

題字：居然 鄭宗燮

제2권 제1호 ISSN 2983-189X

Vol. 2 No. 1

연세법학논총

YONSEI LEX SAPIENTIA LAW REVIEW

2023. 8



연세대학교 법학연구원

INSTITUTE FOR LEGAL STUDIES
YONSEI UNIVERSITY

目次

[연세 공공거버넌스와 법]

헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌바168 결정례 검토 - 정당 후원회 금지로 인한 정치적 기본권 침해 문제를 중심으로 -	한 준 엽 / 1
법에 의한, 법을 위한, 법에 대한 ‘투쟁’의 가치 - 루돌프 폰 예링의 『권리를 위한 투쟁』을 중심으로 -	정 유 현 / 25
『연세 공공거버넌스와 법』 규정	45

[연세 글로벌 비즈니스와 법]

자본시장법상 상장회사 특례 - 현행 자본시장법상 상장회사 특례규정의 법 체계적 정합성을 중심으로 -	정 동 욱 / 61
준비금 감소와 배당	명 노 광 / 79
통화스왑 입찰 관련 부당한 공동행위	조 윤 정 / 107
숙박플랫폼과 불공정 약관 조항의 문제 - 서울고등법원 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결 및 서울고등법원 2021. 2. 4. 선고 2019누39019 판결을 중심으로 -	차 은 주 / 155
신주의 제3자 배정에 대한 검토 - SM엔터테인먼트 가처분사건에 대한 평석을 겸하여 -	윤 선 정 / 197
『연세 글로벌 비즈니스 법학연구』 규정	225

[연세 의료·과학기술과 법]

보건의료데이터 활용에서의 개인정보 보호 개선을 위한 제언 ...	이 산 하 / 243
스마트계약과 법적 쟁점	정 재 은 / 275
『연세 의료·과학기술과 법』 규정	330

CONTENTS

[Yonsei Journal of Public Governance and Law]

Critical Review on Constitutional Court en banc Decision 2013Hun-Ba168 Decided December 23, 2015 – Centered on the Infringement of Political Fundamental Rights via Prohibition of the Party Supporters’ Association –	Han, Juneyoub / 1
Exploring the Contemporary Significance of the Struggle for Law – A Study on Rudolph von Jhering’s Legal Thoughts –	Chung, You Hyun / 25
《Appendix》	45

[Yonsei Global Business Law Review]

The Special Articles of Listed Companies under Capital Markets Act	Jung, Dong-Uk / 61
Decrease of Reserves and Dividends	Myung, Nohkwang / 79
Cartel Cases: Bid-Rigging in Cross Currency Swap	Cho, Yune Jung / 107
Problems with Accommodation Platforms and Unfair Terms and Conditions	Cha, Eunjoo / 155
Review of the Allocation of New Shares to a Third Party – In Addition to Commentary on SM Entertainment’s Provisional Injunction Against Issuance of New Shares and Convertible Bonds –	Yoon, Seon Jeong / 197
《Appendix》	225

[Yonsei Journal of Medical and Science Technology Law]

Recommendations for Enhancing Personal Information Protection in the Utilization of Healthcare Data	Lee, San Ha / 243
Smart Contracts and Legal Issues	Jeong, Jae-Eun / 275
《Appendix》	303

-
-
- 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌바168 결정례 검토
 - 정당 후원회 금지로 인한 정치적 기본권 침해 문제를 중심으로 - 한 준 업
 - 법에 의한, 법을 위한, 법에 대한 ‘투쟁’의 가치
 - 루돌프 폰 예링의 『권리를 위한 투쟁』을 중심으로 - 정 유 현
-
-

헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌바168 결정례 검토

— 정당 후원회 금지로 인한 정치적 기본권 침해 문제를
중심으로 —

한 준 엽*

◆ 목 차 ◆

- | | |
|-------------------------------|----------------------------|
| I. 서론 | 2. 반대의견(9인 중 1인) |
| II. 대상 결정의 개요 | IV. 분석과 평가 |
| 1. 사건 개요 | 1. 적법요건 |
| 2. 청구인의 주장 | 2. 법정·다수의견과 반대의견의
대립 논점 |
| 3. 심판대상 조항 | 3. 법률 개정과 입법 정책적 영향 |
| III. 결정요지 | V. 결론 |
| 1. 법정·다수의견(9인 중 8인):
헌법불합치 | |

I. 서론

정치자금법 제45조 제1항 등의 위헌성을 심의한 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌바168 결정은 정치적 의견을 자유롭게 표현할 권리가 국민의 기본권임을 확인하며, 정당 후원금을 비롯한 재정적인 경로를 통해 정치적 의사를 표출하는 행위가 대의민주주의의 핵심 요소임을 언명한다. 위의 전제로부터 헌법재판소 법정·다수의견은 정당 후원회를 금지하여 정당을 향한 금전적인 기여를 차단한 정치자금법 제45조 제1항 등이 과잉금지원칙을 위배하며, 국민의 정치적 기본권을 침해한다고 보아 헌법불합치 결정을 내리기에 이른다. 반면, 반대의견은 당해

* 연세법학전문대학원, 석사과정

조항을 위헌으로 보기 어렵다는 논거를 토대로 법정·다수의견과 침예하게 대립한다. 이와 같은 논박은 정치적 표현의 자유와 정당 활동의 자유 등 민주국가의 근원적인 가치를 다룰 뿐만 아니라, 우리나라의 법정정치적 토양하에서 정당 후원의 운용에 관한 통찰을 함축한다는 지점에서 중요성이 돋보인다.

본 평석은 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌바168 결정의 개요, 본안판단, 분석과 평가 등을 심층적으로 살핌으로써 한국 민주주의의 맥락에서 정당 후원회를 중심으로 한 정치적 기본권의 문제를 고찰한다. 특히 본고는 분석과 평가를 통해 ① 결정례에 명시되지 아니한 적법요건을 검토하고, ② 정치적 표현의 자유, 정당 활동의 자유, 한국정치 현실에 관한 법정·다수의견 및 반대의견의 대립 지점을 파악하며, ③ 헌법불합치 결정에 따른 개정 입법과 그 정책적 영향을 포괄하여 논지를 전개한다. 이 일련의 작업은 단지 결정례의 개별적인 평가에 불과한 것이 아니라, 경제적인 이해관계로 얽힌 국민과 정당이 함께 구성해 나가는 민주국가의 법정정치적 현실을 반추하는 노력의 일환으로서 의의가 있다. 특히 근래의 ‘민주주의의 위기’라는 화두와 대의제의 건전성에 관한 우려를 염두에 둘 때,¹⁾ 국민과 정당의 관계에 대한 헌법재판소의 결정을 곱씹을 필요성이 두드러진다.

Ⅱ. 대상 결정의 개요

1. 사건 개요

청구인 이O화는 OO당 사무총장 겸 회계책임자이고, 청구인 김O의는 OO당의 회계업무 담당자였으며, 그 외 청구인 8인(이O태·김O모·정O재·김O미·한O영·황O신·이O철·이O철)은 OO노동조합 산하 개별 노동조합의 노동조합위원장 등이다. 정치자금법에 의해 정당 후원회 제도가 폐지되어 정당이 개인으로부터 후원금을 직접 받을 수 없는 상황에서, 이O화와 김O의는 나머지 청구인 8인으로부터 2008. 12. 8.부터 2008. 12. 31.까지 1억 8천여만 원의 정치자금을 수수하여 주고 받았다.

¹⁾ Mitchell, Thomas N. “Democracy in Crisis.” *An Irish Quarterly Review*, Vol. 106, No. 423, 2017, pp. 281-284.

이러한 사실로 2012. 10. 15. 청구인 10인은 기소되었고, 재판 계속 중²⁾ 정치자금법 제6조와 제45조 제1항에 대한 위헌법률심판제청을 신청하였다. 당해 위헌법률심판제청 신청은 2013. 5. 10. 기각되었고, 이에 청구인들은 2013. 6. 10.에 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장

청구인 10인의 주장은 크게 세 부분으로 구성된다. 우선, 청구인들은 문제가 되는 법률조항이 정당에 대한 개인적인 재정적 후원을 금지하여 정치적 의사 표현의 자유를 침해한다고 피력하였다. 둘째, 청구인들은 후원회를 지정·운영하는 행위의 금지가 헌법 제8조가 보장하는 정당 활동의 자유를 침해한다고 지적하였다. 마지막으로, 청구인들은 문제의 법률조항이 정치인 개인에 대한 기부를 합법으로 규정하면서 정당에 대한 개인적 기부는 위법으로 하여 평등권을 침해한다고 역설하였다.

3. 심판대상 조항

이와 같이 정치자금법 제6조와 제45조 제1항이 본래 청구의 대상이었으나, 헌법재판소는 본 사건의 심판대상 조항을 구 정치자금법(2008. 2. 29.에 개정된 법률 제8880호) 제6조, 정치자금법(2010. 1. 25.에 개정된 법률 제9975호) 제6조, 구 정치자금법 제45조 제1항 본문의 “이 법에 정하지 아니한 방법” 중 제6조에 관한 부분으로 밝히고 있다.

위의 판단에 대해 헌법재판소는 다음과 같이 설명한다. 첫째, 청구인들이 헌법소원심판을 청구했던 정치자금법 제6조는 2008. 2. 29.에 개정된 법률 제8880호의 것으로서, 이후 2010. 1. 25.에 법률 제9975호로 일부 개정된 바 있다. 당해 개정은 구 정치자금법 제6조 제6호 “특별시장·광역시장·도지사선거의 후보자(이하 ‘시·도지사후보자’라 한다)”의 문구를 “지방자치단체의 장선거의 후보자(이하 ‘지방자치단체장후보자’라 한다)”로 바꾸었는데, 헌법재판소는 위의 변경이 본 사건에서 문제가 된 정당 후원금과 관련성을 갖지 않는다고 해석하였다. 이에 헌법재

2) 서울중앙지방법원 2013. 5. 10. 선고 2011고합1056 판결.

판소는 구 정치자금법 제6조와 정치자금법 제6조를 모두 심판대상으로 삼았다.

또한 구 정치자금법 제45조 제1항과 관련하여 청구인 10인은 제45조 제1항 전체를 청구 대상으로 제시하였으나, 헌법재판소는 제45조 제1항 중 해당 범죄사실과 관련되는 조문을 한정하여 재판을 진행할 것을 결정하였다. 결국 본 사건의 심판대상 조항은 정치자금법 제45조 제1항 전체가 아닌, 제45조 제1항 본문의 “이 법에 정하지 아니한 방법” 중 제6조로 제한되었다.

Ⅲ. 결정요지

헌법재판소는 본안판단에서 법정·다수의견(9인 중 8인, 박한철, 이정미, 김이수, 이진성, 김창중, 안창호, 강일원, 서기석)을 토대로, 구 정치자금법 제6조, 정치자금법 제6조, 구 정치자금법 제45조 제1항 본문의 “이 법에 정하지 아니한 방법” 중 제6조에 관한 부분이 헌법에 합치되지 않는다는 점(헌법불합치) 및 2017. 6. 30.을 기한으로 입법자가 새로운 입법을 마련할 때까지 심판대상 조항을 계속 적용한다는 점을 주문으로 명시하였다. 한편, 법정·다수의견에 대한 반대의견(9인 중 1인, 조용호)도 제기되었다.

1. 법정·다수의견(9인 중 8인): 헌법불합치

법정·다수의견의 논지는 크게 두 부분으로 나누어진다. 즉, 법정·다수의견 논지의 핵심은 ① 심판대상인 구 정치자금법 제6조, 정치자금법 제6조, 구 정치자금법 제45조 제1항 본문의 “이 법에 정하지 아니한 방법” 중 제6조에 관한 부분이 헌법에 위반된다는 판단과 ② 이에 대한 결정으로 단순위헌이 아닌 헌법불합치가 내려졌다는 사실에 자리한다.

(1) 심판대상 조항의 헌법 위반 여부

먼저, 헌법재판소는 2013헌바168 결정문에서 정치자금과 관련된 대한민국 정당정치 제도의 역사와 현황을 살핀다. 구체적으로 헌법재판소는 입법연혁에서

1965. 2. 9. 법률 제1658호를 기점으로 중앙선거관리위원회를 통해 누구든지 정당에 기부할 수 있는 지정기탁금제가 이루어졌으나, 정치인 개인에 대한 후원제도는 규정되지 않았다는 사실, 1980. 12. 31. 법률 제3302호로 정당 후원회 제도가 도입되었다는 사실, 1989. 12. 30. 법률 제4186호로 국회의원 후원회 제도 신설 및 중앙·시·도·지구당의 독자적인 후원회 운영이 가능해졌다는 사실, 1994. 3. 16. 법률 제4740호로 원내 교섭단체의 구성 여부와 관계없이 모든 정당의 지구당에 후원회 결성이 허용되었다는 사실 등을 토대로 1990년대 중반까지 법률 개정을 통해 정치 자금 조달이 정당 후원회를 중심으로 개편되었음을 밝힌다. 그러나 2002년 불법 대선자금 사건을 계기로 2004. 3. 17. 법률 제7191호 및 2005. 8. 4. 법률 제7682호로 말미암아 중앙·시·도당의 후원회 및 관련 규정의 폐지가 결정되었고, 정당 후원회 제도 역시 2006. 3. 13.부터 전면적으로 금지되었다. 다만, 대통령 선거경선후보자와 시·도지사선거후보자 등에게 후원회를 둘 수 있도록 하여 정치인 개인에 대한 후원 제도는 확대되는 결과가 초래되었다. 이때 합법적으로 운용될 수 있는 정치자금에는 당비·후원금·기탁금·보조금·정당 부대수입 등이 존재하며, 보조금 항목은 다시 경상보조금·선고보조금·공직후보자 여성추천보조금·공직후보자 장애인추천 보조금 등으로 분류되는 것으로 파악되었다. 이와 같은 정치적 환경하에서 거대 정당의 경우 국고보조금이 수입의 50%를 차지한다는 결과, 군소정당은 상대적으로 당비에 대한 의존도가 높다는 점으로 주목되었다.

둘째, 위와 같은 이해를 바탕으로 헌법재판소는 문제가 된 조항이 제한하는 기본권이란 무엇인지를 상세히 기술한다. 앞서 언급한 바와 같이 청구인 10인은 심판대상 조항이 국민의 정치적 의사 표현의 자유, 정당 활동의 자유, 평등권을 침해한다며 기본권의 침해를 주장하였다. 이에 대해 헌법재판소는 심판대상 조항이 헌법 제21조가 보장하는 정치적 의사 표현의 자유와 헌법 제8조가 보장하는 정당 활동의 자유를 제한한다는 점은 인정하였으나, 심판대상 조항이 평등권을 침해하였다는 주장은 받아들이지 않았다. 심판대상 조항이 특정한 개인의 권리만을 제한하는 것이 아니라 모든 국민에 대해 개인적인 후원과 정당 후원회 활용을 금지하였으므로, 헌법재판소는 이를 불합리한 차별로 인정하지 않았다.

기본권 침해가 인정된 부분에 대해 법정·다수의견은 다음과 같이 설명한다. 우선, 정치적 의사 표현의 자유와 관련하여 헌법재판소는 ‘정치적 기본권’을 선거

권·공무담임권·국민투표권 등으로 대표되는 참정권뿐만 아니라, 정치적 의사를 자유롭게 표현할 권리를 포괄하는 개념으로 해석한다. 특히 정당이 현대 민주주의의 중요한 행위 주체로 상정됨을 고려했을 때, 개인이 정치자금 기부를 통해 정당에 대한 영향력을 발휘하는 일은 정치적 기본권 행사의 한 축을 이룬다고 이해된다. 예컨대 오늘날 정당은 핵심 공직자의 선출 및 임명에 깊이 관여하고, 정책 결정에 큰 영향력을 발휘하며, 개인과 국가 사이의 가교 역할을 수행하는 등 민주국가의 필수적인 요소로 자리 잡았는데, 이러한 논거를 토대로 헌법재판소는 국민의 정당 후원금이 정치적 의사 표현을 위한 효과적인 수단으로 작용할 수 있다고 판단하였다.

둘째, 정당 활동의 자유와 관련하여 헌법재판소는 국민에 대한 정당의 재정적 의존이 정당 기반의 대의민주주의를 위한 “필수불가결한 전제”라고 규정한다. 주지하는 바와 같이 헌법 제8조는 정당 설립의 자유와 정당에 대한 국가의 특별한 보호를 명시하여 정당 활동의 자유를 보장하고, 정당은 이러한 자유를 바탕으로 국민과 국가기관 사이의 중개자로서 활약한다. 정당이 매개 역할을 효과적으로 담당하기 위해서는 주권자인 국민과의 긴밀한 관계를 유지하여야 하는데, 헌법재판소는 국민과 정당 사이의 상호작용이 비단 정치적인 사안에 그치지 아니하고 재정적인 측면으로 나아가야 한다고 판단하였다. 즉 정당히 후원자로부터 정치자금을 모으는 일은 정당 활동의 자유에 포함될 뿐 아니라, 국민과의 긴밀한 관계를 유지하기 위해서도 필요하다고 여겨진다.

셋째, 위의 논의를 토대로 헌법재판소는 심판대상 조항의 과잉금지원칙 위배 여부를 살피기 위해 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익 균형성을 차례로 검토한다. 우선 법정·다수의견은 심판대상 조항이 정당 후원회를 금지하여 정경유착의 폐해를 방지하고, 도덕적으로 성숙한 정당민주주의를 유지하는 등의 의의가 있다고 판단하여 심판대상 조항의 목적의 정당성을 인정하였다.

그러나 법정·다수의견은 심판대상 조항의 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익 균형성에 대해서는 비판적인 입장을 견지한다. 법정·다수의견은 정경유착 등이 일부 기업과 정치 세력에 한정되어 일반 국민과는 거리가 있는 문제라는 사실, 정당 후원회를 운영하더라도 “모금한도액의 제관, 기부내역 공개” 등의 실효성 있는 방법으로 정치자금의 투명성을 유지할 수 있다는 사실을 지적하며 정당에 대한 개인적 기부의 완전 금지가 정치적 표현의 자유에 관한 수단의 적합성과 침

해의 최소성을 갖추지 못하였다고 판단한다. 더불어, 법정·다수의견은 합법적인 정치 자금의 경로인 당비·기탁금·국가 보조금이 각각의 문제로 정당 후원회를 온전히 대체하지 못한다는 판단을 밝히면서 정당에 대한 개인적인 기부금의 금지가 갖는 부작용을 지적한다. 구체적으로 당비는 정당 가입을 강제하며, 소속정당이 아닌 정당에 대한 기부가 불가능하고, 정당 가입이 불가능한 공무원은 정당 후원의 원천적 불능 상태에 빠진다는 문제가 지적되었다. 한편 기탁금 제도는 중앙선거관리위원회를 통해 정해진 배분 비율로 정당들에 분배되므로 기부자의 정치적 선호를 반영하는 정당 후원회와는 궤를 달리하며, 군소·신생정당보다는 거대정당에 유리한 정치 환경을 조성할 여지가 크다. 한편, 국고 보조금은 정당이 그것에 지나치게 의존하여 국민으로부터 정치적·재정적으로 유리된 사당(私黨)으로 변질하거나 국민의 지지를 얻을 노력을 지속하지 않을 위험을 내포한다. 이에 법정·다수의견은 심판대상 조항이 정당 활동 자유에 대해서도 수단의 적합성 및 침해의 최소성을 갖추지 못하였다고 판단한다. 나아가 법정·다수의견은 심판대상 조항이 보호하려는 정경유착 방지 등의 공익과 정치적 표현의 자유 및 정당 활동의 자유라는 기본권의 제한 비교해볼 때 불이익이 더 크다고 판단했으며, 심판대상 조항이 법익 균형성도 충족하지 못하였다고 결론 내린다.

위의 논지를 종합하여 법정·다수의견은 정당 후원회 자체를 금지하는 정치자금법 제6조, 정치자금법 제6조, 구 정치자금법 제45조 제1항 본문의 “이 법에 정하지 아니한 방법” 중 제6조가 국민의 정치적 표현의 자유 및 정당 활동의 자유를 지나치게 침해하고, 수단의 적합성, 침해의 최소성 및 법익 균형을 충족하지 못하였다고 설명한다. 다만, 헌법재판소는 정당 후원회를 허용하더라도 정치자금을 투명하게 운용하기 위한 방안과³⁾ 기탁금·국고보조금 등의 현행 제도를 개선하는 노력을 강조하여 정치자금 제도의 지속적인 보완을 역설하였다.

(2) 헌법불합치 결정

법정·다수의견은 심판대상 조항을 헌법에 위반된다고 해석했기에 위헌결정을 내려야 하였음을 스스로 밝히고 있으나, 위헌결정을 내릴 경우 후원회 제도가 마

3) 구체적으로, 헌법재판소는 익명 기부 금지 및 기부자 신원·자금 출처 완전 공개 등의 방법을 제시한다.

련될 근거 규정이 없어지게 되는 결과가 발생해 법적 공백 상태가 우려됨을 직시한다. 이러한 판단에 근거하여 헌법재판소는 단순위헌결정이 아닌 헌법불합치를 통하여 심판대상 조항을 잠정 작용하고, 2017. 6. 30.까지 새로운 입법이 마련되도록 결정한다.

2. 반대의견(9인 중 1인)

법정·다수의견에 대한 1인의 반대의견이 제기되었다. 반대의견은 본 사건의 심판대상 조항이 국민의 정치적 의사 표현의 자유 및 정당 활동의 자유를 과도하게 제한하지 않아 헌법에 위반되지 않음을 밝힌다.

먼저 반대의견은 심판대상 조항이 정경유착의 폐해를 방지하고 정치자금 조달의 투명성을 확보하기 위한 목적을 가지고, 정경유착으로 인해 정당제 민주주의가 크게 훼손될 우려가 존재한다는 점에서 심판대상 조항의 목적의 정당성과 수단의 적합성을 각각 인정한다. 특히 반대의견은 불법 정치자금 유용의 문제가 일부 대기업뿐만 아니라 중소기업과 일반 유권자에 퍼져있음을 지적하며, 정당 후원회를 금지하는 조치가 우리나라의 역사적 경험에 비춰봤을 때 어쩔 수 없는 선택이었다고 본다. 더불어 반대의견은 정당 후원회가 금지되었어도 여전히 당비·기탁금·개인후원회 등을 통한 재정적 후원의 길이 여전히 열려있었기에, 정치적 자유가 과도하게 침해되지 아니하였으며 얼마나 많은 국민이 정치적 자유가 침해되었다고 느꼈을지 의문이라고 설명한다. 또한 반대의견은 기탁금 제도가 군소·신생정당보다는 거대정당에 유리하다는 법정·다수의견이 “일면 일리가 있다”고 언급하면서도, 그러한 제도가 운용되는 것은 주권자인 국민과 국회의 결정일 뿐만 아니라 후원회 제도 역시 거대정당에 유리한 환경을 조성할 가능성이 높다는 점을 지적한다. 더 나아가 헌법재판소가 과거에 개인후원회 설치의 여부 및 관련 규제에 대한 사항은 국회의 재량에 속한다고 결정했던 바와 같이, 정당 후원회 문제도 마찬가지로 입법자가 판단해야 할 사항으로 해석한다.

한편 반대의견은 정당이 정치적 의사의 창출 및 정책적 영향력을 통하여 국민과 국가를 중개하는 매개자로 파악하는데, 이때 자금 충당은 정당의 헌법적 권리와 책임의 ‘필수적이고 본질적인 활동’이 아니라고 주장한다. 다시 말해 반대의견은 입법자가 부적절하다고 판단하는 정당의 자금 충당이 제한될 수 있음을 밝히

며, 헌법에서 정당에 대한 “국고보조의 가능성과 선거공영제를 입법자의 형성에 맡긴 것도 이와 같은 취지”라고 설명한다.

위와 같은 지점에서 반대의견은 법정·다수의견과 달리, 정당 후원회를 금지하는 심판대상 조항이 국민의 정치적 표현의 자유나 정당 활동의 자유를 과도하게 침해하였다고 보기 어려움을 천명하며 침해의 최소성이 충족됨을 시사한다. 더불어 반대의견은 “정경유착의 폐해로 얼룩[진]” 한국정치의 역사를 염두에 두었을 때 심판대상 조항이 의도하는 공익적 효과가 정치적 표현의 자유 및 정당 활동의 자유가 제한되는 정도에 비해 크다고 보며, 법익 균형성 역시 만족되었음을 주장한다. 이러한 이유에서 반대의견은 심판 대상이 헌법에 위반되지 않는다고 판단한다.

IV. 분석과 평가

본 사건의 분석과 평가는 몇 가지 지점에서 이루어질 수 있다. 우선, 2013헌바168 사건이 위헌심사형 헌법소원이기 위한 적법요건을 갖추었는지 살펴보아야 한다. 비록 헌법재판소가 본 사건의 적법요건을 직접 밝히지는 않지만, 본안판단을 수행하기 위해 적법요건이 갖추어져야 함은 분명하기 때문이다. 둘째, 법정·다수의견과 반대의견이 대립하는 주요 논점에 주목하여야 한다. 구체적으로 법정·다수의견과 반대의견은 ① 정치적 표현의 자유 침해, ② 정당 활동의 자유 침해, ③ 한국정치 현실에 대한 인식의 세 가지 쟁점에서 첨예하게 대립하였는데, 각각의 논점에서 어떠한 시사점을 도출되었는지 알아볼 수 있다. 셋째, 2013헌바168 결정에 따라 이루어진 법률 개정을 살펴봄으로써 본 사건에서 파급된 현실 정치에 대한 입법 정책적 영향을 평가할 수 있으리라고 기대한다.

1. 적법요건

본 사건이 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌심사형 헌법소원이기 위해 심판의 대상, 법원에 의한 위헌법률심판 제청신청의 기각, 재판의 전제성, 청구기간, 변호사강제주의 등의 적법요건을 만족하여야 한다. 이러한 적법요건은 권리구제

형 헌법소원의 그것과는 다소 차이가 있는데, 주지되는 바와 같이 위헌심사형 헌법소원의 형식은 헌법소원이지만 실질은 위헌법률심판으로 여겨지기 때문이다.⁴⁾

먼저, 위헌심사형 헌법소원은 심판의 대상으로 법률 또는 법률 조항을 상정하여야 한다. 청구인들은 위헌법률심판제청을 신청하고 헌법소원을 제기할 때 재판에서 적용된 법률인 정치자금법 조항을 심판대상으로 상정했고, 헌법재판소 역시 관련 법률 조항에 관한 심사를 진행하였다.

둘째 법원에 의한 위헌법률심판 제청신청의 기각의 경우, 본 사건의 청구인들은 법원의 재판 중 위헌법률심판제청을 신청했으나 2013. 5. 10. 담당 법원에 의해 기각된 바 있다.

셋째, 재판의 전제성은 다음과 같이 알아볼 수 있다. 일반적으로 위헌심사형 헌법소원에 적용되는 재판의 전제성이 만족되기 위해 “구체적 사건이 법원에 계속” 중이어야 하고, “위헌여부가 문제되는 법률이 재판에 적용되는 것이어야 하며”, 그 위헌 여부에 따라 “법원이 다른 내용의 재판을 [하여야]”한다.⁵⁾ 사안의 경우, 위헌법률심판제청 신청이 기각될 2013. 5. 10. 당시 ‘구체적 사건이 법원에 계속 중’이었다. 더불어 청구인들이 심판대상으로 청구한 정치자금법 제6조는 후원회지정권자에 관해 규정하여 적법한 후원을 판단하는 준거로 작용하며,⁶⁾ 제45조 제1항 역시 법에 지정하지 않은 방식으로 정치 자금을 운용한 주체에 대한 처벌을 규정하므로,⁷⁾ 위헌 여부를 다투는 심판대상 조항이 ‘재판에 적용’된다고 할 수 있다.⁸⁾ 또한 심판대상 조항의 위헌 여부에 따라 청구인들에 대한 처벌 여

4) 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2021, 883면.

5) 한수웅, 「위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 대한 비판적 고찰」, 헌법논총, 2014년 제25집, 420면.

6) 정치자금법 제6조(후원회지정권자) 다음 각 호에 해당하는 자(이하 “후원회지정권자”라 한다)는 각각 하나의 후원을 지정하여 둘 수 있다.

7) 정치자금법 제45조(정치자금부정수수죄) ① 이 법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받은 자(정당·후원회·법인 그 밖에 단체에 있어서는 그 구성원으로서 당해 위반행위를 한 자를 말한다. 이하 같다)는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 정치자금을 기부하거나 기부받은 자의 관계가 「민법」 제777조(친족의 범위)의 규정에 의한 친족인 경우에는 그러하지 아니하다.

8) 다만, 헌법재판소는 헌법소원의 본질이 변하지 않는 한에서 구 정치자금법의 제6조 뿐만 아니라 정치자금법의 제6조를 심판대상 조항에 포함하며, 구 정치자금법 제45조 제1항 전체가 아니라 “이 법에 정하지 아니한 방법” 중 제6조에 관한 부분으로

부 자체가 달라진다고 볼 수 있기에, 심판대상 조항의 위헌 여부에 따라 ‘법원이 다른 내용의 재판’을 진행하였을 것이다. 위의 논거로 본 사건에서 재판의 전제성이 충족된다고 판단할 이유가 충분하다.

넷째, 청구기간에 관하여 헌법재판소법 제69조 제2항은 위헌심사형 헌법소원이 위헌 여부 심판의 제청신청을 기각하는 결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구되어야 한다고 명시한다. 본 사건의 청구인들은 2013. 5. 10. 위헌법률심판 제청신청이 기각된 후 2013. 6. 10.에 헌법소원을 제기하였다.

마지막으로, 변호사강제주의의 경우 헌법재판소법 제25조 제3항은 각종 심판 절차에서 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판 수행을 하지 못한다고 규정한다. 본 사건에서 청구인은 박갑주의 2인 및 장중오 변호사를 대리인으로 채택하였다.

위의 사실을 종합할 때, 당해 사건은 심판의 대상, 법원에 의한 위헌법률심판 제청신청의 기각, 재판의 전제성, 청구기간의 준수, 변호사강제주의 등 위헌심사형 헌법소원이기 위한 적법요건을 갖추었다고 할 수 있다.

2. 법정·다수의견과 반대의견의 대립 논점

본 사건의 분석과 평가에서 두 번째로 살펴볼 지점은 법정·다수의견과 반대의견이 다투는 주요 논점이다. 법정·다수의견과 반대의견은 정치적 표현의 자유의 침해, 정당 활동의 자유의 침해, 한국정치 현실에 대한 인식에서 분명한 차이를 보인다. 각 논점에서 반대의견은 논지 전개에서 다소 아쉬움을 보였다고 판단되며, 법정·다수의견의 헌법불합치 결정의 정당성에 힘이 실린다.

(1) 정치적 표현의 자유 침해에 관한 논박

법정·다수의견과 반대의견은 심판대상 조항이 헌법 제21조가 보장하는 정치적 표현의 자유를 일정 부분 제한한다는 데에는 큰 이견을 표하지 않는다. 더불어, 양측 모두 정치적 표현의 자유라는 기본권을 제한하는 심판대상 조항에 대하여 목적의 정당성을 인정한다. 그러나 법정·다수의견과 반대의견은 정당 후원회 금

심판대상을 구체화하고 있다.

지가 국민의 정치적 표현의 자유를 침해하는지의 여부 및 제한되는 권리와 증진되는 공익의 비교에 관하여 첨예하게 대립한다.

구체적으로, 법정·다수의견은 당비·기탁금 제도가 대체할 수 없는 정당 후원회의 성격이 있음을 주장하면서 심판대상 조항이 수단의 적합성과 침해의 최소성을 충족하지 못하였다고 판단한다. 더불어, 법정·다수의견은 정치적 표현의 자유의 반대급부로 증진되는 공익의 정도 및 법익 균형성에 대해서도 부정적인 입장을 견지한다. 반면 반대의견은 정당 후원회가 부재하더라도 당비·기탁금 등의 다른 제도 통로가 마련되어있기에 정치적 표현의 자유가 과도하게 침해되지 않으며, 정당 후원회 금지로 인해 제한되는 표현의 자유보다 증진되는 공익이 더 크다고 강조한다.

위의 반대의견을 향해 몇 가지 비판이 가능하다. 우선, 민주주의에서 자금 기부가 정치적 표현의 자유의 핵심적인 부분으로 해석될 수 있다는 논점이 제기된다. 이는 법정·다수의견이 본안판단에서 제시했던 헌법 해석에서도 분명히 드러나는 부분이지만, 다른 민주주의 국가의 판례를 비교적으로 참조하여 확인해볼 수도 있다. 예컨대, 미국 연방대법원은 2010년 *Citizens United v. Federal Election Commission* 사건에서 정치인에 대한 법인과 조합의 독립 지출(independent expenditures) 제한이 미국 수정헌법 제1조가 보장하는 표현의 자유를 침해한다고 판시하였는데,⁹⁾ 이는 자금을 통해 정치적 선호를 표출하는 행위가 민주정체에서 핵심적인 사안으로 다뤄질 수 있음을 시사하는 주요 판례로 이해된다. 물론 위의 미국 연방대법원 판례는 자연인이 아닌 법인과 조합을 다루기 때문에 본 사건과 차이가 있으며, 우리나라와 미국의 역사적인 경로가 상이하기에 위의 사건이 한국정치 현실에 곧바로 시사점을 제공한다고 보기 어려울 수 있다. 그럼에도 헌법재판소와 미국 연방대법원의 다수의견 모두 민주주의를 지향하는 국가공동체에서 정치적 선호에 따른 자금 지출이 정치적 표현의 자유의 중요한 요소라고 판단하였음을 지적하지 아니할 수 없다. 더구나 당비·기탁금 제도 등이 주권자인 국민의 선호에 전적으로 의거하여 기부가 이뤄지는 정당 후원금과 질적으로 다르다는 점을 인정한다면, 정당 후원회를 금지하는 정책은 정치적 표현의 자유를 과

⁹⁾ Sullivan, Kristin and Terrance Adams. "SUMMARY OF CITIZENS UNITED V. FEDERAL ELECTION COMMISSION." *Connecticut General Assembly*, 2 March 2010. Accessed 13 January 2023. <https://www.cga.ct.gov/2010/rpt/2010-R-0124.htm>

도하게 침해한다고 볼 수 있으며 헌법상 권리를 실현하는 국가의 의무에 부합하지도 않는다고 사료된다. 비록 반대의견은 정당 후원회 금지로 인해 “자신의 정치적 표현의 자유가 침해받고 있다고 느낄 국민이 얼마나 될 것인지조차 의문”이라고 표명하지만, 헌법적인 가치를 정치 현장에서 실현할 의무를 지닌 헌법재판소가 기본권 침해를 한층 세심하게 따져보아야 한다는 사실은 망각되어서는 아니 될 지점이다.

둘째, 정당 후원회 금지가 정치적 부패를 방지하는 기제는 여전히 불분명하다. 정당 후원회 금지가 정경유착을 억제하여 건강한 정당제 민주주의에 기여한다는 주장은 일면 타당해 보이지만, 공익적인 효과가 어떻게 유도될 수 있는지에 관하여 반대의견은 구체적으로 언급하지 않는다. 만약 반대의견이 정당에 대한 ‘자금 기부’ 자체가 정경유착의 가능성을 갖는다고 보았다면, 당비·기탁금 등에도 그러한 문제가 내재할 가능성이 있는데 여타 제도가 갖는 정경유착의 가능성도 면밀히 검토해봐야 하지는 않는가? 혹여 ‘후원회’의 측면이 문제된다고 보았다면, 정치인 개인에 대한 후원회는 허용되고 정당 후원회는 금지되었다는 사실로부터 정당 후원회가 개인 후원회보다 정치적 부패를 가중하는 정도가 크다고 보아야 하는데, 이러한 귀결 역시 자연스럽지는 아니하다. 이와 같은 의문을 해결하는 과정은 헌법재판관을 포함한 어느 누구에게라도 다소 과중한 의무일 수 있으나, 위 일련의 물음이 반대의견의 타당성에 의구심을 표명할 합리적인 이유로 작용한다는 지점에는 변함이 없다.

(2) 정당 활동의 자유 침해에 관한 논박

정당 활동의 자유에 대하여도 날카로운 대립이 펼쳐진다. 법정·다수의견과 반대의견은 모두 심판대상 조항이 헌법 제8조가 보장하는 정당 활동의 자유를 제한하며, 당해 제한이 목적의 정당성을 지닌다는 점은 인정하였다. 다만 정치적 표현의 자유에 관한 논박에서와 마찬가지로, 정당 후원회 금지가 정당 활동의 자유를 침해하는지의 여부 및 제한되는 권리와 증진되는 공익의 비교가 쟁점으로 부상한다.

구체적으로, 법정·다수의견은 국민의 정치적 의사를 형성·대변하고 국민과 국가를 매개하여 정책적 영향력을 발휘하는 정당이 현대 민주주의에 “없어서는 안

될 중요한 공적 기능을 수행하고 있다”고 언급한다. 이때 재정 충당은 정당의 효과적인 활동을 위해 반드시 필요한 조건이고, 특히 국민으로부터 기원하는 재정적인 지원은 주권자의 동의와 지지를 얻는 활동의 일환으로 여겨질 수 있으므로 정당 활동의 자유에 “당연히 포함된다”고 설명한다. 이러한 논지는 정당 활동의 자유와 관련하여 정당 후원회 금지가 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익 균형성을 충족하지 못하였다는 근거로 자리한다. 이에 대해 반대의견은 국민의 의사 집약과 선거운동 등과 달리, 정당의 재정 충당이 “헌법적 과제 수행에 필수적이고 본질적인 활동은 아니”라고 주장한다. 또한 반대의견은 부적절한 정당의 모금 활동은 입법자에 의해 제한될 수 있음을 지적하면서, 정당 후원회 금지는 정당의 부패 가능성을 방지하기 위한 공익적 실익을 갖는다고 해석한다.

그러나 정당의 재정 충당에 관한 반대의견이 정당제 민주주의의 작용을 타당하게 포섭하는지에 대하여 의문이 제기될 수 있다. 반대의견이 밝힌 바와 같이 정당의 본질적인 의무에 주권적 의사의 집약·선발이나 선거운동 등이 분명히 포함되지만, 위의 활동을 원활히 수행하려면 정당의 재정 충당이 전제되어야 한다. 헌법 제8조에서 정당 활동의 자유를 기본권으로 보장하고 국고보조금의 가능성을 마련한 바도 이러한 맥락으로 해석된다. 반대의견은 헌법 제8조 제3항이 국고보조금의 가능성을 “입법자의 형성에 맡긴 것”으로 판단하지만, 이보다는 최상위 규범인 헌법이 직접 국고보조금의 가능성을 규정한 사실로부터 정당의 재정 충당이 국가가 직접 나설 정도의 중요성을 갖는 과제라고 추론함이 적절할 수 있다. 이러한 지점에 비추어본다면, 정당의 재정 충당은 민주국가에서 정당 활동의 본질적인 부분으로 이해된다. 특히 정당의 정치 자금 확보가 단순히 국가에 기인하는 것이 아니라 주권자인 국민으로부터 비롯할 때, 정당은 활동을 효과적으로 수행하며 국민과의 연대를 강화할 발판을 마련한다. 법정·다수의견이 밝히는 바와 같이 후원자로부터 정치 자금을 충당하는 행위는 효과적으로 재정을 충당할 뿐만 아니라, 정당과 주권자의 견고한 선순환적 환류(feedback)로 작동할 수 있기 때문이다.¹⁰⁾ 이러한 측면에 비추어볼 때 정치자금법은 유권자가 정당에 기부할 수 있는 직접적인 통로인 정당 후원회를 차단하였으므로, 자금을 충당할 정당 활동의 자유 및 국민과 정당의 연대를 토대에 두는 정당제 민주주의를 방해하는 요

10) 임동진, 「환류요인이 환류활동과 업무성과에 미치는 효과분석」, 한국행정연구, 2009년 제18권 제2호, 228면.

인이었다고 사료된다.

(3) 한국정치 현실에 관한 논박

마지막으로, 법정·다수의견과 반대의견은 한국정치 현실에 관하여 인식의 차이를 보인다. 두 입장 모두 우리 정당민주주의의 역사에서 부정부패의 흔적이 목격된다는 사실에 대하여 비슷한 입장을 견지한다. 그러나 정당 후원회가 도입될 21세기 대한민국의 정치 현실과 정당 후원회가 정치권에 미칠 파급력에 관하여는 상반된 평가가 제기되었음을 어렵지 않게 파악할 수 있다.

구체적으로 법정·다수의견은 우리나라의 정치적 부정부패가 일부 세력에 국한되어 대부분의 국민과는 관련성이 적다는 점과 함께, 정당 후원금 제도가 국고보조금·기탁금 제도하에서 불리한 환경에 직면했던 군소·신생정당에 새로운 국면을 제공하여 “헌법이 지향하는 정당제 민주주의를 국민 속에 뿌리내리게” 할 수 있음을 역설한다. 그러나 반대의견은 한국정치의 정경유착이 “일반 유권자들에게 까지 널리 관련[된]” 문제라고 판단하며, 정당 후원회에서 도출되는 이익이 군소·신생정당보다 거대정당에 더 많이 돌아갈 전망이 “불을 보듯 명확하다”고 주장한다.

위와 같은 반대의견의 주장에 대해서는 여러 측면에서 비판이 가능하다. 우선, 정경유착의 문제가 일반인에게까지 널리 퍼져있다는 반대의견의 근거는 빈약하다고 사료된다. 비록 현대사가 전개되는 과정에서 일부 부패한 집단 사이에 정경유착이 나타났을지는 모르나, 정경유착을 국민 일반의 문제로 돌리는 견해는 역사적 사실과 다소 차이가 있을 뿐만 아니라 21세기 대한민국의 현실을 온전하게 반영하지도 않는다. 일례로, 본 사건의 청구인들이 정치 자금을 주고받은 2009년과 본 사건의 헌법재판소 결정이 이루어진 2015년에 대한민국의 ‘부패인식지수(Corruption Perception Index)’는 각각 180개국¹¹⁾ 중 39위와 168개국¹²⁾ 중 37위로 파악되었다.¹³⁾ 부패인식지수는 세계경제포럼 등의 자료를 바탕으로 각국 공공부

11) “Corruption Perception Index, 2009.” *Transparency International*, Accessed 17 January 2023. <https://www.transparency.org/en/cpi/2009>

12) “Corruption Perception Index, 2015.” *Transparency International*, Accessed 17 January 2023. <https://www.transparency.org/en/cpi/2015/results/table>

문의 전문가 인식을 조사하여 높은 순위를 청렴도에 대응하는데,¹⁴⁾ 2009년과 2015년 대한민국의 부패인식지수는 반대의견과 달리 부정부패가 일반 유권자를 광범위하게 잠식하는 문제는 아님을 암시한다. 비록 해당 지수가 우리나라의 정치적 투명성의 모든 측면을 온전히 반영하리라고 기대하기는 어렵지만, 반대의견을 반박하는 하나의 객관적인 근거로는 작용할 수 있다.

더불어, 정당 후원회 제도의 도입이 군소·신생정당에 비하여 거대정당을 풍요롭게 할 것이라고 단정할 근거 역시 충분하지 않다. 설령 거대정당의 지지자들이 수적인 우위에 있다고 가정하더라도, 정당 후원회에 기부할 의지와 열정을 가진 유권자들은 소수정당에 집중될 수 있기에 반대의견의 주장이 엄밀하지는 않다고 판단된다. 더욱이 오늘날의 관점에서 조망했을 때, 정당 후원회에 대한 반대의견의 견해가 현실과 다소 어긋났다는 비판이 제기된다. 전술한 바와 같이, 본 사건의 헌법불합치 판정 이후 2017. 6. 30. 정치자금법이 일부 개정되면서(법률 제 14838호) 중앙당 후원회에 대한 개인의 기부가 가능해졌다. 이때, 법률 제14838호가 시행된 당해년도 말일을 기준으로 중앙당 후원회를 통해 가장 많은 자금을 모금 받은 정당은 군소정당인 정의당과 대한애국당이였다. 구체적으로 중앙선거관리위원회는 정의당과 대한애국당이 각각 6억 5,410만 원과 5억 4,649만 원의 후원금을 지급받았다고 밝혔는데, 거대정당인 더불어민주당은 그 뒤를 이어 5억 1,059만 원을 모금 받았음이 알려졌다.¹⁵⁾ 이러한 결과는 정당 후원회 제도가 거대정당에 편향적으로 유리한 결과를 유도하리라고 강조했던 반대의견의 예상과 상충하는 실제적인 근거이며, 기존의 국가보조금·기탁금 제도하에서 거대 정당에 비해 군소·신생정당이 불리한 여건에 처해 있었다는 사실을 반추한다면 정당 후원회의 도입이 온전히 부정적이라고 말할 수는 없다. 물론 2017년 당시 양대 거대정당 중 하나인 자유한국당은 통계에 포함되지 않았다는 점, 정의당과 대한애국당이 일시적인 예외에 해당했을 수 있다는 비판, 정당 후원회의 운용은 향후

13) “South Korea Corruption Rank, 1995-2019 Data,” *Trading Economics*. Accessed 19 January 2023. <https://tradingeconomics.com/south-korea/corruption-rank>

14) 장우리, “한국 작년 국가청렴도 세계 39위…2년 연속 6계단 상승”, 연합뉴스, 2020. 1. 23. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20200123068500004>

15) 은진, “[2017년 정치후원금] 정당은 ‘정의당’, 의원은 ‘박주민’ 1위”, 시사위크, 2018. 2. 27. <http://www.sisaweek.com/news/articleView.html?idxno=103828>

지속하여 감시·감독해야 할 사항이라는 주장 등을 곱씹어야하겠지만, 위와 같은 자료는 대상 결정의 반대의견이 한국정치 생태계를 직시하는 과제에 적절하지 않을 수 있음을 시사한다.

3. 법률 개정과 입법 정책적 영향

분석과 평가의 마지막 지점은 대상 결정에서 비롯된 법률 개정과 입법 정책적 영향에 관련된다. 앞서 확인한 바와 같이, 본 사건에서 헌법재판소는 법률 공백을 우려하여 위헌결정을 내리는 대신 헌법불합치 결정을 통해 새로운 입법이 마련 될 때까지 심판대상 조항을 잠정 적용하기로 확정하였다. 이때 헌법재판소는 2017. 6. 30.을 새로운 입법의 기한으로 설정하였다.

국회는 2017. 6. 30.에 법률 제14838호를 통해 정치자금법을 일부 개정하여 새로운 입법을 마련하라는 헌법재판소의 결정에 대응하였다. 입법자는 2013헌바168 결정을 인용하면서 정치자금법의 개정 이유를 설명했는데, 특히 국민의 정치적 표현의 자유를 보장하고 정당이 정치 자금을 원활히 운용할 수 있도록 정당 후원회 제도를 부활한다는 점을 강조하였다.¹⁶⁾

구체적으로, 국회는 2017. 6. 30.에 개정되기 이전의 정치자금법과 비교하여 다음과 같은 조항에서 차이를 두었다. 우선, 제6조에서 중앙당 후원회를 설치할 수 있음을 규정하여 정당 후원회의 법적 근거를 마련하였다. 또한 제9조 제1항(중앙당 후원회의 사무소), 제11조 제2항(중앙당 후원회에 대한 기부액 한도), 제19조(중앙당 위원회 해산), 제20조(중앙당 후원회 합병), 제40조(중앙당 후원회의 회계 보고) 등의 조항에서 중앙당 후원회 운영의 실질적인 사항을 규정하였다.¹⁷⁾

이와 같이 본 사건에 대한 헌법재판소의 결정이 정치자금법의 일부 개정이라는 입법 정책적 파급을 가졌으며, 유권자의 선호에 따라 개별 정당에 기부할 수 있는 통로가 마련되었다고 판단된다. 그러나 과연 개정 입법이 새로운 입법을 마

16) “정치자금법 제정·개정이유”, 국가법령정보센터, 2023. 1. 19. 확인. <http://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do;jsessionid=WstNuaV2jrOOt3UNvpHm4QWB.LSW6?lsId=001721&chrClsCd=010102>

17) “정치자금법 - 신구법비교”, 국가법령정보센터, 2023. 1. 19. 확인. <http://law.go.kr/%EB%B2%95%EB%A0%B9/%EC%A0%95%EC%B9%98%EC%9E%90%EA%B8%88%EB%B2%95/>

련하라는 헌법재판소의 결정에 충실했는지에 대하여 비판이 제기될 수 있다. 이는 국회가 과거 2004. 3. 17. 법률 제7191호에서 정경유착 등의 폐해를 극복하기 위해 정당 후원회를 폐지하였다는 점을 고려하여, 법률 제14838호에서 중앙당에만 후원회를 설치하였다는 지점에서 비롯한다.¹⁸⁾ 즉 중앙당에 대하여 후원회를 마련하고 직접 기부하는 행위가 법적으로 허용된 반면, 시·도당에 대해서는 위와 같은 개정이 이행되지 않았다는 사실이 돋보인다.

본 사건의 법정·다수의견은 건강한 정당제 민주주의를 위해 정경유착 등의 폐해가 방지되어야 함을 인정하면서도 후원회가 폐지되어 증진되는 공익보다 정치적 표현의 자유 및 정당 활동의 자유에 대한 침해가 크다고 분명하게 밝혔는데, 이러한 논지가 시·도당이 아닌 중앙당에만 배타적으로 적용된다고 보기는 어렵다. 법정·다수의견이 심판대상 조항에 대해 헌법불합치 결정을 내린 연유에는 정당 후원회를 통해 국민과 정당 사이의 연대를 강화한다는 취지가 결정적이었는데, 시·도당 후원회는 지역 차원에서 정당에 대한 국민의 참여를 활성화하는 하나의 수단으로 작용할 수 있다는 순기능이 존재한다. 물론 흑자는 중앙당 후원회가 마련된 상황에서 시·도당 후원회의 부재가 정치적 표현의 자유 및 정당 활동의 자유에 미치는 영향이 미미하다고 주장할지도 모르지만, 시·도당 후원회의 근거 규정을 마련하지 않은 개정 입법이 원론적인 차원에서 정치적 표현과 정당 활동을 제약한다는 점은 여전히 유효한 비판으로 보인다. 결국 헌법재판소 결정에 따라 마련된 2017. 6. 30.의 정치자금법 일부 개정이 중앙당에만 후원회를 설치하고 시·도당 후원회에는 그러하지 않은 사실은, 당해 개정 입법을 통해 증진되는 공익과 제한되는 정치적 표현의 자유 및 정당 활동의 자유 사이의 법익 균형성 문제를 초래할 여지가 있음을 첨언한다.

18) “정치자금법 제정·개정이유”, 국가법령정보센터, 2023. 1. 19. 확인. <http://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do;jsessionid=WstNuaV2jrOot3UNvpHm4QWB.LSW6?lsId=001721&chrClsCd=010102>

V. 결론

이처럼 본고는 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌바168 결정의 개요와 결정요지를 면밀히 살핀 후, 분석과 평가를 통해 대상 결정의 법정·다수의견 및 반대의견의 타당성을 검토하였다. 본 사건의 법정·다수의견은 정당 후원회를 금지한 정치자금법 제45조 제1항 등이 과잉금지원칙을 위반하여 국민의 정치적 기본권을 침해한다고 판단하며, 헌법불합치 결정을 도출한다. 법정·다수의견을 향한 반대의견도 존재하였으나, 본 평석은 적법요건, 정치적 표현의 자유, 정당 활동의 자유, 한국정치의 현실과 같은 주요 쟁점을 반추하여 법정·다수의견이 정도(正道)에서 벗어나지 아니하였음을 개진한다. 또한, 본고는 대상 결정 이후에 이루어진 개정 입법의 정책적 영향까지 포괄적으로 검토하여 새로이 마련된 중앙당 후원회 제도의 의의와 한계를 제시하였다.

2013헌바168 결정은 한국 민주주의의 맥락에서 국민과 정당의 역학관계에 관한 깊은 고민을 내포한다. 대의제하에서 정당이 민주적인 거버넌스를 활성화하는 주요 정치 주체로 부상하였음은 주지된 사실이나, 국민과 정당이 어떠한 관계를 맺어나가야 할지의 물음은 구체적인 법정치 현실 속에서 해결되어야 한다. 특히 민주주의의 원활한 작용에 관한 비판이 지속하여 제기되는 오늘날, 정당 후원회를 통해 민주주의의 기반인 정치적 표현의 자유와 정당 활동의 자유 등을 보호하여야 한다는 법정·다수의견과 정당 후원회로 인한 정경유착의 폐단 등을 경계하는 반대의견의 대립은 흥미롭지 않을 수 없다. 또한, 본 사건 헌법불합치 결정의 결과로 탄생한 중앙당 후원회 제도 등이 향후 어떠한 양상으로 운영되는지를 추적하는 일 역시 국민과 정당의 관계에 대한 헌법재판소의 고민을 연장하기에 적절한 후속 과제가 될 수 있으리라고 예상된다.

참고문헌

- 은 진, “[2017년 정치후원금] 정당은 ‘정의당’, 의원은 ‘박주민’ 1위”, 시사위크, 2018. 2. 27. <http://www.sisaweek.com/news/articleView.html?idxno=103828>
- 임동진, 「환류요인이 환류활동과 업무성과에 미치는 효과분석」, 한국행정연구, 2009년 제18권 제2호.
- 장우리, “한국 작년 국가청렴도 세계 39위…2년 연속 6계단 상승”, 연합뉴스, 2020. 1. 23. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20200123068500004>
- 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2021.
- 한수웅, 「위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 대한 비판적 고찰」, 헌법논총, 2014년 제25집.
- “정치자금법 제정·개정이유”, 국가법령정보센터, 2023. 1. 19. 확인. <http://www.law.go.kr/LSW/lRvsRsnListP.do;jsessionid=WstNuaV2jrOOT3UNvpHm4QWB.LSW6?lsId=001721&chrClsCd=010102>
- “정치자금법 - 신규법비교”, 국가법령정보센터, 2023. 1. 19. 확인. <http://law.go.kr/%EB%B2%95%EB%A0%B9/%EC%A0%95%EC%B9%98%EC%9E%90%EA%B8%88%EB%B2%95/>
- Mitchell, Thomas N. “Democracy in Crisis.” *An Irish Quarterly Review*, Vol. 106, No. 423, 2017, pp. 281-284.
- Sullivan, Kristin and Terrance Adams. “SUMMARY OF CITIZENS UNITED V. FEDERAL ELECTION COMMISSION.” *Connecticut General Assembly*, 2 March 2010. Accessed 13 January 2023. <https://www.cga.ct.gov/2010/rpt/2010-R-0124.htm>
- “Corruption Perception Index, 2009.” *Transparency International*, Accessed 17 January 2023. <https://www.transparency.org/en/cpi/2009>
- “Corruption Perception Index, 2015.” *Transparency International*, Accessed 17 January 2023. <https://www.transparency.org/en/cpi/2015/results/table>
- “South Korea Corruption Rank, 1995-2019 Data.” *Trading Economics*, Accessed 19 January 2023. <https://tradingeconomics.com/south-korea/corruption-rank>

<국문요약>

헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌바168 결정례 검토

— 정당 후원회 금지로 인한 정치적 기본권 침해 문제를
중심으로 —

한 준 업

본고는 정치자금법 제45조 제1항 등의 위헌성을 심의한 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌바168 결정의 개요와 결정요지를 면밀히 살핀 후, 분석과 평가를 통해 대상 결정의 법정·다수의견 및 반대의견의 타당성을 검토한다.

헌법재판소는 정치적 의견을 자유롭게 표현할 권리가 국민의 기본권이며, 정당 후원금을 비롯한 재정적인 경로를 통해 정치적 의사를 표출하는 행위가 대의민주주의의 핵심 요소임을 선언한다. 위의 전제로부터 법정·다수의견은 정당 후원회를 금지하여 정당을 향한 금전적인 기여를 차단한 정치자금법 제45조 제1항 등이 과잉금지원칙을 위반하며 국민의 기본권을 침해한다고 보아 헌법불합치 결정을 내리기에 이른다. 반면, 반대의견은 당해 조항이 위헌적이지 아니하다는 논지를 토대로 법정·다수의견의 결정과 첨예하게 대립한다. 이에 본고는 적법요건 및 정치적 표현의 자유, 정당 활동의 자유, 한국정치의 현실과 같은 주요 쟁점을 반추하여 법정·다수의견의 타당성을 확인한다. 또한, 본고는 대상 결정 이후에 이루어진 개정 입법의 정책적 영향까지 포괄적으로 검토하여 새로이 마련된 중앙당 후원회 제도의 의의와 한계를 제시한다.

헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌바168 결정은 한국 민주주의의 맥락에서 국민과 정당의 역학관계에 관한 깊은 고민을 함축한다. 대의제하에서 정당이 민주적인 거버넌스를 활성화하는 주요 정치 주체로 부상하였음은 주지된 사실이나, 국민과 정당이 어떠한 관계를 맺어나가야 할지의 물음은 구체적인 법정치 현실 속에서 해결되어야 한다. 특히 현대 민주주의의 건전성에 관한 근래의 비판을 곱씹는다면, 정당 후원회를 통해 민주주의의 기반인 정치적 표현의 자유와 정당 활

동의 자유 등을 보호하여야 한다는 법정·다수의견과 정당 후원회로 인한 정경유착의 폐단 등을 경계하는 반대의견의 대립은 흥미롭지 않을 수 없다.

핵심어: 정당 후원회, 정치적 기본권, 정치적 표현의 자유, 정당 활동의 자유, 한국정치

<Abstract>

Critical Review on Constitutional Court en banc Decision 2013Hun-Ba168 Decided December 23, 2015

— Centered on the Infringement of Political Fundamental Rights via Prohibition of the Party Supporters' Association —

Juneyoub Han*

This review attempts to analyze the key points raised in Constitutional Court en banc Decision 2013Hun-Ba168 Decided December 23, 2015 and assesses the validity of the claims made by the majority and dissenting opinions in discerning the unconstitutionality of Political Funds Act Article 45 Paragraph 1, and others.

The Constitutional Court recognizes the freedom of political expression as a fundamental right and further asserts that political expression through monetary channels, such as party donations, is an essential element of representative democracy. Building upon this premise, the majority opinion proposes that the role of the Political Funds Act Article 45 Paragraph 1, and others, to prohibit the party supporters' association does not abide by the anti-overrestriction principle. In turn, the majority opinion suggests that the Political Funds Act Article 45 Paragraph 1, and others, infringe upon political fundamental rights and deems the aforementioned articles unconformable to the Constitution. On the other hand, the dissenting opinion confronts its counterpart under the reasoning that the Political Funds Act Article 45 Paragraph 1, and others, have little grounds to be interpreted as unconstitutional. By scrutinizing the legal requirements of the decision as well as issues concerning freedom of political expression, freedom of political parties, and the status quo of the Korean political arena, this review acknowledges the

* Yonsei Law School

persuasive strength of the claims made by the majority opinion. Additionally, by referring to the legislation subsequent to the decision in concern, this review aims to provide insight into the significance and limitations of the newly-founded institution of the party supporters' association.

2013Hun-Ba168 encompasses the acute concerns stemming from the dynamics between the people and political parties in Korean democracy. While parties have been considered vital actors in facilitating democratic governance under representative systems, crucial questions on how the people and parties should pursue to shape their linkages must be answered in light of the legal and political environment. In particular, when examining the critiques on the status quo of current democracies, the fierce debate between the majority opinion to adequately protect political freedom and the dissenting opinion cautioning against government-business collusion is worth sincere contemplation.

Key Words : Party Supporters' Association, Political Fundamental Rights, Freedom of Political Expression, Freedom of Political Parties, Korean Politics

법에 의한, 법을 위한, 법에 대한 ‘투쟁’의 가치

— 루돌프 폰 예링의 『권리를 위한 투쟁』을 중심으로 —

정 유 현*

◆ 목 차 ◆

- | | |
|-------------------------------|-------------------------|
| I. 서론 | 3. 국가와 국가 간의 관계 |
| II. ‘권리를 위한 투쟁’의 단계적 분석 | IV. 권리 투쟁의 개념상 한계 |
| 1. 제①단계 - 개인의 이해 타산성과 합리성 | 1. 법의 기준의 불분명성 |
| 2. 제②단계 - 개인의 도덕적 자기 보존으로의 전환 | 2. 투쟁 개념의 모순성 |
| 3. 제③단계 - 사회적 차원의 의무 | V. 예링의 ‘투쟁’ 개념의 현대적 재정립 |
| III. 권리 투쟁과 ‘법’의 역할 | 1. 법률적 측면 |
| 1. 개인과 개인 간의 관계 | 2. 소송과 권리보호의 측면 |
| 2. 국가와 개인 간의 관계 | 3. 수법자로서 국민의 역할 |
| | VI. 결 론 |

I. 서론

“권리 위에 잠자는 자를 보호할 필요가 없다.”

이 법언(法言)은 오늘날 민법상 시효 제도와 같은 법제에서부터 선거와 투표 등 정치적 행위의 독려에 이르기까지 법·정치·사회의 전 영역에서 통용되는 이념 중 하나이다. 자신의 법적, 정치적, 사회적 권리를 온전히 향유하고자 하는 자는 해당 권리를 적극적으로 주장하고 관철해야 한다는 의미의 이 관념은, 19세기 독일의 법학자 루돌프 폰 예링(Rudolph von Jhering)의 빈 대학에서의 고별강연 모음집 『권리를 위한 투쟁』(*Der Kampf um das Recht*)에서 그 문언적 근거를 찾

* 연세대학교 법학전문대학원 석사과정

을 수 있다.

예링은 본 저서의 서두에서 법의 목적은 평화이며, 평화를 얻는 수단은 바로 ‘투쟁’임을 주장한다.¹⁾ 예링의 법사상을 크게 이익법학과 목적법학으로 정리하여 본다면, 본서에서는 이익의 관철 수단인 ‘권리’가 중점적으로 다루어진다는 점에서 전자의 사상이 부각되고 있다.²⁾ 흥미롭게도, 우리나라에서는 본 저서의 제목이 “권리를 위한 투쟁”으로 번역되나, 영·미권에서는 일반적으로 “법을 위한 투쟁”(the struggle for law)으로 번역되고는 한다. ‘정당함, 옳음, 권리, 법’ 등 여러 의미를 포괄하는 독일어 단어 ‘Recht’의 다양한 번역이 가능해 보이는데, 이 같은 제목의 해석 문제가 보여주는 것처럼 예링의 ‘권리’ 개념은 ‘법’과 밀접불가분의 관계를 맺고 있다. 예링은 모든 권리가 일종의 살아 있는 힘으로서 투쟁에 의해 쟁취되며 법규 역시 이러한 투쟁을 거쳐 쟁취된 것이라 한다.³⁾ 결국 권리를 위한 투쟁은 법적으로 보호되는 이익을 침해하는 불법에 대한 저항을 의미하기에, 이는 법을 위한 투쟁에 해당한다고도 볼 수 있다. 『권리를 위한 투쟁』에 드러난 예링의 핵심 사상은 다음과 같이 요약된다.

- (1) 권리란 법적으로 보호받는 이익으로, 이는 불법에 대한 적법한 투쟁 과정을 통해 쟁취된다.
- (2) 권리를 위한 투쟁은 권리자 스스로에 대한 인격적 의무인 동시에, 사회 공동체에 대한 의무이기도 하다.

그렇다면 법적으로 보호되어야 할 이익인 권리란 무엇인가? 또 이를 위한 정당한 투쟁은 어떠한 양상으로 이루어져야 하는가? 특히 투쟁의 의미와 관련하여, 오늘날 우리 사회에서는 ‘투쟁’ 개념이 왜곡되어 받아들여지는 경우가 많다. 투쟁을 지나치게 극단적이고 사회 변혁적인 움직임으로 이해하게 되면, 이에 대한 막연한 감정과 거부반응이 축적되기 마련이다. 그러나 역설적이게도 예링은 사회 구성원들의 감정적 측면에 기초하여 권리 투쟁의 필요성을 피력한다. 즉, 예링은

1) 예링, 『권리를 위한 투쟁』, 윤철홍 역, 책세상, 2007, 37면.

2) 예링의 목적법학 정신은 본서 이후에 출간된 『법에서의 목적』에 보다 자세히 드러나 있다.

3) 예링, 앞의 책, 37면.

국민이 투쟁을 통해 권리를 얻는 과정에서 '법 감정'의 기능과 역할을 강조하며, 정의의 여신이 양손에 든 검과 저울 가운데 검의 중요성을 상대적으로 경시하는 세태를 비판한다.⁴⁾ 여기에서 예링의 '투쟁'은 불법으로부터의 정당한 투쟁을 일컫는데, 갈등론적인 차원에서 사회통합을 저해하는 투쟁이 아닌 법과 사회의 존속·발전을 위한 원동력으로서의 투쟁을 의미한다.

예링이 주장하는 법적 권리 및 투쟁에 관한 논의는 특히 현재의 한국 사회에 유의미한 물음을 던진다. OECD 국가들 가운데 매우 낮은 사법 신뢰도 지표를 보이는 우리나라에서 일반 국민의 법 감정은 부정적이고 소극적인 것으로 평가되고는 한다.⁵⁾ 예링의 투쟁 사상은 개인적 차원에서 한발 더 나아가 사회적 차원에서도 공동체 구성원이 주체적인 수범자(受範者)가 될 것을 요구하기에, 그 논의의 필요성과 시의성이 충분히 있다.

본고에서는 예링의 사상에 드러난 권리와 투쟁의 의미, 법의 역할을 살펴보기 위해 예링의 권리 투쟁을 단계적으로 나누어 천착해 들어가고자 한다. 이를 바탕으로, 권리 투쟁의 개념상 한계와 그 현대적 의의를 도출할 것이다.

II. '권리를 위한 투쟁'의 단계적 분석

1. 제①단계 - 개인의 이해 타산성과 합리성

'권리를 위한 투쟁'은 이기적이고 합리적인 근대적 인간관 하의 개인의 이해타산적 면모로부터 출발한다. 누군가의 구체적, 주관적 권리가 침해 또는 억압받는 상황에서 그 개인은 자신의 침해된 권리를 적극적으로 회복하기 위한 여러 선택을 하게 된다. 첫째로, 그에게는 권리를 주장하여 권리를 침해하는 자에게 저항할 것인지 혹은 다툼을 피하여 침해된 권리를 그대로 포기할 것인지에 대한 선택지가 있다. 다음으로, 그가 전자를 택하여 권리 침해자에 대한 투쟁을 이어 나가는 경우, 권리를 관철하기 위한 다양한 방법들 가운데 하나를 선택할 수 있는 결정의 재량이 주어지게 된다. 그 방법은 중세 유럽의 결투 형태가 될 수도, 정당방위

4) 예링, 앞의 책, 39면.

5) 김학태, 「예링(Rudolf von Jhering)의 법사상에 관한 고찰」, 외법논집 제31호, 715면.

내지는 자위권의 행사가 될 수도, 폭동과 혁명의 방식이 될 수도 있을 것이다.

이러한 개인의 선택에 있어 ‘이익형량(利益衡量)’은 가장 중요한 기준점으로 작용한다. 합리적인 개인은 침해받은 권리의 경미함과 심각성 정도 그리고 권리 보전을 위한 투쟁의 비용을 비교 형량하여 투쟁 여부나 형식을 결정하기 마련이기 때문이다.⁶⁾ 이를 가장 잘 보여주는 예는 개인의 소유권 침해 문제에 해당할 것이다. 사권(私權)의 침해 중에서도 개인의 소유권이 타인으로부터 침해당하여 금전적 손해가 발생하였을 경우, 그 개인은 손해의 정도와 투쟁의 비용을 비교·계산하여 투쟁 여부와 방식을 결정할 수 있다.

예링은 사권의 보전을 위한 투쟁의 여러 형태 가운데에서도 민사적 소송의 제기가 가장 이성적이며 ‘합법적인’ 투쟁의 방식이라 설명한다.⁷⁾ 동시에, 예링은 권리를 침해받은 많은 자들이 실제 소송의 막대한 비용이 소송물의 가치를 능가할 때도 소송 제기를 통한 투쟁을 선택하는 현실을 포착한다. 이는 ‘투쟁’이 권리 침해로 인한 물질적 손해의 전보를 위한 이해(利害)와 합리적 계산에 그치지 않으며, 그 이상의 단계적 요소를 포함하고 있음을 보여준다.

2. 제②단계 - 개인의 도덕적 자기보존으로의 전환

‘권리를 위한 투쟁’의 두 번째 단계에서는 이익과 손해의 문제가 개인의 인격적 차원의 문제로 발돋움하는 전환이 이루어진다. 예링은 불법으로부터의 권리 침해는 권리자의 ‘인격’에 대한 굴욕이자 모욕에 해당하기에, 권리를 위한 투쟁은 결국 권리자 자신을 위한 의무에 해당한다고 본다.⁸⁾ 예링은 이러한 투쟁의 인격적 측면을 “도덕적 자기보존의 명령”이라 일컬으며 강조한다. 권리 투쟁은 이해 타산적 동기에 기초한 순수한 이익형량의 차원을 넘어, 개인의 윤리, 도덕관념과 맥락을 같이하게 된다. 그렇다면 권리자가 막대한 소송비용에도 불구하고 권리 침해에 대해 저항하는 방편으로 소송 참여를 택하는 이유는, 바로 권리의 투쟁이 이익과 손해 또는 소송물 가치의 계산만이 아닌, 개인의 인격과 맞닿아 있는 문

6) 권리 보전의 기준으로서 ‘이익형량’은 기본권 제한의 근거 규정인 우리 헌법 제37조 제2항에도 반영되어 있다.

7) 예링, 앞의 책, 51면.

8) 예링, 앞의 책, 57면.

제이기 때문이라 설명될 것이다.

그러나 이러한 경우 개인이 소송 제기를 선택하는 것이 권리 투쟁의 첫 번째 단계와 대치되는 비합리적인 선택이라고 단언해서는 안 될 것이다. 오늘날 기본권 침해의 문제를 헌법상 이념과 권리인 인간의 존엄성과 행복추구권에 대한 침해로 파악하는 것과 같이, 권리 침해를 개인의 인격에 대한 침해로 이해하는 예링의 견해를 받아들일 수 있다. 그렇다면 소송의 제기는 단순한 금전적 차원의 손실 보전을 넘어서 인격적, 정신적 차원의 문제로 파악된다. 즉 소송을 통한 권리의 구제는 금전적으로만 환원되기에는 더욱 고차원적인 가치의 문제를 포괄하기에, 개인의 이익형량 기준에도 부합하는 선택이 될 여지가 있다.

예링이 권리에 대한 투쟁을 개인의 도덕적 의무로서 제시한다는 점은 칸트(Immanuel Kant)의 정언명령을 떠올리게 한다. 그러나 정언명령과의 차이를 통해 예링이 주장하는 권리 투쟁의 의무적 성격을 더욱 잘 파악할 수 있다. 칸트의 정언명령은 조건의 성취에 따라 적용 여부가 달라지는 가언명령 형식과는 대조적인 보편적 규칙의 형태로 제시된다. 칸트의 의무론에 따르면, 도덕적 의무는 인간의 이성 능력에 기초하여 누구나 따를 수 있는 객관적이고 보편적인 지표가 되어야 한다. 이와 달리, 예링이 주장하는 투쟁의 의무는 다음과 같은 두 가지 차이점을 지니고 있다.

첫째, 투쟁의 의무는 개인의 '법 감정'이 갖는 중요성을 적극적으로 받아들인다. 소송 당사자가 소송을 계속하게 되는 동기는 이익만의 문제가 아니며, 오히려 침해된 법 감정으로부터 비롯되는 경우가 많다.⁹⁾ 법 감정은 권리 침해로 인한 고통을 느낄 수 있는 민감성과 이를 투쟁의 행동으로 옮기는 실천력으로 구성되는 바, 예링이 이러한 법 감정의 존재와 그 필요성을 받아들이기에는 권리 투쟁은 인격적 차원에서 논의될 수 있다. 중세 유럽의 결투 문화가 그 예로 제시되는데, 결투 당사자들이 명예의 훼손을 이유로 결투에 임했듯이, 권리를 침해당한 자는 이에 대한 법 감정에 근거하여 침해당한 인격의 회복을 위해 도덕적, 윤리적 의무로서 투쟁에 나아가고자 하는 원동력을 얻게 된다.

둘째, 예링은 이러한 투쟁 의무가 개인(계층)마다 특수성을 띠며 발현된다고 본다. 권리 투쟁은 도덕적 인격의 보존인 동시에 사회에서의 '생존 원리'로 작용

⁹⁾ 예링, 앞의 책, 60면.

한다. 따라서 농민과 장교, 상인의 각 계급에서 생존을 위해 최우선시하는 핵심 가치가 다르듯이,¹⁰⁾ 법 감정에 대한 반응과 투쟁의 필요는 각자에게 특수한 생존 조건이 침해받는 정도에 따라 차이를 보일 수밖에 없게 된다. 자신의 생존에 가장 밀접한 권리가 침해받을수록, 이에 대한 저항과 투쟁의 필요와 불가피성은 높아지게 된다. 이처럼 권리 투쟁은 권리자의 인격에 관한 윤리적 주장이자 생존조건과 결부된 도덕적 의무의 발현으로 해석된다.

3. 제③단계 - 사회적 차원의 의무

예링의 권리 투쟁 사상에서 가장 특징적인 부분 중 하나는 바로 투쟁이 개인의 도덕적 의무인 동시에 사회 공동체에 대한 의무이기도 하다는 점이다.¹¹⁾ 갈등론적 시각에서 바라보면, 극단화된 투쟁은 사회통합과 발전을 저해하는 요소로 작용할 수 있다. 그러나 예링이 주장하는 권리 투쟁은 불법으로부터의 정당한 투쟁을 일컫고, 그 대표적 형태는 사법상 쟁송에 해당한다. 예링은 이러한 투쟁이 사회의 법률을 수호하고 불법을 단념시켜 결과적으로 공동체 이익에 이바지한다고 보았는데, 이러한 투쟁의 사회적 영향력은 기능론적 관점에서 더욱 잘 파악될 수 있다. 예링은 사회 공동체의 모습을 매우 유기체적으로 이해하는데, 사회의 생성과 소멸 그리고 변화에 구성원들의 법과 권리에 대한 투쟁이 핵심적인 역할을 담당한다. 공동체의 법규로부터 구체적 권리가 도출되며, 이러한 구체적 권리가 투쟁을 통해 주장되고 관철됨으로써 다시금 법의 구체적 생명력 유지에 기여하게 된다. 따라서 예링은 권리 투쟁과 법의 관계를 “혈액 순환”과 같다고 표현하기도 한다.¹²⁾

이처럼 권리에 대한 투쟁을 사회적 의무의 단계로 확장한 것은, 예링이 권리 회복을 위한 투쟁에 대하여 소극적인 사회적 분위기가 조성되는 것을 바람직하지 않다고 보았기 때문이다. 예링에 따르면, 권리의 포기는 전투에서 도망가는 비겁한 자의 행위와 다르지 않으며, 이러한 태도는 사회적으로 “전염”될 수도 있다.¹³⁾ 즉 권리를 포기하는 행위가 공동체 내에서 만연하게 되어 하나의 보편적

10) 예링, 앞의 책, 67-69면.

11) 이는 예링의 목적법학과 연결되는 부분이기도 하다.

12) 예링, 앞의 책, 83면.

경향 및 원칙으로 작용하게 된다면, 그 공동체에서 권리자들의 이익은 법적으로 보호받지 못하는 상태에 이를 수 있다는 의미이다. 따라서 권리의 투쟁이 활발히 이루어짐으로써 공동체 구성원에 대한 권리 보장이 가능해지고, 반대로 이러한 사회적 환경이 뿌리를 내려야 투쟁을 통한 권리의 정당한 확립이 구현될 수 있을 것이다.

결국 권리자의 투쟁은 (1) 순수한 이해관계의 문제에서 출발하여, (2) 권리자 자신이 대한 인격적 차원의 도덕적 의무이자 (3) 사회적 책무로서, 공동체의 이익을 도모하는 데 이르게 된다. 그리고 이러한 투쟁이 결과적으로 사회 전체의 이익(공리)을 증진시키는 과정에는 '법'의 역할이 핵심적으로 요구된다.

Ⅲ. 권리 투쟁과 '법'의 역할

1. 개인과 개인 간의 관계

예링이 주장하는 '권리를 위한 투쟁'은 법으로 보호되는 이익인 정당한 권리가 마땅히 보호받지 못하는 부정확한 상태로부터의 탈피를 그 목적으로 한다. 따라서 사인 간의 분쟁에서도 당사자는 사법(私法) 규범과 원리에 합치하는 권리와 인격의 보전을 위해 적극적으로 투쟁할 것이 요구되는 것이지, 자기의 이익을 무분별하게 관철하기 위한 저항은 예링이 상정하는 투쟁 개념에 해당하지 않는다.

법 제도는 개인의 권리 투쟁을 통해 개인적 차원의 도덕·윤리를 사회와 연결하는 매개 역할을 한다. 특히 사인 간의 분쟁을 해결하는 수단으로 소송, 재판 등 사법 시스템이 활용되는 것을 통해서도 이를 알 수 있다. 예링은 셰익스피어의 작품 「베니스의 상인」의 새로운 해석을 통해 사법적 분쟁에서 법과 권리 투쟁의 관계를 드러내고자 하는데, 특히 작품 속 샤일록의 “나는 법률을 요구한다”라는 대사를 주관적 의미의 권리가 객관적 의미의 법과 연결되는 지점을 드러내는 부분이라 평가한다.¹⁴⁾ 작품에서 샤일록이 주장하는 것은 베니스의 법률대로 처리하는 것이었으나, 재판관이 이를 결과적으로 불가능하게 하는 조건을 덧붙여 판결

13) 예링, 앞의 책, 72-73면.

14) 예링, 앞의 책, 92-95면.

을 내림으로써 법률에 기반을 둔 사일록의 구체적 권리는 그 힘을 잃게 되었다. 이는 곧 주관적 권리의 상실인 동시에 법률에 대한 신뢰의 붕괴에 해당한다.

이처럼 사법 영역에서 개인의 구체적 권리를 위한 투쟁은 (1) ‘불법’적 권리 침해에 대한 저항을 전제로 한다는 점, (2) 일반적으로 소송 등 일련의 법적 제도를 통해 권리구제가 이루어진다는 점에서, 법률과 깊이 연결되어 있을 수밖에 없다.

2. 국가와 개인 간의 관계

전술한 바와 같이 예링은 사회 공동체를 유기체적으로 파악하는바, 국가의 ‘법’ 역시 자연적으로 형성되지 않는다고 보며 법 제도의 인위성을 강조한다.¹⁵⁾ 예링의 목적법학 사상에 따르면 법의 목적은 개인과 사회의 원칙 간 균형과 조화를 규율하는 것이다. 그러나 『권리를 위한 투쟁』을 중심으로 볼 때, 한 국가의 법은 국민의 법 감정을 충실히 반영하고 있어야 한다. 이때 법 감정은 일반적으로 ‘정의, 공정함, 평등’ 등 구성원들로부터 공유되고 합의된 가치와 상통하는 것이라 파악된다. 법률 제도의 불안정성은 곧 국민의 법 감정이 충족되지 못하는 사정을 의미하기도 하는데, 이러한 경우 법제의 미비 내지는 부정확한 활용으로 인해 국민의 법적 권리에 대한 공법(公法)적 침해가 발생하게 될 것이다. 바로 이때, 권리를 침해받은 개인이 권리를 위해 투쟁하는 것은 곧 법률을 위한 투쟁이자 법률에 대한 투쟁이 된다.¹⁶⁾ 따라서 권리 투쟁이 결과적으로 법률의 제·개정 등 입법을 이끌어내고, 변화된 법률과 제도를 통해 공동체 구성원의 권리들이 보전되는 사회적 발전의 가능성이 추론된다.

3. 국가와 국가 간의 관계

예링은 사인과 사인 간, 국가와 사인 간의 관계에서 더 나아가 국가와 국가 간의 정치적 관계에 대해서도 권리의 투쟁 개념을 적용한다. 투쟁의 이익은 사법에서 출발하여 헌법(공법)을 거쳐 국제법 영역에까지 확장되어 영향력을 발휘한다는 것이다.¹⁷⁾ 이는 국민의 법 감정과 권리 투쟁의 활성화 여부가 사법에 반영되

15) 이는 사비니 등 역사법학자들의 법사상과 대조되는 측면이 있다.

16) 예링, 앞의 책, 98면.

기 마련이며 해당 국가의 대외적 위상은 대내적인 윤리적 힘과 일치한다는 논리에 근거한다.¹⁸⁾

IV. 권리 투쟁의 개념상 한계

1. 법의 기준의 불분명성

결국 예링의 투쟁 개념에 있어 '권리'는 법의 테두리 안에서 보호되는 법적 이익을 뜻한다. 또한, 권리를 위한 투쟁은 개인의 인격적 차원에 침해를 가하는 불법에 의한 권리 침탈에 저항하는 것을 의미한다. 그러나 역사적으로 보면, 형식적으로는 적법한 법이 실질적으로 공동체 구성원의 권리를 침해하였던 많은 실례를 찾아볼 수 있다. 따라서 예링의 투쟁은 법에서 보장하는 권리의 주장을 전제로 하나, (1) 불법(不法)이 아닌 적법(適法)에 의하여도 권리가 침해될 수 있으며, (2) 법의 보호의 틀 밖에 위치한 권리들에 대한 보장이 도외시되는 문제가 발생한다.

이에 관하여 예링이 직접 인용하였던 「베니스의 상인」 속 권리 침해 문제를 예시로 들 수 있다. 예링은 작품 속 재판관이 베니스의 법률에 따라 보장된 샤일록의 채권자로서의 권리를 온전히 인정하는 판결을 내리지 않음으로써, 결과적으로 샤일록의 권리와 더불어 공동체 전체의 법률이 보전되지 못하는 결과가 발생하였다고 한다. 그러나 여기에는 투쟁과 보호의 대상이 되는 '권리'의 판단기준으로서 법의 형식적 측면에만 중점을 둔다는 비판이 가해진다. 대다수 사람들은 베니스의 상인 안토니오와 고리대금업자 샤일록 사이에서 채무자의 '살점 1파운드'를 대가로 하는 내용의 금전대차 계약이 그대로 이행되도록 방치하는 법의 내용에 의문을 제기하며, 샤일록의 권리가 투쟁의 가치를 갖추고 있는지에 관한 실체적인 판단의 단계로 나아갈 것이다.¹⁹⁾

17) 예링, 앞의 책, 103-110면.

18) 이에 대한 비판적 검토는 후술하고자 한다.

19) 물론, 오늘날 한국에서는 해당 계약이 민법 제103조 내지는 민법 제104조에 의해 '반회질서의 법률행위' 또는 '불공정한 법률행위'로서, 민법 규정을 위반하여 무효로 판단될 것이다.

이처럼 악법에 따른 권리 또한 보호되어야 하는지, 법으로 인정되는 권리의 한계는 무엇인지, 그러한 권리의 보장이 과연 사회 구성원들의 법 감정과 부합할 것인지에 관한 구체적 지침은 『권리를 위한 투쟁』에 제시되지 않는다. 물론 예링은 시간이 흐르면 사회의 건전한 법 감정이 “악법을 견디어내지 못한다”고 하며 악법의 존재와 철폐 가능성을 인정한 바 있다. 그럼에도 불구하고 투쟁의 이익이 있는 권리의 범위를 설정할 때 그 기준이 불분명하다는 문제는 여전히 해결되지 않는다.

2. 투쟁 개념의 모순성

권리를 위한 투쟁에서 ‘투쟁’ 자체의 목적과 대상, 수인한도와 관련한 모순성과 불명확성 역시 비판적 견지에서 논의해 볼 수 있다.

먼저 투쟁의 목적은 예링의 목적법학과 연관적으로 이해된다. 예링은 권리 투쟁은 법과 밀접한 연관을 맺으며, 법의 목표는 개인과 사회적 이익의 조화·협력을 통한 사회적 공리의 추구에 있다고 보았다. 즉, 개인의 권리를 위한 투쟁에 있어서도 사회적 이익 또는 평화의 달성이 그 최종 도달점이 된다고 볼 수 있는데, 개별적, 주관적 권리의 투쟁이 공동체의 존속, 연대를 위한 공리 추구하고 항상 일맥상통한다고 보이지는 않는다. 특히 권리 투쟁의 수단으로서 소송의 형태를 취하는 것이 사회적 평화의 추구에 직접적으로 기여할 것인가에 대해서는 의문의 여지가 많다는 점에서, 투쟁 개념 자체에 어느 정도의 모순성이 내재한다.

나아가, 권리 투쟁에서는 투쟁 ‘대상’의 성격이 반드시 고려되어야 한다. 권리를 위한 투쟁에는 그 침해되는 권리의 성격과 특수성 못지않게 투쟁 상대방, 즉 권리 침해자의 힘 또는 권위(power)가 최우선적 고려 요소로 판단되는 경우가 매우 빈번하다. 특히 권리와 권리 침해자 사이의 정치적, 사회적 힘의 격차가 존재하는 경우, 현실적으로 권리는 강한 상대방 앞에서는 약하게 반응하고 약한 상대방 앞에서는 강하게 투쟁하게 되는 ‘강약·약강’의 태도를 보일 확률이 높다.

한편, 예링이 국제법 영역에서 국가 간의 관계에도 투쟁의 이익이 적용된다고 본 점²⁰⁾에 있어서도 실제 현실이 충분히 반영되지 못한 부분이 있다. 국가 간의 주권 침해에서 주권을 침해받은 국가의 투쟁 양상은 상대방 국가의 정치·외교적

20) 예링, 앞의 책, 105면.

지위에 상당 부분 달려 있으므로, 현실에서 중요한 국가적 권리의 침해가 있었다고 하여도 권리 투쟁은 이익형량의 단계를 넘어선 도덕적, 인격적 차원으로 온전히 전환된다고 보기 어렵다. 가령, 오늘날 높은 대외적 위상과 국력을 지니고 있다고 판단되는 여러 국가조차도 국제법 원칙과 관습을 위반한 특정 국가의 반(反)인류적 권리 침해 행위에 대해 선불리 개입하지 못하는 현실이 이를 잘 보여준다. 따라서 예링이 국가의 정치적 위상이 도덕적 정신력과 일치한다고 본 점에 대하여는 반론이 가능하다.

투쟁의 양상과 관련하여, 권리의 회복과 보전을 위한 투쟁이 어느 정도까지 허용될 것인가에 대한 의문 또한 제기해 볼 수 있다. 예링의 권리 투쟁은 적법한 투쟁을 의미하기에, 그 수인한도 역시 적법성을 기준으로 한다고 해석할 수 있다. 그러나 전술한 바와 같이 투쟁의 이익이 있는 권리인지를 판단할 때 적법과 위법의 기준이 불분명하다는 문제가 존재하므로, 투쟁의 허용한도 또한 그 기준이 명확하지 않다.

V. 예링의 '투쟁' 개념의 현대적 재정립

1. 법률적 측면

예링의 권리 투쟁에 관한 이념, 그중에서도 권리 보전과 회복을 위한 권리자의 적극적인 주장의 필요성은 오늘날까지도 통용된다. 우리 민법 및 공법의 규율과 제도들을 통해서도 이를 확인할 수 있다.

가장 대표적으로, 소멸시효와 취득시효 등 민법상 시효 제도가 있다. 특히 소멸시효 제도는 법률로 정해진 특정 기간 내에 권리자가 권리를 주장하지 않으면 그 권리가 소멸한 것으로 보는데, 이는 권리자에게 이익 침해에 대한 주체적인 방어로써의 투쟁을 요구하는 예링의 법사상과 유사점을 갖는다.

그뿐만 아니라, 공법상으로는 실권의 원칙이 통용된다. 2021년에 제정된 행정기본법 제12조 제2항에 따르면, 행정청이 장기간 권한을 행사하지 아니하여 국민에게 권한 불행사에 대한 신뢰를 부여한 정당한 사유가 있는 경우, 행정청은 그 권한을 행사할 수 없다.²¹⁾ 즉, 공적 기관인 행정청과 사인 간의 관계에 있어 행정

주체 스스로 공권의 주장을 포기하였다고 볼 만큼의 시간이 경과하였다면, 권리를 주장하지 않은 행정주체에 불이익한 결과를 주도록 하는 실권의 원칙이 입법화된 것이다.

민사법에서 인정되는 신의성실의 원칙, 즉 신의칙(信義則) 개념 역시 권리의 투쟁 문제와 맞닿아 있다. 가령, 상법규정에 따라 회사 정관예의 기재가 있어야 그 효력이 인정되는 거래가 정관 기재 없이 이루어지고 15년이 지난 후, 당사자가 해당 계약의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 반하여 허용되지 않는다(대법원 2013다88829 판결)²²⁾. 이 경우에 법원은 일방 당사자가 계약 당시 불법 주장이 가능했음에도 이를 이행하지 않다가 한참 뒤에 자신의 이익 보전을 위해 계약의 무효와 출자한 재산의 반환을 주장하는 것은 민법상 대원칙인 신의칙에 반하여 그 권리를 보호할 필요가 없다고 판단한 것이다.

한편, 권리를 위한 투쟁의 출발점인 이익형량(balance of interests) 원리는 우리 헌법 제37조 제2항에도 반영되어 있다.²³⁾ 이 규정은 기본권 제한의 한계를 규율하는데, 국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지·공공복리와의 합리적 형량을 통하여 법률로써 제한될 수 있는 것이다.

2. 소송과 권리보호의 측면

예링은 『권리를 위한 투쟁』 후반부에서 당대 독일의 보통법학 사상에 대한 여

21) 행정기본법 제12조(신뢰보호의 원칙)

① 행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다.

② 행정청은 권한 행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간 권한을 행사하지 아니하여 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있는 경우에는 그 권한을 행사해서는 아니 된다. 다만, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.

22) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2013다88829 판결.

23) 헌법 제37조

① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

러 문제를 지적하는데, 이러한 비판점 가운데 일부는 오늘날 우리 현실에도 유효하게 적용될 수 있다고 사료된다.

첫 번째는 '권리 침해자에 대한 과잉보호' 문제이다. 예링은 법학이 범죄자의 권리보호를 수궁하는 방향으로 발전했고, 그 결과 역설적으로 피해자의 정당방위권을 제한하는 결과가 초래되었음을 지적한다.²⁴⁾ 유사한 맥락에서, 우리 형사소송법에서는 “의심스러울 때는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)”라는 법언이 기본원칙으로 통용된다. 그러나 법원의 판결 내지는 형사소송 정책에 있어 피해자의 인권 보호보다 피의자 또는 피고인의 권리보호가 우선시되고 있다는 비판이 끊임없이 가해지고 있다. 바로 이러한 비판에 착안하여 수사 및 재판 절차에서 피해자의 권리보호와 법률적 조력을 보장할 수 있는 법적, 제도적 개정이 이루어지고 있는 것으로 보인다.

소송이 물질주의화 되어가는 경향에 대한 예링의 비판 역시 주목을 요한다. 예링은 권리를 침해받은 자가 소송이라는 사법적 수단을 활용하여 권리 투쟁을 이어나갈 때, 소송물의 물질적 가치에 앞서 권리자의 정당한 '법 감정'이 우선시되어야 한다고 본다.²⁵⁾ 그럼에도 불구하고 침해당한 소유물에 대한 금전적 배상이 이루어지면 모든 권리가 회복된 것으로 간주하는 분위기가 팽배해 있다는 점이 논의된다.

오늘날 우리 법원은 손해배상청구 사건에서 이른바 '손해 3분설'을 택하며 직·간접적인 손해와 함께 원고(피해자)의 정신적인 손해, 즉 위자료에 대한 배상을 인정하고 있다.²⁶⁾ 그러나 이때 물질적 손해에 대한 배상이 이루어지면 그만큼 권리 침해로 인한 원고의 정신적 손해에 대해 상당 부분 배상이 이루어진 것으로 보는 사법적 판단 또한 존재한다. 예링은 '권리를 위한 투쟁'이라는 명목하에 무분별하게 쟁송을 제기하는 것을 옹호하지 않는다. 다만, 적어도 권리자가 소송을 통해 권리를 회복하고자 할 때 그 소송에서는 단순히 손해의 물질적 전보만이 아닌, '불법으로부터의 권리 침해'에 저항하여 정당한 권리를 확인하고자 하는 권리자의 법 감정 역시 중요하게 다루어져야 할 것이다.

그렇다면 국가는 이러한 문제들에 있어 어떠한 역할을 해야 하는가? 예링에 따

24) 예링, 앞의 책, 127-128면.

25) 예링, 앞의 책, 122면.

26) 대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313판결 등.

르면 국가는 국민의 법 감정을 충실히 반영하는 입법과 사법을 마련해야 하는데, 구체적으로 재판의 독립과 소송 제도의 완비가 제시된다.²⁷⁾ 이를 재해석하여 보면, 국가가 국민의 침해된 권리에 대한 소구(訴求) 가능성을 확보하는 것은 협소한 의미에서나마 개인의 권리 투쟁을 가능케 하는 우선적인 방편으로 작용한다는 것이다.

3. 수범자로서 국민의 역할

권리 투쟁의 핵심은 바로 공동체 구성원 스스로가 법의 수범자로서 주체적으로 의식하고 행동해야 한다는 것이다. 예링은 이러한 권리 투쟁을 일종의 의무로 파악하는데, 그 의무는 도덕적이고 윤리적인 인격에 대한 의무인 동시에 사회적 책무성을 띠고 있다. 결국 법적 권리를 온전히 누리고자 하는 자는 권리 주장에 대한 책임감과 실행력을 갖추어야 한다. 예링은 책임 시민의 역할을 강조하며, 법적 권리 또는 ‘정의’와 같은 사회적 가치가 보전되지 못하는 상태에서 ‘무임승차’하고 ‘방관’하는 사회적 문화가 형성되는 것을 방지하고자 한 것이다. 따라서 법을 잘 지키는 사회, 법과 함께 사는 구성원들로 구성된 공동체가 좋은 국가를 이룩하는 초석이 된다.

과거에 비해 정교하게 다듬어져 온 현대의 사법 시스템 속에서 국민은 이전보다 법의 보호를 받으며 주관적 ‘권리’를 누릴 가능성이 매우 높아졌다. 그러나 동시에, 이러한 사회적 제도의 틀 안에서 개인은 더욱 무기력한 사회 구성원으로 전락할 여지 또한 높다. 소셜 네트워크 서비스(SNS) 등 매체의 발달로 권리의 침해에 대응하는 투쟁의 폭과 가능성은 더욱 다변화되고 복잡해졌다. 사회 구성원은 정당하지도 정의롭지도 않은 권리의 침해와 제한 앞에 침묵하고 있어서는 안 될 것이라는 예링의 사상은, 이러한 현대의 환경과도 부합하는 설명이 된다.

27) 예링, 앞의 책, 109면.

VI. 결 론

본고에서는 『권리를 위한 투쟁』에 드러난 예링의 권리 투쟁 개념과 법의 역할을 단계적으로 분석하였고, 이를 통해 투쟁 이론의 한계와 그 현대적 적용례를 살펴보았다. 권리를 위한 투쟁은 순수한 이해타산의 문제에서 출발하여 개인의 인격적·도덕적 의무이자 생존조건 그리고 사회적 의무로 발전한다. 예링은 정당한 권리를 향유하고자 하는 국민의 ‘법 감정’을 중요하게 받아들이며, 이에 기초하여 개개인이 적극적으로 권리 보장을 위해 투쟁하라고 요구한다. 권리 침해에 무감각한 상태가 사회적으로 확장되고 지속된다 보면 해당 공동체 내지는 국가의 올바른 법치와 권리 보장의 토대는 무너지게 되기 때문이다. 권리자들은 종종 투쟁을 통해 금전배상의 차원을 넘어 침해된 권리의 확인과 회복을 원한다는 예링의 지적 또한 유효하다.

2021년 OECD 자료에 따르면, 2020년 ‘사법제도와 법원에 대한 신뢰도’ 조사 결과 한국은 총 43개국 가운데 41위를 차지하였다.²⁸⁾ 한국의 사법 신뢰도가 이토록 낮다는 사실은 국민의 법 감정과 사법 판결 간에 큰 괴리가 있다는 점을 추론케 한다. 국가의 법제가 이러한 법 감정을 충실히 반영해야 한다고 보았다는 점에서, 예링은 한국 사회의 현 시점에 꼭 필요한 논의를 제공한다.

한편, 국민은 법의 수범자로서 적법한 권리를 침해하는 불법에 대해 마땅히 저항하는 투쟁의 정신을 실현해야 하고, 이러한 사회적 분위기가 형성되는 것은 곧 국력을 기르는 방편이 되기도 한다. 이처럼 정의의 여신의 검 역시 저울 못지않은 중요성을 지닌다는 예링의 법사상은, 노력과 투쟁을 통해 권리와 법 그리고 사회적 평화가 얻어질 수 있다는 점을 담아내고 있다.

“현명함의 마지막 결론은, 날마다 자유와 생명을 쟁취하는 자만이 그것을 향유한다는 점이다.”²⁹⁾

²⁸⁾ OECD (2021), *Government at a Glance 2021*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/1c258f55-en>.

²⁹⁾ 예링, 앞의 책, 133면.

참고문헌

1. 저서 및 논문

김학태, 「예링(Rudolf von Jhering)의 법사상에 관한 고찰」, *외법논집* 제31호, 2008, 715-743.

루돌프 폰 예링(Rudolph von Jhering), 『권리를 위한 투쟁』(*Der Kampf um das Recht*), 윤철홍 역, 책세상, 2007.

윤철홍, 「예링의 권리개념에 대한 소고」, *민사법학* 제38호, 2007, 539-574.

2. 판례

대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결.

대법원 2015. 3. 20. 선고 2013다88829 판결.

3. 기타 자료

OECD (2021), *Government at a Glance 2021*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/1c258f55-en>.

<국문요약>

법에 의한, 법을 위한, 법에 대한 '투쟁'의 가치

— 루돌프 폰 예링의 『권리를 위한 투쟁』을 중심으로 —

정 유 현

루돌프 폰 예링의 『권리를 위한 투쟁』(*Der Kampf um das Recht*)에는 '권리'와 '법' 사이의 밀접한 연관성에 주목하는 예링의 법사상이 담겨있다. 본고에서는 예링의 사상에 드러난 권리와 투쟁의 의미 및 법의 역할을 살펴보기 위하여, 예링의 권리 투쟁 개념을 단계적으로 나누어 분석하였다. 이를 바탕으로, 권리 투쟁의 한계와 그 현대적 의미를 도출하고자 한다.

예링의 '권리를 위한 투쟁' 개념은 (1) 개인의 이해 타산성과 합리성에 기초한 이익형량의 문제에서 출발하여, (2) 개인의 인격적·도덕적 의무이자 생존조건 그리고 (3) 사회적 차원의 의무로 발전해 나가는 것으로 파악된다. 이 과정에서 예링은 정당한 권리를 향유하고자 하는 국민의 '법 감정'을 중요하게 받아들이며, 법 감정에 기초하여 개인이 적극적으로 권리 보장을 위해 투쟁할 것을 요구한다.

권리 투쟁이 결과적으로 사회의 공리를 증진시키는 과정에는 '법'의 역할이 핵심적으로 수반된다. 가령, 개인과 개인 간의 사법 영역에서 권리구제는 소송 제도 등을 통해 이루어진다. 또 국가와 개인 간의 관계에서 국가의 법은 국민의 법 감정을 충실히 반영해야 하며, 결과적으로 권리 투쟁이 입법을 이끌어내게 된다.

현대적 관점에서 보면, 예링의 권리 투쟁 개념에는 서술상의 한계가 존재한다. 예링의 '권리' 개념은 법의 테두리 안에서 보호되는 법적 이익을 뜻하기에, 불법(不法)이 아닌 적법(適法)에 의해서도 권리가 침해될 수 있다는 점, 법의 보호를 받지 못하는 권리에 대한 보장이 도외시된다는 점 등의 문제가 발생한다. 또 '투쟁' 개념의 현실성 및 수인한도에 대한 불명확성에 관한 의문이 제기될 수 있다.

그럼에도 불구하고 법적 권리 및 투쟁에 관한 논의는 현재 우리 사회에 유의미한 물음을 던진다. 대표적으로, 예링이 언급한 소송의 물질주의화 경향, 법 감정의 중요성 등은 현대의 환경과 부합하는 설명이라 판단된다. 또 권리의 회복을 위하여 권리자의 적극적 주장이 필요하다는 주장은 민법상 시효 제도를 통해 현

재까지도 통용되는 법사상에 해당한다. 특히 낮은 사법 신뢰도 지표를 보이는 우리나라에서, 국가의 법제가 국민의 법 감정을 충실히 반영하고 국민은 공동체 구성원으로서 주체적인 수범자(受範者)가 될 것을 요구하는 예링의 투쟁 사상은 그 논의의 필요성이 충분히 있다.

핵심어: 예링, 권리, 법, 권리 투쟁, 법 감정, 사법제도

<Abstract>

Exploring the Contemporary Significance of the Struggle for Law

— A Study on Rudolph von Jhering's Legal Thoughts —

You Hyun Chung*

This paper focuses on understanding Rudolph von Jhering's conceptualization of 'struggle for law,' encapsulated in *The Struggle for Law (Der Kampf um das Recht)*.

The 'struggle for law' can be delineated in three aspects; first, it starts from an individual's balancing of interests, based on one's rationality, moving on to a person's moral duty and finally developing into a public duty. Along with this, Jhering emphasizes the role of 'legal sentiment' upon which one can actively struggle for assurance on his or her own rights. The role of 'law' is also quintessential in enhancing social benefits through people's struggles for rights. For instance, legal code and system are the main means when it comes to resolution of personal disputes. People's struggles for law often bring about changes in legislation; on the other hand, a community's legal system would have to sufficiently represent the members' legal sentiment.

Jhering's concept of 'struggle for law' may not perfectly fit into contemporary societies in certain aspects. The rights guaranteed via struggle for law are mainly 'legal' rights already protected by law; therefore, it is rather underestimated that one can suffer violation of rights even under a legal act. A question is also raised on the practicality and extent of struggles.

Still, Jhering's idea on legal rights and law has been widely accepted, modified and continuously re-arranged until now. For instance, Jhering's descriptions of

* J.D. Candidate, Yonsei Law School.

prevailing materialism in litigation as well as the importance of legal sentiment also hold true in today's societies.

Key Words : Jhering, struggle for law, legal right, legal system, law,
jurisprudence

연세대학교 『연세 공공거버넌스와 법』 편집위원회 규정

제정 2009. 9. 1.

제1조 【목적】

이 규정은 연세대학교 공공거버넌스와 법센터(이하 공공거버넌스와 법센터)에서 발간하는 『연세 공공거버넌스와 법』에 게재할 논문을 심사할 편집위원회의 구성과 운영에 관한 사항을 규정함으로 목적으로 한다.

제2조 【구성】

- ① 편집위원회는 편집위원장을 포함한 10인 내외로 한다.
- ② 편집위원장은 공공거버넌스와 법센터장이 임명하고 임기는 2년으로 한다.
- ③ 편집위원은 공공거버넌스와 법 운영위원회의 동의를 얻어 공공거버넌스와 법센터장이 위촉·임명한다.
- ④ 편집위원은 국내외 대학의 법학전임교수 또는 법률분야 전문종사자 중에서 선임하고 그 임기는 2년으로 한다.

제3조 【업무】

편집위원회는 다음 각 호에 명시된 업무를 담당한다.

1. 『연세 공공거버넌스와 법』투고논문에 대한 심사
2. 『연세 공공거버넌스와 법』투고논문의 심사를 위한 심사위원의 지정 및 위촉
3. 심사위원들의 심사결과에 대한 최종 사정 및 게재여부의 결정

제4조 【운영】

- ① 편집위원장은 분기당 1회 이상의 정기회의를 소집한다.
- ② 편집위원장은 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 임시회의를 소집한다.

- ③ 편집위원회는 위원 과반수의 출석으로 개최하고 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둔다.

제5조 【개정】

이 규정은 공공거버넌스와 법센터 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

부 칙

이 개정 규정은 2009년 9월 1일부터 시행한다.

연세대학교 『연세 공공거버넌스와 법』 발행규정

제정 2009. 9. 1

제1조 【목적】

이 규정은 연세대학교 『연세 공공거버넌스와 법』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 【간행】

- ① 『연세 공공거버넌스와 법』은 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단 편집위원회가 필요하다고 인정하는 때에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② 『연세 공공거버넌스와 법』의 발간일자는 매년 2월 28일, 8월 31일로 한다.
- ③ 『연세 공공거버넌스와 법』에 게재된 저작물에는 투고일(2***년 *월 *일), 심사완료일(2***년 *월 *일), 게재확정일(2****년 *월 *일)을 기재한다.
- ④ 『연세 공공거버넌스와 법』은 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호로 발간할 수 있다.
- ⑤ 『연세 공공거버넌스와 법』은 300부 이상 발행한다.

제3조 【별쇄본 및 전자출판】

- ① 채택된 투고자에게는 『연세 공공거버넌스와 법』 2부와 별쇄본 10부를 무상으로 제공한다. 또한 투고자의 신청이 있으면 투고자의 비용부담 하에 추가 제공할 수 있다.
- ② 『연세 공공거버넌스와 법』의 출판은 인쇄본과 전자출판에 의하고, 연세대학교 법학연구원 공공거버넌스와 법 홈페이지에 게재한다.
- ③ 『연세 공공거버넌스와 법』에 원고를 투고한 자는 투고시에 전자출판에도 동의한 것으로 본다.
- ④ 『연세 공공거버넌스와 법』에 게재된 논문에 대하여 투고자는 별도의 금전적 권리를 주장하지 못한다.

제4조 【개정】

이 규정은 공공거버넌스와 법센터 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

부 칙

이 개정규정은 2009년 9월 1일부터 시행한다.

연세대학교 『연세 공공거버넌스와 법』 투고규정

제정 2009. 9. 1

제1조 【목적】

이 규정은 연세대학교 『연세 공공거버넌스와 법』에 게재될 원고의 작성요령에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 【원고의 작성】

- ① 원고는 논문, 판례평석, 자료, 서평, 번역 등으로 구별하여 작성한다.
- ② 원고의 분량은 200자 원고지 120매 내외를 원칙으로 한다. 외국어 원고인 경우에도 이에 준한다.
- ③ 원고의 표지에는 원고의 종류, 제목(괄호 안에 영문 기타 구미어에 의한 제목표기), 성명(괄호 안에 영문성명 표기), 소속, 직책, 학위, 주소, 전화번호(사무실 및 자택)와 이메일 주소를 기재한다.
- ④ 게재원고에는 국문요약, 국문핵심어, 외국어 제목, 외국어 초록, 외국어 핵심어가 첨부되어야 한다.
- ⑤ 제출논문은 검색에 필요한 주제어(국문 및 외국어)를 각각 5개 이상 작성하여 첨부하여야 한다.

제3조 【원고의 제출】

투고자는 원고마감기한(1월 15일, 7월 15일)내에 논문게재신청서, 연구윤리화약서, 논문사용권 위임동의서와 함께 원고파일 1개 및 심사용 파일(투고자를 누구인지 알 수 없도록 편집된 파일) 1개를 연세대학교 법학연구원(yslaw@yonsei.ac.kr)에 전자우편 또는 디스켓으로 제출하여야 한다.

제4조 【게재료 납부】

투고자는 투고논문의 게재가 확정된 때에는 소정의 게재료를 납부하여야 한다.

제5조 【원고의 형식】

원고는 한글 프로그램으로 다음 각 호의 형식에 따라 작성하여야 한다.

1. 용지종류 및 여백 : A4, 위쪽 20mm, 오른쪽 및 왼쪽 30mm, 아래쪽 15mm, 머리말 15mm, 꼬리말 15mm
2. 글자모양 및 크기 : 휴먼명조체 11포인트, 각주는 10포인트
3. 줄간격 : 160%

제6조 【원고의 작성요령】

- ① 용어는 원칙적으로 국문으로 하되, 필요한 경우 한문 또는 외국어를 병기할 수 있다.
- ② 표와 그림에는 그 하단에 표제 및 설명을 쓰고 별도의 일련번호를 표기한다.
- ③ 본문의 첫 페이지는 서론부터 시작하여 모든 내용은 연속적으로 기재한다. 그리고 주의 첫 단에 저자의 학위와 현재의 소속과 직위를 기재한다.
- ④ 투고원고는 다음과 같이 구성되어야 한다.
 1. 제목
 2. 저자명
 3. 목차
 4. 본문
 5. 참고문헌
 6. 국문요약
 7. 국문 핵심어
 8. 외국어 초록
 9. 외국어 핵심어
- ⑤ 목차의 순서는 다음과 같이 작성하여야 한다.
 - I. 로마숫자
 1. 아라비아숫자
 - (1) 괄호숫자
 - 1) 반괄호숫자
 - ① 원숫자

⑥ 각주는 원칙적으로 한글을 사용하여야 하고, 인용되는 문헌이 외국문헌인 경우에도 저자명, 논문제목, 서명 또는 잡지명, 발행지, 출판사 등과 같은 고유명사를 제외한 나머지는 한글로 표기한다.

⑦ 인용문헌이 여러 개인 경우에는 각각 문헌 사이에 세미콜론(;)을 표기하여 구분한다. 인용에 관하여는 다음 각호에 의한다.

1. 처음 인용하는 경우

- 저서인용 : 저자명, 서명, 출판사, 출판연도, 면수.
- 정기간행물 : 저자명, “논문제목”, 잡지명, 제0권 제0호, 출판연도, 면수.
- 외국문헌 : 그 나라의 표준적인 인용방법에 의한다.
- 판결인용은 대법, 헌법재판소의 양식에 준하여 작성한다.

— 판결 - 대법 ****. **. ** 선고 **도** 판결

— 결정 - 대법 ****. **. ** 선고 **누** 결정

헌재 ****. **. ** 선고 **헌마** 결정

- 외국판결은 그 나라의 표준적인 방법에 의한다.

2. 재인용의 경우

- 저서인용 : 저자명, 앞의 책, 면수.
- 논문인용 : 저자명, 앞의 글, 면수.
- 외국인용 : 그 나라의 표준적인 재인용 방법에 의한다.

3. 바로 앞에서 재인용할 경우

- 저서인용 : 위의 책, 면수.
- 논문인용 : 위의 글, 면수.

제7조 【논문연구윤리 준수】

투고원고는 논문연구윤리를 준수하여야 하며 연구윤리확약서를 제출하는 경우에 한하여 『연세 공공거버넌스와 법』에 게재될 수 있다.

제8조 【논문사용권 위임동의서 제출】

투고자는 게재가 확정된 경우 논문사용권 위임동의서를 제출한 경우에 한하여 『연세 공공거버넌스와 법』에 게재될 수 있다.

부 칙

이 개정규정은 2009년 9월 1일부터 시행한다.

연세대학교 『연세 공공거버넌스와 법』 심사규정

제정 2009. 9. 1.

제1조 【목적】

이 규정은 『연세 공공거버넌스와 법』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례 평석, 서평 기타 원고 등의 게재여부를 결정하고 공정한 심사절차를 확보하는 것을 목적으로 한다.

제2조 【투고논문】

- ① 『연세 공공거버넌스와 법』에 게재가 가능한 논문은 다음 각 호와 같다.
 1. 연구원 학술행사에서 발표된 논문 기타 공공거버넌스와 법센터에서 기고를 청탁한 논문
 2. 연구원의 상임연구위원인 교수의 단독 또는 공동연구논문
 3. 연구원의 객원연구위원인 퇴임교수의 단독 또는 공동연구논문
 4. 국내외 대학교의 전임교수의 단독 또는 공동연구논문
 5. 연구원 전문연구원의 단독 또는 공동연구논문
 6. 법률분야 종사자의 단독 또는 공동연구논문
 7. 법학교수 1인 이상의 추천을 받은 대학원생 논문
- ② 『연세 공공거버넌스와 법』에 게재될 논문은 내용의 적정성과 학문적 수준에 있어서 편집위원회가 위촉한 심사위원들의 심사를 통과하여야 한다. 단, 공인된 기관의 수상논문, 공공거버넌스와 법의 학술행사에서 발표된 논문으로 편집위원회의 검증을 거친 경우에는 심사를 면제할 수 있다.

제3조 【원고모집의 공고】

- ① 편집위원장은 매년 6월, 12월 중에 각 소속 연구원 및 전국법학교수협회에 『연세 공공거버넌스와 법』에 대한 원고를 모집하는 공문을 발송하고, 연세대학교 법학연구원 홈페이지에 원고모집에 관한 사항을 게시한다.

- ② 원고모집에 대한 공고에는 투고절차, 논문작성 및 문헌인용방법, 심사기준 및 절차에 관한 내용과 일정을 고지하여야 한다.

제4조 【원고접수】

- ① 편집간사는 원고를 접수하고 각 투고자에게 전화 또는 전자우편으로 접수 결과를 통보하여야 한다.
- ② 편집간사는 투고자의 인적사항, 논문제목, 접수일자, 분량 등을 기재한 접수결과서를 작성하여 투고원고와 함께 편집위원장에게 제출한다.

제5조 【심사위원의 선임】

- ① 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 각 투고원고에 대하여 3인의 심사위원을 선정·위촉하고, 심사대상논문을 각 심사위원에게 송부한다.
- ② 심사위원은 공공거버넌스와 법센터의 상임연구위원, 객원연구위원 또는 국내외 대학교의 전·현직 법학교수 중에서 선정·위촉한다.
- ③ 심사위원의 임기는 1년으로 하되, 연임할 수 있다.

제6조 【심사기준】

논문은 다음의 기준을 종합적으로 고려하여 평가한다.

1. 연구의 독창성
2. 논리의 정연성
3. 연구방법의 적절성
4. 논문제목과 내용의 일치여부
5. 주제와 결론의 명확성
6. 학문적 기여 가능성
7. 연구윤리성
8. 연속게재 금지

제7조 【심사절차】

- ① 각 투고원고에 대한 논문 심사는 3인의 심사위원에 의하여 심사된다.
- ② 심사위원은 제6조의 기준에 따라 투고논문을 심사하고 심사보고서를 편집

위원회에 제출하여야 한다.

③ 논문의 심사는 심사위원과 투고자의 성명과 소속을 밝히지 않은 상태에서 이루어져야 하며, 심사위원은 자신의 논문을 심사할 수 없다.

제8조 【심사판정】

- ① 심사위원은 심사에 관한 평가를 掲載可, 修正後掲載可, 修正後再審査, 掲載不可로 구분하여 판정한다.
- ② 修正後掲載可로 판정된 논문은 편집위원회가 투고자의 수정여부를 확인하여 게재한다.
- ③ 修正後再審査로 판정된 논문은 투고자의 수정을 받아 해당 심사위원에게 회송하여 재심사하도록 한다.

제9조 【투고원고에 대한 게재여부의 결정】

- ① 편집위원장은 심사위원의 심사평가가 완료된 후 투고원고에 대한 게재여부의 결정을 위한 편집위원회를 개최한다.
- ② 편집위원회는 각 심사위원의 심사결과를 기초로 하여 게재여부를 결정한다.
- ③ 투고자가 심사의견을 받아들이지 않거나 심사위원간의 의견이 상이한 때에는 게재여부 또는 수정여부를 편집위원회에서 결정한다.

제10조 【심사결과의 통보, 이의신청】

- ① 편집위원장은 편집위원회 후 즉시 각 투고자에게 결정결과 및 이유에 대하여 통보하여야 한다.
- ② 게재불가의 통지를 받은 투고자는 편집위원장에게 이의를 신청할 수 있으며, 편집위원장은 이의에 대하여 인용 또는 기각여부를 결정한다.
- ③ 편집위원장이 전항의 인용을 한 때에는 심사위원을 다시 선정하여 재심사하고 그 결과에 따라 게재여부를 결정한다.

제11조 【최종원고의 제출, 교정 및 편집】

- ① 게재결정을 통보받은 투고자는 정해진 기간 내에 최종원고를 작성하여 편

집간사에게 제출하여야 한다.

② 편집위원장은 최종원고에 대한 교정 및 편집에 관한 사항을 결정한다.

제12조 【논문게재예정증명서의 발급】

편집위원장은 『연세 공공거버넌스와 법』의 발행 이전에 최종적으로 게재가 결정된 원고에 대하여 투고자의 신청이 있는 경우에는 ‘논문게재예정증명서’를 발급할 수 있다.

부 칙

이 개정규정은 2009년 9월 1일부터 시행한다.

연세대학교 『연세 공공거버넌스와 법』 연구윤리확립 규정

제정 2009. 9. 1.

제1조 【목적】

이 규정은 연구윤리를 확립하고 연구부정행위를 사전에 예방하며, 연구부정행위 발생시 공정하고 체계적인 진실성 검증을 위한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 【적용대상】

이 규정은 공공거버넌스와 센세터, 『연세 공공거버넌스와 법』투고자 및 연구원 주최의 학술대회 참가자에게 적용한다.

제3조 【연구윤리위반의 종류】

① 연구부정행위라 함은 연구논문의 투고 및 발표 등에서 행하여진 중복게재·표절·부당한 논문저자 표시행위 등을 말하며 그 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.

1. “중복게재”란 공표된 학술지 등에 이미 게재된 논문의 내용 중 상당 부분이 연세대학교 『연세 공공거버넌스와 법』 투고논문의 핵심적인 내용과 중복되는 경우를 말한다.
2. “표절”이라 함은 타인의 아이디어, 연구내용·결과 등을 정당한 승인 또는 인용없이 도용하는 행위를 말한다.
3. “부당한 논문저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
4. 본인 또는 타인의 부정행위 혐의에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제

보자에게 위해를 가하는 행위

5. 기타 법학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위
- ② “제보자”라 함은 부정행위를 인지한 사실 또는 관련 증거를 해당 연구기관 또는 연구지원기관에 알린 자를 말한다.
- ③ “피조사자”라 함은 제보 또는 연구기관의 인지에 의하여 부정행위의 조사 대상이 된 자 또는 조사 수행 과정에서 부정행위에 가담한 것으로 추정되어 조사의 대상이 된 자를 말하며, 조사과정에서의 참고인이나 증인은 이에 포함되지 아니한다.

제4조 【연구윤리위원회】

- ① 연구윤리위반에 대한 심의·의결을 위하여 연구윤리위원회를 둔다.
- ② 연구윤리위원회는 연구윤리위원장을 포함한 5인으로 구성한다.
- ③ 연구윤리위원장은 본회의 연구윤리이사 중에서 원장이 선임한다.
- ④ 연구윤리위원은 운영위원회가 선임한다.

제5조 【연구윤리위원회의 회의, 심의·의결】

- ① 연구윤리위원장은 연구윤리위반행위에 해당한다는 제보에 의해 연구윤리위반의 의심이 있는 때 또는 학회 회원 10인 이상이 서면으로 연구윤리위반행위에 대한 심의를 요청한 때에는 연구윤리위원회 회의를 소집하여야 한다.
- ② 연구윤리위원회의 의결사항은 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 결정한다.
- ③ 심의와 의결의 공정을 기하기 어려운 사유가 있는 위원은 당해 심의와 의결에 관여할 수 없다.
- ④ 연구윤리위원회는 의결에 앞서 연구윤리위반대상자에게 소명의 기회를 부여하여야 한다.

제6조 【연구윤리위반에 대한 조치】

연구윤리위원회는 제2조의 연구윤리위반행위에 대하여 결정으로 다음 각 호의 조치를 취한다.

1. 투고원고를 『연세 공공거버넌스와 법』 논문목록에서 삭제

2. 연구윤리위반자에 대하여 3년 이상 『연세 공공거버넌스와 법』에 논문투고 금지
3. 위반사항을 연세대학교 법학연구원 홈페이지에 1년간 공고
4. 한국학술진흥재단에 상세한 위반내용 통보

제7조 【연구윤리위원회 및 위원의 준수사항】

- ① 연구윤리위원회 및 위원은 제보자의 신원 등 연구윤리위원회의 직무와 관련하여 알게 된 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.
- ② 연구윤리위원회는 공공거버넌스와 법 회원의 연구윤리의식을 고취시키기 위한 교육 등을 지속적으로 시행하여야 한다.

제8조 【연구윤리확약서 제출】

투고자는 투고시 연구윤리확약서를 제출한 경우에 한하여 공공거버넌스와 법에 게재될 수 있다.

제9조 【규정의 개정】

이 규정은 윤리위원회의 의결에 의하여 개정한다.

부 칙

이 제정규정은 2009. 9. 1로부터 시행한다.

-
-
- 자본시장법상 상장회사 특례
 - 현행 자본시장법상 상장회사 특례규정의 법 체계적
정합성을 중심으로 - 정 동 욱
 - 준비금 감소와 배당 명 노 광
 - 통화스왑 입찰 관련 부당한 공동행위 조 윤 정
 - 숙박플랫폼과 불공정 약관 조항의 문제
 - 서울고등법원 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결
및 서울고등법원 2021. 2. 4. 선고 2019누39019 판결을
중심으로 - 차 은 주
 - 신주의 제3자 배정에 대한 검토
 - SM엔터테인먼트 가처분사건에 대한 평석을 겸하여 -
..... 윤 선 정
-
-

자본시장법상 상장회사 특례

— 현행 자본시장법상 상장회사 특례규정의 법 체계적 정합성을 중심으로 — *

정 동 욱**

◆ 목 차 ◆

I. 머리말	2. 종래 논의
II. 자본시장법상 상장회사 특례규정 개관	3. 기업공시 제도 측면에서 본 상장 회사 특례규정
III. 현행 자본시장법상 상장회사 특례 규정 관련 법 체계적 정합성 검토	4. 검토의견
1. 입법 연혁	IV. 맺음말

I. 머리말

다수의 주주가 존재하는 상장회사의 특성을 감안하면 비상장회사에 관한 법규를 상장회사에 그대로 적용하는 것은 적절하지 못한 측면이 존재한다.¹⁾ 즉, 투자를 목적으로 하는 다수의 주주가 존재하는 상장회사에 대하여 소수 주주가 지배하는 회사와 동일한 법규를 적용하게 되면, 상장회사로서의 고유의 기능을 수행하기는 어려워진다. 따라서, 상장회사의 지배구조가 더욱 유연해지고 자본조달이 더욱 용이해지도록 하는 등 상장회사의 특성을 반영할 수 있도록 회사법 체계 내에서 상장회사에 대한 별도의 특례규정을 둘 필요는 인정된다.

현행 자본시장법은 제3편 제3장의2(법 제165조의2 내지 제165조의20)에서 주

* 본 논문의 내용은 개인의 의견이며 소속기관의 입장이 아님을 밝힙니다.

** 금융감독원 선임조사역, 연세대학교 일반대학원 법학과 석사1학기(hdyon@hanmail.net)

1) 김홍기, 「자본시장법」, 박영사, 2022, 611면.

권상장법인에 대한 특례를 규정하고 있다. 상장회사²⁾에 대한 특례규정이 상법 회사편에 위치하는 것이 자연스러움에도 자본시장법에서 주권상장법인에 대한 특례를 규정하게 된 것은, 구 증권거래법에서 상장회사에 적용되는 상법 회사편에 대한 다수의 특례규정을 두고 있었는데, 증권거래법이 폐지되고 자본시장법으로 통합되는 과정에서 증권거래법상의 특례규정 중 일부가 자본시장법으로 이관된 것에 기인한다. 즉 구 증권거래법상의 상장회사에 대한 특례규정 중 ① 지배구조에 관한 사항은 상법으로, ② 재무관리에 관한 사항은 자본시장법으로 각각 이관되어, 상장회사에 대한 특례는 상법과 자본시장법으로 이원화되어 있는 상황이다. 이에 따라 상장회사는 상법 회사편에 더하여 상법과 자본시장법의 각 상장회사 특례까지 적용받아야 하므로 세 갈래의 회사법적 규제를 받고 있다고 볼 수 있다. 이러한 상장회사에 대한 복잡한 회사규범 체계와 관련해서는 구 증권거래법에 상장회사 특례가 규정되었을 당시부터 많은 문제 제기가 있었다.³⁾

이하에서는 현행 자본시장법상 상장회사 특례규정을 살펴보고, 과연 동 특례규정을 자본시장법에 그대로 존치하는 것이 법 체계에 부합하는지에 대해 특례규정과 기업공시 제도 등 기존 자본시장법상 제도와와의 연관성 등을 종합적으로 살펴 검토해 보고자 한다.

2) 상장회사 특례와 관련된 용어 사용의 문제로 상법 제3편 제13절에서 ‘상장회사에 관한 특례’를 규정하고 있고, 자본시장법은 제3편 제3장의2에서 ‘주권상장법인에 대한 특례’를 규정하고 있다. 상법상 상장회사 특례규정의 적용 대상인 상장회사는 “대통령령으로 정하는 증권시장(증권의 매매를 위하여 개설된 시장을 말한다)에 상장된 주권을 발행한 주식회사”를 의미하고(상법 제542조의2 제1항), 자본시장법상 주권상장법인 특례규정의 적용 대상인 주권상장법인은 “증권시장에 상장된 주권을 발행한 법인” 또는 “주권과 관련된 증권예탁증권이 증권시장에 상장된 경우 그 주권을 발행한 법인”으로서, 엄밀히 말하면 상장회사와 주권상장법인 사이에는 개념상 차이가 있고 상장회사의 개념 범위가 주권상장법인의 개념 범위보다 다소 좁다고 볼 수 있다. 다만, 양자를 특별히 구별하지 않고 상장회사라 통칭하여도 별 문제는 없어 보이므로, 자본시장법상 ‘주권상장법인에 대한 특례’를 지칭할 때도 자본시장법상 ‘상장회사 특례’로 지칭한다.

3) 안태준, “상법과 자본시장법상의 상장회사에 대한 특례규정의 구성과 법체계상 문제점에 관한 검토”, 『상사판례연구』 제35권 제2호, 2022, 118면.

Ⅱ. 자본시장법상 상장회사 특례규정 개관

서두에서 언급한 바와 같이 구 증권거래법상 상장회사 특례규정 중 지배구조에 관한 사항은 상법으로, 재무관리에 관한 사항은 자본시장법으로 각각 분산되었는데, 우선 상법 회사편에 편입된 상장회사 특례규정은 다음과 같다. 적용범위(제542조의2), 주식매수선택권(제542조의3), 주주총회 소집공고 등(제542조의4), 이사·감사의 선임방법(제542조의5), 소수주주권(제542조의6), 집중투표에 관한 특례(제542조의7), 사외이사 선임(제542조의8), 주요주주 등 이해관계자와의 거래(제542조의9), 상근감사(제542조의10), 감사위원회(제542조의11), 감사위원회의 구성 등(제542조의12), 준법통제기준 및 준법지원인(제542조의13).

다음으로 자본시장법에 규정된 상장회사 특례규정은 다음과 같다. 적용범위(제165조의2), 자기주식 취득 및 처분의 특례(제165조의3), 합병 등의 특례(제165조의4), 주식매수청구권의 특례(제165조의5), 주식의 발행 및 배정 등에 관한 특례(제165조의6), 우리사주조합원에 대한 주식의 배정 등에 관한 특례(제165조의7), 액면미달발행의 특례(제165조의8), 주주에 대한 통지 또는 공고의 특례(제165조의9), 사채의 발행 및 배정 등에 관한 특례(제165조의10), 조건부자본증권의 발행 등(제165조의11), 이익배당의 특례(제165조의12), 주식배당의 특례(제165조의13), 공공적 법인의 배당 등의 특례(제165조의14), 의결권 없거나 제한되는 주식의 특례(제165조의15), 주권상장법인 재무관리기준(제165조의16), 주식매수선택권 부여신고 등(제165조의17), 주권 상장법인에 대한 조치(제165조의18), 사외이사 및 상근감사에 관한 특례(제165조의19), 이사회 구성에 관한 특례(제165조의20).

자본시장법상 대부분의 상장회사 특례는 주식회사의 재무관리 사항과 관련하여 상법상 일반규정에 대한 특례로서의 특징을 보인다. 즉, 제165조의3(자기주식의 취득 및 처분의 특례)내지 제165조의15(의결권이 없거나 제한되는 주식의 특례)에 특례로 명명된 조항들이 그것이다. 한편, 사외이사 및 상근에 관한 특례(제165조의19), 이사회 구성에 관한 특례(제165조의20)는 2009년 자본시장법 제정 이후, 새롭게 자본시장법에 편입된 조항으로 상장회사의 지배구조에 관한 사항이다.

한편, 자본시장법상 특례규정 중에는 주권상장법인 재무관리기준(제165조의

16), 주식매수선택권 부여신고 등(제165조의17), 주권상장법인에 대한 조치(제165조의18)와 같이 상법에는 유사한 규율이 없는 사항으로서 오로지 자본시장법에 서만 규율하는 사항도 존재한다.

Ⅲ. 현행 자본시장법상 상장회사 특례규정 관련 법 체계적 정합성 검토

1. 입법 연혁⁴⁾

상법은 1962년 제정 당시에는 상장회사만을 위한 별도의 특별규정을 포함하고 있지는 않았다. 그러나 경제개발 정책을 적극적으로 추진하던 1970년을 전후한 시기에 기업공개를 촉진하기 위한 목적으로 제정된 자본시장 육성에 관한 법률, 기업공개촉진법 등에 상장회사만을 위한 특별법적 규정이 도입되기 시작하였다. 그 후 자본시장 육성에 관한 법률, 기업공개촉진법 등이 폐지되자, 그 법률들에 포함되어 있던 상장회사에 관련된 특별규정은 1997년 전면 개정된 증권거래법에 수용되었다. 그런데 증권거래법에 전면 수용된 상장회사 특례규정은 본질적으로 주식회사로서의 상장회사 조직과 운영에 관한 규정으로서 본래 사법적 성격을 가진 것임에도 그 규정들을 증권의 발행·유통시장의 거래 질서를 유지하기 위한 행정적 규제를 주목적으로 하는 증권거래법에 전부 위치시킨 편제에 대하여는 부정적인 평가가 대부분이었다. 이와 같은 평가를 감안하여 증권거래법 등 자본시장에 관련된 법률을 통폐합하여 자본시장법을 제정할 당시, 증권거래법에 포함되어 있던 상장회사 특례규정을 분리하기 위한 논의가 이루어졌다. 당시 재정경제부는 증권거래법의 상장회사 특례규정을 전부 분리하여 상장법인에 관한 법률(안)을 제정하고자 하였고, 법무부는 그 법률안과 별도로 상법 특례법(안)을 제정하고자 하였다. 그러나 결국 두 가지 안의 절충안으로서 증권거래법의 상장회사 특례규정 중 지배구조에 관한 사항은 상법 회사편의 13절 상장회사 특례규정이

4) 이철송, “상법·자본시장법상의 상장회사 특례의 체계적 정비를 위한 제언”, 「상장 2012.9월호」, 2012, 19-21면; 황현영, “상장회사 특례조항의 법체계적·내용적 문제점과 개선과제”, 「법조」 제69권 제2호, 2020, 296-299면.

라는 포제 하에 편입시키고, 나머지 재무관리에 관한 사항은 증권거래법 등을 통해 합한 자본시장법에 남겨두었다. 이로써 구 증권거래법상의 상장회사 특례규정은 상법과 자본시장법으로 나누어지게 되었다.

2. 종래 논의

앞서 언급한 바와 같이 과거 지배구조와 재무관리를 망라하여 모든 상장회사 특례규정이 공법으로 분류되는 구 증권거래법에 편입되어 있을 때부터 영리법인에 관한 기본법이자 사법인 상법에 편입되지 않은 것에 대한 많은 비판이 있었다.⁵⁾ 그 근거로는 ① 상장회사 특례규정은 본질적으로 주식회사의 조직과 운영에 관한 규정으로서 본래부터 상법 그중에서도 회사법의 규율 대상이라는 점, ② 경제적으로 중요한 상장회사에 대하여는 상장회사 특례규정이 대부분 적용됨으로써 기본법인 상법의 유명무실화 내지 공동화가 초래된다는 점, ③ 시장규제를 목적으로 하는 증권거래법이 회사법적 규제를 포함하는 것은 적절하지 않다는 점, ④ 비교법적으로도 증권거래법이 다수의 회사법 규정을 담고 있는 것은 극히 이례적이라고 평가할 수 있는 점, ⑤ 수범자의 입장에서 상장회사의 조직과 운영에 관한 규범을 파악하기 위해 상법과 특별법인 증권거래법을 모두 찾아 비교해야 하는 불편이 발생한다는 점 등을 들 수 있다.

특히 수범자의 법규 수용도 관점에서 볼 때 위에서 언급한 ⑤의 문제는 현행 상장회사 특례규정 체계에서 가장 치명적인 단점으로 생각된다. 그 실례로 제3자 배정 신주발행시 기존 주주에 대한 통지 또는 공고와 관련된 실무상 혼란⁶⁾이 있다. 2011년 개정 상법은 제3자 배정 신주발행시 기존 주주에게 신주발행의 핵심적인 사항을 사전에 공시하도록 하며, 기존 주주가 신주발행유지 청구권 행사 여부를 결정할 시간적 여유를 가질 수 있도록 주주에 대한 통지 또는 공고의 기한을 납입기일 2주 전까지로 정하였다(상법 제418조 제4항). 그런데 주권상장법인의 주주에 대한 통지 또는 공고의 부담을 완화해 주기 위해 2013년 개정된 자본

5) 안태준, 앞의 글(주 3), 140면; 정준우, “자본시장법상 상장법인 특례규정의 정합성 검토(I)-법체계적 정합성을 중심으로-”, 「선진상사법률연구」 통권 제61호, 2013, 150면

6) 안태준, 앞의 글(주 3), 147-148면

시장법은 주권상장법인이 신주를 배정할 때 금융위원회에 제출한 주요사항 보고서가 금융위원회와 거래소의 공시시스템을 통해 공시된 경우에는 상법 제418조 제4항을 적용하지 않는다고 규정함으로써 납입기일 2주 전에 기존 주주들에게 관련 사항을 공시하도록 한 위 상법 개정의 취지가 훼손되는 문제가 발생하였다. 이에 대응하여 2017년 10월 개정된 자본시장법 제165조의9는 주권상장법인이 금융위원회와 거래소에 신주배정에 관한 주요사항 보고서를 납입 기일 1주일 전까지 제출한 경우에만 상법 제418조 제4항을 적용하지 않는다고 규정함으로써 관련 문제를 어느 정도 해결하였지만, 이러한 전례는 규제목적과 소관 부처가 명확히 다른 두 개의 법이 상장회사의 재무관리에 관한 사항을 동시에 규율함으로써 발생할 수 있는 혼란의 가능성을 보여준 단적인 예라고 생각한다. 결론적으로 제3차 신주배정과 관련하여 상장회사는 5년 사이에 3차례나 적용 법규가 달라지는 혼동을 겪게 되었다.⁷⁾

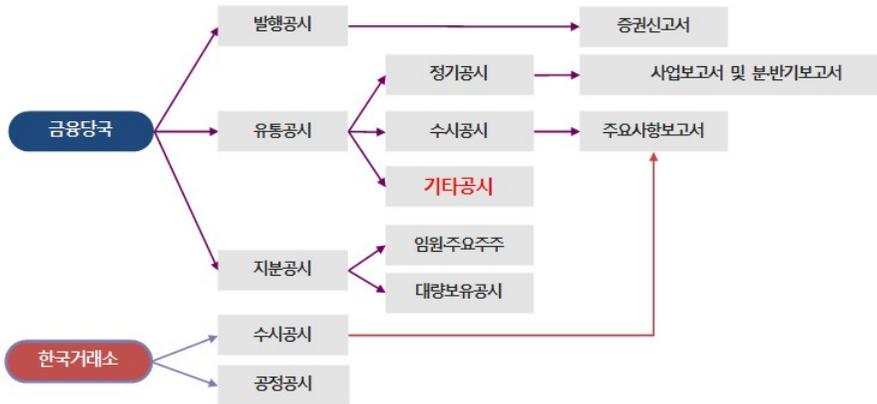
3. 기업공시 제도 측면에서 본 상장회사 특례규정

(1) 기업공시 제도 개요

증권시장에 대한 규제의 목적은 효율적인 증권시장을 확보하는 것이고, 효율적인 증권시장의 생명은 공정성과 투명성에 있다. 이에 자본시장법은 증권시장의 공정성과 투명성을 확보하기 위하여 기업공시제도를 규정하고 있다. 자본시장법에서 기업공시 제도는 금융회사를 전제로 하는 건전성 감독이나 영업행위 규제 등과는 달리 일반기업 등 증권의 발행인을 직접적 규제 대상으로 한다는 특징이 있다. 그런 만큼 투자자 보호, 기업 자금조달 지원, 자본시장 성장 촉진 등 다양한 정책목표가 혼재되어 있다.⁸⁾

7) 황현영, 앞의 글(주 4), 301면

8) 이정두, “韓國, 美國, 英國, 日本의 통합 및 분리형 감독체계에서 발행공시규제 권한의 감독기관 위임과 집행구조에 관한 비교법적 연구”, 「금융감독연구」 제8권 제1호, 2001, 2면



의무 공시	발행공시	제1장 증권신고서(자본시장법 제118조 내지 제132조)
	정기/수시공시	제3장 상장법인 등의 사업보고서 등(자본시장법 제159조 내지 제165조)
	기타공시	제3장의2 주권상장법인에 대한 특례(자본시장법 제165조의2 내지 제165조의20)
	지분공시	제2장 기업의 인수 및 합병 관련 제도(자본시장법 제133조 내지 제158조) 제4편 불공정거래의 규제 제1장 내부자 거래 등(자본시장법 제172조 및 제173조)

[그림 1] 기업공시 제도 도해

기업공시 제도는 크게 발행공시, 유통공시 및 특수공시로 구분⁹⁾되며, 현재 공시규제는 크게 공시 감독(사업보고서 제출 등 공시의무의 부과, 필수적 공시항목의 제시 등), 공시제도의 집행(사업보고서의 접수·수리, 공시서류 심사, 제출된 공시서류의 투자자 대상 제공 등) 및 사후 조치(공시위반 행위 등에 대한 제재 등)로 나누어 볼 수 있다. 증권 발행에서 공정성을 확보하기 위해 이처럼 다양한 제도를 규정하고 있으나, 기본적으로는 발행인에게 공시의무를 부과함으로써 문제를 해결하고 있다. 증권의 발행에 대한 감독 방향을 결정하는 기본 논리는 개별 증권의 투자 적격성을 감독당국이 직접 규제하는 적격성 심사주의(merit-based regulation)와, 정확하고 충분한 정보를 적시에 공시하도록 하되 적격성 판단 여부는 투자자에게 의존하는 공시주의(disclosure based regulation)로 대별된다. 자본

9) 발행공시는 증권의 발행 시점에 발행할 증권과 발행인에 대한 정보를 제공하는 것이고, 유통공시는 발행되어 유통되고 있는 증권 및 발행인에 대한 정보를 정기적 또는 수시로 알리도록 하는 제도이다. 특수공시는 그 외에 불공정거래 규제 및 인수·합병과 관련된 지분공시 등이 있다

시장법은 증권신고서의 기재 사항이 진실 또는 정확하다는 것을 인정하거나 정부에서 그 증권의 가치를 보증 또는 승인하는 효력을 가지지 아니한다고 규정함으로써 적격성 심사주의를 배제¹⁰⁾하고 있다. 다만, 공시의무가 적용되는 증권에 대해서는 발행인의 공시의무 이행 여부에 대한 심사 및 조사를 통해 공시주의 방법론의 실효성을 확보하고 있다.¹¹⁾ 즉 자본시장법은 증권 발행인에게 공시내용에 대한 최종적인 책임을 부과하고 감독당국의 증권신고서 심사 권한을 제한하는 등 공시주의 원칙을 따르고 있다.¹²⁾

(2) 기업공시 제도와 상장회사 특례규정

자본시장법은 제3편 증권의 발행·유통에서 유통공시에 관한 장인 제3장 상장법인의 사업보고서 등에 이어 제3장의2를 통해 상장회사 특례를 규정하고 있다. 따라서 자본시장법상 상장회사 특례는 기본적으로 기업공시 제도 내에서 금융위 고시인 증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정 등을 근거로 특정 사유에 대한 신고 등 공시의무를 부과¹³⁾하고 있다. 예를 들어 주권상장법인이 자기주식의 취득·처분을 완료하거나 합병 등 사실이 종료한 때에는 금융당국에 결과보고서 등을 제출하여야 하고, 사외이사의 선임·해임·임기만료 외의 사유로 퇴임한 경우에도 금융위와 거래소에 신고하여야 한다.

상장회사에 대한 요건과 절차를 별도로 규정한 자본시장법상 상장회사에 대한 특례조항이 감독실무에서 실제로 적용된 사례는 많지 않다.¹⁴⁾ 2022년 중 감독당국에서 주권상장법인 특례 위반으로 조치한 사례는 총 7건에 불과하며, 이 중 5건은 사외이사 관련 신고 의무를 지연신고한 사안으로 실제 조치도 주의 등 경징

10) 자본시장법 제120조 제3항은 증권신고서의 효력발생이 증권신고서의 기재사항이 진실 또는 정확하다는 것을 인정하거나 정부에서 그 증권의 가치를 보증 또는 승인하는 효력을 가지지 않는다고 명시하고 있다. 아울러 자본시장법 제125조는 증권신고서의 거짓 기재 등에 대한 배상책임을 증권신고서의 작성인 등에게 부과하고 있다.

11) 금융감독원, 「금융감독개론」, 2023, 509-511면.

12) 이정두, 위의 글, 13면

13) 금융감독원, 「기업공시 실무안내」, 2022, 30-35면.

14) 감독실무는 기업공시 소관 부서에서 발행공시, 유통공시 등 다른 기업공시 제도와 함께 상장회사 특례규정을 담당하고 있다.

계 수준¹⁵⁾이었다.

현재 감독실무의 상황이 이러하다면 상장회사 특례조항을 자본시장법에 배치할 이유는 없어 보이고, 다만 앞서 살펴본 바와 같이 동 특례조항 중 상법상 일반조항이 없는 특례조항만 기존 기업공시제도에 흡수할 필요가 있다. 이에 대해서는 후술한다.

<표 1> 상장회사 특례 관련 공시의무¹⁶⁾

구 분	제출사유	제출기한
자기주식취득결과보고서	자기주식의 취득을 완료하거나 취득기간이 만료한 때	5일* 이내
자기주식처분결과보고서	자기주식의 처분을 완료하거나 처분기간이 만료한 때 (교환사채 발행의 경우는 발행을 완료한 때) * 주식매수선택권 행사에 따른 자기주식 교부 또는 신탁계약 기간 종료의 경우는 제외	
신탁계약에 의한 취득상황보고서	신탁계약 체결 후 3월이 경과한 때	
신탁계약해지결과보고서	신탁계약을 해지하거나 신탁계약이 기간만료로 종료된 때	
합병 등 종료보고서	합병 등을 사실상 종료한 때 - 합병, 분할, 분할합병, 주식의 포괄적 교환 또는 이전 : 등기를 한 때 - 영업양수도 : 등기 등 사실상 종료한 때 - 자산양수도 : 자산의 등기 등 사실상 종료한 때	지체없이
주식매수선택권부여에 관한 신고	주식매수선택권을 부여하기로 주주총회 또는 이사회 결의를 한 때	
사외이사의 선임·해임 또는 중도퇴임 신고	사외이사의 선임·해임 또는 중도퇴임이 있을 때	다음날

* 영업일 기준 야근 기간 말일이 공휴일(일시공휴일 포함)인 경우 익일로 연기

15) 금융감독원, 2022년 공시위반 조치현황 및 유의사항, [https://www.fss.or.kr/fss/bbs/B0000188/view.do?nttId=58209&menuNo=200218&cl1Cd=&sdate=&edate=&searchCnd=1&searchWrd=%EA%B3%B5%EC%8B%9C&pageIndex=2\(2023.4.10.\)](https://www.fss.or.kr/fss/bbs/B0000188/view.do?nttId=58209&menuNo=200218&cl1Cd=&sdate=&edate=&searchCnd=1&searchWrd=%EA%B3%B5%EC%8B%9C&pageIndex=2(2023.4.10.))

16) 금융감독원, 앞의 책(주 13), 33면.

4. 검토의견

(1) 입법연혁적 측면

입법연혁적으로 구 증권거래법에 단일하게 포함되어 있던 상장회사에 대한 특례규정은 증권거래법 폐지와 자본시장법 제정을 계기로 상법과 자본시장법에 분산되면서, 상법에는 상장회사의 지배구조에 관한 규정이, 자본시장법에는 상장회사의 재무관리에 관한 규정이 편입되었다. 이러한 규정 체계는 법 체계 정합성 검토를 도외시한 채 각 법률의 소관 부처 결정 등 정무적 판단에 따라 결정된 것¹⁷⁾으로 이론적인 관점에서는 자본시장법에 상장회사 특례규정을 남겨두어야 할 이유가 없다. 또한, 앞서 살펴본 바와 같이 현재는 상장회사의 지배구조에 관한 조항마저 자본시장법에 편입된 것만 보더라도 현행 상장회사 특례 관련 이원적 분리를 뒷받침할 만한 근거를 찾기 어렵다.

(2) 종래 논의에 더하여

종래 논의를 보건대 상법과 자본시장법으로 이원화되어 있는 현행 상장회사 특례규정은 법 체계적으로 정합성이 떨어짐은 분명한 사실이다. 상법 중 회사편은 영리법인의 조직과 운영에 관한 사범임에 반해 현재는 자본시장법으로 대표되는 증권법은 증권시장의 공정한 질서를 유지하기 위한 행정법이자 공법이다. 즉, 회사, 주주, 이사, 임원 또는 대리인 사이의 관계에서 발생하는 회사 내부 업무에 관련된 것은 상법의 규제 대상으로, 증권시장의 공정성 및 투명성을 확보하기 위한 기업공시 제도 관련 사항은 자본시장법의 규제 대상으로 봄이 합리적이다.

무엇보다 상장회사에 관한 회사법적 규율이 현재와 같이 이원적으로 존재하는 상황에서는, 자본시장법의 특례규정을 상법이 따라가고 이에 수반하여 더 이상 자본시장법이 특례가 아닌 결과가 초래되며, 상법의 일반규정의 개정에도 따라 불가피하게 자본시장법의 특례규정이 개정되어야 하는 악순환이 반복된다.¹⁸⁾ 또한

17) 임재연, 「자본시장법」, 박영사, 2021, 770면.

18) 최문희, “자본시장법상 주권상장법인 특례규정의 존재 의의와 개선 과제-법체계성

상장회사의 재무관리에 관한 동일한 사항을 상법에서도 규율하고 자본시장법도 규율하는 상황에서 두 법은 소관 부처도 다르고 규율영역도 서로 다르다 보니, 앞서 언급한 “제3자 신주발행” 사례처럼 어떤 법의 개정을 다른 법이 간과하거나 제때 반영하지 못함으로써 발생하는 모순과 충돌은 계속해서 발생할 수밖에 없다.

따라서 상장회사의 재무관리에 관한 특례규정도 지배구조에 관한 특례규정과 마찬가지로 전부 상법에 편입시키는 것이 타당하다. 이때 상장회사 특례조항들이 상장회사에 대하여 상법상의 원칙을 완화하거나 그 원칙의 예외를 인정하고 있는 특성을 감안하여, 상장회사의 특례규정은 상법상의 일반규정에 뒤이어 원칙에 대한 예외 또는 특칙 항목으로 배치하는 것이 법 체계 정합성 측면에서 바람직하다¹⁹⁾. 원칙과 예외의 규정이 위치상 근접해 있어야만 수범자 입장에서도 양자의 관계를 명확하고 쉽게 인식할 수 있을 것이다.

(3) 기업공시 제도 측면

다만, 앞서 본 바와 같이 현행 자본시장법상 상장회사 특례조항 중 주권상장법인 재무관리기준(제165조의16), 주식매수선택권 부여신고 등(제165조의17), 주권상장법인에 대한 조치(제165조의18) 규정은 상법과는 무관한 투자자 보호를 목적으로 자본시장법에만 독립적으로 존재하는 규정이어서 동 규정을 상법으로 이관하기는 어렵다. 따라서 동 규정들은 자본시장법의 고유의 영역인 기업공시 제도 측면에서 현행 자본시장법 체계에 존치 또는 흡수할 필요가 있다.

먼저, 자본시장법 제165조의16 제1항은 유상증자의 요건에 관한 사항, 사채권의 발행에 관한 사항, 배당에 관한 사항 등을 대상으로 한 재무관리기준을 금융위원회 고시로 정하도록 하고, 같은 조 제2항에서 상장회사에 그 기준에 대한 준수 의무를 부과하면서, 세부 내용은 위 조항에 따라 고시된 금융위원회의 증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정 제5-16조 이하에서 상세하게 규정하고 있다. 동 규정은 유통공시에 관한 기존 제도를 참고하여 제3장 상장법인의 사업보고서 장에 편입시킬 필요가 있다.

과 실효성의 관점에서-”, 『BFL』, 제61호, 2013, 84면
¹⁹⁾ 정준우, 앞의 글(주 5), 152면

또한, 주식매수선택권 부여신고 등(제165조의17) 규정은 표면적으로는 주식매수선택권에 관한 실체적 내용을 규정한 것으로 보이지만, 면밀히 살펴보면 주주의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 주식매수선택권의 부여에 관한 정보를 투자자에게 제공하기 위한 공시규제의 일환으로 이해할 수 있다.²⁰⁾ 이러한 점을 감안하면 동 규정은 자본시장법 본연의 제도인 공시규제에 배치하는 방안이 바람직할 것이다.

마지막으로 주권상장법인에 대한 조치(제165조의18) 규정²¹⁾은 상장회사 특례

20) 안태준, 앞의 글(주 3), 146면

21) 제165조의18(주권상장법인에 대한 조치) 금융위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 주권상장법인에 대하여 이유를 제시한 후 그 사실을 공고하고 정정을 명할 수 있으며, 필요하면 그 법인의 주주총회에 대한 임원의 해임 권고, 일정 기간 증권의 발행 제한, 그 밖에 대통령령으로 정하는 조치를 할 수 있다. 이 경우 그 조치에 필요한 절차 및 조치기준은 총리령으로 정한다.

1. 제165조의3제2항을 위반하여 자기주식을 취득한 경우
2. 제165조의3제4항을 위반하여 자기주식을 취득(자기주식을 취득하기로 한 신탁업자와의 신탁계약의 체결을 포함한다)하거나 처분(자기주식을 취득하기로 한 신탁업자와의 신탁계약의 해지를 포함한다)한 경우
3. 제165조의4제1항을 위반하여 같은 항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우
4. 제165조의4제2항을 위반하여 외부평가기관으로부터 평가를 받지 아니한 경우
5. 제165조의5제2항을 위반하여 주식매수청구기간이 종료하는 날부터 1개월 이내에 해당 주식을 매수하지 아니한 경우
6. 제165조의5제4항을 위반하여 대통령령으로 정하는 기간 이내에 주식을 처분하지 아니한 경우
7. 제165조의5제5항의 절차를 위반하여 통지 또는 공고를 하거나, 같은 항에 따른 통지 또는 공고를 하지 아니한 경우
8. 제165조의6제2항을 위반하여 실권주의 발행을 철회하지 아니한 경우
9. 제165조의6제3항을 위반하여 신주인수권증서를 발행하지 아니하거나 유통될 수 있도록 하지 아니한 경우
10. 제165조의6제4항을 위반하여 불특정 다수인(해당 주권상장법인의 주식을 소유한 자를 포함한다)에게 신주를 배정한 경우
11. 제165조의7을 위반하여 우리사주조합원에 대하여 주식의 배정을 한 경우
12. 제165조의8제1항 단서를 위반하여 액면미달의 가액으로 주식을 발행한 경우
13. 제165조의8제2항을 위반하여 최저발행가액을 정하지 아니하거나 같은 항 후단에 따른 방법에 따라 산정하지 아니한 경우

조항별 위반행위에 대한 조치를 장황하게 규정하고 있는데, 앞서 살펴본 바와 같이 감독 실무상으로는 동 규정이 공시의무 위반에만 적용되고 있어 규정의 존재의의가 상실되었다. 더욱이 발행공시(제132조), 유통공시(제164조) 등 공시 제도 별로 별도의 조치 근거가 마련되어 있어 앞서 언급한 주권상장법인 재무관리기준(제165조의16), 주식매수선택권 부여신고 등(제165조의17) 조항을 기존 공시규제에 적절히 배치²²⁾하게 되면 주권상장법인에 대한 조치(제165조의18) 규정은 삭제되어도 무방하다.

IV. 맺음말

현행법상 상장회사 특례규정이 상법과 자본시장법에 나뉘어 규정됨에 따라, 상장회사의 실무자는 상법의 일반규정 및 상장회사 특례규정, 자본시장법상 상장회사 특례규정 및 동 시행령·시행규칙·금융위 고시(증권의 발행 및 공시 등에 관한 규정) 등을 모두 숙지해야 하는 부담을 갖게 된다. 앞서 검토한

-
14. 제165조의8제3항을 위반하여 주주총회의 결의일부터 1개월 이내에 주식을 발행하지 아니한 경우
 15. 제165조의10을 위반하여 사채를 발행한 경우
 16. 제165조의11을 위반하여 조건부자본증권 등을 발행한 경우
 17. 제165조의12제1항 및 제2항을 위반하여 이사회 결의를 거치지 아니하고 분기배당을 한 경우
 18. 제165조의12제3항을 위반하여 분기배당금을 지급하지 아니한 경우
 19. 제165조의12제5항을 위반하여 분기배당을 한 경우
 20. 제165조의13제1항을 위반하여 주식배당을 한 경우
 21. 제165조의13제2항을 위반하여 주식의 시가를 산정한 경우
 22. 제165조의15제2항을 위반하여 의결권이 없거나 제한되는 주식을 발행한 경우
 23. 제165조의16제2항을 위반하여 재무관리기준에 따르지 아니한 경우
 24. 제165조의17제1항을 위반하여 같은 항에 따른 방법에 따라 주식매수선택권 부여에 관한 신고를 하지 아니한 경우
 25. 제165조의17제3항을 위반하여 사외이사의 선임·해임 또는 퇴임 사실을 신고하지 아니한 경우
- 22) 기존 공시제도에 동 규정들을 편입하게 되면 발행공시 또는 유통공시에 관한 금융위원회 조치 규정(자본시장법 제132조 또는 제164조)이 적용되게 될 것이다.

바와 같이 입법 연혁적 측면에서도, 법체계 정합성 측면에서도 현행 체계를 유지할 아무런 이유를 찾을 수가 없다. 동 체계가 지속된다면 제2의 ‘제3자 신주배정’ 사건이 현실화할 위험이 매우 높고, 실제 발생한다면 상장회사 관련 법제에 대한 수범자의 법규 수용도는 크게 떨어질 것이 분명하다. 상법과 자본시장법의 우리 법 체계 내에서의 위상을 고려해서라도 현행 상장회사 특례규정은 조속한 시일 내에 정비되어야 한다.

참고문헌

1. 단행본

- 금융감독원, 「금융감독개론」, 2023
 금융감독원, 「기업공시 실무안내」, 2022
 김홍기, 「자본시장법」, 박영사, 2022
 임재연, 「자본시장법」, 박영사, 2021

2. 논문 등 자료

- 안태준, “상법과 자본시장법상의 상장회사에 대한 특례규정의 구성과 법체계상 문제점에 관한 검토”, 「상사판례연구」 제35권 제2호, 2022
 이정두, “韓國, 美國, 英國, 日本의 통합 및 분리형 감독체계에서 발행공시규제 권한의 감독기관간 위임과 집행구조에 관한 비교법적 연구”, 「금융감독연구」 제8권 제1호, 2001
 이철송, “상법·자본시장법상의 상장회사 특례의 체계적 정비를 위한 제언”, 「상장」 2012.9월호, 2012
 정준우, “자본시장법상 상장법인 특례규정의 정합성 검토(I)-법체계적 정합성을 중심으로-”, 「선진상사법률연구」통권 제61호, 2013
 최문희, “자본시장법상 주권상장법인 특례규정의 존재 의의와 개선 과제 - 법체계성과 실효성의 관점에서-”, 「BFL」 제61호, 2013
 황현영, “상장회사 특례조항의 법체계적·내용적 문제점과 개선과제”, 「법조」, 제69권 제2호, 2020
 금융감독원, 2022년 공시위반 조치현황 및 유의사항, <https://www.fss.or.kr/fss/bbs/B0000188/view.do?nttId=58209&menuNo=200218&cl1Cd=&sdate=&edate=&searchCnd=1&searchWrd=%EA%B3%B5%EC%8B%9C&pageIndex=2>(2023. 4.10.)

<국문요약>

자본시장법상 상장회사 특례

— 현행 자본시장법상 상장회사 특례규정의 법 체계적 정합성을 중심으로 —

정 동 욱

현행 자본시장법은 주권상장법인에 대한 특례를 규정하고 있다. 상장회사에 대한 특례규정은 상법 회사편에서 규정하는 것이 자연스러움에도 자본시장법에서 주권상장법인에 대한 특례를 규정하게 된 것은 구 증권거래법에서 상장회사에 대하여 적용되는 상법 회사편에 대한 다수의 특례규정을 두고 있었으나, 자본시장법으로 통합되는 과정에서 증권거래법상의 특례규정 중 일부가 자본시장법으로 이관된 것에 기인한다. 즉 구 증권거래법상의 상장회사에 대한 특례규정 중 ① 지배구조에 관한 사항은 상법으로, ② 재무관리에 관한 사항은 자본시장법으로 각각 이관되어, 상장회사에 대한 특례는 상법과 자본시장법으로 이원화되어 있는 상황이다. 이에 따라 상장회사는 상법 회사편에 더하여 상법과 자본시장법의 각 상장회사 특례까지 적용받아야 하므로 세 갈래의 회사법적 규제를 받고 있다고 볼 수 있다. 이러한 상장회사에 대한 복잡한 회사 규범 체계와 관련해서는 구 증권거래법에 상장회사 특례가 규정되었을 당시부터 많은 문제 제기가 있었다.

본고에서는 현행 자본시장법상 상장회사 특례규정과 기업공시 제도 등 기존 자본시장법상 제도와의 연관성 등을 종합적으로 살펴보고 특례규정을 자본시장법에 그대로 존치하는 것이 법 체계에 부합하는지 검토하고자 한다.

핵심어: 상법, 자본시장법, 상장회사, 상장회사 특례규정, 기업공시 제도

<Abstract>

The Special Articles of Listed Companies under Capital Markets Act

Jung, Dong-Uk*

The current Capital Markets Act stipulates special articles of listed companies. Although it is natural to stipulate special articles for listed companies under the Commercial Act, the fact that the Capital Markets Act stipulated a special case for stock-listed corporations is a number of special provisions for listed companies under the Commercial Act applied to listed companies in the former Securities and Exchange Act. In the process of abolition of the Securities and Exchange Act and integration into the Capital Markets Act, some of the special provisions of the Securities and Exchange Act were transferred to the Capital Markets Act. In other words, among the special provisions for listed companies under the former Securities and Exchange Act, (1) governance matters are transferred to the Commercial Act, (2) financial management matters are transferred to the Capital Market Act, and special provisions for listed companies are divided into the Commercial Act and the Capital Market Act. Accordingly, listed companies are subject to three corporate legal regulations because they must be subject to special articles of listed companies under the Commercial Act and the Capital Markets Act in addition to the general provisions under the Commercial Act. Regarding this complex company normative system for listed companies, many problems have been raised since the former Securities and Exchange Act stipulated special articles for listed companies.

This study aims to examine the relationship between the current Capital Markets Act's special articles for listed companies and the existing systems under the

* Financial Supervisory Service, Senior Manager

Capital Markets Act, such as the corporate disclosure system, and examine whether the retention of the special provisions in the Capital Markets Act is consistent with the legal system.

Key Words : Commercial act, capital markets act, listed company, special articles for listed company, corporate disclosure system

준비금 감소와 배당*

명 노 광**

◆ 목 차 ◆

- | | |
|---------------------------------|--------------------------------------|
| I. 서론 | 2. 법정준비금의 적립 및 사용(처분) |
| II. 배당가능이익 | 3. 법정준비금의 감소 |
| 1. 이익배당의 의의 및 배당가능이익 한도 설정의 필요성 | IV. 배당가능이익 확보 목적의 준비금 감소에 관한 몇 가지 문제 |
| 2. 배당가능이익 산정기준 | 1. 미처분결손금이 존재하는 경우의 준비금 감소 |
| 3. 우리 상법상 배당가능이익 산정 방식 | 2. 준비금 감소의 기준 시점 |
| 4. 배당가능이익 산정 항목별 검토 | 3. 준비금 감소 후 즉시 배당 가능 여부 |
| III. 준비금 제도 | V. 결론 |
| 1. 준비금 제도의 채권자 보호 기능 | |

I. 서론

회사의 주주는 주주로서 배당금을 받거나 감자대금을 받는 형식으로, 회사의 채권자는 회사와의 거래에 대한 반대급부를 이행 받는 방식으로 회사의 재산을 가져갈 수 있다. 이와 같은 회사의 주주에 대한 배당금 지급 또는 감자대금 지급과 채권자에 대한 채무 이행 등을 ‘회사재산의 유출’이라는 관점에서 보았을 때, 주주는 주주총회에서 회사재산의 유출에 관한 의사결정 과정에 참여할 수 있지만, 채권자는 이러한 의사결정에 직접 관여할 수 없으므로, 회사 채권자 보호를 위해서는 회사재산의 유출, 그중에서도 주주에 의한 회사재산의 유출에 대한 일정한 통제가 필요하다.

상법은 주주가 주주 자격으로 회사재산을 가져가는 것에 대하여 ‘채권자에게

* 이 글의 내용은 개인 의견이며, 필자가 소속된 법무법인의 입장과 무관합니다.

** 연세대학교 일반대학원 법학과 박사과정, 법무법인(유)다래 변호사

우선변제권을 주는 방법'과 '배당가능이익을 제한하는 방식'으로 통제하고 있다.¹⁾ 본 글에서는 이 중 후자의 방식, 즉 주주가 배당가능이익의 범위 안에서만 재산을 가져갈 수 있도록 하는 방식과 관련하여, 채권자 보호를 고려한 배당가능이익 산정기준에 관한 일반론과 우리 상법에서 정한 배당가능이익 산정방식에 대하여 살펴본다. 그리고 우리 상법상 배당가능이익 산정방식에서, 채권자 보호를 목적으로 회사의 대차대조표²⁾상 순자산액에서 공제하게 되어 있는 항목인 법정준비금(자본준비금 및 이익준비금)에 대하여 알아보고, 2011년 개정 상법에 신설된 준비금 감소와 관련한 몇 가지 쟁점에 대하여 살펴본다.

II. 배당가능이익

1. 이익배당의 의의 및 배당가능이익 한도 설정의 필요성

이익배당이란 일정한 회계기간 동안 손익거래에서 발생한 이익을 주주의 출자액에 대한 배당으로 지급하는 것이다.³⁾ 주식회사는 인적회사와 달리 사원의 퇴사 제도가 없고, 해산하기 전에는 잔여재산의 분배도 할 수 없으므로 이익배당은 주식회사의 본질적 요소라 할 것이고, 따라서 주주의 동의 없이는 정관의 규정으로도 이를 박탈하거나 완전히 제한할 수 없다.⁴⁾

그러나 서론에서 본 것처럼, 회사재산 중 주주에 대한 이익배당 재원에 아무런 제한이 없으면, 주주에게로 회사재산이 유출되는 결과가 됨으로써 선의의 회사 채권자에게 손해가 발생할 수 있으므로, 배당가능이익은 일정한 기준에 따라 그 한도가 설정되어야 할 필요가 있다. 이하에서 항을 바꾸어 배당가능이익의 산정

1) 최준선 외, 「株式會社法大系」, 한국상사법학회, 2022, 300-301면.

2) 한국채택국제회계기준(K-IFRS)에서는 기존의 '대차대조표'를 '재무상태표'라는 명칭으로 변경하였으나, 상법 제462조에서는 여전히 '대차대조표'라는 용어를 사용하고 있으므로, 본 글에서는 혼동을 방지하고자 상법이 사용하는 '대차대조표'라는 용어를 그대로 사용하는 것을 원칙으로 하면서, 필요하면 '재무상태표'라는 용어를 혼용하도록 하겠다.

3) 권순일 외, 「주식 상법」, 한국사법행정학회, 2021, 508-509면.

4) 임재연, 「회사법 I」, 박영사, 2020, 759면; 권순일 외, 위의 책. 509면.

기준에 관하여 살펴보겠다.

2. 배당가능이익 산정기준

(1) 자본기준

자본기준은 ‘잉여금기준’, ‘자본결손기준’이라고 하여 이익배당으로 인하여 회사의 자본이 결손이 나지 않도록 하여야 한다는 것이다. 재무상태표를 기초로 하여 순자산($\text{net asset} = \text{자산} - \text{부채}$)을 기준으로 하여, 순자산에서 자본금을 공제한 잉여금을 기준으로 하거나(잉여금 기준) 또는 순자산에서 자본금과 자본준비금을 공제한 이익잉여금을 기준으로 하는 방식(이익잉여금 기준)으로서,⁵⁾ 채권자 보호를 위하여 최소한 자본에 해당하는 재원은 유보하고 손익거래로부터 발생하는 이익에 대하여만 배당을 받도록 하여야 한다는 것이다.⁶⁾

미국 델라웨어주 일반회사법(Delaware General Corporation Law, DGCL)에서는 “잉여금(surplus)”을 회사의 순자산에서 발행주식액면총액, 즉 법정자본금을 공제한 금액이라고 정의하면서(DGCL §1547), 잉여금으로부터의 이익배당을 허용하

5) 심영, “주식회사의 배당가능이익계산과 미실현이익”, 「상사법연구」, 제33권 제3호, 2014, 47면.

6) 권순일 외, 앞의 책(주 3), 510면.

7) DGCL §154. Determination of amount of capital; capital, surplus and net assets defined.

Any corporation may, by resolution of its board of directors, determine that only a part of the consideration which shall be received by the corporation for any of the shares of its capital stock which it shall issue from time to time shall be capital; but, in case any of the shares issued shall be shares having a par value, the amount of the part of such consideration so determined to be capital shall be in excess of the aggregate par value of the shares issued for such consideration having a par value, unless all the shares issued shall be shares having a par value, in which case the amount of the part of such consideration so determined to be capital need be only equal to the aggregate par value of such shares. In each such case the board of directors shall specify in dollars the part of such consideration which shall be capital. If the board of directors shall not have determined (1) at the time of issue of any shares of the capital stock of the corporation issued for cash or (2) within

고 있고 (§170(a)(1)), 잉여금이 없는 경우에도 이익배당을 하는 회계연도 및 그 직전 회계연도의 순이익으로부터 이익을 배당할 수 있다고 규정하고 있는데 (§170(a)(2), 당기이익의 배당),⁸⁾ 이는 ‘자본기준’에 따른 것이다.⁹⁾

60 days after the issue of any shares of the capital stock of the corporation issued for consideration other than cash what part of the consideration for such shares shall be capital, the capital of the corporation in respect of such shares shall be an amount equal to the aggregate par value of such shares having a par value, plus the amount of the consideration for such shares without par value. The amount of the consideration so determined to be capital in respect of any shares without par value shall be the stated capital of such shares. The capital of the corporation may be increased from time to time by resolution of the board of directors directing that a portion of the net assets of the corporation in excess of the amount so determined to be capital be transferred to the capital account. The board of directors may direct that the portion of such net assets so transferred shall be treated as capital in respect of any shares of the corporation of any designated class or classes. The excess, if any, at any given time, of the net assets of the corporation over the amount so determined to be capital shall be surplus. Net assets means the amount by which total assets exceed total liabilities. Capital and surplus are not liabilities for this purpose. Notwithstanding anything in this section to the contrary, for purposes of this section and §§ 160 and 170 of this title, the capital of any nonstock corporation shall be deemed to be zero.

⁸⁾ DGCL §170. Dividends; payment; wasting asset corporations.

(a) The directors of every corporation, subject to any restrictions contained in its certificate of incorporation, may declare and pay dividends upon the shares of its capital stock either:

- (1) Out of its surplus, as defined in and computed in accordance with §§ 154 and 244 of this title; or
- (2) In case there shall be no such surplus, out of its net profits for the fiscal year in which the dividend is declared and/or the preceding fiscal year.

If the capital of the corporation, computed in accordance with §§ 154 and 244 of this title, shall have been diminished by depreciation in the value of its property, or by losses, or otherwise, to an amount less than the aggregate amount of the capital represented by the issued and outstanding stock of all classes having a preference upon the distribution of assets, the directors of such corporation shall not declare and pay out of such net profits any dividends upon any shares of any classes of its capital stock until the deficiency in the amount

(2) 지급불능기준

지급불능기준은 이익배당으로 인하여 회사가 지급불능이 되어서는 안 된다는 것이다. 배당가능이익을 산정하기 위하여 자본의 개념을 사용하지 않고 회사가 지급불능인 경우 또는 이익배당으로 인하여 지급불능이 되는 경우에는 이익배당을 하지 못하도록 하는 것이다.¹⁰⁾

미국 뉴욕주 기업법(New York Business Corporation Law, NYBCL)은 이익배당 후에 적어도 순자산이 법정자본금과 같도록, 잉여금으로부터만 이익배당을 할 수 있다고 규정하면서{NYBCL §510(b)},¹¹⁾ 지급불능 상태인 경우에는 자본금감소에

of capital represented by the issued and outstanding stock of all classes having a preference upon the distribution of assets shall have been repaired. Nothing in this subsection shall invalidate or otherwise affect a note, debenture or other obligation of the corporation paid by it as a dividend on shares of its stock, or any payment made thereon, if at the time such note, debenture or obligation was delivered by the corporation, the corporation had either surplus or net profits as provided in (a)(1) or (2) of this section from which the dividend could lawfully have been paid.

- 9) 임재연, 앞의 책(주 4), 762면.
 10) 심영, 앞의 글, 제51면; 권순일 외, 앞의 책, 제511면. 이에 따르면 누적결손금으로 자본기준에 따른 배당가능이익이 산출되지 않더라도 회사가 지급불능이 되지 않으면 이익배당을 할 수 있게 된다고 한다.
 11) NYBCL §510. Dividends or other distributions in cash or property.

(b) Dividends may be declared or paid and other distributions may be made either (1) out of surplus, so that the net assets of the corporation remaining after such declaration, payment or distribution shall at least equal the amount of its stated capital, or (2) in case there shall be no such surplus, out of its net profits for the fiscal year in which the dividend is declared and/or the preceding fiscal year. If the capital of the corporation shall have been diminished by depreciation in the value of its property or by losses or otherwise to an amount less than the aggregate amount of the stated capital represented by the issued and outstanding shares of all classes having a preference upon the distribution of assets, the directors of such corporation shall not declare and pay out of such net profits any dividends upon any shares until the deficiency in the amount of stated capital represented by the issued and outstanding shares of all classes having a preference upon the distribution of assets shall have been repaired. A corporation engaged in the exploitation of natural

의하여도 이익배당은 허용되지 않는 것으로도 규정하고 있다{NYBCL §513(a)}.¹²⁾ 이는 지급불능기준과 잉여금기준을 동시에 충족할 것을 요구하는 것이라고 할 수 있는데, 이처럼 일반적으로 지급불능기준은 자본기준과 결합되어 사용된다.¹³⁾

(3) 재무비율기준

재무비율기준은 자산과 부채의 비율(재무비율)이 일정한 수치 이상일 것을 요구하는 방법이다.¹⁴⁾

법정자본금제도를 폐지한 미국 캘리포니아주 회사법(California Corporations Code, CCC)은, 자기주식취득과 주식상환의 방법으로 이익배당에 대한 규제를 회피하는 것을 방지하기 위하여 이익배당, 자기주식취득, 주식상환을 모두 포함하는 ‘분배(distribution)’라는 개념을 도입하였다(CCC §166).¹⁵⁾ 그리고 CCC는 지급

resources or other wasting assets, including patents, or formed primarily for the liquidation of specific assets, may declare and pay dividends or make other distributions in excess of its surplus, computed after taking due account of depletion and amortization, to the extent that the cost of the wasting or specific assets has been recovered by depletion reserves, amortization or sale, if the net assets remaining after such dividends or distributions are sufficient to cover the liquidation preferences of shares having such preferences in involuntary liquidation.

12) NYBCL §513. Purchase, redemption and certain other transactions by a corporation with respect to its own shares.

(a) Notwithstanding any authority contained in the certificate of incorporation, the shares of a corporation may not be purchased by the corporation, or, if redeemable, convertible or exchangeable shares, may not be redeemed, converted or exchanged, in each case for or into cash, other property, indebtedness or other securities of the corporation (other than shares of the corporation and rights to acquire such shares) if the corporation is then insolvent or would thereby be made insolvent. Shares may be purchased or redeemed only out of surplus.

13) 임재연, 앞의 책(주 4), 762-763면; 권순일 외, 앞의 책(주 3), 511면.

14) 심영, 앞의 글(주 5), 51면.

15) CCC §166

“Distribution to its shareholders” means the transfer of cash or property by a corporation to its shareholders without consideration, whether by way of dividend or otherwise, except a dividend in shares of the corporation, or the purchase or

불능기준의 충족을 전제로, 당기순손실 여부를 불문하고 ① 유보이익(retained earnings)에 의한 분배와 ② 유보이익이 없더라도 분배 후를 기준으로 i) 회사의 총자산이 총부채의 125% 이상이고(즉, 분배 후 자기자본비율 20% 이상을 의미), ii) 유동비율(=유동자산/유동부채)이 100% 이상이거나 과거 2년 평균 유동비율이 125% 이상이면 분배를 허용하는 등 재무비율에 따라 분배의 허용 여부를 규정하고 있다(CCC §500).¹⁶⁾¹⁷⁾ 이러한 CCC의 분배에 관한 기준에 대하여, 이익잉여금

redemption of its shares for cash or property, including the transfer, purchase, or redemption by a subsidiary of the corporation. The time of any distribution by way of dividend shall be the date of declaration thereof and the time of any distribution by purchase or redemption of shares shall be the date cash or property is transferred by the corporation, whether or not pursuant to a contract of an earlier date; provided, that where a debt obligation that is a security (as defined in Section 8102 of the Commercial Code) is issued in exchange for shares the time of the distribution is the date when the corporation acquires the shares in the exchange. In the case of a sinking fund payment, cash or property is transferred within the meaning of this section at the time that it is delivered to a trustee for the holders of preferred shares to be used for the redemption of the shares or physically segregated by the corporation in trust for that purpose. "Distribution to its shareholders" shall not include (a) satisfaction of a final judgment of a court or tribunal of appropriate jurisdiction ordering the rescission of the issuance of shares, (b) the rescission by a corporation of the issuance of its shares, if the board determines (with any director who is, or would be, a party to the transaction not being entitled to vote) that (1) it is reasonably likely that the holder or holders of the shares in question could legally enforce a claim for the rescission, (2) that the rescission is in the best interests of the corporation, and (3) the corporation is likely to be able to meet its liabilities (except those for which payment is otherwise adequately provided) as they mature, or (c) the repurchase by a corporation of its shares issued by it pursuant to Section 408, if the board determines (with any director who is, or would be, a party to the transaction not being entitled to vote) that (1) the repurchase is in the best interests of the corporation and that (2) the corporation is likely to be able to meet its liabilities (except those for which payment is otherwise adequately provided) as they mature.

16) CCC §500

(a) Neither a corporation nor any of its subsidiaries shall make any distribution to the corporation's shareholders (Section 166) unless the board of directors has

기준과 재무비율기준을 함께 사용하고 있는 것이라고 보는 견해가 있다.¹⁸⁾

determined in good faith either of the following:

- (1) The amount of retained earnings of the corporation immediately prior to the distribution equals or exceeds the sum of (A) the amount of the proposed distribution plus (B) the preferential dividends arrears amount.
 - (2) Immediately after the distribution, the value of the corporation's assets would equal or exceed the sum of its total liabilities plus the preferential rights amount.
- (b) For the purpose of applying paragraph (1) of subdivision (a) to a distribution by a corporation, "preferential dividends arrears amount" means the amount, if any, of cumulative dividends in arrears on all shares having a preference with respect to payment of dividends over the class or series to which the applicable distribution is being made, provided that if the articles of incorporation provide that a distribution can be made without regard to preferential dividends arrears amount, then the preferential dividends arrears amount shall be zero. For the purpose of applying paragraph (2) of subdivision (a) to a distribution by a corporation, "preferential rights amount" means the amount that would be needed if the corporation were to be dissolved at the time of the distribution to satisfy the preferential rights, including accrued but unpaid dividends, of other shareholders upon dissolution that are superior to the rights of the shareholders receiving the distribution, provided that if the articles of incorporation provide that a distribution can be made without regard to any preferential rights, then the preferential rights amount shall be zero. In the case of a distribution of cash or property in payment by the corporation in connection with the purchase of its shares, (1) there shall be added to retained earnings all amounts that had been previously deducted therefrom with respect to obligations incurred in connection with the corporation's repurchase of its shares and reflected on the corporation's balance sheet, but not in excess of the principal of the obligations that remain unpaid immediately prior to the distribution and (2) there shall be deducted from liabilities all amounts that had been previously added thereto with respect to the obligations incurred in connection with the corporation's repurchase of its shares and reflected on the corporation's balance sheet, but not in excess of the principal of the obligations that will remain unpaid after the distribution, provided that no addition to retained earnings or deduction from liabilities under this subdivision shall occur on account of any obligation that is a distribution to the corporation's shareholders (Section 166) at the time the obligation is incurred.
- (c) The board of directors may base a determination that a distribution is not prohibited under subdivision (a) or under Section 501 on any of the following:

3. 우리 상법상 배당가능이익 산정방식

상법에서는, 대차대조표의 순자산액으로부터 ① 자본금의 액, ② 그 결산기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액, ③ 그 결산기까지 적립하여야 할 이익준비금의 액, ④ 상법 시행령 제19조에서 정하는 미실현이익(회사의 회계는 일반적으로 공정하고 타당한 회계관행에 따른다는 회계 원칙에 따른 자산 및 부채에 대한 평가로 인하여 증가한 대차대조표상의 순자산액으로서, 미실현손실과 상계하지 아니한 금액)을 공제한 액을 한도로 하여 이익배당을 할 수 있다고 규정하고 있다(상법 제462조 제1항, 아래 <표 1> 참조). 실제로는 이렇게 산정된 한도액에서 당기 이익에 대한 법인세를 공제한 금액이 배당가능이익이 된다.¹⁹⁾

(1) Financial statements prepared on the basis of accounting practices and principles that are reasonable under the circumstances.

(2) A fair valuation.

(3) Any other method that is reasonable under the circumstances.

(d) The effect of a distribution under paragraph (1) or (2) of subdivision (a) is measured as of the date the distribution is authorized if the payment occurs within 120 days after the date of authorization.

(e) (1) If terms of indebtedness provide that payment of principal and interest is to be made only if, and to the extent that, payment of a distribution to shareholders could then be made under this section, indebtedness of a corporation, including indebtedness issued as a distribution, is not a liability for purposes of determinations made under paragraph (2) of subdivision (a).

(2) If indebtedness is issued as a distribution, each payment of principal or interest on the indebtedness shall be treated as a distribution, the effect of which is measured on the date the payment of the indebtedness is actually made.

(f) This section does not apply to a corporation licensed as a broker-dealer under Chapter 2 (commencing with Section 25210) of Part 3 of Division 1 of Title 4, if immediately after giving effect to any distribution the corporation is in compliance with the net capital rules of the Commissioner of Financial Protection and Innovation and the Securities and Exchange Commission.

17) 임재연, 앞의 책(주 4), 763면.

18) 김지평, “주식회사 배당의 실무상 쟁점”, 「선진상사법률연구」 통권 제79호, 2017, 144면.

19) 임재연, 위의 책, 765면.

<표 1> 배당가능이익 산정방식(상법 제462조 제1항)

$$\begin{aligned}
 \text{배당가능이익} &= \text{대차대조표상 순자산액}(=\text{자산} - \text{부채}) \\
 &- \{ \text{① 자본금} \\
 &\quad + \text{② 법정준비금} \\
 &\quad \quad (= \text{그 결산기까지 적립된 자본준비금} + \text{이익준비금}) \\
 &\quad + \text{③ 그 결산기까지 적립하여야 할 이익준비금} \\
 &\quad \quad (= \text{매 결산기 이익배당액의 10분의 1 이상}) \\
 &\quad + \text{④ 미실현이익(상법 시행령 제19조)} \}
 \end{aligned}$$

이처럼 우리 상법은 순자산에서 자본금과 자본준비금은 물론 이익준비금까지 공제하는 보수적인 방식을 채택하고 있다. 이는 배당의 재원을 엄격하게 규제하여 자본금 및 준비금 등의 순자산을 회사에서 반드시 유지하도록 함으로써 채권자의 채권 변제를 위한 완충자본을 확보하여 회사 채권자를 보호하기 위한 것으로서, 앞에서 본 기준에 따르면 우리 상법은 자본기준 중 이익잉여금 기준에 해당한다고 할 수 있다.²⁰⁾

4. 배당가능이익 산정 항목별 검토

배당가능이익을 조금 더 구체적으로 이해하기 위해서는 상법 제462조 제1항에 규정되어 있는 배당가능이익 산정방식에 나타난 각 항목, 즉 대차대조표의 순자산액과 여기서 공제하게 되어 있는 동항 제1호 내지 제4호 항목에 대한 이해가 전제되어야 하므로, 이하에서는 위 각 항목의 개념 등에 관하여 필요한 범위 내에서 간단히 살펴보도록 하겠다.

(1) 대차대조표의 순자산액

대차대조표상의 순자산액이란, 상법 제447조 제1항에서 규정하는 재무제표의 일부로서 한국채택국제회계기준(K-IFRS)에 따라 작성된 개별대차대조표의 자산

20) 김지평, 위의 글, 143-145면.

에서 부채를 차감한 금액을 의미한다. 배당가능이익은 당해 회사 단위의 재무제표를 기준으로 하여야 하므로 정기 재무제표상의 개별대차대조표를 기준으로 작성한다.²¹⁾ 순자산액에서 출발하여 채권자를 위한 책임재산으로 확보하여야 할 부분을 특정하여 공제하고 나머지 부분을 배당가능이익으로 산출하게 되는 것이다.²²⁾

(2) 제1호: 자본금

자본금은 액면주식의 경우 발행주식의 액면총액이고, 무액면주식의 경우 주식발행가액의 2분의 1 이상의 금액으로서 이사회 또는 주주총회에서 자본금으로 계상하기로 한 금액의 총액이다(상법 제451조 제1항, 제2항). 이러한 자본금은 직전 사업연도 말을 기준으로 한다.

(3) 제2호: 그 결산기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금

준비금이란 회사가 순자산액에서 자본금을 제외한 금액 중에서 주주에게 지급하지 않고 사내에 유보하여 특정한 목적에 사용하거나 향후 경영상황 등에 대비하기 위하여 적립하는 금액을 의미하는데, 그중 회사가 법령상 의무 없이 자발적으로 적립하는 준비금을 임의준비금이라 하며, 법령의 요구에 따라 적립하는 준비금을 법정준비금이라 한다. 자본준비금과 이익준비금은 상법이 규정하고 있는 법정준비금이다.

먼저 ‘자본준비금’과 관련하여, 상법은 회사의 자본거래에서 발생한 자본잉여금을 시행령 제15조에서 정한 회계기준에 따라 자본준비금으로 적립하여야 한다고 규정하고 있다(상법 제459조 제1항, 동법 시행령 제18조). 따라서 ‘자본준비금’은 해당 주식회사에 적용되는 회계기준에 따른 재무제표의 ‘자본잉여금’과 일치하는데, 기업회계기준에서는 자본잉여금에 관하여, “자본잉여금은 증자나 감자 등 주주와의 거래에서 발생하여 자본을 증가시키는 잉여금이다. 예를 들면, 주식발행초과금, 자기주식처분이익, 감자차익 등이 포함된다.”고 설명하고 있다.²³⁾²⁴⁾

21) 임재연, 위의 책, 765면; 김지평, 위의 글, 146면.

22) 권순일 외, 앞의 책(주 3), 511면.

다음으로 ‘이익준비금’과 관련하여, 상법에서는 “회사는 그 자본금의 2분의 1이 될 때까지 매 결산기 이익배당액의 10분의 1 이상을 이익준비금으로 적립하여야 한다. 다만 주식배당의 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다(제458조). 그리고 한국채택국제회계기준에서는 “상법 등 관련 법규에서 이익잉여금처분계산서(또는 결손처리계산서)의 작성을 요구하는 경우에는 재무상태표의 이익잉여금(또는 결손금)에 대한 보충정보로서 이익잉여금처분계산서(또는 결손금처리계산서)를 주석으로 공시한다.”고 규정하고 있으므로,²⁵⁾ 이익준비금은 재무제표 본문에 나타낼 필요 없이, 재무제표 주석에 이익잉여금처분계산서를 별도로

- 23) 한국회계기준원 회계기준위원회, 「일반기업회계기준 제2장 재무제표의 작성과 표시 I」, 2018. 9. 21., 9면(2.30 문단). 2.37 문단에서는 “자본잉여금은 주식발행초과금과 기타자본잉여금으로 구분하여 표시한다.”라고 기재되어 있다. 한편 한국채택국제회계기준(K-IFRS)에서는 자본잉여금을 구체적으로 정의하고 있지 않다.
- 24) 참고로, 최준선 외, 앞의 책(주 1), 305면에서는, 실무상 회사는 상법 기준에 따라 별도로 재무제표를 작성하지 않고, K-IFRS 등 해당 회사에 적용되는 회계기준에 따라 재무제표를 작성할 뿐이어서, 상법상 준비금 및 이익배당 관련 규정을 실제로 적용하기 위해서는 상법의 기준에 따른 순자산의 각 계정이 회계기준에 따라 작성된 대차대조표상 어느 계정에 해당하는지를 이해하는 것이 필요하다고 하면서, 아래 표를 제시하고 있다.

회계기준상 순자산 분류		상법상 순자산 분류
자본금	보통주 자본금/우선주 자본금	자본금(제451조)
자본잉여금	주식발행초과금 감자차익/자기주식처분이익	자본준비금(제459조)
자본조정	자기주식/주식할인발행차금 감자차손/자기주식처분손실 주식선택권/출자전환채무	-
기타포괄손익 누계액	매도가능증권평가이익/손실 해외사업환산이익/손실 현금흐름위험회피이익/손실 파생상품평가이익/손실	미실현이익/손실 (제462조, 시행령 제19조)
이익잉여금	법정적립금	이익준비금(제458조)
	임의적립금	-
	미처분이익잉여금	일부 미실현이익/손실 (제462조, 시행령 제19조)에 해당

- 25) 한국회계기준원 회계기준위원회, 「기업회계기준서 제1001호 재무제표 표시」, 2023. 3. 17., 58면(문단 한138.1)

표시하면서 해당 결산기 배당에 따른 이익준비금 적립액으로 표시하면 된다.²⁶⁾

자본준비금 및 이익준비금은 당해 결산기 말의 기준으로 상법 제447조 이하에 의하여 주주총회 승인 등 재무제표 확정 절차를 거친 재무제표에 의하여 확정된다.

(4) 제3호: 그 결산기까지 적립하여야 할 이익준비금의 액

앞서 본 것처럼, 회사는 그 자본금의 2분의 1이 될 때까지 매 결산기 이익배당액의 10분의 1 이상을 이익준비금으로 적립하여야 한다(상법 제458조). 정기배당 외에 중간배당에 대해서도 이익준비금을 적립하여야 한다(동법 제462조의3 제2항 제4호).²⁷⁾

한편 자기주식 취득은 배당가능이익을 재원으로 하고 모든 주주에게 배당가능이익을 지급받을 기회를 준다는 점에서 현금배당과 실질적으로 동일함에도, 상법 제341조에서 이익준비금 적립을 규정하지 않고 있는바, 이는 현금배당과 달리 회사가 주주로부터 반대급부 격인 주식을 인도받고 그 대가로 현금이 지급되기 때문으로 보이지만, 채권자 보호라는 이익준비금 적립 취지에 비추어 보았을 때, 이익준비금에 관한 취급을 현금배당과 달리하는 것은 비합리적이라는 비판이 있다.²⁸⁾

(5) 제4호: 대통령령으로 정하는 미실현이익

대통령령으로 정하는 미실현이익이란, 상법 제446조의2의 회계원칙에 따른 자산 및 부채에 대한 평가로 인하여 증가한 대차대조표상의 순자산액으로서, 미실

²⁶⁾ 김지평, 앞의 글(주 18), 148면.

²⁷⁾ 상법 제462조의3 (중간배당) ② 중간배당은 직전 결산기의 대차대조표상의 순자산액에서 다음 각호의 금액을 공제한 액을 한도로 한다.

1. 직전 결산기의 자본금의 액
2. 직전 결산기까지 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액
3. 직전 결산기의 정기총회에서 이익으로 배당하거나 또는 지급하기로 정한 금액
4. 중간배당에 따라 당해 결산기에 적립하여야 할 이익준비금

²⁸⁾ 김지평, 앞의 글(주 18), 151면.

현손실과 상계하지 아니한 금액을 말한다(상법 시행령 제19조 제1항). 이는 자산의 평가액에 불과하고 회사의 지급능력을 이루는 것이 아니므로 배당가능이익에서 차감하도록 하는 것이다.²⁹⁾

미실현이익은 회계상으로, ① 손익계산서상의 기타포괄손익에 해당하는 것{재평가잉여금의 변동, 확정급여제도에 대한 보험수리적손익, 해외 사업장의 재무제표 환산으로 인한 손익, 매도가능금융자산의 재측정(평가)손익, 현금흐름위험회피수단의 평가손익 중 효과적인 부분 등}과 ② 손익계산서상의 당기순이익에 해당하는 것(단기매대금융자산 평가이익, 지분법평가이익, 당기손익으로 인식한 손상차손의 환입액, 파생상품평가이익, 외화환산이익 등)으로 구분되는데, 기타포괄손익에 반영되는 미실현이익(①)은 회계상으로도 배당가능이익으로 인정하지 않으므로, 결국 상법 제462조 제1항 제4호는 위 당기순이익으로 인정되어 회계상 이익잉여금에 포함되는 미실현이익(②)을 상법상 배당가능이익 산정 시 제외하도록 한 것이라고 한다.³⁰⁾

다만 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’) 제4조 제2항 제5호에 따른 파생결합증권의 거래를 하고, 그 거래의 위험을 회피하기 위하여 해당 거래와 연계된 거래를 한 경우로서 각 거래로 미실현이익과 미실현손실이 발생한 경우와 자본시장법 제5조에 따른 파생상품의 거래가 그 거래와 연계된 거래의 위험을 회피하기 위하여 한 경우로서 각 거래로 미실현이익과 미실현손실이 발생한 경우에는 그 각 미실현이익과 미실현손실을 상계할 수 있다(상법 시행령 제19조 제2항).

Ⅲ. 준비금 제도

1. 준비금 제도의 채권자 보호 기능

대차대조표가 회사의 재산상태를 정확하게 반영하고 있다면, 회사 청산시 부채에 해당하는 재산은 채권자들에게, 순자산에 해당하는 재산은 주주들에게 분배될

29) 임재연, 앞의 책(주 4), 766면.

30) 김지평, 위의 글, 153면.

것이다. 하지만 현실에서는 대차대조표가 회사재산의 시가에 따른 가치를 정확히 나타내지 못할 수도 있고, 회사가 부채액에 상응하는 재산을 보유하더라도 회사재산의 유동성이 부족하여 이를 현금화하여 채권자에게 변제하기가 어려울 수도 있다. 이에 상법은, 회사 채권자에게 우선 변제의 기회가 제공되지 않는 한, 대차대조표상 부채액 전액은 물론, 순자산 중 일부 금액에 대해서도 주주들이 회사채권자들에 앞서 반환받지 못하도록 하고 있는데, 앞에서 본 상법 제462조에서 정한 배당가능이익의 산정방식의 내용이 바로 여기에 해당한다. 이처럼 자본금이나 준비금에 해당하는 회사재산이 부채액에 상응하는 회사재산에 더하여 채권자에게 담보로 제공되는 것을 통해, 회사의 지급불능 위험이 감소하고, 회사 채권자들이 주주의 기회주의적인 행동으로부터 보다 두텁게 보호받을 수 있다는 것이 자본금 및 준비금 제도의 핵심 논리이다. 그러나 자본금이나 준비금에 해당하는 재산이 별도로 특정되어 그 사용이 제한되거나, 회사가 이에 상응하는 현금을 별도로 예치해야 하는 것은 아니고, 자본금 및 준비금 제도가 회사의 책임재산이 줄어드는 것까지 방지하는 것은 아니므로 채권자 보호 기능에는 한계가 있고, 2011년 상법의 개정으로 법정준비금이 일정 수준을 넘는 경우 이를 배당 재원으로 사용할 수 있게 됨에 따라 채권자 보호 기능이 상당히 약화되었다.³¹⁾

2. 법정준비금의 적립 및 사용(처분)

위에서 살펴본 것처럼, 회사는 자본거래에서 발생한 잉여금을 시행령이 정하는 바에 따라 ‘자본준비금’으로 적립하여야 하고(상법 제459조 제1항), 자본금의 2분의 1이 될 때까지 결산기 이익배당액의 10분의 1 이상을 ‘이익준비금’으로 적립하여야 한다. 여기의 이익배당에 주식배당은 포함되지 않는다(상법 제458조).

상법은 ‘법정준비금의 사용’이라는 제목으로, 위 자본준비금 및 이익준비금을 자본금의 결손 보전에 충당하는 경우 외에는 처분하지 못한다고 규정하고 있다(제460조). 여기서 ‘자본금의 결손’이란 회사의 순자산이 자본금과 준비금의 합보다 적은 상태를 뜻하므로, 정확히 말하면 ‘자본금 및 준비금의 결손’을 의미한다.³²⁾ 회사에 결손이 발생하였더라도 회사가 반드시 법정준비금으로 결손을 보전

31) 최준선 외, 앞의 책(주 1), 301-303면.

32) 최준선 외, 위의 책, 313면.

할 상법상 의무를 부담하는 것은 아니다. 한편 결손 보전 절차나 시기 등에 대해 상법에서 규정하고 있지도 않다. 기업회계상으로 결손 보전은 사업연도말에 미처리결손금액이 확정된 후 회사가 결손금처리계산서와 자본변동표를 작성하면서 준비금을 감소시키는 방법으로 이루어지며, 이러한 내용을 포함한 재무제표에 대해 정기주주총회에서 승인이 이루어지면 그에 따라 확정된다고 본다.³³⁾ 결손 보전이 이루어지면 결손금 계정과 함께 준비금 계정도 함께 줄어들게 되므로, 배당가능이익이 늘어나는 효과가 발생한다(상법 제462조 제1항 제2호 참조).

3. 법정준비금의 감소

법정준비금은 장래 결손에 대비하고 채권자 보호를 위하여 회사의 재산을 사외로 유출하는 것을 방지하기 위하여 이익배당을 제한하는 회계상 금액일 뿐 실제로 회사에 유보된 재원이 존재하는 것은 아닌데도, 2011년 이전에는 자본감소를 통하여 회사재산을 주주에게 반환하는 것이 가능한 자본금의 경우와 달리 법정준비금에는 이러한 절차가 없었고, 우리나라 회사들의 적립금 규모가 과도하게 높아 준비금의 운용이 다른 주요 선진국에 비하여 지나치게 경직되어 있다는 문제 지적이 있었다. 이에 따라, 2011년 개정 상법에서 “회사는 적립된 자본준비금 및 이익준비금의 총액이 자본금의 1.5배를 초과하는 경우에 주주총회의 결의에 따라 그 초과한 금액 범위에서 자본준비금과 이익준비금을 감액할 수 있다.”라는 규정이 신설되었다(제461조의2).³⁴⁾ 법정준비금이 감소하면 그만큼 회사의 배당가능이익이 증가하게 되어 이를 배당 재원으로 사용할 수 있게 된다. 이때 준비금의 감소는 주주총회 보통결의로 결정하여야 하나, 반드시 별도의 안건으로 해야만 하는 것은 아니고, 정기주주총회에서 이익잉여금처분계산서를 포함한 재무제표를 승인하는 방식으로 결정해도 된다.

33) 권순일 외, 앞의 책(주 3), 498면; 최준선 외, 위의 책, 314면.

34) 권순일 외, 위의 책, 505면; 최준선 외, 위의 책, 320면.

IV. 배당가능이익 확보 목적의 준비금 감소에 관한 몇 가지 문제

1. 미처분결손금이 존재하는 경우의 준비금 감소

미처분결손금이 존재하는 회사도, 상법 제461조의2가 정한 요건만 충족하면, 다른 제한 없이 배당가능이익 확보를 목적으로 한 법정준비금 감액이 가능할지에 관하여 의견 대립이 있다.

먼저 ‘결손금 공제 필요설’은, 결손이 있는 경우 준비금을 감소시키는 것은 채권자의 보호에 반하므로, 미처리 결손금이 있는 때에는 준비금에서 결손금을 차감한 잔액이 자본금의 1.5배를 초과해야 한다고 본다.³⁵⁾

이에 대하여 ‘결손금 공제 불요설’은, 준비금을 감액하면 해당 금액은 이익잉여금 계정으로 전환되고, 이러한 잉여금으로 먼저 결손을 보전하고도 잔액이 있어야 이를 배당 재원으로 활용할 수 있게 되기 때문에 채권자에게 불리하다고 보기는 어렵다면서, 회사에 결손이 존재한다고 하여 준비금 감액에 있어 상법 규정에 없는 추가적인 기준을 적용할 것은 아니라고 한다.³⁶⁾

사건으로는, ① 결손금 공제 필요설을 따를 경우, 채권자 보호라는 명목으로 준비금에서 결손금만큼을 차감한 잔액이 자본금의 1.5배를 초과할 때 준비금 감소가 가능하다는 것일 뿐, 실제로 위 차감된 준비금이 상법 제460조에 따라 결손보전에 충당되는 것이 아니고, ② 준비금 감소가 이루어지면 그 감소된 금액 중 결손금과 대등액이 먼저 상계되고 나머지만 미처분이익잉여금으로 처리되므로 결손금이 없어진 상태가 되는데, 이때 준비금이 자본금의 1.5배를 초과하면 또다시 준비금 감소를 할 수 있게 되어 결국 준비금의 감소를 두 번 하는 번거로움이 발생하며, ③ 결손금 공제 불요설을 따르더라도 채권자 보호에 특별히 부정적인 문제가 생기는 것은 아니므로, 결손금 공제 불요설이 타당하다고 생각한다. 실무상으로도 먼저 감액된 준비금을 결손보전에 충당하고 남은 금액이 있으면 이를 미처리이익잉여금으로 계상하고, 결손금의 공제 없이 자본금의 1.5배를 초과하는 준비금을 감소하는 것이 일반적이라고 한다.³⁷⁾

³⁵⁾ 송옥렬, 「상법강의」, 홍문사, 2022, 1213면; 이철송, 「상법강의」, 박영사, 2022, 617면.

³⁶⁾ 최준선 외, 앞의 책(주 1), 321면.

2. 준비금 감소의 기준 시점

법정준비금의 감액은 적립된 자본준비금 및 이익준비금의 총액이 자본금의 1.5 배를 초과하는 경우에 그 초과한 금액 범위에서만 가능하므로, 준비금을 감소하기 위해서는 감소 결의 시점에 자본금과 준비금의 액수가 명확하게 결정되어야 한다. 이에 어느 시점의 준비금을 기준으로 준비금을 감소하여야 하는지에 대하여 견해가 대립된다.

‘직전 사업연도 기준설’은, 영업연도 중간에는 결손의 규모를 알 수 없으므로 자본준비금이 발생하더라도 감소 가능한 금액을 계산할 수 없기 때문에, 정기주주총회에서 직전 결산기의 재무제표를 승인함으로써 확정된 준비금을 기준으로 하여야 한다는 입장이다.³⁸⁾ 이 입장은 영업연도 중간에 발생한 준비금은 자본금 감소의 대상이 아니라고 한다.

반면 ‘감소 시점 기준설’은, 자본금과 자본준비금은 일정한 자본거래가 있는 경우에만 변동이 발생하고 이익준비금은 이익배당이 이루어질 때만 적립되므로, 사업연도 중간의 어느 시점에 자본금 및 준비금이 얼마인지가 비교적 명확하다고 할 것이어서, 준비금의 감소를 반드시 직전 사업연도 말 재무제표를 기준으로 할 필요는 없고, 결의 시점의 자본금 및 준비금을 계산하여 준비금 감소를 하면 된다고 한다.³⁹⁾

이러한 감소 시점 기준설은, 직전 사업연도 기준설을 따를 경우 직전 사업연도 말 이후 신주발행, 자본감소, 자기주식처분, 중간배당 등으로 인한 준비금의 변화를 반영하지 못하기 때문에, 상법에서 허용되는 것보다 더 많이 준비금을 감소시킬 위험성이 있다는 점을 문제점으로 지적한다.⁴⁰⁾

그러나 ① 감소 시점 기준설이 우려하는 위 사정들의 발생 기간은 직전 사업연도 말 이후부터 정기주주총회 전까지이므로, 통상 3월 중에 정기주주총회가 개최되는 회사 실무상 위 기간은 3개월 정도 밖에 되지 않고, 위 사정은 해당 사업연

37) 정준혁, “2011년 개정 상법이 배당 실무에 미친 영향”, 「상사법연구」, 제37권 제2호, 2018, 221면. 즉 먼저 감액된 준비금을 결손 보전에 충당하고 나머지 금액이 이익잉여금으로 전환된다고 이해하면 된다.

38) 이철송, 앞의 책(주 35), 617면; 임재연, 앞의 책(주 4), 756면.

39) 정준혁, 위의 글, 222면.

40) 최준선 외, 앞의 책(주 1), 321-322면; 정준혁, 위의 글, 223면

도 결산에 반영하면 충분하다는 점, ② 영업연도 중에도 준비금의 감액이 가능하다고 할 경우 해당 금액이 이익잉여금 계정으로 전환된다고 하더라도 영업연도 중간에 결손의 규모를 알 수 없으므로 결손 보전이 어렵게 되고, 그렇다면 실질적으로 결손이 존재하는 경우에도 감액된 준비금만큼이 전부 배당 재원이 되어 채권자 보호에 문제가 생길 수 있는 점, ③ 일반 주주의 입장에서도 준비금 감소 시점에 적립된 준비금이 정확히 얼마인지 알기 어렵고, 준비금 감소 시점 기준으로 작성된 재무제표는 감사 대상이 아니므로 이를 신뢰하기도 어렵다는 점 등을 고려하였을 때, 직전 사업연도 기준설이 타당하다고 생각한다.

3. 준비금 감소 후 즉시 배당 가능 여부

상법 제462조 제1항 제2호는 ‘그 결산기까지’ 적립된 자본준비금과 이익준비금의 합계액을 회사의 대차대조표상 순자산액에서 공제하도록 하고 있으므로, 준비금 감소가 이루어지더라도 이를 즉시 배당 재원으로 사용할 수는 없고, 해당 사업연도의 결산기가 지나야 한다고 해석되는데, 이러한 해석은 준비금 감소에 관한 상법 제461조의2의 입법취지에 부합하지 않아 문제가 된다.

이는 다시 말해, 정기주주총회에서 준비금 감소를 결의하고 그와 동시에 이를 반영하여 증가된 배당가능이익에 대해서 배당을 결의할 수 있는지의 문제이다. 이에 관하여는, 상법 제462조 제1항의 문언적 해석상 준비금 감소가 이루어지더라도 이를 즉시 배당 재원으로 사용할 수는 없고, 그 다음 해 정기주주총회에서 재무제표 승인이 이루어진 이후에야 이를 배당 재원으로 활용할 수 있다는 ‘즉시 배당 불가설’의 입장⁴¹⁾과, 불필요한 준비금의 감액을 통해 배당 재원을 마련하라는 상법 제461조의2의 입법취지를 고려하였을 때, 정기주주총회에서 준비금 감액을 결의하고 그에 따른 재무제표를 승인한 후 이를 통해 확보된 배당 재원에 대하여 같은 주주총회에서 즉시 배당할 수 있다는 ‘즉시 배당 가능설’의 입장⁴²⁾이

41) 정준혁, 위의 글, 225면

42) 송옥렬, 앞의 책(주 35), 1213면; 김건식 외, 「회사법」, 박영사, 2021, 594면; 심영, 앞의 글(주 5), 59면에서는 “준비금의 감소는 배당가능이익을 증가시키고 감소시킨 준비금을 재원으로 하여 배당할 가능성이 있으므로 재무제표를 승인하는 정기주주총회에서 먼저 준비금의 감소를 결의하고 그에 따른 재무제표를 승인할 수 있다.”라고 하는바, 준비금 감소 결의 후 즉시 배당이 가능함을 전제하고 있는 것으로

대립한다.

이와 관련하여 법무부는 2013. 6.경, 상법 제461조의2에 따른 정기주주총회의 준비금 감소 결의에 의해 법정준비금은 미처분 상태의 잉여금으로서 배당가능이익의 재원이 되고, 동일 정기주주총회에서 이를 재원으로 이익배당이나 자기주식 취득을 위한 용도로 사용할 수 있다는 유권해석을 한 바 있으나⁴³⁾, 이후 위 유권 해석을 변경하여 현재는 준비금 감소는 당기의 준비금을 줄이는 것이기 때문에 직전 결산기를 기준으로 한 배당가능이익을 변동시킬 수 없으므로 즉시 배당이 불가능하다는 ‘즉시 배당 불가설’의 입장을 채택하고 있다.⁴⁴⁾

생각건대, ① 준비금 감소에 관한 주주총회 결의시 결의사항에는 감소 대상이 되는 준비금과 감소액뿐 아니라 감소의 효력발생일도 포함되는데⁴⁵⁾, 여기서의 효력발생일은 해당 주주총회 결의 이후의 시점이라고 보는 것이 상당하다는 점, ② 그럼에도 즉시 배당 가능설을 채택하면 준비금 감소의 효력을 직전 사업연도말로 소급하는 것으로 처리하기 때문에 사실상 주주총회 결의의 소급효를 인정하는 결과를 가져온다는 점⁴⁶⁾, ③ 당해 정기주주총회에서 준비금 감소 결의를 하고 배당까지 할 수 있다고 보면, 시점상 그 후에 직전 결산기까지를 기준으로 이루어지는 중간배당, 분기배당 등의 배당 재원과 달라지는 문제가 발생한다는 점, ④ 준비금의 감소에 관한 상법 제461조의2의 입법취지도 이익의 배당에 관한 상법 제462조 제1항의 문언적 해석 범위 안에서 고려하는 것이 타당하며 이렇게 하는 것이 전체 법체계에 부합하는 조화로운 해석이라 할 수 있는 점, ⑤ 상법 제461조의2 규정에도 불구하고 제462조에서 ‘그 결산기까지 적립된’ 법정준비금의 합계액을 순자산액에서 공제하도록 한 것은 주주의 이익 실현보다 채권자 보호에 더 가치를 두고 있는 입법자의 결단이라고 볼 수도 있는 점, ⑥ 실무상 이익잉여금처분계산서(결손금처리계산서)를 작성할 때 준비금 감소 결의 내용을 반영하게 되는데 이때 정기주주총회 결의 시점을 처분예정일로 하여 처리한다는 점 등을 종합하여 고려하면, 정기주주총회에서 준비금 감소를 결의하고 이와 동시에 이를

보인다.

43) 2013. 6. 26.자 법무부 유권해석(상사법무과-2089)

44) 송옥렬, 위의 책, 1213면.

45) 김건식 외, 앞의 책(주 42), 593면; 이철송, 앞의 책(주 35), 617면

46) 정준혁, 앞의 글(주 37), 225면.

반영하여 증가된 배당가능이익에 대해서 배당을 결의하는 것은 상법에 위반된다고 보아야 할 것이다.

V. 결론

지금까지 상법 제462조의 배당가능이익과 준비금 제도, 그리고 배당가능이익 확보를 목적으로 한 준비금 감소와 관련된 문제로서, 미처분결손금이 존재하는 경우의 준비금 감소, 준비금 감소의 기준 시점, 준비금 감소 후 즉시 배당 가능 여부 등에 관하여 살펴보았다. ‘주주의 이익 실현’이라는 가치와 ‘회사 채권자 보호’라는 가치의 대립 속에서, 상법상 배당가능이익의 산정방식과 준비금 제도는 위 두 가치가 조화롭게 균형을 이룰 수 있도록 하기 위한 최소한의 제도적 장치라 볼 수 있고, 이 제도적 장치의 운영 과정에서 나온 세부적인 문제들에 대해서는 위 각 가치 중 어느 것을 조금 더 중요하게 여기느냐에 따라 학자마다 약간씩 다른 답을 제시하고 있다.

본 글은 기본적으로 ‘회사 채권자 보호’라는 가치를 조금 더 우위에 두고 각 쟁점을 바라보았다. 일반화시키기는 어렵겠지만, ‘재산을 증식시키기 위해 리스크를 감수한 투자자’와 ‘회사와의 거래를 통해 생업을 유지하고 있는 채권자’의 이익이 충돌하는 경우에는 채권자를 보호하는 것이 사회 정의에 조금 더 부합한다고 생각한다. 그러나 그럼에도 불구하고 주주의 가장 본질적인 권리인 이익배당에 관한 권리가 도외시 되어서는 안 되고, 회사의 회계 처리에 관한 실무도 반드시 고려되어야 하므로, 채권자 보호라는 가치만 단편적·일방적으로 내세워 현실과 동떨어진 판단이 이루어지면 안 된다는 것은 너무나 당연하다. 이러한 관점에서 미처분결손금이 존재하는 경우의 준비금 감소에 대해서는 ‘결손금 공제 불요설’을, 준비금 감소의 기준 시점에 관하여는 ‘직전 사업연도 기준설’을, 그리고 준비금 감소 후 즉시 배당 가능 여부에 대해서는 ‘즉시 배당 불가설’을 지지하였다.

준비금 감소와 배당에 관련하여 이상 살펴본 문제 외에도, 주주의 이익 실현과 채권자 보호의 가치가 충돌하는 실무상의 여러 문제가 있을 수 있다. 이러한 문제를 명확하게 인식하고 나아가 해결방안까지 제시하기 위해서는, 준비금 감소와

이익배당을 비롯한 회사 회계에 관한 이론과 실무에 대한 종합적인 이해가 전제되어야 할 것이다. 이를 위해서는 이론적 학습뿐 아니라, 이 분야와 관련된 회사 실무에 지속적인 관심을 두고, 상법 규정이 회사 실무에 적용되면서 발생하는 괴리를 발견하면서, 이러한 괴리를 현실에서 어떻게 메우고 있는지 확인하려는 노력이 병행되어야 할 것이다. 그리고 그 괴리 발생의 원인과 실무상 처리 방법의 이유를 분석하고, 이러한 현실을 법률적으로 어떻게 규율하는 것이 사회 정의에 가장 부합하는지를 계속 고민하면서 합리적이고 실효성 있는 대안을 모색하여 사회에 제안하는 것이, 필자와 이 글을 끝까지 읽은 여러분의 역할이라고 생각한다.

참고문헌

1. 단행본

- 권순일 외, 「주석 상법」, 한국사법행정학회, 2021
김건식 외, 「회사법」, 박영사, 2021
송옥렬, 「상법강의」, 홍문사, 2022
이철송, 「상법강의」, 박영사, 2022
임재연, 「회사법 I」, 박영사, 2020
최준선 외, 「株式會社法大系」, 한국상사법학회, 2022

2. 논문

- 김지평, “주식회사 배당의 실무상 쟁점”, 「선진상사법률연구」, 통권 제79호, 2017
심 영, “주식회사의 배당가능이익계산과 미실현이익”, 「상사법연구」 제33권 제3호,
2014
정준혁, “2011년 개정 상법이 배당 실무에 미친 영향”, 「상사법연구」 제37권 제2호,
2018

<국문요약>

준비금 감소와 배당

명 노 광

주주는 주주총회를 통해 배당금을 받거나 감자대금을 받는 형식으로 회사재산을 가져갈 수 있지만, 회사의 채권자는 이러한 회사재산의 유출에 관한 의사결정에 직접 관여할 수 없으므로, 회사 채권자 보호를 위해서는 주주에 의한 회사재산의 유출에 대한 법적 통제가 필요하다. 그중 하나가 바로 배당가능이익을 제한하는 것이다. 상법은 순자산에서 자본금과 자본준비금은 물론 이익준비금까지 공제하는 보수적인 방식을 채택하고 있는데, 이는 배당가능이익 산정기준 중 자본기준을 따르고 있다고 평가할 수 있다.

우리 상법상의 준비금 제도는 채권자에게 담보로 제공되는 것을 통해 회사 채권자들을 두텁게 보호하는 것에 목적을 두고 있다. 이에 상법은 회사에게 자본거래에서 발생한 잉여금을 자본준비금으로 적립하게 하고, 자본금의 2분의 1이 될 때까지 결산기 이익배당액의 10분의 1 이상을 이익준비금으로 적립할 의무를 부여하면서, 위 자본준비금 및 이익준비금을 자본금의 결손 보전에 충당하는 경우 외에는 처분하지 못하게 하고 있다.

한편 우리나라 회사들의 적립금 규모가 과도하게 높아 준비금의 운용이 지나치게 경직되어 있다는 문제 지적에 따라 2011년 상법이 개정되어, 회사는 적립된 자본준비금 및 이익준비금의 총액이 자본금의 1.5배를 초과하는 경우 주주총회 결의로 그 초과한 금액 범위에서 자본준비금과 이익준비금을 감액할 수 있게 되었다. 그런데 회사가 그 감액된 금액을 배당 재원으로 사용할 수 있게 되자, 채권자 보호 기능이 상당히 약화되었다는 비판이 제기되게 되었다. 따라서 위 상법 개정에도 불구하고, 배당가능이익 확보를 목적으로 준비금 감소를 할 때는 애초 준비금 제도의 본래 목적을 고려하여 채권자 보호라는 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다. 이 글에서는 이러한 관점에서 준비금 감소 및 배당과 관련된 세 가지 쟁점을 살펴보았다.

첫 번째는 미처분결손금이 존재하는 경우에도 준비금 감소가 가능한지에 관한

것으로서, 이러한 경우에도 준비금을 감소시키는 것은 채권자 보호에 반하므로 준비금에서 결손금을 차감한 잔액이 자본금의 1.5배를 초과해야 한다는 견해가 있으나, 이렇게 할 경우 절차상 번거로움만 발생하고, 결손금을 먼저 공제하지 않고 준비금 감소를 하더라도, 감액된 준비금을 결손 보전에 충당하고 남은 금액을 미처리이익잉여금으로 계상하면 채권자 보호에 특별히 문제가 생긴다고 할 수 없으므로, 결손금 공제를 준비금 감소의 요건으로 삼을 필요는 없다고 보았다(결손금 공제 불요설).

두 번째는 감소 대상 준비금의 기준 시점을 언제로 할 것인지에 관한 것으로서, 여기에는 결의 시점의 자본금 및 준비금을 계산하여 준비금 감소를 하면 된다는 ‘감소 시점 기준설’과 정기주주총회에서 직전 결산기의 재무제표를 승인함으로써 확정된 준비금을 기준으로 하여야 한다는 ‘직전 사업연도 기준설’이 대립하는데, ‘감소 시점 기준설’을 따를 경우 영업연도 중간에는 결손 규모를 알기 어려워, 실질적으로 결손이 존재하더라도 감액된 준비금만큼 전부 배당 재원이 되어 채권자 보호에 문제가 생길 수 있다는 점에서 ‘직전 사업연도 기준설’이 채권자 보호 관점에 더 부합한다고 보았다.

마지막 세 번째 쟁점은, 준비금 감소에 관한 상법 제461조의2의 입법취지에도 불구하고, 상법 제462조 제1항 제2호의 해석상 과연 준비금 감소 즉시 이를 배당 재원으로 사용할 수 있겠는지에 관한 것이다. 이에 관하여 필자는 상법이 ‘그 결산기까지 적립된’ 법정준비금의 합계액을 순자산액에서 공제하도록 한 것은 주주의 이익 실현보다 채권자 보호에 더 가치를 두고 있는 입법자의 결단이라고 볼 수 있다는 점에서, 정기주주총회에서 준비금 감소를 결의하고 이와 동시에 이를 반영하여 증가된 배당가능이익에 대해서 배당을 결의하는 것은 상법에 위반되는 것이라고 보았다(즉시 배당 불가설).

핵심어 : 이익배당, 배당가능이익, 자본준비금, 이익준비금, 준비금 사용, 준비금 감소, 미처분 결손금, 채권자 보호

<Abstract>

Decrease of Reserves and Dividends

Nohkwang Myung*

Shareholders can take the company's property in the form of receiving dividends or capital reduction payments through the general meeting of shareholders. However, since the company's creditors cannot directly participate in the decision-making on the outflow of such company property, legal controls over the outflow of company property by shareholders is necessary to protect the company's creditors. One of that controls is to limit dividendable profits. Korean Commercial Act adopts a conservative method of deducting capital and the capital reserves as well as the earned surplus reserves from net assets, which can be evaluated as following the capital standard among the criteria for calculating dividendable profits.

The reserve system under the Commercial Act aims to protect corporate creditors thickly by providing them as collateral. Accordingly, the Commercial Act requires a company shall accumulate surplus arises from capital transactions as its capital reserves; accumulate at least 10 percent of the cash dividend in each period for the settlement of accounts as its earned surplus reserve until its reserve reaches half of the company's capital; and not be disposed of statutory reserve except in recovery of a deficit in capital.

On the other hand, there was a problem that the management of reserves was too rigid due to the excessively high size of reserves of Korean companies. To solve this problem, the Commercial Act was revised in 2011, allowing the company to decrease of the capital reserves and the earned surplus reserves by a resolution at the general meeting of shareholders if the total sum of the capital

* Attorney at Law, DARAE Law & IP Group

reserve and the earned surplus reserve accumulated exceeds 1.5 times the capital of a company, within the limit of such excess. However, when the company could use the decreased amount as a dividend resource, criticism arose that the creditor protection function was significantly weakened. Therefore, despite the revision of the above Commercial Act, when decreasing reserves for the purpose of securing dividendable profits, the value of creditor protection should be not damaged in consideration of the original purpose of the reserve system. In this paper, three issues related to decrease of reserves and dividends were examined from this point of view.

The first issue concerns whether it is possible to decrease reserves even if there is an unappropriated deficit. In this regard, there is an opinion that the balance after deducting the deficit from the reserve should exceed 1.5 times the capital because it is contrary to the protection of creditors to decrease the reserve even if there is an unappropriated deficit. However even if the reserve is decreased without deducting the deficit, the remaining amount can be recorded as outstanding retained earnings after the decreased reserve is used in recovery of a deficit, so there is no particular problem with the protection of creditors. In addition, following the above opinion will only cause procedural inconvenience, so I don't think it is necessary to use the deficit deduction as a requirement for decreasing reserves.

The second issue is when to set the base point for reserves subject to decrease. There are two views here; the first view is that the reserve can be decreased by calculating the capital and reserves at the time of the resolution; the second view is that the regular meeting of shareholders should be based on the fixed reserves by approving the financial statements of the previous settlement period. However, if following the first view, even if there is a deficit, it is difficult to know the size of the deficit in the middle of the business year, and all the decreased reserves will eventually be dividend resources, which may cause problems in protecting creditors. Therefore, the second view seems to be a position that is more consistent with the creditor protection perspective.

The last third issue is whether, despite the legislative purpose of Article 461-2 of the Commercial Act on Decrease of Reserves, it can be used as a dividend resource immediately after the Decrease of Reserves under Article 462 (1) 2 of the Commercial Act. In this regard, the Commercial Act clearly stipulates that the total amount of the capital reserve and the earned surplus reserve “accumulated until the pertinent period for the settlement of accounts of the company” should be deducted from the net assets, which can be seen as more valuable to creditor protection than the realization of shareholders' interests. Therefore, I think it should be considered that it is in violation of the Commercial Act to resolve the decrease of reserves at the regular general meeting of shareholders and at the same time to determine dividends for increased dividendable profits.

Key Words : dividends, dividendable profits(distributable profits), the capital reserves, the earned surplus reserves, Use of Statutory Reserves, Decrease of Reserves, unappropriated deficit, creditor protection

통화스왑 입찰 관련 부당한 공동행위

조 윤 정*

◆ 목 차 ◆

- | | |
|--------------------|-----------------------|
| I. 들어가며 | IV. 법원 판결 |
| II. 사건 개요 및 피심인 주장 | 1. 사건 1 관련 판결 |
| 1. 사건 1 | 2. 사건 2 관련 판결 |
| 2. 사건 2 | 3. 사건 3 관련 판결 |
| 3. 사건 3 | V. 공정위와 법원의 판단에 대한 고찰 |
| III. 공정거래위원회 의결 | 1. 사건별 |
| 1. 사건 1 | 2. 쟁점별 |
| 2. 사건 2 | VI. 맺는말 |
| 3. 사건 3 | |

I. 들어가며

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제40조 부당한 공동행위의 금지 조항에 위배되는 입찰비리라고 하면 주로 일반 산업계에서 일어나는 일이라고 받아들일 수 있으나, 부당공동행위가 일어나는 산업에는 실제로 제한이 있을 수 없다. 금융기관에서도 다양한 금융상품 거래 시 경쟁입찰의 형식으로 이루어지고 있고 그에 대한 반대급부적 성격으로 개개인들에 대한 성공보수가 일반 산업계보다 훨씬 높은 상황에서, 오히려 개개인들에게 있어서 금융권에서의 부당한 공동행위에 대한 동기부여는 여타 다른 산업계보다 훨씬 높은 수준이다. 이러한 현실 아래서 다른 일반 산업계에서는 회사 차원에서의 부당한 공동행위가 이루어지는 경우가 많다면, 금융계에서는 일부 담당 임직원들 간의 사적인 관계를 통한 부당한 공동행위가 주를 이루고 있다. 그러다 보니 부당한 공동행위 자체가 합의의 존재를

* 연세대학교 일반대학원 법학과 박사과정, 전 씨티은행 외환, 이자율 딜러.

입증하기가 어려운 성격을 지니고 있는데 금융권에서의 부당공동행위의 경우는 금융상품의 난이도 등과 맞물려 그 합의의 입증과 판단이 더 쉽지 않은 상황이다.

이러한 상황에서 2019년과 2020년 공정거래위원회가 외환시장에서 대표적인 장외파생상품 중의 하나인 통화스왑 입찰과정에서의 여러 건의 부당한 공동행위에 대한 조사를 통해 금융기관에 시정조치 및 과징금 부과처분을 하게 된다.

통화스왑은 통화 간 이자율의 교환을 매개로 한 파생상품이다. 이는 외환과 이자율에 영향을 받는 중장기 외환 리스크와 금리 리스크를 동시에 헤지 할 수 있는 수단으로 주로 이용되고 있다. 기업들의 가장 기본적인 거래요인은 외국통화 표시의 해외채권발행을 통한 자금조달 시, 외국통화에 대한 환위험을 상쇄하고, 해외통화에 대한 금리위험을 국내 원화의 금리위험으로 바꾸기 위함이다.

기업은 통화스왑 거래를 통해서 채권발행을 통해 조달한 외화를 원화로 바꾸고, 외화통화 이자 지급을 상쇄하기 위해 외화통화 이자를 수취하고 대신 원화 이자를 지급하며, 채권의 만기 시점에 가서 채권의 상환을 위해 사용하던 원화를 다시 외화로 바꾸는 거래를 순차적으로 하기로 약정하게 된다. 이러한 통화스왑의 도움으로 기업들은 상대적으로 대규모 중장기 자금을 쉽게 조달할 수 있는 해외자본시장을 손쉽게 활용할 수 있게 되었으며, 때로는 국가 간 금리 차이를 이용해 국내에서 원화 채권발행 시의 비용보다 싼 가격에 자금을 조달할 수 있기도 하다.

기업들의 해외채권발행은 그 발행 장소가 외국이다 보니 그곳에서 견실한 투자자들을 모집하는 데 특화된 몇몇 외국계 금융기관들을 선정하여 그 발행을 담당하게 하는 경우가 대부분이다. 그러다 보니 해외채권발행이 완료된 이후 바로 이루어지는 통화스왑 거래 입찰에 국내은행들이 참여하기는 쉽지 않았고, 대부분 한국에 위치한 그 해외 주간사 은행들의 국내지점들과 거래하게 되는 경우가 대부분이었다. 외국계 국내지점의 경우 현재 국내에 30여 곳 정도가 영업하고 있으나¹⁾, 본 글 관련 사건들이 일어난 2010년경 통화스왑 거래에 관여할 정도로 규모가 있고 인지도가 있는 은행들은 그중에 3분의 1정도에 불과했다. 우리나라 통화스왑시장의 시장점유율에 대한 숫자는 발표되지 않고 있어서 정확한 수치는 알

1) 국내 달러원 외환시장에 참가하고 있는 외국계 은행의 숫자는 2023년 5월 기준 28개 곳이다.

수 없으나, 2010년경 통화스왑시장은 일부 외국계 은행 서울지점들만의 일종의 과점시장을 형성하고 있었다.

본 글에서는 이러한 통화스왑 입찰 과정에서 외국계 은행들의 세일즈(영업 직원)들 간의 통화 녹취록과 메신저상에서 부당한 공동행위의 혐의점들이 발견되어 공정거래위 조사가 시작된 세 건의 사건들에 대해, 공정위의 의결과 법원의 판결을 비교하여 살펴보고, 우리나라 외환파생시장에서의 부당공동행위에 대한 공정위와 법원의 판단에 관한 본인의 의견을 피력해 보고자 한다.²⁾

II. 사건 개요 및 피심인 주장³⁾

우선 심의속기록이 공개되어 있는 이 세 건의 사건에 대해 각각의 사건 개요 및 피심인에 해당하는 금융기관들의 주장을 살펴보고자 한다.

1. 사건 1

- 관련 사건명: 고객 P 발주 통화스왑거래 입찰 관련 3개 외국계 은행의 부당한 공동행위에 대한 건⁴⁾
- 피심인: D은행, H은행, J은행⁵⁾
- 관련 거래: 엔원 통화스왑, 총 500억 엔, 입찰일 2010년 5월 4일. 만기일 2011년 12월 22일(약 1년 8개월물).⁶⁾

2) 이 글을 위한 자료 및 사실관계들은 공정거래위원회 공개자료 및 법원의 판례들만을 기초로 해서 작성되었으며, 세부적인 거래내용 및 거래조건들은 공개된 자료가 있는 경우 그대로 사용하였다. 또한 관련 사업자들의 이름은 약어를 사용했으며, 개개인의 이름은 관련기관 약어로 대체하였다.

3) 공정거래위원회 백서, 심의속기록, 의결서, 판례들에 기초해서 정리하였음. 공정위 홈페이지에 통화스왑 입찰 관련해서 네 건의 심의속기록이 공개되어 있다. 그 중 대법원까지 간 사례 세 건을 이 글에서 소개한다.

4) 공정거래백서2020, 560면.

5) 공정거래위원회 의결서 제2019-043호, 2019. 2. 28. 1면.

6) 서울고등법원 2021. 12. 9. 선고 2019누40101 판결.

고객 P는 2008년 12월 29일 일본에서 발행했던 만기 2011년 12월 29일인 3년 짜리 사모사채 500억 엔(엔화 변동금리 지급채권)을 엔원 통화스왑(엔화 대 원화) 거래를 통해 원화로 바꾸기로 한다.

2010년 5월 4일 고객 P는 H은행에게 7개 은행으로부터 관련 통화스왑 가격을 취합해서 알려 달라고 하였다. 가격은 엔화 변동금리를 원화 고정금리로 바꿀 경우 고객 P 측에서 지급해야 할 원화 고정금리를 제출하는 방식으로 하며, 제출된 금리가 낮을수록 고객 P 측에서 부담할 이자비용이 낮아지게 돼서 고객 P에게는 좋은 가격이라 할 수 있다.

이에 H은행은 다른 6개 은행으로부터 가격을 취합하는 도중 다른 은행들(4.30%)에 비해 과도하게 좋은 가격을 써낸 D은행의 가격 3.93%에 대해서 가격이 잘못 산정된 것 같으며 다시 확인하도록 하였고 D은행은 가격을 정정하여 4.28%로 제출하였다. 또한 J은행은 당시 일본시장이 연후로 인해 휴장인 점을 들어 가격산정에 어려움이 있다며 H은행에게 같은 가격을 내 달라고 요청하였고 H은행은 이에 동의하여 H은행과 J은행 모두 H은행의 가격인 4.30%를 같이 제출하였다. 결과적으로 D은행 이외의 4개 은행은 4.30%를 제시하였고 또 다른 은행 한 군데는 4.41%를 제시하였다. 마지막으로 한 은행은 가격을 제시하지 못하였다. 고객 P는 상위 5개 은행과 각각 100억 엔(약 1억 달러)⁷⁾씩의 통화스왑 거래를 다 같은 가격인 4.30%에 체결한다. 그러나 6일 후인 2010년 5월 10일 고객 P의 사정으로 인해 반대 거래를 통해 전체 통화스왑 거래를 청산하였다.

공정위 심의속기록에 의하면, 이 사건 관련해서 D은행은 공정위의 심사보고서에 대해 특별한 의견을 제시하지 않았다. H은행은 고객이 코디네이터의 역할을 부탁했고 그 역할이 단순 가격 취합의 성격이기보다는 딜(deal, 거래)을 성사시키기 위한 코디네이터라고 생각해 가격 산정을 잘못된 D은행에게 알린 것뿐이고, 일본시장 휴장으로 가격산정에 어려움을 겪고 있는 J은행의 요청을 들어준 것뿐이지 적극적인 담합의 의사가 있었던 것은 아니었다고 주장하였다. 또한 관련매출액 산정⁸⁾에 있어서 통화스왑에서 한쪽만의 가격인 원화 이자금액을 관련매출

7) 2010년 5월 4일자 달러엔 환율 94.71 적용시 달러환산액 US\$105,585,473.

8) 공정거래위원회에서는 통화스왑 거래 관련 부당공동행위에 대한 과징금 산정시 공정거래법 제8조와 시행령 제13조 제1항에 의거 “과징금부과 세부기준 고시”에 의한 과징금 산정 시 매출액에 대하여, 상품 또는 용역의 대가의 합계액을 재무제표

액 산정에 이용한 것의 부당성에 대해서도 의견을 제시하였다. 그리고 관련 딜이 수일 만에 해지되어 은행들이 수취한 이자도 얼마 되지 않았고, 관련 행위로 인한 경쟁질서 저해 정도도 미미하여 고객이 입은 피해 정도 역시 미미하다고 주장하였다. 또한 하나의 고객에 대한 1회의 통화스왑 거래에 관한 것이어서 합의가 존재했다 하더라도 그로 인한 사회적인 영향이 크다고 할 수 없고 본건으로부터 얻은 수익을 고객에게 반환할 것을 제안한 상태임을 알렸다.

한편 J은행은 관련 대화가 있었던 사실관계에 대해서는 다툼이 없으나, 2010년 5월 4일 자 거래이고 공정위의 실질적인 현장조사 및 자료 요청이 2016년 4월 6일에야 이루어진 점을 들어 구법상의 처분시효 5년이 이미 경과하여 그 자체로서 기각되어야 함을 주장하였다. 또한 H은행과 마찬가지로 관련매출액 산정의 부당함을 주장하였고 경쟁제한성이 없거나 미미하며, 피심인들이 거래의 이행을 통제할 능력이 없었으며 거래당일 손익을 기준으로 관련매출액 산정 시 40억 원 이하로 중대성이 약한 위반행위임을 주장하였다. 또한 H은행의 가격에 따라가겠다고 한 것이 합의가 이루어진 것이라고 볼 수 없으며, 합의라고 하더라도 경쟁을 부당하게 제한한 행위라고 볼 수 없고, 합의가 없었을 경우 유리한 가격을 누렸을 것이라는 입증이 없다고 주장하였다. 이러한 점들을 바탕으로 심사관이 “중대한 위반행위”로 본 사안은 “중대성이 약한 위반행위”⁹⁾로 보아야 함을 주장하였다. 당시 심의단계에서 심사관은 아래의 표와 같이 판단하여 산정점수 2.0에 해당하는 중대한 위반행위로 판단하였었다.

	위반행위 내용		관련시장 점유율	위반행위 정도		
	경쟁제한성	이행정도		관련매출액	부당이득/피해규모	지역적범위 입찰특성
비중	0.2	0.2	0.1	0.1	0.3	0.1
점수	상 3	상 3	하 1	중 2	하 1	중 2
2.0	0.6	0.3	0.1	0.2	0.3	0.2

등에서 영업수익 등으로 기재하는 사업자의 경우에는 영업수익을 매출액으로 사용하도록 하는 규정에 따라 영업수익을 관련매출액으로 사용하고 있다.

- 9) 공정거래위 “과징금부과 세부기준고시”에서는 과징금 산정시 중대성의 정도를 매우 중대한 위반행위, 중대한 위반행위, 중대성이 약한 위반행위로 나누어 부과기준율의 차등을 두고 있다.

마지막으로 J은행은 피심인 특정과 관련하여 J은행 본사가 포함된 것과 관련하여 J은행 본사와 서울지점은 은행법만 아니라 공정거래법상으로도 별개의 독립된 사업자임을 주장하며, 본건의 합의가 인정되더라도 주체는 서울지점임을 들어 서울지점만으로 피심인을 특정할 것을 요청하였다.

2. 사건 2

- 관련 사건명: 고객 N 발주 통화스왑 입찰 관련 C은행 및 H은행의 부당한 공동행위에 대한 건
- 피심인: C은행, H은행
- 관련 거래: 달러원 통화스왑 총 미화 10억 달러, 입찰일: 2009년 7월부터 2010년 1월경까지 각 1억 달러씩 총 10회, 만기일 2014년 6월 17일 (약 5년 물)¹⁰⁾

고객 N은 2009년 6월 17일 고정금리 6.25%에 발행한 외화사채의 자금을 원화로 바꾸면서 달러 고정금리 지급이자에 대한 위험을 원화 고정금리로 전환하기 위하여 2009년 7월경부터 2010년 1월경까지 총 10회에 걸쳐 각 미화 1억 달러씩 통화스왑 계약을 체결하였다. 각 거래는 고객 N 측에서 몇 개의 은행들에 가격을 물어보면 은행들이 가격을 제시하고 고객 N은 그중 제일 좋은 가격에 거래를 체결하는 입찰의 형식을 취하고 있었다. 2009년 7월부터 지속해서 거래가 이어져 오고 있었고, 기초 거래인 외화사채 발행의 주간사은행 또한 총 다섯 개 은행(B은행, C그룹, D은행, G은행, K은행)이다 보니 시장에 관련 거래의 존재에 대해서는 어느 정도 알려져 있던 상황으로 보인다. 그리고 의결서에 제시된 2010년 1월 5일 자 거래내역의 가격을 제출한 은행에 주간사은행이 아니었던 R은행도 들어 있는 것으로 보아 고객 N은 거래상대방을 주간사은행으로 제한하고 있지 않은 것으로 보인다.

2010년 1월 4일 오후 1시 32분경 H은행 세일즈 직원(기업 외환 담당 직원)이 C은행의 담당 세일즈 직원에게 연락하여 관련 딜에 대한 정보를 문의한다. 이에 C은행 담당 직원은 자신들이 1억 달러 딜을 받을 때까지는 입찰에 참여하지 말

¹⁰⁾ 공정거래위원회 의결서 제2020-065호 2020. 3. 31. 제목, 1면, 7면.

고 C은행이 거래를 따고 난 다음에 들어갈 것을 조건으로 정보를 제공하기로 한다. 관련 대화 내용의 일부는 다음과 같다.

C은행: 지금하지 말고 (중략) 우리 끝나면 해요(중략) 우리가 가격이 안좋은편이라 같이 들어가면 우리가 못하거덩 글니까 우리는 무조건 단독으로 해야 해요. (중략) 일단 우리하고 들어가야 된다.. 알쨌?

H은행: 오키오키오키오키 (중략) [C은행] 끝나면 알려주세요...

C은행: 냥11)

이후 H은행은 같은 날 오후 2시 32분경 고객 N으로부터 통화스왑 입찰 참여를 제안받았다. H은행의 세일즈 직원은 오후 4시 38분경 트레이더에게 가격을 문의하였고, 다음날인 2010년 1월 5일 오전 9시 38분경 가격(원화 고정금리 5.25%)을 받았다. 그러나 H은행은 1월 5일 오전과 오후에 있었던 입찰에 모두 참여하지 않았다.

의결서에 나와 있는 고객 N의 내부 문건에 따르면 고객 N은 1월 4일(인디케이션 요청일) 은행들에 가격을 요청하였다. 그리고 거래는 다음 날인 1월 5일 체결하였다. H은행이 가격 요청을 받은 시간이 외환시장이 끝나기 얼마 안 남은 2시 32분이었던 점을 감안하면, 1월 4일 은행들에 가격을 문의하고 1월 5일 오전에 거래를 체결한 것으로 보인다.

C은행 세일즈 직원은 1월 5일 오전 딜에서 5.34%의 가격을 제시하였고 이 가격에 대해 C은행은 트레이더에게 받은 5.25%에 세일즈마진 0.09%를 더해서 5.34%를 제시했던 것이라고 구체적으로 밝히고 있다. 그러나 고객은 더 좋은 가격인 5.29%를 제시한 B은행과 거래를 체결하였다. 이후 C은행 세일즈 직원이 고객에 전화하여 5.31%까지 가격을 낮추며 거래를 제안하였으나 이미 5.2%대에 거래를 체결한 고객은 5.2%대에만 하겠다며 거절하였고, 다시 오전 중에 추가로 C은행은 고객에 전화를 걸어 반대물량이 나와 5.29%까지 가격이 가능하다고 거래를 요청하였으나 다시 거절당했다. C은행의 담당 세일즈 직원은 다시 오후 1시경 전화를 해서 5.27%까지 제안을 하였고 결국 고객 N은 그 제안을 수락하였다.¹²⁾

11) 공정거래위원회 앞의 의결서 10면.

12) 고객N은 오후 1시 51분경 B은행으로부터 5.35%의 추가 가격제안서를 받았고, 내부

이후 C은행의 세일즈 직원은 H은행의 직원에게 1시 32분경 거래 체결 사실을 알리면서 H은행이 해도 된다고 알린다. 다음은 동 의결서에 나오는 대화 내용이다.

C은행: 인제 해도 돼요 / 하세요

H은행: 던했어?

C은행: ㅇㅇ

관련 심의에서 H은행은 공정위의 조사에 대해 특별한 이견을 제시하지는 않았다. C은행은 H은행이 고객 N과 크레딧라인(Credit Line, 신용한도: 거래를 하기 위한 거래한도)도 없었고, 지인 간의 가벼운 대화였으며, H은행이 입찰에 참여하는 것을 공부 못하는 학생에 빗대어¹³⁾ 영향이 없다고 주장하였다. 또한 1월 5일 오후의 거래가 입찰이 아닌 사실상의 수익계약이라고 주장하며, 1월 4일의 대화와 연관된 입찰에 해당하지 않는다고 주장하였다.

3. 사건 3

- 관련 사건명: 고객 E 발주 통화스왑 입찰 관련 3개 외국계 은행의 부당한 공동행위에 대한 건¹⁴⁾
- 피심인: J은행, C은행, H은행
- 관련 거래: 달러원 통화스왑 입찰, 총 7억 달러, 입찰일 2010년 2월 11일경, 만기 약 5년.

2010년 1월 28일 H은행의 세일즈 임원은 고객 E의 담당자에게 1억 달러의 통화스왑 거래를 제안하면서, 거래 시 다른 한두 개의 금융기관 직원에게 형식적으

적으로는 C은행이 제시한 5.27%와 입찰을 통해 C은행과 거래를 한 것으로 되어 있다.

13) 이 표현은 심의 과정에서 피심인 대리인이 사용하였으며, 적절하지 못한 표현으로 위원으로부터 주의를 받았다.

14) 서울고등법원, 2021. 5. 13. 2020누40633 판결, 공정거래위원회 의결서 제2020-074호 2020. 4. 7.

로 입찰서류를 작성하여 제출하도록 하겠다고 하여 승낙을 받았다. 그리고 사건 당일 오전 9시 16분경 원화 고정금리 5.49% 등의 조건으로 전화상 구두로 계약을 체결하였고 H은행은 고객 E에 자신들의 가격보다 조금 더 높은 금리를 기재한 C은행의 견적서를 받아 제출해 주겠다고 제안하였다. H은행은 11시 20분경 이메일로 C은행 세일즈에 5.52%의 가격으로 입찰에 들리기로 참여해 달라고 요청하였고 C은행은 승낙하고 오후에 고객에게 H은행이 지정해준 5.52%의 가격으로 견적서를 제출하였다. 이와는 별개로 고객은 J은행에게 견적서 제출을 요청했고, 그 외 다른 A은행 또한 고객에 가격을 제안하여, J은행과 A은행은 각각 이메일과 팩스로 가격제안서를 제출하였다. H은행의 5.49%가 C은행과 다른 은행들이 제출한 가격보다 좋았고, 고객과 H은행은 그 이후 거래확인서를 주고받았다. 관련 거래 역시 고객이 달러 변동이자를 은행들로부터 받고 원화 고정이자를 은행들에 지급하는 거래로서 제출된 가격인 원화 고정금리가 낮을수록 고객에게 유리한 거래이다.

그리고 2010년 2월 11일 H은행은 고객에 추가로 거래를 제안하여 1시 36분경 원화 고정금리 5.49%의 가격에 역시 유선을 통해 구두로 계약을 체결하였다. H은행은 같은 날 2시 24분경 고객에게 다른 은행들로부터 견적서를 받아 볼 것을 제안하였고 고객은 2시 31분경 자신이 바쁘다며, H은행에게 대신 다른 은행들의 견적서를 받아서 제출해줄 것을 부탁하였다. 이에 H은행은 승낙을 하고 다시 C은행에 메신저를 통해 5.51%로 입찰에 들리기로 참여해 줄 것을 요청하였고 C은행은 승낙하고 관련 자료를 H은행에게 받은 후 5.51%의 견적서를 보냈다. H은행은 본인들이 반대거래가 있어서 가격이 좋아서 진짜 비딩(bidding, 입찰)을 했어도 다른 은행들이 맞추기 힘든 가격이었을 것이라는 말을 C은행에게 하였다. 또한 H은행은 J은행에 연락하여 5.50%로 역시 들리리 입찰에 참여해 줄 것을 요청하였고 J은행은 고객에게 관련 가격 요청 사실이 있는지 확인 후 5.50%의 견적서를 제출했다. 이 거래에서도 J은행과 C은행을 제외한 제3의 다른 은행이 입찰 과정에 참여하였고 가격은 5.805%였다. H은행은 관련 자료를 취합해 고객에게 보냈다. 고객 E는 오후에 내부적으로 품의를 거쳐서 품의서 상 가장 좋은 가격을 제출한 H은행과의 거래를 확정하는 결제를 하였다.

다음은 2020. 1. 22일 자 관련 심의속기록에 나와 있는 메신저상 H은행의 요청 내용이다.

H은행: 야, 나 하나 부탁 하나만 들어줘 / 지난번처럼 가격 하나만 넣어줘, 5.5%로 부탁해

H은행: 가라 bidding 5.5에 하나만 넣어줘라, 내가 다음에 넣어줄게.

장외파생상품 표준계약서(ISDA) 등에 의하면 거래 당사자들 간 거래조건을 구두 또는 여타의 방법으로 합의한 때에 그 거래조건에 대하여 당사자들이 법적으로 구속된다고 규정하고 있다. H은행은 이미 고객과 구두로 체결된 거래이긴 하나, 공기법인 고객이 공공기관 국가계약법 등에 의한 내부사무처리 규칙인 재무위험 관리기준에 의거 파생상품의 경우 입찰로 거래를 진행하게 되어있어서¹⁵⁾ 이러한 외관을 만들어 주기 위한 입찰이었으므로 진정한 의미의 입찰이 부존재함을 들어 반경쟁적 합의를 구성할 수도 없었으며, 경쟁제한성과 부당한 공동행위 자체가 성립되지 않음을 주장하였다. 또한 이 사건에서도 마찬가지로 처분시효 경과와 총 원화 이자 지급금액을 관련 매출액으로 산정하는 것에 대한 이견을 제시하였다.

Ⅲ. 공정거래위원회 의결

1. 사건 1

공정위는 2019년 2월 28일 피심인들에 대해 구법 제19조 부당한 공동행위의 금지 제1항 제1호와 제8호 위반으로 시정조치¹⁶⁾ 및 과징금 부과를 의결하였다. 관련 주문을 내리기까지의 구체적 내용을 살펴보면 다음과 같다.

합의의 존부에 대하여는 H은행이 D은행에게 가격을 조정하도록 하여 결국 D

15) 공정거래위원회 의결서 제2020-074호, 2020. 4. 7. 각주15) ◇◇◇의 재무위험관리 기준, 제13조(파생거래원칙) ③파생상품은 경쟁을 통하여 가격을 결정함을 원칙으로 한다. 다만, 긴급을 요하거나 위원장이 필요하다고 인정하는 경우에는 경쟁에 의하지 아니할 수 있다.

16) 시정조치의 내용은 다음과 같다. “통화스왑거래에서 경쟁을 제한하는 행위를 다시 하여서는 아니되며, 시장을 통한 정보수집 이외에 경쟁사업자와의 직접 접촉 또는 유·무선전화, 이메일, 인터넷, 메신저 기타 어떠한 방법으로도 통화스왑 가격결정 요소 및 내용에 관한 정보를 공유하여서는 아니된다.”

은행이 가격을 조정하였고 J은행과는 동일한 가격을 제출하기로 한 것은 관련 거래에서 가격을 결정하거나 변경하는 행위에 대해 합의한 것으로 보아 구법 제19조 제1항 제1호에 해당하며, 또한 7개 은행이 참여하여 가격을 제시하고 5개 은행을 거래상대방으로 정하는 방식이므로 입찰에 해당함으로 구법 제19조 제1항 제8호에도 해당한다고 보았다.

경쟁제한성에 대하여는 고객이 H은행에게 후보은행들의 가격을 조정하지 말고 그대로 전달해 달라고 요청하였음에도 H은행이 합의를 통해 조정하였으므로 입찰에서의 공정한 경쟁을 침해한 바를 인정하였다. 또한 공정위에서는 가격산정의 어려움을 알리고 다른 은행에 참여기회를 주었을 수 있는데 그러지 아니하여 다른 사업자의 참여기회를 박탈한 것에 대해서도 경쟁제한성을 인정하였다.

법인격에 있어서는 법인격이 없는 ‘외국법인의 국내지점’은 독자적으로 처분의 상대방이 될 수 없고 처분기관이 외국법인의 국내지점 명의로 처분을 하였다 하더라도 외국법인을 당사자로 한 처분이라고 보는 일관된 대법원 판례의 입장을 들어 피심인은 J은행 서울지점이 아니라 법인격이 있는 J은행 본점이라는 점을 확인하였다.

시정조치 및 과징금 관련해서는 구법 제21조(시정조치)¹⁷⁾ 및 구법 제22조(과징금)¹⁹⁾, 제55조의3(과징금의 부과), 구법시행령 제61조 제1항 [별표2] 위반행위의 과징금 부과기준, 과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시(이하 과징금 고시라 한다)에 따라 과징금을 부과하였다.

과징금 산정을 위한 관련 매출액에 있어서는 은행이 통화스왑 거래를 통하여 고객에게 수취가 예정된 원화 고정금리에 따른 이자 금액의 합계로 보았다. 원화 고정금리와 교환하기로 되어있는 엔화 이자 금액에 대해서는 통화스왑 거래의

17) 대법원 1982. 10. 12. 선고 80누495 판결, 대법원 1989.8.8. 선고 88누9978 판결 등.

18) 구법 제21조(시정조치) 공정거래위원회는 제19조(부당한 공동행위의 금지) 제1항의 규정을 위반하는 행위가 있을 때는 당해사업자에 대하여 당해행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위해 필요한 조치를 명할 수 있다.

19) 구법 제22조(과징금) 공정거래위원회는 제19조(부당한 공동행위의 금지) 제1항의 규정을 위반하는 행위가 있을 때는 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 10을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 20억원을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.

서비스로 보고 관련 매출액의 고려대상에서 제외하였다. 부과기준을 산정에 있어서는, 가격 및 입찰 관련 공동행위인 점이 있으나, H은행이 가격을 취합하여 전달하는 위치에 있어서 이행감시 제재 수단이 존재하나 실제로 그런 제재나 감시를 하지 않았다고 보았다. H은행이 D은행의 가격을 바꾸게 한 것을 이행감시를 한 것으로 보지 않았다. 그리고 원화 고정금리를 수취하는 대신 엔화 변동금리를 지급함으로써 은행들의 부당이득 규모가 제한적일 수 있는 점과 관련 거래가 조기 정산되었고 고객이 엔화 환율 상승에 따른 이익을 상당히 본 점등을 고려하여, 실제로 심의결 단계에서 관련 행위를 “중대한 위반행위”로 판단하여 부과기준율 5% 이상 7% 미만에 해당함²⁰⁾에도 불구하고 부과기준율을 3%로 정하였다. 또한 D은행과 H은행에 대해서는 조사협조 감경 20%를 적용하여 약 2억 원의 과징금을 부과하고 J은행에게는 약 2.5억 원의 과징금을 부과했다.

2. 사건 2

2020년 3월 31일 공정거래위는 사건1에서와 같은 내용의 시정조치를 부과하고 C은행에 9억 원, H은행에 3.6억 원의 과징금 부과 결정을 내린다.

C은행과 H은행 세일즈 직원들 간에 정보의 제공을 대가로 C은행이 딜을 따낼 때까지 C은행에 비해서 가격이 좋은 H은행의 입찰 참여를 미뤄 달라고 하는 합의가 있었고, H은행이 실제로 입찰에 참여하지 않음으로써 합의가 실행되었다고 보았다. 또한 관련 거래가 총 3개의 은행을 후보은행으로 정하고 그중 가장 경쟁력 있는 가격을 정하는 방식으로 입찰에 해당한다고 보아 구법 제19조 제1항의 제1호와 제8호 위반으로 보았다.

경쟁제한성 판단에 있어서도 가장 유력한 경쟁사인 H은행이 참여하지 않음으

20) 공정거래위원회에서는 2019. 2. 28. 의결 당시 유효했던 과징금고시는 제2017-21호이었으나, 과징금고시 부칙 ③에 따라 IV.2.(과징금산정기준의 1차 조정)에 대해서는 당시 과징금고시 시행일인 2017. 11. 30. 이후 종료된 위반행위에 대하여 심의하는 경우부터 적용되는데 본사건 종료일은 2010년 5월 4일로 관련 과징금고시 시행전이므로 그 전 과징금고시인 제2016-22호를 적용하였다. 해당 고시에 의하면 부당한 공동행위에 대한 중대성의 정도가 중대한 위반행위일 경우 3.0% 이상 7.0% 미만의 부과기준율을 정하고 있으나 해당 사건은 산정점수가 2.0에 해당하여 부과기준율 5.0% 이상 7.0% 미만 적용대상이었다.

로써 경쟁사가 3개 사에서 2개 사로 축소되고 C은행 입장에서는 H은행과의 가격 경쟁 가능성을 사전에 차단하는 결과를 초래하는 등 입찰 과정의 경쟁을 저해한 점 등을 인정하였다.

과징금 산정에 있어서²¹⁾ 이 건에서도 공정위원회는 관련 매출액을 통화스왑 거래로부터 은행들이 수취하는 원화 이자 합계액을 관련매출액으로 정하였다. 그리고 부과기준율은 역시 중대한 위반행위로 보았으나, 합의 내용 이행을 위한 감시 또는 제재 수단이 존재하지 않았고, 참여사업자 비중이 50% 이상 75% 미만이며(3개 은행 중 2개 은행 참여), 통화스왑의 성격상 원화 이자를 받는 대신 달러 금리를 지급하여야 하므로 부당이득 규모가 제한적인 점등을 종합적으로 고려하여 역시 3%의 부과기준율을 적용하였다.

또한 들러리 사업자 수가 1인 점을 감안하여²²⁾ 들러리 사업자인 H은행에게 50% 감액을 적용하고 H은행이 조사 등에 적극적으로 협력하고 행위 사실을 인정한 점을 들어 추가 20%를 감경하였다.²³⁾

3. 사건 3

해당 사건에 대해서 공정위는 과징금 없이 시정조치만을 의결하였다.

H은행이 C은행과 J은행에게 자신의 가격보다 높은 가격을 제출하도록 부탁을 하였고 두 은행이 이를 들어준 사실관계는 구법 제19조 제1항 제8호의 합의에 해당한다고 보았다. 그리고 이러한 행위를 사전에 낙찰예정자 및 투찰가격을 합의한 것으로 보고 경쟁제한성 또한 인정하였다.

피심인들이 입찰의 부존재를 주장하였으나, 공정위는 H은행이 사전에 고객과 계약을 체결하였다는 사정만으로 입찰의 부존재를 말할 수 없으며 별도로 판단하여야 한다고 주장하며, H은행과 고객의 거래 사실을 알지 못한 채 입찰 절차를

21) 사건 2의 위반행위 종료일 역시 2010. 1. 5.임을 감안하여 사건 1과 마찬가지로 의결 시 구 과징금 고시 제2016-22호를 적용하였다.

22) 의결과정에서 사용한 과징금고시 제2016-22호 IV.1.다.(1)(마)2)에 의하면 탈락하였거나 응찰하지 아니한 자(들러리 사업자)에 대하여는 들러리 사업자의 수가 4 이하인 경우에 2분의 1범위 내에서 산정기준을 감액할 수 있다.

23) 과징금고시 제2016-22호 IV.3.다.(3)(가)에서 ‘적극 협력한 경우’를 20% 이내의 감경 사유로 들고 있다.

신뢰하여 입찰에 참여한 다른 은행이 존재하는 점을 들어 실제로 입찰 절차가 존재하였다고 보고 피심인들의 입찰 부존재 주장을 배척하였다. 그리고 H은행이 다른 은행들과의 합의가 없었다면 더 낮은 금리로 결정될 가능성을 차단한 점을 들어 다시 한번 경쟁제한성을 인정하였다.

이 사건에서도 J은행은 서울지점과 본점의 피심인 적격성에 대하여 이견을 제기하였는데 위에서 설명한 바와 같은 이유로 이 주장은 이유 없다고 의결하였다.

단 과징금 부과 고시의 단서조항²⁴⁾을 들어, 피심인들이 형식적인 입찰이라고 인식하였을 가능성이 있고, 고객도 H은행을 통해 다른 은행에 견적서 제출을 요청한 점을 들어 피심인들이 이 사건 공동행위에 대한 위법성을 인식하였다고 보기 어렵고, 실제로 이 합의를 통한 경쟁 감소나 입찰가격 결정에 미칠 수 있는 영향이 제한적이었으며, 원화 고정금리의 수취와 달러 고정금리의 지급이 동시에 일어나는 구조상 이익의 규모가 제한적이었음 등을 들어 과징금을 부과하지 않았다.

IV. 법원 판결

1. 사건 1 관련 판결²⁵⁾

이 사건에 대해서는 J은행이 불복하여 항고하였다. 서울고등법원은 2021년 12월 9일 J은행 서울지점의 소는 각하하고 J은행 본점의 청구는 기각하였다. J은행은 상고하였으나 대법원은 2022년 4월 14일 심리불속행으로 모두 기각하였다.

(1) 법인격관련

J은행의 피심인 특정과 관련하여 본점을 제외해 달라는 청구는 공정위의 J은행

24) 과징금 고시 III.2.다.1) 부당한 공동행위에 대하여는 원칙적으로 과징금을 부과한다. 다만, 참가사업자들이 행위의 위법성을 인식하지 못하고 경쟁제한 효과와 그 파급 효과가 크지 아니하다고 인정되는 경우에는 과징금을 부과하지 아니할 수 있다.

25) 서울고등법원 2021. 12. 9. 선고 2019누40101 판결, 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021두 63136 판결.

서울지점에 대한 본안전 항변에 관한 주장이 받아들여져 J은행 서울지점의 당사자 능력을 인정하지 않았다. J은행 서울지점은 이 사건 공동행위를 한 자는 서울지점이 본점이 아니므로 본점을 상대로 한 사건 처분은 위법하므로 취소되어야 한다고 주장하였으나 법원은 J은행 본점이 대한민국에서 영업을 하기 위해 상법 제614조, 은행법 제59조에 따라 설치한 외국법인의 국내지점으로서 법인의 지점은 법인격이 없는 것으로 소송에 있어 당사자능력이 없음을 들어 J은행 본점이 국내 영업소인 J은행 서울지점을 통해 거래한 것으로 보아 J은행의 주장을 받아들이지 않았다.

(2) 처분시효 경과 여부

J은행은 이 사건의 공동행위 종료일인 2010년 5월 4일 당시 공정거래법²⁶⁾에서 처분시효로 정한 “행위종료일부터 5년”이 이미 지난 2016년 6월 3일 조사가 개시된 점을 들어 처분시효가 경과했음을 주장하였으나, 법원은 2012년 개정 공정거래법 시행일인 2012년 6월 22일을 기준으로는 구법 제49조 제4항에 따른 “위반행위가 종료한 날부터 5년”의 처분시효가 지나지 않았으므로, 이 사건 공동행위에 대하여는 구법 제49조 제4항이 적용되지 않고 2012년 공정거래법 제49조 제4항²⁷⁾이 적용된다고 하였다. 또한 조사개시일로부터 5년 처분시효 기간 내인

26) 2010년 5월 4일 현재 공정거래법 제49조 (위반행위의 인지·신고등) ④공정거래위원회는 이 법의 규정에 위반하는 행위가 종료한 날부터 5년을 경과한 경우에는 당해 위반행위에 대하여 이 법에 의한 시정조치를 명하지 아니하거나 과징금 등을 부과하지 아니한다. 다만, 법원의 판결에 의하여 시정조치 또는 과징금부과처분이 취소된 경우로서 그 판결이유에 따라 새로운 처분을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

27) 2012년 개정된 공정거래법 제49조(위반행위의 인지·신고등) ④ 공정거래위원회는 다음 각 호의 기간이 경과한 경우에는 이 법 위반행위에 대하여 이 법에 따른 시정조치를 명하지 아니하거나 과징금을 부과하지 아니한다. 다만, 법원의 판결에 따라 시정조치 또는 과징금부과처분이 취소된 경우로서 그 판결이유에 따라 새로운 처분을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 공정거래위원회가 이 법 위반행위에 대하여 조사를 개시한 경우 조사개시일로부터 5년
2. 공정거래위원회가 이 법 위반행위에 대하여 조사를 개시하지 아니한 경우 해당 위반행위의 종료일로부터 7년

2019년 2월 28일 이 사건 처분을 한 점 등에 비추어 처분시효 경과 주장을 받아들이지 않았다.

2012년 개정된 공정거래법 부칙(2012.3.21.) 제3조에는 “제49조 제4항의 개정 규정은 이법 시행 후 같은 조 제1항 또는 제2항에 따라 최초로 조사하는 사건부터 적용한다.”라고 되어있다. 법원은, 이 당시 법 개정의 내용과 취지 및 부칙들을 종합하여 2012년 개정 공정거래법이 시행되기 이전에 위반행위가 종료되고 시행 당시 구법 제49조 제4항의 처분시효 기간이 지나지 않은 사건에 대해서는 이 부칙조항에 의거 구법과 비교하여 처분시효를 연장한 2012년 개정 공정거래법 제49조 제4항을 적용하는 것이 현재 진행 중인 사실관계나 법률관계를 대상으로 하는 것으로서 부진정소급에 해당하여 헌법상 법률불소급의 원칙에 반하지 않는다고 하였다.²⁸⁾ 이 사건 또한 2012년 법 개정 당시 처분시효가 지나지 아니한 행위에 대해서는 공정위의 최초 조사가 개시된 이후부터 5년, 또는 조사를 개시하지 아니한 경우 행위종료일로부터 7년을 적용하여, 처분시효인 2017년 5월 이전인 2016년 6월에 최초 조사가 시작되어 처분시효가 경과하지 않은 걸로 보았다.

(3) 공정거래법 부당한 공동행위 금지 위반 여부

공정위가 관련 사건에 대해 법 19조 제1항 제1호와 제8호를 함께 적용하고, 과징금 산정 시 공정거래법 제19조 제1항 제8호를 기준으로 한 것은 적법하다²⁹⁾고 판시하였다. 이 사건에서의 통화스왑 거래는 입찰에 해당하고 은행들의 행위는 가격담합에 해당할 뿐만 아니라 입찰 담합에도 해당한다고 보았다.

(4) 과징금 납부 명령의 위법 여부

1) 관련매출액 산정의 위법 여부

부당한 공동행위에 대한 과징금은 매출액을 기준으로 산정하는데, 입찰 담합

²⁸⁾ 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017두68103 판결, 헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2016헌바459 등 결정 참조.

²⁹⁾ 서울고등법원은 사업자의 하나의 법 위반행위의 내용이 공정거래법 제19조 제1항 각호 중 여러 행위에 해당하는 경우, 수 개의 공동행위가 함께 성립할 수 있다고 하며 대법원 2019. 7. 25. 선고 2017두65708 판결을 참조하였다.

행위에 대하여는 계약금액이 과징금의 기본 산정기준이 된다. 특히 금융기관의 경우 영업수익을 기준으로 관련 매출액을 정하고 있는데 은행이 통화스왑 거래를 통해 수취한 원화 고정금리를 영업수익으로 보고 지급한 외화 고정금리를 영업비용으로 인식하여, 영업수익인 원화 고정금리를 관련 매출액으로 산정한 것은 과징금 관련 당시 구법 제6조 제22조 및 구법 시행령 제9조의2의 규정상의 영업수익에 부합한다고 인정하였다.

2) 부과기준을 산정의 위법 여부

법원은 앞의 사건 개요 부분에서 살펴보았듯이, 공정위가 심의단계에서부터 본 사건에 대해 과징금 산정기준과 [별표] 세부평가 기준표에 따라 산정점수를 2.0으로 평가하여 관련 사건을 중대한 위반행위로 정하고, 추가로 사건의 위반행위의 내용 및 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 부과기준을 적용함에 공정위가 재량권을 일탈·남용하여 부당하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

2. 사건 2 관련 판결

본 사건은 C은행이 항고하였고 서울고법에서 공정거래위원회가 2020년 3월 31일 의결한 시정명령 및 과징금 납부 명령을 취소하면서 공정위 패소 판결을 내렸다.³⁰⁾ 이에 공정위는 상고하였고 현재 대법원에 계류 중이다.

서울고등법원은 C은행의 관련 거래가 사실상의 수의계약의 형태로 진행되었고, H은행은 관련 거래 당시 입찰 사실을 통지받지 못하였으므로 양 은행 직원 간의 사전 대화로 인하여 이 사건 통화스왑의 입찰 경쟁이 제한될 여지가 없었고, C은행의 가격이 경쟁적인 가격이었으므로 H은행이 이 입찰에 참여하지 않았다고 하여 경쟁이 제한되었다고 볼 수 없다고 판시하였다.

또한 과징금 산정에 있어서, 같은 고등법원의 직전 판단³¹⁾과 다르게 처음으로 통화스왑 거래에서의 관련 매출액은 은행이 수취한 원화 이자 금액에서 지급한 미화 이자 금액을 차감한 금액으로 봐야 한다고 하며 공정거래위의 판단과 바로

³⁰⁾ 서울고등법원 2021. 6. 30. 선고 2020누40626 판결.

³¹⁾ 서울고등법원 2021. 5. 13. 선고 2020누40336 판결.

한 달 전에 있었던 판례를 뒤집고 은행들의 주장을 들어주었다.³²⁾

부과기준을 산정에 있어서도 C은행이 고객에게 수령한 원화 금리의 세일즈 마진이 0.02%에 불과하고, 환율변동으로 관련 거래에서 총 11억 원에 해당하는 손해를 입었고, 관련 거래로 얻은 이익이 없는 점들을 고려하여 원고가 취득한 부당이득은 미미한 반면, 과징금 9억 원은 과도하여 부당이득 액수와 현저히 균형을 상실하였다고 보아 이 사건 처분을 재량권 일탈 남용으로 보고 위법하다 판시하였다. 또한 C은행과 고객의 거래 과정 대화 내용에 H은행의 입찰 참가가 고려되지 않았고, 관련 거래의 가격에 대해 C은행과 H은행의 직원 간 논의가 없었으므로 C은행의 가격에 경쟁제한 효과가 반영되어 있다고 보기 어렵다고 보았다.

3. 사건 3 관련 판결

J은행 서울지점과 J은행 본점이 항고하였다. 서울고등법원은 J은행 서울지점의 소는 각하하였고 J은행 본점에 대해서는 청구가 이유 있다고 인용하며, 2020년 4월 7일 공정거래위원회의 의결에 따른 시정명령을 취소하였다.³³⁾ 공정거래위원회는 상고하였고 관련 소송은 현재 대법원에 계류 중이다.

이 사건에서도 J은행은 본점과 서울지점의 원고적격 여부 관련 사건1과 동일한 판단이 내려져서 서울지점의 소는 각하되었다.

고법은 이 사건의 부당한 공동행위의 존재 여부와 관련해서 관련 거래의 경우는 실제로는 고객 E가 H은행과 구두로 계약을 체결한 뒤 입찰 절차를 거쳤다는 증빙을 남기기 위하여 형식적인 입찰서류만을 작성하였다고 볼 수 있을 뿐, 경쟁 방법에 의하여 계약 내용이 결정되는 입찰이 현실적으로 존재하였다고 보기 어렵고 고객 E의 직원이 피고 조사과정에서 거래 관련으로 2010년 2월 11일 오전에 H은행과 거래를 구두로 체결하기 이전에 여러 은행에 전화하여 견적을 청취한 후 그중 가장 유리한 조건을 제시하였던 H은행과 합의한 점을 들어 H은행과 딜을 체결하기 전에 입찰의 존재가 있었다고 볼 여지는 있으나 그 시점까지는 H

³²⁾ 2021년 6월 30일 서울고등법원의 이러한 판결(2020누40626)이 있은 후, 2021년 12월 9일 서울고등법원(19누40101)과 2022년 4월 14일 대법원(2021두63136)은 다시 공정위의 판단대로 원화 수취 이자 금액을 관련 매출액으로 인정하였다.

³³⁾ 서울고등법원 2021. 5. 13. 선고 2020누40633.

은행 C은행 J은행 간의 합의가 있었다는 증거가 없어, H은행과의 구두 체결 이후에 공동행위가 있었다는 것이므로 이러한 공동행위가 H은행의 낙찰을 가능하도록 합의하는 공동행위를 하였다고 볼 수도 없고 달리 이를 인정할 증거도 없다고 봤다. 또한 고객 E의 내부규정에 의거 형식적인 입찰서류를 갖추기 위하여 요청과 승낙을 하였을 뿐 입찰의 담합을 위한 행위로 보지 않았다. 또한 관련된 세 은행을 제외하고 입찰에 참가한 은행이 있긴 하나 본사건 계약일 이후 2010년 2월 19일에 고객 E가 H은행에게 다른 은행과의 구두계약 사실을 알린 후 그보다 높은 가격의 제안서를 제출해 달라고 요청하기도 한 점을 비추어 보면 2월 11일 당시 참가한 다른 은행도 실제 청약할 의사로 제안서를 냈다고 단정하기 어렵다고 보았다. 따라서 고법은 J은행이 법 제19조 제1항 제8호에 정한 다른 사업자와 공동으로 입찰에 있어 낙찰예정자, 투찰가격 등을 결정하는 행위를 할 것을 합의하였다고 볼 수 없다고 하며 원고 J은행의 나머지 주장에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 공정위의 사건 처분을 위법하다고 판시하였다.

V. 공정위와 법원의 판단에 대한 고찰

공정거래위원회의 의결내용과 서울고등법원 및 대법원의 판단에 대해서 사건별로 다른 내용에 대해서는 사건별로, 전체 사건에 공통으로 해당하는 사안에 대해서는 사안별로 살펴보고자 한다.

1. 사건별

(1) 사건 1

이 사건은 입찰에 있어서 사업자 간의 가격 담합 및 입찰 담합에 대해 공정위가 과징금을 부과하였고 법원도 공정위의 판단에 대해 입찰 담합의 존재를 인정하고 그로 인한 경쟁제한성도 인정한 사건이다. 그러나 그 세부 내용을 조금 더 살펴보면 그러한 부당한 공동행위의 정도 판단에 있어 아쉬운 점들이 엿보인다.

1) 부당이득 산정 - 가중

구법 제55조의3 (과징금의 부과) 제1항에서는 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모인 부당이득 등을 고려하여 과징금을 부과하도록 하고 있다. 부당이득은 위반사업자가 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 얻은 경제적 이익을 말한다. 공정거래위원회와 법원은 부당이득에 관해서 은행들이 고정금리를 수취하는 대신에 변동금리를 지급하여야 하므로 부당이득 규모가 제한적일 수 있고 이 사건 거래가 계약 체결 수일 후에 고객의 요청으로 종료되었으며 고객이 당시 엔화 환율의 상승에 따른 이익을 상당히 본 점등을 고려하여 중대한 위반행위로 분류 시 부과기준율 5% 이상 7% 미만에서 정해야 함에도 부과기준율을 3%로 정하였다.

이는 변동금리와 고정금리의 교환을 기본으로 하는 통화스왑이라는 파생상품의 원래 성격과는 다르게 원화 고정금리 수취 이자분을 관련 매출액으로 산정한 공정위에서 변동금리 지급 부분을 부과기준율 감경사유로 반영해 준 것으로 보인다. 그러나 관련 거래로 인하여 은행들이 얻은 부당이득은 원화 수취 이자분에서 변동금리 지급분을 뺀 금액이 아니라 관련 입찰 담합이 없을 경우에 체결되었을 가격 대비 실제 입찰 된 가격과의 차이가 은행이 해당 위반행위로 인하여 얻은 경제적 이익이다. 이 사건에서는 D은행의 가격 인상과 J은행과 H은행이 같은 가격으로 들어감으로 인해서 4.30%에 체결된 거래가 그러한 위반행위가 없었을 경우 어느 정도 선에서 거래가 체결되었을지에 대한 판단하에 부당이득을 산정하는 것이 맞음에도 통화스왑이라는 파생상품의 구조적인 성격을 부당이득 규모 산정의 고려대상으로 삼은 것은 잘못이다.

또한 고객의 요청으로 거래가 수일 만에 종료된 점 또한 감경 사유 중의 하나로 보았는데 이 또한 잘못되었다. 당시 고객 P는 통화스왑 거래를 체결한 지 6일 만에 거래를 종료하였다. 거래의 종료를 위해 보통 시장에서 흔히 하는 조기 청산의 방법을 사용하였을 것으로 판단된다. 이러한 경우 은행 등의 부당이득은 제한된 것이 아니라 고객과 수일 만에 약 1억 달러에 해당하는 통화스왑 거래를 한 번 더 체결하는 효과를 얻게 된다. 조기 청산의 경우는 기존에 거래한 은행에서만 해야 하므로 입찰이 될 수 없으며, 가격산정에 있어서 은행들이 더 많은 자율을 갖게 되는 점 또한 고려해야 한다. 결국 관련 거래로 인한 은행들의 부당이득

은 2010년 5월 4일 하루에만 국한된 것이 아닌 5월 10일 한 번 더 발생했다고 보는 것이 맞아 보인다. 즉 이 거래가 수일 만에 종료된 정황³⁴⁾은 은행들이 입찰 담합으로 얻은 부당이득이 추가되었다고 보는 것이 맞다. 그러므로 굳이 고려의 대상으로 보자면 감경 사유가 아니라 은행들의 부당이득 가중사유로 봐야 한다.

2) 부당공동행위의 동기 - Reputation Risk(브랜드 가치 하락 위험)

또한 이 사건에서 J은행은 일본 시장의 휴일로 인해서³⁵⁾, 달러-엔화 간 통화스왑과 달러-원화 간 통화스왑을 합성해서 만들어 내야 하는 엔원 통화스왑의 가격 산정에 어려움을 표현하고 있다. 가격을 제시할 수 없다면 입찰에서 빠져야 함이 당연한 상황인데³⁶⁾ 비록 만기가 2년이 채 안 되는 거래이긴 하지만 전체 금액이 5억 달러에 달하는 큰 거래 임에도 불구하고 “가격결정권”을 H은행에 맡겼다는 것은, 그러한 위험을 충분히 커버하고도 남을 정도의 수익이 이 딜로 인해서 얻을 수 있음을 확신하고 있었고 입찰 과정에 가격제시를 못 하게 될 경우 입게 될 “Reputation Risk”³⁷⁾를 걱정했음이 가장 큰 이유일 거라 생각된다.

이 Reputation Risk를 걱정하는 이유에 대해서 공정위에서는 특별히 주시하지 않고 넘어갔으나 이는 경쟁제한성을 판단함에 있어 중요한 이슈이다. 2010년 당시의 통화스왑 시장에서는 앞에 머리글에서 언급했듯이 일부 외국계 은행들의 과점 형태가 유지되고 있었다. 국내 시중은행들도 이자율 데스크를 유지하고 있

34) 관련 거래의 조기청산 과정에 고객이 엔화 환율의 상승에 따른 이익을 상당히 본점이 고려대상으로 되어있으나 통화스왑이 환위험 또한 헤지하는 거래인 점을 감안할 때 관련 거래의 청산으로 인한 고객의 이익이 설명되지 않는 점이 있다. 심의속기록, 의결서, 법원 판결문들에 관련자료가 공개되어 있지 않아 이에 관한 판단은 유보하기로 한다.

35) 한국시간 기준 일본 휴일에 런던, 뉴욕은 아직 개장 안 한 상태에서 일본 달러들과 연락이 되지 않았거나, 일본 달러들이 휴일에 1억 달러나 되는 큰 금액에 대한 가격을 제시함에 난색을 표했을 가능성이 있다.

36) 실제로 이 입찰에서 7개 은행 중 한 곳은 가격을 제시하지 못하였다.

37) 다른 통화스왑 입찰 관련 사건의 공정거래위원회 심의속기록에 보면 한 은행이 다른 입찰 경쟁 은행들과 비교해서 터무니없이 차이가 나는 금액을 내게 되면 Reputation 문제가 있을 수 있다고 걱정하는 내용이 나온다. 공정거래위원회 제5회 제1소회의 심의속기록 2020. 2. 28. 1면.

있음에도 그 과점의 서클 안으로 들어가는 것이 쉽지 않은 상황이었다. 특히 그 중 소수 몇몇 외국계 은행에 의한 독과점형태가 공공연히 유지되고 있었던 상황이었다. 그 은행들은 고객이 가격을 문의하면, 언제든지 어떠한 구조를 가진 거래든지 불문하고 경쟁적인 가격을 제시할 수 있는 통화스왑 시장에서의 주요한 (major) 은행들이라는 일종의 브랜드 파워를 가지고 있었다. 그런 상황에서 가격을 주지 못하는 상황이 반복되면 그 브랜드 파워에 흠이 생기게 되고 그것이 흔히 업계에서 말하는 Reputation Risk라는 표현으로 나온 것임을 충분히 감안하였다면, 본 사건에서의 부당 공동행위가 나오게 된 동기에 대해서 공정위가 더 잘 이해하고 관련 행위가 실제로는 더 심각한 경쟁제한적 행위였음을 파악할 수 있었을 것이다.

(2) 사건 2

이 사건은 C은행과 H은행 간의 합의가 존재함에도 C은행의 관련 거래는 합의와 상관없는 수의계약이라는 주장을 고법에서 받아들이면서 판단이 뒤집힌 사례이다. 거래 과정을 보면 실제로 C은행 직원이 고객에게 C은행과 거래할 것을 계속 요청하고 있다. 그리고 결국 고객이 거래 의사를 표시할 때까지 가격을 낮춰가며 보여주고 있다. 이러한 점들만 본다면 원고 측에서 수의계약임을 주장할 만한 근거는 충분하다고 보인다. 그러나, 이 글에서는 고법에서 간과하고 있는 몇 가지 점들을 살펴보고 단순히 100% 수의계약으로 보고 경쟁제한성이 전혀 없었다고 보는 것이 합당한지 확인해 보고자 한다.

우선 앞 사건개요에서 C은행과 H은행이 합의한 이후의 상황에 대해 고법에서 인정사실로 제시한 내용과 고법 판례에 나와 있는 시간별 대화 내용 및 통화 기록 등을 정리하면 다음과 같다.

2010.1.4. 13:32	H은행 C은행	메신저로 C은행이 끝나면 H은행이 들어가기로 합의함.
2010.1.4. 14:32		H은행 고객으로부터 가격 송부해 달라고 제안서 받음
2010.1.4. 16:38	H은행	트레이더에게 가격 요청
2010.1.5. 9:38		트레이더에게 5.25% 받았다고 함
2010.1.5. 오전	입찰	결과: B은행 5.29 C은행 5.34 R은행 5.55 → B은행 낙찰 H은행: 입찰서 제출하지 않음

2010.1.5. 9:58	C은행	- 고객에게: 레벨만 알려달라 죽어라 맞춰보겠다, 5.31 5.32 정도까지는 맞추겠다. <고객> 5.2%대 아니면 안한다
2010.1.5. 10:18		- 반대쪽 물량이 나와서 5.29%에 거래가 가능해졌다며 추가거래 설득, <고객> 조금더 기다려 보겠다.
2010.1.5. 13:02		- 고객에게 5.27% 제안
2010.1.5. 13:10	H은행	이거 분위기가 담주까지 들고 갈 물량이 없을 듯하다
2010.1.5. 13:15	C은행	오늘 우리 하면 낼 하라니까
	H은행	오늘 또 할수 있남?
	C은행	멀리, 또 전화했어
2010.1.5. 13:16	거래체결	고객 결국 C은행이 제안한 가격 수락 → 가격 체결 시점
2010.1.5. 13:32		고객에 이메일 보내고, 고객은 가격제안서 보내라고 함.
2010.1.5. 13:32	C은행	인제 해도 돼요 / 하세요
	H은행	던했어?
	C은행	○○
	H은행	추카추카

1) 합의의 성립 및 존재, 실행 여부 - 인정

이러한 사실관계를 자세히 살펴보기 전에 이 거래가 진행되던 2010년 1월을 전후로 시장의 상황을 살펴보면 2008년 금융위기 이후 올랐던 시장금리가 꾸준히 하락하고 있던 시기였다. 당시 콜금리는 변화가 없었지만, 본 사건과 같은 5년 만기를 가진 국내 5년물의 금리는 1월 4일 자 4.98%에서 1월 5일 4.90% 그리고 일주일 뒤인 1월 12일에는 4.81%³⁸⁾까지 내려가고 있었고 관련 상품인 달러원 통화스왑의 경우도 시장에서 거래되는 정규모 5년 통화스왑의 1월 5일 자 종가 (Mid-Price) 4.15%에서 일주일 뒤인 1월 12일 자 종가는 4.05%³⁹⁾로 0.10%나 내려간 것을 볼 수 있다. 은행 입장에서 고객과의 해당 거래는 시장금리가 내려가는 시기에 시장가보다 높은 금리를 받을 수 있는 상당히 매력적인 거래였다.⁴⁰⁾

38) 한국은행 경제통계시스템(ECOS) “국고채 5년” 자료.

39) 인포맥스, 외환, CRS(Act/365 Semi-Annual vs. Act/360 6M Libor) Tullett-Prebon 장마감 Mid-Price 기준.

40) 일반적으로 매수-매도 호가가 시장에 있는 경우, 팔고자 할 때는 매수 가격에 팔고 사려고 할 때는 매도 가격에 사야만 한다. 그러나 고객이 은행에 와서 거래할 때는 은행은 매수-매도 호가를 보여주게 되고 그 가격에 거래한다. 결국 은행은 고객과

물론 대규모 고객 물량으로 인해 하루 이틀 정도의 시장 변동성은 있겠지만 결국 시장의 방향성이 아래인 상황에서, 거래로 인한 포지션을 관리하는 딜러의 역량에 따라 조금은 다르겠지만, 결국은 이익을 보는 거래인 것이다.

다시 사건의 진행 상황을 보면, C은행의 세일즈는 본인들의 가격이 좋지 않음을 이미 인식하고 있었다. 앞의 사건개요 대화내용에 의하면, C은행 세일즈가 H은행에게 본인들이 거래한 이후 입찰에 참여하라는 조건을 단 이유가 본인들의 가격이 H은행보다 나쁘기 때문이었다. 본인들의 가격이 안 좋기 때문에 H은행이 같이 들어가면 안 된다며 본인들이 거래를 체결한 이후에 H은행이 입찰에 참여하는 조건으로 거래 관련 정보를 주는 걸로 관련 합의가 성립된 것이다.

그러나 고법에서는 C은행과 H은행의 합의에서 시작하여 C은행이 고객과 거래를 체결하고 난 후 C은행의 H은행의 대화에 이르기까지의 전체적인 흐름을 보지 않고, 1월 5일 오전 입찰이 끝난 이후의 C은행과 고객 N의 통화에만 집중하여 1월 5일 오후의 거래는 C은행과 고객 N과의 수의계약이므로 전일의 C은행과 H은행의 입찰담합은 거래에 영향을 미치지 않았고 그러므로 원고의 주장은 이유 있다고 판시하였다. 이 부분에 있어서 고법의 판단은 잘못되었다.

공정거래법에서 부당한 공동행위는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 당시 구법 제19조 제1항 각호에 해당하는 행위를 할 것을 합의하는 것으로서 충분하고 그 합의의 실행이 꼭 필요한 것은 아니다. 그러나 고법에서는 H은행과 C은행간의 1월 4일의 대화로 C은행이 낙찰자로 선정되는 데 유리하도록 해당 입찰에 H은행이 참가하지 아니하기로 하는 합의라고 합의의 존재는 인정하였으나, 그렇더라도 1월 5일 오후에 이루어진 입찰에 대해서는 H은행이 참가자격이 없었고 H은행이 라인이 부족하다고 한 정황으로 거래를 할 여건도 안되었기 때문에 1월 4일의 대화는 입찰의 참가자격이 있는 C은행이 입찰의 참가자격이 없는 H은행과 통화스왑 입찰 참가여부를 논의한 것에 불과하다고 합의의 성격을 변질시키며, 이 사건 통화스왑 입찰과 관련하여 입찰 참가자들 사이의 낙찰자 결정에 대한 부당공동행위가 있었다고 볼 수 없고 경쟁제한성이 생겼다고 볼 수 없다고 하였다.

앞에서 정리한 내용을 다시 살펴보면 H은행은 이미 1월 4일 오후 2시 반경 고객 N에게 입찰에 참가하라는 제안서를 받았다. 즉, H은행은 입찰참가자격이 없

거래 시에는 매도호가에 팔 수 있고 매수호가에 살 수 있으므로 스프레드만큼 이익을 볼 수 있다.

는 은행이 아니었다. 1월 4일 자 1시 반경에 이루어진 H은행과 C은행간의 대화에서도 C은행은 H은행이 입찰의 참가자격이 없기 때문에 그들의 입찰에 경쟁자가 될 수 없다는 전제하에서 하는 대화를 하는 것으로 보이지 않는다. 오히려 H은행이 자격이 없으니 안된다는 것이 아니라 C은행 가격이 H은행보다 안 좋으니 C은행이 거래를 체결할 때까지는 들어오지 말아 달라고 부탁하는 걸 보면 충분히 알 수 있는 사정이다. 그리고 실제로 H은행은 바로 한 시간 뒤에 고객으로부터 제안서를 받아서 고법에서 주장하는 입찰 자격을 갖추었다. 신용한도에 있어서도 심의속기록에서 H은행은 고객과 신용한도가 아예 없는 것이 아니라 부족한 상황이었으며 고객 N 정도의 공기업인 경우는 빠르면 하루 만에 받을 수 있음을 인정하였다.⁴¹⁾ 즉 H은행은 1월 4일 거래 관련 정보를 받았으므로 의지만 있었다면, 내부적인 신용한도 관련 문제는 하루 만에 바로 해결할 수 있었다. H은행의 세일즈 직원 입장에서는 한도를 신청하고 그다음 날 입찰에 참여를 안 하면 내부적으로 문제가 있을 수 있어서 오히려 한도 증액 요청을 미루었다고 보는 것이 더 타당해 보인다.

2) 수의계약, 입찰 및 합의 부정 - 부작위에 의한 여건 조성, 합의 실행

그리고 오후의 거래가 예정되어있지 않았던 거래인데 C은행이 좋은 가격을 내서 수의계약의 형식으로 추가거래를 한 것으로 판단한 것에서도 의문이 있다. 실제로 고객 N은 관련 외화사채를 2009년 6월 17일 발행했다. 그리고 이는 원화 자금조달 목적의 외화사채 발행이었음을 감안하면 고객 N 입장에서는 조달한 미 달러화를 실제로 필요한 원화로 바꾸고 금리위험도 원화로 바꾸는 통화스왑 거래를 이미 마무리했어야 한다. 그런데 2010년 1월 5일 오전에 B은행과 1억 C은행과 1억 총 2억 달러의 거래 후, C은행이 H은행에 남은 거래물량이 4억 달러라고 얘기한다. 그렇다면 고객 N은 1월 5일 전에 총 10억 달러 중 4억 달러만 원화로 바꾸었다는 얘기다. 원화 자금조달 목적으로 10억 달러에 달하는 외화사채를 발행하고 6개월이 지나도록 그 자금의 50%도 원화로 안 바꾸고 미 달러화의 형태로 들고 있었던 것이다. 3천만 달러 초과 외화차입에 해당하는 채권발행 시 의

41) 신용한도를 증액하거나 신규로 설정하는 데는 은행마다, 상황에 따라 소요되는 시간이 다르다.

국환거래법 및 외국환거래규정에 의거 기획재정부장관에 신고하게 되어있는 등⁴²⁾ 실질적으로 관리를 받고 있던 상황을 고려해 보면 고객 N 입장에서는 과연 실질적인 원화 자금조달 목적의 채권발행인지에 대해, 기재부의 눈치가 보일 수밖에 없는 상황으로 보인다.

실제로 이러한 분위기는 H은행이 1월 5일 1시 10분경 C은행에 “분위기가 담주까지 들고 갈 물량이 없을 듯하다”는 말을 하는 것으로 H은행에서는 이미 고객 N이 남은 물량을 빨리 처리해야 함을 인지하고 있었던 것으로 보인다.

또한, C은행의 “오늘 우리 하면 널 하라니까”라는 신경질적일 수도 있는 반응은, C은행에서 5.27%까지 가격을 내려 1시 02분에 제시하였으나 고객이 딜을 체결하기를 계속 미루고 있는 상황에서 H은행이 경쟁에 끼어드는 것에 대한 우려로 전일의 합의 내용을 다시 주지시켜주고 있는 것으로 정황상 해석할 수 있다.

1월 5일 오후의 거래체결 순간만을 모든 상황에서 떼어내서 생각하면 수의계약이라고 볼 수도 있다. 그러나 관련 정황을 살펴보면 이는 C은행이 거래를 체결하고자 하는 과정에서 본인들의 가격이 나쁜데 가격이 좋은 H은행이 들어오므로써 본인들에게 불리하게 될 것을 우려하여 정보를 주는 대가로 본인들의 거래가 체결될 때까지 H은행이 들어오지 않을 것에 대한 합의가 이미 이루어졌고, 또한 H은행이 하루면 한도증액을 할 수 있었으나 받지 않고 있었던 정황은 오히려 합의의 구속력을 보여준다고 볼 수 있다.

전체적인 흐름을 더 자세히 살펴보면 오히려 H은행은 C은행과의 합의 이행을 위해서, 1월 4일 고객으로부터 입찰 참여제안서를 받고 1월 5일 오전에 트레이더에게 가격을 받았음에도 관련 입찰에 참여하지 않음으로 이미 합의의 실행을 하고 있고, 또한 오후에 C은행이 추가적으로 거래를 위해 노력을 하는 도중에 H은행도 고객에 연락하여 본인들의 가격을 C은행과 마찬가지로 제시할 수 있었으나 하지 않았다. 그리고 H은행이 C은행에게 1월 5일 1시 10분에 이러다 가는 다음 주에는 아예 남은 딜이 없어 보인다고 메신저를 보낸 것은 합의를 이행하느라 C은행이 거래 체결할 때까지 기다리다 가는 본인들이 할 물량도 남아있지 않을 수 있다는 우려에 합의의 조정을 시도한 것으로도 보이는데, 이에 대해 C은행이 다시 한번 본인들이 딜을 체결하고 난 뒤에 하라고 합의의 내용을 다시 한번 상기

42) 외국환거래규정 제7-14조(거주자의 외화자금차입) 제1항, 제정경제부고시 제 2005-25호.

시킨 점등을 보면, H은행이, C은행에서 고객과 거래를 체결할 때까지 기다리기 위해서 1월 5일 오전의 딜과 오후의 딜에서까지 관여를 안하고 기다리고 있음을 통해서 합의가 여전히 존재하고 실행되고 있음이 명백해 보인다. 이는 결국 1월 4일의 합의에 의해 1월 5일 오전과 오후의 딜 모두에 H은행은 입찰에 참여하지 않았고 본인들이 적극적으로 연락을 할 수 있었음⁴³⁾에도 1시 32분 C은행의 “이제 해도 된다”는 말을 기다리고 있었음이 넉넉히 증명된다 할 것이다.

고객이 C은행과 5.27%에 거래체결을 하고 이후에 이루어진 입찰은 사건 3에서와 마찬가지로 이미 체결된 딜에 대한 입찰의 형식을 만들기 위한 거래였기에⁴⁴⁾ 여기에 H은행의 참여가 제한되었고 대상이 아니었다는 주장만으로 합의를 부정하고, 부당한 공동행위로 볼 수 없다는 고법의 판단은 잘못되었다.

과징금부과 고시 중 과징금 산정 기준상에 입찰 담합의 경우 탈락하였거나 “응찰하지 아니한 자”도 들러리 사업자라 칭하며 따로 규정이 있는 점⁴⁵⁾을 보면, 합의에 의해 응찰하지 않은 사정이 합의의 존재를 부정하기 위해 사용되는 것은 논리에 맞지 않아 보인다.

3) 그 외 고려 요소들 - 가격경쟁력

고법은 5.27%라는 가격이 C은행이 반대물량을 확보하고 있었기 때문에 워낙 경쟁적인 가격을 제시할 수 있었고, C은행 세일즈가 세일즈 마진을 0.02% 밖에 떼지 않았으며, 환율의 변동으로 관련 딜로 약 11억원에 해당하는 손해를 본 점등을 들어 C은행의 가격이 상당한 가격경쟁력을 갖추고 있었다고 보며 경쟁제한 효과가 반영되어 있다고 보기 어렵다고 판시하였다.

그러나 이 부분도 사실관계에 부합한 논리의 전개상 간과한 점들이 많이 보인다

43) H은행이 C은행에 합의의 대가로 관련 딜에 대한 정보를 얻은 1시 32분의 대화 1시간 후에 H은행이 고객N에게 가격제안서를 받은 정황을 보면, H은행이 C은행에서 정보를 얻은 이후 고객N에 연락을 하여 참여를 제안했고 제안서를 받은 것으로 보인다. 고객 N이 자발적으로 먼저 연락을 했을 수도 있으나, 그런 경우라면 더욱 H은행이 고객 N에게 가격제시를 위해 연락하는데 있어 제한은 없어 보인다.

44) 이와 같은 입찰의 외관을 만들기 위한 경우의 경쟁제한성에 대해서는 사건3에서 따로 논의한다.

45) 공정거래위원회 고시, 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시 제2021-50호 IV. 1. 라. 1) 다) 2).

다. 실제로 11억의 손실이 어떤 식으로 계산된 것인지, 그리고 실제로 반대물량을 확보하고 있었는지는 논외로 하더라도 반대물량을 확보하고 있었다면 본 딜로 인해 손실을 입은 만큼 반대물량으로 이익을 보았을 테니 C은행이 이 딜로 손실을 본 점이 고려의 대상이 될 수 없으며, 반대물량이 없었다 하더라도 은행에서 거래를 하는 트레이더 입장에서 이 딜을 헤지 하지 아니하고 그냥 돈 채로 11억원의 손실을 입었다고 해서 그 손실을 본 입찰담합사건의 과징금 산정 상 고려사항으로 보는 것은 부당하다. 그리고 세일즈 마진부분도 트레이더에게 5.25%를 받아서 5.34%의 가격을 제시했던 세일즈가 고객 N에게 여러 번의 전화를 할 정도로 거래의 체결에 노력이었던 점과 시장금리가 하향 추세에 있었던 점을 생각해 보면 5.34%에서 5.27%까지 세일즈의 마진을 극도로 축소하며 가격을 변경하는 동안 트레이더의 가격이 5.25%에 그대로 머무르고 있었는지도 알 수 없는 정황이다.

그리고 고법에서는 고객 N이 입찰과 관련한 목표금리를 내부기준 5.96%, 추진 목표 5.42%로 설정하고 있었고 2010년 1월 5일 현재 시장금리를 5.5-5.6% 수준으로 파악하고 있었던 점도 들었는데, 당시 2010년도에 고객들이 통화스왑의 가격을 확인할 수 있는 로이터상의 매수·매도 호가의 스프레드는 1.0% 였다. 또한 고객입장에서 은행간 시장(Interbank Market)에 참여할 수 없는 사정상 시장의 가격은 각 은행의 세일즈들을 통해서 얻을 수밖에 없는데 그들이 고객 N에게 시장의 가격을 그대로 전달했을 리가 없는 상황에서 고객이 파악하고 있는 가격을 기준으로 C은행의 가격경쟁성을 인정하는 것은 잘못된 판단이다. 특히나 입찰전에 고객 N과의 거래 특성에 대해 설명하는 과정에서 C은행이 언급했듯이 “세일즈 마진을 넉넉히 잡고 들어가도 되는 손님”이라는 인식이 있었다면 더욱 그러하다.

또한 C은행 세일즈가 오전에 “넉넉히”⁴⁶⁾ 5.34%를 제시했던 가격을 입찰에 떨어지자 거래체결을 위해 세 시간여 만에 5.27%까지 가격을 낮추었는데 이는 반대로 시장이 급락한 것이 아닌 상황에서 고객입장에서는 C은행 가격의 진정성을 오히려 의심⁴⁷⁾ 할 수도 있는 상황이었다. 이러한 상황에서 C은행 세일즈 입장에

46) C은행이 H은행에 관련 거래정보를 알려주는 대화 중 “얼마정도 쓰면 고객N이랑 할 수 있남요? / 걀 넉넉히 써도 할 수 있을 듯”, 공정거래위 앞의 의결서 제 2020-065호, 10면.

47) 이 또한 일종의 Reputation Risk이다.

서는 단순히 자신이 넉넉히 붙였던 세일즈 마진을 줄였다는 사실을 밝히는 것보다는 반대물량이 나와서 가격이 좋아졌다고 하는 것이 가격의 진정성에 흠이 가지 않으면서, C은행이기에 다른 은행보다 상황상 좋은 가격을 제시할 수 있는 것이라는 자신들 가격의 경쟁성을 더 부각할 수 있는 좋은 설명이어서 반대물량이 나왔다고 했을 가능성도 부정할 수 없다. 이는 비슷한 상황에서 세일즈들이 많이 사용하는 전략이기도 하다.

4) 소 결

이러한 모든 점을 종합적으로 판단해 보면, 이 사건에서 H은행은 C은행과의 합의에 의해 C은행과 고객 간의 거래가 성사되기까지 입찰에 참여하지 않으며 추가 경쟁을 자제하고 있었고, C은행은 합의에 의해 본인들보다 가격경쟁력이 있던 H은행과의 경쟁을 배제한 상태에서 고객과 자유롭게 네고를 할 수 있는 상황을 만들어 낸 점이 인정되므로, 그로 인한 경쟁제한성은 당연히 존재하며 구 공정거래법 제19조 제1항 제8호 입찰담합으로 보는 것이 맞아 보인다. 고법의 판단은 잘못되었다. 오전 입찰에 H은행이 참여하였다면 입찰가격이 달라졌을 것이고 그로 인해 오후에 수의계약의 형식을 빌렸다 하더라도 C은행이 고객의 마음을 움직이기 위해서는 더 낮은 가격을 제시했어야만 했을 가능성을 생각해 보면, 오히려 하나의 합의로 인해서 두 개의 거래가 영향을 받았으므로 과징금 산정 시가 중요인이 있어 보인다.

(3) 사건 3 - 들러리 입찰의 경쟁제한성

이 사건 3은 사건 2에서 1월 5일 오후에 전화상으로 거래를 체결한 후 입찰의 형식을 만들기 위해 오전 입찰에서 거래를 체결했던 B은행에게 추가적으로 가격을 보내도록 해서 입찰의 형식을 만들었던 것처럼, H은행이 전화로 거래체결 후 공기업인 고객 E의 파생상품거래 내부지침에 따라 입찰의 형식을 만들어 주기 위해 추가적으로 들러리 입찰을 만드는 과정에서 발생한 입찰담합과 가격담합을 법에 의한 부당한 공동행위로 볼 수 있는지에 대한 논의이다.

이를 부당 공동행위라고 본 공정위와 다르게 고법은 실질적인 입찰의 존재가 없었고 형식을 만들기 위한 과정이었음을 들어 입찰담합의 존재와 경쟁제한성

모두를 인정하지 않았다.

실제로 파생상품의 거래가 주로 전화를 통해 유선상으로 이루어지는 경우가 많은 점과 관련 ISDA 표준계약서 등⁴⁸⁾에서도 구두에 의한 거래체결을 인정하고 있는 점 등을 감안하면 H은행과 고객 E의 거래가 이미 체결이 된 상태에서 단순히 입찰의 외관만을 만들기 위한 입찰이었음은 확실해 보인다. 그렇다 하더라도 이러한 행위로 인해서 경쟁제한성이 발생하였다면 낙찰자가 이미 정해진 들러리 입찰이었다 하더라도 고법의 판단처럼 공정위의 시정조치 처분마저도 취소하는 것이 맞는지는 논의의 대상으로 보인다.

특히 비록 이 입찰이 입찰의 형식과 외관만을 위한 입찰이라고 원고가 주장하고 있으나, 심의록에 보면 입찰에 이미 체결한 거래 가격보다 더 좋은 가격이 다른 입찰 참여자에 의해 제시될 경우 발주처인 고객 E가 어떤 선택을 했을 것 같냐는 질문에 피심인 측 참고인이 가격이 제일 좋은데서 하면 된다고 답을 하는 부분이 나온다. 그러나 실제로는 H은행과 고객 E가 이미 전화상 거래를 체결한 상황이기 때문에 H은행과 거래를 파기하고 새로운 좋은 가격에 거래를 체결하는 것은 힘들어 보인다. 보통 시장에서의 관행은 이런 경우 그 좋은 가격의 존재를 은행에 알리고 서로 간의 양해하에 은행이 가격을 어느 정도 조정해 주곤 한다. 이런 점을 고려해 보면, 실제로 H은행이 주장하듯이 본인들의 가격이 반대물량이 있어서 당시 시장에서 상당히 경쟁적인 상황이었다면 다른 은행들에게 입찰을 자율적으로 하게 두어도 되었을 텐데 굳이 가격을 지정해주면서까지 부탁을 하고, 다음에는 자신들이 상대 은행들이 필요한 경우 같은 방식으로 해주겠다는 입찰 담합 행위에 대한 반대급부까지 약속하며 부탁하는 이유가 그러한 상황을 피하기 위한 것일 수도 있다. 이러한 점을 고려해보면 비록 들러리 입찰이고 외관을 만들기 위한 입찰이었다고 하나 경쟁제한성조차도 없다고 보기는 힘들어 보인다.

고법은 이러한 구두합의의 내용이 양사가 양해하는 경우 그 내용을 변경할 수 있다고 인정사실 중의 하나로 들고 있음에도, 본 사건 3의 피심인들의 가격 지정 행위에 대해서는 “다른 사업자와 공동으로 입찰에 있어 낙찰예정자, 투찰가격 등을 결정하는 행위를 할 것을 합의하였다고 볼 수 없다”며 나머지 주장에 관하여 더 살펴보지도 않고 사건 처분을 위법하다고 판시하여 공정위의 시정명령을 취

⁴⁸⁾ ISDA, “2002 Master Agreement”, 9. (c), (ii), 금융투자협회, “장외파생상품거래 한글 약정서 권고안”, 제3조 제1항.

소하였다. 이 부분에 있어서 고법은 너무 성급한 결정을 내린 것으로 보인다.

고객 E는 2월 11일 오전에 이미 여러 은행에 전화하여 견적을 청취한 후 가장 가격이 좋은 H은행과 거래를 체결하였다고 진술하였다. 즉 실질적인 입찰은 입찰가격 제안서를 받기 이전에 이미 통화상으로 이루어져서 가장 좋은 가격을 제시한 H은행과 거래가 체결이 되고 나머지는 후속적인 서류 절차일 뿐이었다는 주장이다. 그러나 실제로 오전에 전화를 통한 가격 확인 과정에서 H은행의 가격이 가장 좋았다면 통화를 한 은행들에 오전 통화상의 가격으로 가격제안서를 보내도록 하여 오전의 통화로 이루어진 입찰에 형식을 갖추는 방식으로 하였다면 전혀 문제가 없었을 것이다. 그렇다면 H은행도 굳이 다른 은행들에게 자신의 가격보다 나쁜 가격을 지정해서 내 달라고 부탁할 필요도 없었다. 이런 정황은 오히려 고객이 거래체결 전에 여러 은행에 사전에 가격을 문의했다는 사전 입찰의 존부 여부를 의심할 수밖에 없는 근거이다.

가장 문제가 있어 보이는 부분은 H은행이 다른 은행들에게 부탁하는 과정에 사용하는 “지난번처럼”, “내가 다음에 넣어 줄게”, “가라비딩”이라는 표현들이다. 이러한 표현들이 자연스럽게 사용되고 있는 것을 보면 이런 식의 들러리 입찰 관행이 외국계 은행 세일즈들 사이에서 관행처럼 이어지고 있다고 짐작할 수 있다.

이러한 관행이 공기업들의 내부지침에 맞추기 위한 것이었다고 하나, 이는 결국 공기업의 내부지침을 피하려는 또 다른 위법적인 관행이며, 일반적으로 수의 계약보다는 입찰에 의한 거래계약에서 더 경쟁이 활성화된다는 점에서, 입찰을 의무화하는 내부지침을 우회하는 이러한 관행에 경쟁제한성이 없다고 할 수 없다.

특히나 사건 1의 심의속기록에서 한 위원⁴⁹⁾도 우려를 표명한 것처럼 합의의 존재를 증명하는 것이 어려운 부당한 공동행위의 속성상 관련 관행이 이 정도로 정착되어버린 상황에서 고객과 피심인들이 함께 하는 부당한 공동행위를 공정위에서 단속하기는 힘들어 보인다.

49) 2019년 공정거래위원회 제2회 제1소회의 심의속기록 2019. 1. 11. 34면, “다만 제가 한 두 차례, 외국은행들, 특히 파생상품거래와 관련해서 세일즈하는 사람들하고...(중략). 뭐라고 그러죠, 트레이더들? 답합이 완전히 관행화가 되어있는 것 같아요. 같이 근무하고 형, 동생하면서 이거 노다지야...(중략). 전에도 제가 그런 것을 봤어요”.

이렇게 들러리 입찰을 주고받는 관행의 반복은 담합을 통한 서클안에 있는 은행들끼리의 정보공유와 협력을 통해, 새롭게 국내은행들이나 다른 소규모 외국계 은행들이 관련 입찰에 참여할 수 있는 기회는 제한되는, 그 들만의 과점 상태가 유지될 수밖에 없다. 이러한 상황은 결국 경쟁제한성을 만들어 낼 수밖에 없다는 면에서 과연 이 사건 입찰의 형식과 상황의 일부만을 보고 입찰의 존재를 부정하며 합의마저도 부인하고 경쟁제한성에 대한 판단마저도 하지 않은 것이 올바른 판단이었는지에 대해서 많은 생각이 드는 부분이다. 여러 정황을 고려하여 공정위에서 시정조치만을 의결하였으나 이마저도 고법에서 부정된 것은 아쉬움이 남는다.

2. 쟁점 별

공정거래위원회의 공동행위 심사기준에 의하면 공동행위의 위법성 심사는 공동행위의 성격에 대한 분석으로부터 출발한다고 되어있다. 이를 통해 경쟁제한 효과만 생기는 것인지 효율성 증대 효과를 함께 발생시킬 수 있는 경우인지를 종합적으로 심사하게 된다. 이를 위해 1단계로 공동행위의 성격 및 시장분석을 하고 2단계로 경쟁제한 효과를 분석하게 된다. 그리고 3단계로 효율성 증대 효과를 분석하고 4단계에서 경쟁제한 효과와 효율성 증대 효과를 비교형량 한다.

공동행위의 성격을 판단하기 위해서는 관련시장을 확정하고 그 관련시장의 시장지배력 등을 포함한 시장분석을 통해서만이 그 공동행위의 성격에 대한 더 확실한 파악이 가능할 것이다. 그런 측면에서 시장지배력 관점에서의 본 사건들에 대한 시장분석 상 쟁점들부터 먼저 살펴보겠다.

(1) 시장분석 - 시장지배력 관점에서 본 경쟁제한성

공동행위 심사기준에서 위법성 심사의 제2단계 경쟁제한 효과를 분석하는 데 있어서 가장 중요한 요소는 참여사업자들에 대한 시장지배력 분석이다. 이는 위 심사기준에서 언급하고 있듯이 이들이 “상당한 시장지배력을 보유하고 있는 경우에는 공동행위를 통해 시장지배력을 유지·창출·증가시켜 가격 상승이나 품질·산출량·혁신노력의 감소를 초래하는 등 경쟁제한 효과를 발생시킬 수” 있기 때문

이다. 따라서 공동행위의 경쟁제한 효과를 심사하기 위해서는 우선 관련시장을 확정하고 당해 공동행위에 참여하고 있는 사업자들의 시장지배력을 측정할 수 있는 지표 중 하나인 시장점유율을 산정한다. 그리고 참여사업자들의 시장점유율 합계가 20% 이하인 경우에는 당해 공동행위로 인한 경쟁제한 효과가 발생할 가능성이 없거나 경쟁제한 효과가 발생하더라도 그 효과가 미미한 것으로 보고 심사를 종료한다고 되어있다. 즉 공동행위에 참여하고 있는 사업자들에 대해서 분석을 할 때 그 사업자들의 그 관련시장에서의 시장점유율에 대한 파악이 우선이라는 것이다.

우선 관련시장 확정에 있어서 관련시장은 통화스왑 거래에 관한 입찰 사건들이다 보니 모든 관련시장은 통화스왑 시장으로 확정을 하였다. 이에 대해서는 이견이 없다. 그러나 의결서 상에서 보면 시장지배력에 대한 판단은 없다. 통화스왑 시장에서도 각 은행의 시장점유율을 기준으로 입찰담합 참여은행들의 시장 점유율을 산정하여 고려대상으로 삼아야 하는데, 입찰참가자 중 담합 참여자의 숫자에 대한 고려사항만이 있을 뿐이다.

그렇다면 통화스왑시장에서의 시장점유율을 측정할 수 있는 방법은 없는 것일까. 사건들의 의결서 상에는 한국은행 자료를 이용한 통화스왑의 일평균 거래규모가 나온다. 즉 관련시장 확정과 그 시장의 규모에 대한 분석은 이루어졌지만 정작 그 시장에서 각 피심인의 시장점유율에 대한 분석은 빠져 있다. 현재 통화스왑시장 참가자들에 대한 시장점유율에 대한 구체적인 자료는 발표되지 않는다. 그나마 국내 통화스왑시장의 시장점유율에 대한 자료는, 공정위에서도 참고하였듯이 한국은행의 “외국환은행의 외환거래 동향”보고서⁵⁰⁾에서 일부 찾을 수 있다. 이 자료에서 한국은행은 외국환은행을 국내은행과 외국계 은행의 서울지점을 의미하는 외은지점으로 나누어서⁵¹⁾ 거래규모를 보여주고 있다. 이 글에서는 한국은

50) 한국은행은 매분기 “외국환은행의 외환거래동향”에 대한 보도자료를 내놓는다. 아쉽게도 관련 내용의 분석방향들이 4.5년 주기로 바뀌어서 지난 십여년간의 자료를 한가지의 카테고리로 볼 수는 없으나 비슷한 카테고리로 묶인 데이터들을 종합적으로 보면 흐름을 짐작하는데 도움이 될 수 있다.

51) 기존 국내은행이었던 한미은행, 제일은행과 합병한 한국씨티은행과 SC제일은행은 관련 보고서상에서 국내은행에 포함된다. 통화스왑 시장에서는 한국씨티은행과 SC제일은행이 외국계 은행으로 인식되고 있는 점을 감안하면 국내은행과 외국계 은행간의 시장점유율 차이는 실제 보이는 한국은행 자료상의 숫자보다 더 크다고 할

행의 자료를 중심으로 시장점유율과 그 변화추이를 추정해 보겠다.

이 글에서 언급한 사건들이 행해진 2010년을 전후로 먼저 시장을 살펴보도록 하겠다. 다음의 표들은 한국은행의 외환시장 거래 규모에 관한 보도자료들을 취합해서 분석한 자료들이다. 2007년부터 2012년까지 현물환과 외환상품⁵²⁾을 합한 외환거래 규모를 살펴보면 2009년까지는 국내은행들이 우위를 차지하고 있었으나 공교롭게도 2010년부터 외은지점의 거래량이 국내지점의 거래량을 넘어서고 있다.

[외국환은행의 외환거래 규모 (현물환 + 외환상품)]

일평균, 단위 억달러

은행별	2007	2008	2009	2010	2011	2012
국내은행	254.6	288.2	203.2	206.4	223.1	221.3
외은지점	208.2	265.4	177.6	212.5	245.2	232.5

그렇다면 2010년을 기점으로 바뀐 상황이 지금은 변화가 있는지 살펴보겠다. 다음의 표는 가장 최근의 현물환 거래를 제외한 나머지 시장에서의 거래규모를 보여주고 있는데, 외은지점의 시장지배력이 더욱 확고해진 것을 알 수 있다.

[외국환은행의 외환과생상품⁵³⁾ 거래규모]

일평균, 단위 억달러

은행별	2021	2022	2023 1/4
국내지점	138.5	143.7	147.7
외은지점	217.4	248.8	256.1

공정위 조사 단계에서 이러한 외은지점들의 시장지배력에 대한 최소한의 조사 조차 이루어지지 않은 것에 대해 아쉬움이 남는다. 공개적으로 나와 있는 자료에는 한계가 있지만 은행들이 과생상품 거래 시 거래내역을 한국은행에 보고해야 하는 규정을 감안하면, 각 은행별로 대고객 거래규모 및 시장 거래량 등을 통한

수 있겠다.

52) 여기서 외환상품에 해당하는 상품들은, 선물환, 외환스왑, 통화스왑, 통화옵션이다.

53) 이 자료에서의 외환과생상품은 선물환(NDF 포함), 외환스왑, 통화스왑, 통화옵션이다.

시장점유율에 대한 조사가 한국은행의 협조를 통해 공정위 차원에서는 충분히 가능했을 것으로 보이기 때문이다. 은행별 통화스왑 거래량의 비교를 통해서 시장점유율과 시장지배력을 예측하는 것이 최선의 방법이기 때문이다.

통화스왑 입찰담합사건에서 피심인들은 하나같이 사실관계는 인정하였다. 그러나 합의의 존재와 경쟁제한성에 있어서는 일관되게 불인정하였다. 물론 외국계 은행 서울지점들의 시장점유율 상승에는 다양한 다른 영향요소들도 존재하고 있다. 그러나, 2010년도에 관행처럼 행해지고 있던 외국계 은행 서울지점 간의 부당 공동행위로 인해 촉발되어 있던 장기간에 걸친 카르텔로 인한 경쟁제한성에 의한 영향도 전혀 없다고 하기는 힘들어 보인다.

2010년의 부당공동행위에 대해 적발이 이루어지고 조사가 시작된 시기는 2016년이고 그에 대한 법원의 판단도 2021년에서야 나오기 시작했다. 이글에서 다루고 있는 사건 중 두건이 아직 대법에서 계류 중인 점을 생각해 보면 공정위의 조사가 이러한 흐름에 앞으로 어떤 영향을 끼치게 될지는 좀 더 시간을 두고 지켜볼 일이다.

(2) 관련매출액 및 과징금 산정기준

공정위 심사단계에서 경쟁제한성을 확인하고 효율성 증대 효과와의 비교형량이 끝나면 과징금 산정단계로 넘어가게 된다. 이 단계에서 본 사건들에서 중요하게 제기된 문제는 관련매출액 산정과 부당이득에 대한 판단이었다. 여기서는 각 사건에서 피심인들이 가장 첨예하게 주장했던 관련매출액 산정에 대해서 논의해 보고자 한다.

1) 관련매출액 - 공정위와 은행의 주장들 비교 평가

과징금 고시에 의하면 관련매출액은 입찰담합 및 이와 유사한 행위인 경우에는 계약금액으로 한다고 되어있다. 그러나 공정거래위원회에서는 법 제8조 및 시행령 제12조에 “상품 또는 용역의 대가의 합계액을 재무제표 등에서 영업수익 등으로 기재하는 사업자의 경우”에는 영업수익을 매출액으로 한다는 근거규정을 들어 이 글의 통화스왑 입찰담합에 있어서는 거래 금액이 관련 매출액으로 결정되지 않고 그에 따른 영업수익으로 정하고 있는데 통화스왑에서 어떤 숫자를 영

업수익으로 보느냐에 대한 견해가 엇갈렸다.

공정위에서는 통화스왑이 6개월마다 달라지는 달러 6개월 변동금리⁵⁴⁾에 대해 원화 고정금리를 주고받는 거래로써 가격의 호가가 6개월마다 바뀌는 변동금리가 아닌 원화 고정금리를 기준으로 이루어진다는 면에서 그 원화 고정금리 수취 이자를 관련 매출액으로 보고 있다. 이는 상품의 특성을 완전히 무시한 관점으로 시장참여자들로부터 많은 반발을 일으키고 있는 부분이다.

그러나 공정위는 금융기관에서의 관련매출액은 영업수익으로 한다는 관점에서 이 통화스왑을 바라볼 때 관련 현금흐름을 나누어서 은행이 수취하는 원화 이자를 영업수익으로 보고 지급해야 하는 달러 변동금리를 영업비용으로 보아 은행이 관련 거래로 수취하게 될 원화 이자의 합을 관련매출액으로 인식하고 있는 것으로 보인다. 그러나 이는 심각한 오류를 내포하고 있다. 예를 들어 대출이자 담합사건이 있다고 하면 공정위는 금융기관들이 담합을 한 대출 원금이 아닌 그 대출들에 대한 이자금액 전체를 관련매출액으로 산정할 것이다. 그러나 이 계산을 함에 있어서 금융기관들의 대출금에 대한 자금조달 비용인 예금의 금리를 관련매출액에서 제외하지 않는 것은 당연한 일이다. 은행에게 대출이자 수취금은 영업수익이고 예금금리지출은 영업비용이다. 대출상품과 예금상품은 전혀 다른 상품이고 대출상품에 대한 입찰담합 사건에서 예금상품은 심사대상이 될 수 없다. 그러나 통화스왑은 일종의 대출과 예금이 결합된 하나의 상품이다. 고정금리로 가격호가를 하고 그 가격을 기준으로 거래가 이루어지는 건, 변동금리는 이미 매일매일 시장에 고시가 되기 때문에 그날의 변동금리커브를 기준으로 결정된 원화 고정금리를 가격으로 하여 주고받는 것이다. 그러므로 통화스왑에서 관련매출액으로 원화 고정이자 수취분만을 영업수익이라 하며 사용하는 건 상품의 특성과 전혀 일치하지 않는다.

게다가 금융기관의 다른 상품들도 마찬가지로, 원화 고정금리 수취분만을 관련매출액으로 산정 시 같은 상품에 대한 부당한 공동행위에 대해서 고금리하에서는 과징금이 늘어나고 저금리하에서는 과징금이 줄어드는 것은, 그 달로 인한 은행의 부당이익의 많고 적음이 고금리 저금리 기초와는 별 상관없는 점, 합의에 의한 부당성이나 폐해의 정도와 상관없이 과징금의 규모가 변하게 된다는

⁵⁴⁾ 2010년 당시에는 6개월 라이보(Libor) 금리 기준.

점 등을 감안하면 과징금부과에 있어서 비례의 원칙과 형평의 원칙에 어긋날 수 있다.

그렇다고 은행에서 제기한 세일즈 마진을 기준으로 할 경우에는 어디까지가 세일즈 마진인지에 대한 정확한 판단이 어렵다. 또한 심의 과정에서 심의관들은 관련매출액이 법상 영업수익이지 영업이익이 아닌 점을 들어 과징금을 이윤에 기반해서 산정할 수 없다고 난색을 표하였다. 당일 은행의 수익을 기준으로 하자는 주장은 부당한 공동행위로 인해 얻은 수익에 대해 과징금을 부과하자는 주장으로 일리가 있어 보인다. 그러나 앞에서 언급했듯이 통화스왑 거래에서 고객거래의 영향력이 상대적으로 크다 보니 거래가 있고 난 뒤 2-3일간은 은행의 수익을 가늠하는 시장 증가에 변동성이 심해지는 걸 감안하면 당일 자 수익이 진정한 은행의 수익이라고 판단하기도 어렵고, 마찬가지로 이윤에 과징금을 부과하는 방식이다.

은행이 지급하는 이자와 수취하는 이자를 계산해서 그 순이자 수취액을 기준으로 하자는 주장은 어찌 보면 통화스왑이라는 상품의 특성에 가장 잘 맞아 보이는 듯하다. 사건 2의 고법에서도 이 방법이 옳다고 다른 판례들을 뒤집고 처음으로 판시하였으나, 이 또한 심각한 문제점을 내포하고 있다. 우선 변동금리로 거래시 그 미래의 변동금리 분에 대한 계산에 있어서 공정위에서 자체적으로 하기는 어려운 면이 있어 결국 과징금부과대상인 은행의 계산에 의존해야 하고, 외화 금리와 원화 금리의 상황에 따라 수취하는 이자의 총액에 비해서 지급해야 하는 이자의 총액이 더 큰 경우에는 아무리 과징금 부과 대상이며 중대한 위반행위라 하더라도 순이자 수취액이 마이너스가 되어 과징금 부과를 할 수 없게 되는 상황이 발생할 수 있다.

2) 과징금 산정 - 영업수익 기준

우리나라 공정거래법상의 부당공동행위에 대한 법 규정과 기준들은 건설회사 등 제조업체를 기준으로 하여 만든 규정들이 상당수 있다. 그러다 보니 금융기관에 적용하기 어려움이 있고 그러한 문제를 해결하고자 관련매출액을 영업수익으로 한다는 규정이 첨가된 것으로 보인다. 그러나 앞에서 살펴보았듯이 영업수익이라는 개념도 금융기관의 회사 차원의 담합사건일 경우에는 사용할 수 있으나

본 글에서의 사례와 같이 금융기관의 특정 상품이나 특정 부서에 한정된 경우, 특히 그에 연관된 상품이 파생상품일 경우는 더욱더 영업수익이라는 개념만으로는 관련 매출액을 산정하기에 어려움이 있다.

또한 그에 따른 세부적인 과징금 부과에 있어서 매출액이 아닌 영업수익을 기준으로 할 경우 부과기준율을 어찌 정하는지 등의 규정이 없이 매출액 기준의 부과기준율이 그대로 사용되고 있다. 그로 인해 일반적인 매출액을 기준으로 정해져 있는 부과기준율을 그대로 금융기관들의 특수성을 반영한 영업수익에 똑같이 사용하는 것은 다른 산업 대비 금융산업에 일종의 특혜로 비칠 수도 있어 보인다. 다른 산업군과의 비례와 형평의 원칙에 있어서 문제가 있어 보이는 대목이다. 따라서 영업수익으로 할 경우에 적용할 세부적인 기준들이 필요해 보인다.

관련 매출액에 해당 행위의 중요성 정도에 따른 부과기준율을 곱해서 나온 과징금에 여러 단계의 조정과 고려를 통한 감면을 거쳐 과징금이 결정되는 우리나라와 달리, 미국의 경우는 간단하다. 미국은 업종에 따른 규정의 차이를 두지 않는다. 업종과 관계없이, 미국의 독점금지법인 셔먼법 위반 시, 법인인 경우 1억 달러 이하의 벌금과 10년 이하의 징역을 병과 할 수 있게 하고 있다.⁵⁵⁾ 또한 이러한 반독점법에 위반되는 행위로 인해 피해를 본 그 누구도 그 피해액의 3배와 합리적인 소송비용을 배상받기 위한 소송을 제기할 수 있게 되어있다.⁵⁶⁾ 또한 파생상품 관련된 반독점 행위의 경우는 셔먼법 위반에 대한 벌금만이 아닌 미 상품선물거래위원회(CFTC)에 의한 과징금 또한 동시에 부과할 수 있다.⁵⁷⁾

55) 15 U.S.Code §1 - Trust, etc., in restraint of trade illegal; penalty.

56) 15 U.S.Code §15 - Suits by persons injured., “... recover threefold the damages by him ...”. 이 규정으로 인해서 미국에서는 반독점법 관련한, 정부에 의한 소송이 아닌, 사적인 소송(private case)이 많다. 2022년도 반독점법 관련으로 제기된 소송 총 346개에서 사적인 소송이 326개로 94.2%를 차지하고 있다. - US Courts, “Judicial Business 2022, Tables, C-2”, www.uscourts.gov. (2023. 6. 5. 확인), 윤세리, “독점규제법의 집행: 미국 독점금지법상의 사소제도”, 한국경쟁법학회, 경쟁법연구 9권, 9-50면, (2003), 1면.

57) 미국의 경우 U.S. Commodity Exchange Act(CEA)의 7 U.S.C. §6(c)~(l) 및 7 U.S.C. §9(10)에 따라 CFTC에서 거래되는 상품들의 가격 조작이나 반독점 행위에 대한 처벌 및 손해배상을 청구할 수 있게 되어있다. 이 경우 셔먼법에 의한 처벌과 중복되는 경우가 있다. - David Yeres, Robert Houck et al. “Understanding and Preparing for the Convergence of US Criminal Antitrust Enforcement with Anti-Manipulation

2003년부터 2010년까지 행해진 것으로 밝혀진 라이보 담합사건에서 도이치은행의 경우를 보면, 미국에서 전신사기(wire fraud)에 대한 범죄행위로 1.5억 달러의 벌금(fine)을 선고받았으며, 반독점법 위반행위에 대해서는 기소유예협정(DPA)⁵⁸⁾을 통해 미국 법무부와 6.25억 달러의 형사처벌(criminal penalty)에 합의하게 된다.⁵⁹⁾ 또한 관련 사건에 가담하였던 직원들의 징역형 이외에도, 도이치은행은 이 가격담합 사건으로 인하여, 미국 상품선물거래위원회(CFTC)의 조치에 따른 8억 달러, 뉴욕 금융서비스국(New York Department of Financial Services) 조치에 따른 6억 달러, 영국 금융행위감독청(U.K. Financial Conduct Authority) 조치에 따른 3.44억 달러를 포함하여 총 25억 달러가 넘는 벌금을 지불하였다.⁶⁰⁾ 우리나라와는 상당히 대조적인 결과이다.

3) 소 결

우리나라에서도 2020년 12월 29일 공정거래법 전부 개정 당시 과징금의 상한이 매출액에 100분의 10을 곱한 금액에서 100분의 20을 곱한 금액으로 상향되고, 매출액이 없는 경우도 20억 원에서 40억 원으로 상향되었다. 이러한 법의 개정 취지는 적발이 힘든 담합의 특성상 과징금을 사업자들이 부담을 느끼는 수준으로 높이고 그로 인한 자진신고자 등에 대한 감면제도 등을 통해 자진신고를 유도하고 있는 점과 맞닿아 있다. 특히 회사의 이익을 위한 회사 차원의 담합이 주로

Laws Regulating Derivatives, FX, Cryptocurrency, Futures, Options, and other Commodities under the Commodity Exchange Act”, 39 No.1 Futures & Derivatives L. Rep. NL1, 2019, 1면.

58) DPA: Deferred Prosecution Agreement.

59) 이승주, “기업범죄 수사의 새로운 경향 -미국에서의 기소유예협정(DPA), 불기소약정(NPA)등 대체적 분쟁해결수단 활용을 통한 기업구조개선과 범죄예방 -”, 법조 제68권 제2호(통권 제734호) 160-203면, 185면. 이 논문에서는 7.775억 벌금과 6.25억 달러의 민사제재금이라고 되어있으나, 실제로는 법원 판결에 의한 1.5억 달러의 벌금과 법무부와의 DPA에 따른 6.25억 달러의 criminal penalty를 합의해서 총 7.75억 달러를 미 재무부에 납부하였다.

60) US Department of Justice, Press Release Number 17-327, “Deutsche Bank's London Subsidiary Sentenced for Manipulation of LIBOR”, 2017. 3. 28. <https://www.justice.gov/opa/pr/deutsche-bank-s-london-subsidiary-sentenced-manipulation-libor>.

많은 일반산업 대비, 성과급 등에 의해 거래를 수행하는 개개인들의 담합에 대한 동기부여가 더 많은 고부가가치 산업인 금융업의 특성을 고려하여, 금융기관들의 담합관련 거래에 있어서도 계약금액을 관련매출액으로 하고 금융산업의 특성에 맞는 부과기준을 달리 적용하는 대안이 금융산업에 맞는 적절한 과징금부과 방식이라 생각한다. 그동안의 적발사례 등에서 축적된 공정위의 경험을 바탕으로 다른 산업과의 비례와 형평의 원칙에서 벗어나지 않는 적합한 수준의 부과기준을 정하여 과징금을 부과하는 것이 올바른 방법으로 보인다.

이는 공정거래위원회의 예규 단계인 과징금 고시의 개정만으로도 가능한 일로 보인다. 일반산업의 경우와 달리, 금융업에서의 반독점금지 행위의 경우 그 파급효과가 경제 전반에 널리 미칠 수 있으며, 적발이 더 어렵고, 적발 시 제조업 대비 과징금의 타격이 약한 점⁶¹⁾ 등을 고려해 볼 때 관련 과징금 부과기준의 개정이 한시바빠 추진되는 것이 바람직해 보인다.

관련매출액이라는 의미가 현실적으로는 실제 매출액을 의미하기보다는 공정거래법상에서 과징금 부과를 위한 산정기준으로 주로 사용되는 점을 감안하면, 위와 같은 관련 법 규정들의 개정 전에는 비록 상품 자체의 특성과는 괴리가 있으나 현재 은행이 수취하게 될 이자 총액을 관련 매출액으로 보고 있는 현 공정위의 관행이 경과규정으로는 제일 적합해 보인다. 이는 계약금액이 큰 거래일수록 시장에 영향력이 큰 점을 감안하여 계약금액에 금융기관이 수취하는 이자를 곱하는 방식으로 계약금액에 비례한 과징금을 부과할 수 있고, 영업수익이라는 개념의 혼동을 방지하고자 이윤에 과징금을 물리는 것에 불편함을 느끼는 공정위의 입장에서 부담이 없고, 상황에 따라 마이너스의 금액이 나와서 과징금을 산정할 수 없는 경우들을 배제할 수 있으며, 과징금 부과 계산 과정에서의 객관성과 명확성, 예측 가능성 등을 보장할 수 있기 때문이다.

물론 이는 관련 법 규정을 금융기관들에 적용하는 데 있어서 현재 존재하는 여러 문제점을 재정비하기까지의 경과 규정적 성격의 대안일 뿐이다. 과징금 고시 관련한 법 규정의 개정에 공정거래위원회의 고민이 필요해 보인다.

61) 공정거래위원회 의결서 제2017-221호에 의하면 D은행과 BP은행은 2011년 4월부터 2014년 11월까지 총 44건에 걸친 선물환 가격담합 사건에서 과징금 7,100만원과 1억 500만원 처분을 받았다.

VI. 맺는말

이 글에서는 2010년에 있었던 외은지점들의 통화스왑 입찰에서의 부당한 공동행위 관련 사례들을 살펴보았다. 2016년에 관련 조사가 시작되었는데 본 글에서 다루고 있는 통화스왑 입찰사례를 포함하여 그 외에도 선물환, 외환스왑 등 파생상품시장 전반에 걸친 담합에 대한 조사가 이루어졌었다. 본 글에서는 통화스왑 관련된 사건들에 대한 판례만을 다루고 있다. 한 건은 이미 대법 판결까지 끝났고, 사건 2와 사건 3은 아직 대법에 계류 중이다. 2010년 통화스왑 시장에서의 가격담합 및 입찰담합을 통한 부당한 공동행위에 대한 마지막 판단이 아직 진행 중인 것이다.

미국은 지난 십여 년간 금융기관들의 대규모 가격담합 및 입찰담합 사건들을 겪었다. 이자율 벤치마크 금리인 라이보 담합사건, 외환시장 가격 담합사건, 지방채 파생상품 담합사건 등이 그 예이다. 미국은 이를 통해 금융서비스 부문도 다른 산업들과 마찬가지로 반독점 범죄에 취약하다는 사실을 인식하게 되는 계기가 되었으며, 이후 다른 산업 대비 금융산업만의 특이점 등에 집중해 지속적인 모니터링과 해외 당국과의 공조를 강화하고 있으며, 금융업계 자체도 반독점 관련 규정 준수 프로그램 등을 통한 직원 교육 등 자정 노력을 하고 있다.⁶²⁾

우리나라의 반독점규제 당국도 이러한 금융기관의 파생상품 입찰담합 사건을 통해서 반독점 행위들이 단순히 일반 산업군에서만 일어나는 것이라는 선입견에서 탈피하여야 할 것이다. 가격담합이나 입찰담합 등 반독점적 행태들의 궁극적 목적이 결국은 경쟁을 제한하여 독과점의 상태를 만들어 그 들만의 수익을 극대화하고자 하는 것임에는 나라별 또는 산업 별로 다르지 않다. 이를 처벌함에 있어, 그 위반행위의 동기를 처벌하는 것이 실질적으로 그 위반행위를 근절할 수 있는 최선의 방법이라고 생각한다. 그러므로 우리나라도 그러한 반독점 행위들로 인해 얻은 이익이나, 손해를 본 측의 손실액 등에 기반하여 과징금을 부과하는

⁶²⁾ Andrew Finch, Antitrust Division, U.S. Department of Justice. 「Principal Deputy Assistant Attorney General Andrew Finch Delivers Remarks at “Antitrust in the Financial Sector: Hot Issues & Global Perspectives”」 May 2, 2018, <https://www.justice.gov/opa/speech/principal-deputy-assistant-attorney-general-andrew-finch-delivers-remarks-antitrust> (2023. 6. 5. 확인).

방안으로의 전환을 고려해 볼 때가 왔다고 생각한다.

독점규제 및 공정거래에 관한 법률에서는 크게 시장지배적 지위의 남용금지, 기업결합의 제한, 경제력 집중의 억제, 부당한 공동행위의 제한, 불공정거래행위, 재판매가격유지행위 및 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지, 사업자단체의 금지행위 등에 대해서 다루고 있다. 2022년도 공정거래위원회에서 발간한 통계 연보에서 2022년 사건접수 현황을 보면 부당한 공동행위에 대한 사건접수가 전체의 29.9%를 차지하여 17.1%를 차지한 불공정행위를 제치고 1위를 하였다. 공정거래위의 전체 역사를 보면 불공정행위가 64.4%로 가장 큰 비중을 차지하고 있다. 불공정행위 관련 사건은 지난 십여 년간 줄어드는 추세임에 반해서, 부당한 공동행위 관련 사건은 반대로 증가하여 1위를 유지하고 있다.

이렇게 갈수록 늘어나고 있으나 단속이 용이하지 않은 부당한 공동행위의 속성과 금융산업의 특성 및 관련된 금융상품의 복잡성 등으로 인하여 금융기관에서의 부당 공동행위에 대한 적발은 심히 어렵고 적발이 된다고 해도 그에 대한 판단을 내리는 것 또한 쉽지 않은 현실이다. 이 글에서 살펴본 통화스왑 관련 부당한 공동행위 사건도 마찬가지로 볼 수 있다. 대법원의 판단을 기다리고 있는 두 건에 대해서, 금융시장과 관련 상품에 대한 대법원의 보다 심도 깊은 고민을 기대하며 이 글을 마친다.

참고문헌

1. 사건관련

- 공정거래위원회, 제2회 제1소회의 심의속기록, 2019. 1. 11.
 공정거래위원회, 제5회 제1소회의 심의속기록, 2020. 2. 28.
 공정거래위원회, 제5회 제1소회의 심의속기록, 2020. 2. 28.
 공정거래위원회, 제3회 전원회의 심의속기록, 2020. 1. 22.
 공정거래위원회, 제1소회의 의결 제2019-043호, 2019. 2. 28.
 공정거래위원회, 제1소회의 의결 제2020-065호, 2020. 3. 31.
 공정거래위원회, 전원회의 의결 제2020-067호, 2020. 3. 31.
 공정거래위원회, 전원회의 의결 제2020-074호, 2020. 4. 7.
 공정거래위원회, 공정거래백서 2002년판 내지 2022년판.

2. 그 외

- 윤세리, “독점규제법의 집행; 미국 독점금지법상의 사소제도”, 한국경쟁법학회, 경쟁법연구 9권, 9-50면, (2003).
 이승주, “기업범죄 수사의 새로운 경향 -미국에서의 기소유예약정(DPA), 불기소약정(NPA)등 대체적 분쟁해결수단 활용을 통한 기업구조개선과 범죄예방 -”, 법조협회, 법조 제68권2호(통권 제734호), 160-203면, (2019).
 공정거래위원회 통계연보 2021년, 2022년.
 금융투자협회, “장외파생상품거래 한글약정서 권고안”.
 한국은행, 외국환은행의 외환거래 동향, 2007년부터 2023년 1/4분기 보고서.

David Yeres, Robert Houck et al. “Understanding and Preparing for the Convergence of US Criminal Antitrust Enforcement with Anti-Manipulation Laws Regulating Derivatives, FX, Cryptocurrency, Futures, Options, and other Commodities under the Commodity Exchange Act”, Futures and Derivatives Law Report, 39 No.1 NL1, 2019.

ISDA “2002 Master Agreement”.

Judicial Business of the United States Courts, Judicial Business 2022 Table C-2,

<https://www.uscourts.gov/statistics-reports/judicial-business-2022-tables>
(2023. 6. 6 확인).

US Courts, Judicial Business 2022, Judicial Business 2022 Tables, C-2, www.uscourts.gov. (2023. 6. 5. 확인).

US Department of Justice, Press Release Number 17-327, “Deutsche Bank's London Subsidiary Sentenced for Manipulation of LIBOR”, 2017. 3. 28. <https://www.justice.gov/opa/pr/deutsche-bank-s-london-subsidiary-sentenced-manipulation-libor>.

<국문요약>

통화스왑 입찰 관련 부당한 공동행위

조 윤 정

2016년 공정거래위원회는 외환스왑 가격담합과 벤치마크 금리인 은행 간 CD 금리 담합사건 조사 결과를 발표했다. 2002년 판 공정거래백서부터 2022년 판까지, 공정거래백서 상에 나오는 금융기관 관련된 사례들을 살펴보면 약관에 관련된 사례들이 많았고, 업종별로는 카드사와 보험사 관련 내용이 많았다. 은행 관련해서는 주로 약관 관련한 사례와 다양한 종류의 은행수수료 관련한 부당한 공동행위 사건과 몇몇 부당지원행위, 시장지배적지위 남용사례, 그리고 기업결합건 등이 있었다. 2016년의 외환스왑과 CD금리 담합, 이 두 사건은 이러한 기조에서 벗어나 보다 구체적으로 금융상품에 집중하여, 우리나라 금융기관의 외환 및 이자율 상품 담합사건에 대해 조사가 이루어진 최초의 사례라고 볼 수 있다.

CD금리 담합 건에 대한 공정위의 조사는 기술적 경제분석을 통해 금리 상승기와 하락기의 움직임에 괴리가 있다는 점까지는 밝혀냈으나, 담합의 합의에 대한 명확한 증거 부족에 대한 부담감에 무혐의 처리하는 것으로 끝났다. 그러나 외환스왑에 대한 가격담합 건에 대해서는 은행 직원들의 메신저상 구체적인 대화 내용 등이 증거자료로 활용되면서 과징금 부과까지 이끌어낼 수 있었다. 그 이후 조사는 외환스왑에서 선물환, 통화스왑까지 외환파생상품 전반적인 입찰담합에 대한 조사로 확대된다.

외환스왑과 선물환 관련 과징금 제재에 대해서는 과징금에 대한 부담도 크지 않았고, 결국 행정소송까지 가지는 않았으나 통화스왑 입찰담합 관련한 사건들은 현재까지 총 네 건이 법원의 판단을 받았고, 그중 두 건이 대법원의 판단을 기다리고 있다.

이 글에서는 그중에서 통화스왑 입찰담합에 관련된 세 가지 사건과 그에 따른 공정위의 조치 그리고 현재까지 나온 법원의 판단을 살펴보고 금융상품 중 특히 파생상품과 파생상품시장에 대한 이해를 바탕으로 해당 사건들을 재조명해보고 있다.

부당한 공동행위라 하면 대부분 금융산업을 제외한 다른 일반산업군에서 흔히 일어난다고 생각하는 선입견이 존재한다. 하지만 이와 달리 금융시장의 높은 가격 변동성, 고객들의 은행간 시장(Interbank Market)의 가격에 대한 정보 부족 등이 존재하는 상황에서, 가격경쟁입찰 또한 흔히 이루어지고 있는 금융산업에서도 일반산업군과 마찬가지로 부당한 공동행위에 대한 동기부여는 충분하게 존재하고 있다. 그러나 금융산업만의 여러 특성으로 인해 일반산업대비 적발이 더 어렵고 관련 사안에 대한 파악이 더 힘든 것이 현실이다. 이러한 상황에서 실제 일어난 사건들에 대한 고찰을 통해 금융기관들에서의 반독점행위에 대한 이해를 높이고, 올바른 판단을 위한 길을 제시하고자 한다.

핵심어 : 공정거래법, 부당한공동행위, 입찰담합, 파생상품, 통화스왑

<Abstract>

Cartel Cases: Bid-Rigging in Cross Currency Swap

Yune Jung Cho*

In 2016, the KFTC announced the results of its investigation into collusion in the Foreign Exchange swap (FX swap) market and Interbank CD (certificate of deposit) rates, a benchmark interest rate. According to the KFTC's Annual Report 2002 - 2022, most of the cases in the Financial Sector were related to “Terms and Conditions”. In particular, the financial sector was dominated by cases involving Credit Card Companies and Insurance Companies. In the Banking, there were mainly cases related to Terms and Conditions and illegal Cartel conduct related to various types of banking fees, as well as a few cases of unfair support practices, abuse of market-dominant position and M&A cases. The two cases in FX swap and CD rates fixing, are the first investigation into more specific cases of collusion in FX and Interest Rate Products in the Financial Sector in Korea.

In the investigation of the CD rate fixing case, technical economic analysis showed that there was a disparity in the movement of interest rates during the uptrend and downtrend, but the KFTC ultimately dismissed the charges due to the lack of clear evidence of collusive agreement. However, in the case of FX swap price-fixing, conversations between bank employees about the transactions were used as evidence, and led to the imposition of fines. The investigation was subsequently expanded to investigate bid-rigging across foreign exchange derivatives, from FX swap to Forward and Cross Currency Swap.

While the penalties related to FX Swap and Forward were minimal and did not result in Administrative Litigations, four cases related to currency swap bid-rigging have been decided by the courts to date, and two of which are awaiting a decision

* Ph.D. Candidate in law at Yonsei University, Former Citibank FX, Interest Rate Dealer.

by the Supreme Court.

In this article, I review the three Cross Currency Swap bid-rigging cases, the KFTC's enforcements, and the court decisions to date, and revisit the cases to better understand the financial products, especially derivatives, from the perspective of Antitrust law in the financial sector.

Contrary to the common perception that illegal Cartel conduct occurs primarily in the non-financial sector, there are ample incentives for the unfair collusion, even in Financial Institutions, where price volatility can be high, customers have little information about the interbank market prices, and price competition through bidding is common. Similar to non-financial sector, the existence of incentives for Cartel is significant. However, the unique characteristics of the financial sector make it more difficult to detect and understand antitrust violations than in other industries. By reviewing actual cases, I would like to improve the understanding of antitrust activity by financial institutions and point the way to the right judgment.

Key Words : Antitrust Law, Cartel, Bid-Rigging, Derivatives, Cross Currency Swap
--

숙박플랫폼과 불공정 약관 조항의 문제

— 서울고등법원 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결 및
서울고등법원 2021. 2. 4. 선고 2019누39019 판결을 중심으로 —

차 은 주*

◆ 목 차 ◆

- | | |
|-------------------------------|---------------------------------------|
| I. 서론 | 4. 약관 내용의 불공정성 여부(부가적 판단)(소극) |
| II. 플랫폼 시장의 특징 및 숙박플랫폼의 이용 형태 | VI. 아고다 컴퍼니 판결 |
| 1. 플랫폼의 정의 및 유형 | 1. 약관법 적용 여부(적극) |
| 2. 숙박플랫폼의 개념 및 시장현황 | 2. 약관 해당 여부(적극) |
| 3. 숙박플랫폼의 거래구조 | 3. 사업자 해당 여부(적극) |
| 4. 숙박플랫폼의 계약관계 | 4. 약관 내용의 불공정성 여부(소극) |
| 5. 환불불가 조항 | VII. 부킹닷컴 판결과 아고다 컴퍼니 판결의 검토 |
| III. 불공정 약관 조항 일반론 | 1. 부킹닷컴 판결과 아고다 컴퍼니 판결의 비교 |
| 1. 약관규제의 필요성 | 2. 부킹닷컴 판결과 아고다 컴퍼니 판결의 차이점 |
| 2. 관계 법령 | 3. 약관 조항의 계약 내용 편입에 대한 검토 |
| 3. 불공정 약관 조항의 요건 | 4. 약관 조항의 내용의 불공정성에 대한 검토 |
| 4. 불공정 약관 조항의 효력 | 5. 전자상거래법상 소비자에게 불리한 계약에 해당 여부에 대한 검토 |
| IV. 공정거래위원회의 각 처분 | VIII. 결론 |
| 1. 처분의 경위 | |
| 2. 공정거래위원회의 판단 | |
| V. 부킹닷컴 판결 | |
| 1. 약관법 적용 여부(적극) | |
| 2. 약관 해당 여부(적극) | |
| 3. 사업자 해당 여부(소극) | |

I. 서론

부킹닷컴 비브이(1996. 11. 12. 설립, 주사무소: 네덜란드, 이하 ‘부킹닷컴’이라 한다)와 아고다 컴퍼니 유한회사(2005. 5. 19. 설립, 주사무소: 싱가포르, 이하 ‘아

* 법학전문대학원 석사, 수원지방법원 판사

고다 컴퍼니'라 한다)는 자신의 인터넷 홈페이지나 모바일 애플리케이션(이하 '플랫폼'이라 한다)을 이용하여 세계 각국의 숙박업체와 숙박업체를 이용하려는 고객에게 숙소 게시, 검색, 숙박예약 및 숙박계약), 결제서비스 등을 제공하고, 그 대가로 숙박업체로부터 수수료를 지급받는 온라인 숙박예약 서비스 플랫폼(이하 '숙박플랫폼'이라 한다) 사업자이다.

코로나 엔데믹 이후 해외여행 수요가 크게 늘면서 소비자의 숙박플랫폼 이용도 크게 증가하였다. 2023. 4. 기준 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니 등이 포함된 상위 8개 사의 결제 추정금액 합계는 9,329억 원으로 2022. 4. 기준 결제 추정금액 합계인 5,290억 원 대비 76% 상승하였다.²⁾ 이와 같이 계속 성장하는 숙박플랫폼 시장에도 불구하고 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니 등처럼 본사가 외국에 있는 글로벌 숙박플랫폼은 그 규제가 쉽지 않았는데, 특히 이러한 숙박플랫폼에 대한 고객의 불만은 '취소·환급 지연 및 거부'에 압도적으로 집중되어 있는 상황이다.³⁾

숙박플랫폼은 자신의 플랫폼에서 고객이 숙박업체를 검색하는 경우 '환불불가'라는 조건을 게시하여 고객에게 제시하여 왔는데, 서울고등법원은 2020. 5. 20.

- 1) 숙박예약은 장래의 특정 기간에 해당 숙박시설을 이용하기로 하는 계약이다. 숙박예약이 완료되면 고객은 별도의 예약완결권을 행사함이 없이 숙박시설을 이용할 수 있으므로, 그 실질은 '숙박계약'이다. 이하에서는 '숙박예약'과 '숙박계약'이라는 용어를 혼용한다.
- 2) “엔데믹에 OTA도 방긋” 한국인이 가장 많이 찾은 여행플랫폼은”, 매일경제, 2023년 5월 17일자.
- 3) “아고다·부킹닷컴·트립닷컴, ‘소비자 불만 ↑ 환불 거부·과다 수수료 요구’”, 뉴스원, 2019년 6월 24일자.

[해외 숙박·항공 예약대행 사이트 관련 소비자 불만 유형]

(단위 : 건, %)

불만 유형	2017	2018	2019.1~5	계
	건수(비율)	건수(비율)	건수(비율)	
취소·환급 지연 및 거부	243(61.7)	1,069(80.7)	165(53.9)	1,477(73.0)
위약금·수수료 부당 청구 및 가격 불만	51(13.0)	68(5.1)	82(26.8)	201(9.9)
계약불이행(불완전 이행 포함)	18(4.6)	103(7.8)	17(5.6)	138(6.8)
결제 시스템 관련(중복 결제)	51(13.0)	48(3.6)	24(7.8)	123(6.1)
표시·광고	12(3.0)	9(0.7)	5(1.6)	26(1.3)
사업자 연락 두절·사이트 폐쇄	7(1.7)	7(0.6)	2(0.7)	16(0.8)
기타·단순문의	12(3.0)	20(1.5)	11(3.6)	43(2.1)
계	394(100.0)	1,324(100.0)	306(100.0)	2,024(100.0)

2017년~2019년 5월까지 해외 숙박·항공 예약대행 사이트 관련 소비자불만 현황 및 유형 (한국소비자원 제공) © 뉴스1

위와 같은 환불불가 조항과 관련하여 부킹닷컴은 약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관법’이라 한다)상 사업자에 해당하지 않는다고 판단하면서, 위 환불불가 조항의 시정을 명한 공정거래위원회의 처분이 위법하다는 판결을 선고하였다(서울고등법원 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결, 이하 ‘부킹닷컴 판결’이라 한다). 그 후 약 9개월 뒤인 2021. 2. 4. 아고다 컴퍼니에 대한 판결도 선고되었는데 서울고등법원은 아고다 컴퍼니가 위와 같은 환불불가 조항과 관련하여 약관법상 사업자에게는 해당하나 그러한 환불불가 조항이 불공정한 약관 조항에 해당하지 않는다는 이유로 공정거래위원회의 아고다 컴퍼니에 대한 시정명령 처분도 위법하다고 판단하였다(서울고등법원 2021. 2. 4. 선고 2019누39019 판결, 이하 ‘아고다 컴퍼니 판결’이라 한다).

이하에서는 플랫폼 시장의 특징 및 숙박플랫폼의 이용 형태, 불공정 약관 조항 일반론을 바탕으로 공정거래위원회의 처분, 부킹닷컴 판결, 아고다 컴퍼니 판결을 차례로 살펴본 후 대상판결을 서로 비교, 분석하여 검토한다.

II. 플랫폼 시장의 특징 및 숙박플랫폼의 이용 형태

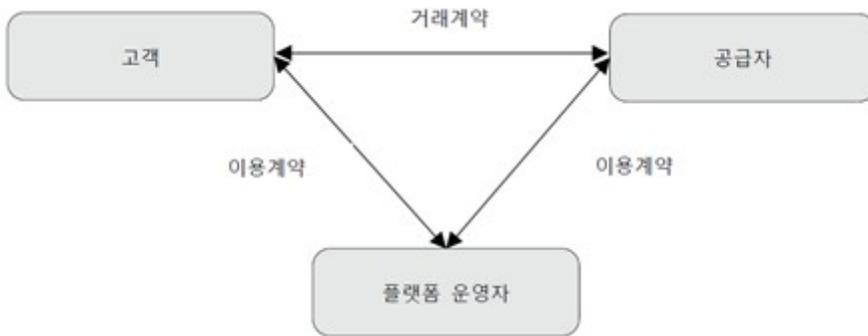
1. 플랫폼의 정의 및 유형

플랫폼은 “서로 다른 이용자 그룹이 거래나 상호작용을 원활하게 할 수 있도록 제공된 물리적, 가상적 또는 제도적 환경” 내지 “인터넷을 이용하여 양면시장 또는 다면시장에서 두 개 또는 그 이상의 서로 다르나 상호의존적인 이용자 그룹 간의 상호작용을 가능하게 함으로써 하나 이상의 그룹을 위한 가치를 창출하는 사업자”로 정의된다. 플랫폼을 통한 거래의 증가는 플랫폼의 데이터 집중으로 인해 야기될 수 있는 강력한 간접 네트워크 효과와 결합하여 시장 및 소비자에게 ‘게이트키퍼(gate keeper)’로서 플랫폼에 대한 비즈니스 의존도를 증가시킨다.⁴⁾

플랫폼은 크게 (1) 단순히 정보제공만 하는 경우(정보제공형), (2) 시장의 역할만 하는 경우(장소대여형), (3) 거래의 중개 내지 매개 역할을 하는 경우(거래중개

4) 최난설현, “혁신경쟁의 촉진과 플랫폼 단독행위 규제상의 과제: -시장지배적지위 남용행위 규제를 중심으로-”, 『경제법연구』 제19권 제2호, 2020, 40면, 41면.

형), (4) 직접 판매를 하는 경우(판매자형)로 나눌 수 있고, 이 중 이 사건과 같은 글로벌 숙박플랫폼은 인터넷을 이용한 온라인 시장에서 거래의 중개 역할을 하는 거래중개형 전자상거래 플랫폼에 해당한다고 볼 수 있다. 이러한 전자상거래 플랫폼을 통하여 이루어지는 거래관계에는 다음 [그림 1]과 같은 3개의 계약관계가 3면 관계를 이루어 존재한다.⁵⁾



[그림 1] 전자상거래 플랫폼을 통하여 이루어지는 계약관계

2. 숙박플랫폼의 개념 및 시장현황⁶⁾

숙박플랫폼이란 호텔 등 숙박업체와 이용고객을 온라인(웹, 모바일)으로 연결하여 숙박 예약·결제서비스 등을 제공하는 온라인 플랫폼이다. 숙박플랫폼은 스마트폰 등 모바일 기기가 대중화되면서 등장한 모바일 기반 O2O⁷⁾ 서비스의 하나로서, 스마트폰 등 모바일 기기로 호텔 등 오프라인 숙박업체를 예약할 수 있도록 중개해 준다.

- 5) 이병준, “전자상거래 플랫폼과 거래관계에 대한 책임”, 『소비자법연구』 제5권 제1호, 2019, 15면.
- 6) 공정거래위원회 2022. 11. 16.자 2021서감1284 의결 부킹닷컴비브이의 전자상거래 소비자보호법 위반행위에 대한 건, 공정거래위원회 2022. 11. 16.자 2021서감1285 아고다컴퍼니 유한회사(Agoda Company Private Limited)의 전자상거래소비자보호법 위반행위에 대한 건 각 기초사실 참고.
- 7) Online to Offline의 약자로 오프라인 매장에서 판매되는 재화나 서비스를 온라인 소비자와 연결하여 구매를 유도하는 방식을 말한다. 온라인에서 상품의 검색 및 구매 결정·대금 결제 등을 하고, 오프라인에서는 제품 수령·서비스 이용 등이 이루어진다.

‘여행 및 예약서비스 분야’의 온라인 거래규모는 2001년 약 2,100억 원에서 2016년 약 11조 원으로 15년간 50배 이상 증가하는 등 온라인을 통한 여행·예약 서비스거래규모는 급속히 증가하였다. 또한 인터넷의 발달과 함께 숙박플랫폼 사업자들이 숙박시설 예약시장에 진입하면서, 숙박플랫폼 사업자들의 국내 숙박업체들에 대한 영향력이 증가하는 추세이다. 2017년 기준 숙박플랫폼의 숙박시설 예약점유율은 87%(외국 숙박플랫폼 사업자 53.7%, 국내 숙박플랫폼 사업자 33.3%)인 반면, 여행사를 통한 예약은 6.7%에 불과하다. 특히 독자적인 마케팅 수단을 보유하지 못한 소규모 숙박시설은 외국계 숙박플랫폼에 대한 의존도가 상대적으로 높게 나타났다. 4~5성급 호텔의 경우 전체 예약의 약 31%를 숙박플랫폼을 통해 받고 있지만, 1~3급 호텔의 경우 전체 예약 중 약 55%, 일반숙박업의 경우 79%의 예약이 숙박플랫폼을 통해 이루어지는 것으로 나타났다. 숙박플랫폼 사업자들은 최근 호텔뿐만 아니라 펜션, 게스트하우스까지 다양한 숙박시설과의 제휴를 통해 활동영역을 넓혀가고 있으며, 이러한 추세로 보아 숙박플랫폼 사업자들의 시장규모는 향후 지속적으로 증가할 것으로 예상된다.

3. 숙박플랫폼의 거래구조

- (1) 숙박플랫폼은 별도의 사이트인 엑스트라넷(숙박상품 등록 시스템)을 통하여 자신의 플랫폼에 게시할 숙박업체의 숙박조건(취소·환불조건을 포함한다)을 직접 작성하여 숙박업체에 선택지 형태로 제공한다.
- (2) 숙박업체는 숙박플랫폼으로부터 제시받은 선택지 중에서 환불조건 등이 포함된 숙박조건을 선택한 후 숙박 플랫폼에 제출·등록한다.
- (3) 숙박플랫폼은 숙박업체의 숙박조건을 검토하여 자신의 플랫폼에 해당 조건의 숙소를 게시한다.
- (4) 고객은 숙박플랫폼에 접속하여 제시된 객실들의 조건을 검색하여 예약하고 신용카드 등으로 숙박대금을 결제하면 숙박예약이 완료된다.



[그림 2] 숙박플랫폼의 거래구조

4. 숙박플랫폼의 계약관계

(1) 숙박시설 등록계약

숙박플랫폼은 세계 각국의 숙박업체와 등록약관을 이용하여 숙박시설 등록 계약을 체결한다. 등록약관에 의하면 숙박업체는 숙박플랫폼에 숙박시설 정보를 제공하고 업데이트하며, 숙박플랫폼은 고객이 숙박플랫폼의 플랫폼을 통해 숙박예약을 할 경우 중개자의 역할을 하며 숙박업체로부터 수수료를 받는다.

(2) 플랫폼 이용계약

숙박플랫폼은 고객과 이용약관을 이용하여 플랫폼 이용계약을 체결한다. 고객이 숙박플랫폼의 플랫폼에 접속하거나 이를 이용 또는 검색한 경우, 그리고/또는 이를 통해 예약을 완료한 경우 이용약관에 동의하는 것으로 간주된다. 이용약관에 의하면 고객은 숙박플랫폼의 플랫폼 서비스를 무료로 이용할 수 있고, 숙박업체는 고객이 숙박상품을 이용한 경우 숙박플랫폼에 수수료를 지급한다.

(3) 숙박계약

고객과 숙박업체는 직접 대면 없이 숙박플랫폼을 통해 숙박계약을 체결한다. 고객은 숙박대금을 지급할 의무를, 숙박업체는 고객에게 숙박기간 동안 숙박 서비스를 제공할 의무를 각 부담한다.

5. 환불불가 조항

부킹닷컴과 아고다 컴퍼니는 자신의 플랫폼에서 고객이 숙박업체를 검색하는 경우 ‘<객실유형> 중 <조건> 또는 <선택사항> 항목에(부킹닷컴의 경우)’ 또는 ‘<객실 선택하기> 항목에(아고다 컴퍼니의 경우)’ ‘환불불가’라는 조건을 게시하여 고객에게 제시한다(이하 ‘이 사건 환불불가 조항’이라 한다). 고객이 위 환불불가 조항이 기재된 객실을 예약하였다가 취소할 경우, 예약 취소시점부터 숙박 예정일까지 남은 기간을 불문하고 미리 결제한 숙박대금을 환불받지 못한다.

Ⅲ. 불공정 약관 조항 일반론

1. 약관규제의 필요성

약관은 대량거래를 신속하게 체결하고, 복잡하고 까다로운 거래를 원만하게 처리할 수 있게 하는 등 여러 가지 긍정적 기능을 수행하고 있지만, 사업자가 그들의 우월적 지위를 이용하여 자기의 권리나 이익은 가능한 한 확대하면서 자기가 부담해야 할 거래상의 위험이나 부담은 상대방에게 전가하는 수단으로 악용될 우려도 있다.⁸⁾ 특히 약관은 대부분 작은 글씨로 인쇄되어 제공되고, 그 용어도 상당 부분 소비자가 친숙하지 않은 법률용어가 많아 조직화되어 있지 않고, 기업과의 교섭력이 부족한 일반 소비자 입장에서는 결국 약관을 제대로 이해하지 못한 채 계약을 체결하는 경우가 많다. 이러한 현상은 결국 일반 소비자에게는 ‘계약 체결’의 자유만 인정될 뿐 ‘계약내용 결정’의 자유는 박탈당하는 것과 마찬가지로의 결과가 된다.⁹⁾ 이에 우리나라에서는 약관법을 통해 약관을 규제하고 소비자를 보호하기 위하여 노력하고 있다.

2. 관계 법령

□ 약관법

제1조(목적) 이 법은 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 불공정한 내용의 약관(約款)을 작성하여 거래에 사용하는 것을 방지하고 불공정한 내용의 약관을 규제함으로써 건전한 거래질서를 확립하고, 이를 통하여 소비자를 보호하고 국민생활을 균형 있게 향상시키는 것을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “약관”이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다.
2. “사업자”란 계약의 한쪽 당사자로서 상대 당사자에게 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안하는 자를 말한다.

⁸⁾ 권오승/홍명수, 「경제법(제14판)」, 법문사, 2021, 587면.

⁹⁾ 신현윤, 「경제법(제8판)」, 법문사, 2020, 639면.

3. “고객”이란 계약의 한쪽 당사자로서 사업자로부터 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안받은 자를 말한다.

제6조(일반원칙) ① 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다.
 ② 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다.

1. 고객에게 부당하게 불리한 조항
2. 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항
3. 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항

제8조(손해배상액의 예정) 고객에게 부당하게 과중한 지연 손해금 등의 손해배상 의무를 부담시키는 약관 조항은 무효로 한다.

제17조(불공정약관조항의 사용금지) 사업자는 제6조부터 제14조까지의 규정에 해당하는 불공정한 약관 조항(이하 “불공정약관조항”이라 한다)을 계약의 내용으로 하여서는 아니 된다.

제17조의2(시정 조치) ① 공정거래위원회는 사업자가 제17조를 위반한 경우에는 사업자에게 해당 불공정약관조항의 삭제·수정 등 시정에 필요한 조치를 권고할 수 있다.
 ② 공정거래위원회는 제17조를 위반한 사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 사업자에게 해당 불공정약관조항의 삭제·수정, 시정명령을 받은 사실의 공표, 그 밖에 약관을 시정하기 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다.

6. 사업자가 제1항에 따른 권고를 정당한 사유 없이 따르지 아니하여 여러 고객에게 피해 발생하거나 발생할 우려가 현저한 경우

3. 불공정 약관 조항의 요건

(1) 약관

약관법 제2조 제1호는 약관을 “그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용”으로 규정하고 있다. 따라서 약관이란 ① 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 ② 계약의 한 쪽 당사자가 ③ 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 ④ 일정한 형식으로 미리 마련한 것으로 ⑤ 계약의 내용이 되는 것을 의미한다.

(2) 사업자 및 고객

약관법 제2조 제2호는 사업자를 “계약의 한쪽 당사자로서 상대 당사자에게 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안하는 자”로, 약관법 제2조 제3호는 고객을 “계약의 한쪽 당사자로서 사업자로부터 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안받은 자”로 각 규정하고 있다. 따라서 사업자 및 고객은 ① 계약의 한쪽 당사자로서 ② 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안하거나 받은 자를 의미한다.

위와 같이 “제안하는 자”와 “제안받은 자”로 각 규정되어 있으므로 아직 계약 체결 전의 단계에서도 사업자 및 고객에 해당한다고 볼 수 있다.¹⁰⁾

(3) 불공정 약관 조항

법원은 약관법 제6조 제1항, 제2항 제1호에 따라 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항으로서 ‘신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항’이라는 이유로 무효라고 보기 위해서는, 그 약관조항이 고객에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 약관 작성자가 거래상의 지위를 남용하여 계약 상대방의 정당한 이익과 합리적인 기대에 반하여 형평에 어긋나는 약관 조항을 작성·사용함으로써 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주었다는 점이 인정되어야 하며, 이와 같이 약관조항의 무효 사유에 해당하는 ‘고객에게 부당하게 불리한 조항’인지 여부는 그 약관조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 판시하였다(대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결 등 참조). 약관법 제6조 제1항은 불공정 약관조항의 판단에 관한 일반원칙으로 위 조항이 들고 있는 ‘신의성실의 원칙’ 및 ‘공정성’은 약관법 제7 내지 14조의 개별 조항에 따라 약관의 불공정성을 판단함에 있어서도 일반적인 기준이 된다고 봄이 타당하다.

한편, 이 사건에서 쟁점이 되는 약관법 제8조는 ‘고객에게 부당하게 과중한 지연 손해금 등의 손해배상 의무를 부담시키는 약관 조항’을 무효로 보고 있는데, 이는 민법 제98조 제2항이 손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원이

¹⁰⁾ 정호열, 「경제법(전정 제7판)」, 박영사, 2022, 557면.

적당히 감액할 수 있도록 한 것에 비하여 대량·집단·반복적으로 이루어지는 약관거래에서는 법원이 개별적 사정에 따라 일일이 감액하는 것은 효율적인 방법이 아니기 때문이다.¹¹⁾

4. 불공정 약관 조항의 효력

약관법 제6조부터 제14조까지의 규정에 해당하는 불공정약관조항은 무효로 실체법상 효력을 갖지 못한다. 한편, 약관법 제16조¹²⁾는 “이러한 경우 계약은 나머지 부분만으로 유효하게 존속한다”는 일부 무효의 특칙을 규정하고 있다. 이는 민법 제137조¹³⁾에 대한 예외로서 오늘날 약관에 의한 계약이 고객인 소비자들의 일상생활에 필수적인 거래에 자주 이용되고 있어 약관의 일부 조항이 무효라 하더라도 약관 전체를 무효로 하는 것보다 계약 관계를 유지하는 것이 거래관계의 안정 및 고객의 이익에 부합되기 때문이다.¹⁴⁾

IV. 공정거래위원회의 각 처분

1. 처분의 경위

(1) 공정거래위원회는 2017. 11. 7. 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니에 “이 사건 환불 불가 조항은 소비자가 숙박예약을 취소하는 경우 취소시기 및 숙박예정일로부터 남은 기간에 관계없이 미리 결제한 숙박대금을 전혀 환불하지 아니하여 고객에게

11) 신현운, 앞의 책(주 9), 669면.

12) **약관법 제16조(일부 무효의 특칙)** 약관의 전부 또는 일부의 조항이 제3조 제4항에 따라 계약의 내용이 되지 못하는 경우나 제6조부터 제14조까지의 규정에 따라 무효인 경우 계약은 나머지 부분만으로 유효하게 존속한다. 다만, 유효한 부분만으로는 계약의 목적 달성이 불가능하거나 그 유효한 부분이 한쪽 당사자에게 부당하게 불리한 경우에는 그 계약은 무효로 한다.

13) **민법 제137조(법률행위의 일부무효)** 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다.

14) 신현운, 앞의 책(주 9), 680면.

부당하게 과중한 손해배상 의무를 부담시키는 약관조항으로 약관법 제8조(손해배상액의 예정)에 해당하므로 약관법 제17조 및 제17조의2(시정조치)에 따라 시정 권고를 받은 날로부터 60일 이내에 해당 조항을 수정”하도록 각 권고¹⁵⁾하였다.

(2) 2017년 공정거래위원회 조사 중 인터파크, 하나투어, 호텔패스글로벌은 환불불가 조항을 자진 시정하였고, 공정거래위원회는 부킹닷컴, 아고다 컴퍼니 외에 호텔스닷컴, 익스피디아 등에 대하여 위와 같은 시정권고를 하였다. 공정거래위원회의 시정권고 후 호텔스닷컴, 익스피디아는 환불불가 조항을 수정했으나¹⁶⁾ 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니가 공정거래위원회의 위와 같은 시정권고에도 불구하고 이 사건 환불불가 조항을 계속 사용하였다.¹⁷⁾

(3) 이에 공정거래위원회는 2019. 2. 11. 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니에 이 사건 환불불가조항의 사용금지를 명하는 동시에 이 사건 환불불가 조항을 이 시정명령을 받은 날로부터 60일 이내에 수정 또는 삭제할 것을 명하는 각 결의¹⁸⁾(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)를 하였다.

2. 공정거래위원회의 판단¹⁹⁾

15) 2017. 11. 1. 시정권고 제2017-010호 부킹닷컴 비브이의 환불규정상 불공정약관조항에 대한 건, 2017. 11. 1. 시정권고 제2017-008호 아고다 컴퍼니의 환불규정상 불공정약관조항에 대한 건.

16) 익스피디아는 환불불가 상품도 120일 전에는 환불이 가능하도록 시정하였다. “아고다·부킹닷컴 예약 취소…환불 안해주네요”, 중앙일보, 2019년 6월 25일자.

17) “아고다·부킹닷컴 ‘싼 방은 환불불가’ 공정위는 무효라지만...”, 비즈한국, 2018년 11월 27일자.

18) 2019. 2. 11. 공정거래위원회 전원회의 의결 제2019-032호 부킹닷컴 비브이의 환불규정상 불공정약관조항에 대한 건, 2019. 2. 11. 공정거래위원회 전원회의 의결 제2019-031호 아고다 컴퍼니 유한회사의 환불규정상 불공정약관조항에 대한 건.

19) 공정거래위원회는 추가로 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니가 공정거래위원회의 위와 같은 2017. 11. 7.자 시정권고에도 불구하고 정당한 사유 없이 이를 따르지 아니하고 이 사건 환불불가 조항을 계속 사용하고 있는바, 이로 인하여 다수의 고객에게 피해가 발생하거나 발생할 우려가 현저하므로 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니의 행위는 약관법 제17조의2 제2항 제6호에 해당한다고 판단하였다.

(1) 약관법 적용 여부

공정거래위원회는 플랫폼 이용 약관상 부킹닷컴은 네덜란드법을, 아고다 컴퍼니는 싱가포르법을 각 준거법으로 정하고 있으나, 한국 소비자가 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니의 플랫폼을 통해 체결하는 숙박계약은 구 국제사법(2022. 1. 4. 법률 제18670호로 전부개정되기 전의 것, 이하 같다) 제27조²⁰⁾ 제1항 제1호에 따라 보호 대상이 되는 ‘소비자계약’에 해당하므로 이 사건은 국내법인 약관법이 적용된다고 판단하였다.

(2) 약관 해당 여부

공정거래위원회는 이 사건 환불불가 조항은 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용이며, 이에 대해 소비자와 개별적인 교섭을 거쳤다고 할 수 없고, 변경할 가능성이 있었다고 인정되지 않으므로, 약관법 제2조 제1호의 ‘약관’에 해당한다고 판단하였다.

(3) 사업자 해당 여부

공정거래위원회는 거래 구조상 환불을 포함한 숙박조건은 숙박업체의 숙박조건이 그대로 제시되는 것이 아니라 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니가 작성하여 숙박업체에 제시하여 선택하도록 하는 것으로, 고객과의 숙박예약은 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니가 작성하고 숙박업체가 선택한 조건대로 성립하므로, 부킹닷컴과 아고

20) 구 국제사법 제27조(소비자계약) ① 소비자가 직업 또는 영업활동 외의 목적으로 체결하는 계약이 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 당사자가 준거법을 선택하더라도 소비자의 상거소가 있는 국가의 강행규정에 의하여 소비자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다.

1. 소비자의 상대방이 계약체결에 앞서 그 국가에서 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하거나 그 국가 외의 지역에서 그 국가로 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하고, 소비자가 그 국가에서 계약체결에 필요한 행위를 한 경우
2. 소비자의 상대방이 그 국가에서 소비자의 주문을 받은 경우
3. 소비자의 상대방이 소비자로 하여금 외국에 가서 주문을 하도록 유도한 경우

다 컴퍼니는 숙박업체와 공동으로 숙박계약의 당사자로서 이 사건 환불불가 조항을 포함한 숙박계약 관련 약관을 고객에게 제안한 자라고 할 수 있고, 따라서 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니는 약관법 제2조 제2호의 ‘사업자’에 해당한다고 판단하였다.

(4) 약관 내용의 불공정성 여부

공정거래위원회는 일반적으로 숙박예정일까지 상당한 기간이 남아 있는 경우에는 고객이 숙박예약을 취소하더라도 해당 객실의 재판매 가능성이 매우 높으며, 재판매가 이루어질 경우 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니 및 숙박업체의 손해는 거의 없고 오히려 고객에게서 물취한 숙박대금은 부가적인 수익이 될 수 있으나 이 사건 환불불가 조항은 고객의 취소시기, 숙박예정일로부터 남은 기간, 취소객실의 재판매 가능성 등을 전혀 고려하지 않고 환불이 불가능하도록 규정하고 있으므로, 고객에게 부당하게 과중한 손해배상 의무를 부담시키는 조항에 해당한다고 판단하였다.

V. 부킹닷컴 판결²¹⁾

1. 약관법 적용 여부(적극)

서울고등법원은 플랫폼 이용약관상 부킹닷컴은 네덜란드법을 준거법으로 정하고 있으나, 부킹닷컴은 국내 소비자를 대상으로 한국어로 된 플랫폼을 운영하고 국내 인터넷 검색포털 사이트 광고를 통해 영업활동을 하며, 숙박업체는 부킹닷컴을 통해 국내에서 광고 등 영업활동을 하고, 대한민국의 소비자가 국내에서 부

21) 부킹닷컴은 서울고등법원 판결 선고 후 영업비밀을 이유로 판결서 내용 중 일부에 대하여 비밀보호를 위한 판결서 열람 등 제한 신청을 하였고, 법원은 이를 일부 인용하였으므로 이하에서는 판결서상 나타나는 구체적인 수치는 생략한다. 부킹닷컴 판결에 대해서는 공정거래위원회가 상고하였으나, 대법원은 최근 2023. 9. 21. 상고기각판결을 선고(대법원 2020두41399)하여, 같은 날 부킹닷컴 판결이 그대로 확정되었다.

킹닷컴의 플랫폼을 이용하여 숙박상품을 검색하고 숙박예약의 청약 및 결제를 하는 등 계약체결에 필요한 행위를 하고 있으므로, 그 플랫폼 이용계약 및 숙박계약은 구 국제사법 제27조의 보호대상이 되는 ‘소비자계약’에 해당하여 강행규정인 약관법의 적용을 받는다고 판단하였다.

2. 약관 해당 여부(적극)

서울고등법원은 ① 고객은 부킹닷컴의 플랫폼에서 환불불가 상품과 그렇지 아니한 상품 중 하나를 선택할 수 있을 뿐, 환불불가 상품의 계약에 포함된 환불불가 조항의 구체적인 내용, 즉 환불불가 사유, 환불불가 시한 내지 환불불가의 범위(위약금률)에 관하여 계약 상대방과 대등한 지위에서 그 내용을 변경할 가능성이 없으므로 이 사건 환불불가 조항은 고객의 입장에서 보았을 때 계약의 상대방자인 사업자에 의하여 일방적으로 작성되어 있는 점, ② 이 사건 환불불가 조항은 부킹닷컴의 플랫폼에 접속하여 특정 숙박상품을 선택한 다수의 불특정 고객과 계약을 체결하기 위해 게시되어 있는 점, ③ 고객이 부킹닷컴의 플랫폼에서 숙박조건을 검색하면 환불불가 조항은 숙박상품의 ‘조건’ 또는 ‘선택사항’ 항목에 “환불불가”라는 문자로 표시되므로, 이 사건 환불불가 조항은 계약 체결을 위해 일정한 형식으로 미리 마련되어 있다고 볼 수 있는 점, ④ 이 사건 환불불가 조항은 계약의 내용이 되므로, 고객이 숙박을 위하여 계약을 체결하고 숙박대금을 지급하였다가 이를 취소하더라도 환불불가 조항으로 인하여 환불을 받지 못하고, 숙박업체는 고객에게 숙박대금을 반환할 의무를 부담하지 아니하는 점 등을 종합하면, 이 사건 환불불가 조항은 약관에 해당한다고 판단하였다.

3. 사업자 해당 여부(소극)

(1) 관련법리

일반적으로 계약의 당사자가 누구인지는 그 계약에 관여한 당사자의 의사해석의 문제에 해당한다. 당사자 사이에 법률행위의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 당사자의 의사해석이 문제 되는 경우에는 법률행위의 내용, 그러한 법률행위가 이

루어진 동기와 경위, 법률행위에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 2018. 1. 25. 선고 2016다238212 판결, 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009다 92487 판결 등 참조).

(2) 부킹닷컴이 계약의 한쪽 당사자인지 여부(소극)

1) 서울고등법원은 다음과 같은 사정 등을 종합하면 이 사건 환불불가 조항은 숙박계약에 포함되는 내용이고 숙박계약의 당사자는 숙박업체와 고객이므로, 부킹닷컴은 숙박계약의 한쪽 당사자에 해당하지 않는다고 판단하였다.

① 부킹닷컴은 숙박업체의 숙박시설 정보 등록 과정에서 숙박시설 정보를 빠르게 입력하였는지를 검토할 뿐이고, 이후 숙박업체는 부킹닷컴의 엑스트라넷에 접속하여 숙박조건을 자유롭게 결정하며, 숙박업체가 입력한 대로 숙박상품이 부킹닷컴의 플랫폼에 게시되므로, 이 사건 환불불가 조항을 포함한 숙박조건은 숙박업체가 결정한다. 부킹닷컴은 중개인으로서 위와 같은 검토 과정에서 숙박조건을 실질적으로 변경하지 않는다.

② 부킹닷컴은 고객에게 인적사항 입력 단계에서 환불불가 조항이 호텔(숙박업체)의 정책임을 알리고, 결제 수단 정보 입력단계에서 숙박예약이 숙박업체와 직접 체결됨을 알리며, 아울러 이용약관을 제시하여 ‘숙박업체가 숙박조건을 제시하고 고객이 결제한 숙박대금이 숙박업체에 지급되며 고객이 해당 숙박업체를 통해 숙박업체별 약관을 확인하고 숙박업체의 정책으로 환불이 불가능할 수 있으며 부킹닷컴이 판매 책임자가 아님’을 알리고 있다. 부킹닷컴은 고객이 숙박대금을 결제하면 고객에게 보내는 결제 문자메시지에 숙박업체 이름을 명시하고 있고, 역시 고객에게 보낸 예약확인서에 최종요금은 숙소 측에 지불한 요금이라고 밝히고 있다.

③ 고객은 부킹닷컴의 플랫폼을 통해 숙박예약을 완료함으로써 숙박업체와 직접 숙박계약을 체결하고, 이에 따라 숙박업체에게 숙박대금을 지급하고 숙박업체로부터 숙박 서비스를 제공받는다. 환불불가 조항은 숙박계약 내용 중 숙박대금 조건의 하나이다.

④ 위 숙박시설 등록계약, 플랫폼 이용계약, 숙박계약의 내용 및 그 취지, 부킹

닷컴이 예약 과정에서 고객에게 고지한 내용, 숙박예약의 거래 방법, 숙박조건을 결정하고 숙박서비스를 제공하며 숙박대금을 수령하는 주체가 모두 숙박업체인 점, 환불불가로 인한 손해배상 예정금의 귀속 주체도 숙박업체인 점 등을 종합하여 보면, 숙박업체와 고객 모두 숙박계약의 당사자를 숙박업체와 고객으로 인식하고 숙박계약을 체결한다고 봄이 상당하다. 부킹닷컴은 고객이 숙박예약을 완료하는 경우 숙박업체와 공동으로 당사자가 된다는 의사를 표시한 적이 없으므로, 숙박계약의 공동당사자가 된다고 볼 수 없다.

⑤ 부킹닷컴이 자신의 플랫폼에서 숙박업체를 위해 숙박예약 접수, 예약 확인 이메일 송부, 숙박대금 결제 대행, 예약 취소 접수, 예약취소 확인 이메일 송부 등 업무를 수행하고 있으나, 위와 같은 행위는 부킹닷컴이 숙박업체와 체결한 숙박시설 등록계약, 고객과 체결한 이용계약에 따라 숙박계약의 중개 업무를 수행하면서 숙박업체로부터 수수료를 받는 대가로 숙박업체에 편의를 제공하는 용역을 수행하는 것으로 볼 수 있을 뿐, 이를 두고 부킹닷컴이 숙박계약의 공동당사자가 되었다고 보기 어렵다.

또한, 부킹닷컴은 자신의 플랫폼에서 숙박상품을 예약한 고객이 다른 플랫폼에서 더 낮은 상품을 발견하면 예약한 숙박상품과의 차액을 환불해주는 최저가 맞춤 정책을 홍보하고 있으나, 최저가 맞춤이 환불불가 조건과 당연하게 결부된다고 볼 수 없는 점, 등록약관에 의하면 숙박업체는 부킹닷컴의 플랫폼에서 숙박상품을 게시할 때 최저가 맞춤 정책에 부응하여 최저가로 객실을 제공하기로 하고 숙박계약의 내용으로 삼았다가 최저가 맞춤이 필요할 경우 고객에게 최저가와와의 차액을 환불하는 점 등에 비추어 볼 때, 이러한 최저가 맞춤 정책의 홍보를 들어 부킹닷컴이 숙박계약의 공동당사자라고 볼 수 없다.

한편, 부킹닷컴이 자신의 플랫폼에서 숙박상품과 함께 렌터카 예약 등 다른 관련 상품을 취급하여 홍보하고 시크릿 특가, 적립 등 고객유인 및 혜택 제공행사를 하고 있으나, 숙박계약과 별개로 이루어지는 부킹닷컴의 영업행위라고 보아야 하고 이를 두고 부킹닷컴이 숙박상품의 재판매 사업자로서 재판매계약의 당사자 내지 숙박계약의 공동당사자라고 볼 수 없다.

⑥ 부킹닷컴은 숙박시설 등록계약, 플랫폼 이용계약의 한쪽 당사자이나, 환불불가 조항이 숙박시설 등록계약, 플랫폼 이용계약의 내용이 아니므로, 이 사건 환불불가 조항과 관련하여서는 계약의 한쪽 당사자라고 할 수 없다.

⑦ 부킹닷컴을 숙박계약과 관련하여 약관법상 사업자로 보지 않을 경우 국내외 수많은 숙박업체를 사업자로 하여 피고가 개별적으로 규제하는 것이 사실상 어렵다는 현실적 필요성이 있다고 하여 약관법상 사업자 개념을 달리 볼 수는 없다.

2) 한편, 공정거래위원회는 이 사건 소송에 이르러 ‘부킹닷컴이 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 ‘전자상거래법’이라 한다)²²⁾ 제20조의2 제1항, 제3항²³⁾, 제20조의3 제1호²⁴⁾가 정한 통신판매중개업자 책임을 지고 책임 내

22) 전자상거래법 제2조 제2호에 의하면 ‘통신판매’란 우편·전기통신, 그 밖에 총리령으로 정하는 방법으로 재화 또는 용역의 판매에 관한 정보를 제공하고 소비자의 청약을 받아 재화 또는 용역을 판매하는 것을 말하고, 전자상거래법 제2조 제4호, 같은 법 시행규칙 제3조에 의하면 ‘통신판매중개’란 사이버몰(컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장을 말한다. 이하 같다)의 이용을 허락하거나 그 밖에 자신의 명의로 통신판매를 위한 광고수단을 제공하거나 그 광고수단에 자신의 이름을 표시하여 통신판매에 관한 정보의 제공이나 청약의 접수 등 통신판매의 일부를 수행하는 방법으로 거래 당사자 간의 통신판매를 알선하는 행위’를 말한다. 전자상거래법 제20조 제1, 2항에 의하면 통신판매중개를 하는 자를 통신판매중개자, 통신판매중개를 업으로 하는 자를 통신판매중개업자라고 한다.

23) 전자상거래법 제20조 제1항, 제20조의2 제1항에 의하면 통신판매중개자는 자신이 통신판매의 당사자가 아니라는 사실을 소비자가 쉽게 알 수 있도록 미리 고지하여야 하고, 통신판매중개자가 위와 같은 고지를 하지 아니한 경우 통신판매중개의뢰자의 고의 또는 과실로 소비자에게 발생한 재산상 손해에 대하여 통신판매중개의뢰자와 연대하여 배상할 책임을 진다. 전자상거래법 제20조의2 제3항에 의하면 통신판매업자인 통신판매중개자는 위와 같은 고지에도 불구하고 제12조(통신판매업자의 신고 등), 제13조(신원 및 거래조건에 대한 정보의 제공), 제14조(청약확인 등), 제15조(재화 등의 공급 등), 제17조(청약철회 등), 제18조(청약철회 등의 효과)에 따른 통신판매업자의 책임을 면하지 못하되, 통신판매업자의 의뢰를 받아 통신판매를 중개하는 경우 통신판매중개의뢰자가 책임을 지는 것으로 약정하여 소비자에게 고지한 부분에 대하여는 통신판매중개의뢰자가 책임을 진다.

24) 전자상거래법 제20조의3 제1호, 제13조 제2항 제5호, 제14조 제1항에 의하면 통신판매에 관한 거래과정에서 청약의 접수를 받는 업무를 수행하는 통신판매중개업자는, 통신판매업자가 ① 청약의 철회 및 계약의 해제 기한·행사방법 및 효과에 관한 사항에 관한 정보의 제공, ② 청약의 확인, ③ 그 밖에 소비자피해를 방지하기 위하여 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항을 이행하지 아니하는 경우에는

용에 비추어 계약의 한쪽 당사자에 해당한다고 볼 수 있으므로 약관법상 사업자에 해당한다'라고 주장하였다. 서울고등법원은 부킹닷컴이 전자상거래법상 통신판매중개업자, 통신판매업자인 통신판매중개자로서 전자상거래법상 책임을 질 수 있다고 하더라도, 이는 전자상거래법상 통신판매의 특수성으로 인한 전자상거래 소비자의 권익을 보호하기 위하여 통신판매중개의뢰자, 통신판매업자의 책임을 연대하여 지거나 대신하여 지도록 하는 것일 뿐 이를 통해 통신판매중개의뢰자, 통신판매업자의 계약당사자 지위 자체를 취득하는 것이 아니므로 전자상거래법상 책임 규정만으로 부킹닷컴이 숙박업체의 계약당사자 지위 자체를 취득한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

3) 또한 공정거래위원회는 이 사건 소송에 이르러 '부킹닷컴과 숙박업체 및 고객 사이에 상호 밀접하게 건립된 하나의 3면계약이 성립되었고, 부킹닷컴은 3면계약의 한쪽 당사자에 해당한다'고 주장하였으나, 서울고등법원은 부킹닷컴, 숙박업체, 고객 사이에 각각 3개의 개별 계약이 성립하였을 뿐 3면계약이라는 하나의 계약이 성립하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

(3) 고객에게 자신의 약관을 제안하였는지 여부

서울고등법원은 부킹닷컴은 엑스트라넷에 숙박업체가 숙박조건을 입력할 수 있는 틀(도구)을 제공할 뿐 숙박조건 자체를 결정하지 않으므로, 부킹닷컴이 숙박계약의 내용 중 하나로 환불불가 조항을 마련하였다고 볼 수 없으므로 부킹닷컴이 고객에게 자신의 약관으로서 이 사건 환불불가 조항을 제안하는 자라고 볼 수 없다고 판단하였다.

4. 약관 내용의 불공정성 여부(부가적 판단)(소극)

서울고등법원은 약관법 제8조가 정한 '고객에게 부당하게 과중한 지연 손해금 등의 손해배상 의무를 부담'시키는지 여부는 민법 제398조 제2항이 정한 '손해배상의 예정액이 부당하게 과다'한지 여부의 판단기준²⁵⁾을 원용할 수 있다고 보면

이를 대신하여 이행하여야 한다.

서, 다음과 같은 사정 등을 종합하면 공정거래위원회가 제출한 증거들만으로는 이 사건 환불불가 조항이 고객에게 부당하게 과중한 손해배상 의무를 부담시키는 불공정한 약관 조항이라고 단정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(1) 환불불가 상품의 특성

부킹닷컴의 플랫폼에 게시된 숙박상품은 호텔의 위치, 객실의 크기, 부대시설 이용 가부,朝食 제공 여부, 침대의 크기와 형태, 환불가능 여부 등 숙박조건에 따라 고객에게 다양한 가격으로 제공된다. 환불불가 조항은 숙박대금에 일정한 할인율을 적용하는 대신 숙박대금을 예약 즉시 결제하여야 하고 숙박예약을 취소하더라도 남은 기간에 관계없이 이미 결제된 숙박대금을 환불하지 않는 조건을 결합한 것이다. 환불불가 상품은 환불가능 상품과 별개로 취급되는 독립적인 숙박상품이고 환불가능 상품보다 숙박대금이 보다 저렴한 특성을 가지고 있다.

(2) 고객의 선택 자유

환불불가 상품이 숙박상품의 범위에 포함되어 고객의 상품 선택의 폭이 넓어지고 고객에게 환불불가 상품을 선택할지에 관한 권리가 제공되어 있으며 환불불가 상품으로 인해 환불가능 상품에 대한 고객의 선택권이 제한되지 않는다. 환불불가 상품의 가격이 저렴하고 검색결과 대체로 최상단에 게시된다는 점만으로는 부킹닷컴의 플랫폼이 고객의 선택권을 실질적으로 제한한다고 보기 어렵다. 고객에게 환불불가 상품과 환불가능 상품에 관한 실질적인 선택권이 부여되었고 그만큼 고객의 편익이 증가한다고 볼 수 있다.

25) 민법 제398조 제2항은 손해배상의 예정액이 ‘부당하게 과다한 경우’라고 함은 채권자와 채무자의 지위, 계약의 목적과 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상 손해액의 크기, 거래관행과 경제상태 등 모든 사정을 고려하여 일반 사회관념에 비추어 예정액의 지급이 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우를 뜻한다(대법원 2018. 9. 13. 선고 2015다209347 판결 참조).

(3) 환불불가 상품에 대한 선택 동기

사전 계획을 용이하게 수립할 수 있는 고객은 저렴하게 책정된 환불불가 상품을 선택하여 할인을 받을 가능성이 크고, 사전 계획을 용이하게 수립할 수 없거나 손해배상 예정금의 위험을 감수하고 싶지 않은 고객은 환불가능 상품을 선택할 가능성이 크다. 고객은 자신의 상황에 따라 특정 조건의 숙박상품을 자유로이 선택함으로써 이익을 조정할 기회를 가졌다고 볼 수 있다.

(4) 환불불가 조항으로 인한 고객의 이익과 불이익 비교

환불불가 상품의 가격은 환불가능 상품에 비하여 10~20% 정도 저렴하며, 고객이 예약한 그대로 환불불가 상품을 이용할 경우 환불가능 상품을 선택한 경우에 비하여 환불가능 상품과 환불불가 상품의 숙박대금 차액(이하 ‘할인액’이라 한다) 상당의 이익을 얻을 수 있다. 전체 숙박상품에서 환불불가 상품을 일률적으로 제거하는 경우 사전 계획을 용이하게 수립하여 할인을 받고자 하는 고객의 선택권을 박탈하는 결과를 가져와 고객의 후생이 전체적으로 감소할 여지가 있다²⁶⁾. 공정거래위원회가 제시한 증거들만으로는 환불불가 상품으로 인해 고객에게 생길 수 있는 불이익과 이익의 내용 및 불이익과 이익 발생의 개연성, 숙박예정일로부터 남은 기간에 따른 취소객실의 재판매 가능성, 예상 손해액의 크기를 구체적, 객관적으로 파악하기 어려우므로, 환불불가 조항으로 인한 손해배상 의무가 고객에게 ‘부당하게 과중’하다고 단정하기 어렵다.

(5) 불가항력적인 상황²⁷⁾의 구제

26) 2019년 기준으로 환불불가 상품 중 고객이 취소한 비율보다 실제 숙박을 한 비율이 훨씬 높았다.

27) 아고다 컴퍼니는 ‘가족 사망, 자연재해 또는 그 외 불가항력적 사건 등’을 불가항력적인 상황으로 보고 있는데, 등록약관의 일반사항에 불가항력에 관하여 다음과 같이 정의하고 있다(판결문상 부킹닷컴의 등록약관 중 불가항력적인 상황에 대한 정의규정은 확인되지 않는다). “본 계약 이행의 지연 또는 불이행이 자신의 통제 범위를 벗어나는 상황, 예를 들어 자연 재해, 극단적 날씨 상태, 정부 행위나 제한, 여행 경고, 쿠데타, 계엄령, 비상 사태, 전쟁, 테러, 내란, 유행병, 전염병, 핵 사고, EMP

등록약관에 의하면 불가항력적인 사건이 발생할 경우 숙박업체가 고객에게 숙박요금을 청구할 수 없게 하고 부킹닷컴도 숙박업체로부터 수수료를 받지 않도록 하고 있으므로, 고객에게 과중한 손해배상금을 부담하지 않도록 일정한 보호장치를 두고 있다.

(6) 일부 고객의 피해 문제

부킹닷컴은 고객이 환불불가 상품에 대해 예약하는 단계에서 4차례 정도 계약 취소 시 숙박대금 전액이 손해배상 예정액이 된다는 점을 고지함으로써 고객이 경솔하게 환불불가 상품을 선택하지 않도록 하고 있다. 그럼에도 경솔, 무경험으로 신중한 검토 없이 환불불가 상품을 예약하였다가 취소하였다고 주장하는 고객의 경우 구체적인 사건에서 민법 제104조의 불공정한 법률행위에 의한 해결을 기대할 수 있다.

(7) 숙박계약 취소로 인한 숙박업체의 손해

숙박업체는 고정비용이 높고 숙박하는 고객이 늘어날 때 소요되는 추가비용이 적게 늘어나는 비용구조로 되어 있으며, 해당일에 객실이 사용되지 않으면 효용이 사라진다. 숙박업체로서는 환불불가 상품의 예약을 받아 안정적으로 객실 사용률을 높이는 데 도움을 받을 수 있다.

공정거래위원회는 숙박업체가 어느 정도 손해를 입는지에 관한 객관적이고 합리적인 자료를 제시하지 않았고, 구체적인 재판매율을 확인하였다고 인정할 증거가 없다. 부킹닷컴은 2019년 국내 환불불가 상품의 재판매율은 숙박예정일까지 남은 기간을 막론하고 극히 낮다고 밝혔다. 이에 의하면 숙박업체는 고객의 숙박예약 취소 시 재판매가 어려워 숙박대금에 상당한 손해를 입는 경우가 많은 것으로 보이고, 재판매를 하더라도 할인 판매의 가능성, 재판매를 위한 노력 등 유·무

및/또는 해당 당사자의 통제 범위를 벗어나는 기타 이유로 야기된 경우에는 어떤 당사자도 그에 대한 책임을 지지 않는다. 다만 불리한 경제 여건이나 일반적인 재무 또는 운영상의 계약 사항은 불가항력 사건으로 간주하지 않는다. 만약 한 당사자가 불가항력 사건의 영향을 받을 경우 상대방에게 즉시 그 성격과 정도를 통지해야 한다.”

형의 손해 내지 비용이 발생할 수 있다.

(8) 기타 사정

부킹닷컴은 세계적인 숙박예약 서비스 플랫폼 사업자로서 우리나라 고객과의 관계에 있어서만 우리나라 약관법의 적용을 받게 된다. 피고의 시정명령이 유지될 경우 다른 나라의 고객에게는 환불불가 조건으로 저가에 제공되는 숙박상품을 우리나라의 고객이 이용하지 못할 수 있다. 이는 환불불가 숙박상품이라도 미리 저가로 예약하기를 원하는 고객의 선택권을 침해하여 고객의 후생을 감소시키는 결과를 초래할 수 있다.

VI. 아고다 컴퍼니 판결²⁸⁾

아고다 컴퍼니 판결에서 서울고등법원은 사업자 해당 여부에 대해서만 부킹닷컴 판결과 그 판단을 달리하였을 뿐 약관법 적용 여부, 약관 해당 여부, 약관 내용의 불공정성 여부에 대해서는 부킹닷컴 판결에서와 거의 동일한 이유로 같은 판단을 하였고, 위와 같이 판단이 일부 달라진 점이 있음에도 불구하고 이 사건 환불불가 조항이 약관법 제8조에 해당하지 않는다는 점에 대해서는 부킹닷컴 판결과 그 결론이 일치하였다. 이하에서는 사업자 해당 여부에 대한 판단 부분을 위주로 본다.²⁹⁾

²⁸⁾ 아고다 컴퍼니는 서울고등법원 판결 선고 후 영업비밀을 이유로 판결서 내용 중 일부에 대하여 비밀보호를 위한 판결서 열람 등 제한 신청을 하였고, 법원은 이를 일부 인용하였으므로 이하에서는 판결서상 나타나는 구체적인 수치는 생략한다. 아고다 컴퍼니 판결에 대해서는 공정거래위원회가 상고하였으나, 대법원은 최근 2023. 9. 21. 상고기각판결을 선고(대법원 2021두35124)하여, 같은 날 아고다 컴퍼니 판결이 그대로 확정되었다.

²⁹⁾ 아고다 컴퍼니는 환불불가 조건부 예약은 해당 객실의 입실 여부를 보장받을 수 없는 숙소가 소비자의 노쇼(No-Show)를 대비하고자 해당 숙박요금을 소비자에게 반환하지 않는 것으로 발생할 손해에 대하여 그 액수를 미리 정하여 손해배상의 문제를 해결하고자 하기 위한 목적보다는 소비자로 하여금 숙박계약의 이행을 강제하는 이행확보기능이 더 크기 때문에 손해배상액 예정 조항이라고 단정할 수 없

1. 약관법 적용 여부(적극)

서울고등법원은 플랫폼 이용약관상 아고다 컴퍼니는 싱가포르법을 준거법으로 정하고 있으나, 그 플랫폼 이용계약 및 숙박계약은 구 국제사법 제27조의 보호대상이 되는 ‘소비자계약’에 해당하여 강행규정인 약관법의 적용을 받는다고 판단하였다.

2. 약관 해당 여부(적극)

서울고등법원은 이 사건 환불불가 조항이 후술하는 바와 같이 숙박계약 뿐만 아니라 플랫폼 이용계약의 내용이 된다고 보면서 그 계약의 한 쪽 당사자인 숙박업체 및 아고다 컴퍼니가 일방적으로 작성한 것이라는 점, 계약 체결을 위해 일정한 형식으로 미리 마련되어 있다고 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 환불불가 조항은 약관에 해당한다고 판단하였다.

3. 사업자 해당 여부(적극)

(1) 숙박계약의 사업자 해당 여부(소극)

서울고등법원은 이 사건 환불불가 조항은 숙박계약에 포함되는 내용이고 숙박계약의 당사자는 숙박업체와 고객이므로, 아고다 컴퍼니는 숙박계약의 한쪽 당사자에 해당하지 않는다고 판단하였다.

다는 주장도 하였다. 그러나 서울고등법원은 민법 제398조에서 손해배상액의 예정에 관하여 규정한 목적은 손해의 발생사실과 손해액에 대한 입증의 곤란을 덜고 분쟁의 발생을 미리 방지하여 법률관계를 쉽게 해결할 뿐 아니라 채무자에게 심리적 경고를 함으로써 채무의 이행을 확보하려는 것이라고 볼 수 있다고 보면서 이 사건 환불불가 조항은 고객의 채무불이행이 있을 경우 고객이 지급하여야 할 손해배상액을 미리 정해둔 것으로서 민법 제398조가 규정하는 손해배상액의 예정에 해당한다고 판단하였다.

(2) 플랫폼 이용계약의 사업자 해당 여부(적극)

서울고등법원은 다음과 같은 사정 등을 종합하면 이 사건 환불불가 조항은 고객과 숙박업체 사이의 숙박계약뿐만 아니라 고객과 아고다 컴퍼니 사이의 플랫폼 이용계약에도 편입되었다고 볼 수 있고, 따라서 아고다 컴퍼니는 고객에게 환불불가 조항을 제안한 자로서 약관법 제2조 제2호 소정의 사업자에 해당한다고 판단하였다.

1) 이용약관에는 고객이 아고다 컴퍼니를 통해 예약을 진행하는 경우 이용약관을 읽고 이해하고 동의했다는 것을 인정하는 것이라고 정하고 있는데, 아고다 컴퍼니의 이용약관에는 아고다 컴퍼니의 취소 정책, 환불 정책, 자주 묻는 질문(FAQ) 등도 약관의 일부를 구성한다고 정하고 있다.

2) 이용약관에는 고객이 아고다 컴퍼니의 플랫폼을 통해 숙소 예약을 진행하는 것은 예약에 적용되는 취소 및 불이행 방침을 포함한 숙소의 예약 조건과 숙소의 추가적인 약관을 승인하고 동의한다는 것을 의미한다고 정하고 있고, 각 숙소의 일반적인 취소 정책 및 불이행에 관한 사항은 본 사이트의 숙소 정보 페이지 또는 예약 조건, 취소 정책 또는 이와 유사한 정보 페이지 그리고 예약 확정 이메일 및 바우처에서 확인할 수 있다고 정하고 있다. 아고다 컴퍼니가 예약 완료 시 고객에게 자신의 명의로 보낸 예약 확정 이메일 및 바우처에는 환불불가 상품의 경우 ‘이 예약은 환불이 불가하여 수정하거나 변경할 수 없습니다.’라는 안내 문구가 기재되어 있다.

3) 숙소의 취소 및 예약 불이행 정책에 따라 일부 숙소에서는 고객의 취소와 관련하여 전체 체류기간 또는 첫날 숙박료를 취소 수수료로 부과할 수 있는데, 숙소의 취소 정책과 관계없이, 아고다 컴퍼니는 취소 수수료를 부과할 수 있는 권리를 보유하며 해당 내용은 본 사이트에 기재되어 있다고 정하고 있다.

4) 아고다 컴퍼니의 이용약관에 편입되어 있는 취소 정책에는 아고다 컴퍼니는 예약 취소에 대해 수수료를 청구하지 아니하는데 취소 정책에 별도로 특별히 명

시된 경우에는 예약 취소에 대하여 수수료를 청구할 수 있다는 취지로 정하고 있고, 전체 예약 취소를 포함해 예약에 대한 어떠한 변경도 해당 호텔이 아닌 아고다 컴퍼니를 통해서 이루어져야 한다고 명시하고 있다.

5) 또한 아고다 컴퍼니의 이용약관에 편입되어 있는 ‘자주 묻는 질문(FAQ)’에도 객실 종류 옆에 있는 환불불가 등의 의미에 관하여, 환불불가 등은 할인 형태의 특별 프로모션을 의미하는 것으로 프로모션에 따라 이루어진 예약은 대개 환불이 없는 전 기간 금액 부담 같은 매우 엄격한 취소 정책이 있다고 기재되어 있다.

6) 아고다 컴퍼니는 고객과 숙박업체 사이의 숙박예약이 성립되는 경우 고객이 결제하는 숙박대금에서 예약 수수료를 취득하거나 혹은 숙박예약이 취소되는 경우 고객이 지급한 숙박대금에서 예약 취소에 따른 취소 수수료를 공제하는 방식으로 숙소예약 서비스 제공에 따른 수익을 올리는 형태의 사업구조를 취하고 있어 등록약관 및 이용약관 등에서 아고다 컴퍼니가 고객과의 숙박예약 및 계약의 체결, 대금 결제, 취소, 환불 등 숙박계약의 성립 및 이행의 전 과정에 관여할 수 있는 형태로 정하고 있다. 환불불가 조항에 따라 아고다 컴퍼니가 고객에게 취소 수수료를 부과할 수 있는 것, 즉 환불을 거부할 수 있는 것은 ‘등록약관에서의 숙박업체로부터의 위임³⁰⁾’과 ‘이용약관에서 고객에게 직접 취소 수수료를 부과할 수 있는 권리를 가진다고 정한 것’에 따른 것으로 볼 수 있다.

4. 약관 내용의 불공정성 여부(소극)

서울고등법원은 약관법 제8조가 정한 ‘고객에게 부당하게 과중한 지연 손해금 등의 손해배상 의무를 부담’시키는지 여부는 민법 제398조 제2항이 정한 ‘손해배상의 예정액이 부당하게 과다’한지 여부의 판단기준을 원용할 수 있다고 보면서, 부킹닷컴 사건에서 부킹닷컴이 제출한 ‘2015년부터 2016년까지 부킹닷컴을 통해

30) 등록약관에는 아고다 컴퍼니가 단순 중개인이 아니라 숙박업체의 예약 조건에 따라 예약을 취급하는 중계자 역할을 수행하는 것으로 정하고 있고, 아고다 컴퍼니의 이용약관과 해당 숙박업체의 예약 조건이 예약에 함께 적용된다고 정하고 있다.

한국인이 가장 많이 예약한 호텔 30개 중 환불불가 및 환불가능 상품을 동시에 판매하는 8개 호텔과 2018. 8. 부킹닷컴에서 인기 있는 호텔 중 환불불가 및 환불가능 상품을 동시에 판매하는 3개 호텔을 각 선정하여 환불불가 조건이 부과될 경우 동일한 객실에 대해 호텔에 따라 환불가능 상품에 비하여 할인율이 얼마나 저렴한지를 분석한 경제 분석 보고서³¹⁾를 바탕으로 알 수 있는 사정 등³¹⁾을 종합하면 이 사건 환불불가 조항이 고객에게 부당하게 과중한 손해배상의무를 부담시키는 불공정한 약관 조항이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

VII. 부킹닷컴 판결과 아고다 컴퍼니 판결의 검토

1. 부킹닷컴 판결과 아고다 컴퍼니 판결의 비교

쟁점		부킹닷컴 판결	아고다 컴퍼니 판결	일치여부
1	약관법 적용 여부	적극	적극	일치
2	약관 해당 여부	적극	적극	일치
3	사업자 해당 여부	소극	소극	일치
	숙박계약 플랫폼 이용계약	소극	적극	불일치
4	내용의 불공정성 여부	소극	소극	일치

아고다 컴퍼니 판결에서 서울고등법원은 이 사건 환불불가 조항이 숙박계약 뿐만 아니라 플랫폼 이용계약의 내용으로 편입되는 약관으로 아고다 컴퍼니가 위 조항과 관련하여 약관법상 사업자에 해당한다고 보면서도 부킹닷컴 판결에서와 동일하게 이 사건 환불불가 조항은 고객에게 부당하게 과중한 손해배상의무를 부담시키는 불공정한 약관 조항에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 이하에서는 위와 같이 부킹닷컴 판결과 아고다 컴퍼니 판결에서 판단이 달라진 이유에 대하여 살펴보고 그 결론의 타당성에 대하여 검토한다.

31) 부킹닷컴 판결에서 인정한 사정과 거의 동일하다.

2. 부킹닷컴 판결과 아고다 컴퍼니 판결의 차이점

아고다 컴퍼니 판결에서 서울고등법원은 이 사건 환불불가 조항이 숙박계약의 내용으로 편입이 되나 아고다 컴퍼니가 숙박계약의 공동당사자가 아니므로 숙박계약의 한 쪽 당사자에 해당하지 않는다는 점에 대해서는 부킹닷컴 판결과 동일하게 판단하였다. 그러나 아고다 컴퍼니 판결에서 서울고등법원은 이 사건 환불불가 조항이 숙박계약 뿐만 아니라 플랫폼 이용계약의 내용으로도 편입이 된다고 보았고, 이를 바탕으로 아고다 컴퍼니가 플랫폼 이용계약의 한 쪽 당사자이고, 고객에게 이 사건 환불불가 조항이 포함된 이용약관을 제안한 자로서 약관법상 사업자에 해당한다고 판단하였다.

아고다 컴퍼니 판결에서 서울고등법원은 이 사건 환불불가 조항이 플랫폼 이용계약의 내용으로도 편입이 된다고 본 가장 큰 이유는 아고다 컴퍼니의 등록약관 및 이용약관과 수익구조 때문으로 보인다.

아고다 컴퍼니는 이용약관 중 ① 예약 조건 항목에서 “숙소의 취소 정책에 관계없이, 아고다 컴퍼니는 (고객에게) 취소 수수료를 부과할 수 있는 권리를 보유하며 해당 내용은 본 사이트에 기재되어 있습니다.”라고 규정하고 있거나 ② 취소정책에서 “예약에 대한 어떠한 변경도 해당 호텔과 직접 하는 것이 아닌 아고다 컴퍼니를 통해서 이뤄져야 합니다. 여기에는 날짜 변경, 숙박 기간 연장, 얼리체크아웃, 숙소 도착 지연 혹은 부분 또는 전체 예약 취소가 해당됩니다.”라고 규정하고 있기도 하였다. 또한 ③ 숙박업체와의 등록약관에 따르면 고객이 숙박예약을 취소한 경우에도 아고다 컴퍼니는 취소 진행을 중개한 대가로 숙박업체로부터 취소 수수료의 일부를 지급받을 수 있도록 되어 있었고, ④ 아고다 컴퍼니가 고객으로부터 직접 숙박대금을 수령한 후 숙박업체에 수수료를 공제하고 송금하도록 되어 있었다.

이에 아고다 컴퍼니 판결에서 서울고등법원은 아고다 컴퍼니는 고객과의 숙박예약(내지 숙박계약)의 성립 및 숙박예약의 취소에 직접적인 이해관계를 가지고 있고, 그에 따라 고객과의 숙박예약 및 계약의 체결, 대금 결제, 취소, 환불 등 숙박계약의 성립 및 이행의 전 과정에 관여하는 형태로 등록약관 및 이용약관 등을 정해두고 있는 것으로 보아 이 사건 환불불가 조항이 아고다 컴퍼니와 고객 간의 플랫폼 이용계약의 내용으로도 편입된다고 보았다.

한편, 부킹닷컴 판결에서는 이 사건 환불불가 조항이 플랫폼 이용계약의 내용에 포함되지 않는다고 판단하였다. 부킹닷컴 판결에서 구체적인 이유를 설시하지는 않았으나, 부킹닷컴은 이용약관에서 ① ‘숙박업체가 숙박조건을 제시하고 고객이 결제한 숙박대금이 숙박업체에 지급되며 고객이 해당 숙박업체를 통해 숙박업체별 약관을 확인하고 숙박업체의 정책으로 환불이 불가능할 수 있으며 부킹닷컴이 판매 책임자가 아님’을 알리고 있었고, ② “여행과 관련한[특별/프로모션] 제공 가격, 정책 또는 고객의 별도 요청과 관련한] 불만 또는 이의 제기는 여행업체에서 처리합니다. 부킹닷컴은 어떠한 경우에도 해당 불만, 이의 제기 및 (상품 관련) 채무와 관련한 책임 또는 법적 의무를 지지 않습니다.”라고 규정하고 있었으며, ③ 등록약관에서 “부킹닷컴은 이미 보고된 노쇼, 취소 혹은 불가항력적 사건에 기인해 실제로 투숙이 불가능한 것으로 판명된 예약 내역에 대한 어떠한 수수료도 부과하지 않습니다.”라고 규정하였고, ④ 결제금액은 제3의 지급업체를 통해 바로 숙박업체에 송금되고, 부킹닷컴은 이후 숙박업체로부터 수수료를 지급받도록 되어 있는 점 등에 비추어 보면 부킹닷컴의 경우에는 아고다 컴퍼니와 달리 이 사건 환불불가 조항이 플랫폼 이용계약의 내용으로 편입되었다고 보기 어려우므로, 부킹닷컴 판결의 이러한 판단은 타당한 것으로 보인다.

3. 약관 조항의 계약 내용 편입에 대한 검토

(1) 약관 조항의 계약 내용의 편입에 대한 선결적 판단 필요성 및 해석기준

앞서 본 바와 같이, 거래중개형 전자상거래 플랫폼의 경우 3개의 계약관계가 3면 관계를 이루고 있는바, 쟁점 약관 조항이 해당 계약의 내용으로 편입되었는지가 결국 “계약의 한 쪽 당사자”라는 요건 충족 여부를 결정짓게 되므로, 약관법상 약관 해당 여부 및 사업자 해당여부를 판단하기 위해서는 약관 조항이 해당 계약의 내용으로 편입되었는지를 선결적으로 판단하여야 한다.

쟁점 약관 조항이 해당 계약의 내용으로 편입되었는지는 약관 해석의 문제로 귀결된다. 판례는 일반거래약관 구속력의 근거와 관련하여 “보통보험약관을 포함한 이른바 일반거래약관이 계약의 내용으로 되어 계약당사자에게 구속력을 갖게 되는 근거는 그 자체가 법규범 또는 법규범적 성질을 갖기 때문은 아니며 계약당사자가 이를 계약의 내용으로 하기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의를 하였기 때

문이라고 볼 것이다(대법원 2004. 11. 11. 선고 2003다30807 판결 등 참조)”라고 판시함으로써 계약설의 입장을 취하고 있고, 이에 따라 약관의 해석 원칙에 대해서도 “법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 처분문서에 나타난 법률행위의 해석이 문제되는 경우에는 그 문언의 형식과 내용, 그 법률행위가 이루어진 동기와 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래와 관행 등을 종합적으로 고려하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다. 약관의 내용은 개개 계약체결자의 의사나 구체적인 사정을 고려함이 없이 평균적 고객의 이행가능성을 기준으로 하여 객관적·확일적으로 해석하여야 하고, 고객 보호의 측면에서 약관 내용이 명백하지 못하거나 의심스러운 때에는 고객에게 유리하게, 약관 작성자에게 불리하게 제한 해석하여야 한다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다222654, 222661 판결 등 참조)”고 판시하고 있다.

또한 판례는 “약관법에서 규정한 불공정 약관조항에 해당하는지 여부를 심사할 때는, 문제되는 조항만을 따로 떼어서 볼 것이 아니라 전체 약관내용을 종합적으로 고찰한 후에 판단하여야 하고, 그 약관이 사용되는 거래분야의 통상적인 거래관행, 거래대상인 상품이나 용역의 특성 등을 함께 고려하여 판단하여야 한다. 그리고 법원이 약관규제법에 근거하여 사업자가 미리 마련한 약관에 대하여 행하는 구체적 내용통제는 개별 계약관계에서 당사자의 권리·의무를 확정하기 위한 선결문제로서 약관조항의 효력 유무를 심사하는 것이므로, 법원은 약관의 내용이 고객에게 부당하게 불이익을 주는 불공정한 것인지를 살펴보는 불공정성 통제의 과정에서 개별사안에 따른 당사자들의 구체적인 사정을 고려해야 한다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2017다245804 판결 등 참조)”고 판시하고 있다.

위와 같은 점을 모두 종합하여 보면, 쟁점 약관 조항이 해당 계약의 내용으로 편입되었는지에 대해서는 법률행위 해석의 원칙에 따라 해당 계약의 구체적 사실관계를 바탕으로 ‘계약 내용 특정’의 문제로 보아 개별적으로 판단하는 것이 타당하다.

(2) 부킹닷컴 판결과 아고다 컴퍼니 판결에 대한 구체적 검토

부킹닷컴 판결과 아고다 컴퍼니 판결은 모두 이 사건 환불불가 조항이 계약의

내용으로 편입되었는지, 이에 따라 이 사건 환불불가 조항이 약관법상 약관에 해당하는지 및 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니가 약관법상 사업자에 해당하는지에 대하여 모두 개별적으로 판단하였다. 앞서 본 바와 같이 부킹닷컴 판결은 이 사건 환불불가 조항은 숙박계약의 내용으로만 편입되었다고 판단하였고, 아고다 컴퍼니 판결은 아고다 컴퍼니의 아고다 컴퍼니는 숙박계약의 성립 및 취소에 직접적인 이해관계를 가지고 있고, 숙박계약의 성립 및 이행의 전 과정에 관여하고 있다는 이유로 이 사건 환불불가 조항이 숙박계약 뿐만 아니라 플랫폼 이용계약의 내용으로도 편입되었다고 판단하였다.

이와 같이 숙박플랫폼의 이용약관, 등록약관 및 기타 사정 등을 종합적으로 검토하여 이 사건 환불불가 조항이 숙박계약 또는 플랫폼 이용계약에 편입되었는지를 판단한 서울고등법원의 각 판결은 타당하다고 보이고, 그 근거로 적시한 구체적인 사정 역시 설득력이 있다. 특히, 아고다 컴퍼니는 숙박예약의 변경은 반드시 숙박업체가 아닌 아고다 컴퍼니를 통해서만 진행하도록 하였고, 숙박예약이 취소되는 경우에도 자신의 정책에 따라 숙박업체 또는 고객에게 독자적으로 수수료를 부과할 수 있도록 하였으며, 고객으로부터 숙박대금을 직접 지급받고 숙박업체에 수수료를 공제한 금액을 송금하였고, 위와 같은 행위에 대한 근거를 등록약관 및 이용약관에 기재한 점 등에 비추어 보면 이 사건 환불불가 조항은 숙박업체와 고객 사이의 숙박계약과 별도로 아고다 컴퍼니와 고객 사이의 플랫폼 이용계약에서도 권리·의무를 확정하는 의미를 갖는다고 보기에 충분하다.

다만, 부킹닷컴 판결은 부킹닷컴이 약관법상 사업자에 해당하지 않는다고 판단하면서도 이 사건 환불불가 조항이 약관법상 약관에는 해당한다고 판단하였다. 부킹닷컴 판결이 이 사건 환불불가 조항이 약관법상 약관에 해당한다고 보면서 숙박계약 및 플랫폼 이용계약 중 어느 계약의 약관으로 보았는지 명시적으로 실시한 바는 없으나 부킹닷컴 판결은 이 사건 환불불가 조항이 플랫폼 이용계약의 내용에는 포함되지 않는다고 판단하였으므로 약관 해당 여부도 숙박계약을 대상으로 한 것으로 보인다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 쟁점 약관 조항이 해당 계약의 내용으로 편입되었는지가 결국 “계약의 한 쪽 당사자”라는 요건 충족 여부를 결정짓게 되고, 이 판단은 약관법상 약관 해당 여부 및 사업자 해당 여부에 그대로 적용되므로 숙박계약이 한 쪽 당사자가 아닌 부킹닷컴에 대해서 이 사건 환불불가 조항은 약관법상 약관에 해당하지 않는다고 판단하였어야 할 것으로 보

인다.

(3) 대상판결에 대한 비판적 견해

한편, 위와 같은 대상판결에 대해서 ① 숙박업체, 숙박플랫폼, 고객 사이에 복합계약 또는 단일계약으로서의 삼면계약이 성립하므로 숙박플랫폼이 해당 계약의 한 쪽 당사자에 해당하고, 이 사건 환불불가 조항이 해당 삼면계약의 내용으로 편입됨에 따라 약관법에 기한 통제가 가능하다고 보는 견해³²⁾ 또는 ② 숙박플랫폼을 환불불가 조항을 실질적으로 제안한 자로 보아 숙박계약에 대하여 숙박업체와 더불어 공동제안자로 보는 견해³³⁾ 또는 ③ 숙박플랫폼을 숙박업체의 계약보조자로 보아 약관법상 “계약의 한 쪽 당사자”에 포함시키려는 견해³⁴⁾ 등이 있다.

위와 같은 견해들은 대부분 숙박플랫폼이 갖는, 시장을 만들어서 시장참여자에게 공통된 조건을 형성하려고 함에 따라 시장지배자로서 자율적 규율형성이 가능한 ‘사적인 입법자’로서 지위를 근거로 시장지배력을 행사함에 상응하는 책임을 부담해야 한다는 점³⁵⁾ 등을 이유로 개별 계약의 사실관계 해석보다는 책임 확장의 필요성에 따라 기존의 법리를 수정하거나 확대한 것으로 보인다.

그러나 현재 숙박시설 등록계약, 플랫폼 이용계약, 숙박계약으로 이루어진 일련의 계약관계가 전통적인 개별계약의 형태로 유효하게 존재하는 한편 숙박시설 등록계약의 유·무효가 숙박계약의 효력에 영향을 미친다거나 반대로 숙박계약의 유·무효가 숙박시설 등록계약의 효력을 미친다고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면 위 일련의 계약관계를 불가분의 관계인 삼면계약에 해당한다고 인정하기는 어려울 것으로 보인다. 또한 숙박계약의 당사자가 될 의사가 전혀 없고 이를 고

32) 김석진, “글로벌 온라인 플랫폼 업체의 환불불가 조항에 대한 공정위 시정명령 및 행정소송 고찰”, 「법조」 제72권 제1호(통권 제757호), 2023, 273-287면.

33) 이병준, “숙박플랫폼의 환불불가 조항과 약관규제법에 의한 내용통제: -서울고법 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결에 대한 평석-”, 「소비자법연구」 제6권 제3호, 2020, 87-91면.

34) 황원재, “최근 소비자법 판결을 통해 본 원칙교량적 법률해석”, 「민사법학」 제96호, 2021, 266면.

35) 이병준, 앞의 글(주 29), 90면.

객에게 명확히 고지한 숙박플랫폼의 경우 이를 숙박계약의 당사자로 도저히 볼 수도 없다.

무엇보다 약관 조항의 계약 내용 편입에 대하여 대상판결들과 같이 계약의 구체적 사실관계를 바탕으로 ‘계약 내용 특정’의 문제로 보아 개별적으로 판단한 경우 부킹닷컴 판결과 아고다 컴퍼니 판결에서와 같이 실제로 계약 내용의 편입 여부를 다르게 판단하여 아고다 컴퍼니를 약관법상 사업자로 인정할 수 있었던 점 등에 비추어 보면 숙박플랫폼에 대하여 기존의 법리를 이용하여 충분히 약관법상 통제가 가능하므로 아직 법리에 대한 검토도 충분히 이루어지지 않은 새로운 법리로 숙박플랫폼을 예외적으로 규정하여야 할 시급한 필요성도 아직은 인정되기 어렵다고 보인다.

4. 약관 조항의 내용의 불공정성에 대한 검토

부킹닷컴 판결과 아고다 컴퍼니 판결은 고객에게 실질적인 객실 선택권이 있었음을 이유로 이 사건 환불불가 조항이 ‘고객에게 부당하게 과중한 지연 손해금 등의 손해배상 의무를 부담시키는 조항’에 해당하지 않는다고 판시하였다. 공정거래위원회는 고객의 취소시기, 숙박예정일로부터 남은 기간, 취소 객실의 재판매 가능성 등을 전혀 고려하지 않고 환불이 불가능하도록 규정하고 있으므로, 이 사건 환불불가 조항이 고객에게 부당하게 과중한 손해배상의무를 부담시키는 조항에 해당한다고 주장하나 숙박플랫폼에 게시된 대부분의 상품은 ‘공정거래위원회가 주장하는 위와 같은 사정을 모두 고려하여 취소 시점에 따라 환불범위를 달리하는 동일한 객실’³⁶⁾에 대해서도 고객이 선택할 수 있었다는 점을 고려하면 이 사건 환불불가 조항은 고객에게 오히려 추가로 선택권을 부여하는 것으로 보이고, 이 사건 환불불가 조항만을 독립적으로 보아 고객에게 부당하게 과중한 손해배상의무를 부담시키는 조항이라고 보기는 어려울 것으로 판단된다. 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니 모두 이 사건 환불불가 조항의 명시적 기재에도 불구하고 불가항력적인 상황에는 환불이 가능하고, 일반 민법 규정의 적용을 받는 경우에는 계약의 무효, 취소가 가능한 점까지 더해 보면 더욱 그러하다. 무엇보다 이 사건 환불

³⁶⁾ 다만, 이 사건 환불불가 조항이 적용된 객실보다는 할인율이 낮아 소비자가 지불하여야 하는 가격은 보다 높을 것으로 예상된다.

불가 조항이 약관법 제8조에 따라 무효가 되는 경우 여행계획을 미리 세우고 변경 가능성이 없던 장래의 고객에 대해서는 오히려 더 낮은 가격으로 객실을 구매할 수 있었던 기회가 사라지는 불이익이 발생하게 되어 소비자 후생의 측면에서도 바람직하지 않다고 보인다(아고다 컴퍼니 판결에서도 환불불가 조항을 인식하고 할인 혜택을 받았으나 사후적인 개인적 사정으로 숙박계약을 취소한 고객의 숫자가 많지 않을 것으로 보이는 반면, 할인 혜택을 받아 숙박서비스를 받은 고객의 숫자는 이보다 훨씬 많은 것으로 보인다고 판단하였다).

다만, 숙박플랫폼에 이 사건 환불불가 조항이 적용된 객실만이 제시된 상품도 일부 존재하기도 한 것으로 보이는바, 약관의 객관적·확실적 해석의 원칙에 따르면 약관조항을 고객에 따라 다르게 해석할 수 없으므로³⁷⁾ 이 경우에도 이 사건 환불불가 조항은 유효하다고 해석되어야 한다. 이때에는 고객에게 실질적인 객실 선택권이 없었음에도 숙박업체가 숙박대금 100%를 보유하는 것이 부당하다고 볼 여지도 있다. 이 경우에는 결국 민법 제398조 제2항에 따라 개별 숙박계약에서의 손해배상액의 예정액이 부당히 과다하다고 소송에서 다투어야 하는 수밖에 없으므로, 이러한 고객들의 보호를 위해서는 제도적인 보완이 필요할 것으로 보인다.

5. 전자상거래법상 소비자에게 불리한 계약에 해당 여부에 대한 검토

이 사건 소송에서 쟁점이 되지는 않았으나³⁸⁾ 이 사건 환불불가 조항이 전자상거래법 제35조에 따라 금지되는 소비자에게 불리한 계약에 해당하여 무효가 되는 것은 아닌지도 문제가 된다.

전자상거래법 제17조³⁹⁾는 제1항에서 소비자에게 무조건적인 청약철회기간 7일

37) 대법원 2012. 4. 12. 선고 2010다21849 판결

38) 공정거래위원회가 이 사건 소송에서 새로이 주장하였다 하더라도 이 사건 처분의 근거법률이 완전히 달라지게 되므로 허용되는 처분사유의 추가·변경으로 인정되었을지는 의문이다.

39) **전자상거래법 제17조(청약철회등)** ① 통신판매업자와 재화등의 구매에 관한 계약을 체결한 소비자는 다음 각 호의 기간(거래당사자가 다음 각 호의 기간보다 긴 기간으로 약정한 경우에는 그 기간을 말한다) 이내에 해당 계약에 관한 청약철회등을 할 수 있다.

을 인정하고 있고, 다만 제2항에서 특별한 사정이 있는 경우 통신판매업자의 의사에 반하여 청약철회등을 할 수 없다고 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 현대소비사회에 있어서 계약 당사자인 사업자와 소비자의 지위의 불균형으로 인한 정보력의 차이가 일반적이고, 사업자는 소비자의 진정한 의사표시를 유도하기보다 민법상의 착오와 사기에 해당하지는 않지만, 비합리적인 청약 또는 승낙의 의사표시를 유도하여 형식적으로 완전한 계약을 체결하는 거래행위가 보편화되었다. 이에 판매업자와 소비자의 균형을 이루고 소비자 자신이 냉정한 상태에서 진정 계약을 체결할 의사가 있는지 여부를 숙려하게 하여 적극적으로 소비자를 보호하고 자각수단을

1. 제13조 제2항에 따른 계약내용에 관한 서면을 받은 날부터 7일. 다만, 그 서면을 받은 때보다 재화등의 공급이 늦게 이루어진 경우에는 재화등을 공급받거나 재화등의 공급이 시작된 날부터 7일
2. 제13조 제2항에 따른 계약내용에 관한 서면을 받지 아니한 경우, 통신판매업자의 주소 등이 적혀 있지 아니한 서면을 받은 경우 또는 통신판매업자의 주소 변경 등의 사유로 제1호의 기간에 청약철회등을 할 수 없는 경우에는 통신판매업자의 주소를 안 날 또는 알 수 있었던 날부터 7일
3. 제21조 제1항 제1호 또는 제2호의 청약철회등에 대한 방해 행위가 있는 경우에는 그 방해 행위가 종료한 날부터 7일
- ② 소비자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 통신판매업자의 의사에 반하여 제1항에 따른 청약철회등을 할 수 없다. 다만, 통신판매업자가 제6항에 따른 조치를 하지 아니하는 경우에는 제2호부터 제5호까지의 규정에 해당하는 경우에도 청약철회등을 할 수 있다.
 1. 소비자에게 책임이 있는 사유로 재화등이 멸실되거나 훼손된 경우. 다만, 재화등의 내용을 확인하기 위하여 포장 등을 훼손한 경우는 제외한다.
 2. 소비자의 사용 또는 일부 소비로 재화등의 가치가 현저히 감소한 경우
 3. 시간이 지나 다시 판매하기 곤란할 정도로 재화등의 가치가 현저히 감소한 경우
 4. 복제가 가능한 재화등의 포장을 훼손한 경우
 5. 용역 또는 「문화산업진흥 기본법」 제2조 제5호의 디지털콘텐츠의 제공이 개시된 경우. 다만, 가분적 용역 또는 가분적 디지털콘텐츠로 구성된 계약의 경우에는 그 제공이 개시되지 아니한 부분에 대하여는 그러하지 아니하다.
 6. 그 밖에 거래의 안전을 위하여 대통령령으로 정하는 경우
- 40) 방문판매나 다단계판매의 경우(14일)와는 달리 강압이나 기만행위에 의하여 소비자가 재화 등을 구입할 가능성이 적기 때문에 무조건 청약철회기간을 7일로 한정하였다. 1997. 3. 17. 채택된 원격지거래에 관한 EC소비자보호지침에서도 최소한 7일 이상의 조건없는 계약철회권(a right of withdrawal)을 규정하고 있다. 신현윤, 앞의 책(주 9), 842, 843면.

부여하기 위하여 위와 같은 제도가 도입된 것이다.⁴¹⁾

부킹닷컴과 아고다 컴퍼니가 전자상거래법의 적용을 받는 전자상거래법상 통신판매업자인 점에 대하여는 이견이 없는 것으로 보이고, 부킹닷컴 판결에서도 명시적으로 부킹닷컴이 통신판매중개업자, 통신판매업자인 통신판매중개자라고 판단하기도 하였다. 따라서 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니는 전자상거래법 제17조 제1항에 따라 소비자에게 무조건적인 청약철회기간 7일을 제공하여야 하고 이를 위반하여 소비자에게 불리한 계약은 전자상거래법 제35조에 따라 무효가 된다.

그러나 위 청약철회기간은 ‘통신판매업자와 체결한 재화등의 구매에 관한 계약’을 그 대상으로 하므로 이 경우에도 역시 이 사건 환불불가 조항이 위 계약의 내용에 편입되는지 여부를 선결적으로 판단하여야 한다.

부킹닷컴과 아고다 컴퍼니 중 아고다 컴퍼니의 경우에는 이용약관, 등록약관, 수익구조 등에 비추어 이 사건 환불불가 조항이 아고다 컴퍼니의 플랫폼 이용약관의 내용에 편입이 되고, 이는 전자상거래법상 적용을 받는 계약으로서 전자상거래법 제17조 제1항에 따른 무조건적인 청약철회기간 7일이 보장되어야 하므로, 결국 이 사건 환불불가 조항이 포함된 아고다 컴퍼니의 플랫폼 이용약관이 위와 같은 무조건적인 청약철회기간 7일도 보장하지 않는다면 이는 전자상거래법 제35조에 의하여 무효라고 봄이 타당하다. 따라서 아고다 컴퍼니의 플랫폼 이용약관은 ‘전자상거래법 제17조에 따라 허용되는 무조건적인 청약철회기간 7일을 보장하지 않는 것을 해제조건’으로 하는 유동적 계약이라고 볼 수 있을 것이다. 이에 소비자인 고객은 아고다 컴퍼니에 위 7일의 기간 내에는 환불을 요청하고 기지급한 숙박대금의 반환을 요청할 수 있을 것으로 보이고(다만, 이 경우에도 전자상거래법 제17조 제2항 제3호에 따라 재판매가 곤란한 경우 등에는 아고다 컴퍼니가 환불을 거부할 수 있을 것이다), 아고다 컴퍼니가 제17조 제2항 각 호에 해당하지 않음에도 7일의 기간 내의 환불 요청에 대해서도 거부한다면 아고다 컴퍼니의 플랫폼 이용약관은 해제조건 성취로 무효가 되고, 고객은 계약의 무효를 이유로 아고다 컴퍼니에 기지급한 숙박대금을 부당이득으로서 반환할 것을 요청할 수 있다.

41) 송오식, 「소비자계약법」, 전남대학교출판문화원, 2021, 136, 137면.

VIII. 결론

부킹닷컴 판결과 아고다 컴퍼니 판결은 구체적인 사실관계를 바탕으로 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니의 약관법상 사업자 지위에 대해서는 다르게 판단하면서도 이 사건 환불불가 조항이 불공정 약관 조항에 해당하지 않는다는 점에 대해서는 동일한 결론을 내렸는바 이는 타당한 결론이라고 보인다. 최근 대법원도 2023. 9. 21. 대상판결 모두에 대하여 상고기각판결을 선고하였고, 이로써 대상판결은 모두 그대로 확정되었다.

한편, 숙박과 같은 서비스는 그 무형성, 동시성, 품질의 이질성 등 때문에 유형의 재화와는 달리 서비스를 구매하기 전뿐만 아니라 서비스를 구매하여 소비한 후에도 서비스를 평가하기 어렵다. 소비자는 위와 같은 서비스의 특성으로 인해 발생하는 평가의 어려움을 해결하고, 서비스의 품질을 추론하기 위해 정보를 더욱 적극적으로 탐색하게 되고 여러 가지 대안을 세심하게 비교하게 된다. 이러한 점에 비추어 보면 숙박플랫폼에서 소비자의 의사결정과정 전반에 걸친 신뢰의 중요성이 더욱 강조되는바⁴²⁾, 숙박플랫폼도 그 영향력에 걸맞은 책임을 부담할 필요성이 있다는 점에 대해서는 공감한다.

최근 2022. 11. 16. 공정거래위원회는 부킹닷컴과 아고다 컴퍼니에 대하여 숙박플랫폼을 통하여 숙박상품의 판매를 중개하면서 기만적인 방법을 사용하여 소비자를 유인하는 행위를 하였다(전자상거래법 제21조 제1항 제1호⁴³⁾ 위반⁴⁴⁾는 이유로 과태료를 부과하고, 이러한 시정명령을 받았다는 사실을 7일간 공표할 것

42) 이보한, “소비자 간 플랫폼에서 신뢰의 역할: 중고 거래 플랫폼과 숙박 공유 플랫폼을 중심으로”, 「소비자학연구」 제32권 제2호, 2021, 81면, 95면.

43) **전자상거래법 제21조(금지행위)** ① 전자상거래를 하는 사업자 또는 통신판매업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 거짓 또는 과장된 사실을 알리거나 기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인 또는 소비자와 거래하거나 청약철회등 또는 계약의 해지를 방해하는 행위

44) 광고상품을 구입한 숙박업체의 정보를 검색결과 상위에 배치(아고다 컴퍼니)하거나 검색결과 순위를 상승시켰음에도 이러한 사실을 소비자에게 알리지 않은 행위(부킹닷컴, 아고다 컴퍼니) 및 광고상품을 구입한 숙박업체에게 ‘엄지손가락 아이콘’ 또는 ‘아고다 추천 숙소’ 등의 표시를 붙여 게시하였음에도 이러한 사실을 소비자에게 알리지 않은 행위(부킹닷컴, 아고다 컴퍼니)

을 명하는 제재를 가하기도 하였고⁴⁵⁾, 2022. 12.경에는 온라인 플랫폼 중심의 경제구조가 심화되면서 지속적으로 제기되는 플랫폼 독과점으로 인한 시장 왜곡, 플랫폼 - 입점업체 간 갑을 문제, 소비자피해 현안 등 복잡하고 다양한 플랫폼 이슈에 체계적이며 적극적으로 대응하기 위하여 임시조직으로 운영 중이던 ‘온라인 플랫폼팀’을 정규조직인 ‘온라인플랫폼정책과’ 로 확대·개편하기도 하였다.⁴⁶⁾ 앞으로도 숙박플랫폼의 구체적 행위가 전자상거래법, 약관법 등을 위반함으로써 소비자들에게 피해가 발생하지 않도록 지속적인 주의가 필요할 것으로 보인다.

45) 2022. 11. 16. 공정거래위원회 의결 제2022-272호 아고다컴퍼니 유한회사(Agoda Company Private Limited)의 전자상거래소비자보호법 위반행위에 대한 건, 2022. 11. 16. 공정거래위원회 의결 제2022-273호 부킹닷컴비브이의 전자상거래소비자보호법 위반행위에 대한 건.

46) 공정거래위원회 보도참고자료, “공정위, ‘온라인플랫폼정책과’ 신설 및 인력 보강”, 시장감시국 시장감시총괄과, 운영지원과, 2022년 12월 1일자, 1, 2면.

참고문헌

1. 단행본

- 권오승/홍명수, 「경제법」, 법문사, 2021.
송오식, 「소비자계약법」, 전남대학교출판문화원, 2021.
신현윤, 「경제법(제8판)」, 법문사, 2020.
정호열, 「경제법(전정 제7판)」, 박영사, 2022.

2. 논문

- 김석진, “글로벌 온라인 플랫폼 업체의 환불불가 조항에 대한 공정위 시정명령 및 행정소송 고찰”, 「법조」 제72권 제1호(통권 제757호), 2023.
이병준, “숙박플랫폼의 환불불가 조항과 약관규제법에 의한 내용통제:-서울고법 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결에 대한 평석-”, 「소비자법연구」 제6권 제3호, 2020.
이병준, “전자상거래 플랫폼과 거래관계에 대한 책임”, 「소비자법연구」 제5권 제1호, 2019.
이보한, “소비자 간 플랫폼에서 신뢰의 역할: 중고 거래 플랫폼과 숙박 공유 플랫폼을 중심으로”, 「소비자학연구」 제32권 제2호, 2021.
최난설현, “혁신경쟁의 촉진과 플랫폼 단독행위 규제상의 과제:-시장지배적지위 남용행위 규제를 중심으로-”, 「경제법연구」 제19권 제2호, 2020.
황원재, “최근 소비자법 판결을 통해 본 원칙교량적 법률해석”, 「민사법학」 제96호, 2021.

3. 기타자료

- 공정거래위원회 보도참고자료, “공정위, ‘온라인플랫폼정책과’ 신설 및 인력 보강”, 시장감시국 시장감시총괄과, 운영지원과, 2022년 12월 1일자.
“아고다·부킹닷컴 예약 취소…환불 안해주네요”, 중앙일보, 2019년 6월 25일자.
“아고다·부킹닷컴·트립닷컴, 소비자 불만↑ ‘환불 거부·과다 수수료 요구’”, 뉴스원, 2019년 6월 24일자.

“아고다·부킹닷컴 ‘싼 방은 환불불가’ 공정위는 무효라지만...”, 비즈한국, 2018년 11월 27일자.

“‘엔데믹에 OTA도 방긋’ 한국인이 가장 많이 찾은 여행플랫폼은”, 매일경제, 2023년 5월 17일자.

<국문요약>

숙박플랫폼과 불공정 약관 조항의 문제

— 서울고등법원 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결 및
서울고등법원 2021. 2. 4. 선고 2019누39019 판결을 중심으로 —

차 은 주

숙박플랫폼의 거래구조는 숙박플랫폼, 숙박업체, 고객의 3면 구조로 이루어져 있고, 개별 주체 간 별도의 계약(숙박플랫폼과 숙박업체 간의 숙박시설 등록계약, 숙박플랫폼과 고객 간의 플랫폼 이용계약, 고객과 숙박업체 간의 숙박계약)이 이루어짐에 따라 본사가 외국에 있는 글로벌 숙박플랫폼에 대한 규제가 쉽지 않았다.

최근 서울고등법원은 글로벌 숙박플랫폼인 부킹닷컴 비브이와 아고다 컴퍼니 유한회사가 자신의 플랫폼에서 고객이 숙박업체를 검색하는 경우 ‘환불불가’라는 조건을 제시하여 고객에게 제시하여 온 것과 관련하여 공정거래위원회가 위 환불불가 조항의 시정을 명한 처분이 모두 위법하다고 판단하였다. 다만, 서울고등법원은 부킹닷컴 비브이는 약관의 규제에 관한 법률상 사업자에 해당한다고 보았으나 아고다 컴퍼니 유한회사는 그러한 사업자에 해당하지 않는다고 보았다.

이 연구에서는 환불불가 조항이 약관의 규제에 관한 법률의 적용 대상이 되는지, 약관에 해당하는지, 숙박플랫폼이 약관의 규제에 관한 법률상 사업자에 해당하는지, 환불불가 조항이 그 내용의 불공정성이 인정되는지 여부를 중심으로 위 서울고등법원 판결의 각 내용을 분석하고, 위 판결의 차이점을 검토한다.

결론적으로 고객에게 실질적인 객실 선택권이 있었으므로 환불불가 조항이 ‘고객에게 부당하게 과중한 지연 손해금 등의 손해배상 의무를 부담시키는 조항’에 해당하지 않는다고 판단한 서울고등법원의 판결은 타당하다. 한편, 위 환불불가 조항은 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제17조, 제35조에 따라 소비자에게 불리한 계약에 해당하여 무효가 될 여지가 없는지 살펴보아야 한다. 또한 숙박플랫폼에 환불불가 조항이 적용된 객실만이 게시된 일부 상품에 대해서는 실질적인 객실선택권을 부여받지 못한 고객들의 보호를 위한 제도적인 보완이 필요할 것이다.

핵심어: 숙박플랫폼, 환불불가 조항, 약관법, 사업자, 불공정 약관 조항, 소비자

<Abstract>

Problems with accommodation platforms and unfair terms and conditions

Cha, Eunjoo*

It was not easy to regulate global accommodation platforms whose head office is located in a foreign country, because of the transaction structure of the accommodation platform consists of three sides: accommodation platform, accommodation company, and customer, and separate contracts between each individual entity (accommodation registration contract between accommodation platform and accommodation company, platform use contract between accommodation platform and customer, and accommodation contract between customer and accommodation company).

Recently, the Seoul High Court ruled that all measures ordered by the Fair Trade Commission to correct the above non-refundable clause were illegal in connection with global accommodation platforms Booking.com B.V., and Agoda Company Private Limited posting a condition of “non-refundable” when customers search for accommodation companies on their platforms. However, the Seoul High Court considered Booking.com B.V. to be a business person under the Act on the Regulation of Terms and Conditions, but the Agoda Company Private Limited did not.

This study analyzes each content of the above Seoul High Court rulings, and examines the differences in the above rulings, focusing on whether the non-refundable clause is subject to the Act on the Regulation of Terms and Conditions, whether the non-refundable clause is terms and conditions, whether the accommodation platform is a business person under the Act on the Regulation of

* Suwon District Court Judge

Terms and Conditions, and whether the non-refundable clause is recognized as unfair in its contents.

In conclusion, the Seoul High Court ruling that the non-refundable clause does not constitute a “clause which obligates customers to pay unreasonably heavy loss, including but not limited to, excessive liquidated loss for delay” is valid because the customer had a practical right to choose a room.

On the other hand, it is necessary to examine whether the above non-refundable clause is invalid as it constitutes Contracts Disadvantageous to Consumers pursuant to Article 17 and 35 of the Act on the Consumer Protection in Electronic Commerce, etc. In addition, some products with only non-refundable rooms on the accommodation platform will need institutional supplementation to protect customers who have not been given a practical right to choose a room.

Key Words : accommodation platforms, non-refundable clause, the terms and condition act, business person, unfair terms and conditions, consumer

신주의 제3자 배정에 대한 검토

— SM엔터테인먼트 가치분사건*에 대한 평석을 겸하여 —

윤 선 정**

◆ 목 차 ◆

I. 머리말

II. 결정 개요

1. 사건 개요(서울동부지방법원 2023카합10034 결정)
2. 관련 규정
3. 결정의 요지
4. 비교 판례(2020카합22150결정, 대한항공의 아시아나 합병을 위한 신주발행)

III. 판례 평석

1. 주주의 신주인수권에 대한 해석
2. 비례성 기준
3. 검토 의견

IV. 맺음말

I. 머리말

올해 초 SM엔터테인먼트(이하 ‘SM’)를 둘러싼 경영권분쟁이 결국 카카오 및 카카오엔터테인먼트(이하 총칭하여 ‘카카오’)와 하이브 간 극적인 합의로 일단락¹⁾됐다. 평소 9만 원을 밀돌던 SM의 주가는 공개매수를 시작으로 최대 16만 원까지 상한가를 돌파하였다. 하이브와 카카오 간 SM에 대한 경영권 확보를 위해 진행된 일련의 과정에서 흐름을 바꾼 결정적인 사건은 이수만(신청 제기 시 기준

* 서울동부지방법원 2023.3.3.자 2023카합10034결정

** 변호사, 연세대학교 법학전문대학원 전문박사과정(sjsun77@gmail.com)

1) 다투(전자공시시스템) 공시내용에 따르면, (주)카카오는 이 사건 결정에 따라 SM과 체결한 이 사건 신주 및 전환사채 인수계약 해제한 이후, 주식 등의 대량보유상황 보고일(2023.3.28.) 기준 SM의 의결권 있는 발행주식 총수 중 40.3%를 장내 매수 및 공개매수에 따라 보유하고 있다.

SM의 최대 주주)이 SM에 대하여 제기한 신주 및 전환사채 발행금지 가처분(이하 ‘이 사건 가처분’) 신청에 대한 인용 결정이었다.

한편, 2021년 설립된 사모펀드(PEF)운용사인 ‘얼라인 인베스트먼트’는 2021년부터 SM의 소수 주주(2022. 2. 28. 기준 0.91%보유)로서 적극적인 주주권행사를 하였는데, 2022. 3월 주주제안(감사 선임의 건) 및 선임, 2022년 주주 서한(‘라이크기획’과의 프로듀서 용역 계약 종료 요구 등)을 통해 SM의 지배구조 개선에 대한 적극적인 의견 개진을 통해 SM 3.0 전략(멀티 제작센터/레이블 체계)을 이끌어 냈다. 이후 소수 주주들의 주주권 행사과정에서 당시 이사회 등 경영진은 대주주인 이수만을 비롯한 기존 주주들의 신주인수권을 배제하고 경영진의 우호 세력이었던 카카오와 신주 및 전환사채 발행에 대한 계약을 체결하는 안건을 이사회에서 통과시키는 등 기존 주주 중심의 지배구조에 큰 변화가 발생하게 된다.

이상과 같은 이 사건 가처분 신청에 대한 결정이 내려지기 전, SM의 경영권 행사를 위한 지배권 취득을 둘러싸고 하이브의 공개매수 진행 및 카카오의 SM 주식 취득 과정에서 자본시장법 위반 혐의 등 몇 가지 이슈가 진행 중이나 이와 같은 사정은 별론으로 하고, SM의 이사회가 주주 아닌 제3자에 대한 신주 및 전환사채 배정 및 발행 결의를 둘러싼 상법상 절차와 그 실제적 내용이 적법한지 살펴보고자 한다.

II. 결정 개요

1. 사건 개요(서울동부지방법원 2023.3.3.자 2023카합10034 결정)

- 채무자(SM)는 음반의 제작 및 유통판매업, 공연기획 및 제작업, 비디오 및 각종 영상 매체의 제조 및 유통판매업 등을 목적으로 하는 회사로 발행주식의 총수는 보통주 23,807,301주이다. 한편, 채권자(이수만)는 채무자의 창업자이자 채무자의 보통주 4,392,368주(지분을 18.45%)를 보유한 최대 주주이다.

- 채무자는 2023.2.7. 이사회를 개최하여 채무자의 주주가 아닌 주식회사 D(이하 ‘D’) (카카오)에 신주(보통주 1,230,000주, 신주 발행가액: 91,000원) 및 전환사채(사채의

종류: 무기명식 무이권부 무보증 사모 전환사채, 발행총액: 105,222,000,000원, 전환가액: 92,300원/주, 전환에 따라 발행할 주식의 수: 1,140,000(주)를 배정·발행할 것을 의결하고, 같은 날 D와 이 사건 신주 인수계약 및 이 사건 전환사채 인수계약을 체결하였다(이하 ‘이 사건 신주 및 전환사채 인수계약’).

- 이에 채권자는 2023. 2. 8. 이 사건 신청을 제기하는 한편, 2023. 2.9. 주식회사 E(이하 ‘E’)(하이브)에 채권자가 보유한 채무자의 보통주 4,392,368주 중 3,523,420주(14.8%)를 주당 120,000원에 매도하고, 나머지 868,948주(3.65%)를 기업결합승인을 받은 시점 또는 거래종결일로부터 1년이 되는 시점 중 빨리 도래하는 시점으로부터 1개월 이내에 같은 금액에 매도할 수 있는 풋옵션을 갖는 계약을 체결하였다. E는 2023. 2. 22. 매수대금 납입 등의 후속 절차를 거쳐 위 3,523,420주에 관한 거래를 종료하였다.

- 채무자의 정관 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다.

제10조(신주인수권) ① 이 회사의 주주는 신주발행에 있어서 그가 소유한 주식 수에 비례하여 신주의 배정을 받을 권리를 가진다.

② 제1항의 규정에도 불구하고 다음 각 호의 경우에는 이사회회의 결의로 주주 외의 자에게 신주를 배정할 수 있다.

6. 회사가 긴급한 자금조달 및 사업 확장, 전략적 제휴, 재무구조 개선 등을 포함한 경영상 필요로 국내외 금융기관, 법률에 근거하여 결성된 투자조합, 기타 법인 및 개인에게 신주를 발행하는 경우

제10조의2(일반공모증자 등)④ 이 사회는 발행주식 총수의 100분의 30을 초

2) 자본시장법은 상장회사의 신주배정과 관련하여 다음과 같은 방식을 따르도록 하고 있다. (자본시장법 제165조의6 제1항)

- ① 주주배정: 주주에게 보유 주식 수에 비례하여 신주인수 청약의 기회를 부여하는 방식
 - ② 제3자 배정: 신기술 도입, 재무구조 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우 특정한 자에게 신주인수 청약의 기회를 부여하는 방식
 - ③ 일반공모증자: 불특정 다수인에게 신주인수 청약의 기회를 부여하는 방식
- 자본시장법은 위 ③의 일반공모증자 방식을 채택하는 경우 ‘정관으로 정하는 바에 따라 이사회회의 결의로’ 다음 중 하나의 방식을 채택하도록 하고 있다.(제165조의6 제4항 전단)

과하지 않는 범위 내에서 긴급한 자금의 조달 및 사업 확장, 전략적 제휴, 재무구조 개선 등을 포함한 경영상 필요로 국내외 금융기관, 법률에 근거하여 결성된 투자조합, 기타 법인 및 개인에게 이사회 결의로 신주를 발행할 수 있다.

제14조(전환사채의 발행) ① 이 회사는 사채의 액면 총액이 150,000,000,000원을 초과하지 않는 범위 내에서 다음 각 호의 경우 이사회 결의로 주주 외의 자에게 전환사채를 발행할 수 있다.

3. 회사가 긴급한 자금조달 및 사업 확장, 전략적 제휴, 재무구조 개선 등을 포함한 경영상 필요로 국내외 금융기관, 법률에 근거하여 결정된 투자조합, 기타 법인 및 개인에게 전환사채를 발행하는 경우

2. 관련 규정

▣ 상법

제418조(신주인수권의 내용 및 배정일이 지정·공고) ① 주주는 그가 가진 주식수에 따라서 신주의 배정을 받을 권리가 있다.

② 회사는 제1항의 규정에 불구하고 정관에 정하는 바에 따라 주주 외의 자에게 신주를 배정할 수 있다. 다만, 이 경우에는 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상의 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한한다.

제424조(유지청구권) 회사가 법령 또는 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 방법에 의하여 주식을 발행함으로써 주주가 불이익을 받을 염려가 있는 경우에는 그 주주는 회사에 대하여 그 발행을 유지할 것을 청구할 수 있다.

- 1) 신주인수 청약의 기회를 부여하는 자의 유형을 분류하기 아니하고 불특정 다수의 청약자에게 신주를 배정하는 방식
- 2) 법에 따라 우리스주 조합원에 일부 신주를 배정하고 미청약 주식까지 포함하여 불특정 다수인에게 신주인수 청약의 기회를 부여하는 방식
- 3) 주주에 대하여 우선적으로 신주인수 청약의 기회를 부여하고 미청약 주식이 있는 경우 불특정 다수인에게 배정받을 기회를 부여하는 방식
- 4) 투자매매업자 또는 투자중개업자가 인수인 또는 주선인으로서 마련한 수요예측 등 대통령령으로 정하는 합리적인 기준에 따라 특정한 유형의 자에게 신주인수 이 청약을 할 수 있는 기회를 부여하는 경우로서 금융위원회가 인정하는 방식

제429조(신주발행무효의 소) 신주발행의 무효는 주주·이사 또는 감사에 한하여 신주를 발행한 날로부터 6월 내에 소만으로 이를 주장할 수 있다.

제513조(전환사채의 발행) ③ 주주 외의 자에 대하여 전환사채를 발행하는 경우에 그 발행할 수 있는 전환사채의 액, 전환의 조건, 전환으로 인하여 발행할 주식의 내용과 전환을 청구할 수 있는 기간에 관하여 정관에 규정이 없으면 제434조의 결의로써 이를 정하여야 한다. 이 경우 제418조 제2항 단서의 규정을 준용한다.

제516조(준용규정) ① 제346조 제4항, 제424조 및 제424조의 2의 규정은 전환사채의 발행의 경우에 이를 준용한다.

3. 결정의 요지

가. 당사자 주장의 요지

채권자는 채무자가 상법 제418조 제2항 단서, 제513조 제3항과 채무자의 정관이 정하고 있는 제3자 발행 사유, 즉 ‘긴급한 자금조달 및 사업 확장, 전략적 제휴 등을 포함한 경영상 필요’가 없음에도 채무자의 주주가 아닌 D에 이 사건 신주 및 전환사채를 발행하였으므로 이는 채권자를 포함한 기존 주주의 신주인수권을 침해하는 위법행위로, 상법 제424조, 제516조의 유지청구권 또는 상법 제429조 등 발행 무효의 소를 피보전권리로 하여 가처분(신주 및 전환사채의 발행을 금지한다)을 구한다.

한편 채무자는 이 사건 신주 및 전환사채 발행 당시 ‘D와의 전략적 제휴 및 사업 확장’과 ‘긴급한 자금조달’이라는 경영상 필요가 있었고, 위 신주 및 전환사채 발행은 경영 목적 달성을 위한 불가피한 선택으로 기존 주주들의 신주인수권을 침해하는 것이 아니라는 입장이다. 한편, 채무자는 E에 채권자 보유 주식 상당수를 매도하였고, 나머지 주식에 관하여도 풋옵션을 가져 이를 매도할 예정이므로 더 이상 채무자 최대 주주로서 이해관계를 갖는다고 보기 어려우며, 따라서 이 사건 신주 및 전환사채 발행으로 인해 채권자에게 현저한 손해나 급박한 위험이 발생한다거나 그럴 우려가 없다고 주장한다.

나. 피보전권리에 관한 판단(상법 제424조, 제516조 유지청구권)

(1) 상법 제418조 제1항 및 제2항의 내용은 주식회사가 신주를 발행하면서 주주 아닌 제3자에게 신주를 배정할 경우 기존 주주에게 보유 주식의 가치 하락이나 회사에 대한 지배권 상실 등 불이익을 끼칠 우려가 있다는 점을 감안하여, 신주발행은 원칙적으로 기존 주주에게 배정하고, 제3자에 대한 신주배정을 정관에 정한 바에 따라서만 가능하도록 하면서, 그 사유도 신기술의 도입이나 재무구조 개선 등 기업 경영의 필요상 부득이한 예외적인 경우로 제한함으로써 기존 주주의 신주인수권에 대한 보호를 강화하고자 하는데 그 취지가 있다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다 50776 판결). 따라서 회사가 신주를 기존 주주가 아닌 제3자에게 배정한 행위가 경영상 목적 달성에 필요한 경우에 해당하는지 여부는 기존 주주의 신주인수권에 미치는 영향을 고려하여 엄격하게 판단해야 한다. 이는 상법 제513조 제3항에 따라 주주 외의 자에 대하여 전환사채를 발행하는 경우에도 적용된다.

(2) 채무자와 채권자가 운영하는 F와 ‘프로듀서 업무 위탁 계약’(이하 ‘위탁계약’이라 함)을 2004.1.7. 체결한 이후, 여러 차례 갱신되거나 다시 체결되다가 2021. 3. 11. 최종적으로 2023. 12. 31.까지로 위탁계약이 체결되었다. 이에 관해 2012년부터 언론 등에서 비판이 제기되었고, 일부 주주는 2019. 6. 5. 공개 주주 서한으로 채권자가 운영하는 F에 지급되는 인세가 지난 3년간 채무자 영업이익의 46%에 달한다는 점 등을 비판하며, F와 채무자의 합병 등을 요청하기도 했다.

그 외에도 G주식회사(얼라인 파트너스자산운용)는 2021년 채무자 주식 일부를 취득 후 채무자와 F와의 위탁계약 및 인세지급의 문제점을 지적하였고, 2022. 2. 11.자 주주제안으로 채무자 감사 후보를 추천하였으며, 정기주주총회에서 G가 추천한 후보가 감사로 선임되었다. G는 지속적으로 채무자에게 F와의 위탁계약을 해지할 것을 요청하였고, 이에 채무자는 2022. 12. 31. 자료 조기 종료하기로 합의하였다. 또한 G는 채권자와 그 친족이 상당 지분을 보유한 H회사와 주식회사 I과 채무자 사이의 거래에 관한 문제점을 지적하였고, 2023. 1. 15. 주주대표소송에 의하여 채무자에게 그 전직 이사들에 대한 손해배상청구의 소를 제기하였으며, 2023.1.18. 채무자의 현직 이사들에 대하여 위법행위 유지청구를 하였다.

(3) 채무자와 G는 2023. 1. 20. 채무자는 G의 제안을 수용하여 12개의 공동합의 사항을 발표한다. 주된 내용은 ① 2023년 3월 개최 예정인 정기주주총회에서 이사회를 사내이사 3인, 사외이사 3인, 기타 비상무이사 1인으로 구성하고, 새로 선임될 사외이사 3인은 임시 사외이사 후보 추천 위원회를 통해 추천한다. ② 기타 비상무이사 1인은 G의 대표 J를 추천한다. ③채무자는 사내이사가 아닌 모든 이사와 감사로 구성된 내부거래위원회를 설치하여 채무자와 대주주 및 특수관계인, 관계회사, 자회사들의 모든 거래를 면밀히 검토하고 필요한 조치를 취한다. ④ 채무자는 멀티프로듀싱 체제로 전환함을 공식 발표한다. ⑤ G는 이사들에 대한 소를 취하한다. ⑥ G는 공개 주주 캠페인을 종료하며 우호적 주주로서 채무자 이사회와 협조하여 거버넌스 개선과 주주가치 재고를 위해 협력한다.

이후 채무자는 2023. 2. 7. 이사회를 개최하여 이 사건 신주 및 전환사채 배정·발행을 의결하고, 같은 날 D와 인수계약을 체결하였다. 신주의 규모는 보통주식 1,230,000주이고, 전환사채를 D가 이 사건 전환사채 인수계약에 따라 전환청구기간 내에 모두 보통주식으로 전환할 의무가 있는 것으로, 그 전환에 따라 발행할 주식의 규모는 보통주식 1,140,000주이다. 결국 이 사건 신주 및 전환사채의 비율은 전환 후 기준으로 채무자 발행주식 총수의 9.05%이다.

한편, 채무자의 정관 제10조의2 제4항은 제3자 배정방식의 신주발행을 발행주식 총수의 100분의 30 이내로 제한하고 있는데, 이미 제3자에게 합계 6,266,340주의 신주를 발행·배정한 바 있었으므로, 채무자가 추가로 발행하여 제3자에게 배정할 수 있는 신주의 한도는 1,251,214주였다.

채무자는 이 사건 신주 및 전환사채 발행 및 인수계약 체결 과정에서 위와 같은 의사결정 과정에 참여한 이사들을 제외하고는 최대 주주인 채권자를 포함한 기존 주주들에게 알리거나 협의를 한 바 없다.

또한 채무자는 2022. 9. 30. 기준 현금 및 현금성 자산 약 690억, 금융기관 예치금 1,208억을 보유하고 있었고, 금융기관 차입금이 없었으며 2022년 3분기까지 누적 영업이익이 약 757억에 이르렀다.

(4) 채무자에게 제3자 신주배정을 위한 경영상 목적이 인정될 수 있는지에 관하여 인정 사실과 기록 및 심문 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 여러 사정들을 종합하여 앞서 언급한 법리에 비추어 보면, 긴급한 자금조달 및 사업 확장, 전략

적 제휴 등 채무자의 경영상 목적을 달성하기 위하여 채무자가 기존 주주의 신주 인수권을 배제하고 D에 이 사건 신주 및 전환사채를 배정·발행할 필요가 있다고 단정하기 어렵다. 이와 같이 상법 제418조 제2항 및 제513조 제3항 또는 채무자의 정관에 위반하거나 현저하게 불공정한 방법에 의하여 발행될 이 사건 신주 및 전환사채로 인하여 기존 주주가 회사에 대하여 가지는 지분에 따른 비례적 이익이 침해되거나 지배력 약화 등 불이익을 받을 염려가 있는 경우에 해당한다고 볼 여지가 크다.

(가) 이 사건 신주 및 전환사채 발행·배정 무렵, 채무자는 충분한 현금과 현금성 자산을 보유하고 있었고, 급하게 갚아야 할 채무가 없었으므로 긴급한 자금조달의 필요가 인정되기 어렵다.

- 채무자는 사업전략의 실현을 위한 D와의 전략적 제휴가 필수적이었고, 이를 위한 사업비용으로 최소 6,000억 원이 필요하다고 주장한다. 그러나 이 사업 전략은 상당한 기간에 걸쳐 단계적으로 추진될 것으로 보이고, 사업전략 수립 단계에 불과한 상태에서 위와 같은 금액이 당장 필요하다고 보기 어려우며, 현금 및 현금성 자산 등을 충분히 보유 중이라는 점을 고려하면 긴급하게 자금을 조달할 상황이라고 보기 어렵다.
- 채무자가 공동합의사항을 발표한 2023. 1. 20.부터 구체화한 것으로 보여 채무자가 주장하는 비용 지출에 관한 세부 내역 및 산정 근거가 제출되지 않아 위와 같은 비용이 필요한지 불분명하다.
- 채무자가 D에 직접 상당한 규모의 이 사건 신주 및 전환사채를 배정·발행하여 기존 주주들의 보유 주식 가치 하락이나 지배권 약화 등 불이익을 주었는데, 이러한 불이익이 발생하지 않거나 불이익 발생을 최소화할 수 있는 다른 전략적 제휴 및 자금조달 방안들을 구체적이고 신중하게 검토하였다고 볼만한 객관적인 자료를 찾기 어렵다.

(나) 채무자는 위 배정·발행 과정에서 채권자를 포함한 기존 주주들에게 알리거나 그 의견을 수렴한 적이 없었다.

(5) D의 채무자에 대한 지분을 늘려 채무자의 최대주주인 **채권자의 지배력을 약화하려는** 목적에서 비롯된 것으로 볼 여지도 있다. 이 사건 신주의 규모는 1,230,000주로 채무자의 정관 개정 없이 제3자 배정방식으로 추가 발행할 수 있

는 신주의 최대 규모인 1,251,214주에 근접한 것이고, D는 향후 채무자가 추가로 제3자 배정방식으로 신주 또는 주식연계증권을 발행할 경우 이를 우선적으로 인수할 권리까지 확보하였는바, 이러한 사정은 이 사건 신주 및 전환사채 배정·발행 의결이 채권자의 채무자에 대한 지배력을 약화시키고 D의 채무자에 대한 경영권이나 지배권이 미치는 영향력을 강화할 목적으로 이루어졌다고 볼 수 있다.

(가) 2021년경 채무자의 일부 지분을 취득한 G가 채무자의 감사를 추천하고, 채무자와 채권자 관계회사들과의 거래에 관한 문제점을 지적하며, 채무자의 전·현직 이사들을 상대로 손해배상청구 소송을 제기하는 등 채무자의 경영권이나 사업 방향에 영향을 미치기 시작했다.

(나) 이러한 상황에서 기존 주주들에게 알리지 않고, 기존 주주의 채무자에 대한 지배력에 영향을 미치는 상당한 규모의 이 사건 신주 및 전환사채의 제3자 배정 및 발행 의결은 채무자의 경영권 귀속에 관한 분쟁을 현실화하는 행위에 해당한다. 즉 이 사건 신주발행으로 D의 지분율을 4.9%에 이르고, 이 사건 전환사채의 전환에 따라 1,140,000주가 발행된 후에는 그 지분율이 9.05%에 이르게 되며, 반면 채권자의 지분율은 기존의 18.45%보다 낮게 희석될 것이다(이 사건 전환사채 전환권 행사 후 기준으로 16.78%). 결국 D는 채권자를 포함한 기존 주주들의 의사와 무관하게 채무자의 2대 주주 지위에 올라 나머지 대주주들과의 연합 및 소수주주들의 지지 획득 여부 등에 따라 향후 채무자의 경영권이나 지배권에 상당한 영향력을 미칠 수 있다.

(6) 설령 채권자가 채무자의 창업자이자 최대 주주라는 영향력을 이용하여 채무자로 하여금 채권자 관계회사 등과 불리한 조건으로 거래하여 채무자에게 손해를 입혔다고 하더라도, 관련 법령에 따라 채권자에 대한 민·형사상 책임을 묻는 것은 별론으로 하더라도, 위와 같은 사정만을 들어 이 사건 신주 및 전환사채의 제3자 배정 및 발행이 정당화된다고 보기는 어렵다. 결국 이 부분 신청의 피보전 권리가 소멸되었다.

다. 보전의 필요성에 관한 판단

상법 제424조, 제516조이 유지청구권은 위법하거나 불공정한 신주 및 전환사

채의 발행에 대하여 주주의 이익을 보호하기 위하여 인정되는 단독 주주권으로, 위법·불공정한 신주 및 전환사채의 발행으로 인하여 불이익을 받을 염려가 있는 주주는 보유 주식 수, 의결권 등의 유무를 불문하고 단독으로 신주 및 전환사채 발행금지 가처분을 신청할 수 있다.

채권자는 여전히 채무자 지분의 3.65%를 보유한 채무자의 주주이고, 이 사건 신주 및 전환사채가 발행될 경우 채무자의 경영권이나 지배권에 관한 채권자의 영향력이나 채권자가 채무자의 주주로서 채무자에 대하여 갖는 비례적 이익이 약화되는 회복하기 어려운 손해를 입을 우려가 있다고 보인다.

또한 이사건 신주 및 전환사채가 발행된 이후에는 거래의 안전 및 이해관계인의 이익 등을 고려하여 그 무효 사유를 엄격하게 해석하고 있고(대법원 2019.4.3. 선고 2018다289542 판결, 대법원 2004.6.25. 선고 2000다37326 판결 등 참조), 신주발행 무효의 판결이 확정된 때에는 신주는 장래에 대하여 그 효력을 잃는 점(상법 제431조 제1항) 등을 고려하면, 이 사건 신주 및 전환사채가 발행되기 이전 단계에서 그 발행을 금지할 보전의 필요성도 충분히 인정된다. (이 부분 신청을 받아들이는 이상, 선택적 신청 원인인 상법 제429조 등 발행 무효의 소를 피보전 권리로 한 신청 부분은 나아가 판단하지 아니한다.)

4. 비교 판례(서울중앙지방법원 2020.12.1.자 2020카합22150결정, 대한항공의 아시아나 합병을 위한 신주발행³⁾)

가. 기초사실

채무자는 주식회사 J, K, L 등을 자회사로 둔 지주회사(한진칼)로서 유가증권

3) 한진칼 주주인 사모펀드 KCGI가 “대한항공의 아시아나항공 인수를 위해 산업은행이 한진칼에 직접 자금을 투입해 신주를 발행하는 방식은 위법하다”며 제기한 가처분 신청으로 법원에서 기각됨. KCGI는 반도건설, 조현아 전 대한항공 부사장 등과 연대한 ‘3자 주주연합’을 구성해 조원태 한진그룹 회장측과 경영권 확보를 부도 대립해왔다. 앞서 한진칼은 2020.11. 5천억 원 규모의 제3자 매정 유상증자 의결 사실을 공시하면서, 이번 유상증자는 정부의 산업정책에 따라 산업은행으로부터 투자금을 유치해 한진칼 및 대한항공의 경영 정상화와 항공산업의 개편을 추진하기 위함이라고 밝혔다.KBS 뉴스(2020.12.1.), “법원, 한진칼 신주발행금지 가처분 신청 기각”, (<https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5060788#share>).

시장 상장법인이다. 채권자들은 자본시장법에 따라 결성한 경영참여형 사모집합 투자기구를 통해 설립된 투자목적회사(KCGI등)로 채권자들은 채무자 주식 12,366,290주를 보유하고 있고 이는 채권자들의 채무자에 대한 지분율은 합계 45.23%이다. 채무자 대표이사 R은 채무자 주식 3,856,002주를 보유하고 있고, R과 특별관계자, R 등 채무자인 현 경영진의 우호 주주로 알려진 주주들이 지분율 합계는 41.78%이다.

채무자는 S 주식회사(이하 ‘S’)의 주채권은행인 산업은행과 사이에 J가 S를 인수하는 내용의 투자 합의를 체결하였다(자세한 합의내용은 생략). 이 사건 신주가 발행되면, 채권자 주주연합 측 지분율은 40.41%, R과 그 특별관계자 및 R 등 채무자인 현 경영진의 우호 주주로 알려진 주주들의 지분율은 합계 37.33%, 산업은행의 지분율은 10.66%가 된다.

나. 결정의 요지

(1) 채권자의 주장

이 사건 신주발행은 경영권분쟁 상황에서 근본적으로 채무자 현 경영진의 경영권을 방어하기 위한 목적으로 이루어진 것으로 채무자가 주장하는 ‘사업상 중요한 자본제휴, 긴급한 자금조달’ 등의 명목은 형식적인 명분으로 목적의 정당성이 결여되었다. 더 나아가 채무자는 무의결권 우선주 발행, 주주 배정방식 신주발행, 사채인수 등의 방법으로 주주의 신주인수권을 침해하지 않으면서도 이 사건 거래에 필요한 자금을 조달할 수 있었음에도 채무자는 제3자 배정방식에 의한 신주발행을 강행하였으므로 경영상 목적을 달성하기 위한 불가피한 수단으로서의 적합성도 없다. 나아가 채무자는 무단으로 현 경영진 측 우호 주주인 산업은행에게 발행 총수의 10.66%에 해당하는 신주를 발행함으로써 해당 지분이 경영권에 영향을 미치도록 하여 신주발행의 목적과 수단 사이의 비례성도 갖추지 못하였다.

(2) 채무자의 주장

이 사건 신주발행은 채무자의 현 경영진이 경영권 방어를 위한 목적으로 이루어진 것이 아니라, 채무자인 회사 및 전체 주주의 이익을 도모하는 차원에서 이

루어진 것이므로 채권자들의 신주인수권을 위법하게 침해하였다고 볼 수 없다.

(3) 판단

주식회사가 자본시장의 여건에 따라 필요 자금을 용이하게 조달하고 이로써 경영 효율성 및 기업 경쟁력이 강화될 수 있다고 보아 제3자 배정방식의 신주발행으로 자금을 조달하기로 하였다면, 그 신주발행이 단지 경영권분쟁 상황에서 이루어졌다는 사정만으로 이를 곧바로 무효로 볼 수는 없다.

(가) 이 사건 신주발행 당시 채무자는 ‘사업상 중요한 자본제휴’와 ‘긴급한 자금조달’의 필요성이 있었다. 2017년 당기순이익이 8,301억 원에 달하였으나, 2019년 6,228억 원의 당기 순손실 기록하는 등 영업실적이 지속적으로 악화하고 있었고, 2020년에는 유동성 위기로 1억 2,000억 원의 공적 자금을 지원받는 상황이었다. J와 S의 열악한 유동성과 자본확충 문제를 완화하고, J의 규모와 경쟁력을 크게 향상시켜 수익성과 신용 상황을 개선할 수 있을 것으로 판단하여 채무자가 산업은행의 제안을 받아들인 것은 채무자가 경영 판단의 재량 범위 내에서 충분히 선택 가능한 사항이다.

(나) 이 사건 신주발행이 궁극적으로 채무자의 핵심 자회사인 J가 S를 인수하는 거래의 일환으로 추진되는 것이라는 점에서 이 사건 신주발행에 채무자 정관이 정한 경영상 목적이 있는지는 살펴보아야 하는데, 이 사건 거래 구조와 내용은 J와 S에게 모두 합리적인 경영판단으로 수긍할 수 있다.

(다) 이 사건 신주발행이 다른 자금조달 방안에 비해 현저히 부당하거나 불합리하다고 보이지도 않는다. 필요한 한도에서 주주의 신주인수권을 가급적 최소로 침해하는 방법을 택하여야 하는데, 판단하건대 산업은행이 채무자 지분에 참여한 것은 불가피한 측면이 있다. 산업은행의 거래상 지위와 정책금융의 조달, 집행을 주요 업무로 하는 정책금융기관으로서 항공산업 재편을 감독하고, 공적 자금 투입을 최소화하기 위한 산업 정책적 목적에서 이 사건 거래가 추진된 점을 고려하면 이 사건 신주발행은 상법 제418조 제2항 및 채무자 정관에 따라 채무자의 S 인수 및 통합 항공사 경영이라는 경영상 목적 달성을 위해 필요한 범위에서 이루어진 것으로 보인다. 따라서 이 사건 신청은 피보전권리에 관한 소명이 부족하다.

Ⅲ. 판례 평석

1. 주주의 신주인수권에 대한 해석

가. 제한 가능성

주주의 신주인수권이란 회사가 신주를 발행할 경우 그 전부 또는 일부를 타인에 우선하여 인수할 수 있는 권리를 말한다. 인수에 우선하는 권리일 뿐 발행가액이나 기타 인수조건에서 우대받을 수 있는 권리는 아니다. 주주의 신주인수권은 주주의 보호를 위해 인정되는 것으로 출자의 비례적 가치를 보전하기 위한 중요한 권리이다.⁴⁾ 그러나 이러한 주주의 권리는 주주라는 지위에서 당연히 인정되는 자연법적 권리는 아니라고 해석되므로, 주주의 신주인수권은 정관이나 법률규정에 따른 제한이 가능하다. 상법 제418조 제2항은 「정관에 정하는 바에 따라 주주 외의 자에게 신주를 배정할 수 있다」라고 규정함으로써 주주의 신주인수권을 정관으로 제한할 수 있는 길을 마련해두고 있다.

한편, 주주의 신주인수권 제한과 관련하여 정관으로 주주의 신주인수권을 완전히 배제하는 것도 가능한지에 대해서 견해의 대립이 있다. 이에 대해서는 주권상장법인의 경우 일정한 요건에 따른 일반공모 증거방식을 택할 수 있고(자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제165조의6⁵⁾), 이러한 경우가 아니더라도 자금조달의

4) 이철송, 회사법강의(제31판), 박영사, 2023년, 924면.

5) 제165조의6(주식의 발행 및 배정 등에 관한 특례) ① 주권상장법인이 신주(제3호의 경우에는 이미 발행한 주식을 포함한다. 이하 이 항 및 제4항에서 같다)를 배정하는 경우 다음 각 호의 방식에 따른다.

1. 주주에게 그가 가진 주식 수에 따라서 신주를 배정하기 위하여 신주인수의 청약을 할 기회를 부여하는 방식
2. 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위해 필요한 경우 제1호 외의 방법으로 특정한 자(해당 주권상장법인의 주식을 소유한 자를 포함한다)에게 신주를 배정하기 위하여 신주인수의 청약을 할 기회를 부여하는 방식
3. 제1호 외의 방법으로 불특정다수인(해당 주권상장법인의 주식을 소유한 자를 포함한다)에게 신주인수의 청약을 할 기회를 부여하고 이에 따라 청약을 한 자에 대하여 신주를 배정하는 방식

기동성을 고려하여 주주의 신주인수권의 완전 박탈도 가능하다고 보는 견해가 다수이다.⁶⁾

그러나 상법 제418조의 입법 취지가 근본적으로 주주의 보호에 있다는 점과 주주의 신주인수권의 제한 내지 박탈은 기존 주주의 재산권 보장이라는 기본권적 가치와 조화를 이루어야 한다는 점에서 정관에 의하더라도 주주의 신주인수권의 제한 내지 박탈은 합리적 이유가 있어야 한다. 그 방식도 회사의 중대한 이익이 문제될 때 구체적으로 범위를 제한하는 것으로 해야 할 것이다. 즉 주주의 신주인수권은 주주의 공리적 권리라고 할 수 없겠지만, 여전히 주주의 권리의 본질적 부분을 이루는 것이라고 할 수 있을 것이다.⁷⁾

이 사건 가처분 결정은 상법 제418조에서 정하는 주주의 신주인수권 배정 원칙을 전제로 주주를 배제한 제3자 신주배정·발행은 상법 또는 정관에 따라 일정한 경우로 제한되어야 하고 이에 대한 해당 여부는 엄격한 기준에 따라 판단되어야 한다는 입장을 취한다. 이는 제3자 신주배정에 대한 그동안 대법원이 취해 왔던 입장과 동일하다.

나. 신주발행을 둘러싼 기존 주주와 회사의 관계

신주발행을 둘러싼 기존 주주와 회사의 입장은 상반될 가능성이 크다. 즉 신주인수권이 기존 주주가 아닌 제3자에게 부여된다면 회사의 인적 구성은 달라지고, 기존 회사의 지배구조가 변모한다. 즉 주식은 의결권을 내포하고 있으므로 신주를 타인이 인수한다면 주주가 보유 주식을 통하여 비례적으로 보유하던 회사 지배권이 상대적으로 약화 된다. 나아가 신주는 실권을 방지하기 위해 통상적으로 신주발행 당시 주가가 주식의 순자산가치보다 낮은 가격으로 발행하는 것이 통상적이므로, 신주발행으로 인해 신·구주가 혼합되어 형성되는 주구나 주당 순자산가치는 종전 가액보다 낮아지게 되어 기존 주주가 경제적 손실을 입게 될 우려

④ 제1항 제3호의 방식으로 신주를 배정하는 경우에는 정관으로 정하는 바에 따라 이사회의 결의로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방식으로 신주를 배정하여야 한다. 이 경우 「상법」 제418조 제1항 및 같은 조 제2항 단서를 적용하지 아니한다.

6) 이정원, “신주의 제3자 배정의 적법성: 대법원 2009.1.30. 선고 2008다50799판결 평석을 곁하여”, *홍익법학* 제13권 제3호, 2012년, 752면.

7) 이철송, 앞의 책, 926면.

도 있다.

반면에, 회사는 수권자본제하에서 신속하게 거액의 자금을 조달하기 위해 회사의 기존 주주들만을 상대로 자금조달을 할 것이 아니라 자본시장에서 대량의 자금을 신속하게 조달하는 것이 필요하며 나아가 경쟁적 우위를 점하기 위해서 회사가 소유하지 않은 신기술을 보유한 회사나 제품의 판로개척 등을 위한 전략적 제휴 관계 설정의 필요가 있는 회사 등 타인과 상호 자본적 제휴 관계를 설정할 필요성이 커진다. 이러한 필요에 따라 회사는 기존 주주 등 이외 제3자에게 신주 발행 시 주식의 인수권을 부여할 필요가 있다.⁸⁾

한편, 신주발행에 대한 의사결정 역시 회사의 이사회 혹은 경영진이 판단해야 하는 문제인데 경영권에 지배적인 영향을 미치는 주요 주주의 판단에 따라 회사의 경영권을 이전시키거나 인수·합병 등을 고려한 경영 판단의 하나로 제3자 신주배정을 선택한다면, 이런 경우에는 반드시 기존 주주와 회사 간 이해관계가 상충되는 경우로 볼 수 없기도 하다.

다. 신주인수권 제한에 대한 비교법적 고찰

(1) 영국

전통적으로 보통법상 주주의 신주인수권을 인정하고 있지 않지만, EU 제2회사법지침(동지침 제29조)을 받아들여 1980년 이래로 주주의 신주인수권을 인정하고 있는데, 회사법상 이사회는 정관 또는 주주총회의 결의에 따라 신주발행 권한을 수권 받아 신주를 발행할 수 있고, 지분증권을 현금 납입에 의해 발행하는 경우 기존 주주가 이를 우선 인수할 권리를 가진다.⁹⁾ 다만, 영국회사법상 주주의 신주인수권은 현금납입방식에 의한 신주발행의 경우에만 인정되므로 현금 납입 외 다른 방법에 의한 신주발행의 경우 주주의 신주인수권은 인정되지 않는다.¹⁰⁾ 또한 이사회가 영국 회사법 제551조에 의해 포괄적으로 신주를 발행할 권한을 보유하고 있는 경우에는 동법 제570조에 따라 정관 또는 주주총회 특별결의에 따라 주주의 신주인수권을 전면 배제하거나 수정할 권한을 이사회에 부여할 수

⁸⁾ 이정원, 앞의 글, 753면.

⁹⁾ 영국회사법 제560조 제1항.

¹⁰⁾ 영국회사법 제565조.

있다.¹¹⁾

(2) 미국

주주의 신주인수권은 법원의 판결을 통해 주주의 고유한 권리이자 회사법상의 공리로 인정되고 있었다. 그러나 근래 미국에서는 정관으로 주주의 신주인수권을 제한할 수 있게 함은 물론이고, 나아가 정관의 규정이 없으면 주주는 신주인수권을 갖지 못하는 것으로 규정하는 주법이 다수이다. 미국의 주법에서 신주인수권을 다루고 있는 현황을 보면 델라웨어 주 등 33개 주에서는 정관에 규정이 없는 한 주주의 신주인수권을 인정하지 아니하나(N.Y. Bus. Corp. Law §633(b)), 아직 여러 개의 주에서는 정관에 다른 규정이 없는 한 주주가 신주인수권을 갖는 것으로 하며 정관에 신주인수권의 예외를 열거하는 방식을 취하고 있다.

(3) 독일

주식법(Aktiengesetz)상 신주발행은 통상적 신주발행과 조건부 신주발행, 그리고 수권자본제 하의 신주발행으로 구별되는데, 주식회사가 유상으로 신주를 발행할 때는 주주에게 주식 수에 비례한 신주인수권을 부여하고 있다(동법 제186조 제1항). 독일 연방대법원은 주주의 신주인수권을 배제하기 위해서는 위와 같은 절차적 요건 외에 주주의 신주인수권 배제의 ‘실질적 정당성 요건’을 요구하고 있다. 이에 따르면 주주의 신주인수권을 배제하기 위해서는 원칙적으로 회사의 이익을 증진하기 위해 주주의 신주인수권을 제한하는 것이 필요하며, 주주의 신주인수권 제한이 회사의 이익 증진을 위한 적절한 방법으로 침해되는 주주의 이익과 회사의 이익 사이에 비례성이 있어야 한다.¹²⁾

2. 비례성 기준

미국의 이사회에 의한 방어행위의 적법성 판단 기준은 추상적이므로 구체적 기준이 필요하다. 이를 위해 이사의 방어행위에 경영 판단원칙을 적용해 경영진

11) 영국회사법상 주주의 신주인수권 제한 외에도 영국금융감독원 상장규칙 등에 따르면 일정한 경우 주주의 신주인수권을 제한할 수 있다.

12) 이정원, 앞의 글, 754~755면.

의 방어 조치에 완전한 자유를 줄 건지, 이사들에게 공정성에 대한 입증책임을 지울 것인지에 대한 중간적 기준을 마련하는 것이 적법성 판단 기준을 확립하는 판례의 원칙이다. 이에 따라 1980년대 이후 미국 델라웨어 법원은 이 두 기준 사이에서 균형 잡힌 판단 기준을 마련하기 위해 노력해 왔는데, 그 결과 만들어진 일련의 판단원칙을 ‘중간기준’이라고 부른다.¹³⁾

가. 비례성 기준

이 중간기준은 델라웨어 주 대법원이 1985년 Unocal 사건¹⁴⁾을 통하여 도입한 것인데, 이에 의하면 이사회에 의한 방어행위가 적법하다고 판단되기 위해서는, 우선 회사의 사업 방향 기초와 효율적인 운영에 대한 ‘합리적 위협’이 존재하여야 하고, 방어행위는 이러한 위협에 대응하여 합리적인 정도(Reasonable)의 대응이어야 한다. 이 두 조건을 만족시켜야 방어행위는 적법한 것으로 다루어진다.

한편 입증책임의 문제에 있어 Unocal 사건¹⁵⁾에서 법원은 적대적 기업 인수에 대한 방어 수단에 대해 원칙적으로 경영 판단원칙을 적용하나, 앞서 두 조건에 대한 입증책임이 대상 회사의 이사회에 전환되는 것을 인정함으로써 경영 판단 원칙의 수정 또는 제한을 가하게 되는데, 이 점에서 이 기준은 중간적 기준이다. 이 원칙에서는 위 두 가지 기준만 충족되면 이사회는 원칙적으로 이사의 주의의 무나 충실의무에 반하지 않게 되어, 대상 회사의 이사회는 안정적인 기반 하에 경영에 전념할 수 있다. ¹⁶⁾

나. 가치극대화기준과 전략적 이익 기준

Revlon사건¹⁷⁾에서 밝힌 가치극대화기준의 경우, 회사의 해체가 불가피한 예외

13) 김화진/송옥렬, 「기업인수합병」, 박영사, 2008. 384면.

14) Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946(Del. 1985).

15) 델라웨어 주 법원은 Unocal 사건에서 명시적으로 이사회에 공개매수가 주주 이외의 자의 이해관계에 미치는 영향까지 고려할 권한을 부여한 바 있음. 많은 판결에서 주주 이외의 이해관계자의 이익이 고려되어야 한다는 선언이 등장하였음.

16) 안효섭, 「경영권 방어 수단으로서 신주의 제3자 배정에 관한 연구」, 상사사례연구 제27호 제4권(2014.12.31.), 130면.

적 상황에서 Unocal 기준에 의한 방어 수단의 행사는 인정되지 않고, 이사는 오로지 주주의 이익만을 생각하며 회사의 매각 가격을 최대한으로 하여야 하는 경매인 (Fair Auctioner)으로 전환된다.

Time 사건¹⁸⁾에서 밝힌 전략적 이익 기준의 경우, 법원이 적대적 공개매수에서 단기적인 주주의 이익과 장기적인 회사의 전략적인 이익이 충돌한 때 회사의 전략적인 이익을 위해 이사가 방어행위를 한 것이 적법하다고 판단한 사례로서 비례성 기준에서의 ‘합리적인 위협’에 ‘회사의 장기적 이익’도 위협의 대상임을 밝혀 방어행위 시 이사의 재량권을 넓힌 것에 불과하다. 따라서 Unocal 기준이 미국에서의 방어행위의 적법성을 판단하는 기본 원칙이다.¹⁹⁾

다. 소결

회사의 사업 방향 기초와 효율적인 운영에 대한 “합리적 위협”의 존재해야 하고, 방어행위는 위협에 대한 합리적인 수단이어야 한다는 Unocal 기준은 이사의 방어행위(신주발행 등)에 대한 위법성 판단 기준의 근본원칙이다. 즉 대상 회사의 경영진이 이 원칙의 두 가지 조건만 입증하면 대상 회사의 방어행위는 유효하다는 것이다. 그러므로 우리나라에서 제3자 신주배정이 경영권 방어 수단으로 인정된다면, Unocal 기준은 우리나라에서 경영권 방어행위에 대한 적법성 판단 기준으로 활용될 여지가 크다. 또한 일본, 미국, 독일의 판례에서 인정되는 회사를 과멸할 목적을 가진 주주를 배제하기 위한 신주발행이나 그린메일 목적²⁰⁾의 인수 회사에 대해서 이사회에 의한 경영권 방어 목적의 신주 제3자 배정을 인정할 필요도 있다고 생각한다.²¹⁾

17) Revlon Inc. v. MacAndrews and Forbes Holdings, Inc., 506 A.2d 173(Del 1986).

18) Paramount Communication, Inc. v. Time Inc., 571 A.2d 1140(Del 1990).

19) 안효섭, 앞의 글, 130면 내지 131면.

20) 보유 주식을 팔기 위한 목적으로 대주주에게 편지를 보낼 때 초록색인 달리화를 요구한다는 의미에서 그린메일이라는 이름이 붙여졌다. 이는 특정 세력이 증시에서 경영권을 위협할 만큼의 주식을 매수하고 현 경영자를 위협한 뒤 자신이 매입한 주식을 프리미엄을 얹어 비싸게 되팔거나 현 경영진이 요청가격에 주식을 매입하지 않을 경우 경영권을 빼앗는 것을 의미함.

21) 안효섭, 앞의 글, 135면.

3. 검토 의견

이 사건 가처분 신청 시 채권자의 이 사건 신주 및 전환사채 배정·발행에 대한 금지 청구의 근거는 주주인 채권자의 신주인수권을 침해했다는 점이다. 제3자인 D에 대한 상당한 규모의 신주 및 전환사채 발행을 의결하고 계약을 체결하는 방식으로 채무자의 자금조달 및 업무 제휴 등을 계획했던 당시 이사회 의사결정에 대하여 Unocal 기준을 적용하여 “합리적 위협”이라는 특별한 사정이 존재하였는지를 검토하고, 방어행위가 이에 대한 “합리적인 수단”인지를 검토²²⁾한 것으로 해석된다. 구체적으로 상법에서 열거하는 긴급한 자금조달의 필요성에 대해 구체적인 판단을 위해 합리적 위협 여부에 대한 검토결과 이를 부정하였고, 설사 그렇다고 하더라도 주주들에게 주주의 비례적 가치상 중대한 변경이 생길 수 있을 정도의 의사결정 전 채권자를 포함한 기존 주주들에 대해 공지나 협의가 전혀 없었다는 사실은 합리적인 수단으로 보기 어렵다고 판단하였다. 결국 이 사건 신주 및 전환사채 인수라는 이사회의 의사결정은 적법성이 인정되지 않았다.

이 사건 결정은 상법의 관련 규정에서 열거된 사유 등 문의적 해석만으로 제3자 신주배정의 효력을 판단하지 않고, 미국 Unocal 사건에서 확인된 ‘중간기준’을 활용하여 공법상 활용되는 비례의 원칙상 의사결정의 적법성을 판단했다는 점에서 기본적으로 적정한 판단이라고 생각된다. 하지만, 대주주를 제외한 주주들이 2023년 초 감사 추천과 같은 적극적인 주주제안 활동 등을 활발히 하고 있었고, 당시 경영진 역시 이와 같은 주주들의 의견을 검토하여 채무자인 회사 운영 개선(안)을 적극적으로 제시하던 당시 경영을 둘러싼 이사들의 노력이 이번 결정에 거의 반영되지 않았던 부분에 대해서는 아쉬움이 있다. 즉 가처분 대상 행위가

22) 신주의 제3자 배정의 합리성이란, 지배주주나 회사 이사의 사익이 배제되고, 제3자 배정이 객관적으로 회사 전체의 이익에 부합함을 의미한다. 따라서 신주의 제3자 배정 시 정당한 이유란 주주배정의 방법으로는 자본조달 등 회사의 경영상·정책상 긴요한 목적을 달성할 수 없는 등의 사정이 있는 것을 말하며, 제3자 배정이 불가피 하더라도 목적 달성에 필요한 최소한이 범위 내에서 제3자 배정을 하는 목적과 수단의 비례성이 지켜져야 한다. 따라서 회사는 합리적인 사유가 있을 경우에 한하여 최소한의 범위에서 제3자에게 신주인수권을 부여할 수 있으며, 그 합리적 사유를 개시하여야 한다. 이철송, “신주 및 전환사채의 제3자 배정의 범리”, 법률신문 제2587호.

채무자(회사)를 둘러싼 채권자 및 이해관계인들의 이해상충 관계와 채무자의 가치를 높이고 주주 전체의 이익을 재고하기 위해 적절한 경영판단으로 해석될 여지가 없었는지, 제3자 배정에 대한 엄격하고 예외적인 허용이 아닌(사실상 금지처럼 운영된다) 회사의 장기적 이익과 주주 전체의 이익 등을 종합적으로 고려하여 “합리성” 인정 여부를 개별적으로 판단할 필요는 없었는지에 대한 고민, 나아가 합리성이 뒷받침되는 신주발행의 경우 장기적으로 회사의 가치재고 측면에서 ‘주주 보호’라는 제도의 목적에 부합한다고 볼 수 없는지에 대해 다시 한 번 생각해 볼 필요가 있다고 생각한다.

IV. 맺음말

이 사건 가처분이 인용됨에 따라 결의가 취소된 이 사안에 대해 제3자(카카오 그룹)는 결국 다른 방식으로 더 큰 비용을 들여 같은 목적을 달성하였다. 이와 같은 일련의 과정을 보면서 사실상 주주의 배타적인 권리로 인정되는 신주인수권 제도가 상법을 근거로 하여 마치 절대적 권리처럼 인정되어 극히 예외적인 경우 엄격한 조건에서만 예외를 인정하는 거의 일관된 판례의 해석이 과연 제도의 운영 취지 등에 비추어 볼 때 최선인가 하는 의문이 있었다.

주주의 신주인수권 제도 운영에 대해 살펴본 결과 각 나라의 입법례에 따라 우리나라와 같이 주주의 본질적인 권리로 인정해주는 국가가 있는가 하면, 그렇지 않고 포이즌 필(적대적 M&A나 경영권 침해 시도가 발생하는 경우 기존 주주들에게 시가보다 훨씬 싼 가격에 지분을 매입할 수 있도록 미리 권리를 부여하는 제도²³⁾)과 같은 경영진의 경영권 방어를 위한 다른 제도를 함께 운영하여 주주를 보호하고 있는 국가가 있었으며, 배타적이고 독점적인 주주의 신주인수권을 부정하는 국가도 있었다. 종합해보면 지배주주와 대표이사를 중심으로 하는 경영진간 회사 운영에 대한 의견대립이 있는 경우 국가별로 주주와 회사를 둘러싼 다양한 이해관계인 사이의 이해충돌관계를 다양한 방법으로 조율하고 있었다.

생각건대 회사의 경영상 목적 등을 위한 신주발행의 운영 방식은 주주에게 인정되는 다른 다양한 권리들을 함께 고려하여 사안별로 회사에게 제3자에 대한 신

23) 네이버 지식백과에서 인용.

주발행을 통한 자금조달을 인정할 필요가 있는지에 대한 ‘특별한 사정의 유무’ 등을 구체적인 경우별로 살펴보고 그 경영 판단에 따른 의사결정의 위법성 여부를 판단할 필요가 있다. 다만 신주발행에 의해 새로운 자금이 회사에 유입되고, 그 자금은 회사채권자에 대한 책임재산으로 추가되며, 발행된 주식이 유통되어 새로운 주주가 생기는 등 많은 새로운 이해관계가 창출됨에 따라 비록 신주발행의 내용이나 절차에 하자가 있다 하더라도 단체적·확일적으로 해결하여 신주에 관련된 법률관계의 안정을 기할 필요가 있으므로 신주발행에 대한 의사결정의 반복은 매우 신중할 필요가 있다.

이 사건 결정은 신청일 기준 대주주인 채권자(이수만)가 SM의 실질적인 지배 주주의 지위에서 제3자 신주배정이라는 경영 판단에 대한 신청이 아니라 대주주의 지위에 있는 채권자, 즉 주주의 신주인수권을 침해하고 지배력을 희석시킬 위험이 큰 신주의 제3자(카카오 엔터) 배정이 우리 상법상 인정되는가에 집중한 결정이다. 따라서 동 결정은 주주의 신주인수권 보호라는 우리 상법의 입장에 충실한 해석이라고 생각된다. 즉 우리나라 제도상 주주가 주주총회에서 이사를 선임하거나 정관을 변경하는 등에 대한 안전에 대해 절대적인 의사결정권이 없는 대주주 또는 주요 주주(10%이상)가 아닌 일부 주주에 대하여 신주배정에 대한 우선권을 인정하는 해석은 타당하다.

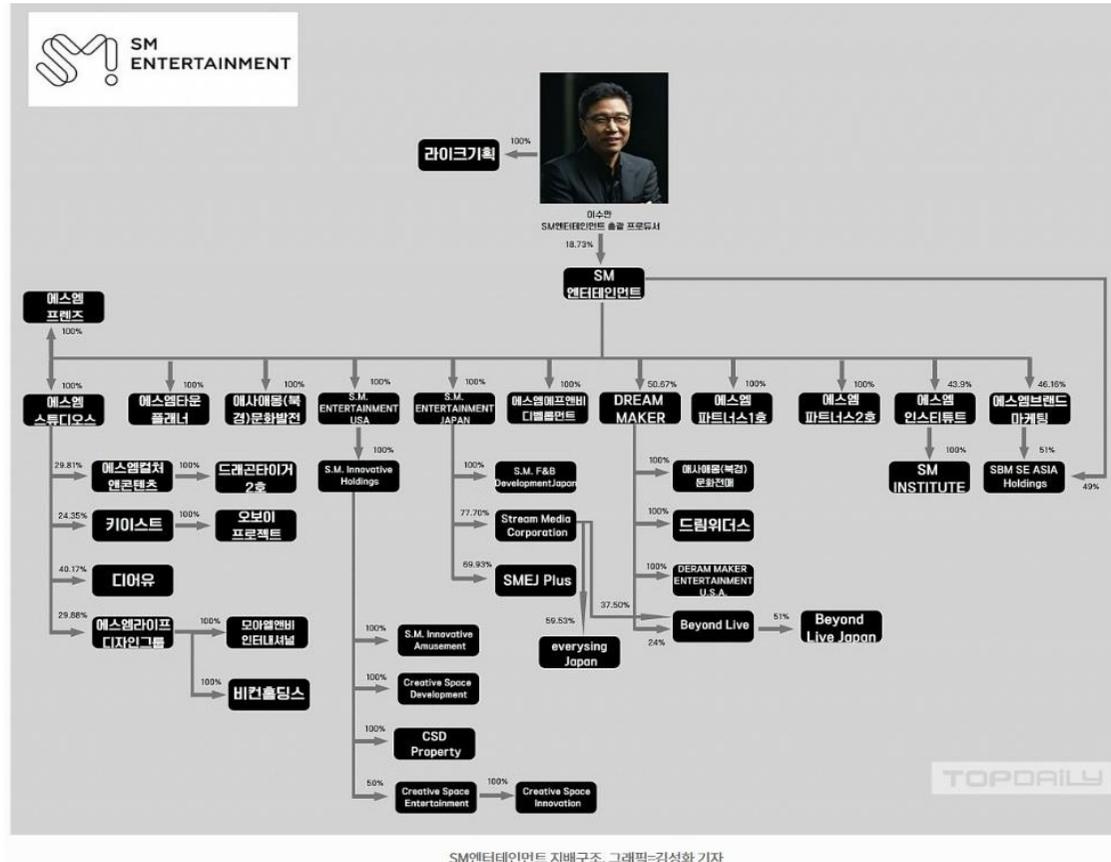
다만, 채무자를 둘러싼 채권자의 지위가 단순한 대주주의 지위를 넘어서 사실상 SM엔터를 비롯한 수십 개의 자회사 등(계열사 포함)을 지배하는 구조([그림: SM엔터테인먼트 지배구조] 참고)에서 정상적인 경영의 어려움에 대한 문제가 다른 주주들에 의해 수차례 제기되어 오고 있었다는 점, 유사한 규모의 다른 기획사와 비교할 때 채권자가 SM과 독점적으로 프로듀싱계약을 체결하였다는 점 등 구체적인 사정을 고려해 볼 때, 채권자를 제외한 현 경영진의 의사결정이 회사 전체의 이익과 주주 전체의 이익을 위해서 신주의 제3자 배정이 인정될 필요가 있는 특단의 사정에 해당하는지에 대한 검토가 누락된 점에 대한 아쉬움이 있다.

2023. 4. 27. ‘벤처기업육성에 관한 특별조치법 일부개정법률(안)’이 국회 본회의를 통과하였다. 이는 벤처 스타트업 창업자의 경영권을 보장할 수 있는 복수의 결권에 관한 것이다. 즉 1주당 최대 10개의 의결권 있는 주식 발행제도를 도입

했다는 점에서 투자자들로부터의 펀딩여부에 사업의 지속 가능 여부가 달린 벤처기업들이 이와 같은 경영권에 대한 위협 없이 대규모 투자유치 등을 시도할 수 있다는 점에서 매우 고무적인 내용이다. 미국, 영국, 프랑스, 일본, 중국 등과 같이 차등의결권이 인정된다면 대규모 투자를 받더라도 창업주의 지분을 희석시킬 수 있다는 점에서 경영권 방어에 매우 유리하다. 현재 통과된 법안은 벤처기업에 적용되는 내용이지만, 동 제도의 적용 범위를 점차 확대해 나가는 방안도 생각해볼 필요가 있다. 이와 같은 의결권 차등방식의 기존 주주의 권리 보호제도가 함께 운영된다면 주주의 신주인수권에 대해 지금까지처럼 엄격하게 해석할 필요성이 줄어들 것이다.

주주의 보호라는 관련 규정의 취지 내에서 회사의 자금조달, 경영권 방어, 궁극적으로 주주 전체 이익에 부합하는 경영상 판단인지 여부를 판단할 때 구체적 사정을 충분히 고려하되, 신주발행의 목적과 나아가 경영 판단에 대한 합리적인 재량의 범위 등을 고려하여 법문에 따른 문의적 해석보다는 ‘합리적 위협’, ‘합리적 수단’ 등 비례성 기준을 활용하여 신주발행을 둘러싼 이해관계인 간에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 제3자에 대한 신주발행의 효력을 신중히 판단할 필요가 있다. 이는 궁극적으로 회사의 자본조달을 합리적인 범위 내에서 원활하게 이루어지도록 함으로써 자본시장의 효율성을 높여 회사를 둘러싼 다양한 참가자 모두에게 이익이 될 수 있기 때문이다.

<그림> SM엔터테인먼트 지배구조



SM엔터테인먼트 지배구조, 그래픽=김성화 기자

참고문헌

1. 단행본

- 이철송, 회사법강의, 박영사(제31판), 2023
김건식 외 2인 공저, 회사법, 박영사(제7판), 2023
정찬형, 상법강의(상) 박영사(제21판), 2018
김흥기, 자본시장법, 박영사, 2021
송옥렬, 상법강의, 홍문사(제13판), 2023
김화진/ 송옥렬, 기업인수합병, 박영사, 2008

2. 논문

- 이정원, “신주의 제3자 배정의 적법성: 대법원 2009.1.30. 선고 2008다 50776 판결의 평석을 겸하여”, 홍익법학 제13권 제3호, 2012
안효섭, “경영권 방어수단으로서 신주의 제3자 배정에 관한 연구”, 상사사례연구 제27호 제4권, 2014.12.31.
김현태/윤용준, “신주발행금지가처분의 실무상 쟁점에 관한 고찰”, BFL 총서 [3], 서울대학교 금융법센터, 2007
송종준, “M&A에 대한 주요 방어대책”, 상사법연구 제14집 제1호, 한국상사법학회, 1995. 8.
이철송, “신주 및 전환사채의 제3자 배정의 법리”, 법률신문 제2587호, 1997.4.3.

3. 자료

- 조선비즈(2023.3.6.), “SM엔터 경영진, 가처분 인용 받아들이고 신주·CB 발행 계약 해제”, (https://biz.chosun.com/topics/law_firm/2023/03/06/2FLUY3QIKFEEVHDEMUXMZ225TA/)
아주경제(2023.3.12.), “[돌아보는 SM전쟁] 가처분·여론점·치킨게임까지...결국 승자의 저주 피하자 전격 합의”, (<https://www.ajunews.com/view/20230312155430874>)
머니투데이(2023. 4. 27.), “‘1주당 최대 10개’ 복수의결권 본회의 통과.. 글로벌 진출 발판”, (<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2023042717280674744>)

LexisNexis law school case brief, “Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co. - 493 A.2d 946 (Del. 1985)”, (<https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-unocal-corp-v-mesa-petroleum-co>)

<국문요약>

신주의 제3자 배정에 대한 검토

— SM엔터테인먼트 가치분 사건에 대한 평석을 겸하여 —

윤 선 정

최근 K-POP 열풍을 주도하고 있는 우리나라의 대형 연예기획사들이 경영권 행사를 목적으로 대규모 주식 거래를 비롯하여 신주의 제3자 배정 등 기업의 인수와 관련된 이슈가 발생했다. SM엔터테인먼트를 둘러싼 하이브와 카카오그룹 등 사이에서 이루어진 대주주 이수만과의 대규모 주식 거래, 공개매수, 제3자 신주배정, 신주발행금지 가치분 등이 그것이다.

상법은 주주에게 인정되는 신주를 배정받을 권리에 대한 예외로서 정관에 정하는 바에 따라 주주 외의 자에게 신주를 발행할 수 있도록 규정하고 있다. 이와 관련하여 주주의 기존 회사에 대한 지배권을 침해할 수 있다는 이유 등으로 제3자에 대한 신주배정을 둘러싸고 현 경영진과 주요 주주 간 종종 분쟁의 원인이 되고 있다. 제3자에 대한 신주발행은 그 발행 규모에 따라 경영상 영향을 미치는 정도가 될 수도 있다는 점에서 회사의 기존 주주, 회사의 채권자 등에게 중요한 영향을 미칠 수 있다. 사안에 따라 제3자에 대한 신주배정의 정당성이 인정되기도 하고 부정되기도 하는데, 최근 사례를 중심으로 제3자에 대한 신주발행의 구체적인 요건이 무엇인지 살펴본다. 또한 이와 관련하여 미국 등의 입법례를 살펴봄으로써 회사의 경영판단 행위로서 제3자 신주발행과 기존 경영진의 방어권 확보 등에 대해 종합적으로 검토하여 우리나라의 제3자 신주발행 운영을 둘러싼 경영권분쟁이 발생한 경우 회사와 주요 주주 간 이해 상충을 해결하기 위한 합리적 방안을 고민해 본다.

경영권 방어제도가 거의 없는 우리나라의 제도적 특성을 전제로 하되 회사 경영을 둘러싼 특정주주 외 주주 전체의 이익과 이해관계자들 간의 이익 형량 등을 종합적으로 고려하여 신주의 제3자 배정제도 운영에 대해 고민해 볼 필요가 있다.

핵심어 : 신주인수권, 제3자 신주발행, 경영권 방어 목적의 신주발행,
경영 판단의 원칙, 비례성 기준

<Abstract>

Review of the allocation of new shares to a third party

— In addition to commentary on SM Entertainment's provisional injunction
against issuance of new shares and convertible bonds* —

Yoon Seon Jeong**

Recently, large-scale entertainment agencies in Korea, which are leading the K-POP craze, have taken over large-scale stock transactions for the purpose of exercising management rights, as well as issues related to the acquisition of new shares by a third party. These include a large-scale stock transaction with Lee Soo-man, the major shareholder, between Hive and Kakao Group surrounding SM Entertainment, a tender offer, a third-party new share allocation, and a provisional injunction against issuance of new shares.

As an exception to the right to be allocated new shares recognized by shareholders, it is stipulated that new shares can be issued to persons other than shareholders as stipulated in the articles of incorporation. There are frequent disputes between the current management and major shareholders over the allotment of new shares to shareholders. The issuance of new shares to a third party can have a significant impact on the company's existing shareholders, as well as the company's creditors, in that it can affect business management depending on the size of the issuance. Nevertheless, depending on the case, the legitimacy of new share allocation to a third party is acknowledged or denied, so we examine the specific requirements for issuing new shares to a third party, focusing on recent cases.

* Seoul Eastern District Court 2023.3.3. 2023 Kahap 10034 decision

** The Graduate School, Yonsei Uni., Department of Law, Attorney at Law. Korea Growth Investment Corp. Audit Team, Team Head

In addition, in this regard, by examining the legislative examples of the United States and other countries, comprehensively reviewing the issuance of new shares by a third party as an act of management judgment by the company and securing the right to defend the existing management, etc. Consider reasonable measures to resolve conflicts of interest between the company and major shareholders.

On the premise of the institutional characteristics of Korea, where there is almost no system for defending management rights, it is necessary to consider the operation of a third-party allocation system for new shareholders by comprehensively considering the interests of all shareholders other than specific shareholders and the benefits and sentences among stakeholders surrounding the management of the company.

Key Words : New stock warrant, third-party new stock issuance, new stock issuance for the purpose of defending management rights, management judgment principle, proportionality standard

『연세 글로벌 비즈니스 법학연구』 발행규정 (Yonsei Global Business Law Review)

제정 2009. 9. 1

제1조 【목적】

이 규정은 『연세글로벌비즈니스법학연구』 (Yonsei Global Business Law Review) 를 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 【간행】

- ① 『연세글로벌비즈니스법학연구』는 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단 편집위원회가 필요하다고 인정하는 때에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② 『연세글로벌비즈니스법학연구』의 발간일자는 매년 6월 30일, 12월 31일로 한다.
- ③ 『연세글로벌비즈니스법학연구』에 게재된 저작물에는 투고일(2***년 *월 *일), 심사완료일(2***년 *월 *일), 게재확정일(2***년 *월 *일)을 기재한다.
- ④ 『연세글로벌비즈니스법학연구』는 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호로 발간할 수 있다.
- ⑤ 『연세글로벌비즈니스법학연구』는 300부 이상 발행한다.

제3조 【별쇄본 및 전자출판】

- ① 채택된 투고자에게는 『연세글로벌비즈니스법학연구』 2부와 별쇄본 10부를 무상으로 제공한다. 또한 투고자의 신청이 있으면 투고자의 비용부담 하에 추가 제공할 수 있다.
- ② 『연세글로벌비즈니스법학연구』의 출판은 인쇄본과 전자출판에 의하고, 연세대학교 법학연구원 홈페이지 및 글로벌비즈니스와 법센터 홈페이지, Working Paper에 게재한다.
- ③ 『연세글로벌비즈니스법학연구』에 원고를 투고한 자는 투고시에 전자출판에도 동의한 것으로 본다.

- ④ 『연세글로벌비즈니스법학연구』에 게재된 논문에 대하여 투고자는 별도의 금전적 권리를 주장하지 못한다.

제4조 【개정】

이 규정은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

부 칙

이 제정규정은 2009년 9월 1일부터 시행한다.

『연세 글로벌 비즈니스 법학연구』 심사규정 (Yonsei Global Business Law Review)

제정 2009. 9. 1.

제1조 【목적】

이 규정은 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 서평 기타 원고 등의 게재여부를 결정하고 공정한 심사절차를 확보하는 것을 목적으로 한다.

제2조 【투고논문】

① 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』에 게재가 가능한 논문은 다음 각 호와 같다.

1. 연구원의 학술행사에서 발표된 논문 기타 글로벌비즈니스와 법센터에서 기고를 청탁한 논문
2. 글로벌 비즈니스와 법 센터의 상임연구위원인 교수의 단독 또는 공동연구논문
3. 글로벌 비즈니스와 협 센터의 객원연구위원인 퇴임교수의 단독 또는 공동연구논문
4. 국내외 대학교의 전임교수의 단독 또는 공동연구논문
5. 글로벌 비즈니스와 법 센터 전문연구원의 단독 또는 공동연구논문
6. 법률분야 종사자의 단독 또는 공동연구논문
7. 법학교수 1인 이상의 추천을 받은 대학원생 논문

② 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』에 게재될 논문은 내용의 적정성과 학문적 수준에 있어서 편집위원회가 위촉한 심사위원들의 심사를 통과하여야 한다. 단, 공인된 기관의 수상논문, 글로벌비즈니스와 법 센터의 학술행사에서 발표된 논문으로 편집위원회의 검증을 거친 경우에는 심사를 면제할 수 있다.

제3조 【원고모집의 공고】

- ① 편집위원장은 매년 1월, 4월, 7월 및 10월 중에 각 소속 연구원 및 전국법학교수협의회에 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』에 대한 원고를 모집하는 공문을 발송하고, 연세대학교 글로벌비즈니스와 법 센터 홈페이지에 원고모집에 관한 사항을 게시한다.
- ② 원고모집에 대한 공고에는 투고절차, 논문작성 및 문헌인용방법, 심사기준 및 절차에 관한 내용과 일정을 고지하여야 한다.

제4조 【원고접수】

- ① 편집실무위원회는 원고를 접수하고 각 투고자에게 전화 또는 전자우편으로 접수결과를 통보하여야 한다.
- ② 편집실무위원회는 투고자의 인적사항, 논문제목, 접수일자, 분량 등을 기재한 접수결과서를 작성하여 투고원고와 함께 편집위원장에게 제출한다.

제5조 【심사위원의 선임】

- ① 편집위원장은 편집실무위원회에 투고논문이 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』투고규정의 형식적 사항과 연구윤리규정을 준수하였는지 여부와 참고문헌과 각주의 서지정보가 정확하고 완전한 것인지 여부의 확인을 요구하여야 한다.
- ② 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 각 투고원고에 대하여 3인의 심사위원을 선정·위촉하고, 편집실무위원회는 심사대상논문을 각 심사위원에게 송부한다.
- ③ 심사위원은 글로벌비즈니스와 법센터의 상임연구위원, 객원연구위원 또는 국내외 대학교의 전·현직 법학교수, 법률실무종사자 중에서 선정·위촉한다.

제6조 【심사기준】

논문은 다음의 기준을 종합적으로 고려하여 평가하되 논문의 성격에 따라서 편집위원회가 보다 구체적인 심사기준 내지 심사기준상 고려요소의 비중을 정할 수 있다.

1. 연구의 독창성

2. 논리의 정연성
3. 연구방법의 적절성
4. 논문제목과 내용의 일치여부
5. 주제와 결론의 명확성
6. 학문적 기여 가능성
7. 연구윤리성
8. 연속게재 금지

제7조 【심사절차】

- ① 각 투고원고에 대한 논문 심사는 3인의 심사위원에 의하여 심사된다.
- ② 심사위원은 제6조의 기준에 따라 투고논문을 심사하여 자세한 논평과 함께 게재불가, 게재가, 수정후 게재가 세가지중 하나로 심사결과를 기재한 심사보고서를 편집위원회에 제출하여야 한다.
- ③ 논문의 심사는 심사위원과 투고자의 성명과 소속을 밝히지 않은 상태에서 이루어져야 하며, 심사위원은 자신의 논문을 심사할 수 없다.

제8조 【심사판정】

- ① 심사위원 중 1인이상으로부터 修正後掲載로 판정된 논문은 편집위원장은 투고자에게 논문을 수정하여 재제출할 것을 통보한다.
- ② 심사위원 중 1인이상으로부터 게재불가로 판정된 논문은 편집위원장이 심사위원의 자세한 논평과 함께 투고자에게 반송하되 투고자가 심사위원의 논평을 반영하여 다음호에 아무런 불이익없이 수정 후 재제출할 수 있음을 통보한다.

제9조 【투고원고에 대한 게재여부의 결정】

- ① 편집위원장은 심사위원의 게재가 심사판정을 받은 논문 및 수정후 게재 심사판정 이후 수정, 제출된 논문을 대상으로 투고원고에 대한 게재여부의 결정을 위한 편집위원회를 개최한다.
- ② 편집위원회는 각 심사위원의 심사결과를 기초로 하여 게재여부를 결정한다.

③ 편집위원간 의견이 상이한 때에는 게재여부 또는 수정여부를 편집위원회에서 다수결로 결정한다.

제10조 【심사결과의 통보, 이의신청】

- ① 편집위원장은 편집위원회 후 즉시 각 투고자에게 결정결과 및 이유에 대하여 통보하여야 한다.
- ② 게재불가의 통지를 받은 투고자는 편집위원장에게 이의를 신청할 수 있으며, 편집위원장은 이의에 대하여 인용 또는 기각여부를 결정한다.
- ③ 편집위원장이 전항의 인용을 한 때에는 심사위원을 다시 선정하여 재심사하고 그 결과에 따라 게재여부를 결정한다.

제11조 【최종원고의 제출, 교정 및 편집】

- ① 게재결정을 통보받은 투고자는 정해진 기간 내에 최종원고를 작성하여 편집간사에게 제출하여야 한다.
- ② 편집위원장은 최종원고에 대한 교정 및 편집에 관한 사항을 결정한다.

제12조 【논문게재예정증명서의 발급】

편집위원장은 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』의 발행 이전에 최종적으로 게재가 결정된 원고에 대하여 투고자의 신청이 있는 경우에는 '논문게재예정증명서'를 발급할 수 있다.

부 칙

이 제정규정은 2009년 9월 1일부터 시행한다.

『연세 글로벌 비즈니스 법학연구』 투고규정 (Yonsei Global Business Law Review)

제정 2009. 9. 1

제1조 【목적】

이 규정은 연세대학교 법학연구원 산하 글로벌비즈니스와 법센터에서 발간하는 학술지『글로벌비즈니스법학연구』에 게재될 원고의 작성요령에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 【원고의 작성】

- ① 원고는 논문, 판례평석, 자료, 서평, 번역 등으로 구별하여 작성한다.
- ② 원고의 분량은 200자 원고지 120매 내외를 원칙으로 한다. 외국어 원고인 경우에도 이에 준한다.
- ③ 원고의 표지에는 원고의 종류, 제목(괄호 안에 영문 기타 구미어에 의한 제목표기), 성명(괄호 안에 영문성명 표기), 소속, 직책, 학위, 주소, 전화번호(사무실 및 자택)와 이메일 주소를 기재한다.
- ④ 게재원고에는 국문요약, 국문핵심어, 외국어 제목, 외국어 초록, 외국어 핵심어가 첨부되어야 한다.
- ⑤ 제출논문은 검색에 필요한 주제어(국문 및 외국어)를 각각 5개 이상 작성하여 첨부하여야 한다.

제3조 【원고의 제출】

투고자는 원고마감기한(매년 5월 31일, 11월 30일)내에 논문게재신청서, 연구윤리확약서, 논문사용권 위임동의서와 함께 원고파일 1개 및 심사용 파일(투고자를 누구인지 알 수 없도록 편집된 파일) 1개를 연세대학교 법학연구원 글로벌비즈니스와 법센터(lawbiz@yonsei.ac.kr)에 전자우편으로 제출하여야 한다.

제4조 【게재료 납부】

투고논문의 게재가 확정된 때에는 투고자에게 소정의 게재료를 납부하게 할 수 있다.

제5조 【원고의 형식】

원고는 한글 프로그램으로 다음 각 호의 형식에 따라 작성하여야 한다.

1. 용지종류 및 여백 : A4, 위쪽 20mm, 오른쪽 및 왼쪽 30mm, 아래쪽 15mm, 머리말 15mm, 꼬리말 15mm
2. 글자모양 및 크기 : 휴먼명조체 11포인트, 각주는 10포인트
3. 줄간격 : 160%

제6조 【원고의 작성요령】

- ① 용어는 원칙적으로 국문으로 하되, 필요한 경우 한문 또는 외국어를 병기할 수 있다.
- ② 표와 그림에는 그 하단에 표제 및 설명을 쓰고 별도의 일련번호를 표기한다. 다만, 본문의 내용과 직접 관련이 없는 표와 그림은 사용에 신중을 기하도록 한다.
- ③ 본문의 첫 페이지는 서론부터 시작하여 모든 내용은 연속적으로 기재한다. 그리고 주의 첫 단에 저자의 학위와 현재의 소속과 직위, 연락처를 기재한다.
- ④ 투고원고는 다음과 같이 구성되어야 한다.
 1. 제목
 2. 저자명
 3. 목차
 4. 본문
 5. 참고문헌
 6. 국문요약
 7. 국문 핵심어
 8. 외국어 초록
 9. 외국어 핵심어
- ⑤ 목차의 순서는 다음과 같이 작성하여야 한다.

I. 로마숫자

1. 아라비아숫자

(1) 괄호숫자

1) 반괄호숫자

① 원숫자

⑥ 각주는 원칙적으로 한글을 사용하여야 하고, 인용되는 문헌이 외국문헌인 경우에도 저자명, 논문제목, 서명 또는 잡지명, 발행지, 출판사 등과 같은 고유명사를 제외한 나머지는 한글로 표기한다.

⑦ 인용문헌이 여러 개인 경우에는 각각 문헌 사이에 세미콜론(;)을 표기하여 구분한다. 인용에 관하여는 다음 각호에 의한다. 다음 각호에서 설명되지 아니한 사항은 한국법학교수협회의 인용방법에 따른다.

1. 처음 인용하는 경우

- 저서인용 : 저자명, 서명, 출판사, 출판연도, 면수.
- 정기간행물 : 저자명, 「논문제목」, 잡지명, 출판연도 및 제0권 제0호, 면수.
- 외국문헌 : 그 나라의 표준적인 인용방법에 의한다. 미국문헌의 경우 blue book 인용방법에 따른다.
- 판결인용은 대법원, 헌법재판소의 양식에 준하여 작성한다.
 - － 판결 - 대법원 ****. **. ** 선고 **도** 판결
 - － 결정 - 대법원 ****. **. ** 선고 **누** 결정
 - 헌재 ****. **. ** 선고 **헌마** 결정
- 외국판결은 그 나라의 표준적인 방법에 의한다. 미국판결의 경우 blue book 인용방법에 따른다.

2. 재인용의 경우

- 저서인용 : 저자명, 위의 책, 면수.
- 논문인용 : 저자명, 위의 글, 면수.
- 외국인용 : 그 나라의 표준적인 재인용 방법에 의한다.

3. 바로 앞에서 재인용할 경우

- 저서인용 : 위의 책, 면수.
- 논문인용 : 위의 글, 면수.

제7조 【논문연구윤리 준수】

투고원고는 논문연구윤리를 준수하여야 하며 연구윤리확약서를 제출하는 경우에 한하여 글로벌비즈니스법학연구에 게재될 수 있다.

제8조 【논문사용권 위임동의서 제출】

투고자는 게재가 확정된 경우 논문사용권 위임동의서를 제출한 경우에 한하여 글로벌비즈니스법학연구에 게재될 수 있다.

부 칙

이 제정규정은 2009년 9월 1일부터 시행한다.

『연세 글로벌 비즈니스 법학연구』 편집위원회규정 (Yonsei Global Business Law Review)

제정 2009. 9. 1.

제1조 【목적】

이 규정은 연세대학교 법학연구원 산하 글로벌비즈니스와 법센터에서 발간하는 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』에 게재할 논문, 판례평석, 자료, 서평, 번역, 회의자료 등을 심사할 편집위원회의 구성과 운영에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 【구성】

- ① 편집위원회는 편집위원장을 포함하여 10인 이하로 한다.
- ② 편집위원장은 글로벌비즈니스와 법센터장의 추천으로 법학연구위원장이 임명하고 임기는 3년으로 한다.
- ③ 편집위원은 편집위원장이 위촉·임명한다.
- ④ 편집위원은 글로벌 비즈니스와 관련이 깊은 법분야인 국제사법, 국제거래법, 회사법, 세법, 지적재산권법, 공정거래법 분야를 연구하는 국내외 대학의 법학전임교수나 연구소의 연구위원 또는 이들 법분야의 실무에 종사하는 법률분야 전문종사자 중에서 해당 법분야에 대한 연구실적과 대외활동 및 소속기관의 소재지 내지 개업지를 고려하여 선임하고 그 임기는 3년으로 한다.
- ⑤ 법학연구원은 편집위원에게 일년에 두 번씩 소정의 사례비를 지급한다.

제3조 【업무】

편집위원회는 다음 각 호에 명시된 업무를 담당한다.

1. 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』심사규정에 기초하여 필요한 경우 투고원고에 대한 개별적 심사기준제정
2. 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』투고원고 중 학생투고논문이나 자료, 서

평, 번역에 대한 편집실무위원회에의 편집의뢰결정

3. 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』투고논문이나 판례평석에 대하여 편집실무위원회에 첨부한 별지 1 서식에 따른 확인보고서 작성의뢰결정
4. 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』투고논문이나 판례평석에 대하여 별지 2 서식에 따른 심사보고서작성을 위한 3인의 심사위원의 지정 및 별지 3 서식에 따른 심사위촉
5. 심사위원들의 심사보고서에 기초한 투고논문이나 판례평석에 대한 추가수정요구, 게재 유보 또는 게재 결정
6. 추가수정요구에 따라 수정, 제출된 투고논문이나 판례평석에 대한 최종 검토 및 게재여부의 결정
7. 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』의 특정주제에 관한 특별호 편집기획
8. 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』의 중장기적 편집방향 결정
9. 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』게재논문의 학술적 가치와 성과를 높이고 학술지로서의 전문성을 확보하며 투고자의 국내외분포를 확대하기 위한 장기방안기획
10. 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』의 조속한 학진등재후보지 신청계획수립
11. 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』의 조속한 SCII 등재계획수립
12. 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』의 장기적 발간비용조달방안기획
13. 기타 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』의 지속적인 발간을 위하여 필요한 제반 조치

제4조 【운영】

- ① 편집위원장은 반기당 1회 이상의 정기회의를 소집한다.
- ② 편집위원장은 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 임시회의를 소집한다.
- ③ 편집위원회는 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

제5조 【편집실무위원회】

- ① 편집위원회는 연세법학전문대학원 학생들로 구성된 편집실무위원회를 둔다.
- ② 편집실무위원회는 교수저작물위원회, 학생저작물위원회, 실무저작물위원회, 외국어저작물위원회, 자료서평번역물편집위원회, 인쇄배포위원회와 이들 위원회의 대표로 구성된 기획위원회로 구성된다.
- ③ 편집실무위원회는 편집위원회의 지도하에 투고논문이나 판례평석이 『연세 글로벌비즈니스 법학연구』투고규정의 형식적 사항과 연구윤리규정을 준수하였는지 여부와 참고문헌과 각주의 서지정보가 정확하고 완전한 것인지 여부 등을 확인하여 별지 1의 서식을 작성, 심사위원에게 송부한다.
- ④ 투고원고가 학생논문, 자료, 서평, 번역인 경우 편집실무위원회는 편집위원회의 지도하에 게재여부를 결정하며 게재하기로 결정하는 경우 투고자와 공동으로 편집작업을 수행한다.
- ⑤ 편집실무위원회는 논문집의 지면배정과 인쇄양식 결정 등 인쇄, 배포에 관련된 제반 업무를 수행한다.

제6조 【개정】

이 규정은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

부 칙

이 제정 규정은 2009년 9월 1일부터 시행한다.

별지 1:

학생편집실무위원회
확인보고서 (연세 글로벌비즈니스 법학연구 제x집제x권)

논문/관례평석제목	
확인사항	<ol style="list-style-type: none"> 1. 투고규정 준수여부 <ul style="list-style-type: none"> • 논문명, 저자명, 초록, 주제어 영어표기 • 초록의 간략성과 정확성 • 맞춤법과 띄어쓰기 2. 연구윤리규정 준수여부 3. 참고문헌과 각주의 서지정보 정확여부 4. 기존연구와의 관계 및 주제의 참신성에 대한 기초조사 5. 문체와 전체적인 구성
comments	

별지 2:

심사보고서 (연세 글로벌비즈니 법학연구제x집제x권)

논문제목			
게재여부	수정없이 게재	수정후 게재	게재 유보
심사요지			
수정요청 사항			

연세글로벌비즈니스법학연구 투고논문 심사결과를 위와 같이 제출합니다.

20 년 월 일

심사위원 : 대학교 학과 교수 (인 또는 서명)

연세 글로벌비즈니스 법학연구 편집위원장 귀하

별지 3:

심사의뢰서

연세 글로벌비즈니스 법학연구 편집위원회는 동 심사규정에 따라서 첨부된 글에 대한 심사를 의뢰하오니 첨부된 심사보고서양식에 작성하시어 []까지 본 위원회에 보내주시면 고맙겠습니다.

참고로, 연세법학전문대학원 학생들로 구성된 편집실무위원회에서 첨부된 글이 동 투고규정의 형식적 사항과 연구윤리규정을 준수하였는지 여부와 참고문헌과 각주의 서지정보가 정확하고 완전한 것인지 여부 등에 대하여 확인한 사항을 첨부합니다.

귀하의 노고를 감사드리면서 아래 사항을 알려주시면 소정의 심사료를 지급하고자 합니다.

심사료 입금

계좌번호 :

예금주 :

금융기관명 :

『연세 글로벌 비즈니스 법학연구』 기고요령 (Yonsei Global Business Law Review)

1. 기고자격 : 국내외 대학 전임교수·대학원생 및 법률분야 종사자

2. 기고요령
 - ① 게재원고가 국문인 경우에는 국문요약과 외국어 요약 및 국문 핵심어 5개와 외국어 Key Words 5개를 첨부하여야 하고, 외국어로 되어 있을 경우에도 위와 동일하다.
 - ② 제출기한: 원칙적으로 매년 5. 31, 11. 30.까지이나 신축적으로 운영
 - ③ 제출서류: 1) 논문게재신청서 (글로벌비즈니스와 법 센터 양식)
2) 연구윤리확약서 (글로벌비즈니스와 법 센터 양식)
3) 논문사용권 위임동의서 (글로벌비즈니스와 법 센터 양식)
4) 원고파일
5) 심사용파일 (투고자를 알 수 없도록 편집된 것)
 - ③ 보낼 곳: 120-749, 서울특별시 서대문구 신촌동 134 연세대학교 법학연구원
<글로벌비즈니스와 법센터> 담당자앞
Tel: 02-2123-3540 / Fax: 02-312-3544
E-mail: [lawbiz@yonsei.ac.kr]

※ 자세한 내용은 글로벌비즈니스와 법 홈페이지(<http://lawschool.yonsei.ac.kr>)
『연세 글로벌비즈니스 법학연구』 투고규정과 편집위원회규정 등 참조.

-
-
- 보건의료데이터 활용에서의 개인정보 보호 개선을 위한
제언 이 산 하
 - 스마트계약과 법적 쟁점 정 재 은
-
-

보건의료데이터 활용에서의 개인정보 보호 개선을 위한 제언

이 산 하*

◆ 목 차 ◆

- | | |
|-------------------------------|-------------|
| I. 문제 제기 | III. 결론 |
| II. 본론 | 1. 요약 및 정리 |
| 1. 국내 현황 | 2. 차별성 및 의의 |
| 2. 다른 나라와의 비교법적 분석 | |
| 3. 국내 정책의 한계점 고찰과 개선
방안 제언 | |

I. 문제 제기

인공지능 과학기술의 발전으로 인해 빅데이터를 활용하려는 다양한 시도들이 활발하게 이루어지고 있다. 빅데이터 활용을 통해 새로운 발견과 혁신을 이루어 낼 수 있고, 이는 경제성장으로 이어질 것이라는 인식에 따라 빅데이터를 이용하고자 하는 요구가 크다. 정부는 이에 부응하고자 활발히 관련 산업을 육성하고 규제를 줄이는 정책들을 시행하고 있다. 2020년, 데이터 3법(개인정보보호법, 신용정보법, 정보통신망법)과 시행령이 개정되고 가명정보 가이드라인이 발간됐다. 이 개정안으로 인해 정보 주체의 동의 없이 가명정보의 연구 목적 활용이 가능해졌다. 또한 보건복지부는 ‘보건의료데이터·인공지능 혁신전략’을 수립하여 2025년까지 데이터 기반의 경쟁력 확보와 미래의료 혁신을 완성하겠다고 밝혔다. 보도 자료에 의하면 혁신전략은 ① 양질의 데이터 생산 개방 ② 고부가가치 데이터 플랫폼 완성 ③ 데이터 활용 혁신을 통한 성과 가속화 ④ 신뢰할 수 있는 데이터

* 연세대학교 법학전문대학원

거버넌스 확립 등 네 방향에서 추진된다. 이외에도 보건복지부는 ‘보건의료 빅데이터 플랫폼’, 산업통상자원부는 ‘바이오헬스 빅데이터 플랫폼’, 과학기술정보통신부는 ‘마이데이터’ 프로젝트를 각각 추진 중이며, 범정부 차원에서는 ‘데이터댐’ 사업이 진행되고 있다. 이러한 새로운 변화들은 기대와 우려를 동시에 불러 일으키고 있다.

빅데이터의 잠재력과 가치가 큰 만큼, 잘못 다뤄졌을 때의 피해도 크다. 빅데이터 관련 논쟁의 중심에는 개인정보가 있다. 빅데이터의 활용범위가 확대됨에 따라 데이터의 가치는 점점 높아지고 있으며, 이에 따라 정보 주체의 데이터 소유권과 개인정보보호의 중요성이 커지고 있다. 개인정보는 어디까지 활용이 가능하고, 데이터 제공 이후 데이터의 가공 및 활용에 관해서 어디까지의 권리가 보장되어야 하는지에 대한 사회적 합의가 필요하다. 특히 보건의료데이터는 일반적인 개인정보에 비해 활용범위가 넓고 양이 많으며, 정보 주체의 인권 및 사생활 보호에 중대한 피해를 야기할 수 있는 민감정보라는 점에서 더 상세한 논의가 필요하다.

2022년 보건의료데이터 활용 가이드라인에서는 보건의료데이터의 대표적인 예시로 다음을 제시하고 있다: ① 의료법상 진료기록부 및 전자의무기록, 그밖에 병원 내에서 생산되어 진료 내역을 표시하고 있거나 쉽게 추정할 수 있는 기록 ② 건강보험공단, 건강보험심사평가원, 기타 민간 보험사 등에서 수집한 보험청구용 자료, 가입설계에 사용된 건강·질병·상해 등 관련 자료 및 그 부속자료 ③ 건강검진자료, 건강검진결과 정보 ④ 의사에 의해 진단되거나, 의료기기에 의해 계측되거나, 보험청구기록, 기타 알고리즘 등을 통해 파악·추정된 건강상태 정보 ⑤ 건강상태 또는 건강습관 여부·정도를 측정하기 위해 기기를 통해 수집한 정보 (예시: 걸음 수, 심박수, 산소포화도, 혈당, 혈압, 심전도) ⑥ 일반적으로는 건강정보로 보기 어렵지만, 질환의 진단·치료·예방·관리 등을 위해 사용되는 정보. 이처럼 보건의료데이터에 포함되는 정보의 종류는 굉장히 다양하고 사진, 유전체 데이터, 영상, 진료기록 등 유형도 다양각색이라 데이터 보호와 관련된 논의는 더욱더 복잡한 양상을 가진다.

보건의료데이터는 의료, 연구, 산업의 범위에서 현재 중요하게 활용되고 있으며, 그 잠재력은 더 클 것이라 기대된다. 우리나라는 특히 단일 건강보험체제를 가지고 있고 많은 의료기관들이 일찍이 전자의무기록(EMR)을 도입하였기 때문에 보건의료데이터의 질과 활용도가 높다. 보건의료데이터의 많은 활용 예시 중

일부로는 AI 기반 스마트 의료, 맞춤형 헬스케어, 의약품 감시, 신약개발 타당성 조사 및 임상실험, 유전자이상 관련 질환에서 선천성 질병원인의 규명, 보건정책에 필요한 정보의 제공이 있다.

보건의료데이터의 적절한 활용을 위해서는 활용 범위와 개인의 권리에 대한 합의가 필수적이다. 의사소통 및 합의의 과정을 통해 정부, 산업체, 의료체계에 대한 신뢰가 형성된다. 신뢰를 바탕으로 정보주체는 자신의 개인정보가 침해될 것이라는 걱정없이 데이터를 맡길 수 있고, 이는 관련 산업 발전의 충분조건이다. 하지만 우리나라는 빅데이터 활용의 바탕이 되는 윤리적 원칙들에 대한 논의가 부족하며 빅데이터 처리와 관련된 이해 당사자들(학술연구자, 빅데이터 처리 엔지니어, 역학통계학자, 환자, 일반국민 등) 사이의 많은 토론이 필요하다.

본 연구는 민감한 개인정보를 포함한 빅데이터의 윤리적 활용을 위해 현재 관련된 우리나라의 법과 정책들을 살펴보고 그 한계점을 분석하고 개선방안을 제안한다. 우리나라의 한계점을 정확히 파악하기 위해서 의료보호법에 대한 논의가 앞서 많이 이루어진 미국, 유럽연합의 법을 살펴보고 우리나라의 법을 개선할 수 있는 방안을 살펴볼 것이다.

II. 본론

1. 국내 현황

본격적인 논의에 들어가기에 앞서 현재 우리나라 현행법상 보건의료정보를 어떻게 정의 및 규정하고 보건의료 정보를 어떻게 활용하고 있는지 실정을 알아볼 필요가 있다. 이와 더불어 본 연구에서는 우리나라에서 시행되고 있는 데이터 관리를 위한 가이드라인들 및 데이터 활용을 지원하는 보건의료 빅데이터 플랫폼 사업에 대해 분석할 것이다.

1.1. 개인정보와 개인의료정보의 정의

「개인정보보호법」 제2조 제1항에서 정의하는 개인정보란 살아있는 개인에 관

한 정보이다. 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통해 개인을 쉽게 알 수 있는 정보로, 해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 개인을 특정할 수 있는 정보를 의미한다. 쉽게 말하여 생존하는 개인을 직접 식별하거나 다른 정보와 결합하여 식별할 수 있는 정보로 이해할 수 있으며, 이는 「정보통신망법」 및 「전자서명법」에서도 비슷하게 정의되고 있다. 또한, 「개인정보보호법」 제23조에 따르면 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보를 민감정보로 구분하여 규정하고 있다.

이러한 개인정보 중에서 개인의 의료, 진료, 보건, 건강 등과 관련된 정보인 개인 의료정보에 대해 「보건의료기본법」에서 정의된 바는 데이터를 관리 및 활용하기에 너무 포괄적이다. 「보건의료기본법」 제3조 제1호 및 제6호에 따르면, 보건의료정보란 국민의 건강을 보호·증진하기 위하여 국가·지방자치단체·보건의료기관 또는 보건의료인 등이 행하는 모든 활동과 관련한 지식 또는 부호·숫자·문자·음성·음향·영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료를 의미한다. 따라서, 국민건강의 보호 및 증진을 위한 모든 행위로 발생하는 정보들이 다 보건의료정보에 포함된다고 할 수 있다. 우리가 현재 논의하고자 하는 보건의료데이터는 의료정보 중에서도 개인식별성을 띠는 개인의료정보들을 의미한다. 개인의료정보는 앞서 언급한 「개인정보보호법」 제23조 1항에 따라 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 수 있는 민감정보에 해당하며 고유식별정보를 포함하기에 원칙적으로 높은 정도의 보호가 필요하다. 그러나 현재 별도의 의료정보보호법이 존재하지 않는 상황이기에 우리나라는 의료정보를 포함한 데이터 관리에 있어 일반적인 개인정보보호법의 규율에 따르고 있다(이한주, 2016).

1.2. 보건의료데이터 처리 및 활용 관련 현행법

의료정보에 대한 별도의 보호법이 존재하지 않기에 개별 법률에 보건의료데이터의 처리 및 활용에 대한 규정들이 산재하여 있다. 「개인정보보호법」 제28조의 2(가명정보의 처리 등)에 따라 개인정보처리자는 통계 작성, 과학적 연구, 공익적 기록보존 등을 위하여 정보주체의 동의 없이 가명정보를 처리할 수 있다. 이때 ‘가명처리’란 개인정보 일부를 삭제하거나 일부 또는 전부를 대체하는 등의 방법

으로 추가 정보가 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없도록 처리하는 것을 말한다. 「생명윤리법」에 따르면, 서면동의를 받은 경우에는 기관위원회의 심의를 거쳐 개인식별정보를 포함하는 개인정보를 제삼자에게 제공할 수 있으며, 이에 따라 개인정보를 제삼자에게 제공하는 경우 익명화하여야 한다. 인체유래물의 경우, 서면동의를 받아 기관위원회(IRB)의 심의를 거쳐 인체유래물 등을 인체유래물 은행이나 다른 연구자에게 익명화하여 제공할 수 있다. 마지막으로, 「의료법」 제22조에 따라 의료인은 진료기록부 등을 포함한 진료에 관한 기록을 상세하게 기록하고 서명하여 보관하도록 하며 환자에 대해선 본인 기록에 대한 열람 및 사본 발급 청구권을 규정하고 있다. 동법 제19조에 따르면 ‘의료인이나 의료기관 종사자는 특별히 규정된 경우를 제외하고, 전자의무기록 작성, 보관, 관리 업무를 하면서 알게 된 다른 사람의 정보를 누설하거나 발표하지 못한다’라고 규정하고 있다.

의료정보의 보호와 관련해서 「개인정보보호법」이 일반법으로서 적용되지만 「의료법」, 「정보통신망법」 등 위에서 언급한 다른 법률에 동일한 내용으로 다른 규정이 있는 경우 일반법인 「개인정보보호법」보다 우선하여 적용된다(2016, 이한주). 이는 「개인정보보호법」을 무력화시키고, 정보보호를 주요 목적으로 하지 않는 개별법들의 처벌 조항에 차이가 있어 혼란을 야기할 수 있다. 따라서 기존의 의료정보법 규정에 대한 체계적인 검토 및 전반적인 개편이 필요하다.

1.3 보건정책 및 가이드라인

1.3.1. 보건의료 데이터 활용 가이드라인

2020년 국회에서 데이터 3법이 입법되어 비식별화된 개인정보를 동의 없이 사용할 수 있도록 하였고 이에 따라 ‘보건의료 데이터 활용 가이드라인’이 만들어졌다. 「개인정보보호법」의 개정으로 정보주체의 동의 없이 가명정보를 이용할 수 있게 하는데, 가이드라인에서는 이러한 가명정보 중 민감정보인 보건의료데이터를 안전하게 처리할 수 있게 여러 규제와 의무사항을 안내하였다. 이를 통해 보건의료데이터의 특수성을 고려하여 데이터를 안전하게 활용하고 연구자들이 법적 안정성을 가질 수 있도록 하였다. 또한 가명처리의 개념과 원칙, 방법을 안내하였고 가명정보의 활용 방법, 절차와 가명정보의 결합방법, 그리고 가명정보 처

리 시 안전, 보호 조치와 벌칙을 정했다.

가명처리를 통해 개인정보처리자는 추가 정보 없이는 개인을 식별할 수 없어야 하며, 재식별 예방을 위해 가명정보와 다른 정보를 분리된 시스템에 보관해야 한다. 그리고 가명정보를 활용, 다른 기관에 제공, 결합신청, 가명처리의 적절성을 검토하기 위해 기관 내에 독립적인 데이터 심의위원회(이하 심의위원회)를 구성하여 심의해야 한다. 특정 정보에 대한 안전한 가명처리 방법이 없을 경우, 가명처리 가능여부의 판단이 불가능하여 정보 주체의 동의하에서만 활용이 가능하다. 서로 다른 개인정보처리자 간의 가명정보를 결합하기 위해서는 각각의 기관의 심의위원회에서 승인을 받은 뒤, 개인정보보호위원회 또는 보건복지부 지정 결합전문기관 중 하나에 결합 신청을 해야 한다. 이후 결합전문기관에서 가명처리를 거쳐 반출심사위원회 승인 후 데이터를 이용할 수 있다. 또 정보의 유형별로 활용 가능 여부와 방법을 설명하여, 주요인적사항, 의료인의 관찰 정보, 알고리즘이 생산한 정보와 유전체 정보 등에 대해 어떤 추가 조치가 필요한지 혹은 동의를 기반으로 활용해야 하는지 규정해 놓았다.

보건의료 정보를 보호하기 위해 안전, 보호조치와 벌칙도 안내하고 있다. 이를 통해 가명정보가 안전하게 정해진 절차대로 활용되고 그 과정이 정보주체에게 공개되도록 하였다. 가명정보는 다른 정보와 상호 분리된 시스템에 보관되어야 하며 가명정보를 다시 다른 사람에게 주는 재제공은 심의위원회의 절차를 거치지 않으면 불가능하다. 처리 과정의 투명성을 위해 개인정보처리자는 가명정보의 처리목적, 가명정보를 제공하는 자 등 관련 기록을 작성하여 보관하여야 하고 가명정보 처리 및 보유기간, 가명정보 파기방법, 처리하는 가명정보의 항목 등을 법에 따라 적시하고 공개해야 한다. 정보주체는 자신의 정보에 대해 가명처리 정지요구를 통해 개인정보의 사용을 막을 수 있다. 이때 개인정보처리자는 개인정보보호법에 따라 가명처리 대상에서 제외하는 등의 조치를 해야한다. 또 정보주체의 요구가 있으면 자신의 정보가 가명처리 되어 사용된 내역을 열람할 수 있다. 만일 심의위원회의 가명정보 사용 승인을 받았어도 인간과 인체유래물을 연구할 때 적용되는 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」에 따라 기관생명윤리위원회 연구에 대한 심의를 받아야 하며 가명정보를 활용할 경우 심의가 면제될 수 있으나, 면제 여부는 기관생명윤리위원회의 확인이 필요하다.

이처럼 가이드라인에는 개인정보 보호를 위한 여러 조치가 있지만, 강제성이

떨어진다. 예를 들어, 가명정보 활용 종료 이후 해당 정보의 삭제와 개인정보처리자의 심의위원회 운영에 관련한 사항 공개가 권고 수준에 그친다. 또한 가명정보의 처리와 활용 절차에서 가명정보 활용여부 결정 및 데이터 활용의 안정성을 심의하는 핵심적인 역할을 내부 심의위원회나 기관 생명윤리 위원회에 부여하고 있다. 그러나 기관별 심의위원회에 이런 역할을 부여할 경우 충분한 심의가 이루어지지 못할 수 있고 기관별로 심의 기준과 방법이 다를 수 있으며, 기술적 안정성 등 전문적인 판단에 한계가 있을 수 있다(이기호, 2020).

1.3.2. 개인정보 비식별조치 가이드라인

의료데이터 처리 및 활용 관련 현행법들에 근거하여 개인의료정보를 이용할 경우 비식별조치를 통해 특정 개인을 알아볼 수 없도록 처리한 후 사용하여야 한다. 이때 비식별조치란 정보집합물에서 개인을 식별할 수 있는 요소를 전부 혹은 일부 삭제하거나 대체하는 등의 방법을 의미한다. 보건복지부를 비롯한 관련 부처에서 나온 ‘개인정보 비식별 조치 가이드라인’에 따르면, 비식별조치는 개인정보에 해당하는지 확인하는 사전검토단계, 비식별조치(가명처리, 총계처리, 데이터 삭제 등) 시행단계, 비식별조치의 적정성평가, 그리고 비식별 정보 안전조치와 재식별 가능성을 모니터링하는 사후관리 단계로 구성된다. 이때 비식별조치 대상이 되는 개인정보는 식별자와 속성자로 나뉘며, 식별자는 주민등록번호 등의 고유식별정보와 같이 개인에 고유하게 부여된 값을 의미하고, 속성자는 개인과 관련된 정보로서 다른 정보와 결합하는 경우 특정 개인을 알아볼 수도 있는 정보를 의미한다. 비식별조치 시 정보집합물에 포함된 식별자는 원칙적으로 삭제해야 하며, 데이터 이용 목적상 반드시 필요한 경우 식별자를 비식별조치 후 활용한다. 속성자의 경우 데이터 이용 목적과 관련 없는 경우 원칙적으로 삭제해야 하며, 데이터 이용 목적과 관련 있는 속성자 중 희귀병명 등 식별요소가 있는 경우 비식별 조치하여야 한다. 비식별조치시에는 가명처리, 총계처리, 데이터 삭제, 데이터 범주화, 데이터 마스킹 등 여러 가지 기법을 단독 또는 복합적으로 활용하며, 데이터 이용목적과 기법별 장단점 등을 고려하여 적절한 기법 및 세부기술을 선택한다.

비식별조치가 충분하지 않으면 공개 정보 등 다른 정보와의 결합이나 다양한 추론 기법 등을 통해 개인이 식별될 우려가 있다. 따라서 개인정보 보호책임자와

외부전문가가 참여하는 비식별조치 적정성 평가단을 구성하여 적정성 평가를 통해 개인식별 가능성에 대해 엄격하게 평가한다. 평가단은 개인정보처리자가 제공한 기초자료와 함께 프라이버시 보호 모델 중 k -익명성을 활용하여 비식별수준의 적정성 여부를 평가한다. k -익명성이란 프라이버시 보호를 위한 기본모델로, 주어진 데이터 집합에서 같은 값이 적어도 k 개 이상 존재하도록 하여 쉽게 다른 정보와 결합할 수 없도록 한다. 필요 시 추가적인 평가모델(l -다양성, t -근접성)을 활용한다. 특정인임을 추론할 수 있는지를 검토하여 일정 확률 수준 이상 비식별되도록 한다. 비식별조치가 적정하다고 평가 혹은 재평가받은 경우 해당 데이터를 빅데이터분석에 이용하거나 제삼자에게 제공하는 것이 허용된다. 불특정 다수에게 공개하는 것은 식별 위험이 커지기에 원칙적으로 금지되며, 데이터 이용 목적을 달성하거나 해당 데이터가 불필요하게 된 경우 바로 파기되어야 한다. 이후 데이터 활용 과정에서 비식별조치된 정보가 유출되어 다른 정보와 결합하여 식별될 가능성을 방지하기 위해 사후관리단계를 통해 ‘필수적인 보호조치’를 이행해야 한다.

이러한 비식별조치 가이드라인에는 몇 가지의 한계점이 존재한다. 비식별조치 가이드라인은 순서 및 관리 방법을 명시하고 있지만, 실질적으로 비식별조치와 관련된 다양하고 복잡한 기술을 제시하고 있지 않다. 또 적정성 평가 시 사용하는 k -익명성의 경우, 동질성 공격과 배경지식에 의한 공격에서 자유롭지 않기에 비식별조치가 완전한 개인정보유출의 해결책이 될 수 없다. 그럼에도 ‘비식별’이라는 용어의 사용은 비식별 조치 후 완전히 식별 불가능하다고 착각하게끔 하고, 이로 인해 비식별조치를 통과한 데이터에 대해선 정보 주체를 정보 유출의 책임으로부터 자유롭게 한다.

1.3.3 보건의료 빅데이터 플랫폼 사업

우리나라는 전국민 건강보험 제도로 인해 많은 공공 보건의료 데이터를 보유하고 있다. 이를 활용하는 연구를 지원하기 위해 정부는 2017년부터 ‘보건의료 빅데이터 플랫폼 사업’을 추진하여 시민사회-정부 실무협의체, 보건의료 빅데이터 정책심의회위원회를 구성하였다. 이후 2018년 본 시범사업을 시작하고, 2019년 보건의료 빅데이터 플랫폼을 개통했다. 데이터 3법 개정안이 2020년 국회를 통과

하며 비식별화된 개인정보를 사전동의 없이 이용할 수 있게 되어 사업에 근거가 되는 법률이 마련되었다(최지혜 외 2인, 2020). 본 사업에서는 건강보험공단, 건강보험심사평가원, 질병관리본부, 국립암센터의 4개 보건의료 공공기관에서 수집한 데이터를 연계하여 빅데이터 분석에 활용할 수 있도록 제공한다. 이러한 보건의료 빅데이터 플랫폼을 통해 가치 있는 연구 데이터를 생산하여 보건의료연구와 정책개선을 촉진하고자 한다(보건복지부, 2018).

정부는 개인정보의 유출과 악용을 막아 민감정보인 개인의 건강정보를 안전하고 투명하게 활용하고자 하였다. 이를 위해 플랫폼에서는 개인정보의 유출을 막기 위한 데이터 제공 방식을 만들었다. 4개의 공공기관에 분산된 빅데이터를 공통의 연결고리(키)를 통해 개인 단위로 정보를 연계할 수 있다. 연구자에게 제공되기 전 데이터를 후처리하여 개인별로 부여된 키를 제거하고 특정 데이터를 그룹화하기도 한다. 또 개인의 주민등록번호, 전화번호 등 개인을 식별할 수 있는 정보는 삭제하고 정보의 비식별수준을 개인정보보호 전문위원회를 통해 평가받는다. 그리고 인터넷에서 분리된 폐쇄환경에서 데이터의 이동과 가공을 수행하여 외부 공격과 데이터의 유출을 막는다. 이렇게 연계되고 가공된 데이터는 폐쇄망 분석센터인 특정 장소에서만 분석할 수 있고 분석의 결과값만을 반출할 수 있다. 데이터를 받는 연구 분야는 공공적 목적의 연구에만 한정되며, 공공성 평가 척도를 토대로 연구평가 전문위원회에서 심사하여 데이터 제공 여부가 결정된다.

하지만 정부 차원에서 시작한 보건의료 빅데이터의 활용을 촉진하기 위한 사업에도 여러 한계점이 존재한다. 아직 4개의 공공기관만 포함되어 있어 데이터 규모에 한계가 있으며 여전히 연구 심사 기준이나 비식별화 방법 등이 확립되지 않아서 심사과정에 시간과 행정비용이 많이 들 수 있다. 또 데이터를 제공하는 연구가 공익적 목적의 연구로 한정되어 다양한 부가가치 창출이 어려울 수 있다.

보건의료 빅데이터를 활용하기 위한 노력은 이외에도 다양하게 이루어지고 있다. 먼저 건강보험심사평가원은 「공공데이터법에 근거하여 자체적인 보건의료빅데이터개방시스템을 통해 보유하고 있는 공공데이터를 국민에게 개방하여 다양한 의료통계정보를 제공한다. 해당 데이터는 누구나 이용할 수 있고 영리 목적을 포함하여 자유로운 활용이 가능하다. 이 시스템은 전 국민의 진료 정보와 의료기관, 제약회사, 유관기관 등에서 수집한 정보를 분석, 정제된 데이터를 제공하며, 데이터의 종류에는 진료정보, 의약품정보, 치료재료정보, 의료자원정보, 비급여정

보, 의료질평가정보, 연계 정보가 있다(보건의료빅데이터개방시스템, 2021). 또한, 민간병원이 중심이 되어 빅데이터를 활용할 수 있는 플랫폼 사업도 존재한다. 산업부에서 지원하는 분산형 바이오헬스 빅데이터 사업단은 대형병원 차원에서 보유한 환자 데이터를 공유하여 빅데이터로써 활용할 수 있도록 한다. 병원별로 다른 형태의 의료데이터를 표준화하고, 이를 분산하여 각 병원에 보관하고 데이터를 분석한 통계 결과값만을 모아 연구를 수행한다. 이를 통해 많은 환자 임상 데이터를 분석하여 더 나은 치료법을 개선하여 의료서비스 향상을 도모할 수 있다.

이처럼 국내에서는 법제의 개선과 가이드라인 제정을 통해 보건의료 빅데이터의 활용을 촉진하며 개인건강정보를 보호하고자 하였다. 그러나 법과 제도가 최근에 만들어져 부족한 점이 있고 보건의료 빅데이터 활용 사업도 초기 단계에 있어 많은 논의가 필요한 단계이다.

2. 다른 나라와의 비교법적 분석

다른 나라와의 비교법적 분석을 통해 우리나라의 법률 및 정책이 가지는 특징 및 한계점을 더 정확하게 파악할 수 있다. 본 연구에서는 우리나라의 정책에 많은 영향을 끼치는 미국의 의료데이터 관련 정책과 더불어, 개인정보 관련 논의가 활발히 이루어지고 있는 유럽연합의 법제를 분석할 것이다.

2.1 개인정보 국제 표준

후술할 국가·연합들의 정책에 가장 큰 영향을 끼친 국제 표준 지침으로는 OECD의 가이드라인이 있다. OECD 이사회는 2013년 7월 ‘프라이버시 보호와 개인정보 국외이전에 관한 가이드라인’의 개정안을 채택하였다. 이 가이드라인에서 OECD는 개인정보에 관해 수집제한의 원칙, 정보정확성의 원칙, 목적명시의 원칙, 이용제한의 원칙, 안전성 확보의 원칙, 공개의 원칙, 개인 참여의 원칙, 책임의 원칙 등 8개의 원칙을 제시하였다(OECD, 2013). 이 원칙들은 서로 상호보완적이고 전체적으로 읽혀야 하며, 최소한의 표준으로 간주되어야 한다(이창범, 2007).

2.2 미국

해외 의료정보 관련 법제의 대표적인 예로, 미국의 HIPAA(Health Insurance Portability and Accountability Act)가 있다. HIPAA는 미국 보건후생성(Department of Health and Human Services, HHS)이 개인의 의료정보 보호를 위해 1996년 제정한 연방정책의 지침서 및 국가 표준법안으로, ‘건강보험의 이전과 책임에 관한 법’이라 할 수 있다(방윤희 외 2인, 2014). 건강보험의 이동성 및 지속성, 의료 데이터의 개인정보보호, 건강보험 관리, 의료 관련 저축 및 장기요양보험에 관한 사항을 규정하고 있으며 개인 의료데이터의 주권을 소비자의 권리로 본다. HIPAA는 건강보험에 가입한 각 개인이 직장 변경 등의 이유로 다른 주로 이동하는 경우, 기존의 주에서 보유하고 있던 정보를 이전하여 의료보험의 연속성을 보장하기 위해 정보의 표준화, 의료정보의 안전한 보관과 전송에 대한 규정을 마련하고 있다. 이를 위해 의료보험, 의료정보센터, 의료서비스제공자가 행정적·물리적·기술적 수단들을 모두 갖추도록 하고, 세부 표준과 이행지침을 따르도록 함으로써 프라이버시를 보호하기 위한 방안이 부재한 상황에서는 개인의료정보가 공개되지 않도록 하고 있다(박경태, 최병인, 2014). 이 법률의 세부적인 사항을 규율하기 위해 ‘개인 식별이 가능한 보건의료정보의 보호에 관한 기준(Standards of Privacy of Individually Identifiable Health Information:이하 프라이버시 규칙)’이라는 시행세칙을 제정하고, 이를 의료정보 보호를 위한 최초의 국가적 기준으로 삼았다(박민영, 최민경, 2016). 이를 통해 병원, 학교 등 개인의료정보를 관리하는 전국 단위의 기관을 대상으로 한 프라이버시 보호와 관련된 법체계가 확립되었다(최명식, 2007). 이 규칙은 개인정보자기결정권의 구체적 내용인 개인의료정보에 대한 접근권, 정정청구권, 정보 공개에 대한 고지권 등에 관해 규정하고 있으며, 환자의 권한(consumer control), 법적인 책임(accountability), 공적인 의무(public responsibility), 사용제한의 범위(boundaries) 및 보안(security)의 5가지 원칙 하에 운영되고 있다(방윤희 외 2인, 2014).

HIPAA에서 보호하는 개인의료정보는 개인을 식별할 수 있고 개인을 식별하기 위하여 이용될 수 있다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있는 정보로, 개인으로부터 수집한 인구학적 정보를 포함하여 의료서비스 제공자가 만들었거나 받은 정보, 개인의 신체적·정신적 건강 또는 상태에 관련된 정보, 개인에게 제공된 보건의료

에 대한 지급과 관련된 모든 형태의 정보가 포함된다. HIPAA에서는 개인을 식별할 수 있는 의료정보의 이용과 공개에 관한 규정을 두고 있다. 진료를 목적으로 환자의 개인정보를 의료전문가에게 제공하는 경우와 달리, 연구를 목적으로 환자의 의료정보를 이용하거나 제삼자에게 정보를 제공하는 경우 환자 본인이나 법정대리인의 동의와 허락이 필요하다. 이는 의료정보의 이용 목적에 따라 열람 및 수령이 가능한 사람을 제한함으로써 개인의료정보의 무분별한 누출을 방지하기 위함이다. 이용 가능한 정보는 사전 동의서에 승인된 사항으로 한정되고, 환자의 동의 없이 정보를 이용할 수 있는 경우는 치료, 지불, 의료업무 관리로 제한되고 있다. 환자는 자신의 의무기록을 열람하고 복사를 청구할 수 있는 정보열람권, 내용의 오류가 있을 시 정정을 요청할 수 있는 정정청구권, 요청일로부터 과거 6년 이내의 개인의료정보가 이용된 상황에 관한 설명을 보고 받을 권리를 갖는다(박경태, 최병인, 2014).

치료 목적이 아닌 연구 목적으로 의료정보를 사용하는 경우, 환자의 동의를 구하고 해당 목적을 달성하기 위한 최소한의 정보만을 이용해야 한다. 개인 식별을 가능하게 하는 이름, 주소, 개인과 관련된 날짜와 나이를 알려주는 정보, 전화번호 등의 18가지 변수¹⁾를 제거한 정보는 자유롭게 이용하고 공개할 수 있다. 그러나 연구를 진행하면서 정보를 지나치게 단순화하는 경우 판단근거가 될 수 있는 정보가 부족해 연구의 보건의료업무의 질이 저하될 우려가 있다.

이를 보완하기 위해 법제는 개인정보처리자가 연구와 공중보건 목적에 한해서만 개인을 식별할 수 있는 주요 정보인 16개의 직접적 식별자²⁾를 삭제한 ‘제한된

-
- 1) ① 성명, ② 주보다 작은 지리적 구획으로 번지, 시, 군, 우편번호 및 그와 대등한 지역번호, ③ 연도를 제외한 개인과 직접 관계된 날짜(출생일/입·퇴원일/사망일)와 연도를 포함하는 89세를 초과하는 나이와 나이를 알려주는 정보, ④ 전화번호, ⑤ 팩스번호, ⑥ 이메일, ⑦ 사회보장번호, ⑧ 의무기록번호, ⑨ 의료보험번호, ⑩ 계좌번호, ⑪ 자격/면허 번호, ⑫ 자동차 번호를 포함한 차량식별번호 및 일련번호, ⑬ 장비 식별정보 및 일련번호, ⑭ URLs, ⑮ 인터넷 프로토콜 주소, ⑯ 지문 및 음성을 포함하는 생물학적 식별정보, ⑰ 얼굴전면사진이나 영상 및 그에 상응하는 영상, ⑱ 프라이버시 규칙에서 식별배제를 위해 달리 허용되지 않는 한 기타 고유한 식별 번호/특성/기호
- 2) ① 성명, ② 구 또는 시, 주, 그리고 우편번호 이외의 주소정보, ③ 전화번호, ④ 팩스번호, ⑤ 이메일, ⑥ 사회보장번호, ⑦ 의무기록번호, ⑧ 의료보험번호, ⑨ 계좌번호, ⑩ 자격/면허 번호, ⑪ 차량식별번호 및 일련번호, ⑫ 장비 식별정보 및 일련번호

데이터셋(Limited Data Set)’를 이용할 수 있도록 하고 있다. 또한, 정보주체의 승인이나 동의를 필요로 하지 않는 경우와 관련한 예외조항을 두고 있는데, 프라이버시위원회(Privacy board)나 기관윤리심의위원회(Institutional review board)가 정보주체의 동의 면제를 승인한 경우, 연구를 위한 예비검토 차원에서 정보가 필요한 경우, 그리고 사망자의 정보를 이용하는 경우가 그것이다(박경태, 최병인, 2014). 이처럼 HIPAA는 개인의 동의가 필요하지 않은 구체적 상황과 비식별화 조치에서 제거되는 18가지의 명확한 조건을 설정하고 있다는 특징이 있다.

HIPAA에 의해 보호를 받는 의료정보는 개인을 식별할 수 있는, 혹은 개인을 식별할 수 있는 합리적인 근거가 있는 정보이다. 이에 반해 개인을 식별할 수 없는 비식별화된 의료정보는 규율이 면제되어 누구나 자유롭게 이용 및 제공할 수 있다. 비식별화 방식에는 ‘전문가 결정방식’과 ‘피난처방식’이 있다. 미국 HHS의 인권보호국(Office for Civil Rights, OCR)에서 발표한 가이드라인에 따르면, ‘전문가 결정방식’의 전문가는 통계적, 과학적 원칙과 방법에 대한 적절한 교육과 경험적 배경을 보유한 자로서, 식별을 통한 위험을 최소화하는 원칙과 방법을 적용하며 그러한 결정에 이르게 한 분석 방법과 결과를 문서화하고, 해당 정보가 개인을 식별할 수 있는 위험성이 최소화되어있음을 확인한다. ‘피난처방식’은 18가지 식별자를 제거하는 방식이다(박민영, 최민경, 2016). 전면적인 규율면제가 가능한 ‘피난처방식’과 달리, ‘제한적 데이터셋’은 부분적인 규율면제가 가능하다.

이러한 HIPAA의 운용은 미국 인권보호국에서 담당한다. 인권보호국은 HIPAA 규정을 교육·홍보하고, 민원을 받아 대상기관에 대한 사실조사와 시정조치 등의 처분을 내려 개인의료정보를 보호하는 역할을 담당하고 있다. 접수된 민원을 검토하여 위반 가능성이 있는 민원은 법무부와 공조하여 사실조사를 진행하고, 위법사항이 발견되면 법무부로 이관한다. 사실조사 시 민원인과 대상기관 모두를 대상으로 객관성 있는 정보와 증거를 수집한다. 대상기관에서 위반사항이 적발되면 HIPAA의 자율준수를 권장하거나 시정조치를 내리고, 민원 처리·결정사항을 당사자에게 서면으로 통보한다. 만약 대상기관에서 결정을 따르지 않으면 범칙금을 부과할 수 있고, 해당 기관은 보건복지부 행정 판사에게 처벌의 적법성에 관

호, ⑬ URLs, ⑭ 인터넷 프로토콜 주소, ⑮ 지문 및 음성을 포함하는 생물학적 식별 정보, ⑯ 얼굴전면사진이나 영상 및 그에 상응하는 영상

한 심리를 요청할 수 있다. 민원을 접수·심의·해결한 결과를 사례로써 정기적으로 홈페이지에 공지하여 개인의료정보보호에 대한 교육과 홍보 자료로 활용하여 추후 유사한 사례가 발생하는 것을 방지하고 있다(박경태, 최병인, 2014).

2.3 유럽연합(EU)

유럽연합(EU)은 1995년 10월 「개인데이터의 처리와 개인데이터의 자유로운 유통에 관련된 개인정보 지침(Directive 95/46/EC, 이하 1995년 지침)」을 채택하였다. 1995년 지침은 유럽 국가들의 개인정보보호법 제정에 많은 영향을 끼쳤다고 평가받는다(권건보 외 2인, 2018). 그러나 법형식이 ‘지침(Directive)’이라는 한계점을 가지고 있어 이를 극복하기 위해 2012년에 「개인정보의 처리와 관련한 개인의 보호 및 개인정보의 자유로운 이동에 관한 규정」, 즉 「일반개인정보보호규정(General Data Protection Regulation, 이하 GDPR)」 초안을 공포하였다. 이후 각국의 기업, 시민단체, 의회 등 다양한 이해 집단을 동원하여 규범에 대한 논의를 이어온 끝에 GDPR는 2016년 5월부터 시행되었으며, 이 법은 회원국의 국내법에 우선하여 적용된다. GDPR은 빅데이터 시대에서의 시민 참여권 강화와 정보 주체의 결정권 강화를 주요 내용으로 포함한다(Hasselbach, 2019). 또한 규정 시행 1년 후에는 시민을 대상으로 규정에 대한 인식과 평가를 조사하고 데이터에 대한 시민의 권리를 홍보하는 등 담론의 과정에서 시민사회를 적극적으로 포함했다(최지혜 외 2인, 2020).

GDPR에서 환자의 건강정보 및 의료데이터(health data)는 GDPR에서 정의하는 다음 3가지 범주와 관련 있다. i) 건강 관련 데이터(data concerning health)는 사람의 신체적 혹은 정신적 건강과 관련된 개인정보로, 어떤 사람의 건강 상태에 대한 정보를 포함하는 보건서비스 사용 데이터 등도 포함한다. ii) 유전정보(genetic Data)는 선천적 혹은 후천적 유전정보로서, 어떤 사람의 생리 또는 건강에 대해 특정한 정보를 제공한다. iii) 생체인식정보(biometric data)는 어떤 사람의 신체적, 생리적, 행동적 특성과 관련된 기술적 처리 과정에서 발생한 데이터로, 얼굴 이미지나 지문 등이 포함된다.

이러한 의료데이터는 제9조 항에서 ‘민감한 의료관련 개인정보’로 분류되어 정보 주체가 동의하는 경우, 회원국에 의해 승인받는 경우에만 개인정보 처리가 가

능하도록 규정되어 있다(EU 일반 개인정보보호법 가이드북, 2018). 즉, 치료 목적으로 구분되는 경우에 정보 주체의 명시적인 동의(explicit consent) 없이 정보 공개가 가능한 HIPAA와 달리 모든 민감 정보의 처리에는 명시적인 동의가 필요하다. 단, 제9조 항에서 제시하는 적절한 처리를 거친 익명정보는 더는 개인정보로 보지 않기 때문에 동의 없이 정보의 처리가 가능하다.

이때 민감 정보에 해당하는 환자의 건강정보를 처리하는 것에 있어 익명화(anonymization)와 가명화(pseudonymization)가 구분된다. EU 제29조 작업반은 익명화를 비가역적인 비식별화를 달성할 수 있도록 개인정보를 처리하는 방법으로 정의한다(EU, 2014). 반면 가명화된 정보는 식별가능한 개인정보로, 동 규정의 적용을 받아 정보의 처리를 위해서는 정보 주체의 동의가 필요하다. 효과적인 익명화의 기준으로는 세 가지가 제시된다: i) 개인이 식별되지 않도록 할 것, ii) 개인 관련 기록부와의 연결 가능성(linkability)이 없도록 할 것, iii) 개인에 대한 추론이 불가능하도록 할 것. 하지만 어떠한 익명화 방법의 경우도 이 세 가지 기준을 완전히 충족하기란 거의 불가능한 것으로 평가된다(이서형, 2018).

위와 같은 처리를 거친 데이터는 eHDSI (eHealth Digital Service Infrastructure) 또는 ERN(European Reference Networks)을 통하여 다른 국가로의 이전 또는 빅데이터 데이터셋으로의 활용이 가능하다. 2015년에 발족한 eHDSI는 국경을 넘어서는 의료데이터 교환을 위해 설립된 플랫폼으로, CEF(Connecting European Facility)의 관리 아래에 있다(European Commission, 2021). 공유되는 데이터로는 환자 정보(patient summary) 및 인터넷 처방전(ePrescription) 등이 있으며, 2019년 에스토니아와 핀란드 사이에 첫 교환이 일어났다.

정보주체의 동의는 정보주체가 자신의 개인정보를 통제하는 가장 중요한 수단 중의 하나이다. 따라서 GDPR에서 데이터 주체는 가공 처리에 대한 통보 및 제공 방식에 대한 투명성, 데이터 액세스 및 수정과 같은 정정권, 차단 또는 삭제와 같은 데이터 삭제권, 손해 배상의 권리를 갖는다(박미정, 2018). 특히 개인의 요청이 있는 경우에 데이터 삭제를 할 권리를 부여하는 데이터 삭제권은 HIPAA에서는 보장하지 않는 권리이다. GDPR에서 환자 등 정보주체로부터 정보를 수집한 후 목적 외로 처리할 경우에는 정보주체에게 이를 고지하여야 한다. 하지만 대다수의 정보를 처리할 때와 같이 이러한 정보의 고지가 불가능하다고 입증되거나 과도한 노력이 필요하다고 판단되는 경우에는 고지 의무를 면제하는 대신 고지

해야 할 정보를 공시하여야 한다(GDPR 제 14조 제5항 (b)).

또한, 유럽연합은 보건빅데이터 활용과정에서 AI와 알고리즘의 사용이 심각한 위험을 내포하고 있음을 인지하고 이를 올바르게 관리하기 위한 ‘AI 윤리지침 (Ethics Guidelines for Trustworthy AI)’를 발표하였다. 윤리지침 개발을 위해 고위 전문가그룹이 구성되었으며, 공개적인 의견 공모 기간 및 이해 관계자 간 협의 과정을 거쳤다. 주요 내용으로는 신기술이 준수해야 하는 윤리적 원칙, 신기술 활용 지침, 구체적인 영향평가 목록 등이 있다.

3. 국내 정책의 한계점 고찰과 개선 방안 제언

3.1 의료정보데이터법 신설

3.1.1 보건의료정보의 특성과 특별법 도입의 필요성

본 연구에서 살펴본 해외 사례와 달리, 현재 우리나라는 의료정보를 위한 별도의 보호법이 존재하지 않는다. 우리나라 「보건의료기본법」에 따르면 의료정보데이터란 국민건강의 보호 및 증진을 위한 모든 행위로 발생하는 정보들을 의미한다. 매우 포괄적인 의미를 지니는 의료정보는 별도의 의료정보법이 존재하지 않기에 개인정보보호법에 의해 운용된다. 의료정보는 넓게 보면 개인정보의 범위에 포함되지만, 일반적인 개인정보보다 보호의 필요성이 매우 크다. 의료정보는 개인정보보호법의 민감정보 규정에 의해 일반 개인정보보다 높은 수준의 보호가 가능하지만, 어떤 종류의 의료정보를 얼마큼, 어떠한 방법으로 보호해야 하는지에 대한 구체적인 규정은 부재한 실정이다. 또한 의료법, 보건의료기본법 등 개별 법률에 의료정보와 관련된 정의와 규정이 산재하여 있으며, 이외에는 보건의료데이터 활용 가이드라인 등이 있을 뿐이다. 그러나 이러한 개별 법률들에 의료정보의 보호는 법률 중 일부만을 구성하고 있어 의료정보의 보호에 대한 구체적이고 특이적인 내용을 포함하고 있지 않다. 또한, 개별 법률에 해당 내용을 추가한다고 해도 그 내용이 충분하지 못하거나 법률 별로 중복될 수 있다는 점에서 바람직하지 않다.

3.1.2 수집목적과 환자 동의에 따른 절차 이원화 필요성

보건의료 데이터를 사용할 목적을 구분하여 처리하는 법이나 규제가 부족하다. 우리나라는 의료정보를 수집할 시 정보를 수집하는 목적을 따로 분류하지 않는다. 현재 수집되는 의료정보는 환자의 치료, 건강회복 등을 위해 정보 주체인 환자가 의사 등에게 활용할 수 있도록 동의한 것이다. 그러나 의료정보는 단순히 이러한 목적만으로 사용되는 것은 아니며, 우리나라는 보건의료빅데이터 플랫폼 사업, 분산형 바이오헬스 빅데이터 사업 등을 추진하여 가명 처리된 보건의료 정보를 정보주체의 동의 없이 활용할 수 있도록 하고 있다. 이를 통해 개인의 건강 정보가 비식별조치를 거쳐 연구기관, 공공기관, 기업 등에 제공될 수 있다(이서형, 2018). 이렇게 치료와는 다른 목적으로 사용할 경우, 우리나라에서는 「개인정보보호법」 제30조에 의해 개인정보의 처리 목적, 보유기간, 정보주체의 권리와 의무 등에 대해 공개하도록 규정되어 있기에 정보를 사용하는 기관의 웹사이트 등에 가명정보의 처리에 관한 사항을 공개해야 한다. 그러나 이러한 처리만으로는 자신의 개인의료정보가 어떻게 가명 처리되어 사용되고 있는지 알기에 충분하지 않다. 그뿐만 아니라, 치료목적으로 정보가 수집될 당시 연구목적으로의 이용 가능성을 설명했다고 하더라도, 주목적인 치료에 집중하여 환자가 주의 깊게 듣지 않았을 수 있고, 이미 주치의와의 신뢰관계가 형성되었을 가능성이 커 환자의 자체적인 판단으로 이에 동의한 것으로 보기 힘들다. 따라서, 개인의 보건의료 정보를 치료가 아닌 다른 목적으로 사용할 때는 환자로부터 별도의 의료정보 활용 동의서를 작성하도록 해야 하며, 정보주체에게 개인정보가 가명 처리되어 연구에 활용됨을 충분히 설명해야 한다. 이를 통해 정보주체가 보건의료 정보 시스템을 신뢰를 하고 이후 제도 개선에도 참여함으로써 빅데이터를 통한 보건의료 분야의 발전이 이루어질 수 있다. 우리나라와는 달리, 미국에서는 치료목적과 연구 목적을 구분하여 개인의료정보를 수집하고 있으며, 정보주체의 동의가 필요하지 않은 구체적인 상황을 법률에 명시하고 있다.

개인의 보건의료 정보 처리의 동의와 관련된 쟁점은 굉장히 복잡하기 때문에 구체적인 사항을 규정하기 위해서는 추가적인 논의가 필요하다. 빅데이터 처리 과정에서 정보는 다양하게 섞이고 알고리즘에 의해 활용되기 때문에 데이터를 수집할 당시 목적과 사용방식을 미리 알기가 쉽지 않다. 일반 정보로 분류되었던

정보도 이후 다양한 정보를 함께 활용되는 과정에서 민감정보로 재구별될 수도 있고, 정보가 충분히 익명화되었는지, 인식 가능한 정보인지 판단하기에도 어려움이 있다. 또한 환자가 자제적인 판단으로 동의한 것인지도 모호하다. 이에 대한 해결책으로써 최근에는 역동적 동의(Dynamic consent) 모델, 공정한 합의(fair agreement) 모델 등이 활발히 연구되고 있으며 대안으로 제시되고 있다(목광수, 2019). 현재의 포괄적 동의 모델의 한계와 모순을 인식하고 이를 해결할 수 있는 동의 모델에 대해 국가적 차원에서의 고민이 필요하다.

3.1.3 익명화, 가명화, 비식별조치의 개념 불명확 문제

마지막으로, 법률상에서 익명화와 가명화, 그리고 비식별조치의 개념이 명확하지 않다는 문제가 있다. 익명화와 가명화는 다양한 법에서 구분 없이 혼재되어 사용되고 있다. 「개인정보보호법」 제28조의 2에서는 정보주체의 동의 없이 가명 정보를 처리할 수 있는 상황을 규정하고 있는데, 이때 가명처리란 개인정보의 일부를 삭제하거나 일부 또는 전부를 대체하는 등의 방법으로 추가 정보가 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없도록 처리하는 것을 말한다. 또 다른 개별 법률인 「생명윤리법」에서도 이와 비슷한 개념이 익명화란 용어로 사용되고 있다. 이러한 용어의 혼용은 의료정보 처리 및 보관에 혼란을 가중하기 때문에 용어에 대한 정리가 필요하다. 우리나라와 달리, 유럽연합의 GDPR에서는 익명화와 가명화를 구분하고 있다. 익명화는 비가역적인 비식별화를 달성할 수 있도록 개인정보를 처리하는 방법으로 정의되며, 익명화 처리가 된 후에는 식별 불가능하다고 판단하여 개인정보보호법을 적용하지 않는다. 반면, 가명화는 특정 정보 주체에 귀속될 수 없도록 하는 개인정보의 처리로서 식별 가능한 개인정보로 범주화되기 때문에 GDPR의 보호를 받는다. 추가로, 익명화와 가명화를 위한 비식별조치에서의 ‘비식별’이란 용어의 사용에서도 문제가 발생할 수 있다. 아직 완전한 비식별조치 기술이 존재하지 않아 실상 모든 의료정보는 본질적으로 재식별의 위험이 존재한다. 따라서, 비식별조치만으로는 완전한 개인정보유출의 해결책이 될 수 없다. 그런데도 ‘비식별’이라는 용어의 사용은 비식별 조치 후 개인을 완전히 식별 불가능하다고 착각하게끔 하고, 이로 인해 비식별조치를 통과한 데이터에 대해선 정보사용자가 정보 유출의 책임으로부터 자유롭게 한다는 문제가 있다.

의료정보의 활용이 날이 갈수록 다양해지고 거대해지는 시대에 세계적인 흐름을 따라 우리나라도 의료정보데이터법을 신설하여 의료정보와 그에 대한 수집, 동의 절차, 관리 및 활용 등에 대한 규정 등을 통일적으로 확립할 필요가 있다. 의료정보를 기타 개인정보와는 달리 취급하여 보호를 강화하는 동시에, 연구 등의 공익적 목적에의 활용성을 증대시키기 위함이다. 의료정보데이터법을 제정하며 여러 개별법에 산재하여 있는 의료정보에 대한 정의와 범주를 통합하여 하나로 확립하고, 어떤 정보를 어떻게 얼마나 보호할 것인지 구체적인 사항들을 규정해야 한다.

또한, 정보주체로부터 정보를 수집할 때도 개인의 동의가 필요한 상황들을 명시하여 본인이 동의하지 않은 경우에 개인의 의료정보가 무분별하게 활용되는 것을 방지해야 한다. 익명화, 가명화와 관련한 비식별조치에 대해서도 의료정보데이터법에 포함하여 명확한 용어 정의의 확립 및 대체 용어의 사용이 이뤄지도록 해야 한다. 정보주체에게 비식별조치와 정보 활용에 대한 내용을 충분히 설명하고 자발적인 동의를 받아 서면으로 남기는 절차를 법적으로 마련하여 정보주체로 하여금 자신의 의료정보에 대한 주권을 적절히 행사할 수 있도록 보장해야 한다. 이러한 의료정보데이터법 신설을 통해 의료정보의 관리의 체계성과 투명성을 확립하고, 의료정보 활용의 효율성을 증대시켜 보건의료분야의 발전에 기여할 것을 기대할 수 있다.

3.2 의료정보데이터 관리 기관 개선

3.2.1 관리 기관 관련 구체적 규제 부재

보건의료데이터에 관한 규정들 뿐 아니라 보건의료데이터를 관리하는 기관도 개선이 필요하다. 우리나라에서는 기관별 데이터 심의위원회가 보건의료데이터를 관리한다. ‘보건의료 데이터 활용 가이드라인’을 보면 보건의료정보를 가명처리하여 사용하는 과정에서 데이터 심의위원회(이하 심의위원회)가 데이터의 활용 여부와 방법을 심사하여 정하는 중요한 역할을 한다. 심의위원회는 해당 기관에 소속되지 않은 위원이 과반수를 차지해야 하며 정보주체 대변인, 의료분야 데이터 활용 전문가, 정보보호 또는 법률 전문가가 포함되어야 한다. 그리고 기록 보존과 정보공개에 대한 권장 사항이 있다. 의료정보 처리에 중요한 역할을 하는

심의위원회는 구성 외에는 뚜렷이 정해진 것이 부족하다. 정해진 심사 방법과 기준이 없어 심의위원회별로 심의의 정도와 데이터 처리 방법에 차이가 생겨 보건 의료데이터가 안전하게 처리되지 못할 수 있다. 또한 기관별로 데이터를 다른 형식으로 만들게 되는 문제가 생긴다.

3.2.2 해외 관리 기관 사례

해외 사례를 살펴보면 미국의 경우, 보건후생성의 인권보호국에서 의료정보 보호 법률의 운용을 담당한다. 그리고 의료정보 침해에 대한 민원을 접수·심의·해결하는 역할을 하며, 의료정보 처리기관 등을 대상으로 의료정보 보호에 대한 홍보와 교육을 진행한다. 유럽연합과 영국의 경우, 국가 차원의 개인정보 보호감독 기관이 존재하며 의료정보 보호뿐만 아니라 개인정보 보호와 관련된 다양한 역할을 수행한다. 먼저, 개인정보를 처리하기 전에 그것이 개인의 권리와 자유에 대해 미치는 영향을 평가하는 정보보호 영향평가 제도가 있다. 영향평가를 통해 구체적 위험(specific risks)을 수반할 가능성이 있는 특정한 개인정보를 어떻게 처리할 것인지에 대해 개인정보의 자유로운 유통과 개인정보 보호라는 두 가지 목적 사이에서 균형을 찾는 것을 목적으로 한다. 또한, 개인정보의 처리가 개인의 권리와 자유에 대해 높은 위험을 나타내는 경우 관리자가 감독기관과 사전에 협의하도록 하는 사전협의 제도가 존재한다(EU, GDPR Article 35, 36.). 그뿐만 아니라 데이터 보호, 소비자 보호 및 네트워크 보안을 주도하는 정부 부처 간 협력을 지원하여 데이터 활용과 개인정보보호의 관계를 조화시키고자 한다(박미정, 2016). 유럽연합에서는 전문가 위원회인 유럽연합 기본권 청(European Union Agency for Fundamental Rights)이 기본권에 대한 공공성을 환기하며 기본권 문제에 있어서 유럽연합의 기관과 제도들을 지원하고, 프라이버시 권리가 실제로 이행되는지 감독한다.

3.2.3 우리나라 제도에의 적용

우리나라에서는 개인정보보호위원회가 이와 유사한 역할을 담당한다. 개인정보보호위원회는 국무총리 소속 중앙행정기관이며, 2020년 「개인정보보호법」 개정으로 독립성을 강화하였다. 위원회에서는 개인정보 관련 법령 개선, 관련 분쟁

의 조정, 개인정보 정책의 감독, 조사, 처분 등을 담당한다(최정민 2020). 이 기관의 역할을 구체화하여 유럽의 정보보호 영향평가와 사전협의제도를 도입하는 것을 검토해볼 수 있다.

구체적으로 보건의료데이터 관련 전문가들과 정보주체 대변인이 모여, 보건의료데이터 종류별로 재식별 위험을 평가하여 안전한 처리 방법을 수립하고 기관별 심의위원회는 이에 맞추어 심사를 진행하도록 해야 한다. 그리고 개별 심의위원회의 운영에 관한 기준을 정하여 데이터 활용에 대한 심의가 일관성 있게 이루어져야 한다. 또 이 기관에서 지속적으로 보건의료데이터의 안전한 처리를 점검하고 여러 의견을 수렴하여 제도 개선을 위해 노력할 필요가 있다. 기관의 데이터 처리 심의 과정에서 논란이 있는 사안의 경우 직접 심의하여 심사 기준을 만들고 정비할 수도 있을 것이다. 또 미국의 경우 HIPAA를 통해 의료정보의 표준화를 규정하였는데, 이처럼 보건의료데이터 가명화, 비식별화 형식을 표준화하여 여러 곳에서 수집된 데이터들이 상호 호환되도록 만들어야 한다. 이를 통해 보건의료데이터를 안전하게 보호하며 서로 다른 기관들의 데이터를 연계하여 빅데이터를 활용한 연구를 수행하도록 할 수 있다. 이렇게 확립된 보건의료데이터 처리 방법과 형식을 통해 앞서 살펴본 보건의료 빅데이터 플랫폼을 확대한다면 안전한 폐쇄망과 심의 절차를 거쳐 더 많은 데이터를 활용할 수 있을 것이다.

3.3. 시민참여 증대 방안

3.3.1 보건의료정보 활용을 둘러싼 갈등

가치와 규범이 확립되어 있지 않은 상태에서 등장하는 신기술은 필연적으로 갈등을 동반하며, 신기술에 대한 긍정적인 전망과 기대만큼이나 이것이 지니는 양면성은 다양한 주체들과 논의될 필요가 있다. 보건의료 빅데이터 활용은 정부와 산업계에서 미래가치 창출 가능성에 대해 많은 기대를 받는 신기술이지만, 찬성 측과 반대 측의 견해가 매우 상반되어 현재 한국에서 정부, 산업계와 시민사회 사이에서의 갈등이 두드러지게 나타나고 있다. 정부와 산업계는 보건의료 빅데이터와 의료플랫폼을 통한 다양한 미래가치 창출 가능성을 강조한다. 반면 여러 시민단체에서는 보건의료 빅데이터의 개인정보보호 법률과의 충돌, 개인정보 유출 가능성, 개인정보 영리화 등에 대한 우려를 제기하며 새로운 데이터 활용

활성화 정책에 반대한다. 이러한 입장 차를 마주하고 사회적 합의를 도모하기 위한 공식적·공개적인 제도가 필요하며, 정치적 타협 수준에서 벗어나 보건의료 빅데이터 활용과 관련된 다양한 가치에 대한 우선순위가 사회적으로 합의될 수 있는 담론의 장 마련을 통해 이러한 혼란을 정리할 수 있다.

지금까지 관련 논의에서는 힘의 불균형이 존재하여 정부와 기업의 측면에서만 주로 입법이 논의되었다. 정부는 국민에 대한 많은 양의 데이터를 소유하는 주체이자 데이터 사용에 대한 규제자이기 때문에 강력한 결정권을 가진다. 정부 및 공공기관, 정당과 대다수 국회의원, 산업계, 의료계 등의 찬성 측은 사업 운영에 필요한 법률적 근거를 마련할 수 있는 입법권과 정치력을 행사해왔다. 반면 시민단체와 전문가, 학자 등의 시민사회와 소수 국회의원은 성명서 발표, 기자회견 및 토론회 등의 전략을 통해 시범사업의 위험성에 대한 시민 활동을 전개하거나 정부의 비식별조치에 대한 고발 등을 이어왔으나, 찬성 측과 균등한 수준의 입법권 및 정치력을 갖추지는 못하였다(최지혜 외 2인, 2020). 그 결과 현재 한국은 현존하는 규제가 신기술의 발전을 제약한다는 주장에 바탕을 두어 규제 완화에 대한 입법 대안 중심으로 불균형적으로 논의가 전개된다는 지적을 받고 있다(심우민, 2019).

3.3.2 시민참여 증대를 위한 해외 사례

이와 관련하여 유럽연합에서는 시민사회와 윤리 기준을 정립하고 사회 운영의 원칙을 합의하는 데에 노력을 기울인 바 있다. 유럽연합은 2012년부터 각국의 기업, 시민단체, 의회 등 다양한 이해집단들과 논의를 한 후에 2018년 GDPR을 제정하였으며, 시민 참여권 강화와 정보 주체의 결정권 강화를 주요 내용으로 포함하였다(Hasselbalch, 2019). 또한 규정 시행 1년 뒤, 유럽연합 시민을 대상으로 규정에 대한 인식과 평가를 조사하고 데이터에 대한 시민의 권리를 홍보하는 등 담론의 과정에서 시민사회를 적극적으로 포함하려는 노력을 전개했다(European Commission, 2018.4.8.).

3.3.3 우리나라의 현황 및 앞으로의 과제

우리나라에서도 정부와 산업체 등 찬성 측에서 시민을 설득하기 위한 공청회

를 개최하고, 4차산업혁명위원회의 보건의료 빅데이터 플랫폼 시범사업에 대한 회의나 「개인정보보호법」 개정안을 논의하는 자리에 시민단체와 전문가를 포함하며(행정안전부 외, 2018), ‘시민사회-정부 간 실무 협의체’ 등이 존재하는 등 시민사회를 포함하기 위한 노력이 존재한다. 하지만 그 범위가 제한적이며 구체적인 참석자나 회의록은 공개되지 않은 채 협의에 성공했다는 결과만 홍보되고 있다는 비판이 있다. 또한 논의의 기회가 소수의 위원에게 한정되어있기 때문에 일반 시민들의 의견을 수렴할 수 있는 공식적인 제도가 부족하다(최지혜 외 2인, 2020).

빅데이터에 관련된 개인정보활용 동의, 빅데이터에 의해 산출되는 경제적 이익을 공유하는 방법 등 많은 이익 집단이 관여하는 복잡한 이슈들은 한 주체가 주도적으로 결정을 한다면 이후 더 큰 갈등이 빚어질 가능성이 크다. 따라서 앞서 언급한 사회적 합의 과정에서의 힘의 불균형을 해소하여야 하며, 이를 위해 외국의 사례를 참고하여 시민사회의 참여를 독려하고 윤리적 감시 역할을 수행하는 담론의 장을 마련해야 한다. 앞서 언급한 의료정보데이터 관리 기관에 시민 사회가 참여함으로써 이러한 역할을 할 수도 있을 것이다. 시민 위원회를 구성하여 쟁점 사안에 대해 논의를 하고, 그 토론 내용을 적극적으로 정부와 입법에 관철할 수 있도록 비정기적인 공청회가 아닌 정기적이고 공식적인 통로가 필요하다. 그리고 유럽연합처럼 새롭게 시행된 규정에 대한 인식과 평가를 조사하여 이를 바탕으로 정책을 개선하려고 노력해야 한다. 또한, 시민사회의 충분한 참여를 위해서는 심사 결과와 과정에 대한 공개, 그리고 시민사회의 관심과 보건의료빅데이터에 대한 깊은 이해와 교육이 필요하다. 데이터 소유권과 처리 결정권에 대한 인식 강화도 중요할 것이다. 따라서 시민을 대상으로 보건의료데이터에 대한 시민의 권리에 대한 홍보와 보건의료데이터의 정의, 중요성, 활용 방안, 데이터 처리 방법 등에 대한 활발한 교육 기회를 마련하여야 한다. 구체적으로 다양한 교육 영상 및 수업을 개설해서 정부 홈페이지나 대학에 무료로 공개하고, 다양한 세미나와 포럼을 개최하여 시민 사회의 관심을 촉구할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 결론

1. 요약 및 정리

본 연구는 민감한 개인정보에 해당하는 의료정보 빅데이터의 관리 및 활용과 관련된 현재 우리나라의 법과 정책들을 살펴보고, 미국, 유럽국가와의 비교를 통해 그 한계점을 분석하고 개선방안을 제언하여, 정보주체의 통제권 보호와 의료 빅데이터의 경제적 활용성을 함께 높일 수 있는 방안을 생각해보고자 하였다.

먼저, 포괄적인 의료정보 개념 중 개인식별성을 띠는 개인의료정보들을 대상으로 규정하고 있는 국내 법률(개인정보보호법, 의료법, 생명윤리법)을 확인하였다. 별도의 보호법이 부재하여 의료정보와 관련된 정의와 규정이 산재하여 있으며, 구체적인 내용을 포함하고 있지 못해 혼란이 가중되고 있는 현실을 확인할 수 있었다. 또한 개인정보 비식별조치 가이드라인과 보건의료 데이터 활용 가이드라인에 대해 분석하였다. 각각의 가이드라인은 권장하는 수준에 그쳐 법적 강제성이 없으며 심의위원회의 심사 과정과 정도가 규정되지 않아 한계가 있다. 보건의료 빅데이터 플랫폼 사업은 데이터 규모에 한계가 있으며, 여전히 연구 심사 기준이나 비식별화 방법 등이 확립되지 않았다. 국내에서 다양한 법과 가이드라인 제정을 통해 개인정보 보호와 연구 개발의 균형을 위해 노력 중이지만, 여전히 개선의 여지가 있고, 빅데이터 플랫폼의 경우 초기 단계이기에 많은 논의와 개선이 필요하다.

우리나라의 법률 및 정책이 가지는 특징과 한계점을 정확하게 분석하기 위해 미국과 유럽 등 다른 나라와의 비교법적 분석을 해보았다. 미국의 경우 개별적인 법률로 HIPAA를 제정하였으며, 정보의 표준화, 의료정보의 안전한 보관과 전송, 개인 의료데이터의 주권, 그리고 개인식별이 가능한 의료정보의 이용과 공개 등의 규정을 마련하고 있다. 또한, 의료정보 수집 시 치료목적과 연구목적의 구분한다는 점에서 차별성이 있다. EU의 경우 GDPR에서 환자의 건강정보 및 의료데이터를 정의하고 있다. 미국과 다르게 모든 민감정보 처리 시 명시적인 동의를 받고 있으며, 이때 비식별과정에서 익명화와 가명화의 용어를 구분하여 사용하고 있다.

이후 우리나라의 문제점을 바탕으로 3가지 측면에서 세부적인 해결방안을 제언하였다. 먼저, 의료정보데이터법을 신설하여 의료정보와 그에 대한 수집, 동의

절차, 관리 및 활용 등에 대한 규정 등을 통일적으로 확립해야 한다. 또한, 보건 의료데이터를 관리하는 기관도 개선이 필요하다. 개인정보보호위원회에서 데이터 활용에 대한 심의가 일관성 있게 이루어지도록 해야 하며, 미국의 HIPAA와 같이 의료정보의 표준화를 규정하여 수집된 데이터들이 상호 호환되도록 하여야 한다. 마지막으로, 찬반 논란이 일어나고 있는 의료 빅데이터의 활용에 있어 정보 주체인 시민들의 참여를 독려하여 원만하게 사회적 합의를 이루어야 한다. 이러한 제도적·사회적 개선을 통해 의료정보의 관리 체계성과 투명성을 확립하고 의료정보 활용의 효율성을 증대시켜 보건의료분야의 발전에 기여할 수 있다.

2. 차별성 및 의의

빅데이터 관련 기술이 발전하면서 의료정보데이터를 활용하여 의미 있는 결과를 도출하려는 노력이 전 세계적으로 이뤄지고 있다. 의료정보를 연구에 적절히 활용하면서도 개인정보 유출과 같은 부작용을 방지하기 위해서는 관련 제도가 체계적으로 정비되어 있어야 한다. 우리나라는 의료정보 활용과 보호에 대한 논의가 본격적으로 이뤄지기 시작한 지 비교적 얼마 되지 않았다. 본 연구는 개정된 데이터 3법과 관련 논의를 포함하여 시의성을 확보하며 선행연구와 차별성을 가진다. 또한, 일찍부터 의료정보의 활용과 보호의 사회적 요구를 수용해 선진적인 체계를 구축한 미국, 유럽연합의 제도를 분석하고, 우리나라의 현 제도와 비교함으로써 우리나라 실정에 맞는 실효성 있는 개선 방향을 제시했다는 점에서 의의가 있다.

본 연구에서 지면상의 한계로 미처 다루지 못한 부분이 있다. 먼저, 데이터3법 개정 이후 그 운용과 효과에 대한 평가가 부족한데, 이는 해당 법안이 시행된 지 얼마 지나지 않아 충분한 자료가 확보되지 않아 현시점에서 평가를 하긴 이르다는 판단 때문이다. 또한, 의료정보데이터법 제정과 데이터 관리기구 개선을 제언하며 구체적인 사항을 규정하지 못했다. 마지막으로, 시민참여를 모색하는 방안을 제언하며 직접 시민의 목소리를 들을 수 있는 인터뷰 및 설문조사를 진행하지 못해 아쉬운 마음이 크다. 이는 후속 연구를 위해 남겨두는 바이며, 본 연구는 앞으로 의료정보의 보호와 활용의 균형을 논할 때 준거점 역할을 할 수 있기를 기대한다.

참고문헌

1. 단행본

- 국무조정실, 행정자치부, 방송통신위원회, 금융위원회, 미래창조과학부, 보건복지부. (2016). 『개인정보 비식별 조치 가이드라인』.
- 개인정보보호위원회, 보건복지부. (2022). 『2022년 보건의료 데이터 활용 가이드라인』.
- 보건복지부. (2018). 『보건의료 빅데이터 시범사업 계획』.
- 한국인터넷진흥원. (2020). 『EU 일반개인정보보호법 가이드북』.
- 한국인터넷진흥원. (2016). 『개인정보 비식별화 관련 해외 현황 및 사례』.

2. 학술논문

- 강희정. (2016). 「보건의료 빅데이터의 정책 현황과 과제」. 한국보건사회연구원.
- 권건보, 이한주, 김일환. (2018). 「EU GDPR 제정 과정 및 그 이후 입법동향에 관한 연구」. 미국헌법연구. 29(1), 1-38.
- 박경태, 최병인. (2014). 「연구대상자 개인정보보호에 관한 고찰 -미국 의료정보보호법과 우리나라 개인정보보호법을 중심으로-」. 한국의료법학회지. 167-184.
- 박미정. (2018). 「보건의료 빅데이터 활용에 관한 법.정책적 개선방안 연구」. 한국의료법학회지. 26(1),
- 박민영, 최민경. (2016). 「의료정보의 관리와 비식별화에 관한 법적 과제」. 유럽헌법연구 제21호.
- 방윤희, 이현실, 이일현. (2014). 「국가별 개인정보보호법 및 의료정보보호법의 비교 연구」. 한국콘텐츠학회논문지.
- 심우민. (2015). 「인터넷법학의 연구 경향과 그 평가:1995-2014」. 연세법학. 25(단일호):105-131.
- 이기호, 김계현. (2020). 「보건의료 데이터 활용 가이드라인의 내용과 한계에 관한 연구」. 과학기술법연구.
- 이서형. (2018). 「국내 보건의료 빅데이터 법제의 구축에 관한 고찰 - 알 권리의 보장을 중심으로 - 」. 의료법학. 19:3, 121-163
- 이창범. (2007). 「유럽 연합의 정보보안 및 개인정보보호 법제현황」. 선진상사법률연

구. 제38권. pp.75-108.

- 이한주. (2014). 「개인의료정보보호법 제정의 필요성과 입법방향」. 한국의료법학회지.
- 이한주. (2016). 「개인정보보호법상 의료정보 적용의 문제점과 해결방안」. 헌법이론 실무학회
- 최명식. (2007). 「u-헬스 활성화를 위한 법·제도 개선방안」. 경희대학교 국제법무연구 제11호. 177.
- 최지혜, 남태우, 조민호. (2020). 「보건의료 빅데이터 및 의료 플랫폼의 사회적 쟁점: 「보건의료 빅데이터 플랫폼」 시범사업의 사례 분석을 중심으로」. 국정관리 연구. 15(2). 139-176
- 최정민. (2020). 「개인정보보호위원회 현황과 발전과제」. 국회입법조사처.
- Luca Marelli, Elisa Lievevrouw & Ine Van Hoyweghen. (2020). 「Fit for purpose? The GDPR and the governance of European digital health」, Policy Studies. 41:5, 447-467. DOI: 10.1080/01442872.2020.1724929
- Hasselbalch, G. (2019). 「Making sense of data ethics. The powers behind the data ethics debate in European policymaking」. Internet Policy Review. 8(2). DOI: 10.14763/2019.2.1401

3. 인터넷 자료

- 보건복지부, 한국보건의료정보원. (2021). 제3차 보건의료데이터 혁신 토론회(포럼) 강의자료.
- 보건의료빅데이터 개방시스템. 건강보험심사평가원. Retrieved 18 August 2021. <https://opendata.hira.or.kr/home.do>
- 청년 의사. (2020) “어떻게 쓸 것인가” 의료빅데이터 활성화 주도하는 심평원, <http://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=2003677>
- Exchange of electronic health records across the EU. (2021). Retrieved 14 August 2021. from <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/electronic-health-records>
- HDRUK Innovation Gateway | Patients and the public. (2021). Retrieved 14 August 2021. from <https://www.healthdatagateway.org/about/patients-and-the-public>

OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data - OECD. (2021). Retrieved 14 August 2021. from OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data

<국문요약>

보건의료데이터 활용에서의 개인정보 보호 개선을 위한 제언

이 산 하

4차 산업혁명의 도래에 따라 기존의 데이터베이스로는 처리하기 어려울 정도로 방대한 양의 데이터가 생산되며 빅데이터가 산업의 주요 키워드로 자리 잡게 되었다. 국내에서는 이런 시대상황에 발맞추려는 노력의 차원으로 2020년에 불필요한 중복 규제를 없앤 ‘데이터3법(개인정보보호법, 정보통신망법, 신용정보법)’의 개정안을 시행하였고, 이를 통해 개인과 기업이 정보를 활용할 수 있는 폭이 넓어질 것이라 기대 받고 있다. 이러한 움직임은 엄청난 속도로 증가하고 있는 의료 관련 데이터에서도 큰 이슈가 되고 있다. 우리나라는 전자의무기록의 보급률이 높으며, 전 국민의 건강보험정보가 확보되어 있어 보건의료데이터 산업이 발전하기에 매우 유리하다. 보건의료데이터는 특정 환경을 조작해서 수집한 데이터가 아니라 실제 환경에서 일반적인 과정을 통해 수집되는 Real World Data(RWD)로서, 보다 사실과 가까운 연구결과를 얻을 수 있다는 점에서 의미가 있으며, 의료서비스의 향상, 의약품 부작용 방지, 질병 조기 발견 등 공익적 목적으로의 활용성이 높다. 그러나 보건의료데이터는 민감한 개인정보에 해당하며, 데이터 유출 시 다른 개인정보에 비해 심각한 피해를 초래할 수 있다. 따라서 보건의료데이터 정보 활용의 규제 필요성과 연구개발의 필요성이 첨예하게 대립하는 상황에서 관련 제도를 체계적으로 정비하는 것이 매우 중요하다.

이에 본 연구는 국내 보건의료 빅데이터와 관련된 법률, 가이드라인, 그리고 정책들을 분석하여 보건의료데이터 관리 및 활용 현황을 알아보았다. 현재 다양한 법과 가이드라인을 제·개정하며 개인정보 보호와 연구 개발의 균형을 맞추기 위해 노력 중이지만, 아직 많은 논의와 개선이 필요하다. 또한 일찍부터 의료정보의 활용과 보호의 사회적 요구를 수용해 법률과 정책을 수립한 미국, 유럽연합, 그리고 영국과의 비교법적 분석을 통해 우리나라 법제의 특징과 한계점을 분석

하였다. 이를 바탕으로 우리나라 실정에 맞게 정보주체의 통제권 보호와 의료 빅데이터의 경제적 활용성을 함께 도모할 수 있는 제도적·사회적 개선방안을 제시하였다.

핵심어 : 의료정보, 보건의료빅데이터, 개인정보보호법, 비식별조치, 데이터3법, HIPPA, GDPR, NHS Digital

<Abstract>

Recommendations for Enhancing Personal Information Protection in the Utilization of Healthcare Data

Lee San Ha

With the advent of the Fourth Industrial Revolution, an overwhelming amount of data has been generated, making big data a key focus in various industries. In response to this era, efforts have been made to align with the trends, such as the implementation of the revised "Data 3 Laws" (Personal Information Protection Act, Information and Communications Network Act, Credit Information Act) in 2020 in South Korea, aimed at eliminating unnecessary duplicate regulations. It is anticipated that this revision will broaden the scope for individuals and businesses to utilize information. This movement is also significantly impacting the rapidly expanding field of medical data.

South Korea, with a high adoption rate of electronic medical records and comprehensive health insurance information for all citizens, is favorably positioned for the development of the healthcare data industry. Healthcare data, collected through standard processes in real-world environments, is referred to as Real World Data (RWD). Its significance lies in obtaining research results closer to reality, making it highly valuable for improving healthcare services, preventing adverse effects of pharmaceuticals, and early detection of diseases for public welfare purposes.

However, healthcare data contains sensitive personal information, and a breach could result in severe consequences compared to other types of personal data leaks. Therefore, it is crucial to systematically establish regulations for the management

* Yonsei University Law school

and utilization of healthcare data in a situation where the necessity of regulation for healthcare data utilization and the need for research and development are in sharp contrast.

In light of this, the present study analyzes domestic laws, guidelines, and policies related to healthcare big data to understand the current status of healthcare data management and utilization. Despite ongoing efforts to revise and enact various laws and guidelines to balance personal information protection and research and development, there is still much discussion and improvement needed.

Furthermore, a comparative legal analysis with the United States, the European Union, and the United Kingdom, which have established laws and policies early on to accommodate both the utilization and protection of medical information based on societal demands, was conducted. Based on this analysis, the study proposes institutional and societal improvement measures that can simultaneously protect the control rights of information subjects and promote the economic utility of healthcare big data in line with the situation in South Korea.

Key Words : Medical information, healthcare big data, Personal Information Protection Act, de-identification measures, Data 3 Laws, HIPAA, GDPR, NHS Digital
--

스마트계약과 법적 쟁점

정재은*

◆ 목 차 ◆

I. 서론	III. 스마트계약의 쟁점
II. 스마트계약의 개념과 특성	1. 계약법상 쟁점
1. 스마트계약의 개념	2. 전자문서법상 쟁점
2. 스마트계약의 특성	3. 전자서명법상 쟁점
3. 스마트계약의 기술적 배경과 구조	4. 전자상거래법상 쟁점
	5. 전자금융거래법상 쟁점
	IV. 결론

I. 서론

컴퓨터과학자인 Nick Szabo에 의해 1996년에 처음 제시되어 2013년 러시아 프로그래머 Vitalik Buterin을 통해 블록체인 기반 이더리움으로 구현된 후 점차 발전한 스마트계약은 계약의 체결·이행·종료에 따라 발생할 수 있는 요소를 미리 데이터화하고 이렇게 사전에 작성된 프로그래밍 코드가 자동적으로 계약을 검증하고 실행하기 때문에 중개인을 필요로 하지 않는다. 경제적 비용 측면에서 효율성이 증가하고 위·변조가 불가능한 블록체인 상에서의 거래를 통해 전통적인 계약에서 문제시되었던 거래 당사자 간 신뢰문제가 해결됨과 더불어 이행 불확실성의 제거가 가능해졌다. 나아가 스마트계약의 오픈소스(open source)¹⁾는 개별

* 연세대학교 석사과정 1학기

1) ‘오픈소스’는 개발자가 소프트웨어를 개발 및 배포할 때 해당 소프트웨어가 어떻게 작동하는지 누구나 알 수 있도록 소스 코드나 설계도 등을 공개하는 것을 의미한다. 권민경, 「스마트계약에 기반한 DeFI의 활용 가능성」, 자본시장연구원 이슈보고서, 21-24, 2021, 12면.

DeFi²⁾ 간 상호 연결이 자유롭고 불필요한 법적 쟁점을 줄인다는 점에서 기존 시스템에서 당사자 간의 신뢰관계 등으로 인해 계약 체결이 일어나지 않았던 경우도 스마트계약을 통해서 구현이 가능하다. 이러한 스마트계약은 계약 관련 분야 뿐만 아니라 은행과 보험업, 금융거래, 회계 또는 감사업무를 포함해 디지털로 검증할 수 있고 법적으로 유의미한 행위(예를 들어, 대금 지급)라면 활용될 수 있다.

디지털화되는 영역이 확장됨에 따라 스마트계약의 응용 빈도가 증가하고 이에 따라 법적 개념 정립을 위해 많은 논의가 있어왔지만 아직까지 명시적인 법적 정의는 존재하지 않는다. 이는 새로운 기술에 의한 탈중앙성과 광범위성 등 이제까지의 계약형태와는 다른 모습으로 법체계 안에서 어떻게 규율하여야 하는가와 관련된다.

따라서 아래에서는 스마트계약의 특성과 개념을 살펴보고 어떠한 특성으로 인하여 쟁점이 발생하는지를 현행법상의 쟁점과 그 외의 쟁점으로 나누어 살펴보고자 한다.

II. 스마트계약의 개념과 특성

1. 스마트계약의 개념

스마트계약의 개념은 ‘계약은 청약과 승낙이라는 서로 대립되는 의사표시의 합치에 성립된다.’는 전통적인 계약법의 관점에서 아직 법적으로 정립되지 않은 스마트계약을 어떻게 이해할 것인가의 문제이다.³⁾⁴⁾

2) ‘DeFi’는 탈중앙화금융(Decentralized Finance)의 약자로, 블록체인 네트워크 상에서 중앙주체 없이 스마트계약을 통해 구현된 금융서비스를 의미한다; 권민경, 앞의 보고서, 1면.

3) 박신욱, 「스마트계약의 표준화 경향과 법적 한계에 관한 연구」, 외법논집, 제45권 제3호, 2021, 304면.

4) ‘스마트계약’의 개념에 대하여 견해가 나뉘지만, 스마트계약은 계약 이행을 위한 기술적 수단으로 활용되고 있다는 점, 적어도 기술적 관점에서는 컴퓨터 코드나 프로그램으로 이해될 수 있다는 점에 있어서는 의견이 일치한다; 김현수, 「블록체

스마트계약은 크게 ‘계약을 보전하고 유효성을 담보하고 이행하기 위한 프로그램 또는 코드’라는 의미와 ‘법적인 의미에서의 계약을 보완 또는 대체하는 계약을 실현하는 기술의 응용’이라는 의미가 혼재함으로 인해 단순한 코드로 보거나 계약의 일종으로 보는 등 정의하는 방식이 다양하다.⁵⁾

(1) 배경

전통적인 계약은 2인 이상의 당사자가 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사 표시를 하고 그 합치로써 성립하는 법률행위를 의미한다.⁶⁾ 일반적으로 계약은 쌍무계약이며, 특히 비대면성으로 진행되는 전자거래의 경우 중개자는 대금을 지급하여 공급자로부터 재화 또는 서비스를 구매하고 이를 다시 수요자에게 판매하여 그 대가로 대금을 받는다. 이러한 기존의 전자거래에서는 계약이 불이행될 위험이 있고 공급자와 중개자, 수요자 사이의 거래가 이행되는 과정에서 상대적으로 많은 비용을 감수하여야 한다. 계약상의 조건이 충족될 경우 자동으로 계약이 실행되도록 한다면 중개자가 불필요하므로 계약 불이행 위험, 거래 비용을 어느 정도 감소시킬 수 있다. 이러한 경제적 효율성을 위해 중개자의 역할을 필요로 하지 않는 방안을 고려하기 시작하였다.

(2) 법적 지위

스마트계약은 컴퓨터 프로그램을 통해 작성된 조건에 따라 블록체인에서 계약이 성립하고 이행이 자동적으로 실행되며, 중개자의 개입 여부와 관계없이 컴퓨터 코드에 의하여 계약이 체결 및 이행된다. 따라서 현행법 하에서 스마트계약의 지위가 무엇인지 문제시 된다.

첫 번째, 스마트계약을 ‘컴퓨터 코드화한 계약’ 또는 ‘코드에 의하여 규정되는 당사자 간의 관계’로 보거나⁷⁾ 스마트계약이 자동으로 이행되는 점을 강조하여

인 기반 스마트 컨트랙트와 계약법적 쟁점에 관한 小考」, 법학논총, 제44권 제2호, 2020, 181면.

5) 박신욱, 앞의 논문, 305면.

6) 위의 논문, 304면.

계약관계를 맺지 않고도 알고리즘을 통해 상호 거래가 가능한 프로그램 코드로 보는,⁸⁾ 전통적인 계약과의 비교가 어렵다는 견해가 존재한다. 그러나 스마트계약은 거래 상대방에게 코드에 제시된 조건의 실행에 필요한 행위를 요구하므로 인간의 개입이 완전히 배제되었다고 볼 수는 없다.⁹⁾ 또한 코드설계자가 스마트계약에 조건을 프로그래밍 하는 것과 거래 상대방이 이를 충족하는 조건을 실현하는 것은 거래 당사자들의 의사에 의한 것이지 블록체인 자체의 의사에 의한 것이 아니다.

두 번째, 코드설계자를 플랫폼을 만든 설계자로, 거래 상대방을 플랫폼을 이용하여 거래를 하는 자로 보고 이로 인하여 거래 당사자의 지위는 전통적인 거래에서의 당사자와 다르게 해석되어야 하며, 이들이 동일한 방향으로 의사표시를 한다는 점과 스마트계약은 당사자 간의 계약뿐만 아니라 넓은 영역인 법인 조직, 펀드 등을 결성하기 위한 합동행위에 활용될 수도 있다는 점에서 스마트계약이 합동행위의 성질을 가진다는 견해가 있다.¹⁰⁾ 그러나 코드설계자는 스마트계약에 코드설계자의 목적을 코드에 명확히 제시하고 이를 불특정다수인에게 공개한다. 나아가 계약 내용이 프로그래밍 되어 있으므로 누구든지 해당 조건을 충족하면 계약이 실행되는데, 해당 조건을 충족하는 자만이 스마트계약의 당사자가 된다. 따라서 코드설계자는 거래 당사자이지 중개역할을 하는 존재로만 볼 수는 없을 것이다.

스마트계약은 그 의미가 혼재하고 프로그래밍을 통해 거래 당사자가 실제로 체결하려는 모든 계약을 프로그래밍 할 수는 없는 등 전통적인 계약과 차이점이 존재한다. 그렇기 때문에 적어도 현재까지는 전통적인 계약과 동일한 지위에 있다고 볼 수도, 일원적으로 정의할 수도 없다. 정의한다하더라도 그 정립은 그 형식적 명칭보다 실질적 내용을 기준으로 이루어져야 할 것이다.

7) 김제완, 「블록체인 기술의 계약법 적용상의 쟁점: ‘스마트계약(Smart Contract)’을 중심으로」, 법조, 제76권 제1호, 법조협회, 2018, 164면.

8) 정진명, 「블록체인 기반 스마트계약의 법률문제」, 비교사법, 제25권 제3호, 2018, 921면.

9) 위의 논문, 943면.

10) 송인방·양영식, 「부동산거래에서 블록체인 스마트계약의 활용 가능성에 관한 연구」, 법학연구, 통권 제72호, 2018, 7면; 송인방·양영식, 「스마트계약 법제화를 위한 시론(試論)적 검토」, 법학연구, 통권 제81권, 2021, 177면.

1) 전통적인 계약을 실행하는 기능만을 수행하는 경우

스마트계약이 블록체인 기술을 기반으로 전통적인 계약을 자동적으로 실행하는 수단으로 활용되는 경우가 해당한다. 이 경우 본래적인 계약과 스마트계약에 의한 계약의 실행이 구분되므로 스마트계약을 법적 의미의 계약으로 볼 수 없고, 프로그램 코드에 따라 이루어진 계약실행은 단순한 이행행위이자 사실행위로 보아야 한다.¹¹⁾

2) 별도의 전통적인 계약 없이 스마트계약만이 이루어지는 경우

1)에서 더 나아가 스마트계약은 거래 상대방이 프로그래밍 된 조건을 충족한 경우, 즉 코드에 따라 상대방의 의사표시가 행해진 경우에 비로소 전통적인 계약과 유사한 구조가 된다. 이때의 의사표시에 대하여, 스마트계약은 아직 법률에 명시적으로 규율되지 않았기 때문에 우선적으로 우리 민법 범위 내에서 규율하여야 한다. 이에 따르면 의사표시는 묵시적·추단적으로도 가능하므로 프로그래밍 언어의 형태를 띠더라도 무방하다. 따라서 자연어가 아닌 프로그램 코드를 사용하는 스마트계약에 의한 계약체결도 성립 가능한 계약이라고 할 것이다.

(3) 소결

스마트계약은 거래에서 활용될 수 있음은 물론 활용될 때 전통적인 계약보다 거래의 투명성 및 거래비용, 법적 비용을 줄일 수 있다. 이러한 스마트계약으로 체결된 계약을 일원적으로 파악하여 전통적인 계약이론에 부합되지 않는다는 이유로 법적 효력을 인정하지 않는다면 거래 당사자가 손해를 입을 수 있다. 뿐만 아니라 전통적인 계약과는 ‘블록체인’이라는 이행방법만이 상이할 뿐 본질적으로 다른 ‘계약’이라고 볼 수 없을 것이다. 따라서 스마트계약의 법적 지위는 전통적인 계약을 포함하는 스마트계약 체결 여부로 구분하여 구체적인 사안을 확인하고 별도의 전통적인 계약 없이 스마트계약만으로 계약이 체결된 경우 그 스마트

11) 김진우, 「스마트계약과 소비자 보호: 소비자계약법에 비추어 본 스마트계약」, 법학논총, 제27권 제1호, 2020, 45-46면; 정경영·백명훈, 디지털사회 법제연구(Ⅱ) - 블록체인 기반의 스마트계약 관련 법제 연구 -, 한국법제연구원, 2017, 32면.

계약은 법적 의미의 계약으로 보아야 한다.

2. 스마트계약의 특성

(1) 장점

1) 경제적 효율성

스마트계약은 탈중앙성을 띤다. 따라서 스마트계약을 통한 거래는 기존의 전통적인 계약과 달리 은행 등 제3자의 존재를 요하지 않고 급부가 체결과 동시에 이루어져 거래비용이 감소된다. 또한 실행과정에서 주관적 재량이 개입하지 않기 때문에 거래 당사자의 불공정행위를 고려할 필요가 없어 경제적 효율성이 확보된다.

2) 투명성, 무결성

블록체인에의 기록은 네트워크에 ‘분산’되어 있어 모든 참가자가 공유하고 있으므로 거래의 투명성이 보장된다. 이렇게 분산되어 블록체인에 기록된 각각의 거래 내역은 하나의 블록으로 묶여 체인으로 함께 연결되는데, 그 이후에는 변경할 수 없게 하여 위·변조가 불가능하기 때문에 무결성 또한 확보된다. 다만, 위·변조가 불가능하다는 것은 스마트계약 프로그래밍 과정 자체에서 거래 당사자의 주관적 재량이 개입되더라도 수정이 불가능하다는 것이므로 거래 당사자 간 이익균형이 유지되지 않는다면 무결성 확보가 불가능할 것이다. 따라서 거래 당사자 간 이익균형 유지를 위한 실행의 자율성이 최대한 확보되어야 한다.

3) 자기집행성, 법적 안정성

스마트계약에서는 일정 조건이 성취되거나 이벤트가 발생하면 계약상 합의된 급부가 If-then 알고리즘에 의해 자동으로 실행된다. If-then 알고리즘은 “만일 ~ 이라면 ~이다(if-then)”는 프로그램 코드로 구성되어 특정 조건이 충족되면 계약이 자동으로 실행되도록 하는 알고리즘으로, 이로 인해 스마트계약은 참 또는 거짓으로 표시될 수 있는 사건과 조건에만 활용 가능하다.¹²⁾ 이러한 스마트계약의

자기집행성은 전통적인 계약에 비해 급부 실행의 확실성을 보장하여 법적 안정성을 제공한다.

4) 계약 당사자 쌍방에 대하여 선급부에 따른 위험 감소

원칙적으로 급부가 있어야, 즉 ‘급부’라는 조건이 충족되어야 반대급부가 제공되므로 반대급부가 이행되지 않을 위험이 감소한다.

5) 시장 개방

블록체인의 불변성과 보안성은 거래 당사자의 상호 신뢰를 보완 또는 대체하므로 기존에 신뢰 부족으로 거래가 어려웠던 영역에서도 거래가 가능해진다.¹³⁾

(2) 단점

1) 환경의 변화나 당사자의 사정변경 반영 불가

전통적인 계약에서 거래 당사자의 계약에서의 자유를 위해 사정변경의 원칙을 인정한다. 그러나 스마트계약의 경우 고정된 규칙을 따르기 때문에 당사자가 계약 체결 당시에는 합리적으로 예견할 수 없었던 사정이 발생할 경우 계약을 그대로 유지하는 것이 부당하더라도 계약적 구속에서 벗어날 수 없다.

2) If-then 알고리즘으로 수용 가능한 사정만이 스마트계약의 객체 가능

스마트계약은 If-then 알고리즘을 따르므로 전통적인 계약에서는 가능하지만 알고리즘은 수용할 수 없는 언어적 모호성이나 재량의 여지 표현이 불가능하다. 즉, 언어의 외형적인 표기 방법을 의미하는 구문을 표시할 수 있을 뿐 구문이 내포하고 있는 의미론을 표현할 수는 없다.¹⁴⁾

12) 정진명(2018), 앞의 논문, 959면.

13) 김진우(2020), 앞의 논문, 41면.

14) 위의 논문, 42면.

3. 스마트계약의 기술적 배경과 구조

(1) 기술적 배경

1) 블록체인

전통적인 계약과 스마트계약의 차이점은 그 이행방법이 다르다는 것이다. 이행 방법의 핵심이 되는 블록체인은 네트워크 안의 모든 참여자가 참여자 간(Peer-to-Peer)의 거래정보를 실시간으로 공유하는 분산원장기술(Distributed Ledger Technology)로, 정보의 기록으로서 기능을 한다.¹⁵⁾ 블록체인 네트워크는 새로운 사정을 반영하기 위해 주기적으로 새로운 블록(block)을 생성하고 기존의 거래 내역 블록들이 연결되어 있는 체인에 순차적으로 연결된다. 이때, 디지털 지문의 일종인 해시(hash)가 블록의 유효성을 증명하는데, 이로 인해 그 이후에는 변경이 불가능하다.

블록체인은 거래를 기록하는 역할만을 하기 때문에 그 자체가 스마트계약을 지원한다고 할 수는 없지만 계약을 형성하고 이행하는 등 완전히 자동으로 집행하는 수단을 제공하는 역할을 통해 스마트계약을 가능하게 한다.¹⁶⁾ 블록체인에 의해 스마트계약을 위한 계약주소(contact address)가 만들어지고 거래를 원하는 자가 블록체인 네트워크에 참여하여 계약 실행에 필요한 조건을 프로그램 코드로 작성하여 기록하면 해당 조건이 충족되는 경우 계약이 자동으로 실행된다. 이처럼 스마트계약을 구현하기 위해서는 모든 거래와 관련된 사항을 확인하고 실행할 수 있는 블록체인 네트워크가 필요하다.¹⁷⁾

스마트계약 기능이 구현됨으로써 블록체인 기술을 비트코인과 같은 가상자산 뿐만 아니라 위·변조 방지가 필요한 상황에 활용할 수 있게 되어 보험 분야에서도 활용되는데, 호주 커먼웰스 은행과 산업과학연구소가 보험금 지급 조건의 큰 편차성으로 인해 국가장애보험제도 대상자의 경우 각기 다른 예산에서 보험금이 지급되는 복잡한 구조를 갖는 호주 국가장애보험제도(NDIS)를 스마트계약으로

15) 이현주·윤나영·박소영·크리스리·황성식, 「블록체인 기반의 회계정보시스템에 관한 연구」, 회계저널, 제28권 제2호, 2019, 275면; 정진명(2018), 앞의 논문, 935면.

16) 정경영·백명훈, 앞의 책, 40면.

17) 정진명(2018), 앞의 논문, 936면.

암호화된 블록체인 토큰으로 보험금을 지급하는 구조로 운영되게 하여 수혜자가 복잡한 절차없이 자신에게 해당하는 보험금을 직접 찾아 신청함으로써 지급 절차를 스스로 관리할 수 있도록 한 것이 그 시작이었다.

(2) 구조

1) 거래 시스템

스마트계약은 구조적으로 계약의 이행까지 코드설계, 코드공개, 조건성취, 계약의 자동실행의 4단계 과정을 거친다.

① 코드설계

코드설계자가 블록체인 네트워크에 참여하여 그 네트워크에서 제공하는 프로그램 언어로 소스코드(source code)를 만드는 것을 의미한다.¹⁸⁾ 이는 불특정다수인에게 재화를 제공하겠다는 내심적 효과의사로 볼 수 있다.¹⁹⁾

② 코드공개

코드공개는 소스코드를 컴파일링(compiling)하여 블록체인에 기입하는 것을 의미하며,²⁰⁾ 이는 불특정다수인에 대한 내심적 효과의사 표시행위로 볼 수 있다.²¹⁾

③ 조건성취

거래 상대방의 송금행위 등 프로그래밍 된 조건의 성취를 일컫는다. 이는 가상 자산 지갑 주소(wallet address)를 블록체인과 연동해 송금하고 전자서명하는 과정을 거치며, 조건의 성취는 승낙의 의사표시인 동시에 사실행위에 해당한다.²²⁾

18) ‘소스코드’는 컴퓨터 프로그램을 제작하기 위한 기능을 하는 파일이다. 소스코드 자체가 설제도입과 동시에 건물에서의 자재와 같은 기능도 함께하기 때문에 소스코드를 컴파일링하여 곧바로 프로그램화할 수 있다: 박신욱, 앞의 논문, 302면.

19) 송인방·양영식(2021), 앞의 논문, 179면.

20) ‘컴파일링’은 어떠한 프로그램 언어로 작성된 소스코드를 컴퓨터가 이해할 수 있는 다른 언어로 바꾸어주는 작업을 말한다: 박신욱, 앞의 논문, 302면.

21) 송인방·양영식(2021), 앞의 논문, 179면.

22) 위의 논문, 179면; 송인방·양영식(2018), 앞의 논문, 9면.

④ 계약의 자동실행

코드설계자의 거래 상대방에 대한 급부 이행 단계이다. 이는 이미 프로그램 코드에 예정되어 있던 것이며 사전에 프로그래밍 된 조건이 충족될 경우 자동적으로 이행된다.

또한 위와 같은 과정을 걸치더라도 외부정보 없이는 활용이 불가능한 경우가 있다. 예를 들어 글로벌 손해보험회사인 AXA는 프랑스에서 항공지연보험 플랫폼인 피지(Fizzy)를 이더리움에 기반한 스마트 보험 계약으로 개발하였는데, 보험 계약자가 탑승 예정인 항공이 2시간 이상 지연될 경우 사전에 합의된 보험금을 보험계약자에게 자동으로 지급되도록 하는 계약을 체결할 수 있도록 하였다. 이와 같이 비행이 일정 정도 지연될 경우 단계별로 일정액을 승객에게 자동적으로 지급하는 보험을 스마트계약을 통해 체결했다고 했을 때 비행 지연이라는 사실과 몇 분이 지연되었는지에 대한 정보가 있어야만 충족여부를 판단할 수 있다.²³⁾ 그러나 스마트계약 프로그래밍 코드만으로는 블록체인의 외부상태를 판단하지 못하므로 오라클(oracle)이라고 하는 인터페이스를 통해 스마트계약이 블록체인 외부정보에 접근할 수 있도록 하여야 한다.²⁴⁾

Ⅲ. 스마트계약의 쟁점

1. 계약법상 쟁점

(1) 코드설계자 의사표시의 도달

코드설계자가 개인키로 자신의 표시에 서명하게 되면 ‘발신’이 되고 표시를 포함하는 블록이 블록체인에 연결됨으로써 ‘도달’이 이루어진다.²⁵⁾ 그러나 블록체

²³⁾ AXA, AXA goes blockchain with fizzy, <https://www.axa.com/en/news/axa-goes-blockchain-with-fizzy> (최종방문 2023.06.06).

²⁴⁾ ‘오라클’은 소프트웨어에 관련 정보(예를 들어 보험금 지급을 위한 이벤트가 발생하였는지 여부)를 제공하는 사람 또는 컴퓨터 프로그램을 일컫는다: 김진우(2020), 앞의 논문, 39면.

인 블록의 거래 내역은 순차적으로 체인에 연결되기 때문에 새로운 블록 연결 시점이 블록체인에서 제거되면 거래 내역이 무효화 되는 문제가 발생한다. 그렇기 때문에 블록이 블록체인에 연결되는 것 자체를 ‘도달’로 보아도 되는지가 문제될 수 있다.

최종 보유를 첫 번째 블록체인이 연결된 후로 확정짓지 않고 최종 보유를 인정할 최소의 후속블록 개수를 정한 후 그 이상부터 보유를 인정한다면 이러한 문제를 방지할 수 있을 것이고, 블록체인이 만들어졌는지의 여부 및 언제 제거되었는지 여부도 추후에 정확하게 밝힐 수도 있어 의사표시가 새로운 블록이 블록체인에 연결된 때에 ‘도달’한 것으로 보아도 무방하다할 것이다.²⁶⁾

(2) 계약 성립시기

전통적인 계약이 성립하는 시기와 스마트계약이 성립하는 시기를 다른 관점에서 보아야 하는지가 문제시 된다.

전통적인 계약과 스마트계약은 ‘블록체인’이라는 기술적 배경이 상이할 뿐이므로 스마트계약에서도 전통적인 계약과 마찬가지로 프로그램 코드에 들어있는 코드설계자의 의사가 표시되어야 한다. 스마트계약의 불가변성은 구속력 있는 청약에 해당하며, 스마트계약을 블록체인에 저장한 때에 이루어진다고 할 것이다. 그리고 스마트계약에 대한 가상자산의 전송은 승낙에 해당한다.²⁷⁾ 의사표시는 앞서 말했던 것과 같이 묵시적·추단적으로 가능하므로 가상자산의 전송 등을 통한 추단적인 승낙의 표시로 계약체결이 가능하다.

스마트 계약이 성립하는 시기는 ① 가상자산의 전송이 이루어진 시점, ② 가상자산이 수령자의 지갑(wallet)에 도달하는 시점, ③ 거래의 확인이 있는 시점 등을 생각해 볼 수 있으나 민법상 상대방 있는 의사표시는 도달하여야 효력이 발생하므로²⁸⁾ ②를 계약의 성립 시점이라고 하는 것이 바람직하다.²⁹⁾

25) 정진명(2018), 앞의 논문, 947면.

26) 위의 논문, 947면.

27) 김진우, 「스마트계약에 의한 소비자계약의 체결과 자동실행」, 선진상사법률연구, 통권 제95호, 2021, 105면.

28) 민법 제111조 제1항.

29) 김진우(2021), 앞의 논문, 105면.

(3) 이행에 있어서의 문제

1) 스마트계약의 자기집행성에 따른 원상회복에 관한 문제

거래 당사자 의사에 의한 계약이 아니거나 또는 거래 당사자 의사에 의한 급부 이행이라 할지라도 해당 법률행위가 무효가 되거나 의사표시가 취소 또는 철회 될 수 있다. 이러한 경우 전통적인 계약에서는 현행법에 근거하여 원상회복이 필요한 상황에 대응하는 것이 가능하지만 스마트계약은 불가역성으로 인해 시스템 상에서 이러한 대응이 어렵다.

2) 채무불이행책임 또는 하자담보책임의 문제

채무불이행책임과 하자담보책임의 문제는 채무자의 귀책사유에 대한 문제이기 때문에 상황에 따라 급부가 이행되지 않는 것이 거래 상대방에게 유리할 수 있다. 그러나 스마트계약은 계약의 유효성과 무관하게 자동적으로 급부가 실행되므로 강행법규에 위반, 의사표시에 하자 등의 사정이 존재하여도 프로그래밍 된 그대로 이행되어 거래 상대방 보호에 매우 취약하다.

3) 방안

첫 번째, 역거래 방식이 위의 문제들의 해결방안이 될 수 있다. 역거래 방식은 후발적 변경을 허용하지 않는 블록체인에 법적으로 전혀 존재하지 않았던 거래를 기록하는 방식이다. 그러나 이는 거래 상대방의 개인키에 의해서만 수행될 수 있으므로 거래 상대방의 협력이 없으면 행할 수 없다는 단점이 있다.³⁰⁾

두 번째, 하드 포크(hard fork)도 고려해 볼 수 있다. 블록체인의 문제 해결 및 업그레이드 방식 중 하나인 하드 포크는 블록체인의 기본 기능 자체를 수정하는 포크로, 하드 포크를 행하게 되면 새로운 블록이 삽입되면서 블록체인이 분리되고 이전 블록체인과 전혀 다른 프로토콜을 가지는 블록체인이 된다.³¹⁾ 즉, 기존과는 다른 새로운 규칙을 따르게 되어 원상회복과 유사한 효과를 볼 수 있으나 다른 노드(node)³²⁾들이 블록의 결함을 인정하는 등 협력이 있어야만 실행 가능하

³⁰⁾ 김진우(2020), 앞의 논문, 60면.

³¹⁾ 위의 논문, 61면.

므로³³⁾ 현실적으로 불특정 다수인이 공유하는 블록체인에서 하드 포크를 통해 모든 문제를 해결할 수 있다고 단정할 수는 없다.

세 번째, 프로그래밍을 통한 해결방안이 있다. 스마트계약 설계 단계에서 프로그래밍 할 때 미리 계약관계에서 발생할 수 있는 문제 상황을 고려하는 방안이다. 스마트계약이 대금 이전을 확인한 후 그것을 철회기간 경과 시까지 보관하거나 미리 정한 이벤트가 발생하면 소비자에게 자동 환급되도록 하는 등의 프로그래밍을 통해 문제를 해결한다.³⁴⁾ 이를 통해 해결하기 위해서는 발생할 수 있는 모든 경우의 수가 프로그래밍 되어 있어야 하나 블록체인상의 모든 경우의 수를 아는 것은 사실상 불가능하다.

네 번째, 스마트계약의 기술적 측면에서의 개발이다. 현재 기존 스마트계약을 수정하는 방식으로 스마트계약의 해지나 철회를 하는 것은 불가능하다. 이와 관련된 기술 개발을 통해 블록체인의 기술적 특성을 유지하면서도 청약철회나 계약해지가 가능하도록 네트워크 시스템을 구축하는 것도 한 방법이 될 수 있다.

다섯 번째, 중재센터 설치도 방안이 될 수 있다. 중재센터를 통하면 스마트계약의 효용성을 높이면서도 장기적인 분쟁에서 오는 비용, 시간을 절약할 수 있다. 스마트계약은 프로그래밍 된 내용만 실행할 수 있으므로 중재센터를 통해 거래 당사자를 확실히 보호하기 위해서는 중재센터의 접근은 물론 중재센터의 가능성도 스마트계약에 미리 프로그래밍 하여 중재센터를 통한 해결이 가능함을 명시하여야 할 것이다.³⁵⁾ 특히, 전문성이 요구되는 사안의 경우 위의 방안들을 통해 해결하려 하더라도 전문가의 도움 없이 해결하는 것에는 한계가 있다. 이때 중재센터를 통한다면 효율적으로 해결이 가능하다.

4) 소결

장기적인 측면에서 가장 좋은 방법은 스마트계약의 기술적인 측면을 개발해 블록체인의 기술적 특성을 유지하면서도 청약철회나 계약해지가 가능하도록 네

32) ‘노드(node)’는 블록체인 네트워크 참가자를 의미한다. 정진명, 「블록체인 기반 전자거래의 법률문제」, 법조, 제69권 제1호, 2020, 75면.

33) 위의 논문, 61면.

34) 위의 논문, 61면.

35) 김진우(2020), 앞의 논문, 62면.

트위크 시스템을 구축하는 것이라고 생각하지만, 스마트계약을 기술적으로 발전시켜 사정변경을 가능하게 할 경우 불가역성이라는 이점을 제거함과 동시에 오히려 전통적인 계약보다 더 많은 거래비용을 야기하는 단점이 생길 수 있기 때문에³⁶⁾³⁷⁾ 단점은 없애고 이점만을 유지하는 기술 개발에는 다소 시간이 걸릴 것이므로 현재로서는 역거래 방식과 스마트 중재센터 설치가 최선의 방법이라고 생각한다.

역거래 방식은 거래 상대방의 협력을 요하는데, 이는 거래 상대방이 악의로 협력하지 않는 경우 문제가 될 수 있으나 그렇지 않을 경우에는 거래 당사자 일방이 상대방 모르게 계약 내용을 수정하는 등의 행위를 방지하는 역할을 하여 신뢰성을 유지하면서도 거래 안정성을 확보할 수 있어 단점으로만 볼 수는 없다.

또한 분쟁 해결에는 시간이 적게 소요되는 사안만이 아니라 많이 소요되는 사안도 존재한다. 특히 전문성이 요구되는 사안의 경우 위의 방안들을 통해 해결하려 하더라도 전문가의 도움 없이는 해결이 불가능한 경우가 발생한다. 이러한 경우 중재센터를 이용하는 것이 스마트계약의 효용성을 높이면서도 장기적인 분쟁에서 오는 비용, 시간을 절약할 수 있는 방안이 될 것이다.

(4) 프로그래밍 된 코드 오류로 인한 문제에서의 책임 귀속

스마트계약은 컴퓨터 프로그램의 일종이므로 악성코드 등 프로그램상의 문제로 코드에 에러가 생기거나 데이터 내용의 파손 등 코드 자체의 오류로 계약 이행에 문제가 발생할 수 있다.³⁸⁾

³⁶⁾ Stuart D. Levi·Alex B·Lipton·Skadden·Arps, Slate·Meagher·Flom LLP, An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/> (최종방문 2023.06.06).

³⁷⁾ 스마트계약이 전통적인 계약보다 비용적 측면에서 효율적인 것은 아니라는 견해도 존재한다; Alexander Savelyev, Contract Law 2.0 «Smart» Contracts As the Beginning of the End of Classic Contract Law // Higher School of Economics Research (2016), Paper No. WP BRP 71/LAW/2016, 28.

³⁸⁾ 한종규, 「스마트 계약과 중재에 의한 분쟁해결」, 중재연구, 제30권 제1호, 2020, 95-96면.

오류 원인을 발생시킨 자가 있을 경우에는 그 자에게 책임을 귀속시켜야 할 것이나 블록체인은 불특정 다수인에게 공개되어 있으며 그 익명성으로 인해 이를 특정하기는 어렵다.³⁹⁾ 현행법상 의무자는 자연인과 법인만을 인정하기에 컴퓨터 시스템에게 책임을 묻는 것 또한 불가능하다. 현재의 스마트계약은 If-then 알고리즘에 의한 자동시스템이자 코드설계자의 의사표시를 위한 도구일 뿐 독립적인 의사능력을 갖는다고 보기는 어렵기 때문에 스마트계약을 이용해 법률행위를 한 자연인에 책임을 귀속시키는 것이 현재로서는 최선이다. 이는 거래 당사자가 법률상의 근거 없이, 자신의 잘못이 아닌 원인으로 인한 결과에 대하여 책임을 지는 것이 되어 부당한 측면이 있으므로 알고리즘에 의한 프로그램을 자연인, 법인과 같은 책임주체로 인정하거나 자연인과 법인 중 누구를 책임주체로 할 것인지 법에 명시하는 것을 검토해 볼 필요가 있다.

(5) 코드공개는 청약인가 청약의 유인인가

전자적 수단을 이용한 계약에서 거래 상대방은 제시된 계약내용을 확인하고 이를 수용할지에 대한 판단만을 하면 되고 이러한 계약 중 하나로 볼 수 있는 스마트계약은 상대방의 조건성취가 있으면 코드설계자의 의사를 묻지 않는다. 또한 청약의 유인이 타인을 피어서 자기에게 청약을 하게 하려는 행위라는 개념이라는 점은 통신판매선전이나 광고전단과는 다르다고 보는 것이 바람직할 것임으로⁴⁰⁾ ‘청약’과 유사하다고 볼 수 있다.

2. 전자문서법상 쟁점

스마트계약을 통해 재화나 서비스를 거래함에 있어서 블록체인 기반 거래 플랫폼에서 개인과 개인의 거래가 전자문서법의 규율대상인지에 대한 쟁점이 존재한다.

39) 위의 논문, 95-96면.

40) 최영철, 「블록체인을 활용한 스마트 계약에 관한 법적 고찰」, 석사학위 논문, 2020, 64면.

(1) 전자문서성

전자문서법 제2조 제1호에 의하면 전자문서는 ‘정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성·변환되거나 송신·수신 또는 저장된 정보’를 의미한다. 이때, 블록체인 기술에서의 분산원장을 전자문서법상 전자문서로 인정하는지에 대하여 명시적인 규정이 없어 문제시 된다.

‘송·수신’에 대하여, 스마트계약에 프로그래밍된 계약내용이 직접 상대방에게 송신되는 것은 아니지만 네트워크에서 그 상태를 언제든지 확인할 수 있고 스마트계약의 실체인 코드는 청약의 의사표시에 해당한다. 또한 블록체인 네트워크에 존재하는 노드는 네트워크의 연결점 또는 데이터 전송의 재분배점으로서 블록체인 네트워크에서 전송할 거래정보를 생성하기에 ‘정보처리시스템’에 해당한다고 볼 수 있으므로⁴¹⁾ 스마트계약은 전자문서성을 지닌다고 할 것이다.

(2) 전자거래 포섭 가능 여부

전자문서법 제2조 제5호에 의하면 전자거래란 ‘재화나 용역을 거래할 때 그 전부 또는 일부가 전자문서 등 전자적 방식으로 처리되는 거래’를 의미한다.

스마트계약은 전자문서성을 지니고 위 조항의 ‘재화나 용역의 거래’에는 물리적인 형태뿐만 아니라 컴퓨터 소프트웨어나 정보서비스 등 온라인 형태로 이루어지는 디지털 상품과 서비스도 포함되며,⁴²⁾ 그 거래의 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되므로 전자거래에 해당한다. 따라서 스마트계약의 코드설계자는 코드의 실행에 의하여 영리를 추구할 수 있고 이 경우 전자문서법상의 전자거래사업자의 지위를 가지게 되어 그 상대방이자 코드의 조건을 실행하는 자는 전자거래이용자가 된다. 따라서 코드설계자는 전자문서법 제17조에 의한 상호 등의 정보제공, 약관의 제공·보존, 소비자보호절차 마련, 거래기록 보존, 주문의 취소·변경과 청약철회 등의 절차 마련 등의 의무를 부담하여야 한다. 다만, 주문의 취소·변경과 청약철회 절차와 관해서는 스마트계약의 특성상 적용하기 어려울 것이므로 스마트계약의 경우를 예외로 두는 방법을 생각해 볼 수 있다.

41) 정진명(2020), 앞의 논문, 75면.

42) 최영철, 앞의 논문, 78면.

(3) 책임 귀속

일반적으로 거래 당사자 구제는 손해배상원칙을 따르기 때문에 이를 위해서는 책임주체를 특정하여야 한다.

전자문서법 제7조 제1항은 ‘다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 전자문서에 포함되는 의사표시는 작성자가 송신한 것으로 본다.’고 규정하며 제2호로 ‘자동으로 전자문서를 송신·수신하도록 구성된 컴퓨터 프로그램이나 그 밖의 전자적 수단에 의해 송신된 전자문서’를 포함한다. 이에 따라 의사표시는 장성자가 송신한 것이 되므로 전자거래사업자에게 책임을 귀속시킬 수 있다.

(4) 블록체인 기술이 전자문서법상 전자문서 보관에 해당하는지 여부

전자문서법 제17조는 전자거래사업자에게 거래기록의 보존의무를 부과하고 있다. 따라서 거래 당사자가 전자거래사업자에 해당할 경우 스마트계약의 내용이 기록된 블록체인을 그 보관으로 볼 수 있는지가 문제시 된다. 전자문서법 제5조 제1항은 ‘전자문서가 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우에는 그 전자문서를 보관함으로써 관계 법령에서 정하는 문서의 보관을 갈음할 수 있다.’고 규정하고 작성자·수신자 및 송·수신 일시에 관한 사항의 보존과 함께 제4조의⁴³⁾에 따른 전자문서의 열람가능성과 재현가능성을 갖출 것을 요한다.

블록체인상의 기록은 언제든지 열람이 가능하고 위·변조가 불가능하기에 재현 가능하며, 마찬가지로 이유로 중요사항을 포함하여 모든 기록이 보존되므로 요건을 충족한다고 볼 수 있을 것이다.

43) 제4조의2(전자문서의 서면요건) 전자문서가 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우에는 그 전자문서를 서면으로 본다. 다만, 다른 법령에 특별한 규정이 있거나 성질상 전자적 형태가 허용되지 아니하는 경우에는 서면으로 보지 아니한다.

1. 전자문서의 내용을 열람할 수 있을 것
2. 전자문서가 작성·변환되거나 송신·수신 또는 저장된 때의 형태 또는 그와 같이 재현될 수 있는 형태로 보존되어 있을 것

3. 전자서명법상 쟁점

전자서명 과정을 거치는 스마트계약이 전자서명법 내에서 규율가능한지에 대한 쟁점이 존재한다.

전자서명법 제2조 제2항에 의하면 ‘전자서명’은 ‘서명자의 신원을 확인하고 거래의 승인을 목적으로 이용되는 전자적 형태의 정보’를 의미한다.

종래에는 블록체인을 기반을 둔 전자서명을 전자서명법상 전자서명으로 볼 수 있는지, 블록체인을 활용한 전자서명이 전자서명법상 공인전자서명으로 볼 수 있는지에 대한 논란이 있었는데, 전자의 경우 전자서명의 정의로 보아 일반적으로 포함할 수 있는 것으로 해석해오다가 개정 후 제6조에서 전자서명수단의 활성화를 위한 국가의 노력을 규정하면서 전자서명으로 블록체인이 포함됨을 명확히 하였다.⁴⁴⁾ 후자의 경우에는 공인인증서가 폐지된 후 공인전자서명의 개념이 전자서명법에서 삭제되어 입법적으로 해결되었고 현재는 노드 간에만 서명의 효력이 인정될 뿐이다.⁴⁵⁾

(1) 다중서명

스마트계약의 조건에서 블록체인의 외부정보를 요구하는 경우 블록체인이 이 모두를 추적할 수는 없다. 블록체인 대신 오라클이 외부정보를 추적하고 이 정보를 블록체인에 입력하기 위해 다중서명을 이용하며, 조건이 충족되면 개인키로써 서명하여 거래를 실행한다.⁴⁶⁾ 이렇듯 블록체인 기술을 이용한 스마트계약에서 필요에 따라 계약 당사자가 아닌 당사자가 특정한 기능을 수행하기 위해 또는 하나의 계약에 다수의 당사자가 참여하기 위해 다중서명이 활용될 수 있음에도 우리 전자서명법은 이를 정의하고 있지 않다.⁴⁷⁾ 따라서 전자문서법에 다중서명의 개념적 정의를 규정하여 스마트계약을 전자서명법 내에서 규율할 필요가 있다.

44) 김형섭·최정윤, 「블록체인 기반 전자거래에 관한 법정정책적 소고」, 법과 정책연구, 제20권 제4호, 2020, 210면.

45) 김형섭·최정윤, 앞의 논문, 204면.

46) 최영철, 앞의 논문, 83면 정경영·백명훈, 앞의 책, 40-41면.

47) 정경영·백명훈, 앞의 책, 41면; 이규욱, 「블록체인 기술 기반 스마트 컨트랙트에 관한 법적 연구」, 박사학위 논문, 2019, 160면.

4. 전자상거래법상 쟁점

거래 당사자의 보호를 위해서라도 스마트계약을 통해 재화나 서비스를 거래함에 있어서 블록체인 기반 거래 플랫폼에서 사업자와 소비자 사이의 거래일 경우 해당 거래가 전자상거래법의 규율대상인지에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

(1) 전자상거래 포섭 가능 여부

전자상거래법 제2조 제1호에 의하면 전자상거래는 ‘재화나 용역을 거래할 때 그 전부 또는 일부가 전자문서 등 전자적 방식으로 처리되는 전자거래의 방법으로 상행위를 하는 것’을 의미한다.

스마트계약은 전자문서성을 지니기에 거래 당사자가 상행위를 할 경우 해당 거래는 전자상거래가 되며, 해당 당사자는 전자상거래업자 지위를 가지게 된다. 이에 따라 전자상거래업자로서 전자문서의 활용(제5조), 조작 실수 등의 방지 조치(제7조), 소비자에 관한 정보이용 제한(제11조) 등의 의무를 부담하므로 이를 통해 거래 상대방을 보호할 수 있다. 다만, 현행법은 스마트계약을 고려한 법이 아니므로 블록체인 기반 스마트계약의 기술적 특성상 그대로 적용하지는 못한다. 따라서 스마트계약의 경우도 전자상거래법에 포섭 가능하도록 검토할 필요가 있다.

(2) 통신판매 포섭 가능 여부

전자상거래법 제2조 제2호에 의하면 통신판매는 ‘우편·전기통신, 그 밖에 총리령으로 정하는 방법으로 재화 또는 용역(일정한 시설을 이용하거나 용역을 제공할 수 있는 권리를 포함한다. 이하 같다)의 판매에 관한 정보를 제공하고 소비자의 청약을 받아 재화 또는 용역(이하 “재화등”이라 한다)을 판매하는 것’을 의미한다.

이러한 통신판매에 의한 방법으로 재화 또는 용역을 판매함을 업으로 하는 행위를 블록체인 기반의 플랫폼에서 하는 것인데, 이때 판매업자는 단지 플랫폼이라는 수단을 변경하였을 뿐이어서 ‘통신판매’에 해당한다 할 것이다.⁴⁸⁾ 따라서

⁴⁸⁾ 김형섭·최정윤, 앞의 논문, 200면.

계약이 체결되면 통신판매업자는 원칙적으로 계약자에게 법정된 거래조건에 관한 사항을 급부 공급 전까지 교부하여야 하며,⁴⁹⁾ 이는 스마트계약에 있어 소스코드가 소비자에게 공개되지 않거나 공개되더라도 외부 전문가의 도움 없이는 이해할 수 없는 등의 정보비대칭 문제를 어느 정도 해소해 줄 것이다. 이외에도 거래 상대방에게 통신판매업자의 신원에 관한 정보 제공 등 의무를 준수하여야 한다.⁵⁰⁾ 그러나 통신판매의 경우도 전자상거래법 제17조의 청약철회에 관한 규정, 제20조의 통신판매중개업자의 분쟁해결 조치에 관한 규정 등은 그 구조상 블록체인 기술에는 그대로 적용할 수 없다. 따라서 검토를 통해 스마트계약의 제17조, 제20조와 관련된 내용도 전자상거래법에 포섭 가능하도록 하여야 한다. 뿐만 아니라 프로그래밍 오류로 인하여 발생할 수 있는 문제를 거래에 영향을 미치는 중요한 사항으로 보아 이를 거래 상대방에게 제공할 것을 명시하고 상대방이 이를 예측할 수 있도록 하여야 한다.

(3) 통신판매중개 포섭 가능 여부

전자상거래법 제2조 제4호에 의하면 통신판매중개는 ‘사이버몰(컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장을 말한다.)의 이용을 허락하거나 그 밖에 총리령으로 정하는 방법으로 거래 당사자간의 통신판매를 알선하는 행위’를 의미한다.

거래 당사자가 거래 플랫폼을 통해 거래를 할 경우 해당 플랫폼이 거래 당사자간의 통신판매를 알선하는 것이 되어 통신판매중개업에 해당할 여지가 있다. 이 경우 플랫폼 사업자는 통신판매중개자, 거래 당사자는 이용자가 된다. 예를 들어, NFT는 주로 업비트와 같은 플랫폼을 통해 거래된다. 따라서 NFT 거래 플랫폼은 전자상거래법상 통신판매중개업자에 해당할 수 있고, 이 경우 사업자 정보를 청약이 이루어지기 전까지 소비자에게 제공하여야 하며 통신판매중개의뢰자가 사업자가 아닌 경우에는 거래 당사자들이 의뢰자에 대한 정보를 열람할 수 있는 방법을 제공하여야 한다.⁵¹⁾ 또한 사이버몰 등을 이용함으로써 발생하는 불만이나

49) 전자상거래법 제13조 제2항.

50) 전자상거래법 제10조; 동 법 제13조.

51) 전자상거래법 제20조 제1항.

분쟁 해결을 위한 신속한 조치도 요구된다.⁵²⁾ 뿐만 아니라 통신판매업자가 동법 제20조의3 각 호의 각 목의 의무⁵³⁾를 이행하지 않는 경우 통신판매중개업자가 대신 이행하도록 하고 있으므로 이를 통해서도 이용자 보호가 가능하다.

5. 전자금융거래법상 쟁점

비트코인 등 가상자산을 결제수단으로 허용하는 경우가 증가함에 따라 스마트 계약을 통한 거래가 전자금융거래에 해당하여 전자금융거래법의 적용을 받을 수 있는지를 살펴보아야 한다.

(1) 전자금융거래 포섭 가능 여부

전자금융거래법은 전자금융거래에 대한 법적 규율을 한다. 스마트계약이 전자금융거래에 해당한다면 전자금융거래법상의 손해배상책임에 관한 규정, 허가와 등록에 관한 규정, 전자금융거래의 안전성 확보 및 이용자 보호규정, 정보보호최고책임자 지정 등의 적용을 통해 거래 상대방을 보호할 수 있게 된다.⁵⁴⁾

전자금융거래법 제2조 제1호에 의하면 전자금융거래는 ‘금융회사 또는 전자금융업자가 전자적 장치를 통해 금융상품 및 서비스를 제공(‘전자금융업무’)하고,

52) 전자상거래법 제20조 제2항.

53) 1. 통신판매중개업자가 청약의 접수를 받는 경우

가. 제13조제2항제5호에 따른 정보의 제공

나. 제14조제1항에 따른 청약의 확인

다. 그 밖에 소비자피해를 방지하기 위하여 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

2. 통신판매중개업자가 재화등의 대금을 지급받는 경우

가. 제7조에 따른 조작 실수 등의 방지

나. 제8조에 따른 전자적 대금지급의 신뢰 확보

다. 그 밖에 소비자피해를 방지하기 위하여 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

54) 스마트계약의 특성상 이러한 보호규정을 그대로 적용할 수 있는지, 일부 면제가 가능한지 검토가 필요하지만 여기에서는 전자금융거래법으로 보호가 가능하다는 취지로 작성하였다: 김흥기, 「블록체인 기술의 지급결제적 특성과 전자금융거래법 개정 방안」, 금융법연구, 제15권 제3호, 2018, 128면 참고.

이용자가 금융회사 또는 전자금융업자의 종사자와 직접 대면하거나 의사소통을 하지 아니하고 자동화된 방식으로 이를 이용하는 거래'를 의미한다.

전자금융거래법상 전자금융거래의 구조는 금융회사 또는 전자금융업자와 이용자 간의 전자금융거래를 결제중계시스템이 중계해 그 자금의 정산과 결제를 하는 구조이다. 그러나 스마트계약은 P2P 거래로써 전자지급수단의 제공자와 이용자의 관계가 아니라 이용자가 이용자와 직접 접촉해 지급행위가 이루어진다.⁵⁵⁾ 스마트계약은 제3자를 요구하지 않거나 대체하므로 전자금융거래법의 구조와 일치하지 않는으므로 전자금융거래에 해당하지 않는다. 그러나 스마트계약을 통한 개인과 개인 간의 거래는 전자문서법으로, 사업자와 소비자 사이의 거래는 전자상거래법으로 규율할 수 있듯 금융거래에 관한 사항도 전자금융거래법으로 규율되는 것이 거래의 안전성 확보를 위해서라도 필요하다. 따라서 전자금융거래법 제2조에 전자지급수단의 한 유형으로 가상자산을 추가함으로써 동조 제1호 전자금융거래와 동조 제2호 전자지급거래에 포섭 가능하도록 하여야 한다.⁵⁶⁾⁵⁷⁾

IV. 결론

디지털화되는 영역이 확장됨에 따라 스마트계약의 활용 분야도 확장되어 스마트계약의 법적 개념 정립이 더욱더 중요해졌다. 그러나 스마트계약이 '계약을 보전하고 유효성을 담보하고 이행하기 위한 프로그램 또는 코드'라는 의미와 '법적인 의미에서의 계약을 보완 또는 대체하는 계약을 실현하는 기술의 응용'이라는 의미를 모두 가지고 있어 개념 정립을 위한 논의만 계속되어왔을 뿐 명확한 개념

55) 정경영·백명훈, 앞의 책, 168면.

56) 김형섭·최정윤, 앞의 논문, 210면.

57) 서울시 노원구 지역화폐인 '노원(NOWON)', 김포시 지역화폐인 '김포페이' 모두 블록체인 기술을 기반으로 하는데, 이는 선불전자지급수단에 해당할 수 있으나 공공기관이 발행인인 경우 선불전자지급수단업자로 금융위원회의 등록이 불가능하다는 점, 지역화폐의 활성화와 신용카드의 독점체제 탈피를 위해 전자금융거래법에 '후불전자지급수단'을 신설하여야 한다는 견해도 존재한다: ZDNET Korea, 지역페이 활성화 여전법·전자금융업법 개정 필요, <https://zdnet.co.kr/view/?no=20180716154344> (최종방문 2023.06.06).

은 아직까지 정립되지 않았다.

이에 대하여 스마트계약의 특성상 전통적인 계약과 달라 현행법 하에서 스마트 계약의 지위가 무엇인지에 대하여 견해가 나뉘지만, 스마트계약의 의미는 혼재되어 있기 때문에 일률적인 정의가 어려워 스마트계약이 단지 수단으로서의 역할을 하는 경우와 전통적인 계약을 대체하는 경우로 나누어 판단해야 할 것이다. 전자의 경우 본래 계약과 스마트계약에 의한 실행이 구분되므로 스마트계약은 단순한 이행행위이자 사실행위일 뿐 법적 의미의 계약에 해당하지 않고, 후자의 경우 민법상 의사표시가 묵시적·추단적으로도 가능한 것에 말미암아 프로그래밍 언어의 형태일지라도 의사표시에 해당하므로 법적 의미의 계약이라고 보아야 한다.

스마트계약과 관련된 쟁점으로 계약법상의 쟁점과 전자문서법, 전자서명법, 전자상거래법, 전자금융거래법에서의 쟁점이 존재한다.

계약법상의 쟁점에 있어서는 전통적인 계약과 스마트계약은 단지 기술적인 배경에서의 차이만 있을 뿐 이외의 점에서는 전통적인 계약과 다르게 볼 이유가 없다. 따라서 의사표시의 도달이나 계약 성립시기에 있어서는 전통적인 계약과 같이 판단하면 된다. 다만, ‘블록체인’이라는 기술적 측면에서 오는 문제는 전통적인 계약에서의 문제 해결 방법을 그대로 적용하기에는 한계가 있으므로 문제 해결에 적합한 방법을 찾기 위한 논의를 계속하되 장기적으로는 스마트계약의 기술적 측면 개발을 통해 현재의 특성들을 유지하면서 스마트계약 자체에서 청약 철회, 계약해지 등을 할 수 있도록 하는 것이 가장 바람직할 것이다.

전자문서법, 전자서명법, 전자상거래법, 전자금융거래법에서의 쟁점은 스마트 계약을 해당 법률들을 통해 규율할 수 있는가가 문제시 된다. 현행법에 스마트계약이 포섭된다 하더라도 입법 당시 스마트계약을 고려한 것이 아니기 때문에 그 의무·권리에 완전히 포섭되기는 어렵다. 따라서 스마트계약도 포섭이 가능하도록 개정할 필요가 있다.

스마트계약의 활용 범위는 지금보다 확장될 뿐 축소되지는 않을 것이며 축소가 되더라도 이는 규제 공백 등 거래 당사자 보호가 미비하기 때문일 것이다. 전통적인 계약과 비교해보았을 때 스마트계약의 이점이 분명하므로 이를 활성화하여야 함과 더불어 거래 당사자 보호를 위해서도 언제까지나 현재 상태에 머물러서는 안된다. 이를 위하여 위와 같은 방법에 의하되 소요기간 등 한계가 있다면 임시적으로나마 제도적으로 해결할 수 있는 방안을 검토해 보아야 할 것이다.

참고문헌

I. 국내 문헌

- 정경영·백명훈, 디지털사회 법제연구(Ⅱ) - 블록체인 기반의 스마트계약 관련 법제 연구 -, 한국법제연구원, 2017.
- 송인방·양영식, 「스마트계약 법제화를 위한 시론(試論)적 검토」, 법학연구, 통권 제 81권, 2021.
- _____, 「부동산거래에서 블록체인 스마트계약의 활용 가능성에 관한 연구」, 법학연구, 통권 제72호, 2018.
- 김진우, 「스마트계약과 소비자 보호: 소비자계약법에 비추어 본 스마트계약」, 법학논총, 제27권 제1호, 2020.
- _____, 「스마트계약에 의한 소비자계약의 체결과 자동실행」, 선진상사법률연구, 통권 제95호, 2021.
- 정진명, 「블록체인 기반 스마트계약의 법률문제」, 비교사법, 제25권 제3호, 2018.
- _____, 「블록체인 기반 전자거래의 법률문제」, 법조, 제69권 제1호, 2020.
- _____, 「지능정보사회에서 전자문서법의 과제」, 재산법연구, 제38권 제4호, 2022.
- 박신욱, 「스마트계약의 표준화 경향과 법적 한계에 관한 연구」, 외법논집, 제45권 제3호, 2021.
- 김현수, 「블록체인 기반 스마트 컨트랙트와 계약법적 쟁점에 관한 小考」, 법학논총, 제44권 제2호, 2020.
- 김제완, 「블록체인 기술의 계약법 적용상의 쟁점: ‘스마트계약(Smart Contract)’을 중심으로」, 법조, 제76권 제1호, 법조협회, 2018.
- 이현주·윤나영·박소영·크리스리·황성식, 「블록체인 기반의 회계정보시스템에 관한 연구」, 회계저널, 제28권 제2호, 2019.
- 김형섭·최정운, 「블록체인 기반 전자거래에 관한 법정정책적 소고」, 법과 정책연구, 제20권 제4호, 2020.
- 최영철, 「블록체인을 활용한 스마트 계약에 관한 법적 고찰」, 석사학위 논문, 2020.
- 이규욱, 「블록체인 기술 기반 스마트 컨트랙트에 관한 법적 연구」, 박사학위 논문, 2019.
- 한종규, 「스마트 계약과 중재에 의한 분쟁해결」, 중재연구, 제30권 제1호, 2020.

- 김홍기, 「블록체인 기술의 지급결제적 특성과 전자금융거래법 개정 방안」, 금융법연구, 제15권 제3호, 2018.
- 권민경, 「스마트계약에 기반한 DeFI의 활용 가능성」, 자본시장연구원 이슈보고서, 21-24, 2021.
- 김현수·권혁준, 「보험 산업의 블록체인 활용: 점검 및 대응」, 보험연구원 연구보고서, 2018-24, 2018.
- Decenter, 호주 국립과학원·은행, 블록체인 기반 보험료 관리 앱 개발, <https://www.decenter.kr/NewsView/1S76PXOGJA/GZ01>.
- AXA, AXA goes blockchain with fizzy, <https://www.axa.com/en/news/axa-goes-block-chain-with-fizzy>
- ZDNET Korea, 지역페이 활성화 여전법·전자금융업법 개정 필요, <https://zdnet.co.kr/view/?no=20180716154344>.

II. 외국 문헌

- Alexander Savelyev*, Contract Law 2.0 «Smart» Contracts As the Beginning of the End of Classic Contract Law // Higher School of Economics Research (2016), Paper No. WP BRP 71/LAW/2016.
- Stuart D. Levi·Alex B·Lipton·Skadden·Arps, Slate·Meagher·Flom LLP, An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>.

<국문요약>

스마트계약과 법적 쟁점

정재은

스마트계약은 계약의 체결·이행·종료에 따라 발생할 수 있는 요소를 미리 데이터화하고 이렇게 사전에 작성된 프로그래밍 코드가 자동적으로 계약을 검증하고 실행하기 때문에 중개인을 필요로 하지 않는다. 전통적인 계약과의 이러한 차이점으로 인해 이전까지와는 달리 경제적 비용 측면에서 효율적이고 위·변조가 불가능한 블록체인 상에서의 거래로 거래 당사자 간 신뢰문제가 해결되며, 이행 불확실성의 제거가 예상되는 등의 장점이 있다. 이로 인해 기존 시스템에서 거래가 체결되지 않았던 경우도 스마트계약을 통해서 구현이 가능해지고 계약 관련 분야뿐만 아니라 디지털로 검증 가능하며 법적으로 유의미한 행위를 할 수 있는 모든 분야에서 사용될 수 있는 등 그 중요성이 커지고 있다. 그러나 아직까지 명시적인 법적 정의는 존재하지 않는다. 이는 스마트계약의 특성을 비추어 봤을 때, 스마트계약의 법적 지위를 정립함에 있어 모든 스마트계약에 일원적으로 파악하기보다는 스마트계약이 전통적인 계약의 수단에 불과한지, 전통적인 계약을 대체하는 것인지 구분해 파악하여야 한다.

또한 스마트계약에 대한 여러 쟁점이 존재한다. 이에 대해서는 스마트계약과 전통적인 계약의 차이, 스마트계약의 특성과 현행법들의 구조 등을 비교하여 스마트계약을 어떻게 보아야 할지, 현행법상 규율이 가능한지를 판단하여야 할 것이다.

핵심어 : 스마트계약, 블록체인, 계약법, 전자문서법, 전자서명법, 전자거래법, 전자금융거래법

<Abstract>

Smart Contracts and Legal Issues

Jeong Jae-eun*

Smart contracts eliminate the need for intermediaries by pre-dating the elements that may occur upon the conclusion, execution, and termination of a contract, and the pre-written programming code automatically validates and executes the contract. As a result of these differences from traditional contracts, transactions on the blockchain are economically cost-effective, unforgeable, and tamper-proof, resolving trust issues between parties, and eliminating performance uncertainty. As a result, smart contracts are becoming increasingly important, as they can be implemented in cases where transactions could not be concluded in existing systems, and can be used not only in contract-related fields but also in all fields where digitally verifiable and legally meaningful actions can be performed. However, there is still no explicit legal definition. In light of the characteristics of smart contracts, in establishing the legal status of smart contracts, it is necessary to distinguish whether smart contracts are only a means of traditional contracts or replace traditional contracts, rather than applying a one-size-fits-all definition to all smart contracts.

In addition, there are various issues about smart contracts. In this regard, it is necessary to compare the difference between smart contracts and traditional contracts, the characteristics of smart contracts and the structure of current laws to determine how to view smart contracts and whether they can be regulated under current laws.

Key Words : smart contracts, blockchain, law of contract, law of electronic documents, law of electronic signatures, electronic commerce, electronic financial transactions

* The master's course in Graduate School of Law Yonsei University.

『연세 의료·과학기술과 법』 발행규정 (Yonsei Journal of Medical and Science Technology Law)

제정 2010. 6. 30

제1조 【목적】

이 규정은 『연세 의료·과학기술과 법』(Yonsei Journal of Medical and Science Technology Law)를 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 【간행】

- ① 『연세 의료·과학기술과 법』는 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단 편집위원회가 필요하다고 인정하는 때에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② 『연세 의료·과학기술과 법』의 발간일자는 매년 2월 28일, 8월 31일에 발행하는 것을 원칙으로 한다.
- ③ 『연세 의료·과학기술과 법』에 게재된 저작물에는 투고일(2***년 *월 *일), 심사완료일(2***년 *월 *일), 게재확정일(2***년 *월 *일)을 기재한다.
- ④ 『연세 의료·과학기술과 법』는 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호로 발간할 수 있다.
- ⑤ 『연세 의료·과학기술과 법』는 300부 이상 발행하는 것을 원칙으로 한다.

제3조 【별쇄본 및 전자출판】

- ① 채택된 투고자에게는 『연세 의료·과학기술과 법』 2부와 별쇄본 10부를 무상으로 제공한다. 또한 투고자의 신청이 있으면 투고자의 비용부담 하에 추가 제공할 수 있다.
- ② 『연세 의료·과학기술과 법』의 출판은 인쇄본과 전자출판에 의하고, 연세대학교 원 홈페이지 및 연세대학교 법학연구원 홈페이지, Working Paper에 게재한다.
- ③ 『연세 의료·과학기술과 법』에 원고를 투고한 자는 투고시에 전자출판에도

동의를 한 것으로 본다.

④ 『연세 의료·과학기술과 법』에 게재된 논문에 대하여 투고자는 별도의 금전적 권리를 주장하지 못한다.

제4조 【개정】

이 규정은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

부칙

이 제정규정은 2010년 8월 31일부터 시행한다.

『연세 의료·과학기술과 법』 심사규정 (Yonsei Journal of Medical and Science Technology Law)

제정 2010. 6. 30.

제1조 【목적】

이 규정은 『연세 의료·과학기술과 법』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례 평석, 서평 기타 원고 등의 게재여부를 결정하고 공정한 심사절차를 확보하는 것을 목적으로 한다.

제2조 【투고논문】

① 『연세 의료·과학기술과 법』에 게재가 가능한 논문은 다음 각 호와 같다.

1. 연구원의 학술행사에서 발표된 논문 기타 연세 의료·과학기술과 법 센터에서 기고를 청탁한 논문
2. 연세 의료·과학기술과 법 센터의 상임연구위원인 교수의 단독 또는 공동연구논문
3. 연세 의료·과학기술과 법 센터의 객원연구위원인 퇴임교수의 단독 또는 공동연구논문
4. 국내외 대학교의 전임교수의 단독 또는 공동연구논문
5. 연세 의료·과학기술과 법 전문연구원의 단독 또는 공동연구논문
6. 법률분야 종사자의 단독 또는 공동연구논문
7. 법학교수 1인 이상의 추천을 받은 대학원생 논문

② 『연세 의료·과학기술과 법』에 게재될 논문은 내용의 적정성과 학문적 수준에 있어서 편집위원회가 위촉한 심사위원들의 심사를 통과하여야 한다. 단, 공인된 기관의 수상논문, 의료·과학기술과 법 센터의 학술행사에서 발표된 논문으로 편집위원회의 검증을 거친 경우에는 심사를 면제할 수 있다.

제3조 【원고모집의 공고】

- ① 편집위원장은 매년 3월, 7월, 10월 및 12월 중에 각 소속 연구원 및 전국 법학교수협의회에 『연세 의료·과학기술과 법』에 대한 원고를 모집하는 공문을 발송하고, 연세대학교 법학연구원 홈페이지에 원고모집에 관한 사항을 게시한다.
- ② 원고모집에 대한 공고에는 투고절차, 논문작성 및 문헌인용방법, 심사기준 및 절차에 관한 내용과 일정을 고지하여야 한다.

제4조 【원고접수】

- ① 편집실무위원회는 원고를 접수하고 각 투고자에게 전화 또는 전자우편으로 접수결과를 통보하여야 한다.
- ② 편집실무위원회는 투고자의 인적사항, 논문제목, 접수일자, 분량 등을 기재한 접수결과서를 작성하여 투고원고와 함께 편집위원장에게 제출한다.

제5조 【심사위원의 선임】

- ① 편집위원장은 편집실무위원회에 투고논문이 『연세 의료·과학기술과 법』 투고규정의 형식적 사항과 연구윤리규정을 준수하였는지 여부와 참고문헌과 각주의 서지정보가 정확하고 완전한 것인지 여부의 확인을 요구하여야 한다.
- ② 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 각 투고원고에 대하여 3인의 심사위원을 선정·위촉하고, 편집실무위원회는 심사대상논문을 각 심사위원에게 송부한다.
- ③ 심사위원은 의료·과학기술과 법 센터의 상임연구위원, 객원연구위원 또는 국내외 대학교의 전·현직 법학교수, 법률실무종사자 중에서 선정·위촉한다.

제6조 【심사기준】

논문은 다음의 기준을 종합적으로 고려하여 평가하되 논문의 성격에 따라서 편집위원회가 보다 구체적인 심사기준 내지 심사기준상 고려요소의 비중을 정할 수 있다.

1. 연구의 독창성
2. 논리의 정연성
3. 연구방법의 적절성

4. 논문제목과 내용의 일치여부
5. 주제와 결론의 명확성
6. 학문적 기여 가능성
7. 연구윤리성
8. 연속게재 금지

제7조 【심사절차】

- ① 각 투고원고에 대한 논문 심사는 3인의 심사위원에 의하여 심사된다.② 심사위원은 제6조의 기준에 따라 투고논문을 심사하여 자세한 논평과 함께 게재불가, 게재가, 수정후 게재가 세가지중 하나로 심사결과를 기재한 심사보고서를 편집위원회에 제출하여야 한다.
- ③ 논문의 심사는 심사위원과 투고자의 성명과 소속을 밝히지 않은 상태에서 이루어져야 하며, 심사위원은 자신의 논문을 심사할 수 없다.

제8조 【심사판정】

- ① 심사위원 중 1인 이상으로부터 수정후 게재가로 판정된 논문은 편집위원장은 투고자에게 논문을 수정하여 재제출할 것을 통보한다.
- ② 심사위원 중 1인 이상으로부터 게재불가로 판정된 논문은 편집위원장이 심사위원의 자세한 논평과 함께 투고자에게 반송하되 투고자가 심사위원의 논평을 반영하여 다음호에 아무런 불이익 없이 수정 후 재제출할 수 있음을 통보한다.

제9조 【투고원고에 대한 게재여부의 결정】

- ① 편집위원장은 심사위원의 게재가 심사판정을 받은 논문 및 수정후 게재가 심사판정 이후 수정, 제출된 논문을 대상으로 투고원고에 대한 게재여부의 결정을 위한 편집위원회를 개최한다.
- ② 편집위원회는 각 심사위원의 심사결과를 기초로 하여 게재여부를 결정한다.
- ③ 편집위원간 의견이 상이한 때에는 게재여부 또는 수정여부를 편집위원회에서 다수결로 결정한다.

제10조 【심사결과의 통보, 이의신청】

- ① 편집위원장은 편집위원회 후 즉시 각 투고자에게 결정결과 및 이유에 대하여 통보하여야 한다.
- ② 게재불가의 통지를 받은 투고자는 편집위원장에게 이의를 신청할 수 있으며, 편집위원장은 이의에 대하여 인용 또는 기각여부를 결정한다.
- ③ 편집위원장이 전항의 인용을 한 때에는 심사위원을 다시 선정하여 재심사하고 그 결과에 따라 게재여부를 결정한다.

제11조 【최종원고의 제출, 교정 및 편집】

- ① 게재결정을 통보받은 투고자는 정해진 기간 내에 최종원고를 작성하여 편집간사에게 제출하여야 한다.
- ② 편집위원장은 최종원고에 대한 교정 및 편집에 관한 사항을 결정한다.

제12조 【논문게재예정증명서 등의 발급】

편집위원장은 『연세 의료·과학기술과 법』의 발행 이전에 최종적으로 게재가 결정된 원고에 대하여 투고자의 신청이 있는 경우에는 ‘논문게재예정증명서’ 혹은 ‘논문 게재 확인서’를 발급할 수 있다.

부 칙

이 제정규정은 2010년 8월 31일부터 시행한다.

『연세 의료·과학기술과 법』 투고규정 (Yonsei Journal of Medical and Science Technology Law)

제정 2010. 6. 30.

제1조 【목적】

이 규정은 연세대학교 원 산하 의료·과학기술과 법 센터에서 발간하는 학술지『연세 의료·과학기술과 법』에 게재될 원고의 작성요령에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 【원고의 작성】

- ① 원고는 논문, 판례평석, 자료, 서평, 번역 등으로 구별하여 작성한다.
- ② 원고의 분량은 200자 원고지 120매 내외를 원칙으로 한다. 외국어 원고인 경우에도 이에 준한다.
- ③ 원고의 표지에는 원고의 종류, 제목(괄호 안에 영문 기타 구미어에 의한 제목표기), 성명(괄호 안에 영문성명 표기), 소속, 직책, 학위, 주소, 전화번호(사무실 및 자택)와 이메일 주소를 기재한다.
- ④ 게재원고에는 국문요약, 국문핵심어, 외국어 제목, 외국어 초록, 외국어 핵심어가 첨부되어야 한다.
- ⑤ 제출논문은 검색에 필요한 주제어(국문 및 외국어)를 각각 5개 이상 작성하여 첨부하여야 한다.

제3조 【원고의 제출】

투고자는 원고마감기한(매년 6월 30일, 12월 31일)내에 논문게재신청서, 연구윤리확약서, 논문사용권 위임동의서와 함께 원고파일 1개 및 심사용 파일(투고자를 누구인지 알 수 없도록 편집된 파일) 1개를 연세대학교 법학연구원 의료·과학기술과 법 센터 (mst_law@yonsei.ac.kr)에 전자우편으로 제출하여야 한다. 다만 원고마감기한에 있어 필요한 경우 변경이 있을 수 있다.

제4조 【게재료 납부】

투고논문의 게재가 확정된 때에는 투고자에게 소정의 게재료를 납부하게 할 수 있다.

제5조 【원고의 형식】

원고는 한글 프로그램으로 다음 각 호의 형식에 따라 작성하여야 한다.

1. 용지종류 및 여백 : A4, 위쪽 20mm, 오른쪽 및 왼쪽 30mm, 아래쪽 15mm, 머리말 15mm, 꼬리말 15mm
2. 글자모양 및 크기 : 휴먼명조체 11포인트, 각주는 10포인트
3. 줄간격 : 160%

제6조 【원고의 작성요령】

- ① 용어는 원칙적으로 국문으로 하되, 필요한 경우 한문 또는 외국어를 병기할 수 있다.
- ② 표와 그림에는 그 하단에 표제 및 설명을 쓰고 별도의 일련번호를 표기한다. 다만, 본문의 내용과 직접 관련이 없는 표와 그림은 사용에 신중을 기하도록 한다.
- ③ 본문의 첫 페이지는 서론부터 시작하여 모든 내용은 연속적으로 기재한다. 그리고 주의 첫 단에 저자의 학위와 현재의 소속과 직위, 연락처를 기재한다.
- ④ 투고원고는 다음과 같이 구성되어야 한다.
 1. 제목
 2. 저자명
 3. 목차
 4. 본문
 5. 참고문헌
 6. 국문요약
 7. 국문 핵심어
 8. 외국어 초록
 9. 외국어 핵심어
- ⑤ 목차의 순서는 다음과 같이 작성하여야 한다.

I. 로마숫자

1. 아라비아숫자

(1) 괄호숫자

1) 반괄호숫자

① 원숫자

⑥ 각주는 원칙적으로 한글을 사용하여야 하고, 인용되는 문헌이 외국문헌인 경우에도 저자명, 논문제목, 서명 또는 잡지명, 발행지, 출판사 등과 같은 고유명사를 제외한 나머지는 한글로 표기한다.

⑦ 인용문헌이 여러 개인 경우에는 각각 문헌 사이에 세미콜론(;)을 표기하여 구분한다. 인용에 관하여는 다음 각 호에 의한다. 다음 각 호에서 설명되지 아니한 사항은 한국법학교수협회의 인용방법에 따른다.

1. 처음 인용하는 경우

- 저서인용 : 저자명, 서명, 출판사, 출판연도, 면수.
- 정기간행물 : 저자명, 「논문제목」, 잡지명, 출판연도 및 제0권 제0호, 면수.
- 외국문헌 : 그 나라의 표준적인 인용방법에 의한다. 미국문헌의 경우 blue book 인용방법에 따른다.
- 판결인용은 대법원, 헌법재판소의 양식에 준하여 작성한다.
 - － 판결 - 대법원 ****. **. ** 선고 **도** 판결
 - － 결정 - 대법원 ****. **. ** 선고 **누** 결정
헌재 ****. **. ** 선고 **헌마** 결정
- 외국판결은 그 나라의 표준적인 방법에 의한다. 미국판결의 경우 blue book 인용방법에 따른다.

2. 재인용의 경우

- 저서인용 : 저자명, 앞의 책, 면수.
- 논문인용 : 저자명, 앞의 글, 면수.
- 외국인용 : 그 나라의 표준적인 재인용 방법에 의한다.

3. 바로 앞에서 재인용할 경우

- 저서인용 : 위의 책, 면수.
- 논문인용 : 위의 글, 면수.

제7조 【논문연구윤리 준수】

투고원고는 논문연구윤리를 준수하여야 하며 연구윤리확약서를 제출하는 경우에 한하여 『연세 의료·과학기술과 법』에 게재될 수 있다.

제8조 【논문사용권 위임동의서 제출】

투고자는 게재가 확정된 경우 논문사용권 위임동의서를 제출한 경우에 한하여 『연세 의료·과학기술과 법』에 게재될 수 있다.

부칙

이 제정규정은 2010년 8월 31일부터 시행한다.

『연세 의료·과학기술과 법』 편집위원회규정 (Yonsei Journal of Medical and Science Technology Law)

제정 2010. 6. 30.

제1조 【목적】

이 규정은 연세대학교 법학연구원 산하 의료·과학기술과 법 센터에서 발간하는 『연세 의료·과학기술과 법』에 게재할 논문, 판례평석, 자료, 서평, 번역, 회의자료 등을 심사할 편집위원회의 구성과 운영에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 【구성】

- ① 편집위원회는 편집위원장을 포함하여 10인 이하로 한다.
- ② 편집위원장은 의료·과학기술과 법 센터장의 추천으로 원장이 임명하고 임기는 3년으로 한다.
- ③ 편집위원은 편집위원장이 위촉·임명한다.
- ④ 편집위원은 의료·과학기술과 관련이 깊은 법분야를 연구하는 국내외 대학의 법학전임교수나 연구소의 연구위원 또는 이들 법분야의 실무에 종사하는 법률분야 전문종사자 중에서 해당 법분야에 대한 연구실적과 대외활동 및 소속기관의 소재지 내지 개업지를 고려하여 선임하고 그 임기는 3년으로 한다.
- ⑤ 법학연구원은 편집위원에게 일 년에 두 번씩 소정의 사례비를 지급한다.

제3조 【업무】

편집위원회는 다음 각 호에 명시된 업무를 담당한다.

1. 『연세 의료·과학기술과 법』심사규정에 기초하여 필요한 경우 투고원고에 대한 개별적 심사기준제정
2. 『연세 의료·과학기술과 법』투고원고 중 학생투고논문이나 자료, 서평, 번역에 대한 편집실무위원회에의 편집의뢰결정

3. 『연세 의료·과학기술과 법』투고논문이나 판례평석에 대하여 편집실무위원회에 첨부한 별지 1 서식에 따른 확인보고서 작성의뢰결정
4. 『연세 의료·과학기술과 법』투고논문이나 판례평석에 대하여 별지 2 서식에 따른 심사보고서작성을 위한 3인의 심사위원의 지정 및 별지 3 서식에 따른 심사위촉
5. 심사위원들의 심사보고서에 기초한 투고논문이나 판례평석에 대한 추가 수정요구, 게재유보 또는 게재 결정
6. 추가수정요구에 따라 수정, 제출된 투고논문이나 판례평석에 대한 최종 검토 및 게재여부의 결정
7. 『연세 의료·과학기술과 법』의 특정주제에 관한 특별호 편집기획
8. 『연세 의료·과학기술과 법』의 중장기적 편집방향 결정
9. 『연세 의료·과학기술과 법』게재논문의 학술적 가치와 성과를 높이고 학술지로서의 전문성을 확보하며 투고자의 국내외분포를 확대하기 위한 장기방안기획
10. 『연세 의료·과학기술과 법』의 조속한 학진등재후보지 신청계획수립
11. 『연세 의료·과학기술과 법』의 조속한 SSCI 등재계획수립
12. 『연세 의료·과학기술과 법』의 장기적 발간비용조달방안기획
13. 기타 『연세 의료·과학기술과 법』의 지속적인 발간을 위하여 필요한 제반 조치

제4조 【운영】

- ① 편집위원장은 반기당 1회 이상의 정기회의를 소집한다.
- ② 편집위원장은 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 임시회의를 소집한다.
- ③ 편집위원회는 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

제5조 【편집실무위원회】

- ① 편집위원회는 연세법학전문대학원 학생들로 구성된 편집실무위원회를 둔다.

- ② 편집실무위원회는 교수저작물위원회, 학생저작물위원회, 실무저작물위원회, 외국어저작물위원회, 자료서평번역물편집위원회, 인쇄배포위원회와 이들 위원회의 대표로 구성된 기획위원회로 구성된다.
- ③ 편집실무위원회는 편집위원회의 지도하에 투고논문이나 판례평석이 『연세 의료·과학기술과 법』투고규정의 형식적 사항과 연구윤리규정을 준수하였는지 여부와 참고문헌과 각주의 서지정보가 정확하고 완전한 것인지 여부 등을 확인하여 별지 1의 서식을 작성, 심사위원에게 송부한다.
- ④ 투고원고가 학생논문, 자료, 서평, 번역인 경우 편집실무위원회는 편집위원회의 지도하에 게재여부를 결정하며 게재하기로 결정하는 경우 투고자와 공동으로 편집작업을 수행한다.
- ⑤ 편집실무위원회는 논문집의 지면배정과 인쇄양식 결정 등 인쇄, 배포에 관련된 제반 업무를 수행한다.

제6조 【개정】

이 규정은 법학연구원 운영위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

부칙

이 제정 규정은 2010년 8월 31일부터 시행한다.

『연세 의료·과학기술과 법』 연구윤리확립 규정 (Yonsei Journal of Medical and Science Technology Law)

제정 2009. 9. 1.

제1조 【목적】

이 규정은 연구윤리를 확립하고 연구부정행위를 사전에 예방하며, 연구부정행위 발생시 공정하고 체계적인 진실성 검증을 위한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 【적용대상】

이 규정은 의료·과학기술과 법센터, 『연세 의료·과학기술과 법연구』 투고자 및 연구원 주최의 학술대회 참가자에게 적용한다.

제3조 【연구윤리위반의 종류】

① 연구부정행위라 함은 연구논문의 투고 및 발표 등에서 행하여진 중복게재·표절·부당한 논문저자 표시행위 등을 말하며 그 용어의 정의는 다음 각호와 같다.

1. “중복게재”란 공표된 학술지 등에 이미 게재된 논문의 내용 중 상당 부분이 연세대학교 『연세 의료·과학기술과 법연구』 투고 논문의 핵심적인 내용과 중복되는 경우를 말한다.
2. “표절”이라 함은 타인의 아이디어, 연구내용·결과 등을 정당한 승인 또는 인용없이 도용하는 행위를 말한다.
3. “부당한 논문저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
4. 본인 또는 타인의 부정행위 혐의에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제

보자에게 위해를 가하는 행위

5. 기타 법학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위
- ② “제보자”라 함은 부정행위를 인지한 사실 또는 관련 증거를 해당 연구기관 또는 연구지원기관에 알린 자를 말한다.
- ③ “피조사자”라 함은 제보 또는 연구기관의 인지에 의하여 부정행위의 조사 대상이 된 자 또는 조사 수행 과정에서 부정행위에 가담한 것으로 추정되어 조사의 대상이 된 자를 말하며, 조사과정에서의 참고인이나 증인은 이에 포함되지 아니한다.

제4조 【연구윤리위원회】

- ① 연구윤리위반에 대한 심의·의결을 위하여 연구윤리위원회를 둔다.
- ② 연구윤리위원회는 연구윤리위원장을 포함한 5인으로 구성한다.
- ③ 연구윤리위원장은 본회의 연구윤리이사 중에서 원장이 선임한다.
- ④ 연구윤리위원은 운영위원회가 선임한다.

제5조 【연구윤리위원회의 회의, 심의·의결】

- ① 연구윤리위원장은 연구윤리위반행위에 해당한다는 제보에 의해 연구윤리위반의 의심이 있는 때 또는 학회 회원 10인 이상이 서면으로 연구윤리위반행위에 대한 심의를 요청한 때에는 연구윤리위원회 회의를 소집하여야 한다.
- ② 연구윤리위원회의 의결사항은 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 결정한다.
- ③ 심의와 의결의 공정을 기하기 어려운 사유가 있는 위원은 당해 심의와 의결에 관여할 수 없다.
- ④ 연구윤리위원회는 의결에 앞서 연구윤리위반대상자에게 소명의 기회를 부여하여야 한다.

제6조 【연구윤리위반에 대한 조치】

연구윤리위원회는 제2조의 연구윤리위반행위에 대하여 결정으로 다음 각 호의 조치를 취한다.

1. 투고원고를 『연세 의료·과학기술과 법연구』논문목록에서 삭제

2. 연구윤리위반자에 대하여 3년 이상 『연세 의료·과학기술과 법연구』에 논문투고 금지
3. 위반사항을 연세대학교 법학연구원 홈페이지에 1년간 공고
4. 한국학술진흥재단에 상세한 위반내용 통보

제7조 【연구윤리위원회 및 위원의 준수사항】

- ① 연구윤리위원회 및 위원은 제보자의 신원 등 연구윤리위원회의 직무와 관련하여 알게 된 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.
- ② 연구윤리위원회는 의료·과학기술과 법 회원의 연구윤리의식을 고취시키기 위한 교육 등을 지속적으로 시행하여야 한다.

제8조 【연구윤리확약서 제출】

투고자는 투고시 연구윤리확약서를 제출한 경우에 한하여 의료·과학기술과 법에 게재될 수 있다.

제9조 【규정의 개정】

이 규정은 윤리위원회의 의결에 의하여 개정한다.

부 칙

이 규정은 2009. 9. 1로부터 시행한다.

『연세 의료·과학기술과 법』 기고요령 (Yonsei Journal of Medical and Science Technology Law)

1. 기고자격 : 국내외 대학 전임교수·대학원생 및 법률분야 종사자

2. 기고요령

① 게재원고가 국문인 경우에는 국문요약과 외국어 요약 및 국문 핵심어 5개와 외국어 Key Words 5개를 첨부하여야 하고, 외국어로 되어 있을 경우에도 위와 동일하다.

② 제출기한 : 원칙적으로 매년 6월 30일, 12월 31일까지이나 신축적으로 운영

- ③ 제출서류: 1) 논문게재신청서 (의료·과학기술과 법 센터 양식)
2) 연구윤리확약서 (의료·과학기술과 법 센터 양식)
3) 논문사용권 위임동의서 (의료·과학기술과 법 센터 양식)
4) 원고파일
5) 심사용파일 (투고자를 알 수 없도록 편집된 것)

④ 보낼 곳 : 03722, 서울특별시 서대문구 연세로50

연세대학교 학술정보원 719호 법학연구원

<연세 의료·과학기술과 법 센터> 담당자 앞

Tel: 02) 2123-6015, E-mail: [mst_law@yonsei.ac.kr]

※ 자세한 내용은 법학연구원 홈페이지(<http://ils.yonsei.ac.kr>) 『연세 의료·과학기술과 법』 투고규정과 편집위원회규정 등을 참고하시기 바랍니다.

연세법현논총

YONSEI LEX SAPIENTIA LAW REVIEW

제2권 제1호

VOL. 2 NO.1

발행 : 2023년 8월 30일

인쇄 : 2023년 8월 31일

발행처 연세대학교 법학연구원

발행인 심 영

편집인 손인혁, 최난설현, 박지용

인쇄처 도서출판 관악사 (02) 877-1448

03722 서울특별시 서대문구 연세로 50, 연세대학교 법학연구원

Institute for Legal Studies

Yonsei University, 50 Yonsei-ro, Seodaemun-gu

Seoul, 03722, Korea

<http://ils.yonsei.ac.kr>

< 본 학술지에 게재된 논문의 내용은 연세대학교 법학연구원의 입장과 다를 수 있습니다. >