

제45회 (사)한양법학회 동계 학술대회 및 정기총회

공사법의 이론과 실무상 쟁점

■ 일 시 : 2020년 12월 18일 (금) 13:30 ~ 17:00

■ 장 소 : ZOOM을 활용한 온라인 학술대회

주최 : (사) 한양법학회

프 로 그 램

구 분	시 간	행 사 내 용
접수	13:00~13:30	ZOOM 회의실 입장
개회식	13:30~13:40	전체사회: 김판기 교수(충북대학교) ▪ 개회사: 김재중 교수(충북대학교, 한양법학회 회장)
제1주제	13:40~14:20	▪ 사회: 주용기 교수 (한국교수발전연구원) ▪ 발표: 예상균 교수 (영남대학교) “관세법상 조사의 형사법적 통제방안” ▪ 토론: 한성훈 교수 (한국국제대학교)
제2주제	14:20~15:00	▪ 사회: 박진근 교수 (대전대학교) ▪ 발표: 김형석 박사 (충북대학교) “법의 지배와 사법실천: 불법행위법 영역에서의 영미법과 독일법 판례의 비판적 비교분석” ▪ 토론: 이종덕 박사 (서울시립대학교 법학연구소)
	15:00~15:20	▪ 휴식
제3주제	15:20~16:00	▪ 사회: 이기욱 교수 (호원대학교) ▪ 발표: 장호진 연구위원 (지방공기업평가원) “지방공기업 적용 범위 법적 쟁점” ▪ 토론: 장영석 박사 (전국언론노동조합)
연구윤리 교육	16:00~16:30	▪ 주제: 법학분야에서의 연구윤리 ▪ 강사: 이호용 교수 (한양대학교)
정기총회	16:30~17:00	▪ 학회 업무 보고 및 관련 안건 처리
폐회식	17:00	폐회사

<목 차>

■ 제1주제

관세법상 조사의 형사법적 통제방안	1
--------------------------	---

■ 제2주제

법의 지배와 사법실천: 불법행위법 영역에서의 영미법과 독일법 판례의 비교분석 ..	21
---	----

■ 제3주제

지방공기업 적용 범위 법적 쟁점	39
-------------------------	----

■ 연구윤리교육

법학분야에서의 연구윤리	58
--------------------	----

관세법상 조사의 형사법적 통제방안

- 물품검사와 여행자검사를 중심으로 -

예 상 군 (영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사)

목차

- I. 글을 시작하며
- II. 통관 절차상 물품검사
- III. 여행자 선별검사제도
- IV. 글을 맺으며

I. 글을 시작하며

관세법상 물품검사와 여행자검사에 대하여 형사법적 통제를 가할 수 있는가?¹⁾

이에 대한 논의는 우편물을 통한 통상적인 마약 밀수사건 재판과정에서 생각지도 않게 비롯되었다. 인천국제공항 통관우체국에 접수된 국제특급우편물에 대하여 세관공무원이 엑스레이 검사를 하다 이상 음영을 확인하여 관련 내부 부서들의 협조 아래 개장검사 및 성분분석을 한 결과 필로폰이 발견되었고 검찰과의 합동수사를 실시함으로써 통제배달에 의한 수사기법으로 필로폰을 밀수한 범인을 검거하였다. 여기까지는 통상적인 마약 밀수사건이라고 할 수 있었는데 피고인은 재판과정에서 그 동안 관행적으로 세관공무원이 사전에 압수·수색영장을 발부받지 않은 상태에서 우편물 개장검사나 성분분석을 하였는바, 설령 긴급한 사정으로 그와 같은 개장검사나 성분분석을 하였더라도 신속히 사후 압수영장을 발부받지 않았으므로 영장주의를 준수하지 않은 해당 우편물에 대한 샘플채취와 성분분석, 통제배달을 통한 필로폰에 대한 압수 등의 행위는 위법한 수사라고 주장하는 이례적인 상황이 발생하였다.

이에 대하여 세관공무원이 이상한 음영이 있는 우편물을 발견한 것은 범죄혐의의 포착이라고 할 수 있고 그 후의 개장검사로 인하여 세관공무원은 실질적으로 수사를 개시²⁾한 것이므로

1) 본 발표문은 예상군, “관세법상 조사의 형사법적 통제방안”, 충북대학교 법학전문대학원 법학전문박사 학위논문(2020) 중 일부분을 발췌·정리하였음

2) 수사란 “범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소를 제기·유지할 것인가의 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동”을 의미한다(대법원 1999. 12. 7. 선고 98도3329 판결 참조). 검사와 사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 수사를 개시하여야 한다(형사소송법 제195조, 제196조 제2항). 내사란 수사기관이 아직 범죄의 혐의유무 자체가 확인되지 않은 단계에서 수사의 개시 여부를 결정하기 위하여 수행하는 사전적인 조사활동을 말한다. 즉, 내사는 수사의 이전 단계에 해당한다. 그리고 수사는 수사기관의 주관적 혐의에 의하여 개시되는데, 수사기관이 범죄혐의를 두게 된 원인을 수사의 단서라고 한다. 수사기관 자신의 체험에 의한 단서에는 현행범인 체포, 변사자 검시, 불심검문, 수사기관의 인지, 신문·방송보도·풍설 등이 있다. 타인의 체험에 의한 단서에는 고소·고발·자수, 진정·탄원·투서, 범죄신고 등이

세관공무원으로서는 해당 우편물에 대한 개장검사를 위하여 법원으로부터 압수·수색영장을 발부받아야 하며 이에 위반하여 영장을 받지 않고 수집한 증거는 위법수집증거배제법칙에 의하여 증거능력을 부정하여야 한다는 견해³⁾가 있을 수 있다.

피고인의 이와 같은 주장에 대법원은 “우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가진다. 이를 두고 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다.”고 판시하였다.⁴⁾ 이러한 대법원의 판결은 관세법상 이루어지는 각종 물품검사 행위 등에 대한 성격 및 적법성에 대한 최초의 판단이었다. 즉, 통관절차상의 물품검사행위는 행정조사의 성격을 가지므로 원칙적으로 형사법적 통제를 받지 않는다는 내용이다. 그렇다면, 형사법적 통제를 받는 예외적인 상황도 존재한다는 해석도 가능하다.

이러한 상황은 세관공무원의 물품검사의 운용 뿐만 아니라 사전여행객정보시스템(Advanced Passenger Information System, 이하 ‘APIS’라 함)에 기반하여 우범여행자에 대한 타겟팅 기법을 활용함으로써 감시체계를 고도화하는 여행자 선별검사제도의 운용에 있어서도 마찬가지이다.⁵⁾ 관세행정의 과제는 신속한 통관을 추구하는 무역원활화라는 명제⁶⁾와 철저한 심사를 통한 사회안전보장이라는 상반된 명제⁷⁾를 조화롭게 아울러야 하는바,⁸⁾ 이와 같은 위험 관리시스템을 운영하기 위하여 관세청에 여행자에 대한 상세정보 제공이 적극적으로 장려될 필요가 있

있다. 이주원, 「형사소송법」, 박영사, 2019, 69-70, 74면.

3) 송진경, “압수·수색으로서 실질적 의미를 가지는 행정조사에 있어서 영장주의의 준수필요성에 대한 소고”, 「법과 정책」 제20권 제3호, 제주대학교 법과정책연구소, 2014, 133면.

4) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7718 판결.

5) 관세청, “2017년 관세청 업무계획”, 2017, 16면.

APIS 제도 운용방향과 관련하여, 미국 행정부는 2001. 9. 11. 여객기 테러사건 이후 2011. 11. 16. 제정된 항공·교통보안법에 의하여 국제선 여객기 승객과 승무원 명부 전송을 의무화하고 그 후속조치로 국제선 승객명부 사전 통보 준수 3단계 조치계획을 2012. 3. 1. 발표하였는바, 위 테러사건 이후 미국의 여행자 통관행정의 기본방향은 대다수의 일반 여행자보다는 소수의 우범 여행자의 관리가 주된 관점이었던 과거와는 달리 입국 여행자 전체에 대한 관심이 증폭되어 결국에는 신속에서 안전으로 급변하게 되었다고 소개한 자료로는 성태곤, “승객정보 사전확인제도에 관한 연구”, 서울대학교 행정대학원 행정학 석사 학위논문, 2003, 33-34면.

6) 인터넷 기반의 전자통관시스템인 UNI-PASS를 통한 수출입 통관절차의 간소화는 수출입 업체가 통관에 소모하는 시간적 비용을 줄일 뿐만 아니라 불필요한 비용을 지출하지 않게 함으로써 비용 역시 절감할 수 있다면서 신속한 통관방법 중 하나로써 한국 관세청이 운영하고 있는 UNI-PASS를 소개한 연구로는 홍의·노용운, “SERVQUAL 모델을 이용한 UNI-PASS(전자통관시스템) 이용자 만족도에 관한 연구”, 「국제상학」 제24권 제1호, 한국국제상학회, 2009, 175면. 한편, 전자통관시스템을 도입한다고 하더라도 실제로 운용하는 주체는 사람이기 때문에 운영상의 비효율성이 발생할 수 있고, 또한 수출입과 관련한 많은 법령들 가운데 자칫 미처 알지 못하는 상황에서 관련 법규들에 저촉되는 상황이 발생할 수 있으며, 특별히 우범화물 자동선별시스템(cargo selectivity)과 관련하여 수출입 통관업무상에 지연이 발생할 수도 있다는 연구로는 홍의·박영태·노용운, “화주와 통관업체간 신뢰가 거래지향성 성과에 미치는 영향에 관한 실증분석”, 「국제상학」 제26권 제2호, 한국국제상학회, 2011, 230면.

7) 관세청에서 공인한 ‘수출입 안전관리 우수업체’를 의미하는 AEO(Authorized Economic Operator)제도는 수출입업체 등의 당사자를 대상으로 관세청에서 서류심사와 현장심사를 통해 법규준수도, 안전관리, 내부통제시스템 등의 기준을 충족하는 당사자별 세부공인기준을 평가하여 최종 수출입 안전관리 우수업체 심의위원회의 심의를 통해 AEO 공인여부와 등급을 결정하는데 특히 국외 통관절차 혜택에서 비AEO 인증업체의 경우 중국으로 수출할 때 평균 45시간 정도가 통관절차에 소요되어 인증업체의 평균 20시간보다 많은 시간적 낭비와 더불어 비용적 부담 측면에서 큰 차이를 보이고 있다고 소개한 연구로는 윤희영·신미나, “국내 AEO제도의 정책변화 및 개선방안”, 「국제상학」 제32권 제3호, 한국국제상학회, 2017, 114면.

8) 예상근, “관세법상 지식재산권 침해사범 수사와 물품검사와의 상호관계”, 「통상정보연구」 제19권 제3호, 한국통상정보학회, 2017, 198면.

더라도 만약 그것이 관세범죄 수사와 관련된 내용이라면 해당 정보를 취득하기 위한 절차가 영장제도를 비롯한 사법적인 통제를 우회하는 방안이 될 수도 있다는 우려를 제기할 수 있다. 이는 다른 수사기관이 해당 자료를 취득하려면 복잡한 절차를 거친 업무협조 요청이 필요하거나 혹은 영장이 요구될 가능성이 높은 데 반해, 세관공무원은 관세법에 대한 1차 수사기관임에도 불구하고 손쉽게 위 시스템에 접근할 수 있기 때문이다.

형사법의 고유한 영역이 아닌 행정법적 규율이 적용되는 관세행정절차에 대하여 형사법적 통제 여부를 논의하는 것은 부담스러운 일이다. 그러나 국민의 기본권을 보호하기 위한 적법절차원리가 행정법적 체계하에서도 인정되어야 함은 당연하다. 이로 인하여 영장주의로 대표되는 형사법적 측면에서의 적법절차원칙이 행정법적 영역에서도 적용될 수 있다는 견해는 국민의 기본권 보장에 더욱 충실한 해석이라고 할 수 있다. 그러나 그 적용범위 확대에 대하여는 행정행위의 특수성 등을 고려하여 매우 신중해야 할 것이다.

II. 통관 절차상 물품검사

1. 통관절차상 물품검사의 성격

가. 행정적 의미에서의 통관절차상 물품검사

신속한 통관절차를 추구하면서도 금지물품을 정확히 적발하는 것은 관세행정상 물품검사의 핵심이라 할 수 있다. 이러한 의미에서 통관절차에 따른 물품검사는 형사법상 압수·수색과는 그 성격이 다를 수밖에 없다.

수입목적물을 갖고 우리나라의 관세영역에 실제로 반입되는 물품은 관세고권에 기반한 관세행정권의 세관감시를 받는다. 수입물품에 대한 관세행정처분이 있기 위하여는 해당 외국물품은 반드시 세관당국에 제시되어야 한다. 이로 인하여 반입자는 관세영역에 실제로 반입한 외국물품을 임의로 이적하거나 운송할 수 없다.⁹⁾ 세관감시는 관세국경을 통과하는 물품거래에 대한 것이다. 감시의 본질적 이유는 관세 등 수입조세의 확보 뿐만 아니라 그 밖의 통관법규상 금지나 제한과 같은 통상정책적 조치의 준수를 위함이다.¹⁰⁾

한편 물품검사는 ‘무역원활화’ 까지도 그 목적으로 하고 있다. 수출입물품을 다루는 통관행정에서는 과세 등 세수확보가 중요하다. 그러나 ① 지식재산권의 보호, ② 위해물품 차단 및 국민의 건강과 환경의 보호, ③ 원산지표시의 정확성을 확보하는 소비자 보호, ④ 국가안보 등 관련 법령에 규정된 요건 확인 및 그에 따른 조치 역시 중요한 의미를 가진다. 통관의 궁극적 목표는 위 업무를 효과적으로 수행하는 ‘통관적법성’의 확보와 동시에 동 업무를 효율적으로

9) 김용태·이명구, 「관세법원론」, 무역경영사, 2016, 286면.

10) 김용태·이명구, 앞의 책, 289면.

수행하는 ‘무역원활화’의 이상적인 조화에 있다고 할 수 있다.¹¹⁾

세계관세기구(World Customs Organization, WCO) 세관용어집은 세관통제(customs control)를 세관 행정당국이 집행할 책임이 있는 법과 규정의 준수를 보장하기 위해서 취하는 조치라고 규정한다. 세관절차의 간소화 및 조화에 관한 국제협약 개정의정서(일명, 개정 교토협약, the Protocol of Amendment to the International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures) 부록 II 일반부속서 제6장에는 세관통제에 관한 표준을 제시하고 있다. 관세당국에 의한 세관통제의 방법은 우선 위험관리기법을 사용하는 것이다. 또한, 무역업자와의 상호협력을 통한 자율적인 통제가 이루어져야 한다. 그와 더불어 무역업체의 시스템관리를 통한 근본적 평가를 통하여 효율적 관리가 이루어지도록 하는 것도 필수적이다.¹²⁾

정리하자면, 통관절차상의 각종 조치들은 세관심사·세관감시·세관통제 등의 용어로 표현되고 있다. 이는 위험관리기법을 통하여 관세고권의 견지에서 발동되는 조치들이다. 관세당국의 위와 같은 조치들은 적법한 재량에 의한 검사의 틀에서 행하여지는 세관의 행위이다. 이에 따른 검사는 행정상의 심사 내지 조사라고 보아야지 범칙조사 또는 범죄의 수사는 아니라고 보아야 한다.

나. 통관절차상 물품검사의 성격

세관공무원은 수출·수입 또는 반송하려는 물품에 대하여 검사를 할 수 있다(관세법 제246조 제1항). 물품검사는 ① 수출·수입 물품검사, ② 보세구역 반출·반입 물품검사, ③ 보세운송물품 검사, ④ 적재·하선하는 선용품·기용품검사 등으로 구분된다. 수출·수입 물품검사가 신고서와 현품이 일치하는지 여부를 면밀히 검사하는 것이라면, 보세운송 검사와 보세구역 반출입 검사 등은 물품 품명·개수 등이 맞는지 여부에 중점을 둔 감시 위주 검사이다. 일반적으로 검사라고 하면 과세대상물품을 확인하는 업무로서의 수입물품검사를 일컫는다.¹³⁾

또한, 세관공무원은 관세법 또는 관세법에 따른 명령을 위반한 행위를 방지하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 물품, 운송수단, 장치 장소 및 관계 장부·서류를 검사 또는 봉쇄하거나 그 밖에 필요한 조치를 할 수 있다(관세법 제265조). 이는 외국물품을 감시·단속하는 세관 공무원에게 부여된 포괄적 검사권한을 규정하는 조항이다. 이는 우리나라가 PSI¹⁴⁾에 가입함에

11) 정재완, “한국 관세심사제도의 현황과 과제에 대한 고찰”, 「무역학회지」 제34권 제4호, 한국무역학회, 2009, 154면.

12) 송선욱, “관세심사에 관한 개정교토협약 및 미국 심사제도의 주요내용과 한국 관세심사제도에 대한 시사점”, 「무역학회지」 제29권 제3호, 한국무역학회, 2004, 193면.

13) 이종익·최천식·박병목, 「관세법해설」, 세경사, 2016, 589면.

14) WMD PSI(Weapons of Mass Destruction Proliferation Security Initiative), ‘대량살상무기 확산방지구상’으로 번역된다. 대량살상무기 확산방지구상은 대량살상무기가 확산되는 것을 막기 위해 미국 주도로 발족된 일종의 국가협력체제이다. 즉, PSI는 테러 우려국가나 집단과 관련된 대량살상무기와 그 운반수단 및 관련 물자의 운송협력이 있는 선박 및 항공기를 수색하고 검사하며 나포하는데 필요한 제도를 강화하는 다자간 협력체제로 2003년 5월 31일 부시 미대통령의 폴란드 Krakow 선언으로 출범하였다. PSI는 대량살상무기 및 관련 장비의 확산방지를 지지하는 국가들의 자발적 참여의사에 따른

따라 그 이행을 위한 국내법령의 정비가 필요하여 2011. 12. 31. 관세법을 개정하면서 검사 등의 사유를 추가한 것이다.¹⁵⁾

그리고, 통관우체국의 장이 수출·수입 또는 반송하려는 우편물을 접수하였을 때에는 세관장에게 우편물목록을 제출하고 해당 우편물에 대한 검사를 받아야 한다(관세법 제257조).

앞서 살펴본 대법원의 판결은 물품검사는 “수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사”의 성격을 가진다고 실시하였다. 행정조사는 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 의미한다(행정조사기본법 제2조 제1호).

이와 관련하여 이중 목적의 행정조사는 금지되어야 하고 이러한 행정조사는 형사소송법이 정하는 수사에 해당한다고 보아야 한다는 견해¹⁶⁾가 있다. 사업장출입 및 계좌추적 등의 권한을 활용하는 행정기관의 조사는 압수·수색과 동일한 효과를 가짐에도 해당 조사는 영장을 필요로 하지 않는다는 점에서 이러한 강제적인 행정기관의 권한은 영장주의를 형해화시킬 수 있다면서 국민의 기본권에 대한 침해의 정도가 강한 강제력의 행사일 경우 그 절차에 대한 통제가 강화되어야 하며 이는 적법절차원칙에 비추어 볼 때 바람직하다는 것이다.

이러한 논의를 정리하자면, 통관절차상 물품검사는 원활한 통관을 목적으로 하는 관세법의 적용을 위한 행정조사라고 보아야 한다. 그러나, 마약밀수 등 범죄수사의 목적을 위한 것이라면 범죄조사 내지 수사로 취급하여야 하는 이중적인 성격을 갖고 있다.¹⁷⁾ 이와 같은 이중적인 성격은 통관절차상의 물품검사에 영장주의를 적용하는데 어려움을 야기시킨다. 즉, 해당 물품검사의 성격을 행정조사로 볼 수 있는지 아니면 수사라고 해야 하는지, 양자를 구별할 수 있는지 여부에 대한 어려움이다.

연합체로, 대량살상무기 의혹이 있는 화물을 적재한 항공기 및 선박을 탐색하고 불법무기 또는 이와 관련된 미사일 기술을 압류하는 것을 목적으로 하고 있다. PSI는 2002년 12월 스커드 미사일을 적재하고 예멘으로 향하던 북한 선적 서산호가 나포되는 사건을 계기로 필요성이 제기되었다. 이는 미국 9·11 테러사건 이후 국제 테러에 연계될 수 있는 대량살상무기의 확산을 방지하겠다는 미국의 단호하고 적극적인 의지가 반영된 것이다. UN은 대량살상무기 확산 방지를 위한 국제적인 참여를 유도하기 위하여 2004년 UN 안보리 결의 제1540호를 채택하였다. PSI 참여 및 협력방안은 ① 한미군사훈련에 대량살상무기 차단훈련 포함, ② PSI 활동 전반에 걸쳐 브리핑 청취, ③ PSI 역내 차단훈련 때 참관단을 파견, ④ 역외 차단훈련에도 참관단을 파견, ⑤ PSI 훈련에 정식으로 참여, ⑥ 역내 차단훈련 때 물적인 지원, ⑦ 역외 차단훈련 때 물적인 지원 등이다. 이상 김영춘·이주영, “PSI 차단활동을 위한 관세법 개정 방안”, 「통일과 법률」통권 제13호, 법무부, 2013, 145-146면 참조.

15) 이종익·최천식·박병목, 앞의 책, 627면

16) 현행법상 특별사법경찰관리의 신분이 부여된 행정공무원이 영장주의의 적용하에 조사하는 경우 이외에는 범죄조사 내지 수사의 성격을 지닌 행정조사를 금지하여야 한다는 견해로는 이근우, “행정조사의 형사법적 한계설정”, 「고려법학」 제72권, 고려대학교 법학연구원, 2014, 376면 참조.

17) 그러한 의미에서, “마약거래방지법 제4조 제1항 상 세관공무원이 수출입물품을 검사하는 과정에서 마약류가 감추어져 있다고 밝혀지거나 그러한 의심이 드는 경우, 검사는 그 마약류의 분산을 방지하기 위하여 충분한 감시체제를 확보하고 있어 수사를 위하여 이를 외국으로 반출하거나 대한민국으로 반입할 필요가 있다는 요청을 세관장에게 할 수 있고, 세관장은 그 요청에 응하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있으나 이러한 조치가 수사기관에 의한 압수·수색에 해당하는 경우에는 영장주의 원칙이 적용되는데, 위 마약거래방지법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위는 범죄 수사인 압수 또는 수색에 해당하여 사전 또는 사후에 영장을 받아야 한다고 봄이 타당하다.”는 대법원 판결(대법원 2017. 7. 18. 선고 2014도8719 판결)은 통관절차상 물품검사의 이중적 성격을 인정할 수 밖에 없는 현실을 그대로 드러내고 있다.

2. 물품검사에 대한 영장주의 적용의 한계

가. 통관절차상 물품검사의 실제 운용상황

통관절차상의 물품검사는 행정조사이다. 그러나 해당 물품검사가 수사에 준하는 절차라고 간주되는 경우에는 영장주의의 적용을 받아야 한다. 이것이 형사법적 관점에서는 논리가 일관되고 국민의 기본권 보장이라는 측면에서 바람직하다.

그러나, 물품검사는 차후에 진행될지도 모르는 수사와는 별개이다. 즉, 행정적인 차원에서 실시되고 있다. 관독요원은 X-ray 검사 결과 수입금지 물품으로 의심되는 이상 음영들을 수없이 발견할 것이다. 그러나, 실제로 개장검사를 하더라도 특이사항이 없는 경우도 상당수 있을 것이다. 또한, 개장검사는 하루에도 수없이 이루어진다. 그러한 특성상 각각의 개장검사 때마다 영장을 발부받는 것은 어렵다. 또한, 그럴 필요까지 있는지 의문이다. 특히, 인력적으로도 문제가 있을 수 있다. 특별사법경찰관리로 지명되는 세관공무원은 전체 인력 중 극소수에 불과하다. 특별사법경찰관으로 지명된 세관공무원이 그 개장검사를 일일이 직접 수행하는 것은 불가능해 보인다.

또한, 강제처분을 위한 영장은 사전에 발부받는 것이 원칙이다. 하지만, 통관절차의 특성상 오래전부터 혐의를 두고 있던 특정 물품에 대한 사안이 아니라면 사전영장 청구 자체가 불가능하다. 통상적인 절차에서 엑스레이 검사 중 이상음영이 발견되었다고 하자. 해당 물품에 대해 개장검사를 하기 위하여 영장을 청구하기로 하였다. 현행 제도상 사전영장이 발부되기 위하여는 특별사법경찰관이 영장을 신청한 후 보통 2~3일 정도가 소요된다. 이것이 물품검사를 위하여 사전영장을 활용하지 못하는 이유이다. 결국, 통관절차상 물품검사에 대하여 영장주의를 관철하려면 영장주의의 예외 상황인 사후영장만을 사용할 수밖에 없다.

한편, 영장 발부 요건을 살펴보자. 사법경찰관은 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다(형사소송법 제215조 제2항). 관독 요원들이 X-ray 검사 결과 이상음영이 있다고 판단하여 특정 물품을 개장검사가 필요한 물품으로 분류하였다. 그런데 이상음영이 발견되었다는 사실만으로도 범죄와의 관련성을 인정할 수 있는가? 특정한 혐의자가 특정한 위법물품을 반입할 예정이라는 사전 범죄정보를 취득한 경우, 그리고 해당 물품에 대한 X-ray 검사 결과 이상음영을 발견하였다면, 압수수색영장을 발부받을 만한 범죄 관련성을 충족한다. 그러나 그러한 사전 범죄정보가 없는 것이 대부분의 현실이다. 그렇다면, 영장을 발부받을 수 있는 근거가 부족하다고 볼 수 있다. 사전 범죄정보가 있다고 가정하자. 그렇다고 하더라도 해당 물품이 언제·어떠한 방식으로 반입될지는 알 수 없다. 압수·수색의 대상 등의 특징이 불가능하

다. 이는 사전영장을 발부받음에 있어 걸림돌이 된다. 결국 해당 물품이 반입될 때에야 물품검사를 통하여 사후 영장을 발부받을 수 있다.¹⁸⁾

형사법적 관점에서 보면 통관절차상의 물품검사는 행정작용과 사법작용이 혼재되어 있다고 볼 수도 있다. 어떤 검사에 영장이 필요한지를 구별할 수 있을까? 세관 판독 요원들은 엄격한 판독훈련을 거친다. 요원들은 컨테이너 벨트에 실려 있는 검사물품의 순간적인 X-ray 캡처영상을 확인한다. 판독요원들의 개인적인 역량이 매우 중요하다고 할 수 있다. 판독요원이 이상 음영이 있는 물품을 발견하였다고 하자. 이 경우 해당 물품에 대한 개장검사를 위하여 영장을 발부받아야 한다거나 개장검사시 특별사법경찰관리로 지명된 소수의 세관공무원을 입회시켜야 한다고 가정하자. 이런 사정이라면 판독요원들은 불법이 명확하게 확인되는 물품에 대하여만 개장검사 요청을 할 것이다. 그것이 인간 또는 조직의 심리이다. 개장검사에 대한 부담감이 높을 수밖에 없다. 그렇기에 교묘하게 숨겨둔 금지물품은 개장검사 요청 자체를 주저한다. 판독요원 내지 개장검사 담당요원의 의도는 단지 통관절차상 금지물품을 적발하려는 것이지 범칙조사 내지 수사는 다른 부서의 역할일 뿐이다.

나. 물품검사에 대한 영장주의 적용의 한계 설정

형사법적인 관점에서 관세법상 물품검사의 성격을 명확하게 정립하는 것은 위와 같은 논리적인 문제, 현실적인 문제, 관련 법제도와 상충되는 문제를 조화롭게 해결하기 위한 선제조건이다. 즉 관세법상의 통관절차상의 물품검사는 ‘관세법적인 측면’에서는 관세고권에 근거한 세관감시행위이지만 ‘형사법적 관점’에서는 일종의 수사의 단서로서의 성격 및 기능을 하고 있다.¹⁹⁾

세관공무원은 범죄사실을 증명하기에 충분한 물품을 피의자가 신변에 은닉하였다고 인정될 때에는 이를 내보이도록 요구하고 이에 따르지 아니하는 경우에는 신변을 수색할 수 있다(관세법 제301조 제1항). 이는 형사법적으로는 압수·수색이다. 당연히 영장주의가 적용되어야 하지만 일부 관세법 해설서는 해당 조항은 형사법상의 압수·수색의 개입보다는 낮은 정도의 개입으로 해석한다. 따라서 관련자의 탈의조치까지는 적절한 조건이 고려되는 한 영장 없이 검색될

18) 심희기, “배달 조건부 수색·압수·검증영장의 도입제한”, 『비교형사법연구』 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019, 13면 이하에서는 우리나라에서도 미국에서 시행되는 ‘배달 조건부 수색·압수·검증 영장’을 도입하자는 취지이다. 해당 영장의 성격상 이는 통제배달 후 물품 수령자에 대한 압수·수색을 위한 이론적인 근거가 될 수는 있으나 통관단계에서의 물품검사 자체에 대한 근거가 되기는 어렵다. 현행 우리나라의 제도하에서 영장주의 관철을 위하여는 수사 목적의 물품검사를 위하여는 어찌보면 ‘사후영장’ 발부가 유일한 방법이라 할 수 있을 것이다.

19) 이와 같은 의미에서 다음과 같은 견해도 물품검사에 대한 형사법적 관점에서의 성격을 ‘범죄의 발각’이라는 일종의 수사의 단서로 보고 있다고 할 수 있다. 즉, 엑스레이 검사로 의심스러운 국제우편물이 발견되었을 때의 세관공무원에 의한 일련의 조치는 검사에 포섭될 뿐이다. 물품검사의 최종목표는 해당 물품들이 금제품인지 여부를 확인하는 것이다. 관세법은 세관공무원으로 하여금 금제품 확인을 강제하고 있다. 세관공무원의 국제우편물 검사 결과 대상물이 금제품임이 확인되면 그때야 범죄가 발각된 것이라 할 수 있다. 그 이후에야 세관공무원은 수사기관에 범죄사실을 통보할 의무가 생긴다. 세관당국의 이와 같은 조치는 ‘관세주권·국가주권’의 수호목적에 부합하고 정당화되는 적법조치이다. 세관당국과 수사기관이 업무를 인수·인계하는 차원에서 범죄정보를 수사기관이 이어받는 것은 정상적인 공무의 인수인계 및 정보전달이다. 심희기, 앞의 논문, 2014, 62면 참조.

수 있는 부분이라 설명한다.²⁰⁾

관세법은 관세의 부과·징수 및 수출입물품의 통관을 적정하게 하고 관세수입을 확보함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있다(관세법 제1조). 관세법을 적용함에 있어, ‘통관을 위한 검사’와 ‘조사’는 별개의 것으로 해석해야 한다. 즉 통관을 위한 물품검사를 통하여 발각된 범죄혐의에 대하여 조사를 하는 것이다. 이렇게 해석하지 않을 경우 물품검사를 규정한 제246조 등과 수색·압수를 규정한 제296조는 충돌한다.²¹⁾ 이는 물품의 국경통과 상황에 있어 관세고권이 적용되는 관세법상 물품검사에 국한된 해석이다. 이러한 논리로써 행정조사 전반에 대하여 영장이 필요하지 않다고 결론을 내려서는 안 된다.

국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다(헌법 제37조 제2항). 이런 의미에서 행정조사라 할지라도 단순히 출입에 의한 검사 정도를 넘어선 수색에 해당하는 강제조사, 특히 범죄 입증의 일환으로 이루어지는 경우에는 긴급하여 사후영장이 요구되는 경우가 아니라면 당연히 법관에 의한 영장이 필요하다. 또한 헌법 제37조 제2항에 의하여 법률이라는 수단을 이용하여 주거의 자유에 대한 제한으로 일응의 정당성을 가지는 것으로 보이는 각 개별법상의 행정조사 목적의 주거 출입도 그것이 압수·수색의 실질을 갖는 경우에는 자유와 권리에 대한 침해가 있는 것으로 보아야 하므로 영장주의가 적용되어야 한다는 견해가 설득력이 있다고 할 수 있다.²²⁾

통관절차상의 물품검사는 형사법적 관점에서는 ‘수사의 단서’로서의 성격 및 기능을 하고 있다. 그렇기에 행정법적 관점에서의 행정조사이고 이에 대하여 영장주의 원칙을 고수할 필요까지는 없다고 본다. 그러나 물품검사가 통상적인 통관절차상의 검사가 아닌 ‘범죄수사’ 목적을 가진 경우라면 해당 검사는 행정상의 단순한 검사가 아닌 수사절차 중 일부라고 보아야 할 것이다. 이러한 경우에는 적어도 당사자의 동의가 없는 한²³⁾ 영장주의 원칙이 적용되어야 할 것이다. “마약거래방지법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위는 범죄 수사인 압수 또는 수색에 해당하여 사전 또는 사후에 영장을 받아야 한다고 봄이 타당하다.”는 대법원 판결²⁴⁾은 이러한 범죄수사

20) 김용태·이명구, 앞의 책, 295면, 그러나 관세행정권은 신체 내부에 있는 것으로 추측되는 물품의 확인에 관한 한 특유한 권한을 갖지 못하고 이러한 경우에도 신체수색은 요구되지만 그것은 원칙적으로 형사소송법적 전제 요건에 의한 관사의 명령이 요구되는 의사의 조치 문제라고 설명한다.

21) 실제로 관세법 해설서를 살펴보면, 세관공무원이 관세법이 있다고 인정할 때에는 범인·범죄사실 및 증거를 조사하여야 한다. 이와 같이 관세수사는 관세수사기관의 주관적 혐의에 의하여 개시되며 관세수사개시의 원인을 수사의 단서라고 한다. 관세수사의 단서에는 관세수사기관 자신의 체험에 의한 경우와 타인의 체험의 청취에 의한 경우가 있다. 관세법의 체포·운송수단 등의 입검수색·신변수색·타사건수사 중의 범죄발견·기타·풍설 등이 전자에 속하며, 후자에는 밀수신고·차수·세관 비조사부서의 조사의뢰, 다른 수사기관의 관세법에 관한 사건이나 피의자의 인계 등이 해당된다. 수사의 단서가 있다고 하여 바로 관세수사가 개시되는 것은 아니고 관세수사기관의 범죄인지가 있어야 비로소 관세수사가 개시되며, 그 이전에는 내사단계에 불과하다고 한다고 설명한다. 김용태·이명구, 앞의 책, 735면.

22) 김용주, “행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계확정”, 「경찰학연구」 제14권 제4호, 경찰대학 경찰학연구편집위원회, 2014, 96면.

23) 물론, 당사자의 동의에 의한 압수·수색이 가능한지 여부에 대한 논의가 있을 수 있고, 이에 대한 견해 소개는 안성수, “당사자의 동의에 의한 압수수색”, 「비교형사법연구」 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008, 304면 참조.

목적의 물품검사를 상정하고 있는 사례라고 할 것이다.

그러나, 해당 물품검사로 인해 적발된 마약류 등 금제품이 통상적인 통관절차상 물품검사항 위로 인하여 발각된 것인지, 범죄수사 목적을 가진 검사행위로 인한 것인지는 결국 관세공무원의 주관적인 내심에 달려 있다. 결국, 실제 상황에서 이를 구별하기 위하여는 금제품 발각에 대한 구체적인 상황, 즉 수사기록에 첨부된 금제품 발각 경위와 관련된 각종 자료를 면밀히 살펴본 후 개별적으로 판단할 수 밖에 없을 것이다.

Ⅲ. 여행자 선별검사제도

1. 여객정보 취득의 현황

가. APIS 제도의 개념

APIS는 입국여행자에 대한 선별검사제도라고 할 수 있다. APIS에 대한 명확한 정의규정을 찾기는 힘들다. 그러나, 관세청의 제도 도입 취지 및 국제기구에서 사용하는 개념들을 바탕으로 정리하면, APIS는 모든 출입국 여행자에 대한 정보를 사전에 항공사로부터 입수하여 밀수용의자·국제테러 혐의자 등 우범 승객을 선제 파악하여 대비하고, 무고한 승객들에 대한 출입국 심사절차의 신속화·편의제공 등 행정서비스를 최대화하기 위한 사전 승객정보 분석시스템이 바탕이 된 국경관리시스템이라고 할 수 있을 것이다.²⁵⁾

APIS의 개념을 착안하여 도입의 필요성을 처음 제기한 것은 관세행정분야에서였다. 왜냐하면 증가하는 국제범죄들로 인해 관세심사를 강화할 필요성이 대두되었지만 관세심사절차 간소화를 추구하는 동시에 더욱 강화된 관세심사를 추구해야 하는 딜레마는 현재의 인력으로는 큰 부담이었기 때문이다.²⁶⁾ 세계관세기구(WCO)는 APIS가 관세심사절차의 간소화와 심사강화라는 상반된 두 가지 목표에 모두 부합하는 매우 유용한 제도이며 관세당국 등 국경관리당국 및 공항당국, 항공사, 승객 모두에게 좋은 제도라는 의견을 기지고 일찌감치 추진하였다. 따라서, 1993년 APIS와 관련된 추가권고²⁷⁾를 하였으며 개정 교토협약²⁸⁾ 부속서 J1(the revised Kyoto Convention, Specific Annex J1)에서 권고사항²⁹⁾으로 규정하였다.³⁰⁾

24) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2014도8719 판결

25) 황호원·최용곤, “사전여행객 정보시스템의 효율적 활용방안 연구”, 「한국항공경영학회지」 제7권 제1호, 한국항공경영학회, 2009, 165-166면.

26) 최용곤, 앞의 논문, 9면.

27) Recommendation of the Customs co-operation council concerning adherence to standard in relation to data requirements for advance passenger information(6, July, 1993)

28) 공식명칭은 “International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures”으로서, 1973년 관세협력이사회(CCC) 교토 총회에서 채택되어 1974년 발효되었으며 개정 교토협약은 WCO 총회에서 개정의정서(Protocol of Amendment)를 채택하여 2006. 2. 3. 발효되었다. 개정 교토협약은 통관절차의 표준화, 신속화 및 간소화, 정보기술의 최대 활용 등을 주요 원칙으로 하고 있다.

29) 권고사항(Recommended Practice)으로 “타 기관 및 관련 항공업계 등과의 협력 하에 관세당국은 국제적으로 표준화된 사

나. APIS 운영현황

APIS를 여러 국가 및 정부 기관에서 등록한 규제자 적발을 위주로 활용한다면 그 기능을 제한적이고 소극적으로 사용하는 것이다. 그러나 APIS가 지향하는 목적은 출입국 심사서비스 개선과 여객기 안전 및 국토 안위를 효과적으로 수행하는 국경관리시스템으로의 발전 모색이다. 그렇다면, 향후 범죄를 저지를 가능성이 있는 대상자를 선별하는 작업이 중요하다. 그러나 아직 범죄를 저지르지 않는 않지만 일정한 행태 및 정황 등을 고려한 우범 대상자를 선별하는 작업은 인권 침해적인 요소가 잠재해 있을 수 있다. 그렇기에 과학적이고도 엄정한 기법이 필요한바, 미국의 9·11 사태에서 확인할 수 있듯이 항공안전 및 국토 안위를 위해서는 우범 대상자의 선별이 일정한 범위 내에서는 필요하다는 공감대가 형성되었고, 일부 국가에서는 프로파일링 기법을 항공보안 분야에 도입하여 활용하고 있기도 하다.³¹⁾

APIS를 통한 마약 밀수단속 정보수집 및 분석방법을 살펴보면 다음과 같다. ① 특정 목적 없이 마약 우범국가를 빈번히 출·입국하는 자 또는 이미 입력된 마약우범자의 입·출국사항을 사전에 체크한다. ② 마약우범자의 입·출국시 동행자 여부를 파악하여 집중 검색한다. ③ 항공권을 통하여 출발지 및 최종목적지를 확인하고 여행자 수표 및 신용카드를 항공권을 구매하였을 경우 해당 수표 및 신용카드 명의자를 추적 조사한다. ④ 예약을 자주 변경하는지 여부 및 여행 일정을 파악하고 연락 전화번호가 허위 번호인지, 우범자의 전화번호인지를 확인하여야 한다. ⑤ 사전에 불법 외화 밀반출자 및 고액 외화신고자의 명단을 파악하여 마약 우범국가 국적인지, 마약불법자금 세탁여부를 조사한다. ⑥ 여객명부를 면밀히 살펴 우범자 탑승 여부를 조사한 후 비정상적인 루트로 여행하였는지 혹은 우범국가 여행자가 2-3명 같은 연번으로 탑승하지 않았는지 등을 확인한다. ⑦ 적하목록, 선하증권, 송품장 등을 통한 정보수집과 입항예보서, 선원명부 등을 통하여 정보 수집을 한다.³²⁾

2. 승객예약자료의 분석과 세관의 검사업무

가. 승객예약자료의 분석

전승객정보의 이용을 추구하여야 한다. 이는 승객 및 화물에 대한 관세관련 검사절차를 간소화하기 위함이다.”

The Revised Kyoto Convention, Specific Annex J1

8. Recommended Practice

The Customs, in co-operation with other agencies and the trade, should seek to use internationally standardized advance passenger information, where available, in order to facilitate the Customs control of travellers and the clearance of goods carried by them.

30) 최용곤, “사전여행객 정보시스템(API)의 효율적 활용을 위한 정책”, 한국항공대학교 항공산업정보대학원 항공우주법학 석사 학위논문, 2008, 9면.

31) 황호원·최용곤, 앞의 논문, 170면.

32) 이규형, “마약류 확산방지를 위한 효과적인 밀수 단속방안”, 한성대학교 국제대학원 석사학위논문, 2002, 55면.

항공보안 분야에서 사용하는 프로파일링의 명칭은 passenger profiling system이다. 잠재적인 위협 가능성이 있는 혐의 여행객을 선별·분류한 다음 승객과 그 소지 수하물을 정밀 검색하는 효율적인 보안검색을 위한 일련의 과정을 의미한다. 즉, 프로파일링은 최대의 위협 인자를 가질 것으로 추정되는 승객의 수하물에 검색을 집중하고, 최소의 위협 인자를 가질 것으로 생각되는 승객의 짐에는 시간을 적게 소비하게 한다. 그럼에도 가방 등 수하물에 있는 폭탄 등의 금제품을 발견할 가능성을 최대한으로 유지시킨다. 요즘은 프로파일링이라는 명칭 대신에 사전 검색시스템(pre-screening system) 또는 선별검색시스템(Selectee system)이라는 명칭으로 대체하고 있다. 인종차별의 문제를 연상시키는 표현으로 프로파일링이 지적되고 있기 때문이다.³³⁾

관세청은 APIS 운영을 통하여 관세사범, 마약사범, 상표범 등 지식재산권 침해사범 및 지명수배자 등에 대한 신원을 입수하여 관리한다. 인천국제공항세관의 여행자정보분석과는 여행자에 대한 정보분석을 실시한다. 이를 통하여 휴대품 검사관실의 검사대상자 선별 및 확인을 지원한다. 여행자정보분석과는 법무부·공항공사·항공사·지상조업업체 등 외부기관과의 연락체계를 구축한다. 또한, 정보분석시스템(관세행정 통합정보시스템·여행자정보시스템·지식관리시스템 등), 신문·방송 등 언론매체, 인터넷, 제보 및 밀수신고 등을 검색·활용하여 여행자 첩보·정보를 수집한다.³⁴⁾

나. 승객예약자료가 갖는 의미

여객명부와는 달리 승객예약자료는 방대한 양의 정보를 포함한다. 승객예약자료는 해당자의 여행과 관련된 모든 자료, 즉 인적사항, 주소, 연락처, 신용카드 정보, 여행경로 및 동반자 정보 등을 포함한다. 선박 및 항공기의 승객예약자료의 제공 및 이용에 관한 고시(이하, ‘승객예약자료이용 고시’라고 함)는 승객예약자료의 제공 및 이용에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 세관감시업무의 효율적 수행과 입·출국 여행자의 신속한 통관을 도모하는데 그 목적이 있다(승객예약자료이용 고시 제1조).

세관장은 ① 선박회사 또는 항공사의 예약정보시스템과 세관장이 지정하는 전산처리설비와의 정보통신망을 통한 연결, ② 예약정보시스템상의 승객예약자료 및 선박 또는 항공기 운항일정에 대해 정보통신망을 통한 접근 열람 및 입수가 가능하도록 시스템 접근 허용 및 개인식별 고유번호와 비밀번호의 제공, ③ 그 밖에 승객예약자료의 원활한 열람 또는 입수에 필요하다고 인정하여 세관장이 요구하는 사항을 선박회사 또는 항공사에게 요청할 수 있다(승객예약자료이용 고시 제4조 제1항). 위 규정에 따라 세관은 시스템을 통해 직접, 또는 항공사 등으로부터 제공받은 자료를 열람할 수 있다. 이러한 절차에 따라 항공사 등의 예약정보시스템상의 승객예

33) 문준조, 「출입국과 관련된 국가간 개인정보 profiling 제공의 문제점과 입법화 방안」, 한국법제연구원, 2009, 17면.

34) 최현철, “여행자 휴대품 통관제도의 개선방안에 관한 연구”, 건국대학교 대학원 석사학위논문, 2004, 32-33면.

약자료를 검사 업무를 위하여 입수할 수 있다. 다만, 그 용도는 검사업무에 국한된다고 해야 한다.

세관은 여행자정보시스템³⁵⁾에 항공사 등으로부터 제공받은 승객예약자료를 접목한다. 특히 ① 수사기관 등으로부터 제공받은 정보나 세관장이 수집한 정보에 근거하여 관련 위반행위를 할 우려가 있다고 인정되는 자이거나, ② 과거의 입출국 및 휴대품 검사실적 등을 분석한 결과 우범성이 높은 것으로 인정되어 여행자정보시스템에 등록하여 별도로 관리중인 사람일 경우에는 승객예약자료의 보존기간이 5년으로 늘어난다(관세법시행령 제158조의2 제3항).

2001년 9·11테러 이후 미국은 기존의 APIS 제도에 더하여 승객예약자료 입수를 즉각적으로 추진하였다. 승객예약자료 확보는 국경관리의 안전확보 및 사회안전 위협요소의 사전 차단을 위한 핵심 요소임을 인식하였기 때문이다. 승객예약자료에는 항공기에 탑승한 여행객의 현황, 항공권을 예약하였지만 사정변경으로 취소한 여행자, 테러 기도 혐의자의 동반탑승자 현황, 탑승자의 이전 여행경로 등을 담고 있다.

소득의 증가와 개방화의 영향으로 해외여행자가 급증하는 상황은 우리나라도 예외가 아니었다. 이에 따라 세관 단계에서의 과학적이고도 효율적인 위험관리방안의 요구가 높아졌다. 항공사 등에서 제공하는 여객명부의 6개 항목은 기본적인 사항에 국한되어 정보수가 매우 적었다. 결국, 활용도가 낮아 정보분석 정밀화에 한계가 있다. 이러한 상황은 국경관리단계에서의 여행자 등에 대한 위험분석능력의 저하로 연결되었고, 선택과 집중에 의한 고도화된 위험관리가 어려웠다. 기존의 여객명부보다 정보량이 많고 그 내용까지 유용한 승객예약자료인 PNR은 국제테러방지, 국민건강위해물품의 반입 차단, 마약단속 등 국경관리단계에서의 위험요소를 사전에 차단하는데 필수적인 정보일 뿐만 아니라 정보분석의 정밀화와 고도화를 위한 고부가가치 정보이다.³⁶⁾ 이러한 정보의 가치로 인하여 세관 업무 이외에도 승객예약자료가 유용하게 활용될 수 있는 분야가 있었으니, 그 대표적인 사례는 메르스 사태로 확인된 검역 분야³⁷⁾라는 것만을 보더라도 PNR의 활용 범위는 무궁무진하다.

다. 세관의 검사업무의 성격

35) 승객예약자료이용 고시 제2조 제7호는 “여행자정보시스템이란 입출국하는 여행자에 대하여 검사대상자 선별, 휴대품에 대한 검사 통관 및 징수업무 등을 처리하는 전산시스템을 말한다.”고 규정한다.

36) 관세청 통관지원국장 천홍욱, “승객예약정보 국경관리의 키워드입니다.”, 조세일보 기고문, 2007. 12. 21.

37) 검역과 관련하여 승객예약자료가 유용하게 사용될 수 있다는 내용으로 국회의원 김현미 2015. 9. 18.자 2015 국정감사 보도자료인 “관세청, 메르스 당시 소극적 정보공유, 여행경로 미제공으로 방역 사각지대 방치”에서는 다음과 같이 기술하고 있다. 관세청은 관세법 규정에 따라 항공사로부터 PNR을 제출받고 있는데 PNR에는 개별 여행자들의 국적, 성명부터 여행 경로, 동반탑승자 등 20여개 정보가 기재되어 있다. 관세청이 받는 PNR에는 여행자의 ‘경유국가’ 정보가 포함되어 있는바 이는 마약 위험국에서 다른 나라를 거쳐 입국하는 사람들을 단속하기 위해서이다. 관세청은 일부 항공사를 제외하고 국내 취항 전체 항공사로부터 PNR을 받기 때문에 정보로서 가치가 높다. 메르스 최초 확진자가 귀국한 지 43일, 확진 판정 후 26일이 지난 6월 16일 관세청은 질병관리본부의 요청을 받고서야 문자 발송을 위한 여권번호와 휴대전화번호만을 7월 31일까지 한시적으로 제공했다. 관세청은 개별 여행자의 출발 국가, 경유 국가 등 여행 경로를 보유하고 있지만, 질병관리본부는 중동에서 출발해 다른 나라를 경유해 입국하는 여행자를 파악할 수 없어 지난 메르스 사태 때 엄청난 방역 사각지대가 발생했다. 관세청이 선제적으로 질병관리본부 등 관계기관에 여행 경로를 제공했다면 메르스 유입 원천차단도 가능했을 일이다.

세관장은 수출입금지물품을 수출입하거나 하려는 자, 수출입신고를 하지 않은 자, 수출입신고를 하지 아니하여 마약류 내지 총포류를 수출입하려는 자에 대한 검사업무를 위하여 승객예약자료를 요청할 수 있다(관세법 제137조의2). 관세법 제269조 제1항에서는 제234조에 따른 수출입금지물품을 수출입한 자는 7년 이하의 징역 등의 처벌을 하고 있고, 제2항에서는 제241조 제1항·제2항에 위배하여 수입한 자는 5년 이하의 징역 등의 형벌에 처하도록 하고 있으며, 마약류 및 총포류 등을 당국의 허가 없이 수입한 자는 해당 법률에서 처벌한다. 승객예약자료를 활용한 해당 검사업무를 성격은 무엇인가? 단순히 행정적인 검사로 보아야 하는지 아니면 사법적인 수사로 보아야 하는가? 여행자 선별검사에서도 통관절차상 물품검사와 동일한 논의가 필요할 것이다.

APIS제도를 이용하여 선별 검사업무를 하는 방법에는 우범여행자 데이터베이스에 우범 요소를 입력하여 전산으로 선별하는 방법과 정보분석 전문직원이 정보분석 및 수집된 정보·정보 등에 의해 선별하는 방법이 있다.³⁸⁾ 여행자정보 분석과는 법무부의 전산망과 연계하여 실시간으로 검사대상자의 신원을 확인하여, APIS 대상자가 입국심사대를 나서는 동시에 현장 휴대품 검사관실 로버에게 PDA를 통해 알려주고, 로버는 APIS 검사대상자를 추적하여 마샬을 통해 검사 직원에게 인계한다. 이 과정에서 콘트롤 룸(CCTV실)은 로버의 추적을 지원한다.³⁹⁾

여행자 및 승무원 휴대품 통관에 관한 고시(이하 ‘휴대품 통관 고시’라고 함) 제8조에 의하면, 세관장은 여행자와 승무원이 ① 신고대상물품을 휴대한 여행자나 승무원이 세관에 신고하지 아니하고 세관 검사선별라인을 통과한 경우, ② 신고사항을 세관신고서에 기재하지 않았거나 거짓으로 기재한 경우, ③ 신고대상물품을 신체, 이중가방 또는 신변용품 등에 숨긴 경우, ④ 그 밖에 세관장이 관세포탈 또는 불법반입의 고의가 있는지를 조사할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 관세포탈 및 불법반입의 고의가 있는지를 심사하여, 관세법, 외국환거래법, 총포·도검·화약류 등 단속법, 마약류관리에 관한 법률 등의 위반 여부를 조사할 수 있다. 한편 휴대품 검사 담당 세관공무원은 검사 선별직원이 검사 지정한 여행자와 승무원의 휴대품은 반드시 검사하여야 한다(휴대품 통관 고시 제9조 제1항).

수사기관에 의한 압수·수색의 경우 헌법과 형사소송법이 정한 적법절차와 영장주의 원칙은 법률에 따라 허용된 예외사유에 해당하지 않는 한 관철되어야 한다. 마약류 불법거래 방지에

38) 최현철, 앞의 논문, 32-33면.

39) 휴대품검사 담당공무원의 역할에 대하여 ① 마샬(Marshal) : 검사대 전면에 설치된 세관벨트(Custom Belt) 선상 통로입구에서 고정근무하면서 선량한 여행자는 신속하게 면세통로로 안내하고 로버직원이 검사지정 요청하는 자와 전자 Seal이 부착된 휴대품이 있는 경우 동 물품 소지자를 검사직원에게 인계, ② 검사직원 : 휴대품 검사관 또는 검사주무 지휘를 받아 입국여행자의 휴대품 또는 신변에 대한 검사 내지 검색, ③ 순회감시직원(Rovers) : 사복을 착용하고 입국여행자의 동태관찰을 통해 선별된 여행자, 승객정보 사전확인제도에 의해 사전에 선별되어 여행자 정보분석과로부터 통보된 여행자를 추적 및 감시 등을 통해 세관검사가 필요한 여행자를 마샬에게 인계하며 또한 마샬 후위에서 거동 수상 여행자에 대한 중앙 X-ray 검색지정 및 직접 검사의뢰, ④ X-ray 관독직원 : 순회감시직원 또는 마샬로부터 인계된 여행자의 휴대품을 X-ray 투시기로 관독하여 밀수혐의물품, 사회안전저해물품 또는 과세대상물품 등으로 인정되는 경우 검사 직원에게 검사의뢰한다고 설명한 자료로는 이승필, “여행자 휴대품 통관제도 선진화 방안에 관한 연구”, 고려대학교 행정대학원 석사학위논문, 2010, 51면.

관한 특례법(이하 ‘마약거래방지법’이라고 함) 제4조 제1항에 의하면 세관공무원이 수출입물품을 검사하는 과정에서 마약류가 감추어져 있다고 밝혀지거나 그러한 의심이 드는 경우, 검사는 그 마약류의 분산을 방지하기 위하여 충분한 감시체제를 확보하고 있어 수사를 위하여 이를 외국으로 반출하거나 대한민국으로 반입할 필요가 있다는 요청을 세관장에게 할 수 있고 세관장은 그 요청에 응하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있다. 만약 이러한 조치가 수사기관에 의한 압수·수색에 해당하는 경우에는 영장주의 원칙이 적용되는데 위 마약거래방지법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위는 범죄수사인 압수 또는 수색에 해당하여 사전 또는 사후에 영장을 받아야 한다고 봄이 타당하다.⁴⁰⁾

그러나 세관감시, 세관심사, 세관통제 등의 용어로 정의되는 통관상의 각종 규제는 관세고권의 견지에서 발동되는 적법한 재량에 의한 검사의 틀에서 행하여지는 것으로 이는 위험관리기법을 통하여 최소화해야 하지만 이에 따른 검사는 행정상의 심사 내지 조사라고 보아야지 범칙조사 내지 범죄의 수사라고 볼 수는 없다.⁴¹⁾ 여행객 선별검사 역시 물품검사에서의 논의와 마찬가지로 통상적인 여행객 검사는 형사법적 관점에서는 ‘수사의 단서’로서의 성격 및 기능을 하고 있다고 보아야 하는 행정법적 관점에서의 행정조사이고, 이에 대하여 영장주의 원칙을 고수할 필요까지는 없을 것이다. 그러나, 통상적인 검사가 아닌 ‘범죄수사’ 목적을 가진 예외적인 경우라면 해당 검사는 행정상의 단순한 검사가 아닌 수사절차 중 일부라고 보아야 할 것이며 이러한 경우에는 적어도 당사자의 동의가 없는 한⁴²⁾ 영장주의 원칙이 적용되어야 할 것이다.

다만, 여행객 선별검사는 그 단어의 뜻 그대로 선별해서, 즉 우범적 요소에 대한 강한 의심에 근거해서 검사 대상자를 선정하는 것이므로 그 자체로 수사라고 보아야 한다는 의견도 있을 수 있다. 그러나, 금제품 밀반입 등의 혐의로 특정인에 대한 구체적인 첩보로 인한 수사의 성격을 띤 선별검사가 아닌 한 통상적인 정보분석 등으로 인한 선별검사는 행정조사에 불과하다고 보아야 할 것이다. 다만, 이러한 경우라도 대상자의 거부 등으로 인하여 소기의 목적을 달성하기 위해 강제력을 행사할 필요성이 있다면 결국 범칙조사 내지 수사로 전환되는 것으로 간주하여 영장주의가 적용되어야 할 것이다.

3. 세관의 승객예약자료 사용의 형사법적 통제 필요 여부

가. 승객예약자료 보호에 대한 논의

40) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2014도8719 판결

41) 예상균, “관세법상 지식재산권 침해사범 수사와 물품검사와의 상호관계”, 「통상정보연구」 제19권 제3호, 한국통상정보학회, 2017, 208면.

42) 물품검사 때와 마찬가지로 여행객 선별검사 역시 당사자의 동의에 의한 압수·수색이 가능한지 여부에 대한 논의가 있을 수 있고, 이에 대한 견해 소개는 안성수, 앞의 논문, 304면 참조.

미국 당국은 9·11 사태 이후 미 영토를 출입하는 항공기 승객과 승무원에 대한 상세한 정보를 제출하도록 요구하는 다양한 법령들을 제정하였다. 특히, 항공사는 미국 세관 및 국경보안국(CBP)이 PNR에 내장된 여객정보에 접근할 수 있도록 용인하여야 하였을 뿐만 아니라 심지어 이를 위반할 경우 착륙금지, 도착지연 및 벌금부과 등의 불이익을 당할 수 있었다. 테러에의 엄격한 대응은 우리 사회를 지키기 위하여 필수 불가결한 요소라고 할 수 있다. 그러나, 이 과정에서 자유권 등의 기본권 역시 존중되어야 함에는 이견이 있을 수가 없다. 당시 정부기관이 항공사 데이터베이스 및 관련 예약시스템에 저장된 승객들의 개인정보에 접근하는 것을 용인하는 행위는 범지구적으로 전례가 없었다. 뿐만 아니라 그러한 행위는 정보보호의 기본원칙에도 어긋난다. 보안이라는 미명 하에 승객의 불편과 공항 및 항공사의 부담을 가중시킬 수 없는 것 역시 현실이다. 그런 의미에서 프로파일링은 한정된 보안자원으로 무고한 승객에 대한 검색 노력을 감소시키고 한편 위험가능성이 높은 인물과 화물에 보안 역량을 집중시킨다. 이로써 보안검색 대기 시간을 단축시키고 공항보안을 효율적으로 강화함에 그 목적이 있다.⁴³⁾

또한 APIS 데이터는 상당한 양의 개인정보를 담고 있다. 이로 인하여 항상 개인정보보호와 관련한 문제점이 발생할 수 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 데이터의 수집단계에서부터 분석·활용에 이르기까지 보안 대책을 강구해야 한다. 구체적으로는 시스템, 운영 체계 및 법적 측면으로 나누어서 생각해 볼 수 있다. 우선 시스템적으로는 전용선로 및 방화벽 구축 등 하드웨어적으로 접근할 수 없도록 원천적인 보안대책을 마련하여야 한다. 다음으로 APIS 사용자 지정 및 권한등록, 데이터 접근시 아이디와 비밀번호 혹은 사용자의 생체정보 인식을 통하여 사용자가 누구인지 확인할 수 있도록 하여야 할 뿐만 아니라 사용자별로 접근권한을 설정함으로써 차별화하여야 하는데 이는 운영 체계적인 측면에서 자료 유출로 인한 문제발생시 담당자를 확인하여 책임을 지울 수 있는 근거가 된다. 법적인 측면에서는 공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률에 따른 세부적인 보호절차를 수립하되, 기본적으로 수집될 데이터는 그 수집 목적에 비추어 합당하고 과도하지 않아야 하며 합법적으로 수집되고 처리되어야 할 뿐만 아니라 정보수집 목적에 비추어 필요한 한도 내의 기간 동안만 법에 규정된 목적 하에 저장하되 그 외의 목적을 위해 활용되지 않아야 한다.⁴⁴⁾

나. 승객예약자료 요청에 대한 형사법적 관점에서의 검토

현행법상 승객예약자료 요청을 할 수 있는 경우는 금지물품 수출입, 미신고 수출입, 마약·

43) 황호원·이규황, “항공보안에서의 프로파일링 연구”, 「한국항공우주정책·법학회지」 제22권 제2호, 한국항공우주법학회, 2007, 171-172면.

44) 황호원·이규황, 앞의 논문, 171면. 한편 관세법 제137조의2 제3항, 제4항 및 제5항에서는 승객예약자료를 열람할 수 있는 사람은 관세청장이 지정하는 세관공무원으로 한정하고, 해당 세관공무원은 직무상 알게 된 승객예약자료를 누설 또는 권한 없이 처리하거나 타인이 이용하도록 제공하는 등 부당한 목적을 위하여 사용하여서는 아니되며, 해당 자료의 열람방법 및 보존기한 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다.

총포류 수출입을 하거나 또는 하려는 자에 대하여 검사업무를 위함이다. 이는 신속한 통관 내지 국경관리시스템 작동을 위한 자료로 활용할 수 있다는 것이지만 다른 의미에서는 밀수 등의 관세범죄 단속을 위한 것으로 해석할 수도 있다. 관세법의 적용을 받는 관세법 조사를 위해서이든 아니면 마약류관리법의 적용을 받는 마약사범 조사를 위해서이든 간에 수사를 위한 목적일 경우 민감한 개인정보를 포함하고 있는 승객예약자료를 확보하기 위해서는 영장이 필요하다고 볼 여지도 있다. 만약 세관이 아닌 다른 수사기관에서 항공사 등을 상대로 해당 승객예약자료를 취득하기 위해서는 과거와는 달리 개인정보 보호 경향이 뚜렷한 현재의 상황에서는 자료제출을 요구받은 항공사측은 수사기관의 자료제출 요구를 거절하고 영장을 요구할 가능성이 매우 높기 때문이다.

세관에서는 승객예약자료를 통하여 확보한 정보를 바탕으로 단속을 실시하여 밀수품을 적발하였을 경우 이에 대한 관세법 조사, 즉 범칙조사를 실시하여야 한다. 그렇다면 이러한 단속 내지 검사 자체가 수사의 일환으로 이루어진 것은 아닌지, 즉 이러한 검사가 수사절차와 관련되어 있기 때문에 현행법 규정은 영장주의의 예외를 규정한 것이 아닌가라는 생각을 할 수 있다. 이러한 논의는 APIS 시스템에 대량의 PNR을 적용하여 우범자 내지 혐의자를 선별한 다음 해당 혐의자 등에 대한 검사를 실시하는 것이므로 이러한 검사가 어느 정도의 혐의를 두고 진행되는 점에서 사실상 밀수 수사를 진행하는 것과 동일하다고 볼 여지가 있기 때문에 발생한다. 특히 위와 같은 우범자 선정과정 자체가 수사 과정에 있어 용의자를 압축시켜 나가는 방법과 매우 유사하다는 점을 주목할 필요가 있는데 항상 존재할 가능성이 있는 밀수범죄 등의 용의자를 여행자 정보분석을 통해 압축시켜나가는 것이기 때문이다. 이러한 수사절차와 관련된 행정조사에 있어 형사법적 견지에서 통제를 하려는 시도, 즉 영장주의의 관철을 통한 사법적 통제 논의가 필요한 이유이다.

선박회사 또는 항공사는 세관장의 승객예약자료 요청에 반드시 따라야 하고, 이를 거부할 경우 1천만 원 이하의 벌금에 처하게 되어 있다(관세법 제276조 제4항 제3호). 자신의 개인정보를 주체적으로 지배 관리할 수 있는 권리를 정보적 자기결정권이라고 하는데 이는 ‘모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.’고 하여 헌법 제17조가 규정한 사생활 보호에 근거한다. 만약 강제처분을 헌법의 명시적·묵시적 기본권을 침해하는 국가기관의 처분으로서 처분대상자의 의사에 반해서 물리적·법적인 강제력을 가지는 처분이라고 정의할 수 있다면, 법적 강제력을 갖는 승객예약자료 요청이 강제처분인지 여부는 해당 예약자료가 이러한 정보적 자기결정권의 대상인지 여부에 따라 달라질 수 있다.⁴⁵⁾

관세법에 의하여 세관장의 자료요청은 법적 강제력을 갖는다고 볼 수 있고 세관공무원은 직무상 알게 된 승객예약자료를 누설 또는 권한없이 처리하거나 타인이 이용하도록 제공하는 등 부당한 목적을 위하여 사용하여서는 아니되는 의무를 부담하는 만큼 승객예약자료를 정보적 자기결정권의 대상이라고 보아야 한다는 관점에서는 위 요청권을 강제처분이라고 볼 여지도

45) 윤동호, “금융거래정보요구권과 영장주의”, 「형사정책연구」 제20권 제2호, 한국형사정책연구원, 2009, 166면.

있다. 그러면 이러한 요구행위는 영장주의의 예외 영역에 해당하는가?

원칙적인 모습에서의 세관의 승객예약자료 취득 및 사용은 밀수 의심자에 대한 건건마다의 자료제공요청이 되겠지만, 실제로는 세관에서 모든 자료를 제공받는다. 이는 우범자 등에 대한 선별검색을 위해서는 세관에서 모든 승객예약자료를 제공받은 후 이를 분석한 이후에야 가능하기 때문이다. 이러한 점에 비추어 보아 통상적인 자료제공 및 선별검사는 행정적 절차라고 볼 수밖에 없으므로 이에 대하여는 영장주의를 적용할 수 없다 할 것이다. 다만, 물품검사 때와 마찬가지로 특정인에 대하여 특정한 혐의를 포착하여 그에 대한 수사를 개시할 때에는 특별사법경찰관으로서의 세관공무원은 형사사법 절차에 따라 해당 자료를 취득하여야 할 것이다. 그러나, 이 역시 해당 자료제공요구행위가 통상적인 행정절차를 위한 것인지 아니면 수사를 위한 것인지는 세관공무원의 내심의 의사에 달려 있을 수 밖에 없으므로, 이를 구별하기 위하여는 추후 형사사건화 되었을 때 수사 착수 경위와 관련된 자료로 확인할 수 밖에 없을 것이다.

IV. 글을 맺으며

관련 대법원 판결이 존재함에도 물품검사에 대한 영장주의 적용 여부가 명확하게 정리되지 않는 이유는 세관의 물품검사의 목적이 주관적으로 운용될 수 있기 때문이다. 즉, 세관공무원이 통상적인 물품검사 과정에서 범죄행위를 발각했느냐 아니면 처음부터 범죄행위를 발각하기 위한 목적으로 물품검사를 시행하였느냐를 구별하는 것은 주관적이고도 내부적인 사항이기 때문에 이를 외부에서 확인하는 것은 사실상 불가능하다고 할 것이다. 범규위반 여부를 확인하기 위한 행정조사로서, 강제력을 수반하는 행위가 수사상 강제처분인 압수·수색과 유사한 효력을 지닐 수 있는 물품검사는 그 성격을 파악함에 있어 통관절차상 통상적인 검사로 볼 수 있을 때에는 이를 행정조사라고 보아야 하고 그 진행 과정에서 범죄혐의가 의심되는 경우가 발생하였다고 하더라도 여기에까지 영장주의를 적용하기에는 어려워 보이지만, 물품검사와는 별개로 이미 처음부터 범죄혐의를 두고 특정인 또는 물품에 대한 수색 또는 검사를 할 경우에는 물품검사가 아닌 범칙조사 내지 수사과정에서의 압수수색이라고 간주하여 이에 대하여는 영장주의가 적용되어야 할 것이다. 한편, 통관 업무상 사전영장을 발부받을 수 있는 경우는 거의 상정할 수 없으므로 오히려 예외적인 사후영장을 발부받을 수 밖에 없는, 즉 원칙과 예외가 뒤바뀔 수밖에 없는 상황에 대한 설득이 필요할 것으로 보인다.⁴⁶⁾

46) 다만, 이러한 경우 음주운전 중 교통사고를 야기한 후 피의자가 의식불명 상태에 빠져 있는 등으로 도로교통법이 음주운전의 제1차적 수사방법으로 규정한 호흡조사에 의한 음주측정이 불가능하고 혈액 채취에 대한 동의를 받을 수도 없을 뿐만 아니라 법원으로부터 혈액 채취에 대한 감정처분허가장이나 사전 압수영장을 발부받을 시간적 여유도 없는 긴급한 상황이 생긴 사안과 유사하게 사후 영장을 발부받은 것이 오히려 원칙적인 대응방식이라는 견해가 있을 수 있다. 해당 사안에서 대법원은 이러한 경우 피의자의 신체 내지 의복류에 주취로 인한 냄새가 강하게 나는 등 형사소송법 제211조 제2항 제3호가 정하는 범죄의 증거가 현저한 준현행범인의 요건이 갖추어져 있고 교통사고 발생 시각으로부터 사회통념상 범행 직후라고 볼 수 있는 시간 내라면, 피의자의 생명·신체를 구조하기 위하여 사고현장으로부터 곧바로 후송된 병원 응급실 등의 장소는 형사소송법 제216조 제3항의 범죄 장소에 준한다 할 것이므로, 검사 또는 사법경찰관은 피의자의 혈중알코올농도 등 증거의 수집을 위하여 의료법상 의료인의 자격이 있는 자로 하여금 의료용 기구로 의학적인 방법에 따라 필요최소한의 한도 내

다음으로, 승객예약자료는 여행자의 민감한 개인정보를 담고 있는 것인 만큼 그 보호에 특별한 주의를 기울여야 한다는 점에는 이견이 있을 수 없다. 그러나 범세계적인 테러위험 등에 맞선 위험관리체계로서의 국경관리시스템을 운영하여야 하는 상황에서는 위와 같은 승객예약 자료의 적극적인 활용이 필수적인 사항일 수밖에 없다. 이러한 당위와 현실의 간극은 언제나 쉽게 해결될 수 있는 일은 아니지만 현실적인 어려움이 있다고 하여 개인정보 보호라는 명제를 쉽게 포기해서는 아니 될 것이다. 세관의 승객예약자료 요청권한은 위험을 관리하기 위한 국경관리시스템을 운용하는 데에만 원칙적으로 사용되어야 하는 것이지 이를 조사 등의 다른 목적을 달성하기 위하여 손쉽게 자료를 취득할 수 있는 통로로 활용되어서는 안 된다. 개인의 프라이버시 보호는 헌법이 보호하고 있는 기본권이고 수사를 통하여 이를 제한하기 위해서는 영장제도를 통해 이루어져야만 한다. 세관은 물품통관 등 관세행정기관으로서의 역할 뿐만 아니라 밀수 등 관세법의 제1차 수사기관으로서의 역할을 동시에 담당하고 있는 이중적 지위를 갖고 있다. 이러한 중첩적인 지위로 인하여 검사업무에만 국한되어 있는 요청권한이 수사업무에도 사용될 수 있는 가능성이 상존한다. 이러한 가능성을 제거해 나가는 것은 세관 스스로의 노력이 필요할 뿐만 아니라 법제도적으로도 검사와 조사와의 명백한 구분 및 한계를 설정하는 것이 병행되어야 할 것이다.

에서 피의자의 혈액을 채취하게 한 후 그 혈액을 영장 없이 압수할 수 있다. 다만 이 경우에도 형사소송법 제216조 제3항 단서, 형사소송규칙 제58조, 제107조 제1항 제3호에 따라 사후에 지체 없이 강제채혈에 의한 압수의 사유 등을 기재한 영장청구서에 의하여 법원으로부터 압수영장을 받아야 한다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결)고 판시하였다.

참고문헌

- 관세청, “2017년 관세청 업무계획”, 2017.
- 관세청, “승객예약정보 국경관리의 키워드입니다.”, 통관지원국장 천홍욱 조세일보 기고문, 2007. 12. 21.
- 김영춘·이주영, “PSI 차단활동을 위한 관세법 개정 방안”, 「통일과 법률」 통권 제13호, 법무부, 2013.
- 김용주, “행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계확정”, 「경찰학연구」 제14권 제4호, 경찰대학 경찰학연구편집위원회, 2014.
- 김용태·이명규, 「관세법원론」, 무역경영사, 2016.
- 김현미, “관세청, 메르스 당시 소극적 정보공유, 여행경로 미제공으로 방역 사각지대 방치”, 2015. 9. 18. 국정감사 보도자료.
- 문준조, 「출입국과 관련된 국가간 개인정보 profiling 제공의 문제점과 입법화 방안」, 한국법제연구원, 2009.
- 성태곤, “승객정보 사전확인제도에 관한 연구”, 서울대학교 행정대학원 행정학 석사학위논문, 2003.
- 송선옥, “관세심사에 관한 개정교토협약 및 미국 심사제도의 주요내용과 한국 관세심사제도에 대한 시사점”, 「무역학회지」 제29권 제3호, 한국무역학회, 2004.
- 송진경, “압수·수색으로서 실질적 의미를 가지는 행정조사에 있어서 영장주의의 준수필요성에 대한 소고”, 「법과 정책」 제20권 제3호, 제주대학교 법과정책연구소, 2014.
- 심희기, “배달 조건부 수색·압수·검증영장의 도입제안”, 「비교형사법연구」 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019.
- 안성수, “당사자의 동의에 의한 압수수색”, 「비교형사법연구」 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008.
- 예상균, “관세법상 지식재산권 침해사범 수사와 물품검사와의 상호관계”, 「통상정보연구」 제19권 제3호, 한국통상정보학회, 2017.
- 윤동호, “금융거래정보요구권과 영장주의”, 「형사정책연구」 제20권 제2호, 한국형사정책연구원, 2009.
- 윤희영·신미나, “국내 AEO제도의 정책변화 및 개선방안”, 「국제상학」 제32권 제3호, 한국국제상학회, 2017.
- 이규형, “마약류 확산방지를 위한 효과적인 밀수 단속방안”, 한성대학교 국제대학원 석사학위논문, 2002.
- 이근우, “행정조사의 형사법적 한계설정”, 「고려법학」 제72권, 고려대학교 법학연구원, 2014.

- 이승필, “여행자 휴대품 통관제도 선진화 방안에 관한 연구”, 고려대학교 행정대학원 석사학위논문, 2010.
- 이종익 · 최천식 · 박병목, 「관세법해설」, 세경사, 2016.
- 이주원, 「형사소송법」, 박영사, 2019.
- 정재완, “한국 관세심사제도의 현황과 과제에 대한 고찰”, 「무역학회지」 제34권 제4호, 한국무역학회, 2009.
- 최용곤, “사전여행객 정보시스템(APIs)의 효율적 활용을 위한 정책”, 한국항공대학교 항공산업정보대학원 항공우주법학 석사 학위논문, 2008.
- 최현철, “여행자 휴대품 통관제도의 개선방안에 관한 연구”, 건국대학교 대학원 석사학위논문, 2004.
- 홍의 · 노용운, “SERVQUAL 모델을 이용한 UNI-PASS(전자통관시스템) 이용자 만족도에 관한 연구”, 「국제상학」 제24권 제1호, 한국국제상학회, 2009.
- 홍의 · 박영태 · 노용운, “화주와 통관업체간 신뢰가 거래지향성 성과에 미치는 영향에 관한 실증분석”, 「국제상학」 제26권 제2호, 한국국제상학회, 2011.
- 황호원 · 이규황, “항공보안에서의 프로파일링 연구”, 「한국항공우주정책·법학회지」 제22권 제2호, 한국항공우주법학회, 2007.
- 황호원 · 최용곤, “사전여행객 정보시스템의 효율적 활용방안 연구”, 「한국항공경영학회지」 제7권 제1호, 한국항공경영학회, 2009..

법의 지배와 사법실천: 불법행위법 영역에서의 영미법과 독일법 판례의 비교분석

김 형 석 (충북대·성신여대 강사, 법학박사)

1. 들어가는 말

민주주의와 자연과학, 수학과 수학적 사유의 엄밀성과 확실성에 기반한 진리개념의 지평 안에서 만들어진 서양철학, 그리고 고전 예술과 건축... 이런 것들은, 마치 우리 현대인들에게는 너무나 익숙하여 마치 우리의 시각과 촉각과 청각, 즉 우리의 신체에 포함된 감각기관이 우리에게 대상으로 인식되지 않고 외부 대상을 포착하는 한낱 “주관의 형식” 같이 느껴지는 것처럼, 이런 것들은 한 사회에 존재하는 특정한 사회적인 사실들이 아니라, 마치 사회의 신체, 즉 현대적 삶의 형식으로 느껴지는 것들이다. 그리고 이러한 현대적 삶을 구성하는 근본 형식들이 총 인구가 채 25만명, 자유 시민으로 살았던 사람의 수로 보자면 그 전성기에도 2만도 채 안되었던 기원 전 아테네라는 작은 규모의 도시 국가에서, 그것도 B.C. 5세기를 정점으로 200 여년이 채 안되는 짧은 기간 동안에 완성되었다는 사실은 우리를 더욱 놀라게 한다. 이러한 세계사적 기적을 강조하기 위해 고전학자인 이디스 해밀턴은 고대 고전기의 계몽의 시기는 17세기 유럽 계몽기의 그것과 비교할 수 없을 정도로 폭발적이었고, 독창적이었고, 그 영향력에 있어서 비교할 수 없을 정도로 심원했다고 하지 않았던가. 이것을 조금이나마 체감하게 해주는 작은 놀라움이 있는데, 그것은 고전기 그리스 시대에 만들어진 조각상과 신전들, 미로의 비너스와 파르테논 신전으로 대표되는 그 작품들이 사실은 하얀색 대리석이 아니라 총 천연색으로 화려하게 채색된 작품들이었다는 사실이다.¹⁾

이러한 제도 형식의 진부함과 질료(質料) 안에 들어간 생동성의 묘한 대치는, 그런데 법의 세계에서조차 마찬가지로 발견된다. 각종의 법률과 법학을 처음 접하는 사람들은 그 언어의 생경함과 기술성, 명제의 추상성, 일반성에 압도되어 법의 세계가 마치 하얀색 대리석의 세계처럼 건조하고 낯설다고 생각하다가, 그 법률들, 특히 현실의 사법(司法) 영역에서 판례 사례들이 주는 풍부한 모습에 놀라게 된다. 요컨대 그는 법률 공부를 하면서 마치 건조하고 무채색의 범명제로 채워진 것 같았던 법의 세계가 살아 움직이는 총 천연색의 세계로 덮여 씌여지게 되는 경험을 하게 되는 것이다.

법치국가(Rechtsstaat) 혹은 법의 지배(Rule of Law)라는 정치적인 법이념과 사법(司法) 실천, 그중에서도 조금 더 한정하여 사법(私法) 실천의 관계라는 이 논문의 테마를 다룰 때도 마찬가지로 그림, 즉 진부함과 생동성의 배경화면이 우리 앞에 놓여 있다. 권력 분할을 통한 정부 집행, 입법, 사법의 삼권 분립으로 정치적인 안정과 시민의 정치적인 자유를 동시에 실현할 수

1) <http://www.theartist.co.kr/news/articleView.html?idxno=1561> 에서 복원된 총 천연색의 고대 그리스 조각상을 볼 수 있다. 이디스 해밀턴은 고대 그리스인들이 한마디로 “총 천연색의 삶”을 살았다고 표현한다. 이디스 해밀턴, *고대 그리스의 생각과 함*(이지은 역), 까치, 2009, 제2장 이성과 정신.

있다생각의 첫 설립자인 몽테스키외의 언어로 표현하자면 <대립하는 각각의 힘에 모래 주머니를 달아 그 균형을 맞춰주는 것>, 그럼으로써 한 사람의 의지가 곧 법이 되고, 평화가 아닌 정적(靜寂), 자유와 평등에 대한 열망이 아니라 권력에 대한 두려움이 체제 유지의 동력이 되는 <전제정>이 아닌, 공화정, 즉 자유의 공간이 열리고 평등에 대한 사랑이 체제 유지의 동력이 되는 정치체로 이행할 수 있다는 것, 이것은 현대인들에게는 진부함이자 법치국가에서 살고 있는 사람들의 의심받지 않는 규범적인 자기이해에 속하지만, 그것이 그 관념 그 자체와 정치 현실 그리고 사법 현실에 이해되고 수용되는 모습은 다양성을 가지고 있어서, 이러한 진부한 틀에 역동성과 활력을 제공하는 것이다.

하나의 예를 들어보자. 고위 공직자 수사처 출범을 둘러싸고 작금의 우리 사회가 겪고 있는 진통을 통해서 우리는 권력(한)분할을 기본 아이디어로 삼고 있는 법치주의, 법의 지배라는 국가이념이 얼마나 사회적인 극한까지 끌어 올려질 수 있는가를 실감하고 있다. 지금 현재의 시점에서 이러한 검찰이라는 정치체 단위에서의 권한 분할이 어떠한 결과를 가지고 올지는 누구도 예측할 수 없지만 한가지 분명하게 예감할 수 있는 것은 이것을 통해서 사회의 풍토가 또 한번 크게 바뀔 수 있다는 것이다. 즉 어떤 편에서는 이를 통해 우리 사회에 드리워진 검찰의 지배, 혹은 검찰국가의 어둠이 사라질 것이라고 전망하는 반면, 다른 한 쪽에서는 검찰권이 약화됨으로써 국가권력을 견제하는 기능에 문제가 생길 것을 우려한다. 그런데 이것은 법의 지배의 핵심 요소를 이루는 권력 분립의 이념이 그 하부구조를 이루는 정치 현실에 해석적으로 적용된 모습이라고 볼 수 있다. 여기에서 <해석적으로 적용되었다>고 함은 같은 관념에 관하여 각자가 그 적용에 있어서 다른 견해를 가질 수 있다는 뜻이다. 그렇다면 여기서 하나의 문제 의식이 자연스럽게 생성된다: 만약 법의 지배라는 근본 이념이 정치현실에서 해석적으로 적용이 될 수 있다면, 이 글이 다루는 테마, 즉 동일한 법이념이 사법 현실에서 적용되는 모습 역시 해석적인 것으로 이해될 수 있지 않을까?

이제 이러한 문제 의식을 가지고 우리 안에 이미 자명한 상태로 되어 있는 법의 지배, 즉 삼권 분립의 이념의 사법적 측면을 다시 한번 고찰해 보자.

<입법부가 법을 만들면, 행정부의 정무 행위는 그 법에 기속되며, 사법부 역시 분쟁이 발생하는 경우 입법부가 제정한 법에 따라 분쟁을 해결한다>, 예컨대 경찰은 행정안전부에 소속된 기관으로서 치안을 유지하는 예방적 역할을 하고 있는데, 행정안전부가 만든 경찰의 직무 권한과 행위 수칙은 근본적으로 입법부의 만든 법령을 따르고 있다. 만약 어떤 사람이 범죄 혐의를 받고 경찰에 체포된 경우 그 사람의 법령 위반 여부는 행정안전부가 아닌 입법부가 만든 사법규칙인 <형법>을 근거로 한 사법부의 재판을 통해 가려진다. 이렇게 한 명의 범죄 행위에 대해서도 세 개의 독립된 권력이 개입하면서 견제와 균형을 이루며 <형벌>이라는 결과를 도출하고 있는 것이다.²⁾ 이제 이러한 구조 속에 담겨진 권력분립의 자명하고 진부한 자기 이해는, 이렇

2) 물론 이러한 권력 분할은 더 세심하게 이루어질 수도 있다. 예컨대 기소와 수사가 다시 별개의 기관으로 나뉘어질 경우, 사실상 범죄 행위의 처리를 위해서는 입법부가 만들어 놓은 형법과 경찰행정법을 필두로, 경찰이 가진 수사권(우리는 이것을 행정 안전부의 정무 집행권의 일종으로 놓을 수 있다)과 검찰권이 가진 기소

게 됨으로써 권력기관이 가지는 권한 남용이 억제되고, 그를 통해 사인이 자신의 정치적 자유를 보다 확고하게- 즉 제도적으로- 보장 받을 수 있게 된다는 것이다.

그런데 이러한 그림에서 분명하게 드러나는 바는 두 권력 기관, 즉 행정관청의 행위와 사법부의 사법적 판단 작용은 기본적으로 입법부인 의회가 제정하는 법률이라는 넓은 의미의 법규칙에 구속되어 있다는 것이다. 즉 기본적으로 현대적 의미의 법치 국가는 입법부가 주도해서 만드는 규칙 형상의 규범을 중심으로 하는 규칙집형 정치체라고 볼 수 있다. 여기서 우리가 헌법의 존재와 헌법 재판소가 담당하는 헌법 해석이라는 문제의 차원을 일단 도외시키고, 즉 그런 부분이 없다고 가정할 경우, 법치국가와 법의 지배라는 근본적인 법이념은 그러므로 복잡한 규칙 구조를 주요한 특징으로 하는 규칙집형 정치·사법체를 지향한다고 볼 수 있다.³⁾

2.

그런데 문제는 바로 이러한 일견 자명해 보이는 법치국가의 자기 이해에 이미 숨겨져 있다. 이렇게 법치국가를 규칙집형 정치/사법체로 본다면, 즉, 몽테스키외가 남긴 유명한 문구처럼 법관은 ‘(복잡하게 숨겨진) 법조문을 선언하는 (법의) 입의 역할 밖에 하지 못하며, 그 힘도 엄격함도 조절하지 못하는 무생물’ 이라면⁴⁾, 혹은 베카리아의 말처럼 <법은 사회계약론에 따라 사회와 개인이 맺은 계약의 내용이고 “사회도 개인에 대하여 똑같이 그 계약준수의 의무에 속박되므로” 법관은 형법을 해석할 권한이 없으며, 그러므로 법관은 법률 해석이 배제된, 즉 기본적으로 법관의 지성과 이해력에 심히 의존하는 법의 정신을 고려하지 않고 법률의 자구에만 충실한, “완벽한 삼단 논법을 통해” 결과를 도출해야 한다>면,⁵⁾ 그리하여 법률 해석에 수반되는 자의적인 논쟁을 최대한 피하고 법률을 최대한 기계적으로 적용하는 일(혹은 그렇게 적용한 것처럼 보이는 일)에 법관의 업무가 있다고 한다면, 사법부는 입법부에 독립된 자신의 고유한 권한을 행사하는 기관이 아니라 입법부의 시녀에 불과한 것이 되는 것이 아닐까 하는 물음이 제기되는 것이다. 확실히 예컨대 말단 세무서나 경찰서의 공무원들이 규칙을 따르고 적용하는 방식은 자신의 판단의 검토를 거치지 않고 문구에 적혀진 대로, 기계적으로 규칙을 적용한다는 의미에서 규칙집의 모델에 가까운 행동 양식을 보이는 경향이 있다. 고도로 복잡화된 정부의 담당 업무의 위계질서의 구조에서 하위의 행동 영역에 있는 일선 관청의 사람들에게는 대개 이러한 기계적인 규칙 적용을 가능하게 하는 충분히 세분화되고 판단 여지를 거의 주지

권, 법원의 사법권등 사실상 4권이 개입하는 구도가 만들어 지게 될 것이다.

3) 이미 몽테스키외는 권력이 한 곳에 몰려 있어 전제화 되기 쉬운 군주정보다는 권력 분할이 더 세분화 되는 공화정체 하에서 국가의 이성은 기술적으로 보다 더 복잡해 질 수 밖에 없다는 취지로 말하고 있다. 몽테스키외는 다음과 같이 말한다. “재판관의 신중성은 그에게 맡겨진 일의 크기에 따라 비례되고, 그가 판결을 내리는 이익의 중요성에 비례하여 커진다. 그러므로 이런 국가의 법에 있어서 많은 규칙의 제한과 확장이 발견되고, 그것들이 특수한 경우를 증대하여 이성 자체를 한낱 기술로 만드는 것 같이 보이더라도 놀라서는 안된다.” 몽테스키외, *법의 정신*(하재홍 역), 동서 문화사, 2016, 96면.

4) 몽테스키외, 위의 책, 185-186면.

5) 베카리아, *범죄와 형벌*, (한인섭 역), 박영사, 2006, 제4장 법률의 해석 참조.

많은 규칙들이 주어져 있고 거기에 맞춰 행동하고 있는 것이다. 그런데 이러한 그림을 사법 영역을 책임지는 법관들에게 그대로 적용할 수 있을까? 말단 공무원들이 공무 수행에서 가져야 할 덕성들과 막중한 사법상의 책무를 지고 있는 고위직의 법관들이 가져야 할 덕성들은 같은 것일까? 한 나라의 법률세계 전체의 통일적이고 조화적인 적용을 책임지고 있는 그 사람들이 법문 체계에 내재한 수많은 불확실성에 직면하여, 즉 수많은 일반 조항들과 법관의 가치판단을 요구하는 규범적 언어를 사용하는 법률 조항들, 혹은 법률에 포함된 비가치판단적 대상언어에 사태를 포섭시킬 때 고유하게 나타나는 불확정성들, 즉 이른바 하트의 표현대로 사물의 본성에 기인하는 개방 구조(the open texture)라 하는 것들에 직면하여, 법관에게 요구되는 판단양식이 같을 수 있겠는가? 요컨대 베카리아가 묘사한 고전적인 법의 지배의 관념의 사법 영역에의 적용은, 오늘날의 사법 실천에 비추어 엄중하고 창조적인 재해석을 요구하는 개념이 아닐까 하는 것이 이 논고가 제기하는 근본 물음인 것이다.

3.

케인즈 학파를 일구어 냈던 영국의 경제학자 존 메이너드 케인즈의 말처럼 경제학과 경제현상을 이끌어 가는 것은 현상 그 자체가 아니라 현상을 이해하는 틀을 주는 기본적인 아이디어 몇 개이다. 법학과 사법실천의 영역에서도 바로 마찬가지로 통찰이 적용되는데, 이러한 사법영역에서도 법학과 법관의 사법실천은 실정법의 기저에 깔린 근본적인 아이디어 몇 개를 새롭게 이해함으로써 많이 변화할 여지가 있는 것이다. 바로 이러한 작업의 중심에 <법의 지배라는 법의 근본 이념을 사법실천의 분야에서 새롭게 이해하기>라는 주제가 있다. 여기에서 우리는 두 개의 키워드에 주목해야 한다. 하나는 사람이고, 다른 하나는 개념인데, 그것은 최근에 사망한 미국의 법철학자 로널드 드워킨이고, 또다른 하나는 법률해석의 방법론적 도구로서 형평(equity)의 개념이다. 드워킨은 자신의 논문 “정치적 법관들과 법의 지배”⁶⁾에서 법치주의 혹은 법의 지배라는 근본적인 법이념에 관한 두 가지 대조적인 해석학을 인상깊게 전개하는데, 하나는 앞에서 언급한 바처럼 정치사회의 밑바탕에 규칙집형의 사법/행정 공동체의 그림을 깔아 놓고, 사법실천을 그 규칙을 가능한한 최대한 가치중립적으로 적용하는 것으로 보는 방식이고, 다른 하나는 공동체와 개인이 가지는 도덕적인 관계의 그림을 깔아 놓고, 사법실천을 그러한 구도 안에서 <개인이 공동체에 대해 가지는 정치적 권리를 법관이 사법적으로 조형하는 과정>으로 보는 방식이다. 즉 후자의 견해는 기본적으로 공동체와 개인간에 근원적인 도덕적, 실천적 관계가 있다고 설정하고, 법관의 법 판결과정을 (베카리아가 언급한 바와 같은) 폐쇄적인 명제 구조 속에서의 완벽한 삼단 논법이 아닌, 법체계가 그 사회의 도덕성과 정치성에 열려 있는 구조 안에서 공동체가 개인에 대해 갖는 도덕적인 의무를 - 대개는 법원리의 형태로 - 인

6) "Political Judges and the Rule of Law", *A Matter of Principle*, Clarendon Press, 1985, p.9-32, 원출전은 *Proceedings of the British Academy*, 64(1978).

식하는 과정으로 보는 것이다. 여기에서 우리는 법실증주의자들의 전통적인 주장인 법과 도덕, 법과 정치의 분리라는 테제에 직면하게 된다. 즉 법의 지배라는 사법실천의 근본 관념을 드워킨식으로 재해석함에 있어서 법관의 의무를 법과 도덕, 법과 정치의 관계와의 연결 구조하에서 새롭게 설정할 것이 요구된다면, 이것은 곧 실증주의자들의 근본 교리와 대결해야 한다는 점을 의미하는 것이다. 드워킨이 영미 법철학에서 반실증주의의 대표주자로 자리매김하게 된 경우도 바로 이런 이유에서 찾아볼 수 있다. 이제 우리는 실증주의자들의 <규칙집형 Rule Book 테제>에 대항하는 드워킨의 테제를 <정치적 권리 테제 Thesis of political Right>라 명명하고, 드워킨이 하는 이야기를 들어보자.

“...반면에 권리 테제는 적어도 하나의 정치적인 질문은 어려운 사례에 직면한 법관이 반드시 물어야 할 정확히 그것이라고 주장한다. 왜냐하면 그것[권리 테제]이 어려운 사례에서 묻는 궁극적인 질문은 원고가 법정에서 자신이 요구하는 바를 획득할 도덕적인 권리가 [과연] 있는가 하는 것이기 때문이다. 규칙집 [테제]는 이 궁극적인 질문에 대해 연관되어 있는데, [왜냐하면 그것은] 민주주의 하에서 사람들은 입법부가 제정한 권리들을 법원이 실행한 것이라고 하는 데에 관해서 적어도 일차적으로는(*prima facie*) 강한 도덕적 권리를 가지고 있다고 [주장하기 때문이다]...” 7)

4. 권리테제 이해하기

드워킨의 이 진술의 의미는 무엇일까? 우선 실증주의자들의 견해에 대한 드워킨의 해석은 비교적 간명히 이해된다. 삼권분립 하에서 입법부는 사법부에게 법률⁸⁾이라는, 문언으로 이루어진 사법적 결정의 기준을 부여하고, 여기에 사법부는 그 문언에 따라 판단을 내릴 것으로 법수신인 (法受信人)으로서의 국민이 기대를 하고 있으며, 이러한 기대는 국민이 사법부에 대해서 가지는 일반적, 정치적, 도덕적 권리의 일부라는 것이다. <법관은 법의 문언에만 구속되며, 거기에 따라서 판결한다>는 법의 지배의 관념은 이렇게 그 자체로 <국민이 법관에 대해서 가지는 일정한 정치적인 권리>라는 관점으로 이해된다. 드워킨에 의하면 실증주의자들이 내세우는 규칙집 테제는 <법의 지배>의 이념을 바로 이렇게 정치적인 권리의 형태로 재해석함으로써 정당화될 수 있는 것이다. 법의 지배를 사람의 지배에 대한 반대 테제, 더 정확히 말해서는 (베카리아가 이미 위에서 언급한 것처럼) 사람의 자의에 의해서 휘둘리지 않는 <문언 기대로 실행하는 것>으로 이해한다면 법의 지배의 자리에는 법 문언이 부여하는 권리가 그 중심을 차지하게 된다. 결국 법실증주의자들의 규칙집형 테제에 따르면 법해석에 있어서 항상 문언이 그 중심에 놓여야 한다는, 일선 사법실천의 현장에서 법관들이 통상적으로 가지는 자기이해로 소환되는

7) 위의 책, 16쪽. 드워킨은 Thesis of political Right 라는 표현 대신에 “Right Conception”이라는 용어를 선호한다.

8) 정확히 말하면 법률 복합체(Gesetzeskomplex). 즉 개개의 법률들의 내용을 구체화하여 입법부의 위임을 받아 행정부가 만들게 되는 하위의 단계적인 법규 명령들, 이를테면 대통령, 총리령 및 각종 부령과 규칙들, 조례 일체를 모두 포함하는 개념이다. 이렇게 됨으로써 한 나라의 법체계는 거대한 규칙집으로 이루어진 전체라는 그림을 가질 수 있게 된다.

것이다.

여기에서 우리는 독일 법학에서 주로 사용되어온 주관적인 권리(subjektive Rechte)와 객관적인 법(das objektive Recht)이라는 개념쌍에 주목할 필요가 있다. 흔히 이해하기론 객관적 법이란 입법부가 제정한 법, 즉 법률인 반면, 주관적인 권리란 그 법률이 담아내고 있는 것으로써 개인에게 부여된 법적인 힘이다. 예를 들어 민법상의 여러 권리들, 이를테면 법률행위를 통해 계약을 체결할 수 있는 권리, 소유권이나 담보권, 타인이 자신에게 끼친 불법행위에 대한 손해배상의 권리, 유언의 권리, 법정 상속의 권리 등등은 모두 이러한 법률 내용에서 도출되는 주관적인 권리들이며, 이러한 힘은 바로 그 법률의 문언에 그것이 규정되어 있음으로써 나오는 것이다. 여기서 중요한 것은 이러한 의미의 주관적인 권리들은 입법부를 통해 제정되는, 이미 존재하는 객관적인 법에 의해서 주어진다는 사실이다. 즉 권리는 법률 종속적인 형태로 존재한다. 법률이 없으면 권리도 없다.⁹⁾ 권리는 법률로 대표되는 구체화된 법질서의 존재로부터 도출되며, 이러한 법질서 이외의 바깥에서 법정에서 주장할 수 있는 권리를 찾는다는 것은 망상인 것이다!

이러한 견해는 이미 19세기의 대표적 법실증주의자이자 자연권(natural rights)의 반대자, 공리주의자인 존 오스틴과 제레미 벤담이 확고하게 공유하고 있는 것이었으며, 앞서 언급한 법과 도덕, 법과 정치의 분리테제와 함께 법실증주의의 중요한 교리를 구성한다.¹⁰⁾ 이 교리에 따르면 법률 문언의 힘이 소멸된 곳이나 없는 곳, 희미한 곳에서는 소송에 임하는 당사자가 법원에 요구할 수 있는 승소의 권리란 원칙적으로 존재하지 않는다. 법률은 그 자체로 <권리의 외형>을 이루고 있는 것이다. 이러한 사고에는 기본적으로 대표성을 가진 사람들의 숙고를 거친 명시적인 합의와 표결에 의해서만 법률의 내용이 구성되고, 이 법률의 문언을 통해 밝혀지는 내용이 바로 권리를 형성한다는, 근대의 자유주의적 사회 계약론이 그 밑바탕에 깔려 있는 것이다. 이러한 계약주의적 권리관은 기본적으로 권리는 국가와 개인간의 집단 수준에서의 원초적 계약인, 강제력을 가진 법질서의 산물이라는 관념에 기대고 있으며, 이 관념의 근대적 시초점에는 사회계약론의 주창자인 토마스 홉스가 있다. 홉스는 리바이어던에서 다음과 같이 말한다.

“신의계약이 성립되기 전에는 어떠한 권리도 양도된 것이 아니며, 따라서 만인이 만물에 대해 *권리를 가지기 때문에 어떠한 내용도 불의(injustice)가 될 수 없다. 그러나 신의계약이 깨지면 이것을 깨뜨리는 행위는 불법이 된다. [...] 그러므로 정의와 부정의가 존재하기 앞서, 먼저 어떤 강제적 힘이 존재해야 한다. [...] 이 강제력이 하는 일은 신의계약 당사자 양방이 각각의 채무를 이행하도록 평등하게 강제하고, 그들이 보편적 권리를 포기한 대가로 상호계약에 의해 소유권을 확보할 수 있도록 보장하는 것이다.”¹¹⁾

9) 근대 형법의 대원칙인 Sine lege nullum crimen, nulla poena, 즉 <법률이 없으면 범죄도 없고, 따라서 형벌도 없다>는 명제는 이러한 실증주의적인 권리관이 형법 분야에 적용된 특수한 경우라고 볼 수 있다. 여기에서 실증주의 형법관은 자유주의적인 국가관과 만나게 된다.

10) 이 부분은 이른바 '자연권 논쟁'에서 제레미 벤담과 존 오스틴이 차지하고 있었던 비판적 자리의 중심을 이루고 있다. 여기에 대해서는 필자의 논문, “실증주의와 공리주의의 연결고리” 법학논총 2019년 12월호, (제36집), 5절 (462-464면)을 참고하라.

이러한 논의의 흐름에서 알 수 있는 바처럼, 기본적으로 권리의 개념에 관한 법실증주의는 철저하게 제도적으로 언어를 통해 확증된 것 이외에 모든 것을 배척하려는 태도를 지니고 있으며, 이러한 주장의 배경 근거에는 (베카리아와 홉스에서 분명하게 보여지는 바처럼) 사회 계약론이 자리잡고 있고, 이러한 논변들은 독일의 주관적 권리/객관적 법의 구별구도와 정확하게 들어맞고 있는 것이다.

이제 이러한 고전적인 논의를 조금 다른 각도에서 보아보자. 법의 지배의 관념에 대한 실증주의자들의 자기이해, 즉 법률이라는 규칙집의 가치중립적, 도덕중립적, 정치중립적 적용으로써의 사법실천은 현재 우리나라의 법전문가 그룹의 대부분을 구성하는 사람들, 즉 법률가들, 법관들, 법학자들의 자기 이해에도 대략적으로 들어 맞는 이론이라고 볼 수 있다. 판결문의 언어는 형식주의적으로 기술된 법률의 언어에 맞게 최대한 형식적으로 건조하게 작성되어야 하며, 판결의 논리가 다른 정치적, 도덕적, 기타 일반 실천적 담론의 논리와 다르다는 것을 보여주기 위해 판결문 쓰기의 스타일도 차별화되어야 한다. 최대한 일반 국민들의 이해 방식과 멀리 떨어져 있을수록 법의 권위, 판결의 권위는 높아질 것이고, 사법부의 언어와 글쓰기 스타일을 그렇게 유지함으로써 삼권은 분명하게 분리되어 있다는 것이, 명시적으로 보여질 수 있다는 것이다.

5.

이제 우리는 우리나라의 법률가들이 가지고 있는 <법의 지배>라는 근본 관념에 관한 지배적인 자기 이해를, 즉 법실증주의의 규칙집 테제를 어느 정도 묘사함으로써, 이에 대항하는 드워킨의 정치적 권리 테제가 과연 어떤 것이고, 이것이 어떤 실천적인 결과를 가져올 수 있는지를 가늠해 볼 수 있게 되었다. 이러한 작업의 첫번째 단초로써 필자는 독일의 불법행위법에서 다루어진 두 가지 케이스를 가져오고자 한다. 첫번째는 이른바 수혈 케이스라고 불리는 것으로서, 병원에 입원한 어떤 기혼 여성이 병원 측의 실수로 매독균에 감염된 사람의 피를 수혈 받은 사건이다.¹²⁾ 이 여성은 그 이후 선천적인 매독을 가지고 태어난 여아를 출산했는데, 문제는 이 여성이 수혈을 받았을 시점은 부부관계 이전, 다시 말해 이 여성의 자궁에 아이가 착상되기 이전이었다는 점이다. 즉 아이에게는 불법행위가 일어났을 당시 유기체로서의 어떠한 생물학적 베이스도 가지고 있지 않았으며, 말 그대로 아이는 단순한 관념이자 생물학적 가능성으로써만, 즉 ‘부부 관계를 통한 미래의 막연한 생명 가능성’으로써만 존재했을 뿐이다. 소송에서 다

11) 토마스 홉스, 리바이어던(진석용 역), 나남(2008), 194-195면. 여기에서 토머스 홉스의 자연권 개념은 법이라는 강제력이 존재하지 않는 진공 상태에서 타인에 대해 자의에 의한 임의적인 힘 - 즉 폭력 - 을 행사할 수 있는 권리(!)를 뜻하며, 이런 의미에서 벤담이나 오스틴이 말하는 실증주의적인 권리관, 즉 규칙 질서에 의해 주어지는, 일방이 타방에 대해 어떤 것을 요구할 수 있는 힘과 전혀 다른 의미이고, 오늘날 우리가 <권리> 개념 하에 이해하는 바와도 판이하게 다르다.

12) BGH 8, 243 (결정 날짜는 1952년 12월 20일)

뤄진 문제는 이 아이가 병원 측의 불법행위로 인한 선천성 매독환자로 태어난 자신의 피해배상을 병원 측에 요구할 수 있는가 하는 것이었다. 두번째 케이스는 이른바 콩팥 수술 케이스로서 열 세 살의 소녀가 운동 경기중 일어난 사고로 인하여 비장이 파열되는 바람에 비장 제거 수술을 하게 되었는데, 엉뚱하게도 의사가 비장이 아닌 콩팥을 제거해 버린 사건이다.¹³⁾ 공교롭게도 이 소녀에게는 정상인들과 달리 신장이 하나 밖에 없었고, 그 결과 소녀는 신장 기능이 저하되며 급격히 위험한 상태에 빠지게 된다. 아이의 엄마는 이에 지체없이 자신의 신장을 딸에게 이식해 주는 결정을 내리게 된다. 이 사건에서 문제가 되었던 바는 그렇다면 이 엄마는 병원 측에게 자신의 신장 이식 수술에 관한 제반 비용과 미래에 있을 수 있는 수술 부작용등 모든 법적인 책임을 물을 수 있는가 하는 것이었다.

이 두 가지 사례는 어떤 의미에서는 실증주의적 사고의 한계를 시험하는 케이스라고 볼 수 있다. 독일 대법원이 이 사례들을 어떻게 판단했는지를 살펴보기 전에 우선 독일 불법행위법상의 문언조항을 검토해 보자. 독일은 계약론적 자유주의가 강성한 힘을 발휘하고 있던 19세기 후반 입법 당시 불법행위법, 비물질적 손해(immaterielle Schäden) 배상법 분야에서 예견 불투명성, 규범 불확정성으로 인하여 일반 조항적인 입법 형태를 원칙적으로 배제하는 쪽으로 입법을 하였으며¹⁴⁾ 이 결과 다음과 같은 조항을 두게 된다.

제823조 제1항. 고의 또는 과실로 타인(eines anderen)의 신체, 건강, 자유, 소유권 여타의 권리를 침해한 자는, 그 타인에게 그로 인해 발생한 손해를 배상할 의무가 있다.¹⁵⁾

우선 첫번째 사례를 살펴보자. 상고측인 피고는 앞서 언급한 바로 그 논점을 제기했다.

“상고측은 그에 대하여 주장하기를, 현재 사례에서는 823조 제1항은 개념적으로 배제되는 데, 왜냐하면 가해행위의 실행시 원고에게는 상처받지 않은 상태(unversehrter Zustand), 즉

13) BGH 101, 215 (결정 날짜는 1987년 6월 30일)

14) 예컨대 독일 민법 제253조는 비재산적 손해는 오로지 법률에 의해 규정된 경우에 한해서만 할 수 있도록 규정하고 있으며, (독일 민법 제253조: 재산 손해가 아닌 손해에 의해서는 법률에 규정된 사례들에 대해서만 금전적인 손해 배상이 요구될 수 있다.) 이러한 19세기 말의 입법태도로서의 예견 중심주의는 일반적 인격권(allgemeine Persönlichkeitsrecht)를 헌법적으로 승인한 이른바 *soraya 사건의 연방 헌법재판소 판결에서도 그대로 확인된다. 독일의 경우 19세기 중반에는 프라이버시권을 위시한 인격권 침해에 대하여 위자료 청구의 형식으로 비례적이며 포괄적인 보호가 제공된 반면, 이후 민법전의 기초자들은 Otto Gierke, Franz v. Liszt 등 저명한 법학자들의 반대에도 불구하고 이것을 명시적으로 거부하였다고 한다. BVerfG 34, 269. S.270. 참고. 소라야 판결은 이러한 독일 민법전의 기초자들의 입법 태도를 수정해가면서 일반적 인격권을 사법적으로 형성해 나간 과정이라고 볼 수 있다. 이에 반해 일본 민법은 당시 독일 민법을 수용하는 과정에서 이러한 태도를 버리고, 비물질적 손해 배상을 일반적으로 인정하는 원칙 조항을 채택하게 된다. 예컨대 일본 민법 710조는 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 침해한 경우 또는 타인의 재산권을 침해한 경우의 어느 쪽인가를 불문하고 ... 손해 배상의 책임을 지는 자는 재산 이외의 손해에 대해서도 그 배상을 하지 않으면 안된다.” 고 규정하고 있다. (법무부, 일본 민법전, 2011, 301면.) 우리 민법은 의용 민법의 이러한 조항을 재산권에 대한 비물질적 손해 부분을 제외한 나머지 부분을 원칙적으로 수용하여 751조의 규정을 두고 있다. (우리 민법 751조: 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대해서도 배상할 책임이 있다.) *soraya는 페르시아(이란)의 왕비로 지내다가 이혼했는데, 이혼 직후 얼마 안되어 어떤 타블로이드 잡지에 독점 인터뷰가 실렸다. 그러나 이 인터뷰는 실제로 일어나지 않았던 허위였다. Soraya는 이 타블로이드 잡지를 상대로 자신의 인격권의 중대한 침해를 이유로 손해 배상을 청구했는데, 그것은 1,2,3심 모두에서 받아들여졌으며 헌법 재판소가 이 사건을 계기로 헌법소원에 대한 판결의 형태로 일반적 인격권을 승인한 사건이다.

15) 이를 해당되는 일본 민법과 우리 민법 조항과 평행 시켜보면 다음과 같다.

일본 민법 제709조: 고의 또는 과실로 인하여 타인의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 침해한 자는 이로 인하여 생긴 손해를 배상할 책임을 진다. /우리 민법 제750조: 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

손해를 입히는 행위로 인하여 침해될 수 있는 상태란 존재하지 않았기 때문이라는 것이다... 만약 산모의 병으로 인하여 수정란 혹은 태아가 착상 시점부터 병을 가진 상태였기 때문에 이러한 [비침해] 상태가 한번도 존재한 적이 없었다면, [불법행위로 인한] 건강 상태에 대한 개입과 그러므로 나중에 태어나는 아이의 건강에 대한 침해는 도대체 발생할 수 없다는 것이다...” 16)

이 사례의 판결문에도 나와 있지만 어떤 권리가 침해 받기 위해서는 침해될 수 있는 권리가 도대체 존재해야 한다는 것은 자명해 보인다. 예컨대 소유권이 침해 받을 수 있으려면 적법하게 성립된 소유권이 존재해야 하는 것은 자명한 일이다. 그러므로 상고측의 논변은 일견 매우 타당해 보인다. 그러나 이러한 권리들, 아까 언급한 객관적인 법을 전제로 해서만 성립하는 소유권 같은 주관적 권리들과, 삶의 재화들(Lebensgüter)라고 불리는 것들, 예컨대 생명, 신체, 건강 같은 것들이 규범논리적으로 동일하게 취급받을 수 있을까? 이것이 바로 독일 대법원이 가졌던 문제 의식이었다.

„절대권들은 법률에 의해 정확하게 한정되어 있다. 그러므로 예를 들어 소유권이 성립하기 이전에 소유권이 침해 되었다고 하는 것은 개념적으로 불가능하다. 그러나 절대권이나 여타의 권리에 대한 침해에 대한 기본 원칙을 823조에서 보호되는 삶의 재화에까지 전용한다는 것은 기본적인 오류인 것이다. 그러므로 건강침해에 있어서도 침해구성요건에 동일한 제한적 의미가 부여된다는 루돌프 슈미트의 견해는... 배척되어야 한다.“ 17)

그렇다면 여기에서 독일 대법원은 어떤 견해를 폈을까? 그리고 그 견해를 어떤 논거에 의해서 정당화시켰을까? 여기에 대해 언급하기 전에 잠시 눈을 감고 생각해 보자. 이 경우에 과연 태어나면서부터 난치성 질병을 가지고 있는 소녀가, 그에 대한 원인을 제공한 병원 측으로부터 손해를 배상 받을 권리가... 과연 있는 것일까? 아니면 여하튼 병원 측은 법률의 문언 혹은 법리에 내재된 전제논리에 따라 소녀의 요구를 거절할 권리를 가지고 있는 것인가.. 자신 안에 어떤 규범적인 기대지평이 펼쳐 지고 있는지 잠시 음미를 해 본 후 이제 다음을 읽어보자.

“여기에서 거절된 견해[앞의 루돌프 슈미트의 견해]에 대한 [거절]이유는 다음과 같은 점에서 찾을 수 있는데, 즉 이 견해가 823조에서 보호되는 삶의 재화들(Lebensgüter)에 특유한 본질에는 맞지 않는다는 점이다. 이런 재화들은 법질서에 앞서 주어져 있는 것이다. 그것[즉 삶의 재화들]은 사람의 사람다움(Personhaftigkeit)에 대한 표현이자 자연의 일부이고 창조의 일부이다. 그것은 생명의 표현이고 생동하는 것의 본질이며 오로지 그것으로부터 삶은 자신의 내용을 얻게 되는 것이다. 모든 인간은 이러한 삶의 재화들에 대한 권리를 가지며 그러므로 유기체의 성장이 인간의 손에 의해 방해받지 않고 침해되지 않을 권리를

16) 앞의 판례(각주 12.)

17) 위의 판례

가진다. 인간에서 기인하고 자연적인 성장과 발전을 방해하거나 저해하는 모든 탈취나 침해는, [그러므로] 이러한 법익의 침해이다. [...] 법질서는 바로 이러한 점에서 자연현상에 구속된다. 그것[법질서]은 그러므로 자연소여성(Naturgegebenheit)을 지나쳐 갈 수도 없고, 그러서도 안된다. 건강의 침해라고 하는 것은 그러므로 법기술의 논리적인 개념들로 규정될 수 없으며, 건강이라는 삶의 재화가 자연의 창조에 의해 미리 주어져 있는 것처럼, 그것이 일정한 법적 결과에 연결된다면, 법질서에 의해서도 법적으로 유효한 것으로서 인정되어야 한다.¹⁸⁾

여기에서 독일 대법원이 펼치고 있는 규범적인 전망 안에는 어떤 의미에서는 거부할 수 없는 그 무엇이 있다. 그것은 이 사례를 접했을 때 내부에서 일어나는 어떠한 내적인 경험에 상응한다. 그렇다면 그러한 내적인 경험의 실체는 무엇일까? 그것을 어떤 언어로 표시할 수 있을까? 필자는 이것을 “실천적 필연성으로써의 객관성 경험” 이라고 부른다.¹⁹⁾ 이것은 구체적인 사태 안에서 삶에 대한 반성적인 관찰을 하는 사람에게 일어날 수 있는 특수한 당위 경험이며, 사태의 내부에 들어가 있을수록, 사태가 더 구체적일수록, 경험의 담지자가 사태를 포함한 생활세계 전반에 대한 적극적인 의미부여에 더욱 더 가담한 사람일수록 생생히 드러나는, 즉 생기(生起)하는 경험이다. 주목할 만한 것은 이 논변에서는 앞서 언급한 주관적인 권리/객관적 법의 구도를 뛰어넘어, 법질서 이전에 법질서 자체가 구속되어지는 규범적 심급의 존재를 인정하고 있다는 점이다. 계약론적 실증주의자들의 규칙집의 관점을 따른다면, 예컨대 흄스식의 표현대로 정의와 불의, 합법과 불법, 권리와 비권리를 가르는 경계선이 인간의 의지에 의해 세워지는 강제적인 법질서에 의해 주어지는 것이라면²⁰⁾ 이러한 사유는 들어설 자리가 없을 것이다. 이것은 오로지 법과 사법실천을 사회적 실천 일반, 즉 도덕성과 정치성 등 여타의 규범적인 기대지평들과 분리하지 않고 연결지어 고찰할 때에만 가능한 것이다.

6. 드워킨의 권리테제 이해하기

이제 이런 배경하에서 드워킨의 권리테제, 즉 <사법실천의 목적은 공동체와 개인과의 도덕적인

18) 위의 판례

19) 필자는 이러한 규범성의 체험으로서의 객관성 경험의 본질에 대해서 길게 상론한 바 있다. 김형석, “법적 확신의 토대로서의 객관성 경험”, 법과 사회(2019년 4월), 141-197면. 특히 IV 절부터.

20) 정의(Justice) 이전에 정의의 전제조건으로써 강제력의 존재를 설정하는 것은 흄스 이래로 켈젠까지 이어지는 전형적인 실증주의적 사유 구도에 속한다. 정의는 과연 강제력의 구조가 갖추어져 있을 때에만 존재하는 것인가? 오히려 정의는 구체적인 사태의 구조에서 자연스럽게 만들어 지는 내적 경험이 아닐까? (사물의 본성론) 몽테스키외의 표현을 빗대자면, “실정법이 명하거나 금하는 것 이외에는 어떠한 권리나 비권리도 없다고 말하는 것은 “원이 만들어지기 이전에는 모든 지름은 같지 않았다”고 이야기하는 것이 아닐까? 몽테스키외, 앞의 책(각주 3). 26면. *몽테스키외는 <강제적 질서가 없으면 정의도 없다. 즉 자연상태에서는 정의가 존재하지 않는다>는 흄스의 견해에 대해, “실정법이 명하거나 금지하는 것 외에는 정의도 부정의도 없다고 말하는 것은 원이 그러지기 전에는 모든 반경이 같지 않았다고 말하는 것과 같다” 라고 말하면서 흄스를 비판한다. 몽테스키외는 계약론적 실증주의의 대항하여 ‘사물의 본성’론, 즉 사태의 본성에서 주어지는 필연성으로써의 법을 처음으로 주창한 사람이다. 몽테스키외, 위의 책 25면. 사물의 본성론에 관해서는 Gustav Radbruch의 고전적 논문, Die Nature der Sache als juristische Denkform, Darmstadt, 1948. 특히 보론 3. 몽테스키외 편을 참고하라.

관계에서 개인이 공동체에 요구할 수 있는 정치적 권리를 제도적 권리로 조형하는데 있다>는 명제의 의미를 분명히 이해할 수 있다. 이 사례들 안에서 법관은 단순히 인간의 삶에 무관심한, 법의 문언대로의 적용에만 관심이 있는 가치중립적인 관찰자이자 적용자가 아니다. 법관의 역할은 입법부가 제정한 법률을 문언 그대로 혹은 최대한 문언의 의미에 부착되게 적용함으로써 ‘법률의 입’, 즉 입법부와 법률 문언의 시중의 역할에 그치는 것이 아니라, 법관 스스로 법률을 포함하는 법 전체, 즉 <법>이 표현하는 공동체의 도덕성과 정치성의 대표자로서 존재하고 판단하며, 법정 앞에 나온 당사자들에 대해서 형평의 정신에 따라 공동체의 도덕적, 실천적인 확신이 법에 부여하는 바에 따라 결정을 내릴 실천적인 책임을 지고 있는 것이다. 이러한 관점 하에서 비로소 권리의 조형자로서(造形者)의 법원의 사법적 실천의 의미가 온전히 밝혀질 수 있다. 이러한 관점 하에서 왜 독일 대법원이, 그리고 연방 헌법 재판소가, 독일 민법의 창립자들(Founding Fathers)들이 불확정성을 이유로 명시적으로 배제했던 일반적 인격권을 도입함으로써, 허위의 인터뷰로 한 여성으로서의 삶에 돌이킬 수 없는 모욕감을 주었던 상황을 사법적으로 구체화 주었는지 이해할 수 있고, 주관적 권리 이론에 내포된 법도그마틱의 형식논리를 명시적으로 거부하면서까지 병원의 치명적인 과실로 인해 태어나면서 선천적인 질병을 가졌던 여인의 삶에 사법적인 보호를 제공했는지 이해할 수 있고, (앞으로 언급하겠지만) 병원의 실수로 인해 원하지 않는 상황에서 딸의 장애와 함께 자신의 콩팥을 딸에게 이식해 주는 것까지 감수해야 했던 여인에게 병원 측이 책임을 지게 했는지 알 수 있다.

권리테제는 그러므로 법률을 자신의 정치적 책임 하에 해석하고 적용하는 법원의 사법실천이 이러한 정치적, 도덕적 실천의 장이라는 집단적 삶의 의미공간, 해석공간²¹⁾에서 한시도 벗어날 수 없다고 하는 점의 정치적 표현이다. 즉 권리는 실증주의자들의 주장대로 ‘주관적 권리’의 형태로, 즉 일견 법률이라는 규칙집의 내용에 따라 정치/도덕 중립적으로 주어지는 것으로 보이지만, 그것은 - 즉 사법부가 입법부의 지시 내용을 그대로 따른다 함- 실은 법률이 입법부가 입법적 실천을 통해서 제도적 형태로 구현한 (공동체 안의 개인이 공동체에 대해 가지는) 정치적인 권리를 담고 있고, 거기에 대해 사법부 역시 동의를 하고 있기 때문에 나타나는 외관적인 현상일 뿐인 것이다. 즉 권리테제의 입장에서 보면 사법부는 입법부에 기능적으로 종속되어 있는 것이 아니라 실천적 관점에서 동등한 위치에 서서 교호(交互)작용을 하게 되는 것이다.

7. 권리테제와 법적 논증의 방법으로서의 유추: 법원리의 사용

이제 우리의 관심을 전환하여, 법의 지배라는 법이념의 재해석틀로써 권리테제에 대한 정당화를 이 정도로 일추 마무리하고, 구체적으로 법적 논증의 영역에서 권리테제가 어떤 형태로 나타날 수 있는지 살펴보도록 하자.

21) 개개인의 의미부여 활동을 통해 생성되는 집단적 삶의 보이지 않는 내적구조로써의 해석공간에 관해서는 필자의 앞의 논문 (각주19), 특히 178-192면을 읽어볼 것.

먼저 실증주의적인 규칙집의 관념을 대표하는 베카리아의 주장에 따르면 앞서 본 바처럼 사법적으로 올바른 판결은 문언의 의미가 명확한 곳에서 해석을 하지 않고 (혹은 중지하고) 문언 그대로 적용함으로써 법관의 판단재량을 최대한 배제하는 논리를 구성할 때 나타난다. 법률의 목적과 근거를 살피는 것 역시도 법관의 자의를 그만큼 증대시킬 수 있으므로, 최대한 배제되어야 한다.²²⁾ 여기에 대응하여 사법적으로 바람직한 논증은 판결의 전제와 결론을 최대한 삼단 논법에 가깝게 보이게 작성하는 방식이다. 이것은 아마도, 추상적이고 일반적인 법리를 먼저 서술하고 거기에 대해 사태를 맞춰 적어 나가는 우리 법원의 판결문 작성 실무와 구조인 유사성을 가지고 있을 것이다.

반면 권리테제의 관점에서 보면 올바른 판결이란 정치적인 권리의 관점에서 누가 승소의 권리를 가지고 있는가를 법관이 자신의 내적인 반성을 통해 사유해 가는 과정이다. 이 과정에서 핵심적인 것은 자신에게 주어진 사건의 구체적인 맥락에서 자신에게 마치 <날것으로> 생기하는 필연성으로써의 객관성 경험을 인식하고, 그것을 법리 도그마틱의 진공眞空적 내부가 아닌, 선례 혹은 법률이 생활세계 안에 존재하는 의미의 해석공간 속에서 가지는 ‘실천적인 중력’에 비추어 재평가함으로써, 그것을 서로 동조화(synchronizing) 시키는 과정이다.²³⁾ 법관이 자신에게 주어진 사례 속에서 가지는 법적 확신은 바로 이러한 동조화 과정의 결과물인데, 다시 말해 사태 자체에서 자연스럽게 떠오르는(aus der Natur der Sache selbst!) 실천적 필연으로써의 자신의 객관성 경험을 한 축으로 하고, 이러한 의미의 해석 공간에서 존재하는 기존의 법리들, 법규정들, 선례들 속에 체화된 결정 근거들(ratio decidendi) 혹은 법률의 근거들(ratio legis)을 다른 한 축으로 하여, 이 두 종류의 실천적 객관성의 경험들이 상관적으로 결합된 상태가 드워킨이 말하는 “확인하고 조형해야 할 (소송 당사자의) 정치적 권리”의 실체를 구성하는 것이다. 권리테제가 주장하는 올바른 법적 논변 방식은 그러므로 비개방적 법리 체계를 가정하고, 그 내부로부터 도덕/정치 중립적으로 결과가 도출시키는 삼단 논법이 아니라, 구체적 사례 맥락 안의 객관성 경험 안에서 부유하는 이러한 규범적인 토포이(Topoi)들을 빠짐없이 포착하면서 그 실천적 무게²⁴⁾ 까지 정확히 측정하여 잘 짜여진 설득력 있는 내러티브로 보여줄 수

22) 베카리아, 앞의 책(각주 5), 20-22면. “<법의 정신을 고려하라>라는 속담처럼 위험한 것은 없다. 이 속담을 채택하는 것은 제방을 허물고 법을 여론의 흐름에 맡기는 격이다. ... 이리하여 한 시민의 운명이 재판부에 따라 몇 번씩 달라질 수 있음을 본다. ... 법관은 그의 마음에 영향을 미치는 여러 충동들의 우연한 조합을 정당한 법해석으로 간주한다. ... 만일 모든 행위를 판단하는 정의와 부정의 기준이 사실의 문제가 아니라 논쟁의 영역에 남겨진다면, 시민들은 법관, 다시말해 다수의 소압제자에게 예속된다.”

23) 필자는 필자의 박사 논문, “Der Begriff des Rechtsprinzips- im Spannungsverhältniss zwischen dem Positivismus von H.L.A. Hart, John Austin, A. Thibaut und dem Hermeneutismus von R. Dworkin und F. Savigny” 에서 이러한 사법적 판단 형성과정은 이중적인 재구성과 동조화(doppelte Rekonstruktion und Synchronisierung)로 표시하였다. 이러한 방법론은 후속 논문에서 상론할 기회가 있을 것이다. 필자의 학위 논문 전자링크는 다음과 같다.
<https://www.repo.uni-hannover.de/handle/123456789/3596>

24) 드워킨은 무게라는 말 대신 차원(Dimension)이라는 용어도 즐겨 사용한다. Ronald Dworkin, *The Model of Rule I, Taking Right Seriously*, Harvard University Press., 1977. p 26-28. 참조. 미국의 법철학자 프리드리히 사우어는 드워킨의 권리 테제를 한 마디로 다음과 같이 요약한다. “법률의 단어가 명확한 답을 주지 않을 때 판사가 무엇을 하고 어디를 보라봐야 하는지를 결정함에 있어 판사가 가져야 할 목표의 목록에다 정의(Justice)까지 더해 볼 수 있을 것이다. ... 드워킨의 유명한 주장에 따르면 판사는 그런 사건에서 법률을 해석할 때 그 법률이 다른 법률, 다른 사건, 헌법, 광범위한 법원리, 마찬가지로 광범위한 정치 원리와 도덕 원리, 그리고 법의 구김 없는 그물망 내 모든 구성 요소와 가장 잘 부합하도록 해석해야 한다.” 프리드리히 사우어

있는 논변이다.

그런데 권리테제가 요구하는 법적 논변은 일반적으로 법 방법론적인 차원에서는 유추를, 법존재론 차원에서는 법원리를 필요 적절하게 유기적으로 사용하는 논변일 것이다. 왜냐하면 각종의 법규정과 법원의 판결을 통해 생성된 각종의 법리들, 선례들이 생활세계의 해석적 의미 공간안에 놓여 있는 방식 그 자체가 바로 여기서 판결 이유, 혹은 입법의 이유 또는 법률의 근거라고 우리가 부르는 것들이고, 이것이 바로 동조화 과정에서 법관의 내적 경험 안에서 생성되는 규범적 토포이를 구성하는데, 그 규범적 토포이들이 존재방식이 바로 (규칙이 아닌) 원리이고²⁵⁾, 이 원리들이 객관성 경험을 통해 이어지는 방식이 바로 유추이기 때문이다.

이제 이 유추의 방법이란 과연 무엇이며, 그것이 본질적으로 무엇을 겨냥하는지에 대해, 커먼로(Common Law)상의 불법행위법의 한 가지 사례를 통해 알아보기로 하자. 이번에 알아볼 사례는 영국의 사례로서, 정신적 충격에 대한 손해배상에 관한 사건이다. 먼저 사례에 대해 논하기 전에 영국의 사법구조와 법적 논증의 특징을 간단히 살펴보자면 다음과 같다. 영국은 1,2,3심에서 대개는 각각 1,3,5명의 법관이 판결을 내리게 되므로 영국의 대법원(House of Lord)의 경우 보통 5명의 대법관이 판결을 심의하게 된다. 같은 커먼로계 국가이지만 그 원조격인 영국의 노증실무와 미국의 논증실무가 중요하게 다른 점이 하나 있는데, 영국의 경우 5명의 법관 모두가 각자 자신의 이름을 걸고 사법적인 의견을 낸다는 점이다. 이것은 우리 대법원처럼 사건을 심리하는 법원이 통합적으로 의견을 내거나 그렇지 않더라도 다수 의견, 소수 의견, 보충 의견 등등 몇 가지로 갈리는 경우로 나누어 작성하는 미국의 관행과 다른 점이다. 이렇게 다섯 사람 모두가 각자 자신의 견해를 내는데, 그 언어는 “대법관 동료 여러분 (My Lords~)”로 시작하는 구어체이며 법관이 동료 법관의 견해에 찬동하는 의견을 내기도 하고, 자신과 다른 관점을 가진 법관의 견해를 비판하기도 한다. 영국의 판결문 몇 개만 훑어봐도 쉽게 알 수 있는 것은 이러한 판결문이 보통 문어체가 아닌 최종 결론을 내리는 자리의 회의록(Protokol)의 성격을 띄고 있다는 점이다. 그렇기 때문에 후대의 법관이 어떤 과거의 사례에서 그 사례를 결정했던 근거(ratio decidendi)가 무엇인지를 판단하는 것은 그 자체로 판결문 독해자의 고도의 지적 유연성과 창조성을 요구하는 일이다. 왜냐하면 예컨대 3:2로 견해가 갈리는 경우에도 각각의 결정 논거, 즉 결정으로 이른 길들이 다르기 때문에 이 판결을 가능하게 했던 주도 논거가 무엇인가 확정하는 것이 매우 어려울 수 있기 때문이다.²⁶⁾

영국의 판결문의 특징으로 또 한가지 빼놓을 수 없는 것은, 구체적으로 어떤 사태가 일어났는지 매우 자세하게 묘사하고 있을 뿐 아니라, 원고측과 피고측의 변호인의 최종 논변 또한 앞부분에 비교적 상세하게 기술되고 있다는 것이다. 그렇기 때문에 판결문을 읽는 독자의 입장에

(김건우역), *법률가처럼 사고하는 법-법적 추론 입문*, 도서출판 길, 2019, 269면.

25) 법 명제의 존재 형식로서 규칙과 명령, 그리고 원리의 구별에 관해서는 필자의 논문, 규칙, 명령, 원리: 원리로서의 법개념에 관한 세가지 테제, 법철학 연구 제23권 1호(2020.4)를 참조하라.

26) 영국의 사법실천의 논증관행에 관해서는 샤우어의 앞의 책(각주 24), 285-287면 참조.

서는 사실적인 정보의 측면에서 직접 사건을 심리했던 법실무가들과 별반 다르지 않은 위치에서 현 사건의 규범성을 음미해 볼 수 있게 된다.

이제 우리가 살펴볼 것은 드워킨도 자신의 “법의 제국 Law’s Empire”에서 상론한 바 있는 케이스로서 맥러플린(McLaughlin) 사건이다.²⁷⁾ 이 사건에서 맥러플린 부인은 남편과 함께 어린 자녀들을 둔 주부였는데, 남편이 어린 자녀들을 데리고 나갔다가 큰 트럭 두 대의 연쇄 충돌로 인해 교통사고가 나게 된다. 다른 차에 타고 있던 넷째 아들 마이클을 제외하고 모두 큰 부상을 당하게 된다: 남편은 골절상과 쇼크를 입게 되고, 첫째 아들 조지는 머리와 얼굴에 부상을 입으면서 뇌진탕과 양쪽 어깨뼈 골절과 찰과상을, 딸 캐서린은 오른쪽 쇄골 골절과 함께 타박상과 쇼크를, 그리고 세살박이 아들 길리언은 병원으로 옮겨지지 마자 얼마 안돼 사망하게 된다. 맥러플린 부인은 그 당시 사고 현장에서 2마일 정도 떨어진 집에 있었는데 가족이 탄 차가 교통사고가 크게 났다는 이웃의 급보를 듣고 병원으로 달려가 가족들이 고통으로 힘들어 하는 모습을 목격하게 된다. 윌버포스 (Wilberforce)판사는 병원에서 맥러플린 부인이 바라본 그 장면을 아래와 같이 묘사한다.

“...거기서 그녀는 마이클을 보았는데, 그는 길리언이 죽었다고 말했다. 그녀는 복도를 따라 내려갔고 창문을 통해서 캐서린을 보았는데, 그 아이는 얼굴이 베이고 진흙과 오일에 그을려진 채 울고 있었다. 그녀는 조지가 소리치면서 울부짖는 것을 들을 수 있었다. 그리고 그녀는 남편에게로 인도되었는데 그는 손바닥에 자신의 얼굴을 묻을 채로 앉아 있었다. 그의 셔츠는 너털너털한 채로 그의 몸에 걸려 있었고 진흙과 오일로 범벅이 되어 있었다. 그는 부인을 보더니 흐느끼기 시작했다. 그리고 나서 그녀는 조지에게로 인도되었다. 그의 왼쪽 얼굴과 왼쪽 몸 전체가 덮여 있었다. 그는 원고를 알아보는 것 같았고 그대로 혼절하고 말았다...”²⁸⁾

이런 식의 상세한 사태 묘사는 필자가 아는 한, 우리나라와 독일의 법 논증 실무 모두에게 낯선 것이다. 심지어 이러한 묘사는 대륙법계 법률가의 관점에서 본다면 판결문 보다는 마치 소설이나 비극의 내러티브처럼 느껴진다. 그럼에도 불구하고 이러한 묘사가 가진 특징은 생생한 사고의 현장에서 우리나라의 고통을 묘사함으로써, 원고가 가졌을 법한 고통의 크기를, 원고의 내적인 관점에서 간접적으로 체험할 수 있도록 해준다는 것이다. 이를 통해 고통의 크기에 어떤 의미가 부여될 수 있으며, 그러한 의미부여를 통해서 바로 한 사회의 생활세계가 가지고 있는 정신적, 내적인 해석공간이 소환된다. 이제 영국 커먼로에 따라 정신적 충격에 따른 손해 배상에 당시에는 어떠한 법리가 형성되어 있었는지 살펴보도록 하자. 이 사례에서 영국 대법관들이 소환하는 중심적인 선례들이 세 가지가 있었는데, 이것을 간단히 개괄하면 다음과 같다.

☞ 1901년 Dulieu 케이스²⁹⁾: 말 난입 케이스. 한 웨이트리스가 일하던 식당 주방 뒷편으로

27) McLoughlin v O'Brian [1983] 1 A.C. 410

28) 위 판례, p. 418 윌버포스 판사의 스피치 중.

29) Dulieu v. White & Sons [1901] 2 KB. 669

마부의 실수로 말이 난입하는 바람에 웨이트리스가 충격을 받음. (직접 상해를 입지는 않았음). 이러한 충격으로 당시 임신 중이던 원고 유산. 원고 승소.

☞1925년 Hambrook 케이스³⁰⁾: 경사진 길 트럭 (Lorry) 케이스- 햄브룩 부인은 어린 자녀 셋과 함께 좌우가 바뀐 ㄱ 자 형태의 언덕길을 오르고 있었음. 햄브룩 부인이 오르던 그 때 더 위쪽 언덕길에서 트럭 운전사의 잘못으로 시동이 걸린 채 정차되어 있었던 트럭이 언덕길로 미끄러지기 시작함. 아이들은 엄마보다 20~30 미터 앞에서 걸어 올라오고 있었고, 마침 모퉁이를 돌아 엄마의 시야에서 사라진 상태였음. 엄마는 시야에서 아이들이 사라진 직후에 굉음을 내며 트럭이 내려오는 광경을 목격함. 엄마는 패닉에 빠짐. 모퉁이에 놓인 장애물 때문에 엄마는 아이들이 직접 차에 치이는 것을 보지 못함. 엄마는 부랴부랴 위로 올라갔고, 이미 사고현장 주변에 모여 웅성웅성 대고 있는 사람들 중 하나에게 자기 아이들의 인상착의를 말해 줌. 그중 사고 난 아이가 세 아이중 한 명의 인상 착의와 일치한다는 말을 듣고 그대로 기절. 그 이후 충격으로 쇼크사. 부인을 대신한 남편의 정신적 충격으로 인한 손해배상 청구가 받아들여짐.

☞1943년 Bourhill 케이스³¹⁾: 오토바이 사례- 부어힐 부인은 트램에 타고 있다가 내리려던 차였는데 뒤 쪽 30 미터 정도에서 난 굉음을 들으며 깜짝 놀라게 됨. 실은 부인이 내리기 직전 오토바이를 몰던 운전자가 과실로 오토바이가 자동차를 치게 되면서 몇 미터를 달아가 땅바닥에 쳐박히게 되었고, 그 사고로 오토바이 운전자는 과다한 출혈을 동반하는 증상을 입게 되었는데, 부어힐 부인은 이삼십 미터 뒤에 있었던 사고현장으로 가서 땅바닥에 한 사람이 머리에 피가 흥건한 채로 거꾸러져 있는 보고 충격을 받음. 임신 중이었던 그녀는 그 쇼크 충격으로 유산을 하게 됨. 이후 오토바이 운전자를 상대로 자신이 입은 정신적 충격에 대한 손해배상을 청구하였으나 패소.

영국 법관들의 커먼로 논증 실무에서 인상적인 것은 본질적으로 동일한 유형의 사건들을 하나의 계열로 만들고 이러한 계열들 속에서 일정한 규범적인 추체형을 하게 하는 방식이다. 사물과 사태가 더 정확하고 구체화되어 있을 수록, 이러한 계열들 속에서의 규범 경험도 정교하게 된다. 존 오스틴(John Austin)의 말마따나 판결 근거(ratio decidendi)라고 하는 것은 그러므로 그것을 발생시킨 규범적인 사태 자체의 환경과 분리시켜서 이해될 수 없다. 즉, 커먼로에서 판례법(case law)이라고 하는 것은 사물의 본성에 내재한 규범적인 범위(scope)에 묶여 있으며, 그 계열의 범위에 맞게, 너무 일반화, 추상화 되지 않은 중등도 단계의 규칙 혹은 원리의 형태로 존재하는 것이다.

그렇다면 이 경우에 선례구속 원칙에 따라 영국의 대법관들에게 놓여진, 정신적 충격에 대한 손해 배상의 법리(ratio decidendi)는 과연 무엇이였을까? 자기 앞에 주어진, 자신의 결정을 구속한다고 하는, 선대(先代)의 법관들에 의해 만들어진 이러한 제도적·규범적인 소여 앞에서,

30) Hambrook v. Stokes Brothers [1925] 1 K.B. 141

31) Bourhill v. Young [1943] A.C. 92

영국의 대법관들은 어떻게 처신하였는가?

[R: 순수하게 정신적인 충격에 대한 손해 배상, 예컨대 원고가 신체 상해를 입는 등의 물리적 충격을 입지 않은 채 가족이나 지인들의 사고를 직접 목격함으로 인해서 얻은 정신적 충격에 의한 손해 배상은, 사고를 직접 당한 상대방이 원고의 가족 등 혈연관계에 있는 가까운 친지인 경우로 제한되고, 장소 역시 사고 현장에서 직접 있거나(at the scene), 그렇지 않은 경우에도 원고가 사고 여파로(aftermath) 바로 달려온 경우로 제한된다.]

이것이 바로 당시 영국 보통법상 정신적 충격으로 인한 손해배상을 규율하는 법리이자 선례법 case law이었다고 볼 수 있다. 물론 이것이 <법>이라는 사실은 법률에 공식적인 언어로 규정되어 있기 때문에 주어지는 것이 아니라, 법관의 논변에서 해석자의 지성작용을 통해 추출된 바, 일종의 불문법(ius non scriptum)으로 존재하는 것이다. 여기에서 중요한 사실은 선례법에서 법관은 법의 문언이 표시하는 바에 구속되는 것이 아니고, 자신이 법적인 논증에서 해석적으로 조형한 것에 구속된다는 사실이다. 그럼에도 불구하고 다른 선대 법관들의 결정 근거에서 어떤 해석적인 수렴점을 발견하는 것은 비교적 쉬운 일이고, 그것이 일종의 관행처럼 굳어져 위와 같은 형태의 선례가 형성될 수 있는 것이다. 이제 우리는 유추란 무엇이고, 유추는 어떻게 작동하는가에 대해 고찰할 수 있게 되었다. 다시 월버포스 판사의 이야기를 들어보자.

“이러한 발전과정들을 통해서 ... 법원은 전통적인 방식으로, 즉 논리적인 필연성의 기초 위에서 한 사례에서 다른 사례로 움직여 나간다. 만약에 엄마가, 아이를 동반하거나 동반하지 않은 채 자기 자신에게 닥친 공포심 때문에 손해 배상을 받을 수 있다고 한다면, 어떻게 그녀가 동반한 아이에게 닥친 공포로 인한 [그녀 자신의 충격에 대한] 손해 배상이 거부될 수 있겠는가? 만약에 아빠가 자신의 아이가 차에 치는 것을 본 경우 그에 대한 손해 배상을 받을 수 있다면, 만약 [사고 현장을 보지는 못했더라도] 아빠가 바로 인근에 있었고 아이를 구조하기 위해 달려왔을 경우 어떻게 그에게 손해 배상이 거부될 수 있겠는가? 만약에 아내이자 엄마가 그녀의 남편과 아이들에게 닥친 심각한 사고를 목격한 경우에 손해 배상을 받을 수 있다면, 그녀가 [단지 사고현장에서] 몇 마일 떨어져 있었고, 막바로 달려 왔다는 이유로 패소할 수 있겠는가? 내가 보기에 [사고현장의] 직접적인 목격과 소리라는 지점에서 자의적인 선을 긋지 않는 한, 이러한 논변은 정의의 이름으로 위에서 언급한 법리의 확장을 요구하는 것이다. 만약 사람들이 논리적인 추론의 과정을 따라가 본다면, 왜 이 사건의 원고가 승소를 해서는 안되는지 이해하기란 어렵다. ... 그녀의 청구를 들어주는 것은 아마도 이러한 논리적인 진행과정이 허용하는 가장자리 위에 있을지도 모른다. 그러나 사실이 강하고 예외적이며, 내가 보기에 극도로 유비적인(analogous) [이] 곳에서, 즉 그녀의 이번 경우는 과거에 테스트를 통과했던 사례들[즉 선례를 형성했던 사례들]에 동화되어야 한다. ... 한 사실적 상황에서 다른 사실적 상황으로 이행해 가면서 유추에 따라 판단하는 것은 인간과 법적인 마인드가 가지는 자연적인 경향인 것이다.³²⁾

32) 앞의 판례 (각주 27), p.420.

구체적 사태 안에서 동일하게 생기하는 실천적 필연성의 경험, 즉 객관성의 경험에 따라 이렇게 구체에서 구체로 이행해 가면서 사유하는 것, 즉 삶의 천연색의 생생함을 사장시킨 채 과도하게 추상화된 개념의 무채색의 일반성에서 내려오는 것이 아닌, 구체성 안의 객관성 경험 안에 머물면서 실천적으로 사유하는 것. 이것이야말로 법적인 사고의 방법의 일종인 유추의 본질이다. 규범과학의 유추는 실천적 필연성 경험의 동일성 안에서 움직인다는 점에서 유사성과 개연성의 경험을 그 골격으로 하는 자연과학에서의 유추, 즉 A와 A'가 외적으로 유사하니까 A가 가지고 있는 속성인 a 역시 A'에서도 발견될 것이라든, 외적인 유사성에 개연적 추론을 연결시키는 가치중립적인 유추와는 본질적으로 구별되는 것이다.

8. 결론을 대신하는 에필로그

권리테제로 대표되는 해석주의³³⁾가 왜 유추와 법원리의 사용을 법적 논변의 방식으로 요구할 수밖에 없는지는 이로써 그 윤곽의 형태로나마 밝혀진다. 이제 다시 이 글의 모두로 돌아가 보자. 한 국가 공동체가 같은 법을 가지고 산다는 것, 같은 법의 지배하에 놓인다는 것은 어떠한 의미인가? 기능주의적인 권력분립 이론에 따라, 그리고 법실증주의가 해석하는 방식대로 법을 마치 의미론상으로 고정된 규칙집 같은 것으로 보고 그 규칙집이 제시하는 체계 내적 논리에 따라 완전한 삼단논법을 구사하여 결론을 가치중립적/도덕중립적/정치중립적으로 도출해 내는 것이, 즉 정치적, 도덕적으로 면역된 순수 사법적인 결과를 내는 것이 법의 지배의 이념을 가장 잘 실현하는 방식일까? 아니면 해석주의의 제안대로 법을 한 사회의 생활세계에 내포된 해석공간에서 도출되는 정치적, 도덕적 권리들의 총체로 보고 이러한 <보이지 않는 법>을 <보이게 만들어 주는 것>, 마치 하얀색 대리석으로 만들어 졌다고 믿었던 그리스 시대의 조각들이 사실은 천연색의 색깔로 채색되어 있었던 것처럼, 난해하고 추상적인 법률 문언으로 이루어진 세계를 생생한 규범적 직관의 세계 속으로 되돌려 주면서 서로 만나게 하는 것이, 현 시대가 우리에게 요구하는 <법>의 지배의 이념에 부합하는 것이 아닐까? 이러한 질문은 궁극적으로는 우리가 어떠한 종류의 공동체 베이스에 살기를 원하는가에 따라 달라질 것이다. 즉 원자화된 개인이 상호 무관심한 채로 서로 소외된 채, 이익 중심적인 관계에 따라 살아 가는 계약론적 자유주의이거나, 아니면 공동체 안의 의미공간 속에서 호혜적인 자유와 집단적 계몽을 추구하는 연대적 자유주의이거나.

<참고문헌>

김형석, “실증주의와 공리주의의 연결고리” *법학논총* 2019년 12월호(제36집).

김형석, “법적 확신의 토대로서의 객관성 경험”, *법과 사회* (2019년 4월)

33) 필자는 필자의 박사학위 논문에서 실증주의에 대항하는 해석주의를 법이념과 사법실천 일반의 새로운 지향점으로 제시하였다.

김형석, “원리로서의 법개념에 관한 세가지 테제”, *법철학 연구* 제23권 1호(2020.4)

몽테스키외, *법의 정신*(하재홍 역), 동서 문화사, 2016.

법무부, *일본 민법전*, 2011.

베카리아, *범죄와 형벌*(한인섭 역), 박영사, 2006.

이디스 해밀턴, *고대 그리스인의 생각과 힘*(이지은 역), 까치, 2009.

토마스 홉스, *리바이어던*, (진석용 역), 나남, 2008.

프리드리히 샤우어(김건우역), *법률가처럼 사고하는 법-법적 추론 입문*, 도서출판 길, 2019

Gustav Radbruch, *Die Nature der Sache als juristische Denkform*, Darmstadt, 1948.

Hyungsuk Kim, “Der Begriff des Rechtsprinzips- im Spannungsverhältniss zwischen dem Positivismus von H.L.A. Hart, John Austin, A. Thibaut und dem Hermeneutismus von R. Dworkin und F. Savigny”
<https://www.repo.uni-hannover.de/handle/123456789/3596>

Ronald Dworkin, “Political Judges and the Rule of Law” , *A Matter of Principle*, Clarendon Press, 원출전은 Proceedings of the British Academy, 64(1978).

_____ “The Model of Rule I” , *Taking Right Seriously* , Harvard University Press., 1977

<독일 판례>

BGH 8, 243

BGH 101, 215

BVerfG 34, 269 „Soraya “ Urteil

<영국 판례>

Bourhill v. Young [1943] A.C. 92

Dulieu v. White & Sons [1901] 2 KB. 669

Hambrook v. Stokes Brothers [1925] 1 K.B. 141

McLoughlin v O’ Brian [1983] 1 A.C. 410

지방공기업 적용 범위 법적 쟁점

- 대전고등법원 2019. 4. 25. 선고 2018누11195 판결을 중심으로 -

장 호 진 (지방공기업평가원 연구위원, 법학박사, 변호사)

<目 次>

I. 들어가며	2. 임의적용사업
II. 대상판결	3. 지방공사·공단과 대항사업과의 관계
1. 사건의 개요	4. 민간위탁과의 관계
2. 법원의 판결	5. 입법적 개선방안
III. 지방공기업 적용 범위의 법적 쟁점	IV. 검토
1. 지방공기업 적용 범위의 의의와 연혁	

I. 들어가며

공기업에 대한 법적 정의는 현행법 어디에도 존재하지 않다. 헌법재판소는 “공기업이란 국가 또는 지방자치단체 및 그에 의하여 설립된 법인이 사회공공의 이익을 위하여 직접 경영하거나 경영에 참가하는 기업을 말한다.”고 정의하고 있다.¹⁾ 이론적으로는 공기업의 개념요소를 ‘주체’, ‘목적’, ‘수익성’ 등을 기준으로 하여 광의설, 협의설, 최협의설 등으로 구분하여 정의하고 있다.²⁾ 지방공기업은 ‘지역성’이라는 개념요소가 부가되지만 공기업 개념의 연장선상에서 논의가 이루어지고 있다. 일반적으로 지방자치단체가 지배적인 영향력을 갖는 기업으로서 일정한 영리성 또는 기업성을 가지는 사업을 운영하는 기업이라고 말할 수 있을 것이다.³⁾

지방공기업의 설치 및 운영은 지방자치단체의 사무범위에 속한다(지방자치법 제2항 제2호 차목). 지방자치단체는 주민의 복지증진과 사업의 효율적 수행을 위하여 지방공기업을 설치·운영할 수 있고 필요한 사항은 따로 법률로 정한다(지방자치법 제146조). 이에 관한 특별법 중에 하나가 「지방공기업법」이다.⁴⁾

지방공기업의 설립 및 운영의 주된 목적은 ‘주민에 대한 생존배려’이다. 「지방공기업법」 제1조에서는 주민복리의 증진에 이바지함을 목적으로 정하여 이를 확인하고 있다. 하지만, 지방공기업은

1) “국가 또는 지방자치단체가 사회공공의 복리를 증진하기 위하여 개인자본으로는 합리적인 경영을 기대하기 어려운 기간산업이라든가, 성질상 사인에게 경영시키는 것이 적합하지 않은 기본적인 생활수단 또는 국토방위 등에 직결되는 사업을 관리·경영하지 않을 수 없다. 이와 같이 국가 또는 지방자치단체가 사인의 경제생활에 개입하여 그것을 감독·유도할 뿐만 아니라 직접 기업가로서 활동한지는 오래되었고, 이러한 의미에서 “공기업”이란 국가 또는 지방자치단체 및 그에 의하여 설립된 법인이 사회공공의 이익을 위하여 직접 경영하거나 경영에 참가하는 기업을 말한다.”(헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 2001헌바4 결정 등).

2) 김대인, “공기업 개념에 대한 재고찰”, 행정법연구 제33호, 행정법이론실무학회, 2012, 103~110면; 김준규, “우리 지방공기업법의 동향과 전망”, 「공법학연구」 제9권 제2호, 한국비교공법학회, 2008, 47~50면.

3) 김대인, 앞의 글, 117~118면.

4) 이외에도 「지방자치단체 출자출연 기관의 운영에 관한 법률」, 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」, 「지방자치단체 출연연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」이 있다.

수익성도 동시에 추구하여야 한다. 제3조의 경영원칙에서도 기업의 경제성과 함께 공공복리를 증대하도록 운영되어야 한다고 규정하고 있다. 즉, 지방공기업은 공공목적을 수행하면서도 영리경제적 활동을 하는 것이다.

하지만, 지방공기업의 무분별한 사업 확장은 민간경제를 위축시킬 수 있다. 과거 작은 정부를 지향하는 정책에 따라 공공부문의 축소로 지방공기업이 존재 위협을 받기도 하였지만, 공공부문의 역할 강화를 요구하는 현 시점에서는 지방공기업의 사업 확대에 의하여 사경제를 침해하는 문제가 반대로 발생하고 있는 것이다. 이와 관련하여 지방공기업이 수행할 수 있는 사업의 종류를 정하고 있는 「지방공기업법」 제2조의 적용 범위가 문제시된다.⁵⁾ 이 적용 범위를 준수하지 못하는 지방공기업 사업은 법률에 근거하지 않는 사업이며, 민간의 영역을 침해하므로 민간 이양 또는 폐지 대상이 될 수 있기 때문이다.

대상판결은 다양한 쟁점을 포함하고 있지만 지방공사가 독점적으로 수행하고 있는 대행사업이 「지방공기업법」 제2조의 적용 범위를 준수하고 있는지 여부가 쟁점이 된 판결이다. 즉, 지방공기업이 어떠한 사업을 수행하여야 하는지가 본격적으로 쟁점이 된 판결인 것이다. 이에 이하에서는 지방공기업 적용 범위, 지방공사·공단인 대행사업, 지방공기업 적용 범위와 민간위탁과의 관계를 살펴보고 입법적 개선방안과 함께 대상판결을 검토하도록 하겠다.

II. 대상판결

1. 사건의 개요

(1) 대전광역시가 100% 출자하여 설립된 지방공사인 피고보조참가인 대전도시공사는 각 관할 구청장과 청소사업 위탁대행 계약(계약기간 1년)을 체결하여 대전광역시 관내 5개 자치구의 생활폐기물을 수집·운반하고 있다.

(2) 원고는 2014. 7. 9. 대전 E구, B구에서 생활폐기물, 사업장생활계폐기물 수집·운반업을 하기 위하여 피고 대전광역시장에게 폐기물처리사업계획서를 제출하였다. 그러나 피고는 원고의 보완에도 불구하고 2014. 9. 1. 원고에게 폐기물처리사업계획서 부적합 통보를 하였다.⁶⁾ 원고는 피고를 상대로 대전지방법원에 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 1심에서는 공익적 측면에서 피고

5) 김준규, 앞의 글, 56면.

6) 종전 처분의 사유는 ① 폐기물처리사업계획서 검토결과 폐기물 수집·운반·처리에 관한 구체적인 계획 및 수집·운반 차량 확보 계획이 미비하고, ② 공익적 측면에서, ① 피고보조참가인이 대전광역시 전체의 생활폐기물 수집·운반·처리 과정을 직접 책임지고 있는 상황에서 민간업체에 생활폐기물 수집·운반을 대행할 수 있도록 하는 것은 피고보조참가인 설립 취지에 반하고, 장비와 인력 등의 심각한 손실 및 예산낭비를 초래하여 대전광역시 전체 청소행정의 혼란을 초래하며, ④ 재정형편이 나은 자치구에서 받은 대행사업비로 수거운반 일부를 임시로 충당하면서 재정이 열악한 자치구까지 함께 수거하고 있는 현 시점에서 민간업체에게 수거·운반을 대행하게 하는 것은 대전광역시 생활폐기물 수거체계 붕괴로 대전광역시 전체의 수거체계가 마비되어 안정적이고 책임 있는 행정을 수행하지 못하게 된다는 것이다.

의 위 사업계획서에 대해 부적합 통보가 적법하다며 원고의 청구를 기각하였다.⁷⁾ 항소심에서도 각종 폐기물의 종류별·성상별 수집·운반·보관·처리에 관한 구체적인 계획의 미비를 이유로 피고의 처분사유는 적법하다고 보아 결국 원고의 항소를 기각하였고, 그 판결은 확정되었다.⁸⁾

(3) 원고는 2017. 6. 2. 대전 B구에서 생활폐기물 수집·운반업을 하기 위하여 피고 대전광역시시장에게 폐기물처리 사업계획서를 다시 제출하였다. 피고는 원고에게 사업계획서상의 서류를 보완할 것을 요구하였고, 원고는 서류를 보완하여 사업계획서를 다시 제출하였다. 그러나 피고는 2017. 8. 16. 원고의 폐기물처리 사업계획(2차 보완요구에 의하여 다시 작성된 위 사업계획을 이하 ‘이 사건 사업계획’ 이라고 한다)에 대하여 ① 이 사업계획서 내용에 수집·운반 차량 및 차고지 등을 기간 내 확보하여 신청하기에는 상당한 어려움이 있으며 상당기간 내 확보하기 위한 계획이 없고, 생활폐기물을 효율적으로 안정적으로 수집·운반하기 위해서는 사업계획서 내용에 기본적으로 인력, 장비(차량), 차고지, 사무실 확보가 필요할 것이며 회사 자본상태, 수행능력, 노사갈등 해소방안 등이 고려되어야 한다면서 이것이 미흡하다고 지적하였고, ② 대전광역시·자치구·대전도시공사 생활폐기물처리 통합운영 측면에서 대전광역시의 청소행정은 대전도시공사를 기반으로 동일 생활권 내에서 상호 연계성과 효율성을 갖춘 일련의 생활폐기물 처리시스템을 구축하고 있기 때문에 민간 업체들이 새롭게 시장에 진입하는 것은 생활폐기물 처리에 대한 중복투자로 시설이 과다해지는 결과를 초래하며 안정적이고 효율적인 책임행정의 이행을 기대할 수 없고, 대전도시공사가 보유하고 있는 청소장비와 인력이 투입되지 못하는 경우가 발생하게 되면 장비의 운용 및 고용의 안전성 문제 등이 대두되어 일련의 생활폐기물 처리 시스템이 붕괴되는 바 시민 복리증진을 저해하는 결과를 초래하여 대전도시공사를 설립한 취지에 반한다는 이유로 부적합 반려처분을 하였다. 이에 원고는 피고를 상대로 폐기물처리사업계획 부적합처분 취소 소송을 제기하였다.

2. 법원의 판결

1심인 대전지방법원은 피고 대전광역시시장의 생활폐기물 통합운영, 수집·운반차량 확보계획, 인력 확보계획 및 노선별 수집·운반 운영계획에 관한 반려사유 등이 위법하다고 하면서 원고의 청구를 인용하였다.⁹⁾ 2심인 대전고등법원에서도 1심 판단의 일부를 그대로 인용하였고, 추가적인 판단을 통하여

7) 대전지방법원 2014. 5. 20. 선고 2014구합104338 판결.

8) 대전고등법원 2015. 12. 24. 선고 2015누11675 판결. 구체적으로, 항소심인 대전고등법원은 ① 피고가 피고보조참가인만으로 생활폐기물의 수집·운반·처리에 별다른 지장이 없다는 이유로 원고에게 폐기물처리사업계획서 부적합 통보를 하는 것은 실질적으로 허가업체의 수를 유지하거나 독점적 대행권을 유지하는 것이 되어 법령의 목적에 위배되거나 객관적인 합리성과 타당성을 잃은 것으로서 공익적 측면을 이유로 한 처분사유들은 적법하다고 할 수 없고, ② 원고가 사업계획서 제출 단계에서 요구되는 정도의 수집·운반 장비(차량)의 확보계획을 제출하였는데도 생활폐기물 수집·운반 장비 확보계획이 미비함을 이유로 한 처분사유도 적법하다고 보기 어렵다고 하면서도, ③ 각종 폐기물의 종류별·성상별 수집·운반·보관·처리에 관한 구체적인 계획이 미비함을 이유로 한 피고의 처분사유는 적법하다고 보아, 원고의 항소를 기각하는 판결을 선고하였다.

9) 대전지방법원 2018. 5. 11. 선고 2017구합106014 판결.

피고와 피고보조참가인의 항소는 이유 없다고 하면서 원고의 청구를 인용하였다.¹⁰⁾ 대상판결은 대법원의 심리불속행기각으로 확정되었다.¹¹⁾

2심인 대전고등법원에서 본 논문에서 살피고자 하는 쟁점인 「지방공기업법」 제2조의 적용 범위에 관하여 판단하였다. 원고의 주장인 피고보조참가인 대전도시공사가 폐기물처리업을 수행할 수 있는지에 관하여 “지방공기업법 제2조 제1항은 수도사업, 공업용수도사업 등 각호의 어느 하나에 해당하는 사업 중 제5조에 따라 지방자치단체가 직접 설치·경영하는 사업으로서 대통령령으로 정하는 기준 이상의 사업과 제3장(지방공사) 및 제4장(지방공단)에 따라 설립된 지방공사와 지방공단이 경영하는 사업에 대하여 위 적용한다고 규정하고 있고, 제71조 제1항은 지방공사가 국가 또는 지방자치단체의 사업을 대행할 수 있다고 규정하고 있다. …… (생략) …… 위 지방공기업법의 규정 내용과 위 인정사실에 의하여 보건대, 위 지방공기업법 제2조 제1항은 법의 적용을 받는 지방공사 등의 사업을 나열한 것일 뿐, 지방공사가 그 각호 외의 사업을 영위할 수 없는 것으로 한정적으로 해석할 수 없다. 즉, 피고보조참가인은 지방공기업법 제3장에 따라 설립된 지방공사로서 대전도시공사 조례에 따라 청소위생 사업, 지방자치단체가 위탁하는 사업을 수행할 수 있고 피고로부터 생활폐기물수집·운반업 허가를 받았으므로 폐기물처리업을 수행할 수 있다고 할 것이다.” 라고 하였다.¹²⁾

Ⅲ. 지방공기업 적용 범위의 법적 쟁점

1. 지방공기업 적용 범위의 의의와 연혁

지방공기업 적용 범위는 현행 「지방공기업법」 제2조에서 당연적용사업과 임의적용사업으로 분류하여 정하고 있다. 당연적용사업은 공공성 그 자체가 인정되는 사업으로 경상경비 등과 무관하게 지방공기업이 수행할 수 있다. 반면, 임의적용사업은 상대적으로 공공성은 약하더라도 경상경비의 50퍼센트 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업으로 한정하여 최소한의 경제성과 기업성을 갖춘 경우에 지방공기업이 수행할 수 있도록 정하고 있다.¹³⁾ 이 적용 범위는 지방공기업의 사업의 종류를 열거하고 있기 때문에, 공공성과 수익성을 추구하는 지방공기업의 설립 및 운영 목적과 직접적으로 연관된다. 이 조항은 지방공기업 제도의 발전에 따라 지속적으로 개정이 이루어지고 있다.

1969년 제정법 당시에는 지방직영기업의 사업으로 5개 사업인 수도사업(簡易水道事業을 제외한다), 공업용수도사업, 궤도사업, 자동차운송사업, 가스사업으로 정하였다.¹⁴⁾

1980년 개정법에서는 지방자치단체와 별도의 법인격을 갖는 지방공사와 지방공단에 대한 규정을 신설하면서, 지방직영기업, 지방공사, 지방공단에 적용하는 사업으로 종전 5개 사업에 지하도로사업,

10) 대전고등법원 2019. 4. 25. 선고 2018누11195 판결.

11) 대법원 2019. 9. 10. 선고 2019두41263 판결.

12) 인용 부분의 생략은 필자가 기재한 것이다.

13) 지방공기업중개정법률안 검토보고(1998. 12. 국회 행정자치위원회).

14) [시행 1969. 7. 30.] [법률 제2101호, 1969. 1. 29., 제정].

하수도사업, 청소·위생사업, 주택사업, 의료사업, 매장 및 묘지등 사업으로 6개 사업을 추가하여 11개 분야로 확장하였다.¹⁵⁾ 또한, 지방공사·공단의 대행사업에 관한 규정을 신설하였다.

1993년 개정법에서는 당연적용사업과 임의적용사업을 구분하였다.¹⁶⁾ 우선, 주거장사업, 토지개발사업, 시장사업, 관광사업 4개의 사업분야를 추가하였고, 조례가 정하는 바에 적용할 수 있는 사업으로 도축장사업, 통운사업(渡船事業을 포함한다), 자동차터미널사업, 체육장사업, 문화예술사업(公演場, 劇場을 포함한다), 공원사업 5개 사업을 신설하고, 경상경비의 5할 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 임의적용사업 규정을 신설하였다.

1999년 개정법에서는 당연적용사업을 수도사업(簡易上水道事業을 제외한다), 공업용수도사업, 궤도사업(都市鐵道事業을 포함한다), 자동차운송사업, 지방도로사업(有料道路事業에 한한다), 하수도사업, 주택사업, 토지개발사업, 의료사업으로 9개 사업으로 축소하였고, ① 민간인의 경영참여가 어려운 사업으로서 주민복리의 증진에 기여할 수 있고, 지역경제의 활성화나 지역개발의 촉진에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업, ② 당연적용사업 중 대통령령이 정하는 기준에 미달하는 사업 중 경상경비의 5할 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업을 조례가 정하는 바에 지방공기업법을 적용할 수 있다고 임의적용사업 조항을 개정하였다.¹⁷⁾

2004년 개정법에서는 임의적용사업에 「체육시설의설치·이용에관한법률」에 의한 체육시설업 및 「관광진흥법」에 의한 관광사업(여행업 및 카지노업을 제외한다)을 추가하였고,¹⁸⁾ 2005년 개정법에서는 「지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률」의 제정으로 당연적용사업이었던 의료사업을 삭제하였다.¹⁹⁾

2019년 개정법에서는 그동안 지방공기업의 주택·토지 또는 공용·공공용건축물의 관리 등 업무수탁의 법적 근거가 명확하지 아니하여 해당 업무를 「부동산투자회사법」에 따른 자산관리회사에 위탁·수행함으로써 위탁비용 등 각종 비효율이 발생하였는바, 지방공기업이 주택·토지 또는 공용·공공용건축물의 관리 등의 업무를 직접 위탁받아 수행할 수 있도록 당연적용사업에 주택(대통령령으로 정하는 공공복리시설을 포함한다)·토지 또는 공용·공공용건축물의 관리 등의 수탁사업을 당연적용사업에 추가하였다.²⁰⁾

현행 지방공기업의 적용범위인 대상사업과 사업의 규모는 아래와 같다.

구분	적용대상사업 및 사업규모
당연적용사업 (제2조 제1항)	1. 수도사업(마을상수도사업 제외) : 1일 생산능력 1만톤 이상 2. 공업용수도사업 : 1일 생산능력 1만톤 이상 3. 궤도사업(도시철도사업을 포함) : 보유차량 50량 이상 4. 자동차운송사업 : 보유차량 30대 이상 5. 지방도로사업(유료도로사업만 해당) : 도로관리연장 50킬리미터 이

15) [시행 1980. 1. 4.] [법률 제3233호, 1980. 1. 4., 일부개정].

16) [시행 1993. 4. 1.] [법률 제4517호, 1992. 12. 8., 일부개정].

17) [시행 1999. 4. 1.] [법률 제5708호, 1999. 1. 29., 일부개정]

18) [시행 2005. 3. 31.] [법률 제7260호, 2004. 12. 30., 일부개정]

19) [시행 2005. 9. 14.] [법률 제7589호, 2005. 7. 13., 타법개정]

20) [시행 2020. 6. 4.] [법률 제16664호, 2019. 12. 3., 일부개정]

	상 또는 유로터널·교량 3개소 이상 6. 하수도사업 : 1일 처리능력 1만톤 이상 7. 주택사업 : 주택관리 연면적 또는 주택건설 면적 10만평방미터 이상 8. 토지개발사업 : 조성면적 10만평방미터 이상 9. 주택(대통령령으로 정하는 공공복리시설을 포함)·토지 또는 공용·공공용건 축물의 관리 등의 수탁 : ‘대통령령으로 정하는 공공복리시설’이란 수탁 대상 주택의 기능발휘와 이용을 위하여 필요한 부대시설과 편의시설로서 공원·녹지·주차장·어린이놀이터·노인정·관리시설·사회복지시설과 그 부대시설, 문화·체육·업무 시설 등 거주자의 생활복리를 위하여 필요한 시설
임의적용사업 (제2조 제2항)	◦ 경상경비의 50퍼센트 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업을 지방직영기업, 지방공사 또는 지방공단이 경영하는 경우에는 조례로 정하는 바에 따라 적용 가능 1. 민간인의 경영 참여가 어려운 사업으로서 주민복리의 증진에 이바지할 수 있고, 지역경제의 활성화나 지역개발의 촉진에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업 2. 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업 중 같은 항 각 호 외의 부분에 따라 대통령령으로 정하는 기준에 미달하는 사업 3. 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」에 따른 체육시설업 4. 「관광진흥법」에 따른 관광사업(여행업 및 카지노업은 제외한다)

이 지방공기업 적용 범위와 관련하여 논란이 되는 것은 임의적용사업의 해석이다. 이에 대해서는 목차를 달리하여 검토하겠다.

2. 임의적용사업

임의적용사업과 관련하여 「지방공기업법」 제2조 제2항 본문에서는 “지방자치단체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업 중 경상경비의 50퍼센트 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업을 지방직영기업, 지방공사 또는 지방공단이 경영하는 경우에는 조례로 정하는 바에 따라 이 법을 적용할 수 있다.” 고 하면서 체육시설업 등 4개의 사업을 각 호에서 열거하고 있다. 즉, 임의적용사업에 해당하기 위해서는 ① 경상경비의 50퍼센트 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업이어야 하며, ② 조례로 정하여야 하고, ③ 임의적용사업 각 호 중에 어느 하나에 해당하여야 한다.

(1) 경상경비의 50퍼센트 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업

경상경비의 50퍼센트 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업이어야 한다. 경상경비의 50퍼센트, 이 경상수지비율은 기업 등이 일상적으로 하는 거래에서 수입을 지출로 나눈 값을 의미한다. 지방공기업의 지급 능력과 변제 능력을 나타내는 지표를 기준으로 재정의 부실화를 방지하기 위함이 목적

이다. 하지만, 여기서 경상수지의 50퍼센트의 충족여부를 개별 사업별로 보아야 하는지 아니면 지방공기업의 전체 사업을 기준으로 적용하여야 하는지가 문제시된다.

법제처는 “경상경비의 50퍼센트 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업”에 해당하는지를 판단함에 있어서 경상수지비율은 지방공사·공단이 경영하는 개별 사업을 기준으로 판단하여야 한다고 하였다.²¹⁾ 감사원에서는 지방공단 사업별로 경상수지 5할 기준을 적용하여야 한다는 입장이나, 행정안전부는 사업별이 아닌 전체사업을 기준으로 5할 충족여부를 판단한다고 해석하고 있다고 한다.²²⁾

법률문언을 엄격히 해석한다고 한다면, 법제처, 감사원과 같이 개별 사업 단위로 보는 것이 타당하다고 볼 수 있다. 하지만, ‘사업’을 어떻게 개념을 정의하느냐에 따라 경상수지비율은 자의적으로 결정될 수밖에 없다. 「지방공기업법」에서는 사업 개념을 별도로 정의하고 있지 않으며, 다른 법에서도 사업을 구체적으로 정의하고 있지 않다. 표준국어대사전에서도 사업(事業)을 “어떤 일을 일정한 목적과 계획을 가지고 짜임새 있게 지속적으로 경영함. 또는 그 일.”이라고 포괄적으로 정의하고 있을 뿐이다. 「지방공기업법」 제2조의 다른 사업을 고려하여도 사업의 범위는 명확하지 않다. 예컨대, 체육시설업의 경우에는 특정 체육시설에 한정하는 것인지 아니면 복수의 체육시설을 말하는 것인지 명확하지 않다. 아래에서 구체적으로 살펴볼 지방공사·공단이 수행하는 대행사업의 경우를 고려하면 더욱 그러하다. 대행사업은 위탁계약에 따른다고 규정하고 있으므로, 위탁계약에서 정한 위탁대상이 사업의 범위로 볼 수 있다. 그렇다면 경상경비의 50퍼센트 이상을 경상수입으로 충당할 수 없는 A사업은 그 자체로는 요건을 충족할 수 없지만, 경상수입이 확보된 B사업과 함께 위탁대상의 사업으로 위탁계약에서 정한다고 한다면 임의적용사업의 요건을 충족할 수도 있을 것이다. 즉, 임의적용사업의 사업의 개념은 동태적이며 상대적이기 때문에 경상수지비율은 자의적으로 결정될 수 있는 것이다.²³⁾

또한, 위 규정은 지방공기업의 경영자율성을 침해하고 본연의 지방공사·공단의 역할을 제한하는 규정으로 작용할 수 있다. 상당한 수익성이 확보된 자체사업을 수행하는 지방공사가 수익성이 없더라도 주민의 복리증진을 위하여 개별 특정사업을 수행하고자 하더라도 경상수지비율을 확보하지 못하면 수행할 수 없게 된다.

경상경비의 판단 주체도 지방자치단체인지 지방공기업인지가 불명확하다. 「지방공기업법」 제2조 제2항 본문의 주어는 ‘지방자치단체’이다. 지방자치단체의 입장에서 경상경비의 50퍼센트 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업을 지방공기업이 수행토록 할 수 있다고 읽혀질 수 있는 것이다. 그렇다면, 지방자치단체의 입장에서 경상경비의 50퍼센트 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업이 아닌 한 지방공기업은 수행할 수 없게 된다. 하지만, 지방공기업은 다양한 경영 기법들을 통하여 지방자치단체와 달리 자율적으로 수입 증진을 위한 사업을 수행할 수 있다는 점이 고려되어야 한다.

21) 법제처 안전번호 13-0435, 회신일자 2013. 12. 26.

22) 지방공기업평가원, “지방공사·공단 구분기준 검토”, 2012. 6.

23) 노동법에서는 사업을 네트워크 속에서 어떤 자리에 배치되는지에 따라서 정의된다는 ‘동태적(動態的) 사업 개념’ 또는 ‘상대적 사업 개념’으로 보아야 한다는 견해가 유력하게 제시되고 있다. 즉, 사업은 기업 그 자체(하나의 기업으로 나타나는 사업)일 수도 있지만, 기업의 하부 단위(하나의 기업을 구성하는 복수의 사업) 또는 기업의 상부 단위(복수의 기업으로 구성되는 하나의 사업)일 수 있다(박제성, “사업개념의 재검토 : 가능태로서의 사업”, 「노동법의 존재와 당위 : 김유성 교수 정년 기념논문집」, 박영사, 2006; 박은정, “산재보험법상 사업의 개념”, 월간 노동리뷰 2015. 7월호(통권 제124호), 한국노동연구원, 2015 등 참조).

(2) 조례로 정함

임의적용사업을 지방공기업이 경영하는 경우에는 조례로 정하여야 한다. 해당 사업의 수행 주체가 지방공기업이라고 조례로 정하여야 한다는 것이다.

지방자치단체는 헌법상 자치입법권이 인정되고, 법령의 범위 안에서 그 권한에 속하는 모든 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있고, 조례는 선거를 통하여 선출된 그 지역의 지방의원으로 구성된 주민의 대표기관인 지방의회에서 제정되므로 지역적인 민주적 정당성까지 갖게 된다.²⁴⁾ 또한, 조례의 제정 과정에서 「행정절차법」 제43조의 입법예고를 통하여 조례안의 취지와 주요 내용을 미리 주민에게 알려 이에 대한 주민의 의견을 수렴하여 이를 반영하는 등 자치사무의 민주화를 기하고 실효성을 높여 궁극적으로 지역사무 수행의 효율화를 도모할 수 있다.

지방자치단체 사무의 수행 주체 결정은 지역 경제활동에 중요한 지위를 차지하며, 지방공기업의 수행은 사경제와의 충돌 등의 원인이 될 수 있으므로 민주적 정당성의 확보는 필수적이다. 이 같은 이유로 대부분의 지방공기업 설립 및 운영 조례에서는 사업 조항에서 수행 가능한 사업의 종류를 명시하고 있고, 지방공기업 설립 및 운영 조례에서 정함이 없는 경우에도 개별 조례에서 지방공기업을 대행 또는 위탁 사업의 주체로 정하고 있다.²⁵⁾

예외적으로, 「서울특별시 서울시설공단 설립 및 운영에 관한 조례」에서는 지방공단인 서울시설공단의 수행 사업을 구체적으로 정하고 있지 않고, 시장의 승인을 얻어 국가, 지방자치단체 또는 그 밖의 위탁자의 사업을 대행할 수 있으며 원칙적으로 서울특별시의회의 의결을 받아야 한다고 규정하고 있다.²⁶⁾ 비록 지방의회의 심의·의결을 받는다고 하더라도 사업의 종류를 조례로 명시하지 않음으로 인하여 주민에 대한 예측가능성에 반한다는 점 등에서 민주적 정당성과 투명성에 반하는 것이고 지방공기업을 지방자치단체의 용역기관으로 취급하여 전문성 축적을 저해하는 요인으로 작용할 수 있다. 이러한 조례는 「지방공기업법」 제2조 제2항 본문에 부합하지 않으므로 개정이 요구된다.

(3) 민간인의 경영 참여가 어려운 사업

임의적용사업 중 하나가 “민간인의 경영 참여가 어려운 사업으로서 주민복리의 증진에 이바지할

24) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2002헌바76 전원재판부 결정.

25) 예컨대, 세종특별자치시 시설관리공단의 설립 및 운영 조례인 「세종특별자치시 시설관리공단 설립 및 운영에 관한 조례」 제19조에서는 ① 은하수공원 및 공설봉안당·공설묘지의 관리·운영사업, ② 주차시설(조치원읍 주차타워, 조치원읍 전통시장 주차장)의 관리·운영사업, ③ 공동구의 관리·운영사업, ④ 행복아파트의 관리·운영사업, ⑤ 세종고용복지+센터의 관리·운영사업, ⑥ 환승주차장의 관리·운영사업, ⑦ 제1호부터 제6호까지의 규정에 해당하는 시설의 부대사업, ⑧ 그 밖에 시장이 필요하다고 인정하는 위탁사업을 수행한다고 정하고 있다. 그리고 「세종특별자치시 폐기물 관리 조례」 제17조2에서는 “시장은 종량제 물품의 유통·판매를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 개인·단체(이하 “민간대행자”라 한다) 또는 세종특별자치시 시설관리공단에 위탁할 수 있다.”고 하여 종량제 물품의 유통·판매 기관 중에 하나로 세종특별자치시 시설관리공단을 정하여 사업범위를 개별 조례에 정하고 있다.

26) 「서울특별시 서울시설공단 설립 및 운영에 관한 조례」 제19조.

수 있고, 지역경제의 활성화나 지역개발의 촉진에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업”이다(지방공기업법 제2조 제2항 제1호). 지방공기업은 당연적용사업 또는 임의적용사업에서 구체적으로 명시된 사업 외에 사업을 수행하기 위해서는 이 호를 근거로 한다. 이 호는 “민간인의 경영 참여가 어려운 사업”을 전제로, “주민복리의 증진에 이바지할 수 있고, 지역경제의 활성화나 지역개발의 촉진에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업”일 것을 요구한다. 하지만, 이 규정은 실재에 부합하지 않으며 불명확한 조항이다.

첫째, “민간인의 경영 참여가 어려운 사업”이 무엇을 의미하는지 논란이 될 수밖에 없다. 이미 다수의 공공적 성격의 사무에 대하여 민간이 참여하고 있으며 지방공기업은 민간과 경쟁 관계에 있기도 하다. 그리고 민간인의 ‘경영 참여’가 자본 등의 참여를 말하는 것인지 아니면 경영자로서의 참여인지도 불명확하다. 민간인의 경영 참여가 어렵다는 것이 경제성의 문제인지 공공성의 문제인지도 명확하지 않으며, 어려움이라는 것도 결국 상대적인 것에 불과하다. 즉, 명확성의 원칙에 반한다. 행정안전부는 ‘지방공기업 설립·운영 기준’에서 민간의 경영참여가 곤란한지 여부를 개별사업별로 검토할 수 있도록 ‘시장성 테스트 체크리스트’를 제시하고 있다.²⁷⁾ 시장성 테스트는 크게 공공성과 경제성 두 가지 지표를 통하여, 공공성이 낮으면서 민간부문에서 활발하게 이루어지고 있다고 판단되는 사업의 경우 민간이양을 추진하도록 정하고 있다.²⁸⁾ 하지만, 이 체크리스트에서는 10가지의 리스트를 제시하고 10가지 중 어느 하나를 만족할 경우 적정사업에 해당한다고 하지만, 민간의 참여가 적절한지 여부만을 주되게 판단하고 있을 뿐 민간인의 경영 참여가 어려운 사업이 무엇인지에 대해서는 구체적으로 정하고 있지 않다.²⁹⁾

둘째, “주민복리의 증진에 이바지할 수 있고, 지역경제의 활성화나 지역개발의 촉진에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업”이어야 한다는 것도 문제이다. 지방공기업이 수행가능한 사업은 ① 주민복리의 증진, ② 지역경제의 활성화 또는 지역개발의 촉진을 모두 충족하여야 한다. 하지만, 주민복리의 증진, 지역경제의 활성화, 지역개발의 촉진은 모두 추상적인 개념이거나 명확한 개념이 아닌 정책의 목표에 해당한다는 점에서 해석상 논란이 될 수 있다. 극단적으로, 현행 거주 중인 주민복리 증진을 위한 사업이 오히려 장기적으로 지역경제의 활성화 또는 지역개발의 촉진에 반하는 경우도 충분히 있다. 해당조문 역시 불확정개념으로 명확성의 원칙에 반한다.

3. 지방공사·공단의 대행사업과의 관계

27) 행정안전부, 지방공기업 설립·운영 기준, 2017.12.27., 14면.

28) 행정안전부 보도자료, “골프장·목욕탕 등 23개 지방공기업 사업, 민간으로 넘긴다”, 2015. 9. 24.

29) ① 다른 법령에 의해 지방공기업이 할 수 있는 사업으로 인정되는 사업, ② 공공시설물의 관리·운영, ③ 주민의 일상생활 또는 주민복리와 연관된 필수불가결한 재화나 서비스를 제공하는 사업으로, 지역에서 민간참여가 제대로 이루어지고 있지 않은 사업, ④ 민간에 맡길 경우 난개발, 독과점, 사행심 조장, 환경훼손, 안전문제 등 심각한 부작용이 예상되어 공공부문에서 공급하는 것이 바람직한 사업, ⑤ 취약계층의 복리증진을 주된 목적으로 하는 사업, ⑥ 지역 내 특수자원, 상품 등을 활용하여 지역발전을 도모하는 것을 주된 설립 목적으로 하는 공사·공단의 경우 그 목적 달성에 직접 기여하는 사업, ⑦ 국가체육행사 관련 시설 및 주민의 공적 수요가 많아 공공 필요성이 인정되는 체육시설의 관리·운영 사업, ⑧ 하수처리시설, 소각시설 등 기피시설 관련 갈등 해소 또는 보상 차원의 사업, ⑨ 지역관광 활성화를 위한 복합사업 중 초기사업, ⑩ ①~⑨ 사업의 가능 발휘와 이용을 위해 수반되는 사업 중 1개 이상 만족 시 적정사업에 해당함.

(1) 대행사업의 의의와 법적 성질

지방공사·공단은 국가 또는 지방자치단체의 사업을 대행할 수 있으며, 이 경우에 필요한 비용은 국가 또는 지방자치단체가 부담하고(지방공기업법 제71조 제1항 및 제76조 제2항), 사업을 대행하고자 하는 때에는 위탁계약에 의한다(지방공기업법 시행령 제63조 제1항). 즉, 지방공사·공단은 기관 고유의 자체사업뿐만 아니라 지방자치단체 사무를 대행사업의 형태로 수행한다.³⁰⁾

위탁이란 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 다른 행정기관의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말한다(행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제2조 제2호). 반면, 대행에 대해서는 위탁과 달리 일반규정이 없기 때문에 독자성 인정 여부, 위탁과의 구별 등을 둘러싸고 다양한 견해가 제시되고 있다.³¹⁾ 법제처 등은 ‘행정업무의 대행(代行)’이란 행정기관이 법령상의 업무를 대행기관으로 하여금 사실상 행하게 하되, 그 명의를 원(原) 권한자인 행정기관으로 하고 책임도 원 권한자인 행정기관에 귀속되도록 하는 것을 말한다고 정의하고 있다.³²⁾ 즉, ‘위탁’은 행정기관의 법령상 권한의 일부를 이전하여 수탁자가 자기의 권한으로 행사하는 반면, ‘대행’은 대행자가 원 권한자인 행정기관의 명의로 업무를 수행하고 그 법률적 효과도 행정기관이 직접 행사한 것으로 취급하므로 차이가 있다는 입장이다.

법제처는 지방공사·공단이 「청소년활동 진흥법」 제11조에 따라 지방자치단체에서 설치한 청소년수련시설의 운영을 대행할 수 있는지에 관하여, 행정업무의 대행은 권한이 이전되는 위임·위탁과는 달리 행정청의 명의로 책임으로 권한을 행사하되 실제적인 업무는 대행기관이 수행하도록 하는 것으로서 법적인 권한의 귀속 자체가 변경되는 것은 아니라고 하면서, 업무의 성질상 대행이 가능하다면 지방자치단체가 직접 그 업무를 수행하는 대신 대행의 방식으로 청소년수련시설을 운영할 수 있다고 하였다. 그리고 「지방공기업법」 제71조 제1항 및 제76조 제2항에서는 지방공사와 지방공단이 지방자치단체의 사업을 대행할 수 있다고 규정하고 있는바, 지방공사·공단은 각각 해당 지방자치단체의 조례 등으로 정하는 바에 따라 지방자치단체가 수행하여야 할 공공시설 및 시설물의 관리·운영이나 지방자치단체의 사업을 대행할 수 있다고 하였다.³³⁾ 즉, 지방공사·공단의 대행사업 수행의 개념에 관하여 위탁과 구별하고 있다.

하지만, 고속국도에 관한 도로관리청의 업무를 대행하는 한국도로공사에 대해서는 고속국도의 도로관리청으로 의제하는 조항에 따라 ‘대행’의 명칭에도 불구하고 위임 또는 위탁과 그 성질에서 차이가 없다고 볼 수 있다.³⁴⁾ 개별 법령의 규정에 따라 ‘행정업무의 대행’은 달리 해석될 수 있는

30) 지방공사는 자체사업, 지방공단은 지방자치단체의 대행사업을 수행하는 기관이라는 것이 전통적인 입장이었지만, 지방자치단체의 변화된 환경은 지방공사의 경우에도 다양한 대행사업을 수행하고 있으며 지방공단도 자체 사업을 수행하는 등의 변화가 이루어지고 있다.

31) 이상수, “행정사무의 대행에 관한 행정법적 고찰”, 서울법학 제24권 제4호, 2017, 258~261면; 이종교, “행정사무의 민간위탁과 대행시 부가가치세 과세에 대한 고찰”, 저스티스 통권 제177호, 2020, 358~361면 등.

32) 법제처, 법령입안심사기준, 2019, 461면; 최철호, “행정권한의 민간위탁에 관한 법적기준의 설정과 방향”, 법학논총 제20집, 숭실대학교 법학연구소, 2008, 273면 등.

33) 법제처 안전번호 17-0034, 회신일자 2017. 3. 6.

것이다. 대법원도 서울특별시장과 지방공사인 SH공사 사장 사이에 체결된 서울특별시 도시개발사업 대행계약서 등에서 택지개발촉진법에 의한 택지개발사업을 대행사업으로 정하고 있지만, 서울특별시가 사업시행자가 된 택지개발사업과 관련하여 이주대책 대상자라고 주장하는 자들이 피고 공사 명의로 이루어진 이주대책에 관한 처분에 대한 취소소송을 제기함에 있어 정당한 피고는 피고 공사가 된다고 하여 위탁의 성질을 가진다고 판결하기도 하였다.³⁵⁾ 또한, 지방공사·공단이 지방자치단체와 위탁계약에 따라 대행사업으로 수행하는 행정재산의 관리에 대하여 「공유재산 및 물품 관리법」 제27조 제1항에 따른 ‘관리위탁’으로 본 하급심 판결도 있다.³⁶⁾

지방공사·공단의 대행사업의 법적 성질은 법제처가 제시한 바와 달리 일률적으로 위탁과 구별되지 않는다. 대행사업은 지방자치단체와 지방공사·공단의 위탁계약에 의한다(지방공기업법 시행령 제63조 제1항). 위탁과 대행의 법적 개념을 법제처는 구별하지만, 대행사업을 위탁계약에 따른다고 규정하여 법률 규정 자체에서 논란의 소지를 정하고 있는 것이다. 위탁계약에 의하므로 지방공사·공단의 권한과 책임 아래 사업을 수행하게 되며, 이러한 경우 지방공사·공단의 명의로 사업을 수행하게 된다. 실제 다수의 지방공사·공단은 지방자치단체의 명의를 아니라 자신의 명의로 대행사업을 수행하고 있다. 공공서비스의 수혜자인 주민들의 입장에서는 사업 수행의 주체를 지방공사·공단으로 여길 수 있는 것이다. 대행자가 자신의 명의로 행정사무를 수행하면 그것은 이미 위탁의 개념에 가깝다고 볼 수 있다.³⁷⁾ 법제처의 대행 개념을 고수한다면 행위자(대행자)와 귀속자(행정기관)이 분리되므로 주민들 입장에서는 누가 당사자인지 혼란이 발생할 수 있으며 책임소재 역시 불명확해질 수 있는 한계도 있다.³⁸⁾ 예컨대, 지방공사·공단의 대행사업과 관련하여 소송 등을 제기할 경우에 누구를 대상으로 할 것인지 등에 대하여 주민의 입장에서는 판단 자체가 쉽지 않을 수 있는 것이다. 요컨대, 지방공사·공단의 대행사업은 지방공기업법 자체의 모호성으로 인하여 일률적으로 법제처가 정의하는 대행 개념으로 볼 수 없으며 사업에 따라 적용되는 개별 법령에 따라 실질적으로 ‘위탁’으로서의 법적 성질을 가지는 경우도 있는 것이다.

(2) 대행사업과 지방공기업 적용 범위의 관계

지방공기업 적용 범위, 즉 지방공기업이 수행하는 사업의 종류를 「지방공기업법」 제2조에서 규정하고 있지만, 지방공사·공단의 대행사업은 별도 조문인 「지방공기업법」 제71조에서 규정되어 있다

34) 도로법 제112조(고속국도에 관한 도로관리청의 업무 대행) ① 국토교통부장관은 이 법과 그 밖에 도로에 관한 법률에 규정된 고속국도에 관한 권한의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 한국도로공사로 하여금 대행하게 할 수 있다.

② 한국도로공사는 제1항에 따라 고속국도에 관한 국토교통부장관의 권한을 대행하는 경우에 그 대행하는 범위에서 이 법과 그 밖에 도로에 관한 법률을 적용할 때에는 해당 고속국도의 도로관리청으로 본다.

③ 국토교통부장관은 제1항에 따라 한국도로공사로 하여금 업무를 대행하게 하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 업무대행수수료를 지급할 수 있다.

35) 대법원 2007. 3. 23. 선고 2005두3776 판결. 해당 판결의 평석으로는, 임영호, “에스에이치공사 명의의 이주대책 관련 처분에 대한 취소소송의 정당한 피고”, 대법원관례해설 제73호, 법원도서관, 2007.

36) 서울동부지방법원 2007. 89. 10. 선고 2006가합15463(본소), 2007가합2518(반소) 판결 등.

37) 이종교, 앞의 글, 362면.

38) 이종교, 앞의 글, 362면.

(지방공단은 제76조 제2항에 따라 준용). 이에 지방공사·공단이 「지방공기업법」 제2조의 적용 범위와 관계없이 지방자치단체와의 위탁계약을 체결하여 대행사업을 수행할 수 있는지 문제시 된다. 특히, 지방자치단체는 민간위탁 등으로 수행하던 사업을 대행사업으로 전환하여 지방공사·공단에게 맡길 수 있으므로 민간부문과의 충돌의 원인이 되고 있다.

법제처는 대행사업도 「지방공기업법」 제2조 사업 범위에 해당하여야 한다는 입장이다. 지방공단이 「지방공기업법」 제2조 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업 중 경상경비의 50퍼센트 이상을 경상수입으로 충당할 수 없는 사업을 대행할 수 있는지에 관하여, 제76조 제1항에서는 지방공단의 설립 목적을 제2조의 사업을 효율적으로 수행하기 위한 것으로 규정하고 있으므로 지방공단은 별도의 특별한 규정이 없으면 같은 법 제2조의 사업 범위 안에서 사업을 수행해야 하는데, 제2조에서는 적용되는 사업의 범위를 수도사업, 공업용수도사업 등 8개의 사업과 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」에 따른 체육시설업 등 4개의 사업으로서 경상경비의 50퍼센트 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업으로 규정하고 있어 지방공단이 임의적용사업인 제2조 제2호 각 호의 어느 하나의 사업을 수행하려는 경우에는 경상경비의 50퍼센트 이상을 경상수입으로 충당할 수 있어야 한다는 점이 문언상 명백하다고 하였다.³⁹⁾

연혁법적으로 그동안 법적 근거에 대하여 논란이 되었던 시설물 관리에 관하여 2019년 개정법에서 주택·토지 또는 공용·공공용건축물의 관리 등의 업무를 「지방공기업법」 제2조 제1항의 당연적용 사업에 추가하였다는 점, 대행사업을 제2조의 규정된 적용 범위와 무관하게 본다면 지방공사·공단은 제2조의 규정된 사업을 수행하지 않으므로 설립근거 조항인 제49조 제1항⁴⁰⁾ 및 제76조 제1항⁴¹⁾과 모순이 된다는 점,⁴²⁾ 제2조 제2항의 적용이 배제된다고 한다면 대행사업에 경상수지비용을 고려하지 않게 되어 지방공사·공단의 부실화뿐만 아니라 지방자치단체의 재정수지에 영향을 미칠 수 있으므로 입법취지와 부합하지 않는다는 점 등을 고려하면 대행사업도 「지방공기업법」 제2조의 적용 범위를 준수하여야 한다고 해석하는 것이 타당하다.

4. 민간위탁과의 관계

(1) 민간위탁의 의의와 법적 근거

민간위탁(民間委託, Contracting-out)이란 행정기관의 사무를 법인·단체·개인에게 맡겨 그의 명의(名義)와 책임(責任) 아래 제공하도록 하는 것으로, 공공서비스 전달방식의 하나를 말한다. 즉, 민간위탁

39) 법제처 안전번호 18-0663, 회신일자 2018. 11. 26.

40) 제49조(설립) ① 지방자치단체는 제2조에 따른 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 필요한 경우에는 지방공사(이하 "공사"라 한다)를 설립할 수 있다. 이 경우 공사를 설립하기 전에 특별시장, 광역시장, 특별자치시장, 도지사 및 특별자치도지사(이하 "시·도지사"라 한다)는 행정안전부장관과, 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다)은 관할 특별시장·광역시장 및 도지사와 협의하여야 한다.

41) 제76조(설립·운영) ① 지방자치단체는 제2조의 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 필요한 경우에는 지방공단(이하 "공단"이라 한다)을 설립할 수 있다.

42) 지방공기업평가원, “지방공사·공단 구분기준 검토”, 2012. 6.

은 법령이 정하는 공공사무(국가사무, 지방자치단체 사무)를 민간(국가나 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인)에게 위탁하고, 민간은 위탁받은 사무를 자기의 이름과 책임으로 수행하는 것으로 정의할 수 있다.⁴³⁾

지방자치단체 사무의 민간위탁은 민간위탁이라는 용어를 사용하고 있지 않지만 「지방자치법」 제104조 제3항을 일반적인 근거 조항으로 보고 있다.⁴⁴⁾ 원칙적으로 주민의 권리·의무에 직접 관련되지 아니하는 사무에 대해서만 민간위탁을 인정한다는 점에 특징이 있다.⁴⁵⁾ 다만, 개별 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 주민의 권리·의무와 직접 관련된 사무도 수행할 수 있다. 「지방자치법」 제104조 제3항에서는 사무의 종류만을 특정하고 있으므로, 창의력을 발휘하기 어려우며 단순 반복적으로 수행하는 청소·경비 등의 노동집적적인 사무에서부터 고도의 기술과 전문적 지식이 요구되는 정보통신 등의 기술집적적인 사무까지 그 종류가 다양하다. 기간적 측면에서도 일시적·단기적으로 필요한 사무에서부터 상시·지속적으로 제공되어야 하는 사무까지 모두 포함하고 있다. 사무수행의 형태에 있어서도 지방자치단체의 사업장 내에서 작업이 이루어지는 사내하도급 형태에서 별도의 공간에서 독립적으로 수행하는 형태까지 다양하다. 즉, 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무는 모든 것이 민간위탁의 대상이 될 수 있다. 하물며, 주민의 권리·의무와 직접 관련되었는지 여부도 추상적이고 명확하지 않다.

(2) 민간위탁의 재공영화

민간위탁은 1980년대부터 행정의 지배적인 이념인 신공공관리(NPM, New Public Management)를 기반으로 확대되었다. 비용절감 및 행정능률의 향상, 민간 전문성의 활용, 행정조직의 비대화 방지 등이 주된 이유였다. 공공재화나 서비스는 직접제공보다는 계약과 같은 간접제공방식으로 전환되었다.

하지만, 2000년대에 들어 작은 정부 및 신공공관리에 대한 비판이 늘어났으며, 대규모 재난과 금융위기 등을 겪으면서 정부의 규제·감독 기능의 필요성을 재인식하는 계기가 되었다. 특히, 소득양극화와 빈곤 문제는 신공공관리의 이념적 토대인 신자유주의, 시장주의에 대한 반대 정서가 광범위하게 확대되는 계기가 되었다.⁴⁶⁾

구체적인 민간위탁의 문제점으로는, 민간기업의 이윤 추구는 종사자들의 열악한 노동조건의 초래, 위험과 책임의 외주화, 정경유착, 정치인 등과 결탁된 부정부패 등으로 당초의 공공서비스의 효율성의 제고는 몰각되고 공공서비스의 질 하락과 함께 과도한 비용 낭비를 초래한다는 지적이 있다. 구조

43) 홍정선, “지방자치법상 민간위탁의 개념 : 행정실무상 유사개념과의 비교를 중심으로”, 지방자치법 연구 제13권 제4호 통권 제40호, 한국지방자치법학회, 2013, 88~89면.

44) 제104조(사무의 위임 등)

③ 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

45) 이에 대한 비판으로, 최윤영, “지방자치단체 사무 민간위탁의 법적 근거”, 지방자치법연구 통권 제44호, 한국지방자치법학회, 2014, 30면 등.

46) 유민봉, 한국행정학(제6판), 박영사, 2019, 171면.

적으로, 민간기업 주주에 대한 이윤배당, 소유와 운영의 분리에 따른 통제의 어려움, 운영비용의 과다 산정 가능성, 계약기간 제한에 따른 민간기업의 단기이윤 추구 등이 문제가 될 수밖에 없다. 이 같은 문제점에 대해서는 대법원도 일찍이 지적하였다.⁴⁷⁾ 특히, 민간위탁의 분쟁은 민사법상 계약의 문제로 취급되어 공익성이 충분히 고려되지 않을 수 있다. 대법원은 “지방자치단체가 일방 당사자가 되는 이른바 ‘공공계약’이 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약에 해당하는 경우 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다.”고 하면서,⁴⁸⁾ 민간위탁에 있어 공익성보다는 사적자치의 원칙이 우선시 된다는 취지의 판결도 하였다.⁴⁹⁾

이러한 이유 등으로 공공서비스의 민간위탁을 줄이고 공공분야로의 재공영화의 흐름은 국내외 모두에서 파악되고 있다.⁵⁰⁾ 영국에서는 비용증가, 서비스의 질 저하 및 탄력적 대응의 어려움, 노동자들의 처우악화, 수탁기업 경영자의 과도한 이윤추구의 통제실패와 수탁기업들에 대한 정보공개법 적용 제외, 서비스에 대한 지방자치단체의 통제권의 가치에 대한 재인식 등을 원인으로 재공영화가 이루어지고 있다.⁵¹⁾ 독일에서도 민간위탁을 통해 민간기업이 공공서비스를 제공하는 것을 인정하면서도 민간위탁이 실패한 경우 재공영화의 길이 확보되는 것이 필요하다는, 민영화 방식에서 지방자치단체에 의한 이행으로의 전환이 고려되고 있다.⁵²⁾

최근 국내의 재공영화는 2017년 ‘공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인’을 계기로 본격화되었다고 볼 수 있다. 가이드라인에서는 3단계로 구분하여, 1단계는 중앙행정기관, 지방자치단체, 공공기관, 지방공기업을 대상으로, 2단계는 지방자치단체 출자·출연기관, 공공기관·지방공기업

47) “지방자치단체가 그들의 업무를 민간에 위탁하는 이유는, 그 업무를 민간으로 하여금 대신 수행하도록 함으로써 행정조직의 방대화를 억제하고, 위탁되는 사무와 동일한 업무를 수행하는 자에게 이를 담당하도록 하여 행정사무의 능률성을 높이고 비용도 절감하며, 민간의 특수한 전문기술을 활용하는 한편, 국민생활과 직결되는 단순행정업무를 신속하게 처리하기 위한 것이라 할 것인바, 이러한 민간위탁은 한편으로 제도의 취지에 반하여, 보조금의 교부 등으로 비용이 더 드는 경우가 있고, 공평성의 저해 등에 의한 행정서비스의 질적 저하를 불러올 수 있으며, 위탁기관과 수탁자 간에 책임 한계가 불명확하게 될 우려도 있고, 행정의 민주화와 종합성이 손상될 가능성도 있으므로 지방자치단체장이 일정한 사무에 대해 민간위탁을 하는 경우 위와 같은 단점을 최대한 보완하여 민간위탁이 순기능적으로 작용하도록 할 필요가 있다.”(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009추121 판결 등).

48) 대법원 2018. 2. 13. 선고 2014두11328 판결 등.

49) “갑 지방자치단체가 을 주식회사 등 4개 회사로 구성된 공동수급체를 자원회수시설과 부대시설의 운영·유지관리 등을 위탁할 민간사업자로 선정하고 을 회사 등의 공동수급체와 위 시설에 관한 위·수탁 운영 협약을 체결하였는데, 민간위탁 사무감사를 실시한 결과 을 회사 등이 위 협약에 근거하여 노무비와 복지후생비 등 비정산비용 명목으로 지급받은 금액 중 집행되지 않은 금액에 대하여 회수하기로 하고 을 회사에 이를 납부하라고 통보하자, 을 회사 등이 이를 납부한 후 회수 통보의 무효확인 등을 구하는 소송을 제기한 사안에서, 위 협약은 갑 지방자치단체가 사인인 을 회사 등에 위 시설의 운영을 위탁하고 그 위탁운영비용을 지급하는 것을 내용으로 하는 용역계약으로서 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결한 사법상 계약에 해당하고, 위 협약에 따르면 수탁자인 을 회사 등이 위탁운영비용 중 비정산비용 항목을 일부 집행하지 않았다고 하더라도, 위탁자인 갑 지방자치단체에 미집행액을 회수할 계약상 권리가 인정된다고 볼 수 없는 점, 인건비 등이 일부 집행되지 않았다는 사정만으로 을 회사 등이 협약상 의무를 불이행하였다고 볼 수는 없는 점, 을 회사 등이 갑 지방자치단체에 미집행액을 반환하여야 할 계약상 의무가 없으므로 결과적으로 을 회사 등이 미집행액을 계속 보유하고 자신들의 이윤으로 귀속시킬 수 있다고 해서 협약에서 정한 ‘운영비용의 목적 외 사용’에 해당한다고 볼 수도 없는 점 등을 종합하면, 갑 지방자치단체가 미집행액 회수를 위하여 을 회사 등으로부터 지급받은 돈이 부당이득에 해당하지 않는다”(대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두60588 판결).

50) 채준호, “영국 공공부문 아웃소싱(민간위탁) 사업의 인소싱 사례”, 국제노동브리프, 한국노동연구원, 2019. 6월호.

51) 선정원, “민간위탁사업에 대한 지방자치단체의 재공영화정책에 관한 법적 고찰 - 영국과 독일의 재공영화정책을 중심으로 -”, 지방자치법연구 통권 제66호, 한국지방자치법학회, 2020, 169~171면.

52) 선정원, 앞의 글, 174면.

자회사를 대상으로, 3단계는 민간위탁을 대상으로 한다. 가이드라인 1단계, 2단계에서는 파견·용역 근로자를 정규직 전환 대상으로 삼았다. 3단계에서도 민간위탁으로 대상으로 한다고 정의하고 있지만, 실무상 용역과 민간위탁은 구분이 용이하지 않다. 지방자치단체는 조례로 정한 민간위탁 대상사무를 민간위탁 조례를 적용하지 아니하고 용역계약으로 수행하는 경우도 있고, 민간위탁 대상이 아닌 사무를 민간위탁 조례를 적용하여 민간위탁으로 취급하기도 한다.⁵³⁾ 즉, 민간기업에 소속된 파견·용역 근로자를 정규직으로 전환하는 과정에서 해당 사업을 지방공사·공단 등에서 직접 수행토록 하는 재공영화가 이루어진 것이다. 이처럼 최근 우리나라의 재공영화는 비정규직 등 노동 문제의 해결 차원에서 이루어졌다는 점에 주된 특징이 있는 것이다.

(3) 지방공기업 적용 범위와 민간위탁 대상사무의 정립 필요성

지방자치단체는 개별 법령에 특별한 정함이 없는 한 공공서비스를 제공함에 있어 직접 제공하는 방식, 민간에 맡기는 방식, 그리고 지방자치단체가 간접경영하는 지방공기업을 통한 방식 중 어느 하나를 재량적으로 정한다.

법제처도 지방공단이 「청소년활동 진흥법」 제10조에 따른 청소년수련시설의 운영을 대행할 수 있는지에 관하여, 청소년수련시설의 운영을 지방자치단체의 책임으로 운영할 것인지, 아니면 위탁 규정에 따라 청소년단체에 위탁할 것인지는 그 운영 권한을 가진 지방자치단체에서 결정할 사항인바, 민간위탁에 관한 규정이 있다고 하여 지방자치단체가 그 책임 하에 효율적인 업무수행이 가능하다고 판단되는 지방공사 및 지방공단에 그 실무를 대행하도록 하는 것까지 불가능하다고 볼 수는 없다고 하면서 지방자치단체의 재량을 인정하고 있다.⁵⁴⁾ 한편, 법제처는 지방공사·공단의 대행사업에는 민간위탁의 조례가 적용되지 않는다는 입장을 취하고 있다.⁵⁵⁾ 하지만, 지방공사·공단의 대행사업과 민간위탁 조례 적용 등 절차에 관한 논란이 있을 뿐 위탁계약에 의한다는 점에서 공통적이다.⁵⁶⁾ 실제 다수의 지방자치단체는 지방공사·공단에게도 민간에게 적용되는 위탁계약서를 동일하게 적용한다. 요컨대, 지방자치단체의 사무 수행의 측면에서는 지방공기업과 민간인 사이에는 달리 취급하고 있지 않다고 볼 수 있다.

지방자치단체의 사업 수행 방식의 결정에 관한 재량이 무한대로 허용되는 것은 아니다. 지방자치단체는 공공성과 함께 경제성을 유지하여야 한다. 물론, 지방자치단체가 지역사회에 필요한 공공서비스의 공급에 있어 지방재정이나 지역주민들이 감당할 수 있는 경제성을 유지하면서도 공공성과 지속가능성을 보호하는 것은 조화하기 어려운 정책 목표이다.⁵⁷⁾

53) 장호진, “민간위탁에서 지방자치단체의 노동법상 사용자성”, 노동법학 제69호, 한국노동법학회, 2019, 101면 참조.

54) 법제처 안전번호 17-0034, 회신일자 2017. 3. 6.

55) “서울특별시장이 지방공기업법 에 따라 설립된 서울주택도시공사에 서울시의 재개발 임대주택 관리업무를 지방자치법 제 104조 제2항에 따라 위탁하는 경우에는 서울특별시 행정사무의 민간위탁에 관한 조례 가 적용되는 것으로 보기 어렵습니다.”(법제처 의견제시 사례. 안전번호 의견 17-0103, 회신일자 2017. 5. 23.).

56) 서울특별시, 민간위탁 제도개선 계획, 2017. 12. 참조.

57) 선정원, 앞의 글, 165면.

이와 관련하여, 민간위탁의 전면적 폐지 등의 일각의 주장도 있지만, 민간부문의 전문성을 활용하고 민간경제의 활성화 등을 위한 요구도 간과할 수 없다. 급격한 첨단기술 발전에도 불구하고 다수의 지방공기업이 충분히 대처하지 못하고 있는 것도 현실이다. 오히려 민간위탁의 폐지는 지방자치단체가 지방공기업에게 수행토록 하고 지방공기업이 다시 용역의 형태로 수행토록 하여 중첩적 위탁구조로 전환되는 계기가 될 수 있다. 또한, 지방공기업은 공공성과 수익성을 동시에 추구하지만, 공익에 보다 강한 통제를 받는다. 지방공기업을 통한 사업 수행은 개인과 사기업의 헌법상의 기본권을 침해할 수 있으며, 동시에 독점적 지위 및 우월적 지위의 부여로 인해 사기업과 공정한 경쟁을 기대할 수 없다는 한계를 가진다.⁵⁸⁾ 지방공기업의 사업의 확대는 민간부문의 침해, 즉 사경제와 충돌 문제가 발생할 수 있는 것이다. 주민의 생존배려를 위하여 지방공기업의 사업은 보장하면서도, 민간경제를 위축시킬 수 있는 지방공기업의 무분별한 사업 확장을 제한하여야 한다는 주장은 이와 같은 이유이다.

따라서 지방공기업 적용 범위, 즉 지방공기업이 수행하는 사업의 종류와 민간이 수행할 수 있는 민간위탁의 대상 사무 사이의 조정이 필요하다. 지방공기업은 민간기업과 달리 정부 또는 지방자치단체에 통제를 받는 특수법인으로 민간과 동일하게 취급할 수 없기 때문이다. 이에 지방공기업 적용 범위가 보다 명확하여야 한다.

5. 입법적 개선방안

지방행정은 법률에 의거하여 법률이 정하는 바에 따라 행해져야 한다. 지방자치단체, 지방공기업은 공공행정의 한 축으로 법치주의를 실현하여야 한다. 국회에서 제정된 법률을 근거로 하여 행정을 하게 함으로서 국회가 행정에 대하여 우월적 지위를 가지게 하여 행정의 자위를 방지하고 국민의 자유와 권리를 보장하여야 하는 것이다.

하지만, 종전부터 「지방공기업법」의 어떤 규정이 어떻게, 어디까지 적용되는지, 특히, 제2조의 적용 범위에 대한 문제가 지속적으로 지적되었다.⁵⁹⁾ 지방직영기업, 지방공사, 지방공단은 설립 요건에 아무런 차이가 없고, 지방직영기업에서 지방공단, 지방공사 등으로 자율경영이 달리 정해질 수 있음에도, 동일하게 규정되어 있는 한계도 존재한다.⁶⁰⁾ 또한, 민간경제의 활성화 등을 위축시키지 않아야 한다. 더 나아가 수도권 집중화에 따른 지방소멸, 저출산·고령화에 따른 인구학적 변동, 산업구조의 변화 속에서 새로운 지방행정의 한 축으로 그 역할을 수행할 수 있어야 한다. 이를 위하여 「지방공기업법」 제2조의 개정이 요구된다.

첫째, 현행 허용되는 사업을 나열하고 있는 포지티브(positive) 방식인 지방공기업 적용범위의 개정이다. 지방공기업의 사업의 확대는 사경제와 충돌 문제가 발생할 수 있으므로 현행과 같은 포지티브 방식으로 제한하는 것은 필요하다고 볼 수 있다. 하지만, 급변하는 산업구조 환경 하에서 지역 실정에 따라 지방공기업이 자유롭게 공공서비스를 제공할 수 있는 사업도 존재할 수 있음을 인정하여야

58) 최용진, “공공기관운영법의 제정과 공기업법제의 변화”, 공법학연구 제8권 제4호, 한국비교공법학회, 2007, 50면.

59) 길준규, 앞의 글, 56면.

60) 길준규, 앞의 글, 57면.

한다. 이에 일정기간 지방공기업이 적용 범위와 무관하게 사업을 수행할 수 있도록 하는 규제 샌드박스(sandbox) 제도의 도입을 고려할 필요가 있다. 이를 통하여 충분히 검증이 이루어진 경우에 지방공기업이 대상 사업을 수행할 수 있도록 하여 민간경제의 침해를 최소화하여야 할 것이다. 또한, 지역 일자리사업, 지역재생사업 등 경상수지비율과 무관하게 수행이 필요한 사업을 당연적용사업 등으로 포함시키는 것을 고려할 필요가 있다.

둘째, 「지방공기업법」 제2조 제2항의 본문에 대한 개정이다. “경상경비의 50퍼센트 이상을 경상 수입으로 충당할 수 있는 사업”에서 사업의 범위를 개별 사업이 아닌 지방공기업 전체 사업을 기준으로 할 것인지를 보다 명확하게 하여야 한다. 또한, 경상경비의 50퍼센트의 기준이 적정한지 그리고 경상수지비율의 판단이 지방자치단체를 기준으로 하는 것인지 지방공기업으로 하는 것인지 검토가 요구된다.

셋째, 「지방공기업법」 제2조 제2항 제1호 “민간인의 경영 참여가 어려운 사업으로서 주민복리의 증진에 이바지할 수 있고, 지역경제의 활성화나 지역개발의 촉진에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업”의 개정이 필요하다. 앞에서 설명한 바와 같이, 이는 명확성의 원칙에 반하며, 민간경제와의 분쟁의 원인이 되는 규정이다. “민간인의 경영 참여가 어려운 사업”이라는 전제를 엄격히 해석한다고 하면, 민간과 경쟁하는 지방공기업의 다수의 사업은 법적 근거를 충족하지 못하므로 민간으로 이양 또는 폐지가 추진되어야 할 것이다. 이에 경상경비의 50퍼센트로 경제성에 관한 사항을 본문에서 정하고 있으므로, 공공성을 보다 구체화 하는 방식으로의 개정이 요구된다.

IV. 검토

대상판결에서 지방공사가 수행하는 사업은 「폐기물관리법」이 적용되는 폐기물 처리·운반 사업이다. 동법에서는 특별자치시장, 특별자치도지사, 시장·군수·구청장은 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 대통령령으로 정하는 자에게 처리를 대행하게 할 수 있다고 규정하고 있다(폐기물관리법 제14조 제2항). 여기서 ‘대통령령으로 정하는 자’에는 폐기물처리업자, 폐기물처리 신고자, 한국환경공단 등을 정하고 있으나 지방공사·공단 등 지방공기업에 대해서는 별도로 정하고 있지 않다(폐기물관리법 시행령 제8조).

대상판결에서 「지방공기업법」 제2조 제1항은 법의 적용을 받는 지방공사 등의 사업을 나열한 것일 뿐, 지방공사의 대행사업이 그 각호 외의 사업을 영위할 수 없는 것으로 한정적으로 해석할 수 없다고 하였다.⁶¹⁾ 폐기물 처리·운반사업이 「지방공기업법」 제2조 제1항의 당연적용사업에 해당하지 않으므로 대상판결의 판시는 당연하다. 문제는 「지방공기업법」 제2조 제2항의 임의적용사업에 해당 여부이다. 하지만, 대상판결에서는 이에 대한 판단을 하지 않았다.

구체적으로, 임의적용사업 중 「지방공기업법」 제2조 제2항 제1호의 “민간인의 경영 참여가 어려운 사업으로서 주민복리의 증진에 이바지할 수 있고, 지역경제의 활성화나 지역개발의 촉진에 이바

61) 대전고등법원 2015. 12. 24. 선고 2015누11675 판결.

지할 수 있다고 인정되는 사업”에 해당하는지가 검토되었어야 한다. 대상판결에서 적시하고 있듯이, 대전광역시 외 다수의 지방자치단체에서는 민간기업이 폐기물 수집·운반업 허가를 받고 수행하고 있다. 이에 폐기물 수집·운반업이 ‘민간인의 경영 참여가 어려운 사업’에 해당하지 않는다고 일응 판단할 수 있을 것이다. 하지만, 대전광역시의 지역 현실 등을 고려하여 「대전도시공사 조례」에서 대전도시공사의 사업범위로 폐기물의 수집·운반 처리를 정하고 있는 것은 지방의회에서 민간인의 경영 참여가 어렵다고 입법적으로 판단한 것으로 볼 수도 있다.⁶²⁾ 또한, 경상수지비율의 충족 비율도 개별적으로 판단되어야 하겠지만 앞에서 살펴본 바와 같이 논란이 될 수 있는 부분이다. 이와 같은 부분에 대해 보다 명확히 판단하지 않았음에 아쉬움이 있다.

무엇보다, 대상판결을 통하여 지방공기업이 독점적으로 수행하는 사업이 지방공기업 적용 범위를 준수하고 있는지에 따라 분쟁화 될 수 있음을 보여준다. 예컨대, 지방자치단체와 지방공사·공단의 대행사업의 수의계약 등이 지방공기업 적용 범위를 준수하지 않는 경우에는 무효에 해당한다거나 또는 취소소송이 제기될 수 있는 것이다. 이 같은 분쟁은 주민의 복리 증진 등을 목적으로 하는 지방행정의 불안정을 야기할 수 있다.

마지막으로, 대상판결 이후 대전광역시는 생활폐기물 처리를 공사 독점 방식에서 공개경쟁입찰 방식으로 변경하여 민간의 참여를 검토하고 있으며, 대전도시공사 소속 노동조합은 고용불안 등을 이유로 파업을 예고하기까지 하는 등 사회적 논란이 되고 있다.⁶³⁾ 즉, 대상판결에 내재된 또 다른 주요한 쟁점인 지방공사·공단의 대행사업과 민간위탁의 전환에 따른 종사자들의 고용승계의 문제와 지방자치단체의 사무에 종사하는 자의 노동관계법령상의 사용자가 지방자치단체인지가 문제시되는 것이다.⁶⁴⁾ 이 사항에 대해서는 노동법적으로도 면밀히 검토되어야 할 사항이다. 하지만, 공공서비스 종사자들의 고용안정 등의 노동 문제 역시 지방자치단체의 주요한 행정 목표라는 점을 고려하여야 한다. 지방자치단체는 행정의 효율성 등을 이유로 지역 노동의 문제를 도외시킬 수 없다. 지방자치단체 사무에 종사하는 종사자의 안정된 고용을 보장하는 것 역시 주민복리의 증진에 이바지할 수 있고, 지역 경제의 활성화나 지역개발의 촉진에 이바지하는 것이기 때문이다.

62) 제2조(사업) 대전도시공사(이하 “공사”라 한다)는 다음 각 호의 사업을 수행한다.

8. 사업장폐기물, 지정폐기물의 수집·운반·처리 및 자원재활용 관련 사업

63) “‘쓰레기 대란 오나’... 대전도시공사 환경노조 파업 예고 청소행정 민간위탁추진에 반발, 11월 9일 총파업 예정...” 공공성 확보와 고용안정 약속하라”, 오마이뉴스(2020. 10. 23.), http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002686677

64) 장호진, 앞의 글, 108~121면 참조.

참고 문헌

- 유민봉, 한국행정학(제6판), 박영사, 2019.
- 지방공기업평가원, “지방공사·공단 구분기준 검토”, 2012. 6.
- 길준규, “우리 지방공기업법의 동향과 전망”, 「공법학연구」 제9권 제2호, 한국비교공법학회, 2008.
- 김대인, “공기업 개념에 대한 재고찰”, 행정법연구 제33호, 행정법이론실무학회, 2012.
- 박은정, “산재보험법상 사업의 개념”, 월간 노동리뷰 2015. 7월호(통권 제124호), 한국노동연구원, 2015.
- 박제성, “사업개념의 재검토 : 가능태로서의 사업”, 「노동법의 존재와 당위 : 김유성 교수 정년 기념논문집」, 박영사, 2006.
- 선정원, “민간위탁사업에 대한 지방자치단체의 재공영화정책에 관한 법적 고찰 - 영국과 독일의 재공영화정책을 중심으로 -”, 지방자치법연구 통권 제66호, 한국지방자치법학회, 2020.
- 이상수, “행정사무의 대행에 관한 행정법적 고찰”, 서울법학 제24권 제4호, 2017.
- 이중교, “행정사무의 민간위탁과 대행시 부가가치세 과세에 대한 고찰”, 저스티스 통권 제177호, 2020.
- 임영호, “에스에이치공사 명의의 이주대책 관련 처분에 대한 취소소송의 정당한 피고”, 대법원판례해설 제73호, 법원도서관, 2007.
- 장호진, “민간위탁에서 지방자치단체의 노동법상 사용자성”, 노동법학 제69호, 한국노동법학회, 2019.
- 채준호, “영국 공공부문 아웃소싱(민간위탁) 사업의 인소싱 사례”, 국제노동브리프, 한국노동연구원, 2019. 6월호.
- 최용전, “공공기관운영법의 제정과 공기업법제의 변화”, 공법학연구 제8권 제4호, 한국비교공법학회, 2007.
- 최윤영, “지방자치단체 사무 민간위탁의 법적 근거”, 지방자치법연구 통권 제44호, 한국지방자치법학회, 2014.
- 최철호, “행정권한의 민간위탁에 관한 법적기준의 설정과 방향”, 법학논총 제20집, 숭실대학교 법학연구소, 2008.
- 홍정선, “지방자치법상 민간위탁의 개념 : 행정실무상 유사개념과의 비교를 중심으로”, 지방자치법연구 제13권 제4호 통권 제40호, 한국지방자치법학회, 2013.

법학분야에서의 연구윤리

이호용 (한양대학교 정책학과 교수, 법학박사)

※ 별도 ppt 자료 참조