

明 知 法 學

제19권 제2호



2021

명지대학교 법학연구소

設 立 精 神

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

주후 1956년 1월 23일

設 立 者 **유 상 근**

教 育 方 針

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

理 事 長 **현 세 용**

刊 行 辭

명지대학교 법학연구소가 2004. 4. 1. 출범한 이후, 지속적으로 발간되고 있는 명지법학이 코로나19로 인한 여러 어려움 속에서도 이번에 제19권 제2호로 나오게 되었습니다.

이번 호는 한국연구재단이 주관한 2020년도 학술지 평가에서 명지법학이 등재후보학술지로 선정된 이후 처음으로 발간된다는 점에서 어느 때보다도 의미가 있다고 생각합니다. 등재후보학술지로 선정된 후 처음 발간되는 이번 호에는, “영장제도를 통한 경찰과 검찰의 권한분배에 관한 논의”, “중국 형사법상 증거이론의 변화 및 절차 구축에 관한 논의”, “국가위기관리와 법공학의 상호관계 -원자력발전소 안전성 확보를 중심으로-”, “중국의 사이버테러 법적규제에 대한 연구”, “불교 대장경에서 법과 그물의 비유 -법망法網의 역사 연원과 철학정신을 중심으로”, “자진신고 활성화를 위한 관련 제도의 운용 방안에 관한 연구”, “가정폭력에 있어서 여성피해자 법률지원에 관한 논의” 등 총 7편의 논문들이 게재되었습니다. 특히, 중국 관련 논문이 3편이나 게재되었다는 점에서, 향후 한 중 간 경제적, 문화적, 학술적 교류에 명지법학이 일정 정도 기여할 것으로 기대됩니다.

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

그 동안 명지법학이 긴 세월 중단 없이 출간될 수 있었던 것은 명지대학교의 많은 교수님들은 물론 대학원생들이 노력해주신 결과입니다. 또한, 외부에서 투고해주신 많은 분들의 협력이 없었다면 지속적 발간은 불가능했을 것입니다.

명지법학 제19권 제2호의 발행에 즈음하여, 원고를 투고해 주신 분들, 논문을 심사하여 주신 심사위원님들 그리고 법학 연구에 헌신하고 계신 모든 분들께 감사의 마음을 전합니다. 아울러, 명지법학 제19권 제2호가 나오기까지 편집·출판을 맡아주신 안수길 교수님께도 진심으로 감사의 뜻을 전합니다. 모든 분들이 올 한해도 더욱 건강하시고 많은 성취 이루시기를 바랍니다.

2021년 1월

명지대학교 법학연구소장 박 영 규

목 차

〔간 행 사〕

〔연구논문〕

영장제도를 통한 경찰과 검찰의 권한분배에 관한 논의…………… 박 호 현 / 1

论中国刑事证据理论转型与程序的构建
…………… 사진원(史进元) · 제혜금(诸慧琴) / 21

국가위기관리와 법공학의 상호관계
-원자력발전소 안전성 확보를 중심으로- …………… 김 동 주 / 39

中国对网络恐怖主义的法律规制研究
…………… 마광(马光) · 백아혜(白雅慧) / 71

불교 대장경에서 법과 그물의 비유
-법망法網의 역사 연원과 철학정신을 중심으로 …………… 김 지 수 / 91

자진신고 활성화를 위한 관련 제도의 운용 방안에 관한 연구
…………… 홍 명 수 / 125

家庭暴力女性受害者的法律援助论议
…………… 유심우(刘心宇) · 왕징(王静) · 이욱(李煜) / 145

〔부 록〕

「명지법학」 편집규정	157
「명지법학」 투고규정	160
「명지법학」 연구윤리 규정	163
「명지법학」 원고작성 지침	167

영장제도를 통한 경찰과 검찰의 권한분배에 관한 논의

박호현*

논문요지

검사는 형사사법체계 내에서 다양한 권한을 가진 국가기관이다. 특히, 경찰에게 영장청구권이 부여될 경우 영장의 남발로 국민 인권을 침해할 수 있다는 우려를 통해 검사에게 영장청구권이 부여되었다. 그러나 형사사건의 대부분을 경찰이 담당하고 있는 현실에서 영장청구권이 검사에게 주어진 것은 수사의 신속성과 실제진실의 발견 및 가해자와 피해자의 인권보호 측면에서 많은 어려움을 발생시킬 수 있다. 과거 경찰은 국민의 생명과 신체 및 재산을 보호하는 기관이라기보다 국가권력을 대변하는 소위 권력의 시녀로서 역할을 한 것도 사실이다. 그러나 사회적 발전과 시대적 변화는 경찰의 기능과 역할을 변화시켰고, 이러한 변화는 경찰을 국민에 봉사하는 기관, 국민의 인권을 보호하는 기관으로 변화시켰다. 이를 위해 경찰은 국민의 인식 속에 잠재되어 있던 법률지식이 부족한 기관, 국민의 인권을 탄압하는 기관 등의 꼬리표 같은 오명들을 불식시키기 위해 많은 노력들을 해왔다.

경찰의 역할과 기능 변화 및 확대, 국민 인식변화는 이제 경찰을 통한 수사절차의 진행을 요구하게 되었고, 이는 결과적으로 검사의 권한을 경찰에게 배분함으로써 이루어질 수 있다. 그러나 영장청구권은 그 주체를 헌법 및 형사소송법을 통해 명문화함으로써 헌법 개정이 이루어지지 않고서는 변화를 꾀하는 것이 어려운 상황이다. 그러므로 헌법규정을 그대로 유지하면서, 형사소송법 즉, 법률의 개정을 통한 변화를 모색하는 것이 요구된다.

한 기관에 많은 권한이 부여되면 그 기관은 권력기관으로 바뀌어 국민 인권을 침해하는 기관이 될 수 있다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위해서는 기관 간 견제와 통제를 바탕으로 상호 협력적, 대등적 관계를 형성할 수 있도록 해야 한다. 또한 경찰이 신속한 수사과 증거확보 및 보전 그리고 실제진실의 발견이라는 목표를 달성하기 위해서는 영장청구권 외에도 경찰이 직접적으로 업무를 처리하는 경우에는 그 권한을 경찰에게 부여해야한다. 이러한 노력들은 결국 경찰과 검찰 간 새로운 관계정립이라는 결과를 가져오게 될 것이다.

검색용 주제어: 경찰, 검찰, 영장청구권, 인권보호, 권력기관, 봉사기관

· 논문접수: 2020.11.30. · 심사개시: 2020.12.23. · 게재확정: 2021.01.19.

* 전남도립대학교 경찰·경호과 초빙교수

I. 서론

검사는 형사사법절차 내에서 수사지휘권, 영장청구권 등 수사권, 공소제기 여부를 결정할 수 있는 공소권까지 부여받음으로써 검찰외의 어떠한 기관에 의해서도 견제를 받지 않는 권력기관이 되었다. 특히, 영장청구권은 형사소송법 및 헌법을 통해 영장청구권의 주체를 검사로 명시하고 있다. 따라서 영장청구권의 주체는 헌법 개정이 아니면 그 주체를 바꿀 수 없는 상황이 되었다.

그러나 하나의 기관에 권한이 집중되면 그 권한은 권력이라는 칼이 되어 국민에게 되돌아 올 수 있다. 검찰이 가지고 있는 권한은 국민에 대한 신체의 자유를 침해할 수 있는 강제력을 가지고 있기 때문에 권한을 경찰에 분배할 필요성이 있다. 이러한 검찰의 권한분배는 경찰과 검찰이 기존의 상명하복관계 내지 지시·감독에 의한 종속관계가 아닌 상호 협력적, 상호 대등적 관계로의 변화를 위한 전제조건이라고 할 수 있다. 이러한 경찰과 검찰의 새로운 관계정립은 경찰을 수사권의 주체, 검찰을 공소권의 주체로 인식해 그 권한이 나누어졌을 경우에만 가능하게 될 것이다.

그러므로 검사에게 주어졌던 권한 중 경찰이 사건현장에서 실질적으로 필요한 권한들을 분배해야 하고, 이러한 권한의 분배는 신속한 수사를 통한 증거확보 및 가해자 및 피해자에 대한 인권보장 그리고 실체진실의 발견이라는 관점에서 논의되어야 할 것이다.

II. 영장제도의 비교법적 검토

영장제도는 신속한 수사와 증거보전이라는 관점에서 중요한 기능을 하는 제도라고 할 수 있다. 그러나 대부분의 형사사건을 경찰이 담당하고 있음에도 불구하고 영장청구권이 검사에게 독점적으로 부여된 것은 입법론적 개선이 요구되는 부분이라고 할 수 있다. 그러므로 아래에서는 우리나라 헌법제정 그리고 형사소송법 제정 당시부터 현재까지 영장제도의 발전과정과 각 국가의 영장제도에 대한 비교.분석을 통해 영장제도 및 경찰과 검찰 간 권한배분을 통한 관계개선에 대한 정책적 방향 제시의 기준으로 삼으려고 한다.

1. 우리나라의 영장제도

(1) 헌법상 영장제도의 도입과정

영장제도는 제정헌법부터 명문화되어 현재에 이르고 있다. 특히, ‘체포, 구금, 수색은 법관의 영장이 필요함을 명시하고 있고, 현행범 도피 또는 증거인멸의 염려가 있는 경우 수사기관은 법률규정에 따라 사후에 영장발부를 청구할 수 있도록 명시하였다(제정

헌법 제9조).’ 또한 ‘모든 국민은 법률에 근거 없이는 거주와 이전에 대한 자유를 침해 받거나 제한받지 않으며, 주거 침입 또는 수색을 받지 않는다(같은 법 제10조).’라고 규정해 영장청구의 주체를 명문화하고 있지 않았다.

제5차 개정헌법(1962년 12월 26일)은 ‘체포·구금·압수·수색을 이행하기 위해서는 검찰관의 신청으로 법관 발부 영장 제시를 규정하고 있다. 하지만 현행법은 장기 3년 이상 형에 해당되는 범죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있는 경우에는 사후 영장을 청구할 수 있도록 했다(헌법 제10조).’ 제5차 개정헌법을 통해 검사 독점 영장 청구권을 헌법에 명문화하게 되었다.¹⁾

제5차 개정헌법이 ‘검찰관 신청’이라는 내용을 명문화한 이유는 검찰에 의한 수사지휘권을 확고히 함으로써 경찰의 영장신청으로 인한 국민의 인권침해를 예방하기 위해 서라고 할 수 있다. 즉, 수사절차에서 영장신청을 소위 법률전문가인 검사를 통해 한 것은 경찰을 비롯한 다른 수사기관에 의한 영장 남발을 사전에 막아 국민 인권침해 가능성을 감소시키고자 한 것에 개정의 목적이 있다.²⁾

제7차 개정헌법(1972년 12월 27일)은 ‘체포·구금·압수·수색을 이행하는 경우에는 검사의 요구에 의해 법관이 발부한 영장을 제시해야 한다(제10조 제3항).’라고 규정하고 있었고, 주거를 대상으로 압수 및 수색을 하는 경우에는 검사의 요구에 의해 법관이 발부한 영장을 제시해야함을 명문화하고 있었다(제14조). 제7차 헌법 개정을 통해 ‘검사 신청’의 내용을 ‘검사 요구’로 바꾸어 규정하였다. 이러한 변화는 결과적으로 경찰에 대한 지휘권 강화 및 검사를 법관과 대등한 지위로 만들기 위한 시도에서 이루어

1) 헌법규정에 ‘검찰관 신청’이라는 내용을 명시한 것은 개정 형사소송법(1961년 9월 1일)과 관련성을 가진다. 제정 형사소송법(1954년 9월 23일 법률 제341호)은 ‘피의자가 죄를 범한 것에 대해 의심할만한 상당한 이유가 있고, 제70조 제1항에 해당하는 사유가 존재할 때에는 검사 또는 사법경찰관은 법관의 영장을 발부받아 피의자를 구속할 수 있다(제201조 제1항).’라고 규정해 검사와 사법경찰관 모두에게 영장신청권을 부여하고 있던 것을 형사소송법 개정(1961년 9월 1일)을 통해 ‘피의자가 죄를 범한 것에 대해 의심할만한 상당한 이유가 있고, 제70조 제1항에 해당하는 사유가 존재하는 때에는 검사는 법관이 발부한 영장을 통해 피의자를 구속할 수 있다(제201조 제1항).’라고 개정해 영장신청권의 주체를 검사로 제한하였다. 이러한 결과는 개정된 형사소송법의 내용이 1962년 헌법 개정에 반영된 것이라고 할 수 있다(자세한 내용은 박찬걸, “검사의 독점적 영장청구권 인정의 타당성 및 이에 대한 견제방안”, 『형사법의 신동향』 통권 제62호(2019), 6-7면).

2) 제5차 개정헌법(제14조)은 ‘모든 국민은 주거 침입을 받지 않는다. 주거에 대한 수색 및 압수를 위해서는 법관의 영장을 제시해야 한다.’라고 명문화해 ‘검사 신청’의 내용은 규정하고 있지 않았다. 따라서 주거에 대한 압수 및 수색이 이루어질 경우 영장청구는 검사를 경유하지 않더라도 가능하다는 해석의 여지가 있었지만 제5차 개정헌법(제10조 제3항)의 개정목적에 비추어 주거에 대한 압수 및 수색을 하는 경우에도 검찰관 신청으로 법관이 발부한 영장을 제시해야 하는 것으로 해석하는 것이 바람직하다(문재완, “우리 헌법상 영장조항과 영장청구 주체에 관한 연구”, 『세계헌법연구』 제19권 제1호(2013), 69-70면).

졌다고 할 수 있다.³⁾

제8차 개정헌법(1980년 10월 27일)은 ‘체포·구금·압수·수색을 위해서는 검사 신청으로 법관이 발부한 영장을 제시해야 한다(제11조 제3항).’라고 규정하였다. 그리고 주거를 대상으로 압수 및 수색을 하는 경우에는 검사의 신청으로 법관이 발부한 영장을 제시해야함을 명문화하였다(제15조). 제8차 개정헌법을 통해 ‘검사 요구’의 내용을 다시 ‘검사 신청’으로 바꾸었다. 즉, 영장신청권자인 검사가 영장효력에 대한 유지여부에 대해서 법관의 판단과 결정에 앞선 결정권한을 부여받는 것은 영장제도의 취지에 반한다는 반성적 고려를 통해 이루어진 것이라 할 수 있다.⁴⁾

제9차 개정헌법(1987년 10월 29일)은 체포·구속·압수·수색에 대한 영장을 발부하는 경우 ‘적법절차에 따른 검사 신청’으로 내용을 변경하였고(제12조 제3항), 주거를 대상으로 하는 영장규정은 제8차 개정헌법과 동일하게 유지되었다(제16조).⁵⁾

정부 개헌안(2018년 3월 20일)에 의하면, 영장신청과 관련된 것은 헌법에 명문화할 내용이 아닌 형사소송법과 같은 법률에 명시할 것으로 인식해, 현행 헌법이 영장신청에 대해 검사에게 독점적 권한을 부여하고 있는 사항을 삭제하였다. 그러나 헌법 개정은 국회의 개정안 의결을 거쳐 국민투표를 이끌어내야 하지만, 그러한 결과를 이끌어 내지 못해 실질적인 개정이 이루어지지 못했다.

(2) 형사소송법상 영장제도의 도입과정

영장제도는 미군정법령(1948년 4월 1일 시행) 제176호에 의해 형사소송법 개정으로 도입되었다. 하지만 당시 법률규정에는 영장청구절차에 대한 내용을 명문화하고 있지 않았다. 그러나 미군정법령(1948년 3월 31일 공포) 제180호가 제176호의 보충규정으로서 공포되어 사실상 영장청구제도의 변화를 가져오게 하였다. 즉, 미군정법령 제180호는 ‘구속영장 또는 수색영장 신청에 대해 검찰관은 그 소속 재판소에 신청하도록 규정하였고, 사법경찰관 및 기타 관헌은 소속 검찰관에게 청구하도록 명시하였다.’ 결과적으로 검사는 법원에 영장을 직접 청구할 수 있는 권한이 부여되었지만 사법경찰관은 검사 경유를 통해 법원에 청구할 수 밖에 없도록 하였다(제5조). 그러나 ‘법원 및 검찰청이 없는 지역에서는 특별 심판원인 치안관에게 영장을 직접 신청해 발부받을 수 있도록 하였다(같은 법 제6조).’ 따라서 사법경찰관은 검찰청이 있는 곳에서는 검사를 경유해 영장을 신청할 수 있었고, 검찰청이 없는 곳에서는 특별 심판원에게 영장을 신청하는 이원적 형태를 취하고 있었다.⁶⁾

3) 성문규, “헌법상 영장신청권과 인권과의 무관계성에 대한 고찰-영장관련 조항의 개헌 및 입법경위를 중심으로”, 『저스티스』 제162호(2017), 18면.

4) 김상겸, “검사의 영장청구에 관한 헌법적 연구”, 『형사법의 신동향』 제57호(2017), 10-12면.

5) 박찬걸, 앞의 글, 2019, 9면.

6) 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(Ⅱ)-초기 법규정의 정비를 중심으로”, 『서울

미군정법령에 의한 영장제도의 시행 이후 형사소송법(1954년 9월 23일)이 제정되었다. 형사소송법은 ‘검사 또는 사법경찰관에 대해 관할 지방법원 판사가 발부하는 구속 영장을 받아 피의자를 구속할 수 있도록 규정하였다(제201조 제1항).’ 또한 ‘검사 또는 사법경찰관이 범죄수사를 위해 필요한 경우 관할 지방법원 판사가 발부하는 영장에 의해 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있도록 명문화하였다(같은 법 제215조).’ 이는 영장 청구권의 주체를 검사와 사법경찰관 모두로 인정한 것이다.⁷⁾

그러나 형사소송법 개정(1961년 9월 1일)을 통해 ‘검사는 관할 지방법원 판사에 의해 발부된 구속영장을 받아 피의자를 구속해야 하고, 사법경찰관은 검사에 대한 청구 절차를 거쳐 관할 지방법원 판사에 의해 발부된 구속영장으로 피의자를 구속할 수 있다(제201조 제1항).’라고 명시하였다. 그리고 ‘검사는 범죄수사에 필요한 경우 관할 지방법원 판사에 의해 발부된 영장으로 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.’ 이와는 달리 ‘사법경찰관은 검사에 대한 청구절차를 거쳐 관할 지방법원 판사가 발부한 압수, 수색영장에 의해 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.’라고 명문화하였다(같은 법 제215조). 즉, 1961년 형사소송법 개정으로 사법경찰관은 법원에 직접 영장을 청구하는 권한을 상실하게 되었다.⁸⁾

이후 형사소송법 개정(1973년 1월 25일)은 ‘검사는 관할 지방법원 판사에게 요구해 구속영장을 발부받아 피의자를 구속할 수 있고, 사법경찰관은 검사 신청절차를 거쳐 검사 요구로 관할 지방법원 판사의 구속영장 발부로 피의자를 구속할 수 있다(제201조).’라고 규정하였다. 또한 ‘검사는 범죄수사에 필요한 경우 관할 지방법원 판사에 요구해 발부받은 영장으로 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있고, 사법경찰관은 범죄수사에 필요한 경우 검사 신청절차를 거쳐 검사 요구로 관할 지방법원 판사의 영장발부로 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다(같은 법 제215조).’라고 명문화하였다.⁹⁾

대학교 법학』 제42권 제2호(2001), 239-240면.

7) 국회법제사법위원회는 1956년 영장청구절차에서 영장청구권자를 검사 및 사법경찰관에서 검사만이 영장을 청구할 수 있는 주체로 인정하는 개정(안)을 마련하였다. 또한 1957년 법사위 개정(안)과 동일한 정부(안)을 제출하였지만 입법화 되지는 못하였다(정웅석, “헌법상 검사의 영장청구의 의미와 가치에 관한 연구”, 『형사소송의 이론과 실무』 제9권 제2호(2017), 8면).

8) 형사소송법 개정이 이루어질 시기의 헌법은 검사와 사법경찰관 모두에게 독자적 영장청구권을 인정하고 있었다. 그러나 법률인 형사소송법 개정을 통해 영장청구권의 주체를 검사로 제한한 것은 헌법위반임을 주장하는 견해가 있다(천진호, “영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토”, 『법학논고』 제26호(2007), 338면).

9) ‘검사 청구’의 내용을 제7차 개정헌법(1972년 12월 27일)을 반영해 ‘검사 요구’로 변경한 것이다. 그러나 제8차 개정헌법(1980년 10월 27일)이 ‘검사 신청’으로 다시 변경하였다. 그리고 형사소송법 개정(1980년 12월 18일)을 통해 ‘검사 청구’로 변경해 지금에 이르고 있다(박찬걸, 앞의 글, 2019, 12-13면).

2. 외국의 영장제도

(1) 영국

영국은 헌법을 성문화 즉, 법전으로 명문화하고 있지 않다. 그러므로 헌법을 통해 영장청구권이라는 개념이 존재할 수 없다. 그러나 1984년 ‘경찰과 형사증거에 관한 법률(PACE)’ 및 그 부속규정인 실무규정(Codes of Practice)에 영장청구와 관련된 절차와 권한을 명시하고 있고, 이러한 규정들을 통해 경찰에게 영장청구권이 부여되어 있다. 즉, PACE법 제24조 및 제25조에서는 ‘합리적 근거’를 바탕으로 경찰에 대한 체포권을 규정하고 있고, 절도에 관한 법률(Theft Act 1968) 또한 경찰이 수색영장을 치안판사에 청구하여 발부받을 수 있음을 규정하고 있다.¹⁰⁾

이와는 달리 검찰은 경찰이 수사한 사항에 대해 공소권을 가지고 이에 대한 업무만을 이행해 나갈 뿐이다. 즉, 영국은 수사권과 공소권을 엄격히 구분하여 수사업무는 경찰이 전담하도록 하고 있고, 기소업무는 검찰이 전담하도록 함으로써 한 기관이 권한을 독점하는 것을 사전에 방지하고 있다. 특히, 경찰은 수사권을 가지고 있기 때문에 강제수사 내지는 강제처분의 필요성이 인정되는 경우 영장을 청구할 수도 있다. 즉, 경찰이 수사의 필요성에 따라 법원에 영장을 직접 청구함으로써 사법심사를 통한 영장발부로 수사절차를 진행해 나간다.¹¹⁾

따라서 검사는 경찰 수사절차 진행의 지시·감독 그리고 통제에 대한 권한을 가지고 있지 않다. 경찰의 수사절차 이행 등에 대한 지시·감독·통제는 경찰에 의해 이루어지기 때문이다. 그리고 경찰은 영장청구권과 함께 체포·구속, 압수·수색, 피의자 신문, 참고인진술 청취, 사건종결에 관한 권한들을 가지고 있다. 이러한 권한들을 가진 경찰이 사건을 검찰에 송치할 경우 사건을 판단해 증거로서 충분한지 및 국가나 사회에 이익이 되는지 등을 기준으로 기소여부를 결정하게 된다.¹²⁾

검사는 ‘기소법(Prosecution of Offences Act 1985)’ 및 ‘검찰집무규칙(the Code for Crown Prosecutors)’ 그리고 ‘검찰업무편람(CPS Policy Manual)’에 의해 기소와 검찰업무가 이루어져야 한다. 이에 더해 2003년 ‘Criminal Justice Act’가 제정되었고, 이 법은 초기 경찰수사부터 경찰과 검찰이 상호 협력적인 관계를 유지하도록 규정하였다. 따라서 검사가 경찰에 대한 보강수사를 비롯해 재수사를 요구하더라도, 검사

10) Paul Ozin·Heather Norton·Perry Spivey, 「*PACE : a practical guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984(3rd edition)*」, Oxford University Press, 2013, p.241.

11) Denis J. Keenan·Dennis Keenan, 「*Smith & Keenan's English Law(13th edition)*」, Longman Pub Group, 2001, pp.90-91.

12) 서보학, 헌법상 검사독점적 영장청구권 문제의 실증적·처방적 연구, 『연구보고서』 경찰청, 2009, 30면.

의 요구에 대한 이행여부 판단은 경찰에 의해 결정된다. 즉, 영국은 경찰의 독자적인 수사권을 인정하고 있기 때문에 검사에 의한 경찰 영장청구권 관여가 사실상 불가능하다. 따라서 경찰은 수사의 주체로서, 검사는 기소권의 주체로서 형사사법절차 내에서의 역할을 분명하게 구분하고 있다.¹³⁾

(2) 독일

독일은 국민의 신체적 구속과 자유의 박탈에 대한 허용여부 그리고 이에 대한 계속성 판단을 법관만이 할 수 있다고 명문화하고 있다(기본법 제104조 제2항). 즉, 인신구속에 대한 결정권한이 법관에게 있음을 명시한 규정이다. 이에 비해 영장청구권과 관련한 내용에 대해서는 규정을 두고 있지 않다. 하지만 법률을 통해 영장청구권의 주체를 검사로 명문화하고 있다. 따라서 구금을 위한 명령을 법원으로부터 받기위해 검사는 수사판사에게 일정한 청구를 할 수 있도록 규정하고 있다(형사소송법 제125조 제1항). 또한 서면을 통해 소환된 피의자가 출석에 대한 불응, 긴급한 사유가 발생한 경우에는 검사의 구인영장 발부로 피의자를 인치할 수 있다(같은 법 제134조). 뿐만 아니라 구금명령장의 집행업무도 검사의 직무로 명시되어 있다(같은 법 제36조 제2항).¹⁴⁾

독일 형사소송법을 통해 검사는 수사의 주재자로서 역할과 기능을 한다. 특히, 영장청구권 및 피의자와 참고인 구인(拘引)권 등 수사절차의 진행에 대한 권한과 책임이 부여되어 있다. 이와 함께 법원조직법은 사법경찰관의 직무수행에 대해 검사의 지시와 명령을 따르도록 하고 있다(제152조). 그러므로 검사는 경찰이 진행하는 수사절차에 대해 일반적 수사지휘권을 가지고 있어 경찰수사에 개입할 수 있다.¹⁵⁾

그러나 독일은 대부분의 수사를 실질적으로 경찰이 담당하고 있기 때문에 경찰에게도 초동수사권(법원조직법 제163조 제1항), 일시체포권 및 신원확인권 등 경찰에게 독자적 강제 처분권을 부여하고 있다. 그리고 압수·수색 명령권, 혈액검사 명령권 등 검사의 위임에 따른 강제 처분권을 가지고 있기도 하다. 하지만 영장청구권은 검사에게만 부여된 독점적 권한이라고 할 수 있다. 그러나 예외적으로 긴급을 요하는 경우 경찰이 직접 법원에 영장을 청구할 수 있다.¹⁶⁾

독일은 검찰이 주도하는 수사권체계가 형성되어 있지만 검찰에 자체적 수사 인력이 없기 때문에 검사가 직접 수사절차를 진행할 수 없다. 따라서 검찰과 경찰의 실질적 관계는 상호 협력적 균형관계를 유지하고 있음을 알 수 있다. 즉, 기능적 면에서 경찰 수사와 검사기소가 분리되어 있다.

13) 황운하, “영장청구권에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원, 박사학위 논문(2012), 73-74면.

14) 자세한 내용은 법무부 형사법제과, 독일형사소송법(한글번역본), 2012 참조.

15) 황운하, 앞의 글, 2012, 77면.

16) 김택수·박노섭·이동희·최대현, 주요국 경찰의 수사실무상 강제처분 유형별 권한, 요건 및 절차에 관한 연구, 『정책연구보고서』(2018), 107-128면.

(3) 프랑스

프랑스는 국민의 기본권에 관한 규정을 헌법에 명문화하고 있지 않다. 그러나 전문 해석을 통해 ‘인간과 시민의 권리선언(1789년)’을 기본권 보장의 중요한 근거로 활용하고 있다. 또한 헌법은 어떠한 경우라도 자의적 방법으로 국민을 구금할 수 없음을 천명하고 있고, 사법기관은 법률이 명시하고 있는 범위 내에서 절차가 이루어져야함을 규정하고 있다(헌법 제66조). 즉, 프랑스 헌법은 국민의 신체에 대한 자유권 보장만을 명시하고 있고, 영장제도에 대한 규정을 명문화하고 있지 않다.¹⁷⁾

형사소송법은 영장에 대해 수색영장, 출두영장, 구인영장, 체포영장, 구금영장을 규정하고 있다. 특히, 구금영장은 석방 및 구금에 관여하는 법관이 영장을 발부한다. 그리고 소환영장, 구인영장, 체포영장, 수색영장은 예심판사에 의해 발부되어 예심판사는 대물적, 대인적 강제처분을 모두 할 수 있다. 따라서 프랑스는 검사를 영장청구권의 주체로 인정하고 있지 않다.¹⁸⁾

프랑스는 형사사법절차 내에서 각 절차들에 대한 권한들을 분배하여 업무를 수행하도록 하고 있다. 따라서 소추, 예심수사, 판결 등에 대한 권한을 분배하여 소추는 검찰, 예심수사는 수사법원, 판결은 판결을 담당하는 법원에 의해 진행하게 함으로써 한 기관에 권한이 집중되는 경우를 사전에 예방하고 있다. 검찰은 독립적인 청사나 인력을 가지고 있지 않고 예산에 있어서도 검찰 별도의 예산집행이 이루어지지 않는다. 결과적으로 검사는 사법경찰관에게 권한위임을 통해 많은 자율성을 부여했다고 할 수 있다.¹⁹⁾

또한 증거법 규정은 검사와 사법경찰관 작성 조서에 대한 증거능력을 구분해서 적용하고 있지 않고, 사법경찰관은 검찰에 사건을 송치하기 전까지 독자적 수사가 가능하다. 또한 형사소송법은 중죄에 대해 예심절차를 반드시 진행하도록 규정하고 있다. 즉, 예심판사에게 검사가 예심을 청구하면 예심판사가 수사의 주재자로서 역할을 하게 된다. 이는 예심판사를 강제수사권의 주체로, 검사를 임의수사권 및 기소권의 주체로 인정하고 있는 것이다. 그러므로 수사에 있어 예심판사의 역할과 기능이 중요하게 인식되는 부분이라고 할 수 있다.²⁰⁾

하지만 예심판사 또한 인적, 물적 자원을 독자적으로 보유하고 있지 못하기 때문에 사법경찰관에 대한 위임을 통해 수사절차가 이루어진다. 이러한 위임은 사법경찰관이 예심판사의 수사지휘를 받지만 예심판사가 행하는 대부분의 수사권한을 사법경찰관이 가지고 수사절차를 진행하기 때문에 실질적 수사절차의 진행은 사법경찰관에 의해 이루어진다고 볼 수 있다. 이에 따라 경찰은 수사절차 진행의 실질적 주체로, 검사를 예

17) 하태훈, 영장제도의 현황 및 개선방안 연구, 『인권상황 실태조사 연구용역 보고서』(2013), 45면.

18) 유주성, “수사와 기소 분리를 위한 쟁점과 과제”, 『입법과 정책』 제10권 제2호(2018), 149-150면.

19) 유주성, “사법경찰의 역사적 형성에 관한 연구-개념적 형성과정을 중심으로”, 『경찰법연구』 제12권 제2호(2014), 192-204면.

20) 황운하, 앞의 글, 2012, 81면.

심청구권 및 경찰수사 지휘의 주체로, 예심판사를 중범죄 수사 및 강제수사권의 주체로 인정하고 있다. 결국 형사사법절차내의 주체들에게 일정한 역할과 기능을 분리해 그 권한에 있어서도 한 기관에 집중되는 일이 없도록 하였으며, 이는 기관 간 상호 협력적 관계를 통해 서로 견제와 균형이 이루어질 수 있도록 하는데 중점을 두고 있음을 알 수 있다.

(4) 일본

일본은 헌법을 통해 형사절차에 관한 사항을 자세히 규정하고 있다. 즉, 형사법정주의 보장(제31조), 영장주의 보장(제33조 및 제35조) 등을 명문화하고 있다. 특히, 헌법 제33조는 대인적 강제처분을, 제35조는 대물적 강제처분을 규정하고 있다. 그러나 영장청구권의 주체에 대한 사항은 명문화하고 있지 않다. 이에 반해 형사소송법은 영장청구권의 주체에 대한 규정을 두고 있다. 체포장 청구권에 대해서는 검찰관 또는 사법경찰원을 그 주체로 하고 있다(형사소송법 제199조 제2항). 또한 압류, 수색, 검증, 신체검사 등에 대한 영장은 검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰원에게 영장청구권을 부여하고 있다(같은 법 제218조 제4항).²¹⁾

일본은 경찰에게 1차적 수사권을 부여하고 있고, 검찰에게 2차적 수사권을 부여하고 있다.²²⁾

실무적 관점에서도 검찰은 기소를 고유의 업무로 인식하고 있고, 직접적인 수사는 정치적 사건 등 제한적 사건만을 담당하고 있을 뿐이다. 그러나 구류장에 있어서는 검찰관만을 청구권자로 명시하고 있다(형사소송법 제204조 제1항, 제205조 제1항). 하지만 일본 형사소송법은 체포와 구속에 대해 필요적 체포전치주의를 인정하고 있기 때문에 경찰에 의한 체포, 검찰에 의한 구류라는 형사소송법 규정에 의해 각 권한을 나눈 것에 불과하다고 볼 수 있다. 결과적으로 경찰과 검찰은 기관 간 상호 대등한 관계를 기본으로 견제와 협력을 통해 수사권한이 배분되어 있다고 할 수 있다.²³⁾

21) 자세한 내용은 일본 헌법 세계법제정보센터(www.world.moleg.go.kr) 접속일자: 2020년 8월 20일; 법무부 형사법제과, 일본형사소송법(한글번역본), 2009 참조.

22) 형사소송법은 경찰관이 법률 또는公安위원회가 정한 사항에 의해 사법경찰직원에 대한 직무수행을 명문화하고 있다(제189조 제1항). 또한 사법경찰직원은 범죄가 있다고 사료되는 경우 범인 및 증거를 수사하는 것으로 한다(제189조 제2항). 이와는 달리 검찰관은 2차적 수사기관으로서의 역할과 기능을 담당하고 있다. 즉, 형사소송법은 검찰관이 그 필요성을 인정하는 경우 스스로 수사를 할 수 있다(제191조 제1항). 이러한 조문의 내용은 검찰이 경찰과 달리 수사권을 행사함에 있어 그 행사의 임의성을 인정하고 있음을 알 수 있다(이정민·황태정, 수사구조개혁 관련 일본식 형사제도 도입에 관한 연구, 『정책연구보고서』(2013), 56-59면).

23) 이정민, “일본의 수사제도 운영과 그 전제”, 『형사법의 신통향』 제60호(2018), 191-201면.

3. 시사점

영국, 독일, 프랑스, 일본에 대한 영장주의와 영장청구권의 주체 및 경찰과 검찰의 관계에 대해 헌법 및 형사소송법 규정을 중심으로 살펴보았다. 영국은 영미법계 국가로서 영장주의에 대해 국가권력이 형사절차에 따라 이행되고, 그 절차는 국민의 신체에 대한 자유권의 침해를 사전에 예방하는 것을 중요한 목적으로 삼고 있다. 그러나 대표적 불문법 국가인 영국은 헌법이 법전으로 성문화되어 있지 않기 때문에 법관이 영장발부의 주체라는 개념은 중요하게 인식되어 왔지만 영장청구권의 주체에 대해서는 중요하게 다루어지지 않았다. 그러나 실무상 수사권을 가지고 있는 경찰이 영장청구권을 행사해왔다. 또한 영국은 경찰과 검찰의 권한을 분리해 수사는 경찰이, 기소는 검사가 하도록 함으로써 경찰과 검찰의 상호 견제와 균형을 위한 노력들을 해왔다.

독일은 나치시대 경찰과 법원이 국민에 대한 자유권 침해 즉, 신체의 자유를 구속하는 권한이 집중되어 있었다. 따라서 이에 따른 국민의 기본권 침해 문제를 해결하기 위해 경찰과 법원에 대한 감시·감독의 역할로서 검찰에게 일정한 소임이 부여되었다. 특히, 검사는 수사의 주재자로서 경찰에 대한 수사지휘권을 가지고 있다. 이에 따라 영장청구권 또한 검사에게 부여되었다. 그러나 검찰은 수사에 대한 인력이 확보되어 있지 못해 실질적인 수사는 경찰에 의해서만 가능하기 때문에 검사에게 영장청구권을 부여한 것은 경찰수사에 대한 법적 통제장치라고 볼 수 있다. 그러므로 경찰과 검사의 관계는 상명하복 내지 지배·종속 관계가 아닌 상호 대등적, 상호 협조적 관계라고 할 수 있다.

프랑스는 검사에게 임의수사권, 예심개시청구권 등의 권한을 부여하였다. 그러나 강제수사권 등 강제처분에 관한 권한을 예심판사에게 부여하고 있기 때문에 검사는 영장청구권과 같은 권한들에 대한 독점적 권한을 부여받지 못했다. 또한 검사, 경찰, 예심판사의 관계는 상호견제를 통한 권한의 균형에 초점을 맞추고 있다. 따라서 기관 간 협력적, 보완적 관계를 유지하고 있다고 할 수 있다.

일본은 헌법을 통해 영장청구권 주체를 명문화하지 않았다. 단지 법률인 형사소송법에 영장청구권 주체를 규정하였다. 특히, 체포 및 압수·수색에 대한 영장은 검사와 경찰 모두를 청구권의 주체로 인정하였다. 한 기관에 권력적 힘이 집중되는 것을 방지하기 위해 그리고 국민의 기본권이 침해되는 것을 사전에 예방하기 위해 마련된 제도이다. 구속영장에 대한 청구권을 검사가 독점하고 있긴 하지만 일본 형사사법절차가 체포전치주의를 취하고 있기 때문에 검사에게 수사지휘권을 통한 영장청구권이라는 우월적 지위의 보장이 아닌 단순히 권한을 각 기관에게 분배한 것에 불과하다. 실질적으로 일본경찰은 사건을 수사하는 과정에서 다양한 강제처분(대인적·대물적)을 검사의 관여 없이 독자적으로 이행한다.

영국, 독일, 프랑스, 일본 등의 국가에서는 경찰이 형사사법절차에서 수사의 주체자로서 지위를 가지면서 영장청구권이 대부분 부여되어 독자적인 수사기관으로서 역할과 기능을 하고 있다. 또한 영장청구권 관련 사항을 헌법에 명문화하고 있는 국가도 찾아볼 수 없었다. 각 국가들은 영장청구권 관련 규정을 법률에 명문화하여 그 주체를 규정하고 있을 뿐이다. 그리고 이러한 법률규정으로 경찰과 검찰은 수사의 주체로서, 기소의 주체로서 그 권한이 확실히 구분되어 있었다.

하지만 우리나라는 대부분의 권한이 검사에게 독점되어있고, 이에 따라 한 기관에 권력이 집중되는 문제를 야기하고 있다. 따라서 검사는 수사의 주체이자 기소권의 주체로서 경찰을 수사상 지휘하는 구조를 가지고 있다. 특히, 검사는 영장청구권을 가지고 있어 수사절차상 경찰이 영장이 필요한 경우에는 검사에게 신청하여 검사의 판단을 통해 법원에 영장을 청구하도록 하고 있다. 그러나 발생하는 다수의 범죄사건을 경찰이 수사하는 현실에서 검사에게 영장청구권을 부여하고 있는 것은 신속한 수사를 저해할 수 있고 결과적으로 수사효율화의 관점에서 문제가 될 수 있다.

이러한 문제들을 해결하기 위해서는 실제 경찰이 담당하고 있는 업무와 관련해서 검사의 권한을 경찰에게 분배할 필요성이 있다. 이를 위해 헌법에 명문화하고 있는 검사의 영장신청권 규정을 삭제해야 한다. 그러나 헌법 개정은 법률 개정보다 절차상 많은 어려움을 가지고 있기 때문에 영장관련 헌법규정을 그대로 두면서 형사소송법 개정을 통해 검사의 영장청구권을 법원의 영장발부를 위한 형식적 심사로 제한할 필요성이 있다.

이와 함께 경찰과 검찰의 관계를 지시·감독에 의한 종속적 관계가 아닌 상호 대등적, 상호 협력적 관계를 유지하면서 경우에 따라서는 기관 간 견제가 이루어질 수 있는 관계를 형성해 나가야한다.

특히, 경찰과 검찰의 상호 협력적, 상호 대등적 관계를 유지하기 위해서는 정부조직법상 규정된 직급까지 대등하게 맞추어야 할 것이다. 현재 검찰은 법무부의 외청으로서 검찰총장을 장관급으로 대우하고 있으며, 각 급 검사장을 차관급으로 대우하고 있다. 경찰 역시 행정안전부의 외청으로 조직법상 규정되어 있지만 경찰청장(치안총감)은 차관급으로 대우하고 있을 뿐이다. 2800여명의 검찰이 40명이 넘는 차관급 인사와 검찰총장을 장관급으로 대우하고 있음에 반해 경찰은 14만 명의 인력을 보유하고 있는 조직으로서 차관급은 유일하게 경찰청장 한 명뿐이라는 것은 조직법상 문제가 아닐 수 없다. 따라서 수사상 경찰과 검찰의 대등적 관계를 유지하기 위해서는 조직상 직급을 맞추는 일부터 시작되어야 할 것이다.

Ⅲ. 검찰 권한분배에 따른 두 기관 관계정립의 입법론적 개선방안

검사는 수사권과 공소권을 가진 국가기관이다. 이러한 검사가 가진 권한들을 통해 사실상 경찰은 검사의 지시, 감독, 통제를 받는 기관으로 인식되어져왔다. 그러나 대부분의 사건을 경찰이 처리하고 있는 현실에서 경찰과 검찰의 관계는 상호 협조적이고 상호 대등적인 관계가 형성되어야 한다. 그러기 위해서는 경찰이 담당하고 있는 직접적 업무에 대한 검사의 권한을 경찰에게 배분할 필요성이 있다. 그 대표적인 권한이 바로 영장청구권이라고 할 수 있다. 그러므로 아래에서는 헌법, 형사소송법 등 다양한 법률을 통해 영장청구권의 주체, 경찰과 검찰의 새로운 관계정립이라는 관점에서 정책적·입법적 대안을 마련해 보고자 한다.

1. 영장신청에 대한 검사의 심사를 형식적 심사로 제한

영장청구권을 검사에게 독점적으로 부여하고 있는 현행 법률(헌법, 형사소송법)의 발전과정을 통해 그리고 각 국가와의 비교법적 분석을 통해 검사에게 부여된 독점적 영장청구권에 대한 법률적 타당성 및 정당성의 관점에서 다양한 문제점들을 발견할 수 있었다. 이러한 문제들을 해결하기 위해서는 입법론적 개선이 절실히 요구된다. 이러한 관점에서 헌법을 개정한다는 것은 많은 어려움이 뒤따를 수 있다. 따라서 헌법에 명시된 규정을 따르면서 형사소송법을 개정할 수 있는 방안을 마련해야 한다.²⁴⁾

형사소송법의 개정은 경찰의 영장신청에 대해 검사는 영장신청의 적법성에 대한 ‘형식적 심사권’만을 부여해 영장청구를 하도록 하는 개정이 이루어져야 한다. 즉, 체포영장, 구속영장, 압수·수색영장 등 영장에 관해서는 ‘검사는 사법경찰관에 의한 영장 신청이 내용과 절차의 적법성을 유지한 경우에는 영장청구를 하여야 한다.’라고 규정함으로써 필요적 청구를 명문화할 필요성이 있다. 이러한 형사소송법 개정은 신속한 수사 절차의 이행을 가능하게 하고, 국민의 인권보장과 경찰 및 검찰 기관 간 견제와 균형이 이루어질 수 있도록 하며, 종국에는 실체진실의 발견이라는 형사소송법의 이념을 실현하게 될 것이다.²⁵⁾

경찰의 영장신청에 대해 검사에게 형식적 심사권만을 부여한다고 하더라도 법원에 의한 사법적 심사가 이루어지기 때문에 경찰에 의한 영장남발, 헌법상 규정된 국민의 기본권 침해 문제는 발생하지 않을 것이다. 또한 검찰내부의 비리사건이 발생한 경우

24) 우리 헌법은 헌법 개정절차가 법률 개정절차보다 까다로운 경성헌법이다. 그리고 2018년 5월 24일 대통령의 ‘개헌에 관한 (안)’이 폐기되어 현실적으로 개헌이 불가능하다고 할 수 있다(자세한 내용은 대통령의 개헌(안) 표결불성립에 대한 참여연대 입장(www.peoplepower21.org)).

접속일자: 2020년 10월1일) 참고.

25) 박찬걸, 앞의 글, 2019, 22-23면.

경찰이 신청한 영장에 대해 검찰이 영장신청을 기각하는 경우가 발생할 수도 있다. 이러한 검찰조직 내부의 자기식구 감싸기는 결국 경찰과 검찰의 기관 간 견제와 균형을 저해하는 결과를 가져오게 될 것이다. 따라서 경찰의 영장신청에 대한 검사의 형식적 심사권은 검찰조직 내부에서 발생하는 비위사건에 대해서도 경찰의 수사를 가능하게 해 검찰조직의 자기식구 감싸기 문제를 어느 정도 해결할 수 있을 것이다.²⁶⁾

검사는 헌법 및 형사소송법을 통해 수사권을 비롯해 공소권 등 다양한 권한들을 부여받았다. 그러나 형사사건의 대부분을 경찰이 담당하고 있는 현실에서 경찰에게 영장 청구권을 부여하지 못한다면 형사소송법의 개정으로 경찰의 영장신청에 대해 검사의 형식적 심사권만을 인정해 필요적 영장청구권을 명문화해야 할 것이다.

2. 경찰의 직급상향을 통한 타 기관 간 협력관계 유지

경찰이 수사기관으로서 검찰을 비롯한 타 기관과 협력적 관계를 유지하기 위해서는 조직법상 경찰조직의 직급조정이 이루어져야 한다. 경찰은 정부조직법상 행정안전부 외청(外廳)으로 치안총감인 경찰청장을 차관급으로 대우하고 있다. 그러나 법무부 외청(外廳)인 검찰은 검찰총장을 장관급으로 대우한다.²⁷⁾

그러나 14만 인력을 구성하고 있는 경찰조직이 수사의 주체로서, 국민에 대한 봉사자로서 역할과 기능을 다하기 위해서는 검찰을 비롯한 타 기관과의 협력이 중요하다고 할 수 있다. 그러므로 타 기관과의 협력을 위해서는 검찰과 대등한 직급이 부여되어야 한다. 검찰은 장관대우를 받는 검찰총장을 비롯해 40명이 넘는 인사(人事)가 차관급으로 대우받고 있다. 그러나 경찰은 오직 경찰청장만이 차관급으로 대우받고 있을 뿐이다. 그러므로 경찰청장을 차관급에서 장관급으로, 치안정감(6명)을 차관급으로 직급을 격상할 필요성이 있다.²⁸⁾

또한 경위를 7급에서 6급, 경감을 6급에서 5급, 경정을 5급에서 4급, 총경을 4급에서 3급으로 직급을 격상시켜야 한다.²⁹⁾ 경찰조직의 직급상향은 검찰과의 상호 협력적, 상호 대등적 관계를 형성하고 유지하며, 경우에 따라서는 상호 기관 간 견제와 균형을 이루는 필수조건이라고 할 수 있다. 결과적으로 경찰청장이 차관급에서 장관급으로 직급이 상향되면 국무회의에 참여할 수 있게 된다. 경찰청장의 국무회의 참여는 국가 중요 치안 및 정책문제를 상정할 수 있게 되어 범죄발생 및 대응, 치안문제에 대한 정책

26) 김명대·박호현, “경찰의 영장청구권 효율화 방안-형사소송법 개정법률(안)을 중심으로”, 『형법학』 제19권 제1호(2018), 365면.

27) 자세한 내용은 정부조직법 제32조 제2항, 제34조 제5항 참조.

28) 2020년 6월 19일 정청래의원이 대표 발의한 경찰법 개정법률(안)(의안번호:688) 참조; 경찰조직에서 치안정감 계급은 경찰청 차장, 서울지방경찰청장, 부산지방경찰청장, 인천지방경찰청장, 경기남부지방경찰청장, 경찰대학장 등 총 6명이다.

29) 박호현·김종호, “경찰의 합리적 역할방안 정립에 관한 논의”, 『법제』 통권 제684호(2019), 26면.

적 방안 모색을 통해 다양한 문제를 해결해 나갈 수 있게 될 것이다.³⁰⁾

3. 검사의 영장청구권에 대한 항고제도 신설

형사소송법은 검사에게 공소권을 독점적으로 부여하고 있고, 공소제기 여부에 대한 재량권까지 부여하였다. 이에 따라 검사는 다른 기관에 의한 견제 및 통제가 사실상 불가능하다고 할 수 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해 검사의 공소권에 대한 견제 및 통제 장치로서 검찰항고제도와 재정신청제도를 형사소송법에 명문화하고 있다. 검찰항고제도는 검사의 불기소처분에 대해 검찰 스스로 불기소의 부당한 점을 시정하는 제도임에 비해, 재정신청제도는 검사의 불기소처분에 대해 법원의 사법적 심사를 통해 불기소의 부당한 점을 시정하는 제도라고 할 수 있다.

이에 따라 영장청구권에 대해서도 검찰의 자정(自淨)적 노력을 1차적으로 요구하는 검찰항고제도가 요구된다. 검사는 수사권과 공소권을 가지고 검사동일체의 원칙을 따르는 국가기관이지만 공익의 대표자로서 적법절차에 따른 법률의 적용이 이루어질 수 있도록 하는 의무와 책임도 가지고 있기 때문이다. 따라서 경찰의 영장신청이 검사를 통해 청구로 이어지지 않을 경우 영장청구를 하지 않은 검사를 대상으로 항고 및 재항고가 이루어질 수 있도록 해야 한다.³¹⁾

영장청구에 대한 검찰항고에도 불구하고 불기소 결정이 난 경우에는 재정신청제도와 같은 법원의 사법적 심사가 이루어질 수 있도록 해야 한다. 검찰항고제도는 검찰 스스로의 시정책이라는 점에 의미를 둘 수 있지만, 이러한 시정책이라는 것이 경찰의 입장에서는 모순된 제도로 받아들여질 수도 있기 때문이다. 즉, 자기식구 감싸기로 비춰질 수 있다는 것이다. 그러므로 법원에 의한 사법적 심사의 기회를 기간의 명시로 특정하고 경찰에 부여함으로써 경찰에 의한 신속한 수사가 이루어질 수 있도록 해야 한다.³²⁾

헌법과 형사소송법을 통해 검사에게 다양한 권한이 부여되었음에도 불구하고 형사사건의 대부분을 경찰이 담당해 처리하고 있다. 특히, 사건을 수사함에 있어서는 영장의 발부여부가 신속한 수사 및 이에 따른 가해자와 피해자의 인권보호와 직결되기 때문에 영장제도에 대해 특정한 기관에 독점적으로 권한을 부여하는 것은 중요한 문제가 아닐 수 없다. 그러므로 경찰에게 영장청구권이 부여되는 것이 필요하지만 현실적으로 헌법개정이 어려운 상황이기 때문에 경찰이 영장청구권을 부여받을 수 없다면 영장청구에 대한 검찰항고제도와 재정신청제도를 형사소송법 개정을 통한 법률의 명문화로 독점된

30) 자세한 내용은 2020년 7월 1일자 폴리스tv “경찰청장도 장관급으로 격상하는 경찰법 개정안 발의”(www.policetv.co.kr 접속일자: 2021년 1월 12일).

31) 김명대·박호현, 앞의 글, 2018, 374면.

32) 한영수, “재정신청제도의 문제점과 개선방안-재정신청제도 개선을 위한 형사소송법 일부 개정 법률안을 중심으로”, 『인권과 정의』 제461호(2016), 115-116면.

검사의 영장청구권에 대한 견제와 통제가 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다.

4. 국민 인권보호 기관으로서 역할강화

경찰은 일제강점기 일본 식민정책을 강화하는 역할을 해왔고, 해방 후에도 국가의 정체성을 확립하지 못한 상황에서 미(美)군정기를 겪으면서 관료화되었다. 이때의 경찰은 국민에 대한 봉사기관이 아닌 국민에게 강제하고 명령하는 즉, 국민에 군림하는 권력기관이었다. 하지만 민주주의의 발전과 국민 의식이 성장하게 됨으로써 경찰의 역할도 국민에 대한 봉사기관으로, 국민의 인권보호기관으로 변화하게 되었다.³³⁾

그러나 검찰이 형사사법절차 내에서 다양한 권한을 가지고 있기 때문에 경찰이 국민에 대한 인권보호기관의 역할을 하는 것은 일정한 한계가 있다. 검사는 수사권과 이를 통해 기소여부를 결정하는 공소권을 가지고 있어, 사실상 수사권 및 공소권 모두를 독점하고 있다. 또한 검사는 체포·구속 감찰권을 가지고 있다.³⁴⁾ 이는 형사소송법을 통해 검사가 관할 수사관서 피의자 체포·구속 장소를 감찰할 수 있는 권한을 부여받은 것이다. 경찰은 시대의 변화를 겪으면서 경찰에 제기된 문제들을 해결하기 위해 많은 노력들을 해왔다. 법률적 지식을 갖춘 전문가(변호사자격증 취득자) 경찰 채용, 경찰조직 내 우수인재 대학원 진학, 법률지식 및 인성함양을 위한 전문가 특강 등 다양한 방법으로 경찰공무원들의 역량을 강화시키기 위한 시도와 노력들이 이루어지고 있다. 이러한 경찰의 노력들을 통해 경찰이 자체적으로 체포·구속 장소를 감찰해 국민의 인권침해 여부를 판단할 수 있고, 이에 대한 충분한 조치를 할 수 있는 능력을 갖추었다고 여겨진다.

그러므로 형사소송법 개정으로 검사에게 부여된 체포·구속 장소 감찰권을 경찰에게 부여해야 한다. 1차적으로 경찰서 단위에 인권보호관제도를 두어 인권보호관이 체포·구속 장소에 대한 감찰권을 가지도록 해야 한다. 그리고 2차적으로 지방경찰청 단위의 인권보호관제도를 통해 경찰서에 대한 감찰권을 두도록 함으로써 경찰 스스로 국민의 인권보호기관으로 거듭날 수 있게 될 것이다. 이러한 경찰 자체적 인권보호는 최종적으로 경찰청 국(局)단위의 부서에 인권보호관을 두어 최종적 감찰권을 행사하도록 하고, 그 기간은 경찰서 단위는 매일 1회 이상, 지방경찰청 단위는 6개월에 2회 이상, 경찰청은 1년에 3회 이상의 감찰을 하도록 하는 방안이 법률개정을 통해 명문화되어야 할 것이다.

33) 박호현·김명대·김종호, “복지경찰에 관한 논의: 범죄피해자 보호를 중심으로”, 『한국민간경비학회보』 제16권 제4호(2017), 76-79면.

34) 자세한 내용은 형사소송법 제198조의2 참조.

IV. 결론

경찰과 검찰은 그동안 수사권 관련문제로 첨예한 대립을 해왔다. 그러나 사건발생의 대부분을 담당해 처리하고 있는 경찰은 수사절차의 진행에 있어 증거보전 및 신속한 수사 그리고 가해자와 피해자의 인권보호라는 관점에서 검사의 권한을 분배해야함을 강조하고 있다. 특히, 검사는 수사절차에서 영장청구권, 수사지휘권 등을 부여받았고, 공소제기를 위한 권한인 공소권을 가지고 있다. 검사에게 부여된 이러한 권한들을 통해 경찰과 검찰의 관계는 상명하복 내지 지휘.통제를 받는 종속적 관계를 사실상 유지해 오고 있다.

그러나 시대의 변화에 따라 경찰의 역할 또한 변화하면서 국민에 대해 지시하고 강제하는 권력기관이 아닌 국민에 봉사하고, 국민의 인권을 보호하는 기관으로 변화하게 되었다. 경찰의 이러한 역할과 기능을 더욱 증대시키기 위해서는 검사의 권한을 배분해 경찰의 업무와 관련성을 가지는 사항에 대해서는 경찰이 직접적인 권한을 행사할 수 있도록 해야 하고, 이러한 권한배분을 통해 경찰과 검찰의 새로운 관계정립이 이루어져야 한다.

새로운 관계정립은 상호 협력적, 상호 대등적 관계여야 하고, 이를 위해 경찰에게 영장청구권을 부여할 필요성이 있지만 사실상 헌법 개정이 어려운 상황이기 때문에 형사소송법 개정을 통한 입법론적 개선이 요구된다.

첫째, 영장신청에 대한 검사의 심사를 형식적 심사로 제한해야한다. 경찰이 수사절차를 진행하는 경우에 영장신청, 청구, 발부의 절차는 신속한 수사와 가해자 및 피해자 인권보호와 관련성을 가진다. 그러므로 경찰이 영장을 신청한 경우 신청을 받은 검사는 영장신청의 내용과 절차에 대한 형식적 심사만을 통해 영장을 청구하도록 하는 형사소송법의 개정이 이루어져야한다.

둘째, 경찰의 직급상향을 통한 타 기관 간 협력관계가 유지되어야 한다. 14만 인력을 구성하고 있는 경찰조직이 수사의 주체로서 검찰을 비롯한 타 기관과 협력관계를 유지하기 위해서는 검찰과 대등한 직급이 부여되어야한다. 그러므로 경찰청장을 차관급에서 장관급으로, 치안정감을 차관급으로 직급을 격상할 필요성이 있다. 이러한 경찰조직의 직급상향은 검찰과의 상호 협력적, 상호 대등적 관계를 형성하고 유지하며, 경우에 따라서는 상호 기관 간 견제와 균형을 이루게 할 것이다.

셋째, 검사의 영장청구권에 대한 항고제도를 신설해야한다. 형사소송법은 검사의 불기소에 대해 검찰항고제도와 재정신청제도를 마련하고 있다. 검찰항고제도는 검찰의 자정(自淨)적 노력을 1차적으로 인정하는 제도라고 볼 수 있고, 재정신청제도는 법원의 사법적 심사를 통해 검사의 불기소처분에 대한 부당을 가려내는 제도라고 할 수 있다. 이러한 제도들을 영장제도에 적용함으로써 경찰과 검찰 기관 간 견제와 균형을 이루어 낼 수 있을 것이다.

넷째, 국민 인권보호 기관으로서 역할을 강화해야 한다. 경찰은 과거 국민의 인권을 침해하고, 국가의 부당한 지시와 명령에 앞장서는 소위 정권의 시녀로 여겨져 왔다. 그러나 시대의 변화와 민주주의의 발전으로 경찰 또한 조직에 대한 자정능력이 생겨 스스로를 감시하고 통제할 수 있는 충분한 능력을 가지고 있다고 할 수 있다. 따라서 현재 검사에게 주어진 체포·구속 장소 감찰권을 경찰에게 부여해야한다. 이를 통해 경찰서를 1차 기관으로 인권보호관을 두고, 지방경찰청을 2차 기관으로 인권보호관을 두며, 경찰청을 최종기관으로 하여 국민들의 인권보호를 위해 의무와 책임을 다할 수 있도록 해야 한다.

[참고문헌]

- 김명대·박호현, “경찰의 영장청구권 효율화 방안-형사소송법 개정법률(안)을 중심으로”, 『홍익법학』 제19권 제1호(2018).
- 김상겸, “검사의 영장청구에 관한 헌법적 연구”, 『형사법의 신동향』 제57호(2017).
- 김택수·박노섭·이동희·최대현, 주요국 경찰의 수사실무상 강제처분 유형별 권한, 요건 및 절차에 관한 연구, 『정책연구보고서』 (2018).
- 문재완, “우리 헌법상 영장조항과 영장청구주체에 관한 연구”, 『세계헌법연구』 제19권 제1호(2013).
- 박찬걸, “검사의 독점적 영장청구권 인정의 타당성 및 이에 대한 견제방안”, 『형사법의 신동향』 통권 제62호(2019).
- 박호현·김명대·김종호, “복지경찰에 관한 논의-범죄피해자 보호를 중심으로”, 『한국민간경비학회보』 제16권 제4호(2017).
- 박호현·김종호, “경찰의 합리적 역할방안 정립에 관한 논의”, 『법제』 통권 제684호(2019).
- 성문규, “헌법상 영장신청권과 인권과의 무관계성에 대한 고찰-영장관련 조항의 개헌 및 입법경위를 중심으로”, 『저스티스』 제162호(2017).
- 서보학, 헌법상 검사독점적 영장청구권 문제의 실증적, 처방적 연구, 『연구보고서』 (2009).
- 신동운, “수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(Ⅱ)”, 『서울대학교 법학』 제42권 제2호(2001).
- 유주성, “사법경찰의 역사적 형성에 관한 연구-개념적 형성과정을 중심으로”, 『경찰법연구』 제12권 제2호(2014).
- 유주성, “수사와 기소 분리를 위한 쟁점과 과제”, 『입법과 정책』 제10권 제2호(2018).
- 이정민·황태정, 수사구조개혁 관련 일본식 형사제도 도입에 관한 연구, 『정책연구보고서』 (2013).
- 이정민, “일본의 수사제도 운영과 그 전제”, 『형사법의 신동향』 제60호(2018).
- 정웅석, “헌법상 검사의 영장청구의 의미와 가치에 관한 연구”, 『형사소송의 이론과 실무』 제9권 제2호(2017).
- 천진호, “영장청구권의 귀속 주체에 관한 검토”, 『법학논고』 제26호(2007).
- 하태훈, 영장제도의 현황 및 개선방안 연구, 『인권상황 실태조사 연구용역 보고서』 (2013).
- 한영수, “재정신청제도의 문제점과 개선방안-재정신청제도 개선을 위한 형사소송법 일부 개정 법률안을 중심으로”, 『인권과 정의』 제461호(2016).

황운하, “영장청구권에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원, 박사학위 논문(2012).

Denis J. Keenan·Dennis Keenan, 「Smith & Keenan's English Law(13th edition)」, Longman Pub Group, 2001.

Paul Ozin·Heather Norton·Perry Spivey, 「PACE : a practical guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984(3rd edition)」, Oxford University Press, 2013.

법무부 형사법제과, 일본형사소송법(한글번역본), 2009.

법무부 형사법제과, 독일형사소송법(한글번역본), 2012.

일본 헌법 세계법제정보센터(www.world.moleg.go.kr).

경찰법 개정법률(안)(정청래의원 등 14인 발의, 의안번호: 688).

대통령의 개헌(안) 표결불성립에 대한 참여연대 입장(www.peoplepower21.org).

폴리스tv, 경찰청장도 장관급으로 격상하는 경찰법 개정안 발의(www.policetv.co.kr).

[Abstract]

**A discussion on the distribution of authority between police and
prosecution through the warrant system**

Park, Ho-Hyun*

The prosecutor has various powers within the criminal justice system. in particular, if the police are given the right to request warrants, the overuse of warrants can violate the human rights of the people. for this reason, the right to request a warrant was given to the prosecutor. but the police are in charge of most of the criminal cases. this could create difficulties in terms of the swiftness of the investigation, the discovery of the truth and the protection of the human rights of the people. in fact, in the past, the police were agencies that helped the state power. but social development and the changing times have changed the role and function of the police. in other words, it transformed the police into a people's service agency, a people's human rights protection agency.

This calls for the distribution of authority between police and prosecutors. however, the right to request a warrant defines the subject through the Constitution and the Criminal Procedure Act. thus, changes can only be made through constitutional amendments. thus, changes must be made through the revision of the Criminal Procedure Act. if the authority is concentrated on one institution, there is a greater possibility of violating the human rights of the people. to solve these problems, interagency checks and controls must be made. it should also maintain a mutually cooperative and equal relationship. therefore, the police should be given various powers, including the right to request warrants. these efforts will eventually result in a new relationship between the police and the prosecution.

Key words: the police, the prosecution, right to request a warrant, protection of human rights, authority, service organization

* Professor, Department of Police & Security Service in Jeonnam State University, Ph.D. in Police Science.

论中国刑事证据理论转型与程序的构建 (중국 형사법상 증거이론의 변화 및 절차 구축에 관한 논의)

사진원(史进元)* · 제혜금(诸慧琴)**

논문요지

중국에서 전면적인 법치국가 전략을 전개함에 따라, 형사소송법상의 증거제도는 현대적 법치국가의 건설과 중국 형사소송 개혁의 목표에 부응하기 위해 중국특색의 위법수집증거의 배제원칙을 점진적으로 수립하고, 재판중심의 소송방식을 구축하였다. 이러한 소송방식은 재판단계에서의 대질, 인증 등의 절차가 강화된 관계로, 고소인 측에서 기존의 방식대로 진행해 온 증거수집 및 증거 활용에 대한 절대적 우위에 큰 영향을 미칠 것이 분명하다. 또한 이러한 변화는 증거제도의 이념적 변화, 소송구조에 대한 조정, 증거원칙의 변화 등에도 영향을 주게 된다. 1979년부터의 「형사소송법」은 주로 국가정치의 수호를 담당하는 기능에 대해 강조하였다. 그러므로 국가기관에 막대한 권한과 권력의 행사권리를 부여하는 데 있어 세부적으로 절차적 규범이 결여되었던 바 있다. 그 이후 1996년에 개정한 「형사소송법」에서는 국가기관에서 위법증거수집 행위를 금지한다는 점을 명확히 하였고, 마지막으로 최근의 2012년에 개정한 「형사소송법」의 증거제도에서는 위법수집증거의 배제원칙을 비롯한 증거에 대한 규정을 수립하면서 형사소송 법치화의 발전을 추진시켰다. 하지만 입법 형식상으로 세운 증거제도는 여전히 많은 문제점들이 존재한다. 예컨대 구체적인 사법실무에서의 증거적용은 전통적인 사법이론, 사고방식 및 법집행의 관행의 영향을 많이 받게 되고 이러한 문제점들은 여전히 과제로 남아있다. 그로 인해 이론개혁과 제도건설은 서로 격렬한 충돌과 대항에 직면하기 마련이다. 따라서 증거적용에 관한 이론적 기반, 개념적 범위 등의 문제들을 실무적 상황과 더불어 보다 심층적인 연구가 시급하다. 이것을 기반으로 중국적 특색이 있는 형사 증거제도에 대해 연구를 진행하고 중국 형사증거재판방식을 구상하는 것 또한 현 시점에서 시급히 필요하다고 여겨진다.

검색용 주제어: 위법수집증거의 배제원칙, 증거의 이론, 증거능력, 증명력, 증거기준의 구축

· 논문접수: 2020.12.01. · 심사개시: 2020.12.23. · 게재확정: 2021.01.11.

* 중국 서안석유대학교 마르크스주의학부 조교수

** 전주대학교 경영학과 부교수, 교신저자

I. 前言

目前，中国正处于全面推进依法治国、深化司法体制改革的历史时期，刑事诉讼制度由以往的侦查中心主义过渡到审判中心主义，2014年10月23日通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出，“推进以审判为中心的诉讼制度改革，确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。全面贯彻证据裁判规则，严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据，完善证人、鉴定人出庭制度，保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。”从《决定》的主导方向分析，审判为中心的诉讼制度改革重心倾向于证据的适用过程的规范化，完善证据的合法性审查，这是对以往侦查为中心的诉讼制度中过度强调侦查作用，注重实质正义结果的反思与改革，从结果的控制转向程序过程的控制，不仅是冤假错案倒逼改革，也是法治进步的必然趋势。但是，徒法不足以自行，在这个过程中，并非在立法层面法律规范的制定就能发挥相应的效果，更重要的是刑事理念的转变、理论的更新、证据审查理论与程序、相关概念范畴的明确、证据适用的规范化与程序化。本文主要结合当前理论与实务上在证据适用中存在的问题进行分析说明，对刑事诉讼制度改革过程中需要重新厘清证据适用的脉络展开讨论。

II. 刑事证据适用理论解读的新视角

新中国成立以来，确立了马列主义在中国各学科指导思想中的地位，其强大的分析能力总能够透过纷繁复杂的社会现象揭示社会运行的本质规律，马列主义理论与经验在政治、经济、文化、法律等方面发挥着指导作用，形成了不可动摇的地位与权威，站在无产阶级立场上，用批判的视角揭示资本主义社会的虚伪性和欺骗性，特别是资本主义法治表现形式多样，内容庞杂，但无法改变其为资产阶级服务的本质，因此，研究的注意力更多地集中在批判层面，不屑于具体制度运行的效果和作用，这不但是刑事证据研究的态度，还是整个意识形态领域内秉持的观点。随着改革开放的深化，法学研究呈现出多样化的发展，社会制度、性质、文化、传统等不同，不再是研究与交流的隔阂，各国法治发展的路径与方法都需要重新审视，用马克思主义理论中“扬弃”观理性分析社会事物，由批判转变为批判吸收、重塑，法治研究逐步纳入发展的轨道上来。中国的刑事证据制度后蒙于前苏联理论模式，第一次后蒙以辩证唯物主义认识论和实事求是为指导思想，奠定了我国传统刑事证据学理论体系的理论基础，理论界普遍将公检法三机关的诉讼证明活动视为一种认识活动，其主要目的就是为了查明和证明案件事实真相。第二次后蒙以程序正义、人权保障、程序法治等为理念，奠定了我国刑事证据法学由传统走向现代的理论基础。¹⁾在刑事证据理论转型与升级的进程中，公检法三机关定位与分工进行重组，受制于传统的权力观，以及职权机关形成的较为稳定的衔接

1) 王超，“中国刑事证据法学研究的回顾与转型升级”，「法学评论」，2019年第3期，第72页。

模式仍将发挥作用，司法机关自由裁量的范围内，有时是为了弥补之前程序中职能机关的过度行使权力后果或失误，裁判更多的是行使协调职能，反而淡化了裁判的价值使命，实务中司法裁判不统一并非基于事实与法律，出现突兀与反常的案例并非个别现象。在构建以审判为中心的诉讼模式中，强化控辩双方对抗性，改革侦查为中心的模式中侦诉机关权力过于强势的不平衡状况，但是权力惯性的使然，这个转变过程必然是痛苦和煎熬的，新的诉讼理念、原则、规则、概念的树立，权力的格局的调整，塑造一个新的诉讼模式，使得各方在合理的制度框架内进行博弈并非一撮而就，理论创新只有在实务中不断接受洗礼与考验，才能形成中国特色的刑事证据的规则与体系。

1. 重构刑事证据的理论基础与刑事证据的适用

马列主义理论作为中国社科研究的行动指南，在研究领域具有广泛而深刻的意义，作为其理论重要内容之一的唯物辩证法对证据法学的发展产生重要影响。唯物辩证法说明的是哲学上最基本的问题，即思维 and 存在、意识和物质何为本源的问题，进而指导人们用正确的立场、观点和方法认识世界和改造世界，解决的是世界观和方法论的问题，具有高度的抽象性和概括性的特点，关于客观事物、客观现实、客观事实等用词实际上与法律事实是在不同层面讨论的问题。唯物史观上对客观事物的评价涵盖了所有的客观实际情况，甚至于所有的社会规范也作为唯物辩证法客观事物的评价对象，这种哲学观给研究者树立正确的世界观与方法论为目的，不指向具体学科的研究的内容和形式。在一般的情况下，社会生活的价值选择上保持着一致性，自然事实与法律事实不存在冲突，也就是说朴素的唯物主义观对事实的认识与法律上的认识是相吻合的。唯物辩证法认为运动着的物质世界是普遍联系和永恒发展的，联系的观点和发展的观点是唯物辩证法的两个基本观点，认为世界是一个有机的整体，万事万物都是相互联系的，联系是普遍的、客观的和多样的，不能将客观世界分割开去去研究、认识，这种观点指导人们不断探索世界的本质、规律，人们从不同的角度认识、评价这种联系，研究的范围、方法、价值在思维领域呈现出多种样态，丰富和发展了哲学的形式与内容。唯物辩证法作为人们认识世界和改造世界的根本方法，是人类智慧的结晶，凝结了人类在认识论上的经验，在实践中不断丰富与发展。可以说，马列主义是关于真理的讨论，是真理的判断，真理的立场、观点和方法对于抽象的意识形态具有指导作用，能够克服自身自身的缺陷与不足，在根据证据裁判案件时，判断标准是由抽象到具体的过程，笼统而又宽泛的标准不具有可操作性，需要发现贯彻指导思想的具体方法和程序。

刑事证据学在价值取向上不光承载着事实判断，在出于社会秩序稳定的考量，避免对道德伦理造成剧烈的冲击，以及理性的选择上更倾向于价值判断，因此在探究事实面前会选择有意识地阻断，例如非法证据排除规则、作证豁免权等制度的设计。传统的观点将诉讼活动视为一种以发现事实真相作为目标的认识活动，大多数法学学者一度将“辩证唯物主义认识论”作为“证据学的理论基础”，在坚持可知论和实践论的前提下，很多学者都认为发现案件的客观真相，确保司法人员的主观认识符合客观实际情况，就是诉讼活动的最终归宿，也是证据

学的最高指导方针。²⁾在秉承辩证唯物主义认识论的情况下，我国学者几乎完全接受了前苏联的客观真实观念或者客观真实原则，理论界普遍认为，辩证唯物主义认识论是可知论和彻底的能动的反映论，办案人员能够认识客观事实和发现案件事实真相，办案人员在办案过程中必须忠于事实真相，基于物质与意识之间的辩证关系，公安司法人员对案件客观真实的认识既要充分发挥他们的主观能动性，又要做到主观符合客观，客观真实是绝对真实与相对真实的辩证统一。³⁾意识形态的评价标准有别于刑事证据运用的评价标准，意识形态领域的指导思想在司法中无限放大，能够证明案件事实的证据可通过国家机关工作人员努力不断地发现，树立权力绝对权威与发现事实真相的目的具有了一致性，抽象的指导思想作为评价标准，显然对于权力缺乏制约的边界，反而造成了不良的司法后果，也不利于规范权力制度的建设。

当前对于刑事证据的理论基础重新认识，以事实为依据，以法律为准绳作为中国诉讼法的基本准则，客观真实对于任何案件来说始终处于核心地位。证据法的逻辑起点在于事实认定，其内在功能指向事实认定的准确性，唯其如此，才能为法官的判决提供事实基础，裁判才能具备基本的正当性。⁴⁾从判决结果来看，其所依据的基础就是事实，作出判决结果的前提存在以下两个重要问题，其一，证据的合法性，这关系到证据能否作为定案的依据，也就是证据能力的问题，主要审查侦查机关行为的合法性，当前的《刑事诉讼法》第五十四条作为相关规定的主要内容，对证据的合法性审查与取舍的问题，涉及价值判断与取舍；其二，证据能够证明案件事实的标准是否达到刑事诉讼法的要求，也就是证明力的问题，《刑事诉讼法》第五十三条规定的证明标准，这属于根据经验法则、社会常识、科学知识等主观判断是否达到法定标准，这种主观认识过程能否形成共识的问题，主要涉及的是事实判断。其实，在刑事诉讼中追求案件事实与意识形态的指导思想并不矛盾，一方面，刑事诉讼中查清案件事实的方式、方法不能违背法律规定而侵害合法权益；另一方面，法律真实其实有别于客观真实，人类利用各种途径、手段极大地接近客观真实，但这种途径、手段不能违背伦理道德、法律等社会规范的价值选择，造成人类社会的诚信危机，引发道德失范，破坏长久以来形成的、符合人类期望的规范价值的基础，在这个层面上的价值选择，各种社会规范形成了合力，具有一致性，这也是当前中国刑事证据理论重塑的中所面临的价值选择。

2. 构建二元权力观理论的思考

中国特色社会主义制度构建经历了各种考验和洗礼，逐步进入到发展的正常轨道上来，不断健全国家的治理体系和提升治理能力，关于政治权力有了深刻的认识，这种政治权力的合理性建立在其深刻的历史背景与现实基础之上，政治权力及其规范化运行已经形成了共识，全面依法治国作为国家的战略布局不断推进，相应的权力规范制度不断健全，制度的建设不

2) 陈瑞华,「刑事证据法的理论问题」,法律出版社,2018年,第2页.

3) 王超,“中国刑事正法学研究的回顾与转型升级”,「法学评论」,2019年,第3期,第72页.

4) 杨波,“以事实认定的准确性为核心—我国刑事证据制度功能之反思与重塑”,「当代法学」,2019年6期,第132页.

可能一撮而就，是一个长期的、动态的过程，法治发展过程中必然呈现观点迭出、价值多元化、理论争鸣局面，认识不断提升，焕发着人类的理性光辉，对于各种争论需要梳理脉络、理清思路。这就会出现同样的用语在不同层面进行评价的问题，权力在特定的时空范围内，在政治层面是宏观的、整体的评价，这种评价包含了政治伦理道德、民族信仰、共同体的价值认同等内容，凝聚了民族的合力与精神，具有高度的抽象性和概括性。而在法律领域内的评价是具体的、明确的，针对的是具体的行政行为的合法性、合理性评价，国家权力经由具体的主体行使过程中违法与合法，与个体的权利密切相关，在权力与义务相统一的框架内，遵循总量守恒的定律，权力的扩张必然导致权利的收缩，加之法治观念中权力具有天然的扩张属性，防止权力滥用是程序立法的要义，权力在法治领域的微观上人们更多地关注它的“恶”的属性，这很容易触动行政权力的政治伦理道德情感，同一个问题站在不同层面、不同领域、不同价值取向的争论，这种冲突被误导或拔高，突破了法律评价的范围，法律程序的价值显然会被忽视。

社会常态化运转的状况下如何贯彻辩证唯物主义认识论，首先，在法学领域厘清抽象的权力与具体的权力，也就是二元权力观的提出与构建，关于抽象的权力是说明国家政权与制度的合法性与合理性，基于中国的历史与现实选择，在宪法中确认其明确性与权威性，宣示了国家、民族与个人的共同利益一致性，宪法不作为具体案件的适用依据，体现的是宣示性机能。作为意识形态的指导思想，坚持辩证唯物主义是一种高度抽象概括的评价，调整的范围更多地作用于思想领域，发挥指向与引导的作用，但在具体的法律规范适用过程中，需要的是世俗化的、具有可操作性的法律规范，即使在法律适用层面，需要厘清指导思想的作用和范围。具体的权力是指国家机关在执法过程中，行使权力的主体、范围、程序等内容，指向具体的人或事并产生法律效果的权力。它指向的是具体的、可操作性的微观层面，在这种情况下，国家机关行使的具体权力应当接受监督、审查、建议等义务，存在合法性与合理性的审查，特别是在刑事证据的运用中，证据的搜集、保存、出示、质证、认证严格按照法律规定的程序，程序正义的法律原则在这些规则中得以实现。规范具体权力运行的程序，由于传统的一元权力观，也认为是对抽象权力的对抗，否定抽象层面的国家制度的权威，所以中国的审判制度比较排斥对抗式的审判方式，现实中人们对权力要求很高，期望很大，也就有了“命案必破、积案必清”等不切合实际的刑事政策，反而没有了具体的标准和根据，冤假错案不可避免。所以有必要树立二元的权力观，抽象层面的权力是绝对的、权威的，而具体层面的权力是有限的、世俗的，需要承认权力本身的局限，在行使的过程中会出错。证据规则的设立的首要目的是认定案件事实，这应当是任何时期、任何国家设立证据规则的共同目的，但是由于人类认识水平的限制，以及主客观因素的制约，人类无法准确无误地还原客观事实每一细节，即使在哲学的认识论上也承认这一客观现实。依据二元权力观理论，在立法、制定刑事政策更具有针对性，避免出现不切合实际的目标。

Ⅲ. 刑事证据的属性与阶层审查理论的构建

近年来,关于刑事证据制度改革的深入,对其他国家证据制度不断地研究,新的证据理论与制度的深入了解,中国刑事证据“三性”理论受到了批判,从静态的角度分析证据客观性、合法性与关联性对于研究证据的特性是不存在问题,但是这种高度抽象概括的理论缺乏可操作性,难以指导适当程序的构建,当前证据审查的程序趋于严密,在刑事证据制度中引入大陆法系国家的证据能力和证明力的概念,在理论的逻辑推理更具有连贯性和可操作性,需要妥善处理好传统的证据“三性”理论与新的程序设计,也就是创新与传统的结合,才能贯彻中国立法的稳定与连续,如果硬性推进域外概念、原理与程序设计,违背司法运行的惯性,必然会产生制度的排异与逆反作用。关于取代传统证据“三性”理论有先审查证据能力,再审查证明力的两阶层证据审查模式,正逐步取代证据“三性”审查模式,成为学界和实务界共同认可的模式。⁵⁾认为证据准入与证据评估是两种不同性质的活动,证据审查两个阶段的适度分离更有利于案件事实的准确认定。⁶⁾从目前的理论转变的趋势分析,从传统的证据“三性”的综合审查转变为证据能力与证明力的阶层审查,将大陆法系国家证据制度中证据能力与证明力概念逐步确立,并建立证据审查程序,指出证据要转化为定案根据,应当具备两项基本的基本的资格要求:一是证据能力,二是证明力。⁷⁾大陆法系国家的证据能力与证明力概念与理论可以清晰揭示证据作为定案依据具备的条件,依此作为程序设计在逻辑顺畅,理论基础扎实,但是任何制度的设计须经实践的检验才能证明其的强大生命力,本土化过程在不断地改良与进化中才能有效地发挥作用,结合中国刑事证据理论探究这个过程的内在规律。

1. 中国刑事证据三大属性的理论局限

2012年《刑事诉讼法》的修改,证据的概念由“事实说”转向“材料说”,将“证明案件真实情况的一切事实都是证据。”修改为“可以用于证明案件事实的材料,都是证据”。“材料说”的提出,弥补了“事实说”与“证据仍须查证属实”之间的矛盾,使得证据概念更加符合诉讼规律。⁸⁾法律规定将证据表述为“材料”,显然更具有质感,由抽象向具体转变。从立法的趋势看,中国刑事证据三大属性,即客观性、合法性与关联性在证据理论中处于绝对地位,指导着刑事证据理论与程序的立法走向,但是,关于证据的三大属性的争论一直没有停止,证据的属性是一种、两种还是三种属性;在价值选择过程中,证据的客观性优先于证据的合法性,还是证据的合法性优先于证据的客观性。其实,关于这些问题的争论并没有脱离传统理论的范畴,从刑事诉讼功能的角度看,刑事诉讼是以查明案件事实,打击犯罪作为终极目的,强调

5) 艾明,“我国刑事证据能力要件体系重构研究”,《现代法学》,2020年5月,第42卷第3期,第71页。

6) 吴洪淇,“刑事证据审查的基本制度结构”,《中国法学》,2017年,第6期,89页。

7) 陈瑞华,《刑事证据法学(第三版)》,北京大学出版社,2018年,第119页。

8) 孙悦,“刑事证据制度转型:由证据概念、证据属性到证据资格”,《东北师范大学(哲学社会科学版)》,2020年9月,第25页。

证据的客观性；还是以保障人权，实现程序正义为宗旨。从维护权力的最高权威来说，更容易接受证据的客观性为证据的首要属性，利用权力的强大威力可以调动广泛的资源，最大限度地发现案件事实，这是权力的优势所在，但从规范权力的角度看，更多地会选择合法性作为证据的首要属性，设计出复杂而又巧妙的程序，使得权力运行既通明又规范，但在效率面前大打折扣，所以传统理论中证据的属性序列争论一直没有结论。关于证据属性的范畴也有观点认为是抽象化的概括，证据属性的价值是从宏观层面上对证据进行综合把握，是以理论的角度对证据与非证据之间所作出的区分，尽管其具有一定的理论张力，但却难以应对司法实践中灵活多变的证据情况。⁹⁾也对法律职业者造成一定的误解，认为证据不具备合法性就应当排除，然而，非法证据排除在现实当中并非绝对排除，证据排除规则适用范围也是很有限，在综合的评价中进行选择的过程。

证据三大属性划分理论从静态的角度看，任何证据都具有这些属性，对于分析证据的性质，认识证据的价值有积极的意义，但是从目前的争论观点，不管是证据属性的几分法，将证据的客观性与合法性对立起来，在这个问题上必须作出一个选择，这也是司法实务中证据的客观性与合法性经常产生冲突节点所在，证据在适用的程序中不同的主体进行审查，存在取舍与评价的动态变化，所以在动态选择上激烈对抗。因此，在认识证据的三大属性时，要分清清楚是在静态的证据理论研究领域，还是在动态的证据适用领域，具体案件中证据取舍其实是法律价值的选择，希望或者将会产生怎样的法律效果与社会效果，是动态的评价过程。现行《刑事诉讼法》第五十六条第一款规定：采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。该规定是中国刑事证据中非法证据排除规则的核心，规定的内容主要围绕着认定非法证据及是否排除，也就是审查证据的合法性，与证据能力相关，但是证据的非法性不是证据排除的必然结果，从而动摇了证据的三大属性理论，证据的合法性在实务中并非是绝对的，有必要引入证据能力的概念与理论，证据审查具有明确的规则体系。

2. 阶层证据审查模式的构建

近来关于证据审查模式建立了类似于大陆法系国家的证据能力与证明力的规则体系，大陆法系刑事证据制度关于证据能力与证明力的概念已经在中国刑事诉讼中逐步确立和运用，这与传统刑事诉讼中强调刑事证据的三大属性更具有可操作性，从程序规则的发展历程可知，程序的核心任务是认定事实，但也并非只是单纯的认定案件事实，通过合法的程序认定过程将人们在客观事实无法企及的程度内最大化地发挥人类理性判断。目前中国刑事证据制度中

9) 孙悦, “刑事证据制度转型：由证据概念、证据属性到证据资格”, 「东北师范大学(哲学社会科学版)」, 2020年9月, 第25页.

建立了独立的证据能力的审查模式，结合证据的三性形成较为清晰的经验事实判断—法律规范评价—经验事实判断的逻辑关系。根据经验常识判断相关材料是否与证据相关，即证据的关联性判断，证据法上的关联性是指在审判中根据法律、逻辑和经验法则，证据与案件争议事实之间存在的一定程度的证明与正否关系。关联性可以说在证据制度中评价范围较为宽泛，涉及面广，某个材料能否作为证据使用。

首先，由材料向证据的初步判断。需要侦查人员根据自己的经验进行筛选，该材料与案件事实相关，一定程度能够证明案件事实真伪，这是对于材料的评价没有达到细致入微，但是个综合评价的过程，侦查人员搜集尽量全面、客观，这些支撑材料能够尽可能地还原案件过程，要求侦查人员不仅具有一般的经验常识，还要拥有广泛的专业知识，高于常人的经验判断，关联性的判断可以贯穿证据制度的整个程序，重点是在材料成为证据的第一个关口。《刑事诉讼法》第五十二条规定：审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据，不得强迫任何人证实自己有罪。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，除特殊情况外，可以吸收他们协助调查。从中国的刑事诉讼法相关的规定可知关联性涉及内容丰富，关于有罪或无罪、犯罪情节轻重等各种证据，这个层次的判断属于事实判断，相关人员根据一般的经验审查材料，是从经验事实层面指引控辩审三方搜集证据、评价证据。¹⁰⁾在中国实务当中，关于证据的相关性还不是控辩双方争论的焦点，一方面，刑事证据制度中不承认品格证据，相关性发挥证据排除的作用几乎微乎其微；另一方面，证据搜集程序辩方介入程度十分有限，对于案件信息的了解几乎完全依靠控方提供的证据，相关性的判断是在控方主导下进行，所以辩方针对证据相关性对抗的余地不大。

其次，收集的材料与案件事实相关，就进入到另一个层面的判断，证据能力的判断，上升到价值判断。证据能力指的是诉讼证据具备成为法庭调查程序实质调查对象的法律资格条件，它更强调从法律规范层面评价控辩双方搜集证据的合法性。既然是证据收集的合法性审查，就应当紧密结合取证规范进行评价，以取证规范作为评价基准，判断收集的证据是否合法，是否需要排除使用。总而言之，判断证据是否具备证据能力是一种法律规范评价，应当有别于判断关联性是否存在的经验事实考量。¹¹⁾从程序的设计上看，《刑事诉讼法》第五十六条规定主要审查证据的合法性，非法言词证据与非法实物证据不符合法定程序将如何处理，如果非法证据达到法律所要求的标准，将不被法庭采纳。这个过程涉及两个问题，一个是非法证据排除与否是出于证据的客观性与合法性选择的问题，关于言词证规定采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。2017年4月18日，中央全面深化改革领导小组第34次会议审议通过《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》，第一条规定严禁刑讯逼供和以威

10) 艾明, “我国刑事证据能力要件体系重构研究”, 「现代法学」, 2020年5月, 第42卷第3期, 第71页.

11) 艾明, “我国刑事证据能力要件体系重构研究”, 「现代法学」, 2020年5月, 第42卷第3期, 第71页.

胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据，不得强迫任何人证实自己有罪。对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。第二条规定采取殴打、违法使用戒具等暴力方法或者变相肉刑的恶劣手段，使犯罪嫌疑人、被告人遭受难以忍受的痛苦而违背意愿作出的供述，应当予以排除。第三条规定采用以暴力或者严重损害本人及其近亲属合法权益等进行威胁的方法，使犯罪嫌疑人、被告人遭受难以忍受的痛苦而违背意愿作出的供述，应当予以排除。第四条规定采用非法拘禁等非法限制人身自由的方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除。第五条规定采用刑讯逼供方法使犯罪嫌疑人、被告人作出供述，之后犯罪嫌疑人、被告人受该刑讯逼供行为影响而作出的与该供述相同的重复性供述，应当一并排除。从法律与司法解释的规定对于刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他方法作了解释，方便实务认定和操作，认定为与刑讯逼供相当性的方法取得的口供，不得作为定案依据，属于绝对排除情形。关于实物证据排除中规定的“可能严重影响司法公正”，司法解释对此规定：“应当综合考虑收集物证、书证违反法定程序以及所造成后果的严重程度等情况作出认定。”由于物证、书证的客观性比较强，通常是定案的重要证据，因此，实践中对物证、书证的排除要持谨慎态度。非法证据排除规则所关注的对象是基本人权，如果收集实物证据的行为故意违反法定程序，并且侵犯了宪法规定的公民隐私权、财产权、通信自由权和通信秘密权等基本人权，就可以被视为严重影响司法公正。实践中对于非法证据的排除，也要考虑被告人罪行的严重性，注意维持国家利益、社会公共利益与人权保障之间的适度平衡。对于恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪以及杀人犯罪、绑架犯罪等危害国家和社会稳定的严重刑事犯罪，侦查机关可能基于维护国家和社会公共安全的必要，在特定情况下违反法定程序收集实物证据，实践中对此类非法实物证据是否予以排除应当特别慎重。实务中反馈的情况，言词证据排除审查的重点是取证方法，关于合法性的审查；实物证据排除基于两方面考量，一方面是收集程序的审查，这是关于合法性的审查；另一方面，考量罪行严重程度、国家、公共利益与人权保障之间的平衡，是对客观性与合法性之间综合评价作出选择，更深层次来讲，特定情形下，实质正义与程序正义如何取舍的问题。

2017年最高人民法院“三项规程”的出台，中国开始在审判程序中构建独立的、相对分离的证据收集合法性调查程序，证据能力的作用时点已被提前至法庭调查时，证据能力的主要作用是阻止收集不合法的诉讼证据进入法庭调查程序。关于2018年1月1日生效的《人民法院办理刑事案件庭前会议规程》规定主要听取意见集中在证据合法性审查，但实务中并没有将证据能力的审查集中在合法性上面，法律规定的实物证据审查是综合评价的过程，庭前程序的设计防止一些非法证据进入到庭审程序，又不可避免对事实进行审查，意图建立独立的证据能力审查程序在理论上逻辑清晰，但实务中难以贯彻，从非法证据排除的阶段看，非法证据排除可以在侦查、起诉和审判阶段启动，如果法庭审判阶段认为必要仍然可以审查判断，这个审查内容不仅涉及证据的形式、方法等程序性的问题，也可以对证据的证明力、价值取向等问题，可以说，证据能力的审查已经进入到综合的评价层面，目前的立法更倾向于集中在合法性的审查，公诉机关在实务操作中显然更倾向于综合审查。

最后，具有证据能力的证据进入到法庭调查程序，确定其证明力，在此基础上综合判断，

衡量是否达到定罪量刑的证明标准。这个阶层存在两个阶层递进的判断，先是证明力的评价，中国现行证据规则对不同证据的证明力确定了优先顺序。证据证明力受制于外部世界与内心世界的种种限制，证明力评价与认定需要遵循认识规律，遵守经验法则与逻辑法则，受到合理的心证制约。人类进入理性裁判以后，证据裁判主义被认为查明案件事实的最好理性方式，为避免神示裁判状态下裁判者的毫无固定标准的恣意裁量，人们认识到有必要对法官的认识进行标准化和固定化，建立了详细的证据评价认定标准，同时又陷入了认识的形式主义与机械主义。¹²⁾目前，中国的关于证明力的立法情况，也存在这样的问题。根据2001年最高法院有关民事诉讼证据问题的司法解释，原始证据的证明力一般大于传来证据，直接证据的证明力的一般大于间接证据。2002年最高法院行政诉讼中证据运用问题所作的司法解释，国家机关以及其他职能部门依职权制作的公文文书优于其他书证，鉴定意见、现场笔录、勘验笔录、档案材料以及经过公证或者登记的书证优于其他书证、视听资料和证人证言，出庭作证的证人证言优于未出庭作证的证人证言。以法定的形式确认证明力的大小，能够规范法官在裁判中的权限，但却违背了证据的客观性规律，证据的法定形式并不能完全说明证明力的大小，古典的法定证据制度已经充分说明了这个问题。证明力规则强调证据的真实性和证据价值，在中国司法实践中，法官比较推崇证明力规则，通常将证明力置于比证据能力更加突出的位置，在重要性上有时甚至超过证据能力。¹³⁾立法上意图将证据能力进行前置审查，但在取舍之间不得不考虑证明力的评价因素，刑事诉讼法关于非法证据排除规则启动与适用的程序可以在侦查、审查起诉和审判阶段，在侦查与审查起诉阶段排除的目的明确，相对于审判阶段的排除非法证据，这是内部自我审查和把关，也不是最终的裁定，特别是依申请提起的排除程序，实务中更多是程序性审查，实际效果并不明显。审判阶段的庭前会议审议的内容比较多，涉及管辖、回避、排非、鉴定、取证等与审判有关的其他问题，并未突出非法证据排除程序的地位与作用，程序方面有待完善，将非法证据排除程序相对独立运行，确立其独立地位，发挥其价值，才能将证据能力与证明力审查程序相对分离。

总而言之，从证据的审查程序的功能与作用看，证据的三大属性始终发挥着评价作用，只是不具有证据能力与证明力对于程序设计明确性和直观性，但不能否认其理论价值。事物属性之于事物关系的过程，这个过程蕴涵了主体的价值判断与选择，为了确保这种加工与选择不能脱离事实客观的基础属性，程序的制度安排确保这种塑造的事实经过法律职业群体检验，将一般的客观事实纳入到法律的评价体系，此过程的评价集中在合法性评价，事实的发现过程赋予了法律价值的属性，程序的合法保证各方主体遵循规则，在理性的框架内充分论证，在某种程度上合法性评价超越了事实的客观性评价，这也是目前证据制度中证据能力与证明力二元程序化发展路径的趋势所在。阶层审查模式构建，首先，根据经验事实判断材料与案件事实的是否相关；其次，规范价值判断是否合法，确定证据能力；最后，结合经验、专业知识、逻辑等综合判断，确定证明力。

12) 李明, 「证据证明力研究」, 中国人民公安大学出版社, 2013年, 第2页.

13) 兰跃军, 「刑事证据规则体系的构建」, 「中国刑事法杂志」, 2015年第6期, 第70页.

IV. 刑事证明标准判断的思辨

证明标准从各国的立法情况看,英美法系国家主要采取的排除合理怀疑的标准注重反向证伪,排除合理怀疑也并非要求排除一切怀疑,而是要求排除确有理由、确有根据的怀疑,而不是主观臆测、无中生有的排除。英美法系对于事实认定更信任个体最朴素的判断,但也没有脱离主观之于客观的过程,这个判断过程必然蕴涵了个体在生活的社会环境中逐步建立起的常识、经验、伦理道德、价值判断等标准,法官的专业判断并不排斥经验与常识的判断,甚至是在经验与常识判断的基础上展开的专业判断。大陆法系国家主要采用内心确信的标准注重正向证实,以高度抽象化规范证明力的大小,就规范的内容上看,法官达到内心确认的程度即可,但是这种确认并非个体的认识和评价的过程,而是整个社会的综合评价通过法官推演、确认、评析后得出理性的结论。自由心证从实然的角度看,对法官的个人素质有很高的要求,作为一个理性、正直甚至于睿智的化身,能够秉直裁判,通过司法判例疏导社会意识,在激进中趋于保守,在保守中趋于激进,避免从一个极端走向另一个极端,发挥司法裁判对社会冲突与矛盾的化解和吸收的作用。但是,关于自由心证的应用在一些国家发挥的积极作用,研究者是从裁判效果的角度进行分析的,对于法官的素质评判本身就集中在主观性的要素上,某个案件中可以反映法官的素养与学识,理性认识的深度和广度,甚至闪烁着人性的光辉,那么,能够保障这种优秀的品质并不能仅仅靠个人的品德与秉性,更需要良好的社会制度,这种制度的设计贯穿于整个诉讼程序中,不仅是对结果的控制,更是对过程的控制。

中国刑事诉讼法确立的是一种客观化的证明标准,就是说裁判者在认定某一案件事实是否成立时,需要达到某一外在的证明目标或证明要求。以阶级观点批判西方国家的刑事证据制度或理论,理论界普遍认为,尽管西方国家自由心证证据制度相对于古代神示证据制度而言具有历史进步意义,但是自由心证是建立在形而上学、主观唯心主义、不可知论的基础之上为资产阶级利益服务的反动制度和理论。¹⁴⁾从这种观点也可以发现辩证唯物主义观点对立法的指导作用。但是,自2010年以来,这种将证明标准客观化的立法模式发生了变化。最高人民法院率先将“排除合理怀疑”的标准引入中国的司法解释中,并将其作为法院在裁判死刑案件时判断案件是否达到“证据确实、充分”的标准之一。¹⁵⁾2012年通过的《刑事诉讼法》则更是将“排除合理怀疑”全面纳入证明标准,并使其成为“证据确实、充分”的三大法定条件之一。¹⁶⁾将“排除合理怀疑”引入中国刑事诉讼的证明标准,意味着在原来客观化的证明标准注入了一种带有主观性的证明要求,相对于那种外在的、客观化的证明要求而言,这是一种主

14) 王超,“中国刑事证据法学研究的回顾与转型升级”,「法学评论」,2019年第3期,第70页。

15) 张军,「刑事证据规则理解与适用」,法律出版社,2010年,第254页。

16) 郎胜,「中华人民共和国刑事诉讼法修改与适用」,新华出版社,2012年,第123页。江必新,「最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释理解与适用」,中国法制出版社2013年,第110页。

观化的和内在的证明程度，对事实裁判者内心对案件事实的确信程度提出了法律要求。¹⁷⁾客观化的证明标准强调以事实为中心的裁判主义，“以事实为依据，以法律为准绳”的表述充分表达了这种观点，批判的观点将实务中发现事实的非法取证的方法归因于过度强调事实造成的结果，这种本末倒置的分析方法看似抓住问题的根源，其实对与解决问题没有实质的意义，从阶层审查设计来看，关于证明力与证明标准的审查阶段，就是利用具有证据能力的证据认定案件事实的过程，能够证明案件事实的证据是否达到确实、充分，证据能力的相对于证明力、证明标准的审查是前置程序，前置程序并非否定以事实为中心的裁判主义。主观要素的“排除合理怀疑”纳入证明标准倡导法官在多元化的价值中综合衡量做出选择，法官在循环往复的思维考察过程中，既需要借助于实务经验和逻辑推理，也需要运用法律解释技术，还需要作出价值判断。这种往返流转必须以客观的法律事实与实体法上的法律条文为依据和前提来进行，法官通常不突破法律条文的文义范围，而必须在可能的文义范围之内进行价值判断，不能随意进行所谓的自由裁量。¹⁸⁾目前，刑事证据关于客观化的“证据确实、充分”设立了越来越具体的标准，包括“证据相互印证”、“间接证据形成证明体系”、“直接证据补强”、“结论具有唯一性和排他性”规则，以及实务中证据链完整等判断标注。关于主观性的“排除合理怀疑”标准要求对裁决理由进行阐明，基于个案类型的多样性，规范化裁判标准需要经验积累和及时反映社会需求，是一个长期的过程。

关于证明标准的判断的问题上，也存在将哲学上的真理评价僵化地付诸于实践，将个人的职业考核与行政执法紧密结合，出于社会管理效率的目标，把绝对的评价标准教条化，于行政管理上简单易行，但缺乏理性衡量与客观评价，在强大的行政力量推动之下，司法人员出于各种利益的考量，难以形成独立判断的职业素养，执法过程中更趋于保守，不逾矩，这也是为什么一些简单的案件会在社会舆论评价中饱受争议。以此指导会对执法造成消极的影响，执法者过于激进的侦查方式将自身置于违法的风险中，将要承担不利的法律后果，反而保守的执法方式始终是一种稳妥、安全的选择，执法主体并非出于责任进行执法选择，而是出于风险，将法律运行简单地理解为社会的管理、控制，削弱了法律规范背后价值判断、选择与平衡。很显然，法律的制定是为了规范权力的行使，证据的取得与使用能够最大限度展现其客观性，反映案件的真实情况，并非将权力置于权利的对立面，权力在任何状态下都被认为是‘恶’的根源所在，这种看法充满了偏执与极端，过度关注权力的消极方面，强调法律规范的限制作用，而忽法律视规范的指引作用。这也背离了中国特色社会主义法治理念，体现不出规范本身所蕴涵的价值追求，执法过程充满了实用主义的功利色彩。

在法律层面上，价值冲突是普遍存在的，这只是个案中综合评价的结果，包含了法律效果和社会效果的辩证统一，并非对唯物辩证法的世界观和方法论的否定，是在两个不同层面讨论的问题。刑事证据法将证明标准的客观要素与主观要素同时确立下来，如何处理协调好两者之间的关系，把握认定犯罪的证据标准，一方面，最高法结合社会经验，从司法裁判中总

17) 陈瑞华，「刑事证据法学」(第三版)，北京大学出版社 2018年版，第311页。

18) 印大双，“事实与规范间的遮蔽与裂隙—法律推理困境勾勒”，「湖北大学学报(哲学社会科学版)」，2015年9月，第42卷第5期，第34页。

结裁判逻辑，不管是通过指导性案例，还是部门联合的司法解释，将成熟的社会价值规范化。另一方面，法检部门管理有着浓厚的行政色彩，如何避免行政管理不恰当介入司法裁判，保证在法律规定的范围内自由裁决，保证司法裁判的独立性与正当性，建立制度性的保障，才能发挥庭审实质化改革的作用。

V. 结语

构建符合新时代中国特色社会主义要求的刑事证据法学，理论界亟待推动刑事证据法学研究的再次转型，即彻底告别学习、借鉴和移植国外刑事证据法学的老路，一切从新时代中国特色社会主义的实际情况出发，增强刑事证据法学研究研究的主体性、独立性和科学性的基础上，通过理论创新精确解释我国刑事证据立法与司法存在的真正问题或者独有问题。¹⁹⁾中国刑事证据理论在本源上分清何为哲学问题，何为法律问题。哲学是关于真理的判断，马克思主义指导着中国的发展道路，是认识、改造世界和追求真理的思想武器，是站在民族、国家宏大的叙事与理想的背景下展开的，作为人的理想信念，但它不是一种能够直接适用规范标准。法律是规范和标准，具有实用性和工具的性能，认知能力决定了人类能够采取什么样的方法发现证据，价值取向决定了人类如何取舍证据来表明价值选择。

法律中不同的学科在对事实的评价范围也是不一样的，而且，法律事实在法理学的评价与部门法中的评价也存在区别，这种有意识的价值选择正是法律的魅力所在。抽象的法律在调整社会关系中，使法律事实有了规范规制的因素，但具体事实的定位使它无法摆脱扎根于实际情况的根本，其内涵与意义受制于人类共同体经由历史经验与现实感知所形成的常识。事实必须经过正当程序的检验与评价之后才能成为法律事实，一方面通过各种程序设计将案件事实尽量还原，努力达到事实认定的准确性，这是历来刑事诉讼所围绕的核心目标，也是实现实质正义的基础和依据，但是，实质正义更容易通过个案实现，特定的情形下，可以集中社会的各种资源使案件的社会效果最大化，司法资源在各种社会力量的推动下发掘出案件的细枝末节，案件事实的整个过程透明化，实现了人们对正义的最朴素的理解，正义更多是通过感性的方式表达，这在中国法制史上不乏经典案例。古代对官吏办案的基本要求便是“明镜高悬”“明察秋毫”，在短缺证据状态下尽可能利用一切信息以对模糊事实进行裁判被视为官吏的基本职责，这种传统文化观念对现代司法的影响力仍不容小觑。²⁰⁾不得面对一个客观的现实，这种过度依赖于行政权力的作用，诉诸于行政权力的强大与高效，进而强化了行政权力的正当性与权威性，难以在宏观上对行政权力进行客观评价，程序的评价反而成为实现实质正义的障碍，这种运行方式的指导下，程序的构建往往被忽视，甚至于将实质正义与程序正义对立看待。因此，关于程序价值在中国法治现代化进程中得以不断重塑，国家层面也认识

19) 王超，“中国刑事证据法学的回顾与转型升级”，「法学评论」，2019年第3期，第70页。

20) 胡学军，“在‘生活事实’与‘法律要件’之间：证明责任分配对象的误识与回归」，「中国法学」，2019年第2期，第239页。

到构建程序对于现代化法治国家的重要性，通过立法确立程序正义才能保证国家发展有序推进，避免运动式的治理，脱离社会运行的内在规律，出现不切合实际的社会治理规范。

刑事证据阶层审查理论与制度设计虽然不能严丝缝合地对应，但是逻辑清晰，符合一般的认知和判断过程，能够作为证据的材料通过经验与职业常识的判断，进入到证据能力的判断，最后根据具有证明力的证据结合经验法则与规范逻辑判断是否达到证明标准。特别情形下，需要结合证据能力与证明力的进行判断，但可以通过程序设计，完善非法证据排除规则解决例外情况，充分阐明理由，使得裁决结果充分考量各种因素，能够被广泛接受。证据能力和证明力概念的确立，能够将程序设计具有针对性和实效性，明确相关程序的作用，例如非法证据排除程序解决的是证据能力的问题，审判阶段庭前会议也能够突出审查证据能力问题，在解决证据能力问题需要对证明力的审查，刑事诉讼法规定的对实物证据能力审查时表述的“可能严重影响司法公正”，主要基于证明力的考量，这种情况下，应当对在证据审查程序中设置前提条件，属于在证据能力审查阶段的例外情形，以明确证据能力审查阶段与证明力审查阶段的阶层关系，程序设计更加明确。

中国审判为中心的制度改革强化庭审的作用与功能，在庭审中充分发挥控辩双方对证据的判断、认识，在充分辩论的基础上对证据的各方面的问题完全呈现，在程序上保证各方权利最大化，也便于裁判方权衡各方的观点，做出合理的裁决。但是，将各方的诉求集中在庭审阶段，也是对诉讼程序的误解，刑事诉讼是一个整体过程，控辩双方在整个程序中仅仅依靠在审判阶段的相对平衡并不能解决双方地位及权利的不平衡性，整个程序中辩方的取证、参与诉讼等权利与控方显然力量悬殊，对于取证程序的监督、控制方面参与程度很有限，非法证据排除理论热，实务中造冷遇能够说明这个问题。辩方能够参与取证过程极其有限，双方不能在权利对等的前提下掌握直接的证据材料，案件的侦查过程参与程度不同，取证能力极度不平衡的控辩双方只能在现有的条件下针对证明力进行辩论，即使能够启动非法证据排除程序，突出的问题在于审查判断非法证据的方式主要以控方提供的主观性的解释和说明为主，对于辩方要求的客观的证据材料检方总以条件或设备的不完善为原因，未能提供取证过程的连续性的客观证据材料，使得非法证据的审查流于形式。目前难以实现讯问时律师立会权、犯罪嫌疑人的沉默权、侦查过程的监督权等等，现有的法律前提下，对抗控方通过提升证据能力审查的程序作用与完善非法证据排除的证明标准具有很大的空间，通过实务经验的积累，逐步完善程序设计与实质化运行。

[参考文献]

- 江必新,「最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释理解与适用」, 中国法制出版社, 2013年.
- 兰跃军,“刑事证据规则体系的构建”,「中国刑事法杂志」, 2015年第6期.
- 郎胜,「中华人民共和国刑事诉讼法修改与适用」, 新华出版社, 2012年.
- 李明,「证据证明力研究」, 中国人民公安大学出版社, 2013年.
- 孙悦,“刑事证据制度转型: 由证据概念、证据属性到证据资格”,「东北师范大学(哲学社会科学版)」, 2020年9月.
- 艾明,“我国刑事证据能力要件体系重构研究”,「现代法学」, 第42卷第3期, 2020年5月.
- 杨波,“以事实认定的准确性为核心—我国刑事证据制度功能之反思与重塑”, 「当代法学」, 2019年第6期.
- 吴洪淇,“刑事证据审查的基本制度结构”,「中国法学」, 2017年第6期.
- 王 超,“中国刑事正法学研究的回顾与转型升级”,「法学评论」, 2019年第3期.
- 印大双,“事实与规范间的遮蔽与裂隙—法律推理困境勾勒”,「湖北大学学报(哲学社会科学版)」, 第42卷第5期, 2015年9月.
- 张军,「刑事证据规则理解与适用」, 法律出版社, 2010年.
- 陈瑞华,「刑事证据法的理论问题」, 法律出版社, 2018年.
- 胡学军,“在‘生活事实’与‘法律要件’之间: 证明责任分配对象的误识与回归”,「中国法学」, 2019年第2期.

[中文摘要]

论中国刑事证据理论转型与程序的构建

史进元* · 诸慧琴**

随着中国全面依法治国战略布局的展开，刑事诉讼法中证据制度为了适应现代法治国家的建设，协调国家刑事诉讼改革的目标，逐步建立中国特色的非法证据排除规则，构建以审判为中心的诉讼模式，强化了在审判阶段质证、认证等程序，显然对原来控方在证据的取证与应用中绝对的优势地位影响重大，会影响到证据制度理念更新，诉讼结构调整，证据规则的变化。从1979年《刑事诉讼法》主要强调承担维护国家政治任务的功能，赋予国家机关广泛的权力、权力行使缺乏细致的程序规范，再经过1996年修改的《刑事诉讼法》明确了禁止国家机关违法取证的行为，以及最近的2012年修改的《刑事诉讼法》证据制度中正式确立了非法证据排除等证据规则推进刑事诉讼法治化进程。但是立法形式上确立的证据制度在具体的司法实务中证据适用深受传统的司法理论、思维及执法惯性的影响，理论创新与制度建设必然会面对激烈的碰撞与对抗，需要将证据适用中的理论基础、概念范围等问题结合实务操作深入剖析，研究具有中国特色的刑事证据制度，构思中国刑事证据审查模式。

关键词：非法证据排除规则，证据理论，证据能力，证明力，证据标准构建

* 中国西安石油大学助理教授，第一作者

** 韩国全州大学经管学院副教授，通讯作者

[Abstract]

Study On the transformation of criminal evidence theory and the construction of procedure in China

Shi Jinyuan* · Zhu Huiqin**

With the strategic layout of China's comprehensive rule of law, in order to adapt to the construction of a modern country ruled by law and coordinate the goal of the national criminal procedure reform, the evidence system in the criminal procedure law gradually establishes the exclusionary rule of illegal evidence with Chinese characteristics, constructs a trial centered litigation mode, and strengthens the procedures of cross examination and authentication in the trial stage. The absolute dominant position in evidence collection and application has a significant impact on the renewal of the concept of evidence system, the adjustment of litigation structure and the change of evidence rules. From 1979 "Criminal Procedure Law" mainly emphasizes the function of maintaining national political tasks, endows state organs with extensive powers, and lacks detailed procedural norms for the exercise of powers, and then the criminal procedure law revised in 1996 clearly prohibited illegal evidence collection by state organs, and the evidence system of the recently revised Criminal Procedure Law in 2012 has formally established illegality. The rule of evidence, such as evidence exclusion, promotes the legalization of criminal procedure. However, in the face of the theoretical and practical problems of evidence construction, it is necessary to combine the theory and practice of evidence with the theoretical basis and practical application of evidence System, conceive the examination mode of criminal evidence in China.

Key words: Exclusionary rule of illegal evidence, evidence theory, Evidence ability, Proof ability, Evidence standard, Structure

* Assistant professor, Xian Shiyou University , First Author

** Professor, Jeonju University, Corresponding Author

국가위기관리와 법공학의 상호관계* -원자력발전소 안전성 확보를 중심으로-

김 동 주** ***

논문요지

최근 코로나바이러스감염증(COVID-19), 미세먼지, 원자력발전사고 등과 같은 재난안전사고의 피해 범위 및 규모와 영향력이 국내에 국한되지 않고 발생하는 현상을 보면 현대사회에서의 위험이 광범위하고 복합적임을 실감하게 된다. 특히 일본 후쿠시마 원자력발전사고로 인해 방사능 오염 물질이 대기, 해양, 대륙 전 범위에서 누출 및 확산하여 10년이 지난 지금도 방사능으로 인한 피해가 계속되고 있는 점을 고려하면 재난안전사고의 영향은 세기를 초월하여 발생할 수 있다.

재난안전사고는 예측 불가능성을 특징으로 하므로 언제, 어디에서, 어떻게 발생하는 것이 어렵다. 결국, 현대사회에서 공존하고 있으며 자연재해, 환경오염, 건강, 경제 및 사회생활, 대외관계 등 다양한 영역에서 현대인은 '위험'을 직면하고 있음을 부정할 수 없다.

재난안전사고를 국가 위기관리 측면에서 보면 국민의 안전권 보장에 관한 문제이다. 대한민국 「헌법」 제34조 제6항에 근거하여 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력해야 할 임무를 수행해야 하고 이를 위해 국민의 생명과 재산을 보호하고 위기 발생의 가능성을 최소화하는 등의 모든 조치를 취해야 한다. 그 뿐만 아니라 국가적·정치적·경제적·사회문화적·개인의 위기와 같이 다양한 의미의 위기에 대한 위기관리를 구축해야 한다.

이를 위해서는 국민의 생명과 재산을 재난안전사고로부터 보호하기 위한 새로운 재난안전관리 패러다임 수립이 필요하다. 또한, 국민의 안전권 보장이 국가의 의무인지 혹은 책무인지 검토할 필요가 있다.

이에 본고에서는 국가 위기관리에서의 폭넓은 의미로 재난안전사고에 관한 체계적인 위기관리 체계를 구축하기 위한 선행연구로써, 원자력발전 사고에서의 효율적인 위기관리를 위한 방법으로 법공학(Forensic Engineering)의 역할을 검토하고자 하였다.

검색용 주제어: 위기관리, 환경 행정, 재난안전사고, 법공학, 원자력발전사고

· 논문접수: 2020.12.07. · 심사개시: 2020.12.23. · 게재확정: 2021.01.11.

* 본 연구는 국립재난안전연구원 2020년도 재난안전관리 업무지원 기술개발 사업인 안전취약계층 맞춤형 재난안전 지원기술 개발 과제(NDMI-주요-2020-02-01)로 수행되었습니다.

** 국립재난안전연구원 안전연구실 연구원

*** 본 논문은 국립재난안전연구원의 공식적인 입장이 아닌, 저자의 개인적인 입장임을 밝혀둡니다.

I. 들어가는 글

과학기술의 발달로 인해서 우리가 살고 있는 세상은 점점 더 위험해지고 환경은 파괴되고 공멸할 수도 있다.¹⁾ 처음부터 과학기술의 발달로 인해 각종 위험과 환경파괴 문제가 증가한 것은 아니고, 오히려 환경문제를 해결한 경우도 있었다. 하지만 인간이 새로이 만들어낸 플라스틱, 농약, 화학비료, 신규화학물질 등은 새로운 환경문제를 유발하였다.²⁾³⁾ 본고의 주제인 원자력발전소 사고 역시 원자폭탄 등과 같이 과학기술 발전에 따른 환경을 위협하는 요인에 해당할 뿐만 아니라 인재, 물건의 손괴, 환경오염으로 이어지는 파급력이 큰 사고로써 재난에 해당한다.

최근 원전사고⁴⁾, 코로나바이러스 감염증-19(COVID-19)⁵⁾와 같은 신종 바이러스, 미세먼지⁶⁾등의 복합적인 재난안전사고를 보면 그 발생·결과·영향이 국내에 국한되지 않고 전 세계로 확산한다는 점에서 현대사회에서의 위험은 광범위하고 복잡적이다.

나아가 단순히 재난안전사고의 발생부터 피해까지 일련의 과정뿐만 아니라 이러한 이유로 한 책임의 문제로까지 이어지고 있다. 원자력발전소 인근 주민의 건강상 침해로 한국수력원자력을 상대로 소송을 제기한 사례⁷⁾, 미세먼지로 인하여 건강상 침해를 당하였다고 주장하는 사람들에 의하여 국가를 상대로 손해배상청구소송도 제기된 사례 등을 보면 앞으로 이러한 소송이 증가할 것이라 볼 수 있다.⁸⁾

이렇듯 재난안전사고는 손해배상 문제를 비롯하여 과실상계, 책임의 정도와 범위, 업무상과실 등의 법적 문제로 이어질 가능성이 있다. 이때 객관적 증거의 유무와 입증 정도에 따라 승소 여부가 달라지므로, 책임 유무를 판단함에 있어 근거가 될 수 있다.

국민의 생명과 재산을 재난안전사고로부터 보호하기 위한 기술 개발의 필요성이 대두되고 있고 이러한 기술들을 재난 안전 분야에 활용·도입하는 새로운 재난 안전관리 패러다임 수립⁹⁾이 요구된다.

이에 본고에서는 국가의 위기관리 측면에서 폭넓은 의미에서의 재난안전사고에서의

1) 강현호(1), 「환경국가와 환경법」, 新論社, 2015, 16면.

2) 박결호, “환경정책과 과학기술”, WeWe 100회 기념세미나 및 환경리더 간담회, 「대한환경공학회」참조.

3) 레이철 카슨은 50년 전에 그녀의 저서 <침묵의 봄>에서 과학기술을 맹신한 인간이 지속적으로 환경을 파괴 할 경우 발생하는 문제에 관하여 경고하였다.

4) 과학기술정보통신부 연구개발정책실 거대공공연구정책관 거대공공연구협력과, “후쿠시마 원전 오염수 문제 비중 있게 다루고 있어 -IAEA 등 국제사회에 후쿠시마 원전 오염수 관련 우려 전달 및 공조 요청-”, KDI 경제정보센터, 2019, 1-2면.

5) 신종코로나바이러스감염증중앙사고수습본부, “신종 코로나바이러스감염증 대응 총리 주재 회의 - 신종 코로나바이러스 감염증 대응계획 등-”, 보건복지부, 2020.

6) 박현욱/배충식, “미세먼지 현황과 과제”, 「기계저널」, 제59권 제6호(2019), 55-58면.

7) 부산지방법원 동부지원 2014.10.17. 선고 2012가합100370판결.

8) 강현호, “한국과 독일에 있어서 미세먼지를 둘러싼 소송법적 쟁점들”, 「공법연구」, 제48권 제1호(2019), 468면.

9) 정태성, “4차 산업혁명 기반 재난 안전 연구개발 중장기계획 수립연구”, 행정안전부, 2018, 5면.

원자력발전 사고를 바라보면서 효율적인 위기관리를 위한 방법으로 법공학(Forensic Engineering)의 역할을 검토하고자 하였다.

Ⅱ. 위기관리와 원자력발전소 사고

1. 위기관리 의미

(1) 위기관리의 의미와 절차

위기관리(Crisis Management)란 국가적인 위기, 정치적 위기, 경제적 위기, 사회문화적 위기, 기업의 위기, 개인의 위기와 같이 다양한 의미의 위기를 관리(Crisis management)하는 것을 일컫는다.¹⁰⁾ 이는 다양한 위기에 적절하게 대응하는 지침을 제공함으로써 위기로 인한 위협을 감소시키거나 피하게 만드는 활동을 의미하므로,¹¹⁾ 상황에 따라 필요한 관심사가 아닌 일상적인 업무의 한 부분으로 인식¹²⁾될 필요가 있다.

OECD에 가입한 미국, 영국, 캐나다 등의 선진국에서는 일상생활에서 반복적으로 발생 가능한 대형사건 사고, 지역별·계절별로 반복되는 재난에 의한 피해를 최소화하기 위하여 효과적인 국가재난안전관리체계를 적극적으로 활용하고 있다.¹³⁾ 우리나라 역시 「위기·재난·안전관리 업무에 관한 규정」과 같이 행정규칙을 마련하거나,¹⁴⁾ 재난 안전 분야 위기관리를 위해 표준 매뉴얼을 개정¹⁵⁾하는 등 위기관리를 위해 노력을 기울이고 있다.

위기관리절차 과정은 서로 독립적이라기보다는 상호 유기적이며 순환적인 관계¹⁶⁾를 갖고 있으며, 예방-대비-대응-복구 관계로 표현되기도 한다. 재난의 발생을 중심으로 재난 발생 전(Pre-Disaster)과 재난 발생 후(Post-Disaster)로 나누어, 재난 발생 전에는 예방과 완화(Prevention and Mitigation)단계¹⁷⁾와 대비(Preparedness)단계¹⁸⁾로, 재난

10) 채경석, 전계서 22면.

11) Coombs, Timothy, 전계서, 17면.

12) Coombs, Timothy, 전계서, 241면.

13) 2001년 발생한 미국 9·11 테러 이후, 미국은 물론 영국, 캐나다 등 OECD에 가입된 주요 선진국들은 테러뿐만 아니라 자연재난, 인적재난 발생으로 인한 인명피해와 재산피해, 그리고 국토의 물리적 환경피해를 최소화하고 효과적으로 대응·복구하기 위해서 국가 차원에서 새로운 국가안전관리체계를 마련하였다. 안영훈, “재난대응 역량 강화를 위한 국가재난위험 사전평가제도(NRA)의 활성화”, 「World & Cities」, 제7권(2014), 26면.

14) 환경부훈령 제1180호.

15) 재난대응정책과, “재난분야 위기관리 표준매뉴얼 전면 개정된다. -폭염·한파 등 신규 재난 유형별 위기관리 표준매뉴얼 제정 마무리-”, 행정안전부, 2018.

16) McLouglin, David, “A Framework for Intergrated Emergency Management”, 「Public Administration Review」, vol 45(1985). p.165-172.

발생 후에는 대응(Response)단계¹⁹⁾와 복구(Recovery)단계²⁰⁾로 분류한다.

(2) 국가의 위기관리의 성질

「헌법」 제10조²¹⁾는 모든 국민은 인격적으로 존엄함을 규정하면서 국민의 기본권을 인정하고 있다. 나아가 동법 제34조 제6항은 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.”고 규정되어 있다. 이때, “노력하여야 한다.”를 해석하는 데에는 의무로 보는 견해와 책무로 보는 견해의 대립이 있다.

1) 의무로 표현하는 조문과 견해

의무로 표현하는 견해도 헌법상 기본권으로 명백히 규정하여야 한다는 점은 인정하는 듯 보인다.

우선 위의 해석을 “안전의 확보는 국가의 의무로서 각종 재난으로부터 국민의 생명과 신체 및 재산을 보호하여야 할 의무의 지속성, 연결성, 영구성을 선언하고 있는 것”으로 의무로 인정하는 듯 보이는 견해가 있다.²²⁾ 이 견해는 헌법 전문 중 “...우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서...” 부분을 국가가 국민 개인의 안전 확보를 위하여 항상 노력하여야 할 헌법적 의무를 지고 있음을 천명하는 부분²³⁾이라고 이해하고 있다. 안전을 기본권의 하나로 규정하는 것보다 사회구성원의 안전 보장에 관해 국가의 책무 또는 국가 목표 규정을 두는 것이 바람직하다는 견해도 제시된 바 있다²⁴⁾는 내용을 언급하면서 이에 관한 입장표명을 하지 않고 있어 본고에서는 안전권의 확보를 의무로 인정한 문장에 의해 이와 같이 생각하였다.

그리고 원자력 사고와 관련한 방사능 재난은 원전 환경의 위험으로부터 방사능누출 및 방사성 물질 사고의 위험을 방지하고 국민의 안전을 확보하는 것을 국가의 의무

17) 사회의 건강·안전·복지에 대한 위험이 존재하는 영역에서 무엇을 해야 할 것인지를 결정하고 위험 감소를 위해 노력하는 단계이다. 채경석, 전게서, 59면.

18) 재난에 대비하여 필요한 비상계획을 수립하고 훈련을 통해 재해대응조직의 능력을 강화하는 단계이다. 채경석, 전게서, 60면.

19) 재난이 발생하면 일련의 대응조치를 통해 재난의 심각성을 줄여 가고 확산을 방지하기 위한 활동을 의미한다. 채경석, 전게서, 61면.

20) 재해 지역이 재해전의 상태로 회복시키는 과정이다. 채경석, 전게서, 61면.

21) 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

22) 나채준/장민선/김은정/배건이/양기근, “재난 및 안전관리 기본법 체계정비를 위한 연구”, 행정안전부, 2018, 1면.

23) 나채준/장민선/김은정/배건이/양기근, 위의 연구보고서, 7면.

24) 나채준/장민선/김은정/배건이/양기근, 위의 연구보고서, 24면.

로²⁵⁾로 인정하는 견해가 있다.

2) 책무로 표현하는 조문과 견해

재난 및 안전관리기본법의 구성 체계와 관련 법규를 비교해본 결과, 「재난 및 안전관리 기본법」 제4조²⁶⁾, 동법 제5조²⁷⁾, 「자연재해대책법」 제3조²⁸⁾, 「지진·화산재해대책법」 제3조²⁹⁾ 에서 책무로 규정하고 있다. 그리고 판례도 환경오염으로 인한 위해를 예방하고 자연환경 및 생활환경을 적정하게 관리·보전할 책무³⁰⁾로 인정하고 있다.

지정된 위기유형별 체계적 관리를 위해 정부는 위기관리에 필요한 조직, 자원, 문서 등의 기본요소들을 확보하는데 이때, 조직을 유형별 위기관리 활동에 관한 직·간접적인 책무와 역할을 수행하는 위기관리 활동의 주체로 인정하면서 국가의 위기관리를 책무로 인정하는 듯 보이는 견해가 있다.³¹⁾

국민의 생명과 신체에 대한 권리는 입법부, 행정부, 사법부가 국가작용을 함에 있어서 최대한 존중할 것을 요구하고 있다.³²⁾ 국가의 일차적 기능은 각종 재난과 재해, 그리고 외부의 침략으로부터 국민의 생명과 재산을 보호하는 것이고, 국가는 위기 발생의 가능성을 줄이고, 그 정도를 완화하는 모든 조치³³⁾를 하여야 한다.

결국, 국가안전관리기본계획 수립과 재난 안전관리는 국가의 중요한 책무³⁴⁾로 인정하

25) 김종천, 전제 논문, 7면.

26) 제4조(국가 등의 책무) ① 국가와 지방자치단체는 재난이나 그 밖의 각종 사고로부터 국민의 생명·신체 및 재산을 보호할 책무를 지고, 재난이나 그 밖의 각종 사고를 예방하고 피해를 줄이기 위하여 노력하여야 하며, 발생한 피해를 신속히 대응·복구하기 위한 계획을 수립·시행하여야 한다.

27) 제5조(국민의 책무) 국민은 국가와 지방자치단체가 재난 및 안전관리업무를 수행할 때 최대한 협조하여야 하고, 자기가 소유하거나 사용하는 건물·시설 등으로부터 재난이나 그 밖의 각종 사고가 발생하지 아니하도록 노력하여야 한다.

28) 제3조(책무) ① 국가는 기본법 및 이 법의 목적에 따라 자연재난으로부터 국민의 생명·신체 및 재산과 주요 기간시설을 보호하기 위하여 자연재해의 예방 및 대비에 관한 종합계획을 수립하여 시행할 책무를 지며, 그 시행을 위한 최대한의 재정적·기술적 지원을 하여야 한다.

29) 제3조(국가와 재난관리책임기관의 책무) ① 국가와 지방자치단체는 「재난 및 안전관리 기본법」 및 이 법의 목적에 따라 지진재해 및 화산재해(이하 "지진·화산재해"라 한다)로부터 국민의 생명과 재산, 주요 기간시설을 보호하기 위하여 지진·지진해일 및 화산활동의 관측·예방·대비 및 대응, 내진대책, 지진·화산재해를 줄이기 위한 연구 및 기술개발 등에 대한 계획을 수립하여 시행할 책무를 지며, 그 시행을 위하여 재정적·기술적 지원을 하여야 한다.

30) 환경오염으로 인한 위해를 예방하고 자연환경 및 생활환경을 적정하게 관리·보전할 책무는 일차적으로는 법집행을 직접 담당하고 있는 행정기관의 책무가 될 것이지만, 환경보전이 국가와 국민 모두에게 부과된 의무인 이상 법원도 가능한 한 구체적인 법규를 해석·적용함에 있어 헌법 및 환경 관련 법률의 정신을 존중하여 전체 공동체의 삶의 질을 높여야 할 의무가 있다고 하지 않을 수 없다[대법원 1999. 8. 19. 선고 98두1857 전원합의체 판결].

31) 정지범/김은성, 「자연재해 및 국가위기 발생 시 국가적 종합위기 관리방안 연구(Ⅱ)」 제2편, 한국행정연구원, 2009, 125면; 중앙안전관리위원회, 「제4차 국가안전관리기본계획(2020~2024)」, 중앙안전관리위원회, 2019, 6면에서도 책무로 인정하고 있다.

32) 김종천, “원전의 위험과 환경법의 역할”, 「환경법과 정책」, 제20권(2018), 9면.

33) 채경석, 전거서, 19면.

게 된다. 따라서 이를 위한 과정인 재난에 대한 대책을 마련하기 위한 원인분석³⁵⁾과 재난에 대응하는 재난관리³⁶⁾ 역시 국가의 책무에 해당한다고 볼 수 있다.

생각건대, 원자력 사고와 관련한 방사능 재난은 원전 환경의 위험으로부터 방사능누출 및 방사성 물질 사고의 위험을 방지하고 국민의 안전을 확보하는 것 역시 법률과 판례의 취지에 근거하여 책무로 인정하는 것이 타당하다.

2. 원자력발전 사고(事故)

(1) 원자력발전 사고의 의미와 관리 중요성

원자력발전 사고는 “원자력의 연구·개발·생산·이용과 이에 따른 안전관리에 관한 사항을 규정하여 학술의 진보와 산업의 진흥을 촉진함으로써 국민 생활의 향상과 복지증진에 기여하며, 방사선에 의한 재해의 방지와 공공의 안전을 도모”하는 것을 목적으로 하는 「원자력안전법」의 적용 대상이다.

동법에 의해 건설허가를 받기 위해서는 원자로 및 관계시설의 건설·운영함에 있어서 건설허가(제10조 제2항), 부지 승인(제10조 제5항)을 받기 위해서 방사선 환경영향 평가서를 제출하여야 한다. 그리고 방사선 환경영향 평가서를 제출하고 허가(제11조 제3호)와 표준설계인가(제12조 제5항)를 받기 위해서는 방사성 물질 등으로부터 국민의 건강 및 환경상의 위해를 방지하여야 한다는 요건을 충족하여야 한다.

이는 원자력안전법이 원자력의 연구·개발·생산·이용 등에 따른 안전관리에 관한 사항을 규정하여 방사선에 의한 재해의 방지와 공공의 안전을 도모한다는 목적이 있으나, 기능적인 의미에서 환경보호의 목적을 갖는 규범도 포함하기 때문일 것이다.

우리나라는 법률에서 원자력 사고의 개념을 정의하고 있지는 않지만, 원자력발전 사고는 운영·관리 중에 발생한 원인에 의하여 사람에게 위해(危害)를 끼치거나 물건을 손괴(損壞)하는 것을 의미한다고 볼 수 있다. 이때 사람에게 대한 위해에는 사망이라는 결과를, 물건의 손괴에는 재산상 피해의 전 범위를 포함할 수 있다.

원자력발전 사고는 한 번의 사고로 수많은 인명과 환경에 피해를 줄 수 있으며, 원자력발전소의 위치에 따라 다른 국가에서 사고가 발생하였더라도 우리나라에 영향을 미칠 수 있다는 점에서 원자력발전소의 안전 중요성은 재차 강조될 필요가 있다.

34) 중앙안전관리위원회, 위 국가안전관리기본계획, 6면 참조.

35) 미세먼지의 대책을 마련하기 위해서 먼저 원인을 분석하여야 한다는 견해로 강현호, “국민 안전과 건강 보호를 위한 미세먼지 관리 특별대책” 토론문, 「환경법연구」, 한국환경법학회 제129회 정기학술대회 및 임시총회, 2017, 83면.

36) 정호경/마정근, “스위스의 재난 및 지진 관리체계에 관한 연구”, 「법학논총」, 제34권 제3호 (2017), 135면.

(2) 원자력발전 사고의 파급력과 재난

재난의 개념은 학자나 관련 법규, 각 나라의 기관에 따라 차이가 있다. 이에 관한 구체적인 언급은 기존 선행연구가 많이 있으므로, 본고에서는 구체적으로 논하지 않았다.

우리나라는 「재난 및 안전관리 기본법」상 재난의 개념을 기본으로 적용하므로 “재난”이란 국민의 생명·신체·재산과 국가에 피해를 주거나 줄 수 있는 것으로서 유엔인도주의업무조정국(United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, UNOCHA)과 마찬가지로 자연재난³⁷⁾과 사회재난³⁸⁾으로 구분하고 있다.

2011년에 발생한 후쿠시마 원전사고³⁹⁾로 방사능과 방사성 물질이 전 세계로 확산하여 미국, 유럽, 중국은 물론 우리나라에 다양한 방사성 물질이 검출되었고,⁴⁰⁾ 인재(人災)로 이어진 후쿠시마 원전사고⁴¹⁾는 9년이 지난 2020년에도 환경오염⁴²⁾을 유발하고 있다. 이처럼 원자력발전 사고의 영향은 세기와 영역을 불문하고 발생하므로, 파급력이 큰 사고임과 동시에 재난에 해당한다.

우리나라 원자력발전소가 위험한 이유로 가장 문제 되는 것이 밀집성과 원전 30km 반경 내 인구수⁴³⁾라는 점을 감안하면 원자력발전소 사고로부터 국민의 안전을 확보하기 위한 법제와 위기관리 시스템 구축이 절실한 상황이다.

37) 태풍, 홍수, 호우(豪雨), 강풍, 풍랑, 해일(海溢), 대설, 한파, 낙뢰, 가뭄, 폭염, 지진, 황사(黃砂), 조류(藻類) 대 발생, 조수(潮水), 화산활동, 소행성·유성체 등 자연 우주물체의 추락·충돌, 그 밖에 이에 준하는 자연현상으로 인하여 발생하는 재해.

38) 화재·붕괴·폭발·교통사고(항공사고 및 해상사고를 포함한다)·화생방사고·환경오염사고 등으로 인하여 발생하는 대통령령으로 정하는 규모 이상의 피해와 국가핵심기반의 마비, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 감염병 또는 「가축전염병예방법」에 따른 가축전염병의 확산, 「미세먼지 저감 및 관리에 관한 특별법」에 따른 미세먼지 등으로 인한 피해.

39) 후쿠시마는 일본의 제1원전이 위치한 지역이다. 규모 9.0의 대지진 당시 제1원전의 원자로 6기 중 1, 2, 3호는 가동되고 있었고, 4, 5, 6기는 점검 중이었는데, 이 원전에 해일이 덮쳤다. 이로 인하여 원전 전원이 중단됐고, 원자로를 식혀주던 긴급 노심냉각장치가 작동을 멈췄다. 그러자 뜨거운 온도를 감당하지 못하던 1호기가 대지진 다음날인 3월 12일, 수소 폭발하였고, 이후 이를 뒤인 3월 14일에 3호기가 수소 폭발했고, 15일에는 2호기와 4호기가 수소 폭발했다.

40) 요오드(Iodine), 세슘(Cesium), 텔루륨(Tellurium), 루테튬(Ruthenium), 란타넘(Lanthanum), 바륨(Barium), 세륨(Cerium), 코발트(Cobalt), 지르코늄(Zirconium).

41) 조행만, “대부분의 원전 사고는 인재(人災) -체르노빌, 스리마일, 후쿠시마의 증언-”, The Science Times, 2013, <https://www.sciencetimes.co.kr/news/%EB%8C%80%EB%B6%80%EB%B6%84%EC%9D%98-%EC%9B%90%EC%A0%84-%EC%82%AC%EA%B3%A0%EB%8A%94-%EC%9D%B8%EC%9E%AC%E4%BA%BA%E7%81%BD/>, 최종 접속일: 2020. 08. 10.

42) 박기용, “후쿠시마 원전사고 9년…그린피스 재오염 진행 중”, 한겨레, 2020, <http://www.hani.co.kr/arti/society/environment/931753.html>, 최종 접속일: 2020. 09. 23.

43) 장다울, “우리나라 원전 왜 문제일까요?”, GREENPEACE, 2016, <https://www.greenpeace.org/korea/update/6978/blog-ce-why-are-korean-nukes-a-problem/>, 마지막 접속일: 2021. 01. 14.

3. 소결

현대의 재난안전사고는 복합성과 연쇄성을 특징으로, 국민과 국가의 안전을 해할 뿐만 아니라 세계적인 문제로 확산하는 경우도 있다.⁴⁴⁾ 예측하지 못한 상태에서 발생한 사고의 파급력이 크고, 그 파급력이 현실적·잠재적 위험을 내포하고 있다면 이는 위기에 해당한다.

원자력발전소는 효율성과 편리함을 장점으로 하지만, 중대한 위험성을 내포하고 있으며 사고 발생 시 파급력은 지역과 세기를 초월하여 인재와 환경오염 등의 사회문제와 자연문제로 이어진다.

이와 같은 이유에서 원자력발전소 사고는 국가위기관리의 대상인 위험에 해당하고 국가는 위기관리를 위하여 노력하여야 한다. 원자력발전 사고에 의한 국가적, 개인적, 경제적 위기 등을 관리하는 것은 국민의 기본권을 보장하고 안전을 확보하기 위한 국가의 책무로 인정하는 것이 타당할 것이나, 법령상 명확한 규정과 근거가 없으므로 이를 명확히 할 필요가 있다. 사고 발생 시 안전을 확보하기 위해서 일본의 경우 SNS를 통한 재난구조가 이루어지고 있는 점을 감안하면 우리나라도 다양한 방법을 통한 재난구조에 관한 연구가 필요할 것이다. 이때, 스마트폰, 태블릿 PC 등의 전자기기 사용 및 작동이 어려운 취약계층을 위한 방안을 마련하는 것도 고려하여야 한다.

원자력발전소 사고로부터 국가가 국민의 안전을 확보하기 위해 관리하기 위해서는 우선 원자력발전은 사고 후 발생하는 환경오염, 피해 규모 등의 문제가 있는 만큼 환경법상에서 환경에 영향을 미치는 대상으로 원자로 발전의 건설, 주변 환경 등이 국민의 안전과 무관하다고 볼 수 없다. 따라서 원자력발전소 사고 특성상 고도의 전문적 지식과 기술적인 사항을 요구하고 파급력이 세기를 초월하여 사회 전반에 영향을 미치는 만큼 명확하지 않은 포괄적·추상적인 국가의 의무보다는 적극적인 입법 형성 의무를 부여하는 국가의 책무로 인정하여 책임을 가중하는 것이 타당하다.

나아가 재난 발생 후 방안을 모색하기보다 사전에 다양한 시각에서 원자력발전소가 내포하는 위험에 대한 심층적 논의와 연구를 토대로 관련 정책 등을 구축하기 위하여 이에 관한 지속적인 관리 시스템을 구축하여야 한다.

Ⅲ. 위기관리 대응방법과 법공학

1. 법공학의 의의

44) 김동주/강현호, “자연기술복합재난 관리를 위한 법제 개선방안 연구”, 『法學研究』, 제23권 제4호(2020), 32면.

(1) 법공학의 의미

법공학은 사실의 질문에 대답하기 위한 공학적 원칙과 방법론을 적용하는 것을 의미하며, 보통 사고(Accidents), 범죄(Crimes), 재해(Catastrophic events), 재산의 저하(Degradation of property), 그리고 다양한 실패 유형(Various types of failures)의 문제를 마주하게 된다.⁴⁵⁾

이때 고장 혹은 작동이 불가하거나 제대로 기능하지 않아 부상이나 재산상의 손해를 입히는 물질, 제품, 구조물 또는 구성품에 대한 조사로 민·형사 등 법적 활동⁴⁶⁾이 가능한 분야로 일반적으로는 고장이나 다른 성능의 문제를 조사하는데 공학 원리를 적용하는 것을 의미한다.⁴⁷⁾

이러한 이유에서 폭넓은 의미로 법에 과학을 적용하는 개념⁴⁸⁾으로 알려져 있다. 하지만 공학적 분석과 법적 판단은 엄밀히 다른 영역이라는 점에서 양자는 구분하는 것이 타당하므로 학문적으로는 법적인 문제에 대해서 공학적으로 해명을 주는 학문 분야⁴⁹⁾이다.

이렇듯 법공학은 우선 공학적으로 사고 발생 후 원인을 규명함에 있어 특정 재료, 구성요소, 제품 또는 구조상 고장의 원인을 발견하는 등 향후 재발의 원인을 객관적으로 밝힐 수 있다. 나아가 법적으로 특정 재료, 구성요소, 제품 또는 구조상 고장의 원인이 고의 유무와 책임의 소재와 그 정도를 판단할 수 있다.

따라서 원자력 사고, 화재사고, 교통사고, 철도사고, 항공사고 등 다양한 안전 사건·사고에 관해 공학적으로 규명하여 추후 사고를 예방을 가능하게 하는 학문 분야이며 이를 토대로 법정 혹은 법 개정의 근거가 되는 등의 공학 및 법학 분야의 적용이 가능한 전문 분야이다. 이미 미국, 영국, 일본 등에서는 정식 학문명칭으로 등극하였고 대학 내 관련 학과 및 과정을 신설하여 많은 연구 활동 등이 이루어지고 있다.

(2) 사고조사 방법

법공학을 적용한 분석과정은 사고조사 활동으로, 사고와 관련된 사실을 정의하고 원인을 규명함으로써 사고원인에 따른 재발 방지대책 평가와 적용 및 효과적인 사후 조치의 수행 등의 목적으로 이루어지는 행위이다.

45) Randall K.Noon, 『FORENSIC ENGINEERING INVESTIGATION』, CRC Press LLC, 2001, p.1-6.

46) B. S. Neale., 『Forensic Engineering - a professional approach to investigation』, Thomas Telford Ltd., 1999, p.170.

47) CEERISK Bridging the gap 홈페이지 참조.,

<https://www.ceerisk.com/site/services/forensic-engineering/>, 최종 접속일: 2020. 09. 20.

48) Vitaly Fedchenko, 『The New Nuclear Forensics: Analysis of Nuclear Materials for Security Purposess』, Sipri, 2015, p.5.

49) 최준섭, “안전하고 안심이 되는 기술사회를 지향하는 법시스템의 구축-법공학의 제창-”, 『기계저널』, 제40권 제7호(2000), 71면.

일반적으로 공학 전문지식을 반영한 사건의 원인, 시기 등에 미친 요인을 식별하는데 도움이 되는 구조화된 접근법으로 구성된다. 따라서 어느 사건의 문제를 초래하는 의사결정에 잠재적으로 관여했던 당사자들의 기술적 책임을 평가하도록 요청받으며 법 공학적 분석을 수행하는 작업에 대한 규제 또는 법적 요건과 비교하여 평가해야 한다. 이때, 법원은 작업 기준, 제기되는 문제가 관련 분야의 상식이었는지 여부 등을 고려하여 당사자들의 책임을 평가하는 역할을 한다.

1) 사고원인에 대한 적용

현재 법공학을 법정에서 적용한 사례가 많지 않은 것은 부정할 수 없다. 게다가 법공학을 적용하여 사고원인을 밝히는 과정도 쉽지 않다. 왜냐하면, 국립과학수사연구원의 경우 형사소송에 관한 사건에 대해 담당할 뿐이므로 민사소송의 경우에는 담당하지 않기 때문이다.

결국, 민사사건에 있어서 공신력 있는 기관, 전문 기관 등이 결여되어 있는 상황이므로 조사 결과에 대한 신뢰성 확보에 어려움이 있거나 법정에서 증거능력을 인정받지 못하는 등의 문제로 해당 사건과 관련된 내용을 입증할 수 없게 된다.

사고조사 활동에서 법공학을 적용하는 것은 과학·공학 모델링 및 시뮬레이션 등과 같은 기술을 활용하여 환경 요인의 영향 평가, 사고조사와 관련된 규정 및 법령 비교, 사고원인 검토 등의 과정을 통해 사고와 불필요한 요소들을 제거하고 인과관계의 원인을 밝힐 수 있다는 점에서 의미가 있다.

이를 적용할 수 있는 기관으로는 국립과학수사연구원, 화학사고 조사단, 정부 합동 재난 원인 조사단, 건설사고 조사위원회, 중앙시설물 사고 조사위원회 등이 있다. 하지만 한정된 규모 이상⁵⁰⁾의 피해가 발생한 시설물⁵¹⁾, 원자로, 방사선 발생 장치, 관계시설, 핵연료 주기시설 및 폐기시설 등의 건설공사를 제외한 현장에서 발생한 사고⁵²⁾, 관계 기관의 장과 협의한 사항에 관한 사고 영향조사⁵³⁾등에 한하고 있다.

2) 원인 및 책임 소재 객관화

공학적 모델링(Engineering Modeling) 및 시뮬레이션(Simulation)을 통해 수치적 방법이나 시뮬레이션으로 제공되는 계산적 지원을 포함하여 고장 시 존재하는 스트레스, 부하, 동작, 에너지 레벨 또는 기타 물리적 조건의 계산이 가능하다.

이는 양자의 원리에 의해서 가능하다. 우선 공학적 모델링은 균형감(perspective)을

50) 시설물의 안전관리 특별법 시행령 제26조의2 (피해규모).

51) 시설물의 안전관리 특별법의 제33조의3 (사고원인 조사 등).

52) 건설기술 진흥법 시행규칙 제 62조 (중대건설 현장사고의 대상 등).

53) 화학물질관리법 제45조 (화학사고 영향조사).

특징으로 측정 모델(Measurement model), 제어 컴퓨팅(Control computing)을 통해 제어 핸들 모델(Control handle model)이 가능하여 객관적으로 제어 엔지니어링(Control Engineering)이 가능하다. 그리고 시뮬레이션은 시간에 따른 작동을 나타내는 프로세스(process) 또는 시스템(system)을 대략 모방한 것이다.

이러한 원리를 통해 사고 당시 건축, 부품 등의 구성요소에 대한 하중(Load)과 응력(Stress) 등의 물리적 거동을 파악하여 고장을 진단하거나, 사고 시기 등을 파악할 수 있다. 또한, 시뮬레이션을 통해 설계가 완료된 공학 설계에 대해 역방향으로 분석하거나, 사고 또는 고장의 원인이 되는 요소를 해석하는 등의 방법으로 다각도 해석을 통해 사고를 유발한 요인에 재조명할 수 있다.

이는 법정에서 전문가 증언과 더불어, 치밀하고 철저한 과학적 근거⁵⁴⁾가 인정되는 증거가 될 수 있다는 점에서 법정에서 유효한 증거가 될 수 있다.

(3) 법공학 기법

첫 번째, 재료 변화 여부 확인 방법이 아래의 기법이 적용된다.

Replication Test(레플리카 검사)는 화재로 인한 조직 변화 및 탄화물 발생 여부 등 관찰하는 검사로 배관 발화부, 비영향부 및 경계부 표면을 연마, 에칭한 후 복제 샘플을 취하여 현미경으로 조직상태, 이물질 분포 등을 관찰하는 기법이다.

그리고 DELTA FERRITE(델타페라이트)검사는 페라이트스코프(자성이용)를 사용하여 발화부, 비영향부 및 경계부 표면의 델타페라이트 함량을 측정한다.

두 번째, 비파괴 결함 검사 방법이 있으며 아래의 기법이 적용된다.

Ultrasonic Testing (초음파탐상검사)는 초음파를 시험체 내로 보내어 시험체 내에 존재하는 불연속을 검출하는 방법으로서 시험체 내의 불연속부로부터 반사되는 에너지양, 송신된 초음파가 시험체를 투과하여 불연속부로부터 반사되어 되돌아올 때까지의 진행 시간, 초음파가 시험체를 투과할 때 감쇠되는 양의 차이를 적절한 표준자료(Standard data)와 비교하여 결함의 위치와 크기 등을 측정하는 방법이다.⁵⁵⁾ 초음파탐상검사는 침투력이 높아 매우 두꺼운 단면에서도 부품의 깊은 곳에 있는 결함도 검출할 수 있으며 방사선 피폭을 방지하기 위한 안전관리의 문제에도 안전한 검사 기법이라 할 수 있다.⁵⁶⁾

Penetration Test (액체침투탐상검사)는 표면으로 열린 결함을 탐지하는 기법으로

54) 사고 당시의 상황이 고의로 유발되었다는 과학적 근거가 충분한지 등에 대한 치밀하고도 철저한 검증 없이, 피고인이 고의로 갑을 살해하였다는 점이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보아 유죄를 인정한 원심판결에 형사재판에서 요구되는 증명의 정도에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 있다[대법원 2017. 5. 30. 선고 2017도1549 판결].

55) ㈜한국공업엔지니어링 홈페이지 참조., <http://hiendt.co.kr/>, 최종 접속일: 2020. 11. 22.

56) 송성진, “용접부 초음파 탐상 시험의 최적화·지능화 기술”, 「대한용접학회지」, 제21권 제4호 (2003), 11-18면 참조.

침투액이 모세관현상에 의하여 침투하도록 하여 현상하게 된다. 육안으로 식별 불가능한 물 연속을 가시화하는 기법으로 분석 기법이 비교적 단순하며 결함을 육안으로 확인 가능할 수 있다는 점과 용접물의 크기에 제한을 받지 않는 장점이 있다.⁵⁷⁾

세 번째, 핵포렌식 (Nuclear forensic analysis or nuclear forensics)은 원자력 방사성 물질, 핵 물질 분석을 다루는 모든 응용 분야를 포함하는 개념으로⁵⁸⁾ 핵 또는 방사성 물질과 관련 증거를 제공 및 정보를 분석하는 것을 의미한다.⁵⁹⁾ 단계적으로 사전 폭발(Pre-explosion)과 폭발 후(Post-explosion) 포렌식으로 구분할 수 있으며, 폭발 후 포렌식은 잔해물 분석을 통해 폭발 전 동위 원소를 결정하는 데 사용된다.

핵연료와 감속재 못지않게 중요한 역할을 하는 냉각제(Coolant)와 핵분열 제어물질(Control Material), 원자력 방사성 물질, 핵 물질 분석을 다루는 모든 응용 분야를 포함하여 심층적으로 핵 또는 방사성 물질과 관련 증거를 제공 및 정보를 분석⁶⁰⁾할 수 있다.

이러한 원리를 이용하여 법정에서 사건이 발생 한 장비에 대한 제품 하자의 원인으로 균열(Crack)에 관한 보고서가 첨부되었고 발견한 균열에 대한 보수청구를 하지 않았더라도 보수 가능한 정도임을 판단하여 사건 장비에 대한 안전성 결여의 하자 원인이 아님을 판단⁶¹⁾한 사례가 있다.

위와 같은 선례는 균열을 발견하기 위해서는 결함 검사 방법 등을 통해 도출할 수 있다는 점에서 법적인 의미가 내재되어 있고 기타 법공학 기법이 적용되어 판결된 판례 등에 관한 연구를 향후 진행될 필요가 있다고 생각된다.

2. 법공학의 특징

(1) 공학과 법학의 융복합성

복잡한 역학적 환경에서 사건·사고가 발생함에 따라 사고의 원인을 규명하기 위한 조사와 해석 단계에서는 기계공학, 전기전자공학, 화학공학, 재료공학 등과 같은 전문적 공학 지식과 기술이 요구된다.⁶²⁾

역학적 환경에서의 사고에 관한 법적 판단에 있어 사고와 관련된 증거 상에서의 공학적 분석 결과가 적용될 때, 계산 가능한 수량 또는 규격 준수와 관련된 기술적 문제 등에 관한 판단이 가능할 것이다. 그 외에도, 법적 책임 또는 사법행정의 질문 상에서

57) 한국비파괴검사학회 홈페이지 참조., <http://ksnt.or.kr/>, 최종 접속일: 2020. 11. 24.

58) Vitaly Fedchenko, 「New Nuclear Forensics: Nuclear Material Analysis for Security Purposes SIPRI Monograph Series 1st Editions」, Oxford University Press, 2015, p.4.

59) Vitaly Fedchenko, *ibid.*, p.5.

60) Vitaly Fedchenko, *ibid.*, p.6.

61) 서울고등법원 2017. 9. 8., 선고, 2015나2021866(본소), 2015나2021873(반소), 판결

62) 김의수/강승균, “국내 법공학 정착을 위한 한국법공학연구회”, 「기계저널」, 제52권 제7호 (2012), 60면-63면 참조.

의 적용이 가능하다.

예를 들어 변호사의 “기계의 광범위한 손상은 설계 불량, 부적절한 설치 또는 작동 불량으로 인한 것인가?”의 측면으로 접근한다면, 법공학자는 “기계가 공식적인 규격에 부합하는가?, 적절한 코드와 관행에 따라 설치되었는가?, 운영자가 표준 명령이나 절차를 위반하였는가?” 등 공학적인 측면에서 잘못된 점과 발생원인을 진술함에⁶³⁾ 따라 산업상의 응용에 및 결과를 종합적으로 해석하여 사고원인에 대한 법적 책임을 다루게 된다.

따라서 공학은 사고조사 및 예방을 위한 기술개발⁶⁴⁾과 산업상의 응용에 및 결과를 종합적으로 해석하여 사고원인에 대한 법적 책임을 다루는 법적인 면을 가지고 있다. 이런 점에서 법공학은 공학적 측면과 법적 측면이 혼재된 특성을 갖는다.

재난안전사고 발생 시 최종적으로 사고 발생 및 결과에 있어서 객관적으로 원인과 결과를 밝히고, 민사 및 형사 책임 소재를 입증하고, 그 책임을 인정하는 방법으로 법정에서 공학·과학적 조사에 의한 객관적 자료를 제시하면서 유효한 증거능력을 가져야 하므로 법학 지식을 동반해야 한다.

(2) 과학적 증거의 기능

판례는 과학적 증거의 신뢰성 여부에 관한 판단으로 그 이론이나 기술이 실험될 수 있는 것인지, 이론이나 기술에 관하여 관련 전문가 집단의 검토가 이루어지고 공표된 것인지, 오차율 및 그 기술의 운용을 통제하는 기준이 존재하고 유지되는지, 그 해당 분야에서 일반적으로 승인되는 이론인지, 기초자료와 그로부터 도출된 결론 사이에 해결할 수 없는 분석적 차이가 존재하지는 않는지 등을 심리·판단하는 방법에 따라야 한다는 입장이다.⁶⁵⁾

발전설비 중 가스터빈의 압축기를 구성하는 19단 블레이드 가운데 1단 블레이드 1개가 파단되어 압축기의 전체 블레이드 등이 손상되는 사고가 발생한 사안⁶⁶⁾에서 제조 “피해자가 제조물의 결함을 증명하지 못하면 제조물책임이 인정되지 않는다.”고 판시하였고 이에 원고는 그에 부합하는 증거로 사고원인조사 최종보고서를 제출하였다.

나아가 과학적 증거방법은 전제로 하는 사실이 모두 진실인 것이 입증되고 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류 가능성이 전혀 없거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우라면 법관이 사실인정을 하는 데 상당한 정도로 구속력을 갖는다고⁶⁷⁾ 판시한 바 있다.

63) ROGER L. BOYELL, “The Emerging Role of the Forensic Engineer”, 「IEEE Transactions on Professional Communication」, vol. PC-30, NO.1(1987), p.16-17.

64) 박남희/여옥현/이경아/황연정/이경한/나선영/은종화, 「재난 원인 Forensic 조사·분석 최적 기법 연구(붕괴, 화학사고를 중심으로)」, 국립재난안전연구원, 2017, 13-18면.

65) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2009다52649 전원합의체 판결.

66) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2017다1448 판결.

67) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결.

법공학에 의한 객관적 결과는 신뢰할 수 있는 상당성을 입증할 수 있다고 할 수 있다는 점에서 과학적 증거서의 기능을 할 수 있다.

(3) 재난위험요인 통제 방법 마련에 기여

우리나라 ‘국가재난위험 사전평가제도(National Risk Assessment, NRA)’는 재난위험요인들의 발생빈도에 따른 영향력의 연관 관계를 위험등급 형태로 평가하여 좌표(Matrix and Mapping)로 도식화하여 위험요인별로 대응할 수 있도록 가상 시나리오를 개발하여 훈련하는 실천적 방법론이다.⁶⁸⁾ 이를 통해 재난위험요인들이 현실 발생 가능성과 실제 발생 시 피해 규모 등을 고려해서 재난위험요인에 대한 통제 우선순위를 정할 수 있으므로 재난위험요인 통제 방법 마련에 긍정적인 영향을 미친다.⁶⁹⁾

법공학은 공학적 모델링(Engineering Modeling) 및 시뮬레이션(Simulation)을 통해 현실 발생 가능성과 발생 시 피해 규모를 객관적으로 산정하고 시각화할 수 있으므로 재난위험요인 통제 방법을 마련하는데 있어 이를 도식화하고, 시나리오 개발에 도움이 될 수 있다.

(4) 재난대비 계획에 기여

재난위험요인의 발생 가능성은 현실적인 문제(결과)로 이어질 수 있기 때문에 대비하는 것이 필요하다. 이때, 시각화된 다이어그램이라고 일컫는 맵핑(Risk mapping)은 이를 시각화하고 객관화할 수 있는 방법이다. 맵핑을 통해서 위험 발생 요인들에 관한 정보를 다수의 국민에게 쉽게 전달할 수 있게 하면 사전에 취약점을 이해하고 보강할 기회도 제공한다.⁷⁰⁾

디지털 사진매핑(Digital Photographic Mapping)을 통해 절리면의 방향과 간격 및 암질지수, 절리면 거칠기 등을 분석하여, 이를 공학적 암반분류 방법인 RMR(Rock Mass Rating)과 Q시스템에 입력하여 보강방법을 결정⁷¹⁾할 수 있듯이 맵핑에 공학적 객관성을 더한다면 향후 유사 재난의 대비방안을 마련하는데 도움이 될 수 있다.

3. 법공학 적용 사례

원자력 사고, 화재사고, 교통사고, 철도사고, 항공사고 등 각종 재난안전사고의 원인은 한 가지로 특정할 수 없다. 이때, 법공학은 결함 분석 또한 다루는 분야이므로 기계, 화

68) 안영훈, 앞의 논문, 28면.

69) 안영훈, 앞의 논문, 32면 참조.

70) 안영훈, 앞의 논문, 32면.

71) 이에 관하여 연구한 논문으로 김치환, “디지털 사진매핑에 의한 공학적 암반분류와 터널의 보강”, 「터널과 지하공간」, 제21권 제6호(2011) 참조.

학, 토목 및 구조 공학자들은 그 분야의 기술을 가지고 건물이나 다른 구조물, 재료 등이 어떠한 이유로 결함이 생기는데에 대한 분석을 통해 원인을 규명하게 된다. 기계, 화학, 토목, 전기 공학 등의 개념을 도구로 사용하기 때문에⁷²⁾ 활용범위가 무궁무진하며 실제로 다양한 영역에서 법공학 적용을 통하여 원인을 규명한 사례로는 다음과 같다.

(1) 하얏트 리젠시 호텔 붕괴 사건

구조 엔지니어가 실수로 승인한 보행로의 원래 설계에 대한 변경사항을 발견⁷³⁾ 한 사례로 1981년 캔자스시티 하얏트 리젠시 호텔 로비 위 발코니가 무너져 사람들이 다수 죽거나 다친 사고를 예로 들 수 있다.

미국 토목 공학 협회(the American Society of Civil Engineers: ASCE)의 엔지니어들이 붕괴 원인을 조사하기 위해 현장 검사, 실험실 테스트, 분석 연구를 진행하였고 구조적 결함의 주요 원인을 설계에서 이중 로드 시스템으로 변경하여 천장과 상부 보행로를 연결하는 붕괴 하부 보행로를 연결하는 다른 붕괴가 발생하는 것을 확인할 수 있었다.

이를 통해 실수로 변경된 설계는 상부 보행로의 하중을 2배로 증가시키는 문제가 있었음을 밝혀 이로써 캔자스시티 건축 법규에 요구되는 최소 하중에 미치지 못하였다는 사실을 입증할 수 있었다.

ASCE는 여전히 법공학을 공학 또는 기타 성능 문제의 조사에 공학적 원리를 적용한 것으로 설명하며 결함을 조사하고 민사 또는 형사 재판 절차에서 전문가 증언을 제공함으로써 과학기술 및 기술적 전문지식의 적용을 통해 사람들의 안전을 보장하는 데 중요한 역할을 하고 있다.⁷⁴⁾

(2) TWA 800 항공기의 공중 폭발 사건

재료공학 적용을 통한 원인분석 사례로 1996년 7월 17일 뉴욕 케네디 공항에서 프랑스 파리로 향하던 TWA 800 항공기가 이륙한 지 14분 만에 폭발하는 사고를 예로 들 수 있다.

사고가 발생한 후, 재료학 조사(the Metallurgical investigation)를 통해 미사일 혹은 폭탄이 아닌 중앙 날개 연료 탱크(CWT)의 “과압 사건”에 의해 발생한 항공기의 날

72) Jay A. Siegel, “forensic science”, Encyclopædia Britannica, 2020, <https://www.britannica.com/topic/forensic-engineering>, 최종 접속일: 2020. 02. 06.
73) LVI Associates, “How the Kansas City Hyatt Regency Walkway Collapse Changed the Engineering Profession”, LVI Associates, 2018, <https://www.lviassociates.com/blog/2018/10/how-the-kansas-city-hyatt-regency-walkway-collapse-changed-the-engineering-profession>, 최종 접속일: 2020. 10. 05.
74) LVI Associates, Ibid.

개 중심 부분의 골절(기계적 고장)임을 결론⁷⁵⁾지었으며 배선의 단락으로 인한 중앙 연료 탱크 내 가연성 연료 및 증기의 폭발이 유력한 원인으로 지목되었다.

당시 보잉사(Boeing company)와 국가 교통안전 위원회 (National Transportation Safety Board, NTSB) 및 연방항공청(the Federal Aviation Administration; FAA)의 협력으로 조사가 이루어졌으며 회수된 잔해에 대한 철저한 검사-연료에 대한 가설을 세우기 위해 ANSYS 주도의 조사기관에서 수행된 시뮬레이션인 구조 및 컴퓨터 유체 역학(Computational Fluid Dynamics, CFD)을 통해 확인하였고, 연방항공청은 재발사고를 막기 위해 연료 탱크 및 모든 관련 구성요소의 물리적 상태 등에 대해 조치를 취했다.⁷⁶⁾

(3) 후쿠시마 원전 사건

9년이 지난 현재까지 영향을 미치고 있는 원전사고로 2011년 3월 11일 발생한 도호쿠 대지진과 쓰나미로 인해 이튿날 후쿠시마에서 일어난 원자력 사고를 예로 들 수 있다.⁷⁷⁾

2017년 7월 1F3 원자로 압력용기 (RPV) 하단에서 고체화된 저 녹화 금속 파편이 확인됐지만 각 단위와 노심데브리스 위치에 대한 정확한 사고 진행은 규명되지 않았다. 현재까지 발표된 조사보고서는 지진과 쓰나미가 설계기준치를 넘어 전례 없는 사고를 유발해 결과적으로 불가피한 결과를 초래했다는 점을 고려했으나, 법공학적 연구에서 확인된 취약성이 제거되었더라면 환경오염과 공공 노출이 실질적으로 완화될 수 있었을 것이라는 연구⁷⁸⁾가 발표되었다.

해당 연구자들은 방사선 유도 전기 분해실험을 통해 수소 발생의 위험, “the suppression pools”에서의 내부 수소 폭발의 잠재적 위험, 증기 응축과 수소 산소 가스의 축적이 일어날 수 있는 파이프에서의 내부 수소 폭발의 잠재적 위험 등에 대해 결과를 도출하였으며 이러한 취약성이 없었다면 환경 방출은 FDA의 활성 단계 동안 취한 TECO’s excellent 사고관리 완화 조치를 통해 최소 3회 이상 감소할 수 있었을 것이라는 결론을 내렸다.

75) WIKIPEDIA, “TWA Flight 800”, https://en.wikipedia.org/wiki/TWA_Flight_800, 마지막 접속일: 2020. 11. 14.

76) Ansys 홈페이지 참조., <https://www.ansys.com/>, 최종 접속일: 2020. 03. 06.

77) 일본 동북부를 강타한 강진과 함께 발생한 후쿠시마 제1원전 폭발 사고는 2011년 3월11일 발생한 도호쿠대지진과 쓰나미로 인해 이튿날 후쿠시마에서 일어난 원자력사고이다. 위키백과 참조, <https://ko.wikipedia.org/wiki/>, 최종 접속일: 2020. 01. 06.

78) Genn Saji, “Preliminary forensic engineering study on aggravation of radioactive releases during the Fukushima Daiichi accident”, 「Nuclear Engineering and Design」, Vol.324(2017), p.315-336.

4. 소결

법공학은 법정에서 과학적 증거로의 기능을 할 수 있으며, 나아가 법률 개정의 근거 또는 필요성을 보여주는 기능도 하게 될 수 있다.

그럼에도 불구하고 해외와 마찬가지로 우리나라 역시 오래전부터 법공학이란 개념을 적용하고 있었으나, 법공학의 개념이 확립된 해외와는 다르게 우리나라는 법공학에 종사하고 있는 전문인들도 본인들이 법공학 분야에 속해있다고 인식하지 못하고 있다.⁷⁹⁾

법공학을 적용한 객관적 결과는 사법 활동의 필요를 충족시키는 것 외에도 다양한 유형의 사회적 분쟁에 대한 해결 메커니즘 역할을 하며 중재, 공증, WTO분쟁 해결 등에서 널리 채택⁸⁰⁾될 수 있으므로 전문가 양성 또한 중요한 과제이다.

외국의 경우 공학을 전문적으로 수행하는 사설 기업이 존재하고 있으며 대학교에서는 관련 수업과 커리큘럼이 마련되어 있을 정도로 법공학이 보편적으로 활용되고 있지만,⁸¹⁾ 우리나라는 사단법인 법안전 융합연구소와 자문기관인 한국법공학연구회에서 사건 사고조사 및 해석, 법원 증언 및 자문, 사고 예방 컨설팅 및 안전진단의 업무를 진행하고⁸²⁾ 중앙대학교에서 국립과학수사연구소와 MOU를 체결하여 교육과정을 신설하고 그 외 대학교에서도 학과를 신설하거나 교육과정을 개설하는 등의 방법으로 운영하고 있으나 외국에 비해서 전문가 양성이나 보편적인 법공학 활용이 미약한 면이 있다.

이처럼 우리나라에서는 민사소송과 관련하여 사고 원인조사를 담당할 만한 기관의 부재로 사고와 관련된 분야의 전문성을 입증할 수 있는 기관이 매우 제한적이라 할 수 있다.⁸³⁾ 법정에서의 법공학 적용을 위해서는 민·형사소송에 적용할 수 있는 방안을 모색하여야 한다. 따라서 해외와 같이 법공학자의 전문성, 우수성을 확보하기 위한 교육, 훈련 등의 체계를 국내 실정에 맞게 도입하여 전문가들로 구성된 단체를 확보하고 확대 방안에 대해 고려할 필요가 있다.

무엇보다 구조물 붕괴, 항공기 폭발, 원자력 발전사고 등 각종 재난안전사고에 관한 사고조사 기법을 통한 근본적인 문제점과 원인을 규명하고 객관적 근거에 의한 종합적, 체계적으로 사고 원인을 입증 및 분석할 수 있는 체계를 구축하여야 한다.

특히 원자력발전 사고는 100만eV(MeV) 단위로 표시되는 에너지인 고에너지(High Energy) 배관의 보온재 내부 윤활유 유입에 의한 화재 발생 가능성⁸⁴⁾이 있는 등 “위험 물

79) 황보람, “사고조사 종사자들도 ‘법공학’ 몰라”, 중앙일보, 2012, <https://news.joins.com/article/8998519>, 최종 접속일: 2020.02.01.

80) Z. X. FANG, “Progress and Challenges of Forensic Structural Engineering—Focus on Mainland China”, 「Procedia Engineering」, Vol.14(2011), p.1212-1218.

81) 김의수/강승균, 전제논문, 61면.

82) 해외의 6개 기관 및 대학교를 포함하여 정책, 법/제도, 세무/감사, 기계/건설, 화공/환경, 소재, 교통, 화재/재난, 국방, 원자력 연구위원들로 구성되어 있다.

83) 해외에서는 개인 혹은 단체 간의 법적 문제 해결에 공학적 해석이 필요한 경우 자문을 제공하는 사례가 빈번하지만, 아직 국내에서는 미약한 수준이다.

84) 작업 수행팀(전기팀)은 단순 사건으로 인식하여 소실장에게 보고하였고, 관련 부서(기계팀,

질”과 필수 불가결한 요소를 갖고 있다. 따라서 관련 사고조사 기법에 대해 근본적인 문제점과 원인을 규명하기 위한 체계적인 연구가 필요한 분야임이 분명하며, 객관적 근거에 의한 종합적·체계적으로 사고 원인을 입증 및 분석할 수 있는 기술 개발이 필요하다.

IV. 위기관리 예방 측면에서의 원자력발전소 안전성

1. 원자력발전소의 안전성

(1) 원자력발전소 안전성의 의미

원자력발전소는 하나의 사고로 방사성 물질이 외부로 흘러나가 인체에 해를 미칠 수 있어 원자력발전소에서는 원자력 에너지를 적절히 제어하고 다중의 차폐체를 이용하여 방사성 물질이 누출되지 않도록 격리함으로써 안전성을 유지한다.⁸⁵⁾

이처럼 원자력에서의 위험요소는 방사능으로 알려져 있다. 위험요소로 인한 위험을 방지하고자 원자력발전소는 방사선과 방사성 물질이 격납건물 외부로 방출되지 않도록 설계되어 있어 안전성을 확보하고 있다.⁸⁶⁾ 이는 원자력발전소의 안전 활동(안전 목표, 안전성 확보 원리, 안전성 확보 방안)은 방사선 피폭(노출) 또는 방사성 물질의 외부 누출을 방지하는 데 집중되어 있음을 의미한다.

안전성 확보 방법으로는 다중방호와 다중방벽을 원칙으로 하는 심층방어(Defense in Depth)를 적용한다.⁸⁷⁾ 심층방어는 이상 상태의 발생을 방지하고, 이상이 발생해도 사고로 전개되거나 확대를 억제하여 사고가 나더라도 주변으로 방사선 누출이 없도록 하는 것을 의미하고, 다중방어(방호)는 방사선을 완벽하게 차단할 수 있는 다섯 겹의 방호벽을 의미한다.⁸⁸⁾

이런 이유에서 원전 안전을 위한 필수 요건으로 i)방사성 물질을 핵연료 피복관·원자로 용기·격납용기 등의 방벽 안에 억류, ii)원자로 출력(핵분열 에너지)을 확실하게

발전팀 등)에 통보하지 않아 설비에 미치는 영향이 검토되지 못하였다.

85) 한국수력원자력(주), 「2012년도 원자력발전 백서」, 지식경제부, 2012, 359-363면 참조.

86) 한국원자력연료 홈페이지 참조,

<https://www.knfc.co.kr/board?menuId=MENU00519&siteId=null>, 최종 접속일: 2020. 11. 09.

87) 미국원자력규제위원회(U.S.NRC)에서는 ‘심층방어’를 “방사선 또는 위험물질 방출 사고들을 예방하고 완화할 수 있도록 원자력 시설을 설계하고 운전하기 위한 접근법”으로서, “잠재적인 인적 실수나 기계적 고장을 보상하기 위하여 아무리 튼튼하더라도 하나의 방어단계에만 의존하지 않고 다수의 독립적이고 중복된 방어단계를 제공하는 것이 핵심”이라고 표현하고 있다. 나아가 “접근 제어, 물리적 방벽, 다중성·다양성을 지닌 핵심 안전기능과 비상대응조치가 포함” 되는 것으로 설명하고 있다. 자세한 내용은 U.S.NRC 홈페이지 참조., <https://www.nrc.gov/> 최종 접속일: 2020. 11. 16.

88) 한국원자력연료 홈페이지 위와 동일, 최종 접속일: 2020. 11. 09.

제어하기 위하여 정상 운전 시 원자로 출력 조절, iii)비상시에는 원자로를 신속하고 안전하게 정지, vi)원자로 및 핵연료를 지속적으로 냉각하여 정상 운영 시에는 핵연료 봉으로부터 핵분열 에너지는 안전하게 제거, v)원자로 정지 후에는 핵연료봉으로부터 방사능 붕괴 열(Decay Heat)을 안전하게 제거할 수 있는 것을 요구하고 있다.

(2) 원자력발전소의 안전성의 중요성

1) 인재(人災), 재해(災害)로의 높은 확대 가능성

원자력발전 사고로 인하여 인재와 재해로 이어질 수 있다는 점은 앞서 확인하였다. 과학기술의 발전과 더불어 산업화·도시화 되어 있는 현대사회는 재난으로 인한 인적재난의 피해가 증가하고 있으며 이로 인한 피해액 산정과 원인 규명 역시 중요한 문제가 되었다.⁸⁹⁾

우리나라 원자력발전의 안전성은 신뢰할 만한 기술력을 갖추고 있으나 원자력발전 사고 유발 원인이 지진 또는 지진해일인 경우, 다른 자연재해의 문제를 배제할 수 없다. 자연재해는 아무리 완벽히 대비하려고 해도 예측 불가능한 영역이 있기에, 위험(Risk)을 줄이기 위해서라도 원자력발전소의 안전성을 재차 확인할 필요도 있다.

2) 위험관리의 중요성

재난 위험은 사고 발생 가능성(Hazard), 위험에 노출된 사람과 자산(Exposure), 사회가 그 피해를 얼마나 감당할 수 있는지(Vulnerability)의 결합물이다.⁹⁰⁾

재난의 영향(파괴력)은 사고 발생 즉시 발생하는 인적 손실이나 물적 피해에 국한되지 않는다. 재난으로 인한 질병 확산, 트라우마, 복지 문제, 사회 서비스의 중단, 사회적·경제적·환경적 파괴를 포함하는 광범위한 것이다.

3) 원자력발전소의 밀집

각 원자력발전소가 안전하더라도 후쿠시마 원전사고 때와 같이 인근 지역에 모여 있으면 동시에 영향을 받아 10개 원전이 몰리면 1개에 비해 위험도가 19.4배 높아진다고 하는데 우리나라의 경우 부산과 울산에 원자력발전소가 모여 있다. 이는 사실상 바로 옆 부지라고 볼 수 있어서 사고가 나면 방사능누출 피해를 더 많은 사람이 겪을 위

89) 김동주/노명선, “안전·재난 관리 체계에 관한 비교법적 검토와 시사점”, 『경희법학』, 제53권 제4호(2018), 68면 참조.

90) Global Reinsurance Forum, “Global reinsurance: strengthening disaster risk resilience”, Global Reinsurance Forum, 2014, p.5-28.

험이 있다.⁹¹⁾ 위험성이 더욱 커진 것이다.

현재 원자력발전소 사고 발생 시 인근 주민의 대피에 관한 체계를 비롯하여 방사능의 위험으로부터 대처방법이 미흡하다는 주장이 제기되고 있다는 점에서 원자력발전소의 자체 안전뿐만 아니라 사고 발생 시 대응조치 등 안전성 확보를 위한 지속적인 보완을 해야 한다.

4) 심층방어(Defense in Depth)의 문제점

원자력발전소의 안전성을 확보하기 위한 심층방어는 설계에 오류가 있을 수 있다는 점, 기기는 고장이 발생할 수 있다는 점, 설계하는 사람의 실수가 있다는 점에서 완벽한 방법이라고는 할 수 없다. 이는 후술하는 인적 오류의 문제로 이어지게 된다.

따라서 인적 오류의 문제를 정확하게 객관적 입증 할 방법이 필요하고, 인적 오류와 사고결과의 인과관계를 밝히고 책임 비율을 객관적으로 산정할 방법으로 법공학이 유용하게 적용될 수 있다.

(3) 원자력발전소 평가방법

1975년 MIT의 노먼 라스무센(Norman Rasmussen)교수가 원자력 규제 위원회(Nuclear Regulatory Commission, NRC)에 제출한 “원자로 안전성 연구 (Reactor Safety Study), WASH-1400” 보고서를 통해 원자력 안전규제 원칙을 이른바 위험도 정보 기반(risk-informed)으로 변화시키면서 전 세계의 원자로 안전성 평가 방식을 바꿔놓았다.⁹²⁾

이로써 원자력 안전성 평가는 결정론적 방법(Deterministic Safety Assessment)에서 확률론적 안전성 평가(Probabilistic risk assessment, PRA)로 진화하였다. PRA⁹³⁾는 1단계 원자력발전소 내의 사고로 일어나는 노심 손상, 2단계 노심 손상으로 인해 일어나는 격납용기의 반응 및 격납용기 밖으로의 방사능 유출, 3단계 발전소 주변 지역과 같은 외부에 미치는 사고를 단계적으로 수행할 수 있다.

현재 「사고관리 범위 및 사고관리능력 평가의 세부기준에 관한 규정」 제9조 Risk 평가 및 제3조와 제5조와 관련 있는 별표1과 별표2, 「사고관리계획서 작성방법에 관한 규정」 제4조 사고관리능력의 평가, 「원자력안전법 시행령」 제37조 주기적 안전성 평가의 내용, 「원자력안전법 시행규칙」 제20조 주기적 안전성 평가의 세부내용에서 활용되고 있다.

91) 김은지, “원전, 내진설계 잘 됐다고 안전한 게 아니다”, 시사인, 2017,

<https://www.sisain.co.kr/news/articleView.html?idxno=30626>, 최종 접속일: 2020. 08. 05.

92) 김효민/염성필, “인간의 실수를 어떻게 막을 것인가? : 확률론적 위험성 평가가 한국의 원자력안전 규제에 적용된 과정”, 「한국과학기술학연구」(2019), 83면 참조.

93) 확률론적 안전성평가(Probabilistic Safety Assessment; PSA) 방법은 확률론적 위험도평가(Probabilistic Risk Assessment; PRA)라고 표기하는 경우도 있지만, 의미는 동일하다.

수행 단계는 구체적으로 발전소 친숙화, 초기 사건 (initiating event) 분석, 사건 분석 (event tree analysis), 계통 분석(system analysis) 및 신뢰도 자료 분석, 정량 분석으로 구분된다. 위의 방법을 통해서 원자력발전소의 안전성을 종합적으로 평가하고 있다.

앞서 심층방어(Defense in Depth)의 문제점에서도 언급하였지만, 사고에 관한 인간 실수(Human error)는 불가피하다.⁹⁴⁾ 원자력발전소 사고 역시 인간의 실수가 개입될 수 있으므로 원자로의 안전성 평가는 기계적 이상뿐만 아니라 인적 오류의 가능성까지도 고려한 총체적이라는 논리적 구조와 외관을 갖게 된다.⁹⁵⁾⁹⁶⁾

원자력 사고 방지를 위해서는 영원한 불확실성의 영역인 인적 오류의 발생 확률을 낮춰야 한다. 이를 위해서 작업현장/근로현장 개선, 스트레스, 구성원 상호작용, 인센티브, 조직 문화와 같은 요소⁹⁷⁾를 개선하는 작업과의 연계 속에서 이루어져야 함은 물론이지만 본고에서는 인적 오류를 방지하기 위한 객관적 근거 마련으로써 법공학 적용의 필요성을 다루기 때문에 구체적으로 다루지 않는다.

2. 원자력발전소 사고에서의 법공학 적용 필요성

원자력발전은 수력, 화력 등의 발전방식과는 다르게 원자핵의 분열에너지를 이용하기 때문에 방사성 물질인 핵분열 생성물이 원전 연료 내에 축적된다. 이러한 발전소의 특성상 UN(United Nations, 국제 연합)이 정하는 9가지 위험 물질(Dangerous Goods)⁹⁸⁾⁹⁹⁾ 중 하나인 방사성 물질을 비롯한 방사성 폐기물과 공존하는 관계라고 할 수 있다. 결국, 원자력발전이 중요한 에너지 공급 역할을 담당하기 위해서는 안정성을 확보하고, 사용 후 핵연료(Spent Nuclear Fuels, SNFs) 문제를 해결하여야 한다.¹⁰⁰⁾

94) 최준섭, 앞의 논문, 73면., 이런 이유에서 최후 행위자의 책임만을 묻는 것이 타당한지에 대한 고민이 필요하다고 말한다.

95) 김효민/염성필, 앞의 논문, 91면.

96) 수행된 원자력발전소 PSA 결과에 의하면 인적오류가 안전성에 가장 큰 영향을 미치는 요인 중 하나로 나타났고 실제적으로 발생 된 대형사고 대부분은 인적오류와 밀접히 관련이 있다. 강대일/정원대/양준원, “인간신뢰도 분석 표준 방법의 진단오류 분석 규칙 개발”, 한국원자력학회, 2003, 1면.

97) 강재열, “원자력 안전과 건전한 원자력안전문화 확산”, 전기저널, 2019, <http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=11489>, 최종 접속일: 2020. 02. 09.

98) 항공기, 선박 또는 육상운송 도중 물질의 화학적, 물리적 또는 생물학적 성질상 그 물질 자체의 특성으로 인하여 또는 다른 2종류 이상의 물질이 접촉 또는 압력, 온도변화 등으로 인해 폭발, 부식, 질식, 자연발화, 전염 등을 초래하여 인간, 환경 또는 수송 수단에 위험을 유발하는 물질 및 제품을 의미한다.

99) 9가지 위험 물질은 화약류 (Explosives), 가스류 (Gases), 인화성 액체류 (Flammable Liquids), 인화성 고체류 (Flammable Solids), 산화성 물질 및 유기과산화물 (Oxidizing Substances and Organic peroxides), 독성 및 전염성 물질 (Toxic and Infectious Substances), 방사성 물질 (Radioactive Materials), 부식성 물질 (Corrosives), 기타 위험 물질 (Miscellaneous Dangerous Substances)이다.

100) 류경하/이태현/이상혁/반병민/ 김재형, “액체금속 피동냉각유동모사 실증설비의 개발”, 「대한기계학회 논문집 C권」, 제3권 제4호(2015), 257면.

현재 총24기의 원자력발전소를 운영 중인 우리나라는 정부의 에너지전환 계획이 공식화된 이후에 신재생에너지·LNG(액화천연가스) 발전을 늘리고 원자력 발전을 감소함에 따른 문제점¹⁰¹⁾이 제기된 바 있으며, 급증하는 에너지 수요를 충족시키기 위해 원자력 발전소의 확대 정책의 기초가 불가피해 보인다는 견해¹⁰²⁾도 주장되고 있다.

주로 원자력발전소에 대해 핵연료 처리 문제¹⁰³⁾, 과학기술을 적용한 사고 대비 모의 훈련¹⁰⁴⁾과 같은 연구는 진행 중이지만 원자력 사고조사 과정, 기법, 체계와 같은 본질적 원인에 대한 체계적인 데이터를 위한 연구는 미흡한 실정이라 할 수 있다. 만약 이러한 연구가 활발히 진행된다면 비슷한 사고의 재발을 방지하고 사고가 발생 후 신속하고 정확한 대응을 할 수 있을 것이다.

따라서 사고조사와 밀접한 관계가 있는 법공학을 적용하여 국내 원자력 사고뿐만 아니라 재난 및 재해 조사체계를 구축할 필요가 있다.

3. 원자력발전소 사고에서 법공학 적용 사례의 시사점

(1) 일본

후쿠시마 제1 원자력발전 사고(FDA: the Fukushima Daiichi Accident) 이후 TEPCO에 대한 많은 소송이 제기되고 있고 정부 조사위원회 보고서에는 법공학적 조사를 고려해야 했다.¹⁰⁵⁾

원자력발전소에서 수소 발생은 지르코늄-증기 반응이나 전파 분해를 통해 일어날 가능성이 크므로 그 사고에 대한 확실한 증거가 필요한데 이때 아래와 같은 다양한 증거들이 수집되고 통합될 수 있다.

다양한 증거는 화학 및 방사선 분석의 세부 특성 데이터, 방사선 모니터링 데이터, 사고 직후 로봇 검사 데이터뿐만 아니라 최근 촬영된 로봇 검사 데이터, “핵심 이물질” 식별 및 영상 데이터 등¹⁰⁶⁾을 수집하여 후쿠시마 원자력발전 사고에 관한 연구가 진행 중이다.

101) 안상희, “文정부 탈원전 실행 2년…한전 적자 원전산업 붕괴 온실가스 증가”, 조선비즈, 2019, https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2019/10/25/2019102502063.html, 최종 접속일: 2020. 06. 15.

102) 김종호, “오바마의 새 원전, 문재인이 탈원전”, 조선비즈, 2019, https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2019/07/20/2019072000107.html, 최종 접속일: 2020. 05. 26.

103) 김순강, “원자력 발전의 진실을 밝히다”, 사이언스타임즈, 2019, <https://www.sciencetimes.co.kr/news/%EC%9B%90%EC%9E%90%EB%A0%A5-%EB%B0%9C%EC%A0%84%EC%9D%98-%EC%A7%84%EC%8B%A4%EC%9D%84-%EB%B0%9D%ED%9E%88%EB%8B%A4/>, 최종 접속일: 2020. 07. 15.

104) 유성민, “발전소서 전방위 활용중인 ‘드론’”, 사이언스타임즈, 2019, <https://www.sciencetimes.co.kr/news/%EB%B0%8C%EC%A0%84%EC%86%8C%EC%84%8C-%EC%A0%84%EB%B0%A9%EC%84%ED%89%8C%EC%A9%A9%EC%A4%81%EC%8D%B8-%EB%B3%8C%EB%A1%A0/>, 최종 접속일 2020. 08. 06.

105) Genn Saji, Ibid., p.452-480.

106) Genn Saji, Ibid., p.452-480.

(2) 한국

2019년 한빛 1호기 가동 준비 중 원자로냉각재계통(RCS) 유로(Loop) C 중간냉각재관(Cross-Over Leg) 보온재 연기 및 불꽃 사고가 발생하였다. 이 사고는 원자력안전위원회 고시 제2018-3호 별표 1.9 “시설에서 유독가스의 발생, 화재, 아크, 폭발 등으로 인하여 외부소방서 119 안전신고센터 포함)에 소방대 출동을 요청한 경우”에 해당하여 보고하여야 하는 사건이었다. 사건 발생 후, 한국원자력안전기술원(KINS) 조사팀은 안전성 평가를 위해 사건 발생 원인분석, 사건으로 인한 영향, 사건대응 적절성, 원전운영자 재발 방지 조치에 대한 적절성을 확인하였다.

특히 화재 발생원인 조사를 위해서 앞서 언급한 법공학 분석 기법을 적용하기 위하여 배관 건전성 평가 구분을 하게 되는데 재료 변화 여부 확인 시험, 모사실증 시험, 비파괴 결함 검사로 구분하여 각 시험에 관한 시험방법으로 진행하였다.

이를 통해 제24차 계획예방정비 중 RCP 정비과정에서 누유된 윤활유를 적절하게 제거하지 못하여 발전소의 가열운전 중 자연 발화된 사실을 확인할 수 있었다.

원자로냉각재계통 유로 C 중간냉각재관에 대한 기계·재료 측면의 건전성을 확인하기 위한 검사로 “재료 응력 부식균열 및 입계부식 특성, 재료의 기계적 물성 변화, 표면 결함 발생 여부 및 배관의 화학성분 분석” 등의 공학적 검토도 진행하였고 원자로냉각재계통 유로 C 중간냉각재관 표면에 대한 기계·재료 측면의 건전성 확인을 수행한 결과 관련된 요건 및 기술기준에서 요구하는 사항을 만족¹⁰⁷⁾하고 있었으며 방사성 물질 누출 등 안전 관련 사항 또한 발생하지 않아 발전소 안전성에는 영향이 없다는 점도 확인할 수 있었다.

4. 법공학 적용을 통한 원자력발전소 안전성 확인 사례

2011년 원자력발전소를 운영하는 회사가 과학기술부 장관의 허가를 받아 설계수명이 만료된 원자력발전소를 계속 운전하자, 발전소 인근 지역에 거주하는 주민들이 발전소 계속 운전 안전상 문제가 있다는 등의 주장을 하며 발전소 가동중지 가처분을 신청한 사안에서, 위 주민들에게 발전소의 가동중지를 구할 피보전권리가 없다고 하였다.¹⁰⁸⁾

이유인즉 「고리 1호기의 계속 운전 과정에서 잠재적인 위험요인에 대한 기술적 통제 불가능 또는 결여로 인해 방사성 물질의 누출이 발생하여 채권자들의 생명, 신체, 재산 등이 침해되는 재해가 발생할 개연성이 있다는 구체적인 위험이 인정되는 경우라야 채권자들에게 고리 1호기의 가동중지를 구할 수 있는 사법상의 권리가 있다고 볼 수 있

107) 한국원자력안전기술원, 「원전사고·고장 조사 보고서: 한빛1호기 가동 준비중 원자로냉각재 유로 C 중간 냉각재관 보온재 연기 및 불꽃 발생(사건발생일: 2019.03.09.)」, 한국원자력안전기술원, 2019. 7-10면.

108) 부산지방법원동부지원 2011. 9. 19. 자 2011카합211 결정

다」는 것이었다.

이는 법원이 채권자들이 고리 1호기의 고장 이력, 주기적 안전점검과 주요기기 교체, 압력용기의 안전성, 천재지변 등 대비 문제를 개별적 가동중지 사유를 판단하는데 잠재적인 위험요인에 대한 기술적 통제 수행 여부를 판단하여 구체적 위험을 인정하지 않은 것이다.

다른 한편으로 본 결정은 잠재적인 추상적 위험의 정도와 발전소 계속 운전 과정에서 잠재적 위험요인에 대한 기술적 통제의 불가능 또는 결여로 인해 방사성 물질 누출이 발생하여 주민들의 생명, 신체, 재산 등이 침해되는 재해가 발생할 개연성이 있다는 구체적 위험 인정을 소명하였다면 가동중지를 구할 피보전권리가 인정될 수 있었을 것이었음을 짐작하게 한다.

본고에서는 법원이 해당 결정에 법공학 원리를 적용하였다는 점에 주목하고자 한다. 우선 압력용기의 안전성을 판단하는 데 있어서 특정 제품, 시스템, 프로세스 등에 물리적 및 공학을 위하여 시편에 대한 파괴 인성검사를 통해 최대흡수에너지가 사고 상태를 가정한 경우에도 기준치의 약 2.5배 안전 여유도를 가지는 것을 확인할 수 있었다. 그리고 가압열충격 기준온도 검사로 40년 운전을 기준으로 기준치 300°F에서 40°F 여유가 있는 260°F로 나타난 결과를 통해 압력용기의 안정성을 확인할 수 있었다.

또한, 압력용기의 안전성 판단에 있어서 천재지변 등 대비에 관해서도 내진검증에 최신기술수준인 Generic Implementation Procedure 3A를 적용한 점과 해일 위험의 증가에 대처하기 위하여 방호벽을 10m로 보강하고 비상 디젤 발전기실에 방수문과 방수형 배수펌프를 추가 설치하며 차량장착 이동형 비상 발전기를 도입할 계획을 수립·추진하는 점과 내진 성능이 보강되었다는 것을 감안하면 법공학을 통한 안전성 판단 가능성이 농후하다고 생각된다.

이는 기술적 통제의 판단과 이를 인정할 만한 소명자료 과정에서 공학 원리를 적용하는 것의 의미는 상당하다. 이에 법공학을 적용한 결과를 토대로 법적인 책임, 손해 등 판단이 가능하며 그 기준을 제시하고 과학적으로 입증할 수 있다는 점에서 의미가 있다.

5. 소결

원자력발전은 관련 분야에 대한 고도의 전문적 지식이 필요할 정도로 “위험 물질”과 필수 불가결한 요소를 갖고 있으며 국내에서 밀집된 형태로 구축된 원자력발전이 내포하는 위험을 줄이고 안전성 확보를 할 필요가 있다.

일본의 경우를 보더라도, 원자력 사고 발생 후에도 관련 사고조사 기법을 적용한 근본적인 문제점과 원인을 규명을 위해 공학적 연구를 꾸준히 지속하고 있는데 이는 법공학이 사고원인을 입증 및 분석할 수 있는 기술을 적용할 수 있는 체계가 수립되어 있기에 가능한 일이라고 생각한다.

국내의 경우, 2019년 한빛 1호기 사고는 법공학 조사 기법을 적용하여 발화부/비영향부 및 경계부 샘플 간 조직 차이, 조직 내 탄화물 및 균열 발생 여부, 함량의 정도, 체적 결함 여부, 표면결함 여부 등 자연발화의 원인을 분석 후 공학적 측면의 문제가 아닌 원자력발전의 인적오류에 의한 사고임을 밝혀낸 바 있다.

이러한 사고의 근본적인 원인을 규명하고 안전성을 확보하는 과정에서 법공학적 적용은 이미 실현되고 있다고 볼 수 있으며 판례를 보더라도 원자력발전의 “안전성 문제의 판단”에 있어 근본적인 문제점에 대한 원인 규명의 과정으로써 법공학의 체계적인 연구 및 체계 구축을 위한 입법단계에서의 심층적 논의가 필요하다.

V. 결론

원자력발전소 사고의 경우 국민의 생활에 간·직접적 영향을 줄 수 있는 요소들이 존재하고 있으며 이는 재난 및 재해로 이어질 가능성이 크다. 위기관리 측면에서, 국민의 안전을 보장하기 위한 국가의 책무 측면에서 원자력발전소 사고의 안정성은 중요한 문제이다.

본고에서의 법공학은 개념적으로 공학과 법학의 융합적인 연구가 필요한 분야이며 원자력발전소가 위기관리의 대상이라는 점, 효율적 위기관리를 위한 객관적 방법으로 법공학을 적용할 수 있다는 점을 검토하였다.

이러한 점에서 안전사고를 이해하는 법공학은 공학적 이해의 선행을 통해 법정에서 사실을 입증하여 객관적으로 데이터화 할 수 있고 이는 승소¹⁰⁹⁾로 이어질 수 있다. 나아가 사고를 실질적으로 분석하면서 향후 사고 예방을 위한 관련 제도를 개선하는데 근거를 마련할 수 있다.

따라서 공판중심주의를 준수하는 우리나라 체계상 사건 사고 후 조사를 통해 원인을 밝혀내고, 법정에서 증언할 수 있는 법공학의 역할이 중요해졌다고 본다.

다른 한편으로는 소송에서 책임에 대한 비용부담을 정당화하는 객관적인 방법의 하나로 법공학 시스템을 구축하는 것도 고려해볼게 된다. 사고 발생 시 우리나라 체계상 형사사건의 경우 국과수가 조사를 담당하지만, 민사사건은 그렇지 않기 때문에, 전문가가 부재한 상황이기 때문이다. 이를 위해서는 법공학 전문가가 필요하다. 하지만 앞서 검토하였듯이 교육과정, 학술연구가 진행되고 있으나 외국에 비하면 그 규모가 작고, 민사 등에서의 실질적인 역할은 미비하다.

원자력발전 사고를 비롯한 재난안전사고의 관리와 사고 방지의 필요성은 재차 강조

109) 권동일, “법공학은 세계적 트렌드 안전사고 관련 규정 법제화 또한 중요해”, 대한변협신문, 2014, <http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=11489>, 최종 접속일: 2020. 10. 06.

되어도 무방하며 이를 위해서는 국가의 위기관리 역할과 사고조사 및 개선에 있어서 객관적이고 전문적인 방법이 동원되어야 한다.

이와 같은 견지에서 법공학을 적용하여 원자력발전 사고를 비롯한 재난안전사고의 효율적인 관리, 운영, 평가, 대응 체계를 마련할 수 있는 연구가 계속되기를 바란다.

[참고문헌]

< 단행본 >

- 강현호(1), 「환경국가와 환경법」, 新論社, 2015
------(2), 「행정법의 이해」, 동방문화사, 2018
박남희/여옥현/이경아/황연정/이경한/나선영/은종화,, 「재난원인 Forensic 조사.분석
최적 기법 연구(붕괴, 화학사고를 중심으로)」, 국립재난안전연구원, 2017
정준금, 「환경정책론」,대영문화사, 2007
채경석, 「위기관리정책론」, 大旺社, 2004
한국수력원자력(주), 「2012년도 원자력발전 백서」, 지식경제부, 2012
한국원자력안전기술원, 「원전사고·고장 조사 보고서: 한빛1호기 기동 준비중 원자로냉각재 유로 C 중간 냉각재관 보온재 연기 및 불꽃 발생(사건발생일: 2019.03.09.)」, 한국원자력안전기술원, 2019
B.S. Neale, 「*Forensic Engineering: a professional approach to investigation*」, London: Thomas Telford, 1999
Coombs, Timothy; 이현우 옮김, 「위기관리 커뮤니케이션」, 커뮤니케이션박스, 2001
Charles Perrow, 김태훈 옮김, 「무엇이 재앙을 만드는가?」, RHK, 2013
National Transportation Safety Board Washington, D.C., 「*Metallurgy/Structures Group Chairman Factual Report Sequencing Study*」, Docket No. 5A-516, Exhibit No. 18A., Retrieved January 31, 2010
Randall K.Noon, 「*FORENSIC ENGINEERING INVESTIGATION*」, CRC Press LLC, 2001
Richard Saferstein, 「*Criminalistics: An introduction to forensic science 4th ed Edition*」, Jenson Books Inc, 1990
Ulrich Beck , 「위험사회-새로운 근대(성)을 향하여」, 새물결, 1997

< 논문 >

- 강대일/정원대/양준원, “인간신뢰도 분석 표준 방법의 진단오류 분석 규칙 개발”, 한국원자력학회, 2003
강현호, “국민 안전과 건강 보호를 위한 미세먼지 관리 특별대책” 토론회, 「환경법연구」, 한국환경법학회 제129회 정기학술대회 및 임시총회, 2017
강현호, “한국과 독일에 있어서 미세먼지를 둘러싼 소송법적 쟁점들”, 「공법연구」제48

- 권 제1호, 2019
- 계인국, “안전규제를 위한 보장감독의 이론적 기초”, 법제처, 2018
- 곽결호, “환경정책과 과학기술”, WeWe 100회 기념세미나 및 환경리더 간담회, 대한환경공학회, 2016
- 김동주/강현호, “자연기술복합재난 관리를 위한 법제 개선방안 연구”, 「法學研究」 제23권 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2020
- 김동주/노명선, “안전·재난 관리 체계에 관한 비교법적 검토와 시사점”, 「경희법학」 제53권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2018
- 김미숙/이상영/정진옥, “위험사회에 대한 국민의식조사”, 「보건사회연구」, 한국보건사회연구원, 2013
- 김의수/강승균, “국내 법공학 정착을 위한 한국법공학연구회”, 「기계저널」 제52권 제7호, 대한기계학회, 2012
- 김종천, “원전의 위험과 환경법의 역할”, 「환경법과 정책」 제20권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018
- 김치환, “디지털 사진매핑에 의한 공학적 암반분류와 터널의 보강”, 「터널과 지하공간」 제21권 제6호, 한국암반공학회지, 2011
- 김효민/염성필, “인간의 실수를 어떻게 막을 것인가? : 확률론적 위험성 평가가 한국의 원자력 안전 규제에 적용된 과정”, 「한국과학기술학연구」, 한국과학기술학회 2019 학술대회, 2019
- 나채준/장민선/김은정/배건이/양기근, “재난 및 안전관리 기본법 체계정비를 위한 연구”, 행정안전부, 2018
- 류경하/이태현/이상혁/반병민/ 김재형, “액체금속 피동냉각유동모사 실증설비의 개발”, 「대한기계학회 논문집 C권」 제3권 제4호, 대한기계학회, 2015
- 박현욱/배충식, “미세먼지 현황과 과제”, 「기계저널」 제59권 제6호, 2019
- 송성진, “용접부 초음파 탐상 시험의 최적화·지능화 기술”, 「대한용접학회지」 제21권 제4호, 대한용접접합학회, 2003
- 송창영, “은평구의 재난관리 역량 강화 등을 위한 재난 안전에 대한 선진화 방안 연구” 2장, 서울특별시 은평구, 2012
- 안영훈, “재난대응 역량강화를 위한 국가재난위험 사전평가제도(NRA)의 활성화”, 「World & Cities」 vol.7, 서울특별시, 2014
- 정지범/김은성, 「자연재해 및 국가위기 발생 시 국가적 종합위기 관리방안 연구(Ⅱ)」 제2편, 한국행정연구원, 2009
- 정호경/마정근, “스위스의 재난 및 지진 관리체계에 관한 연구”, 「법학논총」 제34권 제3호, 2017

- 정태성, “4차 산업혁명 기반 재난 안전 연구개발 중장기계획 수립연구”, 행정안전부, 2018
- 최준섭, “안전하고 안심이 되는 기술사회를 지향하는 법시스템의 구축-법공학의 제창-”, 「기계저널」 제40권 제7호, 대한기계학회, 2000
- Genn Saji, “Preliminary forensic engineering study on aggravation of radioactive releases during the Fukushima Daiichi accident”, 「Nuclear Engineering and Design」 Vol.324, 2017
- McLouglin, David, “A Framework for Intergrated Emergency Management”, 「Public Administration Review」 vol 45, 1985
- Z. X. FANG, “Progress and Challenges of Forensic Structural Engineering—Focus on Mainland China”, 「Procedia Engineering」 vol.14, ELSEVIER, 2011

< 보도 및 기타 자료 >

- 과학기술정보통신부 연구개발정책실 거대공공연구정책관 거대공공연구협력과, “후쿠시마 원전 오염수 문제 비중 있게 다루고 있어 -IAEA 등 국제사회에 후쿠시마 원전 오염수 관련 우려 전달 및 공조 요청-”, KDI 경제정보센터, 2019
- 신종코로나바이러스감염증중양사고수습본부, “신종 코로나바이러스감염증 대응 총리 주재 회의 - 신종 코로나바이러스 감염증 대응계획 등-”, 보건복지부, 2020
- 재난대응정책과, “재난분야 위기관리 표준매뉴얼 전면 개정된다. -폭염 · 한파 등 신규 재난 유형별 위기관리 표준매뉴얼 제정 마무리-”, 행정안전부, 2018

< 기사 및 인터넷 자료 >

- 강재열, 원자력 안전과 건전한 원자력안전문화 확산, 전기저널, 2019.07.05.
- 권동일, 법공학은 세계적 트렌드 안전사고 관련 규정 법제화 또한 중요해, 대한변협신문, 2014. 09. 22.
- 김소연, 法 원전과 갑상선암 발병, 인과관계 없다, 원자력신문, 2019. 08. 27.
- 김순강, 원자력 발전의 진실을 밝히다, 사이언스타임즈, 2019. 04. 09.
- 김은지, 원전, 내진설계 잘 됐다고 안전한 게 아니다, 시사인, 2017. 11. 22.
- 김종호, 오바마의 새 원전, 문재인이 탈원전, 조선비즈, 2019. 07. 20.
- 박기용, 후쿠시마 원전 사고 9년...그린피스 재오염 진행 중, 한겨레, 2020. 03. 09.
- 박성원, ‘신종 코로나’ 세계 감염 현황...3만명 육박, 디트 NEWS24, 2020. 02. 06,

- 박성훈, 강화도서 불과 400km...韓서해 맞은편에 中원전 12개 있다, 중앙일보, 2019. 09. 05,
- 안상희, 文정부 탈원전 실행 2년...한전 적자 원전산업 붕괴 온실가스 증가, 조선비즈, 2019. 10. 26.
- 유성민, 발전소서 전방위 활용중인 ‘드론’, 사이언스타임즈, 2019. 06. 03.
- 장다울, “우리나라 원전 왜 문제일까요?”, GREENPEACE, 2016. 12. 26.
- 조소영, 정기검사 '이상무'...원안위, 고리 3호기에 재가동 승인, NEWS1, 2020. 02. 11.
- 조행만, 대부분의 원전 사고는 인재(人災) -체르노빌, 스리마일, 후쿠시마의 증언-, The Science Times, 2013. 03. 13.
- 한영혜, 그린피스, 한국 OECD 회원국 중 초미세먼지 가장 심각, 중앙일보, 2020. 02. 06.
- 황보람, 사고조사 종사자들도 ‘법공학’ 몰라, 중앙일보 머니투데이, 2012. 08. 08.

[Abstract]

Relationship between National Crisis Management and Forensic Engineering
-Focused on securing stability of nuclear power plant-

Kim, Dong Joo

The extent, scale, and impact of disaster safety accidents such as coronavirus infection (COVID-19), fine dust, nuclear power plant accidents, etc. are not limited to Korea, and the risks in modern society are wide and complex. For example, radiation damage continues nine years after the Fukushima nuclear accident in Japan caused radioactive contaminants to leak and spread throughout the atmosphere, oceans and continents.

Unpredictable disasters and safety accidents coexist in the civilization of modern society, and it cannot be denied that modern people face 'risk' in various fields such as natural disasters, environmental pollution, health, economic and social life, and external relations. In terms of national crisis management, disaster safety accidents are a matter of guaranteeing the people's right to safety.

Based on Article 34 (6) of the 「Constitution of the Republic of Korea」, the State must perform its mission to prevent disasters and protect the people from such dangers, and to this end, protect the lives and assets of the people and minimize the possibility of a crisis. At this time, it is a question of whether it is the duty or responsibility of the state to guarantee the people's right to safety.

Therefore, crisis management must be established for crises in various meanings, such as national, political, economic, sociocultural, and individual crises. To this end, it is necessary to establish a new paradigm for disaster safety management to protect the lives and assets of the people from disaster and safety accidents.

Therefore, as a prior study to establish a systematic crisis management system for disaster safety accidents in a broad sense in the national crisis management, we decided to review the role of forensic engineering as a way to efficiently manage crises in nuclear power generation accidents.

Key words: Crisis Management, Environmental Administration, Disaster and Safety Accident, Forensic Engineering, Nuclear Power Plant Accident.

中国对网络恐怖主义的法律规制研究 (중국의 사이버테러 법적규제에 대한 연구)

마광(马光)* · 백아혜(白雅慧)**

논문요지

9.11사건으로 인해 전 세계적으로 테러에 대한 주의가 고조되었고 테러는 점차 중요한 국제안전문제로 부상하였으며 테러는 사회의 안정을 해치고 국민의 생명과 재산안전에 막대한 위협을 야기하였다. 최근 들어 인터넷의 빠른 발전과 더불어 테러와 인터넷의 융합도 새로운 발전을 가져왔는데 사이버테러는 새로운 테러의 형태로 급속히 자리매김하였다. 현재 중국의 사이버테러는 아직 도구형 사이버테러의 형태가 주를 이루는데 즉 인터넷을 통한 온라인 및 오프라인 결부의 테러가 그 중심에 있다. “형법”, “테러방지법”, “사이버안전법” 등 법률은 중국의 테러방지 및 타격에 있어 중요한 역할을 하였으나 국제적인 입법에 비하면 아직도 일부 문제점이 발견된다. 본 논문에서는 우선, 중국의 종교 및 지역적 특성과 결부하여 현존의 사이버테러에 대해 정의를 내리고 사례를 들어 중국에서 사이버테러의 특성과 형태에 대해 설명하고 특히 인터넷이 중국의 테러활동에 대해 어떠한 도구역할을 하는지 설명하고자 한다. 다음으로, 기존의 중요한 입법에 기초하여 중국의 사이버테러 억제 관련 입법의 단점을 분석한다. 마지막으로, 상술한 문제를 분석한 기초 위에 해당하는 법 개정 건의를 하고자 한다. 특히 글로벌 배경 하에서 중국은 국제적인 선진 경험을 충분히 흡수하여 자체의 사이버 테러관련 법체계를 합리적으로 수립해 나아가야 한다.

검색용 주제어: 인터넷, 테러, 입법, 규제, 사이버안전

· 논문접수: 2020.12.08. · 심사개시: 2020.12.23. · 게재확정: 2021.01.11.

* 중국 절강대학교 광화법학원 부교수, 중국 변호사

** 중국 절강대학교 광화법학원 대학원생, 교신저자

一、引言

随着互联网和大数据的快速发展,网络信息日益渗透到生活的每个角落,信息科技和媒介的更新日益加快,导致恐怖主义逐渐与网络相结合。与传统物理空间内制造恐怖袭击不同,网络恐怖主义基于互联网的全球流动性和共通性的特点,在网络空间中传播恐怖信息、招募人员甚至通过网络开展恐怖袭击等活动。根据中国国家信息安全测评中心发布的关于“2018年上半年国际恐怖主义态势报告”显示,2018年1月至6月,在全球40多个国家发生了600多起恐怖袭击案件,比前一年同期略有增长,反恐刻不容缓。¹⁾

不同于传统恐怖活动模式,网络恐怖主义传播的时效性较强,且以网络和媒体为导向,网络攻击和诱导相结合,客观上使得影响的维度和范围更为分散和广泛,使得恐怖主义向新的冲突方式转型。

二、中国网络恐怖主义的特点

(一) 网络恐怖主义的定义

网络恐怖主义问题首当其冲即为定义,但是目前国内外尚未有明确界定。关于网络恐怖主义的定义最早是由美国加州情报与安全研究所资深研究员巴里科林于1986年提出,认为它是“网络与恐怖主义相结合的产物²⁾,使用网络的组织形式和信息时代的特点不同于传统冲突模式,在这种模式中,参与者更喜欢独立的、分散的、分级的组织和策略”。³⁾2000年,德国乌西伯尔教授提出,网络恐怖主义包括两层含义:一是恐怖分子利用网络实现了什么;二是互联网给了恐怖分子什么样的特别能力。⁴⁾在英国政府《反恐主义法案(2000)》中,将与政府利益或社会利益的黑客行为定性为恐怖主义行为。⁵⁾2003年,美国联邦调查局对“网络恐怖主义”做出定义:“通过利用电脑或者电信设备,导致暴力、破坏、扰乱服务,通过在特定人群中制造混乱和打消确定性来制造恐惧,旨在影响政府或人群,以符合特定政治、宗教、社会或者意识形态议程。”“911”事件后,2001年美国颁布《爱国主义法案》(USA PATRIOT Act),网络恐怖主义第一次作为法律术语出现。联合国反恐任务实施力量工作组(CTITF)将网络恐怖主义基于恐怖主义的目的使用互联网界定为四类行为,即:(1)利用互联网通过远程改变计算机系统上的信息或者干扰计算机系统之间的数据通信以实施恐怖袭击;(2)为了恐怖活动的目的将互联网作为其信息资源进行使用;(3)将使用互联网作为散布与恐怖活动为目的,发展相关信息的手段;(4)为了支持用于追求或支持恐怖活动目的的联络和组织网络而使用互联网。⁶⁾联合国毒品和犯罪问题办公室(UNODC)将网络恐怖主义定义为“蓄意利用计算机网络作为发动攻击的手段……目的是破坏计算机系统、服务器或基础设施等目标的正常运作”。⁷⁾以色列著名网络恐怖主义研究学者Weimann Gabriel教授认为恐怖主义和极端主义已经逐渐将网络作为实现恐怖主义的重要工具。⁸⁾搜索中国学术期刊网络出版总库(CNKI)发现国内较早提及恐怖主义

1) 宋汀、曹伟:《2018年上半年国际恐怖主义态势报告》,《中国信息安全》2018年第9期,第86页。

2) 康均心、虞文梁:《大数据时代网络恐怖主义的法律应对》,《中州学刊》2015年第10期,第60页。

3) John Arquilla, David F. Ronfeldt, Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime, and Militancy, Santa Monica California, 2001, p.31.

4) 刘仁文:《刑事法治视野下的社会稳定与反恐》,社会科学文献出版社2013年版,第224-225页。

5) 陈钟:《论网络恐怖主义对国家安全的危害及其对策》,《江南社会学院学报》2004年第3期,第18页。

6) 王娜:《网络恐怖主义犯罪的刑事立法应对》,《犯罪学论坛(第二卷上)》,第405页。

7) Nicholas Tsagourias, Russell Buchan, Research Handbook On Internet Law and Cyberspace, Eward Elgar Publishing, p.147.

8) Weimann, Gabriel, Terrorism in cyberspace: the next generation, Woodrow Wilson Center Press, 2015, p.57.

和网络的文章为1996年10月15日在广东金融电脑杂志上发表的《恐怖主义入侵电脑》。首次将“网络恐怖主义”写入文章标题的是简观于2000年3月23日在国际展望期刊上发表的《各国纷纷制定措施打击网络恐怖主义》。国内一些学者也对网络恐怖主义进行了定义,如朱永彪和杨恕认为网络恐怖主义的概念可以概括为:“恐怖主义与网络的结合及其在网络上的延伸,以及针对网络实施的恐怖主义。”⁹⁾盘冠员、章德彪认为网络恐怖主义是指为了实现政治、意识形态等目的,利用或者针对网络制造社会恐慌、危害公共安全、侵犯人身财产、或者胁迫国家机关、国际组织的主张和行为。¹⁰⁾王秀梅、魏星星认为网络恐怖主义犯罪的定义是指个人或组织、团体基于政治目的或其他社会目的,以网络为辅助工具或者以网络为攻击目标而实施的,从而导致严重的公众恐慌或经济损失等后果的恐怖犯罪行为。量刑时也要针对其所造成的社会后果严重程度进行区分对待。¹¹⁾

(二) 中国网络恐怖主义的特点

1、宗教极端主义和区域性

近年来,网络恐怖主义的宗教极端主义和地域性的特点显著。宗教极端主义是将宗教和极端化相结合,与其他世俗的利益表达方式相比,宗教具有神圣性和不可置疑性,从而可以使有关组织和个人可以掩藏自己的利己动机。¹²⁾自19末20世纪初一些宗教分裂势力歪曲伊斯兰教的教义,极力鼓吹“泛突厥主义”或“泛伊斯兰主义”,鼓吹圣战,篡改历史,鼓吹“圣战”就是要杀人,殉教即为自我毁灭等邪说。该教义事实上是披着宗教极端主义的外衣,实则行恐怖主义之实。此外一些境外“东伊运”恐怖组织通过网络社交平台,向中国实施的传播极端思想、培训暴恐袭击方法、煽动实施恐袭的行径也加剧了中国的网络恐怖主义问题。

通过以“恐怖”和“恐怖组织”为搜索词在裁判文书网进行搜索得到86个搜索结果,除去重复性案件和无关案件筛选出54例案件,54例案件全部包含通过网络观看恐怖活动或宣传恐怖活动的内容,发生在新疆或犯罪分子为新疆籍(目的为参加圣战)的共计10例,北京共计10例、云南共计8例,以上三地已占到总数的半数以上。¹³⁾54例案件中真正由于相关网络视频着手实施恐怖主义活动如制造炸药、向境外恐怖分子转账、意图加入恐怖组织以及实施暴恐行动的案件有13例,发生在新疆或犯罪分子为新疆籍的共计10例,发生在云南的共计3例。因此中国网络恐怖主义在地域性特征上仍是有迹可循,以少数民族地区尤其有伊斯兰教信仰地区为重点如新疆、云南等,其次为中国的首都北京市。一方面在有宗教信仰的少数民族地区易于通过利用歪曲的教义进行洗脑,降低宣传成本和人员招募成本,恐怖主义的发展能够在短时间内取得成效。另一方面北京作为中国的首都,在国际社会中承担着重要角色,在北京发动恐怖袭击既能够引起国内外的广泛关注,又能使得恐怖组织和恐怖分子获得极大成就感。

2、零散式攻击

目前中国的网络恐怖主义还未能形成大规模的攻击,零散式攻击和个体化攻击最为普遍。

零散式的攻击也表现为无差别化的攻击,人人皆为目标人人皆为猎物。根据新闻报道中国近十年的恐怖袭击中包括有平民、宗教协会工作人员、武警等人员,几乎都为无辜人员。如2014年4月30日,新疆乌鲁木齐市火车南站发生暴力恐怖袭击案件,2名暴徒在

9) 朱永彪、杨恕:《网络恐怖主义问题初探》,《中州学刊》2006年第9期,第14页。

10) 盘冠员、章德彪:《网络反恐大策略—如何应对网络恐怖主义》,时事出版社2016年版,第14页。

11) 王秀梅、魏星星:《打击网络恐怖主义犯罪的法律应对》,《刑法论丛》2018年第3期,第49页。

12) 张家栋:《当代恐怖主义的宗教根源》,《国际观察》2006年第2期,第49页。

13) 截至2019年12月15日通过裁判文书网<http://www.court.gov.cn/wenshu.html>搜索判例所得数据。

火车站出站口携带凶器砍杀无辜群众，同时引爆爆炸装置，该恐怖袭击案导致死伤共计82人。后证实两名暴徒长期受宗教极端主义思想影响。¹⁴⁾

随着互联网的发展加之中国反恐力度不断加大，不同于早先组织化的攻击方式，目前恐怖主义组织愈发倾向于隐藏在互联网之中伺机而动，通过网络不断渗透获取信息，进而通过“散”发动“暴”。网络恐怖主义的零散式攻击模式在于线上联络和线下攻击相结合，线上通过网络达成合意，获取技术指导，完成恐怖活动所需要的资金、武器以及必备品的筹备，进而在线下完成“独狼式”袭击。近几年中国境内的“独狼式”分散袭击多呈现受境外势力影响和指导的趋势，此种分散式个体化的攻击由于更为隐蔽，加大了国家的预防难度，其危险性高于组织化的攻击，因而危害更为严重。

3、“智库”成员和“大众”成员双向递进

近几年恐怖组织的内部结构逐渐成熟，组织形式相对稳定，核心“智库”型成员和普通“大众”型成员并存，分工明确，组织内部纪律较为严密，吸收发展成员有一定程序，发动恐怖袭击有周密的计划。潜在恐怖活动人员中的“智库”成员是网络恐怖活动的核心和领导者，善于利用民族感情以及歪曲的宗教理论，诱导易感人群成为组织成员，其言论行为更容易被易感人群接受。¹⁵⁾有一部分的“智库”成员还会成为境外信息的收集者，分布在世界不同地区，及时更新内部信息。如中国公安部公布的第三批认定的恐怖活动人员名单中有6名恐怖活动人员均系“东伊运”恐怖活动组织的骨干成员，均作为组织领导者策划实施对中国境内的多个恐怖活动。

而“大众”成员则是充当一般打手的角色，“大众”包括一般的恐怖分子也包括被洗脑的平民，目前呈现年轻化的趋势，且女性成员逐渐增加。他们通过网络平台接触到宗教极端主义的视频和信息，对信仰极度狂热，尤其是在激烈冲突的环境下成长的“大众”成员，受暴力影响更为明显。¹⁶⁾

4、受到境外势力干预和支持

中国的网络恐怖主义受到较多境外“三股势力”的干预和支持，境外势力发展相对成熟，并且时刻着眼于中国境内潜在的漏洞，利用一切机会不断输入恐怖信息以及发展和转化中国境内潜在的极端分子，呈现“境外有种子，境内有土壤的、网上有市场”的局面。境外的“三股势力”互通有无、相互配合，境外势力和境内势力形成联络体系，境外恐怖组织主要负责提供资金和线上的远程指导操控，教授制造武器的方法，提供培训基地，将训练有素的恐怖分子派往境内带领境内恐怖分子发动恐怖活动，在必要的情况下帮助境内恐怖分子逃脱追捕。

5、与黑客结合更为密切

网络的快速发展也带了许多安全威胁。网络大数据的进步给予了黑客可趁之机，恐怖组织也着眼于一切能够发动网络袭击的手段和方式，对黑客技术虎视眈眈。黑客组织愈发和政治运动以及恐怖主义相结合，过去类似案件中国曾经多有发生，黑客组织“匿名者”曾参与“阿拉伯之春”、“占领华尔街”等多个运动，2012年攻击了数百个中国政府、企业以及组织的网站。¹⁷⁾根据2019年第44次《中国互联网络发展状况统计报告》，2019上半年CNCERT约1.4万个IP地址对中国约2.6万个网站植入后门，同比增长约1.2倍。同期国

14) 贾宇：《中国反恐怖主义法律问题研究》，中国政法大学出版社2018年版，第43页。

15) 皮勇、杨森鑫：《互联时代的微恐怖主义及其治理——兼评〈刑法修正案(九)〉和〈反恐怖主义法〉相关条款》，《刑法论丛》2016年第3期，第495页。

16) 周展：《文明冲突、恐怖主义与宗教关系》，东方出版社2009年版，第22页。

17) 朱永彪、任彦：《国际网络恐怖主义研究》，中国社会科学出版社2014年版，第60页。

家计算机网络应急技术处理协调中心监测发现并协调处置中国境内被篡改的网站近4万个,其中被篡改的政府网站有222个,相较于2018年上半年数据有5个月呈现增长态势。¹⁸⁾通过数据可推测持续增长的网络漏洞问题将会给予境外恐怖势力可趁之机,在结合黑客技术的基础上,通过代码渗透到网站服务器,获得服务器控制权,对中国境内的网站植入恐怖视频和恐怖信息。中国的网络安全问题面临严重的紧迫性,恐怖主义和黑客相结合能够通过前述的漏洞和数据问题侵入中国的网络系统,在线上发布恐怖信息攻击预定目标,或勒索钱财为恐怖组织筹集资金。中国网络产业的发展已然成为经济政治文化发展的重要部分,一旦发动网络攻击必然会造成巨大损失,因此要要严密防范网络黑客攻击。

三、中国网络恐怖主义的立法现状和呈现的问题

(一) 中国网络恐怖主义立法现状

1、网络主权的合法性

中国网络立法重点强调网络主权。网络主权实质上是国家主权在互联网领域的延伸概念。但网络主权目前仍然是一个尚未明确的概念,虚拟的互联网领域是否存在国家主权在国际范围内仍有分歧。

中国坚定了国家享有网络主权的立场,确定国家对于网络空间的有效管辖。2015年12月16日在习近平主席在第二届世界互联网大会开幕式上发表主旨演讲强调,在互联网治理中须尊重网络主权。应该尊重各国自主选择网络发展道路、网络管理模式、互联网公共政策和平等参与国际网络空间治理的权利。¹⁹⁾确立网络主权的合法性在中国反恐立法和网络安全立法中均有体现,共同明确了网络反恐中国家的治理责任。2015年12月27日通过的《反恐怖主义法》是中国第一部应对恐怖主义的专门法典,《反恐怖主义法》第二条、第四条等条文均强调国家在反恐中的责任。2015年7月1日公布的《国家安全法》第二十五条明确提出了要打击网络犯罪,维护国家网络主权,惩治网络攻击、网络入侵、网络窃密、散布违法有害信息等网络违法犯罪行为。2017年6月1日正式实施的《网络安全法》第一条、第五条、第七条以及第十二条等条文的内容不断在强化立法中网络主权的重要性。国家对于网络主权的确认意味着中国对于发生在中国境内的网络恐怖主义犯罪拥有规制权利,权利对外表现为国家在网络空间的平等权、自主权和自卫权,不受他国干涉,对内表现为国家对网络空间的最高管辖权。²⁰⁾

2、刑法加大对恐怖主义的打击力度

中国刑法并没有对网络恐怖主义做出明确的定义,也没有专门罪名对网络恐怖主义进行规制。但网络恐怖主义作为恐怖主义的重要表现形式,仍然能够被涵盖在恐怖主义犯罪中。梳理中国刑法发展历史,中国逐步加大了对恐怖主义犯罪的打击力度。

中国1997年制订的刑法典中只有一百二十条明确提出恐怖主义类型犯罪,但是仅对于组织、领导和积极参加恐怖活动组织的犯罪的行为以及其他参加进行规制。法定刑最高仅为十年,相对其危害性,打击力度相对较小。

2001年12月29日公布并实施的《刑法修正案(三)》所修订之处整体均加大了针对恐怖活动犯罪的打击力度。首先在刑法典原有的一百二十条的基础上进一步规制,对于组织

18) 中国信息网:《第44次中国互联网络发展状况统计报告》,
http://www.cac.gov.cn/2019-08/30/c_1124938750.htm.

19) 新华网:《习近平在第二届世界互联网大会开幕式上的讲话》,
http://www.xinhuanet.com/politics/2015-12/16/c_1117481089.htm.

20) 朱雁新:《国际法视野下的网络主权问题》,《西安政治学院学报》2017年第1期,第109页。

和领导恐怖组织的犯罪分子判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，加大了对于组织和领导恐怖组织的刑罚力度。另外在此条文后增加第一百二十一条认定资助恐怖活动的行为属于犯罪行为，从资金角度扩大对于恐怖主义活动的范围。单位实施资助行为的，采取“双罚制”，单位和直接负责的主管人员和其他直接责任人员均须承担责任。其次，为呼应联合国安理会2001年第1373号决议即各国应将为恐怖活动提供或筹集资金的行为规定为犯罪的内容，在原一百九十一条洗钱罪的规定的基础上加入为恐怖活动犯罪洗钱的规定，扩大洗钱罪的上游犯罪的范围，并对主管人员和其他直接责任人员的刑罚进行了明确规制，从而于资金方面进一步达到事前预防和事后打击的双重效果。最后，在刑法第二百九十一条后增加一条，作为第二百九十一条之一，将明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的情形认定为犯罪。此条文旨在打击部分人云亦云故意传播虚假恐怖信息的行为，以维护社会秩序和公共安全。

2011年5月1日施行的《刑法修正案（八）》扩充了第六十六条中关于累犯的规定，在原有的危害国家安全犯罪的基础上增加认定恐怖活动犯罪和黑社会性质的组织犯罪为累犯，并在其他条款中补充了关于累犯的处罚规定。加大对于重复实施恐怖活动犯罪的处罚力度，以期防微杜渐，防止恐怖分子重复犯罪，教育惩戒不思悔改的犯罪分子，充分发挥刑法的双重作用。

2015年11月1日正式施行的《刑法修正案（九）》在2014年和2015年中国部分地区恐怖活动频发的社会现实基础上，立足实践，总结犯罪斗争经验，对于恐怖主义做出更为细致的规定。其中对于第一百二十条的修改和扩充力度最大，增加了对于第一百二十条中罚金的规定，增加对恐怖主义的财产刑，优化刑罚结构，从资金源头打击恐怖分子遏制恐怖主义。在一百二十条之一第一款和第二款增加了为资助恐怖活动培训的处罚情形。规定资助恐怖活动组织、实施恐怖活动的个人的，或者资助恐怖活动培训的，处有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金。在刑法第一百二十条之一后继续增加五条，将准备实施恐怖活动行为；宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动行为；利用极端主义破坏法律实施行为；强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志行为；非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品行为均纳入恐怖活动犯罪中。增加的内容旨在扩大针对恐怖主义犯罪的刑法适用范围，严密反恐刑事立法体系。同时也体现了预防优先的利益保护立场，从事后惩治恐怖犯罪前移为事前预防，惩治资助、培训、传播恐怖组织或恐怖信息的行为，充分发挥刑法的震慑作用。第三百一十三条中针对司法机关调查取证问题中在原有的明知他人是间谍犯罪的基础上增加了明知他人是恐怖主义和极端主义犯罪拒绝配合的处罚情形，加强恐怖主义犯罪在刑事取证方面的打击力度。第三百二十二条在原有违反国（边）境管理法规，偷越国（边）境的规定中特别增加了为实施恐怖活动而偷越国边境的规定。以完善恐怖分子事前在境外培训集资事后逃跑的行为，不断织密反恐行动网络，加大刑法规制。此外《刑法修正案（九）》中增加的部分和信息网络相关的罪名也引起广泛注意，新增规制包括出售个人信息、通过网络传授犯罪方法等犯罪情形。此类犯罪均立足于互联网发展下出现的新型犯罪方式，明显加大对信息的保护力度，打击包括网络恐怖主义包含在内的网络犯罪。

3、重点地区立法加强

基于中国网络恐怖主义地域性较强的特点，部分地区率先加强区域性的反恐立法。新疆地区是中国反恐问题中典型重点地区，在新疆恐怖分子从未停止实施恐怖活动的步伐，制造了多起暴恐案件。根据中国环球电视网CGTN在2019年12月6日发布的两部关于新疆反恐的纪录片中提供的数据，据不完全统计1990年至2016年年底新疆共计发生近千起暴力恐怖事（案）件，造成大量无辜群众被害，造成的经济损失无法估量，数百名公安民警因此殉职。²¹⁾

21) CGTN:《Extremism strikes Xinjiang》,
<https://www.cgtn.com/search?keyword=xinjiang>.

2014年制定的《关于进一步维护新疆社会稳定和实现长治久安的意见》明确要强化新疆地区的网络安全监管,严厉打击暴力恐怖活动。²²⁾同年第二次中央新疆工作座谈会中在总结新疆5年经验的基础上,强调打击犯罪加强互联网建设和管理的重要性。²³⁾2017年4月1日起施行的《新疆维吾尔自治区去极端化条例》(以下简称《条例》)旨在遏制和消除极端化,防范极端化侵害,实现社会稳定和长治久安。条例也对网络恐怖主义做出了相应的规定,第十九条、第二十五条、第二十六条的规定明确要打击由互联网产生的恐怖主义,治理网络恐怖主义传播;针对主流的社交平台,强化网络监管部门相关工作,通过技术手段阻断境内外信息的传播和联络。2018年12月26日新修订的《新疆维吾尔自治区实施〈中华人民共和国反恐怖主义法〉办法》(以下简称《办法》)第六条将利用互联网等方式宣扬传播恐怖主义、极端主义或者传授恐怖犯罪方法的认定为恐怖活动。进而惩治通过网络发动的恐怖活动。此外第十七条第二款、第二十条第一款又从安全防范的角度对预防网络恐怖主义的方法进行了规制,进而做到惩防结合,先发制敌。

(二) 中国网络恐怖主义立法存在的问题

1、立法过于单薄,缺乏体系规制

目前缺少专门针对网络恐怖主义的立法规制,对于网络恐怖主义的重视尚待加强。《刑法》和《反恐怖主义法》为中国打击网络恐怖主义提供了重要规制依据,关于网络恐怖主义的内容在《刑法》中被包含在了恐怖主义、侵害计算机信息系统、计算机信息系统数据等犯罪之下。分析实践案例可得行为人对于计算机安全的损害仅为手段行为,而最终的目的是实现恐怖主义目的,是计算机犯罪和恐怖主义两者的结合。²⁴⁾此外目前相关法律条文中,关于网络恐怖主义的内容呈现出零散碎片化的分布特点。条文大部分是将互联网作为媒介或工具,并非专门立足网络恐怖主义进行规制,因此仅靠两部法律对于网络恐怖主义进行打击太过单薄,难以全面有效的打击网络恐怖主义犯罪,中国当前网络恐怖主义犯罪的立法结构与罪名已经开始大大的滞后于网络恐怖主义整体发展态势。²⁵⁾

针对《反恐怖主义法》,网络恐怖主义使得恐怖分子更为分散而不会集结成群,而《反恐怖主义法》规制对象针对的是群体性的线下集结恐怖分子,因此针对网络中分散的恐怖分子不足以进行全面防控。对于恐怖人员的认定仅仅在《反恐怖主义法》第二章恐怖活动组织和人员的认定中提及,在网络恐怖主义领域缺少统一的认定标准。通过网络实施恐怖主义活动的类型、受众范围、造成的损失范围等等因素均未作规定。目前中国可查询到的案例中大多数为借助网络平台进行的宣扬恐怖主义犯罪,但此类犯罪分子是否为网络恐怖分子也尚未形成定论。

此外一些中国关于规制网络安全的条文大多数以条例的形式呈现,立法层级较低,无法充分完善网络恐怖主义的法律体系。《网络安全法》并没有专门针对网络恐怖主义的责任规制,无法应对目标型的网络恐怖主义。目标型网络恐怖主义在中国虽然不属于主要的方式,但是随着网络犯罪和网络黑客的增加很难预测未来是否会带来威胁,而一旦形成目标型的网络恐怖主义在一个14亿人民的国度危害结果是显而易见的。

因此综合而言,在恐怖主义和网络迅速结合的趋势下,中国目前针对网络恐怖主义的立法较为单薄,以《反恐怖主义法》和《刑法》为核心,以《网络信息法》为补充,且涉及到的条文均是分散化的,甚至一些条款存在优先顺序不明,认定标准不一致的情形。此外,

22) 中国政府网:《中央政治局研究进一步推进新疆社会稳定和长治久安工作》, http://www.gov.cn/xinwen/2014-05/26/content_2687490.htm。

23) 新华网:《习近平在第二次中央新疆工作座谈会上发表重要讲话》, http://www.xinhuanet.com/photo/2014-05/29/c_126564529.htm。

24) 王志祥、刘婷:《网络恐怖主义犯罪及其法律规制》,《国家检察官学院学报》2016年第5期,第21页。

25) 于冲:《网络犯罪罪名体系的立法完善与发展思路——从97年刑法到〈刑法修正案(九)草案〉》,《中国政法大学学报》2015年第4期,第45-46页。

现有可借鉴的法律依据集中在刑事领域，其他手段运用较少。宏观层面尚未形成体系性的规制，对于遏制网络恐怖主义的力量不足，在具体案件中易于发生法律空白的情形。

2、重点地区防控力度缺乏，信息监控立法不完善

目前重点地区反恐立法是以《反恐怖主义法》作为主要参照的，如新疆地区实施的《办法》所采取的模式和《反恐怖主义法》几乎相同。《反恐怖主义法》的出台背景带有应急色彩，集刑法、行政、刑诉于一体，其防控问题集中在第三章安全防范和第四章情报信息中，部分条款实质上是原则性的规定，并未对具体实施情况做出明确规定。

恐怖主义活动在新疆较为复杂，新疆地区制订的相关法律法规应当因地制宜，且须充分结合本地反恐经验。相对应新疆地区实施的《办法》中针对信息监控的规制被融合到第四章情报信息中，除此之外只是零散的在其余条款中被提及。随着互联网的发展，在新疆地区境内恐怖分子之间的信息联络逐步加强，《办法》中对于信息的防控手段过于单薄笼统，没有针对不同部门的分工问题规定，也没有结合不同领域的特点区分防治方式，会造成部门分工不明，职权模糊化，易在实务中出现越界监管、越权指挥、处罚标准差异化的情形，从而影响刑事责任的认定，以及产生信息监控无法体系化和常态化管理的问题。²⁶⁾此外信息监控较为复杂，涉及公民信息安全以及企业监控责任和范围问题，而新疆地区作为网络反恐的主要阵地，并没有细化信息监控的相关立法内容，对于信息监控立法尚待进一步完善。

3、国际合作不足，国际反恐机制不完备

目前网络恐怖主义的发展已经突破了空间的限制，跨国性特点显著，对其防范已不是个别国家独有的问题，恐怖主义目前已是牵一发而动全身，严重危害世界各国的稳定和安全。网络恐怖主义作为非传统安全，将世界各国紧密的联系在一起，需要世界各国联手共同打击和遏制网络恐怖主义。中国积极参与多边合作，如积极通过参与上海合作组织加强中亚地区反恐合作。但是此类参与活动大多数停留在传统恐怖主义的防范领域，且限于区域性防范，国际化参与程度仍欠缺。

此外，在技术层面中国尚未形成国际化的情报制度和技术研发合作体系，如前文所述，网络反恐需要全球联手全球参与，同样在操作层面上需要突破国界壁垒和意识形态的差异，在全球范围内共享情报信息，共建反恐机制，加强反恐技术的合作和研发，共建国际性的反恐体系。国际交流和合作的步伐应进一步加快。

影响中国网络恐怖主义的主要的领导恐怖势力大部分位于境外，这些势力在事前通过网络形成联络机制支持和指导国内恐怖势力的发展，在事后帮助国内恐怖分子向境外窜逃，使得境外成为了恐怖分子的避难所，境外反恐成为难点。针对境外恐怖组织和潜逃至境外的恐怖分子中国目前在管辖等问题方面存在诸多障碍，缺乏与国际社会间的必要的司法合作和司法协助，因此国际司法沟通交流机制尚待进一步加强。

四、中国应对网络恐怖主义的法律途径

(一) 加强网络反恐立法

1、明确界定网络恐怖主义法律概念

26) 陆旭：《网络服务提供者的刑事责任及展开——兼评〈刑法修正案(九)〉的相关规定》，《法治研究》2015年第6期，第65页。

随着“网络社会”和“信息社会”的发展,规制网络恐怖主义已经是急需面对的问题。但是目前中国相关的法律法规中,并未对网络恐怖主义作出明确的定义,且在目前现有的法律法规中自身的衔接问题也有待进一步加强。明确的定义能够区别于一般的黑客犯罪、恐怖活动犯罪和网络犯罪,能够在司法实践中为司法人员的定罪量刑提供明确的依据,因此对于网络恐怖主义的概念界定须从恐怖主义和网络犯罪的定义入手。

国际范围内对于恐怖主义尚未形成统一的界定。查阅有关资料,区域性条约中对于恐怖主义的定义分为三种类型。第一类为描述型,即直接定义恐怖主义的概念。如1937年于日内瓦签订的《防止和惩治恐怖主义公约》中对于恐怖主义的定义为直接反对一个国家,而其目的和性质是在个别人士、个人团体或公众中制造恐怖的犯罪行为。²⁷⁾第二类为列举型,列举全球性反恐条约规制的行为或列举具体的犯罪行为。如1999年《独立联合国家打击恐怖主义合作条约》等。第三类为综合型,既包括对于恐怖主义的定义又包括对恐怖主义犯罪的列举。如1998年《阿拉伯国家联盟制止恐怖主义公约》在第1条概念中明确了恐怖主义的定义,此外又将6个国际条约的具体行为涵盖在恐怖主义犯罪中。

针对于网络犯罪,联合国颁布的《联合国打击跨国组织犯罪公约》第二十九条h项关于培训和技术援助的对象明确包括打击借助于计算机、电信网络或其他形式现代技术所实施的跨国组织犯罪的方法。《网络犯罪公约》没有对网络犯罪进行定义,但从公约的序言中可以看到《网络犯罪公约》的重点规制领域落脚在刑事领域,认定的网络犯罪与计算机网络和数据相关。

中国《反恐怖主义法》第三条中对于恐怖主义的定义是指通过暴力、破坏、恐吓等手段,制造社会恐慌、危害公共安全、侵犯人身财产,或者胁迫国家机关、国际组织,以实现其政治、意识形态等目的的主张和行为。中国刑法将网络犯罪的规制落实在具体的犯罪中如组织、领导、参加恐怖组织罪、帮助恐怖活动罪、准备实施恐怖活动罪、宣扬恐怖主义、非法侵入计算机信息系统罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪等罪名。对于网络犯罪中国学者目前尚未形成统一概念。存在有对象说、工具说和这折中说三种理论。对象说为狭义的界定网络犯罪概念,将网络视为犯罪对象。工具说是将网络作为犯罪的工具。折中说涵盖了将网络作为对象和工具的情形。

分析前述国际条约以及中国《反恐怖主义法》的定义可看出,区别于传统恐怖主义犯罪,网络社会中的恐怖主义犯罪突破了地域空间的限制,中国已有法律中的恐怖主义定义已不能完全规制网络恐怖主义,须在恐怖主义定义下另行界定网络恐怖主义及其行为。

通过对比区域性条约,对于恐怖主义的内涵综合型定义更为合理和完善,既包括对恐怖主义的直接定义又包括了具体犯罪行为,且明确涵盖国际社会中通用反恐条约规制的具体行为。结合中国立法情形以及本文第2.1节中对于网络恐怖主义定义的综述研究,笔者倾向于在法律界定下以学者王秀梅、魏星星的定义为基础并结合折中说的观点,在恐怖主义犯罪的框架下,基于政治目的、宗教目的以及其他目的,主体范围明确涵盖个人、组织和团体,打击行为既包括工具型网络恐怖主义又包括目标型网络恐怖主义。危害结果包括造成的经济损失、社会恐慌等。且社会恐慌既包括网络社会的恐慌以及向外延申的现实社会恐慌。在执行定义中规制计算机犯罪、组织、策划、参加、帮助、资助恐怖主义、网络宣扬恐怖主义等具体犯罪以及中国所加入的国际反恐条约所打击的犯罪行为。

2、完善网络恐怖主义法律体系

根据前述目前中国形成了以《反恐怖主义法》和《刑法》为核心,以《网络安全法》为补充的反恐法律体系,但是相较其他国家而言体系仍然较为单薄。中国应在将网络安全问题作为重要的国家安全战略性问题的基础上,继续完善网络反恐立法体系。

一方面完善关于网络宣扬恐怖主义犯罪刑罚,结合中国近几年实践中关于恐怖主义的裁判案例,大多数案件集中在宣扬恐怖主义、极端主义罪名之上,而对于此类犯罪各地法院量刑差距较大。因此在《刑法修正案(九)》第一百二十条的基础上,可进一步细化宣

27) 田溪:《恐怖主义定义界定问题分析》,《法制博览(中旬刊)》2012年第5期,第243页。

扬恐怖主义和极端主义犯罪的量刑标准。首先考虑宣扬材料的性质、视频时长,宣扬材料中是否有明显的分裂祖国、宣扬圣战、试图吸引观看者参与、危害中国安全等内容,且此类内容都应得到充分的评价。其次宣扬一词即意味着需要受众和途径,因此受众群体的性质、数量、年龄等因素都应该得到充分的评价。同时也要考虑所采取的宣扬途径是否为主流的、使用人数较多的通讯社交平台。最后需要酌情考虑行为人的动机、过往表现,结合行为人本身是否是初犯,过往有无类似行为等因素评价是否出于“明知”的罪过心理。实践中存在仅仅出于“猎奇”心态分享一些“斩首”类视频的案例,对这些案例则不应矫枉过正,情节轻微的不应以犯罪论处。

另一方面《网络安全法》须明确网络服务供应商的责任。韩国2012年发布《信息通信网使用推进及信息保护等相关法律》规定若服务供应商不拦截与恐怖主义相关的责任则可能被追责。美国从1996年开始出台多个法律、总统令等不断加强保障美国信息基础设施、弥补网络漏洞安全,促进信息技术发展,提升对抗网络风险能力。中国须在国家网络空间安全战略的指导下完善相关的配套法律法规。首当其冲的即为出台正式的关于关键信息基础设施相关的法律,可借鉴美国经验,覆盖重要民生领域,确立优先级,建立风险评估体系,建立重点行业的标准。

3、推进“禁止令”在网络防恐中的应用

中国《刑法》第38条规定判处管制的犯罪分子根据具体情形可同时规定其禁止进入特定区域和场所。目前中国法律法规中,关于禁止令规定在最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发的《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定(试行)》通知的第四条中,规定了行为人禁止进入包括网吧在内的娱乐性场所和公共场所。该条的规定已经落后于时代的发展,禁止进入网吧仅能从物理上控制犯罪分子,但是在互联网获得极大普及的今天,此种物理禁止发挥的作用微乎其微。

因网络隐蔽和迅捷的特点,网络成为恐怖主义迅速发展的重要媒介和手段。因此有学者提出可适当扩大禁止令在网络恐怖主义犯罪惩治中的适用,应当扩大刑法意义上的“场所”、“区域”的内涵以使禁止令能在网络犯罪中有所作为。²⁸⁾若能在恐怖分子惩治方式中扩充网络领域的禁止令则能在较大程度控制网络恐怖主义的发展,切断网络联络和传播的途径,有效防止再犯。可结合具体案件事实和实践经验,根据犯罪分子的犯罪手段方式及借助的社交平台禁止其进入该特定网络领域。形成关于犯罪分子主要社交平台和网络活动领域的登记备案制度,以供有权机关及时监控,如有变更须随时报告有权机关。

“禁止令”制度在网络空间的适用目前问题较多面临较大挑战,且需要较强的技术支持以及相对应的网络准入性规范,但仍不失为是打击网络恐怖主义的重要法律手段,笔者此处也仅作为一种应对网络恐怖主义解决思路。

(二) 完善立法应对制度

1、信息过滤和网络监管

网络和大数据的迅速发展使得网络信息呈现海量式递增,给与了恐怖主义较大的传播空间,恐怖组织和恐怖分子将信息隐藏在繁杂的网络节点中,且海量数据中大部分为非结构化数据,恐怖分子的加密技术进一步加大了网络信息的甄别难度。

一方面,立法要建立信息的分级制度,对恐怖信息进行筛选。由于中国网络恐怖主义主要源自境外恐怖势力的信息输入和诱导,因此要更为注重拦截和过滤境外恐怖信息。2019年12月1日正式实施的《信息安全技术网络安全等级保护安全设计技术要求》将网络安全等级分为4级²⁹⁾,对通用等级保护安全技术框架的定级系统分为5级。5级定级系统均设

28) 陆旭:《网络服务提供者的刑事责任及展开——兼评〈刑法修正(九)〉的相关规定》,《法治研究》第2015年第6期,第65页。

置了安全区域边界进行信息的层层过滤,针对整个系统设定了跨定级系统安全管理中心保障不同级别定级系统之间的安全连接。因此可在此定级框架的基础上在每一级别定级系统的信息过滤中特别加强对于恐怖信息的甄别,通过5级定级系统的安全通信网络层层筛选,识别异常网络活动,及时截获恐怖信息,从源头控制恐怖音频视频的传播。可进一步在提炼出的有效的与恐怖活动相关的信息基础上,通过大数据智能化分析手段详列恐怖组织和恐怖分子常用的网站平台和代码,将行为模式还原成数据指标,进而锁定现实恐怖分子,中断行动进程加强定点打击力度。

另一方面,对于网络监管需要落实网络经营者关于监管信息责任,扩大网络经营者对于网络恐怖信息传播的监测的责任与义务。根据《网络安全法》第七十六条的规定,网络运营者除包括网络服务提供者外,还包括网络的所有者和管理者,主体概念更为广泛。而《反恐怖主义法》第十八条、第十九条的规定中只有互联网服务的提供者在发现含有恐怖主义、极端主义内容的信息的,负有应当立即停止传输,保存相关记录,删除相关信息,并向相关部门和机关报告的责任。网络信息的监管责任扩大到全部的网络经营者,才能够更有效的实现动态信息监测,因此对于网络信息规制主体需要进一步的完善和补充,进而和《网络安全法》的规定进行衔接,细化在网络检测中网络安全认证、检测、风险评估等具体义务。

2、完善信息情报制度

首先,信息情报制度的完善需要通过法律明确主管部门。信息时代的反恐绝非仅靠一个部门即可解决的,需要以核心部门为中心,进而建立与恐怖活动犯罪调查相关的各个机构之间的协调机制和信息共享制度。³⁰⁾《反恐怖主义法》第四章关于情报制度中规定收集情报的主体为公安机关、国家安全机关和其他有关部门。《国家情报法》第五条规定国家安全机关、公安机关情报机构、军队情报机构开展情报行动,其余各国家机关与国家情报工作机构密切配合。但《网络安全法》第五十一条规定国家网信部门应当统筹协调有关部门加强网络安全信息收集、分析和通报工作。对比发现,《反恐怖主义法》和《国家情报法》在情报制度的主管部门是相同的,但是网络恐怖主义信息显然会影响网络安全,根据《网络安全法》的规定国家网信部门也有权利进行收集和分析。为了情报制度主体间的一致性,可在实践操作中明确以公安机关和国家安全机关为核心构建反恐情报平台,国家网信、金融、交通等部门协助,进而破除部门的壁垒,有效的共享和整合信息,拓宽情报信息搜集的途径,建立多样的数据库和分层级的信息情报系统,完善多元化的反恐情报信息制度。

此外,无论是《反恐怖主义法》还是《国家情报法》仍需进一步强化普通大众和企业对于完善信息情报制度中的角色。加强全民协同参与网络反恐机制和联动机制,鼓励信息举报制度,积极引导群众自觉举报网络恐怖信息。可借鉴国外经验加大对恐怖信息举报制度的物质投入,强化网络用户在监管体系中的参与感。如美国对于提供“伊斯兰马格里布基地组织”、“西非圣战统一运动”组织等几个恐怖组织的头目下落提供2300万美元作为奖励。³¹⁾

3、建立有效应急响应机制

网络响应机制包括事前预警、事中应对和事后惩戒及恢复。目前中国《网络安全法》、《反恐怖主义法》已初步规定了网络应急机制,但立法需要继续细化事前、事中及事后的方案。对于网络恐怖主义预先的应急准备首当其中,应当设立专门的网络应急部门,结合信息情报制度,建立预先应急响应机制。

29) 第五等级保护对象特殊,需要特殊的管理模式和安全设计技术要求,因此不在此标准中。

30) 赵秉志、杜邈:《在联合国法律框架内进行反恐斗争——“全球反恐法律框架”学术研讨会综述》,《法学杂志》2008年第3期,第21页。

31) 应晨林:《完善我国网络反恐立法的思忖》,《网络空间战略论坛》2015年第8期,第46页。

中国可借鉴美国较为完善的响应机制立法经验,并结合中国网络反恐实践经验制订专门《网络应急响应框架》,区分不同网络领域的响应模式,明确规定响应主体机构,协调不同部门,结合中国省市县乡的行政区划分区域、分级别的建立网络应急响应机制。构建多元化的应急响应平台,设立专门的国家网络恐怖主义应急机构,行业应急管理部门,地方政府应急管理部门,明确其职责,实行网络安全动态监控管理。³²⁾充分结合事前预警、事中应对和事后惩戒和回复的响应目的和响应模式,以非常规性突发事件为目标,迅速及时的应对突发事件,提高响应能力的灵活性和高效性,解决中国应急响应能力的短板和问题。

(三) 重点地区和重点人员防控制度

1、建立恐怖信息公开制度

反恐信息公开是网络反恐的重要方式,及时公布包括恐怖组织和个人名单在内的信息能够进一步加强公众的反恐认知,调动群众参与反恐战线。截至2019年12月31日,中国公安部共发布了三批恐怖活动人员名单,共计25名恐怖分子。此外还公布了4个恐怖组织,即东突厥斯坦伊斯兰运动、东突厥斯坦解放组织、世界维吾尔青年代表大会、东突厥斯坦新闻信息中心。³³⁾

2005年英国伦敦发生爆炸案后英国加快了反恐信息的宣传力度,一方面英国军情5处印制发放《预防恐怖主义》书册,向群众普及反恐信息以及如何应对网络恐怖袭击的建议。此外,英国政府为鼓励和引导公众的参与,除军情5处外联合多个政府部门,在网络进行反恐宣传,发布恐怖威胁预警信息。韩国信息通讯部专门设立“预防网络恐怖袭击日”,即为每月的15号,促使政府、企业和民众对计算机和网络系统进行周期性检查,及时发现漏洞警惕网络袭击提高预防网络袭击的预防能力。2018年泰国国防部建立“天网”全新资料库,旨在使得国家能及时追踪在本国境内的外国人。³⁴⁾

中国可借鉴域外的信息公开制度,对公众进行充分预警提醒。公众参与在反恐体系中占有重要地位,若没有充分的知悉则难以激发公众的参与。目前除公安部的官方网站外,西北政法大学反恐怖主义法学院和反恐怖主义研究院建立的“反恐信息网”是能够直接查询反恐信息的网络媒介。³⁵⁾但该网站公布的主要内容集中于反恐调研成果、工作动态、人才培养等领域。因此在实现内控的基础上,在和平时期需要进一步关注国际恐怖主义发展的趋势。可在已有的关于反恐信息网站的基础上添加或另行建立网站公开合法的恐怖信息,公开的内容根据国家安全需要可进行一定的限制。建议及时跟进和更新国内以及国际恐怖组织和恐怖人员名单,境外主要社交平台的恐怖组织账号,境内外恐怖主义相关案件,汇总中国有关恐怖主义的法律法规以及世界主要国家和地区的主要反恐法律法规和工作进展,引起公众重视。

此外,也可加强媒体公开反恐信息的力度。2019年年末开始中国陆续通过“新浪微博”、“CCTV官方网站”、“哔哩哔哩”、“腾讯视频”等多个社交平台 and 视频门户网站发布反恐纪录片和宣传片,2019年12月6日CGTN发布《中国新疆,反恐前沿》,次日发布英文纪录片《幕后黑手—“东伊运”与新疆暴恐》。12月27日北京市反恐办推出国内首部剧情式反恐主题公益宣传片《如果时间可以倒流》,均有较好的反响。截至2020年1月2日仅“央视新闻”官方媒体通过“新浪微博”社交平台发布的《中国新疆,反恐前沿》观看量就达4224万,转发评论点赞共计近4万人次。³⁶⁾可见网络宣传方式能够得到较好的反馈,能够及时

32) 舒洪水、党家玉:《网络恐怖主义犯罪现状及防控对策研究》,《刑法论丛》2017年第3期,第409-411页。

33) 倪春乐:《比较与借鉴:论恐怖主义犯罪追诉中的恐怖组织认定》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2012年第1期,第121页。

34) 宋汀、曹伟:《2018年上半年国际恐怖主义态势报告》,《中国信息安全》2018年第9期,第89页。

35) 反恐信息网: <https://cati.nwupl.edu.cn/>。

36) 截至2019年1月2日新浪微博“央视新闻”官方用户发布的《中国新疆,反恐前沿》视频状态下显示的观看及评论点赞转发数量。

方便大众了解恐怖活动，能够正确引导舆论，因此须秉持开放意识，进一步加大主流社交平台网站的信息公开力度。

2、重点地区建立独立反恐体系

中国新疆地区是反恐的重点区域，2017年之前恐怖暴乱频发，同样也是境外“东伊运”组织的重要目标地区，此前新疆地区的恐怖主义形式呈现向内地转移的趋势，因此加强新疆地区的网络防控体系对于整体反恐具有重要意义。

首先针对新疆地区的宗教主义和极端主义特点，落实《新疆维吾尔自治区宗教事务条例》，深入研究新疆地区宗教问题，提高宗教条例的实践操作性，实现宗教管理去极端化，改变以往对宗教“三不管”的态度，通过新媒体和互联网加强新疆地区正确宗教思想的普及。其次在网络恐怖主义发展的趋势下，完善网络反恐预案和地方性响应机制，新疆作为反恐重点区域须建立以预防为主的反恐响应机制，总结反恐经验对事件进行科学性分级，针对不同级别制订不同的反恐预案。加强网络侦察技术，及时定位防止恐怖分子转移。也需要完善基层网点建设，加强对利用网络进行犯罪的宗教极端组织的监管、筛选，及时掌握重要线索。³⁷⁾最后在反恐体系中要发挥社区和街道的作用，社区和街道对小范围情况更为熟悉，能够充分掌握本区域的人员情况，易于开展宣传教育工作，加强基层群众情报力量，通过小的节点连接新疆地区整体独立的反恐体系。

3、重点人员的个人信息监控

基于“打早、打小、打苗头”的反恐政策³⁸⁾，需加强重点人员的信息监控，预防实施恐怖活动。目前中国已经公布三批恐怖分子和人员的名单，在信息监控的网络反恐措施下着重加大名单人员和相关组织的持续性监控，可通过条例制订详细的恐怖活动组织和人员认定的办法，规制认定的程序、监督和救济制度等。³⁹⁾分析形成机制和联络机制，保存电子证据，为进一步的网络反恐机制奠定基础。也要对可疑人员进行筛选、分析和预先研判，注重日常信息监控，建立个人信息库，记录包括个人身份、家庭关系、身体特征、教育程度等信息，分析日常活动特点，对其曾经使用过的媒介、软件和网站进行重点追踪和侦察，建立长期有效的信息监控机制。由于传播恐怖信息是网络恐怖主义的重要表现形式，近年来中国司法实践中恐怖主义相关案件大多数属于网络宣扬恐怖主义、极端主义犯罪，因此建立重点地区网络宣扬恐怖主义、极端主义的犯罪分子数据库是个人信息库的重要组成部分，可根据犯罪分子的犯罪行为和受众人群，在刑罚执行完毕或缓刑期间及结束后的合理期限内持续对此类人员进行监测，防止重复犯罪，起到警示作用。

(四) 借鉴域外立法防治经验

1、完善中国网络安全审查制度

互联网逐渐成为反恐斗争中的重地，落实和完善网络安全审查能够提高网络产品和服务的准入规则，可从审查层面切断网络恐怖主义信息传播的途径，扩大防范的范围。

中国从《网络安全法》至2017年发布的《网络产品和服务安全审查办法（试行）》再至2019年发布的关于《网络安全审查办法（征求意见稿）》（以下简称征求意见稿）可见中国网络安全审查制度正在逐步成型并成为独立的规制对象。征求意见稿第一条明确实施目的

37) 陈旻祥：《边疆民族地区宗教极端主义问题及其对策研究》，《法制与社会》2019年第24期，第225页。

38) 大河网：《打早、打小、打苗头，中国反恐思路已明晰》：

http://newpaper.dahe.cn/hnsb/html/2014-05/08/content_1071654.htm?div=-1。

39) 师维、孙振雷、孙卫华、张桂霞：《中国反恐怖主义法研究》，中国人民公安大学出版社2016年版，第73页。

在于提高关键信息基础设施安全可控水平，第二条明确规制对象为关键信息基础设施运营者采购的网络产品和服务。具体来看相较其他互联网发达国家，中国的网络审查制度上尚在初级阶段，目前已有的征求意见稿也仅限于关键信息基础设施领域。首先在征求意见稿中需对于不同产品和服务进行分类分级，可借鉴美国经验，区分模块，详列类别。其次针对中国在大力推进5G技术的发展趋势下，需要逐步分析更为复杂的供应链风险、水平参差不齐的网络运营者风险以及任意时间境外势力恶意打压风险。建立评估标准，强调标准评估的持续性，要综合考虑产品和服务的整个生命周期进行评测。最后规制供应链也需要细化供应链审查的标准和规则，防止恶意程序和病毒的植入，防止产生安全漏洞，避免“蠕虫式”的勒索病毒事件的再次发生，打击网络恐怖主义。

2、建立数据隐私和安全制度

网络监测和情报制度的建立事实上是包括个人数据隐私权在内的数据安全向国家安全让渡的体现，这种让渡并非是无条件无约束的，打击网络恐怖主义同时也要注意保障人权，在收集情报信息的同时也要平衡保障数据隐私和安全。尤其是在中国个人数据隐私安全面临较大威胁，在市场中个人数据信息付费即可获得，这也为恐怖组织的预备行为中取得相关个人信息提供了便利。出于正当目的实施的信息截取和监测行为均须在法律的规定下，执行机关和可获得数据的范畴须有明确的法律规定、操作规范、保密原则和违反的责任机制。

中国目前尚未出台关于个人数据安全和隐私的专门法律法规，相关内容都呈现零散的分布特点。中国刑法对于网络恐怖主义犯罪的规制重点之一在于打击计算机类型的犯罪，但与此同时在“大数据”发展的背景下，忽视了信息数据的保护，其不足愈发突显。⁴⁰⁾关于保障个人数据安全和隐私的内容均在《反恐怖主义法》和《网络安全法》中有体现，但是关于数据安全的规制与网络安全的规制立法不完全匹配，尚待进一步完善。2013年实施的《电信和互联网用户个人信息保护规定》仅限于用户姓名、出生日期、身份证件号码等个人信息，规制的领域也仅限于电信和互联网用户，规制的个人数据安全和领域缺乏全面性。

中国可借鉴欧盟《通用数据保护条例》的规定形成个人数据和隐私权保护的立法意识，与《网络安全法》相匹配制订数据保护法律规范，平衡网络监测和数据保护，设置类似欧盟“数据保护官”的部门或者专门的数据保护工作组负责数据隐私安全。明确数据保护范畴和个人数据的权利，完善隐私政策，规制公共部门使用数据的权利的理由，规范术语的标准，防范数据风险，完善法律法规间的衔接和网络反恐立法体系。此外也可借鉴《通用保护条例》对于处理者的规制，增加了中国网络服务平台和网络信息提供者的义务，要求处理者具备数据保障措施、记录处理活动、承担数据泄露相应义务等，进一步保障数据安全。⁴¹⁾

3、加强对网络黑客的处罚力度

互联网时代下黑客逐步呈现和网络恐怖主义逐渐相结合的趋势，恐怖组织加强招募吸引擅长计算机技术人员，黑客攻击基于低成本、跨国境的优势能够实现攻击的最大化。

中国目前没有针对网络黑客的规定，没有针对恐怖活动利用黑客工具的规制制度。对黑客的惩治可通过其采取的不同手段确定不同罪名，如通过网络进行诈骗的犯罪行为规制为诈骗罪，侵入计算机系统造成破坏的犯罪行为规制为破坏计算机信息系统罪，通过网络方式进行恐怖主义活动的根据其活动的目的、方式确认不同的恐怖活动罪名。基于网络黑客明显的计算机专业技术优势，若发动网络恐怖袭击则造成的危害巨大，因此应加大对以黑客身份实施网络恐怖主义犯罪的处罚力度。此外要完善计算机系统的安全防护、提升

40) 于冲、黄晓亮、李源粒、李晓明：《网络犯罪的刑法回应与罪名架构（笔谈）》，《中国政法大学学报》2015年第4期，第46页。

41) 王翔：《欧盟〈通用数据保护条例〉(GDPR)解读》，《法制博览》2018年第12期，第195页。

安全管理系统，⁴²⁾从以往线下实施恐怖活动的人员查处转向网络黑客的查处，研究分析网络黑客技术群体，实时跟进国际反黑客技术的发展遏制网络黑客和恐怖主义相结合的趋势。

(五) 开展国际反恐合作

1、反恐警务交流及刑事司法合作

深化国际网络反恐警务交流是打击全球性的网络恐怖主义必不可少的措施。1923年国际刑事警察组织(ICPO)在维也纳成立，1984年中国加入该组织。ICPO成立至今在打击国际犯罪领域居于重要地位。中国在充分履行责任的基础上可借助ICPO和联合国的平台，深化国际警务交流。首先结合国际司法实践和中国的反恐经验，完善国际网络反恐联合侦察合作方式，通过签订双边或多边的国际条约引导建立网络警察，实现网络巡逻常态化管理，拦截、分析、预警网络恐怖主义信息。在发生网络袭击事件时在有效时间内实现迅速应对和解决。结合线上线下恐怖主义趋势探索联合侦察模式，满足反恐的实践需求，保证事前、事中、事后均能实现作用最大化。其次加强网络反恐警务的技术交流，技术手段永远是首当其冲的重要方式，在警务领域不断更新反恐技术，研发网络防御工具，可建立国际性或区域性的网络警务技术开发研究合作交流培训，加快技术发展同时加强警务人员技能。最后配合国际警务制度制订完善国内的网络警务操作规范，衔接国内外的交流模式，完善警务交流体系。

2、倡导建立网络反恐公约

网络恐怖主义既是网络犯罪的分支，又从属于恐怖主义，随着互联网的普及，国际社会不断加强恐怖主义和网络犯罪的应对，因此针对中国网络恐怖主义的法律规制须借鉴国际社会现有的条约和解决机制。

在国际合作方面，首先中国应充分吸收现有国际条约和协商机制的经验。如《网络犯罪公约》，一方面对国际合作做出了突出贡献，对引渡、司法协助、数据保护等领域进行了规制，促进了成员国间的共享信息，为缔约国打击网络犯罪提供了直接的国际法依据，也为其他国家或地区的相关立法提供了借鉴作用。但另一方面网络犯罪公约制订至今近二十年，其内容有明显的滞后性，无法应对网络恐怖主义。因此中国在积极倡导建立国际性或区域性的顶层设计、网络反恐公约和反恐协调机制时，须促进消除国界壁垒制订专门的网络恐怖主义犯罪罪名，全面规制目标型网络恐怖主义和工具型网络恐怖主义。且规制要切合实际，能够有效提高公约实践执行能力。其次充分发挥已加入的条约组织，借助上合组织、“一带一路”建设，世界互联网大会等既有的组织或平台平衡发展网络反恐的治理模式。如上合组织成员国间的“互联网警察机构”，既能应对突发网络袭击，还能综合分析收集的情报，进而强化网络反恐的侦察水平。针对2019年12月联合国大会通过打击网络犯罪的提案出现的反对声音，实质上在于如何平衡国家独立的网络主权和国际统一的网络监管权，以及发达国家和发展中国家互联网水平差距。在应对网络恐怖主义领域，国家让渡一部分主权，不仅不会威胁到国家的主权和根本利益，反而有助于实现国家利益的最大化。⁴³⁾无论是国际性组织还是地域性组织制订统一的网络恐怖主义规制条约合理让渡部分监管权是必然趋势。此外为平衡国家间的反恐力量差距，提高整体网络对抗能力，可建立国家间的帮扶模式，对于各国互联网发展水平进行划分，由互联网水平等级较高的国家帮助等级较低国家建立网络防护体系，并且要根据不同水平等级确认共同但有区别的责任。中国在推动国际网络前可通过点对点的合作带动面对面的合作，消解网络犯罪治理政策方面的体系分歧，为联合国治理机制的实施消除前期障碍。⁴⁴⁾

42) 皮勇：《网络恐怖活动犯罪及其整体法律对策》，《环球法律评论》2013年第1期，第9页。

43) 郑远民、朱红梅：《非传统安全威胁下国际法律新秩序的构建》，法律出版社2014年版，第186页。

44) 蔡高强、焦园博：《论联合国框架下网络犯罪国际治理的中国立场》，《中央民族大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期，第130页。

3、国际条约中的中国立场

对于反恐国际条约的加入与否以及相关条款的保留，中国须充分考量国家利益以及国家安全。在中国已加入的反恐国际条约中，对于部分条约的特定条款，中国持保留态度。反恐条约中中国在争端解决机制、中国特别行政区方面维持了原有权利以及行动自由状态。中国对于争端解决机制是呈现消极谨慎态度的，秉承中国一贯主张的对话方式，主张通过谈判等外交途径解决。

网络恐怖主义的发展趋势要求各国加强反恐国际合作和反恐共识，借助联合国的平台，突破意识形态和国界的壁垒，应对网络恐怖主义的周期性回流。未来中国须不断加强网络领域的国际反恐合作的主导能力，以中国和俄罗斯为代表的国家已向联合国提出建立国际性网络犯罪公约的提案，在未来国际谈判中既要坚持中国立场又要代表广大发展中国家立场，以国家安全和利益为核心。中国总体针对于国际反恐和打击犯罪条约执行效果较好，在对于条约的保留针对反恐和打击网络犯罪领域可采取更为积极的态度，平衡国家责任和国际社会责任，若必须声明对于争端解决机制的保留，则须提高说理性和透明性，减少对保留的笼统性表达。更为主动的倾向于“规则取向”，未来跨国性的网络恐怖主义案例中可提高对于国际法院在解决国际争端中的比例，以期更好的发挥中国角色。

网络反恐在实操性层面，笔者认为重点可先聚焦在刑事管辖权领域，中国传统的刑事管辖权在空间效力上以属地管辖原则核心，同时兼以属人管辖、保护管辖、普遍管辖原则。中国刑事管辖权的空间效力并不能适应网络恐怖主义犯罪的跨国性特点，以上四种管辖都存在一些限制，且属地管辖中行为地和结果地易于出现分歧。因此确立危害中国安全的网络犯罪的管辖权需要一定的立法标准，可以实害联系原则为基础，结合行为地和结果地共同确立管辖权。实害联系原则主张网络犯罪的管辖以犯罪行为对本国国家或公民的实际的“侵害或影响之关联性”为标准来确定是否具有刑事管辖权。⁴⁵⁾根据网址、域名、服务器所在地确定犯罪行为地，根据被侵入的系统、终端等确认结果地。互联网打破地域的物理界限，网络恐怖主义行为一旦发生，易出现多个行为地和多个结果地的情形。即便能够通过前述行为地和结果地的标准确认和区分，在之后的对于网络恐怖主义的犯罪规制中易产生管辖权的冲突，增加中国网络恐怖主义的治理难度。因此未来中国可根据实害联系原则，积极建立多边的协商机制，以直接故意的实害行为以及实害程度作为协商标准，防止各国在网络恐怖主义犯罪中管辖中的过度。

五、结语

互联网与社会活动愈发密切，大到国家治理小至个人生活都需要互联网的支持，近些年大数据、云计算等技术蓬勃发展，世界经济的发展愈发倚重互联网。但网络的发展是机遇和风险并行的，快速发展的结果也暴露出较多的网络安全问题以及网络风险隐患，其中恐怖主义与网络的结合对国家安全带来了严重威胁。

中国的恐怖主义呈现出民族分裂势力、宗教极端势力和暴力恐怖势力相结合的趋势，境外势力指导干预资助的特点明显，目前呈现的是工具型网络恐怖主义，即境外恐怖势力通过网络线上指导境内恐怖组织线下发动袭击的模式。2015年前后中国以新疆为中心的恐怖活动频发，严重的破坏了社会安定。中国虽然目前还未发生大规模的网络恐怖主义袭击事件，但是仍要高度警惕，做好防范工作，完善相关立法、总结经验加强重点地区反恐力度，建立健全情报制度，加强国际合作，保证信息公开，正确引导舆论，发展技术力量，整合资源形成各机构间多元化的打击防范体系。

在中国大力发展5G通讯技术的背景下，突破网络无序化和无边界的困境，实现网络恐怖主义有序化的防范和打击需要更全面的制度和技术支持，须立足中国国情，借鉴域外经验，完善立法体系，引导促进建立完善的一体化网络反恐模式。

45) 于敏：《对刑事管辖权新理论的思考》，《全国商情(理论研究)》2009年第22期，第128页。

[参考文献]

- [1] 蔡高强、焦园博：《论联合国框架下网络犯罪国际治理的中国立场》，《中央民族大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期。
- [2] 陈旻祥：《边疆民族地区宗教极端主义问题及其对策研究》，《法制与社会》2019年第24期。
- [3] 陈钟：《论网络恐怖主义对国家安全的危害及其对策》，《江南社会学院学报》2004年第3期。
- [4] 贾宇：《中国反恐怖主义法律问题研究》，中国政法大学出版社2018年版。
- [5] 康均心、虞文梁：《大数据时代网络恐怖主义的法律应对》，《中州学刊》2015年第10期。
- [6] 刘仁文：《刑事法治视野下的社会稳定与反恐》，社会科学文献出版社2013年版。
- [7] 陆旭：《网络服务提供者的刑事责任及展开——兼评〈刑法修正案(九)〉的相关规定》，《法治研究》2015年第6期。
- [8] 倪春乐：《比较与借鉴：论恐怖主义犯罪追诉中的恐怖组织认定》，《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2012年第1期。
- [9] 盘冠员、章德彪：《网络反恐大策略——如何应对网络恐怖主义》，时事出版社2016年版。
- [10] 皮勇：《网络恐怖活动犯罪及其整体法律对策》，《环球法律评论》2013年第1期。
- [11] 皮勇、杨森鑫：《互联时代的微恐怖主义及其治理——兼评〈刑法修正案(九)〉和〈反恐怖主义法〉相关条款》，《刑法论丛》2016年第3期。
- [12] 师维、孙振雷、孙卫华、张桂霞：《中国反恐怖主义法研究》，中国人民公安大学出版社2016年版。
- [13] 宋汀、曹伟：《2018年上半年国际恐怖主义态势报告》，《中国信息安全》2018年第9期。
- [14] 舒洪水、党家玉：《网络恐怖主义犯罪现状及防控对策研究》，《刑法论丛》2017年第3期。
- [15] 田溪：《恐怖主义定义界定问题分析》，《法制博览(中旬刊)》2012年第5期。
- [16] 王娜：《网络恐怖主义犯罪的刑事立法应对》，《犯罪学论坛(第二卷上)》，2015年。
- [17] 王翔：《欧盟〈通用数据保护条例〉(GDPR)解读》，《法制博览》2018年第12期。
- [18] 王秀梅、魏星星：《打击网络恐怖主义犯罪的法律应对》，《刑法论丛》2018年第3期。
- [19] 王志祥、刘婷：《网络恐怖主义犯罪及其法律规制》，《国家检察官学院学报》2016年第5期。
- [20] 应晨林：《完善我国网络反恐立法的思忖》，《网络空间战略论坛》2015年第8期。
- [21] 于敏：《对刑事管辖权新理论的思考》，《全国商情(理论研究)》2009年第22期。
- [22] 于冲：《网络犯罪罪名体系的立法完善与发展思路——从97年刑法到〈刑法修正案(九)〉草案》，《中国政法大学学报》2015年第4期。
- [23] 于冲、黄晓亮、李源粒、李晓明：《网络犯罪的刑法回应与罪名架构(笔谈)》，《中国政法大学学报》2015年第4期。
- [24] 张家栋：《当代恐怖主义的宗教根源》，《国际观察》2006年第2期。
- [25] 郑远民、朱红梅：《非传统安全威胁下国际法律新秩序的构建》，法律出版社2014年版。

[26] 赵秉志、杜邈：《在联合国法律框架内进行反恐斗争——“全球反恐法律框架”学术研讨会综述》，《法学杂志》2008年第3期。

[27] 周展：《文明冲突、恐怖主义与宗教关系》，东方出版社2009年版。

[28] 朱雁新：《国际法视野下的网络主权问题》，《西安政治学院学报》2017年第2期。

[29] 朱永彪、任彦：《国际网络恐怖主义研究》，中国社会科学出版社2014年版。

[30] 朱永彪、杨恕：《网络恐怖主义问题初探》，《中州学刊》2006年第5期。

[31] John Arquilla, David F. Ronfeldt, Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime, and Militancy, 2001. Santa Monica, California.

[32] Nicholas Tsagourias, Russell Buchan, Research Handbook On Internet Law and Cyberspace, Edward Elgar Publishing.

[33] Weimann, Gabriel, Terrorism in cyberspace: the next generation, Woodrow Wilson Center Press, 2015.

[中文摘要]

中国对网络恐怖主义的法律规制研究^{*}

马光^{**} · 白雅慧^{***}

美国“9.11”事件开启了全球反恐的序幕，恐怖主义逐渐成为重要的国际安全问题，影响社会和谐稳定，威胁人民生命财产安全。近几年，随着互联网发展进程的加快，恐怖主义和网络逐步结合，网络恐怖主义成为恐怖主义新的发展态势。目前中国网络恐怖主义仍属于工具型网络恐怖主义，即通过互联网实现线上联络和线下打击的恐怖主义模式。《刑法》、《反恐怖主义法》、《网络安全法》等法律为中国预防和打击恐怖主义提供了坚实的法律基础，但是对比国际立法应对措施中国仍有一定不足。首先，结合中国宗教特点和地区特点，列举目前网络恐怖主义的定义、通过实例逐一说明中国网络恐怖主义的特点和表现形式，突出网络在中国恐怖主义活动中呈现工具性作用。其次，基于目前重点立法领域分析中国网络恐怖主义的立法现状进而提炼存在的问题。最后，在分析前述问题的基础上提出相应的法律规制建议，在全球化的背景下中国须立足历史经验，吸收国际先进立法经验，完善中国的网络恐怖主义法律规制体系。

关键词：网络，恐怖主义，立法，规制，网络安全

^{*} 本文系浙江大学“人工智能与法学专项课题”和“国际合作区域拓展计划-一带一路国家合作项目经费”研究成果。

^{**} 马光，浙江大学光华法学院副教授，律师

^{***} 白雅慧，浙江大学光华法学院国际法研究生，通讯作者

[Abstract]

Research on Legal Regulations of Cyber Terrorism in China

Ma Guang* · Bai Yahui**

The "9.11" incident in the United States mark the beginning of the prelude of global anti-terrorism. Terrorism has gradually become an important international security issue, affecting social harmony and stability, threatening the safety of people's lives and property. With the acceleration of the development of the Internet, terrorism and the Internet are gradually being combined, and cyber terrorism has become a new development trend of terrorism. At present, China's cyber terrorism is still a tool type cyber terrorism, that is, the mode of online contact and offline attack through the Internet. Laws such as the "Anti-Terrorism Law" and "Network Security Law" provide a solid legal basis for China to prevent and combat terrorism. , but compared with international legislative response measures, China still has some deficiencies. Firstly, combining the characteristics of China's religions and regions, the current definition of cyber terrorism is enumerated, and the characteristics and manifestations of cyber terrorism in China are illustrated one by one through examples, highlighting the instrumental role of cyber in our terrorist activities. Secondly, based on the current key legislative fields, this article analyzes the current status of China's cyber terrorism legislation and refines the existing problems. Finally, based on the analysis of the aforementioned issues, this article propose corresponding regulatory recommendations. In the context of globalization, China must base its historical experience, absorb advanced international legislative experience, and improve our cyber terrorism regulatory system.

Key words: Network, Terrorism, Legislation , Regulate, Cyber Security

* Ma Guang, Associate Professor of Guanghua Law School of Zhejiang University, Lawyer

** Bai Yahui, Graduate student of Guanghua Law School of Zhejiang University, Corresponding Author

불교 대장경에서 법과 그물의 비유* -법망法網의 역사 연원과 철학정신을 중심으로

김 지 수**

논문요지

본고는 불교 대장경에 다양한 법과 그물의 비유를 살펴보면서, 동아시아 국법에 삼투한 ‘법망法網’의 역사연원과 철학정신을 집중 탐구한다. 연구에 기본방법은 한역 불전 원문을 해독하고 역사적 문헌자료 분석비평을 통해 논지를 추론하는 귀납적 방법이다. 따라서 논문 구성 및 전개가 일부 비슷한 내용의 단조로운 나열현상을 띠는 바, 무미건조한 사료史料에 무궁무진한 함의를 해석 음미하는 자세가 필요하겠다.

본론에 앞서 우선 불교 대장경에 다양한 그물 비유 개황을 도표로 정리 소개하고, 이어 한역 불경 본문, 경률經律 주석, 고승 법문 및 어록에 나타난 ‘법망’을 차례로 살펴본다. 다음으로 ‘범망梵網’에 주석을 통해 ‘법망’의 함의를 고찰하고, 무량수경 본문과 주석에 보이는 극락정토 ‘법망’을 집중 분석한다. 아울러 법망의 별칭 대명사인 ‘교망敎網’과 ‘승망僧網’, 그밖에 주요한 그물 비유들도 간추려 소개한다.

본고에 가장 큰 수확은, 일반 국법의 그물 비유에 담긴 편협한 함의를 풍부하게 확대·심화하는 불전의 ‘법망’ 해석론을 새롭게 발굴 소개함과, 그 결과 동아시아 전통법문화에서 ‘법망’의 철학정신이 훨씬 고상하고 우아한 이상경지로 양양 승화되는 성과라 할 것이다.

검색용 주제어: 불교 대장경, 법, 그물, 비유, 법망法網, 범망梵網, 역사 연원, 철학정신

· 논문접수: 2020.12.11. · 심사개시: 2020.12.30. · 게재확정: 2021.01.11.

* 본고는 주제가 비록 ‘法網’이지만 ‘불교 경전 법문’을 대상으로 연구한 글이라, 일반 국법을 주로 연구하는 주류 법학 풍조에 부합하지 않는다는 이유로, 3개 법전원 법학술지[모두 연구재단 등재(후보)지]에서 아예 ‘심사불가/사양’해 기다리는 시간을 제법 허비했고, 다른 한 법학술지에서는 심사는 진행했으나 3인 중 1인이 본고의 성격과 체계, 기술방식 등을 이유로 ‘게재불가’를 판정해 퇴짜 맞았다. 다행히 ‘명지법학’에서는 세 분 심사위원 모두 열린 마음으로 심사해, 독특한 창의성과 성실한 연구 작업을 긍정하는 관용으로 흔쾌히 게재에 동의하고 질정과 격려를 아끼지 않았다. 1년 남짓 지속된 CORVID19로 자못 우울한 데다 수십년만에 몰아닥친 엄동축한 분위기에서도 자상한 심사평을 보내주신 세 분 심사위원과 ‘명지법학’ 편집관계자 제위께 심심한 존경과 감사를 바친다. 아울러 본고에 주된 자료인 2014년판 ‘中華電子佛典 CD-Rom’을 제공해 주신 道伴 普淨 徐吉洙 선생께도 깊이 감사드린다.

** 전남대 법학전문대학원 교수, 동양법철학

< 목차 >

I. 머리글 II. 불교 대장경에 다양한 그물 비유 개황 III. ‘불법佛法’의 개념과 한역 불경에 ‘법망’ IV. 경률經律 주석에 등장하는 ‘법망’ V. 고승 법문 및 어록에 나타난 ‘법망’	VI. ‘범망梵網’ 주석으로 본 ‘법망’의 함의 VII. 무량수경 본문과 주석에 보이는 극락 정토 ‘법망’ VIII. 법망의 별칭 대명사: 교망敎網·승망僧網 IX. 기타 주요한 그물 비유들 X. 맺음말
--	---

I. 머리글

우리는 흔히 ‘법망法網’이란 말을 잘 쓴다. 전통법의 역사철학을 전공하며 박사학위 논문을 준비하느라 동아시아 고전문헌과 역사자료를 두루 섭렵하면서 법을 그물에 비유한 사례가 유난히도 많이 나와, ‘법망’이란 용어개념의 역사연원이 궁금해져 한번 종합 정리하고 싶었다. 유불선 삼교경전 및 제자백가 역사서 등 방대한 문헌자료를 섭렵해 직간접 관련 문구를 발췌 번역해 글로 정리해 하다 보니 내용도 다채로울 뿐만 아니라 편폭도 제법 길어졌다. 사실 로자老子에 자연의 인과법칙을 상징하는 ‘천망天網’이란 개념이 일찌감치 등장해¹⁾ 눈길을 끌었던 까닭에 사전 기대도 컸었다. 그러나 ‘법망’의 역사연원을 동아시아 고전문헌에서 탐구하다 보니, ‘국법’을 ‘그물’에 비유한 개념 가운데 가장 먼저 나타난 용어는, 비록 사기史記에 국법을 가리키는 듯한 ‘문망(文罔=文網)’이 1회 나오지만,²⁾ 명확한 건 한서漢書에 나오는 ‘금망禁罔’이고, 후한서에 비로소 ‘법망’이 등장함을 발견하고 다소 의아했다.

그러다가 나중에 불교대장경을 열람하면서 뜻밖에도 동아시아 고전 및 사료 못지않게, 아니 훨씬 더 많은 다양한 형태의 ‘그물’ 비유를 발견하고 참신한 충격과 환희에 사로잡혔다. 그래서 ‘법망’ 용어 자체가 불교 전래와 함께 한역漢譯 불전佛典에서 직접 유래했거나 차용되었을 가능성도 살펴보기로 했다. 말하자면 후한 때 공식 전래한 불교의 한역漢譯 경전에 등장한 ‘법망法網’이 직간접으로 동아시아 법문화에 삼투해 강력한 영향력을 끼쳤을지 모른다는 직감이 들었다. 즉, 후한서는 남조南朝 송宋에 범엽范曄이 편찬한 것인데, 후한 때 기록(사료)을 직접 인용한 것인지 아니면 범엽이 당시 언어로 기술한 건지는 불분명하므로, ‘법망’ 자체가 ‘후한’ 때 쓰인 용어라는 확증은 없

1) 老子 제73장: “天之道, 不爭而善勝, 不言而善應, 不召而自來, 攄然而善謀, 天網恢恢, 疏而不失.”

2) 史記, 卷124, 游俠列傳 第64: “以余所聞, 漢興有硃家、田仲、王公、劇孟、郭解之徒, 雖時扞當世之文罔, 然其私義廉絜退讓, 有足稱者. 名不虛立, 士不虛附.”

다. 그리고 후한 삼국시대에 이미 ‘법망’에 관한 개념 용어가 등장해 남북조 시대에는 아주 보편으로 쓰인 역사기록에 비추어보면,³⁾ ‘법망’ 자체는 불교경전에서 유래했을 가능성이 농후하게 느껴지는 것이다. 사실 동아시아 전통 및 현대 법률용어는, 예컨대 십악十惡·릉지처사陵遲處死·계약契約·상속相續·조정調停처럼 직간접으로 불교 영향을 강하게 받았음이 확인된다.⁴⁾

이에 본고는 불교 대장경에 나타나는 다양한 법과 그물의 비유를 대강 살펴보면서, 특히 동아시아 국법에 삼투한 ‘법망’의 역사연원과 철학정신을 집중 탐구하고자 한다. 기본 연구방법이 대장경 원문을 해독하고 역사적 문헌자료의 분석비평(corpus analysis)을 통해 논지를 추론하는 귀납적 방법인⁵⁾ 관계로, 글의 구성·전개에서 일부 비슷한 내용의 문헌자료들이 다소 단조롭고 지루하게 열거되는 현상이 나타나는데, 독자 제위께서는 조금 따분하게 느껴지더라도 무미건조한 사료史料에 무궁무진한 함의를 해석 음미하는 마음으로 읽어주시면 감사하겠다. 물론 뜻밖에 황재도 있으려니, 일반 국법의 그물 비유에 담긴 편협한 함의를 아주 풍부하게 확대·심화하는 불전의 ‘법망’ 해석론도 새롭게 발굴해 소개할 것이다. 그 결과 동아시아 전통법문화에서 ‘법망’의 철학정신이 훨씬 고상하고 우아한 이상경지로 양양 승화됨을 느낄 것이다.

II. 불교 대장경에 다양한 그물 비유 개황

불교 대장경에는 동아시아 고전보다 훨씬 다양한 그물 비유들이 자주 나온다. 고리(려) 대장경高麗大藏經/중화전자불전中華電子佛典을⁶⁾ 검색하면, 기본 그물 개념으로 ‘망網’은 6,115/23,259번, ‘罔-网’은 684-46/7,198-73번, ‘어망魚(漁)網’ 15(3)/54(14)번, ‘法網(罔)’ 142(2)/133(19)번 나온다. 불교에 독특한 그물 비유로 ‘법망’과 상통하는 ‘범망梵網’이 182/2,513번, ‘계망戒網’이 7/21번 나온다.

한편, 장엄의 의미를 지닌 개념으로, 찬란한 빛을 상징하는 ‘광망光網’이 91/241번, ‘광명망光明網’이 141/435번, ‘明網’ 232/459번(이 가운데 ‘무명망無明網’ 25/40번은 제외) 나오고, 불꽃으로 ‘화망火網’ 1/3번, ‘염망焰網’ 18/33번, ‘염망炎網’ 1/1번 나오며,

3) 김지수, “전통법문화에서 법과 그물의 비유-‘法網’의 역사 유래와 철학 정신-”, 경북대 법학 연구원, 법학논고, 제71집, 2020.10. 405-414쪽 참조.

4) 김지수, “동아시아 법률용어에 끼쳐진 불교 영향”, 외법논집 제42권제2호, 2018.5. 89-124쪽 참조.

5) 심사위원 중 한 분이, 본고의 “연구방법론으로 ‘귀납법’을 명시하고 있으나, 그보다는 오히려 언어학계에서 활용하는 코퍼스 분석(corpus analysis)이 시도된 것으로 볼 수 있”다고 지적 해주셨다. 필자가 서양학문에 연구방법론이나 개념용어에 익숙하지 못해 대강 의미로 적었는데, 자상한 질정에 감사한다.

6) ‘高麗’는 ‘麗’가 ‘鄰知切, 音離, 支韻’으로, 역대 정사正史와 자전에도 독음이 ‘리’라고 분명히 표기되어 왔는데, 우리는 어인 까닭인지 ‘고려’로 잘못 읽고 있다. 서길수, “‘高句麗’와 ‘高麗’의 소릿값(音價)에 관한 연구”, 高句麗研究 27집, 2007, 27-105쪽; 서길수, 고구리·고리사 연구1-고구려의 본디 이름 고구리高句麗, 여유당, 2019년 초판 등, 선행 연구에서 상세히 밝히고 있다.

꽃으로 ‘화망華網’ 51/146번, ‘화망花網’ 7/5번 나온다. 제석천 ‘제망帝網-인드라마因陀(陀)羅網’이 144-95(47)/1,390-10(594)번, 천상극락에 ‘라망羅網’ 814/2,059번, ‘보라망寶羅網’ 71/139번, ‘보망寶網’ 499/1,154번, ‘주망珠網’ 98/342번 나온다.

반면, 죄악에 걸려든 속박의 의미로, ‘형망刑網’ 6/22번, ‘죄망罪網’ 5/22번, ‘악망惡網’ 2/12번, ‘업망業網’ 31/81번, ‘의망疑網’ 645/1,533번, ‘치망癡網’ 44/72번, ‘욕망欲網’ 46/82번, ‘애망愛網’ 106/319번, 생(사)망(生)死網 (10)15/(19)25번, ‘마(라)망魔(羅)網’ 88(28)/268(64)번, ‘사망邪網’ 38/135번, ‘사견망邪見網’ 30/61번, ‘번뇌망煩惱網’ 24/67번이 나온다. 이러한 다양한 그물 비유개념의 검색결과를 도표로 정리하면 아래와 같다.

	網罔網	梵網	法網	法律	正法	見網	邪見網	僧網	戒網	教網	憲網	世網	禁網	升網	俗網
高麗藏 KT	6,115 684罔 848網	182 2罔 4網	142 2罔 31網	1,565	15,144 28政法	118 (88) 3罔	30	3 3罔 7網	7	69 7罔	39	16 1網	1	6 1罔	19
중화전 자불전 CBETA	23,259 7,198罔 9,022網	2,513 2罔 9網	133 19罔 92網	2,886	36,768 69 政法	435 (374) 20罔 7網	61	65 70網	21	378 48罔	13	148 15網	12 2罔	22 3罔	63
비고	‘網’은 KT에 46회, CBETA에 73회, ‘法網’은 經에 15회, ‘刑網’은 唐 이후 중국서에만 나옴.														

	天網	帝網	因陀羅網	因陀羅網	寶網	寶羅網	羅網	珠網	光網	光明網	明網	華網	花網	焰網	智網	衆網
高麗藏 KT	30 6罔 2網	144 2罔 5網	47	95 (142)	499 3罔	71	814 1罔	98 3罔 1網	91 1罔 1網	141 3罔	232	51	7	18 1火 1炎	2 2知 網 3慧 網	16 3網
中華電 子佛典 CBETA	501 156 罔 21網	1,390 6罔 8網	594	10 (604)	1154 6罔	139	2,059 3罔	342 18罔 7網	241 65罔 5網	435 20罔 7網	459	146	5	33 3火 1炎	10 4知 網 慧 網5	72 35網

	愛網	欲網	魔(羅)網	鐵網	疑網	惑網	邪網	邪見網	無明網	癡網	業網	(生)死網	煩惱網
高麗藏 KT	106	46 /1 慾	88 (28)	90	645 1罔 6網	28 4罔	38	30	25	44	31	15 (10)	24
中華電 子佛典 CBETA	319	82 /5慾	268 (64)	296	1,533 8罔 8網	83 6罔 2網	145	61	40	72	81	25 (19)	67

Ⅲ. ‘불법佛法’의 개념과 한역 불경에 ‘법망法網’

우선 ‘불법’은 세속 국‘법’이 아니라서 법학에 포함되지 않는 걸로 여기는 경향이 강하다. 물론 불법은 부처님 가르침을 가리키는 법(dharma)으로 실정법은 아니다. 불교의 법은, 첫째 모든 법 중 최고 진리로서 열반, 둘째 열반을 얻는 기본 방편으로서 사성제 四聖諦와 팔정도 八正道, 셋째 팔정도를 돕는 모든 선법과 진실한 말씀을 포괄한다.⁷⁾ 이는 도가나 유가에 ‘道’의 개념과 상통한다. 열반의 법은 무위와空的 본체로서 도이고, 팔정도와 만법은 궁극의 도에 다가가는 ‘길’로서 수행에 선방편인 도이다. 따라서 불법(dharma)은 세속법에 근원인 ‘자연법’ 개념과 비슷한 측면이 있다. 불교 경전에 ‘자연법 自然法’ 개념도 다수 등장하는데,⁸⁾ ‘자연’이란 ‘저절로 그러하다’는 로자 개념과 상통하며, ‘자연법’은 ‘저절로 그러한 법’이란 뜻으로 우주자연법칙으로서 부처님 가르침이다. 특히 동서고금에 우주자연법칙과 인간 사회규범에 공통핵심으로 꼽히는 황금률에도 불교 자연법이 강조된다. 불교 황금률은 편협한 ‘인본人本주의’를 벗어나, 중생평등 원칙의 ‘생본生本주의’로서 미래 희망이 될 우주 자연법이라 할 것이다.⁹⁾ 따라서 본고에서 탐구하는 불교 ‘법망’도 크게 봐서 로자의 ‘천망天網’에 상응하며, 국법(실정법)의 원천으로서 ‘자연법’ 차원에서 법철학에서 다룰 가치와 필요가 충분하다고 여겨진다.

그러면 본고 연구주제에 가장 핵심인 ‘법망’부터 살펴보기로 하자. 물론 이 ‘법망’은 산스크리트어 Dharma-jāla, 팔리어 Dhamma-jāla의 의역으로, 국법체계를 상징하는 세속적 ‘법망’과 상통하는 속성이 있으나 근본연원은 다른 게 사실이다. 오히려 로자가 말한 ‘천망’에 더 가깝고 친숙할 것이다. 그러나 현재까지 우리가 흔히 쓰는 ‘법망’ 용어의 어원유래일 가능성이 매우 높은 까닭에, 본고에서 경전-주석-법문어록으로 나눠 우선 집중 검토하고자 한다.

현전하는 한역 불교경전에서 가장 오래된 ‘법망’ 용어는 아마도 삼국시대 오로부터 번역된 불설법망륙십이견경 佛說梵網六十二見經에 등장하는 듯하다. 생사윤회를 벗어나는 심오한 청정범행 가르침을 ‘梵網’경(Brahma-jāla sutra)이라 명명하며, 과거 구루 진불拘樓秦佛 때는 ‘법망’경이라 부르고 가섭불迦葉佛 때는 ‘견망見網’經이라 불렀다고 하는데, 여기에 ‘그물 網’으로 비유한 연유도 나온다. 노련한 어부가 촘촘한 그물을 작은 연못에 던지면 모든 물고기가 그물 안에 걸려들어 빠져나갈 수 없듯이, 외도(異道) 人도 62사견邪見의 그물 안에서 머물며 왕래하여 생사윤회를 벗어날 수 없다고 비유한다.¹⁰⁾ 즉, 사견邪見 자체가 수행자를 얽매어 옥죄는 그물이 되고, 따라서 생사윤회

7) 龍樹菩薩造, 鳩摩羅什譯, 大智度論釋發趣品第20(卷49): “求法者, 法有三種, 一者, 諸法中無上, 所謂涅槃; 二者, 得涅槃方便, 八聖道; 三者, 一切善語實語, 助八聖道者, 所謂八萬四千法衆, 十二部經, 四藏, 所謂阿含, 阿毘曇, 毘尼, 雜藏, 摩訶般若波羅蜜等, 諸摩訶衍經, 皆名爲法.”

8) 高麗大藏經에는 ‘自然’이 무려 9,221번이나 나오고, ‘自然法’이란 단어도 무려 102번이나 나온다. 그밖에 自然律 1번, 自然法律 3번, 自然法教 12번이 나온다.

9) 이상 ‘佛法’에 대한 개념정의는, 김지수, “佛敎 경전에서 정신(마음) 질병을 치료하는 醫藥으로서 法의 비유와 그 상징 의미”, 전북대 법학연구 제39집, 2012.9. 452-454쪽 참조.

자체도 그물로 비유된다. 거꾸로 생사윤회를 벗어날 수 있는 부처님의 올바른 견해는 청정한 가르침 그물로서 ‘범망=법망=(정)견망’이란 등식의 전통을 지닌다. 남전南傳(빨리어) 梵網經에도 그 다른 명칭으로 ‘의망義網’ ‘법망’ ‘梵網’ ‘견망見網’ ‘무상전승無上戰勝’이 나온다.¹¹⁾

그 뒤 동진東晉 때 번역된 60권 화엄경華嚴經에는 보살이 무량무수겁 동안 무량佛을 공양하고 무량중생을 제도하며 닦는 온갖 고행 가운데, 비구 모습으로 나타나 청정계율로 육근을 조복하기도 하고, “더러 자재왕自在王으로 법망에 들어가는 모습을 나타내기도 한다.”는 묘사가 나온다.¹²⁾ 그보다 앞서 서진西晉 원강元康 원년(291)에 한역된, 같은 내용의 선행 이역본에도 비슷한 내용이 나온다. “홀로 떠돌며 거니는 비구로서 마음 고요하고, 더러 국가군주가 되어 법망의 지혜로운 세계에 들기도 한다.”¹³⁾ 두 번역본을 대조해보면, 국가를 다스리는 군주로서 정의로운 법의 그물에 스스로 들어가 그 법망으로 인민을 잘 다스린다는 취지임을 알 수 있다. 제정일치, 천인합일, 범아일여의 고대에 지혜로운 내성외왕이 청정한 자연법에 합치하는 정의로운 국법으로 나라백성을 다스리니, 여기 ‘법망’은 성숙을 겸비한 개념이 되겠다.

또, 60권 화엄경에는 선재善財동자가 순방하는 선지식 중 묘덕수호제성야천妙德守護諸城夜天이 아주 오랜 옛날 리구광명離垢光明劫 때 법계묘덕운法界妙德雲세계에서 출현한 수미산須彌山 티끌 수만큼 무수한 부처님을 시봉했는데, 최초로 법해퇴음광명왕法海雷音光明王佛이 출현한 뒤 차례로 이어져 27번째로 법망각묘덕월여래法網覺妙德月如來가 출현했다고 설한다.¹⁴⁾ 또 수隋 때 번역된 오천오백불명신주제장멸죄경五千五百佛名神呪除障滅罪經에는 “나무법망정정공덕월여래南無法網清淨功德月如來”가 나온다.¹⁵⁾

당唐 때 번역된 80권 화엄경에는 선재동자가 순방한 선지식 중, 부동우바이不動優婆夷가 자신이 구해 얻은 일체법무염족삼매광명一切法無厭足三昧光明으로 일체 중생을

10) 佛說梵網六十二見經, 吳 支謙譯: “若有異道人…合皆在是六十二見, 往還其中, 於彼住在, 厥中生俱會行, 於網中生死不得出. 譬如工捕魚師, 若捕魚弟子, 持罽目網下著小泉中, …水少, 諸魚浮游, 皆上網上. 往往在其中不得出. 如是諸異道人…在其中生死, 俱會行, 在羅網中不得出. …拘樓秦佛、如來、無所著、等正覺說是經時, 名為‘法網’; 迦葉佛、如來、無所著、等正覺說是經時, 名為‘見網’; 今我亦說是經, 名為‘梵網’.”

11) 梵網經 長部經典, 通妙譯: “阿難! 今汝應以此法門, 名之為‘義網’而奉持、名之為‘法網’而奉持、名之為‘梵網’而奉持、名之為‘見網’而奉持、名之為‘無上戰勝’而奉持之.”

12) 大方廣佛華嚴經卷第43, 東晉 佛跋陀羅譯, 離世間品第33之8: “或現比丘像, 淨戒調諸根, 或現自在王, 或現入法網, …”

13) 度世品經卷第6, 西晉 竺法護譯: “或復獨遊步, 比丘心寂寞; 或復為國主, 入法網慧界.”

14) 大方廣佛華嚴經卷第54, 佛跋陀羅譯, 入法界品第34之11: “佛子! 乃往古世, 過轉世界微塵等劫, 有劫名離垢光明, 時有世界, 名法界妙德雲, …彼世界中, 有四天下, 名莊嚴幢; 彼四天下, 有王都城, 名普寶華光; 於彼城外, 有道場名法王宮殿光明; 其道場上, 有須彌山微塵等佛, 出興于世; 其最初佛, 號法海雷音光明王. …次有如來, 名法網覺妙德月; …” 모두 99번째 여래 명호까지 열거한 뒤 최후 佛은 명호가 法界城明淨智燈여래라고 전하며, 같은 내용의 후대 이역본인 40권본 大方廣佛華嚴經卷第22, 唐 般若譯, 入不思議解脫境界普賢行願品에는 “次有佛興, 名法網覺勝月”이라고 번역한다.

15) 五千五百佛名神呪除障滅罪經卷第1, 隋 闍那崛譯: “南無法網清淨功德月如來”

기쁘게 미묘한 法을 설하는 걸, 마치 금시조金翅鳥가 허공을 자유자재로 날아다니다가 중생대해眾生大海에서 선근이 성숙한 자만 꼭 물어 보리안菩提岸(피안)에 내려놓는 것에 비유하고, 또 능숙 능란한 어부가 正法網을 지니고 생사의 바다에 들어가 애욕의 물에 허우적거리는 여러 중생을 건져내는 것에 비유한다.¹⁶⁾ 여기서 법망은 죄지은 중생을 포박 구속하는 의미에서 훨씬 더 나아가, 죄악의 바다에서 구출하는 ‘제도濟度’의 의미를 함축한다.

참고로, 유불선 삼교경전을 통달하고 화엄경과 역대 주요 경론 및 주석을 종합 망라해 ‘신화엄경합론’을 번역 출간한, 우리나라 현대 고승 탄허呑虛스님도, 화엄경에 친숙한 인연인지 불교 수행법문을 고기잡이 그물로 비유해 눈길을 끈다. 상근기를 위한 참선법은 고래잡이 그물로, 중근기를 위한 관법·정관(靜觀: 空)·환관(幻觀: 假)·적관(寂觀: 中) 三觀은 대구·명태잡이 그물로, 하근기를 위한 염불·비밀(주문)법문은 새우·멸치잡이 그물로 각각 대비한다.¹⁷⁾

한편, 당唐 때 번역된 법신찬法身讚에도, 부처님이 무량 유정有情을 조복시켜 단박에 청정하게 하는 교화를 찬탄하여, “삼계 바다에 조복망調伏網을 던져 묘법망妙法網을 펼치고 (중생을) 두루 성숙시키나니, 조복망으로 두루 성숙시켜 바다 물살에 표류하는 자들을 두루 건져낸다.”고 비유한다.¹⁸⁾

량梁 때 번역된 대승정왕경大乘頂王經에는 선사유善思惟동자가 부처님을 찬탄하는 계송에서, “세존 무상사無上師께서 저를 위해 출세하시어 설법하심에, 온갖 마장의 그물(魔網)을 영원히 끊고 정법 그물을 드러내신다.”고 비유한다.¹⁹⁾ 비슷한 시기 번역된 대승보운경大乘寶雲經에도 부처님께 귀의하는 계송에서, 본래 생멸이 없고 자연스런 법성法性を 체득해 중생들한테 사자후로 법륜을 굴리시며, 적시에 정도正道를 설해 중생들이 진여眞如를 통달해 열반에 들도록 기별記別을 주시며, 세 근기를 원히 통달하고 시기時機를 꿰뚫어 교화한 중생들이 법망에 여의원만하다고 찬탄한다.²⁰⁾ ‘마망魔網↔법망’의 대조가 특히 눈에 띈다.

16) 大方廣佛華嚴經卷第66, 唐 實叉難陀譯, 入法界品第39之7: “時, 不動優婆夷以菩薩柔軟語、悅意語、慰諭善財, 而告之言: ‘善男子! 我唯得此求一切法無厭足三昧光明, 為一切眾生說微妙法, 皆令歡喜. 如諸菩薩摩訶薩, 如金翅鳥, 遊行虛空無所障礙, 能入一切眾生大海, 見有善根已成熟者, 便即執取置菩提岸; 又如商客, 入大寶洲, 採求如來十力智寶; 又如漁師, 持正法網, 入生死海, 於愛水中, 渡諸眾生.’” 같은 내용이 이역본(40권본) 大方廣佛華嚴經卷第14, 般若譯, 入不思議解脫境界普賢行願品에 나온다. “又如漁師有具足力, 持正法網, 入生死海, 渡諸眾生.”

17) 탄허, 탄허呑虛錄, 휴, 2012년 초판, 138-140, 185-6쪽 참조.

18) 百千頌大集經地藏菩薩請問法身讚, 唐 不空譯: “無量調伏有情, 頓作令清淨; 無量佛變化, 頓時得暫變. 於三界海中, 而擲調伏網; 舒展妙法網, 普遍令成熟. 則以調伏網, 普遍令成熟; 普遍令舉出, 於中漂流者.”

19) 大乘頂王經, 梁 月婆首那譯: “爾時, 善思惟童子以偈白佛: ‘世尊無上師, 為我故出世, 於此法中說, 異相求唯名. 牟尼出於世, 佛生不思議, 永斷諸魔網, 而現正法網.’”

20) 大乘寶雲經卷第1, 梁 曼陀羅仙共僧伽婆羅譯, 序品第1: “本來無生滅, 法性體自然, 眾中師子吼, 敬禮轉法輪. 時為說正道、時令達眞如、時令入涅槃、或為授記別, 善達三聚性, 時機無不了, 所化諸眾生, 法網如意滿, 怨怒癡等垢, 及餘無量惑, 坐於菩提樹, 以智火燒盡.”

북위 때 번역된 정법념처경正法念處經에는 야마천夜摩天을 묘사하면서, “만약 자신을 스스로 잘 관찰하여 항상 부정不淨한 줄 알며, 법망을 알아 갖가지 법망의 지식으로 생사를 좋아하지 않게 된다면 천상에 생겨난다.”고 설한다.²¹⁾ 또 동진 때 번역된 경전에는 관세음보살이 대다라니를 설하고, “여법히 수행하면, 앞에 법망처럼 즉시 증험경지를 얻으리라!”는 표현이 나온다.²²⁾

이상이 현전하는 한역 불경 본문에 나타나는 ‘법망’의 주요 사례이자 함의이다.

IV. 경률經律 주석에 등장하는 ‘법망法網’

이러한 경문상 ‘법망’의 함의에 근거해 이후 여러 고승대덕이 경률을 강의 해설한 각종 주석서에도 다채로운 ‘법망’이 자주 등장한다. 유마경(淨名經) 불국품佛國品에 나오는 보살 명호 해설에 보면, ‘제망帝網’은 환술경幻術經에 나오는 帝網처럼 대사대士(보살)의 신통변화가 환술마냥 자유자재 함을 비유적으로 함축하고, 또 교화가 제왕의 법망 같아서 붙인 명칭이라는 구마라집 주석이 눈에 띈다. ‘명망明網’은 부처님 32상 중 하나인 손바닥 망만網縵이 광명을 방출해서 취한 명칭이고, ‘梵網’보살은 범천에 4 범행(梵行, 무량심)인 자비희사慈悲喜捨를 그물눈처럼 많이 행함을 가리킨다고 한다.²³⁾

이에 덧붙여 후대 고승은, 더러 ‘제망帝網’보살은 제왕 법망처럼 무량무수 法그물로 일체 번뇌와 중생을 망라함을 뜻하고, ‘明網’보살은 사익경思益經에서처럼 밝은 광명을 법망으로 삼음을 뜻하며, ‘梵網’보살은 梵이 청정이니 청정법망을 올바르게 관조해 내외 일체 중생을 망라한다고 풀이한다.²⁴⁾ 또 수隋 장안章安 관정灌頂 법사는 대반열반경소大般涅槃經疏에서 불교의 ‘慈’를 설명하며 국헌國憲과 불법佛法을 비교하는데, “국가의 엄형은 혹독함이 근본인데, 불교의 법망은 자비가 종지로서, 그름을 들어 옳음을 드러낸다.”고 대비한다.²⁵⁾

한편, 불교 계율 중 중요한 사분률四分律 주석서에 ‘범망=법망’ 관련 내용이 다수 나

21) 正法念處經卷第41, 元魏 瞿曇般若流支譯, 觀天品之20(夜摩天之6): “若善自觀身, 常見其不淨, 知自身如是, 彼則生天上. 若能知法網, 種種法網知, 不喜樂生死, 彼則生天上.”

22) 七佛八菩薩所說大陀羅尼神呪經卷第1, 晉代失三藏名今附東晉錄: “我觀世音菩薩欲說大陀羅尼…如法行者, 即得證地, 如前法網.”

23) 淨名經集解關中疏卷上, 道液集, 佛國品第1: “帝網菩薩: 什曰, 幻術經, 名帝網也. 此大士神變自在, 猶如幻化, 故借帝網以名之. 又曰, 大士施化, 如帝王法網也. 明網菩薩: 什曰, 明網, 自說手有網縵, 放光明也. …梵網菩薩: 什曰, 梵, 四梵行慈悲喜捨, 網言其多.”

24) 維摩羅詰經文疏卷第4, 隋 智顗撰: “帝網菩薩, 譬如帝王法網, 無量一心三觀, 觀三諦理具足無量諸法之網, 網一切煩惱及眾生. 明網菩薩, 如思益經, 明光明為法網, 大智論釋, 放光作網, 魚喻一心三觀, 觀心光明網. …梵網菩薩, 梵名清淨, 正觀清淨法網, 內外一切眾生也.” 維摩經略疏卷第四, 天台沙門湛然略: “梵網者, 正觀清淨法網, 網諸煩惱及一切眾生.”

25) 大般涅槃經疏卷第7, 隋 章安頂法師撰, 唐 湛然再治, 長壽品: “次從譬如國王去, 明口行慈又二. 一先舉國憲, 次明佛法, 後結治罪. 初國之嚴刑, 以酷為本; 二佛之法網, 以慈為宗, 舉非顯是.”

온다. 우선 당唐대 유명한 도선道宣 율사는 ‘승망대강僧網大綱’편에서, 승려들이 범하기 쉬운 여러 잘못들을 열거해 모두 부처님 종지가 아니라고 판단한 뒤, 진실로 버리(綱維)가 법망에 의지하지 않아 부화뇌동해 일어난다고 설명한다. 말법시대에 중생 악업이 몹시 중해 회개할 줄 모르고 청정 비구도 적기 때문이다. 그래서 유나維那 상좌는 시비를 잘 분간하고 청정계율을 설해 승중僧眾을 올바르게 인도해 비법非法을 저지르지 못하도록 사명감과 책임감을 지녀야 하며, 고개 숙이고 눈을 감은 채 법망을 모른 채 해서는 안 된다고 강조한다.²⁶⁾ 또 당唐 지홍志鴻스님은 ‘중망유지眾網維持’란 결계結界·설계說戒·자자自恣·갈마羯磨 등 법에 모두 승가대중이 법망을 유지하는 거라고 풀이한다.”²⁷⁾

唐 대각大覺스님은 사본를 주석에서 ‘법망’을 특히 많이 애용한다. 우선 행의行儀 현양에서 ‘끊어진 현강玄綱을 묶어 매는 것’을 이렇게 비유한다.

“마치 그물에 버리가 있어 그물눈들을 정돈하듯, 불법의 그물은 계戒를 버리로 삼으니, 만약 지계持戒를 저버리면 그 버리가 끊어짐이요, 버리가 끊어지는 즉시 불법망佛法網은 어지러워진다. 만약 어떤 사람이 교망敎網을 유지하여 불법이 단멸하지 않게 할 수 있다면, 그것이 바로 끊어진 현강玄綱을 묶어 맴이다.”²⁸⁾

또 ‘중망유지眾網維持’에서 眾은 僧眾이고, 網은 법망이며, 유지는 연결해 묶는 것이니, 승중의 강망綱網을 유지함이라고 해설한다.²⁹⁾ 수욕시비受欲是非에서는 도선율사처럼, 비법非法의 일로 眾網 가운데 걸려들어 곤장처벌을 받는 승려 사례들은 모두 부처님의 거룩한 뜻이 아니며, 진실로 강유綱維가 법망에 의지하지 않기 때문이라고 본다.³⁰⁾ 특히 ‘승망대강僧網大綱’에 대한 상세한 해제解題가 눈에 띈다.

“僧網大綱이란 세간 그물에 버리가 그물눈을 바르게 정돈함을 차용한 비유로, 이편은 승가 법망에 기강이다. 주지住持에 대요大要를 綱이라 하고, 세세한 행위에 의궤儀軌를 網이라 하니, 僧眾 그물눈(網目)에 강령이라 할 수 있다. 설문說文에 ‘그물을 유지

26) 四分律刪繁補闕行事鈔卷上(之2) 唐 道宣撰, 僧網大綱篇第7: “如是眾例, 皆非聖旨. 良由綱維不休法網, 同和而作. 惡業深纏, 永無改悔. 眾主有力, 非法伴多. 如法比丘, 像末又少. 縱有三五, 伴勢無施. 故佛預知有, 不令同法.”; 四分律刪繁補闕行事鈔卷上(4) 說戒正儀篇第10: “上座不教, 致令僧眾俱同非法. 然處眾首, 是非須知, 不得低頭合眼, 不知法網. 示一律儀, 永成常準. 故僧祇中, 說戒說法, 並有上座法(云云).”

27) 搜玄錄解四分律刪繁補闕行事鈔錄卷第1, 唐 志鴻撰: “眾網維持等者, 結界說戒, 自恣羯磨等法, 並是眾家維持法網.” 後唐 景霄찬, 四分律鈔簡正記卷第3에 같은 내용 나온다. “眾網維持者, 謂受說安恣等, 並是僧維持法網也.”

28) 四分律鈔講前加行方便卷第1, 唐 大覺撰: “紐既絕之玄綱者, 此下是喻說也. 如網有綱, 能整其目, 今佛法之網, 用戒為綱. 若不持戒, 則絕其綱, 綱絕時亂佛法網. 若有人能維持教綱, 不令斷滅佛法, 是名紐絕玄綱.”

29) 四分律鈔講前加行方便卷第2, 四分律鈔批卷第2本: “眾網維持者, 眾是僧眾, 網是法網也, …明上學不精博等人, 執見不同, 維持僧眾之綱網, 法則乖異也, 謂弘持眾法綱網之人, 故曰眾網維持也.”

30) 四分律鈔講前加行方便卷第3, 受欲是非篇第4: “若非法事如眾網中者, …對僧杖罰, 如是等例, 皆非聖旨, 良由綱維不依法網.” 後唐 景霄찬, 四分律鈔簡正記卷第7上, 第七僧綱篇에 비슷한 내용이 나온다. “綱維者, 綱紀維持也. 法為敎法, 網謂綱目, 不依敎法綱自故.” 이밖에 四分律鈔簡正記卷第9에는 ‘眾法綱網須成’나 ‘方便說法網’이 나오고, 卷第16에는 “大師亦自製一卷圖經, 并護持迂眾等者, 兼明敎護三衣, 迂正眾僧之法網等.”이 나온다.

하는 큰 밧줄을 綱이라 한다.’ 승법僧法도 만약 어기면(어그러지면), 문란해서 실마리를 잃게 되니, 이편을 들어 올리면 정돈되지 않을 법이 없어서, 위 서문에서도 ‘이미 끊어진 현강玄綱을 묶어 맨다.’고 한 뜻이다. 대중의 주지도 삼강三綱이 있어 승망僧綱을 취하니, 망綱은 강綱으로 말미암는다. 綱은 곧 眾僧이니, 대중주지가 승중을 유지함은, 마치 버리가 그물을 유지하는 것과 같다.”³¹⁾

따라서 “스스로 당시 그물에 혼미하면, 죄와 복을 일깨워주는 말을 이해하지 못하고 시의時宜를 제대로 인식하지 못해 법망을 쓸 줄 모른다. 이는 세속감정과 흥진에 오염되어 교법敎法에 혼미함이니, 요즘 사승師僧들이 색·성·향·미·촉·법 등 6진塵에 빌붙어 오염된 탓에, 거룩한 가르침을 분명히 해오하지 못해 법망에 혼미한 것이다.”³²⁾ 못 법을 잘 수행해 성취하려면, 이러한 대중 법망을 받아들이는 의리를 잘 알아야 한다.³³⁾

또 파계승이 충간忠諫을 어김에서도, 綱은 법이고 諫은 법망인 까닭에, ‘망생網生’이란 승잔죄행僧殘罪行이 교망敎綱으로부터 생김을 뜻한다. 악행자는 반드시 교망을 어기는데, 이미 (금계를 명한) 교망을 선포한 까닭에 죄를 얻게 되어, 죄가 그물로 말미암아 생긴다.³⁴⁾ 이는 국법 체계에서 “법률 없이 범죄 없고, 범죄 없이 형벌 없다.”는 죄형법정주의에 상응하는 불교 계율법망 원리다. 부처님이 처음 법륜을 굴려 제자들을 가르칠 초기에는 본디 계율이 없었다. 나중에 승가대중이 많아지면서 뜻하지 않는 엉뚱한 짓과 사고가 생기기 시작하고, 이러한 일탈을 방지하기 위해 ‘의사이제議事以制’ 임기응변 방식으로 필요한 계를 하나씩 제정하면서 불교 ‘법망’이 형성되었는데, 이러한 계율 법망이 생긴 뒤에 파계 범죄가 비로소 등장한 것이다. 이렇듯 법망을 뚫고 빠져나가는 짓을 ‘탈루심망脫漏深綱’이라 부르는데, 수행승으로서 검소한 자기절제(儉約)가 없이 불교법망을 어기고 빠져나가 법망 안에 머물지 않기에 ‘샬 漏’로 표현한다.³⁵⁾

송宋 원조元照스님은 “해서는 안 되는 일을 하거나, 해야 하는 일을 하지 않는 것

31) 四分律鈔講前加行方便卷第4, 僧綱大綱篇第7: “言僧綱大綱者, 借喻世網之綱, 能正其綱目. 今此一篇, 是僧家法網之綱紀也. 住持之大要曰綱, 細行之儀軌是綱, 亦得云僧眾綱目之綱領, 故曰也. 說文云: ‘持綱大繩曰綱也.’ 僧法若乖, 紊亂失緒, 舉此一篇, 無法不整, 故上序云: ‘初既絕之玄綱’ 即斯義也. 濟云: 今言眾主三綱, 亦取僧綱, 綱由綱也. 綱即眾僧也. 以眾主能持於僧故, 如綱能持其綱也.”

32) 四分律鈔講前加行方便卷第5: “自昏時網者, 謂不解示語罪福, 是不識時宜, 不用法網也. … 而世情塵染, 每昏敎法者, 謂今時師僧, 附六塵, 為色聲等染, 不能明解聖敎, 昏於法網也.”

33) 四分律鈔講前加行方便卷第6, 自恣宗要篇第12: “上來至此, 始自標宗顯德, 終乎自恣宗要, 有十二段文, 是其眾法, 中間非無別人對首心念之法, 然皆為成眾法之行, 今若舉宗往攝, 皆是眾法網納之義也.”

34) 四分律鈔講前加行方便卷第8: “此違諫戒逮于下篇者, … 如調達是主. 破僧違諫也. 三閭等四是伴. 助破僧違諫也. … 不妨惡行行寔網生者, 立云, 綱是法也. 明其汚家惡行, 非是殘罪, 以違諫故. 諫是法網, 因違諫故, 故結殘也. 罪從違諫法下而生, 諫是法網, 故云網生. 欲明僧殘罪行, 從敎網中生也. … 諫事雖廢, 有惡行者, 必違敎網, 既羅敎網, 故致獲罪. 罪由網生, 故曰也. 謂既作惡行, 行羅網也.”

35) 四分律鈔講前加行方便卷第13, 對施興治法篇第20: “脫漏深綱者, 立謂敎網也, 為僧既無儉約, 違佛教網, 名為漏也. 不在法網之中, 故曰漏也.”

은, 둘 다 법망에 어긋나 모두 똑같은 죄를 얻는다.”고 말한다.³⁶⁾ 여기서 “둘 다 법망에 어긋난다는 말은, 전자는 부처님이 통제한 의도에, 후자는 부처님이 열어준 의도에 각각 어긋나, 모두 동일한 범죄가 된다.”고 풀이한다.³⁷⁾ 이상에서 僧網=教網=法網의 등식관계로 호용됨을 알 수 있다.

V. 고승 법문 및 어록에 나타난 ‘法網’

역대 고승대덕의 법문이나 어록에도 다채로운 ‘법망’이 애용된다. 천태종 교리를 완성한 수隋 지자智者 대사는 법망에 술한 그물눈을 펼치는 원리를 명쾌히 설명해 눈길을 끈다. 그는 명저 마하지관摩訶止觀에서 안심법문을 총 512문으로 분류하며, 세간 의사가 치료한 병은 재발할 수 있지만, 의왕인 여래의 치료는 재발이 없는 궁극 안심安心법문인데, 다만 중생 심행心行이 각각 달라 대치법도 다양하게 달라질 수밖에 없다고 설명한다.³⁸⁾ 부처님 8만4천 법문 원리와 같다. 만약 1구절 진리에 마음이 평안해지면 더할 나위 없이 만족하지만, 만약 불안하다면 정교한 방편으로 마음을 평안케 함이 긴요하다. 이는 마치 새가 걸려 붙잡히는 그물눈은 단 하나뿐이지만, 그물눈 하나만으로는 새를 잡을 수 없기에, 모름지기 수많은 그물눈을 지닌 법망을 넓게 펼쳐 중생 심행心行(탐진치 삼독의 번뇌망상)의 새를 잡아야 한다는 것이다.³⁹⁾

얼마나 기막힌 비유인가?! 이 비유는 송대 유명한 고승 영명永明 연수延壽 선사도 명저 종경록宗鏡錄(권제44)에서 그대로 인용하는데, 비슷한 발상은 이미 전국시대 장자莊子が 창안했다. 혜자惠子が 莊子の ‘무용無用’론을 힐난하자, 장자가 반문한다. “無用の 원리를 알아야 비로소 用을 말할 수 있소. 무릇 대지가 무척 광대하지만, 사람이 쓰는 것은 밭 딛는 땅이면 족하오. 그렇다고 밭 바깥을 파내려가 황천에 이른다면, 그래도 사람이 그 땅을 (안심하고) 쓰겠소?” 혜자가 ‘無用’이라고 답하자, 莊子は “그래서 無用이 유용한 게 분명하다.”고 빙그레 웃는다.⁴⁰⁾ 이는 老子가 물레로 유형의 그릇을 만들어도

36) 四分律刪補隨機羯磨疏濟緣記2之3, 宋 元照述: “前門不應為而為, 此門應為而不為, 兩乖法網, 雙獲一罪.”

37) 四分律刪補隨機羯磨疏正源記卷第4, 允堪述, 釋諸界結解篇第2: “兩乖法網者, 前乖佛制意, 後乖佛開, 前後各犯不應之吉, 故曰一罪.”

38) 부처님 의왕이 법약으로 중생의 번뇌질병을 치료하는 내용은, 김지수, “佛教 경전에서 정신(마음) 질병을 치료하는 醫藥으로서 法의 비유와 그 상징 의미”, 전북대 법학연구 제39집, 2012.9. 447-496쪽 참조.

39) 摩訶止觀卷第5(上), 隋 智者大師說, 門人灌頂記: “今隨根隨病迴轉, 自行化他, 有六十四. 若就三番止觀, 則三百八十四, 又一心止觀, 復有六十四, 合五百一十二. 三悉檀是世間安心, 世醫所治, 差已復生. 一悉檀是出世安心, 如來所治, 畢竟不發, 世出世法, 互相成顯. 若離三諦, 無安心處. 若離止觀, 無安心法. 若心安於諦一句即足. 如其不安, 巧用方便, 令心得安. 一目之羅, 不能得鳥; 得鳥者, 羅之一目耳. 眾生心行, 各各不同, 或多人同一心行, 或一人多種心行. 如為一人眾多亦然, 如為多人一人亦然. 須廣施法網之目, 捕心行之鳥耳.” 止觀義例纂要卷第5, 송從義撰, 十二料簡에도 같은 내용이 실림.

우리가 정작 쓰는 곳은 그릇 안쪽에 텅 빈 공간이고, 여러 유형의 골격으로 구성된 집도 빈 방을 사용하므로, 有가 이롭지만 無가 쓰인다고 지적인 원리와 상통한다.⁴¹⁾ 현대 국 법체계에도 이 논리를 그대로 적용하기는 어렵지만, 조금 변용해 해석한다면, 범죄가 항상 발생해 법망이 필요한 것은 아니지만, 언제 어디서 발생할지 모르는 한두 죄악을 미연에 방지하기 위해 법망을 펼쳐둘 필요가 있다고 풀이할 수 있지 않을까?

宋 이후 어록에는 고승대덕의 수행력 및 교화력을 송축하는 시문으로 자주 등장한다. “(知禮)십법 十法의 큰 수레를 운행함은 불지佛地에 가지런해지길 기약함시오,

팔교八教의 法網을 펼침은 사람 물고기 건져 올림을 귀히 여김이라!”⁴²⁾

불조佛祖 전통을 기술하면서, 계戒·정定·혜慧 삼학으로 요약할 수 있는 불교는, 부처님(法王) 당시에는 일도一道로 청정하고, 일음一音으로 연설해도 누구나 근기에 맞게 감화를 얻었지만, “학림鶴林이 사라지고 법망이 흩어짐에 이르러, 신족통이 숨고 종파의 길이 달라졌다.”고 비유한다.⁴³⁾

일찍이 唐 고종은 대자은사大慈恩寺 현장玄藏법사 역경을 보고 친히 쓴 ‘술성기述聖記’에서, 정교正教를 현양顯揚하는 지혜와 미언微言을 천명하는 현명함을 칭송하면서, “법망의 기강을 열어 6도도의 정교正教를 홍양해, 중생을 도탄에서 건지고 삼장의 비밀스런 빛장을 푼다.”고 역경공덕을 찬탄했다.⁴⁴⁾ 송 태종도 신역삼장성교新譯三藏聖教에 친히 쓴 서문에서 불교의 위대함을 극찬하며, “의리義理는 유현幽玄하고 진공真空은 측량할 수 없으며, 만상萬象을 포괄하되 비유는 무한하다. 법망의 기강을 장악하여 무제無際의 정교正教를 펼치니, 사생四生을 고해에서 건져내고 삼장을 비언祕言에서 풀어낸다.”고 비유했다.⁴⁵⁾

당唐 리통현李通玄 장자長者는 신화엄경론新華嚴經論에서 대비인과大悲因果를 설명

40) 莊子, 雜篇, 外物第26: “惠子謂莊子曰: ‘子言無用.’ 莊子曰: ‘知無用而始可與言用矣. 夫地非不廣且大也, 人之所用容足耳. 然則廁足而墊之, 致黃泉, 人尚有用乎?’ 惠子曰: ‘無用.’ 莊子曰: ‘然則, 無用之為用也, 亦明矣.’”

41) 老子 제11장: “三十輻共一轂, 當其無, 有車之用; 埴埴以爲器, 當其無, 有器之用; 鑿戶牖以爲室, 當其無, 有室之用. 故有之以爲利, 無之以爲用.”

42) 四明尊者教行錄卷第5, 宋 宗曉編: “法智謝李駙馬啟: …切念(知禮)聲凡玉振, 量淺淵淳. 運十法之大車, 期躋佛地; 張八教之法網, 貴渡人魚.”

43) 佛祖統紀卷第49, 宋 志磐撰, 智者大師傳論: “論曰: 修釋氏之訓者, 務三而已. 曰戒定慧. …昔法王出世, 由一道清淨, 用一音演說. …暨鶴林滅而法網散. 神足隱而宗塗異.” 佛祖歷代通載卷第13, 念常集에도 같은 내용 나옴.

44) 大唐大慈恩寺三藏法師傳卷第7, 慧立本 釋彥棕箋: “二十二年夏六月, 天皇大帝居春宮, 奉觀聖文, 又製‘述聖記’, 其詞曰: ‘夫顯揚正教, 非智無以廣其文; 崇闡微言, 非賢莫能定其旨. …開法網之綱紀, 弘六度之正教, 拯群有之塗炭, 啟三藏之祕局.’” 續高僧傳卷第4, 道宣撰, 譯經篇4, 京大慈恩寺釋玄奘傳1; 廣弘明集卷第22, 道宣撰, 法義篇第4之5, 皇太子臣治述, 聖記三藏經序; 佛法金湯編卷第7, 明 心泰編, 真清閣, 唐 高宗조에도 같은 내용 나옴.

45) 佛祖歷代通載卷第18, 念常集: “帝製新譯三藏聖教序, 賜天竺三藏法師天息災文曰: 大矣哉, 我佛之教也. …義理幽玄真空莫測, 包括萬象譬喻無垠. 總法網之紀綱, 演無際之正教; 拔四生之苦海, 譯三藏之祕言.” 隆興佛教編年通論卷第29, 祖琇撰, 聖宋御製附; 佛法金湯編卷第11, 明 心泰編, 真清閣, 宋 太宗조에도 같은 내용 나옴.

하면서, “여래 대자비를 因으로 여래 궁전의 果를 맺으며, 또 보살의 십바라밀행으로 大悲가 생겨나 열 가지 果를 맺는데, 여섯째 지혜바라밀의 大悲行 인과는 불가사의한 마니보왕摩尼寶王으로 그물을 만듬에 지혜로 간택해 여러 법망을 이루고, 또 불가사의한 음보망音寶網으로 궁전을 장엄한다.”고 비유한다.⁴⁶⁾ 또 문수사리보살의 복덕 원광圓光是 청정심이 항상 방출하는 광명으로, 보는 사람을 기쁘게 하는데, “光網이란 법망이 원만하여 가르침의 빛(敎光)을 밝게 비춤이다.”고 설명한다.⁴⁷⁾

고승전에는 지둔支遁스님이 축잠竺潛(法深) 스님의 도덕을 칭송하며, “예전에 경읍京邑에서 법망을 유지해, 안팎에서 모두 흥도의 거장으로 우러른다.”고 말했다.⁴⁸⁾ 동진 안제 룡안隆安 원년(397)에 승가제파僧伽提婆가 경사京師에서 왕공王公 및 풍류명사들이 운집한 가운데 불경을 번역하고 정법을 펼치는데, 위군衛軍 동정후東亭侯 왕손王琇이 ‘法網道人’한테 ‘아자阿字(阿彌)로 얻는 게 무엇인지?’ 질문했다고 나온다.⁴⁹⁾ 문맥상 ‘법망도인은 별도의 고유명사라기보다는, 주인공 승가제파의 명예로운 별칭으로 여겨진다. 정림靜琳선사는 “상법시대 불교가 동으로 전래해 법망이 비록 장엄하나, 승가위의와 정도正度는 아직 빛나게 선양되지 못함을 안타깝게 여겨, 염부제를 두루 유람해 부처님의 신령스런 자취를 모두 살펴보고자 했다.”⁵⁰⁾

속고승전을 편찬한 도선道宣율사는 호법護法편 말미에, “대저 경론과 도업은 청심清心에 힘쓰고, 법망의 선양 보호는 돈독하고 원대한 의지다. 의지가 원대하면 환난과 모욕을 무릅쓰고, 마음이 청정하면 엄형중벌도 두려워하지 않는다.”는 종합평론을 덧붙인다.⁵¹⁾ 또 자신이 편찬한 광홍명집廣弘明集의 목적을 밝히면서, “廣弘明이란 법망을 흥양 보호하여 식자에게 열어 밝힌다.”고 제목을 풀이했다.⁵²⁾ 거기에 출가 승려도 속가 부모한테 절하라는 황제 조서에 대한 반론이 실렸는데, 그 상소문에는 출가수행이 재가와 판이해서, “마음으로 불계佛戒를 받고 몸으로 부처님 위의를 갖추어, 법망이 현

46) 新華嚴經論卷第9, 唐 李通玄撰: “第三明大悲因果者, 以如來大慈悲為因, 如來所處宮殿為依果. …又以十波羅蜜行隨大悲生, 復成十種依果. 何者為十? …六以慧波羅蜜, 隨大悲行, 外招依果, 得不思議摩尼寶王, 而為其網, 以慧能簡擇成諸法網故, 還得不思議音寶網用嚴宮殿.” 華嚴經合論10에도 같은 내용이 실림.

47) 新華嚴經論卷第33, 唐 李通玄撰: “舍利弗勸諸比丘, 令觀文殊師利菩薩, 福德圓光映徹者, 是心淨之常光, 能令見者歡喜. 光網者, 是法網圓滿, 明其敎光. 嚴身見者, 滅苦故.” 大方廣佛新華嚴經合論卷第90, 같은 내용 나옴.

48) 高僧傳卷第4(義解1), 梁 慧皎撰: “竺潛, 字法深. 年十八出家, 事中州劉元真為師. …(支遁)後與高麗道人書云: ‘上座竺法深, 中州劉公之弟子, 體德貞峙, 道俗綸綜. 往在京邑, 維持法網. 內外具瞻, 弘道之匠也.’” 北山錄卷第4, 神清撰, 慧寶注, 宗師議第7에도 같은 내용 실림.

49) 出三藏記集傳上卷第13, 梁 僧祐撰, 僧伽提婆傳第12: “珣問法網道人: ‘阿字所得云何?’ 答曰: ‘大略全是小未精覈耳.’” 新脩科分六學僧傳卷第1, 元 曇噩述, 晉僧伽提婆전에도 같은 내용 나오는데, ‘阿字’가 ‘阿彌’로 적힘.

50) 續高僧傳卷第20, 道宣撰, 習禪五, 釋靜琳전: “會琳以象教東漸, 法網雖嚴, 至於僧儀正度, 猶未光闡, 欲遍遊閭浮, 備殫靈迹.”

51) 續高僧傳卷第20, 道宣撰, 護法下: “惟夫經論道業, 務在清心; 弘護法網, 寔敦遐志. 志遠則不思患辱, 心清則罔懼嚴誅.”

52) 廣弘明集統歸篇序卷第29, 道宣撰: “廣弘明者, 言其弘護法網, 開明於有識也.”

격히 다르고 공경이 완전히 구별된다.”고 적었다.⁵³⁾

景德전등록景德傳燈錄에 실린 향엄香嚴 습등襲燈대사 지한송智閑頌에는 “법망은 성글고 신령스런 불꽃은 미세한데, 유월에 누워 옷과 이불 없었네.”라는 시구가 보인다.⁵⁴⁾ 속전등록에는 온총蘊聰 자조慈照선사가 “실오라기 하나 걸치지 않고 법망은 끝 없는데, 어찌 도리어 미혹과 깨달음이 있습니까?”라는 질문에, “두 통을 하나로 묶어 함께 짊어진다.”고 답변한 선문답이 나온다.⁵⁵⁾

당唐 고종 룡삭龍朔 원년(661)에 서화관西華觀 道士 곽행진郭行真은, “부처님이 법망을 드리우시니, 이는 유형에 뱃사공과 같은지라, 경전 핵심을 통괄하지 않고서야, 누가 능히 (이 법망을) 가벼이 들어 올릴 수 있으랴?”⁵⁶⁾고 찬탄했다. 불법의 현허하고 심오한 종지를 아무나 쉽게 이해하기 어렵고, 그 법을 펼침은 더더욱 어렵다는 뜻이다.

대당내전록大唐內典錄에는 서진西晉 때 불경의 전래 및 번역이 가장 활발했는데, “법망의 홍양 보호가 그로부터 크게 일었다.”고 전한다.⁵⁷⁾ 참고로, 축법망쓰法網이 석혜림釋慧林과 서신 왕래한 기록이 나오는데, 다른 전적에는 ‘축법강쓰法綱’으로 나와 오자로 보인다.⁵⁸⁾ 또, 대승입도차제개결大乘入道次第開決은 불교가 너무 방대하고 심오해서 “초학자들이 광대한 법해法海를 바라보고 망연자실하며, 심오한 의산義山을 우러러 영원히 물러날까 저어하여, 드디어 대교大敎의 핵심(樞要)을 간추리고 법망의 대강을 들어 올려, 한 모퉁이나마 보여주고자 이 의기義記를 짓는다.”고 적었다.⁵⁹⁾

한편, 호국경전으로 고리(려)高麗 때 법회를 자주 가진 인왕경에 대한 서문에 보면, “파사닉왕의 질문을 단서로 끌어내, 오인五忍의 법망을 높이 펼쳤다.”고 칭송한 구절이 눈에 띈다.⁶⁰⁾ 파사닉왕이 국왕으로서 국민을 통치하는 보살행을 묻자, 부처님이 복인伏忍·신인信忍·순인順忍·무생인無生忍·적멸인寂滅忍의 5忍으로 선정을 베풀라고 가르친 대목을 가리킨다. 천태조사전승기에는 룡수龍樹부터 형계荊谿까지 9대(世)동안 법통

53) 廣弘明集권제25, 京邑老人程士穎等上請表一首: “出家不拜其親. 欲使道俗殊津, 歸戒以之投附. 出處兩異, 真俗由之致乖. 莫非心受佛戒, 形具佛儀. 法網懸殊, 敬相全別.”

54) 景德傳燈錄卷第29, 宋 道原撰, 讚頌偈詩, 香嚴襲燈大師智閑頌一十九首: “授指:…法網疎靈焰細, 六月臥去衣被.” 禪門諸祖師偈頌下之上(송 如祐錄)에도 동일 내용이 실림!

55) 續傳燈錄卷第1(편자미상), 大鑑下第十世, 首山念禪師法嗣, 襄州谷隱山蘊聰慈照禪師: “問, 寸絲不挂, 法網無邊, 為甚麼却有迷悟? 師曰, 兩桶一擔.”

56) 集古今佛道論衡卷丁, 續附, 唐西明寺釋氏: “維唐龍朔元年(661)春三月, 西華觀道士朝散大夫郭行真敬造. 真惟, 佛道稱聖, 咸作化於含元; 寶乘靈寶, 俱開津於有識. 然則承俗訓, 一風軌於醯章. 佛垂法網, 是舟師於形有, 自非統括經詰, 孰能輕舉?”

57) 大唐內典錄卷第2, 道宣撰, 京師西明寺釋氏撰, 西晉朝傳譯佛經錄第4: “護於晉世, 出經最多. 弘護法網, 由其而起.”

58) 大唐內典錄卷第10, 道宣撰, 法網釋慧林問往返十一首 참조. 다만, 出三藏記集雜錄卷第12, 梁 僧祐撰, 法網釋慧林問往返十一首: 廣弘明集, 僧行篇第5之初, 諸僧誅行狀, 釋法網, 武丘法綱法師誄(宋 慧琳撰) 참조.

59) 大乘入道次第開決, 曇曠撰: “恐初學者, 望法海而忙然, 瞻義山而永退. 遂乃纂大敎之樞要, 舉法網之大綱, 爰示方隅撰茲義記.”

60) 會刻仁王護國般若經疏序: “引出匿王之問端, 高張五忍之法網.”

이 잘 전승되다가, “荊谿가 입적한 뒤 법망이 점차 흩어지고 적통전승이 끊겨, 후대인은 강의만 할 따름이다.”는 탄식도 나온다.⁶¹⁾

고승어록에, “우리 스승 부처님 세존께서 돈점頓漸 2교를 베풀어, 칠취七趣에 빠져 헤매는 중생 구제하시고, 법망을 크게 펼쳐 유위의 복혜福慧 문을 열고, 직상원상直相圓常을 곧게 도와 무상無相의 열반영역에 들게 하시며, 이제二諦 삼승三乘의 법을 연설하여 중생을 제도하고, 8만4천 법문을 열어 특별히 모든 등급을 거두셨네.”⁶²⁾ 선종 5종 중 조동종曹洞宗에 대한 평론에, “말세에 한번 깨달으면 모두 끝났다고 착각하는 마인魔人들을 슬퍼해, 사람들이 견혜乾慧가 많은 까닭에 장래 3루漏를 모두 끊어야 하는 법망을 내보였다. 깨달은 뒤에도 습기가 남은 혼탁한 지혜는 근기와 과위에 직결된다.”⁶³⁾ 명 영각永覺화상의 철산鐵山경瓊선사 찬시贊詩에, “땅 불살라 하늘 연기 자욱해 숨을 곳 없고, 법망이 하늘에 가득한데 바다 밖이 열렸네.”라고 말한다.⁶⁴⁾ 당 도선율사에 대한 찬시에 ‘남산에 법망을 펼쳐, 서국西國의 진규真規를 닦았네.’란 구절도 눈에 띈다. 청정계율로서 ‘법망’을 뜻한다.

명 천계天界 각량覺浪 도성道盛선사는 리태재李太宰한테 보낸 답신에서, 요즘 문자선文字禪에 빠져 많은 불자를 생사윤회에 잘못 타락시키는 세태를, 마치 조괄趙括이 부친(趙奢) 병법서만 읽고서 자만에 빠져 40만 대군을 몰살시킨 사례에⁶⁵⁾ 빗대며, 만약 진정으로 부처나 조사 심법心法을 깨닫는다면, 종횡으로 기민하게 활용하여, 누구도 그 예봉을 감당할 수 없다고 탄식한다. 이어 4종 탐욕에 대해 응병시약應病施藥하는 대기법문은 이독공독以毒攻毒, 이병치병以病治病의 원리임을 강조하고, 천하가 모두 탐욕의 늪에 빠졌으니 먼저 욕망으로 껴어 불지佛智에 이끄는 방편이 필요하다고 역설한다. 오히려 탐욕이 없는 사람은 마치 붉은 씨앗이나 썩은 종자처럼 싹틀 기미가 없어, 부처님도 제도할 수 없다고 비유하며, 탐욕 중생을 그 정욕情欲에 따라 미끼 던져 낚으면, 누가 이 법망에서 빠져나갈 수 있겠느냐고 반문한다.⁶⁶⁾

참 기이한 인연에 화엄경 법문을 인용해 비유한 설법도 눈에 띈다. 감주淦州 판관 리제천李濟川은 대대로 요饒에 살았다. 전에 흰 비단에 그려 모신 관음보살상이 비바람에

61) 天竺別集卷上, 慈雲大師 遵式述, 慈明大師(慧觀)重編, 天台祖承記(事出付法藏傳): “嗚呼! 荊谿既沒, 法網漸散, 嫡承遂息, 後人皆講訓而已.”

62) 高峰龍泉院因師集賢語錄卷之8, 元 如瑛編, 諸般佛事門, 設斛文: “是故我佛為世尊師, 設頓漸之二權, 救沉迷之七趣, 化四生而為道, 道顯名彰, 統三界以為心, 心空境滅, 大張法網開有為福慧之門, 直相圓常入無相涅槃之域, 演二諦三乘之法, 濟度群生, 開八百四千之門, 特携品彙.”

63) 五宗原, 法藏著, 曹洞宗: “悲末世一悟便了之魔人, 故曰人多乾慧, 示將來三漏須盡之法網, 當知悟餘濁智, 機不離位.”

64) 永覺和尚廣錄卷第20, 道需重編, 諸祖道影贊: “鐵山瓊禪師: 髑髏觸破, 再下一槌, 本無欠少, 須經這回, 龍睛鬼眼尚難識, 萬里無端逐臭來, 熏天炙地無藏處, 法網彌天海外開.”

65) 趙奢、趙括 父子에 관한 史話는, 司馬遷, 史記, 卷43, 趙世家 第13 및 卷81, 廉頗藺相如列傳 第21 附記 참조. 또한, 김지수, 포청천과 청렴정직 문화, 마로니에, 2018년 초판, 146-149쪽 참조.

66) 天界覺浪(道)盛禪師全錄卷之27, 大奇·大忍·大寧·大杲較, 書札: “復李太宰書: …即今沈庄集聚, 誰非貪欲之人乎, 獨有不貪不欲之人難度, 佛嘗呵為焦芽敗種無激發之機, 故當以彼可畏可患迫之投以毒藥, 惱亂之而起其疾, 以發其機, 其餘有貪欲之人, 隨其情欲以餌之, 又誰能逃此法網哉?”

휩쓸려 잃었는바, 20년 뒤 어부가 그물질하다 건져 올렸는데, 조금도 손괴되지 않고 온전했다. 몹시 탄복한 리제천이 새로 장식해 찬贊을 청해, 해인海印화상이 쓴 글이다. “관음觀音: ‘보살어부가 正法 그물을 지니고 생사고해에 들어가 여러 중생을 건져 대각大覺 언덕에 올린다.’ 전에 화엄법문에서 곧잘 읊조린 말인데, 이제 제천거사가 물속에서 건져 올린 관음화상畫像을 보니 그게 사실임을 증험했다. 이로써 법력 감응교화가 말씀이나 형상이나 모두 진실함을 알 수 있다. 틀림없이 청정심 바다에 들어 금강처럼 굳센 신심을 지닌 자임은 말할 필요도 없다. 계송에 이르길,

펼치기도 하고 말기도 하며 고금에 유통하니,

가장 소멸하기 어려운 게 대비심이네.

온전한 몸 물에 들어가 온전한 몸 나오거늘,

저 중생들 업장고해 어찌 그리 깊을꼬?”⁶⁷⁾

국법을 직접 지칭한 법망도 있다. 오역죄나 불법비방죄는 극락왕생할 수 없다는 해설이다. “오역 중죄는 (국법상 반드시 처형될 운명인데) 요행히 법망을 도피할지라도, 임종에 지옥 형상이 나타나 고통이 찢진하면, 살려달라고 울부짖으며 틀림없이 스스로 죄악을 진술할 것이다. 그래야 좋은 벗이 그 사실을 알고 설법으로 위안을 줄 수 있다. 만약 범죄가 발각되어 일찌감치 왕난王難을 당한다면, 또 누가 곡진히 비호해 병으로 죽도록 놔두겠는가?”⁶⁸⁾

재앙 해소 발원문 가운데 관재수로부터 평안을 기도하는 글에도 보인다.

“슬프도다! 법망이여, 경각에 달아나 살아나기 어렵겠고, 측은하다 형벌위임이여, 수유간에 죽음에 놓이기 쉽네! 구금 우환도 무겁거니와, 선물비용도 가볍지 않네. 슬프게도 하소연할 길도 없는데, 다행히 귀의할 부처님 계시네! 엎드려 바라옵건대, 소송문서에 농간 없고, 형벌판결에 참람함 없기를! 정직함을 들어 굶은 걸 물리쳐, 영원히 잘못 그르칠 우려 없기를! 적선에 길상을 내리시고, 온전히 비호해 주시길 바랍니다!”⁶⁹⁾

특히 흥미로운 일화도 전한다. 원말 명초 시문을 잘한 수인守仁(字一初)스님은 청아하고 간명하며 원대한 뜻을 담은 시로 유명해 양렴부楊廉夫가 극찬했는데, 명 태조한테 발탁되어 승록우선세僧錄右善世를 맡았다. 때마침 남방에서 비취翡翠 공물이 당도하자, 일초一初가 선뜻 詩 한 수를 지었다.

67) 海印和尚語錄, 延祐四年(1314)序, 門人從心集: “觀音: 菩薩漁師, 持正法網, 入生死海, 撿諸眾生, 達大覺岸, 昔於華嚴法門, 嘗誦其言, 今於濟川居士, 所得水中觀音畫像, 乃驗其事, 是知法力應化, 言像皆真, 必有入淨心海, 得不壞信者, 不言而喻也, 偈曰: ‘舒卷流通亘古今, 最難消是大悲心, 全身入水全身出, 奈彼眾生業海深.’”

68) 報恩論卷正上, 沈善登述, 常惺校錄, 辨正五逆謗法不得往生說: “五逆重罪, 倖逃法網, 臨終地獄相現, 苦逼求救, 必其自陳罪本, 善友方能知之, 而為說法開慰. 若所犯眾著, 早罹王難, 又誰能曲庇, 令得病終乎?”

69) 禪林疏語考證卷之2, 元賢撰, 弭災門, 橫遭官事祈安: “非殃橫罹, 豈勝下險之憂, 聖德弘仁, 爰致中孚之禱. 切念(某)燕安兀兀, 免守愚愚, 豈期棘險之奸, 妄肆株連之害? 嗟嗟法網, 殆難頃刻以逃生; 惻惻刑威, 若易須臾之置死. 桎梏之憂既重, 苞苴之費不輕, 哀控告之無門, 幸歸投之有佛. (入佛事)伏願三尺無干, 五刑不濫, 舉直錯諸枉, 永無註誤之憂, 作善降之祥, 尚冀曲全之庇!”

“염주炎州에서 진상한 취의翠衣를 보고 들으니,
하루 내내 동서로 온통 그물질했겠네!
깃과 털조차 자신한테 누가 되기 족하니,
어찌 가을숲 고요한 곳에서 날아다닐 수 있으리?”
명 태조가 시를 보고 노해 꾸짖었다.

“너는 나한테 베풀하고 싶지 않아서, 내 법망이 촘촘하다고 말하느냐?”⁷⁰⁾

한편, 중화전자불전에 ‘헌망憲網’이 모두 39회 나온다. 이는 ‘법망’과 같은 말로 대개 세속 국법을 가리킨다. 자비수참慈悲水懺에 ‘몸이 헌망憲網에 걸리다.’는 말은 자신이 왕법에 저촉되어 감옥에 들어감을 가리킨다. 마치 새나 물고기가 그물에 걸려 벗어나지 못함과 같아 법망에 걸린다고 비유한 것이다.⁷¹⁾

VI. ‘범망梵網’ 주석으로 본 ‘법망法網’의 함의

앞서 ‘범망=법망=(정)견망’의 전통을 소개했다. ‘梵網’(Brahma-jāla)은 고리(려)대장경/중화전자불전에 모두 182/2,513번, ‘梵網經’은 127/1,144번, ‘梵網菩薩’은 4/30번 나온다. 이제 불법계율에 비중이 큰 범망경 주석서에 나타난 ‘범망’의 해설로 불교 ‘법망’관을 살펴보자.

수隋 천태 지자대사는 경전제목에 대해, 대범천왕大梵天王的 인드라마망因陀羅網이 천겹으로 문채文綵가 서로 걸림 없이 펼쳐지듯, 무량세계가 그 그물눈처럼 낱알이 각각 다르고, 불교법문도 마찬가지로 장엄한 범신梵身처럼 서로 막힘없이 통해, 비유로 범왕梵王 그물 같다는 뜻을 취했다고 풀이한다.⁷²⁾ 이에 대해 명 4대고승인 려지蓮池(주굉株宏)대사는 이렇게 부연한다. 범망은 비유로, 인드라는 ‘天帝’ 또는 ‘천적주天赤珠’로 대범천왕의 적주라망赤珠羅網을 가리키는데, 붉은 빛 보배색이 서로 교차해 찬란히 비쳐 문채가 천겹으로 전혀 걸림이나 막힘이 없어서, 시방무량세계의 안립安立과 시방제불의 교화법문 시행과 시방제보살의 수행증득도 그와 같음을 비유한다. 범신梵身은

70) 補續高僧傳卷第25, 明 明河撰, 雜科篇, 守仁·德祥二公傳: 守仁, 字一初, 富春妙智寺闍黎也, 詩文友德祥, 字止菴, 仁和人, 二公當元末, 有志於行道, 因時危亂, 鬱鬱不自得, 遂肆力於詩, 並有聲於時. …一初詩, 清簡有遠致, 楊廉夫, 極稱賞之, 又善書, 筆法遒勁, 入我朝被徵, 為僧錄右善世, 時南粵貢翡翠, 一初題詩云: ‘見說炎州進翠衣, 網羅一日遍東西, 羽毛亦足為身累, 那得秋林靜處飛.’ 太祖見之怒曰: ‘汝不欲仕我, 謂我法網密耶?’ 止菴, 住徑山唱道, 為禪者所宗, 風化翕然, 亦以西園詩忤上, 二公皆以詩賈禍, 幾於不免.

71) 慈悲水懺法卷中隨聞錄, 智證錄: “身羅憲網: 身遭法網也. 羅, 遭也; 憲, 法也; 所謂生遭王法也. 網, 言人入囹圄, 如魚鳥之投網而不能脫也.”

72) 菩薩戒經義疏卷上, 隋 智者大師說, 灌頂記, 菩薩戒經: “此經題名梵網上卷文言, 佛觀大梵天王因陀羅網千重, 文綵不相障闕為說, 無量世界猶如網目, 一一世界各各不同, 諸佛教門亦復如是, 莊嚴梵身無所障闕, 從譬立名, 總喻一部, 所詮參差不同, 如梵王網也. 品名菩薩心地者, 亦是譬名品內所明大士要用, 如人身之有心, 能總萬事, 能生勝果, 為大士所依義言如地也.”

제불의 본원정정심체本源清淨心體인데, 펼쳐면 무량세계가 되고, 열면 무량법문이 되며, 교화인도하면 무량 수행증득이 되어, 이 범신을 장엄함이 마치 범왕이 구슬 달린 그물(珠網)로 화려한 장식을 한 것과 같다.⁷³⁾

또 도교에서 불교를 본떠, 도계道戒≡불계佛戒, 금과金科≡범망梵網, 청률靑律≡길라吉羅 등의 체계를 설정했는데,련지蓮池대사는 이에 대해서, 道戒는 세속 율령과 판이한 것 같지만 실은 같고, 佛律은 비슷해 보이지만 다르다고 하면서, 道戒는 권선징악으로 정양靜養해 신선이 되어 구천에 날아오름을 궁극으로 삼지만, 佛戒는 삼계를 초월한다고 설명한다. 왕난王難 형벌이 지옥보다 맹렬하고 현재 과보가 내생 과보보다 신속한데 대명률령 외에 따로 불계를 두느냐는 질문에 대해, 현재 과보는 금생에 재앙이고 색신의 참혹함이지만, 래생의 윤회고통은 끝없고 지옥은 지혜·정신생명(慧命)까지 침몰해, 비교할 수 없이 끔찍하다고 답변한다.⁷⁴⁾

신라 의적義寂스님은 좀 구체로 해석한다. 부처님이 보시기에, 梵王이 공양한 범망은 제석천의 인드라마처럼 구멍(그물눈)은 무수하지만 그물(벼리)은 하나로 통일을 갖추었듯이, 부처님 법문도 중생근기에 따라 무한히 다채롭게 펼쳐지지만 그 이치는 통일되어 梵網으로 비유한 명칭이다. 법왕法王의 계법戒法도 마찬가지로, 사안에 따라 경중이 다양하게 달라지지만, 청정한 시라尸羅는 끝내 일도一道로 귀결하기에 梵網으로 비유한다. 또 戒는 梵行이고 범망이라서 梵網이라 부르니, 마치 老子가 ‘천망은 텅텅 빈 듯 성글지만 빠뜨림이 없다’고 말했듯, 계법戒法도 여러 중생을 섭수해 생사윤회에 빠뜨리지 않기 때문이다. 경전에 ‘큰 교망敎網을 생사 강물에 펼쳐 사람과 천룡중생을 건져 열반언덕에 놓는다.’고 한 말이다.”⁷⁵⁾

73) 梵網經心地品菩薩戒義疏發隱卷第2, 姚秦 鳩摩羅什譯, 隋 智者疏, 明 株宏發隱: “發隱, 重釋者何, 前中大部別本之意居多, 梵網心地之意未悉, 故重釋也, 梵網者, 以喻得名, 因陀羅者, 此云天帝, 又云天赤珠, 今兼用之, 言大梵天王赤珠羅網, 紅光互射, 寶色交輝, 文彩千重, 不相障闕也, 引此以明十方世界安立無量, 亦復如是, 十方諸佛教門施設無量, 亦復如是, 十方諸菩薩依教修證, 參差無量, 亦復如是, 莊嚴梵身者, 諸佛本源清淨心體名曰梵身, 列之為無量世界, 開之為無量教門, 化導之為無量修證, 所以莊嚴此身, 猶梵王之以珠網為華飾也, 心地者, 亦喻, 言人身百骸並集, 必有主宰之心, 菩薩眾德交修, 必有要妙之用, 要用者, 即本源心體戒也, 萬事因之統總, 猶地之承載一切也, 勝果因之發生, 猶地之長養一切也, 經名梵網品名心地者以此.”

74) 菩薩戒問辯, 株宏述: (二)問: 道藏既竊佛藏, 則道戒亦同佛戒矣, 受彼金科, 猶吾梵網, 犯他靑律, 即我吉羅, 雖淨明塗炭, 北斗太微, 例若小乘, 似難槩取, 餘固宜任之也. 答: 道之為戒, 與世律似遠而實同, 與佛律似近而實異, 蓋天上天下統御之勢不殊, 世出世間聖凡之分迥別, 且道戒雖亦止惡行善, 要其所歸, 惟是藉靜養而固氣潛神, 積功行而留形住世, 是以持道戒則飛昇九霄, 持佛戒乃超出三界, 梵網金科不可同日語明矣. (三)問: 大明律令, 監前代之科條, 聖祖聰明, 晰人情之隱伏, 王難烈於地獄, 見報速於來生, 奈何不遵, 又敷別戒? 答: 現報者今世之殃, 來生則苦輪無盡, 王難者色身之慘, 地獄則慧命俱沈, 況政刑止懲治凡民, 在世道尚為末務, 而梵網正成全開土, 於佛教尤屬大乘, 不可同日語又明甚矣.

75) 菩薩戒本疏卷上, 新羅 義寂述: “梵網謂梵王網, 如因陀羅網, 其義相似佛觀法門, 隨機無量其理一統, 如梵王網孔雖無量其網唯一, 故從喻事名梵網也. 此是一部通名, 若就戒本釋梵網者, 如梵王網孔多網一, 法王戒法當知亦爾, 雖復隨事輕重多條, 清淨尸羅終歸一道, 是故從喻名曰梵網, 又戒為梵行, 亦是法網, 故云梵網, 如云天網恢恢疎而不漏, 戒法亦爾, 攝諸眾生不漏生死故, 經說云, 張大敎網亘生死流, 灑人天龍置涅槃岸, 蓋斯謂也.”

원효스님은 網으로 비유한 뜻을 세 가지로 본다. 첫째는 佛法을, 둘째는 경의 제목, 셋째는 부처님 설법은 지관止觀 두 문을 벗어나지 않는데, 세목은 차별되지만 그물(網: 벼리)로 세목을 포섭함까지 함축한다.⁷⁶⁾ 명 4대 고승인 지옥智旭스님 주석은 너무 현히 심오한 방대한 교학이론이고, 그밖에도 비슷한 취지의 주석들이 많은데 대동소이해 생략한다.⁷⁷⁾

무엇보다도 독특하고 중요한 주석은 당唐 전오傳奧스님의 梵網經記이다. 梵王(梵覽摩)이 청정한 천당망天幢網을 지니고 부처님 법회에 참석해 공양을 올리자, 때마침 부처님이 보고 즉흥 영감으로 비유 설법한 것인데, 대범천왕 망라당網羅幢에 그물눈 하나하나가 무량세계 및 불교법문의 전개와 흡사한 점은 공통된 내용이다. 주목할 독특한 개별 분석은 범망을 보살의 삼취정계三聚淨戒에 비유한 점이다.

첫째 섭률의계攝律儀戒는 나무나 곡식에 그물(網羅)을 둘러치면 금수나 잡것이 침범하지 못하는 비유고, 둘째 섭선법계攝善法戒는 나무가 그물 덕분에 꽃과 열매가 무성히 번영하는 비유며, 셋째 섭중생계攝眾生戒는 강에 그물을 치면 물고기를 건져 언덕에 올리는 비유란다.⁷⁸⁾ 청정계율의 핵심효능을 심도 있게 분석한 상당히 중요한 풀이다.

이는 바로 세속 국가법망의 목적기능에도 그대로 상응해 연역할 수 있는 핵심내용이다. 즉, 국가 법망도 보살의 삼취정계에 빗대면, 첫째 攝律儀 관점에서 범죄나 분쟁이 침범하지 못하게 막고(일반예방), 둘째 攝善法 관점에서 국가사회와 선량한 국민이 법망 덕분에 안전한 평화질서 속에서 번영하며, 셋째 攝眾生 차원에서 죄인을 법망으로 건져 올려 교정(교화)치유로 구제(특별예방)하는 비유다.⁷⁹⁾

여기서 참고로 삼취정계를 간단히 살펴본다.

경전에서는 보살수행자가 중생한테 대비심을 일으켜 대보리를 수행하기 위해서, 무시이래 생사윤회하며 지은 죄악과 번뇌업장을 세척해 욕근을 정화하기 위해서, 부처님 열반 후 청정한 신심으로 참회하기 위해서, 그리고 부모·국왕 등 네 은혜에 두루 보답하기 위해서라도, 마땅히 청정한 보리심을 내어 삼세 여래가 호념하는 보살삼취계를 받아 지녀야한다고 거듭 당부한다. 그런데 여기서는 일체 유정을 유익하게 하는 계와

76) 梵網經菩薩戒本私記卷上, 曉公造: “今此經者, 單以喻為目, 但以網譬於佛所說法, 略有三義… 若以通門攝別門者, 而無非止觀二門, 攝無非止觀也, 雖有目差別, 而以網攝目, 目無不網義, 如來所說如是三義者, 當於此網目義故, 以喻為名故, 梵網者, 此部別名, 經此通名, 經通名如常所說.”

77) 佛說梵網經菩薩心地品下略疏卷1, 姚秦 鳩摩羅什譯, 弘贊述: 佛說梵網經直解上卷之1, 鳩摩羅什譯, 明 寂光直解 참조.

78) 梵網經記卷上(序), 唐 傳奧述: “梵謂梵王, 此云極淨離欲穢惡, 得極淨名網, 即彼天之幢網, 以彼持此至佛會中, 供養聽法時, 佛見之因取為諭. 諭有通別. 通者, 諭情器差別, 佛教被此, 亦所不同故. …別者, 諭菩薩三聚淨戒, 一諭攝律儀戒, 如網羅樹禽穢不侵; 二諭攝善法戒, 如樹得羅網, 華果繁實, 此二相資; 三諭攝眾生戒, 如張網在河, 撈魚出岸.” 宋 慧因, 梵網經菩薩戒注도 비슷한 내용!

79) 계율의 죄악 방지 및 중생 보호 기능에 관한 자세한 내용은, 김지수, “佛經에서 죄악을 예방하는 제방으로서 법의 비유”, 전남대 법학논총 제35집 제2호, 2015.8, 333-364쪽 참조.

일체 선법을 닦는 계가 일체 율의를 지니는 계보다 앞서 언급해 눈길을 끈다.⁸⁰⁾ 이에 대해 이 경전이 4문에 대한 보은심이 간절하고 이타행이 급선무라 순서를 바꿔 특별히 강조한 거라고 풀이한다.⁸¹⁾

달마대사 법문에는, 해탈을 구하는 자는 탐진치 삼독을 삼취정계로 전환하고, 여섯 감각기관인 6근=6적賊을 6바라밀로 전환하기만 하면, 자연히 일체 모든 고통번뇌를 영원히 여의게 된다고 설한다. 그런데 실은 삼취정계가 바로 삼독심을 제어하여 무량 선법이 두로 마음에 모이게 하므로 붙여진 이름이고, 6바라밀도 6근을 청정히 순화해 6진塵=6경境에 물들지 않음으로써 번뇌 강물을 건너 진리 언덕(피안)에 도달하게 하므로 붙여진 이름이란단.

경전에는 삼취정계가 일체 악을 끊고 일체 선을 닦으며 일체중생을 제도하는 서원으로 표현되는바, 여기서 말하는 삼독심 통제와 어떻게 상관될까? 실은 부처님이 과거 전생에 보살로 수행할 적에 삼독을 대치對治하려고 3대 서원을 세웠다. 일체 청정계를 지켜 탐독食毒을 다스리며, 일체 악을 끊고 항상 일체 선을 닦아 진독瞋毒을 다스리며, 일체 중생을 제도하려는 서원으로 항상 지혜를 닦아 치독癡毒을 다스렸다. 이렇듯 계정해 세 청정법으로 삼독을 초월해 佛道を 성취한 것이다. 모든 악이 소멸하게 끊고, 모든 선이 갖춰지게 닦아, 삼취정계로 보살 육도만행을 성취하고 자타 모두 이롭게 중생을 두루 제도하니, 그게 바로 해탈이요 성불이라는 것이다. 지계수행은 마음을 벗어나지 않으니, 자기 마음이 청정하면 일체 불국토가 모두 청정하다. 그래서 경전에 ‘마음이 더러우면 중생도 더럽고, 마음이 깨끗하면 중생도 깨끗하다.’고 한다, 하여 불국토를 얻고자 하면 마땅히 자기 마음을 청정히 닦아야 한다. 자기 마음이 청정하면, 불국토도 청정하고 삼취정계도 자연히 성취한다.⁸²⁾

또, 6도度 중 계바라밀을 삼취정계로 정의하기도 한다. 먼저 일체 계행은 모두 攝律儀 소관인데, 지계로 신구의 삼업정정의 과보를 획득해 청정법신 비로차나여래의 본체에 상응하고, 죄악을 끊기에 단덕斷德이라 부른다. 攝善法戒는 일체 善法을 포함하며

80) 大乘本生心地觀經卷第3, 唐 般若 譯, 報恩品第2之下: “以是因緣諸有情, 若能修證大菩提, 於諸眾生起大悲, 應受如來三聚戒. …發露無始生死業, 願大悲水洗塵勞. 滌除罪障淨六根, 施我菩薩三聚戒. …善男子等我滅後, 未來世中淨信者, 於二觀門常懺悔, 當受菩薩三聚戒. …普為報於四恩故. 發起清淨菩提心. 應受菩薩三聚戒. 饒益一切有情戒. 修攝一切善法戒. 修攝一切律儀戒. 如是三聚清淨戒. 三世如來所護念.”

81) 大乘本生心地觀經淺註卷第3, 清 來舟 淺註: “向之所說以此為次第, 今經以饒益有情戒在先者, 以報恩心切, 唯利他之事急.”

82) 達磨大師破相論: “求解脫者, 能轉三毒, 為三聚淨戒, 轉六賊為六波羅蜜, 自然永離一切諸苦. …三聚淨戒者, 即制三毒心也. 制三毒心, 成無量善聚. 聚者, 會也. 無量善法普會於心, 故名三聚淨戒. …菩薩摩訶薩, 於過去因中修行時, 為對三毒, 發三誓願. 斷一切惡, 故常持戒, 對於貪毒: 誓修一切善, 故常習定, 對於瞋毒: 誓度一切眾生, 故常修慧, 對於癡毒. 由持如是戒定慧等三種淨法故, 能超彼三毒, 成佛道也. 諸惡消滅, 名之為斷; 諸善具足, 名之為修. 以能斷惡修善, 則萬行成就, 自他俱利, 普濟群生, 名之為度. 故知所修戒行, 不離於心. 若自心清淨, 則一切佛土皆悉清淨. 故經云: ‘心垢則眾生垢, 心淨則眾生淨.’ 欲得淨土, 當淨其心. 隨其心淨, 則佛土淨, 三聚淨戒自然成就.”

지덕智德이라 부르는데, 비로차나여래의 원만보신에 상응한다. 攝眾生戒는 유정을 유익하게 제도 교화하는 석가모니여래의 화신에 상응하고 은덕恩德이라 부른다.⁸³⁾

한편, 무착보살은 보살이 항상 수호해야할 삼취계 중, 첫째 律儀戒는 소극적 엄금방지가 요체고, 둘째 攝善法戒와 셋째 攝眾生戒는 근면 용감한 적극 실천이 요체라고 지적한다.⁸⁴⁾

또, 천태 지자대사는 보살계 주석에서, 律儀가 수행인을 도량형 규범에 맞춰 道에 들어가게 하는 도구라고 해설하며 재밌는 비유를 든다. 즉 律이란 낮은 담·둑[렬埵]과 같아서, 예컨대 말을 곧바로 달리게 조련하는 마렬馬埵처럼, 律도 수행인을 올바르게 조련해 죄악을 짓지 못하게 막는 독·담이라는 것이다. 보살의 서원은 권선징악일 뿐이니, 만약 몸과 입을 움직이지 않으면 죄악이 그치므로, 계율로 움직임을 잘 방호해 움직이지 않음이 바로 律儀戒가 된다. 만약 몸과 입을 움직여야 한다면, 바로 선행을 일으켜서 중생을 교화하고 만선을 닦아 성불을 지향하니, 攝善계와 섭중생계에 해당한다. 律儀는 내적 수양內德을 주로 하고, 섭중생은 대외교화를 주로 하며, 섭선계는 안팎을 겸한다.⁸⁵⁾

여기서 ‘埵’은 독음이 ‘렬劣’로 뜻은 독·담(堤)인데, 길가에 나지막하게 쌓아올린 封道를 가리킨다. 두 렬埵를 나란히 쌓아 궤도처럼 만들어, 말이 그 가운데를 곧게 달리며 옆이나 밖으로 뛰쳐나가지 못하게 막는 조련용 시설이라고 한다. 그래서 律儀로 몸과 입의 비행죄악을 그치게 하고 방일을 막는다는 뜻을 비유한다.⁸⁶⁾

VII. 무량수경 본문과 주석을 통해 본 극락정토 ‘법망法網’

앞서 현전 한역 불경 본문에 ‘법망’이 처음 등장하는 것은 삼국시대 오로부터 번역한 ‘불설범망록십이견경佛說梵網六十二見經’이라고 소개했다. 이제 ‘법망’의 출현 시기를 좀 더 소급할 만한 단서를 찾을 겸, 극락정토와 천당에 보편적인 ‘보라망寶羅網’을 중심으로 관련 번역용어개념에 대해 살펴보고자 한다. 삼국시대 조위曹魏에서 강승개康僧鎧가 한역한 무량수경에는, 비록 ‘법망’이란 단어는 나오지 않지만, 모두 7-8회나 출현하는 ‘網’字가 여러 가지 의미로 다채롭게 쓰이며, 특히 ‘법망’을 가리키는 용례가 눈에 띄기 때문이다.

83) 金剛頂瑜伽略述三十七尊心要, 大廣智三藏和上 참조.

84) 大乘莊嚴經論卷第8, 無著菩薩造, 唐 波羅頗蜜多羅譯, 度攝品第17之2: “菩薩有三聚戒. 一律儀戒, 二攝善法戒, 三攝眾生戒. 初戒以禁防為體, 後二戒以勤勇為體.”

85) 菩薩戒義疏卷上, 隋 智者大師說, 門人灌頂記: “次三聚戒體者. 律儀者, 法戒儀, 則規矩行人, 令入道也. 又云: 律者, 埵也. 如此馬埵, 令馬調直, 律亦如是, 調直行人, 不令作惡. 大士誓心, 不過止惡興善. 若不動身口, 即是止惡, 發戒防動, 不動即是律儀戒. 若應動身口, 即是興善. …稱攝眾生, 即是為人故動, 下化眾生. 中修萬善, 上歸佛果也. 律儀多主內德, 攝生外化, 攝善兼於內外. 故立三聚戒也.”

86) 梵網菩薩戒經疏註, 與咸 註, 梵網經菩薩心地品戒疏卷上之2: “埵(音劣), 堤也. 封道曰埵, 以二埵相軌, 馬於中行, 則不顛躍也. 律儀制止身口, 不作眾非, 即止惡義.”; 梵網經心地品菩薩戒義疏發隱卷第1, 天台 智者說, 明 株宏 發隱: “馬埵者, 短坦圍馬曰埵. 如戒律守護身心, 令不放逸也.”

첫째, 법회에 참석한 대보살들의 수행경지 묘사에서 사망邪網·마망魔網과 불법이 명확히 대비된다. “邪網을 찢어버려 온갖 사건邪見을 소멸시키고, 홍진에 수고로움을 흘리고 욕망의 구덩이를 파괴해, 법성法城을 삼엄히 수호하고 법문을 열어 펼치며, 더러운 때를 씻어내고 청백淸白을 널리 드리내며, 불법을 빛나게 융합해 올바른 교화를 크게 퍼뜨린다.… 법성法性和 중생상에 통달하여 여러 불국토에 부처님께 공양하고, 번갯빛처럼 자신을 나타내며 환법幻法에 통달해 자유자재로, 마망魔網을 찢어버려 온갖 속박을 풀어주며, 중생들이 청하지 않아도 좋은 벗이 되어, 여래의 심오한 법장法藏을 받아 지녀 불성종자가 끊기지 않도록 보호하며, 대비심으로 중생을 불쌍히 여겨 자애로운 변재로 법안法眼을 심어주어 삼악도를 봉쇄하고 착한 길을 활짝 열어 청하지도 않은 법을 아낌없이 보시한다.”⁸⁷⁾

전술했듯이, 불경에서 ‘魔網↔法網’의 대조가 특히 두드러진 점에 주목할 만하다.

둘째, 극락정토 무량수불 도량에 몹시 높고 큰 보배나무들이 아름답게 장엄된 가운데, 그 위에 진기하고 미묘한 보배그물(寶網)이 둘러쳐 있어, 미풍이 서서히 불면 미묘한 법음을 내어 설법하고, 법음을 듣는 자는 심오한 법인法忍을 얻고 불퇴전의 경지에 들어 불도를 성취하기에 이른다. 또 온갖 진기한 보배로 미묘히 장엄된 무량 보배그물(寶網)이 부처님 위에 펼쳐지고 사면에 보령寶鈴이 둘러 드리워져, 조화로운 자연 덕풍德風이 서서히 미동해 보배그물과 보수寶樹에 불면, 무량한 미묘법음을 연발해, 듣는 자는 홍진의 때와 습기를 깨끗이 씻은 듯 잊고 아라한의 멸진삼매와 같은 지극한 쾌락을 느낀다.⁸⁸⁾ 아미타(타)경에도 비슷한 내용이 나온다. 극락국토에는 7겹 란순欄楯、7겹 보라망寶羅網、7겹 향수行樹가 모두 네 보배장식으로 둘러싸여 극락이라 부르는데, 미풍微風이 건듯 불면 여러 보배나무와 보라망이 마치 백천 가지 악기로 동시에 연주하는 황홀한 교향악처럼 미묘한 음향을 내어, 그 소리를 듣는 자는 모두 자연히 념불念佛、념법念法、념승念僧의 마음이 인다. 또 아미타(타)불이 법음을 연출하려 조화를 부려 만든 온갖 기묘한 새들이 밤낮으로 조화롭고 우아한 소리를 지저귀는데, 그 소리가 오근五根、오력五力、칠보리분七菩提分、팔성도八聖道 등의 법을 연설하여, 극락국토 중생들이 그 소리를 듣고도 모두念佛、念法、念僧한다.⁸⁹⁾ 그러니 이 ‘보라망’은

87) 佛說無量壽經卷上, 曹魏 康僧鎧譯: “一切世界六種震動, 總攝魔界、動魔宮殿, 眾魔懾怖莫不歸伏, 擱裂邪網, 消滅諸見, 散諸塵勞, 壞諸欲塹, 嚴護法城, 開闢法門; 洗濯垢污, 顯明清白; 光融佛法, 宣流正化, …通諸法性, 達眾生相, 明了諸國, 供養諸佛, 化現其身猶如電光, 善學無畏曉了幻法, 壞裂魔網, 解諸纏縛, 超越聲聞、緣覺之地, 得空無相、無願三昧, …為眾生類作不請之友, 荷負群生為之重任, 受持如來甚深法藏, 護佛種性常使不絕, 興大悲、愍眾生, 演慈辯、授法眼、杜三趣、開善門, 以不請之法施諸黎庶.”

88) 佛說無量壽經卷上, 康僧鎧譯: “又無量壽佛其道場樹, …無量光炎照曜無極, 珍妙寶網羅覆其上, 一切莊嚴隨應而現, 微風徐動出妙法音, 普流十方一切佛國, 其聞音者得深法忍, 住不退轉至成佛道, 不遭苦患; …以眾寶妙衣遍布其地, 一切人天踐之而行, 無量寶網彌覆佛上, 皆以金縷、真珠、百千雜寶、奇妙珍異莊嚴絞飾, 周匝四面垂以寶鈴, 光色晃曜盡極嚴麗, 自然德風徐起微動, 其風調和, 不寒、不暑; 溫涼柔軟, 不遲、不疾; 吹諸羅網及眾寶樹, 演發無量微妙法音, 流布萬種溫雅德香, 其有聞者, 塵勞垢習自然不起, 風觸其身皆得快樂, 譬如比丘得滅盡三昧.”

사실상 설법하는 ‘법망’이다.

셋째, 극락왕생하는 보살들은 항상 지혜에 수순해 정법을 선설宣說하며, 법을 좋아하고 기뻐하며 즐기는 마음으로 오안五眼을 갖추어 불법 변재로 중생 번뇌를 제거해준다. 즉, 의혹그물(疑網)을 결단코 찢어버려, 지혜가 마음에서 솟아나 불교법문을 빠짐없이 망라해, 바다 같은 지혜와 태산 같은 삼매를 성취한다. 물론 부처님도 경법經法을 연설해 도교道教를 선포하여 중생들 온갖 의혹그물(疑網)을 끊어주고, 애욕의 뿌리를 뽑고 모든 죄악의 원천을 막아준다.⁹⁰⁾ 여기서 ‘疑網’을 찢는 불법 지혜가 대비된다.

넷째, 끝으로 부처님이 권선징악 염불왕생을 설하는 경종에서, 중생이 오악五惡을 지어 온갖 고통을 자초하는 현실을 안타까워하며, “天道(천망)가 펼쳐지면 자연히 죄악을 건져 올리게 되는데, 버리(綱紀)와 그물논(羅網)이 위아래서 조리정연하게 빈틈없이 상응해, 악업중생은 외롭고 두려운 마음으로 저절로 그 안에 들어가게 된다.”고 비통하게 상심하며 호소한다.⁹¹⁾ 여기서 바로 老子가 말한 자연법으로서 ‘천망’이 인과법칙으로 등장해 그물(버리와 눈)로 비유됨을 확인할 수 있다. 비록 ‘법망’이란 단어는 아니지만, 바로 ‘법망’을 가리킨다.

그리고 이보다 앞서 후한 때 번역된 이역본과 삼국시대 魏에서 한역된 이역본에는, 바로 이 대목을 “왕법王法이 베풀어지면 자연히 죄악을 건져 올리게 되는데, 그물논(羅網)과 버리(綱紀)가 위아래서 조리정연하게 빈틈없이 상응하여, 악업중생은 외롭고 두려운 마음으로 저절로 그 안에 들어가게 된다.”고 표현해,⁹²⁾ ‘天道’=‘王法’의 일체성, 자연법에 상응하는 정의로운 왕법을 나타낸다. 이러한 의미맥락은 역대 주석에서 더욱 뚜렷이 부각된다.

수隋 때 려산廬山서 백련결사로 대중과 함께 왕생한 혜원스님은 의소義疏에서 이렇게 풀이한다. “무릇 세간에 천하 도리는 자연히 베풀어 세워지니 ‘천도시장天道施張’이라 하고, 죄악을 지으면 반드시 드러나니 ‘자연규거自然糾舉’하며, 자신이 몸소 법망을 감당하니 ‘강

89) 佛說阿彌陀經, 鳩摩羅什譯: “極樂國土, 七重欄楯、七重羅網、七重行樹, 皆是四寶周匝圍繞, 是故彼國名曰極樂. …彼國常有種種奇妙雜色之鳥——白鵠、孔雀、鸚鵡、舍利、迦陵頻伽、共命之鳥. 是諸眾鳥, 晝夜六時出和雅音, 其音演暢五根、五力、七菩提分、八聖道分如是等法. 其土眾生聞是音已, 皆悉念佛、念法、念僧. …彼佛國土, 微風吹動, 諸寶行樹及寶羅網出微妙音, 譬如百千種樂同時俱作, 聞是音者皆自然生念佛、念法、念僧之心.”

90) 佛說無量壽經卷下, 康僧鎧譯: “生彼佛國諸菩薩等, 所可講說常宣正法, 隨順智慧無違無失, …修諸善本, 志崇佛道, 知一切法皆悉寂滅, 生身煩惱二餘俱盡, 聞甚深法心不疑懼, 常能修行其大悲者, 深遠微妙靡不覆載, 究竟一乘至于彼岸, 決斷疑網, 慧由心出, 於佛教法該羅無外, 智慧如大海、三昧如山王, 慧光明淨超踰日月, 清白之法具足圓滿, …佛告彌勒…今我於此世作佛, 演說經法, 宣布道教, 斷諸疑網; 拔愛欲之本, 杜眾惡之源, 遊步三界無所拘闕, 典攬智慧眾道之要, 執持綱維昭然分明, 開示五趣度未度者, 決正生死泥洹之道.”

91) 佛說無量壽經卷下, 康僧鎧譯: “是世五惡勤苦若此, 五痛、五燒展轉相生, 但作眾惡不修善本, 皆悉自然入諸惡趣, …從小微起遂成大惡, 皆由貪著財色、不能施慧, 癡欲所迫、隨心思想, 煩惱結縛無有解已, …天道施張自然糾舉, 綱紀羅網上下相應, 熒熒忪忪當入其中, 古今有是, 痛哉可傷!”

92) 佛說無量清淨平等覺經卷第4, 後漢 支婁迦讖譯: “王法施張, 自然糾舉, 上下相應; 羅網綱紀, 熒熒忪忪, 當入其中, 古今有是, 痛哉, 可傷!”; 佛說阿彌陀經卷下, 吳月支國居士支謙譯: “王法施張, 自然糾舉上下相應, 羅網綱紀, 熒熒忪忪, 當入其中, 古今有是, 痛哉可傷, 都無義理, 不知正道.”

기라망綱紀羅網'이라 하고, 귀천상하를 막론하고 법에 복종하니 '상하상응上下相應'이며, 죄악자가 돌아가는 곳에 누구도 따라갈 수 없으니 '경종당입기중榮松當入其中'이라 한다."⁹³⁾ 신라 경흥璟興스님도 무량수경 연의술문찬連義述文贊에서 대체로 이 해석을 따른다.⁹⁴⁾

따라서 후한 및 삼국시대 위魏·오吳에서 한역된 무량수경에 이미 '법망'을 명확히 지칭하는 용어개념이 등장했고, 불경이 당시 최고 지식인 계층에 들불처럼 급속히 보급된 시대상황을 감안하면, 이미 후한 때 '법망'이란 단어가 불교 신자 및 식자층에 등장해 통용되었을 가능성이 매우 높다고 여겨진다. 따라서 중국 고전 및 정사正史에서 후한 때 비로소 처음 나타나는 '法網'이란 용어개념은 바로 불교 경전에서 비롯했다고 보아도 괜찮을 것이다.⁹⁵⁾ 왜냐하면, 한서 이전에는 '法網'이란 용어가 전혀 보이지 않고, 한서 注에 인용된 후한 대 복건服虔 글에 딱 1번 나오며 후한서에 2번 나오는데, '법망'이란 단어는 삼국 때 한역 경전에 등장하지만, 후한 때 한역 불전에 이미 '법'·'망'이란 밀접한 비유가 명백히 표현되었기 때문이다.⁹⁶⁾

게다가 한서 주에 인용된 복건服虔 글에 '법망'이 반드시 직접인용이란 보장이 없거니와, 후한서에 나오는 '법망' 2회도 후한 원문을 직접 그대로 수록한 것인지, 아니면 후한서를 편찬한 남조南朝 송宋에 범엽范曄이 당시 언어로 기술한 건지는 불분명하다. 또 주요 사서에 나오는 '법망' 관련 용어를 대략 검색한 결과 아래 표에서 보듯이, 주로 유생들이 기록한 사서에는 '법망'보다는 '금망'이나 '형망'·'천망'이 대개 많이 나오는데, 유독 송서宋書에만 '법망'이 가장 많이 등장하는 점을 감안하면, 남조 송 때 각별히 '법망'이 즐겨 애용된 느낌이다.

	網	文罔	禁網	法網	科網	刑網	天網	罪網	憲網	漏網	國網
史記	14	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0
漢書		0	4	0	0	0	1	0	0	0	0
後漢書	46	0	4	2	1	0	6	0	0	0	0
三國志	23	0	0	0	0	2	3	1	0	0	1
晉書	52	0	1	1	1	1	7	0			
宋書	46	0	0	4	0	2	2	0	1	2	3
南齊書	17	0	0	0	1	2	1	0	0	1	0
梁書	21	0	1	0	0	0	2	0	0	0	0
陳書	17	0	1	0	0	0	7	0	0	1	0
魏書	45	0	4	1	0	5	6	0	3	0	0
隋書	52	0	5	2	0	3	7	0	1	1	0
唐書	63	0	0	2	0	8	3	0	1	1	0

93) 無量壽經義疏下卷, 慧遠撰: “凡在世間, 天下道理, 自然施立, 是故名爲天道施張, 造惡必彰, 名自糺舉, 身當法網, 是故名爲綱紀羅網, 貴賤上下, 莫不從法, 是故名爲上下相應, 罪者歸之, 無人伴匹, 故云榮松當入其中.”

94) 無量壽經連義述文贊卷下 新羅 璟興撰: “業果之理, 更無作者, 故云天道施張; 造惡必彰, 故自糺舉; 身當法網, 故云綱紀羅網; 貴賤勿不從法, 故上下相應; 罪者歸之, 無人伴送, 故云榮, 榮松者忽也.”

95) 사실 동아시아 전통 및 현대 법률용어는 직접 불교 영향을 적지 않게 받았음이 확인된다. 김지수, “동아시아 법률용어에 끼쳐진 불교 영향”, 외법논집 제42권제2호, 2018.5. 89-124쪽 참조.

96) 김지수, “전통법문화에서 법과 그물의 비유”, 경북대 법학논고, 제71집, 2020.10. 405-414쪽 참조.

VIII. 법망法網의 별칭 대명사: 교망敎網과 승망僧網

‘법망’은 부처님 가르침 체계란 뜻으로 ‘교망敎網’이라 표현되기도 한다. 앞서 僧網=敎網=法網의 등식관계로 호용됨을 살폈는데, 여기서 몇몇 중요한 ‘敎網’과 ‘僧網’ 사례를 소개한다.

부처님 당시 5백 어부가 승혜하勝慧河에서 큰 어망 두 개로 물고기를 잡아 생계를 유지하였다. 한번은 바다 속 마갈대어摩竭大魚가 조류를 타고 勝慧河에 떠밀려 그물에 걸려 물에 끌려 나왔는데, 그 모습은 하도 기이하게 18두와 36안眼을 지녔다. 세존은 액난을 당한 이 摩竭魚가 가섭불 때 선근을 심어 제도할 인연이 된 줄 알고, 일부러 현장을 찾아가 대교망大敎網을 베풀어, 5백 어부한테 다른 물고기를 방생하도록 교화했다. 그리고 친히 마갈어와 법담을 나누어 전생 잘못과 현생 인과를 깨닫게 한 뒤, 목숨을 거두고 사천왕천에 생겨나게 제도했다.⁹⁷⁾

한편, 부처님이 중생을 제도하는 설법의 방편에 관하여 멋진 비유가 나온다. 모든 부처님은 지극히 청정해 모든 업장을 여인 까닭에, 법성의 몸과 적멸의 입으로 대자비심에서 敎網을 흘려 내보내 중생을 인접引接하는데, 마치 큰 구렁이가 입을 크게 벌려 침을 흘려 온갖 생물을 먹이로 흡인하는 것과 같다고 비유한다.⁹⁸⁾ 또 화엄경에는 선재동자가 미륵보살한테 경례하고 어떻게 보살행을 배우고 보살도를 닦는지 물으면서, 생사광야에 바른 길을 잃은 자한테 정도를 보여주고, 번뇌질환은 훌륭한 의사良醫로서 치료하며, 생사고해에 허우적거리는 자를 제도하기 위해 大敎網을 펼쳐 건져 올리는 도사導師로 찬탄하는 대목이 나온다.⁹⁹⁾

부처님은 삼계를 초월한 대법왕으로 중생을 제도하기 위해 세간에 출현하신바, 감로지혜법문에 들어 방편력으로 3종 법요法要로 중생을 교화함에, 敎網을 생사 바다에 던져 그들을 인천人天의 안락한 곳에 건져 올린다.¹⁰⁰⁾ “일체 중생이 아견我見의 깃발을 높이 세우고 무명無明의 뜻을 펼쳐 번뇌의 바람에 내맡긴 채 생사고해를 위험천만하게 표류하는데, 부처님은 대자비심에서 大敎網을 펼쳐 천상인간 중생을 건져 열반언덕에

97) 根本說一切有部毘奈耶卷第9, 義淨譯, 妄說自得上人法學處第4: “時有五百漁人, 於勝慧河邊結侶而住. … 勝慧河側五百漁人張大足網, 捕得一魚牽在岸上, 其形奇大有十八頭、三十六眼. … 爾時, 世尊作如是念: ‘此摩竭魚, 今遭苦厄, 於先佛所, 已植善根, 我因魚故, 施大敎網, 化度有情, 宜往勝慧河側.’”

98) 大乘莊嚴經論卷第6, 無著菩薩造, 唐 波羅頗蜜多羅譯, 弘法品第13: “法身寂滅口 悲流如蟒吸. 諸佛以法性為身, 寂滅為口, 極廣清淨, 離二障故. 以大慈悲, 流出敎網, 引接眾生. 譬如大蟒, 張口吐涎, 吸引諸物. 一切諸佛, 身口悲同, 引接亦爾. 大悲無盡, 由畢竟故.”

99) 大方廣佛華嚴經卷第58, 佛馱跋陀羅譯, 入法界品第34之15: “迷正路者, 示以正道; 煩惱患者, 治以良醫; 諸眾生尊為天中天, 為無上聖. 勝出二乘生死海者, 為作導師, 而度脫之, 張大敎網, 亘生死海.”

100) 大乘本生心地觀經卷第7, 般若譯, 波羅蜜多品第8: “超過三界大法王, 出現世間化群品, 恒河沙等諸菩薩, 入佛甘露智慧門. … 大聖法王方便力, 三種法要化眾生, 敎網垂於生死海, 置彼人天安樂處.”

올려놓는다.”¹⁰¹⁾

唐 때 화엄경론의 대가 리통현李通玄 장자長者는 특히 ‘教網’을 즐겨 썼다.

“이 세계가 사천하 미진수微塵數의 향마니수미산망중香摩尼須彌山網中에 거주한다 함은, 삼공묘혜三空妙慧가 여래의 4무애변재의 향중香中에 거주해, 수미산 미진수의 教網을 갖추었다. …마니보망摩尼寶網이 그 위를 덮음은, 무공無功의 지혜로 항상 教網을 베풀기 때문이다.” “미묘한 보장寶藏은 자비로 양육한 과보로 생기고, 마니 잎은 무구無垢를 행한 과보로 생기며, 광명보왕光明寶王의 누대는 근본지根本智가 드러나 관조사용이 자유자재한 과보로 생기고, 온갖 색향色香의 보배 수염은 계·정·혜·해탈·해탈지견향의 과보로 생기며, 무수한 寶網이 그 위를 덮음은 教網을 능히 베풀 과보로 생기고, 위에 루관樓觀이 있음은 차별지差別智의 과보로 생기며, 시방법계장藏을 두루 포용함은 대지혜로 教網을 두루 펼쳐 뒤덮은 과보로 생기고, 기묘한 보배장식은 미묘한 수행과보로 장엄함이며, 금강 대지는 법신 과보로 생긴다.”¹⁰²⁾

“금선망의좌金線網衣座란, 선線은 꿰뚫는다는 뜻이고, 망網은 教網이며, 의衣는 덮어 감싼다는 뜻이니, 선善으로 教網을 잘 꿰뚫어(통달하여) 중생을 덮어 감싸 보호한 과보로 이 자리에 앉는다.” “법계국토에 두루 나타나 마니보망摩尼寶網으로 그 위를 뒤덮음은, 근본지根本智를 잘 통달하여 시방국토에 가는 곳마다 일체 중생을 교화함이니, 모든 教網은 죄다 근본지로부터 차별지差別智를 드러내 무한한 教網을 베풀어 중생을 건져 올린 공덕 과보로 이루어진다.”¹⁰³⁾

이밖에 수행집단인 승가대중이 지켜야할 계율체계란 뜻으로 쓰인 ‘승망僧網’도 대체로 ‘계망戒網’과 같은데, 앞서 상세히 살폈듯이 사분률四分律에 승망대강僧網大綱편이 나온다.

“僧網大綱이란 세간 그물에 버리가 그물눈을 가지런히 정돈함에 빚댄 이유다. 이편은 승가 법망에 기강이다. 승가대중을 주지住持하는 대요를 버리(綱)라 하고, 세세한 행위 의례儀軌를 그물눈(網)이라 하니, 승중 망목綱目에 강령이라고 말할 수 있다. 설문說文에 그물 지탱하는 큰 밧줄을 버리(綱)라 한다. 승법僧法이 어그러지면 문란해져 두서를 잃나니. 이 한 편을 치켜 올리면 정돈되지 않을 법이 없다. 더러 중주삼강眾主三綱도 승망

101) 般若燈論釋卷第11, 偈本龍樹菩薩, 釋論分別明菩薩, 唐 波羅頗蜜多羅譯, 觀法品第18: “一切眾生, 豎我見幢, 張無明帆, 處煩惱風, 入生死海. 諸佛大悲, 張大教網, 撈渡天人, 置涅槃岸.”; 法華文句記卷1(中), 唐 湛然述: 三、「數八教」下, 結責者, 華嚴云「張佛教網亘法界海, 渡天人魚, 置涅槃岸。」

102) 新華嚴經論卷第39, 李通玄撰: “此世界住四天下微塵數香摩尼須彌山網中者, 明此三空妙慧, 住如來無礙四辯之香中故, 具須彌山微塵數教網也. …摩尼寶網覆上者, 表無功之智恒施教網.”; 新華嚴經論卷第40: “妙寶藏者, 慈悲含育報生也. 摩尼為葉者, 行無垢報生也. 光明寶王以為其臺者, 以根本智現, 照用自在所報生也. 眾寶色香以為其鬚者, 戒定慧解脫解脫知見香所報生也. 無數寶網彌覆其上者, 以能施教網報生也. 上有樓觀者, 差別智報生也. 普納十方法界藏者, 以大智遍周教網普覆所報生也. 奇妙寶飾者, 妙行報嚴故. 金剛為地者, 法身報生也.”

103) 略釋新華嚴經修行次第決疑論卷2之下, 李通玄撰: “金線網衣座者: 線者, 貫穿義; 網者, 教網也; 衣者, 覆蓋義. 以善能貫穿教網, 覆護眾生, 報居此座.”; 卷4之上, 十地位: “以普現法界國土摩尼寶網, 羅覆其上者, 以明會根本智, 一切隨方國剎, 教化一切眾生. 所有教網, 皆從根本智, 現差別智. 設無邊教網渡眾生, 而成報果故.”

僧網을 취하는데, 망綱은 강綱으로 말미암으니, 綱은 곧 중승眾僧이라고 해석한다. 주지(眾主)가 승가대중(衆僧)을 유지함은, 버리(綱)가 그물(網)을 유지함과 같기 때문이다.”¹⁰⁴⁾

IX. 기타 주요한 그물 비유들

앞서 불경에 나오는 다양한 그물의 비유 개황을 대강 소개했다. 그냥 ‘그물(網)’이라 쓸 때는 어망魚網 또는 어망漁網을 가리킬 것이다. 은유로 쓰여 장엄을 찬탄하는 ‘그물’에는 찬란히 밝은 빛(불광)을 가리키는 光網、光明網、明網、염망焰網 등이 있고, 제석천의 인드라마(因陀羅網), 천당 극락에 온갖 화려한 보배장식그물인 라망羅網、보라망寶羅網、寶網、주망珠網 등이 빈번히 나온다. 반면 부정적 의미에서 죄악에 걸려든 속박을 상징하는 그물로 죄망罪網、악망惡網、업망業網、의망疑網、치망癡網、무명망無明網、욕망欲網、애망愛網、생(사)망生(死)網、마망魔網、사(견)망邪(見)網 등이 보인다.

그중 특이한 그물 비유 개념을 몇 가지만 대표로 소개한다. 우선, 약사경(藥師琉璃光如來本願功德經)에 약사여래가 보살도를 수행할 때 12서원을 세웠는데, 그중 자신이 득도 성불할 때에 몸이 유리처럼 안팎으로 청정무구하고 광명이 광대무변하며, 그 ‘불꽃그물(焰網)’이 해와 달보다 장엄하게 중생세계를 흰히 비춰주는 제2서원이 있다. 그리고 모든 중생이 ‘악마그물(魔網)’에서 벗어나(解脫) 정견正見에 안주하고 보살도를 실행하도록 인도한다는 제9서원이 있다. 여기서 염망焰網↔마망魔網의 상이相異한 대비구조가 눈에 띈다. 악마(마귀)그물은 곧 죄악의 함정을 뜻하니 세속 법망에 가깝다. 반면, 불꽃그물은 광명방사를 뜻하므로, 종교 진리나 도덕·정법의 그물 비유와 상통한다. 앞서 무량수경 등에서도 나왔듯이, 한 경전에서 동일한 내용 단락에 완전 상반의미를 똑같은 ‘그물’ 비유로 형상화한 부처님 법문이 경이롭기만 하다. 비유 수법상 추상적 악마그물은 올라가 개념으로 비교적 쉽게 연상되지만, 구체적 불꽃그물이 오히려 난해한 비유로 느껴진다. 현대어에 불꽃그물과 비슷한 의미로 ‘화망火網’이 있는데, 이는 탄도彈道가 종횡으로 교차해 밀집된 화력이 형성하는 무늬를 뜻한다고 한다. 밤에 불꽃놀이 때 빛나는 모습을 떠올리면 되겠다. 참고로, 제석천에 인드라마와 천당극락에 온갖 화려한 보배장식그물인 보라망寶羅網 등은 현대 크리스마스트리를 연상하면 좋을 것이다.

후한·삼국시대 번역된 경전에 ‘의망疑網’ ‘마(라)망’ 등이 압도로 많이 나온다. 별역잡아함경別譯雜阿含經에는 파사닉왕의 사유 질문에 부처님이 마망魔網을 어망에 비유한 법문이 나온다. 세계에 많은 대중은 봉록을 얻어 교만방자하게 탐욕으로 중생을 괴

104) 四分律鈔批卷第4末, 唐 大覺撰, 僧網大綱篇第7: “言僧網大綱者, 借喻世網之綱, 能正其綱目。今此一篇, 是僧家法網之綱紀也。住持之大要曰綱, 細行之儀軌是網, 亦得云僧眾綱目之綱領, 故曰也。說文云: 持網大繩曰綱也。僧法若乖, 紊亂失緒, 舉此一篇, 無法不整。故上序云: 紉既絕之玄綱, 即斯義也。濟云: 今言眾主三綱, 亦取僧網, 綱由綱也, 綱即眾僧也。以眾主能持於僧故。如綱能持其網也。”

롭히는 어리석음 때문에, 고통을 받고 죽은 뒤 반드시 지옥에 들어간다. 비유하자면, 어부가 물고기 잡는 법에 능숙하여 교묘한 선방편으로 세밀한 그물을 넷물에 가로질러 치면, 수족 물고기들이 그물에 걸려들어 죄다 어부 손에 넘어가고, 어부 뜻에 따라 처분되는 것과 같다. 마찬가지로, 세간에 교만방자하고 탐욕스런 어리석은 중생들도 마망 魔網에 들어가 붙잡혀, 모든 거동이 죄다 마군 짓이 된다고 비유한다.¹⁰⁵⁾

불교 전래 초기인 후한 때 번역된 반주삼매경 般舟三昧經에도, 악마의 손아귀를 그물에 비유한 ‘마라망 魔羅網’이 여러 번 나와 눈길을 끈다. “항상 경전을 즐기고 많이 배우며, 음욕, 진에, 우치를 버리고 魔羅網을 벗어나라! …탐음심 貪婬心을 따르지 말고 진에 瞋恚와 우치 愚癡를 버려, 魔羅網에 떨어지지 말아야 하나니, 삼매를 구하면 마땅히 이래야 한다.”¹⁰⁶⁾ “음일한 뜻을 제어하고 집착을 버려, 진에심도 없고 아첨도 저버려, 끝내 다시는 마라망에 떨어지지 않으리니, 이 삼매를 지니면 이러하느니라!”¹⁰⁷⁾

삼국 오로부터 번역된 경전에는, 싯달타 태자가 밤중에 궁성을 넘어 출가하며 마부한테 회포와 결의를 다짐하는 대목이 나온다. 생로병사우비고뇌로 가득한 세간 삶을 죄수가 감옥에 갇힌 것에 빗대며, 누가 감옥을 좋아해 벗어나지 않으려 하겠느냐고 반문한다. 또 사냥꾼 그물에 걸린 토끼가 다행히 벗어났는데, 어찌 다시 그 그물 속에 되돌아가려고 하겠느냐고도 비유한다. 별주부전(수궁가)에서 자라 뽕에 넘어가 죽을 뻔했던 토끼처럼, 일단 그물을 벗어나면 끝내 되돌아보지도 않고 달아나듯이, 자신도 재가 시에 오래 품어오고 무수겁이래로 지녀온 출가의지를 결코 되돌리지 않겠다는 결연한 서원이었다.¹⁰⁸⁾

이에 상응하여 지장경 地藏經에는, 아직 해탈하지 못한 중생이 선행과 죄악을 지어 업장과보를 맺고, 무수한 세월동안 휴식하지 못하며 환경 따라 욕도 윤회하는 모습을, 물고기가 물살 따라 헤엄치다가 그물에 갇히는 꼴로 비유한다. 장구한 생사윤회 강물 속에서 잠시 벗어나다가 다시 타락하는 중생 습성은, 마치 물고기가 한번 걸린 그물을 요

105) 別譯雜阿含經卷第3, 失譯人名今附秦錄, 初誦第3: “大王! 實爾, 實爾, 世界之中, 多有眾人, 得封祿已, 憍慢自恣, 貪嗜於欲, 苦楚眾生, 如是愚人, 長夜受苦, 得大損減, 命終之後, 必入地獄. 大王! 譬如魚師及其弟子, 於捕魚法善巧方便, 以細密網截流而拖, 魚鼈龜鼃, 水性之屬, 為網所得, 此水性等, 入網之者, 悉皆集在魚師之手, 牽挽旋轉, 任魚師意. 世間之中, 多有眾人, 得勝封祿, 憍慢自恣, 貪嗜五欲, 加惱眾生, 亦復如是, 所以者何? 如斯愚人, 即入魔網, 為網所獲, 周迴舉動, 住魔所為. 爾時, 世尊即說偈言: 縱逸著事業, 荒迷嗜五欲, 不知有惡果, 如魚入密網, 此業已成就, 極受大苦惱.”

106) 般舟三昧經卷中, 後漢 支婁迦讖譯, 四輩品第6: “常當樂於經、當求多學, 當棄婬恚癡, 出魔羅網去, …學是三昧時當敬善師視如佛, 當承是經中教, 守是三昧. …無得聽貪婬心, 棄瞋恚及愚癡, 莫得墮魔羅網, 求三昧當如是.”

107) 般舟三昧經卷中, 後漢 支婁迦讖譯, 授決品第7: “制婬妬意捨所著, 無瞋恚心棄諛諂, 終不復墮魔羅網, 持是三昧得如是.”

108) 惟日雜難經一卷, 吳 支謙譯: “菩薩始出家行百里, …太子報言…世間但有老、病、死、憂苦, 當願何等? 如囚在獄中, 誰有樂者? 當尚未離是, 而復更願當何時脫? 譬如獵客網中窺得脫, 寧復念還入網中, 不念得脫? 如窺脫網, 終不還歸, 我在家時念是日久, 亦從無數劫以來有是意, 非獨今日所致也.”

행히 빠져나갔다가 이내 다시 그물에 붙잡히는 악순환 같다는 비유가 펍 인상 깊다.¹⁰⁹⁾

한편, 불교 전래 초기 후한 때 번역된 십수선계경受十善戒經에 ‘철망鐵網’도 주목할 만하다. 염라왕이 지극히 중대한 인과응보 법률에 따라 밤낮으로 항상 설하는 살생과 보로 10대지옥고가 나온다. 첫째 도산염치刀山焰熾지옥, 둘째 검림劍林地獄, 셋째 확탕鑊湯지옥, 넷째 철상鐵床지옥, 다섯째 철산鐵山地獄, 여섯째 철망鐵網지옥, 일곱째 적련화赤蓮花지옥, 여덟째 오사오활五死五活지옥, 아홉째 독사림毒蛇林地獄, 열째 철계가쇄鐵械枷鎖지옥이다.

이중 넷째 철상지옥에는 넓은 철상 위에 사방에서 쇠날이 발사되어 심장에 꽂히고, 대철망거大鐵網車가 톱처럼 정수리부터 발끝까지 온몸을 갈라 내려온다. 여섯째 철망지옥은 큰 철산에 끓는 쇠물이 가득하며 위에 철망이 덮는데, 쇠그물눈마다 날카로운 쇠부리에서 흉칙한 벌레들이 무수히 나와 정수리로 들어와 골수를 관통해 발바닥으로 뚫고 나온다. 열째 철계가쇄지옥에는 12유순 철산이 차꼬로 손발을 묶고, 60유순 철주화망鐵柱火網이 항쇄로 목 조르며, 80유순 철구鐵狗가 불을 내뿜고 허공에서 쇠화살이 발사되어 심장에 꽂히며, 차꼬 항쇄에서 저절로 동환銅丸이 생겨 눈으로 들어가 온몸을 관통해 발바닥으로 나온다. 사견邪見의 죄악 과보에도 ‘철망’이 나온다.¹¹⁰⁾

X. 맺음말

지금까지 불교대장경에 나오는 ‘법망’과 그에 관련된 다양한 비유 사례를 통해, 동아시아 ‘법망’ 비유개념의 역사적 연원 및 철학정신을 살펴보았다. 고대 동아시아 고전문헌에서 그물로 법을 지칭한 은유가 다수 등장한 다음, -老子的 ‘천망天網’을 제외하면 특별히 합성단어로 쓰인 사례가 거의 없다가-, 한서에 비로소 ‘금망禁罔’ 개념이 출현하고 후한서에 이르러 비로소 ‘법망法網’과 ‘형망刑網’ 등이 나타난다. 이러한 사실을 고려하면, 확정 단언할 수는 없지만 확률 개연성으로 말하자면, 동아시아 법문화에서 ‘법망’의 비유개념(용어)은 불교 전래 이후 한역 불교경전의 보급전파와 밀접불가분의 관계 속에서 태동·형성·확산되었다고 보아도 좋을 것이다. 필자는 한역 불전을 ‘법망’의

109) 地藏菩薩本願經, 實叉難陀譯, 閻浮眾生業感品第4: “如魚遊網, 將是長流, 脫入暫出, 又復遭網.”

110) 受十善戒經, 後漢失譯人名: “當知殺生受大惡報, 必定當墮極劇苦處阿鼻地獄, 繫屬法律閻羅王所, 何等名為極重法律? 彼閻羅王晝夜六時說殺生報有十惡業: 一者, 殺生之業恒生刀山焰熾地獄…, 二者, 殺生之業必定當生劍林地獄…, 三者, 殺生之業生鑊湯地獄…, 四者, 殺生之業生鐵床地獄, 有一鐵床, 縱廣正等五十由旬, 四方鐵鉞俱來射心, 大鐵網車轆其頂上, 劈足而出. …五者, 殺生之業生鐵山地獄…, 六者, 殺生之業生鐵網地獄, 有大鐵山, 高百千由旬, 滿中鐵湯, 鐵網在上, 一一網間鐵嘴諸蟲無量無邊從頂上入, 貫骨徹髓, 劈足而出. …七者, 殺生之業生赤蓮花地獄…, 八者, 殺生之業生五死五活地獄之中…, 九者, 殺生之業生毒蛇林地獄之中…, 十者, 殺生之業生鐵械枷鎖地獄之中, 十二由旬鐵山為械, 六十由旬鐵柱火網為鎖, 八十由旬鐵狗口中吐火為杻, 虛空鐵箭自落射心, 杻械枷鎖化生銅丸, 從眼而入, 遍體支節, 從足而出.…”

직접 연원으로 판단하는바, 적어도 불교 영향을 크게 받은 사실로 미루어 막강한 간접 연원이 되었음은 부인할 수 없을 것이다.

또 한 가지 중요한 수확이 있다. ‘법망’이 지니는 통상적 응징·격리 개념에, 불교 보살의 삼취정계三聚淨戒에 대한 해석의 관점에서 보호유지 및 구출·제도濟度 개념을 원용해 확장 융합하는 것이다. 이로써 ‘법망’ 비유의 함의가 더욱 풍성하게 확대심화한 점이다. 그밖에도 고승대덕의 기발한 창안 해설·강의로 전통 법문화의 철학정신을 더욱 생기발랄하게 해석할 여지를 확보한 점도 크나큰 결실이라 할 것이다. 이러한 초보 연구해석이 앞으로 관심 있는 유능한 후학들의 확대심화 연구에 유의미한 발판으로 작용하길 기대해마지 않는다.

[참고문헌]

高麗大藏經 CD-Rom, 高麗大藏經研究所, 2004년판.

中華電子佛典(CBETA) CD-Rom, 中華電子佛典協會, 2014년판.

한역경전: 佛說梵網六十二見經, 吳 支謙譯; 大方廣佛華嚴經, 東晉 佛跋跋陀羅譯; 度世品經, 西晉 竺法護譯; 五千五百佛名神呪除障滅罪經, 隋 闍那崛譯; 大方廣佛華嚴經, 唐 實叉難陀譯; 大方廣佛華嚴經, 唐 般若譯; 百千頌大集經地藏菩薩請問法身讚, 唐 不空譯; 大乘頂王經, 梁 月婆首那譯; 大乘寶雲經, 梁 曼陀羅仙共僧伽婆羅譯; 正法念處經, 元魏 瞿曇般若流支譯; 七佛八菩薩所說大陀羅尼神呪經, 晉代失三藏名今附東晉錄; 佛說無量壽經, 曹魏 康僧鎰譯; 佛說阿彌陀經, 姚秦 鳩摩羅什譯; 佛說無量清淨平等覺經, 後漢 支婁迦讖譯; 根本說一切有部毘奈耶, 義淨譯; 別譯雜阿含經, 失譯人名今附秦錄; 般舟三昧經, 後漢 支婁迦讖譯; 惟日雜難經, 吳 支謙譯; 地藏菩薩本願經, 實叉難陀譯; 受十善戒經, 後漢失譯人名; 大乘本生心地觀經, 唐 般若譯; 梵網經 長部經典, 通妙譯.

한역경론: 大乘莊嚴經論, 無著菩薩造, 唐 波羅頗蜜多羅譯; 大乘本生心地觀經, 般若譯; 般若燈論釋, 偈本龍樹菩薩, 釋論分別明菩薩, 唐 藏波羅頗蜜多羅譯; 達磨大師破相論; 金剛頂瑜伽略述三十七尊心要, 大廣智三藏和上.

경전주석: 淨名經集解關中疏, 道液集; 維摩羅詰經文疏, 隋 智顗撰; 維摩經略疏, 湛然略; 大般涅槃經疏, 隋 章安頂撰, 唐 湛然再治; 四分律刪繁補闕行事鈔, 唐 道宣撰; 搜玄錄解四分律刪繁補闕行事鈔錄, 唐 志鴻撰; 四分律鈔講前加行方便, 唐 大覺撰; 四分律鈔批, 唐 大覺撰; 四分律鈔簡正記, 後唐 景霄撰; 四分律鈔簡正記; 四分律刪補隨機羯磨疏濟緣記, 宋 元照述; 四分律刪補隨機羯磨疏正源記, 允堪述; 無量壽經義疏, 慧遠撰; 無量壽經連義述文贊 新羅 璟興撰; 略釋新華嚴經修行次第決疑論, 唐 李通玄撰; 菩薩戒經義疏, 隋 智者說, 門人灌頂記; 梵網經心地品菩薩戒義疏發隱, 姚秦 鳩摩羅什譯, 隋 智者疏, 明 株宏發隱; 菩薩戒問辯, 株宏述; 菩薩戒本疏, 新羅 義寂述; 梵網經菩薩戒本私記, 曉公造; 佛說梵網經菩薩心地品下略疏, 姚秦 鳩摩羅什譯, 明 弘贊述; 佛說梵網經直解, 鳩摩羅什譯, 明 寂光直解; 梵網經記, 唐 傳奧述; 會刻仁王護國般若經疏; 梵網菩薩戒經疏註, 與咸(入疏箋經加註釋疏); 梵網經心地品菩薩戒義疏發隱, 天台智者說, 明 株宏 發隱; 大乘本生心地觀經淺註, 清 來舟 淺註.

고승법문어록: 摩訶止觀, 隋 智者說, 門人灌頂記; 止觀義例纂要, 宋 從義撰; 四明尊者教行錄, 宋 宗曉編; 佛祖統紀, 宋 志磐撰; 大唐大慈恩寺三藏法師傳, 慧立本 釋彥棕箋; 續高僧傳, 唐 道宣撰; 廣弘明集, 唐 道宣撰; 佛法金湯編, 明 心泰編, 真清閱; 佛祖歷代通載, 念常集; 隆興佛教編年通論, 祖琇撰; 新華嚴經論, 唐 李通玄撰; 高僧傳, 梁 慧皎撰; 北山錄, 神清撰, 西蜀草玄亭沙門慧寶注; 出三藏記集傳, 梁 僧祐撰; 新脩科分六學僧傳, 元 曇噩述; 景德傳燈錄, 宋 道原 撰; 禪門諸祖師偈頌, 宋 如祐錄; 續傳燈錄, 편자 미상; 集古今佛道論衡, 唐西明寺釋氏; 大唐內典錄, 道宣撰; 大乘入道次第開決, 曇曠撰; 天竺別集, 宋 遵式述; 高峰龍泉院因師集賢語錄, 元 如瑛編; 五宗原, 明 法藏

著; 永覺和尚廣錄, 明 道需重編; 天界覺浪(道)盛禪師全錄, 門人大奇大忍大寧大杲較; 海印和尚語錄, 門人從心集; 報恩論, 清 沈善登述, 張常惺校錄; 禪林疏語考證, 明 元賢撰; 補續高僧傳, 明 明河撰; 慈悲水懺法卷中隨聞錄, 清 智證錄.

老子, 莊子. 史記, 漢書, 後漢書, 三國志, 晉書, 宋書, 南齊書, 梁書, 陳書, 魏書, 隋書, 唐書.

탄허, 탄허록吞虛錄, 휴, 2012년 초판.

김지수, 포청천과 청렴정직 문화, 마로니에, 2018년 초판.

서길수, 고구리·고리사 연구1-고구려의 본디 이름 고구리高句麗, 여유당, 2019년.

김지수, “佛敎 경전에서 정신(마음) 질병을 치료하는 醫藥으로서 法의 비유와 그 상징의 의미”, 전북대 법학연구 제39집, 2012.9. 447-496쪽.

김지수, “佛經에서 罪惡을 예방하는 戒防으로서 法의 비유”, 전남대 법학논총 제35집 제2호, 2015.8, 333-364쪽.

김지수, “동아시아 법률용어에 끼쳐진 불교 영향-十惡·陵遲處死·契約·相續·調停을 중심으로-”, 외법논집 제42권제2호, 2018.5. 89-124쪽.

김지수, “전통법문화에서 법과 그물의 비유-‘法網’의 역사 유래와 철학 정신-”, 경북대 법학연구원, 법학논고 제71집, 2020.10. 387-440쪽.

서길수, “‘高句麗’와 ‘高麗’의 소리값(音價)에 관한 연구”, 『高句麗研究』 27집, 2007, 27-105쪽.

[Abstract]

**The Metaphors of Net of Dharma(Dharma-jāla) in Buddhist Tripitaka
Concerning Historical Origin & Philosophical Wisdom of Net of Law in
East Asian Legal Culture**

Kim, Jisu*

The metaphors of the net of dharma(dharma-jāla) has a tradition of thousands of years in Buddhist Tripitaka. This article studies it esp. concerning historical origin & philosophical wisdoms of net of law in east asian legal culture.

This study adopts an inductive method of corpus analysis with historical research by referring Buddhist Tripitaka records. So readers may be bored by the monotonous development of work, but would be recommended for reminding that tastelessness implies all tastes.

Firstly, this work represents a summary of metaphors of the net of dharma in Buddhist Tripitaka by a chart. Secondly, it researches the net of dharma in Chinese translations of Buddhist Sutra, Chinese commentaries, and the Buddhist priesthoods & analects of great monks. Thirdly, it investigates implications of net of dharma through Chinese commentaries on 'Brahma-jāla'(梵網: pure net). Fourthly, it looks into the metaphors of the net of dharma in Amitābhavyūha-sūtra & its Chinese commentaries. Fifthly, it traces some byname of the net of dharma, namely the net of Buddha's teachings and the net of monks and so forth.

In conclusion, this study may be rewarded with good fruits that the metaphor of the secular net of law would be able to extend and deepen its implications to saving mankind from the sea of life and death. So the spiritual wisdoms of the net of law in east asian may be uplifted by the metaphor of the net of dharma. It is wishable that the wisdom in the metaphor of the net of dharma would be invaluable reference & help to the critical development of our present legal system & culture.

Key words: Net, Law, Net of Law, Net of Dharma, Buddhist Tripitaka, Metaphor, History & Philosophy.

* Prof. of Law School, Chonnam National University. Major in Asian Traditional Legal Philosophy.

자진신고 활성화를 위한 관련 제도의 운용 방안에 관한 연구

홍 명 수*

논문요지

독점규제법상 자진신고자 감면제도는 부당 공동행위에 참가한 사업자의 자진신고를 유인하여 규제의 실효성을 높이기 위해 고안된 제도이다. 동 제도가 제대로 기능하기 위해서는 적절한 유인체계의 설계가 중요하다. 그러나 이와 관련하여 독점규제법 위반 행위가 다른 법률에도 영향을 미치고 있다는 점도 고려되어야 한다. 특히 국가계약법 등에 규정된 부정당업자 입찰참가 제한과 같은 제재는 독점규제법상 부당 공동행위와 제도적으로 연계되어 있다는 점에서 중요하다. 독점규제법상 부당 공동행위에 참가한 사업자의 자진신고에 대한 감면이 이루어진다고 하더라도, 국가계약법에 의한 제재가 여전히 가능하다면 자진신고자 유인으로서의 한계가 나타날 수밖에 없으며, 이는 동 제도의 유효성에 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 물론 독점규제법과 국가계약법은 규범적 목적이 상이하고, 따라서 양 법률에 근거한 규제가 독립적으로 이루어진다는 것 자체를 문제 삼기는 어려울 것이다. 그러나 자진신고자 감면제도의 취지에 비추어, 독점규제법상 감면조치를 취함에 있어서 국가계약법상 이루어지는 제재가 고려될 수 있도록 하는 것은 동 제도의 실효적인 운영을 위하여 필요할 수 있다. 한편 이러한 문제의 해결을 위한 입법적 개선이 이루어지기 전이라도, 공익신고법의 적용을 통해 대체적 해결을 모색하는 방안도 적극적으로 고려될 수 있다.

검색용 주제어: 부당 공동행위, 입찰 담합, 자진신고자 감면제도, 부정당업자, 공익신고자

· 논문접수: 2020.12.11. · 심사개시: 2020.12.30. · 게재확정: 2021.01.11.

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서론

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법)은 부당 공동행위의 면책 제도로써 자진신고자 감면제도를 두고 있다. 1996년 독점규제법 개정을 통하여 도입된 동 제도는 합의 입증의 곤란을 해소하기 위하여 기술적 측면에서 모색된 제도이지만,¹⁾ 다양한 정책 실현의 측면에서도 의의가 있다. 우선 동 제도는 부당한 공동행위에 참가한 사업자가 적법 영역으로 돌아올 수 있도록 하는 ‘황금교’로서의 역할에서 의미를 찾을 수 있으며, 공동행위의 고유한 속성인 내부 이탈자에 취약한 구조를 이용하여 공동행위에 관한 정보 제공을 규제기관이 유인할 수 있는 방안으로서도 유력한 의미를 갖는다.²⁾

독점규제법상 명문의 규정으로 수용된 이후 자진신고자 감면제도의 활용도는 점차적으로 높아지고 있으며, 중요한 부당 공동행위 사건에서 카르텔 참가자의 신고가 결정적인 계기가 된 사건들도 나타나면서 동 제도에 대한 긍정적인 평가가 내려지고 있다.³⁾ 그렇지만 제도의 개선에 관한 논의는 계속될 필요가 있으며, 이와 관련하여 무엇보다 동 제도의 운영이 다른 법 영역에도 영향을 미치고 있다는 점에 주의를 요한다.

법리적 측면에서 보면, 자진신고자의 감면 효과가 미치는 범위가 어디까지인지 그리고 독점규제법상 자진신고자에 대한 감면이 이루어진 경우에 다른 법 영역에서 이에 대한 고려가 어느 정도로 이루어져야 하는지의 문제가 제기될 것이다. 예를 들어 공공기관이 발주한 공사 입찰에서의 담합에 관하여 공정거래위원회에 자진신고가 행해지고 신고자에 대한 감면이 이루어진 경우에, 이러한 조치가 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 국가계약법)에 의한 부정당업자 입찰참가 제한 처분에 어느 정도 반영되어야 하는지가 명확한 것은 아니다.

이러한 문제의 해결을 위하여 입법적으로 두 가지 방안이 고려될 수 있을 것이다. 우선 직접적으로 독점규제법상 자진신고자 감면조치의 효과를 타 법률로 확장하는 명문의 규정을 두는 것을 상정할 수 있을 것이다. 다른 하나는 독점규제법과 다른 법률 간의 충돌을 해결할 수 있는 절차를 마련하는 것인데, 이와 관련하여 공공의 이익을 침해하는 신고자를 보호하기 위한 법으로서 제2조 제1호에서 공정한 경쟁을 공공의 이익의 하나로 명정하고 있는 「공익신고자 보호법」(이하 공익

1) OECD, *Trade and Competition: From Doha to Cancun*, 2003, p. 18.

2) 카르텔 이탈의 전략적인 행태에 관한 구조적 분석으로서, Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* 3. ed., Thomson/West, 2005, pp. 150-151 참조.

3) 자진신고자 감면제도의 개정이 공동행위 적발률 제고에 기여하였다는 것을 실증적으로 분석한 것으로, 이효원·최윤정, “자진신고자 감면제도의 개정이 담합 적발률과 담합 형성률에 미치는 영향”, 「한국경제연구」 제32권 제2호(2014), 119-121면 및 홍명수, “자진신고자 감면제도에 있어서 적용 제외 사유에 관한 검토”, 「경쟁법연구」 제26권(2012) 51면 이하 참조.

신고법)⁴⁾ 이러한 충돌을 해결하는 수단으로서 기능할 수 있다.

즉 공공부문의 입찰 담합에 있어서 독점규제법상 자진신고자 감면조치가 취해진 경우에 법적 효과는 독점규제법에 한정되지 않고 다양한 법률에 관련되며, 자진신고자 감면제도의 실효성과 타당성을 기하기 위하여 이를 포괄하는 종합적인 고려가 불가피하다. 이와 관련하여 (주)엘지유플러스(이하 엘지U+)가 전용회선 시장과 모바일메시지 시장에서의 공동행위에 참여한 이후 일련의 자진신고를 하게 되고, 이에 따라서 공정거래위원회와 조달청으로부터 일정한 처분을 받게 된 사건은 이상에서 언급한 법체계를 종합적으로 고찰할 수 있는 계기를 제공하고 있다.

이하에서는 우선 공정거래위원회에서 다루어진 전용회선 시장과 모바일메시지 시장에서의 공동행위 사건의 경과를 살펴보고, 엘지U+의 자진신고 관련 공정거래위원회의 자진신고자 감면조치의 타당성을 검토할 것이다(Ⅱ). 이어서 동 처분에 기초하여 조달청이 국가계약법에 근거하여 엘지U+에 부과한 부정당업자 입찰참가제한 조치를 살펴볼 것이다(Ⅲ). 끝으로 양자 사이의 충돌을 해소하기 위한 공익신고자보호법에 근거한 일정한 조치가 가능한지를 검토하고, 이상의 논의를 종합하여 해결 방안을 제시하고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 독점규제법상 자진신고자 감면조치

1. 사건의 경과

공정거래위원회는 엘지U+를 포함한 전용회선 사업자들이 국가정보통신망 백본회선 구축사업 입찰 담합 등 전용회선 입찰 담합 여부에 관한 현장 조사를 행하였다(2018. 3. 19.~20.). 엘지U+는 대전 지역의 내부 조사를 통하여 담합 사실을 확인하고 2018. 3. 20. 6건의 합의에 대한 감면신청을 하였으며, 다음 날 공정거래위원회로부터 2순위로 감면신청이 접수되었다는 회신을 받았다.⁵⁾

4) 「공익신고자 보호법」은 2011년 제정되었으며, 동법이 보호 대상으로 하는 공익신고는 사회 전체적인 차원에서 공공에 대한 피해를 폭로하고 그 위험을 예방하는 등 공공의 이익을 도모하는 것을 본질적 요소로 한다. 김승태, “반부패 정책수단으로서의 공익신고자 보호법 평가”, 「홍익법학」 제14권 제2호(2013), 575-576면 참조.

5) 6번 담합에 관하여 공정거래위원회는 다른 당사자들이 부인하고 증거가 없다는 이유로 합의가 없는 것으로 판단.

<표 1> 2018. 3. 20. 감면신청 건

감면신청 일시	합의 대상 입찰 건
2018. 03. 20.	① 국가정보통신망 백본회선 구축사업 ② 국가정보통신망 국제인터넷회선 구축사업 ③ 고용노동부 국가정보통신망 고도화 사업 ④ 국가과학기술연구망 국내백본회선 구축사업 ⑤ 우정사업기반망 회선사업자 재선정 ⑥ 글로벌 과학기술협업 연구망 국제백본회선 구축사업

공정거래위원회의 조사 이후 엘지U+는 전국적으로 내부 점검을 실시하고, 세 차례에 걸쳐 <표 2>에서 7~15번 입찰 건의 담합에 관한 추가적인 감면을 신청하였다. 공정거래위원회는 이상의 감면신청에 대하여, 11, 12번 입찰에 대한 감면신청에 대해서는 1순위 그리고 나머지 감면신청에 대해서는 2순위로 접수되었다고 회신하였다. 이때 11, 12번 입찰 담합은 모바일메시지 서비스 시장에서의 담합이었고, 다른 입찰 담합은 전용회선 시장에서 발생한 것이었다.

<표 2> 추가 감면신청 건

감면신청일시	합의 대상 입찰 건
2018. 04. 18.	⑦ 미래창조과학부 기반망 회선사업자 선정 용역 ⑧ 기상청 국가기상슈퍼컴퓨터센터 전용회선 구축 ⑨ 기상청 국가정보통신망(전용회선) 구축 ⑩ IT, 방송, 통신 네트워크 통합 및 운영 고도화 사업 ⑪ 행정안전부 2014년 모바일메시지서비스 사업자 선정 ⑫ 행정안전부 2017년 모바일메시지서비스 사업자 선정
2018. 04. 25.	⑬ 병무행정 국가정보통신서비스 구축 사업
2018. 05. 03.	⑭ 업무용 전용회선망 및 IDC 위탁 사업자 선정 ⑮ 중소기업진흥공단 인터넷 전화 서비스 사업자 선정

이후 엘지U+는 공정거래위원회의 조사에 적극적으로 협조하였다. 전용회선 담합 사실을 정리한 개요보충서와 합의 사실 입증 자료를 전부 제출하였고,⁶⁾ 또한 모바일메시지 담합에 관해서도 해당 사실의 개요보충서와 각종 증거자료를 제출하였다.⁷⁾ 공정거

6) LGU+는 총 7건의 개요보충서를 제출하였다.

7) LGU+는 총 3건의 개요보충서를 제출하였다.

래위원회는 이상의 공동행위 사건에서 엘지U+의 감면신청을 수용하였는데, 공정거래위원회는 관련시장에 따라서 이상의 공동행위 사건을 전용회선 공동행위와 모바일메시지 공동행위로 분리하였다.

공정거래위원회는 이에 기초하여 공공분야 전용회선사업 입찰 관련 사건에서 4개 사업자(KT, SKT, LGU+, 세종)의 부당 공동행위를 인정하고, 피심인들에 대하여 향후 공공기관이 발주하는 공공분야 전용회선사업 입찰에 참여하면서 낙찰예정자 및 투찰가격 등을 합의하는 것과 같이 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다는 시정명령과 과징금 납부명령을 내렸다.⁸⁾ LGU+의 과징금 부과 금액은 3,895,000,000원이었고, 2순위 자진신고자 지위를 인정받아 과징금액은 50%로 감경되었다.

공정거래위원회는 모바일메시지 제공사업자 선정사업 입찰 관련 사건에서도 4개 사업자(LGU+, SKT, 미디어로그, 스탠다드네트웍스)의 부당 공동행위를 인정하고, 피심인들에 대하여 조달청이 발주하는 공공분야 모바일메시지서비스 제공사업자 선정사업 입찰에 참여하면서 낙찰예정자, 투찰가격 등을 합의하는 방법으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다는 시정명령과 과징금 납부명령을 내렸다.⁹⁾ LGU+의 과징금 부과 금액은 603,000,000원이었고, 1순위 자진신고자 지위를 인정받아 과징금액은 전액 면제되었다.

2. 공정거래위원회 심결의 검토

(1) 공동행위의 단일성 문제

전술한 것처럼 공정거래위원회는 LGU+가 포함된 일련의 입찰 담합 사건을 전용회선 입찰 담합 건과 모바일메시지 입찰 담합 건으로 분리하여 다루었는데, 이러한 분리는 전용회선 서비스와 모바일메시지 서비스가 상이한 관련시장으로 확정된다는 것에 기초하였다. 독점규제법 제19조 제1항은 “사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의”하는 행위를 금지하고 있으며, 동 규정에 의하여 규제 대상이 되는 행위는 경쟁을 제한하는 것이 되어야 한다.¹⁰⁾ 이때 경쟁 제한은 시장을 전제로 한 개념이므로, 공정거래위원회가 전용회선 시장과 모바일메시지 시장으로 분리하여 공동행위를 파악하고 있는 것에 법리적인 의문은 없다.

한편 전용회선 시장과 모바일메시지 시장으로 분리할 경우에도, <표 1>과 <표 2>에서 확인할 수 있는 것처럼 여러 건의 입찰 담합을 각각 전용회선과 모바일메시지에 관련된 하나의 공동행위로 볼 수 있는지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 하나의 부당

8) 공정위 2019. 7. 29. 의결 제 2019-179호.
9) 공정위 2019. 11. 29. 의결 제 2019-279호.
10) 권오승, 「경제법」, 법문사, 2019, 281면 참조.

공동행위로 볼 수 있는 기준과 관련하여 대법원이 언급한 내용을 참고할 필요가 있다. 대법원은 “사업자들이 장기간에 걸쳐 수 회의 합의를 한 경우 그 수 회의 합의가 단일한 의사에 터잡아 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 그것이 단절되지 않고 계속 실행되어 왔다면, 그 합의의 구체적인 내용 등에 일부 변경이 있었다 하더라도, 그와 같은 일련의 합의는 특별한 사정이 없는 한 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 봄이 상당하다”¹¹⁾ 또한 “사업자들 사이에 장기간에 걸쳐 여러 종류의 합의를 수회 계속 계속한 경우 이를 개별적인 합의로 볼 것인지 전체를 하나의 합의로 볼 것인지 여부는 장기간 걸친 수회의 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로 그것이 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면 그 합의의 구체적인 내용이나 구성원에 일부 변화 또는 변경이 있었다 하더라도 이를 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 보아야 할 것이고, 그렇지 않다면 이를 별개의 공동행위로 보아야 할 것이다”라고¹²⁾ 판시하였다.

이상의 판결에서 대법원은 하나의 공동행위로 판단하기 위한 기준을 단일한 의사와 동일한 목적으로 제시하고 있다. 이에 의할 경우에 LGU+가 관련된 전용회선 입찰과 모바일메시지 입찰에 관한 일련의 담합은 단일한 의사에 따른 동일한 목적을 이루기 위한 것이라는 점에서 각각 하나의 공동행위로 볼 수 있으며, 이러한 입장을 취한 공정거래위원회의 판단은 타당한 것으로 볼 수 있다.

(2) 자진신고자 감면 조치의 검토

가. 독점규제법상 자진신고자 감면 규정

독점규제법 제22조의2 제1항에 의한 감면은 부당한 공동행위 사실을 자진신고한 자(1호)와 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자(2호)를 대상으로 한다. 동법 시행령 제35조 제1항은 감면 대상인 자진신고자와 조사협조자의 구체적인 요건을 밝히고 있는데, 자진신고자는 공동행위 입증에 필요한 증거를 최초로 제공한 자를 의미하며, 특히 공정거래위원회가 부당 공동행위에 관한 정보를 입수하지 못하였거나 입증에 필요한 정보를 충분히 확보하지 못한 상태에서 자진 신고한 자는 동 규정에서 자진신고자에 해당하게 된다. 또한 자진신고자로서 감면 대상이 되기 위해서는 조사 종료까지 성실한 협조와 부당 공동행위의 중단이 요구된다.

조사에 대한 성실한 협조와 공동행위의 중단의 요구는 감면 조치의 타당성을 위하여 불가피한 것으로 볼 수 있지만, 요건 충족 여부의 판단에 있어서 불명확한 점이 존재한다. 이를 해소하기 위하여 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감

11) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결.

12) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두15169 판결.

면제도 운영고시」(이하 감면고시) 제5조는 조사 협조¹³⁾ 그리고 제6조는 공동행위 중단에 관한 구체적인 기준을 제시하고 있다.¹⁴⁾ 특히 공동행위 중단에 관하여 감면고시는 합의의 존속 여부를 판단 기준으로 제시하고 있는데, 미국의 경우 DOJ의 'Corporate Leniency Policy' A. 2.는 즉각적이고 효과적인(prompt and effective) 중단조치와 같은 적극적인 행위를 내용적으로 요구하고 있다.¹⁵⁾ 한편 EU의 자진신고자 감면 고시(Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Case, OJ 2006, C 298/:17; 이하 Immunity Notice)에서 조사가 완전히 이루어지기 위해 유지될 필요가 있는 경우를 행위 중단의 범위에서 제외하고 있는 것은 참고할 만하다.¹⁶⁾

조사협조자는 공정거래위원회가 조사를 시작한 후에 조사에 협조한 자로서, 자진신고자의 경우와 마찬가지로 동 위원회가 정보를 입수하지 못하였거나 충분한 정보를 확보하지 못한 상태에서 조사의 협조가 이에 해당하며, 감면 대상이 되기 위해서는 자진신고자와 동일하게 성실한 협조와 부당 공동행위의 중단이 추가적으로 요구된다. 자진신고자와 조사협조자는 공정거래위원회의 조사 개시 시점을 기준으로 구분되며(부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시(이하 감면고시) 2조 1호 및 2호), 감면고시 제3조 제1항은 “공정거래위원회가 당해 공동행위에 참여한 혐의로 1인 이상의 사업자에게 구두, 전화, 서면 등의 방법으로 자료제출 요구, 사실관계 확인, 출석 요구 또는 현장 조사 등을 실시한 때를 조사개시 시점으로 본다”고 규정하고 있다.

13) 제5조 시행령 제35조 제1항 각 호의 요건 중 “조사가 끝날 때까지”라 함은 “위원회 심의가 끝날 때 까지”를 의미하며, “성실하게 협조”하였는지 여부는 다음 각 호의 사유를 종합적으로 고려하여 판단한다.

1. 자진신고자 등이 알고 있는 당해 공동행위와 관련된 사실을 지체없이 모두 진술하였는지 여부
2. 당해 공동행위와 관련하여 자진신고자 등이 보유하고 있거나 수집할 수 있는 모든 자료를 신속하게 제출하였는지 여부
3. 사실 확인에 필요한 위원회의 요구에 신속하게 답변하고 협조하였는지 여부
4. 임직원(가능하다면 전직 임직원 포함)이 위원회와의 면담, 조사 등에서 지속적이고 진실하게 협조할 수 있도록 최선을 다하였는지 여부
5. 공동행위와 관련된 증거와 정보를 파기, 조작, 훼손, 은폐하였는지 여부
6. 심사보고서가 통보되기 전에 위원회의 동의 없이 제3자에게 행위사실 및 감면신청 사실을 누설하였는지 여부

14) 제6조 ① 시행령 제35조 제1항 각 호의 요건 중 “당해 부당한 공동행위를 중단”하였는지 여부는 공동행위의 합의가 더 이상 존속하지 아니하게 되었는지 여부에 따라 판단한다. 참가사업자들이 여러 차례의 합의를 한 경우에는 합의의 구체적 내용과 사정 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

② 공동행위는 감면신청 후 즉시 중단하여야 한다. 다만, 심사관이 조사상 필요에 의하여 일정한 기간을 정하는 경우 그 기간이 종료한 후 즉시 중단하여야 한다.

15) DOJ, Corporate Leniency Policy, A. 2. “The Corporation took prompt and effective action to terminate its part in the activity.”

16) Immunity Notice, (12) (b).

나아가 독점규제법은 최초의 자진신고자와 조사협조자 외에 두 번째로 자진 신고하거나 조사에 협조한 자도 감면 대상에 포함시키고 있다. 이 경우에도 최초의 자진신고자 등과 마찬가지로 성실한 협조와 부당 공동행위의 중단이 요구된다(영 35조 1항 3호).

이상의 감면 대상자에 대하여, 유형 별로 상이한 효과가 부여된다. 동법 시행령 제 35조 제1항 제1호 내지 제3호에 의하면, 우선 최초의 자진신고자에 대해서는 과징금 및 시정조치가 필수적으로 면제된다. 다른 유형의 감면 대상자에 대해서는 감면의 정도가 축소되는데, 조사협조자에 대해서는 과징금이 필수적으로 면제되지만, 시정조치는 감경 또는 면제된다. 또한 두 번째 자진신고자 등에 대해서는 과징금의 100분의 50이 감경되고, 공정거래위원회의 재량에 의하여 시정조치가 감경될 수 있다.¹⁷⁾ 이상의 차등화된 감면 조치의 내용은 정책적 판단에 따른 것이라 할 수 있으며, 부분적으로는 공정거래위원회의 재량 여지를 배제함으로써 감면 조치의 명확성을 기하고 있다. 이와 관련하여 EU의 Immunity Notice는 과징금의 감액이 규제기관의 조사에 대한 대상자의 실제 기여도를 반영한 것이어야 한다고 지적하고 있는데,¹⁸⁾ 이러한 관점에서 자진 신고자 유형에 따라서 형식적으로 정한 감면 기준이 구체적인 타당성을 결하게 될 수 있다는 점도 염두에 두어야 한다.

<표 3> 담합행위 자진신고자에 대한 감면 정도

유형	1순위		2순위	
	자진신고자	조사협조자	자진신고자	조사협조자
과징금	면제	면제	50%감경	50%감경
시정조치	면제	감경 또는 면제	감경 가능	감경 가능

한편 동법 시행령 제35조 제1항 제5호 및 제6호의 규정에 의하여 자진신고자에 대한 감면 규정의 적용이 배제된다. 즉 “제1호부터 제4호까지의 규정에 해당하는 자라도 다른 사업자에게 그 의사에 반하여 해당 부당한 공동행위에 참여하도록 강요하거나 이를 중단하지 못하도록 강요한 사실이 있는 경우 또는 일정 기간 동안 반복적으로 법 제19조 제1항을 위반하여 부당한 공동행위를 한 경우”에는 시정조치와 과징금이 감면되지 않으며(5호), 그리고 “제3호에 해당하는 자로서 다음 각 목의¹⁹⁾ 어느 하나에 해당하는 경우”에는 시정조치와 과징금이 감경되지 않는다(6호). 나아가 감면고시 제6조의2는 동법 시행령 제35조 제1항 제5호에서 강요의 판단과 관련하여, 다른 사업자에

17) 두 번째 자진신고자 등에 대한 감경비율은 2007년 동법 시행령 개정에 의하여 30%에서 50%로 상향되었다.

18) Immunity Notice, (5).

19) 가목 2개 사업자가 부당한 공동행위에 참여하고 그 중의 한 사업자인 경우, 나목 제1호 또는 제2호에 해당하는 자가 자진신고하거나 조사에 협조한 날부터 2년이 지나 자진신고하거나 조사에 협조한 사업자인 경우.

게 그 의사에 반하여 당해 부당한 공동행위에 참여하도록 하기 위하여 또는 이를 중단하지 못하도록 하기 위하여 폭행 또는 협박 등을 가하였는지 여부(1호)와 다른 사업자에게 그 의사에 반하여 당해 부당한 공동행위에 참여하도록 하기 위하여 또는 이를 중단하지 못하도록 하기 위하여 당해 시장에서 정상적인 사업활동이 곤란할 정도의 압력 또는 제재 등을 가하였는지 여부(2호)를 제시함으로써 행태적 측면에 초점을 맞추어 강요의 개념을 구체화하고 있다.

그러나 이러한 개념 구성이 공동행위, 특히 수평적 공동행위에서²⁰⁾ 강요가 갖는 의미와 어떠한 관련성을 갖는지의 관점에서 논의의 필요성은 남아 있다. 일반적으로 수평적 공동행위는 참가자들이 공동의 이익을 추구하거나 향유하는 것을 상정하며,²¹⁾ 카르텔 형성이나 유지에 특정 참가자의 강요가 매개된 경우에도 경쟁법은 카르텔 참가자 모두에게 책임을 귀속시키는 규제체계를 이루고 있다. 이러한 점에서 감면제도의 적용에서 강요자의 배제는 카르텔 참가자들 간에 차별화된 이익이 존재할 수 있음을 전제하는 것이며, 특히 행태적 측면이 아닌 경제적 측면에서 강요를 파악할 경우에 이에 대한 이해가 뒷받침되어야 한다. 또한 참가자들의 행위가 투명하게 모니터링 될 수 있고 이탈자에 대한 보복이 이루어질 가능성이 높은지 여부와 관련된 시장구조적 특징, 강요 주체와 상대방의 관계에 대한 이해의 기초를 제공하는 참가자들 간의 상대적 규모 등이²²⁾ 객관적으로 분석될 필요가 있다.

나. 당해 사건에서 자진신고자 감면조치의 타당성

앞에서 살펴본 것처럼 공정거래위원회는 LGU+에 대하여 전용회선 입찰 담합 건에서는 2순위 자진신고자로서의 지위를 인정하여 과징금액 50%를 감경하고, 모바일메시지 입찰 담합 건에서는 1순위 자진신고자로서 과징금 전액을 면제하였다. 이상의 결정에서 LGU+는 자진신고자 감면 조치의 요건을 모두 충족한 것으로 보이며, 특히 과징금 100% 면제가 이루어진 모바일메시지 입찰 담합 건은 더 이상 문제가 될 것은 없다. 다만 2순위 자진신고자로서의 지위에 기초하여 이루어진 전용회선 입찰 담합 건의 감면 조치에 대해서는 추가적으로 살펴볼 부분이 있다.

전용회선 입찰 담합 건에서 LGU+가 2순위 자진신고자로 인정된 것에 비추어, 당해 사건에서 1순위 자진신고자가 존재하는 것으로 볼 수 있다.²³⁾ <표 1>에서 제시된 자진신고는 공정거래위원회가 조사를 개시한 2018. 3. 19. 익일에 이루어졌고, 따라서 1순위 자진신고자와의 차이는 단지 몇 시간이었을 것으로 추정된다. 전술한 것처럼 1순

20) 수직적 제한에 관한 공동행위의 경우에 강요(coercion)가 합의의 존재와 관련하여 필수적인 요소일 수 있다고 보는 것으로서, Jean Wegman Burns, "The New Role of Coercion in Antitrust", 『Fordham Law Review』 vol. 60, issue 3, 1991, pp. 434-435 참조.

21) Ibid., pp. 381-385 참조.

22) Richard Whish, *Competition Law* 6. ed., Oxford Univ. Press, 2009, pp. 406-407 참조.

23) 1순위 자진신고자는 SKT로 파악되고 있다.

위와 2순위 자진신고자 간에는 감면 효과에 있어서 차이가 있으며, 1순위 자에게만 감면효과를 부여하는 미국의 경우를 제외한 다른 국가에서도 1순위자와 후순위자 간에 감면효과에서 차이를 두는 것이 일반적이기 때문에,²⁴⁾ 이러한 효과상의 차이를 이례적인 것으로 볼 것은 아니다.

이러한 차이는 제도의 실효성을 높이기 위한 정책적 고려에 따른 것으로 볼 수 있을 것이다. 순위에 따른 효과의 차등적 부여는 자진신고를 유인하는데 효과적일 수 있으며, 제공된 정보의 가치 측면에서도 이러한 차이가 정당화될 수 있다. 또한 순위를 고정하고 이에 따른 법적 효과에 재량의 여지를 최소화하고 있는 것은 수범자의 법적 안정성을 제고하고 제도가 실효적으로 기능하는데 도움이 될 수 있다는 점도 염두에 두어야 한다. 그렇지만 앞에서 언급한 EU의 Immunity Notice가 과징금의 감액은 규제기관의 조사에 대한 대상자의 실제 기여도를 반영하여야 한다고 지적한 것도 상기할 필요가 있다. 특히 당해 사안에서처럼 1순위자와 2순위자 간에 단지 몇 시간의 차이만 존재하고, 따라서 규제기관의 인지와 조사에 기여하는 정도에 차이가 거의 없는 경우에는 효과 측면에서 이러한 차이를 완화하는 방안이 강구될 필요가 있을 것이다.

Ⅲ. 국가계약법상 부정당제재 처분

1. 조달청의 처분

공정거래위원회의 전용회선 및 모바일메시지 입찰 담합 건에 대한 심결에 따라서 조달청은 LGU+에 부정당제재 처분을 부과하였다. 조달청의 처분 역시 공정거래위원회의 심결과 마찬가지로 전용회선과 모바일메시지를 분리하였다. 우선 조달청은 2019. 9. 26. 전용회선 입찰 담합 건을 이유로 국가계약법 제27조 및 동법 시행령 제76조 제1항 제7호에²⁵⁾ 근거하여 LGU+에 6개월의 입찰참가자격 제한 처분을 부과하였다.

한편 모바일메시지 입찰 담합 건에 관하여 조달청은 2020. 5. 7. LGU+에 입찰참가자격제한 처분을 내리지 않는 결정을 하였다. 동법 시행규칙 제76조 제3항 및 [별표 2 의1] 나목은 “각 중앙관서의 장은 부정당업자가 위반한 여러 개의 행위에 대하여 같은 시기에 입찰참가자격 제한을 하는 경우 입찰참가자격 제한기간은 제2호에 규정된 해당

24) EU에서 자진신고자의 경우 감경 비율은 1순위 100, 2순위 30-50, 3순위 20-30, 기타 20이하 그리고 자진협조자의 경우 감경 비율은 1순위 30-50, 2순위 20-30, 3순위 20이하, 기타 20이하로 하고 있다.

25) 2016. 9. 2. 개정 전 시행령에서 제76조 제1항 제7호는 “경쟁입찰, 계약 체결 또는 이행 과정에서 입찰자 또는 계약상대자 간에 서로 상의하여 미리 입찰가격, 수주 물량 또는 계약의 내용 등을 협정하였거나 특정인의 낙찰 또는 납품대상자 선정을 위하여 담합한 자”로 규정하고 있으며, 동항 본문은 이에 해당하는 자에 대하여 “즉시 1개월 이상 2년 이하의 범위에서 입찰참가자격을 제한하여야 한다”고 규정하고 있다.

위반행위에 대한 제한기준 중 제한기간을 가장 길게 규정한 제한기준에 따른다”고 규정하고 있는데, 2019. 9. 26. 결정에 의하여 LGU+에 대해서는 이미 6개월의 제재기간이 부여되었으므로 동 규정에 근거하여 추가적인 자격제한 처분을 내리지 않았다. 이와 관련하여 대법원이 “국가계약법 시행규칙 제76조 제3항은 수 개의 위반행위에 대하여 그 중 가장 무거운 제한기준에 의하여 제재처분을 하도록 규정하고 있고, …… 이 사건 규칙조항은 행정청이 입찰참가자격 제한처분을 한 후 그 처분 전의 위반행위를 알게 되어 다시 입찰참가자격 제한처분을 하는 경우에도 적용된다고 할 것이다”²⁶⁾ 판결도 참고할 수 있을 것이다.

이상의 조달청 처분은 LGU+의 입찰참가자격 제한 사유가 두 건임을 전제로 전용회선 입찰 담합 건으로 이미 처분이 부과되었으므로, 그 보다 중하지 않은 모바일메시지 입찰 담합 건에 대해서는 추가적인 처분을 하지 않기로 결정한 것이다. 따라서 모바일메시지 입찰 담합 건을 이유로 한 자격 제한의 기간이 전용회선 입찰 담합 건에 비하여 작은 것임을 시사하므로, 당해 입찰 담합 건에서 1순위 자진신고자로 과징금이 감면되었던 상황이 반영된 것으로 볼 수 있다. 그렇지만 국가계약법상 입찰참가자격 제한 조치에 있어서 개별 입찰 담합 건에 대한 자격 제한은 병과되는 것이 아니라 가장 중한 조치에 흡수되는 것이라는 점에서, 모바일메시지 입찰 담합 건의 반영 여부가 실질적인 중요성을 갖는 것은 아니다.

2. 부정당업자의 제재와 당해 처분의 평가

(1) 부정당업자 제재의 의의

부정당업자에 대한 입찰참여의 제한 규제는 국가계약법 제27조와 지방계약법 제31조 등에 근거하여 이루어진다. 국가계약법 제27조 제1항은 “각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 그 밖에 입찰에 참가시키는 것이 적합하지 아니하다고 인정되는 자에게는 2년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰 참가자격을 제한하여야 하며, 그 제한사실을 즉시 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다. 이 경우 통보를 받은 다른 중앙관서의 장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 부정당업자의 입찰 참가자격을 제한하여야 한다”고 규정하고 있다. 동법 시행령은 입찰 참가자격 제한 사유를 구체적으로 정하고 있는데, 구 시행령 부정당업자에 해당하는 구체적 사유를 규정하는 제76조 제1항 각 호 중에서, 제7호는 입찰담합에 관한 것으로서 “경쟁입찰, 계약 체결 또는 이행 과정에서 입찰자 또는 계약상대자 간에 서로 상의하여 미리 입찰가격, 수주 물량 또는 계약의 내용 등을 협정하였거나 특정인의 낙찰 또는 납품대상자 선정을 위하여 담합한 자”로 되어 있

26) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013두18964 판결.

다.²⁷⁾ 이와 유사한 규정이 지방계약법에도 존재하는데, 동법 제31조 제1항은 부정당업자의 입찰참가자격 제한 그리고 동법 시행령 제92조 제1항은 입찰담합을 포함하여 구체적으로 부정당업자에 해당하는 사유에 관하여 규정하고 있다.²⁸⁾

이상의 국가계약법, 지방계약법 등에 의한 부정당업자 입찰참가 제한 처분은 입찰담합에 참가한 자에게 일률적으로 부과되고 이에 관한 규제기관의 재량 여지가 없는 기속적인 형식으로 규정되어 있다. 국가계약법 등에서의 입찰담합 판단은 실질적으로 독점규제법에 의한 입찰담합 규제에 영향을 받게 되고, 공정거래위원회가 독점규제법상 입찰담합을 한 것으로 인정한 사업자는 자동적으로 공공사업의 수주에서 일정 기간 배제되는 구조가 형성되고 있다. 부정당업자에 대한 입찰참가 제한은 정책적으로 공공사업에 관한 계약과정의 공정성과 계약이행의 성실성을 보장하기 위한 목적에 따른 것이며, 이러한 관점에서 기왕의 입찰담합 행위자에 대한 입찰참가 자격 제한 자체가 문제가 될 것은 아니다.²⁹⁾ 그러나 제도 운영의 타당성과 실효성 측면에서 논의의 여지는 있다.

우선 법형식적 측면에서 기속적으로 규정되어 있는 규정 태도에 의문이 있으며,³⁰⁾

27) 구 시행령상 규정은 현행 시행령상 다음의 규정으로 대체되었다. 제76조 ① 법 제27조 제1항 제8호 각 목 외의 부분에서 "대통령령으로 정하는 자"란 다음 각 호의 구분에 따른 자를 말한다.

1. 경쟁의 공정한 집행을 저해할 염려가 있는 자로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자
가. 입찰 또는 계약에 관한 서류(제39조에 따라 전자조달시스템을 통하여 입찰서를 제출하는 경우에 「전자서명법」 제2조 제8호에 따른 공인인증서를 포함한다)를 위조·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 허위서류를 제출한 자

나. 고의로 무효의 입찰을 한 자. 다만, 입찰서상 금액과 산출내역서 상 금액이 일치하지 않은 입찰 등 기획재정부령으로 정하는 입찰무효사유에 해당하는 입찰의 경우는 제외한다.

라. 입찰참가를 방해하거나 낙찰자의 계약체결 또는 그 이행을 방해한 자

② 각 중앙관서의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 "부정당업자"라 한다)에 대해서는 즉시 1개월 이상 2년 이하의 범위에서 입찰참가자격을 제한해야 한다. 다만, 부정당업자의 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인이 법 제27조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여 입찰참가자격 제한 사유가 발생한 경우로서 부정당업자가 대리인, 지배인 또는 그 밖의 사용인의 그 행위를 방지하기 위해 상당한 주의와 감독을 게을리하지 않은 경우에는 부정당업자에 대한 입찰참가자격을 제한하지 않는다.

1. 계약상대자, 입찰자 또는 제30조 제2항에 따라 전자조달시스템을 이용해 견적서를 제출하는 자로서 법 제27조 제1항 제1호부터 제4호까지 및 제7호·제8호의 어느 하나에 해당하는 자

2. 법 제27조제1항제5호 또는 제6호에 해당하는 자

28) 이 외에도 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제39조 제2항 및 동법 시행규칙인 「공기업·준정부기관 계약사무규칙」 제15조 제1항 그리고 「지방공기업법」 제64조의2 제4항 및 동법 시행령 제57조의4 제1항에 의하여 입찰참가자격의 제한이 이루어질 수 있다.

29) 김태완, "지방계약법상 부정당업자입찰참가자격제한 제도의 개선방안에 관한 연구 - 실무운용과정에서의 제도적 미비를 보완하기 위한 입법론적 방안을 중심으로", 「지방계약연구」 제2호(2010), 2-4면 참조. 또한 사경제 주체로서 나선 국가는 부정한 사업자와 계약을 하지 않을 자유가 있으며, 이와 같은 사법적 원리의 적용도 부정당업자 계약 배제의 근거가 될 수 있다는 것으로서, 박정훈, "부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 문제제", 「서울대학교 법학」 제46권 제1호(2005), 283면.

30) 비교법적인 예를 보면, EU의 공적계약지침(Directive 2004/18/EC on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts

입찰참가 제한 사업자에게 충분한 절차적 보장이 주어지고 있지 않다는 점도 문제가 될 수 있다.³¹⁾ 아울러 책임주의적 관점에서도 논의의 필요성이 있다. 입찰담합 위반자에 대하여 공정거래위원회는 위법행위를 중지하고 재발을 방지할 목적으로 시정조치를 부과하는데, 여기에 국가계약법 등에 의하여 입찰참여 제한 조치가 추가되고 있다. 물론 이와 같은 제도 운영은 법집행의 강화 측면에서 의의가 있지만, 위반사업자의 책임 범위를 넘는 문제가 발생할 수 있다는 점도 염두에 두어야 한다. 공정거래위원회의 입찰담합 위반사업자에 대한 시정조치는 문제가 된 행위의 중지 및 향후 유사한 입찰담합 행위를 금지하는 것을 주된 내용으로 하지만, 나아가 정보 교환과 같은 담합 관련 행위를 금지하거나 지속적인 보고 또는 자율적인 감독기능을 갖출 것을 요구하는 등의 내용이 조치에 포함되는 경우도 많으며, 이와 같은 시정조치에 위반하였을 경우 추가적인 제재가 부과될 수 있다.³²⁾ 따라서 국가계약법 등에 의한 입찰참가 배제 조치는 공정거래위원회의 제재 이상으로 규제가 가중될 수 있음을 시사한다.

독점규제법과 국가계약법은 규범 목적상 차이가 명백하므로, 동일한 위반 행위에 대한 제재가 각 법률에 의거하여 별도로 부과되는 것 자체가 타당성을 결하는 것으로 볼 것은 아니다. 그러나 국가계약법 등이 공공사업에 있어서 계약의 공정화를 추구하는 목적은 기본적으로 시장에서의 자유롭고 공정한 경쟁을 보호하려는 독점규제법의 목적과 유사하며, 따라서 제도의 형식적 이해와 이에 따른 적용은 이중(과잉) 규제로서의 문제점을 낳을 수 있다는 점에도 주의를 요한다. 입법적으로는 관련 규정을 국가계약법 제27조 제1항 제5호의 “「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 또는 「하도급거래 공정화에 관한 법률」을 위반하여 공정거래위원회로부터 입찰참가자격 제한의 요청이 있는 자”의 규정으로 통일하여, 전문적인 경쟁당국에게 종합적인 시각에서 이를 검토할 수 있는 기회를 부여하는 것이 타당성과 실효성 제고의 관점에서 의미 있는 개선 방안이 될 수 있다.

나아가 입법적인 개선 이전에도 동 규정의 의의가 충분히 고려될 필요가 있다. 예를 들어 독점규제법상 자진신고자 감면조치가 취해진 경우에 이에 대한 고려는 부정당업자 제재에서도 행해질 필요가 있으며, 이는 경쟁정책의 실현기관으로서 공정거래위원회의 판단에 우선적인 의미를 부여하고 있는 동 규정의 취지에 부합하는 것일 수 있다.

and public service contracts) 제45조 제2항의 경우 과거 전문적 행위(professional conduct, 자신의 영업적 활동과 무관한 위법행위는 배제되는 의미)와 관련한 위법행위에 의하여 기판력 있는 판단을 받은 경우(c호) 또는 발주처에 의하여 위법행위가 확인된 경우에(d호) 계약에서 배제될 수 있는데, 이는 규제기관의 재량에 따르는 형식(may be excluded)을 취하고 있다. 동 규정에 관하여, Peter Trepete, *Public Procurement In The EU*, Oxford Univ. Press, 2007, pp. 344-346 참조.

31) 미국의 연방조달규칙(Federal Acquisition Regulation)은 공적 계약에서의 배제 조치(debarment)를 취할 경우 적법절차적 원칙에 따라서 해당 사업자에게 충분한 소명의 기회를 부여하고 있다. Federal Acquisition Regulation Subpart 9.406-3 참조.

32) 독점규제법 제67조 제6호는 시정조치에 응하지 않은 자에 대하여 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금에 처한다는 규정을 두고 있다.

(2) 당해 처분의 검토

앞에서 살펴본 것처럼 조달청이 국가계약법 제27조 및 동법 시행령 제76조에 근거하여 부과한 LGU+에 대한 입찰참가자격 제한 조치는 전용회선 입찰 담합 건과 모바일 메시지 입찰 담합 건을 분리하여 이루어지고 있다. 이러한 분리는 독점규제법상 하나의 공동행위를 파악하는 기준에 부합하는 것이지만, 이를 형식적으로 부정당업자에 대한 제재에 원용할 것은 아니다.

무엇보다 부정당업자 제재는 행위에 대한 규제가 아니라 행위자에 대한 규제라는 점을 염두에 둘 필요가 있다. 즉 개별 행위가 아니라 입찰참가자격 제한 처분이 부과되는 행위자를 중심으로 문제가 되는 행위들을 종합적으로 고려할 필요가 있다. 구체적으로 문제가 되는 행위가 독점규제법상 별개의 행위로서 규제 대상이 된다 하더라도, 이러한 행위들의 주체로서 행위자에 대하여 부과되는 국가계약법상의 처분은 행위자에 대한 종합적인 평가에 기초하는 것이 되어야 한다. 당해 사안에서 LGU+는 전용회선 입찰 담합 건에서 2순위 자진신고자로 50%의 과징금 감경을 받았지만, LGU+가 행한 일련의 자진신고와 이후 보완 자료의 제출은 1순위 자진신고자와 의미 있는 시차를 두고 이루어진 것이 아니며, 또한 <표 2>에서 확인할 수 있는 것처럼 1순위 자진신고자로 인정된 모바일메시지 입찰 담합 건의 자진신고와 동일한 시기에 이루어진 것이었다. 이러한 이해가 충분히 반영되지 못하였다는 점에서 조달청의 LGU+에 대한 처분에 대해 논의의 여지는 있을 것이다.

나아가 자진신고자 감면제도가 실효성 있게 기능하기 위하여 신고자에 대한 확실한 보상이 제시되어야 할 필요가 있다는 점은 부정당업자 제재에 있어서도 유효하다.³³⁾ 이러한 점이 간과될 경우에 자진신고자 감면제도의 실효성이 저해될 수 있고, 이는 동 제도를 통하여 달성하고자 하는 시장 경쟁의 활성화에 역행하는 결과를 낳을 수도 있다. 또한 EU의 'Immunity Notice'가 지적하고 있는 것처럼 자진신고자 감면제도의 정당성은 은폐적인 방식으로 이루어지는 카르텔을 찾아내고 규제함으로써 얻게 되는 소비자와 공동체 구성원들의 이익이 카르텔에 참가한 사업자에 대한 금전적 제재로부터 발생하는 이익보다 큰 것에서 도출된다는 점을 상기할 필요가 있다.³⁴⁾ 입찰참가자격 제한제도는 본질적으로 진입제한의 성격을 갖는다는 점에서 신중한 운영이 요구되며,³⁵⁾ 경쟁력 있는 사업자의 사전적인 진입제한은 당해 시장에서의 경쟁에 오히려 부정적인 영향을 미칠 수 있다는 점도 고려되어야 한다.³⁶⁾

33) OECD, op. cit., p. 18 참조.

34) Immunity Notice, (3).

35) 김태완, 앞의 글, 17-18면 참조.

36) 과징금 부과와 관련하여 이러한 조치가 경쟁 상황을 악화시킬 수 있다는 점도 고려되어야 한다는 지적으로, Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, Oxford Univ. press, 2012, p. 519 참조.

IV. 공익신고법상 공익신고자 보호

1. 공익신고법상 공익신고자 보호제도의 의의

공익신고제도는 국가나 국민의 이익에 반하는 법률 위반 행위 및 사회질서를 파괴하는 다양한 정보들을 관련 기관에 전달하는 제도를 의미한다. 공익신고의 제도화는 2001년 ‘부패방지법’ 제정에 의해 시작되었는데, 동법은 2009년 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」로 변경되었고, 2011년 「공익신고자 보호법」(이하 공익신고법)이 제정되어 현재에 이르고 있다. 전자는 공직자의 부정·부패행위 및 고충사항을 주요 내용으로 하는 공적인 영역에 적용되고 있고, 후자에 의하여 공익신고의 보호 범위는 민간영역으로 확대되고 있다.³⁷⁾ 공익신고법 제1조는 “이 법은 공익을 침해하는 행위를 신고한 사람 등을 보호하고 지원함으로써 국민생활의 안정과 투명하고 깨끗한 사회풍토의 확립에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다.

공익신고법 제2조 제1호에서 공익침해행위는 “국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 및 이에 준하는 공공의 이익을 침해하는 행위로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위”를 말하며, 각 목에 해당하는 것은 별표에 규정된 법률의 별칙에 해당하는 행위(가)와 별표에 규정된 법률에 따라 인허가의 취소처분, 정지처분 등 대통령령으로 정하는 행정처분의 대상이 되는 행위(나)가 이에 해당한다. 그리고 [별표]는 제78호에서 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」을 규정하고 있다.³⁸⁾ 공익신고에 관해서는 동법 제2조 2호에서 규정하고 있는데, 공익신고는 “제6조 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 공익침해행위가 발생하였거나 발생할 우려가 있다는 사실을 신고·진정·제보·고소·고발하거나 공익침해행위에 대한 수사의 단서를 제공하는 것”을 의미한다. 동 규정에서 공익신고의 상대방은 제6조에 한정하고 있는데, “공익침해행위에 대한 지도·감독·규제 또는 조사 등의 권한을 가진 행정기관이나 감독기관”(6조 2호)이 이에 해당한다.

동법은 제11조 이하에서 공익신고자의 보호에 관한 구체적인 규정을 두고 있다. 우선 제15조 제1항은 “누구든지 공익신고자등에게 공익신고 등을 이유로 불이익조치를 하여서는 아니 된다”는 원칙을 밝히고 있다. 특히 실질적 중요성을 갖는 것은 책임의 감면에 관하여 규정하고 있는 제14조인데, 동조 제2항은 “공익신고 등과 관련하여 발견된 위법행위 등을 이유로 공익신고자등에게 징계를 하거나 불리한 행정처분을 하는 경우 (국민권익)위원회는 공익신고자등의 징계권자나 행정처분권자에게 그 징계나 행정처분의 감경 또는 면제를 요구할 수 있다. 이 경우 요구를 받은 자는 정당한 사유가

37) 박호연·김명대, “공익신고제도 개선방안에 관한 연구”, 「국제법무」 제10집 제1호(2018), 75-76면 참조.

38) [별표]는 총 284개의 법률을 규정하고 있다.

있는 경우 외에는 그 요구에 따라야 한다”고 규정하고 있다. 동 규정은 2015년 개정에 의해 변경된 것인데, 특히 불리한 행정처분을 책임감면의 요구 사항으로 명정함으로써 공익신고자 보호제도의 실효성을 제고하고 있다는 점에서 의의가 있다.³⁹⁾

2. 당해 사안에 적용 가능성 검토

독점규제법은 공익신고법상 공익신고 대상 법률에 포함되므로, 입찰 담합에 관한 자진신고는 공익신고법상 공익신고에 해당한다. 앞에서 살펴본 것처럼 독점규제법상 자진신고에 대한 감면조치는 독점규제법에 한정되며, 다른 법률에 의한 처분에 직접적인 영향을 미치지 않는 것이다. 국가계약법에 의한 부정당업자 입찰참가자격 제한 조치는 여전히 이루어지고 있으며, 특히 동법에 의해 자진신고자에 대해 처분을 면제할 수 있는 근거는 주어지지 않고 있다.

국가계약법 시행규칙 [별표 2] ‘부정당업자의 입찰참가자격 제한기준’ 제1호 다목 본문은 “각 중앙관서의 장은 부정당업자에 대한 입찰참가자격을 제한하는 경우 자격제한 기간을 그 위반행위의 동기·내용 및 횟수 등을 고려해 제2호에서 정한 기간의 2분의 1의 범위에서 줄일 수 있으며, 이 경우 감경 후의 제한기간은 1개월 이상이어야 한다”고 규정하고 있으며, 제2호의 4. 다에서는 “입찰자 또는 계약상대자 간에 서로 상의하여 미리 입찰가격, 수주 물량 또는 계약의 내용 등을 협정하거나 특정인의 낙찰 또는 낙품대상자 선정을 위하여 담합한 자”에 대하여 6개월의 제재기간을 규정하고 있다. 이상의 규정에 의하면, 입찰 담합의 자진신고자에 대하여 최소한 3개월 이상의 제재기간의 부과가 불가피하다.

공공기관의 발주 물량이 사업에서 큰 비중을 차지하는 업종의 경우, 국가계약법 등에 의한 부정당업자의 제재가 유효한 범위에서 입찰 담합의 자진신고에 따른 독점규제법상 감면조치가 실질적인 의미를 갖기는 어려우며, 이러한 구조는 공익신고 보호의 관점에서 일정한 문제를 야기할 수 있다. 즉 공익신고법에 의한 공익신고에 해당하는 독점규제법상 자진신고자에 대하여 불리한 처분이 국가계약법에 의하여 이루어지고 있다면, 이는 공익신고자에 대한 충분한 보호가 이루어지지 못하고 있음을 의미하는 것이다. 이와 관련하여 국민권익위원회는 조달청에 대하여 자진신고자에 대한 부정당업자 입찰 참가자격 제한 조치에 대한 면제를 요구하는 결정을 내리기도 하였지만,⁴⁰⁾ 이로써 충분한지는 의문이다.

이와 관련하여 국민권익위원회는 입법적 개선으로서 국가계약법 등에 부정당업자 제재처분 면제 근거 신설을 마련할 것을 제안하고 있다.⁴¹⁾ 그렇지만 입법 이전에 현행 법체계 하에서도 공익신고법 제14조 제2항 제2문이 국민권익위원회의 대상 기관에 대

39) 박호연·김명대, 앞의 글, 84면 참조.

40) 국민권익위원회 2017. 12. 26. 의결 제2017-1041호.

41) 국민권익위원회, 공익신고자 책임감면의 실효성 제고 방안, 2019, 17면 참조.

한 감면 요청이 구속력을 갖는 것으로 규정하고 있으며, 동 규정에 의한 문제 해결을 적극적으로 모색할 필요가 있을 것이다.

V. 결론

독점규제법상 자진신고자 감면제도는 부당한 공동행위에 참가한 사업자를 적법행위로 유인해냄으로써 규제의 실효성을 높이기 위해 고안된 제도이다. 이러한 입법취지에서 드러나듯이, 동 제도가 제대로 기능하기 위해서는 적절한 유인체계의 설계가 핵심적이다. 그러나 이를 행함에 있어서 독점규제법 위반 행위가 다른 법률에도 영향을 미치고 있다는 점이 아울러 고려될 필요가 있다. 특히 국가계약법 등에 규정된 부정당업자 입찰참가 제한과 같은 제제는 독점규제법상 부당 공동행위 규제와 제도적으로 연계되어 있다는 점에 주의를 요한다. 이러한 상황에서 독점규제법상 부당 공동행위에 참가한 사업자의 자진신고에 대한 감면이 이루어진다고 하더라도, 국가계약법에 의한 제재가 여전히 가능하다면 자진신고자 유인으로서의 한계가 나타날 수밖에 없으며, 이는 동 제도의 유효성에 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 본문에서 다룬 엘지U+의 공동행위 및 자진신고 사건은 이에 관한 적절한 예가 될 수 있을 것이다.

물론 독점규제법과 국가계약법은 규범적 목적이 상이하고, 따라서 양 법률에 근거한 규제가 독립적으로 이루어진다는 것 자체를 문제 삼기는 어려울 것이다. 그러나 자진신고자 감면제도의 취지에 비추어, 독점규제법상 감면조치를 부여함에 있어서 국가계약법상 이루어지는 제재가 고려될 수 있도록 하는 것은 동 제도의 실효적인 운영을 위하여 필요할 수 있다. 한편 이러한 문제의 해결을 위한 입법적 개선이 이루어지기 전이라도, 공익신고법의 적용을 통해 대체적 해결을 모색하는 방안도 적극적으로 고려될 수 있을 것이다.

[참고문헌]

- 국민권익위원회, 공익신고자 책임감면의 실효성 제고 방안, 2019
- 권오승, 「경제법」, 법문사, 2019
- 김승태, “반부패 정책수단으로서의 공익신고자 보호법 평가”, 「홍익법학」 제14권 제2호, 2013
- 김태완, “지방계약법상 부정당업자입찰참가자격제한 제도의 개선방안에 관한 연구 - 실무운용과정에서의 제도적 미비를 보완하기 위한 입법론적 방안을 중심으로”, 「지방계약연구」 제2호, 2010
- 박정훈, “부정당업자의 입찰참가자격제한의 법적 제문제”, 「서울대학교 법학」 제46권 제1호, 2005
- 박호연·김명대, “공익신고제도 개선방안에 관한 연구”, 「국제법무」 제10집 제1호, 2018
- 이효원·최윤정, “자진신고자 감면제도의 개정이 담합 적발률과 담합 형성률에 미치는 영향”, 「한국경제연구」 제32권 제2호, 2014
- 홍명수, “자진신고자 감면제도에 있어서 적용 제외 사유에 관한 검토”, 「경쟁법연구」 제26권, 2012
- Burns, J. W., "The New Role of Coercion in Antitrust", 「Fordham Law Review」 vol. 60. issue 3, 1991
- Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy* 3. ed., Thomson/West, 2005
- OECD, *Trade and Competition: From Doha to Cancun*, 2003
- Trepete, P., *Public Procurement In The EU*, Oxford Univ. Press, 2007
- Whish, R. & Bailey, D., *Competition Law*, Oxford Univ. press, 2012
- Whish, R., *Competition Law* 6. ed., Oxford Univ. Press, 2009

[Abstract]

A Study on the Operation Plan of Related System for Revitalization of
Leniency Program

Myungsu Hong*

Under the Monopoly Regulation Act, the leniency program is designed to enhance the effectiveness of regulations by enticing companies who have participated in cartel into a lawful conducts. In order for this system to function properly, the design of an appropriate induction system is important. However, it should also be considered that violations of the Monopoly Regulation Act also affect other laws. In particular, regulations such as restrictions on participation in bidding for illegitimate operators, which are stipulated in the State Contracts Act, are important in that they are systematically linked to regulation of cartel under the Monopoly Regulation Act. In light of the purpose of the leniency program system, it may be necessary for the effective operation of the system to allow sanctions imposed under the State Contracts Act to be taken into account in operating leniency program under the Monopoly Regulation Act. Meanwhile, measures to seek alternative solutions through the application of the Public Interest Reporters Act can also be actively considered, even before legislative improvements are made to resolve these problems.

Key words: Cartel, Bid Collusion, Leniency Program, Illegitimate Operator, Public Interest Reporter

* Professor, College of Law, Myongji Univ.

家庭暴力女性受害者的法律援助论议 (가정폭력에 있어서 여성피해자 법률지원에 관한 논의)

유심우(刘心宇)* · 왕정(王静)** · 이욱(李煜)***

논문요지

가정폭력의 방지에 관련하여 국제법 및 국내의 법규가 어느 정도 정비되어 있지만 가정폭력은 아직도 주요한 사회문제로 간주되어 있다. 중국은 가정폭력의 여성 피해자에 있어서 관련 사법과 정책 등이 피해자 보호와 가해자 처벌이 입법적 목적에 못 미치고 있는 실정이다. 예를 들면 사건의 처리에 있어서 피해자 보호를 앞세우지 아니하고, 가족 보호라는 명목으로 접근하는 문제점도 있다. 그리고 가정폭력에 대한 해결책이 적절하지 않아서 아직 피해자들이 원하는 요구에 부합하지 아니하다는 점이 끊임없이 반영되고 있다. 본고는 가정폭력의 여성피해자 법률 지원에 있어서 존재하는 문제점과 상응한 대책 마련을 위하여, 우선 가정폭력의 현황을 고찰한 후, 관련 문제점을 제시하고 상응한 보완의 대책을 논의 할 것이다. 특히 독자적이며 완벽한 법률 체계를 세워서 가정 폭력 피해자를 전문 지원하는 부서를 설립할 것을 호소할 것이며, 사법과 치안관리 등 관련 부서의 역할도 강화해야 함을 주장 할 것이다. 그 외에도 일상생활에서 법률 지식, 성의 평등 등이념을 끊임없이 보급하여, 더욱 많은 여성들이 법률의식을 갖추도록 도와주게 되면 그들로 하여금 법률적 수단을 이용하여 자신을 보호할 수 있을 뿐만 아니라, 가정 폭력의 발생원인도 근본적으로 억제할 수 있으리라 기대해 보고자 한다.

검색용 주제어: 가정폭력, 여성피해자, 법률지원, 문제점, 보완

· 논문접수: 2020.12.14. · 심사개시: 2020.12.23. · 게재확정: 2021.01.11.

* 청도대학교법과대학 대학원생, 중일한법학연구센터 연구원

** 법학박사, 청도대학교법과대학 부학장

*** 청도대학교법과대학 대학원생, 중일한법학연구센터 연구원

绪论

联合国所制定的文件——《消除对妇女的一切形式歧视公约》是对于家庭暴力高度重视的一个开始。家庭暴力发生在家庭内由配偶者，主要是由男性引起的，包括严重程度上恐吓或轻蔑的语气、以及强迫的性行为和身体虐待行为。

中国所称的夫妻间的家庭暴力与世界上其他国家类似。家庭暴力行为主要是指通过强迫的暴力手段，即违背其他家庭成员的基本意愿或对其他家庭成员造成的生理或精神心理上的严重伤害。

应受家庭暴力的法律救济和保护受害人不仅应该将具有基本婚姻关系的家庭或个人包含在内，还应该包含具有婚姻、非婚、同性和非同性关系的家庭或者个人；与他人曾经具有同一家庭或亲密关系的其他个人；同一家庭的其他成员等¹⁾。除此之外还有一些具有特殊非婚关系的受害人，也就是说，有着婚姻以外其他亲密关系的受害人。²⁾

家庭暴力的表现形式多种多样，无法被直接统计和涵盖，在这种情况下我们有必要划分和了解不同类型的家庭暴力。我们所说的家庭暴力主要认为有四种暴力侵害类型：分别是身体暴力、性暴力、精神暴力和财产控制暴力。³⁾

身体性暴力主要是指加害人通过各种形式的暴力手段，如推搡、殴打、咬伤、拳打脚踢等。

性暴力还包括婚内强奸、乱伦及违背对方或者被害人意愿的性接触以及通过侵犯被害人的性器官使被害人感到恐惧、羞辱，严重的性暴力还会危及财产和生命安全。

精神暴力也应包括在家庭暴力的类型中，对被害人的精神损害最容易被忽视。因为实施家庭暴力的人往往伴随着精神上的破坏而对人体造成损害。行为人对对方的控制、怀疑或以其他方式威胁对受害人造成紧张、抑郁的行为则称为精神暴力。

财产控制暴力通常是指在犯罪中加害人通过严格控制家庭财产的收支来限制受害人的经济收入来源的一种行为。使用控制经济支出的手段可以达到从财产上控制受害人的目的，进而大大破坏、打击受害人的自尊、自信和自我价值。

I. 家庭暴力女性受害者的法律援助概述

1. 家庭暴力的特征及表现形式

中国有着一种封建传统的思想——“家丑不可外扬”，受害者也往往因为这种观念，对家暴行为忍气吞声。由于受害人和加害人生活在同一屋檐下，施暴者甚至可以在任何的时间、任何的地点、以任何的方式对受害者实施家庭暴力。

家暴行为具有主体特定性。社会是由一个个作为基本构成单位的家庭组成的，特别是在人

1) 《反对针对妇女暴力的立法框架》，联合国专家组，2008

2) 《国际妇女百科全书》(精选本上卷) [M]. 高等教育出版社，2007: 216

3) 叶海燕.经济控制将首次纳入家暴范围[N].中国妇女报,2014-8-20(A03).

口众多的国家，家庭暴力是常见的现象。夫妻隐性家庭暴力最明显的特征是一方是受害人，另一方是施暴者。

第三个特点是家庭暴力具有周期性。家庭成员情感上的亲密，会直接使得家庭暴力更加频繁和持久。家庭暴力往往随着一段时间的发展和推移而逐渐累积，家庭暴力的受害者不仅遭到一两次的侵犯，而是经常受到持续性的侵犯。这样就使家庭暴力往往具有一定的周期性。

第四个特点是家庭暴力的后果严重，家庭暴力不仅仅会对受害人造成身体伤害、限制受害人的人身自由，严重的还会损害受害人的身心健康。

第五是家庭暴力的受害人举证困难。家庭暴力发生之后，及时保存和整理收集证据对于家庭暴力受害人是很困难的，第三人也有可能会因为各种理由不愿意为被害人作证。在目前的民事诉讼中，普遍奉行和采用“谁诉讼，谁举证”的家庭暴力诉讼处理原则。如果诉讼当事人不能准确地举出足够的证据，法官就不会在内心上认证家庭暴力的事实，更可能无法对此暴力事实作出合理性的判决。

2. 关于家庭暴力的数据分析

家庭暴力发生的空间往往具有封闭性的特点，因此调查家庭暴力的分布和发生率虽然有其限度，但一项由据世界银行调查的统计显示，20世纪全世界有25%-50%的妇女都曾受到过与其关系密切者的身体虐待。全国妇联的一项最新抽样调查表明，在被调查的公众中，有16%的女性承认被配偶打过，14%的男性承认打过自己的配偶。¹⁾根据2018年3月司法大数据研究院公布的，针对2016年1月1日至2017年12月31日2年时间内民事一审离婚纠纷结案案件，司法大数据专题报告显示：家庭暴力在七类离婚原因中排名第二位（笔者注：约41万件）；家暴对象分布上，女性占比91.43%。全国涉及家暴的案件总共94571件，男性作为施暴者的案件比例是99.9996%。²⁾已婚女性调查实况回答者中，所受到的第一次家庭暴力中，遭受身体上和精神暴力女性占4.9%，遭受情绪上和精神暴力女性占28.6%，遭受经济暴力女性占3.5%，遭受控制暴力女性占36.5%，遭受精神上的暴力比身体上的暴力更高6倍。³⁾第一次家庭暴力造成的身体上和精神受伤的已婚女性心理上和精神受伤的女性情况约20%。家庭暴力受害女性经历了对自己失望、无力感、丧失、不安、忧郁等精神痛苦，丈夫的暴力给女性带来的冲击，不仅损害身体健康，而且损害精神健康。⁴⁾

1) 数据太惊人了！全国2.7亿家庭中 30%已婚女遭家暴，中国经济网，
<http://news.e23.cn/wanxiang/2019-11-27/2019B2700086.html>

2) 吴杰臻，离婚大师，哪里的男人最爱打老婆——十万份判决书数据解密家暴五大真相
http://mp.weixin.qq.com/s/krqVYYvbuupWud_zHIDrFg。

3) 张翼杰.家庭冷暴力的界定、现状及危害[J].人民论坛, 2014, (08): 111.

4) 最高法统计显示24.7%家庭存在不同程度家暴，新华网中国新闻，央视网新闻，
http://news.cntv.cn/2015/12/28/ARTI1451236084_412328.shtml

3. 法律援助立法及救济方式

首先，从专门立法角度来看，世界上许多国家已经单独为家庭暴力立法，虽然从2016年才对家庭暴力单独立法，但比起之前没有专门的针对家庭暴力法律时期来说，在《反家庭暴力法》出台后，家庭暴力作为法律的关注点已经开始引起重视，严重的家庭暴力也被当做犯罪来看待。《反家庭暴力法》的出台对于反家庭暴力工作来说是一道重要的里程碑。

其次，从法律体系层面来看，在家庭暴力国际法律体系中，由联合国安理会颁布的《消除对妇女的一切形式歧视公约》以及其他有关家庭暴力的国际性文件也得到了认同与签署，例如《北京行动纲领》、《北京宣言》等。在国内法律层面，家庭暴力的侵害法律保护 and 救济还体现在除《反家庭暴力法》以外的宪法、民法、婚姻法和具体的行政法规中。除去《反家庭暴力法》，其他法律也对家庭暴力作出了规定⁵⁾，这样的法律保护体系对于建立家庭暴力的法律保护体系是比较完备的。

目前对家庭暴力的救济依然以以下两种方式为主：一是提起离婚诉讼，但离婚所得的赔偿金实际上还是从夫妻共同财产中划分所得，不能额外获得补偿。二是自治组织调解为主，由所在地居民委员会、村民委员会对家庭进行调解，这既不能从根本上保护受害者也无法达到惩罚加害人的目的，实际上是一种治标不治本的缓解性措施。

II. 家庭暴力女性受害者法律援助存在的问题

1. 通过具体案例分析问题

前段时间一名名叫宇芽的美妆博主遭受男友家暴的视频受到社会广泛的关注，视频片段中的内容是宇芽在电梯间被男友殴打，几次殴打过后宇芽反抗不成最后被强硬的拖出电梯。在经历了第三次家暴后，宇芽忍无可忍向男友提出分手。然而这并不是该男子对第一个人实施家暴行为，该男子名为光伟正，44岁，有过三次失败的婚姻。而在宇芽决定曝光男友家暴行为之后才了解发现，光伟正之前的几任妻子都是因为家暴与其离婚，但却因为懦弱或无法寻求到他人的帮助不敢将家暴一事曝光出来，这是多么可怕的事实。宇芽发表的文章和视频一时间在网络上引起轩然大波，然而视频的男主角光伟正（微博社交平台使用名：沱沱的风魔教），在涉嫌家暴的舆论中被爆出后不但没有诚心表示悔过，还在其社交网络平台上反复发布了许多关于辱骂了宇芽、宇芽的家人及其他案件有关证人的淫秽言论，甚至挑衅公安机关，藐视法律的权力和尊严。法网恢恢疏而不漏，最后，经过了公安机关的介入和调查，该名家暴男子被公安机关判处七天的行政拘留。

又如知名男星蒋劲夫，于2018年在日本因故意伤害被捕，而伤害的对象是他的女朋友，一

5) 转引自翁励婧.精神暴力法律问题研究[D].福建：厦门大学，2009：32.

时间将他推向风口浪尖。虽然蒋劲夫对女友实施暴力，但最后因为危害程度不大被日本检方决定不起诉处理，就在事情告一段落之后，蒋劲夫交往的新女朋友再一次因为家暴在社交平台曝光蒋劲夫。一年前的家暴事件，蒋劲夫的粉丝和圈内好友纷纷为蒋劲夫辩驳，然而一年的时间过后，不仅没有等来他们所谓的真相，反而等来了又一名无辜的受害者。在受害者与蒋劲夫妈妈的对话当中可以听出，蒋劲夫的妈妈不仅了解蒋劲夫家暴的事实，反而恳求受害者不要曝光。受害者在遭受家庭暴力后用了三个月的时间疗养，才有勇气说出被家暴的事实，即使是这样蒋劲夫的粉丝依旧为他辩白，甚至称受害者为“诈骗犯”。

2. 家庭暴力女性受害者法律援助存在的问题

(1) 反家庭暴力法律体系不完善

尽管《反家庭暴力法》以明确的法律形式规定“禁止一切形式的家庭暴力”，但并未具体说明家庭暴力的定义和定义的范围。《反家庭暴力法》第二十九条第二款明确规定了三类人身安全危害保护令的一般具体措施和“其他措施”的一般具体条款。但每对离婚的夫妇之间都可能存在各种形式的家庭暴力，这三项具体措施不完全包括在内，“其他措施”不够详细，不能有效保证家庭暴力执法过程的安全和统一。

此外，虽然最高人民法院解释了家庭暴力含义的权力，但是通过实践证明，家庭暴力的范围定义太狭窄，再加上《反家庭暴力法》中对家庭暴力的规定和解释十分的抽象，导致在现实生活中判断过于困难。如家庭暴力与夫妻间打架如何区分？因家庭暴力而离婚的受害人是否能够获得财产赔偿以外的精神损害赔偿？以及如何确定赔偿金额等。

《刑法》虽然也有部分罪名涉及到了家庭暴力，例如虐待罪、遗弃罪，但这些罪名对犯罪的定罪标准较高，普通的家庭暴力很难达到定罪标准，从而使犯罪人得以逃脱法律的制裁，仅被处以行政措施上的拘留、罚款，得不到应有的惩罚。在关于离婚的法律中，只认定家暴行为是准许离婚的理由当中的一个，但是却没有明确的规定当发生家暴行为时，应当对家暴者进行怎样的严厉处罚，才可让家暴者心生忌惮不敢再次实施家暴行为。这些问题是家庭暴力案件中普遍存在的问题，但是法律对此暂无明确的规定或无法准确规定。《反家庭暴力法》中对家暴救济机制的规定也缺乏明确的定义。没有确定救济机构的责任，也没有明确说明救助机构不履行其职责和义务会有什么样的处罚。总的来说，有关反家暴的法律对于禁止家暴行为的规定十分的笼统，没有详细的规定，灵活性不强。

(2) 没有专门的家庭暴力救济部门。

从现行的反家庭暴力法上的处理程序角度来看，人民政府及其有关的部门、司法机关、人民团体、社会公益组织、居民工作委员会、村民工作委员会在对家庭暴力的救济中仍然起着主要的作用。《反家庭暴力法》颁布实施前，公安机关、妇联等社会组织通常

将对夫妻之间的家庭暴力事件视为普通的社会家庭矛盾进行处理，将其预防工作淡化为边缘性的保护工作，没有能够引起足够的重视，大多是通过社会调解方式来进行处理的，对于家庭暴力是否是一种违法的犯罪一直持否定的态度，这些机构在接触家庭暴力案件后只能起到调节和劝解的作用，只能暂时缓解家庭矛盾，无法从根本上解决问题。让居委会等组织进行简单调节的同时亦没有明确规定，作为调节双方的中间人居委会等组织应当承担什么样的责任，至使部分组织在调节时消极懈怠，对家暴事件十分漠然。

(3) 司法机关和公安机关的执行措施不够完善

由于各地经济社会发展的程度差异和各种的原因，许多地方法院在对适用家庭暴力人身保护令等处罚措施立法方面也明显地存在困惑和经验不足⁶⁾，例如，在实践中，受害者针对违反人身保护令的行为通常只能通过报警来处理，很少按照法律规定对其进行处罚。

公安机关在2016年3月1日起实施反家庭暴力法后，进行了实务上的教育及训练，认识到问题的严重性，因此，根据有效迅速介入的必要性开始采取适当的措施。现行反家庭暴力法要求公安机关根据家庭暴力犯罪实际现场情况，得到报案时立即出动、介入被害人家庭暴力案件，并对受害者进行紧急治疗及急救措施。根据调查研究，拘留逮捕是短期内降低家庭暴力犯罪率的有效手段，但最终逮捕是否是有效的方案，事实上没有明确的答案。如果公安机关将这些家庭暴力事件视为私人家庭问题，不愿意介入，只进行不充分的调查，不完备的证据收集以及不明确的处罚，在这种情况下，会大大影响法院的审判程序及案件的审判效率。

(4) 社会公众法律意识、性别意识淡薄

家庭暴力不仅对于受害者、受害者的整个家庭，更对整个的社会都已经造成了不可磨灭的影响。家庭暴力行为之所以难以预防还与传统观念有关，不仅是家暴者，许多基层群众组织也认为“清官难断家务事”，对夫妻之间的家庭暴力不闻不问，导致许多施暴者初期的暴力行为得不到改正与遏制，慢慢演变成了更严重的家庭暴力。传统的观点依旧认为家庭暴力不是犯罪。直至近年，各国才有意识地开始把对年轻女性的家庭暴力救济问题视为整个问题，尤其是家庭内部对女性暴力的问题。

此外，大多数公民缺乏性别视角的概念，并没有太多的关注到女性的需求，还没有从根本上建立起性别意识，女性的权利、责任和机会等都存在着性别的不平等，因此对于女性的法律援助并不全面。

6) 何明升.司法社会工作概念的缺位及其补足[J].法学论坛, 2012, (02): 138.

Ⅲ. 国外家庭暴力女性受害者法律援助的启示及完善

1. 国外及其他地区的法律援助制度的借鉴

(1) 美国

美国的《暴力伤害妇女法》对家庭暴力行为的处罚相当严厉，一般不严格限制加害者与受害者之间的身份关系，只要实施了暴力行为，警方在查清事实后都会对加害者进行逮捕。除了严厉的处罚手段，美国对受害者的救济方式也十分多样，主要体现在民事保护令规定上，这是美国规定的，禁止加害者对受害者实施一定行为的强制性要求。而对于这些禁止行为，美国也作出了更为明确和详细的规定，例如：不得采取电话、跟踪等方式骚扰受害者；在特定的场所禁止接近受害者；不得对受害者及近亲属进行恐吓、威胁等。

除了法律上的详细规定以外，美国还设立了许多专门为家庭暴力事件所服务的社会组织，例如国家性的反家暴联盟和国际性的反家暴国家联盟，这些机构在受害者遭受侵害时为受害者提供了救助途径。

在法治宣传教育方面，美国发挥明星对公民观念的带动作用，经常聘请明星为反家庭暴力拍摄广告，强化社会的法律意识和女性维权意识。

(2) 英国

英国在2014年制定了比家庭暴力立法更具有重要意义的家暴揭露计划，这项规定使每个人对家暴具有了更大的知情权，只要实施过家暴行为，就可以随时被查询到，警方也可以根据申请人的申请对加害者的家暴历史公开。

英国自1970年就创立了名为“妇女庇护所”这样的专门性社会机构。该机构设立的目的是为遭受家庭暴力的妇女提供法律援助和精神上的帮助，该机构开通了全国范围内的电话热线，使受害者能更轻易和迅速的获得帮助。

(3) 韩国

韩国的家庭暴力形势也日益严峻，韩国在1997年颁布了《关于防止家庭暴力及保护受害者法》的专门法律，在家庭暴力发生前的预防方面起到了重要作用。1998年又制定了《家庭暴力犯罪处罚特例法》，不仅制定法律上对于家庭暴力的详细规定，还重点要求了政府及全社会对家庭暴力的救助义务。

韩国也设立了专门性的社会救助机构，例如庇护所和紧急呼叫中心等，拓宽了受害者的求助途径，不仅受害者可以报警，了解或目睹家庭暴力的第三者也可以向警方报警，警方可以强行进入家庭暴力事件以保护受害者的权利。

(4) 台湾地区

台湾早在1998年就通过对家庭暴力的专门立法《家庭暴力防治法》，在法律的出台后又陆续制定和实行了更为详细的实施细则和条例等，因此形成了以法律为核心，以配套细则和条例为补充的完整的针对家庭暴力的法律体系。

除此之外，台湾同样设立了专门的机构，防止委员会来配合司法机关和公安机关对家暴事件的处理，在案件解决以外为受害者提供医疗、心理、法律援助等服务。

2. 家庭暴力女性受害者法律援助的完善建议

(1) 制定完善的法律体系，加强法律的实施和落实

通过制定专属于解决家庭成员暴力纠纷的法律条例来维护家庭的和谐和稳定。实质上说，相关法律制度的确立和制定就是要确保家庭成员之间具备和谐的关系，反家庭暴力法的制定，要从根本上解决家庭成员之间的矛盾，解决暴力纷争发生的原因。

针对此前法律中存在的一些法律盲点，反家暴法中要明确家庭暴力概念的界定和范围，对保护、处罚的对象进行详细的定义，规定提供帮助的政府机关、机构等的权利和义务。以避免家暴行为中施暴者认定难，相关援助部门不作为、包庇施暴者等问题再度发生。反家暴法的制定要将教育、处罚、帮助和补偿相结合，切实有效的建立起一套属于反家庭暴力的法律体系。与此同时，要规范程序，健全各种规章制度，落实好四个统一原则，分别是统一受理、统一审查、统一指派、以及统一归档。法律制定完毕之后，要对案件以及相关的法律程序进行全面的监督，积极拓宽和延伸法律的宣传渠道，最大限度的维护家庭成员之间和睦的关系，权衡成员之权利和义务之间的关系，从根本上解决家庭成员之间的暴力纠纷。这些规定的进一步完善不仅对解决目前家庭暴力这一问题具有重要的意义，同时也是促进法律完善和发展的重要一步。

在落实反家暴法时，一定要增加和其他相关政府部门的沟通和交流，进一步保证女性的权益不受伤害，为其提供最优质的法律援助。具体的施行措施如下所示，提升工作效率，确保工作高效便捷。促进岗位工作的落实情况，提升服务的效果和质量，跟进案件的开展，多组织一些质量评比，庭审观摩、优秀文书评选等多项活动，加强法律之多的完善，整体上围绕家庭暴力，劳动保障等多个方面，使得反家暴法律有效的起到切实保护女性权益的作用。

(2) 建立专门的社会救助体系

众所周知，家庭暴力不只是隶属于法律范围，更是一个复杂的社会问题。如果单单依靠法律制度的完善是肯定不够的，不能完全解决家庭暴力存在的问题。在其他一些国家，特别是

英、美等国家，除了政府、司法以及其他的一些社会组织之外，救济机构也顺势成立，比如专门给妇女提供的收容所，为受到家庭暴力的受害者提供的心理健康中心等等。这些措施对完善社会救助制度具有很好的后示价值。

由于犯罪者与受害人之间的经济地位不平等，例如父母对其子女的家暴，丈夫对全职主妇的暴力等，通常受害人和犯罪者之间有一定的依附关系，倘若受害人受到了家庭暴力而寻求帮助时，不但需要得到精神上的抚慰，更要得到施暴方的经济补偿。但是这在本质上又是属于自相矛盾的，一般情况下基层人民法院受理这样的案件很少，大部分的受害人最后都选择了隐忍。所以，迫切需要一个健全的物质援助机构，以保护家庭暴力的受害者。完善社会的救助体系，需要首先为受害者建立起可以寻求物资以及心理帮助的专业化机构，使受害者从身体和心理上都有一定的抚慰。此外，庇护机构的设立也可以为家庭暴力冲突的发生提供缓冲区，以减轻冲突的发生，避免了受害者遭受更大的伤害，降低恶性事件的发生。

(3) 加强司法机关和公安机关的执行力度

从司法机关的角度来看，法律的权威在于实施，诉讼手段对家庭暴力受害者来说是最后的救助手段，因此司法机关必须承担起应有的职责。首先，法院在接收到受害人的求助时应尽可能放宽对立案证据的审查，以最大程度上保护家庭暴力的受害者，避免因家庭暴力证据难以取得而无法得到法律的保护。此外，法院在审理案件过程中，有必要和义务向当事人阐明法律的规定，使当事人明确自己的法律权利。要处理好家暴行为中，取证难，起诉开庭时间长等问题，就需要制定详细的取证流程，缩短起诉至开庭所需要的时间。最后，法院必须加强对人身保护令的执行力度，严格按照法律规定对违反人身保护令的行为进行处罚，杜绝有法不依的情形。

公安机关作为家庭暴力事件发生后最有力的保护受害者的机关，也应该加强其执行速度和执行力度。首先，公安机关应统一执法程序，明确对家庭暴力事件的处理流程和处罚制度，不能单纯对家庭暴力事件进行劝解。其次，对特殊的事件和受害者安排专门的女警调查和了解情况，加强对受害者的保护，避免二次伤害。最后，可以将受害者或控告人对公安机关处理结果的意见作为对公安机关工作人员工作考核的指标之一，促进公安机关解决事件纠纷的积极性。

(4) 加强公民的法律意识，将性别意识归入法律援助

对公民进行深入教育宣传，增强公民的法律观念，提高女性的法律维权意识。应该开展教育和宣传活动，使公众意识到家庭暴力的严重性，并指导居民学会反抗家庭暴力，要将家庭内部的民主作用发挥到极致，可采取宣传，教育等多种方式，使得每一个家庭成员在自己的家庭氛围中获得一种平衡感，形成一种和谐，健康的良好氛围，坚决抵制家庭暴力。加强对受害人的教育，使他们不再丧失自尊心，勇敢的通过法律的手段来保护自己惩罚犯罪者。采取教育的方式使施暴人严重的认识到自己这种行为的错误有害性，确保其意识到因为他的这

种违法的行为让自己的家人受到怎样的伤害。要深化反家庭暴力的法律观念教育，增加公民对法律的理解、掌握和运用。将法律纳入到学校，企业以及社会组织的教育当中，包括学校、企业和单位，发检察官、律师、民警等干部或者基层人员，深入到每个家庭，为女性提供有效的法律帮助，解决家暴纷争。

要保障、维护女性的基本权利和利益，就必须增强女性的维权意识，建立女性的维权平台，为改善女性的婚姻状况提供一个良好的基础。除此之外，还要大大的增强整个社会女性的权利意识，突出女性的独立和经济地位，确保女性的经济状况不受损伤。在提高女性的素养这方面，首先应当重视女性受教育的条件和能力。如注重义务教育和职业教育等女性教育水平的提升。在当前的信息时代下，通过手机，电视等多个信息平台宣传弘扬社会主义核心价值观和家庭美德，提倡大家多多参与有助于家庭和谐的家庭活动。

IV. 结论

家庭暴力已经不仅仅是成为了一个严重突出的社会问题，更已经成为了一个迫切的、亟待解决的重大社会问题。从反家庭暴力法出台后，反家庭暴力的工作已经有了很大的进展，就人身安全保护令的签发即可以看出已经逐渐重视对家庭暴力的救助工作。然而从不断出现的家暴事件和这些事件的解决可以看出，反家暴任务仍然任重道远，存在许多问题：法律规定不够完善，部分立法模糊不清，实施存在难度；没有专门的社会救助机构，反家暴工作力度较小；司法和公安机关执行不到位，无法保障受害者的安全和利益；公民法律意识不足，女性维权意识低下，性别意识仍需提高等。

为了解决这些问题，必须对症下药，设定具体措施。首先完善家庭暴力法律体系，可制定相应的实施细则和补充规则，弥补当前法律的漏洞，加强对法律的实施；设立专门性的社会机构，反家暴工作不仅需要立法的支持，更需要全社会的共同努力；加强司法机关的审判作用和公安机关的执行水平，落实法律的执行和实施；最后，还应加强法治宣传教育，提高公民的法治意识和女性的维权意识和性别意识，推进法治社会的建设。

托尔斯泰曾经这样说过："人会犯罪，而恶魔会将犯罪正当化"，正是因为社会上有太多关于家暴的行为使人处于羞耻、同情、软弱或者由于法律的限制等原因未能在生活中受到家暴者足够的保护和惩罚，才可能使得我们作为家暴者的家暴行为变本加厉，使得家暴的行为愈发频繁。以我所见，家暴的行为只有0次与100次，因此，社会的弱势群体——女性，要更加勇于地拿起国家法律的尊严作为武器保护自己，让家暴行为得到应有的惩罚——这是我们的权利，更是我们的义务。望通过简单分析目前对家庭暴力的法律规定及救助现状来发现和改进尚存的一些问题与不足。针对以上问题提出不成熟的建议，真诚希望家庭暴力事件可以越来越少，对受害者的援助可以更加全面、完善，实现建设社会主义法治国家的目标。

[参考文献]

- 郭晓东. 新时期中国和平发展战略的外部挑战及对策研究[D]. 南京师范大学, 2014.
- 戴怡雯. 我国家庭暴力问题研究—以“姚荣香杀夫案”为切入点[J]. 湖北经济学院学报(人文社会科学版), 2020.
- 董佳琦. 论《反家庭暴力法》中的人身安全保护令制度[D]. 大连海洋大学, 2020.
- 邓博. 当代中国县级政府权力配置研究[D]. 云南大学, 2011.
- 罗杰. 家庭暴力立法与实践研究[D]. 西南政法大学, 2012.
- 梁高峰. 需求导向型农村法律援助体系研究[D]. 西北农林科技大学, 2011.
- 刘雨萌. 试论《反家庭暴力法》中家庭暴力范围的界定[D]. 南京大学, 2016.
- 刘昱辉. 公权力介入家庭暴力的法理思考[D]. 中共中央党校, 2016.
- 李瀚琰. 民事保护令研究[D]. 安徽大学, 2018.
- 李洪. 家庭暴力犯罪及其刑事处罚的探讨[D]. 中国政法大学, 2006.
- 范红霞. 基于性别视角的媒介暴力研究[D]. 浙江大学, 2013.
- 孙可敬. 我国农民公民意识培育研究[D]. 郑州大学, 2016.
- 孙晓梅. 坚持不懈地推动中国《反家庭暴力法》的制定和实施[J]. 中华女子学院学报, 2020.
- 杨柯. 反家暴政策制定中社会组织参与模式研究[D]. 兰州大学, 2015.
- 王甘霖. 我国家庭暴力防治问题研究[D]. 云南财经大学, 2019.
- 王小单. 论家庭暴力案件中证据规则的完善[D]. 江西财经大学, 2016.
- 蒋姗姗. 我国反家暴立法法理分析[D]. 苏州大学, 2014.
- 郑美京. 关于家庭暴力的法律处理程序和加强防止家庭暴力的司法体系的必要性. 医疗政策论坛, 2006.
- 夏先华. 人身安全保护令制度研究[D]. 中南财经政法大学, 2017.

[Abstract]

Legal aid for female victims of domestic violence

Liu-Xinyu · Wang-Jing · Li-Yu

International laws and regulations on the prevention and control of domestic violence are gradually improving, but domestic violence remains a major social problem. It was assessed that justice, policy and services fell far short of protecting victims and punishing perpetrators. In some of the cases that exist, the priority is not the protection of the victim but rather the protection of the family, reflecting the fact that the current solutions to domestic violence do not meet the requirements of the victim. In order to deal with domestic violence, by looking at the present situation of the domestic violence to find the problem, put forward improving direction. First of all, an independent and perfect legal system should be established. Secondly, specialized departments should be set up to assist victims of domestic violence, and the role of judicial and public security organs should be strengthened. In addition, legal knowledge and gender equality concepts should be popularized in daily life, so that more women can establish good legal awareness and not only use legal means to protect themselves, but also fundamentally prevent the occurrence of domestic violence.

Key words: Domestic violence, female victims, legal aid, existing problems, suggestions for improvement

「명지법학」 편집규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

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

제2조(명지법학의 간행)

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

제3조(원고의 게재)

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

제4조(편집위원회의 구성)

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

제5조(편집위원회의 업무)

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

제6조(편집위원회의 운영)

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

제7조(심사위원회의 구성)

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

제8조(원고의 심사)

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

④ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

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

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

제11조(본 규정의 시행 및 개정)

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

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 투고규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(투고자격)

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

제2조(투고원고)

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

제3조(투고절차 및 방법)

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

연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.

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

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

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

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

제6조(저작권)

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

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

제8조(논문의 심사)

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

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리 규정

제정 2007. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

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

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

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

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

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

제4조(구성)

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

제5조(회의)

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

제6조(연구부정 행위 조사)

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

제7조(위원회의 권한과 책무)

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

제8조(기피·제척·회피)

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

할 수 없다.

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

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

제10조(조사결과에 따른 조치)

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

제11조(결과의 통지)

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

제12조(재심의)

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

제13조(비밀유지의 의무 등)

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

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

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

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 원고작성 지침

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

다 음

1. 원고 작성의 원칙

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

2. 원고의 구성

원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 한다.

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

3. 원고 작성의 규칙

구체적인 원고작성 양식은 다음과 같다.

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

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

◆ 편집위원회

위원장 : 박영규 (명지대학교 법과대학 교수)

위 원

권건보 (아주대학교 법학전문대학원 교수)

노호창 (호서대학교 사회과학대학 교수)

선정원 (명지대학교 법과대학 교수)

송재일 (명지대학교 법과대학 교수)

신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)

이철기 (가천대학교 법과대학 교수)

최병천 (전남대학교 법학전문대학원 교수)

홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

간 사 : 안수길 (명지대학교 법과대학 교수)

편집 보조인 : 김지은 (명지대학교 법학연구소 교육조교)

明知法學 (제19권 제2호)

=====

2021년 1월 30일 인쇄

2021년 1월 31일 발행

板 權
所 有

발행인 : 박 영 규

발행처 : 명지대학교 법학연구소

주 소 : 서대문구 남가좌동 50-3

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

제 작 : 도서출판 학술정보

=====

* 이 책의 무단복제·복사·전재를 금함

ISSN 1229-7585