

# 明知法學

제18권 제1호



2019

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 **연 세 용**



## 刊 行 辭

명지대학교 법학연구소가 2004. 4. 1. 출범한 이후, 지속적으로 발간되고 있는 명지법학이 이번에 제18권 제1호로 나오게 되었습니다.

이번 호에는, “단체협약 위반행위의 처벌규정에 대한 고찰”, “중국 특허권의 형사구제에 관한 논의(关于中国专利权刑事救济的论议)” 및 “OTT 규제에 관한 검토” 등 총 3편의 논문들이 게재되었습니다.

위의 논문들은 내·외 심사위원들의 엄격한 심사를 거쳐 게재가 확정된 논문들입니다. 모두 저명한 연구자 그리고 실무에서 취득한 전문성이 발휘된 전문가의 글이 이번호를 채우고 있습니다. 다시 한 번 귀중한 원고를 이번 명지법학에 실을 수 있게 되어 무척 기쁘게 생각합니다.

그 동안 명지법학이 긴 세월 중단 없이 출간될 수 있었던 것은 명지대학교에 재직하였거나 현재 재직 중인 많은 교수님들은 물론 대학원생들이 노력해주신 결과입니다. 또한, 외부에서 투고해주신 많은 분들의 협력이 없었다면 지속적 발간은 불가능했을 것입니다. 특히, 올해는 명지법학이 한국연구재단 등재후보지로 신청된 해라는 점에서, 명지법학 제18권 제1호의 발간 의미는 더욱 크다고 생각합니다.

명지법학 제18권 제1호의 발행에 즈음하여, 원고를 투고해 주신 분들, 논문을 심사하여 주신 심사위원님들 그리고 법학 연구에 헌신하고 계신 모든 분들께 감사의 마음을 전합니다. 아울러, 명지법학 제18권 제1호가 나오기까지 편집·출판을 맡아주신 김주영 교수님께도 진심으로 감사의 뜻을 전합니다. 유난히 더운 여름이 지나가고 있습니다. 무더운 여름을 보내고 풍성한 열매를 맺는 가을이 오듯 남은 하반기 많은 성취가 이루어지시기를 바랍니다.

2019년 7월

명지대학교 법학연구소 소장 박 영 규



---

# 목 차

---

## [간 행 사]

## [연구논문]

- 단체협약 위반행위의 처벌규정에 대한 고찰 ..... 문 중 원 / 1
- 중국 특허권의 형사구제에 관한 논의(关于中国专利权刑事救济的论议)  
..... 황보명국(皇甫明国)·이위(李煜) / 19
- OTT 규제에 관한 검토 ..... 홍 명 수 / 33

## [부 록]

- 「명지법학」 편집규정 ..... 51
- 「명지법학」 투고규정 ..... 54
- 「명지법학」 연구윤리규정 ..... 57
- 「명지법학」 원고작성 지침 ..... 61
-



# 단체협약 위반행위의 처벌규정에 대한 고찰

문중원\*

## 논문요지

단체협약은 노동조합과 사용자가 노동조건 등에 관하여 집단적인 교섭과정을 거쳐 쌍방이 서명 또는 날인하여 체결하는 협정이다. 단체협약은 노동조건 등에 관한 기준을 설정함으로써 일정기간 노사관계를 안정시키는 기능을 한다.

아울러 단체협약을 체결한 당사자가 일정한 위반한 행위를 한 경우에 처벌하는 규정을 두고 있다. 즉, 단체협약을 위반한 자에 대한 처벌규정은 「노동조합 및 노동관계조정법」 제92조 제1호에 설정되어 2001년 3월 28일부터 시행 중인 조문이다. 이 처벌규정이 새로이 제정되기 이전에는 구 노동조합법 제46조의3에 “단체협약에 위반한 자는 1천만원의 벌금에 처한다”는 규정이 있었다. 그러나 이 구 노동조합법의 단체협약 위반자에 대한 처벌규정은 헌법재판소에서 죄형법정주의에 부합하지 아니한다는 이유로 위헌결정을 함으로써 실효되었다. 현재의 처벌규정은 위헌결정으로 실효된 그 처벌규정의 대체입법으로 신설되어 시행 중이다.

그러나 대체입법으로 시행 중인 현행 단체협약 위반에 대한 처벌규정도 과연 죄형법정주의에 부합하는 것으로서 적절한 처벌법규라고 할 수 있을 것인가에 대하여는 의문이다. 다시 말해서 위헌결정으로 실효된 과거 구 노동조합법의 처벌규정을 대체하여 다시 제정한 현재의 처벌규정이 과연 헌법에 합치되는가 역시 의문이다.

실제 집단노사관계 현장에서 흔히 제기되고 있는 것이 단체협약 위반 주장으로 인한 논란이기도 하고, 이 처벌법규로 처벌받는 사례가 비일비재하여 노사간의 균형을 위한 역할을 하는 규정인지도 의문이 아닐 수 없다. 이러한 의문에서 본고를 시작하였다.

**검색용 주제어:** 대체입법, 단체협약, 헌법재판소, 노동조합, 처벌규정, 위헌결정

· 논문접수: 2019.6.24. · 심사개시: 2019.07.11. · 게재확정: 2019.07.23.

\* 충남대학교 대학원 중어학·법학 전공, 중원노무법인 대표노무사

## I. 서론

### 1. 단체협약의 개념과 관련 법 규정

단체협약은 노사관계의 양 당사자인 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 노동조건 등에 관하여 집단적인 교섭과정을 거쳐 합의에 의하여 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명 또는 날인하여 체결하는 협정이다(「노동조합및노동관계조정법」(이하“노조법”이라고도 함, 제30조 제1항, 제31조 제1항). 개별적 노사관계 및 집단적 노사관계에 관한 기준을 설정함으로써 일정 기간 노사관계를 안정시키는 기능을 한다.<sup>1)</sup>

이러한 단체협약에 대한 노조법의 규정을 보면, 우선 단체협약의 작성(제31조), 유효기간(제32조), 기준의 효력(제33조), 단체협약의 해석(제34조), 단체협약의 효력 확장 규정인 일반적 구속력(제35조)과 지역적 구속력(제36조) 그리고 유효한 단체협약에 위반한 경우에 대한 처벌규정(제92조 제2호)이 전부인 셈이다.

집단적인 단체교섭의 결과물로 단체협약을 체결하는 것은 헌법 제33조 제1항에 근거한 노동조합의 권리로서 보장되는 것이나, 단체교섭과 단체협약의 대상이 무엇인지에 대해서는 명문의 법 규정은 없다.

한편 현행 노조법 제2조의 정의 규정에서는 노동쟁의의 정의 규정에서 그 대상으로 임금, 근로시간, 복지, 해고 기타의 대우 등 근로조건에 관한 사항으로 규정하고 있으며, 같은 법 제29조 제1항은 노동조합의 대표자는 노동조합과 그 조합원을 위하여 교섭하고 협약을 체결할 권한을 가진다고 규정할 뿐, 단체교섭의 대상에 대하여는 명시적으로 규정하고 있지 않다.

단체협약의 내용에 대한 법 규정을 보면, 노조법 제33조(기준의 효력) 제1항의“단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다”는 규정과 단체협약 위반에 대한 처벌규정인 노조법 제92조 제2호<sup>2)</sup>에 열거된 6가지 단체협약 사항에 대한 명문이 있을 뿐이다.

### 2. 단체협약 위반 처벌규정의 변천과 문제의 제기

단체협약을 위반한 자에 대한 처벌규정은 위에서 본 바와 같이 「노동조합 및 노동관

1) 헌법재판소 1998. 3.26. 선고, 96헌가20 결정 본문 인용

2) 2001.3.28. 처음 시행 당시에는 제1호였으나, 2010. 1. 1 제2호로 변경되고, 제1호에는 “제24조 제5항 (노동조합 전임자와 근로시간면제자의 임금지급을 요구를 목적으로 하는 쟁의행위 금지) 을 위반한 자”가 추가됨.

계조정법」 제92조 제1호에 설정되어 2001년 3월 28일부터 시행 중인 조문이다. 이 처벌규정이 새로이 제정되기 이전에는 구 노동조합법<sup>3)</sup> 제46조의3에 “단체협약에 위반한 자는 1천만원의 벌금에 처한다”는 규정이 존재하였었다.<sup>4)</sup> 한편 이 구 노동조합법 제46조의3의 단체협약 위반자에 대한 처벌규정은 헌법재판소에서 죄형법정주의에 부합하지 아니한다는 이유로 위헌결정을 함으로써 실효되었고, 이에 대한 대체입법으로 현행 「노동조합 및 노동관계조정법」 제92조에 처벌규정이 신설되어 시행 중이다.

그러나 대체입법으로 시행 중인 현행 단체협약 위반에 대한 처벌규정도 과연 죄형법정주의에 부합하는 것으로서 적절한 처벌 법규라고 할 수 있을 것인가 의문이 없지 않을 것이다. 다시 말해서 위헌결정으로 실효된 과거 구 노동조합법 제46조의3을 대체한 「노동조합 및 노동관계조정법」 제92조 제1호(현재는 제2호)는 과연 헌법에 합치되는 처벌규정인가 하는 점 역시 의문이다.

실제 집단노사관계 현장에서 흔히 제기되고 있는 것이 단체협약 위반 주장으로 인한 논란이기도 하고, 이 처벌법규로 처벌받는 사례가 비일비재하여 노사 양당사자 사이에서의 균형을 위한 역할을 하는 규정인지도 의문이 아닐 수 없다. 이러한 의문에서 본고를 시작하고자 한다.

## II. 헌법재판소 결정과 그 시사점

### 1. 헌법재판소 결정의 요지

구 노동조합법의 단체협약 위반에 대한 처벌규정(구 노동조합법 제46조의3(벌칙) “제34조 제1항의 규정에 의한 체결된 단체협약 또는 제38조의 규정에 의한 결정(지역적구속력 결정)에 위반한 자는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다”)에 대한 헌법재판소 위헌 결정<sup>5)</sup>에 이른 경위와 결정 이유 등을 살펴보면 다음과 같다.

#### (1) 사건의 개요

심판외 권○섭, 이○균은 노동조합법위반죄 등으로 1996. 6. 29. 제청법원<sup>6)</sup>에 각 공

3) 1986.12.31. 법률 제3925호로 최종 개정되었다가 1996.12.31. 법률 제5244호로 공포된 노동조합및노동관계조정법의 시행으로 폐지됨.

4) 노동조합법 제46조의3(벌칙) 제34조 제1항의 규정에 의하여 체결된 단체협약 (후단부분 생략)에 위반한 자는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.

5) 헌법재판소 1998. 3.26. 선고, 96헌가20 전원재판부(위헌결정) [노동조합법 제46조의3 위헌 제청사건].

6) 부산지방법원 울산지원.

소제기되었는 바(96고단1591 노동조합법 위반 등), 노동조합법위반죄의 공소사실의 요지는, 위 피고인들이 울산광역시 소재 한일이화주식회사에서 개최된 노사협의회에서 1995년도 연말성과급 지급문제에 대한 합의점을 찾지 못하자, 조합원들을 선동하여 노사 양방의 합의로 계속적, 관행적으로 실시하여 오던 연장근로와 휴일근로를 거부하게 하는 등으로 쟁의행위를 함으로써 위 회사 단체협약 제77조에 규정된 "회사와 조합은 이 협약에서 정하는 단체교섭의 협의에서 해결되지 아니하는 경우 이외에는 쟁의행위를 하지 않는다."는 평화조항을 위반하였다는 것이다.

## (2) 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 이 사건에서 먼저 단체협약의 의의와 죄형법정주의의 의미에 대해 살펴본 다음, 이 사건 법률조항의 죄형법정주의 위배에 대하여 판시하면서, 결론적으로 단체협약의 실효성 확보라는 목적에 치우쳐 노사간의 자율적 영역에 국가가 형벌을 수단으로 개입하는 것은 바람직하지 않다고 하였는 바, 요약해 보면 다음과 같다.

### 가. 단체협약의 의의

단체협약은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 노동조건 등에 관하여 합의에 의하여 서면으로 체결하는 협정으로서(노동조합법 제33조 제1항, 제34조 제1항), 개별적 노사관계 및 집단적 노사관계에 관한 기준을 설정함으로써 일정기간 노사관계를 안정시키는 기능을 한다.

단체협약에 대하여는 근로자의 보호와 노사관계의 안정이라는 노동정책상의 이유에서 법률로 특별한 법적 효력을 부여하고 있는 바, 단체협약 중 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반되는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 되며(노동조합법 제36조 제1항), 위와 같이 무효로 된 부분 또는 근로계약에 규정되지 아니한 사항은 단체협약에 정한 기준에 의하게 된다(같은 법 제36조 제2항).

그런데 이 사건 법률조항은 이러한 단체협약의 규정 내용의 경중을 가리지 아니하고 이에 위반한 자를 1,000만원 이하의 벌금에 처하는 처벌조항으로서, 이에 대하여는 무엇보다도 죄형법정주의의 위반 여부가 문제된다. 처벌법규의 실질적 내용을 모두 단체협약에 위임한 것이 아닌지, 또 범죄구성요건이 지나치게 불명확한 것이 아닌지 하는 의문이 제기되기 때문이다.

### 나. 죄형법정주의의 의미

"법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다."라는 말로 표현되는 죄형법정주의는 법치주의, 국민주권 및 권력분립의 원리에 입각한 것으로서 일차적으로 무엇이 범죄이며

그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 성문의 법률로써 정하여야 한다는 원칙이고, 헌법도 제12조 제1항 후단에 '법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌을 받지 아니한다.' 라고 규정하여 죄형법정주의를 천명하고 있는바, 여기서 말하는 "법률"이란 입법부에서 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하는 것임은 물론이다. 그리고 현대국가의 사회적 기능증대와 사회현상의 복잡화에 따라 국민의 권리·의무에 관한 사항이라 하여 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 다 정할 수는 없어 예외적으로 하위법령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다 하더라도 그러한 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지 위임하는 것이나 다름이 없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되며, 특히 법률에 의한 처벌법규의 위임은, 헌법이 특별히 인권을 최대한으로 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률에 의한 처벌을 특별히 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직스럽지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 한다.

한편 죄형법정주의는 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 한다고 할지라도 그 점만으로는 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고 할 수 없다. 결국 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌법재판소 1991. 7. 8. 91헌가4; 1994. 7.29. 93헌가4 등; 1994. 7.29. 93헌가12; 1997. 3. 27. 95헌가17 등 참조).

다. 이 사건 법률조항의 죄형법정주의 위배 여부

① 이 사건 법률조항은 형벌 구성요건의 실질적 내용을 법률에서 직접 규정하지 아니하고 모두 단체협약에 위임하고 있어 죄형법정주의의 기본적 요청으로서 범죄와 형벌에 관하여는 입법부가 제정한 형식적 의미의 "법률"로써 정하여야 한다는 법률주의에 위배된다는 의심이 있다.

이 사건 법률조항은 단체협약에…… 위반한 자라는 구성요건과 그에 대한 1,000만원 이하의 벌금이라는 형벌을 스스로 규정하고 있어 형식적으로 보면 법률주의의 요청을 충족한 것처럼 보일 수도 있으나, 실질적으로는 법률주의의 요청을 충족한 것으로 보기 어렵다. 왜냐하면 이 사건 법률조항은 그 구성요건을 단체협약……에 위반한 자라

고만 규정함으로써 범죄구성요건의 외피(外皮)만 설정하였을 뿐이고, 구성요건의 실질적 내용에 관하여는 스스로 아무런 규정을 하고 있지 아니하기 때문이다. 범죄구성요건의 실질적 알맹이, 즉 금지의 실질을 단체협약의 내용에 모두 내맡기고 있는 바, 단체협약은 위에서 본 바와 같이 근본적으로 근로조건에 관한 노동조합과 사용자 또는 사용자단체간에 체결되는 계약에 불과하므로 결국 처벌법규의 내용을 형성할 권한을 노사(勞使)에 넘겨준 것이나 다름없다 할 것이다.

물론 단체협약의 구체적 내용을 일일이 범죄구성요건으로 규정하는 것은 입법기술상 곤란할지도 모르나 적어도 처벌법규인 이상 단체협약의 내용 중 그 위반에 대한 처벌을 가하고자 하는 사항을 최소한이나마 특정하여 이를 명확히 규정하였어야 하는데도 불구하고, 이 사건 법률조항은 이러한 노력없이 단지 막연히 "단체협약……에 위반한 자"라고만 규정하고 있을 뿐인 것이다.

이에 대하여 단체협약은 단순히 근로조건에 관한 계약에 불과한 것이 아니라 개별적·집단적 노사관계를 규율하는 최상위 자치규범으로서 법규범 내지 법규범에 준하는 법적 성질을 인정받고 있으므로 죄형법정주의의 법률주의에 위반한 것이 아니라는 주장이 있으나, 죄형법정주의가 지니고 있는 법치주의, 국민주권 및 권력분립원리의 의미를 고려할 때, 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가를 입법부가 제정할 형식적 의미의 법률로써 정하여야 한다는 원칙은 엄격하게 해석하여야 할 것이므로 설사 단체협약에 법규범적 성격이 있음을 부인하지 아니한다 하더라도 이를 국회가 제정한 형식적 의미의 법률과 동일시할 수는 없으므로 그러한 주장은 받아들일 수 없다.

② 이 사건 법률조항의 "단체협약……에 위반한 자"라는 구성요건은 지나치게 애매하고 광범위하여 죄형법정주의의 또 다른 요청인 명확성의 원칙에 위배된다.

단체협약에 위반하기만 하면 구성요건이 충족되게 되는데, 단체협약이란 것은 그 체결의 주체, 방식, 효력에 관하여만 노동조합법 제33조, 제34조에서 규정하고 있을 뿐 그 내용에 관하여는 아무런 규정이 없다. 따라서 개별적 및 집단적 노사관계의 모든 사항에 관하여 노사는 자율적으로 특별한 제약없이 단체협약을 체결할 수 있는 것이어서(단체협약은 조합활동, 임금 및 퇴직금, 근로시간, 휴가, 산업안전 및 재해보상, 인사, 교육 및 복지후생, 단체교섭, 노동쟁의, 경영협의 등 노사간에 문제되는 사항을 폭넓게 다루고 있는 것이 보통이다), 단체협약에 위반하는 행위란 전혀 특정이 불가능할 정도로 그 범위가 넓고 단체협약 위반행위의 처벌 가능한 범위가 이렇듯 포괄적이고 광범위하므로 과연 처벌되는 행위가 무엇인지 예측하기 어려워 죄형법정주의의 본질적 요소인 예측가능성을 전혀 보장하지 못하고 있다.

한편으로 단체협약에 위반한 행위라 하지만 단체협약의 내용이 이렇듯 광범위하고 다양하므로 그 위반행위의 성격이나 경중,가별성의 정도도 다를 수밖에 없다. 단체협약에는 임금, 근로시간 등과 같이 근로자의 근로조건에 직결되는 내용을 비롯하여 인사, 노동쟁의 등과 같이 노사관계에 관한 기본적이고도 중요한 내용이 포함될 수 있는 반

면, 사소한 절차규정과 같은 지엽적인 내용, 나아가 법원의 해석·적용이 불가능할 정도로 추상적이고 불명료한 내용도 포함될 수 있고, 심지어는 사회상규에 어긋나는 부당한 내용이 포함될 가능성도 배제할 수 없다. 그러므로 단체협약에 위반한 행위라 하더라도 그 경중과 가벌성의 정도는 현격히 다를 수 있는 것인데도, 이를 가리지 아니하고 일률적으로 처벌하는 이 사건 법률조항은 국가형벌권 행사의 정당성과 형평성을 획득하기 어렵다. 또한 법원과 검찰 등 법 집행기관으로 하여금 처벌대상 행위나 처벌대상 행위자를 자의적으로 선별하여 법을 집행할 수 있는 여지를 제공하기 때문에 법 집행 상의 공정성마저 해칠 우려가 있는 것이다.

이에 대하여 단체협약의 내용은 정형화되어 있을 뿐 아니라 그 피적용자인 노사 양측은 단체협약 체결의 당사자이므로 충분히 그 내용을 예측, 인식할 수 있는 지위에 있다고도 주장할 수 있겠으나, 정형화되어 있는 것은 단체협약의 내용이 아니라 단체협약이 다루는 사항 내지 대상에 불과하다 할 것이고 위에서 본 바와 같이 단체협약의 내용은 대단히 포괄적이고 광범위하므로 비록 단체협약의 적용을 받는 당사자라 할지라도 노사 양측, 특히 개별 근로자들이 모두 단체협약의 구체적이고 세부적인 내용까지 숙지하고 있다고 보기 어렵고, 또 이를 요구할 수도 없는 것이므로 이러한 주장은 타당하지 아니하다 할 것이다.

③ 이 사건 법률조항은 단체협약에 위반한 자를 1,000만원 이하의 벌금에 처한다는 처벌법규인바, 이 조항은 1974. 1. 14. 선포된 "국민생활의 안정을 위한 대통령 긴급조치" 제21조의 내용을 같은 해 12. 24. 법률 제2706호로 개정된 구 노동조합법에서 입법화한 이래 벌금액의 변동 이외에는 내용상의 변화없이 존속하여 왔다.

입법 당시의 입법취지는, 단체협약을 강제적으로 준수하도록 하여 근로자의 권익보호, 노사관계의 안정 및 산업평화의 유지를 꾀하겠다는 데에 있었던 것으로 보이며, 당시의 노사현실, 근로자나 노동조합의 지위 등에 비추어 그 입법의 취지를 이해할 수 없는 것은 아니나, 노사간의 자치법규인 단체협약 위반행위 그 자체를 형벌로써 제재하는 이러한 입법례는 그 유례를 찾아보기 어렵고, 노동관계법의 전체적인 체계에 비추어 볼 때에도 적절한 것이라고 할 수 없다. 근로기준법은 근로조건을 보장하고 있고, 노동조합법 제4장은 사용자의 부당노동행위를 금지하면서 권리를 침해받은 근로자의 구제제도를 마련하고 있으며, 무엇보다도 단체협약의 핵심적 부분이라 할 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반한 취업규칙 또는 근로계약은 무효로 한다고 하여 이 법률에 의하여 소위 강행적, 직접적 효력이 부여되어 있어(노동조합법 제36조) 처벌과 관계없이 단체협약 그 자체로써 이를 관철할 수 있는 것이다.

따라서 우리의 노사현실이 아직 노사간에 대등한 교섭력과 지위가 확보되어 있지 아니하고, 또 노동조합이 민사책임의 한쪽 당사자가 될 만큼 사회적, 경제적으로 완전히 성숙하였다고 보기는 어려울지 모르지만, 궁극적으로는 다른 선진입법례와 마찬가지로

단체협약 위반행위에 대하여는 노사 상호간에 민사법적 책임을 추궁함으로써 단체협약의 규범력을 확보하는 방향으로 나아가야 할 것이며, 잠정적으로 국가가 형벌로써 개입한다 할지라도 단체협약 위반행위 중 진정 형사처벌이 불가피한 중요한 사항을 특정, 정형화하여 구성요건상 명확히 규정함으로써 죄형법정주의의 요청을 만족시키는 방법이 바람직하다 할 것이다.

이에 대하여는 이 사건 법률조항과 같은 방법으로라도 단체협약의 준수를 강제하지 아니한다면 경제적 약자인 근로자들에게 회복할 수 없는 불이익을 가져다주게 된다는 주장도 있으나, 노사 양측을 가리지 아니하고 위반한 당사자를 처벌하고 있는 데다가, 벌금 상한액 1,000만원이란 것은 근로자에게는 상당한 부담이 될 수 있겠으나 사용자에게는 별다른 위협적 효과를 발휘하기 어려울 것으로 보이고 경우에 따라서는 오히려 근로자 보호라는 입법취지와는 정반대의 역효과를 낳을 우려도 없지 아니하는 것이다. 그렇다면 결국 이 사건 법률조항은 단체협약의 실효성 확보라는 목적에만 치우쳐 별다른 실익이 없는데도 노사간의 자율적 영역에 국가가 형벌을 수단으로 개입하는 것이라고 할 것이어서 그러한 주장은 타당하지 아니하다.

## 2. 헌법재판소 결정의 시사점

이 헌법재판소 결정 이후 대체입법을 하여 현재에 이르고 있는 바, 이 헌법재판소의 판단이 주는 시사점을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 단체협약의 의의에서 보면, 단체협약은 노조법의 규정에서 특별한 법적 효력을 부여하고는 있지만, 체결 당사자간의 협정이라는 점이다. 즉 단체협약의 성격에 대하여 계약설, 법규범설 및 집단적 규범계약설 등이 있지만<sup>7)</sup>, 기본적으로는 당사자간에 체결한 계약의 형식으로서 법에 의해 일반적 구속력 등 특별한 효력을 갖는 점에서 특색이 있을 뿐이며, 법규범이라고 볼 수는 없는 것이다. 따라서 이러한 계약의 성격을 갖는 당사자 관계에 공법이 지나치게 개입하는 것 역시 과잉금지의 원칙을 고려하여 최소한에 그쳐야 할 것이다. 그러므로 범죄 구성으로 정하는 금지의 실질을 단체협약에 모두 맡기는 것은 노사당사자 간에 체결되는 계약인 이상 처벌법규의 내용을 체결 당사자에게 넘겨 준거나 다름 아니다는 판단은 죄형법정주의에 부합하는 것이라고 할 것이다.

둘째, 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의와 적법절차 규정은 특별히 기본권을 보장

---

7) 김형배, 「새로 쓴 노동법」제25판, (주)박영사, 2016. 1031쪽 이하 참조.

하기 위한 것이고, 여기서의 법률은 입법자가 제정한 형식적 의미의 법률이어야 함은 물론이고, 법률에서 처벌법규를 위임하는 경우라도 특히 긴급한 필요가 있거나 법률로써 자세히 규정할 수 없을 만한 부득이한 사정이 있는 예외적인 경우라야 한다는 점이다. 또한 처벌법규의 구성요건이 누구나 예견할 수 있을 정도로 명확하여야 함이 원칙임은 자명한 것이다.

셋째, 단체협약의 내용에 관하여는 아무런 법규정이 없고, 체결당사자가 합의하는 한 매우 광범위하게 합의내용을 정하여 체결할 수도 있다. 따라서 체결당사자라고 할지라도 체결 후 모든 단체협약의 내용을 상세히 숙지하여 이해하는 것을 기대하는 것도 무리일 수 있다. 한편으로는 단체협약의 이행 과정에서 해석상의 오판도 있을 수 있고, 과실로 인한 미이행도 있다는 것 역시 부인하기 어렵다. 아울러 단체협약의 사항이라고 하더라도 경미한 절차규정도 있으며 이행 여부가 불명확하게 규정되는 경우도 있다.

또한 단체협약은 주로 노동조합의 요구에 의해 교섭이 개시되어 체결되는 것이어서 대부분 사용자에게 의무적인 사항이 많은 것이 사실이고 노사간의 의무를 부담하는 것은 평화의무와 같은 쟁의 관련 사항들로서 그리 많은 것은 아니라고 할 것이다.

따라서 단체협약의 전부이든 일부사항이든 간에 범죄구성요건으로 설정하는 것은 지극히 최소화하거나 자제하여야 할 것이다.

넷째, 처벌 법정형을 보면 1천만원 이하의 벌금으로 규정하였는 바, 이는 현재의 대체입법인 노조법 제92조도 같다. 그런데 이 처벌법규의 입법취지를 보면 단체협약 준수를 강제하는 효과로서 근로자측의 권익을 보호하고 노사관계의 안정 등을 모도하려는 공익적 측면에 있다고 할 것이나, 과연 1천만원의 벌금이 그러한 목적을 달성하는데 적합한 것인가라는 점에도 의문이다. 아울러 1천만원이 근로자 입장에서는 과도할 수도 있는 반면 사용자에게는 제재 효과가 미미할 수도 있다는 지적에는 공감하기 어렵다. 사용자 가운데는 그 금액이 소액으로 인식되는 경우도 있겠으나, 전문경영인이나 공기업의 경우에는 그 금액의 다소를 불문하고 벌금형이라는 심리적 효과가 결코 작지 않아서 단체협약을 강제하는 효과는 상당할 수 있다.

다섯째, 단체협약을 위반하는 경우에 국가권력이 형벌적 제재수단으로 강제의 효과를 가지려는 그러한 입법례를 찾아보기도 어려울뿐더러, 부당노동행위제도와 각종 근로자의 권리구제제도를 활용할 수도 있으며, 단체협약의 강행적 효력과 일반적 구속력 등에 따라 단체협약의 효과를 달성하는데 부족하지 않다는 것이다.

또한 헌법재판소는 우리의 노사현실이 노사간에 대등한 교섭력과 지위가 확보되어 있지 않다고 보았지만, 실제 우리 사회의 집단노사관계에서 노사간의 불균형에 대해서는 사용자측에서 더욱 주장하고 있는 현실이며, 산별 단위 노동조합과 교섭하는 사용

자가 많은 현실에서는 노사간의 교섭력 등 측면에서 어느 쪽이 불리한 것인지 단언하기 쉽지 않다.

한편 헌법재판소가 다른 입법례와 같이 형사적인 제재수단보다는 민사적 책임 구제 방식이 바람직하다고 본 것은 현실적인 판단이었다. 아울러 부득이 국가권력이 단체협약의 체결당사자 사이에 특히 형벌로써 개입한다고 할지라도 죄형법정주의의 엄격한 요건을 충족하는 방식이어야 한다는 점은 부인하기 어렵다.

결론적으로 보면, 단체협약이라는 체결 당사자 사이의 관계에 그 이행을 위해서 국가권력이 형벌로써 개입하는 것은 다른 입법례가 없는 바와 같이 과도한 것으로서, 어떠한 입법이든지 간에 형벌이라는 입법형식으로는 죄형법정주의에 부합하기는 어렵다고 보여질 수 밖에 없을 것이다.

### III. 현행 단체협약 위반 처벌규정에 대한 검토

#### 1. 대체입법과 그 배경

단체협약 위반에 대한 처벌규정인 구 노동조합법 제46조의 3에 대한 헌법재판소의 위헌결정(1998. 3.26 선고)으로 단체협약의 위반에 대한 형사처벌 법규는 실효된 것이다. 그럼에도 대체입법을 모색하여 2001년 3월 28일부터 새로이 시행되고 있다.

헌법재판소 결정으로 실효된 단체협약 위반 처벌규정에 대한 대체입법은 당시 노동계의 반발과 사회적 분위기에서 출발하였다고 생각되어진다.<sup>8)</sup> 그러나, 결국 이러한 위헌결정 직후 불어올 사회적(특히 노동계) 반발 움직임을 예상하는 것은 어렵지 아니하였을 것이나, 이 헌법재판소의 위헌결정은, 단체협약의 평화의무조항을 위반하여 쟁의에 들어간 노동조합원을 처벌할 것인지 여부를 의심하여 부산지방법원 울산지원이 재청하여 진행된 결과이다. 이와 같이 위헌결정에 이른 발단을 고려해 보면 당시 노동계의 반발에 충분히 수긍하기도 어렵다.

위헌결정에서 다시 대체입법하여 시행하기까지 경과된 3여년 간의 시간 속에서 과연 단체협약이 무력화되는 시도나 그러한 움직임이 뚜렷하였다고도 하기 어렵다. 그럼에도 헌법재판소 결정서 말미에 부가된 의견에 맞추어 결국 「노동조합및노동관계조정법」

8) 전국민주노동조합총연맹 1998년 04월 08일 「단체협약위반 위헌판결 헌법재판소 규탄대회 보도자료」 참조.

제92조에 단체협약의 내용 중에서 여섯 가지 사항(가목에서 바목)을 적시하여 이러한 항목의 사항을 위반한 자에게는 실효된 구 노동조합법 제46조의3의 법정형과 같은 1천만원 이하의 벌금이 가능하도록 입법하였다.

제92조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

---

1. 제31조제1항의 규정에 의하여 체결된 단체협약의 내용 중 다음 각목의 1에 해당하는 사항을 위반한 자<sup>9)</sup>

- 가. 임금·복리후생비, 퇴직금에 관한 사항
  - 나. 근로 및 휴게시간, 휴일, 휴가에 관한 사항
  - 다. 징계 및 해고의 사유와 중요한 절차에 관한 사항
  - 라. 안전보건 및 재해부조에 관한 사항
  - 마. 시설·편의제공 및 근무시간 중 회의참석에 관한 사항
  - 바. 쟁의행위에 관한 사항
- 

## 2. 대체입법의 필요성에 대한 검토

이 헌법재판소 위헌결정(96헌가20)을 들여다보면 과연 노사당사자들이 체결하는 집단계약 형식인 단체협약의 실효성을 위하여 국가권력이 개입할 필요성이 있는지 재고해 볼 필요가 있다고 본다.

분명히 헌법재판소는 위헌 판단이유에서 이처럼 형벌로써 단체협약 위반행위에 대해 제재하는 다른 입법례도 그 유례를 찾아보기 어렵다고 밝히고 있으며, 노동관계법의 전체적인 체계에 비추어 보더라도 적절한 것이라고 할 수 없다고 적시하고 있다. 아울러 궁극적으로는 단체협약 위반에 대하여는 민사법적인 책임을 추궁하는 방식으로 단체협약의 규범력을 확보하는 방향으로 나아가야 할 것이라고 헌법재판소는 판단 말미에서 제시하였다.

다만 헌법재판소는 판단 말미에 부가하여, 잠정적으로 국가가 형벌로써 개입하더라도 부득불 형사처벌이 불가피한 중요한 사항을 특정·정형화하여 구성요건을 명확히 규정하여 죄형법정주의의 요청을 만족시키는 방법이 바람직하다고 부가적으로 적시하였다. 헌법재판소 결정의 말미에서 이와 같이 부가한 것은 부득불 필요한 경우 잠정적으로 죄형법정주의 요건에 충실한 동시에 최소한의 방법이어야 한다고 보아야 할 것이

---

9) 2010. 1. 1. 제2호로 변경되고, 제1호에는 “제24조 제5항 (노동조합 전임자와 근로시간면제자의 임금지급을 요구를 목적으로 하는 쟁의행위 금지) 을 위반한 자”가 추가됨.

다.

헌법재판소가 결정서에서 밝히고 있는 바와 같이, 단체협약은 기본적으로 체결당사자가 합의하여 체결한 집단계약이고 노사 양방 당사자의 교섭력이 가져오는 결과물이므로 그 이행에 대해서도 민사적인 방식으로 책임을 구현하는 것이 타당할 것이다. 또한 노조법 제81조의 부당노동행위제도와 각종 노동위원회와 노동감독기관의 구제절차를 통해서도 충분히 단체협약 위반행위에 대해 구제나 제재가 가능하도록 설정되어 있는 현실을 감안하면 헌법재판소가 당시 궁극적으로 민사적 방식으로 단체협약의 규범력을 확보하도록 하는 것이야말로 더 발전한 우리 사회가 처한 현 시점에서는 더욱 타당해 보인다.

### 3. 대체입법의 처벌법규에 대한 검토

헌법재판소결정(96헌가20) 이후 다시 대체입법으로 시행되고 있는 「노동조합및노동관계조정법」 제92조 제1호(2010. 1.1 제2호로 개정) 에서 열거하고 있는 단체협약 사항 중에서 여섯 가지 협약사항에 대한 처벌법규는 헌법재판소 위헌결정(96헌가20)을 기준으로 검토해 보더라도 그 적정성은 부정적이다.

첫째, 헌법재판소 위헌결정(96헌가20)의 말미에서 적시하고 있는 죄형법정주의의 요청을 만족시키고 형사처벌이 부가피한 중요한 사항만을 특정·정형화하여 범죄구성요건을 명확히 규정한 것인지 의문이다.

즉, 구 노동조합법 제46조의3 규정의 '단체협약에 위반한 자' 보다는 확실히 단체협약의 내용 중에서 중요한 근로조건에 관한 사항과 노동조합의 활동에 관한 사항 그리고 쟁의행위에 관한 사항으로 제한하여 열거한 것으로 보인다. 그러나 이 사항들은 대체로 단체협약을 체결하는 목적에 해당하는 것들로서 단체협약의 중요한 내용일 뿐 아니라 그 대부분을 포괄하는 내용들이라고 볼 수도 있다. 즉, 대부분의 단체협약 내용을 여섯 가지로 열거하고 있는 규정으로 보여지는 것이라면 종전 구노동조합법 제46조의3 규정의 '단체협약에 위반한 자'의 규정과 크게 다르지 않은 입법인 셈이다.

또한 일례를 들면, '복리후생비에 관한 사항'이 규정되어 있으나, 복리후생비의 개념이 추상적이어서 해석하기에 따라 그 포함 범위 여부가 달라질 수도 있는 것이며, '다. 징계 및 해고의 사유와 중요한 절차에 관한 사항'에서도 무엇인 중요한 절차인지 여부에 대한 해석도 명확성의 요건을 충족하는 것이라고 보기에 충분한 것은 아니라고 할 것이다. 이와 관련하여 이 단체협약의 내용 가운데 '징계의 중요한 절차에 관한 사항'에 대한 위헌제정 사건에서 헌법재판소는 단체협약 위반행위를 구체적으로 규정한 것

으로 1998년의 헌법재판소 위헌결정(96헌가20)에 반하는 것은 아니라고 판단하였으나 이해하기 어려운 결정이라고 보인다.<sup>10)</sup>

둘째, 예측가능성의 문제가 있다. 즉 처벌 대상인 단체협약 사항을 여섯 가지 사항으로 열거하였더라도 구성요건 해당 여부를 판단하는 것은 일반인의 법상식에서 보면 그리 쉽지 않은 것이고, 헌법재판소 위헌결정(96헌가20)에서도 밝히고 있듯이 체결당사자라고 하여도 단체협약의 내용을 일일이 숙지하고 이행한다는 기대 역시 보편적이라고 하기 어렵다.

즉 구체적인 경우에 처벌대상으로 열거된 단체협약 위반인지 고용노동부의 질의회신으로 판단하는 경우도 상당한 점을 감안하더라도<sup>11)</sup> 구성요건 해당 여부에 대한 예측을 하는 것도 쉽지 아니하여 죄형법정주의 본질적 요소라고 밝히고 있는 예측가능성을 보장하는 입법이라고 단정하기도 어렵다.

셋째, 헌법재판소 위헌결정(96헌가20)이 밝힌 바와 같이, 노동관계법의 전체적인 체계를 고려하여 중복적인 제재가 아닌 범위로 최소한 국한하여 입법하여야 한다는 점에 충실한 것인지 의문이다. 예를 들면, 처벌 대상으로 열거된 ‘가. 임금·복리후생비, 퇴직금에 관한 사항’을 위반하여 미이행하는 경우 노동청의 근로감독이나 민사적인 방식으로 그 책임을 충분히 물을 수도 있는 내용들이다. 역시, ‘다. 징계 및 해고의 사유와 중요한 절차에 관한 사항’에 대해서도 그러한 단체협약의 규정에 위반하여 징계나 해고하는 경우라면 당연히 그 징계나 해고는 노동위원회의 구제절차나 민사소송절차에서 무효로 되므로 이에 대해 형사적 제재를 가할 필요가 있는 것인지 의문인 것이다. 이와 관련하여 피징계자가 징계가 무효되어 구제되고도 단체협약의 징계절차에 관한 사항을 위반하였다 하여 고소함으로써 사용자를 처벌하게 되는 사례도 있다.<sup>12)</sup>

또한, ‘바. 쟁의행위에 관한 사항’도 「노동조합노동관계조정법」 제4장에서 쟁의행위절차와 준수 사항 및 금지 사항들에 대해 충분히 규정하고 있으며, 이에 대한 위반 시에도 처벌하는 규정(같은 법 제91조)을 두고 있다. 따라서 쟁의행위와 관련한 단체협약

10) 노동조합및노동관계조정법 제92조 제1호 다목 위헌제청[전원재판부 2007. 7.26 선고, 2006헌가9 결정], 이 사건에서 헌법재판소는, “이 사건 법률조항은 헌법재판소 96헌가20 결정의 대상이 되었던 개정 전의 법률조항과는 달리 처벌의 대상이 될 단체협약 위반행위를 6가지로 분류하고 구체화하여 이를 직접 법률로써 규정한 것 중의 하나로서, 형벌을 통해 금지하고자 하는 행위의 실질을 법률 스스로 직접 규정하고 있으므로 위 헌법재판소의 결정의 취지에 반하는 것으로 볼 수 없다.”고 결정하였다.

11) 고용노동부, 「집단적노사관계 업무매뉴얼」, 2016. 233쪽에서 235쪽 참조.

12) 헌법재판소 2007. 7.26 선고, 2006헌가9 결정 (노동조합 및 노동관계조정법 제92조 제1호 다목 위헌제청 사건) 참조. 이 사례는 질서 문란행위로 견책의 징계를 받은 자가 노동위원회에서 무효판정을 받아 견책 징계가 무효로 되었음에도 다시 단체협약의 징계절차에 관한 사항을 위반하였다는 이유로 공공기관 지역본부장을 고소한 사건에서 피고소인이 위헌심판을 신청하였으나, 헌법재판소는 죄형법정주의에 반하는 것은 아니라고 결정하였음.

의 내용 중에서 처벌법규가 없는 내용이나 적법한 쟁의행위를 위해 필수적인 사항(예를 들면 평화의무조항 등)만을 제재대상으로 한정하였어야 할 것이다.

#### IV. 맺는 글

마지막으로 보면, 2001. 3.28 법률 제6456호로 대체입법된 단체협약 위반의 처벌법규인 「노동조합노동관계조정법」 제92조 제1호(2010. 1. 1. 제2호로 변경)는 같은 취지의 처벌법규인 구 노동조합법 제46조의3에 대한 헌법재판소 위헌결정(96헌가20)이 적시한 판단에 완전히 부합하는 입법이라고 보기에 충분한 것은 아니다.

즉, 당시 헌법재판소 위헌결정(96헌가20)에서는 분명히 단체협약 위반에 대해 처벌하는 다른 입법례도 없으며, 궁극적으로는 민사적 책임을 추궁하는 방식이어야 한다고 밝히고 있음에도 결국 사회적 여론에 따라 잠정적 조치로서 대체 입법한 결과물인 셈이다.

또한 처벌수준에 대하여 헌법재판소 위헌결정(96헌가20)에서는 노사간의 자율적 영역에 국가가 형벌을 수단으로 개입하는 것이라고 밝히고 있음에도, 같은 수준의 형벌로 제재를 가하는 편의적인 모습의 대체입법에 불과하다고 부인하기 어렵다. 아울러, 대체입법은 단지 범죄 구성요건만을 다소 열거하는 형식으로 구체화하였을 뿐이어서 타당한 입법으로 단정하기에도 충분치 않다는 결론이다.

아울러 우리가 입법을 하는 동기나 그 과정에서 정치적으로 결정되거나 사회적으로 균형된 시각에서 일탈하는 경향을 털어내지 못한다면 성공적인 입법이라고 하기도 어렵고 특히 노동관계에서는 더욱 균형감을 유지하여야 하는 입법에서는 더욱 더 많은 검토와 노력을 기울여도 결코 우리 사회에서 우리 모두가 바라는 노사문화의 구축을 위해서 손해가 되지는 아니할 것이라고 본다.

이러한 시각에서 돌아보면, 비록 우리와는 다른 법체계인 사회주의 국가이지만 가장 인근의 중국에서의 입법례를 참고할 필요도 있다고 본다. 사회주의 시장경제체제를 표방하고 있는 중국에서는 2008. 1. 1 부터 시행된 중국의 노동계약법 제정과정에서 그 입법취지를 두고 입법초안이 발표된 2006. 3.20 부터 벌어진 장기간의 논쟁이 전개되었는데, 그중에서 노동법학자인 북경 인민대학의 창카이(常凱) 교수와 상해 화동정법대학의 동바오화(董保华) 교수의 논쟁은 남북전쟁으로 불리었을 정도로 치열하게 전개되었다. 이와 같이 학술적 논쟁은 물론이고 이해관계 각계각층의 논쟁과 의견수렴과정(이 중국의 입법과정에 제기된 건의 및 의견 건수는 191,849건이었음)을 거쳐 최종 입법안이 마련되었고, 최종 입법안은 2007. 6.29 전국인민대표대회 상임위원회에서 통과되어 2008. 1. 1부터 시행되었는데, 이처럼 입법 과정에서 다양한 학계의 의견들이 제

기되고 그러한 학계의 논쟁 근거들이 입법에 반영된다는 점은 다른 사회방면보다 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 노사관계에 대한 입법에서는 더욱 고려하여야 할 것으로 기대한다.

[참고문헌]

1. 단행본

- 김소영, 「노동법사례연습 제2판」, 신조사(2018).  
김형배, 「새로 쓴 노동법 제25판」, (주)박영사(2016).  
김형배·박지순, 「노동법강의 제4판」, 신조사(2015).  
소준섭, 「중국법의 이해」, 서해문집(2016).  
이병태, 「최신노동법 제3판」, 현암사(1995).  
임종률, 「노동법 제17판」, (주)박영사(2019).  
하갑래, 「집단적 노동관계법 제4판」, (주)중앙경제(2016).  
菅野和夫, 「労働法 제11판」, 弘文堂(2018).

고용노동부, 「집단적노사관계 업무매뉴얼」, (2016).

2. 논문

- 신권철, “중국 노동합동법 제정 과정의 논쟁”, 「노동법연구」 2009 상반기 제26호, 서울대노동법연구회.  
李亚娟, “《劳动合同法》之立法回顾与思考”, 「法学研究」(西北大学学报(哲学社会科学版)), 2014年5月, 第44卷第3期.

[Abstract]

## A Study on the Regulations for Punishment of Violating Collective Agreements

Muhn, Juhng-Won\*

A collective bargaining agreement is an agreement signed or sealed by both parties through a multidisciplinary negotiation process, such as labor conditions. The collective agreement serves to stabilize labor-management relations for a given period of time by establishing criteria for labor conditions, etc.

In addition, the Act also provides for the punishment of those who have signed a collective agreement if they have committed a certain violation. That is, the provision of punishment for those who violate collective agreements has been established in Article 92 No. 1 of the Labor Union and Labor Relations Adjustment Act and has been in effect since March 28, 2001. Before the new rules of punishment were enacted, Article 46-3 of the old (invalid) Labor Union Act stipulated that "Any person who violates the collective agreements shall be fined 10 million won. However, the old labor union law's punishment rules for violators of collective bargaining agreements were effective when the Constitutional Court ruled them unconstitutional on the grounds that they did not conform to the criminal justice system. The current punishment rule has been enacted as an alternative to the punishment rule, which was effective under the unconstitutional decision.

However, it is questionable whether the current provision of penalties for violations of collective bargaining agreements under alternative legislation, which is consistent with the principle of criminal justice, is also an appropriate punishment law. In other words, it is also questionable whether the current punishment rule, which was rewritten by replacing the punishment rule of the old labor union law, which was effective by the unconstitutional decision, is compatible with the Constitution.

It is questionable whether what is commonly raised at the sites of collective labor-management relations is a controversy caused by claims of violation of collective bargaining agreements, and whether the punishment law is a regulation that plays a role in balancing power between labor and management. This is the beginning of this dissertation.

---

\* Jungwon Laborlaw Firm, Chief Laborlaw Attorney

<key words>

alternative legislation, collective bargaining agreement, Constitutional Court, Labor Union, punishment rule, unconstitutional decision

# 중국 특허권의 형사구제에 관한 논의 (关于中国专利权刑事救济的论议)

황보명국(皇甫明国)\* · 이위(李煜)\*\*

## 논문요지

세계지적재산권기구(WorldIntellectualPropertyOrganization)에 의하면 2017년 전 세계 지적재산권 신청의 총수는 또 한 번의 기록을 올린 것으로 보고되었다. 이 중에서 특허의 신청이 317만 건으로 연속 8년 증가하고 있는 추세이다. 구체적으로 살펴보자면 특허권 신청비를 지불한 총 수량에서 중국이 138만 건으로 1위, 미국 61만 건, 일본 32만 건, 한국 20.4만 건, 유럽 17만 건으로 5위에 처해 있으며, 이상 5위권의 특허권이 전 세계 총 수량의 84.5%를 차지하고 있다. 중국은 시장경제의 발전과 더불어 특허의 중요성은 날로 더하고 있으며, 특허권에 대한 불법행위도 다양하면서도 복잡한 추세를 보이고 있어서 특허권에 대한 형사구제의 연구는 중요한 의의를 갖고 있다. 지금까지 중국은 특허권에 대한 불법 침해를 주로 민사법으로 다루어 왔으며 또한 원칙으로 여기고 있어서 형사법을 통한 구제는 미약한 편이다.

원인인 즉 형사법의 입법이 아직 완벽하지 아니하여 특허권을 엄중하게 침해한 행위에 대하여도 상응한 형사책임이 규정되어 있지 않아, 특허권 신청자에 막대한 손실을 주고 있을 뿐만 아니라 발명과 창조의 적극성에 타격을 주어 과학기술의 발전을 방해하고 있는 실정이다. 다시 말해 특허권에 대한 민사법의 보호로는 역부족으로 형사법의 구제가 필요한 것이다.

본문은 글로벌 시대에 특허의 국제적 거래가 증가하고 있는 현 시점에서 중국의 특허권 관련 형사법 구제에 존재하는 문제점을 분석하고 이에 대응하는 해결의 대책을 제시하여 특허권을 한층 더 보호하는데 조금이나마 기여하고자 한다.

**검색용 주제어:** 중국 특허권, 형사구제, 현황, 문제점, 해결대책

· 논문접수: 2019.6.26. · 심사개시: 2019.07.11. · 게재확정: 2019.07.23.

\* 법학박사, 청도대학교 법과대학 부교수 겸 중한법률센터 주관

\*\* 청도대학교 법과대학 중한법률센터 연구원, 2018 중국법률전문가자격시험통과

## I. 前言

随着时代的发展和科学技术的进步，人们越来越意识到国家的综合国力竞争从实物条件转变为知识条件。知识产权的力量正日益对国家的实力产生极其深刻地影响，对国家的综合国力有着极其重要的作用。归根结底，全球综合国力的竞争是一场创新的竞争。创新水平取决于一个国家的知识产权水平。知识产权的表达可分为专利，版权，商标等。如果一个国家的知识产权水平很高，世界上创新的声音越高，可实现的收入就越高。同样，对于一个国家而言，公司之间的竞争取决于创新能力，即知识产权水平。一个企业的知识产权水平越高，那么他的核心竞争力也就越强，它在专利权竞争中获胜的几率也会大大增加。随着这一过程不断重复，具有强大核心竞争力的公司规模不断扩大，竞争力较弱的公司将逐渐被市场抛弃。因此企业对自己的专利权等知识产权非常重视，对他们的投入也日益增加。一个国家的知识产权保护水平也将在这方面发挥至关重要的作用。如今，对专利权、商标权、著作权等知识产权的保护也略有成效，并已初步建立起比较完善的知识产权保护机制，此外，知识产权保护不仅限于一个方面。但是知识产权的保护机制和体系由于尚不完善，还有很多略显不足的地方，特别在刑事法方面对知识产权尤其是专利权的救济还比较单薄。由于专利权在知识产权中的重要地位，需要对专利权在刑事救济中的保护加以完善，通过对当前国内救济及其他国家专利权救济的综合分析，以求探讨出一套较为合理的适用于中国的专利权救济机制。

## II. 专利权刑事救济概要

### 1. 侵犯专利权的法律救济方式

#### (1) 民事救济

##### 1) 损害赔偿

专利损害赔偿在专利权民事救济中处于非常重要的地位，属于专利权民事救济中最常用的一种方式，但不同的国家对损害赔偿的规定也不同。其中，TRIPS协议由所有国家通过平等协商确定，为每个成员国提供专利损害的最低适用标准。

针对专利权的损害赔偿，TRIPS的要求有如下几点：首先，对于已知或有充分理由知道其所从事的活动是侵权人的侵权人，司法机构有权命令其支付足以弥补损失的损害赔偿金。其次，司法机关可以要求侵权行为人向被侵权人支付一系列费用，费用中应该含有提起诉讼等的律师费用。再次，在适当情况下，即使侵权人不知道或有足够理由知道他所从事的活动是侵权，成员仍然可以授权司法当局命令他们返还利润或赔偿他们的法定赔偿。<sup>1)</sup>

在此请求中, TRIPS协议首先确定了在知识产权侵权案件中给予损害赔偿的一般原则, 即赔偿应相当于被侵权人的损失。或者说要与被侵权人的损失相当。其次, TRIPS协议将赔偿范围分开, 并将诉讼当事人的诉讼费用包括在侵权人可予赔偿的范围内。也就是说, 如果由于过失而导致侵权, 除了专利权本身的损失外, 侵权人还应向专利权人支付与诉讼有关的费用。如调查证据收取费, 运输费等, 作为诉讼费用; 而且这里的开支可以包括律师费。<sup>2)</sup>

## (2) 禁令

禁令, 用通俗的语言说就是一种“不得从事某种行为的禁止性命令”。TRIPS协议中还有禁止令, 规定相关司法部门有权要求一方停止侵权。根据时间的长短, 禁令的类型可分为临时禁令和永久禁令。禁止专利保护是一种非常有效和普遍适用的方法, 其功能是防止, 预防和抑制专利侵权。保护专利侵权, 防止侵权和处理已发生的专利侵权, 防止侵权行为的进一步扩大, 以防止侵权行为被采取并采取措施, 制止侵权行为的存续。如果任由侵权行为发生且存续, 将会导致不可估量的严重后果, 并给权利人造成严重的后果。TRIPS协议中所述禁令适用范围为已经开始且尚未结束的现实存在的专利侵权行为。

在中国的民事诉讼法中, “首次执行”裁决和“停止侵权”裁决是与禁令性质相似的措施。<sup>3)</sup>首次执行是法院采取措施制止诉讼中的某项行为; 停止侵权是指法院命令侵权人在审判后发现专利侵权已经确立的民事责任。目前中国的两项措施均可用于规范专利侵权。但是这两种措施不能有行为人在诉讼之前要求法院对侵权行为人做出“侵犯知识产权不进入市场”诉讼在诉讼结束后, 必须向侵权人下达命令。在这一方面的规定上, 中国现行措施与当前国际协定享有一定的差别, 下一步应当在这方面做出相应的规定, 使专利侵权行为的禁令更加完善。

## 2) 刑事救济

刑事救济也是当前世界各国普遍使用的一项专利权救济方式。

### (1) TRIPS协议有关规定

在专利侵权的有关规定中, 协议做出如下规定: “至少对于商业或盗版版权商标, 会员应提供刑事和刑事处罚。是否适用于其他刑事侵权和刑事处罚由成员决定。; “可用的补救措施必须包括足以威慑或罚款或少数人的监禁; 在适当情况下, 现有补救办法还应包括拘留, 没收或销毁侵权货物以及主要用于犯罪活动的原材料和工具。<sup>4)</sup>

协议中的这一条款是TRIPS协议中唯一规定专利侵权的条款。与其他补救措施相比, 本规定仅做出

1) 郑成思著, 《WTO知识产权协议逐条讲解》[J], 中国方正出版社 2001年版第154页。

2) 王玉洁·王勉清等著, 《WTO法律规则与中国知识产权保护》[J], 上海财经大学出版社 2000年版第75页。

3) 《中华人民共和国民事诉讼法》第九十七、九十八条规定。

4) 郑成思著, 《WTO知识产权协议逐条讲解》[J], 中国方正出版社, 2001年1版第218页。

一般规定，并未具体说明具体适用范围和适用方法。这一条款的规定给予了各个成员国通过依照本国的国情的方式决定使用本条款的方式和范围的相对自由的权利，从而保护专利权并规范侵权行为。

## (2) 中国刑法有关规定

第一．为打击侵犯专利权的行为，1984年“中华人民共和国专利法”第63条规定：专利伪造，情节严重的，依照刑法第一百二十七条的规定追究直接责任人的刑事责任。本条规定，中国刑法条款的缺陷以单一刑法的形式填写，在中国刑法中发挥着重要作用。

第二．1985年2月16日，高级人民法院“关于实施专利审判工作若干问题的通知”对该附属刑法作了明确解释。该通知第2部分“专利刑事判决书”第1条第1款规定：“如果专利被假冒，如果情节严重，直接责任人应当依照第127条的规定冒充他人的专利。”

第三．立法机关在专利法中增加了第220项假冒专利：“如果你假装是别人的专利，如果情节严重，你将被判处三年以上有期徒刑或刑事拘留，并处以罚款。”

第四．高级人民法院和高级人民检察院关于侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释第四条：“如果你冒充他人的专利并且有下列情形之一，则属于”刑法“第216条规定的”严重情况“。冒充专利罪应判处三年徒刑或刑事拘留，并判处或强加：（一）违法经营金额超过20万元，违法所得超过10万元；（二）对专利权人造成直接经济损失50万元以上；（三）冒充他人两项以上专利，非法经营10万元以上或者非法取得5万元以上的；（四）其他情节严重的情形。”

## 2. 专利权刑事救济的历史变革

中国的刑法专利保护起步较晚，但发展迅速。特别是1980年以后，全面发展各种补救措施，如民事救济，刑事救济和行政救济，共同保护专利权人的专利权。其历史变革可以分为：第一阶段是建国初至1963年，在这个阶段，在国家建国之初，开始规定各种立法保护。关于专利权保护的最早规定源于1950年行政理事会颁布的“发明与专利权保护暂行条例”。这一条例虽然是以行政法规的形式规定的，但是在效力上与法律相同。从这一方面来说，中国专利保护制度已经确立，只不过尚不完备。在本规定中，发明专利主要受到监管，这与现行刑法中的专利有很大不同。此外，在这一条例中第一次用刑事责任的处罚方式对侵犯专利权做出了规定。这一条款从1950年颁布并生效，在1963年被宣告废止；第二阶段是1963年至1978年，在1963年11月，行政委员会颁布了“发明奖励条例”，该条例没有授予专利权人专利权。只有那些发明创造的人才能获得500到1000元的奖励。这一规定在今天看来，不能充分保护专利权人的专利权不受侵犯，不能在长期促进市场经济的繁荣发展。因此，在此期间没有相应的专利保护。1966年以后，由于“文化大革命”的影响，立法停滞不前，中国长期处于专利保护的空白状态；第三阶段是1979年至1983年，在1976年10月“四人帮”彻底粉碎后，党和国家开始深刻反思历史教训，逐步实现全面混乱。<sup>5)</sup>1980年1月1日，中国第一部刑法“中华人民共和国刑法”正式实施。并无专利权保护的相关条文，因此在以后一段时期中国专利权保护仍然处于空白；第四阶段是1984年至

5) 赵秉志·王俊平：《改革开放三十年的我国刑法立法》[M]，《河北法学》，2008版，第11期，第7页。

1996年，在1985年4月1日，“中华人民共和国专利法”正式实施标志着专利保护制度的正式建立。同时，国务院还颁布了相应的行政法规，即“专利法实施细则”。1984年颁布的专利法第63条“如果专利被假冒，情节严重，应当依照刑法第一百二十七条的规定追究直接责任人的刑事责任。”<sup>6)</sup>尽管中国对专利权保护方面认识还不充足，但在法律中也具体做出了一些规定，促进了专利权刑法保护的发展。此外在这一时期，国际条约对中国专利权保护产生了较深远的影响，也促进了中国专利权立法的发展。第五阶段是1997年之后，这以后修订的“中华人民共和国刑法”第216条增加第216条：“如果你假装是别人的专利，如果情节严重，你将被判处三年以上有期徒刑或刑事拘留，并处以罚款。”最高人民法院将此条款定义为相关法律解释中的“侵犯专利权”。但是，本文仅描述了简单的犯罪，具体情况尚不清楚。基于这一不足，国务院于2001年制定并颁布的“专利法实施细则”第84条对“假专利”和“假冒专利”的定义进行了界定。但由于行政法规的效力与司法解释的效力等级尚不明确，因此在应用中没有取得理想的效果。<sup>7)</sup>为此，梁高在“关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释”解释了“专利法实施细则”的定义。这也成为法院审理专利权犯罪的适用规定。

随着专利权侵权案件的逐渐复杂，现行的规定已经不能对专利权给予充分的保护，因此，2010年，国务院修订了“专利法实施细则”，不再认真对待“假冒专利”和“假冒专利”。统称为“假冒他人专利”。但是，这一规定也导致了两种高级司法解释的滞后，也导致了相关法律冲突的长期存在。

目前，中国专利权保护专利权的制度和制度已经建立，但仍需要在现有专利权的基础上不断修改和完善相关规定。为了弥补这些缺点，专利权人的专利权得到了更好的保护，并且更好地实现了这些优势。

### 3. 专利权刑事救济的现状

到目前为止，中国已经形成了专利权专利保护制度，在一定程度上有效地规范了专利侵权的犯罪行为。今天，中国的专利权刑法保护是基于刑法第216条中的假冒专利罪。解读侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题，解读侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题（二），专利权完全受“专利法”第63条和“专利条例”第84条的保护。

《刑法》第二百一十六条规定：“如果你假装是别人的专利，如果情节严重，你将被判处三年以上有期徒刑或刑事拘留，并处以罚款。”这是刑法中与保护专利权刑法直接相关的唯一条款，也是现行刑法保护制度的基石。所有其他相关条款都围绕它更加具体。但是由于此条文仅仅对假冒专利罪做出了简单罪状的描述，所以国务院和两高均对此条文做出了具体的解释。<sup>8)</sup>2010年修订的“专利法实施条例”规定：“根据专利法第63条，以下行为属于假冒专利：（1）在未授予专利权的产品或其包装上标明专利标志，并在专利权利要求无效或终止后继续在产品或其包装上标明专利标志；（二）销售第（一）项所述产品；（3）在专利产品规格和其他材料中，未授予专利的技术或设计称为专利技术或专利设计，专利申请称为专利。或未经许可的专利权人使用其法定专利号，导致消费者将侵权专利的技术或设计

6) 1979年《中华人民共和国刑法》第一百二十七条。

7) 郑成思，《知识产权法》[J]，北京：法律出版社，1997年版，第43页。

8) 高铭喧·马克昌著，《刑法学》，北京大学出版社，2018年版。

误解为专利技术和专利设计; (四) 非法伪造, 变造专利证书, 专利文件或者专利申请文件, 侵犯专利权人的合法权益; (五) 使消费者感到困惑, 将未经许可的技术或设计视为专利技术和专利设计。”对刑法专利权保护的两项专利的解释仍遵循“专利法实施细则”的定义。

### III. 专利权刑事救济中存在问题

#### 1. 刑事法的明确性

目前, 中国专利法保护面临的问题是惩罚的简化。在中国刑法中, 对中国专利权涉及的犯罪的规制极其简单, 只是设立了“假冒专利罪”这一罪名来对专利权进行保护, 然而仅仅依靠这一罪名难以承担起保护专利权的作用。此外, 面对日益复杂的专利犯罪, 现有法律越来越无法承担侵犯专利的能力。<sup>9)</sup>今天的刑法只惩罚伪装成他人合法专利的做法, 惩罚很简单。首先, 不同假冒专利的行为未能设定不同程度的法定处罚; 其次, 侵犯专利权的刑事处罚不符合其他知识产权的刑事处罚, 甚至显然是不平衡的。专利侵权刑事处罚的最高刑罚只有三年监禁。有以上几点可以看出, 当前专利权侵权的刑法保护已经不能全面具体的保护当今世界各种各样的专利侵权。在面对日益复杂的专利犯罪, 刑法保护的力度正变得日渐衰弱。只有设置更多, 更丰富的刑事救济方式, 克服当前刑法救济的单一性, 通过罪刑法定原则对不同情形的专利权侵权行为进行规制, 才能适应当今世界的发展, 适应越来越重要的专利权保护, 从而促社会的发展, 效益的提高。当前中国还面临的一个问题对于侵犯专利权的产品的方式, 中国通常采用的方式为销毁。这种做法不利于资源节约, 而且对专利权人的损失也没有补偿作用。因此我们需要转换处理方式, 对侵犯专利权的产品中有用的产品可以用于对专利权人损害的补偿, 可以用于社会的救灾扶贫的公益事业; 对没有用或者是有害的产品进行妥善的处置或者处理再利用, 从而达到节约资源的目的。综上, 应该给予维护专利的权威性和权利人合法权益的实现, 应该根据罪刑法定原则对相关专利犯罪进行规制。

在对专利侵权的刑事处罚方面, 对假冒专利罪的判决也存在不合理的设置。在中国对假冒专利罪的法定刑的处罚相较于其他知识产权侵犯犯罪处罚较轻, 不同的种类的假冒专利权的的行为也没有具体的规定, 它适用于不同程度的惩罚, 不符合适应犯罪和惩罚的原则。在刑事处罚的罚金处罚方面, 也没有具体的规定可以令法官在裁判时据以考虑, 这一方面的后果会导致司法适用的公平正义, 也会导致一些经济富裕的侵权行为人对处罚后果不重视, 难以起到遏制再犯的可能。

中国的民事救济相对完善, 人民法院可以根据相应的规定对专利侵权实施相应的民事处罚。现行法律中适用于间接侵权的规定仅适用“中华人民共和国执行总则”(试行)第148条中有规定。但这一条文仅仅将间接侵权视为教唆犯或者帮助犯予以处罚。但是其他知识产权例如商标权的规定中, 把各种间接侵权行为视作商标侵权行为予以处罚, 这也是中国专利权救济中的一个不足之处。如果只对直接

9) 陈柱钊·王未. 侵犯专利犯罪的立法质疑[J]. 河北科技大学学报(社会科学版), 2007年版, 第61 - 65页。

违法行为进行监管并追究其法律责任，则在某些情况下，专利权人的专利权不能得到充分保护。例如，在由若干组成部分创建的发明中，侵权人只承担一项或多项侵权行为，而全面保险原则是专利侵权原则。这将被视为不构成侵权，从而使专利权人的专利权得不到充分保护。同时，专利民事救济的重点是补偿性的，一般不存在惩罚性赔偿，即对专利权人损失的赔偿。处罚力度相对于刑事处罚较轻，而且相对于刑事救济方式而言，效果相对较弱。

## 2. 刑事救济中的局限性

在中国的犯罪活动中，对假冒专利犯罪的犯罪行为的监督是基于2004年的两个高点。“关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释”第十条。这也就表现出中国关于假冒专利罪的保护重点仅仅在于惩处假冒专利的生产活动或者准备活动，侵犯专利权的产品的后续流动不是专利权的刑事补救措施。这一局限性可能会造成法律的漏洞，从而导致一些法律没有规制的犯罪行为的发生，从而对专利权人的权利造成损害。从本质上说，对专利权保护的措施应该从本源上来给予保护，即通过对消费行为进行规制来遏制这种侵害专利权行为的发生。因为如果一件商品没有销路，那么这件商品也就没有了价值，商品也就失去了流通的可能性。因此要对假冒专利的犯罪行为进行规制，就要规制这种商品的流通方式，即对其销售环节加以规制。如果侵犯专利权的商品在销售环节被予以取缔，那么商品的生产者的利润将会大大受损，它也失去了继续生产假冒专利产品的必要性，从而保护了专利权人的合法权益。目前，中国刑法侵犯了专利权人的专利权，与其他人伪造商标所销售的产品一样。犯罪受到监管，但为假冒其他人的专利产品而出售的产品不受监管。这就使专利权人的专利权没有得到同样的保护，造成了刑事立法方面的不平衡性。从现有的专利立法出发，可以得出结论，专利管理制度是假冒专利罪的主要目标。其次专利权人以及消费者的正当利益是其客体。<sup>10)</sup>侵犯其专利权的侵权行为将损害专利权人和消费者的合法权益，因此违法行为需要刑法保护。但是，今天的专利保护机制并不保证专利持有人的合法权利受法律保护。因此，有必要对假冒专利罪做出一系列规定，以维护中国的专利保护制度。有必要对一系列假冒专利犯罪的刑法体系的规定进行补充，以防止发生更大的社会危害。

中国的民事救济相对完善，人民法院可以根据相应的规定对专利侵权实施相应的民事处罚。现行法律中适用于间接侵权的规定仅适用“中华人民共和国执行总则”（试行）第148条中有规定。但这一条文仅仅将间接侵权视为教唆犯或者帮助犯予以处罚。但是其他知识产权例如商标权的规定中，把各种间接侵权行为视作商标侵权行为予以处罚，这也是中国专利权救济中的一个不足之处。如果只对直接违法行为进行监管并追究其法律责任，则在某些情况下，专利权人的专利权不能得到充分保护。例如，在由若干组成部分创建的发明中，侵权人只承担一项或多项侵权行为，而全面保险原则是专利侵权原则。这将被视为不构成侵权，从而使专利权人的专利权得不到充分保护。同时，专利民事救济的重点是补偿性的，一般不存在惩罚性赔偿，即对专利权人损失的赔偿。处罚力度相对于刑事处罚较轻，而且相对于刑事救济方式而言，效果相对较弱。

10) 程宗璋. 专利侵权犯罪研究[J]. 中国刑事法杂志, 2000版, 第58页.

目前，受中国刑法直接保护的知识产权权利人的专利认定权未明确列入刑法保护范围，还有一些严重的专利侵权行为。刑法中没有明确规定合法保护专利权人的合法权益。为此中国刑法需要不仅仅对专利权进行形式上的保护，而应该对侵犯专利权的全过程包括预备及制造行为进行综合规制，同时要  
对侵犯专利权的产品的后续处理方式做出具体的规定，以起到节约资源和保护专利权的功能。<sup>11)</sup>

#### IV. 完善专利权刑事救济的方案

##### 1. 国外刑事救济的借鉴

###### 1) 英国专利权刑事救济

目前的英国专利法规定了四种类型的专利侵权罪：伪造专利记录，冒充专利权，滥用专利权。<sup>12)</sup>首先英国对专利权保护只规定了民事救济，未规定刑事救济。因此，专利权人只有在专利权受到侵犯时才能寻求民事保护。其次专利犯罪的保护主要依据罚款，辅以自由刑处罚，但处罚较轻，罚款金额一般不大。例如，冒充专利罪和冒充专利罪可能会被处以200镑以下的罚款，并且不会受到人身自由的惩罚；滥用专利名称的，处以最高500英镑的罚款；以相对较高的罚款英伪造专利记录的罪行只有不到1,000英镑的罚款。<sup>13)</sup>

###### 2) 美国专利权刑事救济

美国专利救济主要基于民事救济，因此只提供了两项侵犯专利权专利权的罪行：伪造专利许可和虚假专利商标罪。首先专利权的主要补救办法是民事救济，刑事诉讼仅处于次要地位。两起专利侵权案件中专利权的最后一道保护。其次美国的虚假专利标识罪包括专利侵权专利权。最后在虚假专利标识罪中，被告人可以是任何人，并且此案件所判处的罚金的一半都属于被告人，极大提高了公众监督的积极性。

###### 3) 德国专利权刑事救济

首先德国刑法规定侵犯专利权。这种监管犯罪类似于在中国未经授权使用他人的专利；其次德国在法律中规定的一项义务为使用他人的专利标志应当向知情人告知其专利。但违反这种义务的人并不承担刑事责任；<sup>14)</sup>最后德国侵犯专利权的罪行是一种起诉罪，即被告知要处理，可以在被告知后撤回。

11) 张旭·李永红著，刑事诉讼法 中国人民大学出版社 2018年版。

12) 聂洪勇，《知识产权的刑法保护》[J]，北京：中国方正出版社 2010年版，第8-10页。

13) 聂洪勇，《知识产权的刑法保护》[J]，北京：中国方正出版社 2010年版，第8-10页。

简而言之，德国关于专利侵权的法律规定与中国的法律规定截然不同。通过刑法对专利权进行保护，更有利于对犯罪人产生震慑的效果，达到保护专利权人专利权的作用。

#### 4) 日本专利权刑事救济

首先日本的专利侵权犯罪具有更广泛的监管范围，不仅包括非法实施他人专利，还包括侵犯专利权的执法权；其次日本侵犯专利权的罪行也是一种起诉罪，并规定了指控的时限。只有被侵害人才可以提起控告，这种权利也只能自己行使；最后为了更好地保护专利权人的专利权，日本对一些严重的专利侵权行为进行了处罚。

结合上述国家专利权刑法救济制度，分析了中国专利权的刑法保护，完善了中国专利权刑法保护制度。可以结合适用的完善途径有：首先在罪刑法定主义的明确性上，从各国的刑事权利救济制度来看，最大的区别在于侵犯他人专利和他人专利的非法实施是否受到刑事法规的制约。英国和美国的专利补救措施主要基于民事救济，关键的监管行为是侵犯假冒专利。德国和日本的团队对非法行使他人专利实施刑事处罚。中国的专利保护只规定了假冒专利罪，这意味着中国的专利保护相对薄弱。这一现象要求中国及时完善中国的专利权刑事救济制度，通过罪刑法定主义设置完善的罪名体系，对专利侵权的全面监督将为专利权人的专利权提供更好的保护；其次在刑罚处罚上，与上述国家的专利侵权罪相比，大多数都受到罚款处罚。笔者认为对侵犯专利权犯罪应该处以经济制裁，使犯罪处罚的罚金数额超过侵权行为所取得的利益，行为人将考虑实施犯罪，从而减少犯罪率。同时，侵犯专利权人的合法权益也受到短期免费处罚，以便更有效地发生地震和犯罪行为；最后在追诉方式上，中国的假冒专利罪是一种起诉罪。笔者认为通过这种方式不仅可以使专利侵权行为高效率的得到解决，而且可以警示侵权行为人，实现预防犯罪的目的。此外它还可以节省司法资源，关注其他重大犯罪，维护社会秩序。

## 2. 专利权刑事救济的完善方案

### 1) 设置严密的刑罚梯度

根据中国特定的知识产权刑事制度，对作者所设想的假冒专利罪和非法执行他人专利罪实行若干法定处罚。刑罚处罚可以根据其侵权行为的危害性的不同而不同，在一定的侵权情节出现后设置更加严重的法定刑。由于专利权在性质上属于私权，因此可以由专利权所有人在自己的专利权受到侵害时决定所使用的救济自己权利的途径。以此来加大被侵权人的所获的赔偿数额，以此来实现对专利权人对专利权益的维护。<sup>15)</sup>也有可能将侵犯专利权的罪行定为社会有害的诉讼，并予以忽视。这将实现权利人权利的最大效果，也有助于维持社会秩序的良好稳定性。同时专利权人与侵权人之间的纠纷解决方

14) 德国《专利法》规定。

15) 吴牧·吴健. 刑法中侵犯专利权犯罪的探究与完善[J]. 江南社会学院学报, 2006年版第56 - 60页。

式也将会更加多样化,更有利于两者之间关系的回复,社会的和谐。

## 2) 对侵犯专利权的处罚的后续处理

如果假冒他人专利权的侵权产品被有关机关销毁,侵权行为人反而会因为产品没有收获利润而导致经济问题,以致无法正常赔偿权利人的损失。笔者提议可以将这些侵权产品进行分类处理。例如,对于专利权人专利产品品质差别不大的产品予以拍卖或者折价变卖,并利用所得价款来对专利权人的损失或侵权人侵权所使用的工具的赔偿被出售以弥补损失。严重侵害消费者健康的侵权产品被集体销毁,以防止对消费者造成二次侵权。

## 3) 增加“非法实施他人专利罪”

相对如今中国知识产权的刑事犯罪的七种罪名,中国专利权保护力度就显得比较薄弱。因此参照知识产权的法律保护措施,中国专利权保护罪名中应该增加非法实施他人专利罪这一罪名以更好的保护中国的专利权。这一罪名的法律规定可以采用空白罪状的模式,同时对这一罪名也应该规定不同情形的处罚制度,同时也要保证只有严重的违法行为才能成为这一罪名规制的对象,以更好的保证法律的权威性。在具体的刑法处罚上,适当提高处罚时的罚金刑,并考虑一些国际通用的刑罚规定以更好的适应国际社会的发展,更好的保护中国专利权人的合法权益。

## 4) 建立间接侵权制度

如今,中国的专利侵权是直接侵权,没有间接侵权,这一现象将导致中国专利权人的合法权益得不到有效的保护,因此针对这一情况需要建立中国的间接侵权制度。当前中国有关法院在处理有关专利侵权案件时已经开始注意做出适合这一制度的判决,只是在法律上还没有具体的规定。<sup>16)</sup>因此笔者认为可以在适合的情况下完善间接专利侵权制度,使法院在遇到间接或共同侵权行为时能够依据法律的明文规定使侵害他人专利权的侵权行为人承担民事责任。同时为生产,销售,承诺销售,租赁,进口,提供特殊部件的专用设备或限于专利产品的专利方法,并诱导、唆使他人实施专利技术的行为。<sup>17)</sup>间接侵权也应基于过错责任原则。

## 5) 完善中国专利侵权赔偿制度

### (1) 授予权利人侵权赔偿方法的权利。

一般来说,受害人比其他任何人都清楚何种方法能给自己带来最大的利益补偿。所以《专利法》应

16) 国家知识产权局,《专利法及其实施细则第三次修改研究课题指南》[M],2005年,第8页。

17) 田力普,《关于专利保护与专利侵权中若干基本问题的研究》[J],《专利法研究》,1995年版,第69-92页。

该明确赋予权利人选择侵权赔偿方法的权利，只有在权利人不能做出选择时，才可由法院公平合理地选择使用的处罚方法。侵权赔偿数额应以专利权人所受损失为限。专利权人所受损失不仅包括直接损失，而且包括间接损失。直接损失包括专利权人因侵权行为人的侵权行为而直接遭受到的损失；间接损失包括专利权人应增加未增加以及因侵权行为而遭受的信誉损失等等，以此来保证专利权人的权利得到充分的保护。

## (2) 适用惩罚性赔偿

目前，中国对专利侵权的处罚主要是赔偿。通过惩罚性赔偿来增加非法活动的成本，惩罚性赔偿不仅可以使恶意侵权者损失超过低成本的赔偿。它还可以有效解决权利人在维护自身权利时面临的高成本困境，从而激发权利人依法主动维护自身权利的积极性。惩罚性赔偿的高刑罚和权利人的主动权利保护，不仅有助于全面规制专利侵权和治理的形成。它还有助于迫使恶意侵权者在法律规定的情况下面对沉重的非法成本。

此外，专利侵权的惩罚性赔偿也是国际惯例的基本实践。在国外许多发达国家的实践中，所有这些国家都对专利领域的恶意侵权行为施加了最严厉的惩罚性赔偿。相比之下，在没有惩罚性赔偿机制的情况下，中国存在客观缺陷。因此，在专利侵权未得到完全控制的情况下，通过立法建立了惩罚性赔偿制度，极大地增加了专利侵权的非法成本。毫无疑问，保持专利保护的底线是最有针对性的理性和务实选择，其效果值得期待。

## V. 结语

综上所述，中国专利权刑事保护制度正在不断完善，然而也要注意到目前社会侵犯专利权的违法犯罪行为日益复杂，日益猖獗。只有不断加快刑法保护的完善过程，才能更有效地保护中国专利权人的合法权益。中国关于专利权的刑法保护还比较单薄，相关的法律法规还不够完善，严重侵犯专利权的行为都未规定相应的刑事责任，使得专利权未得到很好的保护，一些人来通过法律的漏洞来实施专利侵权行为，给专利人造成巨大损失，极大的影响了人们发明创造的积极性。专利侵权的民事保护显然不足以应对越来越复杂多变的专利侵权行为，如果不加强专利侵权的刑法保护加大打击侵犯专利犯罪的力度，对社会的创新能力和科学技术的发展会产生明显的阻碍作用。随着经济全球化迅速发展，世界处在一个命运共同体中，国际贸易的往来和深入不可避免的发生着专利权侵权纠纷的升级，加强知识产权的刑事救济已经成为趋势。

**[참고문헌]**

- 郑成思著,《WTO知识产权协议逐条讲解》[J],中国方正出版社,2001.
- 王玉洁·王勉清等著,《WTO法律规则与中国知识产权保护》[J],上海财经大学出版社,2000.
- 郑成思著,《WTO知识产权协议逐条讲解》[J],中国方正出版社,2001.
- 赵秉志·王俊平著,《改革开放三十年的中国刑法立法》,《河北法学》2008.
- 郑成思著,《知识产权法》,北京:法律出版社 1997.
- 高铭暄·马克昌著,《刑法学》,北京大学出版社 2018.
- 陈柱钊·王未著,《侵犯专利犯罪的立法质疑》[J].河北科技大学学报(社会科学版),2007.
- 程宗璋著,《专利侵权犯罪研究》[J].中国刑事法杂志,2000.
- 张旭·李永红著,《刑事诉讼法》,中国人民大学出版社,2018.
- 聂洪勇著,《知识产权的刑法保护》[J],北京:中国方正出版社,2010.
- 国家知识产权局著,《专利法及其实施细则第三次修改研究课题指南》[M],2005.
- 田力普,《关于专利保护与专利侵权中若干基本问题的研究》[J],《专利法研究》,1995.
- 吴牧·吴健著,《刑法中侵犯专利权犯罪的探究与完善》[J].江南社会学院学报 2006.

[Abstract]

## On the Criminal Remedy of China's Patent Right

Huang Fu Mingguo\*, Li Yu\*\*

According to the World Intellectual Property Index published by the World Intellectual Property Organization in 2017, in 2017, the number of applications for intellectual property rights in the world reached a new high, with 3.17 million patents filed, which achieved eight consecutive years of growth. Specifically, in terms of the number of patent applications that have already paid the application fee, in 2017, the number of applications accepted by the China Intellectual Property Office reached a record 138,000, far higher than that of the United States (610,000), Japan (320,000), Korea (240,000), and the European Patent Office (170,000). The top five patent applications accounted for 84.5% of the global total. The theme of World Intellectual Property Day 2017 is "Innovation changes life". With the development of socialist market economy, the status of patents in the economy becomes more and more important. In recent years, the infringement of patents has shown a trend of diversification and complexity. In this special historical moment at home and abroad, it is of great significance to study the criminal relief projects of patent rights. Civil penalty is the basic principle of dealing with patent infringement in China. The understanding of patent infringement disputes is limited to the typical level of civil rights disputes. China's criminal law protection of patent rights is relatively weak, the relevant laws and regulations are not perfect enough, and there is no corresponding criminal liability for serious infringement of patent rights, which makes patent rights not well protected. some people carry out patent infringement through loopholes in the law, causing huge losses to patentees, greatly affecting people's enthusiasm for invention and creation. The civil protection of patent infringement is obviously insufficient to cope with the increasingly complex and changeable patent infringement. If we do not strengthen the criminal law protection of patent infringement and intensify the efforts to crack down on patent infringement crimes, it will obviously

---

\* Huang Fu Mingguo , doctor of laws , Associate Professor, School of Law, Qingdao University, Part-time Director of China-Korea Law Center.

\*\* Li Yu, Researcher, Law Center of China and Korea, School of Law, Qingdao University , China Law Examination Passed in 2018.

hinder the social innovation ability and the development of science and technology. With the rapid development of economic globalization, the world is in a community of destiny. With the development of international trade, patent infringement disputes inevitably escalate. Strengthening criminal remedies for intellectual property rights has become a trend.

**<Key words>**

China's Patent Right Criminal relief Current situation Existing problems Solution

# OTT 규제에 관한 검토

홍명수\*

## 논문요지

최근 동영상 시청 방식의 하나로 TV와 같은 전통적인 방식이 아니라, PC나 스마트폰과 같은 다양한 인터넷 단말기를 통하여 동영상을 시청하는 방식이 확산되고 있다. 이른바 OTT(over the top)로 통칭되는 새로운 동영상 콘텐츠 이용 방식은 통신 기술의 발전과 스마트폰으로 대표되는 단말기의 기능 향상에 힘입어 점차 이용도를 넓히고 있으며, 시청되는 동영상 콘텐츠도 다양해지고 있다. 특히 OTT 서비스로 이용되는 동영상 콘텐츠 중에는 실시간 방송 서비스도 포함되고 있으며, 이러한 상황에서 OTT 서비스에 대한 규제 가능성에 관한 논의도 현안으로 대두하고 있다.

즉 기존의 방송 및 통신 규제체계에서는 OTT 서비스의 특성에 맞춘 적절한 규제가 이루어지지 않는, 이른바 규제 공백의 상황이 존재하며, 따라서 이에 대한 올바른 규제체계를 정립하는 것이 중요한 과제가 되고 있다. 이와 관련하여 경쟁정책적 관점에서 OTT 서비스 시장을 이해하고, 이러한 관점에서 규제의 기초를 마련할 필요가 있다.

검색용 주제어: OTT 서비스, 유료방송 서비스, 관련시장, 동영상 콘텐츠, 경쟁정책

· 논문접수: 2019.07.01. · 심사개시: 2019.07.11. · 게재확정: 2019.07.23.

\* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

## I. 서론

최근 동영상 시청 방식의 하나로 TV와 같은 전통적인 방식이 아닌 다양한 인터넷 기기를 통하여 동영상을 시청하는 방식이 확산되고 있다. 이른바 OTT(over the top)로 통칭되는 새로운 동영상 콘텐츠 이용 방식은 통신 기술의 발전과 스마트폰으로 대표되는 단말기의 기능 향상에 힘입어 점차 이용도를 넓히고 있으며, 시청되는 동영상 콘텐츠도 다양해지고 있다. 특히 실시간 방송 서비스도 포함되고 있으며, 이러한 상황에서 OTT 서비스에 대한 규제 가능성에 관한 논의도 현안으로 대두하고 있다. 이하에서는 OTT 서비스의 의의와 현황 등을 살펴보고, 이어서 이에 대한 적절한 규제 설계에 관하여 논의하기로 한다.

## II. 논의의 배경

### 1. OTT의 의의

#### (1) OTT의 개념 및 특징

OTT(over the top)는 TV가 아닌 PC나 스마트폰과 같은 다양한 인터넷 기기를 통해 영상콘텐츠를 시청하는 서비스를 총칭하는 개념으로 사용된다. 기술적 측면에서 OTT는 영상콘텐츠를 셋톱박스 없이 이용할 수 있는 서비스로서 인터넷 프로토콜(internet protocol)을 기반으로 운용되며, TV가 아닌 인터넷 단말기를 통하여 시청이 이루어진다. 제공되는 콘텐츠 측면에서 영상콘텐츠는 실시간 방송과 VOD(video on demand)로 구분할 수 있으며, 후자는 방송 영상콘텐츠와 영화 등의 일반 영상콘텐츠로 구분할 수 있다. 유료방송서비스로 분류되는 종합유선방송이나 IPTV가 제공하는 서비스도 편성표에 따른 프로그램 채널로서 제공되는 방송서비스와 VOD 등 기타 서비스로 이루어지고 있다는 점에서,<sup>1)</sup> 이들과 OTT 간에 콘텐츠 측면에서의 차이는 크게 드러나지 않는다.

#### (2) OTT의 제공 형태

구체적인 OTT의 제공 형태는 크게 세 가지로 파악할 수 있다. 첫째 양방향적(동영상 공유) 플랫폼을 운영하는 경우로서 1인 방송과 같이 시청자가 직접 제작한 영상콘

---

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

텐츠를 제공하는 형태가 이에 해당하며, 대표적으로 유튜브, 아프리카 TV 등이 있다. 둘째 기존의 방송·통신·포털 사업자 등이 자신의 플랫폼을 확장하여 OTT 서비스를 제공하는 형태도 있다. 방송사업자의 경우 국내 지상파 방송사 연합에 의한 pooq, 종합 유선방송사업자인 CJ 헬로비전의 티빙 등, 통신사업자의 경우 BTV 모바일(옥수수, SKT 계열), 올레TV 모바일(KT 계열), U+비디오 포털(LGU+ 계열) 등, 포털사업자의 경우 네이버 캐스트나 다음TV팟 등이 존재한다. 셋째 독립적 플랫폼을 통하여 OTT 서비스를 제공하는 경우로서 넷플릭스(Netflix)나 판도라 TV 등이 이에 해당한다.

## 2. OTT의 현황과 전망

### (1) 국내 OTT 서비스 시장

OTT 동영상 서비스는 급격히 확대되는 추세 있으며, 시장 규모는 매년 비약적으로 커지고 있다. 매출액 기준 2016년 OTT 동영상 서비스 시장 규모는 약 4,884억원으로 2015년의 3,178억원에 비하여 53.7% 성장한 추세를 보이고 있다. 2016년 기준 매출액 구성은, 광고매출 2,657억원으로 54.4%, 유료방송 수신료 매출 776억원으로 15.9%, 유료콘텐츠 구매 매출 499억원으로 10.2%이다. 2015년 기준으로 유료방송시장과 비교하면, OTT 동영상 서비스의 월정액 매출과 유료콘텐츠 구매 매출의 합은 1,071억원으로서 동년 유료방송 수신료 매출(2조 7,885억원)의 3.8% 그리고 유료방송 사업자의 VOD 매출(6,380억원)의 16.8% 수준이다. 반면 광고매출은 1,352억원으로서 유료방송사업자의 VOD 광고매출(965억원)의 1.4배에 해당한다.<sup>2)</sup>

2016년 기준 국내에서 BTV 모바일(옥수수), 올레TV 모바일, U+ HD TV(비디오 포털), pooq, tving, 에브리온TV(현대 HCN 계열), 네이버캐스트, 다음TV팟, 유튜브, 아프리카TV, 곰TV, 판도라TV, 팝콘TV 등 13개 사업자가 OTT 서비스를 제공하고 있으며, 대체로 실시간 방송 서비스와 VOD 또는 방송콘텐츠를 제공하고 있다. 기존 IPTV 사업자, 방송사업자, 포털 사업자 등의 계열사가 주를 이루지만, 독립적으로 플랫폼을 운영하는 독립사업자도 존재하며, 유튜브 등 외국 사업자도 서비스를 제공하고 있다.<sup>3)</sup>

향후 OTT 시장의 규모는 급격히 확대될 것으로 예상됨 다음의 <표 1>은 2009년부터 2014년까지 주요 미디어의 이용 빈도에 관한 조사 결과이다.

<표 1> 매체 이용 빈도(해당 매체를 주 5일 이용하는 비율)<sup>4)</sup>

2) 방송통신위원회, 「2016년도 방송시장 경쟁상황 평가 보고서」, 2016, 279-280면.

3) 넷플릭스(Netflix)는 2016년부터 서비스를 제공.

4) 최진웅, 「온라인동영상서비스(OTT)의 쟁점과 과제」, 국회입법조사처, 2015, 8면.

(단위: %)

	2009	2010	2011	2012	2013	2014
TV	83.9	82.6	81.6	81.4	79.4	78.4
라디오	20.2	16.2	14.8	12.5	11.8	9.5
신문	22.2	18.5	16.5	12.2	10.0	8.2
인터넷	46.2	45.2	44.4	52.6	65.8	70.8
스마트폰						

이와 같은 수치의 변화는 인터넷 및 스마트폰의 급격한 이용 확대와 TV 등 전통적인 미디어 이용도의 감소를 보여주고 있다. 또한 방송 시청 시 선호하는 기기에 대한 설문에서, 집 TV 75.6%, 모바일 13.7%, 컴퓨터 10.8%(20대의 경우 집 TV 59.0%, 모바일 21.0%, 컴퓨터 20% 순)로 나타나고 있다는 점도 참고할 수 있다.<sup>5)</sup> OTT 서비스의 이용은 인터넷 기기를 통하여 이루어진다는 점에서 향후 OTT 서비스 이용의 증가가 계속될 것이란 전망을 가능케 한다. 다음 <표 2>는 2015년에 제시된 OTT 시장 가치의 평가 및 예측에 관한 것이다.

<표 2> 국내 OTT 시장 가치<sup>6)</sup>

(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%

## (2) 해외 OTT 서비스 시장

해외에서도 OTT의 이용도는 증가하는 추세에 있다. 세계 미디어 시장을 주도하고 있는 미국의 경우 OTT 이용자의 수는 지속적으로 증가하고 있으며, 인터넷 이용자 중 OTT 이용자 그리고 디지털미디어 시청자 중 OTT 이용자의 비중도 마찬가지로 증가하는 추세에 있다.

전세계 OTT 가입자 수는 2017년 401백만 명으로 최근 6년 연평균 54.2% 증가하고 있으며, 전세계 OTT 시장 규모는 2016년 370억 달러로 2010년 61억 달러에 비하여 506.6% 성장한 것으로 나타나고 있다.<sup>7)</sup>

5) macromill embrain, 「미디어 기기별 TV 시청 행태와 광고 시청 태도」, 2015, 7면. 동 조사는 2015. 7. 29. - 2015. 8. 3. 기간에 표본 2,000명을 대상으로 한 것이다.

6) 최진웅, 앞의 글, 10면.

7) 이선희, “OTT 셋톱박스 시장 현황 및 시사점”, 「정보통신방송정책」 제30권 제8호, 정보통신

<표 3> 미국의 OTT 서비스 이용자 현황과 전망(2014-2019)<sup>8)</sup>

	2014	2015	2016	2017	2018	2019
이용자(백만명)	173.0	181.0	186.9	191.9	196.2	199.6
증가율	5.6	4.6	3.3	2.7	2.3	1.7
인터넷 이용자 중 비중	68.4	69.7	70.4	70.9	71.5	72.1
디지털미디어 시청자 중 비중	88.4	88.6	88.8	89.0	89.1	89.3

## (3) OTT 서비스와 유료방송 서비스의 대체가능성

현재의 시장 상황에서 OTT 서비스가 유료방송 서비스와 동일한 시장으로 확정될 수 있는지가 쟁점이 될 수 있다. 양자는 서비스 내용 측면에서 상당한 유사성을 보이고 있으며, 이는 시장획정 기준으로서 대체가능성을 인정하는 근거가 될 수 있을 것이다. 그러나 양 서비스를 이용하는 이용자 행태의 분석에 의하면, 현 시점에서 OTT 서비스가 유료방송 서비스 시장에 실질적인 경쟁압력을 제공하는 것으로 보기는 어렵다. 2016 방송시장 경쟁상황 평가에 의하면, OTT 동영상 서비스 이용 이후 유료방송 서비스를 계속 사용하는 이용자 비중이 OTT 동영상 서비스를 유료로 이용한 경우에는 86.1%, 무료로 이용한 경우에는 71.3%로 나타나고 있는데,<sup>9)</sup> 이와 같은 수치는 이용자가 OTT 동영상 서비스와 유료방송서비스를 보완적인 관계로 인식하고 있음을 시사한다.

그러나 OTT 서비스가 향후 유료방송 서비스를 대체할 수 있을지에 대한 질문에 대하여 OTT 서비스 유료사용자의 46.2%가 대체가능성이 있는 것으로 답한 것은<sup>10)</sup> 주목할 만하다. 특히 이러한 변화는 스마트폰의 이용 확대와도 밀접한 관련이 있다. 스마트폰 이용자와 비이용자를 대상으로 각각 스마트폰 이용과 TV의 대체 효과에 관한 설문에서 전자는 32.6%, 후자는 5.0%로 조사되고 있다.<sup>11)</sup> 스마트폰이 OTT 서비스 이용의 주된 수단이 된다는 점에서 이러한 응답 비중은 향후 OTT 서비스 시장과 유료방송 시장의 대체가능성이 커질 것이라는 전망을 가능케 하는 것이다. 또한 세대별 스마트폰 이용에 따른 TV 이용시간 감소 인식 비율도 10대 37.6%, 20대 42.4%, 30대 36.5%, 40대 30.1%, 50대 19.3%, 60대 이상 9.6%로 나타나고 있으며,<sup>12)</sup> 이와 같이

정책연구원, 2018, 3-4면.

8) 최진웅, 앞의 글, 7면.

9) 방송통신위원회, 앞의 책, 291면.

10) 위의 책, 294면.

11) 방송통신위원회, 「2014 방송매체 이용행태 조사」, 2014, 88면.

미래 세대의 인식 비율이 높은 결과 역시 향후 OTT 서비스의 대체가능성이 증가할 것이라는 예측의 근거가 될 수 있다.

### Ⅲ. OTT 규제에 관한 쟁점

#### 1. 규제체계의 정립 문제

OTT 서비스는 인터넷 프로토콜을 기반으로 방송을 포함한 영상 콘텐츠를 제공하는 서비스이며, 그 자체로 통신과 방송의 융합적인 성격을 가지고 있다. 따라서 OTT에 대한 규제를 통신법 또는 방송법 어느 영역에서 수행할지가 쟁점이 될 것이다.

통신에 대한 규제는 시민들 간 상호 소통이 안정적으로 차별 없이 이루어지는 것에 초점을 맞추는데 반하여, 방송의 공익적 규제의 근거는 방송의 일방적이고 멀티캐스팅적인 전송(point to multipoint) 특성과 이로부터 연원하는 여론 주도적 기능과 밀접히 관련된다. 특히 공중파로서 방송이 송출되는 것을 전제할 경우에 소수의 주체만이 주파수의 한정으로 인하여 방송서비스를 제공할 수밖에 없는 구조적 특성이 존재한다. 이러한 특성과 여론 형성의 사회적 기능 등이 종합적으로 방송에 대한 공익적 규제의 근거가 될 것이다.<sup>13)</sup> 더욱이 통신의 민영화·자유화 이후 통신산업에서 경쟁정책의 중요성이 강조되고 시장에 의한 규율이 확대되고 있으며, 이와 같은 정책의 타당성과 실효성 측면에서 양 영역이 동일한 상황에 있지 않다.<sup>14)</sup>

이러한 점에서 OTT 규제체계를 통신법과 방송법 중 어느 영역에 위치시킬 지는 OTT 규제체계의 정립에 있어서 핵심적인 문제라 할 수 있다. 현재의 규제 상황을 보면, OTT 규제에 관하여 특별한 규정이 존재하지는 않는다. 특히 전송 대상인 영상콘텐츠의 특성을 반영한 서비스 성격 규정이 법적으로 이루어지고 있지 않기 때문에, 결국 전송 방식에 초점을 맞추어 전기통신사업법상 부가통신서비스로<sup>15)</sup> 다루어지고 있다.

이와 같이 통신법에 근거하여 이루어지고 있는 OTT 규제에 관하여, 규제의 적절성 측면에서 다양한 논의가 이어지고 있다. 이에 대한 비판적 논의는 수평적 규제의 필요

12) 위의 책, 같은 면.

13) Wayne Overbeck, *Major Principles of Media Law*, Wadsworth Publishing, 2005, pp. 427-428 참조.

14) OECD는 "(방송의 성격을 포함한) IPTV에 대한 정의가 전통적인 방송 규제가 IPTV에 적용될 필요가 있다는 것을 함축하는 것은 아니며, 오히려 관련 시장에서 점증하는 경쟁 수준에 의하여 방송 규제가 완화될 수 있다는 것을 함축할 수 있다"고 함. OECD, *Ibid.*, p. 6.

15) 전기통신사업법 제2조 제12호에서 "부가통신역무란 기간통신역무 외의 전기통신역무를 말한다."

성을 강조하며, 기존의 방송서비스와 OTT 서비스가 동일한 서비스라는 인식에 기초하고 있다. 즉 OTT 서비스도 내용적으로 유료방송서비스와 유사하며, 이들에 대한 규제가 방송법이나 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」(이하 IPTV법)에 근거하여 이루어지고 있는 것처럼 이와 동등한 규제가 OTT 서비스에 대해서도 이루어질 필요가 있음을 지적하고 있다.

반면 OTT에 대한 현행 통신법상 규제를 유지하여야 한다는 입장은 현재 OTT 서비스가 방송서비스를 대체할 수 있는 것으로 볼 수 없으며, 따라서 동일한 규제체계에 위치시키는 것은 시기상조라는 입장을 취한다. 특히 인터넷에 기반하는 OTT 서비스에 대하여 매체의 구조적 특성은 당해 매체에 대한 규제의 기준과 정도의 수준을 결정한다는 매체특성론적 접근방법을 적용할 경우에, 이에 대한 규제 기준과 정도의 수준은 기존의 방송보다 완화되어야 하며, 헌법재판소나 사법부도 이러한 입장을 취하고 있다는 점을 강조하고 있다.<sup>16)</sup> 또한 OTT에 대한 통신법에 의한 규제에서 방송법에 의한 규제로 변화는 규제 강화로 이해될 여지가 크며, 이는 국내 OTT 산업을 위축시키고 특히 독립적 플랫폼을 통하여 OTT 서비스를 제공하고 있는 사업자가 성장할 수 있는 여지를 제한할 뿐만 아니라 외국 사업자와의 역차별 문제를 낳을 수 있음을 지적하고 있다.

## 2. 추가적 쟁점

### (1) 방송사와 OTT 사업자 간 방송콘텐츠 대가 산정 문제

OTT 서비스 시장에서 방송콘텐츠의 의존도는 매우 높은 상황이다. 기존 방송사와 계열관계에 있는 OTT 사업자를 제외한 다른 사업자의 경우 적절한 수준에서 대가를 지불하고 안정적으로 방송콘텐츠를 제공받는 것은 사업 영위의 필수적 조건이 되고 있다.

이에 관한 양 당사자 간의 분쟁은 방송사와 유료방송 서비스를 제공하는 사업자 간 방송콘텐츠 제공 문제의 연장선에 있다. 물론 적절한 제공 대가를 산정하는 것이 중요하지만, 이러한 문제는 지상파 방송의 재송신에 대한 대가 문제, 프로그램 제작자들(PP, program provider)에게 분배되어야 하는 몫의 적절한 산정 등이 복합적으로 관련되는 문제이며, 방송사와 OTT 사업자 간 방송콘텐츠 계약도 이러한 문제를 공유한다.

이러한 문제를 시장에 의한 자율적 해결에 의할지, 정부의 개입을 통하여 해결할지

16) 황성기, “OTT 서비스 규제기준에 관한 연구 - 내용적 규제를 중심으로 -”, 「법학논총」 제 34권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2017, 8면 참조.

가 선행적으로 논의되어야 할 것이다.

## (2) 망 중립성 문제

인터넷을 통한 OTT 이용의 증가는 트래픽 증가로 이어지고 있으며, 이러한 환경의 변화는 망 중립성 문제를 새롭게 부각시키는 계기가 되고 있다. 망 중립성 원칙은 네트워크 사업자와 정부가 인터넷에 존재하는 모든 데이터를 동등하게 취급하고, 사용자, 내용, 플랫폼, 장비, 전송 방식에 따른 차별을 하지 않아야 한다는 원칙을 말하지만, 고용량의 OTT 서비스가 전송되는 경우에 이러한 원칙의 문제는 실질적으로 네트워크 보유자와 서비스의 제공·이용자 간에 비용 분담의 문제로 전환된다.

여기에 통신망을 보유하고 있는 사업자들이 자체적으로 OTT 서비스를 제공하고 있다는 점도 문제의 복잡성을 더하는 요인이 된다. 이와 같은 수직적 구조는 망 중립성 문제가 경쟁사업자를 배제하는 전략으로서 약탈적 가격이나 이윤압착과 같은 지배력 남용의 문제와 관련될 수 있음을 의미한다.<sup>17)</sup>

현재 OTT 서비스의 관점에서 망 중립성 원칙의 유지에 관해서는 상반된 입장으로 나뉜다. 네트워크를 보유한 사업자는 트래픽 과부하를 낳는 방송콘텐츠의 대량 소비에 대한 대가의 지불과 추가적 비용에 대한 부담이 필요하다는 입장인 반면, OTT 사업자 입장에서는 트래픽 과부하에 대한 검증이 객관적으로 이루어질 필요가 있고 통신망 이용 현황에 대한 투명성 제고 등이 필요하며, 이러한 요건이 충족되기 전에 망 중립성 원칙의 폐지 내지 완화에 반대하고 있다.

2018년 미국에서 망 중립성 원칙의 포기에서 알 수 있듯이,<sup>18)</sup> 엄격한 망 중립성 원칙을 지속적으로 유지하기는 어려울 것으로 보인다. 결국 이 문제는 적절한 대가 산정의 문제로 전환될 가능성이 크며, 이 과정에서 시장지배력 남용에 따른 가격 결정에 대한 적절한 규제가 이루어질 필요가 있다.

## (3) 해외 사업자의 진입 문제

해외 OTT 사업자의 국내 시장 진입의 문제는 산업 차원과 규제 차원에서 파악할 필요가 있다. 특히 OTT 시장에서 해외 1위 사업자인 넷플릭스의 국내 시장 진출이 국내 OTT 산업에 미칠 영향에 대한 우려가 존재한다. 해외 OTT 사업자로서는 유튜브 등이 이미 존재하지만, 넷플릭스는 질과 양적 측면에서 콘텐츠의 경쟁력을 갖고 있는

17) 박민성, “OTT 플랫폼의 진화와 규제 이슈 -수평규제, 중립성, 수직결합을 중심으로-”, 정보통신방송정책 제24권 제21호, 정보통신정책연구원, 2012, 45-47면 참조.

18) 2017. 12. 14. FCC는 망 중립성 폐지를 내용으로 하는 인터넷 자유 회복을 위한(Restoring Internet Freedom) 명령을 3-2 표결로 통과시켰고, 동 명령은 2018. 4. 23.부터 발효되었다. FCC FACT SHEET, “Restoring Internet Freedom - Declaratory Ruling”, Report and Order, and Order - WC Docket No. 17-108 참조.

것으로 평가되고 있기 때문에 국내 사업자에 경쟁상 우위를 점할 것이라는 예측이 유력하다.

2016년 넷플릭스의 국내 OTT 서비스가 개시되었고, 2017년 넷플릭스는 종합유선방송사업자인 딜라이브 및 CJ헬로비전과 라이선스계약을 체결하였으며, 특히 이미 OTT 서비스를 제공하고 있던 CJ헬로비전은 OTT 박스에 넷플릭스를 기본 탑재하는 방식으로 넷플릭스의 OTT 서비스를 제공하고 있다. 이러한 상황은 전송 경로의 다양화를 통하여 OTT 시장에서의 점유를 확대하려는 전략적 판단에 따른 것일 수 있지만, 미국에서의 경험을 바탕으로 넷플릭스 서비스의 확대가 기존 방송사업자와의 계약을 종료시키는 코드커팅(code-cutting) 효과에 대한 국내 사업자의 우려를 불식시키려는 시도의 일환으로 볼 여지도 있을 것이다. 넷플릭스의 국내 시장 진입 이후 약 2년이 경과한 시점에서 시장 구조에 눈에 띄는 변화가 나타나고 있지는 않다. 그러나 넷플릭스가 점차 국내 서비스 제공을 위한 콘텐츠를 충원하고 있고, 해외에서 넷플릭스의 유력한 경쟁사업자인 Hulu(최대주주 Walt Disney Company), 아마존 프라임 비디오 등과의 경쟁 상황과 이들의 국내 시장 추가 진입이 예상되고 있으며, 유튜브의 경우 여전히 짧은(10분 내외) 영상콘텐츠 서비스 시장에서 경쟁상 우위를 차지하고 있다는 점 등을 고려하여 국내 OTT 시장의 경쟁 상황의 변화를 예의 주시할 필요가 있을 것이다.<sup>19)</sup>

해외 사업자의 존재와 이들이 시장에 상당한 영향력을 갖고 있는 상황은 OTT 서비스에 대한 규제를 형성함에 있어서도 주의를 기울여야 할 문제이다. 특히 국내 OTT 사업자에 대한 규제가 해외 사업자와 규제 형평의 문제를 야기할 수도 있다. 이는 결과적으로 국내 OTT 사업자의 경쟁력 약화로 이어질 수도 있으며, 나아가 수직적 연관 하에 영상콘텐츠 제작 환경에도 부정적 영향을 미칠 수 있을 것이다.

#### (4) 인터넷상 불법·유해 콘텐츠 유통 문제

OTT 성장의 배경이 되었던 기술적 조건의 향상과 플랫폼의 다양화는 영화나 방송콘텐츠 등이 불법적으로 유통될 수 있는 환경을 조성한 측면도 있다. 특히 개인이 자유롭게 영상콘텐츠를 제공하고 이용할 수 있는 플랫폼의 형성은 불법 콘텐츠 그리고 음란동영상과 같은 유해 콘텐츠가 유통되는 경로를 확충하는 의미가 있다. 궁극적으로는 불법·유해 콘텐츠의 유통 확대는 OTT 산업의 성장에 부정적 영향을 미칠 수도 있다. 2016년 EU의 시청각미디어서비스 지침(Audiovisual Media Services Directive) 개정안도 유튜브와 같은 동영상 공유 플랫폼 서비스에 대한 양속 위반이나 비인도적 행위에 대한 규제를 반영하고 있다.

이에 대한 대응으로 사업자의 자율적 해결을 우선시하는 자율 규제와 사업자에 대한

19) 2017년 2월 기준 국내 OTT 시장점유율은 유튜브 66.1, 옥수수 8.7, 네이버 tv 7.4, 비디오 포털 5.8, 올레tv 모바일 4.5, 아프리카 tv 3.5, pooq 2.1, 티빙 1.9 순이다. 넷플릭스의 경우 2018. 8. 기준 약 0.3% 점유율로 추산된다.

의무를 법정하고 위반 행위에 대한 규제 강화를 강조하는 법적 규제의 관점이 대립한다. 결국 양 규제 방안을 적절히 수용하고 결합하여 실효성 있는 대응 방안이 모색될 필요가 있을 것이다.

## IV. OTT 규제의 개선

### 1. 비교법적 검토

#### (1) 미국

미국의 통신법체계에서 이루어지는 규제는 기본적으로 수직적 규제체계를 유지하고 있다. 즉 통신과 방송은 규제체계 상 분리되며, 통신은 네트워크 서비스와 정보서비스로 분류된다.<sup>20)</sup> 현행 통신법에서 OTT 서비스는 정보서비스로 분류되어, 이에 따른 규제를 받는다. 물론 방송서비스와 유사한 특징을 갖고 있으며, 폭발적인 성장을 하고 있다는 점에서 OTT 서비스는 FCC의 주목 대상이 되고 있지만, 별도의 시장 획정을 통하여 현황 분석을 수행하는 외에 방송으로서의 규제 대상에 포함시키고 있지 않다.

그렇지만 OTT 서비스 또는 OVD(online video distributor) 서비스를 방송서비스로 보고, 이를 전제로 한 규제를 할 수 있는지에 관한 논의가 계속되고 있다. 미국 통신법은 우리나라의 유료방송사업자에 해당하는 개념으로 MVPD(multichannel video programming distributor)를 제시하고, 제602조 제13항에서 이를 정의하고 있으며, “케이블, MMDS, 위성TV를 포함하지만 이에 국한되지 않으며, 다채널 비디오 프로그램을 가입자 또는 고객에게 판매하는 자”(The term “multichannel video programming distributor” means a person such as, but not limited to, a cable operator, a multichannel multipoint distribution service, a direct broadcast satellite service, or a television receive-only satellite program distributor, who makes available for purchase, by subscribers or customers, multiple channels of video programming)가 이에 해당한다. 1996년에 도입된 동 규정이 개방적인 형식으로 MVPD를 정의한 것은 이후 기술 변화에 따라서 다양한 방식으로 이루어질 수 있는 다채널 전송 사업자를 포섭하기 위한 것으로 이해되며, 이러한 규정 형식은 IPTV 사업자를 특별한 법개정 없이 MVPD에 포섭하는 것의 법적 근거가 되었다.

OTT 사업자도 동 규정에 의한 MVPD에 해당하는지가 쟁점이 되었던 Sky Angel

20) 이러한 분류는 통신서비스를 계층화 한 것으로서 수직적 규제체계의 보완으로 이해될 여지가 있음.

사건에서 FCC는 OTT 사업자인 Sky Angel이 MVPD 해당 요건을 충족하는지가 입증되지 않았다는 이유로 부정적인 입장을 취하였다.<sup>21)</sup> 이후 FCC는 OTT 사업자를 MVPD에 포함시키기 위한 시도를 하였는데, 2014년 통신법 제4조에 따른 규칙 제정안 고시에서 MVPD 개념을 온라인상 다선형 방송 전송자(multiple linear streams of television online)에게 확장할 수 있도록 하는 제안을 하였다.<sup>22)</sup> 그러나 트럼프 행정부가 출범한 이후 이러한 시도는 무산된 것으로 보이며, 따라서 OTT 서비스에 대한 기존의 정보서비스로서의 규제가 유지되고 있다.

## (2) EU

EU의 경우 통신과 방송 산업에 대한 규제체계는 미국과 달리 전송과 콘텐츠의 수평적 차원에서 형성된다. 즉 모든 형태의 전송 네트워크와 서비스는 전송 단계에서의 규율 대상이 되며, 규제체계 지침(Framework Directive), 보편적 서비스 지침(Universal Services Directive) 등이 전송 단계에서의 규율 원칙을 밝히고 있다. 특히 인허가 지침에서 확인할 수 있듯이, 이 단계에서의 규제는 최소한의 규제를 원칙으로 하며, 경쟁적인 시장 구조를 지향한다.

콘텐츠 단계에서의 규제는 콘텐츠를 시청각미디어 서비스와 정보사회 서비스로 분류하는 것을 전제하며, 이용자 보호를 위하여 전송 단계에서의 규제에 비해 보다 강화된 규제가 이루어지고 있다. 전자에 대해서는 ‘시청각미디어서비스 지침’ 그리고 후자에 대해서는 전자상거래 지침(Electronic Commerce Directive)이 규제의 기본 원칙을 제시하고 있다. 시청각미디어 서비스는 방송 서비스와 주문형 서비스로 세분할 수 있는데, ‘시청각미디어서비스 지침’ 제1조 (e)는 텔레비전 방송(Television Broadcasting) 서비스를 “미디어서비스 제공업자에 의해 프로그램 편성표에(linear) 따라 동일한 시간에 시청(simultaneous viewing)할 수 있도록 제공되는 시청각미디어 서비스”로 정의하고 있으며, 동 지침 (g)는 주문형 서비스(On-Demand Service)를 “미디어서비스 제공업자에 의해서 선택된 프로그램의 카탈로그 내에서(non-linear) 이용자가 개별적으로 요청한 프로그램을 이용자가 선택한 시간에 볼 수 있도록 미디어서비스 제공업자가 제공하는 시청각미디어서비스”로 정의하고 있다.

이러한 구분은 규제 수준과 내용에 차이를 낳는다는 점에서 실질적인 의의가 있다. 다음 <표 4>, <표 5>, <표 6>은 양자 간에 규제 수준의 차이에 관한 것이다.<sup>23)</sup>

21) Media Bureau Seeks Comment on Interpretation of the Terms “Multichannel Video Programming Distributor” and “Channel” as Raised in Pending Program Access Complaint Proceeding, 27 FCC Rcd. 3079 (2012) 참조.

22) FCC, NOTICE OF PROPOSED RULEMAKING, Adopted: December 17, 2014 Released: December 19, 2014.

23) 김운정 외 3인, 「융합시대의 효율적인 이용자보호 법체계 개선방안 연구」, 한국법제연구원, 2013, 40-41면.

<표 4> 모든 시청각미디어서비스에 공통적으로 적용되는 규제조항들

조 항	규제내용
제3a조	미디어서비스 제공업자, 규제기구, 감독기구의 정보(이름, 지리적 주소, 이메일, 웹사이트 주소) 제공
제3b조	인종, 성별, 종교, 국적에 근거하여 증오를 유발하는 시청각미디어서비스에 대한 수신인의 자유 제한 규정
제3c조	시각, 청각 장애인들에 대한 시청각미디어서비스의 용이한 접근
제3d조	저작권 계약 기간을 지난 극영화(cinematographic works) 전송 금지
제3e조	상업적 시청각커뮤니케이션 관련 포괄적 규제사항
제3f조	스폰서 프로그램에 대한 규제사항
제3g조	간접광고와 관련한 규제사항

<표 5> 주문형(VOD) 시청각미디어서비스에만 적용되는 규제조항들

조 항	규제내용
제3h조	미성년자에 미치는 영향력과 관련한 규제사항
제3i조	주문형 서비스의 유럽작품 활성화 준수사항

<표 6> 텔레비전 방송서비스에만 적용되는 규제조항들

해당조항	규제내용
3조j항	사회적 중요도가 높은 이벤트에 대한 텔레비전 방송의 독점권 규제
3조k항	단신보도에 관한 텔레비전 방송의 독점권 규제
4조 ~ 9조	유럽작품의 제작, 유통의 활성화를 위한 규제
10조 ~ 20조	텔레비전 광고와 텔레쇼핑에 관한 규제
22조	텔레비전 방송의 미성년자 보호 규제
23조	텔레비전 방송의 반론권 사항

한편 개별 이용자의 요청에 의하여 제공되는 VOD, 특히 유튜브와 같은 개방형 인터넷 동영상 공유 플랫폼 서비스(Video Sharing Platforms)는 정보사회 서비스로 분류

되어 '전자상거래 지침'에 의한 규율 대상이 되며, 온라인 서비스 제공자에게 투명성 보장과 정보제공 의무 등의 규제가 부과된다. 결국 이상의 전송에 의하여 이용되는 영상콘텐츠는 EU 통신법체계에서 방송서비스, 주문형 서비스, 정보사회 서비스로 분류되고, 이에 따라서 규제 내용이 결정된다.

'시청각미디어서비스 지침'의 개정안이 2016년 제시되었고, 2018. 11. 6. 최종 심의를 거쳐 발효를 앞두고 있다.<sup>24)</sup> OTT 서비스의 급속한 성장에 따른 이용자 행태와 산업의 변화를 반영할 필요성은 동 개정안의 주요 동인이 되었다. 동 개정안은 2007년 지침이 우선 '시청각미디어서비스 개념을 "미디어서비스 제공업자가 편집권을 갖고 일반 공중에게 정보, 오락, 교육에 관한 프로그램을 제공하는 것을 주된 목적으로 전기통신망을 통해 제공하는 서비스"라고 규정하였던 것을 "미디어서비스 제공업자가 편집권을 갖고 일반 공중에게 정보, 오락, 교육에 관한 프로그램을 제공하는 것을 주된 목적으로(또는 해당 서비스의 주된 목적과 구분되는 별도의 서비스가 일반 공중에게 정보, 오락, 교육에 관한 프로그램을 제공하는 경우에도 포함) 전기통신망을 통해 제공하는 서비스"로 변경하였다. 주목할 것은 동영상 공유 플랫폼 서비스(video sharing platform service)를 다음과 같이 네 가지 요소를 통하여 개념적으로 동 지침에 반영한 것인데, i) 상당한 양의 프로그램 또는 이용자 제작 동영상(user-generated videos)을 보유하고 있는 서비스로 구성되며, 서비스 사업자는 이에 대한 편집권을 갖지 않음, ii) 콘텐츠 구성은 hosting, displayng, tagging, sequencing 등 전자적 방식(알고리즘)에 따라 서비스 사업자가 결정, iii) 프로그램 또는 UGV 제공 서비스의 주된 목적은 일반 공중에게 정보, 오락, 교육을 제공하는 것, iv) 서비스는 전자커뮤니케이션 네트워크를 통해 제공되어야 함 등이 이에 해당한다. 동 유형의 서비스에 대하여 회원국들은 전자상거래 지침을 침해하지 않으면서 VSP 서비스제공자에 대해, i) 미성년자의 신체적, 정신적, 도덕적 발달을 해칠 수 있는 콘텐츠로부터 미성년자 보호, ii) 성별, 인종, 피부색, 종교, 혈통, 국적, 민족 등에 근거한 폭력 및 증오를 유발하는 콘텐츠로부터 시민을 보호 등의 목적을 적절한 조치를 취할 의무를 부과하고 있다.

이상의 개정은 시장 환경의 변화를 반영한 불가피한 변화로 이해되지만, 시청각미디어 서비스를 방송 서비스와 주문형 서비스 그리고 공유 플랫폼 서비스로 나누고, 이에 따라서 차별화된 규제를 수행하는 규제체계는 유지되고 있다. 이러한 체계에서 OTT 서비스에 대한 일률적인 규제는 가능하지 않을 것이다. 즉 OTT 서비스가 특성상 어떠한 서비스에 해당하는지에 따라서 규제 내용이 결정되며, 최근의 '시청각미디어서비스 지침'의 개정은 규제 공백이 우려되는 동영상 공유 플랫폼 서비스에 대한 대응으로 이

24) DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Directive 2010/13/EU on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) in view of changing market realities, 2018. 10. 12.

해할 수 있다.

## 2. 방송법 전면 개정(통합방송법)안에 의한 OTT 규제

방송시장이 급격한 변화에 입법적인 대응 필요성에 따라서, 1) 방송의 공적가치 제고, 2) 공정경쟁 확보, 3) 수평규제 체계에 따른 역무-규제 간 일치성 및 형평성 확보, 4) 신규-융합 서비스 활성화, 5) 분산된 방송 관련 법 통합, 6) 개념 및 용어와 방송 현실 간 정합성 제고 등의 원칙에 따른 통합방송법안이 제시되었다.

통합방송법은 방송법, IPTV법 등 매체별로 분리되어 있던 다양한 방송 관련 법률을 통합하면서, 수평적 규제체계로의 전환을 시도하고 있다. 우선 방송서비스를 제공하는 사업자를 지상파 방송사업자와 유료방송사업자로 분류하고, 다시 유료방송사업자는 유선방송사업자, 위성방송사업자 그리고 IPTV 사업자가 포함되는 다채널유료방송사업자와 OTT 사업자를 대표로 하는 부가 유료방송사업자로 구분하고 있다.<sup>25)</sup> 한편 방송콘텐츠제공사업자에는 채널사용사업자인 기존의 PP 외에 개인방송이나 MCN(다채널네트워크) 등이 포함된 인터넷방송콘텐츠제공사업자도 포함되는 것으로 하고 있다.

구체적으로 개정안 제2조 제7호 나목에서 부가 유료방송사업자는 “방송을 수신하여 단순히 중계송신(방송편성을 변경하지 아니하는 녹음·녹화를 포함한다. 이하 같다)하거나 또는 인터넷 등 정보통신망에서 방송프로그램을 시청자에게 판매·제공할 목적으로 제11조 제3항의 규정에 의하여 승인을 받은 자”로 정의되며, 동 규정 후단은 전형적으로 OTT 사업자를 대상으로 한다. 또한 개정안 제2조 제8호 나목에서 인터넷방송콘텐츠제공사업자는 “인터넷 등 정보통신망에서 방송프로그램을 시청자에게 판매·제공하는 부가유료방송사업자에게 방송프로그램을 공급·판매할 목적으로 제11조 제5항에 따라 등록 또는 승인을 받은 자”로 정의되며, 여기서 인터넷방송콘텐츠제공 서비스는 OTT 서비스를 의미한다.

개정안 제2조 제7호 나목에 의하여 OTT 사업자가 부가 유료방송사업자에 해당하게 되면, 사업을 시작하기 위하여 방송통신위원회의 승인 대상이 되며, 사업 영위에 있어서 각종 심의 대상이 되고, 공정경쟁 촉진 및 금지행위의 적용 대상이 되는 등의 규제를 받게 된다. 이러한 변화는 기존 전기통신사업법상 부가통신서비스의 제공과 관련한 규제와 비교하여, 규제 내용과 수준에 있어서 보다 강화된 것으로 평가할 수 있다.

OTT 서비스에 한정할 경우에 통합방송법안에 대하여 수평적 규제체계로의 전환의 타당성 측면에서 긍정적 평가가 가능할 것이다. 반면 비판적인 견해는 국내 OTT 산업이 충분히 성장하지 않은 상황에서 이러한 규제가 산업 자체를 위축시킬 수 있다는 점이나 해외 OTT 사업자에 비하여 규제 형평성 문제를 낳을 수 있다는 점 등 주로 산

25) 시청각미디어서비스 지침 개정안에서 동영상 공유 플랫폼 서비스 규정의 도입에 관한 설명으로 황준호·김태오, 「EU 시청각미디어서비스 지침 개정안의 주요 내용 및 시사점」, 정보통신정책연구원, 2016, 9-12면 참조.

업정책적 측면에서 제기되고 있다.

OTT 서비스 규제에 관한 통합방송법안에 대해서는 법리적 측면에서도 문제를 제기할 수 있다. 앞에서 살펴본 것처럼, OTT 서비스는 주체 측면에서나 내용 측면에서 일정하지 않으며, 특히 방송서비스로 분류될 수 있는지에 관한 중요한 징표가 되는 서비스가 편성표에 따른 실시간 방송(live streaming)인지 여부에 따라서 해당 서비스가 갖는 정책적 의의는 상이할 것이다.<sup>26)</sup> 또한 개방적으로 운영되는 공유 플랫폼 서비스의 경우도 편집권이 사업자에게 귀속되지 않는다는 점에서 방송서비스와 동일하게 볼 수는 없다. 이러한 차이를 고려하지 않고, 일률적으로 부가 유료방송서비스라는 개념하에 동일한 규제 대상으로 하는 것은 법리적 타당성을 기하기 어려울 것이다.

즉 OTT 서비스에 대한 규제를 방송법 영역에서 수행할 필요성 그리고 방송·통신법 체계에서 수직적 규제체계를 수평적 규제체계로 전환하는 것의 타당성을 인정하더라도, OTT 서비스를 유형화하고 각 유형에 상응하는 규제 설계가 필요하며, 이러한 과정이 간과된 것으로 보이는 통합방송법안에 대해서는 일정한 비판이 가능할 것이다.

## V. 결론

방송·통신법 영역에서 수평적 규제체계의로의 전환은 전송과 콘텐츠를 분리하고, 각 단계에 상응하는 규제가 이루어지는 것을 의미한다. 그러나 수평적 규제체계의 정당성이 인정되더라도 각 단계에서 동일한 규제가 요구되는 것은 아니다. 특히 OTT 서비스의 경우 서비스의 내용이 다양하게 구성되고 있으므로, 각각의 유형에 상응하는 규제 설계가 이루어질 필요가 있다.

이와 관련하여 EU의 ‘시청각미디어서비스 지침’이 취하고 있는 시청각미디어 서비스의 분류는 참고할 만하다. 방송 서비스와 주문형 서비스의 구분은 편성표에 따른(linear 방식의) 실시간 방송으로 서비스가 제공되는지에 의하며, 전자에 대해서는 보다 강화된 규제가 이루어지고 있다. 이러한 구분은 단지 편의적인 필요성에 따른 것은 아니며, 편집권이 사업자에게 귀속되어 있는 상황에서 편성표에 의한 실시간 방송은 멀티캐스팅적인 방송의 특징이 명확히 나타나며, 소수에 의한 여론 주도적 기능이 뚜렷이 부각된다. 즉 방송에 대한 공익적 규제의 필요성이 보다 분명하게 나타나는 경우를 방송 서비스로 분류한다는 점에서 정책적 타당성을 인정할 수 있을 것이다. 이러한 점에서 편성표에 따른 실시간 방송 서비스를 제공하는 OTT 서비스에 한정하여 다른 유료방송서비스와 동일 규제 원칙을 적용하는 것이 타당하다.

26) 실시간 방송 서비스가 차별적인 의의는 1) 표현의 자유가 추구하는 이념 중의 하나인 ‘이용자의 정보 선택권 보장’의 강화에 기여하는 정도, 2) 실시간 서비스와 비실시간 서비스가 각각 갖는 ‘편집의 의미’의 차이에 기초하여 판단하여야 한다는 것으로, 황성기, 앞의 글, 17-18면 참조.

동일한 맥락에서 OTT 서비스에 대한 일률적인 진입 규제에 대해서도 재고의 여지가 있다. OTT 서비스 중 주문형 서비스나 동영상 공유 플랫폼 서비스에 대해서도 승인과 같은 높은 수준의 진입 제한을 부과하는 것은 비례적 타당성을 인정하기 어려우며, 신고 등의 낮은 수준의 진입규제를 부과하고 양속 위반 행위나 비인도적 행위에 대한 우려는 내용상의 규제로 충분할 수 있다.

전송과 콘텐츠 규제의 분리에 의하여 어느 하나를 대체적인 것으로 볼 것은 아니다. 특히 OTT 서비스와 같은 융합 서비스의 경우에는 양자가 복합적으로 나타날 수도 있다. 동 서비스의 경우 유선, 무선의 인터넷망을 이용하여 영상콘텐츠의 전송이 이루어지며, 이때 전송에 관한 규제는 여전히 OTT 사업자에게 유효할 수 있다. 이러한 점에서 통합방송법안이 OTT 서비스에 대한 규제를 도입할 경우에도 통신법에 의한 규제는 유지될 필요가 있다.

경쟁정책적 관점에서 OTT 서비스의 성장 추세를 살펴보는 것은, OTT 서비스와 방송서비스가 동일 시장으로 확정되지 않는다 하더라도 여전히 중요하다. OTT 서비스는 서비스 기반(service-based) 경쟁을 촉진하는데 기여하고 있으며, 가격 인하에도 긍정적 영향을 미치고 있다. 다른 한편으로 수직적으로 통합된 사업자의 존재는 OTT 서비스 시장에서도 주의를 요하는 부분이다.<sup>27)</sup> 특히 인터넷 운용의 기초가 되는 네트워크를 보유한 사업자가 OTT 서비스를 제공할 경우에, 네트워크 서비스 시장에서의 지배력을 남용할 우려도 있으며, OTT 서비스 시장에서의 경쟁정책을 실현함에 있어서 이와 같은 긍·부정적인 요소들이 종합적으로 고려되어야 할 것이다.

---

27) ITU, *Regulatory Approaches Over the Top(OTT) Services*, 2016, 19면 참조.

## [참고문헌]

### 1. 국내문헌

- macromill embrain, 「미디어 기기별 TV 시청 행태와 광고 시청 태도」,(2015)
- 김윤정 외 3인, 「융합시대의 효율적인 이용자보호 법체계 개선방안 연구」, 한국법제연구원,(2013)
- 박민성, “OTT 플랫폼의 진화와 규제 이슈 -수평규제, 중립성, 수직결합을 중심으로 -”, 정보통신방송정책 제24권 제21호, 정보통신정책연구원,(2012)
- 방송통신위원회, 「2014 방송매체 이용행태 조사」,(2014)
- 방송통신위원회, 「2016년도 방송시장 경쟁상황 평가 보고서」,(2016)
- 이선희, “OTT 셋톱박스 시장 현황 및 시사점”, 「정보통신방송정책」 제30권 제8호, 정보통신정책연구원,(2018)
- 최진응, 「온라인동영상서비스(OTT)의 쟁점과 과제」, 국회입법조사처,(2015)
- 황성기, “OTT 서비스 규제기준에 관한 연구 - 내용적 규제를 중심으로 -”, 「법학논총」 제34권 제1호, 한양대학교 법학연구소,(2017)
- 황준호·김태오, 「EU 시청각미디어서비스 지침 개정안의 주요 내용 및 시사점」, 정보통신정책연구원,(2016)

### 2. 해외문헌

- ITU, *Regulatory Approaches Over the Top(OTT) Services*,(2016)
- OECD, *IPTV: Market Developments and Regulatory Treatment*,(2007)
- Overbeck, W., *Major Principles of Media Law*, Wadsworth Publishing,(2005)

[Abstract]

## A Study on Regulations of OTT(over the top) Services

Myungsu Hong\*<sup>28)</sup>

Over the top (OTT) is a term used to refer to content providers that distribute streaming media as a standalone product directly to viewers over the Internet, bypassing telecommunications, multichannel television, and broadcast television platforms that traditionally act as a controller or distributor of such content. The use of OTT services has recently expanded rapidly. Although the service includes real-time broadcasting services, few regulations have been made on it.

In order to address various legal problems with this service, a regulatory framework for this service needs to be established. In this regard, the analysis from a competitive policy perspective is also very important.

### <key words>

Public Procurement, OTT Services, Pay-TV Services, Relevant Market, Video Contents, Competition Policy

---

\* Professor, College of Law, Myongji Univ.

## 「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 불

가로 구분한다.

- ④ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

**제9조(심사료)** 「명지법학」 투고논문을 심사하는 심사위원에게는 소정의 심사료를 지급할 수 있다. 심사료는 편집위원회에서 결정하며, 법학연구소장이 지급여부를 결정한다.

**제10조(게재료)** 「명지법학」에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 결정한다.

**제11조(본 규정의 시행 및 개정)**

- ① 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거친 날로부터 시행한다.
- ② 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거쳐서 개정할 수 있다.

#### 부칙

**제1조(시행일)** 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

#### 부칙

**제1조(시행일)** 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

# 「명지법학」 투고규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

## 제1조(투고자격)

- ① 국내외 대학 전임교수
- ② 법률 분야의 종사자
- ③ 대학원생으로써 박사학위 수료 이상의 자
- ④ 기타 편집위원회의 추천을 받은 자
- ⑤ 각 호의 자와 공동으로 투고하는 자

## 제2조(투고원고)

- ① 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.
  1. 발표논문: 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
  2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 투고된 논문
  3. 기타(번역·평석 등): 「명지법학」 게재를 위하여 제출된 번역, 판례평석, 입법동향분석, 서평 등
- ② 학술지에 게재할 원고는 다음의 요건을 갖춘 것이어야 한다.
  1. 법학 연구 및 교육 혹은 법률문화 창달에 기여하는 내용의 원고 일 것
  2. 다른 학술지 등에 발표한 일이 없는 원고일 것. 다만, 타 학술지에 일부 발췌문을 발표하였을 경우에는 그 전문(全文)을 투고할 수 있다.
  3. 외국논문을 한글로 번역한 논문의 경우에는 게재를 요청하는 번역자에 의해 저작권 협의가 이미 완료되어 있을 것
- ③ 학술지에 게재할 원고의 전체분량은 「명지법학」 원고작성 지침에 따른 형식으로 20매 내외를 원칙으로 하며, 30매를 초과할 경우 편집위원회의 결정에 따라 게재가 허용될 수 있다.

## 제3조(투고절차 및 방법)

- ① 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ② 원고는 작성자의 인적사항을 삭제한 후 제출하고, 표지에 저자명, 소속, 직위,

연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.

- ③ 원고 제출은 투고기한 내에 완성된 원고를 첨부하여 전자우편(E-Mail)으로 송부함을 원칙으로 한다.

**제4조(투고기한)** 논문의 투고는 「명지법학」의 발간 예정일을 기준으로 1월 전(각 6월 30일, 12월 31일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정으로 기한을 초과하여 제출하는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

**제5조(논문제출처)** 논문투고에 관한 문의와 투고논문의 제출처는 다음과 같다.

- 주소: (03674) 서울시 서대문구 남가좌동 50-3 명지대학교 법학연구소
- 이메일: lawresearch@mju.ac.kr
- 전화: 02-300-0803
- 팩스: 02-300-0804

**제6조(저작권)**

- ① 학술지의 편자(編者)는 법학연구소장의 명의로 한다. 다만, 학술지의 내용에는 개별 원고의 집필자를 명시한다.
- ② 「명지법학」에 출판된 모든 저작물의 편집저작권 및 출판권은 본 연구소에 귀속된다.

**제7조(투고논문의 작성방법)** 투고논문의 작성방법은 명지법학 원고작성 지침에 따른다.

**제8조(논문의 심사)**

- ① 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정·보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규정에 따라서 이루어진다.
- ② 「명지법학」의 심사기준은 1) 논문제목과 내용의 적합성, 2) 기존연구와의 차별성, 3) 연구내용의 독창성, 4) 연구방법과 결과의 명확성, 5) 논문체계와 기술방법의 적절성, 6) 참고문헌 인용의 적합성, 7) 연구 기대효과 및 학계 기여도로 한다.
- ③ 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 문서(전자문서, 이메일 포함)로써 통지한다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 즉시 통보한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

## 「명지법학」 연구윤리 규정

제정 2007. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

**제1조(목적)** 이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 목적으로 한다.

**제2조(용어의 정의)** 이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- ① "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
- ② "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
- ③ "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
- ④ "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나, 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
- ⑤ "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
- ⑥ "제보자"라 함은 부정행위 또는 부적절행위를 인지한 사실 또는 관련 증거를 제시한 자를 말한다. 다만, 고의 또는 과실로 당해 주장이나 증언에 반하는 사실을 간과한 자는 제보자로 간주하지 않는다.
- ⑦ "피조사자"라 함은 제보 또는 연구소의 인지에 의하여 부정행위 등의 조사대상이 된 자 또는 조사를 수행하던 중 부정행위 또는 부적절행위에 가담한 것으로 추정되어 조사대상이 된 자를 말한다. 다만, 조사과정에서의 참고인이나 증인은 포함되지 아니한다.

**제3조(기능)** 위원회는 명지법학의 회원·준회원 또는 단순게재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

- ① 연구윤리 확립에 관한 사항
- ② 연구부정행위의 예방, 조사에 관한 사항
- ③ 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항

**제4조(구성)**

- ① 위원회의 위원은 명지법학의 편집위원장이 지명하는 편집위원 중 3명과 위원회의 추천을 받은 외부 인사 2인으로 한다.
- ② 연구윤리위원장은 위원회에서 호선하고, 위원장과 위원의 임기는 2년으로 한다.
- ③ 위원회의 제반업무를 처리하기 위해 간사 1인을 둘 수 있다.
- ④ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

**제5조(회의)**

- ① 위원회의 회의는 필요한 경우에 위원장이 소집하고 주재한다.
- ② 회의는 재적위원 과반수 출석으로 성립하며, 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 필요한 경우 위원이 아닌 자를 회의에 참석시켜 의견을 들을 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

**제6조(연구부정 행위 조사)**

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

**제7조(위원회의 권한과 책무)**

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에 혐의 사실을 인정할 것으로 추정할 수 있다.
- ③ 위원회는 연구기록이나 증거의 상실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.

**제8조(기피·제척·회피)**

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의·의결 및 조사에 관여

할 수 없다.

- ③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피를 신청할 수 있다.
- ④ 위원장은 위원 중 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사 사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

**제9조(진술기회의 보장)** 위원회는 조사 사실에 대해 피조사자에게 의견을 제출하거나 해명할 기회를 부여하여야 한다.

**제10조(조사결과에 따른 조치)**

- ① 위원회는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사 사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.
- ② 연구부정 행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
  - 1. 연구부정 논문의 게재취소
  - 2. 연구부정 논문의 게재취소 사실의 공지
  - 3. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록·접수·취소 일자, 취소 이유 등이 포함되어야 한다.

**제11조(결과의 통지)**

- ① 위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및 제보자 등 관련자에게 통지한다.
- ② 전항의 통지 방식에는 전자문서에 의한 통지도 포함된다.

**제12조(재심의)**

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심을 요청할 수 있다.
- ② 전항의 재심의 요청 방식에는 전자문서에 의한 요청도 포함된다.

**제13조(비밀유지의 의무 등)**

- ① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 노력하여야 한다.
- ② 제보·조사·심의·의결 및 건의 등과 관련된 일체의 사항은 비밀로 하되, 상당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.

③ 위원 및 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 심의·의결·조사 기타 관련 절차에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

제14조(경비) 위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

#### 부 칙

##### 제1조(시행일)

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

#### 부 칙

##### 제1조(시행일)

이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

## 「명지법학」 원고작성 지침

법학연구소에서 간행하는 「명지법학」에 논문을 게재하고자 하는 자는 다음의 원고 작성 절차를 준수해야 한다.

다 음

### 1. 원고 작성의 원칙

- 1) 원고는 워드프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 전자우편(E-Mail)으로 제출하며, 워드 프로세서는 [한글] 프로그램을 원칙으로 한다.
- 2) 원고는 국문으로 작성하는 것을 원칙으로 하되, 필요한 경우 외국어로 작성할 수 있다.
- 3) 원고는 각주, 표, 그림 등을 포함하여 A4 용지 20매 내외로 하는 것을 원칙으로 한다.

### 2. 원고의 구성

원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 한다.

- 1) 논문제목(부제 포함)
- 2) 투고자 성명(학위, 소속 및 지위 등 투고자의 인적사항에 관한 내용은 각주로 표시함)
- 3) 논문요지
- 4) 논문요지의 검색용 주제어(주제어는 10개를 넘지 않도록 함)
- 5) 본문(각주 포함)
- 6) 참고문헌(본문에서 인용한 참고문헌에 한함)
- 7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 포함
- 8) 외국어 주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 국문 주제어): 외국어 주제어는 국문 주제어와 같은 순서로 배열함

### 3. 원고 작성의 규칙

구체적인 원고작성 양식은 다음과 같다.

- 1) 목차의 순서는 다음과 같다.
  - I. 로마숫자 (가운데 정렬)

- 1. 아라비아 숫자
  - (1) 괄호 숫자
  - 가. 한글 가, 나, 다
- 2) 공동 연구논문인 경우에는 공동 연구자 성명에 \*로 각주표시를 한 후 해당 각주에 책임연구자와 연구자를 각각 기재한다.
- 3) 각주의 표기는 다음과 같다.
- 저서 인용: 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.
    - 한글 및 일본어, 중국어 저서일 경우, 책명을 「」으로 표시한다.
    - 영어 및 독일어 등 서양문헌인 경우 책명을 이탤릭으로 표시한다.
  - 정기간행물 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제○○권 ○호(년도), 면수.
    - 영어 및 독일어 등 외국잡지일 경우 저자명, “논문제목”, 「논문집명」, 권호, 년월, 면수의 순으로 하며, 논문제목은 이탤릭으로 표기한다.
  - 기념논문집 인용: 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문 「기념논문집명」, 면수.
  - 판결 인용: 대법원 19○○.○○.○○. 선고, ○○다○○○○ 판결 (법원공보 19○○년, ○○○면) 또는 대판 19○○.○○.○○, ○○다○○○○
    - 미국 판례의 경우: 제1당사자 v. 제2당사자, 판례집 권 번호 판례집 약자, 판결의 첫 페이지, 인용된 페이지 (선고년도) 또는 사건명의 약칭, 판례집 권 번호와 판례집 약자 at 인용된 페이지.
  - 그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하여 작성한다.
- 4) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정
- 위쪽: 30, 아래쪽: 35, 왼쪽: 35.9, 오른쪽: 35.9, 머리말: 15, 꼬리말: 15, 제본: 0
- 5) 문단모양
- 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄 간격: 160, 문단 위: 0, 문단 아래: 0, 낱말 간격: 0, 정렬방식: 혼합
- 6) 글자모양
- 서체: 신명조, 자간: 0, 장평: 100, 크기: 10
- 7) 참고문헌은 저자명, 저서명 또는 논문 제목, 출판사 또는 학술지명 및 권호, 발간연도의 순서로 기재한다.
- 참고문헌의 글자크기는 9pt로 한다.
  - 참고문헌의 순서는 국내문헌, 동양문헌, 서양문헌 순으로 한다. 국내문헌은 저자명의 가나다순, 동양문헌은 그 나라 발음의 알파벳순, 서양문헌은 발음에 관계 없이 알파벳순으로 한다.

## ◆ 편집위원회

위원장 : 박영규 (명지대학교 법과대학 교수)

### 위 원

권건보 (아주대학교 법학전문대학원 교수)

노호창 (호서대학교 사회과학대학 교수)

선정원 (명지대학교 법과대학 교수)

송재일 (명지대학교 법과대학 교수)

신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)

이철기 (가천대학교 법과대학 교수)

최병천 (전남대학교 법학전문대학원 교수)

홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

간 사 : 김주영(명지대학교 법과대학 교수)

편집 보조인 : 황인희(명지대학교 법학연구소 교육조교)

## 明知法學 (제 18권 제 1호)

2019년 7월 30일 인쇄

2019년 7월 31일 발행

板 權  
所 有

발행인 : 박 영 규

발행처 : 명지대학교 법학연구소

주 소 : 서대문구 남가좌동 50-3

전 화 : (02)300-0803, FAX : (02)300-0804

제 작 : 도서출판 학술정보

\* 이 책의 무단복제·복사·전재를 금함

ISSN 1229-7585