

明知法學

제22권 제1호



2023

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. 명지법학이 이번 호로 제22권 제1호가 되었습니다. 오랜 세월 명지법학의 발간을 위해 물심양면으로 노력해주신 여러 분들께 감사드립니다. 특히 명지대학교 법과대학의 여러 교수님들과 대학원생들, 그리고 외부에서 꾸준히 귀한 논문을 기고해주신 많은 분들 및 논문을 심사하여 주신 심사위원님들께 감사드립니다.

아시다시피 명지법학은 2022년에 한국연구재단의 학술지평가 결과 등재지로 선정되었습니다. 앞으로도 투고 논문의 엄정한 심사와 관리를 통하여 계속 등재지로 유지될 수 있도록 최선을 다할 것을 다짐합니다. 아울러 더욱 수준 높은 논문들이 수록되어 계속 발전하는 학술지로 성장할 수 있기를 희망합니다.

이번 호에는 엄격한 심사를 통해 총 8편의 논문이 수록되었습니다. OTT 기업결합의 경쟁법상 규제, 국가수사본부의 역할방안 정립, 금융기본권 개념, 방위사업법에서의 부당이득금 환수제도, 메타버스 플랫폼상에서의 화상디자인의 법적 보호, 성폭력처벌법상 통신매체이용 음란죄, 제주녹지국제병원 판결과 관련한 제반 쟁점 등 다양하고도 시의적절한 주제를 다루었습니다. 집필자님들의 연구 활동의 깊이를 체감할 수 있을 것이라고 자부합니다. 투고해 주신 여러분들과 심사위원님들께 감사 말씀을 올립니다.

끝으로, 명지법학 제22권 제1호가 나오기까지 수고해주신 이윤제 논문편집위원장님과 편집과 출판 등 간사 업무를 훌륭하게 담당해주신 안수길 교수님, 많은 업무를 맡아 수고해주신 구지혜 법학연구소 교육조교께 감사드립니다. 남은 여름도 별 탈 없이 무사히 잘 지나가길 바라며, 가정의 평안과 행복을 기원합니다.

2023년 7월 명지대학교 법학연구소장
최 세 련

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

OTT 기업결합의 경쟁법상 규제에 관한 고찰	홍명수 · 이소연 / 1
개정(안)을 통한 국가수사본부의 합리적 역할방안 정립에 관한 논의	박 호 현 / 25
금융의 사회적 가치 실현을 위한 금융기본권 개념 연구 -주택담보대출 규제의 적법성과 헌법적 근거를 중심으로-	박기주 · 신동호 / 45
방위사업법에서의 부당이득금 환수제도 개선방안	이윤용 · 신만중 / 75
메타버스 플랫폼상에서의 화상디자인의 법적 보호에 관한 연구	김 민 우 / 93
성폭력처벌법상 통신매체이용 음란죄의 성립요건	신 이 철/ 117
제주녹지국제병원 판결과 관련한 제반 쟁점에 관한 분석	장 혜 명/ 143

[부 록]

「명지법학」 편집규정	171
「명지법학」 투고규정	174
「명지법학」 연구윤리 규정	176
「명지법학」 원고작성 지침	179

OTT 기업결합의 경쟁법상 규제에 관한 고찰 -옥수수와 POOQ의 기업결합에 관한 2019 공정거래위원회 심결의 평석을 중심으로-

홍 명 수* 이 소 연**

논문요지

옥수수와 POOQ의 기업결합에 관한 2019년 공정거래위원회의 심결은 주요 OTT 플랫폼 간에 발생한 최초의 결합을 다루었다는 점에서도 중요하지만, 급격한 산업 구조의 변화가 일고 있는 영역에서 발생한 기업결합을 다루었다는 점에서도 의의가 있다. 공정거래위원회는 당해 기업결합의 의의를 수평적 측면과 수직적 측면으로 구분하고, 특히 후자와 관련하여 방송 콘텐츠 제공 시장에서 기업결합 당사자들에 의한 집중도의 심화가 OTT와의 거래를 제한함으로써 OTT 플랫폼을 영위하는 사업자 간 경쟁에 부정적 영향을 미칠 수 있다는 점에 근거하여 경쟁제한성을 인정하였다. 현시점에서 넷플릭스의 급성장과 기업결합 이후 통합 OTT 사업자 점유율의 지속적인 하락 등의 변화를 감안하면, 당시의 판단이 부적절하였다는 인식을 피하기 어렵다. 그러나 단지 예측의 실패만으로 동 심결에 대한 부정적인 평가를 내릴 수는 없다. 그렇지만 AT&T와 Time-Warner 기업결합 사건에서 미국 법원이 행한 것처럼 수직적 부문에서 경쟁제한성을 인정하기 위해서는 동영상 콘텐츠의 거래에 대한 실질적 분석이 뒷받침될 필요가 있었다는 점, 오리지널 콘텐츠 중심으로 전개되는 OTT 사업자 간 경쟁 양상에 대한 이해가 충분하지 못하였다는 점, 혁신적인 변화가 나타나고 있는 산업 상황에 대한 고려가 행해지지 않았던 점 등은 문제가 될 수 있으며, 이는 향후 해당 분야에서 발생할 수 있는 기업결합 규제에 있어서 개선이 필요한 부분이라 할 수 있다.

검색용 주제어: 인터넷 동영상 서비스, 플랫폼, 기업결합, 수직적 거래제한, 혁신시장

· 논문접수: 2023. 06. 05. · 심사개시: 2023. 06. 26. · 게재확정: 2023. 07. 20.

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

** 명지대학교 법과대학 대학원(석사과정)

I. 서론

기업결합은 복수의 기업들이 단일한 지배관계를 형성하는 것을 의미한다. 복수의 기업들을 대신한 단일한 경제 주체의 등장은 수평적, 수직적 또는 혼합적인 맥락에서 시장에 일정한 영향을 미칠 수 있다. 특히 이러한 과정이 결합 주체에 의한 지배력의 확대로 이어질 수 있다는 점에서¹⁾ 경쟁법상 일정한 개입이 요구될 수 있으며, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법)은 제9조 이하에서 경쟁제한성에 기초한 기업결합의 규제 근거를 마련하고 있다. 동법에 의한 기업결합 규제는 문제가 된 기업결합이 다양한 차원에서 경쟁에 미칠 효과에 초점을 맞추며, 이와 같은 기업결합 효과의 전망적 분석에 기반한 심사 방식은 과거의 행위에 대한 회고적 분석을 위주로 하는 시장지배적 지위 남용행위나 공동행위 규제와 비교되는 특징을 이룬다.²⁾ 전망적 분석은 다양한 변화 요인들의 종합적인 고려가 불가피하다는 점에서 용이하지 않고, 특히 급격한 변화가 진행되고 있는 산업에서는 그 어려움이 커질 수밖에 없다. 최근 플랫폼을 중심으로 산업 구조적 변화가 급속하게 진행되고 있는 분야에서³⁾ 발생하는 기업결합은 이를 극명하게 보여주는 예가 될 것이다.

이러한 점에서 2019년 주요 온라인 동영상 서비스(Over The Top media service, 이하 ‘OTT’로 표기함) 사업자 간 기업결합에 대한 공정거래위원회의 결정은 주목할 만하다. OTT 플랫폼 사업자인 콘텐츠연합플랫폼(주)의 OTT 서비스 ‘POOQ’과 SKT가 제공하는 OTT 서비스 ‘옥수수’ 간에 서비스 통합이 이루어졌는데, 이러한 결합이 독점규제법상 허용되는 기업결합인지, 즉 당해 기업결합이 수평적, 수직적으로 OTT 서비스 시장 및 인접한 시장의 경쟁에 어떠한 영향을 미칠지가 쟁점이 되었다. 이에 관한 공정거래위원회의 판단은⁴⁾ 최초로 주요 OTT 사업자 간 기업결합을 의미 있게 다루었다는 점에서 많은 주목을 받았으며, 3년 이상 경과한 현재에도 여전히 의미 있는 시사점을 제공하고 있다. 현재의 시점에서 동 심결을 되돌아볼 계기는 다음 두 가지 측면에서 찾을 수 있는데, 우선 동 심결에서 기업결합의 허용 조건으로 부과된 일정한 제한이 3년 기한으로 종료되었기 때문에, 경쟁제한의 우려를 해소하기 위해 공정거래위원회가 부과한 조치 및 이를 포함한 심결의 타당성을 실제 전개된 경제 상황에 비추어 검토할 수 있는 시기가 되었다는 점을 들 수 있다. 또한 2022년 또 다른 국내 OTT 사업자 간 기업결합이 발생하였고, 이에 대해 공정거래위원회가 동 심결과 다소 상이한 판단을 내렸다는 점도⁵⁾ 동 심결에서 보여준 공정거래위원회의 판단을 상기시키는 계기가 되었다. 역동적인 변화 과정에 있는 OTT 분야에서 나타난 기업결합 그리고 이에 대한 공정거래위원회의 판단이 이후 당해 산업에 일정한 영향을 미친 것은 분명하며, 공정거래위원회가 행한 경쟁제한성 분석과 결론을 재고

1) 독일 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB) 제36조 제1항은 기업결합이 시장지배력을 형성하거나 강화할 것으로 예상되는 경우에 금지된다고 규정하고 있다. 동 규정은 기업의 내적 성장이 아닌 외적 성장에 대한 규제를 가능하게 하는 것으로 이해된다. Meinrad Dreher & Michael Kulka, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, C.F.Müller, 2021, S. 577.

2) D. G. Goyder, *EC Competition Law* 3. ed., Clarendon Press, 1998, p. 330 참조.

3) 플랫폼의 발전과 산업 전반에 걸친 영향력 확대 현상과 관련하여, 홍명수, “플랫폼 중립성의 경쟁법적 의의”, 「동아법학」, 제90호(2021), 109-115면 참조.

4) 공정위 2019. 9. 17. 의결 제2019-234호.

5) 공정위, 보도참고자료 ‘티빙(Tving)과 시즌(Seezn) 간의 기업결합 승인’. 2022. 10. 31.

하는 것은 OTT 산업뿐만 아니라 플랫폼 중심으로 재편되고 있는 IT 산업 전반에 걸쳐 올바른 경쟁정책을 형성하는데 유용한 기초가 될 수 있을 것이다.

이하에서 우선 OTT 서비스의 의의를 분석하고, OTT 서비스를 제공하는 주요 플랫폼 간의 통합으로서 당해 기업결합의 배경과 경과를 살펴볼 것이다(Ⅱ). 이에 기초하여 당해 기업결합에 대한 공정거래위원회의 심결 내용을 분석하고, 그 결론의 타당성을 검토할 것이다(Ⅲ), 나아가 동 심결 이후 OTT 산업의 변화를 살펴볼 것이다. 이러한 분석을 통해 동 심결에서 공정거래위원회의 산업 전망이 적절하였던 부분과 그렇지 않은 부분을 제시하고, 이를 종합함으로써 현시점에서 공정거래위원회 심결의 의의를 밝히고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. OTT 서비스와 플랫폼

1. OTT 서비스의 발전과 특징

OTT 서비스는 PC나 스마트폰과 같은 다양한 인터넷 단말기를 통해 동영상 시청하는 서비스를 총칭하는 개념으로 사용되고 있다.⁶⁾ 기술적 측면에서 보면, OTT 서비스는 외부 신호를 변환하여 텔레비전으로 시청하는 데 필수적인 셋톱박스와 같은 장치 없이 동영상 콘텐츠를 이용할 수 있는 서비스를 의미한다.⁷⁾ OTT 서비스는 인터넷 프로토콜(internet protocol)을 기반으로 운용되기 때문에, 서비스의 이용은 인터넷 서비스를 수용할 수 있는 단말기를 통해 가능하게 된다. 즉 동 서비스의 이용에 있어서 인터넷 접속 외에 시간적, 장소적 제약을 받지 않으며,⁸⁾ ‘언제 어디서나 어떠한 단말기에 의해서도’(AWATAD; anywhere, anytime, any device) 동영상을 시청할 수 있는 환경이 구축되고 있다. 또한 통신 환경이 기지국의 매개 없이 직접 IP 접속이 가능한 4세대 이상으로 진화하고 스마트폰으로 대표되는 휴대용 단말기의 기능 향상이 이루어짐으로써 이용상의 편의는 더욱 확대되었다.

이에 상응하여 동영상 시청에 관한 이용자 행태에도 근본적인 변화가 일고 있는데, 시간적, 장소적, 일방향적 구속을 받지 않는 자유로운 동영상 이용 방식이 널리 확산되고 있다. 이러한 변화는 정보통신 분야에서 급속하게 인터넷 환경이 구축됨으로써 가능하게 된 것으로 볼 수 있으며, 이러한 환경하에서 다양한 정보의 제작, 전송, 저장이 디지털 방식으로 이루어지는 디지털화도 급속히 전개되었다. 이로 인해 동영상의⁹⁾ 제작 및 이용 가능성이 큰 폭으로 확대되었다는 점에도 유의할 필요가 있

6) OTT 서비스를 인터넷을 통해 방송통신사업자, 독립사업자 및 개인이 다양한 콘텐츠를 실시간(Streaming) 및 비실시간(VOD) 방식으로 단말기에 제공하는 서비스로 정의하는 것으로, 권형돈, “권법상 방송개념과 OTT 서비스의 방송법적 규제의 정당성”, 「언론과 법」, 제18권 제1호(2019), 4면 참조.

7) 셋톱박스는 외부 신호를 변환하여 텔레비전으로 시청가능하게 만드는 장치를 말한다. OTT 서비스 초기에는 셋톱박스가 이용되기도 하였지만, 점차 스트리밍을 통하여 PC 등 다양한 단말기로 이용 가능한 형태로 진화하였다. 박은아·최진호, “OTT 서비스 속성에 대한 이용자 인식 및 사업자 경쟁관계 분석”, 「방송과 커뮤니케이션」, 제20권 제2호(2019), 125면.

8) 권형돈, 앞의 글, 6면. 이에 의하면 OTT 서비스 이용 중 90% 이상이 모바일을 통하여 이용하는 것으로 나타나고 있다.

9) 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 제2조 제1호에서 영화는 “연속적인 영상이 필름

다. 디지털 시대 이전 동영상 제작과 이용에는 많은 자본과 설비가 요구되었지만, 디지털화는 이러한 한계를 완화하는 요인이 되었고, 이로 인해 인터넷으로 이용 가능한 동영상 콘텐츠의 수는 비약적으로 증가하였다.

이러한 환경 변화는 방송, 영화, 개인적 활동 등 다양한 목적과 형태로 만들어진 동영상을 이용하는 소비자 편의를 증대시키기 위한 플랫폼 서비스의¹⁰⁾ 필요성을 낳았으며, 최초로 OTT 서비스 시장을 개척한 넷플릭스(Netflix)의 성장 과정은 이러한 요구에 부응하는 시장의 형성 과정을 보여준다.¹¹⁾ 즉 인터넷 환경하에서 동영상의 공급과 수요가 급증하고, 이를 효율적으로 매개할 수 있는 과정의 필요성이 커지면서, 동영상의 거래 플랫폼에¹²⁾ 해당하는 OTT 플랫폼이 등장하게 되었다.

기존 다른 방식의 동영상 서비스 이용과의 비교는 이러한 방식의 서비스 이용 시장이 지속적으로 성장할 것이란 예측을 가능하게 한다. OTT 플랫폼을 통한 서비스 이용은 일정한 설비를 갖춘 특정 공간에서 이루어지는 전통적인 영화의 관람 방식과¹³⁾ 확연히 구별되지만, 주거 등 개인적 공간에서 이루어지는 방송 서비스의 이용 행태와 비교하여도 분명한 차이를 드러낸다. OTT 서비스 이용에 있어서 특징적인 양상은 일방향적 서비스에서 벗어나고 있다는 점인데, 이는 프로그램 편성권을 보유한 방송 사업자가¹⁴⁾ 스트리밍 방식으로 제공하는 서비스(실시간 방송서비스)를 이용하는 전통적인 방식에 대비되는 것이다. 물론 유료방송서비스로 분류되는 종합유선 방송이나 IPTV 등이 제공하는 서비스도 편성표에 따른 프로그램 채널로서 제공되는 실시간 방송서비스와 고객의 주문형 서비스인 VOD(video on demand) 등 기타 서비스로 이루어지고,¹⁵⁾ 후자의 비중이 점점 증가하고 있다는 점에서, 이들과 OTT 서비

또는 디스크 등의 디지털 매체에 담긴 저작물로서 영화상영관 등의 장소 또는 시설에서 공중에게 관람하게 할 목적으로 제작한 것"을 말한다. 동 규정에서 '연속적인 영상'은 동영상을 의미하며, 또한 문화콘텐츠로서의 성격도 갖고 있다. 문화콘텐츠를 "주체와 객체를 구성 요소로 하고, 서비스를 중심으로 주체와 객체 간에 이루어지는 끊임없는 내적 교감이 객체의 감정 변화를 유발시켜, 정신적 고양과 해방감, 카타르시스를 얻게 하는 일종의 커뮤니케이션 툴"로 정의하는 것으로, 박장순, 「문화콘텐츠학개론」, 커뮤니케이션북스, 2006, 128면 참조.

10) 인터넷 플랫폼은 이용자들에게 대한 지속적인 가치 제공과 정보제공자들에 대한 적절한 가치 배분이 요구된다고 분석하는 것으로, 송태원, "인터넷 플랫폼 시장에서 경쟁제한의 우려와 규제방안에 대한 고찰", 「경제법연구」 제17권 제1호(2018), 108면.

11) 넷플릭스는 플랫폼 비즈니스 모델로서, 전통적인 기획-제작-유통으로 이어지는 수직적 유통구조가 아닌 일체적 유통구조로서 넷플릭스 플랫폼하에 모든 행위자가 통합되는 새로운 형태의 유통 과정을 제시하였다. 이 모델에서 소비자는 콘텐츠에 수동적으로 접촉하는 것이 아니라 기획자나 생산자와 직접 접촉하고 이를 취사선택함으로써 콘텐츠 통제권을 제작자나 기획자가 아닌 소비자도 공유하게 되었으며, 이들이 만들어 내는 흐름이 알고리즘 등에 반영되어 사용자와 콘텐츠의 직접적 상호작용을 통한 네트워크 효과가 발생하는 미디어 구조가 형성되었다는 분석으로, 정승애·임대근, "넷플릭스의 초국가적 유통 전략과 그 비판: 콘텐츠 비즈니스 모델과 모순적 로컬라이제이션을 바탕으로", 「글로벌문화콘텐츠학회 동계학술대회」, 2018, 200-201면 참조.

12) 플랫폼은 거래 플랫폼, 혁신 플랫폼, 통합 플랫폼, 투자 플랫폼으로 구분할 수 있고, 이중 거래 플랫폼은 온라인상 구매와 판매를 중개하는 플랫폼을 의미한다. 이러한 유형화에 관하여, Peter C. Evans & Annabelle Gawer, *The Rise of the Platform Enterprise*, The Center for Global Enterprise, 2016, pp. 14-18 참조.

13) 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 제2조 제1호에서 영화에 관한 정의는 상영관을 통한 공중에 의한 관람을 영화의 개념 요소로서 명시하고 있다. 홍명수, "영화산업의 수직적 구조화와 독점규제법에 의한 규제 가능성 고찰", 「서울대학교 법학」 제60권 제4호(2019), 136면 참조.

14) 대표적으로 방송법 제2조 제3호 가목에 의한 지상파방송사업자가 이에 해당한다.

스 간에 서비스의 내용이나 이용 행태적 측면에서 차이가 크지 않거나 점차 줄어들 것으로 볼 여지는 있다. 그러나 OTT 서비스 이용 행태를 지칭하는 ‘cord-cutting’이라는 용어가 상징하는 것처럼, OTT 서비스는 시간적, 장소적 고정성을 탈피하는 방식으로 이용되고 있으며, 이와 같은 이용 행태는 고유한 동영상 서비스 시장으로 발전할 것이라는 예상을 뒷받침하는 유력한 근거가 될 것이다.

2. 플랫폼으로서 OTT 서비스

OTT 서비스는 플랫폼으로서의 성격을 갖고 있다는 점에도 주목할 필요가 있다. 즉 OTT 서비스는 동영상 콘텐츠의 제공자와 이용자를 중개하는 거래 플랫폼으로서 기능한다. OTT가 플랫폼으로서 기능을 성공적으로 수행하기 위해서는 데이터의 보유가 필수적이다.¹⁶⁾ 일반적으로 플랫폼의 데이터는 이용자 참여의 유인에 있어서 가장 결정적인 요소라 할 수 있으며, 나아가 공급과 수요 양 측면에서 이용자가 증가함으로써 데이터는 양적, 질적으로 확대될 수 있다. 특히 한 측면에서 이용자의 증가가 다른 이용자의 가치 증대로 이어지는 것을 의미하는 네트워크 효과가 발휘될 경우,¹⁷⁾ 해당 플랫폼은 확대 순환 구조를 구축하게 될 것이고, 이는 플랫폼의 우위가 형성되고 또한 지속성을 갖게 되는 주된 요인으로 작용할 것이다.

이러한 상황은 동영상 플랫폼으로서 OTT 경우에도 다르지 않다. OTT의 성장에 있어서 거래 대상인 동영상 및 이용자 기호와 같은 관련 데이터를 확보하는 것이 중요하며, 이를 효율적으로 수행할 수 있는 다양한 방식이 강구되고 있다. 이는 크게 개방형과 폐쇄형의 두 가지 방식으로 나타나고 있는데, 개방형 플랫폼으로서 OTT는 원칙적으로 동영상 제공과 이용 양 측면에서 제한이 없으며, 누구든지 자유롭게 동영상을 제공하고 시청할 수 있는 방식으로 운영된다. 그리고 폐쇄형 플랫폼으로서 OTT는 대중의 기호와 요구에 맞춘 동영상 콘텐츠를 공급받아 사이트를 구축하고, 이용자가 이에 접속하여 시청하는 방식으로 운영되는 것이 일반적이다. 양자는 수익 구조에서도 차이를 보이는데, 전자의 경우 제공이나 이용에 따른 수수료가 거의 부과되지 않는 대신 광고와 같은 부가 수입이 주된 비중을 차지하는 반면,¹⁸⁾ 후자의 경우 동영상 이용에 따라서 부과되는 요금도 주된 수익의 원천이 된다.

우선 개방형 플랫폼을 구체적으로 보면, OTT 서비스의 제공은 양방향적으로 동영상 콘텐츠를 공유하는 개념에 기초하여 이루어지고 있으며, 1인 방송과 같이 시청자의 지위에 있는 자가 직접 제작한 영상콘텐츠를 제공하는 형태가 전형적이다. 대표적으로 구글(Google)이 운영하는 유튜브, 아프리카 TV 등이 개방형 플랫폼을 통하여 OTT 서비스를 제공하는 경우를 들 수 있다.¹⁹⁾

한편 OTT 서비스 제공을 위한 폐쇄형 플랫폼을 구축함에 있어서는 대중의 기호

15) OECD, *IPTV: Market Developments and Regulatory Treatment*, 2007, pp. 6-7.

16) Mark Bonchek & Sangeet Paul Choudary, “Three Elements of a Successful Platform Strategy”, Harvard Business Review, (2013). in <https://hbr.org/2013/01/three-elements-of-a-successful-platform>

17) Nick Srnicek, 심성보 역, 「플랫폼 자본주의」, 킹콩북, 2020, 51면 참조.

18) 유튜브의 경우 ‘유튜브 프리미엄’이라는 유료 콘텐츠 이용 서비스를 제공하고 있으며, 이 경우에는 광고가 게재되지 않는다.

19) 국내의 경우 무료 OTT 서비스 시장이 OTT 시장의 확대를 주도하고 있는 것으로 분석되고 있다. 방송통신위원회, 2018년도 방송시장 경쟁상황 평가보고서, 2018, 285-286면.

에 부합하는 다양한 동영상 콘텐츠를 공급받아 사이트를 구축하는 것이 중요하며, 이를 위해 다수의 동영상 콘텐츠를 적절히 편제하고 검색 기능을 제공하여 이용자 편의를 제고하는 등의 다양한 서비스가 결합되고 있다. 이러한 이유로 각각의 측면에서 merit를 갖고 있거나(특히 다수의 콘텐츠를 보유하고 있는 경우) 기존 플랫폼의 확장 여지가 있는 사업자들이 주로 동 시장에 참여하고 있다. 그리고 이와 같은 참여의 확산에는 2015년 기준 OTT 서비스의 시장 가치에 대한 평가와 전망에 관한 <표 1>이 시사하는 바와 같이 OTT 산업의 전망에 대한 긍정적 기대가 영향을 미쳤을 것으로 보인다.

<표 1> 국내 OTT 시장 가치²⁰⁾

(단위: 억 원)

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	연평균 성장률
OTT	1,085	1,490	1,926	2,587	3,069	4,149	5,136	6,345	7,801	28.0%

OTT 서비스 시장에는 기존의 방송사업자, 영화사업자, 통신사업자, 인터넷 포털사업자²¹⁾ 등이 OTT 서비스 시장에 진출하였는데, 이는 콘텐츠, 네트워크, 플랫폼 측면에서의 진입으로 분류할 수 있을 것이다. POOQ과 옥수수의 기업결합 이전에 전개되었던 상황을 보면, 콘텐츠 측면에서, 방송사업자의 경우 국내 지상파 방송사 연합에 의한 POOQ이나 종합유선방송사업자인 CJ 헬로비전과 계열관계에 있으면서 콘텐츠 제작자인 CJ E&M이 운영하는 티빙, 종합유선방송사업자인 현대HCN과 독립 플랫폼인 판도라TV가 공동으로 운영하는 에브리온TV 등은 자체 보유한 콘텐츠를 중심으로 OTT 플랫폼을 구축하였다.²²⁾ 영화 산업에서는 국내 시장에서 제작자, 배급사, 상영사업자들에 의한 전문화된 플랫폼이 나타나지 않았지만, 해외의 경우 대표적으로 최대 콘텐츠를 보유하고 있는 것으로 평가되는 디즈니(Walt Disney Company)가 디즈니 플러스(Disney+)를 통하여 OTT 서비스를 제공한 예가 대표적이다.²³⁾ 네트워크를 보유한 사업자도 OTT 서비스 제공에 적극적으로 참여하였는데, 국내 주요 통신사업자로서 SKT의 OTT 서비스인 옥수수, KT의 올레TV 모바일, LGU+의 U+비디

20) 최진웅, 「온라인동영상서비스(OTT)의 쟁점과 과제」, 국회입법조사처, 2015, 10면.

21) 포털은 인터넷 이용자가 웹 브라우저를 실행시킨 후 최초로 접속하는 웹사이트를 말한다. 공정거래위원회는 포털 서비스 시장의 필수 요소로서 검색(search), 이메일 등 커뮤니케이션(communication), 블로그 등의 커뮤니티(communitiy), 뉴스 등 콘텐츠(contents), 온라인 쇼핑 등 전자상거래(commerce)로 이해하고, 이들이 모두 포함된 1S-4C 이용자 시장으로 포털 서비스 시장을 확정하였다. 공정위 2008. 8. 28. 의결 제2008-251호.

22) 이들은 자사 콘텐츠 제공에 머물지 않고, 지속적으로 OTT 서비스 범위의 확장을 시도하고 있는데, 예를 들어 티빙의 경우 200여개 채널의 실시간 방송을 제공하고 있으며, 나아가 해외 이용자들의 실시간 시청이 가능하도록 하는 ‘글로벌 티빙’ 서비스를 제공하고 있다. 매일경제, 2018. 6. 15. “CJ E&M ‘티빙’, 전세계 시청자 대상 실시간 방송”

23) 디즈니는 디즈니 플러스를 플랫폼으로 하여 2019. 11. 12.부터 OTT 서비스를 제공하며, 주로 영화 등 미디어 제작사인 폭스, 영화 콘텐츠를 제공하는 OTT 사업자인 훌루(Hulu), 스포츠 스트리밍 위주의 콘텐츠를 제공하는 ESPN 플러스 등을 인수하여 다양한 동영상 콘텐츠를 확보하고 있다. IT조선, 2019. 5. 16. “넷플릭스 덤벼…디즈니, 美 OTT 2위 ‘훌루’ 경영권 장악”

오 포털 그리고 해외의 경우 AT&T의 DirecTV Now 등이 이에 해당하였다. 또한 이미 다른 영역에서 플랫폼을 구축한 사업자들도 OTT 영역으로의 확대를 시도하였는데, 국내 주요 포털 사업자인 네이버와 다음은 네이버 TV와 카카오tv를 통하여 OTT 서비스를 제공하고 있고, 해외에서는 아마존 프라임 비디오(Amazon Prime Video) 등이 대표적이다. 한편 독립적으로 플랫폼을 구축하여 OTT 서비스를 제공하는 경우도 나타났는데, 해외의 넷플릭스가 대표적이며, 국내의 경우 판도라 TV, 영화 콘텐츠 위주로 서비스를 제공하는 Watcha Play 등이 이에 해당한다. 이상의 폐쇄형 플랫폼을 통하여 OTT 서비스를 제공하는 경우, 핵심적인 경쟁 요소는 대중의 기호와 요구를 충족할 수 있는 다양한 동영상 콘텐츠의 확보라 할 수 있으며,²⁴⁾ 기존의 콘텐츠를 생산하는 사업자들과 통신사업자 등 유통 사업자들 간에 플랫폼 구축을 대상으로 나타나는 경쟁과 협력도 이러한 맥락에서 전개되었다.

III. 기업결합 과정과 공정거래위원회 심결

1. 기업결합의 전개 과정

지상파 3사(KBS,²⁵⁾ MBC, SBS)는 공동으로 OTT 플랫폼 사업을 영위하기 위하여 콘텐츠연합플랫폼(주)(이하 CAP)을 설립하고, 'POOQ'이라는 브랜드를 통하여 OTT 서비스를 제공하고 있었다. 또한 SKT는 계열회사인 SKB(SK Broadband) 내에 OTT 서비스 사업 부문을 두고, 브랜드 '옥수수'를 통하여 OTT 서비스를 제공하고 있었다. 2019년 1월 SKT와 지상파 3사는 POOQ와 옥수수가 제공하는 OTT 서비스를 통합하는 통합법인의 설립에 관한 양해 각서를 체결하였다.²⁶⁾ 이에 따른 기업결합은 두 가지 방식으로 진행되었는데, 우선 SKT는 CAP의 지분 30%를 인수하고 지상파 3사는 CAP 지분을 균분하는(23.33%) 것으로 하였으며,²⁷⁾ 병행하여 CAP는 SKB 내의 사업 부문인 OTT 서비스 부문을 양수하는 내용의 계약을 동년 4월 5일 체결하였다. 이어서 당사자들은 계약체결 직후인 4월 8일 당해 기업결합을 공정거래위원회에 신고하였다.

이처럼 당해 기업결합은 지분 취득과 영업양수 방식을 통해 이루어졌는데, 이 외에도 당해 기업결합을 통해 새로운 지배관계가 구축되는 양상은 다양하게 나타났다. 새롭게 형성된 CAP의 이사회는 SKT와 지상파 3사에게 이사 수를 균등하게 배분하는 방식으로 구성되었다. 또한 실제 새로운 법인(CAP)의 준비 과정에서 전체 직원 중 약 10%의 비중을 차지하는 SKT의 인력이 업무에 투입되어 주로 마케팅 부문을 담당하였고, 기존 CAP의 직원은 제작·기술 부문을 담당하는 방식으로 업무 분담이 조정되었다.²⁸⁾ 당해 기업결합 직후 통합 과정에 따른 마케팅이 적극적으로 행해지지

24) 박은아·최진호, 앞의 글, 129면 참조.

25) KBS의 CAP에 대한 지분 보유는 KBS가 100% 출자한 자회사인 eKBS를 통해 이루어졌지만, 이하에서는 KBS로 칭하기로 한다.

26) 경향신문, 2019. 1. 3. “넷플릭스 대항할 토종 OTT 만든다…지상파·SKT 연합 전선 구축”

27) 기업결합 이전 CAP의 지분은 MBC 40%, SBS 40%, KBS 20%로 구성되었다. 한편 계약에 따라서 SKT의 주식전환 및 주식매수선택권 행사 시 지분은 50%까지 증가할 수 있으며, 이 경우에 지상파 3사는 각각 16.66%의 지분을 갖게 된다.

않았지만, 5월부터 SKT가 진행한 ‘POOQ 엔 테이터’ 프로모션의 결과 POOQ 가입자는 약 10만명 정도 순증한 것으로 조사되었고, 이 시점에서 옥수수와 POOQ의 가입자 수가 각각 900만명과 400만명을 합산한 1,300만명에 이를 것으로 예상되었다.²⁸⁾

2. 공정거래위원회 심결

(1) 개괄

당해 기업결합에 대한 공정거래위원회의 심사는 다른 기업결합 사건과 마찬가지로 기업결합의 성립 여부와 경쟁제한성 심사의 단계로 이루어졌다. 구체적으로 공정거래위원회는 SKT와 지상파 3사 간에 행해진 CAP의 지분 조정과 영업양수가 단일한 지배관계 형성의 관점에서 기업결합에 해당하는지를 살펴보고, 이어서 당해 기업결합의 성격을 수평적 기업결합 및 수직적 기업결합의 측면에서 분석하였다. 이에 기초하여 경쟁제한성 및 항변 사유를 검토하고, 최종적으로 일부 경쟁제한성이 존재한다는 판단에 따라서 시정조치를 부과하는 결정을 내렸다.

(2) 기업결합 성립 여부

기업결합의 성립 여부와 관련하여, 당해 기업결합은 지분 취득과 영업 양수의 방식이 병행되었으므로 두 가지 행위가 모두 평가의 대상이 되었다. 우선 지분 취득과 관련하여 SKT는 CAP가 제3자 배정 유상증자 방식으로 발행한 의결권 있는 전환주식을 취득하는 내용의 계약을 CAP와 2019. 4. 5. 체결하였다. 동 지분의 취득에 의해 SKT가 절대적인 지배권을 확보하는 것은 아니지만, SKT는 추가적으로 주식전환 및 주식매수선택권 행사를 통해 50%까지 지분을 확대할 수 있는 권리를 갖게 되었기 때문에, 공정거래위원회는 동 계약에 의해 단일한 지배관계의 형성이 이루어진 것으로 파악하였다. 즉 계약 이전 CAP의 지분 구조는 SBS 40%, MBC 40%, eKBS 20% 이었는데, 계약 이후 SKT 30%, SBS 23.33%, MBC 23.33%, eKBS 23.33% 그리고 SKT가 상기 권리를 행사할 경우 SKT 50%, SBS 16.66%, MBC 16.66%, eKBS 16.66%로 변화하게 되었다. 또한 영업양수에 관한 계약도 체결되었는데, CAP는 SKT 자회사인 SKB의 OTT 동영상 사업부문인 ‘옥수수’를 500억원에 양수하게 되었고, 이후 CAP가 운영하는 OTT 동영상 서비스인 ‘POOQ’과의 통합이 예정되었다. 공정거래위원회는 이상의 주식 취득과 영업양수 계약에 의해 SKT와 CAP 간 단일한 지배관계가 형성됨으로써 기업결합이 성립한 것으로 판단하였다.

(3) 관련시장 확정

이어서 해당 기업결합의 경쟁제한성을 평가함에 있어서, 다른 기업결합 사건과 마찬가지로 관련시장의 확정이 선행적으로 검토되었다. 우선 상품별 시장확정과 관련하여,³⁰⁾ 기업결합 양 당사자의 핵심적 사업 부문인 OTT 동영상 서비스의 관련시장

28) 이데일리, 2019. 6. 10. “‘폭+옥수수’, SK에서 7명만 합류..‘화학적 결합’은 아직”

29) 아주경제, 2019. 6. 6. “OTT ‘폭’ 가입자 10만명 급증…‘폭수수’ 효과 통했다”

을 어떻게 확정할지가 주된 쟁점이 되었다. 온라인으로 제공되는 동영상 서비스에 관한 정의가 명확하지 않은 상황에서, 공정거래위원회는 관련 서비스를 여러 기준에 따라 분류하는 작업을 수행하였다. 첫째 콘텐츠의 종류에 따라서 OTT 동영상 서비스는 사전에 제작된 콘텐츠(ready made contents, RMC) 위주로 제공하는 경우와 유튜브로 대표되는 이용자가 제작한 콘텐츠(user generated contents, UGC) 위주로 제공하는 경우로 나누어진다. 둘째 서비스에 대한 과금 여부에 따라서 유료와 무료의 경우로 구분할 수 있고, 유料的 경우는 다시 구독형(SVOD; subscription video on demand), 개별 결제형(TVOD; transactional video on demand) 그리고 광고기반형(AVOD; advertising based video on demand)으로³¹⁾ 세분할 수 있다. 셋째 콘텐츠를 제공하는 형태에 따라서 실시간형(live TV), 다운로드형(electronic self-through, EST), 주문형(video on demand, VOD)으로 구분하는 것도 가능한데, 이상의 유형을 모두 취급하는 OTT가 확대되고 있는 상황이다. 끝으로 콘텐츠 제공 주체에 따른 분류도 가능한데, 공정거래위원회는 방송사업자, 통신사업자, 포털사업자, 독립사업자로 특정 지어 콘텐츠 운영 주체의 구분을 시도하였으며, POOQ은 방송사업자 그리고 옥수수는 통신사업자에 의해 운영되는 것으로 볼 수 있다.

이상의 분류는 당해 기업결합의 수평적 측면에서 관련시장을 확정하는 데 기초가 되었는데, 당해 기업결합에서 양 당사자인 CAP와 SKT는 OTT 동영상 서비스를 제공하고 있었고, 양자가 제공하던 서비스는 콘텐츠 종류 측면에서 사전 제작된 콘텐츠(RMC)가 주를 이루고 있다는 점, 과금 방식에 있어서 구독형 방식(SVOD)을 위주로 하면서 개별 결제형(TVOD)이 결합되고 있고 있다는 점, 콘텐츠 제공 형태에 있어서 실시간형에 주문형 등 다른 제공 형태가 같이 이루어지고 있다는 점 등에서 공통되었다. 이상의 특징을 갖춘 서비스로 한정할 것인지, 아니면 다른 유형의 서비스도 포함하여 하나의 시장으로 볼 것인지가 쟁점이 되었으며, 공정거래위원회는 대체가능성에 따른 분석, 경쟁 사업자들을 포함한 경제 주체들의 인식 등에 기초하여 RMC를 중심으로 하며 SVOD 방식의 유료 서비스로 제공되는 OTT 동영상 서비스 시장, 즉 'RMC 중심 유료 구독형 OTT'로 상품별 관련시장을 확정하였다. 우선 이와 같은 방식의 시장 확정이 갖는 구체적 의의는 실시간 서비스를 제공하지 않고 주문형으로만 서비스를 제공하는 경우에도 RMC 중심의 구독형으로 과금이 이루어지고 있다면 관련시장에 포함된다는 것에서 찾을 수 있을 것이다. 또한 이상의 관련시장 확정에서 광고기반형 서비스는 제외되는데, 공정거래위원회는 주로 UGC 서비스를 무료로 제공하는 방식을 택하고 있는 유튜브의 서비스를 'RMC 중심 유료 구독형 OTT' 서비스와 대체가능한 것으로 보지 않았다. 끝으로 공정거래위원회는 유료방송 서비스도 당해 관련시장에 포함시킬 것인지를 검토하였는데, 공정거래위원회는 서비스의 유사성에 주목하면서도 TV로만 시청할 수 있는 유료방송서비스와 다양한 기기

30) 기업결합 심사기준 V. 1.에 따르면 상품시장이란 '거래되는 특정상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상될 경우 동 상품의 구매자 상당수가 이에 대응하여 구매를 전환할 수 있는 상품의 집합'을 말하며, 특정상품이 동일한 거래분야에 속하는지 여부는 상품의 기능 및 효용의 유사성, 상품 가격의 유사성, 구매자들의 대체 가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태, 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 경영의사결정 행태, 한국산업표준분류, 거래단계(제조, 도매, 소매 등) 및 거래상대방 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

31) 광고기반형은 서비스를 무료로 제공하는 경우와 결합하는 경우가 많다.

의 이용이 가능한 OTT 서비스 간 차이는 현 시점에서 대체가능성을 부정할 수 있는 유력한 근거가 되는 것으로 판단하였다.³²⁾

당해 기업결합은 수직적 파급효과를 낳을 것으로 충분히 예상되었기 때문에, 수직적으로 인접한 시장, 특히 콘텐츠 공급 시장의 분석도 요구되었다. 공정거래위원회는 전체 방송 콘텐츠 공급 시장으로 관련시장을 확정하면서 영화나 UGC 등과 구분하였는데, 이들과 방송 콘텐츠는 콘텐츠 내용, 제작 방식 및 기간, 제작사, 공급 방식, 시청자 분포 등에 있어서 차이가 있다는 점을 근거로 제시하였다.³³⁾ 또한 SKT의 경우에는 OTT 서비스를 이동통신서비스 공급과 결합시킬 수 있고, 따라서 OTT 서비스의 결합은 이동통신서비스 시장에도 영향을 미칠 수 있기 때문에, 이동통신서비스 시장도 분석 대상이 되는 관련 시장으로 확정하였다.

한편 이상의 당해 기업결합에 관련된 시장의 지리적 확정과 관련하여, 공정거래위원회는 지리적 관련시장 확정의 일반적 기준에 따라서 전국 시장을 지리적 관련시장으로 확정하였는데, 이에 관해 다툼의 여지는 크지 않았다.

(4) 경쟁제한성

이와 같은 관련시장 확정을 전제로, 공정거래위원회는 당해 기업결합이 수평결합과 수직결합의 성격을 모두 갖고 있는 것으로 판단하였다. 따라서 경쟁제한성 평가도 각각에 상응하는 방식으로 이루어졌다. 우선 수평적 기업결합과 관련하여 다른 기업결합사건과 마찬가지로 시장집중도 상황을 분석하고, 단독효과와 협조효과를 중심으로 경쟁제한성을 평가하였다. 공정거래위원회는 시장집중도 분석을 시장점유율에 기초하여 수행하였는데, 일반적인 방식인 매출액 기준이 아닌 이용자 수와 이용시간 기준에 의해 유료구독형 OTT 서비스 시장에서의 점유율을 조사하였다.³⁴⁾ 구체적으로 동 시장에서 서비스를 제공하고 있는 8개 사업자의 점유율 분포는 다음의 <표 2>와 같다.

32) 2016년 조사에 의하면, OTT 동영상 서비스 이용 이후 유료방송 서비스를 계속 사용하는 이용자 비중이 OTT 동영상 서비스를 유료로 이용한 경우 86.1%, 무료로 이용한 경우 71.3%로 나타났는데, 이와 같은 수치는 이용자가 OTT 동영상 서비스와 유료방송서비스를 보완적인 관계로 인식하고 있음을 시사한다. 또한 OTT 서비스가 향후 유료방송 서비스를 대체할 수 있을지에 대한 질문에 대하여 OTT 서비스 유료사용자의 46.2%가 대체가능성이 있는 것으로 답한 것으로 나타남으로써 향후 두 시장에 지속적으로 주의를 기울일 필요가 있음을 보여주었다. 방송통신위원회, 「2016년도 방송시장 경쟁상황 평가 보고서」, 2016, 291, 294면 참조.

33) 이렇게 관련시장을 확정할 경우 국내 방송 콘텐츠 공급 시장에서 2017년 말 MBC는 시장 점유율 17.8%로 1위 사업자, KBS는 시장점유율 13.6%로 2위 사업자, SBS는 시장점유율 9.7%로 4위 사업자가었고, 지상파 3사의 합산점유율은 41.1% 그리고 계열방송채널사용사업자의 점유율을 포함하는 경우 합산점유율은 46.7%로 나타났다.

34) 공정거래위원회는 매출액 기준에 의한 경우 유료와 무료의 이용 행태가 혼재되어 있는 동 시장의 특성상 시장점유율 분포를 왜곡할 수 있다고 보았으며, 모바일 이용시간의 경우에는 다른 단말기에 의한 이용시간이 배제됨으로써 정확한 시장점유율 파악에 한계가 있음을 지적하였다.

<표 2> 유료구독형 OTT 서비스 시장점유율³⁵⁾

(단위: %)

	실사용자수(월간)		모바일 이용시간	
1	옥수수	35.5	옥수수	37.0
2	U+모바일TV	24.5	POOQ	20.0
3	올레TV모바일	15.8	U+모바일TV	19.0
4	POOQ	9.2	올레TV모바일	9.6
5	TVING	7.8	TVING	6.6
6	넷플릭스	4.7	넷플릭스	5.3
7	왓차플레이	2.0	왓차플레이	2.5
8	곰TV	0.5	곰TV	0.0
합계		100		100

이상의 결과는 시장집중도 측면에서 당해 기업결합으로 인해 의미 있는 변화가 나타날 수 있음을 보여주고 있다. 공정거래위원회가 시장집중도 변화를 판단하는 기준에 의하면, 실사용자에 기초한 시장점유율은 당해 기업결합으로 인해 44.7%가 되고, 2위와의 차이는 20.2%가 된다. 이러한 변화는 모바일 이용시간에 기초한 시장점유율에서는 기업결합 후 합산 점유율 57.0% 그리고 2위와의 차이 38.0%로서 더욱 큰 것으로 나타나고 있다.³⁶⁾ 이와 같은 조사 결과는 당해 기업결합으로 인해 경쟁에 우려를 낳을 수 있는 시장집중도의 변화가 초래될 수 있음을 보여주는 것이지만, 공정거래위원회는 단독효과와 협조효과의 분석을 통해 경쟁제한의 효과가 크지 않을 것이라는 결론을 내렸다. 즉 기업결합 이후 경쟁 사업자의 대응 가능성이 높을 것으로 예상된다는 점에서 단독효과를 기대하기 어렵고, 경쟁 사업자 간 협조 가능성도 크지 않다는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 수평적 측면에서 당해 기업결합의 경쟁제한성을 인정하기 어렵다고 판단하였다.

그러나 수직적 측면에서 경쟁제한성에 관한 공정거래위원회의 판단은 다르게 나타났다. 수직적 측면에서도 시장집중도를 선행적으로 분석하고, 시장봉쇄 효과와 협조효과를 중심으로 경쟁제한성을 판단하였는데, 동 사안에서는 당해 기업결합의 영향을 받는 시장으로 파악된 방송콘텐츠 공급시장이 주된 분석 대상이 되었다. 동 시장에서 지상파 3사의 시장점유율은 2017년 매출액 기준 41.1%(계열 PP를 포함할 경우 46.7%)에 이르는 1위 사업자였고, 결합 이후 유료구독형 OTT 시장에서 시장점유율은 44.7%로 조사되었다. 심사기준에 따르면,³⁷⁾ 이러한 수치는 경쟁제한 효과가 있

35) 공정위 2019. 9. 17. 의결 제2019-234호, 64-65면.

36) 플랫폼 사업자의 지배력을 판단하는 지표로서 해당 플랫폼에 이용자가 활동한 시간(active Nutzerzeit)의 유용성을 지적하는 것으로, Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., S. 533 참조.

37) 기업결합 심사기준 VI. 1. 가. (2)에 따르면 수직형 기업결합의 경우 결합 당사회사가 관여하고 있는 일정한 거래분야에서 HHI가 2,500 미만이고 결합당사회사의 시장점유율이 100분의 25 미만인 경우이거나, 일정한 거래분야에서 결합당사회사가 각각 4위 이하 사업자인 경우에는 안전지대에 해당하여 경쟁제한성이 없는 것으로 추정한다. 따라서 이러한

는 것으로 보기 어려운 안전지대를 벗어난 것으로서 경쟁제한성에 관한 검토가 불가피한 수준을 의미하는 것이었고, 공정거래위원회는 특히 시장봉쇄 효과에 초점을 맞춘 분석을 수행하였다. 구체적으로 지상파 3사가 제공하는 방송 콘텐츠는 OTT 서비스 제공에 있어서 핵심적 의미를 갖고 있으며,³⁸⁾ 이러한 콘텐츠 제공과 관련하여 방송법 등에 의한 법적 제한이 없는 상황에서 해당 콘텐츠 공급의 점유율이 높고 경쟁사업자의 대체 구매 가능성을 인정하기 어렵기 때문에 충분한 봉쇄능력을 갖는 것으로 보았다. 또한 공급 거절이나 공급가격 인상 또는 거래조건 차별 등을 통하여 봉쇄할 수 있는 수단을 갖게 된다는 점 등을 종합하여, 공정거래위원회는 수직적 측면에서 방송 콘텐츠 공급 시장을 통한 당해 기업결합의 경쟁제한성이 존재하는 것으로 판단하였다.³⁹⁾ 한편 공정거래위원회는 경쟁제한성의 완화 요인에 대해서도 분석하였는데, OTT 서비스 시장에 강력한 구매자는 존재하지 않지만, 해외 경쟁의 도입이나 신규 진입의 가능성⁴⁰⁾ 그리고 유사품 내지 인접시장의 존재 등이 경쟁제한성을 완화하는 요인이 될 것이라는 점은 인정하였다. 그러나 이와 같은 완화 요인으로 인해 경쟁제한성이 부정될 수 있는 것으로 보지는 않았다.⁴¹⁾ 나아가 효율성 증대 효과나 회생불가 회사와의 결합 등의 관점에서 예외를 인정할 수 있는 여지는 없는 것으로 보았다. 이 외에도 공정거래위원회는 기업결합 이후 OTT 서비스와 이동통신서비스를 결합판매할 것으로 예상되고, 이러한 판매 행태는 이동통신서비스 시장의 경쟁에 부정적 영향을 미칠 수 있음을 지적하였다.

(5) 시정조치

이상의 논의에 기초하여 공정거래위원회는 당해 기업결합이 수직적 측면에서 특히 시장봉쇄 효과로 인하여 OTT 동영상 서비스 시장에서 경쟁을 제한할 가능성이 있는 것으로 판단하고, 이를 시정할 수 있는 조치를 부과하였다. 시정조치는 대체로 방송 콘텐츠 공급에 있어서 시장 봉쇄효과를 낳을 수 있는 행위를 제한하는 내용으로 이루어졌다. 즉 피심인들에 대하여 당해 기업결합 완료 후 3년 동안 다른 OTT 서비스 사업자에 대해 VOD 공급을 거절하거나 거래조건을 변경하는 행위, 다른 OTT 서비스 사업자의 VOD 공급 요청에 대해 합리적이고 비차별적인 협상을 하지 않는 행위, 피심인인 중 방송 3사에 대해서 기존의 무료로 제공하는 지상파 방송서비스 실시간 서비스를 중단하거나 유료로 전환하는 행위 그리고 피심인 CAP에 대해서는

요건에 해당하지 않는 경우에는 기업결합으로 인해 경쟁이 실질적으로 제한될 가능성이 있다고 본다.

38) 공정거래위원회는 지상파 콘텐츠 서비스 여부에 따른 OTT 동영상 서비스 이용시간 변화, 지상파 콘텐츠의 시청률 및 시청자 선호도, 방송 콘텐츠의 제작비 규모, 지상파 콘텐츠의 구작 라이브러리, 유료구독형 OTT의 방송 콘텐츠의 공급 대가 등의 분석에 근거하여 지상파 3사가 제공하는 방송 콘텐츠를 핵심 콘텐츠로 파악하였다.

39) 또한 공정거래위원회는 수직적 구조하에서 방송 콘텐츠의 제공과 OTT 서비스의 제공을 동시에 하게 되는 상황이 다른 OTT 사업자에게 진입장벽으로 작용할 수 있음을 지적하였다. 한편 이상의 분석은 구매선 측면에서 행한 것이며, 공정거래위원회는 판매선 측면에서 콘텐츠 공급업자의 판매가 봉쇄될 것으로는 보지 않았다.

40) 공정거래위원회는 이와 관련하여 넷플릭스 시장점유율의 확대(2019년 4월 기준 전년 대비 9.2% 증가한 13.9%), Disney+나 애플TV+의 신규 진입 및 투자 동향 등을 분석하였다.

41) 동 심결에서 공정거래위원회는 경쟁제한적 효과와 이를 완화하는 효과의 형량에 관하여 명시적인 언급을 하지는 않았다.

SKT의 이동통신서비스 또는 SKB의 IPTV 서비스를 이용하지 않는 소비자들이 CAP의 유료 구독형 동영상 서비스에 가입하는 것을 제한하는 행위 등을 금지하였다.⁴²⁾

IV. 심결의 평가

1. 경쟁 법리의 적용 문제

이상에서 살펴본 것처럼, OTT 서비스를 제공하는 옥수수과 POOQ의 기업결합에 대해 공정거래위원회는 수평적 측면에서는 경쟁제한성을 부인한 반면, 수직적 측면에서는 경쟁제한의 우려가 있음을 인정하고, 이를 완화할 수 있는 내용의 시정조치를 부과하였다. 이와 같은 경쟁제한성 판단은 당해 기업결합의 당사자들이 제공하는 OTT 서비스의 대체 가능한 범위를 ‘RMC 중심 유료 구독형 OTT 서비스’ 시장으로 확정한 것에 기초하였다. 공정거래위원회는 대체가능한 서비스의 준부를 핵심적인 기준으로 하여 관련시장을 확정하였고, 이러한 판단 과정은 시장확정의 기본 원칙에 부합하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 구체적인 분석에 있어서, 특히 인접 서비스의 대체가능성 분석이 적절하였는 지에 대해서는 논의의 여지가 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 문제가 된 관련 시장에 UGC 중심 광고 기반형 OTT 서비스의 포함 여부가 주된 쟁점이 되었는데, 제공되는 콘텐츠의 제작에 이용자가 자유롭게 참여하는 특성 외에 소비자의 서비스 이용에 있어서 지급되는 대가 유무도 중요한 고려 사항이 되었다. 먼저 콘텐츠 제작 방식에 있어서 이용자가 직접적으로 제작에 참여하는 방식은 상당한 자본이 투자되어 만들어지는 방송 콘텐츠 등과 구별되는 것이지만, 이러한 구분이 소비자에게 별개의 상품으로 인식될 만큼 OTT별 차별화된 유통 방식으로 이어지고 있는지가 명확하게 다루어졌다고 보기는 어렵다. 서비스 이용에 따른 대가 지급의 문제에 대해서도 충분한 검토가 이루어졌는지는 의문이다. 공정거래위원회는 서비스 대금 지급이 소비자의 대체성 판단에서 유의미한 고려 요소가 될 수 있다고 보고, 이에 따라서 대금 지급이 이루어지는 서비스를 별도의 시장으로 구분하였다. 그러나 이러한 확정에 의해 실제적으로 관련시장에서 배제되었던 유튜브 서비스의 경우 이미 당해 심결 이전부터 유료 서비스를 제공하고 있었기 때문에, 대금 지급 여부가 OTT의 특성으로 결정적인 의미를 갖는지는 모호한 상황이었다. 따라서 이를 관련시장 확정의 기준으로 삼기 위해서는 이에 관한 조사나 경험적 자료에 의한 뒷받침이 필요하였고, 이에 관한 공정거래위원회의 제시가 충분하지 않았다는 점에서 당해 관련시장 확정에 의문을 피하기는 어려울 것이다. 물론 좁게 확정된 관련시장에서 상대적으로 높게 나타난 집중도의 변화에도 불구하고, 공정거래위원회는 단독효과와 협조효과 분석을 통해 수평적 측면에서 당해 기업결합의 경쟁제한성을 부인하였다. 그러나 이러한 입론의 결론적 타당성에도 불구하고, 당해 기업결합의 시장집중도에 관한 판단에 의문이 있고, 이에 관한 부적절한 이해가 선행한 관련시장

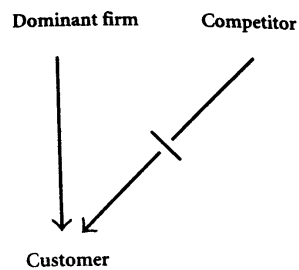
42) 한편 동 심결은 시정조치 부과와 관련하여 피심인에게 기업결합 완료 후 1년이 경과된 후에 경쟁상황 등의 변경에 따라서 시정조치에 대한 재검토를 요청할 수 있는 권한을 부여하였다.

획정에서 비롯된 것이라면 수정될 필요가 있을 것이다.

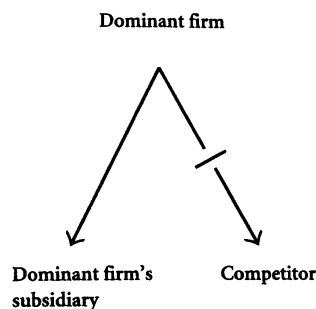
공정거래위원회는 수직적 측면에서 경쟁제한성을 인정하였고, 그 근거로서 특히 방송 콘텐츠의 배타적 거래 가능성에 주목하였다. 즉 결합 당사자인 방송3사가 방송 콘텐츠 시장에서 계열회사를 포함 시 47.1%에 이르는 상황에서 기업결합 후 경쟁 OTT에 대한 공급을 제한하는 영업 방식을 취할 경우, 경쟁이 제한될 우려가 있는 것으로 판단하고, 이를 당해 기업결합의 경쟁제한성을 인정하는 주된 근거로 삼았다. 그러나 이러한 판단이 타당한 것이었는지에 대해 일정한 문제 제기가 가능할 것이다.

이와 관련하여 Whish & Bailey가 수직적 구조하에서 경쟁사업자 배제를 수평적 봉쇄와 수직적 봉쇄로 유형화한 것을 참고할 필요가 있다.

[그림 1] 수평적 봉쇄⁴³⁾



[그림 2] 수직적 봉쇄⁴⁴⁾



[그림 1]과 [그림 2]에서 수평적 봉쇄와 수직적 봉쇄는 상하 인접한 시장에 존재하는 지배력을 다른 시장으로 이전시키는 효과를 낳고 있다는 점에서 공통되지만, 배제적 효과가 작용하는 방향에서 차이가 있는데, 전자에서 배제적 효과는 경쟁사업자와 거래상대방의 거래를 제한하는 측면에서 실현되는 반면, 후자에서는 자신과 거래관계에 있는 사업자의 거래를 제한하는 방향으로 배제적 효과가 발생한다. 전자에 해당하는 행위로서 배타적 거래, 리베이트, 약탈적 가격 등이 있으며, 후자에는 하류 시장에서의 경쟁을 제한할 수 있는 거래거절이나 이윤 압착 등의 수단이 활용될 것

43) Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, Oxford Univ. Press, 2012, p. 205.

44) Ibid., p. 205.

이다.⁴⁵⁾

이상의 유형화에 따르면, 공정거래위원회는 수평적 봉쇄의 가능성은 부정하고, 대신 수직적 봉쇄에 초점을 맞추어 경쟁제한성을 인정한 것으로 볼 수 있다.⁴⁶⁾ 즉 공정거래위원회는 기업결합 당사자의 계열사가 자신이 제작한 방송 콘텐츠를 다른 경쟁 OTT에 제공하는 것을 제한할 수 있다는 점에 근거하여 경쟁제한성을 인정하고, 계열관계에 있지 않은 제작사의 방송 콘텐츠가 자신의 OTT를 통해 서비스될 기회를 제한할 가능성은 크지 않기 때문에 경쟁제한의 우려가 없는 것으로 판단하였다. 이러한 판단과 관련하여, 우선 수평적 봉쇄의 가능성을 부인한 분석이 적절하였는지에 대해 살펴볼 부분이 있다. 공정거래위원회는 다양한 콘텐츠를 확보할 필요성이 있는 OTT의 특성에 비추어, 수평적 봉쇄가 현실적으로 발생하기 어렵다는 점을 지적하였다. 그러나 결론적 타당성과 별론으로, 당해 시장에서 경쟁 OTT에 의한 수직적 통합화가 나타나고 있으며,⁴⁷⁾ 수직적 통합 주체 간에 경쟁이 전개되는 상황에서는 배타적인 거래 방식이 확대될 수 있다는 문제의식이 검토 과정에서 간과된 점에 대해서는 일정한 비판이 가능할 것이다.

공정거래위원회가 경쟁제한성을 인정한 수직적 봉쇄에 대한 분석에 대해서도 논의의 여지가 있으며, 무엇보다 방송 콘텐츠가 다른 영상 콘텐츠와 유의미한 차별성을 갖는다는 판단에 의문이 따른다. 공정거래위원회는 방송 콘텐츠를 별개의 시장으로 확정하고, 이에 기초하여 배타적 거래의 가능성을 수직적 측면에서 경쟁제한성 인정의 주된 근거로 삼고 있는데, 이와 같은 시장 확정을 뒷받침할 만한 근거의 제시가 충분한지, 특히 방송 콘텐츠를 대상으로 한 대체가능성 분석이 적절히 이루어진 것 인지는 의문이다. 물론 수직적 맥락에서 경쟁제한의 우려는 거래 대상인 상품이 반드시 별개의 상품으로 확정되는 경우에만 가능한 것은 아니며,⁴⁸⁾ 다른 상품에 비해 거래상 중요성이 큰 경우만으로도 충분하다. 따라서 방송 콘텐츠가 핵심 콘텐츠로서 지위를 갖고 있다면, 당해 상품을 거래 대상으로 한 수직적 흐름에서 경쟁을 제한할 우려가 나타날 수 있다. 그렇지만 전술한 공정거래위원회의 분석은 방송 콘텐츠를 핵심적 서비스로 파악할 수 있는 근거로서도 적절한 것으로 보기는 어렵다. 공정거래위원회는 지상파 콘텐츠 서비스가 제공됨에 따라서 OTT 동영상 서비스의 이용시간이 큰 폭으로 증가한다는 점, 지상파 콘텐츠의 시청률 및 시청자 선호도가 높은 점,⁴⁹⁾ 방송 콘텐츠의 제작비 규모가 지상파가 월등히 크다는 점, 지상파 콘텐츠의 구작 라이브러리가 존재한다는 점, 유료구독형 OTT의 방송 콘텐츠의 공급 대가에 있어서 지상파 콘텐츠에 대해 보다 높은 가격이 책정되고 있다는 점 등을 이러한 판단

45) Ibid., pp. 204-205.

46) 공정거래위원회는 당해 사건에서 수평적 봉쇄와 수직적 봉쇄 효과를 각각 판매선 봉쇄와 구매선 봉쇄라는 개념으로 분석하고 있다.

47) 예를 들어 2010년부터 서비스를 제공한 OTT 티빙(TVING)은 CJ 그룹에 속한 tvN 등 채널 사용 사업자들의 방송 콘텐츠의 공동 플랫폼으로서 기능하고 있다.

48) Richard Whish & David Bailey, op. cit., pp. 204-205.

49) 이와 관련하여 공정거래위원회는 닐슨코리아에 의한 TV 시청률 분석자료를 활용하였는데, 예를 들어 2019년 4월 기준 10% 시청률 이상인 방송 콘텐츠의 수가 지상파 47, 비지상파 6 종합편성방송 5 그리고 기타 1로 나타난 자료를 인용하였다. 또한 여론조사 기관인 갤럽의 선호 TV 프로그램 조사도 인용하고 있는데, 2018년 기준 ‘한국인이 좋아하는 TV 프로그램’의 월별 조사에서 상위 10위 안에 든 프로그램의 지상파 비중은 48.7%로 나타났다.

의 근거로 제시하였다. 물론 이러한 자료가 지상파 제작 방송 콘텐츠의 선호를 추론할 수 있는 근거가 될 수 있지만, 이것으로 충분한지는 의문이다. 동 자료는 주로 방송 콘텐츠 간의 비교에 관한 것으로서 지상파 당해 서비스의 제공에서 차지하는 비중을 시사하고 있지만, OTT 서비스의 관점에서는 영화 등과 같은 다른 영상 콘텐츠와의 비교가 핵심적 콘텐츠의 관점에서 더욱 중요할 수 있으며, 이러한 분석의 결여는 결론의 타당성에 의문을 낳는 요인이 될 것이다. 또한 수직적(구매선) 봉쇄를 시행할 만한 합리적 유인이 존재하는지에 관한 분석이 결여된 것도 문제의 하나로 지적할 수 있다. 이와 관련하여 미국에서 발생한 유사한 사건인 통신사업자인 AT&T와 콘텐츠 사업자인 Time-Warner 기업결합 사건에서 미국 연방 1심법원이 Time-Warner의 콘텐츠의 공급을 늘리는 것이 유리한 상황에서 경쟁관계에 있는 다른 온라인 비디오 공급업자에게 콘텐츠 공급에서 차별적 행위를 할 것이라는 유인이 존재한다는 것을 합리적으로 설명하기 어렵다는 점에 근거하여 당해 기업결합의 경쟁제한성을 부인하는 판결을 내린 것을⁵⁰⁾ 참고할 수 있다. 즉 POOQ과 옥수수의 결합 이후 콘텐츠 공급을 다른 OTT에 대해 제한할 것이라는 예측은 합리적으로 행동하는 기업결합 주체의 행위 분석에 기초하여야 하며, 이러한 분석의 결여는 결론의 타당성에 의문을 낳는 요인이 될 수 있다.

끝으로 공정거래위원회는 해당 시장에서 해외 경쟁의 도입이나 신규 진입의 가능성에 관한 분석을 수행하고, 이러한 요소가 당해 기업결합의 경쟁제한성을 완화하는 요인이 되고 있다고 보았다. 따라서 경쟁을 제한하는 효과와의 비교 형량이 수반될 필요가 있었지만, 공정거래위원회는 구체적인 형량에 관한 분석은 생략한 채 결론적으로 경쟁제한성을 인정함으로써 수직적 측면에서 경쟁제한을 완화하는 효과가 경쟁제한성을 부인하는 정도에 이르지 못한다는 점을 밝히고 있다. 그러나 동 심결에서도 언급된 것처럼, 사업 규모가 국내 사업자보다 큰 해외의 주요 OTT 사업자들이 기업결합 당시 이미 국내에 진출하였거나 예정되었던 상황에서, 이에 의한 경쟁 완화 요인이 당해 기업결합의 경쟁제한성에 어느 정도 영향을 미칠지에 관한 검토는 필수적이었던 것으로 보아야 하며, 이에 관한 상세한 분석의 결여 역시 동 심결에 대한 비판의 근거가 될 것이다.

2. 예측의 적절성 문제

공정거래위원회가 당해 기업결합의 경쟁제한성을 수직적 측면에서 인정함에 있어서, 동영상 플랫폼으로서 OTT 산업의 향후 전망에 대한 분석, 특히 방송 콘텐츠의 제작과 이를 중심으로 한 OTT 서비스의 이용 행태에 관한 예측이 주된 근거가 되었다. 즉 공정거래위원회는 동 시장에 향후 경쟁의 도입을 기대하기 어렵고, 따라서 현재의 시장 상황이 계속될 것으로 전망하면서, 기업결합 당사자들이 지배력을 가지고 있는 방송 콘텐츠 시장에서 자신의 콘텐츠를 다른 OTT에 제공하는 것을 제한하는 방식으로 OTT 시장의 경쟁에 영향을 미칠 수 있다는 결론을 내렸다.

50) United States v. AT&T Inc., 310 F.Supp.3d 161, 184 (D.D.C. 2018). 협상이론의 적용에 오류가 있음에 근거하여 동 판결을 비판적으로 분석한 것으로, Steven C. Salop, "The AT&T/Time Warner Merger: How Judge Leon Garbled Professor Nash", Journal of Antitrust Enforcement, vol. 6 Issue 3, 2018, pp. 460-469 참조.

전술한 것처럼 이러한 판단은 방송 콘텐츠 시장 나아가 OTT 시장의 변화에 대한 예측에 기초한 것인데, 이와 같은 예측이 합리적이었는지에 관하여 검토의 여지가 있다. 물론 예측의 실패가 언제나 판단 과정의 오류로 이해될 수 있는 것은 아니며, Cooter & Ulen이 지적한 것처럼 사후 예측 평가에 있어서 발생 사실이 훨씬 더 예측되었던 것으로 평가되는 사후적 편향성(hindsight bias) 문제도⁵¹⁾ 염두에 둘 필요가 있을 것이다. 따라서 이 문제는 판단 과정에서 반드시 검토되어야 할 사항이 제외된 것은 없었는지 또는 적절하게 다루어졌는지 등의 관점에서 살펴볼 문제이며, 단지 당시의 예측과 현재 상황의 불일치만으로 평가할 것은 아니다.

우선 당해 기업결합 이후 OTT 산업의 변화를 보면, 산업 자체의 확대뿐만 아니라 주요 OTT 사업자가 당해 산업에서 차지하는 비중 등에 있어서도 주목할 만한 변화가 나타났다. 이러한 변화는 2022년 경쟁사업자 중 유력한 두 OTT 사업자인 티빙과 시즌 간의 기업결합 사건에 대한 공정거래위원회의 심사 과정에서 확인되었다. 공정거래위원회는 당해 기업결합을 조건 없이 승인하는 결정을 내렸는데, 무엇보다 당해 기업결합 당시의 OTT 시장에서의 점유율이 중요한 근거가 되었다. 2022년 1월부터 9월까지 시점에서 OTT 시장에서의 점유율 분포는 다음과 같다.

<표 3> 유료구독형 RMC OTT 서비스 시장점유율⁵²⁾

사업자명	넷플릭스	웨이브	티빙	쿠광플레이	디즈니+	시즌
점유율(%)	38.22, 1위	14.37, 2위	13.07, 3위	11.80, 4위	5.61, 5위	4.98, 6위

이와 같은 OTT 시장에서의 점유율 분포는 2019년 기준 <표 1>의 시장점유율과 비교하여 큰 폭의 변화가 있었음을 보여준다. 2019년에 6위에 불과하였던 넷플릭스는 1위의 사업자가 되었고, 당해 기업결합 이후 통합 플랫폼으로서 서비스를 제공하는 웨이브는 2019년 합산 점유율 44.7%에서 2022년 14.37%로 급감하였다. 티빙과 시즌의 기업결합을 승인할 경우 웨이브의 시장점유율은 3위에 불과하게 되었고, 이러한 추세는 다음 <표 4>에서 알 수 있듯이, 최근까지 이어지고 있다.

<표 4> 주요 OTT 시장점유율⁵³⁾

OTT	넷플릭스	티빙	쿠광플레이	웨이브
시장점유율(사용자수)	48.0	19.7	16.8	15.4

이상의 OTT 시장점유율 비교에서 가장 눈에 띄는 변화는 넷플릭스 점유율의 급격한 상승이다. 그 원인에 대해서는 다양한 분석이 이루어지고 있는데, 대체로 독자적으로 양질의 콘텐츠를 개발하여 자신의 플랫폼을 통해 지속적으로 제공한 전략이 주효하였던 것으로 지적되고 있다. 다음의 <표 5>는 주요 5개 OTT의 전체 시청시

51) Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, 6th ed., Berkeley Law Books. Book 2., 2016, p. 51.

52) 공정거래위원회, 보도참고자료-티빙(Tving)과 시즌(Seezn) 간의 기업결합 승인, 2022. 10. 31., 2면. 모바일인덱스 산출 월별 점유율 산술평균 ('22.1. ~ '22.9.).

53) 매일경제, 2023. 3. 10. '모바일 인덱스' 참조.

간 중 서비스별 점유율 분석(2021. 12 - 2022. 4.)에 관한 것으로서, 특히 오리지널 콘텐츠에 있어서 넷플릭스가 다른 OTT에 비하여 우위에 있음을 명확히 보여주고 있다.

<표 5> 5개 OTT 시청시간 점유율⁵⁴⁾

	넷플릭스	웨이브	티빙	왓차	디즈니+
전체 점유율	44.0	27.3	22.4	3.7	2.6
오리지널 콘텐츠 점유율	72.7	9.4	12.6	2.4	3.2

나아가 오리지널 콘텐츠에 집중하는 OTT 사업자 간 경쟁은 앞으로도 계속될 것으로 전망되고 있다.⁵⁵⁾ 그렇지만 이와 같은 경쟁 양상이 옥수수와 POOQ 기업결합의 경쟁제한성을 판단함에 있어서 충분히 고려되었는지는 의문이다. 오리지널 콘텐츠의 제공을 대상으로 전개되고 있는 OTT 사업자 간 경쟁은 양질의 콘텐츠 제작을 위해 더 많은 자금을 동원할 능력이 있는 OTT 사업자에게 유리할 수 있으며, 당해 기업결합 당시 이미 시장에 진입하거나 진입 준비 상태에 있던 넷플릭스나 디즈니+의 존재를 감안할 때, 이에 관한 충분한 고려가 행해질 필요가 있었다.

그렇지만 공정거래위원회는 과거의 자료를 토대로 방송 콘텐츠가 OTT 서비스의 핵심 콘텐츠에 해당하는 것으로 판단하고, 방송 콘텐츠 제공에 있어서 기업결합 당사자들이 가지고 있는 점유율에 기초하여 수직적 구조에서 경쟁제한의 우려를 인정하는 것에 그치고 있다. 더욱 문제가 될 수 있는 것은, 이러한 판단에 수정을 요할 수 있는 자료들에 대한 검토가 균형 있게 이루어지지 못한 점이다. 예를 들어 TV 시청을 대상으로 할 경우에도, 개인 시청에 있어서 지상파 채널의 비중은 2012년 54.0%에서 2018년 40.6%로 감소한 것으로 조사되었는데,⁵⁶⁾ 이러한 수치의 변화는 지상파가 제작한 방송 콘텐츠의 핵심적 성격이 완화되고 있음을 시사하는 것이고, 이는 당해 기업결합 심사 당시에도 충분히 고려될 수 있었던 것이다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 현재 OTT 사업자 간 경쟁에서 주된 경쟁 요소는 오리지널 콘텐츠의 제공이고, 지상파 제작의 방송 콘텐츠가 차지하는 중요도는 점점 감소하고 있는 것으로 나타나고 있다. 따라서 방송 콘텐츠가 수직적 거래제한을 받을 수 있는 요인으로 기능하기 어려운 상황이 전개되고 있다. 그리고 이러한 상황은 심결 당시에도 어느 정도 예상 가능하였던 것으로 볼 수 있으며, 예측의 실패 자체가 아니라 적어도 이러한 판단의 근거가 되는 요소들을 적극적으로 고려하지 않았다는 점에서 당해 기업결합에 관한 공정거래위원회 심결의 타당성에 대한 일정한 비판을 피할 수 없을 것이다.

3. 혁신시장 관점의 부재

끝으로 당해 기업결합 사건을 혁신시장적 관점에서 살펴볼 필요도 있을 것이다.

54) 한국경제TV, 2022. 11. 28.

55) 강정수, “OTT 시장 2.0: 새로운 성장 전략 분석”, 「Media Issue & Trend」 vol. 51(2022), 51-56면 참조.

56) 방송통신위원회, 2019년도 방송시장 경쟁상황 평가, 2019, 347면.

물론 경쟁법 영역에서 혁신시장의 개념이 명확히 정의되고 있는 것은 아니지만, 경쟁의 실제적 양상을 파악하기 위해 전통적인 시장 확정 원칙과는 다른 접근 방식이 필요하다는 사고가 나타나고 있다.⁵⁷⁾ 이와 관련하여 공정거래위원회가 제정한 ‘지식재산권 심사지침’에서 관련시장으로 고려되어야 할 것으로 기술시장 및 상품시장 외에 혁신시장 개념을 제시하고 있는 것은 참고할 만하다. 동 지침에서 혁신시장은 “당해 지식재산권 행사로 인해 영향을 받는 연구개발 및 이와 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립할 수 있는 새로운 또는 개량된 상품이나 기술·공정의 창출을 위한 연구개발”로⁵⁸⁾ 확정할 수 있다. 동 개념의 제시는 급속한 발전이 나타나고 있는 분야에서 시장 확정을 기존의 방식에 전적으로 의존할 수 없으며, 향후 전개될 발전 과정과 장애에 나타날 발전의 성과를 함축하는 동태적 개념이 필요하다는 사고를 반영한 것이라 할 수 있다.⁵⁹⁾ 이러한 문제는 최근 EU의 시장확정 고시의 개정안에서 심도 있게 다루어졌다.⁶⁰⁾ 동 개정안은 특정 상품과 관련되지 않고 다양한 목적과 관계되거나 목표를 특정할 수 없는 초기 연구 단계에서 이루어지는 혁신 노력을 기존의 엄격한 상품시장 확정 방식에 의할 경우 일정한 시장으로 확정하기 어려울 수 있지만, 기업이 경쟁하는 경계를 정하는 것은 여전히 가능하다는 점을 지적하고, 이때 고려되어야 할 요소로서 혁신 노력의 성격과 범위, 다양한 연구의 목표, 기업의 과거 혁신 노력에 의해 이루어진 전문화 또는 성과 등을 제시하고 있다.⁶¹⁾ 또한 혁신은 구체적인 상품과 밀접히 관련되는 연구·개발과 초기에 이루어지는 연구·개발 사이에 연속적인 과정(continuum)으로 전개되며, 규제기관은 어느 쪽에 초점을 맞추어 시장을 확정할 것인지를 결정해야 한다고 지적함으로써,⁶²⁾ 상품시장과 혁신시장이 상대적일 수 있음을 시사하고 있다.

이와 같은 혁신시장의 관점에서 볼 때, OTT 서비스는 새로운 동영상 콘텐츠의 이용 방식으로서 전통적인 동영상 시청의 시간적, 장소적 한계를 극복하는 의미가 있다는 것, 나아가 궁극적으로는 생활 양식이나 개인적·사회적 삶의 방식에 근본적인 변화를 낳을 수 있다는 것에 주목할 필요가 있다. 예를 들어 TV 수상기를 중심으로 한 전통적인 주거 공간의 변화, 정보 획득 방식의 다양화와 소통 구조의 변화, 동영상 콘텐츠 제작의 대중화와 개방적인 유통구조의 형성 등에 있어서 OTT 서비스의 확산 또는 OTT 플랫폼의 기능 확대는 핵심적인 역할을 하고 있으며, 향후 전개 과정에 대한 예측이 쉽지 않은 상황이다. 이러한 상황에서 POOQ와 옥수수의 통합 플랫폼은 통신산업에서 지배적 영향력을 갖는 사업자와 유력한 방송 콘텐츠를 지속적으로 생산·제공할 수 있는 사업자의 결합은 콘텐츠, 플랫폼, 네트워크를 아우르는

57) 혁신의 보호를 위해 기업결합을 규제하는 것과 관련하여, 혁신 시장은 명확한 수요자와 구매자가 존재하지 않지만, 경쟁이 이루어지는 많은 단계 중 하나라는 점에서 다른 시장과 구별됨을 지적하는 것으로, Ronald W. Davis, “Innovation Markets: an Overview”, in <https://www.justice.gov/atr/innovation-markets-overview>, 2004, p. 4 참조.

58) ‘지식재산권 심사지침’ II. 3. 가. (3).

59) 이러한 상황에 대하여 잠재적 경쟁(potential competition)의 개념을 통하여 접근할 수 있지만, 혁신 시장(innovation market)의 개념이 더 적절한 분석 틀이 될 수 있다고 보는 것으로, Richard Whish & David Bailey, op. cit., p. 39 참조.

60) European Commission, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION-Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law(draft revised Market Definition Notice), 2022. 11. 8.

61) draft revised Market Definition Notice, recital 91.

62) draft revised Market Definition Notice, recital 92.

C-P-N의 결합으로 이해할 수 있을 것이다. 따라서 이러한 유형의 결합이 기존 시장에서의 경쟁에 미치는 영향뿐만 아니라, 산업 전체의 발전과정에서 혁신경로를 제한하는 등의⁶³⁾ 부정적 효과가 나타날 수 있을지에 대한 분석도 필요할 수 있다.⁶⁴⁾ 물론 이러한 분석으로부터 당해 기업결합이 혁신을 저해할 것이라는 판단이 당연히 도출될 수 있는 것은 아니지만,⁶⁵⁾ 적어도 동 심결에서 이에 관한 분석이 심도 있게 이루어질 필요가 있었음을 지적할 수 있을 것이다.

V. 결론

옥수수과 POOQ의 기업결합에 관한 공정거래위원회의 심결은 주요 OTT 사업자 간에 발생한 최초의 결합을 다루었다는 점에서 중요성이 있지만, 이에 관한 공정거래위원회의 판단은 급격한 산업 구조의 변화가 일고 있는 영역에서 기업결합 규제 법리를 재고할 수 있는 계기가 되었다는 점에서도 의의가 있다. 동 심결에서 공정거래위원회는 당해 기업결합의 경쟁제한성을 수평적 측면과 수직적 측면으로 구분하여 다루었으며, 특히 후자와 관련하여 방송 콘텐츠 제공 시장에서 기업결합 당사자들에 의한 집중도의 심화가 OTT와의 거래를 제한함으로써 OTT 사업자 간 경쟁에 부정적 영향을 미칠 수 있다는 점에 근거하여 경쟁제한성을 인정하였다. 그리고 이러한 판단에 기초하여, 한시적(3년)으로 방송 콘텐츠의 거래 등에 관한 일정한 의무를 부담하게 하는 내용의 시정조치를 부과하였다.

현시점에서 볼 때, 특히 넷플릭스의 급성장과 기업결합 이후 점유율의 지속적인 하락 등의 변화를 감안하면, 당시의 판단이 부적절하였다는 인식을 피하기 어려울 것이다. 그러나 단지 예측의 실패만으로 동 심결에 대한 부정적인 평가를 내릴 수는 없다. 예측에 기반한 기업결합 규제의 판단 구조하에서 예상과 다른 시장 상황의 전개는 드문 일이 아니며, 이것만으로 판단의 오류를 지적하는 것에는 한계가 있다. 그렇지만 예측의 실패를 낳은 요인을 분석할 필요는 있으며, 이러한 요인이 피할 수 있었던 것이라면, 동 심결에 대한 일정한 문제 제기는 플랫폼 시대에 빈번할 것으로 예상되는 기업결합 규제 법리 개선에 의미 있는 기여를 할 수 있을 것이다.

공정거래위원회의 판단에 있어서 결정적이었던 것은 기업결합 당사자들의 방송 콘텐츠가 OTT 서비스에 있어서 핵심적인 의미가 있으며, 이를 대상으로 한 거래제한이 OTT 시장의 경쟁에 부정적 영향을 미칠 수 있다는 것이었다. 그러나 이러한 판단을 위해서는 AT&T와 Time-Warner 기업결합 사건에서 미국 법원이 행한 것처럼

63) 혁신은 플랫폼이 구축한 아키텍처 안에서 이루어질 수밖에 없고, 따라서 해당 플랫폼은 혁신경로를 지배할 수 있으며, 이 경우에 R&D는 자신의 위치를 강화하는 형태의 기술혁신을 추구함으로써 소비자 혜택이 극대화되는 사회적으로 최적인 혁신경로에서 벗어날 수 있다는 지적으로, 김창욱·강민형·강한수·윤영수·한일영, 「기업생태계와 플랫폼 전략」, SERI, 2012, 30면 참조.

64) AT&T의 Time Warner 인수 디즈니의 폭스 인수 등을 C-P-N 강화전략의 예로 들고 있는 것으로, 정보통신산업진흥원, 「국내외 OTT(over the top) 서비스 현황 및 콘텐츠 확보 전략」, 2018, 4-5면 참조.

65) 혁신과 관련하여 집중화된 유리하다는 Schumpeter적 사고와 경쟁 구조가 유리하다는 Arrow적 사고의 대립에 관하여, Inge Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms - Data Essential Facility*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 35-36 참조.

동영상 콘텐츠의 거래에 대한 실질적 분석이 뒷받침될 필요가 있었으며, 이러한 분석의 결여는 결론의 타당성에 의문을 낳는 요인이 될 수 있다. 나아가 OTT 사업자 간 경쟁 상황에 대한 이해가 충분하지 못하였다는 점도 문제가 될 수 있다. OTT 사업자 간 경쟁은 오리지널 콘텐츠 제공을 중심으로 전개되어 왔으며, 방송 콘텐츠의 중요성은 점점 감소하고 있는 상황이다. 이에 대한 이해가 적절히 반영되지 못한 것은 기존 방송 서비스를 중심으로 형성된 방송 콘텐츠의 의의를 OTT 서비스에 곧바로 적용한 것에 주된 원인이 있는 것으로 보인다. 또한 플랫폼과 같은 양면시장적 특징을 갖는 시장에서 중요한 것은 수요 측면의 지속적인 유인을 가능하게 하는 공급의 확보라 할 수 있으며, OTT 플랫폼의 경우 오리지널 콘텐츠의 확보로 구체화될 것이다. 따라서 이를 행할 수 있는 OTT 사업자의 능력을 중심으로 OTT 시장의 경쟁상황에 대한 예측이 이루어질 필요가 있었다. 끝으로 동영상 콘텐츠를 소비하는 플랫폼으로서 OTT의 비중이 급격히 증가하고 있고, 이와 같은 혁신적 변화가 당해 기업결합에 대한 경쟁법적 평가에 있어서 어떠한 의미를 갖는지에 대한 검토의 부재 역시 문제점으로 지적할 수 있다. 이상의 당해 기업결합에 대한 공정거래위원회의 심결에서 드러난 문제는 이후 발생할 유사한 기업결합의 심사에서 개선될 필요가 있을 것이다.

[참고문헌]

- 강정수, “OTT 시장 2.0: 새로운 성장 전략 분석”, 『Media Issue & Trend』 vol. 51(2022).
- 곽은아·최진호, “OTT 서비스 속성에 대한 이용자 인식 및 사업자 경쟁관계 분석”, 『방송과 커뮤니케이션』, 제20권 제2호(2019).
- 권형돈, “헌법상 방송개념과 OTT서비스의 방송법적 규제의 정당성”, 『언론과 법』, 제18권 제1호(2019).
- 김창욱·강민형·강한수·윤영수·한일영, 『기업생태계와 플랫폼 전략』, SERI, 2012
- 박장순, 『문화콘텐츠학개론』, 커뮤니케이션북스, 2006.
- 방송통신위원회, 2016년도 방송시장 경쟁상황 평가 보고서, 2016.
- _____, 2018년도 방송시장 경쟁상황 평가 보고서, 2018.
- 송태원, “인터넷 플랫폼 시장에서 경쟁제한의 우려와 규제방안에 대한 고찰”, 『경제법연구』, 제17권 제1호(2018).
- 정보통신산업진흥원, 『국내외 OTT(over the top) 서비스 현황 및 콘텐츠 확보 전략』, 2018.
- 정승애·임대근, “넷플릭스의 초국가적 유통 전략과 그 비판: 콘텐츠 비즈니스 모델과 모순적 로컬라이제이션을 바탕으로”, 『글로벌문화콘텐츠학회 동계학술대회』, 2018.
- 최진웅, 『온라인동영상서비스(OTT)의 쟁점과 과제』, 국회입법조사처, 2015.
- 홍명수, “영화산업의 수직적 구조화와 독점규제법에 의한 규제 가능성 고찰”, 『서울대학교 법학』, 제60권 제4호(2019).
- _____, “플랫폼 중립성의 경쟁법적 의의”, 『동아법학』, 제90호(2021).
- Nick Srnicek, 심정보 역, 『플랫폼 자본주의』, 킹콩북, 2020.
- Bonchek, M. & Choudary, S. P., “Three Elements of a Successful Platform Strategy”, *Harvard Business Review*, 2013.
- Cooter, R. & Ulen, T., *Law and Economics*, 6th ed., Berkeley Law Books. Book 2., 2016.
- Davis, R. W., “Innovation Markets: an Overview”, in <https://www.justice.gov/atr/innovation-markets-overview>, 2004.
- Dreher, M. & Kulka, M., *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, C.F.Müller, 2021.
- European Commission, *COMMUNICATION FROM THE COMMISSION-Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law(draft revised Market Definition Notice)*, 2022. 11. 8.
- Evans, P. C. & Gawer, A., *The Rise of the Platform Enterprise*, The Center for Global Enterprise, 2016.
- Goyder, D. G., *EC Competition Law* 3. ed., Clarendon Press, 1998.
- Graef, I., *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms - Data Essential Facility*, Wolters Kluwer, 2016.
- OECD, *IPTV: Market Developments and Regulatory Treatment*, 2007.

Salop, S. C., “The AT&T/Time Warner Merger: How Judge Leon Garbled Professor”, *Journal of Antitrust Enforcement* vol. 6 Issue 3, 2018.

Whish, R. & Bailey, D., *Competition Law*, Oxford Univ. Press, 2012.

[Abstract]

A Study on the Regulation of OTT Mergers under Competition Law

Myungsu Hong* · Soyeon Lee**

The Korean Fair Trade Commission's 2019 decision on the merger of Oksusu and POOQ is important in that it dealt with the first merger between major OTTs, but it is also meaningful in that it dealt with merger in areas where rapid industrial structure changes are taking place. The Korean Fair Trade Commission distinguished the significance of the merger into horizontal and vertical aspects, and recognized competition restraints based on the fact that increased concentration by merger parties in the broadcasting content provision market can negatively affect competition between OTT operators. At this point, it is difficult to avoid the perception that the judgment at the time was inappropriate, considering the rapid growth of Netflix and the continuous decline in the integrated OTT share after the merger. However, it is not possible to make a negative assessment of the innocence just by failing to predict. But the lack of a detailed analysis of the transaction of video content needed to be supported in order to recognize competition restrictions in the vertical sector, as the US courts did in the AT&T and Time-Warner business combination case, sufficient understanding of the competition pattern between OTTs centered on original content and consideration of the industrial situation in which innovative changes are occurring may be a problem. These problems will need to be corrected in the regulation of merger that may occur in the field in the future.

Keywords: OTT, Platform, Merger, Vertical Restraints, Innovation Market

* Professor, College of Law, Myongji University

** Postgraduate Student, College of Law, Myongji University

개정(안)을 통한 국가수사본부의 합리적 역할방안 정립에 관한 논의*

박 호 현** 이 동 원***

논문요지

과거 경찰은 국민의 생명, 신체 및 재산보호를 가장 중요한 임무로 생각하는 국가기관이라기 보다 국민위에 군림해 지시·명령·강제하는 정권의 시너로서의 역할에 더욱 충실했다고 해도 과언이 아니다. 그러나 시대의 변화는 경찰조직을 변화시켰고, 특히 경찰조직 내부의 자정작용을 통한 변화노력들이 지속적으로 있어왔다. 이러한 변화는 경찰조직이 국민의 인권보호를 가장 중요한 임무로 인식하게 만들었다.

그럼에도 불구하고, 경찰은 형사사건의 대부분을 처리하면서도 형사사법절차 내 대부분의 권한행사는 검찰에 의해 이루어졌다. 검사는 수사개시권, 수사종결권, 기소권, 영장청구권 등 형사사법절차 전반에 대한 권한을 부여받아 경찰을 지시·명령하는 수사의 주체자로서 인정받아왔다. 그러나 경찰은 조직 내에서 검찰과의 관계에 대해 상명하복 관계가 아닌 상호 대등적, 상호 협력적 관계의 필요성을 피력해왔고, 이러한 노력의 결과 형사소송법 등의 개정을 통해 수사개시권을 부여받게 되었다.

이후 형사소송법 및 검찰청법 그리고 국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률의 개정으로 경찰과 검찰은 법률상 상호 협력적 관계로 변화하게 되었다. 또한 기존의 수사개시권과 함께 1차적 수사종결권을 부여받아 일반사건에 대한 수사를 종결할 수 있는 권한까지 부여받았다. 뿐만 아니라, 그동안 국가정보원의 고유 업무로 인식되어온 대공 업무까지 경찰로 넘어와 경찰 창설 후 가장 강력한 권한을 가진 국가기관이 되었다.

그러나 한 기관에 권한이 집중되면 권한남용을 통한 국민의 인권을 침해하는 결과를 발생시키는 경우를 종종 보았다. 이러한 문제를 해결하기 위해 행정경찰과 사법경찰의 분리라는 목적 하에 경찰청 소속의 국가수사본부가 설치되었다. 국가수사본부는 수사에 관해서 시·도 경찰청장, 경찰서장, 수사관련 부서의 경찰공무원들을 지시·감독하는 수사의 컨트롤타워로서 역할을 하도록 만들어졌다. 그러나 독립청이 아닌 경찰청 소속으로 설치되었고, 본부장 또한 경찰청장의 바로 아래

* 이 논문은 2022년 원광대학교 교비지원을 받아 수행된 연구임.

** 제1저자: 전남도립대학교 경찰·경호과 초빙교수

*** 교신저자: 원광대학교 경찰행정학과 교수

계급인 치안정감으로 보하고 있어 실질적으로 경찰청장의 지시·명령을 배제할 수 있을지에 대한 의문이 제기된다.

또한 국가수사본부를 경찰청 소속으로 설치해 수사관련 사항의 결과에 대해 본 부장에 대한 책임을 물을 수 없도록 되어있다. 이는 국가수사본부가 중립성과 독립성을 유지하면서 3만 수사경찰을 지휘하기에는 많은 어려움이 뒤따를 수밖에 없다. 그러므로 국가수사본부를 국가수사청(가칭)으로 승격시켜 수사에 대한 컨트롤타워로서의 역할과 기능을 할 수 있도록 해야 한다. 또한 청으로의 승격 후에는 경찰청장과 국가수사청장을 검찰총장과 동일한 직급인 장관급으로 격상시켜 업무의 원활한 진행과 각 기관 간 실질적인 상호 견제와 상호 협력이 이루어질 수 있도록 하는 노력들이 요구된다고 할 것이다. 이와 함께 국가수사청장을 국회 인사 청문절차의 대상에 포함시켜 3만 수사경찰을 지휘할 수 있는 자격과 능력을 갖춘 수장을 임명할 수 있도록 해야 하며, 이를 위해 청문절차가 가진 문제점 해결을 위한 노력들이 우선해야 할 것이다.

국가의 중요사항 및 정책을 협의하는 국무회의에 경찰청장과 검찰총장은 배석자로서 법률규정에 명문화되어 있지 않다. 따라서 국가수사청장, 경찰청장, 검찰총장을 국무회의의 배석자로 포함시켜 중대범죄 및 국가치안에 대한 문제를 해결해 나가야 할 것이다.

검색용 주제어: 경찰, 검찰, 국가수사본부, 경찰법, 형사소송법, 역할방안

· 논문접수: 2023. 06. 06. · 심사개시: 2023. 06. 26. · 게재확정: 2023. 07. 20.

I. 서론

과거 경찰조직은 국민의 생명과 재산 보호를 중요하게 인식했던 국가기관이라기 보다는 정부의 눈치를 보는 일에 더 열심인 국가기관이었다. 이러한 잘못된 경찰조직의 역할과 기능은 때때로 국민의 인권을 침해하는 결과를 만들어내기도 했다. 그러나 시대의 변화는 경찰조직을 스스로 변화해야 한다는 인식을 갖도록 만들었고, 그 인식들이 국민의 인권을 최우선적으로 생각하는 기관으로 변화시켰다.

하지만 경찰조직의 다양한 노력에도 불구하고 형사소송법, 검찰청법 등의 법률규정을 통해 경찰은 수사에 있어 검사의 보조자에 불과했다. 검사는 수사개시권, 수사종결권, 영장청구권, 공소권 등을 가진 형사사법절차상의 권력기관으로서 합법적인 방법으로 경찰을 지휘·감독·통제해왔다. 그러나 대부분의 형사사건을 경찰이 담당하고 있는 현실에서 경찰조직은 검찰과의 관계에서 권한배분을 지속적으로 주장해왔고, 이러한 노력들을 통해 경찰은 형사소송법 개정으로 수사개시권을 가질 수 있게 되었다.

그리고 수사개시권을 시작으로 형사소송법상 경찰과 검찰의 관계는 상호 대등적, 상호 협력적 관계로 변화했고, 이후 경찰은 1차적 수사종결권과 그동안 국가정보원의 권한이었던 대공 업무까지 경찰로 넘어오게 되었다. 이로써 경찰은 창설 후 가장

강력한 국가기관이 되었다고 볼 수 있다. 그러나 한 조직에 많은 권한이 집중되면 그 조직은 권한남용을 비롯한 많은 문제들이 발생할 수 있다.

이러한 문제들을 해결하기 위해 행정경찰과 사법경찰의 분리라는 관점에서 국가수사본부가 설치되었다. 특히, 국가수사본부장은 수사에 관해 시·도 경찰청장, 경찰서장, 수사관련 부서의 경찰공무원들을 지휘·감독할 수 있도록 국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률에 규정되었다. 그러나 국가수사본부를 경찰청 소속으로 설치했다는 점, 국가수사본부장을 경찰청장의 바로 전 계급인 치안정감으로 보했다는 점, 국민의 생명·신체·재산 또는 공공의 안전 등에 중대한 위험을 초래하는 긴급하고 중요한 사건수사에 대해서는 경찰자원을 대규모로 동원하는 등 통합적 현장대응이 필요하다고 판단할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 국가수사본부장을 통해 개별사건 수사에 대한 구체적 지휘·감독권을 경찰청장이 갖는다는 점 등 여러 해결할 부분들이 산재해있다.

그러므로 본 논문은 국가수사본부가 중립성과 독립성을 유지하면서 전국 3만 수사경찰을 지휘하는 실질적인 수사의 컨트롤타워가 될 수 있도록 하기 위한 합리적 역할방안을 찾는 것을 그 목적으로 삼으려고 한다.

II. 국가수사본부에 대한 이론적 배경

1. 국가수사본부의 설치배경

과거 경찰은 국민의 생명과 신체 및 재산보호를 가장 중요한 임무로 생각한 국가기관이라기 보다는 국민위에 군림해 명령·강제하는 국가기관이었다. 즉, 국민의 소리에 귀 기울이기보다는 국가 내지 정부의 시너로서 그 역할과 기능을 다해왔다고 할 수 있다. 그러나 과학기술의 발전과 시대의 변화는 경찰조직의 변화를 이끌었고, 이러한 변화는 국민에 봉사하는 봉사경찰로 탈바꿈시켰다.

그러나 경찰조직의 다양한 변화에도 불구하고 대부분의 형사사건을 경찰이 담당하는 현실에서 경찰은 단순히 검사의 지휘·명령에 복종하는 수사절차의 보조자에 불과했다. 하지만 경찰과 검찰은 수사절차상 대등한 수사기관으로서 상호 견제와 협력이 요구되는 국가기관이라 할 것이다. 또한 헌법과 정부조직법상 행정안전부와 법무부의 외청(外廳)인 경찰과 검찰은 동등한 위치의 국가조직임을 알 수 있다.¹⁾

이러한 법률규정들과 경찰 및 검찰 간 권한분배라는 국민들의 첨예한 의견대립은 결국 형사소송법의 개정이라는 결과를 가져와 경찰은 수사개시권을 부여받게 되었다. 또한 형사사법절차상 검찰에게 집중된 권한들의 분배라는 관점과 두 기관 간 상호견제와 상호통제를 바탕으로 한 협력관계의 증진을 위해 경찰에게 1차적 수사종결권까지 부여되었다. 이와 함께 기존에 국가정보원의 권한이었던 대공수사권마저도 경찰로 넘어오게 되면서 경찰은 창설이후 가장 강력한 권한을 가진 국가기관이 되었다.²⁾

1) 박호현, “영장제도를 통한 경찰과 검찰의 권한분배에 관한 논의”, 『명지법학』 제19권 제2호(2021), 13-14면.

2) 최미경, 국가수사본부 설치 논의의 쟁점, 『NARS 현안분석』 제149호(2020), 1-3면.

경찰에게 부여된 수사권은 사실상 경찰권한을 강화하는 결과를 가져왔고, 이에 따라 경찰권 남용의 문제를 남겨두었다. 특히, 형사소송법 개정으로 경찰에게 부여된 1차적 수사종결권은 경찰이 수사 개시한 사건에 대해 검찰에 송치 전까지 경찰이 독자적으로 수사 가능하도록 검찰에 의한 수사지휘권을 폐지 내지 축소하고, 경찰자체 수사결과 범죄에 대한 혐의가 인정되는 경우에 대해서만 검찰로 송치하고, 혐의 없음으로 판단되거나 혐의 없음이 명백한 경우에는 경찰단계에서 사건을 종결하도록 하였다.³⁾

이에 따라 중앙집권체제를 형성하고 있는 경찰은 13만 인력을 토대로 교통, 경비, 정보, 치안 등 국가공권력을 광범위하게 행사하고 있다. 이러한 기존의 권한들과 함께 경찰이 향후 검사의 지휘·감독 없이 독자적으로 수사를 종결하는 전면적 수사종결권까지 부여받게 되면 결과적으로 경찰청장 등의 행정경찰이 수사절차를 이행하는 사법경찰을 지휘·감독·통제하는 시스템에서 형사법적 견제 및 통제장치가 폐지 내지 축소되어 경찰조직의 과도한 권한집중 문제를 야기하게 될 것이다.

뿐만 아니라, 경찰조직은 국가조직 내 모든 분야의 정보를 수집하는 정보경찰에 대한 지휘·감독의 권한을 경찰청장 및 시·도 경찰청장 그리고 경찰서장이 가지고 있기 때문에 만약 경찰청장 등이 이러한 권한을 바탕으로 수사 및 수사절차에 대한 지휘·감독권마저 가지게 되면 더 이상 견제가 불가능한 국가기관이 될 수밖에 없다. 즉, 조직이 권력화 되는 결과를 가져올 수 있다는 것이다.

경찰조직이 과거 국민들의 불신에서 벗어나 검찰과 대등한 관계 속에서 독립적인 수사기관이 되기 위해서는 권력의 집중화를 통한 권한남용이 되지 않도록 하는 다양한 노력들이 요구된다. 그중 하나가 국가수사본부의 설치라고 할 수 있다. 형사소송법 및 검찰청법 등의 법률개정에 맞물려 경찰법의 개정도 이루어졌다. 그 명칭에 있어서도 기존 경찰법에서 ‘국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률’로 바뀌면서 국가수사본부에 대한 법률적 사항들이 명문화되었다.⁴⁾

국가수사본부장은 형사소송법에 의해 경찰수사에 있어 각 시·도 경찰청장과 경찰서장 및 수사부서 소속 공무원을 지휘·감독하는 권한을 가지고 있음을 명시하고 있다(국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률 제16조 제2항). 또한 경찰청장은 개별사건 수사에 대한 구체적 지휘·감독권을 가지고 있지 않다. 다만, 국민의 생명·신체·재산 또는 공공의 안전 등에 중대한 위험을 초래하는 긴급하고 중요한 사건수사에 대해서는 경찰자원을 대규모로 동원하는 등 통합적 현장대응이 필요하다고 판단할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 국가수사본부장을 통해 개별사건 수사에 대한 구체적 지휘·감독을 할 수 있다(같은 법 제14조 제6항).

국가수사본부의 설치의 경찰과 검찰의 관계에서 검찰이 가진 권한의 경찰분배라는 관점에서 상당한 성과를 가져왔다고 할 수 있다. 그러나 한 조직에 권한이 집중되면 권한남용이라는 결과를 발생시켜 국민의 인권을 침해할 가능성이 커질 수밖에 없다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위해 국가수사본부가 설치되었고, 국가수사본부는 행정경찰과 사법경찰의 분리라는 관점에서 경찰청장의 개별사건 수사에 대한 지휘·

3) 2020년 1월 7일자 서울경제 “경찰에 수사종결권 주면 뒤탈 없겠나” (<https://www.sedaily.com> 접속일자: 2023년 4월 20일) 참조.

4) 조남청, “한국 수사 경찰 변천에 관한 연구-역사적 제도주의를 중심으로”, 단국대학교 대학원, 박사학위 논문(2020), 75면.

감독권을 인정하지 않는 것이다.

그러나 국가수사본부의 설치만으로 모든 것이 해결될 수 있는 것은 아님을 인지해야 한다. 즉, 법률규정만이 아닌 실질적으로 경찰청장의 수사에 대한 지휘·감독이 배제될 수 있는 현실적 방안마련이 요구되는 부분이라 할 것이다. 그러므로 국가수사본부가 실질적으로 수사 및 수사절차상 독립적·중립적 기관으로서 그 역할과 기능을 다할 수 있는 방안이 마련되어야 할 것이다.

2. 국가수사본부 설치 이후 법률상 가지는 조직 및 운영의 쟁점

국가수사본부의 설치를 통해 실질적으로 국가경찰의 권한분산과 행정경찰의 사법경찰에 대한 영향력 배제가 가능한지 살펴볼 필요성이 있다. 경찰은 1차적 수사종결권을 부여받아 창설 후 가장 강력한 국가기관이 되었다. 이러한 경찰이 국가수사본부를 경찰청 소속으로 설치함에 따라 경찰청장이 법률규정의 명문화에도 불구하고 수사 및 수사절차에 대한 사항을 국가수사본부장에게 지시·명령하는 형태로 경찰권을 이행할 여지에 대한 분석 또한 요구된다고 할 것이다.

또한 수사권을 가진 국가수사본부장이 다른 권한들과 결합될 가능성이 항시 존재하기 때문에 이를 통한 경찰권한 강화라는 결과가 발생할 수 있다. 경찰권의 강화 내지는 비대화 문제를 해결하기 위해 국가수사본부의 설치를 포함해 자치경찰제도를 시행하고 있다. 하지만 자치경찰제도의 시행은 수사권을 국가경찰인 국가수사본부에 남겨둠으로써 결과적으로 치안서비스 활동만을 담당하게 되어 경찰권한의 분산이 충분히 이루어지지 못했다고 할 수 있다. 특히, 경찰과 검찰의 권한분배가 명확히 이루어져 경찰에게 전면적 수사종결권이 부여될 경우 수사권한 및 수사재량권의 확대는 결국 국가경찰의 권한확대를 의미한다고 할 것이다.

국가수사본부장 임용에 대한 방식 및 그 절차에 대한 논의가 요구된다. 즉, 경찰청장이 실질적인 수사에 개입하지 못하도록 해 국가수사본부장의 수사권 행사가 독립적·중립적으로 이행되도록 함으로써 행정경찰과 사법경찰의 명확한 분리가 이루어질 수 있도록 해야 한다. 이를 위해 경찰청장의 국가수사본부장 임명에 개입하거나 참여하지 못하도록 하는 방안이 마련되어야 한다.

국가수사본부장을 경찰내부에서 임용하는 방식에 의하면 경찰청장의 후보자 추천이 이루어지고, 외부 인사를 임용하는 방식은 임기제로 임용되어 임기연장에 경찰청장이 개입할 수밖에 없는 체계이다. 이는 국가수사본부가 수사사무를 독립적으로 이행하도록 하는 것이 가능한지에 대한 검토가 요구되는 부분이라 할 수 있다.

행정경찰과 사법경찰의 실질적인 분리를 위해서는 지방수사조직 개편이라는 목표 아래 분리가 이루어져야 한다. 경찰청 내 설치된 국가수사본부는 법률의 개정이 있었음에도 불구하고 경찰청장의 지휘·감독을 받을 수 받게 없는 수사직위(치안정감)의 추가적 신설에 불가하다고 할 것이다. 따라서 시·도 경찰청과 경찰서 수사조직에 대한 조직개편을 바탕으로 분리가 이루어져야 한다.

행정경찰과 사법경찰의 분리 목적을 생각할 때 예외적으로 인정한 경찰청장의 수사지휘권에 대해서는 깊이 있는 논의가 이루어져야 한다. 공공의 안전 등에 중대한 위험을 초래하는 긴급하고 중요한 사건수사에 있어 경찰자원을 대규모로 동원하는 등 통합적 현장대응의 필요가 있다고 판단할만한 상당한 이유가 있는 경우에는 국가

수사본부장을 통해 개별사건 수사에 대해 구체적으로 지휘·감독할 수 있도록 하고 있다. 그러나 법률규정상의 수사지휘 범위가 명확하지 않아 경찰청장의 수사지휘 범위가 더욱 확대될 가능성이 항시 존재한다. 이는 국가수사본부장의 수사에 대한 독립성과 중립성의 관점에서 문제를 발생시킬 수도 있다.

국가수사본부장이 수사에 대한 책임을 부담할 수 있는 조직체계가 형성되어야 한다. 국가수사본부는 약 30,000명이라는 수사 인력에 대한 지휘·감독권이 있는 조직이다. 그러므로 수사에 대한 책임을 부담할 수 있는 조직으로 개편하면서 본부장을 국회인사청문회의 대상에 포함시킬 필요성이 있다. 또한 일정한 경우 본부장을 탄핵하거나 해임할 수 있도록 해 행위에 대한 책임을 직접 부담할 수 있도록 하는 방안이 마련되어야 한다.

1차적 수사종결권을 가진 경찰이 정보경찰과 결합될 경우 많은 문제들이 발생할 수 있다. 특히, 경찰 자체의 업무라고 볼 수 없는 정책과 관련된 정보들을 정보경찰의 업무로 인정해 계속적으로 이행하게 할 것인가에 대한 논의가 요구된다. 결과적으로 정책평가, 정책수행절차의 문제점, 정책의 요구를 이끌어내고 조정 및 변화가 필요한 사항의 제시는 사실상 경찰활동과는 무관하다고 할 것이다. 그러므로 이는 정책에 대한 전문성을 갖고 있는 국가기관 내지 부처에서 이행하는 것이 합리적이라고 할 것이다.

Ⅲ. 개정(안) 논의의 정리 및 검토

1. ‘윤재옥의원 대표발의 법안’⁵⁾

(1) 제안이유 및 주요내용

국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률을 통해 국가수사본부가 설치되었다. 특히, 국가수사본부장은 수사에 대해 시·도 경찰청장과 경찰서장 그리고 수사에 관련된 부서 공무원들을 지휘하고 감독하는 수사의 최종 감독자라고 할 수 있다. 그러나 국가수사본부장을 치안정감으로 보하도록 법률에 명문화하고 있고, 총경계급 이상의 경찰공무원에 대해서는 경찰청장의 추천, 행정안전부장관의 제청, 대통령의 임명절차를 명시하고 있다. 하지만 국회 인사청문회 대상으로 규정하고 있지는 않다.

국가수사본부가 행하는 업무의 중요성, 수사의 객관성 및 정치적 중립성을 담보하기 위해 본부장을 임명하는 경우 국회의 인사청문회 절차를 필수요건으로 명문화할 필요성이 있다. 따라서 국가수사본부장 임명 시 국회의 인사청문회 절차를 통해 인사검증에 대한 절차강화와 수사에 대한 민주적 통제를 담보하려는데 목적이 있다(안 제16조 제2항 신설).

5) 2021년 1월 7일 윤재옥의원이 대표 발의한 법률안(의안번호: 7216)으로서 정진석, 추경호, 윤창현, 윤두현, 이 용, 정운천, 김승수, 홍석준, 양금희의원 등 총 10인이 발의하였다.

2. '김기현의원 대표발의 법안'⁶⁾

(1) 제안이유 및 주요내용

문재인 정부가 들어서면서 경찰과 검찰의 수사권조정이 이슈가 되어 첨예한 대립이 이루어졌다. 이러한 대립은 결국 수사권조정을 통해 검찰의 수사범위를 6대 범죄로 제한하고, 이를 제외한 모든 수사를 경찰이 이행하도록 하였다. 또한 경찰조직에 대한 수사의 독립성 및 전문성을 담보할 목적으로 국가수사본부를 설치하여 경찰청장이 기존에 가지고 있던 수사지휘권을 원칙적으로 인정하지 않았다.

하지만 국가수사본부의 설치 직후 '신도시 부동산 투기 의혹'의 수사절차가 이행되기도 전에 국무총리의 수사본부장에 대한 수사지휘가 이루어지는 등 수사본부의 독립성 및 중립성을 해하는 상황이 발생하였다. 따라서 국가수사본부장을 임명하는 경우 국회 인사청문절차를 진행하도록 해야 한다. 또한 각 개별사건 수사에 있어 경찰청장의 지휘 및 감독권 이행의 요건들을 시행령(대통령령)이 아닌 법률에 필요사항을 명문화해야한다(안 제10조, 제14조, 제16조 및 제16조의2).

3. '김웅의원 대표발의 법안'⁷⁾

(1) 제안이유 및 주요내용

대한민국 경찰은 국가경찰체제(중앙집권적 경찰체제)를 기초로 교통, 경비, 보안, 정보, 치안 등 업무를 사실상 독점적으로 이행하고 있다. 특히, 명문화된 법률을 통해 국내정보에 대한 수집권한을 가지고 있다. 그러나 경찰이 수집하고 있는 정보들 중 정책정보를 비롯해 치안정보는 실질적인 범죄수사 및 국민의 안전을 보장하기 위해 필요한 정보라고 보기에는 어려운 정보들이 상당수 존재한다.

이와 함께 경찰청이 발표한 자료에 의하면 정보국 외근 경찰들의 범죄정보 작성이 전체 업무들 가운데 1.3%에 그쳐 정보경찰이 범죄정보 수집이라는 중요한 업무를 소홀히 하고 있고, 이는 결과적으로 다른 목적의 업무에 치중하고 있다고 할 수 있다. 그러므로 경찰 수사권에 정보권이 결합되어 조직이 비대화되는 것을 막고, 국민인권을 보장하기 위해서는 경찰업무에 정보수집 및 관련 업무를 삭제해 정보업무를 담당할 새로운 조직(국가안전정보처)을 신설하는 것이 요구된다(안 제3조 제5호).

4. 시사점

경찰조직은 대한민국의 발전과 함께 진화되고 성장해왔다. 그러나 과거 경찰은 국

6) 2021년 3월 30일 김기현의원이 대표 발의한 법률안(의안번호: 9211)으로서 조명희, 황보승희, 윤주경, 이양수, 신원식, 김승수, 이종성, 윤두현, 권명호, 이현승, 송언석, 정경희, 김웅, 양금희, 박대출, 김예지, 김상훈, 김선교, 강대식의원 등 총 20인이 발의하였다.

7) 2021년 7월 16일 김웅의원이 대표 발의한 법률안(의안번호: 11547)으로서 허은아, 박대수, 김희국, 전주혜, 김미애, 신원식, 박상도, 유경준, 윤희숙의원 등 총 10인이 발의하였다.

민의 생명과 신체 및 재산보호를 가장 중요한 임무로 생각하지 않고, 정부의 눈치를 보는 정권의 시녀로서 그 역할과 기능을 해왔다. 하지만 시대의 변화는 경찰조직을 변화하게 만들었고, 그 변화는 국민의 인권을 가장 중요하게 생각하는 조직으로 탈바꿈시켰다. 그러나 이러한 변화에도 불구하고 경찰은 헌법 및 형사소송법 등의 법률에 의한 검사의 보조자에 불과했다.

검사는 수사의 주체이면서 공소권의 주체이며, 형사사법 전 분야에 관여하는 국가기관이라고 할 수 있다. 특히, 영장청구권의 주체를 검사로 헌법에 명문화해 실질적인 수사의 주체자라고 할 수 있다. 그러나 대부분의 형사사건을 경찰이 담당해왔고, 수사절차의 신속성을 기초로 실제진실의 발견을 위해서는 경찰이 수사의 주체로서 그 역할과 기능을 해야 한다는 주장들이 있어왔다.

이러한 주장들과 경찰조직의 자정작용(自淨作用)을 통한 다양한 노력들은 경찰에 수사개시권이라는 권한을 부여했고, 경찰과 검찰 간 관계에 있어서도 검찰의 지시와 명령 그리고 감독을 받는 수사의 보조자가 아닌 조직 간 상호 대등적, 상호 협력적 관계로 변화하게 만들었다. 또한 그동안 검찰에게만 주어졌던 수사종결권 또한 형사소송법 및 검찰청법 등의 개정을 통해 경찰에게 1차적 수사종결권을 부여하였고, 기존의 국가정보원의 권한이었던 대공 업무까지 경찰에 넘어오게 되면서 경찰은 창설 이후 가장 강력한 권한을 가진 국가기관이 되었다.

특히, 검찰에 주어졌던 다양한 권한들이 배분되어 경찰과 검찰의 관계는 상명하복의 관계가 아닌 법률을 통한 대등한 관계로서 인정받게 되었다. 그러나 한 조직에 권한이 집중되면 그 권한은 부패되어 권한남용을 통한 국민의 인권침해의 결과를 가져올 수 있다는 것을 그동안 다양한 조직들을 통해 알 수 있었다. 이러한 문제들을 해결하기 위해 경찰의 권한을 분산하기 위한 여러 노력들이 있었고, 그중 국가수사본부의 설치가 대표적이라 할 수 있다. 국가수사본부의 설치는 행정경찰과 사법경찰의 분리에 의한 수사권 행사의 독립성과 중립성을 담보하기 위한 노력이라고 볼 수 있다.

하지만 국가수사본부를 경찰청 소속으로 두고, 수사본부장을 경찰청장의 바로 아래 계급인 치안정감으로 보하는 것은 실질적인 행정경찰과 사법경찰의 분리라고 볼 수 없다. 국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률을 통해 경찰청장의 개별 사건 수사에 대한 구체적 지휘·감독권을 인정하고 있지 않지만 현실적인 관점에서 생각해볼 때 수사본부장의 수사권한은 독립성과 중립성을 가지기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.

따라서 국가수사본부는 경찰청 및 경찰청장의 소속이 아닌 개별적 조직으로 탈바꿈해야한다. 즉, 경찰청 소속의 본부가 아닌 경찰청과 별개의 새로운 청단위로 신설해 수사에 대한 컨트롤타워의 역할과 기능이 이루어질 수 있도록 해야 한다는 것이다. 국가수사본부장은 현재 수사에 있어 시·도 경찰청장, 경찰서장, 수사관련 부서 경찰공무원들을 지휘·감독해야 하는 위치에 있으며 그 수에 있어서도 3만 명에 이른다. 이러한 수사본부장이 수사의 중립성과 독립성을 담보할 수 없다면 경찰조직은 국민의 생명, 신체, 재산보호라는 궁극적 역할과 기능을 상실하게 되어 종국적으로 국민의 인권을 침해하는 과거의 기관으로 회귀할 수밖에 없다.

국가수사본부의 청단위의 승격에 앞서 경찰청장과 국가수사청(가칭)장의 직급을 상향조정할 필요가 있다. 현재 경찰청장은 차관급으로 보하고 있어 장관급으로 보하

고 있는 검찰총장과의 조직법상 관계에서 맞지 않는 형태로 보하고 있다. 따라서 경찰 및 국가수사청 그리고 검찰간의 조직법상 상호 협력적, 상호 대등적 관계를 유지하기 위해서는 경찰청장과 국가수사청장의 직급을 장관급으로 격상시킬 필요성이 있다.

이와 함께 현재 국가수사본부장은 임명 시 국회청문절차의 대상에 포함되지 않는다. 이는 수사본부장에게 책임성 있는 업무이행을 담보하는데 어려움을 제공한다. 그러므로 국가수사청으로 승격시킨 후 수사청장을 국회청문절차의 대상으로 포함시켜 3만 수사경찰이 수사절차에 대한 책임감을 가지고 업무를 이행할 수 있도록 하는 요건이 마련되어야 한다.

뿐만 아니라, 경찰청장 및 국가수사청장 그리고 검찰총장을 국무회의에 참석시켜 국가중대범죄에 대한 예방과 대책 그리고 정책적 방안 등을 제시할 수 있도록 기회를 제공하는 방안이 마련되어야 한다. 경찰과 검찰은 각 행정안전부와 법무부의 외청이기 때문에 행정안전부 장관과 법무부장관이 국무회의에 참석하고 있다. 하지만 실질적 수사권, 공소권 등의 권한행사는 각 부 장관들이 하는 것이 아니라 경찰과 검찰이 행사하고 있는 고유권한이기 때문에 경찰청장, 검찰총장, 국가수사청장 등을 국무회의에 참석시켜 각 현안들을 국가적 차원에서 대응할 수 있도록 하는 노력들이 필요하다고 할 것이다.

또한 경찰과 검찰은 각 행정안전부와 법무부의 외청으로 조직법상 규정되어 있다. 그러나 국가수사본부가 국가수사청으로 승격되어 수사에 대한 독립성과 중립성을 유지하기 위해서는 각 부처에 소속된 외청이 아닌 독립된 기관으로서 창설될 필요성이 있다. 수사 및 수사절차는 법률규정을 통해 강제성이 부여된 부분들이다. 이는 결과적으로 국민의 인권을 침해할 수 있다는 것을 의미하기도 한다. 따라서 수사절차를 진행함에 있어 정부 및 어떠한 기관의 눈치도 보지 않고 오로지 법률과 국민만을 생각해 수사할 수 있도록 하기 위해서는 독립기관으로서 창설할 필요성이 있다는 것이다.

행정경찰과 달리 사법경찰 즉, 수사경찰은 법률을 통한 적법한 절차를 이행함에 있어 강제성이 뒤따를 수밖에 없다. 그러므로 공정한 수사, 공평한 수사, 적법한 수사가 되기 위해서는 국가수사청이 어떠한 상급기관, 어떠한 권력기관의 눈치도 보지 않고 오로지 법과 소신 그리고 국민만을 생각하며 수사할 수 있는 내·외부적 환경이 조성되어야 하고 특히, 잘못된 결과 내지 위법한 결과에 대한 책임을 감당하도록 하는 법적·제도적 노력들이 요구된다고 할 것이다.

IV. 국가수사본부의 합리적 역할방안을 위한 정책적 개선방안

1. 국가수사청 설치

국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률 개정을 통해 국가수사본부가 설치되었다. 그러나 국가수사본부의 설치에 경찰청 소속으로 이루어져 사실상 수사본부 및 수사본부장이 수사절차를 이행하는데 있어 독립성과 중립성을 담보하는데 어

려움을 겪을 수 있다. 그러나 경찰청장에 대해 개별사건 수사에 대한 구체적 지휘·감독권을 인정하고 있지 않은 것은 다행스러운 일이다. 하지만 국민의 생명·신체·재산 또는 공공의 안전 등에 중대한 위협을 초래하는 긴급하고 중요한 사건수사에 대해서는 경찰자원을 대규모로 동원하는 등 통합적 현장대응이 필요하다고 판단할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 국가수사본부장을 통해 개별사건 수사에 대한 구체적 지휘·감독을 할 수 있도록 명문화하고 있다.⁸⁾

국가수사본부의 설치에 중국적으로 행정경찰과 사법경찰의 분리에 있다. 그러나 이러한 목적을 가지고 법률이 개정되었음에도 불구하고 국가수사본부를 경찰청 소속으로, 그리고 국가수사본부장의 계급을 경찰청장 바로 아래 계급인 치안정감으로 보한 것은 수사본부의 중립성과 독립성을 담보하는데 큰 걸림돌이 될 수 있다. 또한 단서규정으로서 경찰청장의 수사본부장을 통한 개별사건 수사의 구체적 지휘·감독권을 인정하고 있는 것 또한 독립성과 중립성확보에 문제가 될 수 있다.

이러한 문제를 해결하기 위해서 국가수사본부를 경찰청 소속이 아닌 독립적 단위의 청으로 승격시킬 필요성이 있다.⁹⁾ 국가수사본부는 수사에 관해 시·도 경찰청장, 경찰서장, 수사관련 부서의 경찰공무원들을 지휘·감독하는 컨트롤타워의 역할을 해야 한다. 특히, 3만 명이 넘는 수사경찰을 지휘·감독하기 위해서는 어떠한 상급기관, 어떠한 권력기관의 눈치도 보지 않고 오로지 법률규정과 소신 그리고 국민들만을 생각해 수사할 수 있는 내·외적 환경이 마련될 필요성이 있고, 바로 그 첫 단추가 국가수사청으로의 승격이라고 할 수 있다.

국가수사청으로의 승격은 경찰과 검찰과는 달리 행정안전부, 법무부 소속의 외청이 아닌 국가부처에 소속되지 않은 독립적 관청으로서 설치되어야 한다. 이는 수사라고 하는 강제성이 포함된 절차를 통해 경우에 따라서는 국민들의 인권을 침해하는 결과를 가져올 수도 있기 때문이다. 그러므로 오로지 법률과 국민들의 인권보호라는 관점에서 국가수사청은 수사에 대한 어떠한 지시나 명령 그리고 외압을 받지 않는 독립적 기관으로서 역할과 기능을 할 수 있어야 한다.

이와 함께 수사청설치가 이루어진 후에는 경찰청장, 국가수사청장, 검찰총장과의 직급을 동일하게 유지하는 작업이 이루어져야 한다. 정부조직법상 경찰은 행정안전부의 외청으로, 검찰은 법무부의 외청으로 동일한 조직체계를 형성하고 있음에도 불구하고 경찰청장은 차관급으로, 검찰총장은 장관급으로 보하고 있다. 이는 경찰과 검찰이 형사소송법상 수사절차에 대한 상호 대등적, 상호 협력적 기관으로서 인정받고 있음에도 불구하고 직급의 차이를 통한 실질적 상호 협력적 관계가 이루어지지 않을 수도 있기 때문이다. 또한 이러한 직급의 동일화 작업은 결과적으로 소속 공무원의 사기를 진작시킬 수 있는 결과를 가져오게 할 것이다.¹⁰⁾

8) 박호현, “국가수사본부의 합리적 역할방안에 관한 논의-국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률 개정(안)을 중심으로”, 『안전문화연구』 제19호(2022), 38-39면; 국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률 제14조 제6항, 제16조 제1항 참조.

9) 2021년 2월 8일 황운하의원이 중대범죄수사청 설치 및 운영에 관한 법률(안)(의안번호: 8015)을 대표발의 하였고, 김승원, 김남국, 유정주, 김용민, 윤영덕, 진성준, 이수진, 민병덕, 한준호, 이용빈, 민형배, 최강욱, 강득구, 홍정민, 장경태, 이용선, 임호선, 김경만, 최혜영, 송영길의원 등 총 21인이 발의하였다.

10) 박호현·김명대, “검찰의 합리적 역할방안에 관한 논의-중대범죄수사청 설치 및 운영에 관한 법률(안)을 중심으로”, 『한국민간경비학회보』 제21권 제2호(2022), 83-84면.

2. 국회 인사 청문절차이행의 필요성

국가수사본부를 국가수사청으로 승격시킨 후에는 국가수사청장을 국회 청문절차의 대상에 포함시킬 필요성이 있다. 국가수사청은 기존의 경찰이 담당하던 수사의 컨트롤타워로서 역할과 기능을 해야 하며, 기존의 수사본부보다 인력 또한 충원되어야 한다. 뿐만 아니라, 앞서 설명한 경찰청장과 수사청장의 직급을 현재의 검찰총장과 동일한 장관급으로의 격상이 필요함을 설명했다. 이러한 조직법상의 동등한 조직들에 대해서 직급을 동일하게 유지하는 작업은 각 조직들이 서로 견제하고 협력하기 위한 전제조건이라 할 수 있다.

조직법상 동등한 형태의 조직들이 서로 견제하고 협력할 수 있는 체제가 형성되었다면 그 다음은 조직을 잘 이끌 수 있는 수장(首長)들을 임명하기 위해 국민들에게 후보자의 자질을 검증하기 위한 사항 및 절차에 대한 정보들을 알려 국민들을 통한 평가가 이루어질 수 있도록 해야 한다. 현재 경찰청장 및 검찰총장은 국회 인사 청문절차의 대상에 포함시키고 있다. 즉, 경찰과 검찰은 수사 및 기소에 대한 권한들을 가진 국가기관이기 때문이다. 그러나 국가수사청장을 단순히 국회인사청문회에 포함시키는 것으로 끝나는 문제가 아닌 현재 인사청문회가 가진 문제들을 해결해 실질적인 효과성을 담보할 수 있는 절차로서의 방안도 강구해야 할 필요성이 있다.

헌법 및 국회법을 통해 국회의 임명동의 그리고 선출을 요하는 공직자의 자격과 능력을 사전에 검증하기 위해 공직 후보자들을 대상으로 진술을 청취하고 상황에 따라 증인의 진술을 청취해 공직자로 임명하는 제도를 국회 인사 청문절차라고 한다. 이러한 인사 청문절차를 진행하는 궁극적인 이유는 공직자로서 임무를 수행하게 될 후보자가 임명 후 해당 직(職)에 적합한지를 미리 검증해 임명의 정당성을 담보하고 권력기관들을 통제하는데 그 목적이 있다고 할 수 있다.¹¹⁾

이와 함께 절차를 국민 모두에게 공개해 알권리 충족의 관점에서도 중요한 역할을 한다. 뿐만 아니라, 절차진행이 이루어진 후에는 국회의 동의를 필요로 하기 때문에 임명권자인 대통령이 인사에 대한 신중함을 가지게 한다. 또한 공직에 임명되려는 후보자 자신은 청문절차를 통과하기 위해 평소 생활에서 올바른 가치관, 올바른 공직관을 갖기 위한 노력과 함께 능력향상을 위한 다양한 시도들을 하게 될 것이다.¹²⁾

인사청문회법 제1조는 본법의 제정목적으로서 ‘국회의 인사청문특별위원회의 구성 및 운영, 인사청문회의 절차 및 운영 등에 관해 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.’라고 명문화하고 있다.¹³⁾ 하지만 목적규정이 너무 추상적, 형식적으로 명시되어 있어 후보자가 갖추고 있는 업무능력, 개인의 역량, 도덕성 검증의 기준을 비롯해 범위와 그 한계를 인식하는데 어려움이 존재한다. 이는 결국 후보자 자신의 능력 및 역량, 도덕성 검증과는 무관한 떨어뜨리기 위한 절차 내지 신상털기 절차로 전락해 버려 효율적인 검증이 되지 못한 채 종료하거나, 대통령이 임명한다고 하더라도 국민들에게 신뢰를 주기에는 부족함이 있을 수밖에 없다.

11) 김용훈, “인사청문회의 헌법적 의의와 제도적 개선 쟁점-미국의 경우를 참고하여”, 『미국헌법연구』 제26권 제2호(2015), 4면.

12) 김용훈, 위의 글, 2015, 5-8면.

13) 인사청문회법 관련 사항은 법제처 국가법령정보센터(www.law.go.kr 접속일자: 2023년 5월 15일) 참조.

국가수사청은 수사권을 가진 국가기관이며, 이러한 권한은 국민들에게 강제력을 행사해 국민의 인권을 침해할 잠재적 가능성을 항시 내포하고 있다. 그러므로 수사청이 국민의 인권보호를 가장 중요한 사항으로 인식해 수사의 컨트롤타워 역할을 하기 위해서는 국가수사청 승격 후 수사청장을 인사청문회 절차에 참여시켜야 하고 인사청문회 절차가 실질적인 임용후보자의 적격성을 검증할 수 있는 절차가 될 수 있도록 하는 방안이 마련되어야 한다.

이를 위해 청문회절차는 의혹제기에 의한 당 차원의 지지율 높이기 및 국민여론을 인식한 형식적 절차가 되지 않도록 하는 노력들이 요구되며, 특히 대통령을 비롯한 정부 그리고 여당비판의 절차로 활용되지 않도록 하여야 할 것이다.¹⁴⁾ 그럼에도 불구하고, 최근 경찰청장 인사청문절차는 후보자 개인의 능력 및 자질, 도덕성 검증에 중점을 두었다는 인식보다는 행정안전부 경찰국신설에 대한 사항이 핵심을 이루었다. 검찰총장후보자의 경우에도 야당 대표 소환관련 문제, 영부인에 대한 사항들이 청문절차의 주된 논의거리로 이어졌다.¹⁵⁾

결국, 검증이라는 명목 하에 이루어진 형식적 청문절차는 대통령 및 정부 그리고 여당에 대한 비판의 절차로서 활용되었다. 이러한 사항들이 경찰청장과 검찰총장의 청문보고서를 채택하지 못하게 만들어 중국에는 대통령의 제가를 통해 임명되는 결과를 가져오게 했다. 현재의 이러한 인사 청문절차에 대한 문제점을 해결하고 수사권과 공소권 등을 행사 할 경찰청장, 검찰총장, 국가수사청장 등 권력기관의 최고관리자를 올바르게 임명하기 위해서는 후보자 및 후보자를 임명할 직에 대한 직접적 관련성이 있는 사항들만을 질의할 수 있도록 하는 법률의 명문화가 요구된다고 할 수 있다.

따라서 대통령 및 정부의 정책 그리고 제도에 대한 비판, 여당에 대한 비판 등을 국회 인사 청문절차에서 할 수 없도록 하는 방안마련과 함께 후보자의 자질, 능력 검증 및 도덕성 검증의 장으로 변화시켜야 한다는 것이다. 그 방안으로서 법률을 통해 국회 인사 청문절차 질의 배제사유를 명문화하고, 후보자와 관련된 사실들에 대한 내용들에 관한 점수표를 대통령령에 명문화해 기준 점수 이상을 획득한 경우에는 인사 청문보고서를 채택하도록 해야 한다.

이러한 노력들은 후보자에 대한 적격성 판단의 합리적 기준으로서 그 역할과 기능을 하게 될 것이며, 인사 청문보고서의 채택에 대한 사유 및 배제사유를 법률과 대통령령에 규정함으로써 인사청문회가 형식적인 절차라는 국민들의 인식을 바꾸어 놓을 수 있고, 정당 간 정쟁의 절차가 되지 않게 될 것이다.

14) 윤석열 대통령이 취임한 후 많은 수의 국무위원후보자에 대한 인사청문회가 진행되었지만 인사 청문 보고서가 채택되지 못했음에도 불구하고, 대통령에 의한 제가로 임명되는 경우가 상당 수 있었다. 특히, 경찰청장과 검찰총장 인사 청문 보고서 채택 또한 이루어지지 못해 대통령의 제가로 경찰청장과 검찰총장으로 임명되는 상황이 발생했다(자세한 내용은 나무위키(<https://namu.wiki> 접속일자: 2023년 5월 17일) 인사청문회 참조).

15) 2022년 8월 8일자 한겨레 ‘윤희근 경찰청장 후보자 인사청문회 보고서 채택 불발’(<https://www.hani.co.kr> 접속일자: 2023년 5월 20일); 2022년 9월 6일자 kbs뉴스 ‘이원석 검찰총장 후보자 인사청문보고서 채택 불발’(<https://news.kbs.co.kr> 접속일자: 2023년 5월 20일).

3. 국무회의 참석의 필요성

경찰, 검찰, 국가수사청이 조직법상 동일한 기관으로서 상호 견제를 통한 협력적 관계를 이끌어내기 위해서는 직급을 동일하게 맞추는 필요성이 있음을 앞서 지적했었다. 즉, 경찰청장과 국가수사청장의 직급을 장관급으로 격상해야 한다는 것이다. 이러한 직급의 격상은 단순히 조직법상 동일한 조직이라는 것에 국한되는 것이 아니라 각 기관 간 업무협조의 편의성 및 용이성(容易性)을 확보하기 위함이라 할 것이다. 또한 경찰청장, 검찰총장, 국가수사청장을 국무회의 참석 대상으로 포함시키기 위해서이다.

경찰, 검찰, 국가수사청은 수사권 및 기소권을 가진 국가기관이다. 이는 국가 내에서 발생하는 모든 범죄와 치안관련 상황에 예방적, 대응적으로 대처해 나가야함을 의미한다. 그러나 행정안전부장관과 법무부장관만이 국무회의에 참석하고 있고, 경찰청장과 검찰총장은 현행 법률규정 내에서 국무회의 참석대상에 포함되어있지 않다.¹⁶⁾

헌법 제88조는 국무회의와 관련된 사항들을 명시하고 있다. 제1항은 ‘국무회의는 정부 권한에 속하는 중요 정책을 심의한다.’ 제2항은 ‘국무회의는 대통령, 국무총리와 15인 이상 30인 이하 국무위원으로 구성한다.’ 제3항은 ‘대통령은 국무회의 의장이 되고, 국무총리는 부의장이 된다.’라고 규정해 국무회의에 대한 사항들을 헌법에 명문화하고 있다.

경찰과 검찰 그리고 국가수사청의 역할 및 기능은 범죄에 대한 예방과 대처 그리고 국민의 삶의 질 향상을 위한 종합치안에 있다고 할 수 있다. 즉, 각 기관의 이러한 역할과 기능은 어떠한 국가정책보다 중요한 사항이라 할 것이다.¹⁷⁾ 하지만 정부조직법은 제13조에서 국무회의 출석권 및 의안제출에 대한 내용들을 명시하면서 제1항 규정은 ‘국무조정실장, 인사혁신처장, 법제처장, 식품의약품안전처장 그 밖에 법률로 정하는 공무원은 필요한 경우 국무회의에 출석하여 발언할 수 있다.’라고 규정하고 있다. 제2항은 ‘제1항에 명문화된 공무원은 소관 사무에 관해 국무총리에게 의안제출을 건의할 수 있다.’라고 명시하고 있다.

뿐만 아니라, 국무회의 규정 제8조에서는 배석 등에 관한 사항을 규정하면서 제1항에 ‘대통령비서실장, 국가안보실장, 대통령비서실 정책실장, 국무조정실장, 인사혁신처장, 법제처장, 식품의약품안전처장, 공정거래위원회위원장, 금융위원회위원장, 과학기술혁신본부장, 통상교섭본부장 및 서울특별시장이 배석한다.’라고 규정하면서 단서 규정으로서, 의장이 필요성을 인정할 경우 중요 직(職)에 있는 공무원을 배석하게 할 수 있음을 규정하고 있다.¹⁸⁾

국무회의에 관한 내용을 헌법 및 정부조직법 그리고 국무회의규정 등에 의해 명문화하고 있지만 어떤 명문규정에도 경찰청장, 검찰총장을 국무회의 배석자로 규정하고 있지는 않다. 경찰과 검찰은 국민의 생명과 신체 및 재산을 보호하는 국가기관으로서 범죄발생을 사전에 예방하고, 발생범죄에 대처하기 위해 수사권 및 공소권을

16) 이수영·오세영, “우리나라 청(廳) 조직의 권한과 한계에 대한 소고”, 『한국행정연구』 제23권 제3호(2014), 106-107면.

17) 윤영희, “한국에서의 복지경찰 도입에 관한 법제적 연구”, 『교정복지연구』 제45호(2016), 114-118면.

가지고 형사사법절차의 중요한 임무를 수행하고 있다. 특히, 경찰의 수사권행사의 컨트롤타워 역할을 하고 있는 국가수사본부가 국가수사청으로 승격해 수사권을 독립적·중립적으로 행사할 수 있게 될 때에는 경찰, 검찰, 국가수사청의 역할과 기능은 더욱 증대될 수밖에 없을 것이다.

따라서 경찰청장과 검찰총장을 국무회의에 배석시키지 않는 것은 강력범죄를 포함한 국가중요범죄를 비롯해 국가치안 및 국민 인권보호라는 관점에서 심각한 문제로 지적될 수 있다. 현행 법률을 통해 행정안전부장관과 법무부장관이 국무회의에 참석하고 있다 할지라도 각 장관들의 권한과 역할 및 기능 그리고 경찰청장과 검찰총장의 권한 및 역할과 기능은 다를 수밖에 없으며, 각 주체들이 인식하는 범죄, 치안, 인권에 대한 사고(思考) 또한 다를 수밖에 없음을 인식하는 자세가 필요하다고 할 것이다.

그러므로 국가수사본부의 승격과 함께 국가수사청장, 경찰청장, 검찰총장 모두 국무회의에 참석할 수 있도록 법률개정이 요구된다고 할 것이다. 이는 실제 실무를 통해 다양한 상황을 인지하는 조직의 수장들로서 국민의 소리를 가장 근거리에서 듣고 이에 대한 문제 및 대안 그리고 합리적 정책방향을 제시할 수 있을 것이기 때문이다.

결국, 이러한 노력들은 범죄 및 치안문제를 국가 중요정책에 반영할 수 있는 다양한 기회를 만들게 됨으로서 국가치안에 대한 여러 문제들을 개선하고 해결해 나갈 수 있는 가장 합리적인 방안을 마련하게 될 것이다.

V. 결론

경찰은 조직법상 검찰과 동등한 형태의 국가기관이다. 즉, 경찰은 행정안전부의 외청, 검찰은 법무부의 외청으로서 헌법 및 정부조직법을 통해 명문화되어있다. 그러나 조직법상 동일한 국가조직이지만 검찰총장은 장관급으로 대우받고 있는 반면 경찰청장은 차관급으로 대우받고 있다. 또한 수사에 있어서도 경찰은 형사소송법상 검사의 지휘·통제에 복종해야하는 상명하복 관계로서 규정되어 있었다.

그러나 대부분의 형사사건을 경찰이 담당하고 있다. 이는 곧 실체진실의 발견, 신속한 수사, 국민의 인권보호라는 관점에서 경찰과 검찰의 새로운 관계정립이 요구되는 부분이라 할 수 있다. 따라서 경찰조직은 수사절차에서 검사의 지시·명령에 복종하는 국가기관이 아닌 검찰과 상호 대등적 관계, 상호 협력적 관계를 가지기 위한 다양한 노력들을 해왔고, 이러한 노력들의 결과로서 형사소송법의 개정을 통해 두 기관 간 상호 대등적, 상호 협력적 관계로 인정받게 되었다.

또한 경찰은 수사개시권을 비롯해 1차적 수사종결권, 대공 업무까지 경찰의 업무로 법률상 인정받게 되었다. 이는 경찰 창설 이후 가장 강력한 권한을 가진 국가기관이 되었음을 의미한다고 볼 수 있다. 하지만 다양한 권한이 한 기관에 집중되면 그 기관은 권한남용을 비롯한 다양한 문제들을 통해 종국에는 국민의 인권을 침해할 수 있는 결과를 만들어 낼 수 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해 행정경찰과 사법경찰의 분리라는 관점에서 경찰은 국가수사본부를 설치하였다.

그러나 국가수사본부의 창설은 많은 논의를 바탕으로 국민들의 합의점을 이끌어내어 설치된 것이 아닌 단순히 필요성에 의해 설치되어 설치 후에도 다양한 문제들이 지적되고 있다. 특히, 국가수사본부의 소속 문제, 수사본부장의 계급이 경찰청장 바로 전 계급인 치안정감이라는 점, 법률의 단서규정을 통해 일정한 경우 경찰청장의 개별사건 수사에 대한 구체적 지휘·감독권 인정 등이 문제로서 지적되고 있다. 이러한 문제들을 해결하기 위해 본 논문은 여러 정책적 방안들을 제시했다.

첫째, 국가수사청 설치

둘째, 국회 인사 청문절차이행의 필요성

셋째, 국무회의 참석의 필요성

국가수사본부는 국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률규정을 통해서 시·도 경찰청장, 경찰서장, 수사부서 경찰공무원 등 전국 3만 수사경찰을 지휘·감독한다. 그러나 국가수사본부가 수사에 있어 실질적 컨트롤타워로서 역할과 기능을 하기 위해서는 국가수사본부의 국가수사청 승격이 출발점이라 할 수 있다. 이를 통해 국가수사청장을 장관급으로 격상시키고, 검찰총장 및 경찰청장과 함께 국회 인사 청문절차의 대상에 포함시킴으로써 조직의 수장으로서의 능력과 역량을 사전에 점검하고 공직에 대한 사명감을 가질 수 있도록 해야 한다.

또한 현재 국무회의에 참석하는 행정안전부장관과 법무부장관 외에 경찰청장, 검찰총장, 국가수사청장을 참석할 수 있도록 그 대상에 포함시켜야한다. 경찰청장과 검찰총장 그리고 국가수사청장은 수사 및 공소절차의 실무책임자로서 국가 중요범죄에 대한 예방, 발생한 범죄에 대한 대처 그리고 실질적인 국민의 인권보호의 관점에서 중요한 역할과 기능을 하는 국가기관의 수장이기 때문에 국무회의 참석이 절실하다고 할 것이다.

[참고문헌]

- 김용훈, “인사청문회의 헌법적 의의와 제도적 개선 쟁점-미국의 경우를 참고하여”, 『미국헌법 연구』 제26권 제2호(2015).
- 박호현, “영장제도를 통한 경찰과 검찰의 권한분배에 관한 논의”, 『명지법학』 제19권 제2호 (2021).
- 박호현, “국가수사본부의 합리적 역할방안에 관한 논의-국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률 개정(안)을 중심으로”, 『안전문화연구』 제19호(2022).
- 박호현·김명대, “검찰의 합리적 역할방안에 관한 논의-중대범죄수사청 설치 및 운영에 관한 법률(안)을 중심으로”, 『한국민간경비학회보』 제21권 제2호(2022).
- 윤영희, “한국에서의 복지경찰 도입에 관한 법제적 연구”, 『교정복지연구』 제45호(2016).
- 이수영·오세영, “우리나라 청(廳) 조직의 권한과 한계에 대한 소고”, 『한국행정연구』 제23권 제3호 (2014).
- 조남철, “한국 수사 경찰 변천에 관한 연구-역사적 제도주의를 중심으로”, 단국대학교 대학원, 박사학위 논문(2020).
- 최미경, 국가수사본부 설치 논의의 쟁점, 『NARS 현안분석』 제149호(2020).
- 2020년 1월 7일자 서울경제 “경찰에 수사종결권 주면 뒤탈 없겠나”(https://www.seaily.com).
- 2021년 1월 7일 윤재옥의원이 대표 발의한 법률안(의안번호: 7216).
- 2021년 3월 30일 김기현의원이 대표 발의한 법률안(의안번호: 9211).
- 2021년 7월 16일 김웅의원이 대표 발의한 법률안(의안번호: 11547).
- 2021년 2월 8일 황운하의원이 중대범죄수사청 설치 및 운영에 관한 법률(안)(의안번호: 8015).
- 인사청문회법 관련 사항은 법제처 국가법령정보센터(www.law.go.kr).
- 나무위키(https://namu.wiki).
- 2022년 8월 8일자 한겨레 ‘윤희근 경찰청장 후보자 인사청문회 보고서 채택 불발’(https://www.hani.co.kr).
- 2022년 9월 6일자 kbs뉴스 ‘이원석 검찰총장 후보자 인사청문회보고서 채택 불발’(https://news.kbs.co.kr).

[Abstract]

Discussion on establishing a reasonable role for National Office of Investigation through revision (proposal)

Park, Ho-Hyun* Lee, Dong-weon**

The police is the government institution that considers the protection of people's lives, bodies and property as the most important task, but It is no exaggeration that past police organization were more faithful to their role as the handmaid of the government ruling over the people. However, the change of the times has led to change police organization, and furthermore, there have been continuous efforts to establish its role by itself. These changes make police organization recognize that the protection of people's human rights is their most important mission.

While the police handles most of the criminal cases on the side of people, the prosecution exercises most of the authority in the criminal justice process. Prosecutors have been recognized as the principal investigators who instruct and order the police by being given authority over the entire criminal justice process, including the right to initiate an investigation, the right to terminate an investigation, the right to prosecute, and the right to claim a warrant. The police has expressed the need for a mutually equal and cooperative relationship with the prosecution rather than a top-down relationship, as a result of its efforts, the right to initiate an investigation was granted through amendments to the Criminal Procedure Act.

Since then, with the revision of the Criminal Procedure Act, the Prosecutor's Office Act, and the Act on the Organization and Operation of National Police and Local Police, the police and the prosecution become a mutually cooperative relationship in substantial part. The police that had right to initiate an investigation, grants not only the primary right to terminate an investigation but

* First Author: Professor, Department of Police & Security Service in Jeonnam State University

** Corresponding Author: Professor, Department of Police Administration in Wonkwang University

also the right to terminate an investigation. In addition, anti-communist investigative functions which had been recognized as a unique task of the National Intelligence Service, was transferred to the police, and then it can have the most powerful authority after the establishment of it.

When authority is concentrated in one institution, it might violate human rights of the people by abusing of its authority. In order that the police solve the problem of concentrated authority, the National Investigation Headquarters under the National Police Agency was established with the purpose of separating the administrative police and the judicial police.

The National Investigation Headquarters functions as a control tower for investigations, instructing and supervising the chiefs of local police agencies in cities and provinces, and police officers in investigation-related departments. Because it was established under the National Police Agency rather than an independent agency, and the head of the headquarters is a lower rank officer than the Chief of the National Police Agency, it cannot be independently excluding instructions and orders of the Chief. In addition, the National Investigation Headquarters is established under the National Police Agency, so that the head of the headquarters cannot be in charge of the results of investigation-related matters according to regulations. For these reason, there are many difficulties for the National Investigation Headquarters to command 30,000 police officers while it maintains neutrality and independence.

Therefore, it is necessary to promote the National Investigation Headquarters to the National Investigation Agency(tentative name) so that it can do perform as a control tower for investigation. In addition, the heads of each agencies should become same rank and promote minister class as like the prosecution, so that it will be able to investigate independently and each agencies should effort to practical mutual checks and cooperation. In addition, the head of the National Investigation Agency must to be included in the National Assembly personnel hearing procedure so that a head with the qualifications and ability to command 30,000 police officers has to be appointed. The heads of National Police Agency and the Prosecution Office are not stipulated in the law as attendees at the State Council meeting that discusses important matters and policies of the country. Therefore, it is necessary to solve the problems of serious crimes and national security by including the heads of the National Investigation Agency, the National Police Agency, and the Prosecution Office as attendees of the State Council.

개정(안)을 통한 국가수사본부의 합리적 역할방안 정립에 관한 논의 / 박호현·이동원

Keywords: The Police, The Prosecution, The National Investigation Headquarters, The Police Act, The Criminal Procedure Law, Role plan.

금융의 사회적 가치 실현을 위한 금융기본권 개념 연구 - 주택담보대출 규제의 적법성과 헌법적 근거를 중심으로 -

박 기 주* 신 동 호**

논문요지

금융의 사회적 가치는 금융이 존재하고 발전함에 따라 불완전한 실물경제가 이전보다 덜 불완전해지고 보다 적은 비용으로 자원이 효율적으로 배분되며 시장경제의 영역이 확장되어 경제성장에 기여하는 것이다. 최근에 금융은 인공지능과 데이터를 기반으로 새로운 서비스로 영역을 확장하고 다양한 금융상품을 출시하고 있다. 이 과정에서 금융이 가지는 본질적인 사회적 기능인 자금의 유통과 대출 등 본연의 기능에서 서민들을 소외시키지 않는지 우려가 있는 것도 사실이다.

금융이 소득과 자산형성 과정에서 ‘기울어진 운동장’으로서 불공정한 게임이 작동하는 곳이 되고 주택담보대출 제도의 예에서 보듯이 규제 당국의 손쉬운 부동산 정책 수단으로 명확한 법적 근거도 없이 활용된다면 이는 사회적 재화의 분배 기능을 왜곡시키고 사회적 불평등을 악화시키는 원인으로 작용할 것이다. 금융기본권은 이러한 규제 당국의 금융에 대한 사회적 가치와 기능을 제고시키는 헌법규범이자 기준으로 우리 사회가 금융 제도에 대해 헌법적 가치 안에서 그 내용과 규제의 방향성을 결정하는 일종의 사회적 합의가 될 수 있다.

본 연구는 주택담보대출에 관한 LTV, DTI, DSR의 제도 현황과 규제체계를 분석하는 것을 기초로 금융의 사회적 가치와 이를 바탕으로 한 ‘금융기본권’의 법적 개념을 정립하기 위한 기초적인 연구를 목적으로 한다. 금융은 현대 사회에서 개인의 자산 형성을 위한 기본적인 토대를 제공하지만 일반 서민이 금융이 제공하는 서비스를 온전히 누리는 것은 쉽지 않은 것이 현실이다. 경제민주화의 관점에서 금융민주화 논의가 제기되고 이를 바탕으로 금융기본권이 추상적으로 언급되지만 이에 대한 구체적인 연구는 미진한 것도 사실이다. 향후 금융의 사회적 가치

* 한양대학교 공공정책대학원 겸임교수, 해인사회적협동조합 이사, 법학박사

** 해인사회적협동조합 이사장, 선문대학교 대학원 법학과 박사과정

를 토대로 한 금융기본권 논의에 본 연구가 기여할 수 있을 것으로 판단된다.

검색용 주제어: 금융의 사회적 가치, 주택담보대출, 담보인정비율(LTV, Loan-To-Value Ratio), 총부채원리금상환비율(DSR, Debt-Service-Ratio), 총부채상환비율(DTI, Debt-To-Income ratio), 금융기본권

· 논문접수: 2023. 06. 09. · 심사개시: 2023. 06. 26. · 게재확정: 2023. 07. 20.

I. 서론

2022년 5월 10일 윤석열 정부가 출범함에 따라 문재인 정부 이후 억제된 대출 정책이 완화될지 시장의 관심이 컸다. 국민의힘 대선 공약집에 따르면 최초 주택구매 가구의 담보인정비율(LTV, Loan-To-Value Ratio, 이하 LTV라 한다)¹⁾ 상한을 80%로 높여 청년·신혼부부 등의 내 집 마련 기회를 늘리겠다고 약속했다. 첫 주택 구매가 아니라도 LTV 상한을 지역과 관계없이 70%로 단일화하는 내용도 포함되었다. 이후 윤석열 정부는 「새정부 가계대출 정상화방안(2022년 6월 16일)」을 발표했으며 이에 따른 후속조치로 필요한 사항과 주택담보대출 규제를 합리적으로 운영하기 위해 필요한 개정 사항 등을 감독규정 등에 반영하여 2022년 7월부터 시행하게 되었다.

윤석열 정부의 가계대출 정상화 방안은 생애최초 주택 구입 시 담보인정비율(LTV)을 80%로 완화하고 총부채원리금상환비율(DSR, Debt-Service-Ratio, 이하 DSR이라 한다)²⁾ 역시 청년층의 장래소득 반영폭을 확대해 보완하였다. 금리 상승기에 취약 차주를 보호하기 위한 안심전환대출이 시행되고, 신용대출 한도의 연소득 범위 내 제한도 폐지되었다. 그러나 2022년 7월부터 차주단위 DSR 3단계는 예정대로 시행되었다. ‘차주단위 DSR’이란 차주의 연소득에서 연간 원리금 상환액이 차지하는 비율을 말한다. 2022년 초부터 시행된 차주단위 DSR 2단계 규제에 따라 총대출액이 2억원

1) 담보인정비율(LTV, Loan-To-Value ratio)이란, 주택담보대출 취급 시 담보가치에 대한 대출 취급이 가능한 금액의 비율로, 1억원의 가치를 가지는 주택이 담보로 제공될 경우 LTV가 40%라면 대출받을 수 있는 최대 금액은 4,000만원(1억원 × 40%)이 된다.

2) 총부채원리금상환비율(DSR, Debt-Service-Ratio)이란 차주의 총 금융부채 상환 부담을 판단하기 위하여 산정하는 차주의 연간 소득 대비 연간 금융부채 원리금상환액의 비율을 말하며, DTI보다 강화된 기준이다. 주택담보대출뿐만 아니라 신용카드·자동차할부금, 학자금대출, 마이너스 통장 등의 원리금도 포함하여 비율을 산정하게 된다.

* DSR = 총부채(주택담보대출 + 기타부채)의 연간 원리금 상환액 ÷ 연소득

이 넘는 대출자는 연간 원리금 상환액이 연소득의 40%(은행권 기준)를 넘으면 추가 대출을 받을 수 없다. 7월부터는 총대출액이 1억원만 넘어도 DSR 40% 규제를 받게 된다. 금융당국에 따르면 전체 차주의 29.8%, 전체 대출의 77.2%가 규제 대상이 될 것으로 추산된다.

금융위원회는 이를 보완하기 위해 청년층의 경우 대출이 제약되지 않도록 DSR을 산정할 때 미래 소득을 반영하기로 했다. 현재 '장래소득'은 대출시와 만기시점 간의 평균을 통해 산출하는데 이를 '대출시와 만기시점까지의 각 연령대별 소득흐름의 평균'으로 산정하기로 했다. 또 장래소득을 활용할 시 차주가 유리한 만기를 선택할 수 있도록 개선하기로 했다. 우선 생애 최초로 주택을 구입할 경우 LTV 규제는 기존 60~70%에서 80%로 완화되었다. 대출한도도 기존 4억원에서 6억원으로 확대되었다. 금융당국은 1주택자나 다주택자에 대한 LTV도 상환능력심사(DSR)의 안착 상황, 가계부채 및 부동산 시장 상황을 보아가며 완화해 갈 예정이다. 만일 LTV가 80%로 확대되면, 서울의 5억원짜리 아파트를 구입할 때 기존 3억원의 대출한도가 4억원으로 늘어나게 된다. 하지만 현행 개인별 DSR 규제나 총부채상환비율(DTI, Debt-To-Income ratio, 이하 DTI라 한다)³⁾ 등의 조정 없이 대출 문턱을 낮추는 것은 한계가 있다. 현행 개인별 DSR 규제 아래에서는 LTV 완화에 따른 대출한도 증액 효과가 고소득자에 집중될 수밖에 없기 때문이다.⁴⁾

2022년 하반기부터 부동산 경기가 급격하게 냉각되기 시작하면서 2023년 3월 2일 금융위원회는 「은행감독업 규정」 등 5개 규정을 다시 개정하고 일부 규제에 대한 추가적 완화를 하였다. 주요 내용은 다주택자 규제지역 내 주택담보대출 허용(LTV 0 → 30%), 임대·매매사업자에 대한 주택담보대출 허용(LTV 규제0→30%, 비규제0→60%), 임차보증금 반환목적 주택담보대출의 각종 제한 규정 완화, 생활안정자금 목적 주택담보대출 한도 폐지(現 2억원→LTV·DSR內 허용), 주택담보대출 대환시 기존 대출 시점의 DSR 적용(1년 한시), 서민·실수요자의 주택담보대출 한도 폐지(現 6억원→LTV·DSR內 허용) 등이다.

현재 금융당국이 실시하는 대출 총량 관리나 LTV, DTI, DSR의 규제는 대출 실수요자, 즉 금융소비자의 권리와 의무를 보장하는 관점이 아니라 부동산 시장을 규제하는데 집중된 정책이다. 특히 LTV, DTI, DSR 등의 규제는 국민의 주거에 대한 기본권과 금융소비자 보호의 관점에서 그 법적 타당성이나 근거가 부족하다. 이에 따

3) 총부채상환비율(DTI, Debt-To-Income ratio)이란 차주의 연간 소득에 대한 연간 대출원리금 상환액의 비율을 말하며, 금융기관에서 대출신청인이 원금과 이자를 갚을 능력이 있는지 확인할 때 사용되는 기준으로, 다음 산식으로 구할 수 있다.

* $DTI = (\text{주택담보대출의 연간 원리금 상환액} + \text{기타부채 등의 연간이자 상환액}) \div \text{연소득}$

4) 일례로 LTV가 40%에서 70%로 높아지면 시세 9억원 아파트를 살 때 5000만원 연소득자의 대출 한도는 3억6000만원(40%)에서 3억7300만원(70%)으로 1300만원 늘어나지만, 1억원 연봉자의 경우 3억6000만원(40%)에서 6억3000만원(70%)으로 3억원이나 증가한다.

라 2021년 6월에 제안된 국민의힘 태영호 의원의 「금융기관의 주택담보대출에 관한 법률안」이 소관 상임위원 국회 정무위원회에 상정돼 논의 절차를 밟고 있다. 이 법안은 LTV 및 DTI의 최고한도와 우대적용 비율 등을 인상하되 구체적인 사항은 금융위원회가 정할 수 있도록 하고 있다. 하지만 DSR에 대한 내용은 반영하지 않고 있어 법안 자체는 불완전한 면이 있다.

본 연구는 주택담보대출에 관한 LTV, DTI, DSR의 제도 현황과 규제체계를 분석하는 것을 기초로 금융의 사회적 가치와 이를 바탕으로 한 ‘금융기본권’의 법적 개념을 정립하기 위한 기초적인 연구를 목적으로 한다. 2023년 3월 23일 헌법재판소는 ‘투기지역투기과열지구 내 초고가 아파트(시가 15억 초과)에 대한 주택구입용 주택담보대출을 금지’한 조치에 대해 합헌 판결을 내렸다.⁵⁾ 하지만 재판과 4인은 이에 대한 반대의견을 제시해 위헌성에 대해 강력한 논거를 제시하였다. 청구인의 재산권 침해와 계약의 자유 침해, 과잉금지원칙 위배 등을 제시했는데, 본 연구는 이번 판결로 인해 금융의 재산권적 특성과 기본권으로서의 성격을 보다 구체화할 수 있는 좋은 계기가 되었다고 본다.

금융은 현대사회에서 개인의 자산 형성을 위한 기본적인 토대를 제공하지만 일반 시민이 금융이 제공하는 서비스를 온전히 누리는 것은 쉽지 않은 것이 현실이다. 경제민주화의 관점에서 금융민주화 논의가 제기되고 이를 바탕으로 금융기본권이 추상적으로 언급되지만 이에 대한 구체적 연구는 미진한 상태이다. 향후 금융의 사회적·헌법적 가치를 토대로 한 금융기본권 논의에 본 연구가 기여할 수 있을 것으로 판단된다.

II. 주택담보대출 규제의 현황 및 국가 개입의 한계

1. 주택담보대출 규제 현황

(1) LTV와 DTI 규제

주택금융 규제의 일종인 LTV는 2000년에 적용되었고 DTI는 2005년에 적용되기 시작하였다. 이 규제들은 주택가격 및 시장의 안정을 위하여 투기지역을 중심으로 보완적으로 운용되었다. 정책당국에서는 2003년 10.29 대책을 통해 투기지역 아파트의 LTV에 대해 60%에서 40%로 상한을 강화했다. 이 후 2006년 3월에는 투기지역에서 6억원을 초과하는 아파트에 대해 DTI 40%를 적용해 규제를 강화하였다. 2007년 발생한 글로벌 금융위기 이후, 투기지역은 해제되어 LTV, DTI 규제가 잠시 동안

5) 헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2019헌마1399 결정.

풀렸으나, 가계부채가 사회적 문제로 불거지면서 수도권을 중심으로 LTV, DTI 규제가 다시 강화되었다. 그러나 주택금융규제를 강화한 이후 수도권의 주택시장이 급격하게 침체되면서 DTI 규제는 2010년 8월부터 2011년 3월 말까지 한시적으로 유예되어 시행되었다.⁶⁾

2014년의 7.24조치에서는 주택시장 회복을 목적으로 수도권과 비수도권, 은행과 비은행권 간의 차이를 해소하고 LTV와 DTI 규제를 합리적인 수준으로 조정하였다. LTV 규제는 70%, 수도권 DTI는 60%로 일괄 적용하였다. 2017년 서울 강남의 재건축 단지 등 일부 지역의 주택시장에서 불안한 양상을 보이면서 6.19대책을 시행하여 조정대상지역 내 LTV, DTI 규제를 각각 10%p 강화했다. 같은 해 8.2대책을 통해서 투기과열지구 및 투기지역에서 LTV 40%, DTI 40%으로 강화하였으며 주택담보대출 1건 이상 보유한 차주의 경우 LTV, DTI를 10%p 추가적으로 강화하였다.⁷⁾

2017년 10.24대책에서는 기존 DTI 적용 지역에 한해 DTI를 산출할 경우 주택담보대출을 2건 이상 가진 차주에 대해 기존 주택담보대출 원리금을 전액 반영하였고, 만기를 15년으로 제한해 대출가능금액을 축소하는 등의 규제를 도입하였다. 2022년 7월 이후에 비규제지역은 LTV 70%, DTI 60%(전업권 동일)로 설정되어 있다. 규제지역은 이전보다 완화된 LTV가 적용되어 LTV 0~70%이다. 투기지역·투기과열지구 내 초고가 아파트(시가 15억 초과) 구입 시 LTV는 0%이다. 단, 무주택 세대주 등 실수요자의 내 집 마련을 지원하기 위해 서민·실수요자⁸⁾는 LTV·DTI를 추가로 완화하고 있다.

2023년 3월 2일 금융감독규정 등 개정에 의해서 다주택자의 규제지역 내 주택구입 목적 주택담보대출 취급이 허용되었다. 규제지역 LTV가 0에서 30%로, 비규제지역의 LTV는 60이 되었다. 주택임대·매매사업자에 대한 주택담보대출 취급도 허용되었는데 규제지역 LTV가 0에서 30%, 비규제지역의 LTV는 0에서 60%로 증가되었다. 임차보증금 반환목적 주택담보대출 취급시 각종 제한은 일괄적으로 폐지되고 LTV·DSR 범위 한도내 대출 취급이 가능해졌다. 생활안정자금 목적 주택담보대출의 대출한도도 폐지(LTV·DSR 범위 한도 내 대출취급가능)되었고, 서민·실수요자의 규제지역 내 주택구입 목적의 주택담보대출 대출한도(現 6억원)도 폐지되게 되었다(LTV·DSR 범위 한도 내 대출취급가능).

6) 임윤수, “부동산정책과 금융대책 분석 -DTI 규제를 중심으로-”, 부동산연구 제21권 제2호 (2011.8.), 147면 이하 참고.

7) 문제현, “LTV·DTI의 규제거버넌스 고찰”, 한국거버넌스학회보 제23권 제1호(2016.4.), 1면 이하 참고.

8) 2017.6.19 대책에서 최초 도입, 2022.6.16. 개선(2022.7.1. 시행)

(2) DSR 규제

2016년부터 도입된 여신심사가이드라인은 잔금대출(2017년 1월, 분양공고분부터) 및 상호금융, 새마을금고 등 제2금융권까지 확대되어 적용될 예정이었으며 사후평가로만 활용되었던 DSR지표를 단계적으로 적용하는 방안을 추진하였다. DTI는 해당되는 대출건 이외의 대출은 이자상환의 부담만 적용되는 반면, DSR의 경우 모든 대출에 관한 원리금 상환부담을 반영하는 지표라 할 수 있다. 건전성 지표로써 DSR은 실제 가구의 대출 원리금을 고려하는 개념이다. 신용대출 만기에 대한 가정 및 마이너스 통장과 전세자금대출 등을 고려해 실질 DSR, 표준 DSR, 수정 DSR 등의 지표로 구분하여 제시되고 있다.⁹⁾

실질 DSR의 경우 차주에게 실제로 적용되는 만기와 금리를 반영해 산출하는 지표로 신용대출, 마이너스 통장, 전세자금대출 등의 단기적인 만기구조로 인해서 DSR지표가 과도하게 산출될 수 있는 문제가 있다. 표준 DSR은 실제로 대출을 받은 차주의 만기와 금리가 아닌 평균적인 대출유형별 만기 및 금리를 적용하는 방식이다. 수정 DSR은 마이너스통장의 만기를 1년으로 정하지 않고 매년 연장되는 점을 고려해 10년으로 적용하며, 전세자금대출의 경우 계약기간이 2년 이하이지만 전세보증금의 상환이 가능한 점을 고려해 이자만 적용해 DSR을 산출한다.

집단대출 관련 규제가 강화됨과 동시에 문제인 정부 출범과 함께 DSR의 실질적인 시행 시기가 당초 2년 후(2019년)에서 2018년 하반기로 앞당겨졌다. 이는 가계금융의 건전성을 제고한다는 긍정적인 측면이 있는 반면, 주택 수요를 위축시킬 가능성이 있다는 부정적인 전망도 상존하였다. DSR 규제가 조기에 시행되고 제2금융권의 DSR 기준이 더 엄격해지는 등 가계대출을 억제하는 정책은 문제인 정부 들어 강화되었다. 정부는 2021년 10월 26일 비상경제중앙대책본부 회의를 열고 ‘가계부채 관리 강화 방안’을 의결했다. 같은 해 4월 가계부채 관리방안을 발표한 지 6개월 만에 후속 대책이었다. 이 대책의 골자는 ‘갚을 수 있는 능력 안에서 빌리고, 나누어 갚는다.’는 대출 관행을 조기에 정착시키겠다는 것이다.

우선 금융위원회는 2023년까지 단계적으로 확대 예정이던 ‘개인별(차주단위) DSR 40%’ 규제 적용 시기를 앞당기기로 했다. 주택담보대출 한도만 계산하는 주택담보대출비율(LTV)과 달리 신용대출·카드론 등 모든 금융권의 대출원리금 부담을 포괄하는 개념이다. ‘DSR 40%’ 제한이란 연소득이 5000만원인 직장인이 한해 동안 갚아야 할 모든 대출의 원리금이 2000만원 이하여야 한다는 뜻이다. DSR 규제를 적용하면

9) DSR 관련 연구로는 박춘성, “금리인상에 따른 차주의 DSR 변화 분포와 시사점”, 주간금융브리프 제31권 제2호(2022.), 13-14면; 박춘성, “금리 상승에 따른 업권별 고(高)DSR 분포 변화와 시사점”, 주간금융브리프 제31권 제28호(2022.), 16-18면; 이태리·김태환, “주택담보대출 규제 변화에 따른 가구별 차입계약 영향 분석”, 부동산분석 제4권 제2호(2018.11.), 21면; 박나영·전지원·정순희, “금융소비자의 거주주택마련 신용대출에 관한 연구”, 제15권 제4호(2019.12.), 1면 이하 등 참고.

아무리 높은 가격의 담보 물건을 제공하더라도 대출자의 소득입증액이 적으면 대출 가능액이 줄어들게 된다. 1단계 개인별 DSR 40% 적용대상은 규제지역(투기지역·투기과열지구·조정대상지역)의 시가 6억원 초과 주택에 대한 담보대출 및 1억원 초과 신용대출이다.

기존 계획으로는 2022년 7월부터 2억원 초과 대출에 대해, 2023년 7월부터 1억원 초과 대출에 대해 DSR 규제를 적용하기로 했는데 이 시기를 각각 6개월, 1년 앞당겨 2022년 1월과 7월부터 적용하기로 하였다. 또 최대만기로 일괄 적용하는 만기가 대출별 평균 만기로 변경되었다. 신용대출은 7년에서 5년으로, 비(非)주택담보대출은 10년에서 8년으로 각각 단축된다. 대출을 갚아가는 기간을 나타내는 만기는 원리금 계산에 결정적 영향을 미치기 때문에, 만기가 줄어들면 DSR 규제에 따라 대출한도도 줄어들게 된다. 2023년 3월 2일부터는 원칙적으로 주택담보대출 대환은 신규대출로 취급하여 대환시의 DSR이 적용되었으나 이를 대환시 기존 대출시점의 DSR을 적용하여, 금리상승·DSR 규제강화 등으로 인한 기존 대출한도의 감액을 방지하였다(1년 한시, 증액불허).

(3) 규제법규 체계

현재 주택담보대출에 관하여는 「은행법」 제34조에서 은행이 경영건전성을 유지하기 위하여 자본적정성·자산건전성·유동성 등에 관하여 금융위원회가 정하는 기준(경영지도기준)을 준수하도록 하고 있다. 이에 따라 은행업감독규정(금융위원회고시)에서는 경영지도비율 등 경영지도기준에 관하여 정하면서(제6장 제1절),¹⁰⁾ 특히 주택 관련 담보대출에 대해서는 은행의 리스크 관리로서 담보인정비율(LTV), 총부채상환비율(DTI), 총부채원리금상환비율(DSR) 등을 준수하도록 하고 있다(제29조의2 및 별표 6).

금융위원회는 법률이나 대통령령의 위임을 통해 경영건전성 기준의 일환으로 LTV, DTI, DSR 등의 규제기준을 정하고 있다. 은행업감독규정은 법률 및 대통령령을 통해 구체적인 범위를 정하지 않고 위임 또는 재위임한 경우로 법률은 ‘대통령령으로 정하는 바에 따라 금융위원회가 정하는 기준을 준수토록 위임’하며 그에 따른 범위를 ‘그 밖에(또는 기타) 경영의 건전성 확보를 위하여 필요한 사항’으로 규정하고 있다. 이러한 경우에도 대통령령을 통해 ‘그 밖에 경영의 건전성 확보를 위하여 금융위원회가 정하여 고시하는 사항’으로 재위임하도록 하고 있다.¹¹⁾

10) 은행업감독규정 제6장 건전경영의 유지, 제1절 경영지도기준(제26조부터 제32조까지 총 12개 조문)

11) 보다 자세한 내용은 문제현, “부동산금융규제의 법적 한계 고찰: LTV를 중심으로”, 금융법연구 제18권 제1호(2021.), 116면 이하 참고.

2. 금융의 정부 개입의 한계와 범위

2008년 글로벌 금융위기 이후, 질적인 변화의 관점에서 정부의 역할은 과거와 달라진 모습을 보이고 있다. 예컨대, 과거처럼 금융규제에 대한 정부의 역할이 각종 인·허가 위주의 진입규제나 소유규제 등에 치중되어있는 것이 아니라, 구조조정, 업무에 대한 규제, 이해 상충에 대한 규제, 경영진의 규제, 금융과세의 부과 등에 이르기까지 금융의 건전성이나 안정성의 관점에서 달라진 내용의 규제가 시행되고 있다.¹²⁾ 나아가 금융의 전문성 및 기술성, 증가된 변동성에 상응하는 신속하고 탄력적인 국가적 대응의 필요성 때문에 정부의 역할이 상대적으로 더 중요하게 부각되는 것도 사실이다. 이에 따라 금융 문제에 대해서는 정부의 역할에 상당한 정책적 재량이 요구된다. 다만, 이러한 재량 역시 법치주의의 틀 안에서 행사되어야 하고, 재량적 사안에 대해 어떠한 방향에서 결정할 것인지 혹은 어떤 수단을 투입할 것인지도 정부 내 기능적 권력분립의 시각에서 합리적인 의사결정과정에서 필요하다.

확대된 정부의 역할이 필요하며 또 요구됨에도 불구하고, 아무런 한계가 없는 것은 아니다. 정부의 역할은 금융의 자율성이라는 기본권적 가치의 보장 및 금융 기능의 효율적 실현이라는 정부 역할의 기능적 한계를 넘어설 수 없다. 정부의 개별적 금융시장의 개입은 사안에 따라 개별 경제주체의 자율성을 침해할 우려가 있다. 정부의 역할이 기본권을 직접적으로 제한할 경우 엄격한 법률적 근거가 마련되어야 할 것이다(법률유보). 또 구체적·개별적인 금융 관련 처분행위와 행정적 조치들은 헌법적 가치의 실현이라는 목적 속에서 시행되어야 하며, 기본권을 과도하게 제한하지 않도록 ‘비례적’으로 이루어져야 한다. 정부의 개별적 행정조치가 개별 기본권을 침해하는 경우 개인은 그러한 조치에 대해 법적 구제를 요청할 수 있다.

한편, 정부의 역할이 금융 기능의 효율성을 저해하지 않는다는 의미에서 정부의 역할에는 기능적 한계가 존재한다고 할 수 있다. 금융의 효율성은 산업생산을 위한 자금의 조달이라든지, 금융 이익의 실현과 그 분배 과정에 정부가 과도하게 개입함으로써 그 과정을 왜곡하지 말아야 한다는 의미로 이해할 수 있다. 즉, 자율적 시장제도의 구축은 그 안에서 자율적인 활동을 보장하고 원칙적으로 이를 통해 자원이 분배되도록 하는 것이므로, 이러한 제도적 목적을 효율적으로 실현하는데 저해되는 방법으로 정부의 역할이 이루어진다면 그 자체로 모순일 것이고 과도한 개입이 될 것이다. 정부의 역할은 제도의 목적인 금융시장의 효율성을 높이는 기능을 위한 것이기 때문이다. 이러한 기능에 부합하지 않는 역할의 수행이란 곧 기능적 한계를 넘어서는 것으로 볼 수 있다.

이러한 한계는 원칙적으로 법률로써 규정될 필요가 있다. 하지만 법률로써 규정되

12) 예컨대 금융규제(특히 은행규제)의 다양한 측면과 유형별 내용에 대해 자세한 것은 김용재, 은행법원론, 박영사, 2010, 37면 이하 참조.

지 않더라도 일반적 법원칙으로서의 비례성 원칙이나 기능적 적정성의 원칙 등에 따라 과도한 기본권 침해인지 여부나 금융시장의 효율성을 저해하는 것인지 등을 판단할 수 있을 것이다, 특히 앞서 살펴본 주택담보대출과 관련한 복잡하고 과도한 금융규제는 금융불평등의 증가와 함께 금융배제(financial exclusion)¹³⁾ 현상을 불러일으키게 된다.¹⁴⁾ 주택담보대출은 인간다운 생활을 위한 주거 마련의 기본조건이기 때문에 국민의 기본권 침해와 직·간접적으로 연결되며 금융소비자로서의 권리와 의무에도 직접적인 영향을 미치게 되는 것이다.

3. 금융소비자 보호의 방향

(1) 주택담보대출 규제와 국민의 주거기본권의 조화

DTI와 LTV, DSR 등은 과도한 대출을 규제해 금융소비자인 차입자를 보호하는 유용한 정책적 규제 수단에 해당하기도 한다. 주택을 취득하기 위해서 받는 담보대출(모기지론)은 금융소비자가 처음으로 접하는 규모가 큰 금융 관련 의사 결정에 해당하며 주택은 가계가 소유하는 가장 규모가 큰 자산이며 생존에 필수적인 재화이다. 주택담보대출이 거치기간부나 만기일시상환 등의 단기 상품으로 실행되면, 외부의 충격(금융기관의 예대율 규제, 자산건전성의 규제, 시장 유동성의 축소 등)으로 인해 대규모 차환 중단 등의 사태가 발생할 경우 상당수의 가계가 생존에 필수적인 주거 공간을 상실할 수 있어 사회적 문제가 될 수 있다.

우리 헌법은 국민의 기본권으로 주거의 자유를 천명하고 있는바(헌법 제16조), 주거권에 대해서는 주거기본법 제2조에서 정의하고 있으며¹⁵⁾, 헌법적 측면에서 인간의 기본적인 생존권적 권리인 최소한의 주거생활을 할 권리 혹은 기본적 인권으로서의

13) 금융배제(financial exclusion)는 “특정 집단이 사회에서 정상적인 삶을 영위하기 위해 필요한 주류 금융서비스에 접근하거나 이용하는 데서 무능력하거나, 어려움을 겪거나 꺼리는 상태”로 정의된다(Wilson, J. O. S., & McKillop, D. (2007), “Financial Exclusion”, Public Money & Management, 27(1), 9-12. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9302.2007.00549.x>).

14) 관련 연구로는 Leyshon A. and Thrift N.(1995), “Geographies of financial exclusion: financial abandonment in Britain and the United States”, Transactions of the Institute of British Geographers, Vol. 20; Jérôme Coffinet and Christophe Jadeau(2017), “Household financial exclusion in the Eurozone: the contribution of the Household Finance and Consumption survey”, IFC-National Bank of Belgium Workshop on “Data needs and Statistics compilation for macroprudential analysis”, Brussels, Belgium, 18-19 May 2017; Gary A. Dymski(2005), “Banking Strategy and Financial Exclusion: Tracing the Pathways of Globalization”, Economia, Curitiba, v. 31, n. 1; Carbo S., Gardener E. and Molyneux P.(2007), “Financial Exclusion in Europe”, Public Money & Management, 27(1), 9-12. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9302.2007.00549.x>.

15) 주거기본법 제2조: 국민은 관계 법령 및 조례로 정하는 바에 따라 물리적·사회적 위험으로부터 벗어나 쾌적하고 안정적인 주거환경에서 인간다운 주거생활을 할 권리를 갖는다.

적절한 주거를 보장받을 권리로 해석할 수 있다.¹⁶⁾ 기본권으로 보호되는 법익은 처분가능성 여부에 따라 그 제한의 정도가 달라진다. 생명 혹은 신체와 같이 처분이 제한되는 법익의 경우 당사자의 자유로운 의사에도 불구하고 처분 등이 제한될 수 있으며, 반면에 금융거래정보와 같이 통제가 필요한 법인의 경우에는 엄격한 요건을 갖추면 처분하도록 규제될 수 있다. 주택의 경우 투자의 대상으로 보는 관점도 있으나 주거권의 보호라는 측면에서 자유롭게 대출받는 것을 제한하는 LTV나 DTI, DSR 등의 주택담보대출의 규제가 문제 될 수 있다.

주택담보대출은 서민들에게 주택의 투기수요를 유발할 수 있으며, 주택구매 후 주택가격이 급락하면 하우스푸어가 증가하거나 주택압류 등이 급증하여 서민의 주거기본권이 침해될 수 있는 민감한 금융상품이자 제도이다. 물론 저소득·취약계층을 위한 주택보급에는 서민을 위한 저렴한 임대주택의 공급, 세제혜택 등의 주거복지 및 세금 정책이 필요하며, 주택대출이라는 금융 부문은 저금리의 서민을 위한 금융제도로 보완되어야 한다. 그런 제도와 함께 금융시장에서도 소득과 신용이 부족한 서민이 보유하고 있는 1주택을 담보로 대출받는 행위에 대해 맞춤형으로 경제활동을 하도록 금융기관과 정부의 정책적 배려가 필요하며, 이는 국내 금융시장의 안정성을 확보하는데 의미가 있다고 할 것이다.

(2) 금융소비자(대출채무자) 보호를 위한 입법의 정비

미국과 유럽의 경우 채무자의 상환 및 부담능력을 고려하지 않은 대출의 확대 등이 세계적인 금융위기를 초래했다는 점을 인식해 주택담보대출에 있어서 소비자의 권리를 확대함과 동시에 금융기관의 규제를 강화하였다.¹⁷⁾ 예를 들면 은행의 무책임한 주택담보대출을 규제하는 방향으로 변화하고 있다. 금융기관에게 모든 주택담보대출에 대해 차입자의 부채상환능력 조사를 의무화하고 차입자는 대출계약과 관련된 모든 정보 등을 제공받도록 하며 조기상환을 금지하고 있다. 위약금에 대해서 금지 또는 합리적인 범위로 제한하고 이를 위반할 경우에는 처벌을 강화하는 것 등이다.

이들과 비교하면 우리의 법과 제도는 여전히 금융기관의 여신건전성에 방점을 두고 있다. 은행법 제34조는 금융위원회가 은행의 경영건전성을 유지하도록 그에 필요

16) 유럽에서 주거권은 구체적으로는 ① 인권과 기본자유 보호에 관한 유럽협약(The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), ② 유럽연합 사회헌장(The European Union's Revised Social Charter of 1996), ③ 유럽연합의 기본권 헌장(The Charter of Fundamental Rights of the European Union) 등에 규정되어 있다. 이 외에도 유럽인권재판소(The European Court of Human Rights)와 유럽사회권규약위원회(The European Committee of Social Rights)에서도 주거권 보장과 관련된 의미 있는 내용이 있다. 보다 자세한 내용은 여경수, “유럽에서 주거권 보장”, 일감부동산법학 제20호(2020.2.), 161면 이하 참고.

17) 보다 자세한 내용은 김중민, “한미일 적격대출제도 비교 및 시사점”, 차세대 인문사회연구소 제14호, 동서대학교 일본연구센터, 2018, 111면 이하 참고.

한 세부기준을 정하고 있고 은행업감독규정에서 주택담보대출에 대한 여신건전성의 관리기준을 정하고 있다. 이 규정을 채무자에 대한 보호규정으로 볼 수 있으나 은행법은 경영건전성 유지의 범위에서 동 기준과 관련된 세부 내용을 정하도록 위임하고 있다. 이 점에서 대출채무자를 위한 대출 규제로 해석하는 데 한계가 있다.

이를 개선하기 위해서 대부업체와 모든 금융기관의 대출 거래 전반에 채무자의 상환능력에 대해 심사의무를 부여하고, 대출거래절차에서 각 단계별로 채무자의 보호의무를 규범화하고, 가계부실이 심각해질 경우 공적 금융기관에 의한 채무조정 기입 근거를 마련한다면 현재의 대출거래 관행을 변화시킬 수 있고 주택담보대출 혹은 과잉대출에 대한 제도적 안전망을 구축할 수 있을 것이다.

III. 주택담보대출 규제의 적법성과 헌법적 근거

1. 은행업감독규정의 법적 성격

규제를 다루는 일반법인 「행정규제기본법」은 규제를 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하기 위한 사항을 법령 등이나 조례 및 규칙으로 규정하는 것으로 법령 등에는 고시를 포함하고 있다.¹⁸⁾ 이와 함께 동법 제4조 제2항에서는 “규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령에서 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다.”고 하여 이 점을 다시 확인하고 있다.

일부 견해는 이러한 조항에 대하여 입법적 오류라고 지적하면서 위헌 시비가 제기되고 있다. 위헌성을 주장하는 견해에 따르면 행정기관이 행정입법을 입안할 때 일방적으로 특정 사안에 대해 전문적·기술적·경미한 사항으로 판단할 가능성을 전적으로 배제할 수 없다는 점을 든다. 다시 말하면 행정기관이 특정 사안에 대해 「행정규제기본법」 제4조 제2항 단서에 해당한다고 판단해 헌법상 열거된 법규명령의 형식을 따르지 않고 고시의 형식으로 제정한다면 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 법규사항을 자의적으로 규정한 행정입법이 만들어질 수 있다.

헌법재판소는 “재산권 등과 같은 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임

18) 행정규제기본법 제2조 제1항은 제1호는 ““행정규제”(이하 “규제”라 한다)란 국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민(국내법을 적용받는 외국인을 포함한다)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령 등이나 조례·규칙에 규정되는 사항을 말한다.”라고 규정하며 제2호는 ““법령 등”이란 법률·대통령령·총리령·부령과 그 위임을 받는 고시(告示) 등을 말한다.”고 규정하고 있다.

을 할 때에는 대통령령·총리령·부령 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 금융위원회의 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 「행정규제기본법」 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이고 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다.”고 판시하였다.¹⁹⁾

이어서 헌법재판소는 「행정규제기본법」 제4조 제2항에 근거하여 ‘업종의 분류를 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류에 위임할 필요성이 있는지 여부’를 판단함에 있어 “업종의 분류에 관한 사항은 대통령령이나 총리령, 부령 등 법규명령에 위임하는 것이 바람직하지만 업종의 분류에 관하여 판단자료와 전문성에 한계가 있는 대통령령이나 행정각부의 장에게 위임하기보다는 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류에 위임할 필요성이 인정된다.”고 하여 이러한 입장을 재차 확인하였다.²⁰⁾

금융위원회의 LTV, DTI, DSR 등의 규제에 관한 감독규정은 형식적으로 고시의 형태를 가진 행정규칙이나 그 내용이 국민과 금융회사의 금융거래에 관한 권리와 의무에 관한 사항으로 법규명령에 해당하며 상위법의 위임이 필요하다는 점에서 위임명령에 해당할 수 있다.²¹⁾ 대법원은 이러한 형식의 고시를 “법령의 규정에서 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여함으로써 그 법령 내용을 보충하는 기능을 가질 경우에는 그 형식과 상관없이 근거 법령과 결합하여 대외적으로 구속력 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다.”고 보고 있다.²²⁾

또한 이러한 규율의 형식은 어디까지나 법령의 위임에 의해 그러한 법령의 규정을 보충하는 기능을 가지는 점에 근거해 예외적으로 인정되는 효력이므로 특정한 고시가 비록 법령에 근거를 둔 것이라 하더라도 그와 같은 규정의 내용이 법령의 위임범위를 벗어난 경우에는 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 수 없다고 하였다. 또한 학계에서도 통상적으로 고시는 행정규칙²³⁾에 해당하지만 국민의 기본권을 제한하는 등 대외적인 효력을 갖는 경우에 행정규칙 형식의 법규명령으로 보고 있다. 결론적으로 LTV, DTI, DSR 등의 규제를 규율하는 금융위원회가 제정한 다양한 감독규정의 법적 성격은 법규명령으로서의 위임명령에 해당한다고 할 수 있다.

19) 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 99헌바91 결정.

20) 헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2013헌바183 ,202(병합) 결정.

21) 이와 같은 견해를 실질적 기준설이라고 하며, 이와 달리 형식을 중시하여 금융감독위원회의 감독 규정은 행정규칙에 해당한다고 보는 형식설도 있다.

22) 대법원 1999. 11. 26. 선고 97누13474판결.

23) 일반적으로 행정규칙은 행정조직 내부 혹은 특별한 공법상의 법률적 내부관계에서 그 조직과 활동을 규율하는 일반적이고 추상적 명령으로서 법규적 성질을 갖지 않는 것을 말한다.

2. 적법성 판단의 기준

위임명령이 적법하기 위해서는 구체적이며 명확한 근거가 있고 포괄적 위임이 금지된다. 이는 모법에서 위임받지 않은 사항에 대해 스스로 규정할 수 없는 한계를 넘지 않아야 한다는 것을 의미한다. 즉, 구체성과 명확성을 담보하고 포괄위임이 되어서는 안 된다는 것이다. LTV 등의 규제법규인 감독규정도 위임명령에 해당하므로 이러한 요건을 충족하여야 할 것이다. 포괄위임금지의 원칙과 관련하여 학계 및 판례의 이론은 다음과 같다.

학계는 대상의 한정성(또는 특정성) 및 기준의 명확성을 주요 요건으로 설명하고 있다. 헌법 제75조는 ‘구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’에 대해서만 위임명령을 발할 수 있도록 한다. 여기서 ‘구체적’이란 규율대상에 관한 것으로 그것이 추상적이어서는 안된다는 의미이고, ‘범위를 정하여’는 수권(授權)을 양적으로 제한하는 것으로서 ‘일반적·포괄적’이어서는 안된다는 뜻이다. 즉, 수권 법률에서 ① 행정입법으로 정하는 대상을 특정하고(대상의 특정성) ② 그 대상에 대해 행정입법을 제정함에 있어 행정기관을 지도하거나 제약하기 위한 목표 및 기준, 고려할 요소 등을 명확히 제시하여야(기준의 명확성) 개별적이고 구체적 위임이 된다고 한다.

포괄위임금지의 원칙과 관련해 헌법재판소가 들고 있는 위헌심사기준으로 예측가능성과 위임의 필요성, 절차적 중요성 등이 있다. 헌법 제75조에서 규정하는 ‘법률에서 구체적인 범위를 정하여 위임받은 사항’이란 “법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강(기본적 윤곽)을 예측할 수 있어야 한다.”²⁴⁾고 함으로써 예측가능성을 판단의 기준으로 삼고 있다.

한편, 위임의 필요성에 관련된 판례에서는 대부분 국회의 기술적·전문적 능력 혹은 시간적 적응능력에 한계로 인해 입법기술적 위임의 필요성이 인정되거나 행정입법을 통해서 이를 탄력적으로 규율하는 것이 합리적일 경우라는 취지로 판시한다. 구체적으로는 ① 규율대상의 성격이 매우 다양하여 수시로 변화될 성질의 것으로 경제적·사회적 상황변동에 따라 탄력적으로 대처해야 할 경우, ② 현대 과학기술이나 사회적 발전과 변혁에 따라 다양하게 변동하는 전문적·기술적 사실관계인 경우, ③ 구체적인 절차를 형성의 경우 등을 들고 있다.²⁵⁾

또한 “대통령령이 법률에서 위임받은 사항을 부령에 재위임하는 경우에는 위임에 관하여 대통령령에의 위임에 가해지는 헌법상 제한이 그대로 적용되므로 법률에서 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다.”²⁶⁾고 하여 위임의 절차적 중요성도 강조하고

24) 헌법재판소 1996. 8. 29. 선고 95헌바36 결정.

25) 헌법재판소 2009. 6. 25. 선고 2007헌바39 결정; 헌법재판소 2009. 2. 26. 선고 2006헌바105 결정; 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌바63 결정.

있다. 아울러 위임의 구체성·명확성의 정도에 대한 판례도 산재한다. 즉, 구체성·명확성의 요구 정도는 규율하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지며 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권에 대한 직접적인 제한 혹은 침해할 소지가 있는 법규에서는 그러한 위임의 요건 및 범위가 보다 엄격하고 제한적으로 규정되지만, 국민에게 이익을 부여하는 수혜적인 내용 및 절차를 형성하는 영역, 일반적 급부행정의 영역, 조세감면 혜택을 부여하는 조세 관련 법규, 규율대상이 매우 다양하거나 상시적으로 변화하는 성질을 갖는 경우에 위임의 구체성·명확성 요건이 완화된다고 보고 있다.²⁷⁾

따라서 LTV 등의 규제를 위한 감독규정이 위임명령으로서 법적 효력이 인정되기 위해서는 위임법령이 ① 위임대상의 특정성과 위임기준의 명확성을 충족해 개별적·구체적으로 위임해야 하고, ② 위임될 내용을 누구든지 예측가능하도록 할 수 있어야 하며, ③ 위임의 필요성, ④ 제한적 재위임 등의 요건이 요구된다고 할 수 있다.

3. 적법성 판단

현행 LTV, DTI, DSR 등 규제의 법령 체계는 위 적법요건 중 위임의 구체성 및 명확성이 쟁점이다. 다른 적법요건 중에 예측가능성과 제한적 재위임의 절차적 중요성은 구체성의 요건이 충족되어질 때 비로소 예측가능성 및 제한적인 재위임의 요건이 달성된다는 측면에서 구체성 검토에 포함된다. 또한 위임의 필요성 및 전문성·기술성 요건은 LTV, DTI, DSR 등의 제도 자체가 금융기술적인 측면을 내포하고 있으므로 동 요건을 갖추고 있다고 판단된다. 따라서 구체성과 명확성의 충족 여부를 중심으로 검토한다.

「은행업감독규정」 제29조의2의 위임법령인 「은행법」 제34조 제2항 제4호와 「은행법시행령」 제20조 제1항 제5호는 구체적인 기준을 정하지 않고 “그 밖에 … 필요한 사항” 혹은 “그 밖에 고시하는 사항”을 금융위원회에 위임하고 있다. 법률에서 위임한 사항에 대해 대통령령 등에서 구체화하지 않으며, 이를 하위 법령에 재위임하는 것 역시 수권법률의 내용을 변경하는 것이다. 반면, 「상호금융업감독규정」 제16조의4의 위임법령의 경우에는 법률에서 4가지 사항을 나열한 후 마지막인 5호에서 “기타 경영의 건전성 확보를 위하여 필요한 사항”을 대통령령에 위임하며, 대통령령에서는 위임받은 4가지 사항을 구체화하고 마지막 5호의 사항도 “그 밖의 경영의 건전성 확보를 위하여 필요한 사항: 예탁금, 적금 및 출자금 등에 대한 대출금 보유기준”으로 구체화하여 포괄적 재위임 논란을 해소하고 있다. 결론적으로 「은행업감독규정」 제29조의2는 「상호금융업감독규정」의 형식과는 다르게 상위법령에서 포괄적 재위임을

26) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2001헌라1 결정.

27) 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49 결정, 헌법재판소 2003. 11. 27. 선고 2003헌바2 결정, 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2007헌바15 결정, 헌법재판소 2009. 3. 26. 선고 2008헌바105 결정.

하여 그 법적 정당성에 의문이 있는 것이 사실이다.

한편, 입법 목적상 규제는 규제 목표에 부합하여야 한다. LTV, DTI, DSR 등 규제의 목적은 ‘금융기관의 경영건전성 유지’임을 금융위원회의 감독규정에 각각 명시하고 있다. 이에 따르면 LTV, DTI, DSR 등 규제를 완화하거나 강화하려면 금융기관이 경영 건전성에 문제가 발생해 변화가 필요하다는 공감대 형성이 필요하다. 그럼에도 LTV, DTI, DSR 등 제도가 도입된 이래 금융기관의 경영건전성과 LTV, DTI, DSR 등 규제를 연계해 규제 비율을 조정한 사례는 없다. 오직 주택시장이 불안정해질 때마다 부동산 시장의 안정화 대책의 일환으로 LTV 등의 규제 비율이 거론되거나 무주택자 등 소외계층의 주거복지 차원에서 다루어지고 있는 게 현실이다.

최근에는 부동산에 대한 투기 방지책의 일환으로 LTV, DTI, DSR 등을 강화하고 있어 법규상의 규제 목적인 금융기관의 경영건전성과는 무관하게 운영되고 있는 것이 현실이다. 정부의 정책을 보다 손쉽게 수행하기 위해 나머지 위임의 법리를 면밀하게 점검하지 않은 채 감독기관의 우월적 지위에 기초한 금융정책을 법적 근거와 체계에 기초하지 않고 운영한다고 볼 수 있다.²⁸⁾

4. 주택담보대출의 헌법적 근거

현행 LTV, DTI, DSR 등의 규제법규는 위임명령의 성격을 가지며 이는 포괄위임금지의 대표적 요건인 구체성과 명확성이 요구된다고 할 수 있다. 위임명령의 적법요건인 위임의 구체성 및 명확성을 검토한 결과 「은행업감독규정」의 LTV, DTI, DSR 등 규제는 위임의 범위와 한계를 벗어나 법적 효력이 부정될 수 있는 것으로 판단된다. 따라서 현행 LTV, DTI, DSR 등 규제 제도가 완전한 적법성을 갖추기 위해서는 금융소비자보호법의 개정을 통한 새로운 근거 입법이나 주택금융대출 관련 근거법률이 필요할 것으로 판단된다.

지금까지 우리나라의 주택담보대출 규제는 국내 금융시장을 안정시키는데 많은 기여를 하였음에도 불구하고, 현재 진행되는 주택담보대출의 내재적 위험요인 및 향후 발생할 수 있는 위험상황에 대비하기 위해서는 규제 목적과 내용에 변화가 필요함을 간과해서는 안 된다. 부동산 규제의 정책수단에 대한 역사적 경험상 금융기관의 여신건전성 규제수단이 부동산 경기흐름을 조절하는 정책수단으로 활용되기 쉽다는 사실을 명심해야 한다.

28) 최근 초고가 아파트(시가 15억 초과) 주택담보대출 금지사건(2019헌마1399)에서 재판관 5:4의 의견으로 합헌이 나왔지만 2023년 부동산 규제완화 기조에서 이에 대한 규제는 사라지게 되었다. 이는 명확한 법적 근거와 체계에 의한 주택담보대출 규정이 아닌 규제 당국의 정책적 판단이 우선하는 현실을 보여주는 대표적인 사례라 할 수 있다. 국민의 주거기본권과 연결된 주택담보대출이 금융정책의 수단으로 다루어지는 현실에서 국민의 주거기본권 및 금융기본권의 보장은 쉽지 않을 것이다,

주택의 사회적 가치는 재산권과 주거권이라는 두 가지의 기본권이 함께 고려될 수 있다. 재산권 행사로서 주택담보대출을 받을 자유가 있는 반면에, 거주권을 포기하거나 약탈당할 수 있는 위험에 대해서 국가가 개입해 이를 규제하고 주거의 안정성을 보장하기 위해서, 주택담보대출에 대한 규제 내용을 차입자를 보호하는 방향으로 바꾸는 것도 시급하다.²⁹⁾ 주택담보대출의 실행에 있어 금융기관은 차입자의 모든 상환 능력을 심사할 법적 의무가 있으며 이러한 의무를 위반하는 경우 차입자가 대출금을 감면받을 수 있도록 규제할 경우 대출규제가 차입자 보호를 위한 규제로 전환함과 동시에 현재의 여신건전성 규제의 사각지대를 없애고 주택담보대출의 구조를 건전화시킬 수 있는 촉매제가 될 것으로 예상된다.

근본적으로는 주택담보대출에 한정된 것이 아닌 금융에 대한 전반적인 헌법상의 가치에 대한 재검토가 필요하다. 금융이 경제영역(실물과 금융영역)의 양 축으로 기능하는데 비해 이를 헌법적 차원에서 국민의 기본권으로 접근하는 시각이 부재했고, 이는 금융당국이 적절하고 합리적인 법적 근거도 없이 국민의 금융에 관한 기본권적 보호를 소홀히 한 원인이 되었다. 주택담보대출 제도의 예에서 알 수 있듯이 관련 법령이 포괄위임금지를 위배했다고 접근한 이면에는 주택담보대출 등의 금융 제도가 국민의 재산권과 생존권, 평등권 등 다양한 기본권에 기초하기 때문이다. 헌법의 법률유보원칙에 따라 국민의 헌법상 권리로서 금융기본권이 주택담보대출을 포함한 금융규제 전반의 지도원리가 되는 것이 필요하다.

IV. 금융기본권 개념의 모색

1. 금융기본권 개념의 배경

오늘날 지구상 대부분의 사회는 ‘시장경제’라는 제도를 통해 운영되고 시장경제는 근본적으로 불평등의 문제를 수반한다. 시장경제는 사회가 제한된 자원으로 최대의 생산을 창출한다는 믿음에 기반하고 성장을 달성하는데 이를 가장 좋은 제도라고 믿기 때문이다. 이때 성장을 극대화하기 위해서 경쟁의 원리를 적용하는데 이때 경쟁은 공정한 경쟁을 의미한다. 그러나 경쟁은 필연적으로 승자와 패자를 만드는데, 그 결과 시장경제는 소득불평등을 수반하고 이는 기회의 공정성을 훼손하여 사회에서 소득불평등이 과도하게 확대될 가능성이 상존한다.

경제영역에서 불공정한 게임이 이루어질 가능성이 가장 큰 곳이 ‘금융’이며 금융시

29) 주택의 재산권적 측면에 대해서는 이부하, “헌법상 재산권과 민법상 재산권과의 통섭- 독일 주택재산권법(WEG)을 고찰하며 -“, 법과 정책연구 제17집 제4호(2017,12.), 327면 이하 참고.

장은 금융자원(화폐 등)을 필요로 하는 시민들에게 이를 배분하는 역할을 하지만, 현실 세계에서 금융시장은 매우 위계적이며 규제와 체계도 매우 권위적인 불공정한 시장이라 할 수 있다. 예를 들어, 시민들은 기본적으로 신용등급이란 제도를 통해 등급을 부여받으며, 신용등급이 낮은 경우 금융시장의 접근 자체가 매우 제한적이고 이에 따라 금융영역에 있어 동등한 대우를 받지 못하는 불평등한 결과를 초래한다.³⁰⁾

중앙은행과 은행시스템은 국가권력과 금융자본의 이해가 제도적으로 고착된 체계로 금융민주화를 실현하기 위해서는 이에 대한 근본적인 개혁이 필요하다. 중앙은행은 국가에게 상환할 필요가 없는 국채인수를 통해 재정을 지원해 주고 자신의 법정화폐 권한을 확립하여 신용창출이 가능하게 되었다. 은행시스템은 국가권력이 은행위기 시 긴급유동성 지원해 주거나 대규모 예금인출(bank run) 사태를 예방하기 위한 예금보장제 등을 확립하여 법적 보호를 받고 있다. 하지만 한국은행의 경우 물가안정을 주된 목표로 삼고 있으나 소득불평등의 개선에는 적극적인 역할을 수행하지 않는다. 소득불평등과 가계부채의 증가는 상호작용을 강화하고 있으며, 가계신용의 증가는 금융위기의 핵심 불안 요인으로 잠재하고 있다.

금융제도의 비민주성과 금융을 헌법상 가치 내지 기본권으로 접근하는 인식의 부재는 은행시스템을 이용하지 못하는 시민들의 금융배제(financial exclusion)를 고착화하고 이들을 제2금융권이나 대부업체로 내몰아 장기적인 고용불안의 요인이 되게 만든다. 사회적으로 문제가 되는 청년층의 고금리 대출의 이용은 이들의 사회진출을 어렵게 하고 장기간의 실업에 빠뜨려 평생소득을 저하시키는 요인이 된다. 이는 장기적인 국가의 미래 성장잠재력을 훼손시킬 것이다.

여기에 인공지능과 데이터로 대표되는 플랫폼 경제의 대두는 일자리 창출에서 기업의 역할을 약화시키고 있다.³¹⁾ 기존의 산업사회의 직무와 일하는 방식이 데이터와 아이디어 집약적인 새로운 사회에서 부적합하게 되고 전통산업의 많은 직무에서 일자리가 없어지고 있다. 개방형 기업조직으로 기업의 구조가 근본적으로 재편되고 고용 관계도 유연화·파편화되고 있는 것이다. 일자리의 패러다임이 근본적으로 변화하는 동시에 고용의 안정성도 위협받고 있는 불안정한 상황에서 이에 대한 대안으로 ‘기본소득’ 제도도 대두되고 있다.³²⁾

30) 신용등급이 6-7등급인 사람들은 시중은행이 아닌 제2금융권(보험회사와 증권회사를 비롯한 신용카드회사, 상호저축은행, 새마을금고, 신용협동조합, 리스회사, 벤처캐피탈 등)에서 대출이 이루어진다. 신용대출과 마이너스 대출을 포함한 기타대출은 2020년 2분기 기준 약 673조원에 이르고, 이 중 약 40%인 242조원을 제외한 60%이상(431조원)의 신용대출이 제2금융권에서 이루어진다.

31) 금융의 경우 데이터 기반의 금융 플랫폼의 발전이 가장 빠른 분야라 할 수 있다. 이에 대한 자세한 법적 논의는 박기주, “인공지능 알고리즘을 활용한 전문(추천)서비스 제공의 법적 성격에 관한 연구”, 법제 제688권(2020), 97면 이하 참고.

32) 기본소득에 대해서는 홍남영, “스위스 기본소득 논의와 그 함의”, 사회보장법연구 제6권 제2호(2017), 137면 이하; 노호창, “기본소득의 법적 고찰”, 사회보장법학 제9권 제1호(2020.6.), 143면 이하; 노호창, “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 헌법논총 제

소득불평등과 자산의 불평등이 갈수록 심화되는 현실에서 시대의 변화를 반영한 헌법상의 기본권도 재구성되어야 한다. 금융기본권은 변화하는 시대에 부합하는 새로운 형태의 국민의 기본권이라 할 수 있는 것이다. 산업구조가 근본적으로 변화하는 자본주의 사회에서 일자리 패러다임이 변화되고 많은 사람들이 생계를 위협받으면 사회적 총수요가 억제되어 경기침체가 일상화될 우려가 있다. 앞에서 살펴보았듯이 주택담보대출과 같은 금융제도에 국민이 접근하는 것을 적절하고 합리적인 법적 근거에 기초하지 않고 규제 정책으로 활용하는 것에 대한 근본적인 재검토가 필요한 것이다.

결론적으로 금융기본권은 변화하는 시대에 부합하는 국민의 기본권의 하나로 중앙은행과 은행시스템의 사회적 혜택이 전체 국민에게 돌아가도록 금융의 불공정성을 완화하는 헌법 제119조 제2항의 경제민주화 조항을 이념적 기초로 한다. 또한 헌법 제11조 제1항의 평등권을 기초로 금융영역에서 차별을 받지 않을 헌법상 평등권을 기반으로 출발하게 된다.

2. 해외 사례

(1) 미국

미국은 1934년 연방주택청(FHA:Federal Housing Administration)이 민간 부분의 주택건설을 촉진하였지만, FHA는 사회적 신용이 낮은 지역에 대한 보증을 거부하거나 제한하여 FHA보증대출이 백인에게 집중되는 경향이 나타났다. 이에 의회는 1977년 특정 지역에서 예금을 수취하는 금융기관에게 당해 지역의 저소득층, 소수민족 및 중소기업 등의 대출수요에 적극적으로 대응하도록 의무화한 ‘지역재투자법(CRA:Community Reinvestment Act)’을 제정하였다.³³⁾ 지역재투자법은 다인종 연방국가인 미국에서 인종, 종교, 성별, 국적, 경제적 지위 등에 따른 금융 차별을 해소하고 금융배제를 완화하기 위한 실천이다. 현대사회에서 신용과 자본을 얻는 일을 국민의 기본권으로 인정하고, 금융은 신용이 낮은 계층의 수요에도 부응할 의무가 있다는 점을 천명하였다는 점에서 의의가 있다. 이후 1989년 및 1995년에 CRA를 강화하고 투명성을 높이기 위한 개정이 있었다. 2005년 개정에서는 소규모 은행과 중소

28집(2017), 111면 이하; 홍종현, “기본소득에 대한 재정법적 검토: 코로나-19에 대한 뉴노멀 시대의 대응방안”, 재정법연구 제4권(2021.6.), 43면 이하; 최한수, “한국의 기본소득 논의에 대한 비판적 검토”, 법경제학연구 제18권 제3호(2021.12.) 361면 이하 참고.

33) Michael V. Berry, Historical Perspectives on the Community Reinvestment Act of 1977, Federal Reserve Bank of Chicago, ProfitWise News and Views, Chicago, IL, December 2013, at http://www.chicagofed.org/digital_assets/publications/profitwise_news_and_views/2013/PNVDec2013_FINAL_web.pdf; 이에 대한 국내문헌은 양준호, “지역경제 활성화를 위한 방법론으로서의 미국 ‘지역재투자법’”, 인천학연구 제36호(2022.2.), 139면 이하 참고.

규모 은행을 분류하고, 신용제공 대상에 ‘대도시 외곽의 금융 소외 지역 중위소득 계층과 재난지역’을 추가하였다. 2008년 금융위기 이후에도 CRA 적용으로 인한 효과가 입증되며 시행되고 있다.³⁴⁾

(2) 일본

일본은 1990년대 말 금융버블 붕괴 이후 대장성이 재무 및 예산 업무와 함께 금융 행정까지 담당하던 것을 금융감독청(1998년 6월 설립)의 설립을 통해 민간금융기관의 검사와 감독 부문이 분리되었다. 1998년 12월 국유화은행 처리와 공적자금 투입을 공정하게 진행하기 위해 금융재생위원회가 설립되었으며, 금융감독청은 금융재생위원회의 지휘하에 놓이게 된다. 이후 2000년 7월에 금융청이 설립되게 되어 현재에 이르고 있다. 금융청 설립 이후 종래의 「증권거래법(証券取引法)」을 「금융상품거래법(金融商品取引法)」으로 개정하고, 투자성이 높은 금융상품에 대한 횡단적인 이용자 보호 법제를 구축하였다. 또한 「고객중심의 업무운영에 관한 원칙(顧客本位の業務運営に関する原則)(2017년)」을 통한 자율적 소비자 보호를 유도하고 있다.

금융청의 설립 이후에는 지역 금융기관의 관계형 금융정책의 전개로 지역 서민경제의 활성화를 추진하였다. 특히 서민들의 제도권 금융에 대한 접근성을 보장하고자 2008년 10월 정책금융공사(JFC)를 설립하고 중소기업, 서민에 대한 자금지원, 생활지원 사업 등을 정부 주도적으로 수행하고 있다.³⁵⁾ 또한 장기불황으로 인한 지역과 서민의 금융 소외가 심화됨에 따라, 금융의 공공성을 제고하기 위해 일본판 지역재투자법인 금융평가법 제정 운동을 전개하였으나 입법화되지는 못했다.

(3) 유럽

2009년 12월 1일, 유럽연합(EU)은 리스본 조약을 통해 유럽연합기본권헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union)을 채택했다. 헌장은 제51조 제1항에 따라 EU 법률을 시행할 때 유럽기관 및 회원국에 적용되며 유럽 은행의 감독에도 적

34) Sumit Agarwal, Efraim Benmelech, and Nattai Bergman, et al., Did the Community Reinvestment Act Lead to Risky Lending?, National Bureau of Economic Research, NBER Working Paper 18609, Cambridge, MA, December 2012, at <http://www.nber.org/papers/w18609.pdf>; Roberto Quercia, Janneke Ratcliffe, and Michael A. Stegman, “The CRA: Outstanding, and Needs to Improve,” in Revisiting the CRA: Perspectives on the Future of the Community Reinvestment Act, Federal Reserve Banks of Boston and San Francisco, February 2009, pp. 47-58, at http://www.frbsf.org/community-development/files/revisiting_cra.pdf; Darryl E. Getter, The Effectiveness of the Community Reinvestment Act, Congressional Research Service, 2015.

35) 한국은행 금융안정국, 주요국의 서민 금융제도, 2015, 17면 이하 참고.

용되게 되었다. 건전성 감독 절차의 대상이 되는 자연인 및 법인은 헌장 제41조의 좋은 행정에 대한 권리와 제6조 제1항의 공정한 재판을 받을 권리와 같이 헌장에서 규정하는 기본권의 보호를 향유하게 된다.³⁶⁾ 이러한 기본권은 헌장에 명시된 조건하에서만 제한될 수 있다.³⁷⁾

앞서 언급한 두 가지 기본권인 ‘좋은 행정을 받을 권리’와 ‘공정한 재판을 받을 권리’는 유럽중앙은행(ECB)의 감독 대상이 되는 모든 기업과 기관에 중요한 역할을 하며, 이는 회원국의 국내법에 따라 채택된 감독 결정으로 이어지는 경우에도 마찬가지이다. 유럽연합은 금융시스템 안정성의 특정 조건이 충족될 경우 기본권의 제한을 정당화할 수 있는 일반이익(general interest)의 목적임을 인식하고 있다.³⁸⁾ 다만 적법절차 요건의 제한은 비례의 원칙을 고려하여 헌장 제52조의 엄격한 조건을 충족하는 경우에만 가능함을 인정한다. 이것은 모든 감독대상 기관에 대한 추가 보호장치로서 기능하게 되고 EU 내에서 통일된 행정법이 없는 상황에서 헌장의 기본권이 강력한 보호 수단임과 동시에 제한적인 사법적 판단의 기준으로 작용하는 것이다.³⁹⁾

3. 금융의 사회적 기능과 가치

금융시스템의 중요한 기능은 가계, 기업, 정부, 금융기관 등 경제주체들이 저축, 차입, 보험계약 등을 통해 소비나 투자와 같은 경제활동을 원활하게 수행할 수 있도록 지원하는 것이라고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 가령, 가계는 금융시스템이 제공하는 저축이나 보

36) Paul Craig, ‘Article 41 Right to good administration’ in S. Peers/T. Hervey/J. Kenner/A. Ward (Eds), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2nd edition, Hart Publishing, 2021, p.1072; Bucura C. Mihaescu Evans, *The right to good administration at the crossroads of the various sources of fundamental rights in the EU integrated administrative system*, Nomos, 2015, pp.153-192.

37) 헌장은 기본권과 적법한 자유를 제한하기 위한 세 가지 조건을 규정한다. (i) 법에 의해 규정될 것, (ii) 권리의 본질을 존중할 것, (iii) 비례의 원칙을 준수해야 한다. 즉, EU가 인정하는 일반이익(general interest) 또는 타인의 권리와 자유를 보호해야 할 필요성이 인정되고 진정으로 충족되어야 한다(Joined cases C-245/19 and 246/19, *Etat luxembourgeois v B and others*, 6.10.2020, ECLI:EU:C:2020:795, para 51; Joined cases C-439/14 and C-488/14, *Star Storage and Others*, 15.9.2016, EU:C:2016:688, para 46 and 49). 여기에서 어려운 점은 EU가 인정하는 일반이익의 목적의 해석이라 할 수 있다(최근의 판례로는 영국법에 의해 일반이익으로 인정된 국가안보가 있다. 이에 대해서는 C- 623/17, *Privacy international v Secretary of State for Commonwealth and Foreign Affairs and Others*, 6.10.2020, ECLI:EU:C:2020:790, para 82 참고).

38) Joined cases C-8/15 P and C-10/15 P, *Ledra Advertising and others v Commission and ECB*, 20.9.2016, ECLI:EU:C:2016:701, para 67, 71 and 74.

39) Chryssa Papathanassiou, “Fundamental rights and banking supervision”, *Journal of Bank Regulation*(2022), (<https://doi.org/10.1057/s41261-022-00204-5>).

40) 금융 전반에 대한 사회적·철학적 검토에 대해서는 김석진, “금융에 관한 철학적 소고”, *금융연구* 제28권 제4호(2014.12.), 1면 이하 참고.

험 수단을 이용함으로써 실직, 질병, 노후 등의 상황에서도 일정한 소비수준을 유지할 수 있다. 또한 미래의 소득을 예상하여 차입을 통해 현재의 소비를 늘릴 수도 있을 것이다.

기업도 높은 수익이 기대되는 부문에 대한 투자를 늘리고 싶을 경우 부족한 자금을 금융시장이나 금융기관을 통해 조달할 수 있으며, 이와는 반대로 여유자금이 있는 경우에는 금융시장이나 금융기관을 통해 운용하게 된다. 이와 같이 금융시스템은 예금, 주식, 채권 등의 금융상품을 제공함으로써 경제주체의 여유자금이 저축되어 자금이 부족한 경제주체의 투자나 소비 지출로 이어지도록 하는 기능을 수행한다.

특히 이러한 과정에서 금융시스템이 자원을 생산성이 더 높은 경제활동의 영역으로 흘러가도록 기능하게 되면 자원배분의 효율성이 증대되면서 사회 전체의 후생도 늘어나게 된다. 이는 저축이나 투자주체의 부(wealth) 혹은 수익이 늘어나는 것을 의미한다. 금융시스템이 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 것은 금융시장이 금리, 주가, 환율 등 금융상품의 가격을 형성하여 줌으로써 다양한 선호 체계를 가진 경제주체의 금융거래가 원활하게 이루어지도록 하기 때문이다.

예를 들면, 어떤 자금운용자는 위험이 높더라도 높은 수익을 보장하는 투자를 선호하고 어떤 자금운용자는 그와 반대인 경우도 있다. 또한 자금운용을 단기로 하고 싶을 수도 있고 장기를 원할 수도 있다. 자금 차입주체가 선호하는 차입조건 역시 다양할 것이다. 이와 같이 금융시스템은 위험, 수익성, 만기, 유동성 등 다양한 시장참가자의 선호 요인이 반영된 금융상품을 제공하고 가격을 형성함으로써 자금거래가 원활히 이루어지도록 한다.

이와 같이 금융시스템이 발전하여 다양한 금융상품이 제공되고 금융거래가 활성화되면 적절한 가격을 바탕으로 경제주체는 위험을 분산할 수 있다. 위험 분산을 위한 금융상품으로는 생명, 건강 등과 관련한 보험상품과 금융자산 가격의 변동 위험, 거래상대방의 채무불이행 위험(신용위험) 등과 관련한 각종 파생금융상품이 있다. 최근에는 금융공학과 정보통신기술의 발전 등으로 파생금융상품의 종류가 더욱 다양화, 국제화되고 있으며 그 거래규모도 더욱 증대되는 추세이다. 한편 금융시스템은 각종 경제활동의 거래결과를 완결해주는 기능인 청산 및 지급결제기능을 수행한다.

마지막으로 금융시스템은 정책당국이 금융·경제정책을 수행하는 중요한 경로가 된다. 예를 들어 중앙은행의 금리정책은 금융시장에서 공개시장 운영 등을 통해 실행되며 정책의 효과는 금융시스템을 거쳐 실물경제로 파급된다. 이는 금융시스템이 금융상품의 공급을 통해 실제로 발행되는 중앙은행의 현금통화보다 더 많은 유동성을 창출하는 기능을 수행하면서 실물 경제활동을 뒷받침하기 때문이다.⁴¹⁾

그러나 금융시스템이 금융거래계약을 통해 유동성을 창출하는 본원적 기능을 수행

41) 중앙은행의 통화정책과 부동산 시장의 영향에 대한 연구에 대해서는 강기윤·장인기·최병호, “중앙은행의 독립성과 금리변화의 기대 경로”, 전문경영인연구 제25권 제3호(2022.10.), 193면 이하 참고.

하는 이면에는 금융시스템의 불안을 유발할 수 있는 잠재적인 요인도 함께 존재한다.⁴²⁾ 즉, 금융거래계약은 현금을 이용한 거래와는 달리 차후에 이행되지 못할 위험성도 내포하고 있다. 또한 불완전정보, 불완전경쟁 등으로 금융시장은 완벽하게 작동하기 어려워 금융시스템이 항상 스스로 사회적 후생을 극대화 시켜주지 못하거나 경우에 따라서는 금융 불안이 야기되어 큰 경제적 비용이 초래될 수도 있다.⁴³⁾ 따라서 금융시장, 금융기관 및 금융 인프라로 구성된 금융시스템이 본연의 기능을 원활하게 수행할 수 있도록 정책당국의 금융안정을 위한 다양한 노력이 필요하게 된다.

금융자산은 실물자산의 청구권적 성격(claims on real estates)으로서 가치를 가지며 그 자체의 내재적 가치(intrinsic value)는 미비하다. 그러나 이런 특성에서 실물경제를 위한 금융자산이 발명되어왔으며 금융은 실물과 함께 경제의 양 축을 담당해왔다. 과거의 역사적 사실을 통해서 금융부분이 과잉되거나 위축되면 실물이 위태로워지거나 성장하지 못하는 현상을 지켜봐왔다. 이와 같이 금융은 경제를 살리기도 하고 위태롭게 하기도 하는 중요한 사회적 기능을 함에도 정보비대칭성(information asymmetry), 탐욕, 무지, 정치, 권력 등으로부터 취약했던 것이 현실이다.⁴⁴⁾ 돈이 너무 과잉되거나 모자라도 안된다는 인식을 통해서 중앙은행 제도를 확립하고 독립성을 부여한 것도 그리 오래된 것은 아니다.

금융이 시장경제의 긍정적 기능으로 작동하는지, 그 과정에서 돈 자체가 목적이 되어 인간을 소외시켜 사회적 해악을 끼치는지, 탐욕의 산물로써 무지한 일반을 상대로 폭리를 취하고 오히려 사회의 시스템적 리스크를 증대시키는지 등에 대해 많은 고민이 필요하고 이는 궁극적으로 금융의 사회적 책임과 가치에 대한 본질적인 고찰의 필요성을 제기한다고 할 수 있다.

금융은 실물경제가 그 불완전성으로 인해 시장으로 형성되지 못하거나 형성된다고 하더라도 완전경쟁시장이 되지 못하는 경우 시장의 형성을 돕고 완전경쟁시장이 되도록 함으로써 자원배분의 효율성을 제고한다. 예를 들면, 화폐의 사용으로 거래를 용이하게 하고 거래비용을 줄이며 주식을 통해 회사가 완전경쟁시장에서 거래될 수 있게 한다. 또한 파생상품을 통해 불확실한 세계에서의 위험을 거래하고 관리하게 하는 등 금융혁신으로 시장의 영역이 넓어지게 된다.

앞서 제시한 금융의 본질적 기능인 실물경제에 창의적 해결책을 제시하고 자원배

42) 금융거래계약의 특성에 대해서는 박기주, “금융거래계약의 관계적 특성에 관한 연구- 고전적 계약이론과 관계적 계약이론의 비교를 중심으로 -”, 은행법연구 제8권 제1호(2015.5.), 83면 이하 참고.

43) 이에 대한 대표적인 예로 KIKO 사태를 들 수 있다. 이에 대해서는 정다워·박기주, “장의 파생상품거래에서 설명의무의 내용과 실효성 확보를 위한 과제”, 아주법학 제8권 제2호(2014.8.), 297면 이하 참고.

44) 특히 정보비대칭성이 금융 분야에서 취약성을 드러내는데 이에 대해서는 박기주, “정보비대칭성하에서 설명의무의 본질에 관한 소고”, 법학논문집 제39집 제3호(2015. 12.), 271면 이하 참고.

분의 효율성을 제고하는 것 외에 금융의 민주화를 통해 금융의 혜택을 모두가 누릴 수 있게 하는 것이 중요하다. 금융은 초기에 혁신적으로 만들어질 경우 그 혜택을 한정된 소수만 누리게 된다. 그러다가 혁신이 표준화되고 시장에서 거래되면 다수의 시민이 접근가능한 혜택을 누리게 된다. 그러나 실물제품과는 달리 정보비대칭성, 무지, 도덕적 해이, 역선택 등으로 금융이 부유한 자를 더욱 부유하게 하고 가난한 자를 더욱 가난하게 만드는 양극화를 초래하기도 한다.⁴⁵⁾ 따라서 금융을 둘러싼 법적 규제와 제도에 대해 보다 면밀한 검토가 필요하고 이를 금융민주화와 금융기본권의 차원에서 검토해 보는 연구가 필요한 것이다.

본 연구가 금융의 대표적 사회적 기능의 하나로 제시하는 주택담보대출은 전국민이 차별 없이 누려야 하는 금융의 대표적이고 보편적인 상품이자 제도로 이에 대한 법적 규제체계는 국민의 헌법상 기본권의 차원에서 논의되어야 할 중요한 의미를 가진다고 생각한다. 국민의 생존권과 재산권의 기초가 되는 금융제도 중 자본주의 경제체제에서 개인이 자산을 형성하고 생존을 위한 주거를 확보하는 주택담보대출의 법적 체계의 파악을 통해 금융기본권 개념으로 논의를 확장시킨 이유이기도 하다.

4. 금융기본권 개념의 내용

금융기본권은 헌법의 경제민주화(헌법 제119조 제2항)를 이념적 기초로 한다.⁴⁶⁾ 금융기본권과 관련된 이 조항의 핵심적인 내용은 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지”하는 것이다. 금융기본권에서 핵심적 가치는 적정한 소득의 분배이고 한정된 재화를 금융이라는 제도를 통해 차별없이 공정하게 분배하는 방식을 정하는 것이라 할 수 있다. 금융제도는 사회적 재화를 현대적으로 재분배하는 방식 중 가장 핵심적인 수단이며 이는 차별 없는 ‘기회의 균등’을 통해 이루어진다.⁴⁷⁾ 이러한 금융의 현대적 재분배 방식은 기본소득과 같이 직접적인 소득의 이전을 통해 이루어지는 것이 아니라 국가의 조정과 규제에 기반 한 공적서비스 체계에 접근가능성을 제고하는 것을 통해 이루어진다고 할 수 있다.

금융기본권은 사회적 기본권으로서의 성격을 갖지만 근본적으로는 사회적 재화를 어떻게 분배할지에 대한 시스템을 어떻게 설계할지가 핵심적인 논의사항이 된다. 이는 사회적·경제적 약자를 보호한다는 시각을 넘어 금융시스템에서 이를 어떠한 방식으로 실현할 것인가의 문제로 귀결된다. 여기서 한정된 재화를 차지하기 위한 과정

45) 박기주, 앞의 논문(주 44), 285면 이하 참고.

46) 자세한 사항은 김형성, “경제민주화의 정신과 법체계적 의미-헌법적 관점에서-”, 경제법연구 제12권 제1호(2013), 3면 이하; 원용수, “경제민주화 관련 제도의 도입에 관한 입법론적 고찰”, 경제법연구 제11권 제2호(2012), 153면 이하 등 참고.

47) 황정훈, “헌법상 기본권에 근거한 현대적 재분배 방식에 대한 고찰 : 기회의 균등을 중심으로”, 법이론실무연구 제6권 제4호(2018.11.), 151면 이하 참고.

에서 소외되는 계층에게 구제와 사회적 평등을 구현하기 위해서는 분배적 정의가 요구된다. 분배적 정의는 기본적으로 각종 법제도와 복지정책에서 각자에게 ‘그들의 것’을 부여하는 권리이며 의무라 할 수 있다. 이는 자원과 사회적 기회, 각종 서비스를 필요한 사람에게 부여하는 것을 말한다. 경제사정과 변화에 따라 분배 정의를 실현하기 위한 정책의 형태도 다양하게 변화했다. 작은 정부와 큰 정부를 오가며 정책 방향이 이에 따라 수정되었고 향후에도 그와 같은 수정은 이루어질 것이다.

이러한 분배 정의를 기초로 가장 기본적인 것(의식주, 이동권, 사회참여 등)에 대해서는 평등이 중요하다고 할 수 있고 금융기본권은 의식주의 가장 기본적인 영역, 특히 주거기본권의 영역에서 금융시스템에 평등하게 접근할 기회를 주는 것에서 논의를 시작할 필요가 있다고 생각한다. 이는 헌법 제34조 제1항의 ‘국민의 인간다운 생활을 할 권리’를 기초로 금융이 이를 실현하는 수단으로 구체적으로 기능할 수 있도록 국가가 이를 조정하고 규제하며 형성할 의무를 부여하는 것이기도 하다. 이러한 측면에서 금융기본권은 국가에 의해 그 구체적인 내용이 비로소 형성되는 사회적 기본권의 성격을 가진다. 금융기본권이 사회적 기본권으로 성격을 가진다면 이를 무제한으로 인정하는 것은 아니며 ‘최소한의 물질적 생존’을 보장하는데 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리로 한정하게 될 것이다.⁴⁸⁾

금융기본권은 현대적인 재화의 재분배 방식으로 그 의미를 가진다. 소득불균형과 양극화를 해소하기 위해 금융에 대한 ‘기회의 균등’을 추구하고 이를 통해 경제활동에서 합리적인 자산 형성의 기대감이 가능하도록 ‘결과의 평등’도 추구하여야 한다. 그리고 그 분배 방식은 금융이 가지는 사회적 가치를 기초로 예측가능한 법과 제도를 통해 사회적 합의를 이루고 사회공동체가 그 합의에 기초해 공동체의 공통선을 추구해야 할 것이다.

앞선 논의를 바탕으로 금융기본권의 내용을 정리하면 다음과 같다. 첫째, 금융기본권은 헌법의 경제민주화를 이념적 기초로 금융민주화를 추구하는 것을 주된 내용으로 하는 기본권이다. 금융의 민주화는 사회적 재화의 분배 방식에 대한 금융 제도상의 형태이고 이를 위한 다양한 법과 제도는 헌법적 가치에 근거하므로 법률유보원칙을 기본으로 한다. 따라서 법률에 근거하지 않은 금융의 규제와 조정은 헌법에 위배될 소지가 크며 이에 대해 국가는 구체적인 법과 제도를 정비할 의무를 가지게 된다.

둘째, 금융기본권은 헌법상 열거되지 않은 권리(헌법 제37조 제1항)이나 포괄적 기본권으로서 행복추구권(헌법 제10조)의 한 내용으로 볼 수 있으며 차별적 취급을 받지 않고 금융을 이용하는 측면에서 평등권(헌법 제11조 제1항)의 내용에 기초한다. 셋째, 금융기본권은 헌법상 재산권의 보장 영역(헌법 제23조 제1항)에 포함될 수 있으나 단순히 경제적인 기회 등으로 볼 수 있는 경우에는 재산권의 범위에는 포함되

48) 헌판재판소 2004. 10. 28. 선고 2002헌마328 결정.

지 않는다.⁴⁹⁾ 이러한 측면에서 구체적인 국가의 입법을 통해 그 내용이 형성되는 사회적 기본권의 성격을 갖는다.⁵⁰⁾ 넷째, 사회적 기본권의 성격을 가지나 ‘최소한의 물질적인 생존’과 관련되는 영역에서는 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리로 보는 것이 타당하다. 본 연구에서 예를 든 ‘주택담보대출’과 같은 국민의 생존권과 주거기본권이 밀접히 연결된 영역에서는 금융기본권이 직접적인 헌법상의 권리로 파악될 수 있을 것이다.

V. 결론

금융의 사회적 가치는 금융이 존재하고 발전함에 따라 불완전한 실물경제가 이전보다 덜 불완전해지고 보다 적은 비용으로 자원이 효율적으로 배분되며 시장경제의 영역이 확장되어 경제성장에 기여하는 것이다. 최근에 금융은 인공지능과 데이터를 기반으로 새로운 서비스로 영역을 개척하고 다양한 금융상품을 출시하고 있다. 이 과정에서 금융이 가지는 본질적인 사회적 기능인 자금의 유통과 대출 등 본연의 기능에서 시민들을 소외시키지 않는지 우려가 있는 것도 사실이다.

금융이 소득과 자산 형성의 과정에서 ‘기울어진 운동장’으로서 불공정한 게임이 작동하는 곳이 되고 주택담보대출 제도의 예에서 보듯이 규제 당국의 손쉬운 부동산 정책수단으로 적절하고 합리적인 법적 근거도 없이 활용된다면 이는 사회적 재화의 분배 기능을 왜곡시키고 사회적 불평등을 악화시키는 원인으로 작용할 것이다. 금융기본권은 이러한 규제 당국의 금융에 대한 사회적 가치와 기능을 제고시키는 헌법규범이자 기준으로 우리 사회가 금융 제도에 대해 헌법적 가치 안에서 그 내용과 규제의 방향성을 결정하는 일종의 사회적 합의가 될 수 있다.

향후 금융기본권의 구체적인 내용에 대한 보다 발전된 논의가 가능할 것으로 판단되며 이를 통해 경제민주화의 중요한 한 축인 금융민주화가 가능할 것이다. 이를 통해 국민이 차별 없이 금융서비스에 접근하여 사회적 재화를 공평하게 분배받고 이를 형성할 수 있는 기회를 제공받을 수 있을 것이다.

49) 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌마484 결정; 헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2009헌바234 결정; 헌법재판소 2012. 10. 25. 선고 2011헌마307 결정.

50) 전광석, “사회적 기본권의 논의 구조”, 유럽헌법연구 제14호(2013.2.), 153면 이하 참고.

[참고문헌]

- 김석진, “금융에 관한 철학적 소고”, 금융연구 제28권 제4호, 2014.
- 김중민, “한·미·일 적격대출제도 비교 및 시사점”, 차세대 인문사회연구 제14호, 동서대학교 일본연구센터, 2018.
- 김형성, “경제민주화의 정신과 법체계적의 의미 -헌법적 관점에서-”, 경제법연구 제12권 제1호, 2013.
- 김효연, “국내 주택담보대출에 대한 법적 규제의 개선방향 - 과잉대출 규제 및 금융 소비자 보호를 중심으로 -”, 경제법연구 제12권 제1호, 2013.
- 맹수석, “금융소비자보호법상 분쟁조정제도의 문제점과 개선방안 -편면적 구속력과 집단분쟁조정제도를 중심으로-”, 은행법연구 제13권 제2호, 2020.
- 문제현, “부동산금융규제의 법적 한계 고찰: LTV를 중심으로”, 금융법연구 제18권 제1호, 2021.
- 박기주, “금융거래계약의 관계적 특성에 관한 연구 -고전적 계약이론과 관계적 계약 이론의 비교를 중심으로-”, 은행법연구 제8권 제1호, 2015.
- 박기주, “인공지능 알고리즘을 활용한 전문(추천)서비스 제공의 법적 성격에 관한 연구”, 법제 제688권, 2020.
- 박기주, “정보비대칭성하에서 설명의무의 본질에 관한 소고”, 법학논문집 제39집 제3호, 2015.
- 백윤기, “금융행정에 있어서 행정규칙의 현황과 법적 문제점”, 행정법연구 제40호, 2014.
- 여경수, “유럽에서 주거권 보장”, 일감부동산법학 제20호, 2020.
- 원용수, “경제민주화 관련 제도의 도입에 관한 입법론적 고찰”, 경제법연구 제11권 제2호, 2012.
- 이부하, “헌법상 재산권과 민법상 재산권과의 통섭 -독일 주택재산권법(WEG)을 고찰하며-“, 법과 정책연구 제17집 제4호, 2017.
- 이상경, “명확성의 원칙과 포괄위임입법금지원칙”, 서울법학 제22권 제3호, 2015.
- 임윤수, “부동산정책과 금융대책 분석 -DTI 규제를 중심으로-“, 부동산연구 제21권 제2호, 2011.
- 전광석, “사회적 기본권의 논의구조”, 유럽헌법연구 제14호, 2013.
- 전한덕, “금융소비자보호법령의 주요 내용과 개선과제에 관한 연구”, 명지법학 제20권 제1호, 2021.
- 정다위·박기주, “장외파생상품거래에서 설명의무의 내용과 실효성 확보를 위한 과제”, 아주법학 제8권 제2호, 2014.
- 홍석한, “위임입법의 헌법적 한계에 관한 고찰: 헌법재판소의 위헌심사기준에 대한 분석 및 평가를 중심으로”, 공법학연구 제11권 제1호, 2010.

황정훈, “헌법상 기본권에 근거한 현대적 재분배 방식에 대한 고찰 -기회의 평등을 중심으로-, 법이론실무연구 제6권 제4호, 2018.

Bucura C. Mihaescu Evans, The right to good administration at the crossroads of the various sources of fundamental rights in the EU integrated administrative system, *Nomos*, 2015.

Carbo S., Gardener E. and Molyneux P.(2007), “Financial Exclusion in Europe”, *Public Money & Management*, 27(1):21-27.

Chryssa Papathanassiou, “Fundamental rights and banking supervision”, *Journal of Bank Regulation*(2022)(<https://doi.org/10.1057/s41261-022-00204-5>).

Darryl E. Getter, The Effectiveness of the Community Reinvestment Act, Congressional Research Service, 2015.

Gary A. Dymski(2005), “Banking Strategy and Financial Exclusion : Tracing the Pathways of Globalization”, *Economia*, Curitiba, v. 31, n. 1(29).

IMF, Detailed assessment of observance - Basel Core Principles for Effective Banking Supervision, IMF Country Report No. 18/233(July 2018).

Jérôme Coffinet and Christophe Jadeau(2017), “Household financial exclusion in the Eurozone : the contribution of the Household Finance and Consumption survey”, IFC-National Bank of Belgium Workshop on “Data needs and Statistics compilation for macroprudential analysis”, Brussels, Belgium, 18-19 May 2017.

Lackhoff, Klaus, ‘Procedural law requirements for conducting administrative procedures by the ECB and the SRB’, in Zilioli/Wojcik (Eds), *Judicial review in the Banking Union*, Elgar, 2021.

Leyshon A. and Thrift N.(1995), “Geographies of financial exclusion: financial abandonment in Britain and the United States”, *Transactions of the Institute of British Geographers*, Vol. 20.

Michael V. Berry, Historical Perspectives on the Community Reinvestment Act of 1977, Federal Reserve Bank of Chicago, ProfitWise News and Views, Chicago, IL, December 2013, at http://www.chicagofed.org/digital_assets/publications/profitwise_news_and_views/2013/PNVDec2013_FINAL_web.pdf.

Moloney, Niamh, ‘Banking Union and the Charter of Fundamental Rights’, in Zilioli/Wojcik (Eds), *Judicial review in the Banking Union*, Elgar, 2021.

Paul Craig, ‘Article 41 Right to good administration’ in S. Peers/T. Hervey/J. Kenner/A. Ward (Eds), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2nd edition, Hart Publishing, 2021.

- Petit, Christy Ann, 'The SSM and the ECB decision-making governance', in Lo Schiavo (Ed), *The European Banking Union and the Role of Law*, Elgar, 2019.
- Roberto Quercia, Janneke Ratcliffe, and Michael A. Stegman, "The CRA: Outstanding, and Needs to Improve," in *Revisiting the CRA: Perspectives on the Future of the Community Reinvestment Act*, Federal Reserve Banks of Boston and San Francisco, February 2009, at http://www.frbsf.org/community-development/files/revisiting_cra.pdf.
- Sumit Agarwal, Efraim Benmelech, and Nattai Bergman, et al., *Did the Community Reinvestment Act Lead to Risky Lending?*, National Bureau of Economic Research, NBER Working Paper 18609, Cambridge, MA, December 2012, at <http://www.nber.org/papers/w18609.pdf>.
- Wilson, J. O. S., & McKillop, D. (2007). *Financial Exclusion*. *Public Money & Management*, 27(1), 9-12. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9302.2007.00549.x>.

[Abstract]

**A Study on the Concept of Fundamental Right to Finance
to Realize the Social Value of Finance
- Focusing on the Legal Issues of Mortgage Loan Regulation-**

Kiju Park* Dongho Shin**

The social value of finance is that, as finance exists and develops, the imperfect real economy becomes less incomplete, resources are allocated more efficiently at lower costs, and the realm of the market economy expands, contributing to economic growth. Recently, finance is pioneering new services based on artificial intelligence and data and launching various financial products. It is also true that there are concerns about whether or not the ordinary people will be alienated from the essential social functions of finance, such as financing and lending, in this process.

If finance is used as an easy real estate policy tool by regulators without a legal basis, as shown in the example of the mortgage loan system, and if finance becomes a 'playground tilted' in the process of income and asset formation where the unfair game operates, it will distort the distribution function of the economy and act as a cause of exacerbating social inequality. Fundamental right to finance is a constitutional norm and standard that enhances the social value and function of finance by these regulatory authorities, and can be a kind of social agreement that determines the content and direction of regulation within the constitutional values of the financial system.

This study aims to establish the social value of finance and the legal concept of 'fundamental right to finance' based on the analysis of the institutional status and regulatory system of LTV, DTI, and DSR for mortgage loans implemented after the Moon Jae-in administration. Although finance provides a basic foundation for individual wealth formation in modern society, the reality is that it is not easy for ordinary people to fully enjoy the services provided by finance. From the point of view of economic democratization, discussions on financial democratization have been raised, and based on this, fundamental right to finance is mentioned in an abstract way, but it is also a reality that concrete research on this is insufficient. This study is expected to contribute to the discussion of fundamental right to finance based on the social value of finance in the future.

Keywords : Social value of finance, Mortgage loan, LTV(Loan-To-Value Ratio), DSR (Debt-Service-Ratio), DTI(Debt-To-Income), Fundamental right to finance

* Adjunct Professor, Graduate School of Public Policy Hanyang University; Director, Haein Social Cooperative

** Chairman of the board, Haein Social Cooperative

방위사업법에서의 부당이득금 환수제도 개선방안

이 윤 용* 신 만 중**

논문요지

방위사업 계약은 막대한 자본이 투하되고 소요제기에서 납품까지 장기간 소요되는 등 일반적인 국가계약과는 여러 가지 다른 특징이 있다.

방위사업 계약의 이행과정에서 계약상대자의 계약위반 및 위법행위는 다양한 형태로 나타나고 있는데, 허위나 부정한 내용의 원가계산자료를 제출하여 이득을 얻는 행위는 신의성실의 원칙을 훼손하는 행위 또는 불법행위가 될 수 있고 부당이득금 환수의 대상이 된다.

그런데 부당이득금 환수에 대한 원칙은 「방위사업법」에서 규정하고 있으나, 세부적인 산정방법이나 기준에 대하여는 명확한 규정이 없어 먼저 부당이득금에 대한 법적 성격을 명확히 하여 그 대상과 범위를 특정하고 산정방법에 대한 명확한 기준을 정립할 필요가 있다.

우선 부당이득금의 반환을 청구할 수 있는 권리는 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권에 해당하고, 가산금의 법적성격은 위약벌이라고 보는 것이 타당하다.

그러나 부당이득금 환수제도의 법적 취지와 다르게 규정되어 있어 부당이득금에 해당하는 손해를 배상하도록 하는 내용으로 해당 조문을 개정하여 혼란을 방지할 필요가 있다.

또한 현행 규정상 부당이득금을 환수하도록 규정하고 있을 뿐 부당이득금의 산정방법에 대해서는 규정이 없어 이를 둘러싼 분쟁의 여지가 있으므로 계약금액과 정산원가와의 차액을 부당이득금으로 한다는 내용을 명시할 필요가 있다.

한편 현행 「방위사업법」에 의하면 부당이득금과 가산금을 병행하여 환수하도록 규정하고 있을뿐 가산금 면제에 관한 내용은 규정되어 있지 아니한바, 허위 그 밖에 부정한 내용의 원가자료가 아니거나 이에 대한 인식이 없었다고 판단되는 경우 면제할 수 있도록 하고, 가산금을 부과하는 경우에도 부당이득금보다 적은 금액의 가산금을 부과할 수 있도록 하여 구체적 타당성을 기할 필요가 있다고 본다.

검색용 주제어: 부당이득금, 가산금, 방위사업법, 입찰참가자격 제한 처분, 위약벌, 원가계산

· 논문접수: 2023. 06. 09. · 심사개시: 2023. 06. 26. · 게재확정: 2023. 07. 20.

* 광운대학교 대학원 건설법무학과 박사과정, 변호사

** 광운대학교 정책법학대학 법학부 교수, 법학박사

I. 머리말

최근 우크라이나 전쟁으로 인해 무기 수출이 증가하고 있고, 이로 인해 방위사업 계약에 많은 관심이 집중되고 있다. 방위사업계약의 특성상 방산원가는 주로 방산업체가 제출하는 원가자료에 의존하게 되어 방산업체가 부당이득을 취득하게 되는 경우가 종종 발생하며 이에 따른 부당이득금 및 가산금 환수에 대한 소송이 증가하고 있다.

방위사업 계약은 막대한 자본이 투하되고 납품까지 장기간 소요되며 수요예측이 어려운 점 등 일반적인 국가계약과 비교하여 여러 가지 다른 특징이 있다. 이에 따라 2006. 1. 2. 「방위사업법」이 제정되어 방위력개선·방위산업육성 및 군수품조달 등 방위사업의 수행에 관하여 필요한 사항을 규정하고 있으며, 무기체계의 특성에 따라 다양한 계약제도를 두고 있다. 방위사업 계약의 이행과정에서 계약상대자의 계약위반 및 위법행위는 다양한 형태로 나타나고 있다. 허위의 원가계산자료를 제출하여 이득을 얻는 행위는 신의성실의 원칙을 훼손하는 행위이며, 기망에 의한 경우라면 불법행위가 되어 부당이득금 환수의 대상이 된다. 이러한 부당이득금 환수제도는 손해배상에 주된 의미가 있으나, 부당이득금 환수뿐만 아니라 가산금을 부과하도록 함으로써 허위 또는 부정한 내용의 원가계산자료 제출에 대하여 제재하고 이를 억제하는 예방적 기능도 함께 가지고 있다고 할 수 있다.

방위사업 계약은 주로 계약 당사자 쌍방의 독점적 지위로 인하여 시장가격에 의하여 계약금액이 정하여지지 않고 실발생비용 보상을 원칙으로 하되, 계약상대자가 허위의 원가자료를 제출하여 부당이득을 얻게 된다면 환수대상이 되는 것이다.

그런데 부당이득금 환수에 대한 원칙은 「방위사업법」에서 규정하고 있으나, 세부적인 산정방법이나 기준에 대하여는 명확한 규정이 없어 방산업체와 정부 간에 법적인 분쟁이 증가하고 있다. 가산금에 대하여도 그 법적 성질을 손해배상액의 예정으로 보아 감액을 인정할 것인지에 대한 논란이 있다.

이에 따라 부당이득금의 법적 성격과 이를 산정하는 방법에 대한 명확한 기준을 정립할 필요가 있어 이와 관련한 최근 판례의 태도를 통해 「방위사업법」상 부당이득금의 인정 범위 및 가산금의 법적 성격에 대하여 살펴보고 부당이득금 및 가산금 환수제도의 문제점과 이에 대한 개선방안을 제시하고자 한다.

II. 방위사업계약 및 원가

1. 방위사업계약의 특징

「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘국가계약법’이라 한다) 제5조에서 “계약은 서로 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 한다.”라고 계약의 원칙을 규정하고 있다.

국가계약은 국가가 사인으로서 계약상대자와 동등한 지위에서 체결하는 사법적 성

격의 계약이라고 할 수 있다. 즉, 국가가 당사자가 되는 국가계약의 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 동일하다, 그러므로 그에 관한 법령에 특별히 정한 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용되며,¹⁾ 부당이득금과 관련된 소송 역시 민사소송의 대상이 된다.

일반적으로 계약이란 권리·의무의 발생, 변경, 소멸에 대한 의사표시의 합치로 볼 수 있으며, 군에서 사용하는 무기체계의 획득은 이러한 계약을 통하여 실현되고, 방산물자의 경우 경쟁계약보다는 수의계약으로 체결되는 경우가 대부분이다.

방위사업은 국가안보와 직결되고, 고도의 정밀기술을 필요로 하며, 특수한 규격의 물품을 주문제작 형태로 생산하고 있고, 제조하여 납품하는데 장기간이 소요되는 등 일반적인 물품을 조달하는 것과는 여러 가지 다른 점이 있다.

「방위사업법」의 특성으로 방위사업계약은 「국가계약법」을 기본으로 하되, 방위사업의 특성상 일반적인 물품 계약에 적용되는 국가계약법령으로는 규율하는데 한계가 있다. 이에 방위사업 관련 업무를 수행하는데 필요한 사항을 규율하기 위하여 2006년 「방위사업법」이 별도로 제정되었다.

한편 「방위사업법」은 무기체계 획득에 있어 국방부, 방위사업청 및 각 군 간의 권한 및 역할에 필요한 절차와 기준을 규정하고 있으므로 절차법적 성격을 가지고 있다.²⁾ 방산물자 및 무기체계의 운용에 필수적인 수리부속품의 조달, 국방연구개발사업을 수행하는 경우에는 「방위사업법」상 별도의 특례를 규정하고 있다. 주요 내용은 다음과 같다.

첫째, 「국가계약법」 및 관계 법령의 규정에 불구하고 계약의 종류·내용·방법, 그 밖에 필요한 사항을 대통령령으로 따로 정하도록 하였다. 그리하여 물가조정단가계약, 원가절감유인계약, 원가절감보상계약, 한도액계약, 중도확정계약, 특정비목불확정계약, 한도액성과계약, 성과기반계약, 장기옵션계약 등 무기체계의 특성에 따른 다양한 계약제도를 운용하고 있다.

둘째, 계약의 성질상 착수금 및 중도금을 지급할 필요가 있다고 인정될 경우 당해 연도 예산에 계상된 범위 안에서 착수금 및 중도금을 지급할 수 있도록 하고 있다.

셋째, 원가계산의 기준과 방법에 대하여 국방부령으로 정할 수 있도록 하고, 방산물자를 생산하는데 실제로 발생한 비용을 보상하는 것을 원칙으로 하며, 방산업체의 보호·육성, 부품 국산화 개발 및 수출장려 등 다양한 정책을 반영하고 있다.³⁾

2. 방위사업계약에서의 원가

일반적으로 ‘원가’란 중앙관서의 장 또는 기금관리주체가 프로그램의 목표를 달성하고 성과를 창출하기 위하여 직접적·간접적으로 투입한 경제적 자원의 가치를 말한다.⁴⁾ 이러한 원가는 국가를 당사자로 하는 계약에서 예정가격을 결정하는 기준이 된다.⁵⁾ 여기서 예정가격은 계약금액을 결정하기 위한 기준으로 삼기 위해 작성한 가격

1) 대법원 2012. 9. 20.자 2012마1097 결정.

2) 정원, 「공공조달계약법(I)」, 법률문화원, 2018, 995면.

3) 송재경, 심상렬, 앞의 논문, 74면.

4) 「원가계산에 관한 지침」 [기획재정부예규 제427호] 3. 용어의 정의.

5) 「국가계약법 시행령」 제9조(예정가격의 결정기준).

이며, 예정가격을 기준으로 계약당사자간 합의를 거쳐 계약금액이 최종적으로 결정된다.

한편 방산물자 등에 대하여는 원가계산의 기준과 방법에 대하여 국방부령으로 정하고 있고 이에 의하면 방산원가는 ‘방산원가대상물자’를 생산하거나 연구하기 위하여 소비하는 각종 재화와 용역을 화폐가치로 환산한 가액(價額)을 말한다.

여기서 ‘방산원가대상물자’라 함은 「방위사업법」에 따라 방산물자로 지정된 물자, 무기체계의 운용에 필수적인 수리부속품 및 「국방과학기술혁신 촉진법」 제8조에 따라 연구 또는 시제품 생산을 하게 하는 물자를 말한다.⁶⁾

방산원가는 계약상대자가 제공하는 원가자료를 바탕으로 산정하게 되는데 현실적으로 원가자료는 계약상대자가 독점하고 있으므로 국가 등에게는 정보가 제한될 수 있다. 원가정보의 비대칭성으로 인해 계약상대자가 제출하는 원가자료의 신뢰도에 문제가 있을 수 있고, 원가자료의 방대함과 계산의 복잡성 등으로 인해 정확한 원가를 산정하는 데에는 한계가 있다. 원가자료의 독점성으로 인해 방산업체가 정확한 원가자료를 공개한다는 보장이 없으므로 방위사업청 예규 및 계약특수조건에 원가자료의 제출의무를 부과하고 정당한 이유 없이 지연제출하거나 불응할 경우 계약담당 공무원이 판단한 부당이득금과 가산금을 환수하도록 규정하여 정확한 원가자료의 공개를 담보하고 있다. 그러므로 방산업체가 제출하는 원가자료의 신뢰성이 중요하며 이를 위반하여 부당한 이익을 얻은 경우 그 이익을 환수하도록 하고 있다.

Ⅲ. 방위사업법상 부당이득금 및 가산금 환수

1. 민법상 부당이득과의 차이

부당이득은 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 얻은 이득으로, 손실자가 수익자에 대하여 부당이득반환청구권을 행사할 수 있는 법정채권관계의 발생 원인이다.⁷⁾ 즉 정당한 권리자에게 손실이 발생하지 않고, 정당하지 못한 수익자가 부당하게 이익(수익)을 얻을 수 없게 하는 제도이다.

부당이득이 성립하기 위해서는 첫째, 타인의 재산이나 노무로 인하여 이익을 얻을 것, 둘째, 그 이득으로 인하여 타인에게 손해를 주었을 것, 셋째, 이득과 손해 사이에 인과관계가 있을 것, 넷째, 그 이득이 법률상 원인이 없을 것을 요한다. 부당이득반환을 청구하는 자는 수익자가 법률상 원인 없이 이득을 얻고 그로 인하여 자신이 손해를 입었음을 주장·입증하고, 수익자는 그 이득이 법률상 원인이 있다는 점을 항변사항으로 증명해야 한다.

계약상의 의무를 지는 자가 그 의무를 이행하지 않는 경우에, 형식적으로는 채무자가 변제하지 않음으로써 부당하게 이익을 얻는 것처럼 보이지만, 그가 계약상대방의 손실에 의하여 이득하는 것은 아니므로, 부당이득이 성립하지 않고 채무불이행이 문제될 뿐이다.⁸⁾

6) 「방산원가대상물자의 원가계산에 관한 규칙」 [국방부령 제1104호] 제2조(정의).

7) 「민법」 제741조(부당이득의 내용)

8) 대법원 2005.4.28. 선고 2005다3113 판결.

「민법」 제741조의 ‘타인의 재산’에는 현실적으로 이미 타인의 재산으로 귀속되어 있는 것만이 아니라 당연히 그 타인에게 귀속되어야 할 재산도 포함된다.⁹⁾

이러한 부당이득은 수익자의 재산 증식을 제거하기 위한 것을 주된 목적으로 하는 것이므로, 가해자의 위법한 행위로 인하여 피해자에게 발생한 손해를 전보하기 위한 불법행위와 구별된다. 이하에서는 「방위사업법」에서 규정하고 있는 부당이득이 「민법」상 부당이득과 어떻게 다른지 살펴보기로 한다.

2. 부당이득금 및 가산금 환수

(1) 부당이득금의 법적 성격

「방위사업법」 제58조에서는 허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료를 정부에 제출하여 부당이득을 얻은 경우 부당이득금과 부당이득금의 2배 이내에 해당하는 가산금을 환수하도록 규정하고 있다. 이는 국방예산의 효율적인 집행을 도모하기 위하여 방산업체 등이 허위나 부정한 내용의 원가계산 자료를 제출하여 부당이득을 얻은 경우 부당이득금 및 가산금을 환수할 목적으로 마련된 제도이다.¹⁰⁾

「방위사업법」 제58조의 내용은 1998. 12. 31. 신설된 구 「방위산업에 관한 특별조치법」 제22조의2 제1항에서 그대로 이어져 온 것인데, 1998. 12. 31. 위 규정을 신설한 제정 이유가 ‘방산물자를 적정한 가격에 계약하여 국방예산의 효율적인 집행을 도모하기 위하여 방산업체 등이 허위 기타 부정한 내용의 원가계산자료를 정부에 제출하여 부당이득을 얻은 때에는 부당이득금 및 가산금을 환수하도록 함’이라고 명시되어 있다.

또한 이를 구체화하여 방위사업청 예규 「물품 제조·구매 계약특수조건 표준(일반 및 방산)」 제43조 제1항에서는 “계약상대자가 허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료(협력업체 원가자료를 포함한다)를 제출하여 예정가격 또는 계약금액이 부당하게 결정되고 그 결과 계약상대자가 부당이득을 얻은 경우에, 계약상대자는 부당이득금과 부당이득금의 2배 이내에 해당하는 가산금을 계약담당공무원에게 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 또한 제4항에서는 “계약상대자는 계약담당공무원이 제1항에 따른 부당이득금을 산정하기 위하여 원가자료 및 관련자료의 제출 또는 열람을 요구할 경우 응하여야 하며, 위 원가자료 및 관련자료에는 협력업체의 자료도 포함된다.”라고 규정하고 있으며, 제5항에서는 “계약상대자가 정당한 이유 없이 지연제출 또는 불응하는 경우 계약담당공무원이 판단한 부당이득금과 부당이득금의 2배 이내에 해당하는 가산금을 환수할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

이러한 부당이득금의 법적 성격에 대하여 「민법」상 부당이득으로 보는 입장과 손해배상이라고 보는 입장이 있을 수 있다.¹¹⁾ 부정한 원가자료를 제출하여 얻은 수익을 그대로 보유하는 것은 공평·정의의 이념에 반하므로 계약상대자는 법률상 원인 없이 이득을 얻었다고 볼 수 있어 그 성격을 부당이득이라고 볼 여지가 있다.

9) 대법원 1981. 1. 13. 선고 80다380 판결.

10) 송재경, 심상렬, 앞의 논문, 76면.

11) 이에 관해서는 학술적 논의가 활발하지 않아 실질적으로 학설 대립이 있는 것은 아니므로 가정적 표현을 사용하였다.

그러나 대법원은 위 부당이득금 환수채권의 성질에 대해 ‘부당이득금’이라는 문언 표시에도 불구하고 부당이득이 아닌 채무불이행으로 인한 손해배상채권에 해당한다고 판단하였다.¹²⁾ 이는 계약상대자에게 계약체결과정에서 가격 산정요소에 관하여 허위 기타 부정한 자료를 제출하지 아니할 의무가 있음을 전제로 이를 위반하였을 경우 정당한 금액과의 차액에 해당하는 손해를 배상하도록 하는 취지이다.¹³⁾

위와 같은 부당이득 및 가산금 환수제도는 무기체계의 구매계약과 같이 계약상대자가 제출하는 원가계산자료를 바탕으로 계약금액을 정해야 하는 계약에서 원가계산자료의 진정성을 담보하기 위한 것이므로, 이는 방위사업청이 계약상대자에게 정당한 원가계산자료를 제시할 의무를 부과하고 그 의무불이행에 따른 손해배상이라고 보는 것이 타당할 것이다.¹⁴⁾ 그러므로 방위사업청은 계약을 체결한 방산업체가 채무의 내용에 좇은 이행, 즉 정당한 원가계산자료를 제시할 의무를 이행하지 아니하였다는 것을 입증하고 방산업체는 책임을 면하기 위해 이에 대한 고의, 과실이 없었다는 것을 입증해야 할 것이다.¹⁵⁾

(2) 부당이득금(손해배상금) 산정

계약상대자가 제출한 허위의 원가계산자료가 아닌 진정한 원가계산자료가 제출되었을 경우 산정되었을 원가(이하 ‘정산원가’라 한다)와 부당이득금(손해배상금)을 어떻게 산정할 것인가가 문제 된다.

방위사업법상 부당이득금 환수제도의 법적 성격에 대해 위에서 살펴본 바와 같이 법원은 「민법」상 부당이득 개념이라기보다는 ‘진정한 원가자료 제출의무’에 반하여 허위의 원가계산자료를 제출한 것에 따른 채무불이행으로 인한 손해배상으로 보고 있으므로 부당이득금(손해배상금)을 산정하는 방법은 손해배상의 범위에 관한 문제이다.

‘진정한 원가자료 제출의무’는 부수적 의무라고 할 수 있는데, 부수적 의무는 주된 채무의 이행을 보조하기 위해 발생하는 의무로서 이를 위반하여 손해가 발생할 경우 그로 인한 손해배상의 책임이 있다.

채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 한도로 하며, 특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있고,¹⁶⁾ ‘채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었다’는 것은 이를 주장하는 채권자가 입증책임을 부담한다.

따라서 방위사업청과 방산업체간의 계약에서 ‘부당이득금’의 발생 및 범위에 관한 입증책임은 대한민국(방위사업청)이 부담하는 것이 원칙이다.

부당이득금의 범위와 관련하여 서울고등법원 2017. 1. 17. 선고 2016나10508(본소),

12) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다207958 판결, 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다88644 판결.

13) 양창호, “가산금과 위약벌”, 「국방과 기술」 제455호, 한국방위산업진흥회, 2017, 179면.

14) 구정택, “민사법적 관점에서 본 정부조달계약 상 무기체계 구매계약에 관한 연구 - 부당이득 및 가산금 환수 제도를 중심으로 -”, 「한국방위산업학회지」 제22권 제4호, 한국방위산업학회, 2015, 86면.

15) 「민법」 제390조(채무불이행과 손해배상)

16) 「민법」 제393조(손해배상의 범위)

2016나10515(반소) 판결에서는 “원고의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상금(부당이득금)은 원고가 허위로 제출한 위 원가계산자료가 진정하게 제출되었더라면 산정되었을 원가와 실제 계약금액의 차액이라고 할 것이다.”라고 명시적으로 판시하였고 대법원¹⁷⁾에서 그대로 확정되었다.

방위사업 계약에서 정산원가에 낙찰률 또는 예가율을 곱한 금액을 기준으로 부당이득금을 계산해야 할 근거가 없으므로 부당이득금은 당초의 계약금액에서 정산원가(예가율 또는 낙찰률을 곱하지 아니한)를 차감한 금액으로 보는 것이 타당하다.

(3) 가산금의 법적 성격

1) 위약금 약정

군수품 특히 무기체계와 관련한 계약은 방산업체가 제출한 원가계산자료를 기초로 계약금액이 정해진다. 따라서 방산업체가 제출한 원가계산자료가 중요한 가치를 가지므로 「방위사업법」은 허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료를 제출한 업체에 대하여 불이익을 주도록 규정하고 있다. 방산업체 등이 허위의 원가자료를 정부에 제출하여 부당이득을 얻은 경우 방위사업청은 부당이득금과 부당이득금의 2배 이내에 해당하는 가산금을 환수할 수 있으며, 계약특수조건에 동일한 취지의 내용을 포함하여 계약을 체결하고 있다.

위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지 여부는 계약체결 당시의 당사자들 간 의사표시의 해석문제로서 당해 계약서 등을 바탕으로 구체적 사건에서 개별적으로 정해진다. 해당 위약금 약정이 채무불이행에 대한 사적인 제재로서 계약당사자들의 채무이행을 강제하기 위한 것이라는 사정이 입증된다면 손해배상액의 예정이 아니라 위약벌이라고 볼 것이다.¹⁸⁾ 위약벌은 손해배상액의 예정과 달리 손해의 발생을 예측하여 그 손해의 배상을 구하는 것이 아니라, 계약의 이행을 확보하는데 중점을 둔 것으로서 손해배상액의 예정과 달리 감액이 인정되지 않는다.

당사자 사이에 위약금을 지급하기로 하는 약정이 있는 경우에 위약금이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지 여부는 계약서 등 처분문서의 내용과 계약의 체결 경위 등을 종합하여 구체적 사건에서 개별적으로 판단할 의사표시 해석의 문제이다.

대법원¹⁹⁾은 「위약금은 민법 제398조 제4항에 따라 손해배상액의 예정으로 추정되지만, 당사자 사이의 위약금 약정이 채무불이행으로 인한 손해의 배상이나 전보를 위한 것이라고 보기 어려운 특별한 사정, 특히 하나의 계약에 채무불이행으로 인한 손해의 배상에 관하여 손해배상예정에 관한 조항이 따로 있다거나 실손해의 배상을 전제로 하는 조항이 있고 그와 별도로 위약금 조항을 두고 있어서 그 위약금 조항을 손해배상액의 예정으로 해석하게 되면 이중배상이 이루어지는 등의 사정이 있을 때에는 그 위약금은 위약벌로 보아야 한다.」라고 판시하였다.

위약벌의 약정은 채무의 이행을 확보하기 위하여 정하는 것으로서 손해배상의 예정과 다르므로 손해배상의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추 적용하여 그 액

17) 대법원 2017.5.31. 선고 2017다6078 판결.

18) 구정택, 앞의 논문, 2016.

19) 대법원 2022. 7. 21. 선고 2018다248855(본소), 2018다248862(반소) 전원합의체 판결.

을 감액할 수 없다고 하는 것이 판례²⁰⁾의 입장이다.

위약금 약정은 「민법」 제398조 제4항의 문언대로 원칙적으로 손해배상액의 예정으로 해석하는 것이 타당하나, 다만 이와 반대되는 사실이 입증되거나 이와 달리 해석할 수 있는 특약 등이 있는 경우에는 예외로 볼 수 있을 것이다.

가산금에 대하여 법원은 손해배상액의 예정이라고 보아 부당히 과다하다고 판단할 경우 적당히 감액하는 판결을 보여 왔다.²¹⁾

2) 위약벌

대법원 2016. 7. 14 선고 2013다82944, 82951 판결 이후 법원은 가산금의 성격이 손해배상액의 예정이 아니라 위약벌에 해당한다고 판시하고 있다. 즉 가산금은 귀책사유가 있는 방산업체 등에 대해 정부가 제재적 성격을 지닌 가산금을 환수할 수 있도록 함으로써, 방산업체 등으로 하여금 정당한 원가자료를 제출하도록 강제하는 위약벌의 성격을 가진다고 하였다. 따라서 가산금의 부과가 공서양속에 반하여 무효가 되지 않는 한, 손해배상액의 예정처럼 법원이 적당히 감액할 수 없다.²²⁾

위약벌의 감액에 대하여는 「민법」에 규정이 없으며, 그 금액이 부당하게 과다한 경우에는 그 전부 또는 일부를 공서양속에 반하여 무효라고 보는 것이 다수설과 판례의 입장이다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2013다7608 판결 등 참조).

그런데 당사자가 약정한 위약벌이 과다하다는 이유로 법원이 개입하여 그 약정의 전부 또는 일부를 무효라고 하는 것은 사적 자치의 원칙을 침해하는 결과가 될 수 있다. 또한 그렇게 함으로써 약정을 이행하지 않고 계약의 구속력으로부터 이탈하고자 하는 당사자를 보호하는 결과가 초래될 수 있다.

이러한 견지에서, 대법원은 「위약벌 약정이 공서양속에 반하는지를 판단함에 있어서는, 당사자의 일방이 그의 독점적 지위 내지 우월한 지위를 이용하여 체결한 것인지 등 당사자의 지위, 계약의 체결 경위와 내용, 위약벌 약정을 하게 된 동기와 경위, 계약 위반 과정 등을 고려하는 등 신중을 기하여야 하고, 단순히 위약벌 액수가 많다는 이유만으로 선불리 무효라고 판단할 일은 아니다.」라고 판시하여 공서양속에 반하여 무효로 되는 경우를 엄격하게 해석하고 있다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결 참조). 따라서 공서양속에 반하여 무효라고 판단되는 경우는 아주 예외적으로만 인정될 것이다.

20) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다239324 판결 등 참조.

21) 서울고등법원 2013. 9. 26. 선고 2012나26956(본소), 2012나26963(반소) 판결은 ① 피고 산하 방위사업청이 원고에게 부당이득금에 대한 소명자료 및 원가계산자료 제출을 여러 차례 요구하였으나 원고는 원가계산자료 등 가격 증빙자료를 제출하지 않았으며, 이에 따라 피고는 자체적으로 산정하여 적정하다고 판단한 부당이득금과 그 상당의 가산금을 원고에게 부과 고지하였는데, 이는 이 사건 계약특수조건 제2항이 규정하고 있는 '방위사업청의 원가계산자료 등 가격 증빙자료의 제출 요구'에 대하여 '계약상대자가 정당한 이유 없이 이에 불응한 때'에 해당하고, 이 사건 계약이 확정계약이라 하여 달리 볼 것이 없으므로 피고는 원고에게 이 사건 계약특수조건 제2항에 따라 자체적으로 산정하여 적정하다고 판단한 부당이득금과 그 상당의 가산금을 청구할 수 있고, ② 이 사건 계약특수조건의 가산금은 위약벌이 아니라 손해배상액의 예정에 해당하며, ③ 피고의 부당이득금 청구와 가산금 청구가 모두 손해배상청구에 해당하므로 원고의 손해배상책임을 피고가 자체적으로 산정하여 적정하다고 판단한 부당이득금과 그 상당의 가산금을 합한 금액의 50%로 제한하였다.

22) 양창호, 앞의 논문, 179면.

가산금에 대하여 「방위사업법」 제58조 및 「물품 제조·구매 계약특수조건 표준(일반 및 방산)」에서는 부당이득금의 2배 이내로 규정하고 있고, 실무상 계약특수조건에서 ‘부당이득금에 상당하는 가산금’으로 정하고 있는 경우가 많아 가산금을 위약벌로 본다고 하더라도 공서양속에 반하여 무효로 되는 경우는 없다고 본다.

3. 입찰참가자격 제한 처분

「국가계약법」은 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 기본적인 사항을 정하고 있으며, 「방위사업법」에는 부정당업자 제재에 관한 내용을 별도로 규정하고 있지 아니한바, 국가계약의 일반법이라 할 수 있는 「국가계약법」에 따라 입찰참가자격 제한 처분사유에 해당하는지 살펴보아야 한다.

「국가계약법」 제27조에서는 부정당업자의 입찰참가자격 제한에 대하여 규정하고 있다.²³⁾ 그 중 제1항 제9호와 관련하여 같은 법 시행령 제76조 제2항 제1호 가목²⁴⁾에서 입찰 또는 계약에 관하여 “허위서류를 제출한 자”에 대하여 입찰참가자격을 제한하도록 규정하고 있는바, 방산업체 등이 허위의 원가자료를 정부에 제출하여 부당이득을 얻은 경우 이에 해당하는지 여부가 문제 된다.

「국가계약법」 제27조 제1항에서 부정당업자의 입찰참가자격을 제한하는 제도를 둔 취지는 국가를 당사자로 하는 계약에서 공정한 입찰과 계약질서를 어지럽히는 행위를 하는 사람에 대하여 일정 기간 입찰참가자격을 배제함으로써 국가가 체결하는 계약의 성실한 이행을 확보함과 동시에 국가가 입게 될 불이익을 미연에 방지하기 위한 것이므로, 같은 법 시행령 제76조 제2항 제1호 가목의 ‘허위서류를 제출한 자’에 해당하기 위해서는 구체적인 사안에서 계약체결의 경위와 그 내용, 허위서류의 작성 및 제출의 경위, 허위서류의 내용, 허위서류가 계약에서 차지하는 비중 등을 고려할 때 허위서류의 제출이 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해할 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적절하다고 인정되어야 한다.²⁵⁾

23) 제27조(부정당업자의 입찰 참가자격 제한 등) ① 각 중앙관서의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 “부정당업자”라 한다)에게는 2년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰 참가자격을 제한하여야 하며, 그 제한사실을 즉시 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다. 이 경우 통보를 받은 다른 중앙관서의 장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 부정당업자의 입찰 참가자격을 제한하여야 한다.

9. 그 밖에 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자로서 대통령령으로 정하는 자

가. 입찰·계약 관련 서류를 위조 또는 변조하거나 입찰·계약을 방해하는 등 경쟁의 공정한 집행을 저해할 염려가 있는 자

나. 정당한 이유 없이 계약의 체결 또는 이행 관련 행위를 하지 아니하거나 방해하는 등 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있는 자

다. 다른 법령을 위반하는 등 입찰에 참가시키는 것이 적합하지 아니하다고 인정되는 자

24) 「국가계약법 시행령」 제76조 ② 법 제27조제1항제9호 각 목 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 자”란 다음 각 호의 구분에 따른 자를 말한다.

1. 경쟁의 공정한 집행을 저해할 염려가 있는 자로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자
가. 입찰 또는 계약에 관한 서류[제39조에 따라 전자조달시스템을 통해 입찰서를 제출하는 경우 「전자서명법」 제2조제6호에 따른 인증서(서명자의 실지명의를 확인할 수 있는 것으로 한정한다)를 포함한다]를 위조·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 허위서류를 제출한 자

25) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013두26811 판결.

방산업체 등이 허위의 원가계산자료를 정부에 제출하여 부당이득을 얻은 경우 위 시행령 제76조 제2항 제1호 가목의 ‘허위서류를 제출한 자’에 해당하는지는 구체적인 사안에서 계약체결의 경위와 그 내용, 원가계산자료의 작성 및 제출의 경위, 원가계산자료의 내용, 원가계산자료가 계약에서 차지하는 비중 등을 고려하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

4. 그 밖의 제재

「방위사업법」 제48조²⁶⁾에서는 산업통상자원부장관이 방산업체 지정을 취소할 수 있는 경우에 대하여 규정하고 있는바, 방산업체가 허위 그 밖에 부정한 내용의 원가자료를 정부에 제출하여 공급계약을 체결한 때에는 방산업체 지정이 취소될 수 있다.

또 다른 제재로 「방위사업법」 제62조²⁷⁾에서는 같은 법 제48조 제1항 제12호의 행위를 한 자에 대하여 3년 이하의 징역이나 금고 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있어 허위 그 밖에 부정한 내용의 원가자료를 정부에 제출하여 공급계약을 체결한 때에는 「방위사업법」 위반으로 고발될 수 있다. 또한 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 같은 법 제62조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)하도록 하여 양벌규정을 두고 있다.²⁸⁾ 행위자가 아닌 법인 또는 개인이 처벌을 면하기 위해서는 ‘해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 않았음’을 적극적으로 증명해야 할 것이다.

한편 부당이득금 및 가산금의 환수금액이 발생한 경우 방위사업청 행정규칙인 「군수품조달관리규정」(방위사업청훈령 제729호) 제160조²⁹⁾에서 고발의 대상 및 기준에 대하여 규정하고 있다.

26) 제48조(지정의 취소 등) ① 산업통상자원부장관은 방산업체가 다음 각 호의 어느 하나에 해당된 때에는 방위사업청장과 협의하여 그 지정을 취소할 수 있다.

12. 허위 그 밖에 부정한 내용의 원가자료를 정부에 제출하여 공급계약을 체결한 때

27) 제62조(벌칙) ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 제48조제1항제12호의 행위를 한 자

28) 제63조(양벌규정)

29) 「군수품조달관리규정」 제160조(고발의 대상 및 기준) ① 제159조제2항제1호의 환수금액이 발생한 사업장의 대표자, 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원에 대해 다음 각 호에 해당하는 경우 법 제62조제4항제3호에 따라 고발 조치한다.

1. 법 제58조의 가산금 부과 대상이 되는 부당이득금이 2천만원 이상(계약건별 기준)이거나 당해 계약금액의 10% 이상 부과되는 경우

2. 세금계산서, 거래명세표, 수입신고필증 등 증빙자료를 위조 또는 변조하여 제출한 경우

3. 기타 부정한 원가자료를 제출한 업체로서 법 위반정도가 중대하거나 동기가 고의적인 경우

② 제1항의 규정에도 불구하고 다음 각 호에 해당하는 경우에는 고발하지 아니할 수 있다.

1. 제반 법규 및 기준에 대한 해석상의 오류나 원가자료 작성과정에서 계산의 착오 등 단순 오류로 판단되는 경우

2. 부당이득금에 대하여 자진신고하여 방위사업청장이 납부하도록 고지한 금액을 납부한 자

3. 원가검증과정에서 허위 및 부정한 사실을 자백하고 관련 자료를 제시하는 등 원가검증 과정에 적극 협조한 자로서 법 제58조의 가산금 부과 대상이 되는 부당이득금이 3천만원 미만(계약건별 기준)인 경우

IV. 부당이득금 및 가산금 환수제도의 문제점과 개선방안

1. 부당이득금의 법적 성격 관련

(1) ‘부당이득’ 용어의 부적절

「방위사업법」상 ‘부당이득’의 반환을 청구할 수 있는 권리는 채무불이행으로 인한 손해배상청구권에 해당하므로, 그러한 ‘부당이득금’의 발생 및 범위에 관한 입증책임은 대한민국이 부담하는 것이 원칙이다. 다만 부당이득금(손해액)을 산정하는 경우라도 산정 방식 등이 자의적이거나 현저히 불합리하면 적정한 손해액으로 인정될 수 없으나, 산정 방식 등이 현저히 불합리하다는 점에 관한 입증책임은 계약상대자가 부담하는 것이 타당하다.³⁰⁾

여기서 채무불이행이란 채무자에게 책임 있는 사유로 채무의 내용에 따른 이행이 이루어지지 않고 있는 상태를 말하는 것으로서, 법률상 원인 없는 이득을 한 수익자에 대하여 손실자가 반환청구권을 행사할 수 있는 법정채권관계의 발생원인인 부당이득과 구별된다.

이와 같이 부당이득의 반환을 청구할 수 있는 권리는 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권에 해당한다고 봄에도 불구하고 ‘부당이득’이라는 용어를 사용하고 있어 「민법」상 부당이득과 혼란이 될 여지가 있다.

(2) 입법적 개선방안

다수의 판례에서 살펴본 바와 같이 방위사업계약에서 부당이득금 환수제도의 법적 성격은 「민법」상 부당이득의 개념이라기 보다는 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권으로 보고 있다. 그렇다면 용어 사용에 있어 ‘부당이득’이라고 할 것이 아니라 ‘손해배상’이라는 용어를 사용하여 혼란이 없도록 하는 것이 타당하다고 본다.³¹⁾

구체적으로 「방위사업법」 제58조 제1항을 “방위사업계약을 체결한 업체가 허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료를 정부에 제출하여 부당한 이익을 얻은 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 이로써 얻은 이익에 해당하는 손해를 배상하고 그 이익금의 2배 이내에 해당하는 가산금을 납부하여야 한다.”로 개정하는 것을 제안한다. 이와 같이 부당한 이익을 환수하는 제도의 법적 취지에 맞도록 해당 조문을 정비하여 혼란을 방지할 필요가 있다고 본다.

30) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다82944, 82951 판결.

31) 송재경, 심상렬, 앞의 논문, 80면.

2. 부당이득금 산정방법 관련

(1) 산정방법의 미비

현행 규정상 부당이득금을 환수하도록 규정하고 있을 뿐 부당이득금의 산정방법에 대해서는 규정이 없어 이에 대하여 실무상 논란이 되어 왔다. 부당이득금의 산정방법에 대하여 명확한 규정이 없으므로 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 논리와 경험의 법칙에 따라 판단할 수 있다.³²⁾

한편 실무적으로 수많은 원가계산자료를 일일이 검증할 수 없으므로 정산원가에 예가울 또는 낙찰률을 곱한 금액을 최종원가로 보고 이를 기준으로 차액에 해당하는 부분을 부당이득금이라고 해석·적용한 사례가 상당히 많았다. 그러나 정산원가에 예가울 또는 낙찰률을 곱하여 정산원가를 조정하는 것은 아무런 법적·계약적 근거가 없어 보이므로 분쟁을 예방하기 위해 부당이득금의 산정방법을 명확히 할 필요성에 대하여 아래에서 살펴보기로 한다.

(2) 산정방법의 명문화

예가울을 반영하여 정산원가를 조정하는 것이 타당한지에 대하여 서울고등법원³³⁾은, 「방위사업법 제46조 제1항, 같은 법 시행령 제61조, 국가계약법 시행령 제70조 제3항, 제9조 제3항을 근거로 소위 ‘예가울’에 따라 정산원가를 조정한 것은 적법하다는 피고들의 주장에 대하여, ① 국가계약법 시행령 제70조 제3항은 개산계약의 경우 같은 법 시행령 제9조와 제70조 제2항에서 정한 계약수량, 이행기간, 수급상황, 계약조건 기타 제반 여건, 계약목적물의 특성, 이행기간 등을 고려하여 정산하도록 하고 있으나, 피고들이 주장하는 소위 ‘예가울’이 이를 반영한 것이라는 구체적인 근거가 없는 점, ② 국가계약법 시행령 제9조는 본래 예정가격의 결정 기준에 관한 것으로서, 이 사건 계약과 같은 일반개산계약은 계약이행 후 실제발생원가에 따라 정산한 결과를 조정해야 할 필요성이 적고 오히려 임의적 조정은 계약상대방에게 부당하게 불리할 수 있어 불합리한 점, ③ 국가계약법 시행령 제9조 제3항에서 예정가격 조정의 고려요소인 계약수량, 이행기간, 수급상황, 계약조건 등은 실제발생원가에 이미 반영되어 더는 이를 근거로 정산원가를 조정하여야 한다고 보기 어려운 점, ④ 일반개산계약에서 개산원가나 정산원가가 그대로 개산계약의 계약금액으로 정해지는 것은 아니고 정산과정에서 일부 조정이 필요한 사정도 엿보이나, 피고들로서는 원고가 제출한 자료의 적정성을 검토하여 개별적·구체적으로 정산을 해야 하는 것이지, 소위 ‘예가울’을 곱하는 방식으로 일률적으로 정산원가를 감액할 수는 없는 점 등의 사정을 들어, 국가계약법 시행령 제9조 제3항이 소위 ‘예가울’에 따라 정산원가를 조정할 수 있다는 근거가 될 수 없다.»고 판단하였고, 대법원³⁴⁾도 원심판단이 정당하다고 보았다.

손해배상의 목적에 따라 어느 누구의 책임으로 돌릴 수 없거나 우연적인 손해에

32) 「민사소송법」 제202조(자유심증주의)

33) 서울고등법원 2017. 11. 17. 선고 2014나2010449 판결.

34) 대법원 2019. 4. 11. 선고 2017다289521 판결.

대하여는 손해의 공평한 분담과 손해의 예방 차원에서 이를 배분하는 방법 또는 기준의 설정이 필요하다.³⁵⁾ 따라서 계약특수조건에 “부당이득금은 당초의 계약금액에서 원가계산자료에 따라 정당하게 계산한 정산원가를 공제한 차액을 부당이득금으로 한다”는 내용을 구체적으로 명시하여 당사자 간에 분쟁을 예방할 필요가 있다.

3. 가산금 환수규정 관련

(1) 과도한 가산금 부과

「방위사업법」 상 ‘허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료’를 정부에 제출하여 부당이득을 얻은 때에는 부당이득금의 2배 이내에 해당하는 가산금을 환수하도록 규정하고 있다. 계약특수조건에는 부당이득금에 상당하는 가산금을 환수하도록 정하는 경우가 많아 부당이득금과 가산금을 병행하여 환수하는 것은 업체에 지나친 제재가 될 수 있다.

「방위사업법 시행령」 [별표1]에서는 가산금의 산정 기준을 정하고 있다. 이에 의하면 부당이득금의 규모, 하도급자와 공모 여부, 부당이득행위의 반복 적발 여부, 자진신고 여부 등을 고려하여 부당이득금의 1배에서 2배까지 부과하도록 하였다. 하도급자와 공모하거나 원가부정행위가 반복하여 적발될 경우에는 각각 50%까지 가중하며, 원가 부정행위를 자진하여 신고한 경우에는 50%까지 감경하도록 정하고 있다.

방산업체가 제출한 원가자료가 부정한 내용이라고 판단하여 일률적으로 가산금을 부과하도록 하는 것은 이중으로 과도한 책임을 묻게 될 수가 있기 때문에 ‘허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료’인지, ‘허위나 부정한 내용’에 대한 인식이 있었는지 여부를 판정하는 것이 중요하며, ‘허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료’라 아니거나 ‘허위나 부정한 내용’에 대한 인식이 없었던 경우에까지 가산금을 부과하는 것은 부당하다.

(2) 가산금 면제규정의 신설

방산업체가 제출하는 원가계산자료는 단순히 방위사업청의 원가계산을 위한 참고자료일 뿐이고 방산원가계산은 방위사업청의 고유한 업무이다.³⁶⁾ 따라서 사실과 다른 원가계산자료를 제출한 것이 허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료라고 단정할 수는 없다.

‘허위의 원가계산자료’를 제출한 것인지는 계약체결의 경위와 그 내용, 원가계산자료의 작성 및 제출의 경위, 원가계산자료의 내용, 원가계산자료가 계약에서 차지하는

35) 송재경, 심상렬, 앞의 논문, 81면.

36) 「방산원가대상물자의 원가계산에 관한 규칙」 [국방부령 제1104호]

제4조(계약담당공무원의 주의사항) 계약담당공무원은 이 규칙 및 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 등 관련 법령을 준수하고, 계약목적물의 완성기간(계약이행기간을 말한다) 및 계약수량 등을 고려하여 원가계산에 적정을 도모하여야 하며, 부당하게 감액하거나 과잉 또는 중복 계상(計上)되지 않도록 하여야 한다.

제27조(개산원가의 계산) 계약담당공무원은 계약상대자가 제출한 개산원가 계산서와 견적서 등 필요한 원가자료를 검토한 후 개산원가를 계산한다.

비중 등을 고려하여 개별·구체적으로 판단하여야 한다.

허위서류 제출과 관련하여 대법원은 「‘허위서류를 제출한 자’에 해당하기 위해서는 구체적인 사안에서 계약체결의 경위와 그 내용, 허위서류의 작성 및 제출의 경위, 허위서류의 내용, 허위서류가 계약에서 차지하는 비중 등을 고려할 때 허위서류의 제출이 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해할 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적절하다고 인정되어야 한다.」라고 판시한 바 있다.³⁷⁾

「군수품조달관리규정」 제159조³⁸⁾에서는 대상업체가 부당이득금 및 가산금 산정내역에 동의하지 않는 경우 원가회계심의위원회에 안건을 상정하여 위원회 심의·조정을 거치도록 규정하고 있으며 방위사업청의 원가회계심의위원회는 주계약업체 및 협력업체의 원가부정행위 해당여부에 대하여 심의·조정한다.

협력업체의 행위가 원가부정행위에 해당하는 경우 주계약업체가 이를 알았거나 중대한 과실로 알지 못한 경우에만 협력업체 원가부정행위에 대하여 주계약업체의 직접책임이 인정된다. 이 경우 주계약업체의 고의·중과실에 대하여는 이를 주장하는 방위사업청에 입증책임이 있다고 할 것이다.³⁹⁾

「방위사업법」 상 ‘허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료’를 제출하여 부당이득을 얻은 경우 필요적으로 가산금을 부과하도록 규정하고 있으므로, ‘허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료’를 제출한 것이 아닌 경우 가산금을 부과하지 않는다는 내용을 포함해야 한다.

이에 따라 원가회계심의위원회에서 ‘허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료’인지, ‘허위나 부정한 내용’에 대한 인식이 있었는지 여부에 대하여 심의 후 ‘허위 그 밖에 부정한 내용의 원가계산자료’가 아니거나 ‘허위나 부정한 내용’에 대한 인식이 없었다고 의결한 경우 부당이득금만을 환수하고 가산금은 부과하지 아니하도록 하는 내용을 명시적으로 규정할 필요가 있다. 이러한 경우의 부당이득금은 「민법」 상 부당이득에 해당한다고 보아야 한다.

한편 일률적으로 부당이득금의 1배 ~ 2배의 가산금을 부과할 것이 아니라 방산업체의 구체적인 사정에 따라 부당이득금보다 적은 금액의 가산금을 부과할 수 있도록 계약특수조건을 정하여 필수적인 방위사업계약을 유지하고 방산업체의 도산을 방지하는 등 구체적인 타당성을 기하게 할 필요가 있다고 본다.

V. 맺음말

무기체계 구매계약은 사법상 계약으로서 「민법」의 일반원칙이 적용되며, 계약상 대자에게 허위의 원가계산자료를 제출하지 아니할 의무가 있으므로 부당이득금 환수

37) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두16458 판결, 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013두26811 판결.

38) 「군수품조달관리규정」 제159조(부당이득금 및 가산금 산정) ⑥ 방위산업진흥국장(원가관리과장)은 「부당이득금 및 가산금 산정 내역서」를 [별지 31]의 양식으로 대상업체에게 통보하고 [별지 32]의 「동의여부 의견서」를 작성하여 서면으로 제출할 것을 요청하여야 한다. 이 경우 대상업체가 부당이득금 및 가산금 산정내역에 동의하지 않는 경우 각 사업지원부장(원가팀장)은 원가회계심의위원회에 안건을 상정하여 위원회 심의·조정을 거친다.

39) 대법원 1999. 12. 28. 선고 99다8834 판결, 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005다63504 판결 등 참조.

제도의 법적성격은 손해배상의 성질을 가진다. 본 연구는 대법원 판례를 중심으로 방위사업계약에서의 부당이득금 환수제도의 법적 성격에 대하여 살펴보고, 부당이득금 및 가산금 환수제도와 관련한 문제점 및 개선방안에 대하여 논의하였다.

방위사업의 특성상 「국가계약법」 만으로는 방위사업계약을 규율하는데 한계가 있어 「방위사업법」은 여러 가지 별도의 특례를 두고 있으며, 「민법」과는 다른 성격의 부당이득금 및 가산금 환수제도를 운용하고 있다.

그러나 부당이득금 환수제도의 법적 취지와 다르게 규정되어 있어 부당이득금에 해당하는 손해를 배상하도록 하는 내용으로 해당 조문을 개정하여 혼란을 방지할 필요가 있다.

또한 현행 규정상 부당이득금을 환수하도록 규정하고 있을 뿐 부당이득금의 산정 방법에 대해서는 규정이 없어 이를 둘러싼 분쟁의 여지가 있으므로 계약특수조건에 “부당이득금은 당초의 계약금액에서 원가계산자료에 따라 정당하게 계산한 정산원가를 공제한 차액을 부당이득금으로 한다”는 내용을 구체적으로 명시하여 당사자 간에 분쟁을 예방할 필요가 있다.

한편 현행 「방위사업법」에 의하면 부당이득금과 가산금을 병행하여 환수하도록 규정하고 있지만, 가산금 면제에 관한 내용은 규정되어 있지 않다. 이에 원가회계심의위원회에서 ‘허위의 원가계산자료’인지 여부에 대하여 심의 후 ‘허위의 원가계산자료’를 제출한 것이 아니라고 의결한 경우 부당이득금만을 환수하고 가산금은 면제할 수 있도록 하는 내용을 명시적으로 규정할 필요가 있다. 또한 부당이득금보다 적은 금액의 가산금을 부과할 수 있도록 계약특수조건을 정하여 필수적인 방위사업계약을 유지하고 방산업체의 도산을 방지하는 등 구체적인 타당성을 기하게 할 필요가 있다고 본다.

위에서 살펴본 방위사업계약에서의 부당이득금 환수제도의 문제점을 개선하여 정부와 방산업체 간 분쟁이 줄어들고 방위산업 육성에 기여할 수 있기를 기대해 본다.

[참고문헌]

- 김용덕, 「주식민법(채권각칙5)」, 한국사법행정학회, 2022.
- 김형동, 「판례로 보는 군법」, 박영사, 2022.
- 송덕수, 김병선, 「민법 핵심판례 220선」, 박영사, 2021.
- 윤대해, 「판례로 이해하는 공공계약」, 박영사, 2021.
- 정원, 「공공조달계약법(I)」, 법률문화원, 2018.
- 지원림, 「민법강의(제14판)」, 홍문사, 2016.
- 구정택, “민사법적 관점에서 본 정부조달계약 상 무기체계 구매계약에 관한 연구 - 부당이득 및 가산금 환수 제도를 중심으로 -”, 「한국방위산업학회지」 제22권 제4호, 한국방위산업학회, 2015.
- 김기택, 최기일, “방산업체 원가부정행위에 따른 페널티 부과 적정성에 관한 연구”, 「한국방위산업학회지」 제27권 제2호, 한국방위산업학회, 2020.
- 김대규, 황충현, “부당이득 반환범위에 관한 소고 - 대법원 2008.1.18. 선고 2005다 34711 판결과 관련하여 -”, 「법학연구」 제56집, 한국법학회, 2014.
- 송재경, 심상렬, “방위사업 계약에 있어 부당이득금의 합리적 산정방법 연구”, 「한국방위산업학회지」 제25권 제4호, 한국방위산업학회, 2018.
- 안병하, “부당이득 반환의 대상에 관한 몇 가지 쟁점들”, 「민사법학」 제93호, 한국민사법학회, 2020.
- 양창호, “가산금과 위약벌”, 「국방과 기술」 제455호, 한국방위산업진흥회, 2017.
- 이근영, “민법상 부당이득 반환범위에 관한 소고 - 민법 제747조, 제748조 해석론을 중심으로 -”, 「민사법의 이론과 실무」, 민사법의 이론과 실무학회, 2014.

[Abstract]

A Study on the Improvement of the System for Recovering Unjust Enrichment in the Defense Acquisition Program Act

Lee, Yun-Yong* Shin, Man-Joong**

A defense project contract has a number of different characteristics from a general national contract, such as a large amount of capital is invested and a long period of time from request to delivery.

In the course of the implementation of the defense project contract, the contract partner's breach of contract and illegal acts appear in various forms.

The act of earning profit by submitting false or other illegal cost calculation data is an act that undermines the principle of good faith and is subject to the return of unjust profit.

However, although the principle on the recovery of unjust enrichment is stipulated in the Defense Acquisition Program Act, there is no clear regulation on detailed calculation methods or standards, so it is necessary to clarify the legal nature of unjust profit, specify the subject and scope, and establish clear standards for the calculation method.

First of all, it is reasonable to view that the right to claim the return of unjust enrichment corresponds to the right to claim compensation for damages caused by default, and the legal nature of the additional charges is a penalty for breach of contract.

However, since it is stipulated differently from the legal purpose of the recovering system for unjust enrichment, it is necessary to prevent confusion by amending the relevant provisions to compensate for the damages corresponding to the unjust enrichment.

In addition, although the current regulation stipulates the recovery of unjust enrichment, there is no regulation on the calculation method of unjust enrichment, so there is room for dispute over this, so it is necessary to specify that the difference between the contract amount and the settlement cost is the unjust enrichment.

On the other hand, according to the current Defense Acquisition Program Act, it is stipulated that unjust enrichment and additional charges be recovered simultaneously, but there is no regulation on exemption from additional charges.

* Lawyer, Dept. of Construction Legal Affairs of Graduate School, Kwangwoon University

** Professor, Ph.D., Division of Law, College of Public Policy & Law, Kwangwoon University

Even in the case of imposing an additional charge, it is necessary to ensure specific validity by imposing an additional charge of an amount smaller than the amount of unjust enrichment.

Key words : Unjust Enrichment, Additional Charges, Defense Acquisition Program Act, Restriction on qualification for bid participation, Penalty, Cost calculation

메타버스 플랫폼상에서의 화상디자인의 법적 보호에 관한 연구 - 개정 디자인보호법을 중심으로 -*

김민우**

논문요지

코로나-19(COVID-19)의 확산 및 장기화로 인해 비대면 디지털 시대가 도래하면서 가상공간에 해당하는 메타버스에 대한 관심이 급증하였고, 메타버스와 관련한 기술을 이용하여 다양한 플랫폼이 등장하면서 동시에 급성장을 이루게 되었다.

메타버스와 관련이 있는 디자인으로 화상디자인에 대하여 당시 디자인보호법은 별도의 규정을 두고 있지 않아 물품의 부분에 표현되는 부분디자인으로 보호가 이루어졌는데 2021년 디자인보호법이 개정되면서 법률상 화상이라는 개념이 새롭게 등장하게 되었다.

개정법상 화상은 기기의 조작을 위해 이용되거나 기능이 발휘되는 화상만을 포함하고 있기 때문에 새롭게 등장하는 다양한 화상디자인에 대하여 효과적인 보호수단이 될 수 없다는 한계를 가지고 있다. 새로운 유형의 화상디자인이 지속적으로 창작되는 상황에서 화상디자인의 가장 기본적인 형태만을 보호하고 있기 때문에 아직까지는 보호 대상에서 제외되는 화상디자인이 많은 것이 현실이다.

이는 특히 현실 세계를 모티브로 하여 제작되는 가상세계에서 창작되는 디자인이 현실 세계에서의 디자인과 그 외형상 유사성이 크기 때문에, 현행법상 화상디자인 보호제도는 가상 공간에서 창작되는 디자인을 보호하는 것과 현실 세계에서 등록된 디자인에 대하여 디자인권자가 아닌 타인이 가상 공간으로 옮겨가는 과정에서 발생하는 권리 침해를 방지하는 것에 큰 걸림돌이 될 수 있다. 따라서 본 논문에서는 선행연구를 통해 메타버스를 유형화하고, 현행법상 화상디자인의 보호체계를 조사하여, 이 중 현실 세계와 가장 유사한 가상세계에서 화상의 보호를 위한 화상디자인 제도의 문제점과 개선 방향을 제시하고자 한다.

검색용 주제어: 메타버스, 메타버스 플랫폼, 메타버스 디자인, 화상디자인, 디자인보호법.

· 논문접수: 2023. 06. 10. · 심사개시: 2023. 06. 26. · 게재확정: 2023. 07. 20.

* 이 논문은 필자의 명지대학교 석사학위논문 ‘화상디자인의 법적 보호에 관한 연구: 메타버스 디자인을 중심으로’를 요약 및 보완한 것임.

** 서경대학교 부설 디자인연구소 연구보조원, 법학 석사

I. 서론

기술이 발달하면서 다양한 메타버스 플랫폼이 등장하였고, 코로나-19의 확산으로 비대면 시대가 도래하게 되자 이와 같은 메타버스 플랫폼에 대한 관심이 급증하게 되었다. 이러한 시대 흐름에 발맞춰 화상디자인의 중요성이 증가함에 따라 2021년 디자인보호법의 개정을 통해 화상디자인을 보호하는 규정을 도입하였다. 그러나 개정법상 화상디자인은 기기의 조작에 이용되거나 기능이 발휘되는 화상만을 법률상 화상으로 포함하기 때문에, 개정 이전에 보호를 받는 형태인 물품의 부분에 표현된 화상디자인은 더 이상 화상디자인에 포함되지 않게 되었고, 물품의 부분에 표현된 화면디자인이라는 비법률 용어를 탄생시켰다.¹⁾

대부분의 메타버스 플랫폼에 사용되는 디자인은 개정 이전 물품의 부분에 표현된 화면디자인 형태로 보호되어 왔기 때문에 개정 이후에도 디자인 보호에 큰 문제가 없지만, 가상세계 유형에 해당하는 메타버스 플랫폼은 이용자의 적극적인 참여로 지속적으로 새로운 창작물을 생산하고 있다.

가상세계 플랫폼은 이용자에게 더 높은 몰입감을 제공하기 위해 플랫폼 내에서 사용되는 아바타나 의류 등에 대해 점점 현실과 유사하게 개발하고 있어서 현실 세계에서 제작되어 등록된 디자인을 모방하여 플랫폼 내에서 제작되는 경우 해당 디자인이 현실에서 가지고 있는 인지도와 명성에 편승하여 플랫폼 내에서 그 혜택을 누릴 수 있기 때문에, 디자인권자의 디자인이 침해 위험에 노출되었다.

그러나 아직까지는 디자인보호법 내에서도 화상디자인 보호 제도가 제대로 자리 잡지 못한 상황이기 때문에 디자인보호법상 화상의 개념 등을 확립하여, 화상으로 보호하고자 하는 대상 디자인이 어떠한 것인지 확실히 하는 것이 가장 우선적으로 해결하여야 하는 과제라고 할 수 있다. 또한, 현실 세계의 다양한 디자인 업계가 자사의 실물 디자인을 이용하여 플랫폼 내의 디자인으로 출시하는 과정에서 현실과 가상세계 사이의 경계가 모호해진다는 점 역시 화상디자인 제도의 개선에 대한 중요성을 가중시킨다고 할 수 있다.

따라서 본 연구는 메타버스 및 메타버스 플랫폼에 대한 선행연구, 서비스를 제공하고 있는 메타버스 플랫폼, 현행 디자인보호법과 디자인 심사기준에 근거로 하는 디자인 보호 현황을 분석하여 화상디자인 제도의 문제점과 개선방향을 모색하고자 한다.

II. 메타버스와 메타버스 플랫폼의 의의

1. 메타버스의 개념 및 종류

메타버스란 1992년 미국 SF작가 닐 스티븐슨(Neal Town Stephenson)의 소설 스노 크래시(Snow Crash)에서 처음 등장하여, 이후 매트릭스(Matrix - 1999), 아바타

1) ‘화면디자인’은 디자인보호법에서 정의하는 명칭이 아닌 특허청 디자인 심사기준에서 용어의 혼동을 방지하기 위해 도입한 명칭이다.

(Avatar - 2009), 레디 플레이어 원(Ready Player One - 2018), 매트릭스 리저렉션(The Matrix Resurrections - 2021) 등과 같은 영화에서 지속적으로 등장해왔다.

메타버스란 초월이라는 뜻의 ‘메타(meta)’와 현실 세계를 의미하는 ‘유니버스(universe)’를 합성한 용어로²⁾ 현실 세계와 같은 사회·경제·문화 등의 활동이 이루어지는 3차원 세계를 뜻한다.

미국의 미래가속화연구재단(Acceleration Studies Foundation, 이후 ASF)은 2007년 메타버스 로드맵(Metaverse Roadmap)을 작성하여, 메타버스란 “가시적으로 강화된 물리적 세계와 물리적으로 영구적인 가상 공간이 융합된 것으로, 사용자로 하여금 이를 경험하게 해줄 수 있는 공간”으로 정의하였다.³⁾ 이러한 정의에 기초하여 ASF는 메타버스를 4가지로 유형화하였는데, X축은 내부적 요소(Intimate)와 외부적 요소(External)로 구성하고, Y축은 증강(Augmentation)과 시뮬레이션(Simulation)으로 구성하여, 4개의 특성이 교차함에 따라서 메타버스의 유형을 가상세계(Virtual Worlds), 거울세계(Mirror Worlds), 증강현실(Augmented Reality), 라이프로그(Lifelogging)으로 구분하였다.⁴⁾

한편, 국내에서도 메타버스의 개념을 정의하고자 연구가 진행되었는데, 현실에 기초를 두고 기술이 더해진 혼합 현실(MR)이나 확장 현실(XR)과 같은 파생 현상⁵⁾이라고 정의하거나, 아바타가 이용자를 대리해서 일상행위와 경제 활동을 영위하는 3D 가상세계⁶⁾라고 정의하는 등 연구 분야에 따라 그 정의에 차이가 있다.

메타버스의 법률적인 규제를 위해 현재 3개의 법률안이 계류 중에 있는데, 각각 메타버스를 “정보처리능력을 갖춘 장치 및 정보통신망을 이용하여 구현된 환경에서 경제적·사회적·문화적 경험을 제공하는 가상의 공간⁷⁾”, “컴퓨터프로그램 등 정보 처리 기술·장치와 정보통신망을 이용하여 입체환경으로 구성된 가상사회에서 가상인물 등을 통하여 다양한 사회적·경제적·문화적 활동을 할 수 있도록 제작된 가상의 공간⁸⁾”, “정보통신 기술을 활용하여 이용자 및 사물 또는 둘 이상의 집단 간 상호작용이 가능하도록 하는 인터넷 홈페이지 및 이에 준하는 전자적 시스템⁹⁾”으로 규정하고 있다.

한편, 메타버스산업 진흥법안은 사회적·경제적 환경 변화에 따라 새로운 방법에 의해 창작되는 창작물에 대하여 지식재산권 보호 시책을 마련할 것과¹⁰⁾ 메타버스 안에

2) 이병권, “메타버스(Metaverse)세계와 우리의 미래”, 한국콘텐츠학회지 제19권 제1호, (2021), 13쪽.

3) Metaverse is the convergence of 1) virtually enhanced physical reality and 2) physically persistent virtual space. It is a fusion of both while allowing users to experience it as either.

4) Smart, JM, Cascio, J. and Paffendorf, J., Metaverse Rodamap Overview, 2007.

5) 오혜정, “메타버스 플랫폼의 유형별 사례를 통한 콘텐츠 활용방안”, 「인문사회21 제12권 제6호」, (2021), 2675쪽.

6) 고선영 외, “문화 여가 중심의 메타버스 유형 및 발전 방향 연구”, 「소프트웨어 및 데이터 공학 제10권 제8호」, (2021), 332쪽.

7) 허은아 의원 대표발의, “메타버스 산업진흥법안”, 의안번호 제17173호, (2022. 9. 1.) [계류 중].

8) 김영식 의원 대표발의, “메타버스 산업진흥법안”, 의안번호 제14358호, (2022. 1. 11.) [계류 중].

9) 김승수 의원 대표발의, “메타버스콘텐츠 진흥에 관한 법률안”, 의안번호 제16158호, (2022. 6. 27.) [계류 중].

10) 김영식 의원 대표발의, 앞의 발의안, 의안번호 제14358호, (2022. 1. 11.) [계류 중].

서 상표법·저작권법·특허법·디자인보호법에 의해 보호되는 지식재산권을 보호하며 침해 방지를 위한 조치를 취할 것을 규정하고 있고¹¹⁾, 메타버스콘텐츠 진흥에 관한 법률안은 메타버스 콘텐츠에 대한 지식재산권이 국내외에서 보호 될 것을 규정하고 있다.¹²⁾ 메타버스가 현실 세계와 구별되는 또 하나의 공간이자 사회로 인식되면서 새로운 방법에 의한 다양한 창작물이 생산되고 있고, 이러한 창작물을 보호하기 위해 법률안을 마련한 것이다. 또한, 메타버스에서의 창작물을 단순히 저작권법상 저작권만 관련이 있는 것이 아니라 다른 지식재산 관련 법률에서 규정하는 권리와도 관련이 있는 것으로 간주되고 있다.

2. 메타버스 플랫폼의 개념 및 종류

아직까지 통용되는 메타버스의 정의는 없으나, 국내에서 진행된 선행연구나 발행된 법률안의 정의에 따르면 ASF의 4가지 메타버스 유형 중 가상세계, 거울세계, 증강 현실을 메타버스로 볼 수 있다. 이 중 가상세계가 현실 세계와 유사한 사회적·경제적·문화적 활동을 가장 많이 경험할 수 있는 공간이기 때문에 다양한 법적인 문제의 발생 가능성이 있는 것으로 간주하여 연구의 대상이 되고 있다.

ASF는 가상세계란 새롭게 창조된 가상의 공간에서 아바타 또는 디지털 프로필 등을 이용해 정체성을 나타내고 행동을 하는 가상의 장소로 규정하고 있다.

가상세계는 주로 3차원 컴퓨터그래픽환경에서 구현되는 것으로 보는 것이 일반적이지만, 디지털 프로필을 사용하는 싸이월드¹³⁾ 역시 가상세계에 속한다고 할 수 있을 만큼 가상세계의 의미는 매우 넓다고 할 수 있다.¹⁴⁾

이러한 가상세계에 해당하는 플랫폼으로 네이버Z의 제페토(Zepeto)¹⁵⁾, SK텔레콤의 이플랜드(ifland)¹⁶⁾, 메타(Meta)의 호라이즌 월드(Horizon Worlds)¹⁷⁾, 포트나이트(Fortnite)¹⁸⁾, 게더타운(Gather town)¹⁹⁾, 로블록스(Roblox)²⁰⁾ 등이 있고, 현재 상용화되어 가장 많이 이용되고 있는 메타버스 플랫폼은 대부분 가상세계 유형으로 분류된다.

호라이즌 월드에서는 아바타를 향한 성희롱 또는 성폭력 범죄가 화두가 되었고²¹⁾, 제페토에서도 성폭력 범죄에 대해 발생하는 형사처벌 대상의 공백이 문제가 되기도 했다.²²⁾ 한편, 국가지식재산위원회에서는 메타버스 세계에서 상표권 침해에 대한 기준을 마련하는 법 개정을 추진하는 등²³⁾ 실제로 가상세계에서의 법적인 문제에 대한

11) 허은아 의원 대표발의, 앞의 발의안, 의안번호 제17173호, (2022. 9. 1.) [계류 중].

12) 김승수 의원 대표발의, 앞의 발의안, 의안번호 제16158호, (2022. 6. 27.) [계류 중].

13) <https://www.cyworld.com>.

14) 송원철·정동훈, “메타버스 해석과 합리적 개념화”, 정보화정책 제28권 제3호, (2021), 7쪽.

15) <https://studio.zepeto.me/ko>.

16) <https://ifland.io>.

17) <https://www.meta.com/kr/horizon-worlds>.

18) <https://www.fortnite.com/?lang=ko>.

19) <https://www.gather.town>.

20) <https://www.roblox.com>.

21) 최지희, “메타버스, 접속 1시간만에 성폭력 범죄 발생 빈번... 유해 콘텐츠 소굴”, 조선비즈 (2022. 5. 28.).

22) 장한지, “초등생에 몸 보여달라?...‘메타버스 성폭력’ 등장에도 처벌 한계”, 아주경제 (2022. 2. 7.).

논의가 진행되고 있다.

III. 메타버스 플랫폼상에서의 화상디자인의 보호

1. 디자인보호법에 의한 화상디자인의 보호

개정 이전의 디자인보호법은 디자인이란 “물품[물품의 부분(제42조는 제외함) 및 글자체를 포함한다.]의 형상·모양·색채 또는 이들을 결합한 것으로서 시각을 통하여 미감을 일으키게 하는 것”²⁴⁾으로 정의하였다. 즉, 디자인의 성립 요건으로 물품성을 요구했기 때문에 형체가 없는 화상디자인은 그 자체로 디자인권을 획득할 수 없었고, 특정한 기기에 표시된 부분디자인의 형태로 물품성을 충족시켜왔다. 그러나 신기술의 발달로 레이저 가상 키보드, 홀로그램 등과 같이 정보화기기에 표시되는 형태가 아닌 현실 공간에 독립적으로 구현되는 디자인이 출현하면서, 이러한 디자인을 보호하기 위해 디자인보호법의 개정이 이루어지게 되었다.

개정된 디자인보호법은 디자인의 정의에 대하여 기존의 물품에 부분디자인 및 글자체 디자인을 포함한 것에 더하여 물품이 화상을 포함하는 것으로 규정하여 화상이 그 자체로 물품성을 충족시키는 것으로 정의하였고²⁵⁾, 화상에 대하여 “디지털 기술 또는 전자적 방식으로 표현되는 도형·기호 등[기기(器機)의 조작에 이용 되거나 기능이 발휘되는 것에 한정하고, 화상의 부분을 포함한다]”으로 규정하고 있다.²⁶⁾

개정 이전의 화상디자인은 ‘물품의 부분에 표현된 화상디자인’이라는 명칭으로 출원이 이루어졌는데²⁷⁾, 개정 이후 특허청은 용어의 혼동을 방지하기 위해 기존의 화상디자인은 ‘물품의 부분에 표현된 화면디자인’으로, 디자인보호법상 화상에 해당하는 디자인은 ‘화상디자인’으로 명칭을 통일하고 있다.²⁸⁾

(1) 물품의 부분에 표현된 화면디자인

물품의 부분에 표현된 화면디자인의 성립요건은 일반 디자인 중 부분디자인에 적용되는 성립요건에 따르게 된다.²⁹⁾ 따라서 화상디자인을 물품의 부분에 표현되는 화면디자인으로 보호받기 위해서는 대상이 되는 화면의 형태만을 보호 대상으로 표현하는 경우 부분디자인의 성립요건에 의해 디자인으로 인정될 수 없고, 화상이 표시되는 물품의 형상을 함께 수반하여야 하며, 이때 화면이 표현되는 물품은 물품류 구분에 따라 어느 하나에 속하는 물품으로서 독립성을 가지고 거래의 대상이 될 수 있어야 한다.

23) 임민철, “국가지식재산위원회 ‘메타버스 속 상표권 침해 기준 마련’”, 아주경제 (2022. 4. 1.).

24) 구 디자인보호법(2021. 4. 20. 법률 제18093호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호.

25) 디자인보호법 제2조 제1호.

26) 디자인보호법 제2조 제2의2.

27) 특허청, 디자인심사기준, 특허청 예규 제114호, 240쪽.

28) 특허청, 디자인심사기준, 특허청 예규 제129호, 345쪽.

29) 특허청, 위의 심사기준, 특허청 예규 제129호, 368쪽.

화면디자인의 공업상 이용가능성은 화면이 표시되는 물품에 일시적으로 구현되는 것이라도 그 화면을 표시한 물품 자체로 공업상 이용가능성을 충족한 것으로 본다.³⁰⁾

출원된 화면디자인과 공지디자인 간의 물품의 유사여부를 판단하는 경우, 물품의 부분에 표현된 화면디자인의 창작비용이성을 판단할 때에는 기존에 공지된 디자인을 기준으로 판단하게 되는데, 화상디자인이 아닌 물품디자인도 공지디자인의 대상으로 포함되기 때문에 단순히 실제 존재하는 물품을 그 기능을 사용하기 위해 화면의 형태로 표시한 것에 준하는 화면디자인은 창작이 용이한 디자인으로 보게 된다.³¹⁾

화면디자인 중 정적화면디자인과 동적화면디자인은 원칙적으로 비유사한 디자인으로 분류되지만, 동적화면디자인의 일부 정지상태가 정적화면디자인과 동일 또는 유사한 경우에는 유사한 디자인으로 인정될 수 있다.³²⁾

예시로 화면보호기와 같이 배경이나 이미지가 변화하는 디자인, 메뉴바, 팝업창, 인디케이터, 프로그래스바 등이 있다.³³⁾

(2) 화상디자인

화상디자인은 ‘기기의 조작에 이용되는 화상’과 ‘기기의 기능의 발휘되는 화상’으로 구분되는데, 전자는 “기기를 제어하기 위해 지시, 명령 등을 입력하는데 사용하는 도형, 기호 등³⁴⁾”을 말하고, 후자는 “기기가 발휘하는 기능을 표현하는 도형·기호 등³⁵⁾”을 말한다.

기기의 조작에 이용되는 화상디자인과 기기의 기능이 발휘되는 화상디자인 모두 화상 그 자체가 물품성을 충족하는 것으로 인정되기 때문에 특정한 물품에 고정될 필요가 없으므로 물품성 요건의 판단 없이 디자인으로 인정될 수 있으나, 개정 이후에도 화상디자인으로 등록된 사례는 많지 않다.

화상디자인의 공업상이용가능성 판단과 관련하여 디자인 심사기준은 물품 디자인의 공업적 생산방식을 디지털 또는 전자적 생산방식으로 대체하여 양산 가능한 경우 공업상 이용가능성 요건을 충족한 것으로 보고 있다. 화상디자인의 경우 투사면 또는 투사 각도 등의 요인에 의해 화상의 모양 또는 색채 등이 달라져 화상의 양산성에 문제가 있을 수 있는데, 이때 화상은 물리적으로 완전히 같은 화상일 필요는 없고 해당 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 해석하였을 때 동일하다고 느껴질 정도의 수준으로만 양산할 수 있으면 된다.³⁶⁾

물품디자인으로 제작한 후에 그 형태를 그대로 옮겨서 디지털 화상의 형태로 제작되는 디자인의 경우에는 신규성 요건이 문제가 될 수 있는데, 이러한 경우에도 신규성 상실 예외 조항이 적용된다. 디자인보호법 제33조 제1항 제1호 내지 제2호에서

30) 특허청, 앞의 심사기준, 특허청 예규 제129호, 66쪽.

31) 특허청, 앞의 심사기준, 특허청 예규 제129호, 377쪽.

32) 특허청, 앞의 심사기준, 특허청 예규 제129호, 376쪽.

33) 진선태, “동적화상디자인의 디자인법상 성립요건에 관한 실무적 고찰”, 지식재산연구 제15권 제1호, (2020), 80쪽.

34) 특허청, 앞의 심사기준, 특허청 예규 제129호, 346쪽.

35) 특허청, 앞의 심사기준, 특허청 예규 제129호, 348쪽.

36) 특허청, 앞의 심사기준, 특허청 예규 제129호, 351쪽.

규정하는 신규성을 상실한 디자인에 해당할지라도 앞선 디자인을 제작한 날로부터 그 디자인을 제작한 자가 동일한 형태의 디자인을 12개월 이내에 화상디자인으로 등록하고자 하는 경우에는 신규성을 상실하지 않은 것으로 보는 것이다.³⁷⁾

물품의 부분에 표현된 화면디자인과 화상디자인에 대하여 디자인보호법의 개정으로 기존에 화상디자인으로 분류되는 디자인이 명칭만 화면디자인으로 바뀌게 되었기 때문에 동일한 형태의 화면디자인과 화상디자인이 제작될 수 있다. 이에 대하여 디자인 심사기준은 원칙적으로 양 디자인은 물품류 구분에 따른 물품이 서로 달라 비 유사한 디자인으로 판단하지만, 예외적으로 용도, 기능, 사용실태 등을 고려하여 서로 유사하거나 혼용 가능성이 있다면, 둘 중 하나가 먼저 창작되어 공지된 경우 창작비용이성 판단 과정에서 서로 영향을 줄 수 있는 것으로 보고 있다.³⁸⁾

한편, 해외의 입법례 중 법률상 화상디자인을 규정하고 있는 것은 대표적으로 일본의 의장법³⁹⁾과, 유럽 연합(EU)의 공동체디자인 규정⁴⁰⁾이 있고, 미국의 특허법은 특허심사절차 매뉴얼을 통해 화상디자인의 보호를 규정하고 있다.⁴¹⁾

2. 저작권법에 의한 화상디자인의 보호

저작권법 제4조는 저작물을 형태에 따라 유형화하여 분류하는 방식으로 예시를 나열하고 있는데, 이 중 미술저작물에는 회화·서예·조각·판화·공예·응용미술저작물이 포함된다. 여기서 응용미술저작물에 대하여 저작권법은 “물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있는 미술저작물로서 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있는 것을 말하며, 디자인 등을 포함한다.”⁴²⁾고 규정하고 있기 때문에 화상디자인은 저작권법상 응용미술저작물로 보호받을 수 있다.

이때 저작권법과 디자인보호법에 의한 중첩적인 보호로 권리 충돌이 발생할 수 있는데 저작권이 디자인권보다 시기적으로 먼저 권리가 발생하기 때문에 디자인보호법은 타인의 저작물을 이용한 디자인을 등록받겠다고 할지라도 그 디자인을 실시할 수 없도록 규정하고 있다.⁴³⁾

따라서 화상디자인의 경우 원칙적으로 디자인 등록출원을 통해 보호를 받아야 하

37) 디자인보호법 제36조 제1항.

38) 특허청, 앞의 심사기준, 특허청 예규 제129호, 353쪽.

39) 우리나라의 디자인보호법과 일본의 의장법 중 화상디자인 보호에 관한 규정은 매우 유사한데, 자세한 내용은 후술하는 것으로 한다.

40) EU의 디자인 보호와 관련한 규정은 디자인의 법적 보호에 관한 지침(Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs)과 공동체디자인규정(Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs)이 있는데, 이 중 공동체디자인규정이 디자인에 대한 직접적인 내용을 규정하고 있다. 공동체디자인규정 제3조 (b)항은 물품에 그래픽 심벌을 포함하고 있고, EUIPO는 등록이 가능한 디자인의 예시로 컴퓨터 아이콘(Computer icons), 그래픽 디자인(Graphic designs), 웹 디자인(Web design)을 명시하고 있다.

41) 미국은 특허심사절차 매뉴얼(Manual of Patent Examining Procedure)에 따라 전체의 화면 자체 또는 개별 아이콘과 같이 컴퓨터에 의해 생성된 아이콘이 컴퓨터 모니터와 같은 디스플레이 패널에 표시된 경우에는 디자인 특허 중 컴퓨터 생성 아이콘(Computer-Generated Icons)으로 보호받을 수 있다(MPEP §1504.01(a) Computer-Generated Icons [R-07.2015]).

42) 저작권법 제2조 제15호.

43) 디자인보호법 제95조 제3항.

며, 예외적으로 응용미술저작물로서 저작권법의 보호를 받을 수 있는데, 물품에 표시된 화면디자인의 경우에는 그 화면을, 물품에 독립된 화상디자인의 경우에는 기기의 조작에 이용되거나 기능을 발휘하는 화상을 보호 대상으로 볼 수 있다.

현재까지 화상디자인을 응용미술저작물로 판단한 사례는 없지만 디자인이 응용미술저작물에 해당하는지를 판단한 사례로는 대표적으로 ‘히딩크 넥타이 사건’⁴⁴⁾이 있다. 이와 같이 응용미술저작물을 판단하는 법리에 따라 화상디자인이 보호받기 위해서는 화상이 물품에 동일한 형상으로 복제될 수 있어야 하고, 물품과 분리되어 독자성을 인정받을 수 있어야 하며, 해당 화상이 독립적으로 예술적인 특성인 창작성을 가지고 있어야 한다.⁴⁵⁾

한편, 두 디자인 사이에 실질적 유사성만 인정되어도 디자인권의 침해에 해당하는 것으로 보는 디자인보호법의 태도와는 달리 저작권 침해에 해당하기 위해서는 다른 저작물에 의거하여 그것을 이용하였을 것이라는 의거성까지 요구하고 있기 때문에⁴⁶⁾, 응용미술저작물에 해당하는 디자인이 다른 저작물과 유사하더라도 그 저작물을 참고하여 제작되었다는 의거성이 부정된다면 별개의 저작물로 인정받을 수 있다.

3. 부정경쟁방지법에 의한 화상디자인의 보호

현행 부정경쟁방지법상 디자인 보호와 관련된 부정경쟁행위의 정의 규정으로는 제2조 제1호 (가)목(상품주체 혼동행위), (자)목(상품 모방행위), (파)목(성과 도용행위) 등이 있다.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목은 상품주체 혼동행위에 해당하는데 상품의 형태가 출처표시기능뿐만 아니라 주지성까지 획득한 경우 본 규정에 의해 보호받을 수 있다.⁴⁷⁾ 즉, 출처표시기능과 주지성을 획득하기 전까지는 본 규정에 의해 보호받기 어렵다.

(가)목에 의한 보호는 디자인적인 방법보다는 상표적인 방법에 가까운 보호인 반면, (자)목은 디자인적인 방법에 가까운 상품형태에 대하여 보호하고 있다. (자)목에서 규정하는 상품의 형태에 대한 정의가 디자인보호법에서 규정하는 디자인의 정의보다 포괄적이기 때문에 이 규정은 디자인의 보호와 직접적인 연관이 있다고 볼 수 있다. 디자인보호법과 다른 점은 특별한 등록 절차 없이 보호가 이루어지기 때문에 (자)목에서 규정하는 모방에 해당하려면 타인의 상품 형태에 의거하여 실질적으로 동일한 상품을 만들어 내야 하므로⁴⁸⁾, 의거성과 실질적 유사성을 요건으로 한다는 점이다. 저작권적인 보호 방법과 같이 특별한 절차 없이 상품이 제작된 날부터 3년간 보호를 받을 수 있기 때문에, 디자인의 경우 제작 후 3년간은 (자)목에 의한 보호를 고려하면서 디자인 등록출원을 하거나 (가)목에서 규정하는 요건을 갖추고 (가)목의 적용을 주장하는 것이 일반적이다.

44) 일명 ‘히딩크 넥타이 사건’으로 불리는 이 사건은 2002년 월드컵에서 대한민국 축구 국가대표팀이 우수한 성적을 거두면서 당시 국가대표 감독인 거스 히딩크가 유명세를 얻자, 넥타이 제작 업체가 아닌 다른 업체가 경기에서 착용한 넥타이의 문양을 모방한 사건이다.

45) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7572 판결.

46) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2005다35707 판결.

47) 대법원 2007. 7. 13. 선고 2006도1157 판결.

48) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결.

(파)목은 보충적 일반조항으로 성과 도용행위를 부정 경쟁행위로 규정하고 있다. 이러한 부정 경쟁행위에 해당하려면 ① 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등이 존재해야 하고 ② 공정한 상거래 관행이나 경쟁 질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 그 성과 등을 사용하여야 하며 ③ 이로 인해 타인의 경제적 이익이 침해야 한다.⁴⁹⁾ 여기서 말하는 성과 등에는 그 유형에 제한을 두고 있지 않으므로 유형물뿐만 아니라 무형물도 포함되기 때문에⁵⁰⁾ 화상디자인의 화상이 (파)목에서 말하는 성과 등에 해당될 가능성이 있다. (파)목에 근거하여 판단이 이루어진 사례 중 화상디자인의 보호와 관련이 있는 사례로는 ‘골프존 사건’⁵¹⁾이 있다.

한편, 부정경쟁방지법은 특성상 다른 지식재산 관련 법률과 중첩되는 부분이 있기 때문에 다른 지식재산 관련 법률과 중첩되는 경우 해당 법률에 의한 규정을 우선적으로 따르도록 규정하고 있다.⁵²⁾

현실에 존재하는 디자인과 메타버스 플랫폼 안에서 존재하는 디자인이 각각 상당한 노력과 투자에 의하여 만들어진 성과물에 해당한다면 (파)목이 적용되는 것으로 볼 수 있으나, 패션 업계 및 제품 산업과 플랫폼 내의 아이템 거래 시장은 다른 시장으로 보고 있다는 점으로 인해 권리자와 침해자 사이의 경쟁관계 성립 여부나 관련 시장에서의 대체 가능성 인정 여부와 관련하여 인정되기 어렵다고 보는 것이 일반적이다.⁵³⁾

4. 메타버스 플랫폼상에서의 화상디자인 보호

(1) 물품의 부분에 표현된 화면디자인

메타버스의 유형에 해당하는 가상세계·거울세계·증강현실 등의 플랫폼은 대부분 컴퓨터·스마트폰·태블릿 PC 등의 전자기기를 이용하여 이용자에게 서비스를 제공하고 있다. 따라서 메타버스 플랫폼 상에서 물품의 부분에 표현된 화면디자인으로 보호 받을 수 있는 것은 대표적으로 GUI(Graphical User Interface)⁵⁴⁾ 디자인이라 할 수 있다. 예를 들어 가상세계 유형에 해당하는 제페토와 이프랜드, 로블록스는 다른

49) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결.

50) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847 판결.

51) 일명 ‘골프존 사건’으로 불리는 이 사건은 실존하는 골프장을 촬영하여 3D 골프코스 영상의 형태로 제공하면서 무단으로 골프장의 모습을 촬영하여 이용하는 행위가 저작권 침해행위에 해당한다는 주장으로 시작된 사건이다. 본 사건은 현실세계에 존재하는 대상에 부여되는 권리가 가상 공간에 존재하는 대상에게도 영향을 미칠 수 있다는 것을 보여주는 대표적인 사례로서 골프장의 골프코스는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (파)목에서 규정하는 성과 등에 해당하는 것으로 판단하여 본 사건의 행위가 부정경쟁행위에 해당하는 것으로 인정되었다.

52) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제15조 제1항.

53) 최중량, “메타버스 플랫폼 내 경제 활동의 지식재산권 쟁점에 관한 고찰”, 「문화·미디어·엔터테인먼트법 제15권 제2호」, (2021), 144-145쪽.

54) GUI 디자인이란 이용자가 컴퓨터 등과 같은 전자기기를 원하는 방식으로 조작하고, 그 결과를 확인할 수 있는 공간 또는 이용자와 전자기기 간의 상호작용이 발생하는 경계면을 의미하며, 컴퓨터, 태블릿, 스마트폰 등의 기기에 화면배치, 메뉴, 색상, 아이콘, 인터랙션 등의 시각적 요소를 통해 기능과 작동 방법을 직관적으로 알려주는 그래픽 인터페이스를 말한다(왕지아·송민정, “NFT 예술작품 웹 사이트의 GUI 디자인 연구”, 브랜드디자인학연구 제20권 제3호, (2022), 336쪽 참고).

유저들과 공유하는 공간으로 접속할 수 있는 메인 화면과 아바타의 수정 및 변경을 할 수 있는 화면, 상호작용이 가능한 공간으로 접속했을 때 아바타를 조작하는 화면으로 이루어져 있다. 여기서 GUI의 구성요소인 조작 버튼 등은 3개의 플랫폼 모두 공지된 디자인으로 사용하였기 때문에 전체적인 구성은 비슷하고, 버튼의 색상 및 모양의 근소한 차이가 있다.

메인 화면이나 이용자 조작 화면에 사용되는 아이콘 또는 레이아웃이 디자인 등록요건을 갖춘다면 디자인등록출원을 통해 보호받을 수 있지만, 이처럼 공지된 디자인을 사용하거나 창작이 용이한 디자인에 해당한다면 디자인 등록제도를 통해 보호받기는 어렵다.⁵⁵⁾

그렇다면, 메인화면에서 상호작용이 이루어지는 공간으로 접속할 때 대기하는 시간 동안 이용자가 지루하지 않도록 시각적인 이미지를 보여주는 트랜지션⁵⁶⁾ 디자인을 생각해볼 수 있다.

제페토에서는 월드에 진입할 때 이용자의 아바타가 마치 하늘에서 가상세상 속으로 떨어지는 모습을 연상시키면서 상태바(Status Bar)에 접속 진행 상황이 표시되고, 이프랜드에서는 랜드에 진입할 때 이프랜드에서 제작한 애니메이션이 실행되면서 상태바로 진행 상황을 보여준다. 그리고 로블록스에서는 게임을 실행할 때 게임의 대표 이미지가 표시되면서 로블록스 로고의 회전을 통해 이용자에게 게임을 실행중이라는 의미를 전달해준다.

이와 같은 트랜지션 디자인은 형태적 관련성과 변화의 일정성을 가지고 있을 때 물품의 부분에 표현된 동적화면디자인으로 보호가 가능하기 때문에⁵⁷⁾, 각 플랫폼들의 진입 화면에 대하여 동적화면디자인 보호를 시도해볼 수 있다.

한편, 이용자 기준의 디자인 요소 외에도 플랫폼 내에서 제공되는 콘텐츠도 화면 디자인으로 보호하는 것을 생각해볼 수 있다. 제페토와 이프랜드와 같은 경우 가상 공간에서 아바타가 자신을 대리하여 관계 형성을 하게 되고, 심지어 해당 아바타가 인플루언서(Influencer)가 되는 경우가 발생하고 있기 때문에 플랫폼 내에서 제공되는 패션 아이템을 이용해 아바타를 꾸미는 것이 중요하다. 특히 제페토는 이러한 아이템 시장이 발달 되어있을뿐만 아니라 아이템을 제작한 크리에이터에게 수익이 지급되도록 하고 있기 때문에⁵⁸⁾, 각종 의류 기업들과 명품 브랜드, 그리고 편의점과 아이스크림 브랜드 등 사업 분야에 관계없이 아이템을 제작 및 제공하여 홍보 수단으로 이용하고 있다.⁵⁹⁾ 제공되는 아이템에는 옷, 핸드폰, 시계, 장갑, 가방, 모자, 안경, 인형, 스케이트보드, 헤드셋 등 손에 잡을 수 있거나 착용할 수 있는 모든 종류의 아이템이 존재하는데, 현실에서는 각각 패션, 제품 디자인으로 분류되는 디자인들이 모두 화면디자인으로 분류되어 물품류 또한 동일하게 된다. 이렇게 아바타가 착용할 수 있으면서 온라인상에서 독립적으로 거래가 이루어지는 상품에 대하여 디자인의

55) 특허청, 디자인 심사기준, 특허청 예규 제129호, 377-384쪽.

56) 트랜지션이란 화면이 전환될 때 애니메이션 등의 효과가 발생하는 것을 말한다.

57) 특허청, 디자인 심사기준, 특허청 예규 제122호, 352-353쪽.

58) 제페토 크리에이터로 활동 중인 렌지(Lenge)는 제페토 아이템 제작 및 판매만으로 월 수익 1,000만 원 이상을 창출하는 것으로 공개한 바 있다.

59) 2022년 8월 이탈리아 럭셔리 브랜드 불가리(BVLGARI)가 제주도 호텔에 위치한 팝업스토어의 형태를 그대로 제페토 월드로 제작하고, 신상품에 해당하는 가방과 액세서리 제품을 아바타가 착용해볼 수 있도록 하여 제품 홍보 및 팝업스토어 홍보에 이용하였다(강채원, “불가리, 제페토와 협업한 ‘불가리 월드’ 공개”, 스포츠한국 (2022. 9. 8.)).

도용이 발생할 우려가 큰 것으로 보고 있다.⁶⁰⁾

이외에도 메타버스 플랫폼 상에서 화상디자인으로 보호될 수 있는 것 중 하나가 바로 캐릭터 디자인이다. 기존에는 캐릭터 디자인 자체는 물품성이 없기 때문에 저작권법에 의해 보호를 받았지만 화면디자인의 형태로 제작되는 경우 디자인권 획득이 가능하다. 이러한 캐릭터 디자인은 포켓몬고(Pokémon GO)와 같은 증강현실 플랫폼에서 제공되는 중요한 요소이기 때문에 보호의 필요성이 있는 것으로 볼 수 있다. 실제로 디자인보호법의 개정 이후 ‘화면디자인이 표시된 디스플레이 패널’이라는 명칭으로 다양한 캐릭터 디자인이 출원되어 등록되고 있는 실정이다.

(2) 화상디자인

현재 서비스를 제공하고 있는 메타버스 플랫폼은 컴퓨터·스마트폰·태블릿 PC·VR 헤드셋 등 특정한 전자기기를 통해 이용자가 서비스에 접속할 수 있다. 메타버스 플랫폼에서 이용되는 디자인이 물품에 독립적인 화상디자인으로 보호받기 위해서는 홀로그램과 같은 기술을 이용하여 디스플레이의 도움 없이 허공 또는 벽이나 바닥과 같은 투사 면에 구현될 수 있어야 한다. 즉, 메타버스 플랫폼 내에서 제공되는 서비스가 홀로그램과 같은 기술 등을 이용해 허공이나 투사 면에 구현되어 이용자가 이용할 수 있어야 하는 것이다.

현행 디자인보호법상의 화상디자인은 기기의 조작에 이용되거나 기능이 발휘되는 것만 인정되기 때문에 현재까지 적용되는 기술 및 제작되고 있는 디자인 중에서 GUI 디자인이 주된 보호대상이라고 할 수 있다. GUI 디자인은 특성상 유사한 도형을 변형하여 제작되는데, 이러한 디자인이 창작이 용이한 디자인으로 인정된다면 디자인권을 획득하기 어렵다.⁶¹⁾

특허청 디자인 심사기준은 화상디자인의 예시로 ‘게임조작용 GUI’, ‘VR조작용 GUI’⁶²⁾, ‘정보표시용 GUI’, ‘차량정보 표시용 GUI’ 등과 같이 주로 GUI 디자인을 화상디자인의 대상으로 보고 있다.⁶³⁾ 아울러 GUI 디자인의 구성 요소인 아이콘 또한 화상디자인으로 등록이 가능하기 때문에 플랫폼 내에서 아바타가 어떠한 행동을 할 때 안내 메시지를 대체하여 표시되는 아이콘도 보호 대상이 된다. 예를 들어 아바타가 물건을 집으려고 할 때 손 모양으로 표시되는 아이콘이나, 사진을 찍으려고 할 때 카메라 모양으로 표시되는 아이콘 등이 여기에 해당한다.

60) 정태호, “디지털 경제 환경에서의 화상디자인 보호의 한계와 해결방안”, 「산업재산권 제 72호」, (2022), 304쪽.

61) 특허청, 디자인 심사기준, 특허청 예규 제129호, 356-360쪽.

62) VR기기에 이용되는 화상디자인의 경우 입체적인 형태를 가지고 있고, VR환경 안에서 특정한 조작기능을 수행하기 위한 것으로 인식되어 ‘기기의 조작에 이용되는 화상’으로 인정된다(특허청, 앞의 심사기준, 특허청 예규 제129호, 347쪽 참고).

63) 특허청, 앞의 심사기준, 특허청 예규 제129호, 347 - 349쪽.

IV. 메타버스 플랫폼상에서의 화상디자인 보호의 문제점

1. 화면디자인과 화상디자인의 구분에 관한 문제

디자인보호법의 개정으로 물품으로부터 독립된 화상디자인을 보호받을 수 있게 되었음에도 불구하고, 화상디자인은 기기의 조작에 이용되거나 기능이 발휘되는 것에 제한되지만 화면디자인은 이와 같은 제한이 없다는 점으로 인해 오히려 화상디자인보다 화면디자인으로 보호받고자 하는 시도가 상대적으로 늘어난 상황이다.⁶⁴⁾

현행법상 화상디자인은 기기의 조작에 이용되거나 기능이 발휘되는 것에 한정하기 때문에 대부분의 그래픽 디자인은 화면디자인으로 보호받고 있다. 화상디자인과 관련하여 등록할 수 있는 유형이 정해져 있고, 화면디자인에는 이와 같은 제한이 없다는 것은 화상디자인으로 보호받을 수 있는 디자인의 유형을 제한할 뿐만 아니라 화상디자인으로 보호받을 수 있는 디자인의 동일한 형태는 화면디자인으로도 보호받을 수 있다는 혼란을 초래한다.⁶⁵⁾ 즉, 화상디자인과 화면디자인은 물품의 유사성에서만 차이가 있을뿐, 동일한 형태의 디자인에 대하여 화상디자인과 디스플레이에 표시되는 화면디자인으로 보호받을 수 있다. 나아가 화상디자인은 기기의 조작 및 기기의 기능이 발휘되는 디자인으로 제한되기 때문에 화면디자인으로 보호받을 수 있는 디자인의 유형이 더 넓다고 할 수 있다. 화상디자인으로서 보호 가치가 있는 것은 물품으로부터 독립한 화상디자인인데 현재까지 상용화된 기술에는 이처럼 물품으로부터 독립된 화상이 많지 않다.

따라서 화상디자인과 화면디자인은 결국 특정한 디스플레이를 통해 제공되는 서비스에 이용하기 위해 등록이 이루어지는데, 디자인 심사기준은 양 디자인이 원칙적으로 물품의 유사성에서 부정되는 점을 근거로 비유사 디자인으로 분류하기 때문에, 동일한 형태의 화상디자인과 화면디자인이 서로 유사범위에 해당하는지와 디자인권의 침해 대상이 되는지가 중요하다.

디자인의 유사여부를 판단할 때에는 물품의 유사여부와 물품에 적용된 디자인의 유사여부를 판단하게 된다. 디자인에 사용되는 물품은 로카르노 분류에 근거하여 특허청장이 구체적으로 정한 물품류별 물품목록을 따르게 된다.⁶⁶⁾

이와 같은 물품류를 기준으로 화면디자인은 컴퓨터모니터·냉장고·디스플레이패널 등 화면이 표시되는 물품을 기준으로 물품류가 정해지고, 화상디자인의 물품류는 제 14류 4군 기기조작 화상 및 기능발휘 화상에서 해당되는 물품의 명칭을 사용하게 된다.⁶⁷⁾

물품류별 물품목록에 따르면 화면디자인과 화상디자인은 각각 별개의 물품으로 분류되지만, 이와 같은 물품류 구별은 디자인등록 사무의 편의를 위한 것일 뿐 법으로

64) 정태호, 앞의 논문, (2022), 313쪽.

65) 실제로 개정 이후 등록되는 ‘정보표시용 화상’과 ‘화면디자인이 표시된 휴대용 단말기’를 비교해 보면 정보표시용 화상의 경우에는 기기의 조작 또는 기능이 발휘되는 화상만을 보호 대상으로 하고, 화면디자인의 경우에는 기기의 조작 또는 기능이 발휘되는 화상에 해당하는 부분과 더불어 이 외의 그래픽 디자인적 요소까지 포함한 부분을 보호 대상으로 한다.

66) 디자인보호법 시행규칙 제38조 제1항 및 제2항.

67) 특허청, 물품류별 물품목록, 고시 제2022-27호, 106쪽.

규정된 것이 아니므로, 실제로 물품의 동일·유사 여부 판단은 물품의 용도, 기능 등에 비추어 거래통념상 동일·유사한 물품으로 인정할 수 있는지 여부에 따라 결정하게 된다.⁶⁸⁾ 즉, 서로 다른 류로 구별되는 화상디자인과 화면디자인도 동일한 물품으로 인정될 수 있는 것이다.

특허청 디자인심사기준 역시 원칙적으로는 양 디자인의 물품이 서로 달라 비유사한 디자인으로 보면서, 혼용가능성이 있는 경우에는 둘 중 하나가 공지된 경우 디자인의 창작비용이성에 관하여 이를 판단할 수 있도록 보고 있다.⁶⁹⁾ 화면디자인과 화상디자인의 심사과정에서 혼용 가능성이 있는 경우 양 디자인 간에 영향을 미칠 수 있기 때문에, 양 디자인 사이에서 디자인권 침해 사건이 발생하는 경우 물품의 유사성이 인정될 여지가 있다.

실제로 현재 ‘정보표시용 화상’으로 등록된 화상디자인은 대부분 어플리케이션에 사용되거나, 자동차 계기판 등에 사용되는 화상이다. 이러한 디자인은 화상디자인으로 등록된 후에 결국 디스플레이에 표시되는 방식으로 사용되는데, 화면디자인과 화상디자인을 유사하지 않는 것으로 본다면 디자인권자로 하여금 혼란을 야기할 수 있고, 화상디자인과 화면디자인 사이의 권리범위가 불명확해질 뿐 아니라 화상디자인 제도를 도입한 취지에 반하게 된다.

2. 동일한 형태의 물품디자인과 화면디자인의 보호 문제

메타버스에 대한 관심이 급증하면서 많은 메타버스 플랫폼이 제작되고 출시되었는데 이 중 지속적으로 이용자수가 증가한 것은 다양한 이용자 경험을 제공할 수 있는 가상세계 유형에 해당하는 메타버스 플랫폼이라고 할 수 있다.

이러한 메타버스 플랫폼에는 다양한 서비스가 출시되었지만, 국내 회사에서 출시하여 이용자가 제작한 아이템의 거래가 이루어지는 플랫폼은 네이버Z의 제페토가 있다.⁷⁰⁾

제페토는 2022년 8월 기준 누적 가입자 수가 3억 2,000만 명을 돌파했으며, 6월 기준 276만 명의 크리에이터가 아이템 제작에 참여하여 판매가 이루어진 아이템의 개수는 1억 5,000만 개에 달하고, 이에 해당하는 아이템 거래액은 300억 원을 돌파했다.⁷¹⁾

네이버Z는 플랫폼 내에서 이용할 수 있는 아이템 제작 서비스인 제페토 스튜디오⁷²⁾와 플랫폼 내에 존재하는 공간인 월드를 제작할 수 있는 빌드잇⁷³⁾ 프로그램을 제공하고 있으며, 이용약관을 통해 이용자가 제작한 아이템에 대한 저작권 및 기타 저작재산권은 이용자에게 귀속된다고 규정하고 있다.⁷⁴⁾ 따라서 제페토 플랫폼 내에

68) 대법원 2001. 6. 29. 선고 2000후3388 판결.

69) 특허청, 앞의 심사기준, 특허청 예규 제129호, 353쪽.

70) SKT의 이프랜드(ifland) 역시 서비스 출시 후 많은 누적 가입자수를 보유하고, 아바타가 사용할 수 있는 아이템과 공간을 제작할 수 있는 서비스를 제공하고 있으나 아이템의 거래는 이루어지고 있지 않다.

71) 박준영, “[비바 100] 전 세계 3.2억명이 즐기는 메타버스 플랫폼 ‘제페토’”, 브릿지경제, (2022. 10. 26.), 11면.

72) <https://studio.zepeto.me/ko>.

73) <https://studio.zepeto.me/ko/products/buildit>.

74) 네이버Z 홈페이지 제페토 이용약관, <https://studio.zepeto.me/ko/terms>, (최종방문일 2023.

서 제작되는 아이템이나 월드에 대한 저작권 및 디자인권과 같은 권리는 이용자가 향유할 수 있는 것이다.

제페토 내에서 제작되는 아이템의 종류는 의류(상의, 하의, 한 벌 의상), 모자, 안경, 양말, 가방, 마이크, 핸드폰, 책, 핸드폰 고리 등이 있다. 이처럼 현실에서 제작 가능한 패션과 제품의 대부분이 플랫폼 내에 아이템으로 제작 가능하기 때문에, 제페토 내의 콜라보레이션샵을 통해 자라(ZARA), 구찌(GUCCI), 널디(NEARDY), 나이키(NIKE), 아디다스(ADIDAS) 등과 같은 유명 브랜드가 입점하여 아이템을 판매하고 있다.⁷⁵⁾

플랫폼 내의 아이템이 무료로 제공되어 단순히 이용자의 아바타를 꾸미거나 교환 등의 목적으로만 사용된다면 문제가 없지만, 아이템이 판매가 되면 판매 금액에 환율을 적용하여 이용자가 수익을 얻는 등 상업적인 수단으로 이용되기 때문에 아이템에 적용되는 디자인이 중요하다고 할 수 있다.⁷⁶⁾ 이와 관련하여 실제로 존재하는 물품디자인과 플랫폼 내의 아이템 사이에서 문제가 발생할 수 있는데, 물품디자인을 모방하여 플랫폼 내에서 이와 동일·유사한 아이템으로 제작하는 경우에 해당하거나, 반대로 플랫폼 내에서 유명해진 아이템을 실제 디자인으로 제작하는 경우 등을 생각해볼 수 있다.⁷⁷⁾

이러한 상황에서 쟁점이 되는 부분은 제페토 내에서 거래되는 아이템을 어떠한 법적인 제도를 통해 보호하는가에 대한 부분이다. 플랫폼 내의 아이템은 기기를 조작하거나 기능의 발휘에 이용되는 화상이 아니므로 물품의 부분에 표현된 화면디자인으로 보호를 받는 것을 생각해볼 수 있다. 그러나 등록된 실물 디자인이 존재하는 상태에서 동일한 형태의 아이템을 제작하여 화면디자인으로 등록하기 위해서는 양 디자인간에 유사성이 부정되어야 하며, 유사성이 부정된다 하더라도 같은 형태의 디자인을 물품디자인과 화면디자인으로 각각 등록하여야 하는 문제가 발생한다.

디자인 심사기준은 개정을 통해 공지의 물품디자인에 표현된 형태를 그대로 화상 디자인으로 전용하는 경우에는 창작이 용이한 디자인으로 볼 수 있도록 규정하고 있다.⁷⁸⁾ 그러나 화면디자인에 대하여는 이러한 기준을 별도로 두고 있지 않은데, 같은 기준을 화면디자인에 적용한다고 하더라도, 플랫폼 내에서 의류를 제작하는 크리에이터 또는 크리에이터의 아이템이 유명해졌으나 해당 크리에이터가 실물 디자인으로 제작을 하지 않는 경우, 이러한 디자인을 모방하여 실물 디자인으로 제작하고 권리 획득을 위해 등록을 진행하는 경우에 대해서는 현재까지도 논의가 필요한 상황이다.

5. 18.)

75) 의류브랜드 뿐만 아니라 블랙핑크(BLACKPINK), 방탄소년단(BTS), 트와이스(TWICE), 위너(WINNER)와 같은 아티스트 그룹들도 하나의 브랜드로 입점하여 아이템과 월드를 제작 및 제공하고 있고, 유명세를 얻은 애니메이션 역시 브랜드로 입점하고 있다.

76) 제페토는 플랫폼 내의 거래 수단인 5,000 ZEM을 106 USD의 환율로 수익금을 지급하고 있다.

77) 최중락, 앞의 논문, (2021), 140쪽.

78) 특허청, 앞의 심사기준, 특허청 예규 제129호, 359쪽.

3. 화상디자인의 정의규정으로 인한 보호범위의 한계

(1) 일본 의장법에서의 화상디자인 보호

우리나라의 디자인보호법 개정은 일본의 의장법 중 화상디자인과 관련한 규정을 참고하여 이루어진 것으로 볼 수 있기에 일본 의장법상 화상디자인에 대한 규정과 함께 살펴 볼 필요가 있다.⁷⁹⁾

일본 의장법 제2조 제1항은 의장에 관하여 “물품(물품의 부분을 포함한다.)의 형상, 모양, 색채 또는 이들의 결합(이하 ‘형상 등’이라고 한다.), 건축물(건축물의 부분을 포함한다.)의 형상 등 또는 화상(기기 조작의 용도로 이용되는 것 또는 기기가 그 기능을 발휘한 결과로 표시된 것에 한하고, 화상의 부분을 포함한다.)으로, 시각을 통하여 미감을 일으키게 하는 것”으로 규정하고 있다.

일본 의장법은 화상을 물품에서 완전히 독립하여 물품과 동등한 위치에서 디자인 등록을 받을 수 있는 대상으로 규정하는 반면, 우리나라 디자인보호법은 화상을 물품의 범위에 포함시킨 후에 글자체 디자인과 같이 예외적으로 물품성을 인정해주는 방식으로 규정하고 있다.

일본 의장법은 화상에 대하여 “기기 조작의 용도로 이용되는 것 또는 기기가 그 기능을 발휘한 결과로 표시된 것”으로 제한하였고, 우리나라 디자인보호법은 제2조 제2의2호에서 “기기의 조작에 이용되거나 기능이 발휘되는 것에 한정한다.”고 하여 그 범위를 제한하고 있다.

(2) 우리 디자인보호법의 문제점

일본과 달리 우리나라 디자인보호법은 화상에 대한 제한이 없는 상태에서 새롭게 제한이 생기게 된 경우라고 할 수 있는데⁸⁰⁾, 개정전 디자인보호법에 의해 화상은 그 형태에 대한 제한이 없이 물품의 부분 디자인으로 자유롭게 보호가 이루어지다가 디자인보호법의 개정으로 오히려 보호 대상이 제한된 것이다. 즉, 개정전 법률에 의한 화상디자인은 별도의 정의 규정이 없었기 때문에 형태에 대한 제한이 없었으나, 개정 후 디자인보호법은 화상을 정의하면서 성립요건을 두어 그 대상을 제한하고 있기 때문에 법률상 화상디자인에 대한 보호의 범위는 상대적으로 줄어든 것이라고 할 수 있다.⁸¹⁾

또한, 디자인심사기준에서는 화상디자인을 두 종류로 구분하여 규정하고 있지만, 화면디자인에 해당하는 화면 중 GUI 디자인의 아이콘 등은 법률상 “기기의 조작에 이용되는 것”에 해당하여 화상이라는 용어를 사용할 수 있기 때문에 법률상 용어의

79) 정태호, “개정 디자인보호법에서의 화상디자인제도에 대한 비판적 고찰”, 「문화·미디어·엔터테인먼트법 제15권 제1호」, (2021), 176-177쪽.

80) 일본 의장법은 개정 이전부터 ‘기기의 조작이나 기능의 발휘’에 대한 화상만을 보호대상으로 한정해왔기 때문에, 이러한 제한적인 보호를 유지한 채 화상을 물품과 독립된 보호대상으로 개정한 것은 화상의장의 보호범위를 실제로 확대한 것으로 볼 수 있다(정태호, 앞의 논문, 2022, 317쪽 참조).

81) 일본의 경우 화면디자인에 대해서도 화상이라는 용어를 사용하고 있다(정태호, 앞의 논문, (2022), 315쪽 참고).

구분을 모호하게 만드는 한계를 가지고 있다.

한편, 기기의 조작에 이용되거나 기능이 발휘되는 화상은 주로 이용자가 그 화상이 사용되는 기기를 조작할 때 필요한 GUI에 대한 디자인이나, 홀로그램 등과 같이 신기술이 적용된 디자인의 보호를 위한 것이라고 볼 수 있다.⁸²⁾ 메타버스 유형 중 특히 가상세계 유형은 현실 세계를 디지털 세계로 옮겨 놓은 것이라고 볼 수 있어서 현실에서 디자인을 창작하는 디자이너와 동등한 개념으로 가상세계 안에서의 디자인을 창작하는 디지털 크리에이터가 많이 생기고 있다. 이러한 환경에서 화상디자인의 가장 기초적인 형태만을 보호하는 디자인보호법상의 화상디자인 규정은 새롭게 제작되는 유형의 화상디자인을 보호하기에 어려움이 있다.

V. 현행 디자인보호법상 화상디자인 보호 문제의 해결방안

1. 화면디자인과 화상디자인의 구분

디자인보호법의 개정으로 화상디자인 조항이 신설되고, 이로 인해 화상에 대한 용어 혼동 방지를 위해 디자인 심사기준을 개정하면서 화상디자인을 대하여 물품의 부분에 표시된 화면디자인과 화상디자인으로 구분하게 되었다.⁸³⁾

문제는 기기의 조작에 이용되거나 기능이 발휘되는 동일한 형태의 화상이 물품의 부분에 표시된 화면디자인과 화상디자인으로 동시에 이용되는 경우이다. 디자인 물품류별 물품목록과 디자인 심사기준은 원칙적으로 화면디자인과 화상디자인을 다른 물품으로 보고 있기 때문에 동일한 형태의 디자인에 대하여 각각 화면디자인과 화상디자인으로 출원을 하여야 하는데, 이러한 부분은 실무상 화면디자인과 화상디자인의 보호 대상을 구분하여 해결해볼 수 있다.

앞서 논한 바와 같이 어플리케이션이나 자동차 계기판에 사용되는 GUI 또는 아이콘이 화상디자인의 주요 보호 대상이 되는데, 이들은 각각 화상디자인으로 등록한 후에 실시는 디스플레이에 표시되는 형태로 사용되는 것이 일반적이다.

화상디자인으로 등록이 가능한 형태의 디자인은 화면디자인으로도 등록이 가능하기 때문에 출원자로 하여금 화면디자인으로 등록을 하여야 하는지 화상디자인으로 등록을 하여야 하는지 혼란을 야기할 수 있다. 실시의 측면에서 볼 때 화상디자인으로 등록한 화상은 화면디자인의 형태로도 실시할 수 있는 반면⁸⁴⁾, 화면디자인으로 등록한 것은 물품에 독립된 화상디자인의 형태로 실시할 수 없다. 따라서 기기의 조작에 이용되거나 기능이 발휘되는 화상은 화상디자인의 형태로 등록을 하고, 그 외의 화상은 화면디자인의 형태로 등록을 하는 것이 본래의 법 개정 취지에 준하는 것이라고 할 수 있다.

82) 한국화학연구원 화학소재연구본부와 경북대 전자공학부에서 공동으로 진행된 연구 결과에 따르면 메타버스 홀로그램 기술의 개발을 성공한 것으로 공개한 바 있으나, 현재까지 홀로그램 기술을 이용하여 상용화된 메타버스 플랫폼은 거의 없다(유용하, “초실감 메타버스 가 능케 하는 홀로그램 기술 개발”, 서울신문, (2022. 9. 14.) 참고).

83) 특허청, 앞의 심사기준, 특허청 예규 제129호, 345쪽.

84) ‘정보표시용 화상’의 경우 화상 그 자체가 화상디자인으로 등록이 되지만 실시할 때에는 기능에 따라서 자동차 또는 정보통신기기 등에 자유롭게 이용이 가능하다.

이렇게 되면 GUI를 구성하는 일부 아이콘은 화상디자인으로, 일부 아이콘은 화면 디자인으로 등록하여야 하는 불편함이 발생할 수 있는데, 디자인보호법이 개정되기 이전에 등록된 물품의 부분에 표현된 화면디자인은 화면이 표시되는 물품을 기준으로 물품류를 지정하여 출원을 진행해왔으나, 개정 이후 출원등록된 화면디자인은 주로 물품류 제14류로 지정하여 등록이 진행되고 있고, 기기조작 화상 및 기능발휘 화상 역시 물품류 제14류에 포함되어 있기 때문에 화면디자인과 화상디자인을 복수디자인 제도⁸⁵⁾를 이용하여 하나의 출원으로 등록할 수 있다.

2. 관련디자인제도를 통한 물품디자인과 화면디자인 보호

물품디자인과 동일한 형태의 디자인을 화면디자인으로 등록하게 되는 경우, 같은 형태의 디자인을 중복으로 출원하여야 하는 문제가 발생할 수 있고, 여기에 해당하는 일반디자인과 화면디자인은 물품류가 다르기 때문에 하나의 디자인을 먼저 출원하여 등록한 후에 다른 디자인을 등록하게 되면 나중에 출원하는 디자인에 대하여는 신규성을 상실할 수 있다는 문제가 있다. 이에 대하여 관련디자인 제도⁸⁶⁾를 활용하는 방법을 생각해볼 수 있다.

관련디자인으로 등록받기 위해서는 관련디자인에 해당하는 물품이 기본디자인에 해당하는 물품과 동일하거나 유사하여야 하며, 여기서 유사한 물품이란 용도가 동일하고 기능이 다른 물품 또는 용도가 다르더라도 혼용 가능성이 있는 물품을 의미한다.⁸⁷⁾

물품의 명칭과 관련하여 기본디자인의 물품명칭이 정당한 경우에는 관련디자인의 물품명칭을 기본디자인과 일치시켜야 하지만, 관련디자인의 물품명칭이 기본디자인의 물품명칭보다 정당하거나 적합한 경우라면 이를 기본디자인의 물품명칭과 일치시킬 필요는 없기 때문에⁸⁸⁾, 실물 물품디자인을 디지털 그래픽으로 제작하여 메타버스 플랫폼에 사용할 화면디자인을 출원할 때에는 물품의 부분에 표시된 화면디자인의 형태로 출원할 수 있다.

이와 같은 관련디자인 제도를 이용하여 현실 세계에 존재하는 물품 디자인을 먼저 등록한 후에 이와 유사한 화면디자인을 관련디자인으로 등록하거나, 반대로 플랫폼 내의 아이템을 화면디자인으로 먼저 등록한 후, 실물 디자인으로 제작할 목적으로 동일한 형태의 물품 디자인을 관련디자인으로 등록하여 보호하는 방법을 생각해볼 수 있다.

85) 복수디자인 제도란 물품류 구분에서 같은 물품류에 속하는 물품에 대하여 1디자인 1디자인등록출원 원칙에도 불구하고, 100개 이내의 디자인을 하나의 등록출원 절차를 통해 출원할 수 있는 제도를 의미한다(디자인보호법 제41조).

86) 관련디자인이란 디자인권자 또는 디자인등록출원인이 자기의 등록디자인 또는 디자인등록출원한 디자인과만 유사한 디자인에 대하여 그 기본 디자인과만 유사한 디자인에 대하여 그 기본 디자인과만 유사한 디자인을 기본디자인의 디자인등록출원일로부터 1년 이내에 디자인등록출원을 하는 경우 등록받을 수 있는 디자인 유형을 의미한다(디자인보호법 제35조 제1항).

87) 특허청, 앞의 심사기준, 예규 제129호, 127쪽.

88) 특허청, 앞의 심사기준, 예규 제129호, 128쪽.

3. 화상에 대한 정의 규정 개정

디자인보호법은 화상의 정의 규정에서 보호 범위를 제한하고 있는데, 이러한 보호 범위의 제한적인 설정은 저작권법상의 저작권 등과 같은 권리 충돌 문제를 고려하여 입법한 결과로 보고 있다.⁸⁹⁾

일본의 의장법상 화상에 관한 부분이 우리나라 디자인보호법상 화상의 정의와 거의 유사하다고 볼 수 있는데, 일본은 의장법을 개정하기 전에도 화상에 대하여 기기의 조작 또는 기능이 발휘되는 것에 한정하여 보호해왔기 때문에 개정 이후에도 화상디자인 보호 범위와 관련하여 큰 문제가 없는 것으로 볼 수 있다. 반면, 우리나라는 디자인보호법 개정 이전에 물품의 부분에 표현된 화상디자인으로서 기기의 조작이나 기능이 발휘되는 것뿐만 아니라 캐릭터·아바타·웹 사이트 화면 등과 같은 그래픽 이미지에 해당하는 것 중 보호를 원하는 화상이미지에 대하여 자유롭게 디자인등록출원을 해왔다.

앞서 논한 바와 같이 현행법상 동일한 형태의 화상에 대하여 화면디자인과 화상디자인 모두 등록이 가능하기 때문에, 화상디자인의 정의 규정에서 “기기의 조작에 이용되거나 기능이 발휘되는 것”으로 제한하는 부분만 삭제하는 방식으로 개정한다면 화상디자인을 화면디자인과 화상디자인으로 구분할 필요 없이 모두 디자인보호법상 화상으로 보호할 수 있고, 나아가 메타버스 플랫폼 내에서 디지털화된 화상이미지를 더욱 두텁게 보호할 수 있다. 이렇게 되면 앞서 말한 화면디자인과 화상디자인의 구분에 대한 문제와 정의 규정의 보호 범위 제한으로 인해 발생할 수 있는 문제를 모두 해결할 수 있다.

보호 범위의 제한 규정을 삭제하면 저작권법상의 권리와 충돌되는 문제를 생각할 수 있는데 디자인보호법은 등록이 완료된 디자인이라 하더라도 해당 디자인이 등록출원일 이전에 타인이 제작한 저작물을 이용하거나 그 저작권에 저촉되는 경우 해당 디자인을 저작권자의 허락 없이 실시할 수 없도록 하여 저작권법과의 관계를 설정하고 있기 때문에⁹⁰⁾ 화상디자인 역시 이 규정의 적용을 받게 된다.

이렇게 보호 범위를 확대하게 되면 일부 권리에 대해 제한을 두고 있는 저작권법과 달리 디자인보호법은 권리 제한 등의 규정을 두고 있지 않기 때문에 권리자의 권리 보호와 이용자의 이용 사이에 불균형이 발생하는 문제를 생각해볼 수 있다. 이에 대하여 디자인권은 보호 기간이 20년으로 그 기간이 길지 않고⁹¹⁾, 디자인 심사를 통해 등록이 이루어지기 때문에 그 과정에서 창작이 용이한 디자인은 등록할 수 없다⁹²⁾. 특히, 화상디자인에서 보호의 대상이 되는 부분은 GUI를 구성하는 간단한 아이콘 보다는 개별 요소들이 조합된 전체의 화면 등이 된다. 디자인권은 획득과 유지를 위해 권리자가 비용을 지불하기 때문에 무분별한 권리화가 이루어지지 않는다는 점에서 화상디자인의 보호 강화로 인해 그 불균형이 심화된다고 보기 어렵다.

한편, 개정 이전 디자인보호법상 디자인은 특정한 물품에 화체된 것에 해당하여야 하는데 물품의 부분에 표현된 화면디자인은 화면이 표시되는 물품에 따라 물품류가

89) 정태호, 앞의 논문, (2022), 321쪽.

90) 디자인보호법 제95조 제3항.

91) 디자인보호법 제91조 제1항.

92) 디자인보호법 제33조 제2항.

지정되었기 때문에 화면에 해당하는 디자인은 물품으로 인정되지 않았다. 따라서 화상디자인을 부분디자인으로 보호받는 방법이 유일했으나, 현행 디자인보호법은 화상 그 자체를 물품에 해당하는 것으로 정의하고 있고, 물품류 구분 또한 화상을 하나의 물품류로 구분한다는 점으로 미루어 볼 때 화면디자인에서의 그래픽 이미지 부분을 하나의 물품으로서 보호하는 방향으로 나아가는 것이 타당하다고 생각한다.

VI. 결론

메타버스의 4가지 유형인 가상세계·거울세계·증강현실·라이프로깅 중 가상세계가 유형의 플랫폼이 현재 가장 많은 관심을 받고 있는 유형이며, 가상세계 플랫폼은 게임용 플랫폼과 소셜용 플랫폼, 그리고 거래용 플랫폼 등으로 다시 나뉠 수 있는 만큼 다양한 목적을 가지고 접근하는 이용자들을 포괄적으로 수용하고 있다.⁹³⁾ 이로 인해 플랫폼을 이용하는 이용자가 점진적으로 증가하면서 플랫폼 내에서 새로운 사회가 형성되고 있다. 특히 이러한 가상공간에서 이용자의 제2의 자아라고 할 수 있는 아바타가 사용하게 될 아이템 역시 이용자들이 직접 제작하여 제공하고 있다.

새롭게 형성된 사회에서 아바타를 그 사회의 구성원으로 하여 아이템을 제작하고 거래하는 모습을 보면 현실 세계에서 디자인을 제작하여 거래하면서 산업을 발전시키는 모습과 매우 유사하기에 현실과 가상 공간을 이어주는 매개체인 스마트폰과 컴퓨터가 존재함에도 불구하고, 그 경계가 모호해지고 있다.

새로운 공간에서 등장하는 화상 형태의 디자인을 보호하기 위해 디자인보호법을 개정하여 화상에 대한 정의 규정이 신설되었는데 디자인보호법상 화상은 기기의 조작을 위하거나 기능이 발휘되는 화상으로 한정된다. 화상을 보호하기 위한 규정이 신설되었음에도 불구하고 화상의 보호 범위를 제한하여 결국 개정 이전의 디자인보호법상 화상보다 그 보호 범위를 축소하는 결과를 초래하였다.

이러한 사정으로 볼 때 우리 디자인보호법상의 화상의 정의 규정 중 보호 범위를 제한하는 부분은 불필요한 것으로 볼 수 있다.⁹⁴⁾ 화상의 정의 규정에서 보호 범위를 제한하는 부분을 삭제한다고 하더라도, 화상디자인으로 보호받기 위해서는 디자인보호법에서 요구하는 성립요건과 등록요건을 갖추어야 하고, 디자인 심사과정을 통해 디자인등록을 하여야 한다. 즉, 화상디자인은 전혀 새로운 유형의 디자인 유형이 아니고, 기존의 디자인과 물품성 부분에서만 다를 뿐 다른 성립요건은 동일하게 갖추어야 하며, 물품성 역시 화상을 물품에 포함시키는 입법적 방법을 통해 해결하였다.

저작권과의 충돌 문제에 대하여, 화상디자인과 저작권의 저촉 문제는 늘어날 수 있지만, 저작권의 효력이나 존재의의에 위협이 될 정도로 영향력이 있는 것은 아니라고 보고 있다.⁹⁵⁾ 이러한 문제에 대하여 저작권법은 무방식주의를 채택하고 있어서

93) 메타버스의 플랫폼들은 주 콘텐츠에 따라 게임용, 소셜용, 거래용 플랫폼으로 나뉘고 있으나, 이용자 참여 콘텐츠 제작에 의해 하나의 플랫폼에서 두 가지 이상의 종류에 해당하는 콘텐츠를 제공하면서 분류의 경계가 허물어지고 있다.

94) 화상디자인의 정의 규정은 용어적인 측면에서도 ‘사실상의 화상’과 ‘법률상의 화상’으로 구분짓게 만들면서 비법률 용어인 ‘화면디자인’을 만들어냈다는 문제를 가지고 있다(정태호, 앞의 논문, (2022), 316쪽 참고).

95) 정태호, 앞의 논문, (2022), 332-333쪽.

디자인보호법보다 먼저 권리가 발생하고, 이로 인해 디자인보호법은 디자인 등록이 완료되었다고 하더라도 그 디자인이 출원되기 이전에 타인이 제작하여 보호되는 저작물이 있으면 해당 디자인은 실시할 수 없도록 하여 권리의 충돌에 대한 안전장치를 마련하고 있다.

화상디자인과 화면디자인의 대상에 중첩되는 GUI 디자인에 대하여 개정 초기와는 달리 화상디자인으로 등록이 되는 움직임을 보이고 있다. 그러나 화면디자인으로도 GUI 디자인을 지속적으로 등록하고 있기 때문에, 결국 출원인의 기호에 따라 화상디자인과 화면디자인 중 원하는 유형을 선택하여 등록을 하게 되면서 같은 형태의 디자인에 대하여 다수의 물품류가 생기게 된 것이다.

메타버스 규제를 위해 발의된 법률안에서도 각각의 지식재산권 관련 법률에 따라 발생하는 권리에 대한 보호가 이루어질 수 있도록 규정하고 있기 때문에, 화상디자인의 보호에 대하여는 디자인보호법상의 보호 체계가 우선적으로 정립되어야 한다. 현재는 디자인보호법상 미비한 부분을 디자인 심사기준을 개정하여 보완하고 있는데 이러한 방법은 비법률적 용어를 탄생시킬 뿐만 아니라 권리자로 하여금 명확한 기준을 제시하기 어렵다.

따라서 앞서 언급한 내용을 검토하여 디자인보호법상 화상디자인 제도를 보완하고 이에 따라 디자인심사기준을 개정하는 방향으로 나아가는 것이 바람직하다고 생각한다.

[참고문헌]

<국내문헌>

특허청, 디자인 심사기준, 특허청 예규 제122호.

특허청, 디자인심사기준, 특허청 예규 제129호.

특허청, 물품류별 물품목록, 고시 제2022-27호.

고선영 외, “문화 여가 중심의 메타버스 유형 및 발전 방향 연구”, 「소프트웨어 및 데이터 공학 제10권 제8호」, 2021.

송원철·정동훈, “메타버스 해석과 합리적 개념화”, 정보화정책 제28권 제3호, 2021.

오혜정, “메타버스 플랫폼의 유형별 사례를 통한 콘텐츠 활용방안”, 「인문사회21 제12권 제6호」, 2021.

이병권, “메타버스(Metaverse)세계와 우리의 미래”, 한국콘텐츠학회지 제19권 제1호, 2021.

정태호, “개정 디자인보호법에서의 화상디자인제도에 대한 비판적 고찰”, 「문화·미디어·엔터테인먼트법 제15권 제1호」, 2021.

정태호, “디지털 경제 환경에서의 화상디자인 보호의 한계와 해결방안”, 「산업재산권 제72호」, 2022.

진선태, “동적화상디자인의 디자인법상 성립요건에 관한 실무적 고찰”, 지식재산연구 제15권 제1호, 2020.

최중락, “메타버스 플랫폼 내 경제 활동의 지식재산권 쟁점에 관한 고찰”, 「문화·미디어·엔터테인먼트법 제15권 제2호」, 2021.

김승수 의원 대표발의, “메타버스콘텐츠 진흥에 관한 법률안”, 의안번호 제16158호, (2022. 6. 27.) [계류 중].

김영식 의원 대표발의, “메타버스 산업진흥법안”, 의안번호 제14358호, (2022. 1. 11.) [계류 중].

허은아 의원 대표발의, “메타버스 산업진흥법안”, 의안번호 제17173호, (2022. 9. 1.) [계류 중].

강채원, “불가리, 제페토와 협업한 ‘불가리 월드’ 공개”, 스포츠한국, (2022. 9. 8.).

박준영, “[비바 100] 전 세계 3.2억명이 즐기는 메타버스 플랫폼 ‘제페토’”, 브릿지경제, (2022. 10. 26.),

유용하, “초실감 메타버스 가능케 하는 홀로그램 기술 개발”, 서울신문, (2022. 9. 14.).

임민철, “국가지식재산위원회 ‘메타버스 속 상표권 침해 기준 마련’”, 아주경제, (2022. 4. 1.).

장한지, “초등생에 몸 보여달라?...‘메타버스 성폭력’ 등장에도 처벌 한계”, 아주경제, (2022. 2. 7.).

최지희, “메타버스, 접속 1시간만에 성폭력 범죄 발생 빈번... 유해 콘텐츠 소굴”, 조

明知法學 제22권 제1호

선비즈 (2022. 5. 28.).

<외국문헌>

Smart, JM, Cascio, J. and Paffendorf, J., Metaverse Rodamap Overview, 2007.

[Abstract]

A Study on the Legal Protection of Graphic Design on the Metaverse Platform*

Kim, Minwoo**

With the advent of the non-face-to-face digital era due to the spread and prolonged spread of COVID-19, interest in metaverse, which corresponds to virtual space, has soared, and various platforms have emerged using metaverse-related technologies.

As for the design related to the metaverse, the Design Protection Law did not provide a separate regulation for graphic design at the time, so it was protected as a partial design expressed on the part of the product. With the revision of the Design Protection Law in 2021, the concept of graphic emerged.

Under the revised law, graphics cannot be an effective means of protection for various newly emerging graphic designs because they contain only graphics that are used or functionally used to operate devices. In a situation where new types of graphic design are continuously created, only the most basic form of graphic design is protected, so there are still many graphic designs that are excluded from protection.

In particular, since the design created in the virtual world based on the real world motif is very similar in appearance to the design in the real world, the graphic design protection system under the current law can be a major obstacle to protecting the design created in the virtual space and preventing the rights of others. Therefore, this paper aims to categorize metaverse through prior research, investigate the protection system of graphic design under the current law, and present the direction of improvement of the graphic design system for graphic protection in the virtual world most similar to the real world.

Key words: Metaverse, Metaverse platform, Metaverse design, Graphic design, Design protection law.

* This thesis summarizes and supplements the author's Master's thesis at Myongji University, "A Study on the Legal Protection of Graphic Design: Focusing on Metaverse Design".

** Design Institute of Seokyeong University, Research Associate, Master of Law.

성폭력처벌법상 통신매체이용 음란죄의 성립요건*

신 이 철**

논문요지

오늘날 과학기술의 발달로 스마트폰 사용 및 모바일 환경이 보편화 되면서 통신매체를 이용한 음란행위라는 새로운 유형의 범죄가 빈발하게 되었다. 이러한 행위들을 처벌하기 위하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조의 통신매체이용 음란죄를 두고 있다. 본죄의 보호법익은 ‘성적 자기결정권에 반하여 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 개인의 의사에 반하여 접하지 않을 권리’를 보장하기 위한 것으로 성적 자기결정권과 일반적 인격권의 보호, 사회의 건전한 성풍속 확립을 보호법익으로 한다. 통신매체이용 음란죄의 구성요건은 “자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건’을 상대방에게 도달하게 하는 것이다. 여기서 통신매체이용 음란죄는 수단에 관계없이 음란행위 일반을 처벌하기 위한 것이 아니기 때문에 반드시 통신매체를 이용할 것이 요건으로 하고 있다. 이러한 규정으로 인하여 ‘직접’상대방에게 말, 글, 물건 등을 도달하게 하는 행위나 ‘다른 간접수단(예 : 쿼서서비스, 택배 등)’을 이용한 경우는 본죄로는 처벌할 수 없게 된다. 통신매체를 이용한 수단 보다는 오히려 피해자가 성적 수치심을 일으키는 음향이나 글 등을 받았다는 사실 자체가 중요하다는 점을 고려한다면 입법론적으로는 통신매체이용 음란죄에서 수단을 한정하고 있는 ‘전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여’ 부분을 삭제하거나, 아니면 비통신매체이용 음란죄를 별도의 항으로 신설함으로써 통신매체이용 유무와 관계없이 처벌하는 방법 등을 검토할 수 있다고 본다. 그리고 상대방에게 도달하게 해야 하므로 특정 상대방에게 직접 접하게 하는 경우 뿐만 아니라 이를 인식할 수 있는 상태에 두는 것도 포함된다. 여기서 통신매체이용 음란죄의 주된 보호법익이 성적 자기결정권이라는 점과 상대방(피해자)의 승낙이나 동의와 관계없이 일단 구성요건에 해당하게 될 수 있다는 점을 고려한다면 입법론적으로는 ‘상대방의 의사에 반하여 도달하게 한 사람’으로 분명하게 규정할 필요가 있다고 본다. 한편 더 나아가 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적이 있어야 하는데, 여기서의 ‘성적 욕망’에는 성적인 것이었다면 심리적 만족을 얻고자 하는 욕망도 포함되고 분노감과 결합되어 있더라도 달리 볼 것은 아

* 이 논문은 2023년도 원광디지털대학교의 교비 지원에 의해서 수행됨(This paper was supported by Wonkwang Digital University in 2023).

** 원광디지털대학교 경찰학과 부교수, 법학박사.

나라고 해야 한다.

검색용 주제어: 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 통신매체이용 음란죄, 성적 자기결정권, 성적 수치심이나 혐오감, 미수

· 논문접수: 2023. 06. 18. · 심사개시: 2023. 06. 26. · 게재확정: 2023. 07. 20.

I. 서론

오늘날 과학기술의 발달로 스마트폰 사용 및 모바일 환경이 보편화 되면서, 일상 생활의 전반적인 부분들은 전화, 전자우편, 컴퓨터, 스마트폰을 포함하는 SNS나 메신저 등을 통하여 의사소통이 이루어지고 있다. 이러한 통신매체는 장소와 시간에 구애받지 않는다는 편리함으로 인하여 많은 사람들과 소통하며 유익한 정보를 공유함으로써 삶의 질이 향상된 것은 사실이지만, 반면에 비대면성·익명성과 같은 인터넷의 특성으로 인하여 상대방의 감정을 살피거나, 자신의 행동에 대해서 제대로 숙고를 하지 못하는 가운데 원치 않는 성적 메시지나 이미지(음향이나 영상물)를 일방적으로 보냄으로써 상대방에게 심각한 정서적 피해(불쾌감, 수치심, 두려움)를 유발하는 등 -사이버 성폭력이 증가하면서- 사회적 문제로 부각되고 있다. 특히나 게임 산업의 발달과 미성년자 게임 인구가 늘어나면서 게임 채팅방에서도 통신매체이용 음란죄의 분쟁이 급증하고 있다.¹⁾ 이러한 행위들은 비록 물리적인 접촉은 없지만 현실공간에서의 성폭력에 못지 않게 피해자에게 깊은 상처를 남기며, 나아가 왜곡된 성문화를 강화하는 심각성과 그 폐해는 현실공간에서의 성폭력범죄에 비해 결코 가볍다고 할 수 없다.

전화, 컴퓨터 등을 이용한 음란행위라는 새로운 유형의 범죄가 빈발하는 현실에서, 수신인인 피해자가 자신의 의사에 반하여 성적 수치심 또는 혐오감을 일으키는 글 등을 접하지 아니하도록 하여 그들의 성적 자기결정권을 보호하면서, 이를 통하여 건강한 사회질서를 확립하기 위해서, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력처벌법’이라고 한다) 제13조에 통신매체이용 음란죄의 규정을 두고 2년 이하의 징역 또는 2000만 원 이하의 벌금으로 처벌하고 있다. 그 처벌 수위가 결코 낮다고만 볼 수는 없을 뿐만 아니라, 500시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 성폭력 치료프로그램 이수명령의 대상이 되고(성폭력처벌법 제16조),²⁾ 신상정보

1) <https://www.newspim.com/news/view/20211105000664>(2023. 5. 1. 방문) 통신매체이용음란죄 발생 건수는 2011년 910건에서 2020년 2047건으로 2배 이상 늘어났다. 그 뒤에도 2021년 5067건(147.5% 증가), 2022년 2분기만 2784건(전년도 동기대비 261.6% 증가)으로 매년 폭발적으로 증가하고 있다.

그리고 2023년 1분기 발생한 성폭력범죄 9,820건 중 강제추행(3,614건) 발생건수가 가장 많은 가운데, 통신매체 이용 음란(2,759건)이 그 뒤를 잇고 있다(한국형사법무정책연구원, 분기별 범죄동향 리포트, 2023년 1분기 Vol. 26, 19면). 특히, 2023년 1분기 전체 성폭력범죄의 발생건수는 2022년도 1분기(9,134건) 대비 7.5% 증가한 것에 비해 2023년 1분기 통신매체이용음란죄의 발생건수는 2022년 1분기(2,243건) 대비 23.0% 증가하였다.

2) 이수명령 제도는 2008. 6. 13. 법률 제9112호로 개정된 ‘특정 성폭력 범죄자에 대한 위치추

등록대상자가 되며(성폭력처벌법 제42조, 벌금형을 선고받은 자는 제외),³⁾ 공개명령 또는 고지명령의 대상이 되고(성폭력처벌법 제47조, 제49조, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제49조, 제50조, 이하 ‘아청법’이라고 한다.),⁴⁾ 10년 이내의 취업제한 명령의 대상이 되기도 한다(아청법 제56조).⁵⁾

현실에서는 보통 애정 표현, 수위 높은 농담이라고 대수롭지 않게 여기며 단순 장난이라고 생각하는 사람들도 많지만, 미필적 고의가 인정되어 통신매체이용 음란죄가 인정되는 경우가 적지 않은 바, 성폭력처벌법상 통신매체이용 음란죄가 현재 이루어지고 있는 불법행위를 적절하게 적용되고 있는지를 살펴보기 위해서는 먼저 성폭력처벌법 제13조의 통신매체이용 음란죄의 연혁과 보호법익을 살펴보면서(Ⅱ), 그

적 전자장치 부착에 관한 법률’에 처음 도입되었는데, 법원이 위치추적 전자장치 부착명령을 선고하면서 부과할 수 있는 준수사항 중 하나로 ‘성폭력 치료 프로그램의 이수’가 규정되었다(같은 법 제9조의2 제1항 제4호). 2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정된 청소년성보호법에서는 법원이 아동·청소년 대상 성범죄를 범한 자에 대하여 유죄판결을 선고하는 경우 300시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 이수명령을 병과하여야 한다는 규정을 두었다(같은 법 제13조 제1항). 그 후 2011. 4. 7. 법률 제10567호로 성폭력처벌법이 개정될 때 성폭력 범죄자의 재범을 방지하기 위하여 성폭력처벌법에도 이수명령 제도가 도입되었다(같은 법 제16조 제2항). 도입 당시에는 법원이 성폭력범죄를 범한 사람에 대하여 유죄판결을 선고하는 경우 300시간의 범위 내에서 수강명령 또는 이수명령을 ‘병과할 수 있다’라고 임의적 병과로 규정하였다. 그러나 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 성폭력처벌법은 수강명령 및 이수명령의 상한을 500시간으로 높이고, 수강명령 또는 이수명령을 ‘병과하여야 한다’라고 하여 필요적 병과로 규정하였다(법 제16조 제2항 본문). 헌법재판소 2016. 12. 29. 자 2016헌바153 결정.

3) 통신매체이용음란죄에 대한 신상정보 등록제도는 (1) 2005. 12. 29. 법률 제7801호로 개정된 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’에서 아동·청소년대상 성범죄자에 대한 신상정보 등록제도를 처음으로 도입하였는데, 이때에는 강간, 강제추행 등 일정한 성폭력범죄를 저지른 자 중 재범의 위험성이 있다고 인정되는 자를 등록대상자가 되도록 규정하였다(제22조 제1항). (2) 2007. 8. 3. 법률 제8634호로 전부 개정된 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’은 청소년대상 성범죄로 유죄판결이 확정된 자는 10년 동안 신상정보 등록대상자가 된다고 규정하여(제32조 제1항, 제35조 제1항) 신상정보 등록대상자의 범위를 확대하면서, 아동·청소년 대상 통신매체이용 음란죄를 신상정보 등록대상 범죄로 포함하였다(제32조 제1항, 제2조 제2호 나목). (3) ‘청소년의 성보호에 관한 법률’은 2010. 1. 1. 법률 제9765호로 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(이하 ‘아청법’이라 한다)로 전부 개정되었는데, 2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되면서 신상정보 등록기간을 10년에서 20년으로 연장하였다(제36조 제1항). (4) 한편, 성인 대상 성범죄와 관련된 신상정보 등록제도는 2010. 4. 15. 법률 제10258호로 성폭력특례법이 제정되면서 강간, 강제추행죄 등에 대하여 처음 도입되었으나, 성인 대상 통신매체이용음란죄는 신상정보 등록대상 범죄에 포함되지 않았다(구 성폭력특례법 제32조 제1항). (5) 2012. 12. 18. 아청법 및 성폭력특례법이 모두 전부개정되면서, 신상정보 등록제도는 성폭력특례법에서 규율하는 것으로 일원화되었고, 성인 대상 통신매체이용음란죄도 신상정보 등록대상 범죄가 되었다.

4) 피고인의 연령, 직업, 재범위험성, 범행의 내용과 동기, 범행의 방법과 결과 및 죄의 경중, 공개명령 또는 고지명령으로 인하여 피고인이 입을 불이익의 정도와 예상되는 부작용, 그로 인해 달성할 수 있는 등록대상 성폭력범죄의 예방효과, 피해자 보호 효과 등을 종합적으로 고려하여 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제49조 제1항 단서, 제50조 제1항 단서에 따라 신상정보를 공개·고지하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되면 공개명령 및 고지명령을 선고하지 아니할 수 있다.

참고로, 아동청소년 대상과 성인대상으로 구별되어 있던 신상공개관리를 일원화하여 등록업무는 범죄자 관리를 맡고 있는 법무부가, 공개고지업무는 성폭력 예방업무를 담당하는 여성가족부가 맡고 있다.

5) 국민들은 성범죄자 알림e 사이트(www.sexoffender.go.kr)를 통해 성범죄자 신상정보를 볼 수 있다. 그 외에도 비자 발급 제한, 전자 발찌 부착 등이 부과되어 큰 사회적 제약을 받게 된다.

보호법익에 따라 카메라 등 이용촬영죄의 구성요건을 합리적으로 해석한 다음(Ⅲ), 문제점이 있는 경우 필요하고도 적절한 입법론을 제시하면서 결론(Ⅳ)을 내리기로 한다.

Ⅱ. 연혁과 보호법익

1. 입법적 연혁

성폭력 범죄는 기본적으로 형법 제32장에 규정되어 있는 ‘강간과 추행의 죄’를 통하여 규율되어 왔으나, 성폭력 범죄가 흉포화와 지능화되어 가고 정보화기기를 이용한 음란행위 등 새로운 유형이 증가하자 기존의 기본적인 법체계로 대응하기에는 다소 한계가 있다고 판단하여 성폭력범죄에 대한 처벌을 강화하고 새로운 유형의 성폭력범죄에 체계적으로 대처하기 위하여 1994.1.5. ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’을 제정하게 되었다. 특히, 전화·우편·컴퓨터 등을 이용한 음란행위에 대응하기 위해 동법 제14조에 “자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터 기타 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정함으로써 통신매체이용 음란죄를 최초로 입법화하게 되었다(당시는 친고죄, 동법 제15조 참조).

이러한 입법 이후에도 여전히 잔혹한 성폭력 범죄가 사회적으로 심각한 문제로 인식됨에 따라 그 대책의 일환으로 (구)‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’을 근간으로 2010. 4. 15. 성폭력범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법과, 성폭력을 예방하고 성폭력피해자를 보호·지원함을 목적으로 하는 성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률이 각각 제정되었고 근간이 된 법은 폐지되었다. 이때 2010. 4. 15. 법률 제10258호로 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’이 제정하게 된 동법 제12조의 통신매체이용 음란죄에 대하여 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금으로 법정형을 상향하였다.⁶⁾ 곧이어 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 다시 개정하면서 현재와 같이 통신매체이용 음란죄를 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조로 규정하면서, 사이버 성범죄로 인한 피해가 날로 증가함에 따라 그에 대한 처벌을 강화하기 위해 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 상향 조정함과 동시에 통신매체이용 음란죄를 포함한 성폭력범죄의 친고죄⁷⁾ 및 반의사불벌

6) 최석림, “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제정의 의의 및 과제”, 『의정연구』 제16권 제2호(통권 제30호), 한국의회발전연구회, 2010, 159면.

7) 2012.12.18. 개정 전의 성폭력처벌법 제15조는 비교적 가벼운 3개의 죄 중 하나였던 통신매체이용 음란죄를 친고죄로 규정하고 있었다. 그러나 이에 대해 그동안 중대한 성폭력 범죄를 개인의 문제로 치부하고 합의를 위해 피해자를 협박하여 제2차 피해가 발생하는 등의 문제점이 지적되자(곽병선, 성범죄에 대한 비판적 검토 피해자의 관점에서, 피해자학연구 제14권 제1호, 한국피해자학회, 2006, 167면 이하; 서보학, 형사절차상 성범죄 피해아동 보호방안, 형사정책연구 제7권 제4호, 한국형사정책연구원, 1996, 182면), 2012.12.18. 개정으로 친고죄 규정이 삭제됨으로써 비친고죄가 되었다. 다만 성폭력처벌법 부칙 제9조(친고죄에 관한 경과조치)는 ‘이 법 시행 전에 행하여진 종전의 제10조 제1항(업무상 위력에 의한 추

죄 규정⁸⁾을 모두 폐지하였다. 그리고 한편으로, 통신매체이용음란죄는 아청법과 성폭력처벌법상 성폭력범죄에 해당한다(아청법 제2조 제3호, 성폭력처벌법 제2조 제5호).

한편, 법정형과 관련하여 형법상 음화반포죄(형법 제243조, 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금)⁹⁾ 및 공연음란죄(형법 제245조, 1년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료), 그리고 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자를 처벌하는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률위반(음란물유포)죄(정보통신망법 제74조 제1항 제2호, 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)와, 사업주가 직장 내 성희롱을 한 경우(남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률 제39조 제2항, 1천만원 이하의 과태료)에 비하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상의 통신매체이용 음란죄의 법정형이 과도하다는 지적 등 논란¹⁰⁾이 있었다.

그러나 헌법재판소는 ‘통신매체이용 음란죄는 개인의 성적 자기결정권을 침해하는 행위, 즉 성폭력범죄에 대한 처벌조항으로서 개인적 법익에 관한 범죄이므로, 사회적 법익에 대한 음화반포죄, 공연음란죄, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률위반(음란물 유포)죄와 그 보호법익에 있어 근본적인 차이가 있어 비교 대상이 되지 않는다고 결정하면서, 특히 ‘남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률’ 제39조 제2항은 직장 내 성희롱에 한정하여 적용되는 조항으로서, 가해자와 피해자가 같은 직장에 다니는지 여부와 무관하게 통신매체를 이용하여 음란한 행위를 한 사람을 처벌하는 통신매체이용 음란죄와는 그 규율대상에서 본질적인 차이가 있다는 입장¹¹⁾을 분명히 한 바 있다.

2. 보호법익

성폭력처벌법 제13조에서 정한 ‘통신매체이용 음란죄’의 보호법익을 살펴보는 것은 앞으로 검토하게 될 통신매체이용 음란죄의 구성요건을 해석하고 적용해 나감에 있어서 하나의 기준을 제시해 줄 수 있으므로 이를 먼저 논의할 필요가 있고 또한 적지 않은 의미를 갖게 된다.

먼저, 성폭력처벌법 제13조의 통신매체이용 음란죄는 폭력에 의한 간음이나 추행

행), 제11조(공중밀집장소에서의 추행) 및 제12조(통신매체를 이용촬영)의 죄에 대하여는 종전의 제15조(고소)를 적용한다’고 규정하고 있었다. 따라서 그 이전에 범한 범죄에 대해서는 기존의 친고죄 조항이 그대로 적용된다.

8) 2012.2.1. 개정 전의 아청법 제16조 단서는 본죄의 피해자가 아동·청소년인 경우에는 반의사불벌죄로 규정하고 있었지만, 2012.12.18. 개정으로 반의사불벌죄 규정이 삭제되었다.

9) 형법 제243조에서 규정하고 있는 ‘음란’이란 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 의미한다. 따라서 어떠한 물건을 음란하다고 평가하려면 그 물건을 전체적으로 관찰·평가하여 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 주는 정도를 넘어 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위 등을 적나라하게 표현 또는 묘사하는 것이어야 하고, 음란 여부를 판단함에 있어서는 행위자의 주관적 의도 등이 아니라 그 사회의 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다(대법원 2014. 6. 12. 선고, 2013도6345).

10) 예컨대 상대방의 신체에 대해 유흥력을 행사하는 폭행죄의 징역형과 같다는 것은 균형이 맞지 않는다는 지적으로는 오영근, 형사특별법 정비방안(6) - 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호등에 관한 법률, 형사정책연구원, 2008, 70면.

11) 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014헌바397 결정.

행위 자체가 구성요건에 들어 있지 않은 범죄로서 ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’상 ‘특정강력범죄’에는 해당되지 않는다(특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제2조 제1항 제4호). 이러한 점 때문에 통신매체이용음란죄는 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 범죄라기보다는 오히려 성풍속 내지 피해자의 사생활권을 침해하는 범죄의 성격이 강하므로 정보통신망법상의 명예훼손죄 혹은 형법상 모욕죄나 음란물 관련죄로 의율하면 족하다고 볼 여지가 있다. 그렇지만 우리나라의 통설은 본죄의 보호법익을 일반적 인격권, 사회의 건전한 성풍속, 그리고 ‘성적 자기결정권에 반하여 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 개인의 의사에 반하여 접하지 않을 권리’라고 이해하고 있다.¹²⁾ 대법원 판례 또한 ‘성폭력처벌법 제13조에서 정한 통신매체이용 음란죄는 성적 자기결정권에 반하여 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 개인의 의사에 반하여 접하지 않을 권리를 보장하기 위한 것으로 성적 자기결정권과 일반적 인격권의 보호, 사회의 건전한 성풍속 확립을 보호법익으로 한다’고 판시¹³⁾ 한 바 있다. 결국, 수신인인 피해자 개인이 성적 수치심 또는 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 받지 않도록 하여 성적 자기결정권을 보호하고, 사회일반의 건전한 성적 풍속 및 성도덕을 보호하며, 공공의 혐오감과 불쾌감을 방지하는 것이라고 이해하고 있다.

생각건대 성범죄의 특성에 따라 성적 자기결정권 내지는 성적 자유를 침해하는 것을 속성으로 하는 ‘성폭력 범죄’와, 사회의 성도덕 또는 건전한 성적 풍속을 보호법익으로 하는 ‘성풍속 범죄’로 구분해 볼 때, 성적으로 괴롭히는 통신매체이용 음란죄가 반드시 성적 자기결정의 자유를 침해하는 폭력성을 수반하는 것이라고 단정할 수 없다는 점에서 보면 성폭력 범죄로 분류하기 곤란할 수 있다.¹⁴⁾ 그러나 현행 성폭력 처벌법상의 성폭력 범죄가 무엇을 의미하는지 정의를 별도로 하지 않고 폭행 또는 협박을 요소로 하는 성적 자기결정권을 침해하는 범죄 이에도 널리 성범죄를 포함하고 있다. 그리고 성폭력처벌법상 성범죄의 일종으로 편입되어 있는 이상 - 성행위와 같은 신체적 접촉은 물론- 성의 완전성을 침해하는 일체의 행위라고 보아야 하며, -불법의 차이가 있더라도- 사람의 의사에 반하여 성적인 행위를 한다는 점에서는 차이가 없다고 해야 한다. 그렇다면 보호법익을 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 개인의 의사에 반하여 접하지 않을 권리를 보장하기 위한 소극적 자유인 성적 자기결정권으로 보면서도, 한편으로 일반적 인격권의 보호, 사회의 건전한 성풍속 확립을 부차적인 보호법익으로 이해할 수 있을 것이다. 그리고 본죄는 위태범(위험범)으로 사회 일반의 관점에 비추어 상대방에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으킬 상황이

12) 이동희/류부근, 특별형법 제5판, 박영사, 2021, 314면. 이에 대하여 통신매체이용음란죄의 보호법익을 이렇게 넓게 파악하는 것은 형법해석의 엄격성원칙과 성폭력범죄와 성풍속에 관한 죄를 엄격히 구별하고 있는 우리 형법의 입장과 맞지 않는다는 지적으로는 오영근, 2018년도 형법판례 회고, 형사판례연구[27], 한국형사판례연구회, 박영사, 2019, 548면.

13) 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016도21389 판결. 이에 대한 평석으로는 한국형사판례연구회·대법원 형사법연구회 저, 특별형법 판례100선, 박영사, 2022, 225면(이정재 집필부분. 통신매체이용 음란죄의 보호법익에 있어서 기존의 견해 즉 사회의 건전한 성풍속이라는 추상적 법익 이외에도 ‘성적 자기결정권과 일반적 인격권’이라는 구체적인 법익까지 확대하고 있다는 점에서 긍정적으로 평가하고 있다)

14) 폭력이 있다고 보기 어려운 통신매체이용 음란죄를 성폭력처벌법에 포함시키는 것이 타당한지 의문이라는 입장으로는 도중진/ 이형국/ 김성규/ 윤민석, 형사 특별법 정비방안 (1) - 형사특별법의 정비를 위한 이론적 기초, 한국형사정책연구원, 2008, 131면.

조성되었다면 상대가 실제로 수치심이나 혐오감을 느꼈는가에 대해서는 불문한다.¹⁵⁾

III. 통신매체이용 음란죄의 요건

성폭력처벌법 제13조의 통신매체이용 음란죄는 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건’을 ‘상대방에게 도달’하기만 하면 모든 행위가 처벌대상이 아니라, “자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건’을 상대방에게 도달하게 한 사람”을 처벌하게 된다. 여기서 통신매체이용 음란죄의 성립 범위에 있어서 ‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적’과 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말 등’의 개념 자체에서 오는 모호성과 그 판단 기준이 불명확한 관계로 처벌되는 범위를 둘러싸고 다소간 논란이 있다. 특히나 본 범죄로 유죄판결이 확정되면 신상 정보 등록대상자가 되며 수강명령도 병과되고 취업제한이 이루어지는 등 불이익을 받게 되므로 본죄의 요건을 엄격하게 해석할 필요가 있을 것이다.

특히나 통신매체이용 음란죄의 경우 고소하는 측에서는 두 사람 사이에 나눈 대화라서 공연성을 요구하는 명예훼손죄나 모욕죄는 성립되지는 않지만 성범죄로 의욕되기를 원하는 경향이 있다. 따라서 본죄는 공연성과 관계없으므로 공연성(불특정 다수에게 전파될 가능성)이 충족되지 않더라도 성립하는 범죄이므로 1:1로 메시지를 주고 받은 경우, 익명 채팅이나 랜덤 채팅 등 얼굴도 모르는 사람과 대화를 나누는 경우라도 본죄의 성립요건에 충족되어 통신매체이용 음란죄가 성립한다. 그러나 피해자가 동의해서 찍은 사진인지 여부나 혹은 피고인에게 피해자로 하여금 성적 수치심을 느끼게 하려는 목적이 있었는지는 본죄의 구성요건이 아니라는 점이다.

한편으로, 정보통신망법 제74조 제1항 제2호(정보통신망을 이용한 음란한 부호 등의 배포 등)는 음란물을 대상으로 한다는 점에서는 성폭력처벌법상의 통신매체이용 음란죄와 비슷하다.¹⁶⁾ 그러나 정보통신망법의 구성요건은 전달방식이 ‘정보통신망의

15) 만약 이 죄가 침해범이라면 검사는 피해자가 스스로 각각의 순간적인 상황에 응해 수치심을 느꼈음을 증명해야 하므로 성립이 사실상 어려워진다.

16) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 2. 제44조의7 제1항 제1호를 위반하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7(불법정보의 유통금지 등) ① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보

여기서 ‘정보통신망’이라고 함은 전기통신기본법 제2조 제2호에 따른 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 말한다(정보통신망법 제2조 제1항 제1호). 대표적인 정보통신망으로는 인터넷 포털사이트, 카카오톡, 네이버 밴드 등을 들 수 있다. 그리고 “전기통신설비”란 전기통신을 하기 위한 기계·기구·선로 또는 그 밖에 전기통신에 필요한 설비를 말한다(전기통신기본법 제2조 제2호, 전기통신사업법 제2조 제2호). 여기에는 공적인 망 이외에도 전국 은행정보 통신시스템 등 사적인 망도 포함되므로 각종 인트라

이용'으로 제한되고 행위태양이 '배포·판매·임대·공연전시'라는 점에서, 통신매체 이용 음란죄의 행위 방법은 '통신매체를 이용'하고 '상대방에게 도달'해야 한다는 점에서 차이가 있다. 또한 아청법 제11조 제3항은 '아동·청소년성착취물을 배포·제공하거나 이를 목적으로 광고·소개하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다'고 규정하고 있는데, 음란물이 대상이라는 점에서는 성폭력처벌법상의 통신매체이용 음란죄와 비슷하다. 그러나 아청법은 특정인 아닌 일반대중을 대상으로 하고 있지만, 통신매체이용 음란죄는 도달의 상대방 즉 특정인을 대상으로 한다. 또한 아청법은 아동·청소년을 음란물 제작의 대상으로 사용하고 있지만, 통신매체이용 음란죄는 음란물의 내용이 일반인인 경우도 무방하다. 또한 아청법은 배포 등의 수단이지만, 통신매체이용 음란죄는 행위태양이 도달하게 하는 것이라는 점에서 차이가 있다.¹⁷⁾ 아래에서 살펴볼 통신매체이용 음란죄의 성립요건 중에서 주체에는 제한이 없으므로 남자가 여자에게, 여자가 남자에게, 동성끼리 등 누구라도 이에 해당할 수 있다.

1. 행위방법(수단) : 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 이용

통신매체이용 음란죄는 그 수단으로 '전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여' 하도록 규정되어 있기 때문에, 범죄의 수단으로 전화, 우편, 컴퓨터 등 통신매체를 이용할 것이 요건이 된다. 여기서의 통신매체(通信媒體)는 - 명문으로 성폭력처벌법에서 별도의 정의규정을 두고 있지는 않지만- 전화, 우편, 컴퓨터 그 밖에 일반적으로 통신매체라고 인식되는 수단을 포함하며, -정보의 내용은 부호, 문언(글), 음향(소리), 화상(그림), 영상 또는 사물 그 자체 등 형태와 종류에 구애받지 않는 것은 물론이고- 매체의 개방성·폐쇄성 및 정보의 전파 가능성(공연성) 등도 별도로 구별하거나 문제되지 않는다.

보통 온라인 게임을 하는 중 대화창에 상대방에 대하여 성적으로 음란한 내용의 글 또는 그림, 영상 등을 상대방에게 보내면 형사처벌의 대상이 될 수 있다. 그렇다면 현행법상으로는 신체접촉을 수반하는 추행이나 강간을 포함하여, 통신매체를 이용한 음란행위, 디지털 성폭력 등 성폭력범죄로 규정하여 처벌하고 있다.

문제는 신체접촉이 없더라도 비전형적인 방식으로 행위자가 성적 수치심 등을 일으키는 물건을 상대방에게 전달하여 성범죄가 발생하고 있는데, 현행법상 입법의 미비라는 지적이 있다. 그러나 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하는 등의 목적으로 '전화, 우편, 컴퓨터나 그 밖에 일반적으로 통신매체라고 인식되는 수단을 이용하여' 성적 수치심 등을 일으키는 말, 글, 물건 등을 상대방에게 전달하는 행위를 처벌하고자 하는 것임이 문언상 명백하므로, 전화, 우편, 컴퓨터나 그 밖에 일반적으로 통신매체라고 인식되는 수단을 이용하지 아니한 채 '직접' 상대방에게 말, 글, 물건 등을 도달하게 하는 행위는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조로는 처

넷을 이용한 것도 포함한다. 한편 "전기통신"이라 함은 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 부호·문언·음향 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다(전기통신기본법 제2조 제1호). 예컨대 인터넷 포털사이트 게시판, 군청 홈페이지 게시판 등이 여기에 해당한다.

17) 박상기/전지연/한상훈, 형사특별법, 집현재, 2013, 222면.

별할 수 없게 된다.¹⁸⁾ 그렇다면 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 이용하지 아니한 채 ‘직접’ 상대방에게 말, 글, 물건 등을 도달하게 하는 행위는 당연히 본죄의 처벌대상이 되지 않는다. 또한 통신매체가 아닌 ‘다른 간접수단(예 : 쿼서비스, 택배 등)’을 이용한 경우도 마찬가지로 본죄가 성립하지 않는다고 해야 한다.

이와 관련하여 피고인이 성적 수치심 등을 일으키는 내용의 편지를 작성하여 이를 수차례에 걸쳐 피해자의 주거지 출입문에 끼워 넣은 사실로 기소된 사건에서, 대법원 판례도 - 원심과는 달리-¹⁹⁾ ‘성적 수치심을 일으키는 내용의 편지를 작성하여 6차례나 피고인(46세, 일용노동, 경북 문경시 점촌동 원룸거주)이 직접 옆집에 사는 피해자(여, 47세)의 주거지 출입문에 끼워 넣어 도달하게 하였더라도 통신매체를 이용한 도달로 볼 수 없어 성폭력처벌법 제13조의 통신매체이용 음란죄는 성립하지 않는다’고 판시²⁰⁾한 바 있다. 생각건대 피고인의 행위가 이웃집 현관문에 음란한 내용을 적어 쪽지를 자신이 직접 꽂아 둔 행위에 대해 그 쪽지로 인하여 성적수치심과 고통을 느꼈을 것이 분명하고 비난가능성이 높은 것은 사실이다. 그렇다고 통신매체를 이용하지 아니한 채 ‘직접’ 상대방에게 말, 글, 물건 등을 도달하게 하는 행위까지 포함하여 위 규정으로 처벌할 수 있다고 보게 되면 법문의 가능한 의미의 범위를 벗어난 해석이며 실정법 이상으로 그 처벌 범위를 확대하는 것이 된다. 왜냐하면 죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구하므로 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되어서는 안되기 때문이다.²¹⁾ 그렇다면 형사처벌을 위해 형법상의 대원칙인 죄형법정주의를 무시하는 법해석을 할 수 없다는 점, 피고인이 자신의 손으로 편지를 전달한 것은 사전적으로나 상식적으로나 사람의 손을 ‘통신매체’라고 할 수 없다는 점에서 대법원 판례는 타당하다고 해야 한다.

그러나 이렇게 이해하게 되면 행위자가 음란물을 ‘직접’ 또는 ‘제3자’를 통해 전달하거나 통신매체 이외의 수단으로 한 경우는 성폭력처벌법 제13조의 통신매체이용 음란죄는 물론, 정보통신망법 제44조의7 제1항 제3호나 제74조 제1항 제3호로도 처벌하는 것이 어렵게 된다. 그 외에도 음란한 그림 등을 사회 일반에 반포하는 경우에 성립하는 형법 제243조 음화반포죄²²⁾는 물론, 경범죄처벌법 제3조 제1항 제19호

18) 이동희/류부곤, 앞의 책, 314면.

19) 대구지방법원 상주지원 2015. 2. 3. 선고 2014고단142 판결(징역1년에 처하며 40시간의 성폭력 치료프로그램의 이수를 명한 사건임-- 신상정보 등록 및 제출의무는 있지만, 신상정보 공개명령 또는 고지명령의 면제하였다); 대구지방법원 2015. 10. 30. 선고 2015노3548 판결(심신장애는 받아들이지 않았지만 잘못을 깊이 반성하고 1994년 이후 실행전과는 없다는 점을 근거로 양형부당의 주장을 받아들여 징역6월에 처하며 40시간의 성폭력 치료프로그램의 이수를 명한 사건임- 신상정보 등록 및 제출의무는 있지만, 신상정보 공개명령 또는 고지명령은 면제함).

20) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2015도17847 판결. 그 편지 내용은 “나는 너의 보지를 늘 줄라게 뽕고 싶다, ○○○호 여자야’ 빨리, 누나 보지 늘 사랑해” 및 여성의 성기 모양이 그려진 편지를 작성한 것이다.

21) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결.

22) 형법 제243조(음화반포 등)는 ‘음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다’고 규정하고 있는데 이는 음란물 배포에 관한 일반적인 처벌규정을 두고 있는 것이다. 특히 정보통신망을 통하여 음란영상 등이 배포되는 경우를 염두에 두고 별도로 규정한 구

(불안감 조성)이나 제41호(지속적 괴롭힘)에도 해당하지 않음으로써²³⁾ 처벌할 명시적인 근거가 사실상 없는 관계로 처벌의 공백이 우려되는 것은 사실이다.

이러한 이유로 대법원 판례가 반드시 통신매체를 이용하여 음란한 내용을 전달한 경우에만 통신매체이용 음란죄가 성립한다고 판시한 것을 놓고, 통신매체를 이용한 수단으로만 피해자에게 도달하는 것이 중요한 것은 아니고 오히려 피해자가 성적 수치심을 일으키는 음향이나 글 등을 받았다는 사실 자체가 중요하다는 점, 그리고 통신매체를 이용하지 않고 피해자에게 직접 전달하는 행위가 오히려 성적 수치심을 더 크게 유발할 수도 있다는 점 등을 고려해 볼 때 비판의 목소리가 나올 수 있다. 그러나 성폭력처벌법 제13조의 입법목적과 그 취지가 수단에 관계없이 음란행위 일반을 처벌하기 위한 것이 아니라는 점, 그리고 다른 수단을 이용한 음란행위를 처벌하게 되면 처벌범위가 음란행위 일반으로 확대되어 지나친 형벌권 발동이 이루어질 수 있다는 점 등을 종합적으로 고려해 볼 때 현행의 규정을 그대로 유지²⁴⁾하는 것이 오히려 설득력이 있다고 생각된다.

헌법재판소도 ‘상대방을 직접 대면하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말을 하거나 영상을 보여주는 등의 행위를 처벌대상으로 하지 않고 있는 반면에, 통신매체의 특성상 통신매체를 이용한 음란표현은 무작위로 발견한 특정인이나 불특정 다

성요건이 정보통신망법 제74조 제1항 제2호(음란영상 등 배포죄)로서 ‘제44조의7 제1항 제1호를 위반하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다’고 규정하고 있다.

여기서 두 죄에서 - 음란성의 개념은 모두 동일하지만- 형법상 음화반포죄의 객체는 ‘문서, 도화, 필름 기타 물건’이지만(음란물), 정보통신망법 제74조 제1항 제2호(음란영상 등 배포죄)의 객체는 ‘부호·문언·음향·화상 또는 영상’이다. 따라서 컴퓨터 프로그램 화일은 문서, 도화, 필름 기타 물건 어디에도 속하지 않기 때문에 형법상 음화반포등죄의 객체가 될 수 없고 정보통신망법 위반죄의 객체가 될 수 있을 뿐이다(대법원 1999. 2. 24. 선고 98도3140 판결).

참고로 구 전기통신기본법(1996. 12. 30. 법률 제5219호로 개정된 것) 제48조의2 “전기통신역무를 이용하여 음란한 부호·문언·음향 또는 영상을 반포·판매 또는 임대하거나 공연히 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.”를 신설하였던 것이다. 그러나 전기통신의 효율적 관리와 전기통신사업의 발전·촉진을 목적으로 하여 전기통신사업을 규제하는 전기통신기본법에 음란정보를 유통시킨 일반인을 처벌하는 규정을 두는 것은 법체계상 어울리지 않는다고 보아 위 조항은 삭제되었고, 2001. 1. 16. 법률 제6360호로 전부 개정된 구 정보통신망법에 이 사건 법률조항을 두게 된 것이다).

그리고 형법상 음화반포죄의 행위 태양은 ‘반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영’인 반면 정보통신망법 제74조 제1항 제2호(음란영상 등 배포죄)의 행위 태양은 ‘배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시’(음화반포죄와 달리 상영행위는 제외되어 있음)로 명문상 차이가 있다.

23) 제3조(경범죄의 종류) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료(科料)의 형으로 처벌한다. 19. (불안감조성) 정당한 이유 없이 길을 막거나 시비를 걸거나 주위에 모여들거나 뒤따르거나 몹시 거칠게 겁을 주는 말이나 행동으로 다른 사람을 불안하게 하거나 귀찮고 불쾌하게 한 사람 또는 여러 사람이 이용하거나 다니는 도로·공원 등 공공장소에서 고의로 혐악한 문신(文身)을 드러내어 다른 사람에게 혐오감을 준 사람 41. (지속적 괴롭힘) 상대방의 명시적 의사에 반하여 지속적으로 접근을 시도하여 면회 또는 교제를 요구하거나 지켜보기, 따라다니기, 잠복하여 기다리기 등의 행위를 반복하여 하는 사람

24) 조현욱, 통신매체이용음란죄의 문제점과 개선방안, 일감법학 제38호, 건국대학교 법학연구소, 2017, 219면. 그대로 유지하되, 다만 일부 구성요건을 수정하는 방안을 제시하고 있다. 예컨대 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는’ 이라는 요건을 ‘음란’개념으로 대체하고, 또한 ‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발시키거나 만족시킬 목적으로’ 하는 문구를 삭제해 주장하고 있다.

수인을 상대로 반복적으로 또는 동시 다발적으로 광범위하게 이루어질 위험성이 있으므로 반복가능성이나 피해의 광범성 등의 측면에서 그 죄질, 행위태양, 행위의 성격 등이 상대방을 직접 대면한 음란표현과 동일하다고 평가하기 어려운 점에 비추어 볼 때, 통신매체를 이용한 음란표현만 처벌하는 것에 합리적인 이유가 있다'는 결정을 하면서 평등원칙에 반하지 않는다는 입장을 취하고 있다.²⁵⁾

다만, 통신매체를 이용한 음란행위 이외에 다른 수단을 이용한 음란행위까지도 처벌하기 위해 명문의 규정을 두려는 입장도 어느정도 이해는 간다. 그렇지만 그러한 미비점을 보완함으로서 처벌의 공백을 반드시 막아야 할 필요가 있다면 그것은 국회의 입법을 통하여 보완하는 것이 올바른 방법이 될 것이다. 예컨대 통신매체이용 음란죄에서 수단을 한정하고 있는 '전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여' 부분을 삭제하거나(물론 이 경우에는 구성요건의 고유성을 찾기 어렵다는 비판은 있을 수 있다),²⁶⁾ 아니면 비통신매체이용 음란죄를 별도의 항으로 신설함으로써 통신매체이용 유무와 관계없이 처벌하는 방법 등²⁷⁾이 그것이다. 다만, 형식적인 행위 방법의 차이는 있지만, 그 행위로 인한 법익침해의 정도가 같다면 동일한 법정형으로 처벌²⁸⁾해도 될 것으로 본다.

2. 대상물 : 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건

(1) 의미와 판단기준(해석기준)

개인 간의 모든 통신매체를 이용한 표현의 전달행위를 처벌하는 것이 아니라, 사회통념에 비추어 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 표현을 도달하게 한 경우만 처벌하고 있다. 명예훼손이나 모욕죄처럼 '공연성' (불특정 또는 다수가 인식할 수 있는 상태)을 요건으로 하지 않아서 개인적인 통화의 내용이나 문자, 사진 등도 통신매체를 이용한 음란죄에 해당할 수 있다.

현재 '성적 수치심' 혹은 '혐오감'이라는 용어는 다양한 법률에서 이미 사용되고 있는 가운데, 문언 자체만으로 그 의미를 바로 알기가 어렵지만,²⁹⁾ 대법원 판례는 '성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 것'은 피해자에게 단순한 부끄러움이나 불쾌감을 넘어 인격적 존재로서의 수치심이나 모욕감을 느끼게 하거나 싫어하고 미워하는 감

25) 헌법재판소 2019. 5. 30. 선고 2018헌바489 전원재판부 결정.

26) '전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여'라는 문언을 삭제해야 하는 것은 아닌지 검토해야 할 필요성이 있다는 입장으로는 오영근, 통신매체이용음란죄의 성립범위 [대상판례] 대법원 2016. 3. 10. 선고 2015도17847 판결, 로앤비 천자평석, 2017.5.11, 1면.

27) 성폭력처벌법 제13조, 정보통신망법 제74조 제1항 제2호 그리고 형법 제243조를 모두 포섭하는 구성요건과 법정형을 형법에 규정하는 방식이 가장 바람직하다는 입장으로는 조현욱, 통신매체이용음란죄상 통신매체의 범위와 링크 전송행위의 도달 해당 여부- 대법원 2016. 3. 10. 선고 2015도17847 판결; 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016도21389 판결 - , 외법논집 제41권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017, 288면.

28) 김용화/정준섭, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 실체법 규정의 개정방안-국회 개정 발의안을 중심으로-, 법학연구 제29권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2018.6, 124면.

29) 우리 법체계 아래에서 '성적 수치심' 혹은 '혐오감'이라는 용어는 성폭력처벌법 제14조 제1항, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제4호 다목, 아동복지법 제17조 제2호, 항공보안법 제23조 제1항 제4호, 철도안전법 제47조 제1항 제5호 등에서 사용되고 있다.

정을 느끼게 하는 것으로서 사회 평균인의 성적 도의관념에 반하는 것을 의미한다고 판시³⁰⁾하고 있다. 그리고 이와 같은 성적 수치심 또는 혐오감의 유발 여부를 판단하는 기준과 주체가 누구인지가 법문상 명확한 것은 아니지만, 성폭력처벌법의 입법목적과 전체 문언 등을 종합해 볼 때 - 표현 상대방의 주관이 아닌- 판례는 ‘일반적이고 평균적인 사람들을 기준으로 하여 판단함이 타당하고, 특히 성적 수치심의 경우 피해자와 같은 성별과 연령대의 일반적이고 평균적인 사람들을 기준으로 하여 (법관이) 그 유발 여부를 판단하여야 한다’고 판시³¹⁾하고 있다. 물론, 성적 자유를 침해당했을 때 느끼는 성적 수치심은 부끄럽고 창피한 감정만으로 나타나는 것이 아니라 다양한 형태로 나타날 수 있다.³²⁾

그런데 여기서 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는’이라는 의미가 ‘음란’과 동일한 개념인지³³⁾ 아니면 더 넓은 개념인지가 문제된다. 본죄의 조문 제목을 ‘통신매체를 이용한 음란행위’라고 하면서, ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 하는 행위’를 음란행위라고 규정하고 있다는 점, 성폭력처벌법에서 통신매체이용 음란죄가 성폭력범죄의 하나로 규정하고 있다는 점, 형법의 개입대상이 되기 위해서는 음란 정도의 수준에는 이르러야 한다는 점 등을 종합적으로 고려해 볼 때 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는’의 문언은 그 내용이나 모습이 음란성을 띠거나³⁴⁾ ‘음란’을 의미³⁵⁾하는 것으로 제한 해석되어야 할 것으로 본다.

헌법재판소도 (구)‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’제2조 제5호 등 위헌제청 사건에서 위 법률 제2조 제4호 다목의 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위’는 규범적으로 ‘인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성적 표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것’으로 해석되는 음란한 행위의 의미와 별다른 차이가 없다고 판시하였다.³⁶⁾ 이는 음란물에 있어 음란의 개념을 ‘사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것’으로 해석하는 헌법재판소 및 대법원의 태도와 궤를 같이하는 것이다.³⁷⁾ 사정이 그러하다면 수범자로서는 통신매체이용 음란죄가 금지하고 있는

30) 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016도21389 판결; 대법원 2022. 9. 29. 선고 2020도11185 판결.

31) 헌법재판소 2016. 12. 29. 선고 2016헌바153 전원재판부 결정; 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016도21389 판결. 그리고 카메라등이용촬영죄에 관한 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도7007 판결 참조.

32) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021도7538 판결.

33) 임희진, “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법”의 검토, 이화젠더법학 제5권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2013.12, 186면. 따라서 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는’을 ‘음란한’으로 바꾸어야 한다는 입장으로는 박상기/신동운/손동권/신양균/오영근/전지연, 형사특별법론-5대 형사특별법, 한국형사정책연구원, 2009, 685면.

34) 박상기/전지연/한상훈, 형사특별법, 집현재, 2013, 221면.

35) 이주원, 특별형법 제8판, 홍문사, 2022, 503면. 유사한 구성요건인 정보통신망법 제74조 제1항 제2호가 ‘음란한’이라는 수식어를 규정하고 있는 점에 비추어 타당한 해석이라는 입장으로는 김정환/김슬기, 형사특별법, 박영사, 2021, 84면. 그 외에도 음란개념으로 대체해도 무방하다는 견해로는 조현욱, 앞의 논문, 207면.

36) 헌법재판소 2015. 6. 25. 2013헌가17 등 참조.

37) 헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16; 헌법재판소 2009. 5. 28. 2006헌바109등; 헌법재판소 2013. 8. 29. 2011헌바176 등; 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결; 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007도47129 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도244 판결 등 참조.

‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는’ 표현의 판단기준 또는 해석기준이 음란이라는 개념으로부터 도출되어야 함을 알 수 있다.³⁸⁾

음란성은 -사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적이고 유동적인 것이며 추상적인 것은 사실이지만-, 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 의미한다고 해야 하고, 주관적 의도가 아니라 그 사회의 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다.³⁹⁾ 그렇다면 음란이라는 개념은 그동안 학설과 함께 기존의 판례를 통해 꾸준히 축적되어 온 개념이므로 대체한다고 하더라도 크게 무리가 없다고 생각된다.

다음으로는, 그 대상물이 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 ‘말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건’으로 규정되어 있는데,⁴⁰⁾ 여기에서 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건이 아닌 웹페이지 링크를 보내는 것도 이에 포함될 수 있는지 문제된다. 이와 관련하여 웹페이지 링크를 보내는 것은 사진을 직접 전송하는 것은 아니라고 볼 여지도 있지만, 대법원은 ‘사진 등이 담긴 웹페이지 링크를 보낸 것은 사진을 직접 전달한 것과 다를 바가 없다’고 판시⁴¹⁾하고 있다. 결국, 통신매체이용 음란죄는 직접적으로 사진이나 영상을 보내는 것 뿐만 아니라, 사진이나 영상이 있는 링크를 보내는 행위도 성립 요건을 충족하게 된다.

(2) 판례의 동향

본죄로 처벌된 대표적 판례 사안으로는 피해자의 핸드폰에 ‘한번 하자’라는 문자메세지를 보내고 성기가 찍힌 포토메일을 전송한 행위,⁴²⁾ 전화를 걸어 ‘오빠랑 한번 하자’는 말과 함께 신음소리를 낸 행위,⁴³⁾ 우연히 알게 된 여자에게 전화를 걸어 ‘폰섹스를 하자, 같이 자위를 하자’ 등의 말을 한 경우,⁴⁴⁾ 직장동료였던 피해자에게 전화를 하여 약 30여초에 걸쳐 ‘아~하’라는 성행위 신음소리를 낸 행위,⁴⁵⁾ 다산콜센터 상담사에게 ‘아가씨 몇 살이야? 나와 잘래?’ 라는 내용의 문자메세지를 보낸 경우⁴⁶⁾ 등이 그것이다.

그 외에도 최근에는 피고인은 피해자와 식당을 동업하면서 알게 되어 피해자와 성관계를 하면서 찍은 피해자의 나체 사진 2장을 다른 사람과 함께 있는 피해자에게

38) 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014헌바397 결정.

39) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결 참조.

40) 이와 달리 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제1항 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다. (1호. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보)

여기서 주의할 것은 성폭력처벌법 제13조는 ‘글’이 포함되어 있음은 물론, ‘말과 음향’이 모두 포함되어 있지만, 정보통신망법 제44조의7은 ‘문언’이 포함되어 있고, ‘말’은 빠지고 ‘음향’만 포함되어 있다.

41) 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016도21389 판결.

42) 광주고등법원 2004. 12. 3. 선고 2004노127 판결(확정).

43) 서울남부지방법원 2004. 8. 4. 선고 2004노521 판결(확정).

44) 서울지방법원 2003. 12. 30. 선고 2003고단9684 판결(확정).

45) 수원지방법원 2003. 6. 30. 선고 2003고단1204 판결(확정).

46) 서울북부지방법원 2014. 8. 20. 선고 2014고단 1364(확정).

휴대전화 카카오톡 메신저를 이용하여 - 사진의 영상을 직접 전송한 것이 아니라 자신의 사진이 저장되어 있는 드롭박스 애플리케이션에 접속할 수 있는 인터넷 주소를 링크하여- 전송한 사안에서, 원심법원은 ‘피고인이 전송한 사진이 성적 수치심이나 혐오감을 일으키거나 피고인에게 자신 또는 피해자의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적이 있었다고 인정하기 부족하다’며 유죄로 판단한 제1심판결을 파기하고 무죄로 판단하였다.⁴⁷⁾ 그러나 대법원은 ‘피해자가 동의해서 찍은 사진인지 여부나 피고인에게 피해자로 하여금 성적 수치심을 느끼게 하려는 목적이 있었는지는 공소사실의 구성요건이 아니며 피해자가 피고인에게 남편과 식사 중이라는 말을 했는데도 계속 카카오톡으로 피해자의 나체사진을 접속할 수 있는 링크 주소를 메시지로 보낸 것은 일반적이고 평균적인 사람을 기준으로 했을 때 수치심을 느낄만 하다’고 판시⁴⁸⁾한 바 있다. 또한 상사계급의 군인인 피고인이 20세의 여성 하사인 피해자에게 일과 시간 이후 저녁에 1시간 가량 전화를 하면서 ‘교제하는 여성과 성관계 경험은 있는지 여부와 성관계를 하지 않은 이유에 대한 질문, 성관계 자세를 포함한 자신의 성관계 경험과 당시 느꼈던 기분’을 이야기한 경우 피고인의 발언이 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말에 해당한다고 판시⁴⁹⁾하고 있다.

3. 대상과 행위태양: 상대방에게 도달하게 하는 것

(1) 상대방

성폭력처벌법 제13조의 통신매체이용 음란죄는 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 ‘상대방’에게 도달하게 하여야 한다. 여기서 먼저 특정한 ‘상대방’에게 도달하게 해야 하므로 특정인에게 전송하는 것이다. 따라서 행위가 특정인에게 전송하지 않고 불특정 다수인을 위한 인터넷 사이트 게재, 배포, 판매, 임대, 공연전시 등을 한 경우에는 - 정보통신망법 제74조 제1항 제2호(정보통신망을 이용한 음란한 부호 등의 배포)등 다른 법률이 적용되어야 하는 것은 별론으로 하고- 적어도 통신매체이용 음란죄에는 해당하지 않는다. 또한 -음란물 유포죄와는 달리- 통신매체 이용 음란죄는 여러 사람이 볼 수 있어야 하는 것이 범죄구성요건이 아니므로, 1 대 1 채팅방에서 나눈 이야기라도 처벌이 가능하게 된다.

또한 사진 등이 피해자의 동의를 받아 촬영된 것인지 여부 및 사진 내용이 제3자에게 공개되었는지 여부는 여기서의 ‘상대방에게 도달하게 하는 것’의 구성요건이 아니다.

이와 관련하여 첫째 피해자의 나체사진 등을 ‘피해자 본인’에게 통신매체를 이용하여 도달하는 것이 성폭력처벌법 제13조의 위반에 해당할 수 있는가에 있다. 이에 대법원 판례는 피해자의 동의를 받아 촬영되었다고 하더라도 그 사진을 피해자에게 도

47) 서울동부지법 2016. 12. 1. 선고 2016노147 판결. 영상을 직접 전송한 것도 아니고 인터넷 주소를 링크하였을 뿐이고 피해자의 의사에 반해 촬영된 것도 아니고 피해자를 협박하려는 의도나 성적 수치심을 느끼게 하려는 목적이 있었다고 볼 수 없다는 이유 등으로 무죄를 선고하였다.

48) 대법원 2017. 6. 8. 선고, 2016도21389 판결.

49) 대법원 2022. 9. 29. 선고 2020도11185 판결. 피고인에게 ‘성적욕망을 유발하거나 만족시킬 목적’ 또한 있었다고 판단하고 있다.

달하게 할 당시 피해자의 의사에 반하여 이루어진 것이라면 통신매체이용 음란죄가 성립할 수 있다는 입장이다.⁵⁰⁾

생각건대 성폭력처벌법 제14조(카메라 등을 이용한 촬영) 제1항 촬영물의 ‘제공’은 비록 제공의 상대방에서 피해자를 제외하지는 않았다, 그렇지만 제3자로의 유포를 금지하여 피해자의 2차 피해를 방지하기 위한 것이므로 ‘제공’에 해당하지 않는다고 해야 하며,⁵¹⁾ 판례 또한 촬영대상이 된 피해자 본인에게 촬영물을 교부하는 행위는 제공의 상대방에 해당하지 않는다’고 판시⁵²⁾함으로써 피해자 본인은 제공의 상대방인 특정한 1인 또는 소수의 사람에 포함되지 않는다는 점을 분명히 하였다. 여기서 성폭력처벌법 제14조(카메라 등을 이용한 촬영)의 촬영물 ‘제공’은 촬영대상자가 피해자이다. 그러나 이와 달리 성폭력처벌법 제13조(통신매체를 이용한 음란행위)의 피해자는 촬영대상자가 아니라 ‘음란한 영상 등을 받은 사람’이 피해자이므로 피해자 본인에게 통신매체를 이용하여 전송하는 것도 다른 구성요건을 충족하는 한 성폭력처벌법 제13조(통신매체를 이용한 음란행위)위반죄가 성립한다고 보는 것이 타당할 것이다.

둘째는 ‘상대방(피해자)의 승낙을 받아 그 의사에 따라’ 전송하여 도달하게 된 경우 어떻게 취급할 것인가에 있다. 현재 성범죄처벌법상의 통신매체이용 음란죄(제13조)는 - 카메라이용 촬영죄(제14조 제1항)가 그 ‘의사에 반하여’ 촬영한 경우를 처벌하도록 명문으로 규정하고 하는 것과는 다르게 - 적어도 법문에 ‘의사에 반하여’ 도달하게 한 사람이라고 규정하고 있는 것은 아니다. 이와 관련하여 상대방의 승낙을 받고 그 의사에 따라 전송한 경우에 학설은 구성요건해당성이 배제된다는 견해와 위법성이 조각된다는 견해,⁵³⁾ 구성요건 해당성이 배제되거나 위법성이 조각된다는 견해⁵⁴⁾의 대립이 있다. 하급심 판례 중에는 ‘성인 남성 사이에 합의하에 사진을 받겠다고 하여 이루어진 것으로 피해자의 유효한 승낙이 있었음이 분명하므로 피고인에 대한 공소사실은 피해자의 승낙이 있는 경우에 해당하여 범죄가 되지 아니한다’고 판시⁵⁵⁾한 것이 보인다.

생각건대 통신매체이용음란죄(제13조)의 법문을 그대로 해석한다면 상대방(피해자)의 승낙이나 동의와 관계없이 일단 구성요건에 해당하게 됨으로써 심지어는 성인 연인 간의 음란 영상 전송도 모두 처벌될 수 있는 것처럼 보인다. 그러나 통신매체이용 음란죄의 주된 보호법익이 성적 자기결정권으로 이해되고 있고, 상대방의 승낙을 받아 그 의사에 따라 도달된 경우라면 상대방의 성적 자유를 침해하는 것은 아니므로 위법성이 조각되어 범죄가 성립하지 않는다고 이해될 수 있을 것이다. 적어도 이러한 불필요한 논쟁을 없애기 위해서는 현행 성범죄처벌법상의 통신매체이용 음란죄(제13조)가 ‘상대방에게 도달하게 한 사람’으로 규정되어 있는 것을 - 성폭력처벌법상 카메라이용 촬영죄(제14조 제1항)와 마찬가지로 - ‘상대방의 의사에 반하여 도달하

50) 대법원 2017. 6. 8. 선고, 2016도21389, 판결.

51) 민철기, 피해자 본인에게 촬영물을 교부하는 행위가 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제1항의 ‘제공’에 해당 하는지 여부, 대법원판례해설 118호, 법원도서관, 2019, 703면.

52) 대법원 2018. 8. 1. 선고 2018도1481 판결.

53) 조현욱, 통신매체이용음란죄의 문제점과 개선방안, 일감법학 제38호, 건국대학교 법학연구소, 2017, 213면.

54) 손동권/손민정, 주식 특별형법, 율곡출판사, 2022, 179면.

55) 보통군사법원 2015, 6, 25, 선고 2015고11판결.

게 한 사람'으로 개정⁵⁶⁾을 한다면 이러한 논란이 해소될 것으로 생각된다.

(2) 도달

성폭력처벌법 제13조의 통신매체이용 음란죄의 '도달'이 성적 수치심 일으키는 그림 등을 '직접' 접하는 경우에만 한하는가, 아니면 직접 접하는 경우가 아니더라도 통신매체이용음란죄가 성립할 수 있는가에 있다. 실제로 이와 관련하여 피고인이 피해자에게 카카오톡 메시지를 이용하여 음란한 사진(내연관계에 있으면서 성관계를 찍은 피해자의 나체사진 2장)이 저장되어 있는 드롭박스 애플리케이션에 접속할 수 있는 인터넷 주소 링크를 수회에 걸쳐 보낸 사건에서, 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건이 아닌, 말, 음향, 글, 그림, 영상 등이 담겨 있는 웹페이지 등에 대한 '인터넷 링크 주소를 보내는 행위'를 두고 상대방에게 '도달'하게 하는 행위에 해당하여 통신매체이용 음란죄에 해당하는지가 문제된 바 있다.

. 여기에서의 '도달'과 관련하여, 학설은 상대방이 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 직접 접하게 하는 경우뿐만 아니라 이를 인식할 수 있는 상태에 두는 것도 포함한다고 한다.⁵⁷⁾ 이에 대하여 원심 (하급심)판례는 '휴대전화 메시지를 통해 여성에게 음란사진이 담긴 인터넷 사이트로 연결되는 링크를 전송한 것은 여성에게 직접 전송한 것이 아니므로 통신매체이용 음란죄에 해당하지 않는다'고 보아 무죄를 선고하였지만,⁵⁸⁾ 이와 달리 대법원 판례는 '상대방이 성적 수치심을 일으키는 말 등을 직접 접하는 경우뿐만 아니라 상대방이 실제로 이를 인식할 수 있는 상태에 두는 것을 의미하므로 상대방에게 성적 수치심을 일으키는 그림 등이 담겨 있는 웹페이지 등에 대한 인터넷 링크(internet link)를 보내는 경우, 이 행위에 의하여 대상 그림 등을 상대방이 인식할 수 있는 상태가 되어 실질에 있어서 이를 직접 전달하는 것과 다를 바 없다고 평가되므로 성폭력처벌법 제13조의 구성요건을 충족한다'고 판시⁵⁹⁾하면서 유죄를 선고하였다.

생각건대 상대방이 클릭만 하면 별다른 제한없이 성적 수치심을 일으키는 그림 등에 접할 수 있는 웹페이지 등에 대한 인터넷 링크를 상대방에게 보낸 사안에서 행위자의 의사와 그 내용, 웹페이지의 성격과 사용된 링크기술의 구체적인 방식 등 모든 사정을 종합하여 고려하면서 이에 따라 상대방이 이러한 링크를 이용하여 별다른 제한 없이 성적 수치심을 일으키는 그림 등에 바로 접할 수 있는 상태가 실제로 조성되었다면, 그러한 행위는 전제로 보아 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 상대방에게 도달하게 한다는 구성요건을 충족한다고 보는 것이 타당할 것이다. 다만, 상대방

56) 박상기/신동운/손동권/신양균/오영근/전지연. 앞의 책, 686면.

57) 김정환/김슬기, 앞의 책, 84면.

58) 서울동부지방법원 2016. 12. 1. 선고 2016노147 판결. 제1심인 서울동부지방법원 2016. 1. 14. 선고 2014고단1617 판결에서 혐의를 유죄로 인하여 벌금 200만원을 선고한 사안이었다.

59) 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016도21389 판결. 이에 대하여 피고인에게 자신 또는 피해자의 성적 만족을 유발하거나 만족시킬 목적이 있다고 할 수 있는지와 피고인이 보낸 사진(합의 하에 찍은 피해자의 나체사진)이 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 사진이라고 할 수 있는지에 대해 의문을 제기하면서, 피고인의 행위에 대하여 성폭력처벌법상 통신매체이용 음란죄에 해당하기 보다는, 형법상 협박죄나 강요죄에 해당한다고 보는 것이 타당하다는 입장으로는 오영근, 인터넷 링크를 보내는 행위와 통신매체이용음란죄[대상판례] 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016도21389 판결, 로앤비 천자평석, 2018.02.02. 3-4면.

의 현실적인 인식까지 요하지는 않는다고 해야 한다.

그리고 본죄의 기수시기는 성적 수치심을 일으키는 그림 등이 상대방에게 도달하게 한 때이고, 여기에는 인식 가능한 상태에 두는 것까지 포함한다. 따라서 도달한 상태에서 상대방이 아직 그 내용을 인식하지 않았더라도 본죄는 성립한다. 이와 관련하여 미수범 처벌규정을 두고 있지 않은 관계로(동법 제15조) 통신매체를 이용한 발송은 있었지만 외부의 장애로 인하여 피해자에게 도달하지 않은 경우 혹은 인식가능한 상태가 되지 않은 경우, 특정인에게 전송하지 않고 불특정 다수인의 접근이 가능한 인터넷 게시판에 글을 올린 경우에 불과하다면 모두 통신매체이용 음란죄가 적용되지 않게 된다.

4. 주관적 구성요건

(1) 고의범

통신매체이용 음란죄의 주관적 요건으로 본 범죄에 대한 고의가 있어야 처벌되는 고의범이다. 따라서 고의적으로 타인에게 전화를 걸어서 음란한 말을 하거나 이메일 또는 휴대폰으로 음란한 글이나 영상을 보내는 경우에는 당연히 처벌대상이 된다. 그러나 실수로 상대방에게 음란영상을 보낸 경우(甲에게 보낸다고 생각한 메시지가 乙에게 전달된 경우 등)는 과실범이 되고, 성범죄처벌법에는 통신매체이용 음란죄에 대한 과실범처벌규정이 없으므로 별도로 처벌 받지는 않는다.

(2) 목적범 - 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적

통신매체이용 음란죄는 ‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적’이 있어야 성립하는 목적범으로 규정되어 있다. 즉, 주관적 요건으로 앞서 살펴본 범죄에 대한 고의 이외에, 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적이 필요하다는 것이다.⁶⁰⁾ 따라서 본 범죄는 목적범이므로 발신자가 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적이 없다면, 설령 성적 수치심 또는 혐오감을 일으킬 만한 문자메시지 등을 도달시켰더라도, -정보통신망법 위

60) 이와 관련하여 통신매체이용 음란죄의 목적이 미필적 인식으로 족하다는 입장(이주원, 앞의 책, 502면; 임희진, 앞의 논문, 186면)과 목적을 미필적인식으로 족하다고 하는 것은 개념모순이라고 하면서 고의보다 강고한 의지적 요소를 가진 의사로 새겨야 한다는 입장(오영근, 2015년도 형법판례회고, 형사판례연구, 한국형사판례연구회, 2016, 660-661면)이 있다. 그리고 범죄성립의 주관적 구성요건으로 고의 이외에 목적을 요하는 목적범으로 규정할 경우, 목적을 증명하지 못하면 범죄가 성립되지 않기 때문에, 자기 또는 다른 사람이 성적욕망을 유발하거나 만족시킬 목적을 어떻게 증명할 것의 문제를 제기하면서 왜 목적범으로 규정하였는지 의문을 표시하는 입장이 있는가 하면(이영란, 성폭력특별법에 대한 소고(하), 법률신문 제2314호, 법률신문사, 1994, 14면) 통신매체이용 음란죄는 자신의 의사에 반하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향 등을 받게 되는 피해자를 보호하는 데에 중점이 있지 행위자의 주관적 목적의 유무에 따라 행위를 비난하는 데에 중점이 있는 것은 아니라는 점을 근거로 목적요건이 불필요하다거나(박상기/신동운/손동권/신양균/오영근/전지연, 앞의 책, 685면; 최상욱, “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 문제점과 개선방안 - , 법학논총 제31집 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 350면), 삭제해야 한다는 견해(조현욱, 앞의 논문, 209면)도 있다.

반으로 처벌받는 것은 별론으로 하고- 적어도 통신매체이용 음란죄로 처벌받지 아니한다.

여기서 ‘성적 욕망을 유발’한다는 것은 단순한 호기심의 발동을 넘어 성적 욕구를 발생 내지 증가시키는 것을 말하고, ‘성적 욕망을 만족’시킨다는 것은 본인의 성적 욕구를 채워 부족함이 없게 한다는 것을 뜻하는 것이다.⁶¹⁾ 따라서 타인에게 전화로 음란한 말을 하거나 문자메세지로 음란한 글이나 영상을 보낸다면 성적욕망을 유발하거나 만족시킬 목적을 충족하여 처벌대상이 될 것이다. 물론, 목적의 달성여부는 본죄의 성립에 관계가 없으며, 피해자로 하여금 성적수치심을 느끼게 하려는 목적이 있었는지 여부는 통신매체이용 음란죄의 구성요건이 아니다.

그렇다면 결론적으로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조에서 규정하고 있는 통신매체를 이용한 음란행위는 상대방에게 도달한 글 등이 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 것이어야 할 뿐만 아니라, 그 글 등을 보낸 사람에게 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적이 있어야 비로소 처벌할 수 있다. 따라서 그 성립범위가 제한적이며, 성적 욕망의 만족을 위하여 타인의 성적 자유를 침해한다는 점에서 죄질이 결코 경미하다고 볼 수 없는 것이다.

그래서 글 등이 객관적으로는 성적 수치심 등을 일으킬 만하다고 보이더라도, 그것만으로 바로 범죄가 성립한다거나 위와 같은 목적이 인정된다고 바로 판단할 수는 없다. 여기서 피고인에게 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적이 있어야만 범죄가 성립하며, 피고인에게 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적이 있었는지를 판단할 때에는 초과 주관적 구성요건을 둔 법의 취지에 따라 피고인이 글 등을 보낸 동기 및 경위, 글이 도달하기 전후의 사정, 피고인과 피해자의 관계, 행위의 내용과 태양 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.

대법원 판례도 ‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적’이 있었는지 여부는 ‘말이나 음향 등이 성적 수치심을 일으킬 만하다고 보이더라도 그것만으로 바로 범죄가 성립한다거나 목적이 추단된다고 단정할 수 없으며, 피고인과 피해자의 관계, 행위의 동기와 경위, 행위의 수단과 방법, 행위의 내용과 태양, 상대방의 성격과 범위 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다’고 판시⁶²⁾함으로써 목적 유무의 판단기준을 구체적으로 제시하고 있다.

문제는 ‘성적 욕망’에 상대방을 성적으로 비하하거나 조롱하는 등 상대방에게 성적 수치심을 줌으로써 자신의 심리적 만족을 얻고자 하는 욕망이 이에 포함되는지 여부이다. 이에 대하여 상대방에게 성적 수치심을 주어 다른 심리적 만족을 얻으려는 것과 성욕의 만족을 얻으려는 것과는 ‘심리적 만족’과 ‘성욕의 만족’이라는 문언의 의미만큼 큰 차이가 있기 때문에 만약 포함된다는 해석을 하게 되면 문언의 가능한 의미를 벗어난 것이라는 견해⁶³⁾가 있다. 그러나 대법원 판례는 여기서의 ‘성적 욕망’에는 성행위나 성관계를 직접적인 목적이거나 전제로 하는 욕망뿐만 아니라 상대방을 성적으로 비하하거나 조롱하는 등 상대방에게 성적 수치심을 줌으로써 자신의 심리적

61) 헌법재판소 2016. 12. 29. 2016헌바153 참조.

62) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014도16419 판결; 대법원 2017. 6. 8., 선고, 2016도21389, 판결; 대법원 2022. 9. 29. 선고 2020도11185 판결.

63) 오영근, 2018년도 형법판례 회고, 형사판례연구[27], 한국형사판례연구회, 박영사, 2019, 548면.

만족을 얻고자 하는 욕망도 포함된다고 한다. 또한 나아가 이러한 성적욕망이 상대방에 대한 분노감과 결합되어 있더라도 달리 볼 것은 아니며 마찬가지로 한다.⁶⁴⁾

실제로 연인관계에 있던 가해자와 피해자가 처음으로 성관계를 가진 직후 피해자에게 “주말에 산부인과에 가서 성기 부분을 수술을 하라.”라고 하였고 이에 피해자가 “나는 당신보다 성기가 큰 사람과도 1년 6개월을 살았다.”라고 말하자, 피고인은 “그게 남자한테 할 소리냐. 이제 우리는 끝이다.”라고 하며 확실한 결별을 선언한 이후 가해자가 피해자로부터 다른 남자와 성적으로 비교당하여 열등한 취급을 받았다는 분노감에 피해자의 성기가 까맣고 더러워 어떤 남자도 성관계를 원치 않을 것이라거나, 성기 큰 남자랑 성관계를 해서 흐뭇하겠다는 등 피해자의 성기를 비하, 조롱하였고 성적인 매력이 없다고 함으로써 성적 수치심을 느끼게 하는 취지의 문자메시지를 22회에 걸쳐 반복하여 보낸 사안에서 과연 통신매체이용 음란죄가 성립할 수 있는지가 크게 문제 된 바 있다.

이에 본 사건의 피고인은 연인 관계에 있었던 피해자가 전 남자 친구의 특정 신체 부위 크기를 자신과 비교하며 비하하자 화가 나 결별을 선언한 후, 피해자로부터 다른 남자와 성적으로 비교당하여 열등한 취급을 받았다는 분노감에 문자메시지를 보낸 것일 뿐이지, 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 한 음란행위가 아니라고 주장하였다.

실제로 원심법원도 ‘피고인은 피해자가 자신의 성기 크기를 언급한 것에 화가 나 연인관계를 정리한 후 피해자에게 수치심, 불쾌감, 심적 고통 등 부정적인 심리를 일으키고자 문자메시지를 발송한 것으로 보일 뿐 피고인이 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 문자메시지를 발송하였다고 인정할 정도로 증명되었다고 보기 어렵다’고 보아 무죄를 선고하였다.⁶⁵⁾

그러나 대법원은 ‘성적 욕망에는 상대방을 성적으로 비하하거나 조롱하는 등 상대방에게 성적 수치심을 줌으로써 자신의 심리적 만족을 얻고자 하는 욕망도 포함하는 것이며, 상대방에 대한 분노감과 결합되어 있어서 달리 볼 것은 아니므로 헤어진 여자 친구에게 특정 신체 부위를 조롱하는 내용의 문자메시지를 반복적으로 보냈다면 성폭력처벌법상 통신매체이용 음란죄로 처벌할 수 있다’고 판시⁶⁶⁾하고 있다. 생각건대 가해자가 피해자에게 성적 수치심을 느끼게 함으로써 얻고자 하였던 ‘심리적 만족감’은 피해자에게 성적인 상처를 주고 자신의 성적 자존심을 회복하고자 하는 ‘성적인 것’이었던 점 등을 종합하여 보면 심리적 만족을 얻고자 하는 가해자의 욕망 역시 성적 욕망에 포함된다고 해야 한다. 다만, 단순히 자신의 분노를 표출하거나, 상대방을 모욕, 조롱함으로써 느끼는 통쾌함, 만족감 등은 여기의 ‘심리적 만족감’에 포함된다고 보기는 어려울 것으로 생각된다.

그러나 최근에 피고인은 전 남자친구의 계정을 검색하다 피해자를 사귀고 있는 것을 알게 되었고, 피해자 때문에 자신이 남자친구와 헤어지게 되었다고 생각하고, 피고인의 주거지에서, 피해자의 메시지를 통해 “남의 남친 뺏어간 씹창 걸레년들은 다 뒤져야돼ㅋㅋ, 느그 애미도 창년이지? 씹창년ㅋㅋ”등 수차례 걸쳐 피해자에게 성적

64) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018도9775 판결.

65) 수원지방법원 2018. 5. 29. 선고 2018노464 판결. 이와 달리 제1심판결은 유죄로 인정하여 징역 1년에 처한 사건이었다(수원지방법원 여주지원 2018. 1. 10. 선고 2017고단1289 판결).

66) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018도9775 판결.

수치심을 느낄 수 있는 음란한 문자를 전송한 사건에서는, 검사는 “씹창년”, “창년”, “걸레년”은 성적 비하가 내포된 욕설로서 피해자의 성적 자기결정 권 등을 현저히 침해할 정도로 구체적인 성적 표현 내지 묘사임이 명백하고, 피고인에게는 피해자를 성적으로 비하하거나 조롱하는 등 성적 수치심을 줌으로써 혹은 피해자를 성적으로 문란한 여성으로 격하함으로써 자신이 상대적으로 성적 우위에 있다는 것을 보이거나 성적 자존심을 회복함으로써 심리적 만족을 얻고자 하는 욕망이 있었다고 할 것이고 이는 관련 법리에 비추어 보면 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조에서 정한 ‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적’에 해당한다고 보아야 한다고 주장하였다. 그럼에도 불구하고 판례는 피고인이 피해자 때문에 남자친구와 헤어지게 되었다고 생각하고 피해자에게 화가 나 피해자에게 욕설을 하는 과정에서 이 사건 발언을 하게 되었던 점, 피고인이 피해자에게 성적 이슈를 이유로 메시지를 보냈다가 피해자의 성적인 면을 부각시키기 위하여 메시지를 보낸 것은 아닌 점, 이 사건 발언에 피해자에 대한 성적 요소가 특정되어 연상될 만큼 구체적인 표현이 없는 점, 피고인이 피해자에게 심한 욕설을 하려는 의도로 ‘몸 파는 여자’라는 뜻을 가진 이 사건 발언을 한 것으로 보이는 점 등 이 사건의 발생 경위, 피고인과 피해자의 관계, 피고인과 피해자가 나눈 전체 메시지 내용 등을 종합하여 보면, 피고인이 이러한 발언을 함으로써 피고인에게 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적이 있었다고 인정하기 부족하다고 판단하여 무죄를 선고⁶⁷⁾한 바 있다. 물론 이러한 발언이 부적절한 성적 표현으로 피해자에게 불쾌감을 줄 수 있는 것은 부인할 수 없지만, 그렇다고 성적 비하가 내포된 욕설 그 자체로 막바로 본 규정의 위반으로 보기는 어려울 뿐만 아니라, 입법취지나 보호법익 등에 비추어 보더라도 성폭력처벌법 제13조가 보호하려는 성적 자기결정권 등을 현저히 침해할 정도로 구체적인 성적 표현 내지 묘사를 하였다고 보기 힘든 이상 판례의 입장이 타당하다고 본다.

IV. 결론

오늘날 과학기술의 발달로 스마트폰 사용 및 모바일 환경이 보편화되면서 통신매체를 이용한 음란행위라는 새로운 유형의 범죄가 빈발하자 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조의 통신매체이용 음란죄로 처벌하고 있다. 본죄의 보호법익은 ‘성적 자기결정권에 반하여 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 개인의 의사에 반하여 접하지 않을 권리’를 보장하기 위한 것으로 성적 자기결정권과 일반적 인격권의 보호, 사회의 건전한 성풍속 확립을 보호법익으로 한다. 통신매체이용 음란죄의 구성요건은 “자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 ‘성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건’을 상대방에게 도달하게 하는 것이다. 여기서 통신매체이용 음란죄는 수단에 관계없이 음란행위 일반을 처벌하기 위한 것이 아니기 때문에

67) 서울북부지방법원 2021. 10. 7. 선고 2021고단1274 판결; 서울북부지방법원 2022. 2. 15. 선고 2021노1295 판결; 대법원 2022. 6. 16. 선고 2022도3416 판결(확정).

반드시 통신매체를 이용할 것이 요건으로 하고 있다. 이러한 규정으로 인하여 ‘직접’ 상대방에게 말, 글, 물건 등을 도달하게 하는 행위나 ‘다른 간접수단(예 : 퀵서비스, 택배 등)’을 이용한 경우는 본죄로는 처벌할 수 없게 된다. 통신매체를 이용한 수단 보다는 오히려 피해자가 성적 수치심을 일으키는 음향이나 글 등을 받았다는 사실 자체가 중요하다는 점을 고려한다면 입법론적으로는 통신매체이용 음란죄에서 수단을 한정하고 있는 ‘전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여’ 부분을 삭제하거나, 아니면 비통신매체이용 음란죄를 별도의 항으로 신설함으로써 통신매체 이용 유무와 관계없이 처벌하는 방법 등을 검토할 수 있다고 본다. 그리고 상대방에게 도달하게 해야 하므로 특정 상대방에게 직접 접하게 하는 경우 뿐만 아니라 이를 인식할 수 있는 상태에 두는 것도 포함된다. 여기서 통신매체이용 음란죄의 주된 보호법익이 성적 자기결정권이라는 점과 상대방(피해자)의 승낙이나 동의와 관계없이 일단 구성요건에 해당하게 될 수 있다는 점을 고려할 때 입법론적으로는 ‘상대방의 의사에 반하여 도달하게 한 사람’으로 분명하게 규정할 필요가 있다고 본다. 한편 더 나아가 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적이 있어야 하는데, 여기의 ‘성적 욕망’에는 성적인 것이었다면 심리적 만족을 얻고자 하는 욕망도 포함되고 분노감과 결합되어 있더라도 달리 볼 것은 아니라고 해야 한다.

[참고문헌]

1. 단행본

- 김정환/김슬기, 형사특별법, 박영사, 2021.
- 도중진/ 이형국/ 김성규/ 윤민석, 형사 특별법 정비방안(1) - 형사특별법의 정비를 위한 이론적 기초, 한국형사정책연구원, 2008.
- 박상기/전지연/한상훈, 형사특별법, 집현재, 2013.
- 박상기/신동운/손동권/신양균/오영근/전지연, 형사특별법론-5대 형사특별법, 한국형사정책연구원, 2009.
- 박재윤(편집대표), 주식형법 각칙(4) 제4판, 한국사법행정학회, 2006.
- 손동권/손민정, 주식 특별형법, 율곡출판사, 2022.
- 오영근, 형사특별법 정비방안(6) - 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률, 형사정책연구원, 2008.
- 이동희/류부곤, 특별형법 제5판, 박영사, 2021.
- 이주원, 특별형법 제8판, 홍문사, 2022.

2. 논문

- 곽병선, 성범죄에 대한 비판적 검토 피해자의 관점에서, 피해자학연구 제14권 제1호, 한국피해자학회, 2006.
- 김용화/정준섭, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 실체법 규정의 개정방안-국회 개정 발의안을 중심으로-, 법학연구 제29권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2018.6.
- 서보학, 형사절차상 성범죄 피해아동 보호방안, 형사정책연구 제7권 제4호, 한국형사정책연구원, 1996
- 오영근, 2018년도 형법판례 회고, 형사판례연구[27], 한국형사판례연구회, 박영사, 2019.
- 오영근, 통신매체이용음란죄의 성립범위 [대상판례] 대법원 2016. 3. 10. 선고 2015도 17847 판결, 로앤비 천자평석, 2017.5.11.
- 오영근, 인터넷 링크를 보내는 행위와 통신매체이용음란죄[대상판례] 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016도21389 판결, 로앤비 천자평석, 2018.2.2.
- 오영근, 2015년도 형법판례회고, 형사판례연구, 한국형사판례연구회, 2016.
- 이영란, 성폭력특별법에 대한 소고(하), 법률신문 제2314호, 법률신문사, 1994.
- 임희진, “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법”의 검토, 이화젠더법학 제5권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2013.12.
- 조현욱, 통신매체이용음란죄상 통신매체의 범위와 링크 전송행위의 도달 해당 여부-대법원 2016. 3. 10. 선고 2015도17847 판결; 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016도 21389 판결 -, 외법논집 제41권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017.
- 조현욱, 통신매체이용음란죄의 문제점과 개선방안, 일감법학 제38호, 건국대학교 법학연구소, 2017.

최상욱, “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 문제점과 개선방안 - , 법학논총 제 31집 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2011.

최석림, “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제정의 의의 및 과제”, 『의정연구』 제 16권 제2호(통권 제30호), 한국의회발전연구회, 2010.

한국형사판례연구회 · 대법원 형사법연구회 저, 특별형법 판례100선, 박영사, 2022.

[Abstract]

Requirements for the establishment of Obscene Acts by Using Means of Communication under Act On Special Cases concerning the Punishment, etc. of Sexual Crimes

Shin Yi-Chul*

Act On Special Cases concerning the Punishment of Sexual Violence Crimes Article 13 (Obscene Acts by Using Means of Communication) A person who sends another person any words, sounds, writings, pictures, images, or other things that may cause a sense of sexual shame or aversion by telephone, mail, computer, or other means of communication, with intent to arouse or satisfy his/her own or the other person's sexual urges, shall be punished by imprisonment with labor for not more than two years or by a fine not exceeding 20 million won.

Today, with the development of science and technology, smartphone use and mobile environment become common, and new types of crimes such as obscene behavior using communication media are frequently punished for obscene use of communication media under Article 13 of the Sexual Violence Punishment Act. The protective legal interest of this crime is to guarantee the right not to encounter pictures that cause sexual shame against the right to sexual self-determination, the protection of sexual self-determination and general personal rights, and the establishment of healthy sexual customs in society. The constituent requirement of obscene use of communication media is to "reach words, sounds, writings, pictures, videos, or objects that cause sexual shame or disgust" through phone calls, mail, computers, or other communication media for the purpose of inducing or satisfying sexual desires of oneself or others. Here, since the crime of obscene use of communication media is not intended to punish the general pornography regardless of means, it is required to use communication media. Due to these regulations, it is not punishable by the principal crime if the act of "directly" reaching the other party or using "other indirect means (quick service, delivery, etc.)

Considering that it is more important for the victim to receive sexual humiliation than to use a means of communication media, legislatively, it is possible to consider how to punish the victim regardless of whether he or she uses a non-communication media by deleting the part "through phone, mail, computer, or other communication media."

* Associate Professor, department of police administration, Wonkwang Digital University.

In addition, since it must be reached by the other party, it is included not only in direct contact with a specific other party, but also in a state where it can be recognized.

Considering that the main protection law for obscene use of communication media is the right to sexual self-determination and that it can fall under the constituent requirements regardless of the consent or consent of the other party (victim), legislatively, it is necessary to define it as "a person who has reached the other party's will."

On the other hand, furthermore, there should be a purpose to induce or satisfy the sexual desire of oneself or others. The "sexual desire" here includes the desire to obtain psychological satisfaction, and even if it is combined with anger, it should be said that it is not something to look at differently.

Key words: Act On Special Cases concerning the Punishment of Sexual Violence Crimes, Obscene Acts by Using Means of Communication, sexual self-determination, sense of sexual shame or aversion, a attempted crime.

제주녹지국제병원 판결과 관련한 제반 쟁점에 관한 분석

장 혜 명*

논문요지

영리병원에 대한 논의가 본격적으로 이루어진 2004년 이후 그 허가 여부에 대해 지속적으로 첨예한 논란이 있어왔는데, 제주녹지국제병원 사안은 영리병원의 개설허가에 대한 최초의 분쟁 사례이며 우리나라 의료체계와 영리병원의 관계를 설시하였다는 점에서 의미가 있다. 해당 사안에서는 내국인 진료 제한을 조건으로 하여 영리병원 허가를 하였는데, 이러한 부관의 허가 가능성이 영리병원의 허가가 강화상 허가에 해당하는지, 특허에 해당하는지에 따라 달라지게 되었던 것이다. 1심에서는 이를 의료기관의 허가과 같이 보고 기속행위 내지 기속재량행위에 부관을 붙일 수 없음에도 부관을 붙인 영리병원 허가는 위법하다는 취지의 판단을 하였고, 2심에서는 요양기관 당연지정제를 채택하는 우리나라 의료체계상 영리병원에 대한 허가는 강화상 특허로 보아야 하므로 부관 역시 붙일 수 있으며 내국인 진료를 제한한 부관은 적법하다고 판단하였다. 다만 요양기관 당연지정제를 채택하는 우리나라의 의료체계에 영리병원을 예외로 인정하게 된다면 그 허가의 성격 역시 다르게 판단될 여지가 있다.

본 사안처럼 이해관계가 첨예한 사안의 경우 숙의민주주의가 채택되고 있는바, 이러한 숙의민주주의는 행정청의 재량권 행사에 있어 다양한 의견 청취를 가능하게 한다는 점에서 현대 행정이 추구할 바람직한 방향으로 생각된다. 그러나 법률적 판단에 대한 사항까지 숙의민주주의에 전적으로 의존해서는 안 되며, 숙의민주주의에 기대어 행정청이 행해야 할 정책적 판단 의무를 방기하지 않아야 한다. 또한 정책적 논의가 필요한 사항에 있어서도 쟁점이 명료해야 하고 이해당사자 역시 국가적 차원까지 논의가 이루어질 수 있도록 적절하게 선정될 필요가 있다.

검색용 주제어: 영리병원, 허가, 특허, 재량권, 부관, 요양기관 당연지정제, 숙의민주주의

· 논문접수: 2023. 06. 28. · 심사개시: 2023. 06. 26. · 게재확정: 2023. 07. 31.

* 연세대학교 법학전문박사(SJD), 변호사

I. 서론

영리병원에 대한 논의가 본격적으로 이루어진 것은 2004년 말 송도 등 경제자유구역 내에 외국계 영리법인 병원 개설과 내국인 진료를 허용하는 경제자유구역법 개정부터이다.¹⁾ 이와 관련해서는 지속적으로 첨예한 논란이 있어왔는데, 외국영리병원의 개설 허가를 통해 우리나라의 성장 동력으로 삼아야 한다는 정부의 입장과 이를 통해 우리나라 보건의료체계가 완전히 저해될 수 있다는 반대 여론이 팽팽히 대립해왔다.²⁾

우리나라 최초의 영리병원인 제주녹지국제병원 개설허가에 대해서도 이러한 첨예한 대립이 이어져 수 차례의 심의 지연과 시민사회의 반대 여론 등으로 진통을 겪었고, 결국 2018. 12. 5. 개설허가가 이루어지긴 하였지만 내국인 진료 제한이라는 허가조건이 부가된 상태로 이루어졌다. 이러한 개설허가 부가가 의료법 위반 등으로 부적법하다는 사유로 허가조건에 대한 취소를 구하는 소송이 제기되었다. 그런데 이러한 개설허가마저도 시설 등 멸실 및 투자금액 기준 미달 등 의료기관 개설허가의 실질적 요건을 흠결하였음을 이유로 2022. 6. 22. 개설허가가 취소되어 이에 대한 소송 역시 제기된 바 있다.³⁾

이와 관련하여 외국의료기관 개설허가조건 취소소송에서 1심은 제주특별자치도지사의 개설허가조건 부가가 위법하다고 보았으나, 2심은 이를 적법하다고 보았다.⁴⁾ 이렇게 결론이 갈리게 된 주된 논거는, 외국의료기관의 영리병원 개설을 허용하는 특별법의 성격을 의료법상 의료기관의 개설허가에 준하여 판단할 것인지, 아니면 그에 대한 예외를 허용하는 차원에서 볼 것인지였다.

본 사안에서는 여러 법률적 쟁점들이 있었으나, 외국의료법인에 대한 허가의 성격이 허가인지, 특허인지에 따라 처분의 적법성 판단에 중대한 차이가 발생하게 되었고 그에 허가와 특허의 구별에 관한 논의를 중심으로 그 타당성을 검토하고, 더 나아가 정책적 측면에서 우리나라 의료체계 자체를 변화시킬 가능성이 있는지를 검토하고자 한다. 뿐만 아니라 본 사안에서의 재량권 행사에 있어 숙의민주주의가 중요한 요소로 작용하였는바, 본 사안에서의 숙의민주주의의 특성과 타 공론화위원회 사례와의 비교를 통해 그 시사점을 짚어보고자 한다.

II. 판결 내용

1. 사건 개요

원고는 2015. 6. 11. 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(이하 ‘제주특별법’) 제307조 및 제주특별자치도 보건의료 특례 등에 관한 조례(이하 ‘이

1) 임준, “영리병원 도입의 문제점과 대안”, 『서울경제』 (2008), 14면.

2) 위의 글, 12~13면.

3) 제주지방법원 2022. 5. 30. 선고 2022구합6271 판결. 해당 판결에서는 제주도 승소 판결이 이루어졌으며, 원고가 항소를 제기하였다가 2023. 7. 12. 소취하서를 제출하였다.

4) 해당 판결은 2023. 6. 29. 심리불속행기각되어 피고 승소로 확정되었다.

사건 조례’) 제16조에 따라 피고에게 외국의료기관 사업계획서를 제출하여 의료기관 개설허가 사전심사를 청구하였고, 피고는 2015. 12. 18. 보건복지부장관의 승인을 얻어 2015. 12. 21. 원고에게 위 사업계획서가 승인되었음을 통보하였다.

이때 피고는 이 사건 조례 제16조 제3항에 따라 승인조건으로 ‘1) 국내 허용되지 않은 의료행위 금지 등 현행 의료법 제반사항 준수, 2) 승인된 사업계획서상 시행기간을 2017. 9.까지로 함’을 부기하였다.

원고는 위와 같은 사업계획에 따라 이 사건 병원 건물을 신축하여 2017. 7. 28. 피고의 사용승인을 받은 후 외국의료기관 개설허가 신청을 하였다.

피고는 2017. 9.경부터 2018. 3.경까지 6차례에 걸쳐 구비서류 검토, 보건의료정책 심의위원회 심의절차 지연, 보건의료정책 심의위원회에서 제출한 종합의견의 심도있는 검토 등을 이유로 이 사건 신청에 대한 허가 여부 결정을 연기하였고, 그 후 공론조사절차 진행을 이유로 다시 허가 여부 결정을 연기한 뒤 2018. 12. 5. 내국인 진료제한을 허가 조건(이하 ‘이 사건 허가 조건’이라 한다)으로 한 외국의료기관 개설허가(이하 ‘이 사건 개설 허가’이라 한다)를 하였다.

원고는 주위적으로 이 사건 허가조건의 취소를, 예비적으로 이 사건 개설허가의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

2. 판시 사항

(1) 사건의 쟁점

이 사건에서는 ① 이 사건 허가 조건이 부담에 해당하는지, ② 이 사건 개설허가의 법적 성질 즉, 기속행위인지 재량행위인지 여부가 문제되었다. 1, 2심 판결은 공히 이 사건 허가 조건은 이 사건 개설허가에 부수하여 원고에게 일정한 의무를 부과하는 부담에 해당하므로 그 자체로서 독립하여 행정소송의 대상이 될 수 있다고 판단하였다. 그러나 1, 2심 판결은 이 사건 개설 허가의 법적 성질을 다르게 판단하였는바, 자세한 사항은 아래와 같다.

(2) 1심 판결 내용⁵⁾

1심 법원은 “일반적인 의료법상 의료기관 개설허가의 법적 성질과 관련하여 의료법(2020. 3. 4. 법률 제17069호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제33조 제1항, 제2항, 제4항의 규정의 체제·형식과 문언 및 그 취지에 비추어 보면, 의료기관 개설허가는 기본적으로 일반적 금지의 해제라는 허가의 성질을 가지고 있으므로 기속재량행위의 성질을 가진다.”라고 보았다.

나아가 “이 사건 개설허가와 같은 제주특별법상 외국의료기관 개설허가의 법적 성질 역시 제주특별법에 따라 의료기관 개설주체 등에 관하여 특례를 정한 것 외에는 의료법을 준용하면서 의료법상 의료기관 개설허가와 유사한 규정 체제를 가지고 있고, 외국의료기관 개설허가도 의료기관 개설허가의 기본적 성질을 동일하게 가지고

5) 제주지방법원 2022. 4. 5. 선고 2019구합5148 판결. 이하 문단 내용은 해당 판결문에서 인용한 것이다.

있으므로, 의료기관 개설허가 신청이 있는 경우 제주특별법 및 이 사건 조례 등 관계 규정이 정하는 요건에 합치하는 때에는 특별한 사정이 없는 한 이를 허가하여야 하고, 중대한 공익상 필요가 있는 경우에만 예외적으로 그 허가를 거부할 수 있다고 봄이 타당하다.”라고 판단하였다. 특히 “행정규제의 폭넓은 완화 및 국제적 기준의 적용 등을 통하여 제주특별자치도를 국제자유도시로 조성·발전시키려는 제주특별법의 입법 목적과 제주특별자치도에 외국의료기관을 유치함으로써 국제자유도시로서의 생활여건을 개선하려는 외국의료기관 개설허가 제도의 취지에 비추어 보더라도, 제주특별법이 일반적으로 외국의료기관 개설허가를 금지하면서 공공보건의료체계의 보호 등 공익상 목적에 위배되지 아니하는 범위에서 예외적으로 허가에 의하여 외국의료기관을 개설할 수 있도록 규정하고 있다고 보기는 어렵다.”라고 판단하였다.

이러한 전제조건하에 “기속행위나 기속재량행위에는 부관을 붙일 수 없고, 부관을 붙였다 하더라도 이는 법령에 아무런 근거 없이 행정행위의 효력을 제한하는 결과가 되므로 무효인바 이 사건 허가조건은 부관을 붙일 수 없는 기속재량행위인 이 사건 개설허가에 붙인 것이거나 또는 피고가 아무런 법령상 근거 없이 붙인 것이어서 위법하다.”라고 판시하였다. 1심 법원은 그 주된 논거로, “① 제주특별법의 입법목적과 외국의료기관 개설허가 제도의 취지에다가 제주특별법 제정 이전에 시행되었던 구 제주국제자유도시특별법(2006. 2. 21. 법률 제7849호 제주특별법 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제20조의4가 외국인의 ‘외국인전용’ 의료기관 개설에 관한 특례를 규정하였다가, 2006. 2. 21. 제주특별법이 제정되어 2006. 7. 1. 시행되면서 의료기관 개설에 관한 특례 규정에서 ‘외국인전용’ 제한이 삭제되어 외국인이 개설하는 의료기관에 내국인을 대상으로 의료업을 행하는 것이 허용된 점, ② 제주특별법 제308조는 외국인전용약국 개설에 관한 특례를 규정하여 외국인이 이용하는 약국은 여전히 내국인의 이용이 제한되어 있는 점 등 제주특별법의 문언 및 입법연혁에 비추어 보면, 제주특별법은 내국인 진료 허용을 전제로 외국의료기관 개설허가 제도를 규정하고 있다고 할 수 있으므로, 내국인 진료를 제한하는 내용의 이 사건 허가조건은 제주특별법상 외국의료기관 개설허가 제도의 입법취지에 부합한다고 보기 어렵다.”는 점을 들었다.

(3) 2심 판결 내용⁶⁾

2심 법원은 제주특별법상 외국의료기관 개설허가는 재량행위에 해당한다고 봄이 타당하므로 피고는 이 사건 개설허가를 하면서 별도의 근거 규정 없이도 이 사건 허가조건을 붙일 수 있다고 판단하였다. 즉 이와 관련하여 “제주특별법에 따른 의료기관 개설허가 제도는 영리병원 금지, 건강보험 의무가입제, 요양기관 당연지정제를 주축으로 하는 보건의료체제에 대한 특례를 인정하여, 일정한 지역 내에서 ‘외국인이 설립한 법인’을 의료기관 개설 주체로 하여 영리병원의 개설을 허가하고, 국민건강보험법에 따른 요양기관에서 제외하며 건강보험의 적용을 받지 않도록 하고 있다. 결국 제주특별법에 따른 외국의료기관 개설허가는 ‘외국인이 설립한 법인’에 대하여 의료법, 국민건강보험법상의 제한을 받지 않는 의료기관을 개설할 수 있는 권리를 설

6) 광주고등법원(제주) 2023. 2. 15. 선고 2022누1441 판결. 이하 문단 내용은 해당 판결문에서 인용한 것이다.

정하는 강학상 특허로 볼 수 있고, 강학상 특허는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이다.”라고 판시한 것이다.

특히 외국의료기관의 내국인 진료 허용 여부에 대해서는 1심 판결과 배치되는 취지의 논거를 들었는데, ‘2002. 1. 30. 제정된 경제자유구역법 제23조 제1항은 “외국인은 보건복지부장관의 허가를 받아 경제자유구역에 ‘외국인전용 의료기관’을 개설할 수 있다”고 규정하였으나, 2005. 1. 27. “외국인은 의료법 제30조 제2항의 규정에 불구하고 보건복지부장관의 허가를 받아 경제자유구역에 ‘의료기관’을 개설할 수 있다”고 개정된 부분에 대해, “이는 외국인이 개설하는 의료기관이 적정한 수익성을 유지할 수 있도록 하여 선진외국병원을 유치함으로써 경제자유구역을 효율적으로 운영하기 위한 것일 뿐, 내국인 진료의 제한에 따른 문제점을 개선하거나 내국인 진료의 거부 행위를 용인하는 결과를 가져오는 데에 대한 반성적 고려에 따른 것은 아니라고” 판시하였다.

또한 헌법 제36조 제3항 소정의 보전에 관한 국가의 보호 규정상, 보건의료정책은 광범위한 입법형성권을 가진 입법부에서 우리나라 보건의료의 여러 사정을 고려하여 입법정책적으로 결정할 재량사항으로서 입법형성의 자유에 속하는 분야라는 전제하에, “제주특별법에 따른 의료기관 개설허가 제도는 영리병원 금지, 건강보험 의무가입제, 요양기관 당연지정제를 주축으로 하는 보건의료체제에 대한 특례를 인정하여, 일정한 지역 내에서 ‘외국인이 설립한 법인’을 의료기관 개설 주체로 하여 영리병원의 개설을 허가하고, 국민건강보험법에 따른 요양기관에서 제외하며 건강보험의 적용을 받지 않도록 하고 있다. 결국 제주특별법에 따른 외국의료기관 개설허가는 ‘외국인이 설립한 법인’에 대하여 의료법, 국민건강보험법상의 제한을 받지 않는 의료기관을 개설할 수 있는 권리를 설정하는 강학상 특허로 볼 수 있고, 강학상 특허는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재량행위이다.”라고 판시하였다.

이에 따라 이 사건 허가조건의 내용상 하자과 관련하여서도 비례의 원칙, 신뢰보호 원칙 위배 등의 사정을 찾기 어렵다고 판단하였는데, 그 구체적 논거로 “① 이 사건 병원과 같은 영리병원에 대하여 내국인 진료를 허용하는 경우 보건의료체계의 주축을 이루는 요양기관 당연지정제와 건강보험 의무가입제에 영향을 줄 수 있고, 원고에 대한 내국인 진료의 허용 여부는 국민의 보건의료라는 중요한 공익과 관련되므로 이 사건 허가조건은 그 행정목적의 정당성을 인정할 수 있는 점, ② 제주특별법상 ‘외국인전용 외국의료기관’의 개설허가가 가능한 것으로 해석되고 공익상 목적을 달성하기 위하여 이 사건 허가조건과 같이 이 사건 병원에 대하여 내국인 진료를 제한하는 이외에 다른 적절한 수단이나 원고의 사익을 보다 덜 침해하는 수단이 있다고 단정할 만한 사정도 없는 점, ③ 원고는 이 사건 허가조건으로 인하여 당초 신청과 달리 내국인 진료가 제한됨으로써 영업의 자유가 일부 제한되고, 그로 인한 수익성 악화 등 사익이 침해된 것으로 볼 수 있으나, 원고는 이 사건 병원 개설에 관한 최종 사업계획서에서 이 사건 병원 운영의 경제성과 기존 공공의료체제에 미치는 영향을 분석하면서 외국인을 주요 진료 대상으로 삼았고, 이러한 사업계획은 2017. 11. 24. 개최된 제1차 보건의료정책 심의위원회에서도 그대로 유지되고 있었던 점, ④ 피고는 보건의료정책 심의위원회의 심의 및 공론조사위원회의 공론조사를 거쳐 ‘내국인 진료를 제한하는 조건부 외국의료기관 개설허가’ 심의 의견과 ‘이 사건 병원 개설 불허’ 권고 의견을 받은 다음 위 심의 의견에 따라 이 사건 개설허가를 하면서

이 사건 허가조건을 부가한 점”을 들었다.

III. 판결의 분석

해당 판결은 우리나라 최초의 영리병원 허가에 있어 내국인 진료를 제한하는 조건을 부가할 수 있는지가 쟁점이 된 사안이었다. 이와 관련해 1심에서는 영리병원 허가를 일반 의료기관 개설허가와 동일선상에 놓고 개설허가조건의 적법성에 대해 판단하였던 반면, 2심에서는 영리병원 허가가 현행 의료체계의 예외이므로 그 행위의 성격을 특허로 전제한 후 개설허가조건의 적법성에 대해 판단하였다.

본 사안에서는 영리병원 허가의 성격이 부담의 부가 가능성을 좌우하였고, 나아가 재량권 일탈·남용 여부를 가르는 주된 논거가 되었다. 그렇기 때문에 먼저 제주녹지국제병원 관련 제도 및 도입 경위를 살펴본 후 영리병원 허가의 성격에 대한 논의를 살펴보고, 더 나아가 2심 법원 판단의 전제가 되었던 우리나라 의료체계에 변화가 생길 경우 그 법적 성격에 미치게 될 영향을 분석한다. 또한 본 사안의 허가를 위한 의사결정에서 중요한 요소로 대두되었던 숙의형민주주의와 관련한 법률적 쟁점들에 대해 살펴도록 한다.

1. 제주녹지국제병원 관련 제도 및 도입 경위

(1) 우리나라 의료보험체계 개관

1) 의료보험제도⁷⁾

우리나라에서는 1963년 의료보험법이 최초로 제정되었으나 시행되지 못하였고, 1977년에 500인 이상 사업장에 속한 도시 근로자에게 의료보험을 제공하며 건강보험 제도가 최초로 시행되었으며, 1988년 농어촌지역 의료보험이 실시되었고, 1989년 의료보험이 도시지역 자영업자에 확대 실시됨으로써 전 국민에 대한 의료보장이 실현되었다. 1997. 12. 31. 제정되어 1998. 10. 1.부터 시행된 국민의료보험법에 의하여 공무원 및 사립학교교직원 의료보험관리공단과 227개의 지역조합이 조직상 통합되어 ‘국민의료보험공단’이 단일보험자로서 전국민의 60%에 해당하는 2800만명의 공무원·교직원 피보험자와 지역 피보험자의 의료보험을 관리하게 되었다. 그 후 1998. 2. 8. 제정되어 2000. 7. 1.부터 시행된 국민건강보험법에 의하여 직장조합까지 완전히 통합됨으로써 국민건강보험공단을 단일보험자로 하는 의료보험체계가 형성되었다. 2000. 7. 1. 국민건강보험법에 의하여 직장조합까지 완전히 통합됨으로써 ‘국민건강보험공단’을 단일보험자로 하는 의료보험체계가 형성되었다.⁸⁾ 2000. 7. 1. 국민건강보험법이 시행되기 전까지, 직장가입자에게는 의료보험법이, 공무원·교직원 및 지역 피보험자에게는 국민의료보험법이 각각 적용되다가 국민건강보험법의 시행과 더불어 의료보험

7) 이하의 내용은 본 사건 2심 판결문을 참고한 것이다.

8) 이은경, “우리나라 건강보험제도에 관한 고찰”, 「재정포럼」 167권(2010), 33면.

법과 국민의료보험법은 폐지되었다.

그 결과 국민건강보험법은 수급권자, 유공자 등 일부를 제외한 국내에 거주하는 국민 모두를 건강보험의 가입자 또는 피부양자로 편입시켰고(제5조), 가입자와 피부양자의 질병, 부상, 출산 등에 대한 진찰·검사, 약제, 처치·수술, 예방·재활, 입원, 간호 등 의료행위 전반 중 일상생활에 지장이 없는 질환에 대한 치료 등 일부(비급여 대상)를 제외한 일체의 것(요양급여대상)을 건강보험에 대한 요양급여의 대상으로 편입시켰다(제41조).

2) 요양기관 지정제도⁹⁾

1963년 제정되었으나 시행되지 못한 의료보험법은 의료기관과 보험자와의 계약에 의하여 요양기관을 지정하는 계약지정방식을 채택하였다. 이에 의하면 요양기관은 보험자의 신청에 의하여 보건사회부장관이 지정하고(제39조 제2항) 요양기관이 언제든지 지정의 취소를 요구할 수 있도록 함으로써(제40조) 지정의 강제성을 배제하고 보험자와 의료기관간의 계약에 따라 보험의료기관인 요양기관을 지정하였다.

1977년 제정된 의료보험법은 계약지정 방식을 그대로 유지하였고, 위 법을 근거로 하여 같은 해부터 500인 이상의 사업장을 대상으로 하는 직장의료보험을 실시하였다. 그러나 계약지정제는 ① 의료기관의 지역적 편재로 인하여 요양기관의 절대수가 부족하였고 사업장소재지와 피보험자의 거주지가 상이하여 고른 분포지정이 어려웠을 뿐만 아니라 지역별 적정 진료과목 지정에 애로가 있었으며 ② 의료기관의 자유선택권이 빈약하여 피보험자가 의료기관 이용시 알기 쉬운 종합병원만을 과다하게 이용하여 진료소요시간의 장기화로 많은 불편을 초래하였을 뿐만 아니라, ③ 의료기관은 요양급여 비용청구에 따른 불편, 지정수가제에 따른 손실 등을 이유로 의료보험환자를 기피하여 지정을 거부하게 됨에 따라 지정계약을 체결한 의료보험조합과 해약하는 사태가 야기되는 등의 문제점을 야기하였다.

이에 1979년 의료보험제도를 공무원 및 사립학교교직원으로 확대·시행하게 되는데, 이를 위해서는 의료계의 적극적인 참여가 요구되자, 1979. 4. 17. 의료보험법을 개정하여 계약지정방식을 강제지정방식으로 전환하였다.¹⁰⁾ 이에 따라 보험자나 보험자단체가 요양기관을 지정하도록 하고, 지정을 받은 의료기관은 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못하도록 규정되었다.

그런데 의료보험법상의 요양기관 지정제도가 사실상 지정을 거부할 수 없는 강제지정을 그 내용으로 하면서도 요양기관으로 하여금 불필요한 지정절차를 밟게 하는 것은 요양기관의 불편만을 초래한다고 하여 1998. 2. 28. 의료보험법 개정을 통하여 요양기관이 관련 법률에 의하여 개설·등록되거나 설치되면 당연히 요양기관이 되는 소위 ‘요양기관 당연지정제’로 변경하였다. 직장가입자에게 적용되던 의료보험법은 2000. 7. 1. 전 국민을 대상으로 하는 의료보험을 시행하는 국민건강보험법의 시행으로 인하여 폐지되었고, 대신 국민건강보험법 제42조에서 동일한 내용의 ‘요양기관 당연지정제’를 규정하였는바, 이는 현행법 제42조 제1항으로 규정하고 있다.

9) 이하의 내용은 본 사건 2심 판결문을 참고한 것이다. .

10) 온정훈, “국민건강보험법상 요양기관 당연지정제의 합헌성 및 대안에 대한 검토”. 「사회보장법연구」 제5권 제1호(2016), 101면.

3) 관련 법제

의료법은 의료기관을 개설할 수 있는 주체를 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사, 국가나 지방자치단체, 의료업을 목적으로 설립된 법인, 민법이나 특별법에 따라 설립된 비영리법인, 공공기관의 운영에 관한 법률에 따른 준정부기관, 지방의료원의 설립 및 운영에 관한 법률에 따른 지방의료원, 한국보훈복지의료공단법에 따른 한국보훈복지의료공단으로 제한적으로 열거하고, 의료법인이나 비영리법인에 대한 영리추구를 금지하며(의료법 시행령), 적법한 면허 등을 갖춘 의료인에 대하여도 의료법에 따른 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료행위를 하지 못한다(제33조 제1항)고 규정하고 있다. 의료법에서 영리병원을 금지하고 있는 것은 의료의 질을 관리하고 건전한 의료질서를 확립하여 국민의 건강을 보호 증진하고, 영리 목적으로 의료기관을 개설하는 경우에 발생할지도 모르는 국민건강상의 위험을 미리 방지하기 위한 것이다.¹¹⁾ 이에 따라 의료법에서의 의료법인은 의료법인 개설 투자자와 그 구성원뿐만 아니라 이를 위탁받아 운영하는 다른 의료법인에 대하여도 병원운영에 따른 이익금을 분배할 수 없다. 즉, 의료법상 의료법인은 비영리법인만 허용하고 있다. 의료인의 자격이 없는 일반인이 필요한 자금을 투자하여 시설을 갖추고 유자격 의료인을 고용하여 그 명의로 의료기관 개설신고를 한 행위는 형식적으로만 적법한 의료기관의 개설로 가장한 것이어서 의료법 제66조 제3호, 제30조 제2항 위반죄가 성립되고, 그 개설신고 명의인인 의료인이 직접 의료행위를 하였다 하더라도 같다.¹²⁾ 또한 의료인의 자격이 없는 일반인이 필요한 자금을 투자하여 시설을 갖추고 유자격 의료인을 고용하여 그 명의로 의료기관 개설 신고를 하고, 의료기관의 운영 및 손익 등이 그 일반인에게 귀속되도록 하는 내용의 약정은 강행 법규인 의료법 제33조 제2항을 위반하므로 무효이며, 무효인 약정에 기하여 급부의 이행을 청구하는 것은 허용되지 않고, 이행을 구하는 급부의 내용을 새로운 약정의 형식을 통해 정리하거나 일부를 가감하였다 하더라도 무효인 약정이 유효함을 전제로 한 이상 급부의 이행청구가 허용되지 않는다.¹³⁾

이러한 의료법 규정에도 불구하고 외국인을 대상으로 최고급 의료서비스를 제공하는 세계 초일류급 종합병원을 지어서, 투자 외국인에게 생활 편의를 제공할 뿐만 아니라 더 나아가 인근 동북아시아의 환자도 유치함으로써 우리나라 의료서비스를 수출 산업화하고 국부를 신장시키는 계기로 만들자는 취지로 외국의료기관에 관한 특별법이 만들어졌다. 이러한 특별법으로는 크게 경제자유구역법과 제주특별법이 있는데, 경제자유구역법 제23조는 외국인의 생활여건을 개선하고 외국인 투자를 촉진하기 위해 경제자유구역에 외국의료기관을 설립하도록 하고 그 허가요건 등을 규정하고 있다. 이와 관련해 외국의료기관이란 외국인 또는 경제자유구역에 소재한 자본금 50억 원 이상의 외국 의료법인에 의하여 설립된 종합병원, 병원, 치과병원, 요양병원을 의미하며(경제자유구역법 제23조 제1항, 같은법 시행령 제20조의2 제1항), 당초

11) 헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2001헌바87 전원재판부 결정.

12) 김남욱, “제주특별자치도의 영리병원허가에 관한 법적 쟁점”, 「국가법연구」 제15집 제3호(2019), 68면.

13) 김남욱, 위의 글, 68면.

외국인에 대한 진료만 가능했던 외국의료기관은 경제자유구역법이 2005. 1. 27. 법률 제7349호로 개정되어 내국인 진료금지규정이 삭제됨에 따라 외국인이 보건복지부장관의 허가를 받아 경제자유구역에 의료기관을 개설할 수 있도록 규정되었다.¹⁴⁾ 또한 제주특별법 제307조 제1항은 의료법 제33조 제2항에도 불구하고 외국인이 설립한 법인은 피고의 허가를 받아 제주특별자치도에 외국의료기관을 개설할 수 있도록 규정하고, 동조 제2항은 그 종류 및 요건, 개설요건 등을 제주특별자치도 조례로 정하도록 규정하였다. 이에 따라 제주특별자치도 조례는 제14조에서 ‘외국의료기관을 개설할 수 있는 법인은 상사회사 설립의 조건에 따른 주식회사와 유한회사로서, 법인의 자본금은 미화 500만 달러 이상이고 외국인 투자비율이 100분의 50 이상이어야 하며 자본금 요건은 의료기관 개설허가 신청 전까지 갖추어야 한다’고 규정하였다. 제주특별법에서는 의료법 제33조 제2항의 규정에도 불구하고 상법상의 주식회사, 유한회사 형태의 외국법인이 제주특별자치도지사의 허가를 얻어 영리병원을 개설하도록 하고 있다. 영리병원은 병원운영에 따른 이익금을 의료법인의 개설투자자와 그 구성원, 위탁받은 의료법인에게 분배할 수 있다. 제주특별자치도의 영리병원은 국가와 입법자의 의지에 의하여 인정된 제도로써 국제자유도시로서의 의료관광객을 대상으로 의료서비스의 질 향상, 의료서비스 및 의료관광산업의 경쟁력 강화, 고용 창출을 통한 지역경제 활성화 등을 하기 위함이다.¹⁵⁾

(2) 제주녹지병원 도입 경위

1) 영리병원의 의의

영리병원이란 병원 운영으로 얻는 이익을 그 투자자에게 배분하는 형태의 병원을 말한다.¹⁶⁾ 위에서 살핀 바와 같이 영리병원의 잉여금은 내부 배분이 가능한바, 자본투자유지를 통한 자본 조달이 가능하고, 재산처분의 자유가 있으나 비영리병원은 자본유치가 불가능하다.¹⁷⁾

2) 영리병원 추진 과정

영리병원 관련 논의는 2003년 동북아 중심병원 계획과 2004년 경제자유구역의 외국영리병원의 내국인 진료 허용이 이루어지면서부터로, 의료산업의 고부가가치화를 위한 영리병원 허용 문제는 도하개발아젠다 협상, 자유무역협정 등과 맞물리며 핵심정책과제로 부각되었다.¹⁸⁾

2004년 11월 국무회의에서 외국유명병원의 유치와 이들의 내국인 진료를 허용하는 영리병원 허용방침을 결정하였고, 2005년 11월 외국법인을 대상으로 영리병원을 허

14) 온정훈, 앞의 글, 104면~105면.

15) 김남욱, 앞의 글, 68면.

16) 정은아, “영리병원 도입은 되돌릴 수 없는 법적 약속인가 - 영리병원 설립 근거법률의 개정과 한미 FTA 합치성 검토”, 「민주법학」 통권 68호(2018), 207면.

17) 김주현·하동현, “공론화를 통한 정책결정의 한계 연구 : 제주 녹지국제병원 사례를 중심으로”, 「정부학연구」 제25권 제1호(2019), 143~144면.

18) 위의 글, 144~146면.

가하는 제주특별자치도특별법이 의결되었는데, 이 때 제주시민단체는 공공의료서비스 붕괴를 들어 반대하였다.¹⁹⁾

그 이후 2008년 임기를 시작한 MB 정부는 출범 초기부터 의료영역에 더 많은 시장경쟁과 효율을 강조하는 태도를 보였는데, 현행 단일보험자 국민건강보험을 다수의 보험자들로 쪼개서 서로 경쟁을 시키자는 ‘신조합주의 의료보험 방식’에서부터 아예 싱가포르 방식의 의료저축계좌를 도입하자는 주장, 민간의료보험을 활성화하여 국민건강보험과 경쟁시키자는 방안, 내국인에게도 영리병원을 허용하여 민간의료보험과 짝을 짓게 함으로써 국민건강보험의 역할을 축소하자는 견해 등과 아울러 건강보험 당연지정제도의 폐지 내지 완화 논의도 이루어졌다. 현행 건강보험 당연지정제도에 의하면 우리나라의 모든 의료기관은 법적으로 당연히 국민건강보험공단과 의료서비스 제공 계약을 맺어야 하고, 건강보험 환자의 진료를 거부할 수 없으며 의료서비스 제공에 있어서도 건강보험 의료수가의 적용을 비롯한 각종 공익적 규제를 수용해야 하는바, 이것이 폐지될 경우 소위 경쟁력 있는 의료기관들이 낮은 건강보험 의료수가가 아닌 높은 의료비를 청구할 수 있는 일반 환자나 민간의료보험 환자를 주로 진료하게 되고, 당연히 국민건강보험 환자를 보지 않으려 할 것이며 민간의료보험 회사들이 이 틈을 더 키워 의료수요의 대부분을 민간의료시장에서 충족케 하는 의료제도의 민영화 구조를 만들려 할 것이라는 취지로 건강보험 당연지정제도의 폐지를 반대하는 서명운동이 일어났고, 건강보험 당연지정제도 폐지를 반대하는 여론이 크게 형성되었다.²⁰⁾

이와 같이 2008년~2015년까지는 정부의 지속적인 영리병원 추진과 시민단체의 반대로 무산되기를 반복하다가 2015년 4월 중국 녹지그룹의 녹지국제병원 건립 사업계획서가 제주도를 통해 복지부에 최종 승인 요청하였는데 이 때 도민 여론조사에서 영리병원 반대가 74.7%였음에도 2015년 12월 18일 정부가 녹지국제병원에 대한 설립을 승인하였다.²¹⁾ 이후 병원은 2017년 9월 개원을 위한 허가신청서를 제주도에 제출하였으나, 제주도 보건의료정책심의회에서 찬반이 극명히 대립되며 개원허가가 지연되었고, 2018년 1월 영리병원을 반대하는 운동본부는 영리병원 개원 허가 문제를 숙의형 정책개발로 하자고 청구하였다(제주특별자치도 숙의민주주의 실현을 위한 주민참여 기본조례 제9조).²²⁾

이에 따라 2018년 4월 17일 숙의형 공론조사위원회가 결성되었는데 이에 대해 녹지병원 측은 개원허가 지연에 따른 손해 문제를 제기하며 지역별 토론회에 불참하였고, 토론회 결과 불허를 지지하는 입장이 일관되게 높아 숙의형 공론조사위원회는 2018년 10월 4일 공론조사 결과를 발표하고, 영리병원 개원허가 반대를 정책권고하였다.²³⁾ 그 이후 제주도지사는 공론조사위원회의 결정을 존중하고자 하였으나 녹지병원의 강력한 반발로 2018년 12월 5일 ‘경제살리기 동참, 관광산업의 재도약, 건전한 외국투자자본 보호’ 등을 근거로 외국인전용을 조건으로 하여 병원 설립을 허가하였다.²⁴⁾

19) 위의 글, 146면.

20) 이상이, “제주특별자치도 내국인 영리병원 도입의 찬반 논쟁에 관한 고찰”, 『The Journal of Medical and Life Science』, Vol. 6, No. 1.(2009), 40면.

21) 김주현·하동현, 앞의 글, 146~148면.

22) 위의 글, 149면.

23) 위의 글, 150면.

이와 같이 제주특별자치도의 영리의료법인 도입 논의 당시 내국법인도 영리의료법인을 허용하려고 하였으나, 시민단체의 반대로 외국인 영리의료법인만 허용하기로 한 것인바 제주녹지국제병원은 성형외과, 피부과, 내과, 가정의학과를 두고 외국관광객을 대상으로 의료서비스 제공을 통한 이익을 투자자에게 분배하는 것을 목적으로 한다. 국내 의료법인(비영리의료법인)이 국민건강보험제도와 당연지정제도가 적용되는데 반하여, 제주녹지국제병원(영리병원)은 국민건강보험이나 당연지정제도가 적용되지 않으며 민간보험사업자들의 계약에 의하여 진료비를 부담하게 된다. 현재 국내 민간의료기관들은 국민건강보험제도와 당연지정제를 통해 의료비 상승을 통제하고, 영리행위 금지 제도를 통해 비영리로 운영하도록 강제하고 있다.²⁵⁾

3) 제주특별자치도 영리병원 개설허가 찬성론의 논거

제주특별자치도 영리병원 개설허가와 관련하여서는 먼저 ① 의료서비스의 질 향상을 그 이유로 꼽는다. 즉 주식회사와 유한회사와 같은 외국영리법인이 보건의료서비스의 자본을 투자하여 환자들의 의료서비스의 질 향상을 시킬 수 있는데, 재벌기업이 의료법인을 설립하여 투자함으로써 양질의 의료서비스를 제공하여 온 것처럼, 비영리의료법인도 영리의료법인과 같은 경쟁력을 갖추기 위하여 최신의 의료기기와 기술 및 시설을 갖추고 의료서비스를 제공하게 되므로 의료서비스의 질이 크게 향상된다는 것이다.²⁶⁾ 또한 ② 의료관광산업과 지역경제 활성화를 들고 있는데, 제주특별자치도에 의료관광객을 대상으로 의료서비스, 헬스케어, 휴양 등을 제공하는 영리병원을 개설하여 의료관광산업의 활성화를 통하여 지역경제를 활성화시킬 수 있다고 보았다. 특히 제주녹지국제병원에 의료진, 간호사 등으로 제주도민이 취업함으로써 고용을 창출시킬 수 있으며, 제주특별자치도의 의료관광객은 2009년 223명이었던 것이 2014년 2,952명, 2015년 4,552명으로 확대되었고, 이들은 피부과>검진센터>내과>정형외과 순으로 진료를 받았으며 영리의료병원이 개설운영되는 경우에는 의료관광이 더욱 확대될 것으로 보았다.²⁷⁾ 또한 ③ 의료선택권이 확대될 수 있는데 외국인 관광객의 경제적 여건에 따라 제주녹지국제병원으로부터 성형외과, 치과, 내과, 가정의학과 영역에서 의료의 선택적 진료를 받을 수 있다고 보았다.²⁸⁾

4) 영리병원을 비롯한 제주녹지국제병원의 도입 비판론

그러나 이러한 찬성론에도 불구하고 제주녹지국제병원과 같은 영리병원 도입에는 다음과 같은 비판론이 제기되었다.

즉 의료법은 의사와 의료에 관한 사항을 규정한 법으로 우리나라 의료제도의 근간이 되는 법률인데, 이 법에 따르면 영리법인은 의료기관을 개설할 수 없게 되어 있다. 비영리법인과 영리법인 사이에는 중요한 두 가지의 차이가 존재하는데 ① 영리

24) 위의 글, 151면.

25) 김남욱, 앞의 글, 68면~69면.

26) 위의 글, 69면; 진영찬·문상호, “제주특별자치도의 의료정책의 우선순위분석-영리병원도입 현안을 중심으로-”, 정책분석평가학회보, 제20권 제4호(2010), 222~223면.

27) 김남욱, 위의 글, 70면.

28) 위의 글, 70면.

병원의 설립이 허용되면 자본시장을 통한 자본 조달이 가능해지고 이 경우 엄청난 규모의 부동 자본이 오직 이윤을 목적으로 의료시장에 유입되는 메커니즘이 합법화 되는 것이다. 또한 ② 영리법인 병원은 그 취지가 이윤을 목적으로 하는 병원인 만큼 영리추구에 대한 근본적 성격의 사회적 규제를 가하기 어려워지고 이들 병원에는 현행 건강보험 당연지정제도를 적용하기 어려워지는바, 이윤 창출을 목적으로 하는 주식회사에 대해 생산품의 범위와 가격을 통제하는 것은 자본주의 시장 논리에 위배되기 때문이다.²⁹⁾

이러한 총론적 논의와 더불어 찬성 논리에 대해 다음과 같은 비판론이 제기되었는데 우선 ① 영리법인 병원은 비영리법인 병원보다 양질의 의료서비스를 제공하지 못한다는 것이다. 유럽 국가들의 경험을 보면 이들 국가에서 영리병원이란 대부분 중소병원 규모거나 성격상 요양병원들로 주로 틈새시장을 점유하는 병원들인바 유럽에서는 공공병원 또는 비영리병원들이 규모가 크고 양질의 의료서비스를 제공하고 있고, 미국의 경우에도 이러한 흐름은 대동소이하며, 영리병원을 제도적으로 경험한 미국의 사례에서 영리병원의 의료의 질이 더 높을 것이라는 주장 역시 근거를 찾기 어려운 것이었다.³⁰⁾ 또한 ② 일자리 창출을 통한 지역경제 활성화 논거와 관련하여서도 영리병원에 투자를 늘리나, 공공병원에 투자를 늘리나 일자리가 늘어나는 것은 매일반이며 국제 비교를 해 보면 의료 분야에서 사적 투자 방식을 선호하는 미국이나 공적 투자방식을 허용하는 스웨덴이나 의료분야의 일자리 규모는 비슷하다.³¹⁾ 나아가 ③ 외국인 의료선택권 보장을 통한 국부 창출이라는 명분을 들더라도 이러한 양상이 전국의 경제자유구역으로 확산되고 이에 따라 의료민영화가 순식간에 퍼지게 되며 이로 인해 가장 큰 혜택을 누리는 당사자는 보험회사와 자본투자자들이 되는 것 또한 문제이다. 영리병원을 통한 당연지정제도의 붕괴를 초래함으로써 현재 우리나라 의료제도가 공급의 과잉에도 불구하고 의료민영화체제로 간주되지 않도록 하는 국민건강보험 중심의 의료공급체계 통제 역시 불가능해지게 된다는 것이다.³²⁾

5) 소결

이와 같은 영리병원 도입에 관한 찬반론은 각각 다음과 같은 면에서 충분한 논의에는 이르지 못한 것으로 보인다. 즉 찬성론은 의료시장의 성장 논리에 기초하여 영리병원의 설립을 통해 이익을 향유할 병원계, 정부 경제 관련 부처들, 민간보험업계에 의해 주도되고 있는데 위에서 본 바와 같이 고용 창출 등 의료산업 육성에 대한 기대를 뒷받침하는 근거 제시가 미약하고, 영리병원 도입을 통해 어떻게 의료서비스의 질이 향상되고 병원 경영이 효율화될 수 있는지 분명히 해명하지 못하며, 보다 근본적으로 의료산업 육성전략이 우리나라 국가보건의료체계, 특히 건강보험제도에 어떤 영향을 미칠 것인가에 대해 침묵하고 있다.³³⁾

반면 반대론은 의료는 산업이 아니라 권리라는 관점에서 의료산업의 육성논리가 건강보험제도 및 국가보건의료체계에 미칠 부정적 영향을 부각시키는 시민단체들에

29) 이상이, 앞의 글, 39면.

30) 위의 글, 41면.

31) 위의 글, 42면.

32) 위의 글, 43면.

33) 이민우, “영리병원 도입 및 정책과제”, 국회입법조사처(2009), 7~8면.

의해 주장되고 있는바 시민단체들은 의료비 급등 등 현상적 부작용보다도 건강보험의 기능이 약화되어 급기야 붕괴되어 버릴 수도 있다는 우려 속에서 영리병원의 도입에 적극 반대하고 있다. 그러나 이는 영리병원 도입시 실제 발생하지 않을 수도 있는 상황을 지나치게 부정적으로 가정하고 있고, 의료서비스산업의 성장을 통해 장기적으로 환자들이 더 질 높은 서비스를 받을 수 있다는 것과 소득이 낮아 의료서비스를 받기 어려운 계층을 위한 대책을 세우는 것은 별개의 문제라는 인식이 결여되어 있다.³⁴⁾ 이러한 찬반론에 각각 내재된 문제는 결국 영리병원의 문제가 합의점에 이르지 못한 채 장기간 교착상태에 이르도록 한 것으로 보인다.

2. 영리병원에 대한 허가의 성격

(1) 허가과 특허의 구별 기준

전통적인 행정법학의 이론에 의하면 허가는 명령적 행위이고, 특허는 형성적 행위이며, 허가는 원칙상 기속행위이고 특허는 원칙상 재량행위로 본다. 즉 허가는 상대적 금지를 해제하여 사인의 자유를 회복시켜 주는 행위이므로 허가요건에 해당하면 반드시 허가하여야 할 기속행위로 보았다.³⁵⁾

이와 관련해 판례 중 허가를 성질상 일반적 금지에 대한 해제라는 이유로 원칙상 기속행위로 본 판례들이 있으나(대법원 1993. 5. 27. 선고 93누2216 판결 등),³⁶⁾ 허가 사항임에도 불구하고 공익상 필요가 있는 경우 재량행위로 본 판례들이 있다(대법원 2004. 7. 22. 2003두7606).³⁷⁾

한편 판례는 특허를 재량행위로 보는바, 예컨대 특정인에게 권리나 이익을 부여하는 이른바 수익적 행정행위임을 근거로 재량행위로 판시하고 있는데, 대표적으로 여객자동차운수사업법에 따른 개인택시운송사업면허(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009두19137 판결), 주택재건축사업시행의 인가(대법원 2007. 7. 12. 선고 2007두6663 판결) 등이 있다.³⁸⁾

특허는 공익의 필요에 따라 상대방에게 새로운 권리를 창설해 주는 것인 점에서 상대방이 본래 가지고 있던 자유권을 회복시키는 허가과 구별이 필요하다는 것이 전통적 견해인데,³⁹⁾ 이에 대하여 특허와 허가를 구별하지 않는 것이 타당하다는 견해가 존재한다. 즉 특허의 대상이 되는 공익사업은 본래 국가가 수행하던 것을 민간에 이양한 것이라는 점에서는 허가과 구별되지만 특허든 허가든 모두 그 대상 사업은 영업의 자유 대상이라는 것이다.⁴⁰⁾ 특허 명령적 행위로서의 허가과 형성적 행위로서의 특허의 구별이 오늘날 상대화되어 가고 있는바, 시장의 신규진입을 제한하고 기

34) 위의 글, 8면.

35) 박정훈, 「행정법 판례라인」, 박영사, 2017, 81면.

36) 박균성, “행정판례 30년의 회고와 전망-행정법총론 I”, 「행정판례연구」 X I X - 2 (2014), 413면; 홍정선, 「행정법특강」, 박영사, 2017, 188면.

37) 홍정선, 위의 책, 186면; 박정훈, 위의 책, 82면; 박균성, 위의 글, 414면.

38) 박균성, 위의 글, 412~413면.

39) 박정훈, 앞의 책, 82면.

40) 박균성, 앞의 글, 오늘날 특허의 경우에도 독점권이 부여되는 경우가 거의 없으며, 허가의 경우에도 재량행위 내지 기속재량행위로 보아야 하는 경우가 있는 반면, 특허의 경우에도 기속행위로 보아야 하는 경우도 있어 이를 구별할 실익이 크지 않다는 견해이다.

업 활동에 일정한 제한을 가할 것인지, 원칙적으로 규제 없이 방치할 것인지 여부 등은 모두 입법정책적인 문제라는 점이 지적되고 있다.⁴¹⁾ 이에 대한 논의를 상술하면 이하와 같다.

1) 입법실무상 허가·특허의 혼용사용⁴²⁾

허가, 인가, 특허 등은 법령에서 널리 사용되는 용어로 강학상 개념과 반드시 일치되어 사용되고 있지 않은바 강학상 개념으로서 허가, 인가, 특허는 법률행위적 행정행위의 일종으로 구별되어 사용되나 법령상으로는 그 의미가 명확하게 구별되어 사용하고 있지 않다. 법률상의 허가가 강학상 허가과 같은 의미로 사용하는 경우(식품위생법 제37조 - 영업의 허가 등)가 일반적이지만, 법령상 허가가 강학상 특허의 의미로 사용된 경우도 있다(광업법 제15조 - 광업권설정의 출원 등).⁴³⁾ 이에 반해 법령상 특허라는 용어는 허가에 비하여 그다지 자주 사용되고 있지 않는데 이것은 강학상 특허에 해당하는 행위에 관하여는 법령상으로 허가, 인가, 면허라는 용어로 사용되고 있기 때문이다. 또한 특허라는 용어는 특허법상 사용되고 있으나 이 경우에는 신규의 공업적 발명이 법정 요건을 구비한 발명임을 확인하여 공적으로 증명하는 행위를 의미한다.⁴⁴⁾

2) 허가과 특허의 구별 실익

허가와 특허의 개념은 학문상의 것으로, 실제 법령에서 반드시 학문상의 개념에 부합되도록 사용되는 것은 아닌바 이들을 구별하는 실익은 기속행위와 재량행위의 구별에 있어서이다. 다수의 견해인 효과재량설의 입장에서 보면 허가 여부는 기속행위인데 특허의 여부는 재량행위로 보고 또한 허가의 경우에는 그로 인하여 받는 이익은 반사적 이익에 그치므로 행정청이 제3자에게 새로운 허가를 함으로써 사실상 불이익을 받더라도 소의 이익이 인정되지 않는데 반하여, 특허의 경우에는 행정청이 제3자에게 새로운 특허를 함으로써 불이익을 받을 경우 소익을 인정하는 데 있다. 그러나 오늘날의 경우에는 기속행위와 재량행위의 구별에 있어서 수익적 행위인지 침해적 행위인지 여부만이 기준이 될 수 없다고 하고, 또 소익이론의 발전에 따라 허가로부터 받는 이익에 대하여도 소익을 인정하는 경우가 있게 되어 양자의 구별은 커다란 의미를 갖지 못하게 되었다.⁴⁵⁾

3) 허가의 법적 성질에 관한 논의

41) 법제처·명지대학교 산학협력단, 「허가·인가·특허 등의 올바른 사용을 위한 정비 및 심사 기준」, 2006, 11면.

42) 위의 글에서는 허가, 인가, 특허에 대하여 다루고 있으나 본고에서 주로 문제되는 쟁점은 허가과 특허의 구별인 만큼 이하에서는 허가과 특허 관련 논의에 중점을 두어 소개하고자 한다.

43) 법제처·명지대학교 산학협력단, 위의 글, 5~6면.

44) 위의 글, 6면.

45) 위의 글, 7~8면.

종래의 견해는 허가는 명령적 행위로 파악하여 특별한 권리를 새로이 설정해 주는 것이 아니라 본래 가지고 있던 자연적 자유를 회복시켜 주는 것으로 하명의 성질과 같이 보아왔는바 현재는 형성적 행위로 볼 수 있다는 견해가 대두된다. 예컨대 허가도 결코 단순한 자유회복에 그치는 것이 아니라 적법한 권리·이익의 향유를 가능케 하는 행위로 보아야 하므로 명령적 행위라기보다도 오히려 형성적 행위로 보아야 한다거나 허가도 단순한 자연적 자유의 회복이 아니라 헌법상의 기본권을 적법하게 행사할 수 있게 하여 주는 행위, 즉 법적 지위의 설정 행위라는 점에서 오히려 형성적 행위의 성질을 가진다거나, 허가가 적법하게 특정 권리·이익을 향유할 수 있는 지위를 설정해 주는 면이 있어 형성적 행위에 접근하여 있고, 허가과 특허의 상대화로 오늘날에 와서는 허가를 명령적 행위로, 특허를 형성적 행위로 엄격하게 구별할 실이 희박해졌다는 견해들로 보아 허가도 단순히 자연적 의미의 회복을 넘어 적법하게 일정 행위를 할 수 있는 법적 지위를 창설하는 의미로 볼 때에는 형성적 행위로 파악해 볼 수도 있을 것이다.⁴⁶⁾

이와 관련해 일반적으로 허가는 기속행위로 봄이 원칙이지만 예외적 승인(허가), 즉 법령상 원칙적으로 금지되는 것에 대해 예외적인 경우에만 해제시켜 주어 일정행위를 할 수 있게 하는 것을 말한다.⁴⁷⁾ 통상의 허가과 예외적 허가가 구별된다고 볼 경우, 실제상의 차이는 그것이 재량행위인지 아닌지와 재량권의 범위에 있다고 볼 수 있다. 일반적 허가는 상대방인 국민이 가지고 있는 기본적 자유를 회복시켜 주는 것에 불과하여 원칙적으로 재량행위로 파악하기 어려운 반면, 예외적 허가는 그것의 전제가 진압적 금지인 점에 비추어 법령의 문언상 재량이 부여된 것으로 명백한 규정을 하고 있지 않더라도 기속행위가 분명하지 않은 경우에는 재량행위로 파악할 수 있고 그 재량의 폭도 상대적으로 넓다.⁴⁸⁾ 예컨대 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003두 7060에서 판시한 바와 같이 개발제한구역 내에서의 건축물용도변경에 대한 허가를 예외적 허가에 해당한다고 보면 이것은 재량행위에 속하는 것이라고 할 수 있다.

4) 특허의 법적 성질에 관한 논의

법이론상 특허란 특정인을 위하여 권리 기타 법률상의 자격을 설정하는 법률행위적 행위이다. 특허의 법적 성질은 직접 법적인 효과를 발생시키는 형식적인 행위라고 하는 점에서 명령적 행위로서 허가과 구별된다. 특허가 가지는 법적인 특성으로는 법적인 의무가 발생하는 경우가 있는 점, 대상 사업이 가스사업, 운수사업 등 국민 또는 주민이 일상생활을 영위함에 있어서 없어서는 아니 될 중요한 생활필수적인 역무나 재화를 제공하는 점, 반드시 신청을 요한다는 점, 특정인에 대하여서만 행해지는 점, 재량성이 강하다는 점, 특정인에게 새로운 권리를 설정한다는 점 등을 들 수 있다.⁴⁹⁾

46) 위의 글, 8면.

47) 다만 위의 글에서는 이에 대한 하위 개념을 별도로 인정할 것인지에 대해 유보적 입장을 취하고 있다(위의 글, 11면).

48) 김중권, “행정법상 억제적 금지에 대한 예외적 승인”, 저스티스 제47권(1998), 143면.

49) 법제처·명지대학교 산학협력단, 앞의 글, 78면.

5) 허가과 특허의 관계에 관한 논의

위에서 본 바와 같이 허가는 법령에 의해 일반적으로 금지되고 있는 행위를 특정한 경우에 특정한 자에게 해제하는 것으로서 행정청의 사인에 대한 규제방법으로 가장 일반적으로 행하여진다. 이러한 종래의 개념에 대하여 특허는 특정한 자에게 새로운 권리를 발생시키는 것이라는 점에서 양자가 구별되어 논하여졌으나 이와 같은 명령적 행위로서의 허가과 형성적 행위로서의 특허의 구별이 오늘날 상대화되어 가고 있음이 강하게 주장되고 있다.⁵⁰⁾

실무에서 허가과 특허를 구별하여 정확하게 이용하기 위해서는 그 구별의 기준을 명확하게 할 필요성이 있는바 우선 ① 특허는 유한한 자원의 분배에 관한 행정작용이고, ② 특허로 인하여 공행정이 조성하고 관리하는 공적 설비의 독점적인 사용자적 지위가 형성되며 ③ 기본적으로 허가는 경원관계가 발생하지 않으나 특허는 자원의 희소성에 의한 경원자 관계가 발생한다.⁵¹⁾ 즉 허가의 기속행위성과 특허의 재량행위성을 허가과 특허의 본질적인 차이로 설명하여 왔으나 이는 허가과 특허가 가지는 자원분배상의 특성으로 인한 행정의 개입 및 판단의 구조에 의하는 차이이고, 허가과 특허가 내재하는 본질적인 차이는 아니다. 즉 특허는 사회적으로 유용한 희소한 자원의 배분에 관한 문제이므로 행정의 판단여지가 크며, 이로부터 특허의 재량성이 도출된다. 반면에 허가에서도 최근 재량적인 판단의 가능성이 있는 것으로 주장되고 있으나, 이는 허가 사업이 사회적으로 미칠 안전성이나 유해성의 기준에 관한 판단이 우선적인 것이 되고, 행정의 공익적 고려에 의한 재량은 부차적인 것이 된다.⁵²⁾

(2) 사안의 경우

1심 법원은 일반 의료기관에 대한 허가과 외국영리병원에 대한 허가를 동일선상에 놓고 그 성격을 판단하였던 반면, 2심 법원은 요양기관 당연지정제를 채택하고 있는 우리나라 의료체계의 성격에 비추어 볼 때 외국영리병원은 이에 대한 예외적 제도이므로 이에 대한 허가 역시 특허로 보아야 한다고 판단하였다.

이와 관련하여 1심 법원은 우리나라 의료법 체계에도 불구하고 행정규제의 폭넓은 완화 및 국제적 기준의 적용 등을 통하여 제주특별자치도를 국제자유도시로 조성·발전시키려는 제주특별법의 입법목적과 제주특별자치도에 외국의료기관을 유치함으로써 국제자유도시로서의 생활여건을 개선하려는 외국의료기관 개설허가 제도의 취지에 비추어 볼 때, 제주특별법이 일반적으로 외국의료기관의 개설허가를 금지하면서 예외적으로 외국의료기관을 개설할 수 있도록 규정한 것으로 보기는 어렵다고 보았다. 반면 2심 법원은 우리나라 의료체계 자체에 보다 방점을 두고 외국의료기관 개설허가는 그에 대한 예외적인 제도라고 판단하였다.

앞서 살핀 허가과 특허의 구별이 본 사안에서 중요했던 것은, 허가는 기속행위 내지 기속재량행위이고, 특허는 재량행위이기 때문에 영리병원 허가의 성격이 허가과

50) 위의 글, 12면.

51) 위의 글, 107면.

52) 위의 글, 107면.

특허 중 어느 하나로 결정되면 허가에 부관을 부가할 수 있는지 여부가 달라지고 그렇다면 부관을 부가한 행위 자체의 위법성도 달라지게 된 점에서 기인한다. 즉 허가는 기속행위 내지 기속재량행위이므로 부관을 붙일 수 없고 그에 따라 부관을 붙이는 것이 전혀 허용되지 않는 반면, 특허는 재량행위이므로 부관을 붙이는 것이 허용되는 것이다.

살피건대, 1심 법원이 외국의료기관에 대한 개설허가가 행정규제의 완화를 위한 것이고 이에 따라 이를 예외적 허가 규정으로 볼 수 없다고 판단한 취지는 일견 수긍할 만하다. 그러나 1심 법원과 같이 부관을 붙일 수 없다고 보게 되면 행정청은 외국의료기관이 개설허가 요건을 갖추어 허가 신청을 하였을 때 이에 대해 어떠한 조건도 붙일 수 없게 되고, 이는 행정규제의 완화 필요성과 보건의료체계와의 비교·형량을 거칠 여지를 두지 못하게 된다는 점에서 기속행위 내지 기속재량행위에 부관을 붙일 수 없도록 하는 현행 법체계 하에서는 행정청의 재량권을 박탈하게 되어 결과론적으로 의문이 드는 부분이 있다. 더욱이 피고가 부가한 조건은 ‘내국인 진료 제한’인데, 물론 영리병원 입장에서는 내국인 진료 제한이라는 조건을 걸어 외국의료법인을 허가하게 되면 사실상 병원 운영 자체가 불가능해진다는 점에서 막대한 손해를 부담해야 할 수 있지만 이는 우리나라 헌법의 보건의료에 관한 취지상 입법형성의 문제로 행정청이 제반 사항을 고려하여 결정할 문제임에도 기속재량행위임을 이유로 부관 자체를 부가할 수 없도록 하는 것은 타당하지 않은 것으로 보인다.

더구나 영리병원 허용 여부에 대한 찬반론은 그 오랜 논의에도 불구하고 ‘요양기관 당연지정제’라는 현행 의료제도에 어떤 영향을 미칠 것인지 정합적으로 분석하고 있지 못한데, 찬성론은 요양기관 당연지정제가 아닌 선택지정제로 가는 것이 우리나라 의료체계에 어떤 면에서 더 긍정적인지를 분석하기보다는 영리병원이 가져올 국가경쟁력 향상이라는 당위를 뒷받침하기 위해 우리나라 의료체계의 변화 역시 필연적으로 부수되어야 한다는 태도를 취하는 것으로 보인다. 이와 같이 영리병원이 우리나라 의료체계에 미칠 영향에 대해 도외시하는 찬성론은 영리병원의 도입에 대한 우려를 불식시키기에 너무나 부족한 것으로 보인다. 반면에 반대론은 앞서 지적된 바와 같이 고가의 의료비를 지불하고라도 더 양질의 서비스를 받겠다는 의료소비자의 선택권과 국민들의 의료접근권이 어려워진다는 부분이 분리될 수 있는 문제라는 점을 도외시하고 이것이 요양기관 당연지정제라는 현행 의료 체계를 붕괴시키고 말 것이라는 극단적인 전망을 내놓음으로써 영리병원이 우리나라에 발붙일 여지조차 차단시키는 문제점을 지니고 있는 것으로 보인다. 결국 1심 법원과 같이 이와 같은 문제점이 해결되지 않은 상태에서 내국인 진료제한이라는 조건도 붙이지 못한 채 영리병원을 허가하도록 하는 것은 시기상조인 것으로 볼 수밖에 없다.

논리적인 면에서 보더라도 1심 법원은 영리병원이 특별법에 의한 의료기관 허가라는 점에서 의료법상 의료기관 허가의 성격과 같다고 보고 있는바, 이러한 판시는 이러한 특별법이 요양기관 당연지정제와 어떤 관계를 지니고 있는지를 간과했다는 점에서 의료법상 의료기관 허가제도에도 불구하고 특별법상 의료기관 허가 제도가 따로 존재하는 이유를 놓치고 있는 것으로 보인다. 즉 의료기관의 허가제도와 특별법상 의료기관 허가 제도는 단순히 동일한 층위에서 비교·논의될 수 없는 것이다. 이러한 점에서 우리나라 의료체계가 요양기관 당연지정제를 채택하고 있으나 제주녹지국제병원에 대한 허가는 특별법의 규정 취지에도 불구하고 이 제도에 대한 예외를 인

정하는 것이어서 이는 강학상 특허로 보아야 하고 그에 따라 재량행위로 보아야 한다는 2심 법원의 태도가 보다 타당한 것으로 보인다.

다만 2심 법원의 태도가 곧 영리병원 자체를 허용하지 않겠다는 태도는 아니기 때문에 이에 대해서는 분명히 구별될 필요가 있으며, 재량행위라고 하여 사실상 그 병원의 존속 자체를 불가능하게 하는 조건을 부가하고 그것이 재량권의 범위 내라고 만연하게 인식하는 것은 제주특별법의 취지 자체를 몰각할 수 있다는 점에서 향후 운용에 있어 주의가 필요할 것으로 생각된다.

이와 관련해 지금까지는 허가와 특허는 일응의 기준에 의해 구별될 수 있고, 그에 따라 허가는 기속행위 내지 기속재량행위, 허가는 재량행위라는 이론이 일반적이었다고 보인다. 그런데 이에 대해서는 허가과 특허의 구별이 오늘날 상대화되어 가고 있으므로 공·사익 관련성에 따라 일응의 판단을 해야 한다는 견해가 제시되고 있다.⁵³⁾ 이러한 견해는 어떠한 행정행위가 기속행위 내지 기속재량행위, 재량행위로 정의되었을 때 행정행위의 위법성 역시 어느 정도 결정될 수 있다는 점에서 헌법에서의 다단계심사기준에 대한 쟁점과 유사점이 있어 보인다. 즉 헌법재판소의 다단계심사기준의 타당성과 관련해서는 완화된 심사기준을 적용하면 자동적으로 합헌이, 엄격한 심사기준을 적용하면 거의 자동적으로 위헌이 된다는 논의가 적용될 여지가 있다는 것이다.⁵⁴⁾ 결국 행정청의 행위 역시 기속행위 내지 기속재량행위로 판명되면 이는 행정청에 재량의 여지가 없거나 거의 없기 때문에 위법한 재량 행사라는 결론이 나올 가능성이 높으며, 재량행위로 판명되면 가급적 행정청의 재량권을 넓게 존중하는 대법원 판례 경향을 보았을 때 적법한 재량 행사라는 결론이 나올 가능성이 높다는 것이다.(대법원 2019. 1. 10., 선고 2017두43319 판결).⁵⁵⁾ 이는 입법재량을 입법부에게 어느 정도 인정하는가에 따라 심사의 강도가 달라져 헌법재판소의 판단에 따라 입법재량의 정도가 결정될 수 있다는 점에서 비판의 여지가 있다.⁵⁶⁾ 또한 2심 영리병원의 허가가 기존 의료체계에 대한 예외라는 면에 집중하여 이를 특허로 보았는데, 이는 재량행위라는 측면에서는 특허와 연결될 수 있으며 특허는 기본적으로 희소 자원의 배분이라는 측면에서 독점적 지위를 부여하는 것에 방점을 둔다고 본다면, 2심 법원의 견해에 따르면 이 역시 특허라기보다 허가 제도 중 예외적 승인, 즉 개발제한구역 내에서의 건축물용도변경의 허가과 같은 측면으로 보는 것이 보다 이론적인 정합성을 갖출 수 있을 것으로 보인다.

53) 위의 보고서, 11면.

54) 김문현, “평등에 관한 헌법재판소 판례의 다단계 위헌심사기준에 대한 평가”, 「미국헌법연구」 제17권 제2호(2006), 117면~118면. 해당 논문에 따르면 Jeffery M. Shaman이 이와 같은 견해를 주장하고 있고, Marshall 대법관은 다단계심사기준이 경직화된 접근이라 비판하며, ‘문제가 된 정부의 행위에 의해 적절하게 실현된 적절한 정부 이익이 있는지(whether there is “an appropriate governmental interest suitably furthered” by the governmental action in question)’ 여부라는 하나의 기준에 의해 판단한 것을 주장하고 있다.

55) 참고로 이러한 경향성은 미국 연방대법원 판례에서도 확인되고 있다(조선영, “미국행정법과 사법심사에서의 행정청 존중-미국연방대법원의 Kisor v. Wilkie 판결을 중심으로”, 미국헌법연구 제31권 제2호(2020), 275~276면).

56) 김종보, “기본권침해 심사기준에 대한 소고”, 「공법학연구」 제10권 제3호(2009), 184면.

3. 요양기관 당연지정제 관련 쟁점

위에서 살핀 바와 같이 2심 법원은 우리나라 의료체계가 요양기관 당연지정제를 채택하고 있음을 전제로 외국영리병원에 대한 허가의 성격을 특허로 규정하였다. 그렇다면 요양기관 당연지정제가 인정될 경우 특별법에 따른 외국영리병원 허가의 성격이 달라질 여지가 있는지를 살펴보도록 한다.

(1) 요양기관 당연지정제 관련 헌법재판소의 태도

헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2012헌마865 결정의 청구인들은 의료법에 따라 개설된 의료기관이 당연히 국민건강보험의 요양기관이 되도록 규정하는 국민건강보험법 규정이 청구인들의 직업의 자유 침해라고 주장하였다.

이와 관련해 헌법재판소는 “요양기관 강제지정제는 의료보장체계의 기능 확보 및 국민의 의료보험수급권 보장이라는 정당한 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이다. 요양기관 계약지정제를 선택하거나 요양기관 강제지정제를 선택하면서도 예외를 허용하는 경우에는 의료보장체계의 원활한 기능 확보를 달성하기 어렵다고 본 입법자의 판단이 잘못된 것이라고 할 수 없고, 의료보험의 시행은 인간의 존엄성 실현과 인간다운 생활의 보장을 위하여 헌법상 부여된 국가의 사회보장의무의 일환으로 모든 현실적 여건이 성숙될 때까지 미룰 수 없는 중요한 과제이므로, 요양기관강제지정제는 최소침해원칙에 위배되지 않는다. 요양기관 강제지정제를 통하여 달성하려는 공익적 성과와 이로 인한 의료기관 개설자의 직업수행의 자유의 제한 정도가 합리적인 비례관계를 현저하게 벗어났다고 볼 수도 없으므로, 이 사건 법률조항이 청구인들의 의료기관 개설자로서의 직업수행의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.”라고 판시하였다.

이는 앞서 살핀 바와 같이 우리나라 보건의료정책 수립에 있어 헌법재판소는 공공성을 이유로 그 입법재량을 넓게 인정하고 있는 점, 우리나라 의료체계의 변천 과정에서 드러난 요양기관 계약지정제 등의 문제점에 비추어 보더라도 당연한 귀결로 보인다. 다만 헌법에 합치되는 정책이라 하더라도 다른 제도의 가능성이 존재하는지, 그리고 그 제도가 도입되었을 때 외국영리병원에 대한 허가의 성격이 달라질 가능성이 존재하는지를 살피는 것은 법이론적으로 의미가 있을 것이기에 이하에서는 당연지정제의 예외 인정 논의를 살피고자 한다.

(2) 당연지정제의 예외 인정 논의와 외국의료법인 허가 성격과의 연관성

계약지정제란 의료기관이 보험자와 계약을 체결하고 보험에 가입한 환자에게 일정한 급여를 제공하는 의료서비스 방식이나,⁵⁷⁾ 앞서 살핀 바와 같이 의료기관의 지역적 편재와 요양기관의 부족으로 피보험자가 보험료에 걸맞은 공보험의 혜택을 받기 어려웠던 사정 등으로 의료보험제도가 형해화되어 강제지정제를 거쳐 당연지정제를 유지하고 있다.⁵⁸⁾

57) 온정훈, 앞의 글, 116면.

58) 위의 글, 117~118면.

이에 당연지정제의 예외를 인정하는 방안에 대한 논의가 있는데, 이에 대해서는 의사들이 고수익을 위해 민간의료보험에 가입하여 국민건강보험에 편입되는 의료기관의 수가 부족해질 우려가 발생하고, 국민건강보험법상 의료서비스의 질 저하 우려가 있다는 견해가 존재한다.⁵⁹⁾ 그 반면, 상급종합병원 또는 종합병원의 당연지정을 유지하고 보험료 인상 등을 통한 요양기관 경쟁력을 강화하며 공공기관의료기관을 확보하고 민간의료보험 의료기관에 대한 적절한 통제가 수반되어야 한다는 견해가 있다.⁶⁰⁾ 한편으로 현재 우리나라 의료체계와 관련해 의료서비스 이용시 비급여를 포함한 총진료비 중 국민건강보험이 부담하는 비율인 국민건강보험 보장률이 민간의료보험제도를 운영하는 미국과 멕시코 다음으로 낮고, 건강보험 재정이 악화되고 있는 점 등과 관련하여 이를 먼저 개선한 후 민간부문 참여를 고려해야 한다는 견해가 있다.⁶¹⁾

그렇다면 위와 같이 당연지정제의 예외를 인정할 경우 외국영리병원에 대한 허가의 성격이 달라질 여지가 있는지 문제된다. 이와 관련해 가장 먼저 상정해 볼 수 있는 가능성이 당연지정제의 예외로서 외국영리병원에 대한 허가를 명시적으로 규정하는 것이다. 이러한 규정은 그 자체로 입법적 결단이 요구되나, 그 요건이 명시적으로 규정된다면 영리병원의 허가 자체에 대한 사법적 분쟁 자체는 감소할 것으로 보인다. 그러나 이는 헌법재판소 등에서 판시하였듯, 이를 도입할 경우 우리나라 의료계에 미치는 영향을 고려해야 하는 만큼 신중한 논의가 선행되어야 할 것으로 생각되며 영리병원 허가 여부를 현행처럼 행정청의 재량에 맡기는 현행과 달리 법령상 일정한 요건을 갖추었을 경우 특별한 사정이 없는 한 허가가 이루어진다는 점에서 기속행위 내지 기속재량행위로 귀결되어 허가의 성격 역시 강학상 허가로 규정될 것으로 예상된다.

4. 행정청의 재량권 행사와 숙의민주주의 쟁점 관련

(1) 행정청 재량 행사와 숙의민주주의의 관계

행정청 재량 행사에 있어 숙의민주주의는 이른바 재량권 행사의 투명성과도 연결된다고 할 수 있다. 허가와 특허의 구별 논의에서 이른바 공익을 중시하는 입장에서 결국 재량행위로 보아야 한다는 견해로 그 논의가 귀결된다면, 이는 결국 재량권의 올바른 행사를 담보하는 장치가 마련되어야 하는 것이다. 이러한 장치는 결국 재량권 행사의 투명성으로 연결되어야 하고 이는 재량권 행사에 있어 부패의 위험을 경계해야 한다는 점에 있다.⁶²⁾ 이러한 투명성을 담보하기 위한 장치로서 행정객체는 우선 시민이며 행정기관의 의사를 감내해야 하는 수동적 존재가 아니기 때문에 행정운영에 대한 행정객체의 참여 요구가 점차 늘어나고 있는바⁶³⁾ 이는 국민의 참여를 위한 숙의민주주의와도 연결지을 수 있을 것이다. 프랑스에서는 근접민주주의에 관

59) 위의 글, 119면.

60) 위의 글, 121~122면.

61) 이은경, 앞의 글, 36~40면.

62) 장-마리 풍티에, “재량권 행사에 있어서의 투명성”, 법제논단(2005), 24면.

63) 위의 글, 37면.

한 2002년 2월 27일 법률이 시민의 참여를 위한 자문절차와 협의절차를 강화하였는바 공중토론국가위원회가 환경 문제를 위해서 제도화되었는데 이 기관은 계획안의 주요한 특징, 목적, 합목적성에 관한 공중토론을 조직화할 가능성을 가지게 된다.⁶⁴⁾ 이러한 측면에서 본다면 우리나라 행정의 재량권 행사에 있어 숙의민주주의가 지니는 의미는 그 행사의 투명성을 확보하고 더 나아가 내용적 정당성을 확보하는 차원에서 의미가 있을 것인바, 이하에서는 숙의민주주의 관련 이론과 제주녹지국제병원 허가 과정에서의 특성 및 그에 대한 시사점을 살피고자 한다.

(2) 숙의민주주의 관련 이론

거버넌스는 정부의 실패와 국가의 경제적 위기로 인한 공공부문의 개혁의 필요성, 세계화, 정보화로 인한 국가의 통제력과 권한 축소, 이러한 상황에 직면한 신공공관리론의 대두와 함께, 국가와 정부를 중심으로 하던 정책 결정의 장을 시민 사회까지 확장하자는 논의이다.⁶⁵⁾ 이는 행정의 대상이던 개인이 행정의 협력자·파트너가 되는 참여민주주의에서 더 나아가 참여 과정과 조건을 중시하는 숙의민주주의와 연결된다.⁶⁶⁾ 참여민주주의와 숙의민주주의는 대의제민주주의의 대안으로 제시되고 있는데, 특히 찬반 논의가 첨예한 분야에서 보다 합리적인 결론을 도출하기 위해 주로 이용된다.

숙의민주주의에서는 ① 의사결정 과정에서 대중이 수동적 입법의 객체가 아닌 자율적 주체로서 대중을 통합하는 것이 중요하고, ② 숙의형 의사결정과정에서 참여자들이 모든 견해를 들을 수 있도록 동등한 입장에 있어야 함은 물론, 고정되고 양도될 수 없는 선호를 가져서는 아니되며, ③ 가장 중요한 원칙으로 의사 결정자들이 합리적인 근거를 제시해야 한다는 것이다.⁶⁷⁾

숙의민주주의적 의사결정은 그 궁극적 책임이 행정에 유보된다는 특징을 지니고 있고, 사항적 한계로서 법적 해석이 필요한 사안, 개인의 재산권, 종교, 신념 등 공론화에 적합하지 않은 쟁점을 포함하는 사안, 고도의 전문성, 기술성이 중요한 쟁점이 되는 사안 등은 그 대상으로 하지 않는다.⁶⁸⁾

(3) 영리병원 도입에서 숙의민주주의가 채택된 배경

제주특별자치도지사가 녹지병원을 허가하는 과정의 가장 특징적인 면은 앞서 본바와 같은 숙의형 공론조사위원회를 채택하였다는 점이다. 영리병원의 도입은 과거부터 찬반 논의가 팽팽하였는바, 영리병원의 허용 논거는 2005년 서비스산업 관계장관회의에서 지속적인 경제성장과 양질의 일자리 창출을 위해 서비스산업을 육성해야 한다는 결론 하에 고부가가치화를 막는 제도적 굴레를 풀고 진입장벽을 제거하여 경쟁을 촉진하자는 차원으로 볼 수 있다.⁶⁹⁾ 즉 우리나라 의료제도는 암환자의 높은 생

64) 위의 글, 42면.

65) 김은주, “숙의 민주주의와 공론화위원회”, 「공법연구」 제48집 제4호(2020), 233면.

66) 김남철, “탈원전을 위한 공론화위원회의 공법적 과제”, 「공법연구」 제46집 제3호(2018), 171면.

67) 김은주, 앞의 글, 234~235면.

68) 김은주, 위의 글, 238~239면.

존를 등 높은 의료 수준, 물리적·경제적으로 접근성이 좋다는 점, 낮은 국민의료비 등으로 양호한 제도로 평가받아 왔으나, 서비스의 질적 차이에도 불구하고 동일한 의료수가를 제시하여 서비스 향상의 유인이 없다는 문제점이 있어 왔다. 이러한 문제점의 해결을 위해 투자개방형 의료법인을 도입하여 의료기관간 경쟁을 촉진시키고 소비자의 의료 선택권을 넓히자는 논의가 진행되었다.⁷⁰⁾ 그러나 미국의 사례를 보더라도 영리병원의 경우 의료비가 1,608달러가 높다는 보고가 있고 영리병원 소재지의 의료비 증가가 1.33배 더 빠른 것으로 나타났을 뿐 아니라, 선진국일수록 실력 있는 의사에 대해서는 진료 인프라 외에도 연구와 교육 지원이 뒷받침되어야 하는데 영리병원은 이를 위한 투자를 꺼리는 현상이 나타나 영리병원이 반드시 실력을 담보하지 않는 등 그 문제점 또한 상존하는 상황이었다.⁷¹⁾

이와 관련해 기획재정부는 일자리창출과 의료산업화를 위해 영리병원 개방에 적극적이었던 반면, 보건복지부는 영리병원 설립 권한에 대한 규제 개선이 아니라 현재의 의료법인에서 영리를 추구할 수 있는 부대사업을 확대하겠다는 방안으로 의료기관의 영리성 논의에 접근하여 영리병원 허용 정책은 시작부터 그 방향성이 제대로 정해지지 못한 상태로 그 논의가 시작되었다.⁷²⁾

(4) 제주녹지병원의 도입 과정에서 숙의형 공론조사의 특성

제주녹지병원의 도입에서 채택된 숙의형 정책개발의 특징으로는 ① 공론의제의 명료성 면에서 쟁점의 혼선이 있었고, ② 공론의제의 숙의가능성과 관련해 당사자 배제와 교체에 따른 갈등구조의 변화가 생겼으며, ③ 공론의제의 포괄성 차원에서 공론화의 결과에 따라 손익구조의 진폭이 상이하었다는 점이 있다.⁷³⁾

우선 ① 공론의제와 관련해 처음에는 영리병원 자체의 정책적 당위성이 그 의제였기에 의료산업화와 의료비 상승의 대립이 쟁점이었다면, 논의가 진행되면서 영리병원 개원 허가를 둘러싼 공론조사의 가치 대립은 개원 허가의 적법성과 의료비 상승이라는 문제로 치환되었고, 이들이 비등가성을 지니고 있어 논의의 명료성이 흔들리게 되었다.⁷⁴⁾ 또한 ② 공론화과정과 관련해 국가적으로 논의되어 왔던 의료서비스 민영화에 대해 보건복지부와 제주도는 제외된 채 영리병원에 대한 이해당사자인 제주국제자유도시개발센터와 녹지국제병원, 그리고 영리병원을 반대하는 운동본부가 대립하는 구조가 형성되었다. 이는 국가 전체적 문제가 도외시된 채 제주도 내부의 문제로 치환되었고 결국 찬성 진영의 논리 개발에 한계를 양산하였다.⁷⁵⁾ 뿐만 아니라 ③ 정책결정 과정에서 일방 당사자가 입는 손실이 지나치게 클 경우 그 의제는 공익의 실현이라는 포괄적 성격을 결핍되게 할 수 있는데, 반대 진영에 비해 제주녹지국제병원이 입는 손해가 지나치게 컸던 점(녹지국제병원 투자금 778억원, 헬스케어타운 기반시설 6357억원, 고용인원 해고 134명)도 공론화의 결정을 수용하지 못하고

69) 임금자, “영리병원 도입의 장단점 및 정책대안”, 「대한의사협회지」 53(2)(2010), 170면.

70) 위의 글, 172면.

71) 임준, 앞의 글, 18~19면.

72) 임금자, 앞의 글, 169~170면.

73) 김주환·허동환, 앞의 글, 152~158면.

74) 위의 글, 152~154면.

75) 위의 글, 155~156면.

개원을 승인하게 되는 결과로 이어졌다.⁷⁶⁾

(5) 타 공론화위원회와의 비교

우리나라에서 공론화위원회를 통해 의사결정을 한 사례들은 녹지병원 사례 외에도 2005년 8·31 부동산 정책 공론조사, 2013년 사용후 핵연료 공론화위원회, 2017년 신고리 5·6호기 건설 공론화위원회, 2018년 대입제도 개편 공론화위원회, 부산항의 북항 재개발 공론조사, 경남 김해시의 쓰레기소각장 증설 등이 있다.⁷⁷⁾

이 가운데 본 사안과 가장 직접적 비교가 가능한 사안은 그 의제가 일도양단으로 결정된다는 점에서 유사한 성격을 지닌 신고리 5·6호기 사안으로 생각된다. 해당 사안에서의 공론화 의제는 ① 신고리 5·6호기 건설 중단 여부, ② 원자력 발전의 장기적 방향이었는데 이를 위해 500명의 시민 참여단을 선정하고 숙의 논의를 위한 온라인 학습, 공개토론회, 2박 3일간의 합숙 토론이 이루어졌는데, 참여단은 숙의 논의를 거쳐 최종적으로 신고리 5·6호기의 건설 재개, 원자력 발전의 축소를 결정하였고, 공론화위원회는 이를 권고하였으며, 정부는 공론화위원회의 권고를 수용하여 2018년 10월 신고리 5·6호기의 건설 재개를 결정하였다.⁷⁸⁾

해당 사안에서는 참여자들의 정책 이해도를 향상시켜 심도깊은 논의가 이루어지도록 하였다는 점에서 긍정적 평가가 있으나, 정책집행자는 해당 사안의 조속한 결정을 위해 논의기간을 최소화하고자 하고 신고리 5·6호기와 관련해서도 숙의 기간을 30일로 결정한 것이 충분한 기간이었는지에 대한 의문이 제기된다는 평가 역시 존재한다.⁷⁹⁾

신고리 원전 사례는 녹지병원처럼 이해당사자의 사적 이해의 비중이 높지 않았다는 점이 결정적인 차이점으로 보인다. 즉 신고리 원전 건설의 재개 여부에 따라 특정 기업에 직접적 손해가 발생하지 않기 때문에 오로지 시민 참여로 이를 진행할 수 있었던 반면, 이 사례는 녹지병원이라는 당사자의 이해관계가 걸려 있었던 것이 결정적 차이로 보이고 이에 따라 설립 찬성 측 논의에 타당한 면이 존재하다 해도 찬성 자체가 마치 특정 기업을 비호하는 것으로 비춰질 수 있는 위험성 역시 내재되었다. 더구나 판결문에서도 분석되어 있듯 해당 사안은 우리나라 의료체계 전체에 영향을 미칠 수 있는 국가적 사안임에도 마치 제주도 내부의 지역 문제처럼 정책 논의가 이루어져 그 논의를 전국민적으로 이끌고 가지 못하는 한계가 있었다.

(6) 시사점

현대 사회에서의 행정이 모든 이해당사자들의 이익에 부합하는 것은 불가능에 가깝기에, 여러 이익을 비교·형량하는 과정에서 비례의 원칙을 준수하는 것은 적법한 재량권 행사에 있어 필수불가결하다. 이 과정에서 행정청은 여러 이해관계자의 의견을 청취하는 것은 절차적인 적법성 확보뿐 아니라 실질적 적법성 확보 차원에서도

76) 위의 글, 156~158면.

77) 김은주, 앞의 글, 244면.

78) 이재희, “숙의민주주의 확대를 위한 공법적 과제”, 「법조」, 통권 제738호(2019. 12. 28.), 110~111면.

79) 위의 글, 114면.

유의미하다.

이와 관련해 재량권의 행사에 있어 일정한 요건하에 숙의형 민주주의를 통한 공론화위원회의 의사 결정 과정을 거치는 것은 행정적 결정에서 국민의 참여와 관심을 확대시킨다는 점에서 절차적·실체적 정당성을 확보하는 데에 보다 큰 도움이 될 것으로 생각된다.

다만 사회적으로 논의가 필요한 주제라고 하여 이를 모두 공론화위원회를 통해 결정하도록 하는 데에는 일정한 주의가 필요할 것으로 생각된다. 특히 본 사안의 경우 신고리 원전 사례와 비교하였듯, 우리나라 의료체계에 미치는 영향 전반을 고려하여 결정되어야 하는 사안이었을 뿐 아니라 그 허가의 성격 역시 법적으로 논쟁의 대상이 되는 만큼 공론의 대상이 되는 부분과 아닌 부분 - 즉 법률적인 판단으로 이루어져야 하는 부분-은 명확히 구분되어야 했을 것으로 생각된다.

또한 재량권 행사와 관련하여 공론화위원회를 거치도록 하는 부분 역시 재량권의 일탈·남용을 방지할 수 있는 유용한 수단이나, 행정행위에 따른 중국적 책임은 처분권을 행사한 행정청에 있는 만큼 공론화위원회를 행정청의 방패로 삼아 판단에 있어 마땅히 행해야 할 행정청의 책무를 방기하는 일은 지양해야 할 것이다.

IV. 결론

해당 사안은 국내 최초의 영리병원 허가 사례라는 점에서 그 의미가 있고, 법률적으로도 영리병원에 대한 허가가 강학상 허가인지 특허인지가 문제되었다는 점에서 지속적으로 주목할 만한 사안이다.

우선 법리적으로 현재 행정법의 일반 이론에서는 허가과 특허를 구별하는 전제에서 허가는 기속행위, 특허는 재량행위로 규정함이 일반적이거나 허가가 공익에 미치는 영향에 따라 재량행위로 판단될 여지가 있다. 해당 사안에서 1심은 영리병원을 도입한 관련법의 취지에 따르면 영리병원에 대한 허가 역시 일반의료기관 허가과 같이 강학상 허가과 보아야 하므로 기속행위 내지 기속재량행위로 보아야 한다고 판단하였고, 2심은 우리나라 의료체계가 요양기관 당연지정제를 채택하고 있음을 들어 영리병원이 그 예외에 해당하므로 강학상 특허과 보아야 한다고 판단하였다. 허가과 특허를 구별하는 기준에 있어 향후 이론적 논의가 추가적으로 필요함은 별론으로 하더라도 아직 우리나라가 요양기관 당연지정제를 채택하고 있는 이상 영리병원 허가과 있어서는도 부관을 부가할 수 있도록 하는 2심 법원의 견해가 일견 타당한 것으로 생각된다. 다만 우리나라 의료법령체계에서 요양기관 당연지정제의 예외를 명시적으로 인정하여 그 예외에 영리병원도 포함된다면 그 때에는 영리병원에 대한 허가의 성격도 다르게 볼 여지가 있을 것이다.

본 사안처럼 이해관계가 첨예한 사안의 경우 재량권 행사에 있어 숙의민주주의를 채택하여 다양한 여론을 수렴하는 것은 대의제민주주의의 약점을 보완하고 시민들의 직접 참여를 증진시킨다는 면에서 바람직한 방향으로 보인다. 그러나 숙의민주주의라고 하더라도 법률적인 판단이 필요한 부분까지 공론화위원회에 의존하는 것은 타당하지 않으며, 정책적 논의가 필요한 사안에 있어서는 숙의민주주의에 있어 쟁점의 명료성, 이해당사자의 참여와 관련하여 전국가적 차원으로 논의를 확장시킬 수 있도

록 하는 노력이 필요하다. 특히 영리병원에 대한 허가에 있어 행정청의 재량권을 넓게 인정하더라도 이것이 행정청의 모든 재량권 행사에 정당성을 부여하는 것은 아닌 만큼 우리나라 의료체계가 나아갈 방향과 발맞추어 행정청 역시 재량권 행사에 신중을 기해야 할 것으로 생각된다.

[참고문헌]

- 김남철, “탈원전을 위한 공론화위원회의 공법적 과제”, 「공법연구」 제46집 제3호 (2018)
- 김남욱, “제주특별자치도의 영리병원허가에 관한 법적 쟁점”, 「국가법연구」 제15집 제3호(2019)
- 김문현, “평등에 관한 헌법재판소 판례의 다단계 위헌심사기준에 대한 평가”, 「미국 헌법연구」 제17권 제2호(2006)
- 김은주, “숙의 민주주의와 공론화위원회”, 「공법연구」 제48집 제4호(2020)
- 김종보, “기본권침해 심사기준에 대한 소고”, 「공법학연구」 제10권 제3호(2009)
- 김주현·하동현, “공론화를 통한 정책결정의 한계 연구 : 제주 녹지국제병원 사례를 중심으로”, 「정부학연구」 제25권 제1호(2019)
- 김중권, “행정법상 억제적 금지에 대한 예외적 승인”, 저스티스 제47권(1998)
- 박균성, “행정판례 30년의 회고와 전망-행정법총론 I”, 「행정판례연구」 XIX - 2 (2014)
- 박정훈, 「행정법 판례라인」, 박영사, 2017
- 법제처·명지대학교 산학협력단, 「허가·인가·특허 등의 올바른 사용을 위한 정비 및 심사 기준」 (2006)
- 온정훈, “국민건강보험법상 요양기관 당연지정제의 합헌성 및 대안에 대한 검토”. 「사회보장법연구」 제5권 제1호(2016)
- 이민우, “영리병원 도입 및 정책과제”, 국회입법조사처(2009)
- 이상이, “제주특별자치도 내국인 영리병원 도입의 찬반 논쟁에 관한 고찰”, 「The Journal of Medical and Life Science」, Vol. 6, No. 1.(2009)
- 이은경, “우리나라 건강보험제도에 관한 고찰”, 「재정포럼」 167권(2010)
- 이제희, “숙의민주주의 확대를 위한 공법적 과제”, 「법조」, 통권 제738호(2019)
- 임금자, “영리병원 도입의 장단점 및 정책대안”, 「대한의사협회지」 53(2)(2010)
- 임준, “영리병원 도입의 문제점과 대안”, 「서울경제」, (2008)
- 장-마리 퐁티에, “재량권 행사에 있어서의 투명성”, 법제논단(2005)
- 정은아, “영리병원 도입은 되돌릴 수 없는 법적 약속인가 - 영리병원 설립 근거법률의 개정과 한미 FTA 합치성 검토”, 「민주법학」 통권 68호(2018)
- 진영찬·문상호, “제주특별자치도의 의료정책의 우선순위분석-영리병원도입현안을 중심으로-”, 정책분석평가학회보, 제20권 제4호(2010)
- 홍정선, 「행정법특강」, 박영사, 2017
- 제주지방법원 2022. 4. 5. 선고 2019구합5148 판결
- 제주지방법원 2022. 5. 30. 선고 2022구합6271 판결
- 광주고등법원(제주) 2023. 2. 15. 선고 2022누1441 판결
- 헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2001헌바87 전원재판부 결정
- 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2012헌마865 결정

[Abstract]

Analysis of all Issues Related to the Greenland International Medical Center Case

Jang, Hyemyeong*

Since 2004, when discussions on for-profit hospitals began in earnest, there has been a sharp controversy over whether or not to grant permission. Greenland International Medical Center is the first case of dispute over permission to open a for-profit hospital, and it is meaningful in that it explains the relationship between Korea's medical system and permission for a for-profit hospital. In this case, permission for a for-profit hospital was granted on the condition that treatment was prohibited for locals, and the possibility of adding such a subordinate clause depended on whether the permission for a for-profit hospital was a permission or a patent. In the first trial, it was judged to the effect that the permission of a for-profit hospital obtained by attaching a subordinate clause was illegal, even though it was regarded as the permission of a medical institution and a subordinate clause could not be attached to an act of detention or discretionary detention. On the other hand, in the second trial, it was judged that the license for a for-profit hospital should be regarded as patent in Korea's medical system, which adopts the mandatory designation system for medical institutions, so a subordinate clause could also be attached, and the subordinate clause restricting the treatment of locals was legitimate. However, if a for-profit hospital is recognized as an exception in the medical system of Korea, which adopts the mandatory designation system for medical institutions, there is room for the nature of the permission to be judged differently.

In cases where interest are acute, such as this case, deliberative democracy is being adopted, and this deliberative democracy is considered a desirable direction for modern administration in that it enables administrative agencies to listen to various opinions in exercising their discretionary power. However, deliberative democracy should not be completely relied on for legal judgements, and administrative agencies should not neglect their duty to make policy judgements by relying on deliberative democracy. In addition, issues that require policy discussion must be clear, and interested parties need to be appropriately selected so that discussions can take place even at the national level.

* Yonsei Law School SJD, Lawyer

Key words: For-profit hospital, Permission, Patent, Discretion,
Subordiante clause, Mandatory designation system for medical
institutions, Deliberative democracy

「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 비공개로 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 인정한 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 철석과 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 (제22권 제1호)

2023년 07월 30일 인쇄

2023년 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