

明知法學

제16권 제2호



2018

명지대학교 법학연구소

設立精神

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

주후 1956년 1월 23일

設立者 **유 상 근**

教育方針

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

理事長 **현 세 용**

刊 行 辭

명지대학교 법학연구소는 명지법학 제16권 제2호를 발간합니다. 다사다난했던 2017년을 보내면서, 저희 연구소에서는 귀중한 원고를 받았습니다. 투고하신 모든 분께 감사의 말씀을 드립니다. 사회적으로 많은 변화가 일고 있고, 이에 관련된 논의들도 법학 영역에서의 주된 이슈가 되고 있습니다. 올바른 방향과 과정으로 이러한 흐름이 이어질 수 있기 위해서는 학문적인 성찰이 뒷받침되어야 할 것입니다. 명지법학도 이러한 흐름에 의미 있는 기여를 할 수 있도록 노력할 것을 다짐합니다.

이번 호에는 모두 5편의 논문을 실었습니다. “중국의 신탁업법에 관한 소고(마광)”, “독일과 우리나라의 인허가의제 제도의 비교고찰(선정원)”, “부정경쟁방지법상 일반조항의 적용 사례에 대한 불공정거래행위 법리를 통한 재해석(강봉관)”, “유료방송시장 경쟁상황 평가의 개선 방안(홍명수)”, “현대사회와 조정전략-미국의 사례를 중심으로(육소영)”. 모아보니 국내외 저명한 연구자 그리고 실무에서 취득한 전문성이 발휘된 전문가의 글이 균형 있게 이번 호를 채우고 있습니다. 한해를 마무리하는 바쁘신 와중에도 귀중한 원고를 보내주신 분들에게 다시 한 번 감사드리며, 모든 일이 순조롭게 이루어지는 한 해가 되기를 기원합니다.

2018년 1월

명지대학교 법학연구소 소장 홍 명 수

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

- 중국의 신탁업법에 관한 소고 마 광 / 1
- 독일과 우리나라의 인허가의제 제도의 비교고찰 선 정 원 / 19
- 부정경쟁방지법상 일반조항의 적용 사례에 대한
불공정거래행위 법리를 통한 재해석 강 봉 관 / 33
- 유료방송시장 경쟁상황 평가의 개선 방안 홍 명 수 / 55
- 현대사회의 조정전략
-미국의 사례를 중심으로 육 소 영 / 83

[부 록]

- 「명지법학」 편집규정 101
- 「명지법학」 투고규정 104
- 「명지법학」 연구윤리규정 107
- 「명지법학」 원고작성 요령 111
-

중국의 신탁업법에 관한 소고

마광*

논문요지

2001년, 신탁법의 공포는 중국에서 신탁시스템의 공식 확립을 의미한다. 이는 중국 신탁시스템의 발전에 있어 획기적인 사건으로 되는데 그 이유는 신탁법제의 기반을 제공하여 주었기 때문이다.

본 논문은 입법 측면에서 중국 "신탁법"의 주요특징에 대해 서술하였는데 이들은 개념의 정확성, 조정대상의 광범성, 신탁재산의 폐쇄성, 당사자권리의 평형성 등이 있다. 동시에 상술한 특징으로 기인된 입법과정 및 이들 특징이 중국 신탁업의 규범과 발전에 대한 적극적인 영향을 서술하였다.

중국의 "신탁법"은 비교적 간단하고 원칙적인 규정이 많다. 때문에, 중국의 신탁제도에는 많은 문제가 존재하여 심도 있는 이론연구가 필요한 상황이며 "신탁법"의 구체적인 규정에 있어서도 일부 문제점이 나타난다. 따라서 신탁재산의 독립성 원칙에 기초하여 공시제도를 개선하고 신탁관계 각 당사자의 이익을 적절히 평형시켜야 한다.

검색용 주제어: 신탁법, 신탁관계, 신탁주체, 계약

· 논문접수: 2017. 11. 23. · 심사개시: 2018.01.13. · 게재확정: 2018.01.30.

* 중국 절강대학교 법과대학 부교수, 중국변호사. 본 논문은 경제·인문사회연구회 “2011 대중국 종합연구 협동연구”의 일환인 “중국의 금융법제 연구”의 최종보고서 중 저자가 담당한 “중국의 신탁업거래법제”의 일부 내용에 대해 수정, 재구성한 것이다. This article supported by the Fundamental Research Funds for the Central Universities.

I. 서론

중국에서 “신탁”이란 위탁자와 수탁자 간의 신임관계에 기하여 위탁자가 수탁자에게 재산권을 위탁하고, 수탁자로 하여금 위탁자의 의사에 따라 자신의 명의로 수익자의 이익을 위하여 또는 특정의 목적을 위하여 그 재산권을 관리, 처분하게 하는 행위를 말한다.¹⁾

중국 정부는 신탁관계를 조정하고 신탁행위를 규율하며, 신탁관계인(信託當事人)의 합법적인 권익을 보호함으로써 신탁업의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 신탁거래와 관련되는 일련의 법제를 제정하여 왔다.

II. 중국의 신탁법 체계

현행 법체제에서 신탁거래와 관련되는 법제로는 법률, 행정법규와 법규성 문건, 부문규장(이하 ‘부령’이라 함)과 부문 규범성 문건, 업종 규범 등이 있다.²⁾

중국은 2001년 10월 1일부터 “중화인민공화국신탁법(中華人民共和國信託法)”을 시행하였는데, 이를 통해 제도적인 측면에서 신탁관계와 신탁행위를 규범화하고, 신탁관계인의 법적 지위를 확립하였으며, 중국 신탁업의 촉진을 위해 제도적인 기초를 마련하였다. 따라서 “신탁법”은 중국의 신탁업거래 법제에 있어서 가장 중요한 법률이다.

“신탁법” 제3조의 규정에 의하면, 위탁자, 수탁자, 수익자(이하에서는 ‘신탁관계인’으로 약칭함)가 중화인민공화국 경내에서 민사, 영업, 공익신탁 활동을 진행하는 경우, 동 법을 적용한다. 이는 “신탁법”의 적용 범위를 규정한 조항으로서, 상술한 세 가지 종류의 신탁은 사회적으로 존재하는 각종 신탁 형태를 모두 포함시켜 동 법의 조정을 받도록 한 것이다. 즉, 모든 신탁과 관련하여 신탁관계 측면에서 모두 “신탁법”의 구속을 받게 된다. 신탁설정의 목적에서 구분하면, 신탁을 크게 공익(公益)목적과 개인적 이익(私益) 목적으로 구분할 수 있다. 개인적 목적으로 설정한 신탁을 사익신탁이라고 부르며 또한 구체적인 목적과 수탁자의 성격에 근거하여 사익신탁을

1) 신탁법 제2조.

2) 현재 중국 법의 공식 연원은 헌법, 법률, 행정법규, 지방성 법규, 경제특구의 규범성 문서, 특별행정구의 법률·법규, 규장(規章), 국제조약, 국제관습 등으로 나뉜다. 법률, 행정법규, 지방성 법규, 부문규장과 지방정부 규장의 효력 순위는 전국인민대표대회 및 그 상무위원회가 제정하는 법률이 우선하고 다음으로 국무원이 제정하는 행정법규의 효력이 높다. 동일한 지방의 경우, 지방 인민대표대회가 제정하는 지방성법규가 지방정부규장에 비해 우위이며, 지방성법규, 부문규장과 지방정부규장 3자 사이에는 정해진 효력순위가 없고, 충돌의 소지가 있을 경우, 전국인민대표대회 상무위원회가 그 결정권을 갖는다. 중국 법의 연원에 대해서는 마광, “중국 법의 연원에 대한 연구”, 인권과정의 2007년 제7호, 185-192면 참조.

영업신탁과 비 영업신탁으로 구분할 수 있다. 영업신탁은 개인 또는 법인이 재산의 가치증가를 목적으로 영업 성격을 띤 신탁기관에 위탁하여 재산을 경영하고자 설정한 신탁이다. 영업신탁과 대조되는 개념으로서 비영업신탁 또는 민사신탁은 개인의 재산을 부양(扶養: 형제자매와 기타 감호의무가 있는 동배에게 생활을 위해 필요한 것들을 공급하는 행위), 부양(贍養: 부모, 조부모 및 기타 공양 관계에 있는 웃어른에게 생활을 위해 필요한 것들을 공급하는 행위), 유산처리 등의 목적으로 수탁자에게 위탁하여 재산관리를 하고자 설정한 신탁이다. 사익신탁과 대비하여 공익사업의 발전을 목적으로 설정된 신탁은 공익신탁이다.³⁾

또한 “신탁법” 제4조의 규정에 의하면, 수탁자가 신탁기관의 형식으로 신탁활동에 종사하는 경우, 그 조직과 관리에 대하여서는 국무원에서 구체적 방법을 제정한다. “신탁법”의 조정범위와 관련하여, 반복되는 연구를 거쳐, 최종적으로는 “신탁법”이 신탁관계만을 조정하고, 신탁기관의 경영활동은 조정하지 않도록 규정한 것이다. 신탁회사에 대해 관리와 감독은 경험을 축적한 후에 먼저 국무원에서 구체적인 관리규정을 제정하고, 조건이 성숙된 후 다시 법률로 상승시키고자 하였다. 때문에, “신탁법”은 신탁관계 만을 조정하며, 신탁기관에 대한 규범은 포함하고 있지 않다. 즉 수탁자가 신탁기관의 형식을 이용하여 신탁활동에 종사하는 경우, 신탁관계 측면에서는 “신탁법”이 적용되고, 조직과 관리 측면에서는 국무원에서 구체적인 방법을 제정하는 형태이다. 이와 관련하여 제정된 규정이 바로 중국은행업 감독관리위원회(銀行業監督管理委員會, 아래 ‘은감회’로 약칭)가 제정한 “신탁회사관리방법”으로서, 신탁회사의 조직과 관리에 대해 규정하였다.⁴⁾

국무원은 2004년 6월 1일부터 “기금회관리조례(基金會管理條例)”, 2010년 6월 10일부터 “지방정부의 융자플랫폼회사 관리를 강화하는 관련 문제에 대한 국무원의 통지(國務院關於加強地方政府融資平臺公司管理有關問題的通知)”를 시행하였으며, 국무원 판공청은 2001년 12월 29일부터 “중화인민공화국신탁법’의 공포, 시행 후 관련 문제에 대한 국무원 판공청의 통지(國務院辦公廳關於〈中華人民共和國信託法〉公布執行後有關問題的通知)”, 2008년 12월 8일부터 “현재 금융의 경제발전 촉진에 대한 국무원 판공청의 일부 의견(國務院辦公廳關於當前金融促進經濟發展的若干意見)”을 시행하였다.

신탁거래 법제와 관련된 부령 및 부문 규범성문건은 주로 은감회(銀行業監督管理委員會), 증권감독관리위원회(證券監督管理委員會), 재정부(財政部), 인력자원사회보장부(人力資源和社會保障部), 중국 인민은행(中國人民銀行)이 제정하였다.

부령은 주로 2005년 3월 1일 시행된 “기업연금기금관리기구 자격인정 잠정방법(企業年金基金管理機構資格認定暫行辦法)”, 2005년 12월 1일 시행된 “금융기구 신용대출

3) 中華人民共和國信託法釋義.

4) 中華人民共和國信託法釋義.

자산 증권화 시점 감독관리방법(金融機構信貸資產證券化試點監督管理辦法)”, 2007년 3월 1일 시행된 “신탁회사관리방법(信託公司管理辦法)”, 2007년 3월 1일 시행 및 2009년 2월 4일 개정된 “신탁회사 집합자금 신탁계획 관리방법(信託公司集合資金信託計劃管理辦法)”, 2010년 8월 24일 시행된 “신탁회사 순자본 관리방법(信託公司淨資本管理辦法)”, 2011년 5월 1일 시행된 “기업연금기금관리방법(企業年金基金管理辦法)” 등이 있다.

부문 규범성 문건은 주로 2001년 5월 18일 시행된 “신탁투자회사의 재등기 업무와 관련된 문제에 대한 중국인민은행의 통지(中國人民銀行關於信託投資公司重新登記工作有關問題的通知)”, 2003년 12월 1일 시행된 “신탁투자회사 인민폐 은행결산계좌의 개설과 사용 관련사항에 대한 중국인민은행의 통지(中國人民銀行關於信託投資公司人民幣銀行結算帳戶開立和使用有關事項的通知)”, 2004년 4월 15일 시행된 “‘기업연금시행방법’과 ‘기업연금기금관리시행방법’의 관철에 관한 노동사회보장부의 통지(勞動和社會保障部關於貫徹〈企業年金試行辦法〉和〈企業年金基金管理試行辦法〉的通知)”, 2004년 9월 29일 시행된 “기업연금기금 증권투자 등기 결산 업무지침(企業年金基金證券投資登記結算業務指南)”, 2004년 10월 1일 시행된 “신탁투자회사의 신탁전용증권계좌와 신탁전용자금계좌의 개설 관련 문제에 대한 은감회, 중국증권업감독관리위원회의 통지(中國銀行業監督管理委員會, 中國證券業監督管理委員會關於信託投資公司開設信託專用證券帳戶和信託專用資金帳戶有關問題的通知)”, 2004년 11월 16일 시행된 “신탁투자회사의 증권업무경영과 관리를 규범화하는 관련 문제에 대한 은감회의 통지(中國銀行業監督管理委員會辦公廳關於規範信託投資公司證券業務經營與管理有關問題的通知)”, 2004년 12월 16일 시행된 “신탁투자회사의 위험감독관리를 강화하여 거래 상대의 위험을 방지하는데 관한 은감회의 통지(中國銀行業監督管理委員會關於加強信託投資公司風險監管防范交易對手風險的通知)”, 2004년 12월 28일 시행된 “신탁투자회사의 내부통제관리를 가일층 강화하는 관련 문제에 대한 은감회의 통지(中國銀行業監督管理委員會關於進一步加強信託投資公司內部控制管理有關問題的通知)”, 2004년 12월 31일 시행된 “‘기업연금기금 관리운영과정’, ‘기업연금기금 계좌관리 정보시스템 규범’과 ‘기업연금기금 관리기구 자격인정 전문가평가규칙’의 인쇄 배포에 관한 노동 사회보장부의 통지”(勞動和社會保障部關於印發〈企業年金基金管理運作流程〉, 〈企業年金基金帳戶管理信息系統規範〉和〈企業年金基金管理機構資格認定專家評審規則〉的通知), 2005년 1월 1일 시행된 “신탁투자회사정보공개관리 잠정방법’의 인쇄 배포에 관한 은감회의 통지(中國銀行業監督管理委員會關於印發〈信託投資公司信息披露管理暫行辦法〉的通知)”, 2005년 4월 20일 시행된 “신용대출 자산증권화시점 관리방법(信貸資產證券化試點管理辦法)”, 2005년 6월 13일 시행된 “자산지원증권정보공개규칙(資產支持證券信息披露規則)”, 2006년 2월 20일 시행된 “신용대출자산증권화 세수정책 관련 문제에 대한 재정부, 국가세무총국의 통지(財政部, 國家稅務總局關於信貸資產證券化有關稅收政策問題的通知)”, 2007년 1월 22일 시행된 “신탁회사지배지침’의 인쇄 배포에

관한 은감회의 통지(中國銀行業監督管理委員會關於印發<信託公司治理指引>的通知)”와 “신탁회사관리방법’과 ‘신탁회사 집합자금신탁계획관리방법’의 시행 관련 문제에 대한 은감회의 통지(中國銀行業監督管理委員會關於實施<信託公司管理辦法>和<信託公司集合資金信託計劃管理辦法>有關問題的通知)”, 2007년 2월 14일 시행된 “신탁회사관리방법’과 ‘신탁회사집합자금신탁계획관리방법’의 시행에 있어서 관련 구체사항에 대한 은감회의 통지(中國銀監會關於實施<信託公司管理辦法>和<信託公司集合資金信託計劃管理辦法>有關具體事項的通知)”, 2007년 3월 12일 시행된 “신탁회사의 국외 재산관리업무 수탁에 대한 관리 잠정방법’의 인쇄 배포에 관한 은감회, 국가외환관리국의 통지(中國銀行業監督管理委員會, 國家外匯管理局關於印發<信託公司受託境外理財業務管理暫行辦法>的通知)”, 2007년 8월 21일 시행된 “신용대출 자산증권화 기초 자산장소 정보공개 관련 사항 공고(信貸資產證券化基礎資產池信息披露有關事項公告)”, 2007년 10월 12일 시행된 “효과적으로 기업채무 담보위험을 방지하는 것에 관한 은감회의 의견(中國銀監會關於有效防范企業債擔保風險的意見)”, 2008년 2월 4일 시행된 “신용대출 자산증권화업무 관리를 가일층 강화하는 것에 관한 은감회 판공청의 통지(中國銀監會辦公廳關於進一步加強信貸資產證券化業務管理工作的通知)”, 2008년 6월 2일 시행된 “신탁회사가 공익신탁업무를 전개하여 재해발생 후 재건사업을 지원하는 것을 고무하는 것에 대한 은감회 판공청의 통지(中國銀監會辦公廳關於鼓勵信託公司開展公益信託業務支持災後重建工作的通知)”, 2008년 6월 25일 시행된 “신탁회사 사인주권투자 신탁업무 운영지침’의 인쇄 배포에 관한 은감회의 통지(中國銀監會關於印發<信託公司私人股權投資信託業務操作指引>的通知)”, 2008년 7월 23일 시행된 “기업연금관리기구자격의 연장에 관한 통고(關於延續企業年金基金管理機構資格的通告)”, 2008년 10월 28일 시행된 “신탁회사의 부동산, 증권 업무에 관한 감독 관리를 강화하는 관련 문제에 대한 은감회 판공청의 통지(中國銀監會辦公廳關於加強信託公司房地產, 證券業務監管有關問題的通知)”, 2008년 12월 4일 시행된 “은행과 신탁회사 업무협력지침’의 인쇄 배포에 관한 은감회의 통지(中國銀監會關於印發<銀行與信託公司業務合作指引>的通知)”, 2008년 12월 10일 시행된 “신탁회사가 전국 은행간 증권시장에서 신탁전용 채권계좌 개설 관련사항에 관한 공고(關於信託公司在全國銀行間債券市場開立信託專用債券帳戶有關事項的公告)”, 2009년 3월 18일 시행된 “신용대출 구조조정을 가일층 강화하여 국민경제의 안정적이고 비교적 빠른 발전을 촉진하는 것에 관한 중국인민은행, 은감회의 지도의견(中國人民銀行, 中國銀行業監督管理委員會關於進一步加強信貸結構調整促進國民經濟平穩較快發展的指導意見)”, 2009년 3월 25일 시행된 “신탁회사의 창조발전을 지원하는 관련 문제에 대한 은감회의 통지(中國銀監會關於支持信託公司創新發展有關問題的通知)”, 2009년 4월 14일 시행된 “신탁회사의 신정협력업무 위험제시에 관한 은감회 판공청의 통지(中國銀監會辦公廳關於信託公司信政合作業務風險提示的通知)”, 2009년 7월 6일 시행된 “상업은행의 개인 재산관리업무 투자관리 관련 문제를 가일층 규범화하는 것에 관한 은감회의 통지(中

國銀監會關於進一步規範商業銀行個人理財業務投資管理有關問題的通知”，2009년 9월 3일 시행된 “신탁회사의 항목융자업무 전개 시 항목자본금 관련 문제에 대한 은감회의 통지(中國銀監會關於信託公司開展項目融資業務涉及項目資本金有關問題的通知)”，2009년 11월 6일 시행된 “재정규정을 위반한 담보로 사회대중에게 자금을 모으는 행위를 단호하게 제지시키는 것에 관한 재정부의 통지(財政部關於堅決制止財政違規擔保向社會公眾集資行為的通知)”，2009년 12월 14일 시행된 “은행과 신탁의 협력을 가일층 규범화시키는 관련 사항에 대한 은감회의 통지(中國銀監會關於進一步規範銀信合作有關事項的通知)”，2009년 12월 25일 시행된 “신용대출 자산양도 및 신용대출 자산부류 재산관리업무를 규범화하는 관련사항에 대한 은감회의 통지(中國銀監會關於規範信貸資產轉讓及信貸資產類理財業務有關事項的通知)”，2010년 2월 10일 시행된 “신탁회사 구조화 신탁업무의 감독관리를 강화하는 관련 문제에 대한 은감회의 통지(中國銀行業監督管理委員會關於加強信託公司結構化信託業務監管有關問題的通知)”，2010년 2월 11일 시행된 “신탁회사의 부동산신탁업무의 감독관리를 강화하는 관련 문제에 대한 은감회 판공청의 통지(中國銀監會辦公廳關於加強信託公司房地產信託業務監管有關問題的通知)”，2010년 3월 1일 시행된 “‘상업은행안정보수감독관리지침’의 인쇄 배포에 관한 은감회의 통지(中國銀行業監督管理委員會關於印發〈商業銀行穩健薪酬監管指引〉的通知)”，2010년 6월 7일 시행된 “‘지방금융기업재무감독관리방법’의 인쇄 배포에 관한 재정부의 통지(財政部關於印發〈地方金融企業財務監督管理辦法〉的通知)”，2010년 6월 8일 시행된 “‘은행업금융기구국별위험관리지침’을 인쇄 배포하는 것에 관한 은감회의 통지(中國銀監會關於印發〈銀行業金融機構國別風險管理指引〉的通知)”，2010년 8월 12일 시행된 “은행신탁 재산관리 협력업무를 규범화하는 관련사항에 대한 통지(關於規範銀信理財合作業務有關事項的通知)”，2010년 10월 1일 시행된 “항목 운영측이 신탁자금융자과정의 부가가치세 세액공제를 이용하는 문제에 관한 공고(關於項目運營方利用信託資金融資過程中增值稅進項稅額抵扣問題的公告)”，2010년 11월 12일 시행된 “신탁회사의 신탁업무 위험제시에 관한 은감회판공청의 통지(中國銀監會關於信託公司房地產信託業務風險提示的通知)”，2010년 12월 3일 시행된 “은행업 금융기구의 신용대출 자산양도업무를 가일층 규범화하는 것에 관한 통지(關於進一步規範銀行業金融機構信貸資產轉讓業務的通知)”，2011년 1월 13일 시행된 “은행신탁 재무관리 협력업무를 가일층 규범화하는 것에 관한 은감회의 통지(銀監會進一步規範銀信理財合作業務通知)”，2011년 1월 27일 시행된 “신탁회사 순자본 계산표준의 인쇄 배포 관련사항에 대한 은감회의 통지(中國銀行業監督管理委員會關於印發信託公司淨資本計算標準有關事項的通知)”，2011년 6월 16일 시행된 “신탁회사 순자본 감독관리, 은행 신탁 협력업무 이전도표 및 신탁상품 판매 등 관련사항을 잘 하는 것에 관한 통지(關於做好信託公司淨資本監管, 銀信合作業務轉表及信託產品營銷等有關事項的通知)”，2011년 6월 27일 시행된 “신탁회사가 주가지수 선물거래업무에 참여하는 지침을 인쇄 배포하는 것에 관한 은감회의 통지(中國銀監會關於印發信託公司參與股指期貨交易

業務指引的通知)” 등이 있다.

업종규범으로는 2006년 5월 20일 시행된 “신탁제품 등기공시와 신탁정보공개 시행 방안(信託產品登記公示與信託信息披露試行方案)”, 2007년 5월 21일 시행된 “신탁업 우수인재 데이터베이스의 구축에 관한 통지(關於建立信託業優秀人才信息庫的通知)”, 2009년 4월 1일 시행된 “중국은행업위탁관리업무자율공약의 인쇄 배포에 관한 중국 은행업협회의 통지(中國銀行業協會關於印發<中國銀行業託管業務自律公約>的通知)”, 2009년 8월 26일 시행된 “중국신탁업협회정관(中國信託業協會章程)”, “경영성 신탁업 항업공약(經營性信託業行業公約)” 등이 있다.

Ⅲ. 중국 신탁업법의 주요 내용

1. 신탁업의 설정, 변경과 종료

1) 신탁업의 설정

(1) 신탁업 경영의 인가제

“신탁회사관리방법” 제7조의 규정에 의하면, 신탁회사의 설립은 은감회의 인가를 받아야 하며, 금융허가증을 발급받아야 한다. 은감회의 인가를 거치지 않고 어떠한 업체와 개인이든지 신탁업무를 경영할 수 없으며, 어떠한 경영업체든지 그 명칭에 “신탁회사”의 문구를 사용할 수 없다. 단, 법률, 법규에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.

“한국 자본시장과 금융투자업에 관한 법률” 제11조에 의하면, 누구든지 금융투자업 인가를 받지 아니하고는 금융투자업(신탁업 포함)을 영위하여서는 아니 된다. 즉, 양국은 모두 신탁업 경영에 대해 인가제를 시행하고 있다.

(2) 신탁업 설립의 요건

“신탁회사관리방법” 제8조에 의하면, 신탁회사를 설립하려면 다음의 요건을 충족시켜야 한다.

가. 회사정관: “회사법”과 은감회 규정에 부합하는 회사정관이 있어야 하며, 그 주요 내용에는 신탁투자기관의 명칭, 주소, 등록자본금, 경영범위, 법인대표, 내부관리제도, 이윤분배 등이 포함된다.

나. 출자자: 조건에 부합되는 출자자가 있어야 하며, 여기에는 국내 비금융기관, 국내 금융기관, 국외 금융기관 및 은감회가 인가하는 기타 출자자가 포함된다.

다. 등록자본금: 3억 위안의 인민폐 또는 동등한 가치의 자유 환전 가능한 화폐의

최저 등록자본금이 있어야 한다. “신탁회사관리방법” 제10조에 의하면, 신탁회사의 등록자본금 최저제한액수는 인민폐 3억 위안 또는 동등한 가치의 자유 환전 가능한 화폐이며, 신탁사무를 처리함에 있어 직접 관리하지 않는, 즉 투자관리자의 직책을 담당하지 않는 경우, 최저제한액수는 인민폐 1억 위안 또는 동등한 가치의 자유 환전 가능한 화폐이다. 등록자본금은 일차적으로 실제 납부한 화폐자본이다. 연금기금, 증권 판매 담당, 자산 증권화 등 업무의 경영을 신청하는 경우에는, 관련 법률, 법규에서 규정한 최저 등록자본금의 요건을 충족시켜야 한다. 은감회는 신탁회사산업발전의 수요에 근거하여, 신탁회사 등록자본금의 최저한도를 조정할 수 있다.

라. 관리 인원과 종사 인원: 은감회가 규정한 임직자격을 가진 이사, 고급관리인원과 그 업무에 적용하는 신탁종사인원이 있어야 한다. 신탁회사의 이사장, 부 이사장, 독립이사와 기타 이사 등 이사회 구성원은 반드시 임직자격허가를 받아야 한다. “한국 자본시장과 금융투자업에 관한 법률” 제25조에서는 사외이사를 3인 이상 두도록 하고 있으나 중국의 경우 사외이사에 대한 규정이 없다.

마. 건전한 조직기구, 신탁업무운영규정과 위험통제제도: 신탁업은 회사형태로 존재하며 따라서 반드시 “회사법”에서 요구하는 내부조직기구를 구축하여야 한다. 동시에, 신탁업무를 규범화하고, 금융리스크를 방지하기 위하여, 신탁회사는 반드시 건전한 업무운영규정과 위험통제제도를 갖춰야 한다. “한국 자본시장과 금융투자업에 관한 법률” 제26조, 제28조에서는 감사위원회의 설치 및 준법감시인에 대한 규정을 두고 있으나 중국의 경우 이들의 설치에 대한 규정이 없다.

바. 요구에 부합되는 영업장소, 안전방비조치와 업무관련 기타 시설.

사. 은감회가 규정한 기타 신중성 요건.

(3) 설립의 절차

“신탁회사관리방법” 제9조에 의하면 은감회는 법률, 법규와 신중감독관리원칙에 따라 신탁회사의 설립신청에 대해 심사를 진행하며, 허가 여부를 결정한다. 허가하지 않는 경우, 그 이유를 설명하여야 한다.

2) 신탁업의 변경

“신탁회사관리방법” 제12조에 의하면, 신탁회사의 명칭, 등록자본금, 회사 주소지, 주주 또는 지분구조, 회사정관, 지사 등에 대해 변경하거나 합병 또는 분할하고자 하는 경우, 은감회의 허가를 받아야 한다.

3) 신탁회사의 종료

신탁회사의 종료 원인에는 주로 해산, 법에 의한 취소 및 파산선고 등이 있다.

(1) 신탁회사의 해산

“신탁회사관리방법” 제13조에 의하면, 신탁회사가 분할, 합병 또는 회사정관에 규정된 해산 사유가 발생하여, 해산을 신청하는 경우, 은감회의 허가를 거쳐 해산하며, 법에 의해 청산조직을 조직하여 청산을 진행한다.

(2) 신탁회사의 파산

“신탁회사관리방법” 제14조에 의하면, 신탁회사가 만기채무를 상환할 수 없고, 자산이 채무상환을 할 수 없거나 상환능력이 명백히 부족한 경우, 은감회의 동의를 거쳐, 인민법원에 파산신청을 할 수 있다. 또한 은감회는 인민법원에 직접 당해 신탁회사에 대해 재정비 또는 파산청산을 진행할 것을 신청할 수 있다.

(3) 신탁회사의 청산

“신탁회사관리방법” 제15조에 의하면, 신탁회사의 종료 시, 그 신탁사무의 관리직책은 동시에 종료된다. 청산조직은 신탁재산을 타당하게 보관하여야 하며, 신탁사무의 처리보고를 하고 신수탁자를 상대로 신탁재산의 인도를 하여야 한다. 신탁서류에 별도로 약정된 경우, 그 약정에 따른다.

4) 지사의 종료

“한국 자본시장과 금융투자업에 관한 법률” 제64조제3항에서는 국내지점 등이 청산 또는 파산하는 경우 그 국내에 두는 자산은 국내에 주소 또는 거소가 있는 자에 대한 채무의 변제에 우선 충당하도록 규정하고 있다는 점에서 중국의 규정과 차이가 난다.

2. 신탁업의 경영범위

1) 경영범위

“신탁회사관리방법” 제16조에 의하면, 신탁회사는 다음의 부분 또는 전부 범정화폐와 외국 화폐 업무의 경영을 신청할 수 있다. ① 자금신탁. ② 동산신탁. ③ 부동산신탁. ④ 유가증권신탁. ⑤ 기타 재산 또는 재산권 신탁. ⑥ 투자기금 또는 기금관리회사의 발기인으로 투자기금업무에 종사. ⑦ 기업자산의 재조합, 합병 및 프로젝트용자, 회사재산관리, 재무고문 등 업무 경영. ⑧ 국무원 관련 부서에서 허가한 증권 판매담당업무 수탁 경영. ⑨ 중매, 자문, 자금 신용조사 등 업무 처리. ⑩ 대리보관 및 보관상자 업무. ⑪ 법률, 법규에 규정되었거나 또는 은감회에서 허가한 기타 업무. “한국 자본시장과 금융투자업에 관한 법률” 제103조에 의하면 신탁업자는 다음 각 호의 재산 외의 재산을 수탁할 수 없다. ① 금전. ② 증권. ③ 금전채권. ④ 동산.

⑤ 부동산. ⑥ 지상권, 전세권, 부동산임차권, 부동산소유권 이전등기청구권, 그 밖의 부동산 관련 권리. ⑦ 무체재산권(지식재산권을 포함한다). 이들을 비교해보면 중국의 경우 그 경영범위가 더 광범위함을 알 수 있다.

“신탁회사관리방법” 제17조에 의하면, “신탁법”의 관련 규정에 근거하여 신탁회사는 다음의 공익목적을 위해 설정한 공익신탁을 접수할 수 있다. ① 빈곤 구제. ② 재해민구조. ③ 장애인 지원. ④ 교육, 과학기술, 체육, 문화, 예술사업의 발전. ⑤ 의료 위생사업의 발전. ⑥ 환경 보호 사업의 발전과 생태환경의 보호. ⑦ 기타 사회에 유리한 공공사업의 발전.

2) 경영범위의 조정

경영범위의 조정에는 기업연금기금 관리업무의 개시, 특정목적의 신탁수탁기관 자격 신청, 국외재산관리업무의 수탁 개시, 외환 업무 개시, 파생금융상품거래업무의 개시, 기타 새로운 업무의 개시가 포함된다.

3) 신탁업의 경영방식

신탁회사는 시장수요에 근거하여, 신탁목적, 신탁재산의 종류 또는 신탁재산에 대한 관리방식이 다름에 따라 신탁업무의 품종을 설치할 수 있다.⁵⁾ 신탁회사에서 신탁재산을 관리운영 또는 처분하는 경우, 신탁서류의 약정에 따라 투자, 판매, 동업유치, 매수 재판매, 임대, 대출 등 방식을 취할 수 있다. 은감회에서 별도의 규정이 있는 경우, 그 규정에 따른다. 신탁회사는 매출 후 재 매수의 방식으로 신탁재산을 관리운영 할 수 없다.⁶⁾ 신탁회사의 고유 업무 하에 동업유치, 동업대출, 대출, 임대, 투자 등 업무를 전개할 수 있다. 투자업무는 금융부류회사의 지분투자, 금융상품투자와 자체사용 고정자산투자에 한정된다. 신탁회사는 고유재산으로 실업 투자를 진행할 수 없으며, 단지 은감회에서 별도로 규정한 경우는 제외한다.⁷⁾ 신탁회사는 대외담보업무를 전개할 수 있으며, 단 대외담보의 잔액은 그 순 자산의 50%를 초과하지 못한다.⁸⁾ 한국의 투자신탁의 경우 보관·관리만을 하고 독자적으로 운용하지 못하나 중국의 경우 운용이 가능하다는 차이점을 갖고 있다.

5) 신탁회사관리규정 제18조.

6) 신탁회사관리규정 제19조.

7) 신탁회사관리규정 제20조.

8) 신탁회사관리규정 제22조.

3. 신탁업의 경영규칙

1) 신탁설정의 방식규칙

“신탁회사관리방법” 제32조의 규정에 의하면, 신탁계약의 형식으로 신탁을 설정하는 경우, 신탁계약에는 다음의 사항을 명기하여야 한다. ① 신탁목적. ② 위탁자, 수탁자의 성명 또는 명칭, 주소. ③ 수익자 또는 수익자 범위. ④ 신탁재산의 범위, 종류 및 상황. ⑤ 신탁관계인의 권리의무. ⑥ 신탁재산관리 중 위험의 게시와 부담. ⑦ 신탁재산의 관리방식과 수탁자의 경영권한. ⑧ 신탁이익의 계산, 수익자에게 신탁이익을 교부하는 형식, 방법. ⑨ 신탁회사 보수의 계산 및 지불. ⑩ 신탁재산 세금과 공공요금의 부담 및 기타 비용의 채산. ⑪ 신탁기한과 신탁의 종료. ⑫ 신탁종료 시 신탁재산의 귀속. ⑬ 신탁사무의 보고. ⑭ 신탁관계인의 위약 책임 및 분쟁 해결방식. ⑮ 신수탁자의 선임방식. ⑯ 신탁관계인이 명기하여야 할 필요가 있다고 인정하는 기타 사항. 신탁계약 이외의 기타 서면서류로 신탁을 설정하는 경우, 서면서류의 명기 사항은 관련 법률, 법규의 규정에 따라 집행한다.

2) 신탁재산에 관한 경영관리규칙

(1) 최대이익과 신중관리원칙

“신탁회사관리방법” 제24조에 의하면, 신탁회사는 신탁재산을 관리운영 또는 처분함에 있어서, 반드시 직책을 다 하여야 하고, 성실, 신용, 신중, 유효관리 의무를 이행하여야 하며, 수익자의 최대이익을 수호하여야 한다.

(2) 이해상충방지원칙

신탁회사는 신탁사무를 처리함에 있어서, 이해상충을 피하여야 하며, 피할 수 없는 경우에는 위탁자, 수익자에게 충분한 정보공개를 하거나 동 업무에 종사하는 것을 거절하여야 한다.⁹⁾ 신탁회사는 고유 업무를 전개함에 있어서, 다음의 행위를 할 수 없다. ① 관련 측에 자금대출 또는 재산이전. ② 관련측에 담보제공. ③ 주주가 소지하고 있는 동 회사의 지분을 저당하여 용자 진행. 신탁회사의 ‘관련측’은 “회사법”과 “기업회계준칙(企業會計準則)”의 관련규정에 따라 확정한다.¹⁰⁾ 신탁회사는 신탁업무를 전개함에 있어 다음의 행위를 할 수 없다. ① 수탁자의 지위를 이용하여 부당한 이익을 도모. ② 신탁재산을 비 신탁목적의 용도로 유용. ③ 신탁재산이 손실을 받지 않거나 최저수익을 보증한다고 약속. ④ 신탁재산으로 담보 제공. ⑤ 법률, 법규와 은감회에

9) 신탁회사관리규정 제25조.

10) 신탁회사관리규정 제33조.

서 금지하는 기타 행위.¹¹⁾ 신탁회사는 관련거래를 함에 있어서, 공평한 시장가격으로 진행하여야 하고, 매번 마다 은감회에 사전보고를 하여야 하며, 관련 규정에 따라 정보공개를 하여야 한다.¹²⁾

(3) 직접관리원칙

“신탁회사관리방법” 제26조에 의하면, 신탁회사는 직접 신탁사무를 처리하여야 한다. 신탁서류에 별도의 약정이 있거나 또는 부득이한 사유가 있는 경우, 타인에게 위탁하여 대신 처리하도록 할 수 있으나, 충분한 감독의무를 부담해야 하고, 타인이 신탁사무를 처리하는 행위에 대해 부담을 져야 한다.

(4) 비밀유지원칙

“신탁회사관리방법” 제27조에 의하면, 신탁회사는 위탁자, 수익자 및 처리한 신탁사무의 상황과 자료에 대해 법에 따라 비밀을 유지할 의무를 갖는다. 단, 법률, 법규에 별도의 규정이 있거나 또는 신탁서류에 별도의 약정이 있는 경우는 제외한다.

(5) 정기보고원칙

“신탁회사관리방법” 제28조에 의하면, 신탁회사는 신탁사무를 처리한 완전한 기록을 타당하게 보존하여야 하며, 정기적으로 위탁자, 수익자에게 신탁재산 및 그 관리운영, 처분 및 수지상황에 대해 보고하여야 한다. 위탁자, 수익자는 신탁회사를 상대로 그 신탁재산에 대한 관리운영, 처분 및 수지상황을 요해할 수 있으며, 신탁회사에 설명을 요구할 수 있다.

(6) 분별관리원칙

“신탁회사관리방법” 제29조에 의하면, 신탁회사는 신탁재산과 그 고유재산을 분별 관리하고, 분별기장하여야 하며, 매번 신탁업무에 대해 단독 채산하여야 한다. “신탁회사관리방법” 제30조에 의하면, 신탁회사는 법에 의해 장부를 만들어야 하고, 신탁업무와 비 신탁업무에 대해 분별하여 채산하여야 하며, 매번 신탁업무에 대해 단독 채산하여야 한다.

(7) 약정에 의해 보수취득 및 비용의 우선취득원칙

“신탁회사관리방법” 제36조에 의하면, 신탁회사는 신탁업무를 경영함에 있어 신탁서류의 약정에 따라 수속비용 또는 중개료의 방식으로 보수를 취득하며, 은감회의 별도 규정이 있는 경우는 제외한다. 신탁회사는 보수를 수취함에 있어, 수익자에게

11) 신탁회사관리규정 제34조.

12) 신탁회사관리규정 제35조.

공개하여야 하고, 수익자에게 비용수취의 구체적 기준을 설명하여야 한다. “신탁회사관리방법” 제38조에 의하면, 신탁회사가 신탁사무의 처리로 인하여 지출한 비용, 부담한 채무는 신탁재산으로 부담하며, 단지 신탁계약 중에 명기하거나 수익자에게 고지하여야 한다. 신탁회사가 그 고유재산으로 먼저 지불한 경우, 신탁재산에 대해 우선보상의 권리를 갖는다.

(8) 신탁준수 및 신탁조항집행의 원칙

신탁회사가 신탁목적에 위반하여 신탁재산을 처분하였거나 관리직책의 위반, 신탁사무의 처리 부당으로 인하여 신탁재산의 손실을 야기한 경우, 신탁재산의 원상회복 또는 배상하기 전에는 보수지급을 청구할 수 없다.¹³⁾ 또한 신탁회사가 관리직책을 위반 또는 신탁사무의 관리부당으로 인하여 부담한 채무 및 입은 손해는 그 고유재산으로 부담한다.¹⁴⁾ 신탁회사가 신탁목적에 위반하여 신탁재산을 처분하였거나 신탁재산의 관리운영, 처분에 있어서 중대한 과실이 있는 경우, 위탁자 또는 수익자는 신탁서류의 약정에 따라 당해 신탁회사를 해임하거나 인민법원에 당해 신탁회사의 해임을 신청할 수 있다.¹⁵⁾

(9) 신탁종료 시, 청산보고의 원칙

“신탁회사관리방법” 제41조에 의하면, 신탁회사는 신탁업무를 경영함에 있어, 다음의 상황이 발생하면, 신탁은 종료된다. ① 신탁서류에서 약정한 종료 사유의 발생. ② 신탁의 존속이 신탁목적 위반. ③ 신탁목적이 이미 실현되었거나 실현 불가능. ④ 신탁관계인의 협상동의. ⑤ 신탁기한의 만료. ⑥ 신탁이 해소. ⑦ 신탁이 취소. ⑧ 전체 수익자가 신탁수익권을 포기. “신탁회사관리방법” 제42조에 의하면, 신탁이 종료된 경우, 신탁회사는 신탁서류의 약정에 따라 신탁사무처리의 청산보고를 작성하여야 한다. 수익자 또는 신탁재산의 귀속권리자가 청산보고에 대해 이의가 없는 경우, 신탁회사는 청산보고에 열거된 사항의 책임을 면제하며, 단지 신탁회사의 부정행위가 있는 경우는 제외한다.

3) 신탁자금 관련 운영규칙

“신탁회사관리방법” 제23조에 의하면, 신탁회사는 외환신탁업무를 경영함에 있어 국가외환관리의 관련규정을 준수하여야 하며, 외환주무부서의 검사와 감독을 받아야 한다.

13) 신탁회사관리방법 제37조.

14) 신탁회사관리방법 제38조.

15) 신탁회사관리방법 제39조.

4) 신탁업무 위험방지규칙

(1) 업무량의 통제원칙

“신탁회사관리방법” 제21조에 의하면, 신탁회사는 동업차입업무 이외의 기타 부채업무를 전개할 수 없으며, 동업차입의 잔액은 그 순 자산의 20%를 초과할 수 없다. 은감회가 별도로 규정한 경우는 제외한다.

(2) 배상준비금 예치원칙

“신탁회사관리방법” 제49조에 의하면, 신탁회사는 매년 세후이윤 중 5%를 신탁배상준비금으로 인출하여야 하며, 단지 동 배상준비금의 누적총액이 회사 등록자본금의 20%에 이르는 경우, 더 이상 인출하지 않을 수 있다. 신탁회사의 배상준비금은 경영이 믿음직하고, 일정한 실력을 갖춘 국내의 상업은행에 예치하거나, 국제 등 리스크가 낮고 유동성이 높은 증권품종의 구매에 사용하여야 한다.

4. 신탁업의 감독관리와 자율

1) 감독관리

(1) 신탁회사 내부 법인관리구조와 제도에 대한 감독관리

“신탁회사관리방법” 제45조에 의하면, 신탁회사는 규정에 따라 동 회사의 신탁업무 및 기타 업무규칙을 제정하고, 동 회사의 각종 업무 관리제도와 내부통제제도를 건전히 하여야 하며, 동시에 은감회에 보고하여 기록한다. 또한 “신탁회사관리방법” 제46조에 의하면, 신탁회사는 국가의 관련 규정에 따라 동 회사의 재무회계제도를 구축, 건전히 하며, 그 업무 활동과 재무상황을 진실하게 기록하고 전면적으로 반영한다. 회사의 연도 재무회계보고는 양호한 자질이 있는 중개기관의 심사 회계를 거쳐야 한다.

(2) 신탁업무에 대한 감독관리

“신탁회사관리방법” 제31조에 의하면, 신탁회사의 신탁업무부서는 회사의 기타 부서와 독립되어야 하고, 그 인원은 회사 기타 부서의 인원과 상호 겸직할 수 없으며, 업무정보는 회사의 기타부서와 공유할 수 없다. 또한 “신탁회사관리방법” 제47조에 의하면, 은감회는 정기적으로 또는 비정기적으로 신탁회사의 경영 활동에 대해 검사를 진행할 수 있으며, 필요한 경우, 신탁회사에 양호한 자질을 갖춘 중개기관이 제출한 관련 심사회계보고서의 제출을 요구할 수 있다. 신탁회사는 은감회의 요구에 따라 관련 업무, 재무 등 보고서와 자료를 제공하여야 하며, 여실하게 관련 업무상황을 소개하여야 한다.

(3) 고급관리인원 및 신탁종사인원에 대한 감독관리

가. **고급관리인원의 임직과 이임에 대한 감독관리:** “신탁회사관리방법” 제50조에 의하면, 은감회는 신탁회사의 이사, 고급관리인원에 대해 임직자격심사제도를 실행한다. 은감회의 임직자격심사를 거치지 않거나 또는 심사 불합격인 경우, 임직하지 못한다. 신탁회사는 이직 예정인 이사, 고급관리인원에 대해 이임심사회계를 하여야 하며, 심사회계결과를 은감회에 보고하여 기록하여야 한다. 신탁회사의 법정대표인이 변경되는 경우, 새로운 법정대표인이 은감회의 임직자격에 대한 심사허가를 거치기 전에 기존 법정대표인은 이임할 수 없다.

나. **종사인원자격에 대한 요구 제출:** “신탁회사관리방법” 제51조에 의하면, 은감회는 신탁회사의 신탁종사인원에 대해 신탁업무자격 관리제도를 실시한다. 조건에 부합되는 경우, 종사인원 자격증서를 발급하며, 신탁종사인원 자격증서를 취득하지 못한 경우, 신탁업무를 처리할 수 없다.

다. **고급관리인원과 종사인원에 대한 처벌:** “신탁회사관리방법” 제52조에 의하면, 신탁회사의 이사, 고급관리인원과 신탁종사인원이 법률, 행정법규 또는 은감회의 관련규정을 위반한 경우, 은감회는 그 임직자격 또는 종사자격을 취소할 수 있다.

(4) 불법상황에 대한 처리방식

가. **질의:** “신탁회사관리방법” 제53조에 의하면, 은감회는 직책이행의 수요에 근거하여 신탁회사 이사, 고급관리인원과 감독관리담화를 진행할 수 있으며, 신탁회사 이사, 고급관리인원에게 신탁회사의 업무 활동과 위험관리의 중대한 사항에 대해 설명하도록 요구할 수 있다.

나. **시정조치:** “신탁회사관리방법” 제54조에 의하면, 신탁회사가 신중경영의 규칙을 위반한 경우, 은감회는 시한 내의 시정을 명령한다. 시한 내 시정하지 않거나 또는 그 행위가 신탁회사의 안정적인 운영을 심각히 위협하고, 수익자의 합법적인 권익을 위반하는 경우, 은감회는 상황을 구분하여, “은행업감독관리법(銀行業監督管理法)”¹⁶⁾ 등 법률, 법규의 규정에 근거하여 업무의 잠시 정지, 주주권리의 제한 등 감독관리조치를 취할 수 있다.

다. **재조합:** “신탁회사관리방법” 제55조에 의하면, 신탁회사에 신용위기가 발생 또는 발생할 가능성이 있어, 수익자의 합법적인 권익에 심각한 영향을 주는 경우, 은감회는 법에 의해 당해 신탁회사에 대해 인수관리를 실행하거나 기관재조합을 독촉할 수 있다.

라. **취소:** “신탁회사관리방법” 제56조에 의하면, 은감회는 신탁회사의 설립, 변경, 종료를 허가한 후, 기존의 신청자료에 은닉, 허위 상황이 있는 경우, 시정을 명령하거나 또는 허가를 취소할 수 있다.

16) 2004년 2월 1일 시행, 2006년 개정.

2) 자율

“신탁회사관리방법” 제57조에 의하면, 신탁회사는 중국신탁업협회에 가입하여, 업계자율을 실시할 수 있다. 중국신탁업협회는 활동을 전개함에 있어, 은감회의 지도와 감독관리를 받아야 한다.

5. 위법에 대한 행정처벌

은감회의 허가를 거치지 않고 사사로이 신탁회사를 설립한 경우, 은감회에서 법에 의해 단속(取締)하며, 범죄를 구성하는 경우, 법에 의해 형사책임을 추궁한다. 아직 범죄를 구성하지 않는 경우, 은감회에서 불법소득을 몰수한다. 불법소득이 50만 위안 이상인 경우, 동시에 불법소득 1배 이상 5배 이하의 벌금을 부과하며, 불법소득이 없거나 또는 불법소득이 50만 위안에 미치지 못하는 경우, 50만 위안 이상 200만 위안 이하의 벌금을 부과한다.¹⁷⁾ 은감회의 허가를 거치지 않고 신탁회사가 사사로이 지사를 설립하거나 또는 금지업무를 전개하는 경우, 은감회에서 시정명령을 내리며, 불법소득이 있으면 불법소득을 몰수한다. 불법소득이 50만 위안 이상인 경우, 불법소득 1배 이상 5배 이하의 벌금을 동시에 부과하며, 불법소득이 없거나 또는 불법소득이 50만 위안 미달인 경우, 50만 위안 이상 200만 위안 이하의 벌금을 부과한다. 상황이 특별히 심각하거나 기한 내 시정하지 않는 경우, 휴업정돈명령을 내리거나 그 금융허가증을 취소한다. 범죄를 구성하는 경우, 법에 의해 형사책임을 추궁한다.¹⁸⁾ 신탁회사가 본 방법의 기타규정을 위반한 경우, 은감회는 “은행업감독관리법” 등 법률, 법규의 규정에 따라 상응하는 처벌조치를 취한다.¹⁹⁾

IV. 중국 신탁산업 진출 시의 유의사항

중국의 “WTO가입의정서”에 의하면, 중국은 신탁업무에 대해 개방에 포함을 시키지 않은 상태이다.

하지만 그럼에도 불구하고 기타 신탁 관련 법령에서는 국외의 금융기관이 신탁회사의 출자자로 되려면 충족시켜야 하는 요건을 규정하고 있다. 또한 “외상투자산업지도목록(外商投資產業指導目錄)”²⁰⁾에서도 외국인의 신탁회사에 대한 투자를 제한업종 목록에서 삭제하였다. 따라서 이러한 요건을 충족시키는 전제하에 중국의 신탁산업에 진출할 수 있다고 논리를 전개할 수도 있을 것이다.

17) 신탁회사관리방법 제58조.

18) 신탁회사관리방법 제59조.

19) 신탁회사관리방법 제60조.

20) 1995년 6월 28일 시행, 2002년, 2004년, 2007년, 2011년, 2015년, 2017년 개정.

[참고문헌]

마광, “중국 법의 연원에 대한 연구”, 「인권과 정의」, 2007년 제7호.

關景欣, 「中國信託法律操作實務」, 法律出版社, 2008.

全國人大‘信託法’起草小組, 「中華人民共和國信託法釋義」, 中國金融出版社, 2001.

鐘瑞棟·陳向聰, 「信託法」, 廈門大學出版社, 2007.

呂達成, “我國信託公司轉型期面臨的挑戰與機遇”, 「銀行家」 2011年 第5期.

中華人民共和國信託法釋義.

[Abstract]

A Study on the Legal System of Trust in China

Ma, Guang*

The promulgation of PRC Trust Law in 2001 shows the formal establishment of trust system in China. It is the mile stone for the development of trust system in China as it provides a framework for the regulation of the legal relations under trust.

The author is trying to identify the essential characters of Chinese trust law from the high plane of legislation: scientific characters of the definition, consideration to the objects of adjust, blockade of trust properties, balance of rights among parties. At the same time, formation of the above characters in the process of legislation and the positive influence to regulate and develop business of trust.

The trust law of China is quite plain and has many provisions concerning principles. Therefore, further theoretical research about many issues of the trust system needs to be conducted. The concrete provisions of the trust law can also be challenged. The trust law of China should stick to the principle of trust independence. The system of publication summons shall be perfected and the interests of the parties in the trust shall be balanced.

<key words>

Trust Law, Trust Relation, Subject of Trust, Contract

* Associate Professor, Guanghua Law School of Zhejiang University, Attorney at Law in China.

독일과 우리나라의 인허가의제 제도의 비교고찰*

선정원**

논문요지

인허가의제는 관할 행정청으로 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하기 위하여 복수의 인·허가들 상호간을 연계시켜 어떤 하나의 인허가를 받으면 다른 인허가를 부여받은 것으로 간주함으로써 복수의 인허가의 효력을 취득하는 것을 말한다.

여기서는 독일의 개별법들에서 도입한 인허가의제를 살펴보고 우리 법제의 해석을 위한 시사점을 도출하려 하였다. 그 동안 독일의 개별 법률들에서 인허가의제를 우리나라와 비슷하게 규정하고 있다는 사실은 거의 알려지지 않았다. 이로 인해 독일에서의 해석론도 알 수 없었다. 이 글에서 제한된 문헌들을 통해 조사한 정보로는 독일의 개별 법률들에서 도입한 인허가의제는 연방행정절차법상의 계획 확정절차에 의한 집중효 제도와 달리 관련된 인허가의 수가 제한된, 비교적 단순한 형태에 한정되어 이용되고 있었다.

독일의 인허가의제에 관한 입법기술과 해석론은 우리나라에서 간이형 인허가의제의 입법기술과 해석을 위해 상당히 유용한 시사점을 줄 수 있을 것으로 보인다. 이 글이 관련 연구를 촉발시키는 계기가 되기를 바란다.

검색용 주제어: 인허가의제, 독일과 한국의 비교, 입법론과 해석론, 집중효, 동의

· 논문접수: 2017. 11. 23. · 심사개시: 2018.01.13. · 게재확정: 2018.01.24.

* 이 글은 2017년 10월 28일 입법이론실무학회와 한국법제연구원이 서울중앙지방법원 중부등기소 5층 대강당에서 공동주최한 학술대회에서 발표한 글을 수정보완한 것이다.

** 명지대학교 법과대학 교수

I. 문제제기

독일 연방행정절차법에 나타난 계획확정절차와 집중효, 즉, 대규모사업에 필요한 복수의 인허가들의 심사를 위한 관계행정청들의 집중심사와 계획확정결정의 집중효에 대해서는 다른 연구논문들에서 소개된 부분들이 있으므로 지면관계상 이에 대한 상세한 소개는 생략할 것이다.

여기서 독일의 제도 중 특히 중점을 두고 소개하고자 하는 것은 우리나라의 인허가의제제도와 유사하게 개별 법률에서 하나의 인허가를 받으면 다른 인허가를 얻을 필요가 없는 것으로 규정한 독일 입법례들과 법해석상의 쟁점들에 대한 독일에서의 논의내용들이다. 독일의 인허가의제제도를 소개하고 나서 우리나라의 입법례 및 법해석론과 비교해보고자 하는 것이다.

우리나라에서 독일 행정법상의 ‘집중효’(konzentrationswirkung)를 소개하는 경우 독일 연방행정절차법에 규정된 계획확정절차와 계획확정행위의 효과로서의 집중효를 동일시하는 경향이 있다. 하지만, 외국의 법제도를 소개할 때 발생하는 단순화의 오류이긴 하지만, 엄밀히 말하면 이 용어법은 틀린 것이다. 왜냐하면, 집중효란 하나의 행정행위에 의하여 복수의 행정행위의 효과가 집중되는 것을 의미하는 것일 뿐이므로 2~3개의 인허가의 효과를 하나의 행정행위의 효과에 집중시키는 경우에도 집중효가 발생한다고 해야 하기 때문이다. 이러한 이유로 인허가의제를 설명하는 독일 학자들도 집중효가 발생한다고 하고 있다.¹⁾

독일의 인허가의제제도를 살펴보는 것은 첫째, 인허가의제의 입법방식에 관한 정보를 얻을 수 있다는 점, 둘째, 법해석상의 쟁점들에 관한 학설과 판례들에 관한 정보들을 얻을 수 있다는 점에서 의미를 가진다고 본다.

특히 이 글에서는 편의상 독일과 우리나라의 도로법, 하천법과 건축법 등에 나타난 인허가의제에 관한 입법례들을 중심으로 살펴볼 것이다.

II. 우리나라와 독일의 도로법, 건축법과 하천법 등에 나타난 인허가의제 입법례들

1. 인허가의제의 개념과 목적

인허가의제는 복수의 인·허가들 상호간을 연계시켜 어떤 하나의 인허가를 받으면 다른 인허가를 부여받은 것으로 간주함으로써 복수의 인허가의 효력을 취득하는 것

1) Wolf/Bachof/Stober/Kluth, *Verwaltungsrecht II*, 7.Aufl., 2010, §78 Rn.17.

을 말한다. 인허가의제제도는 동일한 사업에 필요한 복수의 관련 인허가들의 심사에 대한 관할권들을 주된 인허가의 심사기관으로 통합하여 절차를 간소화한 것이다. 그 주된 목적은 복수의 관할행정청들을 거치며 소요되는 비용과 시간을 절약하기 위한 것이지만, 행정청간 갈등과 중복심사를 피하기 위한 목적도 갖는다고 보아야 할 것이다.

판례도 “건축법에서 인허가의제 제도를 둔 취지는, 인허가의제사항과 관련하여 건축허가의 관할 행정청으로 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것”이라고 하고 있다.²⁾

2. 우리나라의 도로법과 건축법 등에 나타난 인허가의제 입법례들

1) 제1 유형

제1유형은 A, B허가사항이 동일하거나 유사한 내용이지만 다른 행정청의 관할인 경우에 “협의”를 요하도록 규정하고 있지만 동의하지 않는 경우는 거의 예상하지 않고 사실상 관련 내용이나 사실을 알려주도록 하는 의미를 갖는다.

우리나라 도로법과 도로교통법은 다음과 같이 규정하고 있는데 제1유형에 해당되는 것으로 보인다.

** 도로법

제77조(차량의 운행 제한 및 운행 허가) ① 도로관리청은 도로 구조를 보전하고 도로에서의 차량 운행으로 인한 위험을 방지하기 위하여 필요하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 도로에서의 차량 운행을 제한할 수 있다. 다만, 차량의 구조나 적재화물의 특수성으로 인하여 도로관리청의 허가를 받아 운행하는 차량의 경우에는 그러하지 아니하다.

⑤ 도로관리청은 제1항 단서에 따라 차량의 운행허가를 하려면 미리 출발지를 관할하는 경찰서장과 협의한 후 차량의 조건과 운행하려는 도로의 여건을 고려하여 대통령령으로 정하는 절차에 따라 운행허가를 하여야 하며, 운행허가를 할 때에는 운행노선, 운행시간, 운행방법 및 도로 구조물의 보수·보강에 필요한 비용부담 등에 관한 조건을 붙일 수 있다. 이 경우 운행허가를 받은 자는 「도로교통법」 제14조제3항의 단서 또는 제39조제1항의 단서에 따른 허가를 받은 것으로 본다.

** 도로교통법

제14조③ 차료가 설치된 도로를 통행하려는 경우로서 차의 너비가 행정안전부령으로 정하는 차로의 너비보다 넓어 교통의 안전이나 원활한 소통에 지장을 줄 우려가 있는 경우 그 차의 운전자는 도로를 통행하여서는 아니 된다. 다만, 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 그 차의 출발지를 관할하는 경찰서장의 허가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

2) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결.

2) 제2 유형

A, B허가사항이 내용상 서로 필요하거나 관련되지만 다른 행정청의 관할인 경우에 “협의”규정을 두고 있는데 동의하지 않을 가능성도 예정하고 있는 것으로 보이는 유형이다.

우리나라 건축법, 도로법과 하천법은 다음과 같이 규정하고 있는데 제2유형에 해당되는 것으로 보인다.

** 건축법

제11조(건축허가) ① 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 다만, 21층 이상의 건축물 등 대통령령으로 정하는 용도 및 규모의 건축물을 특별시나 광역시에 건축하려면 특별시장이나 광역시장의 허가를 받아야 한다.

⑤ 제1항에 따른 건축허가를 받으면 다음 각 호의 허가 등을 받거나 신고를 한 것으로 보며, 공장건축물의 경우에는 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제13조의2와 제14조에 따라 관련 법률의 인·허가등이나 허가등을 받은 것으로 본다.

9. 「도로법」 제61조에 따른 도로의 점용 허가

10. 「하천법」 제33조에 따른 하천점용 등의 허가

⑥ 허가권자는 제5항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항이 다른 행정기관의 권한에 속하면 그 행정기관의 장과 미리 협의하여야 하며, 협의 요청을 받은 관계 행정기관의 장은 요청을 받은 날부터 15일 이내에 의견을 제출하여야 한다. 이 경우 관계 행정기관의 장은 제8항에 따른 처리기준이 아닌 사유를 이유로 협의를 거부할 수 없고, 협의 요청을 받은 날부터 15일 이내에 의견을 제출하지 아니하면 협의가 이루어진 것으로 본다.

⑧ 제5항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항과 제12조제1항의 관계 법령을 관장하는 중앙행정기관의 장은 그 처리기준을 국토교통부장관에게 통보하여야 한다. 처리기준을 변경한 경우에도 또한 같다.

⑨ 국토교통부장관은 제8항에 따라 처리기준을 통보받은 때에는 이를 통합하여 고시하여야 한다.

** 도로법

제61조(도로의 점용 허가) ① 공작물·물건, 그 밖의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 그 밖의 사유로 도로를 점용하려는 자는 도로관리청의 허가를 받아야 한다.

** 하천법

제33조(하천의 점용허가 등) ① 하천구역 안에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 하천관리청의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사

항 중 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

1. 토지의 점용
2. 하천시설의 점용

3. 독일의 도로법에 나타난 인허가의제 입법례들

독일의 도로법에 나타난 인허가의제 입법례는 사업상 필수적으로 관련된 인허가 사이에서의 의제를 규정하고 있다. 건축허가를 얻어 건축을 할 때 인접도로의 점용이 필수적일 때 건축허가와 도로점용허가의 관계를 규정하고 있다. 위에서 분류한 기준에 따를 때 우리나라의 제2유형에 해당된다.

제1유형에 해당되는 입법례는 발견하지 못했다.

** 바이에른주 도로법(Bayerisches Straßen- und Wegegesetz)

- 약간의 의역을 하였음. 각주에 원문게재.

제18조 제1항 “공법에 따른 특별이용의 허가”

“도로에 대해 일반이용을 넘은 특별이용을 하고자 하는 경우 도로관리청의 허가를 얻어야 한다. 지방자치단체가 도로관리청이 아닌 경우 도로관리청의 동의를 얻어 자기 지역의 도로에 대해 특별이용허가(우리나라에서의 도로점용허가 - 역자주)를 할 수 있다.”³⁾

** 바이에른주 도로법 제21조 “다른 인허가절차의 우위”

“도로교통법에 따라 일반이용을 넘은 도로이용을 위해 허가나 예외적 승인이 필요한 때, 또는 건축법에 따라 건축허가가 필요한 때, 도로법 제18조 제1항에 따른 허가를 얻지 않아도 된다.

이러한 인허가결정에 내리기 전에 관할 행정청은 도로의 특별이용허가권(우리나라에서의 도로점용허가권 - 역자주)을 갖는 행정청의 동의를 얻어야 한다. 이러한 인허가를 내릴 때 관할 행정청은 조건, 부담과 특별이용료(우리나라에서의 도로점용허가료 - 역자주)를 허가 신청자에게 부과할 수 있다.”⁴⁾

3) Bayerisches Straßen- und Wegegesetz (BayStrWG) Art.18 Sondernutzung nach öffentlichem Recht, Verordnungsermächtigung

(1) Die Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) bedarf der Erlaubnis der Straßenbaubehörde, in Ortsdurchfahrten der Erlaubnis der Gemeinde, wenn durch die Benutzung der Gemeingebrauch beeinträchtigt werden kann. 2) Soweit die Gemeinde nicht Träger der Straßenbaulast ist, darf sie die Erlaubnis nur mit Zustimmung der Straßenbaubehörde erteilen.

4) Bayerisches Straßen- und Wegegesetz (BayStrWG) Art. 21 Vorrang anderer Genehmigungsverfahren

1) Ist nach den Vorschriften des Straßenverkehrsrechts eine Erlaubnis für

Ⅲ. 인허가의제와 관련된 법적 쟁점들에 대한 독일의 논의

1. 독일법상 계획확정절차에 따른 집중효와 인허가의제제도

1) 독일법상 계획확정절차에 따른 집중효론으로부터 직접적 시사점도출의 위험성과 한계

독일 연방행정절차법 제5장 특별 행정절차편에서는 계획확정절차(제72조에서 제78조까지)와 집중효, 즉, 대규모사업에 필요한 복수의 인허가들의 심사를 위한 관계행정청들의 집중심사와 계획확정결정의 집중효에 대해서 규정하고 있다.

독일의 계획확정절차가 2차대전 후 오랜 시간동안 독일 경제계의 수요변화에 맞추어 점차 변해왔고 관련 쟁점들에 대한 법규정이나 판례 그리고 학설들의 변화가 그것들을 반영해 왔음에 비추어 특정 쟁점들에 대한 독일 상황의 이해를 위해서는 충분히 상세한 검토가 필요한 것이 사실이다.

우리 인허가의제법제는 우리 경제사회에서 국민적 관심이 매우 높은 주제인 기업행정절차에서 기업의 수요충족과 다수 주민의 권익보호의 조화라는 무거운 과제를 수행해야 한다. 이 때문에 우리나라의 인허가의제제도도 탄생이후 법령, 판례와 학설의 수준에서 상당한 변화를 겪어 왔음은 주지의 사실이다.

독일의 계획확정절차와 달리 우리나라의 인허가의제절차에서는 통합절차를 가지고 있지 않기 때문에 의제되는 인허가를 관할하고 있는 행정청의 협의와 동의가 매우 중요한 역할을 수행하고 있다. 우리나라의 경우에는 협의에 참가하는 관계 행정청들이 관련된 인허가들에 대해 독일의 집중심사절차와 달리 훨씬 독립된 위치에서 그 권한을 유지하고 있다

이러한 관점에서 볼 때, 우리의 인허가의제규정들의 해석에 있어서는 독일의 계획확정절차에 관한 해석론보다는 독일의 개별법령에 규정된 인허가의제규정들의 해석을 참조하는 것이 더 유용할 가능성이 있다고 본다.

eineübermäßige Straßenbenutzung oder eine Ausnahmegenehmigung erforderlich oder ist nach den Vorschriften des Baurechts eine Baugenehmigung erforderlich, bedarf es keiner Erlaubnis nach Art. 18 Abs. 1. 2Vor ihrer Entscheidung hat die hierfür zuständige Behörde das Einvernehmen mit der sonst für die Sondernutzungserlaubnis zuständigen Behörde herzustellen. 3Die von dieser geforderten Bedingungen, Auflagen und Sondernutzungsgebühren sind dem Antragsteller in der Erlaubnis, Ausnahmegenehmigung oder Baugenehmigung aufzuerlegen.

2) 독일법상 인허가의제

독일의 개별법들에서도 하나의 인허가를 얻으면 다른 인허가를 얻는 것으로 보는 인허가의제를 규정하는 경우들이 있다. 다만, 우리와 달리 독일법상 인허가의제제도는 대규모사업에 필요한 복수의 인허가들의 집중효를 위한 제도가 아니라, 의제와 관련된 인허가수도 2, 3개 정도로 적고 관계된 행정청도 2, 3개 기관 정도로 한정되어 있다.⁵⁾

이와 달리 우리나라의 경우는 2~3개의 인허가들을 의제시키는 ‘간이형 인허가의제’는 물론 대규모사업과 관련하여 매우 많은 복수의 인허가들을 의제하는 ‘복합형 인허가의제’도 있다.

독일에서 인허가의제제도가 출현한 입법적 이유는 계획확정절차와 비슷하다. 독일에서 인허가의제는 행정절차의 집중을 위한 것으로 행정업무의 처리절차를 간소화하는 한편 하나의 절차에서 인허가청구권을 행사할 수 있도록 인허가신청자의 법적 지위를 강화하고자 함에 있다.⁶⁾

2. 독일법상 인허가의제의 입법방식

독일에서 복수의 인허가들을 대상으로 의제제도를 도입하려고 할 때 대상이 되는 인허가들의 내용과 성질 등을 고려하여 공익보호를 위한 위험방지의 관점에서 주된 인허가가 될 것과 의제대상 인허가가 될 것, 즉, 종된 인허가를 구별하여 규정하고 있다. 주종을 바꾸어 의제규정을 두지 않고 있는데, 이 점은 입법기술상 주의할 만하다.

의제되는 대상은 종된 인허가가 된다. 때문에 신청자는 반드시 주된 인허가의 신청을 해야 종된 인허가를 함께 받은 것으로 의제된다. 입법자는 종된 인허가를 받아도 주된 인허가를 받은 것으로 의제규정을 두어서는 안된다. 학자들도 종된 인허가가 주된 인허가까지 대체하지는 못한다고 설명하고 있다.⁷⁾

위에서 소개한 독일의 입법례에 따를 때 건축허가를 받으면 도로점용허가를 받은 것으로 의제된다. 즉, 별도로 도로점용허가를 받을 필요가 없다. 다만, 건축허가를 담당하는 행정청은 미리 도로점용허가를 담당하는 행정청의 동의를 얻어서 건축허가를 하여야 하고, 동의를 얻으면 별도의 도로점용허가는 필요없다.

5) Wolf/Bachof/Stober/Kluth, a.a.O., §78 Rn.20.

6) Wolf/Bachof/Stober/Kluth, a.a.O., §78 Rn.17.

7) Hans-Jürgen Papier, *Recht der öffentlichen Sachen*, in ; Erichsen/Ehlers (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12.Aufl., 2002, §44 Rn.13. ; Wolf/Bachof/Stober/Kluth, a.a.O., §78 Rn.18.

3. 독일법상 의제되는 인허가청의 동의와 관련된 문제

1) 동의의 법적 성격과 재송에 의한 구제가능성

독일법상 인허가의제 제도를 도입하면서 의제되는 인허가를 담당하는 행정청의 동의를 얻도록 규정하고 있다. 의제되는 인허가청의 동의의 법적 성격에 관하여 독일 행정판례에 따를 때 독립적인 행정행위가 아니고 행정내부적인 협력행위일 뿐이다.⁸⁾ 위의 예에서, 도로관리청으로부터 동의를 거부되어 건축허가청으로부터 건축허가를 얻지 못했을 때, 건축허가의 신청자는 건축허가청을 상대로 의무이행소송을 제기하여 건축허가의 발급을 소구할 수 있다. 법원에서 건축허가를 하라는 의무이행판결을 얻으면 그 판결에 의해 도로관리청의 동의는 받은 것으로 된다.⁹⁾

2) 관계 행정청의 불법행위 감독권의 존부

A가 주된 허가이고 B가 의제되는 허가일 때, B허가청의 동의를 얻어 A허가를 얻은 사인이 B허가에 의해 법적으로 허용되는 범위를 넘거나 허용되지 않는 방식으로 행위를 할 때 B허가청은 그의 불법행위를 위해 개입할 감독권을 갖는가? 예를 들어, 위의 예에서 건축허가를 얻으면서 의제규정으로 인해 도로관리청의 동의를 얻어 도로점용허가까지 얻게 된 사업자가 도로점용허가로 허용된 특별이용범위를 넘어 도로에 대한 일반이용권을 침해하는 경우가 문제된다.

이 경우 도로관리청은 개입하여 불법행위를 시정할 감독권을 여전히 갖고 있다.¹⁰⁾ 또 경찰도 경찰법상의 일반조항에 따라 도로경찰의 관점에서 인명사고의 방지를 위해 도로의 불법적인 특별이용을 시정시킬 권한을 갖는다.¹¹⁾

IV. 이 글의 시사점과 한계

인허가가 의제된다고 해서 의제되는 인허가의 요건심사가 면제되는 것은 아니다. 우리 판례도, “인허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인허가 요건에 관한 일체의

8) BVerwGE 16, 116 ; 18, 333.

9) Hans-Jürgen Papier, a.a.O., §44 Rn.15. ; BVerwGE 16, 119.

10) 우리나라의 판례중에도 이와 맥락을 같이하는 것이 있다. 즉, 주택건설사업계획의 승인으로 도로점용허가가 의제되는 경우 도로관리청이 도로점용료를 부과할 수 있는지가 문제된 사건에서, 대법원은 사업계획승인시 도로점용허가사항과 관련된 내부협약이 없었더라도 도로관리청은 점용료를 부과할 수 있다고 한다.(대법원 2002. 2. 26. 선고 2000두4323)

11) Wolf/Bachof/Stober/Kluth, a.a.O., §78 Rn20.

심사를 배제하려는 것으로 보기는 어려우므로, 도시계획시설인 주차장에 대한 건축허가신청을 받은 행정청으로서는 건축법상 허가 요건뿐 아니라 국토의 계획 및 이용에 관한 법령이 정한 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가 요건도 충족하는 경우에 한하여 이를 허가해야 한다”고 한다.¹²⁾

이에 따라 인허가의제제도의 운영에 있어서는 제도의 도입목적인 절차의 간소화, 비용과 시간의 절약이라는 목표의 달성과 의제되는 인허가의 모든 요건들의 심사라는 일견 모순된 과제의 충돌을 어떻게 조화롭게 실현할 것인가 하는 문제가 큰 관심을 받아 왔다.

구체적으로 우리나라의 입법, 판례들과 학설들에서 인허가의제와 관련하여 주요 법적 쟁점으로 나타난 것들은, 첫째, 의제되는 인허가행정청의 협의나 동의가 지체되거나 거부되는 경우의 문제, 둘째, 의제되는 인허가법령에 규정된 절차규정들을 준수해야 하는가의 문제, 셋째, 대규모사업을 시행하는 사업자가 결국 필요한 복수의 인허가들 중 사업의 진척속도에 따라 의제되는 복수의 인허가들 중 일부에 대해서만 인허가요건들을 갖추어 신청하는 것이 허용되는가 하는 문제 등이 있었다.

첫째 쟁점에 대하여 우리나라의 학설과 판례는 행정기관간 내부의 협의나 어느 한 기관의 동의거부는 행정기관 내부의 문제로서 행정행위로 보지 않고 있다. 우리 판례는 의제되는 인허가 행정청의 동의거부행위가 있으면 주된 인허가 행정청은 주된 인허가도 할 수 없다고 한다. 즉, 판례는, “채광계획인가를 받으면 공유수면 점용허가를 받은 것으로 의제되고, 이 공유수면 점용허가는 공유수면 관리청이 공공 위해의 예방 경감과 공공 복리의 증진에 기여함에 적당하다고 인정하는 경우에 그 자유재량에 의하여 허가의 여부를 결정하여야 할 것이므로, 공유수면 점용허가를 필요로 하는 채광계획 인가신청에 대하여도, 공유수면 관리청이 재량적 판단에 의하여 공유수면 점용을 허가 여부를 결정할 수 있고, 그 결과 공유수면 점용을 허용하지 않기로 결정하였다면, 채광계획 인가관청은 이를 사유로 하여 채광계획을 인가하지 아니할 수 있는 것”이라고 했다.¹³⁾ 또, 판례는 의제되는 행정청의 동의거부로 주된 인허가도 거부한 경우 주된 인허가를 대상으로 행정소송을 제기하여 다투어야 한다고 보고 있다(대법원 2001.2.16. 선고 99두10988 판결)

둘째 쟁점에 대하여, 대법원은 “도시계획법(1989. 12. 30., 법률 제4183호로 개정되기 이전의 것) 제12조 제1항, 제16조의2 제2항 등에 의하면 도시계획을 결정하거나 변경함에 있어서는 건설부장관이 관계지방의회의 의견을 들은 후 중앙도시계획위원회의 의결을 거쳐야 하고, 시장 또는 군수가 도시계획을 입안하고자 하는 때에는 주

12) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2015두39590 판결.

13) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001두151 판결.

민들의 의견을 청취하여야 하나, 주택건설촉진법(1991. 3. 8., 법률 제4339호로 개정되기 이전의 것) 제33조 제1항, 제4항, 제6항에 의하면 건설부장관이 주택건설사업계획을 승인하고자 하는 경우에 그 사업계획에 제4항 각호의 1에 해당하는 사항이 포함되어 있는 때에는 관계기관의 장과 협의하여야 하고, 사업주체가 제1항에 의하여 사업계획의 승인을 얻은 때에는 도시계획법 제12조에 의한 도시계획의 결정(단, 동법 제2조 제1항 제1호 나. 다목의 도시계획결정에 한한다) 등을 받은 것으로 보는 바, 위 각 규정의 내용과 촉진법의 목적 및 기본원칙(촉진법 제1조 내지 제2조)에 비추어 보면 건설부장관이 촉진법 제33조에 따라 관계기관의 장과의 협의를 거쳐 사업계획승인을 한 이상 같은 조 제4항의 허가·인가·결정·승인 등이 있는 것으로 볼 것이고, 그 절차와 별도로 도시계획법 제12조 등 소정의 중앙도시계획위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등 절차를 거칠 필요는 없는 것이다”고 하여, 의제되는 도시계획의 입안이나 결정변경 등을 할 때 거쳐야 하는 중앙도시계획위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등을 거칠 필요가 없다고 했다.¹⁴⁾

셋째 쟁점에 대해 대법원은 다음과 같이 판시했다.

“구 주한미군 공여구역주변지역 등 지원 특별법(2008. 3. 28. 법률 제9000호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 지원특별법’이라 한다) 제29조의 인허가의제 조항은 목적사업의 원활한 수행을 위해 행정절차를 간소화하고자 하는 데 입법 취지가 있는데, 만일 사업시행승인 전에 반드시 사업 관련 모든 인허가의제 사항에 관하여 관계 행정기관의 장과 협의를 거쳐야 한다고 해석하면 일부의 인허가의제 효력만을 먼저 얻고자 하는 사업시행승인 신청인의 의사와 맞지 않을 뿐만 아니라 사업시행승인 신청을 하기까지 상당한 시간이 소요되어 그 취지에 반하는 점, 주한미군 공여구역주변지역 등 지원 특별법이 2009. 12. 29. 법률 제9843호로 개정되면서 제29조 제1항에서 인허가의제 사항 중 일부만에 대하여도 관계 행정기관의 장과 협의를 거치면 인허가의제 효력이 발생할 수 있음을 명확히 하고 있는 점 등 구 지원특별법 제11조 제1항 본문, 제29조 제1항, 제2항의 내용, 형식 및 취지 등에 비추어 보면, 구 지원특별법 제11조에 의한 사업시행승인을 하는 경우 같은 법 제29조 제1항에 규정된 사업 관련 모든 인허가의제 사항에 관하여 관계 행정기관의 장과 일괄하여 사전 협의를 거칠 것을 요건으로 하는 것은 아니고, 사업시행승인 후 인허가의제 사항에 관하여 관계 행정기관의 장과 협의를 거치면 그때 해당 인허가가 의제된다고 보는 것이 타당하다.”¹⁵⁾

14) 대법원 1992. 11. 10 선고 92누1162 판결; 대법원 2016.11.24. 선고 2014두47686 판결.

15) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2009두16305 판결.

이 글은 독일의 인허가의제제도를 매우 간략하게 살펴보는 것에 한정하였다. 독일의 인허가의제에 의한 집중효 제도는 계획확정절차에 의한 집중효 제도와 달리 관련된 인허가의 수가 제한된, 비교적 단순한 형태에 한정되어 이용되고 있다.

독일의 인허가의제제도가 우리나라에서 간이형 인허가의제와 관련하여 이를 규정하는 입법의 원칙과 기술을 점검하고 법해석과 법집행상 의문점들을 해소하는데 조금이라도 기여하기를 바란다.

[참고문헌]

- Hans-Jürgen Papier, *Recht der öffentlichen Sachen, in ; Erichsen/Ehlers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12.Aufl., 2002.
Wolf/Bachof/Stober/Kluth, *Verwaltungsrecht II*, 7.Aufl., 2010.

[Abstract]

Comparative study about legal fiction of permits in Germany and Korea

Sun, Jungwon*

Legal fiction of permits, which means approving several licenses and permits by a principal administrative body, is introduced to offer one stop service and reduce cost and long delay in acquiring licences in Korea.

In this study, german relevant acts were surveyed, and compared with korean similar acts.

Korean administrative law scholars had little information about legal fiction of permits in german individual acts, and so, could not know german legislative techniques and german interpretation about it.

German federal administrative procedure act (§72 ~ §78) regulates a comprehensive permit and its concentrated effect (konzentrationswirkung), which means approving several licenses and permits by one permit of a principal administrative body. Legal fiction of permits in german individual acts, different from that of german federal administrative procedure act (§72 ~ §78), is usually relevant to two permits, and distinguishes a principal permit from a subordinate permit.

German legislative techniques and interpretation, briefly studied in this article, could hopely encourage more detailed study about german legal fiction of permits.

<key words>

legal fiction of permits, comparing german law and korean law, legislative techniques and interpretation, concentrated effect (konzentrationswirkung), agreement.

* Professor, College of Law, Myongji Univ.

부정경쟁방지법상 일반조항의 적용 사례에 대한 불공정거래행위 법리를 통한 재해석*

강봉관**

논문요지

2014년 개정된 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 “부정경쟁방지법”)은 제2조 제1호 (차)에서 중전의 열거된 행위 유형 외에 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 행위를 규율할 수 있도록 하여 종래 민법상 불법행위 법리로서 해결하던 것을 부정경쟁행위 일반유형으로 규율할 수 있게 된 점은 의미가 크다고 할 수 있다. 아울러 급변하는 시대적, 경제적 환경 등에 효율적으로 대응할 수 있다는 장점이 있으나, 다른 한편으로는 행위자가 어떠한 행위가 구체적으로 부정경쟁행위로서 금지되는 행위인지를 예측하기 어렵다.

한편 부정경쟁방지법상 일반조항 규정의 문언에는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “독점규제법”)과 같이 ‘공정한’이라는 표현을 사용하고, 부정경쟁행위와 독점규제법이 경합 또는 중복 적용될 수 있다는 점, 법원이 일관되게 부정경쟁행위를 한 자에 대하여 경쟁자 요건으로 한정하여 해석하고 있는 점은 주목할 필요가 있다.

무엇보다도 부정경쟁행위와 불공정거래행위 모두 자유롭고 공정한 경쟁 내지 거래질서를 규율한다는 목적성을 고려한다면, 보다 구체적이고 세부적인 위법성 판단 기준을 제시하고 있는 불공정거래행위 법리적용을 통하여 해석하는 방법이 부정경쟁행위 일반조항이 지니고 있는 모호하거나 추상적인 부분을 감쇄하는 데 도움이 될 수 있을 것이다. 또한 불공정거래행위 법리가 장기간 국민 경제생활 속에서 뿌리 내려오면서 축적해온 경험 등이 공정하고 건전한 거래질서를 유지할 수 있는 효율적 규제 법리로서 작용해온 점을 고려한다면, 이를 부정경쟁방지법상 일반조항의 판단 기준의 제시와 해석에 기여할 수 있을 것이다.

검색용 주제어: 부정경쟁행위 일반조항, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목, 불공정거래행위, 부정경쟁행위 일반조항의 불공정거래행위 법리 적용 해석론

· 논문접수: 2017. 11. 23. · 심사개시: 2018.01.13. · 게재확정: 2018.01.30.

* 본고는 저자의 “불공정거래행위 법리 적용을 통한 부정경쟁방지법상 일반조항의 해석에 관한 연구”, 명지대학교 석사학위 논문 중 상당부분을 재인용 및 수정한 것임.

** 법학 석사, 現 (주)사람인에이치알 정보보안실장

I. 서론

경쟁법상 금지되는 행위가 어떠한 것인지 열거하여 규정하고 있는 우리의 법체계에서는 다양한 유형의 공정한 경쟁 내지 건전한 거래질서 유지를 위한 효율적 규제와 대응이 용이하지 않다. 이에 2014. 1. 31.부터 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 “부정경쟁방지법”)에서는 기타 타인의 상당한 투자 또는 노력으로 구축한 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위해 무단으로 사용하여 경제적 이익을 침해하는 행위에 대하여 규율하는 규정¹⁾(이하 “부정경쟁행위 또는 부정경쟁법상 일반조항”)을 신설하여 시행하고 있다.

그러나 신설된 일반조항 문언이 포괄적이고 추상적이어서 구체적으로 어떠한 행위가 부정경쟁행위로서 금지되는 것인지 분명하지 않아서 이에 근거하여 그 행위의 금지를 청구하거나 손해배상을 청구할 수 있도록 하여, 오히려 공정한 경쟁을 위축시키는 수단으로 악용될 여지마저 내포하고 있다. 반면에 유사한 독점규제법 및 공정거래에 관한 법률(이하 “독점규제법”)상 불공정거래행위에서도 열거된 유형 외에 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 규제하는 일반적 규정²⁾이 존재한다. 그러나 이에 관한 학계의 해석과 법원의 입장은 포괄적 일반조항을 근거로 개별 행위의 규제를 곧바로 인정하는 데 소극적이라는 점에 주목해야 한다.

이에 본고에서는 부정경쟁행위와 불공정거래행위 법리를 간략하게 비교·검토하고 실제 사례에서 경쟁질서에 반(反)하는 동일 행위에 대하여 부정경쟁행위와 불공정거래행위 법리를 적용하여 살펴보면서 문제점과 일반조항의 불명확성을 해소하고 예측가능성을 보완하는 데 기여하였으면 한다.

II. 불공정거래행위 법리의 적용 검토

1. 부정경쟁방지법상 일반조항

2013년 7월 법률 제11963호로 개정된 부정경쟁방지법은 새롭고 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위하여 부정경쟁행위에 관한 보충적 일반조항을 신설하였다.³⁾ 개정 이전에는 동조 동호에서 (가)목 내지 (자)목에서 9가지 유형의 부정경쟁행위를 한정적으로 열거하고 있었을 뿐 일반조항을 별도로 두고 있지 않았다.

1) 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 제2조 제1항 (차)목

2) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 8호

3) 법제처 국가법령센터, 부정경쟁방지법 제정·개정 이유,

<http://law.go.kr/lsc.do?menuId=0&subMenu=4&tabNo=7#rvsBot>(2017. 5. 8. 최종방문.)

기존에 법원은 이를 민법상 불법행위책임으로서 입법적 공백을 최소화하여 왔으나⁴⁾, 이번 법 개정으로 (차)목⁵⁾이 신설되면서 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위 일반조항으로 직접적으로 규율할 수 있도록 명문화하였다는 점에 그 의의가 있다고 하겠다.⁶⁾

(1) 일반조항의 의의 및 역할

시행된 제·개정 이유서에서는 “새롭고 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위하여 부정경쟁행위에 관한 보충적 일반조항을 신설”하는 것이라고 하여 일반조항의 도입 이유를 밝히고 있다. 국회 검토보고서와 제·개정 이유서와의 큰 차이는 ‘보충성’이라고 할 수 있을 것이다. 신설된 (차)목은 그 자체로 직접적으로 부정경쟁행위로 규율할 수 있으나 기존의 부정경쟁행위에 대하여 보충적으로 적용해야 함을 밝히고 있다.

즉, 동조항의 표현 또는 체계에 비추어 새롭게 등장한 부정경쟁행위의 규율 필요성이 크고 기존의 부정경쟁행위 유형으로는 당해 행위에 대하여 적용하기에 부적절하거나, 민법상의 불법행위 법리 내지 독점규제법의 불공정거래행위 등을 적용하기에 어려운 경우에 한하여 보충적으로 적용되어야 할 것이다. 한편 독점규제법상 불공정거래행위 규정에서도 일반조항⁷⁾이 있음에도 해당 규정이 실질적으로 사문화되다시피 한 이유를 살펴볼 필요가 있으며, 또한 부정경쟁방지법 제15조에 따른 양법의 경합 등 법체계적 정합성에 대한 고찰이 필요하다.

주목할 점은 국회 개정안과 관련한 검토보고서 의견 중에서 “부정경쟁방지법 제15조 제2항에서는 제2조 제1호 (라)목부터 (바)목까지의 규정을 적용함에 있어서 독점규제법 등 다른 법률과의 관계를 규정하고 있으므로, 신설된 부정경쟁행위의 보충적 일반조항의 적용에 관해서도 다른 법률과의 관계를 명확하게 구분하여 법 집행상의 혼란을 배제할 필요가 있어 보인다.”라는 의견이 있었다.⁸⁾ 이러한 견해는 일반조항 자체가 일반적 추상성과 모호성을 내포하고 있어서, 이를 폭 넓게 해석하거나 광범위하게 적용하는 것은 건전한 거래질서 유지보다는 오히려 혼동을 야기할 수 있어서 보충적이고 제한적으로 적용하거나 해석해야 하는 점 등을 지적한 것으로 보인다.

4) 대법원 2010. 8. 25. 자, 2008마1541 결정.

5) “그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”

6) 문선영, “부정경쟁행위 일반조항에 관한 주요 법적 쟁점 연구”, 과학기술법연구 제22집 제1호(2016년 2월), 한남대학교 과학기술법연구원, 79-80면 참조.

7) 독점규제법 제23조 제1항 제8호 “... 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”라는 일반조항을 규정하고 있다.

8) 2012 부정경쟁방지법 개정안 국회 검토보고서 11-13면 참조.

(2) 일반조항의 내용

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 “그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”라고 규정하고 있다. 동조 제1호 (가)목 내지 (자)목에서는 개별 유형을 열거하고 있고 (차)목은 “그 밖에”라고 하여 (가)목 내지 (자)목에 해당하지 않는 기타의 유형을 망라하여 규율할 수 있도록 하고 있다. 따라서 부정경쟁행위에 관한 보충적 조항의 성격을 가진다고 할 수 있다.

이러한 일반조항은 변화하는 환경 또는 현실에서 규범적 필요가 발생할 때마다 해당하는 유형을 추가하는 입법 방식으로는, 목적 규정과 부정경쟁행위의 개별 규정 사이에 간극이 발생할 수밖에 없고⁹⁾, 유형화하기 어려운 행위들을 포섭하기 위하여 내용이 포괄적이거나 일반적으로 규정될 수밖에 없는 한계를 지니게 된다. 따라서 입법취지에 부합하면서도 예측 가능하도록 그 적용 범위를 적절하게 제한하여야 하고, 행위의 위법성 요건을 엄격하게 적용하도록 해야 하는 필요성이 여기에 있다고 할 수 있다. 일부 하급심 판결에서도 “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목은 가목 내지 자목에 규정하고 있는 행위유형과는 다른, 종래의 지식재산권 관련 제도 내에서는 예상할 수 없어 기존 법률로는 미처 포섭할 수 없었던 유형의 행위로서 가목 내지 자목의 부정경쟁행위에 준하는 것으로 평가할 수 있는 행위에 한하여 적용되고, 특별한 사정이 없는 이상, 가목 내지 자목에서 정하고 있는 행위유형에는 해당하나 그 각 목에서 정하고 있는 부정경쟁행위로 인정되기 위한 요건을 갖추지 못한 행위에 대해서는 본 목에 의한 부정경쟁행위로 함부로 의율해서는 아니 된다”고 하여 그 적용범위를 제한적으로 해석한 예가 있다.¹⁰⁾ 판결 내용에서 보듯이 일반조항의 도입 이전의 대법원 결정에서도 매우 제한적으로 법리를 적용한 것으로 볼 수 있다. 일반조항을 확장 해석하는 것은 법적 안정성을 해치고, 자칫 경쟁의 자유를 과도하게 제한할 우려가 존재하는 점을 간과해서는 안 될 것이다.

(3) 일반조항의 일반 해석론

부정경쟁방지법상 일반조항이 적용되기 위한 요건 즉, 위법성 요건에서 성과 주체인 타인에는 자연인은 물론 법인도 당연히 포함되는 것으로 해석된다. 행위자를 경쟁자에 국한될 필요가 있는 것인지에 대하여 일부 논의가 있지만, 일정한 상품이나 용역 등을 제작 또는 제공하고 자기의 상품으로 시장에 공급하는 경제적 활동에서 선행 성과자의 이익과 권리를 그 보호법익으로 한다면, 경쟁 관계가 확정된 경쟁자일 필요까지는 아니지만 경쟁행위를 할 개연성이 높은 자 정도로 한정하여 해석하는

9) 사법연수원, 「2015 부정경쟁방지법」, 77-79면 참조.

10) 서울중앙지법 2014. 8. 28. 선고 2013가합552431 판결(확정) 및 최승재, “부정경쟁방지법 (차)목에 대한 하급심 판결의 동향 분석”, 「청년논문집」 제13집(2006년), 401-402면 참조.

것이 바람직하다. 도입의 기초가 된 대법원 결정에서도 “경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고, 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위”¹¹⁾라고 하여 경쟁자라고 명시하고 있다.

일정 성과를 구축하기 위하여 상당한 투자 내지 노력을 성과에 대하여 ‘상당성’을 객관적으로 판단하는 것이 용이한 것은 아니지만, 실제 경제적 행위에 근거한 투자 비용과 노력, 시간 등을 종합적으로 판단해야 할 것이다. 특히, 이미 구축된 상당한 성과의 개념과 관련하여 (자)목에서 지칭하는 ‘모방’보다 넓은 의미에서 ‘무단 사용’으로써 자신의 이익을 위하여 성과 구축자의 실제적, 물리적 이익 뿐 아니라 명성, 신용, 고객흡인력, 영업상 가치, 기술상 또는 영업상 정보와 같은 무형의 이익도 포함시키는 것이 바람직하다. 나아가 판례는 부정경쟁행위로서 침해하는 행위에는 잠재적 이익까지도 보호해야 할 이익에 해당한다고 설명하면서 특히 이러한 행위가 건전한 거래질서 유지를 해하는 즉, 공정한 상거래 내지 경쟁질서에 반하는 방법이나 수단으로 이루어지는 행위라면 (차)목으로 규제할 수 있다고 한다.

2. 부정경쟁행위와 불공정거래행위의 비교

(1) 규제목적

부정경쟁행위와 불공정거래행위는 각각 침해하는 행위를 금지하여 건전한 거래질서를 유지하거나 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하는 것을 그 목적으로 하고 있다. 실질적으로 ‘건전한 거래질서’와 ‘공정하고 자유로운 경쟁’ 모두 자유시장 경제체제에서 추구하거나 목적하는 바가 다르지 않다. 일반적으로 공법적 성격으로 분류되는 독점규제법 상 불공정거래행위의 금지는 일부 사법적 관계 해결에 이바지하고 있으며, 공정한 거래질서를 왜곡하지 않도록 복무하는 점에서 유사하다고 할 것이다.

그러나 넓은 의미에서의 경쟁법과 거래질서법으로서의 목적이 아닌 협의의 보호법익을 중심으로 살펴본다면, 부정경쟁행위의 방지는 사업자의 사적이익을 보호하기 위한 것으로서 그 구제는 부정경쟁행위의 금지청구나 손해배상청구 등을 통하여 법원에서 사법적으로 이루어지는 것을 원칙으로 한다. 그러나 불공정거래행위는 공정한 거래질서를 해치는 행위로 독립적 규제기관인 공정거래위원회가 행정력을 동원하여 이를 적극적으로 규제하고 있다고 한다.¹²⁾ 또한 양법 모두 경제적 경쟁질서의 유

11) 대법원 2010. 8. 25. 자, 2008마1541 결정.

12) 권오승, 「경제법」, 법문사, 2015, 311면 참조. 다만 법원의 설명처럼 단순히 부정경쟁의 방지와 불공정거래행위 금지가 사법적 해결 또는 행정력의 개입에 따른 차이라고 한다면 부정경쟁방지법 역시 법 제7조 및 제8조에 의거하여 특허청장이 해당 행위를 조사하고 그에 대한 시정권고를 할 수 있다는 점에서 비판이 가능하고, 양법 모두 일정부분 공익적 목

지를 목적으로 ‘경쟁’을 규율하는 점에서는 같지만 경쟁의 공정을 법 목적으로 하는 불공정법(Unlauterkeitsrecht)이 부정경쟁행위 방지법이라면 독점규제법은 경쟁의 자유를 법 목적으로 하는 카르텔법(Kartellrecht)이라고 이해되고 있다는 견해도 있다.¹³⁾ 아울러, 연혁적인 면을 고려하면 우리가 계수한 독일과 일본의 경우에는 시장 왜곡과 부정경쟁을 규제하기 위하여 부정경쟁방지법이 제정된 이후, 카르텔과 시장 지배적 지위 남용 등을 규제하기 위한 경쟁제한방지법, 사적독점금지법, 독점규제법이 제정된 것도 크게 다르지 않다. 다만 우리의 경우는 독일과 일본과의 법체계와 조금 달리하여 규정하고 있을 뿐 그 규율하는 목적은 크게 상이하지 않고, 단지 규제방식에 일부 차이를 보이고 있을 뿐이다.

(2) 규율방법

부정경쟁행위와 불공정거래행위 모두 해당 법에서 금지하는 행위를 유형화하여 각각 부정경쟁방지법 제2조 제1호 각호에서, 독점규제법 제23조 제1항 각호에서 열거하여 규정하는 방식을 취하고 있다. 이러한 방식은 시장참여자가 어떠한 행위가 부정경쟁행위 또는 불공정거래행위에 해당하는지 예측가능 하도록 하고 위법성 요건을 판단하는데 용이하다는 장점을 가지고 있다. 다만 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목에서 일반조항을 신설하였고 독점규제법 제23조 제1항 제8호에서도 일반조항을 규정하고 있어 이에 대한 구체적인 해석과 적용이 문제 될 수 있다.

(3) 규제방식

전통적인 시각에서 살펴보면 부정경쟁행위는 과실책임주의의 법원리가, 불공정거래행위는 무과실책임주의 법원리가 지배한다고 할 수 있다. 그러나 실무적 구체절차나 방법에 있어서는 양 행위가 과실책임과 무과실책임으로만 한정되지 않을 수 있고, 또 사법적 영역과 공법적 영역으로만 한정되고 있지 않다. 원칙적으로 부정경쟁행위에 대해서는 금지 또는 예방의 청구나 손해배상청구 등과 같은 구체수단이 법원에 의해 이루어지므로, 당연히 사법적 방법의 규제가 주(主)가 될 수밖에 없고 불공정거래행위의 경우에는 공정거래위원회에 의한 시정권고나 과징금 부과 같은 행정적 규제가 주(主)가 되고 있다.¹⁴⁾

적을 뿔 수밖에 없으며 특히 불공정거래행위는 독점규제법에서 사법적 관계를 규율하는데 근접하다고 평가받는 점을 고려해야 할 것이다.

13) 정성진, “부정경쟁행위와 불공정거래행위”, 「법학논총」, 12권(2000.2), 국민대학교 법학연구소, 50면. 55면에서 필자는 “공서양속, 신의성실에 위반된다는 뜻으로 해석한다면 부정과 불공정은 결국 같은 뜻으로 이해할 수 있다”라고 설명한다. 즉, 구체적 유형 및 구체방식, 협의의 보호범의 등에서는 구별되나 양 행위 모두 경제 질서의 공정성과 부정을 방지 또는 금지하기 위한 목적성에서는 구별의 실익은 감쇄된다고 할 것이다.

14) 정성진, 전제논문, 51-52면 참조.

(4) 적용 제외에 관한 논의

부정경쟁방지법 제15조 제2항¹⁵⁾에는 독점규제법에 법 제2조 제1호 (라)목부터 (바)목까지 및 (차)목과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다고 규정되어 있다. 따라서 부정경쟁방지법 제15조 제2항에 해당하는 경우 부정경쟁행위를 배제하고 불공정거래행위 등을 적용하면 되는 것인지 아니면 여러 선택적으로 적용할 수 있을지가 문제 될 수 있을 것이다. 실무적으로는 부정경쟁행위와 불공정거래행위를 명명백백하게 구별하거나 식별하는 것이 용이하지 않다. 또한 부정경쟁행위 유형에도 불공정거래행위 유형에도 포섭될 수 있는 경우에는, 금지되는 행위를 모두 유형화하여 규정하는 것 자체가 불가능하고, 설령 모든 금지되는 행위를 유형화하였다고 하더라도 그 신뢰성이 의심받지 않을 수 없기 때문에 경합되거나 중첩될 수 있는 경우를 배제할 수 없을 것이다.

3. 불공정거래행위 법리를 통한 해석방법

부정경쟁행위와 불공정거래행위를 규율하는 것은 원칙적으로 평온한 상태에 대한 침탈 또는 침해는 방지 내지 금지하는 것이다¹⁶⁾. 따라서 행위자 또는 위반자 요건을 판단하여 행위의 위법성 성립을 검토해야 할 필요가 있다.

(1) 행위자

부정경쟁방지법은 법 제2조 1호에서 “타인”이라고 지칭하고 있고, 독점규제법에서는 “사업자”라는 개념으로 지칭한다. 앞서 검토한 바와 같이 “타인”은 시장에 참여하는 자는 모두 “타인”의 개념으로 포섭될 수 있다. 따라서 “타인”의 개념을 경쟁자 또는 적어도 잠재적인 경쟁자에 해당하면 족하고 이를 폭넓게 해석해야 할 특별한 실익은 없다.¹⁷⁾

독점규제법에서는 “사업”의 개념과 범위에 대하여 특별히 규정하고 있지 않다. 일반적으로 사업이라 함은 상대방에게 일정한 경제적 이익을 제공하고 그에 상응하는 반대급부를 받는 행위를 지속적으로 하는 것으로 말하는데, 이에 대하여 경쟁법적

15) 법 제15조 제2항: 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국가·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지 및 차목, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.

16) 전통적으로 이러한 행위를 특별히 취급하기 전까지는 일반 민법상의 불법행위책임으로 규율하였다고 할 수 있다.

17) 유명운, “부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위에 관한 고찰”, 서울대학교 석사학위 논문, 30면 및 문선영, 전계논문, 81면에서는 경쟁자로 국한하지 않고 폭 넓게 일정한 성과를 구축하거나 기여할 수 있으며 그로부터 이익을 얻는 영리행위를 할 수 있는 자이기만 하면 타인의 개념으로 보아야 한다는 견해가 있으나 이러한 견해 역시 “영리행위”를 전제로 하고 영리를 목적으로 하는 이상 시장에 참여하는 자이고 이러한 자는 잠재적인 경쟁관계를 형성하는 자로 볼 수 있을 것이다.

규율이 필요한 개념으로 이해하는 것이 바람직하고, 자기의 계산 하에 사업을 영위하면 족하다고 한다.¹⁸⁾ 따라서 부정경쟁행위의 “타인”과 불공정거래행위의 “사업자”는 모두 시장참여자로서 ‘자신의 이름’ 또는 ‘계산 하에’, ‘이익을 얻는 행위¹⁹⁾’를 하는 자이기만 하면 족하다고 할 것이다.

(2) ‘관련 시장’

“타인”의 개념을 “사업자”와 유사하게 정의하면, 다시 말해서 경쟁자 또는 잠재적 경쟁자라고 한다면 시장참여자들과 일반 공중 또는 소비자 간의 상품 또는 용역(서비스)의 거래를 통한 경쟁에 영향을 미치는 특정한 범위인 일정한 거래분야 또는 관련 시장(relevant market)을 설정하지 않으면 안 된다. 이는 위법성 판단에 있어서 특정 경쟁행위를 규제함으로 인해 관련 산업 및 소비자 후생에 미치는 영향을 고려해야 하기 때문이다.²⁰⁾

관련 시장의 개념을 부정경쟁행위 특히 일반조항의 적용에 있어서 개념적으로 이를 배척할 필요는 없다. 사업자 또는 경쟁자들 사이에 경쟁이 이루어지고 있는 범위 뿐만 아니라, 경쟁정책이 유효하게 적용될 수 있는 한계를 설정하는 것이라는 관점에서 관련 시장은 경쟁제한성이 문제 되는 모든 규제 유형과 관련하여 선행하는 의미를 갖는다고²¹⁾ 볼 수 있기 때문이다. 한편 일반규정이 적용될 수 있는 영역은 대개 잠재적 경쟁관계에 놓일 개연성이 높고 경쟁시장으로 볼 여지가 많은데 비하여, 구체적인 논의가 되고 있지 않고 있는 점을 고려한다면 독점규제법상 관련 시장에 대한 논의에 따라 결정하는 것이 효율적이고 타당할 것이다.

(3) 위법성 요건 판단

부정경쟁방지법은 제2조 제1호 각 목에서 어떠한 행위가 부정경쟁행위에 해당하는지를 유형화하여 열거하고 있고, 기존의 유형으로 판단하기 어려운 경우 보충적으로 (차)목의 일반조항을 직접적 적용하여 해당 행위의 위법성을 판단하고 있다. 이와 마찬가지로 독점규제법 제23조 제1항 8호도 일반조항으로서의 성격을 가지는 것으로 해석되나 실제로 해당 법 규정으로 규율한 예는 찾을 수 없다. 대법원 역시 기타의 불공정거래행위에 대하여 “그 기본적 행위유형이나 이를 가늠할 대상의 기준조차 제

18) 권오승 등 8인 공저, 「독점규제법」, 제4판, 법문사, 2015, 22면 참조.

19) 권오승 등 8인 공저, 전게서, 22면에서는 사업자성에는 영리를 목적으로 할 필요는 없으나 자신의 계산으로 사업을 영위하지 않는 종업원 또는 대리인의 경우에는 사업자성이 부정된다고 한다. 법원도 “하나의 사업자란 ‘자기의 계산으로 재화나 용역을 공급하는 경제활동을 하면서 그 활동과 관련된 각종 결정을 독자적으로 할 수 있는 자’를 의미한다.”라고 하고 있다.(대법원 2005. 12. 9. 선고 2003두6283 판결)

20) 특히 독점규제법에서 관련 시장의 확정 여부에 따라 그 시장의 구조와 그 시장에서의 사업자 수가 달라지기 때문에, 관련 시장의 확정은 경쟁상태를 파악하는데 매우 중요한 의미를 지니게 된다. 권오승 등 8인 공저, 전게서, 25면 참조.

21) 홍명수, 「경제법론 II」, 경인문화사, 2010, 8면 참조.

시되어 있지 아니하여 수범자의 입장에 어떠한 행위가 해당되어 금지되는지 여부를 예측하기가 매우 어렵고 하위 법령으로도 관련된 유형 및 기준이 정해지지 아니한 이상 이를 적용할 수 없다고 하여 실질적으로 동 규정은 의미를 잃었다”²²⁾고 하였다.

한편 부정경쟁행위의 일반조항으로서 개별 사안이 부정경쟁행위에 해당하려면 동법 제2조 제1호 각 유형인 혼동초래행위 유형(가, 나목), 오인유발행위(라, 마, 바목), 저명표지 식별력·명성 손상행위(다목), 대리인의 부당한 상표사용행위(사목), 도메인 이름 부정취득행위(아목), 물품형태 모방행위(자목)에 해당하지 않아야 한다. 즉, (차)목은 보충적 조항으로서 당해 행위가 (가)목 내지 (자)목에 해당하는 경우 각 유형에 따라 부정경쟁행위에 해당하기 때문이다.

불공정거래행위 역시 동법 제23조 제1항 각호에서 세부 유형을 규정하고 있다. 또한 각 유형에 대하여 구체적인 사항을 대통령령으로 위임하고 다시 이를 세분화하고 심사기준을 명확하게 하기 위하여 ‘불공정거래행위 심사지침’(공정위 예규 134호, 2012. 4. 25, 이하 ‘심사지침’이라 한다)²³⁾을 두어 판단하고 있다. 공정위의 심사지침은 ‘경쟁수단의 불공정성’과 ‘거래내용의 불공정성’으로 유형을 구분하여 판단하고 있다.

행위자(위반자)의 행위가 공정한 상거래 관행 또는 경쟁질서에 반하는 방법일 경우 위법성의 행위 요건을 충족한다. 공정한 상거래 관행 또는 경쟁질서에 반하는 방법이라는 문언이 추상적이어서 이를 직접적인 근거로 판단하는 것은 바람직하지 않고, 행위자(위반자)의 시장에서의 지위와 시장의 상황, 방법 또는 수단의 정당성 여부, 일반 공중에의 영향(소비자 후생), 침해받은 이익의 존재 등 여러 가지 상황과 조건을 종합적으로 고려해야 한다. 또한 앞서 살펴보았듯이 ‘공정한 상거래 관행’ 또는 ‘반(反)경쟁질서 행위’는 불공정거래행위에서의 ‘공정거래저해성’ 또는 ‘부당성’과 같은 의미로 보아도 무방하다고 할 것이다. 또한 그 침해하는 행위가 ‘자신의 영업을 위하여’ 행하여져야 하며, 불공정거래행위와 마찬가지로, ‘자신의 계산 하에’와 동일한 의미로 보아야 한다. 따라서 부정경쟁행위의 구체적 유형에 해당하지 아니하지만, 해당 행위가 불공정거래행위의 구체적 유형에 해당할 수 있는 경우라면 ‘공정한 상거래 관행 내지 경쟁질서에 반하는 방법으로’ 또는 ‘공정거래를 저해할 우려가 있는 행위’를 판단할 수 있다고 해야 한다. 이러한 경우 전술한 것처럼 거래상대방 또는 성과를 구축한 자에게 발생한 불이익의 존재, 경쟁자의 침해 내지 당해 시장에서의 경쟁 제한성 효과 등에 대한 종합적인 고려를 하게 된다. 특히 법원은 종합적인 판단 방식을 취하고 있는 것으로 보인다.²⁴⁾

22) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2005두1879 판결.

23) 한편 고시의 법규성을 인정하는 것과 관련하여, 대법원은 “일반적으로 행정 각 부의 장이 정하는 고시라 하더라도 그것이 특히 법령의 규정에서 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여함으로써 그 법령의 내용을 보충하는 기능을 가질 경우에는 그 형식과 상관없이 근거 법령 규정과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규 명령으로서 효력을 가지는 것”이라고 판시한 바 있다. (대법원 1999. 11. 26. 선고 97누 13474 판결)

(4) 불공정거래행위 유형에 따른 위법성 검토

행위자의 침해행위가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 내지 (자)목의 각 유형에 해당하지 아니하고, 일반조항에 의해 적용될 경우에는 불공정거래행위의 구체적 유형으로도 의율 또는 규율할 수 있을 것이다. 따라서 이때에는 당해 행위의 개별 유형에 따른 위법성 검토가 이루어져야 하고, 개별 유형에 해당하지 않는 경우에는 부정경쟁행위 일반조항으로 직접 의율 또는 규율할 수밖에 없게 된다.²⁵⁾²⁶⁾

그러나 불공정거래행위 유형에 따른 해석을 하는 경우에는 법체계적 정합성을 고려하여 제한적으로 해석되어야 하고, 부정경쟁행위의 열거된 유형에 해당할 가능성이 높은 경우에는 해당 유형으로 판단하고, 보충적으로 일반조항을 직접적으로 판단해야 하는 경우에 한하여 비로소 불공정거래행위 법리를 통해 판단하는 것이 바람직하다. 한편, 이에 해당하는 불공정거래행위 유형을 공정위의 심사지침에 근거하여 본고의 성격 상 부정경쟁행위에 해당할 수 있거나 경합 또는 중복 적용될 수 있는 유형을 중심으로 살펴보면 행위 유형의 특성상 ‘경쟁수단의 불공정성 유형’이 이에 해당²⁷⁾하거나 불공정성 유형 중 ‘부당한 고객유인’과 ‘사업 활동 방해’가 이에 해당할 수 있을 것이다.²⁸⁾

한편 불공정거래행위의 유형, 특히 공정위의 심사지침 중 위법성 판단 기준에 따른 세부 유형에 따르면 부정경쟁 행위로서 적용될 가능성이 많은 경우는 경쟁수단의 불공정성 유형인 ‘부당한 고객유인’과 ‘사업 활동 방해’에 해당하고,²⁹⁾ 개별 유형과

24) 대법원 1998. 9. 8. 선고, 96누9003 판결에서 “부당성의 유무를 판단함에 있어서는 거래당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성 및 사업 규모 등이 시장 상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등의 사정을 종합적으로 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지의 여부에 따라 이루어진다고”고 하였다.

25) 즉 부정경쟁행위의 각 유형에 해당하는 경우에는 해당 유형에 따른 위법성 판단을 하면 족하고, 해당하지 않는 경우에는 일반조항으로 해석함이 타당하나 구체적이지 못한 기준과 유형을 불공정거래행위의 세부 유형을 적용하여 판단하고 이것도 여의치 않은 경우에 한하여 보충적으로 부정경쟁행위 일반조항으로서 제한적으로 해석해야 한다.

26) 다만 해당 심사지침은 공통적이고 대표적인 사항을 중심으로 규정되어 있어 열거되지 아니한 사항에 해당한다고 하더라도 법 제23조 제1항에 위반되지 않는 것은 아니라고 하고, 예시 행위에 해당하더라도 공정한 거래를 저해할 우려가 없거나 경미하다고 할 경우에는 법 제23조 제1항에 위반되지 않을 수 있다고 한다. (불공정거래행위 심사지침, 공정위 예규 제134호, 2012. 4. 25. II. 1.)

27) 중복 또는 중첩적으로 적용될 수 있는 유형은 심사지침에서 정하고 있는 불공정거래행위 세부 유형에 따라 구분에 따라 대부분이 불공정성의 주된 내용이 경쟁수단의 불공정성에 집중될 수 있고 일부 경쟁제한성 및 경제력집중 유형이 해당할 수 있을 것이며 개별 사안의 상황 등을 고려한다면 다른 유형들이 배제되는 것이 아니라 적용 가능하나 그 적합성이 낮을 것이다.

28) 부당한 고객유인 유형에는 다시 ① 부당한 이익에 의한 고객유인 ② 위계에 의한 고객유인 ③ 기타의 부당한 고객유인이 있고, 사업 활동 방해 유형에는 ① 기술의 부당이용 ② 인력의 부당유인·채용 ③ 거래처 이전방해 ④ 기타의 사업 활동 방해가 있다.

29) 부당한 고객유인과 사업활동 방해 외에도 세부적으로 다른 불공정거래 유형이 해당할 가

세부적 유형으로 분류하여 이를 해석하여 적용하는 방식을 유지하는 독점규제법의 규율방식을 따를 때에 해당 유형별 위법성 요건을 함께 검토하는 것이 바람직할 것이다.

Ⅲ. 사안의 적용

1. 대상 판결³⁰⁾

(1) 사건경과 및 사실관계

원고와 피고는 모두 온라인 리크루팅 서비스, 직업정보제공업, 직업소개업 등을 주요 사업 분야로 하고 있는 국내 대표적인 인터넷 및 모바일 취업 웹사이트³¹⁾(이하 ‘웹사이트’라 함)를 운영하고 있는 회사이다.

한편 원고는 2010년경 피고가 원고 웹사이트에 게재된 채용정보를 피고 웹사이트로 무단 복제하여 이를 게재³²⁾함으로써 원고의 채용정보에 관한 저작권법상 데이터베이스제작자로서의 권리³³⁾ 및 온라인 디지털콘텐츠산업 발전법³⁴⁾상 온라인콘텐츠제작자로서의 권리³⁵⁾를 침해하였고, 피고의 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법

능성이 없다고 단정할 수는 없는 이유로는 다른 불공정거래행위 유형 역시 명확한 기준과 판단의 잣대가 성립되지 않은 영역이 존재하고, 이를 위한 다양한 사례와 법원의 해석의 축적이 필요하기 때문이다.

30) 서울중앙지방법원 2016. 2. 17. 선고 2015가합517982 판결.

31) 취업 웹사이트(이하 ‘웹 사이트’라 함)라 함은 ‘취업 포털 웹 사이트’와 같으며, 일종의 플랫폼 서비스로서 구인(求人)을 원하는 채용기업에서 웹 사이트에 해당 채용을 위한 공고(이하 ‘채용정보’라 함)를 의뢰하면 웹 사이트 내에서 위치, 노출빈도, 크기 등에 비례하여 공고를 배치하여 웹 사이트를 이용하는 구직(求職)자에게 해당 채용정보를 노출하는 서비스로서 구직자가 아닌 구인기업의 채용정보의 배치와 노출에 따라 과금(課金)(科金)하는 방식으로 사업을 말한다.

32) ‘게재’라 함은 일반적인 글이나 그림 따위를 신문이나 잡지 따위에 실는 ‘掲載’와는 조금은 의미가 다른 ‘웹사이트’에 해당 채용정보를 배치하여 구직자 또는 서비스 이용자가 이를 볼 수 있도록 조치하는 기술적 행위를 말한다.

33) “데이터베이스”는 소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물로서 개별적으로 그 소재에 접근하거나 그 소재를 검색할 수 있도록 한 것을 말하며(저작권법 제2조 제19호), “데이터베이스제작자”는 데이터베이스의 제작 또는 그 소재의 갱신·검증 또는 보충(이하 “갱신등”이라 한다)에 인적 또는 물적으로 상당한 투자를 한 자(법 제2조 제20호)로서 해당 권리는 법 제93조에 규정되어 있다.

34) 구 온라인 디지털콘텐츠산업 발전법(법률 제9932호, 2010. 1. 18.)이며 현재 콘텐츠산업 진흥법(법률 제13821호, 2016. 1. 27.)으로 개정되었다.

35) “온라인디지털콘텐츠제작”이라 함은 정정보통신망에서 사용하기 위하여 디지털 형태의 원정보를 가공하거나 디지털 형태 외의 원 정보를 디지털방식으로 전환 또는 가공하는 것을 말한다.(법 제2조 제5호), 이를 전체적으로 기획하고 책임을 지는 자를 말하며 이들로부터 적법하게 그 지위를 양수한 자를 포함한 자를 “온라인디지털콘텐츠제작자”라 한다.(법 제2

행위에 해당한다고 주장하면서 ‘채용정보 복제 등 금지 가처분 신청’을 하였다.

법원은 본 사안 심리 중 ‘피고는 해당 구인업체로부터 직접 채용정보를 제공받거나 또는 채용정보의 게재에 관하여 동의를 받아 그 채용정보를 피고의 고유한 양식에 직접 입력 또는 기재한 경우를 제외하고는 원고 웹 사이트에 게재된 채용정보를 피고 웹 사이트에 하지 아니한다’는 등의 취지로 조정에 갈음하는 결정³⁶⁾을 한 바 있고, 이후 조정 내용 중 ‘동의’는 “사전적 개별적인 동의”로 변경되었다.

그러나 이후 원고는 피고가 조정조서를 위반하여 재차 자신의 채용정보를 복제하여 피고의 웹사이트에 게재하고 있어 조정조서에서의 부작위의무를 위반하고 HTML³⁷⁾ 소스에 대한 저작권을 침해하였으며, 피고가 사용한 웹크롤링 기술³⁸⁾을 통한 복제행위는 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위에 해당한다는 이유로 소(訴)를 제기하였다.

(2) 쟁점사항

위의 사실관계에 따르면 다수의 법률상 쟁점은 차치하고 본고에서는 문제되는 부정경쟁행위에 해당하는 쟁점 두 가지에 대하여 살펴본다.

첫째, 원고는 자신의 채용정보를 피고가 웹사이트에서 복제하여 이를 그대로 게재한 행위에 대하여 이를 부정경쟁방지법상 제2조 제1호 (자)목³⁹⁾에 해당하는 것으로 주장하지 아니하고 해당 행위가 단순히 부정경쟁 행위에 해당하므로 민법상 불법행위를 구성한다고 주장⁴⁰⁾하였는데, 이에 대하여 법 제2조 제1호에서 열거한 부정경쟁행위에 해당하지 않는 만큼 법 제1조의 부정경쟁행위로서 불법행위로 인정할 수 있는지 여부.

둘째, 부정경쟁방지법에 일반조항이 신설된 이후의 소(訴)에서는 원고는 ‘웹크롤링’을 통한 채용정보의 복제를 부정경쟁 행위로서 원고가 상당한 투자와 노력으로 구축한 성과를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 피고의 영업을 위하

조 제6호)

36) 서울중앙지법 2010카합3892 사건.

37) ‘HTML(Hypertext Markup Language)’이란, 웹문서를 만들기 위하여 사용하는 기본적인 프로그래밍 언어의 한 종류로써, 인터넷에서 웹을 통해 접근하는 대부분의 웹 페이지들은 이 프로그래밍 언어로 작성되고, 해당 명령어에 따라 웹페이지 상의 여러 가지 효과들이 나타나게 된다.

38) ‘웹크롤링(web-crawling)’이란, 특정 웹사이트의 정보를 기계적, 자동적으로 복제하여 특정 서버 또는 데이터베이스에 저장하는 보편화된 기술로 일반적으로 각종 검색포털 사이트에서는 웹페이지들을 순회하는 크롤러(crawler)를 제작, 배포하여 다수의 웹페이지 정보를 수집하고 이를 인덱스(index)화 하여 검색엔진 등을 제공하고 있는 정보수집 IT기술이다.

39) 구 부정경쟁방지법(법률 제11112호, 2011. 12. 2) 제2조 제1호 (자)목 상의 “타인이 제작한 물품의 형태를 모방한 물품”

40) 원고가 소를 제기할 당시에는 부정경쟁방지법상 일반조항에 대한 논의가 있을 뿐 실제 도입 되기 전이었고, 대법원 결정(2010.8.25.자 2008마1541결정)을 인용하여 민법상 불법행위를 구성하는 것으로 주장한 것으로 생각된다.

여 무단으로 사용함으로써 원고의 경제적 이익을 침해하는 것이라며 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목에 해당한다고 주장하였는데 일반적으로 IT업계에서 보편화되고 일반적인 정보수집 기술인 ‘웹 크롤링’을 통한 복제행위가 부정한 경쟁행위로서 포설될 수 있는지 여부가 쟁점이 되었다.

(3) 판결요지

법원은 “타인의 상당한 투자 또는 노력으로 구축한 성과”의 근거로서 채용정보 사이트의 가장 큰 성공 요인은 채용정보 게시 글의 양을 많이 확보하는 데 있다고 하면서 원고가 상당한 마케팅 및 개발 비용 등을 지출하였다고 인정되어야 한다고 하였다. 아울러 “공정한 상거래 관행 또는 경쟁질서에 반하는 방법”에 대해서는 원고가 웹사이트 하단에 원고의 동의 없이 무단 전재 또는 재배포, 재가공할 수 없다고 기재한 점⁴¹⁾, 피고의 행위는 정상적인 크롤링 방식과는 차이가 있는 점 등을 근거로 일반적인 관행에 어긋나는 행위로 봄이 상당하다고 하였다.

또한 무단으로 원고 사이트의 HTML 소스를 복제하는 피고의 행위는 원고의 경제적 이익을 침해하는 것으로서 ‘타인의 경제적 이익의 침해’에 해당한다고 하면서, 이를 종합하여 보면 원고 웹사이트의 HTML 소스를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용하는 행위로 봄이 상당하고, 원고와 피고가 채용정보를 이용한 동종의 영업을 하는 점⁴²⁾에 비추어 볼 때, 이러한 복제로 인하여 원고의 경제적 이익이 침해당하는 손해를 입었다고 판단하여, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 하였다.

2. 불공정거래행위 법리의 적용

(1) 구체적 적용

가. 행위자 요건

위 사안의 경우 원고와 피고 모두 동일 업계(시장)에서 대상 소비자 또는 잠재적 소비자가 구인기업 또는 구직자로 일치하고 사업 또는 운영방식이 유사한 경쟁자 관계에 있다.

41) 하단의 정확한 문구는 ‘본 정보는 개별 구인업체가 제공한 자료를 바탕으로 000가 편집 및 그 표현방법을 수정하여 완성한 것으로 000의 동의 없이 무단 전재 또는 재배포, 재가공할 수 없다’고 게시하고 있다.

42) 이와 관련하여 일반적으로 부정경쟁방지법상 관련 시장(경쟁 시장)의 획정을 전제하지 않는 이론과는 달리 법원은 채용정보를 이용하여 사업을 영위하는 동종의 영업이라고 하여 관련 시장을 획정하고 원고와 피고를 경쟁자로 판단한 것으로 보인다.

나. 관련 시장의 해석

모든 불공정거래행위의 위법성을 판단함에 있어서 필요적으로 관련 시장 획정을 전제하는 것은 아니지만, 공정거래위원회의 심사지침과 판례⁴³⁾의 태도를 볼 때에 경쟁수단의 불공정성 유형을 제외하고는 대부분 경쟁 또는 경쟁자의 식별이 필요하므로 관련 시장 획정이 중요한 의미를 가진다.⁴⁴⁾

한편, 원고와 피고가 거래하는 분야는 온라인을 기반으로 하고 있어 특정 지역이 아닌 특정 물품⁴⁵⁾을 기준으로 일정한 거래분야로 획정하는 것이 타당하다. 통상 온라인 취업 서비스는 원고와 피고 외에도 다수의 시장참여자가 존재⁴⁶⁾하고 이익을 얻는 사업방식 및 서비스를 제공하는 방식 모두 대동소이하다. 따라서 일정한 거래분야 즉 관련 시장은 ‘온라인을 통한 구인자와 구직자를 매개 또는 중개하는 서비스로 운영되고 구인기업의 채용정보의 게시 또는 노출 정책에 따라 이익을 발생시키는 시장’으로 획정할 수 있다.

다. 위법성 판단

침해 행위가 ‘공정한 거래를 저해할 우려’ 즉 ‘공정거래 저해성’을 충족하는지 여부와 관련하여, 공정거래저해성은 불공정성(Unfairness)을 포함하는 개념이다. 이는 경쟁수단 또는 거래내용이 정당하지 않음을 의미하는 것이다.

원고가 운영하는 웹사이트에 게재된 채용정보는 원고가 채용정보와 관련하여 선점한 것으로서, 이를 위하여 일정 부분의 마케팅 비용의 투자하였고, 채용정보의 배열과 채용정보 검색서비스와 각종 부가적 서비스 제공하는 등 고객 유인 노력과 함께 고객흡인력(명성과 신뢰 등)을 보유한 것을 인정할 수 있다. 이를 피고가 바람직하지 않은 경쟁수단⁴⁷⁾을 사용한 행위는 공정한 경쟁을 저해하거나 저해할 우려가 있다고 볼 수 있다.

한편 이러한 경쟁수단을 이용한 거래행위에 있어서 피고의 행위가 공정한 거래질을 해할 우려가 있다고 보는 이상 그 행위가 불공정거래행위 중 어느 유형에 해당하는지에 따라 구체적인 위법성을 판단할 필요성이 있고, 공정위 심사지침에서는 ‘안전

43) 대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결.

44) 위 사례는 경쟁수단의 불공정성 유형에 해당하는 부당한 고객유인 또는 사업활동 방해이나 통상적인 불공정거래행위 법리 적용을 고려하여 관련 시장 획정을 검토한다.

45) 기준이 되는 ‘특정 물품’은 구인기업이 웹사이트에 업로드(upload)하는 채용정보

46) 다만 인터넷 취업 플랫폼 시장의 신고인인 피신고인 등 어느 일방업체가 과점을 이루고 있지는 않지만, 신고인인 피신고인의 매출 및 영업이익을 살펴보면 두 업체가 전체 온라인 취업 플랫폼 시장에서 차지하는 비율은 신고인이 비상장기업으로서 기업공개(IPR)를 하지 않아 정확하지는 않으나 전체 업계 매출총액 및 직원 수 채용공고 비용 등을 토대로 약 7할 정도를 차지하고 있는 것으로 추측된다.

47) ‘웹 크롤링’을 통한 복제는 단순히 복제행위를 넘어 그 목적상 복제와 수집을 위하여 기계적이고 자동적인 방법으로서 이를 인력이 수행하는 것으로 치환하면 투자비용 측면에서 상당히 유리할 수 있을 것이다.

지대 설정⁴⁸⁾이 경쟁제한 요건에 대하여 적용된다. 공정위 심사지침 「VI. 개별행위 유형별 심사기준」에 의한 행위 유형을 적용할 필요성이 있다고 할 것이다.

라. 위법성 세부 유형 해당성

(a) 부당한 고객유인

원고의 웹사이트에 게시 또는 게재된 구인기업의 채용정보를 피고인이 복제·수집하여 개별적으로 해당 구인기업의 채용정보를 사전 동의를 획득하여 자신의 웹사이트에 게재하는 행위(이하 “이 사건 침해행위”)는 무료 채용정보로 게시를 하여 유료 채용정보 대비 상당히 노출이 적고, 피고의 웹사이트 게시를 동의하는 조건으로 유료 채용정보에 해당하는 수준의 노출과 위치를 보장해주면서도 과금(課金)을 하지 않겠다고 한다면, 정상적인 거래관행으로는 유료로 이용해야 하는 서비스를 무료로 이용한 만큼의 이익을 제공받은 것으로서 결국 고객을 자신과 거래하도록 유인하는 행위인 ‘부당한 이익에 의한 고객유인’에 해당할 것이다.

한편 공정위 심사지침에 따르면 이익제공 또는 제의의 방법에는 제한이 없고 원래 부과되어야 할 요금·비용의 감면 등 모든 경제적 이익이 포함되고, 객관적으로 고객의 의사결정에 상당한 영향을 미칠 수 있는 가능성이 있으면 유인 가능성을 인정할 수 있다고 한다.

구인기업이 채용정보를 온라인 취업 플랫폼 사업자에게 무료 또는 유료로 제공하는 목적은 구직자에게 자신의 채용과 관련된 정보를 널리 알려서 입사 지원을 하게끔 만드는 것이다. 따라서 비용과 시간을 별도로 투입하지 않거나 현저히 낮은 수준의 비용으로 자신의 채용정보를 다른 비중 있는 사업자의 웹사이트에 게시 또는 게재되는 것, 그리고 구직자 측면에서도 하나의 웹사이트에서만 열람이 가능한 것을 자신의 취향과 선택을 통해 타 사업자의 웹사이트에서도 열람이 가능한 점은 결국 소비자후생으로 이어지게 될 수 있다. 한편, 이러한 침해행위가 공정거래저해 효과를 현저히 상회하는 수준으로서 인정되어 피고의 경쟁수단의 불공성이 조각되기 위해서 즉, 안전지대가 설정되기 위해서는 이익의 제공 또는 제의로 인한 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과가 공정거래저해 효과를 현저히 상회하는 경우에 해당 하여야 하나, 구직자 측면에서는 피고 웹사이트에서 해당 채용공고를 검색 또는 자신이 직접 찾지 않는 한 유료 채용공고에 비하여 위치나 노출빈도, 디자인적 차별성이 낮아서 보다 유리한 조건으로 채용공고를 등록할 수 있는 것도 아니어서, 피고 웹사이

48) 안전지대(Safety Zone)란 사업자의 시장점유율 등에 비추어 통상적으로 공정거래저해성이 미미할 것으로 인정되는 경우 불공정거래행위의 외형에 해당되는 행위가 있다고 하더라도 공정거래저해성이 없는 것으로 보아 공정거래위원회가 원칙적으로 심사절차를 하지 않는 ‘심사면제 대상’을 의미한다. 다만 안전지대에 해당되는 사업자의 행위라도 공정거래위원회가 동법의 적용을 위한 심사를 개시할 수 없는 것은 아니다. 또한, 안전지대에 해당되지 않는 사업자의 행위라고 하여 자동적으로 위법성이 추정되는 것은 아니다. (공정위 예규 제 134호, 불공정거래행위 심사지침, 2012. 4. 25.)

트의 채용공고 수(數)나 량(量)을 증가시키는 것에 비하여 구인기업 및 구직자에게 특별히 유리하거나 효율성 증대에 해당한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

(b) 사업활동 방해

사업자가 다른 사업자의 기술을 부당하게 이용하거나 인력을 부당하게 유인·채용하거나 거래처의 이진을 부당하게 방해하는 등의 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해할 경우 가격과 질, 서비스에 의한 경쟁을 저해하는 경쟁수단이 불공정한 행위에 해당한다.⁴⁹⁾

이에 해당하는지를 검토하기 위해서는 우선적으로 위 사례에서 피신고인이 복제·수집에 사용한 ‘웹 크롤링’ 기술이 공정위 심사지침상의 ‘기술의 부당이용’에 해당하는지와 가사 기술의 부당이용에 해당하지 않는다면 침해행위가 그 외의 부당한 방법으로 사업활동을 방해한 행위, 즉 ‘기타의 사업활동 방해’에 해당하여 불공정거래행위로서 금지되는 것인지를 살펴보아야 할 것이다.

공정위 심사지침상의 위법성 판단 기준에 따라 해당 기술이용의 부당성 여부⁵⁰⁾를 참고하면, 사례의 ‘웹 크롤링’ 기술은 IT서비스에서는 보편화된 기술로서 다양하게 변형되어 사용되고 있는 ‘크롤러’를 사용한 것으로써 특허법 등 법령이나 상당한 노력에 의하여 보호되는 ‘기술’로 보기에 는 무리가 있다고 할 수 있다. 원고의 사업활동이 심히 곤란할 정도에까지 ‘크롤러’ 기술 자체만으로 원고 매출액의 상당한 감소가 있었다고 볼 수 없고, 피고는 ‘크롤러’를 통해 공고를 수집한 이후 구인기업에게 사전에 개별적으로 피고 웹사이트 게재에 대하여 동의를 받는 절차를 거치고 있는 등 선택권을 보장하는 등, 고객 또는 잠재적 고객의 직접적인 감소에 큰 영향이 없다고 보아야 할 것이므로 기술이 부당이용을 통한 경쟁을 저해하는 경쟁수단이 불공정한 행위에 해당하는 것으로 보기에 는 어렵다고 할 것이다.

한편 ‘기술의 부당이용’ 유형이 아니라 ‘기타 사업활동 방해’에 해당할 수 있는지와 관련하여 살펴보면, 앞선 방해의 방법 외의 부당한 방법으로 사업활동을 심히 곤란하게 하는 행위이어야 하는데 ‘웹크롤링’ 기술을 이용한 복제·수집 행위가 원고의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도에 이르려면, 원고의 시스템에 과부하를 발생시키거나⁵¹⁾ 유료 채용정보를 게재하던 구인기업의 해당 채용정보가 삭제되거나 변형을 이루어지는 등의 사실 또는 발생할 가능성이 있는 경우에 이르러야 할 것이다. 그러나 사실관계를 종합하여 보면 이러한 사실은 확인하기 어려워서 ‘기술의 부당이

49) 불공정거래행위 심사지침 V. 8. 사업활동 방해 (공정위 예규 제134호, 불공정거래행위 심사지침, 2012. 4. 25.)

50) 공정위 심사지침상 부당성 여부의 판단을 위해서는 기술이용의 목적 및 의도, 당해 기술의 특수성, 특허법 등 관련 법령 위반 여부, 통상적인 업계 관행 등이 고려되어야 한다고 한다.

51) 이 경우에 해당하는 경우에는 “정보통신망법 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률” 제48조에 의거하여 정보통신망 침해행위를 구성할 수 있다.

용’ 또는 ‘기타의 사업활동 방해’ 유형에는 해당하지 않는 것으로 판단된다.

3. 소결

통상적으로 부정경쟁행위는 사인 간의 소송으로 다루어진다고 할 수 있고, 침해의 금지와 침해로 인한 피해의 전보 내지 배상의 청구가 주된 목적일 것이다. 반면 당해 행위가 불공정거래행위에 해당할 수 있는 경우에는 공정하고 자유로운 경쟁 촉진을 보장하기 위하여 사인의 피해 전보를 주된 목적으로 하지 아니하고, 환경 조성 즉, 행위 제재 또는 규제를 통하여 정당한 경쟁환경을 조성하고 유지하는 데 있다.

한편, 법원이 해당 행위를 부정경쟁행위로 판단하기 위해서는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 내지 (자)목에 열거한 행위이거나 (차)목의 일반조항으로 판단할 수 있고, 이러한 경우 위법성 요건을 엄격하게 검토해야 한다. 위법성을 판단하는 경우 ‘공정한 상거래 관행’ 또는 ‘경쟁질서에 반하는 방법’으로 행해진 침해인지를 검토하는 경우라고 할지라도 법원은 독점규제법상 불공정거래행위로서 위법성을 판단하지 못할 이유가 없고, 부정경쟁방지법 제15조 제2항에도 명시적으로 독점규제법에 다른 규정 즉, 해당 규정이 있는 경우 이에 따를 수 있으므로 그 위법성 요건 내지 판단 기준이 모호한 부정경쟁법상 일반조항을 직접 적용하여 판단하기보다는 불공정거래행위를 적용하는 것이 바람직하다고 하겠다.

법원에서 행위자 요건을 판단함에 있어서는 부정경쟁행위의 행위자를 경쟁자에 한정하지 않고 넓은 의미로 시장 참여자 및 잠재적 시장 참여자로 보는 일반적인 견해와는 달리 불공정거래행위 법리와 마찬가지로 경쟁관계에 있는 시장 참여자로 보았다.⁵²⁾ 피고의 침해행위는 비록 사전적 개별적으로 동의를 받아 게재하였다고 하나, 구인기업에게는 등록에 따른 비용을 무료로 해주거나 또는 신고인에게 등록하는 것보다 유리한 위치, 노출빈도 등의 조건을 제시하고 구직자에게는 피신고인의 웹사이트의 채용정보의 양이 증가하여 원고에 대한 충성심이 약화되는 효과가 발생할 수 있는 등 공정한 경쟁을 해하는 불공정거래행위로서 부당한 고객유인 유형에 해당하고, 공정거래위원회 심사지침상 위법성이 조각될 수 있는 안전지대에도 해당하지 않고, 결국 부정경쟁행위든 불공정거래행위든 결과적으로 차이가 없다고 할 것이다.

부정경쟁행위와 불공정거래행위를 금지하는 것이 공정한 경쟁, 공정한 상관행의 위반 또는 경쟁질서에 반하는 것을 규제 또는 규율하는 것으로 이해한다면 부정과 불공정은 결과적으로 같은 뜻으로 이해할 수 있게 된다. 해당 행위를 단순히 사인간의 부정한 경쟁으로 한정시키는 것보다 장래의 침해행위 재발을 예방하고, 다른 시

52) 이러한 의미에서 경쟁자 관계를 규명하는데 있어서 필연적인 독점규제법상 ‘관련 시장 확정’은 그 의미가 크다고 할 수 있을 것이다.

장 참여자의 공정한 경쟁이 가능하도록 하는 점까지 고려한다면, 불공정거래행위로서 규율하는 것이 바람직하고, 법 기술적 해석방법을 떠나 부정경쟁방지법 제15조 제2항의 입법취지에도 부합하는 것이다.

IV. 결론

2014년 개정되기 전의 부정경쟁법상 열거된 부정경쟁행위로는 기술적 변화와 다양한 경쟁수단 등의 출현으로 인한 새로운 유형의 부정경쟁행위를 규제 또는 규율하기엔 부족하였다. 이에 법 개정으로 인한 부정경쟁행위 일반조항의 도입은 이러한 행위를 일반적이고 보충적인 역할의 수행의 관점에서 그 의미를 가질 수 있다. 특히 일반 민법상 불법행위 법리 적용을 통한 기존의 해결방법에서 벗어나 법체계적 정합성을 일부 해소하고 부정경쟁행위로 열거되지 않은 행위와 타인의 상당한 성과 등을 자신의 이익을 위해 이용함으로써 창작적 아이디어나 노력을 해하거나, 경쟁질서를 혼란스럽게 하는 행위에 대한 합리적인 규율을 가능하도록 하였다.

그러나 규제와 규율은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 하고, 행위자 또는 시장 참여자 입장에서는 해당 행위가 부정경쟁행위로 규율되는 행위인지 여부에 대하여 합리적인 예측이 가능하도록 하는 것은 매우 중요한 의미를 지닌다. 규제가 지나치게 확장되거나 추상성을 감소 또는 제거하지 못하는 등 합리적 적용기준이 명확하지 않는 경우라면, 법적 안정성 측면과 다른 법률과의 관계 등을 고려하여 보충적, 선택적 그리고 제한적으로 운용되어야 할 것이다.

아울러 독점규제법상 불공정거래행위 규정 역시 부정경쟁방지법과 같이 일반조항을 규정하면서도, 실제로 이를 근거조항으로 적용한 예는 찾아볼 수 없고, 법원 역시 합리적이고 명확한 해석 기준을 제시하지 못한다는 이유로 이를 직접적으로 적용하는 것에 대단히 소극적인 점은, 부정경쟁행위 일반조항의 적용과 해석에 있어서 필요적으로 참고가 되어야 할 것이다.

실제 부정경쟁행위와 불공정거래행위는 규제 목적상 본질적으로 명백한 차이가 없다. 또한 반경쟁적 행위 또는 자유롭고 공정한 거래질서를 해하는 행위를 금지하는 것임에도, 이를 실정법에서 이원적으로 규정하고 있다는 점을 근거로서 이를 다르게 취급하는 것은 우리의 법체계의 연혁적인 문제는 차치하고서라도, 법적 안정성과 피해구제의 효율적 측면에서 바람직하지 않다. 앞서 논의한 쟁점들을 통해 이러한 문제점을 확인할 수 있다.

특히 법원이 부정경쟁행위 일반조항을 근거로 판단하면서도 사안에 따라 불법행위 법리를 여전히 적용하고 있는 점은, 아직 독립적인 위법성 판단 기준이 성립될 수

있는 충분한 사례가 축적되지 않았음을 고려한다고 하더라도, 독점규제법상 불공정거래행위 법리를 적용하여 해석하는 것이, 보다 명확한 판단 기준과 설명이 가능하고 결과적으로도 해당 행위로 침해받은 자를 구제할 수 있음은 물론 나아가 침해 재발방지와 함께 공정한 경쟁환경 조성에도 도움이 될 것이다.

부정경쟁방지법상 일반조항을 근거로 쉽게 침해행위를 규율하는 것은 자유롭고 공정한 경쟁질서의 유지와 보장이라는 취지와 효율성 그리고 법적 안정성을 충분히 고려하지 못하게 될 것이다. 특히 부정경쟁행위 법리 측면에서는 경쟁자의 이익이 소비자후생 증대 효과가 상대적으로 고려되지 않는 점에서, 불공정거래행위 법리를 적극적으로 기능하게 하는 것이 보다 현실적이고 효과적인 방법일 것이다.

따라서 부정경쟁행위와 불공정거래행위가 경합 또는 중복되는 경우에는 우선적으로 불공정거래행위 법리 적용을 통한 해석과 법 정합성 측면과 규제되는 행위가 무엇인지 예측 가능하게 하여 일반조항의 한계를 극복하고, 결국 소비자후생 증대와 더불어 공정한 경쟁질서를 유지하는데 충분한 대안으로서 작용 또는 기능할 수 있을 것이다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 강봉관, “불공정거래행위 법리 적용을 통한 부정경쟁방지법상 일반조항의 해석에 관한 연구”,
명지대학교 석사학위 논문
- 문선영, “부정경쟁행위 일반조항에 관한 주요 법적 쟁점 연구”, 「과학기술법연구」, 제22집
제1호(2016. 1.), 한남대학교 과학기술법연구원
- 유영운, “부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위에 관한 고찰”, 서울대학교 석사학위 논문
- 이호영, “경쟁법과 불공정거래행위의 관계에 관한 비교법적 연구”, 「법학논총」, 제33집 제1
호(2016). 한양대학교 법학연구소
- 정성진, “부정경쟁행위와 불공정거래행위”, 「법학논총」, 12(2000.2.), 국민대학교 법학연구소
- 정연택, “불공정거래행위 규제에 대한 제한원리”, 「청연논문집」, 제13집(2006), 사법연수원
- 최승재, “부정경쟁방지법 (차)목에 대한 하급심 판결의 동향 분석”, 서울지방변호사회, 변호사
제49집(2017. 1.)

<단행본>

- 권오승, 「경제법」, 법문사, 2015
- 권오승 등 8인 공저, 「독점규제법」, 제4판, 법문사, 2015
- 사법연수원, 「2015 부정경쟁방지법」, 사법연수원, 2015
- 홍명수, 「경제법론 II」, 경인문화사, 2010

[Abstract]

A Study on Interpretation of 'General Clause of the Unfair Competition Prevention Law' Through Unfair Trade Practices

Kang Bong kwan

Competition means and methods that have been used in the conventional trading field have changed economic values and asset types in various ways across society and economy due to a new technological development, such as social media, object internet and artificial intelligence, which are defined as so-called fourth industrial revolution, and caused new forms of unfair competition to emerge that are difficult to regulate and discipline with existing laws and regulations.

In order to deal effectively with these issues, in addition to the type of unfair competition practice that are listed in clause (a) and (b), the clause (h), the prohibition of 'the act of infringing the economic interests of others by unauthorized use of the performance made by the substantial investment or effort of others for their own business in a manner contrary to fair trade practice or competitive order, newly was established, as Act No.11963 July 30, 2013 amended the Unfair Competition Prevention and Trade Secrets Protection Act(hereinafter referred to as the "Unfair Competition Prevention Act").

The newly established general provision has a great significance in that it has been able to discipline unfair competition practices as a general type of unfair competition act that was solved by applying the law of illegal acts in the previous civil law for actions that do not fall under the specific type of unfair competition practice. However, since the words of the general clause of unfair competition are legislated on the basis of the decision of the Supreme Court, which is the basis of the introduction, they do not provide the criteria of clear judgment, and are defined in a comprehensive and abstract manner. In particular, it is difficult to predict whether or not an act is an act of infringing anti-competitive or fair conduct. Therefore, it is necessary to strictly examine and restrict the application requirements of the general provision, since its scope of application may be expanded.

In addition, for the fact that the expression "fair" as in the Monopoly

Regulation and Fair Trade Act ("Monopoly Regulation Act") is used, the fact that unfair competition practices can be applied in competition with or overlapping with the Monopoly Regulation Act, and consistent court precedents construe the competitors' requirements only for those who have committed unfair competition.

Above all, considering that there is no difference between both unfair competition practice and unfair trade practice in the regulation of fair competition order or transaction order, the application and interpretation of the unfair trade practice jurisprudence would rather reduce the abstraction of the general clause of the unfair competition practice, and would be able to make the Fair Trade Committee maintain a fair and sound trading order based on the experience accumulated in the long run of the national economic life as an efficient regulation.

<key words>

The unfair Competition Prevention Law, General Clause of The unfair Competition Prevention Law, Unfair Trade Practices, A Study on Interpretation of 'General Clause of The unfair Competition Prevention Law' Through Unfair Trade Practices

유료방송시장 경쟁상황 평가의 개선 방안

홍명수*

논문요지

방송은 희소한 자원인 전파를 이용하여 제공되며, 여론을 주도하는 특성으로 인하여 공익적 성격이 강한 상품으로서 이해되어 왔다. 그러나 방송의 기반이 되고 있는 기술적 조건의 변화, 특히 프로그램의 제작과 전송 등이 디지털 방식으로 가능하게 된 환경의 변화는 방송을 전통적인 공익적 관점에서만 이해하는 것에서 벗어날 것을 요구하고 있다. 이러한 변화는 방송에 대한 경쟁정책적 관점이 반영될 필요성을 낳고 있으며, 이를 받아들여 정부에서도 방송시장이 경쟁상황 평가를 정기적으로 행하고 있다.

방송시장의 세부 시장의 하나로 유선방송, 위성방송, IPTV가 포함된 유료방송 시장은 각각의 상품을 제공하는 사업자 간에 치열한 경쟁이 벌어지는 시장이며, 방송시장 평가에 있어서도 중요한 세부 시장의 하나로 다루어지고 있다. 이와 관련하여 2016년의 유료방송시장 경쟁상황 평가는 중요한 변화를 담고 있다는 점에서, 동 평가가 적절하고 타당하게 이루어진 것인지에 관한 논의의 필요가 있다. 특히 시장획정과 관련하여 관련 상품시장 획정에서 아날로그 방식과 디지털 방식을 현재 시점에서 분리하는 것이 타당한지, 지리적 시장 획정에서 지역별 시장이 아닌 전국시장으로의 획정이 타당한지에 관하여 심도 있는 논의가 필요할 것이다. 그 밖에 관련 시장에서의 지배력 판단을 위하여 중요한 자료가 될 수 있는 이용자의 전환가능성에 대한 충분한 자료 제시가 이루어지지 못하고 있는 점, 그리고 현재 방송 제공에 있어서 일반적인 방식으로 자리잡아 가고 있는 결합판매에 대한 분석 틀이 충분하게 반영되고 있지 못한 점은 문제로 지적할 수 있을 것이다.

검색용 주제어: 방송시장, 유료방송시장, 관련시장 획정, 결합판매, 경쟁상황 평가

· 논문접수: 2017. 11. 23. · 심사개시: 2018.01.13. · 게재확정: 2018.01.24.

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학석사

I. 서론

방송산업에 경쟁적 요소가 도입되고 있는 상황에서 방송시장의 경쟁 상황은 정책 수립과 추진의 중요한 기초가 되고 있다. 방송산업은 현재도 많은 부분에서 규제산업으로서의 특징을 갖고 있지만,¹⁾ 지속적으로 경쟁적 요소가 도입되어 온 영역이다.²⁾ 경쟁제한성에 초점을 맞춘 규율은 방송산업에 속한 다양한 시장에 일반적으로 적용되고 있으며, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법)이 방송산업에서 사업자의 행위를 규제한 사례도 축적되고 있다.³⁾ 물론 방송산업은 여전히 규제산업으로서의 특징을 갖고 있고, 현행 방송법 등도 방송의 공익적 성격이 반영된 규제체계를 이루고 있다. 그렇지만 산업 내 경쟁적 요소의 확대에 인하여 기존 규제체계의 변화가 계속되어 왔으며, 특히 IPTV와 같은 새로운 형태의 방송서비스의 도입은 경쟁정책적 측면에서 의미 있는 전환을 가져오고 있다. OECD는 IPTV의 보급과 관련하여 “관련 시장에서 점증하는 경쟁 수준에 의하여 방송 규제가 완화될 수 있다”고⁴⁾ 하였는데, 이러한 시각에서 경쟁과 공적 규제는 상호 보완적인 관계로 이해될 수 있을 것이다.

동 언급에서와같이 방송시장에서 경쟁 수준의 점증적인 증가는 이를 규율하는 법 체계에도 영향을 미치고 있다. 특히 2011년 방송법 개정은 명시적으로 경쟁정책을 중요한 정책목표로 수용한 것으로 볼 수 있는데, 동 개정에 의하여 신설된 제35조의 5는 효율적인 경쟁체제 구축과 공정한 경쟁 환경의 조성을 위한 방송시장 경쟁상황 평가의 근거를 제시하고 있다.⁵⁾ 특히 동조 제4항은 방송시장의 경쟁상황 평가를 매해 실시할 것을 규정하고, 이를 국회에 보고할 것을 요구하고 있다. 아울러 동 개정에서는 제85조의2를 신설하여 방송사업자의 행위를 규제하는 근거를 마련하였는데, 이때 금지되는 행위는 “공정한 경쟁 또는 시청자의 이익을 저해하거나 저해할 우려가 있는 행위”를 의미하며, 이로써 공정한 경쟁이 방송 시장에서 방송사업자 행위의 준칙으로 제시되었다.

방송산업에서 경쟁상황 평가에 대한 근거가 마련된 것의 시초는 2008년 「인터넷

1) 상품에 내재한 공익적 요소로 인하여 공적 규제가 여전히 타당한 영역으로서 규제산업의 의의에 관하여, Richard J. Pierce Jr. & Ernest Gellhorn, *Regulated Industries*, West Group, 1999, pp. 11-12 참조.

2) 주과수의 희소성으로 한정된 주체만이 방송서비스를 제공할 수밖에 없는 구조적 특성은 여론 형성과 같은 사회적 기능의 중요성과 결합하여 방송에 대한 공익적 규제의 주된 근거가 된다. Wayne Overbeck, *Major Principles of Media Law*, Thomson Wadsworth, 2005, pp. 427-428 참조.

3) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2008두16407 판결(CJ헬로비전 사건), 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결(티브로드 사건) 등.

4) OECD, *IPTV: Market Developments and Regulatory Treatment*, 2007, p. 6.

5) 김정태, 방송법 해설, 커뮤니케이션북스, 2013, 77면은 동 조항의 신설을 방송시장의 균형 성장을 도모한 것으로 이해한다.

멀티미디어 방송사업법」(이하 IPTV법)의 제정이며, 동법 제12조는 공정경쟁의 촉진에 관한 규정을 두었다. 동조 제1항은 정부에게 IPTV 사업에서 효율적인 경쟁체제 구축과 공정한 경쟁 환경 조성을 위하여 노력할 의무를 부과하고, 제2항 내지 제5항에서 당해 시장의 경쟁상황 평가를 위한 근거 규정을 두었다. 경쟁상황 평가에 관한 동 규정은 전술한 방송법 제35조의5의 신설에 따라서 방송시장 전반에 대한 경쟁상황 평가에 흡수됨으로써 IPTV법에서 독자적인 경쟁상황 평가 규정은 삭제되었지만, 방송시장의 경쟁상황 평가에 관한 연혁적인 이해를 돕는다. 즉 기간통신망을 보유한 사업자에 의한 IPTV 서비스의 제공은 방송시장의 경쟁에 주목을 요하는 계기가 되었으며,⁶⁾ 결국 2011년 방송법 개정은 방송시장 전반에 걸쳐 이러한 평가가 필요해졌음을 반영한 것으로 볼 수 있다.

방송법 제35조의5의 신설 이후 동 규정에 따라서 매년 방송시장의 경쟁상황 평가가 이루어지고, 동 시장에서 정책 결정의 유력한 기초가 되고 있다. 2012년 이후 계속되고 있는 평가는 방송산업을 구성하는 주요 시장을 방송광고시장, 유료방송시장, 방송채널 거래시장, 방송프로그램 거래시장으로 분류하고 있다. 나아가 각 시장별로 구체적인 시장을 확정한 기초 위에 시장의 구조, 행위, 성과 등을 평가하고, 각 시장별로 특유의 쟁점을 현안으로서 다루고 있으며, 유료방송시장의 평가도 이러한 분석틀에 입각하여 이루어지고 있다. 최근 방송산업은 급격한 변화 과정에 있으며, 거의 모든 산업으로 침투되고 있는 디지털화(digitalization)와 광범위하게 전개되고 있는 융합(convergence)은 방송산업의 근본적인 변화를 낳고 있다. 특히 방송 서비스를 수용하는 방식의 다양화는 전통적인 방송의 경계를 모호하게 함으로써 경쟁 상황에 복잡성을 더하고 있다. 매년 유료방송시장의 경쟁상황 평가에도 이러한 변화가 반영되어야 하며, 여기에 지속적으로 평가의 개선을 논의할 필요성이 존재한다. 이하에서 유료방송시장 경쟁상황 평가의 개선에 관하여 논의하고자 한다. 우선 현재 행해지고 있는 경쟁상황 평가를 살펴보고(Ⅱ), 구체적인 문제점과 개선안을 제시하는(Ⅲ) 순으로 논의를 전개할 것이다.

Ⅱ. 유료방송시장 경쟁상황 평가 현황

1. 유료방송시장 경쟁상황 평가의 근거와 수행 방식

현재 유료방송시장 경쟁상황 평가는 방송시장의 세분화된 시장의 하나로 행해지고 있다. “2016년도 방송시장 경쟁상황 평가 보고서”(이하 2016 평가서)는 방송산업 가

6) 김형찬, “통신법상 경쟁활성화 정책의 현황과 과제”, 권오승·이원우 편, 「공정거래법과 규제산업」, 법문사, 2007, 550-552면.

치사슬과 주요 매출이 발생하는 거래관계를 고려하여, 즉 방송콘텐츠 제작-패키징-배급이라는 방송산업 가치사슬의 단계에 따라서 전체 방송시장을 방송광고 시장, 유료방송(가입자) 시장, 방송채널 거래시장, 방송프로그램 거래시장으로 구분하고 있으며,⁷⁾ 이러한 분류에 따라서 유료방송시장 경쟁상황의 평가가 이루어지고 있다.

방송법 제35조의5 제1항은 방송통신위원회에 방송시장(IPTV 포함)의 효율적인 경쟁체제 구축과 공정한 경쟁 환경을 조성하기 위하여 ‘방송시장 경쟁상황 평가위원회(이하 평가위원회)’의 설치를 의무화 하고 있다. 제2항은 9명의 위원으로 하는 평가위원회의 구성, 제3항은 방송사업자 및 IPTV사업자에 대한 자료 제출 요청 그리고 제4항은 방송통신위원회가 매년 방송시장 경쟁상황 평가를 실시하고 이를 국회에 보고할 의무에 관하여 규정하고 있다. 동법시행령 제22조는 평가위원회의 심의사항과 구성 및 운영에 관하여 규정하고 있는데, 특히 동조 제1항 제1호는 “방송시장의 경쟁상황 분석 및 평가에 관한 사항”을 심의사항으로 법정하고 있다. 2012년 이후 구체적인 평가 업무는 정보통신정책연구원에서 수행하고 있으며, 매년 12월 평가위원회의 심의를 거쳐 방송시장 경쟁상황 평가의 결과보고서를 제출하고 있다.

2. 유료방송시장의 의의와 시장획정

(1) 유료방송시장의 의의

유료방송은 개념적으로 시청자가 일정한 대가를 지불하고 방송서비스를 이용하는 유형의 방송을 말하며, 지상파 방송과 같이 무료로 제공되는 서비스에 대비된다. 서비스 제공이나 이용 측면에서 보면, 지상파 방송의 경우 공적 자원인 특정 주파수를 활용한 전파 방식으로 서비스가 제공되고, 시청자는 특별한 비용 부담 없이 이에 대한 물리적 접근이 가능하다. 또한 방송의 공공적 성격과⁸⁾ 보편적 서비스로서의 특성도 무료 방식으로 제공되는 지상파 방송의 의의를 뒷받침한다. 반면 유료방송의 경우 유료방송사업자는 공적 자원인 전파를 이용하는 대신 방송 제공을 위한 설비를 스스로 구축하고, 기본적으로 이윤 동기가 결합된 상태에서 방송을 제공한다.⁹⁾ 이용자도 방송서비스의 이용에 대한 대가를 지불하게 되며, 이러한 점에서 유료방송의 이용자는 보편적 서비스를 향유하는 시청자보다는 상품을 구매하는 소비자 개념으로 이해하는 것이 보다 적합할 수 있다. 물론 이와 같은 유료방송의 거래 관계적 특성

7) 방송통신위원회, 2016년도 방송시장 경쟁상황 평가 보고서, 2016, 25면.

8) 주파수의 한정성에 의하여 소수의 주체만이 방송서비스를 제공할 수밖에 없는 구조적 특성과 여론 형성의 사회적 기능 등이 종합적으로 방송의 공익적 성격의 근거가 된다. Wayne Overbeck, *Major Principles of Media Law*, Thomson Wadsworth, 2005, pp. 427-428 참조.

9) 김희경, 「유료 방송 산업의 이해」, 커뮤니케이션북스, 2015, 17-18면 참조.

으로 인하여 방송으로서의 성격이 완전히 사라진 것으로 볼 수는 없으며, 방송과 이윤 추구의 대상인 상품으로서의 특성이 공존하고, 따라서 여전히 방송의 공공성에 기초한 규제 대상이 되고 있다. 그렇지만 유료방송의 경우 산업적인 특성이 부각됨을 부인하기 어려우며,¹⁰⁾ 이러한 점에서 경쟁상황 평가의 대상으로서 유료방송은 적절한 것일 수 있다.

현재 소비자를 대상으로 한(B2C) 유료방송의 제공은 세 가지 방식으로 이루어지고 있다. 케이블(SO), 위성방송, IPTV가 이에 해당하며, 이들은 순차적으로 유료방송시장에 진입하였다. 케이블 방송의 경우 유선망을 통하여 방송을 제공하는 것을 말한다. 당해 사업에 관하여 방송법 제2조 제2호 나목은 종합유선방송사업으로 칭하고, 종합유선방송국(다채널방송을 행하기 위한 유선방송국설비와 그 종사자의 총체)을 관리·운영하며 전송·선로설비를 이용하여 방송을 행하는 사업으로 정의하고 있다. 위성방송은 위성에서 전송하는 방송신호를 수신하는 방식으로 이루어지며, 방송법 제2조 제2호 다목은 위성방송사업을 인공위성의 무선설비를 소유 또는 임차하여 무선국을 관리·운영하며 이를 이용하여 방송을 행하는 사업으로 정의하고 있다. IPTV는 초고속인터넷망에서 인터넷 프로토콜을 사용하여 디지털 방식으로 전송되는 방송을 말한다. 이러한 기술적 기반 위에서는 방송과 함께 VOD(주문형 비디오), 웹 브라우저의 이용, VoIP(인터넷 전화, Voice over Internet Protocol) 등의 서비스 결합이 용이하게 이루어질 수 있으며, 따라서 어느 범위까지 IPTV의 기본 요소로 볼 수 있는지가 쟁점이 될 수 있다. 이와 관련하여 OECD는 IPTV를 텔레비전 수상기로 시청할 수 있는 수준(broadcast quality)으로 인터넷 프로토콜에 의하여 전송되고, 선형 또는 비선형 방식의 프로그램 채널로서 제공되는 비디오와 부수적 서비스(audio, text, data)로 정의함으로써¹¹⁾ 상대적으로 개방적인 이해를 보여주고 있으며, 이러한 태도는 IPTV법 제2조 제1호의 “인터넷 멀티미디어 방송이란 광대역통합정보통신망 등을 이용하여 양방향성을 가진 인터넷 프로토콜 방식으로 일정한 서비스 품질이 보장되는 가운데 텔레비전 수상기 등을 통하여 이용자에게 실시간 방송프로그램을 포함하여 데이터·영상·음성·음향 및 전자상거래 등의 콘텐츠를 복합적으로 제공하는 방송을 말한다”는 규정에도 이어지고 있다. IPTV 서비스의 제공은 통신과 방송의 융합을 대표하는 예로 일컬어지며, 이로 인하여 양방향성과 일방성에 전통적인 통신과 방송의 경계가 모호해짐으로써 방송시장의 구조와 경쟁 양상에 큰 변화를 초래할 것으로 예측되었다. 현실적으로는 기존의 초고속인터넷망을 보유하고 있는 통신사업자의 방송 시장 진입이 가능하게 됨으로써 이들이 보유하고 있는 지배력이 방송시장에 전이될 것이라는 우려가 크게 작용하였고, 이는 IPTV법 제12조 제1항 후단의 “다른 사업에서의 지배력이 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업으로 부당하게 전이되지 아니

10) 방송통신위원회, 앞의 책, 5-6면.

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

하도록 하여야 한다”는 규정으로 구체화되었다.¹²⁾

전술한 것처럼 이상의 세 가지 유료방송 제공은 유상으로 이루어진다는 점에서 동일하지만, 또한 사업을 영위하는 방식이 가입자를 대상으로 한 유료방송 시장과 프로그램 제공자(PP)와의 방송채널 시장에서의 거래를 수행하고 각 거래가 상호 영향을 미치는 구조를 형성한다는 점에서 당해 사업을 영위하는 주체들은 전형적인 ‘플랫폼사업자’로서의 특징을 갖는다는 점에서도 공통된다. 일반적으로 플랫폼 사업의 요체는 거래 상대방의 수와 거래 대상인 상품의 질과 양이 상승작용을 일으킬 수 있는 메커니즘을 구축하는 데 있다. 이러한 점에서 플랫폼 사업에는 양면시장적 특성이 두드러지며, 동 사업을 영위하는 사업자들의 경쟁 양상도 이러한 특성을 반영하여 이루어지게 될 것이다.¹³⁾ 방송시장의 경쟁 상황 평가에 있어서 무엇보다 당해 시장에서 경쟁의 실질을 파악하는 것이 중요하며, 방송법이나 IPTV법에 법정된 사업분류를 따르기보다는 실제 경쟁의 양상을 고려한 접근 방식이 유력할 것이다.¹⁴⁾ ‘2016 평가서’ 역시 “방송사업분류체계에 기반한 시장분석의 유효성이 낮아지고 있는 현 상황을 고려할 때 방송사업자 사이의 실질적인 경쟁관계를 바탕으로 경제적 시장범위를 설정하고 이를 중심으로 시장 분석이 이루어지는 것이 적절”하다고¹⁵⁾ 밝히고 있다. 이러한 관점에서 ‘2016 평가서’가 가입자를 대상으로 SO, 위성방송, IPTV 사업자가 참여하고 있는 유료방송시장을 평가의 대상으로 삼고 있는 것은, 동 시장이 플랫폼적인 특성이 전형적으로 나타나는 양면시장의 한 측면으로서 핵심적인 역할을 수행하고 있다는 점에서 타당성이 인정된다.

(2) 유료방송시장의 시장획정

1) 시장획정 기준과 주요 쟁점

평가보고서는 시장획정과 관련하여 경쟁법에서 형성된 시장획정의 원칙을 따르고 있다. 즉 시장획정이란 시장 내 형성된 상품들의 가격에 대해 서로 의미 있는 수준의 경쟁 제한성을 부과할 수 있는 관련시장을 정의하는 작업으로 크게 ‘상품 시장’과 ‘지리적 시장’을 확정하는 것이며, 시장획정의 기본 원리는 소비자가 직면하는 상품 간 대체성으로 이해하고 있다.¹⁶⁾ 구체적인 방법론으로서 가상적 독점사업자 심사로

12) 홍명수, “IPTV 도입에 따른 시장획정에 관한 고찰”, 법과 사회 제38호, 2010, 238면 이하 참조.

13) 홍대식, “온라인 플랫폼 시장과 경쟁법적 쟁점”, 경쟁법 연구 제34권, 2016, 4면 이하 참조.

14) 방송통신위원회의 평가보고서도 이에 대한 인식을 보여주고 있다. “방송사업 분류체계에 따라 구분된 사업단위를 넘어선 경쟁이 빈번하게 발생함에 따라 시장분석 패러다임의 전환 필요성 역시 커지고 있음.” 방송통신위원회, 앞의 책, 79면.

15) 위의 책, 80면.

16) 위의 책, 139-140면.

서 “작지만 의미 있고 일시적이지 않은 가격 인상(Small but Significant and Non-transitory Increase in Price; SSNIP)” 심사를 제시하고, 임계매출손실분석(Critical Loss Analysis; CLA)을 실제 적용상의 편의가 있는 방식으로 원용하고 있다.¹⁷⁾

이러한 기준에 따른 유료방송시장의 시장획정에서 몇 가지 쟁점이 제기되고 있다. 우선 아날로그 유료방송시장을 디지털 시장과 분리하여 별도로 시장을 획정할지가 문제 된다. 전술한 것처럼 유료방송시장에 종합유선방송사업자, 위성방송사업자, IPTV 사업자 등이 존재하고, 각각 케이블TV, 위성방송, IPTV 등을 제공하고 있다. 특히 케이블TV는 기술적 조건에서 중요한 차이가 있는 아날로그 케이블TV와 디지털 케이블TV로 구분할 수 있는데, 상품적 특성 측면에서 아날로그 케이블TV는 전통적으로 방송서비스의 핵심적 요소로 받아들여지는 실시간방송이라는 점에서 다른 디지털화된 유료방송 서비스와 동질성을 갖지만, 다른 디지털 유료방송에서 제공하고 있는 다양한 서비스를 제공하지 못한다. 예를 들어 VOD나 양방향 서비스 등의 제공이 가능하지 않으며, 편성되는 채널 수도 상대적으로 적기 때문에 전체적으로 디지털 유료방송의 열등재로 인식될 여지가 있고, 가입자의 선택도 아날로그에서 디지털로 옮겨가는 추세에 있다는 점도 고려되어야 할 것이다. 이러한 특성에 비추어 아날로그 케이블TV를 전체 유료방송에 포함시킬 것인지 또는 별개의 시장으로 분리할 것인지를 판단이 요구된다. 상품 구성 측면에서 보면, OTT(over-the-top) 동영상 서비스를 유료방송서비스와 동일시장으로 획정할지 여부도 중요하다. 개방형 인터넷을 통한 동영상 이용이 점차 확대되고 있고, 이용자 측면에서 보면 기존의 방송서비스와 대체적으로 이해될 여지가 있다. 따라서 양자를 하나의 관련시장에 위치시킬 것인지가 논의될 필요가 있을 것이다. 또한 지리적 관련시장 관점에서 종합유선방송사업자에게 부여된 사업구역이 지리적 시장획정으로서 여전히 유효한지, 전국적인 차원에서 지리적 시장획정이 가능한지도 검토되어야 할 문제이다.

2) 구체적 시장획정

‘2016 평가서’는 상품별 시장획정과 관련하여 행한 유사성 분석에서 실시간 다채널 방송서비스 제공이라는 점에서 아날로그 케이블TV와 디지털 유료방송 사이에 유사성이 있으나, 화질,¹⁸⁾ VOD나 양방향 서비스, 채널 수 등의 측면에서 양자 사이에 차이가 있는 것으로 판단하였다.¹⁹⁾ 가입자의 상품 유사성에 대한 인식조사는 이러한

17) 위의 책, 140-141면.

18) 디지털 유료방송의 경우 초고화질(UHD) 서비스가 제공되면서 아날로그 케이블TV와의 화질 차이가 더욱 커진 것으로 분석되고 있다. 한편 일부 아날로그 케이블TV의 경우 8VSB 전송방식에 의하여 고화질의 제공이 가능하며, 평가보고서는 디지털 유료방송의 분석에 있어서 이러한 특성을 일부 반영하고 있다.

19) 한편 이와 같은 비교에서 위성방송의 경우 기술방식상 VOD 제공에 제약이 있지만 방송

상품 분석과는 상이한 결과를 보여주었는데, 구체적으로 2016년 아날로그 케이블TV 가입자의 52.8%는 위성방송을 유사한 서비스로 인식하였고, 58.8%는 디지털케이블과 IPTV를 유사한 서비스로 인식하였다. 이용자 특성 조사에 의하면, 아날로그 케이블TV 이용자들은 디지털 유료방송 이용자에 비하여 월평균 절반 수준의 요금을 지불하고 있고, 단체가입 비중이 높으며, OTT 동영상 이용경험은 낮은 것으로 나타났는데, 이러한 이용자 특성은 디지털 유료방송 이용자와 뚜렷이 구분되는 것이다. 수요 대체성에 관한 2016년 조사는 아날로그 케이블TV와 디지털 유료방송 간에 비대칭성이 유지되고 있고, 상호 간 경쟁 압력 행사의 정도는 이전의 절반 수준으로 약화된 것으로 나타났다. 이에 대하여 평가보고서는 기존 아날로그 케이블TV 가입자 중 디지털 유료방송을 대체적인 것으로 여겼던 가입자의 상당수가 점차 디지털 유료방송으로 전환 것에 기인하는 것으로 해석하고 있다.²⁰⁾ 한편 '2016 평가서'는 임계손실분석은 자료의 불완전성이나 아날로그 케이블의TV의 지역 독점성을 고려할 경우에 유의미한 결과를 제시할 수 없는 것으로 판단하였다.²¹⁾ 이상의 분석에 기초하여 '2016 평가서'는 2015년까지 유지한 판단, 즉 유료방송 전체를 단일한 시장으로 확정하고 디지털 유료방송 시장을 별도의 시장으로 분석하던 기존의 입장을 변경하였다. '2016 평가서'는 수요대체성 인식 등에서 유의미한 변화가 발생한 것으로 판단하였는데, 구체적으로 상품 유사성, 이용자 특성, 수요대체성 등에 기초하여 디지털 유료방송시장을 하나의 시장으로 확정하고, 아날로그 케이블TV로 구성되는 아날로그 유료방송시장을 별도의 시장으로 확정하였다.²²⁾

'2016 평가서'는 OTT 동영상 서비스의 경우 유료방송 서비스에 실질적인 경쟁압력을 제공한다고 보기 어려운 것으로 보았다. 따라서 양자를 단일한 시장으로 확정하지 않았으며,²³⁾ 다만 OTT 동영상 서비스의 중요성을 인정하고 이에 관한 분석을 별도로 수행하였다.

지리적 시장획정과 관련하여, '2016 평가서'는 현재의 시점에서 디지털 유료방송시장의 경쟁 상황이 전국적으로 유사하다고 볼 수 있는지에 회의적이다. 즉 기존 시장획정을 변경하기에 충분한 정도의 변화를 인정할 근거가 부족하다는 이유로 종합유선방송사업자의 사업구역별 시장 획정을 유지하는 것으로 결론을 내렸다. 다만 2016년의 분석에서 디지털 유료방송시장의 지역 간 차별이 약화되고 있다는 점을 지적하고, 향후 법제도의 변화나 지역별 경쟁조건 및 경쟁상황의 동질성에 대한 추가 분석

결합상품인 OTS를 통해 보완이 가능한 점 등이 고려되었다. 방송통신위원회, 앞의 책, 234면.

20) 위의 책, 234면. 아날로그 케이블TV 가입자 수는 2010. 12. 1,148만 명에서 2016. 3. 427만 명으로 2010년 대비 37%로 감소하였다.

21) 위의 책, 235면.

22) 위의 책, 234-235면. 2015. 12. 기준 전체 유료방송 가입자 중 아날로그 케이블TV 가입자의 비중은 16.6%이며, 8VSB를 포함할 경우에는 22.1%이다.

23) 위의 책, 235면.

을 통해 변경 가능성이 있음을 지적하였다.²⁴⁾

3. 유료방송시장의 구조, 행위, 성과의 평가

(1) 유료방송시장의 구조

유료방송시장을 케이블TV를 아날로그 케이블과 디지털 케이블로 구분하면, 유료방송시장은 아날로그 케이블, 디지털 케이블, 위성방송, IPTV로 구성된다. 2015년 말 동 시장에서 사업을 영위하고 있는 사업자는 SO 90사, 위성방송 1사, IPTV 3사로서 총 94사이다. 지리적 시장획정의 기본 단위가 되는 방송구역은 78개이며, 90개의 SO가 각 구역에서 사업을 영위하고 있다. 전체 SO 중 80사가 5개 MSO에 속해 있으며, 10개 SO가 독립 SO로 존재한다. 아날로그 케이블과 디지털 유료방송을 포함한 전체 유료방송 가입자 수는 2016. 3. 2,863만 명이며, 이는 2007. 12. 1,691만 명에 비하여 약 69% 증가한 결과를 보여주고 있다. 총 유료방송 가입자 중 아날로그 케이블은 427만 명이며, 8VSB를 포함할 경우에는 618만 명이다.²⁵⁾ '2016 평가서'는 유료방송시장의 총매출액을 단계적으로 파악하고 있는데, 2015년 기준 가입비, 수신료, VOD 이용 매출, 기타 요금매출로 구성되는 방송수신료매출액은 약 2조 7,885억 원, 방송수신료매출액에 설치비와 단말장치매출액을 더한 가입자매출액은 약 3조 2,870억 원, 가입자매출액에 홈쇼핑 송출수수료를 더한 방송사업매출액은 약 4조 7,174억 원으로 조사되었다.

구체적인 시장 구조를 보면, 2016. 3. 기준 아날로그 케이블 시장에서 8VSB를 포함할 경우 전국 단위에서 가입자 기준 시장점유율의 분포는 t-broad 24.8, CJ헬로비전 19.9, C&M 5.8, HCN 9.1, CMB 21.7(MSO 81.3), 독립 SO 18.7로 나타났다.²⁶⁾ 지리적 관련시장의 기초인 방송구역별로 보면, 65개 구역에서 독점이었으며, 경쟁 구조하에 있는 13개 구역에서 1위 사업자가 70% 이상이 4구역, 50%-70%인 경우가 9구역으로 나타났다. 사업자별 1위 방송구역의 수는 t-broad 21, CJ헬로비전 20, C&M 12, HCN 7, CMB 10 그리고 독립 SO 8이었다.²⁷⁾

디지털 유료방송 시장(8VSB 제외)의 경우 2016. 3. 기준 전국 단위에서 시장점유율은 t-broad 7.6, CJ헬로비전 11.4, C&M 7.2, HCN 3.5, CMB 0.8, 독립 SO 3.2, KT 계열 38.0(올레TV 24.2, Skylife 13.8, OTS 5.2), SKB TV 16.1, LGU+TV 12.2로 조사되었다.²⁸⁾ SO 전체와 IPTV 사업자의 가입자 점유율을 시계열적인 흐름은 <표 1>

24) 위의 책, 235면.

25) 8VSB 도입이 방송시장에 미칠 영향의 분석에 관하여, 김희경, “유료방송 디지털 전환에서 클리어 콤팩트 8VSB 도입에 관한 연구”, 한국콘텐츠학회논문지 제13권 제4호, 2013, 27면 이하 참조.

26) 방송통신위원회, 앞의 책, 238면.

27) 위의 책, 241-242면.

28) 8VSB를 포함할 경우에 SO의 점유율은 증가하고, IPTV 사업자의 점유율은 감소하는 것

과 같다.

<표 1> 디지털 유료방송 가입자 점유율 추이(2012-2016. 3.)²⁹⁾

(단위: %)

	2012	2013	2014	2015	2016. 3.
SO 합계	37.8	36.6	35.9	34.2	33.7
KT 계열	44.0	41.1	39.1	38.0	38.0
SKB TV	10.6	12.4	14.2	15.8	16.1
LGU+TV	7.7	10.0	10.9	12.0	12.2
합 계	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

2015년 방송구역 별 디지털 유료방송 시장의 1위 사업자의 수는 KT 계열 43, t-broad 7, CJ헬로비전 11, C&M 11, HCN 5, 독립 SO 1, 그리고 8VSB를 포함할 경우에는 KT 계열 34, t-broad 7, CJ헬로비전 10, C&M 11, HCN 5, CMB 8, 독립 SO 3으로 조사되었다. 디지털 유료방송시장(8VSB 제외)의 방송구역별 점유율 분포 구조는 <표 2>와 같다.

<표 2> 디지털 유료방송시장의 구역별 점유율 분포 구조³⁰⁾

1위 사업자 점유율	2위 사업자와의 차이						
	-5% (13)	5-10% (12)	10-15% (13)	15-20% (17)	20-25% (10)	25-30% (3)	30%- (10)
20-40%(26)	11	7	7	1			
40-50%(35)	2	5	3	15	9	1	1
50-60%(12)			3	2	1	1	5
60-70%(3)						1	2
70%-(2)							2

이상의 분석에 기초하여 시장집중도(HHI)를 보면, 우선 전국 단위로 할 경우 전체 유료방송시장에서 2015년 HHI는 1,537로 나타났으며, 2010년 1,176, 2011년 1,286, 2013년 1,431, 2014년 1,487로 조사된 것에 비추어 증가 추세 있음을 확인할 수 있다.³¹⁾ '2016 평가서'는 이러한 증가 추세가 SO 사업자 수의 감소에 따른 것으로 파악하고 있다. 전국 디지털 유료방송 시장의 경우 HHI는 2015년 2,100이며, 2010년

으로 나타나는데, KT 계열 35.0, SKB TV 14.9, LGU+TV 11.2로 조사되었다.

29) 방송통신위원회, 앞의 책, 244면.

30) 위의 책, 247면.

31) 위의 책, 251면.

2,661, 2011년 2,586, 2012년 2,405, 2013년 2,239, 2014년 2,142로 감소하는 추세를 보이고 있는데, 이는 IPTV 사업자의 점유율이 분산되는 경향에 따른 것으로 보인다.³²⁾

상품별 그리고 지리적으로 확정된 시장을 기준으로 시장집중도를 보면, 아날로그 케이블의 경우 65개 방송구역에서 독점상태이고, 이를 제외한 방송구역에서 HHI가 5,000-6,000에 있는 방송구역은 11, 7,000-8,000에 있는 방송구역은 2로 나타났다.³³⁾ 디지털 유료방송시장(8VSB 제외)에서 방송구역별 HHI 분포를 보면, 2,000-3,000 34구역, 3,000-4,000 35구역, 4,000-5,000 7구역, 6,000-7,000 1구역, 7,000-8,000 1구역으로 조사되었다. 이들 구역의 평균 HHI는 아날로그 케이블의 경우 5,680으로 2014년의 5,337에 비하여 증가하였고, 디지털 유료방송의 경우 3,244로 2014년 3,413에 비하여 감소하였다.³⁴⁾

이와 같은 시장 구조는 분석이 행해진 2011년 이후 대체로 지속되고 있는 것으로 보이며, HHI 지수나 사업자 수의 측면에서 주목할 만한 변화는 나타나지 않고 있다. 진입에 있어서 허가와 같은 제도적 제한, 고정비의 구성이 큰 산업적 특성이 발현되는 규모의 경제와 망의 다양한 활용 가능성에 기반한 범위의 경제의 존재, 방송망 등의 필수요소적 성격, 양면시장적 특성 등이 진입장벽으로서의 역할을 할 수 있으며, 따라서 현재의 시장 구조가 향후 지속될 것이라는 예측이 가능하다.³⁵⁾

(2) 유료방송시장의 시장행위

유료방송시장에서의 경쟁 양상과 관련하여, '2016 평가서'는 주로 가격 측면에서 분석을 수행하고 있다. 상품의 질을 향상시키기 위한 경쟁의 중요성도 있으며, 아날로그 케이블에서 8VSB를 통한 고화질 방송의 제공, 채널의 다양성 확보, 양방향성 제공에 의한 VOD 기능의 향상, 다양한 부가 서비스의 결합 등은 이러한 측면에서의 경쟁을 보여주는 예가 될 것이다.

유료방송시장에서 가격 측면에서의 경쟁은 주로 가격 할인 방식으로 이루어지고 있으며, 할인 방식은 크게 유료방송의 단품판매의 경우와 결합판매의 경우로 나누어 볼 수 있다. 단품판매에서 할인율은 약정기간에 비례하는 경향이 있으며, 결합판매의 할인은 단품서비스 요금을 합산한 후 결합 할인율을 적용하는 방식으로 이루어지는데, 일반적으로 결합되는 서비스가 다수이고 약정기간이 길수록 할인율이 커지는 경향을 보여주고 있다. 다음 <표 3>과 <표 4>는 대표적 SO인 CJ헬로비전과 IPTV 사업자인 KT의 단품서비스(방송)의 약정기간 별 할인율을 보여주고 있다. 또한 <표 5>와 <표 6>은 두 사업자의 무약정 단품 대비 결합상품 할인율에 관한 것이다.

32) 위의 책, 252면.

33) 위의 책, 253면.

34) 위의 책, 254-255면.

35) 위의 책, 257-259면 참조.

<표 3> CJ헬로비전 양천방송 헬로TV 상품 현황(2016년 12월)³⁶⁾

상품명	채널 수	약정기간	이용요금 (단품, 원)	할인율 (%)	비고
이코노미HD	95개 (HD 74개)	3년	18,920	9%	부가세 포함 (단말기 임대료 포함, 설치비는 무료)
		2년	19,580	6%	
		1년	20,240	3%	
		무약정	20,900	0%	
베이직HD	180개 (HD 144개)	3년	21,725	10%	
		2년	22,550	7%	
		1년	23,375	3%	
		무약정	24,200	0%	
스탠다드HD	193개 (HD 152개)	3년	24,530	11%	
		2년	25,520	7%	
		1년	26,510	4%	
		무약정	27,500	0%	
프리미엄HD	214개 (HD 161개)	3년	28,270	11%	
		2년	29,480	8%	
		1년	30,690	4%	
		무약정	31,900	0%	

36) 위의 책, 261면.

<표 4> KT OllehTV 상품 현황(2016년 12월)³⁷⁾

상품명	채널 수	약정 기간	이용료	이용료 할인율	장치 임대료	장치 할인율	총비용 합계	합계 할인율	비고
Olleh TV live 10	218개	3년	13,200	20%	2,200	71%	15,400	36%	부가세 포함
		2년	14,850	10%	3,300	57%	18,150	25%	
		1년	15,675	5%	5,500	29%	21,175	13%	
		무약정	16,500	0%	7,700	0%	24,200	0%	
Olleh TV live 12	229개	3년	15,840	20%	2,200	71%	18,040	34%	
		2년	17,820	10%	3,300	57%	21,120	23%	
		1년	18,810	5%	5,500	29%	24,310	12%	
		무약정	19,800	0%	7,700	0%	27,500	0%	
Olleh TV live 15	244개	3년	20,240	20%	2,200	71%	22,440	32%	
		2년	22,700	10%	3,300	57%	26,000	21%	
		1년	24,035	5%	5,500	29%	29,535	11%	
		무약정	25,300	0%	7,700	0%	33,000	0%	
Olleh TV live 25	244개 + 프라임 무비팩	3년	31,680	20%	2,200	71%	33,880	28%	
		2년	35,640	10%	3,300	57%	38,940	18%	
		1년	37,620	5%	5,500	29%	43,120	9%	
		무약정	39,600	0%	7,700	0%	47,300	0%	
Olleh TV live 34	244개 + 프라임 무비팩 + 캐치온 & 캐치온 플러스 + viki	3년	44,000	20%	2,200	71%	46,200	26%	
		2년	49,500	10%	3,300	57%	52,800	16%	
		1년	52,250	5%	5,500	29%	57,750	8%	
		무약정	55,000	0%	7,700	0%	62,700	0%	

37) 위의 책, 262면.

<표 5> CJ헬로비전의 무약정 단품 상품 대비 결합상품 할인율(2016년 12월)³⁸⁾

		단품 방송상품 기간 무약정 요금 대비 할인율					단품 인터넷상품 기간 무약정 요금 대비 할인율					VOIP 기본료 할인
		무약정	1년 약정	2년 약정	3년 약정	4년 약정	무약정	1년 약정	2년 약정	3년 약정	4년 약정	
아날로그 방송+ 통신 결합상품	아날로그방송 +인터넷전화	0%	0%	0%	0%	0%						50%
	아날로그방송 +인터넷	0%	0%	0%	0%	0%	15%	25%	35%	45%	50%	
디지털 방송+ 통신 결합상품	디지털방송 +인터넷전화	0%	0%	0%	0%	0%						50%
	디지털방송 +인터넷	10%	15%	20%	25%	30%	15%	25%	35%	45%	50%	
	디지털방송 +인터넷 +인터넷전화	10%	15%	20%	25%	30%	15%	25%	35%	45%	50%	50%

38) 위의 책, 263면.

<표 6> KT의 무약정 단품 상품 대비 결합상품 할인율(2016년 12월)³⁹⁾

	단품 방송상품 기간 무약정 요금 대비 할인율					단품 인터넷상품 기간 무약정 요금 대비 할인율					VOIP 기본료 할인
	무약정	1년 약정	2년 약정	3년 약정		무약정	1년 약정	2년 약정	3년 약정		
디지털 방송+ 인터넷	OTV10	0%	8%	8%	33%	라이트	21%	24%	26%	30%	
	OTV12	0%	8%	17%	33%	스페셜	22%	36%	38%	42%	
	OTV15	0%	8%	17%	35%	올레	0%	12%	24%	44%	
	OTV25	0%	8%	15%	31%	기가콤 팩트	0%	13%	25%	40%	
	OTV34	0%	8%	16%	32%	기가	0%	13%	25%	40%	
디지털 방송 + 인터넷+ 시내전화	OTV10	0%	8%	8%	33%	라이트	21%	24%	26%	30%	
	OTV12	0%	8%	17%	33%	스페셜	22%	36%	38%	42%	
	OTV15	0%	8%	17%	35%	올레	0%	12%	24%	44%	
	OTV25	0%	8%	15%	31%	기가콤 팩트	0%	13%	25%	40%	
	OTV34	0%	8%	16%	32%	기가	0%	13%	25%	40%	
디지털 방송 + 인터넷+ 인터넷 전 화	OTV10	0%	8%	8%	33%	라이트	21%	24%	26%	30%	인터넷 결합시 1,100원 (33%) 할인
	OTV12	0%	8%	17%	33%	스페셜	22%	36%	38%	42%	
	OTV15	0%	8%	17%	35%	올레	0%	12%	24%	44%	
	OTV25	0%	8%	15%	31%	기가콤 팩트	0%	13%	25%	40%	
	OTV34	0%	8%	16%	32%	기가	0%	13%	25%	40%	

이상의 <표 3> 내지 <표 6>에 의할 경우에 단품 할인과 결합 할인 모두 2015년에 비하여 큰 변화는 없으며, 두 사업자 간 할인율의 차이는 주로 단품 할인에서 나타나고 있다. 그러나 이 경우에도 비할인 가격의 차이를 고려할 경우⁴⁰⁾ 할인율에 있어서 의미 있는 차이가 존재하는 것으로 판단하기는 어려울 것이다. 다만 결합상품의 할인율은 두 사업자 모두 높게 유지되고 있으며, 이러한 점은 실질적인 가격 경쟁이 이루어지고 있는 징표로 받아들일 수 있다.

사업자의 시장행위와 관련하여 수요 측면에 있는 이용자의 대응력 분석도 중요한

39) 위의 책, 264면. 스페셜은 2014년 8월 8일자로 신규가입이 중단되었으며, 라이트 상품은 홈페이지에 없는 상태이다. 할인율은 약정할인율과 결합할인율을 합친 총 할인율이다.

40) 위의 책, 231면에 의하면, 디지털 케이블과 IPTV의 방송상품 가격은 IPTV가 약 28% 큰 것으로 나타나고 있다.

데, 이는 공급 측면에서 사업자의 지배력을 억제할 수 있는 힘으로 작용할 수 있기 때문에 사업자의 시장행위를 예측하는데 유용한 요소가 될 수 있다. '2016 평가서'가 행한 설문조사 결과를 보면, 유료방송사업자 전환 경험에 대해서 21.8%가 긍정하였으며, 2015년 조사에서 16.7%에 비하여 증가하였다. 전환을 고려하였으나 전환하지 않은 경우는 2015년 40.5%에서 47.1%로 증가한 것으로 나타났다. 전환 경험이 있는 것으로 답한 이용자 중 전환절차가 복잡하지 않다고 응답한 경우는 50.8%로 2015년에 비하여 16.6% 증가한 급격한 개선을 보여주었다. 또한 계약 기간 자동연장의 인지에 대하여 2015년 24.1%에서 2016년 29.9%, 가입 당시 가격 비교 용이성에 관하여 가격 비교를 한 것으로 조사된 비중은 2015년 38.8%에서 2016년 43.3%, 보조금이나 경품 등의 선별적 마케팅의 영향에 관하여 영향이 컸다는 비중은 2015년 49.7%에서 54.2%로 증가한 것으로 나타났다.⁴¹⁾ 이러한 조사결과는 이용자의 전환이 활발하게 이루어지고 있고, 전환에 필요한 정보 등에 대한 인지도도 상당한 정도에 이르고 있으며, 또한 해당 인지도가 증가하고 있음을 보여주고 있다. 선별적 마케팅의 영향력 증대에 관한 조사도 유료방송사업자들의 경쟁이 이루어지고 있음을 보여주는 예가 될 것이다. 이러한 조사결과는 점차 이용자의 대응력이 강화되고 있고, 이것이 사업자들의 지배력을 억제하고 경쟁촉진적인 방향으로 작용할 것이라는 예상을 가능하게 한다.

(3) 유료방송시장의 시장성과

유료방송시장에서의 시장성과는 시장에서 실질적으로 경쟁이 이루어지고 있는지에 관한 중요한 징표가 될 수 있다. 즉 시장의 구조가 경직적인 경우에도 사업자 간 유효한 경쟁이 전개되고 있을 경우에 초과적인 이윤 획득을 가능하지 않을 것이고, 경쟁 시장 수준에 상응하는 시장성과를 보여줄 것이다. 이러한 관점에서 유료방송시장에서의 시장성과는 지배적 사업자의 착취적 남용 수준의 이윤 획득과는 거리가 먼 것으로 조사되고 있다. 다음의 <표 7>은 방송사업 영업이익률에 관한 것이다.

41) 위의 책, 265면.

<표 7> 방송사업 영업이익률(2015년)⁴²⁾

(단위: 억 원)

구분	영업매출(방송)	영업비용(방송)	영업이익(방송)	영업이익률(방송)
t-broad	5,789	4,713	1,076	18.6%
CJ 헬로비전	6,720	6,478	242	3.6%
C&M	4,097	3,352	745	18.2%
HCN	2,153	1,576	577	26.8%
CMB	1,344	1,356	- 12	-0.9%
MSO합계	20,102	17,475	2,628	13.1%
독립SO합계	1,737	1,503	234	13.5%
SO합계	21,839	18,977	2,861	13.1%
위성방송	5,496	4,813	683	12.4%
KT	8,304	9,803	-1,499	-18.1%
SKB	5,990	7,545	-1,555	-26.0%
LGU+	4,794	4,895	-101	-2.1%
IPTV 전체	19,088	22,243	-3,155	-16.5%
전체	46,423	46,033	389	0.84%

<표 7>이 보여주는 바와 같이, SO와 위성방송은 10% 이상의 영업이익률을 내고 있지만, IPTV 사업자는 모두 마이너스의 영업이익률을 낳고 있는 상황이고, 가장 높은 영업이익률을 보여주고 있는 SO의 평균 13.1%의 영업이익률도 초과이윤의 획득으로 평가하기는 어려운 수준이다. 따라서 유료방송시장의 시장성과는 경쟁적 시장에 비견되는 것으로 볼 여지가 있다.

SO의 영업이익률을 아날로그 케이블과 디지털 케이블로 세분하여 보면, 대체로 아날로그 부문의 영업이익률이 높은 것으로 나타나고 있다. 다음 <표 8>은 이러한 상황에 대한 세부적인 수치를 보여주고 있는데, 이러한 결과는 아날로그 케이블의 제공이 SO에 의해서만 이루어지고 있고, 따라서 디지털 케이블 시장이 보다 치열한 경쟁상황에 있음을 반증하는 것으로 이해할 근거가 될 수도 있다.

42) 위의 책, 270면. 독립 SO인 제주방송, 하나방송, 아름방송은 자료 미제출로 독립SO합계, SO합계, 전체에 포함되지 않았다.

<표 8> SO 아날로그/디지털 구분 방송사업 수익성 현황⁴³⁾

(단위: 억 원)

	아날로그				디지털			
	영업매출	영업비용	영업이익	영업이익률	영업매출	영업비용	영업이익	영업이익률
t-broad	1,925	1,391	534	27.8%	3,864	3,322	542	14.0%
CJ 헬로비전	1,691	1,593	98	5.8%	5,029	4,884	145	2.9%
C&M	665	446	220	33.0%	3,431	2,907	525	15.3%
HCN	672	374	298	44.3%	1,481	1,202	279	18.8%
CMB	1,116	1,106	10	0.9%	227	250	- 23	- 10.0%
MSO 전체	6,069	4,909	1,160	19.1%	14,033	12,565	1,468	10.5%
독립SO	640	511	129	20.1%	1,097	992	105	9.6%
SO전체	6,709	5,420	1,289	19.2%	15,130	13,557	1,572	10.4%

한편 영업적자를 보이고 있는 IPTV 사업자의 수익 구조에 대해서도 분석을 요한다. 다음 <표 9>는 IPTV 사업자의 영업이익률의 세분화된 지표에 관한 것이다.

<표 9> IPTV 사업자 수익성 현황⁴⁴⁾

(단위: 억 원)

		초고속인터넷			방송			초고속인터넷 + 방송		
		2013	2014	2015	2013	2014	2015	2013	2014	2015
KT	영업매출	19,717	19,224	19,391	5,039	6,615	8,304	24,756	25,839	27,695
	영업비용	14,683	16,570	15,354	8,198	9,974	9,803	22,881	26,544	25,157
	영업이익	5,034	2,654	4,037	- 3,158	- 3,359	- 1,499	1,876	- 705	2,538
	영업이익률	25.5%	13.8%	20.8%	- 62.7%	- 50.8%	- 18.1%	7.6%	- 2.7%	9.2%
SKB	영업매출	8,878	8,324	8,527	3,444	4,517	5,990	12,322	12,841	14,517
	영업비용	4,668	4,719	6,616	6,133	7,327	7,545	10,801	12,046	14,161
	영업이익	4,209	3,605	1,910	- 2,689	- 2,810	- 1,555	1,520	795	355
	영업이익률	47.4%	43.3%	22.4%	- 78.1%	- 62.2%	- 26.0%	12.3%	6.2%	2.4%
LGU+	영업매출	7,419	7,665	7,829	2,766	3,852	4,794	10,185	11,517	12,623
	영업비용	7,996	7,502	7,396	3,899	4,685	4,895	11,895	12,187	12,291
	영업이익	- 577	163	433	- 1,133	- 833	- 101	- 1,710	- 670	332
	영업이익률	- 7.8%	2.1%	5.5%	- 41.0%	- 21.6%	- 2.1%	- 16.8%	- 5.8%	2.6%
IPTV 합계	영업매출	36,014	35,213	35,747	11,249	14,984	19,088	47,263	50,197	54,835
	영업비용	27,347	28,791	29,366	18,229	21,986	22,243	45,576	50,777	51,609
	영업이익	8,666	6,422	6,380	- 6,980	- 7,002	- 3,155	1,686	- 580	3,225
	영업이익률	24.1%	18.2%	17.8%	- 62.1%	- 46.7%	- 16.5%	3.6%	- 1.2%	5.9%

43) 위의 책, 272면. 제주방송, 하나방송, 아름방송은 자료 미제출로 독립SO 및 SO전체에 포함되지 않았다.

44) 위의 책, 272-273면.

<표 9>에서 알 수 있듯이, IPTV 사업자의 영업이익은 방송 부문에서의 적자를 나머지 부문에서의 이익으로 상쇄하고 있고, 다만 방송 부문에서의 적자 폭은 점차 감소하는 추세에 있음을 보여주고 있다. 이는 방송 부문이 다른 부문보다 경쟁적인 상황임을 의미하는 것이지만, 다른 부문에서의 지배력이 방송 부문으로 전이될 수 있는 여지가 있음을 시사하는 것이기도 하다.

현재 유료방송시장의 시장성평가 경쟁 시장에 상응하는지 여부는 유료방송사업자의 ARPU를 통해서도 확인할 수 있다. <표 10>은 유료방송사업자의 월간 ARPU를 보여주고 있다.

<표 10> 주요 유료방송사별 월간 ARPU 현황⁴⁵⁾

(단위: 원)

구분	방송사업매출액 기준			가입자매출액 기준			방송수신료매출액 기준		
	2013	2014	2015	2013	2014	2015	2013	2014	2015
t-broad	15,780	14,957	14,751	9,639	8,884	8,487	7,915	6,773	5,939
CJ 헬로비전	15,007	14,271	14,038	9,417	8,748	8,497	6,883	6,107	5,550
C&M	15,607	15,137	15,724	10,260	9,510	9,488	7,480	6,722	6,492
HCN	13,789	13,447	13,248	8,498	7,977	7,666	6,495	5,821	5,219
CMB	8,470	7,811	7,456	4,870	4,321	3,922	4,719	4,127	3,702
MSO 합계	14,431	13,760	13,635	9,011	8,320	8,019	6,981	6,134	5,558
독립 SO	8,721	10,563	10,997	5,663	6,814	6,907	4,711	5,483	5,350
SO 합계	13,425	13,323	13,284	8,421	8,115	7,871	6,581	6,046	5,530
KT 계열 *	13,529	13,795	14,273	10,865	10,848	11,131	10,613	10,604	10,716
SKB TV	16,287	15,363	15,865	12,811	12,516	12,834	12,582	12,138	12,327
LGU+TV	16,899	16,707	16,646	13,406	14,005	13,461	12,064	12,630	12,030
비 SO 합계	14,515	14,591	15,060	11,584	11,707	11,936	11,181	11,250	11,321
총합계	13,854	13,886	14,154	9,666	9,710	9,862	8,393	8,356	8,366

<표 10>에서 방송사업매출액 기준으로 월간 ARPU는 14,154원이고, 대체로 IPTV 사업자의 ARPU가 SO의 ARPU보다 높은 것으로 나타났다. 이러한 수치는 주요 국가들의 방송사업 부문에서의 ARPU에 비하여 낮은 것으로 보이는데, 2014년 기준 OECD 국가들의 유료방송 월간 ARPU 평균은 33.01달러로 조사된 것에 비하여 약 절반 수준에 머무르고 있다. 한편 유료방송사업자의 ARPU 분석에서 방송사업매출액은 가입자매출액에 홈쇼핑 수수료를 더한 것이므로, 양자의 차이는 방송사업매출액에서 홈쇼핑 수수료의 비중을 보여주는 의미도 있다. 2015년 SO 사업자들의 홈쇼핑 수수료가 영업손익에서 차지하는 비중은 약 168.2%이고, 위성방송의 경우 약 128.4%로서⁴⁶⁾ 매우 높은 것으로 나타나고 있다. 이러한 수치는 홈쇼핑 수수료를 제외한 영

45) 위의 책, 274면. 해당 수치는 2013-2014 기준으로 한 것이다.

업이익이 적자일 수 있고, 따라서 당해 사업 비중의 중요성을 보여주는 것이지만, 이 역시 유료방송 상품의 본질인 실시간 방송의 수신료 시장이 상당한 경쟁 상황에 있음을 시사하는 것이다.

4. 주요 쟁점 분석

(1) OTT 동영상 서비스 문제

OTT 동영상 서비스는 초고속인터넷이나 스마트폰의 확대에 따라서 개방형 인터넷을 통한 동영상 제공을 총칭하는 개념이다. 국내외적으로 OTT 동영상 서비스는 급격히 확대되는 추세 있으며, 시장 규모는 매년 비약적으로 커지고 있다. 매출액 기준 2016년 OTT 동영상 서비스 시장 규모는 약 4,884억 원으로 2015년의 3,178억 원에 비하여 53.7% 성장한 것으로 조사되고 있다. 2016년 기준 매출액 구성을 보면, 광고매출 2,657억 원으로 54.4%, 유료방송 수신료 매출 776억 원으로 15.9%, 유료콘텐츠 구매 매출 499억 원으로 10.2%로 되어 있다. 2015년 기준으로 유료방송시장과 비교하면, OTT 동영상 서비스의 월정액 매출과 유료콘텐츠 구매 매출의 합은 1,071억 원으로서 동년 유료방송 수신료 매출(2조 7,885억원)의 3.8% 그리고 유료방송사업자의 VOD 매출(6,380억원)의 16.8% 수준이다. 반면 광고매출은 1,352억 원으로서 유료방송사업자의 VOD 광고매출(965억원)의 1.4배에 해당한다.⁴⁷⁾ 국내에서는 13개 사업자가 동 서비스를 제공하고 있는 것으로 파악되는데, 대체로 실시간 방송 서비스와 VOD 또는 방송콘텐츠를 제공하고 있으며, tving, pooq, 올레TV 모바일, BTV 모바일, U+ HD TV, 유틜브, 아프리카TV, 곰TV, 다음TV팟, 판도라TV, 팝콘TV, 에브리온TV, 네이버캐스트 등이 참가하고 있다. 여기에는 기존 IPTV 사업자나 SO 사업자의 계열사가 포함되고 있으며, 주요 포털 사업자와 검색 서비스를 제공하는 사업자의 계열사도 존재한다.

앞에서 살펴본 것처럼, 현재의 상황에서 OTT 동영상 서비스와 유료방송서비스 간에 하나의 시장으로 확정할 수 있는 대체적 관계를 인정하기는 어려울 것이다. '2016 평가서'는 이와 관련하여 주목할 만한 조사 결과를 보여주고 있는데, OTT 동영상 서비스 이용 이후 유료방송서비스를 계속 사용하는 이용자의 비중이 OTT 동영상 서비스를 유료로 이용한 경우에는 86.1%, 무료로 이용한 경우에는 71.3%로 나타나고 있으며,⁴⁸⁾ 이는 이용자가 OTT 동영상 서비스와 유료방송서비스를 보완적인 관계로 인식하고 있음을 반증하는 것이다. 다만 OTT 동영상 서비스 시장이 급속히 확대되고 있으며, 향후 OTT 동영상 서비스와 유료방송서비스의 대체 가능성에 대한 질문

46) 위의 책, 276-277면.

47) 위의 책, 279-280면.

48) 위의 책, 291면.

에 OTT 서비스 유료사용자의 46.2%가 대체 가능성이 있는 것으로 답한 결과⁴⁹⁾ 등에 비추어 동 시장의 변화와 유료방송 시장에 미칠 영향에 대한 지속적인 주의가 기울여질 필요가 있다.

(2) VOD 서비스 문제

유료방송 서비스 시장에서 VOD 서비스의 비중은 지속적으로 커지고 있으며, 2015년 기준 전체 매출액은 6,380억 원으로 전년 대비 12.4%의 성장을 보이고 있다.⁵⁰⁾ 전체 유료방송 수신료 매출에서 차지하는 비중도 2013년 17.7%, 2014년 21.4%, 2015년 22.9%로 큰 폭의 성장세를 유지하고 있으며, VOD 매출 부문에서는 IPTV 사업자의 비중이 2013년 67.7%, 2014년 70.0%, 2015년 73.4%로 점차 확대되고 있다.

VOD 서비스 이용자 조사를 보면, 실시간 방송 서비스와의 대체관계가 명확히 나타나지는 않으며, OTT 동영상 서비스의 관계에서는 대체로 VOD 서비스가 품질이나 콘텐츠 측면에서 우수한 것으로 인식되고 있다. VOD 서비스 시장의 중요성은 동 시장이 다양한 플랫폼 사업자가 집합하는 시장으로서의 특성을 갖고 있다는 점에 있으며, 동 서비스가 전체 유료방송서비스에서 독립적인 의의를 갖게 될 경우에는 OTT 동영상 서비스와 같은 인접시장과의 관계가 새롭게 정립될 필요가 있을 것이다.

(3) 결합 판매 문제

유료방송 이용자 중 결합상품 가입 방식의 이용자 비중은, 2012년 34.1%, 2013년 37.0%, 2014년 39.6%, 2015년 41.7%로 지속적으로 증가하고 있다. 즉 상품 구매방식으로서 결합 판매의 중요성이 커지고 있으며, 이는 경쟁의 중요한 양상의 하나로 이해될 수 있다.⁵¹⁾ 다음 <표 11>은 방송과 통신의 결합상품 가입자 및 시장 상황에 관한 것이다.

49) 위의 책, 294면.

50) 위의 책, 296면.

51) Helen Kemmitt & John Angel, "Telecommunications Regime in The United Kingdom", Ian Walden ed., Telecommunications Law and Regulation, Oxford Univ. Press, 2012, 113면 참조.

<표 11> 방송+통신 결합상품 가입자 및 사업자별 점유율 현황⁵²⁾

구분		2010	2011	2012	2013	2014	2015
IPTV 전체	가입자 수	3,093,874	4,120,411	5,515,620	6,788,632	8,112,406	9,186,109
	방송통신 결합 내 점유율	100.0%	65.8%	69.4%	72.3%	74.8%	78.1%
	유료방송 내 점유율	15.2%	19.1%	23.7%	26.7%	29.6%	32.6%
KT	가입자 수	1,591,713	2,335,571	2,974,311	3,476,364	3,873,965	4,204,899
	방송통신 결합 내 점유율	51.4%	37.3%	37.4%	37.0%	35.7%	35.8%
	유료방송 내 점유율	7.8%	10.8%	12.8%	13.7%	14.2%	14.9%
SK 군	가입자 수	889,098	922,817	1,320,001	1,787,411	2,319,619	2,780,250
	방송통신 결합 내 점유율	28.7%	14.7%	16.6%	19.0%	21.4%	23.7%
	유료방송 내 점유율	4.4%	4.3%	5.7%	7.0%	8.5%	9.9%
LGU+	가입자 수	613,063	862,023	1,221,308	1,524,857	1,918,822	2,200,960
	방송통신 결합 내 점유율	19.8%	13.8%	15.4%	16.2%	17.7%	18.7%
	유료방송 내 점유율	3.0%	4.0%	5.2%	6.0%	7.0%	7.8%
SO 전체	가입자 수		2,138,189	2,427,226	2,599,183	2,738,772	2,568,959
	방송통신 결합 내 점유율		34.2%	30.6%	27.7%	25.2%	21.9%
	유료방송 내 점유율		9.9%	10.4%	10.2%	10.0%	9.1%
전체 방송통신 결합 가입자 수		3,093,874	6,258,600	7,942,846	9,387,815	10,851,178	11,755,068
전체 결합상품 가입자 수		8,974,033	12,617,917	13,785,525	14,493,334	15,341,447	15,981,718
전체 결합상품 내 방송통신 결합 가입자 비중		34.5%	49.6%	57.6%	64.8%	70.7%	73.6%
전체 유료방송 가입자 수		20,382,000	21,580,000	23,320,993	25,399,625	27,368,396	28,182,171
전체 유료방송 내 방송통신 결합 가입자 비중		15.2%	29.0%	34.1%	37.0%	39.6%	41.7%

<표 11>은 결합상품 내에서 방송과 통신의 결합 비중뿐만 아니라 유료방송 내에서의 방송통신 결합 비중이 지속적으로 증가하고 있음을 보여준다. 또한 결합판매에 있어서 IPTV 사업자가 SO 사업자에 비하여 점차 우위에 있는 과정을 시계열적 분석을 통하여 확인할 수 있는데, 이러한 분석 결과는 결합판매가 중요한 경쟁 방식으로 되어 가는 상황에서 유료방송사업자들의 경쟁 조건이 동등하지 않을 수 있음을

52) 위의 책, 305면. 결합상품 가입자 수는 결합상품 계약 건 수 기준이고, 유료방송 가입자 수는 회선 수를 기준으로 하였다.

의미하는 것이다. 다음의 <표 12>와 <표 13>은 결합판매의 구성과 관련한 일정한 시사점을 제공한다.

<표 12> 방송+유선 포함 결합상품 가입자 사업자별 현황⁵³⁾

구분		2010	2011	2012	2013	2014	2015
KT	가입자 수	1,157,744	1,468,404	1,985,983	2,298,777	2,422,928	2,381,312
	해당 상품 내 점유율	49.5%	29.5%	32.1%	33.7%	35.1%	36.4%
	전체 유료방송 내 점유율	37.4%	23.5%	25.0%	24.5%	22.3%	20.3%
SK군	가입자 수	591,018	573,417	727,047	804,149	725,040	652,813
	해당 상품 내 점유율	25.3%	11.5%	11.7%	11.8%	10.5%	10.0%
	전체 유료방송 내 점유율	19.1%	9.2%	9.2%	8.6%	6.7%	5.6%
LGU+	가입자 수	589,353	802,571	1,054,476	1,128,011	1,030,016	956,380
	해당 상품 내 점유율	25.2%	16.1%	17.0%	16.6%	14.9%	14.6%
	전체 유료방송 내 점유율	19.0%	12.8%	13.3%	12.0%	9.5%	8.1%
SO	가입자 수	-	2,138,189	2,425,855	2,582,100	2,722,032	2,556,522
	해당 상품 내 점유율	-	42.9%	39.2%	37.9%	39.4%	39.0%
	전체 유료방송내 점유율	-	34.2%	30.5%	27.5%	25.1%	21.7%
전체	해당 결합상품 전체 가입자 수	2,338,115	4,982,581	6,193,361	6,813,037	6,900,016	6,547,027
	전체 방송통신 결합 내 점유율	75.6%	79.6%	78.0%	72.6%	63.6%	55.7%
	전체 유료방송 내 점유율	11.5%	23.1%	26.6%	26.8%	25.2%	23.2%

<표 13> 이동전화 포함 방송통신 결합상품 가입자 사업자별 현황⁵⁴⁾

구분		2010	2011	2012	2013	2014	2015
KT	가입자 수	433,969	867,167	988,328	1,177,587	1,451,037	1,823,587
	해당 상품 내 점유율	57.4%	68.0%	56.5%	45.7%	36.7%	35.0%
	전체 유료방송 내 점유율	2.1%	4.0%	4.2%	4.6%	5.3%	6.5%
SK군	가입자 수	298,080	349,400	592,954	983,262	1,594,579	2,127,437
	해당 상품 내 점유율	39.4%	27.4%	33.9%	38.2%	40.4%	40.8%
	전체 유료방송내 점유율	1.5%	1.6%	2.5%	3.9%	5.8%	7.5%
LGU+	가입자 수	23,710	59,452	166,832	396,846	888,806	1,244,580
	해당 상품 내 점유율	3.1%	4.7%	9.5%	15.4%	22.5%	23.9%
	전체 유료방송내 점유율	0.1%	0.3%	0.7%	1.6%	3.2%	4.4%
SO	가입자 수			1,371	17,083	16,740	12,437
	해당 상품 내 점유율			0.1%	0.7%	0.4%	0.2%
	전체 유료방송내 점유율			0.0%	0.1%	0.1%	0.0%
전체	해당 결합상품 전체 가입자 수	755,759	1,276,019	1,749,485	2,574,778	3,951,162	5,208,041
	전체 방송통신 결합 내 점유율	24.4%	20.4%	22.0%	27.4%	36.4%	44.3%
	전체 유료방송 내 점유율	3.7%	5.9%	7.5%	10.1%	14.4%	18.5%

53) 위의 책, 307면. 결합상품 가입자 수는 결합상품 계약 건 수 기준이고, 유료방송 가입자 수는 회선 수를 기준으로 하였다.

54) 위의 책, 308면. 결합상품 가입자 수는 결합상품 계약 건 수 기준이고, 유료방송 가입자 수는 회선 수를 기준으로 하였다.

<표 12>는 방송과 통신의 결합에서 통신은 이동통신을 제외한 결합을 분석한 것인데, 전반적으로 동 유형의 결합판매는 특히 2014년 이후 감소하는 추세에 있음을 보여주고 있다. 반면 <표 13>은 이동통신이 포함된 방송통신 결합판매를 보여주고 있는데, 이러한 유형의 결합판매는 지속적으로 성장하고 있으며, 특히 IPTV 사업자와 SO 사업자 그리고 IPTV 사업자 내에서도 이러한 추세가 동일하지 않고 일정한 편차가 있음을 나타내고 있다. 즉 방송통신 결합판매에서 이동통신의 구성상품으로서의 중요성이 부각되고 있으며, 해당 상품에 경쟁력이 있는 사업자가 결합판매 전체의 경쟁력을 갖는 상황으로 전개되고 있다. 결합판매가 유료방송시장의 중요한 경쟁 방식이 되고 있음을 고려하면, 이러한 상황 전개는 향후 시장의 변화에 대한 일정한 예측을 가능하게 한다. 유료방송시장에 대한 정책도 이러한 예측에 기초할 필요가 있으며, 무엇보다 결합판매의 동등한 조건을 확보하기 위한 노력이 경주될 필요가 있음을 시사한다.

Ⅲ. 결론 - 평가 개선 방안의 제시

1. 시장획정의 문제

'2016 평가서'는 2016년 '2016 평가서'는 유료방송시장의 시장획정과 관련하여 특히 상품별 시장획정에 있어서 주목할 만한 변화를 시도하였다. 즉 아날로그 케이블 방송을 유료방송에서 분리하여, 디지털 유료방송을 대상으로 시장을 획정하고, 다만 아날로그 케이블 중 8VSB 방식에 의하여 고화질이 가능한 서비스를 부분적으로 포함시켜 분석을 행하고 있다. 유료방송의 시장이 디지털 방식으로 변화되어 가고 있음은 분명하며, 이러한 점에서 아날로그 케이블을 시장획정에서 제외하는 것은 향후 불가피한 것일 수 있다. 그러나 현시점에서 이러한 분리가 적절한지는 의문이 있다. 우선 여전히 이용자들이 양자를 대체적으로 인식하는 비중이 50% 이상이며, '2016 평가서'가 밝힌 것처럼 유효한 임계손실분석에 의하여 이러한 획정이 뒷받침되지 않고 있다. 상품 분석의 측면에서도 상품으로서의 방송의 핵심은 여전히 실시간 방송이며, 그 외의 서비스는 부가적인 의미를 갖는다는 것도 염두에 둘 필요가 있다. 물론 디지털 유료방송의 중요성은 부인할 수 없지만, 전체적인 유료방송시장의 분석은 여전히 중요한 의미가 있으며, 또한 이러한 분석은 유료방송사업자가 전통적인 케이블망을 보유하고 있는 SO 사업자와 통신사업자인 IPTV 사업자로 이원화되어 있는 상황에서 기존 SO 시장에서의 영향력을 평가하는 지표로서 정책적인 의의도 존재한다.

실시간 방송의 상품구성적 중요성은 OTT 동영상 서비스에 대한 분석에 있어서도

고려될 필요가 있다. OTT 동영상 서비스를 제공하는 사업자 중 tving, pooq, 올레 TV 모바일, BTV 모바일, U+ HD TV, 에브리온TV 등 상당수의 사업자는 실시간 방송 서비스를 제공하고 있다. 실시간 방송의 이용 매체가 다변화되고 있는 상황에서 해당 서비스를 중심으로 한 시장 변화에 대한 분석도 필요할 것이다. 즉 OTT 동영상 서비스 제공하고 있는 상품을 개별적으로 분석하고, 이를 토대로 인접시장과의 관련성을 파악하는 것이 보다 의미 있는 접근방식이 될 수 있다. 이러한 관점은 VOD 서비스에서도 유효하다. 개별 서비스로 VOD 서비스는 융합 과정에서 방송의 변화를 상징하는 양방향성이 실제적으로 구현된 상품이라 할 수 있으며, 실시간 방송과 구별되는 상품으로서의 특징을 갖고 있다. 또한 다양한 플랫폼을 통하여 상품의 공급과 제공이 양면적으로 이루어질 수 있다는 점에서 보다 주목할 필요가 있으며, VOD 서비스를 중심으로 모든 유형의 플랫폼을 아우르는 분석의 필요성이 존재한다.

지리적 관련시장과 관련하여 '2016 평가서'의 분석은 시장획정과 다소 거리가 있다는 점에서 논의의 여지가 있다. 물론 전국적인 상황에서의 시장분석도 당연히 필요한 것이지만, 다양한 규제기관과 사법부에서 행한 유료방송시장의 지리적 시장획정은 방송구역별로 이루어지고 있으며, 단기간에 이러한 판단에 변화가 있을 것으로 예상하기 어렵다. 따라서 방송시장의 지리적 시장획정에 따른 방송구역별로 시장 상황에 대한 보다 상세한 분석이 필요하며, 이에 대한 분석이 충실히 이루어지지 못한 점을 지적할 수 있다.

2. 이용자 전환의 분석

통신시장에서는 경쟁상황에 대한 중요한 요소 중의 하나로 번호이동성에 대한 분석이 다루어지고 있다. 방송시장에서의 경쟁 평가에 있어서도 실제 가입자가 특정 유료방송사업자에게 고착되어 있는지, 전환 가능성이 실질적으로 주어지고 있는지, 전환이 이루어지는 비중은 어느 정도인지 그리고 전환의 흐름은 어떠한 방향으로 나타나는지에 대한 분석이 필요하다. 이러한 분석은 현재의 시장에서의 경쟁 상황에 대한 유의미한 자료가 될 수 있을 뿐만 아니라, 시장 구조에 대한 합리적인 예측과 정책수립을 가능하게 할 것이다.

3. 결합판매 분석의 강화

결합판매는 현재 유료방송시장에서 가장 주된 경쟁 양상으로 나타나고 있으며, 결합상품의 구성과 관련된 사업자의 능력이 경쟁에 중요한 영향을 미치고 있는 것으로 보인다. '2016 평가서'가 제시한 분석 결과를 통해서도, 특히 이동통신이 방송통신

결합판매의 구성상품으로서 중요한 유인이 되고 있다는 판단을 할 수 있지만, 적절한 정책 수립을 위해서는 보다 상세한 결합판매의 분석이 필요할 것이다. 대표적인 방송통신 결합판매의 구성상품은 유료방송, 유선통신, 이동통신, 초고속인터넷의 네 가지로 볼 수 있으며, 방송을 중심으로 한 결합판매는 2 상품 결합, 3 상품 결합, 4 개 상품 결합을 모두 고려할 경우에 총 7개의 상품 구성이 예상된다. 적어도 이들 각각의 결합판매에 대해서는 사업자별로 판매 비중이나 시장에서의 점유율이 분석될 필요가 있으며, 이러한 관점에서 현재의 분석 수준과 내용은 결합판매의 중요성에 비추어 미흡한 것으로 볼 수 있다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 김정태, 「방송법 해설」, 커뮤니케이션북스, 2013
김형찬, “통신법상 경쟁활성화 정책의 현황과 과제”, 권오승·이원우 편, 「공정거래 법과 규제산업」, 법문사, 2007
김희경, “유료방송 디지털 전환에서 클리어 캠프와 8VSB 도입에 관한 연구”, 「한국콘텐츠학회논문지」, 제13권 제4호(2013)
김희경, 「유료 방송 산업의 이해」, 커뮤니케이션북스, 2015
방송통신위원회, 2016년도 방송시장 경쟁상황 평가 보고서, 2016
홍대식, “온라인 플랫폼 시장과 경쟁법적 쟁점”, 「경쟁법 연구」, 제34권(2016)
홍명수, “IPTV 도입에 따른 시장획정에 관한 고찰”, 「법과 사회」, 제38호(2010)

<해외문헌>

- Kemmitt, H. & Angel, J., “*Telecommunications Regime in The United Kingdom*”, Ian Walden ed., *Telecommunications Law and Regulation*, Oxford Univ. Press, 2012
OECD, *IPTV: Market Developments and Regulatory Treatment*, 2007
Pierce Jr., R. J. & Gellhorn, E., *Regulated Industries*, West Group, 1999
Overbeck, W., *Major Principles of Media Law*, Thomson Wadsworth, 2005

[Abstract]

A Study on Evaluation of Competition in Pay-TV Market

Myungsu Hong*

Pay-TV Market has shown the significant changes in the broadcasting market. Although broadcasts still have public interest characteristics, Broadcasting has been developing into a competitive market and pay-TV market represents such a change. Therefore, it is appropriate for the government to evaluate the competition of broadcasting market, including pay-TV market every year.

But it is doubtful whether it is reasonable to separate the digital and analog markets in the 2016 evaluation. There is also room for discussion as to whether or not it is appropriate to convert the regional market into the national market. In addition, the lack of practical consideration of possibility of user switching and sufficient representation for the bundling sale can be pointed out as the problem.

<key words>

Broadcasting Market, Pay-TV Market, Relevant Market Definition, Bundling Sale, Evaluation of Competition

* Professor, College of Law, Myongji Univ.

현대사회의 조정전략

-미국의 사례를 중심으로

육소영*

논문요지

조정이란 민사에 관한 분쟁을 간이한 절차에 따라 당사자 사이의 상호 양해를 통해 조리를 바탕으로 실정에 맞게 해결하는 제도로서 재판에 의하지 않고 당사자 사이의 분쟁을 해결하는 대안적 분쟁해결방법이다. 조정은 당사자들 간의 의견 조정을 통하여 분쟁을 종결시킴으로써 소송에 의한 분쟁종결보다 분쟁의 해약적 효과를 줄일 수 있다는 장점을 가지고 있다. 그럼에도 우리나라에서는 매우 제한적으로만 이 제도가 이용되고 있다.

현대사회에서는 소송의 양적증가, 소송비용의 증가, 소송기간의 장기화와 더불어 소송절차의 파괴적인 특성으로 인하여 조정제도를 이용해야 할 필요성이 증가한다. 이를 위해서는 새로운 조정전략을 수립하는 것이 필요하며 이를 위하여 결정권한을 가진 자들에 대한 조정 등 혁신적 접근방법의 도입, 손해배상액의 분산 지급 등 혁신적 조정안의 도출, 사과와 용서 등 비경제적 요소들의 조정안에의 도입이 있어야 한다. 더 나아가 분쟁해결에 있어 변호사의 역할이 재정립되어야 하며 조정인들에 대한 정기적인 교육을 통하여 조정의 질을 높여야 할 것이다. 이를 통하여 조정제도에 대한 개선이 이루어질 것이며 조정제도의 이용이 증가하리라 예상된다.

검색용 주제어: 조정, 조정전략, 비경제적 요소, 조정인 교육, 손해배상액의 분산지급, 변호사의 역할

· 논문접수: 2017. 11. 23. · 심사개시: 2018.01.13. · 게재확정: 2018.01.24.

* 충남대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

민사조정법에 따르면 조정을 민사에 관한 분쟁을 간이한 절차에 따라 당사자 사이의 상호 양해를 통하여 조리를 바탕으로 실정에 맞게 해결하는 제도로 설명할 수 있다(민사조정법 제1조). 재판에 의하지 않고 당사자 사이의 분쟁을 해결하는 제도로는 조정 외에 알선, 중재와 같은 제도가 있으며 소송에 대한 대안적 분쟁해결방법으로서 분쟁 당사자 사이에 제3자가 개입하여 화해에 이르도록 함으로써 분쟁의 해결을 도모하는 제도라는 점에서 이들과 조정은 큰 차이가 없다.¹⁾ 그러나 조정의 경우에는 제3자의 조정안에 대하여 분쟁 당사자가 승낙하면 화해가 이루어지지만 그 조정안이 법적인 구속력이 없어서 당사자가 이를 수용하지 않을 수도 있다는 점에서 다른 대안적 분쟁해결방법과 구별된다.

조정은 당사자들 간의 의견 조정을 통하여 분쟁을 종결시킴으로써 소송에 의한 분쟁종결보다 분쟁의 해악적 효과를 줄일 수 있다는 장점을 가지고 있다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서는 매우 제한적으로만 조정제도가 사용되고 있다. 대법원 발표자료인 2017년 사법연감에 따르면 2016년도에 조정신청은 7,820건이 접수되어 7,920건이 처리되어 조정성공률이 31.0%이지만 조정담당판사·조정위원회 처리건수는 44,292건이고 수소법원 처리건수는 38,451건이며 지방법원 민사본안사건 중 조정으로 처리되는 비율은 4.5%에 불과하다.²⁾ 분쟁해결방법으로서 대안적 분쟁해결방법에 대한 인식 부족은 법학전문대학원과 법과대학의 교육시스템에서도 잘 드러난다. 법학전문대학원과 법과대학의 커리큘럼은 소송을 통한 분쟁해결을 전제로 하고 있으며 조정이나 중재 등 대안적 방법에 의한 분쟁 해결에 대해서는 거의 교육이 이루어지지 않고 있다.³⁾

그러나 해마다 법원에 제기되고 있는 소송은 증가하고 있는 반면에 재판을 담당할 법원이나 법관의 수적 증가는 제한적이어서 소송 특히 민사소송의 경우에는 소송의 지연은 이미 소송 초기 단계부터 예측되어지고 있다. 또한 변호사의 수가 과거에 비하여 증가하기는 하였지만 여전히 소송을 위하여 변호사를 선임하기 위해서는 많은 비용이 요구되고 따라서 많은 사건들이 변호사 없이 당사자에 의해 직접 소송이 진행되고 있다.⁴⁾

현대인은 과거 사람들에 비해 많은 스트레스에 시달리고 있다. 이런 스트레스의 원인은 복잡한 현대 사회에서 많은 사람들과의 경쟁적인 삶을 영위하기 때문인 것으

1) 김상찬&양영화, “우리나라 ADR제도의 활성화 방안”, 「법학연구」, 제45집, 2012, 249면.

2) 법원행정처, 「2017 사법연감」, 제5장 제1절; www.scourt.go.kr (2017. 12. 30. 방문).

3) 충남대학교 법학전문대학원 교육과정 <https://law.cnu.ac.kr> (2017. 12. 30. 방문); 명지대학교 법과대학 교과과정 <http://jw4.mju.ac.kr> 참조 (2017. 12. 30. 방문), 경북대학교 법학전문대학원 교육과정 <http://lawschool.knu.ac.kr> (2017. 12. 30. 방문).

4) 법원행정처, 「2017 사법연감」, 제5장 제1절, 표20; www.scourt.go.kr (2017. 12. 30. 방문).

로 보이며 다른 사람과의 접촉이나 경쟁을 피할 수 없는 현대적 삶은 그 과정에서 다른 사람들과의 분쟁에 휘말리게 되는 경우를 더 많이 당하게 된다. 그렇다면 이러한 분쟁을 해결할 수 있는 방법으로서 조정이 왜 현대사회에서 더 요구되는지, 조정에서 있어 변호사가 담당해야 할 역할은 무엇인지와 현대사회에 맞는 새로운 조정전략은 무엇인지가 검토되어야 할 것이다. 이하에서는 이런 세 가지 주제를 중심으로 조정제도를 현대적 관점에서 재검토하고자 한다. 다만 여기서 연구의 대상은 미국에서 제시된 사례를 중심으로 하고자 한다. 우리의 경우에는 조정이 활성화되지 않아서 조정에 대한 연구나 사례가 충분하지 않다고 판단되기 때문이다. 따라서 비록 충분하지는 않지만 우리보다는 대안적 분쟁해결방법이 많이 사용되고 있는 미국의 예를 통하여 우리의 조정제도에 대한 검토를 해보고자 한다.

II. 조정제도의 필요성

조정제도가 필요한 첫 번째 이유는 소송의 양적 증가를 들 수 있다. 현대사회에서 해마다 소송은 증가추세에 있다.⁵⁾ 이렇게 해마다 소송이 증가하는 원인에는 여러 가지가 있을 수 있겠지만 가장 중요한 요소는 과거에 비해 법적 권한이 증가하고 있고 따라서 무수히 새로운 청구원인이 탄생하고 있다는 점이다. 과거에는 법원이 아니라 그 해결이 소속기관이나 사회단체의 책임이던 많은 사항들이 이제는 법적권한에 관한 문제로서 법원의 해결을 요구하고 있다. 종교기관, 가족, 사회공동체는 당사간의 분쟁을 해결할 수 능력을 상실했으며 과거에 이들이 했던 분쟁해결의 역할을 이제는 법원이 담당해야만 한다. 이외에도 새로운 법률이 증가하고 있다는 점, 형사사건이 증가하고 있다는 점도 소송의 증가에 영향을 미치고 있다.

둘째, 소송비용의 증가를 들 수 있다. 우리나라에서는 변호사의 수적 증가에도 불구하고 소송비용은 감소하지 않고 있으며 오히려 변호사 사무실의 대형 로펌화 경향은 변호사비용을 포함한 소송비용을 증가시키고 있다. 또한 조건부 수입료(contingent fee)제도가 인정되지 않는 우리나라에서는 일단 모든 소송비용을 당사자가 부담해야하기 때문에 사안의 중요도에 따라 초기 변호사 비용이 달라지지 않는다고 생각된다. 미국의 경우에는 우리와는 달리 사실발견과정(discovery)이 장기화됨에 따라 많은 비용이 소요되고 미국 내 장기간의 불황에도 불구하고 변호사들의 시간당 청구비용은 감소하고 있지 않아서 소송비용은 여전히 부담이 되고 있다.

셋째, 소송기간의 장기화를 들 수 있다. 우리나라의 경우에도 민사소송의 경우에는 1년 이상이 소요되는 것이 일반적이고 미국의 경우에는 드물기는 하지만 10년 동안

5) Richard M. Calkins & Fred Lane, *Lane and Calkins Mediation Practice Guide* sec. 1.01 (2006).

소송이 진행되는 경우도 있다고 한다. 예를 들어 미국의 경우에 Midwest Milk 사건은 20년간 절차가 진행되다 결국 21년이 되는 해에 조정으로 사건이 종결되었다. 그런데 20년이나 진행되던 이 분쟁의 종결을 위한 조정에는 단지 두 달 반의 기간이 소요되었을 뿐이라고 한다.⁶⁾

넷째, 소송절차의 파괴적인 특성은 소송에 의해 절차가 종결되기 보다는 조정에 의한 절차의 종결을 더 바람직한 것이 되도록 한다. 조정이 소송보다 더 바람직한 것으로 권장되는 가장 큰 이유는 조정의 평화적 특성에 있을 것이다. 조정에 들어간다는 것은 사안에 대한 논의의 장을 단순히 법정에서 대화의 장으로 변경하는 것이 아니라 법원을 통해 달성하고자 했던 정의의 개념에 대한 재정립과 의뢰인에 대한 변호인의 윤리적 책임에 대한 재검토를 요한다. 조정을 통해 달성하고자 하는 정의는 법정을 통해 달성하고자 하는 정의와는 다르다. 이에 대하여 미국 연방대법원의 버거(Burger)대법관은 대안적 분쟁해결방법을 통하여 의뢰인은 가장 단기간에 최소의 비용으로, 소송 참여로 인한 스트레스를 최소화하면서 수용할 수 있는 결과를 가질 수 있게 되며, 이러한 결과의 달성이 우리가 조정제도를 통해 달성하려는 정의라고 이야기한 바 있다.⁷⁾ 더 이상 변호인은 법정에서 당사자를 변호하는 자가 아니라 적극적으로 당사자가 가진 문제를 해결해주고 평화를 가져다주는 자이어야 한다. 그러므로 변호인을 분쟁을 촉진하는 자가 아니라 법적 건축가, 엔지니어, 건축주의 역할을 하는 자로 보는 새로운 역할 정립이 필요하다고 할 수 있다.

III. 현대사회의 새로운 조정전략 수립

1. 조정에 대한 혁신적 접근방법의 도입

(1) 결정권한자들에 대한 조정(Caucus Meditation)

조정을 통해서도 법정에서는 이루어질 수 없는 다양한 방법을 통하여 당사자 간의 분쟁을 해결할 수 있다. 예를 들어 조정위원들은 당사자의 일방이 부존재하는 상태에서 다른 일방과의 대화를 할 수도 있으며 변호사들이 설득이 어려운 의뢰인과 협상을 하는 것을 도울 수도 있고 당사자들이 자신의 사건을 보다 중립적인 입장에서 평가할 수 있도록 도울 수도 있으며 합의를 하도록 권유할 수도 있다. 이처럼 조정제도의 가장 큰 장점은 상황에 맞는 다양한 방법을 사용할 수 있다는 유연성에 있다. 조정위원들은 법률에 엄격히 구속됨이 없이 양 당사자들의 요구에 맞는 해결방안을 만들어낼 수 있다.

6) Nat'l Frmers Org. v. Associated Milk producers, 850 F. 2d 1286 (8th Cir. 1988).

7) Warren E. Burger, *Isn't There A Better Way?*, 68 A.B.A.J. 274 (1982).

이러한 장점을 가진 조정제도의 효율성을 높이기 위한 혁신적 방법으로 미국에서 논의되고 있는 것이 결정권자들에 의한 조정(caucus mediation)이다. 일반적으로 조정은 두 가지 형식을 취하게 된다. 먼저 소송절차에의 참여를 통하여 당사자들이 자신의 사건에 대한 판단을 할 수 있게 되고 두 번째 단계로서 조정절차를 통하여 당사자들 사이의 대화의 장을 열게 된다. 이러한 조정절차는 특히 당사자들이 고용관계나 가족관계와 같이 일정한 관계를 지속 중인 경우에는 유효한 절차라고 할 수 있다. 그러나 조정절차에 회부되는 모든 사건에 이렇게 당사자들의 직접적인 참여와 대화가 요구되는 것은 아니다. 참여 당사자들이 다수이고 사안이 복잡한 경우이거나 장기간 진행되고 있는 소송에서는 모든 당사자들이 반드시 직접 참여할 필요는 없으며 사안에 대하여 결정권한을 가진 자들만이 참여하는 조정절차가 더 효율적일 수 있다.⁸⁾

결정권한을 가진 자들에 의한 조정은 일반적인 조정이나 다른 대안적 분쟁해결 방안들과 다음과 같은 면에서 차이점을 가지고 있다. 첫째, 이 조정의 핵심은 조정인들이 당사자나 변호인들 중 일방과만 대화를 할 수 있다는 점이다. 소송이나 중재에서는 이러한 대화방법은 당사자나 변호인 모두에게 비윤리적이고 불법적인 것으로서 허용되지 않는다.⁹⁾ 결정권한을 가진 자들의 조정에서는 당사자들은 각각 별개의 방으로 배치되고 조정인들은 각각의 당사자들을 직접 만나 대화를 시도한다. 이때 조정인과 당사자 간에 이루어진 대화는 엄격하게 비밀성이 보장되어야 하고 다른 당사자와의 대화 내용이 공유되어서는 안 된다.¹⁰⁾ 이때 조정인은 법정에서는 결코 질문할 수 없는 사항에 대해서도 질의를 할 수 있으며 예를 들어 변호인들에게 이 사건의 승소가능성에 대한 법률적 의견을 물을 수 있다. 이러한 대화를 통하여 조정인들은 당사자들이 모두 만족할 수 있는 조정안을 이끌어 낼 수 있게 된다.

결정권한을 가진 자들의 조정은 단지 대화가 일방적으로 이루어질 수 있을 뿐만 아니라 전 과정을 거쳐 비밀성이 유지된다는 특징을 가지고 있다. 즉 무엇이 논의되었는지에 대해 비밀성이 유지되지 않는다면 이 조정의 핵심이라고 할 수 있는 당사자와의 솔직한 대화는 원천적으로 불가능하다고 할 수 있다.

더 나아가 이 조정은 조정인이 당사자 및 변호인과 신뢰와 친밀성을 쌓는 것을 가능하게 하고 이러한 관계형성은 사건에 대한 해결을 더 용이하게 한다. 당사자가 자신의 감정이나 관심을 소송 상대방과 같이 있는 가운데 표현하는 것은 쉬운 일이 아니다. 이 조정은 분노하거나 좌절하고 있는 당사자들이 자신의 감정을 폭발시킬 수 있는 기회를 제공함으로써 소송에서 냉정하게 사건에 직면할 수 있도록 한다. 또한

8) Richard M. Calkins & Fred Lane, *Lane and Calkins Mediation Practice Guide* §1.01 (2006).

9) Loretta W. Moore, *Lawyer Mediators: Meeting the Ethical Challenges*, 30 Fam. L. Q. 679, 687 (1996).

10) 서정일, “조정제도의 통합적 운용방안에 관한 연구”, 「중재연구」, 제23권 제2호, 2013, 47면.

당사자들을 분리시킴으로써 까다로운 당사자들과의 협상을 용이하게 한다. 많은 변호인들이 조정을 자신들의 의뢰인을 설득하기 위한 수단으로 이용하고자 하는 경우가 많다고 한다. 결정권한을 가진 자의 조정은 변호인이 의뢰인에게 설득하고 싶었던 내용을 강화함으로써 의뢰인들은 사건에 어려움이 있는 경우에는 타협할 필요가 있다는 것을 이해할 수 있게 된다.¹¹⁾

결정권한을 가진 자의 조정은 또한 숨겨진 문제점을 발견할 수 있게 한다. 실제로 많은 경우에 표면적으로 드러난 사실관계나 법률해석보다는 다른 문제들이 결과를 결정할 수 있다. 때로 의뢰인이 금전적 배상이 아니라 단지 사과를 받기를 원하는 경우도 존재할 수 있으며, 이처럼 조정인은 조정을 통하여 당사자가 진정으로 원하는 바를 정확하게 알 수 있게 된다. 무엇보다도 이 조정의 가장 큰 장점은 유연성에 있다. 조정절차는 전화에 의해 이루어질 수도 있고 법정에서는 채택되지 못한 증인을 불러 증언을 들을 수도 있다.¹²⁾

(2) 다수 피고들에 대한 조정의 재구성

피고가 다수인 경우에는 피고가 1인인 경우와 동일한 방법에 의한 조정이 불가능한 경우가 많다. 결정권한을 가진 자의 조정에서 사용하던 다수의 전략들 예를 들어 승소가능성에 대한 의견 등은 피고가 다수인 경우에는 사용할 수 없다. 따라서 새로운 조정전략을 세울 필요가 있으며 최선의 방법으로 알려진 것은 조정 초기에 모든 피고들과 한 번의 조정모임을 갖는 것이라고 한다. 이 모임에서 피고들은 원고의 주장에 대하여 자신에게 유리하다고 생각하는 점을 이야기하고, 어떤 판결이 나올 것으로 예상되는지에 대한 각 변호인의 의견이 집합되어 모든 피고들에게 적용될 수 있는 조정안의 범위를 정할 수 있게 된다. 이러한 결정을 내린 후에 조정인은 각각의 피고를 개인적으로 만나보고 여기서 피고들이 이 사건에서 본인이 불리하다고 생각하는 점에 대한 이야기를 듣는다. 다음으로 조정인은 각 피고에게 피고들 사이의 책임을 어떻게 분배하는 것이 좋을지에 대한 의견을 듣는다. 이러한 정보를 바탕으로 조정인은 피고들 사이의 책임을 분배하게 된다.¹³⁾

(3) 어려운 피고에 대한 조정의 조절

일반적으로 조정과정에서 가장 책임이 있는 피고가 절차를 중단하거나 자신이 원하는 것을 얻기 위하여 조정에 대하여 불모를 잡기를 원하는 경우가 많다. 이러한 피고는 각각의 피고들이 동등한 책임을 져야 한다고 주장한다. 이러한 주장을 상쇄하는 방법을 일종의 도미노 접근법이라고 한다. 이 방법은 모든 피고들과 한 번에

11) Calkins & Lane, *supra* note 8, §1.01.

12) Richard M. Calkins, *Mediation: The Radical Change From Courtroom to Conference Table*, 58 Drake L. Rev. 357 (2010).

13) *Id.* at 373.

분쟁을 종결하려고 하기 보다는 일부 피고와만 조정을 시도하는 것이다. 조정인은 가능한 많은 피고와 조정에 들어가기 위해 노력해야 하지만 도미노 효과를 가져오기 위해 1~2명의 피고와 조정을 위한 협상을 할 수 있다. 이때 한 피고가 조정에 의해 사건을 종결한 경우에 이 피고는 자신에게 가장 특화된 부분을 가지고 조정을 할 것이고 결국 이렇게 해서 최종적으로 남은 피고는 자신이 원하는 것을 얻을 수 있게 된다. 그러나 원고는 이러한 과정이 결국 최종적으로 남은 피고가 자신이 원하는 바를 무엇이든 가질 수 있게 된다는 점을 들어 반대할 수 있다. 하지만 실제로 도미노가 무너지기 시작하면 남은 피고는 점차 적어지게 되고 남은 자들에 대한 조정의 압력은 점차 커지게 된다. 따라서 남은 피고는 조정에 대하여 자유롭지 않게 된다.

(4) 배개 머리의 대화

많은 경우에 원고는 배우자나 가족들을 조정에 동반하게 된다. 이때 당사자들은 비합리적으로 조정안을 받아들이지 않는 반면 동반한 배우자나 가족은 소송에 따른 스트레스 때문에 사건을 해결하기를 원한다는 것을 알게 되면 즉시 조정안을 받아들일 것을 요구하기 보다는 당사자들이 숙고할 수 있는 시간을 주는 것이 좋다. 이렇게 함으로써 가족들은 자신들만의 사적 공간에서 다른 사람들이 지켜보지 않는 가운데 원고에게 조정안을 받아들임으로써 사건을 종결시켰으면 좋겠다는 의사를 표명할 수 있다. 이러한 경우에 사건의 해결을 원하는 배우자나 가족의 의견이 받아들여질 가능성이 높다.¹⁴⁾

2. 혁신적 조정안의 도출

조정인의 조정기술은 단지 새롭고 특이한 대안적 분쟁해결절차를 생각해내는 것에 그칠 것이 아니라 당사자들의 요구사항을 만족시키는 조정안을 만들어내는 것도 포함된다. 당사자들은 소송에서는 다루어지지 않았던 사항을 조정안에 포함시킬 수 있으며 예를 들어 당사자의 사과, 추천서, 원고의 성명을 따라 컨퍼런스 홀의 명칭을 명명하는 것 등을 들 수 있다.

(1) 손해배상액의 분산 지급

원고가 요구하는 손해배상액이 지나치게 많아서 피고의 생존을 위협하는 경우에는 조정안이 좀 더 실행 가능하도록 만들 수 있다. 예를 들어 피고가 손해배상액을 수개월 또는 수년에 걸쳐 분산 지급할 수 있다면 이는 양당사자 모두에게 이익이 될 것이다. 피고는 소송사건으로 인하여 파산하는 결과를 가져오지 않아도 되고 원고는

14) Brent D. Ruben & Leah A. Lievrouw, *Mediation, Information and Communication* 75 (1990).

시간의 문제일 뿐이지 언젠가는 자신이 청구한 손해배상액 전부를 지급받을 수 있게 된다. 더 나아가 피고는 현재의 소득을 기준으로 분산 지급해야 할 금액을 결정할 수 있고 원고는 실제로 매해 받게 되는 금액이 감소되어 부과되는 세금의 감액을 받을 수 있게 된다.¹⁵⁾

(2) 복귀신탁기금

특히 집단소송에서 유용하게 사용할 수 있는 방법으로서 제안된 것이 복귀신탁기금의 창설이다. 조정과정에서 피고가 집단소송의 원고들에 의해 청구되지 않는 금액이 다시 피고에게 복귀될 수 있다는 사실을 알게 된다면 피고는 더 많은 금액을 조정에 사용하고자 할 것이다. 예를 들어 다수 소비자가 관련된 소송에서 집단소송의 당사자 수가 알려지지 않았거나 최종적으로 청구될 집단소송의 당사자 수가 알려지지 않은 경우에는 일반적으로 많은 수의 소비자가 청구를 하지 않을 것이라는 사실을 알면서도 좀 더 많은 금액의 조정안에 동의하게 된다. 그러나 실제로는 많은 소비자가 시간을 들여 집단소송에 참가하기 위한 서류를 작성하려 하지 않을 것이며 대부분의 경우에 모든 잠재적 원고들에게 지급할 수 있는 정도의 충분한 금전도 확보되기 어렵다. 따라서 복귀신탁기금을 만드는 것은 피고에게 회수할 수 있는 금액이 있을 수 있다는 심리적 안정감을 주게 되어 원활하게 조정이 성립될 수 있게 한다.¹⁶⁾

(3) 에스크로(Escrow) 계좌

종종 조정안을 논의하는 과정에서 조정인은 일정기금이 특정 목적을 위해 사용된다면 피고가 더 많은 금액을 지불할 의사가 있음을 확인할 수 있다. 예를 들어 교회가 피고인 경우에 피고들은 만일 자신들이 지불하는 돈이 마약이나 술을 구매하기 위해 사용되지 않는다면 성적학대의 희생자에게 더 많은 돈을 지불하고자 한다. 이런 경향에 따라 배상금의 일부를 에스크로 계좌에 넣게 하고 이 계좌의 돈을 교육이나 치료, 상담이나 사적용도로 사용할 수 있도록 용도를 한정할 수 있다. 일정기간이 지나고도 사용되지 않은 에스크로 계좌의 잔액은 피고에게 반환된다.¹⁷⁾

3. 비경제적 조항의 조정안에의 도입

분쟁해결에 있어 조정의 유연성은 조정안의 작성에 있어 비경제적 요소를 사용할 수 있다는 것이다.

15) Calkins, *supra* note 12, at 391.

16) *Id.* at 392.

17) *Id.* at 393.

(1) 이혼 후 사정변경의 원칙 적용 금지

이혼소송에 있어 어려운 점의 하나는 이혼소송이 종결된 후에도 당사자들이 사정변경을 이유로 법원의 명령을 변경하기 위하여 또는 상대방을 괴롭히기 위하여 계속하여 법정으로 돌아오는 경우가 많다는 것이다. 조정에 의한 이혼은 이러한 결과를 피할 수 있다. 당사자들은 양자가 신뢰하고 존경할 수 있는 조정인을 선택할 수 있고 장래에 의사의 불합치 상황이 일어나거나 법원의 명령을 변경할 필요가 있는 경우에 일단 당사자들은 조정인을 찾아가 의견을 조율할 수 있다. 이혼에 대한 장래의 분쟁을 회피하기 위한 이런 장치로 인하여 당사자들은 법정에 돌아가지 않아도 된다는 확신을 얻게 된다.¹⁸⁾

미성년자의 양육권이나 면접권의 문제에 있어서는 이들 문제의 결정에 있어 양당사자가 신뢰할 수 있는 아동 심리학자가 조정인이 될 수도 있을 것이다. 당사자들은 장래 발생할 수 있는 의견 차이를 조절할 수 있는 이러한 방법을 반복적인 법정으로의 복귀나 변호사 비용의 발생보다 더 선호할 것이다. 또한 당사자들은 이를 통하여 이혼으로 인하여 받게 되는 스트레스의 강도를 상당히 줄일 수 있게 된다.¹⁹⁾

(2) 사과와 용서

많은 조정인들이 사과의 효과를 경험하게 된다. 만일 조정인들이 피고에게서 사과를 얻어낼 수 있다면 비타협적인 태도를 무너뜨리고 문제에 대한 해결과 치유를 동시에 가져올 수도 있다. 일정한 사건에서는 피고의 사과가 금전적 배상보다 원고에게 더 중요할 수도 있다.²⁰⁾ 용서는 그런 의미에서 조정의 최종 단계라고 할 수 있다. 만일 원고의 용서를 구할 수 있다면 사안의 해결만이 아니라 당사자들에게 안정과 평화 및 치유를 가져다 줄 수 있다. 그러나 법정분쟁에 있어 용서를 이끌어내기는 매우 어려운 일이다.²¹⁾

(3) 행동의 변화를 가져오는 비경제적 조건

미국에서 일어난 가장 창작적인 조정의 형태로는 목사의 성적학대 사건에 대한 조정을 들 수 있다. 이 사건에서는 세 단계에 걸쳐 조정이 이루어졌는데, 첫 단계는 치유의 단계로서 교회의 책임자나 관리자에게 희생자가 이야기할 수 있는 기회를 주는 방법에 의해 이루어진다. 이러한 과정을 거쳐 희생자는 일생동안 자신이 겪은 고통을 분출하고 설명할 수 있다. 이때 교회 책임자는 단지 유감을 표시하거나 관심을

18) Holly Clemente, *Benefits of Mediation in Divorce Cases*, ABA Young Lawyers Division (www.americanbar.org/groups/young_lawyers visited 12/31/17).

19) *Id.*

20) Donna L. Pavlick, *Apology and Mediation: The Horse and Carriage of Twenty-First Century*, 18 Ohio St. J. on Disp. Resol. 829 (2003).

21) Richard M. Calkins, *Mediation: A Revolutionary Process That Is Replacing the American Judicial System*, 13 Cardozo J. Conflict Resol. 1, 57-58 (2011).

표하는 외에 희생자의 이야기에 답변을 해서는 안 된다. 즉 피고의 행동에 대한 방어는 허용되지 않으며 변호인조차도 자신의 의견을 이야기할 수 없다.

두 번째 단계에서는 비경제적 조정안의 내용에 대한 논의가 진행된다. 이 단계에서는 매달 교회의 책임자가 희생자를 위한 위원회와 정기적으로 모임을 갖고 관심 사항에 대하여 논의한다. 이 단계에서 논의되는 것에는 희생자에게 발생한 일을 설명하고 다른 가능한 희생자들에게 도움을 요청하도록 신호를 보내는 것을 포함한다. 또한 이 단계에서는 해당 목사에게 적절한 형벌이 무엇인지가 논의되기도 한다.

마지막 단계에서는 금전배상이 논의된다. 이미 당사자들은 여러 단계를 거치면서 상당한 정도의 논의를 거친 바 있기 때문에 대개 당사자들은 용이하게 타협점에 이르게 된다.²²⁾

IV. 분쟁해결에 있어 변호사의 역할 재정립과 조정인 교육

1. 분쟁해결에 있어 변호사의 역할 재정립

(1) 분쟁해결방법에 대한 디자이너로서의 변호사

조정을 포함한 대안적 분쟁해결방법에 의한 분쟁해결이 바람직함에도 불구하고 법학전문대학원에서는 법률적 분쟁을 해결할 수 있는 핵심장소가 법정이라는 것을 전제로 한 교육을 하고 있다. 그러나 현대사회에서 변호사는 단순히 당사자들의 소송 대리인일 뿐만 아니라 전반적인 법률문제에 대한 자문이라고도 할 수 있다. 복잡한 현대사회에서 많은 사람들이 법률적 문제에 직면하게 되고 그 문제가 비록 법정까지 가야 할 사안은 아니라고 하더라도 스스로에 의한 자립적 해결이 불가능한 경우가 많이 존재한다. 같은 맥락에서 분쟁이 발생한 후 사후적으로 당사자를 돕기 보다는 분쟁이 사전에 예방될 수 있도록 조치를 취하는 것을 도울 수 있다면 비록 분쟁이 발생한다 하여도 초기에 이를 종결하여 당사자의 피해를 최소화할 수 있게 된다. 따라서 변호인들은 소송 전이나 후에 전체의 관점에서 분쟁해결방법들을 디자인하는 분쟁해결방법의 디자이너가 되어야 한다. 즉 변호인은 각 단계나 상황에서 당사자에게 가장 좋은 분쟁해결방법이 무엇인지를 고안하고 실행하는 역할을 해야 한다. 그렇다면 분쟁해결방법에 대한 디자이너로서 변호사가 만든 분쟁해결방법의 타당성을 어떻게 평가할 것인가의 문제가 대두된다.

(2) 변호사가 계획한(디자인한) 분쟁해결방법의 타당성 평가

디자이너로서 변호사가 만든 분쟁해결방법의 타당성을 어떻게 평가할 것인지와 관

22) Calkins, *supra* note 12, at 398.

런해서 크게 목적, 절차와 구조, 이해관계인, 정책, 성공과 신뢰성의 다섯 가지 기준이 적용될 수 있을 것이다.²³⁾

가. 목적

목적의 적절성을 결정하기 위해서는 두 가지가 검토되어야 한다. 먼저 분쟁해결방법에 의해 다루고자 하는 분쟁의 유형이 무엇인지를 결정해야 하고 다음으로 결정된 분쟁해결방법에 의해 달성하고자 하는 목적이 무엇인가 결정되어야 한다. 한 조직에서 사용하는 분쟁해결방법은 하나 또는 다수의 분쟁에 적용될 수 있다. 예를 들어 기업은 기업 내 노동분쟁만을 해결하기 위한 분쟁해결방법을 고안할 수 있으며, 역으로 의뢰인이나 물품공급자와 같은 외부 인사들과의 분쟁을 해결하기 위하여 보다 광범위한 분쟁해결방법을 필요로 할 수 있다. 더욱 통합된 방법은 분쟁의 금지, 운영, 해결을 목적으로 하며 절차중단을 위한 다수의 방안을 제공할 것이다.

일단 분쟁의 범위가 확정되면 이런 분쟁을 해결하기 위하여 어떠한 방법을 사용하는 것이 적절한 지가 검토되어야 한다. 가장 바람직한 방법은 정책방향을 사전에 명확히 하고 채택된 분쟁해결방법의 성공을 사후에 평가하는 것이다. 가능한 목적의 범위는 매우 광범위하다. 즉 i)채택된 해결방법이 분쟁의 방지를 목적으로 하는지 그렇지 않으면 분쟁의 해결을 목적으로 하는지 ii)효율적인 측면에서 이해당사자의 시간을 최소화하는지, 채택된 해결방안이 중립적인지, 이해당사자에게 발생하는 비용을 최소화하는지 아니면 분쟁의 수나 유형을 감소시키는지 iii)관계와 관련하여 기존의 관계를 변형시키는지 아니면 재편성하게 하는지 또는 여기서 관계는 누구의 관계인지 iv)안전과 관련해서는 당사자에 대한 폭력을 방지하는지 아니면 재산권을 보호하는지 v)체제 운영과 관련해서는 체제에 대한 접근권을 향상시키는지 아니면 부담을 감소시키는지 vi)공적 인식과 관련하여 사생활을 보호하는지 아니면 사생활침해에 대한 공적 정당화 사유가 있는지 vii)실질적 결과와 관련해서는 정의를 확대시켰는지 또 정의를 어떻게 정의할 것인지 viii)공정성과 관련해서는 공정성이 절차적인 것인지 아니면 실제적인 것이어야 하는지 ix)개인이나 기관의 명성은 어떻게 할 것인지 x)준수와 관련해서는 민사적 제재를 가할 것인지 아니면 형사적 제재를 가할 것인지 아니면 장래의 분쟁을 방지해야 하는지 xi)만족도와 관련해서는 당사자 모두를 만족시켜야 하는지 그들 중 일부의 만족으로도 충분한지 또 해결방법의 효력기간은 어느 정도인지 xii)기관의 발달과 관련해서 조직의 약점이나 부정의를 밝혀내야 하는지 그리고 그들을 교정해야 하는지 등이 고려해야 할 목적이 될 수 있다.²⁴⁾

조정인들은 조정이 추구해야 하는 이런 여러 목적들 중 해당 조정이 달성해야 하는 목적을 설정할 수 있고 그들 목적 간에 우선순위를 정할 수 있다. 우선순위 설정

23) Stephanie Smith & Janet Martinez, *An Analytic Framework for Dispute Systems Design*, 14 Harv. Negot. L. Rev. 123 (2009).

24) Id. at 130.

은 특히 조정을 통해 달성해야 할 효율성과 공정성 또는 정의 사이에 충돌이 있을 가능성이 있기 때문에 더욱 필요하다.

나. 절차와 구조

타당성 평가의 두 번째 요소는 절차의 선택과 조정의 구조이다. 즉 어떤 절차가 분쟁의 방지와 운영 및 해결을 위해 사용되어야 하는지를 결정해야 한다. 또한 해당 절차를 선택해야 하는 이유는 무엇이며 각 절차가 상호 어떻게 연계되어 있는지를 검토해야 한다. 실제로는 매우 여러 유형의 절차가 사용되며 어떤 조정인들은 기존의 형식적인 절차를 이용하는 반면 다른 이들은 새로운 절차를 채택하기도 한다. 이용 가능한 절차들은 서로 다른 이해관계자들에게 재정적, 시간적 기타 인센티브를 준다.

그러나 조정인들이 이처럼 분쟁해결절차를 선택할 수 있는 자유는 법원, 법률 또는 행정부에 의해 규제를 받는다. 법률에서 일정한 절차의 사용을 금지하는 경우도 있고 특정 절차를 포함시킬 것을 요구하기도 한다. 만일 조정절차가 결정되고 나면 그 정당성 여부는 법원에서 다투어질 수 있다.

다. 이해관계인

세 번째 요소는 다양한 이해관계인과 그들의 상대적 영향력을 밝히는 것이다. 기존체제 내에서 디자인된 조정절차에 어떤 이해관계인이 관련되어 있고 누구의 이익이 담겨 있는지를 아는 것은 의미가 있다.

분쟁해결방법을 디자인함에 있어 가능한 많은 이해관계인을 밝혀내어 참여시키는 것이 좋다. 참여 이해관계인이 다수일수록 중요한 이해관계를 모두 고려할 수 있고 분쟁해결방법의 합법성이 보장되며 신뢰성이 생기고 영속성이 있는 결과를 가져올 수 있다.

라. 방책

지극히 중요한 사항은 채택된 방법의 실제 집행을 위한 적절한 방책의 범위이다. 어떻게 해결방안이 재정적 지원을 받을 것인지, 추구하는 목적을 달성하기 위하여 그 기금수준이 적절한지 등이 문제가 되며, 인적측면에서는 집행인이 중립적인 자로서 높은 윤리적 서비스를 제공하기 위하여 적절히 교육되었는지 등이 문제가 될 수 있다.

채택된 분쟁해결방법은 적절한 지원을 받을 수 있는 경우에만 그 목적을 달성할 수 있다. 부적절한 방책을 가진 절차를 회피하기 위해서는 공정성, 정의와 성공가능성 등에 관한 판단을 해야 한다. 기금문제의 핵심은 누가 지급할 것인지의 문제이다. 분쟁해결방법에 대한 재정문제를 일방의 당사자가 책임지고 다른 당사자는 재정적으로 전혀 책임이 없는 경우에는 편견이 있을 수 있다. 이처럼 일방 당사자에게만 재

정적 부담을 지우는 것이 편견을 가져올 수 있는 반면 저소득자에게 재정적 부담을 지우는 것은 일정 사건에서는 접근권을 부정하는 결과를 가져올 수 있다.

마. 성공과 신뢰성

마지막 요소는 성공여부이다. 먼저 채택된 방법이 신뢰성이 있는지가 문제가 된다. 즉 그 방법이 운영 측면 또 절차에 대한 접근성과 그 결과에 있어 투명성이 있는 지 여부가 문제될 것이다. 다음으로는 그 방법이 평가부분을 포함하고 있는지 만일 그렇다면 무엇이 언제 누구에 의해 연구되고 그 결과를 누가 이용할 수 있는 지 여부가 문제가 된다. 최종적으로 그 목적이나 기타 관련 법적, 사회적 규범과의 관계에서 평가할 때 그 방법이 성공적이라고 할 수 있는지가 문제가 된다.

채택된 분쟁해결방법의 성공여부는 독립된 평가자에게 그 결과가 이용가능한지 그리고 그 결과가 독립된 평가자들에 의해 연구된 것인지에 의해 결정된다. 그러나 많은 경우에 비용, 사생활보호의 문제, 공개의 어려움과 신중함 등이 의미 있는 평가를 할 수 없게 한다.

그러나 평가는 세 가지 측면에서 매우 중요하다. 먼저 평가는 해당 방법을 운영하는 자에게는 그 방법이 효과적으로 기능하고 있는지를 확인하기 위하여 필수적인 것이다. 둘째, 평가가 진행된다는 것이 해당 방법을 발전시킬 수 있다. 평가 없이는 그 방법의 운영자가 그 절차의 문제점을 밝혀낼 수 없다. 셋째, 사용자들에게는 그 방법이 제대로 작동하고 있는지를 이해하기 위하여 평가가 중요한 역할을 한다. 투명성은 신뢰성을 증가시키고 그러므로 참여를 유도하게 되고 참여자들로부터 운영자들에게 피드백이 일어날 수 있도록 한다. 그러므로 최소한 평가가 내부 모니터링으로부터 시작되도록 해야 한다. 물론 독립된 외부인에 의해 검토가 이루어지는 것이 바람직하며 독립된 외부인에 의한 검토는 더 자세하고 객관적인 평가가 이루어질 수 있게 한다.²⁵⁾

2. 조정인들의 교육

지금까지 검토해 본 바와 같이 조정제도는 소송에 의한 분쟁해결보다 당사자의 정신적·경제적 손실을 덜어줄 수 있는 바람직한 분쟁해결방법이라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 조정제도가 실제로 분쟁해결에서 차지하고 있는 비율은 그렇게 높지 않다. 가장 큰 이유로 들 수 있는 것은 분쟁당사자들의 조정인들에 대한 불신이다. 일단 법정에까지 자신의 문제를 가지고 온 사람들의 배경에는 서로에 대한 불신, 진실에 대한 이해의 부족, 상대방에 대한 분노 등이 존재하며 이들은 중립적인 누군가에 의해 분쟁이 종결되기를 희망한다. 따라서 이들은 그러한 중립적인 자로서 법

25) *Id.* at 133.

원을 최종적으로 오랜 고민 끝에 선택한 것이며 이들의 이런 선택은 단순히 조정이 그들을 위해 더 나은 결과를 가져올 수 있다는 막연한 기대감만으로는 변경되지 않는다.

그렇다면 조정제도의 이러한 낮은 이용률은 조정결과의 불신에서 나왔다고 할 수 있으며 이러한 불신은 조정을 이끌어낼 수 있는 조정인들의 능력이 매우 다양하다는 데 있다. 따라서 조정인들에게 일정한 교육 내지 훈련을 요구함으로써 조정에 대한 최소한의 수준을 유지할 수 있다면 조정에 대한 이용률은 증가할 수 있을 것이다. 미국에서는 이를 위하여 미국 전 주에 걸쳐 효력을 가진 통일조정법안을 제정하자는 움직임이 존재한다. 그러나 이 법안에서도 조정인들에게 일정한 자격요건을 부여하고 있지는 않다. 아마도 그 이유로는 조정이 가지고 있는 제도 자체의 유연성을 고려한다면 조정인에게 자격요건을 부여한다는 것이 법정에서 판사에 의해 분쟁을 해결하는 것과 그 형태만을 달리할 뿐 결국 엄격한 형식요건을 갖춘 절차를 통하여 분쟁해결을 도모하는 것이 되기 때문이다.

하지만 그렇다고 하여 조정인에 대하여 전혀 훈련 내지 교육을 요구하지 않는 것은 조정의 질을 떨어뜨려서 조정의 이용을 감소시키게 된다. 따라서 조정제도가 국민들이 신뢰할 수 있는 효과적인 제도가 되기 위해서는 비록 조정인을 선발하는 단계에서는 일정한 자격이나 교육을 요구할 수 없지만 적어도 선발된 이후에는 일정 교육이나 훈련을 받도록 해야 한다. 그 이유로는 첫째 조정인이 조정인으로서 적절한 능력을 구비하고 있는지가 문제가 될 수 있다. 실제로 많은 조정인들이나 실질적으로 조정인으로서의 역할을 하고 있는 자들이 단순히 자신이 법학학위를 가지고 있거나 판사나 검사로서의 경험을 가지고 있다는 것을 이유로 조정인으로서의 자격을 구비하고 있다고 생각하는 경우가 많다. 그러나 조정은 법률을 적용하고 해석하는 과정이 아니라 당사자 간의 갈등을 대화나 타협을 통하여 해결하려는 방법으로서 당사자들의 이야기를 들어주고 타협점을 찾아내는 새로운 훈련이 필요하다고 할 수 있다. 미국의 경우에는 조정인들에게 요구되는 이들 교육이나 훈련시간이 주마다 서로 상이하다. 어떤 주에서는 6시간 또는 그 이하 시간의 교육을 요구하는 반면 심지어 어떤 주에서는 25시간의 교육이나 실습교육(apprenticeship)을 요구하기도 한다.²⁶⁾

미국에서 조정인에 대한 교육이 이루어지고 있는 대표적인 주는 플로리다와 조지아라고 한다. 일반적으로 이들 두 주에서 이루어지는 조정제도를 모델로 조정자에 대한 교육이 논의되고 있다. 플로리다 주에서는 예를 들어 가사조정 40시간, 민사조정 40시간 등 조정자가 담당하는 사안별로 독립된 교육영역을 한정하는 방법을 취하고 있다. 반면에 조지아 주에서는 먼저 기본조정과정(예를 들어 민사조정)을 수강한 후 조정자가 담당하게 되는 분야별로 고급과정(예를 들어 가사조정 등)을 수강하게

26) Brien Wassner, *A Uniform National System of Mediation in the United States: Requiring National Training Standards and Guidelines for Mediators and State Mediation Programs*, 4 Cardozo Online J. Conf. Res. 3 (2002).

하는 방법을 취하고 있다. 그러나 최근 플로리다 주에서는 기존의 교육방법에 대한 대안으로서 모든 조정자에게 조정절차와 기본 조정기술을 훈련하는 24시간의 기본교육과정 이수를 요구하고 그 후에 각각의 담당 영역별로 20시간의 영역별 조정교육을 받도록 하는 안이 제안되고 있다.²⁷⁾

일본의 경우에도 동경가정재판소의 경우, 조정위원 최초 위촉 시에는 2주간, 3년째 되는 해에는 2일간, 5년째 되는 해에도 2일간의 연수를 받도록 하고 있으며 그 외에도 수시로 자율적인 연구회 등을 만들고 사례연구 등을 통해 법률지식과 조정기술을 익히고 있다고 한다. 또한 싱가포르에서는 대법원 건물 내에 조정센터를 두고 이 조정센터에서 각 기관의 추천을 받아 조정자들이 원활한 분쟁해결절차를 진행하는데 도움이 되는 교육프로그램을 실시한다. 또한 필요한 경우 업체에 방문하기도 하고 원하는 사람은 누구나 대안적 분쟁해결방법에 대한 교육과정을 수료할 수 있다고 한다.²⁸⁾

우리나라에서도 조정위원들이 제대로 그 기능을 수행하기 위해서는 위촉 시 상당한 기본교육과 안내가 필요하다고 생각되며, 년 1회 1~3일의 집중교육을 받도록 하거나 그렇지 않으면 년 24시간의 교육시간을 이수하도록 하는 방법 등을 생각해 볼 수 있다. 구체적으로는 “조정절차 해설, 조정안의 유형, 조정기법, 가사조정 특징 등”을 교육내용으로 하는 것이 좋을 듯하고 교육프로그램은 사법연수원이 중심이 되어 마련하여야 하겠지만 실제 교육은 각급 법원에서 이루어지는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

V. 결론

이 논문에서는 조정이 왜 분쟁해결방법으로서 필요하며 분쟁해결과정에서의 변호사의 역할이 무엇인지에 대하여 검토하였다. 또한 추가적으로 조정제도가 활성화되기 위해서는 조정인에 대한 교육이나 요건이 강화될 필요가 있다는 점에 대해서도 검토하였다. 실제로 우리나라에서 소송은 당사자의 분쟁을 해결하기 위한 최종적 방법으로 당사자의 오랜 고민과 망설임 끝에 선택된다. 그러나 당사자들의 이런 선택과정에서의 고민에도 불구하고 소송이 당사자의 분노와 고민을 말끔히 해결해 주지는 못한다. 더 나아가 소송이 당사자가 원하는 바를 해결해준다 하여도 그 결과는 이미 당사자들이 소송으로 지칠 때로 지치고, 소송과정에서 일어난 생채기들로 정신적으로도 이미 피폐해진 후에 나오는 경우가 많다.

27) Florida Rules of Civil Procedure, FLRCP FL-CLE 1.700 (2016); Northern Virginia Mediation Service, State-by-State Guide to Court Mediator Qualification Standards, 2013.

28) 함영주, 「분쟁해결방법론」, 진원사, 2010, 455-458면.

그렇다면 당사자가 소송으로 인하여 겪게 되는 고통을 줄이면서도 만족스러운 결과를 가져올 수 있는 방법으로서 대안적 분쟁해결방법 특히 조정이 적극적으로 이용되어야 한다. 그러나 현재 우리나라에서 조정의 이용률은 낮은 편이며 조정을 통해 분쟁이 종결되는 경우도 적다고 할 수 있다. 그 가장 큰 이유는 조정인에 대한 신뢰감의 부족이 아닌가 생각한다.²⁹⁾ 당사자가 분쟁을 소송으로 가져온 가장 큰 이유는 판사의 중립성과 전문성에 있다. 그런데 조정이 판사의 중립성과 전문성을 대치할 수 있을 정도의 중립성과 전문성을 가질 수 있는지에 대한 의문이 있을 수 있다. 물론 조정인에 대하여 판사와 같은 엄격한 자격을 요구하는 것은 조정의 의미를 희석시킬 수 있다. 그러나 조정의 질을 일정하게 유지하고 분쟁당사자들이 신뢰할 수 있는 조정이 되기 위해서는 조정인에 대한 최소한의 교육이나 훈련은 이루어져야 할 것이다.

더 나아가 현재 우리나라에서는 조정제도에 대한 충분한 교육이 이루어지고 있지 않다. 법학전문대학원과 법과대학에서의 교육도 소송 중심이어서 법적 분쟁을 소송에 의해 해결하는 방법에 중점을 두고 있다. 그러나 현대적 의미에서 변호사 내지 법률중사자들의 역할은 이미 발생한 분쟁을 종결시키는데 있는 것이 아니라 분쟁을 사전에 방지하거나 감소시킬 수 있는 방안을 의뢰인에게 제시하고 구상하는데 있다고 할 수 있다. 변호사가 그러한 역할을 할 수 있기 위해서는 단지 분쟁이 발생한 후에 비로소 개입하는 것이 아니라 사회생활의 전 단계에서 변호사가 분쟁을 고려하여 사안을 조정하는 사전 조정인으로서의 역할을 할 수 있어야 한다. 변호사의 역할을 이처럼 분쟁발생 후 해결방안을 제시하는 자가 아니라 분쟁 이전의 전 단계에서 분쟁을 방지하고 사회생활의 평화를 가져다주는 자로 재정립한다면 법학전문대학원의 도입으로 인하여 증가한 법률전문가의 사회적 역할에 대한 고민도 해결될 수 있을 것이다.

또한 조정인들은 법원과 구별되는 자신들의 역할을 잘 이해하고 법원에서의 소송과 구별되는 독자적이고 특징적인 절차와 방법을 사용함으로써 조정의 효율을 높일 수 있도록 노력해야 할 것이다. 그러한 방법으로서 이 글에서는 모든 당사자들의 동시적 대면 면담을 통한 조정의 비효율성을 지적하고 당사자들 중 직접적으로 사안을 종결시킬 수 있는 권한을 가진 자들만의 조정을 일반적 대면 조정에 우선시하여 시행할 것을 제안하였다. 그러나 이러한 방법 이외에도 미국에서는 실제 민사나 형사 절차에서는 사용이 엄격하게 제한되는 거짓말 탐지기의 사용을 통한 심리적 효과의 이용 등을 제안하고 있다. 우리나라에서도 우리 실정에 맞는 조정방법에 대한 적극적이고 다양한 연구가 이루어졌으면 하며, 이를 통하여 조정제도의 이용이 활성화되기를 기대해 본다.

29) 정영화, “한국의 법문화 변화에서 법원과 법률가의 역할-법원연계 민사조정 활성화방안”, 『강원법학』, 제42권, 2014, 466면.

[참고문헌]

- 김상찬 & 양영화, “우리나라 ADR제도의 활성화 방안”, 「법학연구」, 제45집, 2012
- 서정일, “조정제도의 통합적 운용방안에 관한 연구”, 「중재연구」, 제23권 제2호, 2013
- 법원행정처, 「2017 사법연감」, 2017
- 정영화, “한국의 법문화 변화에서 법원과 법률가의 역할-법원연계 민사조정 활성화방안”, 「강원법학」, 제42권, 2014
- 함영주, 「분쟁해결방법론」, 진원사, 2010
- Brien Wassner, *A Uniform National System of Mediation in the United States: Requiring National Training Standards and Guidelines for Mediators and State Mediation Programs*, 4 Cardozo Online J. Conf. Res. 3 (2002)
- Donna L. Pavlick, *Apology and Mediation: The Horse and Carriage of Twenty-First Century*, 18 Ohio St. J. on Disp. Resol. 829 (2003)
- Loretta W. Moore, *Lawyer Mediators: Meeting the Ethical Challenges*, 30 Fam. L. Q. 679, 687 (1996).
- Richard M. Calkins & Fred Lane, *Lane and Calkins Mediation Practice Guide* (2006)
- Richard M. Calkins, *Mediation: The Radical Change From Courtroom to Conference Table*, 58 Drake L. Rev. 357 (2010)
- Richard M. Calkins, *Mediation: A Revolutionary Process That Is Replacing the American Judicial System*, 13 Cardozo J. Conflict Resol. 1 (2011)
- Stephanie Smith & Janet Martinez, *An Analytic Framework for Dispute Systems Design*, 14 Harv. Negot. L. Rev. 123 (2009)
- Warren E. Burger, *Isn't There A Better Way?*, 68 A.B.A.J. 274 (1982)
- www.scourt.go.kr 참조 (2011. 12. 11. 방문).

[Abstract]

The Meditation Strategy in Modern Society

Soyoung Yook*

Mediation is defined as a dispute resolution system based on mutual concession where parties can resolve the dispute without incurring a legal process. Mediation has merits to settle the legal dispute in adjusting conflict parties' opinions and not to incur negative effects. Despite that, in Korea, mediation has been rarely used in courts.

In modern society, quantitative increase of lawsuits, cost increase of litigation, the destructive nature of the legal procedure require more frequent uses of mediation. To accomplish that purpose, it is needed to establish a new mediation strategy where the innovative approach including caucus mediation must be introduced, the innovative settlement formats including spreaded payment shall be engineered and non-economic provisions such as apology and forgiveness have to be built in the settlement. Furthermore, the role of lawyers must be reconstructed in the dispute resolution system and the quality of mediation must be enhanced through regular training of mediators. With all these changes, it is expected to improve the mediation and to increase the number of use of a mediation system in Korea.

<key words>

Mediation, Mediation Strategy, Non-economic Factor, Training Mediator, Spreaded Payment, Role of Lawyers

* Professor, College of Law, Chungnam Nat'l Univ 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 도과하여 제출하는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

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

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

제6조(저작권)

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

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

제8조(논문의 심사)

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

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리 규정

제정 2007. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(목적) 이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적인 사항을 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] 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 원고작성 양식은 다음과 같다.

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

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

◆ 편집위원회

위원장 : 박영규 (명지대학교 법과대학 교수)

위 원

권건보 (아주대학교 법학전문대학원 교수)

노호창 (호서대학교 사회과학대학 교수)

선정원 (명지대학교 법과대학 교수)

송재일 (명지대학교 법과대학 교수)

신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)

이철기 (가천대학교 법과대학 교수)

최병천 (전남대학교 법학전문대학원 교수)

홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

간 사 : 최석환(명지대학교 법과대학 교수)

편집 보조인 : 윤정미(명지대학교 법학연구소 교육조교)

明知法學 (제 16권 제 2호)

2018년 1월 30일 인쇄

2018년 1월 31일 발행

板 權
所 有

발행인 : 홍 명 수

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