

비 교 법 연 구

The Journal of Comparative Law
제19권 2호



동국대학교 비교법문화연구원

목 차

《일반논문》

- ✿ 길용원: 일본에서의 선거운동의 규제에 관한 고찰 7
- ✿ 심민석: 로봇과 인공지능(AI)의 법적·윤리적 입법방안에 관한 연구:
EU의 「로봇공학에 관한 민법 규칙」을 중심으로 43
- ✿ 안석호: 김정은 정권 이후 북한 기업소법 변화 연구 85
- ✿ 윤이경: 미국 법현실주의의 변용과 법교육적 함의 113

《비교법문화연구원 규정집》

🌸 비교법문화연구원 규정	148
🌸 『비교법연구』 발행 및 심사 규정	154
🌸 『비교법연구』 편집위원회 규정	159
🌸 『비교법연구』 연구윤리 규정	161
🌸 [별첨 1] 『비교법연구』 논문작성 요령	167
[별첨 2] 논문 투고 연구윤리 준수 서약서	170
[별첨 3] 저작물 이용 동의서	171

dongguk UNIVERSITY  | 세상을 비추는 힘
세상을 깨우는 이음

The Journal of Comparative Law



논문투고일 : 2019. 8. 9.

논문심사일 : 2019. 8. 23.

게재확정일 : 2019. 8. 27.

일본에서의 선거운동의 규제에 관한 고찰

길용원*

[목 차]

I. 서론

III. 개별 규제조항에 관한
헌법적 판단

II. 일본의 선거운동 규제의
기원 및 배경

IV. 결론

I. 서론

선거제도는 대의민주주의의 성패를 좌우할 정도로 중요하며, 그 중 선거운동의 자유는 정치적 표현의 자유와 관련하여 국민에게 관심이 집중되어 있는 사항이다. 특히 일본의 경우 전후 헌법학에 있어서 선거제도에 관한 원점적인 연구로 평가되는 '선거제도'라는 문헌에서 선거법의 중요요소로서 아래의 3가지를 언급하고 있는데,¹⁾ 첫째, 보통·

* 대법원 관례심사위원회 조사위원, 법학박사

1) 岡田信弘, "憲法學における選舉研究", 『選舉研究』 15卷, 日本選舉學會, 2000, 65-66頁.

평등선거 원칙의 실현, 둘째, 대표의 원칙의 실현을 목적으로 하는 선거의 방법, 특히 선거구 및 그와 관련된 대표의 방법 및 투표방법, 셋째, 자유·공정한 선거운동의 확보이다.²⁾ 이에 비추어 볼 때 일본이나 우리나라의 경우에 선거제도와 관련하여 문제되는 사항이 기본적으로 크게 다르지 않다.³⁾

우리나라의 공직선거법(법률 제15551호)은 선거제도 전반에 관한 사항을 규정하는 법률로서, 제7장(제58조~제118조)에서 ‘선거운동’에 관한 사항을 마련하고 있다.⁴⁾ 특히 제58조 제2항 본문은 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 원칙적(또는 실질적)으로 선거운동의 자유를 보장하고 있는 것인지에 대해 의문이라는 지적이 있는데, 즉 선거비용에 대한 규제를 비롯하여 선거운동에 대한 구체적인 방법까지 폭넓게 규정하고 있는 것에 비추어 원칙적 규제와 예외적 자유로 인식되는 것이다.⁵⁾ 일본의 경우에도 선거에 관한 표현활동을 포괄적으로 금지한 다음 특정 주체에 대하여 특정 방법에 의한 표현활동을 법정비용의 범위 내에서 제한적으로 인정하는 형태를 보이고 있다.⁶⁾ 이러한 점에 비추어 포괄적 금지와 한정적 해제(包括的禁止·限定的解除)라는 방식을 취하고 있다고 평가되기도 한다.⁷⁾ 구체적으로 제한의 양태를 보면 주체에 대한

-
- 2) 芦部信喜, “選舉制度”, 『國家學會雜誌』 71卷 4号, 國家學會事務所, 1957, 71頁.
 - 3) 우리나라의 경우 선거구제와 관련하여 최근 의미있는 판결로서 헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192 등, 669-671면이 있으며, 선거운동의 의미와 관련하여 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결이 있다.
 - 4) 일본의 경우에는 제13장(제129조~제178조의3)에서 선거운동에 관한 사항을 규정하고 있다.
 - 5) 김재선, “공직선거법과 선거운동의 자유에 관한 공법적 고찰”, 『고려법학』 80호, 고려대학교 법학연구원, 2016, 79면; 문재완, “선거운동의 자유와 헌법 제116조 제1항”, 『외법논집』 42권 1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2018, 286면. 또한 사실상 원칙과 예외가 전도되었다고 보는 견해로 홍석한, “선거운동의 자유와 규제에 관한 헌법적 고찰”, 『헌법학연구』 19권 4호, 한국헌법학회, 2013, 134면.
 - 6) 三枝昌幸, “選舉運動の自由と公正—イギリスの選舉費用規制に着目して—”, 『法律論叢』 89卷 6号, 明治大學法律研究所, 2017, 398頁.
 - 7) 堀内匠, “自治体選舉法の消滅(下)—公職選舉法への統合をめぐる—”, 『自治總研』

규제, 대상에 대한 규제, 방법에 대한 규제, 보호영역에 대한 규제 등이 있으며, 상호간에 유기적으로 연결된 모습을 보이고 있다고 할 것이다.

그렇다고 하여 선거운동의 자유가 무제한적으로 보장되기를 바라는 이는 없을 것이며, 그에 대한 규제는 선거에 있어서 '공정성'의 확보를 위해 필요한 것이기 때문이다. 선거운동의 자유는 보장되어야 하지만 그에 대한 보장이 적절하게 실현되려면 공정할 필요가 있으며, 결국 공정성을 확보하기 위해서 선거운동의 자유를 일정부분 제한할 필요가 있는 것이다. 이러한 점에 비추어 볼 때 선거운동의 공정성의 확보라는 부분은 상당히 중요한 부분이 될 것이다. 다만 추상적 표현인 공정성의 개념을 보다 구체화할 필요가 있으며,⁸⁾ 자유와의 관계 설정 또한 명확할 필요가 있다.

선거운동의 규제에 관한 일본의 법제도는 기본적으로 우리나라와 상당한 유사성을 지니고 있는 바, 우리에게 있어 시사성을 부여할 것으로 생각된다. 규제중심의 선거법제가 일본을 통해 우리나라에 상당부분 도입되어 영향을 미치고 있는 것이 사실이므로,⁹⁾ 일본의 선거운동의 규제에 관한 기원과 연혁, 그에 대한 이론적 배경을 면밀히 검토할 필요가 있다. 또한 이에 대한 사법부의 판단을 고찰하여 우리나라의 현재의 문제점을 파악하고 개선방안을 모색하는 비교법적 고찰을 하고자 한다.

43卷 11号, 地方自治總合研究所, 2017, 65頁; 植正夫, “選舉運動の文書図書制限規定と憲法原則”, 『法政研究』 38卷 2-4号, 九州大學, 1972, 413頁 등.

8) 일본의 경우 종래 헌법학에 있어 '공정성'의 개념에 대한 구체화를 고려하지 않았으나, 근래에 있어 이에 대한 구체화를 논의하는 문헌이 등장하고 있다. 井上典之, “選舉運動規制の再檢討—「選舉の公正」と「選舉の自由」の調整?—”, 『論究ジュリスト』 5号, 有斐閣, 2013, 95頁; 河野眞吾, “選舉運動規制に對する一考察”, 『Research Bureau論究』 15号, 衆議院調査局, 2018, 126頁 등.

9) 송석운, “선거운동 규제입법의 연원—1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입—”, 『서울대학교 법학』 46권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2005, 51면.

II. 일본의 선거운동 규제 의 기원 및 배경

1. 선거운동 규제의 의의

선거운동이란 다양한 형태로 정의될 수 있으나,¹⁰⁾ 기본적으로 선거운동은 각 후보자의 인물, 사상 등에 대한 검증수단으로 작용하여 유권자에게 있어 올바른 판단의 기회를 제공하여야 하며, 그러한 점에서 보면 선거운동은 가능한 한 자유롭게 할 필요가 있다.¹¹⁾ 다만 제한 없는 자유는 자칫하면 무질서를 초래할 우려가 있는바, 선거에 관한 법률에서 선거운동에 대해 일정한 제한을 가하고 있다.

일본과 우리나라의 선거운동 규제는 미국을 비롯한 다른 나라의 법제에서 보기 힘든 엄격성을 띄고 있는데, 이는 선거의 공정성 확보라는 측면이 지나치게 강조된 결과이며, 또한 이를 강력한 헌법적 가치로 인정하고 있기 때문이다.¹²⁾ 다른 여러 나라에서도 최소한의 선거운동 규제는 당연히 존재하지만 일본이나 우리와 같이 선거운동의 방법을 구체적으로 규정하는 사례는 거의 없다고 할 것이며, 대부분 선거의 공정성과 기회균등을 위해 선거운동에 대한 직접적인 제한보다는

10) 선거운동이란 판례나 실례에 비추어 특정 선거와 관련하여 특정 후보자의 당선을 목적으로 하여 투표 또는 이익을 얻기 위하여 선거인을 설득하는 것을 목적으로 하는 직·간접적 행위라 정의할 수 있다(最高裁昭和 38年 10月 22日 刑集 17卷 9号 175 5頁; 戶松秀典, “選舉運動の自由—その憲法上の意義—”, 『成城法學』 13号, 成城大法, 1983, 221-222頁). 우리나라의 경우에도 이와 다르지 않으나, 공직선거법 제58조 제1항에 정의규정을 두고 있다. 대법원은 근래 전원합의체 판결을 통하여 공직선거법상 선거운동의 의미와 그 범위를 판단하는 기준에 관하여 판시한 바 있다(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결). 이에 대한 판례평석으로 손인혁, “선거운동의 자유와 선거의 공정성에 관한 연구—대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로—”, 『헌법학연구』 24권 2호, 한국헌법학회, 2018, 127면 이하 참조.

11) 佐藤令·丸本友哉, “我が國の選舉運動規制の起源と沿革—大正14年普通選舉法制定の帝國議會における議論を中心に—”, 『レファレンス』 60卷 11号, 國立國會図書館調査及び立法考査局, 2010, 76頁.

12) 문제완, 앞의 논문, 280면.

선거비용에 의한 간접통제 방식을 택하고 있는 정도라 할 것이다.¹³⁾ 일본의 현행 공직선거법은 일명 ‘금지법(べからず法)’이라고 불릴 정도로 선거운동에 있어서 많은 제약을 두고 있으며, 특히 호별방문금지나 문서·도화의 제한 등은 이와 같은 선거운동 규제의 대표적 모습이라 할 수 있다.

호별방문 금지, 문서·도화를 이용한 선거운동의 제한 등은 다이쇼 14년(1925)에 법률 개정을 통해 도입되었으며, 쇼와 9년(1934)의 법률개정으로 사전운동금지가 명문화되어 그로 인해 선거운동의 규제가 확대되고, 결국 현행 선거운동 규제의 골조가 거의 완성된 것이다.¹⁴⁾ 따라서 현재 이러한 엄격한 선거운동 규제가 도입된 것의 시초는 다이쇼 14년의 보통선거법인 점은 부정할 수 없는 사실이다.¹⁵⁾

2. 다이쇼(大正) 14년 중의원의원선거법의 개정

올바른 선거제도의 발전 과정은 ‘자유롭고 공정한 선거’의 실현을 전제로 할 것인데, 자유롭고 공정한 선거는 사람들을 선거결과에 수궁하게 만들고, 선택된 사람을 신뢰한 상태에서 정치를 맡길 수 있게 된다.¹⁶⁾ 이러한 ‘자유롭고 공정한 선거’의 실현에 있어서 요청되는 것으로 보통선거권의 확립, 투표자의 자유의사, 깨끗한 선거, 경쟁적 선거, 한 표의 평등, 엄정한 관리와 집행 등이 있으나 이 중 첫째로 꼽히는 것은 바로 보통선거권의 확립이다.¹⁷⁾

13) 佐藤令·丸本友哉, 앞의 논문, 77頁. 구체적인 내용은 중앙선거관리위원회, 『각국의 선거제도 비교연구』, 중앙선거관리위원회 선거연수원, 2015, 257면 이하 참조.

14) 河野眞吾, 앞의 논문, 115頁.

15) 湯淺壘道, “インターネット選挙運動の解禁に關する諸問題”, 『情報セキュリティ総合科學』 5号, 情報セキュリティ大學院大學, 2013, 37頁.

16) 森脇俊雅, “日本の選挙制度について”, 『法と政治』 65卷 1号, 關西學院大學法政學會, 2014, 21頁.

17) 森脇俊雅, 앞의 논문, 21-34頁 참조.

다이쇼 14년(1925년)에 개정된 중의원의원선거법(다이쇼 14년 법률 제47호)은 그 대상을 25세 이상의 남성으로 하였으나 선거자격에 있어 납세요건을 철폐하여 ‘보통선거법’이라고 불리기도 하였다. 이러한 점에 비추어 선거권 요건은 대폭 완화되었으나 동시에 많은 선거운동 규제가 도입된 것이 특징이다.¹⁸⁾ 특히 호별방문금지를 비롯해 공탁금제도 및 선거비용의 제한 등은 전후 1950년 제정된 공직선거법에도 존치하여 현재에 이르고 있다.(표 1 참조).

〈표 1〉 다이쇼 14년의 중의원의원선거법의 개정으로 도입된 선거 관련 주요 제한사항

제한사항	개요
입후보신고제도(제67조)	입후보제도(본인에 의한 신고 및 추천 신고)의 채용
공탁금제도 (제68조 제1항, 제2항)	입후보의 신고에 2,000엔화 또는 이에 해당하는 액면의 국채증서의 공탁을 요구
선거사무장제도 (제88조, 제89조 제1항)	선거사무장제도를 마련해 선거사무장만이 선거사무소를 설치하여, 선거위원 또는 선거사무원을 선임할 수 있도록 함
선거사무소 수의 제한 (제90조 제1항)	선거 사무소의 수는 후보자 한 명당 7개 이내로 함
선거운동원의 인원수의 제한(제93조 제1항)	선거위원 및 선거사무원 수는 후보자 한 명당 통산하여 50명 이내로 함
제3자에 의한 선거운동의 제한(제96조)	후보자, 선거사무장, 선거위원 또는 선거사무원 이외의 자는 연설 또는 추천서에 의한 경우를 제외하고는 선거운동을 할 수 없음
호별방문등의 금지 (제98조)	누구든지 호별방문, 개별면접 또는 전화에 의한 선거운동을 할 수는 없음
선거사무장, 선거위원 및 선거사무원의 제한 (제99조 제1항)	선거권을 갖지 않은 자는 선거사무장, 선거위원 또는 선거사무원이 될 수 없음

18) 河野眞吾, 앞의 논문, 116頁.

특정 공무원의 선거운동의 금지(제99조 제2항)	선거사무에 관련된 관리 및 사원은 그 관계구역 내에서 선거운동을 할 수 없음
문서도화를 이용한 선거운동의 제한(제100조)	내무대신은 선거운동용으로 반포·제시하는 문서도화에 관해 명령을 내리고 제한을 둘 수 있음
선거운동비용의 제한(제102조, 제110조)	선거운동비용 지출한도액을 법정한 뒤 원칙적으로 이를 넘어 지출한 후보자의 당선을 무효로 함

출처: 河野眞吾, 앞의 논문, 117頁.

이하에서는 다이쇼 14년 보통선거법의 선거운동 규제조항의 내용과 제국의회에서의 논의 및 그 배경을 살펴보고자 한다.¹⁹⁾ 특히 선거운동 규제의 전반에 관한 논의를 기초로 하여 개별적으로 위 표 1의 내용 중 제98조(호별방문금지), 제100조(문서도화의 제한) 및 제102조(선거운동 비용제한)에 대한 사항을 검토하고자 한다.

가. 선거운동 규제조항

다이쇼 14년 보통선거법에 명문화한 선거운동의 규제조항은 제90조, 제92조, 제96조, 제98조, 제100조, 제102조, 110조 등을 들 수 있다. 그 내용을 살펴보자면 제90조에서는 선거사무소는 후보자 1인에 대해 7개소를 초과해서는 아니 된다고 하고 있으며, 제92조에서는 선거운동을 위해 휴게소 등의 설비를 갖추어서는 아니 됨을, 제96조는 연설 또는 추천장에 의한 경우를 제외하고는 후보자, 선거사무장, 선거위원 또는 선거사무원이 아닌 제3자는 선거운동을 할 수 없음을, 제98조에서는 호별방문, 개별면접 또는 전화에 의한 선거운동을 할 수 없음을, 제100조는 내무대신은 선거운동을 위해 반포하거나 게시

19) 佐藤令·丸本友哉, 앞의 논문, 76-86頁을 참고하여 정리하였음을 미리 밝히는 바이다.

하는 문서도화에 관해 명령을 내리고 제한을 둘 수 있음을, 제102조는 선거운동 비용의 지출의 상한은 정할 것을 규정하였다. 당시 여러 나라들도 선거부패에 관한 단속법제가 마련되어 있기는 하였으나 위와 같은 선거운동의 방법에 대한 제한은 거의 없었다고 할 것이다.²⁰⁾ 영국의 경우에는 1883년 부패행위·위법행위방지법이 제정된 상황이었으며, 미국의 경우에는 1907년 연방부패행위방지법이 제정된 상황이었으나 선거비용 등에 관한 규제를 한 것이 전부였다.

일본은 당시 정치권의 부패가 사회적으로 큰 문제였는데, 이는 중의원에서 다수의석을 획득을 위하여 위법한 수단을 동원한 것과 선거에 있어 막대한 비용이 드는 점 등에서 비롯되었다고 할 수 있다.²¹⁾ 이에 정부는 투표 매수를 최대의 폐해로 보고, 이를 방지하기 위하여 선거운동 규제를 강화하고 이를 정당화하고자 하였다.²²⁾ 의회의 심의에서 많은 의원들이 이러한 선거 운동 규제를 환영하였으며, 그 뿐만 아니라 기회균등을 추구하는 견지에서 원안 이상의 규제를 요청하는 주장도 나온바 있었다.²³⁾

나. 규제조항의 구체적 검토

(1) 보통선거법 제98조

호별방문의 금지를 통한 선거운동 규제의 의도는 이른바 일본의 다이쇼 데모크라시의 분위기가 나타날 무렵부터 존재하고 있었다.²⁴⁾ 호

20) 佐藤令·丸本友哉, 앞의 논문, 78頁.

21) 佐藤令·丸本友哉, 위의 논문, 78頁.

22) 三枝昌幸, “選舉運動の自由と公正—立法過程の議論に着目して—”, 『明治大學大學院法學研究科 博士學位請求論文』, 2016, 42頁.

23) 三枝昌幸, 위의 논문(주 21), 42頁.

24) 김학진, “호별방문금지규정의 정착 과정과 문제점에 관한 소고”, 『민주법학』 63호, 민주주의법학연구회, 2017, 173면. 또한 177면에서 다이쇼 데모크라시라고 하는 일련의 정치·문화·사회 그리고 시민적 자유의 획득을 위한 운동의 시대를 마주한 기

별방문을 금지하는 입법안은 다이쇼 14년 법안에서 처음 나타난 것이 아니라, 메이지(明治) 41년(1908)에 중의원에 제출된 의안에 이미 나타나 있으며, 그 외에 다이쇼 3년(1914)에는 내무성에서 검토되었던 것이 밝혀진 바 있다. 이러한 규제는 현행 공직선거법에도 존재하고 있는데, 오늘날의 구미선진국(歐米先進國)에서는 볼 수 없는 특수한 형태의 일본적 규제라 할 수 있다. 이로 인해 현행법은 국제수준에 도달하지 못하고 있다고 평가받기도 하는데, 이 현행법의 연원이 바로 보통선거법인 것이다.²⁵⁾ 보통선거법 제98조는 “누구든지 투표를 얻거나 얻으려고 하거나 또는 얻게 하지 아니하려는 목적으로 호별방문을 할 수 없다.”고 규정하고 있다. 당시 추밀원 심사에 있어서 호별방문 금지규정에 대한 문구의 막연함을 이유로 법안에 대한 비판적인 의견이 나오기도 하였으나,²⁶⁾ 중의원 심의에서는 정작 호별방문금지에 대하여 반대하는 의원이 없었으며, 오히려 환영의 주장을 보인바 있다.²⁷⁾

호별방문은 각종 선거운동 중에서 가장 효과적인 수단이라 할 수 있는데, 그럼에도 이러한 호별방문을 금지한 취지는 크게 “매수 등 부정의 기회를 방지하기 위한 점”과 “정실(情實)이나 감정이 아닌, 인물의 식견이나 정책에 근거한 투표를 위한 점”, “의원으로서의 품위를 해치는 것을 방지하는 위한 점”으로 집약된다.²⁸⁾ 부정의 기회방지에 대해

성 정치인들이 보통선거제도의 실시에 따른 자유의 확대를 우려하여 이를 경계한 것에서 비롯된 것이라고 하고 있다.

25) 小南浩一, “男子普通選舉の導入と選舉運動規制—普選制度の論理とファシズム—”, 『兵庫教育大學研究紀要』 44号, 兵庫教育大學, 2014, 91頁.

26) 三枝昌幸, 앞의 논문(주 21), 36-37頁.

27) 三枝昌幸, 위의 논문(주 21), 39頁.

28) 內務省, 『衆議院議員選舉法改正理由書』, 內務省, 1925, 206頁이하 참조. 구체적으로 개정이유서를 살펴보면 선거의 본질에 비추어 볼 때 인물의 식견 또는 주장의 합치를 가지고서 후보자는 자신의 신임을 묻고 선거인은 투표할 후보자를 정할 것임에도, 호별방문과 같이 정실에 기초한 감정에 호소를 통해 당선이 좌우되는 것은 후보자의 입장에서는 그 품위를 손상시키고 선거인의 입장에서는 사사로운 정에 의해 공사를 행하게 될 수 있다. 지금 이를 교정하지 않으면 선거에 있어 공정은 사라지게

서는 현재의 일본 공직선거법의 축조 해설에서도 호별방문을 금지하는 첫 번째 이유로 거론되고 있으나 식견과 정책에 근거한 투표조장은 현재의 축조 해설로는 들지 않고 있다.²⁹⁾ 위와 같은 이유에도 불구하고 호별방문은 정책을 유권자에게 호소하는 강력한 수단이며, 국민의 정치참여를 강하게 하고, 투표율을 높이는 수단으로서도 작용하는 점에 비추어, 그 유효성을 부정할 수 없다.³⁰⁾ 오늘날에 있어서는 이러한 점이 강조되고 있다. 즉 호별방문에 대한 생각이 변화하고 있으며, 이것이 시대의 흐름이라 할 것이다.

(2) 보통선거법 제100조

중의원의원선거법 개정 당시의 대일본제국 헌법 제29조는 “일본신민은 법률의 범위 안에서 언론과 저작, 인행(印行) 및 집회와 결사의 자유를 가진다.”고 규정하여 언론의 자유는 ‘법률의 범위 안에서’ 보장될 뿐이었다.³¹⁾ 따라서 형법, 신문지법, 출판법, 치안경찰법, 기타 경찰단속법령에 의해 제한을 받고 있었다. 다만 선거의 경우 이러한 제한으로는 충분하지 않음을 느낀바, 보통선거법 제100조 등에 의해서 더욱 과도한 제한을 가하였다.³²⁾

될 것이며, 호별방문을 통해 양자 간의 교섭이 은밀하게 이루어져 빈번한 투표매수 등의 위법하고 부정한 행위를 조장할 우려가 있다고 하고 있다.

29) 佐藤令·丸本友哉, 앞의 논문, 79-80頁. 또한 80頁에서 이에 대해 과거 호별방문은 유권자가 일단 자산가였고 수도 한정되어 있었으며, 입후보를 선언한 것은 바로 이들 자산가를 방문하는 것이며, 그것은 후보자에게 빼놓을 수 없는 인사 행위인 점에 비추어 호별방문은 인사, 권유, 청탁의 의미를 가진 운동으로서 반드시 정책이나 인물의 지도력 선전을 의미하지 않은 점이 반영된 것이라는 평가가 있음을 언급하고 있다. 공직선거법의 축조 해설에 의하면 선거의 자유공정의 확보(부정행위온상론)와 후보자, 선거인 모두 번거로움을 방지하기 위한 점(번잡론)을 이유로 하고 있다(安田充·荒川敦, 『逐條解説 公職選舉法(下)』, きょうせい, 2009, 1020-1021頁).

30) 藤田達朗, “戶別訪問禁止をめぐる國會審議と立法事實—第128回國會の審議に示された戶別訪問禁止の立法事實の檢証—”, 『政策科學』 3卷 3号, 立命館經營學, 1966, 153頁. 우리나라의 경우에는 김학진, 앞의 논문, 167면.

31) 第29條 日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ言論著作印行集會及結社ノ自由ヲ有ス.

당시 중의원 심의에 있어서 정부는 문서도화의 규제의 취지에 대하여 ① 선거비용의 제한, ② 선거의 공정을 위한 것임을 설명하였다.³²⁾ 구체적으로 심의과정에서 문서도화의 제한 자체에 대해 특별한 논의를 찾아 볼 수는 없으나 다만 문서도화를 내무대신의 명령으로 규제할 수 있도록 한 점에 대해서는 일부 논의가 있었다.³³⁾ 특히 문서도화의 배포의 경우 당시 정부는 이를 규제 대상에서 제외하였고, 다이쇼 14년 보통선거법 제100조에 따라 제정된 다이쇼 15년 내무성령 제5호에서도 팻말 및 간판의 게시는 규제 대상으로 하였으나 유권자에게 배포하는 문서나 서면에 대해서는 이를 규제 대상으로 취급하지 않았다.³⁴⁾ 그러나 소화 5년(1930)에 이르러 다이쇼 15년 내무성령 제5호중개정(소화 5년 내무성령 제4호)에서 문서도화의 배포에 대해서도 포괄적 금지·한정적 해제의 규제가 이루어지게 되어, 유권자에게 문서나 서면 등을 나눠주는 것도 엄격하게 제한되었다.³⁵⁾

(3) 보통선거법 제102조

다이쇼 13년(1924) 제15회 중의원의원 총선거에서는 후보자 1인당 평균 선거운동비용이 1만9829엔이 소요된 점에, 입법을 통해 선거운동을 규제하거나 선거공영을 실시한다면 선거운동비용을 1만2000엔으로 낮출 수 있다고 추정하였는데, 1만 2천엔의 수치는 전국 평균액이며, 법률상은 '(선거구내의 유권자수)/(선거구의 의원 정수)×40전'으로 규정되어 있다.³⁶⁾ 다만 정우회의 경우 중의원에서 다이쇼 14

32) 佐藤令·丸本友哉, 앞의 논문, 81頁.

33) 三枝昌幸, 앞의 논문(주 21), 40頁.

34) 三枝昌幸, 위의 논문(주 21), 40頁.

35) 佐藤令·丸本友哉, 앞의 논문, 83頁.

36) 佐藤令·丸本友哉, 위의 논문, 83頁. 그 후 소화 22년(1947)에 법 개정(소화 22년 법률 제43호)에 의해 문서도화의 배포에 관한 규제조항이 삭제된 적이 있기도 하였다.

37) 佐藤令·丸本友哉, 앞의 논문, 84頁.

년 법안에 대한 수정안을 제출하였는데, 그 중에는 선거운동 비용에 관한 사항인 제11장을 모두 삭제하도록 하고 있어, 선거운동비용의 규제에 대해 반대 의견을 갖고 있었다고 할 것이다.³⁸⁾ 상한액이 너무 낮은 점과 비용규제에 있어 허점이 있는 것이 아닌가에 대한 지적도 나온바 있다.³⁹⁾ 또한 이 법안 심의 때 은행, 회사, 기타 개인이 자신의 이익을 위해 선거운동 비용을 제공하는 것을 금지해야 한다는 의견도 있었으나, 의회에서의 논의는 금지의 대상을 '자신의 이익을 위해서'로 한정하고 있는 점, 기업뿐만이 아니라 개인에 의한 비용의 제공도 포함하고 있는 점 등에 있어서 현재의 논의와 일정 부분 차이가 있으나 이에 대한 찬반양론의 기본적 취지는 크게 다를 것이 없다고 할 것이다.⁴⁰⁾ 특히 영국의 1883년 부패행위·위법행위방지법은 일본의 선거운동비용의 규제에 관한 조항의 도입에 있어 상당한 영향을 미친 것으로 평가된다.⁴¹⁾

다. 규제의 배경 및 경과

다이쇼 14년의 보통선거법을 통해 25세 이상의 남성에게 선거권이 주어졌으며, 재산요건의 제한이 없게 된 점에 비추어 남성 보통선거제도가 실현되었다고 할 수 있다. 이것은 다이쇼 시대를 통해 전개된 보통선거운동의 축적이 있었기 때문이며, 다이쇼 데모크라시의 마지막 성과이다. 그러나 보통선거제도를 통해 노동자 계급이 의회에 진출할 것이 예상됨에 따라 자본가 계층을 기반으로 하는 정부 관료들이 치안유지법과 혁명운동을 단속하는 방안도 동시에 채택하였다. 따라서 보통선거법을 논함에 있어 치안유지법을 떼어놓고 생각할 수 없다고 할

38) 佐藤令·丸本友哉, 위의 논문, 84頁.

39) 三枝昌幸, 앞의 논문(주 21), 40頁.

40) 佐藤令·丸本友哉, 앞의 논문, 85頁.

41) 영국의 선거비용규제의 역사에 관해서는 三枝昌幸, 앞의 논문(주 5), 400頁 이하 참조.

것이다. 보통선거법에 관한 최초 법안은 추밀원에 회부되었으나, 이를 심의한 추밀원은 정부 원안에 수정을 가하고 또한 치안유지법의 제정을 요구한 것은 이미 널리 알려진 사실이다.⁴²⁾ 이는 보통선거법의 도입으로 인한 급격한 체제의 변화에 따른 기성질서의 혼란에 대한 두려움에 기인한 것이라 할 것이다.⁴³⁾

그리고 보통선거의 실시에 따른 사상의 악화에 대한 우려에 대해 치안유지법의 제정만으로 극복할 수 없음을 인지한 바, 선거운동의 제한, 비용의 제한 등 각종 규제 장치를 도입하게 된 것이다. 따라서 보통선거권에 의한 국민의 대중적인 정치 참여의 길을 열어주고 있음에도 불구하고 이에 모순되는 행태인 선거운동 규제나 벌칙 규정을 보통선거법안에 포함시킨 것은 이중적인 모습이라 할 것이다.⁴⁴⁾ 보통선거법을 통해 처음 선거공영제도가 도입되고 이후 몇 차례 개정을 거쳐 확충되는 과정을 거치는데, 이런 점에서 다이쇼 14년의 보통선거법은 선거운동 규제에 있어서 1889년 법이래 선거법 개정사의 획기적 원인이 되고 이후 선거법의 원류가 되었다고 평가된다.⁴⁵⁾

법이론적으로 보통선거법의 규제형태는 선거운동의 자유보다는 공정을 더 중시하는 사상이 배경에 있는 것이라 할 수 있으며, 선거의 자유보다 선거의 부패 방지, 즉 선거의 공정을 위한 자유의 제한이 우선되는 일례라 할 수 있다. 이러한 점을 고려할 때 선거운동의 자유와 공정성의 관계가 문제될 수 있는 것이다.⁴⁶⁾ 이러한 선거운동 규제는 소화 9년에 사전운동이 금지되는 등을 통해 더욱 강화되었다. 소화 20년의 개정(소화 20년 법률 제42호)에서는 일부 그 제한이 철폐되었

42) 小南浩一, 앞의 논문, 92頁.

43) 송석운, 앞의 논문, 36면.

44) 小南浩一, 앞의 논문, 93頁.

45) 小南浩一, 위의 논문, 90頁.

46) 선거운동의 규제근거로서 공정성의 확보의 의미에 관한 연구로는 戶松秀典, “選舉運動の自由—その憲法上の意義—”, 『成城法學』 15号, 成城大法, 1983, 37-40頁. 우리나라에서의 구체적 논의로는 문재완, 앞의 논문, 281-282면 참조.

지만, 바로 선거운동의 문서도화 등의 특례에 관한 법률(소화 22년 법률 제16호)이나 선거운동 등의 임시특례에 관한 법률(소화 23년 법률 제196호)에 의해 다시 규제가 강화되었다.⁴⁷⁾ 그 후 공직선거법이 제정된 이후에도 크게 달라지지 않은 모습을 보이고 있다.

Ⅲ. 개별 규제조항에 관한 헌법적 판단

현재 일본의 선거운동에 관한 규제는 메이지 헌법 하에서의 규제와 다르지 않을 정도로 매우 엄격하다고 평가받는데, 이는 선거권을 바라보는 태도에서 다른 선진국과 차이를 보이기 때문이다.⁴⁸⁾ 선거권의 공무적 성격을 강조하는 것이 아니라 치안유지적 성격이 강조되기 때문이며, 호별방문금지나 문서도화의 배포제한 등이 치안유지적 측면을 강조하는 전형적인 예인 것이다.⁴⁹⁾ 결국 다이쇼 14년의 보통선거법의 영향이라 할 수 있다.

선거운동의 자유가 기본적으로 헌법 제21조에서 보장되는 표현활동임은 부정할 수 없는 점에 비추어,⁵⁰⁾ 치안유지적 측면의 규제는 정치

47) 佐藤令·丸本友哉, 앞의 논문, 86頁.

48) 河野眞吾, 앞의 논문, 125頁에서 이러한 상세하고 엄격한 규제가 도입된 배경에는 메이지 헌법 하의 인권규정이 크게 관련되어 있다고 하고 있다.

49) 헌법재판소, “선거운동의 자유와 선거의 공정성”, 정책개발연구용역보고서, 2011, 292면.

50) 芦部信喜, 『憲法』, 岩波書店, 2018, 212頁; 戶松秀典, 앞의 논문, 237頁. 다만 선거권(헌법 제15조)의 한 내용으로 보장된다는 견해로는 辻村みよ子, 『「權利」としての選舉權』, 勤草書房, 1989, 52頁이 있다. 이와 같이 선거권 및 피선거권을 근거로 드는 견해가 있는 데, 이를 위해서는 선거권 및 피선거권의 법적성격의 검토가 선행되어야 할 것이다(後藤光男, “選舉權·被選舉權の本質と選舉の公正”, 『憲法判例百選Ⅱ』, 有斐閣, 2013, 322-323 참조). 결국 헌법에서 이를 명시적으로 보장하는 규정이 없어 문제되는 것으로, 우리나라의 경우에도 기본권으로 보는 데에는 큰 이견은 없으며, 헌법상의 근거로 표현의 자유를 언급하는 것이 다수의 입장으로 보인다(문재완, 앞의 논문, 277면; 손인혁, 앞의 논문, 131면; 전중익, “위헌심판의 심사기준—선거운동과 표현의 자유를 중심으로—”, 『서울법학』 18권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2010, 255면; 현재 2016. 3. 31. 2013헌바26, 8면; 현재

적 표현의 자유의 관점에서 위헌의 문제를 야기 시킬 수 있을 것이다.

1. 호별방문의 금지

가. 일본 최고재판소의 입장

일본 선거법에서의 호별방문금지는 앞서 언급한 바와 같이 다이쇼 14년 보통선거법의 제정을 통해 도입되어 그 형태가 현재까지 유지되고 있다. 다만 소화 25년(1950)에 공직선거법으로 개정과정에서 선거운동 규제에 대한 변화된 생각이 등장함에 따라 호별방문의 금지에 대해서 이를 규제의 제외 대상으로 상정하는 등의 노력이 있었으나 결국은 소화 27년(1952)의 개정과정에서 다시 원래의 형태로 돌아오게 된다.⁵¹⁾ 결국 현행 일본 공직선거법 제138조는 “누구든지 선거와 관련하여 투표를 얻거나 얻으려 하거나 또는 얻지 않게 하려는 목적으로 호별방문을 할 수 없다(제1항).”, “어떠한 방법으로든 선거운동을 위하여 호별로 연설회의 개최 또는 연설을 행하는 것에 관한 고지를 하는 행위 혹은 특정 후보자의 성명 또는 정당 기타 정치단체의 명칭을 말하는 행위는 전항에서 규정하는 금지행위에 해당하는 것으로 본다(제2항).”고 규정하고 있다.⁵²⁾

헌법의 위반여부에 대해서는 소화 25년(1950)에 일본 최고재판소

2016. 10. 27. 2016헌마252, 5면 등).

51) 소화 27년 공직선거법 개정 후의 변천에 대해서는 吉田善明, “戰後の選挙法史の研究”, 『明治大學社會科學研究所年報』 6号, 明治大學社會科學研究所, 1965, 48頁 참조.

52) 우리나라의 경우에는 제106조에서 호별방문의 제한이라는 명칭 하에 “① 누구든지 선거운동을 위하여 또는 선거기간중 입당의 권유를 위하여 호별로 방문할 수 없다. ② 선거운동을 할 수 있는 자는 제1항의 규정에 불구하고 관혼상제의 의식이 거행되는 장소와 도로·시장·점포·다방·대합실 기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소에서 정당 또는 후보자에 대한 지지를 호소할 수 있다. ③ 누구든지 선거기간중 공개장소에서 연설·대담의 통지를 위하여 호별로 방문할 수 없다.”고 규정하여 일본과 큰 차이를 보이지 않고 있다.

가 공공복지를 위해서는 시, 장소, 방법 등의 선거운동에 대한 합리적 제한이 인정됨을 이유로 합헌 판단을 하였으며,⁵³⁾ 그 이후로 최고재판소의 입장은 기본적으로 변화가 없다고 할 것이다.⁵⁴⁾ 즉 호별방문의 금지가 헌법 제21조가 보장하는 표현의 자유를 제한한다고 하더라도 선거의 공정을 기하기 위하여 가능하다고 한 것이다. 위 판결의 합헌의 근거로는 ① 매수, 이익유도, ② 투표의 정실에 의한 지배, ③ 무용·부당한 경쟁으로 인한 선거의 실질적 공평저해, ④ 유권자의 생활의 평온의 저해 등의 폐해의 해결이다.⁵⁵⁾ 학설 중에는 이러한 이유 외에도 비밀투표의 원칙의 유지를 들어 합헌으로 보는 입장도 존재하였으나, 곧 표현의 자유의 보장과 국민주권의 관점에서 위헌론이 등장하게 되었다.⁵⁶⁾ 뿐만 아니라 하급심에서도 위헌판결이 등장하기 시작하였다.⁵⁷⁾

이러한 점에서 새로운 이유의 필요성을 감지한바, 소화 56년(1981) 6월의 판결에서는 기존의 논리적 근거를 보완하는 입장을 개진하게 된다. 즉 호별방문의 금지는 의사표현 그 자체의 제약을 목적으로 하는 것이 아니라 의사표현의 수단·방법이 가져오는 폐해의 방지이며, 상실되는 이익은 단지 수단·방법의 금지에 따른 한도에서의 '간접적, 부수적인 제약'에 지나지 않는 것임에 반해, 얻을 수 있는 이익은 '선거의 자유와 공정의 확보'인 점에 비추어 후자의 이익이 훨씬 크다고 하였다.⁵⁸⁾ 이후 소화 56년 7월의 판결에서도 보충의견으로서 선거의

53) 最高裁昭和 25年 9月 27日 刑集 4卷 9号 1799頁.

54) 最高裁昭和 42年 11月 21日 刑集 21卷 9号 1245頁; 最高裁昭和 56年 6月 15日 刑集 35卷 4号 205頁; 最高裁昭和 56年 7月 21日 刑集 35卷 5号 568頁 등.

55) 佐藤幸治, 『日本國憲法論』, 成文堂, 2011, 413頁.

56) 佐藤幸治, 위의 책, 413頁.

57) 東京地裁昭和 42年 3月 27日 判例時報 493号 72頁에서는 명백·현존위험의 원칙을 기준으로 하여, 妙寺簡裁昭和 43年 3月 12日 判例時報 512号 76頁에서는 명백·현존위험의 원칙을 불문하고 전면적으로 호별방문을 금지하는 규정은 위헌이라 판시하였다.

58) 最高裁昭和 56年 6月 15日 刑集 35卷 4号 205頁.

공정을 확보하기 위해 선거운동의 경우에도 정해진 룰을 따를 필요가 있으며, 그 룰을 어떻게 정할 것인가에 대해서는 국회의 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다는 견해를 표명한 바 있다.⁵⁹⁾

나. 우리나라 헌법재판소의 입장

우리나라의 경우에는 2000년대에 들어와서 하급심에서 이에 대한 판단을 일부 다루었으나, 기본적으로 일본 최고재판소의 논의에서 크게 벗어난 것이 없었다.⁶⁰⁾ 2016년에서야 호별방문의 금지규정에 대한 구체적인 판단을 하게 되었으며, 헌법재판소는 이에 대해 합헌 판결을 하였다.

즉 “호별방문금지조항은 선거의 공정 및 유권자의 사생활의 평온 등을 보장하기 위한 것으로서, 불법선거, 금권선거 등이 잔존하는 선거역사 및 정치현실, 호별방문 방법 자체에 내재된 선거 공정을 깨뜨릴 우려, 선거 특성에 적합한 다른 선거운동방법의 존재 등을 고려할 때 이를 지나친 제한이라 할 수 없고, 선거의 공정과 사생활의 평온이라는 공익보다 선거운동의 자유 등 제한되는 사익이 크다고 할 수 없다. 따라서 호별방문금지조항은 선거운동의 자유 등을 침해하지 아니한다.”고 판시하였다.⁶¹⁾ 다만 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견도 개진되었는데,⁶²⁾ “호별방문에 의한 선거운동은 별다른 준비물이나 자본의 투입 없이 가장 손쉽게 국회의원후보자나 그 선거운동원이 직접 유권자를 대면할 수 있는 방법에 해당한다. 법정의견이 지적하는 바와 같이 오늘날 인터넷과 같이 대량의 정보를 신속하고 간편하게 얻

59) 이토 마사미(伊藤正己) 재판관의 보충의견(最高裁昭和 56年 7月 21日 刑集 35卷 5号 568頁). 横大道聰, “戶別訪問の禁止”, 『憲法判例百選Ⅱ』, 有斐閣, 2013, 348-349頁 참조.

60) 김학진, 앞의 논문, 187면.

61) 헌재 2016. 12. 29. 2015헌마509 등, 686면.

62) 헌재 2016. 12. 29. 2015헌마509 등, 735-737면.

을 수 있고, 실시간으로 쌍방향 의사소통을 할 수 있는 매체가 고도로 발달하여 선거정보를 획득할 수 있는 방법이 과거보다 많아진 것은 사실이다. 그러나 여전히 호별방문에 의한 선거운동은 다른 매체를 통한 정보의 정제 내지 가감의 과정을 거치지 않고 개별 유권자와 후보자들이 직접 만나 있는 그대로의 정보를 주고받을 수 있다는 점에서 여전히 그 의의를 지닌다.”고 하면서 비례대표국회의원선거에서 허용되는 방송매체에 의한 광고와의 성격의 차이를 언급하고, 상대적으로 언론노출의 빈도수가 낮고 재정상태가 열악한 신생정당이나 군소정당의 경우에 정당의 정책을 홍보할 수 있는 기회를 제공받을 수 있으므로, 선거운동상의 기회균등이 한층 더 보장될 수 있는 점, 인적 범위를 일반 유권자 전체가 아닌 선거에 관한 핵심정보를 지닌 후보자 내지 선거운동원 등 일정 범위로 제한한다면 혼란을 상당 부분 줄일 수 있는 점, 공선법상의 형사처벌 규정의 존재를 통한 음성적인 금전 제공행위의 발생가능성은 차단될 수 있는 점 등을 근거로 호별방문에 의한 선거운동이 비공개장소에서의 위법행위를 촉발시킬 것이라는 불분명한 추측만으로 호별방문에 의한 선거운동의 기회 자체를 전면적으로 박탈하는 것은 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 하여 진취적인 입장을 표명한 바 있다.

다. 검토

우리나라 헌법재판소의 결정은 아쉬움이 남을 수밖에 없다. 재판관 7인의 의견이 종래 일본의 최고재판소 논리를 그대로 답습하고 있기 때문이다. 입법례를 고려하더라도 현재 일본을 제외하고는 미국, 캐나다, 영국 등 서구의 국가들에서는 호별방문을 통한 선거운동을 제한 없이 자유로이 허용하고 있는 점에 비추어 오히려 호별방문은 가장 보편적이고 일반적인 선거운동방법에 해당하는 것이다.⁶³⁾ 불법·부정선거를 우려하여 전면적으로 유권자와의 대면의 기회를 봉쇄하고 있는

우리나라와 일본의 호별방문의 금지조항은 매우 이례적인 것이라 할 것이다. 일본은 현재 위헌론이 증가하여 다수의 확실적 지위를 형성하고 있다고 볼 수 있다.⁶⁴⁾ 최고재판소의 폐해론에 근거한 호별방문의 전면적 부정은 논리적 타당성이 부족하다는 것이다. 또한 국민의 정치의식이 성숙되고, 정치·경제·사회적 상황이 변화하고 있음에도 시대의 흐름을 반영하지 못한 구태의연한 제도를 운영하고 있는 것을 지적하고 있다. 건전하고 성숙한 선거문화가 정착되어가고 있는 현재에 있어서 이러한 규제가 필요한 것인지 의문이 제기되고 있다. 사실 이러한 점은 재판관 김이수, 재판관 이진성의 반대의견에서도 동일한 취지에서 언급되고 있다.

호별방문에 의한 선거운동은 후보자에게 있어 유권자에게 자신의 정견이나 신념, 자신이 속한 정당이 추구하는 이념과 가치, 정강·정책 등을 직접 전달하고 유권자의 의견을 접하여 선거정보를 상호간에 효과적으로 주고받을 수 있다는 점에서 다른 매체에 의해 대체될 수 없는 표현활동인 것이다. 이는 유권자의 입장에서 다르지 않다. 법리적으로 최고재판소가 합리적 연관성의 기준을 표현의 자유의 제한에 적용한 것도 의문이며, 필요최소한의 기준이 아닌 엄격한 심사기준이 적용될 필요가 있을 것이다.

우리나라의 경우나 일본의 경우에 공직선거법에서 추상적·관념적 개념인 선거의 공정성 확보를 위해 너무나도 당연하게 정치적 표현의 자

63) 각국의 입법례가 다름으로 인해 각국의 현실적 여건의 차이로 인해 입법정책이 달라지기 때문에 우리의 정치문화를 고려해서 판단한다면 위헌임을 단언할 수 없다는 입장도 존재한다(장영수, “국회의원의 기탁금 및 연설 등 선거운동 제한의 합헌성 판단—헌재 2016. 12. 29. 2015헌마1160등 결정에 대한 평석—”, 『법조』 67권 3호, 법조협회, 2018, 752면). 또한 현대에 있어서는 인터넷의 발달로 인해 오히려 호별방문에 의한 선거운동의 필요성이 감소한 것도 사실이기는 하다.

64) 후보자의 선거활동에 있어서의 선거법의 엄격한 규제를 지적하는 입장으로 森脇俊雅, 앞의 논문, 48頁. 우리나라의 경우에도 위헌의 소지에 대한 지적은 끊임없이 나오고 있는 것으로 보인다. 최근 문헌으로는 김학진, 앞의 논문, 199면; 방승주, “선거운동의 자유와 제한에 대한 평가와 전망”, 『헌법학연구』 23권 3호, 한국헌법학회, 2017, 49면 등.

유의 본질적인 부분까지 제한하는 것은 문제가 있는 것이다. 다만 당장의 현실을 고려할 때 선거운동의 제한 자체를 부정하는 것은 아니며, 호별방문의 금지규정의 전면적 폐지를 주장하는 것은 아니기 때문에 시간, 장소 등의 합리적 제한을 반영한 입법안을 기대하는 것이다.⁶⁵⁾

2. 문서·도화의 이용제한

가. 일본 최고재판소의 입장

일본의 경우 보통선거법에 처음 규정된 이후에 몇 번의 개정을 통해 현행 공직선거법 제142조, 제143조 등에 규정되기 이르렀으며, 특히 제143조 제1항은 “선거운동을 위해 사용하는 문서도화는 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 것(중의원 비례대표선출의원 선거에서는 제1호, 제4호, 제4호, 제4호의 2 및 제5호에 해당하는 것으로, 중의원 명단신고정당 등이 사용하는 것) 외에는 게시할 수 없다.”고 규정하고 있다. 그 규제에 있어 우리나라의 공직선거법 규정과 큰 차이를 보이지 않는 것으로 평가되며,⁶⁶⁾ 다만 우리나라와 일본을 제외하고는 문화·도화의 이용에 대해 엄격하고 구체적인 규제를 가진 나라는 없다고

65) 헌법재판소, 앞의 논문, 297면. 이와 달리 호별방문금지규정 자체의 폐지를 주장하는 입장으로 河野眞吾, 앞의 논문, 129頁.

66) 우리나라의 경우에는 문서나 도화를 이용한 선거운동에 관하여 공직선거법 제64조에서 선거벽보, 제65조에서 선거공보, 제66조에서 선거공약서의 사항을 규정하고 있다. 또한 위 규정을 위반한 경우에 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하는 처벌규정에 관해 제256조 제5항 제5호에서 규정하고 있다. 그리고 제93조 제1항에서 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지라는 제목 하에 “누구든지 선거일전 180일 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다.”고 규정하고 있으며, 제255조 제2항 제5호에서 위 규정을 위반할 경우 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다고 하고 있다.

보아도 무방할 것이다.⁶⁷⁾

일본 최고재판소는 소화 30년(1955)년에 문서·도화의 규제에 관한 최초의 판결을 하였는데, 그 내용을 살펴보면 “헌법 제21조는 언론의 자유를 무제한적으로 보장하고 있는 것이 아니며, 공공의 복지를 위하여 필요한 경우에는 합리적으로 제한할 수 있으며, 공직선거에 있어서 문서·도화의 무제한적인 반포를 인정할 때에는 선거운동에 있어 부당한 경쟁을 부추기고, 오히려 선거의 자유와 공정을 해치게 되어 공명한 선거를 유지할 수 없는 결과를 초래할 염려가 있는바, 이러한 폐해를 방지하기 위해서 일정한 규제를 가하는 공직선거법의 규정은 공공의 복리를 위해 헌법상 허용되고 필요하고도 합리적인 규제라고 해석할 수 있다.”고 판시하였다.⁶⁸⁾ 즉 최고재판소는 일본 헌법 제21조가 언론의 자유를 절대적·무제한적으로 보장하고 있는 것이 아니고 공공의 복리를 위해 필요한 경우에는 합리적인 제한이 가능하다고 전제한 것이다. 이후의 판례들도 이러한 입장을 유지하고 있는 것으로 보인다.⁶⁹⁾ 또한 하급심에서 조차 문서에 관한 사항의 규제에 대한 위헌 판결은 호별방문의 금지조항보다 극히 소수에 불과하였다.⁷⁰⁾

나. 우리나라 판례의 입장

우리 헌법재판소의 경우에는 구 지방의회의원선거법 제57조, 제67

67) 중앙선거관리위원회, 앞의 책, 340-344면 참조.

68) 最高裁昭和 30年 3月 30日 刑集 9卷 3号, 635頁. 구체적인 사실관계는 上脇博之, “選舉期間中の文書活動の制限”, 『憲法判例百選Ⅱ』, 有斐閣, 2013, 344頁 참조.

69) 最高裁昭和 39年 11月 18日 刑集 18卷 9号, 561頁; 最高裁昭和 44年 4月 23日 刑集 23卷 4号, 235頁; 最高裁昭和 57年 3月 23日 刑集 36卷 3号, 339頁 등.

70) 김래영, “공직선거법 제93조 제1항의 위헌성”, 『공법학연구』 12권 2호, 한국비교공법학회, 2011, 166면. 특히 167-168면에서 하급심 판결중 위헌 판결의 논거를 요약하여 서술하고 있는데, 표현의 자유의 우월성에 기초한 규제에 있어서의 보다 엄격한 기준의 필요성, 최고재판소의 폐해론에 대한 비판, 문서활동의 규제자체는 헌법의 이념을 저해하는 기능을 수행하는 것 등을 언급하고 있다.

조 제1항⁷¹⁾에 의한 선거운동방법의 제한규정이 헌법에 위반되는지 여부
 부가 문제된 1995년 판결에서 합헌 판결을 한 이래로,⁷²⁾ 현행 공직
 선거법상 해당 조항의 경우에도 일관되게 헌법에 위반되지 않는다고
 하고 있다.⁷³⁾ 근래에도 “공직선거법에서 허용된 방법 이외의 선거운
 동을 위한 문서·인쇄물의 배부·게시행위를 금지하는 것은 부당한 경쟁
 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선
 거의 자유와 공정을 달성하기 위한 것이어서 선거운동의 자유 등을 침
 해하지 아니한다.”⁷⁴⁾고 판시한 바 있다.

판결의 취지는 문서·인쇄물 배부·게시조항은 선거운동의 자유 내지
 정치적 표현의 자유를 제한하지만 이 경우에도 헌법 제37조 제2항에
 따라 국가의 안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우
 에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 특히 선거운동 등 정치적 표현
 의 자유는 헌법 제21조 제4항에 따라 타인의 명예나 권리 또는 공중
 도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안 되고, 또한 이러한 자유는 선거의
 공정성을 전제로 인정되는 것이므로 선거의 공정성을 훼손하는 경우에
 는 이를 제한할 수 있다는 것이다. 그리고 문서·인쇄물 배부·게시조항
 은 유권자인 국민들이 제기하는 건전한 비판 및 여론형성과 무관하며,
 위 조항에 의해 제한되는 것은 우리 선거문화와 과거의 선거경험에 비
 추어 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 문서와 인쇄물의 배부 등
 특정한 방법에만 국한되는 부분적인 제한에 불과하므로 이로써 선거운
 동의 자유 내지 정치적 표현의 자유가 전혀 무의미해지거나 형해화된

71) 구 지방의회의원선거법(1990.12.31. 제정 법률 제4311호, 1991.5.23. 개정법률
 제4368호, 1994.3.16. 법률 제4739호로 폐지) 제67조(탈법방법에 의한 저술 등
 의 금지) ① 누구든지 선거운동기간 중 정당 기타의 정치단체 또는 후보자를 지지·추
 천하거나 반대하는 내용을 표시한 저술·연예·영화·광고·사진 기타 이와 유사한 것을
 이 법에 규정된 방법 이외의 방법으로 배부·상연 또는 게시할 수 없다.

72) 현재 1995. 4. 20. 92헌바29, 1면.

73) 현재 2007. 1. 17. 2004헌바82, 1면; 현재 2014. 4. 24. 2011헌바17 등, 1면
 등.

74) 현재 2016. 12. 29. 2015헌마509 등, 686면.

다고 단정할 수 없으며, 나아가 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 등에 게시하거나 전자우편을 전송하는 행위는 허용되므로, 유권자 등의 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하거나 그 본질적 내용을 침해한다고 할 수 없다는 것이다.

그러나 공직선거법 제56조 제1항 제2호 등 위헌확인에 관한 2016년 판결에서 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견은 인쇄물배부금지조항에 대해 법정의견이 인쇄물배부금지조항이 '선거운동에 준하는 내용의 표현행위'만을 규제하고 있다고 하나, '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'는 '선거운동'보다 광범위한 개념이고, 대의제 민주주의에서 국민의 모든 정치적 의사표현은 직접적으로 혹은 간접적으로 선거에 영향을 미치게 됨을 지적하며, 인쇄물배부금지조항에 의하여 국민의 정치적 의사표현은 광범위한 규제를 받게 된다고 하고 있다. 즉 인쇄물배부금지조항은 구체적인 사회적 해악을 발생시키는 표현을 넘어서 헌법상 보호받아야 할 표현인 선거의 공정성을 해칠 우려가 없는 정치적 표현까지 모두 형사처벌하는 것이 되는데, 그 규제범위가 지나치게 넓기 때문에 인쇄물배부금지조항은 일반 유권자, 후보자 및 후보자가 되고자 하는 자의 선거운동 등 정치적 표현의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 판단하고 있어 주목할 여지가 있다.⁷⁵⁾

다. 검토

사실 일본의 경우에도 소화 35년(1960)에 이르기까지는 문서·도화의 규제에 대해 선거의 공정성 확보를 위해 불가피하다는 것이 대체적인 학계의 분위기였다. 하지만 이러한 규제의 근거인 폐해론에 대해 비판적인 입장이 등장하고 문서·도화의 배포에 대해 구체적인 제한이

75) 헌재 2016. 12. 29. 2015헌마509 등, 733-734면.

없는 영국을 예로 들며, 선거관련 문서를 법정선거비용 내에서 지출하도록 하자는 대안 등이 제시되기도 하였다.⁷⁶⁾ 뼈라공해, 종이폭탄 등과 같은 미관을 훼손하게 될 수 있는 부작용을 우려하는 견해도 있지만 이는 일시적인 것에 불과한 것으로 선거운동의 자유와의 관계에서 보다 덜 제한적인 수단을 적용하면 된다는 것이다.⁷⁷⁾

우리나라의 경우에는 문서·도화 등이 무분별하게 배부되어 선거운동에 부당한 경쟁을 초래함으로써 선거의 공정을 해하는 것을 규제하기 위하여 탈법방법에 의한 선거 관련 행위를 제한하는 법률조항을 민의원선거법 제57조 제1항, 제58조 등(1958. 1. 25. 법률 제470호)에 규정하였다. 그 후 선거 관련 법률에 계속 존치하였으며, 선거일 전 180일부터 선거일까지 탈법방법에 의한 선거 관련 행위를 금지하고 이를 처벌하는 규정은 ‘공직선거 및 선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호)’에서 선거일을 법정하면서 최초로 도입되었다. 이후 공직선거법으로 이름이 변경된 후에도 제93조 등에 계속하여 존치하고 있다. 다만 우리의 경우에도 위헌성에 대한 지적이 있으며, 그 근거로 표현의 자유의 제한이 덜 한 수단을 통해 후보자들 간의 경쟁력 차이에 따른 불균형 방지라는 공정성을 확보할 수 있다는 것이다. 즉 선거운동비용의 규제 등을 통한 문서에 의한 선거운동의 제한의 효과를 도모할 수 있는 점, 문서·도화의 내용에 허위사실이 포함되지 않도록 규제하는 것으로 족하다는 점, 심사기준에 있어서의 모호성 등이 논의가 된다.⁷⁸⁾ 결국 이러한 제한은 표현의 자유를 비롯하여 선거운동의 자유를 침해하는 것으로 판례의 변경이 요청되는 사항이라 할 것

76) 헌법재판소, 앞의 논문, 298면. 문서도화를 이용한 선거운동 규제를 폐지한 뒤 선거운동 비용규제로서 ‘후보자간의 평등’ 및 ‘돈 안 드는 선거’를 실현해야 한다는 입장으로 河野眞吾, 앞의 논문, 130頁.

77) 中山研一, “公選法上の文書規制の違憲性”, 『判例時報』 1075号, 判例時報社, 1983, 3頁.

78) 김래영, 앞의 논문, 172-174면; 방승주, 앞의 논문, 49면; 현재 2007. 1. 17. 2004헌바82, 2면(재판관 조대현의 반대의견) 등.

이다.

3. 선거운동의 제한에 관한 심사기준

일본의 선거제도는 철저한 규제 및 관리 하에 놓여 있다고 볼 수 있는데, 공직선거법에서 이를 확인할 수 있다. 공직선거법의 경우에도 일본 헌법에 근거하여 제정된 것이지만 종래 일본 특유의 관헌국가적 헌정질서 하에서의 규제를 벗어나지 못하는 면을 보이고 있다.⁷⁹⁾ 무엇보다도 근본적인 문제는 이러한 규제가 일본국 헌법이 보장하는 표현의 자유 보장과 국민 주권의 취지에 적합한가 하는 것이다.

최고재판소는 앞서 언급한 바와 같이 호별방문의 금지 및 문서·도화의 이용제한을 비롯하여 사전선거운동의 금지에 대해 초기의 판결들은 대부분 공정성의 확보 즉 공공복지를 위한 표현의 자유에 대한 합리적 제한이라는 표현을 하는데 그친 것을 볼 수 있다. 다만 이에 대한 비판적 견해의 등장과 더불어 하급심 판결에서 보다 덜 제한적인 수단의 심사기준을 적용하는 모습을 보이자 이후 최고재판소의 판결도 이에 영향을 받아 합헌 판결을 함에 있어 논거를 보완하는 모습을 보이게 된다. 호별방문 등의 선거운동을 규제하는 입법은 의견표명 그 자체를 제약하기 위한 것이 아니라 단지 표현행위의 수단 또는 방법 등의 금지에 따른 간접적·부수적 규제에 불과한 것임을 제시하고, 따라서 선거운동 규제의 목적이 표현의 수단 또는 방법에 맞춰져 있는 이상 이를 심사함에 있어서 완화된 심사기준이 적용될 수 있음을 논증한 후 위 규정들의 제한조치는 ‘합리적이고 필요한 한도 내에서의 제한’이기 때문에 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 것이다.⁸⁰⁾

79) 헌법재판소, 앞의 논문, 300면.

80) 헌법재판소, 위의 논문, 296면에서 이러한 판결은 미국 연방대법원의 오브라인언 판결(United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968))의 영향을 받은 것으로 볼 수 있다고 하고 있다. 이 판결은 정부의 규제가 정부의 헌법상의 권한에 근거한 것이며, 정부의 중요한 이익을 도모하기 위한 것으로서 의사표현 그 자체를 규제하

선거의 공정을 유지하기 위하여 규제조치가 필요함은 부인할 수 없다는 사실이다. 그러나 정치개혁이나 행정개혁이 추진되는 가운데, 정당의 정책형성력과 그것을 실현하는 역량이 보다 강하게 요구되어 그만큼 정당으로서의 일상의 정치활동이 현격히 중요한 시점에, 거기에다 인터넷의 보급이라고 하는 요소도 더해져, 종전의 선거운동 규제 및 통제가 현 상황에 적합하지 않은 것으로 표출되고 있는 상황에서 이를 심각하게 고려할 필요가 있는 것이다.⁸¹⁾ 이러한 생각은 국회가 매이지 헌법체제 하의 습성에서 탈피하여 선거규제 및 통제를 근본적으로 개혁해야 할 시기임과 동시에 최고재판소의 표현의 자유 제한에 대한 접근의 변화가 요구되는 시기인 것이다. 결국 일본의 공직선거법은 우리나라 제도와 매우 유사하다는 점에서 이러한 변화가 우리에게 있어 어느 정도 방향을 제시할 것이라 생각된다.

현재 우리 헌법재판소는 선거운동 규제입법에 대해 입법자의 판단에 소극적으로 대응하며, 오히려 동조하는 듯한 결정을 내리고 있으며, 위헌결정을 한 예가 극히 드문 것이 이를 반증하는 것이다.⁸²⁾ 국회의 입법적 판단에 의존하는 모습을 보이며, 헌법재판소가 선거운동의 자유를 보장하기 위한 역할을 제대로 수행하는 지 의문이 제기되고 있는 상황이다. 법리적용에 있어서도 불분명한 심사기준을 적용함에 있어 비판을 받고 있기도 하다. 우선적으로 명확한 심사기준의 확립이 요청될 것이며, 표현의 자유에 대한 엄격한 기준을 설정할 필요가 있을 것이다. 선거운동과 관련된 표현의 자유는 그 보장에 있어 민주주의원리의 실현이라는 본질적 의미를 지니고 있음을 고려할 때 즉 선거가 그 기능을 제대로 발휘하기 위한 전제로서의 특별한 성격을 고려할 때 보다 강하게 보호되어야 할 것이다.⁸³⁾

고자 하는 취지에서 비롯되지 않았고, 필요 이상으로 표현에 대한 규제를 하지 아니하면 합헌으로 판결된다는 것이다.

81) 佐藤幸治, 앞의 책, 415頁.

82) 홍석한, 앞의 논문, 125면.

83) 현재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등, 16면. 유사한 취지에서 河野眞吾, 앞의 논

VI. 결론

사실 선진국에서조차 선거제도가 제도적으로 확립된 것은 20세기에 들어와서이다. 이렇게 제도적으로 확립되기까지 수많은 어려움이 존재하였고, 확립된 후에 있어서도 그 시행과정에 있어 반드시 순조롭지만은 아니하였다. 현재에 있어서도 다양한 문제가 있어, 각각의 나라에는 개별적인 개혁과제를 안고 있는 것이 현실이다.

특히 우리나라나 일본의 경우에 선거운동과 관련해서 왜 이렇게 엄격한 제약을 두고 있는 지 생각해볼 필요가 있는데, 일본의 후보자 선거운동에 대한 엄격한 제한은 앞서 검토한 바와 같이 다이쇼 14년 보통선거법의 도입 시로 거슬러 올라갈 필요가 있는 것이다. 당시 좌익 세력에 대한 탄압 의도, 선거민의 정치의식이 성숙되지 않았다고 보는 우민관, 현직의 우위성을 유지하려는 현 의원의 이해타산 등이 어우러져 기묘한 체계가 형성된 점에 이러한 이유를 찾을 수 있을 것이다.⁸⁴⁾ 다이쇼 14년에 도입된 선거운동 규제는 여러 해의 개정과정을 거쳐 현재에 이르고 있으나, 여전히 규제의 정도는 엄격하다고 할 것이다. 여전히 이러한 태도를 유지할 수 있었던 법리적·이론적 근거는 일본 최고재판소의 판결문을 통해 살펴보았다.

근래 일본은 인터넷 이용이나 매니페스토(マニフェスト) 배부 등 새로운 형태의 선거운동을 실시하려는 움직임이 있어 한 동안 문제가 된 바 있다.⁸⁵⁾ 시대가 변함에 따라 정치·선거의 환경이 변화할 필요가

문, 127-128頁에서 표현의 자유는 민주주의적인 자기통치의 실현과 유지에 불가결한 것이며, 헌법이 보장하는 인권 속에서도 우월적 지위를 차지하는 바, 특별히 강력한 정당화 사유가 없는 한 그것을 제한하는 것은 허용되지 않는다고 하면서 호별방문 금지 및 선거운동용 문서도화 제한과 같은 선거운동 규제의 합헌성 판단에 있어서 보다 덜 제한적인 조치(LRA의法理, Less Restrictive Alternatives)에 관한 기준을 적용하는 것이 바람직하다고 하고 있다. 또한 芦部信喜, 앞의 책, 212-213頁도 이와 다르지 않다.

84) 三宅一郎, 『投票行動』, 東京大學出版會, 1989, 204頁.

85) 佐藤令·丸本友哉, 앞의 논문, 86頁.

있음을 인식하여야 할 것이며, 해외에서는 이미 선거운동에 있어서의 SNS 기능의 활용을 통해 정보 발신을 활용하고 있으며, 이것이 선거 결과에 있어 상당한 영향을 부여하고 있는 점을 미리 주지하여 그에 맞는 제도적 상황을 개선하고 있는 것이다. 일본을 비롯한 우리나라의 경우에는 근본적으로 선거운동에 관한 규제에 있어 원칙적 제약이 아닌 원칙적 자유로의 사상의 전환이 요청된다 할 것이다. 이러한 점에 비추어 2015도11812 전원합의체 판결은 긍정적으로 평가하지 않을 수 없다.⁸⁶⁾ 선거운동의 개념 요소로서 ‘당선 또는 낙선의 목적의사’를 선거인의 관점에서 인식가능하지 여부에 따라 판단하게 하여 선거운동의 의미를 좁게 해석한 점은 궁극적으로 선거운동의 자유 확대와 정치적 의사표현의 자유를 폭넓게 인정하고자 한 것으로 시대적 상황을 고려한 타당한 해석이라 생각된다.

86) 추경준, “공직선거법상 ‘선거운동’의 의미와 판단 기준—대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결—”, 『판례연구』 29집, 부산판례연구회, 2018, 754-759면.

[참고문헌]

I. 국내문헌

- 중앙선거관리위원회, 『각 국의 선거제도 비교연구』, 중앙선거관리위원회 선거연수원, 2015.
- 김래영, “공직선거법 제93조 제1항의 위헌성”, 『공법학연구』 12권 2호, 한국비교공법학회, 2011.
- 김재선, “공직선거법과 선거운동의 자유에 관한 공법적 고찰”, 『고려법학』 80호, 고려대학교 법학연구원, 2016.
- 김학진, “호별방문금지규정의 정착 과정과 문제점에 관한 소고”, 『민주법학』 63호, 민주주의법학연구회, 2017.
- 문재완, “선거운동의 자유와 헌법 제116조 제1항”, 『외법논집』 42권 1호, 한국의국어대학교 법학연구소, 2018.
- 방승주, “선거운동의 자유와 제한에 대한 평가와 전망”, 『헌법학연구』 23권 3호, 한국헌법학회, 2017.
- 손인혁, “선거운동의 자유와 선거의 공정성에 관한 연구 —대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로—”, 『헌법학연구』 24권 2호, 한국헌법학회, 2018.
- 송석윤, “선거운동 규제입법의 연원—1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입—”, 『서울대학교 법학』 46권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2005.
- 장영수, “국회의원의 기탁금 및 연설 등 선거운동 제한의 합헌성 판단 —헌재 2016. 12. 29. 2015헌마1160등 결정에 대한 평석—”, 『법조』 67권 3호, 법조협회, 2018.
- 전종익, “위헌심판의 심사기준—선거운동과 표현의 자유를 중심으로—”, 『서울법학』 18권 1호, 서울대학교 법학연구소, 201

0.

- 추경준, “공직선거법상 ‘선거운동’의 의미와 판단 기준—대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결—”, 『판례연구』 29집, 부산판례연구회, 2018.
- 헌법재판소, “선거운동의 자유와 선거의 공정성”, 정책개발연구용역보고서, 2011.
- 홍석한, “선거운동의 자유와 규제에 관한 헌법적 고찰”, 『헌법학연구』 19권 4호, 한국헌법학회, 2013.

II. 외국문헌

- 內務省, 『衆議院議員選舉法改正理由書』, 內務省, 1925.
- 辻村みよ子, 『「權利」としての選舉權』, 勁草書房, 1989.
- 安田充·荒川敦, 『逐條解説 公職選舉法(下)』, きょうせい, 2009.
- 佐藤幸治, 『日本國憲法論』, 成文堂, 2011.
- 芦部信喜, 『憲法』, 岩波書店, 2018.
- 堀内匠, “自治体選舉法の消滅(下)—公職選舉法への統合をめぐる—”, 『自治總研』 43卷 11号, 地方自治總合研究所, 2017.
- 吉田善明, “戰後の選舉法史の研究”, 『明治大學社會科學研究所年報』 6号, 明治大學社會科學研究所, 1965.
- 岡田信弘, “憲法學における選舉研究”, 『選舉研究』 15卷, 日本選舉學會, 2000.
- 藤田達朗, “戶別訪問禁止をめぐる國會審議と立法事實—第128回國會の審議に示された戶別訪問禁止の立法事實の檢証—”, 『政策科學』 3卷 3号, 立命館經營學, 1966.
- 井上典之, “選舉運動規制の再檢討—「選舉の公正」と「選舉の自由」の調整?—”, 『論究ジュリスト』 5号, 有斐閣, 2013.

- 三枝昌幸, “選舉運動の自由と公正—立法過程の議論に着目して—”, 『明治大學大學院法學研究科 博士學位請求論文』, 2016.
- 三枝昌幸, “選舉運動の自由と公正—イギリスの選舉費用規制に着目して—”, 『法律論叢』 89卷 6号, 明治大學法律研究所, 2017.
- 森脇俊雅, “日本の選舉制度について”, 『法と政治』 65卷 1号, 關西學院大學法政學會, 2014.
- 柚正夫, “選舉運動の文書図書制限規定と憲法原則”, 『法政研究』 38卷 2-4号, 九州大學, 1972.
- 上脇博之, “選舉期間中の文書活動の制限”, 『憲法判例百選II』, 有斐閣, 2013.
- 小南浩一, “男子普通選舉の導入と選舉運動規制—普選制度の論理とファシズム—”, 『兵庫教育大學研究紀要』 44号, 兵庫教育大學, 2014.
- 湯淺壘道, “インターネット選舉運動の解禁に關する諸問題”, 『情報セキュリティ総合科學』 5号, 情報セキュリティ大學院大學, 2013.
- 佐藤令・丸本友哉, “我が國の選舉運動規制の起源と沿革—大正14年普通選舉法制定の帝國議會における議論を中心に—”, 『レファレンス』 60卷 11号, 國立國會図書館調査及び立法考査局, 2010.
- 中山研一, “公選法上の文書規制の違憲性”, 『判例時報』 1075号, 判例時報社, 1983.
- 芦部信喜, “選舉制度”, 『國家學會雜誌』 71卷 4号, 國家學會事務所, 1957.
- 河野眞吾, “選舉運動規制に對する一考察”, 『Research Bureau論究』 15号, 衆議院調査局, 2018.
- 戸松秀典, “選舉運動の自由—その憲法上の意義(一)—”, 『成城法學』 13号, 成城大法, 1983.

- 戸松秀典, “選舉運動の自由—その憲法上の意義(二)—”, 『成城法學』 15号, 成城大法, 1983.
- 横大道聰, “戸別訪問の禁止”, 『憲法判例百選Ⅱ』, 有斐閣, 2013.
- 後藤光男, “選舉權·被選舉權の本質と選舉の公正”, 『憲法判例百選Ⅱ』, 有斐閣, 2013.

〔 국문초록 〕

민주적인 선거제도의 운용의 성패에 있어 선거운동의 자유는 상당히 의미 있는 사항이라 할 수 있다. 그러나 주지하다시피 일본을 비롯한 우리나라의 공직선거법은 선거운동을 광범위하게 규제하고 있다. 선거운동은 각 후보자의 인물, 사상 등에 대한 검증수단으로 작용하여 유권자에게 있어 올바른 판단의 기회를 제공하며, 그러한 점에서 보면 선거운동은 가능한 한 자유롭게 할 필요가 있다. 다만 제한 없는 자유는 자칫하면 무질서를 초래할 우려가 있는데, 즉 선거가 재력이나 권력 등에 의해 좌우될 수 있다. 이러한 점에 비추어 선거운동의 자유 확대와 선거의 공정 확보라는 두 가지 사상의 조화가 요구된다. 현실상 일본과 우리나라의 선거운동 규제는 선거의 '공정성' 확보라는 미명하에 미국을 비롯한 다른 나라의 법제와 비교할 수 없을 정도의 엄격한 규제를 가하고 있다. 이에 자유선거의 원칙이 제대로 실현되고 있다고 말할 수 없는 상황이라는 비판이 지속적으로 제기되고 있다.

특히 일본과 관련하여서는 다이쇼 14년(1925년)에 제정된 중의원의원선거법(다이쇼 14년 법률 제47호)인 '보통선거법'의 검토가 요청된다. 1925년에 도입된 보통선거법은 국민에게 광범위한 정치참여의 길을 열면서 동시에 엄격한 선거운동 규제와 벌칙규정을 포함하고 있는 것이 특징이다. 호별방문금지를 비롯해 공탁금제도 및 선거비용의 제한 등은 전후 1950년 제정된 공직선거법에도 존치하여 현재에 이르고 있다. 이러한 규제는 구미 선진국에서는 찾아볼 수 없는 특수한 일본적 규제라 할 것이다.

선거운동의 규제에 관한 일본의 법제도는 우리나라와 상당한 유사성을 지니고 있는 바, 우리에게 있어 시사성을 부여할 것으로 생각된다. 규제중심의 선거법제가 일본을 통해 우리나라에 상당부분 도입되어 영향을 미치고 있는 것이 사실이므로, 일본의 선거운동의 규제에 관한

기원과 연혁, 그에 대한 이론적 배경을 면밀히 검토할 필요가 있다. 또한 이에 대한 사법부의 판단을 고찰하여 우리나라의 현재의 문제점을 파악하고 개선방안을 모색하는 비교법적 고찰을 하고자 한다.

선거의 공정 확보를 위한 규제조치가 필요함은 부인할 수 없다. 하지만 오늘날 정치개혁이나 행정개혁을 추진함에 있어 정당의 정책형성력과 그것을 실현하는 역량이 보다 강하게 요구되며, 또한 정당으로서의 일상적 정치활동이 강조되고 거기에다 인터넷의 보급이라는 요소도 더해지고 있는 점에 비추어 종전의 선거운동 규제 및 통제가 이러한 상황에 적합한지 의문이다. 따라서 입법적으로 선거규제 및 통제를 근본적으로 개혁해야 할 시기임과 동시에 법원의 표현의 자유의 제한에 대한 접근의 변화가 요구되는 시기라 생각된다.

주 제 어 : 선거운동, 자유, 공정, 다이쇼시대, 일본

[ABSTRACT]

A Theoretical Review on Election Campaign Regulations in Japan

Kil yong-won

There are three important factors in the election law. The first is aimed at realizing the principle of voting, and the second is aimed at realizing the principle of representation, especially regarding constituencies, voting methods and thirdly, at free and fair election campaigns. In view of this the election law can be categorized into three categories: ① right to vote, ② election precinct, and ③ election campaign regulations. Since the end of World War II, constitutional studies have been considering specific issues. This article focuses on election campaign regulations, which are the third of these issues.

There is no doubt that freedom of campaign is indispensable in democratic elections. However, as is well known, the Public Offices Election Law regulates campaigning widely. Election campaign regulations can be broadly divided into term, subject, methods, and expenses, and constitute a complex system of mutual relevance. To simplify the structure, it can be said that a specific entity is permitted to perform expression activities by a specific method within a specific

period of time, within the scope of legal costs, after comprehensively prohibiting expression activities related to elections. It is called a “comprehensive ban and deregulation.” No other country has ever had more comprehensive and complex election campaign regulations than the Public Offices Election Law, which are special regulations.

Then, on what grounds have these regulations been justified? The Public Offices Election Law encompasses various election campaign regulations, and there are different justifications for each regulation. However, as a general theory, it is explained that election campaign regulation is a measure to ensure fairness of elections. In other words, it is said that the election campaign must be fair at the same time as being free and that it is necessary to limit the freedom of campaigning to a certain extent in order to secure fair. Certainly, it is important to ensure fairness in election campaigns.

Japan’s legal system is quite similar to our system in terms of restrictions on election campaigns. The study of the Japanese system seems to give us a lot of hints. Since it is true that regulations-oriented election laws have been introduced and influenced by Korea through Japan, it is necessary to carefully examine the origin and history of Japan’s campaign restrictions and its logical background.

Key Words: Election campaign, Freedom, Fair, Taisho Period, Japan

논문투고일 : 2019. 8. 14.

논문심사일 : 2019. 8. 26.

게재확정일 : 2019. 8. 27.

로봇과 인공지능(AI)의 법적·윤리적 입법방안에 관한 연구

- EU의 「로봇공학에 관한 민법 규칙」을 중심으로 -

심민석*

[목 차]

I. 서 론

III. 한국의 지능형 로봇에 관한
법적·윤리적 입법방안

II. EU의 「로봇공학에 관한
민법 규칙」의 주요내용

IV. 결 론

I. 서 론

현재 정보통신기술(Information Communication Technology)의 놀라운 발전에 따른 디지털의 혁명은 우리의 사회·경제적인 생활상을 급격히 변화시키고 있고 변화시키고 있는 중이라고 할 수 있다. 이러한 시대적인 변화에 대해 클라우스 슈밥(Klaus Schwab)는 201

* 숭실사이버 대학교 객원교수, 법학박사

6년 제46회 다보스 포럼에서 처음으로 ‘제4차 산업혁명(Fourth Industrial Revolution)’¹⁾이라는 용어를 사용하면서 다가올 미래에 대해 예고하였듯이 이러한 변화는 멈출 수 있는 시대적인 상황으로 보이지는 않는다. 여기서 클라우스 슈밥은 제4차 산업혁명을 “IT 기술 등에 따른 디지털 혁명(제3차 산업혁명)에 기반을 둔 물리적 공간, 디지털 공간 및 생물학적 공간의 경계가 희석되는 기술융합의 시대”로 정의하고 있는데,²⁾ 이러한 제4차 산업혁명의 특징은 ‘초지능성’과 ‘초연결성’으로 요약할 수 있을 것이다.³⁾ 이와 관련하여 제4차 산업혁명의 대표적인 기술로 빅 데이터 분석, 인공지능기술, 로봇공학, 사이버-물리 시스템(Cyber-Physical Systems: CPS)⁴⁾, 사물인터넷, 무인 운송수단(무인 항공기, 무인 자동차), 3D 프린팅, 나노 및 생명공학 등이 언급되고 있지만, 그 중에서도 인공지능기술이 핵심적인 역할을 담당하고 있다고 말할 수 있다.⁵⁾

이와 같이 우리는 멈출 수 없는 새로운 산업혁명이라는 시대적인

-
- 1) 제4차 산업혁명이라는 용어는 실제 독일에서 2010년에 제조업과 정보통신의 융합을 통해 새로운 산업경쟁력을 확보하려는 노력의 일환으로 이루어진 ‘Industry 4.0’에 영향을 받은 것으로 보인다. 그리고 ‘Industry 4.0’은 독일 정부가 미래 경쟁력을 높이는 창조경제의 동력으로 제조업 진화 전략으로 제조업과 같은 전통 산업에 IT 시스템을 결합하여 지적인 스마트 공장(Smart Factory)으로 진화시키고자 하는 경제정책이다. 이를 통해 독일 국가과학기술위원회는 산업 생산성이 30%까지 향상될 것으로 전망했다(현대경제연구원, “독일의 창조경제: Industry 4.0의 내용과 시사점 - 제조업의 진화 전략이 필요하다”, 지속가능 성장을 위한 「VIP 리포트」, 2013.10.29. 1면).
 - 2) K. Schwab/송경진 역, 「클라우스 슈밥의 제4차 산업혁명」, 새로운현재, 2016, 36면(이러한 제4차 산업혁명에 대한 용어의 정의는 일반적으로 승인되어 확립된 것은 아니다).
 - 3) 정진근, “에세이: 제4차 산업혁명과 지식재산권법학의 미래”, 성균관대학교 법학연구소, 「성균관법학」 제28권 제3호, 2016.09, 161면.
 - 4) CPS(Cyber-Physical System)라는 용어는 미국 NSF(National Science Foundation)의 헬렌 길(Hellen Gill) 박사가 2006년에 처음으로 소개한 것으로 알려져 있다. CPS는 컴퓨팅 능력(computation)과 물리적인 프로세스가 결합되는 것을 의미하는 개념으로, 가상세계와 물리세계(혹은 현실세계)가 마치 하나의 세계인 것처럼 연결되어 동작하는 것을 의미한다(TTA정보통신용어사전 참고).
 - 5) 박종보의 1인, “인공지능기술의 발전과 법적 대응방향”, 한양대학교 법학연구소, 법학논총 제34집 제2호, 2016.06, 2면.

변화의 문턱에 서있다고 할 수 있다. 이러한 새로운 산업혁명의 핵심 기술이라고 할 수 있는 인공지능기술에 관해서는 긍정적인 시각도 많지만 우려의 목소리도 높다. 이에 테슬라의 CEO인 엘론 머스크는 “지능화된 로봇은 궁극적으로 불멸의 독재자가 될 가능성이 있고, 치명적인 자율형 무기 체계는 전쟁 분야에서 세 번째 혁명이 될 수 있다.”고 밝힌 바 있으며, 월드 와이드 웹의 창시자인 팀 버너스 리 경은 “인공지능이 독자적으로 기업을 설립하고 경영함으로써 새롭게 세계의 주인이 될 수 있다.”고 언급한 적도 있다. 또한 스티븐 호킹 박사는 “인공지능이 제대로 규제되지 않고 발전한다면 인류의 종말을 초래할 수 있다고 언급하면서 생물학적 진화가 느린 인간은 인공지능과 경쟁할 수 없고 결국 대체될 수 있다.”고 경고했고, 빌 게이츠도 “수십년이 지나 인공지능이 초지능화가 되면 인류에게 위협이 될 수 있다.”고 우려했다.⁶⁾ 이와 같이 인공지능의 기술 발전에 대한 우려는 인류의 생존과 매우 밀접한 관련이 있음을 전문가들은 진단하고 있는 것이다. 이러한 새로운 혁명의 시대가 품고 있는 문제점에 대한 우려에 입각해서 유럽연합(EU)의 의회는 2017년 2월 16일에 집행위원회가 로봇공학에 관한 민법 규칙(Civil Law Rules on Robotics)⁷⁾에 입각하여 새롭게 입법할 것을 권고하는 결의안을 통과시켰다.⁸⁾ 다만,

6) “나는 우려한다.”… 인공지능에 관한 경고 12선, CIOKOREA 인터넷 기사(<http://www.ciokorea.com/news/38765>)

7) EU의 「Civil Law Rules on Robotics」는 「로봇공학에 관한 민법 규칙」으로 번역할 수 있는데 이를 오역하여 「로봇시민법」으로 널리 알려져 있다. 따라서 「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 「로봇시민법」에 관한 내용임을 앞서 밝힌다.

8) European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on 「Civil Law Rules on Robotics」 (2015/2103(INL))(「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 서문, 본문, 부록으로 편성되어 있는데, 서문(Introduction)의 내용은 A항목~Z항목까지 규정되어 있는데, 서문의 내용 중에 일반원칙(General principles)은 T항목~Y항목까지 규정되어 있고, 책임(Liability)은 Z항목(세부항목AA~세부항목AD)에 규정되어 있다. 그리고 본문의 내용은 제1조~제68조까지 규정되어 있는데, ‘민간용 로봇과 인공지능의 발전에 관한 일반원칙’에 관해서는 제1조~제5조까지 규정되어 있고, ‘연구와 혁명’은 제6조~제9조까지 규정되어 있으며, ‘윤리 원칙’은 제10조~제14조까지 규정되어 있다. 그리고 ‘유럽연합기관’은 제15조~제17조, ‘지적재산권과 데이터의 흐름’

「로봇공학에 관한 민법 규칙」에서 로봇세과 관련한 규정과 노동시장 및 기본소득에 관한 사항에서 기본소득제도는 부결되었다.⁹⁾ 그리고 이 결의안에 따른 후속조치로써 유럽집행위원회의 상세한 법규는 현재 제정되어 있지 않다. 그리고 이 결의안의 제목만으로는 민법과 관련한 규정으로 생각할 수 있으나, 민사상책임과 관련한 규정만을 규정하고 있는 것이 아니라 로봇과 인공지능으로 인해 발생한 피해를 담보하기 위한 의무보험제도와 로봇과 인공지능에 대한 등록시스템 및 등록기관의 설립, 윤리위원회의 설치 및 로봇공학 현장 등 유럽연합차원에서의 법적·윤리적 규제방안도 아울러 규정하고 있다.

우리도 이러한 새로운 혁명의 시대를 준비하기 위해 세계 최초로 2007년에 국가적인 차원에서 로봇윤리헌장을 제정하려고 하였지만 초안만 발표하고 이를 공식화하지는 못하였다.¹⁰⁾ 그리고 2008년에 「지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법」을 제정하였지만, 이는 로봇산업의 지속적 발전을 위한 기업들의 지원을 위한 입법으로 로봇과 인공지능에 관한 법적·윤리적 규제에 관한 직접적인 규정은 아니다. 또한 2017년 8월에는 대통령 직속으로 4차 산업혁명 위원회를 설치하기 위한 「4차산업혁명위원회의 설치 및 운영에 관한 규정」을 제정하였지만, 위원회의 존재감에 대한 회의와 예산도 삭감되어 있는 실정이

은 제18조~제21조, ‘표준화 및 안전과 보안’은 제22조~제23조, ‘자율적인 운송수단’은 제24조~제30조, ‘간호 로봇’은 제31조~제32조, ‘의료 로봇’은 제33조~제35조, ‘인간 치료와 강화’는 제36조~제40조, ‘교육과 고용’은 제41조~제46조, ‘환경영향’은 제47조~제48조, ‘책임’은 제49조~제59조, ‘국제적인 측면’은 제60조~제64조, ‘최종’은 제65조~제68조까지 규정되어 있다).

9) 박소영, 「인공지능 혁신 토대 마련을 위한 책임법제 진단 및 정책 제언」, 한국과학기술기획평가원, 「KISTEP ISSUE WEEKLY」, 2017.11, 9면(로봇세와 기본소득제는 로봇의 도입 확산으로 일자리를 잃은 노동자들의 재훈련과 기본 소득을 보장하기 위한 제도이지만, 유럽의회의 의원들 간에 로봇 사용자나 기업에 피해를 입히고 혁신을 저해할 수 있다는 견해와 사회안전망 구축과 기본적인 삶의 보장이라는 견해가 나뉘어 합의점을 이루지 못했다).

10) 변순용외 3인, “로봇윤리헌장의 필요성과 내용에 대한 연구”, 한국윤리학회, 윤리연구, 2017, 297면.

다.¹¹⁾ 그러나 이러한 준비가 무의미하다고는 생각하지 않는다. 앞으로 우리는 제4차 산업혁명을 맞이하기 위해서는 더 많은 논의를 진행해야 하고, 고민해야 한다. 이는 당장의 현시적 성과가 중요한 것이 아니라, 인류에게 도움이 될 수 있는 명확한 방향에 기반을 둔 잘 준비된 법적책임 및 윤리원칙과 개발계획 하에서 제4차 산업혁명이 추진되어야 한다는 것이다.¹²⁾ 이러한 측면에서 유럽연합(EU)의 「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 제4차 산업혁명을 맞이하기 위한 법적·윤리적 문제를 풀어 가는데 있어서 어느 정도 구체적인 규제방안을 제시하고 있다.

향후 인류가 어리석은 선택을 하지 않도록 국가적·국제적 차원의 법적·윤리적 규제와 감독 하에서 인공지능 개발의 부작용을 최소화하고 그 활용성을 극대화해야 한다는 것에 대해서는 누구나 공감할 것으로 보인다.¹³⁾ 왜냐하면 이러한 규제와 감독 내에서 제4차 산업혁명이 이루어질 때 인류에게 보다 더 나은 사회안전망 구축과 기본적인 권리 및 삶이 보장될 수 있는 미래를 기약할 수 있기 때문이다. 따라서 이 논문은 「로봇공학에 관한 민법 규칙」의 결의안 중에서 법적·윤리적

11) “존재감 줄고 예산도 깎인 문 대통령의 ‘4차산업혁명위원회’”, 2018년 10월 7일자 경향신문 인터넷 기사 참고(news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=201810071018001).

12) 양희태, “인공지능의 위험성에 대한 우려로 제정된 아실로마 인공지능 원칙”, 과학기술정책연구원, 과학기술정책 제27권 제8호(통권 제229호), 2017.08, 5면(아실로마 인공지능 원칙의 연구문제 5대 원칙, 첫째, 인공지능 연구목표는 방향성이 없는 지능이 아니라 유익한 지능을 개발하는 것이다. 둘째, 인공지능에 대한 투자는 컴퓨터 과학, 경제, 법, 윤리 및 사회적 난제를 포함해 유익한 활용에 관련된 기금이 포함되어야 한다. 셋째, 인공지능 연구자와 정책 입안자들 간에 건설적이고 건강한 교류가 있어야 한다. 넷째, 인공지능 연구자와 개발자들 간에는 상호와 협력을 기반으로 투명한 문화가 형성되어야 한다. 다섯째, 인공지능 시스템 개발 조직들은 안전기준에 미달하는 것을 방지하기 위해 적극 협력해야 한다).

13) 양희태, 전개논문, 4면(스티븐 호킹·데미스 허사비스·엘론 머스크·레이 커즈와일 등 인공지능 연구자, 미래학자 1,200명을 포함한 2천 3백여 명이 서명한 아실로마 인공지능의 총 23개 원칙은 국제적으로 인간과 인공지능이 공존할 수 있는 법제 정비 및 윤리원칙 확립에 도움을 줄 수 있는 원칙으로 보인다).

인 규제방안과 관련한 내용만을 정리하여 향후 우리가 새롭게 입법해야 할 몇 가지 법적·윤리적인 규제방안을 제시해 보고자 한다.

II. EU의 「로봇공학에 관한 민법 규칙」의 주요내용

1. 서문

「로봇공학에 관한 민법 규칙」의 서문에서는 “인류가 보다 정교한 로봇(robots), 봇(bots), 안드로이드(androids)와 인공지능(AI) 등 그 밖의 현상들이 새로운 산업혁명(new industrial revolution)을 일으킬 태세에 있는 것처럼 보이는 시대의 문턱에 서있지만, 사회가 손대지 않고 그냥 내버려 둘 가능성이 있기 때문에 입법부(legislature)가 혁신을 저지하지 않으면서 법적·윤리적인 영향(legal and ethical implications)과 효과(effects)에 대해 고려하는 것은 매우 중요하다.”고 밝히고 있다. 그리고 “혁신을 저해하지 않도록 융통성 있게 일반적으로 받아들여지는 로봇과 인공지능(AI)에 관한 정의개념을 새롭게 만들 필요가 있다.”고 밝히고 있다. 이외의 내용을 간략하게 정리하면 다음과 같다.

로봇과 인공지능(AI)의 개발은 삶과 작업관행을 변화시키고, 효율성(efficiency), 절감성(savings) 그리고 안전 등급(safety levels)을 높이고, 서비스의 등급을 향상시킬 수 있는 잠재력을 가지게 하며, 중·단기 내에 로봇과 인공지능(AI)은 생산과 상업뿐만 아니라 운송, 의료, 구조, 교육과 농업분야에서도 효율성과 절감성의 이익을 가져다 줄 것을 약속하고 있고, 동시에 독성으로 오염된 장소를 청소할 때에 직면하는 것과 같은 위험한 상황에 노출되어 있는 사람들을 피하게 할 수 있고, 유럽사회의 정치적, 사회적, 경제적인 가장 큰 난제 중의 하나인 노령화사회에 대한 사회적 이익을 가져다 줄 수 있다. 그러나 혼

련을 받을 수 있고 독립적으로 의사를 결정할 수 있는 능력을 지닌 영리한 자율적인 기계(autonomous machines)의 개발은 경제적인 이익뿐만 아니라 사회전체에 대한 직·간접적인 영향과 다양한 우려를 안고 있으며, 기계학습(machine learning)¹⁴⁾으로 인한 사회에 막대한 경제적·혁신적 이익을 제공하지만, 의사결정과정에서의 비차별(non-discrimination), 적법절차(due process), 투명성(transparency)과 이해가능성(understandability)을 확보하는 문제를 키우고 있다고 밝히고 있다. 또한 로봇 공학(robotics)에 의해 제공된 부인할 수 없는 이익에도 불구하고 그것의 실행은 노동시장의 변화와 이에 따른 교육, 고용 그리고 사회정책에 있어서 미래에 반영할 필요가 있기 때문에 정부는 내일의 근로자가 필요로 할 기술 유형의 재배치를 개선하기 위해 교육과 기타 개혁에 투자해야 한다고 요구하고 있다. 그렇지 않으면 사회의 분열은 더욱더 심각하게 심화될 수 있다고 보고 있다. 그리고 로봇과 인공지능(AI)의 개발은 새로운 책임의 문제를 일으킬 수 있는 작업장의 환경에 분명히 영향을 미치기 때문에 긴급 상황이나 문제가 발생할 경우를 대비하여 사업전망모델(business sight model)뿐만 아니라 노동자 구현방식(workers design pattern)에 법적인 책임을 명확하게 할 필요가 있고, 인공지능(AI) 애플리케이션의 개발과 상용화와 관련된 사람들은 보안과 윤리를 구축해야하고, 그들이 제작하는 기술의 품질에 대한 법적 책임을 받아들일 준비가 되어 있어야 한다. 또한 유럽의회와 이사회(일반정보보호규정: the General Data Protection Regulation: GDPR)¹⁵⁾의 규정인 (EU) 2016/679는 개인정보를 보호하기 위한 법적인 틀을 제시하고 있지만, 추

14) 기계학습(machine learning)이란 인공 지능(AI)의 한 분야로 컴퓨터가 여러 데이터를 이용하여 학습한 내용을 기반으로 새로운 데이터에 대한 적절한 작업을 수행할 수 있도록 하는 알고리즘과 기술을 개발하는 분야를 말한다(TTA정보통신용어사전 참고).

15) 개인 정보의 처리와 그러한 데이터의 자유로운 이동과 관련하여 자연인의 보호에 관한 유럽 의회와 유럽 이사회 규정 (EU)2016/679과 폐지 지침 95/46/ EC(일반정보보호규정) (OJ L 119, 4.5.2016, 1면)(「Civil Law Rules on Robotics」 p. 3. note 1).

가적으로 정보접근과 개인의 자료 및 정보의 보호 측면은 여전히 언급되어질 필요가 있고, 개인정보문제는 사람의 개입이 없는 데이터베이스와 서로 통신하는 응용프로그램 및 기기에서 여전히 발생할 수 있다고 보고 있다.

이러한 로봇과 인공지능(AI)분야의 발전은 인간의 존엄성, 자율성 및 개인의 자기결정권을 보전할 수 있도록 하여야 하고, 특히 동반자의 관계로서 의료기기와 같이 인간을 치료하거나 강화하고 보살피는 방식으로 설계될 수 있게 하여야 하며, 더욱이 자동화된 알고리즘 의사결정(automated and algorithmic decision-making)의 발전과 사용의 증가는 개인(사업자 또는 인터넷 사용자와 같은), 행정, 사법 또는 그 밖의 공공기관들이 소비자, 사업자로써 또는 권위가 있는 성격의 최종결정을 내리는데 있어서 영향을 미치므로 이에 대한 안전장치(safeguards)와 인간의 통제(possibility of human control) 및 검증(verification)이 가능하도록 자동화된 알고리즘 의사결정의 과정에 구축될 필요가 있다고 밝히고 있다. 그리고 유럽 산업이 유럽연합차원에서 효율적이고, 일관되며, 투명한 접근방식으로 이익을 얻을 수 있도록, 기업이 응용프로그램을 개발하고 사업모델을 유럽연합차원에서 계획할 수 있도록 예측 가능한 충분한 명확한 조건들을 제공하고, 동시에 유럽과 유럽 회원국들이 로봇과 인공지능(AI) 개발에 있어서 제3국으로 불리는 다른 나라들에 의해 설정된 기준에 의해 생활하도록 강요받지 않게 규제기준을 설정하여 통제권을 유지할 수 있게 보장할 필요가 있다고 밝히고 있다.

가. 일반 원칙

아시모프의 법칙¹⁶⁾은 기계코드로 변환될 수 없기 때문에 내장된

16) (1) 로봇은 인간에게 해를 입히거나, 아무런 행동도 하지 않음으로써 인간에게 해가 가도록 해서는 안된다. (2) 로봇은 인간의 명령에 복종해야 하는데, 다만, 그 명령이

자율성과 자가 학습을 보유한 로봇들이 로봇의 설계자, 제작자와 운영자들에게 지시를 받도록 관리되어야 한다고 규정하면서, 의무(liability), 투명성(transparency), 책임성(accountability)을 다루는 일련의 규칙들은 유용하며, 유럽 사회에 특징적으로 나타나는 본질적으로 유럽적인 보편적인 휴머니즘적인 가치를 반영하는 것은 필요하지만, 이러한 규칙들이 로봇 공학의 연구, 혁신 및 개발과정에 영향을 주지는 말아야 한다고 규정하고 있다. 또한 유럽연합(EU)은 가능한 한 잠재적인 함정(potential pitfalls)을 피하면서, 인류에 봉사할 수 있는 첨단기술혁명의 형성을 목적으로 하여야 하며, 발전된 로봇공학과 인공지능의 이익을 광범위하게 공유되도록 하기 위한 로봇과 인공지능의 개발, 프로그램과 사용에 있어 존중받는 기본적인 윤리원칙(basic ethical principles)을 수립하고, 유럽연합(EU)의 규정과 행동강령에 이러한 원칙들을 통합하는데 근본적인 역할을 수행해야 한다고 밝히고 있다. 또한 이 결의안에는 「로봇 공학 헌장(a Charter on Robotics)」이 부록으로 첨부되어 있는데, 이는 유럽의회 연구 서비스(European Parliamentary Research Service)의 과학전망부서(Scientific Foresight Unit (STOA))의 도움으로 작성된 것으로 로봇공학 엔지니어의 윤리적 행동강령, 연구윤리위원회의 강령, 설계자를 위한 강령, 설계자를 위한 면허, 사용자를 위한 면허를 제시하고 있다. 그리고 로봇공학과 인공지능에 대한 미래의 새로운 계획과 관련하여 우리는 혁신을 저지하지 않고 보장하기 위하여 장 모네(Jean Monnet)¹⁷⁾에 의해 지지된 점진적이고, 실용적이며 조심스러운 접근방식이

첫 번째 법칙과 충돌하는 경우는 제외한다. (3) 로봇은 자신의 존재를 보호해야 하는데, 다만, 그러한 보호가 첫 번째 법칙 또는 두 번째 법칙과 충돌하지 않아야 한다(See: I.Asimov, Runaround, 1943). 그리고 (0) 로봇은 인류에게 해를 가하거나, 아무런 행동도 하지 않음으로써 인류에게 해가 가도록 해서는 안된다(「Civil Law Rules on Robotics」 p. 4. note 1).

17) Cf. 슈만 선언(1950): 유럽은 단 번에 또는 단일한 계획에 따라 모두 이루어지지 않을 것이다. 사실상의 결속을 창출하는 구체적인 성취를 통해 건설될 것이다(「Civil Law Rules on Robotics」 p. 4. note 2).

유럽연합(EU)에 의해 채택되어야 한다고 밝히고 있다. 또한 로봇과 인공지능이 개발단계에 있다는 관점에서 민사책임(civil liability)의 문제로 시작하는 것이 적절하다고 밝히고 있다.

나. 책임

「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 Z항목에서는 “10년간의 인상적인 기술의 발전 덕분에 일반적으로 오로지 인간만이 할 수 있었던 행위를 오늘날의 로봇은 수행할 수 있을 뿐만 아니라 특정의 자율적인 인지기능의 발전(예, 경험으로부터 배우고 거의 독립적으로 결정을 내릴 수 있는 능력)은 그들을 환경과 상호작용하고 이를 상당히 바꿀 수 있는 인간과 유사한 행위자로 만들고 있으므로, 이러한 맥락에서 로봇의 유해한 행동을 통해 발생할 수 있는 법적 책임(legal responsibility)은 중요한 문제로 떠오르고 있다.”고 밝히면서 AA항목부터 AI항목까지 세부적으로 자율 로봇과 관련한 기존의 법적 체계의 한계를 지적하고 있는데, 이는 본문 내용 중 책임부분과 중복되는 내용이므로 본문에서 살펴보고자 한다.

2. 민간용 로봇과 인공지능의 발전에 관한 일반원칙

「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 본문에서 “사이버 물리적 시스템(cyber-physical systems), 자율시스템(autonomous systems), 스마트 자율로봇(smart autonomous robots)과 그들의 세부사항에 관한 일반적인 유럽연합(EU)의 정의를 내리는데 있어서 스마트 로봇의 ①센서를 통해서 또는 데이터를 환경과 교환하면서(상호연결) 해당 데이터를 거래하고 분석하여 자율성을 취득, ②경험과 상호작용에 의한 자기학습(선택적 기준), ③최소한의 단조로운 물리적 지원, ④환경

에 대한 작동과 행동의 적응, ⑤생물학적 의미에서의 생명의 부재”와 같은 특성을 고려하도록 위원회에 요구하고 있다(제1조).¹⁸⁾ 또한 진보된 로봇에 대한 유럽연합(EU)의 포괄적인 등록시스템이 특정 범위의 로봇에 적절하고 필요한 경우에 유럽연합(EU)의 내부시장에 도입되어야 한다고 보고, 등록되어야 할 로봇의 분류 기준을 수립하도록 위원회에 요구하면서, 이러한 맥락에서 로봇공학과 인공지능(AI)을 위한 등록 시스템과 등록기관은 유럽연합(EU)의 기관에 의해 운영되는 것이 바람직한지 여부를 조사하도록 위원회에 요구하고 있다(제2조).

그리고 로봇기술의 발전은 인간을 대체하지 않고 인간의 능력을 보완하는데 초점을 맞추어야 한다고 강조하면서, 로봇공학과 인공지능의 개발에서 인간이 지능형 기계를 항상 제어할 수 있도록 보장하는 것이 필수적이며, 인간과 로봇사이의(특히 취약계층인 어린이, 노약자 및 장애인) 감정적인 연결에 대한 개발가능성에 특별한 주의를 기울여야 하고, 문제는 이 정서적인 애착이 인간에게 심각한 감정적 또는 신체적인 영향을 미칠 수 있다고 강조하고 있다(제3조). 또한 유럽연합(EU)수준의 접근법이 내부시장의 분열을 피하면서 개발을 촉진할 수 있음을 강조하고 동시에 로봇과 로봇공학의 국경을 넘는 사용에 있어서 상호승인의 원칙(principle of mutual recognition)¹⁹⁾의 중요성을 강조하고, 검사, 인증과 시장승인은 하나의 회원국에서만 요구되어야

18) 「로봇공학에 관한 민법 규칙」의 본문에는 아라비아 숫자로 표시되어 있으나 동 논문의 인용편의상 조문형식으로 작성한다.

19) 상호승인(mutual recognition)은 유럽연합(EU) 회원국이 다른 회원국에서 합법적으로 판매되는 제품에 대하여 자신의 영토 내에서도 판매되도록 허용해야 하는 유럽연합(EU)의 법원칙이다. 수출할 경우에, 유럽연합(EU)의 한 회원국에서 합법적으로 판매 중인 제품에 대해 수출하는 나라에 다른 요구사항들을 요구해서는 안된다는 의미이다. 수입하는 회원국은 공중 보건, 환경 또는 소비자 안전이 위협하고, 취해진 조치가 균형적이라고 보여질 수 있는 경우에 아주 엄격하게 정의된 상황에서만 이 원칙을 무시할 수 있다(<https://www.nibusinessinfo.co.uk/content/principle-mutual-recognition> 참고).

한다는 점을 상기하여야 하고, 이러한 접근법은 효과적인 시장 감시가 수반되어야 한다고 강조하면서(제4조), 이 분야에서 새로운 시장을 창출하거나 로봇을 활용하는 로봇공학분야에 있어서 중소기업 및 신생기업을 지원하는 방법들의 중요성을 강조하고 있다(제5조).

3. 연구와 혁신

「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 연구와 혁신과 관련하여, 많은 로봇의 응용 프로그램이 아직 실험단계에 있다는 것을 강조하면서 점점 더 많은 연구프로젝트가 회원국과 유럽연합(EU)에 의해 자금이 지원되고 있다는 사실을 환영하면서 회원국과 함께 유럽연합(EU)은 공적자금으로 로봇공학과 인공지능 연구의 선두 주자로 존속하는 것은 필수적이라고 지적하고, 위원회와 회원국들에게 공공-민간 협력을 포함한 로봇공학과 정보통신기술(ICT)분야의 연구 프로젝트를 위한 금융상품(financial instruments)을 강화하고 열린 과학(open science)과 책임이 있는 윤리적인 혁신의 원칙을 연구하여 정책에 구현하도록 요구하고 있으며, 기술 개발 및 그것들의 응용프로그램이 제기하는 사회적, 윤리적, 법적 및 경제적인 도전에 대한 해결책을 찾는 데 충분한 자원들이 투자되어야 할 필요가 있음을 강조하고 있다(제6조). 그리고 위원회와 회원국들에게 연구 프로그램을 장려하고, 로봇공학과 인공지능 기술의 장기적인 위험과 기회에 대한 연구를 가능한 한 격려하고, 그러한 기술개발의 결과에 대한 구조화된 공공의 대화(open dialogue)의 행동을 가능한 한 장려할 것을 요구하고, 호리즌 2020(Horizon 2020)²⁰⁾ 자금으로 지원되는 SPARC 프로그램(SPARC pro

20) Horizon 2020은 민간투자 이외에 7년간(2014년에서부터 2020년까지) 약 800억 유로의 자금을 확보하고 있는 유럽연합(EU)의 연구 및 혁신 프로그램이며, 유럽이 글로벌 경쟁력 확보를 목표로 하는 유럽의 2020년 주력사업인 혁신 유럽연합(EU)을 구현하기 위한 금융수단이다.(<https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/what-horizon-2020> 참고).

gramme)²¹⁾을 위한 다년간의 재정적 체계의 중기 검토에서 위원회의 지원을 증대시킬 것을 위원회에 요구하며, 위원회와 회원국들에게 사전예방원칙(precautionary principle)에 따라 적절한 안전성 평가를 한 후에 연구에서부터 시장에서의 상업화 및 사용에 이르기까지 이들의 기술에 대한 보다 더 원활한 변화를 주의 깊게 감시하고 책임을 지기 위해 노력을 견비하도록 요구하고 있다(제7조). 또한 로봇공학과 인공지능의 혁신과 경제 및 사회에서의 로봇공학과 인공지능 기술의 통합은 어디에서나 존재하는 접속성(ubiquitous connectivity)을 제공하는 디지털 인프라(digital infrastructure)가 필요하다는 것을 강조하고 있으며, 유럽연합(EU)의 디지털 미래를 위한 접속조건들을 충족시킬 체제를 마련하고 광대역 및 5G 네트워크에 대한 접근이 망중립성의 원칙(net neutrality principle)과 완전히 일치하게 보장하기를 위원회에 요구하고 있다(제8조). 이외에 로봇과 인공지능이 보다 융통성이 있고 자율화될 수 있게 실시간 데이터의 흐름을 위해서는 설계에 의해 보안 및 사생활을 기반으로 한 시스템, 디바이스(devices)와 클라우드 서비스(cloud services)사이의 정보처리 상호 운용성(interoperability)이 필수적이라고 밝히고 있으며, 정보처리 상호 운용성을 제한하는 독점적인 시스템에 얽매이지 않도록 개방형 기준과 혁신적인 라이선싱 모델(licensing models)에서 공개 플랫폼과 투명성에 이르기까지 개방적인 환경을 촉진시키도록 위원회에 요청하고 있다(제9조).

4. 윤리적인 원칙

21) 유럽의 로봇공학에 있어서 협력관계에 있는 SPARC는 세계의 민간 로봇공학분야에 있어서 가장 규모가 큰 연구 및 혁신 프로그램이다. 이는 유럽집행위원회와 로봇공학 산업 및 학계와 공공·민간 협력관계를 맺고 2014년에 시작되었다. 이 공동계획에 따른 투자는 Horizon 2020 아래에서 7년 동안 유럽집행위원회로부터 7억 유로의 금융투자에서 28억 유로에 이를 것으로 예상하고 있다(<http://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/h2020-section/robotics> 참고).

「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 윤리적인 원칙과 관련하여, 로봇 사용을 통한 잠재적인 능력의 부양은 일련의 긴장이나 위협에 의해 미묘한 차이가 있게되며, 자유, 사생활, 완전성과 존엄성, 자결 및 차별금지, 인간의 안전, 건강과 보안의 관점에서 심각하게 평가되어야 한다는 점에 유의해야 한다고 밝히고 있다(제10조). 그리고 유럽의회는 기존의 유럽연합(EU)의 법적체계가 로봇공학의 복잡성과 많은 사회적, 의학적, 생명윤리학적인 영향에 따라 윤리적인 원칙(ethical principles)을 지도하면서 적절하게 업데이트되어야 하고 보완되어야 하며, 보고서의 법적 권고와 기존의 국가 및 유럽연합(EU)의 승인을 보완하기 위해 로봇의 개발, 설계, 생산, 사용과 개조를 위한 명확하면서 엄격하게 효율적으로 안내하는 윤리적인 체계가 필요하고, 결의안의 부속서에는 설계자와 사용자를 위한 면허모델과 로봇공학자를 위한 행동강령, 로봇 프로토콜(protocols)을 심사할 때 연구윤리위원회를 위한 강령으로 구성된 현장 형식의 체계를 제안하고 있다(제11조).

이와 관련하여 투명성의 원칙(principle of transparency)을 특히 강조하고 있다. 즉, 인공지능의 도움은 한 사람 이상의 삶에 실질적인 영향을 미칠 수 있으므로 인공지능이 어떤 결정을 내린 것에 대한 근거의 제공이 언제나 가능해야 하고, 인공지능시스템의 계산을 인간이 이해할 수 있는 형식으로 환원하는 것이 언제나 가능해야 하며, 진보된 로봇에는 결정에 기여한 논리를 포함해서 기계에 의해 수행된 모든 처리에 대한 데이터를 기록하는 블랙박스가 장착되어야 한다고 규정하고 있다(제12조). 또한 윤리적인 프레임워크(framework)에 관한 지침에는 선행(beneficence), 무해성(non-maleficence), 자율성(autonomy) 및 정의의 원칙, 유럽연합(EU) 조약 제2조와 인간의 존엄성, 평등, 정의와 형평, 차별금지, 고지에 입각한 동의(informed consent), 사생활과 가정생활과 데이터 보호와 같은 기본권 현장에 명시된 원칙과 가치가 포함되어 있어야 하며, 비낙인화(non-stigmat

isation), 투명성, 자율성, 개인의 책임과 사회적 책임 그리고 기존의 윤리적 관행과 규범과 같은 그 밖의 유럽연합법의 기본원칙과 가치도 포함되어 있어야 한다고(제13조) 밝히고 있다. 이외에 전통적으로 보호받는 사적인 영역에 로봇과 인공지능이 배치되어 있기 때문에 비밀성에 중대한 위협이 되고 있으며, 그들은 개인적인 민감한 정보를 추출하여 보낼 수 있기 때문에 로봇에 특별한 주의를 기울여야 한다고 밝히고 있다(제14조).

5. 유럽연합기관

유럽의회는 「로봇공학에 관한 민법 규칙」에서 회원국과 위원회 간의 강화된 협력은 유럽 산업 간의 협력을 장려하고 필요한 수준의 안전과 보안뿐만 아니라 유럽법에 명시된 윤리적인 원칙과 일치하는 로봇을 유럽연합(EU) 전체에 배치하도록 허용하는 유럽연합(EU)의 일관된 국가 간 규칙(cross-border rules)을 보장하기 위해 필요하다고 밝히고 있다(제15조). 특히 유럽의회는 국경을 초월한 성격(cross-border nature)의 운송 분야(transport sector)와 같은 로봇공학의 기술발전으로 인해 발생할 수 있는 새로운 기회와 도전과제에 윤리적이고 정보에 정통한 대응을 적시에 확보하기 위한 노력의 일환으로 유럽연합(EU)과 회원국 차원에서 관련자들에게 필요한 기술적, 윤리적 및 규제적인 전문지식을 제공할 수 있는 로봇공학과 인공지능을 위한 유럽연합기관(EU Agency)을 위원회 내에 설립할 것을 요청하고 있다(제16조). 그리고 로봇공학의 사용과 연결된 잠재력과 문제점 및 현재의 투자동력은 유럽연합기관(European Agency)에 대한 적절한 예산의 제공과 로봇공학에 기반을 둔 응용프로그램의 교차 분야 및 여러 전문분야에 걸친 모니터링에 헌신할 수 있는 외부전문가와 윤리전문가 및 규제자의 고용을 정당화시키고 있으며, 모범사례 기준을 확인

하고, 적절한 경우에 규제조치를 권장하고 새로운 원칙을 정의하면서 잠재적인 소비자보호의 문제와 체계상의 어려운 문제를 해결하도록 하고 있다. 이에 유럽연합기관(European Agency)은 로봇공학의 최신 개발과 매년 취할 필요가 있는 어떤 행동에 대해 유럽의회에 보고할 수 있도록 위원회에 요청한다고 밝히고 있다(제17조).

6. 지적재산권과 데이터의 흐름

「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 지적재산권과 데이터의 흐름에 있어서 로봇공학에 특별히 적용되는 법률조항은 없으며, 기존의 법체제와 이론에 특정한 조건을 요구하는 것처럼 보이지만 로봇공학에 쉽게 적용될 수 있고, 로봇공학이 사용될 수 있는 다양한 분야에 적용 가능한 지적 재산권(intellectual property)에 대한 수평적·기술적인(horizontal and technologically) 중립적 접근방식(neutral approach)을 지원하도록 위원회에게 요구하고 있다(제18조). 이와 관련하여 로봇공학 분야의 민법규정(civil law regulations)이 일반 데이터보호규정(General Data Protection Regulation; GDPR)과 필요성 및 비례의 원칙에 일치되게 보장하도록 위원회와 회원국에 요구하고 있으며, 사이버-물리적 시스템의 발전을 포함한 로봇 분야의 급속한 기술의 발전을 고려하여 유럽연합법이 기술 발전 및 상용화 속도에 뒤처지지 않도록 위원회와 회원국들에게 요구하고 있다(제19조). 또한 사생활 존중에 대한 권리와 헌장 제7조 및 제8조와 「유럽연합의 기능에 관한 조약(이하, 'TFEU)」 제16조에 명시된 개인정보보호에 대한 권리는 로봇공학의 모든 분야에 적용하여 정보보호를 위한 유럽연합(EU)의 법률체계가 완전히 준수되어야 한다고 강조하면서, 이러한 관점에서 로봇 카메라 및 센서 사용과 관련한 GDPR의 규칙과 기준의 이행방법체계 내에 명확한 설명을 요구하며, 유럽연합

(EU)의 정보보호법에 따른 정보주체와 적절한 구제수단에 대한 투명한 제어장치뿐만 아니라 적용설계에 의한 개인정보보호와 기본설정에 의한 개인정보보호, 데이터의 최소화, 목적범위내의 처리(purpose limitation)와 같은 데이터 보호의 원칙을 확인하고 따르면서 적절한 권고와 기준이 육성되고 유럽연합정책에 통합되기를 위원회에 요청하고 있다(제20조). 그리고 데이터의 자유로운 이동(free movement of data)은 디지털 경제와 로봇공학 및 인공지능(AI) 분야의 발전에 가장 중요하며, 내부 데이터 시스템과 데이터의 흐름을 포함한 로봇공학시스템의 높은 수준의 보안은 로봇과 인공지능(AI)의 적절한 사용에 매우 중요하고, 로봇과 인공지능(AI)의 상호 연결된 네트워크의 보호는 잠재적인 보안침해를 방지하기 위해 보장되어야 하며, 인간, 로봇과 인공지능(AI) 간의 의사소통에 있어 개인정보보호에 대한 충분한 고려와 함께 높은 수준의 개인 데이터의 보안과 보호는 필수적이고, 안전하며 보안이 되어 있는 목적에 맞는 제품을 개발하기 위해 로봇과 인공지능(AI)의 설계자 책임에 중점을 두며, 위원회와 회원국들에게 설계상의 보안을 포함한 필요한 기술 개발을 지원하고 장려하길 요구하고 있다(제21조).

7. 표준화, 안전과 보안

「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 표준설정 및 정보처리 상호 운용성(setting standards and granting interoperability)의 문제가 인공지능(AI)과 로봇공학의 기술 분야에 있어서 향후 경쟁의 핵심요소이므로 혁신을 증진시키고 내부시장의 분열을 피하고 작업환경에 있어 적절한 최소안전기준(minimum safety standards)을 포함한 높은 수준의 제품 안전과 소비자 보호를 보장하기 위해 특히 유럽표준화기구 및 국제표준화기구와 함께 기술표준의 국제적 조화에 계속 노력

할 것을 위원회에 요구하며, 혁신의 가치를 최대화하고 로봇이 서로 소통할 수 있도록 보장하기 위하여 합법적인 역공학(reverse-engineering)²²⁾과 개방형 표준화(open standards)의 중요성을 강조하며, 이러한 관점에서 로봇공학에 관한 표준화 개발에 전적으로 헌신하는 특별기술위원회의 설립을 환영한다고 규정하고 있다(제22조).

그리고 실제 생활에서 테스트하는 로봇은 수반될 수 있는 위험요소를 확인하고 평가하는 것이 필수적일 뿐만 아니라 순수한 실험 실습 단계를 넘어선 기술개발 단계에서도 동일하다는 것을 강조하고 있으며, 그리고 순수한 실험 실습 단계를 넘어선 기술개발 단계에서 뿐만 아니라 실제 생활에서 로봇을 테스트할 때에는 수반될 수 있는 위험요소를 확인하고 평가하는 것이 필수적이라고 강조하면서, 이와 관련하여 실제 생활에서 특히 도시 내의 도로에서 로봇을 테스트하는 것은 실험단계의 개발속도를 늦추는 장애로써 많은 문제점이 제기될 수 있기 때문에 효과적인 전략과 감시 체계가 요구된다고 밝히고 있다. 그리고 사전예방의 원칙(precautionary principle)에 따라 로봇실험이 허용되는 영역을 식별할 수 있도록 개별 회원국이 사용해야 하는 모든 회원국들에게 적용되는 일정한 기준을 마련하도록 위원회에 요구하고 있다(제23조).

8. 자율적인 운송수단

22) 역공학이란 완성된 제품을 상세하게 분석하여 제품의 기본적인 설계 개념과 적용 기술들을 파악하고 재현하는 것. 설계 개념→개발 작업→제품화의 통상적인 추진 과정을 거꾸로 수행하는 공학 기법이다. 보통 소프트웨어 제품은 판매 때 소스는 제공하지 않으나 각종 도구를 활용하여 컴파일된 실행 파일과 동작 상태를 정밀 분석하면 그 프로그램의 소스와 설계 개념을 어느 정도는 추적할 수 있다. 이러한 정보를 이용하면 실행 파일을 수정하거나 프로그램의 동작을 변경하는 것이 가능하고, 또 비슷한 동작의 복제 프로그램이나 더욱 기능이 향상된 프로그램도 개발해 낼 수가 있다. 대부분의 제품이 이의 금지를 명문화하고 있고, 이러한 수법으로 개발한 제품은 지적 재산권을 침해할 위험성이 있다(TTA정보통신용어사전 참고).

가. 자율 자동차

「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 자율적 운송수단(Autonomous means of transport)으로 자동차, 기차, 선박, 연락선, 항공기, 드론을 포함한 개발과 혁신의 미래 형태뿐만 아니라 도로, 철도, 수상운송 및 항공운송의 원격조종, 자동화와 접속된 자율방법의 모든 형태를 다루고 있다고 밝히면서(제24조), 자동차 분야는 경제적 잠재력을 충분히 활용하고 기술 동향의 긍정적인 효과로부터 이익을 얻기 위하여 자동 및 자율 자동차의 국경 간 개발을 보장하기 위한 효율적인 유럽 연합(EU)의 글로벌한 규칙의 필요성은 가장 시급하며, 단편적인 규제 접근법(fragmented regulatory approaches)은 자율운송시스템의 실행을 방해하고 유럽 경쟁력을 위태롭게 할 것이라고 규정하고 있다(제25조). 또한 계획되지 않은 자동차 제어권의 인수의 경우에 운전자의 반응시간이 매우 중요하다는 사실에 주목하면서 이해관계자들에게 안전과 책임문제를 결정하는데 있어 현실적인 가치(realistic values)를 제공하도록 요구하고 있다(제26조).

그리고 자율자동차로의 전환은 다음의 측면에 영향을 미칠 것이라는 견해를 취하고 있는데, 민간의 책임(법적책임과 보험), 도로 안전, 환경과 관련된 모든 주제(예, 에너지 효율성, 재생 가능한 기술 및 에너지 자원의 사용), 데이터와 관련된 문제(예, 데이터에 접속, 데이터의 보호, 데이터의 개인정보보호와 공유), ICT 인프라와 관련된 문제(예, 효율적이고 신뢰할 수 있는 통신의 고밀도) 그리고 고용(예, 일자리 창출 및 손실, 자동화된 자동차 사용을 위한 대형화물 자동차 운전수의 교육); 도로, 에너지 및 ICT 인프라에 대한 막대한 투자가 필요하게 될 것이라고 보고, 자율자동차에 관한 작업에 있어서 위에서 언급한 측면을 고려하도록 요구하고 있다(제29조). 더욱이 자율자동차의 실행을 위해 유럽위성항법프로그램인 갈릴레오와 EGNOS(위성항법기반 신호보강 시스템)에서 제공하는 신뢰할 수 있는 위치추적과

타이밍 정보의 중요성을 강조하면서, 유럽의 갈릴레오 위치추적 시스템을 완성하기 위해 필요한 위성의 완성과 발사를 촉구하고 있다(제30조). 왜냐하면 이러한 자동차는 개인의 도로 운송을 보다 더 효과적으로 참여하게 하여 그들의 일상생활을 원활하게 해주는 것과 같이 이동성이 떨어지는 사람들을 위한 자율자동차에 의해 제공되는 높은 부가가치에 주목할 필요가 있기 때문이라고 밝히고 있다(제31조).

나. 드론

「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 드론과 관련하여, 드론 기술에 대한 긍정적인 발전은 특히 탐색 및 구조분야에 있어서 인정받고 있고, 유럽연합시민의 안전, 보안 및 사생활 보호를 위한 드론에 대한 유럽연합(EU)의 프레임워크의 중요성을 강조하면서, 민간항공분야에서 일반적으로 무인항공차량(UAVs)으로 알려진 원격조정항공기시스템(RPAS)의 안전한 사용에 관한 2015년 10월 29일 의회의 결의안의 권고에 대해 후속 조치할 것을 위원회에 요구하며,²³⁾ 드론의 광범위한 사용과 관련된 안전문제에 대한 평가를 위원회에 촉구하고, 사용 중에 항공기의 실시간 위치를 파악할 수 있는 원격조정항공기시스템(RPAS)의 의무적인 추적 및 식별 시스템을 도입할 필요성에 대한 검토를 요구하고, 무인 항공기의 동질성(homogeneity)과 안전성은 유럽의회와 이사회의(EC) No 216/2008 규정에 명시된 조치들에 의해 보장되어야 한다고 규정하고 있다(제30조).²⁴⁾

9. 책임

23) Texts adopted, P8_TA(2015)0390(「Civil Law Rules on Robotics」 p.1. note 1).

24) 민간항공분야의 일반 규칙과 유럽항공안전청 설립에 관한 2008년 2월 20일 유럽의회와 이사회의 규정 (EC)No216/2008 규정, 그리고 이사회 지침 91 / 670 / EEC, 규정 (EC) No 1592/2002과 지침 2004/36/ EC (OJ L 79, 19.3.2008, p. 1)(「Civil Law Rules on Robotics」 p.1. note 2).

「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 책임과 관련하여, 로봇에 의해 야기된 손해에 대한 민사책임(civil liability)은 시민, 소비자 및 기업 모두의 이익을 위해 유럽연합(EU) 전역에 법적 확실성의 구현과 동일한 수준의 효율성(efficiency), 투명성(transparency) 및 일관성(consistency)을 보장하기 위해 유럽연합(EU)의 차원에서 분석되고 해결되어야 할 필요가 있는 중요한 문제라고 밝히고 있다(제49조). 그리고 로봇공학 기술의 발전은 두 가지 핵심의 상호의존관계(interdependent relationships), 즉 예측 가능성(predictability)과 지향성(directability)에 기반을 둔 인간과 로봇의 공동 작업에 필요한 공통기반(common basis)에 대한 이해를 더 필요로 한다는 것에 유의하며, 이 두 가지의 상호의존관계는 사람과 로봇이 공유해야 할 필요가 있는 정보가 무엇인지와 사람과 로봇 간의 원활한 공동 작업을 가능하게 하기 위한 인간과 로봇 간의 공통기반을 어떻게 달성할 수 있을지를 결정하기 위해 중요하다고 지적하고 있다(제50조).

이와 관련하여 위원회는 TFEU 제114조의 근거하여 향후 10년에서 15년 내에 예측 가능한 로봇과 인공지능(AI)의 개발 및 사용과 관련하여 부속서에 명시된 권고안에 언급된 지침과 행동강령과 같은 비법규적인 법안(non-legislative instruments)과 결합된 법적 문제와 관련한 법규적인 법안(legislative instrument)을 제안하도록 제시하고 있다(제51조). 또한 재산상 피해 이외의 경우에 로봇에 의해 야기된 피해에 대한 민사책임에 적용되는 법적 해결책이 무엇이든지 간에 미래의 입법안은 결코 어떤 방식으로든 회복될 수 있는 피해의 유형이나 범위를 제한해서는 안 되며, 피해가 인간이 아닌 행위자에 의해 야기되었다는 유일한 이유로 침해받은 당사자에게 제공될 수 있는 보상의 형태를 제한해서는 안 된다고 규정하고 있다(제52조). 따라서 미래의 입법안은 엄격한 책임(strict liability) 또는 위험관리접근방법(risk management approach)을 적용해야 하는지 여부를 결정하

는데 있어서 위원회에 의해 심층평가가 이루어져야 한다고 지적하고 있다(제53조), 이와 관련하여 엄격책임(strict liability)은 피해가 발생했다는 증거와 로봇의 해로운 기능과 부상당한 당사자가 입은 피해 사이의 인과관계(causal link)의 확립만을 요구하고 있고(제54조), 위험관리방법(risk management approach)은 개별적인 책임처럼 “과실로 행동한 사람(who acted negligently)”에게 초점을 맞추고 있는 것이 아니라 특정 상황에서 위험을 최소화하고 부정적인 영향을 미칠 수 있는 사람에게 초점이 맞추어져 있다고 규정하고 있다(제55조).

그리고 원칙적으로 궁극적인 책임(ultimate responsibility)을 지는 당사자들을 일단 확인하는 경우에 있어서 책임은 로봇에 부여되는 실제 지시수준과 자율성의 정도에 비례해야 하므로 로봇의 학습능력이나 자율성이 크면 클수록 로봇의 훈련이 길면 길수록 훈련자(trainer)의 책임은 보다 더 커져야 하며, 특히 로봇의 해로운 작동에 실질적으로 기여한 사람을 확인하려고 할 때에 로봇에게 부여된 훈련으로 인한 기술은 자체 학습능력에 엄격히 의존하는 기술과는 혼동되어서는 안된다는 점에 주목하면서 적어도 현 단계에서 책임은 로봇이 아니라 인간에게 있어야 한다는 점을 강조하고 있다(제56조).

이에 「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 점점 더 자율적인 로봇에 의해 야기된 피해에 대한 책임할당의 복잡성에 대한 가능한 해결책은 이미 자동차와 같은 경우처럼 의무보험제도(obligatory insurance scheme)를 둘 필요가 있다고 밝히면서 보험이 인간의 행위와 불이행을 다루는 도로교통에 대한 보험시스템과는 달리 로봇공학을 위한 보험시스템은 체인(chain)²⁵⁾으로 모든 잠재적 책임을 고려해야 한다고

25) 체인(chain)이란 램(RAM) 내에 산재하는 메모리 블록을 논리적으로 결합하여 마치 각 블록이 연속적으로 배열되어 있는 것처럼 하는 것, 또는 그렇게 되어 있는 상태. 보통 각 블록에 다음 블록이 어디로 되는지를 나타내는 링크 주소 정보를 기입하여 논리적 결합 관계를 이루고 있는 것을 말한다(TTA정보통신용어사전 참고).

밝히고 있다(제57조). 더불어 유럽의회는 자동차보험의 경우와 같이 보험시스템은 보험에 가입하지 않은 경우에 피해의 배상을 보장하는 기금(fund)에 의해 보완될 수 있다고 고려되지만 보험 업계에 로봇공학의 발전과 일치하는 새로운 제품 및 유형을 개발하도록 요구하고 있다(제58조). 유럽의회는 무엇보다 중요하게 장래의 입법안에 대한 영향평가(impact assessment)를 수행할 때에는 다음과 같은 모든 가능한 법적 해결책을 탐색, 분석 및 고려하도록 위원회에 요구하고 있다(제59조).

a) 자동차에서 이미 발생한 피해와 유사하게 로봇의 제작자 또는 소유자들이 로봇에 의해 야기되는 잠재적 피해에 대해 부담할 수 있는 특정 범위의 로봇에게 적합하고 필요한 보험에 들도록 요구되는 의무 보험제도(compulsory insurance scheme)를 수립할 것. b) 보상기금(compensation fund)은 로봇에 의해 야기된 피해가 보험에 의해 부담되지 않은 경우에 보상에 대한 보장의 목적을 달성할 수 있도록 보장할 것. c) 제조업체, 프로그래머, 소유자 또는 사용자가 보상에 기여한 경우뿐만 아니라 로봇에 의해 야기된 피해의 보상을 보장하기 위해 공동으로 보험에 가입한 경우에도 유한책임으로부터 이익을 얻을 수 있도록 허용할 것. d) 모든 스마트한 자율 로봇을 위해서 일반 기금을 조성할 것인지, 또는 각각의 모든 로봇의 범위마다 개별적인 기금을 조성할 것인지, 그리고 로봇을 시장에 출시할 때 일회성 비용으로 기부금이 지불되어야 하는지, 또는 로봇의 수명동안 정기적으로 기부금이 지불되어야 하는지를 결정할 것. e) 로봇과 상호작용하는 모든 사람들에게 기금의 성격, 재산피해에 대한 책임의 제한, 기부금의 명칭과 기능과 그 밖의 기타 모든 관련 세부사항 정보를 제공할 수 있도록 하는 특정한 유럽연합등록부(specific Union register)상의 개별 등록 번호(individual registration number)에 의해 로봇과 기금 간의 연결이 가시화되도록 보장할 것.

f) 장기적으로 로봇에 대한 특정한 법적 지위(specific legal statu

s)를 창출하고, 적어도 가장 정교한 자율 로봇(most sophisticated autonomous robots)이 자신이 야기할 수 있는 어떤 피해를 빠르게 책임지는 전자 인간의 지위(status of electronic persons)를 갖게 임명될 수 있게 하고, 로봇이 자율적인 결정을 내리거나 다른 방법으로 제3자와 독립적으로 상호작용하는 경우에 전자인격(electronic personality)을 적용할 수 있게 할 것.

Ⅲ. 한국의 지능형 로봇에 관한 법적·윤리적 입법방안

1. 지능형 로봇의 정의

현행 「지능형 로봇 개발 및 촉진법」 제2조 1호는 “지능형 로봇’이란 외부환경을 스스로 인식하고 상황을 판단하여 자율적으로 동작하는 기계장치(기계장치의 작동에 필요한 소프트웨어를 포함한다)를 말한다.”고 지능형 로봇에 관하여 정의하고 있다. 이와 관련하여 「로봇 공학에 관한 민법 규칙」과 결의안 부록의 앞부분에서는 스마트 자율 로봇을 정의하기 위한 특성으로 ①센서를 통한 자율성 획득 및/ 또는 환경과의 데이터 교환(상호 연결) 및 해당 데이터의 분석에 대한 능력, ②경험과 상호 작용을 통해 학습할 수 있는 능력, ③로봇의 물리적 지원의 형태, 환경에 적응할 수 있는 작동과 행동 능력을 규정하고 있다.²⁶⁾ 이를 비교해 보면, 우리의 현행법은 지능형 로봇의 정의를 “자율적으로 동작하는 기계장치”라고 규정하고 있지만 자율성에 관한 정의의 규정이 없어 자기 학습이 내제된 자율성을 의미하는 것인지 아니면 자기 학습과는 무관하게 주어진 외부적 정보나 환경 하에서 자동적으로 작동하는 기계장치인지가 명확하지 않다.²⁷⁾ 즉, 지능형 로봇의

26) 「Civil Law Rules on Robotics」 ANNEX TO THE RESOLUTION: RECOMMENDATIONS AS TO THE CONTENT OF THE PROPOSAL REQUESTED Definition and classification of ‘smart robots’ p. 18.

정의개념에 경험과 상호 작용을 통해 독립적으로 학습하여 독자적인 판단결정을 할 수 있는 능력이 구체적으로 표현되어 있지 않다는 것이다. 또한 지능형 로봇의 정의에 “기계장치의 작동에 필요한 소프트웨어”를 포함하고 있어서 지능형 로봇의 범위를 넓게 인정하고 있는 것으로 보이지만, 기계장치의 작동에 필요한 소프트웨어는 로봇이나 시스템에 탑재되지 않는 한 자율적으로 작동할 수 없는 제어장치임에도 불구하고 지능형 로봇에 포함을 시키고 있는 것은 “자율적으로 동작하는 기계장치”라는 지능형 로봇의 정의개념과 모순되는 측면이 있어 지능형 로봇에 관한 정의 규정을 좀 더 구체화할 필요성이 있다. 그리고 「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 사이버-물리적 시스템, 자율시스템, 스마트 자율로봇을 개별적으로 정의하도록 요구하고 있지만, 우리의 지능형 로봇에 대한 정의는 이러한 구별을 전제로 하여 정의하고 있지 않아서 향후 용어상의 혼란을 초래할 수 있을 뿐만 아니라, 로봇이 아닌 자율시스템이나 사이버-물리적 시스템과의 분류에도 많은 장애를 초래할 수 있고, 이러한 분류에 기반을 둔 등록시스템 구축이나 의무 보험제도의 도입에 어려움을 줄 수도 있다.

2. 인간의 통제 및 검증의 구축과 개인정보보호

로봇과 인공지능의 기술개발이 인류에게 많은 이익을 가져다 줄 수도 있지만 또 다른 부작용을 낳을 수도 있다. 이러한 부작용에 대한 대처가 부실하다보면 장래 인류에게 큰 재앙으로 다가올 수도 있기 때문에 로봇과 인공지능의 기술개발은 적어도 인간의 통제 하에서 언제

27) 김광수, “인공지능 규제법 서설”, 한국토지공법학회, 토지공법연구 제81집, 2018.02, 288면(지능형 로봇은 외부환경의 자율적 인지와 판단 그리고 자율적 행동을 특징으로 한다. 인간의 개입은 그러한 기계 장치를 설계하고 작동 조건을 조성하는 데 그치며, 작동 자체에 대해서는 특별한 개입을 하지 않는다. 지능형로봇은 목적 및 용도에 따라서 다양한 방식이 적용되겠지만 외부의 환경과 통신하기 위해서는 그에 합당한 시스템의 구축이 필요하다).

든 그 부작용을 원상태로 되돌려놓을 수 있는 안전장치가 필요하다. 이에 「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 로봇과 인공지능을 개발하는데 있어서 가장 중요한 것이 자동화된 알고리즘에 대한 안전장치와 인간의 통제 및 검증이 구축되어야 한다고 규정하고 있으며, 아울러 기술의 품질에 따른 법적 책임과 개인정보보호가 필수적으로 동반되어야 한다고 강조하고 있는 것이다. 이는 제4차 산업혁명의 문턱에 있는 인류가 공동으로 부담해야 할 문제이기 때문에 이에 따른 로봇과 인공지능 개발에 대한 규제와 감독은 필요한 것이다. 그리고 유럽연합차원에서 이러한 법적·윤리적 규제방안을 추진하고 있기 때문에 우리의 로봇과 인공지능(AI)의 기술 및 제품을 유럽에 수출하기 위해서도 유럽연합의 기준에 부합하게 생산할 필요가 있는 것이다. 따라서 이러한 로봇과 인공지능의 개발의 안전성은 국내뿐만 아니라 국제적 차원에서도 함께 확보되어야 하며, 이를 위한 입법안의 개발은 불가피한 것으로 보인다. 다만, 이러한 규제입법이 지나치게 엄격하여 로봇과 인공지능의 기술발전에 장애가 되지 않도록 하여야 할 필요가 있고, 윤리 영향평가 및 과학적인 위험평가 기준 및 방법이 더불어 개발될 필요가 있다.

3. 등록시스템 구축과 전담기관 설치

앞서 언급한 바와 같이 「로봇공학에 관한 민법 규칙」 제2조는 스마트 자율 로봇에 대한 추적성과 추가 권고사항의 구현을 보다 수월하게 하기 위해 자동차의 등록시스템과 유사한 로봇의 분류기준에 따른 첨단 로봇의 등록시스템의 도입과 이를 전담할 수 있는 기관을 유럽연합차원에서 설치할 것을 규정하고 있다. 이에 우리 현행 「지능형 로봇 개발 및 촉진법」 제22조는 “금융위원회는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제182조에 따라 지능형 로봇투자회사를 등록하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 미리 산업통상자원부장관과

협의하여야 한다.”고 규정하여 지능형 로봇투자회사에 대해서만 등록 제도를 두고 있을 뿐 로봇과 인공지능에 대한 등록제도는 아직 갖추고 있지 않다. 이에 「로봇공학에 관한 민법 규칙」의 등록시스템제도의 구축방안은 우리에게 시사해주는 바가 있다.

우리가 이러한 등록시스템을 갖추기 위해서는 우선 지능형 로봇에 관한 정의가 구체화되어 있어야 하는데 아직 이에 관한 정의개념이 미비하여 다른 기타의 디지털 시스템(예, 사물인터넷, 무인 운송 수단, 붓, 로봇, 사이버-물리 시스템 등)과 혼란을 초래할 수 있고, 이러한 개념정립이 미비하기에 지능형 로봇에 대한 정확한 분류도 쉽지 않다. 따라서 이러한 지능형 로봇에 대한 등록시스템은 국내 및 국제적인 차원에서도 필요하므로, 향후 지능형 로봇에 대한 등록 제도를 도입하여 지능형 로봇으로 인한 민사책임을 보다 효율적으로 관리 및 감독할 수 있도록 지능형 로봇에 관한 등록시스템의 도입을 고려할 필요가 있고, 이를 전담할 수 있는 기관의 설립도 입법안으로 고려할 필요가 있다.

4. 법적 책임에 관한 점진적·실용적 접근방법

현재의 법적 책임에 따르면 로봇은 제3자에게 손해를 입히는 작위 또는 부작위에 대해 책임을 지지 않는다. 왜냐하면 로봇이나 인공지능으로 인해 야기된 손해에 대해 제품에 대한 현행 법적 책임은 제품의 생산자가 오작동에 대한 책임을 지고, 유해한 행동에 대한 지배책임을 부담하도록 규정되어 있으며, 제품의 사용자는 손해를 이끈 작동에 대해 책임을 지도록 하고 있기 때문이다. 따라서 제조업자, 운영자, 소유자 또는 사용자는 로봇의 작위 또는 부작위에 대해 엄격한 책임을 부담하고 있다. 이에 적어도 현 단계에서의 법적 책임은 로봇이 아니라 인간에게 있다고 할 수 있다. 그러나 만약 로봇이 자율적인 결정을 내릴 수 있다면 현행의 법적 책임은 충분하지 않을 수 있다. 왜냐하면 보상을 제공할 책임이 있는 당사자를 확인할 수 있는 가능성이 없고 야기된 손해를 이행하도록 당사자에게 요구할 수도 없기 때문이다. 예

를 들어 기계가 계약의 상대방을 선택하고 계약조건을 협의하고, 계약을 체결하고, 계약의 이행여부와 방법을 결정하게 설계된 기계의 경우에 과연 누가 계약상의 법적 책임을 부담해야 하느냐가 문제가 될 수 있다. 또한 기계의 프레임워크의 결함이 없는 스마트 자율 로봇에 의해 사람이 실제 피해를 입었을 경우에는 인과관계의 증명이 어려워 누가 법적 책임을 부담해야 하는지가 불명확할 수가 있게된다. 따라서 자율적인 로봇에 의해 야기된 피해에 대한 책임할당의 복잡성은 현행의 법적 책임에 대한 보완의 필요성이 제기되고 있다. 이와 관련하여 「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 민사책임²⁸⁾에서 향후 미래의 입법안은 재산상 피해 이외의 경우에 로봇과 인공지능(AI)의 책임에 적용되는 선택된 법적인 해결책은 어떠한 형태로든 회복될 수 있는 피해의 유형 또는 범위를 제한하지 않아야 하며, 인간이 아닌 행위자에 의해 야기된 피해라는 유일한 이유만으로 피해 당사자에게 제공될 수 있는 보상의 유형을 제한해서는 안 된다고 규정하고 있으며, 엄격 책임²⁹⁾ 또는 위험관리접근법³⁰⁾이 적용되어야 할지 여부는 위원회에 의한 심층평가방법에 기반을 두어 결정되어야 한다고 규정한 것이다.

이와 같은 로봇과 인공지능에 관한 법적 문제가 우리에게 성큼 다가온 것은 사실이지만 로봇의 자율성의 정도에 따라 장래에 달리 평가해야 할 문제이기 때문에 현 시점에서 이를 당장에 입법적으로 고려해야 하는 것은 아니라고 판단된다. 그리고 아직 로봇과 인공지능에 의

28) 「로봇공학 현장」의 민사책임의 내용은 「로봇공학에 관한 민법 규칙」 결의안 서문의 책임부분(Z항목: AA~AI)과 본문의 책임부분(제50조~제59조)의 규정을 축약한 것이다.

29) 엄격책임(strict liability)은 피해가 발생했다는 증거와 로봇의 해로운 기능과 부상당한 당사자가 입은 피해 사이의 인과관계의 입증을 엄격히 요구하는 책임을 말한다(「로봇공학에 관한 민법 규칙」 제54조).

30) 위험관리방법(risk management approach)은 개별적인 책임처럼 “과실로 행동한 사람”에게 초점을 맞추고 있는 것이 아니라 특정 상황에서 위험을 최소화하고 부정적인 영향을 미칠 수 있는 사람에게 초점이 맞추어져 있는 책임을 말한다(「로봇공학에 관한 민법 규칙」 제55조).

한 피해보상에 관한 법률은 제정되어 있지 않으며, 현재에 로봇과 인공지능에 대한 기술의 발전단계도 초기단계이기 때문에 최대한 현재의 민사상 제조물 책임이나 불법행위 책임 범위 내에서 다룰 수 있는 부분들은 최대한 판단하면서, 점진적으로 실용적으로 조심스럽게 접근하여 많은 이해관계자들의 의견을 수렴한 다음에 점차적으로 입법해야 할 사항으로 보인다.

5. 의무보험제도의 도입

「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 앞서도 살펴본바와 같이 현 단계에서 책임은 로봇이 아니라 인간에게 있어야 한다는 점에 주목하고 있으며, 자율적인 로봇에 의해 야기된 피해에 대한 책임할당의 복잡성에 대한 가능한 해결책은 이미 자동차와 같은 경우처럼 의무보험제도(compulsory insurance scheme)를 둘 필요가 있다고 밝히고 있다. 다만 보험이 인간의 행위와 불이행을 다루는 도로교통에 대한 보험시스템과는 달리 로봇공학을 위한 보험시스템은 체인(chain)으로 모든 잠재적 책임을 고려해야 한다는 점에 차이가 있기 때문에 로봇공학의 발전과 일치하는 새로운 보험제품 및 유형을 개발하도록 요구하고 있다. 그리고 보험에 가입하지 않은 경우에 로봇에 의해 야기된 피해는 보상 기금에 의해 보상이 보장되도록 하며, 모든 스마트한 자율 로봇을 위해서 일반 기금을 조성할 것인지 아니면 각 로봇의 범위마다 개인적인 기금을 조성할 것인지, 그리고 로봇을 시장에 출시할 때 일회성 비용으로 기부할 것인지, 또는 로봇의 수명동안 정기적 기부금을 지불해야 할 것인지를 결정하도록 하고 있다. 이러한 의무보험제도의 활용은 향후 지능형 로봇과 관련한 피해보상을 보다 효율적으로 수행할 수 있도록 담보할 수 있는 제도로 매우 유용할 것으로 보인다. 왜냐하면 로봇과 인공지능인해 발생한 피해의 보상금을 보험회사를 통해 받을 수 있기 때문에 보상을 받지 못하는 경우는 상당히 적어질 수 있기 때문이

다. 다만, 향후에 이러한 의무보험제도를 도입하는데 있어서 로봇과 인공지능의 분류가 매우 중요하게 작용할 수 있으며, 로봇과 인공지능의 특수성에 부합할 수 있는 보험제도의 개발이 불가피할 것으로 보인다.

6. 장래에 아주 정교한 지능형 로봇에 한정하여 전자인격 부여

「로봇공학에 관한 민법 규칙」 결의안 제59조 ①항은 장기적으로 보아 로봇이 자율적인 결정을 내리거나 다른 방법으로 제3자와 독립적으로 상호작용하는 정교한 자율 로봇이 자신이 야기할 수 있는 어떤 피해를 바르게 책임지는 전자 인간의 지위를 갖도록 전자인격을 부여하도록 규정하고 있다. 이 규정을 통해 알 수 있듯이 지능형 로봇에 대한 전자인격은 모든 지능형 로봇에 부여해야 한다는 것으로는 보이지 않고 아주 정교한 자율 로봇에 한정하여 판단하고 있는 것으로 보인다.

이와 관련하여 지금의 인공지능의 수준은 인간을 보조하는 수준의 인공지능으로 특정한 문제 해결이나 업무수행에 국한하는 약한 인공지능이라고 할 수 있다. 다만, 좀 더 발전된 형태로는 지각력이 있고 스스로를 인식하는 수준으로 인간이 할 수 있는 어떠한 지적인 업무도 해낼 수 있는 강한 인공지능이 있을 수 있고, 더 나아가 인공지능이 진화하는 형태를 가지면서 효율, 자기보존, 창의성 등의 욕구를 기반으로 끊임없이 자가 발전하는 매우 정교하게 강화된 인공지능이 있을 수 있다.³¹⁾ 따라서 전자인격을 부여할 수 있는 정도의 자율 로봇은 매우 정교하고 강화된 인공지능을 보유한 로봇에게 부여되어야 할 것이므로 지금의 단계에서 논의할 수 있는 문제는 아닌 것으로 보인다. 그러나 만약 장래에 아주 정교하게 지능화한 자율 로봇이 개발이 된다

31) 한희원, “인공지능(AI)의 법인격 주체 가능성의 이론적 기틀에 대한 기초 연구”, 중앙법학회, 중앙법학 제20집 제3호(통권 제69호), 2018.09, 5면.

면 이러한 유형의 로봇에 한정하여 전자인격을 부여하고 그에 따른 책임의 정도도 강화시킬 수 있는 법제 정비가 필요는 할 것이다.³²⁾ 따라서 이와 같은 경우에는 향후 인공지능의 개발의 정도에 따라 고려되어야 할 사항이고 지금의 상황은 약한 인공지능에 대한 규제 및 감독의 측면에서 등록시스템제로 운영하고 피해의 보상은 의무보험제도로 담보할 수 있도록 입법화 하는 것이 보다 현실적인 것으로 보인다.

7. 디지털 인프라의 개방성 확보

우리가 로봇과 인공지능 기술을 통한 경제 및 사회의 통합과 향후 이상적인 지능정보화사회를 형성해 나아가기 위해서는 어디서나 접속할 수 있는 디지털 인프라가 필요하며, 광대역 및 5G 네트워크에 대한 접근이 망중립성 원칙에 입각하여 보장되도록 규정할 필요가 있다. 또한 향후 지능정보화사회는 보안 및 사생활에 기반을 둔 시스템과 디바이스와 클라우드 서비스 사이의 정보처리 상호 운용성은 필수적이기 때문에, 로봇과 인공지능이 보다 융통성이 있고 자율화될 수 있게 실시간 데이터의 흐름을 설계하여야 하며, 정보처리 상호 운용성을 제한하는 독점적인 시스템에 얽매이지 않도록 개방형 기준과 개방적인 환경을 촉진할 필요가 있다. 그러나 ‘망중립성 원칙’에 있어서는 국내뿐만 아니라 국제적으로도 아직 논쟁³³⁾이 많지만 동 결의안에서 디지털 인프라의 개방성 확보를 위한 망중립성의 원칙을 보장하도록 규정하고 있는 것은 우리에게도 시사하는 바가 크며, 향후 제4차 산업혁명의 발전을 위해서도 필요하다고 본다. 따라서 향후에 정보통신망과 관련한 법률에 ‘망중립성 원칙’을 명시적으로 규정할 필요가 있다.

32) 백수원, “헌법상 인공지능 규제의 범위와 방향에 대한 시론적 고찰”, 미국헌법학회, 미국헌법연구 제29권 제2호, 2018.08, 87면.

33) 임규철, “망 중립성”, 동국대학교 비교법문화연구원, 비교법연구 제11권 2호, 2011.10, 33~55면.

8. 로봇과 인공지능에 관한 윤리원칙과 행동강령 수립

현행 「지능형 로봇 개발 및 촉진법」 제18조는 “정부는 지능형 로봇 개발자·제조자 및 사용자가 지켜야 할 윤리 등 대통령령으로 정하는 사항을 포함하는 지능형 로봇윤리헌장을 제정하여 공표할 수 있다.”고 규정하고 있지만, 아직 지능형 로봇윤리헌장은 정식으로 공표되어 있지는 않다. 그러나 로봇과 인공지능의 사용은 자유, 사생활, 완전성과 존엄성, 자결 및 차별금지 그리고 개인정보보호, 인간의 안전, 건강과 보안의 관점에서 심각하게 평가되어야 하며, 로봇공학의 복잡성과 많은 사회적, 의학적, 생명윤리학적인 영향에 따라 윤리적인 원칙이 보완되어야 한다. 그리고 로봇의 개발, 설계, 생산, 사용과 개조를 위해 효율적으로 안내할 수 있는 명확하고 엄격한 윤리적인 체계가 필요하다.

무엇보다 윤리적인 원칙에 있어서 가장 중요한 것은 투명성의 원칙이라고 할 수 있다. 이 원칙에 입각한다면 인공지능의 결정에 관한 근거가 반드시 제공되어 있어야 하고 인간이 이를 이해할 수 있어야 하며 결정에 기여한 모든 데이터가 블랙박스에 기록되어있어야 한다. 또한 윤리 원칙은 선행, 무해성, 자율성 및 정의의 원칙, 인간의 존엄성, 평등, 정의와 형평, 차별금지, 고지에 입각한 동의, 사생활 및 가정생활과 데이터 보호와 같은 기본권 헌장에 명시된 원칙과 가치에 기반을 두어야 하며, 개인의 책임과 사회적 책임 그리고 기존의 윤리적 관행에 기반을 두어야 한다. 이러한 측면에서 본다면 「로봇공학에 관한 민법 규칙」의 윤리 원칙은 향후 지능형 로봇윤리헌장을 작성하는데 있어서 그 방향성을 제시해 주고 있다는 점에서 우리에게 시사해주는 바가 크다고 할 수 있다.

9. 연구윤리위원회의 설립

「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 연구윤리위원회에 관한 강령을 서문과 제12조에서 언급하고 있지만, 이에 관한 구체적인 내용은 「로봇공학 헌장」에 구체적으로 규정하고 있으며, 「로봇공학 헌장」의 가장 핵심적인 부분 중의 하나라고 할 수 있다. 이와 관련한 내용을 정리하면, 우선 연구윤리위원회는 연구윤리심사를 위해 독립적으로 설립되어야 하며, 전문지식을 갖춘 전문가들을 심사자로 수행하게 하고, 심사과정은 공개적으로 책임감 있게 면밀히 진행하여야 하며, 운영 및 절차에 투명성이 확보되어야 한다. 또한 연구윤리위원회는 제안서에 대한 과학적인 장점을 정보에 근거하여 판단하여야 하며, 제안서가 어느 정도 불충분할 경우에는 연구자에게 정보에 근거하여 권고를 하며, 관련된 모든 연구와 연구 참여자에 대해 심사할 책임이 있다.

그리고 윤리적 승인을 받은 모든 연구기관은 모니터링을 할 수 있는 적절한 절차를 마련해야 하고, 이러한 모니터링은 연구와 관련된 위험의 성질과 정도에 비례하여 이루어져야 한다. 그리고 연구윤리위원회는 모니터링보고서가 윤리적 행위에 중대한 우려가 있다고 한다면 연구의 상세한 설명을 요구할 수 있고, 연구가 비윤리적이라고 판단된다면 승인을 철회하거나 연구의 연기 또는 중단을 시킬 수 있다.

이러한 역할을 수행할 수 있는 연구윤리위원회의 설립은 우리에게 매우 필요한 부분으로 보이며, 향후 지능형 로봇과 관련한 입법을 제·개정할 경우에 우리에게 많은 참고가 될 수 있는 부분이다. 이와 유사한 위원회를 운영하고 있는 법률로는 「생명윤리 및 안전에 관한 법」이 있는데, 동 법률에서는 대통령 소속으로 국가생명윤리심의위원회를 운영하고 있으며(동법 제7조), 생명윤리 및 안전을 확보하기 위하여 동법 제10조에 규정된 기관 내에 기관생명윤리위원회를 설치하도록 규정하고 있다. 따라서 로봇과 인공지능에 관한 윤리적 심사를 담당하는 위원회도 충분히 설치할 수 있을 것으로 보인다. 다만, 위원회를 대통령 소속으로 설치할지 아니면 지능형 로봇의 개발 및 보급

정책을 담당하고 있는 산업통상자원부 내에 설치할지는 여러 논의가 있을 수 있다.

10. 자율형 살상무기 시스템 연구 금지

앞서도 언급하였지만, 테슬라의 CEO인 엘론 머스크는 “지능화된 로봇은 궁극적으로 불멸의 독재자가 될 가능성이 있고, 치명적인 자율형 무기 체계는 전쟁 분야에서 세 번째 혁명이 될 수 있다.”고 밝힌바 있다. 자율형 살상무기 시스템이 군사용으로 이용된다면 그 어느 때보다 규모가 클 수 있으며 빠른 속도로 무력 분쟁을 야기시켜 이를 저지하기가 무척 어려울 수 있다. 예를 들면, 테러의 무기로 사용될 수도 있고 독재자나 테러리스트에 의해 무고한 사람들에게 사용될 수도 있으며 해킹의 대상이 되어 악용될 여지도 충분할 수 있다.

이와 비슷한 유형으로 현행 「생명윤리 및 안전에 관한 법」이 인간의 존엄과 정체성 보호를 위해 인간복제의 금지(동법 제20조)와 이종 간의 착상 등의 금지(동법 제21조)를 규정하고 있는 것처럼 로봇과 인공지능에 관한 미래의 입법안에는 자율형 살상무기의 연구를 금지하도록 규정할 필요가 있다.

V. 결 론

제4차 산업혁명을 이끄는 기술 중에 인공지능기술이 핵심적인 역할을 담당하고 있다고 해도 과언은 아니다. 이러한 인공지능기술에 대한 긍정적인 시각만큼이나 우려의 소리도 높다. 제4차 산업혁명에 직면하고 있는 우리로써는 이러한 우려를 최대한 감소시키면서 어떠한 법적·윤리적 규제범위와 방법에 따라 개발해 나아가느냐가 가장 큰 문제라고 할 수 있다. 이러한 문제의식 속에서 결의한 유럽의회의 「로

「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 우리에게 시사해 주는 바가 크다고 할 수 있다.

이에 로봇과 인공지능의 개발은 자동화된 알고리즘에 대한 안전장치와 인간의 통제 및 검증의 구축을 전제로 하여 제작기술 품질에 대한 법적 책임과 개인정보보호를 기반으로 하여야 한다. 그리고 기본적인 윤리원칙과 설계자·제작자·사용자 등의 행동강령이 수립되어야 하고, 최대한 현재의 법적 책임 범위 내에서 다룰 수 있는 부분들은 최대한 판단하면서, 점진적으로 실용적으로 조심스럽게 접근하면서 많은 이해관계자들의 의견을 수렴한 다음에 점차적으로 입법해야 할 필요가 있다. 그리고 「로봇공학에 관한 민법 규칙」의 서문에서 스마트 자율 로봇에 대한 정의를 밝히고 있는 것과 같이 우리의 지능형 로봇에 관한 정의 규정을 좀 더 구체화할 필요성이 있다는 점과 등록시스템은 국내 및 국제적인 차원에서도 필요하므로 이를 전담할 수 있는 기관의 설립도 필요하다고 본다. 왜냐하면 등록시스템을 갖추기 위해서는 우선 다양한 형태의 자율형 시스템과 지능형 로봇에 관한 정의가 구체화되어 있어야 하지만 아직 이에 관한 정의개념이 마련되어 있지 않고, 이러한 개념정립이 미비하여 로봇의 분류 기준도 마련되기 어렵지 않기 때문이다. 또한 향후 우리의 이상적인 지능정보화사회를 형성해 나아가기 위해서는 「로봇공학에 관한 민법 규칙」에서 제시하고 있는 디지털 인프라의 개방성의 확보는 매우 중요하다. 그리고 아직 지능형 로봇윤리헌장은 정식으로 공표되어 있지는 않아 「로봇공학에 관한 민법 규칙」 결의안에 밝히고 있는 로봇공학의 윤리적인 원칙은 향후 지능형 로봇윤리헌장을 작성하는데 있어서 시사해 주는 바가 크다고 할 수 있다. 또한 「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 로봇의 잠재적인 피해에 대해 보험에 가입하도록 의무보험제도를 수립하도록 하고 있고, 회복될 수 있는 피해의 유형이나 범위를 피해가 인간이 아닌 행위자에 의해 야기되었다고 보상의 형태를 제한하여서는 안 된다고 밝히고 있는데, 이는 향후 로봇과 인공지능의 개발에 따른 법적 책임을

규정하는데 있어 크게 참고가 될 수 있는 규정으로 보인다. 또한 미래의 입법안에는 자율형 살상무기시스템의 개발을 전면적으로 금지할 수 있는 금지규정을 입법화해야 한다. 그리고 독립적인 윤리심사가 확보될 수 있도록 국가 기관 내에 연구윤리위원회를 설립하여야 하며, 위원회의 운영과 절차는 투명하도록 보장해야 한다. 또한 로봇과 인공지능에 관한 연구지원을 받기 위해서는 반드시 위험영향평가와 윤리영향평가를 받도록 할 필요도 있다.

지금의 인공지능의 개발은 아직 개발단계에 있다고 할 수 있다. 즉, 아직 미성숙아의 단계라고 할 수 있는 것이다. 이러한 미성숙아를 어떻게 성장시키느냐에 따라 훌륭한 성인으로 성장할지 여부가 달려있다고 할 수 있다. 이러한 성장을 위해서는 사전예방의 원칙에 입각하여 위와 같은 법적·윤리적 규제가 필요하고 향후 국가적·국제적 차원의 국제적 표준화 및 안전과 보안시스템이 필요하며 국제간의 정보공유가 이루어져야 할 필요가 있다.

[참고문헌]

I. 국내문헌

<단행본>

- 박소영, 「인공지능 혁신 토대 마련을 위한 책임법제 진단 및 정책 제언」, 한국과학기술기획평가원, 「KISTEP ISSUE WEEKLY」, 2017.
- K. Schwab/송경진 역, 「클라우드 슈밤의 제4차 산업혁명」, 새로운 현재, 2016.
- 현대경제연구원, 「독일의 창조경제: Industry 4.0의 내용과 시사점 - 제조업의 진화 전략이 필요하다」, 지속가능 성장을 위한 「VIP 리포트」, 2013.

<논문>

- 김광수, “인공지능 규제법 서설”, 한국토지공법학회, 토지공법연구 제81집, 2018.
- 박종보외 1인, “인공지능기술의 발전과 법적 대응방향”, 한양대학교 법학연구소, 법학논총 34권2호, 2017.
- 백수원, “헌법상 인공지능 규제의 범위와 방향에 대한 시론적 고찰”, 미국헌법학회, 미국헌법연구 제29권 제2호, 2018.
- 변순용외 3인, “로봇윤리현장의 필요성과 내용에 대한 연구”, 한국윤리학회, 윤리연구, 2017.
- 양희태, “인공지능의 위험성에 대한 우려로 제정된 아실로마 인공지능 원칙”, 과학기술정책연구원, 과학기술정책 제27권 제8호(통

권 제229호), 2017.

임규철, “망 중립성”, 동국대학교 비교법문화연구원, 비교법연구 제11권 2호, 2011.

정진근, “에세이: 제4차 산업혁명과 지식재산권법학의 미래”, 성균관대학교 법학연구소, 「성균관법학」 제28권 제3호, 2016.

한희원, “인공지능(AI)의 법인격 주체 가능성의 이론적 기틀에 대한 기초 연구”, 중앙법학회, 중학법학, 2018.

2. 유럽의회 결의안

「Civil Law Rules on Robotics」, European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on 「Civil Law Rules on Robotics」 (2015/2103 (INL)).

[국문초록]

우리는 멈출 수 없는 새로운 산업혁명이라는 시대적인 변화의 문턱에 서있다고 해도 과언은 아니다. 이러한 새로운 산업혁명의 핵심 기술이라고 할 수 있는 인공지능기술에 관해서는 긍정적인 시각도 많지만 우려의 목소리도 높다. 이러한 차원에서 2017년에 의결한 EU의 「로봇공학에 관한 민법 규칙」의 결의안은 제4차 산업혁명에 있어서의 법적·윤리적인 문제에 관한 우리의 입법에 시사하는 바가 크다. 이와 관련하여 살펴보면, 우리의 지능형 로봇에 관한 정의 규정을 「로봇공학에 관한 민법 규칙」과 같이 좀 더 구체화할 필요성이 있고, 국내 및 국제적인 차원에서 등록시스템의 구축은 필요하며 이를 전담할 수 있는 기관의 설립도 필요하다고 본다. 그리고 아직 지능형 로봇윤리현장은 정식으로 공표되어 있지는 않아 「로봇공학에 관한 민법 규칙」 결의안에 밝히고 있는 로봇공학의 윤리적인 원칙은 향후 지능형 로봇윤리현장을 작성하는데 있어서 시사해 주는 바가 크다고 할 수 있다. 또한 「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 로봇의 잠재적인 피해에 대해 보험에 가입하도록 의무보험제도를 수립하도록 하고 있고, 회복될 수 있는 피해의 유형이나 범위를 피해가 인간이 아닌 행위자에 의해 야기되었다고 보상의 형태를 제한하여서는 안 된다고 밝히고 있다. 이는 향후 로봇과 인공지능의 개발에 따른 법적 책임을 규정하는데 있어 크게 참고가 될 수 있는 규정으로 보인다. 이와 더불어 미래의 입법안에는 자율형 살상무기시스템의 개발을 전면적으로 금지할 수 있는 금지규정을 입법화해야 한다. 그리고 독립적인 윤리심사가 확보될 수 있도록 국가 기관 내에 연구윤리위원회를 설립하여야 하며, 위원회의 운영과 절차는 투명하도록 보장해야 한다. 또한 로봇과 인공지능에 관한 연구지원을 받기 위해서는 반드시 위험영향평가와 윤리영향평가를 받도록 할 필요도 있다.

주 제 어 : 제4차 산업혁명, 인공지능, 로봇공학에 관한 민법 규칙, 로봇윤리, 지능정보화사회

[ABSTRACT]

A Study on Legal and Ethical Legislation Measures

of Robot and Artificial Intelligence

- Focusing on 「Civil Law Rules on Robotics」 -

Min-Seok Sim

It is no exaggeration to say that we stand at the threshold of a Fourth industrial revolution that can not be stopped. There are many positive views on artificial intelligence technology, which is the core technology of this new industrial revolution, but there are also high voices of concern. At this level, the resolution of the European Union's 「Civil Law Rules on Robotics」 in 2017 is highly suggestive of our legislation on legal and ethical issues in the Fourth Industrial Revolution. First of all, as described in the preface of the resolution, the development of artificial intelligence is based on the assumption of safety devices for automated algorithms and the establishment of human control and verification. Basic ethical principles and codes of conduct for designers, producers and users should be established. As far as possible, the parts that can be disputed within the scope of current liability should be judged to the maximum extent possible. In addition, the definitions of our intelligent robots

need to be defined more specifically, such as 「Civil Law Rules on Robotics」. And a registration system for robots and artificial intelligence needs to be established, and it is necessary to establish an agency that can do this. And securing the openness of the digital infrastructure proposed by 「Civil Law Rules on Robotics」 is very important in order to form our desirable intelligent information society. The ethical principles of robotics, which are described in 「Civil Law Rules on Robotics」, have great implications for future intelligent robot ethics charters. These legislations can be a great reference for us in defining the legal responsibilities for the future development of robotics and artificial intelligence.

Key Words: Fourth Industrial Revolution, Artificial Intelligence, Civil Law Rules on Robotics, Robotics Ethics, Intelligent Information Society

논문투고일 : 2019. 8. 15.

논문심사일 : 2019. 8. 22.

게재확정일 : 2019. 8. 27.

김정은 정권에서의 북한 기업소법 정비 동향

안석호*

[목 차]

I. 서론

III. 북한 기업소법의 주요 내용
및 정비 동향

II. 김정은 정권 이후 북한의
경제개선조치와 헌법 개정

IV. 결론

I. 서론

북한은 2002년 이후 '7·1경제관리개선조치'이래 경제관리개선 조치가 실행되면서 기업소 경영활동에서도 '변수입'을 기본으로 하는 등의 변화가 나타났다. 이는 2009년 실시한 화폐개혁으로 인해 무너진 공식경제를 정비할 필요가 있었기 때문이다. 이에 북한은 경제정책과 사회변화에 맞춰 2010년 기업소법을 제정하였다.

김정일 사후에 김정은 정권은 경제관리 개선방안을 마련할 것을

* 국민대학교 북한법제연구센터 연구원, 법학박사.

지시하였으며 이를 통해 노동보수 지불 및 상품가격 제정 권한 부여, 내각 권한의 강화, 국영 유통망 활성화, 농업부문 개편 등을 이루었다. 또한 이른바 ‘5·30 담화’를 통해 사회주의기업책임관리제의 도입을 중심으로 경제관리의 효율성을 제고하고자 하였다. 이러한 경제관리방식의 개혁을 실시하면서 기업소법 또한 김정은 정권 이후 2014년과 2015년에 걸쳐 개정되었으며, 2019년에는 사회주의헌법을 개정하여 헌법상 사회주의기업책임관리제를 명시하였다. 이러한 기업소법과 사회주의헌법의 변화는 북한이 경제관리 개혁에 대한 법제도적 기반을 다지고 관련 분야에서 적극적 변화 의지를 시사하고 있다.

이 논문에서는 김정은 정권에서의 경제개선조치와 헌법 개정에 대해 살펴보고, 2010년에 제정된 기업소법의 내용과 김정은 정권 이후 2014, 2015년 두 차례에 개정된 기업소법을 분석하여 김정은 정권 이후 북한 기업소법의 정비 동향을 살펴본다.

II. 김정은 정권 이후 북한의 경제개선조치와 헌법 개정

1. 김정은 정권 이후 북한의 경제개선조치

가. 북한 국가핵심전략의 변화

북한은 2013년 3월 당중앙위원회 전원회의에서 공식적으로 국가핵심전략으로서 ‘경제건설과 핵무력 병진노선’을 내세웠다. ‘병진노선’이란 경제발전과 국방력 강화를 동시에 추구한다는 정책기조로 북한은 핵무기를 통해 국가안보와 체제안정을 확보하면서, 낙후된 경제를 개선하고자 하였다. 2013년 개최된 해당 회의에서는 당중앙위원회 조직에 간부들을 충원하고, 우주과학기술, 경제지도와 관리에서 사회주의 기업관리방법, 대외무역 다각화와 원산·철보산 관광지구와 경제개발구

등에 대해서도 논의가 되었다. 당시 북한은 병진노선을 통해 국방비를 늘리지 않으면서도 전쟁억제력과 방위력을 높여 경제건설과 인민생활 향상에 집중할 수 있다는 점에 그 우월성이 있다고 선전하였다.¹⁾ 이러한 정책기조는 이후에도 2017년까지 유지되었으나, 이 기간 동안 수차례의 핵실험과 미사일 시험발사를 통해 북한의 ‘병진노선’은 실질적으로 경제건설보다는 핵무력 완성에 초점을 맞추었다는 사실을 알 수 있었다. 당시 북한은 계속된 핵실험과 미사일 시험발사로 인해 국제사회에서의 대북제재가 강화되고 갈등이 최고조로 심화되었지만 국가핵심전략노선으로 ‘병진노선’을 유지하였다. 어려운 상황 속에서도 자신들의 힘으로 핵무력을 완성했고 경제도 성장시켰다며, 자강력제일주의를 사회주의강국건설의 항구적인 전략이라 하였으나 북한이 주장하는 바와 같이 실제로 인민생활향상은 이루어지지 않았고, 국제적인 제재는 더욱 강하게 김정은 체제를 압박하였다.²⁾

그러나 이러한 기조는 2018년 북한의 신년사를 통해 바뀌게 되었다. 북한은 2018년 신년사를 통해 핵무력의 완성을 선포하면서, 이는 전쟁억지를 위한 것이라 강조하였다. 또한 남북문제의 개선과 함께 남한에서 개최되는 평창동계올림픽에 대표단 파견 용의가 있음을 밝혔다. 이후 모두가 잘 알다시피, 급속도로 남북관계가 개선되면서 남북 정상회담 및 북미정상회담이 개최되고 한반도의 평화무드가 조성되어 현재진행중이다. 한편, 이와 함께 북한의 대내외정책노선도 변화되었다. 북한은 2018년 4월 20일 당 제7기 제3차 전원회의를 개최하여, 경제건설과 핵무력건설의 병진노선이 성공적으로 수행되어 한반도의 긴장완화와 평화기류가 형성되었다고 주장하였다. 따라서 새로운 전략노선으로 사회주의 경제건설에 집중하는 것이 당의 전략적 노선이라고 밝히고, ‘경제건설 총력집중노선’을 제시하였다. 북한은 당시 남북·북미

1) 김창희, 북한 병진노선의 경제건설 총력집중노선으로 전환, 정치정보연구 제22권 제2호, 한국정치정보학회, 2019, 5면.
 2) 위의 논문, 11면.

정상회담을 앞둔 상황이었다. 따라서 이러한 북한의 노선전환은 대내외적으로 자신들의 의지를 천명하고 남북관계 및 북미관계의 개선을 통해 대북제재를 해제하여 답보상태인 대외경제 부분도 발전시키고자 한 것으로 평가되었다.³⁾

나. 경제관리방식의 개혁

북한은 김정은 정권 이후 경제 분야에서 기존과는 다른 모습을 보이고 있다. 앞서 살펴본바와 같이 정책노선의 변화는 있었으나, 북한의 국정과제로서 경제건설은 지속적으로 강조되었다. 이러한 기조는 2019년 현재까지 계속되고 있으며 김정은 위원장이 직접 육성연설로 발표한 북한의 신년사를 살펴보면, 분야별 과업 제시에서 경제 분야가 최우선이었다.⁴⁾

김정은 정권에서의 경제개혁은 김정일 시대인 2002년 추진되었던 '7·1 경제관리개선조치'의 연장이라 평가된다. 당시 이 조치는 국영기업소, 협동농장 등 각 경제 단위에 분권적 경영 권한을 부여하고, 기존에 비합법적 영역이었던 소비재 시장을 종합시장이라는 이름으로 공식 제도화하고, 기업 간 원자재와 생산재 교류가 가능한 사회주의 물자 교류 시장의 개설을 허용한 조치였다.⁵⁾ 이를 통해 북한은 국가통제 밖에서 발전되고 있는 시장을 국가 관리로 유도하고자 하였으나,

3) 위의 논문, 12면.

4) 2019년 북한의 신년사는 그 구성이 세부적으로 2018년 각 분야 평가, 사회주의 자립 경제 독려, 2019년 산업 분야별 과업 제시, 정치사상사업 강조, 국가방위력 강화 강조, 2018년 남북관계발전 성과와 2019년 과제, 미·북 회담 평가와 미·북 관계 개선 등으로 되어 있으며, 전년과 동일하게 경제→사회→군사→정치→대남→대의 분야순인 것을 알 수 있다. 북한연구소 연구부, 2019년 김정은 신년사 분석, 북한 통권566호, 북한연구소, 2019, 66-70면.

5) 북한정보포털, 북한의 경제정책 변화와 개혁·개방 전망 2019. 7. 28. 방문, 《<http://nkinfo.unikorea.go.kr/nkp/overview/nkOverview.do?sumryMenuId=EC204>》

북한의 의도와는 달리 계획경제와 시장 간의 괴리로 인해 임금 및 물가 상승 등의 역효과가 발생하였고 2005년을 기점으로 후퇴되었다. 이러한 상황 속에서 출범한 김정은 정권은 북한경제의 개선을 위하여 경제관리방식의 개혁이 절실하였다.

김정은 정권은 그 출범부터 북한의 경제관리체계의 개선을 통한 경제난 해결이 핵심과제였다. 이전 시대부터 이어진 북한의 심각한 경제난은 그들이 가장 중요시 여기는 체제유지와도 아주 밀접한 관련이 있기 때문이다. 다만, 김정은 정권의 경제분야 개혁조치는 이전 김정일 시대와 달리 점진적·단계적으로 추진되고 있으며, 이러한 연유에서인지 관련 정책들이 공식적으로 발표되기 보다는 간접적으로 소개되었다.⁶⁾ 그 내용들이 소위 ‘6·28방침’이나 ‘12·1조치’, ‘3·1조치’, ‘5·30조치’ 등으로 북한의 이러한 경제관리 개선조치의 주요 내용 및 변화의 흐름을 살펴보면 아래의 표와 같다.

[표] 최근 경제관리 개선조치의 주요 내용 및 변화의 흐름

시기와 단계	주요내용
2011.12.28 김정은, ‘경제관리 개선방안 마련’ 지시	“경제문제, 특히 먹는 문제만 풀면 부러울 것이 없음. 주체사상을 구현한 우리식 경제관리방법을 찾아야 함.”
2012년 초, 내각 상무조 구성	내각 권한의 강화, 기업소에 노동보수 지불 및 상품가격 제정권한 부여, 국영유통망 활성화, 농업부문 개편 등의 내용 포함 * 이 내용 중의 일부가 흘러나와서 ‘6.28방침’으로 와전됨
2012.6 가변가격의 시범적 도입	고정불변적인 가격방식으로부터 가변적인 기준가격방식으로 전환하기 위한 사업을 시범적으로 진행
2012.6 수입분배를	공장, 기업소의 수입분배를 순소득분배방법으로부터 소득분배 방법으로 전환하며, 이에 맞추어 국가

6) 이석기 외 6인, 김정은 시대 북한 경제개혁 연구-‘우리식 경제관리방법’을 중심으로, 산업연구원, 2018, 48-51면.

소득분배방식으로 시범적 전환	납부율을 판매수입에 기초하여 결정하며, 국가납부 몫을 바친 이후에 공장, 기업소들이 쓸 몫에 대해 서는 자체의 결심에 따라 능동적으로 쓸 수 있게 권한 부여
2012.9 내각의 試案 마련 후 시범 실시 (상업부문은 즉시 실시)	국영상업망의 소비재 유통 활성화를 위한 방안을 제시하고 국영기업소, 협동단체들에서 생산한 제품 을 시장에 판매할 수 있게 허용
2013 농업부문 확대 시행	분조관리조 안에서 포전담당제에 의한 알곡현물분 배 방안 등 새로운 농업관리 방법 시행
2013.1 공장·기업소에 가격제정권 부여	공장, 기업소가 자기 실정에 맞게 일을 능동적으로 해 나갈 수 있도록 공장, 기업소에 가격제정권을 부여
2013.7 소비품의 시장판매 허용	《공장, 기업소에서 생산한 소비품을 시장의 공장· 기업소 매대를 마련하여 국영기업소, 협동단체들 에서 생산한 제품을 시장에 내다 팔게 할데 대하여 주신 지시를 철저히 관철할데 대하여》(상업성 지 시)를 통해서 소비품을 생산한 기업체들이 시장에 공장·기업소 매대를 마련하여 자신이 생산한 상품 을 판매할 수 있도록 허용함
2013.8 기업소에 주문과 계약에 따른 생산조직 허용	기업소들이 계획 수행 이후에 더 생산할 수 있거 나 수요가 있는 지표들을 주문과 계약에 따라... 생산을 조직할 수 있도록 여러가지 생산조직 형태 와 방법을 허용
2014.5.30 김정은, '5.30 담화' 발표	《현실발전의 요구에 맞게 우리식경제관리방법을 확립할 데 대하여》(당, 국가, 군대기관 책임일군 들과 한 담화, 2014.5.30) 김정은, “사회주의 강성국가 건설을 위해 현실발전 의 요구에 맞는 우리식 경제관리방법을 확립해야 함. 사회주의적 소유와 집단주의 원칙을 철저히 구 현해야 함.”
2014.7 내각 추가대책안 하달	2015년까지 ‘국가경제발전전략’ 작성, 시장가격을 반영하여 국정가격 점진적 인상, 3년 연속 손실·계 획미달 기업 폐업 검토 등의 내용

출처: 이석기 외 6인, 김정은 시대 북한 경제개혁 연구-‘우리식 경제관리방
법’을 중심으로, 산업연구원, 2018, 53-54면.

2. 김정은 정권 이후 북한 사회주의헌법의 개정

가. 김정은 체제의 출범과 2019년 이전 사회주의헌법의 개정

북한은 2009년 사회주의헌법 개정 후 2년만인 2011년 12월 17일에 김정일 국방위원장의 사망 후 김정은체제로의 권력승계가 발 빠르게 이루어진다. 2009년 헌법 개정은 김정일 정권하에 이루어 졌으며, 그 내용을 보면 헌법상 국방위원장의 군부통제를 강화하였다. 이후 김정은체제로의 권력승계 양상은 이미 현실에서의 권력체제를 확고히 구축하고 있던 김정일 국방위원장의 2009년 헌법 개정이 후계체제 구축을 고려한 것이라는 당시의 평가가 맞았다는 것을 알 수 있었다.⁷⁾

북한은 김정은 정권이 공식적으로 출범한 이후에 짧은 기간 동안 수차례 헌법 개정을 단행하였다. 구체적으로 살펴보자면, 2012년 헌법 개정은 김정일 사망 이후 권력승계를 받은 김정은의 정치현실과 사회주의헌법의 내용을 일치시키고자 한 것으로 평가된다.⁸⁾ 2011년 12월 17일 김정일 사망 이후 2012년 4월 3일 최고인민회의 제12기 제5차 회의에서 헌법을 개정하였는데, 기존의 ‘김일성 헌법’에서 ‘김일성·김정일 헌법’으로 변경하면서 새로 신설된 국방위원회 제1위원장에게 기존의 국장위원장의 권한을 그대로 이전하였다. 이는 앞서 언급한바와 같이 2009년 헌법개정을 통해 국방위원장의 권한 강화를 통한 헌법상 후계체제의 대비가 반영된 것이라 평가된다. 또한 서문에서 “우리 조국을 불패의 정치사상국, 핵보유국, 무적의 군사강국으로 전면시키시였으며”라는 대목에 핵보유국을 명시하여 김정일 시대부터 이어온 북

7) 북한의 2009년 헌법 개정 당시 헌법조문 상 후계구도와 관련한 구체적인 규정은 없었으나, 권력체제의 개편 내용을 통해 후계구도를 고려하여 권력기반을 강화하는 방향의 헌법 개정이라는 평가가 있었다. 이에 대해 보다 자세한 내용은 박정원, 북한의 2009년 개정헌법의 특징과 평가, 헌법학연구 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009 참조.

8) 박정원, 북한 김정은 정권의 사회주의헌법 및 법령 정비 동향과 평가, 통일법제 이슈페이퍼 17-19-⑩, 한국법제연구원, 2017, 7면.

한의 핵개발에 대한 정당성과 당위성을 나타내었다.

이후 2013년 헌법 개정을 통해 김정은 체제에서의 김일성-김정일의 유훈통치를 강조하고 체제초기에서의 업적을 선전하고자 하였다. 구체적으로 서문의 개정을 통해 “김일성동지와 김정일동지께서 생전의 모습으로 계시는 금수산태양궁전은 수령영생의 대기념비이며 전체 조선민족의 존엄의 상징이고 영원한 성지이다”의 내용으로 금수산태양궁전에 대한 내용을 추가하였으며 이는 ‘금수산태양궁전법’⁹⁾이라는 개별 부문법으로 법제화까지 동반되었다. 금수산태양궁전이 북한체제에서 차지하는 상징성을 고려하였을 때 당시 이러한 서문의 변화는 김일성-김정일의 유훈통치를 강조하고 이를 통해 체제공고화의 효과를 누리고자 한 것이라 평가된다.¹⁰⁾ 또한 기존의 11년제 의무교육제의 내용을 12년제 의무교육제 내용으로 변경하였다. 이는 이미 교육체제 개편으로 법령과 사회주의헌법 간의 모순현상을 해소하기 위한 개정이었다.¹¹⁾

다음으로 2016년 사회주의헌법 개정을 통해 김정은의 확고한 권력체제를 대내외적으로 알리고, 정상국가화를 표방하였다. 이에 북한은 헌법에 김정은의 확고한 권력체제 형성을 기반으로 한 국가이념과 수령의 권력체제, 국가기관체계의 개편내용을 반영하였다. 우선 서문에서 김일성과 김정일에 대한 ‘수령’과 ‘령도자’라는 수식어를 삭제하였으며, 기존의 국방위원회 및 국방위원회 제1위원장을 ‘국무위원회’와 ‘국무위원회 위원장’으로 변경하고 이에 따른 국가기구의 권한과 기능에 명칭을 일치시켰다. 구체적으로 김정일시대 국방위원회를 폐지하고 국방위원회의 기능을 포함하여 국가정무 전반의 기능과 역할을 수행하는 권력기구인 국무위원회로의 개편이었다. 국무위원회는 모든 분야를 망

9) 북한의 「금수산태양궁전법」은 2013년 헌법개정일과 같은 날인 2013년 4월 1일 최고인민회의 법령 제10호로 채택되었다.

10) 박정원, 북한 김정은 정권의 사회주의헌법 및 법령 정비 동향과 평가, 2017, 7면.

11) 위의 책, 8면.

라하는 종합적인 정책결정기관으로, 당(黨) 정무국(전, 비서국) 당적 지도 아래에 정책 수립의 기능을 하였으며, 국무위원장은 중요 간부 임명·해임, 국가의 전반 사업지도, 국가 비상사태와 전시상태·동원령 선포와 같은 막강한 권한을 행사하며, 이를 사회주의헌법을 통해 명시하고 있다.¹²⁾

나. 북한의 사회주의헌법상 경제조항의 변화

앞서 살펴본 바와 같이 북한은 2019년 이전까지 짧은 시간동안 수 차례의 헌법 개정을 단행하였으나, 경제조항은 변화된 내용이 없었다. 이하에서는 북한 헌법상 경제조항 변화의 의미와 주요 내용을 살펴보고자 한다.

북한은 1948년 마련된 첫 정식헌법인 ‘조선민주주의인민공화국 헌법’의 제정 이후에 1972년 12월 27일에 개최된 최고인민회의 제5기 1차회의에서 사회주의헌법을 채택하였다. 이후 북한은 1990년대 전후로 급격한 대내외적인 환경변화를 맞이하게 된다. 당시 김일성에서 김정일로의 권력승계와 체제유지라는 대내적 문제와 함께 대외적으로는 사회주의권 국가들의 몰락으로 북한 경제의 붕괴되고 있는 상황이었다. 이에 따라 북한은 1992년과 1998년 두 차례의 헌법 개정으로 김정일체제로의 권력개편과 함께 경제난을 극복하기 위한 경제 관련 조항을 개정하였다.

구체적으로 우선 1992년 사회주의헌법에서 변화된 경제조항 내용을 보면, 경제건설의 촉진을 위하여 인민경제의 주체화·현대화·과학화의 실현(제26조), 기술발전문제의 최우선과제선정 및 과학기술발전과 인민경제의 기술개조의 강조(제27조), 농촌기술혁명을 통한 농촌공업화(제28조)와 함께 사회주의 경제체제를 견지하면서도 대외경제개방정

12) 위의 책, 8면.

책의 법적 토대를 마련하였다. 또한 북한 내 외국인의 합법적 권리와 이익의 보장(제16조), 외국법인 또는 개인들과의 기업합영과 합작의 장려(제37조) 등을 신설하였으며 이를 통해 대외경제부문의 법적·제도적 여건의 개선을 통한 선진자본과 기술을 유치하기 위한 법적 근거를 마련하였다.¹³⁾

1998년 사회주의헌법은 경제부문에서 1992년 사회주의헌법에서 보다 많은 내용의 변화를 보였는데, 그 내용을 살펴보면, 개인소유의 범위 확대, 소유구조의 조정, 대외경제개방 확대, 경제의 자율성 확대 등을 들 수 있다.¹⁴⁾ 구체적으로 살펴보면, 생산수단 소유주체를 ‘국가와 협동단체’에서 ‘국가와 사회·협동단체’로 규정하였으며(제20조) 경제활동의 주체로 사회단체를 추가하였다. 또한, 제24조에서 개인소유의 주체로 ‘근로자’를 ‘공민’으로 바꾸었으며, 개인소유의 대상에 “터발 경리를 비롯한 개인부업경리에서 나오는 생산물과 그 밖의 합법적인 경리활동을 통하여 얻은 수익”도 개인소유에 속한다고 명시하여 개인소유의 대상도 확대하였다. 이어서 제33조에서 “국가는 경제 관리에서 대안의 사업체계의 요구에 맞게 독립채산제를 실시”한다고 명시하였고 제37조에서 “국가는 우리 나라 기관, 기업소, 단체와 다른 나라 법인 또는 개인들과의 기업합영과 합작, 특수경제지대에서의 여러가지 기업 창설운동을 장려한다”라고 명시하여 대외무역의 주체에 ‘사회·협동단체’를 추가하였다. 이는 대외무역에 있어서 국가가 독점하는 방식에서 다양한 기관을 통해 자율성을 보장하여 무역을 활성화 시키고, 특수경제지대에서 경제활동을 보장하면서 외국 자본을 유치하려는 개정이었다. 이밖에 제28조 농업부문에서는 농업의 공업화 및 현대화를 명시하였고 농업부문의 생산성 향상을 통해 식량난을 극복하고자 하였으며, 제

13) 장명봉, 북한의 헌법변화와 경제변화, 헌법학연구 제9권 제4호, 한국헌법학회, 2003, 417면.

14) 장명봉, 북한의 대내외 환경변화와 헌법 및 경제변화, 공법연구 제32권 제5호, 한국공법학회, 2004, 419-424면.

74조에서는 이전의 저작권 및 발명권의 법적 보호에 '특허권'을 규정하여 북한 내부적으로 지적재산권의 보호만이 아닌 대외경제개방에 있어서 외자유치의 확보를 위해 외국기업 지적재산권의 보호를 엄두한 개정으로 평가되었다.¹⁵⁾ 이후 북한 헌법상 경제조항은 2019년 이전까지 변화가 없었다.

다. 2019년 사회주의헌법 개정과 경제조항의 변화

북한은 2019년 4월 11일 최고인민회의 제14기 제1차회의를 통해 헌법개정을 단행하였다. 그러나 구체적인 개정 내용은 2019년 7월이 되어서야 국내에 입수되었다.¹⁶⁾ 2019년 북한의 헌법 개정은 김정은 집권 이후 앞서 살펴본 2012, 2013, 2016년 개정에 이어 4번째 이루어진 것이다. 이전 171개 조문에서 한 개 조문이 줄었으나, 구성체계의 변화는 없었다. 개정내용을 간략히 살펴보자면, 서문에서는 '사회주의조국'을 '사회주의국가'라고 변경, 김일성과 김정일 앞에 '수령' 및 '령도자'의 존칭 인용, '선군사상'의 삭제 등의 변화가 있었다. 정치부문에서는 주체사상과 선군사상을 '김일성-김정일주의'로 명시, '근로인테리'를 '지식인'으로 표현변경, '청산리정신, 청산리방법' 삭제 등이 바뀌었으며, 경제부문에서는 주체경제의 완성을 위해 강조해온 인민경제의 주체화, 현대화, 과학화에서 '정보화'를 추가, 과학기술의 강조, 사회주의경제의 '실리' 강조, '대안의사업체계'의 삭제와 경제관리운영에서의 내각주도 강조, '대안의 사업체계의 요구에 맞게 독립채산제'를 삭제하고 '사회주의기업책임관리제'로 변경, 대외무역의 신용 및 무역구조 개선추가 등이 변화되었다. 문화부문에서는 "온 사회의 인테리화

15) 장명봉·박정원, 북한의 대외경제개방과 관련법제 정비동향, 한국경제연구원, 2001, 44면.

16) 해당 헌법 개정의 구체적인 내용은 북한의 대외선전매체인 '내나라'를 통해 2019년 7월 11일 공개되었다.

한다”는 대목을 “전민과학기술인재화를 다그친다”라고 변경, ‘기술자, 전문가’를 ‘과학기술인재’로 변경, ‘복고주의적 경향 반대’라는 표현을 ‘주체성, 력사주의, 과학성 원칙’이라는 용어로 변경, 후대들을 ‘혁명가’에서 ‘애국자’라고 변경, ‘주체형의 새 인간’을 ‘사회주의건설의 역군’으로 변경, ‘보건부문에 대한 물질적 보장사업의 개선’ 추가되었다. 국방부문에서는 ‘선군혁명로선을 관철하여 혁명의 수뇌부를 보위하고’를 ‘위대한 김정은동지를 수반으로 하는 당중앙위원회를 결사옹위하고’로 변경하고, ‘군대와 인민’이라는 표현도 ‘인민들과 인민군장병들’로 변경하였다. 기본권 부문에서는 ‘불구’라는 표현을 ‘신체장애’로 변화한 것 말고는 큰 변화가 없었다. 국가기구부문에서는 국무위원장을 “국가를 대표하는” 최고영도자라고 명시, 국무위원장은 “전반적무력의 최고사령관”이라는 호칭을 “무력총사령관”이라고 변경, 최고인민회의 상임위원회 ‘명예부위원장’ 삭제 등이다. 이처럼 많은 변화가 있었으며, 북한의 정상국가화 지향에 따른 내용과 경제조항의 변화에 따른 경제관리개선 조치의 헌법 반영이 큰 의미를 지니는 것으로 평가된다.

특히 경제조항은 1998년 이후 처음 변화되었다. 그동안 북한사회에서 경제 분야에서의 커다란 변화가 발생한 것과 달리 헌법상 경제조항은 이를 제대로 반영하지 못하고 있어 현실과의 괴리가 컸다. 물론 이번 헌법 개정이 기존 북한의 사회주의적 계획경제체제를 근본적으로 바꾸는 내용은 아니지만, 사회주의적 생산관계와 자립적 민족경제원칙을 고수하면서 이를 구체적으로 운영하는 방법에 변화가 있다는데 의미가 크다. 이러한 변화를 가장 잘 나타나고 있는 것이 앞서 살펴본 김정은 정권의 경제관리 개선조치로서 ‘사회주의기업책임관리제’를 헌법상 명시한 것이다. 북한은 2019년 헌법개정을 통해 부문법인 개정 기업소법에 명시되어 있던 ‘사회주의기업책임관리제’가 헌법에 명시되어 있지 않아 발생하는 헌법과 부문법 간의 불일치 문제를 해소하였으며, 이러한 개정은 북한 법체계상 긍정적인 변화로 평가된다.

한편, 북한은 이미 중요한 경제단위인 협동농장과 기업소의 경제관

리 체제개선을 위해 조치를 취하고 있었고, 농장법과 기업소법 등 부문법에 이러한 내용을 일부 반영하였다. 이러한 경제관리방법의 법제화를 통해 국정운영의 법제화 모습을 일부 살펴볼 수 있었다. 다음으로 구체적인 북한 기업소법의 변화 내용과 그 특징을 분석한다.

Ⅲ. 북한 기업소법의 주요 내용 및 정비 동향

기업소법은 2010년 11월 11일 최고인민회의 상임위원회 정령 제1194호로 채택되었다. 이하에서는 김정은 정권 이후 2014년과 2015년에 개정된 기업소법의 변화를 분석하기 위해 2010년의 기업소법을 살펴본 후 2014년과 2015년 기업소법 개정에서 변화된 내용을 살펴본다.

1. 2010년 기업소법의 주요 내용

가. 기업소법의 기본

기업소법은 제1장에서 기업소법의 기본을 명시하면서 총칙에 해당하는 사명, 정의, 원칙들을 규정하고 있다. 이에 제1조(기업소법의 사명)에서는 “조선민주주의인민공화국 기업소법은 기업소의 조직과 경영활동에서 제도와 질서를 엄격히 세워 사회주의기업관리체계¹⁷⁾를 공고히 하고 인민경제를 발전시키는데 이바지한다”라고 규정하여 기업소법의 목적을 규정하고 있다. 또한 제2조(기업소의 정의)에서는 “이 법에

17) 사회주의 기업관리 체계와 관련하여 박훤일은 ‘대안의 사업체계’를 말한다고 하였으며 유영구는 2002년 7월 이래의 경제관리개선 조치들에 의해 ‘변화된 기업관리체계’라는 점을 분명히 하여야 한다고 하였다. 박훤일, 북한의 기업소법 제정의 의미, 경희법학 제47권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2012; 유영구, 북한 기업소의 ‘경영상 상대적 독자성’ 증대 - 북한 기업소의 관리개선과 「기업소법」 정밀분석(상)-, 통일뉴스, 2012.2.15.

서 기업소란 일정한 로력, 설비, 자재, 자금을 가지고 생산 또는 봉사 활동을 직접 조직진행하는 경제단위이다. 기업소에는 인민경제계획을 실행하는 생산, 건설, 교통운수, 봉사단위 같은것이 속한다”고 규정하고 있어 기업소가 남한의 회사에 해당하는 의미를 지니고 있다는 것을 알 수 있다.¹⁸⁾

제4조(기업소의 경영원칙)에서는 “기업소의 경영은 객관적경제법칙의 요구에 맞게 경제적공간들을 능숙하게 활용하여 국가에 더 많은 이익을 주기 위한 경제활동이다. 국가는 기업소들이 경영전략, 기업전략을 정확히 세우고 사회주의기업책임관리제를 바로 실시하여 경영활동에서 사회주의원칙을 지키면서도 최대한의 실리를 내도록 한다”고 규정하고 있다. 여기서 규정하고 있는 기업소 경영이라는 표현의 경우 김정일 국방위원장이 1991년 7월에 이미 경제 간부들의 교육기관인 인민경제대학의 교직원들과 학생들에게 보낸 서한에서 “사회주의사회의 과도적 성격으로부터 사회주의 경제관리에서는 기업소가 상대적 독자성을 가지고 경영활동을 하며 노동에 대한 물질적자극과 상품화폐관계와 가치법칙을 경제관리의 수단으로 이용하게 됩니다”라고 언급한 바 있다.¹⁹⁾

이외에도 기업소법의 기본에서는 기업소의 물질기술적토대강화원칙(제5조), 경영활동의 주체화·현대화·과학화원칙(제6조), 김정일애국주의교양원칙(제7조), 기업소사업에 대한 지도원칙(제8조), 기업소의 합법적권리와 리익보호원칙(제9조) 등을 규정하고 있다.

나. 기업소의 조직

18) 박훤일, 북한의 기업소법 제정의 의미, 284면.

19) 김정일, 주체의 사회주의경제관리론으로 튼튼히 무장하자(창립 45돐을 맞는 인민경제대학 교직원, 학생들에게 보낸 서한, 1991년 7월 1일), 김정일선집 제11권, 평양: 조선로동당출판사, 1997, 344면, 유영구, 북한 「기업소법」에서 누락된 '대안의 사업체계' - 북한 기업소의 관리개선과 「기업소법」정밀분석(하)-, 통일뉴스, 2012.3.2. 재인용.

기업소법은 제2장에서 기업소의 조직에 관한 규정을 두고 있다. 제11조(기업소의 조직기관)에서 “기업소의 조직은 기업소의 급수와 중요성에 따라 해당 기업소조직기관”이 지정한다고 하면서 “기업소조직기관에는 내각과 중앙로동행정지도기관, 도(직할시)인민위원회, 시(구역), 군인민위원회, 해당 기관이 속한다”고 명시하였다. 또한 제12조(기업소의 조직근거)에서는 기업소가 “국가적조치”에 따라야 한다고 명시하면서 “기관, 기업소, 단체의 요구에 따라 기업소를 조직할 수 있다”고 명시하였다. 이러한 이유는 북한의 기업소 조직관리가 통제경제의 결과라기보다 모든 기업소를 당위원회의 집체적 지도 밑에 두어야 한다는 대안의 사업체계에 따른 것이기 때문이다. 다시 말해서 개개의 기업소를 당의 지배하에 두려다 보니 기업소의 급수와 중요성에 따라 그에 상응하는 당 조직을 연결해줄 수밖에 없는 것이다.²⁰⁾

이외에도 기업소조직신청(제13조), 기업소조직신청문건의 심의와 결과통지(제14조), 기업소의 등록(제15조), 기업소등록증의 발급(제16조), 기업소의 변경등록(제17조), 기업소의 정리(제18조), 기업소등록증의 반납(제19조)이 명시되어 있다.

다. 기업소의 관리기구

기업소법은 제3장에서 기업소의 관리기구에 관한 규정을 두고 있다. 제20조(기업소의 관리일군)에서는 기업소의 관리일군을 “지배인, 기사장, 부지배인”으로 규정하면서 제21조(지배인)에서 “지배인은 기업소를 대표하며 기업소전반사업을 책임진다”고 하며 제22조(기사장)에서 “기사장은 기업소의 계획작성, 생산지도, 기술관리, 품질관리, 설비관

20) 박훤일, 북한의 기업소법과 상업회의소법의 제정의미와 평가, 북한법연구 제15권, 북한법연구회, 2013, 218면.

리 같은 사업을 책임진다”고 규정하고 제23조(부지배인)에서 “부지배인은 기업소의 자재공급, 제품판매, 로동행정, 운수, 후방경리 같은 사업을 책임진다”고 명시한다. 제24조(관리부서)에서는 기업소의 기업관리를 과학적이고 합리적이게 한다는 다소 당위적인 규정도 두고 있다.

이외에도 기업소의 사업준칙작성(제25조), 기업소의 회의운영(제26조), 비상설위원회의 조직운영(제27조), 기업소의 기구변경(제28조) 등을 규정하고 있다.

라. 기업소의 경영활동

기업소법은 제4장에서 기업소의 경영활동을 총 21개의 조문을 통해 규정하고 있다. 기업소의 경영활동에 관한 규정을 살펴보면 남한 기준에서는 강제규정이라기보다는 선언적 의미의 훈시규정이라 할 수 있다.²¹⁾ 자세히 살펴보면 기업소법은 제29조(경영전략, 기업전략의 작성)에서 “기업소는 현실발전의 요구에 맞게 경영전략, 기업전략을 바로세우고 그에 따라 경영활동을 진행해야 한다”고 규정하고 있다. 제30조(인민경제계획의 작성 및 실행)에서는 “기업소는 해마다 국가의 경제정책과 인민경제계획작성방향, 기업소의 경영전략, 기업전략에 따라 인민경제계획초안을 정확히 작성하여 해당 기관에 제출하여야 한다고 하였으며, 시달된 인민경제계획은 일별, 월별, 분기별, 지표별로 어김없이 실행해야 한다”고 하였다.

또한 기업소의 다양한 관리사항과 사업에 대해 규정하고 있는데 생산공정관리(제31조), 과학기술발전사업(제32조), 기술개건(제33조), 기술관리(제34조), 기술자, 전문가, 기능공양성(제35조), 품질관리(제36조), 설비관리(제37조), 동력관리(제38조), 전력리용(제39조),

21) 박훤일, 북한의 기업소법 제정의 의미, 289면.

자재관리(제40조), 재산실사(제41조), 제품판매(제42조), 로력관리(제43조), 로동정량의 제정과 적용, 로동보수(제44조), 로동보호, 사회보험 및 사회보장(제45조), 건물, 시설물관리(제46조), 종업원생활조건의 보장(제47조), 재정관리(제48조), 경영총화(제49조) 등이 그것이다.

이와 같은 조문을 살펴보면 북한의 기업소법이 기업경영활동에 대해 상세하게 요령이 규정되어 있다는 점을 알 수 있다. 특히, 경제활동을 하는 기업소라면 당연히 시행하여야 하는 국가경제계획에 따라 경영전략을 바로 세우고 기업목표 달성을 위한 생산공정관리, 기술관리, 품질관리를 하여야 한다는 것을 명시하고 있다는 점이 특징이다. 또한 석탄을 비롯한 연료를 잘 보관하고 효과있게 이용하라는 것과 전력사용한도를 지키며 정해진 대상에만 쓰라는 것, 또 폐열을 회수하여 이용해야 한다는 규정 등의 경우 에너지 부족 사태와 같은 북한의 경제현실을 반영하여 들어간 규정들이라 할 수 있다.²²⁾

마. 기업소사업에 대한 지도통제

기업소법은 제5장에서 기업소사업에 대한 지도통제에 관해 규정하고 있다. 즉 당시 대안의 사업체계를 시사하는 ‘사회주의 경제관리 원칙’을 내세우고 내각을 정점으로 하여 중앙기관, 도(직할시), 시(구역), 군인위원회의 지도감독체계를 운영하고 있다. 사회주의식 계획경제에 따른 지도통제의 체계를 명시한 것이다.²³⁾

구체적으로 제50조(기업소사업에 대한 지도)에서 “기업소사업에 대한 지도는 내각의 통일적인 지도밑에 해당 중앙기관, 도(직할시), 시(구역), 군인민위원회가 한다. 내각과 해당기관은 사회주의경제관리원칙의 요구에 맞게 기업소사업을 엄격히 장악, 지도하여야 한다”고 규

22) 박훤일, 북한의 기업소법과 상업회의소법의 제정의미와 평가, 221면.

23) 박훤일, 북한의 기업소법 제정의 의미, 290면.

정하고 있으며 제51조(경영활동정형의 보고)에서 “기업소는 경영활동 정형에 대하여 정기적으로 해당 지도기관에 보고하여야 한다. 해당 지도기관은 기업소의 경영활동을 분석하고 제기되는 문제를 제때에 풀어 주어야 한다”고 명시하고 있다. 또한 제52조(기업소의 경영활동조건보장)에서 “국가계획기관과 노동행정기관, 자재공급기관, 재정은행기관, 해당 기관은 기업소의 경영활동에 필요한 로력과 설비, 자재, 자금 같은것을 제때에 보장하여야 한다”고 하여 기업소의 경영활동을 보장하도록 하였다. 하지만 계획경제하에서 기업소법이 보장하고 있는 경영활동이 얼마나 실질적인 효력이 있을지는 미지수라는 평가도 있다.²⁴⁾

이외에도 기업소사업에 대해 감독통제를 하는 규정(제53조)과 법을 어길 경우 행정적 또는 형사적 책임을 지게하는 규정(제54조)도 명시하였다.

2. 김정은 정권에서의 기업소법 개정

북한의 기업소법은 김정은 정권 이후 2014년과 2015년 두 번에 걸쳐 개정되었다. 다음에서는 각 기업소법 개정의 주요 내용을 살펴본다.

가. 2014년 기업소법의 개정

2014년 기업소법에서는 제4조(기업소의 경영원칙)에서 “기업소의 경영은 객관적경제법칙의 요구에 맞게 경제적공간들을 능숙하게 활용하여 국가에 더 많은 이익을 주기 위한 경제활동이다. 국가는 기업소들이 경영전략, 기업전략을 정확히 세우고 사회주의기업책임관리제를 바로 실시하여 경영활동에서 사회주의원칙을 지키면서도 최대한의 실

24) 박훤일, 북한의 기업소법 제정의 의미, 289면.

리를 내도록 한다”고 새로이 명시함으로써 ‘사회주의기업책임관리제’를 규정하였다. 이러한 변화는 앞서 언급하였듯이, 2019년 헌법개정을 통해 헌법상 ‘사회주의기업책임관리제’를 명시하기 전, 부문법에 우선 규정한 것이었다. 또한 제10조에서는 법의 적용제외대상으로 “특수경제지대에 창설한 기업과 외국투자기업”에서 “외국투자기업”으로 변경하였다.

제27조(비상설위원회의 조직운영)에서 기존 “독립채산제 실시위원회, 과학기술심도의 도입위원회, 재정검열위원회, 설비점검열위원회”를 명시했던 것에서 “사회주의기업책임관리제 실시위원회”를 추가하였다. 또한 제29조(기업소의 경영권 행사)를 신설하여 “기업소의 경영권을 바로 행사하는 것은 사회주의기업책임관리제를 정확히 실시하기 위한 중요요구이다. 기업소는 사회주의적 소유에 기초한 실제적인 경영권을 가지고 기업활동을 주동적으로, 창발적으로 하여 자기의 임무를 원만히 수행하며 종업원들이 생산과 관리에서 주인으로서의 책임과 역할을 다하도록 하여야 한다”고 명시하였다. 기업소법 제27조와 제29조의 변화는 김정은 정권에 들어 실시한 사회주의기업책임관리제를 보다 더 명확하게 실시하기 위한 법적 기반 마련을 위한 조치라고 평가된다.

제31조(인민경제계획의 실행)에서 “기업소 지표는 기업소가 수요자 기관, 기업소, 단체와 주문계약을 맺은 데 따라 자체로 계획화하고 실행한다. 이 경우 해당 지역 통제기관에 등록한다”는 항목을 추가하여 기업소의 자율성을 부각하였다. 이와 함께 제32조(생산조직 및 생산과정 관리)에서 “원료, 자재를 비롯한 필요한 조건을 보장받고도 생산조직을 바로하지 못하여 생산계획을 미달하였을 경우에는 기업소가 책임진다”는 규정을 두어 생산 결과에 대해서 기업이 책임지는 제도를 명시하였다.

품질관리에 대해서는 기존에 제36조(품질관리)에서 제품의 질을 끊임없이 개선해야 한다는 선언적인 명시 정도에서 벗어나 “기업소는 품질관리권을 바로 행사하여 제품에 대한 수요자의 요구, 과학기술발전

추세, 해당 제품의 질을 높이는 데서 대외적으로 이룩된 성과, 기업소의 기술적가능성에 대한 연구분석에 기초하여 자체의 실정에 맞는 품질감독전략과 제품의 질제고목표를 규정하고 집행해나가야 한다. 기업소는 생산판매한 제품의 질과 신뢰성을 일정한 기간 의무적으로 보증하는 사업, 품질인증제도에 맞게 품질관리체계인증과 개별적제품에 대한 품질인증을 받기위한 사업을 짜고들어야 한다. 제품생산에서 국가규격을 엄격히 지키면서 제품의 구체적인 형태나 색깔 같은것을 자체로 제정하여 적용할수 있다"고 상세히 규정하여 생산한 제품의 품질을 보다 고려하였다.

또한 제37조(무역과 합병, 합작)를 신설하여 "기업소는 무역과 합병, 합작권을 가지고 가능한 범위에서 대외경제활동을 능동적으로 벌려 생산에 필요한 원료, 자재, 설비를 자체로 해결하면서 설비와 생산기술공정의 현대화를 적극 실현하여야 한다"고 명시하였다. 이러한 조항의 신설은 대외무역정책을 지속적으로 추진하고자 하는 북한의 의지가 보인다고 평가할 수 있다.

제38조(재정관리)에서는 제2항에서 "기업소는 정해진 데 따라 부족되는 경영활동자금을 은행으로부터 대부받거나 주민유휴화폐자금을 동원리용할수 있다"고 명시하여 주민유휴화폐자금의 사용을 조문화 하였다.

제품판매에 관해서는 제42조(제품판매)로 명시하였던 것을 제39조(생산물의 가격제정 및 판매)로 변경하였으며 "기업소는 정해진 범위 안에서 생산물의 가격제정권과 판매권을 가지고 생산물류통을 자체로 실현하여 원가를 보상하고 생산을 끊임없이 늘여나가야 한다", "기업소가 수요자와 주문계약하여 생산하였거나 자체로 지표를 찾아 생산한 제품은 생산물의 가격을 원가를 보상하고 생산확대를 실현할수 있게 정해진 가격제정원칙과 방법에 따라 구매자의 수요와 합의조건을 고려하여 자체로 정하고 판매할수 있다", "기업소는 정해진 데 따라 기업소 지표로 생산한 생산물을 수요자와 계약을 맺고 직접 거래하며 소비품,

생활필수품, 소농기구와 같은 상품들은 도매기관, 소매기관, 직매점과 직접 계약하고 판매할수 있다”고 명시하여 기업소의 가격제정권과 판매권을 규정하였다.

나. 2015년 기업소법의 개정

2015년 기업소법에서는 2014년 기업소법을 다시 한번 개정하였다. 제27조(비상설위원회의 조직운영)에서 “사회주의기업책임관리제 실시위원회, 독립채산제 실시위원회, 과학기술심의회 도입위원회, 재정검열위원회, 설비점검검열위원회”와 같은 비상설위원회를 명시했던 것을 “사회주의기업책임관리제 실시위원회”로 통합하였다. 또한 기업소가 기구를 변경하려 할 때에 제28조(기업소의 기구변경)에 따라 기업소조직기관의 승인을 받도록 했던 것을 “기업소는 정해진 데 따라 기구를 합리적으로 변경할수 있다”라고 명시하여 자율성을 부여하였다.

제39조(생산물의 가격제정 및 판매)에서 계약의 대상으로 수요자를 명시해 놓은 것을 “수요자기관, 기업소, 단체”로 구체화 하였다. 또한 제4항을 신설하여 “질이 낮아 체화되거나 퇴송되는 상품에 대하여서는 해당 기업소가 책임진다”고 명시하여 기업소의 생산물에 대한 것은 해당 기업소가 책임지게 하였다.

제50조에서는 기존 제50조(건물, 시설물관리)를 명시하였던 것을 대폭 개정하여 제50조(고정재산의 관리)로 변경하고 “기업소는 부동산, 설비를 비롯한 고정재산을 빠짐없이 등록하고 그 관리를 책임적으로 하여야 한다. 기업소는 고정재산의 특성과 사용년한을 고려하여 자체로 갱신주기를 정하고 여러가지 감가상각방법을 적용하여 개건현대화에 필요한 자금을 마련하여야 한다. 남거나 사장되어 있는 부동산, 설비를 비롯한 고정재산은 합의가격에 의한 자금담보를 세우고 해당 기관에 등록한 조건에서 다른 기업소에 이관, 임대하며 이 과정에 이루어진 자금은 경영활동에 리용할수 있다”고 명시하여 고정재산에 관

한 개념을 새로이 규정하였다.

IV. 결론

북한 기업소법의 변화내용과 그 특징을 분석하는 것은 북한 경제 분야에서의 국정운영과 이에 대한 법제화를 이해하는데 기초가 된다. 물론, 아직 북한에서 법이 우리의 그것과 비교하였을 때 실질적인 규범력을 지니고 있는지에 대한 의구심은 여전히 존재한다. 그러나 북한이 김정은 정권 이후 전 분야에서 법제정비를 활발히 추진하고 있다는 것은 사실이다. 이는 김정일 정권 말기부터 이어져 온 기조이며, 이를 통해 북한이 과거와 달리 국정운영에 있어 교시에 의한 통치가 아닌 법에 의한 통치로 변화하고 있음을 살펴볼 수 있다. 이처럼 북한에서 국정의 법제화가 가장 잘 나타나는 분야가 바로 경제 분야이다. 앞서 살펴본 바와 같이 김정은 정권이 출범하였음에도 불구하고 북한 당국의 최우선 과제가 여전히 북한경제의 회생이며, 성공적인 정책추진을 위해 법을 적극 활용하는 것으로 평가할 수 있다.

한편, 북한은 경제난 해결을 위한 경제개혁이라는 국정의 노선을 정함에 있어서는 대내적으로 체제유지라는 요소도 고려하여야 한다. 이는 앞서 북한이 '경제건설과 핵무력 병진노선'에서 '경제건설 총력집중노선'으로 변화하는 모습을 통해 살펴볼 수 있었다.

북한의 경제관리방식의 개혁은 김정은 정권 출범이후 지속적으로 추진되었다. 이러한 조치는 2014년 김정은 '5·30 담화'를 통해 '우리식 경제관리방법'으로 구체화되며, 2019년 헌법 개정을 통해 일부 그 내용이 헌법에 명시되었다. 여기서 주목할 점은 국정의 내용이 우선적으로 부문법을 통해 구체화되고 헌법의 변화까지 이어졌다는 점이다. 구체적으로 헌법상 경제조항의 개정은 북한의 경제현실을 반영하여 규범과의 괴리를 줄이고자 한 조치이며, 이를 긍정적으로 평가하자면 다른

분야에서도 헌법과 현실의 괴리가 해소되는 기대를 할 수 있는 부분이다.

김정은 정권 이후 개정된 북한 기업소법에서는 제4조(기업소의 경영원칙)에서 “국가는 기업소들이 경영전략, 기업전략을 정확히 세우고 사회주의기업책임관리제를 바로 실시하여 경영활동에서 사회주의원칙을 지키면서도 최대한의 실리를 내도록 한다”고 명시하였다. 또한 개정된 기업소법에서는 기업소에 가격제정권과 판매권, 제정관리권, 무역권 등을 부여하였으며, 기업운영에 있어 법적권한을 부여하고 이에 대한 법적 근거를 마련하여 자율성 확대를 통한 생산성 및 효율성을 높이려 한 정책이 법제화되었다는 점에서 그 특징이 있다. 이처럼 북한당국이 정책추진을 위해 김정은 정권 이후 짧은 기간 동안 수차례 부문법 개정을 단행하고 헌법 개정까지 이어졌다는 점에서 북한을 이해하는데 있어 다양한 분야의 북한법 연구가 보다 활발히 추진될 필요가 있다.

〔참고문헌〕

- 장명봉 편, 2018 최신북한법령집, 북한법연구회, 2018.
- 조선민주주의인민공화국 법전, 법률출판사, 2012.
- 조선민주주의인민공화국 법전(증보판), 법률출판사, 2016.
- 김창희, 북한 병진노선의 경제건설 총력집중노선으로 전환, 정치정보 연구 제22권 제2호, 한국정치정보학회, 2019.
- 박정원, 북한 김정은 정권의 사회주의헌법 및 법령 정비 동향과 평가, 통일법제 이슈페이퍼 17-19-⑩, 2017.
- 박정원, 북한의 2009년 개정헌법의 특징과 평가, 헌법학연구 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009.
- 박훤일, 북한의 기업소법 제정의 의미, 경희법학 제47권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2012.
- 박훤일, 북한의 기업소법과 상업회의소법의 제정의미와 평가, 북한법 연구 제15권, 북한법연구회, 2013.
- 북한연구소 연구부, 2019년 김정은 신년사 분석, 북한 통권566호, 북한연구소, 2019.
- 유영구, 북한 기업소의 '경영상 상대적 독자성' 증대 - 북한 기업소의 관리개선과 「기업소법」 정밀분석(상)-, 통일뉴스, 2012.2. 15.
- 이석기 외 6인, 김정은 시대 북한 경제개혁 연구-'우리식 경제관리방법'을 중심으로, 산업연구원, 2018.
- 장명봉, 북한의 대내외 환경변화와 헌법 및 경제변화, 공법연구 제32권 제5호, 한국공법학회, 2004.
- 장명봉, 북한의 헌법변화와 경제변화, 헌법학연구 제9권 제4호, 한국헌법학회, 2003.
- 장명봉·박정원, 북한의 대외경제개방과 관련법제 정비동향, 한국경제연구원, 2001.

[국문초록]

북한은 김정은 정권 이후 경제관리방식의 개혁을 실시하면서 사회주의기업책임관리제를 도입하였다. 이러한 제도적 변화로 북한은 2014, 2015년에 기업소법을 개정하였으며 2019년에는 사회주의기업책임관리제를 사회주의헌법에 공식적으로 규정하는 등의 변화를 보이고 있다.

2019년에 개정된 사회주의헌법에서는 제33조에서 기존의 대안의 사업체계를 삭제하고 “국가는 경제관리에서 사회주의기업책임관리제를 실시하며 원가, 가격, 수익성 같은 경제적공간을 옹계 리용하도록 한다”고 명시하여 사회주의기업책임관리제를 규정하였다. 이러한 경제부문에서 사회주의헌법의 변화는 1998년 이후 처음 변화된 것으로 북한이 경제 분야에서의 변화를 헌법에 적극적으로 반영하였다는 점에서 의미가 있다.

김정은 정권에서 개정된 북한 기업소법에서는 제4조(기업소의 경영 원칙)에서 “국가는 기업소들이 경영전략, 기업전략을 정확히 세우고 사회주의기업책임관리제를 바로 실시하여 경영활동에서 사회주의원칙을 지키면서도 최대한의 실리를 내도록 한다”고 명시하였다. 또한 개정된 기업소법에서는 기업소에 가격제정권과 판매권, 제정관리권, 무역권 등을 부여하였다는 점에서 특징이 있다.

이 논문은 북한의 경제관리방식의 법제화를 분석하고 이에 따른 김정은 정권 이후 북한 기업소법의 정비 동향을 중심으로 살펴보았다.

주 제 어: 북한, 기업소법, 김정은 정권, 사회주의기업책임관리제, 경제관리방식

[ABSTRACT]

A Study on the Improvement of North Korea's Enterprise Act after the Kim Jong-un regime

An, Seok Ho

North Korea introduced the socialist corporate responsibility management system after reforming the economic management system after the Kim Jong-un regime. Due to these institutional changes, North Korea revised its the Enterprise Act in 2014 and 2015, and in 2019, the socialist corporate responsibility management system was officially defined in the Socialist Constitution.

The Socialist Constitution, as amended in 2019, stipulated the socialist business liability management system by deleting the existing 'Dae-An working system' and stating, "The State shall implement the socialist enterprise responsibility management system in economic management and correctly utilize economic space such as cost, price and profitability" Such a change in the socialist constitution, the first of its kind since 1998, is meaningful in that the North actively reflected changes in the economic sector in its constitution.

The revised North Korean Enterprise Act stated in Article 4 (the principle of management of businesses) that "the state should ensure that businesses make the most sense while

e keeping the socialist principles in their management activities by setting up their management strategies and business strategies accurately and implementing the socialist corporate responsibility management system immediately” In addition, the revised Enterprise Act gave companies the right to set prices, sales, financial management, and trade rights.

This paper analyzed the legislation of North Korea’s economic management system and looked at the changes in North Korean Enterprise Act accordingly.

Key Words: North Korea, the Enterprise Act, the Kim Jong-un regime, the socialist corporate responsibility management system, North Korea’s economic management system

논문투고일 : 2019. 8. 15.

논문심사일 : 2019. 8. 22.

게재확정일 : 2019. 8. 27.

미국 법현실주의의 변용과 법교육적 함의

윤이경*

[목 차]

I. 서론	IV. 리걸 클리닉의 기원과 법현실주의에서의 그 위상
II. 미국 법현실주의의 등장 과 전개	V. 결론
III. 법현실주의의 변용	

I. 서론

미국의 법현실주의(American Legal Realism)는 19세기 말 미국의 법과대학에서 널리 활용되던 랑델(Christopher Columbus Langdell) 식의 케이스 메소드(Case Method)에 대항하여 등장한 법사조이다. 이는 후일 비판적인 함의를 가진 형식주의(Formalism)라고 불리게 되었다는 것은 주지하는 바와 같다. 홈즈(O. W. Holms)의

* 전문조사원, 이화여자대학교 법학과 대학원 박사과정 수료.

**이 논문은 2017학년도 이화여자대학교 대학원 장학금 지원에 의한 논문임.

This Study was supported by the Ewha Womans University scholarship if 2017.

***이 글을 작성하는데 있어서 큰 도움을 주신 이화여대 장영민 명예교수님께 감사드린다.

자극적인 표어 “법은 논리가 아니라 경험이다”라는 말이라든가 “법이란 판사가 할 판단에 대한 예언이다”라는 말로 인하여 법현실주의는 미국 전체의 법에 관한 성찰을 (한 때) 지배한 사조로 과장되고 오해되어 온 것이 사실이다. 그러나 미국 법과대학의 계약법이나 불법행위법, 나아가 형법 강의에서, 중요한 ‘법리의 교육’을 도외시한 채 이러한 구호만을 외쳤을 리 없다는 점을 고려할 때(법이 판사의 판단에 대한 (불가예측적) 예언이라면 왜 법학을 공부하겠는가?), 법현실주의가 갖는 미국 법사조 내에서의 위상을 음미해 보는 것은 의미 있는 일일 것이다.

법현실주의는 무엇보다도 ① (대륙법계 식으로 말하자면) 법학방법론의 함의를 가지고 있다. 즉 종래 확립된 법리가 새로운 사회상황의 도래로 인하여 깨어지게 되는 상황에서 법관(판사)은 어떤 논거로 이를 정당화 할 것인가의 문제에서 법관에게 길잡이를 준다는 것이다. 물론 법현실주의자들의 주장이 통일된 학설의 형태로 주장된 것은 아니어서 정비된 방법론이 탄생했던 것은 아니지만 광범위한 사회적 사실과 사회과학적 인식을 동원하여 사안을 판단한다는 것은 형식주의가 주지 못하는 법적 판단에서의 시야를 넓혀 줄 수 있었다는 점에서 의미가 있다. 문제를 더 온건하게 표현한다면, 판단하기 어려운 각종 사안(hard cases)에서(학설의 대립이 있는 사안에서) 법관은 어떻게 판단할 것인가에 대한 답을 법현실주의는 제시한 것이라고 볼 수 있다. ② 이와 긴밀하게 연관된 또 하나의 함의는, 법현실주의는 법학교육의 변화의 요구에 대응한 법학계의 응답이었다는 점이다. 즉 학생들의 머리 속에 (판례법으로 형성된) 법리를 고정불변의 것으로 심어 주는 결과를 가져왔던 형식주의의 케이스 메소드에 대한 대안으로 법현실주의는 제시되었다는 점이다.

이러한 점을 고려하여 이 글에서는 법현실주의의 법교육에 대한 ‘착상’ 및 그 이후 이에 이은 (각 대학들의) 법교육의 구상들에 초점을 맞추어 검토해 보기로 한다. 즉 변현실주의와 그 이후의 법사조가 갖

는 법교육적 함의를 검토한다는 것이다. 이러한 측면에서 이 글에는 숨은 의도가 있는데, 그것은 우리나라에서 로스쿨이 운영되기 시작할지 10년이 지난 현재 우리나라 로스쿨이 정상적인 방향을 찾아가고 있는가를 진단해 본다는 것이다. 우리나라 로스쿨 제도의 창설은 필자가 보기에 첫 단추를 잘 못 끼운 것이 아닌가 하는 강한 의문이 있다. 즉 법현실주의에 의하여 엄청난 비판을 받은 케이스 메소드를 로스쿨의 교육방법으로 표방한다든가, 법학의 방향을 설정해 주는 법리학 교과목('jurisprudence')(법리학 내지 법학개론, 법철학)을 법학의 모든 영역을 성격규정하는 것으로 보고 있다든가, 하나의 방향제시에 불과한 법리학(Jurisprudence)의 성격을 도외시하고, 우리나라의 로스쿨 창설 시에 '특성화'라는 이름으로 모종의 중점적인 활동을 하도록 각 로스쿨에 의무지운 것이 그 예이다. 이 글은 법학교육의 이러한 잘못된 위상설정을 해명하고 그 대안을 모색해보고자 하는 하나의 시도이다.

II. 미국 법현실주의의 등장과 전개

미국의 맥락에서 “현재의 우리는 모두 법현실주의자이다”¹⁾라고 말할 수 있을 정도로 미국 법현실주의가 남긴 영향은 크다. 이 이후의 미국의 법사조는 대체로 이의 변용이라고 할 수 있기 때문이다. 법현실주의는 법형식주의에 대항하여 등장한 법사조이다. 법형식주의는 19세기 말(1870-80년대) 하버드 대학에서 시도된 ‘법교육’에서 비롯되었다. 이를 주도한 사람은 랑델로서, 그는 미국의 ‘법’을 학생들에게 ‘과학적으로’ 가르치는 방법을 창안하였다. 그의 착상은 다음과 같다.

① 커먼로 국가인 미국의 주된 ‘법’은 선결례(precedents), 특히

1) Duxbury, Neil. “The Reinvention of American Legal Realism,” *Legal Studies* vol. 12, Cambridge University Press, 1992, 137면.

상고심(=주 대법원 나아가 미국 연방대법원) 판결이다.²⁾ ② 수많은 선결례(이하 '판례'라고 한다)가 존재하는 상황에서 이를 어떻게 선별할 것인가? ③ 선별된 판례를 어떤 방법으로 가르칠 것인가?

랑델의 생각으로는 법학에 있어서 수많은 판례가 있지만 주요한 판례는 그렇게 많지는 않으며 나머지 판례들은 주요 판례와 동일한 내용의 것이거나 이에 준하여 생각할 수 있는 것이다. 따라서 일단 주요 판례들(의 판시내용 holding, *ratio decidendi*)을 선별할 수 있으며, 이들을 중심으로 해당 법분야의 '법리'들을 체계적으로 정리할 수 있다. 당시에는 오늘날과 같은 컴퓨터가 없었으므로, 판례들은 판례집(=서적)의 형태로 집대성되어 있었다. 따라서 랑델은 자연과학의 경우 실습실(laboratory, lab)이 필수적인 것처럼, 법학의 경우에는 '도서관'이 필수적인 것이라고 주장하고, 이 도서관에서 학생들은 판례들을, 따라서 법(자료)들에 접근할 수 있게 하여야 한다고 생각했다.³⁾ 나아가 랑델은 이러한 여건 하에서 학생들에게 법을 가르치는 방법으로서, 학생들로 하여금 판례를 스스로 '재생산'하게 하는 방법을 구상하였다. 이른바 '소크라테스적 방법'(socratic method)이 그것이다. 이것은 학생들이 수업을 준비하면서 지정된 판례들을 읽어야 하며, 교수가 하는 질문에 대답함으로써, 혼자서 읽는데서 오는 오류를 피하고, 무엇보다도 그러한 판례가 나오기까지의 과정을 학생의 머리 속에서 반복해 봄으로써 딜타이 풍으로 말하자면 추체험(Nach-erfahren)하는 방식이다. 우리나라의 법학 교육방법이 대체로 일정한 법적 지식을 암기하게 하는 방향을 취하고 있는 것과는 달리, 랑델은 법리를 교육하면서 (대륙식으로 말하자면) 법(학)방법론을 동시에 가르치는 효과를 거두는 방법을 창안한 것이다.

2) 물론 의회의 입법(법률)이 있지만 법교육의 중요성의 면에서 일차적인 의미를 갖지는 않는다.

3) Duxbury, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, 1995, 15~16면.

이러한 법학교수법은 나름의 문제점이 없는 것은 아니었지만(특히 강의시간에 다루는 판례의 양이 매우 적을 수밖에 없다) 얼마 지나지 않아서 미국의 주요 대학에서 교수법으로 채택되었다. 그리고 1세대(약 30년)간 이 토대 위에서 미국의 법률가(변호사)들이 배출되었다.

이 교수법의 문제점이 노정되기 시작한 것은 바로 약 한 세대 후이다. 우리나라에서 통상 법학에 대한 비난조의 용어로 쓰이는 이른바 ‘개념법학’(형식주의, 기계적 법학 등)이라는 말이 랑델의 방법에 대하여 거론되기 시작한 것이다. 랑델의 방법에 의하여 학생들이 배운 ‘법리’는, 당해 사안(및 그와 유사한 사안)에서 타당성을 갖는 법리로서 예컨대 (계약위반으로 인하여 발생한) ‘손해배상의 범위는 통상의 손해에 한한다’는 식이다. 대륙식 법제를 갖는 나라에서는 이러한 ‘법리’는 법률의 규정으로 존재하지만, 이 법리들은 학생들의 머릿속에 ‘불변의 것’으로 심어지게 된 것이다. 따라서 (엄청난 변화를 경험하고 있던 당시의 미국사회의) 시대 변화와 인식의 변화를 법이 수용하는데 있어서 랑델의 이 방법은 걸림돌로 작용하게 된다.

이러한 변화의 선봉에 선 사람은 홈즈이다. 그는 법학에 입문하는 학생들을 위한 안내서 『법의 진로』, *The Path of the Law*(1897)에서, “법은 당해 사안에서 판사가 어떻게 판단할 것인가에 대한 예언(=점괘)이다”라는 말을 하였다.⁴⁾ 이 말은 이른바 ‘미국 법현실주의’(American Legal Realism)의 도래를 선언하는 말로 평가된다. 그 의미는 종래 랑델 식의 (판례에 터 잡은) 법리의 관철 내지 그 법리들 간의 논리적 추론을 통해서 사안이 해결(판단)되는 것이 아니라는 의미를 가지고 있었다. 그렇다면 그 예언이란 무엇인가? 홈즈는 이에 관하여 치밀한 설명을 하지는 않았다. 단지 학생들에게 이러한 (전통적인) 법리로부터 이탈하여 새로운 법리를 고려할 수 있게 하는 원심력을 다양한 학문(경제학, 사회학, 심리학 등의 ‘과학’)으로부터 얻을 것

4) 그는 『보통법』, *Common Law*(1881)에서는 “법은 논리가 아니라 경험이다”라는 말도 남겼다.

을 권장하는 데 그쳤다.

홉스의 이러한 착상을 본격적으로 미국 사회에 보급하고 나아가 운동으로까지 발전시킨 사람은 컬럼비아 대학의 르웰린(Karl Lewellyn)이었다.⁵⁾ 그는 이 운동의 중심에 서서 실제로 방대한 사회과학적 (=법사회학적 내지 법인류학적) 연구를 하기도 하였다. 그는 법현실주의 운동을 조직화하려는 노력도 기울였지만, 그 운동의 성격상 조직화되지는 못하였고 관여자 각각의 나름의 착상이 제시되는 식으로 '각자도생'의 방식으로 전개되었다.⁶⁾

법현실주의 운동의 핵심은 앞서 언급했던 것처럼, 판례에서 비롯되는 법리에 기속되지 않는 원심력을 인정하는 방향의 것이었지만 어떤 일정한 (관여자들에 공통된) 방법론이 제시된 것은 아니었으며, 나아가 '법교육'의 측면에서 볼 때, 급진적 경향의 법현실주의자였던 제롬 프랭크(Jerome Frank)가 지적한 바와 같이, 법현실주의 역시 그 표

- 5) 개념법학에 대한 법현실주의의 열띤 비판이 냉정을 되찾은 1960년대 초에 예일대학의 로스토크 교수는 다음과 같은 평가를 하고 있다. "그 당시(=형식주의의 시대)의 법률가들이 자신들이 주장했던 [...] '기계적 법학'이 정말로 존재한다고 생각했는지는 의문이다. 아무튼 우리는 그것이 무엇이며 그것을 그들이 어느 지점에서 부정확하게 기술했는가를 말해 줄 철학자가 없는 시대에도 우리는 [그] 법철학에 의거해서 살고 있다. 커먼로라는 수세기에 걸쳐 낡은 관행은 칼 르웰린이 최근(1960년-필자 주)에 말한 법에 관한 형식적 유형의 사고(=형식주의)라는 구속복(strait-jacket)을 입고서도 살아 남았다. Rostow, Eugene. "American Legal Realism and the Sense of the Profession," Rocky Mountain Law Review vol.34, University of Colorado, 1962, 123면 이하, 127면. 그리고 그는 르웰린의 말을 인용하고 있다: "이 형식적 유형의 사고(=형식주의)는 [...] 정통 이데올로기이기 때문에 우리가 특히 관심을 갖는 것이다. 그 구상은 명백하다. 법(규칙)이 사안을 결정한다. 정책은 입법부를 위한 것이지 법원을 위한 것이 아니다. 그래서 정책의 고려는 순수한 커먼로에서도 [법의] 변경인 것이다. [법관의] 의견은 단선적 필연적으로 이루어진다는 분위기를 풍기는 연역적 행태로 이루어진다. Lewellyn, Karl. The Common Law Tradition—Deciding Appeals, Little Brown, 1960, 38면. Rostow, 앞의 글, 같은 면에서 재인용.
- 6) 르웰린이 자연과학적 방법을 취한 홉스와 대비되는 인문학적(수사학, 해석학) 방법을 취하였다는 흥미있는 논문은 Mootz III, Francis. "Vico, Llewellyn and the Task of Legal Education," Legal Studies Research Paper no.9-15, William Boyd School of Law, 2008(<http://ssrn.com/abstract=1266152>), 특히 16면 이하 참조.

방하는 구호와는 달리 (더 현실성을 갖는) 하급심이 아니라 상고심의 판례를 중시하는 경향이 온존하고 있었다는 점에서, 나름의 한계를 가지고 있었다.

법현실주의의 이러한 ‘법리’로부터의 탈주(물론 이는 새로운 법리의 형성과 그에 대한 고려였지만)의 물꼬가 터지자, 미국 사회의 급속한 변화와 더불어 법현실주의의 후예들이 속속 등장하였다. 무엇보다도 가장 미국사회에 큰 영향력을 가졌던 것은 뉴딜(New Deal) 시대의 법운동이었다. 이에 관하여 여기서 상세히 다룰 수는 없지만, 대공황과 이의 극복은 미국 법사상의 한 획을 그은 사건으로서 후일 법과 사회의 관계를 논함에 있어서 반드시 거론되는 주제가 되었다.⁷⁾

제2차 세계대전 이후 미국사회에서 주목할 만한 법학 내지 법학교육의 방향성을 가진 프로그램으로서는 LSP 운동과 Legal Process 학파의 형성을 들 수 있겠다. 예일대학을 중심으로 전개된 <법, 과학, 정책> 운동인 LSP(Law, Science, Policy)은 법현실주의의 이념에 가장 근접한 법학교육 방식이었다고 하겠다.⁸⁾ 한편 하버드 대학에서도 이른바 과정(프로세스)학과 내지 과정이론(Legal Process School/Process Theory)이 형성되어, (사법(司法)과정 뿐 아니라) 전(全)법과정에서 실현되어야 할 각 사회적 목표를 달성하기 위한 합리적(이성적) 의사결정 기제를 탐구하고, 이를 중심으로 법학교육을 재구성하려는 구상이 시도되었다. 이러한 노력은 2차대전 후 등장한 성찰, 즉

7) 특히 (후일의) 비판법학의 대표자 웅거(Unger)도 Critical Legal Studies Movement, 2판, Verso Books, 2015에서 이를 하나의 모범사례로 들고 있다.

8) 그 명칭에서도 알 수 있듯이, 이 방법은 법학(교육)에 과학을 광범위하게 도입한다는 것, 나아가 학생들에게 정책에 대한 고려를 훈련시킨다는 것이었다. 이 방법의 창안자인 라스웰(Laswell)이 ‘정책학’의 창시자였다는 사실은 우연한 일이 아니다. 법률가(=변호사)들이 이제는 이른바 송무(사법(私法)관계)에만 몰두하는 것이 아니라, 국가의 정책의 창안과 시행에도 기여하여야 한다는 주장은 당시의 미국의 사회적 요구(뉴딜의 여파, 유엔의 창설, 2차대전 후 미국주도의 유럽 전후복구계획 및 후진국 지원 등)라고 할 수 있는 것이었다. 물론 이 방법 역시 한계를 가지고 있었다. 구상자들의 취지는 원대했지만, 선택과목((사회)과학 과목)의 ‘폭발적 증가’는 대학의 예산의 폭증을 가져왔고, 다른 한편 학생들의 수강외면으로 폐강되는 일이 잦았다.

(전체주의적인) 나치즘이나 볼셰비즘에 빠지지 않고, (법치국가적 토대를 유지하면서도) 법과정 전체에서 등장하는 엘리트적 의사결정의 합리성을 어떻게 확보할 수 있는가 하는 성찰에 기반하고 있었다.

이와 같이 법을 형식적인 법리의 집합으로만 보지 않으려는 노력은 그 후 과학(특히 경제학)으로 법을 환원하려는 시도(법경제학), 법을 정치적 상황과 불가분의 관계의 것으로 보고 법의 개혁을 곧 정치의 개혁으로 이어가려는 시도(비판법학), 법적 담론의 기본 토대(법리)의 성적, 성별과 인종 간 불균형을 폭로하고 이를 다시금 법(의 강제력)을 동원하여 해결하려는 시도(페미니즘 법학, 인종주의 법학), 그리고 법현실주의가 주장한 법의 과학성을 더욱 정교하게 확립하려는 시도(신법현실주의)에 이르기까지 다양하게 이루어졌다.

미국의 법사상의 전개는 미국 사회의 상황변화에 대응하여 이루어졌고 또 현재도 이루어지고 있다는 점은 부정할 수 없으며, 법과대학(법학전문대학원)의 교육과 긴밀한 연관을 가져 왔다는 측면도 중시될 필요가 있다. 다시 말하자면 미국의 법학교육의 변화야말로 거꾸로 미국 사회의 변화의 단면을 보여주고 있는 것이다.

Ⅲ. 법현실주의의 변용과 분화

1. 2차대전 이후 미국 법리학적 사상의 변화와 발전

법현실주의 운동은 2차 세계대전 이후 크게 변한 미국의 사회 그리고 국제 사회에서의 미국의 위상과 관련하여 뚜렷한 퇴조를 보이게 된다. 미국의 법률가(변호사)에게 새로운 요구가 더 큰 시야에서 제기된 것이다(물론 이것은 미국을 선도하는 최상위 소수의 로스쿨에 해당하는 말이지만 이들의 구상이 미국 전체의 법학교육에 영향을 미친다는 점에서 이들의 움직임에 초점을 맞추는 것이 무의미한 것은 아니

다). 1960년대에 접어들어 미국에서 새로운 법리학적 사상과 운동, 이론이 전개된 것은 이러한 사회적 변화에서 비롯된다. 그 중 대표적인 두 개의 운동이 바로 전술한 예일대학을 중심으로 전개된 ‘법, 과학, 정책’ 운동(LSP(Law, Science, Policy))과 하버드 대학에 근거지를 두었던 과정(프로세스)학파(Legal Process School/Process Theory)이다. 이에 관하여 좀 더 상세히 살펴본다.

가. 과정(프로세스)학파(Legal Process School/Process Theory)의 발전과 그 특징

하버드 대학의 과정(프로세스)학파(Legal Process School/Process Theory)는 1960년대에 L. 풀러(Fuller), H. 하트(Hart), A. 삭스(Sacks) 등을 중심으로 한 일단의 학자들이 구상한 법학사조이자 법교육의 구상이었다.⁹⁾

과정(프로세스)학파의 중심 문헌은 오랫동안 출간되지 않고 강의자료로만 읽히던 *Legal Process*이다.¹⁰⁾ *Legal Process*는 수업자료로서 1953년에서 1958년 사이에 쓰여 졌으며(그 후에도 계속 보완, 개

9) 이에 관하여는 Nalbandian, Elise. "Sociological Jurisprudence—Roscoe Pound's Discussion on Legal Interests and Jural Postulates," *Mizan Law Review* vol.5, St. Mary's University College, 2011, 141~149면. 그 이전 세대에 하버드 대학에는 이미 파운드(Roscoe Pound)로 대표되는 ‘사회학적 법학파’(sociological jurisprudence)라고 불리는 흐름이 있었다. 법적 고려에서 사회학적 사실을 유념하여야 한다는 점에서는 법현실주의와 유사성을 갖지만, 사회학적 법학은 이에 그치지 않고 규범적 고려를 중시하는 기본입장을 가지고 있었다는 점에서 양자는 구별되며, 과정학파가 등장하게 된 것도 이 사회학적 법학파의 연장선상에서 이해할 수 있다.

10) Hart/Sacks, *Legal Process*, Harvard Law School. H. 하트와 A. 삭스에 의해 쓰여진 *Legal Process*의 구성은 다음과 같았다. 1장은 법의 정의, 2장은 사적 계약, 3장은 일반 법정에 대한 개관, 4장은 총선거와 투표, 5장은 입법 과정, 6장은 행정각부와 전문부서, 7장은 법원의 법령 해석에 관한 내용이었다. Sebok, Anthony J. "Reading the Legal Process", *Michigan Law Review* vol.94, Michigan Law School, 1996, 1588면.

정되었다). 이후 30년 동안 하버드 로스쿨의 1, 2년 과정에서의 기초가 되었고 다른 로스쿨의 법교육에도 영향을 미쳤다.¹¹⁾

*Legal Process*는 일종의 사례집(Casebook)의 형태로 실험적 색채를 띠고 있는 교재로서, 총 7개의 장(Chapter)과 55개의 문제(Problems)로 구성되어 있었다. 각각의 문제들은 학생들이 법적 판단자(legal actor)로서 피의자를 석방하거나, 입법자에게 조언을 하거나, 판결을 내리도록(이 경우가 가장 빈도가 높은 예이다)하고 있었다. 문제들은 실제 변호사들이나 입법자, 또는 판사가 문제를 해결하는 방식에 관하여 이루어지고 있는 광범위한 논의를 따르고 있다. 그리고 마지막 부분에는 그 문제들에 대한 가장 통상적인(conventional) 해결방안에 대해서 학생들이 어떻게 생각하는가에 대한(답을 제시하지 않은) 열린 질문이 제시되었다.¹²⁾ *Legal Process*에서는 이와 같이 학생들이 법적 결정에 따르는 서로 반대되는 이익을 비교·교량하도록 유도하고 있다.¹³⁾

11) Eskridge Jr, William N. "Making of the Legal Process.", Harvard Law Review vol.107, The Harvard Law Review Association, 1993, 2035면.

12) Sebok, Anthony J. 위의 논문, 1996, 1576면.

13) Sebok, Anthony J. 위의 논문, 1996, 1578면. *Legal Process*의 문제 18번은 다음과 같은 내용이였다. H.하트와 A.삭스는 여기에 많은 지면을 할애하여 블랙 대 법관(Justice Black)이 사법적 책임회피를 한 데 대하여 비난하고 있다. Halcyon Lines v. Haenn Ship Ceiling & Refitting Corp 사건에서, 연안항만노동자 보상법(LHWA, Longshore and Harbor Worker's compensation Act)에 의한 보호를 받는 Haenn사의 노동자가 상해를 입은 것을 이유로 Halcyon 항만회사를 상대로 소를 제기하였다. 배심원단은 특별배심 결과 Halcyon 항만회사의 (과실)책임이 25%, 노동자가 소속된 Haenn사에 75%의 (과실)책임이 있다고 하였다. 그러자 Halcyon 항만회사는 이 (과실책임의) 분배비율을 둘러싸고 Haenn 사에 다시 소를 제기하였다. 법원은 해군성(이 사건의 당사자들에 대한 감독책임을 지는 행정부)이 제3자의 주장에 기하여 공동불법행위자들 간의 (손해배상액의) 분배를 허용하는지의 여부, 허용한다면 연안항만노동자 보상법(LHWA)이 연방법에 따라 근로자에 대한 배상액을 Haenn사에 분배하는 것을 제한했는지에 대하여 검토하였다. 블랙 대법관은 판결문에서, "(이 건의 손해배상액의) 분배에 관하여 새로운 사법적 규칙을 만드는 것은 현명하지 못하며, 따라서 이 문제의 해결책은 의회의 행동(=입법)을 기다리는 것이다"라고 하였다. H.하트와 A.삭스는 이 판결을 비판하면서, 해상법은 (법리가) 서로 충돌하는 사례이든 그렇지 않은 사례이든 지금까지 손해배상

과정(프로세스)학파의 사상은 그 당시로서는 전통을 이루고 있던 미국 법현실주의에 대한 비판의 의미를 가지고 등장한 것이었다. 과정(프로세스)학파의 학자들은 법현실주의를 ‘실증주의’¹⁴⁾라는 폄하적 이름으로 부르면서, 법관이 규범적으로 무중력상태에서 활동하는 것이 아니라, ‘규범적 제약’을 받고 있음을 부각시켰다. 이들은 법현실주의 운동이 강조하는 ‘사실에 대한 ‘기술’(記述)을 중시하면서도, 각 법과정에 각기 상이한 규범적(내지 가치적) 목표가 있음을 주장하였다.

요컨대 그들의 관점에서 중요한 것은 ‘제도적 체계로서의 법률, 규칙과 기준(standards: 법적 판단의 준거가 되는 규범적 근거들), 정책 및 원칙’이었다. 이들의 생각의 중심에는 무엇보다도 ‘과정’이 있었다. (법적 의사)결정은 ‘과정’(process)에 따라서 이루어지며, 건강하지 못한 과정은 지식의 부족 그리고 어리석음을 초래한다는 생각이다.¹⁵⁾ “건강한 입법의 가장 좋은 기준은 그것이 올바른 입법과정의 산물인가를 검토하는 것”이라는 말은 법제정과정(process)의 철학을 잘

의 분배에 관한 논리를 확장하기 위한 선례를 전혀 개발하지 않았음을 지적하였다. 블랙 대법관의 판결은 Halcyon 향만회사가 “법의 제정이 사범의 성장의 수단으로 선호되는지” 여부에 따라 과실책임에 대한 분배 비율이 달라지는지의 여부를 결정하려고 노력한 것이다. 블랙 대법관은 의회로 우회하여, 결국 법원이 입법부가 아니라는 사실을 주장한 것이었다. 블랙 대법관의 판결의 가치에 대한 이해 부족이 “명백하게 위험적이고 정말로 헌법적이지 않은” 논증을 낳았다고 지적하였다.

즉 과정(프로세스)학파의 주장자들은 ‘판결’활동은 대부분 법정에서 일어나지만 그렇다고 해서 법정에서만 일어나는 것은 아니라고 생각했다. 법관들은 ‘비사법적’ 역할자들의 의견을 조심스럽게 받아들여서 이를 판결에 적용해야 한다는 것이다. Sebo, Anthony J. 위의 논문, 1996, 1588면.

- 14) 미국에서 법실증주의라는 말이 일반적으로 통용된 것은 아니었으나, 사용되는 경우에는 대체로 폄하적인 이름으로 쓰여지는 경우가 많았다. 예컨대 벤담, 오스틴의 사상을 수용한 랑델의 형식주의에 대하여 법현실주의자들이 ‘실증주의’라고 비판하였고, 법현실주의에 대해서도 그 비판자들에 의하여 실증주의라는 말이 쓰였다. 장영민, “하트-풀러 논쟁 50년 회고”, 법학논집 제11권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2007, 4면, 각주 3번.
- 15) Lon Fuller가 이러한 생각을 토대로 하여 이른바 ‘절차적 자연법론’을 주장한 것은 잘 알려진 사실이다. 이에 관한 상세한 정리는 장영민, “하트·풀러 논쟁 50년 회고”, 법학논집 제11권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2007, 12면.

보여준다. 또 과정이란 상호 연결된 시스템의 각 부분이 원활하게 상호 작용하는 수단이다. '과정'은 서로 다른 기관의 역할과 의무를 규정할 뿐 아니라, 재량을 통제하는 기제 그리고 자기수정을 가능케 하는 기제도 제공한다.¹⁶⁾

여기서 법적 결정의 과정을 어떻게 구성할 것인가에 대하여 과정(프로세스)학파는 의사결정의 각 과정에 주목하고, 여기서 정치의 중요성을 인정하고 있다는 점을 유념할 필요가 있다. 법과정은 크게 보면 정치과정의 하나이다. 따라서 입법의 예에서 보는 바와 같이 궁극적으로 정치적 의사결정이 법으로 전환된다. 다만 이 과정도 일정한 '절차'를 통해서 이루어지며(이루어져야 하며), 사법과정에도 정책이 고려되지만, 반드시 정책이 관철되지는 않는 나름의 '과정'이 작동한다.

이러한 측면에서 과정(프로세스)학파는 '과정'이라는 틀 속에서 법의 정당성 내지 규범을 볼 것을 강조함으로써 법현실주의자들이 소홀히 했던 '가치'와 '목적'을 법과정 속에 복원시킨 공헌이 있다고 하겠다. 법현실주의자들이 법을 법관의 '결단'¹⁷⁾이라고 주장한 점과 대비해 보면 이 점은 잘 드러난다. 현실 위주의 고찰방법으로부터 각 법과정에서의 '가치'와 '규범'의 존재와 역할에 대한 주목과 이해를 가져온 것이야말로 과정학파의 특징이라고 할 수 있으며, 이는 로스쿨 출신자들의

16) Eskridge Jr, William N. 위의 논문, 1993, 2042~2045면.

17) 법관의 '결단'은 곧 사법적극주의와 연결된다고 해석할 수도 있겠다. 법치주의가 실현되기 위해서는 규범으로서의 법 자체 뿐만 아니라 법적 과정에서의 행위자들의 의지도 매우 중요하다. 법관, 변호사들을 포함한 전문 법조인 집단이 사회 내에 독립적으로 존재하고 이들에 의해 법적 합리성과 안정성이 추구될 때 진정한 법치주의가 실현될 수 있다. Brian Tamanaha/이현환 역, 법치주의란 무엇인가, 박영사, 역자 서문 참조. 이러한 역자의 지적은 당연한 것이지만, 오늘날 현대사회에서 재량의 여지와 법관의 '결단'의 권한이 점차 넓어지는 것에 대해 우려하는 시각이 많다. 이러한 시각이 사법적극주의의 도입을 저해하는 요소이다. 우리나라는 특히 미국에 비해서는 이러한 사법적극주의의 입장이 덜 한 편인데, 유의하여야 할 점은 사법적극주의인가 소극주의인가가 아니라 이 사안에서 '법'이 무엇인가이다. 따라서 이 문제는 법원의 정치문제에 대한 개인적 판단이라는 상식적인 문제로 접근하기 보다는 더 법(학)방법론적 문제로 환원하여 다루어야 할 문제이다.

직업적 다양화와 큰 상관관계에 있는 것이라고 하겠다.

나. ‘법, 과학, 정책’(LSP: Law, Science, Policy) 운동의 형성과 전개

하버드대학에서 과정(프로세스)학파가 대두되는 것과 비슷한 시기에 예일 대학에서는 해롤드 라스웰(Harold Laswell)과 마이어스 맥두걸(Myres McDougal)을 중심으로 하여 ‘법, 과학, 정책’(LSP: Law, Science, Policy) 운동이 전개되기 시작하였다.¹⁸⁾ ‘법, 과학, 정책’ 운동은 기왕의 미국 법현실주의자들이 주장한 법관념 및 법교육 방식과 가장 가까이 접근하는 사고방식이라고 할 수 있겠다. 이들은 정책을 법적 결정의 기반으로 삼아야 한다고 보았는데, 정책(policy)의 고려란 기왕의 법리에 따라 결정을 내리는 것이 아니었다. 그렇다고 이것이 주먹구구식으로 내리는 판단은 아니고 ‘과학(적 성찰)의 결과’여야 하는 것이라고 주장되었다.

이의 주장자의 한 사람인 맥두걸은 1930년대 초에 법현실주의에 속하는 (국제법) 학자로 분류되었지만, 그는 곧 법현실주의 이론에 결점이 있음을 깨닫고 이를 보완하려고 시도하였다. 그 해결책으로서 제시된 것이 바로 정책의 선택과 그 결과의 예측적 수용에 이르는 사회과정 고찰의 ‘틀’이었다.¹⁹⁾

정책학의 고찰방식과 유사한 이 틀의 첫째 조건은, 관찰자가 관찰의 대상이 되는 사회집단에 대하여 ‘관찰자적 관점’을 취하는 것이다. 관찰자는 법(학)과 같은 일정한 학문분야의 강도 높은 훈련을 토대로 하여 그 자신의 감정, 편견적 경향, 왜곡을 비판적으로 검증해야 한다.

18) Doren, Jack van · Roederer, Christopher J. “Mcdougal-Laswell POLICY SCIENCE: DEATH AND TRANSFIGURATION”, Richmond Journal of Global Law & Business, vol.11, University of Richmond, 2012, 125면.

19) Doren, Jack van · Roederer, Christopher J. 위의 논문, 2012, 128~129면.

이러한 기본 태도 위에서 다음 단계가 이어진다. 명확한 목표설정, 과거의 추세분석, 요인 분석, 예측, 정책대안의 고려가 그것이다.²⁰⁾ 맥두걸과 라스웰은 사람들이 소망하는 것으로서 인간의 존엄성을 유지하는데 필요한 8가지 목표, 즉 권력, 존중, 애정, 웰빙, 기술, 정직, 부, 깨달음 등을 설정한다. 그들의 관점에서 볼 때 이러한 목표들은 상충되지 않고 구체적인 사례를 해결할 수 있다고 주장한다.²¹⁾

그런데 이러한 맥두걸이 생각하는 ‘명확한 목표설정’ 이하의 정책결과를 선택하도록 하는 틀은 정책논거를 기반으로 법적 결정을 하도록 배우는 학생들이 ‘가치’(value) 분류를 하도록 요구한다. 민주사회에서는 학생들에게 어떤 특정한 가치관을 배경으로 판단을 하도록 강요할 수 없다. 예컨대 민주주의가 훌륭하다는 사실은 누구나 알고 있지만, 그렇다고 해서 이러한 사실이 인간에게 직관적으로 이해되는 것은 아니다.²²⁾ 맥두걸은 이와 같은 가치의 분류를 위하여 학생들이 과학적(scientific)으로 생각해야 한다고 주장한다. 과학적인 생각이란, 모든 명제들이 데이터(자료)에 의해 확인되거나 확인할 수 있다고 가정하는 것이다.²³⁾

또한 맥두걸은 법관이나 변호사가 엑스레이(X-ray)와 같은 기능을 하는 눈을 가진 것이 아니기 때문에, 각자가 사건에 대한 생리적 감각

20) Doren, Jack van · Roederer, Christopher J. 위의 논문, 2012, 130면. 명확한 목표설정이란 어떤 정책목표를 달성하려고 하는가에 대한 고려와 선택을 의미한다. 과거의 추세를 살피는 것은 과거에 의사결정자들이 문제를 어떻게 처리했는가를 고려한다. 요인 분석은 과거의 추세를 미래의 추세를 예측하는 방법으로 보고 나아가 어떤 요인들이 변화할 수 있고 그러한 여러 요인들이 미래에 어떤 영향을 미칠 수 있는지를 검토한다. 정책 대안의 고려는 요청된 정책 목표의 확보를 위한 대안적 방법을 평가하는 것을 의미한다.

21) Doren, Jack van · Roederer, Christopher J. 위의 논문, 2012, 131면.

22) McDougal, Myres S. *Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest*, Yale Law School, 1943, 212~213면.

23) 이러한 점에서 법, 과학, 정책 학파는 기본적으로 경험론적(empirical) 철학에 기반하고 있다고 보여진다. 미국 법현실주의의 사조도 큰 범주에서는 이러한 경험론의 전통 선상에 서있다고 할 수 있을 것이다.

(physiological sense)²⁴⁾을 가질 수밖에 없다고 인정한다. 그러나 훈련받은(trained) 전문가들인 법조인들은 이를 적절히 조정할 수 있다고 한다.²⁵⁾

이와 더불어 강의실 너머의 것(beyond the classroom)으로서 우선적으로 세미나(seminar)의 중요성이 언급된다. 세미나는 창의적인 분석과 문제에 대한 연구에 참여하는 소수의 교수와 학생들을 의미한다. 특히 법원리와 절차의 숙달을 위해서 세미나가 잘 이용될 수 있기 때문에, 미래의 로스쿨에서는 이러한 세미나가 더욱 많아져야 한다고 주장하였다.²⁶⁾

맥두걸은 마지막으로 예비 법조인들이 미래의 법조인상을 꿈꿀 수 있도록 ‘현장학습’을 제안한다. 이에 대한 권고로서 법원, 행정기관 등과 직접 접촉할 수 있는 기회가 제공되어야 한다고 주장하였다.²⁷⁾

오늘날 이러한 법, 과학, 정책 운동은 어떤 상태에 있는가? 이들이 주장한 몇 가지 방안이 채택되고 있기는 하지만, 대체적인 진단은 이 구상은 현재는 큰 영향력을 발휘하고 있지 못하다는 것이다. 오히려 이와는 거리가 있는 온건 실증주의적 사상이 지배적인 영향력을 행사하고 있다. 즉 법원은 주로 일정한 법원(sources of law)에 입각한 판단을 내린다는 것이다.²⁸⁾

24) 맥두걸이 설명한 ‘생리적 감각’(physiological sense)은 극단적 법현실주의자 중 한 명이었던 제롬 프랭크(Jerome Frank)가 말한 바 있는 ‘심리적 감각’(psychological sense)와 유사하다.

25) McDougal, Myres S. 위의 책, 1943, 281~282면. 맥두걸과 라스웰의 법, 과학, 정책 운동은 이른바 정책과학(Policy Science)을 표방하며 사회 구조의 분석 틀을 법학 교육에 끌고 왔다는 점에서 새롭고 특히 이후 법학분야가 공적영역으로 확대되는 기초가 되었다는 점에서 의미가 있다. 그러나 이들 법, 과학, 정책 운동은 과정(프로세스)학파가 일종의 교과서로서 Legal Process 를 써서 그들의 이론적 사상을 전파한 것에 비교하여 학생들의 머릿속에 각 사안별로 법적 원리가 어떻게 들어가야 하는지에 대한 구체적인 이론을 가지고 있지는 못했던 것으로 보인다. Legal Process 에 일정한 사안들에 대한 일반적 해결방안, 저자들의 견해, 그 밖의 다양한 견해 등이 소개되어 있었던 것과 대비되는 부분이다.

26) McDougal, Myres S. 위의 책, 1943, 289~290면.

27) McDougal, Myres S. 위의 책, 1943, 291~292면.

결국 법현실주의 운동을 통해서 완화되기 시작한 법과 정책간의 경계는 1960년대 이후 특히 예일대학의 법, 과학, 정책 운동을 통해서 완화되었다고 할 수 있다. 그리고 처음으로 이른바 ‘정책’ 논거들이 법관의 결정 이유에 도입되었다. 이러한 논증형식, 즉 법정정책적 및 공익지향적 논거들은 오늘에 이르기까지 법영역에서 발생하는 거의 모든 법적 분쟁의 구성부분을 이루고 있다.²⁹⁾

2. 형식주의 법학으로부터의 탈피: 법현실주의의 후예들— 법경제학, 비판법학, 페미니즘 법학, 신법현실주의

가. 법경제학

법경제학은 코즈(Coase)와 칼라브레시(Calabresi)로부터 시작되었다고 알려져 있지만, 연방 제7항소법원 판사이면서 ‘경제학적’ 법학을 주도한 리처드 포스너(Richard Posner)에 의해서 발전되어 왔다고 해도 과언이 아니다(물론 그 이전에 러니드 핸드 Learned Hand와 같은 선구자가 있었다). 법경제학이 법이론으로서 본격적으로 도입되기 시작한 것은 포스너가 그의 저서 『법의 경제적 분석』, *Economic Analysis of Law*를 1972년 발간하면서 부터이다.³⁰⁾

28) Doren, Jack van Roederer, Christopher J. 위의 논문, 2012, 155면. 예컨대 현재 예일대학의 법리학 교수인 Jules Coleman 역시 온건 법실증주의의 대표자이다. 그의 Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory, Oxford, 2003 참조.

그 이후의 예일대학의 법교육, 특히 실무교육과 이론교육을 구분하고 실무교육을 중시하라는 주장에 대한 예일대학 당국(학장)의 반론은 인상 깊다. Gerken, Heather K. "Commentary: Resisting the Theory/Practice Divide : Why the 'Theory School' is Ambitious About Practice," Harvard Law Review vol.132 no.7, Harvard Law School, 2019, 134~148면.

29) 이계일 외, 법학방법론, 세창출판사, 2017, 140면.

30) 포스너는 이후에도 1983년 『정의의 경제학』, The Economics of Justice를 펴내는 등 다양한 분야에서 법을 경제학적으로 분석하는 시도를 해오고 있다.

법경제학은 미시경제학(Microeconomics)을 이용하여 다양한 법규칙(legal rule)과 제도를 분석한다. 법현실주의와 법경제학은 어떤 관계가 있는가? 이들은 법을 과학적이고 경험적(empirical)으로 조사하는 ‘수단’으로서 경제학을 사용하였다는 점에서 공통점을 갖는다. 법현실주의자였던 르웰린의 다음 언급은 그가 기초적인 법경제학적 발상을 가지고 있었음을 보여준다. “최소한의 낭비, 최소의 비용과 최소한의 불필요한 부산물을 가진 기계를 발명하면 거의 원하는 결과를 얻을 수 있을 것이다.”³¹⁾ 르웰린은 다음과 같이 언급하기도 했다. “사회제도가 경쟁을 해결할 수 없다면 집단이나 사회가 결국 폭발하거나 내전을 하거나 굶어죽거나 멸망한다.”³²⁾

그렇다면 법경제학은 법현실주의의 후예라고 말할 수 있다고 하겠다. 법현실주의자들이 다양한 (사회과학을 포함한) 학제적 ‘경험적’ 연구 결과를 법적 판단의 근거로 삼아야 한다고 주장한 데에는, 경제학적 연구의 결과를 이에 활용할 수 있다는 가정도 들어 있기 때문이다.

법경제학이 본격적으로 전개되기 시작할 1974년 무렵 진행된 연구 결과에 따르면 당시 많은 미국의 로스쿨 학생들은 학부에서 경제학을 전공하지는 않았지만, 공적 분쟁의 영역에서 법을 적용하기에 경제학을 모르는 것은 매우 불리하다고 느끼게 되었고, 따라서 많은 로스쿨들이 법학 과목의 커리큘럼에 몇몇 경제학 과목을 개설하기 시작했다.³³⁾ 대부분의 로스쿨이 개설한 법경제학 과목은 독점금지(Anti-Trust), 무역규제(trade regulation) 그리고 산업합리화법 등이었다.³⁴⁾ 이들 과목이 다루는 내용은 한계효용, 선호와 분배, 수요와 공급, 경쟁시장과 비경쟁 시장, 불완전 시장, 후생(=복지)사회, 비용편

31) Hunt, Alan. *The Sociological Movement in Law*, Springer, 1978, 19면.

32) Hunt, Alan. 위의 책, 1978, 47면.

33) Lovett, William A. “Economic Analysis and its role in Legal Education”, *Journal of Legal Education* vol.26, Association of American Law schools, 1974, 391~392면.

34) Lovett, William A. 위의 논문, 1974, 392면.

익 분석 등이었다. 로스쿨 학생들은 이것들을 법과 정책에 적용하는 방법을 배웠다.³⁵⁾ 로스쿨 밖에서 경제학자들이 특정한 법경제학 과목을 가르치기도 했다.³⁶⁾ 이로써 학생들은 일반인들이 각각의 다른 경제적 상황 속에서 개별 법적 규칙에 어떻게 반응할지에 대한 예측을 통해서 어떤 법이 적용되어야 하는지에 대한 논의를 할 수 있게 된다.³⁷⁾ 오늘날에도 법경제학 연구는 2000년대 이후 최근까지 법학 분야에서 활발하게 이루어지고 있다.

나. 비판법학

비판법학(CLS, Critical Legal Studies) 운동 역시 법현실주의의 후계자라고 할 수 있는 위치를 점하고 있는 이론으로 볼 수 있겠다.³⁸⁾ 앨런 C. 허친슨(Hutchinson)은, 비판법학은 여러 가지 다른 가닥을 가지고 있지만, 그들은 ‘자유주의 기득권의 정치적 지배’에 대한 공통의 적개심을 가지고 있다는 점에서 공통적이라고 지적했다. 비판법학자들에 따르면, 법치주의는 기존의 사회 구조를 합법적이고 불가피한 것으로 보이게 만든다. 비판법학은 전통적인 법(학)적 글쓰기의 기반적이고 잘못된 주장을 폭로하려고 하며, 법을 통하여 사회를 개혁하는 새롭고 급진적인 방법의 토대를 마련하고자 하며, 이러한 변화는 구성원들로 하여금 보다 공정하고 평등한 사회를 향해 나아가갈 수

35) Lovett, William A. 위의 논문, 1974, 393면.

36) Lovett, William A. 위의 논문, 1974, 401면.

37) Paccas, Alessio M. *Methodology of Law and Economics*, Edward Elgar, 2017, Chapter 10, 4면.

38) 김정오 교수는 비판법학(Critical Legal Studies)을 미국 법학계에서 20세기에 걸쳐 나타난 비판적 법사상의 흐름의 하나로서, 20세기 초반에는 법현실주의가 있었고 20세기 후반에는 비판법학운동이 있었다고 평가한다. 이들은 전통적인 법학의 방법론이나 법적 사고를 발전시킨 것이 아니라, 오히려 기존의 법적 사고에 대한 비판을 통해서 법학이 안고 있는 딜레마들을 대거 밝혀내었다고 한다. 김정오, “비판으로서의 법학”, 법철학연구 제9권 제1호, 한국법철학회, 2006, 99면.

있게 한다고 한다.³⁹⁾

이렇듯 법현실주의와 그 후계를 자처한 비판법학은 현실에 대한 실제적인 파악을 중시한다는 면에서 공통점이 있다. 그러나 이외에는 두 사상 사이에 거의 연관성이 없다. 예일대학 내지 시카고 대학을 중심으로 한 법경제학이나 온건 법실증주의가 (중도)우파적 경향을 보이는데 대하여, 비판법학은 좌파적 경향을 가지고 있다는 점에서도 법현실주의의 후예들의 경향은 크게 다르다. 비판법학의 옹호자들 가운데는 사법적 행동에 관심을 갖는 법현실주의자들과는 달리 이에 거의 관심을 보이지 않는 사람들이 많다. 그들은 법에 대한 사회과학적 검토에 관심이 없다. 비판법학자들은 그러한 조사연구를 회의적으로 보는데, 그 이유는 법에 적용된 사회과학 자체가 단지 법제도가 가진 가식, 모순, 왜곡을 은폐하는 이데올로기로 작용하고 있다고 생각하기 때문이다.

한편 비판법학자들의 법교육 착상에서 발견할 수 있는 특징은 재산권(property, 소유권)에 대한 이들의 시각이다. *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Association* 사건에서 미국 산림국(US Forest Service)은 국립공원의 일부를 도로로 확장하려고 했는데, 그 지역은 아메리칸 인디언들이 전통적으로 신성시여기는 장소였다. 하급심은 도로건설로 인한 공익과 인디언들의 종교적 이해관계 간의 이익을 비교했고, 그 결과 정부가 인디언들의 이러한 종교적 이익을 상회하는 충분한 이익을 보장해야만 한다고 판결했다. 그러나 대법원은 하급심의 이익 형량의 결과를 받아들이지 않았다. 오코너(O'Connor) 대법관은 “미국 헌법 수정 제1조는 모든 시민들에게 평등하게 적용되어야 하며, 종교의 자유로운 행사를 금지하지 않는 공공 프로그램에 대한 거부권을 그들 중 어느 누구에게도 부여할 수 없다”고 했다. 결국 정부의 토지 사용권을 박탈해서는 안 된다는 것이다. 인디언들의 권리를

39) Martin, Michael. *Legal Realism*, Peter Lang, 1997, 209~215면의 내용을 참조.

인정하면 정부의 재산권이 감소되기 때문이라는 것이다.

비판법학자는 이 문제를 다음과 같이 본다. 비판법학자들은 토지에 대한 ‘정부재산’이라는 근본 규정에 대하여 의문을 제기한다. 백인들이 정한 재산권을 합법이라고 받아들인다고 해도, 이러한 종교의식을 위하여 인디언들이 역사적으로 그 재산을 사용한 것은 일종의 관행적 규범으로 보아야 한다는 것이다. 그러나 법원은 이러한 태도를 취하지 않고 다수를 형성하고 있는 백인의 편을 들었다.⁴⁰⁾ 이런 식으로 비판법학자들은 재산을 보호하는 것이 대체로 좋은 것이라는 데 학생들이 동의하더라도, 재산권의 정의가 주어진 고정적인 것인지, 아니면 사회의 필요를 더 잘 균형 있게 하기 위해 재정의할 수 있는 유동적인 개념인지를 생각해 볼 것을 요구한다.⁴¹⁾⁴²⁾

다. 페미니즘 법학

페미니즘 법학은 1970년대에 비판법학 운동을 모태로 하여 형성되었다. 그러나 페미니즘 법학은 사실 그 이전에 더 광범위한 페미니스트 운동을 기반으로 하고 있었고 그 틀 안에서 사회적, 정치적 이론이 전개되었다. 포스테마(Postema)는 이 사실이 적어도 두 가지 중요점에서 비판법학과 페미니즘 법학을 차별화한다고 말한다. 첫째, 페미니즘 법학 이론가들은 캐서린 맥키넨(Katherine Mackinnon)의 표

40) Anderson, Jerry L. “Law School Enters the Matrix : Teaching Critical Legal Studies”, *Journal of Legal Education* vol.54 no.2, Association of American Law Schools, 2004, 206~208면.

41) Anderson, Jerry L. 위의 논문, 2004, 210면.

42) 한편 동일한 이 사건에 대한 법현실주의자들의 비평은 다음과 같을 것이다. 법원은 공공 토지의 효율적인 관리를 불가능하게 만들 수 있는 수많은 종교적인 소수 집단의 주장을 들어주고 싶어하지 않는다. 그러므로 법현실주의자들은 법원이 토지 사용에 대한 정부의 결정을 끊임없는 공격으로부터 격리시키는 명확한 규칙을 만들어냄으로써 확신에 대한 중요한 정책을 더욱 강화시킨다고 결론지을 수 있다. Anderson, Jerry L. 위의 논문, 2004, 210면.

현대로, “법이 너무나도 결정적이라고 생각했다.” 이것은 비판법학자들이 주장하는 법의 불확정성 명제와는 반대되는 것이다. 둘째, 페미니즘 법학 이론가들은 법에 대한 비판을 위하여 거침없이 더 넓은 사회 이론을 활용하였다. 그들은 강간, 성적 학대, 직장에서의 성희롱, 임신, 육아휴가, 대리모, 이혼 등 많은 페미니즘적 문제를 법학 이외의 여타의 사회과학의 이론을 받아들여 설명하고자 했다.⁴³⁾ 그런 점에서 페미니즘 법학도 ‘여성에 대한 남성의 압제’라는 측면에 주목하여 사회 현실을 반영하는 (그리고 이를 극복하는) 새로운 법학의 필요성을 주장한 것이라고 보아야 할 것이다.

맥키넨에 따르면 법학 교육은 오늘날 다른 차원의 도전에 직면해 있는데, 그것은 전체 법 커리큘럼에서 젠더법을 주류화하여 교육하는 방법 그리고 법학교육에 이를 통합하는 일이다. 종래의 법률 주제 영역 내의 많은 구체적인 영역들은 지난 30년 동안 페미니스트 법학자들에 의해 풍부하게 탐구되어 왔으며, 조금씩 단편적으로 표준 과정과 사례집에 진출하고 있다고 한다.⁴⁴⁾ 전통적인 법 과목의 영역에 페미니즘적 관점이 접목되어 새로운 법적 결정에 귀결하는 물음이 만들어 질 수 있다.

라. 신법현실주의 - 위스콘신 대학을 중심으로 한 신법현실주의 (New Legal Realism)

과거의 법현실주의가 20세기 초반에 미국에서 태동한 사조였다면, 신법현실주의(New Legal Realism)는 21세기에 태동하여 현재 성장

43) Postema, *Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* vol.1 1, UNC Legal Studies Research Paper, University of North Carolina at Chapel Hill, 2011, 241면.

44) Mackinnon, Catharine A. “Mainstreaming Feminism in Legal Education”, *Journal of Legal Education* vol.53 no.2, Association of American Law Schools, 2003, 203면.

중인 사조로서 점차 그 연구영역을 심화, 확대해 가고 있다.⁴⁵⁾ 과거의 법현실주의는, 앞서 언급한 바와 같이, 법관, 법원, 그리고 형식적인 법제도를 중심으로 법의 '현실'을 고찰하였다. 이에 비하여 신법현실주의는 사람들의 일상생활에서 작동하는 법을 고찰하는데 중점을 두고 있다. 이른바 '맨 밀바닥에서 시작하는 방법'(ground-level up)을 취함으로써, 일반인의 법경험에 초점을 맞춘다. 물론 법조직 종사자(legal professional)나 형식적인 제도의 연구도 대상으로 하고 있지만, 그 방법론에 있어서 종래의 법현실주의의 그것과는 달리, 주제에 관한 지식의 축적에 따라 새로운 연구주제들이 등장하면 그에 맞추어 방법론 자체도 진화한다는데 특징이 있다. 이 점에서 이는 미국의 지적 전통인 '실용주의'(pragmatism)와 부합하는 측면을 가지고 있다.⁴⁶⁾ 이를 위하여 이들은 다양한 사회과학적 방법을 '학제적으로' 동원하고 있으며, 양적 연구, 질적 연구 뿐 아니라 실험적 연구까지도 시도하고 있다.

(가) 제1차 신법현실주의자 컨퍼런스 "The first New Legal Realist Conference, 2004(Madison, Wisconsin)"

'신법현실주의'를 표방한 운동이 최초로 등장한 것은 1997년이다. 그리고 2004년 6월에 제1차 '신법현실주의자 회의'(The first New

45) 대표적인 문헌으로는 Erlanger et al., "Is it Time for a New Legal Realism?" Wisconsin Law Review vol.2005 no.2, Wisconsin Law school, 2005, 335~363면; Macaulay, "The New versus the Old Realism. Things Ain't What They used to Be," Wisconsin Law Review, vol.2005 no.2, Wisconsin Law school, 2005, 365-403면 참조.

46) Nourse/Shaffer, "Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?" Cornell Law Review vol. 95, Cornell Law School, 2009, 62면. [이] 실용주의적인 접근방법은 더 객관적인 사회과학(존재에 대한 기술(description)과 더 규범적인 정책적 목표(그것이 어떻게 당위가 되는가) 사이를 가교하는 방법"이라고 주장되기도 한다.

Legal Realist Conference)가 2004년 6월에 위스콘신 주 매디슨에서 개최되었다.⁴⁷⁾ 이 신법현실주의(New Legal Realism)를 약칭하여 NLR로 부르기도 하고, 이 운동의 중심역할을 하는 것은 위스콘신대 로스쿨이다.

(나) 신법현실주의의 법교육방법론

신법현실주의자들이 로스쿨 학생들을 교육함에 있어 중요하게 생각하는 것은 그들에게 ‘직업적 정체성’(Professional Identity)을 심어주는 것이다. 사우스워스(Southworth)와 피스크(Fisk)가 2014년에 개발한 강의자료에 따르면 학생들은 실제 변호사들의 노동시장이 어떻게 움직이는지, 변호사가 어떻게 일을 하는지, 그들이 얼마나 열심히 일을 하는지, 그들이 고객과 어떻게 상호작용 하는지, 그들이 수입을 얼마나 올리는지, 어떻게 관행이 조직되는지, 윤리규정이 다른 관행과 어떻게 관련되는지, 그리고 법조계가 어떻게 변화하고 있는지에 대한 것들을 배우게 된다.⁴⁸⁾

신법현실주의자들은 사회학과 통계학 등 다양한 사회과학적 자료를 사용하여 이를 질적으로 분석하고 그 결과를 로스쿨 학생들이 활용하여야 한다고 주장한다. 리아즈 테야니(Riaz Tejani)는 로스쿨에서 교수가 학제적 접근법을 사용하여 다양한 경로로 이러한 내용을 학생들에게 알리고 설명해야 한다고 한다.⁴⁹⁾

47) 이 회의는 시카고 대학교 사회과학 연구소와 미국 변호사 협회(American Bar Foundation), 위스콘신 대학교 로스쿨의 법률 연구소가 주최하였다. 이 회의가 있기 전에도 미국의 여러 학회에서 신법현실주의 사상이 등장했었다. 1997년 미주리 주 세인트 루이스에서 열린 ‘법과 사회 협회 회의(Law and Society Association Meetings)’에서 한 학자가 “새로운 법현실주의의 시대인가?”(Is It Time for a New Legal Realism?)라는 제목의 연구를 발표했다.

48) Mertz, Elizabeth Macaulay, Stewart · Mitchell, Thomas W. The New Legal Realism, vol.1 Translating Law and Society for Today’s Legal Practice, Cambridge University Press, 2016, 76~77면.

IV. 리걸 클리닉의 기원과 법현실주의에서의 그 위상

르웰린의 활동시기와 거의 같은 시기에 급진적 법현실주의자 제롬 프랭크(Jerome Frank)도 활동하였다. 그는 '사실 회의주의'(fact scepticism)자로 잘 알려져 있다. 즉 법현실주의가 '규칙 회의주의'에서 출발하고 있는데 비하여, 그는 사실 자체도 극도의 불확정성을 갖는다고 생각했다. 그런데 그는 이 이외에도 '리걸클리닉' 프로그램의 제창자로 평가되고 있다.⁵⁰⁾ 물론 이 프로그램을 그가 최초로 주장한 것은 아니지만,⁵¹⁾ 이 프로그램을 현실화하는데 큰 역할을 하였다. 로위(Rowe)가 20세기 초 미국에 몰밀 듯이 유입되는 외지인의 법조진입('오로지 자기의 이익을 위하여 법률가(변호사)가 된다')을 우려하여 (윤리의식 함양까지를 포함한) 도제식 교육을 강조했다면, 프랭크는 좀더 보편적인 법현실주의적 관점에서 당시의 법학교육이 가지고 있던 다음과 같은 두 가지 문제점을 지적하였다. 첫째는 법현실주의의 교육자들이 1심법원의 판결이 아니라 상급심 나아가서는 상고심 법원의 판결만을 가르치고 있다는 점이다⁵²⁾. 둘째는 랑델의 교육방법(케이스메소드)에 대한 비판으로서, 랑델이 자연과학의 실험실(Lab)의 역할을 법과대학의 '도서관'이 한다고 주장한 바와 달리, 프랭크는 법학에

49) Mertz, Elizabeth Macaulay, Stewart Mitchell, Thomas W. 위의 책, 2016, 98~99면.

50) Kruse, Kate. "Getting Real about Legal Realism, New Legal Realism and Clinical Legal Education," New York Law School Law Review vol.56, New York Law School, 2011/12, 660면 이하 참조.

51) 최초의 주장자는 William Rowe로 알려져 있다. Rowe, William. "Legal Clinics and Better Trained Lawyer-A Necessity," Illinois Law Review vol.11, University of Illinois Law School, 1917. 이는 후일 중립성의 탈을 쓰고 이민자들의 법률가 진입을 반대한 예로 인용되기도 한다. Moliterno, James. "Politically Motivated Bar Discipline," Washington University Law Quarterly vol.83, Washington University School of Law, 2005, 729면 주 14.

52) 당시 상소를 하지 않고 확정되는 사건의 비율이 약 90%였던 점을 고려한다면 이는 문자 그대로 법현실과 법규(칙) 사이의 간극을 잘 보여 주는 것이다.

서는 (실습을 하는) ‘변호사 사무실’이 이러한 역할을 한다고 주장하였다. 이 두 가지 비판은 결합하여 법학도들을 (도서관이 아니라) 변호사 사무실에서 훈련시켜야 하며, 1심외 단계에서 벌어지는 사법의 행태를 직시하게 함으로써 사법의 기제가 어떻게 운행되는가를 깨우치게 하여야 한다는 결론에 이르게 된다.⁵³⁾

법현실주의의 주장이 이른바 ‘책 속의 법’(Law in Books)이 아니라 ‘현실 속의 법’(Law in Action)을 깨우치고 습득하게 하는 것이었다면, 랑델 풍의 교육은 (우리가 ‘개념법학’이라고 비난조로 말하는) 법이란 개념으로 이루어진 일정한 법리의 체계이고 이는 ‘책’ 속에서 얻어지는 것이어서, (변호사 사무실에서의) 도제식 실무교육은 필요하지 않은 것으로 여기는 것이었다.⁵⁴⁾ 이 대비에서 알 수 있는 것처럼, 법현실주의 운동은 이 점에서 그 자신이 표방한 가치를 관철하는데 있어서 여러 면에서 불철저했고, 프랭크는 과감하게 이러한 간극을 메꾸어 갔다는 점에서 ‘급진적’이라고 불리울만한 인물이었다고 하겠다.

오늘날 우리나라에서(미국에서도 유사하다) 리걸 클리닉은 공익(*pro bono*) 법활동과 결합하여 법률구조의 초보적 형태로 운용되고 있다. 미국의 경우에는 학생들에게—과거 우리나라의 사법연수생의 국선 변호의 경우처럼—리걸 클리닉의 틀에서 이루어지는 법정변론의 경우 변호사 자격을 의제하는 등 제도적인 뒷받침을 하고 있기도 하다.

이러한 시각에서 리걸 클리닉의 법현실주의의 함의를 찾는다면, 현재 시행되고 있는 우리나라 로스쿨에서의 클리닉은 재구성될 필요가 있을 것이다. 각종 실무수습과 별도로 리걸 클리닉이 운용되고 있으

53) Frank, Jerome. “Why not A Clinical Lawyer-School?”, *University of Pennsylvania Law Review* vol.81, University of Pennsylvania Law, 1933; Frank, Jerome. “What constitutes a Good Legal Education?” *American Bar Association Journal* vol.19, American Bar Association, 1933, 723면; Frank, Jerome. “A Plea for Lawyer-School,” *Yale Law Journal* vol.56, Yale Law School, 1947, 1303면.

54) 이러한 방식에 대한 비판은 Reed, Alfred. *Training for the Public Profession of the Law*, The Merbymount Press, 1921 참조.

며, 양자의 관계는 별다른 연결점이 없이 존재하고 있다. 이와 같이 제도의 의미가 사상된 채 도입되어 운용됨으로써 나타나는 폐해 내지 비효용은 적지 않다. 로스쿨의 특성화라는 정체불명의 명제 앞에서 실무교육은 이원화되어 낭비적 요소로 작용하고 있는 것이다.

로스쿨 교육이 실무교육을 얼마나 필요로 하는지는 또 다른 문제이다. 이에 관하여 현재 예일대학의 학장은 이론교육과 실무교육을 분리하는 식의 사고방식에 대하여 나름의 비판적인 글을 발표하고 있기도 하다.⁵⁵⁾ 이 문제는 이 글에서는 지면 관계상 다루지 않는다.

V. 결론

미국의 법현실주의의 형성과 전개과정을 개략적으로나마 살펴 본 이유는 우리나라 로스쿨 교육의 정상성을 진단하기 위한 목적이었다. 현 시점에서 우리나라 법학(=로스쿨)교육의 가장 중요한 문제는 은연중에 범형식주의가 고착되고 있다는 점이다. 즉 “판례는 곧 법이며, 이것이 법의 모든 것”이라는 관념이 자리잡고 있다.

판례(=선결례(precedents))는 영미법상 선례기속의 원칙(stare decisis) 하에서 법적 안정성을 담보하고 법적 판단의 일관성을 예측가능하게 하는 순기능을 가진다. 그러나 현실적으로 특히 오늘날의 우리나라에서는 법학의 학습, 특히 수험에 있어서 판례의 무조건적인 암기가 필수적인 것으로 여겨지고 있으며, 이 과정에서 그 판례의 결론이 나오게 된 학술적 배경이나 논리는 잊혀지고 일단 결론부터 외우고 내용은 도외시하는 공부방식이 성행하고 있다.

판례 위주의 법학 학습방법이 지양된다면, 그의 대안으로 생각할 수 있는 것은 무엇일까? 대륙법계의 성문법 체계를 가진 우리나라의 경우 ‘최소한의’ 개념법학은 필수적인 것이다(이른바 법문언에 따른 법발

55) Gerken, Heather K. 위의 논문, 2019, 참조.

견(secundum legem), 법(정신)에 따른 법발견(praeter legem)). 문제는 이 틀을 벗어나는 사안에서 법을 찾아내는 방법, 즉 '법(학)방법론'의 교육이 필요하다는 점이다. 우리나라에서의 판례외우기는 말하자면 이러한 법(학)방법론을 대신하는 '거치른' 방법인 것이다(학생들에게 고기잡는 법을 가르치지 않고 물고기 몇 마리를 던져주는 식이다). 따라서 법학방법론의 개발과 아울러 충실한 판례집⁵⁶⁾의 발간이 필요하다고 하겠다.

법학교육의 틀 및 방법과 관련하여 여전히 대량의 강의실에서 이루어지는 대량 교육 방법이 선호되고 있다. 이는 주입식의 형태로 이루어지고 있는데, 이의 대안으로서 앞에서 언급한 세미나의 방법이 필요하다. 대체로 '연습'이라는 이름의 강의가 그것인데, 연습은 'exercise'라는 뜻이 아니라, 연(演)이라는 한자가 상징하는 바와 같이 호수에 작은 돌을 던져서 일어나는 파문이 호수 언저리에까지 미치는 식으로, 문제제기와 그를 둘러싼 논의를 통해서 그 주제와 관련한 모든 문제를 검토하는 방법이다. 학생들이 기피하는 경향도 없지 않지만, 이러한 강의방식을 적극 활용할 필요가 있다.

56) 현재 미국의 로스쿨에서는 강의교재로 주로 "판례집"(Cases and Materials)를 사용하고 있다. 여기서 판례 사안(Case 혹은 Text)은 실제 사건의 판례 원문을 거의 그대로 옮겨놓은 것이다. 그리고 재료(Materials)는 판례 이외의 논문이나 그 밖의 입법례(주로 미국)을 처음에 소개한 판례와 비교하여 설명하기 위한 것이다. 그 밖에 처음 제시한 판례와 다른 상황을 소개하는 다른 몇 가지의 종류의 사안들을 또 다른 재료들로 소개한다. 이것은 처음 제시한 판례 이외의 다른 상황에 대해서 학생들이 어떻게 대처하는지에 대한 다른 관점과 다른 생각을 하도록 하는 연습이다. 이러한 재료(Materials)에는 다양한 사회과학적 자료를 기반으로 한 보고서와 분석 등이 있다. 이러한 보고서와 분석을 기반으로 하여 해당 판례의 판결이 나오게 된 배경적 요소와 법리가 설명된다.

판례집(Cases and Materials)은 주로 사안에 따른 판례를 소개한다. 판례 자체가 우리 법원의 판례와는 다르게 다양한 각도에서 상세한 법리를 설명한다. 그러므로 미국 로스쿨(Law School)에서는 주로 "판례집"(Cases and Materials)을 중심으로 하여 보다 자세한 이론의 습득을 위해서는 교과서(Hornbook)을 이용하는 형태로 교육이 이루어진다고 할 수 있다. 고세일, "법학교육에 대한 새로운 방법론", 재산법연구 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009, 625~627면, 참조.

또 재검토해야 할 것은 클리닉이라는 이름의 프로그램이다. 이는 결국 도제식 교육을 염두에 둔 실습형 교육방식인데, 이 말의 의미와 (공익적) 법률구조활동 프로그램과 혼동되어 양자는 별개로 운용되고 있다. 앞서 언급한 바와 같이, 이는 강의실이니 도서관이 아니라 '살아 있는' 법을 (도제식으로) 체득하게 하는 프로그램이다. 따라서 이 프로그램은 책속의 법 중심의 암기식 법학교육을 극복할 수 있는 대안이 될 수 있을 것이다. 문제는 여기에 충분한 물적 인적 자원이 투입되지 못하고 있다는 점이다. 이 점은 학교, 변호사단체, 경찰, 검찰, 법원 등 관계기관의 협조를 통해서 극복해야 할 문제로 생각된다.

또 중시되어야 할 법교육적 과제는 예비 법조인, 즉 법학도들에 대한 도덕의식의 강조이다. '자기이익 추구의 법률가'는 불가피한 것이지만, 그 이상의 차원이 법(적 활동)에는 존재한다는 것을 체감하게 해야 한다. 사회의 제 계층이 공유하고 있는 가치관을 인지하고, 그 가치들의 다양성을 인정하고 존중하는 방향으로 도덕(법조윤리) 교육을 진행하여야 할 것이다.

끝으로 법현실주의의 현대적 의미와 관련하여 고려해야 할 점은 '법 이외의 자료'에 대한 해석 및 판단능력의 함양이다. 예비 법조인들은 다양한 사회과학적 자료를 이해하고 이를 해석하여 사회현실 자체를 파악할 수 있는 능력을 함양하여야 한다. 이와 같은 새로운 법교육론의 발전과 적용을 위해서, 현대의 미국에서 새롭게 도전하고 있는 '신법현실주의'(New Legal Realism)에서의 법교육방법론에 대한 적극적인 이해가 필요하다. 신법현실주의는 현재 진행형의 운동이라고 할 수 있는데, 이러한 노력이 관념론(=개념법학)과 회의론(=법현실주의의 소극적 측면) 사이의 길을 개척⁵⁷⁾함으로써 법학 및 법교육에 새로운 활로가 열리기를 기대한다.

57) Erlanger et al, "Foreword: Is it Time for a New Legal Realism?" *Wisconsin Law Review* vol.2005 no.2, Wisconsin Law School, 2005, 335면 이하, 345면 참조.

[참고문헌]

I. 국내문헌

- 고세일, “법학교육에 대한 새로운 방법론”, 재산법연구 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009.
- 김정오, “비판으로서의 법학”, 법철학연구 제9권 제1호, 한국법철학회, 2006.
- 미국법연구소 편, 미국 사회의 지적 흐름 - 법 - 서울대학교 출판부, 1999.
- 이계일 외, 법학방법론, 세창출판사, 2017.
- 장영민, “하트-풀러 논쟁 50년 회고”, 법학논집 제11권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2007.

II. 외국문헌

- Anderson, Jerry L. “Law School Enters the Matrix : Teaching Critical Legal Studies”, Journal of Legal Education on vol.54 no.2, Association of American Law Schools, 2004.
- Coleman, Jules. Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory, Oxford, 2003.
- Doren, Jack van · Roederer, Christopher J. “Mcdougal-Laswell POLICY SCIENCE: DEATH AND TRANSFIGURATION”, Richmond Journal of Global Law & Business s vol.11, University of Richmond, 2012.
- Duxbury, Neil. “The Reinvention of American Legal Realism,” vol. 12 Legal Studies, Cambridge University Pr

- ess, 1992.
- Duxbury, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, 1995.
- Erlanger et al., "Foreword: Is it Time for a New Legal Realism?" *Wisconsin Law Review* vol.2005 no.2, Wisconsin Law School, 2005.
- Erlanger et al., "Is it Time for a New Legal Realism?" *Wisconsin Law Review* vol.2005 no.2, Wisconsin Law school, 2005.
- Eskridge Jr, William N. "Making of the Legal Process, The ", *Harvard Law Review* vol.107, The Harvard Law Review Association, 1993.
- Frank, Jerome. "Why not A Clinical Lawyer-School?", *University of Pennsylvania Law Review* vol.81, University of Pennsylvania Law, 1933.
- Frank, Jerome. "What constitutes a Good Legal Education?" *American Bar Association Journal* vol.19, American Bar Association, 1933.
- Frank, Jerome. "A Plea for Lawyer-School," *Yale law Journal* vol.56, Yale Law School, 1947.
- Gerken, Heather K. "Commentary: Resisting the Theory/Practice Divide-Why the 'Theory School' is Ambitious About Practice," *Harvard Law Review* vol.132 no.2, Harvard Law School, 2019.
- Hunt, Alan. *The Sociological Movement in Law*, Springer, 1978.
- Kruse, Kate. "Getting Real about Legal Realism, New Legal

- Realism and Clinical Legal Education,” New York Law School Law Review vol.56, New York Law School, 2011/12.
- Llewellyn, Karl. The Common Law Tradition—Deciding Appeals, Little Brown, 1960.
- Lovett, William A. “Economic Analysis and its role in Legal Education”, Journal of Legal Education vol.26, Association of American Law schools, 1974.
- Macaulay, “The New versus the Old Realism. Things Ain’t What They used to Be,” Wisconsin Law Review, vol.1.2005 no.2, Wisconsin Law school, 2005.
- Mackinnon, Catharine A. “Mainstreaming Feminism in Legal Education”, Journal of Legal Education vol.53 no. 2, Association of American Law Schools, 2003.
- Martin, Michael. Legal Realism, Peter Lang, 1997.
- McDougal, Myres S. Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest, Yale Law School, 1943.
- Mertz, Elizabeth · Macaulay, Stewart · Mitchell, Thomas W. The New Legal Realism, vol.1 Translating Law and Society for Today’s Legal Practice, Cambridge University Press, 2016.
- Moliterno, James. “Politically Motivated Bas Discipline,” Washington University Law Quarterly vol.83, Washington University School of Law, 2005.
- Mootz III, Francis. “Vico, Llewellyn and the Task of Legal Education,” Legal Studies Research Paper no.9-15, William Boyd School of Law, 2008.

- Nalbandian, Elise. "Sociological Jurisprudence-Roscoe Pound's Discussion on Legal Interests and Jural Postulates," *Mizan Law Review* vol.5, St. Mary's University College, 2011.
- Nourse/Shaffer, "Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?" *Cornell Law Review* vol. 95, Cornell Law School, 2009.
- Paccos, Alessio M. *Methodology of Law and Economics*, Edward Elgar, 2017.
- Postema, *Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* vol.11, UNC Legal Studies Research Paper, University of North Carolina at Chapel Hill, 2011.
- Reed, Alfred. *Training for the Public Profession of the Law*, The Merbymount Press, 1921.
- Rostow, Eugene. "American Legal Realism and the Sense of the Profession," *Rocky Mountain Law Review* vol.34, University of Colorado, 1962.
- Rowe, William. "Legal Clinics and Better Trained Lawyer-A Necessity," *Illinois Law Review* vol.11, University of Illinois Law School, 1917.
- Sebok, Anthony J. "Reading the Legal Process", *Michigan Law Review* vol.94, Michigan Law School, 1996.

〔 국문초록 〕

미국 법현실주의(American Legal Realism)는 19세기 말 미국의 법과대학 및 로스쿨에서 활용되던 형식주의(Formalism)에 대항하여 발전한 법사조이다. 이러한 법현실주의의 변용은 20세기 중엽 이후 하버드 대학의 과정(프로세스)학과, 예일 대학에서의 법, 과학, 정책(Law, Science, Policy)운동의 논의를 거쳐 법경제학, 비판법학, 페미니즘 법학, 신법현실주의에 이르기까지 다양하게 이어졌다. 법현실주의의 법교육적 함의는 판례답습형, 또는 법리 중심의 법률가를 양산하는 것을 지양하고, 현실성 있는 법학교육을 실행하여야 한다는 논의를 포함하고 있었다.

우리나라의 법학교육이 지나치게 관례 암기식으로 이루어지고 있는 현실은 바람직하지 못하다는 것은 명백하다. 따라서 법(학)방법론의 개발이 시급하며, 잘 정리된 판례집도 조속히 만들어져야 한다. 학생들에 대한 ‘도덕교육’도 강화되어야 하고, 다양한 사회과학적 자료를 독해함으로써 사회의 변화를 파악하는 능력을 함양할 필요도 있다.

주 제 어 : 법현실주의, 형식주의, 케이스 메소드, 법학 교육, 리딩 케이스

[ABSTRACT]

Transformation of American Legal Realism and its Implications on Legal Education

Ei-Kyung Yoon

American Legal Realism was developed against Legal Formalism prevailed in Law Schools in the United States in the late 19th century. The transformation of this Legal Realism has its shape in various ways, from the Process School at Harvard University and Law, Science, Policy(LSP) Movement at Yale University, to the Economics Law, Critical Legal Studies(CLS), Feminism Law, and New Legal Realism(NLR). The pedagogical implications of Legal Realism included discussions on whether to develop a new Legal Education Theory, avoiding the deductive reasoning of judicial opinion formation or judiciary-dogmatic way of legal reasoning.

In this regard, it is undesirable to making law students learn law at Law School in Korea by way of so-called excessive case memorization method. Therefore, it is urgent to develop well-designed Case book for each subject. Legal Ethics Education for students should be strengthened, and various social science materials should be actively used in Legal Education for widening the students' horizon of understanding *social reality*.

Key Words: American Legal Realism, (Law) Formalism, Case-Method, Legal Education, Leading Case

The Journal of Comparative Law

비교법문화연구원
규 정 집



비교법문화연구원 규정

[개정 2019.05.21.]

제1장 총 칙

제1조(목적) 이 규정은 동국대학교 법과대학 부설 비교법문화연구원(이하 “연구원”이라한다)의 구성과 운영에 관한 세부사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조(소재) 연구원은 동국대학교 일반연구기관으로 서울캠퍼스 법과대학에 둔다.

제3조(연구원의 목적 및 사업) ① 연구원은 법률 전반에 걸친 이론·정책·실무에 관한 연구활동 및 각국의 법률제도와 법문화를 상호 비교연구하며, 국내외 각종 학술단체 및 연구기관과의 교류를 증진하여 우리 법의 효용성 증대와 법문화창달에 기여함을 목적으로 한다.

② 연구원은 제1항의 목적을 달성하기 위하여 다음과 같은 사업을 한다.

1. 법문화 전반에 걸친 이론·정책·실무에 관한 연구
2. 정기 간행물 및 비정기 간행물의 발간
3. 학술 연구용역 및 출판사업
4. 연구 인력의 교육 및 양성
5. 학술세미나, 강연회 등의 개최
6. 국내외의 교육 및 연구 기관과의 학술교류
7. 법률 분야 현장 실무자를 위한 재교육 프로그램 운영
8. 기타 연구원의 목적을 달성하는 데 필요한 사업

제2장 조직과 연구인력

제4조(기구) 연구원에는 부설연구센터 및 위원회 등을 둔다.

제5조(임원) ① 연구원장은 연구원을 대표하고 연구와 교육 및 운영에 관한 일체의 업무를 통할하며, 국내외 법률 분야 저명 학자 중에서 연구원 소속 교원의 추천으로 학장이 임명한다.

② 각 연구센터장은 연구센터의 업무를 관장하며, 연구센터의 목적과 사업에 부합하는 학문분야의 본교 전임교원 중에서 연구원장의 추천으로 학장이 위촉한다.

③ 임원의 임기는 2년으로 하되, 연임할 수 있다.

제6조(부설연구센터) ① 연구원에는 다음과 같은 부설연구센터를 둔다.

1. 문화산업법연구센터
2. 법학연구센터
3. 지식사회기반센터
4. 사회안전법제센터

② 제1항의 각 센터에는 필요한 연구팀을 둘 수 있다.

제7조(연구원 전임교원) ① 연구원에 연구와 교육을 담당하는 연구원 소속의 전임교원을 둘 수 있다.

② 연구원 전임교원의 임용에 관한 사항은 본교 교원인사규정에 따른다.

제8조(상임연구원) ① 법과대학의 전임교원은 당연직 상임연구원

으로 한다.

② 법과대학 소속 전임교원 이외의 상임연구원은 본교 전임교원, 연구원 소속의 전임교원, 석좌교수, 객원교수 등으로서 제2조의 목적에 관련된 학문을 연구하는 자로 하며, 임기는 2년으로 한다.

③ 상임연구원은 각 연구센터장의 추천으로 연구원장이 위촉한다.

제9조(연구초빙교수) 연구원에는 연구를 전담하는 연구초빙교수를 둘 수 있으며, 임용에 관한 사항은 본교 관련 규정에 따른다.

제10조(석좌교수 등) 연구원에는 석좌교수, 객원교수 등을 둘 수 있으며, 그 임용은 본교 관련 규정에 따른다.

제11조(연구원) 연구원에는 연구원을 둘 수 있으며, 그 임용은 본교 관련 규정에 따른다.

제12조(보조연구원) ① 연구센터에는 연구사업의 계획과 추진을 보조하기 위하여 보조연구원을 둘 수 있다.

② 보조연구원은 학부생 이상으로 각 연구센터장이 추천하고 연구원장이 임명하며, 임기는 1년으로 하되 연임할 수 있다.

제13조(조교) 연구원에는 필요에 따라 조교를 둘 수 있으며, 본교 조교인사규정에 따른다.

제14조(소속) 연구원 전임교원, 연구초빙교수, 석좌교수, 객원교수, 연구원, 보조연구원, 조교는 연구원 소속을 원칙으로 하되, 연구원장이 사업의 필요에 따라 각 연구센터에 중복하여 배정할 수 있다.

제3장 위원회

제15조(위원회) 연구원의 위원회는 운영위원회, 편집위원회 및 연구윤리위원회 등으로 구성된다.

제16조(운영위원회) ① 연구원 운영에 관한 기본사항을 심의하기 위하여 운영위원회를 둔다.

② 운영위원회는 연구원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 연구원장이 겸한다.

③ 위원은 각 연구센터장을 당연직 위원으로 하며, 연구원 소속 전임교원 또는 관련분야 전문가로서 위원장의 제청으로 학장이 위촉한다.

④ 운영위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

1. 연구원의 기본정책 수립에 관한 사항
2. 연구원의 제규정 제정 및 개폐에 관한 사항
3. 연구 및 연구관련 사업의 조정에 관한 사항
4. 연구기금에 관한 사항
5. 연구비 조성 및 관리에 관한 사항
6. 연구 인력의 교육 및 양성에 관한 사항
7. 예·결산의 심의 및 배정에 관한 사항
8. 산하 연구센터의 행정 및 재정지원에 관한 사항
9. 기타 연구원의 운영에 관한 중요사항

⑤ 운영위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개최하고 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 경우에는 위원장이 결정한다.

제17조(편집위원회) ① 연구원에서 발행하는 학술지를 비롯한 출판물의 간행에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 편집위원회를 둔다.

② 편집위원회에 관한 자세한 사항은 별도로 정한다.

제18조(연구윤리위원회) ① 연구원에서 발간하는 학술지의 저자, 편집위원, 심사위원이 지켜야 할 윤리지침의 원활한 운영을 위해 동국대학교 비교법문화연구원 연구윤리위원회를 둔다.

② 연구윤리위원회에 관한 자세한 사항은 별도로 정한다.

제4장 재정 및 보고

제19조(재원) 연구원의 경비는 연구재단의 지원금, 교비보조금, 학술용역사업의 수익금 및 기타 찬조금으로 충당한다.

제20조(회계연도) 연구원의 회계연도는 본 대학교 회계연도에 따른다.

제21조(보고) ① 연구원장은 회계연도 종료 후 1개월 이내에 연구기관 운영보고서(당해연도 연구비 수혜현황 및 연구활동 실적) 및 결산서를 운영위원회의 심의를 거쳐 학장 및 산학협력단장에게 보고하여야 한다.

② 연구원장은 회계연도 종료 1개월 전까지 사업계획서 및 예산서를 운영위원회의 심의를 거쳐 학장에게 제출하여 승인을 얻어야 한다.

③ 연구원장은 연구비 수혜현황 및 연구활동실적을 수시로 학장 및 산학협력단장을 경유하여 총장에게 보고하여야 한다.

제22조(해산) ① 학장은 연구원의 업적을 심사하여 그 업적이 부진하다고 인정될 경우에는 단과대학 자체 심의를 거쳐 해산을 명할 수 있다.

② 연구원이 해산될 경우 그 재산은 본교에 귀속된다.

부 칙

제1조(시행일) 이 규정은 2000년 5월 30일부터 시행한다.

제2조(경과규정) 본 연구소의 학술활동 등에 관한 사항에 대하여는 본 연구소가 이미 1999년 12월 1일 설립된 것으로 본다.

제3조(세칙) 이 규정 시행에 있어 필요한 사항 및 사무처리를 위한 세칙은 연구위원회의 심의를 거쳐 총장의 승인을 얻어 별도로 제정하여 시행할 수 있다.

부 칙

이 개정 규정은 2008년 10월 13일부터 시행한다.

부 칙(2015. 08. 01. 개정)

이 개정 규정은 2015년 08월 1일부터 시행한다.

부 칙(2019. 05. 21. 개정)

이 개정 규정은 2019년 05월 21일부터 시행한다.

『비교법연구』 발행 및 심사 규정

[개정 2019.05.21]

제 1 장 총 칙

제1조(목적) 이 규정은 동국대학교 비교법문화연구원에서 발간하는 『비교법연구』의 발행 등에 관한 세부사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(발행일 및 투고일) ① 『비교법연구』는 연 3회 발행함을 원칙으로 한다.

② 『비교법연구』의 발행일은 매년 4월, 8월, 12월의 말일로 한다.

③ 『비교법연구』는 편집위원회의 결정에 따라 기념호 또는 특집호로 발간할 수 있다.

제 2 장 논문투고 및 논문작성

제3조(투고자격) ① 『비교법연구』에 논문을 투고하고자 하는 자는 본 규정에 따른 사항을 준수하여야 한다.

② 『비교법연구』에 논문 등을 투고할 수 있는 자의 자격은 다음과 같다.

1. 대학교 전임강사 이상의 교원
 2. 변호사 자격 소지자(판사, 검사 포함)
 3. 법학석사학위 이상 소지자
 4. 기타 운영위원회가 해당 분야의 전문가라고 인정하는 자
- ③ 운영위원회는 특수한 연구 과제를 지정하여 전항의 자격과 상관 없이 논문 등을 청탁할 수 있다.

제4조(논문의 투고시기 및 내용) ① 『비교법연구』에 투고하고자 자는 매년 3월, 7월, 11월의 말일까지 원고를 온라인 논문 투고 시스템에 탑재·제출하여야 한다.

② 『비교법연구』에 투고할 수 있는 원고는 다음과 같다.

1. 연구논문
2. 판례평석
3. 자료(강연, 논단, 연구활동 및 학술정보 등)
4. 서평
5. 번역

③ <삭제>

제5조(논문의 작성요령 및 제출서류) ① 논문 등을 학술적 저술로서의 형식적 요건을 갖추어야 한다.

② 논문은 '별첨1'의 '논문작성요령'에 따라 작성하여야 한다.

③ 『비교법연구』에 게재를 희망하는 자는 투고 논문과 함께 비교법문화연구원 온라인논문투고시스템(<http://submit.dongguk.edu/>)상의 '별첨2'의 '논문투고 연구윤리 준수 서약서', '별첨3'의 '저작물 이용 동의서'를 반드시 작성하여야 한다. [개정 2018.09.03.]

제6조(게재료) 『비교법연구』에 게재된 원고에 대해서는 소정의 게재료를 부과한다.

다만, 다음 각 호의 경우에는 게재료를 감면할 수 있다.

1. 특별기고
2. <삭제>
3. 편집위원회 심사에서 게재료 및 논문심사료 면제를 받은 논문

제 4 장 논문의 심사

제7조(논문 심사의 단계) 『비교법연구』에 투고된 모든 논문은 편집위원회에서 선정한 심사위원의 심사와 편집위원회의 최종 심사를 받아야 한다.

제8조(심사위원) ① 편집위원회가 논문의 심사위원을 선정할 때에는 심사대상 논문이 다루고 있는 전공분야·내용 등을 고려하여 객관적으로 공정하게 심사할 수 있다고 판단되는 심사위원을 선정하여야 한다.

② 편집위원회는 심사위원의 명단을 비공개로 한다.

③ 편집위원이 논문 등을 투고한 경우, 해당 편집위원은 해당 논문 등의 심사위원 선정 및 최종심사 결정에 참여할 수 없다.

제9조(심사기준) 논문 심사위원은 다음의 기준을 참작하여 심사보고서를 작성·제출하여야 한다.

- ① 주제 설정의 창의성과 적절성
- ② 연구관점의 참신성
- ③ 연구방법의 적절성
- ④ 연구결과의 학술적 완성도
- ⑤ 학계에 대한 기여도
- ⑥ 논문작성요령의 준수 여부

제10조(심사절차) ① 논문 접수 마감 후 편집위원회를 소집하여 접수된 심사대상 논문에 대한 심사절차를 진행하여야 한다.

② 심사위원들은 정해진 기간 내에 원고에 대한 심사결과를 “수정 없이 게재”, “수정 후 게재”, “수정 후 재심사”, “게재 불가”로 판정하여 편집위원회에 통보하며, 심사평가서에 수정 및 보완사항 또는 게재불가사유를 서식에 따라 작성하여 편집위원장에게 제출한다.

③ 편집위원회는 심사위원 3인 중 2인의 의견에 따라 최종심사결과를

결정한다. 3인의 심사의견이 모두 다른 경우에는 편집위원회가 심의하여 결정한다.

- ④ 게재순서 및 편집에 관한 기타 사항은 편집위원회가 결정한다.
- ⑤ 편집위원회는 필요에 따라 게재논문의 사후심사의 판정을 내릴 수도 있다.

제 5 장 기 타

제 11조(저작권) 『비교법연구』에 게재된 논문의 저작권은 저자에게 귀속한다. 다만, 저자는 전자적 방법 및 인쇄 매체에 의한 보관·출판·제공에 동의한 것으로 본다.

제 12조(논문의 배포 및 온라인제공) ① 발간된 『비교법연구』는 게재논문의 저자, 국내외 법학교육기관, 법학연구기관, 도서관, 기타 운영위원회가 선정하는 기관 및 단체에 무상으로 배포한다.

- ② 저자에게는 게재논문의 별쇄본 10부를 제공한다.
- ③ 발간된 『비교법연구』에 게재된 논문은 비교법연구원이 관리·운영하는 웹사이트 또는 협정기관에 저작물로 제공할 수 있으며, 정보통신망 등을 이용한 저작물의 전송 및 출력을 허용한다.

부 칙

이 개정 규정은 2013년 4월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 개정 규정은 2014년 10월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 개정 규정은 2015년 8월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 개정 규정은 2017년 4월 1일부터 시행한다.

부 칙

이 개정 규정은 2018년 9월 3일부터 시행한다.

부 칙

이 개정 규정은 2019년 5월 21일부터 시행한다.

『비교법연구』 편집위원회 규정

[제정 2019.05.21.]

제1조(목적) 이 규정은 동국대학교 「비교법문화연구원 규정」 제17조에 따라 동국대학교 비교법문화연구원(이하 “연구원”이라 한다)이 발간하는 『비교법연구』의 편집·간행을 위하여 설치하는 「비교법연구 편집위원회」(이하 “편집위원회”라 한다)의 구성과 운영에 관한 세부사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조(편집위원회 구성) ① 편집위원회는 다음과 같이 구성한다.

1. 편집위원장은 비교법문화연구원 원장으로 한다.
2. 편집위원은 3명 이상으로, 국내·외의 공인된 법학전임교수 또는 법률분야 종사자 중에서 연구업적과 대외적 활동 및 지역적 분포 등을 고려하여 원장이 임명한다.

② 편집위원의 임기는 2년 이내로 하며, 연임할 수 있다.

제3조(편집위원회의 권한 및 운영) ① 편집위원회는 비교법연구원에서 발간하는 『비교법연구』 및 기타 간행물을 기획하고, 게재할 논문을 최종 심사·편집한다.

② 편집위원회는 『비교법연구』 및 기타 출판물의 발행 및 심사규정 등 편집위원회의 업무와 관련된 지침을 제·개정할 수 있다.

제4조(기타) ① 연구원에서 발간하는 『비교법연구』의 편집·심사·발간에 관하여 필요한 사항은 별도의 규정으로 정할 수 있고 규정에 명시되지 않은 사항은 편집위원회가 정할 수 있다.

부 칙 <2019.05.21.>

이 규정은 2019년 5월 21일부터 시행한다.

『비교법연구』 연구윤리 규정

[제정 2019.05.21]

제1장 총 칙

제1조(목적)

이 규정은 동국대학교 비교법문화연구원(이하 “연구원”이라 한다)이 발간하는 각종 연구성과물의 연구윤리를 확립하고, 연구부정행위가 발생한 경우 공정하고 체계적인 진실성 검증을 위한 연구윤리위원회(이하 “위원회”라 한다)의 설치 및 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의)

이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “연구부정행위”라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절, 부당한 저자표시, 중복게재 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
2. “위조”라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
3. “변조”라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
4. “표절”이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처표시 없이 연구에 사용하는 행위를 말한다.
5. “부당한 저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부

여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.

6. “중복게재”는 동일 논문을 중복하여 학술지에 게재하는 행위를 말한다.
7. “사전조사”라 함은 부정행위의 혐의에 대하여 공식적으로 조사할 필요가 있는지 여부를 결정하기 위한 절차를 말한다.
8. “판정”이라 함은 조사결과를 확정하고 이를 제보자와 피조사자에게 문서로써 통보하는 절차를 말한다.

제2장 연구윤리위원회의 설치 및 운영

제3조 (연구윤리위원회의 설치 및 구성)

- ① 연구원은 본 규정의 목적을 달성하기 위하여 연구윤리위원회(이하 ‘위원회’라 한다)를 둔다.
- ② 위원회의 위원장은 연구원의 원장이 되며, 그 임기는 원장의 임기와 같다.
- ③ 위원장은 학식과 경험이 풍부하며 연구윤리와 관련하여 대외적인 신인도가 인정되는 자로 5인의 위원을 위촉한다. 위원의 임기는 1년으로 하되 연임할 수 있다.
- ④ 위원회에는 제반업무를 처리하기 위해 간사 1인을 둘 수 있다.
- ⑤ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

제4조 (위원회의 기능)

위원회는 연구원이 발간하는 학술지 등 각종 연구자료에 연구저작물을 게재하는 자의 연구윤리준수 등에 관한 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구윤리 확립에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방·조사에 관한 사항
3. 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항
4. 제보자 보호 및 피조사자 명예회복 조치에 관한 사항
5. 연구진실성 검증·결과처리 및 후속조치에 관한 사항
6. 기타 위원장이 부의하는 사항

제5조 (회의)

- ① 위원장은 필요한 경우 위원회의 회의를 소집하고 그 의장이 된다.
- ② 회의는 특별한 규정이 없는 한 재적위원 과반수 출석과 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다. 다만 위임장을 제출한 위원은 출석으로 인정하되 의결권은 부여하지 않는다.
- ③ 위원회는 필요하다고 인정될 때에는 관계자를 출석하게 하여 의견을 청취할 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제6조 (위원회의 권한과 책무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 위원회는 연구기록이나 증거의 멸실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.
- ③ 위원회 위원은 심의와 관련된 제반 사항에 대하여 비밀을 준수하여야 한다.

제3장 연구진실성 검증

제7조 (연구부정행위 조사)

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

제8조 (제보자와 피조사자의 권리 보호 및 비밀엄수)

- ① 위원회는 제보자의 신원을 직·간접적으로 노출시켜서는 안 되며, 부정행위 여부에 대한 검증이 완료될 때까지 피조사자의 명예나 권리가 침해되지 않도록 주의하여야 한다.
- ② 제보·조사·심의·의결 및 건의조치 등 조사와 관련된 일체의 사항은 비밀로 하며, 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 조사와 직무수행 과정에서 취득한 모든 정보를 부당하게 누설하여서는 안 된다. 다만 합당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

제9조 (기피·제척·회피)

- ① 제보자 또는 피조사자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안전의 심의·의결 및 조사에 관여할 수 없다.
- ③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피의 신청을 할 수 있다.
- ④ 위원장은 위원 중 당해 조사와 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

제10조 (이의제기 및 진술기회의 보장)

위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술, 이의제기 및 반론의

기회를 동등하게 보장하여야 하며 관련 절차를 사전에 알려주어야 한다.

제11조 (판정)

- ① 위원회는 이의제기 또는 반론의 내용을 토대로 조사내용 및 결과를 확정한다.
- ② 위원회는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위를 확인하는 판정을 한다.

제4장 검증 이후의 조치

제12조 (조사결과에 따른 조치)

- ① 연구부정행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
 - 1. 연구부정논문의 게재취소
 - 2. 연구부정논문의 게재취소사실의 공지
 - 3. 관계 기관에의 통보
 - 4. 향후 3년간 투고자격의 정지
 - 5. 기타 적절한 조치
- ② 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 권·호수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.

제13조 (결과의 통지)

위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 제보자 및 피조사자 등 관련자에게 이를 통지한다.

제14조 (재심의)

피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제13조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 그 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심을 요청할 수 있다.

제15조 (명예회복 등 후속조치)

조사결과 연구부정행위가 없었던 것으로 확정될 경우, 위원회는 피조사자 혹은 혐의자의 명예회복을 위해 노력하여 하여 적절한 후속조치를 취할 수 있다.

제16조 (기록의 보관 및 공개)

- ① 조사와 관련된 기록은 조사 종료 시점을 기준으로 5년간 보관하여야 한다.
- ② 판정이 끝난 이후 결과는 학회에 보고되어야 하며, 제보자·조사위원·증인·참고인·자문에 참여한 자의 명단 등 신원과 관련된 정보에 대해서는 당사자에게 불이익을 줄 가능성이 있을 경우에 위원회의 결의로 그 공개대상에서 제외할 수 있다.

부 칙(2015. 9. 1.)

이 규정은 제정 즉시 시행한다.

부 칙(2019. 5. 21.)

이 규정은 제정 즉시 시행한다.

[별첨 1]

『비교법연구』 논문작성 요령

1. 원고는 워드프로세서 프로그램인 「한글」로 작성하여, A4 편집 용지 기준 20매 내외로 한다.

2. 목차작성 순서

항목순서	글자크기 및 정렬
제 목	들여쓰기 없음, 가운데정렬, 14pt 진하게, 장평: 100%, 자간: -5
- 부 제 -	들여쓰기 없음, 가운데정렬, 12pt, 장평: 100%, 자간: -5
I .	들여쓰기 없음, 가운데정렬, 12pt 진하게
1.	들여쓰기 10pt, 띄어쓰기 없음, 11pt 진하게
^^가.	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 두 칸 띄움, 10pt
^^^^(1)	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 네 칸 띄움, 10pt
^^^^^^(가)	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 여섯 칸 띄움, 10pt
^^^^^^^^1)	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 여덟 칸 띄움, 10pt
^^^^^^^^^^가)	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 열 칸 띄움, 10pt
^^^^^^^^^^^^①	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 열 두 칸 띄움, 10pt
^^^^^^^^^^^^^^㉓	들여쓰기 10pt, 왼쪽으로부터 열네 칸 띄움, 10pt
참고문헌	들여쓰기 없음, 가운데 정렬, 12pt 진하게
외국어초록 제목	들여쓰기 없음, 가운데 정렬, 13pt 진하게, 장평: 100%, 자간: -5

※ 각 "본문내용"은 신명조체, 들여쓰기 10pt, 글자크기 10pt, 줄간격 180%로 작성

3. 각주 표기법

각주는 본문과 동일한 신명조체로 글자크기 9pt, 장평 95, 자간 - 5, 줄간격 130%의 규격으로 작성하여야 한다. 또한, 문장 또는 기술이 끝날 때마다 마침표(.)를 반드시 표기하여야 한다.

(1) [일반논문 인용각주 예시] 김동국·김법학, 부당해고 시 금전 보상제도에 관한 소고, 노동법학 제21호, 한국노동법학회, 2010, 214면.

(2) [동일일반논문 인용각주 예시] 김동국 외, 앞의 논문, 223면.

(3) [같은 저자의 수개의 논문 또는 저서 인용예시] 김동국, 논문제목 또는 단행본제목, 127면.

(4) [단행본 인용각주 예시] 김동국, 민법강의, 법문사, 2010, 332면.

(5) [기관저자 인용각주 예시] 노동부, 고용보험 백서, 2010, 534면.

(6) [학위논문 인용각주 예시] 김동국, 적법절차원칙에 관한 연구, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 2010, 97면. ※ 학위논문의 부제는 생략하여도 무방함

(7) [정기간행물 인용각주 예시] 김동국, 사형제도 존폐론에 관한 소고, 고시계 통권321호, 2010. 11., 36면.

(8) [법령 인용각주 예시] 근로기준법 시행령 제32조의2 제3항 제4호 가목.

※ 필요에 따라서는 본문 또는 단서, 전문 또는 후문 등도 특정하여 주어야 함

(9) [외국문헌 인용각주 예시] N. Gregory Mankiw, Principles of Economics(An Asian Edition), Cengage Learning Asia Pte Ltd., 2008, p. 73.

(10) [판례 인용각주 예시] 대법원 1997. 1. 21. 선고 96다457 판결.

(11) [전원합의체 판결 인용각주 예시] 대법원 1995. 11. 16.

선고 94다56852, 56853 전원합의체 판결.

(12) [헌법재판소 결정 인용각주 예시] 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49 결정.

(13) [인터넷 자료 인용각주 예시] 김동국, 전자서명과 법률문제, 2000. 5. 5. 방문, 《<http://www.kafil.or.kr/seminar/d-3.html>》.

(14) [방문인터뷰 인용각주 예시] 가재환 사법연수원장과의 인터뷰, 사법연수원 210호실, 1997. 8. 22.

4. 편집용지의 여백주기 설정

용지: 사용자정의, 폭: 163mm, 길이: 239mm, 위쪽: 25mm,
아래쪽: 27mm, 왼쪽: 24mm, 오른쪽: 24mm, 머리말: 12mm,
꼬리말: 0mm, 제본: 0mm

[별첨 2]

논문 투고 연구윤리 준수 서약서

제1저자	성명		소속(직위)			
공동저자 교신저자	성명		소속(직위)			
논문제목	국문					
	영문					

본인은 위 논문 작성 과정에서 다음과 같이 『비교법문화연구원 연구윤리규정』을 준수할 것을 다짐하면서 이에 연구윤리 준수 서약서를 제출합니다.

1. 정직하고 엄정한 연구를 수행하여 논문을 작성한다.
2. 위조, 변조, 표절(타인표절, 자기표절), 대필, 중복게재 등 학문의 진실성과 타인의 명예를 침해하는 어떠한 연구부정행위도 하지 않는다.

이를 위반할 시에는 어떠한 제재조치에도 이의를 제기하지 않을 것을 서약합니다.

년 월 일

주 저자 : (인)

공동저자 / 교신저자 : (인)

동국대학교 비교법문화연구원장 귀하

『비교법연구』 편집위원

● 편집위원장

- 조성혜 (동국대학교 법과대학 교수)

● 편집위원

- 김판기 (충북대, 법학전문대학원 교수)
- 김해원 (부산대, 법학전문대학원 교수)
- 김희성 (강원대, 법학전문대학원 교수)
- 노상현 (서울시립대, 법학전문대학원 교수)
- 박승두 (청주대, 법학과 교수)
- 박찬걸 (대구가톨릭대, 법학과 교수)
- 송강직 (동아대, 법학전문대학원 교수)
- 손영화 (인하대, 법학전문대학원 교수)
- 임규철 (동국대, 법과대학 교수)
- 조성규 (전북대, 법학전문대학원 교수)

● 편집실무

- 김종우 (비교법문화연구원 조교)

비교법연구

제19권 2호

2019年 8月 31日 印 刷

2019年 8月 31日 發 行

發行人 조 성 혜

發行處 동국대학교 비교법문화연구원

T E L 02 2260 8683

F A X 02 2260 3941

Homepage <http://law.dongguk.edu>

E-mail dgulaw@dongguk.edu

印 刷 아인(02 2269 8972)

ISSN 1598-3285
