

高麗法學

제 101 호
2021. 6.

高麗大學校 法學研究院

간 행 사

高麗法學 제101호가 발간되었습니다. 법학논집과 법률행정논집(1958년-1999년), 판례연구(1982년-1998년) 학술지들을 통합하여 2001년에 지금의 **高麗法學**이라는 이름으로 변경한 이래 지난 3월에 제100호를 출간하고 이제 또 다른 시작을 하게 되었습니다. 이 긴 시간 동안 대학의 학문활동과 학술지발간의 환경도 적지 않게 변화해 왔으며 때로는 여러 이유에서 곤란함도 겪었던 것으로 알고 있습니다. 그럼에도 **高麗法學**은 그 전신을 포함하여 반세기를 훨씬 넘어서는 기간 동안에 이 분야의 연구활동을 이끌어 왔다고 자부하며, 이는 변함없이 법학연구에 진력해 오시는 교수님들을 비롯한 연구자님들의 덕분이라고 믿고 있습니다.

이번 **高麗法學**에도 많은 분들께서 귀한 연구결과를 투고해 주셨습니다. 그렇지만 정해진 틀에 따라 전문적 심사를 거쳐서 최종적으로는 연구논문 5편과 판례평석 1편을 수록하게 되었습니다. 게재논문은 전통적 주제영역에 대한 이론적·체계적 이해를 제고하는 연구결과도 있으며, 사회·경제의 변화현상에 따른 새로운 법적 문제의 해결을 제시하는 성과도 있습니다. 또한 우리나라의 법학연구에서 연혁적 이유 등으로 등한시할 수 없는 비교법적 연구도 담겨져 있습니다. 관심있는 분들의 연구와 실무활동에 **高麗法學** 제101호의 연구논문이 일조하기를 희망해 봅니다. 끝으로 이번 호의 발간을 위하여 심사와 편집 전 과정에서 조력해 주신 교내 외의 많은 심사위원님과 편집위원님께 감사하다는 말씀을 드리며, 또한 행정사무를 원활하게 전담, 처리하고 계시는 편집간사 김배정 박사님과 전임 편집위원장이신 하명호 교수님께도 이 자리를 빌어 고마운 마음을 전합니다.

2021년 6월

高麗法學 편집위원장 김 상 중

목 차

■ 연구논문

- 폐기물, 재활용, 순환자원에 관한 법체계..... 김연태 / 1
- 경찰행정부의 새로운 이론적 체계 구축과 경찰행정부의 위상 재정립
..... 서정범 · 김용주 / 45
- 출자전환손실의 법인세법상 손금 인정에 관한 연구..... 김상진 · 신호영 / 77
- 기업의 프라이버시 증진 활동의 경쟁법 쟁점: 탐색적 고찰..... 류시원 / 113
- 일본의 노사위원회 제도에 관한 일고찰
- 근로자대표제도 개선에 관한 노사정 합의문 발표를 계기로 -..... 차동욱 / 161

■ 판례연구

- 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제의 의미와 기능
- 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정에 대한 평석 -..... 장영수 / 185

폐기물, 재활용, 순환자원에 관한 법체계

김 연 태*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---------------------------|-------------------------------|
| I. 서론 | (3) 협력의 원칙 |
| II. 자원순환사회에서의 폐기물 관리 | 2. 폐기물법상 생산자책임의 법적 근거 |
| 1. 「자원순환기본법」제정의 의미 | (1) 현행법상의 생산자책임 재활용제도 |
| 2. 폐기물과 순환자원의 관계 | (2) 독일「순환경제법」상의 생산자책임 |
| (1) 폐기물의 개념 | 3. 전기·전자제품에 대한 생산자책임의 구체화 |
| (2) 폐기물 종류 | 4. 소결 |
| (3) 순환자원의 인정 요건 | IV. 폐기물 관리와 자원순환 관련 법체계의 정립 |
| (4) 폐기물과 재활용의 관계 | 1. 현행 법체계의 문제점 |
| (5) 폐기물과 순환자원의 관계 설정 | 2. 폐기물 관리와 자원순환 관련 법제의 체계 정합성 |
| (6) 소결 | V. 결론 |
| III. 폐기물법상의 생산자책임 | |
| 1. 생산자책임의 기초가 되는 환경법상의 원칙 | |
| (1) 원인자책임의 원칙 | |
| (2) 사전배려의 원칙 | |

* 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

I. 서론

「자원순환기본법」이 제정되어 2018. 1. 1.부터 시행되고 있다. 동법의 제정이유를 살펴보면, 우선 종전의 「폐기물관리법」 및 「자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률」 등에서 규정하고 있는 폐기물의 적정한 처리와 폐기물의 재활용을 촉진하기 위한 정책수단은 발생된 폐기물의 사후 관리에 중점을 두고 있기 때문에 이러한 법률들과 정책수단으로는 환경문제를 극복할 수 있는 지속가능한 사회의 구현이 불가능하다고 보았다. 제품 등의 생산부터 유통·소비·폐기에 이르기까지 보다 효율적으로 자원이 이용되도록 관리하고, 자원의 순환이용을 촉진함으로써 자원이 순환되는 사회의 기반을 구축하기 위하여 이 법을 제정하였다고 밝히고 있다.

그런데 동법의 시행으로 기존의 문제가 해결되었는지, 우리 사회가 진정한 자원순환사회로 바뀌었는지, 아니면 적어도 그러한 방향으로 전환되는 계기는 만들어졌는지 등 동법의 실효성에 대한 검토가 필요하다.

우리나라 폐기물 관리 법체계는 「폐기물관리법」, 「자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률」(약칭: 「자원재활용법」) 그리고 「자원순환기본법」으로 나뉘어 있는데, 관련 법률들이 체계적이지 못하며, 연계성이 떨어진다는 비판이 있다.

이 글에서는 「자원순환기본법」 제정 이후 폐기물 관리에 관한 현행 법체계, 특히 폐기물과 재활용, 순환자원의 관계에 대하여 고찰하고, 자원순환사회에서 순환경제의 목적을 달성하기 위한 중요한 수단이라 할 수 있는 폐기물법상의 생산자책임에 대하여 살펴본다. 그리고 폐기물 관리와 자원순환 관련 법체계의 정립을 위하여 현행 법체계의 문제점과 입법적 개선방향에 대하여 살펴보고자 한다.

II. 자원순환사회에서의 폐기물 관리

1. 「자원순환기본법」 제정의 의미

「자원순환기본법」은 기본법으로 명명하면서, “자원을 효율적으로 이용하여 폐기물의 발생을 최대한 억제하고 발생된 폐기물의 순환이용 및 적절한 처분을 촉진하여 천연자원과 에너지의 소비를 줄임으로써 환경을 보전하고 지속가능한 자원순환사회를 만드는데 필요한 기본적인 사항을 규정함을 목적으로 한다.”고 명시하고 있다(제1조). 동법은 “자원순환과 관련되는 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 기본원칙에 부합되게 하여야 한다.”고 하여(제4조), 자원순환과 관련하여서는 이 법이 기본법으로서의 지위를 갖는다는 것을 밝히고 있다.¹⁾

자원순환에 관한 기본법으로서 「자원순환기본법」은 ‘자원순환’, ‘자원순환사회’, ‘순환자원’ 등의 개념을 정의하고(제2조), 자원순환사회로의 전환을 촉진하기 위한 기본원칙(제3조), 국가 및 지방자치단체·사업자·국민의 책무(제5조, 제6조, 제7조)를 규정하며, 자원을 효율적으로 이용하고, 폐기물의 발생을 억제하며 순환이용을 촉진하기 위하여 중장기 정책 목표와 방향을 제시하는 자원순환기본계획과 연차별 시행·집행계획을 수립·시행하도록 하고(제11조 및 제12조), 국가의 중장기·단계별 자원순환 목표를 설정하는 등(제14조) 선언적·원칙적 내용을 주로 담고 있다.

일반적으로 기본법이란 해당 분야의 제도·정책에 관한 이념, 원칙, 기본방침, 내용의 대강을 제시하고, 관련 법령의 체계정합성을 유지하는 역할을 한다.²⁾ 기본법으로서 「자원순환기본법」은 자원순환 관련 법률의 입법 정책적 방향을 제시하고, 개별 법령의 해석과 운용의 지침이 된다는 데 의의가 있다. 「자원순환기본법」의 제정으로 우리나라의 폐기물 정책은 ‘폐기물 관

1) 함태성, “자원순환기본법의 제정 의미와 폐기물법제의 향후 과제”, 「경희법학」 제51권 제4호, 2016, 345쪽.

2) 함태성, “환경행정법의 최근 동향과 쟁점 및 과제”, 「환경법연구」 제41권 1호, 2019, 86쪽.

리'에서 '자원의 순환'으로 패러다임이 전환되었다고 볼 수 있다.

「자원순환기본법」의 핵심적 내용은 순환자원의 인정제도(제9조)에 있다고 할 수 있다. 폐기물이 일정한 요건을 충족하는 경우, 다시 사용될 수 있는 자원이 되는 순환자원 인정제도는 자원순환사회로의 전환을 촉진하는 주요한 수단의 하나라고 할 수 있다. 결국 순환자원 인정의 요건, 활용도, 폐기물과 순환자원 관계의 설정 등이 「자원순환기본법」의 입법 목적 달성에 중요한 의미를 갖는다고 하겠다.

2. 폐기물과 순환자원의 관계

「자원순환기본법」은 「폐기물관리법」상의 폐기물 개념을 기반으로 하여 순환자원을 정의하고 있다(제2조 제3호 및 제4호).³⁾ '순환자원'이란 폐기물 중 제9조에 따라 환경부장관의 인정을 받은 폐기물이 아닌 물질 또는 물건을 말하며, 여기서 '폐기물'은 「폐기물관리법」 제2조 제1호에 따른 폐기물을 말한다. 즉, 순환자원은 우선 폐기물을 전제로 하며, 순환자원 인정제도를 통하여 폐기물은 폐기물성을 상실하고 순환자원이 된다. 폐기물이 일정한 요건을 충족하는 경우, 더 이상 폐기물이 아니며 사회에서 유용하게 다시 사용될 수 있는 자원이 되는 것이다. 순환자원으로 인정되면 폐기물성을 상실하게 되므로 폐기물 규제에서 벗어나 시장에서 자유롭게 거래될 수 있게 된다.

폐기물과 순환자원의 관계는 폐기물의 개념 및 범위와 밀접한 관련이 있으므로, 아래에서는 우선 현행법상의 폐기물 개념에 대하여 살펴보고, 순환자원의 인정 요건, 그리고 폐기물과 순환자원의 관계 설정에 대하여 고찰하기로 한다.

(1) 폐기물의 개념

「폐기물관리법」은 '폐기물'에 대하여 “쓰레기, 연소재(燃燒滓), 오니(汚

3) 함태성, “자원순환기본법의 제정 의미와 폐기물법제의 향후 과제”, 「경희법학」 제51권 제4호, 2016, 346쪽.

泥), 폐유(廢油), 폐산(廢酸), 폐알칼리 및 동물의 사체(死體) 등으로서 사람의 생활이나 사업활동에 필요하지 아니하게 된 물질을 말한다.”고 개념 정의하고 있다(제2조 제1호). 폐기물 개념 정의의 앞부분은 폐기물에 해당하는 물질을 예시적으로 열거한 것이고, 개념 정의의 핵심 요소는 ‘사람의 생활이나 사업활동에 필요하지 아니하게 된 물질’이다. 여기서 ‘필요성’의 의미를 어떻게 이해할 것인가가 폐기물예의 포함 여부 및 그 범위와 관련하여 문제가 된다.

폐기물의 개념은 주관적 개념과 객관적 개념으로 나누어 설명된다. 주관적 폐기물이란 점유자가 처분⁴⁾하였거나 처분하려고 하는 물질을 말한다. 객관적 의미의 폐기물은 점유자가 처리하여야 할 의무를 부담하는 물질을 의미한다. 공공이익, 특히 환경보전을 위하여 그의 적정한 처리가 요구되는 물질은 객관적 의미의 폐기물에 해당한다.⁵⁾

「폐기물관리법」 제2조 제1호의 ‘필요하지 아니하게 된 물질’에 주관적인 측면에서 필요하지 않거나 필요성이 없어서 버리고자 하는 물질, 즉 점유자가 처분하였거나 처분하려고 하는 물질이 포함된다고 해석하는 것은 문제가 없다.⁶⁾ 그런데 동조항의 ‘필요하지 아니하게 된 물질’에 객관적 폐기물 개념이 포함되어 있는지는 명확하지 않다. ‘필요성’의 판단 주체 및 기준에 대하여 여러 견해가 주장되지만,⁷⁾ 폐기물 개념에는 건강과 환경에 대한 위해 방지를 위하여 규제되어야 할 물질은 모두 포함되도록 정의하는 것이 필요하다.⁸⁾ 폐기물 개념을 점유자의 주관적 의사만을 기준으로 하여 판단하는 것은 폐기물의 적정한 처리라는 공익에 반하는 결과를 가져올 것이다.

4) 여기서 ‘처분’의 의미는 점유자가 재활용 또는 처리 절차에 맡겼거나 다른 어떤 목적을 갖지 않고 물건에 대한 사실상의 지배권을 포기한 경우를 말한다.

5) 이에 대하여는 김연태, “폐기물의 개념 및 분류·처리체계”, 『환경법연구』, 제25권 1호, 2003, 175쪽 이하 참조.

6) 같은 생각으로는 정훈, 폐기물처리에 관한 법적 고찰, 전남대 박사학위 논문, 2001, 99쪽 이하; 황계영, 폐기물 관리 법제에 관한 연구, 서울대 박사학위 논문, 2015, 77쪽 참조.

7) 이에 대하여는 조홍식, 환경법원론, 박영사, 2020, 606쪽 이하; 황계영, 폐기물 관리 법제에 관한 연구, 서울대 박사학위 논문, 2015, 81쪽 이하 참조.

8) 정훈, 폐기물처리에 관한 법적 고찰, 전남대 박사학위 논문, 2001, 100쪽 이하.

이러한 점에서 ‘필요하지 아니하게 된 물질’에는 환경보전 등 공공의 이익을 위하여 처리되어야 한다는 의미에서 객관적으로 사회통념상 필요하지 아니하게 된 물질도 포함되는 것으로 해석하여야 한다. 즉, 「폐기물관리법」상의 폐기물 개념은 주관적 폐기물과 객관적 폐기물 개념 중 어느 하나에 해당하면 모두 폐기물로 보는 것으로 해석되어야 한다. 판례는 배출자의 주관적 의사와 물건의 객관적 성상 등을 감안하여 그 물질이 사업활동 등에 필요하지 않게 된 것인지로 폐기물의 해당 여부를 판단하고 있다.⁹⁾

(2) 폐기물 종료

폐기물 종료란 폐기물이 일정한 요건을 충족할 경우 폐기물 관리규제에서 제외하여 시장에서 자유롭게 거래될 수 있도록 비(非)폐기물로 간주하는 것으로 2008년부터 EU에서 도입된 개념이다.¹⁰⁾ 폐기물 종료제도는 폐기물의 존재를 전제로 하는 개념으로, 처음부터 폐기물에 해당되지 않는 것으로 보아 폐기물에서 제외하는 것과는 구별된다. 폐기물이 일정한 요건을 충족한 경우 폐기물성을 상실시킴으로써 폐기물 규제에서 벗어나도록 하는 폐기물 종료제도는 원료물질로의 재활용 등을 촉진하는 효과를 기대할 수 있다.¹¹⁾

판례는 폐기물이 일정한 요건을 갖추면 더 이상 폐기물이 아닌 것으로 취급될 수 있음을 인정하면서, 다만 사업장의 사업활동에 필요하지 아니하게 된 물질이 재활용의 원료로 공급된다는 사정만으로는 폐기물로서의 성질을 상실하지는 않는다고 본다.¹²⁾ 이러한 입장에서, 대법원은 그 물질을 공급받은 자가 파쇄, 선별, 풍화, 혼합 및 숙성의 방법으로 가공한 후 완제품을 생산하는 경우에 있어서는 그 물질을 공급받는 자의 의사, 그 물질의 성

9) 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001도4506 판결 등.

10) 황계영, “‘폐기물 종료’ 제도에 관한 검토”, 『환경법연구』 제37권 1호, 2015, 293쪽; 황계영, 폐기물 관리 법제에 관한 연구, 서울대 박사학위 논문, 2015, 228쪽 참조.

11) 함태성, “환경행정법의 최근 동향과 쟁점 및 과제”, 『환경법연구』 제41권 1호, 2019, 104쪽; 황계영, 폐기물 관리 법제에 관한 연구, 서울대 박사학위 논문, 2015, 228쪽.

12) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2009두6681 판결; 대법원 2003. 2. 28. 선고 2002도6081 판결; 대법원 2001. 6. 1. 선고 2001도70 판결 등.

상 등에 비추어 아직 완제품에 이르지 않았다고 하더라도 가공과정을 거쳐 객관적으로 사람의 생활이나 사업활동에 필요하다고 사회통념상 승인될 정도에 이르렀다면 그 물질은 그 때부터 폐기물로서의 속성을 잃는다고 하였다.¹³⁾

유사한 사례로, 밭에서 퇴비로 사용하기 위하여 닭똥, 계분, 왕겨, 톱밥 등을 혼합하여 이를 발효시킨 후 임야로 옮겨 매립하고 일부는 그곳에 적치한 사안에서, 그 매립물은 3년에 걸친 숙성의 가공과정을 거친 것으로서 폐기물로서의 속성을 잃고 퇴비의 원료로 사용할 수 있게 된 이상 이미 폐기물에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다.¹⁴⁾

반면에 폐기물배출업자로부터 수거한 오니를 비료 또는 암반녹화식생토로 만들기 위한 공정을 거치지 않은 경우, 장차 그 물질이 비료 내지 암반녹화식생토로 만들어지는 원료로 사용될 것이라는 사정만으로는 그 성상이 변경된 것으로 볼 수 없어 아직 폐기물로서의 속성을 상실하지 않았다고 보았다.¹⁵⁾

위의 판례에서 대법원은 가공과정을 거칠 것, 원료물질 또는 완제품으로 전환될 것, 객관적으로 사람의 생활이나 사업활동에 필요하다고 사회통념상 승인될 정도에 이르렀을 것을 폐기물 종료의 기준으로 제기하고 있다고 볼 수 있다.¹⁶⁾

현행 「폐기물관리법」과 「자원재활용법」에서는 폐기물 종료에 대한 명시적인 규정을 두고 있지는 않다. 다만, 「폐기물관리법」에서 정하고 있는 폐기물의 재활용 원칙 및 기준에 따른 재활용을 통해 적합하게 생성된 물질 또는 물건은 더 이상 폐기물에 해당하지 않게 되어 폐기물법의 통제에서 벗어날 수는 있다.

폐기물로 관리할지, 아니면 폐기물의 관리에서 벗어나 원료물질 등으로

13) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도3116 판결.

14) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도3108 판결.

15) 대법원 2003. 2. 28. 선고 2002도6081 판결.

16) 함태성, “환경행정법의 최근 동향과 쟁점 및 과제”, 『환경법연구』 제41권 1호, 2019, 105쪽; 함태성, “자원순환기본법의 제정 의미와 폐기물법제의 향후 과제”, 『경희법학』 제51권 제4호, 2016, 351쪽.

취급할지에 대하여 명확한 기준을 제시하는 것이 필요하다. 즉, 어떠한 요건을 충족하여야 하고, 어느 시점부터 폐기물이 아닌 것으로 되는지에 대하여 법에서 명확하게 규정할 필요가 있다.¹⁷⁾

참고로 독일은 「순환경제법」(Kreislaufwirtschaftsgesetz)¹⁸⁾ 제5조 제1항에서 폐기물 종료제도를 명시적으로 규정하고 구체적인 요건을 제시하고 있다. 즉, ① 어떠한 물질 또는 물건이 재활용 절차를 거치고, ② 그 물질이나 물건이 통상적으로 특정한 목적을 위해 사용되며, ③ 그에 대한 시장이나 수요가 존재하고, ④ 물질·물건 각각의 목적에 적용되는 기술적 요구 및 생산물에 대한 일체의 법 규정과 기준을 충족하며, ⑤ 그의 사용이 전체적으로 인간과 환경에 유해한 영향을 가져오지 않을 경우에 그 물질 또는 물건의 폐기물성은 종료된다. 「순환경제법」 제5조 제2항에서는 연방 정부에게 법규명령으로 특정한 물질 또는 물건에 대한 폐기물 종료의 조건을 상세히 정하고, 유해물질에 대한 한계치 등 인간과 환경의 보호를 위한 요구사항을 확정할 것을 위임하고 있다.

우리나라의 「자원순환기본법」은 ‘순환자원의 인정’에 대하여 규정하고 있는데, 폐기물이 순환자원으로 인정받으면 더 이상 폐기물로 보지 아니하게 된다. 즉, 「자원순환기본법」상의 ‘순환자원 인정’은 폐기물 종료의 한 유형에 해당하는 것이다.

(3) 순환자원의 인정 요건

순환자원의 인정제도(제9조)는 「자원순환기본법」의 핵심적 내용이라 할 것이다. ‘순환자원’이란 폐기물 중 법 제9조에 따라 환경부장관의 인정을 받은 폐기물이 아닌 물질 또는 물건을 말한다(제2조 제4항). 환경부장관은 폐기물 중 ① 사람의 건강과 환경에 유해하지 아니할 것, ② 경제성이 있어 유상(有償) 거래가 가능하고 방치될 우려가 없을 것, ③ 그 밖에 대통령령으

17) 황계영, 폐기물 관리 법제에 관한 연구, 서울대 박사학위 논문, 2015, 245쪽 이하 참조.

18) 정식 명칭은 「순환경제 촉진 및 폐기물의 환경친화적 관리의 보장을 위한 법」(Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung der Abfälle)이다.

로 정하는 순환자원의 기준을 충족할 것이라는 이 세 기준을 모두 충족하는 물질 또는 물건을 순환자원으로 인정할 수 있다(제9조 제1항). 「자원순환기본법」에 따르면, 순환자원은 비유해성, 경제성, 대통령령으로 정하는 기준을 충족하는 경우에 인정된다. 순환자원의 인정 요건을 어떻게 설정하느냐는 「자원순환기본법」의 입법 목적 달성에 가장 중요한 의미를 갖는 핵심 내용이라 할 것이다.

순환자원을 넓게 인정하면 자원순환사회의 형성을 촉진하는 데 기여할 수도 있겠지만, 폐기물 규제의 범위에서 벗어나게 되므로 환경에 부담을 가져올 수 있으며, 또한 순환자원 인정제도가 규제회피의 수단으로 악용될 수 있을 것이다. 반면에 순환자원 인정을 엄격하게 하여 제한적으로 운용된다면 제도의 실효성은 크지 않을 것이며, 「자원순환기본법」의 입법 목적은 달성하기 어려울 것이다.

「자원순환기본법 시행령」 제3조에서 규정하고 있는 순환자원으로 인정되기 위한 요건 중 주목할 만한 것으로는, 다른 종류의 폐기물과 혼합되지 아니하고, 순환자원으로 이용하려는 물질 외에 다른 물질을 포함하지 아니할 것(제2호), 추가적인 가공 과정 없이 바로 제품의 원료 또는 재료로 사용할 수 있을 것(제4호), 환경부장관이 인정하는 용도로만 사용될 것(제5호), 해당 물질 또는 물건을 직접 사용하려는 자에게 공급될 것(제7호) 등을 들 수 있다. 즉, 폐기물이지만 다른 물질이 포함되지 않아 그 전부를 아무런 가공 과정 없이 바로 제품의 원료 또는 재료로 사용될 수 있는 것이 보장된 경우에만 순환자원으로 인정될 수 있도록 규정하고 있다. 한편, 「폐기물관리법」 제2조 제7호 나목에 따른 에너지 회수 등의 활동이나 연료로 사용하려는 물질 또는 물건은 순환자원에서 제외하고 있다.

이러한 순환자원의 인정기준으로 볼 때, 현행법상 순환자원의 인정은 처음부터 폐기물로 취급될 필요가 없는, 추가적인 공정 등을 거쳐 재활용의 절차로 나아갈 필요조차 없는 물질이나 물건을 폐기물 관리의 범주에서 제외함으로써 자원의 이용을 촉진하기 위한 제도라 하겠다. 파쇄, 선별, 풍화, 혼합 및 숙성 등의 가공과정을 거쳐서 원료 또는 재료로 사용 가능한 경우에는 순환자원의 인정 절차가 아닌 재활용의 절차를 통하여 폐기물의 범주

에서 벗어나게 된다.¹⁹⁾ 즉, 폐기물 중 극히 제한적인 경우에만 순환자원으로 인정하여 폐기물 관리의 범주에서 벗어날 수 있도록 하고, 대부분의 폐기물은 「폐기물관리법」과 「자원재활용법」의 규제 및 감독의 범위 내에 두고 있다. 폐기물에 의해 야기될 수 있는 유해한 영향으로부터 건강과 환경을 보호하는 데 우선적인 목적을 두고 있는 것이다.

한편, 순환자원의 인정을 받으려는 개인 또는 법인·단체는 환경부장관에게 순환자원의 인정을 신청하여야 한다(제9조 제2항). 폐지, 폐금속 등 순환자원 인정 시 환경영향이 적은 일정한 물질 또는 물건에 대하여는 순환자원의 인정 절차 및 방법을 간소화하도록 하였으나, 여하튼 신청을 전제로 하므로 동일한 물질 또는 물건이라도 신청 여하에 따라 순환자원이 되거나 폐기물이 될 수 있다.²⁰⁾

객관적 의미의 폐기물 개념은 해당 물질 또는 물건이 더 이상 그 본래의 용도로 사용되거나 다른 유용한 용도로 사용될 가능성이 없다고 판단될 때 폐기물에 해당한다고 보는 것이므로, 객관적 폐기물 개념에 해당하는 경우에 순환자원으로 인정될 여지는 없을 것이다. 다만, 점유자는 원료물질로 사용하고자 하는데, 객관적으로 폐기물로 관리될 것이 요구되는 경우에는 폐기물 관리로부터 벗어나기 위하여 순환자원의 인정을 신청해야 하는 경우를 생각해 볼 수는 있을 것이다. 대부분의 경우에는 주관적 폐기물, 즉 점유자가 필요 없다고 생각하여 버리거나 버리려고 하는 것 중에서 순환자원으로 인정될 경우를 상정할 수 있는데, 이 경우 배출자가 순환자원으로 신청하지 않을 경우, 결국 다른 사람이 순환자원의 인정을 신청한 경우에 순환자원으로 전환될 가능성이 있는 것이다. 예를 들면 해당 사업장에서는 제조공정상 필요하지 않아 배출하는 물질 또는 부수적으로 발생하는 물질이 다른 사업장에서는 원료로 사용될 수 있는 경우에 다른 사업자가 이를 순환자원으로 인정받고자 하는 경우이다. 이 경우 순환자원 인정제도가 없다면,

19) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도3116 판결 참조.

20) 순환자원의 인정 현황을 보면, 제도 시행 연도인 2018년도에는 17건이 신청되어 10건이 순환자원으로 인정되었고, 2019년도에는 43건이 신청되어 32건이 순환자원으로 인정되었다(환경부, 환경백서, 2020, 562쪽).

해당 물질을 필요로 하는 사업자가 이를 공급받아 사용하기 위하여서는 「폐기물관리법」에 의하여 폐기물의 수집·운반에 대해 허가받을 자를 통해야 하며, 폐기물처리업 허가 등을 받아야 하는 등 「폐기물관리법」상의 규제를 받게 된다.

순환자원으로 인정될 수 있음에도 누군가 신청하지 않는다면, 폐기물로 관리된다. 물론 「자원재활용법」에 의하여 재활용될 가능성은 있으나, 재활용과 순환자원으로 인정되는 것은 차이가 있으며, 또한 재활용이 가능한 경우 반드시 재활용해야 하는 의무로 연결되지 않는다면 폐기물로 처리될 가능성이 있는 것이다.

(4) 폐기물과 재활용의 관계

「폐기물관리법」은 ‘재활용’에 대하여 “폐기물을 재사용·재생이용하거나 재사용·재생이용할 수 있는 상태로 만드는 활동” 또는 “폐기물로부터 「에너지법」 제2조 제1호에 따른 에너지를 회수하거나 회수할 수 있는 상태로 만들거나 폐기물을 연료로 사용하는 활동”으로 규정하고 있고(「폐기물관리법」 제2조 제7호), 「자원재활용법」은 제2조 제5호에서 이를 원용하고 있다. 그런데 재활용 정의에 사용된 ‘재사용’과 ‘재생이용’의 개념은 「폐기물관리법」이 아닌 「자원재활용법」에서 규정하고 있는바, ‘재사용’은 “재활용가능자원을 그대로 또는 고쳐서 다시 쓰거나 생산활동에 다시 사용할 수 있도록 하는 것”으로(「자원재활용법」 제2조 제6호), ‘재생이용’은 “재활용가능자원의 전부 또는 일부를 원료물질로 다시 사용하거나 다시 사용할 수 있도록 하는 것”으로 각각 규정하고 있다(「자원재활용법」 제2조 제7호). ‘재활용가능자원’은 “사용되었거나 사용되지 아니하고 버려진 후 수거된 물건과 부산물(副産物) 중 재사용·재생이용할 수 있는 것(회수할 수 있는 에너지와 폐열을 포함하되, 방사성물질과 방사성물질로 오염된 물질은 제외)”으로 규정하고 있다(「자원재활용법」 제2조 제2호). 한편, 「폐기물관리법」은 ‘처리’를 “폐기물의 수집, 운반, 보관, 재활용, 처분”을 의미한다고 하여(제2조 제5호 의3), 재활용을 폐기물 처리에 포함시키고 있다.

이와 같이 현행 폐기물 관련 법령에서는 ‘폐기물’과 ‘재활용가능자원’의

개념을 서로 다른 법률에서 따로 정의하고 있는데, 어느 법률에서도 두 개념 사이의 관계를 명확하게 규정하고 있지 않다.²¹⁾ ‘재활용가능자원’에 관한 정의에서 “사용되었거나 사용되지 아니하고 버려진 후 수거된 물건”이라고 규정한 부분이 폐기물을 의미하는지, 병렬적으로 열거된 ‘부산물’은 폐기물에 포함되는지 여부도 명확하지 않다.²²⁾

정책적인 측면에서 폐기물과 재활용가능자원의 관계를 어떻게 설정하는 것이 바람직한 것인지가 문제되는데,²³⁾ 학설 중에는 재활용되고 있는 물질은 폐기물에 해당하지 않는다고 보아야 한다는 견해가 있다.²⁴⁾ 이에 대하여 폐기물의 개념을 넓게 설정하는 입장에서는, 폐기물은 인간 및 환경에 대한 위해의 방지를 위해 규제되어야 하는 물질을 정하는 의미를 갖는 것으로, 이러한 목적을 달성하기 위해 규제되어야 하는 물질은 모두 폐기물에 포함되어야 한다고 본다.²⁵⁾ 이러한 견해는 폐기물에는 ‘최종적으로 처분하

21) 황계영, “재활용 가능자원의 ‘폐기물’ 해당 여부”, 『환경법연구』 제38권 2호, 2016, 171쪽; 전재경, “폐기물과 순환자원의 법적 개념의 변화와 적용”, 『환경법연구』 제30권 3호, 2008, 617쪽; 안세희, 자원순환사회에서의 폐기물관리법제, 서강대 박사학위 논문, 2015, 20쪽.

22) ‘부산물’은 「폐기물관리법」이 아닌 「자원재활용법」에서 정의하고 있다. 즉, 「자원재활용법」 제2조 제3호에서 ‘부산물’이란 “제품의 제조·가공·수리·판매나 에너지의 공급 또는 토목·건축공사에서 부수적으로 생겨난 물건”이라고 정의하고 있고, 같은 조 제4호에서 ‘지정부산물’은 “부산물 중 그 전부 또는 일부를 재활용하는 것이 그 자원을 효율적으로 이용하는데 특히 필요한 것으로서 대통령령으로 정하는 부산물”이라고 규정하고 있다. 「자원재활용법」의 정의규정에는 부산물과 폐기물의 관계에 관해서는 아무런 언급이 없다. 현행 법령의 해석상으로는 부산물이라도 배출자의 관점에서 필요 없게 된 물질로 여겨져 사업장 바깥으로 배출되었다면 폐기물이 될 것이고, 부산물이 해당 사업장 내에서 직접 재활용 가능하여 배출되지 않고 활용된다면 폐기물이 아닌 것으로 볼 수 있다. 이에 대하여는 박경수, 폐기물관리법, 피앤씨미디어, 2015, 40쪽.

23) 이에 대하여는 황계영, “재활용 가능자원의 ‘폐기물’ 해당 여부”, 『환경법연구』 제38권 2호, 2016, 171쪽 이하; 안세희, 자원순환사회에서의 폐기물관리법제, 서강대 박사학위 논문, 2015, 22쪽 이하 참조.

24) 채영근, “폐기물 관련 법령체계의 문제점 및 개선방안”, 『환경법연구』 제31권 2호, 2009, 161쪽; 같은 생각으로는 전재경, “폐기물과 순환자원의 법적 개념의 변화와 적용”, 『환경법연구』 제30권 3호, 2008, 619쪽 참조.

25) 박균성, “폐기물 관련법령의 기본구조”, 『환경법연구』 제26권 2호, 2004, 166쪽; 조성규, “폐기물관리법제의 법적 문제”, 『행정법연구』 제27호, 2010, 70쪽.

여야 할 폐기물’과 ‘재활용이 가능한 폐기물’이 모두 포함되는 것으로 본다.

어떠한 물질을 배출하는 시점에 그 물질의 재활용 가능 여부를 명확히 판단하기는 어렵다. 또한 재활용 가능성이라는 개념 자체도 기술개발과 경제 상황에 따라 크게 변화하는 유동적인 개념이기 때문에, 재활용 가능 여부를 폐기물성을 판단하는 기준으로 삼는 것은 적절하지 않다.²⁶⁾ 정책적인 측면에서 보더라도 재활용 가능성 있는 물건을 폐기물에 포섭하지 않는다면 재활용을 빌미로 폐기물 관리 규제의 범위를 벗어나려는 부작용이 발생할 우려가 있다.

「폐기물관리법」은 ‘재활용’을 정의함에 있어서 ‘폐기물’을 전제로 하고 있으며, ‘처리’를 폐기물의 재활용과 처분으로 나누어 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 우리 법은 ‘폐기물’을 ‘재활용가능자원’을 포함한 넓은 개념으로 보고 있음을 유추할 수 있다. 즉, 현행 법령에서는 ‘폐기물’이 ‘재활용가능자원’에 선행된 개념으로 이해된다.

대법원 또한 위에서 언급한 바와 같이, 사업장에서 필요하지 아니하게 된 물질이 재활용 원료로 공급되는 경우에도 일단 당해 사업에 쓸모가 없어 배출된 물질은 재활용 여부와 상관없이 「폐기물관리법」상 폐기물에 해당한다고 보았다.²⁷⁾

(5) 폐기물과 순환자원의 관계 설정

‘폐기물’과 ‘순환자원’의 관계를 어떻게 설정할 것인가는 폐기물법 체계를 정립하는 데 있어서 중요한 문제라 할 수 있다.²⁸⁾ 폐기물과 순환자원의 관계 설정에 대하여는 4가지 유형이 있다고 설명된다.²⁹⁾ 제1유형은 폐기물

26) 황계영, 폐기물 관리 법제에 관한 연구, 서울대 박사학위 논문, 2015, 155쪽; 황계영, “재활용 가능자원의 ‘폐기물’ 해당 여부”, 「환경법연구」 제38권 2호, 2016, 174쪽.

27) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2009두6681 판결; 대법원 2003. 2. 28. 선고 2002도6081 판결; 대법원 2001. 6. 1. 선고 2001도70 판결 등.

28) 함태성, “자원순환기본법의 제정 의미와 폐기물법제의 향후 과제”, 「경희법학」 제51권 제4호, 2016, 346쪽.

29) 안세희, 자원순환사회에서의 폐기물관리법제, 서강대 박사학위 논문, 2015, 4쪽 이하; 함태성, “자원순환기본법의 제정 의미와 폐기물법제의 향후 과제”, 「경희법학」 제51권 제4호, 2016, 346쪽 이하 참조.

을 상위개념으로 보는 것으로, ‘필요하지 아니하게 된’ 모든 물질을 폐기물로 보고 그 중에서 재활용 가능한 것을 순환자원으로 인정한다. 제2유형은 순환자원을 상위개념으로 하는 유형으로, 최종처분 전의 모든 폐기물이나 기물(棄物)³⁰⁾을 순환자원으로 보고 그 중 재활용이 불가능한 것만을 최종폐기물로 본다. 제3유형은 폐기물과 순환자원이 병립하는 것으로 본다. 이 유형에서는 폐기물에 의존하지 않고 순환자원이 존재한다고 보는 것이다. 제4유형은 폐기물과 순환자원 이전에 미확정물이 먼저 존재한다. 사람의 생활이나 사업활동에 필요하더라도 사용하지 않거나, 사용이 가능하더라도 경제가치가 낮아 처분을 기다리는 물품 또는 물질을 미확정물로 보고, 미확정물은 순환자원이 되거나 폐기물이 된다.

폐기물과 순환자원의 관계는 폐기물의 개념 및 범위와 밀접한 관련이 있다.³¹⁾ 폐기물에 객관적 폐기물 개념뿐만 아니라 주관적 폐기물 개념을 포함시키는 한, 폐기물에는 재활용 또는 자원으로 활용될 수 있는 물질이 포함될 수 있다. 폐기물 범위에 최종적으로 처분되어야 할 폐기물과 재활용이 가능한 폐기물을 포함한다면, 폐기물 중 재활용이 가능한 폐기물은 자원으로 전환될 수 있도록 해야 할 것이다. 폐기물에 해당하더라도 유해성은 없고 경제성을 갖고 있는 물질이 있다면, 자원순환의 과정으로 연결될 수 있는 길이 열려 있어야 한다.

어떠한 물건이 재활용 절차에 연결되는 경우, 순환자원으로 인정되기까지는 그것의 경제 가치와 관계없이 폐기물로 취급되어야 한다. 점유자의 의사에 따라 폐기물과 순환자원의 구분이 행해진다면 그것은 엄격한 폐기물관리법의 적용을 회피할 수 있는 길을 열어주는 결과가 된다.

물론, 자원순환사회의 형성을 목적으로 하고 그를 지향한다면 자원순환의 원리가 적용되어야 하는 범위와 대상을 넓게 이해하는 것이 그 목적 및 취지에 부합할 것이다. 이러한 관점에서 폐기물 체계에서 벗어나 순환자원의 개념을 선행시키고, 순환자원 이후 단계의 활용불가능한 물질만을 폐기

30) 기물이란 쓸모가 있음에도 버려진 물품 또는 물질을 말한다.

31) 함태성, “자원순환기본법의 제정 의미와 폐기물법제의 향후 과제”, 『경희법학』 제51권 제4호, 2016, 347쪽.

물로 정의하여 폐기물 개념을 축소시킬 필요가 있다는 견해가 있다.³²⁾

그러나 순환자원의 개념을 넓게 인정하고 폐기물의 개념을 좁게 설정하는 경우에는 폐기물로 관리되어야 할 것이 폐기물에서 제외됨으로써 적정하게 처리되지 않아 환경과 건강에 유해한 영향을 초래할 가능성이 있다.³³⁾ 인간과 환경에 대한 위해 방지를 위하여 폐기물 개념은 일단 넓게 파악할 필요가 있으며, 그 중에서 재활용 내지 자원으로 활용할 수 있는 물질 또는 물건은 빠짐없이 재활용 되거나 순환자원으로 전환될 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.³⁴⁾

「자원순환기본법」은 폐기물과 순환자원의 개념과 관계에 대한 논란을 입법적으로 해소하였다고 할 수 있다. 즉, ‘순환자원’을 폐기물 중 환경부장관의 인정을 받은 폐기물이 아닌 물질 또는 물건을 말한다고 정의함으로써 ‘순환자원’은 우선적으로 ‘폐기물’에 속한다고 규정하였다. 환경부장관이 폐기물 중에서 순환자원으로 인정한 물질 또는 물건은 그때부터 폐기물이 아닌 순환자원으로 관리된다.

(6) 소결

폐기물의 개념은 폐기물 관리 법제의 규율대상을 결정짓는 핵심개념으로서 규범적으로 중요한 의미를 갖는다. 어떠한 물질이 폐기물에 해당된다고 평가되면 「폐기물관리법」의 규제를 받게 된다. 「자원재활용법」 및 「자원순환기본법」에서는 「폐기물관리법」에 정의되어 있는 폐기물 개념을 그대로 사용하고 있는데, 특히 순환자원은 폐기물 중에서 인정되는 물질 또는 물건으로서 폐기물 개념은 폐기물 관리와 자원순환 법체계 전체를 관통하는 의미를 갖고 있다. 그런데 「폐기물관리법」에서 정의하고 있는 폐기물의 개념

32) 전재경, “폐기물과 순환자원의 법적 개념의 변화와 적용”, 「환경법연구」 제30권 3호, 2008, 619쪽.

33) 함태성, “자원순환기본법의 제정 의미와 폐기물법제의 향후 과제”, 「경희법학」 제51권 제4호, 2016, 348쪽; 김홍균, “「자원순환기본법」의 평가와 향후 과제”, 「환경법연구」 제39권 1호, 2017, 82쪽.

34) 함태성, “환경행정법의 최근 동향과 쟁점 및 과제”, 「환경법연구」 제41권 1호, 2019, 104쪽.

이 불명확하여 법적용에 혼란을 야기한다는 것은 문제이다.

현행 「폐기물관리법」은 ‘필요성’만을 폐기물의 유일한 개념표지로 삼고 있으면서, 필요성의 구체적인 판단기준 등에 관해서는 아무런 언급이 없다. 폐기물의 개념에 포섭되는지에 따라 「폐기물관리법」과 「폐기물관리법」상 폐기물 개념을 전제로 하는 법령의 적용 여부가 결정되는데도, 이를 너무 포괄적이고 모호하게 규정하였다는 점이 문제로 지적된다.

나아가 폐기물의 시간적 범위의 관점에서 언제까지 폐기물이 되는 것인지 또는 언제 재활용가능자원이나 순환자원이 되는 것인지 문제된다. 「자원순환기본법」에서는 순환자원 인정제도를 매개로 폐기물과 순환자원의 관계를 설정하고 있지만, 재활용가능자원 등의 기존 개념과의 관계에 관해서는 아무런 언급이 없다.

「자원순환기본법」에 의하면, ‘폐기물’이 가장 넓은 개념으로 ‘최종적으로 처분해야 할 폐기물’과 ‘재활용이 가능한 폐기물’을 포함하고, ‘재활용이 가능한 폐기물’에서 법률에서 규정한 일정한 요건과 절차를 거친 경우에만 법률적 의미의 ‘순환자원’으로 전환된다고 볼 수 있다.

그런데 순환자원 인정제도를 매개로 하여야만 폐기물에서 제외되는 자원이 될 수 있도록 하는 것이 타당한지 의문이다. 순환자원 인정제도는 폐기물 중에서 명확한 요건을 갖추고 절차를 거친 경우에만 순환자원으로 인정하고 있어 법적 안정성 측면에서는 바람직하다고 판단되나, 순환자원으로 인정되지는 않았지만 재활용 가능한 자원에 대해서는 어떻게 규율할지의 문제를 남긴다. 순환자원으로 인정되지 않은 재활용이 가능한 자원은 어느 단계에 있는지 상관없이 폐기물로 처리될 가능성이 있다. 현행 「폐기물관리법」 제13조의2 내지 5에서 폐기물의 재활용 원칙, 환경성평가, 재활용 제품 또는 물질에 관한 유해성기준을 마련하고 있지만, 이는 재활용가능자원이나 폐기물성의 종료를 확정하는 근거로 작용하지는 못한다. 따라서 폐기물 종료 등의 명확한 요건을 통해 폐기물에서 벗어날 수 있는 방안을 마련해야 한다. 또한 재활용가능자원, 부산물 및 순환자원 개념 상호간의 관계를 분명하게 정립할 필요가 있다.³⁵⁾

Ⅲ. 폐기물법상의 생산자책임

폐기물법의 기본이념이 폐기물의 처리에서 자원의 순환경제로 전환되면서, 폐기물은 우선적으로 발생이 억제되어야 하며, 그럼에도 발생한 폐기물은 재활용되어야 하고, 마지막으로 남은 잔존물은 친환경적으로 처리되어야 한다. 순환경제의 원칙은 제품과 관련하여 제품의 개발, 생산, 유통 등 제품의 전 단계에서 폐기물의 발생억제와 재활용을 고려할 것을 요구한다. 그에 따라 제품의 개발, 제조, 가공, 유통 등을 담당하는 생산자 등을 순환경제사슬의 한 부분으로서 폐기물법상의 규율체계 하에 두어야 한다. 이들에게 폐기물법상의 책임, 이른바 생산자책임을 부담하도록 하는 것은 순환경제의 목표를 달성하기 위한 중요한 수단이 될 것이다.

「자원순환기본법」상의 순환자원 인정제도가 자원순환사회의 형성에 어느 정도 기여할 수 있을지 의문인 상황에서, 순환경제의 목표를 달성하기 위한 현행 폐기물법상의 생산자책임의 내용과 실효성에 대하여 살펴보는 것은 의의가 있다.

1. 생산자책임의 기초가 되는 환경법상의 원칙

폐기물법상의 생산자책임은 환경법상의 일반원칙인 원인자책임의 원칙과 사전배려의 원칙, 그리고 협력의 원칙에 기초하고 있다고 볼 수 있다.

(1) 원인자책임의 원칙

원인자책임의 원칙은 환경오염에 대하여 원인을 제공한 자가 그 오염의 사전방지·사후제거와 원상회복에 대하여 책임을 져야 한다는 원칙이다. 원인자책임의 원칙은 처음에는 비용부담의 문제에서 출발하였지만, 원인자책임의 원칙을 단지 환경오염의 방지·제거 및 조정의 비용부담에 한정해서

35) 이에 대하여는 황계영, 폐기물 관리 법제에 관한 연구, 서울대 박사학위 논문, 2015, 148쪽 및 187쪽 이하 참조.

는 안 되고, 명령·금지에 의해 직접적으로 행위를 통제하는 등 실질적인 책임에 대한 원칙이다.³⁶⁾

폐기물법상 생산자책임의 원칙은 원인자책임의 원칙에서 도출되는 것이라 할 수 있다. 폐기물의 발생과 처리 사이의 인과관계의 연결고리³⁷⁾에서 중요한 부분을 차지하는 제품의 생산자에게 자신의 제품의 회수·처리 및 폐기물의 발생에 대한 폐기물법상의 책임을 부담시키는 것은 원인자책임의 원칙에 부합하는 것이다.³⁸⁾ 제품의 생산은 중국에는 폐기물을 발생시키고, 그로 인해 환경에 부담을 가져오게 되므로, 생산자를 폐기물법상의 책임체계에 포함시키는 것은 당연하다고 할 것이다.

폐기물법상의 생산자책임은 실질적 책임을 부담시키고 구체적인 작위의무를 부과하는 것 이외에 생산자에게 폐기물 처리비용을 떠맡게 함으로서 원인자책임 원칙의 경제적인 관점도 아울러 고려하고 있다. 비용을 부담시킴으로써 사업활동으로 야기된 생태계에 대한 부정적 영향은 잠재적 원인자에게 경제적 불이익으로 나타나게 된다. 물론 생산자 책임을 부담하는 생산자는 처리비용을 제품가격에 반영함으로써 제품의 구매자에게 전가할 가능성은 남아 있다.

(2) 사전배려의 원칙

폐기물법상의 생산자책임은 사전배려의 원칙에도 그 뿌리를 두고 있다. 사전배려의 원칙에 의하면 환경보전은 현존하는 장애의 제거 또는 급박한 위험의 방지에 한정되는 것이 아니라, 그러한 위험상황이 발생하지 않도록 미리 사전배려조치를 취해야 한다. 사전배려의 원칙은 안전확보와 자원관리의 관점에서 파악할 수 있다. 안전확보의 관점에서 사전배려의 원칙은 위험내지 위험성(Risiko)에 대한 사전 대비를 그 내용으로 한다. 자원관리의 관

36) 이에 대하여는 김연태, 환경보전작용연구, 고려대학교 출판부, 1999, 54쪽 이하.

37) 폐기물의 발생에 원인을 제공한 자는 모두 폐기물의 원인자로 볼 수 있다. 예컨대, 원료 또는 재료의 공급자, 제품의 생산자, 유통자, 소비자 등은 폐기물 발생의 원인자라 할 수 있다.

38) 이에 대하여는 Hamburg, Abfallrechtliche Produktverantwortung für Elektro- und Elektronikgeräte, 2018, S. 18.

점에서 사전배려의 원칙은 장래를 위하여 자연자원을 관리·보전하는 것을 내용으로 한다.³⁹⁾

폐기물법상의 책임을 생산자에게 이전하는 것은 자원관리의 관점에서 사전배려원칙을 실현하는 효과적인 수단이다. 예를 들면, 생산자에게 회수 의무를 부과하는 것은 원료 또는 재료를 가급적 적게 사용하고 재활용이 가능한 제품을 생산하도록 유도하는 효과를 가져 올 것이다.

또한 폐기물법상 생산자책임은 폐기물의 발생억제를 목적으로 한다. 생산자는 폐기물의 양 뿐만 아니라 그 유해성을 줄이는 노력을 해야 한다. 안전확보의 관점에서 위험에 대한 사전배려에 따라 예컨대, 특정한 유해물질의 사용을 금지하는 것을 폐기물법상 생산자책임의 내용으로 요구할 수 있다.

(3) 협력의 원칙

국가와 사회(개인, 단체, 기업 등)가 협력하여 환경문제를 해결해야 한다는 협력의 원칙은 환경보전의 과제는 사회 제 세력의 의사에 반해서 또는 국가 혼자만의 힘으로 달성할 수 없고 국가와 사회의 협력을 통해서만 용이하게 해결할 수 있다는 인식의 표현이다.⁴⁰⁾ 협력의 원칙은 일반 국민과 기업의 환경에 대한 책임과 참여를 강화시킨다.

폐기물법에서 일정한 업무를 민간에게 맡기고 행정은 그 집행을 관리하는 것은 협력의 원칙을 구체화하는 것이라 할 수 있다. 폐기물법상의 생산자책임은 일정 부분의 폐기물 관리 업무를 민간에게 맡기는 것으로, 협력의 원칙을 구현하는 제도이다.

2. 폐기물법상 생산자책임의 법적 근거

(1) 현행법상의 생산자책임재활용제도

생산자책임제도는 폐기물의 발생을 억제하고 재활용을 촉진하기 위해

39) 김연태, 환경보전작용연구, 고려대학교 출판부, 1999, 40쪽 이하.

40) 김연태, 환경보전작용연구, 고려대학교 출판부, 1999, 64쪽.

서는 제품의 설계 및 제조과정에서부터 폐기물의 감량, 재활용을 고려해야 하기 때문에 제품의 생산자에게 재활용 등의 책임을 부여하여 자원순환체계의 구축이라는 목적을 달성하려는 것이다. 제품의 설계, 원료의 선택, 생산 공정, 포장재의 선택, 유통 등에 있어서 실질적인 권한을 갖는 자에게 생산자책임을 부담시킴으로써 생산단계에서부터 환경친화적인 제품을 제조·생산하려는 노력을 하게 되고, 또한 제품의 소비 이후 단계의 재활용·처리까지 고려하게 될 것을 기대하는 것이다.

폐기물법상 생산자책임을 어떻게 구체화할 것인지와 관련하여, 대상품목의 범위를 어떻게 정할 것인지도 생산자책임제도의 주요 내용에 해당함은 물론이지만, 우선 생산자책임을 부담하는 생산자의 범위를 어디까지 정하고, 생산자책임을 어느 수준으로 한정지을 것인지가 정해져야 한다.

생산자는 매우 넓은 개념으로 원료업자, 제품의 개발자, 제조업자 및 판매업자, 포장재의 제조업자, 포장재를 이용한 제품의 제조업자 및 판매업자 등이 모두 포함될 수 있는데, 이들 중 누구에게 생산자책임을 부담시킬 것인지가 정해져야 한다.

생산자가 부담하는 책임의 내용에 대하여는 협의로 제품의 폐기단계에 대한 책임만으로 한정하려는 입장과 광의로 제품의 설계, 제조, 생산, 유통, 소비 및 폐기의 전 과정에서 발생하는 모든 환경문제에 대한 책임으로 확대하려는 입장이 있다.⁴¹⁾

우리나라는 1992년부터 일정 제품에 대하여 생산자가 재활용 비용을 예치하도록 한 후 재활용 실적에 따라 이를 환급하는 폐기물예치금제도를 운영하여 왔었는데, 이 제도의 문제점을 개선하고 생산자의 책임을 보다 강화하기 위하여 기존의 폐기물예치금제도를 폐지하고 2003년 1월 1일부터 생산자책임재활용제도를 도입·시행하고 있다.⁴²⁾

생산자책임재활용제도의 일환으로 「폐기물관리법」에서는 사업자에게

41) 서동숙, 생산자책임재활용제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 광운대 석사학위논문, 2005, 26쪽.

42) 폐기물예치금제도와 생산자책임재활용제도의 차이점은 전자가 경제적 유인을 통해 간접적으로 재활용의무를 부과하는 방식인데 대하여, 후자는 직접적으로 재활용의무를 생산자에게 부담시킨다는 점이다.

제품의 제조·가공·수입 또는 판매 등을 할 때에 그 제조·가공·수입 또는 판매 등에 사용되는 재료·용기·제품 등이 폐기물이 되는 경우 그 회수와 처리가 쉽도록 하여야 할 의무를 부과하고 있으며(제47조 제1항), 재료·용기·제품 등이 「대기환경보전법」 제2조, 「물환경보전법」 제2조 및 「화학물질관리법」 제2조에 따른 대기오염물질, 수질오염물질, 유독물질 중 환경부령으로 정하는 물질을 함유하고 있거나 다량으로 제조·가공·수입 또는 판매되어 폐기물이 되는 경우 환경부장관이 고시하는 폐기물의 회수 및 처리방법에 따라 회수·처리하여야 할 의무를 부과하고 있다(제47조 제2항). 환경부장관은 사업자가 환경부장관이 고시한 회수·처리방법에 따라 회수·처리하지 아니하면 기간을 정하여 그 회수와 처리에 필요한 조치를 할 것을 권고할 수 있으며(제47조 제3항), 권고를 받은 자가 권고사항을 이행하지 아니하면 해당 폐기물의 회수와 적정한 처리 등에 필요한 조치를 명할 수 있다(제47조 제4항).

현행법상 생산자책임재활용제도와 관련하여서는 「자원재활용법」에 상세한 규정을 두고 있다. 「자원재활용법」은 “생산단계·유통단계에서 재질·구조 또는 회수체계의 개선 등을 통하여 회수·재활용을 촉진할 수 있거나 사용 후 발생하는 폐기물의 양이 많은 제품·포장재 중 대통령령으로 정하는 제품·포장재의 제조업자나 수입업자(포장재는 포장재를 이용한 제품의 판매업자를 포함한다. 이하 ‘재활용의무생산자’라 한다)는 제조·수입하거나 판매한 제품·포장재로 인하여 발생한 폐기물을 회수하여 재활용하여야 한다.”고 규정하여(제16조 제1항), 일정한 제품의 생산자에게 재활용의무를 부과하고, 재활용의무생산자가 그 의무를 이행하지 않을 경우 재활용에 드는 비용에 그 100분의 30 이하의 금액을 더한 재활용부과금을 재활용의무생산자에게 부과하여 징수하도록 규정하고 있다(제19조).

재활용의무 대상 제품·포장재에 관하여는 동법 시행령 제18조에서 규정하고 있는바, 제품의 경우 전지류, 타이어, 윤활유, 형광등, 수산물 양식용 부자, 곤포(뭉치) 사일리지(silage)용 필름, 합성수지재질의 김발장 등이 그에 해당하고, 포장재의 경우 종이팩·유리병·금속캔·합성수지재질의 포장재 등을 열거하고 있다. 전자제품은 「전기·전자제품 및 자동차의 자원순환에 관한 법률」이 시행되면서 동 법률의 관리대상으로 전환되었다.

재활용의무생산자는 제품·포장재의 제조업자나 수입업자가 되며, 포장재의 경우 포장재를 이용한 제품의 판매업자를 포함한다. 그 결과 포장재는 원칙적으로 포장재를 이용한 제품의 제조자 및 수입업자, 즉 내용물을 생산하는 자가 의무생산자가 된다.⁴³⁾ 현행법은 제품의 제조, 수입, 포장재의 선택 등에 있어서 실질적인 권한을 갖는 자가 주책임자로서 재활용의무를 부담하도록 규정하고 있다.⁴⁴⁾

재활용의무생산자는 스스로 자신의 재활용시설에서 직접 재활용하거나, 재활용사업자와 위탁계약을 체결하여 재활용의무를 이행하거나, 재활용사업공제조합에 가입하고 분담금을 납부하는 방법으로 재활용의무를 이행하게 된다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 현행법상의 생산자책임재활용제도는 제품의 생산자나 포장재를 이용한 제품의 생산자에게 그 제품이나 포장재의 폐기물에 대하여 재활용의무를 부여하여 재활용하게 하고, 이를 이행하지 않을 경우 재활용에 소요되는 비용 이상의 재활용부과금을 생산자에게 부과하는 내용에 한정하고 있다.⁴⁵⁾ 우리의 현행법에서 채택하고 있는 생산자책임재활용제도는 용어상뿐만 아니라 내용상으로도 자원순환 전체를 포괄하지 못하고 ‘재활용’에 국한된 내용만을 담고 있음을 보여준다. 폐기물의 발생억제는 포장폐기물의 경우에만 규정하고 있을 뿐, 대부분은 폐기물의 회수, 재활용에 한정하여 규정하고 있다.

(2) 독일 「순환경제법」상의 생산자책임

독일의 경우 1994년에 제정된 「순환경제 및 폐기물법」(Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz)에서 ‘순환경제’란 용어가 등장하였는데, 여기서 ‘순환경제’란 폐기물의 발생방지 및 감량, 재활용을 의미한다. 우선적으로 폐기물의

43) 김홍균, 환경법, 홍문사, 2019, 565쪽. 이러한 원칙의 예외로 내용물의 생산자가 소규모 불특정 다수인 농·수·축산물 받침접시 등은 불가피하게 용기·포장재를 제조하는 자의 의무를 부담한다.

44) 김홍균, 환경법, 홍문사, 2019, 565쪽; 방극채, 폐기물의 처리책임에 관한 비교법적 연구, 전남대 박사학위 논문, 2008, 129쪽; 환경부, 환경백서, 2020, 578쪽.

45) 박균성·함태성, 환경법, 박영사, 2019, 567쪽.

발생 자체를 방지하고, 폐기물이 소량으로 배출되는 생산과정을 형성하며, 발생된 폐기물 중 재활용이 가능한 폐기물은 환경친화적인 방법으로 재활용하고, 폐기물 발생과 유해물질 함유가 적은 제품을 구매하도록 소비행위를 유도하는 것을 말한다. 이를 위하여 「순환경제 및 폐기물법」은 이전의 폐기물법에 비하여 재활용 보다 폐기물의 발생 자체를 억제하는 것에 우위가 있으며, 폐기물처리 보다 재활용이 우선임을 명확히 하였을 뿐만 아니라, 생산자책임(Produktverantwortung)의 관념과 사업장 폐기물(gewerbliche Abfälle)의 경우 원칙적으로 자체적으로 재활용하고 처리할 의무를 규정하였다.

독일의 경우 과거의 폐기물법 하에서는 지방공공단체가 그 지역 내의 폐기물처리 업무를 담당하고, 점유자는 그에게 인도할 의무를 부담하였다(1986년의 「폐기물 발생억제 및 처리에 관한 법」 제3조 참조). 폐기물처리는 지방자치단체의 의무로서 필요사무에 해당하는 것으로 보고, 폐기물의 점유자 등은 그의 처리를 위하여 폐기물을 인도하고 그 처리는 공적인 손에 맡겨져야 한다고 보았다.⁴⁶⁾ 그러나 1994년의 「순환경제 및 폐기물법」에서 생산자책임이 도입⁴⁷⁾된 이후에는 원칙적으로 폐기물의 배출자 또는 점유자가 그 처리에 대한 의무를 부담하게 되었다(현행 「순환경제법」 제15조 참조). 다만, 생활폐기물의 배출자 또는 점유자는 일정한 경우 주법에 따라 처리의 책임을 부담하는 법인(공법상 처리담당자)에게 인도할 의무를 부담한다(「순환경제법」 제17조).

독일의 「순환경제법」은 제23조 이하에서 폐기물법상 생산자책임에 대하여 규정하고 있다. 제품의 개발, 생산, 제조, 가공, 유통 등을 담당하는 자는 생산자책임을 부담하게 되는데, 이는 ‘순환경제’의 목적을 달성하기 위함이다. 즉, 제품의 생산자 등은 제품의 생산에서부터 폐기물의 발생 단계까지 폐기물의 감량, 재활용 또는 처리의 책임을 부담하게 된다.

46) 이에 대하여는 김연태, “폐기물처리의 책임체계에 대한 고찰”, 「고려법학」, 제37호, 2001, 208쪽.

47) 독일에서 생산자책임에 관한 법 규정의 도입과정에 대하여는 Kunig/Paetow/Versteyl, Kreislaufwirtschaftsgesetz und Abfallgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2003, § 22 Rdn. 5 ff. 참조.

「순환경제법」 제23조 제1항 제2문은 폐기물법상 생산자책임의 목표를 구체화하고 있다. 그에 의하면, 제품은 가능한 한 생산과 사용 과정에서 폐기물이 적게 나오고, 사용 후 발생하는 폐기물은 환경친화적으로 재활용되거나 처리되는 것이 보장되도록 형성되어야 한다. ‘가능한 한’이라고 표현하고 있는 것으로 볼 때, 「순환경제법」 제23조 제1항 제2문은 구속력이 있는 것은 아니다. 「순환경제법」 제23조 제2항에서는 생산자책임의 내용을 자세히 적시하고 있는바, 생산자책임은 다음과 같은 내용을 포함한다: 재활용이 가능하고, 기술적으로 수명이 길며, 사용 후에는 적법하게, 유해물질이 발생하지 않으며, 높은 가치로 재활용되거나 환경친화적으로 처리되기에 적합하도록 제품을 개발, 생산, 유통할 것(제1호), 제품을 생산함에 있어서 재활용되는 폐기물 또는 재생원료를 우선적으로 투입할 것(제2호), 사용 후 남게 되는 폐기물이 환경친화적으로 재활용되거나 처리되는 것을 보장하기 위하여 유해물질을 함유하는 제품에 대하여 표시할 것(제3호), 반환, 재사용 및 재활용의 가능성 또는 그 의무와 제품의 표시에 의한 보증금 규정에 대하여 안내할 것(제4호), 제품과 제품 사용 후 남게 된 폐기물을 회수하고 회수한 것을 환경친화적으로 재활용하거나 처리할 것(제5호).

그런데 「순환경제법」 제23조 제1항 및 제2항 그 자체는 충분히 명확하고 구속력 있는 내용을 담고 있지는 않다.⁴⁸⁾ 생산자책임을 부담하는 의무자, 생산자책임의 대상이 되는 제품, 생산자책임을 이행하는 방법 등에 대하여는 법규명령으로 정하도록 위임하고 있다(「순환경제법」 제23조 제4항). 이러한 내용을 규정한 법규명령에 의하여 폐기물법상의 생산자책임은 집행될 수 있는 의무로 구체화된다.

「순환경제법」 제23조 제3항에서는 생산자책임의 한계에 대하여 규정하고 있다.⁴⁹⁾ 생산자책임은 그 이행이 기술적으로 가능하고 경제적으로 기대가능 하여야 하는 등 비례의 원칙에 의하여 한계 지워진다. 재활용으로 얻

48) 이에 대하여는 Hamburg, Abfallrechtliche Produktverantwortung für Elektro- und Elektronikgeräte, 2018, S. 24 ff. 참조.

49) 이에 대하여는 Schink/Versteyl(Hrsg.), Kommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz, 2. Aufl., 2016, § 23 Rdn. 75 ff. 참조.

어진 물질 또는 에너지에 대한 시장이 존재하거나 시장이 형성될 수 있어야 한다. 재활용을 위해 드는 비용이 폐기물 처리에 드는 비용을 넘지 않는다면 경제적 기대가능성이 있다고 본다.

3. 전기·전자제품에 대한 생산자책임의 구체화

전기·전자제품의 시장은 생산자의 수가 많고, 제품의 양과 종류 또한 다양하며, 생산·유통·소비 등 관련자의 범위가 넓다는 점에서 복잡한 구조를 갖고 있다. 또한 전기·전자제품의 시장은 혁신의 주기가 짧으며 눈부시게 빠른 발전의 경향을 보인다는 점을 특징으로 한다. 이는 지속적인 시장의 성장을 가져온다. 이러한 전기·전자제품의 시장 구조에 상응하게 폐전기·전자제품 또한 그 양이 많을 뿐 아니라 증가하는 속도도 빠르며, 고도의 복잡성을 띠고 있다는 점에서 폐기물 관리가 쉽지 않다는 문제를 제공한다. 폐전기·전자제품은 환경유해성 물질을 포함하고 있는 경우가 많으므로 그 처리에 있어서 특별한 취급이 필요하며, 동시에 폐전기·전자제품은 2차 원료로 사용될 수 있는 가치 있는 물질을 내포하고 있어서 그의 회수와 재활용의 중요성이 크게 인식되고 있다.

이와 같이 폐전기·전자제품의 양적인 증가에 대응하고, 유해물질과 재활용 가능 자원을 함께 함유하고 있는 점을 고려하여, 전기·전자제품의 제조와 폐기물의 회수·처리에 관한 법적 규율의 필요성이 제기되었다. 유럽연합은 2003년에 폐전기·전자제품에 관한 지침(WEEE-1-Richtlinie)⁵⁰⁾과 전기·전자제품에 있어서 특정유해물질의 사용제한에 관한 지침(RoHS-1-Richtlinie)⁵¹⁾을 제정하였으며, 독일은 이 지침을 자국의 법으로 전환하기 위하여 2005년에 「전기·전자제품의 유통, 회수와 환경친화적 처리에 관한 법률」(약칭: 「전기·전자제품법」)⁵²⁾을 제정하였다.

50) Richtlinie 2002/96/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.01.2003 über Elektro- und Elektronik-Altgeräte.

51) Richtlinie 2002/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.01.2003 zur Beschränkung der Verwendung bestimmter gefährlicher Stoffe in Elektro- und Elektronikgeräten.

독일의 「전기·전자제품법」은 종전에 폐전기·전자제품이 지방자치단체의 책임 하에 소각 또는 매립 위주로 처리되던 것에 대하여, 제품의 생산자를 처리체계에 포함시켰다는 점에 의의가 있다. 제품의 생산자는 이 법에 따라 전기·전자제품의 유통, 회수와 환경친화적 처리에 대한 광범위한 요구사항의 수범자가 되었다. 이 법은 「순환경제법」 제23조의 폐기물법상 생산자책임을 구체화한 것으로, 이에 따라 전기·전자제품의 생산자는 자원의 효율적 이용과 재활용을 촉진하기 위하여 재활용이 가능하며 유해물질의 함유가 적은 제품을 개발하여야 한다. 독일의 「전기·전자제품법」의 기초가 된 WEEE-1-Richtlinie은 2012년 개정되었고, 이에 따라 독일은 2015년에 「전기·전자제품법」⁵³⁾을 새로이 규정하였다. 법 개정에 의하여 생산자의 의무가 크게 변경되지는 않았고, 제재의 가능성이 좀 더 확대되었다.

우리나라는 2007년에 전기·전자제품에 있어서 유해물질의 사용을 억제하고 재활용이 쉽도록 제조하며 그 폐기물을 적정하게 재활용하도록 하기 위하여 「전기·전자제품 및 자동차의 자원순환에 관한 법률」(약칭: 「전자제품등자원순환법」)을 제정하여, 2008년 1월 1일부터 시행하고 있다. 동법은 전기·전자제품에 대한 생산자책임을 구체화한 법률이라 할 수 있다.

「전자제품등자원순환법」은 2011년 개정(법률 제10549호, 2011. 4. 5. 공포, 2012. 1. 6. 시행)되어, 판매업자 회수제도를 도입하였다. 전기·전자제품의 유통구조가 판매업자 중심으로 변화되어 전기·전자제품 판매자의 회수에 대한 역할이 커지고 있음에 따라 전기·전자제품 판매업자에게 회수의무 비율 및 회수의무량을 부여함으로써 폐전기·전자제품의 회수를 촉진하고 재활용을 유도하기 위함이다. 종전에는 제조·수입업자 등 생산자에게만 회수·재활용의무율을 부과하고, 판매업자에게는 구체적인 의무 부과 없이 소비자가 원할 경우에만 회수하게 하여 실효성이 부족하다는 문제점을 개선한 것이다.⁵⁴⁾

52) Gesetz über das Inverkehrbringen, die Rücknahme und die umweltverträgliche Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten vom 16.3.2005, BGBl. I S. 762.

53) Gesetz zur Neuordnung des Rechts über das Inverkehrbringen, die Rücknahme und die umweltverträgliche Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten vom 20.10.2015, BGBl. I S. 1739.

한편, 「전자제품등자원순환법」은 법령 개정을 통해 재활용대상 전기·전자제품을 단계적으로 확대하였다. 종전 대·중형제품 위주의 10개 품목만을 관리하고 있었으나, IT발달에 따라 발생량이 증가하고, 귀금속·희유금속등 많이 함유하고 있는 소형가전제품에 대한 재활용이 시급한 상황이었어서, 대상품목을 2014년 1월부터 27개로 확대하였고, 2020년 1월부터는 태양광 패널 등 발생량이 급증하고 재활용이 필요한 제품 위주로 추가되어 50종으로 확대되었다. 다만, 태양광 패널의 경우 회수 체계, 전문 재활용업체 등 재활용 기반이 마련되는 기간을 고려하여 2023년부터 재활용의무가 부여될 예정이다.⁵⁵⁾

4. 소결

우리나라에서 도입하고 있는 생산자책임재활용제도는 제품의 생산자로서 하여금 제품의 설계, 제조, 유통·소비 및 폐기 전 과정에 걸쳐 환경친화적인 경제활동을 유도함으로써 폐기물의 감량, 재이용, 재활용을 촉진하여 자원순환형사회의 형성을 도모하기 위한 제도라고 설명되고 있다.⁵⁶⁾ 생산자책임재활용제도에 의하여 생산자는 제품의 설계·제조·생산 단계에서부터 폐기물의 감량, 재활용 등이 쉬운 재질과 구조의 제품을 생산하는데 힘쓸 것이라는 효과가 나타나기를 기대하지만, 재활용실적 평가 위주의 현 제도 하에서는 생산자에게 제품의 설계, 제조, 생산, 판매, 회수, 재활용의 전 단계에 걸쳐 폐기물 발생 억제 및 재활용을 위한 자발적인 설계변경, 기술개발 등의 노력을 유도하기에는 한계가 있다.

생산자책임재활용제도의 목적을 달성하기 위하여서는 재활용의무생산자가 동 제도를 경제적 비용부담의 문제로 인식하고 회수처리와 재활용 실적 달성에만 관심을 갖는 것이 아니라, 제품의 설계와 개발 단계에서부터

54) 김세규, “자원순환형사회 구축의 일환으로서의 생산자책임재활용제도에 관한 소고”, 「공법학연구」 제12권 제4호, 2011, 514쪽.

55) 환경부, 환경백서, 2020, 581쪽.

56) 박균성·함태성, 환경법, 박영사, 2019, 567쪽.

폐기물의 감량과 재활용을 고려하는 등 자원순환을 통한 환경문제 해결에 적극적으로 참여하려는 의지가 무엇보다도 중요하다.

생산자에 대해 환경친화적인 제품의 설계와 개발을 하도록 유도하는 효과는 생산자책임의 범위, 의무불이행 시 제재조치의 내용 등에 달려있다고 할 수 있다. 그런데 현행 「폐기물관리법」 및 「자원재활용법」 등에서 규정하고 있는 생산자책임의 내용은 회수·처리의무의 부과 또는 재활용 촉진에 한정되어 있다고 할 수 있다. 의무불이행에 대한 제재조치로 현행법은 목표량을 달성하지 못한 생산자로부터 재활용에 드는 비용에 그 100분의 30 이하의 금액을 더한 재활용부과금을 부과·징수하도록 되어 있다. 규정상으로는 미이행 시 재활용에 드는 비용보다 더 많은 비용을 부담하도록 되어 있으므로, 재활용의무생산자로 하여금 재활용의무를 이행하도록 유인하는 효과는 있다고 볼 수 있다. 생산자책임재활용제도의 성과 분석 결과를 종합해 보면, 제도 도입 이후 회수와 처리량은 점차 늘어나고 있으나, 제품의 설계 단계에서의 반영은 미흡한 것으로 나타난다. 이는 현행법상의 생산자책임재활용제도가 회수·처리 단계에 집중되어 있기 때문이다.⁵⁷⁾

「전자제품등자원순환법」 또한 법령은 ‘자원순환’에 관한 법이지만, 내용적으로는 전기·전자제품 및 자동차의 재활용 촉진에 관한 법이라 할 것이다. 자원순환 전체를 포괄하지 않고, 단지 재활용에 중점을 두고 있는 법이다.

폐기물의 발생 이후 단계에서의 회수·재활용에 한정할 것이 아니라, 폐기물의 발생 이전 단계, 즉 제품의 제조·설계·생산 등 전 과정에서 폐기물 발생 자체를 줄이고, 재이용·재활용이 용이한 제품을 제조·생산하도록 생산자의 책임을 구체화하고 확장하는 것이 필요하다. 생산자책임제도의 근원적인 목표는 폐기물이 발생하지 않거나 발생을 피할 수 없는 경우에는 재활용이 용이하도록 재질과 구조를 개선하여 처음부터 환경친화적인 제품을 생산하는 것이다. 지금까지의 생산자책임재활용제도가 폐기물 발생 이후의 회수처리, 재활용의 방법이나 운영에 중점을 두었다면, 앞으로는 제품의 설계 및 생산에서부터 생산자의 책임을 확대, 적용하는 방향으로 관점을 전환함

57) 서동숙, 생산자책임재활용제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 2005, 광운대 석사학위 논문, 66쪽.

으로써 동 제도가 자원순환사회를 형성하는 근원적인 목표를 달성하는 효과적인 제도로 자리매김할 수 있기를 기대한다.

IV. 폐기물 관리와 자원순환 관련 법체계의 정립

1. 현행 법체계의 문제점

우리나라의 폐기물에 관한 법제는 청소개념에 기초하여 생활쓰레기 및 분뇨의 사후처리를 그 대상으로 한 1961년 「오물청소법」의 제정에서부터 시작되었다. 그 후 1977년에 제정된 「환경보전법」도 폐기물을 단순 사후 처리하는 접근방법에 그쳤다고 할 수 있다. 1986년에는 「오물청소법」과 「환경보전법」에서 생활폐기물과 사업폐기물로 이원화되어 있던 폐기물 관리에 관한 사항을 통합하여 「폐기물관리법」이 제정되었는데, 이 법에서 ‘재활용’이라는 개념이 도입되었다. 그러나 여전히 재활용이나 감량보다는 처리에 중점이 놓여 있었다. 1992년에는 폐기물을 자원으로 재활용하고 감량하는 체계로 전환하기 위하여 「자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률」(약칭: 「자원재활용법」)을 제정하였다. 그 이후 2003년에 건설폐기물을 친환경적으로 적정하게 처리하고 재활용을 촉진하기 위하여 「건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률」을 제정하였고, 2007년에는 전기·전자제품 및 자동차의 폐기물을 적정하게 재활용하도록 하여 자원순환체계를 구축하고자 「전기·전자제품 및 자동차의 자원순환에 관한 법률」(약칭: 「전자제품등자원순환법」)을 제정하였다.

그런데 그동안의 입법적 변천과정을 보면 폐기물 관리 정책의 목표를 명확히 하고 이를 구체화하기 위한 노력을 체계적으로 진행하였다기보다는 그때그때의 필요에 따라 임기응변식으로 대응한 측면이 있었다. 그러다 보니 폐기물 관리와 자원순환에 관한 내용이 개별법에 분산되어 있고 개별 법령 간의 역할과 기능이 체계적이지 못하다는 문제점이 있었다.⁵⁸⁾ 이러한 문제인식에서 출발하여 기존의 「폐기물관리법」 및 「자원재활용법」 등으로는

지속가능한 사회의 구현이 불가능하다고 보고, 자원의 효율적인 이용을 관리하고 폐기물의 발생량을 극소화하며, 자원의 순환이용을 촉진함으로써 자원순환사회의 기반을 구축하기 위하여 2016년 「자원순환기본법」이 제정되었다.

현행 폐기물 관리 관련 법체계는 「자원순환기본법」, 「폐기물관리법」, 「자원재활용법」, 그리고 그 밖에 다수의 개별 법령으로 구성되어 있다.

「폐기물관리법」은 폐기물 관리의 기본원칙, 국가와 국민의 책무 등에 대한 내용을 담고 있어, 폐기물 관리에 관한 일반법이자 기본법이라고 할 수 있다.⁵⁹⁾ 동법은 폐기물 관리와 관련된 용어 정의를 바탕으로 폐기물의 분류체계, 폐기물처리 주체의 책임, 폐기물의 적정처리를 위한 제반 규정, 폐기물처리업, 폐기물처리업자 등에 대한 지도·감독에 관한 사항을 주요 내용으로 한다.

「자원재활용법」은 「폐기물관리법」에서 재활용에 관한 부분을 분리하여 입법한 것이다. 동법은 자원의 절약과 폐기물의 발생억제, 폐기물의 분리·수거 및 재사용 촉진, 폐기물의 재활용 촉진, 자원순환 촉진을 위한 기반 조성 등을 주요 내용으로 한다. 「자원재활용법」은 “자원의 절약, 폐기물의 발생억제 및 재활용에 관하여 이 법에 규정되지 아니한 사항은 「자원순환기본법」 및 「폐기물관리법」을 적용한다.”고 규정하고 있는바(제3조), 「자원재활용법」이 재활용 문제의 전부를 포괄하여 규정하고 있지 않음을 밝히고 있다.

「자원순환기본법」은 폐기물의 발생억제부터 순환이용과 최종처분까지 자원의 순환과정을 총괄하면서 자원순환사회를 만드는데 필요한 기본적인 사항을 정하는 것을 목적으로 한다고 명시하고 있다(제1조 참조). 또한 동법은 제4조에서 “자원순환과 관련되는 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 기본원칙에 부합되게 하여야 한다.”고 규정하고 있는데, 이는 동법이 기본법적 성격과 역할을 지향하고 있다는 것을 의미한다.

58) 조성규, “폐기물관리법제의 법적 문제”, 「행정법연구」 제27호, 2010, 50쪽; 정훈, “폐기물 관련 법체계와 자원순환기본법의 제정필요성”, 「환경법연구」 제31권 2호, 2009, 118쪽 및 125쪽.

59) 안세희, 자원순환사회에서의 폐기물관리법제, 서강대 박사학위 논문, 2015, 138쪽.

동법은 종전의 폐기물 처리 중심의 정책만으로는 한계가 있다고 보아, 생산-소비-관리-재생에 이르는 전 과정을 다루는 체계적인 자원순환정책을 추진하기 위하여 제정되었다고 밝히고 있다.⁶⁰⁾

「자원순환기본법」의 제정은 우리나라 폐기물 정책의 패러다임이 폐기물에서 순환자원으로 넘어가는 상징적인 입법적 변화라고 평가되고 있다.⁶¹⁾ 동법은 ‘자원순환’(제2조 제1호)⁶²⁾과 ‘자원순환사회’(제2조 제2호)⁶³⁾에 대하여 정의하고 있는데, 이러한 정의규정은 폐기물의 발생을 억제하고 발생된 폐기물의 재활용을 촉진하는 사회가 되는 것을 목표로 하고 있음을 선언하는 규정이다. 그런데 개념 정의에서 보듯이, 「자원순환기본법」은 「폐기물관리법」상의 폐기물 관리에서 크게 벗어나지 못하고 있으며, 단지 자원순환사회로 나아가야 한다는 방향제시만 할 뿐이다.

「자원순환기본법」 제3조에서는 자원순환사회로의 전환을 촉진하기 위한 기본원칙으로, 자원의 효율적 이용을 통하여 폐기물의 발생을 최대한 억제할 것(제1호), 폐기물 발생이 예상될 경우에는 폐기물의 순환이용 및 처분의 용이성과 유해성을 고려할 것(제2호), 발생된 폐기물은 기술적·경제적으로 가능한 범위에서 최대한 재사용할 것(제3호 가목), 재사용이 곤란한 폐기물은 최대한 재생이용할 것(제3호 나목), 재사용·재생이용이 곤란한 폐기물은 최대한 에너지회수를 할 것(제3호 다목), 가목부터 다목까지의 규정에 따른 순환이용이 불가능한 것은 사람의 건강과 환경에 미치는 영향이 최소화 되도록 적정하게 처분할 것(제3호 라목)을 규정하고 있다. 이러한 「자원순환기본법」상의 기본원칙에 대한 규정은 자원순환의 각 단계별 우선순위를

60) 환경부, 환경백서, 2020, 546쪽.

61) 함태성, “환경행정법의 최근 동향과 쟁점 및 과제”, 『환경법연구』 제41권 1호, 2019, 83쪽.

62) ‘자원순환’이란 환경정책상의 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 안에서 폐기물의 발생을 억제하고 발생된 폐기물을 적정하게 재활용 또는 처리(「폐기물관리법」 제2조 제6호에 따른 최종처분을 말한다.)하는 등 자원의 순환과정을 환경친화적으로 이용·관리하는 것을 말한다(제2조 제1호).

63) ‘자원순환사회’란 사람의 생활이나 산업활동에서 사회 구성원이 함께 노력하여 폐기물의 발생을 억제하고, 발생된 폐기물은 물질적으로 또는 에너지로 최대한 이용함으로써 천연자원의 사용을 최소화하는 사회를 말한다(제2조 제2호).

규정하고(발생억제, 재사용, 재생이용, 에너지회수, 처분), 각 단계별로 ‘최대한’ 노력할 것을 요구하고 있다는 점에서 종전의 「폐기물관리법」 제3조의2(폐기물 관리의 기본원칙)보다는 진일보한 측면이 있다는 점은 부인할 수 없다. 다만, 이러한 원칙과 우선순위가 선언적 의미에 머물러서는 안 되고, 무엇보다도 그것을 법적 의무와 연결시킴으로써 구체적이며 집행 가능한 내용으로 관련 법 규정을 정비할 필요가 있다.

법명이나 제정취지에 비추어 볼 때, 「자원순환기본법」이 기본법이며 상위법의 지위를 갖는다고 볼 수 있다. 이것이 입법자의 의도라고 할 수 있다. 그런데 「자원순환기본법」은 주로 선언적·원칙적 내용을 담고 있으며, 「자원순환기본법」의 핵심적 내용이라 볼 수 있는 순환자원의 인정제도는 자원순환의 극히 일부분만 담당할 뿐이다. 위에서 살펴본 바와 같이 현행법상의 순환자원 인정기준은 매우 엄격하여 폐기물 중 극히 제한적으로만 순환자원으로 인정되어 폐기물 관리의 범주에서 벗어나 자원으로 활용될 수 있다. 또한 「자원순환기본법」은 순환자원을 폐기물의 하위 개념으로 설정함으로써, 폐기물 관리의 차원을 넘어 제품의 개발, 설계, 생산, 유통, 소비 및 폐기의 전 단계에 걸쳐 적용되는 데 한계가 있다.⁶⁴⁾ 이러한 점에 비추어 볼 때, 「자원순환기본법」이 순환경제의 원칙을 실현하는 데 기여하는 바는 크지 않을 것이라 생각한다.

법 규정의 내용적인 측면에서 보면, 오히려 「폐기물관리법」이 폐기물 관리를 전반적으로 다루고 있다는 점에서 폐기물 관리에 관한 기본법 내지 일반법의 역할을 한다고 볼 수 있다.⁶⁵⁾ 그러나 「폐기물관리법」은 폐기물 처리에 중점을 두고 제정된 법률로서 자원순환사회의 구현이라는 목표를 달성하기에는 한계가 있다.

현행법상 순환경제의 원칙, 자원순환사회의 형성이라는 목적을 달성하기 위하여서는 재활용에 대하여 규율하고 있는 「자원재활용법」이 중요한

64) 김홍균, “「자원순환기본법」의 평가와 향후 과제”, 「환경법연구」 제39권 1호, 2017, 96쪽.

65) 김홍균, “「자원순환기본법」의 평가와 향후 과제”, 「환경법연구」 제39권 1호, 2017, 81쪽.

역할을 담당하여야 할 것이다. 그러나 「자원재활용법」은 자원의 절약과 재활용에 관하여 규정하고 있는 법으로, 폐기물의 관리와 재활용이 「폐기물관리법」과 「자원재활용법」으로 분리되어 규정되어 있고 서로 중복되거나 부합하지 않는 측면이 있어 체계적이지 못하다는 문제가 있다.

2. 폐기물 관리와 자원순환 관련 법제의 체계 정합성

자원순환에 관한 기본법으로서 「자원순환기본법」이 제정되었음에도 불구하고 여전히 폐기물 관리 법제의 체계 정합성이 미흡한 것으로 보인다. 「자원순환기본법」의 제정에 있어서 폐기물 관련 법체계의 정립이 주요 과제가 되었는데, 독일과 같이 기존의 법제를 하나의 법률로 통합하는 방안, 일본과 같이 기존의 개별 법률들은 그대로 두고 기본법을 제정하여 하나의 이념 하에 통합하는 방안, 기존의 법체계의 틀 내에서 「폐기물관리법」 또는 「자원재활용법」을 확대 개편하는 방안 등의 논의가 있었다.⁶⁶⁾

우리나라는 기존의 법률들을 그대로 두고 「자원순환기본법」을 제정하여 결과적으로 일본과 유사한 형태가 되었다. 일본의 「순환형사회형성추진기본법」에 대한 비판⁶⁷⁾과 마찬가지로 우리의 「자원순환기본법」도 선언적·원칙적 내용을 주로 규정하고 있기 때문에 실효성에 대한 우려가 있고, 폐기물 처리와 재활용 관련 법률들의 중복 문제 등이 제기되고 있다.

「자원순환기본법」이 제정된 이후 「자원순환기본법」과 중복되는 제도를 삭제하여 중복제도 운영으로 인한 혼란을 방지하고자 2017. 11. 28. 「폐기물관리법」과 「자원재활용법」이 개정되었다. 「폐기물관리법」에서는 폐기물 처리 기본계획 및 폐기물 관리 종합계획, 폐기물 통계조사 등이 삭제되었고, 「자원재활용법」에서는 자원순환기본계획, 자원순환성 평가 등이 삭제되었

66) 함태성, “환경행정법의 최근 동향과 쟁점 및 과제”, 『환경법연구』 제41권 1호, 2019, 102쪽; 함태성, “독일과 일본의 폐기물법제 비교·검토를 통한 한국의 폐기물법제의 체계재정립방안 연구”, 『토지공법연구』 제30집, 2006, 468쪽 이하; 황계영, 폐기물 관리 법제에 관한 연구, 서울대 박사학위 논문, 2015, 296쪽 이하.

67) 이에 대하여는 함태성, “자원순환기본법의 제정 의미와 폐기물법제의 향후 과제”, 『경희법학』 제51권 제4호, 2016, 360쪽 이하 참조.

으나, 중복 문제는 완전히 해소되지 않고 여전히 남아 있다.⁶⁸⁾

「자원순환기본법」은 자원순환에 관한 내용이 개별법에 분산되어 있고 개별 법령 간의 역할과 기능이 체계적이지 못하다는 문제점을 해결하고자 제정되었다고 하나,⁶⁹⁾ 기존의 폐기물 관련 개별법을 그대로 둔 상태에서 단지 자원순환사회로 나아가야 한다는 방향제시만 할 뿐, 구체적인 실현방안을 제시함에 있어서는 매우 미흡하고, 관련 법률들과의 체계성과 연계성이 약하다는 비판을 받는다.⁷⁰⁾

앞으로의 개선방향에 대하여, 「자원순환기본법」과 다른 개별법과의 체계성을 높이고 그 적용상 혼란이 발생하지 않도록 당분간은 동법이 기본법의 성격을 유지하면서 폐기물의 재활용은 「자원재활용법」으로, 재활용을 제외한 그 밖의 폐기물 처리 관련 규정은 「폐기물관리법」으로 이관하여 정리할 필요가 있다고 보는 견해,⁷¹⁾ 장기적으로 독일의 입법례와 같이 자원순환에 관한 규정들과 폐기물 관리에 관한 규정들을 포괄하는 단일의 법률을 제정하는 것을 검토해 볼 필요가 있다는 견해⁷²⁾ 등이 있다.

참고로 독일의 폐기물 법제는 폐기물 관리를 포함한 자원순환에 관하여 포괄적으로 규율하는 단일의 법체계를 택하고 있다. 독일의 폐기물 법제의 발전은 법의 명칭이 변천되는 과정을 통해 여실히 드러난다. 1972년의 「폐기물 처리(제거)에 관한 법」(Gesetz über die Beseitigung von Abfallstoffen: Abfallbeseitigungsgesetz (폐기물처리법)에서 1986년의 「폐기물 발생 억제 및 처리에 관한 법」(Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen)으로, 그리고 1994년의 「순환경제 및 폐기물법」(Kreislaufwirtschafts-

68) 중복성이 문제되는 제도 및 법 조항에 대하여는 김홍균, “「자원순환기본법」의 평가와 향후 과제”, 「환경법연구」 제39권 1호, 2017, 93쪽 이하 참조.

69) 함태성, “자원순환기본법의 제정 의미와 폐기물법제의 향후 과제”, 「경희법학」 제51권 제4호, 2016, 344쪽 이하.

70) 김홍균, “「자원순환기본법」의 평가와 향후 과제”, 「환경법연구」 제39권 1호, 2017, 96쪽.

71) 김홍균, “「자원순환기본법」의 평가와 향후 과제”, 「환경법연구」 제39권 1호, 2017, 86쪽 이하.

72) 함태성, “자원순환기본법의 제정 의미와 폐기물법제의 향후 과제”, 「경희법학」 제51권 제4호, 2016, 361쪽.

und Abfallgesetz)으로 법명이 바뀌었다.⁷³⁾ 이 법은 2012년 「순환경제 촉진 및 폐기물의 환경친화적 관리의 보장을 위한 법」(Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung der Abfälle)으로 새로이 개정되어 시행되고 있다. 현행 법은 공식적인 약칭으로 「순환경제법」(Kreislaufwirtschaftsgesetz: KrWG)으로 명명되는데, 폐기물법이라는 표현은 아예 언급되지 않고 있다. 단지 「순환경제 촉진 및 폐기물의 환경친화적 관리의 보장을 위한 법」이라는 긴 명칭에서 폐기물에 관련된 법이라는 점과 그 법의 유래를 알 수 있을 뿐이다.

이와 같은 법의 명칭뿐만 아니라 내용적으로 수차례에 걸친 개혁을 통하여 독일의 입법자는, 폐기물 문제를 제거(Beseitigung) 또는 처리(Entsorgung)에 의하여 해결하려는 것은 잘못된 망상이라는 비판을 수용하였다. 폐기물 처리는 궁극적으로 폐기물의 발생을 줄이지 못하면 새로운 환경문제를 야기하게 되므로 폐기물의 제거 또는 처리 보다 발생억제 및 재활용에 우선순위를 부여하는 방향으로 사고의 전환을 꾀하였다. 즉, 「순환경제법」은 재활용 보다 폐기물의 발생억제에 우위에 있으며(제6조), 재활용이 처리보다 우선하여야 한다는 재활용우선의 원칙을 규정하고 있다(제7조 제2항 제2문). 더 나아가 「순환경제법」은 재활용과 처리의 관계를 구체화하고 있다(제7조 제4항 및 제8조). 동법은 이를 폐기물의 배출자 및 점유자의 의무로 구체화하여 순환경제를 촉진하고 환경친화적 폐기물 처리를 보장하고 있다.

순환경제의 원칙 및 그의 이행을 위한 제도, 재활용, 폐기물의 처리 등을 하나의 법률에서 통합적으로 규정하는 것은 폐기물의 문제를 체계적으로 관리할 수 있다는 장점이 있다. 폐기물 관리의 궁극적인 목표, 즉 폐기물의 발생을 줄이고 재활용을 늘려서 자원순환을 추구하는 것은 불가분적으로 연결되는 것이므로 법적 체계 또한 이를 반영하여 규율하는 것이 정합성을 높이는 것이다. 이 경우 순환경제의 이념 및 기본원칙 등에 관한 규정뿐

73) 독일 폐기물법제의 변화에 대하여는 김연태, “폐기물의 개념 및 분류·처리체계”, 「환경법연구」, 제25권 1호, 2003, 169쪽 이하 참조.

만 아니라, 구체적인 집행법적 내용도 함께 규정함으로써 실효성 있으며, 체계적이고 일관된 법 집행이 가능하게 될 것이다.

V. 결론

제품의 생산에서부터 유통, 소비, 폐기에 이르기까지 자원의 효율적 이용과 폐기물의 발생억제, 자원의 순환이용 촉진을 목적으로 하는 자원순환사회에서 폐기물 관리 법제의 중요성은 더욱 커졌다고 할 수 있다. 자원순환사회의 형성을 목적으로 제정된 「자원순환기본법」이 시행된 지 3년여가 지났으나, 이 법의 시행으로 기존의 문제가 해결되고 우리 사회가 자원순환사회로 전환되는 등의 실효성을 거두고 있다고 보기는 어렵다. 「자원순환기본법」은 선언적·원칙적 내용을 주로 담고 있으며 자원순환사회로 나아가야 할 방향을 제시하고 있을 뿐, 구체적인 실현방안에 있어서는 매우 미흡하다고 평가된다.

「자원순환기본법」의 핵심적 내용인 순환자원의 인정제도는 자원순환사회로의 전환을 촉진하는 주요한 수단의 하나라고 할 수 있다. 그런데 「자원순환기본법」은 폐기물을 전제로 하여 순환자원을 개념 정의하고 있는바, 자원순환이 폐기물 관리의 차원을 넘어 제품의 개발, 설계, 생산, 유통, 소비 및 폐기의 전 단계에 걸쳐 적용되는 데 한계가 있다.

한편, 「폐기물관리법」상 폐기물 개념의 불명확성은 오랫동안 지적되어 온 문제인데도 근본적인 해결을 하지 못한 채 법적용의 혼란을 야기하고 있다. 이에 더하여 자원순환사회로 전환이 요구되면서 필요에 따라 법령이 제·개정 되다보니 폐기물 관련 법령의 내용이 복잡해지고 체계적이지 못하다는 문제가 있다. 자원순환의 주된 목적인 자원의 효율적 이용과 폐기물의 적정관리는 상호보완적인 관계에 있다. 따라서 자원순환사회로 전환하기 위한 전제로서 폐기물 개념의 명확한 정의와 재활용가능자원, 순환자원 등 관련 용어의 관계 정립이 선행되어야 한다. 환경과 건강상의 위해를 방지하기 위해 폐기물 개념을 넓게 인정하되, 일정한 시점에서 폐기물성을 벗어날 수

있게 하는 다양한 제도를 마련하여 자원으로 환원될 수 있는 기회를 넓혀야 한다.

폐기물 관련법이 폐기물로부터 인간의 건강과 환경을 보호하는 것을 가장 중요한 목적으로 하는 것은 당연하다. 종전의 폐기물 관련법은 폐기물이 최종적으로 환경친화적으로 처리되는 것을 확보하는 데 중점을 두었다고 할 수 있다. 자원순환사회의 형성을 위하여서는 폐기물로 인한 건강과 환경에 대한 위해의 예방과 자원의 효율적 활용이라는 두 가지 목적을 적절하게 조화시킬 수 있도록 법체계를 정립할 필요가 있다. 무엇보다도 원천적으로 폐기물의 발생을 억제하고, 자원의 순환적인 이용을 촉진할 수 있는 실효적이며 집행력 있는 제도를 마련하는 데 더 많은 관심을 기울여야 할 것이다.

폐기물, 재활용, 순환자원에 관한 법체계 - 김 연 태	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2021.05.10.	2021.06.07.	2021.06.29.

[참고문헌]

- 김세규, 자원순환형사회 구축의 일환으로서의 생산자책임재활용제도에 관한 소고, 공법학연구 제12권 제4호, 2011.
- 김연태, 환경보전작용연구, 고려대학교 출판부, 1999.
- _____, 폐기물처리의 책임체계에 대한 고찰, 고려법학, 제37호, 2001.
- _____, 폐기물의 개념 및 분류·처리체계, 환경법연구, 제25권 1호, 2003.
- 김홍균, 환경법, 제5판, 홍문사, 2019.
- _____, 폐기물재활용 개념 - 폐기물과의 구별 -, 저스티스 통권 제84호, 2005.
- _____, 「자원순환기본법」의 평가와 향후 과제, 환경법연구 제39권 1호, 2017.
- 박경수, 폐기물관리법, 피앤씨미디어, 2015.
- 박균성, 폐기물 관련법령의 기본구조, 환경법연구 제26권 2호, 2004.
- 박균성·함태성, 환경법, 제9판, 박영사, 2019.
- 방극재, 폐기물의 처리책임에 관한 비교법적 연구, 전남대 박사학위 논문, 2008.
- 서동숙, 생산자책임재활용제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 광운대 석사학위 논문, 2005.
- 안세희, 자원순환사회에서의 폐기물관리법제, 서강대 박사학위 논문, 2015.
- 전재경, 폐기물과 순환자원의 법적 개념의 변화와 적용, 환경법연구 제30권 3호, 2008.
- 정훈, 폐기물처리에 관한 법적 고찰 - 한국의 폐기물관리법과 독일의 순환관리 및 폐기물법(KrW-/AbfG)을 중심으로, 전남대 박사학위 논문, 2001.
- _____, 폐기물 관련 법체계와 자원순환기본법의 제정필요성, 환경법연구 제31권 2호, 2009.
- 조성규, 폐기물관리법제의 법적 문제, 행정법연구 제27호, 2010.
- 조홍식, 환경법원론, 제2판, 박영사, 2020.
- 채영근, 폐기물 관련 법령체계의 문제점 및 개선방안, 환경법연구 제31권 2호, 2009.
- 함태성, 독일과 일본의 폐기물법제 비교·검토를 통한 한국의 폐기물법제의 체계재정립방안 연구, 토지공법연구 제30집, 2006.
- _____, 자원순환기본법의 제정 의미와 폐기물법제의 향후 과제 - 폐기물과 순환자원의 관계를 중심으로 -, 경희법학 제51권 제4호, 2016.
- _____, 환경행정법의 최근 동향과 쟁점 및 과제, 환경법연구 제41권 1호, 2019.
- 홍준형, 환경법특강, 제2판, 박영사, 2017.
- 환경부, 환경백서, 2020.
- 황계영, 폐기물 관리 법제에 관한 연구 - 폐기물의 개념 및 분류를 중심으로 -, 서울대 박사학위 논문, 2015.
- 황계영, “폐기물 종료” 제도에 관한 검토, 환경법연구 제37권 1호, 2015.
- _____, 재활용 가능자원의 ‘폐기물’ 해당 여부, 환경법연구 제38권 2호, 2016.
- Hamborg, Karla, Abfallrechtliche Produktverantwortung für Elektro- und Elektronikgeräte, Nomos, 2018.
- Hempel, Olaf, Abfallbegriff im Kreislaufwirtschaftsgesetz: Umsetzung der EU-AbfRRL, Betrachtung des Abfallbegriffs im Rahmen der neueren deutschen Gesetzgebung, AV Akademikerverlag, 2012.
- Kopp-Assemacher, Stefan(Hrsg.), Kreislaufwirtschaftsgesetz Kommentar, ERICH

SCHMIDT VERLAG, 2015.

Kunig, Philip/Paetow, Stefan/Versteyl, Ludger-Anselm, Kreislaufwirtschaftsgesetz und Abfallgesetz Kommentar, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck München, 2003.

Schink, Alexander/Versteyl, Andrea(Hrsg.), Kommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz, 2. Aufl., DER JURISTISCHE VERLAG, 2016.

【국문초록】

현행 폐기물 관리 법체계는 「폐기물관리법」, 「자원의 절약과 재활용 촉진에 관한 법률」, 「자원순환기본법」, 그리고 그 밖에 다수의 개별 법령으로 구성되어 있다.

「자원순환기본법」의 제정으로 우리나라의 폐기물 정책은 ‘폐기물 관리’에서 ‘자원의 순환’으로 패러다임이 전환되었다고 볼 수 있다. 「폐기물관리법」 및 「자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률」 등에서 규정하고 있는 정책수단은 발생한 폐기물의 사후 관리에 중점을 두고 있기 때문에 이러한 법률들과 정책수단으로는 지속가능한 사회의 구현이 불가능하다고 보았다. 이에 제품 등의 생산부터 유통·소비·폐기에 이르기까지 보다 효율적으로 자원이 이용되도록 관리하고, 자원의 순환이용을 촉진함으로써 자원이 순환되는 사회의 기반을 구축하기 위하여 「자원순환기본법」이 제정되었다고 밝히고 있다.

자원순환사회의 형성을 목적으로 제정된 「자원순환기본법」이 시행된 지 3년여가 지났으나, 이 법의 시행으로 기존의 문제가 해결되고 우리 사회가 자원순환사회로 전환되는 등의 실효성을 거두고 있다고 보기는 어렵다. 「자원순환기본법」은 선언적·원칙적 내용을 주로 담고 있으며 자원순환사회로 나아가야 할 방향을 제시하고 있을 뿐, 구체적인 실현방안에 있어서는 매우 미흡하다고 평가된다. 또한 폐기물 관련 법률들의 체계성과 연계성이 약하다는 비판을 받는다.

자원순환사회의 형성을 위하여서는 폐기물로 인한 건강과 환경에 대한 위해의 예방과 자원의 효율적 활용이라는 두 가지 목적을 적절하게 조화시킬 수 있도록 법체계를 정립할 필요가 있다. 무엇보다도 원천적으로 폐기물의 발생을 억제하고, 자원의 순환적인 이용을 촉진할 수 있는 실효적이며 집행력 있는 제도를 마련하는 데 더 많은 관심을 기울여야 할 것이다.

이 글에서는 「자원순환기본법」 제정 이후 폐기물 관리에 관한 현행 법체계, 특히 폐기물과 재활용, 순환자원의 관계에 대하여 고찰하고, 자원순환사회에서 순환경제의 목적을 달성하기 위한 중요한 수단이라 할 수 있는

폐기물법상의 생산자책임에 대하여 살펴본다. 그리고 폐기물 관리와 자원순환 관련 법체계의 정립을 위하여 현행 법체계의 문제점과 입법적 개선방향에 대하여 살펴보고자 한다.

【Abstract】

Legal system regarding wastes, recycling,
and circular resources

Kim, Yeon-Tae

(Professor Dr., Korea University School of Law)

The current legal system regarding wastes control is composed of the Wastes Control Act, the Act on the Promotion of Saving and Recycling of Resources, the Framework Act on Resources Circulations, and other numerous individual statutes.

It can be argued that the enactment of the Framework Act on Resources Circulations signals a paradigm shift in South Korean wastes policy, from wastes control to resources circulation. As the policy measures prescribed in the Wastes Control Act or the Act on the Promotion of Saving and Recycling of Resources focus on the ex post facto management of wastes, the writers of the Framework Act believed that they do not suffice for the purpose of a truly sustainable society. The writers say that the Framework Act on Resources Circulations has been enacted to control resources more efficiently from manufacturing, to consumption and disposal of products, and to establish a foundation of a resource-circulating society by promoting circular utilization of resources.

Even three years after the Framework Act on Resources Circulations has entered into force with the aim of formulating a resource-circulating society, there has not been enough practical evidence that demonstrates

fulfillment of that aim. The Framework Act on Resources Circulations is criticized for its lack of a concrete implementation plan, as its content mainly focuses on declarations, principles, and directional proposals towards a resource-circulating society. It is also criticized for its lack of connectivity to the system of other laws regarding wastes.

In order to formulate a resource-circulating society, the legal system needs to be established in a way that satisfies the two-way purpose of preventing environmental and health-related danger, and of efficient usage of resources. Importantly, more attention needs to be directed towards preparing effective and enforceable rules that can fundamentally restrict waste creation and promote circular utilization of resources.

This paper sheds light on the state of the current legal system regarding wastes control after the enactment of the Framework Act on Resources Circulation and considers the relationship between wastes, recycling, and circular resources. Furthermore, it assesses the concept of extended producer responsibility within the Wastes Control Act as a potentially important means to achieve the purpose of a circular economy within a resource-circulating society. Lastly, the paper will touch on the shortcomings of the current legal system and discuss potential measures of legislative improvement regarding wastes control and resources circulation.

주제어(Keyword) : 폐기물(Wastes), 재활용(Recycling), 순환자원(Circular Resources), 자원순환사회(Resource-Circulating Society), 폐기물 관리(Wastes Control), 생산자 책임재활용제도(Extended Producer Responsibility), 자원순환기본법(Framework Act on Resources Circulations), 폐기물관리법(Wastes Control Act), 자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률(Act on the Promotion of Saving and Recycling of Resources)

경찰행정법의 새로운 이론적 체계 구축과 경찰행정법의 위상 재정립*

서 정 범** · 김 용 주***

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---------------------------------|---------------------------------|
| I. 들어가며 | IV. 경찰행정법의 새로운 이론적 체계 구축을 위한 제언 |
| II. 경찰행정법의 이론적 체계 구축을 위한 논의의 전제 | 1. Los von 田中二郎(다나카 지로) |
| 1. 용어의 문제 - 경찰법인가? 경찰행정법인가? | 2. 4개의 기둥이론 |
| 2. 행정경찰과 사법경찰 | V. 맺으며 - 경찰행정법의 위상 재정립에 붙여 |
| III. 경찰행정법 | 1. 경찰행정법 - 도전과 응전의 긴 여정 |
| 1. 경찰행정법의 의의 | 2. 경찰행정법의 위상 재정립 |
| 2. 경찰행정법의 범위 | |
| 3. 경찰행정법의 규율원리 | |

* 이 글은 2020년 12월 18일 행정법학회 12월 학술대회에서 PPT 형태로 개괄적으로 발제했던 내용을 논문의 형태로 구체화시키고, 아울러 본인의 발제에 대한 토론과정에서 논의되었던 부분에 대한 이론적 보완을 통하여 전면 재집필한 것임을 밝혀 둔다.

** 주저자: 경찰대학교 교수, 법학박사.

*** 교신저자: 초당대학교 교수, 법학박사.

I. 들어가며

오늘날 경찰행정법 이론은 끊임없이 변화와 발전을 거듭하고 있는바, 그 가장 커다란 이유는 2000년대 들어서면서 인류가 마주치게 된 9.11 테러¹⁾나 난민 그리고 작금의 Covid-19 사태 등의 문제에 대한 해결방안을 전통적인 경찰행정법 이론으로는 설명할 수 없게 된 것에서 찾을 수 있다. 이런 사정은 새로운 경찰행정법 이론의 탄생, 그리고 한 걸음 더 나아가 새로운 경찰행정법의 이론적 체계(도그마)의 구축을 가져 오는 계기가 되었는데, 이러한 현상은 그 정도에 차이가 있을 뿐 오늘날 거의 모든 국가에서 공통적으로 찾아볼 수 있다. 이에 반하여 우리나라의 경찰행정법 이론은 여전히 일본에서 발원한 낡은 이론에 안주하여 이 같은 세계적 발전추세를 전혀 따라가지 못하고 있는 실정이며, 이로 인하여 위에서 언급한 사태에 대한 이론적 접근 자체가 불가능하게 되는 결과를 낳게 되었다. 따라서 그들 문제에 대한 해결을 도모할 수 있는 경찰행정법의 이론적 체계를 새로이 구축하여야 하며, 이러한 작업은 경찰행정법의 위상을 재정립하는 데 기여할 것이라고 생각된다. 한편, 그를 위한 논의의 전제로서 경찰행정법의 의의와 범위 및 규율원리를 분명히 할 필요성이 있다고 생각한다.

이러한 점을 고려하여 필자는 다음과 같은 순서로 이 문제에 관하여 고찰해보고자 한다. 즉, 먼저 경찰행정에 관한 법을 무엇이라고 부를 것인지를 관련하여 우리가 무심코 사용해 왔던 경찰법이라는 용어에 문제점이 있음을 전제로 ‘경찰행정법’이라는 용어를 사용할 것을 제안하면서, 그러한 제안을 하게 되는 전제로서 행정경찰과 사법경찰의 구분의 문제를 간단하게나마 다룬다. 그리고 이를 통하여 경찰행정법의 이론적 체계 구축을 위하여 필요한 기본적 문제에 대한 접근을 행하고자 한다(Ⅱ. 경찰행정법의 이론적

1) 테러의 문제에 대한 대처는 필연적으로 경찰행정법적 접근을 요한다. 그러나 지금까지 국내에서 테러에 관한 논의는 주로 테러의 개념과 유형, 그를 방지하기 위한 기술적 방안 등을 나열하는 선에 그쳐 왔던 것이 사실이다. 그러나 근래에 들어서는 테러의 문제에 관하여 종래의 이론적 접근방식에서 벗어나 경찰행정법적 시각에서 접근이 행해지고 있는바(김용주, 경찰법으로서 테러방지법의 이해, 박영사, 2021), 이는 테러의 문제에 관하여 이론적으로 진일보한 것으로 평가할 수 있다.

체계 구축을 위한 논의의 전제).

다음으로 경찰행정에 관한 법을 필자의 용어 사용례에 따라 경찰행정법이라고 하는 경우에 경찰행정법은 무엇을 의미하며, 그것이 규율하는 범위는 어떠한지, 그리고 경찰행정법을 규율하는 기본원리는 어떤 것인지를 탐구하고자 한다(Ⅲ. 경찰행정법).

이어서 이러한 논의를 바탕으로 하여 메이지 유신시대의 논의에 그 기원을 두고 있는 일본의 전통적인 경찰행정법의 이론적 체계를 무비판적으로 답습하고 있는 우리나라의 전통적인 경찰행정법의 이론적 체계의 문제점을 지적하고, 그를 위한 대안으로서의 새로운 경찰행정법의 이론적 체계를 ‘4개의 기둥이론’이란 이름으로 체계화시켜 제안하고자 한다(Ⅳ. 경찰행정법의 새로운 이론적 체계 구축을 위한 제언).

경찰행정법은 오랫동안 (특별)행정법의 여러 영역 가운데에서 가장 중요하고 기본적인 법으로 인식되어 왔다. 그러나 이러한 경찰행정법의 위상과 관련하여 그의 존립을 위협하는 사건들이 연이어졌으며, 그러한 사건들은 새로운 경찰행정법적 문제를 야기하여 왔다. 그리고 그때마다 경찰행정법 이론은 그러한 문제점을 극복하며 변증법적 발전을 거듭하여 왔다. 전 세계를 공포의 도가니로 몰아넣고 있는 미증유의 Covid-19 사태는 경찰행정법 이론에 대한 또 한번의 중대한 도전이자 경찰행정법 이론의 비약적 발전을 위한 기회가 되고 있다. 즉, 근래의 Covid-19 사태에 대한 집합금지명령 등과 같은 일련의 조치들의 타당성을 둘러싼 문제를 가장 잘 설명할 수 있는 법이론은 경찰행정법 이론이며, 그러한 대응을 통하여 경찰행정법 이론은 진보를 거듭할 것이라고 생각한다. 그리고 이러한 과정을 통하여 경찰행정법의 독자적 학문적 가치 내지 중요성이 새로운 조명을 받게 될 것이라고 확신한다(Ⅴ. 맺으며 - 경찰행정법의 위상 재정립에 붙여).

II. 경찰행정법의 이론적 체계 구축을 위한 논의의 전제

1. 용어의 문제 - 경찰법인가? 경찰행정법인가?

(1) 문제의 제기

경찰행정에 관하여 규율하는 법영역을 무엇이라고 불러야 할까? 즉, 그러한 법영역을 가리키는 용어로 ‘경찰법’과 ‘경찰행정법’ 중 어떤 것을 사용하여야 할 것인가? 어찌 보면 아주 사소하다고 생각할 수 있는 문제를 이 글의 서두에서 논하는 이유는 용어 및 그 개념은 단순한 지적 호기심의 대상을 넘어서는 중요한 의미를 갖고 있다고 생각하기 때문이다. 사실 이 문제에 관한 한 새삼스레 그를 논할 필요가 없을 정도로 학계에서는 의견의 일치를 보이고 있는 것으로 생각된다. 왜냐하면 국내에서 출간된 행정법각론 교과서들은 거의 예외를 찾아볼 수 없을 정도로 경찰행정법이란 용어를 사용하고 있으며,²⁾ 이러한 법영역만을 대상으로 하여 출간된 교과서들 또한 하나같이 경찰행정법이란 용어를 사용하고 있기 때문이다.³⁾

(2) 비교법적 고찰

이웃 나라인 일본의 경우 전통적으로 ‘경찰법’이라는 용어를 사용하여 왔으며,⁴⁾ 그러한 전통은 오늘날에도 상당 부분 유지되고 있는 것으로 보인다. 그 대표적인 예는 이러한 법영역에 관한 거의 모든 문제를 망라하여 논하고 있는 “講座 警察法” 시리즈 3권을 들 수 있다. 특히 “講座 警察法” 제1권의 첫 번째 글인 “새로운 경찰법학의 구상 - 본 강좌의 기획 취지와 함께”라는 제목의 글에서 오기노 토오루(荻野徹)가 “본 경찰법 강좌는 경찰의

2) 김남진/김연태, 행정법 II, 제25판, 법문사, 2021 등.

3) 박균성/김재광, 경찰행정법, 제4판, 박영사, 2019; 同人, 경찰행정법입문, 제3판, 박영사, 2019; 서정범, 경찰행정법, 세창출판사, 2020; 설계경, 경찰행정법 I, 법률출판사, 2017; 同人, 경찰행정법 II, 법률출판사, 2019; 한승훈, 신 경찰행정법, 동방문화사, 2019; 홍정선, 신 경찰행정법 입문, 박영사, 2020 등.

4) 田上穰治, 警察法, 有斐閣, 1983.

실무가가 경찰 소관 법령 및 실무상의 제도와 조직에 관하여 행정법적 관점에서 분석 검토한 논문집이다”라고 밝히고 있는 점을 고려하면, 일본의 경우 우리나라에서 경찰행정법이란 이름으로 다루어지는 범영역을 ‘경찰법’이라고 불러왔다는 것을 알 수 있다. 그러나 이러한 용어는 주로 1980년대에 출간된 책이나 이론적 탐구에 철저하지 않은 경찰실무가들의 글에서나 만날 수 있는 것이라고 할 수 있다. 즉, 일본의 전통적인 경찰(행정)법 이론의 문제점을 지적하면서, 경찰(행정)법 체계의 새로운 구축필요성을 역설하고 있는 정통 경찰행정법학자들은 근래 들어 ‘경찰법’이란 용어보다는 ‘경찰행정법’이란 용어를 선호하는 것으로 보인다.⁵⁾

한편, 독일의 경우 우리나라에서 경찰행정법이란 이름으로 다루어지는 범영역을 지칭하는 용어로는 Polizei - und Ordnungsrecht(경찰 - 질서법)가 가장 많이 쓰이고 있다. 이러한 표현은 Polizeirecht와 Ordnungsrecht를 축약한 것이라고 할 수 있는데, 이 경우 전자는 보안경찰작용, 후자는 협의의 행정경찰작용에 관한 법을 의미하는 것으로 이해할 수 있다. 물론 Polizeirecht(경찰법)이라는 용어도 사용되고 있으나, 그 예는 그리 많지 않다.⁶⁾

(3) 제 언

필자는 경찰행정에 관하여 규율하는 법을 ‘경찰행정법’이라고 부를 것을 제언하는바, 그 이유는 다음과 같다.⁷⁾

-
- 5) 그 대표적 예로는 田村正博, 警察行政法の基本的な考え方, 立花書房, 2002; 田村正博, 全訂 警察行政法 解説, 第2版, 2013을 들 수 있는바, 오늘날에는 이러한 田村正博의 경찰행정법 체계가 일본의 학계를 지배하고 있다.
 - 6) Polizeirecht라는 용어를 사용하고 있는 대표적 예로는 Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012; Würtenberger/Hekmann/Tanneberger, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl., 2017을 들 수 있다.
 - 7) 경찰행정법이라는 용어를 사용해야 할 필요성에 대하여 과거에는 우리나라에 「경찰법」이란 이름을 가진 법률이 법률 15566호로 제정되어 시행되고 있는 점에 착안하여(형식적 의미의 경찰법), 경찰행정에 관하여 규율하는 법을 학문적으로 칭할 때에는 형식적 의미의 경찰법과 구별하여 ‘경찰행정법’이라고 부르는 것이 적합한 용어 사용례라는 점이 강조되기도 하였다(최영규, “경찰의 개념과 경찰법의 범위 - 실질적 경찰개념의 유용성 검토”, 행정법연구 제25호 (2009), 367쪽). 그러나 2021년 1월 1일부터

첫째, 경찰행정법이라는 용어를 사용하는 것은 그것이 행정법의 일부분(一部門)으로의 성격을 갖는다는 것, 따라서 경찰행정법에 행정법의 일반원리가 적용된다는 것을 분명히 하는 효과가 있다. 뿐만 아니라 이러한 용어 사용은 헌법이 경찰행정법의 규율원리로서 기능하는 것을 설명할 수 있는 기제로 기능하는 측면도 있다.⁸⁾

둘째, 우리나라의 경우 보통경찰기관(제도적 의미의 경찰)이 행정경찰작용과 사법경찰작용⁹⁾을 모두 담당하고 있는바, 이로 인하여 경찰행정에 관하여 규율하는 법의 해석 및 적용에 사법경찰작용에 관한 법인 형사법적 논의가 개입하는 기현상이 벌어지고 있다. 그리고 이러한 현상이야말로 경찰행정법의 이론 발전에 결정적 걸림돌로 기능하고 있다. 따라서 경찰행정에 관한 법에 무분별한 형사법적 관여를 차단시킬 필요가 있는바, 이를 위하여 서로 경찰행정법이라는 용어를 사용하여 이것이 행정법의 일부분으로서의 성격을 분명히 할 필요가 있다고 생각한다. 이런 점을 고려할 때 경찰행정에 관한 법의 해석 및 적용에 있어 자칫 형사법의 개입가능성을 열어줄 소지가 있는 ‘경찰법’이란 용어를 사용하는 것은 피하는 것이 좋다고 생각되어 ‘경찰행정법’이란 용어를 사용할 것을 제안한다.

「국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률」이 시행됨으로 인하여 「경찰법」이라는 이름을 가진 법률은 존재하지 않게 되었다. 따라서 이러한 설명은 의미를 잃게 되었다는 점을 밝혀 두기로 한다.

- 8) 헌법이 경찰행정법의 규율원리로 기능하는 문제에 관하여는 본고 III. 경찰행정법 3. 경찰행정법의 규율원리에서 상술하기로 한다.
- 9) 범죄사건이 발생한 후에 수사(Ermittelung)를 통해 사건의 진실을 밝혀내고 범인을 검거하는 경찰을 가리키는 용어로 종래 사법경찰(司法警察)이란 용어가 많이 사용되어 왔다. 다만 근래 들어 언론에서 이를 수사경찰(搜查警察)이라고 부르는 경우가 많아지고 있으며(<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0015370869&code=61121111&cp=nv> 등 참조), 학자들 가운데에도 수사경찰이라는 용어의 사용을 권고하는 학자가 있다. 다만 아직까지는 적어도 학문적으로는 ‘수사경찰’이라는 용어레가 정립되지 않았다고 보여지므로, 본고에서는 종래의 사용례에 따라 ‘사법경찰’이라는 용어를 그대로 사용하기로 하겠다.

2. 행정경찰과 사법경찰

전술한 바와 같이 필자가 경찰행정에 관한 법을 경찰행정법이라고 부를 것을 제안하는 가장 커다란 이유는 ‘행정경찰작용’에 관한 형사법의 개입을 원천적으로 차단하기 위한 것인데, 이는 행정경찰을 형사법 및 형사법 원리가 적용되는 사법경찰과 구분하는 것을 전제로 한다. 따라서 이하에서는 행정경찰과 사법경찰의 구분에 관한 문제를 논하기로 한다.¹⁰⁾

(1) 행정경찰과 사법경찰의 개념

경찰작용은 그 목적을 기준으로 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위협을 방지하여 국민을 보호하는 작용인 행정경찰과 범죄수사와 피의자체포를 목적으로 하는 사법경찰로 구분할 수 있다. 이러한 행정경찰과 사법경찰의 구분은 프랑스에서 유래된 것으로 이해되고 있으며,¹¹⁾ 독일 또한 양자의 구분을 전제로 하여 경찰행정법학을 발전시켜 왔다. 그리고 일본을 매개로 하여 대륙법계의 경찰제도와 법을 받아들인 우리나라 역시 오래전부터 행정경찰과 사법경찰을 구분하여 왔음은 주지의 사실이다.¹²⁾ 다만 우리나라의 경우 보통경찰기관이 양자를 아울러 관장하고 있음으로 인하여 개념과 현실간의

10) 이러한 문제에 관하여 전방위적 고찰을 행하고 있는 것으로는 박병욱/황문규, “위험에 방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇 가지 차이점: 경찰의 활동을 중심으로”, 형사정책연구 제23권 제3호 (2012), 199쪽 아래. 특히 이 논문은 행정경찰작용을 통한 예방적 경찰활동에 정통한 경찰행정법학자(박병욱)와 사법경찰작용을 통한 진압적 경찰활동에 정통한 형사법학자(황문규)가 함께 저술한 역작으로 평가된다.

11) 이러한 이유로 일찍부터 프랑스에서의 행정경찰과 사법경찰의 구분 및 그를 전제로 한 프랑스의 행정경찰에 관하여는 일찍부터 많은 연구가 행하여져 왔는데, 근래에 발표된 것 중 주목을 요하는 것으로는 다음과 같은 것이 있다. 강지은, “공생발전을 위한 경찰의 임무 - 프랑스의 행정경찰법제와 그 시사점”, 법학논고, 제42호 (2013), 69쪽 아래; 박재현, “프랑스의 행정경찰에 관한 연구”, 법학연구 제27권 제1호 (2016), 377쪽 아래; 오승규, “프랑스 행정경찰 개념의 역사적 변천과 시사점”, 경찰법연구, 제14권 제1호 (2016), 235쪽 아래; 이승민, 프랑스의 행정경찰, 경인문화사, 2014.

12) 우리나라에서 행정경찰과 사법경찰의 개념이 확립되고 양자를 구분한 것은 오래전의 일인데, 구한말의 지식인 유길준이 이미 그러한 점을 잘 지적한 바 있다. 유길준, 서유견문, 交詢社, 1895. 허경진(역), 서유견문: 조선지식인 유길준 - 서양을 번역하다, 서해문집, 2005, 293쪽.

괴리가 존재한다는 점을 고려할 때, 과연 행정경찰과 사법경찰을 앞으로도 계속하여 구분하여야만 하는 것인지에 대하여는 보다 심층적 고찰이 필요하다고 생각한다.¹³⁾

한편, 경찰작용을 그 목적을 기준으로 행정경찰과 사법경찰로 구분해 왔다는 것은 위험방지(Gefahrenabwehr)와 형사소추(Strafverfolgung)가 경찰의 주된 활동영역으로 인정되어 왔음을 의미한다. 다만, 이것을 오늘날의 경찰이 위험방지와 형사소추에 시중한다는 것으로 이해하는 것은 문제가 있다고 생각한다. 왜냐하면 위험에 대한 예방적 기능이 강조되면서 등장한 오늘날의 예방국가(Präventionsstaat)의 관점에서 바라보면 경찰의 임무는 위험방지와 형사소추 이외에 예방, 즉 위험방지에 대한 대비(Vorbereitung auf Gefahrenabwehr)와 범죄행위에 대한 예방적 대처(vorbeugende Bekämpfung von Straftaten)에까지 확대되기 때문이다.¹⁴⁾ 한편, 이러한 예방적 기능을 강조하게 되면, 위험방지 영역에서 행정경찰의 직무범위가 확대되는 결과를 초래하게 된다.¹⁵⁾

13) 즉, “지금까지 행정경찰과 사법경찰을 구분해 왔다”라는 단순한 인식을 넘어서 경찰행정법학의 체계를 전반적으로 검토하는 경우, 특히 영미법계 국가들이 양자를 구별하지 않고 사법경찰사무를 일반경찰기관의 고유사무로 이해하고 있다는 점을 비교법적으로 고려할 때에는, 이러한 문제에 대한 고찰이 필요하다. 이런 점에서 “만일 행정경찰과 사법경찰의 구별을 배제하는 것이 경찰기관의 구성원인 경찰공무원의 입장에서 또 국민의 입장에서 더 알기 쉽고 편리하다면, 양자의 구별을 반드시 고수하여야만 할 것은 아니다”라는 주장은(최영규, 앞의 글 18쪽)은 가히 ‘혁명적 발상’으로서 경청할 필요가 있다고 생각한다. 이와 관련하여 필자 역시 국민이 발 뺀고 편안히 살 수 있는 데 도움이 되기만 한다면 양자를 반드시 엄중히 구별하여야 할 필요가 있는 것인지에 대하여는 의문을 갖고 있음을 밝혀 두기로 한다.

14) 이러한 사정을 잘 지적하고 있는 것으로는 Denninger, Polizeiaufgaben, in: Lisken Denniger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012, S.1289. 한편, 이러한 점은 일본의 학자들에 의해서도 강조되고 있는바, “경찰의 활동영역은 절박한 위험방지와 형사소추를 위한 활동으로부터 사실상으로도 또 법률상으로도 장래의 위험방지와 장래의 범죄규명을 위한 사전예방의 활동으로 확대되는 경향에 있다”라는 서술이 그 대표적이다[미야타 사부로우(宮田三郎), 한귀현 역, 일본 경찰법, 한국법제연구원, 서문]. 한편, 위험예방과 위험에 대한 사전대비를 별개의 관념으로 이해하는 입장도 보이는데, 이것에 관하여는 김성태, “정보활동에 관한 경찰관 직무집행법 개선방안”, 경찰학연구 제20권 제4호 (2020), 75쪽 아래.

15) 이러한 관점에서 행정경찰권의 확대·집중경향을 설명하고 있는 것으로는 이진수, “경찰권의 확대·집중 경향과 이에 대한 법치주의적 전제 - 행정경찰과 사법경찰

(2) 행정경찰과 사법경찰의 구분 실익

대륙법계 국가, 그리고 그들의 법전통을 계수한 우리나라에서 오래전부터 행정경찰과 사법경찰을 구분해 왔던 이유는 다음과 같은 여러 가지 측면에서 논할 수 있다. 먼저, 독일과 프랑스로 대표되는 대륙법계 국가의 경우 행정경찰과 사법경찰을 구분하는 가장 큰 이유가 재판관할의 문제에 있음은 쉽게 이해할 수 있다. 즉, 그들 국가에서는 행정경찰작용은 행정작용이므로 행정법원의 관할에 속하지만, 사법경찰작용은 일반법원의 관할에 속하기 때문이다. 그러나 행정경찰작용과 사법경찰작용이 모두 일반법원의 관할에 속하는 우리나라의 경우 또한 양자를 구분할 필요는 엄존한다고 생각하는 바, 그 이유로 종래 열거되어 왔던 것으로는 다음과 같은 것이 있다.¹⁶⁾ 즉,

첫째, 양자에 적용될 법규 내지 법원리가 전혀 다르다. 즉, 행정경찰은 행정법규(특히 경찰관직무집행법)의 적용을 받으며, 사법경찰은 형사법규(특히 형사소송법)의 적용을 받는다. 또한 행정경찰작용의 경우에는 이른바 편의주의(Opportunitätsprinzip)가 지배하는 반면, 사법경찰작용의 경우에는 합법주의(또는 법정주의, Legalitätsprinzip)가 지배한다는 점에서도 양자 간의 차이를 발견할 수 있다.¹⁷⁾

구별론의 관점에서”, 법학논집 제21권 제3호 (2017), 155쪽 아래. 한편, 이진수 교수는 같은 논문에서 사법경찰의 확대·집중에 관하여서도 논하고 있는바, 이에 관하여는 이진수, 앞의 글, 156쪽 아래.

- 16) 한편, 이하에 열거하는 행정경찰과 사법경찰의 구별실익 이외에도 프랑스에서의 과거의 논의를 바탕으로 행정경찰작용에 대한 배상책임의 인정과 사법경찰작용에 의하여 발생한 손해에 대한 배상책임의 인정에도 양자간에는 차이가 있었다는 점을 지적하고 있는 입장도 보인다. 그에 따르면 프랑스의 경우 행정법원이 20세기 초부터 행정경찰작용에 의해 발생한 손해에 대하여 국가배상책임을 인정하고 있던 것에 반하여, 사법적(司法的) 역무의 수행으로 인한 손해에 대하여는 오랫동안 국가무책임원칙(le principe de l'irresponsabilité de l'Etat)이 적용되어 사법경찰의 행위 및 작용으로 인한 손해에 대하여는 국가배상책임을 인정하는 것이 불가능하였다고 한다. 다만, 같은 글에서 밝히고 있듯이, 판례와 1972년 7월 5일 법률을 통해 점진적으로 국가무책임의 원칙을 번복하여 사법경찰작용에 관한 손해에 대해서도 국가책임원칙을 인정하고 있다고 한다(강지은, 앞의 글, 82쪽 아래). 따라서 오늘날에는 배상책임의 인정과 관련하여 양자를 구별할 실익은 그리 크지 않다고 생각한다.

- 17) (경찰)편의주의와 합법주의의 의미 및 그 구체적 내용에 대하여는 서정범/김연태/이기준, 경찰법연구 제3권, 세창출판사, 2017, 494쪽 아래 참조. 특히 합법주의 일반에 관하여 자세한 것은 vgl. Bottke, Grundlagen des polizeilichen Legalitätsprinzip, JuS

둘째, 양자는 그를 행하기 위한 전제가 되는 구성요건에도 차이가 있다. 즉, 행정경찰작용이 구체적 위험¹⁸⁾의 존재를 그 전제요건으로 하는 것에 반하여, 사법경찰작용은 충분한 범죄혐의의 존재를 그 전제요건으로 한다.

셋째, 지휘권한의 소재 내지 검사의 관여가능성과 관련하여서도 양자 간에는 약간의 차이점을 발견할 수 있다. 즉, 행정경찰(특히 국가경찰)의 지휘권은 궁극적으로 경찰청장에게 있으며¹⁹⁾ 검사의 관여가능성은 전혀 존재하지 않는다. 이에 반하여, 사법경찰과 관련하여서는 검사의 지휘 내지 관여가능성에 관한 논의가 계속되어 왔다. 물론 국가수사본부의 발족과 경찰의 독자적인 수사종결권이 인정되는 상황을 고려하면, 이제 사법경찰에 대한 검사의 지휘를 운운하는 것은 문제의 여지가 있다. 그러나 아직까지 사법경찰에 대한 검사의 관여 자체가 완전히 전면적으로 배제되었다고 단언할 수 없다면, 적어도 검사의 관여가능성의 문제는 양자의 차이점으로 열거될 수 있다고 생각한다.²⁰⁾

(3) 행정경찰과 사법경찰의 구분 기준

전술한 바와 같이 우리나라의 경우 아직까지는 행정경찰과 사법경찰을 구분할 필요성이 있다는 것을 전제하는 경우 그 다음으로 고찰하여야 할 것은 양자의 구별기준, 즉 양자를 어떠한 기준으로 구별할 것인가?의 문제이다. 다만 이 문제에 관한 우리나라에서의 논의는 아직까지 그리 활발하지

1990, 81 ff.

- 18) 구체적 위험의 개념 및 동 개념의 변용에 관하여는 서정범/박병욱, “경찰법상의 위험 개념의 변화에 관한 법적 고찰 - 전통적 위험개념의 작별(?) -”, 안암법학 제36집 (2011), 91쪽 아래; 이호용/김종세, “경찰권발동의 근거로서 “위험”의 개념과 양태 - 독일 경찰법학의 논의상황을 참고하여”, 한국공안행정학회보 19권 (2012), 421쪽 아래.
- 19) 「경찰법」이 2020년 12월 22일 「국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률」로 전부개정되어 2021년 1월 1일부터 시행되고 있는바, 동 법률에 의하면, 자치경찰사무에 해당하는 행정경찰에 대하여는 원칙적으로 광역지방자치단체에 설치되는 시·도자치경찰위원회가 심의·의결을 통하여 시·도경찰청장을 지휘·감독한다.
- 20) 검경 수사권 조정이 일단락된 현 시점에서도 필자와 같은 맥락에서 이 문제를 행정경찰과 사법경찰의 구분실익으로 열거하고 있는 입장으로는 황문규, “형사법 편향적 경찰활동에 대한 비판적 고찰”, 경찰법연구 제18권 제2호 (2020), 57쪽.

않은 관계로, 이하에서는 양자를 구별해 온 대륙법계 국가(특히 독일)에서의 논의를 간단히 밝혀 두는 선에서 논의를 약하기로 한다.²¹⁾

독일의 경우 기본적으로는 경찰이 취하는 조치의 ‘목적’이 양자의 구분에 있어 중요한 요소로 기능한다는 것이 강조되고 있다.²²⁾ 즉, 경찰조치의 목적이 “객관적으로(objektiv)” 볼 때 어디에 놓여 있는지, 환언하면 조치의 목적 중 어느 것이 객관적으로 우선하는지가 양자의 구별기준이 된다는 것이다²³⁾. 그리고 경찰공무원의 의도는 단지 객관적 목적을 판단함에 있어서 고려될 수 있는 구성요소의 하나로 고려될 뿐이라는 점이 강조되고 있다.²⁴⁾

한편, 양자를 어떠한 기준에 따라 구분하여야 하는가?라는 문제에 관한 논의에 있어서 가장 중요한 의미를 갖는 것은 이른바 이중기능적 조치(sog. doppelfunktionelle Maßnahmen)²⁵⁾인데, 경찰의 조치가 이중기능적 성격을 갖는 경우는 일반적으로 주거침입죄와 같은 계속범(Dauerdelikten)과 관련하여 발생한다. 즉, 주거침입에 대한 수사과정에서의 경찰이 취하는 조치는 이미 행해진 범죄와 관련해서는 진압경찰작용(형사소추)이지만, 그 범죄행위가 장래에 향하여 계속되는 것과 관련해서는 예방경찰작용이 될 수

21) 이처럼 행정경찰과 사법경찰의 구별기준에 관한 문제를 독일에서의 논의를 중심으로 다루는 이유는 프랑스의 경우 이 문제에 관한 학설상의 논의가 활발하지 않기 때문이다. 즉, 대륙법계 국가임에도 불구하고 그 실질에 있어 최고행정법원[Conseil d'Etat, 국참사원(國參事院)]이라고 번역되기도 한다]의 판례를 통하여 행정법을 발전시켜 온 프랑스의 경우, 목적을 기준으로 양자를 구분한다는 원칙론적인 설명이 행해지는 수준에서 논의가 그치고 있기 때문이다. 행정경찰과 사법경찰의 구분에 관한 프랑스 최고행정법원의 판례에 관하여 상세한 것은 강지은, 앞의 글 81쪽 아래 참조.

22) 독일의 경우 이하의 내용은 예방경찰과 진압경찰이란 제하에 설명되는 것이 보통인데 (Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2012, 1. Kap. Rn. 40 ff.), 이 경우 예방경찰은 (아직 범의침해가 발생하지 않은) 위협방지, 진압경찰은 이미 행하여진 범죄를 전제로 행해지는 범죄의 수사와 소추를 의미하는 것으로 설명하고 있다. 그리고 이는 결국 우리나라에서 말하는 행정경찰과 사법경찰을 의미하는 것으로 이해된다.

23) Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 139; Kugelmann, a.a.O., 1. Kap. Rn. 48; Würtenberger/Hekmann/Tanneberger, a.a.O., § 4 Rn. 68 ff.

24) Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2014, § 2 Rn. 14.

25) 이중기능적 조치란 예방경찰작용(위협방지)뿐만 아니라 진압경찰작용(형사소추) 또한 목적으로 하는 경찰의 조치를 말하는바, 이중기능적 조치에 관한 논의 일반에 관하여는 vgl. Schoch, Doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei, Jura 2013, 1115 ff.

있는 것이다.²⁶⁾ 이중기능적 조치는 예방(위험방지)과 진압(형사소추)의 목적을 모두 가지므로 단순히 당해 조치의 목적만을 기준으로 해서는 해당 조치가 예방경찰작용과 진압경찰작용 중 어느 영역에 귀속되는지를 판단할 수 없다. 이 때문에 독일의 학설들은 이중기능적 조치의 성격은 이른바 중점이론(重點理論, Schwerpunkttheorie)을 가지고 판단할 것을 요구하고 있다. 그에 따르면 이중기능적 조치는 조치의 중점(重點, Schwerpunkt)이 어디에 놓여 있는지에 따라 그 성격이 결정되는바, 조치의 중점은 ‘전체적인 인상(Gesamteindruck)’에 따라 탐구되어야 한다.²⁷⁾ 그리고 이러한 논의를 토대로 하면 어떤 경찰활동이 예방경찰작용과 진압경찰작용 중 어느 것에 해당하는지의 문제는 다음과 같이 결론내릴 수 있다. 즉,

- ① 범죄행위가 존재하지 않고 오로지 공공의 안녕 또는 질서에 대한 위험방지 차원에서 경찰권발동의 문제되는 경우: 행정경찰 작용
- ② 범죄행위가 종료되어 범인이 체포되어야 할 뿐, 그로부터 새로운 공공의 안녕질서에 대한 위험발생의 문제가 없는 경우: 사법경찰 작용
- ③ 범죄행위가 이미 행해졌지만, 범죄 이후에도 공공의 안녕질서에 대한 위험이 계속되고 있는 경우: 그 경찰조치의 목적을 기준으로 구분
- ④ 진압적 목적과 예방적 목적이 공존하는 경우: 중점이론에 따라 해결

(4) 행정경찰에 대한 인식 제고의 필요성 - 사법경찰적 접근의 한계

지금까지의 논의에서 밝힌 바와 같이 우리나라의 경우 이미 오래전부터 행정경찰과 사법경찰을 구분하여 왔으며, 양자를 구분할 실익 또한 엄존한다. 그런데 경찰실무에 있어서는 행정경찰에 대한 인식의 결여로 인하여 종래 사법경찰 위주의 사고와 작용이 행해져 왔다.²⁸⁾ 이에 필자는 일찍부터

26) 이러한 설명에 대하여는 Kugelman, a.a.O., 1. Kap. Rn. 54 f.

27) Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., 2007. Rn. 122; Pieroth/Schlink/Kniesel, a.a.O., § 2, Rn. 15; Würtenberger/Hekmann/Tanneberger, a.a.O., § 4 Rn. 68. 한편, 독일의 경우 판례 또한 같은 입장을 취하고 있다[BVerwGE 47, 255 (262 f.); VGH BW DÖV 1989, 171; BayVBl. 1993, 429 (430)].

28) 우리나라 경찰의 이 같은 형사법 편향적 경찰활동과 관련하여 그러한 성향이 나타나게 된 원인과 극복방안을 상세하게 제시하고 있는 것으로는 황문규, 앞의 글, 61쪽 아래.

사법경찰 위주의 사고에서 탈피하여 행정경찰적 사고의 도입필요성을 주장하여 왔는데,²⁹⁾ 필자가 이러한 주장을 하게 된 배경은 사법경찰작용 일변도의 대처는 실제 문제의 해결에 아무런 도움을 주지 못하는 경우가 많다는 사실에 근거하고 있다. 이 문제를 실증적 사례를 가지고 간단히 논해보기로 한다.

각주³⁰⁾ 속의 사진은 러시아 여자 모델이 아무런 안전장치도 없이 두바이의 70층짜리 빌딩에 남자의 손에 매달려 있는 상황을 찍은 것으로, 인터넷에 공개된 이후 경찰의 개입가능성에 관한 논란이 많았던 것이다. 이러한 경우 - 행정경찰 사고에 따르면 - 여자 모델이 사망할 위험의 존재를 이유로 경찰이 개입할 수 있는 반면, 사법경찰적 사고에 시종하는 경우 이러한 상황이 형법 각 본조의 구성요건에 해당하지 않는다면 경찰의 개입은 허용될 수 없게 된다.

29) 서정범, “행정경찰에의 초대 - 경찰작용의 Paradigm Shift -”, 경찰학연구, 제12권 제4호 (2012), 193쪽 아래.



30) 출처: <https://blog.naver.com/oes21c/220939515491>.

Ⅲ. 경찰행정법

1. 경찰행정법의 의의

행정법이 “행정에 관한 조직, 작용, 구제에 관한 국내 공법”이라고 정의되는 것을 고려하면³¹⁾ 경찰행정법은 “경찰행정에 관한 조직, 작용, 구제에 관한 행정법”이라고 정의할 수 있다. 다만, 경찰행정에 관한 조직이나 구제는 행정 일반에 관한 그것과 크게 다를 바 없으므로, ‘경찰행정법’에 관한 논의를 전개함에 있어서 특별히 그들 문제를 따로 다룰 실익은 그리 크지 않다고 생각한다.

이러한 경찰행정법은 특별행정법의 여러 영역 가운데 가장 먼저 이론적 체계를 갖추어 발전하였으며, 오늘날에도 특별행정법의 가장 중요한 구성부분으로 이해되고 있다. 또한 행정법각론 교과서들은 대부분 특별행정법 파트에서 거의 예외없이 경찰행정법을 맨 처음에 위치시켜 설명하고 있는 바,³²⁾ 이는 경찰행정법이 갖는 이러한 위상을 웅변으로 잘 보여주고 있는 것이라고 할 수 있다.

2. 경찰행정법의 범위

경찰행정법을 위와 같이 이해하는 것은 경찰행정법이 다루는 범위를 명확하게 하는 기능을 갖는바, 이는 경찰행정법이 - 경찰행정에 관한 조직, 구제에 관한 규율을 포괄하기는 하지만 - 주로 ‘행정경찰작용’을 그 규율범위로 한다는 것을 명확히 하는 의미를 갖는다. 따라서 경찰행정법은 사법경찰작용을 규율하는 형사(소송)법과는 무관하며, 경찰행정법적 문제를 고찰

31) 서정범/박상희, 행정법총론 제3판, 세창출판사, 2017, 14쪽.

32) 우리나라의 경찰행정법 이론의 성립과 발전에 많은 영향을 미치고 있는 독일의 경우 또한 경찰행정법을 행정법의 가장 중요하고 기본적인 구성부분으로 이해하고 있는 바, 독일의 법과대학들이 경찰행정법 강좌를 일반행정법 강좌와 별개로 개설하고 있는 것은 그에 대한 중좌라고 생각한다.

함에 있어서 형사(소송)법적 논리를 끌어들이어서도 아니 된다. 한편, 경찰행정법의 범위와 관련하여서는 다음과 같은 두 가지 문제가 고려되어야 한다.³³⁾

첫째, 행정경찰을 대상으로 하는 경찰행정법의 범위를 논함에 있어서는 먼저 경찰행정법의 범위를 제도적 의미의 경찰에 의한 경찰작용, 즉 보안경찰작용에 국한시킬 것인가? 아니면 일반 행정기관이 그 고유한 업무수행과정에서 발생하는 위해를 방지하는 작용, 즉 협의의 행정경찰작용에 관한 법까지 경찰행정법에 포함시켜야 할 것인가?라는 문제가 고려되어야 한다. 이 문제에 관하여 지금까지의 우리나라 경찰행정법학은 협의의 행정경찰작용을 당연히 경찰행정법에 포함시켜 설명하여 왔다. 그리하여 일반 행정기관이 담당하고 있는 영업, 건축, 환경을 둘러싼 행정작용까지도 경찰행정법에 포함시켜 설명하여 왔으며,³⁴⁾ 필자 또한 근본적으로 이러한 입장에 따르고 있다. 왜냐하면 비록 그를 행하는 기관은 다르다고 하더라도 같은 성격을 가진 작용(위험방지)에는 같은 법규정과 원리, 즉 경찰행정법적 규정과 원리가 적용되어야 한다고 생각하기 때문이다. 다만, 일반행정기관이 담당하는 영역에는 그에 특유한 실정법규와 법원리가 완비되어 가는 오늘날에도 제도적 의미의 경찰에 적용되는 법규와 법원리를 그들 영역에 적용할 필요성이 있는 것인지, 즉 일반 행정기관이 행하는 작용에 대해서까지 ‘경찰’이라는 이름을 붙여 경찰행정법의 대상으로 보아야 할 것인지의 문제에 관하여는 약간의 의문을 갖고 있다.³⁵⁾

둘째, 경찰작용에 관한 경찰에 고유한 법만을 경찰행정법으로 볼 것인가? 아니면 (행정 일반에 관한 법인 일반행정법을 포함한) 경찰에게 적용되는 모든 법을 경찰행정법의 대상으로 볼 것인지의 문제 또한 존재한다. 생각건대, 경찰행정법을 행정법의 일부분(一部門)으로 이해하는 한, 경찰행정

33) 이러한 문제를 제기하고, 가장 상세히 논하고 있는 것으로는 최영규, 앞의 글, 367쪽 아래. 필자의 여기서의 서술 또한 최영규 교수의 논문에 힘입은 바 크다는 것을 밝혀둔다.

34) 한편, 이러한 입장을 취하는 학자들 중에는 경찰조직에 의하여 행해지는 보안경찰작용에 관한 법을 ‘일반경찰행정법’, 협의의 행정경찰작용에 관한 법을 ‘특별경찰행정법’이라고 하면서 양자를 구분하는 경우도 있다.

35) 이러한 문제를 적절히 지적하고 있는 것으로는 최영규, 앞의 글, 367쪽 아래.

법은 경찰에게 적용되는 모든 법을 대상으로 하여야 한다고 생각한다. 다만, 이러한 입장을 취하는 경우에도 경찰행정법은 경찰에 고유한 법을 주된 고찰대상으로 삼게 될 것이다.

3. 경찰행정법의 규율원리

행정법과 헌법의 관계에 관하여 오늘날에는 행정법을 ‘헌법의 구체화법’으로 이해하는 것이 지배적 견해인데,³⁶⁾ 이처럼 행정법이 헌법의 집행법 내지 구체화법의 성격을 갖는다는 것은 결국 행정법은 헌법으로부터 자유로울 수 없다는 것, 즉 행정법의 해석·적용 및 이론 전개에 있어서 행정법은 헌법의 기본원리에 구속을 받을 수밖에 없다는 것을 의미한다. 한편, 이러한 사정은 행정법의 일부분을 형성하고 있는 경찰행정법의 경우 또한 마찬가지라고 할 것인데, 따라서 경찰행정법의 해석·적용 및 이론 전개에 있어서 경찰행정법은 헌법의 기본원리에 구속을 받으며, 헌법은 경찰권발동의 규율원리로서 기능하게 된다.³⁷⁾

필자는 앞에서 행정법각론의 일부를 형성하고 있고, 경찰에 관한 행정법학의 대상이 되는 법영역을 무엇이라고 불러야 하는지와 관련하여 그를 ‘경찰행정법’이라고 부를 것을 제안한 바 있다. 이러한 필자의 견해에 대하여는 이러한 법영역에 헌법 및 헌법의 기본원리도 적용되므로 경찰‘행정’법이란 용어를 사용하는 경우 자칫 이러한 법영역에 헌법이 적용되지 않는다는 오해를 줄 소지가 있다는 점을 지적하면서 ‘경찰법’이란 용어를 사용하는 것이 타당하다는 반론이 제기된 바 있다.³⁸⁾ 그러나 이러한 반론은 행정

36) 이처럼 행정법을 헌법의 구체화법으로 이해하게 된 것은 F. Werner의 논문 (Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527 ff.)으로부터 비롯된 것이라고 할 수 있다. 그리고 이처럼 행정법을 헌법의 구체화법으로 이해하게 됨에 따라 “헌법은 사라져도 행정법은 남아 있다”라는 O. Mayer의 명제 (Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1920, Vorwort)는 적어도 전면적으로는 유지될 수 없게 되었다.

37) 헌법이 경찰권발동의 규율원리로서 기능한다는 것의 의미 및 구체적 예 등에 관하여 상세한 것은 서정범, “경찰권 발동의 규율원리로서의 헌법”, 공법학연구, 제11권 제4호 (2010), 219쪽 아래 참조.

법을 헌법의 구체화법으로 보는 오늘날의 보편적 시각과 그것이 갖는 전술한 바와 같은 의미를 충분히 고려하지 못하고 있다고 생각한다. 차제에 경찰에 관한 모든 법, 특히 형사법을 포괄하는 것으로 오해하도록 만들 소지가 많은 경찰법이란 용어는 피하는 것이 타당함을 다시 한번 지적해두기로 한다.

IV. 경찰행정법의 새로운 이론적 체계 구축을 위한 제언

1. Los von 田中二郎(다나카 지로)

경찰행정법의 새로운 이론적 체계 구축의 문제를 “田中二郎에서 벗어나기(Los von 田中二郎)”라는 제목으로 시작하는 이유는 田中二郎의 경찰행정법 이론의 무비판적 답습이 우리나라 경찰행정법 이론의 발전을 가로막는 가장 커다란 요인이 되고 있으며, 따라서 그를 극복하는 것이야말로 우리나라 경찰행정법 이론의 발전을 위한 선결과제라고 생각하기 때문이다. 이는 田中二郎의 경찰행정법 이론은 메이지 유신을 거치며 경찰국가에서 자유주의적 법치국가로 진화하는 과정에서 성립된 것으로, 오늘날의 민주국가에서는 도저히 유지될 수 없는 시대착오적 이론이라는 인식에 기초하고 있다. 실제로 田中二郎의 경찰행정법 이론은 그 이론이 태동한 일본에서조차 타무라 마사히로(田村正博)를 비롯한 수많은 학자들에 의해 “비판의 십자포화(Kreuzfeuer der Kritik)”를 받기에 이르렀으며, 결국 경찰행정법 이론으로서의 생명을 다하고 역사의 뒤편길로 사라져 버렸다는 것은 이러한 사정을 웅변으로 보여주고 있다고 생각한다.³⁹⁾ 다만, 우리나라에서는 田中二郎의 경찰행정법 이론에 대한 비판론이 정치하게 전개되지 못하

38) 2020년 12월 28일에 있었던 행정법학회 정기학술대회에서의 토론과정에서 제시된 견해이어서 근거문헌을 제시할 수는 없다.

39) 이러한 점을 고려할 때 우리나라의 상당수의 경찰행정법 문헌들이 여전히 田中二郎에 의해 정립된 ‘경찰권의 한계’이론을 마치 금과옥조처럼 떠받들고 있는 것은 문제가 있다고 생각한다.

고 있으므로, 이하의 서술은 일본에서의 논의를 소개하는 선에 그치기로 한다.

“경찰권의 한계론”을 중심으로 하는 田中二郎의 경찰행정법 이론⁴⁰⁾에 대한 비판론으로서는 “법치주의가 철저해짐에 따라 (경찰)비례의 원칙 이외에는 경찰권의 한계에 관한 다른 원칙들은 그 의미를 상실했다”라는 점을 지적한⁴¹⁾ 스기무라 도시마사(杉村敏正)의 서술이 그 효시를 이루고 있다고 생각한다. 한편, 1980년대에 들어서면서부터는 동 이론의 성립을 가져온 역사적 배경 자체가 오늘날 그대로 유지될 수 없다는 점에 착안한 비판론이 나타나기 시작했다.⁴²⁾ 그리고 2000년대에 들어서면서부터는 새로운 현대적 경찰법학의 과제라는 관점에서 경찰법이론의 형성 내지 확립을 위한 차원에서 비판론이 전개되었는데, 그러한 비판론의 대표적 예로는 “본서의 중점은 경찰의 개념, 경찰권의 한계이론 또는 기속재량론 등의 19세기적인 경찰법 이론에 구애됨이 없이 새로운 관점에 기초하여 경찰이란 무엇인가, 경찰에게는 무엇이 허용되고, 무엇이 허용되지 않는가에 관한 문제분석과 정당한 해명을 추구하는 데 두어져 있다”라는 점⁴³⁾을 강조한 미야타 사부로우(宮田三郎)의 논설을 들 수 있다.

40) 田中二郎의 경찰행정법 이론은 경찰의 개념, 경찰권의 한계, 기속재량 등을 기초로 하고 있는바, 이 가운데에서 중핵적 지위를 점하고 있는 것은 ‘경찰권의 한계’, 특히 경찰권의 ‘조리상의’ 한계에 관한 것이었다. 한편, 田中二郎은 경찰권의 조리상의 한계로 경찰소극의 원칙, 경찰공공의 원칙, 경찰책임의 원칙 및 경찰비례의 원칙 등을 열거하고 있다(일본에서의 경찰권의 조리상의 한계에 관한 다나카 지로의 이론에 대하여는 田中二郎, 行政法下卷, 全訂第2版, 弘文堂, 1983 참조)

41) 杉村敏正, 憲法・行政法からみた警察權の理論的限界, 戒能通孝 編, 警察權, 岩派書店, 1960; 田村正博, 警察行政法理論と社會安全政策論の展開, in: 大澤秀介・佐久間修・萩野徹 編, 社會の安全と法, 立花書房, 2013, 7쪽에서 재인용.

42) 이처럼 역사적 배경을 기초로 田中二郎의 경찰행정법 이론을 비판한 것으로는 關根謙一, 警察の概警察と任務(二), 警學 34卷 4号. in: 大澤秀介・佐久間修・萩野徹 編, 社會の安全と法, 立花書房, 2013, 7쪽에서 재인용(大澤秀介・佐久間修・萩野徹 編의 이 책은 우리나라에 이미 번역출간되어 있다. 김혁/장웅혁/서정범(공역), 사회안전과 법, 경찰대학교 출판부, 2016); 成田頼命, 社會安全法政策, 警察政策 1卷 1号, 13쪽 참조.

43) 宮田三郎, 警察法, 信山社, 2002 서문 참조. 한편, 宮田三郎의 「警察法」은 日本 警察法이란 제목으로 번역·출간되어 있다

한편, 田村正博⁴⁴⁾는 田中二郎의 경찰행정법 이론에 대한 종래의 비판론을 집대성하고 발전적으로 계승하여 田中二郎의 경찰권의 한계론을 사실상 전면적으로 부정하고, 자신만의 새로운 경찰행정법의 이론적 체계를 수립하기에 이르렀는바, 그 내용은 다음과 같다.⁴⁵⁾ 즉,

첫째, 경찰소극의 원칙은 경찰의 개념과 동어반복으로서 무의미하다는 것이 명백하다.

둘째, 경찰공공의 원칙은 경찰이 공공의 안녕 또는 질서를 유지하는 것을 목적으로 하는 작용인 이상 그 목적달성과 관계없는 개인적 사생활에 개입하여서는 아니 된다는 당연한 것을 그 내용으로 하는바, 따라서 법률에 의해 부여된 권한의 목적외 행사 금지의 원칙에 지나지 않는다.

셋째, 경찰책임의 원칙의 경우 경찰권행사의 대상을 누구로 할 것인지의 문제는 법률에 의해 정해지는 것이므로, 이 원칙은 기본적으로는 입법정책의 문제라고 할 수 있다.

넷째, 경찰비례의 원칙 또한 그 본질은 기본권에 대한 제약은 필요한 최소한도 내에 그쳐야 한다는 헌법상의 원칙이며, 경찰행정뿐만 아니라 모든 행정에 모두 적용되는 것이다.

44) 田村正博는 경찰관으로 출발하여 일본 경찰대학교장을 거쳐 현재 교토산업대학 법학 부교수로 재직중인데, 개인보호를 위한 경찰권행사라는 관점에 입각한 새로운 경찰행정법 이론을 제창하였다(이러한 田村正博의 사고는 田村正博, 『警察行政法の基本的な考え方』, 立花書房, 平成 14년에 잘 나타나 있다). 이로 인해 田村正博은 일본경찰법의 이론적 체계를 새로이 구축하여 일본의 경찰법 이론 발전에 획기적 전기를 가져온 인물로 평가받고 있다.

45) 전통적인 경찰권의 한계론에 관한 田村正博의 이러한 비판은 田村正博 경찰행정법학의 핵심을 이루는 것인데, 그의 비판론에 관하여 자세한 것은 田村正博, 全訂 警察行政法概說, 2011, 65쪽, 70쪽 이하 참조. 다만, 田村正博는 이미 警察行政法概說 초판(1989)에서 이러한 비판론에 입각한 논의를 전개했었다는 것을 언급해 두기로 한다. 한편, 전통적 경찰권의 한계이론에 대한 비판론을 포함한 田村正博의 경찰행정법학에 관한 문제 전반에 관하여는 小山 剛, 田村警察行政法學 - 憲法學の視點から, in: 大澤秀介·佐久間修·荻野徹 編, 社會の安全と法, 立花書房, 2013, 21쪽 이하 참조.

2. 4개의 기둥이론⁴⁶⁾

(1) 4개의 기둥이론의 제안 이유

田中二郎의 경찰행정법 이론에 대한 비판을 토대로 성립한 田村正博의 경찰행정법이론은 틀림없이 종래의 그것보다 진보된 학문적 체계를 갖추고 있으나, 그를 그대로 받아들여 우리나라의 경찰행정법학의 이론적 체계를 구축하는 것은 문제가 있다. 이는 田村正博의 경찰행정법 이론 또한 전통적인 경찰법 이론의 틀을 기초로 하고 있다는 점에서 그로부터 완전히 벗어나지 못하고 있으며, 무엇보다도 경찰법이론에 대한 잘못된 인식에 기초하고 있는 부분이 많다고 생각되기 때문이다. 예컨대 경찰책임의 문제와 관련하여 田村正博은 “경찰권 행사의 대상을 누구로 할 것인지의 문제는 법률에 의해 정해지는 것이므로 이 문제는 기본적으로 입법정책의 문제이다”라고 설명하고 있는데, 이러한 그의 이론은 받아들이기 곤란하다. 물론 개별 법률에서 경찰권발동의 대상을 규정하고 있는 경우가 많은 점을 고려하면, 그 한도에서는 田村正博의 설명은 충분한 설득력을 갖는다. 그러나 경찰책임의 문제를 둘러싼 논의는 개별 법률에서 경찰권발동의 대상을 규정하고 있지 않은 경우에 비로소 그 의미를 갖는 것이라는 점을 고려할 때, 田村正博의 이론은 입론 자체에 문제점이 있다고 생각한다.

이렇게 볼 때 우리나라에서의 경찰행정법의 이론적 체계는 田中二郎의 경찰행정법 이론이 여전히 짙게 드리워져 있는 일본에서의 논의와는 전혀 별개의 차원에서 전면적으로 새로이 구축되어야 할 것이며, 그것은 어떠한 경우에 경찰의 활동이 적법한 것으로서 승인될 수 있는 것인가?라는 문제를 해결할 수 있는 논리체계를 확립하는 방향으로 성립·발전되어야 한다. 한

46) 필자는 필자의 이름으로 발표된 논문에서 이미 ‘4개의 기둥이론’을 언급한 바 있다(서정범, “경찰행정법의 새로운 이론적 체계의 구축”, 홍익법학, 제18권 제1호 (2017), 547쪽 아래). 그럼에도 불구하고 다시 한 번 이 글을 통하여 4개의 기둥이론에 관하여 서술하는 것은 필자 스스로 생각하기에도 기존의 논의가 미흡한 점이 있어 그를 보충할 필요가 있다고 생각하였기 때문이다. 특히 필자가 4개의 기둥이론을 제시하는 이유, 그리고 동 이론의 내용에 대한 보다 상세한 설명, 그리고 예견되는 비판론에 대한 반론 등을 밝힐 필요가 있다고 생각하였기 때문이다.

편, 그러한 논리체계는 “경찰권발동의 근거, 요건, 대상 및 정도라는 4가지 관점에서 요구되는 원칙이 모두 준수되었을 때 비로소 경찰활동이 적법한 것으로 평가될 수 있다”라는 명제의 형태로 구체화될 수 있다고 생각하는 바, 필자는 이러한 내용의 이론적 체계를 ‘4개의 기둥이론’이라고 명명(命名)하고자 한다. 이는 경찰권발동의 근거, 요건, 대상, 정도라는 4가지 관점에서 요구되는 원칙들 중 어느 것 하나라도 준수되지 않으면 경찰권발동은 위법하다는 판단을 면하기 어려운 사정이 건축물을 떠받치는 4개의 기둥 중 어느 것 하나라도 무너지면 건축물 자체가 붕괴되고 마는 것과 일맥상통하는 면이 있다고 생각하기 때문이다.⁴⁷⁾

물론, 이러한 필자의 주장에 대하여는 반론이 있을 수 있다고 생각하며, 그러한 반론의 가장 중요한 논거는 필자가 경찰권 발동의 적법성을 판단하는 기준으로 제시하고 있는 4가지 요소(4개의 기둥) 이외에도, 경찰권 발동의 적법성을 판단하는 기준으로 고려할 요소들이 많다는 것이 될 것이다. 그러나 그러한 요소로 제시되는 것들 중 상당수는 경찰행정부에 특유한 것이 아니라 행정법 일반에 공통적으로 적용되는 것들이므로 특별히 ‘경찰’ 활동의 적법성을 판단하는 기준으로 열거할 실익은 크지 않다고 생각한다. 또한 필자가 제시하는 4가지 기준 이외의 다른 요소들의 대부분은 필자가 제시하는 4가지 요소에 포섭될 수 있는 면이 있다. 예컨대, ‘적법절차’의 문제는 경찰권 발동의 요건과 관련하여 ‘절차적 요건’으로 다루면 된다고 생각한다.

(2) 4개의 기둥이론의 내용

전술한 바와 같이 4개의 기둥이론은 경찰권 발동의 적법성을 경찰권 발동의 근거, 요건, 대상, 정도라는 4가지 관점에서 요구되는 원칙들이 모두 준수되었는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다는 것을 한다. 이하에서는 이러한 4가지 관점에 관하여 간략히 서술하기로 한다.

47) 필자가 여기서 설명하는 새로운 경찰행정부법 이론적 체계를 4개의 ‘기둥’이라고 부르게 된 것은 유럽연합(EU)의 설립을 가져온 마스트리히트(Maastricht) 조약상의 3개의 중요 정책분야를 기둥에 비유하여 유럽연합의 골격을 “기둥구조”라고 부르고 있는 것에 착안한 것임을 밝혀둔다. 한편, 유럽연합의 기둥구조에 관한 이러한 설명에 관하여 자세한 것은 쿠젤만 저, 서정범/박병욱 역, EU경찰법, 세창출판사, 2017, 9쪽 참조.

1) 경찰권 발동의 근거: 경찰권 발동이 적법하다는 판단을 받으려면 먼저 경찰권의 발동이 법률에 근거한 것이어야 한다. 이 경우 개별적 수권조항(Spezialermächtigung)에 근거하여 경찰권을 발동할 수 있다는 것에 대해서는 의문이 없다. 이에 반해 개괄적 수권조항(Generalklausel)에 근거하여 경찰권을 발동하는 것과 관련하여서는 법치주의의 원리 등을 논거로 한 부정적 견해 또한 존재했었던 것이 사실이다. 그러나 오늘날에는 개괄적 수권조항 또한 경찰권 발동의 근거로 기능할 수 있다는 것이 광범위하게 인정되어 있으며,⁴⁸⁾ 경찰행정법 이론은 개괄적 수권조항에 근거한 경찰권 발동을 둘러싸고 발전되어 왔다고 할 수 있다.

2) 경찰권 발동의 요건: 경찰권 발동이 적법하다는 판단을 받으려면 그것이 법률에 근거한 것이어야 할 뿐만 아니라, 경찰권 발동의 요건을 갖추고 있어야 한다. 한편, 적법절차의 문제 또한 요건의 문제로 다루는 경우라면, 경찰권발동의 요건은 ① 실체적 요건과 ② 절차적 요건(적법절차의 문제)으로 나누어 고찰하면 될 것이다. 다만, 적법절차의 문제는 모든 종류의 행정작용, (특히 침익적 행정작용)에 공통적으로 적용되어야 하는 문제이므로, 여기서는 상세한 설명을 약하기로 한다.

한편, 경찰권발동의 실체적 요건의 문제는 경우를 둘로 나누어 고찰하여야 한다. 첫째, 개별적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하는 경우라면 개별 법률이 정하는 요건을 구비하였는지 여부를 판단하는 것으로 충분하며, 그러한 판단과 관련하여 경찰행정법 고유의 법 이론이 정립될 가능성이 존재하지 않는다.

둘째, 이에 반하여 개괄적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하는 경우에는 ‘공공의 안녕 또는 질서에 대한 위협’의 존재 여부를 판단하여야 한

48) 우리나라의 경우 예전에는 개괄적 수권조항에 근거한 경찰권 발동을 인정할 것인지의 여부를 둘러싸고 찬반 양론의 대립이 있었다. 그러나 오늘날에는 개괄적 수권조항에 근거한 경찰권 발동을 인정하는 것 자체에 대하여는 (적어도 학설상으로는) 반론이 없는 것으로 생각된다. 따라서 오늘날 개괄적 수권조항을 둘러싼 문제의 핵심은 실정법상의 어떤 조항을 경찰권 발동을 위한 개괄적 수권조항으로 볼 것인가?라는 문제로 이행하고 있다. 이러한 사정에 관하여 자세한 것은 서정범, 경찰행정법, 세창출판사, 2020, 63쪽 아래 참조; 서정범/김연태/이기준, 경찰법연구 제3판, 세창출판사, 2017, 95쪽 아래 참조.

다. 그리고 공공의 안녕이나 공공의 질서 그리고 위험의 개념은 모두 불확정적 요소를 안고 있어 그의 해석을 둘러싼 경찰행정법 고유의 법 이론이 성립되게 된다.

3) 경찰권 발동의 대상: 경찰권 발동의 요건이 갖추어졌다면 다음으로 고려하여야 할 것은 경찰권을 누구에게 발동하여야 경찰활동이 적법한 것이 될 수 있는가의 문제인데, 개별적 수권조항이 존재하는 경우에는 그들 조항 스스로 경찰권이 누구에게 발동되어야 하는지(또는 발동될 수 있는지)의 문제를 규정하고 있는 것이 통례이며,⁴⁹⁾ 따라서 그러한 경우에는 경찰책임에 관한 경찰행정법상의 원칙의 준수 여부를 판단하는 것은 커다란 의미를 갖지 못한다.

이에 반하여 개괄적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하는 경우에는 누구에게 경찰권을 발동할 것인가의 문제는 전적으로 경찰책임에 관한 원칙에 따라 판단되어야 한다. 이와 관련하여서는 무엇보다도 경찰권은 경찰권 발동의 대상이 되기에 적합한 지위에 있는 자, 즉 경찰책임자에게만 발동되어야 한다는 원칙이 준수되어야 한다. 이 경우 개괄적 수권조항에 근거하여 경찰권을 발동하는 경우에 있어서의 경찰책임에 관한 문제를 둘러싸고 있는 행위책임과 상태책임의 구분의 문제를 근간으로 하여 행위책임의 귀속, 상태책임의 한계, 다수의 경찰책임자의 문제, 경찰긴급권, 경찰책임의 승계 등과 같은 복잡한 문제가 발생한다. 한편, 이들 문제를 해결하기 위한 경찰행정법 이론 또한 잘 발달되어 있는바, 경찰활동의 적법성 여부에 대한 판단에 있어서는 이들 이론이 고려되어야 한다.

4) 경찰권 발동의 정도: 마지막으로 경찰권 발동이 적법하다는 판단을 받으려면 경찰권 발동의 정도에 관한 원칙이 준수되어야 한다. 이와 관련하여서도 여러 가지 이론 내지 원칙이 전개되고 있으나, 가장 중요한 원칙은 역시 ① 비례의 원칙이라고도 불리우는 과잉금지의 원칙(Übermaßverbot)과 ② 과소금지의 원칙(Untermaßverbot)이라고 할 수 있다. 이 가운데 과잉금지의 원칙의 의미 및 그 내용에 관하여는 이미 많은 논의가 있어 왔던 관

49) 예컨대 「건설폐기물의 재활용 촉진에 관한 법률」은 제45조에서 방치폐기물의 처리 명령과 관련하여 동 명령의 상대방을 규율하고 있다.

계로,⁵⁰⁾ 여기서는 과소금지의 원칙에 관하여만 간단히 언급하기로 한다.⁵¹⁾ 근래 들어 경찰권 발동의 정도와 관련하여 과소금지의 원칙이 거론되고 있기는 하지만, 아직까지 과소금지라는 개념이 일반적으로 사용되고 있지는 않은 것으로 보인다. 다만 경찰활동과 관련하여서는 과소금지의 의미는 경찰의 직무가 갖는 특성에서 도출할 수 있는데, 이 경우 경찰법상의 과소금지의 원칙은 「경찰의 직무는 효과적으로 달성되어야만 하므로 만일 위험방지가 “불충분한” 경우라면 경찰의 직무를 이행하였다고 할 수 없다」는 것을 그 핵심적 내용으로 한다.

V. 맺으며 - 경찰행정법의 위상 재정립에 붙여

1. 경찰행정법 - 도전과 응전의 긴 여정

국가의 활동이 침해행정 위주로 전개되던 19세기에는 경찰행정은 모든 국가행정 중 가장 중요한 위치를 점하고 있었으며, 그것을 규율하는 경찰행정법 또한 행정법의 제 영역 중 가장 중요한 지위를 누리고 있었다. 그러나 20세기에 들어 행정의 중심이 급부행정을 위주로 하는 “주는 행정” 내지 “배우는 행정”으로 이관하면서, 경찰행정법 또한 그 의미를 상당 부분 잃게 되고, 그 결과 경찰행정법 이론 역시 고사(枯死)의 길로 접어들게 되었다. 그러나 1980년대를 전후하여 등장한 이른바 잔존유해물질(Altlasten)을 둘러싼 법적 문제를 해결하기 위한 거의 유일한 법이론이 경찰행정법 이론이라는 점이 인식되면서 경찰행정법은 다시 각광을 받기 시작하였는바, 이러

50) 그러나 이것이 과잉금지의 원칙은 이제 더 이상 그 내용을 논할 의미를 잃어 가고 있다는 것을 의미하지는 않는다. 이런 이유로 과잉금지의 원칙의 의미를 새로운 관점에서 탐구한 연구물이 여전히 쏟아지고 있는바, 그러한 예로는 Jaestaedt/Lepsius, Verhältnismäßigkeit. Zur Tätigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015 등을 들 수 있다.

51) 과소금지의 원칙에 관한 일반적 논의로는 이부하, “비례성 원칙과 과소보호원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호 (2007), 275쪽 아래.

한 현상을 일컬어 “잔존유해물질이란 문제를 통한 경찰행정법의 예기치 않은 르네상스”라고 한다.⁵²⁾

한편, 경찰행정법 이론은 9.11 테러를 계기로 또 한 번 커다란 시련을 맞게 된다.⁵³⁾ 즉, 9.11 테러 이후에 전세계적으로 경찰활동, 특히 정보경찰의 활동이 광범위하게 증대되면서 구체적 위험의 존재를 경찰권 발동의 요건으로 하는 전통적인 경찰행정법 이론으로는 아직 구체적 위험이 존재하지 않음에도 불구하고 경찰활동이 이루어지는 경찰활동을 설명할 수 없는 문제가 생겨나게 된 것이다. 이에 경찰행정법 이론은 그러한 문제를 해결하기 위하여 여러 가지 형태로 발전되기에 이르렀는데, 구체적 위험개념의 약화 내지 변화, 위험의 전단계(Vorfeld der Gefahr)에서의 경찰활동, 이른바 무작위적 신원확인(Schleierfahndung)과 관련된 장소적 위험의 개념 등의등장이 그에 해당한다. 그리고 이러한 방법을 통하여 경찰행정법 이론은 9.11 테러 이후의 위험상황의 변동에 대처하는 데 나름대로의 성과를 보이고 있다.

2. 경찰행정법의 위상 재정립

2020년 지금까지 겪어 보지 못했던 새로운 공포속으로 인류를 몰아간 Covid-19 사태는 그의 확산을 막기 위한 국가적 대처를 불가피한 것을 만들었다. 그리고 그 과정에서 “사회적 거리두기”라는 개념이 생성되었으며, 집합금지명령 등의 강력한 조치가 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 근거하여 연이어 행해졌다.⁵⁴⁾ 물론 이러한 조치는 Covid-19의 확산을 방지

52) Götz, Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts(1984 bis 1987), NVwZ 1987, 858 ff.

53) 이 문제에 관하여 필자는 이미 제주대학교 박병욱 교수와의 공동연구를 통하여 논문을 발표한 바 있으며(서정범/박병욱, “경찰법상의 위험개념의 변화에 관한 법적 고찰 - 전통적 위험개념의 작별(?) -”, 안암법학 제36집 (2011), 91쪽 아래), 또한 행정법학회와 규제법연구회의 연합학술대회에서 “경찰행정법에 있어서 위험 개념의 변용”이라는 제목으로 기초발제를 행한 바 있다.

54) 특히 2020년 12월 들어 코로나 확진자가 1일 1,000명을 연이어 넘어서는 시국에 이르게 되면서 행해진 일련의 조치들이 이에 해당한다.

하는 효과가 있다. 그러나 그러한 조치로 인하여 집회의 자유나 종교의 자유와 같은 국민의 기본권이 제한을 받게 되었으며, 소상공인들의 영업상 이익이 급감하는 부정적 결과가 발생하기도 하였다. 이로부터 이러한 부정적 결과에도 불구하고 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 조치가 행해질 수 있는 논리적 근거⁵⁵⁾는 어디에 있는가?라는 의문이 생겨나게 되었다. 또한 그러한 조치가 허용되는 경우에도 그들 조치가 법규명령과 일반처분 중 어떠한 형식으로 취해져야 하는가?라는 문제 또한 심각하게 대두되었다.⁵⁶⁾ 그런데 이와 같은 법적 문제에 가장 효과적으로, 어쩌면 유일하게 답할 수 있는 이론이 바로 경찰행정법 이론이라고 생각되며,⁵⁷⁾ 이런 면에서 경찰행정법의 독자적 학문적 가치 내지 중요성은 인정받아야 마땅하다고 생각한다.

경찰행정법의 새로운 이론적 체계 구축과 경찰행정법의 위상 재정립	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
- 서 정 범 · 김 용 주	2021.05.03.	2021.06.07.	2021.06.29.

55) 여기서 논리적 근거라고 함은 단순히 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 동 조치를 허용하는 조항이 있다는 식의 형식적 근거를 이야기하는 것이 아니라 보다 근원적인 문제, 즉 동법에 그러한 조항이 규정되게 된 이유를 말한다.

56) 최근 Covid-19에 대한 대처로 지방자치단체장들이 행정명령을 발하였다는 기사를 많이 접하게 되는바(예컨대, “남원 모 다방 관련 추가 확진. 진단검사 행정명령”(2021년 5월 2일자 KBS 기사 참조: <https://news.v.daum.net/v/20210502213422801?f=o>)), 이와 같은 경우에는 일반처분으로 봄이 타당하다. 일반처분에 대한 자세한 내용은 홍정선, 행정법원론(상) 제28판, 박영사, 2020, 336쪽 아래 참조.

57) 이러한 문제에 대한 경찰행정법 이론의 답변은 이미 여러 학자들에 의해 제시되고 있는바, 그 가운데 대표적인 것으로는 박병욱, “코로나 19 상황에서의 민주주의와 법치주의”, in: 코로나 상황과 민주법학 - 「문재인 정부의 정책평가를 겸하여」(2020 민주주의 법학연구회 가을 정기 학술대회 발제자료), 3쪽 아래; 박원규, “코로나 대응에서의 경찰작용의 법적 근거 및 발전방향”, 포스트 코로나, 미래치안의 방향은(2020 제10회 경찰대학 국제학술 세미나 발표요지), 157쪽 아래; 이기춘, “코로나-19에 따른 행정명령에 관한 시론적 소고”, 국가법연구, 제17집 제1호(2021), 1쪽 아래. 한편, 박원규 교수는 발표 내용을 더욱 발전시켜 학술논문을 저술하여 발표한 바 있다(박원규, “감염병 영역에서의 경찰권 행사 - 코로나19 대응에 있어 경찰작용의 법적 근거와 한계 -”, 법학논총, 제37권 제4호(2020), 95쪽 아래 참조).

[참고문헌]

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김남진/김연태, 행정법 II, 제25판, 법문사, 2021.
 김용주, 경찰법으로서 테러방지법의 이해, 박영사, 2021.
 박균성/김재광, 경찰행정법, 제4판, 박영사, 2019.
 _____, 경찰행정법입문, 제3판, 박영사, 2019.
 서정범, 경찰행정법, 세창출판사, 2020.
 서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구 제3판, 세창출판사, 2017.
 서정범/박상희, 행정법총론 제3판, 세창출판사, 2017.
 설계경, 경찰행정법 I, 법률출판사, 2017.
 _____, 경찰행정법 II, 법률출판사, 2019.
 유길준, 『서유견문』, 交詢社, 1895. 허경진(역), 『서유견문: 조선지식인 유길준 - 서양을 번역하다』, 서해문집, 2005.
 이승민, 프랑스의 행정경찰, 경인문화사, 2014.
 한승훈, 신 경찰행정법, 동방문화사, 2019
 홍정선, 신 경찰행정법 입문, 박영사, 2020.

(번역서)

- 미야타 사부로우(宮田三郎), 한귀현 역, 일본 경찰법, 한국법제연구원, 2003.
 오오사와 히데유키(大澤秀介) 외, 김혁/장응혁/서정범(공역), 사회안전과 법, 경찰대학교 출판부, 2016.
 쿠겔만, 서정범/박병욱(공역), EU경찰법, 세창출판사, 2017.
 쿠겔만의 독일경찰법, 서정범/박병욱(공역), 세창출판사, 2015.

2. 논 문

- 강지은, “공생발전을 위한 경찰의 임무 — 프랑스의 행정경찰법제와 그 시사점”, 법학논고 제42호, 2013.
 김성태, “정보활동에 관한 경찰관 직무집행법 개선방안”, 경찰학연구 제20권 제4호, 2020.
 박병욱, “코로나 19 상황에서의 민주주의와 법치주의”, in: 코로나 상황과 민주법학 - 「문재인 정부의 정책평가를 겸하여」 (2020 민주주의 법학연구회 가을 정기 학술대회 발제자료), 2020.
 박병욱/황문규, “위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇 가지 차이점: 경찰의 활동을 중심으로”, 형사정책연구 제23권 제3호, 2012.
 박원규, “코로나 대응에서의 경찰작용의 법적 근거 및 발전방향”, in: 포스트 코로나, 미래 치안의 방향은(2020, 제10회 경찰대학 국제학술 세미나 발제자료), 2020.
 _____, “감염병 영역에서의 경찰권 행사 - 코로나 19 대응에 있어 경찰작용의 법적 근거와 한계 -”, 법학논총 제37권 제4호, 2020.
 박재현, “프랑스의 행정경찰에 관한 연구”, 법학연구 제27권 제1호, 2016.
 서정범, “경찰권 발동의 규율원리로서의 헌법”, 공법학연구 제11권 제4호, 2010.

- _____, “행정경찰에의 초대- 경찰작용의 Paradigm Shift -”, 경찰학연구 제12권 제4호, 2012.
- _____, “경찰행정법의 새로운 이론적 체계의 구축”, 홍익법학 제18권 제1호, 2017.
- 서정범/박병욱, “경찰법상의 위험개념의 변화에 관한 법적 고찰 - 전통적 위험개념의 작별(?) -”, 안암법학 제36집, 2011.
- 이기춘, “코로나-19에 따른 행정명령에 관한 시론적 소고”, 국가법연구 제17집 제1호, 2021.
- 이호용/김중세, “경찰권발동의 근거로서 ‘위험’의 개념과 양태 - 독일 경찰법학의 논의상황을 참고하여 -”, 한국공안행정학회보 19권, 2012.
- 오승규, “프랑스 행정경찰 개념의 역사적 변천과 시사점”, 경찰법연구 제14권 제1호, 2016.
- 이부하, “비례성 원칙과 과소보호원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007.
- 이진수, “경찰권의 확대·집중 경향과 이에 대한 법치주의적 전제 - 행정경찰과 사법경찰 구별론의 관점에서”, 법학논집 제21권 제3호, 2017.
- 최영규, “경찰의 개념과 경찰법의 범위 - 실질적 경찰개념의 유용성 검토”, 행정법연구 제25호, 2009.
- 황문규, “형사법 편향적 경찰활동에 대한 비판적 고찰”, 경찰법연구 제18권 제2호, 2020.

II. 국외문헌

1. 단행본

- Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986.
- Kugelman, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2012.
- Lisken/Denninger Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012.
- Mayer, 『Deutsches Verwaltungsrecht I』, 3. Aufl., 1920.
- Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 2014.
- Württemberg/Hekmann/Tanneberger, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl., 2017.

大澤秀介・佐久間修・萩野徹 編, 社會の安全と法, 立花書房, 2013.

田上穰治, 警察法, 有斐閣, 1983.

田中二郎, 行政法下卷, 全訂第2版, 弘文堂, 1983.

田村正博, 警察行政法の基本的な考え方, 立花書房, 2002.

_____, 全訂 警察行政法 解説, 第3版, 2013.

宮田三郎, 警察法, 信山社, 2002.

2. 논문

- Bottke, Grundlagen des polizeilichen Legalitätsprinzip, JuS 1990, 81 ff.
- Götz, “Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts(1984 bis 1987)”, NVwZ 1987, 858 ff.
- Jaestaedt/Lepsius, Verhältnismäßigkeit. Zur Tätigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015.
- Schoch, Doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei, Jura 2013, 1115 ff.

- Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527 ff.
- 小山 剛, 田村警察行政法學 - 憲法學の視點から, in: 大澤秀介·佐久間修·荻野徹 編, 社會の安全と法, 立花書房, 2013, 21쪽 아래.
- 田村正博, 警察行政法理論と社會安全政策論の展開, in: 大澤秀介·佐久間修·荻野徹 編, 社會の安全と法, 立花書房, 2013.

【국문초록】

우리나라의 경찰행정법 이론은 지금까지도 다나카 지로(田中二郎)에 의해 정립된 낡은 이론을 답습하여 오늘날의 경찰행정법 이론의 발전을 전혀 따라가지 못하고 있는 실정이며, 이로 인하여 Covid-19 등과 같은 새로운 문제에 대한 이론적 접근 자체가 불가능하게 되는 결과를 낳게 되었다. 따라서 그들 문제에 대한 해결을 도모할 수 있는 경찰행정법의 이론적 체계를 새로이 구축하여야 하며, 이를 통하여 경찰행정법의 위상을 재정립하여야 한다. 또한 그를 위한 논의의 전제로서 경찰행정법의 의의와 범위 및 규율원리를 분명히 할 필요성이 있다. 필자는 이러한 관점에 기초하여 지금까지의 낡은 경찰행정법 이론에서 벗어나 그들 문제를 해결할 수 있는 대안으로서 새로운 경찰행정법의 이론적 체계를 ‘4개의 기둥이론’이란 이름으로 체계화시켜 제안하고자 한다.

Covid-19 사태는 경찰행정법 이론에 대한 중대한 도전이 되고 있는바, 이에 대한 대응을 통하여 경찰행정법 이론은 진보를 거듭할 것이라고 생각한다. 그리고 이러한 과정을 통하여 경찰행정법의 독자적 학문적 가치 내지 중요성이 새로운 조명을 받게 될 것이라고 확신한다.

【Zusammenfassung】

Aufbau der Neuedogmatik von Polizeiverwaltungsrecht
und Wiederaufstellung der Status von
Polizeiverwaltungsrecht

Suh, Jung-Bum

(Dr. jur., Prof an der KNPU)

Kim, Yong-Joo

(Dr. jur., Prof an der Chodang Uni)

Bisherige koreanische Theorie der Polizeiverwaltung regelndes Recht als die Voraussetzungen Aufbau der Neuedogmatik von Polizeiverwaltungsrecht, d.h. Polizeiverwaltungsrecht Aufbau der Neuedogmatik von Polizeiverwaltungsrecht und Wiederaufstellung der Status von Polizeiverwaltungsrecht.

Die bisherige koreanische Theorie des Polizeiverwaltungsrechts entspricht der alten Theorie, die von Tanaka Jiro aufgestellt wurde. Also Sie verfolgt die Entwicklung der heutigen Theorie des Polizeiverwaltungsrechts überhaupt nicht, was zu einem theoretischen Ansatz über neuen Problemen wie Covid-19 führte. Daher muss ein neues theoretisches System des Polizeiverwaltungsrechts geschaffen werden, das eine Lösung für ihre Probleme anstrebt, und durch dieses muss die Rechtsstellung des Polizeiverwaltungsrechts neu festgelegt werden. Darüber hinaus ist es notwendig, die Absicht, den Umfang und die Regeln des Polizeiverwaltungsrechts als Voraussetzung für die

Diskussion für ihn zu klären. Auf der Grundlage dieser Sichtweise möchte ich vorschlagen, das theoretische System des neuen Polizeiverwaltungsrechts im Namen der "Vier Säulentheorie" als Alternative zu der bisherigen alten Theorie des Polizeiverwaltungsrechts zu strukturieren, um ihre Probleme zu lösen.

Da die Covid-19-Situation eine große Herausforderung für die Theorie des Polizeiverwaltungsrechts darstellt, denke ich, dass die Theorie des Polizeiverwaltungsrechts durch die Reaktion weiter vorankommen wird. Und ich bin mir sicher, dass durch diesen Prozess der individuelle akademische Wert und die Bedeutung des Polizeiverwaltungsrechts ein neues Licht bekommen wird.

주제어(Stichwörter) : 경찰행정법(Polizeiverwaltungsrecht), 행정경찰과 사법경찰(Verwaltungspolizei und Kriminalpolizei), 다나카 지로로부터 벗어나기(Los von Tanaka Jiro), 4개의 기둥이론(Theorie von vier Säulen), 경찰행정법의 위상 정립(Statusbildung von Polizeiverwaltungsrecht)

출자전환손실의 법인세법상 손금 인정에 관한 연구

김 상 진* · 신 호 영**

▶ 목 차 ◀

I. 서론	2. 기부금·접대비 규정(법인세법 제24조, 제25조)의 적용 가능성
II. 출자전환 개관	3. 대손금 규정(법인세법 제19조의2)의 적용 가능성
1. 출자전환의 의의 및 법적 성격	V. 법인세법 제19조에 의한 손금 산입 가능성
2. 출자전환의 방식	1. 문제의 제기
III. 출자전환에 따른 법인세법상 과세체계	2. 법인세법 제19조의 구조
1. 출자전환으로 취득하는 주식의 취득가액	3. 출자전환손실에 대한 법인세법 제19조 적용 가능성
2. 채무자법인에 대한 과세문제	VI. 결 론
3. 채권자법인에 대한 과세문제	
IV. 출자전환손실의 손금산입에 관한 법인세법 규정	
1. 부당행위계산부인 규정(법인세법 제52조)의 적용 가능성	

I. 서론

기업의 존속가치가 청산가치보다 크다고 판단될 경우 출자전환하는 법인¹⁾(이하 ‘채권자법인’이라 한다)은 출자전환을 통하여 피출자전환법인(이

* 주저자, 국무총리 조세심판원 사무관, 변호사.

** 교신저자, 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

하 ‘채무자법인’이라 한다)의 주식을 받고 채권을 소멸시킨다. 이러한 출자전환과정에서 채권자법인은 채무자법인과 관계가 채권자에서 주주로 변경된다.

그런데 출자전환에서 재무구조가 양호하지 못한 채무자법인의 경우 일반적으로 해당 주식의 시가는 채권가액에 미달하기 마련이다. 이때 회생기업이나 부실징후기업이 아니라면 이월결손금 보전에 충당된 부분을 제외하고는 채무자법인에게는 해당 채무면제이익에 대한 법인세 과세가 이루어진다.²⁾ 반면에 이에 상응하여 채권자법인에게는 채권가액과 해당 주식 시가의 차액(이하 ‘출자전환손실’이라 한다)을 손금산입하여 법인세법상 과세소득을 줄여야 하는 문제가 발생한다.

이 글은 채권자법인의 입장에서 출자전환손실을 법인세법상 어떤 근거로 손금으로 인정받을 수 있는지를 검토하는데 그 목적이 있다. 그동안 과세관청은 기존 행정해석에 기초하여 출자전환손실을 ‘채권의 임의포기에 따른 손실’로 보아 부당행위계산부인 규정 적용대상이 아닌 경우, 이를 기부금, 접대비, 대손금 등으로 세무상 취급하여 손금 범위를 제한적 범위 내에서만 인정하여 납세자와의 불필요한 분쟁을 야기하였다. 이러한 문제의식 하에서 본 연구는 출자전환손실의 법적 성격을 규명하여 ‘채권의 처분손실’로 재구성한 다음, 손금에 관한 일반규정인 법인세법 제19조를 근거규범으로 하여 손금산입할 수 있는 해석론을 제시함으로써 이를 실무에서 활용할 수 있도록 하였다는 점에서 선행연구와 차별성이 있다.

이를 위하여 먼저 이 글에서는 출자전환 전반에 대하여 정리한 다음, 출자전환과정에 따른 과세문제를 채무자법인과 채권자법인으로 나누어 살펴보면서 채권자법인이 특수관계에 있는 채무자법인에 대한 채권을 출자전환함으로써 발생하는 출자전환손실에 대한 행정해석례를 소개한다. 다음으로 법인세법상 부당행위계산부인 규정, 기부금 내지 접대비 규정, 대손금 규

1) 법인세법상 손금 인정 여부를 논의하는 이 글에서는 개인채권자는 제외하여 고찰하기로 한다.

2) 다만 주식발행액면초과액이 발생하지 않는 액면가로 주식이 발행된 경우라면 채무자법인에게 채무면제이익이 발생하지 않는다(법인세법 제17조 제1항 제1호 단서).

정의 적용가능성을 각각 검토하고, 마지막으로 출자전환손실의 법적 성격을 재구성하는 방식으로 법인세법 제19조에 의한 손금산입 가능성을 모색하도록 한다.

II. 출자전환 개관

1. 출자전환의 의의 및 법적 성격

출자전환(Debt-Equity Swap, DES)이란 기업의 채권자가 보유하는 채권 등을 해당 기업이 발행하는 주식으로 변경하는 것을 의미한다.³⁾ 즉 출자전환 과정에서 채권자는 자신이 가지고 있던 채무자법인에 대한 채권에 갈음하여 해당 법인의 주식을 발행받아 주주로 되는데, 이를 통해 재정적 어려움에 직면한 채무자법인은 부채비율 하락과 원리금 상환 압박에서 벗어나 경영정상화를 도모할 수 있게 되고, 채권자는 회수가능성이 불투명한 채권자에서 주주로 지위가 변경됨에 따라 해당 법인에 대한 경영감시기능을 높여 경영정상화 이후 배당을 받거나 주식매각에 따른 경제적 이익을 기대할 수 있게 된다.

출자전환의 법적 성격에 대하여는 대물변제로 보는 견해, 상계로 보는 견해, 현물출자로 보는 견해, 회생절차상의 특수한 채무소멸원인으로 보는 견해 등 다양한 학설⁴⁾이 논의되는데, 행정해석은 현물출자로 보는 반면(재법인 46012-37, 2003.3.5.) 실무에서는 주로 상계 방식으로 진행된다. 대법원은 “기업개선절차(워크아웃절차)시 채권자인 금융회사가 채무자인 주식회사에 대한 대출금채권에 관하여 금융회사가 법인으로부터 신주를 발행받고 그 신주인수대금채무와 채무자의 기존 채무를 같은 금액만큼 소멸시키기로

3) 서울회생법원 재판실무연구회, 「회생사건실무(상)」, 제5판, 박영사, 2019년, 827면., 일반기업회계기준은 출자전환을 ‘채무자가 채무를 변제하기 위하여 채권자에게 지분증권을 발행하는 것’으로 규정한다.

4) 서울회생법원 재판실무연구회, 위의 책, 828면.

하는 내용의 상계계약 방식에 의하여 출자전환을 하는 경우, 상계계약의 효과로서 각 채권은 동 계약에서 정한 금액만큼 소멸한다.”고 판시하여 출자전환의 법적 성격을 상계로 보면서, 그 개념을 단독행위뿐만 아니라 계약형식에 의한 상계도 포함하는 넓은 의미로 보고 있다(대법원 2010. 9. 16. 선고 2008다97218 전원합의체 판결).

2. 출자전환의 방식

회생계획이 아닌 상법상 절차에 의하여 출자전환하는 방식으로, ① 주식발행절차를 취하되, 주금납입단계에서 채권과 주금납입단계를 상계하는 방식(상계 방식), ② 법인에 대한 채권 자체를 현물출자하는 방식(현물출자방식), ③ 채권자가 법인에 현금을 출자하여 주식을 인수한 후 그 출자금으로 기존 채권을 변제받는 우회적 방식(현금증자 후 채권회수방식)이 있다.

(1) 상계 방식의 출자전환

상계 방식의 출자전환은 채권자의 채권이 주금납입액 중 상계의사표시 또는 상계계약에서 정해지는 금액만큼 소멸된다. 주식회사의 본질적 요청인 자본충실의 이념에 근거하여 구 상법(2011. 4. 11. 법률 제10600호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제334조는 “주주는 납입에 관하여 상계로써 회사에 대항하지 못한다.”고 규정하였고, 이에 상계 방식의 출자전환이 가능한지가는 논의되었다.⁵⁾ 그러나 2011. 4. 14. 상법이 개정되어 위 구 상법 제334조가 삭제되고, 상법 제421조 제2항에서 “신주의 인수인은 회사의 동의 없이 주금의 납입채무와 주식회사에 대한 채권을 상계할 수 없다.”라고 규정함에 따

5) 구 상법 하에서는 기업에 대한 주금납입채무와 기업에 대한 채권을 상계하는 방식으로 주금을 납입하는 것이 가능한지에 대하여 자본충실의 원칙에 반하고 상법 제343조를 면탈하는 점에서 허용되지 않는다는 부정설과 실질적으로 자본충실을 해하지 않는 한 허용해야 한다는 제한적 긍정설이 대립하였다. 이에 관한 자세한 논의에 대하여는, 이종교, “채무의 출자전환에 따른 과세문제”, 『조세법연구』 20(2), 한국세법학회, 2014년 8월, 286~287면.

라 현행 상법의 해석상으로는 채무자법인의 동의가 있으면 상계 방식의 출자전환이 가능하게 되었다. 실무상으로도 이러한 방식의 출자전환이 일반적이다.

(2) 현물출자방식의 출자전환

현물출자방식의 출자전환은 법인의 채권자가 채권을 현물출자하여 주식을 취득하는 방식이다. 이 경우 당해 채권은 법인에 출자되어 혼동으로 소멸하게 되는데(민법 제507조), 이때 현물출자하는 채권의 평가와 관련하여 ‘현물출자하는 채권의 실질적 가치를 평가하여 그 가액으로 해야 한다는 평가액설’과 ‘현물출자하는 채권액의 권면액으로 평가한 가액으로 해야 한다는 권면액설’의 대립이 있다.⁶⁾

(3) 현금증자 후 채권회수방식의 출자전환

현물출자방식의 출자전환은 채무자법인의 신주 발행 시 채권자가 현금을 주금으로 납입한 후 해당 법인이 납입받은 그 현금으로 채권자에게 채무를 상환하는 방식이다. 앞서 살펴본 바와 같이 2011. 4. 11. 상법 개정 이전에는 주금 납입 시 상계를 금지하고 있었으므로 당시에는 실무상 현금증자 후 채권회수 방식으로 출자전환하는 사례가 있었다. 법인에서 이러한 방식으로 증자한 것을 출자전환으로 볼 수 있는지에 대하여는 논란이 있었으나, 대법원은 이러한 우회적 방식의 출자전환도 법인세법상 출자전환에 해당하는 것으로 판시하였다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2009두11270 판결).

6) 현물출자하는 채권을 얼마의 가치로 평가할 것인가와 관련하여 평가액설과 권면액설의 자세한 논의에 관하여는, 배영석/배한빈, “출자전환하는 채권자에게 세무상 손익 발생에 관한 연구”, 「조세논총」 5.4, 한국조세법학회 제5권 제4호, 2020년 12월, 46~47면.

III. 출자전환에 따른 법인세법상 과세체계

1. 출자전환으로 취득하는 주식의 취득가액

법인세법 제41조 및 같은 법 시행령 제72조 제2항 제4호의2는 본문에서 채무의 출자전환에 따라 취득한 주식의 취득가액은 취득 당시의 ‘시가’라고 규정하면서, 그 단서에서는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 따라 채무를 출자로 전환하는 내용이 포함된 회생계획인가의 결정을 받은 법인, 기업 구조조정 촉진법에 따라 채무를 출자로 전환하는 내용이 포함된 기업개선 계획의 이행을 위한 약정을 체결한 부실징후기업, 위 법인에 대하여 채권을 보유하고 있는 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제2조 제1호에 따른 금융회사등과 채무를 출자로 전환하는 내용이 포함된 경영정상화계획의 이행을 위한 협약을 체결한 법인, 기업 활력 제고를 위한 특별법 제10조에 따른 사업재편계획승인을 받은 법인(이하 ‘회생계획인가법인등’이라 한다)이 채무를 출자전환하는 경우에는 ‘출자전환된 채권의 장부가액’을 취득가액으로 보도록 규정하고 있다.

따라서 회생계획인가법인등을 제외한 일반법인의 경우 출자전환으로 취득한 주식의 취득가액(시가)과 채권의 장부가액과의 차액이 발생하게 되는데, 채무자법인 입장에서는 채무면제이익과 관련된 익금산입의 과세문제가 논의되어야 하는 반면, 이에 상응하여 채권자법인에게는 그 차액에 대한 손익을 인식하여 법인세법상 과세소득에 반영하여야 하는 문제가 발생한다. 즉 출자전환으로 취득한 주식의 취득가액을 어떻게 볼 것인가에 따라 해당 법인들의 세무상 문제는 달라지게 되는데, 이하 채무자법인에 대한 과세문제를 먼저 간략히 살펴보고, 이 글에서 연구대상으로 하고 있는 채권자법인에 대한 과세문제를 중점적으로 검토하기로 한다.

2. 채무자법인에 대한 과세문제

(1) 주식의 취득가액(시가)이 채권가액을 ‘초과’하는 경우

먼저 일반법인의 경우 출자전환으로 발행된 주식의 취득가액이 채권가액을 ‘초과’하는 경우라면 채무면제이익이 발생하지 않으므로 원칙적으로 채무자법인에 대한 과세문제는 발생하지 않는다.

(2) 주식의 취득가액(시가)이 채권가액 ‘이하’인 경우

과세문제가 논의되어야 하는 부분은 출자전환으로 발행된 주식의 취득가액이 채권가액 ‘이하’인 경우이다. 이때 채무자법인은 출자전환으로 발행한 주식의 공정가치와 채무의 장부금액과의 차이를 채무조정이익으로 인식하는데(일반기업회계기준 6장 문단 6.87), 법인세법 제17조 제1항 제1호 단서는 이를 주식발행액면초과액에서 제외하여 채무면제이익으로서 과세 대상으로 보고 있다. 동 조항의 의미는 출자전환으로 발생하는 주식발행액면초과액을 주식의 시가까지만 한정하여 익금불산입하고 이를 초과하는 부분은 자본거래에서 발생한 것으로 보지 않겠다는 것이다. 따라서 해당 부분에 한하여 채무자법인의 입장에서 출자전환은 자본거래뿐만 아니라 손익거래의 속성도 동시에 가지게 된다.⁷⁾ 다만 예외적으로 이러한 채무면제이익을 이월결손금의 보전에 충당하면 그 부분에 한하여는 익금산입하지 않는다(법인세법 제18조 제6호).

(3) 회생계획인가법인등의 경우

한편 회생계획인가법인등에 대하여는 기업의 회생이나 정상화 등을 돕기 위한 취지에서 출자전환 시점에서 채무면제이익을 해당 사업연도의 익금에 불산입하였다가 그 이후의 각 사업연도에 발생한 결손금의 보전에 충당하는 방식으로 과세이연의 기회를 부여하고 있다(법인세법 제17조 제2항, 같은 법 시행령 제15조 제4항).

7) 이승문, “법인세법상 자산의 취득가액-출자전환주식의 취득가액을 중심으로-”, 「국민대학교 법학연구소 학술발표대회논문집」, 국민대학교 법학연구소, 2009., 34면.

3. 채권자법인에 대한 과세문제

(1) 출자전환이익의 익금산입 가능성 검토

회생계획인가법인등을 제외한 일반법인의 경우⁸⁾ 출자전환으로 발행된 주식의 취득가액(시가)이 채권가액을 ‘초과’하는 경우, 그 차액에 대하여 채권자법인이 이를 익금으로 산입하여야 하는가의 문제가 있다.

이와 관련하여 문헌상 논의되는 학설로는, ① 현행 법인세법 시행령 제72조 제2항 제4호의2 본문에서 채무의 출자전환에 따라 취득한 주식의 취득가액을 취득 당시의 시가로 보는 이상 주식 취득시점을 그 차액의 익금귀속 시기로 보아야 한다는 긍정설⁹⁾ ② 채권자법인의 입장에서 보면, 변제받은 채권가액만큼만 소득이 발생하였을 뿐 그 차액은 회계상과 달리 법인세법상 익금으로 볼 수 없다는 부정설¹⁰⁾ ③ 출자전환에 따라 발행한 주식의 시가가 발행가액을 초과하는 부분은 익금에는 해당하나, 법인세법 제15조 제2항 제1호와 같이 매입시점에 주식의 시가와 발행가액의 차액을 익금에 산입하는 규정이 없어 주식취득 시점에 과세되지 않고, 처분시점에도 법인세법 시행령 제72조 제2항 제4호의2호에 따라 주식의 발행가액이 아닌 시가가 취득가액이 되므로 그 차액이 과세되지 않으므로 주식 취득시점과 처분시점 어느 때라도 채권자법인에게는 과세문제가 발생하지 않는다는 과세공백설¹¹⁾ 등이 제시되고 있다.

과세관청은 채권자법인이 보유중인 채권을 채무자법인에 출자전환하는 경우 그 출자전환으로 취득하는 주식의 가액은 취득 당시의 시가에 의하는 것이며, 출자전환으로 취득한 주식의 취득가액이 동 출자전환으로 소멸한 채권의 가액을 초과하는 금액은 출자일이 속하는 사업연도의 익금에 산입한다고 보아 긍정설의 입장을 취하고 있다(서면인터넷방문상담2팀-1277,

8) 이하 이 글에서의 논의 대상은 회생계획인가법인등을 제외한 일반법인으로 한정하기로 한다.

9) 배영석/배한빈, 앞의 글, 74면.

10) 이승문, 앞의 글, 42면.

11) 이종교, 앞의 글, 305면.

2005.08.08.).

생각건대, 현행 세법은 자산을 취득하여 보유하는 기간 중에는 익금을 인정하지 않고 처분하여 수익이 실현되는 시점을 익금귀속시기로 보고 있으므로(상속세법 시행령 제68조 제1항), 긍정설을 취하면 수익실현시기가 도래하지 아니한 출자전환시점에 어떻게 익금이 발생하였다고 볼 수 있는가 하는 비판이 가능하다.¹²⁾ 또한 자산취득시점에 익금으로 과세할 수 있는 경우를 한정적으로 규정한 법인세법 제15조 제2항 제1호 취지를 감안하면 이 경우 채권자법인에게 과세할 여지는 더욱 없다고 볼 수 있다.

그러나 (후술할) 출자전환손익의 세무상 성격을 이 글에서처럼 ‘채권처분손익’으로 구성한다면, 출자전환에서의 손익은 출자전환으로 취득한 해당 자산(주식)의 처분에 따른 것이 되고 그 수익이 실현되는 시점은 출자전환 시점으로서, 이때를 익금귀속시기로 볼 수 있게 된다. 따라서 손실이 발생한 경우에는 채권자법인의 손금 인정 여부가 문제되는 것과 궤를 같이 하여, 주식의 시가가 채권가액을 초과하여 이익이 발생하였다면 이는 채권처분이 익으로서 출자전환시점에서 채권자법인의 익금으로 산입할 수 있다고 보는 것이 논리적으로 타당한 귀결이다.

또한 현행 세법 해석으로도 취득원가주의의 예외로서 시가법을 적용할 수 있도록 하는 법인세법 제42조 제1항 제2호와 이에 근거한 같은 법 시행령 제72조 제2항 제4호의2 본문에서 채무의 출자전환에 따라 취득한 주식의 취득가액을 취득 당시의 시가로 보고 있으므로, 위 주식의 시가가 채권가액을 초과하는 부분은 시가법을 적용함에 따라 발생한 평가익으로 보아야 하고, 이에 대하여 출자전환시점에서 과세할 수 있다고 봄이 타당하다.¹³⁾

(2) 출자전환손실의 손금산입 근거 검토

다음으로 출자전환으로 발행된 주식의 시가가 채권가액을 ‘미달’하는

12) 배영석/배한빈, 앞의 글, 73면.

13) 배영석/배한빈, 위의 글, 74면. 다만, 배영석/배한빈은 입법론으로는 출자전환에 따른 주식의 취득가액은 취득 당시 시가가 아니라 채권가액으로 규정하여야 한다고 주장한다.

경우에는, 법인세법상 그 차액의 손금산입 여부가 문제된다. 이 글에서 주로 다루고자 하는 쟁점이다. 해당 손실을 비용으로서 어떻게 세무처리할 것인지와 관련하여 먼저 기존 행정해석례에 대해 살펴본다.

특정한 과세계기를 접하게 된 과세관청에서 과세권 행사 여부를 결정하기에 앞서 관련된 유권해석을 먼저 검토하고 이에 따라 과세처분을 부과하면, 납세자는 그 유권해석 적용이 자신에게 주어진 사실관계에 부합하지 않는다고 항변하면서 분쟁이 발생하게 된다(법령에서 명확히 규정하고 있거나 법적 공백이 없는 영역에 대한 조세불복은 거의 없기 때문이다). 이러한 취지에서 과세관청과 납세자가 일차적으로 검토하게 되는 행정해석례를 일견할 필요가 있어 소개한다.

법인이 특수관계에 있는 법인에 대한 채권을 출자전환함으로써 취득하는 주식의 시가가 채권가액에 미달하는 경우 그 차액에 대하여는 「법인세법」 제52조 제1항의 규정에 해당되는 경우를 제외하고는 「법인세법 기본통칙」 19의2-19의2...5에 준하여 처리함(질의회신 재정경제부 법인세제과-375, 2005.5.31.).

약정에 의하여 채권의 전부 또는 일부를 포기하는 경우에도 이를 대손금으로 보지 아니하며 기부금 또는 접대비로 본다. 다만, 특수관계자 외의 자와의 거래에서 발생한 채권으로서 채무자의 부도발생 등으로 장래에 회수가 불확실한 어음·수표상의 채권 등을 조기에 회수하기 위하여 당해 채권의 일부를 불가피하게 포기한 경우 동 채권의 일부를 포기하거나 면제한 행위에 객관적으로 정당한 사유가 있는 때에는 동 채권포기액을 손금에 산입함(「법인세법 기본통칙」 19의2-19의2...5 【약정에 의한 채권포기액의 대손처리】 14).

14) 「집행기준」 19의2-19의2-8 【약정에 의한 채권포기액의 대손금 처리】 에도 같은 내용으로 규정되어 있다.

상기 유권해석을 종합하면, 채권자법인이 특수관계에 있는 채무자법인에 대한 업무 관련 대여금 등 채권을 출자전환함으로써 취득하는 주식의 취득가액(시가)이 채권가액에 미달하는 경우 그 출자손실을 손금으로 산입하기 위해서는, 먼저 법인세법 제52조 제1항(부당행위계산부인)을 적용하여 해당 출자전환이 건전한 사회통념과 상관행에 비추어 경제적 합리성을 갖추었는지 여부를 검토하고, 다음으로는 법인세법 제24조 기부금 또는 제25조 접대비에 해당하는지를 따져 손금산입 여부를 살펴보게 된다. 한편 비특수관계자 간의 출자전환 시에 채권자가 받는 주식의 취득가액이 채권가액에 미달하는 경우, 행정해석은 채권자의 채권포기행위에 정당한 사유가 있다고 인정될 경우 법인세법 제19조의2 대손금으로 보아 손금산입을 인정하고 있다.¹⁵⁾

이하 이 글에서는 채권자법인의 출자전환손실에 대한 손금 인정 여부와 관련하여, 먼저 해당 손실을 채권 임의포기에 따른 손실로 보는 행정해석과 이에 기초한 과세관청의 실무 형태에 따라 법인세법상 부당행위계산부인 및 기부금, 접대비, 대손금 규정 적용 가능성 등에 대하여 순차적으로 살펴보기로 한다.

IV. 출자전환손실의 손금산입에 관한 법인세법 규정

1. 부당행위계산부인 규정(법인세법 제52조)의 적용 가능성

당해 법인의 행위 또는 계산에도 불구하고 과세관청은 공평과세의 원칙 내지 실질과세의 원칙을 구현하기 위하여 부당행위계산부인 규정을 통하여 세법적 평가를 달리하여 특수관계인 사이의 거래로 경제적인 이익이 은닉된 상태로 분여되는 것을 규제하고 있다. 결국 ‘부당행위계산을 부인한다’는 의미는 시가를 벗어난 비정상적인 행위를 정상적 거래로 재구성하여

15) 조세심판원에서는 한국산업은행이 행한(비특수관계법인에 대한) 대출채권 출자전환으로 인한 손실을 결산조정사항인 대손금이라 보아 손금부인한 법인세 부과처분의 적법성이 다투어졌다(조심 2011서1047, 2014. 9. 4.)

특수관계자들이 시가에 의한 행위를 하고 그와 더불어 차액부분이 특수관계자에게 흘러나가는 거래의 묶음으로 새로 파악하는 것으로 볼 수 있다.¹⁶⁾

그런데 경영상 판단의 일환에서 이루어지는 출자전환을 특수관계인 사이의 비정상적인 이익분여행위라고 볼 수 있는지에 대하여는 다른 접근이 필요하다. 일반적으로 채무자법인은 경영상태가 부진하고 결손이 누적되는 등 재무구조가 불량한 경우가 대부분이다. 이때 채권자법인 입장에서 회수가능성이 불투명한 채권을 그대로 보유하는 것보다는 출자전환을 통해 채무자법인의 재무건전화가 이루어지게 될 경우 얻게 될 기대이익이 더 높다고 판단하였을 경우 그 판단에 경제적 비합리성이 있다고 보기 어려운 경우가 발생한다. 따라서 이러한 경우에도 과세관청에 의한 법인세법상 부당행위계산부인 규정 적용이 용인될 수 있는지가 문제될 수 있다.

문헌상으로는 채권자법인이 특수관계에 있는 채무자법인의 증자거래에서 신주를 시가보다 높은 가격으로 인수하였으므로 법인세법 시행령 제88조 제1항 나목의 요건을 충족하였다고 보아 주주 간의 부당행위계산 문제를 초래할 수 있다고 보는 견해¹⁷⁾와 회생채권자 등 이해관계자들의 동의 및 법원 인가에 의해 이루어지는 회생계획에 의한 출자전환의 경우에는 경제적 합리성이 없다고 보기 어려워 부당행위로 볼 수 없다는 견해¹⁸⁾가 제시되고 있는데, 이러한 논의와 관련된 대법원의 입장을 간략히 소개하면 다음과 같다.

원고는 소주 등 주류제조판매업을 영위하는 회사로서, 원고의 특수관계법인(이하 'J건설'이라 한다)이 신주 7,000만 주를 액면가인 주당 5,000원으로 발행하여 주주간 균등 비율에 의하여 배정하는 내용으로 유상증자를 하였는데, 당시 원고를 제외한 주주들이 모두 신주인수를 포기함에 따라 원고는 J건설에 대하여 가지고 있던 3,500억원의 대여금채권을 출자전환(이하 '이 사건 출자전환'이라고 한다)하는 방식으로 원고에게 배정된 주식은 물론 다른 주주들이 인수를 포기한 나머지 주식까지 재배정 받아 위 신주 전부를

16) 이창희, 「세법강의」, 제18판, 박영사, 2020년, 1003면.

17) 한만수, “자본구조조정 및 채무조정의 과세효과에 관한 고찰”, 「조세법연구」 14(1), 한국세법학회, 2008년 4월, 18~19면.

18) 배영석/배한빈, 앞의 글, 77면.

인수하였다. 이후 J건설이 법원에서 파산선고를 받고 발행주식을 무상 소각하자 원고는 투자유가증권으로 계상하였던 위 3,500억원을 손금산입하여 법인세를 신고하였고, 이에 대하여 과세관청이 법인세법상의 부당행위계산부인 규정을 적용하여 법인세를 부과하자, 원고가 해당 처분의 적법성을 다투었던 사안이다.

대법원은 ① 원고와 J건설은 모두 동일한 그룹의 계열사로서 상호 거액의 담보 및 보증을 제공하고 있었던 점, ② 이 사건 출자전환 전 J건설은 수년간 계속된 거액의 적자에다가 자산의 2배를 초과하는 부채로 인하여 완전 자본잠식 상태에 있었던 점, ③ J건설 영업부진의 주된 원인은 취약한 재무구조로 인해 신규건설 물량을 수주하지 못하는 데 있었으므로, 이를 타개하고 계속기업으로 존속하기 위해서는 자본 확충 또는 채무 감축이 필수적이었던 점, ④ J건설은 화의개시신청을 하면서 원고 등에 대한 채무를 10년 후인 2008. 12. 31. 변제한다는 화의조건을 제공하는 한편으로 원고를 비롯한 다른 채권자들의 동의를 얻어 원고의 채권을 출자전환하기로 하였고, 이에 따라 화의인가결정이 이루어진 것인 점…중략…등을 종합적으로 고려하여 보면, 이 사건 출자전환은 원고가 J건설에 대한 채권을 회수할 가능성이 거의 없고 또 J건설이 파산할 경우 거액의 담보 및 보증제공으로 인하여 원고 또한 적지 않은 타격을 입을 것으로 예상되는 상황에서, 원고의 손해를 조금이나마 줄이기 위해서는 그 채권을 그대로 보유하는 것보다는 이를 출자전환하여 J건설의 재무구조를 개선함으로써 신규 공사수주가 가능하도록 하여 계속기업으로서 존속하게 하는 것이 낫다는 판단 하에 이루어진 것으로 봄이 상당하다고 판시하였다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두12822 판결).

즉 대법원은 여러 사정을 종합하여 “채권자법인이 채권을 그대로 보유하는 것보다는 이를 출자전환하여 채무자법인의 재무구조를 개선함으로써 계속기업으로서 존속하게 하는 것이 낫다는 판단 하에 이루어진 출자전환”이라면 여기에 특수관계자 간의 출자전환이라도 부당행위계산부인 규정이 적용될 여지가 없다고 보았다.

이러한 대법원 판시사항을 원용한다면, 채무자법인의 재무적 부담이 가중되는 상황에서 채권자법인이 채무자법인의 계속기업가치가 청산가치보다

높다고 판단하고 그 회사의 경영 정상화 및 재무구조 개선을 위해 행한 출자전환은 ‘경영상 판단(business judgment)’에 따라 이루어진 것으로 보아야 하고, 이에 대하여 행위의 이상성(異狀性)을 선불리 인정하기는 어려울 것으로 판단된다.

다만 예외적으로 해당 출자전환에 대한 경제적 합리성을 인정할 수 없는 경우, 예컨대 국내법인이 특수관계법인의 누적결손으로 인한 재무구조 개선 등을 위하여 출자전환을 통해 신주를 시가보다 고가로 인수하고 교부받은 주식을 상당기간 보유 후 처분함으로써 손실이 발생한 경우, 해당 유상증자가 ‘해외현지법인의 사업폐지 또는 청산 예정상태’에서 본래의 유상증자 목적보다는 내국법인의 해외현지법인에 대한 채무보증액 대위변제를 위한 것으로 조세의 부담을 부당히 감소시키는 등 경제적 합리성이 결여된 것으로 인정되는 ‘특수한 경우’라면 이에 대하여는 부당행위계산부인 규정이 적용될 수 있을 것이다.

또한 ‘액면발행’을 하면 채무자법인에게 채무면제이익이 발생하지 않는 점(법인세법 제17조 제1항 제1호 단서)을 악용하여 특수관계에 있는 채무자법인 주식의 시가가 액면가액에 미치지 못함에도 액면가액으로 출자함으로써 법인세 과세를 회피하고자 하는 의도가 객관적으로 입증된 경우라면, 이러한 출자전환은 과세형평과 조세정의에 반하는 것¹⁹⁾으로 경제적 합리성이 결여된 것으로 볼 수 있을 것이다.

한편 하급심 판례에서는 자산의 취득가액에 관한 법인세법 시행령 규정을 근거로 일반자산의 고가매입에 대한 부당행위계산부인과 같은 결과를 도출한 사례가 있다.²⁰⁾ 원고가 자본잠식 상태에 있던 특수관계법인에게 165억원의 자금을 대여한 후 동 법인의 재정상황이 계속 악화되자, 위 대여금을 특수관계법인 주식으로 출자전환한 다음 제3자에게 위 주식을 주당 1원에 매각하고 이와 관련한 주식처분손실 165억원을 손금에 산입하여 법인세 신고를 한 사안에서, 서울행정법원 2016. 5. 12. 선고 2015구합72115 판결은 부당행위계산부인에 관한 법인세법 시행령 제88조 제1항 제1호, 제8호의2는

19) 상법상 자본충실의 원칙에도 반함은 물론이다.

20) 강석규, 「조세법쟁론」 2020개정판, 삼일인포마인, 2020년, 699면.

적용될 수 없다고 하면서도, 법인세법 시행령 제72조 제2항 제4호의2를 근거로 위 주식처분손실의 손금산입을 부인한 과세관청의 처분이 적법하다고 판시하였다.

2. 기부금·접대비 규정(법인세법 제24조, 제25조)의 적용 가능성

(1) 기부금 해당 여부

채권자법인이 '특수관계에 있는' 채무자법인에 대한 채권을 출자전환하는 경우에는 기부금 규정은 적용될 수 없다(법인세법 시행령 제35조). 한편, 특수관계가 없는 경우 채권자법인이 업무와 무관하게 정당한 사유 없이 채권가액보다 낮은 주식을 취득하는 출자전환을 한다면 그 차액 중 증여한 것으로 인정되는 금액은 기부금으로 볼 수 있다는 견해²¹⁾가 제시되고 있다.

그러나, 위 견해는 출자전환손실의 법적 성격을 채권자법인의 채권 임의 포기에 따른 손실로 보는 전제에서 전개되는 것이므로, 이와 달리 출자전환손실을 (후술할) 채권의 처분에 따른 손실로 구성한다면 기부금 규정은 적용될 여지는 없다. 같은 논리를 적용하다면 접대비 규정도 논의 자체가 무의미하다고 할 수 있으나, 최근 과세관청 실무에서는 출자전환손실을 접대비로 보아 채권자에 대한 과세문제를 해결하려는 경향이 생기고 있는 점에서 접대비의 범위 인정과 관련된 논의에 대하여 항을 바꾸어 검토하기로 한다.

(2) 접대비 해당 여부

대법원에서 출자전환의 경우 부당행위계산부인 규정을 적용하기 위한 전제조건인 경제적 합리성을 엄격히 따지기 시작함에 따라, 과세관청에서는 그 대안으로 출자전환손실을 접대비로 규율하여 법정한도 초과액을 손금불산입하여 과세하려는 시도가 이루어지고 있다.²²⁾ 즉 접대비는 일정한 법정

21) 이종교, 앞의 글, 299면, 한만수, 앞의 글, 22-23면.

22) 집단에너지사업 및 자원개발사업을 영위하는 국내법인 G사가 캐나다 소재 천연가스

한도금액의 범위 내에서만 손금산입이 인정되고 그 한도를 초과하는 것은 손금으로 인정되지 않기 때문에, 과세관청 입장에서는 부당행위계산부인 규정을 적용하여 손금 전부를 부인하는 것 다음으로 과세대상을 넓힐 수 있어 실무에서 과세근거규정으로 자주 제시된다. 그러기에 납세자와의 분쟁도 많지만, 반면 법정 한도금액 내에서는 확실하게 손금으로 인정받을 수 있다는 측면도 있어 납세자의 조세순응성도 어느 정도 확보할 수 있다(물론 국내법인의 경우 보통 접대비의 법정한도가 이미 초과되어 있는 경우가 많다).

접대비의 개념에 대하여 법인세법 제25조 제1항은 “접대, 교제, 사례 또는 그 밖에 어떠한 명목이든 상관없이 이와 유사한 목적으로 지출한 비용으로서 내국법인이 직접 또는 간접적으로 업무와 관련이 있는 자와 업무를 원활하게 진행하기 위하여 지출한 금액”으로만 규정하고 있어 ‘업무관련성’을 요건으로 한다는 것 외에는 그 범주를 구체적으로 설정하기 어렵다. 한편 대법원은 “접대비는 기업활동의 원활과 기업의 신장을 도모하기 위하여 필요한 경비로서 기업체의 영업규모와 비례관계에 있으므로 이를 엄격하게 해석하여야 할 것이므로 선불리 접대비로 단정하여서는 아니된다.”고 판시(대법원 2010. 6. 24. 선고 2007두18000 판결)하여 접대비 인정에 ‘엄격해석의 원칙’을 하나의 기준으로 제시하고 있다.

접대비 규정의 취지는 ‘법인기업의 소비적 지출을 절감하여 기업자산의 부실화를 방지하고 나아가 기업자본의 축적에 공헌하기 위함에 있다’²³⁾고 종래 알려져 왔다. 그러나 접대비는 원래 손금으로 인식될 수 없는 사적 편익만을 위한 지출과 사업목적과 동시에 사적 편익을 추구하기도 하는 지출에 대한 올바른 세법적 효과를 주기 위한 판단기준을 제시하기 위함에 그 취지가 있다고 봄이 타당하고, 이러한 견해에 따르면 접대비의 범위는 사업경비이면서 동시에 사적 편익을 추구하는 행위, 즉 즐거움을 위하여 ‘놀

광구를 인수하기 위하여 캐나다 현지법인 S사를 설립한 후 업무 관련 대여금을 출자전환함으로써 취득한 S 주식의 시가가 위 대여금액에 미달하게 되자, G사는 그 차액을 손금산입하여 기납부 법인세의 환급을 구하는 경정청구를 하였는데, 중부지방국세청장은 출자전환에 따른 손실에 대하여 먼저 부당행위계산부인 규정 적용 여부를 검토한 다음, 결국 접대비 규정을 근거로 G사의 경정청구를 거부한 사례가 있다.

23) 대법원 1983.4.26. 선고 80누527 판결.

고 마시는 소비성 지출(entertainment expense)'로 한정되어야 하고 이렇게 포섭된 비용 중에서 법인세법상 손금으로 인식할 수 있는 금액을 확정하여야 한다.²⁴⁾

그동안 과세관청은 이러한 세법상 접대비 규제의 취지를 감안하지 아니한 채 법문언상의 모호성-“접대, 교제, 사례 또는 그 밖에 어떠한 명목이든 상관없이 이와 유사한 목적으로 지출한 비용”-에 천착하여 접대비 규정을 과세에 유리한 방향으로 폭넓게 해석하여 왔고, 이러한 흐름 속에서 법인이 채권을 출자전환함으로써 취득하는 주식의 시가가 채권가액에 미달하는 경우 그 차액을 접대비로 보아 법정 한도금액의 범위 내에서만 손금으로 인정하겠다는 입장을 전개하였던 것으로 보인다.

그러나 일반적으로 출자전환의 경우 채권자가 이로 인해 입은 손실은 소비성 지출에 의한 것이라고 보기 어려워²⁵⁾ 접대비의 개념표지를 충족한다고 할 수 없고, 특히 특수관계에 있는 자회사의 재무구조를 개선하여 계속기업으로서 존속시키기 위한 목적에서 이루어지는 출자전환이라면 그 과정에서 수반되는 모회사의 손실을 접대비로 규율하려는 시도는 세법상 접대비 규제의 본질에 벗어난다고 할 것이다.

3. 대손금 규정(법인세법 제19조의2)의 적용 가능성

대손금은 회수할 수 없는 채권의 금액을 말하는데(법인세법 제19조의2 제1항), 대손금은 먼저 대손충당금과 상계하고 대손충당금이 부족한 경우 비용으로 처리한다. 대손금으로 될 수 있는 채권에는 특별한 제한이 없지만, 채무보증으로 인하여 발생한 구상채권과 특수관계인에 대한 업무무관가지 급금(제재 목적, 법인세법 제19조의2 제2항 각 호), 대손세액공제를 받은 부가가치세 매출세액 미수금(이중혜택 방지, 법인세법 시행령 제19조 제8호)

24) 김현동, “세법상 접대비 규제의 본질”, 「조세법연구」 21(3), 한국세법학회, 2015년 11월, 294면.

25) 과세관청의 과세전적부심사에서는 출자전환손실을 접대비로 볼 수 없으므로 접대비로 보아 손금불산입하고 기타사외유출로 소득처분한 세무조사결과 통지를 취소한 사례가 있다.

은 회수 불능사유가 발생해도 대손금으로 손금산입할 수 없다.

법인의 채권이 회수불능이 된 경우 해당 법인의 순자산은 감소하였다고 볼 수 있으므로 회수불능액만큼 손금으로 산입되어야 하는데, 채권의 불량화는 서서히 진행되어 당사자 입장에서는 회수가능기준을 정확하게 가늠하기가 어렵다. 이에 법인세법 시행령 제19조의2 제1항 각 호는 손금으로 산입할 수 있는 대손금의 인정에 관하여 엄격한 제한을 두면서 대손사유를 열거하고 있다. 또한 같은 조 제3항은 채권이 법적으로 소멸한 경우와 채권 자체는 존재하고 있으나 회수가 불가능한 경우를 나누어, 전자의 대손사유는 법인의 회계처리에 불구하고 당해 사유가 발생한 사업연도에 손금으로 산입할 수 있고(신고조정사항, 법인세법 시행령 제19조의2 제3항 제1호), 후자의 대손사유는 법인이 손금으로 결산상 회계처리를 하였을 때에 한하여 그 대손이 확정된 사업연도의 손금으로 산입할 수 있는 것으로 규정한다(결산조정사항, 법인세법 시행령 제19조의2 제3항 제2호)²⁶⁾.

법인세법 시행령 제19조의2 제1항 각 호에 해당하지 않더라도 채권자가 해당 채권의 회수불능을 입증하면 대손금으로 인정할 수 있을 것인가? 문헌상으로는 위 각 호의 마지막에 유형적 포괄주의 규정을 두고 있지 않고 각 호의 규정 자체에 다시 한정사유나 제외사유를 두고 있는 점을 근거로 제한적 열거규정으로 보는 견해²⁷⁾, 위 시행령 각 호에서 대손사유로 구체적으로 열거되어 있지 않더라도 채권회수가 불가능함을 입증하여 순자산의 감소액으로 손금에 산입할 수 있다는 견해²⁸⁾, 위 시행령 각 호를 예시적으로 보되, 납세자의 예측가능성을 고려하여 대손금의 귀속시기를 법인세법 시행령 제19조의2 제3항 제2호에 따라 납세자가 손금으로 계상한 날이 속하는 사업연도의 손금으로 산입하여야 견해²⁹⁾ 등이 제시되고 있다.

26) 법인세법 시행령 제19조의2 제1항 제6호는 청구권이 법적으로 소멸한 경우에 해당하지 않아도 신고조정사항으로 규율하고 있다. 임승순, 「조세법」 제20판, 박영사, 2020년, 680면.

27) 강석규, 앞의 책, 610면.

28) 이창희, 앞의 책, 873면., 이종교, 앞의 글, 300면.

29) 박창수, “법인세법상 대손금의 범위에 관한 해석”, 「조세법의 쟁점Ⅲ」, 법무법인 태평양 조세팀, 2018년 3월, 106면.

이러한 논란에 대하여 대법원은 “구 소득세법 시행령(1994. 12. 31. 대통령령 제14467호로 전문 개정되기 전의 것) 제60조 및 같은 법 시행규칙(1995. 5. 3. 총리령 제505호로 전문 개정되기 전의 것) 제24조는 대손처리의 대상이 되는 회수불능의 채권을 예시적으로 규정한 것이 아니라 한정적으로 규정하는 취지로 해석함이 상당하다.”고 판시하였는데(대법원 1996. 8. 23. 선고 95누18130 판결, 대법원 2000. 11. 24. 선고 99다3980 판결 등), 법인세법과 소득세법은 대손에 의하여 손금·필요경비에 산입되어야 하는 채권을 구체적으로 열거하고 있는 점에서 대법원은 법인세법령상 대손사유도 한정적으로 보고 있다고 평가된다. 대손처리대상이 되는 회수불능채권 판단을 납세의무자로 하여금 임의로 결정하도록 할 경우 대손금의 해당 및 그 귀속시기를 조정하여 각 사업연도소득금액을 스스로 결정할 수 있는 점³⁰⁾에서 대법원의 태도에 찬동한다.

한편 최근 하급심 법원은 “대손금에 관한 법인세법 시행령은 소득세법 시행령과 그 규정 형식이 서로 다를 뿐만 아니라 법인세법의 소득 개념 또한 소득세법의 소득 개념과 다르므로 법인세법 시행령 제19조의2 제1항이 대손처리의 대상이 되는 채권을 한정적으로 열거하고 있다고 볼 수 없다.”라고 판시(서울고등법원 2016. 12. 13. 선고 2016누59258 판결)하였는데, 동 판결은 대법원에서 심리불속행 판결로 확정되었다(대법원 2017. 4. 17.자 2017두31637 판결). 이렇듯 하급심에서 다른 취지의 판결이 나오고 있으므로, 대법원에서는 향후 법인세법 시행령 제19조의2 제1항 각 호에서 규정하고 있는 대손사유의 법적 성격과 관련하여 동 조항을 한정적 열거조항으로 보아야 하는지 아니면 예시조항으로 보아야 하는지에 대하여 명확한 판결로 정리할 필요가 있다.

그런데 대법원은 대손사유를 규정하고 있는 법인세법 시행령 제19조의2 제1항 각 호를 한정적 열거조항으로 보고 있었는데, 과세관청은 어떤 근거로 출자전환을 채권자의 채권포기행위로 보아 법인세법 제19조의2에 따라 대손사유가 있을 경우 손금산입을 인정하는 유권해석을 생성하였을까?

30) 김영원/권형기, “출자전환 회생채권의 대손금과 대손세액공제 개선에 관한 연구”, 「서울법학」 28(2), 서울시립대학교 법학연구소, 2020년 8월, 394면.

이는 대손사유를 규정하고 있는 법인세법 시행령의 입법적 연혁에 기인하는 것으로 보인다. 구 법인세법 시행령(2007. 2. 28. 대통령령 제19891호로 개정된 것) 제62조³¹⁾ 제1항 제15호는 대손사유의 하나로 “채무자와 법 제52조에 따른 특수관계에 있는지 여부를 불문하고 채권의 일부를 조기 회수하기 위하여 해당 채권의 일부를 불가피하게 포기한 경우 그 포기한 채권. 다만, 채권의 포기가 법 제52조에 따른 부당행위에 해당하는 경우를 제외한다.”고 규정하였다. 즉 위 시행령 규정에 터잡아 과세관청은 채권자에 대한 과세문제와 관련하여 출자전환을 ‘채권자의 채권포기행위’로 구성하여 부당행위계산부인 규정의 적용대상이 아니라면 출자전환의 경위, 내용, 관련자들의 이해관계 등을 종합적으로 고려하여 그 채권포기에 정당한 이유가 있었는지를 살펴 대손금으로 손금산입을 인정하는 구조를 취하였던 것이다.

그러나 위 법인세법 시행령 제62조 제1항 제15호가 2009. 2. 4. 개정으로 삭제되었음³²⁾에도, 과세관청은 계속하여 출자전환을 채권의 임의포기로 구성하는 유권해석의 적용대상으로 보았고, 이에 따라 조세심판원에서는 출자전환에 따른 손실을 결산조정사항인 대손금이라고 보아 채권자법인이 신고조정할 수 없는 사항을 신고조정으로 손금산입하였다고 하여 동 손실을 손금불산입하고 유보로 소득처분하는 사례도 있었다.³³⁾

결론적으로 대손금은 채권의 회수불능이 ‘외적 사정’에 의하여 객관적으로 확정된 채권의 미회수손실액인 점³⁴⁾에서 법인 자신의 ‘내부 판단’에

31) 2009. 2. 4. 대통령령 제21431호 개정으로 제19조의2로 조문번호 변경

32) 따라서 위 시행령 규정이 삭제된 이후에는 회생절차 등 구조조정절차에서 출자전환할 때 발행가액 중 시가초과액을 대손금으로 인정하는 규정이 세법에 명시적으로 없기 때문에 출자전환 시 시가초과액 부분은 회수불능으로 확정되기 전까지는 원칙적으로 채권자의 대손금에 해당하지 않는다는 견해로는, 강련호, “출자전환시 채권자에 대한 대손금과 대손세액공제의 문제점과 개선방안”, 「세무와 회계 연구」 10(1), 한국세무사회 부설 한국조세연구소, 2021년 2월, 120면.

33) 한국산업은행(채권자법인)이 한국항공우주산업(채무자법인)에 대한 대출채권 출자전환으로 손실이 발생하였다고 볼 수 있는지 여부에 대한 심판례(조심 2011서1047, 2014. 9. 4.).

34) 김완석/황남석, 「법인세법론」 2018개정증보판, 삼일인포마인, 2018년, 325면.

의하여 출자전환한 경우까지 대손사유라고 포섭하는 것은, 대손사유를 규정하고 있는 법인세법 시행령 제19조의2 제1항 각 호를 한정적 열거조항으로 보는 이상 해당 법문언의 문리해석에 벗어나는 것으로 판단된다(물론 구 법인세법 시행령 제62조 제1항 제15호와 같은 명시적 규정이 있었던 때에는 달리 보아야 할 것이다).³⁵⁾

V. 법인세법 제19조에 의한 손금산입 가능성

1. 문제의 제기

지금까지 출자전환한 채권자법인에 대한 과세문제와 관련하여 기존의 행정해석과 이에 기초한 과세관청의 집행관행이 현행 법인세법령과 대법원 판례에 부합하지 않음을 살펴보았다. 그렇다면 채권자법인의 출자전환손실을 기부금, 접대비, 대손금 등으로 보아 손금산입할 수 없다면 법인세법상 어떤 규정을 근거로 하여 이를 인정할 것인가? 이러한 실무적인 물음에 대하여 국내 문헌에서는 자세한 논증을 찾아보기가 어렵다.³⁶⁾ 이에 이 글에서는 손금에 관한 일반규정인 법인세법 제19조를 근거규범으로 하여 해당 손실을 ‘채권 처분손실’로 보아 손금산입할 수 있는 방안을, 법인세법 제19조의 규범해석 및 출자전환손실의 법적 성격을 검토하는 방식으로 모색하기로 한다.

35) 원고가 손금에 산입하여 신고한 이 사건 대손금처리가 대한민국과 A국 간의 조세협약 및 법인세법의 관계규정 소정의 관계회사 사이에서 행하여진 임의적인 채권포기에 해당하는 것으로서 대손금으로 처리될 것이 아니므로 이를 부당한 계산으로 보아 피고(과세관청)가 법인세법상 그 손금산입을 부인한 조치를 옳다고 본 조치는 정당하다(대법원 1994. 12. 2. 선고 92누14250 판결).

36) 송동진은 “채권자법인의 채권에 대손사유가 존재하지 않는 경우에도, 출자전환에 의한 장래의 회수가능금액이 현재의 회수가능금액보다 클 것으로 기대되는 등 합리적 사유가 있으면, 손금의 일반적 요건(법인세법 제19조 제2항)이 충족된 것으로 보아 손금으로 인정할 여지가 있다.”고 하여 채권자법인의 출자전환손실에 대하여 법인세법 제19조 제2항에 의한 손금산입 가능성을 제시하고 있다. 송동진, 「법인세법」 초판, 삼일인포마인, 2020년, 642면.

2. 법인세법 제19조의 구조

법인세법 제15조 제1항은 순자산증가설의 입장에서 익금의 범위를 정하고 있고, 이에 대응하여 같은 법 제19조 제1항은 순자산감소설을 취하여 손금의 범위를 정한 다음, 제2항에서 법인의 순자산감소 거래라고 하더라도 사업관련성, 통상성, 수익관련성을 갖춘 손비만을 인정하여 그 손금의 범위를 제한하는 구조를 취하고 있다.

법인세법 제19조 제1항은 원칙적으로 자본거래(자본 또는 출자의 환급) 및 이익잉여금의 처분³⁷⁾을 제외한 법인의 순자산을 감소시키는 모든 거래로 인하여 발생하는 손실과 비용을 손금의 범주에 포함하여 익금총액에서 차감하는 방식으로 법인소득을 계산한다. ‘자산’이 아니라 ‘순자산’이라는 회계학에서 차용한 개념이 법문에 사용된 이유는 차입금을 상환하는 경우처럼 자산(현금)의 감소가 있었으나 이에 따라 부채(차입금)의 감소도 발생하여 법인의 순자산이 결과적으로 감소되지 않는 거래에는 비용이 발생하지 않기 때문이다.³⁸⁾ 또한 여기서 ‘손실과 비용’은 수익을 획득하기 위하여 소요된 모든 비용과 기타 당해 법인에게 귀속되는 일체의 경제적 손실을 의미한다(법인세법 기본통칙 13-001).

법인세법 제19조 제2항은 1998. 12. 18. 법률 제5581호로 개정된 법인세법에서 신설되었는데, 그 입법취지는 국제기준에 따라 경비의 일반원칙과 기준을 규정하여 기업이 부당한 비용을 손비로 처리하는 것을 방지하고, 손비 인정 여부에 대한 다툼의 소지를 제거하려는 데에 있다.³⁹⁾ 따라서 제1항에서 법인의 순자산을 감소시키는 거래로 인한 손비라고 하더라도 제2항에 따라 사업관련성, 통상성, 수익관련성⁴⁰⁾이 인정되어야 법인세법상 손

37) 자본잉여금은 결손의 보전 또는 자본의 전입 등으로 처분할 수 있지만 이러한 경우를 잉여금의 처분이라고 하지 않고, 이익잉여금의 처분을 손금에서 제외하는 것은 이익잉여금 자체가 바로 과세소득으로 이루어져 있기 때문이다. 김완석, “법인세법상 손금의 해석에 관한 연구”, 『세무학연구』 19(2), 2002년 12월, 71면.

38) 김재승, “법인세법 제19조의 해석”, 『조세법연구』 17(2), 2011년 8월, 55면.

39) 재정경제부, 「98간추린 개정세법」, 1999년, 180면.

40) 손금의 본질에 관한 위 3요건의 관계에 대하여는, 법인세법 제19조 제2항의 문언형식에 따라 사업관련성을 먼저 검토한 다음, 통상성과 수익관련성 중 어느 하나의 요건만 충족

금으로 인정받을 수 있게 된다. 세원을 확보해야 하는 과세관청의 입장에서 과세소득을 줄여주는 손금의 인정요건에 엄격한 제한을 가한 입법이라고 하겠다.

한편 법인세법 제19조 제4항은 손비의 범위 및 구분 등에 필요한 사항을 시행령으로 위임하고 있고, 이에 따라 법인세법 시행령 제19조 각 호는 손금의 구체적 유형을 개별적으로 정하면서 제23호에서 “그 밖의 손비로서 그 법인에 귀속되었거나 귀속될 금액”이라는 포괄적인 규정을 두어 각 호에서 규정되지 않은 비용도 법인세법 제19조 제1항 및 제2항의 요건을 갖춘 경우에는 손금으로 볼 수 있는 구조를 취하고 있다.

3. 출자전환손실에 대한 법인세법 제19조 적용 가능성

(1) 출자전환손실의 법적 성격에 대한 재구성

채권자법인의 출자전환손실의 세무상 취급에 대하여, 앞서 본 바와 같이 기존 행정해석은 부당행위계산부인대상에 포섭되지 않는 한, 이를 채권의 임의포기에 따른 손실로 보아 기부금 내지 접대비 해당 여부를 따지고 정당한 사유가 있는 경우에 한하여 법인의 대손금으로 인정하여 왔다. 이러한 유권해석에 기반하여 과세관청은 그동안 출자전환손실을 채권의 포기에 의한 대손금으로 취급하면서 그 인정요건인 정당한 사유의 의미를 좁게 해석하거나, 접대비로 규율하면서 한도초과액을 손금불산입하는 방식으로 손금인정 범위를 좁혀서 운용하였고, 그 결과 정상적인 출자전환에 따른 손실임에도 채권자법인은 이를 세무상 손금으로 인정받지 못하게 되는 불이익을 받게 되었다.

이러한 그간의 과세행정에서 노정된 불합리한 문제점을 극복하기 위해, 출자전환손실의 법적 성격을 새로운 시각에서 조명해야 할 필요성이 도출된다.⁴¹⁾ 생각건대, 출자전환 과정에서 채권자법인은 자신이 가지고 있던 채

하면 손금으로 인정하는 것이 지배적인 견해이다.

41) 이재우/김진수는 출자전환손실을 대손금으로 포섭하기 위한 요건인 ‘정당한 사유’에 대한

무자법인에 대한 채권에 ‘같음’하여 해당 법인의 주식을 발행받아 주주로 되는데, 문언적 의미 내지 경제적 실질 측면에서 이를 채권의 임의 포기라고 의제하기는 어렵다고 판단된다. 또한 해당 주식의 가치를 0원으로 보지 않는 이상 채권자법인이 보유하고 있던 채권을 완전히 포기하였다고 보기는 곤란하고, 향후 채무자법인의 재무구조 정상화로 인하여 출자전환으로 받은 주식 가치가 오히려 상승할 가능성도 있음을 고려하면 더욱 그러하다. 과세관청과 달리 조세심판원도 “대출채권을 출자전환하는 경우 대출채권은 소멸하고 그에 대신하여 주식을 취득하게 되는 것이므로 대출채권을 출자전환하면서 손실이 발생하였다면 그 손실은 위에서 말한 청구권이 법적으로 소멸된 경우에 해당한다고 볼 수 있으므로 해당 대출채권의 출자전환손실은 대출채권이 소멸되어 손실이 발생한 날이 속하는 사업연도의 손금으로 산입하는 것이 타당하다고 할 것이다.”이라고 결정하여(조심 2011서1047, 2014. 9. 4.) 출자전환손실의 법적 성격을 채권처분손실로 전제하는 입장에 있는 것으로 보인다.

이렇듯 출자전환손실의 법적 성격을 기존 해석례와 달리 채권의 처분손실로 재구성하게 되면 - 해당 자산이 업무무관자산에 해당한다는 등 특별한 사유가 없는 것을 전제로 - 해당 손실을 법인세법 제19조를 근거규범으로 하여 손금산입할 수 있는 논리적 실마리가 생기게 된다. 그렇다면 채권자법인 입장에서는 출자전환손실에 대하여 채권의 처분손실로서 법인세법 제19조 및 같은 법 시행령 제19조 제23호 “그 밖의 손비로서 그 법인에 귀속되었거나 귀속될 금액”에 해당함을 주장할 수 있을 것이다.

판단기준이 명확하지 아니하여 과세관청은 국고주의적 관점에서 이를 제한적으로 해석하게 되었고, 채무자법인의 재무구조의 부실화가 예상되거나 진행되는 과정에서 채권자법인이 선제적으로 출자전환을 한 경우에는 세무상 손금으로 인정받기 어려운 점 등을 제시하면서 출자전환손실을 채권의 포기에 따른 손실이 아니라 자산의 처분손실로 보는 것이 타당하다고 주장하였다. 이재우/김진수, “주식 시가가 채권가액 이하인 액면 출자전환의 과세문제와 개선방안”, 「세무와 회계연구」 제19호(제8권 제3호), 한국세무사회 부설 한국조세연구소, 2019년, 310~311면.

(2) 법인세법 제19조의2, 제24조, 제25조와의 관계

1) 개요

법인세법 제19조 제2항은 사업관련성, 통상성, 수익관련성이 인정되는 순자산감소 거래에 따른 손비라고 하더라도 타법뿐만 아니라 “법인세법에서 규정하는 것을 제외”한다고 선언하면서, 이를 받아 법인세법 제19의2부터 제28조까지 순자산이 감소되더라도 손금으로 산입하지 않는 내용을 구체적으로 정하고 있다. 즉 위 손금불산입 제규정은 법인세법 제19조의 요건을 갖추어 일응 인정될 수 있는 손금의 범위를 ‘제한’하거나 ‘확대’하는 기능을 하고 있는 것이다.⁴²⁾

법인세법상 과세소득을 순자산의 증감과 달리 입법할 수 있는 것은 ① 세법체계상 또는 법인세법 이론상의 이유 ② 조세정책상의 이유 ③ 과세공평을 유지하기 위한 목적 ④ 사실에 반하는 내용의 조정 또는 기술적인 이유 등에서 근거가 있다.⁴³⁾ 결국 법인세법 제19조와의 관계는 각 손금불산입 항목의 성격에 따라 개별적으로 고찰되어야 한다.

2) 기부금 규정(법인세법 제24조)과의 관계

먼저 기부금은 본래 손금성은 없으나 일정 범위 내의 공익적 지출에 대하여 손금 산입을 허용하는 것⁴⁴⁾이라고 본다면, 기부금을 정의하고 있는 법인세법 제24조는 조문제목(기부금의 손금불산입)과는 달리 법에서 손금이 아님에도 ‘손금으로 특별히 산입해 준 것’으로 보게 된다. 그런데 기부금은 그 개념 표지(사업과 직접적인 관계없이 무상으로 지출하는 금액)에서 사업관련성과 수익관련성을 처음부터 충족할 수 없으므로 법인세법 제19조 적용 여부가 문제되는 경우는 상정하기 어렵다.

3) 대손금 규정(법인세법 제19조의2)과의 관계

다음으로 대손금은 손금성은 있으나 정책적 이유로 손금산입이 인정되

42) 김재승, 앞의 글, 54면.

43) 이창희, 앞의 책, 968면.

44) 임승순, 앞의 책, 679면.

지 않는다. 왜냐하면 채권 회수불가능의 판단기준이 모호한 점에서 대손금을 납세자의 주장대로만 손금으로 인정하게 되면 대손금을 통한 손금의 과다계상으로 과세의 명확성과 형평성이 확보되지 않기 때문이다.⁴⁵⁾ 법인세법 시행령 제19조의2 제1항 각 호가 대손금 유형을 개별적으로 규정하면서도 마지막에 유형적 포괄주의 규정을 두고 있지 않는 입법 구조도 이러한 정책적 판단에 근거한 것이다. 그렇다면 납세자가 회수불능채권으로 주장하였으나, 동 채권이 법인세법 제19조의2의 각 대손금 유형에 부합하지 않을 경우, 이에 대하여 제19조로 다시 돌아가서 손금성을 재검토하자는 것은 받아들이기 어렵다고 판단된다.

4) 접대비 규정(법인세법 제25조)과의 관계

가장 문제가 되는 것은 접대비와 관련된 논의이다. 실무에서 납세자와 과세관청 간의 분쟁이 빈번하게 발생하는 영역이기도 하다. 접대비의 법적 성격에 대해서는, 원래 손금성이 인정되지만 소비성 지출이기 때문에 조세정책적으로 손금 인정의 범위를 법에서 제한한 것이라는 견해와 접대비는 손금성이 인정되지 않지만 기업 운영의 현실적 필요를 위하여 조세정책적으로 손금으로 인정해 주는 것이라는 견해가 대립하고 있다.

일부 견해는 전자의 논리를 취하면서 만약 접대비가 원래 손금항목이 아님에도 손금으로 보겠다면, 즉 법인세법 제19조 제2항의 요건을 갖추지 않더라도 손금으로 인식되는 별개의 손금으로 해석한다면, 손금으로서의 접대비 인식요건이 원칙에 비해 완화되어 있는 것이고 이러한 완화된 기준을 접대비에만 적용하는 것은, 그에 합당하는 다른 사정이 확보되지 않는 한 소득계산의 법리에 어긋난다고 지적하고 있다.⁴⁶⁾ 같은 취지에서 공익성이 있는 기부금의 경우 일정 범위에서 손금산입을 인정해 주어야 할 조세정책적 요인이 있는 반면, 접대비의 경우 사적 용도와 불건전한 소비지출을 수반하는 점에서 법인세법 제25조의 접대비 손금불산입 규정은 본래 손금항목인 접대비를 법에서 규제하기 위한 규정으로 이해하고 있는 견해도 있

45) 강석규, 앞의 책, 611면.

46) 김현동, 앞의 글, 268면.

다.⁴⁷⁾ 이러한 입장에서는 법인이 지출한 비용이 접대비로 손금 산입되기 위해서는 일반규정인 법인세법 제19조에 더하여 제25조의 요건도 추가적으로 충족되어야 한다.

그러나 전술하였듯이 접대비의 범주는 사업경비이면서 동시에 사적 편익을 추구하는 행위, 즉 즐거움을 위하여 ‘놀이 마시는 소비성 지출’에 한정되어야 한다. 즉 접대비는 기업의 돈으로 소비를 즐기는 사람들에게 소득세를 물릴 수 없는 이상 그러한 법인의 비용을 손금불산입해야 조세중립성이 유지된다는 생각에서 고안된 개념⁴⁸⁾인 점에서, 입법자는 적어도 손금으로 인정되는 범정한도 내에서는 (법인세법 제19조 제2항의 요건 충족을 검토할 필요 없이) 완화된 기준으로 접대비의 손금성을 판단하고 있다고 짐작된다. 그렇다면 접대비는 본래 손금성이 없는 소비성 지출임에도 법인세법 제25조에서 특별히 규정되어 업무관련성이 있는 경우에만 범정한도 안에서 완화된 기준에 따라 손금산입되는 것으로 보아야 한다.

따라서 이러한 접대비 규제 취지를 감안하면, 위 범정한도를 초과하는 소비성 지출에 대하여는 법인세법 제19조 일반 손금 규정의 적용 논의는 애초부터 불필요할 것이나, 법인세법 제25조에서 업무관련성을 접대비의 요건으로 규정하고 있다는 점만을 주목하여 소비성 지출이 아님에도 과세관청에 의하여 과세근거로 확대 적용되는 경우라면 납세자 입장에서는 법인세법 제25조 적용에 대한 위법성을 지적하면서 동시에 일반규정인 제19조에 의한 손금 인정을 주장할 수 있을 것이다.

(3) 법인세법 제19조 및 같은 법 시행령 제19조 제23호에 근거한 손금 인정

출자전환손실을 채권의 임의포기에 따른 손실이 아니라 채권처분손실로 구성하여 법인세법 제19조 및 같은 법 시행령 제19조 제23호 “그 밖의 손비로서 그 법인에 귀속되었거나 귀속될 금액”에 근거하여 검토하게 된다

47) 김재승, “법인세법상 접대비 관련 규정의 해석”, 「법학논집」 30(1), 2010년 3월, 376~377면.

48) 이창희, 앞의 책, 982-985면.

면, 법인세법상 손금 인정 여부에 대한 보다 합리적인 기준으로 작동할 수 있음은 앞서 살펴보았다.

그런데 채권자법인의 출자전환손실에 대한 법인세법 제19조 적용 여부와 관련된 실제 법률상 쟁송에서는, 제2항에서 손금의 요건으로 규정된 세가지 요소 중 ‘통상성’ 요건이 중점적으로 심리될 것으로 판단된다. 왜냐하면 처음부터 사업관련성이나 수익관련성이 없는 경우라면 그 출자전환은 경제적 합리성이 없이 특수관계법인인 채무자법인에게 경제적 이익을 분여하는 것으로 인정될 가능성이 커서 부당행위계산부인 규정이 먼저 적용될 수 있기 때문이다.

대법원은 통상성의 의미에 대해, “법인세법 제19조 제2항에서 말하는 ‘일반적으로 용인되는 통상적’인 비용이라 함은 납세의무자와 같은 종류의 사업을 영위하는 다른 법인도 동일한 상황 아래에서는 지출하였을 것으로 인정되는 비용을 의미하고, 그러한 비용에 해당하는지 여부는 지출의 경위와 목적, 형태, 액수, 효과 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.”고 판시하였다(대법원 2009. 11. 12. 선고 2007두12422 판결).

따라서 채권자법인 입장에서 출자전환손실을 법인세법 제19조에 근거하여 손금으로 인정받기 위해서는, 자신이 속한 업계에서 같은 업종을 영위하는 다른 법인도 같은 경영상 판단(예를 들면, 계속기업으로 존속하기 위해서는 자본의 확충 또는 채무의 감축이 필수적이었으므로 출자전환으로 자구책을 마련할 수밖에 없었다는 점 등)을 하였을 것이라는 점, 해당 출자전환손실이 자신의 사업에 필요하였던(necessary) 비용일 뿐만 아니라 통상적인(ordinary) 비용이었다는 점⁴⁹⁾ 등을 객관적이고 구체적으로 입증하여야 할 것이다.⁵⁰⁾

49) 미국 내국세법 제162조.

50) 법인세 부과처분 취소소송에서 과세처분의 적법성 및 과세요건사실의 존재에 대한 증명책임은 과세관청에게 있으므로 과세표준의 기초가 되는 각 사업연도의 익금과 손금에 대한 증명책임도 원칙적으로 과세관청에게 있다고 할 것이나, 납세의무자가 신고한 어느 손금의 용도나 지급의 상대방이 허위라거나 손금으로 신고한 금액이 손비의 요건을 갖추지 못하였다는 사정이 과세관청에 의하여 상당한 정도로 증명된 경우에는 증명의 난이도라든가 공평의 관념 등에 비추어 그러한 비용이 실제로 지출되었다거나 다른 사정에 의하여 손비의 요건이 충족된다는 점에 관한 증명의 필요는 납세의무자에게 돌아

VI. 결 론

영업부진 등 누적된 결손으로 재무구조의 불량화가 진행된 채무자법인의 경영정상화를 위한 목적에서 이루어지는 출자전환과정에서는 채권자법인의 경제적 손실이 일반적으로 수반된다. 출자전환으로 발행된 채무자법인의 주식 시가는 보통 채권자법인의 채권가액에 미치지 못하는 현실이고 채권자법인은 그 차액을 보전 받지 못할 것이기 때문이다. 따라서 재정적 어려움에 당면한 기업의 갱생을 지원하고 관련 당사자들의 이해관계를 조절하기 위한 의도에서 지출된 채권자법인의 출자전환손실에 대하여는 그 출자전환이 조세회피목적으로 이루어졌다는 특단의 사정이 없는 한, 세무상으로 불이익이 없도록 해야 한다. 출자전환에서 채무자법인이 과세이연요건을 구비하지 못하는 일반회사인 경우 원칙적으로는 채무면제이익이 과세되는 것을 감안하면, 그에 상응하여 채권자법인이 비용으로 인식한 출자전환손실은 가능한 한 손금으로 포섭할 수 있어야 한다. 그러나 경제활동의 수많은 영역에서 과세되는 각종 거래에 대하여 다양한 형태의 과세제기를 포착하여 과세권을 행사하려는 과세관청의 경향성은 이러한 출자전환과정에서도 발현되어 납세자와 불필요한 분쟁을 유발하고 있다.

이 글은 이러한 문제의식 하에서 출자전환과정에서 채권자법인이 입은 출자전환손실에 대하여 제한적 범위 내에서만 손금으로 인정해 온 과세관청의 정당성에 의문을 제기하면서, 먼저 출자전환손실의 법적 성격을 규명하여 기존의 ‘채권의 임의포기에 따른 손실’이 아닌 ‘채권의 처분손실’로 재구성할 것을 제안한 다음, 이를 이론적 토대로 하여 손금에 관한 일반규정인 법인세법 제19조를 근거규범으로 하여 동 손실을 손금산입할 수 있는 해석론을 제시하였다.

다만, 본 연구에서 검토한 명제가 조세회피목적으로 악용되지 않기 위해서는 해당 출자전환의 실질에 대한 면밀한 분석이 선행적으로 이루어져야 한다. 예를 들어, 특수관계에 있는 채무자법인 주식의 시가가 이에 미치

간다고 보아야 한다(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012두23341 판결 등).

지 못함에도 액면가액으로 출자함으로써 조세회피행위에 해당한다는 사실이 다른 부가사정과 함께 과세관청에 의해 구체적으로 입증된 경우라면, 이러한 행위는 채무자법인의 조세부담을 부당하게 감소시켜 특수관계자 간에 이익을 분여한 것으로 볼 수 있으므로 부당행위계산부인 규정이 먼저 적용되어야 할 것이다. 만약 이와 달리 해당 출자전환이 경제적 합리성을 갖추고 있다고 인정된다면, 그 다음으로는 법인세법 제19조 적용과 관련하여서 통상성 요건의 충족 여부가 중점적으로 심리되어야 한다.

결국 채권자법인의 출자전환손실의 손금성 인정과 관련된 납세자와 과세관청의 소모적 분쟁을 방지하기 위해서는, 과세관청에서 “출자전환이 경제인의 입장에서 볼 때 부자연스럽고 불합리한 행위인지(특수관계 있는 법인의 경우)”와 “출자전환손실이 납세의무자와 같은 종류의 사업을 영위하는 다른 법인도 동일한 상황 아래에서는 지출하였을 것으로 인정되는 비용인지”의 판단기준만으로 과세권 행사의 한계를 스스로 설정해야 할 것이다.

출자전환손실의 법인세법상 손금 인정에 관한 연구	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
- 김 상 진 · 신 호 영	2021.05.30.	2021.06.14.	2021.06.29.

[참고문헌]

- 강련호, “출자전환시 채권자에 대한 대손금과 대손세액공제의 문제점과 개선방안”, 「세무와 회계 연구」 10(1), 한국세무사회 부설 한국조세연구소, 2021년 2월.
- 강석규, 「조세법쟁론」 2020개정판, 삼일인포마인, 2020년.
- 김영원/권형기, “출자전환 회생채권의 대손금과 대손세액공제 개선에 관한 연구”, 「서울법학」 28(2), 서울시립대학교 법학연구소, 2020년 8월.
- 김완석, “법인세법상 손금의 해석에 관한 연구”, 「세무학연구」 19(2), 2002년 12월.
- 김완석/황남석, 「법인세법론」 2018개정증보판, 삼일인포마인, 2018년.
- 김재승, “법인세법상 접대비 관련 규정의 해석”, 「법학논집」 30(1), 2010년 3월.
 , “법인세법 제19조의 해석”, 「조세법연구」 17(2), 2011년 8월.
- 김현동, “세법상 접대비 규제의 본질”, 「조세법연구」 21(3), 한국세법학회, 2015년 11월.
- 박창수, “법인세법상 대손금의 범위에 관한 해석”, 「조세법의 쟁점Ⅲ」, 법무법인 태평양 조세팀, 2018년 3월.
- 배영석/배한빈, “출자전환하는 채권자에게 세무상 손익 발생에 관한 연구”, 「조세논총」 54, 한국조세법학회 제5권 제4호, 2020년 12월.
- 서울회생법원 재판실무연구회, 「회생사건실무(상)」, 제5판, 박영사, 2019년.
- 송동진, 「법인세법」 초판, 삼일인포마인, 2020년.
- 이승문, “법인세법상 자산의 취득가액-출자전환주식의 취득가액을 중심으로-”, 「국민대학교 법학연구소 학술발표대회논문집」, 국민대학교 법학연구소, 2009
- 이재우/김진수, “주식 시가가 채권가액 이하인 액면 출자전환의 과세문제와 개선방안”, 「세무와 회계연구」 제19호(제8권 제3호), 한국세무사회 부설 한국조세연구소, 2019.
- 이중교, “채무의 출자전환에 따른 과세문제”, 「조세법연구」 20(2), 한국세법학회, 2014년 8월.
- 이창희, 「세법강의」, 제18판, 박영사, 2020년.
- 임승순, 「조세법」 제20판, 박영사, 2020년.
- 재정경제부, 「98간추린 개정세법」, 1999년.
- 한만수, “자본구조조정 및 채무조정의 과세효과에 관한 고찰”, 「조세법연구」 14(1), 한국세법학회, 2008년 4월.

【국문초록】

출자전환하는 법인은 출자전환을 통하여 피출자전환법인의 주식을 받고 채권을 소멸시킴으로써 피출자전환법인과 관계가 채권자에서 주주로 변경된다. 그런데 출자전환에서 재무구조가 양호하지 못한 피출자전환법인의 경우 일반적으로 해당 주식의 시가는 채권가액에 미달하기 마련이다. 이때 출자전환법인에게는 채권가액과 해당 주식 시가와의 차액(출자전환손실)을 손금산입하여 법인세법상 과세소득을 줄여야 하는 문제가 발생한다. 출자전환에서 피출자전환법인이 과세이연요건을 구비하지 못하는 일반회사인 경우 원칙적으로 채무면제이익이 과세되는 것을 감안하면, 그에 상응하여 출자전환한 법인이 비용으로 인식한 출자전환손실은 가능한 한 손금으로 포섭되어야 한다.

그러나 경제활동의 수많은 영역에서 과생되는 각종 거래에 대하여 다양한 형태의 과세계기(taxable events)를 포착하여 과세권을 행사하려는 과세관청의 경향성은 이러한 출자전환과정에서도 나타난다. 특히 피출자전환법인이 특수관계자인 경우 출자전환법인의 출자전환손실에 대하여 과세관청에서는 당초 부당행위계산부인 규정을 적용하여 손금성을 부인하여 왔는데, 대법원과 조세심판원에서 ‘경제적 합리성’을 해당 행위의 이상성(異狀性) 판단의 기준점으로 삼기 시작하면서부터는 일반적인 출자전환손실에 대해서는 손금성 부인의 근거를 잃게 되었다.

한편 채권의 회수불능이 ‘외적 사정’에 의하여 객관적으로 확정된 채권의 미회수손실액이라는 점을 고려하면 법인 자신의 ‘내부 판단’에 의한 출자전환을 대손사유로 포섭하는 것은, 대손사유를 엄격하게 규정하고 있는 현행 법인세법 시행령 범문언의 문리해석에 벗어난다.

그 대안으로 제시된 접대비 규정은 범문언상의 포괄성으로 인하여 과세권을 확보하려는 과세관청 입장에서 실무상 많이 사용되고 있으나, 접대비의 범주는 업무관련성의 전제 하에 ‘즐거움을 위하여 놓고 마시는 소비성 지출(entertainment expense)’로 한정되어야 한다. 이러한 견지에서 사고하게 되면 과세관청에 의해 접대비로 세법상 취급되는 많은 것은 과세권의 한

계에 봉착하게 됨을 쉽게 알 수 있게 되고, 특히 채권자법인의 출자전환손실에 대하여 동 규정을 근거로 규율하려는 시도는 더욱 세법상 접대비 규제의 본질과 취지에 부합하지 않게 된다.

그렇다면 출자전환과정에서 출자전환법인이 입은 출자전환손실은, 일반손금요건을 규정하고 있는 법인세법 제19조의 요건을 충족하였는지를 검토하여 손금산입 가능성을 판단하는 것이 합리적인 기준이 될 것이고, 동 손실의 성격을 종래와 같이 ‘채권포기액’이 아닌 ‘채권처분손실’로 재구성하여 법인세법 시행령 제19조 제23호의 “그 밖의 손비로서 그 법인에 귀속되었거나 귀속될 금액”에 해당하는지를 살펴보는 방식으로 전환하는 것이 타당할 것이다.

출자전환은 피출자전환법인의 재무구조 개선과 관련된 여러 경제적 선택지 중에서 출자전환하는 법인이 내린 경영상 판단(business judgment)에 따른 것이다. 이러한 기업 정상화의 목표에 따라 행해진 출자전환과 그에 따르는 손실에 대하여 세법상 잣대를 지나치게 확대하여 출자전환한 법인의 손금산입을 불허하는 것은 온당하지 못한 처사라고 생각한다. 따라서 현행 법령과 대법원 판례 취지에 부합하지 아니하는 출자전환손실에 관한 과세관행은 지양되어야 하고, 이러한 경제적 선택의 영역에서는 - 조세회피 목적이 명백하다는 특단의 사정이 없는 한 - 세법의 역할은 최소한으로만 작동되도록 통제되어야 할 것이다.

【Abstract】

A Study on Deductible Expense under the Corporate
Income Tax Law in a Debt-Equity Swap

Kim, Sang Jin

(Deputy Director, Tax Tribunal)

Shin, Ho Young

(Professor, School of Law, Korea University)

A creditor corporation is changed from a creditor to a shareholder by receiving the stocks of the debtor corporation and extinguishing the bonds through Debt-Equity Swap('DES'). However, In ordinary circumstances, The market price of the stock whose debtor corporation with poor financial is usually less than the bond price. At this time, there arises a problem of reducing taxable income under the corporate tax law by deducting the difference between the bond price and the market price of the stock. In the case of debtor corporation that is a general company that does not meet the tax deferral requirements, when considering that Income from Discharge of Indebtedness(DOI Income) are taxed, and the losses creditor corporation recognized as an expense should be covered as deductible as possible.

But, the tendency of the tax authorities to exercise their right to taxation by capturing various types of taxable events for various transactions derived from numerous areas of economic activity is also seen in DES process. With regard to transactions between affiliate

corporations, the tax authorities initially apply the rule that ‘the Denial of Improper Transactions and Calculations’(section 52 of the Corporate Income Tax Law). but, the Supreme Court and the Tax Tribunal began to use ‘economic rationality’ as the basis for judgment, the grounds on Denial of deductible expense in DES have been lost.

Considering that the inability to collect bonds is the amount of uncollected losses of bonds objectively determined by external circumstances, the inclusion of bonds as a cause for bad debt by a corporation under its own internal circumstances is not a literary interpretation.

The entertainment expense regulation is widely used in practice from the standpoint of tax authorities to secure taxation rights due to the inclusiveness of the legal text, but the concept of entertainment expenses should be limited to ‘entertainment expense’ to play and drink for pleasure’ under the premise of business relevance. When thinking from this point of view, it is easy to see that the attempt to regulate the loss of creditor corporation in DES as entertainment expenses is not in accordance with the purpose of the entertainment expenses regulation under the tax law.

If so, it would be a reasonable criterion to determine the possibility of deductible expense by examining whether the expense of DES the entity met the requirements of section 19 of the Corporate Income Tax Law. As ‘expense on disposition of bonds’, it corresponds to “amount to be attributable to or attributable to the corporation as other deductible expenses” in section 19, No. 23 of the Enforcement Decree of the Corporate Income Tax Law.

DES is based on a business judgment made by creditor corporation among several economic options related to the improvement of the financial structure of debtor corporation. I think it is unfair not to allow

creditor corporations to take into account deductible expense by excessively expanding the standard under the tax law. Therefore, the administrative interpretation of deductible expense in DES, which does not conform to the current laws and the Supreme Court precedent, should be deleted(complemented), and the role of the tax law should be controlled to operates to a minimum in this area of economic choice.

주제어(Keyword) : 출자전환(Debt-Equity Swap), 손금(Deductible Expense), 채권처분 손실(Loss on Disposition of Bonds), 접대비(Entertainment Expense), 법인세법 제19조(Section 19 of the Corporate Income Tax Law)

기업의 프라이버시 증진 활동의 경쟁법 쟁점: 탐색적 고찰*

류 시 원**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---------------------------------------|----------------------------------|
| I. 서론 | 3. 구글과 애플의 정책 변경에 대한 해외의 경쟁법적 대응 |
| II. 데이터 프라이버시에 관한 경쟁법 논의 및 집행 현황 | IV. 사업자의 프라이버시 증진 활동에 대한 경쟁법적 접근 |
| 1. 데이터와 경쟁, 그리고 프라이버시 | 1. 프라이버시 증진 활동의 경쟁법상 문제의 소재 |
| 2. 데이터 프라이버시에 관한 경쟁법적 논의 현황 | 2. 구조적 차이의 인식에 바탕한 기존 논의의 참조 |
| 3. 경쟁법 적용 사례들 | 3. 프라이버시 보호의 성격과 경쟁정책상 시사점 |
| III. 프라이버시-경쟁법 문제의 새로운 양상: 구글과 애플의 사례 | 4. 정보보호당국과의 정책적 협력의 요청 |
| 1. 온라인 광고생태계에서 이용자 데이터의 역할 | V. 결론 |
| 2. 거대 플랫폼 기업의 프라이버시 강화와 그 배경 | |

* 주제 선정 및 연구 과정에서 소중한 조언과 격려를 베풀어주신 고려대학교 법학전문대학원의 이황 교수님과 이희정 교수님께 감사의 말씀을 올립니다.

** 법무법인(유) 세종 변호사, 고려대학교 ICR센터 연구원.

I. 서론

‘데이터 경제’ 혹은 ‘데이터 주도 경제’는 데이터를 연료로 삼아 움직이는 디지털 산업사회의 특징을 잘 표현한 말이다. ‘GAFA’로 대표되는 거대 온라인 플랫폼의 발흥을 배경으로 데이터 기반 사업모델이 디지털 산업에서 점점 더 중요한 역할을 하고 있다. 상업적 의미를 갖는 데이터는 많은 경우 이용자에 관한 정보를 담고 있고, 인터넷과 모바일 환경에서 광범위하게 수집된다. 이에 따라 데이터에 대한 경쟁정책의 관심사는 프라이버시 문제를 자연스럽게 포괄하게 되었다.

근래에 독일과 프랑스를 필두로 각국 경쟁당국들이 데이터의 경제적 기능과 그 수집·이용행위에 대한 경쟁법의 집행원리를 분석한 보고서들을 연달아 발표하고 있다.¹⁾ 이들 보고서는 데이터의 경쟁법적 문제를 프라이버시 문제와 함께 분석하고 있는데, 대표적으로 독일·프랑스 경쟁당국의 보고서는 정보보호법제와 경쟁법제가 비록 서로 다른 목표를 추구하지만 프라이버시 관련 우려가 경쟁과 관련된 경우라면 경쟁법이 기업결합 및 남용행위 통제 국면에서 적용될 수 있다는 관점을 명시적으로 표명했다.²⁾ 이러한 흐름에 발맞춰 국내의 경쟁법학계에서도 데이터를 주제로 한 경쟁법 연구가 다수 발표되었고,³⁾ 이들 역시 거의 빠짐없이 프라이버시 쟁점을 거론한다. 국내외의 선행연구는 세부 입장 차이에도 불구하고, 기업의 프라이버시

1) 황태희·김민기·조혜신·윤성훈, “빅데이터와 경쟁정책: 국내 온라인 비즈니스 분야 시장 현황 분석을 중심으로”, 『정보통신정책연구』 제26권 제3호(2019), 104-105면.

2) Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, May 10, 2016.

3) 국내의 선행연구로는, 강정희, “빅데이터 기반의 디지털 경제와 경쟁법의 과제”, 『선진상사법률연구』 통권 제74호(2016); 오승한, “빅데이터 산업의 개인정보침해 행위에 대한 경쟁법의 적용가능성”, 『경쟁법연구』 제38권(2018); 이호영, “빅데이터의 경쟁법적 함의에 관한 연구”, 『법경제학연구』 제15권 제3호(2018); 주진열, “디지털 플랫폼 사업자의 빅데이터와 관련한 시장지배력 및 프라이버시 문제에 대한 고찰”, 『경쟁법연구』 제39권(2019); 최단설현, “기업결합 심사에 있어서 빅데이터의 경쟁법적 의미”, 『외법논집』 제41권 제4호(2017); 신영수, “빅데이터의 경쟁제한효과에 대한 법적 판단기준 연구”, 『법학논고』 제69집(2020); 이문지, “디지털시대의 빅데이터와 경쟁법”, 『경영법률』 제28집 제2호(2020) 등이 있다.

보호 수준을 비가격 경쟁의 요소로 보는 견지에서 ‘데이터에 의한 경쟁우위가 프라이버시 품질 저하를 유도하여 경쟁에 영향을 미칠 우려’의 관점에서 프라이버시 문제를 조망하는 면에서 대체로 공통된다.

그런데 최근 시장에서 위와 같은 기존의 논의 구조로 포섭하기 어려운 현상이 발생하고 있어 그에 대한 각국 경쟁당국의 대응에 이목이 쏠린다. 구글과 애플이 각각 제3자 쿠키와 모바일 광고 식별자를 통한 이용자 트래킹을 금지하거나 억제하는 정책을 발표한 것으로 대표되는, 민간의 프라이버시 증진 활동이 그것이다. 웹 브라우저와 모바일 운영체제 시장에서 강력한 지위를 가진 이들 기업의 프라이버시 정책은 맞춤형 광고를 근간으로 한 온라인 광고생태계에 심각한 위협으로 받아들여지고 있다.⁴⁾ 구글의 프라이버시 정책 변경에 대해 영국과 유럽연합의 경쟁당국이 조사를 진행중이고,⁵⁾ 애플에 대해서도 프랑스와 독일 경쟁당국에 신고가 접수되는 등⁶⁾ 프라이버시 관점에서는 환영할 법도 한 사업자의 행위에 경쟁법 위반의 의심이 드리워지고 있다. 이러한 상황은 프라이버시 품질의 ‘저하’ 위협에만 주목해왔던 기존의 경쟁법적 시각으로는 설명하기 어려운 현상으로서, 우리에게 다음과 같은 질문을 던진다. 프라이버시 품질을 ‘향상’하기 위한 사업자의 자율적 활동에 경쟁법이 개입하는 것이 바람직한가? 만약 개입한다면 위의 구조적 차이는 경쟁법적 접근에 어떤 영향을 미치는가?

4) Megan Graham, ‘Apple’s seismic change to the mobile ad industry is drawing near, and it’s rocking the ecosystem’, *CNBC* (December 15, 2020) <<https://www.cnbc.com/2020/12/15/apples-seismic-change-to-the-mobile-ad-industry-draws-near.html>>; Scott Clark, ‘How Apple and Google’s Tracking Rules Are Impacting Advertisers and Marketers’, *CMSWire* (April 6, 2021) <<https://www.cmswire.com/digital-marketing/how-apple-and-googles-tracking-rules-are-impacting-advertisers-and-marketers/>>.

5) CPI, ‘EU’s Vestager Says Google’s Planned Removal Of Third-Party Cookies Is An Antitrust Concern’, *Competition Policy International* (April 25, 2021) <<https://www.competitionpolicyinternational.com/eus-vestager-says-googles-planned-removal-of-third-party-cookies-is-an-antitrust-concern/>>.

6) Scott Ikeda, ‘Apple Facing Another Antitrust Complaint Over New App Tracking Transparency Framework’, *CPO Magazine* (May 3, 2021) <<https://www.cpomagazine.com/data-privacy/apple-facing-another-antitrust-complaint-over-new-app-tracking-transparency-framework/>>.

이 글에서는 이와 같은 새로운 문제의 양상을 소개하고, 그에 대한 경쟁법적 접근의 방향성을 위 연구질문들을 중심으로 모색하고자 한다. 먼저 데이터 프라이버시의 경쟁법적 쟁점에 관한 기존 논의와 사례들을 살피고(Ⅱ), 구글과 애플의 프라이버시 정책 변경 및 이와 관련된 해외 경쟁정책 대응 동향을 소개한다(Ⅲ). 이어 그와 같은 새로운 문제에 대한 경쟁법적 접근의 방향성을 탐색하는(Ⅳ) 순서로 검토한다.

Ⅱ. 데이터 프라이버시에 관한 경쟁법 논의 및 집행 현황

1. 데이터와 경쟁, 그리고 프라이버시

데이터, 그 중에서도 특히 이용자 데이터는 디지털 산업의 중요한 혁신 재료이다. 이용자 대면 서비스 등을 통해 수집되는 각종 데이터는 이용자의 요구를 적절히 파악하여 더 나은 경험을 제공하는 품질개선활동을 가능케 하며, 이용자 데이터를 활용한 온라인 광고는 소비자 편익 증진에 기여하는 양질의 무료 서비스들이 출현, 존속할 수 있는 재정 환경을 조성한다. 유럽 집행위원회(European Commission)와 미국 연방거래위원회(Federal Trade Commission, FTC)의 수장들이 데이터를 현대의 ‘통화(currency)’라고 표현한 것은⁷⁾ 디지털 산업에서 데이터가 수행하는 위와 같은 역할에 주목한 것이다.

데이터는 비경합적인(non-rivalrous) 무형의 정보재로서, 동일한 데이터를 서로 다른 사업자가 각자 수집하여 이용하는 것이 가능하고 그 경우 각자의 이용은 서로의 편익을 감소시키지 않는다.⁸⁾ 그럼에도 불구하고 대다수의 데이터는 각 사업자가 자기 서비스에 활용할 목적으로 수집하고 이를

7) Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, ‘No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data’, *The Antitrust Source* (April 2015), p. 2 <<http://ssrn.com/abstract=2600051>>.

8) See Darren S. Tucker & Hill B. Wellford, ‘Big Mistakes Regarding Big Data’, *The Antitrust Source* (December 2014), p. 3 <<http://ssrn.com/abstract=2549044>>.

경쟁자에게 제공하지 않는다.⁹⁾ 이에 따라 각 사업자가 보유한 데이터는 경쟁의 유용한 수단이 된다. 데이터가 그 보유자에게 충분한 경쟁상 이점을 제공하기 위해서는 수집의 범위, 양, 속도에 있어 상당한 수준에 이르러야 하는데(이른바 ‘빅데이터’), 이처럼 일상생활의 여러 영역에서 수집된 대량의 정보에는 필연적으로 수많은 개인정보가 담기게 된다.¹⁰⁾ 또한 사업자는 데이터에서 새로운 가치를 이끌어내기 위해 데이터를 분석, 결합하여 이용자를 식별할 강한 경제적 유인을 갖는다.¹¹⁾ 그 결과 데이터 수집·이용행위는 정보주체의 프라이버시 권익과 밀접하게 관계된다. 이처럼 데이터 기반 사업모델에서 생기는 프라이버시 문제를 ‘데이터 프라이버시’라고 한다.

2. 데이터 프라이버시에 관한 경쟁법적 논의 현황

전통적으로 데이터 프라이버시는 정보보호법제나 소비자보호법제 영역에서 다루어졌다.¹²⁾ 그에 따라 데이터 주도 산업의 소비자 프라이버시 문제에 있어 약관 통제나 정보보호규제 외에 경쟁정책적 수단이 활용되는 것에 대해서는 대체로 소극적 입장이 취해져왔다.¹³⁾ 그러나 근래에 경쟁법의 소비자보호 기능과¹⁴⁾ 소비자보호·정보보호법제에 의한 문제 해결의 한계 등

9) 주진열, 앞의 글, 166면 참조.

10) 박준석, “빅 데이터 등 새로운 데이터에 대한 지적재산권법 차원의 보호가능성”, 『산업재산권』 제58호(2019), 81면.

11) 오승환, 앞의 글, 37면; 주진열, 앞의 글, 166-167면 참조. 유사한 견지에서, 미국 대통령 과학기술자문위원회가 2014년 작성하여 제출한 보고서에서는 디지털 데이터에 의해 촉발되는 프라이버시 관련 우려를 ‘과도한 수집(over-collection)’ 문제와 ‘데이터 결합(data fusion)’ 문제의 두 가지로 요약하여 제시하고 있다. President’s Council of Advisors on Science and Technology, *Big Data and Privacy: A Technological Perspective*, Report to the President, May 2014, p. 21 <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/big_data_and_privacy_-_may_2014.pdf>.

12) 최난설현, 앞의 글, 324면; 신영수, 앞의 글, 366-367면.

13) 오승환, 앞의 글, 41-42면.

14) 우리나라의 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 본문에서도 “공정거래법”으로 약칭함) 제1조는 이 법의 궁극적 목적이 “창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함”에 있음을 천명하고 있다. 소비

을 근거로 프라이버시 문제에 대한 경쟁법 개입의 요청이 대두되었다.¹⁵⁾ 유럽연합 데이터보호 감독기구(European Data Protection Supervisor, EDPS)는 이러한 기조를 반영하여 2014년 발간한 예비보고서에서 ‘프라이버시는 소비자 후생의 한 요소인바 경쟁법이 행위의 경쟁상 영향에 국한하지 말고 소비자 권익에 미치는 영향을 고려하여 프라이버시 보호에 있어 적극적인 역할을 수행할 것’을 주장하였다.¹⁶⁾ 한편 “데이터가 기업에 중요한 경쟁상 이점을 제공할 수 있는 경제적 핵심 자산”이라는¹⁷⁾ 인식에 기초해 프라이버시 침해를 데이터 집중이 초래할 경쟁상 폐해의 일부로 포섭하려는 시도도 나타났다. 데이터 프라이버시와 관련하여 가장 자주 인용되는 문헌 중 하나인 Stucke & Grunes(2015)는 이러한 관점을 더욱 발전시켜, 승자독식 현상이 나타날 수 있는 데이터 주도 경제에서 사업자들이 경쟁자에 대한 ‘데이터 우위’를 획득·강화하기 위해 반경쟁적 기업결합과 각종 배제적 행위로 나아갈 유인이 존재하고, 데이터 집중이 프라이버시 수준에 관한 비가격 경쟁(non-price competition)을 위축시켜 품질 저하의 경쟁상 해악을 낳을 수 있음을 지적하였다.¹⁸⁾

위에서 보듯이, 데이터 프라이버시에 관한 기존의 경쟁법 논의는 상품·서비스의 프라이버시 수준이 품질, 다양성, 기술 혁신과 대등한 차원의 비가격적 경쟁 요소라는 견지에서, 데이터의 집중에 의한 경쟁제한효과를 경쟁

자보호를 명시한 공정거래법의 목적 조항이 개인정보 보호를 경쟁법 집행영역에 적극적으로 포섭하려는 입장을 뒷받침할 수 있다는 견해로, 신영수, 앞의 글, 369면 참조.

15) 이러한 관점에 입각하여, “개인정보를 정보주체의 자기결정권 측면에서 보호하는 역할은 개인정보법체에 맡겨둔다고 할지라도 개인정보가 경쟁의 도구가 되는 경우, 즉 시장에 영향을 미치는 경우에는 당연히 경쟁법이 개입을 해야 할 것”이라고 주장하는 견해가 있다. 강정희, 앞의 글, 99면.

16) 이호영, 앞의 글, 295면, 각주 6. 참고로, EDPS는 2014년에 위 예비보고서를 발표한 데 이어 2016년 9월에 정식 의견서를 발간했다. EDPS, ‘Statement: The coherent enforcement of fundamental rights in the age of Big Data’, September 23, 2016 <https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2016/statement-coherent-enforcement-fundamental-rights_en>.

17) OECD, *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*, October 10, 2013, p. 319.

18) See Stucke & Grunes, *supra* note 7, pp. 4-8, 13.

압력 약화로 인한 프라이버시 품질 저하의 관점에서 주로 다루었다. 국내 선행연구들도 이러한 해외의 논의와 기본적인 방향성을 함께하여, 데이터 프라이버시에 관계된 경쟁제한의 우려로서 ① 데이터에 의한 진입장벽 및 시장지배력 형성, ② 경쟁자의 데이터 접근을 차단하는 등의 배제적 행위를 통한 경쟁제한, ③ 경쟁압력 감소에 따른 프라이버시 품질 열화, 혁신 지체 등의 가능성을 제시하며, 개인정보 과다 수집에 의한 소비자 착취의 문제를 함께 언급하기도 한다.¹⁹⁾ 통상 양면시장의 성격을 띠는 데이터 기반 사업모델에서는 네트워크 효과에 의해 다량의 이용자 데이터를 확보한 사업자일수록 이용자에게 개별화된 정보를 제공해 서비스 품질의 우위를 확보하기 쉽고, 향상된 서비스는 이용자 이탈을 막고 추가 이용자를 유입시켜 데이터를 더 많이 확보할 기반을 제공한다.²⁰⁾ 데이터 경제에서는 규모의 수확체감이 발생하지 않아 관리비용 증가에 따른 성장의 한계를 겪지 않고 데이터 우위를 끊임없이 강화하는 것이 가능하고,²¹⁾ 이러한 피드백 순환작용에 의해 승자독식이 일어나기 쉽다는 점에서 전통적 산업영역과 구별된다. 위의 작용이나 기업결합에 의해 이용자 데이터가 소수 사업자에게 집중되면 경쟁압력이 저하되어 프라이버시 품질을 비롯한 서비스 혁신의 유인이 낮아질 수 있다. 뿐만 아니라, 경쟁압력이 낮아진 상태에서는 데이터 보유에 기반해 독과점적 지위를 확보한 사업자가 더 많은 이용자 데이터를 수집하기 위해 의도적으로 프라이버시 보호 수준을 낮추더라도 경쟁력의 손상을 거의 입지 않기 때문에 소비자에 대한 프라이버시 착취가 가능해질 수 있다.

경쟁법 집행의 가부나 정도에 관한 입장에 있어서는, 프라이버시 보호 문제에 경쟁법이 적극적으로 개입할 것을 주장하는 견해로부터,²²⁾ 데이터

19) 이호영, 앞의 글, 300-304면; 최난설현, 앞의 글, 329-331면 등 참조. 한편, 신영수, 앞의 글, 9-11면에서는, 그 밖에 빅데이터 분석에 기초해 개별 소비자에 대한 거래조건을 차별하는 문제, 데이터셋이나 분석서비스에 관계된 끼워팔기나 사후시장(after-market)에서의 배타적 거래, 알고리즘 담합의 가능성 등을 빅데이터 관련 경쟁제한의 우려로 언급한다.

20) 오승한, 앞의 글, 61면; 최난설현, 앞의 글, 330면 등 참조.

21) Jan Whittington & Chris Jay Hoofnagle, 'Unpacking Privacy's Price', *North Carolina Law Review*, vol. 90, no. 5 (2012), p. 1351. 오승한, 앞의 글, 57면, 각주 81에서 재인용.

는 비경합재이자 그 가치가 사업자의 활용 능력에 달려 있어 진입장벽이 될 수 없으므로 프라이버시 문제는 경쟁법 외의 다른 법률로 규율하는 것이 옳다는 견해에²³⁾ 이르기까지 편차가 있다. 그러나 데이터가 필수설비에까지 는 해당하지 않더라도 경쟁의 중요한 도구가 될 수 있다는 점과, 프라이버시 보호를 비가격적 경쟁의 요소로 다룰 수 있다는 점에 대해서는 큰 이견이 없는 것으로 보인다.²⁴⁾ 경쟁질서와 무관한 순수한 소비자 프라이버시 침해 문제에 대해서 경쟁법 집행을 주장하는 견해는 국내에서 찾아볼 수 없고, 프라이버시 보호 수준에 관한 비가격 경쟁 면의 효과는 정량화하기 곤란한 평가요소라는 한계가 있어 그 경쟁제한효과의 판단에는 주의가 필요하다는 견해가 주류인 것으로 보인다.²⁵⁾

특히 마지막 점과 관련하여, 데이터가 경쟁상 의미를 갖는 시장에서 데이터의 활용이 가져오는 소비자 편익 증가도 무시될 수 없으므로 제반 요소를 당해 온라인 서비스 시장의 특성과 더불어 종합적으로 고려하여 프라이버시 측면의 경쟁제한효과를 살펴야 한다는 견해와,²⁶⁾ 프라이버시 침해는 직접적인 물적 손해가 입증되어야만 의미가 있는 것은 아니지만 프라이버시의 주관적 성격에 비추어 이를 가격 측면의 효과와 직접 비교형량하는 것은 적절치 않다는 견해가²⁷⁾ 유력하다. 해외의 보편적 관점도 대동소이한데, 앞서 인용한 Stucke & Grunes(2015)는 프라이버시 보호 수준의 저하가 소비자 측에서 관측하기 곤란한 주관적 요소라는 점을 인정하고 있다.²⁸⁾ 역시 주류적 견해로 소개되는 Manne & Sperry(2015)도 프라이버시 보호 경쟁상의 영향과 같은 비가격적 효과는 정량화가 어렵고 그와 형량되는 다른 경제

22) 강정희, 앞의 글.

23) 주진열, 앞의 글.

24) 이호영, 앞의 글, 318, 322면; 주진열, 앞의 글, 179, 185, 193면; 신영수, 앞의 글, 352-353면 등 참조.

25) 오승한, 앞의 글, 53-54면; 이호영, 앞의 글, 320-321면 등 참조.

26) 이호영, 앞의 글, 320, 323면.

27) 오승한, 앞의 글, 72-74면.

28) Stucke & Grunes, *supra* note 7, p. 6. 단, 이들 저자는 그 효과 측정이 어렵다는 사실이 프라이버시 품질 저하와 관련된 경쟁상 해악이 무시되어야 할 이유는 되지 않는다고 주장한다.

적 효과와 동등한 차원의 것이 아니므로 경쟁제한효과에 관한 경쟁당국의 경제학 분석에 포함시키기 어렵다는 견해를 밝히고 있다.²⁹⁾

3. 경쟁법 적용 사례들

(1) 기업결합 사건

소비자 프라이버시 측면에서 데이터 문제를 검토한 경쟁법 집행 사례는 기업결합 사건들이 주를 이룬다. 데이터를 프라이버시 관점에서 언급한 사건들은 온라인 정보서비스 기업들의 합병이 다수인데, 여기서는 이어지는 논의에 시사점을 제공하는 구글의 더블클릭(DoubleClick) 인수, 페이스북의 왓츠앱(WhatsApp) 인수, 마이크로소프트의 링크드인(LinkedIn) 인수 및 최근 사례인 구글의 핏빗(Fitbit) 인수 사건에 대해서 살펴본다.³⁰⁾³¹⁾

2007년 온라인 광고 분야의 유력 사업자 구글이 애드테크(ad-tech) 기업인 더블클릭을 인수한 거래에서 맞춤형 광고에 활용될 수 있는 이용자/고객 데이터의 집중·통합에 의한 경쟁제한 우려가 제기되었다. 그러나 미국의 FTC와 유럽집행위원회 모두 조사 결과 잠재적 경쟁상 위협이 없다고 판단하고 이 거래를 조건 없이 승인하였다.³²⁾ 양 당국의 판단은 시장 획정 등 일

29) Geoffrey A. Manne & Raymond Ben Sperry, 'The Law and Economics of Data and Privacy in Antitrust Analysis', 2014 TPRC Conference Paper (Draft), March 1, 2015, p. 9 <<http://ssrn.com/abstract=2418779>>. 이호영, 앞의 글, 319면, 각주 90에서 재인용.

30) 미국과 유럽연합의 데이터 관련 기업결합 사건들에 대한 상세한 소개는, 최난설현, 앞의 글, 331-338면; 이호영, 앞의 글, 304-313면 참조.

31) 국내의 최근 사례인 딜리버리히어로 등 4개 배달앱 사업자 기업결합 건(공정거래위원회 2021. 2. 2. 의결 제2021-032호)은, 결합당사회사들이 보유한 이용자·거래 관련 정보자산의 증가에 따른 이용자 프로파일의 정교화와 이로 인한 소비자의 서비스 고착(lock-in), 음식점들의 구속 강화 우려 등을 지적한 점에서 데이터 집중에 관한 사건으로는 평가할 수 있으나, 그로 인한 개인정보 수집·이용상의 서비스 품질 저하 등 프라이버시 측면의 문제는 검토하지 않았으므로 데이터 프라이버시에 관한 사건으로는 볼 수 없다.

32) FTC, 'Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170' <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220g>

부 내용을 제외하고는 접근과 결론이 매우 유사했다.³³⁾ 미국 사건을 기준으로 설명하면, FTC는 데이터 통합에 의한 온라인 광고시장에서의 경쟁위축 우려에 관해, 결합당사회사들의 데이터가 온라인 광고상품의 필수 투입요소가 아니고 다른 경쟁자들도 수직통합된 자신의 서비스를 통해 소비자 데이터에 접근할 수 있어 구글과 활발하게 경쟁할 여건이 조성되어 있다고 판단했다.³⁴⁾ FTC의 판단에서 주목되는 부분은 소비자 프라이버시를 비가격 경쟁의 요소로 명시하고 이를 진지하게 고려했다는 점이다. 그러나 FTC는 결론적으로 그러한 비가격 측면의 경쟁제한효과가 증명되지 않았다고 보고 프라이버시 우려가 동 거래를 제한하는 요인이 될 수 없다고 판단했다.³⁵⁾

유럽연합의 2016년 마이크로소프트/링크드인 기업결합 사건에서도 프라이버시가 비가격 경쟁 요소로 인정되었다. 경쟁제한효과가 부정되었던 구글/더블클릭 사건과 달리, 이 사건에서는 전문직 사회관계망(Professional Social Network, PSN) 서비스 시장에서 프라이버시 보호가 소비자의 선택에 큰 영향을 미치는 중요한 경쟁 인자가 된다고 보고 시장붕괴의 가능성을 인정했다.³⁶⁾ 그 밖에, 소비자의 선택권을 경쟁제한의 중요한 요소로 언급한 대목이 주목된다. 집행위원회는 동 기업결합 후 유럽 PSN 서비스 시장의 쏠림 현상이 강화되어 링크드인이 유일한 사업자로 남게 되면 신규 PSN 서비스 제공자의 진입이 어려워져 소비자의 선택권이 심각하게 제약될 것이고,³⁷⁾ 그러한 붕괴효과에 의해 링크드인이 자신보다 나은 프라이버시 수준

oogledc-commstmt.pdf>; Case No COMP/M.4731 - *Google/DoubleClick*, Commission Decision [2008].

33) Julia Brockhoff et al., 'Google/DoubleClick: The first test for the Commission's non-horizontal merger guidelines', *Competition Policy Newsletter*, no. 2 (2008), p. 60 <https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2008_2_53.pdf>.

34) FTC, *supra* note 32, pp. 12-13.

35) *Id.*, pp. 2-3. 유럽집행위원회 역시 이해관계인들이 제기한 소비자 프라이버시 문제를 데이터 결합이 공동시장(common market)의 유효경쟁을 심각하게 저해하는지의 관점에서만 검토하였다. 이러한 견지에서, 집행위원회는 당해 결정이 유럽연합 개인정보 보호법제에 의한 규율과 상충하지 않는다고 언급했다. Case No COMP/M.4731, para. 368.

36) Case M.8124 - *Microsoft/LinkedIn*, Commission Decision [2016], para. 351, n. 330.

37) *Id.*, paras. 348-349.

을 제공하는 경쟁자를 배제하거나 진입을 어렵게 함에 따라 PSN 서비스에 있어 중요 경쟁 인자인 프라이버시 보호에 관한 소비자의 선택을 제약할 것이라고 언급했다.³⁸⁾

2014년의 페이스북/왓츠앱 기업결합 사건에서도 SNS 이용자 데이터의 통합·집중에 의한 경쟁제한 우려가 제기되었다. FTC와 유럽집행위원회는 구글/더블클릭 사건에서와 흡사한 태도를 취하면서 경쟁제한성을 부정하고 조건 없이 동 거래를 승인했다.³⁹⁾ 데이터 통합에 의한 경쟁제한 우려에 관해서는, 온라인 광고시장에서 다수의 사업자가 경쟁중이며 활용 가능한 다양한 이용자 데이터가 존재한다는 점 등을 근거로, 당해 기업결합에 따라 온라인 광고시장의 경쟁이 실질적으로 제한되지 않을 것이라고 판단했다.⁴⁰⁾ 프라이버시 측면에 관해서는, 멀티호밍(multi-homing)이 나타나는 소비자 통신업 시장에서 사업자들은 성능을 개선해 이용자 기반을 확대하려는 경쟁을 하는데, 이때 직접적 품질 지표인 서비스 신뢰성 외에 프라이버시와 보안이 점차 그 중요성을 더해가고 있다고 지적했다.⁴¹⁾ 그럼에도 불구하고 집행위원회는, 데이터 집중에 의해 야기되는 프라이버시 관련 우려들은 유럽연합 경쟁법이 아닌 데이터 보호법의 규율영역이라고 밝히며 선을 그었다.⁴²⁾ 이로써 집행위원회는 경쟁과 직접 관련 없는 소비자 프라이버시 침해 문제를 경쟁법의 심사영역에서 제외하는 입장을 분명히 표시했다.

유럽집행위원회는 최근인 2020년 12월 구글의 핏빗 인수 승인 결정에서도 유사한 관점을 드러냈다.⁴³⁾ 이 사건의 이해관계인들은 당해 기업결합에 의해 온라인 광고시장에서 이미 지배적 지위를 가진 구글에게로 이용자

38) *Id.*, para. 350.

39) FTC, 'FTC Notifies Facebook, WhatsApp of Privacy Obligations in Light of Proposed Acquisition', Press release, April 10, 2014 <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/04/ftc-notifies-facebook-whatsapp-privacy-obligations-light-proposed>>; Case No COMP/M.7217 - *Facebook/WhatsApp*, Commission Decision [2014].

40) Case No COMP/M.7217, paras 184-189.

41) *Id.*, para. 87.

42) *Id.*, para. 164.

43) Case M.9660 - *Google/Fitbit*, Commission Decision [2020].

데이터가 더욱 집중되어 시장지배력이 강화됨으로써 소비자 프라이버시 증진 활동의 동인이 사라질 것이라고 주장했다.⁴⁴⁾ 집행위원회는 데이터 집중 문제에 관해 구글의 핏빗 이용자 데이터 획득이 온라인 검색/디스플레이 광고시장의 진입장벽으로 작용할 우려를 인정하였으나,⁴⁵⁾ 프라이버시 품질 저하 우려에 관해서는, (i) 웨어러블(wearable) 분야에서 프라이버시가 주요 경쟁 인자가 된다는 증거가 없고, (ii) 결합당사회사들은 유럽연합에서 GDPR⁴⁶⁾ 등의 데이터 보호법을 준수해야 하므로 차별화의 여지가 좁다는 등의 이유를 들며⁴⁷⁾ 이 문제에 대한 구체적인 검토를 생략했다. 집행위원회는 보도자료에서 이용자가 자신의 건강 데이터가 어떻게 사용되는지를 파악하기가 훨씬 어려워진다는 등의 프라이버시 우려가 합병 통제의 소관 밖이고 그러한 문제를 다루기 위한 더 나은 규제도구들이 존재한다고 언급함으로써,⁴⁸⁾ 순수 소비자 프라이버시 문제への 경쟁법 개입에 관해 페이스북/왓츠앱 사건에서 취했던 것과 같은 소극적 관점을 재차 표명했다.

(2) 시장지배적 지위 남용 사건(독일 페이스북 사건)

기업결합 사안이 아닌 경쟁법 집행 사례들 중에서 데이터 프라이버시 문제를 직접 다룬 것은 독일의 페이스북 사건이⁴⁹⁾ 대표적이다. 이 사건은 소비자에 대한 프라이버시 측면의 착취 문제를 검토했다는 면에서 흥미롭

44) *Id.*, para. 452.

45) *Id.*, para. 454. 그러나 집행위원회는 심사 과정에서 구글이 제출한 최종 확약에 의해 그러한 경쟁제한 우려가 해소되었다고 판단하고, 10년간 핏빗의 데이터를 온라인 광고사업에 사용하지 않을 것 등을 조건으로 당해 기업결합을 승인하였다.

46) Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

47) Case M.9660, para. 452, n. 300.

48) European Commission, 'Mergers: Commission clears acquisition of Fitbit by Google, subject to conditions', Press release, December 17, 2020 <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_2484>.

49) 독일 페이스북 사건에 관한 상세한 소개는, 이상윤, "디지털 플랫폼 사업자의 소비자 착취 행위에 대한 경쟁법의 적용: 독일 페이스북 사건", 『선진상사법률연구』 통권 제91호(2020) 참조.

다. 독일 연방카르텔청은 페이스북이 왓츠앱, 인스타그램, 기타 페이스북 비즈니스 툴에 연동된 제3의 웹사이트 등을 통해 수집한 이용자 데이터를 이용자 동의 없이 페이스북 계정에 연계·통합한 행위에 대해, 2019년 2월 최종 결정에서 GWB 제19조 제1항에 따른 시장지배적 지위 남용행위로 판단하고 그 행위의 금지를 명했다.⁵⁰⁾ 연방카르텔청은 독일 SNS 시장에서 페이스북의 지배력이 인정된다는 판단을 전제로 행위의 남용성을 판단해, 페이스북의 데이터 수집·이용이 유럽연합 데이터 보호규범인 GDPR에 위반했다는 점을 착취적 남용행위의 근거로 제시하였다. 연방카르텔청은 데이터 보호법과 경쟁법의 관계에 관해 하나의 항을 할애하여 경쟁법 개입의 근거를 논증함으로써,⁵¹⁾ 소비자 프라이버시 착취행위에 대한 규제수단으로서 경쟁법을 적극적으로 활용하고자 하였다.

그러나 위 금지명령에 대한 효력정지 소송에서 뒤셀도르프 고등법원은 2019년 8월, 페이스북의 신청에 따른 효력정지를 결정하면서, 경쟁법 위반 여부는 데이터 보호법이 아닌 경쟁법의 원리에 기초하여 이루어져야 한다는 시각을 제시했다. 하지만 다수의 예측과 달리 고등법원의 판단은 상고심에서 번복되었다. 독일 연방대법원이 원심 결정을 파기하고 연방카르텔청의 판단을 지지한 것이다.⁵²⁾ 다만 연방대법원은 이 사건이 데이터 보호법 위반 사건이 아니라는 점을 분명히 하면서, 남용성의 핵심이 소비자 선택권에 있다는 점, 즉 페이스북이 이용자들로 하여금 ‘더 많은 데이터를 수집하지만 더욱 개별화된 경험을 제공하는 서비스’와 ‘덜 개별화된 경험을 제공하지만 데이터 제공 여부를 직접 선택할 수 있는 서비스’ 사이에서 선택권을 상실

50) Bundeskartellamt, ‘Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources’, Press release, February 7, 2019 <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html?nn=3591568>.

51) Bundeskartellamt, Case B6-22/16, Decision of February 6, 2019, para. 573 *et seq.* <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5>. 이상윤, 앞의 글, 219면, 각주 32에서 재인용.

52) 주요 쟁점에 대한 독일 연방대법원의 결정 요지는 조혜신·강보선, “온라인 플랫폼 사업자의 이용약관에 대한 경쟁법적 규제 - 독일 Facebook 사건의 시사점을 중심으로 -”, 『경쟁법연구』 제43권(2021), 109-112면 참조.

케 한 행위가 이용자에 대한 착취남용에 해당한다고 판단하였다.⁵³⁾

(3) 정리

독일의 페이스북 사건과 같이 현실의 남용행위가 문제 된 경우도 있지만, 데이터 프라이버시 문제를 직접 다룬 경쟁법 집행 사례들은 주로 기업 결합에 의한 데이터 집중의 문제 및 그로 인한 진입장벽 형성 등 잠재적인 경쟁제한의 우려를 중심으로 법리를 형성했다. 전반적인 논의 경향을 보면, 데이터가 경쟁상 중요한 의미를 갖는다는 점과 프라이버시 보호가 비가격적 경쟁의 요소에 해당한다는 점은, 각국 경쟁당국도 큰 어려움 없이 받아들이고 있다. 프라이버시 품질 측면의 경쟁제한효과 인정에 있어서는 대체로 소극적인 태도가 견지되었으나,⁵⁴⁾ 마이크로소프트/링크드인 사건에서 보는 바와 같이 이를 일반화하기는 어렵고 대상 시장의 성격에 따라서는 데이터 프라이버시 문제가 경쟁제한효과의 일면으로 고려될 여지가 존재한다. 한편, 프라이버시 보호라는 비가격 측면의 경쟁위축을 판단함에 있어서 소비자 선택권의 감소가 주요 판단기준으로 원용되고 있음이 마이크로소프트/링크드인 사건과 독일 페이스북 사건 등에서 확인된다. 데이터 프라이버시 문제에 관해 기존 사례들에서 확인되는 시각은 아래에서 소개하는 새로운

53) 이상의 결정 내용은 이상윤, 앞의 글, 224-227면을 참조하여 정리하였다. 참고로, 연방 카르텔청의 금지명령 취소에 관한 본안소송도 뒤셀도르프 고등법원에 제기되었는데, 동 법원은 GDPR의 해석을 포함한 7가지 사항에 대한 선결적 법률해석을 구하기 위해 2021년 4월 23일 유럽연합사법재판소에 사건을 회부하기로 결정하였다. See Rupprecht Podszun, 'FACEBOOK: QUESTIONS', *D'KART* (April 23, 2021) <<https://www.d-kart.de/en/blog/2021/04/23/facebook-fragen/>>.

54) 최난설현, 앞의 글, 338면에서는 여러 기업결합 심사 사례에서 경쟁당국이 기업결합 심사 시 프라이버시 등 비가격적 요소를 명시적으로 고려하지 않았다는 특징이 발견된다고 평가한다. 이호영, 앞의 글, 316면에 의하면 2006년 Asnef-Equifax 사건에서 유럽사법재판소가 개인정보의 민감성에 관한 쟁점은 그 자체로서는 경쟁법의 문제가 아니고 데이터 보호법규에 따라 해결되어야 한다고 설시한 이래로 경쟁제한효과와 무관하게 프라이버시 보호에 미치는 영향을 판단한 유럽연합의 사례는 없다고 한다. 한편 이문지, 앞의 글, 108, 119면에서는 지금껏 유럽집행위원회가 온라인 광고나 데이터 분석에 관해 데이터 축적으로 인한 기업결합을 금지하거나 조건 형식의 시정 조치가 필요할 만큼 경쟁제한 위험이 발생하는 경우를 인정한 적이 없다고 하면서, 현재로서는 프라이버시 문제에 대처하기 위해 경쟁법적 수단에 직접 호소할 여건이 유럽연합 내에서 충분히 성숙되지 않았다고 평가한다.

경쟁법 쟁점에 관해서도 일정한 시사점을 제공한다.

Ⅲ. 프라이버시-경쟁법 문제의 새로운 양상: 구글과 애플의 사례

1. 온라인 광고생태계에서 이용자 데이터의 역할

온라인 플랫폼은 서로 구분되는 둘 이상의 집단이 상호작용할 수 있는 장(場)을 제공해 수익을 창출하는 사업적 틀로,⁵⁵⁾ 직접·간접 네트워크 효과에 의해 다수의 이용자를 확보한 플랫폼의 승자독식이 용이한 구조로 설명된다. 넓은 이용자층을 바탕으로 광범위하게 수집된 데이터는 사업자들이 정보·서비스 개별화를 통해 이용자에게 더 나은 이용경험을 제공할 수 있게 하고, 이는 다시 더 많은 이용자를 유입시키는 연쇄작용을 불러와⁵⁶⁾ 플랫폼 경제의 특징인 쏠림(tipping) 현상을 강화하는 기제가 된다.

온라인 플랫폼에서 이용자 데이터의 역할은, 주류적 사업모델인 무료서비스나 그 변형체인 이른바 ‘프리미엄(freemium)’ 모델을 지탱하는 맞춤형 광고와 결합하여 더욱 커진다. 소비자의 수요를 파악하여 적중률 높은 광고를 제공할 수 있는 맞춤형 광고는⁵⁷⁾ 광고주와 광고매체 모두에게 이익이 되는 것으로 알려져 있다. 오늘날 온라인 광고산업은 맞춤형 광고가 대세라 해도 과언이 아닌데, 이러한 맞춤형 광고의 제공에 있어 필수적인 것이 광

55) 조혜신·강보선, 앞의 글, 99면.

56) 이러한 메커니즘은 데이터의 양(volume)과 다양성(variety)에 의한 네트워크 효과로 설명된다. 오승한, 앞의 글, 57-58면; 이호영, 앞의 글, 300, 324면.

57) 온라인 광고에 노출된 이용자가 웹사이트 방문이나 앱 설치, 상품 구매, 뉴스 구독 등 해당 광고가 목적인 결과에 이르는 것을 ‘전환(conversion)’이라고 하며, 그 전환에 어떤 광고 채널 혹은 캠페인이 영향을 미쳤는지를 확인할 수 있는 지표나 분석 방법을 ‘기여도(attribution)’라고 한다. See Damien Geradin, Dimitrios Katsifis & Theano Karanikioti, ‘Google as a de facto privacy regulator: Analyzing Chrome’s removal of third-party cookies from an antitrust perspective’, TILEC Discussion Paper (DP 2020-034), November 25, 2020, p. 10.

고 타겟인 이용자의 온라인 행태에 관한 정보이다. 온라인 광고생태계의 거대 사업자인 구글과 페이스북 등은 자신의 플랫폼 이용자로부터 수집한 대량의 데이터를 기반으로, 스스로 유력 광고매체로 활동하는 한편 실시간 경매 방식으로 광고영역(advertising inventory)의 판매를 중개하는 다층적 거래구조인 애드테크(ad-tech) 산업⁵⁸⁾ 전반의 수익 대부분을 거두어간다.⁵⁹⁾

맞춤형 온라인 광고를 위해 수집되는 이용자 데이터는 자사 데이터(first-party data)와 타사 데이터(third-party data)로 구분할 수 있다. 전자는 온라인 사업자가 예컨대 로그인 환경에서 자기 회원의 온라인 활동 정보를 수집하는 것을 말하며, 이용자 기반이 넓은 플랫폼일수록 획득에 유리하다. 타사 데이터는 인터넷 브라우저를 통해 수집되는 웹(web) 이용기록과 모바일기기에 설치된 앱(app; application)에서 수집되는 데이터로 다시 구분된다. 전자의 대표적 수단은 쿠키(cookie)이고, 후자는 광고 식별자를 통해 수집된다.

쿠키는 웹서버가 브라우저에 설치할 수 있는 작은 크기의 텍스트 파일로, 이용자의 특정 웹사이트 방문과 이용내역을 저장하며 해당 웹사이트의 서버는 자신이 설치한 쿠키의 내용을 조회 및 갱신할 수 있다. 쿠키는 그 활용주체에 따라 당사자 쿠키(first-party cookie)와 제3자 쿠키(third-party cookie)로 구분되는데, 전자는 주로 이용자가 같은 웹사이트를 다시 방문했을 때 참조할 종전 접속기록을 저장하는 데 이용됨에 반해, 타사 웹서버를 통해 설치하는 제3자 쿠키는 타사 웹사이트 이용자의 브라우징 활동을 추적하여 광고를 타겟팅하는 데 주로 활용된다. 쿠키는 이용자 아이디가 아닌

58) 애드테크 산업의 구조와 맞춤형 광고 판매·중개 방식에 관한 상세한 설명은 *Id.*, pp. 7-13; 고학수·김중윤·김병필, “데이터의 수집: 경로와 현황”, 『DAIG』 창간호(2020), 35-37면 참조.

59) 영국 경쟁당국인 CMA(Competition and Markets Authority)와 호주 경쟁당국인 ACCC(Australian Competition and Consumer Commission)가 각각 발간한 보고서에서는, 자국 시장에서 구글과 페이스북이 검색 광고 및 디스플레이 광고 분야에서 각각 시장지배력(significant or substantial market power)을 보유한 것으로 분석한다. CMA, *Online platforms and digital advertising - Market study final report*, 1 July 2020, paras. 5.369-5.377; ACCC, *Digital Platforms Inquiry - Final Report*, June 2019, pp. 8-10.

랜덤 생성된 문자열을 브라우저 식별자로 저장하고 언제든 브라우저 설정을 통해 삭제하거나 초기화할 수 있다는 점에서 법적 의미의 개인정보에 해당하는지 논란이 있지만,⁶⁰⁾ 동기화(synchronizing) 처리나 다른 이용자 정보와의 결합 등을 통해 식별가능성을 높일 수 있는 것으로 알려져 있다.⁶¹⁾⁶²⁾ 제3자 쿠키를 설치하는 주요 주체는 광고사업자로, 다수의 웹사이트와 약정하고 더 많은 제3자 쿠키 데이터를 획득할수록 이용자 타겟팅을 더욱 정교화하여 광고 가치를 높일 수 있으므로, 온라인 광고시장은 자본력이 풍부한 사업자에게로 집중될 가능성이 크다.⁶³⁾

한편, 모바일 앱 이용에 관계된 여러 행태정보는 모바일 운영체제에서 생성된 광고 식별자와 함께 수집되어 이용자 트래킹에 활용된다. 광고 식별자는 고정된 전화번호, MAC 주소, IMEI 주소 등이 개인의 신원과 직접 연결될 수 있는 것과 달리, 기본적으로 기기 단위로 부여되고 초기화가 가능해 프라이버시 침해 위험을 낮춘 것으로 평가되지만, 이를 매개로 다수의 정보를 결합할 경우 개인 식별가능성이 부정되지 않는다.⁶⁴⁾ 쿠키와 마찬가지로 여러 앱에서 광고 식별자를 통해 이용자 데이터를 수집해 온라인 광고에 활용하는 사업자들이 존재한다. 구글 안드로이드 운영체제의 광고 식별자는 AAID(Android Advertising ID) 혹은 GAID(Google Advertising ID)라고 불리며, 애플 iOS의 광고 식별자는 IDFA(ID for Advertisers)로 칭해진다. 트래킹 사업자는 앱 개발자들과 약정을 맺고 타사 앱을 통해 이용자 정보를 수집한다. 따라서 광고 식별자를 통한 데이터 수집의 방법은 제3자 쿠키를 활용하는 경우와 크게 다르지 않다. 모바일 환경에서는 이론상 기기

60) 고학수·김종윤·김병필, 앞의 글, 38면 참조.

61) See Geradin et al., *supra* note 57, pp. 18-19.

62) 국내에서 방문빈도 상위의 민간 웹사이트들을 대상으로 수행한 실증연구에 의하면, 2017년에 데스크톱 및 모바일 환경에서 모두 평균 50개 이상의 쿠키가 설치되는 것으로 확인되었다. 이는 같은 방법에 의한 2013년도 조사 수치인 약 21개(데스크톱 환경)와 약 5개(모바일 환경)에 비해 대폭 상승한 것이었으며, 온라인 광고시장의 폭발적인 성장의 결과로 분석된다. 고학수·구분효·김종윤, “국내 웹사이트의 이용자 정보수집 및 트래킹 현황에 관한 분석”, 『법경제학연구』 제14권 제3호(2017), 425-426면 참조.

63) 고학수·김종윤·김병필, 앞의 글, 28-29면 참조.

64) 위의 글, 30면.

에 보관된 다양한 정보 및 센서 데이터까지 수집할 수 있으므로 그 수집의 범위가 쿠키를 통한 브라우저 이용정보 수집에 비해 더 넓다고 한다.⁶⁵⁾

맞춤형 광고를 중심으로 짜여진 온라인 광고생태계는 이용자 데이터에 크게 의존한다. 온라인 광고는 소비자에게 개별화된 소비정보를 제공하고, 웹/앱 퍼블리셔들이 안정된 광고수입을 기반으로 유용한 서비스를 무료로 제공할 수 있게 함으로써 소비자의 편익을 크게 증진시키는 면이 있다.⁶⁶⁾ 그러나 온라인 광고용 데이터 수집은, 다수 이용자에게 동일하게 제공되는 서비스 품질 향상 목적의 수집과 달리, 개별 이용자를 식별해 광고를 정교하게 타겟팅하는 것을 목표로 삼기 때문에 개인 식별 및 온라인 활동 감시의 우려가 있는 것이 사실이다. 이 때문에 온라인 광고는 프라이버시 측면에서 규제기관의 특별한 관심을 받고 있다.⁶⁷⁾

2. 거대 플랫폼 기업의 프라이버시 강화와 그 배경

개인정보에 관한 소비자의 관심이 커지는 상황에서, 거대 플랫폼 기업인 구글과 애플이 최근 소비자 프라이버시 보호를 강조하는 일련의 정책을 전개하고 있다. 구글의 ‘프라이버시 샌드박스(Privacy Sandbox)’와 애플의 ‘ATT(App Tracking Transparency)’ 정책이 대표적이다. 이하 이 두 정책에 대해 살펴본다.

(1) 구글의 프라이버시 샌드박스(Privacy Sandbox) 정책

구글은 2019년 8월 크롬 브라우저에서 제3자 쿠키 지원을 중단하고 온라인 광고를 위한 대체 기술을 제공할겠다는 계획을 발표했다.⁶⁸⁾ 파이어폭

65) 위의 글, 31면.

66) See Stucke & Grunes, *supra* note 7, p. 3. 최난설현, 앞의 글, 328면에서 재인용.

67) 이 분야가 데이터 프라이버시 측면에서 특히 주목되는 점은 앞서 소개한 해외 주요 기업결합 사례들이 모두 검색 혹은 디스플레이 광고시장에서의 경쟁제한효과가 문제되었던 사건이라는 점에서도 엿볼 수 있다.

68) Justin Schuh, ‘Building a more private web’, *Google Blog* (August 22, 2019) <<https://www.blog.google/products/chrome/building-a-more-private-web/>>.

스나 사파리 등 다른 브라우저에서는 수년 전에 제3자 쿠키 지원을 중단했기에 크롬에서의 중단도 어느 정도 예견된 일이었으나, 전 세계 브라우저 시장의 60% 이상을 점유한 크롬에 적용될 때의 파급력이 이슈가 되었다. 프라이버시 샌드박스로 불리는 이 계획에서 제3자 쿠키의 대안으로 제시된 후보 기술 중 현재 가장 유력하게 지목되는 것은 개별 이용자가 아닌 공통 관심사를 가진 이용자 집단인 ‘코호트(cohort)’ 단위로 광고를 타겟팅하는 ‘FLoC(Federated Learning of Cohorts)’ 기술이다. 제3자 쿠키가 사라지고 FLoC가 적용되면 브라우저에서 서버로 코호트 식별정보만 전달되므로, 애드테크 사업자나 광고주에게 개별 이용자의 데이터가 제공되지 않는 상태에서 광고 타겟팅이 가능해진다. FLoC 기술은 크롬 89 버전에 적용되어 미국을 비롯한 10개 국가에서 초기 테스트가 진행되고 있다.⁶⁹⁾ 구글이 최근 업데이트한 로드맵에 따르면, 2023년 말에는 크롬 브라우저에서 제3자 쿠키 지원이 완전히 중단된다(최초 계획인 2022년 초에서 약 2년 연기되었다).⁷⁰⁾

이러한 구글의 정책 발표에 대해서는, 온라인 광고생태계의 질서가 프라이버시 친화적인 방향으로 재편될 것이라는 기대와 더불어, 다양한 관점의 비판도 제기되고 있다. 한편에서는 광고생태계에 직접 미칠 영향으로, 맞춤형 광고 집행효율이 떨어져 광고주에게 가해질 타격과 그로 인한 웹 퍼블리셔의 수익 악화, 및 중소 애드테크 사업자의 경쟁력 약화에 대한 우려가 언급된다.⁷¹⁾⁷²⁾ 이와 반대로 프라이버시 보호 면에서 여전히 불충분한 조치

69) Marshall Vale, ‘Privacy, sustainability and the importance of “and”’, *Google Blog* (March 30, 2021) <<https://blog.google/products/chrome/privacy-sustainability-and-the-importance-of-and/>>.

70) Patience Haggin, Sam Schechner & Suzanne Vranica, ‘Google Delays Cookie Removal to Late 2023’, *The Wall Street Journal* (June 24, 2021) <<https://www.wsj.com/articles/google-delays-cookie-removal-to-late-2023-11624542064>>.

71) See Geradin et al., *supra* note 57, pp. 58-61.

72) 이러한 우려는 이용자 식별가능성이 낮아지면 자연히 광고 타겟팅 능력이 저하되어 맞춤형 광고 집행에 곤란이 초래될 것이라는 전망에 기초한 것이다. 그러나 구글이 2021년 1월 발표한 테스트 결과에 의하면 FLoC는 쿠키 기반 광고 집행에 비해 최소 95%의 전환율을 보였다고 한다. Chetna Bindra, ‘Building a privacy-first future for

라는 비판도 만만치 않다. 인터넷 프라이버시 증진 활동을 펼쳐온 단체인 EFF(Electronic Frontier Foundation)는 FLoC가 소비자 차별, 악탈적 타겟팅과 같은 맞춤형 광고의 근원적인 문제를 해결할 수 없다고 주장하면서, 프라이버시 샌드박스 정책에 대해 “행태 트래킹을 다시 고안하려는 잘못된 시도”라며 강도 높게 비판했다.⁷³⁾

(2) 애플의 ATT(App Tracking Transparency) 정책

ATT는 2020년 6월 애플 개발자 컨퍼런스에서 발표되어 2021년 4월 26일 iOS 14.5 버전 업데이트를 통해 시행된 정책으로,⁷⁴⁾ 애플 모바일 광고 식별자인 IDFA와 관련이 있다. 과거에는 앱이 IDFA를 통해 이용자 데이터를 수집하는 것을 일괄 옵트아웃(opt-out) 방식으로 거부할 수 있었으나, ATT의 적용에 따라 앱 최초 실행 시에 팝업창을 통해 앱 트래킹에 대한 명시적 동의를 얻지 않으면 IDFA를 수집하는 것을 금지하는 앱 단위의⁷⁵⁾ 옵트인(opt-in) 방식으로 바뀌었다. 다만 ① 이용자 데이터가 기기 내에서 다른 데이터와 결합될 뿐 식별 가능성이 유지된 채로 기기 외부로 전송되지 않는 경우, ② 사기의 적발, 예방 또는 보안상 목적만을 위한 데이터 활용, ③ 데이터를 공유받는 자가 소비자 조사기관이고 그 공유의 목적이 소비자 신용 정보 조사 등인 경우에는 트래킹에 해당하지 않아 이용자의 동의가 요구되지 않는다. 무엇이 트래킹이고 트래킹이 아닌지를 판단할 권한은 애플이 갖고 있다.⁷⁶⁾

web advertising’, *Google Ads & Commerce Blog* (January 25, 2021) <<https://blog.google/products/ads-commerce/2021-01-privacy-sandbox/>>.

73) Bennett Cyphers, ‘Google’s FLoC Is a Terrible Idea’, *EFF* (March 3, 2021) <<https://www.eff.org/ko/deeplinks/2021/03/googles-floc-terrible-idea>>.

74) Alison DeNisco Rayome, ‘Prevent iPhone apps from tracking you in iOS 14.5. Here’s how’, *CNET* (May 14, 2021) <<https://www.cnet.com/how-to/prevent-iphone-apps-from-tracking-you-in-ios-14-5-heres-how/>>.

75) 이용자가 앱을 설치한 뒤 처음으로 실행한 때에 그 앱을 통한 트래킹에 대하여 명시적 동의를 구하도록 한다는 뜻이다. 이러한 절차는 첫 실행 때에만 거치므로, 개별 앱에 대한 이용자의 트래킹 동의 거부는 그 앱을 삭제하고 다시 설치하기 전에는 변경할 수 없어 매우 강력한 효과를 갖게 된다.

ATT는 이용자의 데이터 통제권을 강화할 것으로 기대되지만, 모바일 광고생태계의 재정상황에는 상당히 부정적인 영향을 미칠 것으로 전망된다. ATT 전면적용 후 이용자의 옵트인 비율은 매우 낮게 측정되었는데,⁷⁷⁾ 이처럼 트래킹에 거부감을 가진 이용자의 성향을 그대로 반영하는 ATT의 시행에 의해 애플 기기에서 사실상 유일한 앱 트래킹 수단이었던 IDFA의 수집이 상당히 어렵게 되었다. 온라인 광고시장에서 모바일 광고의 비중이 크게 증가하는 상황에서 도입된 ATT 정책은 광고주와 앱 퍼블리셔에게 큰 타격을 가할 것으로 예상된다. ATT의 시행을 앞두고 모바일 디스플레이 광고 분야 주요 사업자인 페이스북은 주요 일간지에 전면광고를 게재해 ATT가 자사는 물론 광고 수익모델에 의존하는 소규모 사업자들의 생존을 위협할 것이라며 강하게 비판했다.⁷⁸⁾ 애플은 이러한 정책 변경이 이용자의 프라이버시 보호를 강화하고 모바일 광고산업의 투명성을 강화하기 위한 조치라는 입장을 내세우고 있다.

(3) 프라이버시 정책 변경의 배경

구글의 프라이버시 샌드박스과 애플의 ATT는 이용자 프라이버시 증진이라는 큰 흐름에 따라 이들 기업이 근래 전개하고 있는 다양한 정책의 일부이다.⁷⁹⁾ 그 중에서 특히 이 두 정책이 논란의 중심에 선 이유는 온라인

76) <<https://developer.apple.com/app-store/user-privacy-and-data-use/>> (last visited June 17, 2021).

77) Flurry Analytics의 분석에 의하면, ATT 정책의 전면 시행 후 3주가 경과한 2021. 5. 16. 시점에서 앱 트래킹에 대한 이용자의 옵트인 비율은 전 세계적으로 15%이고 미국에서는 6%라고 한다. <<https://www.flurry.com/blog/ios-14-5-opt-in-rate-att-restricted-app-tracking-transparency-worldwide-us-daily-latest-update/>> (last visited June 17, 2021).

78) Catherine Thorbecke, 'What to know about Apple's new privacy update and why it's riling Facebook', *ABC News* (April 28, 2021) <<https://abcnews.go.com/Business/apples-privacy-update-riling-facebook/story?id=77340719>>.

79) 이진규, "iOS 14의 프라이버시 보호 정책 변화를 둘러싼 Facebook과 Apple의 대립, 그 속내는", 『KISA Report』 2021년 1월호(2021), 36-39면; Elizabeth M. Renieris, 'What Google's Privacy Sandbox Means for Internet Governance', *CIGI* (March 19, 2021).

광고생태계에 끼칠 막대한 영향 때문이다. 구글과 애플은 이들 각 정책의 목적으로 공히 프라이버시 보호를 내세우며, 이는 일정 부분 개인정보에 대한 소비자의 관심 증대에 따라 프라이버시가 하나의 마케팅 요소가 된 것과 관련이 있다.⁸⁰⁾ 그러나 위 정책들이 관련 산업생태계에 관한 많은 우려와 논란을 무릅쓰고 추진되고 있음을 볼 때, 이를 단지 소비자의 프라이버시 수요를 충족하는 활동으로만 설명하기는 쉽지 않다.

이에 따라 각계에서 구글과 애플의 정책 변경의 배경에 대한 분석들이 제시된다. 첫째는 두 기업이 각국에서 프라이버시 보호법제 강화 등에 의한 규제압력에 직면해 있다는 것이다. 캘리포니아주의 프라이버시 보호법령인 CCPA(California Consumer Privacy Act)는 쿠키와 모바일 광고 식별자를 고유식별자(unique identifier)의 정의에 명시적으로 포함시켜⁸¹⁾ 광고 목적의 제3자 제공에 옵트아웃 통제가 가해질 가능성을 내포하며, 이는 2023년 시행될 후속법령(California Privacy Rights Act, CPRA)에서 더욱 명확해질 전망이다.⁸²⁾ 2019년의 Planet49 사건에서⁸³⁾ 유럽연합사법재판소(CJEU)는 쿠키가 GDPR상 개인정보(personal data)에 해당하는지 여부와 관계없이 e-프라이버시 지침에 따라⁸⁴⁾ 명시적 사전 동의를 받지 않은 쿠키 수집은

<<https://www.cigionline.org/articles/what-googles-privacy-sandbox-means-internet-governance>>.

80) 애플은 최근 ATT 정책을 홍보하는 아이폰 광고를 발표하는 등 프라이버시를 애플 기기의 마케팅 요소로 적극적으로 활용하고 있다.
<<https://youtu.be/8w4qPUSG17Y>> (last visited June 17, 2021).

81) CCPA Section 1798.140(x).

82) Nicole Sakin & Caitlin Fennessy, 'How Google and Apple are shaking up adtech', *IAPP* (May 4, 2021)
<<https://iapp.org/news/a/how-google-and-apple-are-shaking-up-adtech/>>.

83) 유럽연합 Planet49 사건의 배경과 유럽연합사법재판소의 구체적인 결정 내용에 대해서는, 이정아, “국제적 시각에서 개인정보 처리에 관한 동의의 자율성 및 유효성에 관한 검토 - EU의 최근 판결례를 중심으로 -”, 『저스티스』 통권 제182-1호(2021), 415-419면 참조.

84) Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications).

불법이라는 명확한 입장을 제시했고,⁸⁵⁾ 프랑스, 영국, 독일, 스페인의 각 데이터 당국도 최근 쿠키 가이드라인을 제·개정하여 제3자 쿠키의 수집·이용에 대한 규제기준을 강화하고 있다.⁸⁶⁾⁸⁷⁾ 구글과 애플이 근래 각국에서 이용자 트래킹에 관한 강력한 제재와 감시를 받는 상황에서⁸⁸⁾ 개인정보/데이터 보호규제의 강화, 세밀화에 따라 자신의 플랫폼에 대한 프라이버시 보호 통제를 강화하도록 압력을 받게 된다는 것이다.⁸⁹⁾

둘째는 주로 애플에 적용되는 설명으로, 앱 수익모델의 유료화를 유도해 앱스토어 수익구조를 사업상 유리한 방향으로 개편하려는 전략이라는 분석이다. 애플은 하드웨어 장치 매출에서 거두는 수익이 하향세인 데 반해

85) *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände v Planet49 GmbH*, Case C-673/17, Judgment of 1 October 2019, ECLI:EU:C:2019:801, para 82.

86) Gabriel Voisin et al., 'ICO, CNIL, German and Spanish DPA revised cookies guidelines: Convergence and divergence', *IAPP Resource Center* <<https://iapp.org/resources/article/ico-and-cnil-revised-cookie-guidelines-convergence-and-divergence/>> (last visited June 17, 2021).

87) 유럽연합이 e-프라이버시 지침을 유럽연합법으로 격상시킨 e-프라이버시 규칙 (Regulation)의 제정을 준비중인 것도 규제 강화의 흐름으로 풀이된다. See Müge Fazlioglu, 'Next-gen privacy: Examining the EU's ePrivacy Regulation', *IAPP* (February 17, 2021) <<https://iapp.org/news/a/nextgen-privacy-the-eus-eprivacy-regulation/>>.

88) 예를 들어, 구글은 2020년 말 프랑스 데이터 보호당국으로부터 불법적인 쿠키 트래킹에 관해 각각 1억 유로의 과징금 처분을 받았고, 호주에서도 경쟁·소비자보호 정책당국인 ACCC에 의해 이용자 데이터를 동의 없이 수집한 행위에 대한 소송이 제기되었다. 애플에 대해서도 Max Schrems가 이끄는 비영리단체 NOYB에 의해 독일 및 스페인 데이터 보호당국에 IDFA 생성이 e-프라이버시 위반임을 주장하는 신고서가 제출되는 등 프라이버시 강화 압력이 가해지고 있다. See Nastasha Lomas, 'France fines Google \$120M and Amazon \$42M for dropping tracking cookies without consent', *TechCrunch* (December 10, 2020) <<https://techcrunch.com/2020/12/10/france-fines-google-120m-and-amazon-42m-for-dropping-tracking-cookies-without-consent/>>; Naaman Zhou, 'ACCC sues Google for collecting Australian users' data without informed consent', *The Guardian* (July 27, 2020) <<https://www.theguardian.com/australia-news/2020/jul/27/accc-sues-google-for-collecting-australian-users-data-without-informed-consent>>; NOYB, 'noyb files complaints against Apple's tracking code "IDFA"' (November 16, 2020) <<https://noyb.eu/en/noyb-files-complaints-against-apples-tracking-code-idfa>>.

89) Sakin & Fennessy, *supra* note 82.

서비스 수익은 지속적으로 증가하고 있다. 앱스토어를 이용하는 앱에서 발생하는 인앱결제(in-app purchase) 수수료와 구독료가 중요한 수익원이 된다.⁹⁰⁾ 만약 애플이 iOS에서 광고 목적의 이용자 트래킹을 어렵게 하여 유료 수익모델을 채택하는 앱이 늘어나면 애플의 수입을 극대화하거나 적어도 다변화하는 데 도움이 된다.⁹¹⁾⁹²⁾ 반면 구글은 일반검색이나 유튜브 등 광고 수익과 연계된 여러 플랫폼 서비스를 운영중이며 애드테크 산업에서 확고한 위치를 점하고 있어 애플과 다른 이해관계를 갖는다. 구글이 최근 구글 플레이스토어에서 자신의 인앱결제 시스템 사용을 의무화하고 애플과 동등한 수준의 수수료를 부과하기로 하면서도⁹³⁾ AAID에 관해서는 ATT와 유사한 정책의 채택을 지체하는 점이나⁹⁴⁾ 크롬이 제3자 쿠키 지원을 다른 브라우저에 비해 늦게 중단하면서 FLoC와 같은 대안을 마련하는 등의 조심스러운 행보를 보이는 것은, 온라인 광고가 큰 비중을 차지하는 구글의 사업 구조에 기인한 것으로 해석된다. 이러한 구글의 태도는 애플의 과감한 ATT 정책 시행과 대조되어⁹⁵⁾ 애플의 정책 이면에 수익 극대화의 고려가 있음을 시사한다.

경쟁법의 관점에서 특히 주목되는 마지막 분석은 이들 기업의 정책이

90) 이진규, 앞의 글, 45-46면.

91) Paul Bannister, 'The Tyranny of the First-Party', *Medium* (December 17, 2020) <<https://paul-bannister.medium.com/the-tyranny-of-the-first-party-2dd1267ddb3>>.

92) 애플에게 수익 다각화가 절실한 이유에 관해, 애플이 구글을 아이폰 사파리 브라우저 기본 검색엔진으로 탑재하는 대가로 받은 매년 10조원 가량의 매출이 2020년 10월 미국 연방법무부의 구글 상대 반독점법 소송에 의해 사라질 위험에 처했다는 분석이 있다. *Id.*

93) 정원석, “구글 “수수료 30% 인앱결제, 한국은 내년 1월→9월로 유예””, *조선일보*(2020. 11. 23.) <https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2020/11/23/2020112301903.html>.

94) 그러나 최근 구글은, 애플의 ATT와 같은 옵트인 방식은 아니지만, 이용자가 광고 식별자의 제공을 옵트아웃할 경우 앱 개발자의 광고 식별자 접근을 전면 차단하는 기능을 2021년 말부터 안드로이드에 적용할 것이라고 발표하였다. Jon Porter, 'Google is making it harder for Android apps to track you once you've opted out', *The Verge* (June 3, 2021) <<https://www.theverge.com/2021/6/3/22466531/google-android-ad-tracking-advertising-identifier-id>>.

95) Geradin et al., *supra* note 57, pp. 38-39.

플랫폼의 폐쇄성을 강화해 관련 산업생태계에서의 지위를 공고히 하는 전략이라는 설명이다. 구글은 수직통합된 수집 중의 플랫폼 서비스를 통해, 그리고 애플은 폐쇄형 시스템을 통해 넓은 이용자층을 확보하고 이를 기반으로 방대한 양의 자사 데이터를 축적하고 있다. 구글은 제3자 쿠키 없이도 크롬의 로그인 환경을 이용해 개별 이용자의 브라우징 활동과 일반검색, 유튜브, 지메일, 구글맵 등 다양한 이용자 대면 서비스에서의 인터넷 상호작용 정보를 획득할 수 있다.⁹⁶⁾ 애플 역시 iOS라는 폐쇄형 운영체제의 이용자 정보를 iOS 탑재 기기로부터 직접 수집할 수 있으므로 자사 데이터 기반이 확고하다. 따라서 웹/앱 퍼블리셔가 제3자 쿠키나 앱 트래킹을 통해 타사 데이터를 수집하기가 어려워지면 타사 데이터에 기반한 맞춤형 광고의 효용이 떨어지는 것과 비례하여 자사 데이터 기반을 구축한 거대 플랫폼의 정교한 광고 타겟팅 능력이 부각된다. 그 결과 이들에 대한 광고주의 의존도가 높아져⁹⁷⁾ 온라인 광고생태계가 거대 플랫폼 중심으로 재편될 수 있다. 결국 상술한 정책 변경은 타사 데이터(third-party data) 수집 기반을 약화시키고 자사 데이터(first-party data)에 대한 의존도를 높여, 크든 작든 거대 플랫폼의 데이터 우위와 시장력을 강화하는 방향으로 작용할 여지가 있다.⁹⁸⁾

3. 구글과 애플의 정책 변경에 대한 해외의 경쟁법적 대응

구글과 애플의 최근 행보가 온라인 광고산업에 큰 영향을 미칠 것으로 관측되는 가운데 직접적인 타격을 입을 시장참여자들로부터 강한 반발이 일고 있다. 구글과 애플은 모바일 운영체제와 브라우저 시장에서 모두 1위와 2위를 점하고 있는 지배적 사업자로, 이들이 위 정책 변경으로 인해 인접

96) 구글의 여러 서비스는 브라우저에 종속되지 않지만, 구글은 2018년부터 이용자가 크롬 브라우저에 로그인 시 구글 계정에도 자동 로그인되게 하는 설정을 적용해 이용자의 브라우징 행태를 비롯한 다양한 서비스 이용정보를 획득할 수 있다. *Id.*, p. 15.

97) *Id.*, pp. 14, 59.

98) 그러나 구글과 애플의 시장지배력에 대한 경쟁당국과 대중의 감시의 눈길이 따라온 상황에서 시장 지위를 강화하려는 것이 진정한 목적인지 의문시된다는 견해도 있다. See Sakin & Fennessy, *supra* note 82.

시장에서 경쟁상 이익을 얻을 것으로 예견됨에 따라 경쟁법 위반 주장이 제기되었다. 각국에서 이해관계인들의 신고가 접수되었고, 경쟁당국도 이에 주목하고 있다.

구글의 프라이버시 샌드박스 정책에 대해서는 영국의 경쟁당국인 CMA가 2021년 1월 경쟁법 위반 조사에 착수했다. CMA는, 시장지배적 지위 남용 혐의가 검토 대상이지만 프라이버시 우려를 함께 고려하기 위해 정보보호당국인 ICO(Information Commissioner's Office)와 공조하여 조사를 진행할 것이라고 밝혔다.⁹⁹⁾ 유럽집행위원회도 구글의 온라인 광고 기술에 대한 유럽연합 차원의 경쟁법 위반 조사를 최근 개시하면서, 프라이버시 샌드박스 정책과 AAID 수집 제한 계획이 핵심 조사 대상에 포함될 것이라고 발표하였다.¹⁰⁰⁾

미국에서는 구글의 프라이버시 샌드박스 정책에 관해 텍사스주 외 14개 주(州)·관할구의 법무장관이 구글을 상대로 텍사스 동부연방지방법원에 반독점 소송을 제기했다. 이 소송에서는 구글의 온라인 광고시장에서의 반독행위와 공동행위가 셔먼법 제1, 2조 및 주 반독점법 위반이라는 주장이 제기되었는데, 프라이버시 샌드박스에 관한 사항은 2021년 3월 15일 제출된 소장 수정본에서 추가되었다.¹⁰¹⁾ 이 정책과 관련하여 원고 측이 주장한 반독점법 위반 내용은 다음과 같다.¹⁰²⁾

99) CMA, 'CMA to investigate Google's 'Privacy Sandbox' browser changes', Press release, January 8, 2021 <<https://www.gov.uk/government/news/cma-to-investigate-google-s-privacy-sandbox-browser-changes>>.

100) European Commission, 'Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct by Google in the online advertising technology sector', Press release, June 22, 2021 <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3143>.

101) Adi Robertson & Russell Brandom, 'Google antitrust suit takes aim at Chrome's Privacy Sandbox', *The Verge* (March 16, 2021) <<https://www.theverge.com/2021/3/16/22333848/google-antitrust-lawsuit-texas-complaint-chrome-privacy>>.

102) 이하의 내용은 일부 문구가 가림 처리된 채로 공개된 2021. 3. 15.자 소장 수정본의 프라이버시 샌드박스 관련 부분을 짧게 요약한 것이다. See *Texas v. Google LLC*, No. 4:20-CV-00957, Amended Complaint (E.D. Tex. filed March 15, 2021), paras.

첫째로, 위 정책은 제3자 쿠키에 의존하는 소규모 웹 퍼블리셔들의 트래킹 능력을 상실시킴으로써 광고주들의 광고 지출이 제3자 쿠키 외의 트래킹 수단(각종 플랫폼 서비스, 크롬, 안드로이드 등)을 구비한 구글에게 이전되도록 한다. 둘째, 프라이버시 샌드박스는 제3자 쿠키에 기반한 다른 광고 구매통의 경쟁력을 약화시켜 구글이 애드테크 시장에서 차지하는 지배적 지위를 구매 부문(buy-side)에서 강화하고 이는 다시 구매 측과 판매 측을 경매로 중개하는 교환(exchange) 부문의 독점력을 강화한다. 이로써 구글은 독립 애드테크 사업자를 시장에서 배제하고 자신에 대한 시장참여자의 의존성을 강화할 것이다. 셋째로, 구글의 정책은 경쟁자의 이용자 데이터 측면의 경쟁력을 약화시킴과 동시에 이미 10년 이상 쿠키를 비롯한 다양한 수단을 활용해 이용자 데이터를 폭넓게 축적해왔고 향후에도 쿠키 없이 이용자 데이터 수집을 계속할 수 있는 구글의 경쟁력을 강화한다. 소장에서는 구글의 이러한 행위가 오픈 웹상에 폐쇄된 생태계(“walled garden”)를 구축하려는 오랜 계획을 프라이버시 맥락 뒤에 숨긴 것이며, 크롬 브라우저를 트래킹과 타겟팅의 중심에 놓는 결과를 가져올 것이라고 주장한다.

구글에 비해 강도는 약하지만 애플에 대해서도 유사한 혐의가 제기되었다. 프랑스에서는 애플 ATT 정책의 시행 금지를 요구하는 신고서가 제출되었는데, 경쟁당국은 ATT 정책과 관련된 시장지배적 지위 남용 혐의를 찾지 못했다고 밝히면서 이를 금지하는 임시명령을 발령하지 않았으나, 애플이 앱 개발자들에 비해 덜 제한적인 정책을 자신에게 적용하는지(“self-preferencing”) 여부에 대해서는 계속 검토할 것이라고 언급했다.¹⁰³⁾ 독일에서도 ATT 시행 직후 독일 광고연맹에 의해 애플의 이 정책에 관한 신고서가 연방카르텔청에 제출되었다.¹⁰⁴⁾ 2021년 6월 21일, 연방카르텔청은

260, 265-272.

103) Autorité de la concurrence, ‘Ciblage publicitaire : pas de mesures conservatoires à l’encontre d’Apple mais poursuite de l’instruction du dossier au fond’, Press release, March 17, 2021 <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/article/ciblage-publicitaire-pas-de-mesures-conservatoires-lencontre-dapple-mais-poursuite-de>>.

104) See Ikeda, *supra* note 6.

위 신고서 접수 사실을 적시하며 애플에 대해 최근 제10차로 개정된 독일 경쟁제한방지법(GWB) 제19a조 위반 혐의에 관한 조사를 개시한다고 발표하였다.¹⁰⁵⁾

IV. 사업자의 프라이버시 증진 활동에 대한 경쟁법적 접근

1. 프라이버시 증진 활동의 경쟁법상 문제의 소재

구글과 애플의 행위에 대해 경쟁법적 문제가 제기되는 이유는 이들이 이용자 데이터의 수집 통로인 웹 브라우저와 모바일 운영체제 시장에서 지배적 지위를 차지하고 있기 때문이다. 게다가 구글은 애드테크 산업의 거의 모든 단계에서 1위의 점유율을 유지하고 있다.¹⁰⁶⁾ 구글의 제3자 쿠키 지원 중단 및 애플의 IDFA 수집 제한은, 온라인 광고산업을 지탱해온 이용자 데이터 수집의 관문(gateway)을 좁히는 행위로 묘사할 수 있다. 만약 그러한 행위가 광고생태계를 구성하는 시장이나 그 밖의 인접시장에서 경쟁제한을 초래한다면 배제적 성격의 시장지배적 지위 남용행위로 평가될 수 있다. 또한 퍼블리셔 등 거래상대방의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위로서 위법성의 징표를 보일 경우 우리 공정거래법상 착취적 유형의 시장지배적 지위 남용행위 내지 불공정거래행위에도 해당할 수 있다.

애플과 구글의 프라이버시 정책은 프라이버시 보호 수준의 향상을 꾀한다는 점에서 정상적인 품질 경쟁 활동으로 볼 수 있는 측면이 있다. 프라이버시 보호를 서비스 품질의 한 요소로 본다면, 이 부분의 품질 향상은 소

105) Bundeskartellamt, 'Proceeding against Apple based on new rules for large digital companies (Section 19a(1) GWB) - Bundeskartellamt examines Apple's significance for competition across markets', Press release, June 21, 2021 <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/21_06_2021_Apple.html?jsessionid=547DF308114E66E52E62481B844C78BE.2_cid362?nn=3591568>.

106) See CMA, *supra* note 59, para. 5.232.

비자 후생에 기여할 수 있음이 부정되지 않는다. 따라서 두 기업의 최근 활동은 프라이버시 보호 수준 면의 경쟁위축을 문제로 보는 기존 논의 틀로는 설명하기가 곤란하다. 기본적으로, 독과점 사업자의 프라이버시 정책이 품질 측면에서 반경쟁성이 아닌 친경쟁성을 띤다는 점에서 기존 문제와 구별된다. 또한 정성적 품질 경쟁 면에서 친경쟁적으로 평가될 수 있는 요소가 존재하는 반면, 프라이버시와 직접 관계되지 않은 정량적 경쟁 지표에 있어서는 반경쟁적인 평가의 여지가 있다는 점에 특색이 있다. 따라서 총체적인 경쟁제한효과 판단에 있어서 소비자가 체감하는 프라이버시 품질 수준의 경쟁상 영향은 경쟁제한의 요소가 아닌 그것을 완화하는 정성적 요소로서 고려되고, 광고의 판매, 중개에 관한 유료시장에서 가격, 수량 등의 정량적 지표를 통해 경쟁제한효과를 직접 측정하는 것이 가능하며, 이 점에서 전통적인 경제학적 분석 도구의 활용에 유리한 면이 있다고 할 수 있다.

위와 같은 기본적인 접근은 프라이버시 샌드박스 정책에 관한 Geradin et al.(2020)의 분석에서 잘 예시된다. 위 문헌은 구글이 웹 퍼블리셔들과 수직적 관계(애드테크 서비스 중개자로서) 및 수평적 관계(광고매체로서 경쟁하는 면에서)를 동시에 맺고 있음에 주목하여, 이 두 부문에서 구글의 정책이 미칠 경쟁상 영향을 검토하며, 기본 논지는 미국 소송에서 최근 수정 제출된 소장의 그것과 매우 유사하다. 요약하면 구글은 ① 제3자 쿠키 중단에 의해 강화될 이용자 데이터 우위에 기초해 다른 퍼블리셔와의 광고매체 경쟁에서 우위를 차지하고, ② 제3자 쿠키의 대안으로 브라우저에 더 많은 통제권을 부여하는 FLoC 등의 기술을 적용하여 크롬 브라우저를 애드테크 산업의 새로운 병목(bottleneck)으로 만듦으로써 애드테크의 각 단계 시장에서 독점력을 강화할 수 있다는 것이다.¹⁰⁷⁾ 이러한 행위는 브라우저 시장의 지배력을 온라인 광고 분야 인접시장들로 이전시키는 것으로 분석된다.¹⁰⁸⁾ 애플의 ATT 정책에 대해서도 비슷한 평가가 가능하나, 애플은 광고사업에서 구글에 비견될 정도의 입지를 갖고 있지 못하므로, 당장은 앱 퍼블리셔나 애드테크 사업자에 대한 수직적 관계에서의 경쟁제한성보다는 앱스토어

107) See Geradin et al., *supra* note 57, pp. 62-70.

108) *Id.*, p. 64.

입점 앱과 iOS 기본설치 앱 간의 ATT 적용 차별이나 앱스토어 검색광고에서의 자기우대 등의 세부적 측면에 경쟁제한효과 분석의 초점이 더 크게 맞춰질 개연성이 높다. 다만, 애플도 최근 자사 데이터를 활용한 앱스토어 검색광고를 개편하는 등으로 광고사업에 힘을 쏟고 있어, 장기적으로는 ATT 정책이 앱 퍼블리셔의 타사 데이터 수집을 어렵게 하고 자사 데이터에 기반한 애플 광고사업부문의 경쟁력을 강화함으로써 광고시장의 경쟁사업자를 배제하는 수단으로 작용할 가능성도 배제할 수 없다.¹⁰⁹⁾

요컨대 구글과 애플의 프라이버시 증진 활동에 소재한 경쟁법적 문제는, 이들이 온라인 광고와 같이 이용자 데이터에 기반한 사업모델의 주요 경쟁수단인 데이터 수집 도구의 양식을 결정할 수 있는 웹 브라우저 혹은 모바일 운영체제 시장의 지배적 사업자인 동시에 이용자 데이터를 활용한 사업에도 참여하는 이중적 지위에서 연원한다. 이용자 데이터를 타사 데이터와 자사 데이터로 크게 나눌 때, 이들 거대 플랫폼 사업자는 자사 데이터 수집 기반을 공고히 구축한 상태에서 프라이버시 증진의 명분으로 타사 데이터 수집 도구의 효용을 상실 혹은 저하시킴으로써 전체적인 데이터 경쟁에서 우위를 확보할 수 있게 된다. 이러한 전략은 웹 브라우저 또는 모바일 운영체제 시장에서의 지배적 지위 없이는 단행할 수 없는 것으로, 후술하는 ‘사적 규제자’로서의 역할과도 연결된다. 이들 기업의 프라이버시 증진 활동이 데이터 경제의 경쟁을 실질적으로 제한하는지에 관해서는 실증적 분석이 필요하지만, 만약 그것이 타사 데이터에 의존하는 경쟁자의 이용자 데이터 수집을 크게 제한하거나 비용을 증가시켜 경쟁에 실질적인 영향을 미치는 수준에 이른다면 위법한 배제적 남용행위로 인정될 여지가 있다.¹¹⁰⁾ 이와 같은 효과는 가격이나 산출량과 같은 정량적 지표를 통해 측정 가능할 것으로 보이며, 이때 경쟁자 비용 상승 혹은 동등 효율적 경쟁자 배제(봉쇄)

109) See Sarah Perez, ‘Apple expands its ad business with a new App Store ad slot’, *TechCrunch* (May 5, 2021) <<https://techcrunch.com/2021/05/05/apple-expands-its-ad-business-with-a-new-app-store-ad-slot/>>.

110) 임용, “경쟁자의 비용 증대를 통한 배제 전략의 경쟁법적 고찰 - 담배진열 공간 사례를 중심으로 -”, 『서울법학』 제26권 제4호(2019), 391-394면 참조.

이론을 유용한 분석 틀로 고려할 수 있을 것이다.

한편 문제를 대하는 관점을 ‘프라이버시 품질의 저하나 향상이냐’에서 ‘소비자의 선택권’으로 전환하면 앞서 소개한 정책들의 경쟁제한적 측면을 조금 더 입체적으로 볼 수 있다. 독일 페이스북 사건에서 연방대법원은 경쟁법 문제의 핵심이 프라이버시 침해가 아닌, 프라이버시 보호 수준(그에 상응하는 서비스 경험 개별화 수준)에 관한 소비자의 선택지를 없앤 점에 있다고 보았다. 마이크로소프트/링크드인 판결이 당해 기업결합에 의해 ‘더 나은 프라이버시 수준을 제공하는 새로운 서비스의 출현이 봉쇄되어 소비자의 선택권이 제한될 수 있음’을 경쟁제한의 요소로 판시한 것에서도 유사한 관점을 읽을 수 있다. 구글과 애플의 행위를 프라이버시 수준 향상의 프레임으로 보면 품질 개선이라는 친경쟁적 징표가 보이지만, 소비자 선택권의 시각에서는 제3자 쿠키나 IDFA에 의한 웹/앱 간 트래킹을 허용하더라도 본인과 연관성이 높은 광고를 접하는 데에서 오는 편익 증가를 원하거나, 광고 비용구조 변동(및 그에 따른 서비스 품질 변동)을 수반하지 않는 기존 맞춤형 광고를 선호하는 소비자의 선택권을 제한하는 행위로 평가할 여지도 없지 않다.¹¹¹⁾

구글과 애플의 프라이버시 정책 변경의 경쟁제한효과 판단은 구체적인 사실에 바탕을 둔 세밀한 분석을 요구하며, 현재 해외에서 진행중인 조사와 소송에서 판단될 것이다. 그와 같은 사실적 기초가 마련되지 않은 상황에서 이 글은 구글과 애플의 행위에 관해 성급한 결론을 내리지 않고, 조금 다른 방향의 논의를 하려 한다. 데이터 프라이버시에 관계된 새로운 경쟁법 문제 상황에 대한 경쟁법적 접근의 방향성을 모색하는 것이다.

111) 애플 ATT 정책은 외견상 소비자에게 앱 트래킹에 대한 선택권을 부여하는 점에서, 브라우저 기능을 통해 제3자 쿠키 수집에 대한 거부가 가능한 상황에서 제3자 쿠키 지원을 전면 중단하는 일방적 정책 결정의 외관을 취하고 있는 프라이버시 샌드박스 정책과는 구별된다. 즉, ATT 정책은 소비자 선택권의 측면에서 친경쟁적으로 바라볼 여지가 없지 않다. 그러나 그것이 직접적·단기적 효과로서가 아닌 장기적인 결과로서 프라이버시 내지 서비스 품질에 대한 소비자의 선택권을 강화하는 데 실질적으로 기여하는 정책인지는 경쟁당국의 경험적 분석을 통해 평가되어야 할 부분이다.

2. 구조적 차이의 인식에 바탕한 기존 논의의 참조

최근 구글과 애플의 프라이버시 정책 변경을 둘러싼 경쟁법적 논의는 품질 ‘향상’을 위한 민간 사업자의 활동을 문제 삼는 점에서, 데이터 집중에 의한 경쟁위축과 그로 인한 프라이버시 측면의 품질 ‘저하’에 초점을 맞춘 기존의 논의와 방향성을 달리한다. 그럼에도 불구하고 데이터와 프라이버시의 경쟁상 함의에 관한 기존의 논의는 새로운 문제 양상을 경쟁법의 렌즈로 들여다보는 데에 있어 여전히 참조할 가치가 있다. 데이터가 경쟁우위의 조건이 된다는 점과 프라이버시 보호가 비가격적 경쟁의 요소임을 긍정하는 기본 관점은 프라이버시 증진 활동에 대한 경쟁법적 분석에서도 유효한 전제가 되며, 프라이버시 품질이 소비자 선택에 미치는 영향 등 비가격 경쟁상의 효과 분석이 쉽지 않다는 지적 역시 수긍 및 극복해야 할 요소이다. 소비자들의 정보서비스 구매행태를 파악하여 프라이버시가 서비스 선택의 핵심 요소가 되는지 판단할 수 있다는 견해가 있으나,¹¹²⁾ 실제 소비자 선택 인자로서 프라이버시 보호 수준을 다른 요소들과 함께 경쟁제한성 평가에 고려할 수 있을 정도로 측정하는 것은 또 다른 문제이다. 결국 프라이버시 품질 향상을 위한 사업자의 활동에 있어서도 기존 논의가 전제된 문제 상황과 마찬가지로 그 경쟁상 효과의 측정에는 어려움이 존재한다고 보는 것이 타당하다.

한편 이러한 종래 논의의 참고는 당면한 문제 상황과의 차이를 인식하는 가운데 이루어져야 한다. 종래의 문제에서 프라이버시 품질 ‘저하’는 경쟁제한효과를 측정하는 간접 요소로서¹¹³⁾ 대개 경쟁위축에 의한 파생적·잠재적 효과인 반면, 새로운 문제에서 프라이버시 품질의 ‘향상’은 행위의 내용 혹은 직접적 효과이자 다른 요소에 의해 측정되는 행위의 경쟁제한효과를 상쇄하는 효율성 증대 요소로서의 의의를 갖는다. 따라서 양자의 위상 차이에 비추어 그 입증의 방법과 수준이 동일하지 않을 수 있음을 염두에 두어야 한다.¹¹⁴⁾ 또한 프라이버시 보호 증진을 위한 플랫폼 기업들의 활동

112) 오승환, 앞의 글, 54면 이하.

113) 위의 글, 56면 참조.

은 종래의 문제 구조와 달리 행위자의 시장지배적 지위를 전제하고 있으므로, 프라이버시 품질 향상의 친경쟁적 측면의 판단에 있어서, 그 행위가 능률경쟁(competition on the merit)에서 나온 것이자 활발한 경쟁의 존재를 표상하는지, 아니면 시장집중에 의한 경쟁 왜곡의 결과로서 지배력의 전횡에 불과한 것인지를 구체적인 사실에 기초하여 세심하게 평가하여야 함에 유념할 필요가 있다. 또 한편으로, 최근의 문제 상황에서는 종래와 달리 프라이버시 보호에 관한 소비자 수요에의 부응, 개인정보 규제 리스크 회피 등이 그 행위를 정당화하는 목적이거나 의도로 고려될 수 있는데, 이러한 주관적 정당화요소는 예상되는 효과로부터 추단될 수 있는 이익 극대화나 사업경쟁력 강화 등 그 행위 이면에 존재할 수 있는 실질적인 의도, 목적과 함께 균형 있게 검토되어야 할 것이다.

그 밖에, 종래의 문제 구조는 당해 시장에서의 배제효과나 소비자에 대한 착취남용의 평면에서 경쟁제한성을 파악하지만, 새로운 문제 유형에서는 소비자에 대한 프라이버시 착취가 문제가 될 수 없고 그 행위와 직접 관계된 관련시장보다¹¹⁵⁾ 인접시장에서의 배제 효과가 더 크게 조명된다는 점에서도 분석의 방향을 달리할 여지가 있다. 나아가 종래 논의가 정보보호정책과 경쟁정책 간 경합 상황에서의 경쟁법 적용을 주제로 하였다면, 사업자의 프라이버시 증진 활동의 경우에는 정책당국 간의 관할 경합이 쟁점화되는 구조가 아니므로 경쟁법이 보다 적극적인 판단을 수행할 수 있다는 점에서도 차별화된다. 위와 같은 차이점은 새로운 데이터 프라이버시 문제 유형을 경쟁법의 주제로 수용하고 그에 대한 적절한 대처방안을 고안하는 과정에

114) 이와 관련된 필자의 잠정적 견해는 다음과 같다. 프라이버시 품질 향상이 경쟁제한효과를 상쇄하는 효율성 증대효과로 고려될 경우 입증에 고도의 개연성이 요구되기는 하나, (i) 새로운 문제에서는 종래 논의와 달리 프라이버시 수준의 향상이 행위의 내용을 구성해 그 효과가 직접적일 수 있고, (ii) 종래의 경우 경쟁법적 심사가 당연히 전제되는 기업결합 사건 위주의 논의인 데 반해 최근 나타나는 현상은 시장참여자의 자유로운 활동에 대한 경쟁법의 예외적 개입을 정당화하기 위하여 경쟁제한성의 인정이 요구되는 점 등에 비추어, 프라이버시 품질 향상이라는 요소가 종래 논의 구조에 비해 더 적극적으로 고려될 여지가 있다고 생각된다.

115) 향상된 프라이버시 보호 수준이 적용된 상품·서비스 시장에서 경쟁력이 강화된다면, 이는 서비스 품질 경쟁의 자연스러운 결과로 해석될 수 있으므로 바로 그 시장에서의 경쟁제한효과는 문제 삼기 어렵다.

서 적절하게 반영되어야 할 것이다.

3. 프라이버시 보호의 성격과 경쟁정책상 시사점

(1) 개인정보 보호의 인격적 속성

프라이버시 법제는 기본적으로 인격 보호의 성격을 띤다. 우리나라 헌법재판소가 “자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리”로 정의하는 개인정보자기결정권은¹¹⁶⁾ 1983년 독일의 인구조사 판결에서 독일 기본법의 ‘인격의 일반적 발현권’에 근거하여 처음 승인된 것이다.¹¹⁷⁾ 독일 논의에서 영향을 받은 위 결정에서 우리 헌법재판소는 개인정보자기결정권을 헌법적으로 승인된 독자적 기본권으로 선언하면서도, 정보환경의 급격한 변화로 인한 ‘사생활보호’의 헌법 문제 대두를 그 배경으로 언급하고, 나아가 관련성 있는 헌법의 근거 조문으로 사생활의 비밀과 자유에 관한 제17조, 일반적 인격권에 관한 제10조 제1문 등을 거시하였다. 개인정보자기결정권은 기본권으로서의 공권(公權)적 면모와 사인 간에 주장 가능한 사권(私權)의 성격을 모두 갖는데,¹¹⁸⁾ 앞서 본 헌법상 인정 근거와 배경에 비추어 특히 사권 측면에서 개인정보의 보호법익은 개인의 인격적 요소를 강하게 내포한다.

흔히 개인정보는 경제적 재화의 측면과 인격적 요소를 겸비하는 것으로 말해지지만,¹¹⁹⁾ 전자는 주로 사업자의 개인정보 이용·활용 면에서 정책상 논의되는 것이며,¹²⁰⁾ 적어도 이 글에서 다루는 문제와 관련된 정보주체 관점에서의 개인정보 보호는 정보주체의 인격적 주체성과 자율성 면에서

116) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병합) 결정.

117) 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”, 『법학논총』 제36권 제1호(2016), 677-678면.

118) 위의 글.

119) 이정아, 앞의 글, 407면.

120) 노현숙, “개인정보자기결정권에 관한 검토”, 『헌법논총』 제30집(2019), 112면 참조.

그 필요성이 인정되므로¹²¹⁾ 인격적 요소와 주로 관련된다. 또한 개인정보의 재산적 측면은 그것을 재산권의 객체로 관념한 것이라기보다 인격 주체가 승인하는 상업화 등에 따른 파생이익의 귀속 방향을 뜻하는 이른바 ‘인격권의 재산적 요소’를 지시하는 것으로서,¹²²⁾ 어디까지나 인격권의 일부라고 봄이 타당하다.¹²³⁾¹²⁴⁾

(2) 경쟁정책상의 시사점

개인정보 보호의 주된 목적이 인격적 이익과 관계된다는 점은 데이터 프라이버시에 대한 경쟁법적 접근의 방법에 영향을 미친다. 기업의 프라이버시 정책이 경쟁법적으로 의미 있는 품질 경쟁 요소에 해당한다고 할 때, 그 품질의 측정에는 정보주체의 인격적 이익 변동에 관한 주관적 요소의 고려가 수반될 것이기 때문이다. 따라서 소비자의 서비스 선택 지표로서의 프라이버시 보호 수준은 주관적 평가요소로서 정량적 측정이 곤란하다는 문제를 내포한다. 이 글에서 관심을 두는 사업자의 프라이버시 증진 활동에서는 정보보호정책과 경쟁정책의 가치가 충돌하는 양상을 띠므로 평가의 곤란이 가증될 수 있다.

이와 같은 프라이버시의 성격은, 지적재산권과 비교되어 경쟁법적 접근에 관한 시사점을 제공한다. 주지하듯이, 지적재산권은 인간의 지적 활동의

121) 권건보, “개인정보자기결정권의 보호범위에 대한 분석 - 개인정보의 개념을 중심으로 -”, 『공법학연구』 제18권 제3호(2017), 204-205면 참조.

122) 이동진, “데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익”, 『정보법학』 제22권 제3호(2018), 225면.

123) 우리나라의 법원이 개인정보 관련 손해배상청구 소송에서 정신적 손해배상인 위자료 지급이 아닌 재산적 손해의 인정에 소극적이라는 점을 예로 들면서, 개인정보 보호는 재산권 보호보다 인격권 보호의 관점에서 법리가 형성되고 있는 것으로 보인다는 평가로는 박준석, “지적재산권법에서 바라본 개인정보 보호”, 『정보법학』 제17권 제3호(2013), 4-5면 참조.

124) 개인정보에 대한 통제권 향상을 위해 유럽연합을 중심으로 ‘데이터 소유권(data ownership)’ 논의가 촉발되기도 하였으나, 이 문제가 집중 논의된 독일 산업계를 비롯하여 현재까지 유럽과 미국의 지배적인 태도가 개인정보를 정보주체의 물권적 재산권으로 보호하는 데 대하여 회의적이라는 점 역시 개인정보에 관계된 기본적 법익이 인격적 성격의 것임을 방증한다. 이동진, 앞의 글, 234-235면; 박준석, 앞의 글(주10), 88-95면 참조.

소산에 대한 제도적 독점권으로서 그 권리의 내용을 실현하는 행위로서의 권리행사가 독점을 규제하는 경쟁법적 가치와 충돌하는 것으로 여겨졌던 때가 있었다. 그러나 오늘날 지적재산권의 배타적 보호는 경제적 의미의 시장 독점과 동일한 것으로 여겨지지 않고,¹²⁵⁾ 오히려 혁신을 추동함으로써 궁극적으로 소비자 후생 증대에 기여할 수 있다는 시각이 보편화되었다.¹²⁶⁾ 지적재산권과 경쟁법에 관한 이러한 조화적 관계의 시각은 경쟁정책이 개인정보 보호정책과 충돌하는 외관을 따르는 당면한 문제의 해결에 있어서도 참고가 된다. 후술하는 바와 같이 경쟁환경의 보호를 통해 달성되는 다양성의 보장은 궁극적으로 소비자 선택권과 투명성을 제고하는 면에서 장기적으로 개인정보 보호정책의 목표와 조화될 수 있으므로, 미시적 관점에서의 정책적 가치 대립이 필연적으로 경쟁법 적용의 장애물이 된다고 볼 수 없다. 따라서 사업자의 프라이버시 품질 향상이 정상적인 경쟁 활동의 외관을 취하더라도 실질적으로는 경쟁법상 용인될 수 없는 뚜렷한 경쟁제한의 징표를 보인다면 경쟁법이 개입할 수 있고, 그 위법성의 판단에 있어서도 행위의 친경쟁적 및 반경쟁적 측면을 소비자 후생이라는 궁극적 기준에 따라 비교형량하는, 지적재산권 행사의 경우와 유사한 관점을 따를 수 있을 것이다.¹²⁷⁾

다만, 재산권의 하나인 지적재산권은 인격적 이익을 본체로 하는 프라이버시와 동등하지 않으므로 경쟁법의 집행에 있어서 그러한 뚜렷한 차이점에 유념할 필요가 있다. 지적재산권 행사 사안은 시장의 작동과 직접적인 관련을 맺는 ‘재산적/경제적’ 측면의 두 가치가 충돌하는 구조를 전제로 두 법역의 궁극적 범목적의 공통성에서 경쟁법의 개입 근거를 찾지만, 이와 달리 사업자의 프라이버시 증진 활동에 있어서는 시장의 원리나 작동과 그 관련성을 직접 관념하기 어려운 ‘인격’ 보호 측면의 정책적 가치와의 긴장관계가 문제가 된다.¹²⁸⁾ 후자에 있어 개인정보 보호정책과 경쟁정책이 서로 다

125) 권오승·서정, 「독점규제법: 이론과 실무」(제4판), 법문사, 2020, 628면 참조.

126) See Mark A. Lemley, ‘A New Balance Between IP and Antitrust’, Working Paper No. 340, April 2007, p. 19 <<http://ssrn.com/abstract=980045>>.

127) 이황, “역지불 합의(reverse payment)에 대한 미국 Actavis 판결과 시사점”, 「판례실무연구 XI(하)」, 사법발전재단, 2014, 585-586면 참조.

른 가치 평면에 속해 있다는 점은 양자간 정책적 긴장의 수준을 완화하여 경쟁법 집행의 공간을 확보해준다. 하지만 여전히, 이를 프라이버시 정책의 고려 없이 경쟁법이 집행될 수 있다는 뜻으로 받아들이는 것은 곤란하다. 개인의 생활영역과 기업활동에서 중요한 의미를 지닌 데이터를 중심으로 여러 정책목표들이 교차하는 현실에서, 프라이버시 정책의 목적은 경쟁법의 구체적 개입 형태와 장기적 정책 방향을 설정하는 데 있어 중요한 고려요소가 되어야 하기 때문이다.¹²⁹⁾ 이러한 면에서 데이터 프라이버시 문제에 관한 정책 공조의 요청은 매우 크고, 정보보호당국과 경쟁당국의 협력을 위한 정책적 조화 방안의 탐구에 있어 지적재산권과 경쟁법이 상호간 긴장관계를 극복해온 과정은 큰 참고가 될 수 있다.¹³⁰⁾

4. 정보보호당국과의 정책적 협력의 요청

앞서 언급한 바와 같이, 독과점적 사업자의 자발적인 프라이버시 증진 활동은 경쟁정책의 관점에서는 긍정적 평가와 부정적 평가가 교차하며, 정보보호정책의 관점에서는 대체로 긍정적 현상으로 바라볼 수 있다.¹³¹⁾ 이처럼 서로 엇갈리는 정책적 가치를 적절히 조율하기 위해서는 경쟁당국과 정보보호당국이 긴밀히 협조하여 문제를 종합적으로 해결하는 노력이 요구된다. 이 면에서, 영국에서 경쟁당국인 CMA가 구글 프라이버시 샌드박스 정

128) 민간 사업자의 자율적인 프라이버시 향상 노력은 법률이나 법률에 따른 명령에 의한 것이 아니므로 공정거래법 제58조에 의한 법 적용제외 사유에도 해당하지 않는다.

129) See CMA & ICO, *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, May 19, 2021, para. 2.

130) 후술하는 CMA와 ICO의 공동 성명서에서 프라이버시 정책과 경쟁정책의 공통 목표에 기초하여 시너지 효과를 모색하는 태도는, 지적재산권의 보호와 경쟁정책이 혁신 추동에 의한 소비자 후생 증진이라는 공통 목표에 의해 조화될 수 있다고 보는 현대적 관점을 연상시킨다.

131) 한국인터넷진흥원, “애플과 구글의 개인정보보호 강화 조치와 모바일 광고 시장 변화”, 월간보고서, 2020. 9., 11면에서는, 구글과 애플의 이번 조치로 인해 거대 인터넷 사업자들이 자사 데이터에 기반하여 경쟁력을 강화할 가능성에 대해 지적하면서도, 그럼에도 불구하고 이들이 이용자 개인정보 보호 강화를 위한 행보를 강화하는 것은 “고무적인 신호로 주목”된다고 평가한다.

책에 관한 경쟁법 위반 조사를 정보보호당국인 ICO와의 공조 하에 진행하고 있는 점이나, 프랑스 경쟁당국이 애플 ATT 정책에 관한 경쟁법 위반 신고의 처리 과정에서 정보보호당국인 CNIL(Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés)과 공조한 사실¹³²⁾ 등이 주목된다. 한편 최근 CMA와 ICO는 구글 프라이버시 샌드박스 조사 과정에서 의미 있는 성명을 공동으로 발표했다. 이 성명서에서 양 당국은 프라이버시 정책이 추구하는 투명성과 소비자 선택권 보장이 '평평한 운동장(level playing field)'을 조성하고자 하는 경쟁정책의 목표와 조화될 수 있다고 밝히면서, 이를 비롯한 정책 공조의 제반 시너지 효과를 양자 간의 본원적 긴장관계와 더불어 균형 있게 조망함으로써,¹³³⁾ 당국 간 협력 모색에 관해 큰 시사를 제공한다.

다만 구체적 협력의 방법에 있어서는 종래 논의된 문제와 구별이 필요하다. 즉, 당면한 사안은 종래와 같이 프라이버시 침해 위험이라는 하나의 문제에서 두 정책이 경합하는 구조가 아니므로, 적어도 경쟁법적 판단은 경쟁당국이 주도하는 것이 바람직하다. 정보보호당국의 전문성은, 예컨대 프라이버시 보호를 내건 사업자의 행위가 실제로 프라이버시 품질을 향상하여 소비자 후생 증대에 기여하는지, 프라이버시 수준이 대상 상품·서비스에 대한 소비자의 선택 요소로서 어떠한 역할을 하는지 등의 분석에 참여하는 가운데 프라이버시 보호의 경쟁상 의미를 구체화하는 데에서 발휘될 수 있다. 이 면에서 정보보호당국과의 협력은 프라이버시 보호의 경쟁상 영향을 계량하여 종전부터 지적되어온 비가격적 경쟁 요소의 평가 한계를 극복하는 데 있어 크게 기여할 수 있다. 프라이버시 수준이 실질적인 소비자의 서비스 선택 요소인지의 문제만 하여도 근래 온라인 프라이버시에 대한 소비자의 관심이 증대되고 있는지 여부조차 명확하지 않은 상황인바,¹³⁴⁾ 프라이

132) Mathieu Rosemain & Foo Yun Chee, 'Apple gets boost in French privacy fight, but still faces probe', *Reuters* (March 17, 2021) <<https://www.reuters.com/article/us-france-apple-antitrust/apple-gets-boost-in-french-privacy-fight-but-still-faces-probe-idUSKBN2B914D>>.

133) See CMA & ICO, *supra* note 129, para. 47 *et seq.*

134) 영국 마케팅 조사기관인 DMA(Direct Marketing Association)와 Axiom이 수행한 조사에 의하면, 온라인 프라이버시에 대한 소비자의 우려 수준은 2012년의 84%에서 2017년에는 75%로 감소했고, 사업자에게 제공되는 개인정보에 대한 더 많은 통제권

버시 품질 변동의 경쟁상 영향을 분석함에 있어 이 분야의 폭넓은 지식과 경험을 갖춘 전문 규제기관의 종합적 시각의 도움이 필요하다.

아울러, 정보보호당국과의 협력은 행위의 경쟁제한성이 인정되는 사안에서 적절한 시정조치를 설계하는 면에서 특히 크게 기여할 수 있다. 시장 왜곡의 시정을 위한 경쟁당국의 개입이 혁신과 효율성, 소비자 후생을 저해하는 결과가 되지 않도록 주의하여야 한다는¹³⁵⁾ 기본적 요청에 더하여, 프라이버시 정책과 교차되는 영역의 문제에서는 개인정보 보호정책의 목적이 시정조치의 선택에 있어 중요하게 고려되어야 하기 때문이다. 만약 대상 행위가 뚜렷한 경쟁제한성에도 불구하고 개인정보 보호정책의 관점에서 매우 바람직한 결과를 가져올 것으로 예견된다면 그 행위를 단순히 금지하거나 제재하는 것은 통일적 행정을 저해하고 규제의 혼란을 가져올 수 있다. 경쟁법에 의한 행위 제재가 정보보호법규 위반을 직·간접적으로 유도하는 방향이 되는 것도 규제의 일관성 면에서 적절하지 않다. 그보다는 두 정책당국이 대상 행위와 동등한 수준의 프라이버시 보호가 가능하면서도 경쟁제한의 우려가 더 적은 다양한 대안들을 조사대상자와 함께 모색하는 과정에서 자발적 개선을 이끌어내는 방식으로 시정조치를 설계하는 것이 바람직하고, 그 경우 효율적인 대안 마련을 위해 동의의결과 같은 연성 집행수단의 활용도 적극적으로 고려할 수 있을 것이다.¹³⁶⁾

두 정책당국의 협력은 당면한 사안의 일회적, 사후적 해결에 그치지 않고 여러 정책적 가치를 고려한 규제 정비의 장기적인 관점에서 이루어져야

을 원한다고 응답한 비율은 같은 기간 91%에서 86%로 감소했다. 이러한 추세를 전체적으로 프라이버시에 대한 소비자의 관심이 높다고 해석하여야 할지 아니면 프라이버시 보호에 대한 민감도가 하락하고 있다고 보아야 할지는 다른 자료들과 함께 종합적으로 판단해야 할 것이다. See DMA & Axiom, *Data privacy: What the consumer really thinks*, February 2018, pp. 8, 15.

135) 이황, “디자인 변경에 대한 경쟁법 규제와 구글쇼핑 사건”, 『선진상사법률연구』 통권 제90호(2020), 73면 참조.

136) Geradin 교수는 프라이버시 샌드박스 정책이 경쟁법상 위법한 것으로 판단되더라도 이용자 프라이버시의 강화를 금지하는 것은 적절치 않다고 지적하면서, 적용 가능한 시정조치로 (i) 구글의 자사 데이터 수집에 대해서도 타사 데이터 수집과 동등한 수준의 제한을 가하거나 (ii) 구글의 크롬 브라우저와 애드테크 사업부문에 대해 분할을 명하는 방법이 있다고 제안한다. See Geradin et al., *supra* note 57, pp. 66, 69–70.

한다. 그러한 정책 공조는 정보보호정책과 경쟁정책의 관점에서 정부가 설정한 방향성을 명확하게 제시해 규제 예측가능성을 높임으로써 사업자들이 양 정책의 관점에서 바람직한 서비스 개선 활동을 계속적으로 전개할 유인을 부여할 것이다.

그러한 장기적 협력은 디지털 경제가 직면한 더 거시적인 차원의 문제에서 오는 요청이기도 하다. 구글과 애플의 최근 행보는 폐쇄된 생태계를 구축해 연계된 산업 전반에서 지위를 공고히 하려는 전략으로 분석된다. 거대 플랫폼 기업이 정부를 대신해 관련 산업생태계의 명운을 결정할 정책적 판단을 담당하며 ‘사적 규제자(private regulator)’로 자리잡는 현상에 대하여는 그간 경쟁법적 우려가 꾸준히 제기되어 왔다.¹³⁷⁾ 구글은 ‘제3자 쿠키는 프라이버시 보호에 큰 위협이고 당사자 쿠키는 그렇지 않다’는 정책적 관점을 세우고 제3자 쿠키의 대체재를 스스로 결정함으로써 광고생태계의 질서를 규정하려 한다. 애플 역시 ‘트래킹은 나쁘다’는 자율규제 프레임 설정하고 무엇이 트래킹인지 판단할 권한을 독점한다. 이러한 사업자의 결정은 정부 규제와 달리 시장에 인위적이고 직접적이며 극적인 영향을 미치며, 불투명하고 이의제기가 어렵다는 특징이 있다. 구글과 애플의 최근 활동을 ‘사적 규제’의 관점에서 이해하고 정부 규제와 구별되는 특징이 가져올 통제 곤란의 문제를 우려스럽게 바라보는 시각도 존재한다.¹³⁸⁾ 운동경기로 치면, 프라이버시 증진을 내걸고 이들 사업자들이 전개하는 최근의 활동은, 경기에서 선수이자 심판으로 뛰는 동시에 규칙 제정자가 되어 시합 도중 스스로

137) Kevin J. Boudreau & Andrei Hagiu, ‘Platform Rules: Multi-Sided Platforms as Regulators’, in *Platforms, Markets and Innovation* 163-191 (Annabelle Gawer ed., Edward Elgar Publishing 2009). 홍대식, “모바일 생태계에서의 플랫폼 중립성 확보를 위한 경쟁규제 방안”, 『방송통신연구』 통권 제81호(2012), 12면에서 재인용.

138) 무엇이 정책적으로 바람직하고 바람직하지 않은지를 결정할 시장 지위를 가진 기업들, Geradin 교수는 “사실상의 규제자(de facto regulator)”로, Renieris 교수는 “준-주권체(quasi-sovereign entity)”로 표현한다. Geradin et al., *supra* note 57, pp. 33-37; Renieris, *supra* note 79. 디지털 경제에서 정부 정책기능을 거대 기업이 대신하는 이와 같은 현상은 “거버넌스의 사유화(the privatisation of governance)”로도 표현된다. Marietje Schaake, ‘Big Tech is trying to take governments’ policy role’, *Financial Times* (January 27, 2021) <<https://www.ft.com/content/7f85a5ff-326f-490c-9873-013527c19b8f>>.

규칙을 바꾸는 상황에 비견될 수 있다. 이들은 관중의 안전 등의 명분을 내세우지만 만약 위의 이해상충 구조로부터 시험의 공정성이 훼손되고 선수들의 안전사고가 발생한다면 그것이 정당한 변명이 될지는 미지수다. 경쟁법의 집행은 개별 사안에서 유용한 도구가 될 수 있겠으나, 인터넷 거버넌스에 대하여 정부가 규제 기능을 잃어가는 거시적 현상에 대응하기 위해서는 보다 깊은 정책적 고민이 필요하다. 데이터 경제를 위한 종합적 규제 프레임워크를 도출하는 것은 여러 정책기관의 지속적인 협력으로 풀어가야 할 숙제이다.

V. 결론

데이터 프라이버시에 관한 경쟁법적 논의는 종래 데이터 집중에 의한 프라이버시 수준 저하의 위험 측면에서 주로 논의되어왔다. 그에 따라 개인 정보 보호와 경쟁질서는 상충하는 관계에 놓이는 경우가 거의 없었다. 그러나 이용자 데이터의 수집·이용이 존속의 발판이 되는 온라인 광고생태계에서 최근 웹 브라우저 및 모바일 운영체제 시장의 지배적 사업자들의 자발적인 프라이버시 증진 활동이 전개됨에 따라, 그것이 광고생태계에 미칠 위험에 대한 우려와 더불어 경쟁법 위반의 문제 제기가 잇따르고 있다. 이러한 현상은 사업자의 활동이 프라이버시 품질 ‘향상’을 내용으로 하는 점에서 그 품질 ‘저하’를 주로 문제 삼았던 기존의 논의와 구조적으로 차별화되어, 다른 접근을 요구한다. 기존 논의를 참조하되 차이점을 분별해 경쟁제한성 판단에 반영할 필요가 있고, 비가격 경쟁 요소로서 프라이버시 보호 수준의 구체적 고려에 있어서도 그것이 종래 논의와 달리하는 판단의 국면과 위상 차이가 입증의 방법과 수준에 영향을 미칠 수 있음을 염두에 두어야 할 것이다. 또한 과거 사례 중 일부에서 시사된 ‘소비자 선택권’도 경쟁제한효과의 실체에 접근하는 유효한 분석 틀이 될 가능성에도 주목할 필요가 있다.

프라이버시 보호와 경쟁정책의 가치가 충돌하는 상황에서의 경쟁법 적용은 경쟁당국이 이를 주도하는 가운데 정보보호당국과 긴밀하게 협력할

때 최선의 결과를 얻어낼 수 있다. 프라이버시와 관련된 비가격 측면에 대한 경쟁제한성 분석의 어려움은 종래부터 지적된 사항이지만, 대상 행위의 프라이버시 측면의 실증적 효과와 프라이버시 품질이 소비자의 선택 요소로서 얼마만큼의 실체적 의미를 갖는지 등의 부문에서 정보보호당국의 전문성이 적절히 발휘되도록 정책적 협력을 강화한다면 관련 경쟁제한효과 분석을 정교화하는 것은 불가능한 과제가 아니다. 또한 시정조치의 선택에 있어서도 개인정보 보호에 대한 정책적 고려를 통해 산업 전반에 더 나은 결과를 가져올 수 있을 것이다. 데이터 경제와 밀접하게 관계된 두 정책영역인 프라이버시와 경쟁의 가치는 이들 각 부문의 규제를 담당하는 정책당국의 협력에 의해 장기적으로 발현될 수 있다. 소비자의 선택권이 보장되는 가운데 공정하고 자유로운 경쟁의 기반을 조성하는 데이터 경제의 궁극적인 정책목표는 경쟁당국이나 정보보호당국 어느 하나에 의해서는 실현될 수 없다. 프라이버시 정책과 경쟁정책이 긴장과 갈등을 극복하고 협력적인 관계를 진화, 발전시키는 것은 동적으로 변화하는 디지털 경제에서 합리적 규제 프레임워크를 수립하는 작업의 초석이 될 것이다.

기업의 프라이버시 증진 활동의 경쟁법 쟁점: 탐색적 고찰 - 류 시 원	수령 날짜	심사개시일	제재결정일
	2021.05.29.	2021.06.07.	2021.06.29

[참고문헌]

- 강정희, “빅데이터 기반의 디지털 경제와 경쟁법의 과제”, 『선진상사법률연구』 통권 제74호(2016).
- 고학수·구분호·김종윤, “국내 웹사이트의 이용자 정보수집 및 트래킹 현황에 관한 분석”, 『법경제학연구』 제14권 제3호(2017).
- 고학수·김종윤·김병필, “데이터의 수집: 경로와 현황”, 『DAIG』 창간호(2020).
- 권건보, “개인정보자기결정권의 보호범위에 대한 분석 - 개인정보의 개념을 중심으로 -”, 『공법학연구』 제18권 제3호(2017).
- 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”, 『법학논총』 제36권 제1호(2016).
- 노현숙, “개인정보자기결정권에 관한 검토”, 『헌법논총』 제30집(2019).
- 박준식, “빅 데이터 등 새로운 데이터에 대한 지적재산권법 차원의 보호가능성”, 『산업재산권』 제58호(2019).
- _____, “지적재산권법에서 바라본 개인정보 보호”, 『정보법학』 제17권 제3호(2013).
- 신영수, “빅데이터의 경쟁제한효과에 대한 법적 판단기준 연구”, 『법학논고』 제69집(2020).
- 오승한, “빅데이터 산업의 개인정보침해 행위에 대한 경쟁법의 적용가능성”, 『경쟁법연구』 제38권(2018).
- 이동진, “데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익”, 『정보법학』 제22권 제3호(2018).
- 이문지, “디지털시대의 빅데이터와 경쟁법”, 『경영법률』 제28집 제2호(2020).
- 이상윤, “디지털 플랫폼 사업자의 소비자 착취 행위에 대한 경쟁법의 적용: 독일 페이스북 사건”, 『선진상사법률연구』 통권 제91호(2020).
- 이정아, “국제적 시각에서 개인정보 처리에 관한 동의의 자율성 및 유효성에 관한 검토 - EU의 최근 판결례를 중심으로 -”, 『저스티스』 통권 제182-1호(2021).
- 이진규, “iOS 14의 프라이버시 보호 정책 변화를 둘러싼 Facebook과 Apple의 대립, 그 속내를”, 『KISA Report』 2021년 1월호(2021).
- 이호영, “빅데이터의 경쟁법적 함의에 관한 연구”, 『법경제학연구』 제15권 제3호(2018).
- 이 황, “디자인 변경에 대한 경쟁법 규제와 구글쇼핑 사건”, 『선진상사법률연구』 통권 제90호(2020).
- _____, “역지불 합의(reverse payment)에 대한 미국 Actavis 판결과 시사점”, 『판례실무연구 XI(하)』, 사법발전재단, 2014, 551-592면.
- 임 용, “경쟁자의 비용 증대를 통한 배제 전략의 경쟁법적 고찰 - 담배진열 공간 사례를 중심으로 -”, 『서울법학』 제26권 제4호(2019).
- 조혜신·강보선, “온라인 플랫폼 사업자의 이용약관에 대한 경쟁법적 규제 - 독일 Facebook 사건의 시사점을 중심으로 -”, 『경쟁법연구』 제43권(2021).
- 주진열, “디지털 플랫폼 사업자의 빅데이터와 관련한 시장지배력 및 프라이버시 문제에 대한 고찰”, 『경쟁법연구』 제39권(2019).
- 최난실현, “기업결합 심사에 있어서 빅데이터의 경쟁법적 의미”, 『외법논집』 제41권 제4호(2017).

- 한국인터넷진흥원, “애플과 구글의 개인정보보호 강화 조치와 모바일 광고 시장 변화”, 월간보고서, 2020.
- 홍대식, “모바일 생태계에서의 플랫폼 중립성 확보를 위한 경쟁규제 방안”, 「방송통신연구」 통권 제81호(2012).
- 황태희·김민기·조혜신·윤성훈, “빅데이터와 경쟁정책: 국내 온라인 비즈니스 분야 시장 현황 분석을 중심으로”, 「정보통신정책연구」 제26권 제3호(2019).

- Australian Competition and Consumer Commission, *Digital Platforms Inquiry - Final Report*, June 2019.
- Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, May 10, 2016.
- Boudreau, Kevin J. & Andrei Hagiu, ‘Platform Rules: Multi-Sided Platforms as Regulators’, in *Platforms, Markets and Innovation* 163-191 (Annabelle Gawer ed., Edward Elgar Publishing 2009).
- Competition and Markets Authority, *Online platforms and digital advertising - Market study final report*, 1 July 2020.
- Competition and Markets Authority & Information Commissioner’s Office, *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, May 19, 2021.
- Direct Marketing Association & Axiom, *Data privacy: What the consumer really thinks*, February 2018.
- Geradin, Damien, Dimitrios Katsifis & Theano Karanikioti, ‘Google as a de facto privacy regulator: Analyzing Chrome’s removal of third-party cookies from an antitrust perspective’, TILEC Discussion Paper (DP 2020-034), November 25, 2020.
- Lemley, Mark A., ‘A New Balance Between IP and Antitrust’, Working Paper No. 340, April 2007 <<http://ssrn.com/abstract=980045>>.
- Manne, Geoffrey A. & Raymond Ben Sperry, ‘The Law and Economics of Data and Privacy in Antitrust Analysis’, 2014 TPRC Conference Paper (Draft), March 1, 2015 <<http://ssrn.com/abstract=2418779>>.
- Organisation for Economic Co-operation and Development, *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*, October 10, 2013.
- President’s Council of Advisors on Science and Technology, *Big Data and Privacy: A Technological Perspective*, Report to the President, May 2014. <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_big_data_and_privacy_-_may_2014.pdf>.
- Renieris, Elizabeth M., ‘What Google’s Privacy Sandbox Means for Internet Governance’, *Centre for International Governance Innovation* (March 19, 2021) <<https://www.cigionline.org/articles/what-googles-privacy-sandbox-means-internet-governance>>.

- Sakin, Nicole & Caitlin Fennessy, 'How Google and Apple are shaking up adtech', *International Association of Privacy Professionals* (May 4, 2021) <<https://iapp.org/news/a/how-google-and-apple-are-shaking-up-adtech/>>.
- Stucke, Maurice E. & Allen P. Grunes, 'No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data', *The Antitrust Source* (April 2015) <<http://ssrn.com/abstract=2600051>>.
- Tucker, Darren S. & Hill B. Wellford, 'Big Mistakes Regarding Big Data', *The Antitrust Source* (December 2014) <<http://ssrn.com/abstract=2549044>>.
- Whittington, Jan & Chris Jay Hoofnagle, 'Unpacking Privacy's Price', *North Carolina Law Review*, vol. 90, no. 5 (2012).

【국문초록】

플랫폼 경제의 한 축을 차지하는 온라인 광고 분야에서 이용자 데이터는 그 산업생태계 전체의 존속 기반이 되며, 개인에 맞춤형 정보를 제공하기 위해 광범위하게 수집·이용되어 프라이버시에 관한 우려를 발생시킨다. 최근 이 분야에서 거대 플랫폼 기업인 구글과 애플이 맞춤형 광고용 이용자 트래킹에 활용되는 제3자 쿠키와 모바일 광고 식별자의 수집을 제한하는 프라이버시 정책을 발표하여 광고생태계가 큰 타격을 입을 것으로 전망되는 가운데, 경쟁법 위반 주장이 제기되고 있다. 이러한 최근의 현상은 프라이버시 품질의 ‘향상’을 위한 민간의 자율적 활동인 점에서, 주로 기업결합사안에서 프라이버시 품질 ‘저하’의 문제에 주목해온 과거의 경쟁법 집행 사례들과 대조된다. 이 글에서는 이러한 새로운 문제에 대한 경쟁법적 접근의 방향성을 모색하였다. 비가격적 경쟁 요소로서 프라이버시 보호의 의의에 관한 기존의 논의를 참조하되 차이점을 분별하여 경쟁제한성 판단에 반영하고, 경쟁제한효과의 구체적 판단 방법과 기준도 그에 맞게 설계되어야 함을 확인했다. 아울러, 정보보호정책과 경쟁정책의 가치가 충돌하는 양상의 새로운 문제를 효과적으로 분석하고 적절한 시정책을 마련하는 데 있어서 경쟁당국과 정보보호당국의 긴밀한 협력이 중요한 열쇠가 되는 이유와 그 방안을 검토했다. 이들 정책당국이 개별 사안의 해결을 넘어 장기적 관점에서 협력을 이어가는 것은, 거대 플랫폼 기업이 ‘사적 규제자’로 부상하는 거시적인 문제 상황에서 종합적이고 합리적인 규제 프레임워크 마련의 기초를 놓는 작업이 될 것이다.

【Abstract】

Exploring Competition Issues in Big Tech's Activities for Enhancing Privacy Protection

Shiwon Ryu

(Shin & Kim LLC, Attorney at Law / ICR Law Center, Researcher)

The user data play a key role in sustaining the online advertising industry, where digital platform economy is mostly based on. As a wide range of user data are incessantly collected and utilized for targeting users, privacy concerns are frequently raised in this area. While the privacy policies recently rolled out by Google and Apple for phasing out third-party cookies and restricting mobile advertising identifiers which have been widely used for cross-web/app tracking are expected to bring about enormous impact to the advertising ecosystem, several competition authorities are taking a close look at the anti-competitive aspects thereof. Such recent trends are distinguished from the former enforcement cases, which were mostly merger cases and usually focused on the quality 'degradation' in terms of privacy protection, rather than its 'enhancement' as manifested in the present case. This study explores how to approach such novel trends by competition law and policy. Competition analysis of the present case may resort to the theoretical discussion developed from the former enforcement cases concerning the privacy protection level as an element of non-price competition, while identifying the structural difference and its implications on the analytical methods. This article

reviews why it is required for data protection authorities and competition authorities to closely cooperate in conducting the competitive analysis and the decision-making processes for proper remedies (if required) in the present case. Under the circumstances where the big tech raises macroscopic concerns on the Internet governance as they are becoming so-called ‘private regulators’, such cooperation is required as a long term plan for designing integrated regulatory framework reflecting diverse policy considerations.

주제어(Keyword) : 데이터(Data), 프라이버시(Privacy), 경쟁(Competition), 플랫폼(Platform), 구글(Google), 애플(Apple), 광고(Advertising), 프라이버시 샌드박스(Privacy Sandbox)

일본의 노사위원회 제도에 관한 일고찰

- 근로자대표제도 개선에 관한 노사정 합의문 발표를 계기로 -

차 동 욱*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---|--|
| I. 시작하며 | 3. 결의기능 |
| 1. “근로자대표제도 개선에 관한 노사정 합의문”의 도출과 일본의 노사위원회 제도 | 4. 노사위원회의 합의로서 결의에 대한 법적 효과 |
| 2. 일본의 노사위원회 제도에 대한 인식의 부재와 검토의 의미 | V. 노사위원회의 해산 |
| II. 일본의 노사위원회 제도의 개념과 목적 | VI. 2003년 개정 이후의 노사위원회 제도에 관한 법적 구상과 평가 |
| III. 노사위원회의 설치 및 대표의 선출 | 1. 2005년 노동계약법제연구회 최종보고에서의 노사위원회 구상 |
| 1. 노사위원회의 설치 | 2. 2013년 「다양한 고용형태에 있는 자를 포함하는 노동자 전체의 의견집약을 위한 집단적 노사관계법제에 관한 연구회 보고서」에서의 노사위원회의 평가와 그 이후 |
| 2. 노사위원회의 구성 및 위원의 선출 | VII. 일본의 노사위원회 제도의 특징과 시사 |
| IV. 노사위원회의 기능과 노사 합의로서 결의의 효과 | |
| 1. 조사·심의기능 및 의견진술 기능 | |
| 2. 고충처리기능 | |

* 고려대학교 노동대학원 강사.

I. 시작하며

1. “근로자대표제도 개선에 관한 노사정 합의문”¹⁾의 도출과 일본의 노사위원회 제도

2020년 10월 경제사회노동위원회에서 “근로자대표제도 개선에 관한 노사정 합의문”이 나왔다. 이 합의문에 따라 입법이 이루어질 경우, 우리 법률의 근로자대표제도 가지고 있던 대표의 대표성의 강화, 임기의 규정을 통한 상설화, 노사협의회의 근로자위원 회의가 그 지위를 가지는 경우에 있어서의 회의체 형식, 그리고 그 외에도 근로자대표의 다양한 이해관계 반영을 위한 의견청취의무, 정보제공의 요구, 고충처리에 관한 사항, 활동에 대한 근로시간 간주 규정, 사용자에 의한 불이익취급의 금지 및 활동 개입·방해의 금지, 근로자대표의 비밀 준수 의무가 정해지는 등 근로자대표제도의 정당성 및 기능강화가 상당부분 법제화에 이르게 된다.

이는 법률상 근로자대표의 상설화, 복수화 라고 하는 점에서 일본의 노동기준법에 규정되어 있는 노사위원회 제도와 일견 유사해 보인다. 일본의 노사위원회 제도 역시 과반수대표(조합 또는 개인)(우리나라의 근로자대표에 대응)의 대표적 기능인 노사협정(우리나라의 서면합의에 대응)을 노사위원회 결의로서 대체할 수 있기 때문이다. 물론 노사위원회는 우리나라의 ‘근로자위원 회의’와 달리 노사공동의 결의로서 노사협정을 체결한다는 점에 차이가 있다. 그러나 근로자대표 기능의 상설화, 그리고 복수화에는 그 공통점이 있으며, 우리나라는 근로자위원 회의의 재적 과반수 의결, 일본의 노사위원회의 경우 위원의 5분의4 이상의 동의(이는 결국 근로자측 위원의 과반수의 동의를 요건으로 하는 것이 된다)도 그 체결의 정족수에 있어서 유사하다고 할 수 있다.

또한 과반수노조의 근로자대표 지위를 인정하면서도, 과반수노조가 없

1) 2020년 10월 16일 경제사회노동위원회 노사관계제도·관행개선위원회 “근로자대표제도 개선에 관한 노사정 합의문”

고 노사협의회가 있는 경우에 근참법상 존재하는 노사협의회(구체적으로는 그 중 근로자위원 ‘회의’를 의미하는 것으로서 근참법 내의 제도로서 자리매김하는 것을 경계하는 것으로 보인다)의 근로자위원에게 대표로서의 지위를 인정하려는 것은, 일본의 노사위원회가 노동기준법상 법정제도로서 존재하고 있다는 점에서도 유사한 특징으로서도 볼 수 있다. 물론 우리나라의 ‘근로자위원 회의’와 일본의 ‘노사위원회’를 평행선상으로 비교하려는 것은 아니다. 다만 제도의 설정 구조와 근로자대표의 상설화 및 구체적인 지위 등의 규정 등에 있어서 오랫동안 일본의 노동기준법상 제도로서 존재해 온 노사위원회를 비교하는 것은 어느 정도 의미가 있다고 생각된다. 이는 일본과 우리나라의 기본적인 노동관계법 내지 노동시장의 유사성 등과 함께, 장래 종업원대표제도 구상 등의 작업에 있어서의 양국의 근로자대표제의 의미와 그 검토는 비교법적으로도 의미 있는 작업이 될 것이기 때문이다.

2. 일본의 노사위원회 제도에 대한 인식의 부재와 검토의 의미

그런데 일본의 근로자대표제(과반수대표제)의 비교 검토 및 일본의 종업원대표제도를 비교법적으로 검토하는 경우에 있어서 노사위원회 제도는 그 검토의 중심이 되지 않고 있다. 2005년 노동계약법제의 제정에 관한 논의에서 노사위원회를 통한 일종의 종업원대표제의 구상이 존재하였지만 노사의 반발에 그 결실을 이루지 못하였고, 따라서 제도의 도입 후 근로자 과반수대표가 설치된 사업장 단위에서 재량근로시간제 등에 한해서 노사협정을 대체하는 정도의 인식이 노사위원회를 바라보는 우리나라의 시각이지 않았나 한다²⁾. 그러나 노사위원회 제도의 검토는 일견 우리나라와의 유사성 때문만이 아니라, 일본의 노사관계에 있어서의 종업원대표제도 구상 논의에 중요한 위치를 가진다는 점에 있어서도 의미가 있다. 물론 노사위원회 제도를 직접적으로 종업원대표제도로써 검토한다는 의미에서가 아니라, 노사위

2) 근로자대표제도 개선에 관한 노사정 합의문 도출을 위한 논의 과정에서도 일본의 노사위원회 제도는 일부 노사협정을 대체하는 제도 정도로 규정되어 있다는 점을 주로 검토하고 있다 (노사관계제도·관행 개선위원회 - 제33차 전체회의 결과-).

위원회 제도의 도입 당시 그리고 그 후 노사위원회와 관련하여 종업원대표에 대한 개념과 논의가 활발하였기 때문이다. 특히 후술하는 노사위원회 위원 선출에 있어서 과반수노조의 존재와 관계없이 대표에 대한 신임절차를 정한 것 등은 이후 폐지된 것이기는 하지만 일본의 종업원대표제도에 대한 논의에 있어서 중요한 부분을 차지하였다. 또한 2018년 도입된 고도 프로페셔널 제도(고도 전문직 제도)에 있어서도 제도 도입을 위한 요건으로서 노사위원회의 설치 및 이에 의한 의결이 정해지고 있다. 즉, 오랫동안 존재감 없이 법조문에서만 존재한 것이 아니라 아직까지도 입법에서 의미를 가진다 고도 할 수 있다. 그러나 아직까지 우리나라의 논의에서는 일본의 노사위원회에 대한 관심은 많지 않다³⁾.

이 검토에서는 우선 일본의 노동기준법상 노사위원회 제도 자체를 중심으로 파악하기로 한다. 그리고 그 과정 속에서 단편적일 수는 있으나 일본의 종업원대표제에 관한 구상 등이 어떻게 나타나고 논의되었는지를 함께 보도록 한다. 이러한 검토는 노사위원회제도가 우리나라에 도입되거나 필요하다는 것을 주장하려는 것이 아니다. 후술하는 검토를 바탕으로 일본의 종업원대표제도 구상 연구 및 이러한 연구를 바탕으로 하여 우리나라의 종업원대표제 등의 입법론적 논의 등에 있어서 하나의 비교법적 기초가 되기 위함이다.

II. 일본의 노사위원회 제도의 개념과 목적

노사위원회는 1998년의 노동기준법 개정을 통한 기획업무형 재량노동제의 도입 시에 함께 규정된 제도이며, 기본적으로 사업장의 운영에 있어서 기획업무형 재량노동제를 도입하려고 할 때에는 반드시 노사위원회를 설치하여 이를 통하지 않으면 안 된다. 다만, 법문 상으로도 알 수 있듯이 노사위원회의 목적 자체는 전술한 제도 운영만을 위한 것으로서 설계된 것이 아

3) 김재훈, "일본 개별근로관계법상 근로자대표의 법적 연구", 「노사포럼」 제24호, 2004년; 김훈, 박종희, 김정우, 종업원대표제도 개선방안 연구, 한국노동연구원, 2011년 등에서 일본의 노사위원회를 일부 검토하고 있다.

니다. 즉, 노동기준법 제38조의4 제1항의 「임금, 근로시간 기타 당해 사업장의 근로조건에 관한 사항을 조사·심의하고, 사업주에 대해 의견을 진술할 것을 목적으로 하는 위원회(사용자 및 당해 사업장의 근로자를 대표하는 자를 구성원으로 하는 것에 한함)」라고 하는 노사위원회에 대한 일반적 정의규정과 같이, 노사위원회는 기본적으로 법정 사항(기획업무형 재량노동제, 고도 프로페셔널 제도(노동기준법 제41조의2)의 시행 이외에도, 노동기준법상 과반수대표⁴⁾와의 노사협정을 대체하는 결의 이외에도 조사·심의, 그리고 사업주에 대한 의견 진술을 목적으로 하는 제도로서 설계되었음을 기본적으로 인식하여야 한다. 즉 노사위원회의 정의규정은 근로조건 전반에 대하여 폭 넓은 조사·심의, 의견진술을 할 수 있는 권한이 있음을 의미하고⁵⁾, 이러한 기능 때문에 도입 당시에는 노동기준법 개정의 가장 중요한 부분이라는 평가가 많이 나왔다⁶⁾. 물론 당시의 노동기준법 개정에 관한 국회 심의에서 노사위원회의 권한은 기획업무형 재량노동제의 실시에 한정된다는 담당 국무대신의 답변이 있었다고는 하지만⁷⁾, 법률 문언 자체에서 보면 어디까지나 노사위원회의 기본적 목적은 노사 간의 합의를 목적으로 한 것만이 아니라, 법정 사항으로서 기획업무형 재량노동제 이외에도 근로조건 전반에 대한 자문적 기구로서 의도도 존재한다고 할 것이다.

다만, 노사위원회의 목적 중 가장 알려진 것은 기획업무형 재량노동제, 그리고 이후 추가된 고도 프로페셔널 제도의 도입 시 노사위원회를 통해 법정사항의 결의를 하는 것을 위함이다. 즉, 위의 법정 제도는 노사위원회의

4) 한국의 근로기준법상 근로자대표에 대응하는 제도로서, 일본 노동기준법에서는 해당 사업장에 노동자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우는 그 노동조합, 노동자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 노동자의 과반수를 대표하는 자와의 서면에 의한 협정을 한다고 하여 과반수대표를 규정하고 있다. 그리고 일본에서는 과반수 노조가 없는 경우에 있어서의 과반수대표를 과반수대표자라 구별하여 칭하는 것이 일반적이다.

5) 新谷眞人, “勞働者代表制と勞使委員會”, 『季刊勞働法』 189号, 1999年, 28頁.

6) 毛塚勝利, “職場の労働者代表と勞使委員會”, 『ジュリスト』 1153号, 1999年, 57頁.

7) 東京大學勞働法研究會, 注釋勞働基準法 (上卷), 有斐閣, 2003年, 55頁. 이에 대한 비판으로 荒木尙志, “裁量勞働制の展開とホワイトカラーの法規制”, 『社會科學研究』 50卷3号, 1999年, 21頁.

결의가 도입의 요건이 되고 있고, 따라서 노사위원회가 없는 사업장의 경우에는 노사위원회를 설치하는 것이 강제됨을 의미한다. 이외에도 노동기준법상 정해진 사항에 있어서의 과반수대표와의 노사협정을 대체할 수 있는 효력도 인정된다(노동기준법 제38조의4 제5항).

Ⅲ. 노사위원회의 설치 및 대표의 선출

1. 노사위원회의 설치

상술한 바와 같이, 현행 노동기준법상 노사위원회의 설치에 기획업무형 재량노동제 및 고도 프로페셔널 제도의 도입 시에만 의무화되고 있다. 이외에는 노사위원회의 설치에 관하여 법률상의 의무 규정이 존재하지는 않고, 또한 노사 간의 합의에 의한 노사위원회의 설치를 금지하는 규정 역시 존재하지 않는다. 따라서 제도 도입을 위한 노사위원회의 설치에 관하여는 노동기준법 제38조의4 제2항 각호의 요건, 또는 제41조의2의 각호의 요건을 만족하도록 하여야 하나, 다만 이 노사위원회의 설치 자체에 있어서는 아무런 법적 제한이 존재하지 않고, 또한 개별 근로자의 동의도 필요로 하지 않는다. 즉, 기획업무형 재량노동제 및 고도 프로페셔널 제도를 노동자에게 적용시키기 위해서는 당해 노동자의 동의를 얻을 것 및 동의를 얻지 못한 것을 이유로 한 불이익 취급을 금지하고 있으나(노동기준법 제38조의4 제1항 6호, 제41조의2 제1항 9호), 제도의 실시와 관련 없는 노사위원회 자체의 설치 및 운영에 있어서 당해 사업장 내의 개별 근로자의 동의는 그 요건이 아닌 것이다. 따라서 기획업무형 재량노동제, 고도 프로페셔널 제도의 실시 대상 사업장 이외의 사업장이나, 이 제도의 도입을 예정하지 않는 경우에도 노사위원회의 설치는 가능하다.

그리고 설치 단위에 있어서는 현행 법률은 사업장을 그 단위로 한다. 그러나 제도의 도입 초기에는 노동기준법에서 「사업 운영상의 중요한 결정이 행해지는 사업장」이라고 규정하여 여기에서 말하는 사업장은 본사, 분

점을 가리키지만, 사업운영상의 중요한 결정의 일부를 행하는 권한을 가지는 지역본사, 사업본부, 지사, 지점 등이 해당하는 경우도 있을 수 있다고 하고 있다⁸⁾. 따라서 이 이외의 사업장에서는 노사위원회를 설치하여 결의를 행하더라도 그 효력이 발생하지 않는다⁹⁾. 다만 이러한 설치의 한정에 있어서, 노사위원회의 기능은 기획업무형 재량노동제에 한정되지 않는 것이고 이러한 규정은 오로지 제도의 실효성 있는 운영을 위함이지 노사위원회 설치 자체에 대한 한정은 합리성을 잃는다고 하여 이러한 설치 단위의 한정 없이 노사위원회의 설치가 허용되어야 한다고 하고 있으며¹⁰⁾, 이후 2003년의 노동기준법의 개정에서 사업장에 대한 한정이 삭제되었다.

2. 노사위원회의 구성 및 위원의 선출

(1) 구성 및 위원의 선출

노사위원회는 노사 공동으로 구성되는 기구로서, 위원의 절반에 대하여는 근로자측 위원으로 구성해야 하며(노동기준법 제38조의4 제2항 1호¹¹⁾), 따라서 일반적으로는 노사 동수로 구성된다. 다만, 노사 동수의 구성이 법정되어 있는 것은 아니기 때문에 법령상으로는 근로자측 위원이 과반수여도 문제가 되지 않는다. 그리고 노사 동수 구성은 복수의 위원이 존재함을 의미하며, 이 점은 노동기준법상의 과반수대표에 대하여 과반수노조가 이를 맡지 않는 경우에 있어서 한 사람의 대표만을 상정하고 있는 과반수대표자와 다른 특징을 가진다¹²⁾. 노사위원회는 다만 노사 각1인의 구성은 인정되지 않는데,

8) 「労働基準法の一部を改正する法律の施行について」(平成11. 1. 29. 期發45号).

9) 新谷眞人, 앞의 논문, 28면.

10) 青野覺, “勞使委員會”, 「労働法律旬報」1488号, 2000年, 30頁; 東京大學労働法研究会, 앞의 책, 54-55면.

11) 노동기준법 38조의4 제2항 1호: 당해 위원회의 위원의 반수에 있어서는 당해 사업장에 노동자의 과반수로 조직하는 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 노동자의 과반수로 조직하는 노동조합이 없는 경우에 있어서는 노동자의 과반수를 대표하는 자에게 후생노동성령에서 정하는 바에 따라 임기를 정하여 지명되고 있을 것.

12) 우리나라의 근로자대표의 경우 행정해석상 복수의 근로자대표로 구성되는 것도 가능한

그 이유로는 노사 각1인의 구성은 과반수대표와 사실상 다르지 않기 때문에 회의체 중심의 취지에 합치되지 않아 인정되지 않는다고 한다¹³⁾.

근로자측 위원의 선출은 사업장의 과반수대표(과반수노조 또는 선출된 과반수대표자)에 의하여 임기를 정하여 지명되는 방식을 취한다. 따라서 과반수노조도 없고, 과반수대표자도 존재하지 않는 사업장에서 노사위원회를 구성하기 위해서는 노사위원회 위원 지명을 위해 과반수대표자를 먼저 선출해야 한다. 그리고 임기를 정함에 있어서 그 임기 규정이 법률상 규정되어 있지는 않다. 다만 임기 규정의 취지로서 일정 기간 마다 위원 구성의 타당성을 확인 할 수 있다는 (경우에 따라서 위원의 연임 혹은 교체가 가능하도록 하는) 측면에서, 과도한 임기를 정하는 것은 적절하지 않다고 한다¹⁴⁾. 따라서 노사협정의 유효기간에 관한 행정해석 등과 비교하여 생각해 볼 때 길어도 3년 정도가 적당하다고 하고 있다¹⁵⁾. 그리고 근로자측 위원은 과반수대표와 마찬가지로, 감독 또는 관리의 지위에 있는 자(관리감독자)는 근로자측 위원의 자격을 가질 수 없다고 규정하고 있다(노동기준법시행규칙 제24조의2의4 제1항). 그리고 위원 선출에 관하여 실제로 입법화되지는 않았지만 노동계약법의 제정 과정에서는 과반수노조 존재 여부와 관계없이 노사위원회 설치를 인정하여 위원의 반수 이상을 사업장의 전 종업원의 직접 선출에 의할 것을 정하려는 논의가 있었다¹⁶⁾.

(2) 노사위원회 도입 당시 위원의 선임절차 규정과 이에 대한 논의

노사위원회의 위원 선출과 관련하여 가장 특징적인 사항은 2003년 노동기준법 개정 전의 근로자측 위원에 대한 선임절차의 규정이었다. 즉, 과반수노조·과반수대표자에 의해 지명된 노사위원회의 위원에 대하여 그 사업장 근로자에 의한 직접선임절차를 정하고 있었다. 1998년의 노동기준법 개정에

것으로 보고 있다. (1997. 6. 5. 근기 62807-735.)

13) 平12.1.1. 基發1号.

14) 平12.1.1. 基發1号.

15) 東京大學勞働法研究會, 앞의 책, 57면.

16) 厚生労働省「今後の労働契約法制の在り方に關する研究會」報告書, 2005年、17-18頁. 이하의 논의 과정 중에서 구체적으로 설명한다.

있어서 국회심의 단계에서 부가된 이 신임절차는 과반수대표자에 의해 지명된 위원뿐만이 아니라, 과반수노조에 의해 지명된 위원까지도 종업원의 신임투표를 요구하였다¹⁷⁾. 당시 일본의 노동성은 ‘과반수노동조합 또는 과반수대표자가 항상 적절하게 위원을 지명한다고는 할 수 없기 때문에, 과반수근로자에 의한 신임이라는 절차에 입각하여 일반 근로자의 의사가 적절하게 결의에 반영되도록 함’으로 설명하고 있고, 또한 과반수조합에 의해 지명된 자도 신임절차를 거치도록 하는 것에 대하여는, ‘이러한 절차를 통하여 소수조합의 조합원을 포함하는 당해 사업장의 근로자의 의사를 반영하는 것이 담보되도록 하는 구조’라고 설명하고 있다¹⁸⁾. 이러한 신임 절차에 관하여는 다양한 견해가 존재하였으며 간단히 살펴보면 이하와 같다¹⁹⁾.

신임절차에 관한 기대를 가지고 있던 견해로서, 장래에는 종업원이 그 대표자를 선거에 의하여 선출한다고 하는 서구에 있어서의 종업원대표제와 같은 제도로 발전시키려고 하는 정책적 의도를 반영한 것²⁰⁾, 이러한 신임절차가 과반수조합(이 지명한 위원)의 종업원대표로서의 정통성을 높이는 방향으로 작용한다는 점을 중시하여, 이러한 노사위원회가 사회에 정착해 간다면, 장래 노사위원회에 취업규칙을 대신하는 결의를 행하는 권한을 주어서, 단체협약과 동등한 효력을 가지는 것으로서 사업장 내의 종업원 전원에게 이를 적용한다고 하는 형태로 노사관계의 틀 그 자체를 바뀌어가는 것도 가능하다고 기대하였던 것²¹⁾이 있었다. 또한 헌법의 노동조합 중심주의를 취하는 입장에서는, 노사위원회 제도는 조합(과반수조합)의 관여를 전제로 종업원에 의한 신임이라고 하는 메커니즘을 전적으로 받아들이는 점에서 헌법규범의 구조 내에서의 새로운 노동자대표 모델의 방향성을 시사하는 것으로서 평가하고 있

17) 安西愈, “新裁量労働制をめぐる問題点”, 『季刊労働法』 189号, 1999, 15頁.

18) 労働省労働基準局編著, 早わかり改正労働基準法(決定版), 1999年, 150, 151, 159頁.(安西愈, 앞의 논문, 15면에서 재인용.)

19) 이하의 설명에 관하여는 労働政策研究・研修機構, 労働条件決定システムの現状と方向性—集团的發言機構の整備・強化に向けて, 2007年, 265-267면 참조. 본문의 신임절차에 관한 논의는 이곳의 설명을 중심으로 하여 정리하고 있다.

20) 盛 誠吾, “裁量労働制の要件変更”, 『労働法律旬報』 1554号, 2003年, 13頁.

21) 小寫典明, “従業員代表制”, 日本労働法學會編 講座21世紀の労働法第8卷利益代表システムと団結權, 2000年, 62頁.

다²²⁾. 그리고 법정의 노사협의기관으로서 그 전개 여하에 따라서는 노동기준법을 넘어 노사관계 전체에 영향을 미칠 영향력을 가지는 제도로서, 특히 신입절차의 요구, 근로조건에 관한 조사심의의 권한을 인정한 상설적인 노사협의기관으로서 설계한 것은 과반수노동자대표제보다도 한걸음 더 종업원대표제로 나아간 것으로 판단하고, 이러한 신입절차의 존재 및 그 엄격성의 존재가 공정한 노동자대표성의 확보에 이바지하는 것으로서 평가할 수 있다고 한다²³⁾. 또한 과반수노조와 종업원대표가 병존하는 형태로서의 병존형 종업원대표제도는, 복수노조의 존재 시에 이 노조들의 이해조정의 역할도 있기 때문에 신입절차가 노동자의 이해와 노조의 이해의 조정기능 확대에 기여할 수 있다는 지적도 있다²⁴⁾.

그러나 신입절차가 과반수조합에게도 부여된 것에 대하여 조합 권한과의 충돌을 지적하는 견해가 적지 않았다. 즉, 종업원의 신입절차에 있어서 과반수노조가 지명한 위원이 조합의 통제를 벗어나 조합의 의향을 무시하고 임금이나 근로시간이라는 중요한 문제에 결정권을 행사하는 경우, 노동조합의 근로조건 규제권한과의 사이에 혼란이 일어날 수 있다고 보고 있다. 이에 더하여 입법에 의하여 과반수노조를 신용하지 않는 것 같은 결과가 되었다는 비판이 많았고, 따라서 과반수노조 입장에서는 오히려 재량노동제 도입에 있어서 더욱 소극적으로 대처하게 될 것이라는 우려도 나타내고 있다²⁵⁾. 또한 일본의 노동조합이 지금까지의 종업원대표로서의 역할을 다하고 있다는 입장에서, 노동조합의 활동이나 기능을 억제하는 것이라고 하지 않을 수 없는 노사위원회가 등장한 것은 일본의 종업원대표제도의 발전을 도리어 저해하는 것이 되는 등 노동조합권한 뿐만이 아니라 이후의 종업원대표제의 발전에 있어서도 문제가 있다고 지적하였다²⁶⁾.

22) 大内伸哉, 企業内の労働者代表制度の課題と展望—従業員代表法制の比較法的検討, 労働問題リサーチセンター, 2001年, 282頁.

23) 毛塚勝利, “『勞使委員會』の可能性と企業別組合の新たな役割”, 『日本労働研究雑誌』 485号, 2000年, 13, 14頁.

24) 毛塚勝利, 앞의 논문, 『日本労働研究雑誌』 485号, 25면.

25) 安西愈, 앞의 논문, 16면.

26) 毛塚勝利, 앞의 논문, 『ジュリスト』 1153号, 59면.

이후 이 신입절차는 경영계에서의 노사위원회 설치절차의 간소화 등을 요구하는 등을 배경으로²⁷⁾, 2003년의 노동기준법 개정 시에 폐지되었다. 이에 대하여 신입절차에 대한 제대로 된 논의나 실태 검증 없이 제도를 폐지한 것을 비판하는 한편, 일본의 장래의 종업원대표제도의 도입의 가능성을 크게 후퇴한 것이라는 비판과 함께, 노사위원회 도입을 필요로 하는 재량노동제의 도입에 있어서는 과반수노조가 존재하는 사업장이라고 하더라도 그 대상자가 주로 조합원이 아닐 가능성이 높고, 복수노조 혹은 과반수노조가 없는 사업장에서는 근로자의 다양한 이익을 고려할 필요성이 높기 때문에 신입절차를 통해 근로자측 위원의 정통성을 확보하는 것이 중요하다고 하면서 이 신입절차의 폐지를 비판하고 있다²⁸⁾.

(3) 기타 노사위원회 설치와 관련된 사항

제도의 도입 당시에는 노사위원회 설치에 있어서 관할 행정관청(노동기준감독서장)에게 신고할 필요가 있었으나 2003년에 신고의무가 폐지되었다. 그리고 위원회의 의사록이 작성, 보존됨과 함께, 근로자에 대한 주지가 도모될 것을 정하고 있다(노동기준법 제38조의4 제2항). 이외에도 동조 동항 3호의 후생노동성령에서 정하는 요건으로서 위원의 지명은 감독 또는 관리의 지위에 있는 자를 금지하는 것, 사용자에게 노사위원회 개최 시에 의사록을 작성하여 개최일로부터 3년간 보존할 의무, 및 근로자에 대한 주지의무, 사용자가 노사위원회의 동의를 얻어 노사위원회의 운영규정을 정할 것, 근로자측 위원인 것을 이유로 하는 불이익취급 금지 등이 정해지고 있다.

27) 濱口桂一郎, “労働時間法政策中の裁量労働制”, 「季刊労働法」 203号, 2003年, 49頁. 2003년의 개정과 관련하여 표면적으로는 절차상의 간소화만을 주장하고 있으나, 그 배경으로는 과반수노조가 가지고 있는 대표성을 신임하지 않는 듯한 문제에 대하여 노동계측의 강한 반발이 있었다고 하며, 이러한 내용도 신입절차의 폐지에 영향을 미쳤다고 한다. 그러나 입법의 개정 이유에서는 이러한 이유가 명시되고 있지는 않다.

28) 島田陽一, “裁量労働制”, 「ジュリスト」 1255号, 2003年, 46頁.

IV. 노사위원회의 기능과 노사 합의로서 결의의 효과

1. 조사·심의기능 및 의견진술기능

이미 서술한 바와 같이 노사위원회의 활동은 기획업무형 재량노동제 및 고도 프로페셔널 제도에 한정하지 않는다. 노사위원회의 제도의 취지에 서와 같이 「임금, 근로시간 기타 당해 사업장에서의 근로조건에 관한 사항」을 조사·심의하고 사업주에 대하여 당해 사항에 있어서 의견을 진술하는 것을 그 목적으로 정하고 있다. 물론 노사위원회의 이런 기능에 대하여 법적으로 정해지고 있는 구체적인 규정은 존재하지 않는다. 따라서 그 효과가 권고적 의미를 가지는 것에 그치고, 이러한 기능을 행함에 있어서는 엄격한 형식에 따를 필요는 없다²⁹⁾. 또한 그 조사, 심의 및 이에 따른 의견의 진술에도 사용자는 법적으로 구속되지 않는다. 그러나 노사위원회는 노사공동으로 구성되는 기구이다. 따라서 노사위원회의 권고(진술)는 노사 공동의 합치된 의사일 것이며, 이른바 노사가 주고받은 당해 사업장 전체의 통일적 의사로서의 성격을 가지게 된다³⁰⁾. 사용자는 이 기능에 의한 진술을 사실상 존중할 확률이 높다고 할 수 있다. 다만, 이는 일본의 법정제도로써 존재하지 않는 노사협의기구로서의 노사협의회에서도 일반적으로 가지게 되는 자문(권고)적 의견의 전달과 다르지 않다고도 보인다.

2. 고충처리기능

노사위원회의 고유의 기능으로서 고충처리기능이 정해지고 있는 것은

29) 東京大學勞働法研究會, 앞의 책, 61면. 그리고 일본의 사업장 내에 비법률적 기구로서의 노사협의회 보급이 어느 정도 전반적으로 되어 있는 점 등을 고려할 때, 노사위원회의 사용자에게 대한 강력한 정보제공 요구 등이 규정되어 있지 않는 한 기존의 노사협의회와의 역할에서 그 제도적 존재 의의를 드러내기 어려운 점이 있을 것이다. 일본의 비법률적 기구로서의 노사협의회 현황 등과 관련한 소개로 오학수, “일본 노사협의회 의 새로운 전개방향 모색”, 「국제노동브리프」, 2006년 9월, 38면 이하를 참조할 것.

30) 新谷眞人, 앞의 논문, 29면.

아니다. 그러나 기획업무형 재량노동제 및 고도 프로페셔널 제도의 도입의 때에, 고충의 처리에 관한 조치를 당해 결의에서 정하는 바에 의해 사용자가 강구할 것을 정하고 있다(노동기준법 제38조의4 제1항 5호, 제41조의2 제1항 8호). 따라서 결의에 의하여 노사위원회에 고충처리기능을 두는 것은 가능하며, 이 경우 노사위원회는 고충처리기능을 가진다고 할 수 있다. 다만, 이 경우의 고충처리기능은 기획업무형 재량노동제 및 고도 프로페셔널 제도의 운영에 있어서의 고충처리를 위해 이를 두는 것이고, 근로조건 전반에 관하여 고충처리를 의도하는 것이라고는 할 수 없을 것이다. 그리고 고도 프로페셔널 제도와 관련된 지침(평성31년 후생노동성 고시 제88호)에서는 이미 설치되고 있는 고충처리 제도를 이용하는 경우에는 그 취지를 주지시킴과 함께, 고도 프로페셔널 제도에 대하여도 기능함을 배려하도록 하고 있다. 즉 노사위원회에 고충처리 제도를 반드시 둘 것을 의미하지는 않는다.

3. 결의기능

(1) 기획업무형 재량노동제 및 고도 프로페셔널 제도 도입을 위한 결의

법조문 자체에서만 보면 노사위원회의 취지로서는 노사 간의 합의가 그 목적인 것이 아니라, 근로조건 등에 관한 조사 심의 내지 의견 진술에 그치는 제도로서 의도되고 있다고도 할 수 있다. 다만 특정 법정사항의 도입에 있어서 노사위원회 위원의 5분의4 이상의 다수³¹⁾에 의한 합의가 필수적 요건이 되고 있다. 그리고 여기에서의 위원은 출석한 위원의 전원을 의미한다³²⁾. 이 결의에 의하여 기획업무형 재량노동에 대한 간주 근로시간의 인정이나, 고도 프로페셔널 제도와 관련하여 정해진 근로시간, 휴게, 휴일 및 심야 할증임

31) 이는 주로 사용자에 의해 도입이 검토되는 제도에 있어서 근로자측 위원의 과반수의 동의가 필요하다는 의미로서 노사위원회의 5분의4 동의 요건이 정해지고 있는 것이다.

32) 平12.1.1. 基發1号.

금에 관한 규정의 적용을 배제하는 효과를 발생시킨다.

결의가 필요한 구체적인 내용으로서 기획업무형 제량노동제의 대상업무, 대상근로자의 범위, 간주근로시간, 대상근로자의 건강·복지확보의 조치, 대상근로자의 고충처리조치, 근로자의 동의를 얻을 것과 그 절차, 동의하지 않은 근로자에 대한 불이익취급을 해서는 안된다는 것, 기타 후생노동성령에서 정하는 사항(결의의 유효기간 등)이 있다(노동기준법 제38조의4 제1항 1-7호). 고도 프로페셔널 제도에 관하여서는, 대상업무, 대상근로자의 범위, 대상근로자의 건강관리시간을 파악할 것과 그 파악방법, 대상근로자에게 연간104일 이상 및 4주간 4일 이상의 휴일 부여, 대상근로자의 건강확보조치, 대상근로자의 건강관리시간의 상황에 따른 건강확보조치, 대상근로자의 동의 철회에 관한 절차, 대상근로자의 고충처리조치를 실시할 것 및 그 구체적 내용, 동의하지 않은 근로자에 대한 불이익취급을 해서는 안된다는 것, 기타 후생노동성령에서 정하는 사항(결의의 유효기간 등)이 포함되어 있다(노동기준법 제41조의2 제1항 1-10호). 그리고 이 결의와 함께, 결의의 행정관청(노동기준감독서장)에의 신고, 근로자에의 주지 등이 법정 요건화 되어 있다. 그리고 이러한 요건에 있어서 노사위원회가 근로조건에 관한 사항 등에 있어서 신중한 심의를 거친 결정을 할 것을 그 취지로 하는 이상, 결의에 있어서도 엄격한 형식성이 요구된다. 따라서 이러한 요건에 위반하는 경우 노동기준법 위반이 된다³³⁾.

(2) 노사협정의 대체결의

노사위원회는 근로시간 등에 관한 사항 등에 관하여 법률에 의하여 과반수대표와의 노사협정의 체결이 정해지고 있는 경우에는 노사위원회의 결의로 이를 대체할 수 있다. 따라서 노사협정 중 저축금 관리의 실시(노동기준법 제18조), 임금의 일부공제(노동기준법 제24조)를 제외한 노사협정에 대하여 노사위원회의 결의로서 이를 대체할 수 있다(노동기준법 제38조의4 제5항).

33) 東京大學勞働法研究會, 앞의 책, 59면.

4. 노사위원회의 합의로서 결의에 대한 법적 효과

노사위원회의 합의로서 결의는 당해 제도 실시상 필수적인 요건이 되며, 전술한 바와 같이 이에 위반하는 경우 제도 자체가 가지는 효과(기획업무형 재량노동에 대한 간주 근로시간의 인정이나, 고도 프로페셔널 제도와 관련하여 정해진 근로시간, 휴게, 휴일 및 심야 할증임금에 관한 규정의 적용의 배제)도 없어지게 된다. 또한 노사협정의 대체결의는 노사협정과 동일한 효력을 가진다. 그리고 노사위원회는 규정되지 않는 사항에 관하여 노사협정(을 대체하는 결의)을 체결하였다고 하더라도 노사협정은 법정사항에 한하는 것이기 때문에 이 효력이 인정되지 않음은 노사협정과 동일하다.

문제가 되는 것은 노사협정의 대체 결의에 있어서 노사협정과 다른 법적 효과를 부여하는 것이 가능한지이다. 즉, 일반적으로 노사협정에 있어서는 사법적(私法的) 효력을 부정함에 비하여, 과반수대표에 비하여 상대적으로 사업장의 근로자의 이익대표로서 보다 잘 기능할 수 있는 노사위원회의 대체결의에 그 효력을 인정할 수 있느냐의 문제이다. 이에 대하여 노사협정의 효력을 긍정하는 견해도 존재하였으나³⁴⁾, 노사위원회가 근로자의 이익대표 시스템으로서 제대로 규정되고 있는지에 대하여는 의구심이 존재한다. 또한 법문 형식의 존재상으로도 노사협정과 노사위원회의 결의를 같은 선상에서 두고 있기 때문에 노사협정에 대한 사법적 효력의 인정 여부와 동일하게 보아야 한다³⁵⁾. 그리고 노사협정과 노사위원회의 노사협정의 대체결의가 동시에 존재하는 경우에는 나중에 이루어진 것에 그 효력의 우선을 인정한다³⁶⁾.

34) 毛塚勝利, 앞의 논문, 『日本勞働研究雜誌』485号, 13, 14頁. 다만, 이 경우에는 노사위원회의 전원 합의(5분의4의 동의가 아님)가 규정되고 있던 때임을 감안할 필요가 있다.

35) 東京大學勞働法研究會, 앞의 책, 60면.

36) 東京大學勞働法研究會, 앞의 책, 60면, 平12.3.28. 基發180号.

V. 노사위원회의 해산

노사위원회의 해산에 관한 법적 규정은 존재하지 않는다. 따라서 법규정에 의한 것은 아니지만 노사위원회의 해산에 관하여는 노사위원회의 결의(해산사유의 발생), 노사위원회 위원이 영구적으로 결원이 되는 경우 등을 상정할 수 있다. 그리고 기획업무형 재량노동제나 고도 프로페셔널 제도를 위하여 노사위원회 제도가 도입된 후, 해당 제도의 실시가 중지된 경우에도 이러한 경우는 노사위원회의 해산사유가 되지 않는다고 한다. 그리고 노사위원회 일부 위원의 결원에 있어서도 곧바로 해산사유가 되지 않는다고 해석된다³⁷⁾.

VI. 2003년 개정 이후의 노사위원회 제도에 관한 법적 구상과 평가

1. 2005년 노동계약법제연구회 최종보고에서의 노사위원회 구상³⁸⁾³⁹⁾

일본의 노동계약법의 도입 과정에 있어서 노동계약법제에서 노사위원회 제도의 활용 등에 관한 주장이 제기되었다. 후생노동성이 발표한 이 연구보고서에서는 상설적인 노사위원회 제도의 도입을 통하여 당해 사업장에서의 근로조건에 관하여 제도를 변경한 경우에 있어서의 운영 상황의 확인 및 문제 발생 시의 개선 협의, 고충처리 등의 기능을 담당하게끔 구상하고

37) 東京大學勞働法研究會, 앞의 책, 61면.

38) 厚生労働省「今後の労働契約法制の在り方に關する研究會」報告書, 2005年, 17-19頁.

39) 이 노동계약법제연구회 보고서에서의 노사위원회와 관련된 내용(17-19면)에 있어서는 김훈, 박종희, 김정우 앞의 책, 2011년, 124-126페이지에서 자세히 소개하고 있다. 따라서 본고에서는 축약하여 그 내용을 소개함에 그치고, 향후 일본의 종업원대표제도와 관련된 논의에서 이를 보다 자세히 분석하기로 한다.

있다. 그리고 이러한 상설적인 노사위원회의 활용을 통하여 사용자가 근로 조건에 관한 결정·변경에 있어서의 협의를 촉진하게끔 하는 장으로서도 의도하고 있다⁴⁰⁾. 또한 과반수 노조가 존재하는 경우에 있어서도 노동조합의 단체 교섭이나 노동협약의 기능을 저해하지 않도록 하는 구조가 될 필요가 있다고 하면서, 이 경우에 있어서도 노사위원회의 설치를 긍정하고 있다⁴¹⁾.

그리고 노사위원회의 모습으로서 반수이상이 근로자를 대표할 것, 선출 절차의 명확화, 다양한 근로자의 이익을 공정하게 대표할 수 있는 위원 선출, 대표자의 공정대표의무, 위원인 것을 이유로 하는 불이익취급의 금지, 의결의 유효기간, 위원의 임기, 의결에 의한 개최방법 등을 구상하고 있다. 그리고 노사위원회의 합의에 일정의 효과를 부여함이 적당하다고 하고, 취업규칙의 변경에 대하여 노사위원회의 결의로 이를 인정하는 경우, 변경의 합리성을 추정하는 점 등을 정하고 있다. 또한 노동기준법상의 노사위원회의 결의(내지 대체결의)에 관하여 노동계약법상의 노사위원회 결의로 대체할 수 있는 효력을 부여하도록 구상하고 있었다. 그리고 노사위원회의 사전 협의나 고충처리 기능을 부여하고, 이에 대하여 배치전환, 해고 등의 권리남용 판단의 고려요소로 될 수 있음을 지침 등으로 밝힐 것을 구상한다⁴²⁾.

이러한 노사위원회의 구상은 노사 양측의 반발에 의해 법제화되지 못하였다. 그러나 이 구상에서와 같이 노사위원회라고 하는 제도를 통해 보다 본격적인 종업원대표제로 나아가려고 하는 시도를 지속하고 있다는 데에 그 의의가 있다. 또한 전통적인 노동보호법제로서의 노동기준법상 제도로써 자리하고 있는 노사위원회 제도를 본격적으로 집단적 노사관계에서의 종업원 대표 제도로 이끌어내려고 하는 시도로서도 평가될 수 있다⁴³⁾. 다만 이러한 노사위원회의 구상이 보다 구체화되지 않았기 때문에 그 형태와 내용, 그리고

40) 厚生労働省, 앞의 책, 17면.

41) 厚生労働省, 앞의 책, 17,19면.

42) 厚生労働省, 앞의 책, 18,19면.

43) 이에 대하여 노사위원회제도는 노동계약법제에서가 아니라 노동기준법이나 노동조합법 등의 다양한 노동입법을 둘러싼 일본의 장래의 노동자대표제도와 노사관계 시스템 전체에 관한 문제로서 일단 노동계약법과는 분리하여 논의할 필요가 있다는 비판도 존재한다. (労働政策研究・研修機構, 앞의 책, 2007년, 269면.)

대표성에 있어서 구체적으로 어떠한 방향으로 어느 정도의 근로조건 등에 관한 집단적 대표로 자리매김할 수 있는지에 대하여는 이 단계에서는 평가를 유보하게 되며, 이전의 종업원대표제도 구상 등에 비하여도 진일보하였다고는 보기 어렵지 않을까 생각한다.

2. 2013년 「다양한 고용형태에 있는 자를 포함하는 노동자 전체의 의견집약을 위한 집단적 노사관계법제에 관한 연구회 보고서」⁴⁴⁾에서의 노사위원회의 평가와 그 이후

일본의 집단적 노사관계에 있어서의 종업원대표제도와 관련된 비교적 최근의 연구의 과정에서, 노동기준법상의 노사위원회는 조사 심의, 의견진술 및 제도 도입 시의 결의, 노사협정의 대체결의의 기능을 언급하면서, 또한 고용처리나 대상 근로자의 건강관리, 노사위원회의 모니터링 기능 등이 기대된다고 한다. 그리고 노사위원회는 현행법상 근로자측 위원의 지명에 있어서 임기를 정하고 있고, 상설적 기관이기 때문에 과반수대표제에 비하여 집단적 발언 채널로서 비교적 정비되어 있다고 평가하고 있다. 그러나 근로자측 위원의 지명이 과반수대표(자)인 것, 과반수대표제와 마찬가지로 제도의 운영에 드는 비용분담에 관한 규정이나 근로자측 위원의 의사결정에 근로자가 관여할 절차에 대한 규정 등이 존재하지 않는 등의 문제를 지적하고 있다⁴⁵⁾. 즉 노사위원회는 현재 단계에서는 종업원대표로서의 의미보다는 과반수대표의 연장선으로서 평가되고 있다. 또한 이 이후의 문헌 등에서도 노사위원회는 대표되는 종업원의 의사 반영 구조의 결여, 활동이나 독립성의 보장 등에 있어서 사실상 과반수대표와 기본적으로 동일하다는 평가를 내리고 있다⁴⁶⁾.

44) 労働政策研究・研修機構, 「様々な雇用形態にある者を含む労働者全体の意見集約のための集団的労使関係法制に関する研究会報告書」, 2013年, 13-14頁.

45) 労働政策研究・研修機構, 앞의 책, 2013年, 14면.

46) 竹内(奥野) 壽, “従業員代表制と労使協定”, 労働法の基礎理論(講座労働法の再生 第1卷), 2017年, 164頁; “職場における労働者代表制度—その一環としての従業員代表制の立法調整を考える”, 「日本労働研究雑誌」703号, 2019年, 21頁; “學會展望労働

VII. 일본의 노사위원회 제도의 특징과 시사

일본의 노사위원회는 도입 당시 협의 중심의 자문적 기구로서의 법문상의 규정, 제도의 제한적인 설치 범위 및 제한적인 제도 규정 등으로 설명될 수 있다. 그러나 노사위원회 제도 도입 논의 과정에서 과반수 노조의 존재 여부와 상관없이 신임 절차를 규정하는 등, 기존의 과반수대표(근로자대표)를 넘어서는 시도 및 이를 통한 사업장 전체의 대표자로서의 지위 그리고 다양한 근로자의 이해반영이 가능한 제도를 의도하였다. 이러한 입법 때문에 기존의 과반수대표 지위로서가 아니라 이를 넘어서는 종업원대표로의 이행에의 기대도 늘어났다. 다만 사용자측에서 주장하는 절차의 간이화 필요성 및 사실상 노동조합(단체)의 강력한 반대 등으로 신임절차는 폐지되었고, 2005년 노동계약법에서의 노사위원회 구상이 존재하였으나 이 역시 이루어지지 않았다. 그리고 형태의 변경 없이 오늘날에 이르고 있다.

그럼에도 노사위원회 제도가 사실상 그 의미를 상실하였다고 보기는 어렵다. 2018년의 고도 프로페셔널 제도의 도입 시에 있어서 노사위원회 도입을 그 조건으로 하고 있으며, 무엇보다도 노사위원회 제도는 일본에 있어서 법정 대표제도로써 존재하고 있는 것 자체가 의미가 있다. 이러한 법적 위치 자체에서 상설적 법정 대표로서의 노사위원회를 어떻게 개선할 것인가에 대한 검토로도 이어지게 되며, 이 과정에서 일본의 종업원 대표제도 논의에서 노사위원회를 지렛대로 삼아 종업원대표제도로 이행해 갈 가능성이 있다. 즉, 이후 일본에서의 종업원 대표 제도의 전개에 있어서, 노사위원회를 이용하는 시도 등은 충분히 이루어질 수 있는 것으로서 생각되고, 따라서 보다 면밀하게 검토할 필요가 요청된다. 다만, 현재 단계에서의 노사위원회는 어디까지나 과반수대표(근로자대표)의 연장선 내지는 과반수대표의 문제가 약간 개선되었으나 아직까지 이를 넘어서는 제도는 아닌 것으로 평가할 수 있다.

法理論の現在(野田進發言部分)”, 『日本労働研究雑誌』 716号, 2020年, 4頁.

그러나 다른 한편으로 노사위원회는 전통적인 노동자보호법제에서는 아직도 그 의미가 있는 제도이다. 즉 근로조건에 관한 중요한 사항에 관하여 유연화(법정 기준의 해제)를 하려고 할 때 그 내용을 구체적으로 정하면서 이를 상시적 대표체로서 노사위원회 안에서 결의를 통하는 것은, 절차적 번거로움 및 이 결과 실질적 활용도의 저하 등의 지적될 수는 있겠으나, 어디까지나 근로조건에의 변경 등에 있어서 근로자 보호에 보다 충실할 수 있는 제도로서의 존재 의의를 가지는 것이다. 우리나라도 노사협의회 또는 노사협회의 근로자측 위원에게 근로자대표의 지위를 부여한 것이 아니라, ‘근로자위원 회의’ 라고 함으로써 근참법상 입법 목적 하에서의 제도가 아닌 근로자대표 지위를 인정한 것이라고 생각한다. 즉, 이번 합의문은 어디까지나 근로자대표제도의 개선을 위한 것이지, 근참법상 노사협의회에의 개선 내지 발전과정에서의 근로자측위원회에 대한 역할 설정은 아닌 것이다. 다만 일본과 한국 모두에 있어서, 종업원대표제도와 관련된 논의에서 노사위원회·노사협의회와 관련된 역할 내지 기능 조정 등은 중요한 주제가 될 것으로 생각하며 향후 이에 대한 보다 면밀한 검토를 할 필요가 있다.

일본의 노사위원회 제도에 관한 일고찰	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
- 차 동 육	2021.05.29.	2021.06.10.	2021.07.01.

[참고문헌]

- 김재훈, “일본 개별근로관계법상 근로자대표의 법적 연구”, 「노사포럼」 제24호, 2004년.
- 김훈, 박종희, 김정우, 중업원대표제도 개선방안 연구, 한국노동연구원, 2011년.
- 荒木尚志, “裁量労働制の展開とホワイトカラーの法規制”, 「社會科學研究」50卷3号, 1999年.
- 安西愈, “新裁量労働制をめぐる問題点”, 「季刊労働法」189号, 1999年.
- 新谷眞人, “労働者代表制と労使委員会”, 「季刊労働法」189号, 1999年.
- 毛塚勝利, “職場の労働者代表と労使委員会”, 「ジュリスト」1153号, 1999年.
- 青野覺, “労使委員会”, 「労働法律旬報」1488号, 2000年.
- 小畠典明, “従業員代表制”, 日本労働法學會編 講座21世紀の労働法第8巻利益代表システムと団結権, 2000年.
- 毛塚勝利, “『労使委員会』の可能性と企業別組合の新たな役割”, 「日本労働研究雑誌」485号, 2000年.
- 大内伸哉, 企業内の労働者代表制度の課題と展望—従業員代表法制の比較法的検討, 労働問題リサーチセンター, 2001年.
- 東京大學労働法研究會, 注釋労働基準法(上卷), 有斐閣, 2003年.
- 盛 誠吾, “裁量労働制の要件変更”, 「労働法律旬報」1554号, 2003年.
- 濱口桂一郎, “労働時間法政策中の裁量労働制”, 「季刊労働法」203号, 2003年.
- 島田陽一, “裁量労働制”, 「ジュリスト」1255号, 2003年.
- 厚生労働省「今後の労働契約法制の在り方に關する研究會」報告書, 2005年.
- 労働政策研究・研修機構, 労働條件決定システムの現状と方向性—集团的發言機構の整備・強化に向けて, 2007年.
- _____, 「様々な雇用形態にある者を含む労働者全体の意見集約のための集团的労使關係法制に關する研究會報告書」, 2013年.
- 竹内(奥野)壽, “従業員代表制と労使協定”, 労働法の基礎理論(講座労働法の再生第1卷), 2017年.
- _____, “職場における労働者代表制度—その一環としての従業員代表制の立法調整を考える”, 「日本労働研究雑誌」703号, 2019年.
- “學會展望労働法理論の現在”, 「日本労働研究雑誌」716号, 2020年.

【국문초록】

이 논문은 2020년 10월 근로자대표제도 개선에 관한 노사정 합의문의 발표를 계기로 일본의 노사위원회 제도를 고찰하고, 일본의 노사위원회 제도의 정확한 이해와 함께 이러한 과정을 통해서 향후 종업원대표제도의 논의와 검토에 있어서 비교법적 기초가 됨을 그 목적으로 한다.

노사정 합의문에서 제시하고 있는 ‘근로자위원 회의’의 내용을 보면 법률상 근로자대표의 상설화, 복수화가 규정되고 있다는 점에서 일본의 노동기준법상 제도인 노사위원회와 일견 유사해 보인다. 또한 과반수노조의 근로자대표 지위를 인정하면서도, 과반수노조가 없고 노사협의회가 있는 경우에 근참법상 제도인 노사협의회에 근로자위원에게 대표로서의 지위를 인정하는 것은 일본의 노사위원회가 노동기준법상의 제도로서 근로자의 대표기능을 수행하고 있는 점과 유사한 특징을 가진다. 그러나 일본의 노사위원회 제도에 대한 검토는 단지 우리나라 제도와 유사성 때문에만 필요한 것은 아니다. 일본의 노사위원회 제도 논의는 향후 일본의 집단적 노사관계에 있어서의 종업원대표제도 구상에 있어서 중요한 위치를 가지고 있다는 점에도 의미가 있다.

일본의 노사위원회는 도입 당시 협의 중심의 자문적 기구로서의 의도, 제도의 제한적인 설치 범위 및 제한적인 제도 규정 등으로 설명될 수 있다. 그러나 또한 기존의 과반수대표(근로자대표)를 넘어서려는 시도 및 이를 통한 사업장 전체의 대표자로서의 지위 그리고 다양한 근로자의 이해반영이 가능한 제도를 의도하였다. 다만, 절차의 간이화 및 노동계의 반대 등으로 대표의 선임절차가 폐지되었으며, 이후 노동계약법 입법 당시의 구상도 이루어지지 못했다. 그러나 노사협의회 제도가 사실상 그 의미를 상실하였다 고만은 볼 수 없다. 2018년 도입된 고도 프로페셔널 제도 등에서의 노사위원회 도입의 의무화 등, 일본의 법정 대표로서 그 존재의 의미가 있다. 그리고 이러한 법정 제도로서의 위치를 지렛대 삼아 향후 종업원대표제도로 이행해 갈 가능성도 존재한다. 그리고 이러한 가능성 이외에도 전통적인 노동자보호를 위한 관점에서 집단적 대표로서의 의사반영기구로서의 의미도 부정할 수 없다. 향후 한국과 일본의 종업원대표제도와 관련된 논의에서 노사협의회 내지 노사위원회와 관련하여 그 역할 및 기능조정 등은 중요한 과제가 될 것이며, 이에 대한 면밀한 검토가 필요하다.

【Abstract】

A Study on Labor-Management Committee System in
Japan

- With the announcement of the tripartite committee agreement
on the improvement of the workers' representative system -

Cha Dongwook

(Lecturer, Korea University Graduate School of Labor Studies)

This study reviews the labor-management committee system in Japan with the announcement of the tripartite committee agreement on the improvement of the workers' representative system in October 2020, and intends to an accurate understanding of the Japanese labor-management committee system, and to a comparative legal basis for discussion of the employee representative system through this.

Through the “meeting of workers' members” in the October 2020 agreement, it stipulates the standing committee and pluralization of workers' representative, which is similar to the labor-management committee under the Japanese Labor Standards Act. In addition, when there is a majority union, the status of their workers' representative is recognized, but when a majority union does not exist, the labor-management council(to be precise, meeting of workers' members), which is the representative by the election of the employees, has the status as a representative. It is similar in that it functions as a workers' representative. However, in addition to this similarity, labor-management

committee system in Japan has an important position in the future planning of the employee representative system.

At the time of its introduction, the labor-management committee in Japan was defined as a system with various possibilities of its functional expansion. However, in reality, various intentions have not been realized and remain as a legal system under the Labor Standards Act in Japan. In spite of this reality, it has meaning as an existing legal representative in Japan, and there is a possibility that it will develop into an employee representative system in the future. Coordination of roles and functions of the labor-management council in Korea or labor-management committee in Japan will be an important task in the discussion of the employee representative system, and a close review is required.

주제어(Keyword) : 일본 노사위원회(Labor-Management Committee in Japan), 노사 협의회(Labor-Management Council), 근로자대표(Workers' Representative), 근로자위원 회의(Meeting of Workers' Members), 일본의 종업원대표제(Employee Representative System in Japan)

선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제의 의미와 기능

- 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정에 대한 평석 -

장 영 수*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|------------------------------------|--|
| I. 서: 인터넷 선거운동의 비중과
실명제의 역할 | V. 선거운동기간 중 인터넷게시판
실명제의 의미 |
| II. 사건의 개요와 결정의 요지 | 1. 선거운동기간 중 인터넷게시
판 실명제의 보호법익 |
| 1. 사건의 개요 | 2. 제한되는 기본권은 무엇인가? |
| 2. 법정의견의 요지 | 3. 침해의 최소성 원칙 위배 여
부에 대한 재검토 |
| 3. 반대의견의 요지 | 4. 법익의 균형성 원칙 위배 여
부에 대한 재검토 |
| III. 선거운동의 본질과 기능 | VI. 선거운동기간 중 인터넷게시판
실명제 폐지의 파급효과 |
| 1. 선거의 민주적 기능과 선거
운동의 의미 | 1. 인터넷 실명제에 대한 오해와
진실? |
| 2. 선거운동의 자유를 통한 정
보의 소통, 민의의 수렴 | 2. 공직선거에서의 인터넷 실명
제: 허위사실과 흑색선전 난
무에 대한 우려 |
| 3. 선거운동의 공정성 확보를
통한 올바른 후보자 선택 | 3. 무엇을 위한 익명표현의 자
유인가? |
| IV. 인터넷 선거운동의 확대와 그
장단점 | VII. 결론: 제2의 시각장애인 안마사
자격독점 위헌결정이 반복되지
않으려면... |
| 1. 시대적 상황의 변화와 인터
넷 선거운동의 비중 확대 | |
| 2. 인터넷 선거운동의 장점 | |
| 3. 인터넷 선거운동의 단점 | |

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

I. 서: 인터넷 선거운동의 비중과 실명제의 역할

오늘날 대한민국뿐만 아니라 범세계적으로도 인터넷이 정보소통에서 차지하는 비중은 날로 커지고 있다. 그로 인하여 선거운동에서도 인터넷을 이용한 온라인 선거운동이 차지하는 비중이 계속 커지고 있다. 그런데 지금까지 인터넷 선거운동에 대해서는 그 긍정적 측면이 주로 강조되고 있으며,¹⁾ 부정적 측면에 대해서는 상대적으로 관심이 높지 않은 것으로 보인다.²⁾

그 결과 현재 2011.12.29. 2007헌마1001등 결정을 계기로 인터넷 사전선거운동에 대한 규제가 크게 완화되었는가 하면,³⁾ 최근에는 선거운동기간 중의 인터넷 게시판에 대해 실명확인을 요구하는 공직선거법 제82조의6 제1항에 대해 위헌으로 판단한 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정이 내려졌다. 일각에서는 이러한 헌법재판소 결정들을 환영할 것이지만, 우려되는 점도 적지 않다.

인터넷 공간에서의 익명성이 의사소통의 자유에 도움이 된다는 점은 부인하기 어렵다. 그러나 그로 인하여 발생하는 피해 또한 만만치 않다. 익명의 그늘 하에서 허위의 사실을 유포하여 개인의 명예나 사생활을 침해하

- 1) 인터넷 선거운동의 긍정적 효과를 강조하는 견해로는 김용철, 제17대 총선과 인터넷 홈페이지를 이용한 선거운동, 21세기정치학회보 제14집 제2호(2004.09), 75-96쪽; 김종서, 인터넷 선거운동의 주요 쟁점 검토, 헌법학연구 제18권 제2호(2012.06), 1-50쪽; 손형섭, 인터넷 시대의 선거운동에 관한 법적 연구, 형사법의 신통향 제28호(2010.10), 108-147쪽; 임종훈, 인터넷 선거운동과 공직선거법 -인터넷 선거운동의 상시 자유화에 대한 고찰을 중심으로-, 홍익법학 제8권 제2호(2007.08), 1-19쪽; 탁진영, 인터넷 선거운동의 현황과 개선방안, 계명대 한국사회과학연구 제24권 제1호(2005.6), 229-260쪽; 황성기, 인터넷과 선거운동, 언론과법 제9권 제1권(2010.06), 177-229쪽 등 참조.
- 2) 부정적 측면을 억제하기 위한 적절한 규제의 필요성을 강조하는 견해로는 지영환, 인터넷 선거활동제한과 표현의 자유에 대한 고찰, 한양대 법학논총 제30권 제4호(2013.12), 203-233쪽 참조.
- 3) 이 결정에 관하여는 김래영, 인터넷을 이용한 정치적 표현의 자유에 관한 헌법재판소 결정 비판 -헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등-, 단국대 법학논총 제36권 제1호(2012.06), 101-123쪽; 조소영, 인터넷상 정치적 표현행위의 헌법적 보호 범위에 관한 검토 -헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등 결정을 중심으로-, 헌법판례연구 제13권(2012.02), 221-256쪽; 허진성, 인터넷 선거운동의 자유와 규제에 관한 연구 -공직선거법 제93조 제1항 등 위헌확인 사건(2007헌마1001)을 중심으로-, 가천법학 제5권 제2호(2012.08), 407-428쪽 참조.

는 경우⁴⁾는 물론, 각종 신상털기,⁵⁾ 스토킹⁶⁾ 등의 수단으로 악용되는 경우가 적지 않으며, 심지어 인터넷 게시판 및 각종 댓글을 이용한 여론조작의 폐해는 그 파급효가 어디까지 미치고 있는지 확인조차 어렵다.⁷⁾

더욱이 인터넷 선거운동에서의 익명성은 당선을 위해 무슨 일도 마다하지 않는 공직선거 후보자들 및 그 지지세력들에 의해 흑색선전의 온상이 될 우려가 매우 크다. 이미 지난 두 차례의 대통령선거에서 국정원의 댓글 조작사건,⁸⁾ 민주당의 여론조작사건⁹⁾ 등이 발생하면서 그 위험성이 널리 인정되고 있는데, 헌법재판소에서 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제에 대해 위헌이라 판시한 것은 납득하기 어렵다. 만일 이로 인하여 다음 선거에서 흑색선전과 불법적인 여론조작이 증가한다면 과연 누가 어떻게 책임질 것인가?

이하에서는 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정의 내용을 간단히 개관(Ⅱ)한 후에 먼저 「선거운동의 본질과 기능」(Ⅲ)에 대한 검토를 통해 선거운동의 자유와 선거운동의 공정성이라는 두 가지 요점을 재조명하고자 한다. 이를 통해 양자의 긴장관계와 그 조화점을 찾을 수 있을 것이다. 이어서

-
- 4) 이에 관하여는 김범연·권현영, 프라이버시 보호를 위한 합리적 사이버보안법제 마련의 쟁점과제와 입법방향, 연세대 법학연구 제28권 제4호(2018.12), 217-258쪽; 김신규, 사이버 명예훼손·모욕행위에 대한 형사규제의 개선방안, 비교형사법연구 제19권 제4호(2018.1), 583-632쪽 참조.
 - 5) 최근에는 법원의 판결이 마음에 들지 않는다는 이유로 판사들에 대한 신상털기까지 등장하여 논란이 된 바 있다. 이에 관하여는 <https://www.yna.co.kr/view/MYH20191216015300038> (최종방문 2021. 3. 20.); <https://www.hankookilbo.com/News/Read/201905171142043177> (최종방문 2021. 3. 20.) 참조.
 - 6) 인터넷을 이용한 스토킹에 관하여는 이성식·신지민·임수경·임형연, 사이버스토킹의 설명요인에 관한 연구, 형사정책 제32권 제2호(2020.07), 97-122쪽; 이승우, 사이버스토킹에 대한 법률적 대응 방안, 연세 의료·과학기술과 법 제2권 제1호(2011.02), 229-269쪽 참조.
 - 7) 이미 인터넷을 통해 급속하게 확산된 가짜뉴스가 각국의 선거에서 큰 영향을 미쳤다는 보도는 여러 차례 나온 바 있으며, 그밖에도 왜곡된 정보의 확산이 정치분야 또는 경제분야에 미치는 파급효는 정확하게 산출하기도 어렵다.
 - 8) 국정원 댓글사건에 관하여는 관하여는 <http://oh.yna.co.kr/publish/2017/08/31/YNO20170831242200039.html> (최종방문 2021. 3. 20.) 참조.
 - 9) 이른바 드루킹 사건으로 널리 알려진 이 사건에 관하여는 <https://www.bbc.com/korean/news-44194845> (최종방문 2021. 3. 20.) 참조.

「인터넷 선거운동의 확대와 그 장단점」(Ⅳ)을 고찰함으로써 인터넷 선거운동의 비중이 계속 커지는 것은 피할 수 없는 현실이지만, 그 장점을 살리는 것에 못지않게 그 단점을 보완·예방하는 것도 중요함을 지적하고자 한다.

이러한 바탕 위에서 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정의 핵심인 「선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제의 의미」(Ⅴ)를 심층적으로 평가할 수 있을 것이다. 특히 공직선거법 제82조의6 제1항에 규정된 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제의 보호법익과 그로 인해 제한되는 기본권을 엄밀하게 비교·검토하는 가운데 과잉금지원칙 위배 여부를 재검토하고자 한다. 그리고 마지막으로 「선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제 폐지의 기대효과」(Ⅵ)에 대한 검토를 통해 과연 긍정적 효과가 더 클 것인지, 부정적 효과가 더 클 것인지를 예상해 보고자 한다.

Ⅱ. 사건의 개요와 결정의 요지

1. 사건의 개요

현재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등 결정은 3개의 사건을 병합하여 결정한 것이다.

2018헌가16은 인터넷신문을 운영하며 인터넷 콘텐츠 제공 및 제작업을 하는 법인이 제청신청인이 된 사건으로서, 제20대 국회의원선거 선거운동기간 및 제19대 대통령선거 선거운동기간 중에 인터넷홈페이지의 게시판 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보를 게시할 수 있도록 하면서도 행정자치부장관 또는 신용정보업자가 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하지 않았다는 점으로 인해 과태료를 받았고, 이에 대한 소송이 진행 중인 상태에서 법원에 위헌법률심판제청신청을 하였고, 법원은 이를 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 한 사건이다.¹⁰⁾

2018헌마456은 제7회 전국동시지방선거의 유권자인 개인이 청구한 사

건으로서 심판대상조항인 공직선거법 제82조의6 제1항 등이 선거운동기간 중 인터넷게시판에 실명인증을 요구하는 것은 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다.

2020헌마406은 인터넷신문을 운영하는 법인과 제21대 국회의원선거의 유권자인 개인이 청구한 사건으로서 제82조의6 제1항 등에 의한 실명인증 요구와 그 위반에 대한 과태료의 부과가 기본권을 침해한다고 주장하면서 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 법정의견의 요지

헌법재판소의 법정의견은 심판대상조항인 제82조의6 제1항 등의 입법 목적은 정당하나, 모든 익명표현을 사전적·포괄적으로 규율하는 것은 표현의 자유보다 행정편의와 단속편의를 우선함으로써 익명표현의 자유와 개인 정보자기결정권 등을 지나치게 제한한다고 판단하였다.¹¹⁾

이러한 법정의견에서 주목할 점은 정치적 의사표현을 자유롭게 할 수 있는 핵심적 기간이라 볼 수 있는 선거운동기간 중 익명표현의 제한이 구체적인 위험에 기초한 것이 아니라 심판대상조항으로 인하여 위법한 표현행위가 감소할 것이라는 추상적 가능성에 의존하고 있는 점, 심판대상조항의 적용대상인 “인터넷언론사”의 범위가 광범위하다는 점까지 고려하면 심판대상조항으로 인한 기본권 제한의 정도는 결코 작다고 볼 수 없다고 판단했다는 것이다.¹²⁾

10) 이와 관련하여 법원은 위헌제청의 이유로 제시한 것은 “심판대상조항이 실명인증을 요구하는 선거운동기간이 정치적 표현의 자유를 행사하는 데 가장 긴요한 기간인 점, 표현의 자유 보장이 민주주의의 근간이 되는 헌법적 가치라는 점을 고려하면, 익명표현의 자유를 제한하는 데 따르는 불이익이 선거의 공정성 유지라는 공익보다 결코 더 작다고 할 수는 없다. 따라서 심판대상조항은 인터넷언론사 게시판 이용자의 표현의 자유를 침해하고, 그로 말미암아 인터넷언론사의 언론의 자유 역시 침해한다는 합리적인 의심이 든다”는 점이었다(헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 218).

11) 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 213.

12) 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 213.

또한 법정의견은 실명확인제가 표방하고 있는 선거의 공정성이라는 목적은 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성할 수 있다고 보고 있다. 공직선거법은 정보통신망을 이용한 선거운동 규제를 통하여 공직선거법에 위반되는 정보의 유통을 제한하고 있고, ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’상 사생활 침해나 명예훼손 등의 침해를 받은 사람에게 인정되는 삭제요청 등의 수단이나 임시조치 등이 활용될 수도 있으며, 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않고도 허위 정보로 인한 여론 왜곡을 방지하여 선거의 공정성을 확보하는 새로운 수단을 도입할 수도 있다는 것이다.¹³⁾¹⁴⁾

결론적으로 헌법재판소의 법정의견은 심판대상조항은 정치적 의사표현이 가장 긴요한 선거운동기간 중에 인터넷언론사 홈페이지 게시판 등 이용자로 하여금 실명확인을 하도록 강제함으로써 익명표현의 자유와 언론의 자유를 제한하고, 모든 익명표현을 규제함으로써 대다수 국민의 개인정보자기결정권도 광범위하게 제한하고 있다는 점에서 이와 같은 불이익은 선거의 공정성 유지라는 공익보다 결코 과소평가될 수 없다는 것이다. 그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 인터넷언론사 홈페이지 게시판 등 이용자의 익명표현의 자유와 개인정보자기결정권, 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해한다고 판시하였다.¹⁵⁾

3. 반대의견의 요지

이선애, 이종석, 이영진 재판관에 의해 제시된 반대의견은 심판대상조

13) 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 213-214.

14) 이와 더불어 “인터넷을 이용한 선거범죄에 대하여는 명예훼손죄나 후보자비방죄 등 여러 사후적 제재수단이 이미 마련되어 있다. 현재 기술 수준에서 공직선거법에 규정된 수단을 통하여서도 정보통신망을 이용한 행위로서 공직선거법에 위반되는 행위를 한 사람의 인적사항을 특정하고, 궁극적으로 선거의 공정성을 확보할 수 있다”고 말하고 있다(헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 214.).

15) 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 214.

항이 선거의 공정성 확보를 위해 필요한 최소한의 제한을 가하고 있다는 점을 강조한다.

반대의견은 ‘선거운동기간 중’, ‘인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방 등’에 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대’의 정보 등을 게시하는 경우에만 한정해서만 실명확인 조치 등을 통해 익명표현을 제한하고 있으며, 선거운동기간 중에는 경쟁의 과열로 흑색선전이나 여론 왜곡 시도 등이 나타날 수 있으므로 이에 대한 공정성 확보가 필요하다는 점을 지적했다.¹⁶⁾

이와 관련하여 선거운동기간 중 지명도 있는 인터넷언론사 홈페이지 게시판 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대에 관련된 허위 또는 왜곡된 정보가 무책임하게 게시되는 경우, 해당 게시물이 인터넷 공간에서 광범위하고 급속하게 확대·재생산되고, 여기에 편향적인 정보 취득과 편견 강화 등 인터넷환경에서 나타날 수 있는 부정적 현상이 결합하면, 토론 등을 통한 자율적 교정이 어려워져 선거의 공정성을 훼손할 위험이 있다는 점을 강조하였다.¹⁷⁾

반대의견에 따르면 심판대상조항으로 인한 익명표현의 자유, 개인정보자기결정권에 대한 제한은 그 범위와 정도에 있어서 필요최소한의 것이라고 할 수 있으며, 제한을 완화하면서 동일한 정도로 입법목적 달성을 하는 다른 대안을 상정하기도 어렵고, 게시판 등 이용자의 익명표현의 자유에 대한 제한에 수반되는 인터넷언론사의 언론의 자유에 대한 제한도 필요최소한의 정도를 넘었다고 보기 어렵다고 판단하였다.¹⁸⁾

또한 인터넷언론의 영향력과 책임에 상응하여 선거의 공정성 훼손의 위험을 방지하려는 공익에 비하여 제한되는 사익이 크다고 보기도 어려우므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하지 않으며, 이용자의 익명표현의 자유와 개인정보자기결정권, 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해한다고 볼 수 없다는 것이다.¹⁹⁾

16) 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 214.

17) 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 214.

18) 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 214.

19) 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 214.

Ⅲ. 선거운동의 본질과 기능

1. 선거의 민주적 기능과 선거운동의 의미

대의제의 형태로 민주주의를 실현하는 것이 불가피한 현실에서 선거는 민주주의 실현의 첫 단추라고 할 수 있다. 현대 민주국가에서 국민이 주권자라는 점은 누구도 부인하지 못하지만, 국민은 군주국가에서 군주가 주권을 행사하듯이 권력을 직접 행사하지 못한다. 그로 인하여 국민이 선출한 대표자가 국가권력을 담당하도록 하는 것이 대의제이며, 따라서 선거를 통해 올바른 대표자를 선출하는 것이 대의제의 성패를 좌우하는 가장 중요한 요소의 하나라고 할 수 있다.²⁰⁾

민주적 선거는 기본적으로 활동력 있는 국가기관을 구성하는 행위이지만, 이는 세 가지 기능을 동시에 수행한다. 즉, 선출된 대표자에 대한 민주적 정당성의 부여 기능,²¹⁾ 선출되지 못한 후보자 및 정당에 대한 통제 기능,²²⁾

20) 실제로 선거의 실패는 히틀러의 집권과 같은 독재로 이어질 수 있다. 이에 관하여는 Mike G., Die Zeit des Nationalsozialismus. Überblick über die historischen Ereignisse, GRIN Verlag, München, 2016 참조.

21) 이와 관련하여 헌법재판소는 헌재 2020. 5. 27. 2017헌마867 결정에서 “국민주권의 원리와 선거를 통한 국민의 참여를 위하여 헌법 제24조는 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 보장하고 있고, 헌법 제11조는 정치적 생활영역에서의 평등권을 규정하고 있으며, 또한 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항은 국회의원선거와 대통령선거에 있어서 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙을 보장하고 있다. 헌법이 선거권과 선거원칙을 이같이 명문으로 보장하고 있는 것은 국민주권주의와 대의제 민주주의 아래에서는 국민의 선거권 행사를 통해 국가권력이 창설되고 구성되며 그 민주적 정당성이 부여되기 때문이다.”라고 판시한 바 있다.

22) 선거에서 정당성의 부여 기능과 통제 기능은 동전의 앞뒷면처럼 함께 작용한다. 즉, 선거를 통해 선택받는 후보자에 대해서는 정당성 부여의 기능이, 선택되지 못하는 후보자에 대해서는 통제 기능이 작용하는 것이다. 특히 선거에 의한 ‘정치적 통제’에 관하여는 음선폭, 의회민주주의와 국회의원선거체계의 개혁 -민주적 대표성의 관점에서-, 공법연구 제42집 제1호(2013.10), 157-192(170이하)쪽 참조. 또한, 헌재 2019. 8. 29. 2017헌마442 결정의 반대의견에서 이석태·김기영 재판관은 “선거는 국민의 의사를 반영할 수 있는 대의기관을 선출하여 미래의 국가운영의 방향을 결정하는 역할을 함과 동시에 주기적인 선거를 통하여 대의기관을 새로이 구성함으로써 국가권력을 통제하는 기능도 수행한다”는 점을 강조한 바 있다.

그리고 선거에의 참여를 통해 국민들의 민주의식과 주권의식, 나아가 국가에 대한 소속감을 높이는 통합적 기능²³⁾이 그것이다. 그러므로 좋은 선거제도는 이러한 선거의 민주적 기능을 올바르게 실현시키는 것이어야 한다.

선거운동이 민주적 선거를 위해 필요불가결한 것으로 인정되는 이유도 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 선거의 민주적 기능을 벗어나서 선거운동의 독자적 의미를 찾을 수 없으며, 선거운동이 단지 공직선거의 후보자들이 하고 싶어서 하는 것, 유권자들의 다수가 선거운동에 관심이 있기 때문에 허용되는 것으로 이해되어서는 안 된다. 선거운동이 법적으로 허용되는 범위 및 한계는 선거의 민주적 기능과 맞물려 있으며, 이를 통해 선거의 공적 성격, 나아가 공직선거법 규정들에 의한 선거운동에 대한 보장과 제한의 합헌성이 인정될 수 있는 것이다.²⁴⁾

그러므로 공직선거에서 후보자들의 선거운동의 자유를 단순히 행복추구권 내지 일반적 행동의 자유의 발현으로, 선거운동에 대한 제한을 일반적 행동의 자유에 대한 제한으로 이해해서는 안 된다. 올바른 민주주의 실현의 관건으로서 선거가 갖는 의미와 중요성에 상응하여 선거운동의 자유를 제한하는 경우에는 엄격하고 명확한 근거와 기준이 필요한 것이다.²⁵⁾

23) 선거의 통합적 기능에 관하여는 Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot Verlag, München und Leipzig, 1928, S.32ff. 참조.

24) 거꾸로 민주적이지 않은 선거, 예컨대 히틀러의 집권을 가능케 했던 선거라면 그 정당성이 인정될 수 없는 것이다. 당시 히틀러의 나치당은 이른바 합법적 혁명(*legale Revolution*)을 내세워 선거를 통한 전체주의 정권의 수립에 성공했으며, 그에 대한 반성으로 위헌정당해산제도 등의 방어적 민주주의가 도입되었다는 점은 시사하는 바가 크다. 이에 관하여는 Young-Soo Chang, *Streitbare Demokratie*, Diss. Frankfurt/M. 1990 참조.

25) 이와 관련하여 헌법재판소는 “선거운동의 자유도 무제한일 수는 없는 것이고, 선거의 공정성이라는 또 다른 가치를 위하여 어느 정도 선거운동의 주체, 기간, 방법 등에 대한 규제가 행하여질 수 있다. 다만 선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 그 제한입법의 위헌여부에 대하여는 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다”는 태도를 유지하고 있다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등; 헌재 2011. 12. 29. 2010헌마285; 헌재 2016. 6. 30. 2013헌가1).

2. 선거운동의 자유를 통한 정보의 소통, 민의의 수렴

선거운동의 자유가 행복추구권 내지 일반적 행동의 자유와 무관하다는 것은 아니다. 그러나 적어도 선거운동의 자유가 특별히 강조되는 이유는 민주주의의 실현이라는 중요한 가치와 관련되어 있기 때문이다. 즉, 선거운동의 자유가 인정됨으로써 선거의 민주적 기능이 올바르게 발현되고, 이를 통해 대의제 민주주의가 제대로 실현되는 것 때문에 선거운동의 자유가 특별히 중요한 의미를 갖는 것이다.

이러한 선거운동의 자유는 크게 세 가지 점에서 선거를 통한 민주주의 실현에 기여한다.

첫째, 선거운동의 자유가 인정될 때에만 후보자에 관한 정보의 소통이 합리화될 수 있다. 유권자들이 각각의 후보자에 공직자로서 자격을 갖추고 있는지에 대해 올바른 판단을 내리기 위해서는 정확한 정보가 필요한데, 유권자들이 필요로 하는 정보를 가장 정확하게 알고 있는 것은 후보자 본인이다. 그러므로 후보자들이 선거운동을 통해 자신이 어떤 경력과 능력을 갖고 있으며, 공직자로서 자격을 갖추고 있는지를 유권자들에게 알리는 것이 가장 효과적이다.²⁶⁾

둘째, 선거운동의 자유를 통해 공직선거에 출마한 후보자들의 상호 견제를 활성화시킬 수 있다. 즉, 상대 후보자의 선거운동에서 허위 또는 과장된 학력이나 경력 등이 문제될 경우에는 이를 비판함으로써 왜곡된 정보로 인해 유권자들이 잘못된 판단을 내리지 않도록 할 수 있는 것이다.²⁷⁾

셋째, 중·장기적으로 볼 때, 공직선거의 후보자들은 유권자들에게 좋

26) 복잡·다원화된 현대사회에서 유권자들이 공직선거 후보자들에 대한 정보를 직접 수집할 것을 기대하기 어려우며, 이는 오히려 정치적 무관심을 더욱 심화시킬 것이다. 후보자들 스스로가 자신이 출마한 공직에 적합한 인물임을 적절한 방식으로 유권자들에게 호소하고, 유권자들이 이렇게 얻은 정보를 기초로 후보자들을 비교하여 선택할 수 있도록 하는 것이 필요하다고 인정되는 것이다.

27) 다만, 후보자들의 상호견제만으로 허위·과장의 정보, 흑색선전 등이 충분히 억제될 수 있다고 보기는 어렵다. 대통령선거나 중요 지방자치단체장 등의 선거에서는 몰라도, 대부분의 국회의원선거나 지방의원선거에서는 후보자들 사이에 지지세력 및 지원인력의 숫자 및 전문성, 재정적 능력 등에서 힘의 불균형이 매우 심각하기 때문이다.

은 인상을 줄 수 있는 경력 및 능력을 갖추려고 노력할 것이며, 이를 통해 선거운동에서 유리한 고지에 오르려고 노력할 것이다. 즉, 선거운동의 방식은 민의의 향배에 예민할 수밖에 없으며, 선거운동의 자유를 인정함으로써 선거 자체가 민의를 수렴하는 방향으로 나아가게 만든다.²⁸⁾

그러나 선거운동의 자유를 인정하는 것만으로 민주주의 실현이 촉진되는 것은 아니다. 선거는 본질적으로 제로섬 게임이며, 선거의 승리를 위해 자신에 관한 정보를 부풀리거나 상대 후보자의 정보를 왜곡하는 일이 언제든지 발생할 수 있으며, 이를 적절히 통제하지 못할 경우에는 오히려 유권자들이 잘못된 판단을 내릴 우려가 매우 높기 때문이다.

그로 인하여 선거운동의 자유와 선거(운동)의 공정성은 항상 맞물려 있다. 즉, 선거운동의 자유는 결코 자기목적적 정당성을 갖는 것은 아니다. 공정성을 깨뜨리는 선거운동의 자유는 선거의 민주적 기능을 침해하며, 나아가 민주주의 전체를 심각하게 훼손하는 결과를 낳게 될 것이기 때문이다.

3. 선거운동의 공정성 확보를 통한 올바른 후보자 선택

선거운동의 본질적 의미가 공직선거 후보자의 행복추구권이 아니라, 선거의 민주적 기능을 올바르게 발현시키기 위한 정보의 소통 및 민의의 수렴에 있다고 볼 때, 선거운동의 공정성은 선거운동의 자유와 이중적 관계 속에 있는 것으로 볼 수 있다.

한편으로는 선거운동의 자유와 공정성이 긴장관계에 있는 것으로 볼 수 있다. 선거운동의 자유를 강조할수록 선거운동의 공정성을 확보하기 어려워지며, 거꾸로 선거운동의 공정성이 강조되면, 선거운동의 자유가 위축되기 때문이다. 이런 현상을 그동안의 선거운동에 대한 보장과 규제를 통해 여러 차례 드러난 바 있다.²⁹⁾

28) 다만, 이는 선거의 공정성을 깨뜨리는 불법적인 선거운동이 엄격하게 규제될 때에만 기대할 당 있는 효과이다. 금권과 관권의 동원, 왜곡된 정보의 유포를 통해서라도 당선될 수 있고, 일단 단성되기만 하면 대부분 공직을 유지할 수 있다고 할 경우에는 -선거비용 제한액의 초과가 끊임없이 반복되는 것처럼- 선거과정에서 불법과 비리가 오히려 증가할 수 있을 것이다.

하지만 선거의 민주적 기능 실현이라는 거시적 관점에서 볼 때, 양자는 대립적 관계가 아니라 상호보완적 관계에 있는 것으로 볼 수 있다. 마치 자유와 평등이 외견상 대립적인 것처럼 보이지만, 오늘날에는 실질적 자유와 실질적 평등을 지향하면서 양자가 인권의 최대한 보장이라는 큰 흐름 속에 수렴하듯이,³⁰⁾ 선거운동의 자유와 공정성은 그 목적인 선거의 민주적 기능 실현 속에서 각자의 역할을 분담하는 것으로 이해되어야 한다.³¹⁾

이렇게 볼 때, 국민의 의사에 부합하는 능력과 도덕성을 갖춘 대표자의 선출이라는 선거의 기본적 목적을 달성하기 위해 선거운동의 자유는 유권자들의 판단을 위한 정보의 소통 및 민의의 수렴을 가능케 하며, 선거운동의 공정성은 이러한 정보의 소통이 왜곡되지 않도록 함으로써 유권자들의 올바른 후보자 선택을 가능케 한다.

그러므로 선거운동의 자유와 선거운동의 공정성은 양자택일 또는 어느 쪽을 더 중요시하는지의 문제가 아니라, 공동의 목적을 달성하기 위한 합리적 역할분담의 문제로 이해되어야 한다.

IV. 인터넷 선거운동의 확대와 그 장단점

1. 시대적 상황의 변화와 인터넷 선거운동의 비중 확대

시대의 변화에 따라 선거운동의 방식이 바뀌는 것은 자연스러운 일이다. 수십만 명의 유권자들이 모인 넓은 광장에 선거유세를 하던 광경³²⁾은

29) 현재 2015. 7. 30. 2012헌마734등 결정에서 헌법재판소가 “대의민주주의에서 후보자나 정당 등에 관한 정치적 정보 및 의견을 자유롭게 발표하고 교환하는 것을 내용으로 하는 선거운동 등 정치적 표현의 자유는 선거의 공정성을 전제로 인정되는 것이며, 선거의 공정성은 그러한 자유의 한정원리로 기능할 수 있다”고 판시한 것에서도 선거운동의 자유와 공정성을 긴장관계로 보고 있음을 확인할 수 있다.

30) 이에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 2021, 814쪽 참조.

31) 유사한 취지로 허진성, 선거의 공정성에 관한 한 고찰 -규범의 인식과 실천이라는 관점에서-, 언론과법 제15권 제2호(2016.8), 37-66쪽 참조.

32) 과거 3김 시절의 선거운동은 이러한 광장에서의 선거유세가 중심이었다. 이에 관하여

더 이상 찾아볼 수 없으며, 오늘날 가장 중요한 선거운동은 대중매체를 이용한 선거운동, 특히 TV토론이라는 점은 국내외를 막론하고 널리 인정되고 있다.

그러나 선거운동이 TV토론만으로 이루어지는 것은 아니며, 대통령선거와 달리 국회의원선거나 지방선거에서는 TV토론의 기회 및 파급효도 매우 제한적이다. 그로 인하여 다양한 형태의 선거운동이 활용되고 있다. 전통적인 오프라인 선거운동이 여전히 큰 비중을 차지하고 있지만, 인터넷 및 SNS 등을 이용한 온라인 선거운동의 비중은 지속적으로 커지고 있다.

대중집회를 통한 선거운동에서 TV토론으로 선거운동의 중심이 옮겨진 것에 대해서도 긍정적 평가와 부정적 평가가 엇갈리는 것처럼,³³⁾ 오프라인 선거운동에서 온라인 선거운동으로의 변화에 대해서도 찬반이 대립되고 있다. 이것을 단지 세대의 차이 내지 인터넷 매체에의 접근성 및 친숙도의 차이에 기인한 것이라고 보기는 어렵다.³⁴⁾

오히려 인터넷 매체 및 이를 이용한 정보소통의 명(明)과 암(暗)³⁵⁾에 대해 깊이 알지 못하면서 인터넷 선거운동에 대한 막연한 환상을 갖고 있는 경우가 적지 않다. 인터넷을 기반으로 한 정보유토피아에 대한 환상은 이미 붕괴되었고, 인터넷이 비록 수많은 정보가 쌓여 있는 ‘정보의 바다’이지만, 그것은 이미 블루 오션이 아니라, 수많은 왜곡된 정보, 불법적인 정보의 홍

는 남인용, 선거운동의 변화: 1948년부터 노무현 정부 시기까지, 현대사광장 제10권 (2017.12), 96-127(110이하)쪽 참조.

33) 이에 관하여는 강우진·배진석, TV토론의 투표선택 효과: 제19대 대통령선거 사례분석, 대한정치학회보 제26권 제2호(2018.05), 155-180쪽; 박연진·김관규, 선거방송토론이 후보자 호감도와 지지도 변화에 미치는 영향, 언론과학연구 제16권 제4호(2016.12), 5-40쪽 참조.

34) 물론, 책이나 신문 등에 익숙한 문자매체 세대와 TV가 생활화된 영상매체 세대의 차이에 이어서 인터넷과 스마트폰에 익숙하지 않은 세대와 온라인 매체에 중독되다시피 한 세대의 차이가 뚜렷하다는 점은 부인할 수 없다. 다만, 그러한 차이 이외에도 중요하게 고려되어야 할 점들이 있다는 것이다.

35) 예컨대 조소영, 인터넷 선거운동 규제에 대한 헌법적 평가 -공직선거법상의 관련 규정을 중심으로-, 헌법재판연구 제4권 제1호(2017.06), 119-150(123)쪽에서는 상대 후보에 대한 허위비방과 흑색선전이 손쉽게 치명적으로 발생된다는 점과 인터넷 정보격차의 문제가 발생할 수 있다는 점을 어두운 면으로 지적했다.

수 속에서 올바른 정보를 가려내야 하는 레드 오션이라는 점³⁶⁾을 간과하고, 아직도 인터넷 공간에서의 정보의 자유를 꿈꾸는 사람들이 많은 것이다.³⁷⁾

이러한 선입견이 인터넷 선거운동에 대한 막연한 낙관론의 근거가 되고 있다. 인터넷 선거운동이 갖는 장점도 뚜렷하지만, 단점도 만만치 않다. 그럼에도 불구하고 장점에만 주목하고, 단점을 과소평가하는 것은 올바른 인터넷 선거운동의 발전을 위해 결코 바람직하지 않다.

2. 인터넷 선거운동의 장점

인터넷을 이용한 정보소통의 장점은 널리 알려져 있다. 기존의 정보매체들과는 달리 구조적 분산성과 쌍방향성, 시간과 장소의 제약을 최소화하는 접근성 및 신속하고 효과적인 전파력에 기초한 정보전달의 효율성은 인터넷이 국경을 뛰어넘는 글로벌 정보통신체제로 발전되게 만들었다. 그 결과 오늘날 인터넷 없는 삶을 생각하기 어렵게 되었을 뿐만 아니라 인터넷에 기반한 각종 SNS와 온라인 마켓, 인터넷 강의 등이 인류 역사의 새로운 장을 열고 있다.

이러한 인터넷의 특성을 활용한 인터넷 선거운동의 장점은 비교적 뚜렷하다. 특히 과거의 오프라인 선거운동과 비교할 때, 장점으로 제시될 수 있는 것은 다음의 몇 가지로 정리될 수 있다.

첫째, 선거운동과 관련하여 대중적인 접근성 및 편의성이 뛰어나다. 과거 광장에서의 선거유세보다 TV토론이 후보자들의 정책과 도덕성 등을 검

36) 그로 인하여 오늘날 인터넷 정보격차의 문제는 단순히 인터넷 이용이 가능한지의 여부에 따라서만 발생하는 것이 아니라, 인터넷 정보의 홍수 속에서 -본인의 능력이면, 타인의 도움을 얻어서건- 유용한 정보를 얼마나 효율적으로 뽑아낼 수 있는지에 의해서도 발생한다는 점을 간과해서는 안 될 것이다.

37) 이는 인터넷이 글로벌 통신매체로서 부각되던 당시에 사이버공간에서 인터넷 이용자들의 주권을 선언했던 '사이버공간 독립선언'의 영향이 큰 것으로 보인다. 이에 관하여는 차진아, 표현의 자유의 구조와 성격에 관한 연구 -오프라인과 온라인상 실현방식에 대한 비교를 중심으로-, 부산대 법학연구 제53권 제3호(2012.8), 1-29(13이하)쪽 참조. 하지만 각종 사이버 범죄의 증가 및 이에 대응하기 위한 국제적 공조의 필요성 등은 더 이상 이런 낙관론에 근거한 인터넷 정보유토피아가 현실과 거리가 멀다는 점을 확인시켜주고 있다.

증하는데 훨씬 유용한 수단으로 인정되는 것처럼, 인터넷 선거운동은 오프라인 선거운동에 비해 접근성이 뛰어나며, 유권자들이 원하는 시간에 원하는 장소에서 후보자들의 정견 및 자기소개 등을 확인할 수 있게 한다.³⁸⁾

둘째, 선거관련정보의 전달에서 신속성과 효율성이 뛰어나다. 선거에 대한 국민적 관심과 투표참여율이 점점 저조해지는 상황에서 유권자들의 관심을 끌고, 후보자들에 대한 상세한 정보를 효율적으로 전달한다는 점에서 인터넷 선거운동이 갖는 장점을 부인할 수 없다.³⁹⁾

셋째, 인터넷 선거운동을 적절하게 이용할 경우에는 저비용 고효율의 선거운동이 가능할 수 있다. 특히 종래의 오프라인 선거운동은 선거홍보물의 제작이나 선거도우미의 동원 등에 상당한 고정비용이 들어가는 것과는 달리 인터넷 선거운동은 저비용으로 수많은 유권자들에 쉽게 접근하여 다양한 정보를 전달할 수 있기 때문이다.⁴⁰⁾

넷째, 인터넷 선거운동의 활성화에 따라 인터넷을 이용한 선거주체들 사이의 활발한 대화와 토론이 가능해진다. 예컨대 정당과 후보자, 시민단체, 유권자 등이 참여하여 인터넷 대화방 등에서 각종 선거공약 등에 대해 대화·토론하는 것은 선거문화의 발전에 긍정적으로 기여할 수 있을 것이다.⁴¹⁾

38) 이러한 접근의 용이성은 인터넷의 특성이 인터넷 선거운동에 그대로 반영된 결과이다.

39) 이에 관하여는 지영환, 앞의 글(주 2), 212쪽 이하 참조.

40) 인터넷 선거운동이 저비용 고효율이라는 점은 인터넷 선거운동의 장점으로 가장 많이 부각되었으며, 헌법재판소도 “인터넷은 저렴한 비용으로 누구나 손쉽게 접근이 가능하고 가장 참여적인 매체로서, 표현의 쌍방향성이 보장되고, 정보의 제공을 통한 의사표현 뿐 아니라 정보의 수령, 취득에 있어서도 좀 더 능동적이고 의도적인 행동이 필요하다는 특성을 지니므로, 일반유권자도 인터넷 상에서 정치적 의사표현이나 선거운동을 하고자 할 개연성이 높고, 경제력 차이에 따른 선거의 공정성 훼손이라는 폐해가 나타날 가능성이 현저히 낮으며, 매체 자체에서 잘못된 정보에 대한 반론과 토론, 교정이 이루어질 수 있고, 국가의 개입이 없이 커뮤니케이션과 정보의 다양성이 확보될 수 있다는 점에서 확연히 대비된다. 그리고 이러한 특성으로 인하여, 인터넷은 국민주권의 실현 및 민주주의의 강화에 유용한 수단인 동시에 ‘기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고’라는 선거운동 규제의 목적 달성에도 기여할 수 있는 매체로 평가받고 있다”고 판시한 바 있다(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등, 판례집 23-2하, 739, 755).

41) 조소영, 공직선거법상 인터넷 관련 규제에 대한 헌법적 검토, 세계헌법연구 제13권

3. 인터넷 선거운동의 단점

반면에 인터넷 선거운동의 단점 또한 뚜렷하다. 인터넷의 역기능이 인터넷 선거운동의 역기능으로 연결될 수 있을 뿐만 아니라, 선거의 승리에 올인하는 후보자들이 이를 적극적으로 이용하려 할 가능성이 작지 않기 때문이다. 이러한 단점은 대부분 인터넷 선거운동의 장점이 제대로 발현되지 못하고, 오히려 역기능으로 나타나는 경우이기도 하다.

첫째, 인터넷 선거운동과 관련하여 대중적인 접근성 및 편의성이 뛰어나다는 점의 역기능은 이를 제대로 검증하기 어렵다는 점으로 나타난다. 특히 인터넷 선거운동에 의한 가짜뉴스의 전파로 당락에 큰 영향을 미칠 수 있다는 우려가 만만치 않다.⁴²⁾ 2016년의 미국 대통령선거에서 힐러리 후보가 낙선된 주요 원인의 하나로 가짜뉴스의 영향력이 지적⁴³⁾되었을 정도로 인터넷을 통해 급속히 전파되는 가짜뉴스가 선거에 큰 영향을 미치는 경우가 적지 않기 때문이다.

둘째, 선거관련정보의 전달에서 신속성과 효율성이 뛰어나다는 점의 역기능은 왜곡된 정보라는 점이 밝혀진 이후에도 이를 통제하기 어렵다는 문제점으로 나타날 수 있다. 인터넷을 이용한 정보의 전파가 일반적으로 그러하듯이 왜곡된 선거관련정보가 유포된 경우에도 그 정보가 어느 정도로 확산되었는지 그 파급효과가 어느 정도인지를 확인할 수 없으며, 이를 바로잡는 정보가 어느 정도 효과를 갖는지도 확인하기 어렵다.⁴⁴⁾

셋째, 인터넷 선거운동이 저비용 고효율이라는 것은 하나의 가능성일 뿐이지, 항상 그렇다는 것은 아니다. 예컨대 인터넷 사이트 등에서 홍보를 할 경우에도 그 노출빈도에 따라 비용이 급격히 늘어날 수 있으며, 인터넷

제1호(2007.06), 41-64(43이하)쪽 참조.

42) 같은 취지로 지영환, 앞의 글(주 2), 26쪽 참조.

43) 이에 관하여는 강석, 미국 대선 과정의 ‘가짜 뉴스’ 논란, 신문과 방송 제553호(2017.01), 12-17쪽; http://economychosun.com/client/news/view.php?boardName=C06&t_num=13_609722 (최종방문 2021. 3. 20.) 참조.

44) 이는 선거 관련 정보의 경우에만 그러한 것이 아니라, 인터넷을 매체로 이용하는 정보의 경우에 일반적으로 발생하는 현상이다. 이에 관하여는 차진아, 앞의 글(주 37), 12쪽 참조.

선거운동에 다양한 동영상 콘텐츠를 동원할 경우에는 비용이 크게 증가할 것이기 때문이다.⁴⁵⁾

넷째, 인터넷에서의 선거 관련 대화방을 통한 대화·토론은 그 후보자를 지지하는 개인이나 단체 중심으로 이루어지며, 인터넷 대화방에서 그 후보자에 대해 반대하거나 중립적인 개인이나 단체가 활발하게 참여하는 것은 - 적어도 대한민국의 정치문화에서는- 기대하기 어렵다는 점도 고려되어야 한다.⁴⁶⁾

V. 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제의 의의

1. 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제의 보호법익

인터넷 실명제에 대해 많은 논란이 있었으나, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의5 제1항 제2호 등에 의한 ‘인터넷게시판의 본인확인제’에 대한 헌법재판소의 위헌결정⁴⁷⁾으로 인하여 포괄적인 인터넷 실명제는 무산되었다. 이후 인터넷상에서의 실명제는 제한적·예외적으로만 인정되고 있었으며, 그 대표적인 예의 하나가 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제이다.

2004년 3월 12일의 개정을 통해 구 「공직선거및선거부정방지법」에서 제82조의6을 신설함으로써 인터넷게시판 실명제를 도입한 취지는 인터넷게시판을 이용한 선거운동이 과열·불공정한 선거로 이어질 것을 우려한 것이며, 2008년 2월 29일의 공직선거법 개정⁴⁸⁾에 의해 선거운동기간 중에 한정

45) 예컨대 고선규, 일본 정당의 온라인화와 인터넷 선거운동, 국제정치논총 제43집 제4호 (2003.12), 421-444(439이하)쪽에서는 일본의 예를 들어 인터넷 선거운동에 비용이 증가할 가능성에 대해서 지적하고 있다.

46) 물론, 인터넷 대화방은 매우 다양하며, 각각의 성격에 따라 특정 정당이나 후보자에 대한 지지 및 상대 후보자에 대한 반대를 주로 하는 특정 성향의 대화방 이외에 다양한 의견들이 개진될 수 있는 대화방도 만들어질 수 있다. 그러나 경험적으로 볼 때 그러한 중립적인 공론장의 역할을 하는 대화방은 많지 않은 것으로 보인다.

47) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등 결정.

하여 인터넷게시판 실명제를 시행하는 것으로 변경되었다.

이후 헌법재판소는 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324등 결정,⁴⁸⁾ 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734등 결정⁴⁹⁾에서 이 조항의 합헌성을 인정하였다. 그 주된 논거는 후보자에 대한 인신공격이나 각종 흑색선전이 줄어들 수 있고, 이로 인하여 선거의 공정성의 확보 효과를 거둘 수 있다는 점,⁵⁰⁾ 실명확인조항은 이러한 우리나라 선거문화의 특성을 고려하여 선거의 공정성 확보와 개인적 피해를 방지하기 위해 실명확인제를 도입하면서도, 실명확인이 필요한 기간을 ‘선거운동기간 중’으로 한정하고, 그 대상을 ‘인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방’ 등에 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보’를 게시하는 경우로 제한하고 있으므로 침해의 최소성에 위배되지 않는다는 점,⁵¹⁾ 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방을 이용한 허위사실유포 등으로 인하여 선거의 공정성의 훼손, 후보자의 인격권 침해 및 여론 왜곡 등의 피해 방지라는 실명확인조항으로 얻는 공익이, 인터넷언론사의 이용자가 실명확인 과정에서 겪는 불편함이나 글 등을 게시하면서 겪게 될 수 있는 주저함, 인터넷언론사의 기술적 조치에 따른 비용 발생 또는 이용자 수의 감소 등의 사익보다 훨씬 크므로 법익의 균형성을 갖추었다는 점⁵²⁾을 들었다. 그러나 이 글의 평석대상인 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정에서는 이러한 과거의 판례를 뒤집고, 공직선거법 제82조의6 제1항 등에 대해 위헌결정을 내린 것이다.

이러한 헌법재판소 판례들을 통해 공직선거법 제82조의6 제1항 등에 의한 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제의 보호법익이 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방을 이용한 허위사실유포 등으로 인하여 선거의 공정성의 훼손, 후보자의 인격권 침해 및 여론 왜곡 등의 피해 방지가 보호법익이라는 점은 분명히 드러난다.

48) 이 결정에서는 김종대, 송두환 재판관의 반대의견이 있었다.

49) 이 결정에서는 이정미, 김이수, 이진성, 강일원 재판관의 반대의견이 있었다.

50) 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734 등, 판례집 27-2상, 308, 321.

51) 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734 등, 판례집 27-2상, 308, 322-323.

52) 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734 등, 판례집 27-2상, 308, 324.

주목할 점은 선거운동기간 중의 인터넷게시판에서의 실명확인과는 달리 전기통신사업법 제32조의4 제2항 등에 따른 본인확인에 대해서는 여전히 합헌성이 인정되고 있다는 점이다.⁵³⁾ 후자의 경우 보호법익은 명의도용 피해를 막고, 차명휴대전화의 생성을 억제하여 보이스피싱 등 범죄의 범행 도구로 악용될 가능성을 방지함으로써 잠재적 범죄 피해 방지 및 통신망 질서 유지 등의 공익인데,⁵⁴⁾ 선거의 공정성 등의 법익은 이에 미치지 못하는 평가를 받는 것인가?

2. 제한되는 기본권은 무엇인가?

헌법재판소는 인터넷게시판 실명제에 의해 제한되는 기본권을 일관되게 이용자의 익명표현의 자유와 개인정보자기결정권, 그리고 인터넷언론사의 언론의 자유로 보고 있다.⁵⁵⁾

익명표현의 자유란 표현의 자유의 한 형태이며, 자신의 신원을 드러내지 않고 의사표현을 할 수 있다는 점에서 정치적 보복이나 차별의 두려움 없이 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파하여 권력에 대한 비판을 가능하게 하며, 이를 통해 정치적 약자나 소수자의 의사를 보호한다는 장점을 갖는다.⁵⁶⁾

반면에 익명표현의 경우 인신공격과 흑색선전에 악용될 가능성이 매우 크다는 점에서 우려의 목소리도 크다. 과거 익명표현이 긍정적으로 기능했던 사례들, 예컨대 일제강점기에 독립운동가들이, 군사독재 시절에 민주화

53) 헌재 2019. 9. 26. 2017헌마1209 결정 참조. 이 결정에서는 이석태, 김기영 재판관의 반대의견(위헌의견)이 있다.

54) 헌재 2019. 9. 26. 2017헌마1209, 판례집 31-2상, 340, 363.

55) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등 결정; 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734등 결정; 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정. 특히 이 글의 평석대상인 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정에서 헌법재판소가 과잉금지원칙 위배 여부를 검토하면서 가장 강조하였던 것은 익명표현의 자유였다.

56) 그런 의미에서 익명표현의 자유가 경우에 따라 실명표현에 비해 더 보호가치가 큰 표현이 될 수 있다는 주장도 나온다. 이에 관하여는 장선미·성기용, 익명표현의 자유에 대한 헌법적 검토, 이화여대 법학논집 제20권 제4호(2016.06), 175-205(179)쪽 참조.

운동가들이 가명으로 활동했던 것을 근거로 익명표현 전체를 정당화하는 것⁵⁷⁾은 논리의 비약이다. 이는 오히려 21세기 대한민국이 아직도 민주화되지 못했다는 전제에 서 있는 것이며, 서구의 선진국들도 금지하고 있는 복면집회를 우리는 허용해야 한다는 주장과 유사한 것이다.⁵⁸⁾

그러므로 익명표현의 자유는 헌법상 표현의 자유의 한 형태로 인정될 수 있으나, 그 의미와 비중이 과대평가되어서는 안 된다. 즉, 익명표현의 자유도 중요한 법익의 보호 및 실현을 위해 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있는 기본권이며, 익명표현의 자유를 절대시하거나 익명표현을 제한하는 것이 곧 민주주의를 심각하게 침해하는 것으로 보는 것은 타당하지 않다.

익명표현의 자유에 비해 개인정보자기결정권 제한의 문제에 대해서는 논란이 크지 않다. 실명인증자료의 제출을 요구하는 것이 개인정보자기결정권에 대한 제한이 될 수 있다는 점은 분명하지만, 개인정보자기결정권이 공익적 이유로 제한될 수 있다는 점에 대해서는 이견을 찾아보기 어렵다. 또한, 개인정보를 제한하는 다른 법률들에 대해서도 비교적 광범위하게 그 정당성 및 합헌성이 인정되고 있다는 점도 고려되어야 할 것이다.⁵⁹⁾

인터넷언론사의 언론의 자유 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 공익상의 이유로 제한될 수 있다. 물론, 인터넷언론사의 언론의 자유를 가볍게 평가할 수 있는 것은 아니지만, 선거의 공정성이라는 중요한 가치에 비추어 적절한 수준에서 이를 제한할 수 있다는 점은 부인할 수 없다.⁶⁰⁾

57) 예컨대 문재완, 인터넷 실명제와 익명 표현의 자유, 인권과 정의 통권 제352호 (2005.12), 39-63(40)쪽 참조.

58) 복면집회에 관하여는 김선희, 『집회 및 시위에서의 복면착용금지에 관한 비교법적 검토』, 헌법재판연구원, 2016; 이희훈, 최근 집회의 자유에 대한 헌법적 쟁점에 대한 연구, 입법학연구 제14집 제2호(2017.08), 167-192쪽; 장영수, 집회의 자유의 본질과 복면집회의 헌법적 문제점, 헌법학연구 제22권 제3호(2016.09), 297-333쪽 참조.

59) 최근에 개인정보에 대한 제한을 합헌으로 판시한 예로서 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법제42조 제1항 등을 합헌으로 판시한 헌재 2020. 10. 29. 2018헌마1067 결정, 전기통신사업법 제32조의7 등을 합헌으로 판시한 헌재 2020. 11. 26. 2016헌마738 결정 등 참조.

60) 인터넷언론사뿐만 아니라 모든 언론사의 언론의 자유가 선거의 공정성을 위해 제한될 수 있다. 이는 공직선거법 제8조의 언론기관의 공정보도의무 및 이를 뒷받침하기 위한 제8조의2 선거방송심의위원회, 제8조의3 선거기사심의위원회 등에 관한 규정에

3. 침해의 최소성 원칙 위배 여부에 대한 재검토

헌법재판소의 법정의견도 공직선거법 제82조의6 제1항 등에 의한 선거 운동기간 중 인터넷게시판 실명제가 목적의 정당성 및 수단의 적합성을 충족한다는 점은 인정한다. 그러나 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 갖추지 못했다고 판단하였다. 이에 대해서는 신중한 재검토가 필요하다.

먼저 침해의 최소성과 관련하여 법정의견과 반대의견을 비교해 보면, 법정의견은 “선거운동기간 중 정치적 익명표현의 부정적 효과는 익명성 외에도 해당 익명표현의 내용과 함께 정치적 표현행위를 규제하는 관련 제도, 정치적·사회적 상황의 여러 조건들이 아울러 작용하여 발생한다. 이에 따라 사전에 특정 익명표현으로 인해 부정적 효과가 발생할 것인지를 구분할 수 있는 명확한 기준을 세우는 것은 거의 불가능하고, 사회적 합의를 통해 그 기준을 도출해내는 것도 쉽지 않다”고 말하면서 대안으로 공직선거법 제82조의4 제3항의 적용에 의한 불법 정보의 삭제요청, 동조 제4항에 따른 처벌, 그리고 게시판 등 이용자의 자발적 신고, 실명확인된 글과 익명의 글에 대해 구분하여 접근할 수 있게 하는 방안, 비실명 게시판에 대한 경고문 게시 등을 제시하였다.⁶¹⁾

반면에 반대의견에서는 심판대상조항이 ‘선거운동기간’ 중의 익명표현만을 제한하며, 인터넷언론사⁶²⁾의 홈페이지 게시판 등에서의 익명표현만을 제한하고, ‘정당·후보자에 대한 지지·반대’를 내용으로 하는 익명표현만을 제한한다는 점을 강조한다. 또한, 법정의견에서 제시한 대안들이 실효성이 떨어지거나 역효과를 가져올 수 있다는 점을 지적함으로써 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다고 보았다.⁶²⁾

이러한 법정의견과 반대의견은 모두 익명표현의 자유를 중요한 기본권으로 보고 있다. 다만, 익명표현의 자유에 대한 포괄적인 제한인지, 범위를 한정한 예외적인 제한인지에 대해서는 입장의 차이를 보인다. 여기서 주목

서 확인된다.

61) 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 225-226.

62) 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 228-232.

할 점은 표현의 자유에 대한 제한이 아니라 익명표현의 자유를 제한한다고 말함으로써 표현의 자유라는 기본권의 부분적인 제한이 아닌, 익명표현의 자유 전체를 부정하는 심각한 문제라는 인상을 주게 된다는 것이다.

그러나 익명표현의 자유는 독립된 별개의 기본권이 아니라 표현의 자유의 한 형태일 뿐이며, 이를 부정하는 것이 표현의 자유 전체를 부정하는 것은 아니다. 더욱이 반대의견에서 적절하게 지적하듯이 익명표현의 자유 전체를 제한하는 것이 아니라, 범위를 한정하여 제한하고 있다는 점에서 이를 마치 익명표현의 자유에 대한 본질적 제한인 것처럼 보는 것은 타당하지 않다.⁶³⁾

법정의견에서 제시된 대안들의 실효성 문제나 역효과 문제는 반대의견에서 적절하게 제시했지만, 이에 더하여 한 가지 강조되어야 할 점이 있다. 그것은 공직선거 후보자들 및 지지자들이 선거운동에서 보이는 (언제라도 과열과 혼탁으로 쉽게 빠져들 수 있는) 치열함과 선거의 승리를 위해 불법도 불사하는 과감성이다.⁶⁴⁾ 이를 사후적으로 제재함으로써 선거의 공정성을 확보하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다. 그로 인해 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제와 같은 사전예방적 조치가 불가피하다는 점을 간과했다는 점에 헌법재판소의 법정의견의 가장 큰 문제가 있는 것이다.

4. 법익의 균형성 원칙 위배 여부에 대한 재검토

법익의 균형성 원칙에 대해 법정의견은 선거의 공정성이 중요한 법익이라는 점을 인정하면서도 익명표현의 자유는 민주주의의 근간을 이루는

63) 또한, 사안의 성격에 따라 실명표현과 익명표현의 장단점을 고려하여 어떤 경우에 실명표현을 우선하고, 어떤 경우에 익명표현을 두텁게 보호할 것인지를 종합적으로 평가하지 않고, 실명인증의 요구는 익명표현의 자유에 대한 중대한 제한이라는 전제에서 출발하는 것은 설득력을 갖기 어렵다.

64) 바로 그 때문에 미국 등에서는 선거운동기간을 제한하지 않는 것과는 달리 우리 공직선거법은 선거운동기간 동안에만 선거운동을 할 수 있도록 하면서 사전선거운동을 규제하고 있으며, 헌법재판소는 이에 대해 합헌성을 인정하고 있다. 이에 관하여는 현재 2010. 6. 24. 2008헌바169; 현재 2011. 3. 31. 2010헌마314; 현재 2015. 4. 30. 2011헌바163 등 참조.

자유로운 여론 형성을 원활하게 한다는 점에서 최대한 보장되어야 한다고 강조한다. 양자를 비교했을 때, 심판대상조항은 정치적 의사표현이 가장 긴요한 선거운동기간 중에 인터넷언론사 홈페이지 게시판 등 이용자로 하여금 실명확인을 하도록 강제함으로써 익명표현의 긍정적 효과까지도 사전적·포괄적으로 차단하므로 익명표현의 자유와 언론의 자유에 대한 지나친 제약이라고 보았다. 부정적 효과를 방지하기 위하여 모든 익명표현을 규제함으로써 대다수 국민의 개인정보자기결정권도 광범위하게 제한하고 있다는 점에서 이와 같은 불이익은 선거의 공정성 유지라는 공익보다 결코 과소평가될 수는 없다고 강조하면서 법익의 균형성을 갖추지 못한 것으로 판단하였다.⁶⁵⁾

반면에 반대의견에서는 인터넷언론사 홈페이지 게시판 등은 선거에 있어 영향력이 큰 만큼 선거의 공정성과 관련한 공적 책임도 크다는 점을 강조하면서, 무책임한 익명표현으로 인한 흑색선전이나 소수에 의한 여론 왜곡 등으로 선거의 공정성이 훼손될 위험을 방지하려는 공익과 익명표현의 자유의 제한 및 정치적 의사표현의 위축효과라는 사익을 비교하였다. 이러한 양자의 비교를 통해 심판대상조항으로 달성하고자 하는 공익에 비하여 선거운동기간 중에만 제한되는 사익이 크다고 보기 어려우므로 법익의 균형성에도 반하지 않는다고 주장한 것이다.⁶⁶⁾

법정의견과 반대의견을 비교해 보면, 법익형량에서 주관적 판단이 너무 강하게 들어가 있기 때문에 동일한 사안에 대해 견해가 확연하게 나뉜다는 인상을 준다. 심판대상조항에 의해 보호되는 법익(=공익)과 과 제한되는 기본권(=사익) 중에 어떤 것이 더 큰 것인지에 대해 객관적으로 판단할 수 있는 잣대가 눈에 띄지 않는 것이다. 그러나 정치적 판단이 아닌 법적 판단이라면 - 비록 법익의 크기를 수치화해서 평가하는 것까지는 아니라 하더라도- 적어도 법률전문가들이 충분히 납득할 수 있는 방식으로 법익이 형량되어야 할 것이다.

그렇게 볼 때, 반대의견도 설득력 있는 논거가 충분치 못하다고 볼 수

65) 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 226.

66) 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 232.

있지만, 법정의견의 논거는 더욱 미흡한 것으로 보인다. 그것은 다음의 네 가지 점에서 그러하다.

첫째, 선거의 공정성과 익명표현의 자유를 대립적 관계에서만 바라본 것이 적절치 않다. 일반적인 경우의 익명표현과는 달리, 선거운동기간 중에 인터넷 게시판을 통해 선거관련정보를 게시하는 것은 사실상 선거운동이라 볼 수 있으며, 결국 익명표현의 자유는 익명을 이용한 선거운동의 자유를 인정할 것인지의 문제이다. 앞서 살펴본 바와 같이 선거운동의 자유와 선거의 공정성은 대립적 관계가 아니라 민주적 선거의 기능이 올바르게 실현되도록 하는 공동의 목적을 가진 것으로서 각각의 역할을 분담하는 것으로 보아야 한다⁶⁷⁾는 점에서 양자의 대립적 관계에서 문제에 접근한 것은 적절치 않다.

둘째, 그 결과 법정의견은 “정치적 의사표현이 가장 긴요한 선거운동기간 중에 인터넷언론사 홈페이지 게시판 등 이용자로 하여금 실명확인을 하도록 강제”한다는 점을 문제삼고 있다. 그런데 선거운동기간 중에 (인터넷을 이용하여) 선거운동을 하는 것에 대해서는 익명을 이용한 선거운동의 자유보다는 선거의 공정성이 더욱 강하게 요청된다는 점을 도외시키고 있다는 점에서 설득력을 갖기 어렵다.

셋째, 법정의견은 심판대상조항이 “실명확인을 하도록 강제함으로써 익명표현의 긍정적 효과까지도 사전적·포괄적으로 차단”한다고 지적하고 있는데, 실명표현과 익명표현은 양자택일의 관계일 수밖에 없으며, 실명표현을 요구할 경우에는 익명표현의 긍정적 효과가 차단되는 것은 논리적으로 피할 수 없는 것이다. 단지, 긍정적 효과가 더 큰 것인지, 부정적 효과가 더 큰 것이지가 문제될 뿐이다.

넷째, 법정의견은 심판대상조항이 “부정적 효과를 방지하기 위하여 모든 익명표현을 규제”한다고 비판하였는데, 여기서 “모든 익명표현”이라는 말은 매우 부적절하다. 앞서 서술한 바와 같이 익명표현은 표현의 자유를 행사하는 한 형태일 뿐이다.⁶⁸⁾ 그런데 표현의 자유에 대한 부분적인 제한이

67) 앞의 「Ⅲ. 3. 선거운동의 공정성 확보를 통한 올바른 후보자 선택」 참조.

68) 앞의 「Ⅴ. 2. 제한되는 기본권은 무엇인가?」 참조.

아니라, 익명표현의 자유 전체를 부정하는 심각한 제한이라는 인상을 주는 것은 적절치 않으며, 더욱이 반대의견에서 적절하게 지적되었듯이, 심판대상조항에 의한 익명표현의 제한은 시기와 대상 범위를 한정해서 제한하는 것이다.

이런 점들을 고려할 때, 헌법재판소가 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정에서 기존 판례를 변경하여 심판대상조항에 대해 위헌 결정을 내린 것은 설득력 있는 근거를 갖추지 못한 것으로 보인다.

Ⅵ. 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제 폐지의 파급효과

1. 인터넷 실명제에 대한 오해와 진실?

2000년대 초반에 인터넷 실명제에 대해서 국민들 사이에 날카로운 찬반이 있었고, 법률전문가들의 격렬한 논쟁과 연구결과들도 있었다.⁶⁹⁾ 그러나 10여 년이 지난 현재의 시점에서 보면, 당시의 논쟁에서 제시되었던 논거들 중에는 막연한 상상이나 기대에 의존했던 것들이 적지 않다.

예컨대 인터넷 실명제에 대해 강력하게 반대하던 견해는 인터넷 정보유통피아에 대한 기대가 컸던 반면에, 익명표현의 폐해에 대해 가볍게 생각하는 경향이 강했다.⁷⁰⁾ 반면에 인터넷 실명제에 대해 찬성하던 견해에서는 악성댓글 등의 폐해에 대해 비중 있게 생각했지만, 이미 익명표현에 익숙한 인터넷 이용자들의 반발을 충분히 고려하지 않았다.⁷¹⁾

더욱이 인터넷 실명제에 대한 찬반이 보수와 진보의 성향을 드러내는

69) 이에 관하여는 박용상, 인터넷 실명제와 ISP의 책임, 언론과 법 제5권 제1호(2006.06), 491-548쪽; 홍완식, 인터넷실명제 관련 법률안의 입법원칙에 따른 검토, 토지공법연구 제31집(2006.05), 285-308쪽; 황성기, 인터넷 실명제에 관한 헌법학적 연구, 한양대 법학논총 제25집 제1호(2008.03), 1-31쪽 참조.

70) 인터넷에서의 익명성 보호를 원칙으로 생각하는 황성기, 앞의 글(주 69), 6쪽 이하의 이런 경향에 속하는 것으로 볼 수 있다.

71) 박용상, 앞의 글(주 69)이 이에 속하는 것으로 볼 수 있다.

것으로 여겨지면서 인터넷 실명제 문제는 - 실명표현과 익명표현이 갖는 장단점을 객관적으로 검토하기에 앞서 - 인터넷 실명제를 통한 기존질서의 (보수적인) 유지와 익명표현의 자유를 강조함으로써 인터넷의 활발한 이용을 (진보적으로) 보호하는 것의 대립으로 받아들여지기도 했다.

하지만 인터넷 실명제는 예외 없는 적용도, 완전한 부정도 인정되기 어려운 문제이다. 사안의 성격에 따라 실명표현이 불가피한 경우도 있고, 익명표현이 허용되어도 큰 문제가 없는 경우도 있다. 이러한 사안의 특성을 고려하지 않고 무조건적인 찬반을 이야기하는 것은 합리적인 문제해결 대신에 감정적인 진영갈등을 부추길 뿐이다.

개인정보 등에 대한 보안이 중요한 경우에는 실명인증의 필요성을 누구도 부인하지 못한다. 마찬가지로 중요한 공적 의미를 갖는 의사표시(예컨대 청와대 국민청원, 국회 국민동의청원 등)에 대해서는 다양한 방식의 본인인증이 전제된다. 반면에 자유로운 의견이 다양하게 표출될 수 있도록 하기 위해, 혹은 개인정보의 보호를 위해 익명성이 요구되는 경우도 있다.

결국 핵심은 실명표현이 요구되는 경우와 익명표현이 존중되어야 할 경우의 구분에 있는 것이지, 모든 사안에 대해서 실명표현을 요구하는 것도, 예외 없이 익명표현을 관철시키는 것도 아니다. 그러므로 실명표현의 공익적 요청과 익명표현의 자유를 동시에 최대한 보장할 수 있는 균형점 내지 조화점의 모색,⁷²⁾ 그것이 인터넷 실명제의 적용범위와 관련한 핵심 과제라 할 수 있다.

그러므로 실명표현의 필요성과 익명표현의 자유는 사안의 성격에 따라 합리적인 비교·형량을 통해 어느 쪽을 우선할 것인지가 결정되어야 한다. 그렇지 않고 일방적으로 어느 한쪽을 우선시킬 경우에는 부작용과 후유증이 크게 나타날 수밖에 없다. 마치 민식이법과 같이 충분한 숙고 없이 피해를 호소하는 사람들의 요청에 휩쓸려 만들어 놓고, 실제 시행에 들어가서는 많은 비판과 반대에 부딪히게 되는 일이 빈번해질 수밖에 없는 것이다.

72) 이와 관련하여 실제적 조화의 원리에 주목할 필요가 있다. 실제적 조화의 원리에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 2021, 107쪽 이하 참조.

2. 공직선거에서의 인터넷 실명제: 허위사실과 흑색선전 난무에 대한 우려

그러면 공직선거와 관련한 인터넷 의사표현에서는 실명표현이 우선되어야 할까? 아니면 익명표현이 더 강하게 보호되어야 할까? 그것은 선거의 특성, 무엇보다 선거의 민주적 기능 및 그 전제로서 선거의 공정성을 고려하는 가운데 판단해야 한다.

선거의 민주성을 강화하기 위해 많은 국민의 참여가 가능하도록 할 필요가 있다는 점, 다양한 국민의사가 수렴되어야 한다는 점 등을 고려할 때, 익명표현이 갖는 장점도 존재한다. 그러나 익명표현에 의해 거짓 정보가 크게 확산될 수 있다는 점에서 단점도 매우 심각하다. 그러므로 익명표현을 무제한 허용하는 것도, 전면 금지하는 것도 바람직하지 않다. 익명표현에 의해 선거의 공정성이 심각하게 위협될 수 있는 경우에 한정하여 실명표현을 요구하는 것이 합리적일 것이다.

공직선거법 제82조의6에서 익명표현의 제한과 관련하여 “선거운동기간 중”이라는 시간상의 제한 “인터넷언론사”라는 주체의 제한, “인터넷 홈페이지 게시판·대화방 등”이라는 매체의 제한, “정당·후보자에 대한 지지·반대의 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보”라는 내용의 제한을 두고 있는 것도 이러한 고려에 기초한 것으로 해석된다. 즉, 모든 익명표현을 전면 금지한 것이 아니라, 일정한 조건 하에서 한정적으로 금지한 것이다.

그런데 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정의 법정의견은 사실상 익명표현의 무제한 허용을 요구하고 있다. 이는 선거운동의 현실과 맞지 않는다. 예컨대 법정의견은 짧은 선거운동기간 중 허위사실이나 흑색선전이 유포될 경우 이를 치유하기가 사실상 불가능하여 선거결과를 왜곡할 우려에 대해 이는 “현행 선거법이 선거운동기간을 지나치게 짧게 규정함에 따른 문제이지, 익명표현의 자유를 허용함에 따라 발생하는 구체적 위협으로 볼 수는 없다”고 판시하였는데,⁷³⁾ 이는 다음의 몇 가지 이유로 납득하기 어렵다.

73) 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 225.

첫째, 선거운동기간의 제한을 합헌으로 인정⁷⁴⁾하고 있는 헌법재판소가 짧은 선거운동기간으로 인해 발생하는 익명표현의 위험성을 마치 위헌적인 제도로 인해 발생하는 것이기 때문에 고려할 가치가 없는 것처럼 평가하는 것은 타당하지 않다.

둘째, 선거운동기간의 제한이 그리하듯이 익명표현의 폐해 또한 각국의 정치문화에 따라 상당한 차이를 보일 수밖에 없다. 선거의 과열이나 혼탁의 우려는 어느 나라에서도 존재하지만, 우리의 경우 서구의 선진국에 비해 이런 우려가 더 크다는 점이 널리 인정되고 있으며, 그 점이 선거운동기간 제한의 합헌성 근거였다. 그런데 허위사실과 흑색선전의 우려를 그렇게 가볍게 평가할 수 있는가?⁷⁵⁾

셋째, 법정의견은 익명표현이 전면 허용되더라도 “게시판 등 이용자가 자발적으로 허위사실이나 흑색선전을 중앙선거관리위원회 등에 신고하는 방식을 고려할 수 있다”고 말한다.⁷⁶⁾ 그러나 이런 방식으로 후보자들 및 지지자들의 상호 견제와 균형 속에서 허위사실과 흑색선전이 걸러질 수 있을 것으로 생각하는 것도 현실과 맞지 않는다. 헌법상 명시된 삼권분립 속에서도 견제와 균형이 제대로 이루어지지 않고 있는데, 지지세력 및 권력, 금력에 차이가 있는 후보자들이 대등한 위치에서 견제와 균형을 이룰 것을 기대할 수 없기 때문이다.

3. 무엇을 위한 익명표현의 자유인가?

익명표현의 자유가 표현의 자유의 한 형태이며, 기본권으로서 존중되어야 한다는 점은 부인할 수 없다. 하지만, 익명표현의 자유는 공익적 필요에 의해 제한될 수 있으며, 선거의 공정성은 그러한 공익적 필요의 하나로 인

74) 앞의 주 64 참조.

75) 그렇지 않아도 막장이라고까지 일컬어지는 선거판에서 익명표현으로 지지 후보에 대해 과장된 평가를 하고, 상대 후보를 허위사실로 깎아내리는 일이 얼마나 많아질 것인지, 그것이 선거의 공정성 및 민주적 기능에 얼마나 심각한 영향을 미칠 것인지를 진지하게 생각한다면, 이렇게 쉽게 결론내리지는 못했을 것 아닌가?

76) 헌재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 225.

정될 수 있다.

물론 구체적인 사안에 따라 익명표현의 보호와 선거의 공정성에 대한 비교·형량은 달라질 수도 있다. 그러나 공직선거법 제82조의6에서 한정된 범위 내에서 익명표현의 자유를 제한한 것은 충분히 납득할 만한 것으로 보인다. 그러나 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정의 법정의견은 이를 “정치적 의사표현이 가장 긴요한 선거운동기간 중에 인터넷언론사 홈페이지 게시판 등 이용자로 하여금 실명확인을 하도록 강제함으로써 익명표현의 긍정적 효과까지도 사전적·포괄적으로 차단하므로 익명표현의 자유와 언론의 자유에 대한 지나친 제약에 해당한다”고 보았다.⁷⁷⁾

그러면 익명표현의 자유를 제한하면서 익명표현의 긍정적 효과는 살리는 것은 어떻게 가능한가? 그것은 결국 한정된 범위에서만 익명표현의 자유를 제한함으로써 그밖의 경우에는 익명표현의 긍정적 효과를 살리는 것이 될 수밖에 없다. 공직선거법 제82조의6이 바로 그렇게 하고 있는 것이다. 그런데 이 조항을 위헌으로 결정한 것은 결국 익명표현을 무제한적으로 허용해야 한다는 것과 다를 바 없다. 결국 법정의견은 “선거운동기간 중 인터넷언론사 홈페이지의 게시판 등에서 발생 가능한 후보자 등에 대한 인신공격과 흑색선전을 막아 선거의 공정성을 확보하려는 공익이 대의민주제를 채택한 민주국가에서 중요하다는 점을 부인할 수는 없다”고 말하면서도 사실상 이러한 공익을 완전히 부인한 것이다.

이러한 법정의견은 논리적으로 이해되기 어려울 뿐만 아니라, 그 결과가 우려되며, 나아가 기존의 헌법재판소 판례와의 정합성도 문제된다. 익명표현이라는 이름 하에 허위사실의 유포까지도 보호되어야 한다면, 최근 헌법재판소가 공직선거법 제250조의 허위사실공표죄를 합헌으로 판단한 것⁷⁸⁾과 모순되지 않는가? 실명표현으로 허위사실을 공표하면 처벌되고, 익명표현으로 허위사실을 공표하면 괜찮은 것인가?

77) 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456 등, 공보 제292호, 213, 226.

78) 현재 2021. 2. 25. 2018헌바223 결정.

VII. 결론: 시각장애인 안마사 자격독점 위헌결정이 반복되지 않으려면...

지난 31년 동안 헌법재판소는 수많은 역사적 사건들에 대한 중요한 결정들을 통해 대한민국의 헌법발전을 견인하였다. 그 결과 헌법재판소에 대한 국민의 신뢰가 높아졌으며, 헌법재판소의 위상 또한 과거와 비교할 수 없을 정도이다. 그러나 헌법재판소의 결정 중에는 잘못된 결정, 비판받는 결정도 존재한다.

예컨대 헌법재판소의 결론에 대해서는 동의하면서도 그 논거의 타당성이 비판받는 결정들이 있다. 통치행위성을 인정하면서 사법심사의 대상이 된다고 보았던 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186 결정⁷⁹⁾ 관습헌법이 헌법적 효력을 갖는다고 보았던 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등 결정⁸⁰⁾ 등이 그러하다.

79) 이 결정에서 헌법재판소는 “대통령의 긴급재정경제명령은 국가긴급권의 일종으로서 고도의 정치적 결단에 의하여 발동되는 행위이고 그 결단을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위라는 의미에서 이른바 통치행위에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다”고 판시하였다.

그로 인해 국군의 이라크 파병에 관한 헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814 결정에서는 “외국에의 국군의 파견결정은 파견군인의 생명과 신체의 안전뿐만 아니라 국제사회에서의 우리나라의 지위와 역할, 동맹국과의 관계, 국가안보문제 등 궁극적으로 국민 내지 국익에 영향을 미치는 복잡하고도 중요한 문제로서 국내 및 국제정치관계 등 제반상황을 고려하여 미래를 예측하고 목표를 설정하는 등 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안이다. 따라서 그와 같은 결정은 그 문제에 대해 정치적 책임을 질 수 있는 국민의 대의기관이 관계분야의 전문가들과 광범위하고 심도 있는 논의를 거쳐 신중히 결정하는 것이 바람직하며 우리 헌법도 그 권한을 국민으로부터 직접 선출되고 국민에게 직접 책임을 지는 대통령에게 부여하고 그 권한행사에 신중을 기하도록 하기 위해 국회로 하여금 파병에 대한 동의여부를 결정할 수 있도록 하고 있는바, 현행 헌법이 채택하고 있는 대의민주제 통치구조 하에서 대의기관인 대통령과 국회의 그와 같은 고도의 정치적 결단은 가급적 존중되어야 한다”고 판시하였지만, ‘통치행위’라는 용어는 사용하지 않았다.

80) 이 결정에서 헌법재판소는 수도가 서울이라는 것을 관습헌법으로 인정하였으며, 관습헌법은 법률로 이를 개정할 수 없다고 판시함으로써 많은 비판을 받았다. 이에 관하여

반면에 헌법재판소의 결론 자체에 대해 매우 심각한 비판이 가해진 경우도 있다. 대표적인 예로 시각장애인의 안마사 자격 독점에 관하여 위헌결정을 내렸던 헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715등 결정을 들 수 있다. 이 결정에서 헌법재판소는 시각장애인의 안마사 자격 독점이 법률유보원칙이나 과잉금지원칙에 위배하여 일반인의 직업선택의 자유를 침해한 것으로 보았다.⁸¹⁾ 그러나 법률유보원칙 위배는 논외로 하더라도, 소수 시각장애인의 생존권보다 다수 일반국민의 직업선택의 자유가 우위에 있다는 판단에 대해서는 많은 비판이 있었고,⁸²⁾ 결국 의료법 개정으로 법률유보원칙 위배의 문제가 해결된 이후 헌법재판소는 이에 대해 합헌결정을 내렸다.⁸³⁾

여기서 주목할 점은, 헌법재판소 결정에 대한 찬반이 아니라, 그 파급효

는 이에 관하여는 김상겸, 성문헌법국가에 있어서 관습헌법의 의미에 관한 연구: 헌재 2004.10.21. 2004헌마554, 566과 관련하여, 헌법학연구 제11권 제1호(2005.03), 295-315쪽; 장영수, 관습헌법의 의미와 헌법적 한계, 경원대 사회과학연구 제12집(2005.03), 21-37쪽; 전광석, 수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토, 공법연구 제33집 제2호(2005.02), 113-138쪽 참조.

- 81) 더욱이 이 결정은 일정한 유예기간을 두는 헌법불합치결정이 아니라 해당 조항을 당장 무효화시키는 단순위헌결정으로 내려졌기 때문에 그 파장이 더욱 컸다.
- 82) 이에 관하여는 임지봉, 소수자 및 약자의 권리 보호와 헌법재판 -헌재(憲裁) 2006. 5. 25. 2003헌마715, 2006헌마368 결정의 평석을 중심으로-, 민주법학 제31권(2006.09), 313-343쪽 참조.
- 83) 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등 결정. 이 결정에서 헌법재판소는 “이 사건 법률조항은 시각장애인에게 삶의 보람을 얻게 하고 인간다운 생활을 할 권리를 실현시키려는 데에 그 목적이 있으므로 입법목적이 정당하고, 다른 직종에 비해 공간이동과 기동성을 거의 요구하지 않을 뿐더러 촉각이 발달한 시각장애인이 영위하기에 용이한 안마업의 특성 등에 비추어 시각장애인에게 안마업을 독점시킴으로써 그들의 생계를 지원하고 직업활동에 참여할 수 있는 기회를 제공하는 이 사건 법률조항의 경우 이러한 입법목적을 달성하는 데 적절한 수단임을 인정할 수 있다. 나아가 시각장애인에 대한 복지정책이 미흡한 현실에서 안마사가 시각장애인이 선택할 수 있는 거의 유일한 직업이라는 점, 안마사 직역을 비시각장애인에게 허용할 경우 시각장애인의 생계를 보장하기 위한 다른 대안이 충분하지 않다는 점, 시각장애인은 역사적으로 교육, 고용 등 일상생활에서 차별을 받은 소수자로서 실질적인 평등을 구현하기 위해서 이들을 우대하는 조치를 취할 필요가 있는 점 등에 비추어 최소침해성원칙에 반하지 아니하고, 이 사건 법률조항으로 인해 얻게 되는 시각장애인의 생존권 등 공익과 그로 인해 잃게 되는 일반국민의 직업선택의 자유 등 사익을 비교해 보더라도, 공익과 사익 사이에 법익 불균형이 발생한다고 단정할 수도 없다”고 판시함으로써 사실상 판례를 변경하였다. 이후 헌재 2017. 12. 28. 2017헌가15 결정에 이르기까지 헌법재판소는 시각장애인 안마사 자격 독점의 합헌성은 계속 인정하고 있다.

에 대한 헌법재판소의 진지한 숙고의 필요성이다. 만일 시각장애인 안마사 자격독점에 대해 유일하게 반대의견을 냈던 김효중 재판관 이외에 다른 재판관들도 일반국민의 관점이 아닌 시각장애인의 관점에서 더 많은 숙고가 있었다면 이 사건에 대한 결론이 달라질 수 있었을 것이며, 적어도 단순위헌결정으로 당장 효력을 무효화시키려 하지는 않았을 것이기 때문이다.

그런 점에서 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정도 이와 매우 유사하다. 익명표현의 자유의 측면을 지나치게 강조한 나머지 그로 인한 선거의 공정성 훼손 및 이로 인해 침해되는 관련 당사자 및 국민들의 기본권을 가볍게 평가하였으며, 이에 대해 헌법불합치결정이 아니라 단순위헌결정을 내림으로써 심판대상조항의 효력을 즉시 무효화시키는 것도 신중하지 못한 태도라고 보인다. 제2, 제3의 시각장애인 안마사 자격독점 위헌결정이 반복되지 않기 위해서도 이러한 민감한 사안에 대해 헌법재판소의 보다 신중한 태도가 요망된다.

선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제의 의미와 기능 - 장 영 수	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2021.05.15.	2021.06.07.	2021.06.29.

[참고문헌]

- 강우진·배진석, TV토론의 투표선택 효과 : 제19대 대통령선거 사례분석, 대한정치학회보 제26권 제2호(2018.05), 155-180쪽.
- 고선규, 일본 정당의 온라인화와 인터넷 선거운동, 국제정치논총 제43집 제4호(2003.12), 421-444쪽.
- 김래영, 인터넷을 이용한 정치적 표현의 자유에 관한 헌법재판소 결정 비판 -헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등-, 단국대 법학논총 제36권 제1호(2012.06), 101-123쪽.
- 김법연·권현영, 프라이버시 보호를 위한 합리적 사이버보안법제 마련의 쟁점과제와 입법 방향, 연세대 법학연구 제28권 제4호(2018.12), 217-258쪽.
- 김상검, 성문헌법국가에 있어서 관습헌법의 의미에 관한 연구: 헌재 2004.10.21. 2004헌마 554, 566과 관련하여, 헌법학연구 제11권 제1호(2005.03), 295-315쪽.
- 김선희, 『집회 및 시위에서의 복면착용금지에 관한 비교법적 검토』, 헌법재판연구원, 2016.
- 김신규, 사이버 명예훼손·모욕행위에 대한 형사규제의 개선방안, 비교형사법연구 제19권 제4호(2018.1), 583-632쪽.
- 김용철, 제17대 총선과 인터넷 홈페이지를 이용한 선거운동, 21세기정치학회보 제14집 제2호(2004.09), 75-96쪽.
- 김종서, 인터넷 선거운동의 주요 쟁점 검토, 헌법학연구 제18권 제2호(2012.06), 1-50쪽.
- 남인용, 선거운동의 변화: 1948년부터 노무현 정부 시기까지, 현대사광장 제10권(2017.12), 96-127쪽.
- 박연진·김관규, 선거방송토론이 후보자 호감도와 지지도 변화에 미치는 영향, 언론과학연구 제16권 제4호(2016.12), 5-40쪽.
- 박용상, 인터넷 실명제와 ISP의 책임, 언론과 법 제5권 제1호(2006.06), 491-548쪽.
- 손형섭, 인터넷 시대의 선거운동에 관한 법적 연구, 형사법원의 신통향 제28호(2010.10), 108-147쪽.
- 음선평, 의회민주주의와 국회의원선거체계의 개혁 -민주적 대표성의 관점에서-, 공법연구 제42집 제1호(2013.10), 157-192쪽.
- 이성식·신지민·임수경·임형연, 사이버스토킹의 설명요인에 관한 연구, 형사정책 제32권 제2호(2020.07), 97-122쪽.
- 이승우, 사이버스토킹에 대한 법률적 대응 방안, 연세 의료·과학기술과 법 제2권 제1호(2011.02), 229-269쪽..
- 이희훈, 최근 집회의 자유에 대한 헌법적 쟁점에 대한 연구, 입법학연구 제14집 제2호(2017.08), 167-192쪽.
- 임종훈, 인터넷 선거운동과 공직선거법 -인터넷 선거운동의 상시 자유화에 대한 고찰을 중심으로-, 홍익법학 제8권 제2호(2007.08), 1-19쪽.
- 임지봉, 소수자 및 약자의 권리 보호와 헌법재판 -헌재(憲裁) 2006. 5. 25. 2003헌마715, 2006헌마368 결정의 평석을 중심으로-, 민주법학 제31권(2006.09), 313-343쪽.
- 장선미·성기용, 익명표현의 자유에 대한 헌법적 검토, 이화여대 법학논집 제20권 제4호(2016.06), 175-205쪽.
- 장영수, 관습헌법의 의미와 헌법적 한계, 경원대 사회과학연구 제12집(2005.03), 21-37쪽.
- _____, 집회의 자유의 본질과 복면집회의 헌법적 문제점, 헌법학연구 제22권 제3호(2016.09), 297-333쪽.

- _____, 『헌법학』, 2021,
- 전광석, 수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토, 공법연구 제33집 제2호 (2005.02), 113-138쪽.
- 조소영, 공직선거법상 인터넷 관련 규제에 대한 헌법적 검토, 세계헌법연구 제13권 제1호 (2007.06), 41-64쪽.
- _____, 인터넷상 정치적 표현행위의 헌법적 보호 범위에 관한 검토 -헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등 결정을 중심으로-, 헌법판례연구 제13권(2012.02), 221-256쪽.
- _____, 인터넷 선거운동 규제에 대한 헌법적 평가 -공직선거법상의 관련 규정을 중심으로-, 헌법재판연구 제4권 제1호(2017.06), 119-150쪽.
- 지영환, 인터넷 선거활동제한과 표현의 자유에 대한 고찰, 한양대 법학논총 제30권 제4호 (2013.12), 203-233쪽.
- 차진아, 표현의 자유의 구조와 성격에 관한 연구 -오프라인과 온라인상 실현방식에 대한 비교를 중심으로-, 부산대 법학연구 제53권 제3호(2012.8), 1-29쪽.
- 탁진영, 인터넷 선거운동의 현황과 개선방안, 계명대 한국사회과학연구 제24권 제1호 (2005.6), 229-260쪽.
- 허진성, 인터넷 선거운동의 자유와 규제에 관한 연구 -공직선거법 제93조 제1항 등 위헌확인 사건(2007헌마1001)을 중심으로-, 가천법학 제5권 제2호(2012.08), 407-428쪽.
- 선거의 공정성에 관한 한 고찰 -규범의 인식과 실천이라는 관점에서-, 언론과법 제15권 제2호(2016.8), 37-66쪽
- 홍완식, 인터넷실명제 관련 법률안의 입법원칙에 따른 검토. 토지공법연구 제31집 (2006.05), 285-308쪽.
- 황성기, 인터넷 실명제에 관한 헌법학적 연구, 한양대 법학논총 제25집 제1호(2008.03), 1-31쪽.
- _____, 인터넷과 선거운동, 언론과법 제9권 제1권(2010.06), 177-229쪽.
- Chang, Young-Soo: Streitbare Demokratie, Diss. Frankfurt/M. 1990.
- Mike G., Die Zeit des Nationalsozialismus. Überblick über die historischen Ergebnisse, GRIN Verlag, München 2016.
- Smend, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht, Duncker & Humblot Verlag, München und Leipzig, 1928

【국문초록】

오늘날 선거운동에서 인터넷이 차지하는 비중은 날로 커지고 있다. 그런 가운데 헌법재판소는 인터넷을 이용한 사전선거운동을 폭넓게 허용하는 결정을 내림으로써 인터넷 선거운동에 큰 변화를 가져왔을 뿐만 아니라, 최근에는 선거운동기간 중의 인터넷게시판 실명제를 규정한 공직선거법 제82조의6 제1항에 대해 위헌결정을 내렸다.

그러나 이 결정에서는 3인의 재판관이 제시한 반대의견이 매우 날카로울 뿐만 아니라, 향후의 선거운동과정에서 익명표현으로 인한 선거의 공정성 및 민주적 기능 훼손의 우려도 작지 않다. 이 논문에서는 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정의 내용을 간단히 개관한 후에 법정의견의 논거를 비판하였다.

먼저 선거운동의 본질과 기능에 대한 검토를 통해 선거운동의 자유와 선거운동의 공정성이라는 두 가지 요청을 재조명하였고, 이를 통해 양자의 긴장관계와 그 조화점을 모색하였다. 이어서 인터넷 선거운동의 확대와 그 장단점을 고찰함으로써 인터넷 선거운동의 비중이 계속 커지는 것은 피할 수 없는 현실이지만, 그 장점을 살리는 것에 못지않게 그 단점을 보완·예방하는 것도 중요함을 지적하였다.

이러한 바탕 위에서 현재 2021. 1. 28. 2018헌마456등 결정의 핵심인 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제의 의미를 깊이 고찰하였고, 특히 공직선거법 제82조의6 제1항에 규정된 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제의 보호법익과 그로 인해 제한되는 기본권을 엄밀하게 비교·검토하는 가운데 과잉금지원칙 위배 여부를 재검토하였다.

이를 통해 헌법재판소 결정에 의한 선거운동기간 중 인터넷게시판 실명제의 무효화가 어떤 결과를 가져올 것인지를 예측해 보면서, 헌법재판소가 제2, 제3의 시각장애인 안마사 자격독점에 대한 위헌결정과 같은 신중하지 못한 판결이 반복되지 않도록 해야 한다는 점을 강조하였다.

【Zusammenfassung】

Die Bedeutung und Funktion des Real-Name-Systems im
Internet Bulletin Board während des Wahlkampfs

– kritische Anmerkungen zur 2018Hunma456 Entscheidung von
2021. 1. 28. des koreanischen Verfassungsgerichts –

Young-Soo Chang

(Professor, Korea University Law School)

Der Anteil des Internets an den heutigen Wahlkämpfen nimmt von Tag zu Tag zu. In der Zwischenzeit hat das koreanische Verfassungsgericht eine große Änderung im Internet-Wahlkampf vorgenommen, indem es beschlossen hat, eine breite Palette von Vorwahlkampagnen über das Internet zuzulassen. Eine Entscheidung wurde in der Sektion verfassungswidrig getroffen. Vor kurzem hat das Gericht das §82-6 Absatz 1 des koreanischen Wahlgesetz als verfassungswidrig urteilt, das das Real-Name-System im Internet Bulletin Board während des Wahlkampfzeitraums regelte.

In dieser Entscheidung sind jedoch nicht nur die abweichenden Meinungen der drei Richter sehr scharf, sondern es besteht auch keine geringe Sorge, die Fairness der Wahlen und die demokratische Funktion durch die anonymen Meinungsäußerungen in künftiger Wahlkämpfe zu beeinträchtigen. In diesem Beitrag, nach kurzer Überprüfung des Inhalts der 2018Hunma456 Entscheidung von 2021. 1. 28. des koreanischen Verfassungsgerichts, wird die tragende

Argumente des Gerichts kritisiert.

In dieser Arbeit wurden zunächst durch eine Überprüfung von Art und Funktion des Wahlkampfs die beiden Erfordernissen nach Freiheit des Wahlkampfs und die Fairness des Wahlkampfs und damit die Spannung zwischen beiden überprüft, und danach der Harmonie von beiden gesucht. Anschließend wies er darauf hin, dass es unvermeidlich ist, dass das Gewicht der Internetkampagne weiter zunimmt, indem die Ausweitung des Internetwahlkampfs und seine Stärken und Schwächen untersucht werden. Es ist jedoch auch wichtig, seine Mängel zu ergänzen und zu verhindern sowie Vorteile zu ziehen seiner Stärken.

Auf dieser Grundlage die Bedeutung des Real-Name-Systems im Internet Bulletin Board während des Wahlkampfs, das den Kern der 2018Hunma456 Entscheidung von 2021. 1. 28. des koreanischen Verfassungsgerichts bildet. Dabei werden die rechtlichen Schutzinteressen streng verglichen und überprüft In Bezug auf das Real-Name-System des Bulletin Boards und die darauf beschränkten Grundrechte wurde geprüft, ob es gegen die Verhältnismäßigkeitsprinzip verstößt.

Diese Arbeit prognostiziert die Folgen der Ungültigmachung des Real-Name-Systems im Internet Bulletin Board während des Wahlkampfs durch die Entscheidung des Verfassungsgerichts. Es wurde auch betont, dass es vermieden werden muss, nicht umsichtige Entscheidungen zu wiederholen.

주제어(Stichwörter) : 선거(Wahl), 선거운동(Wahlkampf), 선거의 민주적 기능(Demokratische Funktion der Wahl), 선거의 공정성(Wahlfairness), 인터넷 선거운동(Internetwahlkampf), 익명표현의 자유(Freiheit der anonymen Meinungsäußerung)

高麗法學 논문투고 및 논문작성에

관한 규칙 [규정 명칭 변경 2020.9.1.]

2009. 4. 1. 제정

2012. 8. 13. 개정

2020. 9. 1. 개정

제1조 (목적) 이 규칙은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 『高麗法學 (영문명 : Korea Law Review)』 (이하 ‘『高麗法學』’이라 한다)에 게재할 논문의 작성요령 및 논문투고에 관한 사항 등을 정하는 것을 목적으로 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제2조 (투고자격 및 자격의 제한) ① 투고자의 자격은 다음과 같다.

1. 국내·외 대학 전임교원
2. 법학 관련 연구소의 연구원
3. 법률 분야의 전문가
4. 석사학위과정 이상의 사람
5. 그 밖의 편집위원회의 추천을 받은 사람

② 『高麗法學』에 게재된 원고는 다른 학술지에 다시 게재할 수 없고, 다른 학술지에 게재되었던 원고도 『高麗法學』에 게재할 수 없다.

③ 편집위원회는 위원회의 결정으로 제2항에 위반한 투고자에 대하여 일정기간 투고자격을 제한할 수 있다.

④ 『高麗法學』에 게재된 원고는 전자출판을 할 수 있다.

<본조신설 2020. 9. 1.>

- 제3조 (논문작성요령) ① 『**高麗法學**』에 게재될 논문은 특집논문, 일반 논문, 판례평석, 연구논문, 학술발표문 및 특별강연문으로 구분된다.
- ② 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 한다.
- ③ 논문의 분량은 200자 원고지 200매(A4용지 25매) 내외를 원칙으로 하며, 300매를 초과할 수 없다.
- ④ 논문의 본문 및 각주의 작성방법은 본 규칙 [별첨 1]의 원고작성방법에 따라야 한다.
- ⑤ 제출하는 논문에는 본문 뒤에 참고문헌, 외국어 초록(외국어논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어를 병기한 5개 이상의 주제어를 첨부하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

- 제4조 (원고제출) ① 투고자는 온라인 논문투고 및 심사시스템을 통하여 원고마감일까지 제출하여야 한다. 다만 특별한 사정이 있는 경우에는 e-mail 등의 방법으로 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>
- ② 『**高麗法學**』은 원칙적으로 매년 3월 30일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 30일 연 4회 발간하며, 『**高麗法學**』에 논문을 게재하고자 하는 사람은 각각 발간일 45일 전까지 원고를 제출하여야 한다. 다만 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 그 다음날까지 원고를 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>
- ③ 편집위원장은 원고제출 마감일까지 제출된 논문의 수가 상당히 적은 경우에는 원고제출 기일을 연장할 수 있다. 이 경우 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>
- ④ 원고마감일 이후에 투고된 원고는 투고자의 의사에 따라 다음 호에 투고한 것으로 한다. <신설 2020. 9. 1.>
- ⑤ 투고자는 원고를 제출할 때 투고할 논문과 **高麗法學** 논문 투고자 서약서/저작물동의서(**高麗法學** 연구윤리지침 [별첨 1])를 온라인 논

문투고 및 심사시스템에 업로드 하여야 한다. 다만 온라인 논문투고 및 심사시스템을 통해 연구윤리서약에 동의한 경우에는 ‘高麗法學 논문투고자 서약서/저작물동의서(高麗法學 연구윤리지침 [별첨 1])’를 제출한 것으로 본다. <신설 2020. 9. 1.>

⑥ 게재가 확정되면 투고자에게 일정 금액의 게재료를 부과할 수 있다. 다만 편집위원회의 결정에 따라 게재료를 면제할 수 있다. <신설 2020. 9. 1.>

제5조 (논문게재안내) 매 학술지 말미에는 이 규칙에 근거하여 다음 호에 게재할 논문의 투고 및 작성요령을 안내한다. <개정 2020. 9. 1.>

제6조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 고려대학교 법학 연구원에 귀속된다. <개정 2020. 9. 1.>

제7조 (기타) 이 규칙에서 정하지 아니한 사항은 편집위원회의 결정에 따른다. <신설 2020. 9. 1.>

부칙

이 규칙은 2009년 4월 1일 부터 시행한다.

부칙

제1조 이 규정은 2012년 8월 13일 부터 시행한다.

부칙<2020.9.1.>

제1조 (시행일) 이 규칙은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

제2조 (명칭변경) 이 규칙의 명칭을 ‘**高麗法學** 논문투고 및 논문작성에 관한 규정’에서 ‘**高麗法學** 논문투고 및 논문작성에 관한 규칙’으로 변경한다.

[별첨 1]

高麗法學 원고 작성방법

1. 편집용지(A4)의 여백주기(호글에서 F7 키를 누름)

- 위쪽 : 23, 아래쪽 : 23, 왼쪽 : 28, 오른쪽 : 28, 머리말 : 11, 꼬리말 : 11.

2. 글자모양

- 서체 : 신명조, 자간 : -5, 장평 : 100, 크기 : 10.

3. 문단모양

- 왼쪽 : 0, 오른쪽 : 0, 들여쓰기 : 2, 줄간격 : 160, 문단 위 : 0,
문단 아래 : 0, 낱말간격 : 0, 정렬방식 : 혼합.

4. 목차의 순서

- I ('큰제목'으로 설정)
- 1. ('중간제목'으로 설정)
- (1) ('작은제목'으로 설정)
- 1) ('아주작은제목'으로 설정)
- (가) ('바탕글'로 설정)
- 가) ('바탕글'로 설정)
- i) ('바탕글'로 설정)

5. 각주의 표기

- 저서의 인용 : 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 인용면수.

- 정기간행물의 인용 : 저자명, “논문제목”, 「잡지명」 제○권 ○호, 출판년도, 인용면수.
- 대법원 판결의 인용 : 대법원 20○○.○○.○○ 선고, ○○다○○ 판결.
또는 대판 20○○.○○.○○, ○○다○○.
- 헌법재판소 판결의 인용 : 헌재 20○○.○○.○○. 20○○헌마○ 결정.

6. 저자의 표기

- 논문의 제목 아래에 저자를 표기하고 오른쪽에 *표를 하여 각주란에 인적사항을 표기한다.
- 공동연구논문의 경우에는 주저자(책임연구자)와 공동저자를 구분하고, 주저자/공동저자의 순서로 표기한다.

7. 참고문헌의 표기

- 논문의 본문 뒤에 중요한 참고문헌의 서지사항을 목록으로 첨부하여야 한다.

8. 논문초록의 표기

- 논문의 본문 뒤에 외국어(영어·독어·불어 중 택1)로 작성한 논문초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기되어야 한다.
- 논문의 내용을 적절한 표현으로 전체적으로 전달하되 분량은 20줄 내외로 한다.

9. 주제어의 표기

- 논문초록의 뒤에는 주제어(Keyword)를 국문과 외국어를 병기하여 5개 이상을 첨부하여야 한다.

高麗法學 제102호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제102호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2021년 8월 15일 (9월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식

- 1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
- 2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

- ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
- ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
- ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법

- 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : klr.jams.or.kr

- ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
- ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 klr.jams.or.kr에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
- ※ 홈페이지 참조 : <http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do>

4. 심사결과 후 게재판정기준

투고된 논문의 게재여부는 심사위원 3인의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위를 참고하여 편집위원회에서 최종 결정함.

- ※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 제103호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제103호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2021년 11월 15일 (12월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식

- 1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
- 2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

- ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
- ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
- ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법

- 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : klr.jams.or.kr

- ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
- ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 klr.jams.or.kr에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
- ※ 홈페이지 참조 : <http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do>

4. 심사결과 후 게재판정기준

투고된 논문의 게재여부는 심사위원 3인의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위를 참고하여 편집위원회에서 최종 결정함.

- ※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 연구윤리지침

2016. 6. 9. 개정

2020. 9. 1. 개정

제 1 장 총 칙

제1조 (목적) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구의 연구윤리를 확보하고 연구부정행위를 방지하며 연구 부정행위 여부를 공정하게 검증할 수 있는 기준을 제시하는 데 그 목적이 있다.

제2조 (적용대상) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구에 종사하는 사람 및 고려대학교 법학연구원이 발행하는 학술지와 관련된 연구에 종사하는 사람에 적용한다.

제3조 (적용범위) 특정 연구 분야의 연구윤리 및 진실성에 관하여 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 지침에 의한다. 이 지침을 적용하기 어려운 분야의 특수한 사정이 있는 경우에는 이를 고려하여 적용할 수 있다.

제4조(서약) ① 고려법학에 게재를 희망하는 투고자와 논문 심사위원은 본 지침을 준수할 것을 서약해야 한다.

② 논문 투고자와 논문 심사위원은 별첨 1, 2의 서약서를 작성하여 제출하여야 한다. <본조신설 2016. 6. 9>

제 2 장 연구의 진실성과 사회적 책임

제5조 (연구의 진실성) ① 연구자는 모든 연구 행위(연구의 제안, 연구의 수행, 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가행위 등)를 정직하고 진실하게 수행하여야 한다.

② 연구자는 연구 내용과 그 중요성에 관해 객관적이고 정확하게 기술해야 하고, 연구결과를 임의로 삭제하거나 추가하지 말아야 한다.

③ 연구자는 모든 연구행위가 편견과 예단 없이 이루어지도록 하여야 한다.

제6조 (연구정보 기록, 보존, 보고 및 공개의무) 모든 연구정보는 정확히 보고 되어야 하고 해석 및 확인이 가능하도록 명확하고 정확하게 기록, 처리 및 보존되어야 한다.

제7조 (연구결과의 사회적 기여) 연구자는 연구를 통해 사회적 이익을 증진시키고 공익의 기준에 부합하도록 노력해야 하며, 자신의 연구가 사회에 미칠 영향을 자각하고 전문가로서 책임을 다하여야 한다.

제8조 (연구결과 활용 시 주의사항) 연구자는 연구결과를 공표하고 활용할 때 자신의 학문적 양심에 부합하도록 해야 한다. 특히 외부의 평판 제고나 연구비 확보 등을 위해 연구결과를 왜곡하거나 과장하지 말아야 한다.

제9조 (관련 법규 준수의무) 연구자는 특허나 저작권과 같은 지적 재산을 존중하고 연구관련 법규를 준수해야 한다.

제 3 장 연구자 상호관계의 공정성

제 1 절 저자의 책임과 의무

제10조 (공동연구) 연구자는 다른 연구자와 공동연구를 수행할 경우에 역할과 상호관계를 분명히 하고 그에 따른 책임을 다해야 한다. 연구 착수에 앞서 연구과제의 목표와 기대 결과, 협력관계에서 각자의 역할, 데이터수집·저장·공유의 방법, 저자결과와 순위기준, 연구책임자 선정, 지적 재산권 및 소유권 문제 등에 대하여 상호 합의와 이해가 이루어져야 한다.

제11조 (저자의 책임과 의무) 저자들은 법학연구원 또는 외부 기관이 자신의 기여도에 대한 증명을 요구할 경우 이에 따라야 한다.

제 2 절 저자결정 기준 및 저자표시

제12조 (저자결정 기준) ① 저자는 연구내용 또는 결과에 대한 학술적·기술적 기여도에 따라 정한다. 학술적·기술적 기여도의 예는 다음과 같다.

1. 연구의 착상 및 설계
2. 데이터 수집 및 해석
3. 초고 작성
4. 최종 원고의 승인 등

② 연구내용 또는 결과에 학술적·기술적 기여를 하지 않은 사람을 감사의 표시 또는 예우 등의 이유로 저자에 포함시켜서는 안 된다. 다만 데이터 수집 또는 입력이나 다른 언어로의 번역 등 기타 기여의 내용에 관하여는 사사를 표하는 주에 그 내용을 적시할 수 있다.

제13조 (저자표시 순서결정) 저자표시 순서는 모든 저자들 간의 합의에 따라 연구 기여도를 반영하여 공정하게 결정하여야 한다.

제14조 (저자정보의 표시) ① 저자는 논문을 투고할 때 저자의 소속, 직위를

정확하게 밝혀서 연구의 신뢰성을 제고하여야 한다.

② 저자의 소속은 집필 등 연구를 수행할 당시의 소속으로 표시한다.

③ 편집위원회는 발간된 논문의 저자정보를 확인하고 관리하여야 한다.

<개정 2020. 9. 1.>

제 4 장 연구 부정행위 및 기타 비윤리적 연구행위

제 1 절 인용방법 및 원칙

제15조 (인용방법 및 원칙) ① 저자는 자신의 저작물에 소개, 참조, 논평 등의 방법으로 타인의 저작물의 일부를 원문 그대로 또는 번역하여 인용할 수 있다.

② 저자는 출처 표시와 참고문헌 목록 작성의 정확성을 기하여야 한다. 저자는 인용의 모든 요소(저자명, 학술지의 권·호수, 페이지, 출간년도 등)를 2차 출처에 의존하지 말고 원 논문에서 직접 확인해야 하며, 다만 불가피한 경우에는 재인용을 밝히고 인용할 수 있다.

③ 저자는 피인용저작물이 인용저작물과 명확히 구별될 수 있도록 신의성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.

④ 저자는 원칙적으로 공표된 저작물을 인용하여야 하며, 공개되지 아니한 학술 자료를 논문심사나 연구제안서 심사 또는 사적 접촉을 통하여 획득한 경우에는 반드시 해당 연구자의 동의를 얻어 인용하여야 한다.

⑤ 저자는 타인이 이미 발표한 논문에 담긴 이론이나 아이디어를 변안해서 자신의 저작물에 소개할 때에는 그 출처를 명시해야 한다.

⑥ 저자는 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하는 경우 어떤 아이디어가 자신의 것이고 어떤 아이디어가 참조된 출처로부터 왔는지를 독자들이 명확하게 알 수 있도록 집필해야 한다.

⑦ 저자는 연구의 방향을 결정하는 데에 중대한 영향을 주었거나 독자가 연구 내용을 이해하는 데에 도움이 될 수 있는 중요한 공개된 문헌이라면 관련 연구자가 이론적·경험적으로 알 수 있는 경우를 제외하고는 모두 참고문헌에

포함시켜야 한다.

- ⑧ 선행연구 리뷰에서 초록을 사용했으면서도 참고문헌 목록에는 학술지 논문을 인용하거나, 논문의 출간 버전을 인용하면서 실제로는 학술회의 발표논문집에 출간된 초기 버전 또는 예비 버전을 사용하는 것을 피해야 한다.

제16조 (일반 지식의 인용방법) ① 타인의 아이디어 또는 그가 제공한 사실에 관한 정보를 사용할 때에는 누구의 것인지 출처를 밝혀야 하지만, 그것이 일반적으로 공지된 지식이거나 독자들이 인지하고 있는 자료인 경우에는 예외로 한다.

- ② 어떤 개념 또는 사실이 일반 지식인지 의문이 드는 경우에는 인용하는 것이 바람직하다.

제 2 절 연구부정행위

제17조 (연구부정행위의 정의) “연구부정행위”라 함은 전 연구과정(연구의 제안, 연구의 수행 및 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가 행위 등)에서 발생하는 위조 및 변조행위, 표절행위, 부당한 논문저자 표시 행위, 중복게재 행위 등을 말한다.

1. “위조”는 존재하지 않는 데이터 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. “변조”는 연구 재료·장비·과정 등을 인위적으로 조작하거나 데이터를 임의로 변형·삭제함으로써 연구 내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다. (여기서 “삭제”라 함은 기대하는 연구결과의 도출에 방해되는 데이터를 고의로 배제하고 유리한 데이터만을 선택하여 사용하는 행위를 말한다.)
3. “표절”은 저작권법상 보호되는 타인의 저작, 연구 착상 및 아이디어나 가설, 이론 등 연구결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 사용하는 행위를 말한다.
4. “부당한 논문저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 기여

가 없는 자에게 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.

5. “중복게재”는 편집인이나 독자에게 이미 출간된 본인 논문의 존재를 알리지 않고 이미 출간된 본인 논문과 완전히 동일하거나 거의 동일한 텍스트의 본인 논문을 다른 학술지에 다시 제출하여 출간하는 것을 말한다.

제18조 (아이디어 표절) ① “아이디어 표절”이라 함은 창시자의 공적을 인정하지 않고 전체나 일부분을 그대로 또는 피상적으로 수정해서 그의 아이디어(설명, 이론, 결론, 가설, 은유 등)를 도용하는 행위를 말한다.

② 저자는 통상 각주 또는 참고인용의 형태를 통해 아이디어의 출처를 밝힐 윤리적 책무가 있다.

③ 저자는 타인의 연구제안서 및 기고 원고에 대한 동료 심사 등을 통해 알게 된 타인의 아이디어를 적절한 출처와 인용 없이 도용해서는 안 된다.

제19조 (텍스트 표절) “텍스트 표절”이라 함은 저자를 밝히지 않고 타인 저술의 텍스트 일부를 복사하는 행위를 말한다.

제20조 (모자이크 표절) “모자이크 표절”이라 함은 타인 저술의 텍스트 일부를 조합하거나, 단어를 추가 또는 삽입하거나, 단어를 동의어로 대체하여 사용하면서 원저자와 출처를 밝히지 않는 행위를 말한다.

제21조 (중복게재) ① 이미 출간된 본인 논문과 주된 내용이 동일하다면 후에 출간된 본인 논문의 본문이 다소 다른 시각이나 관점을 보여주는 텍스트를 사용하거나 이미 출간된 동일한 데이터에 대한 다소 다른 분석을 포함하더라도 중복에 해당한다.

② 이미 출간된 논문을 인지할 수 없는 다른 독자군을 위하여 중복게재를 하는 경우에는 두 학술지의 편집인이 중복게재에 대해 동의해야 하고, 저자는 학술지의 독자들에게 동일 논문이 다른 학술지에 출간되었다는 사실을 밝혀야 한다. 한 언어로 출간된 논문을 다른 언어로 번역하여 다른 학술지에 출간하는 경우도 마찬가지이다.

③ 동일논문을 서로 다른 학회지에 복수로 기고하는 것은 금지되며, 하나의

학술지에 게재거부가 결정된 후에 다른 학술지에 기고하는 것이 원칙이다.

제22조(연구부정행위의 사후조치) ① 연구부정행위 의혹이 제기되면 편집위원회가 부정행위 조사를 실시한 후 과반수 투표로 최종 결정한다. ② 연구윤리를 위반한 투고자는 향후 고려법학 투고가 금지된다. <본조신설 2016. 6. 9>

제23조 (연구부정행위와 저작권침해 유의) ① 논문이 학술지에 게재되면 통상적으로 저작권은 학술지 발행인에게 이전된다. 따라서 저자는 학술지에 게재된 논문을 다른 형태로 출간하거나 재사용할 때에는 저작권 침해의 우려가 있음을 유의하여야 한다.

② 중복게재는 저작권침해의 우려가 있으므로 유의하여야 한다.

③ 저작권이 보호된 출처로부터 광범하게 텍스트를 인용하는 경우에 인용부호를 적절하게 사용하거나, 제대로 환문하였다 하더라도 저작권이 침해될 수 있음을 유의하여야 한다.

제 3 절 비윤리적 연구행위

제24조 (심사과정의 비윤리적 연구행위) ① 심사자는 연구제안서 또는 논문심사 과정에서 알게 된 특정정보를 원저자의 동의 없이 심사자가 직간접으로 관련된 연구에 유용해서는 안 된다.

② 다음 각 호의 행위는 심사과정의 비윤리적 연구행위에 해당할 수 있으므로 삼가야 한다.

1. 자신이 의뢰받은 논문심사를 학생이나 제3자에게 부탁하는 행위
2. 심사 중인 연구제안서나 논문의 내용을 학과나 학회 동료들과 논의하는 행위
3. 심사종료 후 심사물의 사본을 반납하거나 분쇄하지 않고 이를 보유하는 행위

제25조 (비윤리적 연구행위) 다음의 행위는 윤리적으로 부적절한 연구행위에 해당할 수 있다.

1. 공동연구의 사실을 적절한 방식으로 알리지 않고 학회나 세미나에서 발표하는 행위
2. 연구계획이 해당분야에 상당히 기여할 것이라는 확신을 주어 연구비를 지원 받으려고 기대효과에 관한 진실을 왜곡하는 행위
3. 제출된 논문을 심사하는 과정에서 명예를 손상시키는 언명이나 인신공격을 하는 행위
4. 금전적 이익을 얻기 위해 연구결과를 과대평가하는 행위
5. 논문을 읽지 않고 심사·평가하는 행위
6. 연구비 유용행위
7. 연구업적 및 결과를 허위로 진술하거나 보고하는 행위

제 4 절 부적절한 집필행위

제26조 (부적절한 집필행위) 다음의 행위는 부적절한 집필행위에 해당한다.

1. 부적절한 출처인용
2. 참고문헌 왜곡
3. 출간논문을 인용하면서 초록 등에 의존하는 행위
4. 읽지 않거나 이해하지 못한 저술의 출처인용
5. 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하면서 부분적으로만 출처를 밝히는 행위
6. 텍스트의 재활용 행위
7. 연구업적을 부풀릴 의도로 하나의 논문으로 게재되었어야 할 연구결과를 수 개의 논문으로 분할하여 게재하는 행위

제27조 (참고문헌의 왜곡금지) ① 참고문헌은 논문의 내용과 직접적으로 관련이 있는 문헌만 포함시켜야 한다. 학술지나 논문의 인용지수를 조작할 목적으로 또는 논문의 게재 가능성을 높일 목적으로 관련성에 의문이 있는 문헌을 의도적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 된다.

② 자신의 데이터 또는 이론에 유리한 문헌만을 편파적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 되며, 자신의 관점과 모순될 수 있는 문헌도 인용할 윤리적 책

무가 있다.

제28조 (텍스트의 재활용) ① “텍스트의 재활용”이라 함은 저자가 자신의 다른 저술에서 이미 사용했던 텍스트의 일부를 재사용하는 것을 말한다.

② 텍스트 재활용은 윤리적 집필정신에 어긋나므로 이미 출간된 텍스트를 재활용하는 것을 피해야하며, 불가피하게 재활용하는 경우에는 인용부호를 표시하거나 적절한 환문을 하는 등 표준적 인용관행에 따라야 하며, 저작권 침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

부 칙

이 규정은 2007년 3월 1일부터 시행한다.

부 칙 <2020.9.1.>

이 지침은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물 동의서

투고 논문	제 목								
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문	

본인은 ‘高麗法學’ 제 호에 게재 논문의 심사위원으로서 고려대학교
법학연구원 ‘高麗法學’ 게재 논문 심사규정’ 제4조 (심사판정과
이의제기)와 제7조 (비밀유지의무)를 준수하고 그 위반으로 인해 발생하는
문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

20 년 월 일

심사위원 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

편집위원장: 김상중 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

편 집 위 원: 고세일 (충남대학교 법학전문대학원 교수)

김경욱 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

김성은 (강원대학교 법학전문대학원 교수)

박찬호 (부산대학교 법학전문대학원 교수)

신호영 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

심재한 (영남대학교 법학전문대학원 교수)

윤은경 (제주대학교 법학전문대학원 교수)

이희정 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

전윤구 (경기대학교 법학과 교수)

차진아 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

「高麗法學」은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 법학학술지입니다.

문의나 건의사항이 있으신 분은 아래로 연락주시기 바랍니다.

서울특별시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학연구원

lab004@korea.ac.kr

TEL : (02)3290-1630 / FAX : (02)922-4013

高麗法學 (제101호)

2021年 6月 20日 印刷

2021年 6月 30日 發行

發行人 金 河 烈

發行處 高麗大學校 法學研究院

서울특별시 성북구 안암로 145

고려대학교 법학연구원

TEL : (02) 3290-2914

FAX : (02) 922-4013

製作處 (주)한신아트

TEL : (02) 2277-2271

값 30,000원

* 이 책의 무단전제 또는 복제행위를 금합니다.

ISSN 1598-1584 (Print)

ISSN 2672-0736 (Online)