人流于形式，犯罪嫌疑人在侦查机关强大的压力下考虑到以后的量刑，又缺乏有效的辩护，往往不会主动爆出刑讯逼供等违法行为。另外，控方基于打击犯罪，维护社会秩序的目的，会不自觉的忽略被害人的诉讼地位，无视犯罪嫌疑人的诉讼权利，甚至将刑事诉讼法的目的“惩罚犯罪，保护人民”解读为犯罪嫌疑人是“敌人”而非“人民”，将刑事辩护律师视为障碍，阻却辩护律师正当权利的行使，如“立案难”、“会见难”、“调查取证难”。由于案卷随案移送，法官在审理前主要是通过阅卷了解案件，因案件是控方形成的，往往会造成先入为主的影响。另外中国的刑事案件认定的标准采取实质认定标准，为是否具有社会危害性，对于程序的违法性重视不足，对刑事辩护工作造成了不良影响。自2018年刑事诉讼法修改后检察与侦查的关系再次成为热议的话题，随着“聂树斌案”、“呼格案”等冤假错案的暴出，刑讯逼供、证据收集的不合法性、逮捕羁押的随意性带来的恶果从台后走向了台前。

二、检察机关的职能重塑

检察机关是国家法律监督机关，主要目标是维护法律的统一，维护司法公正，是建设社会主义法治国家的重要实践者和推动者。自中共十五大以来，依法治国成为基本的治国方略，党的十六大、十七大和十八大出台了一系列文件，依法治国始终是重要主题。最高人民检察院为了推进依法治国，更是在十八大后颁布了最高人民检察院关于贯彻落实《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的意见。检察机关作为宪法意义上的法律监督机关，本质上与法治同根共生。在司法改革的大背景下，为了更符合中国法治的要求，促进中国法治环境的改善，检察机关进行了“格式化”的改革。

一) 认罪认罚凸显“合作性司法”

“犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以依法从宽处理”。²⁾ 最高人民法院出台的《关于全面深化人民法院改革的意见》

(以下称为《意见》)指出:“明确被告人自愿认罪、自愿接受处罚、积极退赃退赔案件的诉讼程序、处罚标准和处理方式,构建被告人认罪案件和不认罪案件的分流机制,优化配置司法资源。”³⁾最高人民法院联合最高人民法院、公安部、国家安全部、司法部于10月24日共同发布《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》明确了认罪认罚范围和条件。认罪认罚从宽制度的要旨在于,以注重达成共识为出发点,以契约精神为主线,以司法诚信为维系,构建多种契约式诉讼机制:允许司法机关与当事人之间围绕证据问题、程序问题、刑事处罚以及刑事附带民事赔偿问题,通过对话与商议获得双方满意的结果。⁴⁾认罪认罚制度符合当下法治发展的趋势,强化了犯罪嫌疑人、被害人的主体地位,是具有契约精神的一项“合作性司法”制度。过去国家运用强大的国家力量侦查起诉、收集证据、打击犯罪对于社会安定、惩戒犯罪具有良好的作用,但对于大多数案件即使无限的接近客观真实,司法资源及当事人的人力、物力的耗费也是巨大的。为了强化司法效益,英美法系引入陪审团将重大复杂案件交由陪审团行使定罪权;为了提高司法效率,检察官和辩护律师进行辩诉交易,运用民法的智慧作出符合当事人双方意愿的结果,充分发挥了司法最基本的定纷止争的作用。司法的局限性是无法避免的,关键是如何既能接近客观真实,又能契合当事人的意愿,既能定纷止争,又能提升司法效率。中国的司法实践有一“特色”被诟病已久——“疑案从轻”。中国司法机关的办案要求是“以事实为根据,以法律为准绳”,但中国地大物博、人口众多,公安机关需要办理的案件众多,加之办案期限等压力,办案强度极大,容易引发为了结案而无视刑事诉讼规则“突击犯罪嫌疑人”等非常现象,疑难案件由于缺乏确凿的证据,往往采取相对缓和的刑罚,即“疑罪从轻”,极易造成冤假错案。这种做法虽使得国家整体秩序得到了保障,被害人一方的感情得到释放,但是副作用是巨大的一一判决书的说理过于牵强,庭审公开化受阻,辩护人、被告人对司法制度的失望,审判被舆论和媒体绑架等等。对被害人一方而言,也不利于其法律意识的培养,长此以往会阻碍中国法治的建设,司法公信力的培植。认罪认罚从宽制度体现的“合作式思维的”无疑是一剂良药。

二) 检察监督为司法蓄积民情支持

检察机关是宪法规定的国家法律监督机关,主要目标是维护法律的统一,维护司法公正,是建设社会主义法治国家的重要实践者和推动者。第十三届全国人民代表大会第一次

2) 《中华人民共和国刑事诉讼法》2018年,第十五条。

3) 《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见》,载最高人民法院网:<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-13520.html>,最后访问时间:2019年1月16日。

4)

梁静飞,《认罪认罚从宽制度的正当程序》,载https://www.baidu.com/link?url=fS7_DxtxVmncdnsF_nu8i-blgXonpxcyf7szGVRkNCp_E8e2AtI2wQTDrwSHKHiFMi7_Fho95q1llgpNj9MySK&wd=&eqid=fde16a6a00189b6f000000065cc4392d,2018年10月14日。

会议通过了《中华人民共和国监察法》⁵⁾，设立监察委员会，检察机关的反贪反渎职能转隶给监察委员会。此举反而节省了检察机关的大量精力，法律监督职能得以更有效的发挥。最高检顺时的提出了“四大检察”管理新路径——民事、刑事、行政、公益。之所以强调检察机关公权力的监督，一方面是检察机关的职能，即维护国家法律的统一；制衡法院权力，保证法院的中立性；制约侦查机关，保证侦查活动的客观规范。另一方面是基于中国政体制度，即检察院是“人民检察院”是由人民代表大会产生，对其负责，受其监督；检察机关不仅仅是公诉机关，更是人民利益的代表者。检察监督职能的回归，有助于推动法治的基层建设，增强人民对于法律的信任，通过刑事诉讼监督，提起公益诉讼，解决环境污染问题，解决未成年人保护问题，解决食品健康等问题，切实维护大众的合法权益。

1) 三) 检察机关“捕诉合一”规范侦查

今年7月25日，最高人民检察院检察长张军在由最高检组织的“大检察官研讨班”明确指出了“捕诉合一”效率优势明显，中国“捕诉合一”的模式是指：检察机关在公诉案件办理中将内设的侦查监督(审查批捕)部门和公诉部门整合，使同一员额检察官或者办案组同时享有审批捕、审查起诉、提起公诉和出庭支持公诉等权力，并由其对案件质量负责的制度。⁶⁾“捕诉合一”效率优势明显、节约司法成本；遵循“谁批捕、谁起诉”原则，克服“捕诉分离”之侦查监督职能和准备公诉职能分开的弊端；公诉直接对接侦查，起到侦查服务于公诉，公诉统率侦查的作用。最高人民检察院发布的《“十三五”时期检察工作发展规划纲要》中亦明确提出，要“围绕审查逮捕向司法审查转型，探索建立诉讼式审查机制”。这是在对检察机关的批捕职能和羁押性必要审查职能的新要求，过去为了防止犯罪嫌疑人和被告人逃脱，便于犯罪嫌疑人被告人随时到案，批捕率较高；由于直接和侦查机关对接，批捕部门无法兼顾公诉和侦查的需求，往往倾向于便于侦查。实行“捕诉合一”以后，为了贯彻“司法审查型”机关的要求，检察机关在批捕时不仅要从事侦查角度，也要从事公诉角度，从而全面考虑逮捕的必要性，有利于维护犯罪嫌疑人的权益。

三、检察机关在民情与法理契合点上的重要性释义

中国现代司法体制的建设是自上而下推进的，不同于西方本土化法治，缺乏英美法系民间参与力量的主动性因素——陪审团，对抗制，辩诉交易等。中国实行人民代表大会制度，人民权益的维护者及代表者是公、检、法机关，他们是由人民代表大会产生，对人民负责，受人民监督的机关。因此要加强民情的表达，中国应当注重增强人民公安、人民检察院、人民法院的“人民性”，增强其客观性、公正性。落实到目前中国的司法改革，要贯彻以“庭审”为中心的要旨，加强庭审实质化的建设，同时更要注重加强庭前建设，尤其是检

5) 李奋飞，《“调查——公诉”模式研究》，载《法学杂志》，2018年第6期。

6) 洪浩，《中国“捕诉合一”模式的正当性及其限度》，在《中国刑事法杂志》，2018年第4期。

察院的建设。检察机关作为推进依法治国的利器，唯有充分发挥自身的职能，增强自身的结构建设，运用与时俱进的法治思维处理违法犯罪，汲取中国本土的法治智慧，引导大众运用符合潮流的法治思维解决问题，方能为“法理”与“民情”释义

一) 充分发挥在认罪认罚从宽制度的优势

认罪认罚从宽制度是一种“司法合作模式”，摒弃公诉方与辩护方的“敌对”状态，强调在检察机关的主导下，被告人认罪认罚，签订具结悔过书，双方在量刑问题上协商，该项原则原则上适于任何案件，法院一般应当采纳检察机关的量刑建议。张军检察长在11月18日“控、辩、审‘三人谈’”的讲座中指出，检察官的主导责任是法律规定赋予的，特别是，认罪认罚从宽制度要求检察官积极主动履行诸如认罪认罚教育、量刑协商、程序选择等一系列法定职责。检察官要抓紧提升能力，真正把主导责任承担起来，把履职责任做到极致。认罪认罚从宽制度的优势在于实现案件繁简分流，平衡被害人与犯罪嫌疑人的利益，维护司法公正。认罪认罚从宽制度应当紧密结合速裁程序、简易程序：简单的案件，检察机关在保证认罪认罚自愿性、真实性的基础上，精准量刑，客观建议适用速裁程序或简易程序；犯罪情节轻微的案件，在考虑认罪认罚主动性、自愿性、真实性的基础上，可以考虑不起诉。在认罪认罚过程中更要关注被害人一方的诉求，结合被害人和解制度，被告人通过积极的认罪、赔偿获取谅解，使被害人得到合理的经济补偿，也使被告人本身获得从宽处理。对于复杂疑难的案件，被告人主动认罪认罚，帮助侦查机关更快的查清案件，积极给被害人一方赔礼、赔偿获得谅解，检察机关在保证认罪认罚的自愿性、真实性的基础上，给予被告人合理的从宽量刑建议。从效果上看，一方面，被告人和被害人的诉讼地位得到突出，被告人在得到值班律师或者辩护人的帮助下，主动的认罪认罚，结合和解制度，与被害人一方积极沟通，通过赔偿、赔礼等方式获取被害人一方的谅解，有助于修复社会关系，取得更好司法效果。另一方面，被告人与被害人参与到刑事诉讼程序，会增强对裁判结果的认同感，增强司法公信力。在实务中曾经有一个案子，被告人与同伙群殴被害人致使被害人重伤后死亡，被告人主要是实施者但不是组织者，也查不清是谁打击了被害人的要害部位，被告人自首，主动承认犯罪事实，并积极赔偿被害人的家属，认罪认罚，与检察机关签订具结悔过书，最终被判处七年有期徒刑。案后被害人家属和被告人家属都对判决表示满意，被告人家属还当面感谢了办案检察官。

认罪认罚从宽制度在当下应当注重两点：一是量刑的规范化与精准化，二是检察机关主导下的认罪认罚的司法化。在量刑问题上检察机关内部出台了专门的量刑规范文件，将量刑建议分为精准量刑和裁量量刑，为了使精准量刑更具有操作性，文件规定了具体情节的加分项与减分项，还标明了每一项具体情节的分值，并规定了量刑的计算公式。中国的认罪认罚制度要区别于英美法系的辩诉交易，不能进行罪名的交易，不能出现“诈胡”现象——没有充分的证据证明犯罪嫌疑人有罪，却装作已查清，欺骗辩护人，以认罪认罚从宽引诱，促使被告人基于保守的思维而认罪认罚。认罪认罚制度是基于实事求是，客观公正，

要求检察机关正确把握公正客观的态度，不能只是纯粹的公诉机关角色，应当凸显自身的司法属性——基于公诉机关掌握的案件事实，核对犯罪嫌疑人的认罪认罚的供述。对于有争议的事实可以通过举办听证会的方式请辩护人、犯罪嫌疑人、侦查机关及被害人到场，通过司法化的手段全面了解案件事实，作出规范公正的量刑建议。另外应当保障被告人的有效辩护，检察机关应当保障辩护律师真正的参与到量刑协商中，积极听取辩护律师的意见；没有辩护人的，着重保障值班律师确实为被害人提供合理的法律咨询服务。

二) 全面增强法律监督职能

检察院应回归宪法源头，明确法律监督的范围。检察机关的法律监督职能可以具体化为“一般监督”和狭义上的“诉讼监督”，检察机关应当处理好一般监督与狭义上监督的关系，既能保证刑事监督的同时，实现全面监督。

刑事监督方面，检察院通过“捕、诉合一”改革和巡回检察制度的实施得到了有效的开展。《人民检察院公诉工作操作规程》、《最高人民法院关于加强出庭公诉工作的意见》等文件从庭审实质化的角度出发，对公诉机关提出要求，提出建立检察官提前案件介入侦查引导取证的必要性。⁷⁾侦查阶段是舆论的高峰期，往往会触碰到民众最朴素的情感。检察机关通过“捕诉合一”改革，实现了公诉批捕与侦查直接对接，有助于检察机关提前介入侦查，规范侦查机关证据的收集，保障犯罪嫌疑人的合法权利，助推“证据裁判”，增强判决的说服力。监狱巡回检察制度，督促监狱提高改造质量，努力把罪犯转化为守法公民，降低再犯率，维护社会安全稳定。检察院刑事执行监督实现了“巡回+派驻”的模式，着力解决坐班监督易固化和监督不到位的弊病。巡回检察从监狱管理、教育、文化活动、减刑程序等细节问题着手，重点解决服刑人员的医疗、教育、伙食等保障情况，协助监狱解决好突出的、深层次矛盾，做好刑罚执行工作。检察系统内部也着力实施内部政治巡视，加强自我监督。最高院制定印发了《中共最高人民检察院党组巡视工作规划(2018—2022)》，确定了未来五年的“巡视工作路线图”和“任务书”。内部巡视重点是要加强检察机关的党的建设，强调法治思维和法治方式推动检察工作，着力解决司法不严格、不规范、不公正等现象。内部外部相结合的监督模式，灵活机动，解决突出矛盾，实现检察机关监督的规范性、有效性。

通过公益诉讼监督社会公共问题，促进法治社会建设是当下检察院重点打造的课题之一。十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，探索建立检察机关提起公益诉讼制度。2017年6月27日，全国人大常委会通过《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉和〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》正式建立起检察机关提起公益诉讼制度。2018年3月最高院和最高检联合出台了《最高人民法院、最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》，规定了法院和检察院实

施公益诉讼的细则。在党中央的推动下22省区党委主要负责同志作出批示，25个省区市党委、政府或“两办”联合下发支持检察公益诉讼工作的文件。2019年1至5月公益诉讼的立案数、起诉数同比增长了2.45倍和1.51倍。⁸⁾重庆市检察院第三分院通过公益诉讼案件一体化办案机制助力长江生态环境保护。2018年5月16日北京市人民检察院第四分院起诉罗某、卢某销售有毒有害食品民事公益诉讼案，成为全国首例由检察机关提起的关于食药安全打假的公益诉讼。未成年保护的公益属性愈发凸显，上海市普陀区正在探索构建未成年人保护公益诉讼制度。检察公益诉讼呈现出巨大的发展动能，正面临着从粗放型增长向高质量发展的转型，监督的规范性、有效性虽有待于进一步提高，检察机关在不断推进公益诉讼及自身公益诉讼规范性的发展过程中势必会成为中国社会公共利益的重要代表者，取得大众对司法的支持，增强司法的公信力，实现依法中国。

三) 完善检察机关内部结构塑造

“打铁仍需自身硬”，检察机关在疏通民意和法理关系，促进依法治国的同时，更应完善自身的内部结构。在司法改革背景下检察机关进行了权力的调整，在转隶了反贪反渎职能后，检察机关完成了内部职能的重构，其中最引人关注的是“第五检察机关”。检察院实现了“捕诉合一”之后，如何防止权力因权力集中的风险成为了重要话题，而人民监督员制度的建设也渐渐走进大众的视线。

刑事执行检察是检察机关防控刑事错案、发挥法律监督职能的重要组成部分，它是检察机关依照法律规定的权限与程序，对刑事诉讼活动中的刑事强制措施决定、刑事判决裁定和强制医疗等的执行情况进行的法律监督。⁹⁾2018年12月，最高人民检察院部署启动检察机关内设机构改革，刑事执行检察职能与检察机关保留的侦查职权（司法工作人员违法犯罪行为）相整合，成为“第五检察机关”。¹⁰⁾检察机关行使侦查权时，检察机关应当严格遵循“人民检察院立案侦查本规定所列犯罪时，发现犯罪嫌疑人同时涉嫌监察委员会管辖的职务犯罪线索的，应当及时与同级监察委员会沟通，一般应当由监察委员会为主调查，人民检察院予以协助。”¹¹⁾的规定，协调好与监察委员会的职能分配，贯彻“相互配合、相互制约”的原则：一、对监察机关移送的案件，检察机关要依照刑事诉讼法对被调

8) 胡卫列，《激活检察公益诉讼制度势能与实践动力》，载《检察日报》，2019年第8927期第三版。

9) 王守安、周洪波主编：《刑事执行检察实务讲堂》（第一版），中国检察出版社2018年版，第5页。

10)

申国君，张书铭，桑先军，《论刑事执行检察在防控刑事错案中的功能与路径》，载《中国检察官》，2019年第1期，第66页。

11) 《关于人民检察院立案侦查司法工作人员职务犯罪若干问题的规定》

查人采取适宜的强制措施；二、对监察机关移送的案件，检察机关经审查，认为需要补充核实的，可以退回监察机关补充调查；三、对于监察机关移送的案件，检察机关经审查认为存在刑事诉讼法规定的不起诉情形的，可以依法作不起诉的决定。¹²⁾另外刑事检察监督部门应顺应司法改革理念，继续做好本职的监所职责的同时，保障人权，维护程序正义。正如童建明强调，刑事执行检察面临新形势新任务，要重点加强刑事执行检查的职能作用，以新理念引领刑事执行检察的职能作用，以新理念引领刑事执行检察工作，通过检察监督提高罪犯教育改造质量，以改革精神推动刑事执行检察工作创新发展，以职业精神和专业能力助推刑事执行检察队伍建设等工作的理念研究，重视理论成果转化运用。¹³⁾积极行使检察建议的权利，针对超期羁押、不起诉等不合法现象果断纠正，坚决打击司法腐败现象，维护司法正义泉流。

人民监督员根据法律规定是指由机关、团体、企事业单位推荐，征得本人同意，由检察长颁发证书的公民，对检察机关拟做撤案、不起诉处理和犯罪嫌疑人不服逮捕决定的职务犯罪以及检察机关或检察人员在办案中发生的“五种违法犯罪行为”进行监督。为了切实防止和纠正检察机关查办职务犯罪工作中执法不公的问题，根据宪法和法律关于一切国家机关必须倾听人民的意见、接受人民的监督的规定，最高人民检察院经报告全国人大常委会并经中央同意，从2003年9月起开展人民监督员制度试点工作。人民监督员自身设立的初衷是为了解决自侦案件办理过程检察机关权力过大而出现滥权专权的问题。¹⁴⁾2016年07月14日，司法部会同最高人民检察院出台《人民监督员选任管理办法》，最高人民检察院出台《关于人民监督员监督工作的规定》。¹⁵⁾但是随着《监察法》的出台，人民监督员设立的出发点失去了根基，大家对于人民监督员制度的存废产生了争议。随着2018年10月26日，通过的《人民检察院组织法》，第二章提出“人民监督员依照规定对人民检察院的办案活动实行监督”，等于给人民监督员制度吃了一颗定心丸。检察院实行“捕诉合一”之后，实现了自批自诉，权利有被集中后滥用的风险，人民监督员制度恰巧可以在此基础上实现自身价值，成为检察机关不可或缺的一项监督制度。强有力的监督，来自强有力的权力。人民陪审员制度在之前的法律规定中暴漏的问题比较明显：首先人民监督员参与的力度不够，即人民监督员即使拥有对11种案件范围内对检察机关进行审查、评选，但也无法即时参与案件的审查，往往是一种事后参与，而且提出的建议往往也是无法触动板上钉钉的案件。其次，人民监督员选任制度需要更加合理完善，人民监督员应当是代表社会群众对案件不解、不合理之处进行质问建议，应当具有代表性，并且为了使得司法更能体恤民情，应扩大人民监督员的选拔范围，坚决杜绝“自己人选人监督自己人”，应当由司法行政机关

12) 李奋飞，《职务犯罪调查中的检察引导问题研究》，载《比较法研究》，2019年第1期。

13) 童建明，《以新理念引领刑事执行检察工作》，载《检察日报》，2018年12月14日，http://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/201812/t20181214_402397.shtml

14) 陈卫东，《新时代人民监督员的发展与完善》，载《法学》，2019年3月26日。

15) <https://baike.baidu.com/item/%E4%BA%BA%E6%B0%91%E7%9B%91%E7%9D%A3%E5%91%98%E5%88%B6%E5%BA%A6/2602249?fr=aladdin>

而非公、检、法机关来担任选拔和管理机关。人民监督员的任期也应当灵活处理，可以对表现优异的监督员适当延长其任期，其余的每隔一定期限进行重新选拔。根据《最高人民法院关于人民监督员监督工作的规定》第二十四条“第二十四条组织案件监督的人民检察院应当在收到人民监督员提出的复议要求之日起三十日以内作出复议决定，并于复议决定作出之日起三日以内反馈要求复议的人民监督员和承办案件的人民检察院。”和第二十六条“人民检察院作出的复议决定为最终决定。复议决定与人民监督员的表决意见仍不一致的，负责复议的人民检察院应当向提出复议的人民监督员说明理由。”规定可以看出，人民监督员监督职能有虚化的情况，人民监督员提出的复议由检察机关内部决定，并且为最终决定；也就是说复议决定权最终还是在此过程中的“被监督者”的手里，人民监督员的监督只是没有决定性仅具有意见性质的权力。相较于日本2004对其具有监督型性质的检察审查会还是有一定距离的，日本的《检察审查法》规定检察审查会进行第二轮审查后仍做出“应当起诉”的决定，检察官必须提起公诉，说明决定权掌握在此过程中的“监督者”手里。因此人民监督员制度能否成为对检察机有力的监督力量，日本的做法是值得借鉴的。最后，人民监督员应当扩大监督范围。新时期由于检察机关“捕诉合一”案件的承办检察官与公安机关联系更加紧密，配合的成分更多，并且检察机关对于审前程序的引导监督作用越来越强，这是否说明人民监督员要想完全监督检察院的权力也必须紧跟步伐，扩展自身的监督范围。

结 语

新时代检察机关应当贯彻“依法治国与以德治国”相结合的理念，用符合中国国情的法治思维办理司法案件，解决社会纠纷，从而推动社会大众的法治思维建设。检察机关应当主导庭前程序贯彻“以庭审为中心”，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，监督公安机关合法收集证据，做好非法证据排除工作，讲求中立客观，做好监督职责实现“司法化审查”，从而实现质证、认证在法庭，定罪、量刑在法庭目标。认罪认罚从宽制度要引入民法思维，凸显协商性司法，以注重达成共识为出发点，以契约精神为主线，以司法诚信为维系，构建多种契约式诉讼机制：允许司法机关与当事人之间围绕证据问题、程序问题、刑事处罚以及刑事附带民事赔偿问题，通过对话与商议获得双方满意的结果。¹⁶⁾顺应当前法院繁简分流机制改革的趋势，检察院的机构改革应遵循精简、务实、高效的原则，与当前的社会形势和司法实践需要相一致，以便更加符合司法公正的原则和中国的实践需要¹⁷⁾。刑事执行检察面临新形势新任务，要重点加强刑事执行检查的职能作用，以新理

16)

梁静飞，《认罪认罚从宽制度的正当程序》，载https://www.baidu.com/link?url=fS7_DxtxVmncdNsF_nu8i-blgXonpxcyf7szGVRkNCp_E8e2Atf2wQTDrwSHKHIFMi7_Fho95q1llgpNj9MySK&wd=&eqid=fde16a6a00189b6f000000065cc4392d，2018年10月14日。

念引领刑事执行检察的职能作用，以新理念引领刑事执行检察工作，通过检察监督提高罪犯教育改造质量，以改革精神推动刑事执行检察工作创新发展，以职业精神和专业能力助推刑事执行检察队伍建设等工作的理念研究，重视理论成果转化运用。¹⁸⁾积极行使检察建议的权利，针对超期羁押、不起诉等不合法现象认真纠正，积极配合好检察委员会的工作，坚决打击司法腐败现象，维护司法正义。人民监督员制度要着力解决人民陪审员制度目前所面对的问题，实现群众参与司法，群众监督司法。检察机关办理案件要遵循“群众路线”，更多的吸收公民参与案件；积极履行法律监督职能，运用法治思维解决社会违法犯罪问题，履行“四大检察”的目标。在办理案件时，应积极汲取本土智慧，改善乡规民约的同时，要善于运用传统文化，增强文化自信。我们在走向世界的同时，也渐渐习惯了强大即代表文明的西方“适者生存”理论，甚至一度丧失了对本土文化认同感，回首几千年的泱泱大国，也曾有过“五胡乱华”、蒙古大军直冲南下，清军入关的“国难”，但中国的“士人阶层”始终不曾放弃的是文化自信，文人自信。

17) 郭烁，《捕诉调整：“世易时移”的检察机制再选择》，载《东方法学》，2018年第4期。

18) 童建明，《以新理念引领刑事执行检察工作》，载《检察日报》，2018年12月14日，http://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/201812/t20181214_402397.shtml

[参考文献]

- [1] 李奋飞,《“调查—公诉”模式研究》,载《法学杂志》,2018年第6期。
- [2] 洪浩,《中国“捕诉合一”模式的正当性及其限度》,在《中国刑事法杂志》,2018年第4期。
- [3] 胡卫列,《激活检察公益诉讼制度势能与实践动力》,载《检察日报》,2019年第8927期。
- [4] 王守安、周洪波主编:《刑事执行检察实务讲堂》(第一版),中国检察出版社2018年版。
- [5] 郭烁,《捕诉调整:“世易时移”的检察机制再选择》,载《东方法学》,2018年第4期。
- [6] 李奋飞,《职务犯罪调查中的检察引导问题研究》,载《比较法研究》,2019年第1期。
- [7] 陈卫东,《新时代人民监督员的发展与完善》,载《法学》,2019年3月26日。
- [8] 申国君,张书铭,桑先军
，《论刑事执行检察在防控刑事错案中的功能与路径》,载《中国检察官》,2019年第1期。
- [9] 魏晓娜:《完善认罪认罚从宽制度:中国语境下的关键词展开》,载《法学研究》2016年第4期。
- [10] 王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2014年版。
- [11] 陈光中:《论检察》,中国检察出版社2013年版。
- [12] 林钰雄:《检察官论》,台湾学林文化事业有限公司2000年版。
- [13] 陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,载《政法论坛》2016年第2期。
- [14] 卢建平:《刑事政策视野中的认罪认罚从宽》,载《中外法学》2017年第4期。
- [15] 朱孝清:《认罪认罚从宽制度的几个问题》,载《法治研究》2016年第5期。

[中文摘要]

检察机关在民情与法理契合点上的重要性探讨

宋启明*·侯风**

中国的司法系统公信力不强，一方面是因为司法判决与学理有时存在分歧，另一方面是司法判决与普通民众的传统法治意识脱节。具体表现为民众目前的法治意识无法理解依法裁判的判决，在意识上无法达成一致。这与中国当下正处社会急剧变化的转型期有关。在城市群体中，市场经济的发展，每一位市民都在努力捍卫作为“理性人”的权益，这与中国以公有制为主体多种所有制共同发展的基本经济制度有时是相冲突的。民众对于自身精神解放的强烈需要与强大的政府机关的管控之间产生了激烈碰撞，导致市民对于整个公权力机关处于一种敌视的状态；在信息相对闭塞的乡村，民众仍然保持着对于政府的强烈依赖心理，认为政府“无所不能”，定能将案件查个水落石出，但是这与现代的民主法治实行的“非法证据排除规则”、“证据裁判”等规则是相悖的。这是当下中国司法改革必须要攻克的一个难题，即探索出一条既符合依法治国目标，又顺应中国大众传统法治意识发展的，“依法治国与以德治国”相结合的司法之路。检察机关作为法律监督机关具有维护法律统一，促进依法治国的职责。针对目前中国存在的法问题，中国的检察机关顺势的进行了职能重塑，实现了“捕诉合一”，确立了检察机关主导下的认罪认罚从宽制度，实现了检察监督职能的回归。检察机关的职能变更与重塑切合中国国情，是针对中国司法运行过程中最亟待解决的问题，有助于理顺中国司法体制的运转，进而疏通“民情”与“法治”的关系，以此推进中国“依法治国与以德治国”相结合的国策。

关键词：检察机关 民情 法理 职能重塑 重要性

* 青岛大学法学院研究生，2017年中国司法考试通过。

** 法官，青岛市黄岛区人民法院刑庭庭长

[Abstract]

**Discussion On The Importance Of Procuratorial Organs In The
Combination Of Public Feelings And Legal Principles**

Song-QiMing, Hou-Feng

The public credibility of the judicial system in China is not strong: on the one hand, there are some differences between the judicial decision and the rule of law, on the other hand, the judicial decision is disconnected from the traditional rule of law consciousness of the ordinary people. It is manifested in that the people's current rule of law consciousness can't understand the judgment of the judge according to law, and can't reach agreement in the sense of consciousness. This is related to the rapidly changing transition of China's current society. In the urban population, the development of the market economy, every citizen is trying to safeguard the rights and interests of the "rational person", which is sometimes in conflict with the basic economic system of China's common development with the public ownership as the main body. The people are free of their own spirit. There is a fierce collision between the strong need and the control of the strong government organs, which leads to the public being in a state of hostility to the whole public authority. In the rural areas where the information is relatively closed, the people still maintain their strong dependence on the government, believing that the government is "omnipotent" and can certainly find out the cases, but this is contrary to the "illegal evidence exclusion rules" and "evidence adjudication" rules implemented by modern democracy and the rule of law. This is a difficult problem that must be overcome in China's judicial reform at present, that is, to explore a rule of law that not only conforms to the goal of governing the country according to law, but also conforms to the development of the traditional consciousness of the rule of law in China. "ruling the country according to law and The "The relationship between China and the United States to advance China" of the Law of the Rule of Law in the "In this paper, the author establishes the function of the procuratorial supervision by establishing the broad system of the confession and punishment under

the supervision of the procuratorial organ. The function change and the re-establishment of the procuratorial organs are relevant to China's national conditions. It is the most urgent problem to be solved in the course of China's judicial operation, which can help to straighten out the operation of China's judicial system, and then dredge it." of the "The way of combining justice. As a legal supervision organ, the procuratorial organs have the duty to maintain the unity of law and promote the rule of law. In the light of the current legal problems in China, the procuratorial organs of China have carried out the function remodelling, and realized" of the State and the State and the "with" of the State of the The State policy of "governing the country with the rule of the country".

Keywords: Office of the public prosecutor;People's customs;Legal principl;The re-moulding of the function of the procuratorial organ;Importance

좋은 규제의 판단기준에 관한 소고

황현희*

논문요지

역대 정부의 각종 규제개혁 시도에도 불구하고 규제의 문제점이 지속적으로 제기되고 있음을 볼 때, 적절한 규제시스템을 만들고 그것을 효율적으로 작동시키는 것은 결코 쉽지 않은 정책과정임을 알 수 있다. 경제를 활성화하고 민생불편을 실질적으로 해소하는 규제개혁을 위해서는 ‘좋은 규제’의 개념에 대한 숙고가 선행되어야 하는 이유이기도 하다.

‘좋은 규제’는 우선 그 내용과 형식이 예측가능성과 명확성, 법률유보의 원리 등 법의 일반원리에 부합하여야 하고, 변동성이 심한 현대사회의 특성을 반영하여 중요성이 강조되고 있는 정보전달 합리화에 의한 리스크 관리, 소비자 보호수준의 제고 등 현대적 규제원리에 대한 이해를 필요로 한다. 아울러 최근 4차 산업혁명의 규제이슈 등을 감안하여 신기술·산업에 대한 사전허가의 활용과 자율규제의 확대도입 등 규제개혁을 위한 법 제도의 도입에 대한 다각적인 검토가 뒷받침되어야 한다. 다만, 현대적 규제원리나 법 제도를 도입할 경우 헌법상 법치국가의 원리에서 도출되는 규제의 일반원칙과 모순·저촉되는지 여부를 유의하여야 할 것이다.

현재 정부는 규제혁신 성과창출과 국민·기업의 체감도 제고라는 목표 아래 우선 허용-사후규제 방식으로 규제의 패러다임을 전환하는 등 규제정비를 국정과제로 추진하고 있다. 정부가 좋은 규제의 다양한 함의를 충분히 고려하고 이를 규제관리체계에 반영할 때, 단순한 규제철폐나 규제완화가 아닌 규제의 품질을 제고하는 합리적인 규제개혁이 이루어질 것이다.

검색용 주제어: 좋은 규제, 규제 개혁, 규제의 질, 규제 완화, 현대적 규제원리

· 논문접수: 2019.12.31. · 심사개시: 2020.01.10. · 게재확정: 2020.01.23.

* 국회사무처 서기관

I. 서 론

행정규제는 국가나 지방자치단체가 행정목적 실현을 위해 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것²¹⁾으로, 2013년 기준 2,068개 법령에 총 7,182개의 규제가 등록된 바 있다.²²⁾²³⁾

우리나라의 규제는 그 규모가 과다하고, 규제의 패러다임이 과거 정부주도 경제개발 시대의 민간 시장경제에 대한 불신에서 비롯되어 사전규제 등 정부주도의 규제가 대부분을 차지하고 있다. 이처럼 과다한 정부주도 규제는 기업 활동이나 국민생활에 부담을 주어 경제 활성화를 저해하고 국민 불편을 초래한다는 문제점이 지속적으로 제기되어 왔다.

이에 지난 30여 년간 들어선 역대 정부마다 규제개혁을 주요 정책과제로 주창하였다. 1982년 전두환정부는 성장 저해요인 척결과제로 '규제완화'라는 표현을 처음 사용하였고, 1988년 노태우정부는 규제개혁을 위한 '행정개혁위원회'를 설치하였으며, 1993년 김영삼정부는 규제혁파를 위한 '행정쇄신위원회'를 만들고 「행정규제기본법」을 제정(1997. 8. 22.)하였다. 1998년 김대중정부는 이 법을 토대로 대통령 소속 '규제개혁위원회'를 발족하였고, 2004년 노무현정부는 총리 주재로 '규제개혁장관회의'를 만들고 '민관합동 규제개혁기획단'을 설치하였다. 2008년 이명박정부는 "규제의 전봇대 뽑기"를 위한 '규제개혁추진단'을 운영하였고, 2013년 박근혜정부는 '민관합동 규제개혁장관회의'를 개최하여 "손톱 밑 가시"인 각종 규제에 대한 개혁을 시도하였다.²⁴⁾ 현 정부도 2017년 9월 『새정부 규제개혁 추진방향』에서 '민생과 혁신을 위한 규제 재설계'를 국정과제로 제시하면서 규제개혁의 필요성을 재차 강조한 바 있다.

그러나 이러한 역대 정부의 규제개혁 시도에도 불구하고 실제 국민과 기업이 체감하는 규제개혁 성과에 대해서는 여전히 의문이 제기된다. 이와 함께 규제개혁 정책과정에서 가장 우선적으로 검토되어야 할 사항은 규제의 개념에 대한 근본적인 고찰, 즉 정부규제는 무조건적 척결대상이 아니라 국가의 행정목적 실현을 위해 필요불가결한

21) 행정규제기본법 제2조(정의) 1. "행정규제"(이하 "규제"라 한다)란 국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인을 포함한다)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령등이나 조례·규칙에 규정되는 사항을 말한다.

22) 이를 유형별로 살펴보면 경제규제가 2,746개, 사회규제가 2,316개, 행정규제가 2,120개이고, 부처별로는 국토교통부가 1,531건으로 21.3%, 금융위원회가 747건으로 10.4%에 해당하며 직전년도에 신설된 규제만도 172건에 이른다. 김용담, 규제개혁 제도의 개선과제-제11회 입법정책포럼, 법연 2013 March+April, 한국법제연구원, 2013, 60면 참조.

23) 정부(국무조정실 규제개혁위원회)는 종전 규제등록체계의 경우 등록기준(단위)이 모호하여 20~30개의 규제조문을 1개의 규제사무로 등록하는 등의 문제점이 있어, 2015년부터 규제등록단위를 변경(규제사무→규제조문)하는 것으로 규제등록시스템을 재구축하였고, 이후 총 규제건수는 집계하지 않고 있다.

24) 문화일보, "역대 정부마다 '개혁' 외치다 용두사미(규제완화 실패의 역사)", 2014. 3. 20.(<http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2014032001070527109006>) 참조.

대상이라는 인식 전환이 필요하다는 자성의 목소리가 확산되고 있다.

최근 문재인정부가 제시한 신산업 분야 중심의 ‘先허용-後규제(포괄적 네거티브)’²⁵⁾ 방식으로의 규제 패러다임 전환과 규제 샌드박스(Regulatory Sandbox)²⁶⁾ 도입 등의 규제혁신 정책과제²⁷⁾는 이러한 필요성을 고려한 정책 변화로 보여 진다.

좋은 경제적 규제는 정당한 시장경쟁을 촉진하고 대기업의 독과점으로부터 중소기업을 보호한다. 좋은 사회적 규제는 환경오염, 근로자의 보건 및 안전에 대한 위협, 소비자 권익의 침해 등에 대한 일반국민의 보호막을 형성한다. 또한, 잘 디자인된 좋은 규제는 기술혁신(innovation)을 유도하여 생산성 향상과 기술발전을 유도하는 좋은 계기가 될 수 있다.²⁸⁾

따라서 규제개혁 정책과정에서 ‘좋은 규제’와 ‘나쁜 규제’, 그리고 ‘필요한 규제’와 ‘불필요한 규제’를 엄밀히 분별하는 작업이 선행되어야 할 것이고, 이를 토대로 좋은 규제는 강화하고 나쁜 규제는 폐지.완화하거나 합리적으로 개선하는 투트랙(Two-Track)의 규제개혁 전략이 추진되어야 할 것이다.

이하에서는 이러한 판단에 필요한 좋은 규제의 판단기준에 관하여 논하고자 한다. 먼저 규제의 개념과 유형을 간략히 살펴보고(Ⅱ), 우리나라 규제의 문제점과 좋은 규제의 판단기준으로서 고려해야 할 다양한 요소들에 대하여 살펴보는(Ⅲ) 순으로 논의를 전개할 것이다.

Ⅱ. 규제의 개념 및 유형

1. 규제의 개념

일반적으로 ‘규제’란 “바람직한 경제.사회 질서(desirable socioeconomic order)의 구현을 위해 정부가 시장에 개입하여 기업과 개인의 행위를 제약하는 것”²⁹⁾, “정부조직의 하나인 규제기관이 달성해야할 목적을 효과적으로 추구하기 위해 민간경제주체인 기업.개인.조직의 특정 활동이나 행위를 제한.금지.지시하거나 지도.보호.지원.조장하는

25) ‘포괄적 네거티브 규제’는 사전적으로 일단 허용하고 사후적으로 문제가 있을 경우 규제하는 방식으로, 원칙허용-예외금지의 ‘네거티브 리스트 규제’ 방식을 확장한 개념이라 할 수 있다.

26) 규제 샌드박스는 신산업·신기술 분야에서 새로운 제품이나 서비스를 출시할 때 일정 기간 동안 기존 규제를 면제하거나 유예시켜주는 제도이다. 어린이들이 안전하고 자유롭게 놀 수 있는 모래 놀이터(샌드박스)처럼 규제로부터 자유로운 환경을 제공해줌으로써 그 안에서 다양한 아이디어를 펼칠 수 있도록 하려는 취지이다.

27) 국무조정실, 2019년 규제정비 종합계획 확정, 국무조정실 보도자료, 2019, 3면.

28) 현준원, “좋은 규제, 나쁜 규제, 그리고 좋은 규제의 요건”, 법연 vol.42(Nov.Dec 2013), 한국법제연구원, 2013, 60면에서는 “잘 디자인된 좋은 규제의 요건”으로 기술혁신과의 연관성, 유연성, 부담수준의 적절성을 들고 있다.

29) 최병선, 「정부규제론」, 법문사, 2007, 25면.

행정작용”³⁰⁾, 또는 “행정주체가 사적 활동에 대하여 공익이라는 목적 달성을 위하여 개입하는 것”³¹⁾ 등으로 정의된다. 이처럼 규제에 관한 종래의 정의에서는 ‘행정부’가 ‘일정한 목적’을 가지고 ‘개인의 행위를 통제’하는 것에 주목하고 있음을 알 수 있다.

그러나 ‘규제’의 개념을 일의적으로 정의하기란 쉽지 않다. “종종 규제는 마치 인식 가능하고 별개의 방식인 정부 활동인 것처럼 언급되지만, ‘규제’라는 용어는 수많은 방식으로 정의된다.”는 Baldwin 교수의 언급³²⁾과 같이 규제의 개념은 논자에 따라 다양하게 정의될 수 있다. 독립적인 분과학문으로서 발전 중인 ‘규제학’에서 조차 규제의 개념에 대해 여러 견해가 제시되고 있으며,³³⁾ 각 견해들이 아직 합의에 이르는 수준으로까지 진전된 것으로는 보이지 않는다.

하지만 ‘규제’의 개념을 넓은 의미에서 “어떤 사건에 대해 영향을 미치는 의도적인 행위”로 정의하고, ‘규제제도(regulatory regime)’를 “규제의 기준을 정하여 감시하고, 그것을 처벌하는 모든 매커니즘”으로 정의하면서 정부나 공공기관에 의해 집행되는 ‘법’이 이러한 규제제도로 사용되고 있다는 견해³⁴⁾나 「행정규제기본법」에 따른 규제의 법적 정의³⁵⁾에서도 알 수 있듯이, 규제의 개념을 정의함에 있어서 규제의 기준 내지 도구로서 ‘법’에 대한 고려는 필수적이며, 나아가 규제에 대한 전반적인 연구에 있어서 법학적 사고(legal mind)는 간과될 수 없을 것이다.

2. 규제의 유형

규제는 그 성격에 따라 크게 경제적 규제, 사회적 규제, 행정적 규제 등 세 가지 유형으로 구분된다.³⁶⁾

먼저, ‘경제적 규제’는 기업이나 개인의 경제활동에 정부가 관여하는 것으로 건전한 시장질서 유지가 주된 목적이다. 세부유형으로는 ①어떤 산업 또는 직종에 참여하여 사업을 할 수 있는 영업의 자유를 제한하는 규제로서, 각종 사업에 대한 인허가 등 진입규제(entry regulation), ②기업이 생산하는 제품이나 서비스의 가격을 직접 규제하는 것으로, 전기·전화·상수도·교통요금 등 각종 공익서비스 산업의 공공요금 등에 관한 가격규제(price regulation), ③시장경쟁의 제한이 아닌 시장경쟁을 촉진하는 규

30) 김용우, 「정부규제와 규제행정」, 대영문화사, 2010, 30면.

31) 이원우, 「경제규제법론」, 법문사, 2010, 11면.

32) Baldwin, R., Cave, M & Lodge, M., *Understanding Regulation*, Oxford Univ. Press, 2012, p. 3.

33) 이혁우, “규제의 개념에 관한 소고”, 「행정논총」 제47권 제3호, 2009, 354면.

34) 홍성수, “규제학 - 개념, 역사, 전망”, 「안암법학」 제26호, 2008, 381면.

35) 행정규제기본법 제2조(정의) 1. “행정규제”(이하 “규제”라 한다)란 국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인을 포함한다)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령등이나 조례·규칙에 규정되는 사항을 말한다.

36) 최유성, “균형있는 규제개혁의 방향”, 한국행정연구원 issue paper, 2014, 2면.

제로서, 기업결합 또는 합병에 대한 규제, 가격·수량·규격제한 카르텔 규제 등 독과점 및 불공정거래에 대한 규제가 있다.

다음, ‘사회적 규제’는 기업이나 개인의 경제활동 과정에서 초래되는 부작용이나 문제로부터 일반 국민이나 사회적 약자를 보호하려는 것으로, 일명 ‘기업의 사회적 책임(CSR: Corporate Social Responsibility)을 묻는 규제’라고도 부른다. 세부유형으로는 ①가장 전형적인 사회적 규제인 환경규제, ②작업장에서의 안전과 보건 확보를 위한 산업안전 및 보건규제, ③소비자 보호를 위한 식품안전 및 위생규제, 의약품 안전규제, 자동차 등 각종 공산품의 안전규제, 허위·과장광고 및 기만적인 판매행위에 대한 규제 등을 예로 들 수 있다.

마지막으로 ‘행정적 규제’는 정부의 행정업무의 효율성을 목적으로 국민에게 부과하는 의무나 권리제한을 의미한다. 인·허가절차 등 행정절차상 요구되는 서류제출 등을 예로 들 수 있다.

Ⅲ. 좋은 규제의 판단기준

앞서 살펴본 것처럼 규제는 국가의 행정목적 실현을 위한 필요불가결한 대상이지 무조건 척결해야할 부정적 대상이 아니다. 또한 규제개혁은 단순히 규제의 완화나 철폐만을 의미하는 것이 아니라 좋은 규제로의 합리적 개선을 의미한다.

이하에서는 ‘좋은 규제’의 판단기준을 정립하기 위하여 먼저 우리나라 규제의 문제점을 살펴보고, 올바른 규제개혁을 위한 원리로서 법 원칙과 제도적 측면을 중심으로 살펴볼 것이다. 그리고 이러한 판단기준들 간에 상호 모순·충돌될 여지는 없는지 그 체계 정당성에 대하여 검토하고자 한다.

1. 우리나라 규제의 문제점

그동안 우리나라 규제에 대하여 주로 지적되어 온 문제점은 ①낮은 규제품질, ②낮은 예측가능성, ③낮은 집행률과 준수율, ④원칙적 금지-예외적 허용의 규제방식(positive regulation), ⑤이중(중복)규제 등이다. 그 주요내용을 정리하면 아래 <표1>과 같다.³⁷⁾

<표1> 우리나라 규제의 문제점

37) 이원우, 전게서, 155~162면 참조.

문제점	주요내용
낮은 규제품질	투명성, 비례성, 책임성, 일관성 등 규제원칙에 부합하지 않는 불합리한 규제
낮은 예측가능성	불명확하고 어려운 규제법령, 행정청의 광범위한 재량행사, 잦은 제도변경 등으로 규제대상이 불명확한 낮은 예측가능성
낮은 집행률과 준수율	규제기준이 비현실적으로 높은 경우 집행기관의 집행률과 수범자의 준수율 저하
원칙적 금지-예외적 허용방식	“금지되지 않은 것은 허용”이라는 법언에 부합하지 않는 원칙적 금지-예외적 허용 방식(positive regulation)의 규제
이중(중복) 규제	하나의 규제에 여러 기관이 관여되어 과잉규제 논란과 혼란 초래

역대 정부마다 규제개혁을 중요 정책과제로 추진하였음에도 불구하고 민간이나 기업이 규제개혁의 효과를 체감하지 못하고 있는 것은 이러한 문제점이 지속되고 있기 때문이라고 볼 수 있다.

특히, ‘원칙적 금지-예외적 허용방식’의 포지티브 규제시스템은 인공지능, 자율주행, 드론, 가상현실(VR) 등 새로운 기술이 급변하는 4차 산업혁명 시대에 부합하지 않는 규제방식이라고 할 수 있다. 새로운 기술이나 산업이 등장하더라도 그에 대한 합리적인 규제가 미처 마련되어 있지 않아 해당 기술·산업을 원칙적으로 금지하거나 기존 유사분야의 규제를 불합리하게 적용할 경우, 민간과 기업의 창의적인 아이디어 창출을 저해하고 과학기술 및 관련 산업의 원활한 성장·발전에 심각한 장애요소가 될 것이기 때문이다.³⁸⁾ 즉, 기존의 규제시스템으로는 급속한 기술발전과 업종 간 융합을 특성으로 하는 신산업 분야에 대응하는데 한계가 있을 수밖에 없다.

상기 다섯 가지 외에 또 다른 문제점으로 이른바 ‘규제완화의 역설’이 지적된다. 이는 규제완화가 역설적으로 규제를 강화한다는 것으로, 규제완화로 인해 오히려 규제의 불합리성이 증대되고 국민의 자유가 더욱 제한되는 현상을 말한다. 반대로 규제의 신설이나 강화에서 오는 부작용도 생각해볼 수 있는데, 예컨대 위험을 제거하기 위한 규제로 인해 오히려 위험이 증가하는 사례를 들 수 있다. 이는 규제가 생기면 시장은 규

38) 자율주행차량의 경우 기술개발에 성공했으나 기존 「도로교통법」 제48조의 ‘모든 차량 운전자가 조향장치(운전대)와 제동장치(브레이크) 등을 정확하게 조작해야 한다.’는 규제 때문에 무인 자율주행 3단계(차량이 스스로 주변 환경을 파악해 운전하고 운전자는 돌발상황에만 개입하는 수준) 또는 그 이상의 자율주행 테스트를 모두 할 수 없는 문제가 이슈화되고 있다. 미국 정부의 경우에는 관련법을 다 개정하여 자율차의 자유로운 주행 시험을 합법화하고, 사람뿐 아니라 인공지능 자율주행 시스템도 법률상 ‘운전자’로 인정하는 제도를 이미 마련하였다. 한국경제, “美 구글 자율주행 지구 400바퀴 돌때…韓은 규제·기득권 막혀 ‘공회전’”, 2019. 10. 9. 참조.

제를 회피하고자 끊임없이 새로운 출구를 찾아내는데 따른 부작용으로도 이해된다. 단순한 규제철폐나 규제완화가 아닌, 필요하고 좋은 규제를 선별하여 규제의 품질을 제고하는 합리적인 규제개혁이 필요한 이유라고 할 것이다.

2. 좋은 규제의 판단기준

「행정규제기본법」 제2조 ‘규제’의 정의에서 보듯이 규제의 본질은 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 국가기관의 행위라는 점에서, 규제는 원칙적으로 법률에 규정하여야 한다. 다만, 고도로 전문적·기술적이며 신속한 입법적 대응이 필요한 경우에 한하여 세부적이고 기술적인 사항을 행정입법으로 규정할 수는 있을 것이다.

법 규범으로서 규제는 그 내용과 형식 등이 헌법상 기본원리나 질서 등 법의 일반원리나 제도에 부합하여야 한다. 아래에 제시하는 규제의 법 원리와 법 제도는 좋은 규제를 분별하는 핵심적 판단기준이 될 것으로 보여 진다.

(1) 법치주의 확립을 위한 규제의 일반원칙

좋은 규제는 헌법에 구현된 법치주의에 부합하도록 ①법률유보의 원칙, ②예측가능성과 명확성, ③비례원칙, ④일관성과 통일성, ④투명성의 원칙, ⑤자기책임의 원칙 등 법의 일반원칙을 준수하여야 한다. 이러한 규제의 일반원칙은 법 형성의 재량 범위 내에서 기본권을 최대한 보장·실현하고 최고 규범인 헌법의 원리를 보다 충실히 구현하기 위한 것이다. 그 주요내용을 정리하면 아래 <표2>와 같다.³⁹⁾

<표2> 법치주의 확립을 위한 규제의 일반원칙

법 일반원칙	주요내용
법률유보의 원칙	• 규제의 본질적 내용은 법률로 정하되, 전문성과 일관성 제고를 위해 필요할 경우 구체적으로 범위를 정하여 시행령 및 시행규칙에 규정
예측가능성과 명확성	• 규제기준이 사전에 명확히 제시되고 규제내용이 객관적이고 명료함 • 법 준수자가 행위 시 법을 예측할 수 있도록 잦은 정책변경 최소화
비례원칙 (과잉금지원칙)	• 국민의 기본권을 제한하는 규제는 목적의 정당성, 수단의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등 네 가지 요건을 구비
일관성과 통일성	• 피규제자의 법적안정성 보장을 위해 규제기준이나 집행의 전 과정에서 일관성 유지 • 하나의 사업영역에 복수의 행정기관이 규제권한을 가지는 이중(중복)

39) 이원우, 전거서, 165~170면 참조.

법 일반원칙	주요내용
	규제 지양
투명성의 원칙	• 규제집행 과정의 투명성을 제고하여 행정 감시를 용이하게 하고 부패발생 소지를 사전에 차단
자기책임의 원칙	• 위험을 야기한 자가 책임을 지는 자기책임의 원칙 구현

상기 원칙 중 예측가능성과 명확성, 법률유보의 원칙은 규제 설계 시 다음과 같은 측면에서 특히 우선적으로 고려되어야 할 원칙으로 보인다.

우리나라 규제법령의 경우 어려운 한자어 표현 등 용어가 어렵고 불확정 개념⁴⁰⁾을 사용하는 등 규제의 기준이 모호하여 결과적으로 국민이 이해하기 어렵고 행정기관이 법령을 자의적으로 해석하게 되는 등 예측가능성과 명확성 측면에서 문제점이 지적된다. 좋은 규제는 수범자가 무엇이 금지되는 행위인지, 그리고 집행자는 무엇을 어떻게 금지하여야 하는지 객관적인 판단지침을 명확히 알 수 있어야 한다. 이를 위해서는 규제법령의 내용을 알기 쉬운 용어로 구체적이고 명확하게 규정하여야 할 것이다. 다만, 입법기술상의 한계로 불확정 개념을 사용할 경우 상위 법률에서 최대한 구체적으로 규정한 후 그 대강의 범위를 정하여 하위법령에서 구체화하여야 한다. 특히, 형사나 조세, 국민의 자유와 권리를 제한하는 침익적 성격의 규제는 예측가능성과 명확성의 기준이 보다 엄격하게 적용되어야 할 것이다.

아울러 법률유보의 원칙에 관한 문제점도 지적된다. 우리나라의 경우 신속성,복잡성, 전문성 등의 이유로 규제의 중요한 내용이 고시,예규,지침 등 행정규칙에 규정되는 경우가 많아 자의적,비체계적이고 상호 모순되는 행정규제가 남발되는 경향이 있다. 국민의 기본권을 제한하거나 제한을 해제하는 요건과 기준, 권리,의무의 변동에 관한 사항, 국민 다수에 영향을 미치는 사항 등 규제의 중요한 내용은 법률유보의 원칙에 따라 법규성이 보장되는 법률,시행령,시행규칙에 규정⁴¹⁾하여야 할 것이다.

40) 가령 “공익을 해하는 경우”와 같은 불확정 개념을 허가의 제한요건으로 설정하는 것은 부적절해 보인다.

41) 현행 「행정규제기본법」 제4조에서도 ‘규제 법정주의’를 규정하고 있다.

제4조(규제 법정주의) ① 규제는 법률에 근거하여야 하며, 그 내용은 알기 쉬운 용어로 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다.
 ② 규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령(上位法令)에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령에서 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다.
 ③ 행정기관은 법률에 근거하지 아니한 규제로 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과할 수 없다.

(2) 현대적 규제원리와 고려요소

최근 현대사회의 특성을 반영한 새로운 규제원리로 ①정보전달 합리화의 원리, ②효율성과 최적화의 원리, ③규제개별화(맞춤형 규제), ④전문성과 신뢰성의 제고, ⑤소비자 보호수준의 제고, ⑥규제의 세계화 등이 제시된다. 그 주요내용을 살펴보면 아래 <표3>과 같다.⁴²⁾

<표3> 현대적 규제원리와 고려요소

규제원리와 고려요소	주요내용
정보전달 합리화	변동성이 심한 현대사회에서는 불확실한 상황에 대한 정확하고 충분한 정보의 제공(리스크 커뮤니케이션)이 규제의 핵심적 문제
효율성과 최적화 (비용편익분석)	규제목표와 그 달성수단 간에 최적점을 찾을 필요. 규제의 효용성 제고를 위해 비용편익분석제도를 도입하여 규제가 비례원칙에 비추어 과도하지 않는지 여부 심사
규제개별화 원리 (맞춤형규제)	획일적 평등이 아닌 실질적 평등을 위해 대기업(선도기업)과 중소기업(후발기업)간 규제준수능력 등 사정을 고려하는 맞춤형 규제 설계
전문성과 신뢰성 제고	과학기술 발전 등 분야별로 전문화된 현대사회에서 규제기관 내지 담당인력의 전문성을 확보하여 규제체계의 안정성, 신뢰성, 합리성 등 보장
소비자 보호수준 제고	위험관리·안전규제 영역에서는 소비자(국민) 보호를 위해 생산자 중심의 규제정책에서 소비자 안전강화 중심의 규제정책으로 전환
규제의 세계화	세계화 추세에서 각종 국내 규제기준을 국제기준에 맞출 필요

세계화, 정보화 등 현대사회의 특성으로 인하여 지구온난화 등 이상기후, 메르스 등 신종질병의 유입, 해킹 등 개인정보 유출, 가습기살균제 사건 등 새로운 형태의 재난이 발생하여 국민의 건강과 안전을 심각하게 위협하고 있다. 이에 대응하기 위하여 국민에게 정확하고 충분한 정보를 제공(리스크 커뮤니케이션)하는 ‘정보전달 합리화의 원리’의 중요성이 한층 강조되고 있다.

또한, 규제의 효율성·적정성 등 품질 제고를 위한 규제의 비용편익분석, 획일적 평등이 아닌 실질적 평등 구현을 위한 중소기업 규제 차등화 등 수범자의 규제준수능력을 고려한 맞춤형 규제, 규제기관·인력의 전문성과 신뢰성 제고, 위험관리 및 안전규제 영역에서 소비자 보호수준의 제고 등의 원칙은 현대적 관점에서 좋은 규제가 갖추어야

42) 이원우, 전계서, 170~173면 참조.

할 중요한 요소로 보여 진다.

특히, 새로운 형태의 재난에 대비하기 위한 환경규제, 산업안전 및 보건규제, 소비자 보호 규제 등의 사회적 규제는 더욱 촘촘하게 설계하여 사회 안전망을 한층 강화시킬 필요가 있다.⁴³⁾ 아울러 규제의 세계화 원리에 따라 현행 규제 내용이 국제조약·협약 등과 충돌할 우려가 있는 경우에는 국내 규제기준을 국제기준에 맞도록 수정·보완하되, 국내 특수성을 고려한 합리적인 조정이 필요할 것이다.⁴⁴⁾

(3) 규제개혁을 위한 법 제도: 사전허가의 활용과 자율규제의 확대도입

4차 산업혁명 시대를 맞이하여 현행 법령에 규정하고 있지 않은 새로운 기술·산업의 출현과 그에 대한 새로운 규제 마련 사이의 시간간격(time lag) 문제에 대하여는 깊이 있는 고려가 필요할 것이다. 이와 관련하여 규제법령이 마련되기 전까지는 당해 행위를 잠정적으로 허용하고 법령정비 후 정식으로 행위 허가 여부를 결정하는 방식이 제시되고 있다.

앞서 살펴본 것처럼 현 정부도 4차 산업혁명에 선제적으로 대응하기 위하여 신산업의 경우 우선허용-사후규제(포괄적 네거티브) 방식으로 규제의 패러다임을 전환하였다.⁴⁵⁾ 이는 기술혁신과 신산업의 활성화를 위한 바람직한 정책전환으로 보여 진다. 다만, 우선허용한 후부터 사후규제가 마련되기 전까지의 사실상 규제 공백 기간에 야기될 수 있는 각종 위험을 관리하기 위한 정책수단은 어떠한 형태로든 보완되어져야 할 것이다. 예컨대, 새로운 기술이 사전에 예측하지 못하였던 환경문제, 건강 및 위생문

43) '세월호 참사' 이후 정부가 "시민의 안전, 환경, 사회적 약자계층을 위한 착한 규제는 오히려 강화되어야 한다."는 방향으로 규제개혁의 방향을 조정한 것은 바람직한 것으로 보인다.

44) 헌법 제6조제1항은 "헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다."라고 규정하고 있다. 따라서 국내법과 같은 효력이 있는 조약·국제법규와 상반되는 내용의 규제법령을 입법하게 되면 법적으로 국내법 상호간 충돌문제가 발생할 것이다.

45) 이에 대한 법적근거 마련을 위해「행정규제기본법」제5조의2를 신설하였다(2019. 4. 16.).

제5조의2(우선허용·사후규제 원칙) ① 국가나 지방자치단체가 신기술을 활용한 새로운 서비스 또는 제품(이하 "신기술 서비스·제품"이라 한다)과 관련된 규제를 법령등이나 조례·규칙에 규정할 때에는 다음 각 호의 어느 하나의 규정 방식을 우선적으로 고려하여야 한다.
1. 규제로 인하여 제한되는 권리나 부과되는 의무는 한정적으로 열거하고 그 밖의 사항은 원칙적으로 허용하는 규정 방식
2. 서비스와 제품의 인정 요건·개념 등을 장래의 신기술 발전에 따른 새로운 서비스와 제품도 포섭될 수 있도록 하는 규정 방식
3. 서비스와 제품에 관한 분류기준을 장래의 신기술 발전에 따른 서비스와 제품도 포섭될 수 있도록 유연하게 정하는 규정 방식
4. 그 밖에 신기술 서비스·제품과 관련하여 출시 전에 권리를 제한하거나 의무를 부과하지 아니하고 필요에 따라 출시 후에 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 규정 방식
② 국가와 지방자치단체는 신기술 서비스·제품과 관련된 규제를 점검하여 해당 규제를 제1항에 따른 규정 방식으로 개선하는 방안을 강구하여야 한다.

제, 과학기술을 이용한 테러, 프라이버시 침해, 생태계 변화 등 사회적 재난을 발생시킬 수 있기 때문이다.

우선허용-사후규제 방식과 함께 규제개혁의 새로운 방안으로 해당 기술·산업과 관련된 사인(私人)에 의한 자율규제가 확대될 필요도 있어 보인다. 특히 신기술·산업의 경우 이에 대한 충분한 이해를 갖춘 기술개발자, 연구자나 산업관련자가 각자 담당하는 과정에서 위험발생을 철저히 통제하는 자율규제가 최선의 위험규제가 될 수 있을 것이다. 다만, 자율규제 과정에서 발생할 수 있는 각 담당자의 책임 해태 등 도덕적 해이를 방지할 수 있는 객관적 기준 설정과 정부도 책임자로서 일정 부분 참여하는 방안이 모색되어야 할 것이다.

3. 좋은 규제의 판단기준 간 체계정당성

지금까지 좋은 규제의 판단기준으로서 법률유보의 원칙 등 ‘법치주의 확립을 위한 규제의 일반원칙’, 정보전달 합리화의 원리 등 ‘현대적 규제원리’, 사전허가의 활용 등 ‘규제개혁을 위한 법 제도’를 살펴보았다. 이러한 원칙·원리 및 제도는 정부의 규제개혁 합리화 과정에서 면밀히 검토·적용되어야 하는데, 특히 이를 실제 규제법령에 적용할 때에는 다른 규제 원칙과의 상충 여부 등 체계정당성 측면에서의 검토가 필히 수반되어야 할 것이다.

‘체계정당성’이란 동일한 법규범 내에서 또는 다른 법규범과의 관계에서 규범의 구조나 내용 또는 근거가 되는 원리·원칙이 서로 모순·저촉되어서는 안 된다는 하나의 헌법적 요청을 말한다.⁴⁶⁾ 특히 새로이 제정 또는 개정되는 규제법령은 기존 규제법령과의 모순·저촉을 배제하여 법령체계 가운데 조화와 균형의 관계가 유지되어야 한다.

일반적으로 체계정당성에 위반되었다고 해서 곧바로 위헌이 되는 것은 아니고, 그것이 비례의 원칙, 평등의 원칙 등 헌법상 원칙이나 규정을 위반한 경우에는 위헌이 된다. 다만, 체계정당성 위반을 허용할 만한 합리적인 사유가 존재한다면 입법재량이 인정되어 예외적으로 정당화될 수 있다(헌법재판소 2005. 6. 30. 2002헌바40 결정)⁴⁷⁾.

이하에서는 좋은 규제의 판단기준으로 언급한 상기 법 원리·원칙 및 제도들이 체계정당성 측면에서 서로 모순·충돌되는 부분은 없는지, 만일 충돌될 경우 어떤 기준을 우선적으로 적용해야 하는지에 관하여 살펴보고자 한다.

46) ‘체계정당성’(Systemgerechtigkeit)의 원리는 규범 상호간의 구조와 내용 등이 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지하도록 입법자를 기속하는 헌법적 원리라고 볼 수 있다. 이처럼 규범 상호간의 체계정당성을 요구하는 이유는 입법자의 자의를 금지하여 규범의 명확성, 예측가능성 및 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위한 것이고 이는 국가공권력에 대한 통제와 이를 통한 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치주의원리로부터 도출되는 것이라고 할 수 있다(헌법재판소 2004. 11. 25. 2002헌바66 결정).

47) 국회 법제실, 「법제이론과 실제」, 국회사무처, 2019, 67면 참조.

(1) '현대적 규제원리' 및 '법 제도'와 '규제의 일반원칙' 간의 체계정당성

'현대적 규제원리' 및 '규제개혁을 위한 법 제도'는 '법치주의 확립을 위한 규제의 일반원칙'에 대하여 다음과 같은 측면에서 모순·저촉될 소지가 있어 보인다.

첫째, 현대적 규제원리인 '규제개별화의 원리(맞춤규제)'는 실질적 평등을 실현하고자 대기업(선도기업)과 중소기업(후발기업) 간의 규제준수 능력을 고려하여 각각의 규제기준을 설정할 수 있도록 하는 것이다. 이는 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 헌법상 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라는 점⁴⁸⁾에서 정당화된다. 따라서 대기업(선도기업)과 중소기업(후발기업)을 차별하여 규제할 경우에는 그 차별에 대한 합리적인 이유가 존재하여야 하며, 그렇지 않을 경우 자의적인 차별로서 법치주의의 원칙에 부합하지 않을 것이다.

또한, 실제 규제법령에서 '선도기업'과 '후발기업'을 구분하여 규제기준을 달리 적용할 경우 '선도기업'과 '후발기업'의 법적 개념을 명확히 정의하고 이를 구분하는 합리적인 기준이 제시되어야 할 것이다. 그렇지 않을 경우 규제내용의 객관성·명료성을 요구하는 '예측가능성과 명확성 원칙'에 저촉될 수 있다. 아울러 이처럼 수범자 별로 상이한 규제기준을 설정·집행하는 것은 규제기준이나 집행의 전 과정에서 일관성을 요구하는 '일관성과 통일성 원칙'에 부합하지 않는 측면도 있다.

둘째, '소비자 보호수준의 제고'는 종전의 생산자 중심의 안전관리에서 소비자 중심의 안전관리로 규제의 패러다임을 변화시키는 것⁴⁹⁾인데, '소비자 보호·안전' 등은 그 범위가 지극히 포괄적인 불확정 개념이므로 이를 정교하게 설계하지 않을 경우에는 '예측가능성과 명확성 원칙'에 부합하지 않을뿐더러 생산자에게 새로운 규제가 양산될 소지도 있다. 또한, 소비자 보호·안전을 위한 예방적 측면에서 생산자의 생산과정에 선행적으로 규제를 가할 경우 실제 위험을 야기한 자가 책임을 지는 '자기책임의 원칙'에 위배되는 문제점도 제기될 수 있을 것이다.

셋째, 신기술 등 새로운 행위에 대해 인허가 기준이 제정될 때까지 잠정적으로 그 행위를 허용하고 법령정비 후 정식으로 인허가 여부를 결정하는 '사전허가의 활용'은 어떠한 기술이 해당 법령의 적용을 받는 신기술에 해당하는지 여부가 불분명하여 수범자의 이해를 어렵게 하고 집행과정에서 혼선을 초래하는 등 '예측가능성과 명확성 원칙'을 침해할 소지가 있다.⁵⁰⁾

48) 헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7 등 헌법재판소의 확립된 판례이다.

49) 예컨대, 식품안전 규제의 경우 과거에는 생산 장려, 산업육성 및 식품의 양·가격 등에만 관심을 갖던 생산자 중심적인 식품정책에서 소비자 중심의 식품안전에 중점을 둔 정책으로 전환하고 있는 것이다. 이원우, 전계서, 172면 참조.

50) 예컨대, 「행정규제기본법」에서 제5조의2를 신설(2019. 4. 16)하여 신기술 서비스·제품의 경우 우선허용·사후규제 원칙을 규정하고 있으나, "신기술 서비스·제품"에 대한 개념 정의가 없고, 부칙에서 개정조항에 대한 적용례도 두지 않은 것은 '명확성의 원칙'에 부합하지 않은

이는 ‘포괄적 네거티브 규제’ 방식으로의 전환⁵¹⁾을 위한 ‘입법방식의 전환’에 따른 결과로 보여 진다. ‘입법방식의 전환’이란 법령의 개념 정의는 포괄적으로, 제품·서비스 등에 대한 분류체계는 유연하게 변경하는 것을 의미한다.⁵²⁾ 현대사회의 급속한 환경변화에 대응하고 신산업 육성정책 추진을 위하여 이러한 규제방식 전환의 필요성은 인정된다고 볼 수 있지만, ‘예측가능성과 명확성’ 등을 중시하는 전통적인 규제기준에는 부합하지 않는다고 할 것이다.

넷째, 사전 허용되었던 신기술·산업이 사후 법령정비 결과 허용되지 않는 것으로 규정될 경우 행정기관의 명시적·묵시적 허용을 신뢰하여 이미 시설·설비·인력 등을 투입한 신기술·산업 당사자의 손해에 대한 ‘신뢰보호 원칙’의 적용 여부는 법리적 측면에서 간과할 수 없는 문제로 보여 진다.

다섯째, 기술개발자, 연구자 등 사인(私人)에게 규제업무를 담당하게 하는 ‘자율규제’는 해당 규제업무를 위한 별도의 법인에게 맡기는 유형, 사인 가운데 책임자를 선정하여 맡기는 유형, 사인이 자발적으로 일정한 행위규제를 하는 유형⁵³⁾ 등 그 규제 유형이 다양하게 나타날 수 있다는 점에서, 규제기준이나 집행의 전 과정에서 일관성을 요구하는 ‘일관성과 통일성의 원칙’에 부합하지 않을 수 있다.

또한, 자율규제는 사인이 규제행정에 직접 참여함으로써 행정의 민주화와 행정 감시가 용이해지는 측면이 있지만, 행정기관에 비해 책임성의 정도가 낮은 사인이 규제업무를 수행할 경우 책임해태, 일탈 등 도덕적 해이가 발생하여 ‘투명성의 원리’를 오히려 저해하게 될 소지도 있을 것이다.

(2) ‘현대적 규제원리’와 ‘법 제도’ 간의 체계정당성

‘현대적 규제원리’와 ‘규제개혁을 위한 법 제도’ 간에도 다음과 같은 측면에서 상호 모순·저촉될 소지가 있을 수 있다.

첫째, 생산자 중심의 규제정책에서 소비자 안전강화 중심의 규제정책으로 전환을 요구하는 ‘소비자 보호수준의 제고’는 규제목표와 달성수단 간에 최적점을 찾기 위한 ‘효율성 및 최적화의 원리(비용편익분석)’에 부합하지 않을 수 있다.

비용편익분석은 투입되는 비용 대비 산출되는 편익의 비율을 산정하여 분석하는 것

것으로 보인다. 이른바 ‘규제혁신 5법’^{*} 중 하나인 「정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법」에서도 신규 정보통신융합등 기술·서비스에 대한 우선허용·사후규제 원칙을 신설하면서(2018. 10. 16. 제3조의2), 마찬가지로 ‘신규 정보통신융합등 기술·서비스’에 대한 개념 정의가 없고 하위법령에서 이를 정하도록 위임하고 있지도 않다.

* (법 제명 약칭) 행정규제기본법, 정보통신융합법, 산업융합촉진법, 금융혁신법, 지역특구법
51) 포괄적 네거티브 규제방식으로의 전환은 ‘입법방식 전환’과 ‘혁신제도 도입’의 두 축으로 추진되고 있다. 혁신제도 도입의 예로는 ‘규제 샌드박스’를 들 수 있다.

52) 국무조정실, “새 정부 규제개혁 추진방향”, 국무조정실 보도자료, 2017. 9. 7.

53) 예컨대, 민간기업 사이에 신사협정을 체결하여 일정한 행위를 금지하는 경우나 기업 내부의 자율준수 프로그램에 의한 자율규제방식이 있다.

인데, 생산자는 그 규모가 한정되어 있어 규제의 비용·편익 산정이 가능할 수 있지만, 소비자는 구체적인 규모 산정이 어려울 뿐만 아니라 ‘소비자 안전·보호’라는 정성(定性)적 개념에 대한 비용·편익 산정이 사실상 불가능하여 비용편익분석의 왜곡이 발생할 소지가 다분하기 때문이다. 이 경우 규제의 비용편익분석 결과가 과학적이고 객관적이라는 점을 과신할 경우 오히려 규제의 합리화에 걸림돌로 작용할 수 있을 것이다.

둘째, 신기술 등에 대하여 규제법령 정비 전까지 인·허가를 우선 허용하는 ‘사전허가 활용’은 우선허용기간 중에는 사실상 규제기준이 정하여지지 않아 다양한 측면에서 문제가 제기될 수 있다. 즉, 앞서 살펴본 ‘예측가능성과 명확성’ 등 전통적인 규제기준에 부합하지 않을 뿐더러 ‘효율성 및 최적화의 원리(비용편익분석)’가 적용되지 않으며, 우선 허용된 신기술 등이 조약·국제법규 등에 부합하지 않는 경우 ‘규제의 세계화 원칙’에 저촉될 수 있을 것이다.

아울러 사전허가는 신기술·산업에 허용되는 것인데, 충분한 정보가 없는 새로운 과학기술을 우선 허용할 경우 사회적 위험(risk)으로 이어질 수 있고, 이는 변동성이 심한 현대사회에서 정확하고 충분한 정보 제공(리스크 커뮤니케이션)을 강조하는 ‘정보전달 합리화의 원리’와 모순·저촉될 소지가 있다.

셋째, 규제기관 내지 담당인력의 전문성을 확보하려는 ‘전문성과 신뢰성의 제고’는 사인에 의한 ‘자율규제’와 상호 부합하지 않을 수 있다. 올바른 규제개혁을 위해서는 규제의 전담부서를 설치하고 규제영향분석을 실시하는 등 불합리한 규제의 생산을 억제하여야 할 것인데, 행정기관에 비해 규제과정에 대한 전문성이 취약한 사인에 의한 자율규제가 실시될 경우 규제체계의 안정성, 신뢰성 및 합리성이 보장되기 어려울 수 있기 때문이다.

(3) 규제원칙 간 모순·저촉 시 우선순위

이상으로 규제의 원리·원칙 및 제도 간 모순·저촉 등 체계정당성의 문제에 대하여 살펴보았다. 그런데 규제정책 설계나 규제법령 마련 시 이러한 모순·저촉이 발생할 경우 과연 어떤 기준을 우선 적용하여야 할 것인지 우선순위에 대한 검토가 필요할 것이다.

먼저, ‘현대적 규제원리’·‘법 제도’와 ‘규제의 일반원칙’ 간에 모순·저촉이 발생할 경우에는 원칙적으로 ‘규제의 일반원칙’이 우선하여야 할 것으로 생각된다. 규제의 일반원칙은 최고 규범인 헌법상 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치국가의 원리로부터 도출되는 것이기 때문이다. 다만, 앞서 살펴본 바와 같이 현대적 규제원리나 법제도가 규제의 일반원칙에 저촉되는 것을 허용할 만한 중대한 공익적 사유가 있고 현저하게 불합리하거나 자의적이라고 볼 수 없는 경우에는 입법재량이 인정되어 예외적으로 입법에 의해 정당화될 수 있을 것이다.

이러한 관점에서 볼 때, 규제관련 법령을 새로이 규정할 때에는 규제의 일반원칙인 예측가능성과 명확성, 법률유보의 원칙, 비례의 원칙(과잉금지 원칙) 등에 비추어 해당

규제가 불가피한 것인지, 규제를 하더라도 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것은 아닌지, 필요 최소한의 범위에서 규제가 행해지는지 등을 우선적으로 검토하여야 할 것이다. 다만, 4차 산업혁명시대의 규제정책은 기술혁신 및 창의적인 아이디어의 개발을 목표로 하여야 하고, 규제정책에서 기술혁신 내지 기술변화를 고려해야 하며, 신기술. 산업이 가져올 수 있는 정치적·사회적·법적 문제에 대한 선도적인 분석이 필요하다는 점 등에 대해서도 충분히 고려되어야 할 것이다.

다음, '현대적 규제원리'와 '법 제도' 간에 모순.저촉이 발생할 경우에는 해당 규제내용의 중요성, 이익형량, 다른 규제법령과의 균형은 물론, 해당 정책의 타당성 여부까지 적극적으로 검토하여 '입법.정책적'으로 그 우선순위가 정해져야 할 것이다. 특히, 제재적 행정처분, 형벌, 과태료, 과징금 부과 등과 같은 침익적 행정규제의 경우에는 유사규제와 비교.분석하여 통상적인 규제원칙이 적용되어야 할 것으로 보인다.

IV. 결 론

역대 정부의 각종 규제개혁 시도에도 불구하고 규제의 문제점이 지속적으로 제기되고 있음을 볼 때, 적절한 규제시스템을 만들고 그것을 효율적으로 작동시키는 것은 결코 쉽지 않은 정책과정임을 알 수 있다. 경제를 활성화하고 민생불편을 실질적으로 해소하는 규제개혁을 위해서는 '좋은 규제'의 개념에 대한 숙고가 선행되어야 하는 이유이기도 하다.

'좋은 규제'는 우선 그 내용과 형식이 예측가능성과 명확성, 법률유보의 원리 등 법의 일반원리에 부합하여야 한다. 또한, 변동성이 심한 현대사회의 특성을 반영하여 중요성이 강조되고 있는 정보전달 합리화에 의한 리스크 관리, 소비자 보호수준의 제고, 효율적 규제를 위한 비용편익분석 등 현대적 규제원리에 대한 이해를 필요로 한다. 아울러 최근 4차 산업혁명의 규제이슈 등을 감안하여 신기술.산업에 대한 사전허가의 활용과 자율규제의 확대도입 등 규제개혁을 위한 법 제도 도입에 대한 다각적인 검토가 뒷받침되어야 할 것이다.

다만, 현대적 규제원리나 법 제도를 도입할 경우 헌법상 법치국가의 원리에서 도출되는 규제의 일반원칙과 모순.저촉되는지 여부를 유의하여야 한다. 특히, 신기술.산업에 대한 사전허가의 활용이나 포괄적인 규제방식은 그 정책적 필요성에도 불구하고 '예측가능성과 명확성' 등을 중시하는 전통적인 규제기준에 부합하지 않고 집행상의 혼란과 리스크 발생 가능성을 배제하기 어려우므로, 이러한 문제를 최소화할 수 있는 대응방법 등이 함께 검토되어야 할 것이다.

현재 정부는 규제혁신 성과창출과 국민.기업의 체감도 제고라는 목표 아래 우선허용-사후규제 방식으로 규제의 패러다임을 전환하는 등 규제정비를 국정과제로 추진하고 있다. 정부가 좋은 규제의 다양한 함의를 충분히 고려하고 이를 규제관리체계에 반영

明知法學 제18권 제2호

할 때, 단순한 규제철폐나 규제완화가 아닌 규제의 품질을 제고하는 합리적인 규제개혁이 이루어질 것이다.

[참고문헌]

<국내문헌>

김용담, 규제개혁 제도의 개선과제-제11회 입법정책포럼, 법연 2013 March+April, 한국법제연구원, 2013.

유민화, “산업분야 규제샌드박스 운영 현황 및 향후 입법정책적 과제”, 「국회입법조사처보」 2019 가을호(vol.42), 국회입법조사처, 2019.

이송림, “규제개혁의 추진 현황과 향후 과제”, 이슈와 논점 제1631호, 국회입법조사처, 2019.

이혁우, “규제의 개념에 관한 소고”, 「행정논총」 제47권 제3호(2009. 9.), 서울대학교 한국행정연구소

최유성, “균형있는 규제개혁의 방향”, 한국행정연구원 issue paper, 2014.

현준원, “좋은 규제, 나쁜 규제, 그리고 좋은 규제의 요건”, 법연 vol.42(2013. 11+12), 한국법제연구원, 2013.

홍성수, “규제학 - 개념, 역사, 전망”, 「안암법학」 제26호, 2008.

<단행본>

국회 법제실, 「법제이론과 실제」, 국회사무처, 2019.

김용우, 「정부규제와 규제행정」, 대영문화사, 2010.

이원우, 「규제경제법론」, 흥문사, 2010.

최병선, 「정부규제론」, 법문사, 2007.

<외국문헌>

Baldwin, R., Cave, M & Lodge, M., Understanding Regulation, Oxford Univ. Press, 2012.

<기타>

국무조정실, 2019년 규제정비 종합계획 확정, 국무조정실 보도자료, 2019. 1.

국무조정실, 새 정부 규제개혁 추진방향, 국무조정실 보도자료, 2017. 9.

문화일보, “역대 정부마다 ‘개혁’ 외치다 용두사미(규제완화 실패의 역사)”, 2014. 3. 20.

한국경제, “美 구글 자율車 지구 400바퀴 돌때…韓은 규제·기득권 막혀 '공회전'”, 2019. 10. 9.

[Abstract]

A Study on the Judgement Criteria of Good Regulations

Hyunhee Hwang*

Despite the continued attempts to reform regulations, the regulatory problems remain unresolved. Creating a proper regulatory system and working it efficiently will never be an easy policy process. However, it also calls attention to the need to think about the concept of "good regulation" first in order to revitalize the economy and effectively solve life's problems. Good regulations first require understanding of modern regulatory principles, such as predictability, clarity, and the principle of legal guidance, and the rationalization of information transmission in which importance is emphasized by reflecting the characteristics of modern society. In addition, various reviews on the introduction of the legal system, including the use of prior permits and the introduction of expanded self-regulation, should be supported in consideration of the regulatory issues of the recent fourth industrial revolution. However, it should be noted whether the introduction of modern regulatory principles or legal systems contradicts and violates the general principles of regulations derived from the principles of the rule of law under the Constitution. When the government fully considers the various implications of good regulations and reflects them in the regulatory management system, reasonable regulatory reforms will be made that enhance the quality of regulations, not just deregulation.

<key words>

good regulation, reformation of regulation, quality of regulation, deregulation, modern regulatory principles

* Deputy director, National Assembly Secretariat

상생협력법상 규제 범위의 개선에 관한 고찰

홍명수*

논문요지

「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」(상생협력법)상 거래 공정화를 위한 규제나 성과공유제와 같은 상생협력의 정책 실현은 모두 수탁·위탁거래에 기초하여 이루어지고 있다. 그러나 규제와 정책 실현의 대상으로서 단일하게 설정되어 있는 수탁·위탁거래에 대하여 일정한 의문이 제기되고 있다. 이와 관련하여 상생협력법 제2조 제4호의 수탁·위탁거래의 개념은 거래 공정화 관점에서의 규제에 충실하게 정의하고, 동법 제8조에서 성과공유제의 실현 범위는 더욱 폭넓게 수탁·위탁거래를 파악하여 기초로 삼는 것과 같이 양자를 분리하는 방안도 유력한 접근 방식이 될 수 있다. 거래 공정화의 관점에서 상생협력법 제2조 제4호의 수탁·위탁거래는 거래상 지위 남용행위로서 규제 대상을 정하는 것이므로, 동 개념에 거래상 우월적 지위의 특성을 반영하여 규제의 근거를 명확히 할 필요가 있다. 또한 대기업과 중소기업 간 거래 공정화를 위한 규제와 상생협력의 필요성이 단지 제조 과정에 한정되는 것으로 볼 수는 없으므로, 유통 과정을 규제 범위로 확장하는 것도 적극적으로 검토할 수 있다. 다른 한편으로 동법 제8조의 성과공유제와 관련하여, 그 기초가 되는 수탁·위탁거래의 범위를 확대할 필요도 존재한다. 즉 현행법은 수탁기업을 중소기업(중견기업까지 확대)에 한정하고 있지만, 수탁·위탁거래에서 발생하는 성과의 공유 문제는 기업 규모 측면에서 구별하여 볼 것은 아니므로, 수탁·위탁거래 일반으로 확장하는 것을 긍정적으로 검토할 수 있을 것이다.

검색용 주제어: 상생협력법, 수탁·위탁거래, 수탁기업, 거래 공정성, 성과공유제

· 논문접수: 2020.01.05. · 심사개시: 2020.01.10. · 게재확정: 2020.01.23.

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서론

「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」(이하 상생협력법)은 「중소기업의 사업영역보호 및 기업간 협력증진에 관한 법률」을 폐지하고, 이를 대폭 보완한 대체 법률로서 2006년 제정되었다. 동법의 제정은 대기업과 중소기업 간 자율적인 상생협력을 제도적으로 지원할 수 있는 확고한 기반을 마련하였다는 점에서 의의를 찾을 수 있을 것이다. 그러나 법 제정 이후 입법 취지 실현에 대한 기대에 부응할 만큼 동법이 기능하고 있는지, 동법의 제도들이 충분한 실효성을 발휘하고 있는지에 지속적으로 의문이 있었다. 그렇지만 드러난 문제점이나 제도적 흠결을 보완, 개선하기 위한 의미 있는 수준의 개정 작업이 이루어지지 않고 있다.

이러한 문제점의 하나로 상생협력법의 제도 운영에 있어서 기초가 되고 있는 수탁·위탁거래 개념의 문제를 들 수 있다. 상생협력법은 제2조 제4호에서 위탁기업과 수탁기업 간의 거래로서 수탁·위탁거래를 정의하고, 이에 기초하여 동 거래에서 발생하는 불공정성 문제를 시정하기 위한 규제나 상생협력의 실현을 위한 정책 프로그램을 제시하고 있다. 즉 수탁·위탁거래는 상생협력법의 핵심적 개념에 해당한다. 그렇지만 그 동안 동 개념이 상생협력법상 규제나 정책 형성의 기초로서 적절하게 정의되고 있는지, 그리고 이에 의하여 타당하게 규제 범위가 설정되고 있는지에 관한 논의가 충분히 이루어지지 않고 있다.

이하에서는 우선 수탁·위탁거래 개념에 기초한 상생협력법의 규제 대상이 적절한지를 상생협력법상 규제의 의의와 범위의 측면에서 살펴볼 것이다(Ⅱ). 이어서 수탁·위탁거래의 단일한 개념에 기초하여 거래 공정화를 위한 규제와 상생협력의 정책적 기초를 제시하는 방식이 타당한지, 나아가 규제 범위를 확대할 필요가 있는지, 그리고 필요성이 인정될 경우에 가능한 방식 등에 관하여 상론할 것이다(Ⅲ).

Ⅱ. 현행 상생협력법상 규제의 의의와 범위

1. 상생협력법의 목적과 정책 기초

상생협력법 제1조는 “이 법은 대기업과 중소기업 간 상생협력 관계를 공고히 하여 대기업과 중소기업의 경쟁력을 높이고 대기업과 중소기업의 양극화를 해소하여 동반성장을 달성함으로써 국민경제의 지속성장 기반을 마련함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 목적에 관한 동 규정을 통하여, 동법의 궁극적 목적이 국민경제의 지속성장 기반인 동반성장의 달성에 있고, 이를 위한 정책 목표가 대기업과 중소기업의 경쟁력 강화와 양극화 해소에 있음을 확인할 수 있다. 아울러 동 규정이 목표의 실현 수단으로 대·중소기업 간 상생협력 관계의 공고화를 제시함으로써 동법의 의의가 중소기업의 일

방적 보호가 아닌 대기업과 중소기업의 상생적 관계의 구축에 있음을 명확히 하고 있다는 점도 특기할 만한 것이다.

또한 동법 제2조 제3호는 “상생협력은 대기업과 중소기업 간, 중소기업 상호간 또는 위탁기업과 수탁기업 간에 기술, 인력, 자금, 구매, 판로 등의 부문에서 서로 이익을 증진하기 위하여 하는 공동의 활동을 말한다”고 정의하고 있다. 즉 상생협력법은 상생 협력을 상호 이익 증진의 관점에서 정의하고 있으며, 중소기업의 일방적 이익을 넘어서 대기업을 포함한 전체적인 이익의 증대를 낳을 수 있는 방향으로¹⁾ 정책이 추진될 것을 시사하고 있다. 나아가 그 범위에 있어서 대기업과 중소기업 관계에 한정하지 않고 중소기업 간의 관계 등을 포함하고 있다는 점에도 주목을 요한다.

2. 상생협력법상 규제의 의의

상생협력법은 대기업과 중소기업의 관계를 수평적 측면과 수직적 측면에서 모두 고려하여 법체계를 형성하고 있다는 점에서 특징적이다. 수평적 관계는 대기업과 중소기업이 경쟁자로 만나는 관계 그리고 수직적 관계는 제조·유통 과정에서 양자가 밸류체인으로 이어지는 관계를 상징한다. 동법의 주요 구성은 제3장에서 상생협력 촉진을 위한 시책의 추진, 제4장에서 수탁·위탁거래의 공정화 그리고 제5장에서 중소기업의 사업영역 보호에 관한 것으로 이루어지고 있는데, 제3장과 제4장은 대·중소기업의 수직적 관계 그리고 제5장은 수평적 관계를 염두에 둔 것으로 볼 수 있으며, 이로써 대·중소기업관계를 상생협력적으로 형성하기 위하여 수평적, 수직적 측면에서 종합하는 법체계를 이루고 있다.

또한 수직적 관계에 대한 규율이 제3장에서 상생협력 촉진과 제4장에서의 거래 공정화를 위한 규제, 즉 협력 증진과 규제로 이원화되고 있는 점에도 주목을 요한다. 전자는 상생협력법 자체가 대기업과 중소기업의 자율에 기초하고 있다는 점을 반영한 것이며, 후자는 상생협력법의 실효성 제고를 위하여 규제의 필요성이 있다는 점뿐만 아니라 중소기업에 대한 불공정 행위에 대한 규제에 있어서 일반 경쟁기관인 공정거래위원회 외에 중소기업에 관한 정책을 전담하는 기관이 적절한 규제 담당자가 될 수 있다는 사고가 반영된 것으로 볼 수 있다.²⁾

3. 수탁·위탁거래의 정의

1) 서완석, “중소기업의 보호와 대기업과의 상생을 위한 법적 제도에 관한 연구”, 「상사법연구」, 제30권 1호(2012), 51-52면 참조.

2) 일본 중소기업청설치법 제4조 제7항에서는 중소기업청의 요구에 의하여 공정취인위원회가 독점금지법 위반 사건에 대한 심사를 하도록 하는 규정을 두고 있다. 谷原修身, 「獨占禁止法の解説」, 一橋出版, 2006, 73면 참조.

상생협력법상 이원화 되어 있는 수직적 관계의 규율에서 구체적인 법 적용은 수탁·위탁거래를 대상으로 한다.³⁾ 상생협력법 제2조 제4호에서 수탁·위탁거래는 “제조, 공사, 가공, 수리, 판매, 용역을 업으로 하는 자가 물품, 부품, 반제품 및 원료 등(이하 “물품 등”이라 한다)의 제조, 공사, 가공, 수리, 용역 또는 기술개발(이하 “제조”라 한다)을 다른 중소기업에 위탁하고, 제조를 위탁받은 중소기업이 전문적으로 물품 등을 제조하는 거래를 말한다”고 정의하고 있다.⁴⁾ 이와 같은 정의는 개념의 명확성을 기한다는 점뿐만 아니라 동법에 의한 구체적인 규제 대상의 범위를 정하고 있다는 점에서도 의미가 있다.

동 규정에서 수탁·위탁거래는 거래 주체와 거래 내용 측면에서 정의되고 있다. 우선 거래 주체와 관련하여 위탁기업에 대해서는 제조, 공사, 가공, 수리, 판매, 용역을 업으로 하는 것 외에 특별한 제한을 가하고 있지는 않다. 반면 수탁기업에 대해서는 중소기업일 것을 요구함으로써 수탁·위탁거래를 대·중소기업 관계의 틀에서 파악할 것임을 명확히 하고 있다. 한편 동 규정은 수탁자인 중소기업이 전문적으로 위탁업무를 수행할 것을 요구하고 있는데, 이러한 규정은 후술하는 다른 거래 공정화 관련 법률에서 규제 대상인 거래를 정의하는 경우에 유사한 예를 찾아보기 어려운 것으로서 이때 요구되는 전문성의 의미에 대해서는 해석상 논의의 여지가 있다. 우선 동법이 대·중소기업 간의 상생을 목적으로 한다는 점을 고려할 때, 여기서의 전문성을 자격 요건으로 이해하여 수탁·위탁거래를 제한해서 볼 것은 아니다. 다만 일반적인 거래에서 부수적으로 나타나는 업무위탁의 경우까지 규율 대상에 포함시키는 것은 지나친 확장일 수 있다. 이러한 점에서 동 규정에서 요구하는 전문성은 거래과정에서 부수적으로 수행하는 위탁업무를 배제하려는 의미로 이해하는 것이 수탁·위탁거래를 정의하는 동법의 취지에 부합하는 해석이 될 것이다.

거래 내용 측면에서는 수탁기업에 대한 위탁의 내용을 제조, 공사, 가공, 수리, 용역 또는 기술개발로 제한하고 있다. 이상의 위탁 내용의 열거는 예시적이 아닌 한정적인 것이어서 그 자체로는 중요한 제한으로 볼 여지가 있다. 그러나 열거된 위탁 내용의 범위가 넓고 개방적이어서 거래 내용 측면에서도 특별한 제한이 부과된 것으로 보기는 어려울 것이다. 다만 후술하는 바와 같이 유통 과정에서의 위탁업무 중 중요한 비중을 차지하는 판매 위탁이 제외된 것에는 주의를 기울일 필요가 있을 것이다.

4. 다른 거래 공정화 법률의 규제 대상인 거래와의 구별

(1) 거래 공정화 관련 법률

3) 상생협력 시책 추진의 주요 근거가 되는 상생협력법 제8조는 수탁기업과 위탁기업 간에 상생협력 성과의 공평한 배분에 관하여 규정하고 있다.

4) 동조 제5호는 위탁기업을 “제4호에 따른 위탁을 하는 자” 그리고 제6호는 수탁기업을 “제4호에 따른 위탁을 받은 자”로 정의하고 있다.

이상의 규정에 의하여 상생협력법상 거래 공정화를 위한 규제 대상이 수탁·위탁거래로 정해지고 있으며, 이로써 거래 공정화와 관련하여 거래상 지위남용 행위⁵⁾ 등의 불공정거래행위를 규제하고 있는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법)의 특별법에 해당하는 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 하도급법),⁶⁾ 「대리점거래의 공정화에 관한 법률」(이하 대리점법),⁷⁾ 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(이하 가맹사업법)⁸⁾ 등에 의한 규제와⁹⁾ 구별되는 고유한 규제 범위를 갖게 되었다.

(2) 하도급법과의 구별

거래 공정화에 관한 법률에 의한 규제 대상인 거래 중 하도급법상 하도급거래는 상생협력법상 수탁·위탁거래와 마찬가지로 위탁관계에 기초하고 있다는 점에서 유사하며, 따라서 양 법에 의한 중복 적용 가능성이 있다는 점에도 주의를 요한다. 상생협력법 제26조 제1항¹⁰⁾ 양 법률에 모두 위반되는 것을 전제로 일정한 조치를 취할 수 있는

-
- 5) 독점규제법 제23조의 불공정거래행위의 한 유형으로서 거래상 지위남용 행위의 위법성을 거래불공정성 관점에서 판단하는 것에 관하여, 홍명수, “불공정거래행위의 유형에 따른 위법성 판단- 불공정성을 중심으로 -”, 「경희법학」, 제50권 3호(2015), 48면 이하 참조.
- 6) 하도급법 제2조 제1항 “이 법에서 하도급거래란 원사업자가 수급사업자에게 제조위탁(가공위탁을 포함한다. 이하 같다)·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 하거나 원사업자가 다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁한 경우, 그 위탁(이하 “제조등의 위탁”이라 한다)을 받은 수급사업자가 위탁받은 것(이하 “목적물 등”이라 한다)을 제조·수리·시공하거나 용역수행하여 원사업자에게 납품·인도 또는 제공(이하 “납품 등”이라 한다)하고 그 대가(이하 “하도급대금”이라 한다)를 받는 행위를 말한다.”
- 7) 대리점법 제2조 제1호 “대리점거래란 공급업자와 대리점 사이에 상품 또는 용역의 재판매 또는 위탁판매를 위하여 행하여지는 거래로서 일정 기간 지속되는 계약을 체결하여 반복적으로 행하여지는 거래를 말한다.”
- 8) 가맹사업법 제2조 제1호 “가맹사업이라 함은 가맹본부가 가맹점사업자로 하여금 자기의 상표·서비스표·상호·간판 그 밖의 영업표지(이하 “영업표지”라 한다)를 사용하여 일정한 품질기준이나 영업방식에 따라 상품(원재료 및 부재료를 포함한다. 이하 같다) 또는 용역을 판매하도록 함과 아울러 이에 따른 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육과 통제를 하며, 가맹점사업자는 영업표지의 사용과 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육의 대가로 가맹본부에 가맹금을 지급하는 계속적인 거래관계를 말한다.”
- 9) 종래 독점규제법상 불공정거래행위로서 규제되어 왔지만, 별도의 법률을 통하여 규제될 필요성이 있는 것으로 인정되어 거래 공정화를 위한 개별 법률이 제정되었으며, 특히 불공정거래행위의 유형 중 하나인 거래상 지위남용 행위에 관한 특별법으로서 위에서 언급한 하도급법, 가맹사업법, 대리점법 등이 제정되었다. 권오승·홍명수, “경제법학”, 「학문연구의 동향과 쟁점」, 제8집(2018), 751면 이하 참조.
- 10) 상생협력법 제26조 제1항 “중소벤처기업부장관은 위탁기업이 제21조부터 제23조까지의 규정, 제25조제1항 또는 제2항을 위반한 사실이 있고 그 위반사실이 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제3조, 제4조부터 제12조까지의 규정, 제12조의2, 제12조의3, 제13조, 제13조의2, 제15조, 제16조, 제16조의2, 제17조부터 제20조까지의 규정 또는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제23조제1항에 따른 금지행위에 해당한다고 인정할 때에는 「하도급거래 공정화에

것으로 규정하고 있는 것도 양자의 중복 가능성을 염두에 둔 것으로 볼 수 있다.

양자 사이에는 몇 가지 차이점도 존재한다. 우선 앞에서 살펴본 것처럼 수탁·위탁거래는 업무위탁의 수행에 있어서 수탁기업에게 명시적으로 전문성을 요구하고 있다는 점에서, 이와 유사한 규정을 두고 있지 않은 하도급법상 하도급거래와 구별된다. 그러나 이때의 전문성을 거래과정에서 발생하는 부수적인 업무를 배제하려는 취지로 해석하고, 이에 따라서 전문성의 의미를 폭넓게 이해할 경우에, 이러한 제한을 부과하지 않는 하도급법상 하도급거래와 실질적인 차이가 존재하는 것으로 보기는 어려울 것이다.

규제 대상인 위탁의 내용 측면에서 하도급법은 위탁의 내용을 제조, 수리, 건설, 용역의 위탁으로 정함으로써 상생협력법상 수탁·위탁거래와 차이를 보여주고 있다.¹¹⁾ 구체적으로 상생협력법상 수탁·위탁거래에서 위탁의 내용이 제조, 공사, 가공, 수리, 용역, 기술개발인 것과 비교하여 보면, 상생협력법은 하도급법과 달리 공사와 기술개발을 별도의 위탁 내용으로 포함하고 있는 반면,¹²⁾ 하도급법이 명시적으로 규정하고 있는 건설을 위탁의 내용에서 제외하고 있다. 그러나 이와 같은 차이가 실질적인 의미를 갖는 것으로 보기는 어렵는데, 공사와 건설 또는 용역과 기술개발은 개념상 중복되는 부분이 크며, 실무적으로 양자의 준별이 가능한지는 의문이다.

또한 하도급법상 하도급거래의 경우 원사업자에 의한 위탁관계뿐만 아니라 재위탁관계까지 포함한다는 것을 명시하고 있다는 점도 두 법률 간에 차이로 볼 수 있다. 이와 같이 하도급법이 최초의 위탁과 다음 단계의 위탁을 모두 포함시키는 기술 방식을 취한 것은 법명에서 명시적으로 언급하고 있는 하도급에 한정하지 않고 원사업자부터 이어지는 도급 관계 전체를 규제 범위 안에 두기 위한 취지로 이해된다. 그러나 상생협력법의 경우 단지 수탁·위탁거래로 정의하는 것만으로 단계적으로 이어지는 위탁관계를 규율 대상에 포섭시킬 수 있기 때문에 하도급법과 달리 단일한 방식으로 정의한 것으로 볼 수 있으며, 이러한 점에서 양 법의 규정 방식에 따른 차이가 규제 범위에 의미 있는 차이로 이어지는 것으로 보기는 어려울 것이다.

양법에서 규율 대상으로 하는 수탁·위탁거래와 하도급거래 사이에 실질적인 차이는 거래 주체 측면에서 찾을 수 있다. 하도급법 제2조 제2항과 제3항은 원사업자와 수급사업자를 정의하고 있으며, 이를 통하여 거래 주체 측면에서 실질적으로 규제 범위를 제한하고 있다. 즉 동조 제2항에 의하여 중소기업자가¹³⁾ 아닌 사업자이거나(1호) 중소

관한 법률」 제25조 또는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제24조에 따라 공정거래위원회에 필요한 조치를 하여 줄 것을 요구하여야 한다.”

11) 김홍석·구상모, 「하도급법」, 화산미디어, 2010, 17-18면 참조.

12) 하도급법 제2조 제1항은 가공위탁을 제조위탁에 포함되는 것으로 규정하고 있다.

13) 하도급법 제2조 제2항 제1호에 의하여 중소기업자는 “「중소기업기본법」 제2조 제1항 또는 제3항에 따른 자를 말하며, 「중소기업협동조합법」에 따른 중소기업협동조합을 포함한다.” 중소기업기본법 제2조 제1항은 “중소기업을 육성하기 위한 시책(이하 “중소기업시책”이라 한다)의 대상이 되는 중소기업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기업 또는 조합 등(이하 “

기업자인 경우에도 다른 중소기업자에 비하여 연간매출액이 많으면(2호) 원사업자에 해당할 수 있고, 제3항에서 수급사업자는 중소기업자에 한정된다. 이에 비하여 전술한 것처럼 수탁·위탁거래에서 위탁기업에는 제한이 없으며, 단지 수탁기업을 중소기업에 한정하고 있을 뿐이다. 따라서 중소기업 간 거래, 심지어 규모가 더 작은 기업이 위탁 기업으로서 이루어진 거래도 상생협력법에 의한 수탁·위탁거래에 해당할 여지가 있다. 이러한 규정 방식의 비교에 의하면, 상생협력법상 수탁·위탁거래가 하도급법상 하도급 거래보다 넓은 범위를 포괄하게 된다.

(3) 대리점법과의 구별

거래 공정화 관련 법률 중에서 대리점법의 규제 대상과의 비교도 행할 필요가 있을 것이다. 대리점거래는 유통방식의 하나로써 공급업자에 비하여 유통업자가 갖는 자율성 측면에서 가맹사업거래와 구별되는데, 전자는 후자에 비하여 유통업자가 상대적으로 많은 자율성을 갖는 거래 방식으로 이해된다.¹⁴⁾ 대리점거래는 대리점법 제2조 제1호의 규정에서 알 수 있듯이, 재판매방식과 위탁판매 방식으로 구분할 수 있으며, 대리점법은 두 방식 모두를 규제 대상으로 하고 있다. 재판매방식은 공급업자와 대리점 간의 거래가 판매의 형식에 의하는 것을 말하며, 위탁판매 방식은 양자 간의 관계가 판매의 위임 형식으로 이루어진 것을 의미한다. 상생협력법상 수탁·위탁거래는 위탁 내용에서 판매는 제외된 채 정의되고 있으므로, 대리점법과 상생협력법은 규제 대상인 거래가 위탁 행위에 기초한 것은 같지만, 위탁 내용에 판매가 포함되고 있는지에 따른 차이를 보이고 있다.

Ⅲ. 수탁·위탁거래에 기초한 규제 범위의 문제와 개선 방향

중소기업"이라 한다)을 영위하는 자로 한다. 1. 다음 각 목의 요건을 모두 갖추고 영리를 목적으로 사업을 하는 기업 가. 업종별로 매출액 또는 자산총액 등이 대통령령으로 정하는 기준에 맞을 것 나. 지분 소유나 출자 관계 등 소유와 경영의 실질적인 독립성이 대통령령으로 정하는 기준에 맞을 것 2. 「사회적기업 육성법」 제2조제1호에 따른 사회적기업 중에서 대통령령으로 정하는 사회적기업 3. 「협동조합 기본법」 제2조에 따른 협동조합, 협동조합연합회, 사회적협동조합, 사회적협동조합연합회 중 대통령령으로 정하는 자 4. 「소비자생활협동조합법」 제2조에 따른 조합, 연합회, 전국연합회 중 대통령령으로 정하는 자"로 규정하고 있다. 핵심적인 기준인 동항 제1호에 관하여 동법 시행령 제3조 제1항에서 보충하고 있는데, 특히 동항 제1호 나목에 의하여 자산총액이 5천억원 미만일 것이 요구되고 있다.

14) 대표적인 유통방식인 대리점 방식(dealership)과 가맹점 방식(franchise)의 구별과 관련하여, 대체로 대리점은 영업의 자율성을 갖는 대신 사업상 위험을 부담하게 되고, 가맹점은 어느 정도 사업의 안정성을 기대할 수 있지만 거래의 특성상 가맹본부에 의한 일정한 구속을 받게 된다는 점에서 차이가 있다고 설명하는 것으로, Mark Applegate, "Franchise vs. Dealer", in <http://smallbusiness.chron.com/franchise-vs-dealer> 참조.

1. 통일적 적용의 문제

(1) 문제의 의의

상생협력법 제2조 제4호에 의한 수탁·위탁거래는 제4장의 수탁·위탁거래의 공정화와 관련하여 제21조 내지 제28조의 규제 대상이 되지만, 다른 한편으로 제3장의 대·중소 기업 상생협력 촉진을 위한 시책 추진에 있어서도 중요한 기초가 되고 있다. 특히 제8조에 의한 상생협력의 공평한 배분은 수탁·위탁거래에서 위탁기업과 수탁기업을 전제하고 있으며, 제17조에서 수탁기업협의회의 구성과 지원에 관한 규정에서 수탁기업도 당연히 수탁·위탁거래에 기초한 개념이다.

이와 같이 수탁·위탁거래는 거래 공정화를 위한 규제 대상뿐만 아니라 상생협력의 정책적 기초로서 활용되고 있다. 그러나 규제 대상을 정하는 것과 상생협력의 정책을 실현하는 범위를 정하는 것은 다른 차원의 문제이며, 따라서 양자를 동일하게 정하는 것이 타당한지는 의문이다. 거래 공정화의 관점에서는 불공정거래행위가 발생하는 거래 유형을 적절히 파악하고, 이를 규제 대상으로 명확히 법정하는 것이 중요할 것이다. 반면 상생협력의 정책 실현의 관점에서는 동 정책의 필요성이 있는 영역과 구체적 대상을 확인하고, 실효성 있는 정책 추진의 기초로서 대상을 확정하는 과정을 거쳐야 한다. 이러한 이해에 의할 경우에, 현재 불공정행위 규제와 상생협력 정책 실현의 대상을 수탁·위탁거래의 단일한 개념에 기초하고 있는 상생협력법 체계를 각각의 제도적 취지에 부합하는 방향으로 이원적으로 규정하는 방안을 적극적으로 고려할 필요가 있을 것이다.

(2) 규제 대상으로서 수탁·위탁거래의 개선

우선 수탁·위탁거래의 공정화를 위한 규제는 위탁기업이 수탁기업에 대하여 갖는 거래상 우월적 지위를 남용하는 것에 대한 우려에 기초하고 있다는 점을 염두에 둘 필요가 있다.¹⁵⁾ 하도급법이나 대리점법에 의한 규제는 독점규제법상 불공정거래행위 중 거래상 지위남용 행위 규제의 특별법으로서 의의가 있으며, 수탁·위탁거래의 공정화를 위한 규제의 근거를 두고 있는 상생협력법도 동일한 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.

이러한 관점에서 상생협력법 제2조 제4호에 의한 수탁·위탁거래의 정의가 규제 목적에 충실하게 이루어진 것인지에 대한 문제제기를 피하기 어려울 것이다. 전술한 것처럼

15) 우리나라 하도급법과 유사한 일본의 「下請代金支拂遅延等防止法」의 제정에 있어서 도급인의 거래상 우월적 지위가 주된 계기가 되었다는 것으로, 若杉隆平, “不公正な取引方法に関する規制(I): 不當廉買及び優越的地位の濫用. 下請取引 - 「不公正取引の一般指定」と「下請代金支拂遅延等防止法」の考察 - ”, 後藤 晃·鈴村興太郎 編, 「日本の競争政策」, 東京大學出版會, 1999, 106면 참조.

럼 등 규정에 의하면 중소기업 간 수탁·위탁거래의 경우도 포함되며, 위탁기업이 중소기업인 경우에도 거래상 지위남용에 따른 불공정성 문제가 발생할 수 있으므로, 이러한 규정 태도가 그 자체로 문제되는 것은 아니다. 그러나 수탁·위탁거래에서의 불공정 거래는 위탁기업이 수탁기업에 대한 우월적 지위에 연원하는 것이므로, 이러한 관계가 불공정한 행위의 표지로서 법정될 필요가 있다. 예를 들어 하도급법에서처럼 중소기업 간 수탁·위탁거래에 있어서는 위탁기업이 매출액 등의 지표에서 수탁기업에 비하여 클 경우를 요건으로 하거나, 또는 매출액 등이 크지 않을 경우에는 실질적으로 당해 거래 관계에서 거래상 우월적 지위가 인정될 수 있는 경우¹⁶⁾ 등에 한정하여 수탁·위탁거래를 인정하는 방안을 검토할 수 있을 것이다.

(3) 정책 실현 대상으로서 수탁·위탁거래의 개선

반면 상생협력의 정책 실현의 기초로서 상생협력법 제2조 제4호에서 규정하고 있는 수탁·위탁거래는 지나치게 제한적인 것일 수 있다. 특히 동법 제8조에 의한 성과공유제는 수직적 연관 하에 밸류체인으로 이어지는 기업 간 성과의 공평한 배분이라는 관점에서 정당성을 인정할 수 있다.¹⁷⁾ 그러나 이러한 관점에서 성과공유의 필요성이 인정되는 범위는 동법 제2조 제4호의 수탁·위탁거래를 넘어서는 것일 수도 있다. 이러한 관점에서 동법 제8조 제1항 제2문은 “이 경우 수탁기업의 범위에는 제2조 제6호에도 불구하고 「중견기업 성장촉진 및 경쟁력 강화에 관한 특별법」 제2조 제1호에 따른 중견기업을 포함한다”고¹⁸⁾ 규정함으로써 정책적 적용 범위를 상생협력법 제2조 제4호의 수탁·위탁거래 이상으로 확대하고 있다. 성과공유제의 정책적 취지를 고려할 때, 이와 같은 확대의 타당성을 인정할 수 있을 것이다. 나아가 수탁·위탁거래에서 성과공유제의 문제는 기업 규모로 제한해서 볼 것은 아니라는 점에서 현행 규정 이상으로 확대하는 방안, 예를 들어 동법 제2조 제4호의 수탁기업에 아무런 제한을 가하지 않음으로써 모

16) 이러한 맥락에서 위탁기업과 수탁기업의 상대적 관계에서 전자가 거래상 우월적 지위를 갖게 되는 경우를 상정할 수 있을 것이다. 홍명수, 앞의 글(주 5), 67면 참조. 이 밖에 위탁기업이 대규모기업집단에 속하거나 다른 대규모회사의 자회사로 존재하는 경우에는 기업 규모가 중소기업에 해당하는 경우에도(자산총액 5천억원 미만) 거래상 우월한 지위가 인정될 여지가 있으나, 이 경우에는 중소기업기본법 시행령 제3조 제1항 제2호 가목 또는 나목에 의하여 중소기업에 해당하지 않을 수 있으므로, 중소기업 간 수탁·위탁거래의 문제 자체가 성립하지 않을 수 있다.

17) 위평량, “초과이익공유제 검토”, 「철학과 현실」, 제89호(2011), 100-103면 및 Hui Chen, *Supplier Contracts with Profit Sharing, Open-book Costing and Associated Audit Rights*, University of Tennessee, 2005, p. 3 참조.

18) “중견기업 성장촉진 및 경쟁력 강화에 관한 특별법”상 중견기업은 동법 제2조 제1호에 의하여 다음의 요건을 모두 갖추어야 한다. 가. 「중소기업기본법」 제2조에 따른 중소기업이 아닐 것, 나. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관, 「지방공기업법」에 따른 지방공기업 등 대통령령으로 정하는 기관이 아닐 것, 다. 그 밖에 지분 소유나 출자관계 등이 대통령령으로 정하는 기준에 적합한 기업.

든 형태의 수탁·위탁거래에서 성과공유제를 실현하는 방안도 검토할 수 있다.

또한 수탁·위탁거래의 직접 당사자에 한정하여 공평한 배분의 문제를 다루는 것에는 한계가 따를 수 있다는 점에도 주의를 기울일 필요가 있다. 구체적으로 완제품 생산 기업이 밸류체인이 정점에 위치하고 있는 상황에서 중간 단계에 있는 사업자들(예를 들어 1차 벤더와 2차 벤더) 간에 수탁·위탁거래가 이루어진 경우에 비용 절감 등의 성과는 완제품 생산 기업에 의하여 최종적으로 실현되고 가장 많은 성과의 몫이 귀속될 수 있으며, 이러한 경우에는 완제품 생산 기업까지 성과 공유의 범위에 포함시키는 것이 타당할 수 있을 것이다. 이를 위해서는 수탁·위탁거래와 전후방으로 연결되는 거래의 당사자도 포함하는 방식, 예를 들어 수탁·위탁거래 또는 동 거래와 연결되는 거래의 당사자도 위탁기업 또는 수탁기업으로 볼 수 있는 규정을 추가하는 것도 고려할 수 있다.

한편 성과공유제의 실현에 있어서 주된 방해 요인 중의 하나로 성과의 불확실성 그리고 성과실현에 장기간이 요구되는 반면 수탁기업 입장에서 성과를 위한 비용 지출은 단기간에 이루어지는 시기의 불일치 문제 등이 거론된다는 점에도 주의를 요한다.¹⁹⁾ 이러한 문제의 해결에 있어서 수탁기업의 연구 개발이나 비용 절감 등에 관한 협력이 실질적으로 지속될 수 있도록 위탁기업이 안정적인 계획을 유지하는 것이 중요하며, 경우에 따라서 일정한 사전 지원 프로그램을 제시하는 것도 성과공유제의 실효성 제고 측면에서 의의가 있을 것이다. 그리고 이러한 프로그램 도입의 관점에서 수탁·위탁거래를 중소기업에 한정하지 않고 폭넓게 파악할 필요가 있을 것이다.

이와 관련하여 「소재·부품전문기업 등의 육성에 관한 특별조치법」(이하 소재부품기업법)²⁰⁾ 의한 소재부품기업 지원 제도를 수탁·위탁거래에 기초한 성과공유제와 결합하는 방안도 고려할 수 있다. 소재부품기업법은 소재·부품 또는 그 생산설비의 제조를 주된 사업으로 영위하는 소재부품전문기업(2조 2호)에 대한 지원을 제도화한 법으로서,²¹⁾ 투자 지원(8조), 기술 지원(10조), 소재부품전문기업의 설립 지원(11조), 인력 양성 지원(12조) 등의 제도를 두고 있다. 이러한 제도가 갖는 의의와 중요성을 부인할 수 없지만, 소재부품산업이 활성화되기 위해서는 해당 소재부품의 수요가 뒷받침되어야 하고, 또한 개발 과정에 이들이 적극적으로 참여하여 협력적인 관계를 구축하는 것이 필수적으로 요구된다. 이러한 관점에서 소재부품기업법이 소재부품 수요 기업의 역할

19) 홍명수, “「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」(상생협력법)의 의의와 개선에 관한 고찰”, 「법학연구」, 제21집 3호(2018), 430-431면 참조.

20) 소재부품기업법은 부칙 제2항에 의하여 2021년 12월 31일까지 효력을 갖는 한시법이기 때문에, 제도의 지속성에 관한 논의가 전제되어야 한다.

21) 동호의 소재부품전문기업에 해당하기 위해서는 총매출액중 소재·부품 또는 그 생산설비의 매출액이 차지하는 비중이 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 기업(가목) 그리고 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제9조제1항에 따른 상호출자제한기업집단에 속하지 아니하거나 상호출자제한기업집단 중 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 상호출자제한기업집단에 속하는 기업(나목)의 요건을 모두 충족하여야 한다.

에 관한 충분한 고려를 하고 있는 것으로 보기 어려우며, 이를 보완하는 방안의 하나로 상생협력법상 성과공유제의 적용을 고려할 수 있다. 즉 위탁기업과 수탁기업이 성과를 공유하는 차원에서 소재부품 개발에 협력하는 관계를 구축할 수 있다. 다만 이 경우에 소재부품의 개발은 기존의 구체적인 수탁·위탁거래를 전제하지 않고 진행될 수 있기 때문에, 잠재적이거나 거래 형성의 가능성이 있는 단계에서의 수탁·위탁거래를 파악할 수 있도록 개방적으로 규정할 필요가 있을 것이다.

(4) 수탁기업협의회 규율에서 수탁·위탁거래의 문제

한편 상생협력법 제17조에 근거한 수탁기업협의회 구성과 지원에 관한 규정에서 수탁·위탁거래를 전제한 수탁기업의 범위는, 비록 동 규정이 대·중소기업 상생협력 추진을 위한 시책 추진의 장(제3장)에 위치하고 있다 하더라도, 규제 근거로서 수탁·위탁거래의 정의에 상응하는 방식으로 정하는 것이 보다 실효성 있는 접근방식일 수 있다. 일반적으로 수탁기업은 위탁기업과의 관계에서 불공정행위를 경험하더라도 개별 경제 주체의 입장에서 거래 종료의 위험으로 인하여 이에 대한 문제제기를 하기가 어려울 것으로 예상된다.²²⁾ 이러한 상황을 고려하여 동 규정은 개별 거래 주체로서 한계를 갖고 있는 열등한 지위의 수탁기업에게 위탁기업과의 거래에서 힘의 대등성을 보완할 목적으로 도입된 것이며,²³⁾ 이러한 지위의 특성이 협의회를 구성하는 수탁기업에 반영될 필요가 있다.

2. 수탁·위탁거래의 확대 문제

이와 관련하여 현행 상생협력법상 수탁·위탁거래의 정의가 상품의 제조 단계만을 염두에 두고 이루어지고 있다는 점에 주의를 요한다. 그러나 상생협력의 정책적 필요성이나 불공정한 거래의 규제 필요성은 유통 단계에서도 충분히 나타날 수 있는 것이기 때문에, 동법 제2조 제4호의 수탁·위탁거래의 정의에서 위탁의 내용 중 판매 위탁을 포함시키는 방안을 고려할 수 있을 것이다. 유통 과정에서 공급업자와 유통업자 간의 관계는 우리 사회에서 전형적으로 갑질 문제가 나타나는 영역으로 인식되고 있으며,²⁴⁾ 이에 대한 거래 공정화 관점에서의 규제 필요성은 충분한 것으로 볼 수 있다. 또한 상생협력의 정책적 관점에서도 공급업자와 유통업자 역시 상생협력의 필요성이 존재하는

22) EU Commission, *Communication Tackling unfair trading practices in the business-to-business food supply chain*, 2014, p. 7.

23) 홍명수, 앞의 글(주 19), 432면 이하 참조.

24) 2017년 대통령 선거에서 문재인 후보자의 공약집에서는 “가맹사업, 대규모유통업, 대리점업, 전자상거래 등 고질적인 갑을관계 분야에서의 각종 불공정행위 및 갑질 근절 추진”을 공약으로 제시하였다. 더불어민주당, 「정책공약집」, 2017, 43면.

거래 당사자에 해당하므로, 판매 위탁을 포함하는 수탁·위탁거래의 확대의 타당성을 뒷받침하는 것으로 볼 수 있다.

이와 같이 수탁·위탁거래의 범위를 판매 영역으로 확대하는 것에 관하여 논의할 경우에, 전자상거래와 같은 새로운 판매방식의 확산과 플랫폼 비즈니스로 대표되는 새로운 거래 환경이 나타나고 있다는 점에도 주의를 기울일 필요가 있다. 특히 인터넷에 기반한 비즈니스의 장으로서 플랫폼은 참여자들이 상호작용하는 일종의 생태계와 같은 공간이며, 이용자들의 지속적인 참여를 핵심적인 요소로 한다. 플랫폼을 운영하는 자는 지속적으로 가치를 제공하는 것에 의하여 이용자들을 유인하고, 적절한 가치배분을 통하여 비즈니스의 기능을 보장하여야 한다. 따라서 플랫폼 운영의 핵심은 이용자들이 원하는 정보가 플랫폼에 집중되고 원활하게 소통될 수 있도록 하는 것이며,²⁵⁾ 이를 중심으로 플랫폼 간 경쟁이 치열하게 전개되고 있다. 그리고 이러한 경쟁에서 우위에 선 사업자에게 플랫폼은 지배력의 새로운 원천으로 작용하고 있으며,²⁶⁾ 플랫폼의 하나로 자리 잡고 있는 오픈마켓 시장에서 배타적 거래 행위(다른 오픈마켓에 입점한 사업자에 대하여 자신의 오픈마켓 이용을 제한한 행위)에 대하여 대법원은 이러한 행위 자체는 독점규제법 제3조의2에서 규제하는 시장지배적 지위의 남용에 해당할 수 있음을 밝히고 있다.²⁷⁾ 따라서 공급자와 수요자가 만나는 장으로서 플랫폼을 운영하는 사업자가 공정한 거래에 반하는 행위를 할 가능성은 충분한 것으로 볼 수 있다. 다만 이러한 맥락에서 수탁·위탁거래의 공정화 문제를 다루기 위해서는 다음 두 가지 측면에서 추가적인 논의가 필요할 것이다. 우선 플랫폼 사업자와 여기에 참여하는 공급자 또는 수요자의 관계를 상생협력법상 수탁·위탁거래의 관계로서 파악할 수 있을지를 구체적인 거래 형태 등의 분석을 통하여 살펴볼 필요가 있다. 또한 플랫폼이 발전해 나가는 과정에 대해서도 지속적인 주의가 요구된다. 비록 현재 플랫폼이 대기업에 의하여 주도되고 있지만, 공공주도형 또는 소비자참여형 등 플랫폼 운영의 개방성과 공정성이 강조되는 새로운 모델 등이 나타나고 있으며, 이와 같은 플랫폼의 진화가 중소기업이 참여하는 플랫폼 거래에 미칠 영향에 대한 분석도 필요하다.

이상의 논의에 비추어 수탁·위탁거래의 범위를 판매 영역으로 확대하는 것은 전통적인 판매를 상정한 위탁 판매에 한정할 필요가 있다. 그리고 이러한 확대를 시도할 경우에 대리점거래의 공정화를 목적으로 하고 있는 대리점법과의 충돌을 피하기 어렵다는 점도 염두에 두어야 한다. 그러나 하도급법과의 충돌 문제를 상생협력법 제26조 제1항 등에 의하여 입법적으로 대응하고 있는 것을 참고하여, 유사한 방식으로 이에 대응할 수 있을 것이다.

25) 송태원, “인터넷 플랫폼 시장에서 경쟁제한의 우려와 규제방안에 대한 고찰”, 『경제법연구』, 제17권 1호(2018), 108면 참조.

26) Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, Oxford Univ. Press, 2011, pp. 396-397.

27) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두22078 판결. 다만 동 판결에서 대법원은 문제가 된 행위가 단기에 행해진 것이므로 배타적거래로서 남용에 해당하지 않는 것으로 판단하였다.

또 다른 접근 방식의 하나로 수탁기업과 위탁기업 간의 위탁의 내용을 개방적으로 정하는 방식도 고려할 수 있다. 현행 상생협력법 제2조 4호의 규정처럼 특정한 위탁 내용을 열거하는 방식으로 수탁·위탁거래를 정의하는 것은 끊임없이 변화하고 있는 거래 양상을 적절히 반영하기 어렵다는 한계를 가질 수밖에 없다. 이러한 점에서 거래 변화에 탄력적으로 대응할 수 있도록 하기 위하여, “상품의 제조, 유통 과정에서 업무를 위탁하는 거래”와 같이 개방적으로 수탁·위탁거래를 정의하는 방안을 고려할 수도 있을 것이다.

IV. 결론

상생협력법상 거래 공정화를 위한 규제나 성과공유제와 같은 상생협력의 정책 실현은 모두 수탁·위탁거래에 기초하여 이루어지고 있다. 그러나 규제와 정책 실현의 대상이 단일하게 설정되고 있는 것에는 양자의 관점 모두에서 의문이 제기된다. 이러한 문제를 해결하기 위하여, 상생협력법 제2조 제4호의 수탁·위탁거래의 개념은 거래 공정화 관점에서의 규제에 충실하게 정의하고, 동법 제8조에서 성과공유제의 실현 범위는 더욱 폭넓게 수탁·위탁거래를 파악하여 기초로 삼는 것이 타당한 접근 방식이 될 수 있다. 거래 공정화의 관점에서 상생협력법 제2조 제4호의 수탁·위탁거래는 거래상 지위 남용행위로서 규제 대상을 정하는 것이므로, 동 개념에 거래상 우월적 지위의 특성을 반영하여 규제의 근거를 명확히 할 필요가 있다. 또한 대기업과 중소기업 간 거래 공정화를 위한 규제와 상생협력의 필요성이 단지 제조 과정에 한정되는 것으로 볼 수는 없으므로, 유통 과정도 규제 대상에 포함되도록 규제 범위를 확장하는 것도 적극적으로 검토할 수 있다. 가능한 방안의 하나로 위탁의 내용으로서 판매 위탁을 추가하는 것을 고려할 수 있을 것이다.

동법 제8조의 성과공유제와 관련하여, 그 기초가 되는 수탁·위탁거래의 범위를 확대할 필요도 존재한다. 즉 현행법은 수탁기업을 중소기업(중견기업까지 확대)에 한정하고 있지만, 수탁·위탁거래에서 발생하는 성과의 공유 문제는 기업 규모 측면에서 구별하여 볼 것은 아니므로, 수탁·위탁거래 일반으로 확장하는 것을 긍정적으로 검토할 수 있다. 나아가 상생협력법 제8조가 직접적인 수탁·위탁거래에 한정하여 운용되고 있는 것에 대해서도 개선의 여지가 있다. 예를 들어 1차 벤더와 2차 벤더 간에 기술절감과 같은 성과가 발생하였을 경우에 궁극적으로 성과의 실현은 완제품 기업에게 발생할 수 있으므로, 성과공유의 실현 범위 안에 이들을 포함시킬 필요가 있을 것이다. 끝으로 소재부품기업법상 소재부품전문기업 등에 대한 지원 문제도 상생협력법상 성과공유제의 틀 안에서 검토할 필요가 있다. 소재부품전문기업의 전문성을 제고하고 소재부품 개발의 성과를 내기 위해서는 소재부품 수요 기업의 역할이 중요하며, 특히 제도적으로는 투자비용 지출과 성과의 구체적 실현 사이에 시차를 지원 프로그램을 통하여 보완하는

것이 중요하다. 이를 위한 방안의 하나로 상생협력법 제8조의 성과공유제를 원용할 수 있다. 이때 제도의 원활한 적용을 위하여 소재부품기업법상 기업을 수탁기업으로 하는 경우에는 수탁·위탁계약이 체결되기 전이라도 잠재적 위탁기업의 개념을 통하여 상생협력법 제8조의 적용이 가능하도록 하는 방안을 적극적으로 고려할 수 있다.

<참 고 문 헌>

- 권오승·홍명수, “경제법학”, 「학문연구의 동향과 쟁점」, 제8집(2018)
- 김홍석·구상모, 「하도급법」, 화산미디어, 2010
- 서완석, “중소기업의 보호와 대기업과의 상생을 위한 법적 제도에 관한 연구”, 「상사법연구」, 제30권 1호(2012)
- 송태원, “인터넷 플랫폼 시장에서 경쟁제한의 우려와 규제방안에 대한 고찰”, 「경제법연구」, 제17권 1호(2018)
- 위평량, “초과이익공유제 검토”, 「철학과 현실」, 제89호(2011)
- 홍명수, “「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」(상생협력법)의 의의와 개선에 관한 고찰”, 「법학연구」, 제21집 3호(2018)
- _____, “불공정거래행위의 유형에 따른 위법성 판단 - 불공정성을 중심으로 -”, 「경희법학」, 제50권 3호(2015)
- 谷原修身, 「獨占禁止法の解説」, 一橋出版, 2006
- 若杉隆平, “不公正な取引方法に關する規制(I): 不當廉買及び優越的地位の濫用・下請取引 - 「不公正取引の一般指定」と「下請代金支拂遅延等防止法」の考察 - ”, 後藤晃·鈴木興太郎 編, 「日本の競争政策」, 東京大學出版會, 1999
- Applegate, M., “*Franchise vs. Dealer*”, in <http://smallbusiness.chron.com>
- Chen, H., *Supplier Contracts with Profit Sharing, Open-book Costing and Associated Audit Rights*, University of Tennessee, 2005
- EU Commission, *Communication Tackling unfair trading practices in the business-to-business food supply chain*, 2014
- Jones, A. & Sufrin, B., *EU Competition Law*, Oxford Univ. Press, 2011

[Abstract]

A Study on Improvement in Regulatory Scope of “Act on the Promotion of Collaborative Cooperation Between Large Enterprises and Small-Medium Enterprises”

Myungsu Hong*²⁸⁾

Under Act on the Promotion of Mutually Beneficial Cooperation Between Large Enterprises and Small-Medium Enterprises(hereafter Mutually Beneficial Cooperation Act), the realization of policies for mutually beneficial cooperation, such as regulations for fair trade and the performance sharing system, are all based on transaction effected on consignment and commission. However, some questions are being raised about the transaction effected on consignment and commission, which has been set up as a single target for regulatory and policy implementation. In this regard, the concept of transaction effected on consignment and commission under no. 4 Article 2 of Mutually Beneficial Cooperation Act faithfully defines regulations in terms of fair trade, and the scope of the performance sharing system in Article 8 of the same Act is more broadly defined, and as such separating the two could be a strong approach. In the light of the fairness of the transaction, transaction effected on consignment and commission under Article 2 of Mutually Beneficial Act is about the abuse of superior trading position, and so it is necessary to clarify the basis of regulation by reflecting the characteristics of the superior trading position in this concept. Also, expanding the distribution process to the regulatory scope can be actively considered, since the need for regulation and mutually beneficial cooperation between large and small businesses cannot be seen as just limited to the manufacturing process. On the other hand, there is also a need to expand the scope of the transaction effected on consignment and commission in relation to the performance-sharing scheme of Article 8 of the same Act. Although the Mutually Beneficial Act limits commissioned companies to small and medium-sized enterprises, the issue of sharing of performance arising from transaction effected on consignment and

* Professor, College of Law, Myongji Univ.

commission is not something that should be viewed separately from the perspective of the size of the entity, so it could be considered positively to expand the scope of transaction effected on consignment and commission to the general level.

<key words>

Mutually Beneficial Act, Transaction Effected on Consignment and Commission, Commissioned Company, OTT Fairness of Trade, Performance Sharing System

明知法學 제18권 제2호

미국 테러방지 체제상의 인권보호제도에 관한 일고찰*

- 국토안보부를 중심으로

김주영**

논문요지

2001년 9월 세계를 놀라게 한 “9/11 테러사건(September 11 attacks)” 이후 많은 국가들이 나름의 테러대응체제를 마련하는데 주력하였지만, 2019년에도 세계 곳곳에서 크고 작은 테러로 인한 적지 않은 피해가 발생했다. 다만 이러한 테러 발생 양상을 좀 더 살펴보면 테러대응체제가 잘 갖추어진 국가들의 경우 비록 테러의 발생을 완전히 차단하기에 이르지 못하는 못하였다 하더라도 상대적으로 적은 피해를 입고 있는 것을 확인할 수 있다. 우리나라 역시 테러의 위협에서 완전히 자유롭다고 할 수 없겠기에 테러대응체제가 잘 갖추어진 국가들을 참고하여 테러대응체제를 점검하는 것은 충분히 의미가 있을 것이다. 그렇지만 테러방지와 함께 인권보장 역시 포기할 수 없는 목표임에도 불구하고, 그 동안의 우리 학계의 테러 관련 논의는 상대적으로 경찰학계 및 보안학계를 중심으로 효과적인 테러방지 방안, 즉 테러방지의 효과성 내지 효율성을 높이기 위한 방안의 확보에 치중되어 있었다고 할 수 있겠기에, 효과적인 테러방지체제 구축과 함께 적절한 인권보장을 위한 기제에 대한 고찰이 더욱 필요한 시점이라 할 것이다.

이에 미국의 주요 테러방지법제와 함께 대표적인 테러방지 실행체제로서 국토안보부(Department of Homeland Security; DHS)의 목적과 조직 및 운영양상 그리고 국토안보부 내의 인권보호기제를 살펴 본 바, 미국은 테러의 방지를 주요한 정책과제로 설정하고 있으면서도 테러의 예방에 있어서 그 실질적인 운영양상은 국경 및 출입국 관리를 필두로 질서유지와 시설의 안전 관리 등의 통상적인 국가관리·운영체제의 엄격한 실행을 통해 그 목적을 달성하려 하고 있음과 함께, 인권보장을 위한 시민권 및 시민의 자유국(The office for Civil Rights and Civil Liberties; CRCL)이 국토안보부 내의 존재감 있는 독립부서로 자리매김하고 있음을 확인할 수 있었다. 이는 우리나라의 테러방지체제의 운영, 특히 우리나라의 테러방지체제상의 인권보호 기제로 설정되어 있는 대테러인권보호관제도의 개선에 큰 참고가 될 만하다 하겠다.

검색용 주제어: 상생협력법, 테러, 테러방지, 미국, 국토안보부, 시민권 및 시민의 자유국

· 논문접수: 2020.01.07. · 심사개시: 2020.01.10. · 게재확정: 2020.01.23.

1. 서론

2001년 9월 세계를 놀라게 한 “9/11 테러사건(September 11 attacks)”¹⁾ 이후 많은 국가들이 나름의 테러대응체제를 마련하는데 주력하였지만, 2019년에도 세계 곳곳에서 크고 작은 테러로 인해 적지 않은 피해가 발생했다. 30명 이상의 사망자를 초래한 대형 테러사건만을 추려보더라도, 2019년 1월 21일 아프가니스탄 동부 정부군 훈련소에 탈레반에 의한 차량 자살폭발 테러가 발생하여 126명이 숨지고 27명이 부상당한 사건(Maidan Shar attack)을 비롯하여,²⁾ 3월 15일 뉴질랜드 크라이스트처치의 이슬람 사원 2곳에서 호주 국적의 브렌턴 태런트(Brenton Harrison Tarrant) 등이 유색·타(他)종교 이민자들에 대한 보복을 이유로 감행한 총격테러로 50명이 숨지고 50명이 부상당한 사건(Christchurch mosque shootings),³⁾ 4월 21일 스리랑카에서 급진 이슬람 조직인 NTJ(National Thowheed Jamath)의 소행으로 추정되는 동시 다발적 연쇄 폭탄테러로 인해 253명이 사망하고 485명이 부상당한 사건(Sri Lanka Easter Bombing),⁴⁾ 6월 16일 나이지리아에서 발생한 자살폭탄테러로 30명 이상이 사망한 사건,⁵⁾ 12월 28일 소말리아 수도 모가디슈에서 발생한 대규모 차량 폭탄테러로 인해 90여명이 사망하고, 120여명의 부상자가 발생한 사건⁶⁾ 등을 들 수 있다.

다만 이러한 테러 발생 양상을 좀 더 살펴보면 대체적으로 테러대응체제가 덜 갖추

- 1) 우리나라에서 공식적으로 부르는 명칭은 “미국대폭발테러사건”이나, 2001년 9월 11일 발생한 것을 따 통상 “9/11테러”로 불리는 이 테러사건은 미국 뉴욕의 110층 세계무역센터(World Trade Center; WTC) 쌍둥이 빌딩과 버지니아주 알링턴(Arlington County, Virginia)의 국방부 건물(the Pentagon)에 대한 항공기 납치 동시 다발 자살테러 사건으로 미국 내에서 발생한 가장 끔찍한 테러사건이자, 하나의 목표물에 대한 테러로서는 인류 역사상 가장 많은 인명피해가 발생한 사건으로 알려져 있다. 9/11테러사건에 관한 미연방정부의 공식적인 견해는 The National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, *The 9/11 Commission Report: Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States (9/11 Report)*(2004)(이하 “9/11 Report(2004)”)를 참조.
- 2) 대테러센터, “주간 테러동향”(132호) (2019.1.25.) <http://www.nctc.go.kr/nctc/information/weeklyTerroristTrends.do?mode=view&articleNo=9149&article.offset=50&articleLimit=10> (2019.12.31. 최종확인)
- 3) 연합뉴스, “뉴질랜드 이슬람사원 2곳 ‘총기테러’ … 49명 사망·40여명 부상”, 2019.3.15. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190315063153009?input=1195m> (2019.12.31. 최종확인) 사망자 수는 대테러센터, “주간테러동향”(제140호)(2019.3.22.)에 의함.
- 4) 뉴시스, “스리랑카 테러용의자 13명 체포… 사망자 228명으로 늘어”, 2019.4.22. http://www.newsis.com/view/?id=NISX20190422_0000627333&clID=10101&pID=10100 (2019.12.31. 최종확인)
- 5) 연합뉴스, “나이지리아서 폭탄테러로 최소 30명 사망…보코하람 소행 추정”, 2019.6.17. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190617155000079?input=1195m> (2019.12.31. 최종확인)
- 6) 연합뉴스, “소말리아서 차량 폭탄 테러로 최소 30명 사망”, 2019.12.28. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20191228035051009> (2019.12.31. 최종확인)

어진 국가들에서 대형 테러가 발생하고 있으며, 테러대응체제가 잘 갖추어진 국가들의 경우 비록 테러의 발생을 완전히 차단하기에 이르지 못하는 못하였다 하더라도 상대적으로 적은 피해만을 입고 있는 것을 확인할 수 있다. 우리나라 역시 테러의 위협에서 완전히 자유롭다고는 할 수 없겠기에 테러대응체제가 잘 갖추어진 국가들을 참고하여 테러 대응태세를 점검하는 것은 충분히 의미가 있을 것이다. 다만 간과하지 않아야 할 것은 자칫 테러방지에 지나친 비중을 둘 경우, 상대적으로 통신의 비밀의 침해나 다양한 인권침해가 발생할 소지가 적지 않은 까닭에 어느 하나 양보하기 어려운 테러방지와 인권보장이라는 두 가지 목표를 충실하게 달성할 수 있을 테러방지체제의 수립과 운영은 국가에게 부여된 커다란 과제라 할 수 있을 것이다.⁷⁾ 그렇지만 그 동안의 우리 학계의 테러 관련 논의는 상대적으로 경찰학계 및 보안학계를 중심으로 효과적인 테러방지 방안, 즉 테러방지의 효과성 내지 효율성을 높이기 위한 방안의 확보에 치중되어 있었다고 할 수 있겠기에, 효과적인 테러방지체제 구축과 함께 적절한 인권보장을 위한 기제에 대한 고찰이 더욱 필요한 시점이라 할 것이다.

이러한 맥락에서 이른 바 “뉴테러리즘(New terrorism)”의 대두 이후 테러대응체제를 선도하고 있는 미국의 테러방지체제는 테러방지와 인권보장의 조화를 달성하는 테러방지체제의 성립에 특히 많은 시사점을 줄 수 있을 것으로 기대해 봄 직하다. 이에 이하에서는 미국의 주요 테러방지법제를 개관하고(II), 미국의 주요 테러방지 실행체제로 국토안보부(Department of Homeland Security; DHS)의 목적과 조직 및 운영양상을 검토한 후(III), 국토안보부 내의 인권보호기제를 살펴보기로 한다(IV).

II. 미국의 주요 테러방지법제

미국이 국제적인 테러의 표적으로 지목된 것은 1960년대까지 거슬러 올라가지만, 대체적으로 1970년대까지는 미국영토 밖에서 발생하는 항공기 테러가 주요 관심사로 논의되는 정도였다. 그렇지만 이후 미국에 대한 테러가 증가하고 테러의 유형도 다양화됨에 따라, 1984년 보다 본격적인 테러방지 및 억제를 위해 포괄적인 반(反)테러(Anti-Terrorism)법인 「국제테러규제법(1984 Act to Combat International Terrorism)」⁸⁾을 제정한 가운데, 형법 및 그 밖의 치안관계 법규를 통해서도 테러에

7) 이러한 측면을 자유와 안전간의 조화 혹은 긴장관계로 파악하는 견해로는 이상해, “자유와 안전간의 조화와 긴장관계”, 『토지공법연구』 제42집(2008), 664면 이하; 김희정, “대테러리즘, 자유와 안전 - 국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법의 검토와 보완”, 『공법연구』 제44집 제4호(2016), 101면 이하.

8) Pub. L. 98-533, Oct. 19, 1984, 98 Stat. 2706 (18 U.S.C. § 3071 et seq.). 이 법을 통해 테러행위를 인류의 생명과 안전에 관한 기본권을 침해하는 용납할 수 없는 범죄행위로 선언하고, 테러방지를 위한 연방정부의 정책, 기관간 협력 및 정보체계의 구축과 대응능력의 향상, 그리고 국제적 협력 등을 규정하게 된다. 최철영, “미국의 테러관련 법제연구”, 『대구법

대처하게 된다.⁹⁾ 그럼에도 불구하고 지속적으로 테러가 발생하게 되자, 특히 1995년 오클라호마 시티 폭탄테러(Oklahoma City bombing)¹⁰⁾를 계기로 1996년 종합테러방지법이라 할 수 있는 「테러방지 및 실효적 사형 부과 법률(Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996)」¹¹⁾이 제정되기에 이른다. 이후 1998년 미국 대사관 폭탄 테러(1998 United States embassy bombings)를 계기로¹²⁾ 당시의 클린턴 행정부가 테러와의 전쟁(작전명은 “무제한 범위(도달) 작전(Operation Infinite Reach)”)을 시작하는 가운데¹³⁾ 미국의 대테러정책과 관련한 기본 3원칙이 확립되게 된다.

<미국의 대테러 기본 3원칙>

첫째, 테러리스트와는 협상을 통한 일체의 거래를 하지 않으며, 어떠한 위협도 단호히 거부한다.

둘째, 테러리스트는 반인륜적 범죄자로서 엄정한 법적조치는 물론 군사적으로 대응한다.

셋째, 테러리스트나 테러조직을 비호하는 조직이나 국가에 대해서 군사적 보복을 포함하여 총체적인 응징을 한다.

학』 제6호(2003), 67면.

9) 유인일, “뉴테러리즘 대응관리체계 개선방안에 관한 연구 - 군의 역할을 중심으로”, 선문대학교 행정학 박사학위논문(2011), 50면.

10) 오클라호마 시티 폭탄테러는 1995년 4월 19일 오전 9시 2분, 미국 중부 오클라호마(Oklahoma)주의 주도(州都) 오클라호마 시티(Oklahoma City) 중심가에 있는 알프레드 머라 연방정부건물(Alfred P. Murrah Federal Building)에서 폭발물을 탑재한 주차 차량을 활용한 폭탄 테러 사건이 발생하여, 건물의 1/3 이상이 파괴되고 근처의 300여 채의 다른 건물들도 심각한 피해를 입은 가운데, 어린이 19명을 포함한 168명이 죽고, 600여 명이 부상당한 사건이다. Chad F. Nye, *Journalism and Justice in the Oklahoma City bombing Trials*, (El Paso: LFB Scholarly Publishing LLC, 2014), p.7. 이 사건은 2001년 9/11테러가 있기 전까지 미국 영토 내에서 일어난 가장 심각한 테러 사건이었으며, 9/11테러와는 달리 미국인에 의해 자행된 까닭에 여전히 미국 역사상 최악의 “자생테러(homegrown terrorism)”로 자리매김하고 있다. <https://www.fbi.gov/history/famous-cases/oklahoma-city-bombing>(2019.12.31. 최종 확인) 한편 이 사건은 이슬람교가 아닌 기독교에 기반을 둔 종교적 신념에 의한 보복테러리즘으로서 범인이 현장에서 자살하지 않았다는 것을 제외하고는 중동의 테러수법과 유사한 사건으로 평가되며, 특히 아동에 대한 테러가 크게 논란이 된 바 있다. 아울러 이로 인해 더 이상 미국 본토 역시 대형 테러의 안전지대가 아님을 확인하게 된다.

11) Pub.L. 104-132; 110 Stat. 1214.

12) 1998년 8월 7일 탄자니아의 다르에스살람(Dar es Salaam)과 케냐의 나이로비(Nairobi)에 위치한 미국 대사관에 대한 동시 다발적인 차량 폭탄 테러 사건이 발생하여, 총 224명이 사망한 사건으로, 알 카에다(al Qaeda)에 의한 것으로 알려졌다. 9/11 Report(2004), p.70.

13) 아울러 이 사건을 계기로 미연방수사국(FBI)은 알 카에다의 오사마 빈라덴(Osama bin Laden)과 아이만 알자와히리(Ayman al-Zawahiri)를 FBI 10대 지명수배범으로 현상수배하게 된 바, 결과적으로 이 사건은 2001년 9/11테러사건과 특히 밀접한 관련을 가진다 할 것이다.

A. 9/11테러사건과 애국법

이러한 미국의 대테러정책은 이른바 “뉴테러리즘(New terrorism)”¹⁴⁾의 대두를 알린 2001년 “9/11테러사건”을 계기로 다시금 큰 변화를 겪게 된다. 즉, 9/11테러 이전까지는 미국 역시 기본적으로 평시(平時)와 전시(戰時)의 구분을 전제로 비상상황인 전쟁에 대비한 계엄제도와 국가긴급권 제도를 마련하고 있었던 까닭에 테러가 발생하더라도 전쟁에 대응하는 제도와 별개로 사안별로 대처하는 방식을 취하고 있었는데, 단일 테러사건임에도 기존의 전쟁에 버금가는 피해와 충격을 준 9/11테러를 계기로 미국 정부는 기존의 전쟁에 버금가는 방식의 대처가 필요하다고 판단하게 된 것이다. 그렇지만 전통적 대처방식이라 할 계엄이나 국가긴급권은 재래적인 전면전쟁에 대응하기 위해 마련된 것이므로 장기적이고 부분적인 테러대응에 적절치 못한 부분이 없지 않아 결국 미국정부는 테러방지를 목적으로 필요한 경우에 국민의 기본권을 대폭 제한하는 내용을 포함한 반테러입법을 추진하게 된다.¹⁵⁾

이러한 기초 속에 9/11 테러사건 이후 성립한 미국의 반테러법으로는 통상 ‘애국법’으로 불리는 「USA PATRIOT Act(; **U**niting and **S**trengthening **A**merica by **P**roviding **A**ppropriate **T**ools **R**equired to **I**ntercept and **O**bstrect **T**errorism of 2001)」¹⁶⁾가 대표적이다.¹⁷⁾ 강력한 대테러정책을 수행할 목적으로 2001년 9월 19일 제안되어 양원의 절대다수의 찬성으로 의결된 후, 2001년 10월 26일 부시 대통령이 서명함으로써 성립된¹⁸⁾ 이 법은 그동안 미국이 중동 이슬람 원리주의 세력으로부터 공격

14) 장기봉, “뉴테러리즘의 등장과 이에 대응한 국가 네트워크 전략”, 대구대학교 행정학 박사학위 논문(2008), 83면. 테러의 정교화, 지능화, 과격화, 대형화로 대표되는 뉴테러리즘의 특징에 대한 개괄적인 설명은 박준석, 『뉴테러리즘개론』(서울: 백산출판사, 2006), 63~74면 등을 참조.

15) 이기수, “테러범죄 대응과 인권보장 - 미국 연방대법원의 판례를 중심으로”, 『비교형사법연구』 제17권 제4호(2015), 450면.

16) 동 법률을 국내에서는 통상 “애국법”으로 번역하곤 하지만, 실제로 동 법안의 단축명칭인 “USA PATRIOT Act”가 「2001년 테러리즘을 차단·저지하는데 필요한 적절한 수단을 제공함으로써 미국을 통합하고 강화하는 법률(**U**niting and **S**trengthening **A**merica by **P**roviding **A**ppropriate **T**ools **R**equired to **I**ntercept and **O**bstrect **T**errorism of 2001)」의 두문자어(頭文字語; acronym)이기 때문에 굳이 우리말로 번역을 하기보다는 “유에스에이 패트리엇법”으로 지칭하는 것이 바람직하다 할 것이다. 다만 기존 관례를 존중하여 여기에서도 “애국법”으로 지칭하기로 한다.

17) 애국법에 대한 포괄적인 설명은 윤해성, 『대테러활동에 관한 수사시스템 정비방안』(서울: 한국형사정책연구원, 2011), 85~95면; 이호수, “테러리즘 대응법제에 관한 연구”, 배재대학교 법학박사학위논문(2012), 87~116면.

18) 이처럼 신속하게 통과된 법은 일단 여론의 지지를 받았으나, 이후 내용의 문제점들이 계속 드러남에 따라 제대로 검토와 토론이 이루어지지 않은 채 만들어진 졸속입법이라는 비판의 대상이 되기도 했다. 김승대, “테러와의 전쟁과 입헌주의의 위기에 관한 헌법적 연구”, 『(부산대학교) 법학연구』 제55권 제4호(통권 제82호)(2014), 93면.

을 받기시작한 후인 1980년부터 입법되었던 여러 테러관련 법규를 통합하면서, 정부 내 산재되었던 예산, 장비, 인원 등의 자원(Asset)에 대한 네트워크의 구축, 법집행기관의 권한 강화, 수사기관의 통신감청권의 확대 및 범죄수사정보의 공유권의 확대 등을 규정하고 있었다. 애국법의 대체적인 개요는 다음과 같다.¹⁹⁾

<애국법의 구성>

- 제1장 테러리즘에 대비한 국내안전의 제고(101-106)
 - 제2장 감시절차의 강화(201-225)
 - 제3장 국제자금세탁 중지 및 반테러재정법(301-377)
 - A. 국제적인 자금세탁 대응 및 관련 조치(311-330)
 - B. 은행비밀법 수정 및 관련 개선책(351-366)
 - C. 통화범죄 및 보호(371-377)
 - 제4장 국경 보호(401-428)
 - A. 북부 국경 보호(401-405)
 - B. 강화된 이민 규정(411-418)
 - C. 테러리즘 피해자에 대한 이민혜택 보전(421-428)
 - 제5장 테러리즘 수사의 방해요소 제거(501-508)
 - 제6장 테러리즘 피해자, 공안관리 및 그 가족들에 대한 지원(611-624)
 - A. 공안관리의 가족에 대한 지원(611-614)
 - B. 1984년 범죄피해자법 수정(621-624)
 - 제7장 중대한 인프라 보호를 위한 정보공유의 강화(701)
 - 제8장 테러리즘에 대한 형법의 강화(801-817)
 - 제9장 정보활동 개선(901-908)
 - 제10장 기타(1001-1016)
-
-

그렇지만 이 법은 테러방지의 효과성 및 효율성을 중시한 나머지, 외국인의 지위 및 권리의 약화와 내외국인 모두에게 해당되는 자유의 축소 등의 비민주적 입법요소가 상당부분 존재하는 것이 문제점으로 지적되었는데, 대표적으로 우선 테러리스트의 정의를 ‘테러의 가능성이 있는 시민들’로 확장하는 가운데 폭넓은 감청과 인터넷 감시를 허용하면서, 특히 감청대상인 수화기나 통화상대방을 지정하지 않는 방법으로 법원의 허가를 받아 통화감청을 실시하는 ‘포괄적 감청(roving wire trap)’을 도입한 바 있다(동법 제206조). 또한 외국인에 대한 강력한 예방적 구금과 추방 대상이 확대되어 국

19) 이호수, 앞의 논문, 89면. 동법률의 전문 번역은 국회도서관, 『테러의 저지 및 차단에 요구되는 적절한 수단을 제공함으로써 미국의 결속을 강화하기 위한 2001년 법률』(서울: 국회도서관, 2009)을 참조.

내외에서 테러활동을 하였거나 테러의 의심이 있다고 판단되는 경우 강제추방의 대상이 될 수 있으며(동법 제411조), 또한 테러와 관련이 있다는 혐의가 있는 외국인을 7일간 구금할 수 있으며, 추방이나 석방이 안보에 위해를 줄 수 있다고 판단한 경우에는 6개월간 구금을 연장할 수 있고, 기간연장의 회수 제한도 없다(동법 제412조). 그리고 영장의 집행통지를 지연할 수 있도록 하여 주거에 대한 비밀수색이 가능하도록 한 ‘수색영장집행 사후통지제도(sneak and peek search)’를 도입하는 가운데(동법 제213조 및 개정법률 제114조), 테러리즘을 양성하는 개인과 단체의 재산을 몰수하는 규정도 두고 있다(동법 제80조).²⁰⁾

그럼에도 불구하고 이러한 반테러법의 입법이 가능할 수 있었던 것은 기본적으로 9·11테러의 피해가 너무 커서 미국시민사회의 피해우려가 매우 증폭되었다는 것, 미국의 국토안보부나 주요 수사기관인 법무무산하의 미연방수사국(Federal Bureau of Investigation: FBI)의 정치적 중립이 매우 신뢰할 만 하다는 것, 그리고 미국 의회의 구성원 모두가 테러와의 전쟁을 선포한 행정부에 전폭적인 지지의 의지가 충만했기 때문으로 통상적으로 이해되고 있지만,²¹⁾ 다른 한편 애국법이 2005년 말에 시효가 완성되는 한시법(限時法)의 형태로 입법된 것도 중요한 요인으로 평가해 볼 수 있을 것이다.²²⁾

B. 애국법의 운용과 관련한 사법부의 주요 결정례

미국은 9/11 테러 이후 마련된 새로운 테러대응체제에 따라서 ‘사전적 보호’의 법리를 활용, 테러혐의자는 물론 테러의 가능성이 있는 사람들에 대해서도 ‘예방적 구금’을 하는 가운데,²³⁾ 2002년 1월부터 이들을 미국 영토가 아닌 쿠바 동부의 관타나모(Guantanamo) 수용소에 수용함으로써²⁴⁾ 미국 헌법과 국제법의 적용을 회피하는 방식

20) 관련 논의는 이기수, 앞의 논문, 462~463면.

21) 장기봉, 앞의 논문, 186~187면.

22) 그렇지만 애국법의 시효가 완성되어 가던 2005년 말부터 동법의 시한 연장문제로 많은 논란을 빚은 끝에 2006년 3월 기본권 침해 논란을 불러 온 일부 조항들을 수정하는 조건으로 영구화되게 된 바 있다. 관련 논의는 정준현·지성우, “국가안전보장을 위한 미국의 반사이버 테러법제에 관한 연구”, 『미국헌법연구』 제20권 2호(2009), 227~228면; 김승대, 앞의 논문, 102면.

23) 부시 행정부는 테러용의자를 구금함에 있어서 대통령에게는 헌법상 권리장전을 정지할 권한이 있으며, 이 과정에는 수정헌법 제4조·제5조·제6조가 적용되지 않는다고 주장해 왔다고 한다. 관련 논의는 강승식, “Bush 행정부의 반테러조치에 관한 비판적 고찰”, 『한양법학』 제20집(2007), 145면 이하를 참조.

24) 관타나모 지역은 1903년 미국이 쿠바로부터 미해군선박의 보급기지로 조차(租借)한 지역으로, 미국은 이 지역에 대한 쿠바의 최종적 주권이 계속 존속함을 인정하지만 쿠바는 미국의 점용기간동안 미국의 완전한 관할권과 통제권을 인정하며, 1934년 양국은 미국이 관타나모에서 해군기지를 포기하지 않는 한 이 조치가 계속 발효한다고 약정한 바 있다. 김승대, “테러와의 전쟁과 헌법의 국외확장 적용 - 테러혐의자의 관타나모 구금 관련 미국 연방대법원의

을 취함에 따라 이들이 전쟁포로로서의 권리나 미국 헌법상 보장된 인권 역시 적절하게 보장하지 못하는 결과를 초래하기도 하였다.²⁵⁾ 이로 인해 인권침해에 대한 지적이 지속적으로 제기되었고, 관타나모 수용소에 수감된 사람들이 미연방대법원에 소송을 제기함에 따라 미국 정부의 테러대응관련 조치에 대하여 미연방대법원이 순차적으로 판단을 내린 바 있다.

이 가운데 주요한 결정들을 간략하게나마 살펴보자면, 2004년 6월의 **Rasul v. Bush 판결**²⁶⁾에서는 9·11 테러 이후 아프가니스탄에서 체포되어 관타나모 수용소에 수감된 “적 전투원(enemy combatant)들” 가운데 일부의 수감자들에 대한 기본권 침해가 논란이 되었는데, 관타나모에 수감된 테러혐의자 중 2명의 가족들이 컬럼비아지구 연방지방법원에 인신보호영장을 청구한 이 사안에서 연방지방법원은 이러한 주장이 미국헌법상 인신보호영장 청구에는 해당한다고 판단하면서도 기존 선례(*Johnson v. Eisentrager* 판결)²⁷⁾에 입각해 동 사안에 대해 법률상 관할권을 가지지 않는다는 하급심 판결²⁸⁾을 뒤집고, 미국영토 밖이기는 하지만 미국이 실제적인 관할권을 행사하는 지역인 관타나모 기지에 수감된 수감자들 역시 미국 헌법상 인신보호 조항의 적용을 받는다고 판결한 바 있다. 아울러 같은 시기의 **Hamdi v. Rumsfelt 판결**²⁹⁾에서는 아프가니스탄에서 체포되어 관타나모 수용소에 수감된 미국인에 대해 중립적 판단기관에 의하여 적전투원으로서의 구금의 사실적 근거를 충분히 다룰 수 있도록 하는 절차적 기회가 주어져야 한다고 판결하여 수감자들에 대한 미헌법상 기본권의 적용 원칙을 재차 확인함으로써 법치주의와 인권보호의 회복에 중요한 기점을 마련하게 된다.³⁰⁾

연방대법원의 이러한 판결들에 대응하여 행정부는 3인의 장교로 구성되고 구금자들

부메디언 판결의 헌법적 함의”, 『(부산대학교) 법학연구』 제50권 제1호(통권 61호)(2009), 30면 주9).

25) 테러혐의자를 전시의 포로처럼 수용시설에 구금하면서, 전쟁포로에게 인정되는 지위와 보호에 관한 제네바 협약상의 전투원 면책 등의 권리는 박탈하고, 미국 헌법이 규정한 인권보장 역시 이들에게 적용되지 않았는데, 기본적으로 수감대상자가 테러범죄 혐의를 받고 있는 사람뿐만 아니라 참고인이나 예방적 차원에서 격리가 필요한 사람까지 포함되어 있었고, 이들은 기소나 재판을 받지 않는 상태로 사실상 무기한 구금이 가능하였으며, 구금기간 중 면회 금지, 언론인 접견금지, 변호인 조력 금지 등의 위헌적 조치들이 뒤따랐다고 한다. 이기수, 앞의 논문, 459면.

26) 124 S. Ct. 2686; 542 U.S. 466(2004).

27) 339 U.S. 763; 70 S. Ct. 936(1950). 이 판결은 제2차 세계대전 말기에 독일의 항복에도 불구하고 중국에서 일본을 도와 계속 전쟁을 수행한 *Eisentrager* 등 독일 군인들이 종전 후 미군에 의해 체포되어 독일로 이송·구금되게 되자 미연방법원에 인신보호영장을 청구하게 되었으나 연방대법원은 이들이 미국헌법상의 인신보호영장청구권을 가지지 않는다고 판단한 판결이다. 관련 내용은 김승대, 주 23)의 논문, 30면 주12)를 참고.

28) *Rasul v. Bush*, 215F. Supp. 2d 55(D.D.C. 2002); *Al Odah v. United States*, 321 F.3d 1134, 1145(D. C. Cir. 2003).

29) 124 S. Ct. 2633; 542 U.S. 507(2004).

30) 이 판결들에 대한 국내의 논의로는 강승식, 앞의 논문, 146~148면; 김승대, 주 23)의 논문, 32~34면; 권영설, “반테러의 ‘사전적 보호’ 법리와 기본권 제한”, 『미국헌법연구』 제17권 2호(2006), 54~62면을 참고.

이 행정부의 적전투원 지정을 다룰 수 있는 기회를 제공하는 전투원지위심사법원(Combatant Status Review Tribunal; CSRT)을 창설하는 명령을 발하였고, 의회 역시 '연방법원이 관타나모 구금자의 인신보호영장청구소송의 관할권을 가지지 않음'을 명확히 규정하는 가운데 구금자들이 CSRT에 적전투원의 지위에 관해 제기한 다툼의 불복항소의 경우 컬럼비아 지구 연방항소법원에 대한 관할권을 인정한 「구금자처우법(Detainee Treatment Act; DTA)」을 통과시키게 된다.³¹⁾

2006년 Hamdan v. Rumsfeld 판결³²⁾에서 연방대법원은 전범 테러리스트들을 재판하기 위해 부시 대통령이 행정명령³³⁾으로 창설한 특별 군법회의가 미연방헌법 및 국제법을 위반한 것임을 확인하면서 테러음모 혐의로 군사법원에 기소된 자에게도 일반법원의 관할권의 유효성을 인정한 바 있는데, 이후 행정부와 입법부는 관타나모의 외국인 수감자들이 전쟁법규가 아닌 미국의 국내법 위반에 대해서도 군사법원에서 재판받을 수 있는 명시적인 근거를 마련하게 된다.³⁴⁾ 이로서 관타나모 수용소의 테러혐의자들을 둘러싼 인신보호영장 청구소송과 관련해 연방대법원과 미 행정부 및 입법부가 확연하게 대립적인 입장을 견지하게 되는데, 결국 위헌법률심사로서의 성격을 갖게 된 2008년 Boumediene v. Bush 판결³⁵⁾을 통해 연방대법원은 외국국적을 가진 관타나모 수감자들에게도 미국헌법상의 인신보호조항이 적용되어야 하며, 이를 예외적으로 입법에 의하여 배제하기 위해서는 인신보호영장에 상응하는 충분한 대체절차가 주어져야 하는데 2006년 「군사법원법(Military Commission Act 2006; MCA)」 상의 절차인 전투원지위심사(Combatant Status Review Tribunal)절차는 그에 미치지 못한다는 이유로 위헌이라고 판결함으로써 논란을 종결시킨 바 있다.

이 Boumediene v. Bush 판결을 좀 더 살펴보자면,³⁶⁾ 부메디언(Lakhdar Boumediene)을 포함한 6인의 보스니아 국적의 관타나모 수감자들이 워싱턴 D.C. 연방지방법원에 인신보호 영장 청구소송을 제기했으나, 동 법원이 대통령의 전쟁수행 권한 및 의회의 군사력의 사용에 대한 수권(Authorization for Use of Military Force; AUMF)을 근거로 전투원(combatant)에 대한 구금을 정당화하고 미국의 영토 밖에 거주하는 외국인은 미국헌법상의 권리를 가지지 못한다는 이유로 청구를 기각하였고,³⁷⁾ 워싱턴 D.C. 항소법원 역시 2006년 발효된 MCA에 따라 연방법원에게는 관타나모 구

31) 김승대, 앞의 논문, 35면.

32) 548 US 567, 126 S. Ct. 2749 (2006). 이 판결에 대해서는 강승식, 앞의 논문, 149~150면; 권영설, “반테러과정의 법치주의와 인권보호: Hamdan 판결의 의의”, 『미국헌법연구』 제19권 1호(2008), 39~48면을 참고.

33) Military Order of Nov. 13, 2001, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57,833 (Nov. 16, 2001).

34) Military Commissions Act of 2006, P.L. 109-366, 120 Stat. 2600(2006). 이 법률의 주요 내용에 관한 논의는 권영설, 앞의 논문, 56~58면을 참고.

35) 128 S. Ct. 2229. (2008).

36) 이하의 내용은 김승대, 주 23)의 논문, 37~41면을 중심으로 작성된 것이다.

37) Boumediene v. Bush, 476 F.3d 981 (D.C. Cir. 2007).

금자의 인신보호영장 청구소송에 대한 관할권이 배제되었으며, 이들은 미국영역 밖의 외국인들이므로 인신보호영장 청구의 헌법적 권리를 가질 수 없기에 관할권 부존재를 이유로 사건을 기각하였다.

그렇지만 연방대법원은 관타나모 구금자의 권리의 문제를, 이전의 Rasul 사건이나 Hamdan 사건과는 달리, 법률해석의 관점의 문제가 아닌 'MCA 소정의 관할권배제 법률조항에 대한 위헌심사'라는 관점에서 접근함으로써 헌법재판, 즉 위헌법률심사의 형태를 취하게 되었고, 다수의견은 청구인 측의 주장을 거의 수용하여 위 MCA 관할권 박탈조항이 헌법에 위반된다고 판단하게 된다. 즉, 다수의견은 영미법상 권력분립 구도에서 본질적 중요성을 가지는 인신보호 영장제도가 입법적 조치인 MCA에 의하여 법원의 관할권이 박탈되었음을 확인하고, 인신보호 영장제도가 국가의 주권이 미치는 영역 밖에 위치한 외국인에게도 확장 적용될 수 있는지를 선례(先例)로부터는 확인할 수 없다고 보아 본 사안의 현실적 측면에 대한 집중적 고려를 수행한 후, MCA에 의한 법원의 관할권 박탈을 용인한다면 정치부문에 의한 헌법이 보장한 인신보호 영장제도의 목적에 수용하기 어려운 결과를 초래한다고 보았으며, 아울러 관타나모 수감자들에게 특별한 사정이라 할 수 있는 장기간의 수감사실을 주목하여 이러한 수감자들에게는 헌법상의 인신보호영장청구의 권리가 인정되어야 하며, 이를 박탈하기 위해서는 반드시 헌법상의 정지조항(suspension clause)³⁸⁾에 상응한 조치가 필요하다고 판단하였다. 아울러 법원이 이들에게 헌법상의 권리를 인정한다 하여도 대통령의 군통수권자로서의 권한을 본질적으로 침해하는 것은 아니고, 집행부의 인신구속권에 대한 이의를 심판할 책무는 사법부에 주어진 가장 정당하고 필수적인 것으로 적시함으로써 국가안전의 영역에 관한 사법부의 개입과 역할을 강조한 바 있다. 나아가 DTA에 의한 관타나모 수감자에게 부여된 절차적 보장 역시 연방법원에서의 인신보호영장청구의 절차에 미치지 못한다고 판단함으로써 연방법원의 관할권을 박탈하는 MCA의 조항을 결국 위헌으로 판단하게 된 것이다.

C. 자유법의 성립

2013년 6월 전직 미 중앙정보국 직원이었던 에드워드 스노든(Edward Snowden)이 정부의 광범위한 불법 감청을 폭로한 사건을 계기로 국가안보와 개인 사생활의 보장간의 갈등이 증폭되는 가운데 2015년 5월 미국 항소법원이 애국법 제215조가 개인을 대상으로 무제한에 가까운 정보수집을 명문화함으로써 헌법이 보장하는 국민의 자유권을 침해하기 때문에 위헌이라는 판단을 내림에 따라 기존 애국법의 추가적인 연장을 포기하고, 애국법 및 「해외정보감시법(Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978;

38) 미연방헌법 제1조 제9항 (2)의 “인신보호영장에 관한 특권은 반란이나 침공의 경우에 있어서 공공의 안전이 요구하는 때가 아니면 정지될 수 없다”는 규정을 통상 ‘정지조항(suspension clause)’라고 지칭하고 있다.

FISA)」 가운데 문제된 내용을 수정한 「미국 자유법(USA FREEDOM Act: The Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ensuring Effective Discipline Over Monitoring Act of 2015)」이 2015년 6월 의회를 통과하게 된다.³⁹⁾ 자유법의 기본구성은 다음과 같다.⁴⁰⁾

<자유법의 구성>

- 제1장 FISA(Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978) 업무 기록 관련 개혁(101-110)
 - 제2장 FISA의 전화이용상황기록장치(Pen Register) 및 감지 및 추적장치(Trap and Trace Device) 개혁(201-202)
 - 제3장 FISA의 미연방 이외 소재 표적인물 확보(acquisitions targeting persons) 확보 개혁(301)
 - 제4장 FISA 법원(해외정보감시법원) 개혁(401-402)
 - 제5장 국가안보서신(National Security Letter: NSL) 개혁(501-503)
 - 제6장 FISA 투명성 및 보고 요건(601-605)
 - 제7장 국가 안보 조항 강화(701-705)
 - 제8장 항해 안전 및 핵테러리즘에 대한 협약의 보충(801-812)
 - A. 항해 안전(801-805)
 - B. 핵테러리즘의 방지(811-812)
-
-

자유법은 국가안보의 중요성을 인정하면서도 헌법이 보장하고 인간의 고유한 자연권인 개인의 존엄과 자율권을 우선 가치에 두고 안보 가치를 실행하자는, 즉 국가의 안보활동을 크게 위축시키지 않고 시민의 사생활을 최대한 보장하자는 취지로 제정된 것으로 기존 애국법에서 가장 논란이 되었던 정보기관들이 자국민을 대상으로 통신 관련 메타데이터(metadata), 즉 광범위한 통신기록을 수집해 5년간 보관할 수 있었던 권한(애국법 제215조)을 대폭 축소시켜 정보수집 과정에 FISA 법원(FISA court)의 통제

39) 이 “자유법” 역시, 앞의 “애국법”과 마찬가지로, “USA FREEDOM Act”가 「감시에 대해 권리를 보장하고 효과적인 규율을 보증함으로써 미국을 통합하고 강화하는 법률(The Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ensuring Effective Discipline Over Monitoring Act)」의 두문자어(頭文字語: acronym)이기 때문에, 우리말로 번역하기 보다는 “유에스에이 프리덤법”으로 지칭하는 것이 바람직할 것이나, 변함없이 기존 관례를 존중하여 여기에서도 “자유법”으로 지칭하기로 한다. 동 법안의 성립과정은 신계균, “자유법 입법과정을 통해서 본 미국 의회의 역할”, 『의정연구』 제21권 제3호(통권 제46호)(2015), 145~149면을 참고.

40) 동법안의 전문 번역은 국회도서관. 『권리 행사 및 감시 활동에 대한 유효한 규제를 통한 국가 통합 및 강화법(2015)』 (서울 : 국회도서관, 2015)를 참조.

를 강화하는 가운데, 미연방수사국은 더 이상 통화기록을 자체적으로 보유할 수 없게 되었고 단지 민간통신회사만이 그 기록을 보유하고, 정부는 필요한 경우에만 개별 통신기록에 한해서 법원의 영장을 발부받아 해당 통신회사에 요청할 수 있게 되었다(자유법 제101조).⁴¹⁾

그 외에도 법무장관에게 FISA 법원의 승인 하에 이루어지는 전화이용상황기록장치(Pen Register) 및 감지 및 추적장치(Trap and Trace Device)를 통한 미국인에 대한 정보수집·보유·비공개적 사용에 있어서도 프라이버시를 보호하기 위한 적절한 조치를 마련할 것을 지시하고 있고(자유법 제102조), 법정조언자 제도(amicus curiae)를 마련하여 FISA 법원 및 FISA 항고법원(FISA court of review)의 재판장은 개인 프라이버시와 시민 자유의 보호를 증진시키기 위한 법적 논의, 정보 수집 또는 통신 기록과 관련된 기타 법적 논의 또는 정보의 제공을 위한 5인 이상의 법정조언자를 선정할 것을 요구하고 있다(자유법 401조). 그 밖에도 FISA의 투명성 및 보고에 관한 요건을 설정하여 법무장관에게 국제테러 방지를 위한 목적 하에 인가된 전화관련 정보 수집 상황 및 정보수집 요청 승인관련 내용들을 의회에 연례보고하도록 규정하고 있다(자유법 제 601조).

Ⅲ. 미국의 주요 테러방지 실행체제 - 국토안보부를 중심으로

현재의 미국의 테러대응 체제는 대통령을 정점으로 한 정책기구인 국가안전보장회의(National Security Council; NSC)와 주무기관인 국토안보부(Department of Homeland Security; DHS)를 중심으로 테러정보통합기구인 국가테러대응센터(NCTC)와 수사·정보기관의 협조체제로 구성되어 있다.⁴²⁾ 여기에서는 주요 실행기관인 국토안보부를 중심으로 살펴보기로 한다.

A. 국토안보부의 성립과정

미국은 9/11 테러사건 발생 한 달 후인 2001년 10월 국토안보국(Office of Homeland Security)을 발족하여 국무부, 국방부, CIA, FBI 등의 연대 활동을 위한 중심기관으로서의 역할을 부여하는 가운데 기존 NSC에서 수행하던 대테러정책 운영에 관한 책임을 새로 설립한 국토안보회의(Homeland Security Council; HSC)로 이관한 바 있다.⁴³⁾ 이후 2002년 6월 대테러업무를 통합하고 국가안보를 강화하기 위한 국토

41) 신계균, 앞의 논문, 147~148면. 미연방수사국이 통화내역 기록 수집을 위해 요구되는 구체적인 요건에 관한 내용은 최장수, “2015년 미국 자유법(USA Freedom Act of 2015)”, 『(국회도서관)외국법률 이슈브리핑』 제21호(2015.10.21.)를 참조.

42) 권오국 · 김윤영, “국제사회의 테러리즘 동향과 국내 테러대응 체계 및 시사점 분석”, 『통일문제연구』 제29권 1호(2017), 171면.

안보부(Department of Homeland Security; DHS) 신설을 내용으로 하는 연방조직개편안을 발표하였고 동년 11월 이를 뒷받침하는 「국토안보법(Homeland Security Act of 2002)」⁴⁴⁾을 제정하여 이를 근거로 2003년 3월 1일 기존 22개 정부 부처 및 기관의 테러관련 기능을 이전하여 17만명 이상의 공무원을 보유한 거대 조직인 국토안보부(DHS)를 설립하게 된다.⁴⁵⁾

부시 행정부는 이전 클린턴 행정부의 저지, 봉쇄, 집단안보에 의존하던 과거의 안보 전략을 포기하는 대신 미국의 압도적 군사력을 바탕으로 공세적 군사개입, 선제공격, 불량국가 및 기타 적대세력에 대한 전향적 반확산 정책을 강조하면서 소위 “힘에 의한 평화”의 실현을 강조한 바 있다. 이러한 부시 행정부 국가안보전략의 주안점으로는 첫째, 정치·경제적 자유 제고를 통한 인간존엄성의 증진, 둘째, 테러리즘과 대량살상무기에 대한 안보의 확보, 셋째, 갈등지역과 우방을 아우르는 포용 및 관여정책을 들 수 있다.⁴⁶⁾

B. 국토안보부의 목적

이러한 배경 하에서 설립된 국토안보부는 그 설립의 근본목적을 “테러리스트의 공격으로부터 미국을 보호하기 위해, 미국의 안보와 관련된 조직과 기관들을 포괄하는 광범한 국가 네트워크를 위한 통합핵심(the unifying core)을 마련하는 것”으로 설정하고, “자유를 보전하고 미국을 보호하며 국토의 안녕을 유지하는 것(Preserving our freedoms, protecting America...we secure our homeland)”을 부서의 비전(Vision)으로 제시한 바 있다. 아울러 세부적인 전략적 목적(Strategic Goals)으로는, 인지(Awareness), 예방(Prevention), 보호(Protection), 대응(Response), 복구(Recovery), 봉사(Service), 조직 수월성(Organizational Excellence)이 제시되었고, 주요 임무는 ① 테러관련 정보수집 및 분석 ② 국경 및 통항안보 ③ 국내 대테러 역량의 강화 ④ 주요 국가기반시설의 방어 ⑤ 재난적 위협으로부터의 방어 ⑥ 위기대비태세 및 대응의 강화로 설정되었다.⁴⁷⁾

43) 김현수 · 박상서, “국토안보를 위한 미국의 대응 정책 분석”, 『정보·보안논문지(현(現) 융합보안논문지)』 제9권 제1호(2003), 40면.

44) HOMELAND SECURITY ACT OF 2002(“An Act To establish the Department of Homeland Security, and for other purposes”), PL 107-296, November 25, 2002, 116 Stat 2135 (6 USCA § 101 et seq.)

45) 이후 2009년 5월 오바마 행정부는 비전통적이고 초국가적인 위협들에 대한 통합적 대처를 위해 국토안보회의(HSC)는 유지하되 국토안보회의 참모조직을 국가안보회의(NSC) 참모조직과 통합하였다. 윤태영, 미국 국토안보부의 대테러리즘 활동: 임무, 조직 운영체계 및 전략, 『한국치안행정논집』 제9권 제3호(2012), 169면.

46) 장기봉, 앞의 논문, 144~145면.

47) 장기봉, 위의 논문, 146~149면. 국토안보부의 일반적인 국가 위기대응임무와 관련한 국내의 논의로는 정하명, “미국에서 국토안보부의 출범과 위기대응법제의 진화”, 『공법학연구』 제16권 제1호(2015), 35면.

2019년 12월 현재 국토안보부는 충실(integrity), 경계(vigilance), 존중(respect)을 부서의 핵심 가치(core values)로 설정하고,⁴⁸⁾ 그 지도원리(guiding principle)로 ① 모든 위협과 위험에 대한 “가차없는 대응(Relentless Resilience)”활동 ② 국토 안보 위협요인(Homeland Security Dangers)에 대한 국가적 위험도(Nation’s Risk)의 감소 ③ 시민들의 참여 증진 및 신뢰할 수 있는 협력관계 강화 및 확대 ④ 프라이버시, 투명성, 시민적 권리 및 자유의 유지 ⑤ 임무 중심의 운영 및 통합의 보장의 다섯 가지를 제시하는 가운데,⁴⁹⁾ 주요 임무로는 ① 테러리즘 및 국토 안보 위협에 대한 대응(Counter Terrorism and Homeland Security Threats), ② 국경 및 출입국의 관리(Secure U.S. Borders and Approaches), ③ 사이버공간 및 중요 기반시설의 안전보장(securing cyberspace and Critical Infrastructure), ④ 국가의 번영 및 경제적 안정의 보존 및 유지(Preserve and Uphold the Nation’s Prosperity and Economic Security), ⑤ 대비·복구태세의 강화(Strengthen Preparedness and Resilience)”에 더하여 ⑥ 국토안보부 활동의 효율화 및 강화(Champion the DHS Workforce and Strengthen the Department)의 여섯 가지가 제시되고 있다.⁵⁰⁾ 전통적인 국토안보 임무에 더하여, 거대 행정부서로서의 국토안보부 자체의 효과성·효율성 강화를 주요 임무로 설정하고 있는 점은 시사점이 크다 할 것이다.

C. 국토안보부의 조직 및 운영

국토안보부의 조직구조의 특징으로는 과거 복잡하고 분산된 대테러 체제가 국토안보부 창설을 계기로 관련 기능이 하나로 집중·통합됨에 따라 연방, 주, 지방정부 차원에서 87,000개 이상의 서로 다른 관할영역이 국토안보부의 책임으로 흡수되는 가운데 포괄적인 국가전략을 통해 중복되지 않고 모든 수준의 정부를 연계하는 보완 체제를 개발한 것을 들 수 있다.

미국 국토안보부의 주요 조직구조는 집행 및 지원부서(Operational and Support Components), 장관실(Office of the Secretary), 자문패널 및 위원회(Advisory Panels and Committees)의 세 가지 유형으로, 대략적인 구성은 다음과 같다.⁵¹⁾

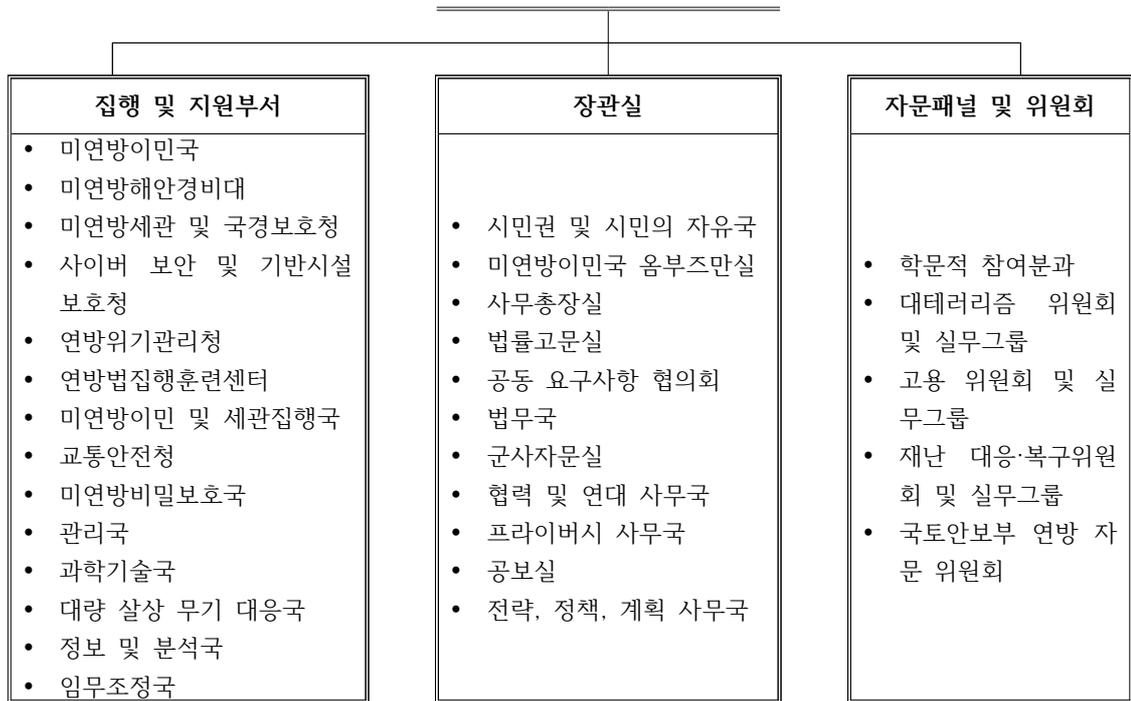
국토안보부 장관
국토안보부 차관

48) <https://www.dhs.gov/core-values> (2019.12.31. 최종확인).

49) <https://www.dhs.gov/guiding-principles> (2019.12.31. 최종확인).

50) <https://www.dhs.gov/mission> (2019.12.31. 최종확인).

51) 2019년 12월 기준 국토안보부 홈페이지 기관소개(<https://www.dhs.gov/organization>)를 바탕으로 정리한 것으로 국토안보부의 공식 조직도(<https://www.dhs.gov/organizational-chart>)와는 조금 다른 형태이다(2019.12.31. 최종확인).



2019년 12월 기준, 국토안보부의 세부적인 구성부분의 임무와 역할에 대해 간략하게나마 살펴보면 다음과 같다.⁵²⁾

먼저, 국토안보부의 기본적인 임무들을 집행하고 지원하는 부서로는 다음과 같은 것들이 있다.⁵³⁾

- 미연방이민국(United States Citizenship and Immigration Services; USCIS)은 미국민을 보호하고 국가의 안전을 보장하며 국가의 가치를 존중하는 가운데 이민 신청에 대한 효과적이고 공정한 재결을 통해 국가의 통합과 전망을 보장하고 합법적인 이민체계의 운영을 담당한다.

- 미연방해안경비대(United States Coast Guard; USCG)은 미연방의 다섯 개의 군대(armed forces) 가운데 하나인 미연방해안경비대는 국토안보부 내의 유일한 군사조직으로, 해상 교역과 환경을 보호하고, 해안선을 방어하며, 조난당한 사람들을 구조한다.

- 미연방 세관 및 국경보호청(United States Customs and Border Protection;

52) 장기봉, 앞의 논문, 149~154면도 국토안보부의 조직구조를 소개한 바 있으나, 현재는 다소간의 변동사항이 존재하기 때문에, 이하의 내용은 기본적으로 국토안보부 홈페이지의 기관소개(<https://www.dhs.gov/organization> (2019.12.31. 최종확인))의 관련 내용을 정리하였다.

53) <https://www.dhs.gov/operational-and-support-components> (2019.12.31. 최종확인).

CBP)은 국토안보부에서 가장 크고 복잡한 기관으로, 테러리스트 및 그들의 무기반입의 차단에 있어 최우선권을 가지며, 또한 이민법과 마약법을 포함한 수백개의 미연방규정의 집행을 담당하는 가운데 무역과 여행의 안전과 편의에 대한 책임을 부담한다.

- 사이버 보안 및 기반시설 보호청(Cybersecurity and Infrastructure Security Agency; CISA)는 미래의 진화하는 위협들에 대처하기 위해 정부 및 민간부분의 모든 층위와 협력하는 가운데, 현재의 위협들로부터 주요한 기반시설을 지켜내기 위한 국가적인 노력을 주도한다.

- 연방위기관리청(Federal Emergency Management Agency; FEMA)은 연방위기관리청은 모든 위험(all hazards)에 대한 대비, 보호, 대응, 복구, 완화를 위한 우리의 능력을 함양하고, 유지하고, 향상시키기 위해 하나의 국가로서 함께 노력함을 보증하기 위해서 시민들과 응급의료요원들(first responders)을 지원한다.

- 연방법집행훈련센터(Federal Law Enforcement Training Center; FLETC)은 법집행 전문가들에게 그들의 책임을 안전하고 능숙하게 수행할 수 있도록 돕기 위해서 경력기간 전반에 걸친 훈련을 제공한다.

- 미연방이민 및 세관집행국(United States Immigration and Customs Enforcement; ICE)은 국경 통제, 세관, 무역 및 이민을 규율하는 연방법률의 민·형사적 집행을 통해 국가안보 및 공공의 안전을 증진한다.

- 미연방비밀보호국(United States Secret Service; USSS)은 경제의 완전성을 보호하기 위해 국가의 금융·재정적 기반시설과 지불 체제를 보호하고, 국가의 지도자와 국가 및 정부를 방문한 요인들이 경호, 특정 시설 및 국가적인 특별 행사의 안전을 담당한다.

- 교통안전청(Transportation Security Administration; TSA)은 사람들의 이동과 교역의 자유를 보장하기 위해 국가의 운송 체제를 보호한다.

- 관리국(Management Directorate)은 국토안보부의 예산, 세출, 기금의 지출, 회계 및 재무; 조달; 인적 자원; 정보 기술 체제; 시설, 재산, 장비 기타 물적 요소들; 부서의 책무와 관련된 성과의 확인 및 측정을 담당한다.

- 과학기술국(Science and Technology Directorate)은 국토안보부의 기본 연구 개발 분과로 연방, 주 및 지방 공무원에게 국가 안보를 위한 기술과 역량을 제공한다.

- 대량 살상 무기 대응국(Countering Weapons of Mass Destruction Office)은 대량 살상 무기를 사용하여 미연방이나 미국의 이익에 대한 공격을 실행하려는 테러리스트 또는 다른 위협 행위자들의 시도에 대응하는 것을 임무로 한다.

- 정보 및 분석국(Office of Intelligence and Analysis)은 국토안보 사업부서에 국가를 위협으로부터 안전하고, 복원력있게 유지하는 데 필요한 첩보와 정보를 적시(適時)에 제공하는 것을 목표로 한다.

- 임무조정국(Office of Operations Coordination)은 국토안보부의 장관, 고위 간부 및 국토안보 사업부서에 의사결정을 돕는 일일 정보를 제공하고 국가 운영 센터

(National Operations Center)를 감독하며 국토안보부의 운영 및 정부 프로그램의 연속성을 지도하여 악화되거나 위협에 처한 운영 환경에서의 주요 임무에 필수적인 기능들을 지속할 수 있게 한다.

다음으로 국토안보부 장관실(Office of the Secretary) 및 하부 부처들은 연방, 주, 지방, 국제 및 민간 부문의 파트너들과의 협력 속에 국토안보부의 테러방지 및 보안 강화, 무역과 여행을 촉진하는 가운데 국경의 안전한 운영, 이민법의 집행과 운영, 사이버공간의 보호 및 보안, 재해의 복구, 국가적 경제적 안보에 필수적인 지원을 제공하기 위한 노력들을 감독한다. 이러한 장관실의 하부 부서에는 전반적인 국토안보 임무에 기여하는 다음과 같은 부처들이 포함되어 있다.⁵⁴⁾

- 시민권 및 시민의 자유국(Office for Civil Rights and Civil Liberties)은 국토안보부의 수뇌부에 시민권과 시민적 자유 관련 사안에 대한 법적·정책적 자문을 제공하고, 민원(고충)사항을 조사·해결하며, 평등 고용 기회 프로그램(Equal Employment Opportunity Programs)을 주도한다.

- 미연방이민국 옴부즈만실(Office of the CIS Ombudsman)은 개별적인 사례에 지원을 제공함으로써, 대중들에게 제공되는 시민권 및 이민관련 서비스의 품질을 개선하기 위한 기구로 미연방이민국(USCIS)의 이민 승인절차 운영의 개선을 위한 권고 역시 수행한다.

- 사무총장실(Office of the Executive Secretary)은 국토안보부 장관과 차관에게 모든 방식의 직접적인 지원 뿐만 아니라 부서 전반의 지휘·통솔과 관리에 관한 지원을 제공한다.

- 법률고문실(Office of the General Counsel; OGC)은 부서 전역의 약 1,800명의 변호사를 효과적이고, 고객중심의, 통합 서비스를 제공하는 법률 부서로 통합하고, 부속부서와 8개의 국토안보부 부서를 위한 법률 프로그램을 갖는 지휘부서를 구성한다.

- 공동 요구사항 협의회(Joint Requirement Council; JRC)는 공동 요구사항 통합 및 운영 시스템(Joint Requirements Integration and Management System; JRIMS)을 활용하여, 임무 수행상의 공동 요구사항 및 제안된 해결방안의 수행에 있어서의 부서간의 업무수행 격차를 완화하기 위해 그를 확인하고, 국토안보부 조직 운영의 효율성을 향상시키기 위해 민간부문의 참여기회를 활용한다.

- 법무국(Office of Legislative Affairs; OLA)은 의회의 의원 및 직원들, 백악관 및 행정부, 그리고 기타 국가안전보장을 담당하는 연방기구 및 정부기구들과의 주된 교섭 기구로 활동한다.

- 군사자문실(Office of the Military Advisor)은 국토안보부와 국방부(DoD) 간의

54) <https://www.dhs.gov/office-secretary> (2019.12.31. 최종확인).

정책, 절차, 대비활동 및 작전수행과 관련한 사항들에 있어서 장관 및 차관에 대한 조언과 지원을 제공한다.

- 협력 및 연대 사무국(Office of Partnership and Engagement; OPE)은 주, 지방, 부족, 영역(state, local, tribal, territorial; SLTT) 정부 및 SLTT 선출 공무원, SLTT 법집행기관, 민간 부문 및 대학들을 포함한 국가적 규모의 이해관계인들의 참여를 위한 통일적인 접근방식을 보장하는 가운데 국토안보부의 구제활동을 조율한다.

- 프라이버시 사무국(Privacy Office)은 국토안보부의 모든 활동 영역에서 프라이버시 보호 및 투명성을 부여하고 실행함으로써 개인을 보호하는 임무를 수행한다.

- 공보실(Office of Public Affairs)은 국토안보부의 모든 부서의 홍보활동을 조율하고, 국가적인 비상사태나 재난발생시 연방 정부의 선도적인 공공 정보 제공처로서 기능한다.

- 전략, 정책, 계획 사무국(Office of Strategy, Policy, and Plans)은 국토안보부장관과 부서장들에게 역동적인 국토 안보 업무수행 전반에서 발생할 수 있는 모든 문제들에 대한 전략적인 계획과 분석 의사결정 촉진을 위한 핵심적인 자원으로 기능한다.

마지막으로 국토안보부의 자문패널 및 위원회(Advisory Panels and Committees)가 있는데, 국토안보부는 학술활동에서 사생활에 이르기까지 임무와 연관된 주제들에 대한 조언과 권고를 제공하는 자문 패널과 위원회를 설치하고 있다.⁵⁵⁾ 이는 크게 학문적 공동체가 참여하는 학문적 참여분과(Academic Engagement), 테러리즘 문제에 대한 자문과 조언을 제공하는 대테러리즘 위원회 및 실무 그룹(Counterterrorism Committees & Working Groups), 협조적이고 생산적인 노사관계를 지원하는 국토안보부의 고용 위원회 및 실무 그룹(DHS Employee Committees & Working Groups), 이민 문제에 관한 조언과 권고를 제공하는 이민 위원회 및 실무그룹(Immigration Committees & Working Groups), 대규모 비상사태의 대비, 대응 및 복구를 위해 정부와 민간 부문의 협력을 모색하는 재난 대응·복구 위원회 및 실무 그룹(Preparedness, Response, Recovery Committees & Working Groups) 그리고 국토 안보 문제와 관련된 조언 및 권고를 제공하는 연방자문위원회법률(FACA, 5 USC Appendix)에 따라 운영되는 자문위원회(DHS Federal Advisory Committees)로 구분된다. 여기에서는 대테러리즘 위원회 및 실무그룹에 대해서 간단히 살펴보기로 한다.

우선 국토안보부 산하 대테러리즘 자문그룹으로는

- 중요 기반시설 협력 자문 위원회(Critical Infrastructure Partnership Advisory

55) <https://www.dhs.gov/landing-page/advisory-panels-committees> (2019.12.31. 최종확인).

Council)는 연방 기반시설 보호 프로그램과 사적 부문, 주, 지방, 영역, 부족 정부의 기반시설 보호 활동의 효과적인 조정을 촉진하기 위해 설립되었다.

- 중요 기반시설 부문 협력체(Critical Infrastructure Sector Partnership)는 국가의 중요 기반시설 및 핵심 자원의 소유자 및 운영자들과 연방, 주, 지방 및 부족 정부 간의 책임을 분담한다.

- 국토 안보 자문 위원회(Homeland Security Advisory Council)는 국토안보와 관련된 문제들에 대하여 국토안보부 장관에게 조언과 권고를 제공하며, 주와 지방정부, 응급구조반 공동체, 사적 부문과 학계의 지도자들로 구성되어 있다.

- 국가 기반시설 자문 위원회(National Infrastructure Advisory Council: NIAC)은 국가 경제의 핵심 기반시설을 구성하는 공적·사적 기관을 위한 정보시스템의 보안에 대해 국토안보부 장관과 대통령에게 조언을 제공한다.

- 주, 지방, 부족 및 영역 정부 조정 위원회(State, Local, Tribal and Territorial Government Coordinating Council)는 국가의 주요 기반시설을 보호하기 위해 연방 정부와 중요 기반시설/핵심 자원 소유자와 함께 협력한다.

가 있으며, 다음으로 국토안보부의 대테러리즘 관련 위원회로는

- 국토안보부 데이터 프라이버시 및 무결성 자문 위원회(The DHS Data Privacy and Integrity Advisory Committee)는 개인의 프라이버시, 데이터 무결성과 데이터 상호운용성 기타 프라이버시 관련 사안에 영향을 미칠 수 있는 국토안보부와 관련된 프로그램적, 정책적, 운영, 관리 및 기술적 사안들에 관해 국토안보부 장관 및 프라이버시 사무국장에게 조언을 제공한다.

- 국토 안보 정보 네트워크 자문 위원회(Homeland Security Information Network Advisory Committee)는 각자가 대표하는 연방, 주, 지방, 부족, 및 사적 부문의 공동체들의 관점에서 균형잡힌 시각을 제공한다.

- 국토 안보 과학 기술 자문 위원회(Homeland Security Science and Technology Advisory Committee)는 과학 기술 국장을 위한 독립적인, 과학·기술적 계획을 위한 자문 역할을 담당한다.

- 관계부처 합동 보안 위원회(Interagency Security Committee)는 미국 내 비군사적 연방 시설의 물리적 보안 및 보호의 품질과 효과를 높이기 위한 표준, 정책 및 모범적인 사례의 개발 임무를 담당한다.

등이 있다.

한편, 미국 정부는 뉴테러리즘의 특성상 대 국민홍보가 매우 중요하다고 파악하여, 2002년 3월 국토안보국에서 국가전체의 위협수준과 지역별로 혹은 교통수단 등에 대

한 각각의 위협수준을 공시하고, 이에 따른 대국민 테러행동 지침을 정리한 일일테러 주의보 시스템(Homeland Security Advisory System)을 창설한 바 있다.⁵⁶⁾ 이는 국민 개인이 테러리즘의 특징과 수법을 잘 이해하도록 하면서, 공공재적인 대규모 시설을 이용하거나, 해외여행을 할 때 등, 테러리즘으로부터 자신과 가족을 보호할 수 있도록 마련한 국민행동 지침으로서 매일 테러리즘의 수준을 DHS의 홈페이지나 중요 언론매체를 통하여 공시하고 있다. 특히 이러한 정보를 지역별로 발표함으로써 해당지역 지방정부의 통제와 안내를 따르도록 하고 위협수준을 색깔로 표시함으로써 국민이 쉽게 위협의 수준을 이해할 수 있도록 하고 있다.

*** 미국 국토안보부의 일일테러주의보 시스템
(Homeland Security Advisory System)⁵⁷⁾**

Threaten Level (위협수준)	표시색깔	국민 행동 매뉴얼
Level 1: Severe (매우 심각한)	Red (붉은색)	<ul style="list-style-type: none"> • 당국의 발표에 주의 • TV나 라디오 방송청취(피신처준비) • 교통수단 통제, 학교 및 직장 폐쇄 대비
Level 2 : High (우려할만한)	Orange (오렌지색)	<ul style="list-style-type: none"> • 여행시 정부권고사항 준수 • 교통수단 연기 및 연착, 빌딩폐쇄시 인내심 발휘 • 가족 위치확인 및 비상계획 검토
Level 3: Elevated (보다 주의가 요구되는)	Yellow (노란색)	<ul style="list-style-type: none"> • 비상계획 재확인(비상용품확인, 가족연락망 구축) • 우회도로 숙지(학교, 직장 등) • 수상한 용품, 거동수상자 신고
4단계: Guarded (경계가 필요한)	Blue (청색)	<ul style="list-style-type: none"> • 비상용품 교체 등 점검 • 수상한 용품, 거동수상자 신고
5단계: Low (관심요망)	Green (녹색)	<ul style="list-style-type: none"> • 비상계획 수립(친구, 가족, 관계기관연락망 확보) • 비상용품 구입 및 확보 • 전기, 가스, 비상용수 관리방법 숙지 • 관계당국으로부터 정보입수 채널확인 (방송, 홈페이지 확인 등)

D. 정리

이상의 국토안보부의 목적과 조직구성에 관한 논의를 통하여 미국은 테러방지를 주요한 정책과제로 설정하고 있으면서도 테러의 예방에 있어서 그 실질적인 운영양상은 국

56) 김현수·박상서, 앞의 논문, 41면.

57) 장기봉, 앞의 논문, 156면.

경 및 출입국 관리를 필두로 질서유지와 시설의 안전 관리 등의 통상적인 국가관리·운영 체제의 엄격한 실행을 통해 그 목적을 달성하려 하고 있음을 확인할 수 있다.

이와 달리 대테러관련 정보수집·처리능력의 강화를 위해서는 「2004년 정보기관 개혁 및 테러예방법(Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004)」을 제정하여 국가정보국장(Director of National Intelligence) 직제 신설 및 국가테러 대응센터(National Counter Terrorism Center; NCTC) 설치가 이루어진 바 있다.⁵⁸⁾ 즉, 대통령이 임명한 국가정보국장은 그 권한으로서 국가정보(첩보)프로그램(National Intelligence Program)의 이행 지시 및 감독권을 보유하며, 법무장관과 합의한 지침에 규정된 특별한 수사정보를 제외하고 연방 각 부처, 기관이 수집한 모든 국가정보 및 국가안전보장에 관련한 정보에 접근이 허용된다(법 제102A조(b)). 아울러 국가정보국장 산하에 설치된 국가테러 대응센터(NCTC)를 통해 정부기관의 임무조정과 프로그램개발 및 분쟁조정 활동을 하며 대통령에게 보고하는 역할을 수행하게 되었다.⁵⁹⁾ 다소 특이한 것은 동법에 국가테러대응센터장이 직접 대테러활동 수행을 직접 작전지휘를 할 수 없도록 하여 월권행위방지와 작전의 실수를 예방하기 위하여 정보와 작전의 기능을 분권화한 점을 들 수 있다.

IV. 미국 국토안보부의 인권 보호 제도: 시민권 및 시민의 자유국을 중심으로

위에서 살펴 본 바 있듯이 테러대응 영역에 있어서도 인신보호영장 및 적법절차와 같은 미연방헌법상의 기본적인 사항들이 적용되어야 한다는 사법부의 입장에서도 확인할 수 있듯이, 현재의 미국의 테러대응체제는 효과적이고도 효율적인 테러방지 및 대응 업무의 수행을 추구하는 가운데 인권의 보장 역시 중요한 가치로 자리매김하고 있다. 앞에서 살펴 본, 대테러방지 임무를 총괄적으로 담당하는 국토안보부의 설립 목적 가운데 인권의 증진이 포함되어 있음은 이러한 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.

아울러 법률은 외국으로의 지원을 제한하는 다른 규정에도 불구하고 대통령의 결정에 따라 폭탄테러, 암살, 인질 납치, 비행기나 선박 등의 교통수단의 납치 등과 같은 국제 테러 행위에 테러리스트와 테러 단체가 개입하는 것을 막을 수 있는 법 집행 요원의

58) NCTC에 대한 자세한 내용은 윤해성, 앞의 책, 81~83면을 참조.

59) NCTC의 주요임무는 첫째, 테러리즘과 테러대응에 관한 정보의 수집, 보유한 정보 분석을 통합하고 둘째, 대테러활동을 위한 전략적 운영계획을 수립하며 셋째, 주요 부처 또는 기관에 역할과 책임을 적절하게 배분하나, 직접적으로 지휘하지는 않는다. 넷째, 기관들의 테러대응 계획을 실행, 모든 형태의 정보를 지원하고 다섯째, 기관의 활동 수행을 위해 필요한 정보에 접근, 취득할 수 있도록 하며, 여섯째, 테러집단의 목표, 전략, 능력, 접촉 및 지원 네트워크에 대한 중앙 지식 창구의 역할을 한다. 권정훈·김태환, “각국의 테러대응 조직과 기능의 비교연구”, 『한국경호경비학회지』 제20호(2009), 50면.

능력을 향상시킬 수 있도록 외국에 대한 지원을 강화할 권한을 대통령에게 부여하면서, 이러한 지원에는 훈련 서비스 및 폭탄 탐지 및 처분, 인질 상황 관리, 물리적 안전 및 테러 행위의 탐지, 억제 및 방지와 관련된 기타 문제에 관한 장비 및 기타 물품의 제공, 테러리스트의 결의 사고 및 그러한 행위에 연루된 사람들의 이해를 포함하도록 하면서⁶⁰⁾ 이 부분에 따라 수행되는 활동의 설계지침을 다음과 같이 제시하고 있다.

(1) 테러리즘을 막고 대처하기 위한 훈련과 장비를 제공함으로써 우호 국가의 테러 방지 기술을 향상시키고, (2) 이 지역에서의 상호 지원에 대한 구체적인 지원을 제공함으로써 우호적인 정부와 미국의 양자 관계를 강화하며, (3) 외국 정부와 현대적이고 인간적이며 효과적인 테러 방지 기술을 공유함으로써 인권 존중을 증진한다.⁶¹⁾

이러한 목적의 실현을 위해 국토안보부 산하에는 인권의 침해를 사전적으로 방지하고, 발생한 인권 침해에 대한 구제를 위해서 특히 장관실의 하부부처로 법무국(OLA)과 함께, 프라이버시국(The Privacy Office)과 미연방이민국 옴부즈만실(CIS Ombudsman), 그리고 시민권 및 시민의 자유국(The office for Civil Rights and Civil Liberties; CRCL)을 설치하고 있다.⁶²⁾

이 가운데 가장 중요한 의미를 가지는 부서는 시민권 및 시민의 자유국(이하 “CRCL”)이라 할 것인데, 이 부서는 국토안보부의 활동과 관련한 인권 관련 사항들을 가장 포괄적으로 담당하고 있을 뿐만 아니라 국토안보부의 활동에 대한 시민들의 민원에 대한 사후적인 구제까지 수행하고 있기 때문이라 하겠다. 개인의 자유, 공정, 법앞의 평등을 보전하는 가운데 국가의 안보를 지키는 국토안보부의 임무를 지원하는 것을 목표로 하는 CRCL의 기본적인 역할은 다음과 같다.⁶³⁾

*** 미국 국토안보부의 일일테러주의보 시스템(Homeland Security Advisory System)⁶⁴⁾** 국토안보부의 부서장과 직원, 그리고 주와 지역의 파트너들에게 자문을 제공함으로써 정책 개발 및 시행에 있어서 시민권과 시민적 자유의 존중을 증진한다.

60) 22 U.S.C.A. § 2349aa.

61) 22 U.S.C.A. § 2349aa-1.

62) 특히 미국 의회는 2004년의 정보기관 개혁 및 테러방지법(the Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004)를 통해서 프라이버시 및 시민적 자유 감독 위원회(Privacy and Civil Liberties Oversight Board)를 창설하였을 뿐만 아니라, 국토안보부의 시민권 및 자유국(Office for Civil Rights and Civil Liberties), 프라이버시국(the Office of the Chief Privacy Officer) 및 감찰관실(the Office of the Inspector General)의 권한을 강화한 바 있다. Daniel W. Sutherland, “Homeland Security and Civil Liberties: Preserving America's Way of Life”, 19 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 289, 306 (2005).

63) <https://www.dhs.gov/office-civil-rights-and-civil-liberties> (2019.12.31. 최종확인).

64) 장기봉, 앞의 논문, 156면.

* 미국 국토안보부의 일일테러주의보 시스템(Homeland Security Advisory System)⁶⁵⁾ 시민권과 시민적 자유가 국토안보부의 활동에 의해 영향을 받을 수 있는 개인 및 공동체들과 의사소통을 하면서 그들에게 정책 및 구제수단을 알려주며, 그들의 경험과 관심에 대한 국토안보부서 내의 적절한 주의를 촉진한다.

* 미국 국토안보부의 일일테러주의보 시스템(Homeland Security Advisory System)⁶⁶⁾ 국토안보부의 정책이나 활동, 부서 직원에 의한 활동에 대한 시민권과 시민적 자유에 관한 대중의 민원을 조사하고 조치를 취한다.

* 미국 국토안보부의 일일테러주의보 시스템(Homeland Security Advisory System)⁶⁷⁾ 국토안보부의 평등고용기회프로그램(equal employment opportunity programs)을 이끌고 구성인력의 다양성 및 실적주의 원리들을 증진한다.

CRCL은 이상의 조치를 통해 시민권과 시민적 자유를 국토안보부의 모든 활동에 조화시키고자 노력하는 바, 국토안보부는 개인의 시민권과 시민적 자유가 국토 안보를 목적으로 한 노력, 활동, 프로그램에 의해 위축되지 않음을 보장한다는 것이 요구되기 때문이다.⁶⁸⁾

CRCL국장은 대통령에 의해 임명되며,⁶⁹⁾ 법률에 의해 민원에 대한 조사권, 시민권과 시민적 자유 관련 사안에 대한 국토안보부의 지도부 및 부서에 대한 조언 제공, CRCL 및 그의 활동에 대하여 대중과 소통할 수 있는 권한을 부여받은 가운데, 프라이버시 사무국 및 법무국과 조율하며, 연례보고서를 의회에 제출할 의무를 진다.⁷⁰⁾ 아울러 법률은 CRCL에 이러한 업무수행에 필요한 정보 및 개인들에게 접근권한을 보장하고, 민원인들에 대한 보복을 금지하며, 감찰관(Inspector General)과의 협력을 요구하며, 관련사항을 분기별로 의회에 보고하도록 지시하고 있다.⁷¹⁾ 나아가 CRCL은 테러방지체제 운영상 투명성을 높이기 위한 조치로 시민적 자유 영향 평가(Civil Liberties Impact Assessments ;CLIAs)를 도입하여,⁷²⁾ CLIAs 템플릿⁷³⁾을 통해 각 기관이 마련한 프로그램이나 정책실행에 앞서 시민적 자유에 미칠 영향을 평가하도록 하고 있다.⁷⁴⁾

65) 장기봉, 앞의 논문, 156면.

66) 장기봉, 앞의 논문, 156면.

67) 장기봉, 앞의 논문, 156면.

68) 6 U.S.C. § 111; Section 101, Homeland Security Act of 2002 (as amended).

69) 6 U.S.C. § 113; Section 103, Homeland Security Act of 2002 (as amended).

70) 6 U.S.C. § 345; Section 705, Homeland Security Act of 2002 (as amended).

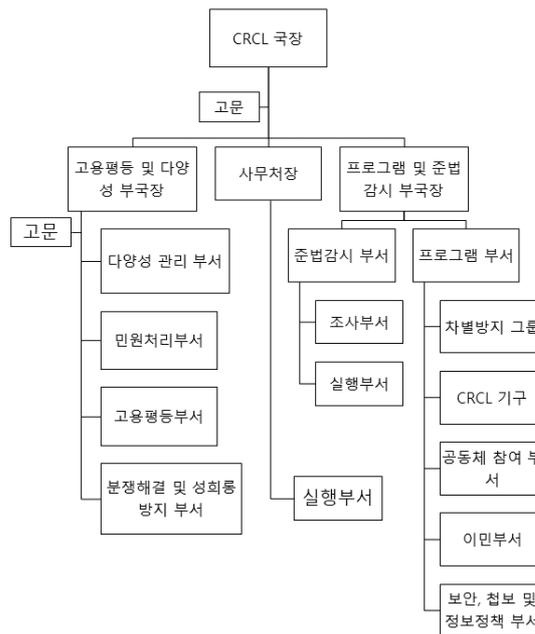
71) 42 U.S.C. § 2000ee-1; Section 803, The Implementing Recommendations of the 9/11 Commission Act of 2007

72) CLIAs에 관한 개괄적인 설명은 https://www.dhs.gov/xlibrary/assets/crcl_civil_liberties_impact_assessment_12_11_08.pdf(2019.12.31. 최종확인)을 참조.

73) CLIAs 템플릿은 http://it.ojp.gov/documents/Civil_Liberties_Impact.pdf (2019.12.31. 최종확인)에서 확인가능하다.

74) Tal Z. Zarsky, "Transparent Predictions", 2013 *U. Ill. L. Rev.* 1503, 1529 (2013).

회계연도 2017년 기준 CRCL은 88명의 정규직원과 12명의 계약직원을 둔 가운데, 224만여 달러의 예산을 사용한 바 있다.⁷⁵⁾ 2019년 12월 현재 CRCL의 기본구조는 다음과 같다.⁷⁶⁾



세부적인 CRCL의 프로그램과 준법감시 부서(Compliance Division)는 다음과 같은 하부분과로 구성되어 있다.

- * 미국 국토안보부의 일일테러주의보 시스템(Homeland Security Advisory System)⁷⁷⁾준법감시 분과는 국토안보부의 행위들 가운데 시민권과 시민적 자유의 위반을 주장하는 대중들로부터의 민원을 조사한다.
- * 미국 국토안보부의 일일테러주의보 시스템(Homeland Security Advisory System)⁷⁸⁾프로그램 분과는 시민권과 시민적 자유와 관련된 사안에 대해 국토안보부에 정책적 조언을 제공하며, CRCL 연구소, 공동체의 참여, 이민, 보안, 첩보 및 정보정책, 차별방지 그룹과 같은 분야들도 포함한다.

75) U.S. Department of Homeland Security Office for Civil Rights and Civil Liberties, *Fiscal Year 2017 Annual Report to Congress* (Nov. 27, 2018), p. 7.

76) <https://www.dhs.gov/publication/crcl-organizational-chart> (2019.12.31. 최종확인).

77) 장기봉, 앞의 논문, 156면.

78) 장기봉, 앞의 논문, 156면.

그 외에도 CRCL 내에는 국토안보부 내에서의 고용 평등과 다양성 정책을 주관하는 ‘고용평등 및 다양성 분과(Equal Employment Opportunity(:EEO) and Diversity Division)’와 장애인들의 정보 및 자료에 대한 동등한 접근을 보장하는 ‘접근가능한 체제와 기술 분과(Office for Accessible Systems and Technology(:OAST))’ 등이 설치되어 있다.

V. 결론에 갈음하여: 시사점 및 제언

지금까지 미국의 주요 테러방지법제와 함께 대표적인 테러방지 실행체제로서 국토안보부(DHS)의 목적과 조직 및 운영양상 그리고 국토안보부 내의 인권보호기제를 살펴 보았다. 이상의 논의를 통해 미국은 테러의 방지를 주요한 정책과제로 설정하고 있으면서도 테러의 예방에 있어서 그 실질적인 운영양상은 국경 및 출입국 관리를 필두로 질서유지와 시설의 안전 관리 등의 통상적인 국가관리·운영 체제의 엄격한 실행을 통해 그 목적을 달성하려 하고 있음을 확인할 수 있는 바, 이는 우리나라의 테러방지체제의 운영에 큰 시사점을 줄 수 있을 것으로 사료된다. 아울러 국토안보부 내의 존재감 있는 독립부서로 자리매김한 시민권 및 시민의 자유국(CRCL)은 특히 우리나라의 테러방지체제상의 인권보호 기제로 설정되어 있는 대테러인권보호관제도의 개선에 큰 참고가 될 만하다 할 것이다.⁷⁹⁾

그렇지만 이러한 체제를 갖추고 있음에도 불구하고, 미국이 완벽하게 테러를 방지하는 성과를 보이고 있는 것은 물론 아니다. 예를 들어 2013년의 보스턴 마라톤 폭탄 테러는 동년 4월 15일(현지시간) 미국 매사추세츠 주에서 진행된 보스턴마라톤 대회⁸⁰⁾의 결승점 근처에서 두 차례의 폭발 테러로 인해 발생한 대형 참사로, 금속과 볼베어링 등이 담겨 있는 6ℓ 짜리 압력솥을 활용한 급조폭발물(Improvised Explosive Device: IED)⁸¹⁾에 의한 첫 폭발이 오후 2시 50분쯤 마라톤 결승선 수 십 미터 전 코스 왼편에 설치된 관중석 바리케이드 뒤편에서 일어났고, 역시 못이 가득 담긴 압력솥을 활용한 IED에 의한 2차 폭발은 약 13초 후 코스 뒤편에서 발생해, 8세 소년을 포함한 3명이

79) 우리나라의 대테러인권보호관제도에 관한 논의는 김주영, “테러방지법의 개정방향에 관한 소고 - 제20대 국회의 주요 개정안을 중심으로”, 『가천법학』 제12권 제1호(2019), 297~303면을 참고.

80) 보스턴 마라톤 대회는 1897년 처음 개최되어 세계에서 가장 오래된 연례 마라톤 대회로, 뉴욕, 런던, 로테르담과 함께 세계 4대 메이저 마라톤 대회로 꼽힌다. 2013년 대회는 117번째로 진행된 대회로 약 2만 명이 참가하고, 50만 명이 거리에서 관람했다고 한다. 권정훈·김태환, “보스턴 테러사건에서 본 우리의 과제”, 『한국방재학회지』 13권 2호(2013), 12면.

81) 사제 폭발물로도 불리는 급조폭발물(IED)은 몇 가지 재료만 있으면 일반인들도 손쉽게 제조할 수 있어서 테러리스트에게는 유용한 무기로 알려져 있으며, 지난 9·11 테러 이후 미군이 이라크와 아프가니스탄의 전장에서 가장 두려워 한 것 가운데 하나가 IED이었다고 한다. 권정훈·김태환, 같은 곳.

사망하고 264명이 부상을 당하게 된 바,⁸²⁾ 이 사건은 9·11테러 이래 미국 영토 내에서 일어난 최악의 테러 사건으로 평가된다. 다만 테러현장 주변 곳곳에 설치된 감시카메라와 폐쇄회로 TV, 방송들의 중계카메라, 일반인들의 스마트폰에 찍힌 동영상으로 비교적 이른 시일 내에 보스턴 폭탄테러의 용의자를 체포한 것은 미국의 테러대응체제의 우수성을 보여준 부분으로 평가해 볼 수는 있을 것이다.

그 밖에도 2017년 발생한 맨해튼 차량 테러(2017 New York City truck attack)은 2017년 10월 31일 오후 3시 5분 경 미국 뉴욕시 맨해튼에서 벌어진 테러사건으로 픽업트럭이 인도로 돌진하여 8명이 죽고 11명이 다친 사건으로,⁸³⁾ 이 사건은 2014년 이후 북미와 유럽에서 발생한 15번째 차량 테러 사건으로 알려져 있으며, 9·11테러 이후 뉴욕에서 발생한 최악의 테러사고로 자리매김한 바 있다. 나아가 2019년 미국은 “총기 난사의 해”라는 명칭이 고려될만큼 총기에 의한 대량살상 사건(한번에 4명 이상 희생자가 발생한 살상 사건)이 41차례 발생하여, 211명이 목숨을 잃었다고 한다.⁸⁴⁾

이러한 측면은 사전 발생을 억제하기 위한 예방체계(Preventive Measure)와 테러발생 후 진압 및 수습체계에 해당하는 위기관리체계(Crisis Management)로 구분되는 기본적인 테러대응 체계의 구조로는 완벽하게 테러를 방지하기 어렵다는 점을 충분히

82) 미국 수사당국에 따르면 이 폭탄테러는 타메를란 차르나예프(Tamerlan Tsarnaev, 26)과 조하르 차르나예프(Dzhokhar A. Tsarnaev) 형제의 단독범행으로 결론지어졌는데, 범인 검거 과정에서 형 타메를란은 총격전 중 사망했으며 동생 조하르는 중상을 입고 체포되었다. 보스턴 마라톤 테러범들의 검거과정에 관한 보다 자세한 내용은 허경미, “자생테러의 영향요인에 관한 연구 - 노르웨이 오슬로 및 보스턴 마라톤 테러범을 중심으로”, 『경찰학논총』 제 11권 4호(2016), 229면 주26)을 참고. 조하르에 관한 형사재판은 제1심에서 사형이 언도되었고[United States v. Tsarnaev, No. 1:13 CR 10200-001-GAO, 2015 WL 3945832, at *2 (D. Mass. June 24, 2015)], 조하르의 항소는 기각되었다[United States v. Tsarnaev, 157 F. Supp. 3d 57, 58 (D. Mass. 2016)]. 이들의 범행 동기는 아프가니스탄과 이라크에서 벌인 미국의 전쟁이 주요 동기가 된 가운데 미 정부에 대한 반감 때문에 일으킨 것으로 드러났다. 권정훈·김태환, 앞의 논문, 11면. 이들은 알 카에다 조직원이 아니라 약 10년 전 러시아 체첸공화국에서 이주해 온 이민가정 출신으로 미국 공립학교에서 교육을 받고 자란 학생이거나 학업중도 탈락자였는데, 특히 조하르는 미국 최고의 공립고등학교 가운데 하나인 케임브리지 소재 린지앤드라틴스쿨 출신이었고, 타메를란은 복싱 선수로 워터타운 인근의 2년제 대학에 다니다가 프로복싱 선수로 전향했었으며, 이들 형제에 대한 주변의 평가는 매우 긍정적이었다고 한다. 같은 논문, 12면.

83) 용의자는 우즈베키스탄 출신 남성 사이풀로 사이포브(Sayfullo Saipov, 29)로 파악되었는데, 2010년 미국에 들어온 그는 영주권을 취득하고 뉴저지(New Jersey)에 거주해 온 것으로 확인되었으며 테러단체인 “이라크와 레반트의 이슬람 국가(Islamic State of Iraq and the Levant; ISIL a.k.a. Islamic State of Iraq and Syria; ISIS)”를 추종하는 인물로 알려졌다. Corey Kilgannon and Joseph Goldstein, “Sayfullo Saipov, the Suspect in the New York Terror Attack, and His Past”, The New York Times, 2017.10.31. <https://www.nytimes.com/2017/10/31/nyregion/sayfullo-saipov-manhattan-truck-attack.html> (2019.12.31. 최종확인)

84) 이정애 기자, “2019년은 ‘미국 총기 난사의 해’…대량살상 사건 역대 최고”, 한겨레신문, 2019. 12. 30. <http://www.hani.co.kr/arti/international/america/922456.html> (2019.12.31. 최종확인).

보여주는 듯 하다. 결국 테러리즘의 발생을 근본적으로 억제하는 예방책에 대한 고민이 필요한 바, 보다 적극적으로 테러리즘 발생을 억제하는 테러리즘 경로차단전술⁸⁵⁾과 함께, 테러리즘 발생원인의 근원적인 환경을 개선하는 거시적인 테러예방정책으로 테러 예방책의 기본방향을 억제정책(Deterrent Model)과 예방정책(Prevention Model)을 동시에 고려해야 할 것인 바, 사회적 및 종교적 비탄, 좌절, 억압과 불신의 해소, 경제적 빈부격차를 해소하여 적대적 빈곤 및 상대적 박탈감의 개선노력도 테러리즘의 발생억제에 많은 도움이 될 것이다.

85) 테러조직과 테러리스트의 관련동향에 대한 정보체계와 테러리즘의 목표가 되는 표적들에 대한 분류, 그리고 이에 대한 감시체계의 확립 등이 여기에 해당된다.

[참고문헌]

- 국회도서관, 『테러의 저지 및 차단에 요구되는 적절한 수단을 제공함으로써 미국의 결속을 강화하기 위한 2001년 법률』 (서울: 국회도서관, 2009).
- 국회도서관, 『권리 행사 및 감시 활동에 대한 유효한 규제를 통한 국가 통합 및 강화법(2015)』 (서울 : 국회도서관, 2015).
- 박준석, 『뉴테러리즘개론』 (서울: 백산출판사, 2006).
- 윤해성, 『대테러활동에 관한 수사시스템 정비방안』 (서울: 한국형사정책연구원, 2011).
- 강승식, “Bush 행정부의 반테러조치에 관한 비판적 고찰”, 『한양법학』 제20집(2007).
- 권영설, “반테러과정의 법치주의와 인권보호: Hamdan 판결의 의의”, 『미국헌법연구』 제19권 1호(2008).
- 권영설, “반테러의 ‘사전적 보호’ 법리와 기본권 제한”, 『미국헌법연구』 제17권 2호(2006), 54~62면을 참고.
- 권오국 · 김윤영, “국제사회의 테러리즘 동향과 국내 테러대응 체계 및 시사점 분석”, 『통일문제연구』 제29권 1호(2017).
- 권정훈 · 김태환, “각국의 테러대응 조직과 기능의 비교연구”, 『한국경호경비학회지』 제20호(2009).
- , “보스턴 테러사건에서 본 우리의 과제”, 『한국방재학회지』 13권 2호(2013).
- 김승대, “테러와의 전쟁과 입헌주의의 위기에 관한 헌법적 연구”, 『(부산대학교) 법학연구』 제55권 제4호(통권 제82호)(2014).
- , “테러와의 전쟁과 헌법의 국외확장 적용 - 테러혐의자의 관타나모 구금 관련 미국 연방대법원의 부메디언 판결의 헌법적 함의”, 『(부산대학교) 법학연구』 제50권 제1호(통권 61호)(2009).
- 김주영, “테러방지법의 개정방향에 관한 소고 - 제20대 국회의 주요 개정안을 중심으로”, 『가천법학』 제12권 제1호(2019).
- 김현수 · 박상서, “국토안보를 위한 미국의 대응 정책 분석”, 『정보·보안논문지(현(現) 융합보안논문지)』 제9권 제1호(2003).
- 김희정, “대테러리즘, 자유와 안전 - 국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법의 검토와 보완”, 『공법연구』 제44집 제4호(2016).
- 신계균, “자유법 입법과정을 통해서 본 미국 의회의 역할”, 『의정연구』 제21권 제3호(통권 제46호)(2015).
- 윤태영, 미국 국토안보부의 대테러리즘 활동: 임무, 조직 운영체계 및 전략, 『한국치안행정논집』 제9권 제3호(2012).
- 이기수, “테러범죄 대응과 인권보장 - 미국 연방대법원의 판례를 중심으로”, 『비교형사법연구』 제17권 제4호(2015).

- 이상해, “자유와 안전간의 조화와 긴장관계”, 『토지공법연구』 제42집(2008).
- 정준현 · 지성우, “국가안전보장을 위한 미국의 반사이버테러법제에 관한 연구”, 『미국헌법연구』 제20권 2호(2009).
- 정하명, “미국에서 국토안보부의 출범과 위기대응법제의 진화”, 『공법학연구』 제16권 제1호(2015).
- 최장수, “2015년 미국 자유법(USA Freedom Act of 2015)”, 『(국회도서관)외국법률 이슈브리핑』 제21호(2015.10.21.).
- 최철영, “미국의 테러관련 법제연구”, 『대구법학』 제6호(2003).
- 허경미, “자생테러의 영향요인에 관한 연구 - 노르웨이 오슬로 및 보스턴 마라톤 테러범을 중심으로”, 『경찰학논총』 제11권 4호(2016)
- 유인일, “뉴테러리즘 대응관리체계 개선방안에 관한 연구 - 군의 역할을 중심으로”, 선문대학교 행정학 박사학위논문(2011).
- 이호수, “테러리즘 대응법제에 관한 연구”, 배재대학교 법학박사학위논문(2012).
- 장기봉, “뉴테러리즘의 등장과 이에 대응한 국가 네트워크 전략”, 대구대학교 행정학 박사학위논문(2008).
- Chad F. Nye, *Journalism and Justice in the Oklahoma City bombing Trials*, (El Paso: LFB Scholarly Publishing LLC, 2014).
- Daniel W. Sutherland, “Homeland Security and Civil Liberties: Preserving America's Way of Life”, 19 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 289, 306 (2005).
- Tal Z. Zarsky, “Transparent Predictions”, 2013 *U. Ill. L. Rev.* 1503, 1529 (2013).
- The National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, *The 9/11 Commission Report: Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States (9/11 Report)*(2004).
- U.S. Department of Homeland Security Office for Civil Rights and Civil Liberties, *Fiscal Year 2017 Annual Report to Congress* (Nov. 27, 2018).

[Abstract]

**A Study on the Human Rights Protection System in the
Anti-Terrorism System of U.S.A.**

- focusing on U.S. Department of Homeland Security

Kim Ju Young*

Since the “September 11 attacks” which shocked the world in September 2001, many countries have made huge efforts to establish counter-terrorism system. But large and small terrorism caused a lot of damage around the world even in 2019. However, if we look more closely at these terrorism outbreaks, countries with well-established anti-terrorism system are suffering relatively little damage, even if they do not completely block the occurrence of terrorism. Korea cannot be said to be completely free from the threat of terrorism, so it would be meaningful to examine the anti-terrorism system in Korea with reference to countries with well-established anti-terrorism system such as U.S.A.

Although human rights protection is just as important as prevention of terrorism, the discussions on terrorism in our academia have been focusing relatively the latter i.e. improving the effectiveness or efficiency of anti-terrorism. So it is right time to consider the mechanisms for the proper protection of human rights as well as the establishment of an effective terrorism prevention system.

In this context, this study looked at the major anti-terrorism legislation of the United States, the purpose, organization and operation of the Department of Homeland Security(DHS) as a major anti-terrorism execution system of the United States, and human rights protection mechanisms within the DHS. While the United States sets terrorism prevention as a major policy task, the practical aspects of terrorism prevention are the strict implementation of normal state management and operating systems such as maintenance of order, including national border management and immigration control. And it was also confirmed that the Office for Civil Rights and Civil Liberties(CRCL) has established itself as an important

* Professor, Myongji University College of Law, LL.D.

department within the DHS for human rights protection. This can be a great reference for the operation of Korea's anti-terrorism system, especially for the improvement of the office for human rights protection in anti-terrorism established as a human rights protection mechanism of anti-terrorism system in Korea.

Keywords: terrorism, anti-terrorism, United States of America(U.S.A.), Department of Homeland Security, Office for Civil Rights and Civil Liberties

明知法學 제18권 제2호

「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, 편집위원이 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 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 기본적인 사항을 규정함으로써 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 단순계재자의 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 재적위원 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 「」로 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 : 김주영(명지대학교 법과대학 교수)

편집 보조인 : 황인희(명지대학교 법학연구소 교육조교)

明知法學 (제 18권 제 2호)

=====

2020년 1월 31일 인쇄
2020년 2월 03일 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