

明 知 法 學

제21권 제1호



2022

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

안녕하십니까. 명지법학 제21권 제1호를 발간하게 된 것을 기쁘게 생각합니다.

여전히 맹위를 떨치는 코로나 19로 인하여 혼란하고 어려운 중에서도, 2004년 4월 1일 명지대학교 법학연구소가 출범한 이래 2022년 7월에도 명지법학이 계속하여 발간되게 되었습니다.

긴 세월 동안 명지법학이 중단 없이 발간될 수 있었던 것은 명지대학교 법과 대학의 여러 교수님들 및 대학원생들이 물심양면 노력해주셨기 때문입니다. 또한 외부에서 명지법학에 귀중한 글들을 기고해주신 분들이 계시지 않았다면 지속적인 발간은 불가능했을 것입니다. 원고를 투고해 주신 모든 분들과 논문을 심사하여 주신 심사위원님들, 그리고 이번호부터 논문편집위원장으로 수고해 주신 이윤제 위원장님과 편집위원들 모두에게 감사와 고마움을 전합니다.

이번 호에는 “손해배상제도의 목적과 손해의 개념에 관한 연구”, “플랫폼 시대에 언론산업의 변화와 경쟁법 적용을 통한 개선 가능성 검토”, “법률용어로서의 ‘로봇(Robot)’ 개념에 관한 일고찰”, “지방자치단체의 민간위탁과 관련된 몇 가지 실무상의 쟁점에 대한 법적 고찰”, “법익론의 최신 쟁점” 등 총 5편의 논문들이 게재되었습니다. 아무쪼록 이 귀중한 논문들이 관련 분야를 연구하시는 여러 분들에게 귀중한 참고가 되기를 희망합니다.

끝으로, 명지법학 제21권 제1호가 나오기까지 편집 및 출판을 담당해주신 안수길 교수님과 여러 수고를 맡아주신 구지혜 법학연구소 교육조교께 진심으로 감사의 뜻을 전합니다. 모두들 건강하시고 가정과 직장에 기쁨과 행복이 가득하시기를 기원합니다.

2022년 7월 명지대학교 법학연구소장
최 세 련

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

손해배상제도의 목적과 손해의 개념에 관한 연구	권 오 상 / 1
플랫폼 시대에 언론산업의 변화와 경쟁법 적용을 통한 개선 가능성 검토	홍 명 수 / 21
법률용어로서의 “로봇(Robot)” 개념에 관한 일고찰 -「지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법」의 개선방안의 일환으로	김 주 영 / 51
지방자치단체의 민간위탁과 관련된 몇 가지 실무상의 쟁점에 대한 법적 고찰	김봉연 · 이상민 / 77

[번역논문]

법익론의 최신 쟁점	울프리트 노이만 / 안수길 옮김 / 101
---------------------	-------------------------

[부 록]

「명지법학」 편집규정	129
「명지법학」 투고규정	132
「명지법학」 연구윤리 규정	134
「명지법학」 원고작성 지침	137

손해배상제도의 목적과 손해의 개념에 관한 연구

권 오 상*

논문요지

손해배상제도와 관련한 여러 쟁점 중 손해배상제도의 목적과 개념은 가장 근본적인 논의로서 구체적인 사건에서 손해를 어떻게 바라보아야 할지 방향성을 제시해주는 역할을 한다. 우선 손해배상제도의 목적과 관련하여, 당초 교정적 정의에서 출발하여 현대복지사회에서 배분적 정의가 점점 더 강조되고 있다. 우리 민법은 유책주의와 제393조의 제한배상주의 등을 통해 손해의 공평·타당한 분담을 추구하고 있으며 이는 교정적 정의와 배분적 정의를 모두 받아들인 것으로 볼 수 있다.

손해의 개념과 관련하여서는, 로마법상 손해는 계약상 손해와 불법행위 손해가 명확히 구별되지 않았으나 침해와 이익이 손해를 구성한다는 개념은 형성되었고, 중세법학을 거쳐 현대민법상 손해의 개념을 구성하고 있다. 독일민법과 프랑스민법 및 미국불법행위법상 손해의 개념을 차례로 살펴봄으로써 차액설과 규범적 손해개념, 예견가능성 등 손해의 개념과 관련된 핵심적인 논의를 간략히 살펴봄으로써 국내에서 논의되는 손해의 개념과 손해의 분류 및 민법 제393조의 손해배상의 범위에 관한 논의를 더 잘 이해할 수 있다. 특히 민법 제393조와 관련하여, 국내의 다수 견해와 판례는 우리 민법이 손해배상의 범위 결정의 기준으로 독일의 상당인과관계론을 채택한 것으로 설명하고 있으나, 손해배상 범위 결정의 기준은 어디까지나 민법 제393조의 규정 자체가 되어야 한다. 따라서 제393조 제2항이 규정 한 바와 같이 예견가능성을 특별손해의 판단기준으로 삼되, 이를 판단할 때 상당성이나 예견가능성 외에도 규범목적 등 손해의 공평한 분담을 위해 구체적 타당성을 갖는 결론을 도출하는 것이 더욱 중요하다고 판단된다.

검색용 주제어: 손해, 손해배상, 손해배상제도의 목적, 차액설, 규범적 손해, 상당인과관계, 예견가능성

· 논문접수: 2022. 06. 24. · 심사개시: 2022. 07. 13. · 게재확정: 2022. 07. 22.

* LL.M. Candidate, Class of 2023, Georgetown Law Center, 변호사.

[목차]

I. 서론	III. 손해의 개념
II. 손해배상제도의 목적	1. 연혁적, 비교법적 관점에서 손해의 개념
1. 교정적 정의와 배분적 정의	2. 우리 민법상 손해의 개념
2. 배분적 정의 실현을 위한 손해의 분담	IV. 결론

I. 서론

2021년도 우리나라의 1심 법원에 접수된 민사본안사건 총 270,581건 중 36,446건은 손해배상 사건이었고, 이는 민사본안사건 중 가장 높은 비중을 차지한다.¹⁾ 이는 민사 분쟁이 주로 손해배상소송의 형태로 발현된다는 것을 의미하므로 손해배상에 관한 주요 쟁점을 살피는 것은 민사분쟁의 이해관계 조절을 위해 언제나 중요하다.

손해가 발생하면 우선 그 손해를 피해자가 부담해야 하는지 다른 사람에게 전가해야 하는지를 결정해야 하고, 타인에게 전가할 수 있다면 어느 범위까지 전가할 수 있는지를 결정하여야 한다. 이에 대해 우리 민법은 제390조의 채무불이행책임과 제750조의 불법행위책임을 손해배상책임의 기본적인 근거 규정으로 두고 있다. 그리고 손해배상의 범위에 관하여는 민법 제393조에 의해 통상손해와 특별손해로 구분하여, 통상손해는 배상하여야 할 범위에 포함하고 특별손해는 채무자의 예견가능성 여부에 따라 배상여부를 결정하도록 규정하고 있다. 또한, 불법행위에 기한 손해배상을 규정한 민법 제763조는 동법 제393조를 준용하고 있으므로 손해배상제도에 관한 근본적인 논의는 채무불이행에서든 불법행위에서든 별반 다르지 않다.

손해배상제도에 있어서 손해의 개념이 무엇인지에 대해서는 외국의 입법례와 논의를 따라 국내에서도 다양한 견해가 제시되었고, 판례 역시 구체적 타당성을 기하는 측면에서 손해의 개념을 파악해 온 것으로 이해된다. 손해의 개념, 나아가 인과관계나 증명책임 등 손해배상제도에 관하여 다양한 논의가 존재하는 것은 개별 손해배상사건의 스펙트럼이 매우 넓을 뿐만 아니라, 환경오염 등 현대형 소송이 발생함에 따라 기존의 법리가 수정, 발전되어야 할 필요가 있었기 때문이다.

이 글은 손해배상제도와 관련한 여러 쟁점 중 가장 근본적이라 할 수 있는 손해의 개념에 대해 살펴보고자 한다. 이를 위해 우선 손해배상제도의 목적을 파악할 필요가 있는데(II), 손해배상제도의 본질을 확인하는 것은 손해의 개념과 분리할 수 없는 긴밀한 연관성을 가지고 있기 때문이다. 이어서 연혁적·비교법적 관점에서의 손해의 개념과 이에 대한 국내의 논의를 살펴본 후(III), 구체적인 사건에서 손해의 개념을 어떻게 이해하는 것이 바람직할지 우리 민법 제393조의 해석론과 연관지어 검토하여 바람직한 방향성을 모색하는 것으로 이 글을 마무리하고자 한다(IV).

1) 2021년도 사법연감에 의하면, 같은 해 접수된 1심 민사본안사건 (270,581건) 중 손해배상사건 (36,446건)이 13.47%를 차지하고 있고, 그 뒤를 이어 건물명도·철거사건 (33,729건) 12.46%, 대여금사건 (21,153건) 7.8%, 부동산 소유권사건 (13,091건) 4.84%의 비중을 차지한다.

II. 손해배상제도의 목적

1. 교정적 정의와 배분적 정의

판례와 다수의 학설에 따르면 손해배상제도의 목적을 ‘발생한 손해의 공평·타당한 분담’으로 파악한다.²⁾ 손해배상제도가 손해를 발생시킨 사건과 그로 인하여 침해된 법익에 관한 당사자 사이의 이해관계를 조정함으로써 정의의 회복을 추구한다면, 위 손해를 정의회복의 차원에서 각 당사자에게 배분하는 역할을 손해배상제도가 수행한다.³⁾ ‘손해의 공평·타당한 분담’을 손해배상제도의 목적으로 표현한 판례도 손해배상제도를 정의의 관점에서 파악하고 있는 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 여기서 정의가 무엇을 의미하는지 문제가 되는데 객관적으로 파악된 절대적 의미의 정의를 찾는 것은 쉽지 않다. 다만, 손해배상제도가 당사자 사이의 분쟁을 해결하기 위한 중요한 재판규범이라는 측면에서 단순히 구체적 사건에서 재판부의 주관적 판단이 곧 정의가 되어서는 곤란하다. 정의관념이 갖는 추상성이나 모호함을 악용하여 자의적인 판결이나 악법의 실행을 위한 수단으로 전락해 버릴 위험이 항상 존재하기 때문이다.

아리스토텔레스에 의해 구별된 2가지 유형의 정의관념, 즉 교정적 정의와⁴⁾ 배분적 정의에 따른 분류방식에 따라 설명하면⁵⁾ 실손해의 전보가 곧 정의의 실현이자 손해배상제도의 목적이라고 이해할 경우 이때 추구되는 정의는 교정적 정의이다. ‘눈에는 눈, 이에는 이’라고 표현되는 바빌로니아 왕국의 함무라비 법전이 지향했던 바가 교정적 정의이고,⁶⁾ 비단 함무라비 법전뿐만 아니라 고조선의 8조법이나 기독교의 성경에도 응보를 통한 교정적 정의 사상이 표현되어 있다. 손해배상제도가 기본적으로 대등한 사인 간에 발생하는 법률문제를 다룬다는 점에서 지배복종관계의 존재를 고려하지 않는 교정적 정의가 일견 타당한 것처럼 보인다.

그러나 현대의 복지국가에서는 본질적으로 같은 갈래, 다른 것은 다르게 취급하는 것을 뜻하는 배분적 정의가 강조된다. 즉, 당사자의 경제적, 사회적 지위를 고려할 때 사인 간에 사실상의 불평등이 존재할 가능성이 높고, 현대사회에서 그러한 불평등이 더욱 보편화되어 있다는 점을 고려한다면 배분적 정의는 중요한 의미를 가질 수 밖에 없다.⁷⁾ 예컨대 가해자가 피해자의 재물을 파손하여 1,000만원의 재산상 손해를 입힌 상황을 가정해 본다면, 가해자가 억만장자인 경우와 경제적 능력이 전혀 없고 경제활동을 할 처지에 있지도 못한 경우를 구분하지 않고 발생한 손해를 전보하도록 하는 것이 타당한가? 교정적 정의만을 강조한다면 당사자의 상황을 고려하지 않고 손해의 전보를 추구하는 것이 정의를 실현하는 길일 것이다. 하지만 당사자의 지위

2) 대판 1998. 2. 13. 95다30468 판결; 김용담 편집대표 「주석민법 채권각칙(6)」 제4판, 2016, 46면.

3) 박동진, “손해배상법의 지도원리와 기능”, 「비교사법」 제11권 4호, 2004, 307면.

4) 보상적 정의, 응보적 정의, 평균적 정의로 표현되기도 한다.

5) 정의를 교정적 정의와 배분적 정의로 구분하는 방식 외에도 실체적 정의와 절차적 정의로 구분하는 등 개념 파악에 다양한 방식이 존재한다.

6) 함무라비 법전 제196조는 “사람이 높은 사람의 눈을 멀게 하면 제 눈을 멀게 하라”고 규정했고, 제200조는 “사람이 제 계급 사람의 이를 부러뜨리면 제 이를 부러뜨리게 하라”고 규정하여 같은 정도의 보복을 행하게 하는 동태복수법(同態復讐法)을 취하였다.

7) 박동진, 앞의 논문, 296면.

나 사정을 전혀 고려하지 않고 손해 전부를 배상하게 한다면 가해자가 경제적 능력이 없고 사회적 지위가 미약한 경우에 이는 가해자에게 지나치게 가혹한 결과를 초래할 수 있다.

이러한 관점에서 보면, 손해를 발생시킨 사건이 일어나지 않았으면 존재했을 상태를 회복시키는 것에 그치는 대신, 당사자 간의 이해관계를 적극적으로 조정하는 것 역시 손해배상제도의 중요한 지도원리라고 보는 것이 타당하다. 특히 이하에서 살펴보는 바와 같이, 우리 민법 제393조는 제한배상주의를 채택하여 손해배상의 범위를 일정한 기준에 따라 한정하고 있으므로 이 역시 배분적 정의를 손해배상법의 지도원리로 받아들인 것으로 이해할 수 있다.

2. 배분적 정의 실현을 위한 손해의 분담

(1) 완전배상주의와 제한배상주의

누군가에게 손해가 발생하였을 때 원칙적으로 스스로 그 손해를 부담하여야 한다. 따라서 타인에게 손해를 전가하는 것은 어디까지나 예외여야 하고, 그 전가가 정의의 관점에서 타당한 경우에 한하여 손해배상책임이 논의될 수 있다. 여기서 손해의 전가가 정의의 관점에서 타당하기 위해서는 당사자들에게 발생한 손해의 분담이 적절하게 이루어져야만 한다.

하지만 완전배상을 규정하고 있는 독일 민법의 경우에는 발생한 손해의 공평·타당한 분담보다 손해의 전보를 손해배상법의 가장 큰 지도원리로 삼는다.⁸⁾ 손해의 공평한 분담은 어디까지나 손해의 전보를 추구하는 과정에서 발생하는 문제를 해결하기 위한 수단에 지나지 않는다. 이는 손해배상제도의 목적을 배분적 정의가 아닌 교정적 정의를 강조하는 관점이다.

반면에 손해배상의 범위를 한정하는 입법체계 아래서는 손해의 전보를 통한 교정적 정의 실현을 손해배상제도의 목표로 강조할 필요가 없다. 우리 민법은 교정적 정의가 아닌 손해의 공평한 분담을 실현하기 위해 손해배상제도 전반에 여러 규정을 두었는데 유책주의를 규정한 민법 제390조와 제750조, 제한배상주의를 규정한 제393조 등이 그러하다. 특히 제한배상주의를 택한 민법 제393조에 의해 손해의 전보는 우리 민법체계 하에서 유일한 지도원리가 될 수는 없다는 점을 확인할 수 있다. 이는 손해의 전보를 통한 완전배상주의의 실현을 손해배상제도의 목적으로 여기는 독일 민법과는 사정이 다르다.

(2) 우리 민법상 손해의 공평한 분담 형태

우선 우리 민법상 손해의 공평한 분담을 위해 유책주의를 채택한 것을 들 수 있다.⁹⁾ 유책주의는 비난받아야 할 자에게 손해배상책임을 지운다는 점에 비추어 볼 때

8) 독일 민법 제249조 제1항은 “손해배상 의무를 부담하는 자는 배상의무를 발생시키는 사건이 없었다면 존재했을 상태를 회복해야 한다”고 규정하여 원상회복주의를 원칙으로 한다. 원상회복이 불가능하거나 채권자 진보에 충분하지 않은 경우 역시 금전배상을 보충적으로 허용한다(제251조 제1항). 하지만 손해배상의 범위를 제한하기 위한 별도의 규정을 두고 있지는 않다.

교정적 정의에서 출발하지만, 과실의 판단기준을 행위자 개인이 아닌 사회 평균인을 기준으로 한다는 점에서 배분적 정의를 고려한다는 점을 알 수 있다. 이는 민법상 유책주의와 형법상 유책주의의 차이점이기도 한데, 형사책임에서 과실은 행위자 개인에 대한 비난가능성을 의미하지만 민사책임의 경우에는 평균인의 관점에서 객관적인 과실척도의 기준에 따라 과실의 유무를 판단한다. 그러므로 행위자 개인에 대한 주관적인 비난가능성에 초점을 두는 본래 의미의 유책주의는 민사상 과실에 의한 불법행위에서는 상당부분 변형되었고, 이는 교정적 정의와 배분적 정의를 함께 고려하였다고 이해할 수 있다.¹⁰⁾

우리 민법 제393조가 손해배상의 범위에 관하여 완전배상주의를 채택하는 대신 일정한 기준에 따라 적절한 범위로 제한하는 제한배상주의를 채택한 것 역시 손해의 공평한 분담을 추구하는 것으로 보아야 한다. 이는 손해배상책임의 발생뿐만 아니라 손해배상의 범위에 있어서도 배분적 정의를 손해배상의 목적으로 받아들인 것으로 이해할 수 있다.

또한, 민법 제396조의 과실상계의 확대적용은 단순히 피해자 과실의 의미에 한하지 않고 손해의 공평한 분담을 실현하는 수단으로 작용한다. 손해가 발생하거나 확대된 데에 피해자의 과실이 기여하지 않았더라도 과실상계 법리를 적용하여 손해배상액을 감액하기 때문이다.¹¹⁾ 피해자가 체질적 소인인 점을 고려하는 등 가해자의 귀책과 직접적으로 관련되지 않는 요인이 개입하여 손해가 확대된 경우에도 질환의 태양, 정도 등에 비추어 과실상계의 법리를 유추적용하여 피해자 측 요인을 참작하는 것이 공평의 원칙에 부합한다고 한다.¹²⁾

그리고 우리 민법 제765조는 손해배상으로 인하여 채무자의 생존이 위협받는데 이르면 손해감경을 할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 가해자가 경과실이었음에도 불구하고 막대한 손해가 발생하였고, 가해자에게 손해 전부를 배상하도록 한다면 가해자의 생계가 곤란해지므로 이를 방지하기 위함이고, 이 규정 역시 손해의 공평·타당한 분담의 형태로 이해할 수 있다.

한편, 특별법상 손해배상책임의 성립요건에서 피해자 측의 증명책임을 경감하는 것 역시 손해의 공평·타당한 분담이라는 지도원리가 기능한 것으로 이해할 수 있다. 원칙적으로 불법행위책임은 원고인 피해자가 증명책임을 부담하여야 하지만 환경오염 소송이나 제조물책임소송, 의료과오소송 등 현대형 소송은 기술적이고 전문적인 분야에서 발생하는 사건이기 때문에 이때에도 피해자에게 모든 증명책임을 부과하는 것은 사실상 손해배상을 받는 것을 불가능하게 한다. 따라서 이 경우에도 손해의 공평한 분담을 위해 증명책임을 전환 내지 완화하는 것이다.¹³⁾

9) 민법 제390조와 제750조 모두 책임성립요건으로서 고의·과실을 요구한다.

10) 참고로 유책주의가 손해배상책임의 근거여야 하는지에 대해서 이론이 있다. 현대사회에서 기술의 진보와 법률관계의 복잡, 다각화로 인하여 손해발생의 여지는 더욱 커졌고, 구체적인 상황에 따라서는 가해자가 고의나 과실이 없더라도 손해배상책임을 지는 것이 정의에 더 부합할 수 있기 때문이다. 예컨대, 환경오염책임이나 제조물책임 등이 그러하다. 우리나라는 제조물책임법이나 환경오염에 관한 특별법 등에 의해 무과실책임을 규정하고 있는데, 이는 유책주의의 예외로서 위험책임주의 내지 엄격책임주의를 채택한 것으로 이해할 수 있다.

11) 서중희, “부진정원대채무에서 다액(多額)채무자의 일부변제의 효과 - 외측설에 의한 일원화된 해결방법의 모색”, 「저스티스」 통권 136호, 2013, 84면.

12) 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결 등

III. 손해의 개념

법에 의하여 보호되는 이익, 즉 법익에 관하여 받은 불이익을 손해라고 본다.¹⁴⁾ 채무불이행책임이나 불법행위책임 모두 손해의 발생을 성립요건으로 한다. 따라서 손해의 사실이 증명되지 않는다면 책임도 인정될 수 없다.¹⁵⁾

그런데 우리 민법에는 손해의 의미를 정의한 규정이 없다.¹⁶⁾ 손해의 의미를 어떻게 이행하여야 하는지에 관하여는 독일 등 외국 학설의 영향을 받아 여러 논의가 있었다. 손해는 배상되어야 할 불이익을 선별하는 기능을 할 뿐만 아니라, 원칙적으로 손해의 범위를 넘어서 배상하는 것은 허용될 수 없다는 점에서 손해배상의 범위를 한계지우는 기능을 하기도 한다. 또한, 손해를 어떻게 파악할지에 따라 구체적인 손해의 산정방법이 달라질 수 있다.

위와 같이 손해의 개념을 검토할 실익이 있으므로 이에 대해 살펴보아야 하고, 선행적으로 손해 개념이 어떻게 정립되어 왔는지 연혁적으로 살핀 후 국내의 논의를 소개하도록 하겠다.

1. 연혁적, 비교법적 관점에서의 손해의 개념

(1) 로마법상 손해의 개념

가. 로마법의 특징

로마법은 현대의 법령과 같이 질서정연한 조문들로 이루어져 있는 법률들로 구성되어 있지 않다. 로마법의 핵심내용은 유스티니아누스 법전 중 학설회찬에 담겨 있는데 이는 로마 법학자들의 의견을 정리한 책이다. 학설회찬은 일목요연한 이론서라기 보다 실제 사례를 논하면서 그에 대한 결론을 제시하는 것에 그친다.¹⁷⁾ 요컨대 로마법은 개념법학적인 방법을 선호하지 않았고, 학설법이자 사례법의 성격을 가지고 있었다.

따라서 로마법에는 현행법상 손해의 개념에 상응하는 손해 개념이 존재하지 않았고 개별 사안의 올바른 해결을 최우선적인 과제로 두었다. 하지만 로마법은 단순한 사례법에 머무르지 않았고, 오히려 위와 같은 풍부한 법학적 논의를 통해 구체적 사안에 국한되지 않는 유연한 법체계를 구성하였다. 이러한 로마법상 손해에 관한 활발한 논의를 바탕으로 중세 이후의 법학이 손해에 대하여 보다 개념적이고 체계적인 이론을 발전시킬 수 있었다.

로마법상 채무불이행에서의 손해와 불법행위에서의 손해는 현재 우리의 상황과는

13) 대법원 2002. 10. 22. 선고 2000다65666 판결; 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다10472판결 등

14) 박윤직, 「채권총론」 제6판, 박영사, 2003, 112면.

15) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003다62910 판결 등

16) 대부분의 입법례에서 손해의 개념에 대한 정의규정은 두지 않고 있으나 예외적으로 오스트리아민법 제1293조 제1문은 “손해라 함은 사람의 재산, 권리 또는 인신에 가해진 불이익 일체를 말한다”고 규정하고 있다.

17) 서울오, “로마법상 손해의 개념 - 민법 제393조의 손해 개념의 역사적 기원-”, 「법학논집」 제18권 제2호, 2013, 162면.

달랐다. 즉 우리 민법은 채무불이행책임에서의 손해와 불법행위책임에서의 손해 개념을 다르게 보지 않지만¹⁸⁾ 로마법에서는 위 두 영역에서 문제되는 손해배상이나 손해가 동일한 개념으로 파악될 수 있다는 생각을 하지 않았고, 따라서 통일된 개념을 사용하지도 않았다.¹⁹⁾ 이는 로마인들이 통일된 상위개념을 발전시키는 대신, 개별계약의 종류에 따라 독자적 법리를 전개하는 것을 더 선호하였기 때문이다. 따라서 로마법은 채무불이행책임과 불법행위책임을 구분하지 않았고 개별적인 계약의 종류에 따라 각각의 채무불이행법을 발전시켰고, 불법행위 영역에서도 불법행위라는 상위개념을 두지 않고 오로지 절도, 강도, 재산침해, 인격침해라는 개별적 불법행위 종류에 따라 법리를 전개하였다.

나. 채무불이행에서의 손해와 불법행위에서의 손해

손해배상의 일반적 개념은 로마법에서 확립되지 않았고, 손해배상책임이 인정되는 계약과 불법행위 유형을 확대해 나갔다. 채무불이행으로 인한 손해와 관련하여 로마인들이 사용한 두 개념은 *quanti ea res est (erit)*과 *id quod (eius) interest*였다. 특정물 소송에서 문제되는 손해인 *quanti ea res est (erit)*의 문언적 의미는 “물건이 그러한 만큼”이라는 뜻으로 목적물의 객관적인 가치, 즉 채권자가 누구인지와 상관없이 목적물의 소유자가 향유할 가치를 의미했다. 이 경우 소송에서 심판인은 배상액의 결정과 관련하여 재량을 행사할 수 없었다.²⁰⁾

한편, 심판인이 배상액 결정에 재량을 행사할 수 있었던 불특정물 소송에서는 *id quod (eius) interest* 개념이 문제되었는데, 문언상의 의미는 “(그에게) 중요한 것” 또는 “문제되는 것”이다. 불특정물 소송에서 심판인은 재량을 행사할 수 있었으므로 이와 관련하여 다양한 사례법이 발전하였다. 두 개념 중 *id quod interest*가 후대에 더 큰 영향을 끼쳤다. 손해를 일종의 불이익으로 이해할 경우, 손해의 개념은 ‘이익(interest)’이라는 개념과 밀접한 연관을 갖게 되는데 이익이라는 개념이 로마법상 *id quod interest*에서 비롯되었다. 다만, 위와 같은 사정에도 불구하고 로마인들은 손해와 관련한 명확한 개념을 발전시키지 않았고, 19세기에 들어 차액설이 등장하기 전까지는 명료한 손해의 개념 확립에 이르지 못하였다.

불법행위로 인한 손해와 관련하여서는, 로마인들은 불법행위책임 일반론을 발전시키는 대신, 절도, 강도, 재산침해, 인격침해 등 불법행위에 속하는 개별 유형들에 대한 사례법을 발전시켰다. 이 중 개념적 측면에서 가장 중요한 것은 재산침해(*damnum iniuria datum*)로서의 손해이다. *damnum*은 ‘손해’나 ‘침해’를 의미하고 앞서 살핀 이익(*interest*)와 함께 현대적 손해의 반을 구성하는 개념이다.²¹⁾

요컨대, 로마법은 이익과 손해(침해)를 같은 차원에서 파악하지 않았고, 두 개념의 연결은 중세 법학을 거쳐 차액설을 통해 완전한 형태로 관철되었다. 참고로, 중세법

18) 우리 민법 제763조는 제393조를 준용하므로 손해의 개념은 불법행위책임과 채무불이행책임에서 다르지 않다.

19) 로마인들은 채무가 발생하는 원인을 계약, 준계약, 불법행위, 준불법행위 4가지로 분류하였다. 채무불이행의 경우에 손해배상을 인정하였고, 불법행위의 경우에도 사적 형벌로서의 벌금과 더불어 재산침해에 대한 배상을 인정하였다.

20) 서울오, 앞의 논문, 165면.

21) 서울오, 앞의 논문, 167면.

학의 주요한 특징 2가지는 손해배상액은 (목적물의) 가액의 2배를 초과하여서는 안 된다는 점과²²⁾ 손해와 이익을 동일시켰다는 점이다.²³⁾

(2) 독일민법상 손해의 개념

가. 독일민법 제정 이전의 손해개념과 독일민법상 손해개념

1900년 독일민법이 제정, 공포되기 이전인 18세기에 이미 개념법학적인 관점에서 손해를 통일적 상위개념으로 규정하고 이로부터 손해배상의 인정여부 및 그 정도를 확정하려고 한 시도가 있었다. 프로이센 일반주법에서는 “손해란 신체, 자유, 명예 또는 재산과 사람의 상태에 대한 모든 악화”라고 하여 손해개념을 적극적으로 규정하고 있었다. 이렇게 포괄적으로 설명되는 손해개념은 비재산적 불이익까지 포섭할 수 있다는 장점이 있지만 실제 손해문제를 해결하기 위해 구체적인 해답을 제시하지 못하는 공허한 규정에 불과하다는 단점이 있었다.

독일민법상 손해개념을 이해하는데 중요한 역할을 한 몸젠(Mommsen)은 손해배상의 문제는 결국 이익에 관한 문제라는 점을 강조하며, 이익이란 주어진 시점에서의 재산총액과 문제되는 시점에서의 특정한 손해를 야기한 사건이 없었다면 이 재산이 가지고 있었을 금액상의 차이를 의미한다고 설명하였다.²⁴⁾

이에 반하여, 현행 독일민법은 손해의 개념을 적극적으로 정의하지 않는다. 독일민법 제249조 1문에 의하면 가해사건 전후의 상태를 단순비교하는 것이 아니라, 가해사건 후에 실제로 존재하는 ‘지금의 상태’와 가해사건이 없었다면 있었을 가정적 상태를 ‘현재’의 시점에서 비교하여 손해를 인식하였다.²⁵⁾ 시간적인 진행상태에 따라 손해를 파악하는 방법은 멸실이익뿐만 아니라 물건의 손상으로 피해자의 재산에 생긴 후속손해가 포함되게 된다.

나. 손해의 분류

이렇듯 손해의 개념을 동적 관점에 따라 파악하더라도 손해 개념에 대한 통일된 인식은 없으므로 손해의 개념에 여러 견해가 존재한다. 아래에서는 대표적으로 논의되는 손해개념만 소개하도록 하겠다.

1) 실재적 손해개념과 재산상의 손해개념

실재적 손해는 피해자의 법익이 침해된 결과를 손해라고 본다. 이 견해에 의하면

22) 유스티니아누스 황제는 손해배상액은 계약의 목적가액의 2배를 초과해서는 안된다는 점과 이는 손해뿐만 아니라 이익에 대해서도 적용된다는 점을 칙령을 통해 명하였다.

23) 아쿠르시우스는 유스티니아누스 황제의 칙령에 대한 주석에서 손해와 이익의 동일시하여 “이익은 어떤 일이 발생하지 않음으로써 생기는 발생손해와 멸실이익이다”라는 정식을 제시했다. 이 정식은 추후 보통법이 충실히 계승하였고, 차액설 역시 근본적으로는 이 정식에 기초하고 있다고 이해된다. 서울오, 앞의 논문, 169면.

24) 서광민, “손해의 개념”, 「서강법학」 제6권, 2004, 127면.

25) 신국미, “손해배상방법으로서 원상회복의 도입”, 「한양법학」 제21권 제1집, 2010, 387면.

침해의 결과 그 자체를 손해로 파악하고, 이를 구체적·현실적 손해라고 부르기도 한다. 반면에 재산상 손해는 타인에 의한 법익의 침해가 피해자의 재산상태에 미치는 불이익한 영향을 손해로 본다.²⁶⁾ 전자의 입장은 1794년 프로이센 일반주법과 현행 오스트리아 민법전 1293조 정의규정에 반영되어 있다. 이 견해에 따르면 비재산적 손해도 손해로서 파악할 수 있게 된다. 하지만 실재적 손해가 손해를 자연적 사실적으로 파악하고 있다는 점은 후술하는 차액설과 다르지 않을 뿐만 아니라, 실재적 손해설에 의하더라도 실제 손해액의 계산은 차액설의 발상을 원용하는 경우가 많으므로 손해액 산정에는 그다지 차이가 없다는 비판이 있다.²⁷⁾

반면에 재산상 손해는 법익침해 결과가 피해자의 재산상태에 끼치는 계량화된 불이익으로 이해한다. 이러한 파악 방법은 몸젠의 차액설로부터 직접적인 영향을 받았다. 몸젠은 침해받은 물건을 소유한 자의 재산상태에 대한 영향(=이익)을 가해자가 피해자에게 배상해야 할 손해와 같다고 보아, 가해행위가 있는 후의 재산상태와 가해행위가 없었더라면 있었을 재산상태의 차액을 손해로 보았다.

2) 자연적 손해개념과 규범적 손해개념

자연적 손해는 어떠한 상태를 손해라고 함에 있어 법적 가치판단을 거치지 않고 당사자의 관념에 따라 손해를 결정하는 것을 의미한다. 반면에, 규범적 손해는 손해 여부를 판단할 때 규범의 가치판단을 거친다.

전항의 실재적 손해와 재산상의 손해 모두 자연적 손해개념에 속한다.²⁸⁾ 실재적 손해나 차액설로 연결되는 재산상의 손해 모두 재산에 대한 불이익 또는 가해행위의 존부에 따른 재산상의 차액을 손해로 파악하고 있고 그 외의 별도의 법적 가치판단을 요구하지는 않기 때문이다. 독일에서 다수설의 지위를 점하고 있던 차액설에 대한 반성으로서 등장한 것이 규범적 손해개념이다. 즉 차액설에 의하면 금원으로 계산할 수 없는 법익침해는 애초부터 손해의 범주에서 제외되어 버리는 불합리한 결과를 초래할 뿐만 아니라 가정적 인과관계 등의 문제를 해결할 수 없는 문제가 있기 때문이다.²⁹⁾

노이너(Neuner)가 주장한 객관적 손해개념, ‘필요’를 손해의 일종으로 파악한 쾨이너(Zeuner)의 견해 등이 규범적 손해 개념의 일환으로 제시되었고,³⁰⁾ 독일의 학설과 판례는 일정한 사안 유형에서 규범적 손해의 개념을 받아들이고 있다. 전업주부가 피해자인 경우의 피해보상이나 사고를 당하여 노동력을 상실하였음에도 고용주로부터 지속적으로 급료를 지급받은 경우 손해배상을 인정한 사례가 대표적이다.³¹⁾ 고용주로부터 급료를 계속 지급받음으로써 사고 전후의 재산상태의 차이는 없었으나 이 경우에도 손해배상을 인정한 것은 규범적 손해 개념을 도입한 결과이기 때문이다.

26) 김상중, “손해의 개념과 손해발생의 인정”, 「민사법학」 제90호, 2020, 201면.

27) 권혁재, “변론전체의 취지에 의한 손해배상액의 결정”, 「법조」 통권660호, 2011, 130면.

28) 김상중, 앞의 논문, 203면.

29) 박동진, “독일손해배상법상 손해의 인식과 산정방법”, 「연세법학연구」 제4권 제1호, 1997, 202면; 김재완, “유럽공동매매법상 손해의 개념과 손해배상 및 예견가능성”, 「서울법학」 제 26권 제1호, 2018, 139면.

30) 김상중, 앞의 논문, 204면.

31) BGHZ 51, 109, 111.; 임견면, “민사법상의 손해의 개념”, 「비교사법」 제8권 제2호, 2001, 449면에서 재인용.

(3) 프랑스민법상 손해의 개념

프랑스 민법도 손해의 개념을 따로 규정하고 있지 않다. 그러나 통상적으로 ‘손해’라는 용어는 재산 또는 신체의 완전성에 대한 침해로서 법적인 가치가 인정되지 않는 ‘단순한 사실’에 불과하다. 손해는 단순한 사실에 불과하므로 손해를 둘러싼 논의는 손해배상의 대상으로 고려할 수 있는 손해인지 여부에 집중된다. 이러한 이유로 프랑스법상 손해의 개념과 관련된 논의는 손해의 성질과 유형을 중심으로 전개되고 있고, 일반적으로 손해배상책임을 묻기 위해서는 손해의 확실하고 직접적이며 개인적이어야 한다고 본다.³²⁾ 그리고 여기서 가장 핵심적인 손해의 요소는 확실성이라고 한다.³³⁾

‘확실성’이라는 용어는 일반 상식의 범주에서 사용되는 용어이다. 확실한 손해는 의문의 여지없이 그 손해의 발생을 피할 수 없는 것이 드러난 손해를 의미한다. 가해행위가 존재하더라도 피해자가 이를 증명하지 못할 경우에는 손해배상이 인정되지 않는다. 손해의 존재는 원칙적으로 추정되지 않으며 피해자가 이를 증명하여야 한다. 그러므로 손해의 확실성은 결국 피해자가 자신이 입은 손해를 증명하여야 한다는 것과 같은 의미이다.³⁴⁾ 프랑스 법원은 예컨대, 교통사고로 인하여 배우자를 잃은 자가 가사도우미를 사용한다고 하더라도, 그와 같은 가사도우미의 사용이 반드시 필요하다는 것을 증명하지 못하면, 가사도우미 사용으로 어떠한 경제적 손해가 발생하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.³⁵⁾

(4) 미국불법행위법상 손해의 개념

가. 손해 개념의 중요성

미국불법행위의 성립요건은 우리나라처럼 고의의 경우와 과실의 경우가 통합되어 있지 않다. 즉 고의, 과실, 엄격책임에 따라 각각 별개의 불법행위 성립요건을 구성한다. 손해배상 가부를 검토할 때 손해가 불법행위 성립요건 중의 하나인 과실에 의한 불법행위와 엄격책임에 따른 불법행위의 경우에는 큰 문제가 없다.³⁶⁾ 이에 비해, 고의에 의한 불법행위는 손해가 불법행위의 성립요건이 아니므로,³⁷⁾ 일단 불법행위가 성립하면 손해가 없더라도 손해배상이 가능하다. 대표적인 예가 명목적 손해배상(nominal damage)과 징벌적 손해배상(punitive damage)이다. 불법행위는 존재하나

32) 권태상, “인격권 침해로 인한 비재산적 침해의 보상 - 언론 보도에 의한 인격권 침해를 중심으로-”, 「저스티스」 통권 178호, 2020, 189면.

33) 박수곤, “프랑스민법상 손해의 개념 - 손해의 확실성과 기회의 상실에 대한 논의를 중심으로-”, 「재산법연구」 제29권 제1호, 2012, 4면.

34) 박수곤, 위의 논문, 5면.

35) Cass. civ. 2e, 19 fév. 1997, *Juris-Data*, n° 1997-000661; *Bull. civ.* II, n° 52.; 박수곤, 위의 논문 6면에서 재인용.

36) 일반적으로 과실에 의한 불법행위의 성립요건은 ① 주의의무와 그 위반, ② 손해의 발생, ③ 인과관계이고 엄격책임에 따른 불법행위의 성립요건은 ① 안전의무의 존재와 그 의무위반행위, ② 손해의 발생, ③ 인과관계로 파악한다.

37) 고의에 의한 불법행위 성립요건은 일반적으로 ① 행위, ② 고의, ③ 인과관계의 존재가 요구된다.

손해가 사실상 없더라도 법원이 상징적인 금액(예컨대, 1달러)의 손해배상을 인정하는 것이 명목적 손해배상이고, 실제 손해의 유무와 관계없이 피고에 대한 징벌과 불법행위 예방적 관점에서 부과하는 것이 징벌적 손해배상이다.

그렇다면 미국에서 고의에 의한 불법행위에서는 적어도 명목적 손해배상에서는 손해의 개념을 파악할 실익이 없는 것인지 문제가 될 수 있다. 하지만 명목적 손해배상일지라 하더라도 ‘일종의’ 손해에 대한 배상이 이루어지는 것이라고 본다.³⁸⁾ 결국, 미국 불법행위 유형에서 손해가 성립요건이든 아니든 간에 손해의 개념은 손해배상에 있어 중요한 판단요소가 된다.

나. 손해의 분류

1) 금전적 손해와 비금전적 손해

금전적 손해는 재산적 손해로서 손해를 입은 금전적 가치만큼 배상이 인정된다. 신체적 손해와 감정적 손해는 비금전적 손해를 구성한다. 신체적 손해는 개인의 신체에 대한 침해로 입은 손해이고, 치료비 같은 금전적 손해가 발생하더라도 신체적 손해 자체는 비금전적 손해로 본다. 감정적 손해는 신체적 손해와 결부되었을 경우 배상이 인정되나, 신체적 손해와 결부되어 있지 않은 감정적 손해는 인과관계 등에 관하여 보다 엄격한 검토를 거친다. 비금전적 손해가 금전적 손해와 개념상 구분되지만, 비금전적 손해에 대한 배상 역시 금원배상이다.

2) 통상손해와 특별손해³⁹⁾

물건에 대한 침해로 발생하는 물적손해와 관련하여 통상손해와 특별손해 개념을 살펴보면, 그 물건이 가지는 가치 감소분이 손해배상액 산정의 기준이 되고 여기서 가치는 일반적으로 교환가치이다. 교환가치는 어떤 물건의 시장가격이고 물건이 멸실 혹은 훼손된 경우 시장가치의 감소분만큼이 통상손해이다. 특별손해는 통상적으로 예기된 수준을 넘어 발생한 손해로서, 통상손해로 전보될 수 없는 부분을 보완하는 역할을 한다. 특별손해를 배상받기 위해서는 피해자가 이를 주장, 증명하여야 한다.

손해를 통상손해와 특별손해로 구분하는 것은 미국에 국한되지 않는다. 우리 민법 제393조 역시 손해를 통상손해와 특별손해로 구분한다. 민법 제393조에 의하면 통상손해는 항상 배상하여야 하고, 특별손해는 특별한 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에만 배상의 대상이 된다고 본다.

따라서 특별손해의 배상 범위와 관련하여 ‘예견가능성’이 중요한 기준이 되는데, 이는 당초에 영미법상 *Hadley v. Baxendale* (1854) 판결에서 특별손해의 배상의 범위를 제한하기 위해 고안된 것이었다.⁴⁰⁾ 계약법의 손해배상 범위 제한법리를 불법행

38) 김영희, “미국 불법행위법상 손해개념”, 「민사법학」 제61호, 2012, 436면.

39) 통상손해와 특별손해의 개념이 미국법상으로만 논의되는 개념은 아니나, 비교법적으로 각 국가별로 대표적인 손해 분류방식을 기재하기 위해 미국불법행위 부분에 통상손해와 특별손해를 소개하였다.

40) 김용담 편집대표 「주석민법 채권총칙(1)」 제4판, 2020, 833면. 이 사건의 사실관계는 다

위의 손해배상 범위에도 적용할 수 있는지를 놓고 대립이 있었으나, 미국 법원은 예견가능성 법리를 불법행위법 영역에 참고하고 있다. 완전배상주의를 취하는 독일에 서 배상의 범위를 제한하기 위해 상당인과관계론을 취하는 것이나 미국 법원이 불법 행위 책임의 범위를 제한하기 위해 계약법상 예견가능성의 법리를 사용하는 것 모두 법정책적인 목적 차원에서 보면 크게 다르지 않다고 볼 수 있다.

한편, 미국불법행위법상 예견가능성의 개념은 손해배상의 범위를 제한하는 법리로 서만 등장하는 것이 아니라 불법행위 성립요건 단계에서도 검토된다. 특히 과실에 의한 불법행위가 성립하기 위해서는 주의의무 위반이 있어야 하고 이때의 주의의무 는 합리적인 일반인이 예견할 수 있는 수준의 의무이다. 또한 인과관계의 판단기준 으로서 예견가능성 개념이 사용되기도 한다.⁴¹⁾ 따라서 미국불법행위법에서 예견가능 성은 일의적이지 않을 수 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 우리 민법 제393조의 특 별손해를 판단하기 위한 기준으로 사용되고 있는 예견가능성은 미국 불법행위법 내 에서조차 일의적이지 않으므로 양자의 예견가능성 법리가 완전히 동일하다고 볼 수 는 없다.⁴²⁾

2. 우리 민법상 손해의 개념

국내에서의 손해에 관한 논의는 위에서 설명한 독일 등 외국의 영향을 받아 전개 되었고, 우리나라에서만 주장되는 독자적인 견해가 있는 것으로 보이지 않는다. 국내 에서 논의되는 손해와 관련된 논의는 주로 그 개념과 종류, 배상의 범위에 초점이 맞춰져 있다.

(1) 손해의 개념 - 차액설과 규범적 손해개념

손해는 ‘법익에 관하여 받은 불이익’ 또는 ‘법익 침해로 생긴 불이익’이라고 정의하

음과 같다. 제분업을 경영하는 하들리의 공장에 한 대 밖에 없는 제분기의 크랭크축이 파 손되어 하들리는 그리니치에 있는 기계제조공장에 파손된 크랭크축을 건본으로 새로운 크 랭크축을 만들어 줄 것을 의뢰하였다. 하들리의 운송업자인 박센들과, 크랭크축을 그리니치 까지 운송하기로 하는 운송계약을 체결하였는데 박센들의 태만으로 크랭크축의 배달이 수 일간 지연되었다. 이로써 조업개시가 늦어진 하들리가 배달 지연이 없었더라면 얻을 수 있었을 이익의 배상을 구하는 소송을 박센들을 상대로 제기하였다. 이 사건에서 항소법원은 계약위반을 이유로 받아야 할 손해배상액은 ① 계약위반 자체로부터 발생하 것이라고 공정 하고 합리적으로 볼 수 있는 손해거나, ② 계약을 체결한 시점에 계약위반의 결과로 양 당사자가 예견하였다고 합리적으로 추단될 수 있는 손해이어야 한다고 판시하였다 (위 ② 부 분이 손해배상 범위의 확정에서 예견가능성 기준을 확립한 원칙으로서 위 판결의 요체이 다). 일반적으로 제분공장이 부서진 크랭크축을 제3자에게 운송한다고 하여 새로운 크랭크 축이 조달되기까지의 기간 동안 공장가동이 정지되지는 않는다. 따라서 청구된 일실이익의 손해는 사물의 통상적인 경과에 따라 발생하는 손해가 아니다. 원고는 크랭크축의 운송이 지연되면 공장가동 정지기간이 연장되어 손해가 생길 것이라는 사정을 피고에게 통지하지 도 않았다. 그러므로 원고는 피고에게 일실이익 손해배상을 구할 수 없다.

41) 영미 불법행위법에서 인과관계의 판단 기준으로 직접결과설과 예견가능성설이 있다고 이 해되어 왔는데 직접결과설은 과실의 직접적인 결과로서 손해가 발생한 이상 예견가능성은 문제되지 않는다는 것이다. 예견가능성설은 행위자에 의해 결과의 발생이 합리적으로 예견 될 수 있었던 경우에만 손해배상책임이 있다고 본다.

42) 김영희, 앞의 논문, 451면.

고 있다.⁴³⁾ 이러한 전통적인 견해는 자연적 손해개념에 기반한다. 자연적 손해개념에서 보호의 대상이 되는 것은 피해자의 법익이고, 손해배상은 피해자가 현실적으로 입은 손해를 전보하는 것이므로, 결국 배상되어야 할 것은 피해자가 상실한 이익이 된다.⁴⁴⁾ 국내의 다수설과 판례인 차액설은 바로 이 자연적 손해개념을 전제로 한다.

차액설에 의하면 불법행위가 없었다라면 피해자가 현재 가지고 있었을 이익상태와 불법행위로 인하여 피해자가 현재 가지고 있는 이익상태 사이의 차이를 손해라고 본다. 차액설에서의 손해는 사고 전후의 재산상태를 비교하여 나타나는 총재산의 감소를 의미하게 된다. 따라서 손해는 추상적인 계산액 내지 계산상의 숫자로 나타나고 손해 자체의 확정과 손해에 대한 금전적인 평가는 동일한 의미를 지닌다. 차액설에 따르면 일실회익의 상실에 의한 손해와 같이 총재산에 생기는 손해도 손해로서 파악할 수 있게 되어, 피해자의 재산상태의 변동을 남김없이 파악하는 것을 가능하게 한다.

반면에, 규범적 손해개념은 차액설에 따르는 경우 가해행위 전후에 총재산가액에 변동이 없는 때에는 손해가 없다고 보아야 하는 불합리한 결과가 발생할 여지가 있으므로 이러한 경우에 배상을 인정하기 위해 차액설이 전제로 하는 자연적·사실적 손해개념을 반박하고 손해를 법적 가치평가를 통해 규범적으로 파악해야 한다는 관점에서 인정되는 개념이다. 앞서 살펴본 바와 같이, 규범적 손해개념은 차액설이 해결하지 못하는 부분(예컨대, 금전적인 가치로 평가할 수 없는 손해가 발생한 경우나, 불법행위 이후 다른 사정으로 인해 피해자의 재산이 오히려 증가한 경우 등)을 보완하거나 대체하는 역할을 수행한다.⁴⁵⁾

(2) 손해의 분류⁴⁶⁾

가. 재산적 손해와 비재산적 손해

재산적 법익에 관하여 발생한 손해가 재산적 손해이고, 생명·신체·자유·명예 등 비재산적 법익에 관하여 생긴 손해가 비재산적 손해이다. 재산적 손해는 재산에 대한 가해행위에 의해서만 발생하는 것은 아니고(신체의 상해로 인하여도 재산상 손해가 발생할 수 있다), 정신적 손해 역시 정신적 법익에 대한 가해행위에 의해서만 발생하는 것은 아니다(예컨대, 피해자가 가보로 아끼던 물건을 깨뜨린 경우 피해자는 깊은 정신적 고통을 받을 수 있다). 즉 재산적 손해와 비재산적 손해의 구별은 가해행위의 객체가 물질적이나 비물질적이나의 구별과는 다른 것이다. 비재산상의 손해는 정신적 타격·고통·슬픔과 설움 등을 평가한다는 의미에서 정신적 손해라고도 일컫고, 이에 대한 배상을 통상 ‘위자료’라 한다. 민법에서는 불법행위에 관한 규정에서 비재산적 손해를 “재산 이외의 손해”(제751조 제1항) 또는 “재산상의 손해 없는 경우”(제752조)라고 하여 재산적 손해와 구별하여 규정하고 있다.

43) 박윤직, 앞의 책, 112면.

44) 임건면, 앞의 논문, 441면.

45) 박동진, 「계약법강의」 제2판, 법문사, 2020, 617면.

46) 손해는 이외에도 적극적 손해와 소극적 손해, 이행이익의 손해와 신뢰이익의 손해 등 다양한 관점에 따라 분류될 수 있다. 이에 관하여는 김형배, 「민법학강의」 제4판, 신조사, 2005, 778면.

판례는 인명사고에 의한 손해배상 청구에서의 소송물인 손해는 통상의 치료비와 같은 적극적 재산상 손해와 일실수익 상실에 따른 소극적 재산상 손해 및 정신적 손해(위자료)의 3가지로 나누어진다고 본다(손해3분설). 이러한 판례의 입장 역시 재산적 손해, 비재산적 손해의 구분을 침해행위(가해행위)의 객체가 아닌 침해된 법익에 따라 구분한 것으로 이해된다.

나. 직접적 손해와 간접적 손해

직접적 손해는 침해된 법익 그 자체에 대한 손해를, 간접적 손해는 법익침해의 결과로 발생한 손해를 말한다. 이는 침해의 대상(목적물)을 기준으로 하여 법익 자체에 발생하는 불이익을 직접손해, 법익침해 결과로 피해자의 다른 법익에 발생한 결과적 손해를 간접손해라고 보는 견해이다. 즉, 신체의 상해는 직접적 손해이지만 이로 인한 노동수입의 결손은 간접적 손해이다.

반면에 판례는 불법행위에 있어 그 직접적 대상에 대한 손해를 직접적 손해, 직접적 손해가 아닌 손해를 간접적 손해라고 하고 있다.⁴⁷⁾ 이는 피해의 주체를 기준으로 가해행위의 상대방에게 생긴 손해를 직접손해, 제3자에게 생긴 손해를 간접손해라고 보는 입장이다. 예컨대, 주식회사의 대표이사가 회사의 재산을 횡령함으로써 회사의 재산이 감소하여 회사가 손해를 입고 그 결과 주주의 경제적 이익이 침해되는 경우, 주주가 입는 손해는 “간접적인 손해”이고 이는 상법 제401조에서 말하는 손해의 개념에 포함되지 않는다고 한다.⁴⁸⁾

다. 통상손해와 특별손해

민법 제763조에 의해 준용되는 민법 제393조에서 정하고 있는 개념으로서, 동조 제1항의 “통상의 손해”가 통상손해, 제2항의 “특별한 사정으로 인한 손해”가 특별손해이다. 특히 제2항의 특별손해를 판단하는 기준에 관하여 특별손해를 판단하는 기준이 무엇인지에 관하여 민법 제393이 개념은 손해배상의 책임범위에서 의미를 갖게 되고 구체적인 논의는 이하와 같다.

(3) 민법 제393조의 손해배상 범위 결정기준에 관한 법리

가. 학설의 태도

민법 제393조 제2항의 특별손해를 판단하는 기준이 무엇인지에 관하여, 상당인과 관계설은 채무불이행과 상당인과관계가 있는 손해만을 배상하려는 입장이다. 여기서 상당성의 판단기준을 채무자의 주관적인 의사에 두는 주관적 상당인과관계설과 제3자 특히 법관의 사후심사에 따라 객관적으로 존재하였던 모든 사정을 기초하여 결정하는 객관적 상당인과관계설로 나뉜다. 전자는 채무불이행 당시의 채무자가 인식한 사정만을 기초로 하여 그 사정 하에서 보통 일반적으로 발생할 수 있는 결과만이 행

47) 대법원 1996. 1. 26. 선고 94다5472 판결.

48) 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다36093 판결.

위의 결과라고 보아 상당성의 인정범위가 좁다. 반면에 후자는 채무자가 인식할 수 없었던 우연한 사정까지 모두 포함될 수 있기 때문에 상당성의 인정 범위가 지나치게 넓게 된다. 양자를 절충하는 견해(절충설)는 채무불이행 당시 일반인이 알 수 있었던 사정과 채무자가 알고 있던 사정을 함께 관찰의 대상으로 해야 한다고 주장한다.

우리나라의 다수설은 손해배상의 범위에 관한 독일의 이론 중 상당인과관계설을 취하여 민법 제393조를 규정한 것으로 보고 있다.⁴⁹⁾ 즉, 제393조 제1항은 상당인과관계의 일반원칙을, 제2항은 절충설을 받아들여 특별한 사정의 범위를 규정한 것이라고 이해한다.

한편, 상당인과관계설이 실무에서 손해배상의 범위를 적절히 제한하는 기능을 제대로 하지 못한다는 문제의식 아래 규범목적설이 주장되어 왔다. 이는 배상의무의 범위를 정함에 있어 ‘구체적인 손해배상청구권의 근거가 된 규범의 보호목적’을 고려하려는 견해이다.⁵⁰⁾

나. 판례의 태도

판례는 “채무불이행으로 인한 손해배상의 범위를 정할 때에는 채무불이행과 손해 사이에 자연적 또는 사실적 인과관계가 존재하는 것만으로는 부족하고 이념적 또는 법률적 인과관계, 즉 상당인과관계가 있어야 한다”고 하여 원칙적으로 상당인과관계설의 입장을 취한다.⁵¹⁾ 하지만 최근 들어 규범목적설을 채택하여 규범의 목적과 보호법익, 가해행위의 태양 및 피침해이익의 성질 등을 종합적으로 고려하여야 한다고 판단하는 사례가 늘고 있다.⁵²⁾

다. 검토

우선 상당인과관계설에 대해서는 몇 가지 비판이 가해진다. 첫째, 상당인과관계설 논의 자체가 완전배상주의를 취하고 있는 독일에서 손해의 범위를 제한하기 위해 도입된 견해라는 점에서 제한배상주의를 취하고 있는 우리 민법에 부합하지 않는다는 점과 둘째로, 배상해야 할 손해의 범위를 정하는 것은 인과관계의 문제가 아니라 책임의 제한 문제인데 상당인과관계설은 손해배상의 성립과 책임의 제한을 따로 분리하지 않고 있다는 점 및 셋째로, 완전배상주의 자체에 대한 비판으로서 오늘날 제조물책임 등 무과실책임이 확대되어 가고 있는데 이러한 현대사회에 있어서 완전배상주의는 손해배상법의 기초로서 적합하지 않다는 것이다.⁵³⁾

생각건대, 우리나라의 다수의 견해와 판례가 상당인과관계설을 취하고 있지만 손해배상의 범위를 정함에 있어 결정적인 기준이 되는 것은 어디까지나 민법 제393조

49) 김태관, “자동차사고로 인한 교환가치 하락 손해에 대한 배상”, 「법학연구」 30권 4호, 2020, 32면.

50) 상당인과관계설과 규범목적설 외에도 보호범위설, 위험설관련설, 예견가능성설 등 다양한 견해가 주장되고 있다. 다만, 위 각 견해 모두 손해배상의 범위를 제한할 수 있다는 점에서는 공통되나, 제한의 기준 (보호범위 확정, 위험관련성, 예견가능성)을 달리 내세운다.

51) 대법원 2012 1. 27. 선고 2010다81315 판결 등.

52) 대법원 1994. 12. 27. 선고 94다36285 판결 등.

53) 같은 취지로 김용담 편집대표, 앞의 책(주2), 260면.

의 규정 그 자체가 되어야 할 것이다. 민법 제393조는 채무불이행으로 인하여 배상되어야 할 손해의 범위에 관하여 통상의 손해를 그 한도로 하고, 통상의 손해가 아닌 손해는 채무자가 알았거나 알 수 있었을 특별한 사정으로 인한 손해만이 배상될 수 있다고 규정한다.

이러한 민법 제393조는 완전배상주의를 채택하고 있는 독일 민법과는 태도를 달리 하는 것이다. 오히려 제393조는 일본 민법 제416조를 참고하였는데, 이는 영미의 계약책임법의 대표적인 판례인 하들리 사건의 판결 (Hadley v. Baxendale)에서 유래되었고, 하들리 사건의 판결은 18세기 프랑스의 뽀띠에(Robert Joseph Pothier)의 예견이론에 따라 제정된 19세기 프랑스 민법의에서 비롯되었다고 파악된다.⁵⁴⁾ 따라서 우리 민법 제393조는 전체적으로 예견가능성이라는 기준을 통해 특별손해를 규정하고 있다는 점에서 프랑스 민법의 태도에 보다 더 가까운 입장을 취하고 있다고 평가할 수 있다.⁵⁵⁾

다만, 위와 같은 학설사적 연혁을 떠나 구체적인 사건에서 문제되는 손해가 통상손해인지 혹은 예견가능한 특별사정에 의한 손해인지 여부를 판단할 때에는 상당성이나 예견가능성 외에도 규범목적설의 규범목적 등도 함께 고려하고, 나아가 손해의 공평·타당한 분담 등 손해배상제도의 목적을 종합적으로 검토하는 것이 바람직할 것이다.

IV. 결론

우리나라의 법원의 민사본안사건 중 가장 높은 비중을 차지하고 있는 사건은 손해배상사건이고, 이는 손해배상과 관련된 쟁점을 살피는 것이 중요한 의미를 갖는다는 것을 방증한다. 손해배상의 쟁점들 중 가장 기본적이면서도 시작점이라고 할 수 있는 손해배상제도의 목적과 손해의 개념에 관하여 살펴봄으로써 손해배상제도 전반을 조망할 필요가 있다.

손해배상제도의 목적과 관련하여, 다수의 견해와 판례는 ‘발생한 손해의 공평한 분담’으로 이해하는데 이는 침해된 정의를 회복하기 위한 수단으로 이해된다. 여기서의 정의는 전통적으로는 교정적 정의를 의미하는 견해가 다수였으나 현대의 복지사회국가에 들어오면서 배분적 정의의 개념이 강조되고 있다. 입법적으로 완전배상주의를 채택하고 있는 독일민법은 교정적 정의를 손해배상의 지도원리로 삼기에 적합하지만, 제한배상주의를 채택하고 있는 우리 민법의 경우에는 배분적 정의를 강조한 것으로 이해될 수 있다.

우리 민법은 제390조와 제750조에서 유책주의를 채택하고 있으므로 교정적 정의에서 출발하지만 과실유무의 판단은 행위자 개인의 주관적 능력이 아닌 평균인에게 요구되는 주의의무를 위반했는지에 따라 판단하므로 배분적 정의의 요소가 더해졌다. 과실 판단의 기준을 행위자 개인에 대한 비난가능성이 아닌 평균인의 관점에서 객관적 과실척도로 보는 것은 본래 의미의 유책주의 대신 교정적 정의와 배분적 정의를 함께 고려한 것으로 이해할 수 있기 때문이다. 그리고 민법 제396조의 과실상계의

54) 서울오, 앞의 논문, 160면.

55) 서울오, 앞의 논문, 181면.

확대적용이나 민법 제756조, 현대형 소송에서의 증명책임 완화 등은 모두 배분적 정의를 강조한 것으로 이해할 수 있다.

손해의 개념에 관하여는 대부분의 입법례가 손해의 정의규정을 두고 있지 않다. 손해 개념을 연혁적으로 파악하기 위해 로마법상 손해의 개념부터 살펴보면, 로마법은 현대의 성문법과는 달리 학설법이나 사례법의 성격을 가지고 있었고 하나의 통일된 체계나 상위개념을 만드는 작업도 잘 이루어지지 않았기 때문에 지금의 채무불이행이나 불법행위라는 상위개념은 존재하지 않았다. 다만, 로마법에서 논의되고 축적된 사례들을 통해 정리된 채무불이행에서의 손해는 물건의 객관적 가치 뿐만 아니라 피해자의 주관적 사정까지 고려하는 것을 허용하였고 이는 추후 이익(interest) 개념의 뿌리가 되었다. 불법행위에서는 절도, 강도, 재산침해 등 ‘침해’ 그 자체를 손해와 관련지어 이해하였으며 이는 ‘이익’과 더불어 현대적 손해 개념의 한 축을 이루는 개념이다. 로마법을 넘어 중세법학에서는 손해배상액은 목적물의 가액의 2배를 초과하여서는 안된다는 점과 손해와 이익을 동일시하였다는 점을 주요 특징으로 하였다.

독일민법상 손해의 개념 관련하여, 독일민법제정 이전에 이미 상위개념으로서의 손해를 규정하려는 시도가 있었고 독일민법개정 이후 몸젠의 차액설에 기초한 손해의 개념이 정립되었다. 그 후 손해의 개념에 관한 대립적인 견해들 (재산적/비재산적 손해, 자연적/규범적 손해 등)이 이어져 왔고 독일의 판례는 차액설을 기초로 하면서 필요한 경우 규범적 손해의 개념을 인정한다. 한편, 프랑스 민법상 손해의 개념은 손해는 확실하고, 직접적이며, 개인적어야 한다는 전제 하에 ‘손해의 확실성’이 가장 중요한 요소라고 이해한다. 미국 불법행위상의 손해의 개념은 금전적/비금전적 손해, 통상손해/특별손해 등으로 구분되고 이는 영미법상 허들리 판례로부터 유래되어 우리 민법 제393조에도 영향을 미친 것으로 보인다.

국내의 경우, 손해의 개념은 차액설을 지배적인 견해로 하여 규범적 손해개념이 고려된다. 손해는 재산적/비재산적 손해, 직접적/간접적 손해, 통상손해/특별손해 등으로 구별한다. 손해의 개념과 분류에 관련된 위 논의는 민법 제393조의 손해배상 범위 결정에 영향을 미쳤고 상당인과관계설, 규범목적설 등을 비롯하여 외국 논의의 영향을 받아 다양한 견해가 대립한다. 판례는 상당인과관계설을 원칙으로 하면서도 규범목적 등을 종합적으로 고려하는 입장을 취하고 있다.

이와 같이 손해배상제도에 관한 논의는 특정 국가나 특정 시점에 정립된 것이 아닌 고대시대부터 중세와 근대, 현대를 거쳐 그 지도원리와 개념이 지속적으로 변화, 발전되고 있는 것으로 이해할 수 있다. 개별 손해배상 사건에서 민법 조항을 바탕으로 손해배상제도의 지도원리인 손해의 공평·타당한 분담과 책임범위에 관한 여러 기준을 고려하여 구체적 타당성을 갖는 결론을 도출하는 것이 중요하다고 판단된다.

[참고문헌]

- 곽윤직, 「채권총론」 제6판, 박영사, 2003.
- 김용담 편집대표, 「주석민법 채권총칙(1)」 제5판, 한국사법행정학회, 2020.
- 김용담 편집대표, 「주석민법 채권각칙(6)」 제4판, 한국사법행정학회, 2016.
- 김형배, 「민법학강의」 제4판, 신조사, 2005.
- 박동진, 「계약법강의」 제2판, 법문사, 2020.
- 권태상, “인격권 침해로 인한 비재산적 침해의 보상 - 언론 보도에 의한 인격권 침해를 중심으로-”, 「저스티스」 통권 178호, 한국법학원, 2020.
- 권혁재, “변론전체의 취지에 의한 손해배상액의 결정”, 「법조」 통권660호, 법조협회, 2011.
- 김상중, “손해의 개념과 손해발생의 인정”, 「민사법학」 제90호, 한국민사법학회, 2020.
- 김영희, “미국 불법행위법상 손해개념”, 「민사법학」 제61호, 한국민사법학회, 2012.
- 김재완, “유럽공동매매법상 손해의 개념과 손해배상 및 예견가능성”, 「서울법학」 제26권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2018.
- 김태관, “자동차사고로 인한 교환가치 하락 손해에 대한 배상”, 「법학연구」 30권4호, 연세대학교 법학연구원, 2020.
- 박동진, “손해배상법의 지도원리와 기능”, 「비교사법」 제11권 4호, 한국비교사법학회, 2004.
- 박동진, “독일손해배상법상 손해의 인식과 산정방법”, 「연세법학연구」 제4권 1호, 연세법학회, 1997.
- 박수근, “프랑스민법상 손해의 개념 - 손해의 확실성과 기회의 상실에 대한 논의를 중심으로-”, 「재산법연구」 제29권 제1호, 한국재산법학회, 2012.
- 서광민, “손해의 개념”, 「서강법학」 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004.
- 서종희, “부진정연대채무에서 다액(多額)채무자의 일부변제의 효과 - 외측설에 의한 일원화된 해결방법의 모색”, 「저스티스」 통권 136호, 한국법학원, 2013.
- 서울오, “로마법상 손해의 개념 - 민법 제393조의 손해개념의 역사적 기원-”, 「법학논집」 제18권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2013.
- 신국미, “손해배상방법으로서 원상회복의 도입”, 「한양법학」 제21권 제1집, 한양법학회, 2010.
- 임건면, “민사법상의 손해의 개념”, 「비교사법」 제8권 2호, 한국비교사법학회, 2001.
- 법원행정처, 「2021 사업연감」, 2021.

[Abstract]

A Study on the Purpose of the Damage Remedy System and the Concept of the Damage

Ohsang Kwon^{*56)}

Among the various issues regarding the damage remedy system, the purpose and concept of the damage are the most fundamental ones that suggest a direction for how we should look at the damage in specific cases. Above all, regarding the purpose of the damage remedy system, the original one was the corrective justice, but in the contemporary welfare society, the distributive justice is being more and more emphasized. Our Civil Code pursues a fair and valid sharing of damage, which implies that the code accepts both corrective and distributive justices.

Regarding the concept of damage, the Roman law did not clearly distinguish the contractual damage from the that of tort, but established the concept that the damage would involve violation and gain, and such concept would form the basis of the Medieval law and would also form the background of the damage in the contemporary civil laws. This study would review the concepts of the damage in German and French civil codes and then, discuss their concept in the US Tort. Specifically, this study examines the core disputes regarding the concept of the damage to better understand the core discussions of such concepts related with the concept of the damage as differential amount theory, normative concept of damage and foreseeability in an effort to make clear the discussions regarding the scope of the damage in Article 393 of our Civil Code. In particular, domestic majority of theories and judicial precedents adopt the Proximate casual relation theory as a criterion for decision on the scope of the damage, but Article 393 itself should function as criteria for decision on the scope of the damage. Hence, as the Paragraph 2 of Article 393 stipulates, it is judged that the foreseeability shall be the criteria for decision on the special damage, and that beside the principles of interest balancing and the foreseeability, other specific validity such as purpose of the norm should be considered for a fair distribution of the damage.

Key words: damage, remedy, purpose of the remedy, theory of difference, normative damage, Proximate casual relation, foreseeability

* LL.M. Candidate, Class of 2023, Georgetown Law Center, Lawyer.

플랫폼 시대에 언론산업의 변화와 경쟁법 적용을 통한 개선 가능성 검토

홍 명 수*

논문요지

전 세계적으로 플랫폼의 지배력이 점점 확대되고 있으며, 이러한 현상은 우리나라도 예외는 아니다. 이러한 현상은 특히 언론산업에서 두드러지고 있는데, 플랫폼의 지배력 확대는 이미 진행되고 있었던 언론의 위기를 더욱 심화시키는 요인이 되고 있다. 현재 온라인상 기사의 제공은 플랫폼을 통해 이루어지고 있으며, 이로 인해 언론사의 플랫폼 의존성은 점점 심화되고 있다. 이러한 상황에서 언론사의 자생적 기반은 약화되고, 다양성에 기반한 언론 본연의 기능은 위축될 수밖에 없을 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해 플랫폼에 대한 언론사의 대응력을 높이거나 플랫폼과 언론사의 관계를 공정성이 보장되는 제3자에 의해 규율하는 방안이 제시되고 있다. 전자는 플랫폼을 통해 기사를 제공하는 언론사의 플랫폼에 대한 협상력을 제고하려는 취지에서 저작권법상 언론사에게 저작인접권을 부여하는 방식으로 구체화되고 있다. 후자는 우리나라에서 시행되고 있는 ‘뉴스제휴평가위원회’의 운영이 대표적인데, 동 위원회가 독립적인 위치에서 플랫폼과 언론사 간 거래관계의 유지 여부를 결정함으로써 플랫폼의 자의적인 지배력 행사가 억제될 수 있다는 인식에 따른 것이다. 이와 같은 시도가 문제 해결에 어느 정도 기여할 것으로 기대되고 있지만, 일정한 한계도 드러나고 있다. 이를 보완하기 위해 경쟁법의 적용을 적극적으로 고려할 필요가 있다. 언론은 정치질서 원리인 민주주의의 기초를 제공하며, 경쟁은 언론의 다양성 유지에 있어서 핵심적 요소이다. 이러한 언론과 경쟁의 내적 연관성은 언론 영역에 경쟁법 적용의 타당성을 뒷받침할 뿐만 아니라, 경쟁법상 규제의 실효성을 기대할 수 있는 근거가 될 것이다.

검색용 주제어: 언론, 경쟁정책, 플랫폼, 저작인접권, 뉴스제휴평가위원회

· 논문접수: 2022. 06. 26. · 심사개시: 2022. 07. 13. · 게재확정: 2022. 07. 22.

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서론

플랫폼은 디지털화가 진행된 특정 산업을 넘어서 모든 산업에 영향을 미치고 있으며, 경제활동 방식의 패러다임을 바꾸는 전환의 기폭제가 되고 있다.¹⁾ 언론산업도 예외는 아니며, 나아가 이러한 변화를 대표하는 영역으로 자리하고 있다. 언론산업에서의 변화는 대체로 언론 위기의 맥락에서 이해되고 있으며, 그 시작은 인터넷 환경의 도래와 궤를 같이한다. 물론 언론의 위기는 인터넷 시대 이전부터 이미 잠복해 있던 것이고, 새로운 환경은 이러한 문제를 드러내는 계기가 되었을 뿐이라는 시각도 가능할 것이다.²⁾ 그러나 어떠한 이해를 따르든지 간에, 언론의 위기는 산업의 구조적 문제로 구체화 되고 있고, 현재 직면하고 있는 위기가 거대 플랫폼에 의해 증폭되고 있다는 점에 이견은 없을 것이다.

다른 한편으로 언론의 위기는 거대 플랫폼이 경제사회에 미치고 있는 부정적 영향을 대표하는 사례로 언급되기도 한다. 이는 단지 해당 산업의 전반적인 쇠퇴와 같은 산업적인 측면에만 초점을 맞추고 있는 것은 아니다. 사실 특정 산업의 부침은 보다 높은 수익률을 찾아 움직이는 자본 흐름의 관점에서 자연스러운 현상이라 할 수 있고, 이에 대한 산업정책적 접근은 비단 언론산업에 한정되지 않는다. 그럼에도 불구하고 언론산업에 특별한 관심이 주어지고 있는 것은 언론산업의 위기가 우리 사회에서 필요로 하는 언론 기능의 심각한 훼손으로 이어지고 있다는 인식에서 비롯된다. 흔히 민주주의 사회에서 언론은 공적 문제에 관한 사실 보도와 문제 제기를 통한 의제 설정과 여론의 형성 그리고 시민사회의 감시 기능을 수행하는 데 있는 것으로 이해된다.³⁾ 이러한 기능은 민주주의의 근간이 되며, 이러한 기능이 올바르게 발휘되고 있지 못하고 있는 것은 정치사회의 기본 원리인 민주주의에 대한 심각한 도전이 될 수 있다. 우리가 위협으로 인식하는 언론의 기능은 대체로 다양성 모델에 입각한 것이다. 물론 미디어를 기준으로 신문과 방송에 다소 차이가 있지만,⁴⁾ 신문의 경우 언론사가 자율적으로 경쟁하는 가운데 발생하는 외부효과로서 의견의 다양성이라는 공익적 가치의 실현을 언론 기능의 요체로 이해할 수 있을 것이다.⁵⁾ 이러한 기능이 원활하게 작동하기 위해서는 자생력 있는 언론사 간의 경쟁구조가 갖추어질 필요가 있으며, 이로부터 경쟁정책적 관점이 유효할 수 있는 계기가 주어진다.

플랫폼 시대에 언론의 위기는 플랫폼의 지배력이 커짐으로써 언론사의 플랫폼에 대한 의존성이 심화되는 양상으로 나타나고 있다. 이러한 상황에서 양질의 콘텐츠를 중심으로 전개되는 경쟁, 특히 경쟁법의 목적에 부합하는 merits에 의한 경쟁은⁶⁾ 왜

1) 플랫폼 시대에 산업의 변화를 파이프 산업에서 플랫폼 산업으로 표현하고 있는 것으로, Sangeet Paul Choudary, "Why Business Models fail: Pipes vs. Platforms", *Wired Magazine*, 2013.

2) 유용민, "언론 위기 담론에 대한 비판적 고찰: 언론 연구자 심층 인터뷰를 토대로", *언론정보연구* 제58권 제2호, 2021, 143-148면 참조.

3) 황성기, "뉴스매개자로서의 포털 뉴스서비스의 언론성 및 법적 책임범위에 관한 연구", *사이버커뮤니케이션학보* 제21호, 2007, 23면 참조.

4) 방송의 경우 주파수의 희소성으로 한정된 주체만이 방송서비스를 제공할 수밖에 없는 구조적 특성이 있고, 이는 여론 형성과 같은 사회적 기능의 중요성과 결합하여 방송에 대한 공익적 규제의 주된 근거로 이해된다는 것으로, Wayne Overbeck, *Major Principles of Media Law*, Thomson Wadsworth, 2005, pp. 427-428 참조.

5) 임영호, "뉴스제휴평가위원회 도입과 유사언론 논란", *Focus on Media* 1, 2015, 11면.

6) Deutsche Telekom 사건에서 유럽법원은 "자신의 장점(merits)에 의존하는 경쟁의 영역에

곡될 수 있으며, 기사 제공이 플랫폼을 통해 이루어지게 됨으로써 언론사의 자생적 기반은 약화될 수 있다. 이러한 문제의 해결 방안으로 언론사의 권리를 강화함으로써 플랫폼의 지배력에 대응할 수 있도록 하는 것을 상정할 수 있고, 이를 제도화하여 저작권접권의 도입이 이루어지고 있다. 언론사 간 경쟁구조를 올바르게 정립하고 플랫폼과의 수익 분배 구조를 개선하기 위한 시도로서 이러한 방안은 의미 있는 것이지만, 실효성이 있는지 그리고 이것으로 충분한지는 살펴볼 문제이다. 또한 현재 전개되고 있는 언론 위기의 문제가 거대 플랫폼의 등장에 있고, 그 지배력에 대한 적절한 통제가 이 문제 해결에 실질적인 방식이 될 수 있다는 점도 염두에 두어야 한다. 또 다른 해결 방안의 하나로 우리나라에서 운용되고 있는 ‘뉴스제휴평가위원회’에도 주목을 요한다. 동 위원회는 플랫폼과 언론사의 관계를 규율하는 독립기구로서 설치된 것인데, 우리나라에서 전개되고 있는 언론 위기의 특징과 고유한 문제의식을 반영한 것으로 볼 수 있다. 플랫폼에 의해 심화되고 있는 언론의 위기는 글로벌 차원에서 보편적인 것이지만, 네이버, 다음 등 유력한 포털이 주요 기사 플랫폼으로서 역할을 수행하고 있는 한국적 특징은 비교법적으로 독특한 대응 방안을 모색하게 된 배경이 될 것이다. 그렇지만 최근 네이버, 다음 등 주요 포털이 뉴스 공급자인 연합뉴스를 배제한 사건이 시사하듯이, 우리나라에서의 문제가 글로벌 차원에서 나타나고 있는 플랫폼에 대한 언론사의 의존성 심화라는 문제에서 본질적으로 벗어나 있는 것은 아니다. 따라서 이러한 문제 인식에 기초하여 언론사의 플랫폼 의존성으로부터 야기되는 문제의 해결 방안으로서 독립기구에 의한 통제 방식이 유효한지를 검토할 필요가 있을 것이다.

이하에서 저작권접권이나 뉴스제휴평가위원회 제도가 언론산업의 구조적 개선 효과로 이어질지를 특히 경쟁정책적 관점에서 분석하고, 이에 기초하여 경쟁법의 적용이 이러한 문제를 해결하는 데 기여할 수 있는지에 초점을 맞추어 논의를 전개할 것이다. 우선 언론과 경쟁의 관계에 대한 일반적인 고찰을 행하고, 이에 기초하여 플랫폼의 지배력 강화가 이에 미치고 있는 영향을 살펴봄으로써 논의의 기초를 제공하고자 한다(II). 이어서 저작권접권 도입에 관하여 논의할 것이다. 특히 선행적으로 저작권접권 도입의 입법화가 이루어진 독일의 상황을 우선적으로 검토하고, 이후 EU 등 여러 나라에서 전개되고 있는 입법 동향을 비롯한 법적 대응을 살펴볼 것이다(III). 또한 우리나라 ‘뉴스제휴평가위원회’의 의의를 분석하고 나아가 동 위원회의 기능이 플랫폼과 언론사의 관계를 바람직하게 정립하는 데 기여할 수 있는 조건 등을 검토할 것이다(IV). 끝으로 이상의 논의에 기초하여 경쟁정책적 관점에서 가능한 대안을 살펴볼 것이다. 특히 독점규제법의 적용 가능성과 한계를 검토하고, 아울러 플랫폼 구조와 언론산업의 특수성을 고려한 입법적 개선의 방향을 제시하고자 한다(V).

서 벗어나 다른 방법을 사용하는 것”을 TFEU(EU기능조약) 제102조에 의해 금지되는 지배력 강화에 해당하는 것으로 판시하였다. Deutsche Telekom v. Commission, Case C-280/08 P [2010] ECR I-9555, para. 177.

II. 언론과 경쟁, 플랫폼

1. 언론과 경쟁

경제 운영의 기본 원칙으로 시장경제를 채택하고 있는 나라에서 경쟁은 핵심적 질서 원리로 이해된다.⁷⁾ 시장경제에서 희소 자원의 배분은 시장의 자율에 따르며, 시장의 기능은 경쟁 메커니즘에 의해 작동된다. 반면 민주주의는 주권이 국민에 있고, 그 행사가 자유로운 의사의 표현이 보장된 가운데 다수결 방식에 의하는 정치원리를 의미한다.⁸⁾ 흔히 질서 원리로서 양자의 차이는 ‘1인 1표’인 민주주의와 ‘1원 1표’인 시장경제의 비교를 통해서 이해되며, 이와 같은 비교는 양자가 결정 방식에 있어서 쉽게 동화될 수 없는 본질적인 차이가 있음을 보여준다.⁹⁾

물론 양자의 밀접한 관련성에 관한 논의, 특히 시장 질서의 기본법으로 인식되는 경쟁법 영역에서 민주주의를 가치적으로 결합시키려는 시도가 없었던 것은 아니다. 예를 들어 Northern Pacific Railway 사건에서 미국 연방대법원은 “서면법은 경쟁의 제한 없는 상호 작용이 경제적 자원의 최적 배분, 최저 가격, 최고의 품질 그리고 최대의 물적 진보를 낳을 것이고, 동시에 민주주의적 정치사회 제도의 보장으로 이어지는 환경을 제공할 것이라는 전제에 기초한다”고¹⁰⁾ 판시하였다. 동 판결처럼 경쟁법이 경제 영역을 넘어서 정치, 사회 영역과도 관련된다고 볼 경우에, 동법의 목적은 이념적 지향성을 가지며 민주주의의 제도적 기반 형성은 그 목적 실현의 범위 안에 있게 된다. 그렇지만 시카고 학파의 등장 이후 효율성 내지 소비자 후생의 증대를 경쟁법의 목적으로 이해하는 견해가 지배적인 것이 되면서, 경쟁법 영역에서 다른 가치의 수용은 소수의 견해에 머물고 있다.¹¹⁾ 물론 지배적인 견해에서도 정치사회의 기본 원리로서 민주주의가 부정되는 것은 아니겠지만, 경쟁법의 목적으로서 소비자 후생의 증대 이외의 실현과 어떠한 관련을 갖는지 나아가 소비자 후생의 증대를 통한 궁극적 목적으로 민주주의의 실현을 설정할 수 있는지에 관한 논의가 주된 쟁점으로 부각되지는 않는다. 반면 소수의 견해에서, 특히 경쟁법의 목적으로서 분배의 관점을 중요하게 고려하는 입장에서 민주주의는 경쟁법이 추구하는 목적이나 가치와 보다 용이하게 결합할 여지는 있을 것이다. 대표적으로 Kirkwood는 분배적 관점에서 경쟁법 목적을 제시하는 것이 현실적으로 정치적 지지의 확보와 정책 수행의 편의를 높이는 데 기여할 수 있다고 보았다.¹²⁾ 이는 민주주의적 의사 결정 과정이 분산화 된 경제 구

7) 권오승·홍명수, 「경제법」, 법문사, 2021, 46-47면 참조.

8) 자유주의적 민주주의 모델에 따른 민주주의의 이해에 관하여, 김하열, “민주주의 정치이론과 헌법원리: 자유주의적 이해를 넘어”, 공법연구 제39집 제1호, 2010, 165면 이하 참조.

9) 양자의 결합원리로 제시되고 있는 경제민주화는 경제주체 간에 의사결정 권한을 분산하는 의미로 이해되기도 한다. 그러나 이 경우에 민주주의적 결정 방식이 시장의 결정 방식을 어느 범위에서 어느 정도로 대체하여야 하는지가 구체적 과제로 남게 된다. 김문현, “한국 헌법상 국가와 시장”, 국가, 경제 그리고 공법, 한국공법학회, 2012, 12-13면 참조.

10) Northern Pacific Railway v. U.S., 356 U.S. 1(1958), 4.

11) 김두진, 경제법, 「동방문화사」, 2020, 9-16면 참조. 이와 관련하여 미국 연방대법원이 반독점 사건을 다룸에 있어서 경제외적인 관심을 배제한 것은 아니며, 이러한 관심은 민주사회에서의 정책결정 과정에서 배제될 수 없다는 지적으로, Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy-The Law of Competition and Its Practice, West, 2011. p. 78.

12) John Kirkwood, “The Essence of Antitrust: Protecting Consumers and Small Suppliers from Anticompetitive Conduct”, *Fordham Law Review* vol. 81 issue 5, 2013, pp.

조 하에서 보다 활성화 될 수 있다는 사고를 반영한다는 점에서 의의가 있지만, 이러한 이해도 경쟁과 민주주의의 관계에 대한 충분한 설명을 제공하지는 않는다.

이와 관련하여 정치질서로서 민주주의의 발전과 경쟁정책의 강화 사이에 일정한 관계가 있다는 경험적 분석은 주목할 만하다.¹³⁾ 물론 이러한 분석으로부터 양자 간의 관계나 내적 연관성에 관한 결론이 곧바로 도출될 수 있는 것은 아니며, 더욱이 민주주의가 정착된 고도 산업 국가에서 독과점화가 보편적으로 나타나고 있는 현실은 경쟁과 민주주의 간에 일관성 있는 결론의 도출을 어렵게 만드는 요인이 될 수 있다. 그렇지만 많은 나라에서 경제질서 원리로서 경쟁과 정치질서 원리로서 민주주의는 공존하고 있으며, 이러한 상황은 양자가 공통의 가치 기반 위에 있음을 시사하는 것일 수도 있다. 중국의 예에서 볼 수 있듯이,¹⁴⁾ 질서원리로서 경쟁과 민주주의의 동시적 수용을 필연적인 것으로 이해할 수는 없지만, 우리나라를 포함한 다수의 국가에서 양자는 헌법적 차원에서 승인되어 국가 질서의 기본 축을 이루고 있다. 시장경제는 경쟁 메커니즘에 의해 작동하는 자율적 조정을 핵심으로 하며, Maihofer가 적절히 지적하였듯이 자율에 따른 자기 결정은 인간의 존엄을 보호하고 존중할 의무를 부담하는 국가에 대한 정당한 요구로서 구체화 된다.¹⁵⁾ 따라서 시장의 작동 메커니즘으로서 경쟁은 질서원리일 뿐만 아니라 개인의 자기실현을 함의로 하는 기본권으로서 이중적인 의미를 갖는다. 한편 민주주의 역시 인간의 존엄을 지향한다. 모든 국민에게 자유롭고 평등한 정치적 의사결정의 권한을 부여하는 민주주의 방식을 채택하는 목적은 궁극적으로 인간의 존엄을 실현하는 것에 있으며, 이는 정치원리로서 헌법적 정당성의 근거가 된다.¹⁶⁾ 이와 같이 경쟁과 민주주의가 이념적으로 동일한 기반 위에 형성된 것으로 본다면, 양자는 동일한 이념을 상호 밀접한 관련이 있는 각각의 영역에서 실현하기 위한 질서원리로서 볼 수 있으며,¹⁷⁾ 각각 경제영역과 정치영역에서 분산화 된 의사결정 구조라는 특징을 공유한다. 이러한 이해에 따르면, 어느 하나의 침해는 공통의 목적인 이념의 실현을 불완전한 것으로 만들고, 결국 다른 영역에서 질서원리의 작동에도 부정적인 영향을 미칠 것이다. 이와 같은 양자의 이념적 동일성과 실현 과정에서의 밀접한 관련성은 양자를 상호조건적인 관계로 파악할 수 있는 근거가 될 수 있다.¹⁸⁾

2444-2452 참조. 이 글에서는 경제의 효율성을 증대시키는 것이 아니라 부당하게 획득한 시장지배력을 가진 사업자가 소비자를 착취하는 것으로부터 보호해주는 것이 미국인들이 반독점법을 지지하는 이유가 되고 있다고 분석한다.

13) David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford Univ. Press, 2001, pp. 16-17 참조.

14) 중국 반독점법 제1조는 사회주의 시장경제의 건전한 발전을 촉진하는 것을 동법의 목적으로 규정하고 있다. 이를 중국 반독점법의 특징으로 언급하고 있는 것으로, Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, Oxford Univ. Press, 2011, p. 18 참조.

15) Werner Maihofer, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Vittorio Klostermann, 1967, S. 60.

16) 정병화, “자유주의적 입헌민주주의체제의 헌법적 가치 구성논리와 한계점”, 법학논총 제34권 제4호, 2017, 90-93면 참조.

17) 자율적 법치국가질서의 경제적 기초로서 사회적 시장경제를 이해하고, 이념적 차원에서 변증법적 원리(dialektischer Idealismus)를 작용방식으로 제시하고 있는 것으로, Werner Maihofer, a. a. O., SS. 156-160 참조.

18) 경쟁법을 통한 국가의 시장 개입의 의의는 민주주의 체제의 기반 보장과 같은 상위의 목표에 관련될 수 있다는 것으로, Jörg Philipp Terhechte, 김환학 역, “경쟁의 민주적 기능”, 국가, 경제 그리고 공법, 한국공법학회, 2012, 42-43면 참조.

(2) 언론산업에서 경쟁의 의의

다른 산업과 마찬가지로 언론산업에서 경쟁은 산업의 핵심적 기능을 담당한다. 비록 해당 산업은 규제산업에 해당하지만, 이러한 영역에서도 자율적 조정 방식으로서 경쟁은 우선하며, 규제는 필요불가결한 범위에서 최종적으로 고려되어야 한다.¹⁹⁾ 그러나 언론산업에서 경쟁이 갖는 의의는 규제산업 일반에서 경쟁에 대한 기능적 고려를 넘어선다. 이러한 특별한 의의는 민주주의의 기초를 제공하는 언론 고유의 기능에서 비롯된다. 언론은 공적 의제 설정과 감시 기능을 행함으로써 민주주의가 원활히 기능할 수 있는 환경을 조성하는 데 기여한다. 이러한 역할의 수행이 실질적인 것이 되기 위해서는 획일적이거나 권력에 의해 조직화 되지 않은 의견의 다양성이 확보될 필요가 있으며, 경쟁은 이러한 다양성을 보장하는 구조적 수단으로서 유력한 의미가 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 경쟁과 민주주의는 이념적으로 공통된 지향점을 갖고 있지만, 언론산업에서의 경쟁은 보다 직접적이고 기능적인 측면에서 민주주의와 관계를 가지며, 언론에서 경쟁 보호가 갖는 의의도 이러한 관계적 특성에 비추어 고려될 필요가 있다.

언론산업에서 경쟁적 구조는 자생적 기반을 갖춘 다수의 언론사가 존재함으로써 다양한 의견이 표출될 수 있는 환경을 상정한다. 대체로 언론사의 수익은 언론사가 제공하는 뉴스를 이용자가 구독료를 지불하고 이용하는 구독시장과 언론사가 다중과 만나는 장을 활용한 광고시장을 통해서 실현된다. 지역 언론사 또는 중소 언론사를 포함한 다수의 언론사가 자생력을 갖기 위해서는, 해당 시장에서 어느 정도 집중의 완화가 이루어질 필요가 있을 것이다. 이러한 점에서 경쟁제한적 행위를 통제하는 경쟁법이 언론산업에서 일정한 기여를 할 수 있다는 점에 의문은 없다. Kirchner가 지적한 것처럼, 언론사 간 결합은 경쟁을 침해할 뿐만 아니라 언론의 다양성을 해칠 수 있으며,²⁰⁾ 따라서 이러한 행위를 경쟁법에 의해 규제하는 것은 경쟁뿐만 아니라 언론의 다양성을 보호하는 유력한 수단이 될 수 있다. 이러한 점에서 언론산업에서의 경쟁은 시장의 자율적 조정과 언론의 다양성 보장 측면에서 종합적으로 이해될 필요가 있을 것이다.

언론산업에서 경쟁이 갖는 이중적 의의는 해당 산업에서 경쟁법의 적용에도 영향을 미칠 수 있다. 그렇지만 구체적으로 언론산업에서 다양성 측면이 경쟁법 적용에 있어서 어느 정도로 고려될 수 있고, 또한 고려되어야 하는지가 명확한 것은 아니다. 언론의 다양성 또는 민주주의의 기능적 보장을 위한 공익적 가치가²¹⁾ 경쟁법에 반영될 여지는 주로 위법 판단의 영역에서 찾을 수 있을 것이다. 현행 독점규제법상 단독행위, 공동행위, 기업결합 등의 규제는 주로 경쟁제한성에 초점을 맞춘 위법 판단에 기초하는데,²²⁾ 위에서 언급한 다양성 측면을 이러한 판단에 어떻게 반영할지가

19) Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommendations*, 2007, p. 338.

20) Christian Kirchner, "Zur Ökonomik rechtlicher Probleme von Fusionen und Kooperationen auf dem deutschen Pressemarkt", *DIW* vol. 74, 2005, S. 34.

21) 언론의 다양성은 진정한 민주주의(true democracy)를 위해 필수적이라는 지적으로, Stigler Committee on Digital Platforms, *Final Report*, 2019, p. 9.

22) 독점규제법상 위법성 판단과 관련하여, 홍명수, "시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위의 관계와 단독행위 규제체계의 개선", *경쟁법연구* 제33권, 2016, 63면 이하 참조.

추가적 과제로 주어진다. 예를 들어 문제가 된 언론사의 행위 또는 언론사 간 결합이 기존의 독점규제법상 규제 범리에 비추어 경쟁제한성이 없는 것으로 평가되지만, 언론의 다양성을 침해할 우려는 존재할 경우에 독점규제법에 근거하여 이에 대한 규제가 가능한지와 같은 문제에 대한 해답이 제시될 수 있어야 한다. 이와 관련하여 Stigler 보고서(Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report)의 제안은 참고할 만하다. 동 보고서는 언론산업에서 집중도를 평가함에 있어서 전통적인 소비자 후생(consumer welfare)이 아닌 시민 후생(citizen welfare) 개념의 도입을 제안하고 있다.²³⁾ 이에 의하면, 기존의 소비자 후생 관점에서는 가격 상승이나 품질 저하 측면에서 행위를 평가하게 되는데, 이러한 접근 방식은 공적 책임을 묻거나 공적 문제를 보고하는 언론 본연의 기능이 발휘되지 못하는 언론 실패(media capture) 문제에 적절히 대응하지 못할 수 있으며, 이러한 한계를 극복하기 위한 방안으로 시민 후생 개념의 도입 필요성이 있다.²⁴⁾ 그리고 동 개념을 구체화한 정량적 지표로서 주목도(attention share)를 제시하고 있다.²⁵⁾ 이와 같은 지표의 현실적 활용 가능성, 특히 경쟁정책적 관점에서 구축된 규제 범리에 수용하는 문제 등에 관한 논의는 여전히 필요할 것이다. 소비자 후생이 개념적으로 효율성에 기초한 것처럼 시민 후생은 본질적으로 다양성 개념에 기초함으로써, 소비자 후생 개념에 따른 접근 방식의 한계를 보완할 가능성을 제공한다. 적어도 Stigler 보고서에서 시민 후생 개념에 기초한 지표(주목도)의 제안은 언론의 고유한 기능에 초점을 맞추고 있다는 점에서 적절한 접근 방식의 하나로 고려될 수 있을 것이다.

2. 플랫폼 시대에 언론과 경쟁

(1) 디지털 경제에서 언론의 변화

디지털 경제로의 변화는 거의 모든 산업에 영향을 미치고 있으며, 언론산업의 경우에도 기사를 생산, 제공, 수용하는 방식에 있어서 이전 시대와 뚜렷이 구별되는 근본적인 변화가 일어나고 있다.

우선 기사의 주된 수용 방식이 지면이 아닌 단말기로 대체되고 있다는 점이 변화의 핵심이다. 이는 단지 구독 행태의 변화에 머물지 않고, 기사 제공 주체인 언론사가 갖는 고유한 기능에도 변화를 낳고 있다. 원칙적으로 언론사는 기본적으로 보호되는 편집권을 갖고, 기사의 제공 여부 및 내용뿐만 아니라 지면 전체의 구성과 기사의 배분을 통하여 기사의 가치 및 중요성에 관한 자신의 입장을 제시한다.²⁶⁾ 이러한 기능을 통하여 언론사는 사회적 의제 설정과 공론의 형성에 있어서 중요한 역할을 수행하게 되는데, 단말기를 통한 기사 수용 방식에서 이러한 기능을 기대하기는 어렵다. 또한 기사 수용자가 기사를 단편적으로 구독하는 행태가(atomization) 일반화되고 있는데, 이러한 상황에서 언론사는 수용자를 유인하는 것을 우선시하여 기사를 제공할 가능성이 크다.²⁷⁾

23) Stigler Committee on Digital Platforms, op. cit., p. 184.

24) Ibid., p. 185.

25) Ibid., pp. 186-187.

26) 조재현, “언론의 내적 자유”, 공법학연구 제8권 제3호, 2007, 241면 이하 참조.

디지털 경제의 도래는 기사의 공급에도 영향을 미치고 있다. 디지털화는 정보의 생성, 전송, 저장이 디지털 방식으로 이루어지는 것을 의미하는데, 이는 기사를 제공하는 언론사에게 비용을 절감시킬 수 있으며, 따라서 언론사가 보다 용이하게 시장에 진입하는 요인이 될 수 있다. 그렇지만 이러한 환경의 변화는 디지털화에 적극적으로 대응할 여지가 큰 대형 언론사에 유리하게 작용함으로써 집중의 요인이 될 수도 있다.²⁸⁾

이상의 경향은 플랫폼을 통한 기사의 제공 방식이 확대됨으로써 더욱 강화되고 있다는 점에도 주목할 필요가 있다. 일반적으로 플랫폼은 서로 다른 목적을 가진 이용자 그룹을 중개하는 과정이 이루어지는 특정한 공간 또는 그 과정에서 제공되는 서비스를 지칭하는 의미로 사용된다.²⁹⁾ 물론 이용자 그룹 간 중개가 플랫폼에 의해서만 수행되는 것은 아니지만, 특히 디지털 경제에서 온라인에 기반한 플랫폼은 단순한 중개 기능을 넘어서고 있다. 즉 플랫폼을 중심으로 데이터의 집중과 지속적인 창출, 이를 통한 지배력의 구축, 네트워크 효과를 통한 지배력의 확대, 나아가 일정한 생태계의 형성과 같은 현상이 나타나고 있고,³⁰⁾ 이와 같은 현상은 기사의 제공과 이용이 이루어지는 플랫폼의 경우도 예외는 아니며, 플랫폼의 지배력 확대는 앞에서 언급한 경향을 더욱 강화시키는 요인으로 작용하고 있다.

(2) 수익 구조의 변화

언론사의 수익은 수용자가 지불하는 구독료와 광고주가 지불하는 광고료로 대별할 수 있는데, 대체로 후자가 절대적인 비중을 차지한다. 양자 모두 기사를 이용하는 그룹의 크기에 영향을 받는데, 특히 언론사의 광고에 있어서는 기사 수용자에게 기사가 노출되는 정도가 중요하다. 디지털 경제는 이와 같은 언론사의 수익 구조에도 일정한 변화를 낳고 있으며, 특히 플랫폼의 성장은 이를 촉발시킨 결정적 요인이 되고 있다.

디지털 환경 하에서 기사의 수용이 플랫폼을 중심으로 이루어지는 비중은 급격히 증가하고 있다. 기사가 수용자에게 전달되는 과정이 플랫폼에 의해 주도되는 비중의 증가는³¹⁾ 그 만큼 언론사와 기사 수용자가 직접적으로 만날 수 있는 여지의 축소를 의미한다. 대부분의 언론사는 기사 생태계를 주도할 수 있는 독자적인 플랫폼 구축에 이르지 못하고 있으며, 이러한 상황에서 기사 매개자로서 플랫폼 비중의 증가는 언론사 수익 구조의 위축을 초래하고 있다.³²⁾ 이는 앞에서 언급한 두 시장 모두에서

27) Stigler Committee on Digital Platforms, op. cit., p. 10.

28) Ibid., p. 9.

29) “플랫폼은 생산 수단을 소유하지 않고, 연결 수단을 만들어 낸다”고 지적하고 있는 것으로, Alex Moazed & Nicholas L. Johnson, *Modern Monopolies: What It Takes to Dominate the 21st Century Economy*, Macmillan, 2016, p. 30 참조.

30) 홍명수, “플랫폼 중립성의 경쟁법적 의의”, 동아법학 제90호, 2021, 112-113면 참조.

31) 2021년 조사에 의하면, 지난 일주일간 텔레비전, 종이신문, 라디오, 잡지, 인터넷의 이용률은 텔레비전 93.7%, 종이신문 8.9%, 라디오 16.2%, 잡지 2.9%, 인터넷 88.3%로 나타나고 있으며, 앞선 4개의 전통적인 매체가 지속적으로 하락하는 추세에 있는 반면 인터넷은 상승하는 추세를 보이고 있다. 또한 인터넷 기반 매체를 이용하는 비중을 보면, 인터넷 포털 84.5%(모바일 84.0%, PC 33.8%), 메신저 서비스 84.1%, 온라인 동영상 플랫폼 69.7%, SNS 45.4%, 팟캐스트 5.1%로서, 인터넷 포털의 비중이 가장 큰 것으로 조사되었다. 한국언론진흥재단, 「2021 언론수용자 조사」, 2022, 54-56면 참조.

나타나고 있지만, 특히 후자의 경우에 두드러진다. 전술한 것처럼 광고는 기사의 수용자에 대한 노출의 정도에 좌우되는데, 플랫폼에 의한 기사의 매개로 인해 종래 언론사에 전적으로 귀속되던 광고는 분산될 수밖에 없다. 따라서 분산의 정도만큼 언론사가 취득할 수 있는 광고료는 줄어들 것이고, 이러한 경향에서 벗어날 수 있는 계기를 찾기는 어려운 상황이다.

(3) 플랫폼 의존성의 심화

플랫폼의 등장 이후 언론사의 수익 구조가 악화되고 있는 것은 언론사가 독립적이고 사회적으로 유의미한 기사 제공자 및 의제 설정자로서 고유한 기능을 지속적으로 수행할 수 있는 자생적 기반이 취약해지고 있음을 의미한다. 앞에서 살펴본 것처럼 이러한 현상이 나타나고 또한 확대되고 있는 것은 주로 기사 매개자로서 플랫폼의 비중이 커지고 있다는 것에 기인한다.

더욱 큰 문제는 이와 같은 언론의 플랫폼에 대한 의존성이 점점 심화되고 있다는 것이다. 글로벌 차원에서 전개되고 있는 일반적 양상을 보면, 일반적으로 플랫폼이 기사 공급자에 대하여 갖는 거래상 지위는 단지 기사를 매개하는 역할에서만 비롯된다고 볼 수 없으며, 대체로 플랫폼의 검색 기능이 우월한 거래상 지위를 강화한다. 플랫폼이 수용자에게 제공하는 검색 서비스는 검색의 결과를 순서적으로 배열하여 제시하는 방식으로 제공될 수밖에 없는데, 이러한 기능은 내용적으로 이미 비교의 함의를 갖고 있는 것이다. 따라서 플랫폼에 의해 제시되는 순위는 검색 서비스를 통해 뉴스에 접근하는 수용자의 행태에 결정적인 영향을 미칠 수 있다.³²⁾

디지털 경제에서 수용자가 기사에 접촉하는 것을 트래픽으로 이해할 경우, 언론사의 트래픽은 주로 플랫폼을 매개로 이루어지고 있으며, 아울러 플랫폼이 제공하는 기사 검색 서비스(또는 추천 서비스)는 수용자의 선택에 결정적인 영향을 미침으로써 언론사가 플랫폼에 의존하는 현상이 발생하고 있다. 이러한 의존성은 다음 두 가지 요인에 의해 더욱 심화될 가능성이 크다. 우선 검색 프로그램의 알고리즘이 전적으로 플랫폼에 의해 만들어지고 있다는 점은 플랫폼의 지배력을 강화하는 요인이 되고 있다. 어떠한 방식과 내용으로 검색 서비스를 제공할지는 원칙적으로 제공 주체의 자유에 속하며, 제공 방식을 공식화한 알고리즘의 결정도 이러한 범위 안에 속한 것으로 볼 수 있다. 그렇지만 알고리즘은 플랫폼에 참여하는 기술적 조건의 의미를 넘어서, 일정한 서비스의 제공자와 이용자 사이에서 정보와 가치의 흐름을 제어하는 주된 수단이 될 수 있다는 점도 염두에 두어야 한다. 일반적으로 플랫폼은 거래에 따른 복잡성과 비용을 최소화하여 네트워크 효과 내지 교차 네트워크 효과의 극대화를 추구한다.³⁴⁾ 이를 위해 플랫폼 참가자들의 상호작용이 단일한 플랫폼 안에서 가능하도록 하는 구조, 특히 이용자들이 콘텐츠를 검색하고 이용하면서 만들어 내는

32) 류시원, “디지털 플랫폼 시대 언론산업의 구조적 경쟁 문제에 대한 정책적 대응의 검토”, 선진상사법률연구 제93호, 2021, 70-72면 참조.

33) 검색 페이지 상의 링크 순위가 클릭율에 중요한 역할을 한다는 연구 결과를 보여주는 것으로, Google Search (Shopping) Case at. 39740, 2017. 6. 27.

34) Nick Srnicek, 심성보 역, 「플랫폼 자본주의」, 킹콩북, 2020, 51면 및 Geoffrey G. Parker & Marshall W. Van Alstyne, “Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design”, *Management Science* 51(10), 2005, p. 1498 참조.

흐름이 반영되는 양방향적인 정보의 순환구조를 형성하고자 하며, 알고리즘은 이를 실현하기 위한 방식으로 기능한다.³⁵⁾ 따라서 알고리즘은 플랫폼이 갖는 지배력의 근원이라 할 수 있으며, 이와 같은 플랫폼 지위의 강화는 기사 서비스에 관한 경쟁 양상의 변화를 낳고 있다. 즉 기사 트래픽을 플랫폼에 의존하는 언론사의 경쟁 역시 알고리즘에 따른 노출 기회의 제고에 초점을 맞추어 이루어지고 있으며, 이는 다시 기사 서비스 시장에서 플랫폼의 지배력을 강화하는 방향으로 영향을 미칠 것이다.

또한 기사 수용자에 관련된 데이터 측면에서도 플랫폼에 대한 의존성 심화의 요인을 찾을 수 있다. 디지털 경제에서 플랫폼은 데이터의 생성과 축적이 이루어지는 공간으로서 기능한다.³⁶⁾ 이러한 상황은 기사 서비스 제공에서도 동일하게 나타나고 있는데, 기사 수용이 플랫폼을 매개로 이루어지게 됨으로써 기사 수용자에 관련된 데이터는 개별 기사의 제공자인 언론사보다 플랫폼에 집중되고 있다. 일반적으로 데이터는 플랫폼 지배력 원천의 하나로 이해되고, 이에 대한 접근의 보장이 경쟁정책적으로 중요한 과제가 되고 있지만,³⁷⁾ 나아가 이와 같은 데이터의 생성과 축적이 플랫폼을 중심으로 확대됨으로써 이에 기반한 지배력이 더욱 강화되고 지속성을 가질 수 있다는 우려가 뒤따르고 있다. 플랫폼을 매개로 이루어지는 기사 서비스의 공급과 이용에 있어서도 이러한 문제가 전형적으로 드러나고 있다.

III. 언론사 저작권접권 도입의 검토

1. 언론사 저작권접권 도입의 배경과 주요 내용

(1) 언론사 저작권접권 도입의 배경

수용자에게 기사를 제공하는 과정에서 플랫폼에 대한 언론사의 의존성은 플랫폼의 지배력이 강화되는 현상과 맞물려 점점 심화되고 있다. 이러한 의존성 심화는 자생력을 갖춘 다수의 언론사가 존재할 수 있는 산업구조의 기반을 침해함으로써 언론본연의 기능이 제대로 발휘되지 않는 언론의 위기를 증폭시키고 있다.

이러한 문제를 해결하기 위해 여러 측면에서 방안이 강구되고 있는데, 언론사의 권리를 강화하는 것도 유력한 방안의 하나로 고려되고 있으며, 실제 주요 국가에서 입법으로 이어지고 있다. 기사의 공급과 수용이 이루어지는 플랫폼의 구조적 측면에서 보면, 플랫폼과 언론사는 양면시장적 특성을 갖는 기사 공급 시장에서 만나는 거래 당사자이며,³⁸⁾ 플랫폼 사업자의 우월적 지위는 거래 상대방인 언론사에 불이익한

35) 김창욱·강민형·강한수·윤영수·한일영, 「기업생태계와 플랫폼 전략」, SERI, 2012, 37면 및 정승애·임대근, “넷플릭스의 초국가적 유통 전략과 그 비판: 콘텐츠 비즈니스 모델과 모순적 로컬라이제이션을 바탕으로”, 글로벌문화콘텐츠학회 동계학술대회, 2018, 200-201면 참조.

36) 데이터 경제(Datenökonomie)에서 데이터의 생성 양상과 중요성에 관하여, Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, *Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft*, 2019, S. 13 참조.

37) 홍명수, “플랫폼 규제 개선을 위한 독일 경쟁제한방지법 개정에 관한 고찰 - 시장지배적 지위남용 규제를 중심으로 -”, 동아법학 제94호, 2022, 270-271면 참조.

38) 교차 네트워크 효과는 양면시장에서 한 측면에서 이용자 그룹의 성장이 다른 측면의 이용자 그룹의 증대에 영향을 미치는 효과를 의미하며, 이러한 효과는 양면시장적 특징을 갖는

영향을 미칠 수 있다. 이러한 지위상의 불균형을 해소하는 방안으로 열등한 지위에 있는 언론사의 대응력 강화를 모색할 수 있으며, 이러한 점에서 기사의 제공 주체에게 저작권접권을 부여하는 것은 유익한 의미가 있다.

이와 같은 문제 인식과 해결 논의가 불거지게 된 원인은 글로벌 차원에서 거대 플랫폼의 기사 검색 서비스 제공 방식에서 찾을 수 있는데, 특히 검색 화면에서 제시된 기사를 클릭하여 링크하기 전에도 해당 기사의 주요 내용을 알 수 있도록 하는 스니펫(snippet) 서비스는 기사 제공자의 권리 침해 여부에 주의를 환기시키는 계기가 되었다.³⁹⁾ 전술한 것처럼 기사의 구독이 단편화 되어 가고 있는 상황에서 플랫폼 사업자가 제공하는 기사의 스니펫 서비스는 언론사로 이어지는 트래픽을 감소시키는 요인으로 작용할 수 있다. 또한 이러한 서비스는 해당 기사의 핵심적인 부분을 언론사와의 링크 이전에 보여주는 것인데, 이로 인해 언론사는 자신이 생산한 기사가 수용자에게 전달되고 있음에도 불구하고 이에 대한 대가를 취득할 가능성을 잃게 된다. 그렇지만 기존의 저작권이 이러한 상황에서 언론사의 권리 보호에 적절한 수단이 될 수 없다는 점에서 보다 강화된 권리 부여의 필요성이 나타났으며, 이러한 필요에 부응하는 방안으로서 저작권접권의 도입이 적극적으로 고려되었다.

(2) 언론사 저작권접권의 내용 - 독일 저작권법을 중심으로

저작권접권(related/neighbouring rights, verwandte Schutzrechte/ Nachbarrechte)은 저작물의 창작자는 아니지만 저작물을 공중에게 전달하는 데 중요한 역할을 하는 실연자, 음반제작자, 방송사업자 등에게 인정한 권리를 의미한다.⁴⁰⁾ 저작물 창작자에게 저작권이 인정됨에도 불구하고 저작권접권의 도입이 필요하다는 사고는 저작권의 보호만으로 저작 활동이 충분히 활성화되는 데 한계가 있다는 인식에서 출발한다. 따라서 저작권접권은 저작물을 창작한 자는 아니지만 저작물을 소비자에게 전달하는 데 일정한 기여를 하거나 자본을 투자한 자에게 일정한 권리를 보호함으로써 최근의 복제, 전달기술의 발달로 생겨난 이들의 경제적 손실을 보전해 주고자 하는 제도로서 의의가 있다.⁴¹⁾

따라서 저작권접권 부여에 있어서는 저작물을 공중에게 제공하는 데 중요한 역할을 수행하는지 여부가 결정적 기준이 될 것이다. 이와 관련하여 저작물의 전달이나 이용에 있어서 근본적인 전환이 나타나고 있는 디지털 경제가 도래함에 따라서, 저작권접권 인정 범위에 대한 전통적인 인식의 수정이 불가피하게 되었다는 점에도 주의를 요한다.⁴²⁾ 언론사에 대한 저작권접권의 부여도 이러한 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.

플랫폼 지배력의 중요한 근거가 된다. 양면시장적 특징을 갖는 시장에서 교차 네트워크 효과에 대한 분석은 필수적으로 요구된다는 것으로, Michael Katz & Jonathan Sallet, "Multisided Platforms and Antitrust Enforcement", *The Yale Law Journal* Vol. 127, No. 7, 2018, pp. 2159-2161.

39) 류시원, 앞의 글, 71-72면 참조.

40) 윤선희, 「지적재산권법」, 세창출판사, 2014, 479면.

41) 정진근, "저작권제도의 역사로부터 바라본 출판권의 위상에 관한 소고 —저작권 및 저작권접권으로부터 출판권 배제의 이유와 타당성—", *경영법률 제32권 제2호*, 2022, 376면.

42) 정상조, "정보산업기술의 발전에 따른 저작권접권의 재조명", *서울대학교 법학 제37권 제1호*, 1996, 206면 이하 참조.

이와 관련하여 2013년 독일에서 저작권법 개정을 통하여 도입된 언론사의 저작인접권에 관한 규정은 주목할 만하다. 독일 저작권법(Urheberrechtsgesetz; UrhG)은 제1장에서 저작권을 규정하고 있으며, 1965년 동법 개정에 따라서 제2장에(70조 이하) 저작인접권에 관한 규정이 도입되었다. 제2장의 저작인접권에 관한 규정에는 저작권 보호와 구별되는 저작물 및 사진의 보호, 실연자의 보호, 음반제작자의 보호, 방송사업자의 보호, 데이터베이스 제작자의 보호 등이 포함되어 있는데, 2013년 개정으로 언론사의 보호에 관한 규정이 추가되었다. 앞에서 저작인접권의 보호 필요성에 관하여 언급한 것처럼, 저작인접권으로서 언론사 권리의 보호는 저작물에 관한 저작권 보호만으로 언론출판 활동의 보호에 충분하지 않다는 인식에 기초한다. 따라서 여기서 보호 대상은 지적 창작물에 해당하는 결과물이 아니라 이를 제공하는 데 필수적으로 요구되는 급부의 제공이며, 이에 대한 보호는 급부의 제공 주체인 언론사 권리를 저작인접권으로서 창설하는 방식으로 이루어졌다.⁴³⁾ 동 개정 이후 언론사에게 저작인접권을 부여하는 규정의 타당성과 실효성에 관하여 논의가 이어졌으며, 특히 디지털 경제로의 급격한 변화가 이루어지면서 새로운 환경에 부합하는 입법 개선의 필요성이 제기되었다. 이러한 논의의 결과로 2021년 동 규정의 대폭적인 개정이 이어졌다.⁴⁴⁾

현행 저작권법에서 언론사의 저작인접권에 관해서는 제87조h 이하에서 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 우선 구체적인 권리의 내용과 관련하여 동법 제87조g는 언론출판물이 온라인 방식으로 이용되는 경우에 한정하여 언론사의 저작인접권을 인정하고 있다.⁴⁶⁾ 동 규정에 의하면 언론사(Presseverleger)는 IT사업자(Informationsgesellschaft)의 서비스를 통하여 언론출판물을 전체적 또는 부분적으로 온라인상 이용하게 하거나 복제하는 것에 관한 배타적인 권리를 갖는다(1항). 이러한 권리는 언론출판물에 포함된 사실의 이용, 개별 이용자에 의한 사적 또는 비상업적 이용, 언론출판물에 대한 하이퍼링크의 설정 그리고 언론출판물의 개별 단어 또는 매우 짧은 발췌문 이용의 경우를 포함하지 않으며(2항),⁴⁷⁾ 이때 언론사의 권리는 양도가 가능하다(3항). 한편 이상

43) Artur-Axel Wandtke & Winfried Bullinger hrsg., *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, C.H.Beck, 2014, SS. 1493-1494 참조

44) 개정 이유와 의의에 관하여, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/urheberrechtsreform-1845042> 참조.

45) 2013년 개정 저작권법 제87조f (1) 언론출판물의 제작자는 언론출판물 또는 그 일부를 상업적 목적으로 공중에 접근시킬 배타적 권리가 있으나, 다만 개별적 단어들 또는 사소한 발췌문이 문제되는 경우에는 예외이다. 언론출판물이 사업상 제작되었다면 사업주를 제작자로 본다. (2) 언론출판물이란 단일 제호 아래 임의의 매체에 정기적으로 공표되고, 제반 사정을 감안할 때 뚜렷하게 전형적인 출판이라고 볼 수 있으며 자체광고에 주로 치중하지 않는 그러한 편집물로서, 보도적 내용의 기고문들을 편집 기술적으로 확정된 것을 말한다. 보도적 내용의 기고문들이란 특히 정보제공, 의견 형성 또는 엔터테인먼트를 위한 기사 및 삽화를 말한다.

제87조g (1) 제87조f 제1항 제1문에 따른 언론출판인의 권리는 이전될 수 있다. 제31조 및 제33조가 준용된다. (2) 위 권리는 언론출판물의 공표 후 1년이 지나면 소멸한다. (3) 언론출판인의 권리는, 언론출판물에 실린 저작물 또는 이 법률에 따라 보호되는 보호대상의 저작권자나 저작인접권자에게 불리하게 행사될 수 없다. (4) 언론출판물 또는 그 일부에 대한 공중 접근은, 검색엔진의 상업적 제공자, 또는 해당하는 내용을 선별해주는 서비스의 상업적 제공자를 통해 이루어지지 않는 한 허용된다. 그 외 제1부 제6장의 조항이 준용된다.

제87조h 저작자는 배상청구에 보조참가할 수 있다

46) Artur-Axel Wandtke & Winfried Bullinger hrsg., a. a. O., S. 1496.

47) 이를 포함시키는 것은 표현의 자유 또는 자유로운 정보의 교환에 관한 자유를 침해할 수

의 규정에 의한 언론사의 권리는 일정한 제한을 받는데, 특히 저작자와의 관계에서 이러한 제한이 법정되어 있다(87조h). 즉 언론사의 권리는 언론출판물에 포함된 저작물 또는 저작권법에 의해 보호되는 작품의 저작권자 또는 저작인접권자를 침해하는 방식으로 행사될 수 없다(1항). 또한 언론사의 권리는 다음의 목적으로 행사될 수 없는데(2항), 단지 이용권에 근거하여 언론출판물에 포함된 저작물 또는 이 법에 의해 보호되는 작품에 관한 제3자의 정당한 이용을 금지하는 것(1호) 또는 언론출판물에 포함된 것으로서 이 법에 의해 보호되지 않는 저작물 또는 다른 작품에 관한 제3자의 정당한 이용을 금지하는 것이(2호) 이에 해당한다. 한편 제87조f의 언론출판물에 대한 정의 규정은 실질적으로 언론사의 권리의 범위를 정하는 의미가 있는데, 동조 제1항 제1문에 의하면 언론출판물(Presseveröffentlichung)은 주로 저널리즘적인(journalistischer Art) 저작물로 구성된 것을 말하며,⁴⁸⁾ 다른 저작물이나 이 법에 따라 보호되는 작품이 포함될 수 있다. 구체적으로 일반적 또는 특별한 관심에 따른 신문이나 잡지와 같이 일정한 제호 하에 주기적으로 제공되거나 정기적으로 업데이트되는 발행물의 개별 간행물이 이에 해당하며(1호), 뉴스 또는 기타 주제에 관하여 공중에게 알리기 위한 목적에 기여하는 것이고(2호), 동조 제2항에 따른 언론사가 주도하여 그의 편집 책임과 감독 하에 매체로부터 독립적으로 발행된 것이다(3호). 또한 동조 제1항 제2문에 의하여 학문적 또는 학술적 목적으로 출판된 정기학술지는 이에 해당하지 않는다(2항). 이때 언론사는 언론출판물을 제작한 자이고, 언론출판물이 기업에서 제작된 경우에 기업의 사주는 제작자로 간주된다.⁴⁹⁾ 한편 제87조j에서 이상의 언론사 권리의 소멸 시효는 언론출판물의 최초 발행 후 2년으로 한다.

2. 언론사 저작인접권 도입의 평가

(1) 언론사 보호로서 타당성 문제

독일 저작권법상 언론사의 저작인접권 도입에 관한 논의는 2013년 개정 이전부터 치열하게 전개되었지만, 입법 이후에도 제도의 타당성 또는 입법 시 충분히 고려되지 않은 문제 등이 쟁점으로 부각되면서 논의가 이어지고 있다.

언론사의 저작인접권에 대해 긍정적으로 평가하는 견해는 무엇보다 보호의 공백에 초점을 맞춘다. 인접 분야인 방송산업의 경우 이미 방송사업자에 대한 저작인접권 부여가 이루어지고 있는 상황에서 언론사에 저작인접권을 부여하지 않는 것은 보호의 공백이 될 수 있으며, 특히 검색엔진에 의한 부당한 남용으로부터 자신을 보호하기 위해 권리의 부여가 필요하다는 입장이다. 앞에서 살펴본 것처럼 디지털 경제로 대표되는 언론산업의 변화된 환경은 언론사의 수익 구조에 부정적으로 작용하고 있으며, 인터넷 사업자가 기사의 플랫폼으로 기능하게 됨으로써 언론사의 판매수익과 광고수익은 급격히 감소하고 있다. 이러한 상황에서 언론사가 자생력을 갖기 위해서는 저작권 외에 추가적인 권리의 부여가 필요하며, 언론사에 대한 저작인접권 부여

있다. a. a. O., S. 1498.

48) 저널리즘적인 저작물이란 정보를 전달하거나 의견을 형성하거나 오락을 제공하는 데 사용되는 기사 및 삽화를 의미한다. a. a. O., S. 1495.

49) 동 규정에 의해 자연인에 의한 언론출판물의 제작이 배제되지 않는다. a. a. O., S. 1497.

는 이와 같은 구조적 변화에 실효성 있는 대응이 될 수 있다.⁵⁰⁾

반면 부정적 입장에서는 기존 저작권으로 언론출판물에 대한 충분한 보호가 이루어지고 있다는 관점에서 논의를 전개한다. 온라인상에서 언론사는 언론출판물을 게재할 권리, 검색에서 배제할 권리 등을 갖고 있으며, 이러한 권리를 통하여 언론출판물에 대한 언론사의 통제가 이루어지고 있으므로 언론사에 대한 추가적인 권리 부여 필요성에 의문을 표한다.⁵¹⁾ 또한 언론사의 저작권접권은 자유로운 인터넷 환경에 역행하는 것일 수 있으며, 블로그와 같은 정보를 전달하는 새로운 매체의 출현 등 환경의 변화도 고려되어야 한다.⁵²⁾ 나아가 온라인상 정보 유통과 관련하여 기술적인 문제에 대해서도 주의가 필요함을 지적한다. 뉴스를 포함한 온라인상 정보의 제공은 주로 RSS(rich site summary) 방식에 의하며, RSS 프로그램은 다양한 정보를 자동 수집하여 제공함으로써 해당 사이트의 방문 없이도 정보에 대한 접근이 가능하게 한다. 이러한 프로그램을 운영하면서 해당 사이트로부터 사전에 라이선스를 취득하는 것이 필요한데, 이는 기술적으로 과도한 요구일 수 있다.⁵³⁾

2021년 저작권법 개정은 거대 플랫폼의 성장과 이들이 언론산업에 미치는 영향력 증대에 대한 우려가 유력한 동인이 되었지만, 또한 언론사 저작권접권 도입 이후 전개되었던 논의도 반영되었다. 앞에서 언급한 언론사의 저작권접권 부여의 부정적 측면에 대한 다양한 지적에도 불구하고 언론사의 권리를 인정하는 기조는 계속되고 있으며, 소멸시효 기간의 확대에서 볼 수 있듯이, 오히려 기존 권리를 강화한 측면이 있다. 이와 같은 입법 태도는 제도 도입 이후 새로운 변화로서 거대 플랫폼이 언론산업을 지배하는 현상에 대한 입법적 대응의 결과로 이해되며, 특히 언론사에 부여된 저작권접권이 플랫폼에 대응할 수 있는 실효성 있는 수단이 될 수 있다는 인식이 여전히 유지되고 있음을 보여준다.⁵⁴⁾

(2) 언론사 저작권접권의 경쟁정책적 의의

언론사의 저작권접권을 인정한 취지가 기사를 매개하는 인터넷 사업자에 대한 경쟁력을 강화하는 것에 있다는 점에서, 제도 도입의 의의를 경쟁정책적 관점에서 검토할 필요도 있다. 동 제도의 도입 이후 인터넷 사업자가 검색 프로그램을 통해 기사를 제공함에 있어서 언론사의 권리 행사가 가능하게 되었으며, 독일의 경우 2013

50) tagesschau.de, “Fragen und Antworten zum Urheberrecht im Netz: Leistungsschutzrecht – wen betrifft das?”, 2012. 8. 30. 또한 언론사의 저작권접권은 언론출판물 발행인에게 출판물의 온라인 이용에 따른 수익을 보장하는 권리로써 언론출판물 발행인을 유지시키는 역할을 한다는 것으로, 계승균·강명수·황선영, 「저작권접권 보호 연혁에 관한 분석 연구」, 한국저작권위원회, 2019, 411-412면 참조.

51) Stefan Niggemeier, “Lügen fürs Leistungsschutzrecht (1)”, Stefan-Niggemeier.de, 2012. 7. 4.

52) Rainer Stadler, “Keine Sympathien für ein Leistungsschutzrecht”, Neue Zürcher Zeitung, 2010. 8. 31.

53) Achim Sawall, “Bundesregierung: Leistungsschutzrecht könnte für soziale Netzwerke gelten”, golem.de, 2012. 12. 12.

54) Sarah Anne Ganter & Peter Maurer, “Von der Medien- zur Netzpolitik? Eine Analyse des Leistungsschutzrechts für Presseverlage in Deutschland”, Martin Emmer & Christian Strippel hrsg., *Kommunikationspolitik und Medienregulierung in der digitalen Gesellschaft*, Reihe Digital Communication Research, 2015, SS. 259 - 281 참조.

년 이미 주요 플랫폼 사업자의 지위에 있었던 구글의 검색 서비스에 대한 저작권접권 규정의 적용 문제가 현안으로 대두되었다. 구글은 기사 검색 서비스를 제공하면서 기사의 핵심 부분을 미리 보여주는 스니펫 방식을 사용하였는데, 이러한 행위는 언론사의 저작권접권을 침해하는 것이기 때문에 언론사의 동의가 요구되었다. 입법 시 기대되었던 변화는 이러한 권리 행사를 통하여 플랫폼에 대한 언론사의 통제가 유보되는 것이었지만, 현실 거래에서 나타난 현상은 이에 부응하지 못하였다. 구글은 검색 프로그램에서 스니펫 방식을 사용하기 전에 언론사에 동의를 무료로 요구하였고, 슈피겔을 비롯한 주요 언론사는 구글의 검색 프로그램에서 배제될 우려로 인해 이러한 사용에 대해 동의하게 되었다.⁵⁵⁾ 이러한 현상은 언론사가 동의를 하지 않을 경우 발생할 수 있는 트래픽 감소를 더 큰 위협으로 인식하고 자신에게 주어진 저작권접권 행사에 소극적으로 임한 결과로 이해되고 있다.⁵⁶⁾

이상의 독일에서 언론사 저작권접권 도입 이후 상황은 유사한 입법을 행한 다른 나라에서도 크게 다르지 않은 것으로 나타나고 있다.⁵⁷⁾ 이와 같은 전개는 저작권접권 부여가 언론사의 협상력 제고에 기여하는 바가 크지 않다는 것을 보여주는 것이며, 제도의 실효성에 상당한 의문을 낳았다. 그 원인으로서 우선적으로 거론되는 것은 기사를 제공하는 플랫폼의 지배력이 저작권접권으로 통제할 수 있는 수준을 넘어선다는 것이다.⁵⁸⁾ 일반적으로 거래 당사자 간에 힘의 불균형이 존재하는 상황에서 열위의 사업자가 가장 우려하는 것은 거래관계로부터 배제되는 것이고, 따라서 거래 상대방의 지위남용에 대한 규제에 적극적인 태도를 취하기 어렵다는 점이 언급된다.⁵⁹⁾ 동일한 맥락에서 기사 제공과 관련하여 플랫폼과 언론사의 관계를 이해할 수 있으며, 특히 플랫폼에 대한 언론사의 트래픽 의존도가 점증하고 있는 상황에서 언론사의 저작권접권 행사를 기대하기는 어려울 것이다.

이러한 상황은 기사 제공과 관련하여 언론사의 플랫폼에 대한 협상력을 제고하기 위해 단지 저작권접권 제도의 도입에 그치지 않고 제도적 보완이 추가될 필요가 있음을 시사한다. 이러한 시도는 양 방향에서 모두 이루어질 수 있는데, 우선 언론사의 저작권접권을 강화하는 방안이 고려될 수 있으며, 2021년 독일 저작권법 개정을 중요한 예로 들 수 있을 것이다. 다른 한편으로 플랫폼에 대한 규제 가능성을 확대하는 방안도 모색할 필요가 있다. 거대 플랫폼의 등장 이후 이를 실효적으로 통제하기 위한 다양한 시도가 나타나고 있으며, 이에 관한 논의에서 언론산업의 특수성이 고려될 필요가 있을 것이다.⁶⁰⁾

55) 박희영, “독일 언론출판사의 저작권접권 시행 현황 및 전망”, 저작권문화 제255호, 2015, 39면 참조.

56) 유럽 검색 시장에서 구글이 점유율이 90% 이상인 상황에서 이러한 동의가 언론사들의 불가피한 선택이었다는 분석으로, 위의 글, 39면 참조.

57) 예를 들어 독일과 유사한 상황 전개를 보이고 있는 스페인에 관한 분석으로, 류시원, 앞의 글, 72면 참조.

58) 위의 글, 72면 참조.

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

60) 언론사의 저작권접권 제도의 운영과 관련하여 언론산업에 속한 다양한 이해관계자의 이익과 공익적 가치가 형량될 필요가 있음을 지적하는 것으로, Lennart Knutzen-Lohmann, *Das europäische Leistungsschutzrecht für Presseverleger*, Nomos, 2021, SS. 215-228 참조. 여기서는 저작권접권 시행과 관련된 것으로 예상되는 경제적 비용으로, 수범자 측면에서 생산비용의 상승과 거래비용의 발생, 언론사 측면에서 거래비용의 발생, 기사 수용의 감

3. 언론사 저작권접권 제도의 실효성 제고

(1) 입법적 개선 시도

이와 관련하여 독일이나 스페인 등 개별 회원국이 아닌 EU 차원에서 이루어진 입법 시도에 주목을 요한다. 동 지침의 제정에서는 언론사의 저작권접권에 관해 선행적으로 입법을 수행한 독일이나 스페인 등 주요 회원국의 제도 현황 등이 중요한 동인이 되었는데, 선행하는 입법 경험을 참고하여 EU 차원에서 저작권접권의 재설계를 위한 논의가 이어졌다.⁶¹⁾ 그 결과로서 2019년 제정된 저작권지침(Directive on Copyright in the Digital Single Market)은 제15조에서 언론사의 저작권접권에 관해 규정하였다. 동조 제1항은 회원국이 언론사에게 정보사회 서비스 제공자(information society service providers)에 의한 자신의 언론출판물의 온라인상 이용을 위해 2001/29/EC의 2조(복제권, reproduction right) 및 3(2)조(공중이용권, Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject-matter)에 규정된 권리를 부여하여야 하며, 동 규정은 개별 이용자의 사적 또는 비상업적 이용, 하이퍼링크 행위 그리고 개별 단어 또는 매우 짧은 발췌 문에는 적용되지 않는다. 동조 제2항은 제1항에 따른 권리가 언론출판물에 포함된 저작물 등의 저작권자 또는 기타 권리 보유자의 권리를 침해하지 않음을 명정하고 있다. 제2항은 저작물 또는 기타 주제가 비독점적 라이선스에 기반한 언론출판물에 포함되는 경우, 제1항에 규정된 권리는 다른 승인된 사용을 금지하기 위해 원용될 수 없으며, 제1항에 규정된 권리가 보호가 종료된 저작물 또는 기타 주제의 사용을 금지하기 위해 원용될 수 없음을 규정하고 있다. 제4항은 제1항에 의한 권리의 시효 기간을 2년으로 규정하고, 제5항은 언론출판물에 포함된 저작물의 저자가 정보 사회 서비스 제공업자의 언론출판물 사용에 대해 언론사가 받는 수익으로부터 적절한 몫을 지급받을 수 있음을 명시하고 있다.⁶²⁾ 이와 같은 규정의 도입은 온라인상 언론출판물 유통에 관한 공정한 시장을 형성하려는 취지에서 이루어진 것이며, 구체적으로 플랫폼과 언론사 간 수익 배분 문제가 언론사의 저작권접권 제도의 기반 위에서 해결될 수 있도록 하였다는 점에서 의의가 있다.⁶³⁾

(2) 남용 통제에 의한 보완

이상의 EU 저작권 지침은 회원국의 입법적 수용을 요구하며, 이에 따라서 독일, 프랑스 등 회원국은 동 지침 상 저작권접권의 내용을 반영한 입법을 수행하였다. 그

소에 따른 비용, 기사 플랫폼 사업자의 시장집중도 증가, 중소 언론사의 경쟁상 불이익 그리고 국민경제적 차원에서 지식과 정보의 전파 감소, 수용 가능한 언론출판물의 다양성 감소, 기사 수용자의 검색 비용의 증가 등을 고려되어야 할 요소로 지적하고 있다.

61) 류시원, 앞의 글, 74면 참조.

62) 제3항에서 지침 2001/29/EC, 지침 2012/28/EU 및 지침(EU) 2017/1564의 제8조는 준용된다. 한편 동 지침은 다시 2021년 독일 저작권법 개정에 영향을 미쳤다.

63) 심우민, “EU의 뉴스 저작물 보호 입법 - DSM 저작권 지침의 입법학적 함의를 중심으로 -”, 유럽헌법연구 제34호, 2020, 128면 참조.

러나 앞에서 살펴본 것처럼 이러한 변화가 언론사의 플랫폼 사업자에 대한 협상력 강화에 기여할 수 있음은 분명하지만, 이로써 충분한 것인지는 여전히 의문이다. 플랫폼이 기사 제공과 관련하여 갖는 지배력에 의미 있는 변화는 나타나고 있지 않으며, 언론사의 플랫폼에 대한 트래픽 의존도 계속되고 있다. 이러한 상황에서 언론사가 플랫폼에 대하여 일정한 권리를 주장하고, 이로부터 자생적 기반을 스스로 구축할 것을 기대하기에는 현실적인 한계가 있을 것이다. 특히 플랫폼의 우월한 지위는 언론사의 권리 행사를 방해하는 요인으로서 여전히 작용할 수 있다. 이러한 관계를 적절히 보여주는 예로 프랑스에서 있었던 구글의 행태와 이에 대한 프랑스 경쟁당국의 대응은 많은 시사점을 제공한다.

EU의 저작권 지침의 제정에 따라서 프랑스도 지적재산권법의 개정이 이루어졌으며,⁶⁴⁾ 동 지침의 내용을 반영한 개정 지적재산권법은 2019. 10. 24.부터 시행되었다. 그러한 동 개정법의 시행에 앞서 구글은 언론사들이 제공하는 기사의 무상 이용을 요구하면서 이를 받아들이지 않는 경우 기사의 미리보기 서비스를 제공하지 않는다는 정책을 발표하였다. 이와 같은 구글의 정책에 대부분의 프랑스 언론사들은 적극적으로 대응하지 못하였으며, 결국 개정 지적재산권법의 시행 이전에 동법에서 예정하고 있던 대가를 사전에 포기한 채 구글의 기사 무상 이용에 동의하였다. 그렇지만 언론사 등은 구글의 이러한 조치를 프랑스 경쟁당국(Autorité de la concurrence)에 신고하였고, 경쟁당국은 구글의 행위가 경쟁법을 위반한 것인지에 관한 조사를 개시하였다. 경쟁당국은 구글이 언론사에 대해 뉴스의 무상 이용을 요구한 행위가 일반 검색 시장에서 시장지배적 지위를 남용한 행위에 해당할 수 있다고 판단하였으며, 특히 구글의 행위가 민주주의 사회의 핵심적 역할을 수행하는 언론 산업에 부정적 영향을 미친다고 지적하였다. 이러한 판단에 기초하여 경쟁당국은 2020. 4. 14. 언론사들이 구글에게 협상을 요청한 시점으로부터 3개월 내에 콘텐츠 이용에 관하여 성실하게 협상할 것을 주된 내용으로 하는 임시명령을 발하였고,⁶⁵⁾ 동 결정은 2020. 10. 8. 파리 항소법원의 판결에 의해서도 지지되었다.⁶⁶⁾

이상의 구글과 언론사 간의 관계에 대하여 프랑스 경쟁당국이 취한 태도는 언론사의 저작권접권 문제에 경쟁법적 접근이 유효할 수 있음을 시사한다.⁶⁷⁾ 앞에서 살펴본 것처럼 언론사에게 저작권접권을 부여한 취지는 언론사의 권리를 강화하여 플랫폼 사업자에 대한 협상력을 높임으로써 디지털 환경에서 언론사의 자생력을 강화하려는 것이고, 이는 기사 제공 플랫폼에서 발생하고 있는 불균형 문제를 원칙적으로 당사자의 자율에 의해 해결하려는 사고에 기반한다. 그러나 저작권접권의 행사가 거

64) 프랑스의 지적재산권법(code de la propriété intellectuelle)은 EU 저작권 지침에 따라서 2021년 개정되었는데, 특히 동법 제3장에서 저작권접권에 관한 저작권 지침의 내용이 반영되었다.

65) Décision n° 20-MC-01.

66) 이상의 사건 경과에 관하여, 이상윤·류시원, “프랑스 구글(언론사 저작권접권) 사건의 의의와 디지털 시대 경쟁법의 역할에 대한 시사점”, 법학논집 제25권 제2호, 2020, 400-424면 참조. 한편 프랑스 경쟁당국은 2022. 6. 21. 구글이 언론사와의 협상에 임하라는 경쟁당국의 결정을 수용하여 최종적으로 당해 분쟁이 해결되고 관련 절차가 종료되었음을 밝혔다. Reuters, 2022. 6. 22. “Google resolves French copyright dispute over online content”

67) 프랑스 경쟁당국의 수장인 Isabelle de Silva는 파리 항소법원의 결정은 “대규모 플랫폼들 또는 디지털 사업자들의 잠재적 남용 행위를 막는 데 있어서 경쟁법 툴의 효과성을 증명하였다”고 평가하였다. 위의 글 424면.

래 상대방의 지배력에 의해 형해화 된다면, 자율적 문제 해결의 실현을 기대하기는 어려울 것이다. 이러한 상황에서 플랫폼의 언론사에 대한 남용 통제는 거래상 불균형을 완화할 수 있고, 이로써 저작권집권의 행사가 실질적인 것이 될 수 있도록 하는 데 기여할 수 있을 것이다.

IV. 독립기관에 의한 통제 방식의 유효성

1. 한국적 상황에 대한 이해

플랫폼과 언론사 간 관계를 제3의 독립기관에 의해 규율함으로써 양자 간에 공정한 거래관계를 구축하려는 시도는 우리나라 뉴스제휴평가위원회의 설립 및 운영에서 찾을 수 있다. 이와 같은 독특한 규율체계의 도입은 우리나라 기사 플랫폼의 특징적인 양상에 기인한 것으로 볼 수 있다. 물론 글로벌 차원에서 전개되고 있는 언론에 대한 플랫폼 영향력 확대 현상은 우리나라에서도 유사하다. 그렇지만 구체적인 전개 양상에는 다소 차이가 있는데, 가장 두드러진 차이는 우리나라의 경우 플랫폼이 기사 제공에 보다 직접적으로 관여하고 있다는 것이다. 앞에서 살펴본 것처럼 글로벌 차원에서 거대 플랫폼이 기사 제공에 미치고 있는 영향력은 검색 서비스나 추천 서비스를 통해서 이루어진다. 반면 우리나라의 경우 기사 제공에 영향을 미치는 주요 플랫폼은 포털 사업자이며, 포털 서비스를 통하여 기사가 제공되는 것이 일반적이다. 포털은 인터넷 이용자가 웹 브라우저를 실행시킨 후 최초로 접속하는 웹사이트를 말하며, 포털 사업자는 인터넷 이용의 경로(bottleneck)를 확보하고자 인터넷 이용자의 다양한 목적에 부응하는 서비스를 종합적으로 제공하고 있다. 이에 해당하는 서비스로서 검색 서비스(search), 이메일 등 커뮤니케이션 서비스(communication), 블로그나 카페 등의 커뮤니티 서비스(community), 뉴스, 웹툰, 동영상 등 콘텐츠 제공 서비스(contents) 그리고 온라인쇼핑 등 전자상거래 서비스(commerce) 등이 대표적이며, 주요 포털사업자들은 이들 모두를 제공하고 있다.⁶⁸⁾

주요 포털 사업자는 포털을 통해 이용되는 콘텐츠 중에서 큰 비중을 차지하고 있는 기사 서비스를 제공하고 있으며, 우리나라에서는 해당 서비스를 제공하는 포털이 뉴스 이용에 있어서 절대적인 비중을 차지하는 플랫폼으로 기능하고 있다.⁶⁹⁾ 이 외에 뉴스를 제공하는 방식에 있어서도 글로벌 플랫폼과 차이가 있다. 전술한 것처럼 글로벌 플랫폼이 기사 수용에 영향을 미치는 것은 주로 검색 서비스 또는 추천 서비스 방식에 의하며, 플랫폼이 직접적으로 기사를 제공하는 것은 아니다. 그러나 우리나라 포털에 의한 기사 플랫폼의 운영은 검색 서비스에 의하는 것뿐만 아니라, 기사를 포털이 제공 받아서 직접 수용자에게 제공하는 방식이 주를 이루고 있다. 이를 위해 포털은 언론사와 검색 제휴 관계뿐만 아니라 콘텐츠 제휴 관계를 맺고 기사 제

68) 공정거래위원회는 이들이 모두 포함된 1S-4C 이용자 시장으로 포털 서비스 시장을 확정하였다. 공정위 2008. 8. 28. 의결 제2008-251호.

69) 인터넷 포털을 통하여 기사를 수용하는 비율은 모바일의 경우 78.5%, PC의 경우 27.6% 그리고 전체적으로 79.2%로 나타났다. 한국언론진흥재단, 「2021 언론수용자 조사」, 2022, 17-18면.

공에 관여하는데, 전자는 out-link 방식 그리고 후자는 in-link 방식으로 구분할 수 있다.⁷⁰⁾

포털 사업자가 뉴스 제공과 관련하여 후자의 방식을 취하는 것은 이용자가 플랫폼에 머무는 시간을 확보하려는 의도에 따른 것으로 이해되며, 이를 위해 후자의 경우 포털 사업자는 뉴스 공급자인 언론사에게 일정한 대가(전재료)를 지불한다. 그러나 이와 같은 방식상의 차이에도 불구하고, 국내 포털 사업자에 의한 플랫폼이 뉴스 공급자인 언론사에 대해 영향력을 미치고 있다는 점에서 글로벌 플랫폼과 실질적인 차이는 없다. in-link 방식이든 out-link 방식이든 언론사가 제공한 뉴스의 이용 측면에서 플랫폼의 역할은 커지고 있고, 따라서 포털 사업자의 플랫폼에 대한 언론사의 의존성이 심화되는 현상은 글로벌 차원에서 나타나고 있는 현상과 본질적으로 다르지 않다.

2. 독립기관에 의한 통제 방식의 검토

(1) 뉴스제휴평가위원회의 설립과 운영

우리나라에서 이루어지고 있는 온라인상 기사 제공 방식의 특징은 다른 나라와 다소 차이가 있는 접근을 모색하는 요인이 된 것으로 볼 수 있다. 즉 플랫폼으로서 포털 스스로 기사를 제공하고, 이를 위해 언론사로부터 기사를 공급받는 방식은 플랫폼과 언론사 간 거래관계에 직접 초점을 맞추는 계기가 되고 있다. 그리고 이러한 관계가 공정하게 이루어질 수 있도록 하는 방식으로 거래관계의 존부에 관한 판단을 제3의 다른 기구에 유보하는 방식을 취하였으며, 이는 2015년 뉴스제휴평가위원회(이하 제평위)의 설립으로 구체화 되었다.

제평위는 국내 온라인 뉴스 생태계의 건전한 발전을 위해 설립된 독립기구로서⁷¹⁾ 주요 포털 사업자인 네이버와 카카오에 언론사들이 제공하는 기사의 심사와 평가를 수행하고, 이에 기초하여 양자 간의 관계를 규율하는 권한을 보유하였다. 제평위는 플랫폼과 언론사 어느 한쪽에 편향되지 않은 독립성을 유지하며⁷²⁾ 공적 기능을 수행할 것으로 기대되고 있지만, 법적 근거가 없는 상황에서 이익이 충돌하는 사적 주체 간의 관계를 규율하는 것으로 인한 제도의 불안정성이 드러날 수도 있다.⁷³⁾ 그렇지만 이와 같은 규율 방식이 실효성 있는 플랫폼 지배력의 통제 수단으로 기능할 가능성은 제공한 것으로 볼 수 있을 것이다.

70) 이 외에도 스탠드제휴 형태가 있는데, 언론사 홈페이지의 기사 배치 화면이 그대로 뉴스 스탠드 서비스 내에 전송되기 때문에 실시간으로 각 언론사의 편집 가치가 그대로 반영된 기사를 제공하는 포털의 서비스라 할 수 있으며, 이 서비스에 의해 기사 수용자는 언론사의 홈페이지를 직접 방문하지 않아도 언론사의 편집권이 적용된 기사를 수용할 수 있다.

71) <https://help.naver.com/support/contents/contents.help?serviceNo=997&categoryNo=14755>

72) 제평위는 한국신문협회, 한국온라인신문협회, 한국인터넷신문협회, 한국방송협회, 한국케이블TV방송협회, 한국언론진흥재단, 한국언론학회, 한국기자협회, 한국YWCA연합회, 언론인권센터, 경제정의실천시민연합, 한국소비자연맹, 대한변호사협회, 한국신문윤리위원회, 인터넷신문위원회 등 총 15개 단체가 2인씩 추천하는 위원으로 구성된다.

73) 제평위의 구성에서 다수는 언론사 내지 언론 종사자의 단체의 추천에 의하는데, 이러한 구성이 이해관계로부터 자유로운 의사 결정을 담보할 수 있는지에 관해 의문이 제기될 수 있다. 임영호, 앞의 글, 13-14면 참조.

제평위의 운용 지침인 ‘네이버·카카오 뉴스 제휴 및 제재 심사 규정’(이하 심사규정)은 제4조에서 포털 사업자와 언론사 간 뉴스 제공(제휴) 방식을 뉴스검색제휴, 뉴스콘텐츠제휴, 뉴스스탠드제휴의 세 가지로 제시하고 있으며, 제평위는 언론사의 제휴 신청에 따른 심사를 제휴의 허용 여부를 결정한다(심사규정 9조). 또한 정기적인 재평가를 수행하며(심사규정 11조), 그 결과에 따라서 포털사업자에 대하여 해당 언론사의 제휴 계약을 해지할 것을 권고할 수 있으며, 이러한 결정에 포털사업자는 구속된다(심사규정 16조 4항).

이상의 포털사업자와 언론사 간 제휴 관계에 관한 제평위의 권한은 언론사에 대한 포털사업자의 지배력을 어느 정도 통제하는 의미를 갖는다. 그러나 여전히 포털사업자가 운영하는 플랫폼에 대한 언론사의 트래픽 의존도가 지속되는 상황에서 제3자의 공적 통제 방식이 지위 불균형에서 야기되는 문제의 온전한 해결을 이룰 것이라는 기대는 설부른 것일 수 있다.

(2) 연합뉴스 사건의 검토

이러한 상황 인식과 관련하여 포털사업자와 연합뉴스 간에 발생한 계약 해지 사건은 의미 있는 시사점을 제공한다. 제평위는 연합뉴스가 2021년 3월부터 7월까지 송부한 기사 중 약 2,000건의 기사가 ‘등록된 카테고리 외 전송’(기사형 광고)에 해당하는 것으로 판단하고, 2021. 11. 12. 재평가를 실시하여 국내 주요 포털인 네이버와 카카오에게 연합뉴스와 기사 제휴 계약을 해지할 것을 권고하는 결정을 하였다. 동 결정에 따라서 네이버와 카카오는 즉각적으로 연합뉴스에 계약 해지를 통보하였다.⁷⁴⁾ 연합뉴스는 동월 15일 서울중앙지방법원에 당해 계약해지의 취소를 구하는 소를 제기하고, 아울러 동 계약해지의 효력정지를 구하는 가처분을 신청하였다. 동 법원은 2021. 12. 24. 원고(연합뉴스)의 가처분 신청을 수용하는 결정을 내렸다.⁷⁵⁾ 전술한 것처럼 네이버와 카카오가 연합뉴스와의 기사 제휴계약을 해지한 것은 제평위의 계약 해지 권고 결정에 따른 것이었고, 제평위의 결정은 연합뉴스가 송부한 기사 중 일부가 광고형 기사에 해당함으로써 공공성에 반한다는 판단에 기초하였다. 그러나 동 법원의 가처분 인용 결정에서 제평위의 이러한 판단 자체가 의미 있는 쟁점으로 다루어지지 않는다는 점, 동 법원이 주목한 것은 포털과 연합뉴스 간 계약 해지가 해당 언론사에 미칠 효과의 중요성이었고, 이러한 중요성이 계약 해지의 결정 과정에 충분히 반영되었는지에 관해 회의적인 입장을 취하였다. 구체적으로 동 결정은 “네이버·카카오의 포털서비스가 인터넷뉴스 콘텐츠 시장에서 80% 이상의 이용률을 차지하고 있는 상황에서 제휴계약 해지의 경우 대상 언론매체가 공론의장에서 상당부분 퇴출되는 결과를 가져올 수 있다”고 언급하고, 따라서 “제휴계약 해지는 엄격한 실체적·절차적 요건을 갖춰야 한다”는 점을 강조하였다. 구체적으로 “제평위 해지조항은 약관법상 ‘신의성실의 원칙을 위반해 공정을 잃은 약관 조항’이나 ‘법률에 따른 사업자 해지권의 행사 요건을 완화해 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항’에 해당한다고 볼 개연성이 충분하다”는 점, “청문절차를 규정하는 다른 제재와 달리 뉴스평가위 제휴의 경우 평가와 해지 절차에 있어 제휴 언론매체의 방어권 보장에 매우

74) 한국기자협회, 2021. 11. 18.

75) 이데일리, 2021. 12. 24.

취약하다”는 점 그리고 “연합뉴스도 뉴스평가위 재평가 당시 자신의 입장을 설명하거나 소명기회를 갖지 못했다”는 점 등을 지적하고, 이는 연합뉴스의 가치분을 인용하는 결정의 기초가 되었다.⁷⁶⁾

동 결정에서 법원이 연합뉴스가 제공한 광고성 기사의 공공성 위반을 부정한 것은 아니다. 다만 기사의 트래픽이 절대적으로 포털에 의존하고 있는 상황에서 당해 계약해지가 갖는 의의를 확인하고, 이러한 점이 제평위의 결정 절차에 반영되지 않은 점을 가치분 인용 결정의 주된 근거로 삼고 있으며, 그 과정에서 「약관의 규제에 관한 법률」(이하 약관법) 제8조에서 약관의 무효 사유로 기술된 부당한 해지에 관한 규정을 원용하고 있다.⁷⁷⁾ 약관법상 불공정한 약관의 무효화 규정은 상대적으로 우월한 지위에 있는 사업자에 의한 불공정한 계약 내용을 통제하는 의미가 있으며,⁷⁸⁾ 뉴스제휴 계약의 당사자인 포털과 언론사의 관계는 이러한 규정이 유효한 계약구조적 특징을 전형적으로 갖고 있다. 이러한 점에서 법원이 계약해지의 부당성을 절차적 측면에서 지적한 것은 타당한 것으로 볼 수 있다.

(3) 제도 개선의 필요성

그렇지만 플랫폼 시대에 언론산업이 처한 상황 및 제평위와 같은 제3자 기관이 제휴계약 해지 여부를 결정할 수 있도록 한 제도적 취지에 대한 이해가 제평위의 권고 결정 및 나아가 법원의 가치분 결정에 충분히 반영되고 있는지는 의문이다. 제평위의 심사를 통해 기사제휴 계약의 성립 및 해지가 이루어지도록 한 것은 포털사업자가 기사를 제공하는 언론사에 대하여 지배력을 남용하는 것을 독립적인 기구에 의해 통제하려는 목적에 따른 것이고, 계약의 승인이나 해지를 결정함에 있어서 이러한 취지가 적극적으로 고려될 필요가 있다. 그러나 제평위가 판단의 기준으로 삼고 있는 심사규정에서 이러한 고려가 행해질 수 있는 근거는 명확하지 않으며, 법원이 지적한 것처럼 당해 언론사의 퇴출이 갖는 의의에 대한 이해가 판단 과정에서 고려 요소가 된 것으로 보이지 않는다.

비록 계약의 성립, 유지에 관한 판단 권한이 제3자 기관에 유보되어 있다 하더라도, 계약 당사자가 시장에서 배제될 위험에 대한 고려는 거래 의존성이 매우 높은 상황에서 필수적인 것으로 보아야 하며, 이에 대한 결여는 제평위의 권고 결정 및 포털의 계약 해지의 타당성에 의문을 낳는 요인이 된다. 포털 사업자가 제3자 기관의 개입 없이 이러한 결정을 스스로 행한 경우라면, 거래 상대방이 당해 시장에서 배제될 우려는 남용 판단의 핵심적 요소로서 고려되었을 것이다. 이러한 점은 제3자 기관이 계약관계를 결정하는 경우에도 전제되어야 하며, 특히 문제가 되는 행위가 시장에 미치는 영향을 평가함에 있어서 경쟁정책적 관점은 유효한 접근 방식이 될 수 있을 것이다.

76) 동 결정 이후 카카오는 제외한 채 네이버는 본안소송을 위한 제소명령을 신청할 입장을 피력하였다. 미디어스, 2022. 2. 25.

77) 이데일리, 2021. 12. 24.

78) 권오승·홍명수, 앞의 책, 588-589면 참조.

V. 경쟁정책의 실효성과 독점규제법의 적용 가능성

1. 독점규제법에 의한 단독행위 규제 가능성

독점규제법상 규제체계는 단독행위와 공동행위 규제로 이원화되어 있으며, 또한 단독행위 규제는 시장지배적 지위남용 행위 규제와 불공정거래행위 규제로 대별할 수 있다.⁷⁹⁾ 플랫폼의 경쟁정책상 문제는 플랫폼이 산업 전반에 미치고 있는 지배력에 기인하므로, 언론산업에서 플랫폼에 대한 독점규제법 적용의 문제는 주로 지배적 지위에 있는 특정 플랫폼의 개별적 행위에 초점이 모아질 것이고, 따라서 플랫폼에 대한 시장지배적 지위남용 규제의 적용 문제가 우선적인 검토 대상이 될 것이다.

2. 시장지배적 지위 판단

(1) 관련시장 확정

시장지배적 지위남용 규제의 단계적 심사 방식에 따라서 먼저 지배적 지위를 살펴볼 경우에, 국내에서 기사 제공이 이루어지고 있는 플랫폼은 네이버나 카카오와 같은 주요 포털 사업자에 의해 구축되어 있으므로, 이들이 해당 거래 분야에서 지배력을 보유하고 있는지가 검토되어야 할 것이다. 전술한 것처럼 디지털 시대에 언론사의 플랫폼에 대한 트래픽 의존도가 높은 현실에서 지배력의 귀속 주체로 포털 사업자를 상정하는 것은 용이할 수 있다. 그러나 구체적인 남용 규제의 맥락에서 이에 관한 판단은 기사 서비스가 제공되는 시장 확정에 기초하여야 하며, 일반적인 시장 확정 원칙의 적용을 피하기는 어려울 것이다. 시장확정 원칙인 대체가능성을 고려하면, 수용자가 기사에 접근하는 방식은 온라인에 한정되지 않으며, 여전히 전통적인 방식의 지면을 통하여 기사가 수용되는 경우가 존재한다는 점에도 주의할 기울일 필요가 있다. 즉 기사의 온라인과 지면에 의한 수용 간에 대체가능성이 있을 경우 양자는 단일한 시장을 구성하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

현재 기사의 온라인상 수용 방식은 대체로 무료로 이루어지고 있다는 점에서 계량적으로 양자 간 대체탄력성을 구하는 것이 여의치 않을 수 있다. 그렇지만 디지털 환경 하에 다양한 단말기를 통해 이루어지는 온라인 방식의 기사 수용은 전통적인 지면 출판물에 의한 것과 방식상 명확히 구별되고 나아가 전자에 의한 기사 수용의 비중이 확대되고 있다는 점에서 양 방식 간에 대체가능성을 인정하여 하나의 시장을 구성한다고 보기는 어려울 것이다.

(2) 시장지배력 판단

온라인 방식의 기사 서비스로 한정하여 시장을 확정할 경우에 주요 포털의 시장지배력을 판단함에 있어서 온라인상 기사 수용의 구체적 방식에 대한 이해가 요구된다. 일반적으로 온라인상 기사를 제공하는 언론사는 자신의 편집권에 의하여 기사를

79) 독점규제법 규제체계에 관한 논의로, 홍명수, 앞의 글(주22), 49면 이하 참조.

편제한 사이트를 구축하고 있으며, 따라서 이에 대한 수용자의 직접적인 접근이 가능하게 되어 있다. 그렇지만 기사 수용은 주요 포털 등의 플랫폼을 경유하는 방식에 의하는 것이 일반적이며, 이들이 제공하는 검색 프로그램이 기사 트래픽에 영향을 미치고 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 기사 플랫폼으로서 주요 포털은 검색 제휴 방식, 콘텐츠 제휴 방식, 스탠드 제휴 방식을 병행하고 있으며, 특히 앞의 두 가지 방식은 기사 검색 프로그램을 전제하고 있다는 점에서 공통된 특징을 갖는다. 이와 같은 주요 포털의 검색 기능은 언론사의 의존도를 심화시키는 결정적 요인으로 작용하는데, 주요 포털의 지배력 판단은 이러한 검색 기능을 통하지 않고 언론사 사이트를 직접 방문함으로써 이루어지는 직접적 기사 수용과 포털 검색 기능에 의해 매개되는 기사 수용의 비율로부터 도출될 수 있을 것이다. 이에 관한 유의미한 자료가 제공되지 않는 상황에서 일반적 이용 행태에 관한 분석으로부터 추론은 불가피한 것으로 보이며, 주요 포털의 이용도가 점증하고 있는 점을 고려할 때⁸⁰⁾ 기사 제공 서비스 시장에서 이들의 지배력을 인정할 여지는 크다.⁸¹⁾

아울러 주요 포털이 플랫폼으로서 갖고 있는 특징을 지배적 지위의 판단에 있어서 적극적으로 고려할 필요도 있다. 2020년 이루어진 독일 경쟁제한방지법 제10차 개정에서는 시장지배적 지위의 고려 요소로서 플랫폼을 염두에 두고 데이터의 통제나 거래 중개자로서의 지위를 새롭게 도입하였는데,⁸²⁾ 이러한 요소들은 기사 플랫폼으로서 주요 포털의 지배력을 판단함에 있어서 참고할 수 있을 것이다.

한편 플랫폼의 지배력을 평가함에 있어서 기사를 제공하는 언론사 시장 구조에 대해서도 주의를 요한다. 디지털화의 촉진은 신규 언론사가 시장에 진입할 수 있는 비용을 낮추고, 다양한 매체가 기사를 제공할 수 있는 환경을 조성한 측면도 있지만, 주요 언론사의 집중도가 심화되는 현상도 나타나고 있다. 예를 들어 2021년 조사에서 인터넷상 유료 구독자 기준으로 상위 3 언론사의 비중을 보면, 미국의 경우 구독자의 45% 그리고 영국의 경우 52%를 차지하는 것으로 나타나고 있다.⁸³⁾ 이와 같은 집중화 현상은 디지털 환경 하에서 언론 시장의 구조 문제가 현안으로 대두되고 있음을 보여준다.⁸⁴⁾ 이에 대한 언론산업적 측면에서의 논의와 별개로, 수요 측면에 위

80) 2021년 기사의 포털 이용률은 2020년에 비해 상승한 것으로 나타나고 있다. 모바일을 통한 기사의 포털 이용률은 74.6%에서 78.5%, PC에 의한 포털 이용률은 22.7%에서 27.6% 전체적으로는 75.8%에서 79.2%로 변화하였다. 한국언론진흥재단, 앞의 책, 17면.

81) 2022. 1. 1.부터 2022. 5. 31.까지 뉴스/미디어 분야에서 검색엔진의 점유율은 네이버 57.59%, 구글 33.94%, 다음(카카오) 7.21%, MSbing 0.87%, ZUM 0.35%로 나타나고 있다. 이와 같은 점유율 분포는 포털 간에 상이한 접근이 필요할 수 있음을 시사한다. <http://www.internettrend.co.kr/trendForward.tsp>. 한편 이와 같은 점유율 분포에 비추어, 시장지배력을 전제하지 않은 불공정거래행위, 특히 거래상 지위남용으로서의 규제 가능성도 고려될 수 있을 것이다.

82) 경쟁제한방지법 제18조 제3항에 시장에서의 지위를 판단하는 요소로 ‘경쟁에 관련된 데이터에의 접근’(3호)을 추가하였고, 동조에 제3항b를 신설하여 “다면시장에서 중개자로서의 지위를 고려하여 시장지배력을 판단하는 요소를 제시하는 규정을 도입한 것에도 주목을 요한다. 동 항은 “다면 시장에서 중개자(Vermittler)로서 활동하는 사업자의 시장 지위를 평가함에 있어서, 공급 및 판매 시장에 대한 접근을 위해 제공하는 중개 서비스의 중요성도 고려하여야 된다”는 규정을 도입하였다. 관련 규정의 의의에 관하여, Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, a. a. O., S. 49-50 참조.

83) 미국의 경우 New York Times 31%, Washington Post 24%, Wall Street Journal 7% 그리고 영국의 경우 The Telegraph 20%, The Times 19%, The Guardian 16%로 나타났다. Nic Newman etc., *Reuters Institute Digital News Report 2021* 10th ed., 2021, pp. 14-15 참조.

치한 언론사의 집중화 경향은 기사의 온라인 제공 시장에서 플랫폼의 지배력을 제한할 수도 있다는 점이 고려될 필요가 있을 것이다.

3. 남용 판단

기사 플랫폼의 지배력을 전제할 경우, 이를 남용하는 행위가 시장지배적 지위남용으로서 독점규제법상 규제 대상이 된다는 점에 의문은 없다. 그렇지만 지배력을 갖고 있는 플랫폼으로서 주요 포털의 어떠한 행위가 규제 대상이 되는 남용으로서 규제될 수 있는지가 언제나 명확한 것은 아니다. 종래 시장지배적 지위남용 행위로서 규제되었던 행위를 상기한다면, 기사 플랫폼과 언론사 간의 관계에서 나타나는 문제는 전형적이지 않으며, 따라서 독점규제법에 근거한 기존의 규제 범리에 의해 문제되는 행위를 포섭하는 것이 용이하지 않을 수 있다.

플랫폼의 남용 가능성은 착취적 남용이나 방해적 남용 모두에서 존재한다. 경쟁시장에서 기대하기 어려운 이익 취득을 내용으로 하는 착취적 남용은 플랫폼 사업자가 참가 사업자로부터 과도한 이익을 취하는 것과 관련된 행위를 남용으로 포섭할 수 있는 근거를 제공한다. 한편 플랫폼을 중심으로 이루어지는 거래에서는 해당 플랫폼에 참가하는 것으로부터 배제되는 것이 사업자들에게는 가장 큰 위험이 될 것이며, 이와 관련된 플랫폼의 행태는 방해적 남용으로서 규제될 수 있다.

이에 해당하는 남용 유형으로서 사업활동 방해는 독점규제법 제5조 제1항 제3호에 의해 금지되고, 동법 시행령 제5조 제3항에서 이를 구체화하는 규정을 두고 있다. 특히 동항 제4호는 제1호 내지 제3호에 해당하지 않는 행위를 일반적으로 포섭할 수 있는 개방적인 형식을 취하고 있기 때문에, 플랫폼에 의해 이루어지는 전형적이지 않은 남용 행위를 규제할 수 있는 법적 근거는 주어진 것으로 볼 수 있다. 그렇지만 규제의 실효성 측면에서 이러한 경우에 예상되는 남용 행태에 대한 충분한 이해가 뒷받침될 필요가 있을 것이다. 이와 관련하여 플랫폼에 의존적인 참가 사업자는 플랫폼을 통해 이루어지는 거래가 거절되거나 제한되는 것에 주된 이해를 가질 수밖에 없으며, 이에 영향을 미치는 플랫폼의 일체 행태가 남용 측면에서 검토 대상이 될 수 있다. EU의 ‘제102조 지침’은 직접적으로 거래를 거절하는 것은 아니지만 일정한 조건을 부과하는 방식에 의한 실질적 거래거절(constructive refusal)에 해당하는 경우로서 부당한 공급 지체, 저품질 상품의 공급, 비합리적인 대가의 요구 등을 제시하고 있다.⁸⁴⁾ 물론 이러한 유형이 플랫폼을 염두에 둔 것은 아니지만, 플랫폼을 중심으로 이루어지는 거래를 상정할 경우에도 거래거절 행위의 실질적인 파악에 참고가 될 수 있다. 또한 이와 관련하여 거대 플랫폼을 상정하고 남용 규제를 개선하는 내용으로 이루어진 독일 경쟁제한방지법의 제10차 개정 사항도 참고할 수 있다. 동 개정은 특히 기존 규정에서 남용 행위로 포섭되기 어려운 일련의 행위, 예를 들어 데이터나 네트워크에 대한 접근 거절 또는 네트워크 효과의 독자적 달성 방해 행위를 남용행위로서 새롭게 도입하였는데,⁸⁵⁾ 입법적으로 반영된 이러한 행태의 남용성은 독점규

84) Stigler Committee on Digital Platforms, op. cit., p. 185 참조.

85) Guidance on Article 102 Enforcement Priorities, para. 78.

86) 제10차 개정은 남용에 관한 경쟁제한방지법 제19조 제2항에 제4호, “거절의 대상이 된 제 공과 접근 보장이 전·후방시장에서 다른 사업자의 사업활동에 객관적으로 필요한 것이고

제법상 남용 규제에 있어서도 의미 있는 시사점을 제공한다.

앞에서 살펴본 저작권접권의 권리 행사의 방해나 제3의 기관에 의한 기사제휴관계의 해지 문제도 남용의 관점에서 접근할 수 있을 것이다. 이러한 문제를 단지 양 당사자의 계약적 유효성의 범주 안에서 논의할 것은 아니며, 경쟁법의 범위 안에서 이러한 행위가 언론사의 경쟁에 미치는 영향에 대한 분석과 이에 기초한 남용에 대한 평가가 적절한 접근 방식이 될 수 있다. 이는 언론사의 자생력을 확보함으로써 다양성을 강화하려는 언론의 고유한 기능의 제고에도 기여할 수 있다는 점에서 문제의 본질에 부합한다. 구체적으로 프랑스 구글 사건에서 파리 항소법원은 구글이 사업자들에게 기사의 무상 이용을 사전 동의로서 요구한 것은 착취적 남용에 해당한다고 보면서, 이러한 행위는 법이 언론사에게 허용한 이익을 침해하고 법의 효력을 몰각시키는 것이고, 또한 경쟁의 정상적인 작동을 왜곡할 우려가 있는 행위로서 경쟁제한 효과를 낳는다고 판단한 것은⁸⁷⁾ 주목할 만하다.⁸⁸⁾

한편 연합뉴스 사건에서 가처분 인용 결정을 내린 법원이 디지털 기반의 언론 환경 하에서 당해 제휴관계가 언론사에 미칠 영향에 초점을 맞추고 있는 것은 긍정적이지만, 논의의 전개에서 경쟁법적 사고가 적극적으로 반영될 필요도 있을 것이다. 플랫폼에 대한 의존성이 드러나고 있는 상황에서 언론사의 기사가 플랫폼에 접근할 수 있는 기회를 차단하는 것은 경쟁을 제한하는 행위로서 남용으로 볼 여지가 있다. 이때 당해 계약 해지가 독립적 제3자 기관에 의하여 적절한 절차를 거쳐, 필수적인 고려 사항이 간과되지 않고 행하여진 것인지에 관한 판단은 남용 규제의 틀 안에서 부당성 심사로서 이루어지는 것이 문제의 본질에 부합하는 적절한 접근 방식이 될 수 있다. 그리고 이러한 판단 과정에서 앞에서 살펴본 Stigler 보고서의 시민 후생 개념의 수용도, 동 개념으로부터 도출된 지표의 타당성과 유효성에 관한 논의가 계속되어야 함에도 불구하고, 적극적으로 고려될 필요가 있다.

VI. 결론

플랫폼의 지배력이 점점 확대되고 있는 상황에서 언론의 위기는 점점 심화되고 있으며, 글로벌 차원에서 보편적인 현상으로 나타나고 있다. 이러한 문제를 해결하기 위한 다양한 시도가 이루어지고 있다. 현재 진행되고 있는 문제의 핵심은 플랫폼에 의해 매개되는 기사의 제공이 주된 방식이 되고 있는 상황에서 플랫폼에 대한 언론사의 의존성이 커지고 있으며, 이로 인해 언론사의 자생적 기반은 약화되고 다양성에 기반한 언론 본연의 기능은 위축될 수 있다는 것이다. 이러한 문제를 해결하기

또한 이러한 거절이 객관적으로 정당화되지 않는 이상 당해 시장에서의 유효경쟁의 배제가 우려될 경우에, 적정한 대가로 상품 또는 용역을 다른 사업자에게 제공, 특히 데이터, 네트워크 또는 그 밖에 인프라시설 등에 대한 접근을 거절하는 것"을 남용 유형의 하나로 추가하였다. 동 규정은 플랫폼 사업자에 대한 남용 규제를 염두에 둔 것으로서, 이와 관련하여 Meinrad Dreher & Michael Kulka, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, C.F.Müller, 2021, S. 530 참조.

87) 이상윤·류시원, 앞의 글, 421-422면 참조.

88) 구글 사건에서 독일 연방대법원은 거래조건이 법에 반하는 것이 남용 인정에 있어서 필수적인 것은 아니지만, 결정적인 이익형량 요소의 하나가 되는 것으로 보았다. BGH v. 23. 6. 2020., Tz. 99.

위해 플랫폼에 대한 언론사의 대응력을 높이거나 플랫폼과 언론사의 관계를 공정성이 보장되는 제3자에 의해 규율하는 방안이 제시되고 있다. 전자는 독일의 선도적인 입법에서 확인할 수 있듯이, 저작권법상 언론사에게 저작인접권을 부여함으로써 플랫폼을 통해 기사를 제공하는 언론사의 플랫폼에 대한 협상력을 제고하려는 취지에서 도입되었다. 후자의 경우는 우리나라에서 시행되고 있는 ‘뉴스제휴평가위원회’의 운영이 대표적인데, 동 위원회는 독립적인 위치에서 플랫폼과 언론사 간 거래관계의 유지 여부를 결정하며, 이에 의해 플랫폼의 자의적인 지배력 행사가 억제될 수 있다는 인식이 제도 도입의 근거가 되었다. 이와 같은 시도가 문제 해결에 어느 정도 기여할 것으로 기대되고 있지만, 일정한 한계도 드러나고 있다. 이를 보완하기 위해 경쟁정책적 사고에 따른 개입이 적극적으로 고려될 필요가 있다. 현행 독점규제법에서 우선적으로 고려될 수 있는 것은 시장지배적 지위남용 규제라 할 수 있으며, 플랫폼과 언론사 관계에 대한 동 규제는 지배력과 남용 측면에서 플랫폼의 특성 및 언론의 고유한 의의에 대한 이해에 기초하여야 한다. 언론은 정치질서 원리인 민주주의의 기초를 제공하며, 경쟁적 구조는 언론의 다양성을 유지하는 데 핵심적 요소이다. 이와 같은 언론과 경쟁의 내적 연관성은 언론산업에서 경쟁법 적용의 타당성을 뒷받침할 뿐만 아니라, 경쟁법상 규제의 실효성을 기대할 수 있는 근거가 될 것이다.

[참고문헌]

- 권오승·홍명수, 「경제법」, 법문사, 2021, 46-47면 참조.
- 김두진, 경제법, 「동방문화사」, 2020
- 김문현, “한국헌법상 국가와 시장”, 국가, 경제 그리고 공법, 한국공법학회, 2012
- 김창욱·강민형·강한수·윤영수·한일영, 「기업생태계와 플랫폼 전략」, SERI, 2012
- 김하열, “민주주의 정치이론과 헌법원리: 자유주의적 이해를 넘어”, 공법연구 제39집 제1호, 2010
- 류시원, “디지털 플랫폼 시대 언론산업의 구조적 경쟁 문제에 대한 정책적 대응의 검토”, 선진상사법률연구 제93호, 2021
- 심우민, “EU의 뉴스 저작물 보호 입법 - DSM 저작권 지침의 입법학적 함의를 중심으로 -”, 유럽헌법연구 제34호, 2020
- 유용민, “언론 위기 담론에 대한 비판적 고찰: 언론 연구자 심층 인터뷰를 토대로”, 언론정보연구 제58권 제2호, 2021
- 윤선희, 「지적재산권법」, 세창출판사, 2014
- 이상윤·류시원, “프랑스 구글(언론사 저작권접권) 사건의 의의와 디지털 시대 경쟁법의 역할에 대한 시사점”, 법학논집 제25권 제2호, 2020
- 임영호, “뉴스제휴평가위원회 도입과 유사언론 논란”, Focus on Media 1, 2015
- 정병화, “자유주의적 입헌민주주의체제의 헌법적 가치 구성논리와 한계점”, 법학논총 제34권 제4호, 2017
- 정상조, “정보산업기술의 발전에 따른 저작권접권의 재조명”, 서울대학교 법학 제37권 제1호, 1996
- 정승애·임대근, “넷플릭스의 초국가적 유통 전략과 그 비판: 콘텐츠 비즈니스 모델과 모순적 로컬라이제이션을 바탕으로”, 글로벌문화콘텐츠학회 동계학술대회, 2018
- 정진근, “저작권제도의 역사로부터 바라본 출판권의 위상에 관한 소고 —저작권 및 저작권접권으로부터 출판권 배제의 이유와 타당성—”, 경영법률 제32권 제2호, 2022
- 조재현, “언론의 내적 자유”, 공법학연구 제8권 제3호, 2007
- 한국언론진흥재단, 「2021 언론수용자 조사」, 2022
- 한국언론진흥재단, 「2021 언론수용자 조사」, 2022
- 홍명수, “시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위의 관계와 단독행위 규제체계의 개선”, 경쟁법연구 제33권, 2016
- 홍명수, “플랫폼 규제 개선을 위한 독일 경쟁제한방지법 개정에 관한 고찰 - 시장지배적 지위남용 규제를 중심으로 -”, 동아법학 제94호, 2022
- 홍명수, “플랫폼 중립성의 경쟁법적 의의”, 동아법학 제90호, 2022
- 황성기, “뉴스매개자로서의 포털 뉴스서비스의 언론성 및 법적 책임범위에 관한 연구”, 사이버커뮤니케이션학보 제21호, 2007
- Srnicek, N., 심성보 역, 「플랫폼 자본주의」, 킹콩북, 2020
- Terhechte, J. P., 김환학 역, “경쟁의 민주적 기능”, 국가, 경제 그리고 공법, 한국공법학회, 2012.

- Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommendations*, 2007
- Choudary, S. P., "Why Business Models fail: Pipes vs. Platforms", *Wired Magazine*, 2013.
- Dreher, M. & Kulka, M., *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, C.F.Müller, 2021
- EU Commission, *Communication Tackling unfair trading practices in the business-to-business food supply chain*, 2014
- Ganter, S. A. & Maurer, P., "Von der Medien- zur Netzpolitik? Eine Analyse des Leistungsschutzrechts für Presseverlage in Deutschland", Martin Emmer & Christian Strippel hrsg., *Kommunikationspolitik und Medien-regulierung in der digitalen Gesellschaft*, Reihe Digital Communication Research, 2015
- Gerber, D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford Univ. Press, 2001
- Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy-The Law of Competition and Its Practice*, West, 2011
- Jones, A. & Sufrin, B., *EU Competition Law*, Oxford Univ. Press, 2011
- Katz, M. & Sallet, J., "Multisided Platforms and Antitrust Enforcement", *The Yale Law Journal* Vol. 127, No. 7, 2018
- Kirchner, C., "Zur Ökonomik rechtlicher Probleme von Fusionen und Kooperationen auf dem deutschen Pressemarkt", *DIW* vol. 74, 2005
- Kirkwood, J., "The Essence of Antitrust: Protecting Consumers and Small Suppliers from Anticompetitive Conduct", *Fordham Law Review* vol. 81 issue 5, 2013
- Knutzen-Lohmann, L., *Das europäische Leistungsschutzrecht für Presseverleger*, Nomos, 2021
- Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, *Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft*, 2019
- Maihofer, W., *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Vittorio Klostermann, 1967
- Moazed, A. & Johnson, N. L., *Modern Monopolies: What It Takes to Dominate the 21st Century Economy*, Macmillan, 2016
- Newman, N. etc., *Reuters Institute Digital News Report 2021* 10th ed., 2021
- Niggemeier, S., "Lügen fürs Leistungsschutzrecht (1)", *Stefan-Niggemeier.de*, 2012. 7. 4.
- Overbeck, W., *Major Principles of Media Law*, Thomson Wadsworth, 2005
- Parker, G. G. & Van Alstyne, M. W., "Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design", *Management Science* 51(10), 2005
- Sawall, A., "Bundesregierung: Leistungsschutzrecht könnte für soziale Netzwerke gelten", *golem.de*, 2012. 12. 12.
- Stadler, R., "Keine Sympathien für ein Leistungsschutzrecht", *Neue Zürcher Zeitung*, 2010. 8. 31.

Stigler Committee on Digital Platforms, *Final Report*, 2019

Wandtke, A. & Bullinger, W. hrsg., *Praxiskommentar zum Urheberrecht*,
C.H.Beck, 2014

[Abstract]

Review of Changes in the Media Industry in the Era of Platform and Improvement Potential through Application of Competition Law

Hong, Myungsu*

The dominance of the platform is gradually expanding around the world, and this phenomenon is no exception in Korea. This phenomenon is particularly noticeable in the media industry, and the expansion of the platform's dominance is a factor that further intensifies the media crisis that has already been underway. Currently, online articles are provided through platforms, and as a result, media companies' dependence on the platform is increasing. In this situation, the self-sustaining foundation of the media company will weaken, and the core function of the media based on diversity will inevitably shrink. To solve this problem, measures have been proposed to increase the responsiveness of media companies to the platform or to regulate the relationship between the platform and media by a third party that guarantees fairness. The former is embodied in a way that grants neighboring rights to media companies under the Copyright Act to enhance the bargaining power of media companies that provide articles through the platform. The latter is typical of the operation of the "News Alliance Evaluation Commission" in Korea, which is based on the perception that arbitrary exercise of control of the platform can be suppressed by the committee deciding whether to maintain transaction relations between the platform and media companies in an independent position. Such attempts are expected to contribute to solving problems to some extent, but certain limitations are also being revealed. To supplement this, it is necessary to actively consider the application of competition laws. The media provides the basis for democracy, the principle of political order, and competition is a key factor in maintaining media diversity. This internal connection between the media and competition will not only support the validity of the application of the competition law to the media sector, but also serve as a basis for expecting the effectiveness of regulations under the competition law.

Key words: Media, Competition Policy, Platform, Neighboring Rights, News Alliance

* Professor, College of Law, Myongji Univ.

법률용어로서의 “로봇(Robot)” 개념에 관한 일고찰*

- 「지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법」의 개선방안의 일환으로

김 주 영**

논문요지

현대 과학기술의 발전에 있어서 국가의 역할의 중요성은 추가적인 논의를 필요로 하지 않을 것이기에, 현재 우리나라 로봇산업의 발전을 위해서 현행 로봇산업진흥 법제가 그 목적 달성을 위한 충실한 내용을 갖추고 있는지 혹은 더 나아질 수는 없는지에 대한 지속적인 검토가 필요하다. 아울러 이러한 작업은 국가의 개입이 언제나 적절한 법률의 뒷받침 하에 이루어져야 한다는 실질적 법치국가 원리의 구현을 위해서도 반드시 필요한 부분이기도 하다.

이에 본고에서는 로봇기술 관련 산업경쟁력의 확보와 지속적인 발전을 위한 정책 추진을 위해서 무엇보다 정책 대상인 “로봇”에 대한 실효적인 개념규정이 선행되어야 할 것이기에 현행 「지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법」(법률 제17799호)의 “지능형 로봇”에 대한 정의 규정(동법 제2조 제1호)의 적실성을 특히 입법평가(legislative evaluation; Gesetzesevaluation)의 심사도구 가운데 체계성(Systematik) 및 이해가능성(Verständlichkeit) 분석의 관점에서 판단해 보았다.

결론적으로 현재의 “지능형 로봇”의 정의 규정은, 현행 법체계상 큰 의미를 갖지 못하고 있는 가운데, 그 의미를 이해하기도 쉽지 않을 뿐만 아니라 법적용의 실제에 있어 불필요하게 법적용대상을 축소할 우려까지 있다고 판단되기에, “지능형”이란 수식어를 삭제한 가운데 보다 기술적인 측면에서의 “로봇” 개념을 바탕으로 로봇 산업 진흥 및 지원정책의 대상의 예시적 나열이라는 준예시적 정의(quasi-ostensive definition)의 방식의 활용을 제안하였다.

검색용 주제어: 로봇, 지능형 로봇, 정의(定義), 입법평가, 체계성 및 이해가능성 심사

· 논문접수: 2022. 06. 26. · 심사개시: 2022. 07. 13. · 게재확정: 2022. 07. 22.

* 본 논문은 최유경 연구책임, 『로봇 안전관리 법률체계 연구 용역』, 한국로봇산업진흥원 연구용역보고서(2020)에서 필자가 담당한 부분을 전면적으로 수정·보완한 것으로, 김주영, “뉴노멀시대 과학기술의 법적 규율에 대한 일고찰 - 로봇기술을 중심으로”, 『헌법학연구』 제28권 제1호(2022)의 후속 연구로 진행된 것입니다.

** 명지대학교 법학과 교수, 법학박사.

I. 서론

전세계를 휩쓴 코로나 바이러스 증후군(COVID-19) 확산사태 속에서도 2020년 기준 전년대비 3% 성장한 243억 달러(약 26조원)의 매출액을 달성하는 등 세계 로봇 시장 규모는 꾸준한 성장세를 보이고 있으며, 특히 소위 “제4차 산업혁명”을 이끄는 다양한 신기술들이 로봇 분야에 접목되면서 로봇기술이 비약적인 발전을 이루는 가운데 로봇의 활용분야도 급속도로 확대되어감에 따라 전 세계적으로 로봇 산업에 대한 관심이 높아지고 있는 실정이다.¹⁾

일찍이 로봇 산업의 중요성을 인식한 우리나라는 2008년 3월 로봇 산업 진흥 관련 법제인 「지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법」(법률 제9014호, 이하 ‘지능형로봇법」)을 2018년 6월 30일까지 효력을 갖는(동법 부칙 제2항) 한시법(限時法)으로 제정한 이후, 2018년 6월의 개정(법률 제15645호)을 통해 그 존속시한을 2028년 6월 30일까지 10년 연장한 바 있다. 아울러 「지능형로봇법」 제5조가 로봇 산업 진흥을 위해 정부에게 5년마다 기본계획을 수립하고, 관계 중앙행정기관의 장에게 매년 실행계획을 마련할 것을 규정함에 따라, 현재 「제3차 지능형 로봇 기본계획」(산업통상자원부 공고 제2019-523호) 하에 「2022년 지능형 로봇 실행계획」(산업통상자원부 공고 제2022-209호)이 수립되어 실행중이다. 이러한 로봇 산업 육성정책을 바탕으로 우리나라는 자동차, 전기·전자 업종의 높은 로봇 활용에 힘입어 제조업 종사자 당 로봇 활용 대수(;로봇 밀도) 세계 1위, 연간 로봇 설치 물량 기준으로 일본, 중국, 미국에 이은 세계 4위의 로봇 시장으로 자리매김하는 등 상당한 성과를 창출하기도 하였으나,²⁾ 로봇 활용 분야가 편중되고 로봇 산업의 경쟁력이 취약하다는 제3차 기본계획 수립 당시의 평가³⁾는 여전히 유효하다 할 것이다.

현대 과학기술의 발전에 있어서 국가의 역할의 중요성은 추가적인 논의를 필요로 하지 않을 것이기에,⁴⁾ 현재 우리나라의 로봇 산업의 아쉬운 면모는 과연 현행 로봇 산업 진흥 법제가 그 목적 달성을 위한 충실한 내용을 갖추고 있는지 혹은 더 나아질 수는 없는지에 대한 지속적인 검토를 요구한다 할 것이다. 나아가 이러한 검토 작업은 국가의 개입이 언제나 적절한 법률의 뒷받침 하에 이루어져야 한다는 실질적 법치국가의 원리의 구현을 위해서도 반드시 필요한 부분이라 하겠으나, 그동안 로봇 산업 진흥 법제에 대한 학계의 관심은 그다지 크지 않았음을 부인하긴 어렵다.

로봇기술 관련 산업경쟁력의 확보와 지속적인 발전을 위한 정책의 추진을 위해서는 무엇보다 정책 대상인 “로봇”에 대한 실효적인 개념규정이 선행되어야 할 것이다. 물론 「지능형로봇법」이 “지능형 로봇”에 대한 정의 규정을 마련하여, “외부환경을 스스로 인식하고 상황을 판단하여 자율적으로 동작하는 기계장치(기계장치의 작동에 필요한 소프트웨어를 포함한다)를 말한다”라는 규정을 두고 있기는 하다(법 제2조

1) 2022년 지능형 로봇 실행계획(산업통상자원부 공고 제2022-209호), 2면.

2) 2020년 기준 제조업 종사자 1만 명 당, 우리나라는 932대의 로봇을, 2위인 싱가포르 605대, 3위인 일본은 390대를 활용하고 있다고 한다. 관련 자료는 세계로봇연맹(International Federation of Robotics) 홈페이지 <https://ifr.org/ifr-press-releases/news/robot-sales-rise-again#downloads> (2022. 6. 13. 최종확인)를 참조.

3) 제3차 지능형로봇기본계획(산업통상자원부 공고 제2019-523호), 2면.

4) 관련 논의로는 김주영, “뉴노멀시대 과학기술의 법적 규율에 대한 일고찰 - 로봇기술을 중심으로”, 『헌법학연구』 제28권 제1호(2022), 88면 이하를 참조.

제1호). 그렇지만 이 정의가 과연 법의 목적 달성에 충분한 내용을 갖추고 있는지, 즉 특정한 기술 및 산업 영역의 대상으로서의 “지능형 로봇”을 파악하기 위한 본질적인 내용을 제공하고 있는지, 나아가 ‘로봇’과 ‘로봇이 아닌 것’의 구분에 있어서 충분한 역할을 수행하고 있는지에 대해서는 적지 않은 의문이 드는 것도 사실이다.⁵⁾

이에 이하에서는 특히 입법평가(legislative evaluation; Gesetzesevaluation)의 심사 도구 가운데 체계성(Systematik) 및 이해가능성(Verständlichkeit) 분석의 관점에서⁶⁾ “지능형 로봇” 개념의 적실성을 판단해 보고자 한다. 이를 위해 먼저 「지능형로봇법」상 “지능형 로봇” 개념의 규정양상 및 그 성립·변천과정을 살펴보고(II), 현행 법제상 “로봇” 및 “지능”의 용례를 통해 그 체계적 적실성을 검토한 후(III), 각각의 개념들에 대한 이론적 고찰을 바탕으로(IV) 보다 바람직한 규정방식을 검토해 보기로 하겠다(V).

II. 분석대상: 「지능형로봇법」상 “지능형 로봇”의 정의 조항

1. 규정 양상

서두에서 이미 언급한 바 있듯이 현행 「지능형로봇법」(법률 제17799호)은 “지능형 로봇”을 “외부환경을 스스로 인식하고 상황을 판단하여 자율적으로 동작하는 기계장치(기계장치의 작동에 필요한 소프트웨어를 포함한다)”라고 규정하고 있다(법제2조 제1호 * 강조는 필자, 이하 같음). 본래 2008년 3월 제정 당시(법률 제9014호)에는 “지능형 로봇”을 “외부환경을 스스로 인식하고 상황을 판단하여 자율적으로 동작하는 기계장치”로 정의하고 있었으나, 이후 2018년 6월의 개정(법률 제15645호)을 통해 지능형 로봇의 정의에 소프트웨어를 포함시킨 이래, 이 규정 양상이 현재까지 이어지고 있다.

2. 동 규정의 성립 및 변천과정

2008년 「지능형로봇법」 제정과정에 관한 국회 공개 자료 가운데 “(지능형) 로봇”의 정의규정에 관한 논의는 크게 눈에 띄는 것이 없는 듯하다.⁷⁾ 먼저 차세대 성장동

5) 예를 들어 “컴퓨터 기반의 로봇을 만들려는 시도가 반세기 넘게 이루어진 지금도, 어떤 것이 로봇이고 어떤 것이 로봇이 아닌지 여전히 완전하거나 혹은 적어도 그럴듯한 이해도 없는 실정”은 다름아닌 로봇공학 쪽에서의 고백이다. John M. Jordan, *Robots*, 장진호·최원일·황치욱 공역, 『로봇 수업: 인공 지능 시대의 필수 교양』 (서울: 사이언스북스, 2018), 50면.

6) 수범자(受範者)의 준수를 필수적으로 요구하는 법규정의 본질적인 의미 내용이 수범자가 인식할 수 있어야 함은 물론, 가급적 쉽게 이해할 수 있도록 전달되어야 한다는 취지 하에 진행되는 입법평가의 심사도구로서 체계성 및 이해가능성 분석에 관한 논의는 박영도, 『입법학 입문(증보판)』 (서울: 법령정보관리원, 2008), 606~609면을 참조.

7) 다만 “지능형 로봇”의 선행 용례로는 2004년부터 2007년에 걸쳐 (구)정보통신부에서 추진한 URC(Ubiquitous Robotics Companion) 프로젝트에서 ‘언제 어디서나 나와 함께 하며 나에게 필요한 서비스를 제공하는 로봇’으로서 지능형 로봇 서비스의 개념을 도입한 것을 꼽을 수 있겠다. 기존의 독립형 로봇이 모든 기능을 자체적으로 구현함에 따라 기술적 제약성 및 비용상의 문제를 안고 있었던 것에 비해 URC는 네트워크를 통해 로봇에게 요구되는

력산업인 지능형로봇을 미래 국가핵심 전략산업으로 육성하기 위하여 장기적인 관점에 범국가적 역량을 집중하고 체계적이고 일관성 있는 발전체계 구축을 위한 국가적 차원의 지원 필요성에 입각하여, 2007년 8월 10일 서갑원의원이 대표발의한 「지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법안」(의안번호: 177189)⁸⁾의 입법 과정을 살펴보면, 법안의 소관상임위원회인 산업자원위원회 및 법제사법위원회의 심사과정에서 법안의 입법취지부터 구체적인 내용에 이르기까지 다양한 검토가 이루어졌다. 그렇지만 산업자원위원회의 전문위원의 여러 항목에 걸친 비판적인 검토의견 속에도 “지능형 로봇”의 정의 규정에 관한 문제 제기는 아예 없었던 것으로 확인되며, 다만 당시 정보통신부에서 동 법안 가운데 “네트워크 로봇”에 대한 규정이 미비함을 지적한 것⁹⁾이 그나마 로봇의 정의 규정과 관련성을 인정할 만한 부분으로 보인다. 이 법안은 2008년 2월 15일 산업자원위원회 및 법제사법위원회에서 각각 일부 수정·가결되었고¹⁰⁾ 2008년 2월 26일 국회본회의에서 가결된 후¹¹⁾ 2008년 3월 28일 법률 제9014호로 공포되어 2008년 9월 29일부터 시행되었다.

이후 이루어진 수 차례의 「지능형로봇법」 개정 과정에서도 “지능형 로봇”의 정의 규정에 관한 논의는 거의 이루어지지 않다가, 2017년 6월 13일 박정 의원이 발의한 개정안(의안번호: 2007367)에서 지능형 로봇의 정의 규정(제2조제1호) 중 “기계장치를”을 “기계장치(소프트웨어를 포함한다)를”로 변경함으로써 ‘소프트웨어’를 지능형 로봇에 포함하려는 개정이 시도되었다. 그렇지만 이에 대한 산업통산자원중소벤처기업위원회 전문위원은, 이 개정안은 ‘알파고(AlphaGo)’와 같은 ‘인공지능(AI)’ 소프트웨어를 “지능형 로봇”의 정의에 포함시킴으로써 동 법의 적용을 받도록 하기 위한 것으로 보이며, 당시의 로봇산업 특수분류(‘11.3 통계청 승인)상 로봇 부품 및 부분품 내에 ‘로봇용 소프트웨어’가 별도로 분류되어 있으므로, ‘소프트웨어’가 지능형 로봇을 구성하는 ‘부품 및 부분품’으로서 포함되는 것은 가능해 보이지만, 현행법상 지능형 로봇의 정의에서 지능형 로봇은 ‘인식’, ‘판단’, ‘동작’이 주요 3요소로 구성되는데, 소프트웨어는 ‘동작’ 기능이 없으므로, 소프트웨어 자체를 지능형 로봇의 한 종류로서 판단하기는 곤란할 것으로 보인다는 의견을 제시하면서, 개정안에 따라 지능형 로봇의 정의에 소프트웨어를 포함시키더라도, 소프트웨어는 지능형 로봇을 구성하는 부품 및 부분품으로서 기능할 뿐 자율적으로 동작하지 않으므로, ‘알파고’와 같은 ‘인공지능’ 소프트웨어 그 자체를 지능형 로봇으로 판단하여 동법의 적용을 받도록 하기는 어려울 것으로 보인다는 의견을 제시하였다.¹²⁾ 이후 이 개정안이 2018년

기능을 외부에서 분담하여 기술적 제약성을 완화하고, 또한 로봇 자체의 가격을 낮춰 기존의 독립형 로봇이 가지고 있는 문제를 해결하고자 하는 것이 목표였다고 한다. 관련 논의는 이재연·정인철·박천수·박승환·장철수 공저, 『(흔히 보이는) 지능형 로봇』(서울: 전자신문사, 2008), 61~62면.

8) 이하 본절에서 소개하는 각종 법안 및 관련 검토보고서, 회의록의 출처는 별도의 출처표시가 없는 경우에는 모두 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)이기에 개별적인 출처표시는 생략하기로 한다.

9) 17대 269회국회(정기회) 산업자원위원회회의록 제2호(2007.11.19.), 38면.

10) 상임위원회에서의 동 법안에 관한 논의사항은 17대 271회국회(임시회) 산업자원위원회회의록(법안심사소위원회) 제1호(2008.2.13.), 7~9면; 17대 271회국회(임시회) 산업자원위원회회의록 제2호(2008.2.15.), 3, 8~9면을 참조.

11) 제석 163인 중 찬성 162인, 기권 1인으로 가결되었다. 본회의에서의 법안에 관한 논의사항은 17대 제271회국회(임시회), 국회본회의회의록, 제9호(2008.2.26.), 39~41면을 참조.

12) 동 개정안 검토보고서, 5~7면.

5월 28일 산업통상자원중소벤처기업위원회가 발의한 대안(의안번호: 2013783)에 반영되는 과정에서, “기계장치(소프트웨어를 포함한다)를”라는 원래의 개정안이 “기계장치(기계장치의 작동에 필요한 소프트웨어를 포함한다)”로 변경되게 된 것은 이러한 전문위원의 의견이 반영된 결과로 보아야 할 것이며, 이 대안은 이후 2018년 6월 12일 법률 제15645호로 성립하게 되었고, 오늘에 이르게 된다.¹³⁾

한편, 이러한 「지능형로봇법」 외에도 통상 로봇의 범주 속에 파악해도 무방한, “무인항공기”와 관련한 「드론 활용의 촉진 및 기반조성에 관한 법률」(법률 제16420호)과 “자율주행자동차”와 관련한 「자율주행자동차 상용화 촉진 및 지원에 관한 법률」(법률 제17689호)이 별도로 마련됨에 따라, “로봇” 개념의 이해는 더욱 어려운 상황에 처하게 되었다고 할 수 있겠다.

Ⅲ. 체계성 분석: 현행 법제상 “로봇” 및 “지능”의 용례(用例) 검토를 바탕으로

1. “로봇”

기실 「지능형로봇법」을 제외하면 현행 법제상 “지능형 로봇”이 사용된 사례가 많지는 않다. 다만 특허청의 소속기관 직제를 규정하는 가운데, 2019년 10월 융복합기술심사국이 분장하는 ‘융복합기술’의 하위 분야로 ‘지능형 로봇’ 분야를 설정한 것이 거의 유일한 사례가 아닌가 싶다. 여기에서는 비록 지능형 로봇에 대한 적극적인 개념규정은 제시되고 있지 않지만, 지능형 로봇 분야의 특허 사항을 통해 그 구체적인 내용을 추단해 볼 수 있을 뿐 아니라, 병기된 관련 기술과의 구분을 통해 그 의미를 보다 분명히 밝혀 볼 수 있을 계기를 제공한다 하겠다.

「특허청과 그 소속기관 직제」(대통령령 제32629호)

제15조의2(융복합기술심사국) ①~② <생략>

③ 국장은 다음 사항을 분장한다.

1. 융복합기술(인공지능·빅데이터, 사물인터넷, 바이오·헬스케어, 지능형로봇, 자율주행 및 스마트제조) 분야의 특허출원 및 실용신안 등록출원에 관한 심사
2. 소관 심사 분야 관련 동향 조사

좀 더 구체적으로, 「특허청과 그 소속기관 직제 시행규칙」(산업통상자원부령 제465호) 제12조의2에 규정된 융복합기술심사국의 소관사항을 정리해 보면 다음과 같다.

13) 이러한 입법과정에 대한 논의는, 특히 ‘역사적 해석’의 관점에서 볼 때, “소프트웨어 형태의 로봇”은 현행 법제상 “지능형 로봇”으로 인정되지 않는 것으로 보아야 할 것임을 시사한다 하겠다.

구분	소관사항	비고
인공지능빅데이터 심사과	빅데이터 서비스, 머신러닝, 영상음성인식, 데이터 입출력, 데이터 전송 및 데이터 제어 분야	제3항
사물인터넷심사과	사물인터넷 서비스, 사물인터넷 단말 및 사물인터넷 매니징 분야	제4항
바이오헬스케어 심사과	바이오시스템, 바이오응용, 생물분석, 의료데이터, 의료진단 및 생체측정 분야	제5항
지능형로봇심사 과	로봇 제어, 로봇 가공 및 산업로봇 분야	제6항
자율주행심사팀	조향제어, 속도제어 및 교통제어 분야	제7항
스마트제조심사팀	디지털 트윈(Digital Twin), 3D 프린팅 및 스마트 가공 분야	제8항

반면 “산업용 로봇”이란 용어는 상대적으로 다수의 법령에서 그 용례를 확인할 수 있다. 우선 「산업안전보건법 시행령」(대통령령 제32528호)이 “산업용 로봇”에 관한 내용을 두고 있다. 즉 「산업안전보건법」(법률 제18180호)이 안전인증대상기계 등이 아닌 유해·위험기계 등으로서 대통령령으로 정하는 것(‘자율안전확인대상기계등’)을 제조·수입하는 자에게 안전에 관한 성능이 고용노동부장관이 정하여 고시하는 안전기준(‘자율안전기준’)에 맞는지 확인(‘자율안전확인’)하여 고용노동부장관에게 신고하도록 함에 따라서(동법 제89조 제1항), 동법 시행령은 이 ‘자율안전확인대상기계등’을 구체적으로 적시하는 가운데, ‘산업용 로봇’을 규정하고 있다(동시행령 제77조 제1항 제1호 나목).¹⁴⁾ 또 「산업안전보건법」은 유해하거나 위험한 기계·기구·설비로서 대통령령으로 정하는 것(“안전검사대상기계 등”)을 사용하는 사업주는 안전검사대상기계 등의 안전에 관한 성능이 고용노동부장관이 정하여 고시하는 검사기준에 맞는지에 대하여 고용노동부장관이 실시하는 검사(“안전검사”)를 받도록 하고 있는데(동법 제93조 제1항), 동법 시행령은 이 ‘안전검사대상기계 등’을 구체적으로 적시하면서 역시 ‘산업용 로봇’을 규정하고 있다(동시행령 제78조 제1항 제13호).¹⁵⁾ 아울러 「산업안전보건기준에 관한 규칙(약칭: 안전보건규칙)」(고용노동부령 제337호)도 제13절에서 “산업용 로봇”의 안전보건 기준에 관한 규정들을 두고 있기도 하다.¹⁶⁾

그 밖에 “로봇기술”을 “정보통신기술” 및 “생명공학기술”과 나란히 “기술집약도가 높고 혁신 속도가 빠른 분야의 첨단 기술”로 언급하는 법률 규정이 있고(「의료기기

14) 동 조항에 규정된 자율안전확인대상기계 가운데 산업용 로봇(나목)과 구별되는 기기들로는 (휴대형이 아닌) 연삭기(研削機) 또는 연마기(가호), 혼합기(다목), 파쇄기 또는 분쇄기(라목), 식품가공용 기계(파쇄·절단·혼합·제면기만 해당한다)(마목), 컨베이어(바목), 자동차정비용 리프트(사목), 공작기계(선반, 드릴기, 평삭·형삭기, 밀링만 해당한다)(아목), 고정형 목재가공용 기계(동근톱, 대패, 루타기, 띠톱, 모떼기 기계만 해당한다)(자목), 인쇄기(차목)가 있다.

15) 동 조항에 규정된 안전검사기계 가운데 산업용 로봇(13호)과 구별되는 기기들로는 프레스, 전단기, 크레인(정격 하중이 2톤 미만인 것은 제외한다), 리프트, 압력용기, 곤돌라, 국소 배기장치(이동식은 제외한다), 원심기(산업용만 해당한다), 롤러기(밀폐형 구조는 제외한다), 사출성형기[형 체결력(型 締結力) 294킬로뉴턴(KN) 미만은 제외한다], 고소작업대(「자동차관리법」 제3조제3호 또는 제4호에 따른 화물자동차 또는 특수자동차에 탑재한 고소작업대로 한정한다), 컨베이어(동조 1~12호)가 있다.

16) 이 조항들은 로봇의 안전관리와 관련하여 중요한 의미를 가질 수 있을 것이나, 본고의 논의범위를 넘는 것이기에 다음 기회에 좀 더 살펴보기로 하겠다.

산업 육성 및 혁신의료기기 지원법(약칭: 의료기기산업법)』(법률 제18446호) 제2조 제4호)¹⁷⁾ 첨단공학기술을 이용한 “자동화”와 함께 “로봇화”를 나열한 대통령령도 있다(「농촌진흥청과 그 소속기관 직제」(대통령령 제35629호) 제20조 제2항 제2호)¹⁸⁾

2. “지능”

현행 법제 가운데 “지능”이란 용어를 사용한 가장 대표적인 것으로는 역시 2020년 6월 기존 「국가정보화 기본법」의 전부개정법률로 성립한 「지능정보화 기본법」(법률 제17344호)을 들 수 있을 것이다. 이 법은 “인공지능, 데이터, 5G 등 첨단기술의 혁신적 발전으로 초연결·초지능 기반의 4차 산업혁명 패러다임에 접어들고 있는바, 4차 산업혁명에 따른 사회·경제적 변화에 선제적으로 대응하기 위한 범국가적 추진 체계 구축과 기술혁신을 위한 규제체계 정비가 필요”하다는 판단하에 “지능정보기술”, “지능 정보화” 그리고 “지능정보사회” 등에 관한 규정을 마련하고 있다(법 제2조 제4~7호). 특히 이 법에서 기술적인 전문용어(terminology)를 활용한 다양한 예시조항을 통해 “지능정보기술”의 정의하고 있는 방식은 “인식”, “판단”, “(자율적) 동작”과 같은 일상적인 용어를 그대로 활용하고 있는 「지능형로봇법」상 “지능형 로봇”의 정의 방식과 비교해 볼 가치가 크다고 생각된다.

「지능정보화 기본법」(법률 제17344호) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1.~3. <생략>

4. “지능정보기술”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기술 또는 그 결합 및 활용 기술을 말한다.

가. 전자적 방법으로 **학습·추론·판단 등을 구현하는** 기술

나. 데이터(부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료 또는 지식을 말한다)를 전자적 방법으로 수집·분석·가공 등 처리하는 기술

다. 물건 상호간 또는 사람과 물건 사이에 데이터를 처리하거나 물건을 이용·제어 또는 관리할 수 있도록 하는 기술

라. 「클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 클라우드컴퓨팅기술

마. 무선 또는 유·무선이 결합된 초연결지능정보통신기반 기술

17) 「의료기기산업법」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1~3호. (생략)

4. “혁신의료기기”란 「의료기기법」 제2조제1항에 따른 의료기기 중 정보통신기술, 생명공학기술, **로봇기술** 등 기술집약도가 높고 혁신 속도가 빠른 분야의 첨단 기술의 적용이나 사용방법의 개선 등을 통하여 기존의 의료기기나 치료법에 비하여 안전성·유효성을 현저히 개선하였거나 개선할 것으로 예상되는 의료기기로서 제21조에 따라 식품의약품안전처장으로부터 지정을 받은 의료기기를 말한다.

18) 「농촌진흥청과 그 소속기관 직제」 제20조(농업공학부) ① 농업공학부에 부장 1명을 두되, 부장은 고위공무원단에 속하는 일반직·연구직 또는 지도직공무원으로 보한다.

② 부장은 다음 사항을 분장한다.

1. 농업에너지 절감 및 신·재생에너지의 농업적 이용기술 개발

2. 첨단공학기술 이용 자동화·**로봇화** 및 식물생산 공장 연구

3.~ 5.<생략>

- 바. 그 밖에 대통령령으로 정하는 기술
5. "지능정보화"란 정보의 생산·유통 또는 활용을 기반으로 지능정보기술이나 그 밖의 다른 기술을 적용·융합하여 사회 각 분야의 활동을 가능하게 하거나 그러한 활동을 효율화·고도화하는 것을 말한다.
- 6.~16. <생략>

그 외에도 “지능형”이라는 표현을 사용한 용어의 정의 규정을 마련하고 있는 법 제들도 일부 존재한다. 먼저 「지능형전력망의 구축 및 이용촉진에 관한 법률」(약칭: 지능형전력망법)(법률 제18469호)은 “지능형전력망”에 관한 다음과 같은 정의 규정을 두고 있다.

- 「지능형전력망법」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. <생략>
2. “지능형전력망”이란 **전력망에 정보통신기술을 적용하여 전기의 공급자와 사용자가 실시간으로 정보를 교환하는 등의 방법을 통하여 전기를 공급함으로써 에너지 이용효율을 극대화**하는 전력망을 말한다.
3. ~ 6. <생략>

다음으로 「지능형 해상교통정보서비스의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률」(약칭: 지능형해상교통정보법)(법률 제18469호) 역시 “지능형 해상교통정보 서비스” 및 “지능형 해상교통정보시스템”에 관한 정의규정을 두고 있다(동법 제2조 제3호, 제5호).

- 「지능형해상교통정보법」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
3. “지능형 해상교통정보서비스”란 해상교통의 관리를 과학화·고도화하기 위하여 해양수산부장관이 **정보통신기술을 기반으로 해상무선통신망을 이용하여 선박에 해상교통정보를 제공하는** 것을 말한다.
5. “지능형 해상교통정보시스템”이란 해양수산부장관이 해상교통정보를 수집·저장·검색·분석·가공·관리하고, 지능형 해상교통정보서비스를 효과적으로 제공하기 위하여 **컴퓨터의 하드웨어, 소프트웨어 및 데이터베이스 등을 유기적으로 연계하여 구축·운영하는 정보시스템**을 말한다.

이러한 “지능형”에 관한 정의 규정들은 「지능형로봇법」 보다는 「지능정보화 기본법」상의 정의 규정에 가깝다는 것을 쉽게 확인할 수 있을 것이다.¹⁹⁾

3. 정리

현행 「지능형로봇법」의 “지능형 로봇”에 관한 개념 정의는 기본적으로 당시의 로

19) 한편 「건축법」(법률 제18508호)은 특별한 정의조항을 마련하지 않은 가운데, “지능형건축물(Intelligent Building)”의 인증제도와 관련한 조항을 두고 있기도 하다(동법 제65조의2). 다만 동조 제4항에 규정된 “**건축물을 구성하는 설비 및 각종 기술을 최적으로 통합하여 건축물의 생산성과 설비 운영의 효율성을 극대화할 수 있도록**”의 표현에서 지능형건축물의 보다 구체적인 의미를 추단할 수 있을 것이다.

봇공학의 논의를 수용한 것으로 짐작해 볼 수 있을 것이다. 예를 들어, 2005년 자율 로봇의 전문가인 조지 베키(George Bekey)가 로봇을 “감각과 인공적 인지, 물리적 행동”이라는 특징을 중심으로 파악하여 “신호를 받아들이고 생각하며 반응하는 기계”라고 정의한 것과 같은 이른바 ‘**감각-사고-행동**’이라는 로봇의 패러다임²⁰⁾이 반영된 것으로 볼 수 있다. 그렇지만 이러한 로봇의 패러다임을 고려할 경우에는 “로봇”의 개념 자체에 이미 ‘감각-사고-행동’의 요소가 포함되어 있는 것으로 볼 수 있겠기에, 현행 「지능형로봇법」의 “외부환경을 스스로 인식하고 상황을 판단하여 자율적으로 동작하는 기계장치(기계장치의 작동에 필요한 소프트웨어를 포함한다)”라는 “지능형 로봇”의 개념 정의에 있어서 어디까지가 “지능형”에 해당하는 부분이고, 어디부터가 “로봇”에 관한 개념인지가 불분명하다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 서두에서 잠시 언급한 바 있지만, 특히 철학적·윤리적인 차원의 논의에 비하자면, 로봇 관련 현행 법제에 관한 학계의 관심은 그다지 크다고 할 수는 없다. 그렇지만, 그리 많지 않은 논의 속에서도 다음과 같이 현행 법제상의 “지능형 로봇” 개념의 문제점을 지적하는 견해를 찾아볼 수 있다.²¹⁾

우리의 현행법은 지능형 로봇의 정의를 “자율적으로 동작하는 기계장치”라고 규정하고 있지만 자율성에 관한 정의 규정이 없어 자기 학습이 내재된 자율성을 의미하는 것인지 아니면 자기 학습과는 무관하게 주어진 외부적 정보나 환경 하에서 자동적으로 작동하는 기계장치인지가 명확하지 않다. 즉, 지능형 로봇의 정의 개념에 경험과 상호 작용을 통해 독립적으로 학습하여 독자적인 판단결정을 할 수 있는 능력이 구체적으로 표현되어 있지 않다는 것이다. 또한 지능형 로봇의 정의에 “기계장치의 작동에 필요한 소프트웨어”를 포함하고 있어서 지능형 로봇의 범위를 넓게 인정하고 있는 것으로 보이지만, 기계장치의 작동에 필요한 소프트웨어는 로봇이나 시스템에 탑재되지 않는 한 자율적으로 작동할 수 없는 제어장치임에도 불구하고 지능형 로봇에 포함을 시키고 있는 것은 “자율적으로 동작하는 기계장치”라는 지능형 로봇의 정의 개념과 모순되는 측면이 있어 지능형 로봇에 관한 정의 규정을 좀 더 구체화할 필요성이 있다. 그리고 (EU의 * 이해의 편의를 위해 필자가 추가함) 「로봇공학에 관한 민법 규칙」은 사이버-물리적 시스템, 자율시스템, 스마트 자율로봇을 개별적으로 정의하도록 요구하고 있지만, 우리의 지능형 로봇에 대한 정의는 이러한 구별을 전제로 하여 정의하고 있지는 않아서 향후 용어상의 혼란을 초래할 수 있을 뿐만 아니라, 로봇이 아닌 자율시스템이나 사이버-물리적 시스템과의 분류에도 많은 장애를 초래할 수 있고, 이러한 분류에 기반을 둔 등록시스템 구축이나 의무보험제도의 도입에 어려움을 줄 수도 있다.

아울러 실제 현행 법제상 “로봇” 및 “지능”에 관한 용례를 검토한 바를 기초로 체계성 심사의 관점에서 살펴볼 때, 「지능형로봇법」의 “지능형 로봇”에 관한 개념 규정은 아쉽게도 현행 법체계 내에서 그다지 실질적인 의미를 부여받고 있다고 보기는 어려운 것으로 판단된다. 무엇보다도 동법의 로봇에 관한 개념 규정은 다른 법규의 관련 규정 양상에 그다지 큰 영향을 주고 있지 못한 것으로 사료되는 바, 이는 “로봇” 관련 내용을 다루는 어떤 법규도 동 조항을 인용하고 있지 않음을 통해서도 어느 정도 확인할 수 있다 할 것이다. 특히 “지능형 로봇”을 직접적으로 사용하고 있는

20) 이 경우 로봇은 **센서(sensor)**와 인간의 인지 과정을 흉내낼 수 있는 **처리 능력**, 그리고 **구동기(驅動機)**를 갖출 필요성이 있다. 관련 논의는 John M. Jordan, 앞의 책, 38, 41면.

21) 심민석, “로봇과 인공지능(AI)의 법적·윤리적 입법방안에 관한 연구 - EU의 「로봇공학에 관한 민법규칙」을 중심으로”, 『비교법연구』 제19권2호(2019), 66~67면.

특허청 직제의 경우에서조차, “지능형 로봇” 심사과장의 관할 사항을 “로봇 제어, 로봇 가공 및 산업로봇 분야”의 특허출원·실용신안 등록출원에 관한 심사 및 소관 심사 분야 관련 동향조사 사무를 분장한다고 함으로써 마치 “지능형”이라는 수식어가 존재하지 않는 것처럼 취급하고 있음은 특기할만 하다.

이와 관련하여 특히 최근 개정된 「지능정보화기본법」에 추가된 “지능”에 대한 규정 양상은 「지능형로봇법」의 “지능형”에 관한 규정 양상과 직접적인 대비를 이루고 있는 이미 언급한 바 있다. 결국 현행 「지능형로봇법」상 “지능형 로봇”의 개념 규정이 법제상 그다지 큰 의미를 부여받고 있지 못하다는 사실과 함께 「지능정보화 기본법」의 기본법적 성격을 감안하면 「지능형로봇법」의 “지능”에 관한 규정 양상을 재검토할 필요성은 더욱 분명해질 것이다.

IV. 이론적 고찰: “로봇” 및 “지능” 개념의 이해

로봇에 대한 규제체계(Framework), 윤리 및 법적 분석의 기초를 구성하기 위해서는 “로봇”이란 용어의 의미를 확정하는 작업이 필수적이나, 아쉽게도 현재까지 이러한 용어에 대한 전문가들이나 일반인들(laypeople) 어느 쪽에서도 (충분한) 합의가 이루어진 바 없다.²²⁾ 이에 이하에서는 “로봇” 용어의 학계 및 실무계에서의 용례를 중심으로 그 의미의 파악을 시도해 보고, 이어 “지능”의 의미에 대해서도 간략하게나마 살펴보기로 하겠다.

1. “로봇” 개념의 검토

(1) 사전적 의미

법해석의 기본이라 할 수 있는 문리해석(文理解釋)의 출발점으로서 고려할 수 있을, “로봇(robot)”의 사전적 의미(lexicon definition)은 다음과 같다.²³⁾

1. <기계> **인간과 비슷한 형태**를 가지고 걷기도 하고 말도 하는 **기계 장치**.능인조인간.
2. <기계> 어떤 작업이나 조작을 **자동적으로 하는 기계 장치**.
예) 다양한 산업용 로봇이 등장하면서 많은 노동자가 일자리를 잃게 되었다.
3. 남의 지시대로 움직이는 사람을 비유적으로 이르는 말.
예) 그는 상전 앞에서는 언제나 로봇이 된다.

이 가운데 본 논의와 관련성이 높다고 할 수 있을 위 1, 2번의 의미에서의 로봇의 이해를 위해서는 “기계” 및 “장치”에 관한 이해가 선행될 필요가 있다. 먼저 “기계(機械)”의 사전적 의미 가운데, 본 논의와의 관련성이 높은 것은 다음과 같다.²⁴⁾

22) RoboLaw, D6.2-Guidelines on Regulating Robotics, “Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe: Robotics facing Law and Ethics” (2014.9.22.), p. 15. from www.robolaw.eu (2022.6.13. 최종확인)

23) “로봇(robot)”, 국립국어원 편, 『표준국어대사전』 <https://stdict.korean.go.kr/> (이하 『표준국어대사전』으로 인용)

1. 동력을 써서 움직이거나 일을 하는 **장치**. 단위로 대, 조, 틀 따위가 있다.

보다 자세한 백과사전상의 설명으로, 통상 “기계(機械)”라 함은 “저항력을 가진 다수의 부품으로 구성되는 것으로, 그 각 부분 사이에 일정한 관계운동을 가짐으로써 유용한 일을 하는 동적 장치”를 말하며, 이러한 기계는 “어떠한 목적의 일을 하는 작업기계(일반 기계 · 공작기계 · 화학기계 · 농업기계 · 운반기계 등)와 연료 등으로부터 동력을 발생시키는 원동기(내연기관 · 증기기관 · 터빈 등) 및 원동기로부터 작업기계로 동력을 전달하는 전동장치 등으로 나누어지는데, 제어장치를 별도로 분류하는 경우도 있다”고 한다.²⁴⁾

한편, 기계(機械)와 동일한 음가(音價)를 갖는 “기계(器械)”라는 용어도 있는데, 이는 “「1」 연장, 연모, 그릇, 기구 따위를 통틀어 이르는 말. 「2」 구조가 간단하며 **제조나 생산을 목적으로 하지 아니하고 사용하는 도구**를 통틀어 이르는 말. 의료 기계나 물리 · 화학의 실험용 기계 따위가 있다.”의 사전적 의미를 갖는다. 한자병기(漢子併記)가 이루어져 있지 않은 탓에 다소간의 불명확성이 존재하는 「지능형로봇법」상 사용된 “기계”는 기본적으로 기계(機械)의 의미를 가지는 것으로 볼 수 있겠으나, 특히 “의료 기계”의 경우에는 기계(器械)의 의미일 수도 있음을 염두에 두어야 할 것이다.

다음으로 위 “로봇”이나 “기계”의 최근류(最近類)로 사용된 “장치(裝置)”의 사전적 의미를 살펴보면,

1. 어떤 목적에 따라 기능하도록 기계, 도구 따위를 그 장소에 **장착함**. 또는 그 기계, 도구, 설비. 도청 장치.
2. 어떤 일을 원만하게 수행하기 위하여 설정한 **조직 구조나 규칙 따위**를 비유적으로 이르는 말. 원만한 기술 이전을 위한 제도적 장치 마련이 시급하다.

라는 정의를 확인할 수 있다.²⁶⁾ 이러한 내용들을 기초로, “기계”와 “장치”는 거의 같은 의미로 사용될 수 있다고 보아도 무방할 것이다. 그럼에도 굳이 구분을 지어 보자면 양자 모두 “**인간이 제작한 인공물(人工物)**”이지만, 기계의 경우에는 “**움직이거나 일을 하는**” 측면에, 반면 장치의 경우에는 “**어떤 목적에 따른 기능을 수행하는**” 측면에 좀 더 강조점이 부여된 것으로 볼 수 있을 것이다.

그 밖에 로봇과 유사한 용어들 가운데 주요한 것들을 정리해 보면 다음과 같다.²⁷⁾

24) “기계”, 『표준국어대사전』.

25) “기계공학(機械工學)”, 한국학중앙연구원 편, 『한국민족문화대백과』
<http://encykorea.aks.ac.kr/>

26) “장치”, 『표준국어대사전』.

27) 배일환, 『인터넷 다음은 로봇이다』 (서울: 동아시야, 2003), 25면.

용어	의미
안드로이드 (android)	- 겉모양에 사람과 똑같아 보일 정도로 발달한 인조인간 - 그리스어로 ‘인간을 닮은 것’이라는 뜻 1879년 프랑스의 작가 빌리에 드 릴라당(Villiers L'Isle-Adam[sic. Auguste Villiers de L'Isle-Adam])이 그의 소설 <미래의 이브(L'Ève future, 1886)>에 등장하는 여성 로봇 아다리(Hadaly)를 안드로이드라고 부른 데에서 기원 - 전통적인 기계 로봇보다는 원형질로 배양해 피부와 장기조직까지 진짜 사람과 유사하게 만든 인조인간에 근접한 개념
휴머노이드 (humanoid)	- 로봇이나 인조인간을 지칭하는 용어가 아니라 그저 ‘겉모양이 사람과 닮았다는 것’을 표현하는 말로, 어떤 물건이든 머리와 몸통, 두 팔과 두 다리로 걸어 다니면 ‘휴머노이드’란 표현을 붙일 수 있음 ‘휴머노이드 로봇’이라고 하면 대충 사람처럼 팔다리가 달린 형태의 로봇이란 뜻이 되기에, 마을 입구에 세워둔 장승도 팔다리가 있는 모습이라면 휴머노이드 장승이 될 수 있음
사이보그 (cyborg)	- 사이버네틱 오거니즘(cybernetic organism)의 약자로 ‘인공 장기를 단 사람’을 의미 1950년대 미국항공우주국(NASA)의 과학자들이 만들어낸 의학용어 - 인간이 우주공간, 심해 등 특수 상황에 투입될 경우, 특수한 인공장기를 달아서 초인적인 능력을 갖게 하는 가능성을 연구하면서 생겨난 말로, 모든 신체를 기계화하지 않고 두뇌나 장기 일부는 남겨둔 채 생체조직과 인공장기를 생물공학적으로 결합시킨 경우에만 ‘사이보그’라고 부름

(2) 어원(語源) 및 연혁적 고찰

어원(語源)적인 측면에서 살펴보자면, ‘로봇(robot)’은 1920년 체코슬로바키아의 작가 카렐 차펙(Karel Capek)의 희곡 『R.U.R.: 로섬의 유니버설 로봇(R.U.R.: Rossum's Universal Robots)』²⁸⁾에서 처음으로 등장한 것으로 널리 알려져 있는데, 차펙은 극중에 등장하는 ‘인조인간’의 이름으로 체코어로 ‘(강제)노동’을 의미하는 ‘robota’에서 ‘a’를 빼고, ‘robot’이란 신조어를 만들어 붙였다고 한다.²⁹⁾

“로봇”의 어원적인 측면의 논의가 역사적, 지역적으로 전개된 과정을 좀 더 살펴보면, 일반적으로 서슬라브어권에서 ‘rob’은 ‘일하다, 행동하다’의 뜻을 내포하며 영어권의 ‘do, work’ 동사와 유사한 의미를 지닌 독립적인 형태소이고, 이 ‘rob’에서 파생된 ‘robot’이란 신조어는 중부 유럽 일대에서는 누구나 ‘노동자(worker)’를 연상할 정도로 이해하기 쉬운 단어였기에, 차펙 자신이 노동을 위해 창조된 극중의 인조인간에게 붙여줄 수 있는 최상의 용어 선택으로 평가되며, 이로 인해 언어적 소양을 갖춘 유럽의 지식층은 로봇이란 단어를 들을 때마다 무의식적으로 편리한 첨단 자동

28) 이 희곡의 국내 번역본은 Karel Capek, *R.U.R.: Rossum's Universal Robots*, 김희숙 역, 『로봇』, (서울: 모비딕, 2015)을 참조.

29) 문승빈·김규로·곽관웅·임성수·박광호, 『로봇 표준의 이해』 (서울: 성진미디어, 2011), 2면; 배일환, 『인터넷 다음은 로봇이다』 (서울: 동아시야, 2003), 21면; 정용욱·정구섭, 『로봇공학입문(제2판)』 (서울: GS인터비전, 2018), 10면. 다만, 정용욱·정구섭은 R.U.R.의 간행년도를 1921년으로 적고 있으나 1921년은 R.U.R.이 연극으로 초연(初演)된 년도로 보인다.

기계가 아니라 ‘노동자’란 정치적, 사회적 이미지를 떠올리는 습성을 갖게 되었다고 한다.³⁰⁾ 반면 미국인들은 ‘로봇’이란 단어가 슬라브어 ‘노동’에 뿌리를 둔다는 사실에 개의치 않고 기계 로봇을 흡사 망치나 드릴처럼 실용적인 도구로 바라보는 미국식 로봇관을 정립한 결과, 미국에서 로봇이라고 불리는 대상은 유럽보다 훨씬 폭이 넓고 다양하며 **도구적** 기능을 강조하는 성향이 짙다고 한다.³¹⁾

한편 동양의 경우, 일본인들은 미국에서와 마찬가지로 ‘로봇’이란 단어의 어원적 특성을 전혀 이해하지 못한 탓에 ‘기계노동자’란 로봇에 대한 고정관념에서 더욱 자유로울 수 있었기에 일찍부터 ‘로봇’이란 외래어를 대체할 수 있는 새로운 한자어, **“인조인간(人造人間)”**이란 이름을 사용해 온 바, 이들은 로봇을 단순한 기계노동자가 아니라 언젠가 자신들과 비슷한 단계로 진화할 **유사인격체**로 간주했던 것으로 평가되고,³²⁾ 중국인들이 로봇을 가리켜 “기축인간(機軸人間)”이라 부르는 것은 로봇을 단순히 사람을 닮은 **기계 꼭두각시**로 간주하는 중국 사회의 로봇관을 반영한다고 해석할 수 있다고 한다.³³⁾ 반면 한국의 경우에는, 로봇을 지칭하는 고유어 용어 개념을 스스로 만들어낸 전통이 존재하지 않았으며 급성장하는 자동차 산업 때문에 사용되는 로봇의 수가 이례적으로 많았을 뿐 독자적인 로봇기술의 근간을 이루는 문화적 상상력은 부족했음이 지적되고 있기도 하다.³⁴⁾

결론적으로 이러한 로봇의 어원 및 이후의 수용과정을 바탕으로 “로봇”은 ① (유럽의 논의에 기반한) **인간의 노동을 대신 수행하는 인공물(기계)** ② (미국의 논의에 기반한, 보다 단순한 의미에서의) **도구** ③ (일본의 논의에 기반한, 다소 공상적인 측면에서 장래 실현될 수 있을) **인간에 준하는 유사인격체**로서의 의미를 가지는 것으로 정리해 볼 수 있겠다.³⁵⁾

30) 배일환, 앞의 책, 22~23면. 특히 독일의 경우 중부 유럽에 거주하는 게르만족과 인적 교류가 잦았던 역사적 배경 때문에 ‘robot’을 한국어의 ‘일꾼’과 비슷한 뉘앙스로 인식하는 경향이 강하게 되었고, 유럽의 로봇 산업을 주도하는 독일과 기타 EU 국가에서 제작되는 로봇 제품이 대부분 노동력을 대체하는 산업용 기계의 틀에서 벗어나지 못하는 한 원인도 이러한 어학적 특성이 규정짓는 상상력의 한계 때문이라고 볼 수 있다고 한다. 같은 곳.

31) 배일환, 위의 책, 23면. 아울러 요즘 영미권에서는 새로운 기능의 로봇을 지칭할 때 ‘robot’에서 분리한 ‘bot’을 마치 로봇을 나타내는 접미사처럼 붙여 ‘채팅봇(chattingbot)’, ‘배틀봇(battlebot)’, ‘댄싱봇(dancingbot)’ 같은 형식으로 부르는 것이 유행하고 있지만, 이러한 표현은 체코 어법상으로 볼 때 ‘rob’라는 독립적인 형태소를 멋대로 분리해서 갖다 붙인 잘못된 언어 사용이란 점도 지적된다. 같은 곳. 한편 이러한 미국의 로봇의 이미지가 아이작 아시모프(Isaac Asimov)의 영향 하에 형성되었음을 지적하는 견해로 John M. Jordan, 앞의 책, 45면.

32) 예를 들어 三津村直貴, 近未來のコア・テクノロジー, 이영란 역, 『미래의 핵심기술』(서울: 정보문화사, 2019), 192면은 로봇을 ‘사람처럼 자율적으로 행동할 수 있는 장치’ 전반을 가리는 것으로 이해한다.

33) 배일환, 앞의 책, 23~24면.

34) 배일환, 위의 책, 24면.

35) 이세철, 『4차 산업혁명, 미래를 바꿀 인공지능 로봇: 생각하는 컴퓨팅 및 움직이는 컴퓨팅 기술 도래』(서울: 정보문화사, 2017), 35면의 실제로 “주어진 일을 자동으로 처리하거나 작동하는 기계”를 의미하는 로봇을 “인간과 비슷한 모양과 기능을 가진 기계로 스스로 작업하는 능력을 가진 기계”로서 “생산 라인에서 인간의 노동을 대신하여 조립, 용접 등의 노동을 수행”하며, 또한 “주변 환경을 스스로 인식한 후 자신의 행동을 조절하고 결정하는 기능”도 갖추고 향후 (인공지능을 결합하게 된다면) “인간에 준한 행동을 할 것”으로 보여진다는 견해는 이러한 로봇에 관한 견해들을 두루 종합한 입장으로 볼 수 있을 것이다. 한편 이세철은 로봇의 정의상 5대 주요 요소로 1. 스스로 움직일 수 있는 **작동성** 2. 주어진 일을 꼼꼼하게 처리할 수 있는 **정교성**, 3. 다른 물체나 사물을 운반할 수 있는 **운반성** 4.

(3) 로봇에 관한 기존 학계의 견해

위에서 살펴본 특히 유럽적인 의미에서의 작업(노동) 수행 기계로서의 로봇을 중시하는 견해의 사례로, 우선 **“넓은 범위의 육체적인 일을 해낼 수 있는 궁극적인 기계”**로 로봇을 이해하고 있는 도구와 기계 전반의 원리를 다룬 유명한 입문서를 들 수 있다.³⁶⁾ 한편 “스스로 움직이는 기계(self-operating machine)”를 뜻하는 로봇의 역사는 생각보다 이전부터 존재한 것으로 인정되는데, 1700년대에 이미 정교한 작업까지 정확하게 수행하는 - 예를 들어 문장 하나를 써낼 수 있었던 - 복잡한 기계로 작동되던 초창기의 로봇이 출현하였고, 이후 기계의 자동화 수준이 높아지면서 지속적으로 발전하게 되었다고 한다.³⁷⁾

보다 전문적으로 로봇에 대한 논의를 전개하고 있는 로봇 공학(robotics)쪽의 견해를 살펴보자면, 로봇 공학 내부에서의 로봇에 관한 개념 정의가 실로 다양한 스펙트럼을 보이고 있음을 확인할 수 있다. 그 한편에는 **로봇의 개념에 대한 보편적인 정의는 실질적으로 불가능하거나 혹은 의미가 없다는 견해**가 위치한다. 즉, 로봇이 무엇이나는 질문에 대한 대답이 너무 빠르게 변하기 때문에, 무엇이 로봇이고, 무엇이 로봇이 아닌지에 대한 토론을 끝내 놓으면 얼마 지나지 않아 완전히 새로운 상호작용 기술이 탄생하여 최전선을 흔들 것이므로 로봇 공학자에게 로봇이 무엇이나는 질문은 절대로 하지 말아야 한다는 견해³⁸⁾라든가, 로봇이 무엇을 가리키는 것인가라는 명확한 정의는 사실상 존재하지 않는다면, 그 이유로는 R.U.R. 로봇이 ‘사람을 대신하여 노동을 하기 위해 만들어진 존재’ 또는 ‘사람의 모습을 본떠 만들어진 존재나 행동을 모방하여 만들어진 존재’ 중 하나 이상에 해당하는 존재에 대해 독립적으로 이용되고 있기 때문임을 드는 견해³⁹⁾ 등이 이러한 입장에 속한다. 실제로 세계적인 로봇학자들의, 로봇이 무엇이라고 말하기보다 로봇이 무엇을 할 수 있는지를 강조하는 경향⁴⁰⁾ 역시 기본적으로 이러한 입장을 반영한다 할 것이다.

반면 그 반대편에서 **로봇에 관한 적극적인 정의가 가능하다는 견해**에서는 실로 다양한 로봇의 정의들이 제시되고 있으며, 그 대표적인 것들로는 다음과 같은 것들이 있다.⁴¹⁾

데이터와 프로그램에 의한 **인공지능** 5. 비디오/오디오 센서 및 축수들을 이용한 **감각 능력**을 제시하고 있다. 같은 책, 34면.

36) David Macaulay and Neil Ardley, *The Way Things work*, 박영재 · 김창호 공역, 『도구와 기계의 원리 now』 (제주: 크래들, 2016), 367면.

37) David Macaulay and Neil Ardley, 위의 책, 389면. 역사적으로 존재한 로봇 이전의 자동 기계들 가운데 특히 고대 그리스의 신화에서부터 다수 언급된 바 있고, 실제로도 도구나, 장난감, 종교적 조형물 등에 있어 일부 제작이 이루어진 “오토마타(automata)”가 특히 유명하다. 오토마타와 관련한 사항은 Wikipedia contributors, “Automaton,” Wikipedia, The Free Encyclopedia, <https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Automaton&oldid=967785074> (accessed June 13, 2022).

38) Illah Reza Nourbakhsh, *Robot Futures*, 유영훈 역, 『로봇이 온다: 4차 산업혁명의 비밀병기, 로봇』 (서울: 레디셋고, 2017), 13면.

39) 정용욱 · 정구섭, 앞의 책, 13면.

40) John M. Jordan, 앞의 책, 39면.

41) 松日樂信人 · 大明準治, わかりやすいロボットシステム入門: メカニズムから制御,システムまで(改訂2版), 허유 · 장승호 공역, 『알기 쉬운 로봇시스템 입문: 메카니즘부터 제어, 시스템까지』 (서울: 홍릉과학, 2016), 3면.

- 지적인 기계, 부드러운 기계, 인간과 유사한 기계
- 감각기(sensor)와 효과기(Effector)가 있으며 두뇌(Brain)에서 판단하여 환경에 적응할 수 있는 행동을 취하는 기계
- 생체 운동부의 기능과 유사한 유연한 동작을 하는 운동기관과 감각, 인식, 판단, 적응, 학습 등의 지적기능을 갖추고 인간의 요구에 따라 작업하는 기계

이 외에도 “기계적 부품·센서·컴퓨터에 기반을 둔 조종기능 등을 갖추고 인간 활동을 확장시킬 수 있는 기계”로 설명되는 로봇은 “기계이며, 엄연히 물리적 실체가 있는 존재”로서, 인공지능이 외부 세계에 영향을 미치는 하나의 방편으로 볼 수 있다”는 견해⁴²⁾나, “로봇이 의미하는 범위는 굉장히 폭이 넓어서 모든 ‘기계’에 있어서 운동제어, 지각인식, 사고판단에 관한 기술을 모두 포함”한다는 견해⁴³⁾까지 존재할 정도이다.

이처럼 로봇 공학 분야에서의 로봇의 개념 정의가 다양한 만큼, 로봇의 외연(外延)에 대해서도 의견이 갈린다. 로봇의 외연을 다소 좁게 파악하여, 사람 대신 작업을 수행하는 장치의 경우 어느 정도의 공정을 나름대로의 절차를 바탕으로 자동으로 연속하는 것만을 로봇이라고 보아서, 하나의 동작만을 하거나 인간이 작업을 할 필요가 있는 장비 즉 불도저나 포크레인 등의 조종사가 탑승할 필요가 있는 것은 기본적으로 로봇이라고 부르지 않지만, 수동 조작이 이루어지더라도 사람의 형태를 한 기계 장치라면 로봇의 범주에 포함될 수 있고 나아가 ‘파워드 슈츠(Powered Suit)’ 등을 포함한 ‘사람의 형태를 한 차량 또는 작업 기계’에 대해서도 마찬가지로 일반적으로 로봇이라고 한다는 견해⁴⁴⁾부터 로봇의 외연을 보다 폭넓게 파악하여 가사노동의 경감을 위해 가정에서 사용하는 가전제품 역시 관점을 달리하면 ‘세탁기=세탁로봇’, ‘청소기=청소로봇’, ‘식기세척기=식기세척로봇’으로 파악될 수 있기에, “단순 기능의 로봇”은 이미 가전제품의 형태로 가정에 자리를 잡았다는 견해⁴⁵⁾까지 존재한다. 다만 향후 “로봇”이라는 말이 사람들을 헛갈리게 할 것이라는 데에는 의견이 모아지는 분위기라 하겠다.⁴⁶⁾

이처럼 로봇을 ‘인간의 노동을 대신 수행하는 인공물(기계)’로 이해하는 유럽적 시각이 주류를 이루고 있기는 하지만, 특히 (존재양상에 대한 고려 없이) ‘도구’로서의 성격을 강조하는 미국적 시각에서의 로봇 이해의 소산이라 할 수 있을 ‘기계의 형태를 갖추지

42) 윤영석, “인공지능로봇에 관한 형사법적 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문(2018), 36면.

43) 三津村直貴, 앞의 책, 25면. 이에 의하면, ‘움직이는 기계’, ‘인식하는 기계’, ‘사고하는 기계’에는 어떤 형태로든 로봇틱스 관련 기술이 사용되고 있다면서 인간형 로봇이나 산업용 로봇, 청소용 로봇과 같이 ‘로봇’이라는 이름이 붙은 기계뿐만 아니라 자율주행차나 드론까지도 로봇틱스 관련 기술에 포함된다고 한다. 같은 곳.

44) 정용욱·정구섭, 앞의 책, 13면. 다만 이 견해도 “작업 기계도 고급 원격 조작 및 자동 제어 기술의 도입이 되어 인간이 단순한 작업지시 명령들에 접근하고 있다는 점에서 더욱 경계가 애매하다”고 지적하고 있다.

45) 門田和雄, 繪とき『ロボット工学』基礎のきそ, 김진오 역, 『로봇공학의 기초』(서울: BM성안당, 2008[2019(8쇄)]), 12면.

46) Illah Reza Nourbakhsh, 앞의 책, 83면. John M. Jordan, 앞의 책, 17~18면은 “시간이 지나면서 그 장치의 활동에 사람들이 익숙해지면 그 장치들이 로봇에서 기계로 강등되는 것으로 로봇의 정의는 사회적인 맥락과 기술의 수준이 변화함에 따라 변화무쌍하게 달라질 수 있다”고 언급하고 있다.

않은 로봇’, 대표적으로 소프트웨어의 형태로 구현된 로봇의 존재 역시 고려할 필요성이 있다. 즉, 이러한 관점하에서는 컴퓨터 언어에 의한 프로그램이나 소프트웨어도 로봇으로 취급될 수 있게 되는데, 특히 인터넷 정보를 자동 검색하는 소프트웨어가 중요한 사례-특히 이들을 (기계로서의) 로봇과 구별하기 위해 “봇(Bot)”이라는 명칭이 부여되곤 한다-가 된다.⁴⁷⁾ 그 밖에도 2002년부터 언론에 등장한 로봇(Robot)과 투자조언가(Advisor)의 합성어인 로보어드바이저(Robo-Advisor) 역시 소프트웨어 형태의 로봇으로 많이 언급되고 있다.⁴⁸⁾ 더 나아가 로봇을 ‘사용자 친화적인 인터페이스를 갖춘 컴퓨터의 단말(terminal)’로 보는 시각도 존재하는 바, 이에 의하면 로봇은 (컴퓨터와 인간 사이의) 가장 자연스러운 인터페이스로 작동할 수 있는 잠재력을 보유하고 있다고 한다.⁴⁹⁾ 이들은 비록 (실체를 가진) 사물로서 존재하는 것은 아니지만, 사람 대신 어떤 작업을 어느 정도까지 자동으로(혹은 자율적으로) 처리한다는 점에서 보면 반드시 로봇이 아니라고 부정하기는 어려울 것이다.

(4) 로봇에 관한 규범적 측면의 논의

아직까지 충분한 결과가 제시되어 있지는 못하지만, 규범적인 논의의 측면에서 로봇의 정의를 살펴보자면, EU의 「로봇공학에 관한 민법 규칙」과 결의안 부록의 앞부분에서는 스마트 자율 로봇을 정의하기 위한 특성으로 ① 센서를 통한 자율성 획득 및/또는 환경과의 데이터 교환(상호 연결) 및 해당 데이터의 분석에 대한 능력, ② 경험과 상호 작용을 통해 학습할 수 있는 능력, ③ 로봇의 물리적 지원의 형태, 환경에 적응할 수 있는 작동과 행동 능력을 규정하고 있다.⁵⁰⁾ EU의 로봇법 프로젝트(EU RoboLaw Project)는 로봇에 대한 가장 보편적인 정의로 “인간의 행위를 수행할 수 있는 자율적 기계(autonomous machine able to perform human actions)”를 인용하면서, 다음 세 가지 상호보완적(complementary) 특징을 가진다고 적고 있다.

1. 물리적 특성(physical nature): 로봇은 환경 속에 위치한 가운데, 물리적인 세계 속에서 임무를 수행할 수 있기 때문에 그 독특성을 인정받음
2. 자율성(autonomy): 자체적으로, 즉 인간의 개입 없이 임무를 수행할 수 있는 능력. 자율

47) 정용욱·정구섭, 앞의 책, 14면. 특히 최근에는 인공지능과 메신저를 결합한 문자 서비스 ‘챗봇(chat-bot)’이 많이 활용되고 있는 추세이다.

48) 양영식, “로보어드바이저에 의한 금융투자상품 거래의 법적 연구”, 충남대학교 법학박사학위논문(2017), 7면. 로보어드바이저는 자동화된 알고리즘, 머신러닝, 빅데이터 분석 등 인공지능 기술을 기반을 둔 컴퓨터 프로그램을 활용하여 자동으로 투자자의 포트폴리오를 구성하고 매매의 실행과 리밸런싱(Rebalancing) 등을 구현하는 온라인상의 자산관리 서비스를 말하는데, 미리 입력한 자동화된 알고리즘을 활용하여 금융투자상품의 자산배분·자산운용 등 투자 자산관리와 관련된 금융서비스를 제공하는 도구(software)로 정의되며 인간의 개입 없이 투자자문과 그에 따른 투자운용을 완벽하게 구현해 내는 금융 서비스로, ‘자동화된 투자도구(Automated Investment Tool)’로도 불린다.

49) 이재연·정인철·박천수·박승환·장철수 공저, 『훤히 보이는 지능형 로봇』(서울: 전자신문사, 2008), 59면.

50) 「Civil Law Rules on Robotics」 Annex to the Resolution: Recommendations as to the Content of the Proposal Requested Definition and classification of ‘smart robots’ p. 18.; 여기에서의 번역은 심민석, “로봇과 인공지능(AI)의 법적·윤리적 입법방안에 관한 연구 - EU의 「로봇공학에 관한 민법규칙」을 중심으로”, 『비교법연구』 제19권2호(2019), 66면을 참고하였다.

성은 특정 개체가 로봇으로서의 자격이 인정되기 위한 핵심적인 요소로 간주됨

3. 인간과의 유사성(human likeness): 외형 혹은 작용적인 측면에서의 인간과의 유사성.

이어서 위 프로젝트는 로봇에 대한 정의를 새롭게 내리기 보다 로봇의 주요 특성을 고려한 분류 체계를 고안한 바 있다.⁵¹⁾ 즉, 로봇의 엄밀한 정의 대신에 몇 가지 기준을 통해 로봇을 분류하는 방식으로 로봇을 이해하려 하는 가운데, 그 로봇의 분류기준으로는 ① **사용목적 또는 임무(로봇이 사용되는 구체적인 목적이나 사용례)**, ② **외부환경(로봇이 자신의 행위를 수행하는 공간)**, ③ **특성(로봇이 존재하는 양식을 가리킴)**, ④ **인간과 로봇의 상호작용(로봇과 인간 사이의 관계)**, ⑤ **자율성(로봇이 외부 인간의 감독으로부터 가지는 독립성)**을 제시하고 있다.

일본의 경우, 일본 경제산업성의 로봇정책연구회가 로봇을 “센서, 지능·제어시스템, 구동계의 3가지 요소기술을 갖춘 지능화된 기계시스템”이라고 폭넓게 정의하고 있고, 일본 특허청은, “기구조작기능을 갖춘 기계 / 이동기능을 가지고 스스로 외부 정보를 취득하여 스스로의 행동을 결정하는 기능을 갖춘 기계 / 커뮤니케이션 기능을 가지고 스스로 외부 정보를 취득하고 스스로의 행동을 결정하여 행동하는 기능을 갖춘 기계”로 개념을 확장하고 있다.⁵²⁾ 특히 일본공업규격(JIS)에서는 ‘JIS B 0134’(1998년)에 의해 ‘산업용 로봇’의 정의를 ‘자동제어에 의한 조작기능 또는 이동기능을 갖고 다양한 작업을 프로그래밍 방식으로 수행할 수 있는 산업에 사용되는 기계’라고 규정하고 있다.⁵³⁾

한편 국제표준기구(International Organization for Standardization; ISO)의 “로봇 및 로봇 기기(robot and robotic devices)” 정의에 의하면⁵⁴⁾ 로봇은 “의도한 작업의 수행을 위해서, 환경 속에서 움직이며 어느 정도의 자율성을 보유한, 둘 또는 그 이상의 축(axis)을 가진, 프로그램 가능한 실행가능한 기계(actuated mechanism programmable in two or more axes with a degree of autonomy, moving within its environment, to perform intended tasks)”라고 한다. 이러한 정의에 의하면, 로봇이란 기존의 제조업용 환경에서 사용되는 산업용 로봇뿐만 아니라 인간과 공존하며 동작하는 서비스 로봇을 포함하는 넓은 범위의 **지능형 구동기계**로 파악될 수 있다.⁵⁵⁾

2. “지능(知能; intelligence)” 개념의 검토

“지능(知能)”이란 용어는 통상 “intelligence”의 번역어로 알려져 있는데, 심리학계의 논의에 따르면, 영어의 “intelligence”의 어원은 아리스토텔레스(Aristoteles)가 인

51) 자세한 내용은 RoboLaw, 앞의 글, p. 16 참고.

52) 松田樂信人・大明準治, 앞의 책, 3~4면.

53) 정용욱·정구섭, 앞의 책, 13면. ‘JIS B 0134’에서는 동시에 많은 산업용 매니퓰레이터 로봇 용어를 정의하고 있다고 한다. 같은 곳.

54) ISO 3873: 2012. <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:8373:ed-2:v1:en> (2022. 6. 13. 최종 확인)

55) 문승빈·김규로·곽관웅·임성수·박광호, 앞의 책, 3면. 한편 이러한 맥락에서 로봇의 개념을 이해를 위해서는 ‘자율’과 ‘자동’의 구분이 필요한데, 이에 관한 논의의 사례로는 박문언, “자율무기체계의 국제법적 허용성과 규제방안”, 서울대학교 법학박사학위논문(2019), 14~16면을 참조.

간의 정서적·가치적 기능을 “orexis”라 하고 인지적·지적 기능을 “clianoia”라고 하여 양자를 구별하기 시작한 이후, 키케로(Cicero)가 후자의 개념을 “intelligentia”라고 번역한 데서 유래했다고 한다.⁵⁶⁾ 그렇지만 지능에 관한 연구를 지속적으로 수행해 온 심리학계에서조차 지능의 의미는 충분히 합의되어 있지 못한 상황으로 보인다는 것은 적잖이 아쉬운 부분이라 할 수밖에 없다. 예를 들면, 다음과 같은 언급이 존재할 정도이다.

“한 방향만을 보면 모든 사람이 지능이 무엇인지 알고 있는 것 같지만, 다른 방향에서 보면 지능의 본질에 관해서 실제로 아무도 모르고 있다. 사람은 모두 지능의 개념을 가지고 있다. 그 개념은 또한 민간이론(folk theories) 또는 암묵적 이론(implicit theories)으로 불리기도 한다. 하지만, **아무도 지능이 실제로 무엇인지 확실하게 알지 못한다.**”⁵⁷⁾

일찍이 1921년 (미국) 교육 심리학 학회지(Journal of Educational Psychology)가 수행한 “지능과 그 측정에 대한 토론회 기록(“Intelligence and its measurement”, 1921)”에 의하면, 기고자들은 지능의 본질에 관하여 무려 **11가지 정의**가 제시되었다고 하는데, 이러한 여러 가지 정의 속에서 공통된 내용을 간추려보면, 지능이란 **환경에 순응하는 능력과 학습하는 능력**이라는 것을 들 수 있을 것이다.⁵⁸⁾

한편 지능의 암묵적 이론에 대한 몇 개의 연구 가운데, 지적인 사람의 등급을 이상적으로 분류하기 위해 제시된 세 개의 요인들 즉, **실제적 문제 해결(problem-solving ability), 언어능력(verbal ability), 사회적 능력(or 실생활 적응력; real-world adaptability)**은 참고할 만 하다 하겠다. 여기에서 첫째 요인은 논리적 추론과 관념들 사이의 연관성 식별, 문제의 모든 면에 대한 통찰과 같은 행동이 포함되고, 둘째 요인은 명확하고 또렷하게 말하는 행동, 언어를 유창하게 구사하고 대화를 잘하는 행동과 같은 것이 포함되며 셋째 요인은 있는 그대로 타인을 인정하는 행동, 실수를 인정하는 행동, 세상사에 세심한 관심을 보이는 행동과 같은 것이 포함된다고 한다.⁵⁹⁾

이러한 이론적인 논의들을 고려하는 가운데 보다 일반적인 맥락에서 살펴보기 위한, 지능(知能)의 사전적 정의는 다음과 같다.⁶⁰⁾

56) 황정규, 『인간의 지능』 (서울: 학지사, 2010), 15면. “intelligentia”의 “inter”는 “내(within)”라는 뜻이며, “leger”는 “모으다(bring together), 선택하다(choose), 구별하다(discriminate)”라는 뜻을 지니고 있어 이를 종합하면 마음 속에서 무엇을 함께 연결시키거나, 선택하거나 구별하는 정신기능을 지능이라고 불렀다는 것을 알 수 있다.

57) Robert J. Sternberg, “The Concepts of Intelligence”, Robert J. Sternberg(Ed.), *Handbook of Intelligence*, 김정희·추연구·허주연 공역, 『인간의 지능탐구: 지능심리학』 (서울: 박학사, 2014), 1면.

58) 이에 관한 상세한 내용은 Robert J. Sternberg, 위의 글, 11~12면을 참조. 한편 황정규, 앞의 책, 18면은 여기에 제시된 정의들을 네 가지 유목으로 정리하여, 첫째 지능의 **적응적 성질**을 강조하여 지능을 전체 환경에 대한 적응능력, 생활의 새로운 문제 및 새로운 상황에 대한 일반적인 정신적 적응능력으로 정의하려는 것, 둘째 지능을 **학습하는 능력(ability to learn)**과 같은 개념으로 보는 가운데 특히 추상적 사고를 강조하려는 관점, 셋째 **추상적인 능력과 구체적·실제적 능력과의 관련 및 응용**을 강조하려는 것, 넷째 **종합적·포괄적·집합적·합승식** 정의를 하려는 방법으로 분류하고 있다.

59) Robert J. Sternberg, 위의 글, 3~4면.

60) “지능”, 『표준국어대사전』.

1. 계산이나 문장 작성 따위의 지적 작업에서, 성취 정도에 따라 정하여지는 적응 능력. 지능 지수 따위로 수치화할 수 있다. 예) 지능이 높다.
2. 지혜와 재능을 통틀어 이르는 말.
3. [심리] 새로운 대상이나 상황에 부딪혀 그 의미를 이해하고 합리적인 적응 방법을 알아내는 지적 활동의 능력.

이 가운데 세 번째 의미에서의 지능은 인간만의 전유물은 아니고, 다른 동물들도 생존과 번식을 위해서 각자 자기 자신의 환경에 따라 현명하게 행동을 선택하는 능력을 갖고 있음을 유의해야 한다.⁶¹⁾ 즉, 동물(그리고 식물)도 그들만의 방식으로 주위 환경을 개척하기 위해 지능을 사용하고 있다고 할 것이기에 그들에게 지능이 없다고는 말하기는 곤란하다.⁶²⁾ 즉, 지능이란 기본적으로 진화를 통해서 생명체가 획득하게 되는 능력들 중의 하나로서, **자기 자신을 보존하고 복제하는 과정에서 발생하는 다양한 문제를 해결하는 능력**을 말한다 할 수 있지만,⁶³⁾ 현실적인 맥락에서의 지능은 여기에서 더 나아가 지능을 가진 주체에게 가장 이로운 결과를 가져올 수 있도록 하는 여러 행동 중 한 가지를 선택하는 능력, 즉 의사결정의 능력으로 자리매김하고 있어, 결국 지능이란 **다양한 환경에서 복잡한 의사결정의 문제를 해결하는 능력**이라는 정의가 제시되기에 이른다.⁶⁴⁾

이러한 맥락에서 오늘날 비인간적인 요소와 장치를 가지고 인간의 추론 능력을 일정 수준만큼 재현하려는 노력을 의미하기도 하는 “인공지능(Artificial Intelligence; A.I.)”⁶⁵⁾ 로봇공학에도 큰 의미를 갖게 됨에 따라, 로봇공학자들 역시 ‘무엇이 인간을 지능적이게 하느냐’는 질문을 던지고 있다. 이러한 맥락에서 인간 지능이란 **우리가 기능하는 세상의 맥락에서 상호작용하며 살아갈 수 있게 하는 자질**이라 여겨지고 있으며, 이러한 지능은 다음의 두 가지 즉, ‘주변 환경과 의미 있게 이어지는(; 연결되는)가’와 ‘주변 상황을 고려하여 행동을 하게 해 주는 내적 의사결정 기술이 있는가’에 의존하게 된다. 이 때 주변 환경과의 연결은 보통 두 가지 측면에서 이루어지는데, 입력(input)에 해당하는 ‘지각(perception)’과 출력(output)에 해당하는 ‘행동(action)’이 그것이다. 아울러 세상에 대한 우리 감각을 의도적 행동으로 변환하는 내적 의사결정은 ‘인지(cognition)’로 파악된다. 결국 로봇 연구의 세 가지 핵심은 ‘**지각, 행동, 인지**’라 할 수 있다.⁶⁶⁾

61) 이대열, 『지능의 탄생: RNA에서 인공지능까지』 (서울: 바다, 2017), 9면. “(그럼에도 불구하고) 대부분의 사람들은 지구 상에 존재하는 생명체들 중에 자신의 지능을 가장 성공적으로 사용한 동물은 우리 인간이라고 자부할 것”이다. 같은 곳.

62) 이대열, 위의 책, 22면.

63) 이대열, 위의 책, 15면. 아울러 이대열은 “이러한 관점에서 볼 때 지금까지 개발된 인공지능은 인간이 선택한 문제를 인간 대신 해결하는 기능을 수행하는 데 그치고 말기 때문에 참다운 의미의 지능이라고 할 수 없다”는 견해를 피력한다. 같은 곳.

64) 이대열, 위의 책, 25~26면.

65) John M. Jordan, Robots, 앞의 책, 86면. 인공지능에 대한 열망 역시 아주 이른 고대부터 시작되었지만, 현재의 모양새를 갖춘 것은 1956년 미국 다트머스 대학교의 초기 컴퓨터 과학자들이 조직한 학회를 기준으로 삼는데, 인간 두뇌의 기능을 모사할 수 있는 전자적 기능을 만드는 것을 목적으로 한 이 학회에서 존 매카시(John McCarthy)가 ‘인공지능’이라는 용어를 처음으로 만들었고, 이어서 1957년 마빈 민스키(Marvin Minsky)가 MIT에 인공지능 연구소를 설립했다고 한다. 같은 곳.

66) Illah Reza Nourbakhsh, 앞의 책, 13~18면. 누르바흐쉬에 따르면 “이들 분야의 연구는 생각처럼 빠른 속도로 이뤄지고 있지 않아, 인간의 다양한 능력을 한 번에 전부 모방하려는

한편 최근에는 이러한 지능을 기계적인 측면에서 구현하고자 하는 노력이 지속적으로 경주된 바, 이러한 논의의 출발점에는 인간의 지능이 발현되는 토대에 대한 검토가 자리하고 있다. 생물학적인 측면에서 인간의 지능을 담당하는 것으로 알려져 있는 사람의 뇌는 대뇌(大腦)와 소뇌(小腦) 그리고 뇌간(腦幹)으로 나뉘는데, 주로 생명 유지와 관련된 호흡, 심장운동, 혈관의 수축·이완 등을 책임지는 뇌간을 제외하고 나면, 실질적으로 인간의 지능적인 활동을 관장하는 뇌는 크게 대뇌와 소뇌로, 대뇌는 생각하고 결정하는 것과 같은 사고 작용 및 감정적인 부분 등을 관장하는 반면 소뇌는 몸의 평형을 유지하거나 위치, 공간운동을 조절하는 운동중추, 조건반사와 감각기관의 활동을 조정하는 등의 역할을 담당하는 것으로 알려져 있다.

이러한 뇌의 구조는 실제 로봇공학의 연구에 일정 정도 매칭되는 부분이 없지 않아, 소뇌의 영역에 해당하는 **운동지능**의 경우, **기계·제어공학의 영역**에서 연구가 진행되고 있다.⁶⁷⁾ 이와 관련하여 산업용(제조업용) 로봇의 경우, 이러한 소뇌 부분의 기능까지는 매우 중요하나, 대뇌 부분의 기능을 그다지 필요로 하지 않는데, 이는 정해진 환경 내에서 미리 정해져 있는 작업을 수행할 뿐이기 때문이라 한다. 반면 (서비스 로봇이 운용되게 될) 일상적인 환경은 당연히 사람에게 편리하도록 만들어져 있어 로봇이 이러한 환경에 적응하기란 쉬운 일이 아니기에 외부세계를 감지하고 그에 따라 합당한 의사결정을 하는 등 주로 대뇌에 해당하는 능력이 반드시 필요하게 된다고 한다. 그렇지만 인간의 지능을 대뇌와 관련된 것으로 국한시키지 않는 한, 소뇌에 기인한 작용들을 지능과 무관하다고 볼 수 있는지에 대해서는 다소 의문스러운 부분도 없지 않다.

V. 결론에 갈음하여: “지능형 로봇” 개념의 적실성 검토 및 제언

지금까지 「지능형로봇법」의 기본적인 규율대상으로서 “지능형 로봇”의 의미를 보다 명확히 하고자, 현행 법제상의 “로봇” 및 “지능”의 용례를 검토해 보고, 이어 간략하게나마 이론적인 측면에서의 “로봇” 및 “지능”의 의미를 살펴보았다. 이러한 논의를 바탕으로 「지능형로봇법」의 “지능형 로봇” 개념의 적실성을 검토한 후, 로봇산업의 진흥을 위한 적절한 로봇 개념 규정방안을 제언해 보기로 한다.

1. 현행 법제상 “지능형 로봇” 정의 조항의 검토

사실 현행 법제가 사용하고 있는 “지능형 로봇”이라는 용어는 학계나 로봇 산업 분야에서 그다지 적극적인 용례를 가지는 것으로 보기는 어려운 실정이다. 그렇지만 현행 법제가 엄연히 사용하고 있는 “지능형 로봇”의 개념을 바탕으로 그에 대한 반대해석을 통해 자연히 “비지능형 로봇”의 개념을 설정할 수 있음은 물론이다. 아울러

연구도 성공이 요원하다”면서, 물론 이미 로봇의 능력이 인간의 그것을 능가한 분야가 없지는 않지만 진보를 위한 모든 노력이 헛되어 보이는 분야도 있다고 한다. 아울러 여기에서의 ‘**지각, 행동, 인지**’라는 로봇 연구의 핵심 영역은 앞에서 살펴본 “**감각-사고-행동**”이라는 로봇의 패러다임과 같은 의미로 파악해도 무방하다.

67) 이하의 논의는 이재연·정인철·박천수·박승환·장철수 공저, 앞의 책, 76~77면에 기반한 것이다.

우리나라에서는 「지능형로봇법」의 제정을 전후하여 “지능형 로봇”에 관한 논의들이 일부나마 전개된 바 있기에, 그 내용을 살펴보는 것은 나름의 의미가 있을 것이다.

먼저 로봇에 대한 정의가 시간의 흐름 속에서 신제품의 출시 및 그 사용과정에서 지속적으로 발전될 것이라는 기대를 전제로, ‘산업용 로봇’ 및 ‘서비스 로봇’을 모두 포함하는 명칭으로 “지능형 로봇”이 제시되고 있다는 견해가 있다.⁶⁸⁾ 즉 전통적인 산업용 로봇은 프로그램된 대로 순차적으로 작업을 수행하는 자동기계로서 재(再)프로그램이 가능하다는 것이 기존의 기계들과 다른 점이지만, 여전히 프로그램된 순서대로 행동한다는 특징이 변하지 않는 반면, 지능형 로봇은 자율성, 즉 프로그램된 순서대로 움직이는 것이 아니라 사람이나 동물처럼 상황에 반응해서 스스로 움직일 수 있는 것이다. 이러한 견해에 의하면, 지능형 로봇이란 결국 “자율성을 갖춘 로봇”이라 할 수 있다고 한다.⁶⁹⁾

한편 조금 더 넓은 맥락에서 “지능화 로봇”을 규정하는 견해도 존재한다. 즉, 일반적으로 산업용 로봇은 지시에 따라 차례차례 목표 위치를 세팅하고 일련의 작업을 프로그램하는 경우가 많으며, 이 프로그램에 따라 동일한 작업을 반복하게 되다 보니 대상물의 형태나 장소, 작업 순서가 변하면 프로그램의 수정이 필수적인데 반해, 지능화 로봇은 센서에 기반한 보정을 통해 지속적인 작업 수행이 가능해지므로, 결국 센서 피드백에 따라 “지능화”가 조금씩 진행되게 된다는 것이다. 이러한 맥락에서의 “지능화”란 보다 상위 레벨에서 로봇에게 작업할 수 있도록 하는 것이라고 생각할 수도 있으며, 다만 작업순서나 상황판단을 할 수 있게 되기 위해서는 아직 과제가 많은 탓에, 현재는 ‘자동적 혹은 자율적으로 작업하는 로봇’과 ‘원격 조작형 로봇’으로 나누어지게 된다.⁷⁰⁾

이러한 논의들을 종합해 보면 **지능형 로봇은 ‘실질적으로 (인간의 개입이 최소화된 가운데) 자율적인 작업이 가능한 로봇’**으로 파악가능할 것이고, 이에 따라 **비지능형 로봇은 ‘자율적인 작업 수준에 이르지 못한 로봇’**으로 일용 파악해 볼 수 있을 것이다. 이러한 구분은 이론적인 측면에서는 물론 실제적인 측면에서도 나름의 의의를 찾을 수 있을 것인 바, 정보기술 특히 인공지능 기술의 발전과 더불어 산업용 로봇의 지능화도 점진적으로 진행될 것으로 충분히 예상됨은 물론이거니와 서비

68) 문승빈·김규로·곽관웅·임성수·박광호, 앞의 책, 5면.

69) 이재연·정인철·박천수·박승환·장철수 공저, 앞의 책, 54~55면. 산업용(제조업용) 로봇이 활동하는 제조현장은 환경이 일정하게 정의가 되어 있는 이른바 ‘구조화된 환경’ 즉, 로봇이 잘 활용할 수 있도록 만들어진 환경으로 여기에서는 로봇에게 영향을 줄 만한 상황의 변화가 일어나지 않거나, 혹여 일어나더라도 (상당한 정도까지) 예측이 가능하므로, 예측된 상황변화에 맞추어 로봇이 해야 할 일을 미리 프로그래밍하는 것이 가능하게 되는 반면, 이와 달리 변화무쌍한 공간에서 인간과 함께 공존하게 되는 지능형 로봇은 변동성이 큰 환경 하에서 생존- 여기서 로봇의 생존은 사람들에게 불편을 주지 않으면서도 필요한 서비스를 제공한다는 로봇의 기본 임무를 달성하는 것을 뜻한다.- 할 수 있는 능력이 필수적인 조건으로 요구되게 된다. 같은 책, 55~56면.

70) 松日樂信人・大明準治, 앞의 책, 173면. 양자의 작동 기제는 다음과 같이 비교가능하다.

<자율제어 로봇(판단의 고도화)>

검출 ⇒ 인식 ⇒ 판단 ⇒ 계획 ⇒ 행동(운동 ⇒ 확인)

<원격조작 로봇(국지적인 센서피드백)>

검출 ⇒ ⇒ ⇒ ⇒ 행동(반사운동)

* 인간이 인식, 판단하여 계획 및 행동기준을 작성한다.

스 로봇 분야의 경우에는 일상적인 생활이 이루어지는 작업 현장의 특성으로 인해 지능형 로봇이 필수적으로 요구될 것이기 때문에, 현행 「지능형로봇법」에 의한 로봇 산업 진흥책이 지능형 로봇의 발전을 (궁극적인) 목표로 삼고 있는 것을 일응 수긍할 수 있는 지점이라 할 수 있을 것이다.

그렇지만 “지능”이라는 개념 자체가, 이미 살펴보았듯이, 이론적으로나 실무적으로 충분한 합의가 안 된 개념이라 하지 않을 수 없기 때문에 이에 관한 추가적인 검토 역시 필요한 부분이라 할 수 있을 것이다. 아울러 지능은 그 척도로 활용되는 “지능 지수(知能指數, intelligence quotient)”를 통해서도 어렵지 않게 확인 가능하듯이, 기본적으로 지능의 존재 유무가 문제되기 보다는 오히려 지능의 정도(程度, degree)가 문제되는 개념으로 볼 수 있겠기에, 지능형 로봇과 비지능형 로봇의 구분은 이론적인 측면에서 보자면 실질적으로 그다지 큰 의미를 갖기는 어렵다고 본다.⁷¹⁾ 더구나 “로봇”의 개념 자체에 이미 ‘감각-사고-행동’의 요소를 포함하고 있는 것으로 파악하는 로봇의 패러다임을 고려할 경우에는 “지능형”이란 수식어는 오히려 불필요한 수식어로 취급할 수도 있을 것이다.

실무적인 측면에서 보더라도, 「지능형로봇법」의 “국민의 삶의 질 향상과 국가경제에 이바지함”을 궁극적인 목적의 실현을 위한 세부 목표라 할 수 있는 로봇 산업의 진흥이라는 관점에서 보자면, 법제의 적용 대상의 범위 확정과 직결될 수 있는 ‘지능형 로봇’과 ‘비지능형 로봇’의 구분 필요성은 크지 않으며, 오히려 불필요하다고까지 판단된다. 현재의 규정 양상은 로봇 산업의 진흥대상으로서의 로봇을 “지능형” 로봇으로 한정하게 될 우려가 없지 않기 때문이다. 로봇 기술의 발전 양상을 고려할 때, 비지능형 로봇 산업의 발전 없이 지능형 로봇 산업만을 발전시킬 수 있을지 의문스럽기에 비지능형 로봇을 로봇산업의 진흥 대상에서 굳이 배제할 필요성은 없다고 할 것이다. 로봇 산업의 지속적인 발전을 위해서는 “지능형 로봇” 개념이 전제하는 서비스 로봇뿐만 아니라 산업용 로봇의 발전은 물론 그 기초가 되는 소재 및 하드웨어 산업을 포함한 로봇 관련 전·후방 산업의 발전 역시 국가가 지향해야 목표가 되어야 할 것이기 때문이다. 결국 현행 법제가 추구하고 있는 로봇기술 관련 산업경쟁력의 확보 및 로봇 산업의 지속적인 성장 및 발전을 위한 정책 추진을 위해서는 지능형 로봇과 비지능형 로봇을 구분하지 않고 전체 로봇 산업의 진흥을 추진하는 것이 보다 바람직한 것으로 판단된다. 그러므로 현행 법제상 사용된 “지능형”이라는 수식어는 과감히 삭제하는 것이 필요하다고 본다.

2. 제언: 로봇산업 진흥을 위한 적절한 “로봇” 개념의 모색

지금까지의 검토 결과 로봇을 가장 중점적으로 연구하는 로봇공학 분야 및 관련 업계에서조차 “로봇” 개념에 대한 충분한 합의에 도달하고 있지 못하고 있는 현재의 상황 하에서 법제의 측면에서 “로봇”에 대한 직접적·적극적인 정의는 큰 의미를 갖기 어렵다고 할 것인 바, 이는 현행 「지능형로봇법」상 “지능형 로봇”의 개념 규정

71) 한편 주로 인간에게 사용되는 ‘지능이 있다’라는 표현을 기계에 쓰는 것을 ‘범주 오류(category mistake)’로 파악하면서, 인공지능 분야에 대해 ‘계산된 합리성(Computational rationality)’이라 부르는 견해를 소개하고 있는 견해로는 Daniel Susskind, *World without Work: Technology, Automation, and how we should respond*, 김정아 역, 『노동의 시대는 끝났다: 기술 빅뱅이 뒤바꿀 일의 표준과 기회』(서울: 미래엔, 2020), 81면.

이 법제상으로도 그다지 큰 의미를 부여받고 있지 못하다는 사실로 어느 정도 확인이 되는 부분이라 할 것이다. 이에 현재의 “지능형 로봇”에 대한 적극적인 차원의 함축적 정의 제시 방식보다는 오히려 “로봇” 개념 자체를 그대로 법률용어로 수용하는 것이 불필요한 논란을 줄일 수 있을 것으로 생각된다. 이는 현행 법제가 “컴퓨터”에 대한 명확한 개념 정의 없이 그대로 사용하고 있음을 감안하면 충분히 수긍할 수 있는 부분이 아닐까 생각한다.

굳이 로봇에 대한 적극적인 정의 조항을 유지한다고 하더라도, 현재의 “외부환경을 스스로 인식하고 상황을 판단하여 자율적으로 동작하는”과 같은 일상적인 용어를 직접적으로 활용한 표현은 다소 수정될 필요가 있지 않을까 생각한다. 무엇보다 이러한 표현 속에 지나치게 인간적인 측면에서 파악될 수 있는 개념들이 포함되어 있기 때문이다. 즉, 기계의 정보처리 과정을 “스스로 인식”, “판단”, “자율적”이라는 표현으로 기술하는 것보다는 로봇은 **“지각하고, 정보를 처리하고, 움직일 수 있는 능력을 갖춘 기계”**⁷²⁾ 정도의 정의가 무난할 것으로 생각된다. 다만 이미 살펴본 바와 같이 지능형 로봇과 비지능형 로봇의 구분 자체가 큰 의미를 갖기 어렵다고 판단하기에, **“조작자의 지시에 의하거나, 외부환경으로부터 직접 정보를 수집, 처리하여 자동적 혹은 자율적으로 동작하는 기기”** 정도의 정의를 시론적으로나마 제시하고자 한다.

그렇지만 산업용(제조업용) 로봇처럼 통제된 환경이 아닌, 일상적인 생활 환경에서 운용될 서비스 로봇을 감안하여 현재의 규정 방식을 고수하고자 한다면, 오히려 **“지능형”에 관한 정의를 바탕으로**⁷³⁾ **「지능형로봇법」의 입법목적**을 고려한 가운데 **‘로봇 산업 진흥 및 지원정책의 대상의 예시적 나열’**이라는 **준예시적 정의(quasi-ostensive definition)**의 방식의 활용이 바람직할 것으로 판단된다.

이상의 논의를 종합하여 로봇 산업의 진흥을 위한 적용대상의 확정을 위한 적절한 개념으로, “지능형”을 삭제한 “로봇” 개념 정의의 예시를 제시하는 것으로 본고를 마무리하고자 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “로봇”이란 **“조작자의 지시에 의하거나, 외부환경으로부터 직접 정보를 수집, 처리하여 자동적 혹은 자율적으로 동작하는 유·무형의 기기(또는 장치)”**로서 다음 각 목의 하나에 해당하는 것을 말한다.

가. . . . 돌봄로봇⁷⁴⁾

나. . . . 웨어러블 로봇

다. . . . 의료로봇

라. . . . 물류로봇

. . . .

n. 그 밖에 대통령령으로 정하는 로봇

72) Guglielmo Tamburrini, “로봇윤리: 과학철학의 견해”, Rafael Capurro and Michael Nagenborg (Eds.), *Ethics and Robotics*, 변순용·송선영 공역, 『로봇윤리: 로봇의 윤리적 문제들』 (서울: 어문학사, 2013), 56면.

73) 이미 언급한 바와 같이, 이를 위해서는 최근 개정된 「지능정보화 기본법」에 추가된 “지능”에 대한 규정 양상을 적극적으로 검토해 볼 필요성이 있을 것인데, 이는 무엇보다 「지능정보화 기본법」의 기본법적 성격을 고려한 결과이기도 하다.

74) 본 예시에 사용된 세부적인 항목들은 기본적으로 「제3차 지능형로봇 기본계획」에서 집중

[참고문헌]

- 김주영, “뉴노멀시대 과학기술의 법적 규율에 대한 일고찰 - 로봇기술을 중심으로”, 『헌법학연구』 제28권 제1호(2022).
- 심민석, “로봇과 인공지능(AI)의 법적·윤리적 입법방안에 관한 연구 - EU의 「로봇공학에 관한 민법규칙」을 중심으로”, 『비교법연구』 제19권2호(2019).
- Sternberg, Robert J., “The Concepts of Intelligence”, Robert J. Sternberg(Ed.), *Handbook of Intelligence*, 김정휘·추연구·허주연 공역, 『인간의 지능탐구: 지능심리학』 (서울: 박학사, 2014).
- Tamburrini, Guglielmo, “로봇윤리: 과학철학의 견해”, Rafael Capurro and Michael Nagenborg (Eds.), *Ethics and Robotics*, 변순용·송선영 공역, 『로봇윤리: 로봇의 윤리적 문제들』 (서울: 어문학사, 2013).
- 박문언, “자율무기체계의 국제법적 허용성과 규제방안”, 서울대학교 법학박사학위논문(2019).
- 양영식, “로보어드바이저에 의한 금융투자상품 거래의 법적 연구”, 충남대학교 법학박사학위논문(2017).
- 윤영석, “인공지능로봇에 관한 형사법적 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문(2018), 36면.
- RoboLaw, D6.2-Guidelines on Regulating Robotics, “Regulating Emerging Robotic Technologies in Europe: Robotics facing Law and Ethics” (2014.9.22.).
- 문승빈·김규로·곽관웅·임성수·박광호, 『로봇 표준의 이해』 (서울: 성진미디어, 2011), 2면; 배일환, 『인터넷 다음은 로봇이다』 (서울: 동아시아, 2003).
- 박영도, 『입법학 입문(증보판)』 (서울: 법령정보관리원, 2008), 606~609면을 참조.
- 배일환, 『인터넷 다음은 로봇이다』 (서울: 동아시아, 2003).
- 이대열, 『지능의 탄생: RNA에서 인공지능까지』 (서울: 바다, 2017)
- 이세철, 『4차 산업혁명, 미래를 바꿀 인공지능 로봇: 생각하는 컴퓨팅 및 움직이는 컴퓨팅 기술 도래』 (서울: 정보문화사, 2017).
- 이재연·정인철·박천수·박승환·장철수 공저, 『(흔히 보이는) 지능형 로봇』 (서울: 전자신문사, 2008).
- 정용욱·정구섭, 『로봇공학입문(제2판)』 (서울: GS인터비전, 2018).
- 황정규, 『인간의 지능』 (서울: 학지사, 2010).
- Capek, Karel, *R.U.R.: Rossum's Universal Robots*, 김희숙 역, 『로봇』, (서울: 모비딕, 2015).
- Jordan, John M., *Robots*, 장진호·최원일·황치욱 공역, 『로봇 수업: 인공 지능 시대의 필수 교양』 (서울: 사이언스북스, 2018).

육성하기로 밝힌 4대 서비스 로봇 분야를 반영한 것일 뿐, 실제의 개정 과정에서는 추가적인 항목들을 검토해야 할 것임은 물론이고, 아울러 각 목의 로봇에 대한 설명을 부가해야 할 것이나 여러 제약상 본 고의 논의에 포함하기는 어려웠음을 밝힌다.

- Macaulay, David and Neil Ardley, *The Way Things work*, 박영재 · 김창호 공역, 『도구와 기계의 원리 now』 (제주: 크레들, 2016), 367면.
- Nourbakhsh, Illah Reza, *Robot Futures*, 유영훈 역, 『로봇이 온다: 4차 산업혁명의 비밀병기, 로봇』 (서울: 레디셋고, 2017).
- Susskind, Daniel, *World without Work: Technology, Automation, and how we should respond*, 『노동의 시대는 끝났다: 기술 빅뱅이 뒤바꿀 일의 표준과 기회』 (서울: 미래엔, 2020).
- 門田和雄, 繪とき『ロボット工学』基礎のきそ, 김진오 역, 『로봇공학의 기초』 (서울: BM성안당, 2008[2019(8쇄)]).
- 三津村直貴, 近未來のコア・テクノロジー, 이영란 역, 『미래의 핵심기술』 (서울: 정보문화사, 2019).
- 松日樂信人・大明準治, わかりやすいロボットシステム入門: メカニズムから制御, システムまで(改訂2版), 허유 · 장승호 공역, 『알기 쉬운 로봇시스템 입문: 메카니즘부터 제어, 시스템까지』(서울: 홍릉과학, 2016).

[Abstract]

A Review on the Concept of “Robot” as a Legal Term
- as an Improvement plan of
『Intelligent Robots Development and Distribution Promotion Act』

Kim Ju Young*

As the importance of the role of the state in the development of modern science and technology does not require additional discussion, so the development of our country's robot industry will ask for continuous review to see whether the current robot industry promotion legislation has sufficient content for robot industry promotion or it can be improved. Such review work is also an essential part for the realization of the principle of the rule of law that state intervention should always be carried out under the support of appropriate laws.

For the effective conceptual regulation of “robot”, the target of policy, should be preceded to secure industrial competitiveness related to robot technology and promote policies for continuous development of robot industry, the study examines the appropriateness of the definition of “intelligent robot” of the current 『Intelligent Robots Development and Distribution Promotion Act』 - “The term “intelligent robot” means a mechanical device(including software required for operating the mechanical device) that perceives the external environment for itself, discerns circumstances, and moves voluntarily”(Article 2, 1.) - from the point of view of the analysis of systemicity(; Systematik) and understandability(Verständlichkeit) among the examination creteria of the legislative evaluation(Gesetzesevaluation).

In conclusion, the concept of “intelligent robot” in the current law does not mean much in the legal system and it is not easy to understand either. And there is also a risk of unnecessarily reducing the applicable scope of the law in practice. So there is a need of deleting the modifier “intelligent” and it is proposed to use a semi-exemplary definition of an exemplary arrangement of targets for the robot industry promotion and support policy based on the concept of “robot” from a more technical point of view,

Keywords: Robot, Intelligent Robot, Definition, Legislative Analysis, Systemicity and Understandability

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

지방자치단체의 민간위탁과 관련된 몇 가지 실무상의 쟁점에 대한 법적 고찰*

김 봉 연** 이 상 민***

논문요지

지방자치단체의 민간위탁에 대한 법적 근거는 「지방자치법」의 한 조문에 불과하지만 명확한 기준 없이 운영됨에 따라 몇 가지 실무상 문제점이 노출되었다.

법령에 따른 민간위탁 사무라도 민간위탁 자치법규의 적용 대상이 된다는 점이나, 공공위탁도 필요에 따라 민간위탁 자치법규가 적용된다는 점, 그리고 대행사업에 대한 해석은 제한적일 수밖에 없다는 점을 고려하였을 때 실무상 쟁점으로 귀결되는 지방의회 동의의 필요성이 인정될 수밖에 없다.

비록 민간위탁이 공공 영역에 민간을 참여시킴으로써, 민간의 전문성을 활용하고 주민에 대한 공공의 개방성을 보장하는 측면이 있지만, 공공사무라는 성질은 변하지 않는다. 즉, 집행기관과 지방의회가 견제와 균형의 원리에 따라 공익을 추구한다는 배경에서 지방자치단체의 장의 일반적인 독주를 제어하고 그 효율성과 공정성을 담보하는 방안으로 민간위탁 사무에 대한 지방의회의 동의 규정의 존재 의미가 인정될 수밖에 없다.

본 연구는 지방의회의 동의 대상을 명확히 하고, 동의는 어떠한 방식으로 운영되어야 하는가에 대하여 살펴봄으로써, 지방자치단체의 민간위탁 운영과 지방의회 동의와 관련된 연구의 시발점이 될 수 있을 것이다.

검색용 주제어: 지방자치단체, 민간위탁, 공공위탁, 대행, 지방의회동의

· 논문접수: 2022. 06. 26. · 심사개시: 2022. 07. 13. · 게재확정: 2022. 07. 22.

* 이 글은 필자의 소속 기관의 입장과는 무관한 개인적인 견해에 기초하여 작성되었음을 밝힙니다.

** 충남대학교 일반대학원 법학과 박사과정 수료(공법전공), 주저자

*** 성남시의회 입법자문관, 법학박사, 공동저자

I. 들어가는 말

민간위탁이란 공공성에 영향을 미칠 수 있는 정책 결정 권한은 지방자치단체가 보유하면서 단순한 집행이나 서비스 제공을 민간에 위탁하는 것이다.¹⁾ 행정 개혁의 차원에서 주민의 권리·의무와 관련이 없는 사무에 공공부문의 독점을 줄이고 행정조직의 간소화·효율화와 더불어 주민의 요구를 적극적으로 반영하기 위하여 도입되었다.²⁾ 지방자치단체의 민간위탁은 1997년 외환위기 이후 공공부문에서 이루어졌던 구조조정 수단이었으며, 시장의 자율성을 바탕으로 신자유주의적 정책 방향이 지향됨에 따라 민영화와 더불어 폭넓게 이루어지게 되어 지금까지도 많이 활용되고 있다.³⁾

하지만 지방자치단체의 민간위탁은 「지방자치법」과 세부적인 사항은 자치법규에 근거하지만, 운영에 있어서 공공위탁과 민간위탁이 법적 근거를 달리한다는 점, 지방자치단체의 민간위탁은 조례에서 지방의회의 동의를 받도록 규정됨에 실무상 운영에 있어서 몇 가지 혼동이 발생하고 있다. 실무상의 혼동은 지방자치단체의 행정행위에 대한 위법성을 불리일으키거나 불필요한 오해를 불리일으킬 수 있는 만큼, 이에 대한 정의를 마련할 필요가 있다.

이하에서는 민간위탁의 개념과 운영현황에 대하여 살펴보고, 실무상 민간위탁의 운영에서 발생하고 있는 혼동의 부분이나 지방의회의 동의 범위에 대한 실무상 운영현황을 살펴봄으로써, 행정의 적법성과 더불어 통일성을 보완해 나갈 방안을 검토해 나가고자 한다.

II. 민간위탁의 의의와 운영현황

1. 민간위탁의 의의

(1) 민간위탁의 법적 근거

헌법 제118조제2항 및 「지방자치법」 제117조제3항에서⁴⁾ 지방자치단체 민간위탁에 대한 법적 근거를 찾을 수 있다.⁵⁾ 비록 「지방자치법」에서 민간위탁이라는 용어

1) 임도빈·정지수, "공공기관 민간위탁의 허실 - 정치성인가 경영성인가?", 「한국행정연구」, 제24권제3호(2015), 169면.

2) 최철호, "행정권한의 민간위탁에 관한 법적기준의 설정과 한계", 「법학논총」, 제20권(2008), 3-4면.

3) 신가희외 2, "지방정부의 민간위탁 결정에 미치는 영향요인에 관한 연구: 거래비용개념의 외연적 확장을 중심으로", 「지방정부연구」, 제20권제1호(2016), 430면.

4) 광의로서 민간위탁이란 민간에 대한 위탁뿐만 아니라 공공단체에 대한 위탁도 포함하는 것이고, 「정부조직법」과 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에서는 행정기관이 아닌 공공단체 즉, 협의의 공공단체를 명시적으로 규정하고 있지 않은 상황에서 이들에 대한 위탁은 일반적인 민간위탁 규정에 근거한다고 보아야 하지만, 「지방자치법」에서는 협의의 공공단체의 경우에는 제117조제2항에 명시적인 근거가 있다는 차이점을 가진다. 홍정선, 「민간위탁의 법리와 행정실무」, 박영사, 2015, 80-81면.

5) 최윤영, "지방자치단체 사무 민간위탁의 법적 근거", 「지방자치법연구」, 제14권제4호(2014), 383면.

를 사용하고 있지는 않지만, 학설상 민간위탁을 규정한 조문으로 보고 있고, 실무에서도 이 조항을 민간위탁에 대한 근거 조문으로 이해한다.⁶⁾

지방자치단체의 민간위탁에 대한 개념적 정표를 분석하면, 위탁기관이 수탁자에게 공공의 사무를 위탁하는 행위이다. 세부적으로 살펴보면, 민간위탁의 주체는 “지방자치단체의 장”이 되며, 상대방은 민간의 “법인·단체 또는 그 기관이나 개인”으로 지방공기업이나 출자·출연기관 또는 다른 지방자치단체와 같은 공공단체는 제외한다.

민간위탁의 대상 사무는 지방자치단체의 사무로서, 자치사무와 단체위임사무뿐만 아니라 기관위임사무를 포함한 지방자치단체의 장의 모든 사무를 포함한다.⁷⁾ 다만, 주민의 권리나 의무와 직접 관련되지 않는 사무이어야 한다는 한계를 가진다.⁸⁾

마지막으로 지방자치단체의 장의 사무를 법인에 위탁하는 행위가 필요하며, 위탁 방식으로는 공법상 계약, 행정행위 또는 사법상 계약 등의 방식이 활용될 수 있다.⁹⁾

(2) 민간위탁과 유사개념

민간위탁과 관련하여 선행연구에서 유사개념으로 지적되고 있는 사항은 위임과 위탁, 대리나 내부위임 등과의 관계, 대행, 공공위탁¹⁰⁾ 및 민영화 등이 논의되고 있다.

가. 위임과 위탁의 구분

위임이란 “법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것”으로,¹¹⁾ 강학상으로 행정기관이 자신의 권한을 법령에 근거하여 다른 사람에게 사무처리 권한 일부를 실질적으로 이전하여 수임자의 이름과 권한으로 사무를 처리하는 것을 의미한다. 이 중 위임자의 지휘·감독에 있는 자에게 이전하는 것을 좁은 의미의 위임이라고 하고, 지휘·감독 관계가 없는 자에게도 이전하여 줄 수 있는 위탁을 넓은 의미의 위임이라고 보고 있다.¹²⁾ 다만, 학설상으로 위임의 본질은 행정 권한이 다른 기관으로 이전되는 것이므로, 위탁이 위임의 개념에 포섭되어 양자를 동일시하는 견해가 있지만,¹³⁾ 위임은 행정기관의 권한이 이전하는 것이지만, 위탁은 사무가 이전된다는 점에서 양자를 구분해야 하는 견해도 존재한다.¹⁴⁾

6) 대전광역시, 「자치법규 길라잡이」, 대전광역시, 2022, 91면.

7) 법제처, 「자치법규 입안 길라잡이」, 법제처, 2018, 237면; 다만, 조사·검사·검정·관리업무가 주민의 권리·의무와 전혀 무관할 수 없다는 점에서 이를 입법상 오류라고 보는 견해가 있다. 홍정선, 앞의 책, 100면.

8) 주민과 관련성을 가져야 한다는 내용이 포함된 것으로 해석하는 것이 타당한 만큼 단순한 행정 내부적 문제에 불과한 연구용역의 경우에는 「지방자치법」이 예정하는 민간위탁에 포함되지 않는다고 보아야 한다. 홍정선, 앞의 책, 10면.

9) 홍정선, 앞의 책, 11면.

10) 대행과 공공위탁의 경우 실무에서 혼동으로 인한 문제가 발생하는 만큼 후술하기로 한다.

11) 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제2조제1호.

12) 홍정선, “지방자치법상 민간위탁의 개념- 행정실무상 유사개념과의 비교를 중심으로”, 「지방자치법연구」, 제13권제4호(2013), 92-93면.

13) 송시강, “행정권한 민간위탁의 헌법상 한계”, 「행정법연구」, 제63호(2020), 144면.

14) 신상민, “행정사무의 민간위탁에 관한 행정법적 고찰”, 「법학논총」, 제32호(2014), 5면.

법제처는 위임이란 “행정기관의 권한 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장 등 그의 지휘 계통에 속하는 하급기관에 맡기는 것”으로 이해하고, 위탁이란 행정기관으로부터 “독립된 다른 행정기관의 장에게 그 권한을 맡기는 것”으로 위탁과 “사무의 수탁자가 행정청이나 지방자치단체 아닌 법인, 단체나 개인이 되는 경우”인 민간위탁을 의미하는 것으로서 이해한다.¹⁵⁾

위임과 위탁을 「지방자치법」은 분명하게 구분하여 제1항은 위임을, 제3항은 위탁을 규정하면서 제2항에서 위임과 위탁의 용어를 같이 사용하고 있다. 같은 법령에서 사용되는 용어는 같은 의미가 있는 것으로 보는 것이 논리적이라는 점에서,¹⁶⁾ 제1항에서는 하급기관을 전제로 제3항의 위탁은 그렇지 않은 기관을 상정한 것이라고 보는 것이 타당하고, 제2항의 규정은 하위기관 또는 대등한 기관을 전제로 하지만 그 대상이 민간이 아니라는 점에서 이를 구분하고 있다고 해석하는 것이 바람직하므로 법제처의 해석에 따라 위임과 위탁을 구분할 수 있다.

나. 대리, 내부위임 또는 위임전결과 위탁

권한의 대리는 일정한 사유가 발생하였을 때 행정기관이 자신의 권한 전부나 일부를 다른 기관이 행사하도록 하는 것으로 대리기관은 행정기관을 위한 것임을 명시하면서 자신의 이름으로 행사한다.¹⁷⁾ 현행법에서는 권한의 대행, 직무대행, 직무대리 등(「지방자치법」 제124조)의 다양한 형태로 표현되고 있으며,¹⁸⁾ 내부위임이나¹⁹⁾ 위임전결(「행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정」 제10조) 또한 사무처리의 편의를 위하여 보조기관 등에서 이루어지는 결재 형태로 운영되고 있다.²⁰⁾

대리, 내부위임 또는 위임전결은 행정기관의 권한 자체가 다른 행정기관으로 이전하는 것이 아니라는 점에서 위탁과 구분되며, 내부위임이나 위임전결은 외부와 관련 없이 내부적·사실적 권한만을 이전한다는 점에서 대리와의 차이가 있다.²¹⁾

다. 민영화

광의의 개념으로서 재화·서비스의 생산과 공급에 대한 행정기관의 역할을 축소하거나 민간의 역할을 증가시키는 모든 활동을 의미하는 것으로, 협의로는 행정기관이 가진 재산을 매각하는 것을 말한다.²²⁾ 민간이 설치하거나 운영하는 권한뿐만 아니라 소유권을 보유하면서 사업을 경영한다는 점에서 행정기관이 권한을 가지고 있는 민간위탁과 구분되며,²³⁾ 민간위탁은 공공 영역이 민간영역으로 이전되는 과정의 중간과정으로서 다음과 같이 도식화할 수 있다.²⁴⁾

15) 법제처, 앞의 책(주7), 232면.

16) 정주백, “아리스토텔레스 정식 비판”, 「헌법논총」, 제27집(2016), 174면.

17) 홍정선, 앞의 논문, 95면.

18) 법제처, 「법령 입안·심사 기준」, 법제처, 2021, 499면.

19) 내부위임은 법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 행정기관의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위한 인정되는 것으로 본다. 대법원 1995. 11. 28. 선고 94누6475 판결.

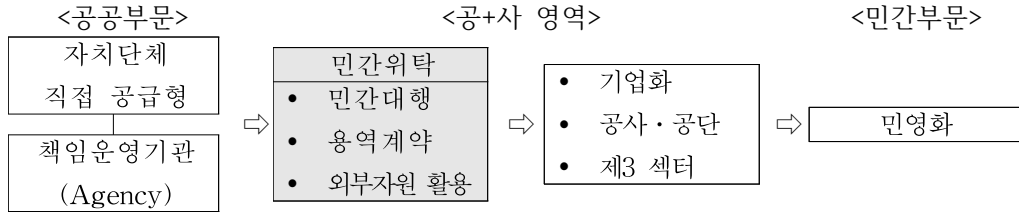
20) 신상민, 앞의 논문, 5면.

21) 법제처, 앞의 책(주18), 499면.

22) 행정안전부, 「(지방자치단체 사무의)민간위탁 실무편람」, 행정안전부, 2003, 7면.

23) 신상민, 앞의 논문, 6면.

<표 - 1> 공공 영역의 민간화의 과정



2. 민간위탁과 운영현황

민간위탁의 장점은 첫째, 작은 지방자치단체 등으로 인한 재정 부담을 완화할 수 있고, 둘째, 민간부문의 전문성 등을 활용한 공공서비스의 질을 개선할 수 있으며, 셋째 민간의 참여 기회 확대로 인하여 민간경제의 활성화를 도모할 수 있다는 점이다. 반대로 단점은 첫째, 민간위탁으로 인하여 공무원의 인건비 등에서 비용이 절감될 수 있지만, 민간은 이윤추구를 목적으로 하므로 공급가격이 증가하여 실제로는 그 효율성을 증가시키지는 않는다는 점이고, 둘째, 민간위탁으로 인하여 책임성이 모호해져 지방자치단체의 책임성과 공공성을 저해할 수 있다는 단점이 지적되고 있다.²⁵⁾

지방자치단체의 민간위탁은 초기 효율성에서 벗어남에 따라 각종 절차가 형식화되고 운영에 있어서 전문성을 갖추기 위한 내실화를 기대할 수 없게 되어 여러 문제점이 발생하기는 하였지만,²⁶⁾ 아직도 많이 활용되는 민간 협력의 대표적 정책이다.

<표 - 2> 민간위탁 관련 자치법규 현황

지역 및 민간위탁 조문	적용범위 (목적 기준)	지방의 회 동의	재위탁 동의	건수 ²⁷⁾
서울특별시 행정사무의 민간위탁에 관한 조례	위탁	O §4조의3 ①	O(보고) §4조의3 ①	‘19: 87 ⁽⁶⁾ ‘20: 59 ‘21: 52 ⁽⁵⁾
인천광역시 사무의 민간위탁에 관한 조례	민간위탁 (산하기관제외)	O §6①	O(보고) §6②	‘19: 14 ⁽²⁾ ‘20: 10 ⁽¹⁾ ‘21: 8
대전광역시 사무의 민간위탁 촉진 및 관리조례	민간위탁	O §4③	O §4③	‘19: 3 ⁽²⁾ ‘20: 7 ‘21: 22 ⁽³⁾
세종특별자치시 사무의 민간위탁 조례	민간위탁	O §8①	O §8①	‘19: 27 ⁽¹⁾ ‘20: 32 ‘21: 25

24) 행정안전부, 앞의 책, 3면.

25) 이현우, "지방자치단체 민간위탁의 운영성과분석: 경기영어마을을 중심으로", 「한국정책연구」, 제11권제1호(2011), 171-172면.

26) 김동욱, "제주특별자치도 민간위탁 및 공기관 대행사업 예산 운영현황 분석과 조례정비 방안", 「정부회계연구」, 제14권제1호(2016), 32면.

지역 및 민간위탁 조문	적용범위 (목적 기준)	지방의 회 동의	재위탁 동의	건수 ²⁷⁾
광주광역시 사무의 민간위탁 조례	위탁	O §10①	O §10②	‘19: 26 ²⁾ ‘20: 20 ¹⁾ ‘21: 16 ²⁾
대구광역시 사무의 민간위탁 조례	민간위탁	O §11①	O §11②	‘19: 23 ‘20: 20 ‘21: 25
울산광역시 사무의 민간위탁에 관한 조례	민간위탁	O §4조의3 ①	X(보고) §16①	‘19: 0 ‘20: 1 ‘21: 1
부산광역시 민간위탁 기본 조례	민간위탁	O §4④	O §4④	‘19: 17 ‘20: 30 ¹⁾ ‘21: 17
경기도 사무위탁 조례	위탁 (공공포함)	O §6④	O(보고) §15조의3 ①	‘19: 7 ‘20: 45 ‘21: 38 ²⁾
강원도 사무의 민간위탁 조례	민간위탁	O §4조의3 ①	O(보고) §4조의3 ②	‘19: 8 ‘20: 11 ‘21: 6 ¹⁾
충청북도 사무의 민간위탁 조례	위탁	O §5①	O(보고) §5②	‘19: 6 ¹⁾ ‘20: 3 ‘21: 8
충청남도 사무의 민간위탁 및 관리 조례	위탁	O §7①	O(보고) §7③	‘19: 8 ‘20: 5 ²⁾ ‘21: 10
전라북도 사무의 민간위탁 기본 조례	민간위탁	O §4②	O §4②	‘19: 24 ‘20: 9 ‘21: 21
전라남도 사무의 민간위탁 조례	위탁	X	X	·
경상북도 사무위탁 조례	위탁	O §6①	O(보고) §6③	‘19: 2 ‘20: 3 ‘21: 15
경상남도 사무의 민간위탁 촉진 및 관리 조례	민간위탁	O §5①	O(보고) §5②	‘19: 5 ¹⁾ ‘20: 4 ²⁾ ‘21: 2
제주특별자치도 사무의 민간위탁 조례	민간위탁	O §7①	O(보고) §7②	‘19: 41 ¹⁾ ‘20: 16 ²⁾ ‘21: 101 ⁷⁾

17개 광역자치단체의 민간위탁 자치법규 현황을 보면, 모두 일반 조례를 가지고 있다. 세부적으로, 「지방자치법」 제117조제3항에 따른 민간위탁에 한정된 곳이 10 곳이지만, 인천의 경우 민간위탁임에도 불구하고 산하기관은 제외한다는²⁸⁾ 명시적 규정을 두고 있고, 나머지 7곳은 「지방자치법」 제117조를 근거로 두면서 민간위탁

27) 2019년 1월부터 2021년 12월까지 각 지방의회에 민간위탁 동의안이 제출된 건수(교육청 제외) 중 가결된 안건을 기준으로 하였으며, 괄호 안의 숫자는 처리되지 못한 건수이다.

28) 「인천광역시 사무의 민간위탁에 관한 조례」 제2조제1호 “민간위탁”이란 각종 법령 또는 조례에 규정된 인천광역시(이하 “시장”이라 한다)의 권한에 속하는 사무 중 일부를 **인천광역시(이하 “시”라 한다) 산하기관을 제외한** 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에 맡겨 그 명의로 책임 아래 수행하도록 하는 것을 말한다.

에 대한 정의를 “조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무”라고 정의하지만 대상기관에 공공단체가 포함되는 것인가에 대해서는 해석이 필요하다. 다만, 경기도는 공공단체가 포함된다고 규정한다.²⁹⁾

민간위탁의 지방의회 동의와 관련하여 17곳 중 전라남도를 제외한 16곳이 신규위탁을 하면 지방의회의 동의를 받도록 규정하였고, 재위탁의 경우 전라남도를 제외한 16곳 중 6곳에서는 지방의회의 동의를, 나머지 10곳에서는 보고로 갈음할 수 있는 규정을 두고 있었다. 이 중 울산은 재위탁의 경우에는 동의에 갈음하는 보고가 아닌 보고에 한하는 규정을 두고 있는 것으로 나타났다.

III. 민간위탁의 실무상 쟁점에 대한 검토

1. 이론과 실무의 경계점

법 이론의 존재 목적이 실무적 소재들을 통하여 다양한 예측 가능성을 높일 수 있는 근거를 제공하기 위한 것이라는 점에서,³⁰⁾ 지방자치단체와 지방의회 실무 상황을 반영하지 못하였다면 타당한 결론이라고 할 수 없다. 반대로 실무가 중요하여 이론적 근거 없이 이루어지는 모든 실무적 행정행위가 적법하다고도 볼 수도 없다.

법 운용에 있어서 가장 기초적인 시작점은 이론과 실무의 균형점을 찾아 나가는 것이라고 할 때, 민간위탁의 이론적 배경, 법령의 특성, 개별 조례의 성격 그리고 지방자치단체와 지방의회 실무 운영현황 등을 고려하여 그 적용범위를 규정해 나갈 필요성이 크다고 보아야 한다.

2. 민간위탁에 대한 위임의 방식

(1) 문제의 제기

지방자치단체의 민간위탁과 관련된 법적 근거와 관련하여 실무상 문제가 되는 점은 첫째, 개별 법령에 따른 민간위탁과 「지방자치법」의 적용 순서에 관한 문제이고, 둘째, 「지방자치법」에 따른 민간위탁에 대한 자치법규의 근거 방식의 문제이며, 셋째, 자치법규에 “지방자치단체의 장은 자치사무에 대하여 민간위탁할 수 있다”와 같은 일반 조례를 근거로 민간위탁을 할 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다.

(2) 문제의 해결

첫째, 다수의 개별 법령에서 민간위탁에 관하여 규정한다. 즉, 어린이급식관리지원

29) 「경기도 사무위탁 조례」 제2조제2호 “민간위탁”이란 각종 법령이나 조례에 규정된 도지사의 사무 중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체(**공공기관 포함**) 또는 그 기관이나 개인에 맡겨 그의 명의로 책임하에 행사하도록 하는 것을 말한다.

30) 김성룡, “법 이론과 실무에 던지는 물음, ‘법학의 학문성’: 법학의 학문성에 관한 논의가 우리에게 던지는 과제”, 「형사소송 이론과 실무」, 제7권제1호(2015), 25면.

센터의 운영에 대한 자치사무는³¹⁾ 「어린이 식생활안전관리 특별법」 제21조제3항 및 같은 법 시행령 제12조의2에 따라 수탁기관과 위탁사무의 범위 등을 인터넷 홈페이지 등에 공고하도록 하는 등 개별 법령에서 민간위탁에 관하여 규정하고 있는 경우 「지방자치법」 및 자치법규가 적용될 수 있는지에 대하여 살펴본다.

개별 법령과 「지방자치법」은 지방자치단체의 운영에 있어서 특별법과 일반법의 관계이다. 「지방자치법」 및 자치법규에서 개별 법령을 배제하지 않을 때는 개별 법령이 적용되고,³²⁾ 개별 법령에서 규정하지 않은 민간위탁과 관련 사항에 대하여는 「지방자치법」 및 자치법규가 적용된다. 또한, 위탁과 관련하여 정부법령체계와 지방법령체계의 개념을 달리 구성할 특별한 이유가 없다는 점에서 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」을 포함하여 위탁 규정을 구성한다.³³⁾

민간위탁과 관련되어 정부법령체계와 자치법규를 통하여 규율되고 있는 사항을 민간위탁 일반 조례 및 표준 조례안을³⁴⁾ 기초로 규정 내용을 정리하면 다음과 같다.

<표 - 3> 민간위탁 운영의 중요지표

1. 누구에게 민간위탁할 것인가?(대상기관)	(1) 수탁기관의 선정기준 (2) 수탁기관의 선정 (3) 수탁기관 선정심의위원회
↓	
2. 무엇을 민간위탁할 것인가?(대상사무)	(1) 민간위탁의 사무의 기준 (2) 민간위탁 사무 내용 (3) 사용료 징수
↓	
3. 어떻게 민간위탁할 것인가?	(1) 수탁사무의 처리 (2) 책임의 소재 및 명의 표시 (3) 협약체결
↓	
4. 민간위탁의 관리방식은 무엇인가?	(1) 지휘·감독 (2) 사무편람 (3) 이의신청 (4) 처리상황의 감사 (5) 재계약 (6) 운영지원 (7) 경영평가

지방자치단체 민간위탁의 적용 범주는 “개별 법령” → “「지방자치법」 제117조 및 자치법규” → “「정부조직법」 제6조 및 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」”의 순서로 적용된다. 상위 체계에서 <표-3>에 해당하는 사항 중 “1-(1)”의 항목에 관하여 규정하고 있으면, 하위 체계에서 “1-(1)”과 관련된 사항을 규정하고 있더라도 이는 배제가 되고 상위 체계 규정이 적용되고,³⁵⁾ 상위 체계에서 규정되지 않

31) 법제처 의견 19-0353, 2019. 11. 26.

32) 법제처 의견 17-0298, 2017. 12. 8.

33) 법제처 의견 19-0354, 2019. 12. 2.

34) 법제처, 앞의 책(주7), 251면.

35) 공유재산에 대한 관리위탁의 경우에는 민간위탁에 해당하지만, 「지방자치법」이 아닌

은 사항은 하위 체계에 따라서 운영되어야 한다.³⁶⁾ 다만, 상위 체계의 내용과 상반되지 않는 범위에서 하위 체계가 적용될 수는 있지만, 이는 보충에 한정되어야 한다.

둘째, 「지방자치법」 제117조 “조례나 규칙이 정하는바”에 따라 민간위탁을 할 수 있다고 규정하고 있는데, 지방자치단체의 장은 어떤 형식으로 규정하여야 하는 점이 문제 된다. 「지방자치법」 제28조 및 제29조에 따라 조례는 법령의 위임에 따른 위임조례와 위임 없이 제정되는 자치조례가 있으며, 규칙 또한 위임규칙과 내부의 운영에 대한 직권규칙으로 구분을 한다.³⁷⁾ 「지방자치법」에서 민간위탁의 근거를 조례나 규칙으로 정하도록 하는 취지는 지방자치단체의 판단에 따라 조례 또는 규칙을 선택할 수 있다는 의미로 보아야 하고.³⁸⁾ 행정 내부절차의 성격을 가지는 민간위탁의 절차 규정을 규칙으로 정한다고 하더라도 무방하다. 다만, 실무적으로 대부분이 민간위탁과 관련하여 일반 조례를 제정하여 운영하는 상황에서 규칙으로 민간위탁과 관련된 내용을 규정할 실익은 크지 않다.

마지막으로 민간위탁을 할 수 있는 근거의 규정 방식과 관련하여 <표-3>의 “2-(2)”와 관련된 사항을 필수적으로 규정하여야 하는가에 관하여 학설은 긍정설과 부정설로 나뉘고, 판례는 부정설의 견해인 것으로 보인다.³⁹⁾ 이에 따라 「지방자치법」 제117조에서 “조례나 규칙으로 정하는바”라고 규정하고 있는 것은 절차적인 측면에 불과하고 <표-3>의 “2-(2)”와 관련하여 조례나 규칙으로 정하지 않더라도 지방자치단체의 장은 재량적 판단에 따라 민간위탁할 수 있다고 본다.

하지만 다음과 같은 이유로 부정설 및 판례의 입장은 타당하지 않다. 「지방자치법」을 근거로 민간위탁의 대상 사무에 관한 규정이 없더라도 민간위탁을 할 수 있다고 한다면 권한을 법령에 따라 명확히 해야 한다는 행정조직법정주의에 반하는 결과가 될 뿐만 아니라 민간위탁 사무가 수탁기관의 명목과 책임에 따라 이루어지는 상황에서 어떤 사무를 민간위탁할 것인가에 대하여 아무런 예측 가능성을 제공해주지 못하여 주민이 권한의 소재를 판단하는 데에 어려움을 초래할 수밖에 없다.⁴⁰⁾ 또한, 실무에서 민간위탁과 관련하여 개별 조례를 제정하면서 어떤 사무를 민간에 위탁할 것인지를 규정하는 추세라는 점과 더불어⁴¹⁾ 자치법규에 관련 사무를 규정하도록 하는 실무 지침과도⁴²⁾ 어긋나는 것이다.

「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 관리위탁 규정에 따라 수탁기관이 정해져야 한다. 법제처 의견 15-0140, 2015. 6. 12; 행정안전부 회계제도과-5109호, 2019. 9. 23.

36) 법제처 의견 11-0058, 2011. 5. 12.

37) 법제처, 앞의 책(주7), 8면.

38) 법제처 의견 19-0174, 2019. 6. 5.

39) 홍정선, 앞의 책, 44면; 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 판결.

40) 홍정선, 앞의 책, 45면.

41) 법제처 의견 22-0060, 2022. 4. 20.

42) 개별 조례에 근거가 있는 사무는 개별 조례에 따라 위탁을 하고, 개별 조례에 근거가 없는 사무는 일반 조례에 위탁사무를 규정하도록 하고 있다. 행정안전부, 앞의 책, 45면; 조례입안 단계에서 위탁할 업무를 예측할 수 없거나 변경될 수 있는 경우에는 규칙으로 정하도록 하고 있다. 법제처, 앞의 책(주7), 251면.

3. 공공위탁 민간위탁의 구분

(1) 문제의 제기

「지방자치법」 제117조는 제2항에서 공공위탁을 제3항에서 민간위탁을 규정하여, 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」과 달리 공공위탁과 민간위탁을 구분한다. 이에 따라 실무에서는 공공위탁은 민간위탁이 아니므로 민간위탁과 관련된 일반 조례가 적용되지 않고, 「지방공기업법」이나 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에 따라 위탁하여 운영하고 있다.⁴³⁾ 하지만 「지방공기업법」 및 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관을 설립하기 위해서는 조례를 제정하여야 하고,⁴⁴⁾ 조례에서 규정하고 있는 공공기관의 사무는 행정기관이 위탁할 수 있는 사무가 아니라 해당 공공기관의 사무로서, 조례 제정 이후에 예상하지 못한 예외적인 사무에 대해서만 공공기관에 공공위탁을 할 수 있다는 한계를 가진다.⁴⁵⁾

공공위탁과 관련하여 실무적으로 다음과 같은 문제점이 발생하고 있다. 첫째, 「지방자치법」 제117조제2항은 공공위탁도 조례나 규칙에 따라 위탁에 관련된 사항을 규정하도록 하고 있다. 앞서 검토된 바에 의하면 개별 법령에서 위탁과 관련된 중요한 사항이 규정되어 있지 않다면, 조례나 규칙에서 이와 관련된 사항을 규정하여야 한다. 하지만 「지방공기업법」 제75조의4에서는 “조례로 정하는 바에 따라” 위탁하도록 하고 있으나 다수의 위임조례는 “시장은 공사의 설립목적을 위하여 필요하다고 인정할 때는 권한 일부를 사장에게 위탁할 수 있다.”라고⁴⁶⁾ 반복 규정에 불과하고, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에서는 공공위탁과 관련된 직접적인 근거 규정이 없으므로, 「지방자치법」 제117조제2항에 따라 개별 출자·출연 조례에서 위탁의 절차에 관하여 규정하고 있어야 하지만, 개별 조례에서 “사무를 위탁할 수 있다.”라고⁴⁷⁾ 규정할 뿐 공공위탁의 절차 등에 관하여 규정하고 있는 경우를 찾아보기 어렵다.

둘째 서울을 비롯한 7곳에서는 공공위탁뿐만 아니라 민간위탁을 포함하는 명시적 규정을 두고 있음에도 불구하고 공공위탁을 제외한다고 해석할 명확한 근거가 부족하다는 점이 문제점으로 제기될 수 있다.

(2) 문제의 해결

가. 공공위탁 관련 법령의 검토

공공위탁과 관련하여 법령 및 자치법규를 검토하면, 다음과 같은 사실을 확인할

43) 행정안전부, 앞의 책, 58-59면.

44) 「지방공기업법」 제5조(지방직영기업의 설치), 제49조(지방공사의 설립), 제76조(지방공단 설립) 및 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제4조(출자·출연기관의 설립).

45) 홍정선, 앞의 책, 85-86면.

46) 「부산관광공사 설치 조례」 제18조.

47) 「서울특별시 50플러스재단 설립 및 운영에 관한 조례」 제14조.

수 있다. 첫째, 「지방자치법」은 공공위탁을 하고자 할 때 “조례나 규칙으로 정하는 바”에 따라 공공위탁 사무를 처리하도록 한다, 둘째, 「지방공기업」이나 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 및 위임된 조례에서는 공공위탁의 운영과 관련하여 일부를 제외하고는 운영의 근거가 되는 규정을 찾아보기 어렵다. 셋째 17개 광역자치단체 중 공공위탁과 관련하여 조례를 제정한 곳이 3곳이지만⁴⁸⁾ 나머지 14곳에서는 공공위탁에 관한 자치법규를 제정하지 않았다. 마지막으로 III-1에서 검토한 바와 같이 개별 법령에서 공공위탁에 관하여 규정하고 있지 않으면, 「지방자치법」이 적용되는 것이고, 이에 따라 공공위탁을 운영하기 위해서는 관련 자치법규가 마련되어야 한다.⁴⁹⁾

나. 공공위탁 일반 조례가 있는 경우의 공공위탁 운영

부산, 충남, 경남의 경우 공공위탁과 관련된 일반 조례를 가지고 있는 만큼, 개별 법령에서 공공위탁에 관하여 규정하고 있지 않더라도 법적 효력에 아무런 문제가 없다. 다만, <표-3>에 따른 민간위탁의 운영지표를 고려하여 운영하면 충분하다고 할 것이다. 또한, 지방공기업이나 출자·출연기관의 개별 조례에서 공공위탁의 운영에 관하여 규정하고 있는 경우에도 법적 효력을 부정할 수는 없고, 다만, <표-3>에 따른 민간위탁의 운영지표에 해당하는 사항이 없는 경우에는 지방자치단체의 장의 재량에 따라 내부지침 등의 방식으로 운영할 수는 있다.

다. 민간위탁이 아닌 위탁 조례가 있는 경우의 공공위탁 운영

경기, 경북과 같이 일반 조례 제명에서 민간위탁을 전제로 하고 있지 않고, 제1조 목적에서도 적용범위를 「지방자치법」 제117조제3항에 따른 민간위탁에 한정하지 않고 있는 경우이다. 먼저 경기의 경우 공공위탁도 그 적용범위에 포함된다고 명시적인 규정을 두고 있으며, 경북의 경우 공공기관을 명시적으로 포함하고 있지 않지만, 민간위탁의 정의에서 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관에는 공공기관이 당연히 포함된다는 점에서⁵⁰⁾ 공공위탁의 경우에도 준용된다고 해석할 수 있어 법적 효과는 긍정할 수 있다. 다만, 위탁에 관한 일반 조례가 적용되는 만큼, 공공위탁이라고 하더라도 지방의회의 동의 절차는 필요하다.

라. 민간위탁 일반 조례에서 공공위탁을 배제하지 않는 경우의 공공위탁 운영

서울, 광주, 충북, 전남, 경북과 같이 제명에서는 “민간위탁”이라고 규정하지만, 목적에서는 「지방자치법」 제117조에 따른 위탁에 관하여 적용된다고 하는 경우이다. 비록 제명에서 민간위탁이라고 규정하고 있더라도, 앞서 경북의 사례와 같이 지방자

48) 「부산광역시 사무의 공공기관 위탁·대행에 관한 조례」, 「충청남도 사무의 공공기관 위탁·대행에 관한 조례」, 「경상남도 사무의 공공기관 위탁·대행에 관한 조례」

49) 공공단체는 일반 민간위탁으로서의 법인·단체 등에 해당하는 것으로 공개입찰 등의 방식으로 활용할 때는 공공위탁으로 따로 구분할 실익이 없으므로, 이하에서는 공공위탁의 개념으로 위탁을 활용할 때에 대하여 검토하고자 한다.

50) 홍정선, 앞의 책, 79-80면.

치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관에는 공공기관이 포함되는 만큼, 민간위탁의 규정을 준용하여 공공위탁에 관한 법적 근거가 마련되어 있다고 해석할 수 있다.

마. 공공위탁에 관한 일반 조례가 마련되어 있지 않은 경우의 공공위탁 운영

공공위탁에 관한 일반 조례도 마련되어 있지 않고, 제명에서도 민간위탁이라고 규정하고 있으며, 목적에서 「지방자치법」 제117조제3항을 명시하여 공공위탁을 명시적으로 배제하고 있는, 인천,⁵¹⁾ 대전, 세종, 대구, 울산, 강원, 전북, 제주의 경우나 서울, 광주, 충북, 전남, 경북의 경우 주민의 권리·의무와 관련된 공공위탁으로서 민간위탁 조례에 따라 명시적으로 준용된다고 볼 수 없는 경우이다.⁵²⁾

개별 법령에서 공공위탁에 대한 근거가 마련되어 있지 않지만, 개별 조례에 공공위탁에 관한 근거와 절차를 규정하여 놓고 있는 경우에는 세부적인 운영은 관련 지침을 통하여 활용할 수 있다고 보거나,⁵³⁾ 공공기관 운영 조례에서 최소한의 위탁과 관련된 규정을 마련하고 있는 공공기관은 위탁의 근거가 마련되어 있다고 볼 수 있다.⁵⁴⁾

하지만 개별 조례에도 공공위탁과 관련된 조항이 없음에도 불구하고, 공공위탁이 이루어지고 있는 경우에는 법적 효과와 관련하여 견해가 대립할 수 있다. 제1설 실무상 일반적으로 개별 조례에 해당 사무를 공공위탁할 수 있다고 규정하거나⁵⁵⁾ 또는 공공기관 조례에 지방자치단체의 장이 위탁하는 사무를 처리할 수 있다고 규정하고 있으므로,⁵⁶⁾ 공공위탁의 절차에 개별 조례가 없더라도 공공위탁에 대한 법적 효과에 있어서 문제가 없다는 견해로, 앞서 일반 조례를 통하여 민간위탁이 가능하다는 견해와 같은 유형에 속한다. 제2설 공공위탁과 관련된 개별 조례는 존재하지 않지만, 공공위탁도 민간위탁과 같은 한 범주에 속하는 것으로 서울 등과 같이 민간위탁 규정에서 공공위탁을 포함한다고 명시적인 규정이 없다고 하더라도 민간위탁 규정을 준용해서, 공공위탁을 운영할 수 있다는 견해이다. 제3설 공공위탁과 민간위탁은 엄연히 다른 분류에 속하는 것으로서 공공위탁의 운영에 관한 일반 조례 또는 개별 조

51) 인천은 명시적으로 산하기관에 대한 민간위탁은 제외한다고 규정하고 있는데, 출자·출연 기관은 산하기관에 포함된다고 할 것이므로(법제처 의견 18-0078, 2018. 5. 16.), 공공위탁을 배제하는 규정이라고 해석할 수 있다.

52) 주민의 권리·의무와 관련된 공공위탁에 관한 관련 규정을 마련하고 있지 않은 서울 등과 더불어 주민의 권리·의무와 무관하게 공공위탁에 관한 근거가 존재하지 않는 인천 등의 경우를 포함하여 공공위탁의 법적 효력에 대하여 검토해 보고자 하며, 별도로 구분하지 않는 이상 서울 등은 주민의 권리·의무와 관련된 공공위탁에 대한 효력을, 인천 등의 경우는 주민의 권리·의무와 관련된 공공위탁과 주민의 권리·의무와 무관한 공공위탁에 대한 법적 효력을 다루는 것으로 한다.

53) 「인천광역시 장사시설에 관한 조례」 제11조에 따른 장사시설에 대한 공공위탁이 있다.

54) 「강원도 관광재단 설립·운영 및 지원에 관한 조례」 제15조제2항은 위탁에 관한 세부적인 사항은 협약으로 정한다고 하여 위임을 하고 있으므로, 법적 효과 자체를 부정할 수는 없다. 다만, 이것이 포괄위임입법금지의 원칙 위반인지에 관해서는 본 연구의 주제와 관련이 없어서 추가로 검토를 하지 않는다.

55) 「강원도 로컬벤처기업 육성 및 지원조례」 제9조(사무의 위탁) 도지사는 제5조, 제8조에 따른 사업의 추진을 위하여 필요한 경우 해당 사업 전문기관이나 도 출자·출연기관에 위탁할 수 있다.

56) 「대전과학산업진흥원 설립 및 운영 조례」 제6조(업무의 위탁) 시장은 진흥원에서 수행하는 사업과 비슷하거나 관련이 있는 사업 또는 시설 등에 관한 관리 업무를 진흥원에 위탁할 수 있다.

례가 존재하지 않는 이상 공공위탁으로는 운영할 수 없고, 기존에 공공위탁으로 운영하는 경우는 법적 근거가 없는 위법한 행위로 본다.

위탁사무와 관련하여 「지방자치법」 제117조가 규정하고 있는 “조례나 규칙으로 정하는바”의 의미가 무엇인가에 대하여 <표-3>과 법치 행정의 원칙을 고려하여 검토하면, 누구에게 무엇을 어떻게 줄 것인가가 핵심인 위탁의 징표가 공공위탁이라고 하더라도 달라지는 것은 아니다. 다만, 그 대상이 공공기관이라는 점은 명백하므로, 공공위탁과 관련하여 자치법규에서 규정되어야 하는 사항은 무엇을 어떻게 공공위탁을 할 것인가에 대한 사항이다.

그렇다면 제1설은 앞서 전제된 공공위탁의 필수 규정 중 절차에 관한 규정이 없거나 공공위탁의 사무가 무엇인지가 규정되어 있지 않아 독자적으로 이를 공공위탁의 법률 효과가 발생한다고 볼 수 없고, 제3설의 경우에도 공공위탁이 실무상으로 이루어지고 있는 상황에서 이를 전면적으로 배제하는 것 또한 행정의 혼란을 발생시킬 수 있다는 점에서 타당하지 않다.

그렇다면 제2설에 따라 공공위탁에 관한 근거 규정이 존재하지는 않지만, 공공위탁과 민간위탁 모두 “지방자치단체의 장의 그 권한에 속하는 사무”를 대상으로 하고 있으며, “조례나 규칙으로 정하는바”에 따라 위탁할 수 있다고 같은 방식으로 규정하고 있는 만큼, 명시적으로 공공위탁에 관하여 규정한 것을 제외하고는 민간위탁의 관련 규정을 준용하여 공공위탁을 운영할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 법제처도 「지방자치법」에 따른 공공위탁과 민간위탁이 각각의 향으로 구분하여 명시하고 있지만, 위탁과 관련하여 정부법령체계와 지방법령체계를 달리 해석해야 할 필요가 없으면, 정부의 민간위탁체계에서 민간위탁에 공공위탁을 포함하여 규정하는 점을 고려하여 공공위탁과 민간위탁에 대한 통제와 관리 및 감독의 범위를 달리 해석할 필요는 없다고 보고 있다.⁵⁷⁾

실무상으로 공공위탁의 경우에도 지방의회의 동의를 받아야 하는가 하는 점이 문제가 될 수 있다. 하지만 공공위탁의 운영에 대하여 민간위탁의 규정을 준용하면서 공공위탁에 대하여는 민간위탁의 운영을 명시적으로 배제한다거나⁵⁸⁾ 민간위탁의 규정을 준용하는 것이 공공위탁을 운영하는 취지에 반한다는 것이 명백한 경우가 아니라면 민간위탁에 따른 지방의회의 동의 규정도 준용된다고 해석하는 것이 타당하다. 공공단체의 경우에는 공익성으로 인하여 민간에 위탁할 때에 비하여 문제 발생의 여지가 적다는 점에서 이를 제외하고 업무 처리의 효율성을 주장할 수 있지만, 이는 조례에 민간위탁의 범위와 관련하여 규정을 통하여 정의할 사항이지 해석으로 배제하는 것은 자치법규의 존재 의미를 망각하는 오류에 불과할 뿐 아니라, 관련 규정에 대하여 준용하면서 달면 삼키고 쓰면 뱉는 방식은 행정편의주의에 불과하기 때문이다.⁵⁹⁾

57) 법제처 의견 20-0228, 2020. 11. 12.

58) “시 산하기관이 아닌” 기관에 조례의 적용범위에서 제외할 경우 출자·출연기관은 의회의 민간위탁 동의 대상에서 제외될 수 있다. 법제처 의견 18-0078, 2018. 5. 16.

59) 공공단체 중 실무상으로 많이 활용되는 지방공기업이나 출자·출연기관의 경우 대행의 방식으로 활용할 수 있음에도 불구하고, 대행을 할 때 행정기관이 계속해서 일정 부분 관여해야 하므로(공고 등에 있어서 행정기관의 명의로 하여야 하는 점 등) 편의상 위탁 방식을 활용하면서, 선택적으로 준용 규정을 활용하는 것은 행정의 법치주의 정신에 위반될 수 밖에 없다.

4. 민간위탁과 대행사업의 구별

(1) 문제의 제기

행정업무의 대행이란 지방자치단체의 사무를 대행기관이 사실적으로 담당하지만, 그 명목과 책임은 지방자치단체가 가지고 있다. 지방자치단체의 이름과 책임으로 처리하는 업무가 실제에서는 대행기관이 업무를 수행하면서 주민이 대행기관을 행정기관으로 오인하는 문제 등이 발생할 수 있어 법률에 근거를 두고 사무를 처리하는 방식이다.⁶⁰⁾

하지만 법령이나 판례에서 민간위탁과 대행에 대하여 “업무의 대행을 위탁하고”라고 하여⁶¹⁾ 양자를 엄격히 나누고 있지 않은 경우도 존재하고, 대행의 정의와 관련하여 아직도 명확하게 이것이라고 이론적으로도 확립되지 못한 상황에서⁶²⁾ 실무적으로는 민간위탁과 대행이 혼용되어 운용될 수밖에 없어, 양자를 구별할 실익이 있는지와 더불어 구별의 필요가 있다면 어떠한 기준으로 두 개념을 구별해야 하는지가 문제로 제기될 수 있다.

(2) 문제의 해결

대행의 법적 성격을 민간위탁의 유형으로 보거나 사무지원으로 보는 등 독자성을 부인하는 견해가 존재하지만,⁶³⁾ 실무에서는 대행을 민간위탁과 구분하여 법적 효과를 달리하고 있다.⁶⁴⁾ 특히 지방자치단체가 수행하는 대행사무의 경우 민간위탁과 구분해야 하는 가장 큰 이유는 후술하게 되는 지방의회의 동의 조항과 관련된다. 즉, 대행의 독자성을 부인하고, 민간위탁 등의 한 유형으로 본다면 지방의회의 동의가 이루어져야 하지만, 대행의 독자성을 인정한다면 대행의 경우에는 지방의회의 동의를 받지 않아도 된다는 점에서 구별의 실익이 있다. 이러한 구별은 민간위탁의 경우 책임의 귀속 여부가 변경되는 것에 비하여 대행은 책임의 귀속 자체가 변경되지 않는다는 점에 기인한다.

지방자치단체에서 두 개념이 혼용되는 문제점은 대행이 가지는 운영 방식에서 시작한다. 즉, 첫째, 행정기관의 명목은 그대로 사용하면서 실무적 사무에 대해서만 대행기관이 행사하도록 하는 경우와 둘째, 대행기관이 실제로 자신의 이름과 권한으로 행사를 하지만 법률적 효과는 행정기관에 귀속하는 경우를 모두 대행이라고 하고 있다.⁶⁵⁾ 지방자치단체의 사무에 있어서 중요한 기준점을 제시하는 법제처도 최근의 견해에서는 전자의 입장을 채택하고 있지만⁶⁶⁾ 종전에는 대행기관이 자신의 이름으로

60) 법제처 의견 20-0009, 2020. 2. 3.

61) 대법원 2018. 2. 13. 선고 2014두11328 판결.

62) 한국법제연구원, 「대행제도의 법리적인 분석을 통한 법제 개선방안 연구」, 한국법제연구원, 2017, 67면.

63) 이상수, “행정사무의 대행에 관한 행정법적 고찰”, 「서울법학」, 제24권제4호(2017), 258-259.

64) 이상수, 위의 논문, 264-265면.

65) 김승열, “정부업무 민간위탁의 한계와 공정성 확보방안”, 「법제」, 제513호(2000), 59면.

66) 법제처, 앞의 책(주18), 501면.

권한을 행사하는 것이라고 해석하고 이에 대하여 그 견해에 대한 변경을 공지하고 있지 않음에 따라⁶⁷⁾ 실무상 혼란을 부채질하고 있다.

하지만 대행의 정의와 관련하여 행정기관의 명의로 업무를 수행해야 한다는 견해는 첫째, 대행기관의 명의로 한다면 이는 민간위탁과 구분할 실익이 없고, 둘째, 국민은 매번 대행한 행정기관의 존재를 예측하기 어려울 뿐 아니라, 셋째, 대행기관의 명의로 업무를 수행하는 입법례가 마련되더라도 실무상으로 민간위탁으로 회귀할 수밖에 없다는 점을 논거로 제시한다.⁶⁸⁾ 반면, 대행기관의 명의로 업무를 수행할 수 있다는 견해는 대행이 법률에 근거하여 운영되고, 대행을 하면서도 행정기관과의 관계를 명시하지 않고 업무를 수행하는 만큼 대행기관은 자신의 명의로 권한을 행사할 수 있다고 본다.⁶⁹⁾

실무적으로 민간위탁과 대행은 다음과 같은 점에서 차이를 인정하기는 어렵다. 첫째, 민간위탁과 대행의 구분은 이론적으로만 구분이 가능할 뿐 실무에 있어서 매번 행정기관의 명의를 사용하기 위하여 행정기관에 관련 명의 사용을 요청하는 것이 어려운 현실에서 대행임에도 위탁으로 운영되고 있다.⁷⁰⁾ 둘째, 대행의 정의와 관련된 논거조차도 행정기관의 명의를 그대로 사용하면서 실무적인 사무에 대해서 대행기관이 행사하는 경우를 민간위탁의 유형으로 보는 견해가 존재하는 반면,⁷¹⁾ 대행기관의 명의로 사무를 처리하는 것이 민간위탁의 한 유형이라고 보는 견해가 존재한다는 점에서⁷²⁾ 아직도 이론적으로도 명확하게 민간위탁과 대행을 구분하지 못하고 있다. 마지막으로 예산편성에서 민간위탁이란 “지방자치단체가 「지방자치법」 제104조 제3항에⁷³⁾ 의한 위임 또는 위탁, 대행사무에 수반되는 경비로서 위임 또는 위탁, 대행하는 자에게 지급하는 자본 형성적 경비 이외의 부담경비”로 사용되고 있는 만큼⁷⁴⁾ 양자를 구분하는 것이 과연 바람직한가에 대한 문제는 제기될 수밖에 없다.

하지만 지방자치단체의 경우 민간위탁과 대행은 행정 절차적 측면에서 명백한 구분이 가능하다는 점에서 활용도를 없애거나 개념의 통일적 정립이 필요하다.⁷⁵⁾ 민간위탁과 대행을 다음과 같이 실무적으로 구분해 보면, <표-4>와 같이 정리할 수 있다.

67) 법제처, 의견 11-0150, 2011. 8. 1.

68) 김용욱, “행정조직 정립에 기초한 행정상 위임·위탁, 민간위탁, 내부위임, 대리, 대행 비교 연구”, 「공법연구」, 제47집제4호(2019), 358면.

69) 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2018, 928면.

70) 김용욱, 앞의 논문, 361면.

71) 김승열, 앞의 논문, 59-60면.

72) 김용욱, 앞의 논문, 358면.

73) 「지방자치법」(법률 제17893호, 2021. 1. 12. 전부개정)에 따라 조문이 변경되었음에도 이를 반영하지 않은 것으로 보인다.

74) 「지방자치단체 예산편성 운영기준」 제6조제2항 및 별표 11.

75) 김용욱, 앞의 논문, 362면.

76) 법제처 의견 15-0110, 2015. 6. 9; 지방공기업에 대한 대행의 근거는 「지방공기업법」 제71조제1항이며, 지방자치단체의 출자·출연기관에 대한 대행의 근거는 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제21조제1항이다.

<표 - 4> 민간위탁과 대행의 구분 기준

구분	민간위탁	대행
법적 근거	법령 및 자치법규	법률 ⁷⁶⁾
사무의 명의자	위탁기관	지방자치단체
책임의 귀속	위탁기관 + 지방자치단체	지방자치단체
지방의회의 동의	사전동의 필요	동의 필요 없음
예산 항목	민간위탁금(307-05)	민간대행사업비(402-02) 공기관 대행사업비(403-02)

민간위탁과 대행의 구분과 관련한 논의에서 대립 없이 인정되는 사항은 법적 근거⁷⁷⁾와 책임의 귀속 그리고 지방의회의 동의 여부이고, 일치되지 못한 부분은 사무의 명의를 누구의 것으로 하는가의 문제이다.

민간위탁은 지방자치단체의 사무를 수탁기관이 수행한다는 점에서 법적 근거가 있어야 함은 당연하고 사무의 종류 또한 주민의 권리와 의무와 관련 없는 경우에 한정된다는 점에서 수탁기관의 명의로 책임으로 사무를 수행하더라도 민간의 전문성과 행정의 효율성을 활용하기 위하여 인정되는 민간위탁 제도의 존재 이유에 부합하는 방식이다. 하지만 대행은 사무가 주민의 권리·의무와 관련된 사항도 가능하다는 점에서 법령이 아닌 법률에 근거를 필요로 하며, 행정기관의 명의로 사용이 어렵다는 한계점 때문에 대행의 경우에도 대행기관의 명의로 활용할 수 있도록 해야 한다는 견해는 이로운 부분만을 취하고 불편한 부분을 배제하려는 행정편의주의에 불과할 뿐만 아니라 견제와 균형의 원리에 따라 운영되고 있는 지방의회의 동의를 사문화시킬 수 있다. 그렇다면 대행기관에 대한 사무의 주체는 지방자치단체이고, 주체가 대행기관에 이전되지는 않는 상황에 대행기관은 사실적인 운영만 담당하도록 하는 것이 대행제도가 가지는 존재의의에 부합하는 해석이다.

결국, 민간위탁과 대행의 구분 기준은 첫째, 법적 근거가 자치법규로서 가능한 것인가의 여부이고, 둘째, 사무의 명의를 누구인가로 구분하여야 하는데, 사무의 명의를 대행기관의 이름으로 이루어지고 있다면, 실질적으로 이것은 민간위탁으로서 사무를 집행하는 것인 것에 비하여 지방의회의 동의를 피하고자 편법적인 방식으로 운영되고 있는 위법한 행정행위라고 보는 것이 타당하다.

77) 지방자치의 확대와 더불어 자치법규인 조례가 단순히 행정규칙이 아닌 법률적 성격을 가지는 자치법규로서의 성격을 가진다는 점에서 이를 일률적으로 법률에 한정될 필요는 없고 조례 또한 법률과 같이 주민에게 공개된다는 점에서 대행의 경우에도 조례를 근거로 할 수 있다고 보아야 한다. 이태정, “지방자치단체 사무의 대행에 대한 조례 제정 가능성”, 『법제』 제690호, (법제처, 2020), 214-215면.

5. 민간위탁 사무에 대한 지방의회의 동의 여부

(1) 문제의 제기

지방자치단체 사무를 민간위탁할 때 대다수 조례에서 지방의회의 동의를 받도록 규정하고 있으며,⁷⁸⁾ 일부 지방자치단체에서는 재위탁의 경우도 지방의회의 동의를 받도록 그 대상을 확대하고 있다.⁷⁹⁾

민간위탁에 대한 지방의회의 동의 대상은 민간위탁의 가부에 불과하고 구체적인 사항까지의 동의를 요구하는 것은 아니다.⁸⁰⁾ 하지만 다음과 같은 견해 대립이 존재한다. 첫째, 민간위탁에 대한 지방의회 동의에 대한 유·무효의 문제이고, 둘째, 지방의회 동의가 유효하다면, 민간위탁의 어느 범위까지 동의가 필요한 것인가의 문제이다.

(2) 문제의 해결

가. 민간위탁에 대한 지방의회 동의의 유·무효설

유효설이자 판례는 “지방의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 지방자치단체장의 사무 집행을 감시 통제할 수 있고 지방자치단체장은 지방의회의 의결에 대한 재의요구권 등으로 의회의 의결권행사에 제동을 가할 수 있게 함으로써 상호 견제와 균형을 유지”하는 방안으로서 민간위탁에 대하여 사전에 동의를 받도록 하는 것은 지방자치단체의 장의 집행 권한에 대한 본질적인 침해가 아니라고 본다.⁸¹⁾ 반면, 절충설은⁸²⁾ 민간위탁의 근거를 이원화하여 일반 조례에 따른 민간위탁에 대한 지방의회의 동의는 유효하지만, 개별 조례에⁸³⁾ 근거하였으면 지방자치단체의 장의 본질적 권한을 침해하는 것으로 본다. 즉, 일반 조례에 따라 민간위탁을 할 수 있음에도 개별 조례에서 민간위탁을 할 수 있다고 다시 규정하였는데 또다시 지방의회의 동의를 받도록 하는 것은 개별 조례에 관한 판단의 효력을 부정하는 것이자, 지방의회의 전면적 개입을 허용하는 것이다. 또한, 중앙행정기관이 위탁할 때는 일반 법령에 근거할 수 있다는 법리와 더불어 국회의 동의를 받지 않는 점 등을 고려하면 지방의회의 사전동의를 불필요한 것이고, 개별 조례에서 민간위탁을 규정했다면 지방의회가 위

78) 부산, 충남, 경남의 경우 공공위탁의 경우에도 지방의회의 동의를 받도록 규정하고 있다.

79) 「대전광역시 사무의 민간위탁 촉진 및 관리조례」(대전광역시조례 제5622호, 2021. 4. 9. 일부개정) 제4조제3항 후단.

80) 홍정선, 앞의 책, 226면.

81) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009후121 판결.

82) 절충설을 주장한 홍정선 교수도 일반 조례에 따른 민간위탁의 법적 효력을 부정하지만, 법적 근거가 된다는 판례의 입장에 따라 절충적 입장을 서술한 것이므로(홍정선, 앞의 책, 49면), 민간위탁의 경우 지방의회의 동의가 필요 없다는 부정설이라고 보아야 한다.

83) 개별 조례의 규정 방식이 “... 위탁한다.”와 같은 의무 규정인지 아니면 “... 위탁할 수 있다.”와 같은 임의 규정인지와 관련하여, 의무 규정은 지방자치단체의 장의 집행 권한을 본질에서 침해할 수 있다는 점에서 타당하지 않지만(법제처 의견 20-0002, 2020. 1. 14.) 임의 규정은 법령의 범위라는 자치조례의 한계에서 규정한 것으로 유효하다는 취지를 고려하였을 때(대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두7135 판결), 절충설의 견해에서 전제하는 규정 방식은 임의 규정에 따른 방식이라고 볼 수 있다(홍정선, 앞의 책, 48면).

탁을 승인해 준 것으로 본다.⁸⁴⁾

민간위탁에 대한 지방의회 동의를 검토하면, 절충설은 개별 조례에 대한 지방의회 동의는 이중 제한이며, 정부법령체계와 비교할 때 지나친 제약이라는 것이지만, 후술하는 바와 같이 타당하지 못하므로, 판례의 입장인 긍정설이 타당하다.

나. 민간위탁에 대한 지방의회 동의의 성격

민간위탁에 대한 지방의회의 동의는 지방자치단체의 장의 독주와 남용을 제한하고 효율성과 공정성을 담보하기 위한 측면이라는 점에서⁸⁵⁾ 절차보다는 실체적 측면에 대한 동의를 의미한다.⁸⁶⁾ 지방의회의 동의를 배제하기 위하여 일반적·추상적 성격을 가지는 개별 조례를 규정할 때는 지방자치단체의 장의 재량이 인정되지 않을 정도의 지속적 행위로서의 구체성이 요구되며,⁸⁷⁾ 구체성의 정도는 지방의회가 동의한 것으로 해석될 수 있을 정도의 특별규정이 포함되어야 한다.⁸⁸⁾ 즉, 사무를 의무적으로 민간위탁하도록 하거나 민간위탁의 기준과 방법을 구체적으로 정하여 이러한 절차와 기준에 따르기만 하면 민간위탁 대상자와 수탁금액 등 세부적 내용이 정해질 수 있을 정도를 의미할 뿐,⁸⁹⁾ 절차적 측면이 강한 위탁자 신청 자격이나 선정기준 등의 규정은 지방의회의 동의를 배제할 수 있는 특별규정에 포함되지 않는다.⁹⁰⁾

다. 이중 제한이라는 절충설과 실무와의 충돌

민간위탁의 지방의회 동의 대상과 관련하여 절충설은 “사무”에 대한 지방의회의 동의가 있으면 충분하다는 생각으로 보인다. 즉, 개별 조례에서 민간위탁 사무에 관하여 규정하였음에도 불구하고, 지방의회에 또다시 그 사무를 민간위탁할 것인가에 대한 동의를 받도록 하는 것은 이중 제한에 불과하다는 것이다.

반면 법제처는 민간위탁에 대한 지방의회 동의는 사무뿐 아니라 수탁기관까지도 포함한다고 해석한다. 따라서 특별규정은 “...에 관한 업무는 000에게 위탁한다.”⁹¹⁾와 같은 형식을 요구하고 있다는 점에서⁹²⁾ 절충설과 차이를 보여준다.

지방의회의 동의 대상에 “사무”가 포함된다는 점에서는 모든 견해가 같다.⁹³⁾ 다

84) 홍정선, 앞의 책, 185면; 재위탁의 경우에는 동의나 동의에 갈음하는 보고가 아니라 보고로 충분하다는 견해와(홍정선, 앞의 책, 186면) 민간위탁 해지의 경우 사전동의는 집행권에 대한 지나친 제한이라는 견해(법제처, 앞의 책(주7), 245면)가 있으나 본 연구에서는 별도로 논의하지 않기로 한다.

85) 대륙법계는 실체법 중심으로 국가의 공익 실현 의무를 중시하지만, 영미법계는 절차적으로 제어하면 충분하다는 사상에 근거한다. 이계수, “절차적 정의의 신자유주의적 변용 — 행정절차법의 입법사를 중심으로”, 「민주법학」 제70호(2019), 60-72면.

86) 절차적 측면은 <표-3>과 같이 이미 법령이나 자치법규를 통하여 명시되고 있을 뿐 아니라 일부 생략된 것이 있다면 관련 규정을 준용하는 방식으로 보완해 나갈 수 있을 것이므로, 지방의회 동의에 대한 필수적인 요건이라고 볼 수는 없다.

87) 법제처 의견 13-0063, 2013. 2. 28.

88) 법제처, 앞의 책(주7), 246면.

89) 법제처 의견 21-0412, 2022. 2. 7.

90) 법제처 의견 21-0198, 2021. 8. 31.

91) 엄격한 해석에 따라 지방자치단체의 장의 지정에 따라 이루어지는 기관에 위탁한다고 규정한 것도 지방의회의 동의 대상으로 보고 있다. 법제처 의견 17-0197, 2017. 7. 25.

92) 법제처 의견 16-0250, 2016. 9. 7.

만, 차이점은 절충설은 지방의회의 동의 대상을 “사무” 하나로 본 것에 비하여 법제처와 지방의회 실무는 지방의회의 동의 대상에 “사무”뿐 아니라 “그 밖의 사항”도 동의 대상이라는 보고 있다. 따라서 개별 조례에 사무가 규정되어 있음에도 지방의회의 동의를 요구하는 것에 대하여 절충설은 이중 제한이라고 보았지만, 법제처와 실무는 지방의회의 동의를 보완하기 위한 정상적인 동의 절차로 이해하게 된 것이다.

라. 민간위탁에 대한 지방의회의 동의 대상이 “사무” 하나뿐인가?

지방의회의 민간위탁 실무에서 이루어지는 동의 항목은 “위탁사무”, “위탁기간”, “위탁방식”, “참가자격”, “위탁금액” 등이며, 이는 법제처가 밝힌 “사무”와 “대상기관”보다는 더 확대된 것이다. 실무와 법제처의 견해에서 “사무”는 중복되고, “대상기관”은 추가된 상황에서, 정리하면 지방의회의 동의는 “무엇을”, “누구에게”, “얼마 동안”, “어떤 방식”으로 위탁할 것인가와 더불어 “금전적 부담”에 대한 5가지 항목이 실무에서 지방의회 동의 항목이다. 다만, 5가지 항목을 일반적·추상적인 법령에 규정하는 것은 다르다는 점에서 이러한 성격을 고려하여 견해의 대립 없이 인정되는 “사무”를 제외한 항목 중 개별 조례를 통해서 지방의회의 동의에 갈음할 수 있을 정도로 규정할 수 있는 것은 무엇인가에 대하여⁹⁴⁾ 다음과 같이 검토해 볼 수 있다.

첫째, 위탁방식의 경우 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에서 입찰방식으로 일반입찰 등 계약의 방식에 관하여 규정하고 있어 개별 조례에서 이를 규정할 실익이 적을 뿐 아니라, 위탁 방식은 실제적 항목보다는 절차적 측면이 강하다는 점에서 지방의회 동의에 있어서 필수적인 특별규정에 해당한다고 볼 수는 없다.

둘째, 참가 자격의 경우 「지방자치법」에서 민간위탁의 참가 자격을 “법인·단체 또는 그 기관이나 개인”이라고 명시한 상황에서 개별 조례에서 일부 참가 자격을 제한하는 것은 결국 추상성을 유지하면서 대상을 좀 더 명확히 한 것에 불과할 뿐 아니라, 구체성에 대한 예측 가능성도 제공해 줄 수 없다는 점에서 지방의회의 동의를 받아야 할 정도로 지방자치단체의 장의 재량권을 제한해야 하는 특별규정에 해당한다고 볼 수 없다.

셋째, 위탁기간을 개별 조례를 통해서 제한하는 것은 지방자치단체의 장의 재량권에 대한 본질적 권한을 침해할 뿐 아니라,⁹⁵⁾ 지방자치단체의 장이 위탁기간에 대한 재량권을 행사하지 않으면 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법 사유를 구성할 수 있다.⁹⁶⁾ 하지만 재량권의 본질적 권한 침해 여부는 지방의회가 조례안을 발의할 때 문제 될 수 있는 사항이며, 지방자치단체의 장이 민간위탁 기간을 정하여 자치법규에 대한 심의를 요청하는 경우가 재량권의 불행사에 해당한다고도 볼 수 없다. 지방의회 실무에서 위탁기간이 지방의회 동의 사항에 포함되어 운영되고, 위탁기간을 정하

93) 행정안전부, 앞의 책, 61-62면.

94) 지방의회의원이 조례안을 발의하는 경우는 지방자치단체의 장의 권한에 대한 사전적·적극적 침해에 해당할 수 있는 항목으로 해석될 수 있어, 이하에서 논의는 지방자치단체의 장이 조례안을 발의할 때에 대하여 논의하고자 한다.

95) 법제처 의견 13-0314, 2013. 10. 18.

96) 대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결.

는 것이 지방자치단체의 장의 재량에 해당하여⁹⁷⁾ 지방의회의 관여가 제한된다는 점 등을 고려하면 위탁기간은 중요사항이어서 지방의회의 동의가 필요할 뿐만 아니라 이러한 사항을 자치법규에 규정하는 것이 입법적으로 불가능하다고도 볼 수 없는 만큼, 위탁기간은 특별규정에 포함된다고 해석할 수 있다.

넷째, 위탁금액의 경우 지방자치단체의 재정적 부담을 수반하는 것으로 지방의회의 동의를 받아야 한다. 다만, 개별 조례에서 위탁금액 산정에 대한 방식이 아니라 위탁금액을 규정하는 것은 입법 기술적으로 가능하지도 않을 뿐만 아니라 타당하다고 볼 수도 없고, 위탁금액이 특별규정에 포함하지 않더라도 「지방자치법」 제47조 제2호에 따라 지방의회의 예산안 심의를 통하여 충분히 지방의회의 통제가 발휘될 수 있다는 점에서 특별규정에 포함된다고 볼 실익도 없다.

마지막으로 법제처의 견해와 같이 대상기관을 개별 조례에 명시하는 것이 특별규정에 포함될 수 있는가에 대하여 살펴보면, 수의계약이 가능한 범위에서 타당하다고 볼 수 있다. 즉, 수탁기관을 개별 조례에 명시하기 위해서는 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」이나 「공유재산 및 물품 관리법」에⁹⁸⁾ 따른 수의계약이 가능해야 한다. 즉, A 사무를 甲 단체에 민간위탁하도록 개별 조례를 근거로 계약을 하기 위해서는 수의계약 이외에는 방법이 없다. 수의계약을 할 수 없는 기관에 대하여 민간위탁을 하도록 하는 것은 법령 위반이 될 뿐이다. 정리하면, 수의계약이 가능한 경우라면 조례에 대상기관을 명시하는 것이 가능하겠지만, 그렇지 못한 경우라면 조례에 대상기관을 명시하는 것이 법령 위반을 구성한다고 볼 수 있다. 덧붙여 실무적으로 개별 조례에 따른 방식이 아닌 지방의회에 동의안을 제출할 때는 수탁기관을 지정하는 방식으로 위탁 동의를 이루어지고 있으며,⁹⁹⁾ 해제조건부 행정계약도 가능하다는 점에서¹⁰⁰⁾ 대상기관에 대한 지방의회 동의를 받도록 하는 방식은 타당할 수 있다.

이상의 내용을 정리하며 민간위탁에 있어서 지방의회의 동의를 필수적으로 받아야 할 항목은 수의계약이 가능한 수탁기관일 경우에는 “사무”와 “위탁기간”에 대하여 “수탁기관”이 지방의회의 필수 동의 사항이고, 수의계약이 가능하지 않은 수탁기관에 민간위탁하거나 일반입찰의 방식을 활용할 때는 “사무”와 “위탁기간”까지만, 지방의회의 필수 동의 사항이라고 할 것이다. 즉, 수의계약이 가능한 경우에는 “사무”와 “위탁기간” 및 “수탁기관”에 대한 동의가 이루어져야 하고 개별 조례에서는 “...사무를 △△년 동안 〇〇〇에 위탁한다.”와 같은 방식이 활용되고, 그렇지 못한 경우에는 “사무”와 “위탁기간”이 지방의회의 필수 동의 사항이라고 할 것이므로, “...사무를 △△년 동안 위탁한다.”라는 형식이 요구된다고 보아야 한다.¹⁰¹⁾ 다만, 개별 조례에서

97) 행정재산 관리의 경우에는 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제19조에 따라 5년의 기간 제한이 적용되지만 그렇지 않은 자치사무일 때 지방자치단체의 장이 자율적으로 기간을 정하여 운영할 수 있다. 법제처 의견 11-0058, 2011. 5. 12.

98) 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제19조의5에서 규정하는 다른 법령에는 조례는 포함되지 않는다. 법제처 의견 20-0296, 2020. 12. 2.

99) 제주특별자치도의회 의안번호 11-2766, 남원 파크골프장 운영·관리 사무의 민간위탁 동의안(2022. 6. 21. 본회의 의결).

100) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2011다88313 판결.

101) 수의계약에 따른 수탁기관을 선정하지 않는다는 전에서 수탁기관을 제외하여 개별 조례를 입안한 이후에 수의계약에 따라 민간위탁을 하는 것은 개별 조례안의 심의 과정에서 지방의회를 기만한 것이므로, 수탁기관을 제외하여 규정하였을 때는 실제 민간위탁 추진과정

수탁기관을 정하여 위탁하면서 위탁기간을 정한 경우에는 개별 조례를 삭제하지 않는 이상 기간의 정함이 없이 민간위탁을 하는 결과와 다르지 않다고 할 것이므로, 실질적으로는 “...사무를 000에게 위탁한다.”와 같은 방식이면 충분하다.

이상의 내용을 정리하면 절충설과 같이 “사무”만이 민간위탁에 대한 지방의회 동의의 중요사항이라고 볼 수는 없고, 최소 위탁기간 또는 수탁기관까지를 포함한다고 보아야 하고, 이러한 측면에서 수탁기관을 전제로 하는 법제처의 견해는 일부 수긍할 수 있다고 할 것이다.

마. 민간위탁에 대한 정부법령체계와 지방법령체계의 일치 여부

민간위탁에 있어서 정부법령체계와 지방법령체계를 달리 볼 필요는 없지만, 지방법령체계에 따른 민간위탁에서 정부법령체계는 보충적으로 적용되는 것에 불과하다. 자치법규가 법령의 범위에서 제정되어야 한다는 한계가 있기는 하지만, 법령이더라도 자치권의 본질을 훼손할 수는 없다는 헌법적 요청을 고려하면,¹⁰²⁾ 법령의 명시적 규정도 없이 해석에 따라서 지방자치단체의 민간위탁 체계가 위법하다고 볼 수는 없다. 또한, 정부와 국회의 관계와 지방자치단체와 지방의회의 관계와 유사하다고는 볼 수 있지만, 법령체계에서 양자가 무조건 같지 않다는 점에서¹⁰³⁾ 지방자치단체의 민간위탁 사무에 대하여 지방의회의 동의를 받는 것이 지나친 제약이라고 볼 수는 없다.

IV. 결론

지방자치단체와 중앙행정기관의 민간위탁은 행정의 효율성을 높이려는 방안으로 도입된 취지는 같을지 몰라도 행정행위 방식은 분명 다르다. 즉, 지방자치단체가 민간위탁을 하기 위해서는 “조례나 규칙”으로 정해야 하는 한계점이 존재한다. 그러므로 단순히 민간위탁의 방향성을 제시하는 일반 조례를 근거로 한 민간위탁은 잘못된 것이고, 개별 조례를 통하여 민간위탁의 법적 근거를 마련해 나가야 함은 지방자치단체의 민간위탁이 안고 가야 할 숙명이다. 이와 더불어 공공위탁과 민간위탁은 엄연히 다른 법적 근거를 두고 있음에도 불구하고 사무가 다른 기관에 이전된다는 점에서 같고, 그 행사 방법도 “조례나 규칙”으로 정하도록 하고 있다는 점에서 공공위탁과 관련된 일반 조례가 없는 경우에는 민간위탁에 관한 규정을 준용할 수 있다.

마지막으로 민간위탁은 장점이 분명히 존재하지만, 사업비를 행정기관이 전부 부담함에 따라 예산의 낭비가 발생할 수 있다는 점과¹⁰⁴⁾ 더불어 운영비 지급이 가능함에 따라 보조금 지원의 우회 수단으로 활용될 수 있는 여지도 충분하다. 지방자치단

에서 일반입찰의 방식에 따라야 한다.

102) 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌라6 결정.

103) 국회의 경우 법률안의 발의하는 데 있어서 정부의 고유권한이기 때문에 제한된다는 논거가 없는 것에 비하여, 지방의회는 조례로 규정하여야 하는 상황임에도 불구하고 지방자치단체의 장의 고유권한에 대하여는 발의조차도 할 수 없다는 점에서 분명 차이점은 존재한다. 법제처 의견 20-0293, 2021. 1. 13.

104) 홍정선, 앞의 논문, 87면.

체의 장의 독주와 남용을 제한하기 위하여 도입된 지방의회의 동의는 이러한 점에서 십분 그 역할을 톡톡히 수행할 수 있는 근거가 된다. 하지만 아직 민간위탁에 있어서 지방의회의 동의 사항이 무엇인지에 대하여 명확히 논의하고 있는 문헌이 없다는 점에서 “사무”, “위탁기간” 및 “수탁기관”이 지방의회의 필수 동의 사항이라는 이 연구가 그 시발점이 될 수 있기를 기대한다. 또한, 앞서 검토한 사항 중 지방자치단체의 장이 일정한 법률 요건을 검토하여 재량권을 행사한 결과를 자치법규에 규정하는 것이 재량권의 불행사에 해당하지 않는다는 점과 더불어 개별 조례에 민간위탁의 기준과 방법을 구체적으로 정하여 이러한 절차와 기준에 따르기만 하면 민간위탁 대상자와 수탁금액 등 세부적 내용이 정해질 수 있을 정도로¹⁰⁵⁾ 규정하는 것이 무엇인가에 관해서는 후속 연구를 기대하는 바이다.

105) 법제처 의견 21-0412, 2022. 2. 7.

[참고문헌]

- 대전광역시, 「자치법규 길라잡이」, 대전광역시, 2022.
- 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2018.
- 법제처, 「자치법규 입안 길라잡이」, 법제처, 2018.
- , 「법령 입안·심사 기준」, 법제처, 2021.
- 한국법제연구원, 「대행제도의 법리적인 분석을 통한 법제 개선방안 연구」, 한국법제연구원, 2017.
- 행정안전부, 「(지방자치단체 사무의)민간위탁 실무편람」, 행정안전부, 2003.
- 홍정선, 「민간위탁의 법리와 행정실무」, 박영사, 2015.
- 김동욱, "제주특별자치도 민간위탁 및 공기관 대행사업 예산 운영현황 분석과 조례 정비 방안", 「정부회계연구」, 제14권제1호(2016).
- 김성룡, "법 이론과 실무에 던지는 물음, '법학의 학문성': 법학의 학문성에 관한 논의가 우리에게 던지는 과제", 「형사소송 이론과 실무」, 제7권제1호(2015).
- 김승열, "정부업무 민간위탁의 한계와 공정성 확보방안", 「법제」, 제513호(2000).
- 김용욱, "행정조직 정립에 기초한 행정상 위임·위탁, 민간위탁, 내부위임, 대리, 대행 비교 연구", 「공법연구」, 제47집제4호(2019).
- 송시강, "행정권한 민간위탁의 헌법상 한계", 「행정법연구」, 제63호(2020).
- 신가희·최근호·문명재, "지방정부의 민간위탁 결정에 미치는 영향요인에 관한 연구: 거래비용개념의 외연적 확장을 중심으로", 「지방정부연구」, 제20권제1호(2016).
- 신상민, "행정사무의 민간위탁에 관한 행정법적 고찰", 「법학논총」, 제32호(2014).
- 이계수, "절차적 정의의 신자유주의적 변용 — 행정절차법의 입법사를 중심으로", 「민주법학」, 제70호(2019).
- 이상수, "행정사무의 대행에 관한 행정법적 고찰", 「서울법학」, 제24권제4호(2017).
- 이현우, "지방자치단체 민간위탁의 운영성과분석: 경기영어를마을을 중심으로", 「한국정책연구」, 제11권제1호(2011).
- 임도빈·정지수, "공공기관 민간위탁의 허실 - 정치성인가 경영성인가?", 「한국행정연구」, 제24권제3호(2015).
- 정주백, "아리스토텔레스 정식 비판", 「헌법논총」, 제27집(2016).
- 최윤영, "지방자치단체 사무 민간위탁의 법적 근거", 「지방자치법연구」, 제14권제4호(2014).
- 최철호, "행정권한의 민간위탁에 관한 법적기준의 설정과 한계", 「법학논총」, 제20권(2008).
- 홍정선, "지방자치법상 민간위탁의 개념- 행정실무상 유사개념과의 비교를 중심으로", 「지방자치법연구」, 제13권제4호(2013).

[Abstract]

A Legal Discussion on some Practical issues for the Contraction-out of Local Governments

Kim-bongyeon(Chungnam National University, Ph. D. in Law Candidate)

Lee-sangmin(Seongnam City Council Legislation advisor, Ph. D. in Law)

The Contraction out of local government has been administered without any definite standards, so some practical issues are exposed, where the only legal basis for it is a provision of the Local Autonomy Act. However, such practical issues consequently become the issue of whether it needs the consent of the local council.

Even the contracting out of local governments based on laws and the contracting out between local governments, if necessary, should be subject to local laws and regulations and public agencies should be restrictively interpreted, ultimately to clarify the objects of the consent of local councils. How to administer the consent of local councils appears as an issue in regard to the councils' authority to consent.

Although the contracting out of local governments is intended to use private agencies' expertise and ensure the public openness to citizens, by allowing them to participate in public sectors, its nature as public affairs does not change. It is thus necessary to consider the rule of local councils' consent in terms of the contraction out of local governments, as a measure for controlling the general monopolization of heads of local governments and securing the efficiency and fairness of it, for executive agencies and local councils to pursue public benefit, based on the principle of check and balance.

Keywords: Local Governments, Contraction Out, Contracting out between Local Governments, Agency Service System, Consent of the Local Council

법익론의 최신 쟁점*

울프리트 노이만(Ulfrid Neumann)**
안 수 길*** 옮김

· 논문접수: 2022. 07. 04. · 심사개시: 2022. 07. 13. · 게재확정: 2022. 07. 22.

* 이 글은 울프리트 노이만 교수가 2013년 4월 2일 서울(한양대학교)에서 발표한 강연문인 “Aktuelle Probleme in der Diskussion zum strafrechtlichen Rechtsgut”을 한국어로 옮긴 것이다.

** 독일 프랑크푸르트대학교 법과대학 명예교수(형법·형사소송법·법철학·법사회학 담당).

*** 명지대학교 법과대학 법학과 조교수.

I. 머리말

법익론은 오랜 기간 독일 형법학의 논의를 지배해 왔을 뿐만 아니라 국제적으로도 인정을 받아 온 이론입니다.¹⁾ 그러나 이 이론에 대해서는, 특히 독일의 논의에서, 비판도 거세지고 있습니다.²⁾ 그 비판은 체계내재적(systemimmanent) 법익 개념보다는 주로 체계초월적(systemtranszendent) 법익 개념을 향해 있습니다. 두 개념의 차이부터 되짚어 보겠습니다.³⁾ **체계내재적** 법익 개념은 **현행법상**의 범죄구성요건과 관련이 있습니다. 즉, 이 개념은 특정한 구성요건에 의해 보호되는 이익이나 가치는 무엇이나 하는 물음에 답합니다. 이 개념이 구성요건의 해석에서 중요하다는 사실에 착안해 이를 ‘방법론적’ 법익 개념이라 부르기도 합니다. 반면에 **체계초월적** 법익 개념은 입법자가 형벌을 정당하게 사용해서 보호**해도 되는** 이익과 가치는 무엇인가라는 질문에 답합니다. 체계내재적 법익론이 법률 해석자를 위한 것이라면, 체계초월적 법익론은 입법자를 위한 것이라 하겠습니다. 저는 오늘 이 강연에서 ‘체계초월적’ 법익 개념만을 다루려고 합니다. 자신의 발상지인 독일에서 곤경에 처한 것은, 방금 언급한 바와 같이, ‘체계초월적’ 법익 개념이기 때문입니다.

가장 먼저 말씀드릴 것은 학문이론인 법익론은 다른 학문이론들과 경쟁하고 있다는 사실입니다. 그러한 경쟁자로는 범죄를 **권리침해**로 규정하고 그에 따라 피해자의 주관적 권리를 침해하는 행위만이 범죄가 될 수 있다고 보는 견해를 들 수 있습니다.⁴⁾ 또 형법은 법익침해가 아니라 사회의 가치관과 행동양식을 위반하는 행위에 대응하는 것이라고 하는 **행태범죄**(Verhaltensdelikt) 이론도 들 수 있습니다.⁵⁾ 끝으로 형법을 **규범안정화**(Normstabilisierung)의 수단으로 보는 모델도 꼽을 수 있는데, 이 모델은 형법의 핵심기능을 법익보호가 아니라 중요한 사회규범들의 효력을 보장하는 데에서 찾습니다.⁶⁾ 그러므로 이에 의하면 형법의 효력범위를 정할 때 법익침해라는

1) 예컨대 Young-Whan Kim, “Verhaltensdelikte versus Rechtsgutsverletzungen – Zur aktuellen Diskussion um einen materiellen Verbrechensbegriff”, ZStW 124(2012), 591면; Kaiafa-Gbandi, “Das Strafrecht an der Schwelle zum neuen Jahrtausend: Blick in die Zukunft ohne Blick zurück in die Vergangenheit?”, Prittwitz/Manoledakis(Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende. Deutsch-griechisches Symposium Rostock 1999, 43면, 45면(“독일 형법학이 유럽 법문화에 남긴 가장 중요한 유산” 중 하나인 법익론); Dubber, “Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie. Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht”, ZStW 117(2005), 485면을 볼 것.

2) 구체적인 내용은 NK-Hassemer/Neumann(3. Aufl., Baden-Baden 2010), Vor § 1, 난외번호 166 이하를 볼 것.

3) ‘체계내재적’ 법익론과 ‘체계초월적’ 법익론의 구분에 관해서는 Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens(1973), 19면 이하를 볼 것.

4) Naucke, “Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht”, KritV 1993, 135면 이하.

5) Stratenwerth, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, Hefendehl/von Hirsch/Wohlers(Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder Glasperlenspiel?(Baden-Baden, 2003), 255면, 257면. 또한 Stratenwerth, “Zukunfts-sicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, ZStW 105(1993), 679면, 692면 이하; Stratenwerth, “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’”, Festschrift für Theodor Leckner zum 70. Geburtstag(1998), 377면 이하도 볼 것.

6) Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil(2. Aufl., Berlin/New York, 1991), 2. Abschnitt, 난외번호 2; Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck(2004), 26면 이하. 이 이론의 요약적인 설명은 Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung(Frankfurt am Main,

기준에는 아무런 의미도 부여되지 않게 됩니다.

이와 동시에 법익론은 오직 **입법자**만이 결정할 수 있도록 법으로 정해진 영역을 부당하게 선점한다는 의혹에도 맞서야 합니다. 특히 최근의 연구에서는 법익론에 대해 그러한 월권행위를 한다는 비난이 제기되고 있습니다. 법익론은 **헌법**에서만 도출될 수 있는 입법자의 한계를 자기가 정하겠다고 주장한다는 것입니다.⁷⁾ 이렇게 무리한 요구를 함으로써 법익론은 민주주의적으로 정당화된 입법자의 결정권한을 제약하고 민주주의 원칙을 무시한다는 것입니다.⁸⁾

법익론은 이러한 공격들을 설득력 있게 물리쳐야 합니다. 그렇지 않으면 자신의 원래 입장을 수정해야 합니다. 이제부터 저는 이미 수십 년 전부터 지속되어 왔지만 지금은 오히려 더 격렬해진,⁹⁾ 법익론에 관한 몇 가지 쟁점을 다루고자 합니다. 특히 다음 문제들에 초점을 맞추겠습니다. 첫째, 법익론은 정확히 무엇을 요구하는가? 둘째, 법익론은 실제로 어떠한 능력을 발휘할 수 있는가? 셋째, 법익론은 헌법의 규정들과 어떠한 관계에 있는가? 끝으로 넷째, 법익론은 개조되거나 적어도 보완될 필요가 있는가?

II. 법익론의 요구

1. 법익의 구성

법익론은 무엇을 요청하는가 하는 물음에 답하는 일을 저는 법익론의 요구사항이 **아닌** 것을 언급하는 것으로 시작하겠습니다. 법익론은 법익을 가지고서 입법자를 구속하는 어떤 **이상적인 존재의 모습**을 찾아내자고 요청하는 것이 **아닙니다**. 이 사실은 강조할 필요가 있습니다. 왜냐하면 최근에 법익론에 대해 법익은 “입법자에 선제하는, 그래서 입법자는 그저 모사만 할 수 있는 이상적인 존재가 아니다”¹⁰⁾라는 비판이 제기되었기 때문입니다. 그런데 이 비판은, 논쟁적으로 표현해서 죄송합니다만, 사소합니다. 법익은 당연히 이상적인 존재가 아니라 사회적인 실체일 뿐입니다. 이는 법익이란 사회의 의사소통과정 속에서 구성되는 것이라는 뜻입니다. 다시 말해 법익은, 빈프리트 하세머(Winfried Hassemer)가 표현했듯이, 사회적 합의의 산물입니다.¹¹⁾ 물론 인간학적 상수(常數)로 분류될 수 있는 이익들도 있기는 합니다. 그러나 그러한 이익들조차도 법익을 구성하는 경험적인 요소가 되는 데 그칠 뿐이며 거기에

2012), 13면 이하를 볼 것.

7) Gärditz, “Strafbegründung und Demokratieprinzip”, Der Staat 49(2010), 331면, 352면 이하; Stuckenberg, “Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat”, GA 2011, 653면 이하; Appel, Verfassung und Strafe (1998), 387면 이하도 참조할 것.

8) Gärditz(주 7), 352면; Stuckenberg(주 7), 658면 이하.

9) Stuckenberg(주 7)의 독설적인 비판과 M. Heinrich, “Strafrecht als Rechtsguterschutz – ein Auslaufmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas”, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, 131면 이하의 열정적인 옹호.

10) Gärditz(주 7), 352면.

11) Hassemer(주 3), 153면 이하, 221면 이하; NK-Hassemer/Neumann(주 2), Vor § 1, 난의 번호 139 이하.

법적으로 보호할 가치 있는 이익이라는 규범적 평가가 덧붙여져야 비로소 법익이 됩니다. 이러한 법익의 규범적 요소들이 각각의 문화와 시대에 좌우되는 가치평가에 뿌리박고 있음은 물론입니다.

그런데 바로 법익의 이러한 **문화적·역사적 상대성**이 법익론에 대한 또 다른 비판의 근거로 쓰입니다. 예를 들어 종교에 기초한 국가에는, 세속적인 국가질서에는 낯선 범죄구성요건들이 있을 수밖에 없다는 것이 그 비판의 논거입니다. 다시 말해, 중요한 것은 법익의 보호가 아니라 핵심적인 사회규범을 침해하는 행동양식의 처벌이라는 것입니다. 이러한 규범침해는 사회에 따라 전적으로 다르게 구성되는 이른바 ‘행태범죄’로 유형화된다고 합니다. 슈트라텐베르트(Stratenwerth)가 일부러 노골적으로 표현한 바에 따르면 “예컨대 아마존 강에 사는 마지막 원시부족에게 독일 ‘기본법(Grundgesetz)’의 도입을 권유하는 것은 (...) 별 의미가 없다”는 것입니다.¹²⁾

사회의 기본적인 규범원칙들마저도 문화적·역사적 상대성을 지닌다는 사실은 아무리 강조해도 지나치지 않다는 점에서 위와 같은 비판은 옳습니다. 그러나 각 사회의 기준이 상대적이라는 사실이 실제로 법익론의 반대논거로 주조될 수 있는지는 의문스러워 보입니다. 왜냐하면 법익론은 그러한 상대성을 자기 안에 통합시킬 수 있기 때문입니다. 예를 들면 제가 지지하는 **인격적 법익론**(die personale Rechtsgutslehre)은 스스로를 분명하게 **자유주의적 형법이론**으로 이해합니다. 이 이론은 형법을 시민들을 훈련시키는 수단으로 사용하는 권위주의적인 형법모델과는 결합될 수 없을 것입니다.¹³⁾

바꿔 말해 법익론은 어떤 행동양식을 범죄로 규정할지의 여부를 시간과 공간을 초월하여 구속력 있게 정할 수 있는 모델을 제시하겠다는 주장을 할 수도 없고 하려 하지도 않습니다. 명백하게 특정 종교나 특정 ‘인종론’에 기초한 이데올로기적 국가체제에서는 법익론은 고려 대상이 되지 않습니다. 법익론은 **세속적인 법치국가**의 형법이론으로서 규범질서에서 개인을 우선순위에 두고 인간 존엄성을 헌법적 가치질서의 정점에 놓는 이론입니다.

그런데 법익론의 이러한 자기제한 역시 또 다른 비판의 빌미가 됩니다. 법익론이 사회의 합의절차에 의존한다는 사실은 곧 법익론이 **비판력**을 포기한다는 것을 의미한다는 것입니다. 즉, 법익을 규범적 합의의 산물로 파악한다면 형사입법에 대한 비판은 포기해야만 한다고 논증하는 것입니다. 사회적 합의를 기준으로 삼는다면 그 기준을, 즉 사회적 합의를 비판할 수 있는 가능성은 전혀 존재하지 않게 된다는 것입니다.¹⁴⁾

그러나 이러한 비판은 단견입니다. 법익에 관한 합의는 법익론이 자신의 비판력을 사용하는 대상으로 삼으려 하는 개개의 범죄구성요건에 관한 합의와는 다른, 보다 심층적인 차원에서 이루어지기 때문입니다. 개개의 형벌규정을 검토할 때 관건이 되는 것은 **일관성을 심사하는 것**입니다. 이는 개개의 형벌규정이 법익을 구성하는 근거가 되는 사회규범들과 조화되는가를 묻는 것입니다. 여기에서 법익론은 엄밀히 말

12) Stratenwerth, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, Hefendehl/von Hirsch/Wohlers(Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?(Baden-Baden, 2003), 255면, 257면. 원문에는 “‘본’ 기본법(Bonner Grundgesetz)의 도입을 ...”이라고 적혀 있다.

13) NK-Hassemer/Neumann(주 2), Vor § 1, 난외번호 112.

14) Stuckenberg(주 7), 658면.

해 사회가 일관적인 태도를 취하고 있는지의 여부만 검토합니다. 즉, 법익론은 특정한 범죄구성요건이 사회의 자기이해를 구성하는 기본적인 법원칙과 헌법원칙들의 체계에 모순 없이 통합될 수 있는지를 묻는 것입니다.

2. 범죄구성요건의 신뢰성 판단

이로써 체계초월적 법익론은 범죄구성요건들을, 그것이 현행법상의 것인지 입법론상의 것인지를 불문하고, 정당한 구성요건과 정당하지 않은 구성요건으로 분류하고자 요청하는 것입니다. 이는 법익론의 요청을 일부러 포괄적으로 표현한 것인데, 이렇게 한 데에는 이유가 있습니다. 법익론에 관한 현재의 논의에서는 위의 분류를 할 것인가의 여부만이 아니라 이 분류가 어느 차원에서 이루어지는가의 문제 또한 매우 중요하게 다루어지기 때문입니다.

법익 개념의 비판자들은 어떤 범죄구성요건이 신뢰할 만한 것이 못 된다는 판정(불신임)을 두 가지로, 즉 그 구성요건에 대한 **법적** 불신임과 **법정책적** 불신임으로 날카롭게 구분하고서 이를 통해 법익론을 부차적인 것으로 만들려 합니다.¹⁵⁾ 이 비판자들에 따르면 어떤 범죄구성요건을 법적으로 불신임하는 것은 법익론이 아니라 오직 현행법의 검토에 기초해서만 가능할 뿐인데, 이 현행법의 검토에서도 법익론에는 어떠한 자리도 인정되지 않는다고 합니다. 이러한 관점에 의하면 법익론은 그저 법정책적인 논의에서만 기능할 수 있을 뿐입니다.¹⁶⁾

그러나 이는 법익론의 주장은 물론이고 법익론의 비판력도 오해하는 것입니다. 왜냐하면 오로지 위헌 여부만 문제 되거나 오로지 법정책적 요청만 문제 되는 것만은 아니기 때문입니다. 즉, 법익론으로부터 특정 규범이 법정책적으로 바람직하지 않을 뿐만 아니라 위헌이기도 하다는 결론이 도출될 수 있는 경우가 당연히 있을 수 있습니다. 법익론에서 일차적으로 관건이 되는 것은 그러나 이와는 다른 것, 바로 범죄구성요건의 **정당성**입니다.

민주주의적으로 구성된 국가에서는 이를테면 형벌을 부과하는 것과 같이 시민의 기본적 권리를 침해하는 것은 다른 시민들과의 관계에서 정당화되어야 합니다. 그러므로 법익론의 반대논거로 **민주주의 원칙**을 꺼내 드는 것¹⁷⁾은 단견입니다. 민주주의적인 토론문화에서 범죄구성요건은 다음과 같은 주장, 즉 처벌을 통해 표현되는 행위반가치는 “현행법이 아무리 임의적이고 모순적이고 피상적이라고 하더라도 … 오직 현행법으로부터만” 나온다는 주장¹⁸⁾으로 정당화될 수는 없습니다.¹⁹⁾ 민주주의에서 요청되는 것은 단지 (다수의) 결정만이 아닙니다. 논증도 요청됩니다. 법익론의 주장은 다름이 아니라 입법자가 범죄구성요건의 정당성을 설명하고자 할 때 충족해야 하는 논증의 기준을 설정하자는 것입니다.

법익론에서 관건이 되는, 범죄구성요건의 정당성이라는 문제에는 당연히 **법정책적**

15) Gärditz(주 7), 365면 이하; Stuckenberg(주 7), 660면.

16) Stuckenberg(주 7), 658면은 “위헌에까지는 이르지 않은 입법상의 모든 결함은 정책을 논의하는 과정에서만 치유될 수 있다”고 단언한다.

17) 예컨대 Gärditz(주 7), 352면 이하.

18) 이러한 적절한 비판은 이미 Zaczyk, “Demokratietheorie und Strafbegründung”, Der Staat 50(2011), 295면 이하에서 제기된 바 있다.

19) Gärditz(주 7), 353면.

인 의미도 있습니다. 어떤 범죄구성요건에 정당성이 없다는 진단이 나왔다면 거기에는 그 구성요건을 법체계에서 빼거나 법체계에 들이지 말라는 요청이 뒤따르기 때문입니다. 그러나 어떤 범죄구성요건에 정당성이 없다는 판정은 법정책적인 의견과는 다른 성질의 것입니다. 왜냐하면 법정책은 **합목적성**이라는 범주도 고려하기 때문입니다. 다시 말해 법정책은 규정이 효율적인지, 즉 추구하는 목적을 달성하는 데 적합한지, 어떠한 부작용을 지니는지 등도 묻기 때문입니다. 어떤 범죄구성요건이 법익보호의 관점에서 볼 때 정당화될 수 없다는 주장이 문제 삼는 것은 그러나 그 구성요건의 합목적성이 아니라 바로 그 구성요건의 **규범적** 성격입니다. ‘단지’ 법정책만이 아니라 그보다 더 많은 것이 문제 되는 것입니다.²⁰⁾

III. 법익론의 능력(비판력)

이렇게 해서 **두 번째 쟁점**인 법익론의 능력, 즉 법익론의 비판력이라는 문제에 이르렀습니다. 자연과학이론이 진술하는 내용은 그 이론이 다루지 않고 제외하는 범위에 따라 결정되는데, 이는 법학이론이 규율하는 내용 역시 마찬가지입니다. 자연과학이론은 물론이고 법학이론 역시 그것이 제외하는 내용이 많으면 많을수록 더욱더 강력해집니다. 그러므로 법익론이 무엇을 제외하는지부터 살펴보겠습니다.

1. 의무위반

법익론은 가장 먼저 순전한 의무위반을 처벌하는 것을 배제합니다.²¹⁾ 의무는 법익론에 기초한 형법의 체계에서는 부차적인 위상만을 지닐 뿐입니다. 의무는 법익보호라는 목적을 달성하려면 시민들에게 특정한 행동양식을 따르게 할 수밖에 없다는 어쩔 수 없는 사정으로부터 나옵니다. 이익보호가 일차적이고 의무는 이차적인 것입니다. 이로부터 예컨대 ‘의무충돌’이라고 하는 법해석학상의 문제(형상)는 ‘이익충돌’로 환원될 수밖에 없다는 결론이 나옵니다.²²⁾

2. 도덕위반

법익론은 더 나아가 순전한 도덕위반을 처벌하는 것도 배제합니다.²³⁾ 물론 법익보호원칙을 취하는 **모든** 견해가 이러한 결론을 내리는 것은 아닐 것입니다.²⁴⁾ ‘법익’

20) 즉, Gärditz(주 7)가 가정하는 것처럼(365면 이하) 단순히 “정책상의 현명함”만이 문제 되는 것은 아니다.

21) NK-Hassemer/Neumann(주 2), Vor § 1, 난외번호 110, 112; M. Heinrich(주 9), 132면.

22) 자세한 내용은 Neumann, “Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen – Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden ‘Pflichtenkollision’”, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag(Berlin/New York 2001), 421면 이하.

23) Roxin, “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutslehre”, Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag(Heidelberg 2010), 573면, 579면; M. Heinrich(주 9), 132면.

24) 예컨대 Hörnle, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus(Frankfurt am Main, 2005), 19면: “현재의 통상적인 해석에 의하면 도덕위반이

개념을 극단적으로 넓게 파악한다면 도덕규범들도 ‘법익’으로 선언될 수 있을 것입니다. 그러나 인격적 법익론에 따라 법익을 **법적으로 보호할 가치 있는 인간의 이익**으로 정의한다면²⁵⁾ ‘순전한 도덕위반’의 처벌은 결코 성립할 수 없습니다. ‘순전한 도덕위반’에는 이익의 침해가 없기 때문입니다.

물론 보호할 가치 있는 이익(법익)을 침해하는 행위는 **그와 동시에** 도덕규범에도 위반되는 행위일 수 있습니다. 적어도 형법의 핵심영역에서는 이것이 보통의 경우입니다. 그러나 도덕규범만을 침해하는 행위는 이익에 기초한 법익론의 구상에 따르면 범죄로 규정되지 않습니다. 이에 따르면 스스로 소비하려는 목적으로 마약을 소지하는 행위를 벌하는 구성요건²⁶⁾은 법익론의 심판 앞에서 정당화될 수 없다는 결론이 나옵니다. 이러한 결론은 예컨대 특정한 역사적 사실을 부정하는 행위를 처벌하는 구성요건에도 그대로 타당합니다.²⁷⁾

IV. 법익론과 헌법

1. 법익론 대신 헌법?

제가 다룬 **세 번째 쟁점**은 법익론과 헌법의 관계입니다. 현재의 논의에서 헌법은 법익론에 반대하는 논거로 제시됩니다. 법익론이 헌법의 영역을 선점한다고 비난하면서 법익론을 제약하려는 것입니다.²⁸⁾ **근친상간** 구성요건²⁹⁾에 관한 **독일 연방헌법 재판소**의 결정은 이러한 비난을 뒷받침합니다. 이 결정에서 연방헌법재판소는 근친상간 구성요건의 합헌성을 심사할 때 법익론을 원용하는 것을 명시적으로 거부했습니다. “초실정적인 법익 개념”을 원용하는 것은 “(…) 형법으로 보호해야 하는 이익들을 확정하는 것은 민주주의적으로 정당화된 입법자의 임무라는 기본법 규정에 위반된다”는 것입니다.³⁰⁾

이는 입법자가 지니는 형법 제정권의 한계는 헌법에서만 찾을 수 있다는 것입니다. 따라서 “입법자에 선재한다거나 입법자를 초월한 심급에 의해 ‘인정되는’ 법익을 내세워”³¹⁾ 이 권한을 축소할 수는 없다는 것입니다. 이는 법익보호라는 구상이 헌법 재판의 심사프로그램에 통합될 수 있는 가능성을 분명하게 배척하는 것입니다. 법익보호라는 구상은 “입법자의 규율권한의 한계치를 설정하는 과제를 지닌 헌법 안에 반드시 포함되어 있어야 할 내용적인 기준에 관해서는 아무것도 제시하지 못한다”³²⁾

애초부터 법익 개념에서 배제되는 것은 아니다.” 또한 Appel, “Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?”, KritV 1999, 278, 285면도 참조할 것.

25) Hassemer, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, Scholler/Philipps(Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag(Heidelberg 1989), 85면, 91면. 이에 대한 비판과 재비판에 관해서는 아래의 각주 55번 이하를 참조할 것.

26) 독일 ‘마약법(Betäubungsmittelgesetz)’ 제29조.

27) 독일 ‘형법’ 제130조 제3항.

28) Gärditz(주 7); Stuckenberg(주 7).

29) 독일 ‘형법’ 제173조 제2항.

30) BVerfGE 120, 224.

31) BVerfGE 120, 224.

32) BVerfGE 120, 224.

는 것입니다.

2. 법익론의 헌법 관련성?

이 결정에서 연방헌법재판소 합의부 부장 하세머의 소수의견은 사안을 달리 보고 보호법익을 자세히 검토하면서 구성요건의 위헌성을 인정했습니다.³³⁾ 물론 앞으로 법원의 실무는 다수의견이 정해 놓은 방향으로 나아갈 것입니다. 하지만 합의부의 재판관 다수는 법익론의 헌법 관련성을 부인하는 과정에서 결코 일관적인 태도를 취하지 않았습니다.³⁴⁾ 왜냐하면 다수의견 역시 근친상간 구성요건(독일 ‘형법’ 제173조 제2항)이 비례원칙을 충족하는가의 여부를 판정하는 과정에서 법익보호라는 관점에 기초해 이 구성요건이 **보호법익에 비추어 볼 때** 상당한지(비례성이 있는지)를 검토했기 때문입니다.³⁵⁾

여기에서 합의부가 일단 한쪽 손으로는 법익론의 기준을 취해 놓고서 그 다음에 다른 손으로는 취했던 것의 일부를 법익론에 되돌려 주었다는 사실은 합의부의 결정이 제대로 편집되지 못한 결과로 볼 수 있습니다. 그런데 이 사실은 법익론과 헌법 사이에는 **실질적인 연관관계**가 존재한다고 하는, 간과할 수 없는 사실의 증거라고 할 수도 있을 것입니다. 문헌에서 법익론의 반대근거로 헌법을 드는 비판자들이 이 부분과 관련해서는 그야말로 양면적인 태도를 취한다는 점이 이를 말해 줍니다. 즉, 이 비판자들은 한편으로는 법익론이 헌법과 관련될 수 있는 가능성은 없다고 하면서도³⁶⁾ 다른 한편으로는 헌법적 관점에서 볼 때 법익론이 형벌의 도구적·목적추구적 성격을 분명하게 드러내 준다는 점은 옳다고 인정합니다.³⁷⁾ 헌법상의 비례성 심사에 “법익론을 도입”하는 것은 헌법적으로 부당하거나 무용하다는 주장의 뒤에 “법익보호라는 구상을 지탱하는 이론은” “자세한 … 논증의 표준을 발전시켜 헌법의 적용 실무에 일조해야” 한다는 요구가 이어지는 것입니다.³⁸⁾

그러므로 **법익론**이 적어도 헌법상의 **비례성 심사**에서 중요한 역할을 한다는 점은 사실상 부인할 수 없다고 해도 될 것입니다. 이는 체계내재적 법익론은 물론이고 바로 체계초월적 법익론에도 해당되는 사실입니다. 만약 비례성 심사가 입법자가 “만들어 낸” 법익을 확인하고 입법자가 그 법익의 가치를 어떻게 평가했는지를 되짚어 보는 것에 국한된다면 심사는 순환적인 경향을 띠는 것이기 때문입니다. 이러한 심사에서는 비례성의 규범적 요소, 즉 상당성(Angemessenheit)을 판단할 수 있는 기준이 존재하지 않을 것입니다. 그러면 헌법상의 검토는 비례원칙의 ‘기술적 요소’들에만, 즉 형벌의 적합성(Geeignetheit)과 — 도구적 — 필요성(Erforderlichkeit)에만 국한될 수밖에 없을 것입니다.³⁹⁾

33) BVerfGE 120, 224, 255 이하.

34) 같은 의견은 Stuckenberg, GA 2011, 656면.

35) BVerfGE 120, 224, 252 이하.

36) Gärditz(주 7), 352면, 각주 118번.

37) Gärditz(주 7), 352면.

38) Stuckenberg(주 7), 657면.

39) 이러한 ‘기술적’ 요소들에 함축된 규범적 요소들에 관해서는 Neumann, “Das Verhältnis-mäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip”, von Hirsch/Seelmann/Wohlers(Hrsg.), Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung(Baden-Baden, 2006), 128면, 130면 이하를 볼 것.

3. 법익론에 대한 헌법의 중요성

법익론 역시 법익의 의미와 가치를 평가할 때 이제까지보다 더욱 강하게 헌법 규정들에 준거해 스스로를 보완해야 합니다. 록신(Roxin)과 같이 법익을 “개인 인격의 자유로운 발현, 기본권의 실현, 그리고 이러한 목표들에 기초한 국가체제가 기능하는 데 필수적인” “모든 조건 내지 목적”⁴⁰⁾으로 이해한다면, 이러한 보완의 필요성은 명백합니다. 법익을 일단은 헌법과 관련시키지 않고서 정의하는 견해 또한 법익모델을 헌법의 규정과 헌법적 논증의 맥락 속으로 통합시키는 데 찬성합니다.⁴¹⁾ 이 문제는 다만 개별적으로 상당히 연구될 필요가 있습니다.

V. 법익론의 보완 필요성

법익론을 겨냥한 총포들 가운데 가장 강력한 것은 법익론이 무능하다는 주장입니다. 법익 개념은 한편으로는 **너무 좁고** 다른 한편으로는 **너무 넓다**는 것이 비판의 요지입니다. 법익 개념은 먼저 특정한 관념과 감정을 형법으로 보호하는 것이 정당한 때에도 그러한 보호를 정당화하지 못하기 때문에 너무 좁다고 합니다.⁴²⁾ 인격적 법익론에 대해서는 더 나아가 집단적 법익을 포괄하지 못한다는 비판도 더해집니다.⁴³⁾ 다른 한편으로 법익 개념은 형법을 효과적으로 제한하지 못하기 때문에 너무 넓다고도 합니다. 바로 그렇기 때문에 법익사상은 법익보호의 과도한 전치(前置)를 방조할 뿐만 아니라⁴⁴⁾ 자신의 내적 논리상 형법을 제한해야 하는 곳에서조차도 실질적인 효력이 없다는 것입니다.⁴⁵⁾ 그러나 이러한 비판의 배후에는 오해가 있을 뿐만 아니라 중대한 문제점들도 있습니다.

1. 법익 개념은 좁다는 비판

a) 인격적 법익론은 **집단적 법익**⁴⁶⁾을 자신의 모델 안에 통합시키지 못한다는 주장

40) Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil(4. Aufl., München 2006), § 2, 난외번호 7; Roxin(주 23), 578면.

41) Hassemer, “Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?”, Hefendehl/von Hirsch/Wohlers(Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?(Baden-Baden 2003), 57면 이하.

42) 예를 들면 Wohlers, “Schlusswort: ‘Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsguts-skeptikers’”, Hefendehl/von Hirsch/Wohlers(Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?(Baden-Baden 2003), 281면, 283면.

43) 비판의 구체적인 모습은 NK-Hassemer/Neumann(주 2), Vor § 1, 난외번호 117을 참조할 것.

44) Frisch, “An den Grenzen des Strafrechts”, Stree/Wessels-FS(1993), 69면, 72면 이하.

45) Wohlers(주 42), 281면.

46) 집단적 법익의 문제성에 관한 상세한 내용은 Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht(2002); Anastasopoulou, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter(2005)을 볼 것.

에는 명백한 오해가 존재합니다. 그 이유는 다음과 같습니다. 우선 집단적 법익이 개인적 법익으로 환원되는 것인 경우에는, 그 집단적 법익이 인격적 법익의 모델 안에 통합되는 데 아무런 문제가 없기 때문입니다. 이와 반대로 집단적 법익이 사실상 독자적인 것으로 이해되는 경우에는(예: 환경 그 자체를 위한 환경보호), 그러한 법익을 회의적인 태도로 대해야 하는 충분한 이유가 존재하기 때문입니다.

b) 단순한 감정이나 관념만을 보호하는 구성요건은 더 큰 문제를 던집니다. **사자(死者) 추모감정 모독**(독일 ‘형법’ 제189조)이나 **종교적 신념 모독**(독일 ‘형법’ 제166조) 구성요건이 그 예입니다. 동물학대 구성요건 역시 법익론으로는 정당화되지 못한다고 합니다. 이러한 구성요건들은 이른바 ‘**행태범죄**’를 인정하고 이를 통해 법익 개념을 보완⁴⁷⁾하거나 심지어 대체⁴⁸⁾해야 한다는 제안의 계기가 됩니다. 이 행태범죄 이론은 사회에 유해한 행위에 형벌이 부과되어야 하는 것이 아니라 사회의 가치관과 행동양식을 위반하는 행위가 처벌되어야 하는 것이라고 주장합니다.

c) 이는 — 적어도 법익 개념을 대체하자는 것은 — 극단적인 구상이자 위험한 구상입니다. 특수한 문제를 해결하기 위해 법익 개념을 통째로 내다 버리는 것이기에 극단적입니다. 또 처벌을 지향하는 사회의 흐름을 규범적으로 통제하려는 시도 자체를 포기하고 그럼으로써 형법을 당대의 지배적인 이데올로기⁴⁹⁾에 순순히 내맡기기에 위험합니다. 행태범죄론은 오직 사회학적 이론으로서만 수긍될 수 있습니다. 사회학적 이론으로서 행태범죄론은 범죄구성요건이 **사실상** 사회의 기본적 가치평가에 준거한다는 사실에 대한 주의를 적절하게 환기시켜 줍니다. 그러나 규범학적 이론으로서 적합하지 않습니다. 김영환 교수는 ‘총체적 형법학 잡지(Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)’ 최근호에서 이에 관한 요점을 언급한 바 있습니다.⁵⁰⁾ 이 문제와 관련해 법익론이 취할 수 있는 대응책은 세 가지, 오직 세 가지뿐입니다.

첫 번째는 법익론의 옹호자로서 투지 넘치는 자세로 종교적 신념의 모독과 같은 구성요건(독일 ‘형법’ 제166조)에 부당하다는 낙인을 찍는 것입니다.⁵¹⁾ 이러한 입장은

47) Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht(2002), 52면 이하.

48) Stratenwerth, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, Hefendehl/von Hirsch/Wohlers(Hrsg.)(주 42), 255면, 257면; Stratenwerth, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?”, ZStW 105(1993), 679면, 692면 이하; Stratenwerth, “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’”, Lencker-FS(1998), 377면 이하.

49) 여기에서 이 개념은 당연히 지식사회학(Wissenssoziologie)에서 사용되는 중립적인 의미로 쓴 것이다. 사회의 특수한 정체성을 구성하는 규칙들의 보호를 위해 형법을 투입하는 것은 정당하다는 명제를 내세운다는 점에서 슈트라텐베르트(주 48, 256면 이하)는 그와 전혀 다른 방식으로 형법을 정당화하는 야콥스(Jakobs, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, Eser/Hassemer/Burkhardt(Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende(2000), 49면: “형벌은 사회의 정체성을, 즉 규범 존속을 확인하는 것이다”)와 교차한다. 슈트라텐베르트는 억압받는 문화 속에 있는 사람들이 ‘자신들의’ 규칙을 획득하기 위해 펼치는 정당한 투쟁을 자기 이론이 옳다는 증거로 대는데[“지구상의 수많은 곳에서 사람들은 지금도 여전히 자신들이 사회적 존재로 살아가는 데 기준이 될 규칙들을 얻기 위해 싸우고 죽어 간다”(주 48, 257면)], 이에 대해서는 자신의 규칙에 따라 살 권리와 그러한 규칙의 위반을 형법으로 억압하는 권리는 서로 엄격하게 구분되어야 한다는 점을 지적할 수 있다.

50) Young-Whan Kim, “Verhaltensdelikte und Rechtsgutsverletzungen — Zur aktuellen Diskussion um einen materiellen Verbrechensbegriff”, ZStW 124(2012), 591면 이하.

51) 이러한 비판적 태도의 예는 NK-Herzog, § 166, 난외번호 1(물론 이 구성요건을 결국에는 공공의 평온이라는 관점에 따라 인정한다).

경우에 따라 관찰될 수 있을지는 몰라도 사회가 — 그리고 아마 자기 자신도 — 수용할 수 있는 한계에 금방 부딪히게 될 것입니다. **두 번째**는 단순한 감정의 보호도 법익보호의 범위에 포함될 수 있게 법익 개념을 넓게 파악하는 것입니다. 그러나 이는 단호하게 경계해야 하는 법익 개념의 형해화를 초래할 것입니다.⁵²⁾

세 번째는 법익 개념을 예컨대 ‘공격원칙(Offence Principle)’⁵³⁾ 같은 보충적 착안점들로 보완하는 것입니다. 법익원칙의 효력범위를 넘어서 있는 범죄구성요건을 법익원칙으로 엄밀하게 정당화하려는 시도는 포기하고 사회의 기본적인 가치관을 형법으로 보호하는 것의 불가피성을 사회학적 실태로 인정하는 방안도 생각해 볼 수 있습니다. 이는 더 자세히 분석될 필요가 있으며 또 앞으로 그러한 분석이 있으리라 기대됩니다. 여기에서 저는 법익론의 비판자들이 법익론으로 하여금 특히 골머리를 앓게 하는 두 문제, 바로 **동물보호**⁵⁴⁾와 **미래세대**의 이익보호 문제를 짧게 살펴보겠습니다.

d) 동물을 형법으로 보호하는 문제와 관련해서는 실로 기존 법익론의 인간중심적 관점에서 벗어나야 합니다. **동물학대** 구성요건은 인간의 감정과 이익의 보호라는 관점으로는 설득력 있게 정당화될 수 없습니다.⁵⁵⁾ 동물은 그 스스로를 위해 보호되는 것입니다. 이에 관해서는 법익을 **보호할 가치 있는** 이익으로 정의하는 것이 하나의 실마리를 제공해 주는데, 저는 바로 이러한 입장에서 출발합니다.⁵⁶⁾ 동물이 학대로 인한 고통을 받지 않을 이익을 지닌다는 사실에는 의문의 여지가 없습니다. 우리가 동물이 “고통을 당한다”라고 말할 때 우리는 바로 이러한 사실을 함축적으로 인정하는 것입니다. “고통을 당한다”라는 개념에는 논리상 고통으로부터 자유로울 이익이라는 개념이 결부되어 있습니다. 동물학대 구성요건의 보호법익은, (고등)동물의 학대나 살해를 처벌하는 독일 ‘동물보호법’의 구성요건의 모습에서 짐작할 수 있듯이⁵⁷⁾, 바로 이러한 논리에 따라 결정해야 할 것입니다.

여기에는 반론이 제기될 수 있습니다. 바로 인격적 법익론은 법익을 분명하게 (형법으로 보호할 필요가 있는) **인간**의 이익으로만 한정해서 정의⁵⁸⁾하지 않는다는 것입니다. 언뜻 보면 그렇게 정의하는 것은 **인격적** 법익론에서는 거의 필연적인 결론으로 보입니다. 그러나 인격적 법익론의 취지가 순수한 도덕위반과 단순한 의무침해의 범죄화를 막는 데 있다는 점을 이해한다면, 고통을 느낄 수 있는 피조물의 이익을 법익으로 인정하는 것에 근본적으로 반대할 이유는 없습니다. 동물의 이익보호를 위해 경우에 따라서는 형벌을 사용해 인간의 이익을 제한하는 것을 허용해 주는 **규범원칙**은 다른 생명체와의 **공감과 연대성** 원칙입니다. 물론 이러한 논증은 더 상세하

52) NK-Hassemer, Vor § 1, 난외번호 265; NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1, 난외번호 122.

53) 이에 관해서는 예컨대 von Hirsch, “Der Rechtsgutsbegriff und das ‘Harm Principle’”, Hefendehl/von Hirsch/Wohlers(Hrsg.)(주 42), 22면 이하; von Hirsch, “Belästigendes Verhalten. Gibt es ein strafrechtliches Belästigungsprinzip?”, Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag(2005), 189면.

54) 독일 ‘동물보호법(Tierschutzgesetz)’ 제17조.

55) Greco, “Rechtsgüterschutz und Tierquälerei”, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag(2005), 189면.

56) 위의 내용을 참조할 것.

57) 독일 ‘동물보호법’ 제17조: “다음 각 호에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다. 1. 척추동물을 합당한 이유 없이 살해한 자. 2. 척추동물에게 a) 잔혹한 방법으로 또는 b) 장시간 지속적 내지 반복적으로 극심한 고통이나 괴로움을 가한 자.”

58) Hassemer(주 25).

게 전개될 필요가 있습니다. 그러나 **이익에 기초한 법익론**은 인간과 더불어 사는 생명체의 이익도 고려할 수 있다는 사실에는 제가 보기에 원칙적으로 아무런 문제가 없습니다.

e) **미래세대** 인간의 이익을 고려하는 문제는 보다 불분명합니다.⁵⁹⁾ 그러나 미래세대 인간의 이익을 ‘미래세대의 이익’이라고 줄여서 부른다는 사실로 인해 착각에 빠지지 않고 제대로 본다면, 여기에서 문제 되는 것은 (미래에 살아갈) 개별적 인간들의 이익임이 분명합니다. 미래세대 인간들의 정체성이 아직 확정되지 않았고 또 확정될 수도 없다는 사실은 결정적인 것이 아닙니다. **지금** 살고 있는 인간의 이익을 형법으로 보호할 때에도 시민으로서의 정체성이 관건이 되는 것은 아닙니다. 그런데 현시점의 인격적 법익론이 “‘내일의 피해자’에게는 어떠한 자리도 마련해 주지 않고” 있다면⁶⁰⁾, 여기에는 그럴 만한 이유가 있다고 하겠습니다. 환경 발전에 관한 장기계획은 정치적인 결정에 좌우되는데, 이 결정을 형법으로 조정할 수 있는 경우는 거의 없기 때문입니다.⁶¹⁾ 적어도 자연을 그 자체를 위해 형법으로 보호하겠다는 것은 법익론의 효력범위를 넘어서 있는 발상이라고 하겠습니다. 법익의 존재를 위한 최소요건인 신체적 완전성이라는 이익은 고통을 느낄 수 있는 생명체의 범위 밖에서는 존재하지 않습니다.

2. 법익 개념은 넓은 비판

a) 위와는 반대되는 비판은 법익 개념은 형법을 적절하게 제한하기에는 **너무 넓다**는 것입니다. 그러나 이러한 비난은 법익을 철저하게 **이익** 개념에 결부시키는 구상에는 들어맞지 않습니다. 법익을 예컨대 “정신화된 관념적 가치(vergeistigter ideeller Wert)”⁶²⁾나 “법적으로 보호되는 사회질서의 추상적 가치”⁶³⁾로 이해하는 태도가 위와 같은 비난을 받을 만합니다. 법익을 이익으로 정의하는 것은 법익 개념을 생활세계상의 경험과 결부시킨다는 장점을 지닙니다.⁶⁴⁾ 이 장점은 자유주의 국가에서 형법은 인간의 필요에 부응해야 한다는 요청을 반영하며, 또한 법익 개념이 증발되어 버려서 형법을 **제한**해야 한다는 요청에서 출발한 법익모델이 은연중에 형법의 무제한적인 확장 경향을 정당화하는 모델로 변형되어 버릴 수 있는 위험에도 대처합니다.⁶⁵⁾

물론 법익 개념이 **형법해석학적**인 논의에서는 존재론화(Ontologisierung)하는 경향을 보인다는 점은 맞습니다. 그 결과 법익은 보호되어야 하는 이익들에 오히려 **반**

59) 이에 관한 자세한 내용은 Prittwitz, “Personale Rechtsgutslehre und ‘Opfer von morgen’”, Neumann/Prittwitz(Hrsg.), “Personale Rechtsgutslehre” und “Opferorientierung im Strafrecht”(Frankfurt am Main 2007), 97면 이하.

60) Prittwitz(주 59), 101면.

61) Prittwitz(주 59), 110면 이하.

62) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil(11. Aufl., Bielefeld 2003), § 3, 난외 번호 18.

63) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil(5. Aufl., Berlin 1996), 257면.

64) 이는 타바레스(Tavares)가 제기한, 법익에는 “경험적 실체”가 있어야 한다는 요청에 상응한다고 하겠다. Tavares, “Personale Rechtsgutslehre und Kriminalpolitik in Brasilien”, Neumann/Prittwitz(Hrsg.), “Personale Rechtsgutslehre” und “Opferorientierung im Strafrecht”(2007), 129면, 137면.

65) 법익 개념의 ‘정신화(Vergeistigung)’에 대한 적절한 경고는 Tavares(주 65), 137면.

대하는 카드로 쓰일 수 있게 됩니다. 존재론적인 법익모델에서는 당사자는 그저 법익의 대체 가능한 ‘향유자’ 역할만을 하기 때문입니다.

b) 극단적인 예는 **안락사**에 관한 최근의 논의입니다. 이 논의에서 생명이라는 법익은 환자로부터 죽음에 관한 자율적 결정권을 빼앗으려는 주장의 근거로 쓰입니다. 마치 그 생명이 **환자 자신의** 생명이 아닌 것처럼, 그래서 그 종료를 위해서는 환자가 국가와 싸워야만 하는 것처럼 말입니다. 여기에서 생명의 권리는 결과적으로 생명의 의무로 전환됩니다. 이는 법익을 경향적으로 그 향유자에 대한 폭군으로 만드는 범주의 오류입니다.⁶⁶⁾

이와 동일한 문제는 **수형자의 단식투쟁**에서도 제기됩니다. 여기에서도 법익 ‘향유자’에 대한 강제조치는 ‘생명’이라는 법익의 보호 필요성을 근거로 정당화됩니다.⁶⁷⁾ 이러한 해석은 인격적 법익론에 근거할 수는 없습니다. 인격적 법익론에 따르면 이익을 형법으로 보호해야 한다는 것은 피보호자의 권리의 근거가 되는 것이지 의무의 근거가 되는 것은 아니기 때문입니다. 후견주의적으로 형벌을 사용하는 것은 인격적 법익론에 의해 옹호되지 않습니다.

c) 또 다른 반론은 법익사상은 법익보호의 과도한 전치를 방조한다는 것입니다.⁶⁸⁾ 이 반론은 진지하게 받아들여야 하지만, 법익에 기초한 형법이라는 복합적인 모델에서는 제거될 수 있습니다. 어떤 법익이 인정되어 존재한다는 것은 그와 관련한 형사제재가 정당성을 지닐 수 있는 **필요조건**일 뿐이지 **충분조건**은 아니기 때문입니다. 물론 법익 개념은 그 자체만으로는 형법을 적절히 제한하지 못합니다. 규범원칙들에 의해 — 예컨대 비례원칙이나 최후수단원칙 등에 의해 — 보완될 필요가 있습니다.⁶⁹⁾ 아울러 형법을 제한하는 근거는 형벌제도 그 자체로부터도 나옵니다. 응보제도의 형벌은 엄한 조치가 수반되는 제재를 “받아야 마땅한”⁷⁰⁾ 행위를 전제합니다. 예방적인 관점만을 취한다면 형벌은 법익을 보호하는 형법에서도 정당화되지 못합니다.

VI. 맺음말

저는 현재 법익보호모델을 대체할 만한 설득력 있는 이론이 있다고 보지 않습니다. 물론 이 모델이 몇 가지 점에서 더욱 발전되어야 한다는 점은 옳습니다. 헌법원칙들과의 관계 문제, 그리고 고통을 느낄 수 있는 다른 생명체의 이익을 고려하는 문제가 바로 그러한 점입니다.

66) 이 오류의 구체적 내용과 그에 대한 비판은 NK-Neumann, Vor § 211, 난외번호 3.

67) 예컨대 Herzberg, “Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortung der Vollzugsbediensteten”, ZStW 91(1979), 557면 이하.

68) Frisch(주 44), 72면 이하.

69) NK-Hassemer, Vor § 1, 난외번호 293; NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1, 난외번호 151을 볼 것.

70) ‘당벌성(Strafwürdigkeit)’의 요건에 관해서는 NK-Hassemer, Vor § 1, 난외번호 183 이하; NK-Hassemer/ Neumann, Vor § 1, 난외번호 49 이하를 참조할 것.

Aktuelle Probleme in der Diskussion zum strafrechtlichen Rechtsgut

Ulfrid Neumann

I. Einleitung

Die Lehre vom Rechtsgut hat für längere Zeit die Diskussion in der deutschen Strafrechtswissenschaft beherrscht, und sie hat auch international Zustimmung gefunden.¹⁾ Diese Lehre sieht sich aber, vor allem in der deutschen Diskussion, auch zunehmender Kritik ausgesetzt.²⁾ Diese Kritik betrifft vor allem den systemtranszendenten, weniger die systemimmanenten Rechtsgutsbegriff. Ich erinnere an den Unterschied:³⁾ Der *systemimmanente* Rechtsgutsbegriff bezieht sich auf Straftatbestände des *geltenden Rechts*; er gibt Antwort auf die Frage, welche Interessen oder welche Werte mit einem bestimmten Tatbestand geschützt werden. Da diese Frage für die Interpretation des Tatbestands bedeutsam ist, spricht man auch von dem „methodologischen“ Rechtsgutsbegriff. Der *systemtranszendente* Rechtsgutsbegriff dagegen gibt Antwort auf die Frage, welche Interessen und Werte der Gesetzgeber legitimer Weise unter Einsatz strafrechtlicher Drohungen schützen *darf*. Die systemimmanente Rechtsgutslehre wendet sich dementsprechend an den Interpreten des Gesetzes, die systemtranszendente Rechtsgutslehre an den Gesetzgeber. Ich werde mich im Folgenden auf den „systemtranszenten“ Rechtsgutsbegriff beschränken, der, wie gesagt, in seinem Ursprungsland unter erheblichen Druck geraten ist.

Zunächst: Als wissenschaftliche Theorie steht die Rechtsgutslehre in

1) Vgl. etwa *Young-Whan Kim*, Verhaltensdelikte versus Rechtsgutsverletzungen – Zur aktuellen Diskussion um einen materiellen Verbrechensbegriff, ZStW 124 (2012), 591; *Kaiafa Gbandi*, Das Strafrecht an der Schwelle zum neuen Jahrtausend: Blick in die Zukunft ohne Blick zurück in die Vergangenheit?, in: Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende. Deutsch-griechisches Symposium Rostock 1999, S. 43, 45 (die Lehre vom Rechtsgut als „eines der wichtigsten Vermächnisse der deutschen Strafrechtswissenschaft an die europäische Rechtskultur“); zuletzt *Dubber*, Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie. Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht, ZStW 117 (2005), S. 485.

2) Nachw. bei NK-*Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 116 ff.

3) Zur Unterscheidung von „systemimmanenten“ und „systemtranszenten“ Rechtsgutslehren vgl. *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 19 f.

Konkurrenz zu anderen wissenschaftlichen Theorien. Zu nennen ist hier die Lehre, die das Verbrechen als *Rechtsverletzung* definiert und damit auf Handlungen beschränkt, die ein subjektives Recht des Opfers beeinträchtigen.⁴⁾ Zu nennen ist die Lehre von den *Verhaltensdelikten*, der zufolge das Strafrecht nicht Verletzungen von Rechtsgütern, sondern Verstöße gegen Wert- und Verhaltensvorstellungen der Gesellschaft erfasst.⁵⁾ Zu nennen ist schließlich das Modell des Strafrechts als Instrument der *Normstabilisierung*, das die maßgebliche Leistung des Strafrechts nicht im Schutz von Gütern, sondern in der Garantie der Geltung bedeutsamer gesellschaftlicher Normen sieht⁶⁾ und deshalb dem Kriterium der Rechtsgutsverletzung bei der Bestimmung der Reichweite des Strafrechts keinen Stellenwert zuerkennen kann.

Zugleich muss sich die Rechtsgutslehre aber auch gegen den Verdacht wehren, sie okkupiere als wissenschaftliche Theorie ein Terrain, über das von Rechts wegen nur der *Gesetzgeber* verfügen könne. Insbesondere in neueren Arbeiten wird gegenüber der Rechtsgutslehre der Vorwurf der Anmaßung erhoben. Sie beanspruche, dem Gesetzgeber Grenzen zu setzen, die lediglich von der *Verfassung* gezogen werden könnten.⁷⁾ Darin liege, so die Kritik, eine Beschneidung der Entscheidungskompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers und damit eine Missachtung des Demokratieprinzips.⁸⁾

Die Rechtsgutslehre muss diese Angriffe überzeugend zurückweisen – oder aber ihren eigenen Standpunkt revidieren. Mit den nachfolgenden Überlegungen möchte ich einige Streitpunkte aus dem seit Jahrzehnten andauernden, sich derzeit aber verschärfenden⁹⁾ Streit um die Rechtsgutslehre aufgreifen. Ich konzentriere mich dabei auf folgende Fragen: Erstens: Was genau ist der Anspruch der Rechtsgutslehre? Zweitens: Was kann diese Lehre tatsächlich leisten? Drittens: Wie verhält sich die Rechtsgutslehre zu den Vorgaben der Verfassung? Und

4) Naucke, Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, KritV 1993, S. 135 ff.

5) Stratenwerth, Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder Gasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 255, 257. Vgl. auch Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105 (1993), S. 679, 692 ff.; ders., Zum Begriff des „Rechtsgutes“, in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 377 ff.

6) Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin/New York 1991, 2. Abschnitt Rn. 2; ders., Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 26 ff.; zusammenfassend ders., System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt am Main 2012, S. 13 ff.

7) Gärditz, Strafbegründung und Demokratieprinzip, in: Der Staat 49 (2010), S. 331, 352 f.; Stuckenberg, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, GA 2011, S. 653 ff. Vgl. auch schon Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 387 ff.

8) Gärditz (Anm. 7), S. 352; Stuckenberg (Anm. 7), S. 658 ff.

9) Scharfzüngige Kritik bei Stuckenberg (Anm. 7); leidenschaftliche Verteidigung bei M. Heinrich, Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas, in: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 131 ff.

schließlich – viertens – bedarf die Lehre vom Rechtsgut in bestimmten Punkten eines Umbaus oder jedenfalls einer Ergänzung?

II. Der Anspruch der Rechtsgutslehre

1. Die Konstituierung von Rechtsgütern

Zum Anspruch der Rechtsgutslehre lässt sich zunächst sagen, was diese Lehre *nicht* prätendiert. Die Rechtsgutstheorie erhebt *nicht* den Anspruch, mit den Rechtsgütern *ideale Gegebenheiten* namhaft zu machen, an die der Gesetzgeber gebunden wäre. Man muss das deshalb betonen, weil jüngst gegen die Rechtsgutslehre kritisch eingewendet wurde, Rechtsgüter seien „keine ontischen Gegebenheiten, die der Gesetzgeber vorfindet und nur noch nachzuzeichnen hätte“¹⁰⁾. Das ist, verzeihen Sie mir die polemische Formulierung, eine Trivialität. Selbstverständlich haben Rechtsgüter keine ideale, sondern lediglich eine soziale Existenz. Das bedeutet: sie werden in gesellschaftlichen Kommunikationsprozessen konstituiert; sie sind, wie *Winfried Hassemer* formuliert hat, das Ergebnis gesellschaftlicher Verständigung¹¹⁾. Natürlich gibt es Interessen, die man als anthropologische Konstanten einordnen kann. Aber selbst diese Interessen bilden nur die empirische Komponente des Rechtsguts, zu der die normative Bewertung als *rechtlich schützenswertes* Interesse hinzutreten muss. Diese normative Komponente aber wurzelt selbstverständlich in Wertungen, die von der jeweiligen Kultur und der jeweiligen Epoche geprägt werden.

Gerade diese *kulturelle und historische Relativität der Rechtsgüter* will man auf der anderen Seite kritisch gegen die Rechtsgutslehre wenden. In einem konfessionell gebundenen Staat finden sich, so das Argument, zwangsläufig Straftatbestände, die einer säkularen staatlichen Ordnung fremd sind. Es gehe also nicht um Rechtsgüterschutz, sondern um die Bestrafung von Verhaltensweisen, die zentrale gesellschaftliche Normen verletzen. Typisiert würden diese Normverletzungen durch so genannte „Verhaltensdelikte“, die in den unterschiedlichen Gesellschaften ganz unterschiedlich ausgestaltet seien. In der bewusst drastischen Formulierung von *Stratenwerth* es wäre „nicht besonders sinnvoll ..., etwa einem der letzten Naturvölker am Amazonas die Einführung des deutschen Grundgesetzes zu empfehlen“¹²⁾.

10) *Gärditz* (Anm. 7), S. 352.

11) *Hassemer* (Anm.3), S. 153 ff., 221 ff.; *NK-Hassemer/Neumann* (Anm. 2), Vor § 1, Rn. 139 ff.

12) *Stratenwerth*, Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, S. 255, 257. Im Original heißt es: „des ‚Bonner‘ Grundgesetzes ...“.

Daran ist richtig, dass man die kulturelle und historische Relativität auch elementarer normativer Prinzipien der Gesellschaft nicht nachdrücklich genug betonen kann. Fraglich erscheint aber, ob sich aus dieser Relativität gesellschaftlicher Standards wirklich ein Argument gegen die Rechtsgutslehre schmieden lässt. Denn die Rechtsgutslehre kann diese Relativität in ihre Theorie einbauen. So versteht sich die *personale Rechtsgutslehre*, der ich nahe stehe, ausdrücklich als *Theorie eines liberalen Strafrechts*. Sie wäre mit einem autoritären Strafrechtsmodell, in dem das Strafrecht als Instrument zur Disziplinierung des Bürgers eingesetzt würde, nicht kompatibel¹³⁾.

Mit anderen Worten: Die Rechtsgutslehre kann und will nicht beanspruchen, ein zeitloses und global verbindliches Modell für und gegen die Kriminalisierung von Verhaltensweisen bereit zu stellen. Für ein ideologisches Staatswesen, das sich explizit auf den Boden einer bestimmten Religion oder einer „Rassenlehre“ stellt, kommt die Rechtsgutslehre nicht in Betracht. Sie ist die Strafrechtstheorie eines *säkularen Rechtsstaates*, der von dem normativen Vorrang des Individuums ausgeht und der die Menschenwürde an die Spitze der verfassungsrechtlichen Wertordnung stellt.

Diese Selbstbeschränkung der Rechtsgutslehre wird nun wiederum zum Ansatzpunkt einer Kritik, die in der Ausrichtung an gesellschaftliche Verständigungsprozesse einen Verzicht auf die *kritische Potenz* der Rechtsgutslehre sehen will. Wenn man Rechtsgüter als das Ergebnis einer normativen Verständigung begreife, müsse man, so die Argumentation, auf eine Kritik an der Strafgesetzgebung verzichten. Denn bei einer Orientierung an der *gesellschaftlichen Verständigung* fehle notwendig das kritische Potential gegenüber eben dieser gesellschaftlichen Verständigung¹⁴⁾.

Aber diese Kritik greift zu kurz. Denn die Verständigung über Rechtsgüter erfolgt auf einer anderen, tieferen Ebene als die Verständigung über einzelne Straftatbestände, denen gegenüber die Rechtsgutslehre eine kritische Funktion übernehmen will. Es geht bei der Prüfung einzelner Strafbestimmungen um eine *Konsistenzkontrolle*; die Frage heißt, ob eine Strafbestimmung mit den gesellschaftlichen Regeln vereinbar ist, anhand deren sich Rechtsgüter konstituieren. Im Grunde prüft die Rechtsgutslehre nur, ob die Gesellschaft konsequent ist. Sie fragt, ob sich ein Straftatbestand bruchlos in das System fundamentaler Rechts- und Verfassungsprinzipien einfügt, das für das Selbstverständnis der Gesellschaft konstitutiv ist.

2. Diskreditierung von Straftatbeständen

Die systemtranszendente Rechtsgutslehre erhebt damit den Anspruch, Straf-

13) NK-Hassemer/Neumann (Anm. 2), Vor § 1 Rn. 112.

14) Stuckenberg (Anm. 7), S. 658.

tatbestände, seien sie geltendes Recht oder *de lege ferenda* konzipiert, in legitime und nicht legitime Tatbestände einzuteilen. Diese Formulierung ist bewusst allgemein gehalten. Denn in der aktuellen Diskussion zur Rechtsgutslehre geht es vordringlich auch um die Frage, auf welcher Ebene diese Unterscheidung stattfindet.

Kritiker des Rechtsgutskonzepts versuchen, die Rechtsgutstheorie dadurch zu marginalisieren, dass sie diese Theorie auf eine scharfe Alternative von *rechtlicher* und *rechtspolitischer* Diskreditierung eines Straftatbestands festlegen¹⁵⁾. Eine rechtliche Diskreditierung von Straftatbeständen könne sich lediglich aufgrund verfassungsrechtlicher Erwägungen ergeben. Auch innerhalb dieser verfassungsrechtlichen Erwägungen wird der Rechtsgutslehre kein Platz zugestanden. Ihr verbleibt aus dieser Sicht lediglich eine Funktion im Rahmen der rechtspolitischen Diskussion¹⁶⁾.

Damit aber werden sowohl der Anspruch als auch die kritische Potenz der Rechtsgutslehre verkannt. Denn es geht nicht nur um Verfassungswidrigkeit einerseits und rechtspolitische Forderungen andererseits. Natürlich kann sich im Einzelfall aus der Rechtsgutslehre die Verfassungswidrigkeit einer Norm ergeben, ebenso wie deren rechtspolitische Unerwünschtheit. Primär geht es der Rechtsgutslehre aber um etwas anderes, nämlich um die *Legitimität* eines Straftatbestands.

In einem demokratisch strukturierten Staat müssen sich Eingriffe in elementare Rechte des Bürgers, wie sie mit der Verhängung von Strafen verbunden sind, gegenüber den Bürgern rechtfertigen lassen. Versuche, das *Demokratieprinzip* gegen die Rechtsgutslehre auszuspielen¹⁷⁾, greifen deshalb zu kurz. Im Rahmen einer demokratischen Diskussionskultur kann man Straftatbestände auch nicht mit der Behauptung rechtfertigen¹⁸⁾, der Unwert einer Handlung, der in der Bestrafung zum Ausdruck komme, ergebe sich „allein aus dem positiven Recht ... in all seiner Beliebigkeit, Inkohärenz und Flüchtigkeit“¹⁹⁾. Demokratisch gefordert ist Argumentation, nicht nur (mehrheitliche) Dezision. Anspruch der Rechtsgutslehre ist es aber gerade, Argumentationsstandards festzulegen, denen der Gesetzgeber genügen muss, wenn er die Legitimität eines Straftatbestandes darlegen will.

Die Frage der Legitimität eines Straftatbestands, um die es der Rechtsgutslehre geht, hat selbstverständlich *auch* eine *rechtspolitische* Dimension. Denn aus der Diagnose mangelnder Legitimität folgt die Forderung, den fraglichen Tatbestand aus der Rechtsordnung zu streichen bzw. ihn nicht in diese Rechtsordnung

15) Gärditz (Anm. 7), S. 365 ff.; Stuckenberg (Anm. 7), S. 660.

16) Prägnant Stuckenberg: „Alle legislativen Gebrechen unterhalb der Schwelle der Verfassungswidrigkeit sind allein im politischen Prozess zu heilen“ (Anm. 7), S. 658.

17) So Gärditz (Anm. 7), S. 352 f.

18) Zutreffende Kritik schon bei Zaczek, Demokratietheorie und Strafbegründung, in: Der Staat 50 (2011), S. 295 ff.

19) Gärditz (Anm. 7), S. 353.

einzustellen. Das Verdikt der mangelnden Legitimität eines Straftatbestands geht aber über eine rechtspolitische Stellungnahme hinaus. Denn Rechtspolitik denkt auch in den Kategorien der *Zweckmäßigkeit*; sie fragt, welche Regelung effizient, also zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet ist, welche Nebenfolgen sich ergeben usw. Die Behauptung, dass ein bestimmter Straftatbestand unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes nicht zu legitimieren sei, stellt aber nicht die Zweckmäßigkeit, sondern eine *normative* Qualität des Tatbestands in Frage. Es geht um mehr als um „bloße“ Rechtspolitik.²⁰⁾

III. Die Leistungsfähigkeit (das kritische Potential) der Rechtsgutslehre

Damit komme ich zum *zweiten Punkt*, der Frage der *Leistungsfähigkeit* der Rechtsgutslehre, also ihres kritischen Potentials. Der Aussagegehalt naturwissenschaftlicher Theorien bestimmt sich nach dem Umfang dessen, was diese Theorien ausschließen. Entsprechendes gilt für den Regelungsgehalt rechtswissenschaftlicher Theorien. Sowohl naturwissenschaftliche als auch rechtswissenschaftliche Theorien sind umso stärker, je mehr sie ausschließen. Fragen wir also, was die Rechtsgutslehre ausschließt.

1. Pflichtverletzungen

Zunächst schließt sie aus: die Bestrafung reiner Pflichtwidrigkeiten²¹⁾. Pflichten haben in dem kategorialen System des Strafrechts, das durch die Rechtsgutslehre fundiert wird, nur einen abgeleiteten Status. Sie ergeben sich aus der Notwendigkeit, die Bürger zum Schutze von Rechtsgütern zu bestimmten Verhaltensweisen zu verpflichten. Der Schutz von Interessen ist primär, Pflichten sind sekundär. Das hat etwa die Konsequenz, dass sich die dogmatische Figur der „Pflichten-kollision“ im Kern auf eine Kollision von Interessen zurückführen lassen muss²²⁾.

2. Moralwidrigkeiten

Die Rechtsgutslehre schließt ferner aus: die Bestrafung reiner Moralwidrigkeiten²³⁾. Das ergibt sich vielleicht nicht aus *allen* Ansätzen, die dem Prinzip des

20) Es geht gerade nicht nur um „politische Klugheitsregeln“, wie Gärditz (Anm. 7) annimmt (S. 365 ff.).

21) NK-Hassemer/Neumann (Anm. 2), Vor § 1 Rn. 110, 112; M. Heinrich (Anm. 9), S. 132.

22) Näher dazu Neumann, Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen – Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden „Pflichten-kollision“, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 2001, S. 421 ff.

Rechtsgüterschutzes verpflichtet sind²⁴⁾; legt man einen extrem weiten Begriff des „Rechtsguts“ zugrunde, so ließen sich wohl auch moralische Normen als „Rechtsgüter“ deklarieren. Definiert man mit der personalen Rechtsgutslehre Rechtsgüter als *rechtlich schutzwürdige menschliche Interessen*²⁵⁾, dann scheitert die Bestrafung reiner Moralwidrigkeiten aber zwangsläufig daran, dass es bei einer „reinen Moralwidrigkeit“ an einer Interessenverletzung gerade fehlt.

Selbstverständlich können Handlungen, die schutzwürdige Interessen (Rechtsgüter) verletzen, *zugleich* gegen moralische Normen verstoßen; jedenfalls im Kernbereich des Strafrechts wird das regelmäßig der Fall sein. Handlungen, die *ausschließlich* moralische Normen verletzen, entziehen sich nach dem Konzept einer interessenbasierten Rechtsgutslehre aber der Kriminalisierung. Das hat die Konsequenz, dass sich ein Straftatbestand des Besitzes von Drogen zum Eigengebrauch²⁶⁾ vor dem Forum der Rechtsgutslehre nicht legitimieren lässt. Das Gleiche gilt etwa für den Tatbestand der Leugnung bestimmter historischer Tatsachen.²⁷⁾

IV. Rechtsgutslehre und Verfassungsrecht

1. Verfassungsrecht statt Rechtsgutslehre?

Mein *dritter Punkt* betrifft das Verhältnis der Rechtsgutslehre zum Verfassungsrecht. In der aktuellen Diskussion wird die Verfassung gegen die Rechtsgutslehre ausgespielt. Man will die Rechtsgutslehre mit dem Vorwurf, sie okkupiere verfassungsrechtliches Terrain, in die Schranken weisen²⁸⁾. Gestützt wird diese Kritik durch den Beschluss des *Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE 120, 224) zum Straftatbestand des *Geschwisterinzests*²⁹⁾. Das Bundesverfassungsgericht hat es in dieser Entscheidung ausdrücklich abgelehnt, bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit dieses Straftatbestands die Rechtsgutslehre heranzuziehen. Der Rückgriff auf einen „überpositiven Rechtsgutsbegriff“ gerate, so die

23) *Roxin*, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutslehre, in: Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2010, S. 573, 579; *M. Heinrich* (Anm. 9), S. 132.

24) So *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt am Main 2005, S. 19: „Es ergibt sich ... aus den gängigen Rechtsgutsdefinitionen nicht von vornherein, dass Moralwidrigkeiten ausgeschlossen sein sollen“. Vgl. auch *Appel*, Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht, KritV 1999, S. 278, 285.

25) *Hassemer*, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: Scholler/Philipps (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, S. 85, 91. Zur Kritik und Antikritik s. unten bei Anm. 55 ff.

26) § 29 des deutschen Betäubungsmittelgesetzes (BtMG).

27) § 130 Abs. 3 StGB.

28) *Gärditz* (Anm. 7); *Stuckenberg* (Anm.7).

29) § 173 Abs. 2 StGB.

Argumentation, „in Widerspruch dazu, dass es nach der grundgesetzlichen Ordnung Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist (...), die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter festzulegen“³⁰⁾.

Die Befugnis des Gesetzgebers zum Erlass von Strafgesetzen finde ihre Grenze nur in der Verfassung selbst; sie könne nicht „unter Berufung auf angeblich vorfindliche oder durch Instanzen jenseits der Gesetzgebers ‚anerkannte‘ Rechtsgüter eingeengt werden“³¹⁾. Die Möglichkeit, das Konzept des Rechtsgüterschutzes in das verfassungsgerichtliche Prüfungsprogramm zu integrieren, wird ausdrücklich verworfen. Dieses Konzept stelle „keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären, dessen Aufgabe es ist, dem Gesetzgeber äußerste Grenzen seiner Regelungsgewalt zu setzen“³²⁾.

2. Verfassungsrelevanz der Rechtsgutslehre?

Das Minderheitsvotum des Senatsvorsitzenden *Hassemer* sieht das anders und bejaht, mit detaillierten Erwägungen zum Schutzgut, die Verfassungswidrigkeit des Tatbestands³³⁾. Für die künftige Entscheidungspraxis des Gerichts dürfte indes die Mehrheitsmeinung die Weichen stellen. Allerdings verfährt die Senatsmehrheit bei ihrer Ablehnung der verfassungsrechtlichen Relevanz der Rechtsgutslehre keineswegs konsequent³⁴⁾. Denn bei der Prüfung, ob der Tatbestand des Geschwisterinzests (§ 173 Abs. 2 StGB) dem *Verhältnismäßigkeitsprinzip* genügt, greift auch die Mehrheitsmeinung auf den Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes zurück und untersucht, ob die Norm *mit Blick auf die geschützten Rechtsgüter* angemessen (verhältnismäßig) ist.³⁵⁾

Dass der Senat hier der Rechtsgutslehre mit der linken Hand jedenfalls teilweise das zurück gibt, was er ihr zuvor mit der rechten Hand genommen hat, kann man einer mangelnden Redaktion der Entscheidung zuschreiben. Es könnte aber auch ein Indiz dafür sein, dass es einen *sachlichen Zusammenhang* zwischen Rechtsgutslehre und Verfassungsrecht gibt, der sich nicht hinwegdisputieren lässt. Dafür spricht, dass auch die Kritik im Schrifttum, soweit sie das Verfassungsrecht gegen die Rechtsgutslehre ausspielen will, in diesem Punkt durchaus ambivalent bleibt. So wird, von denselben Autoren, einerseits die verfassungsrechtliche Anschlussfähigkeit der Rechtsgutslehre bestritten³⁶⁾, dieser Lehre andererseits aber zugestanden, aus verfassungsrechtlicher Sicht sei an ihr richtig, dass sie den instrumentellen, zweckhaften Charakter der Strafe herausstelle³⁷⁾.

30) BVerfGE 120, 224, 242, Rn. 39.

31) AaO.

32) AaO.

33) BVerfGE 120, 224, 255 ff.

34) So auch *Stuckenberg*, GA 2011, S. 656.

35) BVerfGE 120, 224, 252 ff., Rn. 59 ff.

36) *Gärditz* (Anm. 7), S. 352 m. Fn. 118.

Der Behauptung, eine „Einbindung der Rechtsgutslehre“ in die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung sei verfassungsrechtlich unzulässig oder aber unergiebig, folgt die Forderung, „eine hinter dem Rechtsgüterschutzkonzept stehende Theorie“ solle „durch Entwicklung differenzierter ... Argumentationsmuster“ einen Beitrag zur Verfassungsrechtsanwendung leisten³⁸⁾.

In der Tat dürfte sich kaum bestreiten lassen, dass die *Rechtsgutslehre* jedenfalls im Rahmen der verfassungsrechtlichen *Verhältnismäßigkeitsprüfung* eine wichtige Rolle spielt. Das gilt nicht nur für die systemimmanente, es gilt auch und gerade für die systemtranszendente Rechtsgutslehre. Denn eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, die sich darauf beschränken würde, das vom Gesetzgeber „geschaffene“ Rechtsgut zu identifizieren und dessen Gewichtung durch den Gesetzgeber nachzuvollziehen, wäre tendenziell zirkulär. Sie wäre bei der Prüfung der normativen Komponente der Verhältnismäßigkeit, der Angemessenheit, ohne Orientierung. Die verfassungsrechtliche Überprüfung müsste sich dann auf die „technischen Elemente“ des Verhältnismäßigkeitsprinzips beschränken³⁹⁾, also auf die Geeignetheit und die – instrumentelle – Erforderlichkeit der Strafdrohung.

3. Die Relevanz des Verfassungsrechts für die Rechtsgutslehre

Komplementär muss sich auch die Rechtsgutslehre stärker als bisher an den verfassungsrechtlichen Vorgaben orientieren, wenn sie Rechtsgüter bewertet und gewichtet. Das liegt auf der Hand, wenn man mit *Roxin* als Rechtsgüter „alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen“ verstehen will, „die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf diesen Zielvorstellungen aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind“⁴⁰⁾. Aber auch Rechtsgutskonzepte, die das Rechtsgut zunächst ohne konstitutiven Bezug auf die Verfassung definieren, plädieren für eine Integration des Rechtsgutsmodells in einen verfassungsrechtlichen Regelungs- und Argumentationszusammenhang⁴¹⁾. Im Einzelnen besteht hier aber noch erheblicher Forschungsbedarf.

37) *Gärditz* (Anm. 7), S. 352.

38) *Stuckenberg* (Anm. 7), S. 657.

39) Zu den impliziten normativen Momenten dieser „technischen“ Elemente *Neumann*, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden 2006, S. 128, 130 ff.

40) *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., München 2006, § 2 Rn. 7; *ders.* (Anm. 23), S. 578.

41) *Hassemer*, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mißleidenschaft ziehen?, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden 2003, S. 57 ff.

V. Ergänzungsbedürftigkeit der Rechtsgutslehre

Das schwerste Geschütz, das gegen das Rechtsgutskonzept aufgeföhren wird, ist die Behauptung mangelnder Leistungsfähigkeit. Auf den Nenner gebracht lautet sie: die Rechtsgutskonzeption ist einerseits *zu eng* und andererseits *zu weit*. Zu eng sei die Konzeption, weil sie den legitimen Strafrechtsschutz bestimmter Vorstellungen und Geföhle nicht rechtfertigen könne⁴²⁾. Der personalen Rechtsgutslehre wird darüber hinaus das angebliche Unvermögen einer Integration kollektiver Rechtsgüter angekreidet⁴³⁾. Auf der anderen Seite sei der Rechtsgutsbegriff nicht nur zu weit, um das Strafrecht wirksam begrenzen zu können; das Rechtsgutsgdenken begünstige geradezu eine weite Vorverlegung des Rechtsgüter-schutzes⁴⁴⁾ und sei im übrigen auch dort, wo es nach seiner internen Logik das Strafrecht begrenze, ohne praktische Wirksamkeit⁴⁵⁾. Hinter dieser Kritik stehen verschiedene Missverständnisse, aber auch einige ernsthafte Probleme.

1. Kritik an der Enge des Rechtsgutskonzepts

a) Ein Missverständnis steht offensichtlich hinter der Behauptung, die personale Rechtsgutslehre könne *kollektive Rechtsgüter*⁴⁶⁾ nicht in ihr Modell integrieren. Denn: Entweder lassen sich die kollektiven Rechtsgüter auf individuelle zurück-föhren, dann steht nichts entgegen, sie in das Modell der personalen Rechtsguts-lehre zu integrieren. Oder aber es wird das kollektive Rechtsgut wirklich als eigenständiges und nicht abgeleitetes Schutzgut verstanden – Stichwort: Schutz der Umwelt um ihrer selbst willen –, dann besteht aller Anlass, diesem Rechts-gut mit Misstrauen zu begegnen.

b) Größere Probleme werfen die Tatbestände auf, in denen es um den Schutz von bloßen Geföhlen oder Vorstellungen geht – genannt werden etwa der Tatbestand der *Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener* (§ 189 StGB) oder der Tatbestand der *Beschimpfung religiöser Bekenntnisse* (§ 166 StGB). Auch der Tatbestand der Tierquälerei lasse sich mit der Rechtsgutslehre nicht legitimieren. Solche Tatbestände haben in jüngster Zeit Anlass zu dem Vorschlag gegeben, das Rechtsgutskonzept durch die Anerkennung von sogenannten „*Verhaltensdelikten*“ zu ergänzen⁴⁷⁾ oder sogar zu ersetzen⁴⁸⁾. Diese Verhaltensdelikte sollen

42) Exemplarisch Wohlers, Schlusswort: „Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsskeptikers“, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 281, 283.

43) Nachw. bei NK-Hassemer/Neumann (Anm. 2), Vor § 1 Rn. 117.

44) Frisch, An den Grenzen des Strafrechts, Stree/Wessels-FS 1993, S. 69, 72 ff.

45) Wohlers, Schlusswort (Anm. 42), S. 281.

46) Ausf. zur Problematik kollektiver Rechtsgüter Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002; Anastasopoulou, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005.

nicht die Verursachung von Sozialschäden unter Strafe stellen, sondern einen Verstoß gegen Wert- und Verhaltensvorstellungen der Gesellschaft poenalisieren.

c) Das ist – jedenfalls in der zweiten Variante – ein radikales, und es ist ein gefährliches Konzept. Es ist radikal, weil es das Rechtsgutskonzept *in toto* über Bord wirft, um Probleme zu bewältigen, die sich in Grenzbereichen stellen. Und es ist gefährlich, weil es selbst auf den Versuch einer normativen Kontrolle gesellschaftlicher Bestrafungstendenzen verzichtet, und das Strafrecht damit kampflos den jeweils herrschenden Ideologien⁴⁹⁾ ausliefert. Die Lehre von den Verhaltensdelikten ist plausibel nur als soziologische Theorie. Sie macht insoweit zutreffend darauf aufmerksam, dass sich die Straftatbestände *faktisch* an elementaren gesellschaftlichen Wertungen orientieren. Als normative Theorie ist sie unbrauchbar. Herr Prof. *Young-Whan Kim* hat in dem neuesten Heft der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ dazu das Erforderliche gesagt.⁵⁰⁾ Für die Rechtsgutslehre gibt es hier drei und nur drei Möglichkeiten.

Die *erste*: Man bezieht als Verfechter der Rechtsgutslehre einen heroischen Standpunkt und brandmarkt Tatbestände wie den der Beschimpfung religiöser Bekenntnisse (§ 166 StGB) als illegitim⁵¹⁾. Das ist eine Position, die punktuell durchgehalten werden kann, aber rasch an die Grenzen gesellschaftlicher – vielleicht auch eigener – Akzeptanz stößt. Die *zweite* Möglichkeit: Man fasst den Begriff des Rechtsguts so weit, dass auch der Schutz von bloßen Gefühlen dem Rechtsgüterschutz zugeordnet werden kann. Das aber würde zu einer Verflüssigung des Rechtsgutsbegriffs führen, vor der man mit Nachdruck warnen muss⁵²⁾.

47) *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 52 ff.

48) *Stratenwerth*, Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Rechtsgutstheorie (Anm. 42), S. 255, 257; vgl. auch *Stratenwerth*, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, *ZStW* 105 (1993), S. 679, 692 ff.; *ders.*, Zum Begriff des „Rechtsgutes“, *Lenckner-FS* 1998, S. 377 ff.

49) Der Begriff wird hier selbstverständlich in dem neutralen Sinne verstanden, in dem er in der Wissenssoziologie Verwendung findet. In der These, das Strafrecht könne legitimer Weise zum Schutz der Regeln eingesetzt werden, über die sich eine Gesellschaft in ihrer spezifischen Identität konstituiert, trifft sich die Auffassung *Stratenwerths* (Anm. 48, S. 256 f.) mit der im Ansatz ganz anders begründeten Position von *Jakobs* (*Jakobs*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart Kommentar), in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 49: „die Strafe ist Bestätigung der Identität der Gesellschaft, also des Normbestands“. Soweit *Stratenwerth* sich auf den berechtigten Kampf von Angehörigen unterdrückter Kulturen um „ihre“ Regeln beruft („An vielen Orten der Erde kämpfen und sterben Menschen noch immer um der Regeln willen, nach denen sie als soziale Wesen leben wollen ...“ [Anm. 48, S. 257]), wäre darauf zu verweisen, dass das Recht, nach eigenen Regeln zu leben, von dem Recht, Abweichungen von diesen Regeln mit den Mitteln des Strafrechts zu unterdrücken, scharf unterschieden werden muss.

50) *Young-Whan Kim*, Verhaltensdelikte und Rechtsgutsverletzungen – Zur aktuellen Diskussion um einen materiellen Verbrechensbegriff, *ZStW* 124 (2012), 591 ff.

51) Kritisch etwa *NK-Herzog*, § 166 Rn. 1 (allerdings wird der Tatbestand unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des öffentlichen Friedens letztlich akzeptiert).

Die *dritte* Möglichkeit liegt in der Ergänzung der Rechtsgutstheorie durch komplementäre Ansätze, etwa durch das Prinzip der Belästigung („Offence Principle“)⁵³⁾. Denkbar wäre auch, jenseits der Reichweite des Rechtsgutsprinzips auf eine Rechtfertigung von Straftatbeständen in einem strengen Sinne zu verzichten, aber die Unvermeidbarkeit des strafrechtlichen Schutzes elementarer gesellschaftlicher Wertvorstellungen als soziologischen Befund zur Kenntnis zu nehmen. Hier sind weitere Analysen nötig und zu erwarten. Ich möchte an dieser Stelle nur kurz auf zwei Probleme eingehen, die der Rechtsgutslehre aus der Sicht ihrer Kritiker besonderes Kopfzerbrechen machen müssen: den *Tierschutz*⁵⁴⁾ und den Schutz der Interessen *künftiger Generationen*.

d) Was den strafrechtlichen Schutz von Tieren betrifft, so muss man sich in der Tat von der anthropozentrischen Perspektive der bisherigen Rechtsgutslehre lösen. Der Tatbestand der *Tierquälerei* lässt sich unter dem Gesichtspunkt des Schutzes menschlicher Gefühle und menschlicher Interessen nicht überzeugend rechtfertigen.⁵⁵⁾ Tiere werden um ihrer selbst willen geschützt. Einen Ansatzpunkt liefert hier aber die Definition des Rechtsguts als *schützenswertes Interesse*, von der ich ausgehe.⁵⁶⁾ Das Tiere ein Interesse haben, von qualvollen Schmerzen verschont zu bleiben, lässt sich nicht bestreiten. Wir erkenne das implizit an, wenn wir davon sprechen, dass Tiere Schmerzen „leiden“. Mit dem Begriff des „Leidens“ ist der des Interesses, von dem Leiden frei zu sein, logisch verbunden. Man sollte also das Rechtsgut des Tatbestands der Tierquälerei so bestimmen, wie es die Ausgestaltung des Straftatbestands nahe legt, wenn er es mit Strafe bedroht, ein (höher entwickeltes) Tier zu quälen oder zu töten.⁵⁷⁾

Der mögliche Einwand drängt sich auf: Die personale Rechtsgutslehre definiert Rechtsgüter ausdrücklich als (strafrechtlich schutzbedürftige) *menschliche* Interessen⁵⁸⁾. Im Rahmen einer personalen Rechtsgutslehre erscheint das *prima facie* nahezu zwingend. Sieht man aber die Stoßrichtung der personalen Rechtsgutslehre darin, dass die Kriminalisierung von reinen Moralwidrigkeiten und bloßen Pflichtverletzungen abgewehrt werden soll, so gibt es keine grund-

52) NK-Hassemer/Neumann (Anm. 2), Vor § 1 Rn. 265; NK-Hassemer/Neumann (Anm. 2), Vor § 1 Rn. 122.

53) Dazu etwa von Hirsch, Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, Rechtsgutstheorie (Anm. 42), S. 22 ff.; ders., Belästigendes Verhalten. Gibt es ein strafrechtliches Belästigungsprinzip?, in: Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 189.

54) § 17 des deutschen Tierschutzgesetzes (TierSchG).

55) Greco, Rechtsgüterschutz und Tierquälerei, in: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 3, 6 ff.

56) Siehe oben.

57) § 17 des deutschen Tierschutzgesetzes (TierSchG) lautet: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer 1. ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund tötet oder 2. einem Wirbeltier a) aus Rohheit erhebliche Schmerzen oder Leiden oder b) länger anhaltende oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden zufügt.“

58) Hassemer (wie Anm. 25).

sätzlichen Bedenken dagegen, auch die Interessen von leidensfähigen Kreaturen als Rechtsgüter anzuerkennen. Das *normative Prinzip*, das es erlaubt, zum Schutz der Interessen von Tieren ggf. mit Strafe in menschliche Interessen einzugreifen, ist das der *Empathie* und der *Solidarität* mit anderen Lebewesen. Selbstverständlich müsste diese Argumentation im Einzelnen entfaltet werden. Dass eine *interessenbasierte Rechtsgutslehre* auch Interessen von Mit-Lebewesen des Menschen berücksichtigen kann, scheint mir im Grundsatz aber unproblematisch zu sein.

e) Weniger klar ist die Situation hinsichtlich der Berücksichtigung der Interessen von Menschen *künftiger Generationen*.⁵⁹⁾ Immerhin: es geht hier, worüber die Kurzformel vom „Interesse künftiger Generationen“ nicht hinwegtäuschen darf, um die Interessen (künftig lebender) individueller Menschen. Dass diese Menschen in ihrer Identität noch nicht bestimmt und noch nicht bestimmbar sind, spielt keine entscheidende Rolle. Denn auch hinsichtlich des strafrechtlichen Schutzes der Interessen der *heute* lebenden Menschen kommt es auf die bürgerliche Identität nicht an. Wenn die personale Rechtsgutslehre in ihrer derzeit vorliegenden Ausarbeitung „keinen Platz für die ‚Opfer von morgen‘“ vorsieht⁶⁰⁾, so dürfte es dafür trotzdem gute Gründe geben. Denn es geht bei der langfristigen Planung der Umweltentwicklung um politische Entscheidungen, die durch das Strafrecht kaum steuerbar sein dürften⁶¹⁾. Jenseits der Reichweite der Rechtsgutslehre läge jedenfalls ein strafrechtlicher Schutz der Natur um ihrer selbst willen. Die Minimalbedingung für das Vorliegen eines Rechtsguts, das Interesse an Integrität, ist jenseits des Bereichs empfindungsfähiger Lebewesen nicht gegeben.

2. Kritik an der Weite des Rechtsgutskonzepts

a) Der entgegengesetzte Vorwurf lautet, der Rechtsgutsbegriff sei *zu weit*, um eine relevante Begrenzung des Strafrechts leisten zu können. Dieser Vorwurf trifft allerdings eine Konzeption nicht, die das Rechtsgut konsequent an den Begriff des *Interesses* bindet. Er könnte sich gegen Definitionen richten, die unter dem Rechtsgut beispielsweise einen „vergeistigten ideellen Wert“⁶²⁾ oder einen „rechtlich geschützten abstrakten Wert der Sozialordnung“⁶³⁾ verstehen. Die Definition des Rechtsguts als Interesse hat aber gerade den Vorteil, dass der

59) Dazu eingehend *Prittwitz*, Personale Rechtsgutslehre und die „Opfer von morgen“, in: Neumann/Prittwitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, Frankfurt am Main 2007, S. 97 ff.

60) *Prittwitz* (Anm. 59), S. 101.

61) So *Prittwitz* (Anm. 59), S. 110 f.

62) *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003, § 3 Rn. 18.

63) *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 257.

Rechtsgutsbegriff an lebensweltliche Erfahrungen zurückgebunden wird⁶⁴⁾. Er spiegelt die Forderung, dass das Strafrecht in einem liberalen Staat den Bedürfnissen der Menschen entsprechen muss, und er steuert der Gefahr entgegen, dass sich der Begriff des Rechtsguts verflüchtigt und damit das Rechtsgutsmodell, das mit dem Anspruch der *Begrenzung* des Strafrechts angetreten ist, unter der Hand zu einem Legitimationsmodell eines tendenziell uferlosen Strafrechts mutiert.⁶⁵⁾

Richtig ist allerdings, dass die *strafrechtsdogmatische* Diskussion Tendenzen zu einer Ontologisierung des Rechtsgutsbegriffs zeigt – mit der Folge, dass das Rechtsgut gerade *gegen* die Interessen desjenigen ausgespielt werden kann, um dessen Schutz es gehen sollte. Denn in einem ontologischen Rechtsgutsmodell fungiert der Betroffene nur noch als austauschbarer „Träger“ eines Rechtsguts.

b) Ein drastisches Beispiel bildet die aktuelle Diskussion zur *Sterbehilfe*, in der man auf das Rechtsgut Leben pocht, um dem Patienten die autonome Entscheidung über seinen Tod zu entziehen – so, als wäre es nicht *sein* Leben, um dessen Beendigung er mit dem Staate streiten muss. Hier wird das Recht auf Leben im Ergebnis in eine Lebenspflicht transformiert – ein Kategorienfehler, der tendenziell zur einer Tyrannei des Rechtsguts gegenüber dessen Inhaber führt⁶⁶⁾.

Das gleiche Problem stellt sich beim *Hungerstreik von Strafgefangenen*. Auch hier werden Zwangsmaßnahmen gegenüber dem „Träger“ des Rechtsguts mit der Notwendigkeit begründet, das Rechtsgut „Leben“ zu schützen⁶⁷⁾. Auf die personale Rechtsgutslehre können sich solche Umdeutungen nicht berufen; der strafrechtliche Schutz von Interessen begründet Rechte, nicht aber Pflichten des Geschützten. Paternalistische Strafdrohungen werden von der personalen Rechtsgutslehre nicht gedeckt.

c) Ein weiterer Einwand lautet, das Rechtsgutsdenken begünstige eine weite *Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes*⁶⁸⁾. Dieser Einwand ist ernst zu nehmen, lässt sich aber in einem komplexen Modell eines rechtsgutsbasierten Strafrechts ausräumen. Denn die Existenz eines anerkannten Rechtsguts ist lediglich eine *notwendige*, nicht aber eine *hinreichende* Bedingung für die Legitimität einer Strafdrohung. Selbstverständlich kann das Rechtsgutskonzept für sich alleine die notwendige Begrenzung des Strafrechts nicht leisten. Es ist auf die Ergänzung

64) Das dürfte der Forderung von *Tavares* nach einer „empirischen Substanz“ des Rechtsguts entsprechen (*Tavares*, Personale Rechtsgutslehre und Kriminalpolitik in Brasilien, in: *Neumann/Pritwitz* [Hrsg.], „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, 2007, S. 129, 137).

65) Zutreffende Warnung vor einer „Vergeistigung“ des Rechtsgutsbegriffs bei *Tavares* (Anm. 65), S. 137.

66) Nachw. und Kritik bei NK-*Hassemer/Neumann* (Anm. 2), Vor § 211 Rn. 3.

67) Vgl. etwa *Herzberg*, Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortung der Vollzugsbediensteten, ZStW 91 (1979), S. 557 ff.

68) *Frisch* (Anm. 44), S. 72 ff.

durch normative Prinzipien – wie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das ultima ratio Prinzip – angewiesen⁶⁹⁾. Im Übrigen ergeben sich Begrenzungen aus der Institution der Strafe selbst. Als retributive Institution setzt Strafe ein Verhalten voraus, das die Sanktionierung mit empfindlichen Maßnahmen „verdient“⁷⁰⁾. Mit präventiven Gesichtspunkten allein ist Strafe auch in einem rechtsgüterschützenden Strafrecht nicht zu rechtfertigen.

VI. Fazit

Ich sehe zu dem Modell des Rechtsgüterschutzes derzeit keine überzeugende Alternative. Richtig ist allerdings, dass dieses Modell in einigen Punkten weiter entwickelt werden muss. Das betrifft vor allem den Zusammenhang mit den Prinzipien des Verfassungsrechts, und es betrifft die Einbeziehung von Interessen anderer leidensfähiger Lebewesen.

69) NK-Hassemer, Vor § 1 Rn. 293; NK-Hassemer/Neumann (Anm. 2), Vor § 1 Rn. 151.

70) Zur Voraussetzung der „Strafwürdigkeit“ vgl. NK-Hassemer, Vor § 1 Rn. 183 ff.; NK-Hassemer/Neumann (Anm. 2), Vor § 1 Rn. 49 ff.

「명지법학」 편집규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

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

제2조(명지법학의 간행)

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

제3조(원고의 게재)

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

제4조(편집위원회의 구성)

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

제5조(편집위원회의 업무)

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

제6조(편집위원회의 운영)

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

제7조(심사위원회의 구성)

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

제8조(원고의 심사)

- ① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
 1. 주제설정(창의성과 적절성)
 2. 연구 방법의 논리적 완결성
 3. 연구의 학술적 완성도
 4. 연구결과의 학문적 기여도
 5. 종합의견(게재, 수정 후 게재, 수정 후 재심사, 게재 불가)
- ② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.
 1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
 2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
 3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도
- ③ 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 수정 후 재심사(차호 게재), 게재 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. 07. 31.

개정 2022. 03. 31.

제1조(투고자격)

- ① 국내외 대학 전임교수
- ② 법률 분야의 종사자
- ③ 대학원생으로서 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 원고일 것
 2. 다른 학술지 등에 발표한 일이 없는 원고일 것, 다만, 타 학술지에 일부 발췌문을 발표하였을 경우에는 그 전문(全文)을 투고할 수 있다.
 3. 외국논문을 한글로 번역한 논문의 경우에는 게재를 요청하는 번역자에 의해 저작권 협의가 이미 완료되어 있을 것
- ③ 학술지에 게재할 원고의 전체분량은 「명지법학」 원고작성 지침에 따른 형식으로 20매 내외를 원칙으로 하며, 30매를 초과할 경우 편집위원회의 결정에 따라 게재가 허용될 수 있다.

제3조(투고절차 및 방법)

- ① 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ② 원고는 작성자의 인적사항을 삭제한 후 제출하고, 표지에 저자명, 소속, 직위, 연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.
- ③ 원고 제출은 투고기한 내에 완성된 원고를 첨부하여 전자우편(E-Mail)으로 송부함을 원칙으로 한다.

제4조(투고기한) 논문의 투고는 「명지법학」의 발간 예정일을 기준으로 1월 전(각

6월 30일, 12월 31일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정으로 기한을 초과하여 제출하는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

제5조(논문제출처) 원고는 온라인 논문투고 및 심사시스템(<http://kyobo160.medone.co.kr/html>)에 제출하며, 논문투고에 관한 문의는 명지대학교 법학연구소로 한다.

- 주소: (03674) 서울시 서대문구 거북골로 34 명지대학교 법학연구소
- 이메일: lawresearch@mju.ac.kr
- 전화: 02-300-0805
- 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 온라인 논문투고 및 심사시스템, 전자메일 등을 통해 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.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2022년 4월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리규정

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.

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 받는 외부인사 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 연구부정 행위 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 경우에는 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 기피 신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안전의 심의·의결 및 조사에 관여할 수 없다.
- ③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피를 신청할 수 있다.
- ④ 위원장은 위원 중 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사사안과 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 찬성과 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 게재취소사실의 공지
 - 3. 회원자격의 박탈 또는 정지
 - 4. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 집수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
- ④ 위원회는 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를

하거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있다.

제11조(결과의 통지)

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

제12조(재심의)

피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심의를 요청할 수 있다.

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, 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 심의·의결·조사 기타 조사과정에서 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.

「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 워드 프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 온라인 논문투고 및 심사시스템(<http://kyobo160.medone.co.kr/html>)에 제출하며, 워드 프로세서는 [한글] 프로그램 사용을 원칙으로 한다.
- 2) 원고는 국문으로 작성하는 것을 원칙으로 하되, 필요한 경우 외국어로 작성할 수 있다.
- 3) 원고는 각주, 표, 그림 등을 포함하여 A4 용지 20매 내외로 하는 것을 원칙으로 한다.

2. 원고의 구성

원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 한다.

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

3. 원고 작성의 규칙

구체적인 원고 작성 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, 연월, 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 : 이윤제 (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)

최병천 (전남대학교 법학전문대학원 교수)

홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

간 사 : 안수길 (명지대학교 법과대학 교수)

편집 보조인 : 구지혜 (명지대학교 법학연구소 교육조교)

明知法學 (제21권 제1호)

2022년 07월 30일 인쇄

2022년 07월 31일 발행

발행인 : 이 윤 제

발행처 : 명지대학교 법학연구소

주 소 : 서대문구 남가좌동 50-3

전 화 : (02)300-0805, FAX : (02)300-0804

제 작 : 도서출판 학술정보

* 이 책의 무단복제·복사·전제를 금함

ISSN 1229-7585

板 權
所 有