규제와 법정책

-
Korean
Regulatory
Law and Policy

제 6 호
(2018. 4)

오에스더 행정주체 및 행정기관 상호 간의 쟁송가능성과 그 형태

황선화 객관소송으로서 주민소송의 활용에 관한 법적 연구

신윤정 민간투자사업의 공공성 확보에 대한 법적 연구

박윤석 특허 강제실시권의 정당성에 관한 소고

송선미 상표법 제33조 제1항 제4호의 '현저한 지리적 명칭'에 대한 판단

정유선 저작권 침해에 대한 형사처벌 규정의 검토

최우령 중재산업과 지식재산분쟁 해결을 위한 ADR

주문석 · 주진석
기업결합 사건상 특허권의 문제와 특허권 남용의 경쟁법적 규율의 어려움 및 그 해결책으로서의 동의의결 적용의 활성화에 관한 연구

한재성 표준특허침해에 대한 손해배상

임동찬 · 정세용
일감몰아주기 규제에 대한 법경제학적 검토

이지영 · 장지윤
O2O 시장 내의 '애그리게이터(aggregator)'형 서비스의 문제점 분석 및 해결방안과 변화 방향성 연구

icr law center
규제법연구회
-
Research
Society for
Regulatory Law

규제와 법정책

제 6 호
(2018. 4)

규 제 법 연 구 회

【 목 차 】

〈논문〉

행정주체 및 행정기관 상호 간의 쟁송가능성과 그 형태 ····· 오 에스더 / 1

객관소송으로서 주민소송의 활용에 관한 법적 연구 ····· 황 선 화 / 29

민간투자사업의 공공성 확보에 대한 법적 연구
- 민간투자법상 감독·명령권 규정을 중심으로 - ····· 신 윤 정 / 79

특허 강제실시권의 정당성에 관한 소고 ····· 박 윤 석 / 121

상표법 제33조 제1항 제4호의 '현저한 지리적 명칭'에 대한 판단
- 대법원 2018. 2. 13. 선고 2017후1342 판결을 중심으로 - ····· 송 선 미 / 141

저작권 침해에 대한 형사처벌 규정의 검토 ····· 정 유 선 / 169

중재산업과 지식재산분쟁 해결을 위한 ADR ····· 최 우 령 / 197

기업결합 사건상 특허권의 문제와 특허권 남용의 경쟁법적 규율의 어려움
및 그 해결책으로서의 동의의결 적용의 활성화에 관한 연구
- Microsoft/노키아의 기업결합 제한규정 위반행위에 대한 건 관련
동의의결에 관한 건에 대한 분석을 중심으로 - ····· 주 문 석 · 주 진 석 / 227

표준특허침해에 대한 손해배상
- 특허위협과 실시료 과적의 방지를 중심으로 - ····· 한 재 성 / 279

일감몰아주기 규제에 대한 법경제학적 검토
- 상속 · 증여세의 한계와 공정거래법적 대안에 대한 제언-
····· 임 동 찬 · 정 세 용 / 333

O2O 시장 내의 ‘애그리게이터(aggregator)’형 서비스의 문제점 분석 및
해결방안과 변화 방향성 연구 ..... 이 지 영 · 장 지 윤 / 375

〈부록〉

『규제와 법정책』 논문투고 및 논문작성에 관한 규정 413
『규제와 법정책』 원고 작성방법 414

행정주체 및 행정기관 상호 간의 쟁송가능성과 그 형태

오 에스더

〈 국문초록 〉

과거 행정소송은 주로 국가가 국민을 상대로 고권적 행정작용을 하는 과정에서 발생하는 분쟁을 대상으로 하는 것으로 이해되어 왔다. 그러나 지방자치의 활성화, 독립행정기관의 증가, 행정부의 비대화 등으로 인하여 행정주체 간, 행정기관 간, 또는 행정주체와 행정기관 간의 분쟁이 증가하게 되었고, 이를 해결할 쟁송수단이 마련, 확대될 필요성이 대두되었다.

행정주체 및 행정기관 간의 여러 분쟁유형 중 일부 유형의 경우에는 현행법상의 항고소송, 권한쟁의심판, 기관소송 제도로 해결이 가능하다. 그러나 항고소송과 권한쟁의심판은 적법요건에 의한 제한이 있고, 기관소송은 법정주의로 인하여 실제 소송을 제기할 수 있는 경우가 극히 제한되어 있다. 위와 같은 제한으로 인하여 특히 문제되는 것은 권리능력 없는 행정기관이 소를 제기하고자 하는 경우이다. 이에 관하여 우리 대법원은 이른바 '경기도선관위 사건'에서 행정기관도 어떤 처분으로 받게 되는 불이익이 크고 다른 구제수단이 없는 등의 예외적인 경우에는 항고소송을 제기할 수 있다고 판시한 바 있다. 이는 분쟁해결의 필요성을 고려한 판결인 것으로 보이나, 장기적으로는 위와 같이 행정기관에게 항고소송에서의 당사자능력을 인정하는 것이 타당한지, 인정할 경우 그 근거 및 인정기준은 어떠한지, 아니면 기관소송법정주의 폐지 등 다른 방법이 모색되어야 하는지 생각하여 볼 필요가 있다. 더불어 항고소송이 비교적 널리 활용되고 있는 행정주체의 경우에도, 원고적격, 처분성, 소의 이익 등의 인정기준 등에 대한 검토를 요한다.

주제어 : 행정주체, 행정기관, 항고소송, 기관소송, 당사자능력, 원고적격, 처분성

〈 목 차 〉

Ⅰ. 서

Ⅱ. 행정주체 및 행정기관 상호 간 분쟁의 모습
1. 행정주체 상호 간의 분쟁
2. 행정기관 상호 간의 분쟁
3. 행정주체와 행정기관 간의 분쟁

Ⅲ. 현행법상의 쟁송수단에 의한 분쟁해결의 모습
1. 행정주체 상호 간의 분쟁
2. 행정기관 상호 간의 분쟁
3. 행정주체와 행정기관 간의 분쟁

Ⅳ. 항고소송을 통한 분쟁해결
1. 서
2. 행정주체의 경우
3. 행정기관의 경우

Ⅴ. 권한쟁송을 통한 분쟁해결
1. 서
2. 권한쟁의심판과 기관소송의 관계
3. 기관소송의 범위
4. 기관소송, 항고소송, 권한쟁의심판의 관할

Ⅵ. 결론

Ⅰ. 서

행정조직의 비대화, 지방자치제도의 활성화, 독립행정기관의 증가, 실질적 권력분립 실현에 대한 요구 증대 등으로 행정주체, 행정기관 간의 분쟁이 증가하고 있고, 이를 사법적으로 해결하여야 할 필요성도 커지고 있다. 이에 관한 현행법상 분쟁해결수단으로는 항고소송, 권한쟁의심판, 기관소송 제도를 생각해 볼 수 있다. 그러나 항고소송은 전통적으로 주관소송으로서 사인의 권리 침해에 대한 해결 수단으로 발전되어 왔고, 권한쟁의심판은 당사자가 헌법상 설치된 국가기관 등으로 한정되어 있으며, 기관소송은 법정주의로 인하여 활용될 수 있는 경우가 제한되어 있어 분쟁해결의 공백이 존재한다. 따라서 이 글에서는, 행정주체 및 행정기관 상호 간 분쟁유형을 나누어 보고, 현행 제도에 의한 분쟁해결의 가능성 및 그 한계 등에 관하여 살펴봄으로써 위와 같은 공백에 대한 해결방안을 모색해 보고자 한다.

Ⅱ. 행정주체 및 행정기관 상호 간 분쟁의 모습

1. 행정주체 상호 간의 분쟁

행정주체[1] 상호 간의 분쟁으로는 국가 대 지방자치단체(또는 그밖의 공공단체), 지방자치단체 대 지방자치단체의 분쟁이 있다.

2. 행정기관 상호 간의 분쟁

국가의 경우, 일반적인 경우에는 계서제에 의하여 통일적인 의사형성이 가능하므로 그 소속 행정기관[2] 간 분쟁이 발생할 여지가 적고, 발생하는 경우에도 상급기관의 감독권 행사 등에 의하여 해결이 가능하다. 따라서 주로 문제되는 것은 선거관리위원회, 방송통신위원회, 국가인권위원회, 공정거래위원회, 감사원 등과 같은 독립행정기관의 경우이다. 위 기관들의 경우에는 기관 구성 및 운영의 독립성으로 인하여 계서제에 의한 통일적 의사형성이 불가능하거나 곤란하여 기관 간 분쟁이 발생할 여지가 크다.

---

1) 행정법관계에서 행정권을 행사하고 그 법적 효과가 궁극적으로 귀속되는 당사자를 행정주체라고 한다. 가장 대표적인 행정주체로는 국가와 지방자치단체가 있고, 그밖에 공공조합(공법상의 사단법인), 영조물법인, 공재단(공법상의 재단), 공무수탁사인(공권력이 부여된 사인) 등도 제한된 범위 내에서 행정주체가 된다[김남진・김연태, 『행정법Ⅰ』 제19판, 법문사(2015), 91면].

2) 행정주체는 자신의 이름과 책임으로 그의 과제나 임무를 수행하기 위하여 기관을 설치하여 각 기관에게 특정범위의 행정사무를 관장할 권한을 부여하고, 그들 기관 상호 간의 관계를 법적으로 규율하는 형태를 취하게 되는데, 그 기관을 행정기관이라 한다. 행정기관은 권리・의무의 귀속주체가 아니라 그가 속한 행정주체를 위하여 법령에 의해 부여된 권한을 행사하는 기관일 뿐이며, 행정기관이 그 권한범위 내에서 한 행위의 법적 효과는 오직 행정주체에 귀속할 뿐이다[김용욱, "공공주체의 '권한'과 공공객체의 '권리' : 국가유기체설을 토대로 한 '기관'개념, 그리고 권한쟁의・기관소송・항고소송의 경계에서", 「공법학연구」 제17권 제2호, 한국비교공법학회(2016. 5), 166-167면]. 다만, 행정기관의 행위를 사실로서 관찰하여 보게 되면 행정기관의 구성원 내지 담당자로서의 '자연인'의 행위이므로, 자연인인 행위자를 형사처벌하거나 손해배상책임을 지우거나 기타 책임을 지우는 것은 가능하다. 즉, 행정기관 그 자체의 지위・성질과 행정기관의 담당자인 자연인의 지위는 구별하여야 한다[김남진・김연태, 『행정법Ⅱ』, 제19판, 법문사(2015), 10면].

지방자치단체의 경우에는 주로 지방자치단체장과 지방의회 간의 분쟁이 문제된다. 의회는 행정사무감사와 조사권 등에 의하여 단체장의 사무집행을 통제하고, 단체장은 재의요구권 행사 등으로 의회의 의결권 행사를 견제하므로 그 과정에서 권한 분쟁이 발생한다.

위 두 경우와 달리 서로 다른 행정주체에 속하는 행정기관 사이에 분쟁이 발생하는 경우도 있다. 예컨대, 국가와 지방자치단체(또는 광역자치단체와 기초자치단체)는 별개의 행정주체임에도 주무부장관이나 시・도지사가 지방자치단체의 장에게 자치사무에 대해서도 시정명령을 하거나 직접 취소・정지권을 행사하는 등 상호 밀접한 관련 하에서 직무를 수행하므로, 그 과정에서 권한 분쟁이 발생할 수 있다.

3. 행정주체와 행정기관 간의 분쟁

국가기관과 지방자치단체 간 권한쟁의가 발생한 경우나, 어떤 행정기관(행정청)이 행정주체를 상대로 처분을 발령하는 경우 등에는 행정주체와 행정기관 간에도 분쟁이 발생한다. 이에 해당하는 분쟁 유형 중에는 특히 뒤에서 살펴볼 노동위원회 사건[3]의 경우처럼 행정기관이 그가 속한 행정주체를 상대로 처분을 하는 경우도 있다.

---

3) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008두11495 판결(국방부 산하기관인 육군복지근무지원단이 사용자로서 근로자를 해고한 행위가 부당노동행위에 해당한다는 이유로 중앙노동위원회로부터 부당해고 구제재심판정을 받자 대한민국이 그 재심판정의 취소를 구한 사안)

Ⅲ. 현행법상의 쟁송수단에 의한 분쟁해결의 모습

1. 행정주체 상호 간의 분쟁

국가와 지방자치단체 간, 또는 지방자치단체 상호 간 분쟁의 경우에는 권한쟁의심판청구나 항고소송의 제기가 가능하다. 다만 항고소송을 제기하는 경우, 어떤 경우에 국가 또는 지방자치단체에게 법률상 이익, 처분성, 소의 이익 등의 적법요건이 구비되었다고 볼 것인지가 문제된다.

국가나 지방자치단체를 제외한 공공단체가 일방 또는 쌍방 당사자가 되는 분쟁의 경우에는 권한쟁의심판청구는 불가능하고, 항고소송만 제기할 수 있다.

2. 행정기관 상호 간의 분쟁

헌법에 의하여 설치된 국가기관 간의 분쟁에 대해서는 권한쟁의심판청구가 가능하다.

지방자치단체 내 기관 간 분쟁이 발생한 경우로서 지방자치법 등에 규정이 마련되어 있는 경우[4]에는 기관소송(구체적 소송의 종류 및 학설에 따라서는 '특수한 형태의 항고소송')을 제기할 수 있다.

위와 같은 두 가지 경우를 제외한 나머지 경우, 즉 법률에 의하여 설치된 국가기관 간의 분쟁, 동일 지방자치단체 내 기관 상호 간의 분쟁(지방자치법 등에 규정이 있는 경우는 제외), 상이한 지방자치단체의 기관 상호 간의 분쟁, 국가기관과 지방자치단체 기관 간의 분쟁의 경우에는, 당사자적격이 없으므로 권한쟁의심

---

4) 지방자치단체장이 지방의회의 재의결사항을 다투려는 경우(지방자치법 제107조 제3항, 제172조 제3항・제4항) / 교육감이 교육・학예에 관한 재의결사항을 다투려는 경우(지방교육자치에 관한 법률 제28조 제3항) / 주무부장관이나 시・도지사가 지방의회의 재의결사항에 대해 직접 다투려는 경우(지방자치법 제172조 제4항) / 지방자치단체장이 주무부장관이나 시・도지사의 시정명령・취소・정지에 대해 다투려는 경우(동법 제169조 제2항) / 지방자치단체장이 기관위임사무에 관한 주무부장관이나 시・도지사의 직무이행명령에 대해 다투려는 경우(동법 제170조 제3항).

판청구를 할 수 없고, 기관소송법정주의로 인하여 기관소송도 제기할 수 없다. 또한 당사자능력이 없어 항고소송도 제기할 수 없다고 보는 견해가 일반적이다.

따라서 위와 같은 경우 분쟁해결의 공백을 해결하기 위한 방안으로, ⒜ 행정기관에게도 항고소송에서의 당사자능력을 인정하는 등으로 항고소송으로 해결하려는 방안(대표적인 예로 후술하는 '경기도선관위사건')과, ⒝ 기관소송법정주의 폐지, 권한쟁의심판과 기관소송 간의 관할권 조정 등을 통하여 입법적 해결을 꾀하려는 방안 등이 논의되고 있다.

3. 행정주체와 행정기관 간의 분쟁

이 경우에는 '헌법상 설치된 국가기관과 지방자치단체 간의 권한쟁의'의 경우를 제외하고는 권한쟁의심판청구와 기관소송의 제기가 모두 불가능하다. 또한 행정주체는 항고소송을 제기할 수 있으나 행정기관은 그럴 수 없으므로, 항고소송으로 모든 분쟁을 해결할 수는 없는 경우에 해당한다. 따라서 이 경우에도 항고소송에서 행정기관의 당사자능력 인정, 기관소송법정주의 폐지 등을 통한 해결이 요구된다.

Ⅳ. 항고소송을 통한 분쟁해결

1. 서

전항에서 본 바와 같이 행정주체나 행정기관 상호 간의 분쟁은 그 분쟁당사자가 누구인지에 따라 분쟁해결의 가능성 및 방법에 차이가 있다. 특히 항고소송을 통한 분쟁해결의 경우, 행정주체의 경우에는 당사자능력이 있으므로 그 외의 소송요건들, 즉 법률상 이익, 처분성, 소의 이익 등이 문제되나, 행정기관의 경우에

는 다른 모든 소송요건 판단에 앞서 당사자능력 구비 여부가 가장 큰 문제가 된다. 따라서 이하에서는 행정주체와 행정기관의 경우를 나누어 항고소송을 통한 분쟁해결의 모습 및 그 한계에 대하여 살펴보고자 한다.

2. 행정주체의 경우

가. 법률상 이익 및 처분성

법률상 보호이익설에 의하면, '처분의 근거법규 내지 관련법규 등이 공익 뿐만 아니라 원고가 되려는 개인의 이익도 직접적・구체적으로 보호'하고 있는 경우에 원고적격(법률상 이익)이 인정되고,[5] 이는 실체법적으로는 '사익보호성'을 개념요소로 하는 개인적 공권의 개념과 맞닿아 있다. 또한 항고소송의 대상이 되는 처분이란 행정청이 구체적 사실에 관한 법집행으로서 행하는 공권력의 행사나 그 거부 및 그에 준하는 행정작용으로서, '국민의 법적 지위에 대한 직접적인 영향'이라는 표지가 충족되어야 한다.[6]

먼저, 행정주체가 사인과 마찬가지의 지위에 있다고 볼 수 있는 경우(예컨대 어떤 지방자치단체가 국유지를 무단점유하였다는 이유로 변상금부과처분을 받자 자신에게 정당한 점유권이 있다고 주장하면서 위 처분을 다투려는 경우처럼, 사인도 향유할 수 있는 이익의 침해 여부가 문제되는 사안[7])에는 특별한 문제없이

---

5) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2012두19496,19502 판결 등.

6) 하명호, 『행정쟁송법』 제2판, 박영사(2015), 170-171면.

7) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009두11560 판결. 그밖에도 ① 국가가 토지 소유자로서 오염토양정화조치명령을 받은 경우(서울고등법원 2008. 4. 3. 선고 2007누6924 판결), ② 국가가 사업시행자인 한국토지공사를 상대로 토지수용에 따른 보상금증액청구를 한 경우(서울고등법원 2006. 1. 20. 선고 2005누11113 판결), ③ 지방자치단체(서울특별시)가 그의 명의로 수입한 물건에 대한 관세 및 부가가치세 부과처분을 다투는 경우(대법원 2001. 1. 9. 선고 98두10165 판결), ④ 지방자치단체(서울특별시 강남구)가 공공기관의 정보공개에 관한 법률에 기해 다른 지방자치단체(서울특별시)가 보유하고 있는 정보의 공개를 청구하였으나 거부당하자 정보공개청구거부취소소송을 제기한 경우(서울고등법원 2002. 12. 5. 선고 2002누13 판결), ⑤ 관악구보건소장이 서울대학교 보건진료소에 대한 직권폐업처분을 하자, 서울대학교를 설립・경영하는 주체인 국가가 원고가 되어 위 처분의 무효확인을 구하는 항고소송을 제기한 경우(대법원 2010. 3. 11. 선고 2009두23129 판결) 등이 있다.

법률상 이익 및 처분성이 인정될 수 있을 것이다.

그런데 위 경우와 달리, 행정주체가 일견 처분의 상대방(또는 이해관계 있는 제3자)이 된 것처럼 보이면서도, 일반적인 사적인 이익과는 관련이 없이 공익 목적을 위하여 행사하는 권한을 침해당한 경우로서 사인과 마찬가지의 지위에 있다고 보기는 어려운 유형도 있다. 이러한 경우에는 법률상 이익과 처분성의 표지인 '개인의 이익', '사익보호성', '국민의 법적 지위' 등의 표지가 충족되지 않는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 이와 관련된 사안을 살펴본다.

【대법원 2001. 9. 19. 선고 2001두4177 판결(건축허가처분무효확인)】

□ 사안의 개요

파주시장이 구 군사시설보호법상 제한보호구역에 있는 임야에 관하여 관할부대장의 동의[8]를 얻어 건축주에 대하여 건축허가를 하였는데, 이후 관할부대장이 건축주로부터 뇌물을 받고 위 동의를 하였음이 밝혀졌다. 그러자 대한민국이 원고가 되어 "하자 있는 동의에 기한 건축허가처분은 무효이고, 무효인 건축허가처분으로 인해 국가안전보장에 심각한 위협을 받게 되었다"라고 주장하면서 파주시장을 상대로 위 건축허가처분의 무효확인을 구하는 소를 제기하였다.

□ 법원의 판단

제1심 및 항소심 법원은 '국가의 안전보장'을 법률상 이익으로 보아 원고적격을 인정하였고, 다만 처분의 하자가 중대·명백하지 않다고 보아 원고의 청구를 기각하였다.[9] 원고적격에 관한 항소심 판시 내용은 아래와 같다.

"…… 이러한 동의권 및 취소 요구권 등의 적절한 행사로 인하여 일차적으로 추구하고자 하는 바는 중요한 군사시설의 보호 및 군작전의 원활한 수행이라고 할 것이고, 이러한 중요한 군사시설의 보호 및 군작전의 원활한 수행을 통해 궁극적으로 보호하고자 하는 이익은 국가안전보장의 유지라고 할 것이므로, 결국 국방부장관 또는 관할부대장의 행정절차적인 권한인 동의권 및 취소 요구권 등이 적절히 행사되지 못하는 경우 결과적으로 침해받게 되는 실체적인 법익은 바로 국가의 안전보장이라고 할 것이다.

따라서 이 사건에서 원고가 관할부대장의 위와 같은 동의권의 행사에 하자가 있음을 내세워 이 사건 처분의 무효 확인을 소로써 구하는 것은 이 사건 처분으로 인하여 침해받게 되었다고 주장하는 법익인 국가의 안전보장을 보호하기 위한 것이므로(일반

적인 행정법규상 보호하고자 하는 공공의 이익이 추상적인 법익인데 반하여 이 사건에서와 같이 동의권 등에 의하여 보호하고자 하는 국가안전보장이라는 법익은 앞서 본 법령의 각 규정과 군사시설보호구역의 기능 등을 고려할 때 구체적이고도 직접적인 법익이라는 점에서 양자는 차이가 있다), 결국 원고에게는 이 사건 소를 제기할 법률상 이익, 즉 원고 적격이 있다고 할 것이어서 이 사건 소는 적법하다."

위 사건의 항소심 법원이 정당하게 판시하였듯이, 법률상 이익의 판단에서 중요한 것은 그 이익이 사적인 이익인지 여부가 아니라 처분의 근거법규 등이 '직접적・구체적으로 보호하려는 이익'인지 여부라고 보아야 하고, 법률상 이익이 반드시 일반사인들이 향유하는 사적 이익의 전형에 해당하여야 한다고 좁게 볼 필요는 없다고 생각된다. 단지 과거에는 그 이익의 귀속주체가 주로 사인이었고 국가나 지방자치단체 등이 행정객체의 지위에 놓이는 경우가 별로 없었기 때문에 '사익보호성'이라는 표지가 강조되어 왔던 것이고, 처분성 개념의 경우에도 위와 같은 맥락에서 '국민의 권리・의무'에 대한 직접적인 영향이라는 표지가 강조되어 왔던 것으로 생각된다.[10] 따라서 행정주체가 향유하는 이익이 전형적인 사적 이익에 해당하지 않는 경우라고 하더라도 다른 요건이 갖추어졌다면 항고소송의 제기가 가능하다고 봄이 타당하다.

---

8) 구 군사시설보호법
제10조(행정청의 허가사항에 관한 협의등)
관계행정기관의 장은 보호구역 안에서의 다음 각호의 1에 해당하는 사항에 관한 허가, 기타의 처분을 하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 국방부장관 또는 관할부대장등과 협의하여야 한다. 국가기관 또는 지방자치단체 기타 공공단체가 사업을 하고자 할 때에도 또한 같다. (단서 생략)

9) 서울행정법원 2000. 6. 2. 선고 99구24030 판결; 서울고등법원 2001. 4. 12. 선고 2000누8044 판결. 이에 원고가 상고하였으나 심리불속행 기각됨.

10) 같은 취지의 견해로는, 박현정, "국가와 지방자치단체의 항고소송에서의 원고적격 : 판례의 최근 경향을 중심으로", 「행정법연구」 제30호, 행정법이론실무학회(2011. 8), 191면 이하; 김상태, "국가의 항고소송상 원고적격 -국가와 지방자치단체의 관계에 있어서-", 「한양법학」 제21권 제1집, 한양법학회(2010. 2), 222면 이하; 김진하, "국가기관(장) 등이 항고소송을 제기하는 경우 실무상 쟁점 - 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결에 즈음하여", 「행정재판실무연구 Ⅴ」, 법원도서관(2016), 107면. 반면 '국가안전보장'에는 사익관련성이 없으므로 법률상 이익을 인정할 수 없다는 견해로는, 박영만, "협의절차의 하자와 국가 측의 항고소송", 「법률신문」, 2001. 9. 3.

나. 소의 이익

만약 행정주체가 그 행정주체에 속한 행정기관을 상대로 항고소송을 제기하려고 한다면, 과연 소의 이익이 있다고 볼 수 있을지 문제된다.

먼저, 행정주체가 그 소속 행정청을 상대로 항고소송을 제기하는 경우, 만약 소를 제기하지 않고도 행정주체 내부에서의 감독권한 행사 등을 통하여 판결을 받는 것과 동일한 결과를 얻을 수 있는 경우라면 그 소는 부적법하다고 보아야 할 것이다. 항고소송보다 쉬운 방법으로 목적을 달성할 수 있으므로 법원에 의한 본안판결을 구할 필요성이 있다고 보기 어렵기 때문이다. 이와 관련하여, 비록 소의 이익에 관하여 직접적으로 언급한 것은 아니지만, 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005두6935 판결(이하 '충북대학교 사건')도 위와 같은 취지로 판시한 바 있다. 이 사건은 충북대학교 총장이 축산연구소를 설치하기 위하여 연기군수에 대하여 국토이용계획 변경을 요구하자 연기군수가 거부한 것이 재량권을 일탈・남용한 처분이라는 이유로 대한민국이 그 취소를 구한 사안인데, 법원의 판결 없이도 행정 내부에서의 분쟁해결이 가능하다는 이유로 소가 부적법하다고 보았다.

> "건설교통부장관은 지방자치단체장이 기관위임사무인 국토이용계획사무를 처리함에 있어 의견이 다를 경우 행정협의조정위원회를 통해 의견불일치를 해소할 수 있고, 법원 판결을 받지 않고서도 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정이나 구 지방자치법상 지도·감독을 통하여 직접 지방자치단체장의 사무처리에 대해 시정명령을 발하고 그 사무처리를 취소 또는 정지할 수 있으며, 지방자치단체장에게 직무이행명령을 하고 이를 이행하지 아니할 때에는 직접 조치를 할 수도 있으므로, 국가가 지방자치단체장의 기관위임사무의 처리에 관하여 지방자치단체장을 상대로 취소소송을 제기하는 것은 허용되지 않는다."

반면, 행정주체가 소속 행정청을 상대로 항고소송을 제기한 경우라 하더라도, 그 행정청의 업무집행의 독립성 등으로 인하여 법원의 판결 없이는 그와 동일한 결과를 얻을 수 없는 경우라면 소제기가 허용되어야 할 것이다. 대법원도 국가가 중앙노동위원회위원장을 상대로 부당해고구제재심판정취소를 구한 노동위원회

사건(대법원 2008. 9. 11. 선고 2008두11495 판결)에서 소가 적법함을 전제로 본안판단에 나아갔다. 위 사건은 국방부 산하기관인 육군복지근무지원단이 사용자로서 근로자를 해고한 행위가 부당노동행위에 해당한다는 이유로 중앙노동위원회로부터 부당해고구제재심판정을 받자, 대한민국이 그 재심판정의 취소를 구한 사안이었다. 중앙노동위원회는 고용노동부장관 산하 기관이기는 하나 독립행정기관이고, 분쟁조정자의 지위에 있어 그 지위 및 업무의 성질상 국가조직 내부에서의 사전적·사후적 의견 조율이 불가능하다는 특수성이 있는바, 법원은 이러한 점을 고려하여 소의 적법성을 인정하였던 것으로 보인다.

다. 자기소송의 허용성의 문제

이당사자대립구조를 취하는 민사소송의 기본원리를 그대로 따르자면, 행정주체가 그 소속 행정청을 상대로 제기하는 소는 원・피고가 사실상 동일한 '자기소송'에 해당하게 되어 인정될 수 없을 것이다. 그러나 앞에서 보았듯이, 대법원은 충북대학교 사건에서 자기소송이기 때문에 허용될 수 없다는 취지가 아니라 행정부 내부에서의 통일적 의사형성이 가능하다는 실질적인 사유를 들어 소를 각하하였고, 노동위원회 사건에서는 소가 적법하게 제기되었음을 전제로 본안판단에 나아갔다.

또한 유사한 구조의 사안으로서, 국가가 공익사업 시행자로서 토지소유자와 사이에서 토지수용에 대한 협의를 하였으나 협의가 이루어지지 않은 경우 국가가 토지수용위원회 재결의 당사자가 될 수 있음이 실무상 당연한 것으로 받아들여지고 있다. 이는 토지수용위원회도 독립행정기관이자 분쟁조정자의 지위에 있고, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제1항도 사업시행자가 토지수용위원회 재결에 불복하여 행정소송을 제기할 수 있음을 명문으로 규정하고 있기 때문인 것으로 보인다.[11)]

생각건대, 항고소송에서는 민사소송에서와 같이 이당사자대립구조를 절대시할

---

11) 하명호, "국가가 사용자인 경우 노동위원회 구제절차에서 당사자 문제", 「저스티스」 제109호, 한국법학원(2009. 2), 267면.

이유는 없을 것이다. 민사소송에서는 어떠한 권리가 원고에게 귀속되는 것인지, 아니면 피고에게 귀속되는 것인지 문제되는 것이므로, 원・피고가 동일인이라면 그 자체로 그 소송은 무의미한 것이 된다. 그러나 항고소송에서는 원고와 피고 사이의 상대적 권리 귀속이 문제되는 것이 아니라 처분의 위법성 자체가 소송물이 되어 그 처분이 위법한지 아닌지에 대한 판단이 이루어지는 것이므로, 원고(행정주체)와 피고(행정청)을 사실상 동일인으로 보아야 하는 경우라도 판결이 무의미해지는 것은 아니다. 무용한 소송을 방지하려는 취지는 앞서 본 소의 이익에 대한 판단으로서 달성될 수 있을 것으로 보인다.

3. 행정기관의 경우

가. 당사자능력

1) 일반적인 판례의 입장

판례는 ① 로스쿨 정원 축소와 시정명령을 받은 강원대 총장이 교육과학기술부장관을 상대로 제기한 학생모집정지처분 및 시정명령에 대한 취소소송에서 국립대학 및 그 총장은 법인격이 없어 당사자능력이 없다고 하였고,[12] ② 사법인과 국립대학인 경북대학교가 공동으로 특허를 출원하여 거부되자 출원인들이 공동으로 이를 다툰 사안에서, 국립대학은 특허심판 및 소송에서 당사자능력이 없으므로 경북대학교를 대한민국으로 당사자표시정정을 하지 않는 한 부적법한 소라고 하는 등[13] 행정기관의 당사자능력을 부정하는 것이 일반적이다.

12) 서울행정법원 2012. 5. 17. 선고 2011구합32485 판결.
13) 대법원 1997. 9. 26. 선고 96후825 판결.

2) 행정기관의 당사자능력을 인정한 사안 - 경기도선관위 사건

가) 개요

경기도선관위가 자체징계위원회에 소속 공무원 甲에 대한 중징계의결을 요구하자, 국민권익위원회는 경기도선관위원장에게 '甲에 대한 징계요구의 취소 및 추가적인 신분상 불이익처분의 금지를 요구'(이하 '이 사건 조치요구')하였다. 그럼에도 경기도선관위위원장이 甲을 파면하자, 국민권익위원회는 경기도선관위원장이 신고자보호규정을 위반하였다는 이유로 과태료부과절차에 착수하였다(다만 종국적인 과태료부과처분까지는 나아가지 않았다). 그러자 경기도선관위원장은 국민권익위원회를 상대로 이 사건 조치요구의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

나) 제1심의 판단 : 각하[14)]

> "항고소송의 원고가 되기 위해서는 민사소송의 경우와 마찬가지로 당사자능력이 구비되어야 하므로, 자연인 및 법인은 물론 비법인사단이나 재단도 항고소송의 원고가 될 수 있으나 당사자능력이 없는 법인의 기관이나 행정청 등은 항고소송의 원고가 될 수 없다 할 것인데, 원고가 이 사건 소는 자연인이 아닌 경기도선관위의 대표자라는 기관의 지위에서 원고를 경기도선관위원장으로 특정하여 제기한 것임을 명확히 밝히고 있는 이 사건에서, 경기도선관위원장은 국가의 산하기관에 불과할 뿐 항고소송의 원고가 될 수 있는 당사자능력이 없으므로 이 사건 소는 부적법함을 면할 수 없다."

다) 항소심의 판단 : 제1심 판결 취소, 청구 인용[15)]

항소심은 행정기관에게도 예외적으로는 당사자능력이 인정될 수 있다고 판시한 후, 이 사건의 경우 원고가 입게 되는 불이익의 내용, 다른 구제수단의 존부 등을 고려할 때 당사자능력이 인정된다고 판단하였다.

---

14) 서울행정법원 2009. 11. 6. 선고 2008구합50506 판결.
15) 서울고등법원 2010. 12. 9. 선고 2009누38963 판결.

"사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하고(헌법 제101조 제1항), 법원은 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외한 일체의 법률상의 쟁송을 심판할 권한을 가지므로(법원조직법 제2조 제1항), 권리의무의 존부에 대하여 다툼이 있는 경우에는 그 권리의무의 주체는 최종적으로 법원의 심판을 받을 헌법상의 권리가 있고 법원도 그 심판청구를 받아들일 책무가 있다. 따라서 국가기관이 다른 국가기관에 대하여 한 조치라도 그것이 일반국민에 대한 행정처분 등과 동등하다고 평가할 수 있을 정도로 권리의무에 직접적이고 구체적인 영향을 미치고 그 조치의 위법성을 제거할 다른 법적 수단이 없는 경우에는, 국가기관의 지위에서 그 조치를 한 상대방 국가기관을 상대로 법원에 소를 제기하여 다툴 수 있는 당사자능력과 당사자적격이 있다고 봄이 상당하다.

다만 국가기관이 항고소송을 제기할 수 있다고 보기 위해서는 다른 국가기관이 행한 조치 및 그 조치에 불응한 경우에 부과될 수 있는 불이익처분의 근거법령과 그 내용, 침해되는 국가기관의 권리 침해 내지 불이익의 내용과 정도, 우월적 지위에서 고권적인 권한행사로 볼 수 있는지 여부, 정부조직 내에서 가능한 해결조정 수단이 행정조직법 기타 법령상 존재하는지 여부, 권한쟁의에 관한 심판, 기관소송 등 다른 권리구제 수단으로 분쟁을 해결할 수 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여야 한다."

"이 사건 처분의 상대방인 원고는 국가기관이지만, 그 처분의 내용과 효과가 단지 국가기관 또는 행정청 상호 간의 조직법상의 권한 행사에 그치지 않고, 처분의 상대방인 원고가 국가기관의 지위에서 어떤 행위를 하거나 하지 아니하는 것이 이 사건 처분에서 정한 조치요구를 이행하지 아니하는 작위 또는 부작위라고 인정이 되어 형사처벌 및 과태료의 제재까지도 받을 수 있는 이상, 이 사건 처분은 그 상대방이 국가기관이라는 차이 외에는 일반 국민의 권리의무에 직접·구체적으로 영향을 주는 통상의 행정처분과 다를 바 없다. 뿐만 아니라 이 사건 처분은 법률에 근거하여 설립된 행정부 소속의 국무총리 산하 기관이 헌법상의 독립기관인 중앙선관위 산하기관에 대하여 한 처분으로서 정부 조직 내에서 그 처분의 당부에 대한 심사·조정을 할 수 있는 다른 방도가 없다. 또한 국가기관으로서의 원고가 그 소속 직원에 대하여 가지는 징계권이 제한되고 나아가 형사처벌 등 중대한 권익의 침해가 초래될 수 있는 처분임에도 불구하고 그 취소를 구할 다른 법적 수단도 없다.

이와 같은 여러 요소들을 종합해 보면, 원고로서는 이 사건 처분을 한 피고를 상대로 그 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 위와 같은 권한의 제약과 법적 지위의 불안을 한꺼번에 해소할 수 있는 가장 유효·적절한 수단이라 할 것이다. 또한 법원으로서도 이를 받아들여 판단하는 것이 일체의 법률상의 쟁송에 대한 심판을 할 권한과 책임을 부여한 헌법의 명령에 부응하는 것이 된다고 할 것이다."

라) 대법원의 판단 : 상고 기각[16)]

> "…… 결국 앞서 본 바와 같이 국민권익위원회법이 원고에게 피고 위원회의 조치요구에 따라야 할 의무를 부담시키는 외에 별도로 그 의무를 이행하지 아니할 경우 과태료나 형사처벌의 제재까지 규정하고 있는데, 이와 같이 국가기관 일방의 조치요구에 불응한 상대방 국가기관에게 그와 같은 중대한 불이익을 직접적으로 규정한 다른 법령의 사례를 찾기 어려운 점, 그럼에도 원고가 피고 위원회의 조치요구를 다툴 별다른 방법이 없는 점 등에 비추어 보면, 피고 위원회의 이 사건 조치요구의 처분성이 인정되는 이 사건에서 이에 불복하고자 하는 원고로서는 이 사건 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단이라고 할 것이므로, 비록 원고가 국가기관에 불과하더라도 이 사건에서는 당사자능력 및 원고적격을 가진다고 봄이 상당하다."

3) 학설의 입장

다수 견해는 당사자능력에 관한 일반론, 기관소송법정주의 잠탈 우려 등을 이유로 행정기관의 당사자능력을 부정한다. 그러나 일부 견해들은 행정기관의 당사자능력이 인정되어야 하는 경우가 있다고 본다.

먼저, 국립대학의 당사자능력을 인정하여야 한다는 입장에서, ① 국립대학은 '비법인사단'으로서 당사자능력이 인정될 수 있다는 견해,[17)] ② 국립대학교는 대학의 자율권 및 학문의 자유와 관련하여 기본권의 주체가 되므로 그 생활영역과 관련하여 '부분적 권리능력을 갖는 영조물'이라고 하면서, 그 한도 내에서 국가의 조치에 대해 소송상 당사자능력을 지닐 수 있다는 견해,[18)] ③ 국립대학교는 국가기관, 국가의 영조물, 그리고 학문의 자유 및 대학의 자율권의 주체로서의 지위를 동시에 가지고 있는데, 이 세 가지의 지위를 통합하면 국립대학교는 헌법상 자치권을 보장받고 있는 '지역적 자치단체'로서의 지방자치단체에 상응하게 헌법상 학문의 자유와 대학의 자율권을 보장받고 있는 '기능적 자치단체'로서 당사자

---

16) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결.

17) 정훈, "공법소송에서 행정기관의 당사자능력과 원고적격에 관한 제언 : 국립대학을 중심으로", 「국가법연구」 제8집 제2호, 한국국가법학회(2012), 6면.

18) 김중권, "행정소송에서 대학의 당사자능력과 원고적격에 관한 소고", 「강원법학」 제36권, 강원대학교 비교법학연구소(2012. 6), 79면.

능력을 가질 수 있다는 견해,[19] ④ 동일한 불이익처분에 대하여 사립대학(학교법인)은 그 위법성을 다툴 수 있는 반면 국립대학은 다툴 수 없다고 보는 것은 평등의 원칙에 위배되고 대학의 자치를 침해하는 것으로서 부당하므로 국립대학에 대해서도 당사자능력을 인정하여야 한다는 견해[20] 등이 있다.

다음으로 대학 외의 행정기관에 대해서도 당사자능력 인정이 가능하다고 보는 견해로는, ① 행정일반의 이익과 구별되는 '기관의 자율성'이라는 고유한 이익을 인정할 수 있는 기관(예컨대 지방의회, 국립대학 등)의 경우에는 그 자율성의 범위 내에서 권리능력이 부여되어야 하며 소송상의 당사자능력도 인정되어야 한다는 견해,[21] ② 현행법상으로도 소송수행의 편의상 행정기관의 피고적격을 인정하고 있으므로 행정기관에 대하여 원고로서의 지위를 인정하는 것도 법정책적 결단으로 해결할 수 있는 문제이며, 기능이나 조직 및 구성원의 특성상 비교적 실질적인 독립성이 인정되는 기관에 대해서는 당사자능력과 원고적격을 인정하는 것이 바람직하다는 견해,[22] ③ 비록 행정기관이라 하더라도 분쟁해결의 필요성, 다른 권리구제수단의 존부 등을 고려하여 예외적으로 당사자능력을 인정할 수 있다는 견해[23] 등이 있다.

---

19) 朴正勳, "국립대학 법인화의 공법적 문제 -헌법상 실질적 법인격과 법률상 형식적 법인화의 갈등", 「서울대학교 법학」 제47권 제3호(2006), 434면.

20) 이철환, "항고소송에서 국가기관의 원고적격(대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결[불이익처분원상회복등요구처분취소])", 「법학논총」 제33집, 숭실대학교 법학연구소(2015. 1), 6면.

21) 朴貞勳, "항고소송에서 행정기관의 당사자능력과 원고적격", 「경희법학」 제49권 제3호, 경희대학교 법학연구소(2014), 435면. 즉, 이 견해에 의하면 상급행정기관이 지휘감독관계에서 감독권의 실현방법 또는 하급기관이 상급행정기관의 조치를 항고소송으로 다투거나, 원고(행정기관)와 피고(행정청)의 행위의 관계가 단지 행정의 공통된 목적을 위하여 각각 일정한 역할을 분담하는 관계의 소송은 순수한 행정조직내부의 문제로 행정의 일체성과 신속성・효율성의 법리가 적용되므로 항고소송을 인정할 여지가 없다. 그러나 자율적 규범에 따라 내부적으로 자율적 결정권이 보장되는 국・공립대학이나 지방의회 등의 경우에는 공행정에 인정되는 행정일반의 이익과 구별되는 기관의 자율성이라는 고유의 이익을 인정할 수 있고, 그 자율성에 관한 헌법적 근거(제31조 제4항, 제118조)에 비추어 당사자능력 인정이 가능하다고 한다.

22) 정훈, 앞의 논문, 12-13면.

23) 김진하, 앞의 논문, 117면; 이철환, 앞의 논문, 26면; 김주현, "국가기관이 다른 국가기관을 상대로 항고소송을 제기할 수 있는지 여부", 「재판과 판례」 제22집, 대구판례연구회(2013. 12), 151면.

4) 검토

행정기관의 당사자능력을 인정할 수 있다는 견해는 주로 세 가지 유형으로 나눌 수 있는 것으로 보인다. ① 제1유형은 경기도선관위 판결 및 그에 대해 찬동하는 견해들이 보이는 입장으로서, 구체적인 사안마다 관련 법령의 내용, 불이익의 정도, 다른 구제수단의 존부 등 제반 사정을 고려하여 항고소송을 통한 권리구제의 필요성이 큰 경우에는 당사자능력을 인정하여야 한다는 것이다. ② 제2유형은 국립대학 등 독립성・자율성 등이 보장되는 일정 범위의 행정기관에 대하여 (부분적) 권리능력 및 당사자능력을 인정하자는 견해이다. ③ 제3유형은 국립대학의 경우 법인 아닌 사단에 해당하는 것으로 보아 당사자능력을 인정하자는 견해이다.

살피건대, 제1유형의 경우, 당사자능력은 본질적으로 '개개의 사안마다' 결정될 수 있는 성질의 것이 아니고, 당사자능력 인정기준의 합리성과 일관성을 담보하기 어렵다는 점에서 문제가 있다고 생각된다.[24] 또한 이 견해는 결국 당사자능력과 당사자적격의 문제를 명확하게 구분하지 않거나, 사실상 당사자능력에 대한 판단 없이 이를 당사자적격 및 처분성에 대한 판단으로 갈음하는 것으로 보이기도 한다.

제2유형의 경우에도, 권리능력・당사자능력은 사안의 내용이나 성질에 관계없이 일반적으로 인정되는 자격임에도 위 견해에 의하면 사안에 따라 그 인정 여부가 달라질 수 있다는 점에서 어색한 면이 있고, 구체적인 사안에서 과연 어떤 요건과 기준 하에 권리능력・당사자능력을 인정할 만한 자율성, 독립성이 있다고 볼 것인지 문제될 수 있다.[25]

---

24) 예컨대 경기도선관위 사건의 경우, 예외적으로 행정기관의 당사자능력을 인정할 수 있다는 대전제는 인정한다고 하더라도, ① 경기도선관위원장이 속한 권리주체인 국가가 원고가 되어 직접 이 사건 조치요구에 대하여 다투거나, ② 경기도선관위원장이 위 조치요구에 따르지 않아 실제 과태료부과처분을 받게 된다면 그가 직접 자연인의 지위에서 과태료부과처분에 대한 취소소송을 제기하는 것이 가능하였으므로, 위 사안이 '예외적으로 행정기관에게 당사자능력을 인정했어야 할 불가피한 경우'임이 명백하다고 할 수 없어 보인다(김진하, 앞의 논문, 118-119면).

25) 예컨대, 국립대학은 '대학의 자율권에 관련된 영역에서는' 권리능력을 인정받아야 한다는 견해가 있다(김중권, 앞의 논문, 70면). 그런데 대학의 모든 활동, 특히 항고소송 제기 여부가 문제될 수 있는 각종 인・허가, 국가의 재정적 지원 등의 문제는 모두 직・간접적으

마지막으로 제3유형에 관하여 살펴본다. 국립대학의 경우, (a) 학문연구 및 고등교육의 담당이라는 일정한 목적 하에 이루어진 다수인의 결합체로서, (b) 그 구성원인 교원의 가입・탈퇴에 관계없이 유지・존속하며, (c) 학칙을 비롯하여 각종 운영규정, 재정・회계규정, 학사규정 등의 내부규약을 갖추고 있고, (d) 그 학칙 등에 근거하여 설치된 교수회와 평의원회 등의 의사결정기관에서 다수결의 원리에 따라 의사를 결정하며, (e) 그밖에도 업무를 집행하기 위한 각종 학사・행정조직이 구성・운영되고 있고, (f) 대외적으로 대학을 대표하는 기관으로서 총장을 두고 있으며, (g) 재정・회계규정 등을 통하여 예산의 편성 및 집행 등에 관한 사항을 정하고 있다.[26]

위와 같은 점을 종합하면 국립대학은 비법인사단으로 인정되기 위한 사단성을 충분히 갖추고 있다고 볼 수 있고, 판례를 통해 비법인사단으로 인정되고 있는 아파트입주자대표회의, 종중, 교회, 사찰 등의 경우와 비교하여 보더라도 그 단체성의 정도가 뒤떨어지지 않는 것으로 보인다. 또한 '국립대학법인 서울대학교 설립・운영에 관한 법률'상의 여러 규정과 법인 아닌 국립대학의 학칙 및 운영규정 등의 내용을 비교하여 보더라도, 재산의 소유에 관한 부분을 제외하고는 큰 차이가 보이지 않는다. 한편 헌법재판소는 국립대학을 "특정한 목적(대학교육)에 제공된 인적・물적 종합시설로서 공법상의 영조물"로 보고 있으나,[27] 영조물도 내부적으로 그 구성원이 조직화되는 등으로 사단으로서의 징표를 갖춘다면 영조물로서의 성격과 사단으로서의 성격을 동시에 갖는다고 못 볼 바 아니다.[28] 따라서 국립대학은 비법인사단으로 평가될 수 있으므로, 당사자능력에 관한 일반론에서

로 대학의 자율권 보장과 관련이 있고 다만 그 정도에 차이가 있을 뿐이라고 할 것이므로, 어느 범위까지 권리능력이 있다고 할 것인지 명확히 말하기 어려운 면이 있다. 결국 국립대학이 법적 분쟁상황에 놓이는 경우라면 어느 정도로든, 어떤 경로로든 항상 대학의 자율권과 관련이 있다고 보아야 하는 결과가 될 수 있다.

26) 이상의 내용은 강원대학교 홈페이지(http://home.kangwon.ac.kr)와 서울과학기술대학교 홈페이지(http://www.seoultech.ac.kr) 등에 소개된 학칙 및 기타 운영규정의 내용을 참고한 것이다.

27) 헌법재판소 1992. 10. 1. 선고 92헌마68, 76 결정. 또한 국립대학은 정부조직법 제4조에 의하여 설치되는 부속기관 중 '교육훈련기관'에 해당하는데, 부속기관은 종래 행정법이론상 영조물로 이해되어 왔다.

28) 이경운, "국・공립대학 운영체제의 개선과 자율성 확보", 「공법연구」 제28집 제4호 제2권, 한국공법학회(2000. 6), 6-7면; 정훈, 앞의 논문, 5면.

벗어나지 않고도 항고소송에서의 당사자능력이 인정될 수 있다고 생각된다.[29)]

나. 행정기관이 소를 제기한 경우의 처리 방안

이상에서 본 바와 같이 국립대학의 경우 예외가 인정될 수 있다는 점을 제외하고는, 현행법상 행정기관은 항고소송의 당사자능력이 없다고 보아야 한다. 하지만 위와 같이 본다고 하여 행정기관이 항고소송을 통하여 법원의 판단을 받게 될 방법이 전혀 없게 되는 것은 아니다. 그 행정기관이 속한 행정주체가 원고가 되어 소를 제기할 수 있고, 행정기관이 이미 소를 제기한 경우에도 그가 속한 행정주체로 당사자표시정정을 하여 본안판단을 받을 수 있다.

이때 다투고자 하는 처분이 행정기관을 처분의 상대방으로 표시하여 발령되었다고 하더라도, 그로 인한 법적 효과는 결국 그 행정기관이 속한 행정주체에게 귀속되는 것이므로 행정주체를 처분의 상대방으로 보는 데에 큰 문제는 없는 것으로 보인다. 이러한 취지에서 대법원도 "부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 한다. 그러므로 그 구제명령이 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우에는 사업주인 사용자에 대하여 행하여진 것으로 보아야 한다. 따라서 이에 대한 중앙노동위원회에의 재심 신청이나 그 재심판정 취소소송 역시 당사자능력이 있는 당해 사업주만이 원고적격자로서 소송을 제기할 수 있다."라고 판시한 바 있다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결). 따라서 앞서 본 경기도선관위 사건에서도, 행정주체인 대한민국에 대한 처분으로 보아 대한민국이 소를 제기하거나 대한민국으로 당사자표시정정을 하였다면, 당사자능력에 관한 예외를 인정하지 않고도 소의 적법성이 인정될 수 있었을 것으로 보인다.[30)]

---

29) 한편, 헌법재판소도 "헌법 제31조 제4항이 규정하는 교육의 자주성 및 대학의 자율성은 헌법 제22조 제1항이 보장하는 학문의 자유의 확실한 보장을 위해 꼭 필요한 것으로서 대학에 부여된 헌법상 기본권인 대학의 자율권이므로, 국립대학인 청구인도 이러한 대학의 자율권의 주체로서 헌법소원심판의 청구인능력이 인정된다"라고 하여 국립대학의 헌법소원심판 청구인능력을 인정하고 있다(헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2014헌마1149 결정).

30) 김진하, 앞의 논문, 118면. 한편, 위와 같이 행정주체에 대한 처분이 아니라 '기관담당자인 자연

다만 이는 현행법 및 판례의 태도상 위와 같은 방법이 가능하다는 것일 뿐, 위 방법이 가능하므로 행정기관의 쟁송가능성에 대한 논의가 무익하다는 것은 아니다. 비대해진 행정조직에서 발생하는 다종다양한 분쟁을 합리적이고 신속하게 해결하고, 행정기관의 독립성・자율성을 보장하기 위해서는 분쟁의 실질적 당사자인 행정기관이 직접 소를 제기하게 할 필요가 있기 때문이다.

Ⅴ. 권한쟁송을 통한 분쟁해결

1. 서

전항에서 본 바와 같이 행정기관의 경우 항고소송을 통한 분쟁해결에 한계가 있으므로, 결국 권한쟁송의 범위를 확대함으로써 입법적으로 문제를 해결하는 방안을 검토할 필요가 있다. 이때 입법적 해결방안을 마련함에 있어서는, 먼저 기관소송법정주의를 폐지하여 기관소송제도를 활성화할 것인지, 아니면 권한쟁의심판의 청구인적격을 확대하는 등으로 권한쟁의심판의 범위를 넓힐 것인지가 문제된다. 이는 권한쟁의심판과 기관소송의 관계를 어떻게 보느냐에 따라 달라지게 되므로 이에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 다음으로, 만약 기관소송을 활성화하는 방안을 택한다면, 기관소송의 범위를 어디까지 허용할 것인지가 문제되고, 그에 따라 기관소송과 항고소송, 권한쟁의심판과의 관할을 어떻게 정리할 것인지도 생각해볼 필요가 있다.

2. 권한쟁의심판과 기관소송의 관계

인'에 대한 처분으로 해석되어야 하는 경우도 있을 수 있다. 예컨대, 만약 경기도선관위 사건에서 국민권익위원회가 경기도선관위원장을 상대로 과태료부과처분까지 나아갔다면, 행정주체나 행정기관은 과태료 부과의 대상이 될 수 없으므로, 결국 경기도선관위원장이 자연인의 지위에서 과태료부과처분을 받은 것으로 해석될 가능성이 있다. 이 경우에는 기관담당자가 자연인의 지위에서 처분의 취소를 구하면 될 것이다.

기관소송과 권한쟁의심판의 관계에 대해서는 ① 기관소송과 권한쟁의심판을 구별하지 않고 동일한 것으로 보면서, 권한쟁의심판의 등장으로 인해 실질적으로 기관소송은 폐지되었다고 보는 견해(기관소송폐지론), ② 행정소송법 제3조 제4항 단서로 인해 '국가기관 상호 간'에는 기관소송이 불가능하고 '공공단체 기관 상호 간'에만 기관소송이 가능하게 되었으므로, 권한쟁의심판으로 인해 기관소송의 기능이 축소되었다고 보는 견해(기관소송기능축소론), ③ 기관소송과 권한쟁의심판의 관계는 양자의 제도적 취지를 고려하여 실질적으로 해석하여야 한다는 견해(기관소송기능확대론) 등이 있다. 기관소송기능확대론은 헌법적 권한분쟁에 관한 것은 권한쟁의심판의 대상으로, 행정법적 권한분쟁에 관한 것은 기관소송의 대상으로 이해하려는 입장이다.[31)]

생각건대, '헌법소송'에 속하는 권한쟁의심판의 제도적 목적은 국가기관이나 지방자치단체 등 상호 간 헌법적 권한과 의무의 범위와 내용에 관하여 다툼이 있는 경우 권력 간 견제와 균형을 유지시킴으로써 헌법의 규범적 효력을 수호하는 데에 있다. 반면 행정소송에 속하는 기관소송은 행정법적 권한분쟁의 해결을 목적으로 하는 점에서 양자의 역할이 엄연히 구분된다. 또한 헌법재판소는 그 본질상 헌법적 관점에서 정치적 문제를 해결하는 기관으로서, 인적, 물적 여건이나 심급구조 등을 고려하여 보면 일반적인 법적 분쟁을 담당하기에는 적절하지 않은 면이 있다. 예컨대 지방자치단체 상호 간 특정 공공시설 관리권한의 귀속에 관하여 분쟁이 발생한 경우처럼 행정적인 분쟁의 경우에도 헌법소송으로 다루는 것은 헌법재판 제도의 취지에 어울리지 않는 것으로 생각된다. 따라서 우리 헌법이 법원과 헌법재판소를 따로 두면서 법원에는 일반적인 사법권을 부여하고(헌법 제101조 제1항), 헌법재판소에는 헌법문제에 한정하여 구체적으로 특정된 몇몇 사항만을 담당하도록 한 취지를 고려하면(헌법 제111조 제1항), 기관소송의 기능확대론에 따라 헌법적인 권한분쟁은 권한쟁의심판의 대상으로, 행정법적 권

31) 김병기・김동균, "현행 기관소송제도에 관한 소고 -심사대상과 범위를 중심으로-", 「법학논문집」 제37집 제1호, 중앙대학교 법학연구원(2013), 258-259면.

한분쟁은 기관소송의 대상으로 삼는 것이 타당하다.[32)]

따라서 입법론적으로는 기관소송기능확대론에 따라[33)] ① 헌법재판소법 제61조 제2항 등을 개정하여 권한쟁의심판은 헌법적 권한분쟁에 관한 쟁송수단으로 한정하고, ② 권한쟁의심판에 대한 기관소송의 보충성을 규정한 행정소송법 제3조 제4호 단서를 삭제하며, ③ 행정기관들의 행정법적 권한분쟁을 해결하기 위한 제도로서 기관소송을 활성화하는 것이 필요하다.

3. 기관소송의 범위

기관소송법정주의를 폐지하고 기관소송을 활성화할 경우, 기관소송을 어느 범위까지 허용할 것인지 문제된다. 기관소송의 범위에 관하여는 ① 동일 행정주체 내의 기관 간에만 기관소송이 가능하다는 견해(한정설)와, ② 상이한 행정주체 및 그에 속하는 기관 간에도 가능하다는 견해(비한정설)가 있다.

다수의 학설은 한정설에 따르는데, 한정설에서는 ① 행정소송법 제3조 제4호의 '국가 또는 공공단체의 기관 상호 간'이라는 표현형식은 국가 내부의 기관 상호 간 또는 특정 공공단체 내부의 기관 상호 간의 소송을 의미하는 것이라는 점, ② 국가나 지방자치단체와 같이 별개의 법인격을 가진 공법상 법인 상호 간의 외부적인 법률관계는 국가기관과 일반 사인 간의 법률관계와 근본적인 차이가 없으므로 기관소송이 아니라 항고소송 등의 대상으로 삼아야 한다는 점, ③ 독일에서 기관소송은 '자기소송'의 관념에서 유래한 것으로서 동일한 법주체 내부의 기관 상호 간의 소송을 의미한다는 점 등의 논거를 제시한다.[34)]

---

32) 김상태, 앞의 논문, 168-169면.

33) 다만 이는 입법론적인 것이고, 현행법상으로는 헌법재판소법 제61조 제2항에서 헌법적 권한분쟁뿐만 아니라 행정법적 권한분쟁의 경우에도 권한쟁의심판의 대상으로 삼고 있어 양자의 관계를 기관소송기능확대론에 따라 이해하기는 어렵다. 또한 기관소송법정주의가 폐지되지 않은 현재의 상황에서 분쟁해결의 공백을 최소화하기 위해서는 권한쟁의심판의 범위를 가능한 한 넓게 해석할 필요가 있다.

34) 한견우, "기관소송의 기능에 관한 재검토와 기관소송의 절차", 「연세법학연구」 제3집(1995. 11), 870면; 김병기・김동균, 앞의 논문, 241면.

그러나 기관소송은 행정법적 권한분쟁이 발생하였음에도 불구하고 그들에게 공통의 상급기관이 없거나, 기관의 독립성이 보장되는 등의 사정으로 분쟁 해결이 불가능한 경우에 이를 사법적으로 해결하기 위해 필요한 제도이다. 따라서 위와 같은 취지를 고려하면, 다른 행정주체 또는 그에 속하는 기관 상호 간 권한다툼이 발생한 경우에는 기관소송을 인정하여야 할 필요성이 오히려 더 크다고도 할 수 있다. 또한 '국가 또는 공공단체의 기관 상호 간'이라는 행정소송법 제3조 제4호의 문언은 공공단체 중 가장 주된 지위를 차지하고 있다고 볼 수 있는 지방자치단체가 국가로부터 독립된 법인격을 인정받지 못하고 국가의 기관으로 인식되고 있었던 1984년에 마련된 것이고, 위 입법 당시와 달리 현재는 국가 외에도 행정주체가 다양화되었으므로, 변화된 현실에 맞게 수정해석 또는 개정되어야 할 필요가 있다.[35] 따라서 비한정설에 따라 상이한 행정주체(또는 그에 속한 기관)들 사이의 권한 분쟁도 기관소송의 대상이 될 수 있다고 봄이 타당하다. 이때 행정주체의 경우에는 이미 항고소송의 제기가 가능하므로 재차 기관소송의 범위에 포함시킬 실익이 없다고 볼 여지도 있으나, 앞으로 기관소송제도를 구체적으로 어떻게 설계하느냐에 따라서는(예컨대 객관소송적 성격을 강조하여 심리방식, 소송절차, 판결의 효력, 제소기한 등에 차이를 둘 수도 있을 것이다) 행정주체 간의 권한분쟁에 관하여 기관소송이 항고소송에 대하여 우선적 지위를 갖도록 하는 것이 더 바람직할 수 있다고 생각된다.

4. 기관소송, 항고소송, 권한쟁의심판의 관할

이상에서 본 바와 같이 기관소송과 권한쟁의심판의 관계가 재정립되고 기관소송이 활성화되는 것을 전제로 한다면, 기관소송, 항고소송, 권한쟁의심판의 관할은 일응 아래와 같이 정리될 수 있다.

첫째, 헌법적 권한분쟁은 권한쟁의심판이 대상이 된다. 둘째, 행정법적 권한분

35) 한견우, 앞의 논문, 871면; 안성경, "기관소송과 권한쟁의심판과의 관계 정립에 관한 연구", 「헌법학연구」 제14권 제3호, 한국헌법학회(2008. 9), 501면.

쟁은 적법요건 구비 여부에 따라 항고소송 또는 기관소송의 대상이 된다. 그런데 행정기관은 기관소송만 제기할 수 있지만, 행정주체는 항고소송과 기관소송이 둘 다 가능한 경우도 있을 수 있으므로, 이러한 경우 쟁송수단선택권을 부여할 것인지, 아니면 둘 중 어느 하나를 우선시할 것인지 문제될 수 있다. 앞서 언급하였듯이 기관소송이 행정법적 권한분쟁을 효과적으로 전담할 수 있도록 하는 특칙들을 적극적으로 마련하는 것을 전제로 한다면, 기관소송이 우선하도록 규정하는 방안이 고려될 수 있다고 생각한다. 이렇게 본다면, 행정주체가 변상금부과처분 등에 대해 사인과 마찬가지의 지위에서 다투려는 경우에는 현재와 동일하게 항고소송을 제기하면 될 것이나, 관할부대장 동의권 행사 사건과 같이 행정주체라는 특수한 지위에서의 권한 행사가 문제되는 경우는 기관소송의 대상이 될 것이다.[36)]

Ⅵ. 결론

지금까지 행정주체 및 행정기관 상호 간의 분쟁 유형, 항고소송을 통한 분쟁해결의 가능성 및 한계, 권한쟁송제도 정비를 통한 분쟁해결의 확대 필요성에 관하여 간략히 살펴보았다. 다만, 현실적인 실현가능성의 측면까지 함께 고려한다면, 이 글에서 살펴본 것처럼 기관소송제도를 활성화하는 것이 반드시 가장 타당한 방법이라고 할 수는 없을 것이다. 오히려, 이미 우리 행정소송제도가 오랫동안 항고소송을 중심으로 발전되어 온 점, 법률상 이익 및 처분성의 개념이 꾸준히 확대되고 있어 항고소송을 통한 분쟁해결의 범위가 점차 넓어지고 있는 점, 위와 같은 상황으로 인해 행정주체의 경우 항고소송을 통한 분쟁해결에 큰 무리가 없는 점 등을 고려한다면, 행정기관의 경우에도 항고소송을 통해 분쟁을 해결할 수

36) 이와 달리, 만약 2004년 대법원의 행정소송법 개정시안에서처럼 기관소송에서의 심리방식 등에 관한 특별한 규정 없이 “기관소송의 성질에 반하지 아니하는 한 일반 항고소송의 경우를 준용한다”와 같은 간단한 준용규정만 두게 된다면, 기관소송을 항고소송에 우선시킬 실익이 없게 되므로, 항고소송을 우선으로 하거나 쟁송수단선택권을 부여하더라도 무방할 것이다.

있도록 하는 것이 더욱 간명한 방법이 될 수도 있다. 다만 경기도선관위 사건의 경우처럼 법적 근거 없이 현실적인 필요성 등만을 이유로 행정기관에게 당사자능력을 인정하는 것은 당사자능력에 관한 일반론에 맞지 않으므로, 입법적으로 행정기관의 경우에도 일정한 요건 하에서는 항고소송을 제기할 수 있다는 등의 특칙을 마련할 필요가 있다고 본다. 결국 기관소송 법정주의를 폐지하든, 항고소송에 관한 특칙을 마련하든 입법적 해결이 필요한 때이다.

【참고문헌】

김남진・김연태, 『행정법Ⅰ』 제19판, 법문사, 2015.

김남진・김연태, 『행정법Ⅱ』 제19판, 법문사, 2015.

하명호, 『행정쟁송법』 제2판, 박영사, 2015.

김병기・김동균, “현행 기관소송제도에 관한 소고 -심사대상과 범위를 중심으로-”, 「법학논문집」 제37집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2013.

김상태, “국가의 항고소송상 원고적격 -국가와 지방자치단체의 관계에 있어서-”, 「한양법학」 제21권 제1집, 한양법학회, 2010. 2.

김용욱, “공공주체의 ‘권한’과 공공객체의 ‘권리’ : 국가유기체설을 토대로 한 ‘기관’개념, 그리고 권한쟁의・기관소송・항고소송의 경계에서”, 「공법학연구」 제17권 제2호, 한국비교공법학회, 2016. 5.

김주현, “국가기관이 다른 국가기관을 상대로 항고소송을 제기할 수 있는지 여부”, 「재판과 판례 제22집, 대구판례연구회, 2013. 12.

김중권, “행정소송에서 대학의 당사자능력과 원고적격에 관한 소고”, 「강원법학」 제36권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012. 6.

김진하, “국가기관(장) 등이 항고소송을 제기하는 경우 실무상 쟁점 - 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결에 즈음하여”, 「행정재판실무연구Ⅴ」, 법원도서관, 2016.

朴貞勳, “항고소송에서 행정기관의 당사자능력과 원고적격”, 「경희법학」 제49권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2014.

朴正勳, “국립대학 법인화의 공법적 문제 -헌법상 실질적 법인격과 법률상 형식적 법인화의 갈등”, 「서울대학교 법학」 제47권 제3호, 2006.

박현정, “국가와 지방자치단체의 항고소송에서의 원고적격 : 판례의 최근 경향을 중심으로”, 「행정법연구」 제30호, 행정법이론실무학회, 2011. 8.

안성경, “기관소송과 권한쟁의심판과의 관계 정립에 관한 연구”, 「헌법학연구」 제14권 제3호, 한국헌법학회, 2008. 9.

이경운, “국・공립대학 운영체제의 개선과 자율성 확보”, 「공법연구」 제28집 제4호 제2권, 한국공법학회, 2000. 6.

이철환, “항고소송에서 국가기관의 원고적격(대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결[불이익처분원상회복등요구처분취소])”, 「법학논총」 제33집, 숭실대학교 법학연구소, 2015. 1.

정 훈, “공법소송에서 행정기관의 당사자능력과 원고적격에 관한 제언 : 국립대학을 중심으로”, 「국가법연구」 제8집 제2호, 한국국가법학회, 2012.

하명호, “국가가 사용자인 경우 노동위원회 구제절차에서 당사자 문제”, 「저스티스」 제109호, 한국법학원, 2009. 2.

한견우, “기관소송의 기능에 관한 재검토와 기관소송의 절차”, 「연세법학연구」 제3집, 1995. 11.

객관소송으로서 주민소송의 활용에 관한 법적 연구*

황 선 화**

〈 국문초록 〉

우리나라 행정소송은 주관소송을 중심으로 하는 체계를 채택하고, 객관소송은 예외적으로 법률이 정하는 경우에만 인정하고 있다. 그런데 현대사회는 복잡다기하고 이에 따라 공익과 사익의 구분이 어렵고 다양한 이익이 집합하여 공익을 구성하는 경우도 많아졌으며, 행정의 양상도 매우 다양하게 나타나고 있다. 이에 따라 주관적 권리의 보호만을 매개로 행정의 적법성과 국민의 폭넓은 권리구제를 도모하는 것은 한계가 있다. 객관소송은 이러한 주관소송 중심의 구조의 한계에 있어 대안이 될 수 있다.

객관소송은 주관적 권리의 침해 여부와 관계없이 행정의 적법성을 통제하기 위해 제기하는 소송으로서 행정주체와 국민이 공정성이 담보되어 있는 공식적인 절차를 통해 소통할 수 있는 장으로 기능하며, 이를 통해 국민은 행정에 보다 적극적으로 참여할 수 있다. 객관소송의 이러한 기능이 충실히 수행된다면 사익으로 환원되지 못한 공익에 대한 타협이 이루어짐으로써 행정의 공익성을 담보할 수 있고, 이에 따라 기존에 보호받지 못했던 사익 또한 보호할 수 있게 된다. 더욱이 현대사회에서는 국가와 국민의 관계가 대등적·협력적 관계로 나아가고 있다는 점을 고려하면 이러한 객관소송의 기능의 중요성은 더욱 강조될 것이다.

우리나라에서 인정되고 있는 객관소송 중에서도 주민소송은 그 대상과 법원이 판단할 수 있는 범위가 비교적 넓어 객관소송의 기능을 가장 충실하게 수행할 수 있다. 현재 국내에서 주민소송은 활용되는 경우가 거의 없어 깊은 논의가 이루어질 계기가 적었다. 반면, 유사한 제도를 시행하고 있는 일본에서는 주민소송이 활발하게 제기되는 만큼 그에 대한 논의도 많이 이루어져있다. 특히 주민소송의 대상으로 규정되어 있지 않은 비재무회계행위에 대한 심사가 가능한지

---

* 이 글은 필자의 고려대학교 석사학위논문(2018년 2월)을 요약하여 재구성한 것이다.

** 고려대학교 법학석사

여부에 대하여 소위 위법성 승계론을 중심으로 이루어진 논의는 주민소송의 활용가능성을 높였다는 점에서 경청할 만하다. 우리나라 대법원도 일본의 위법성 승계론을 수용하여 주민소송의 범위를 넓혀 그 활성화의 기반을 마련하였으며, 최근 도로점용허가의 주민소송의 대상성을 인정한 점과 일부나마 지방자치단체의 공무원의 손해배상책임을 인정한 점 등 객관소송으로서의 주민소송 활용의 관점에 있어 유의미한 판시를 하였다.

지방분권과 주민의식이 높아짐에 따라 주민이 공익을 형성할 수 있는 길을 열어두는 것이 필요하다. 주민소송은 이러한 객관소송의 기능을 수행하기에 적합한 제도이므로 활성화할 수 있는 기반을 마련해야 한다. 우리나라는 주민소송의 이용이 활발하지 않아 활발히 논의할 수 있는 기회가 적었지만, 향후 주민소송을 활성화하여 그 경험을 토대로 실질적인 논의가 이루어져야 한다.

주제어 : 주민소송, 객관소송, 객관소송의 기능, 주민소송의 대상, 주민감사청구, 주민소송 활성화

〈 목 차 〉

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 주민소송의 의의 및 개관
Ⅲ. 주민소송의 유형
Ⅳ. 주민소송의 법적 쟁점과 활성화 방안
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

행정소송은 국민의 권리구제기능과 행정의 적법성 보장기능을 동시에 수행하고 있다. 우리나라의 행정소송법은 개인의 권리구제를 주된 기능으로 하는 주관소송 중심의 체계를 채택하고 있다. 즉, 행정소송을 통해 행정청의 행정행위를 다투기 위해서는 개인의 구체적인 권리에 대한 침해가 인정되어야 한다. 이렇듯 주관소송을 중심으로 하는 행정소송의 체계는 권력분립 상의 한계와 법원의 과

도한 부담 방지 등을 고려한 것이다. 권력분립의 원칙상 법원에 의해 행정에 대한 과도한 통제가 이루어지는 것은 바람직하지 않다는 점과, 소송요건을 권리·의무관계에 관한 것으로 한정하여 남소를 방지함으로써 법원의 과도한 부담을 방지할 필요성이 있다는 점에서 주관소송 중심의 구조는 타당하다. 그러나 현대 사회는 복잡다기하고 그에 따라 행정의 양상도 다양하게 나타나고 있으며, 국가와 국민의 관계가 권력적·수직적 관계에서 나아가 대등적·협력적 성격이 강조되고 있기도 하다. 국가의 행위가 국민에게 권리의 침해를 야기하고 이를 구제받기 위해 소송을 제기하는 것에서 나아가 행정에 대한 국민의 적극적인 참여와 감시가 중요해지고 있는 것이다. 이러한 상황의 변화에 따라 기존의 주관소송 중심의 행정소송 체계에도 변화를 고려해보는 것이 필요하다고 생각된다.

고려해볼 수 있는 변화 중 하나는 객관소송의 활성화이다. 주관소송과 대별되는 객관소송은 개인의 법률상의 이익과 관계없이 제기할 수 있는 것으로 현행 행정소송법 체계에서는 법 규정이 있는 경우에 한해 예외적으로 인정된다. 현재 우리나라 행정소송은 취소소송을 중심으로 이루어져 있고 취소소송은 주관소송이라고 하는 것이 일반적이다. 그러나 원칙은 어디까지나 개인의 주관적 권리구제를 중심으로 하는 것이므로, 행정이 비대해지고 행정에 의한 권리의 침해가 다양화하는 현대 사회에 적절하게 대응하기에는 한계가 있다. 이에 따라 법률상 이익을 확대하여 해석함으로써 폭넓은 권리구제를 도모하거나[1], 취소소송의 객관화 내지 취소소송의 객관소송으로서의 성질에 대한 논의가 이루어지기도 한다.[2] 그러나 사법의 본질은 법률상 쟁송을 다루는 데 있고, 법률상 쟁송의 내용인 권리·의무관계를 전제로 하는 이상 이러한 해석론만으로는 한계에 부딪힐 수밖에 없다. 따라서 현재 시행되고 있는 객관소송에 대한 검토로부터 논의를 시작하는 것이 바람직하다.

우리나라에서 인정되고 있는 객관소송은 기관소송과 민중소송이 있다. 기관소

1) 하명호, 행정쟁송법, 제3판, 박영사, 2017, 84면.
2) 강수경, 客觀訴訟의 법리 - 일본에서의 논의를 중심으로 -, 원광법학 제25권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2009, 342면 이하; 우리나라의 취소소송을 객관소송으로 파악할 수 있다는 견해로 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006, 141면, 393-394면.

송은 국가나 공공기관 간에 분쟁을 다루는 소송이고, 민중소송은 법률상의 이익 유무에 상관없이 국가나 공공기관에 대해 제기하는 소송으로서(행정소송법 제3조), 행정에 대한 국민의 적극적인 참여와 감시의 도모라는 취지에 적합한 것은 민중소송이라고 할 것이다. 현행법상 민중소송으로 선거에 관한 소송, 투표 등에 관한 소송, 주민소송의 3유형[3)]이 인정되고 있는데, 선거나 투표에 관한 소송은 선거에 한정되어 이에 대한 이의제기를 목적으로 하는 것이라는 점에서 본 논문에서 다루고자 하는 객관소송의 기능과는 다소 거리가 있다. 따라서 현행법상 인정되는 소송 중 국민의 적극적 참여를 통한 행정의 적법성 통제의 실현에 가장 가까운 것은 지방자치법에서 규정하고 있는 주민소송이라고 할 것이다.

2006년부터 시행되고 있는 주민소송은 시행된 후 현재까지(2017. 7. 31. 기준) 33건만이 제기되어 그 활용도는 매우 저조한 편이다. 그러나 주민소송은 법률상 이익에 상관없이 주민이 지방자치단체의 일정한 행위에 대해 다툴 수 있는 제도라는 점에서 앞서 제기한 주관소송 중심의 행정소송의 한계를 극복하는 데 큰 의의가 될 수 있다. 이하에서는 현재 실시되고 있는 주민소송제도에 대해 검토함으로써 객관소송의 활성화를 위한 토대를 제시하고자 한다.

Ⅱ. 주민소송의 의의 및 개관

1. 주민소송의 의의

가. 주민참여수단으로서의 주민소송

주민소송은 지방자치법 제17조에 규정되어 있는 제도로, 공금의 지출, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 지방자치단체를 당사자로 하는 계약의 체결·이행에 관한 사항, 공금의 부과·징수를 게을리 한 사항에 있어 지방자치단체의 위법한

3) 강수경, 우리 현행법상 민중소송제도, 원광법학 제30권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2014, 86면.

행위나 게을리 한 사실에 대하여 제기할 수 있다. 미국의 납세자소송(taxpayer's suit)을 모델로 하는 일본의 주민소송제도를 참고하여 도입한 것으로,[4] 일본과 매우 유사하게 규정되어 있다.

주민소송은 지방자치단체에 대한 지방재정을 적법하고 공정하게 관리함으로써 지방행정의 부패 방지와 지방자치제도의 정당성 확보, 나아가 주민의 신뢰를 강화하기 위한 제도로[5], 주민에 의해 지방지단체에 대한 감시·감독이 이루어진다는 점에서 주민참여수단임과 동시에 지방자치단체에 대한 통제수단으로서의 의의가 있다. 특히 주민소송은 지방분권 강화의 요구와 이에 따른 지방자치단체에 대한 통제 강화의 필요성을 적절하게 조화시킬 수 있다는 점에서 중요한 제도로 자리매김한다고 볼 것이다.

나. 객관소송으로서의 주민소송

(1) 객관소송의 의의

객관소송은 주관소송과 대비되는 개념이다. 즉 권리를 침해받은 자가 권리·이익의 구제를 목적으로 제기하는 소송인 주관소송과 달리, 객관소송은 법적용의 적법성 또는 공익의 실현을 목적으로 하는 소송이다.[6] 양자를 구분하는 가장 큰 차이점은 주관소송은 사인의 권리구제를 주된 목적으로 하므로 사인의 권리·이익에 대한 침해를 전제로 제기해야 하는 반면, 객관소송은 그렇지 않으므로 행정의 적법성 확보라는 목적을 위해 누구나 이를 제기할 수 있다는 점이라고 할 것이다. 주지하다시피 우리나라 행정소송의 체계는 주관소송을 원칙적인 모습으로 하고 이를 중심으로 규정되어 있으며 객관소송은 예외적인 경우에만 허용되는 형태를 취하고 있다.

그런데 주관소송은 공익을 사익으로 환원하여 이를 보호함으로써 행정주체의

---

4) 김태호 외 3인, 공익소송 제도의 현황과 개선방안, 대법원 사법정책연구원, 2017, 276면.
5) 김성호, 주민소송제 도입논의 배경과 그 필요성, 자치발전 제6호, 한국자치발전연구원, 2004, 16-17면.
6) 김남진·김연태, 행정법Ⅰ, 제21판, 법문사, 2017, 709면.

행위의 적법성을 담보하려는 것을 그 취지로 하고 있는 것으로 보이는데[7], 이러한 방법으로 공익을 보호하는 것에는 한계가 있다. 현대사회는 복잡다변하기 때문에 공익과 사익의 경계가 모호하며, 이러한 상황에서 주관소송을 중심으로 폭넓은 권리구제를 도모하기 위해서는 그 권리의 개념을 확장할 수밖에 없다. 그러나 이를 무제한적으로 확장한다면 결국에는 권리개념의 내포가 공허해진다는 폐해를 가져온다.[8] 객관소송은 주관소송에서 공익보호를 분리시켜 그 구성에 있어서의 혼란을 줄이고 보다 적극적인 공익의 보호를 가능하게 하며, 행정법관계에 있어서는 사익의 흡수되지 않는 공익의 존재를 인정함으로써 그 적정한 실현을 직접적인 목적으로 할 수 있다는 점에서[9] 중요한 제도로 인식될 필요가 있다.

현대사회에서 사인인 국민은 더 이상 행정주체의 결정에 소극적으로 순응하는 객체가 아니라 적극적으로 정책결정과정에 참여하고 협력하는 주체로 이해되고 있다. 그러므로 결국 공익은 다양한 이익이 타협한 결과로서 존재할 수 있으며,[10] 그 판단에 대한 문제를 법정에서 적극적으로 다툴 수 있도록 하는 것은 객관적인 제3자적 기관인 법원을 통해 공식적인 절차 하에서 복잡하고 다양한 이익을 실효적으로 타협할 수 있도록 하는 것이다. 객관소송은 이러한 기능을 효과적으로 수행할 수 있는 제도이므로, 이를 보다 활성화함으로써 국가와 국민이 공정성이 담보되어 있는 소송절차를 통해 이성적인 논의를 주고받으면서[11] 국민의 행정에 대한 참여를 제고하고, 무엇이 공익인지에 대한 합의를 형성하는 과정이 가능하도록 하는 것이 필요하다고 생각된다.

(2) 객관소송으로서의 주민소송의 의의

주민소송은 항고소송과 달리 법률상 이익에 관계없이, 즉 개인의 권리의 침해 여부와 상관없이 지방자치단체의 재정운영의 공정과 주민 전체의 이익을 위해

---

7) 山岸敬子, 客観訴訟の法理, 勁草書房, 2004, 43頁.
8) 山岸敬子, 앞의 책, 44頁.
9) 山岸敬子, 앞의 책, 44頁.
10) 山岸敬子, 앞의 책, 45頁.
11) 山岸敬子, 앞의 책, 45頁.

제기할 수 있다. 따라서 주민소송은 민중소송의 일종으로서, 지방자치단체의 재무회계상의 행위의 적법성 및 공익의 실현을 그 목적으로 하고 있으므로 객관소송의 성질을 가진다고 볼 수 있다.

주관소송을 중심으로 이를 원칙적인 소송형태로 하고 있는 우리나라 행정소송체계 하에서 객관소송인 주민소송은 예외적으로 법률로써 인정되고 있는 제도이다. 현행법상 인정되고 있는 객관소송, 특히 민중소송에는 주민소송 외에도 선거소송(공직선거법 제222조), 당선소송(공직선거법 제223조), 국민투표무효의 소송(국민투표법 제92조), 주민투표무효의 소송(주민투표법 제25조) 등이 있다. 다른 민중소송은 선거나 투표 등 특정한 사안에 대해서만 제기할 수 있는 반면, 주민소송은 지방자치단체의 재무회계행위라는 비교적 포괄적인 행정행위에 대하여 다툴 수 있으므로 행정의 적법성 확보와 공익의 실현이라는 목적을 달성하는 데 가장 실효적으로 작용할 수 있는 제도라고 생각된다. 이러한 점에서 주민소송은 우리나라에서 인정되고 있는 객관소송 중 가장 중요한 비중을 차지한다고 할 수 있고, 여기에서 주민소송의 객관소송으로서의 의의를 찾을 수 있을 것이다.

2. 주민소송제도 개관

가. 주민감사청구제도

주민감사청구제도는 지방자치단체와 그 장의 권한에 속하는 사무의 처리가 위법하거나 공익을 현저히 해치는 경우, 주무부장관 또는 시·도지사에게 일정 수 이상의 주민의 연서로 그에 대한 감사를 청구하는 제도이다(지방자치법 제16조). 우리나라 지방자치법은 주민감사청구를 적법하게 거친 주민이 주민소송을 제기할 수 있도록 규정하여(동법 제17조 제1항) 주민감사청구전치주의를 채택하고 있다. 따라서 적법한 감사청구를 거치지 않은 경우 주민소송은 부적법하여 각하된다. 다만, 감사기관에서 적법한 주민감사청구임에도 부적법하다는 이유로 각하한 경우에는 적법한 주민감사청구를 거친 것으로 본다.[12] 유사한 제도를 채택하고 있는 일본에서는 주민감사청구기간을 도과한 감사청구를 거쳐서 제기된 주민

소송은 부적법하여 각하한 판결례가 있다.[13)]

나. 주민소송의 당사자

(1) 주민소송의 원고

주민소송은 객관소송으로서 이를 제기할 수 있는 자격은 필연적으로 부여되는 것이 아니라 입법정책적으로 결정되는 것이다. 지방자치법 제17조 제1항은 주민소송의 원고적격으로 주민감사청구를 거친 주민이라고 규정하고 있다. 주민감사청구는 일정 수 이상의 주민의 연서로 이루어지는데, 연서한 주민이라면 1인이라도 주민소송을 제기할 수 있다. 주민감사청구는 19세 이상의 주민이 할 수 있으므로 주민소송의 원고는 19세 이상의 주민이어야 하고, 따라서 법인에게는 원고적격이 없다.

그런데 주민감사청구의 결과나 그에 따른 조치가 적절하지 못하고 이를 시정할 필요가 있음에도 불구하고 연서한 주민이 주민소송을 제기하지 않는 경우, 연서하지 않은 주민은 이에 불복하고 싶어도 원고적격이 없어 이를 다투지 못하게 된다는 점에서 주민에 의한 통제를 통하여 지방재정의 적정성을 확보한다는 주민소송의 목적 내지 취지를 고려하면 결과적으로 부당하다는 지적이 있을 수 있다. 이러한 규정방식은 원고적격이 남소 가능성 등을 고려하여 입법정책적으로 결정되는 객관소송의 특성상 부득이한 것으로 보인다. 다만, 주민소송의 취지를 보다 충실하게 실현할 수 있도록 이러한 부당함을 조금이라도 해소하기 위해 입법적인 해결방안을 모색할 수는 있다고 생각한다. 주민감사청구가 있었던 사안에 대하여 아무런 제한 없이 모든 주민이 주민소송을 제기하도록 하는 것은 남소의 가능성이 농후하므로 적절하지 못하고, 주민감사청구의 결과나 그에 따른 조치 등의 하자가 현저하고 상당한 기간 내에 연서한 주민이 주민소송을 제기하지 않는 경우 등으로 한정하여 제한적으로 인정하는 것이 바람직할 것이다.

---

12) 서울고등법원 2009. 7. 7. 선고 2008누35943 판결.
13) 東京地判 平成25年 9月 11日, 判例タイムズ 1418号, 206頁.

(2) 주민소송의 피고

우리나라 지방자치법은 '해당 지방자치단체의 장'에게 주민소송의 피고적격을 부여하고 있으며, 해당 사항의 사무 처리에 관한 권한을 소속 기관의 장에게 위임한 경우에는 '그 소속 기관의 장'이 피고가 된다고 하고 있다(지방자치법 제17조 제1항). 일본의 주민소송제도의 경우 명확하게 어떤 주체를 상대로 주민소송을 제기할 수 있는지에 대한 언급이 없어(일본 지방자치법 제242조의2 제1항) 누가 피고인지를 둘러싸고 논의의 여지가 있다는 점과 대조된다. 즉, 일본은 각 호의 청구에 대한 규정에서 1호 소송은 "당해 집행기과 내지 직원에 대한 당해 행위의 전부 또는 일부의 금지 청구", 2호 소송은 "행정처분인 당해 행위의 취소 내지 무효 확인의 청구", 3호 소송은 "당해 집행기관 또는 직원에 대한 게을리한 사실의 위법확인의 청구", 4호 소송은 "손해배상 또는 부당이득 반환의 청구를 할 것을 당해 보통지방공공단체의 집행기관 또는 직원에 대해 구하는 청구"라고 하고 있어 각호 소송마다 피고가 달라질 수 있다.

반면, 우리나라 지방자치법이 일본과 달리 소속 직원 등을 직접 피고로 하지 않고 원칙적으로 1호 소송부터 4호 소송까지 공통적으로 '당해 지방자치단체의 장'으로 규정한 것은, 소속 직원의 행위에 대하여 개인에게 주민소송을 수행해야 하는 부담을 지우지 않도록 하고, 당해 지방자치단체의 장이 그 지방자치단체의 업무를 관리하는 자이므로 그 업무에 대해 잘 알고 있고 정보의 수집이 용이한 지방자치단체장을 피고로 하도록 하여 책임행정을 구현하고 소송수행을 보다 유리하게 하고자 하기 위함이라고 볼 수 있다.[14] 또한 주민의 입장에서 보면 공통적으로 지방자치단체의 장을 피고로 하도록 명시되어 있어 피고의 특정이 용이하다는 것도 장점이라고 볼 수 있다.

다만, 각호 소송 내지 당해 행위의 특성을 무시하고 일률적으로 지방자치단체의 장을 피고로 하여 문제가 되는 행위를 직접적으로 한 공무원 개인은 소송의 부담을 가지지 않도록 하는 것이 책임행정 구현을 위해 타당한 것인지에 대해서는 의문이 있다. 재무회계행위를 직접적으로 행할 권한을 가지고 이에 기해 위법

14) 김용찬 외 2인, 주민소송, 박영사, 2005, 141-142면.

하게 당해 행위를 한 공무원도 주민소송의 피고가 될 수 있도록 하는 것이 책임의식을 제고하는 데에 보다 효과적일 수 있기 때문이다. 이는 구체적인 사례를 분석하여 보다 효율적이고 접근이 쉬운 방식을 모색해야 할 것인데, 후술하는 바와 같이 우리나라에서는 주민소송이 많이 이루어지고 있지 않아 어려움이 있다.

다. 주민소송의 대상

(1) 의의

주민소송의 대상은 재무회계행위로, 지방자치법은 “공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 해당 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 계약이나 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수를 게을리한 사항”에 대하여 주민소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다(지방자치법 제17조 제1항). 이를 통해 주민소송의 목적은 지방행정의 전반에 걸쳐 그 적법성을 확보함에 있는 것이 아니라, 지방자치단체의 재정운영의 적정성을 확보함에 있다는 점을 알 수 있다. 주민소송에 의해 통제할 수 있는 지방행정의 범위를 재무회계상의 행위로 한정한 것은, 연역적으로 본래 일본에서 주민소송이 미국의 납세자 소송에서 유래하여 주민이 납부한 세금의 운용에 대한 적정성을 확보하기 위한 것으로 발전하였다는 점에서 그 이유를 찾을 수 있다.[15)]

(2) 유형

1) 공금의 지출

공금이란 지방자치단체가 관리하는 현금·유가증권을 말하며, 지출은 광의의 의미로 지방회계법상의 지출원인행위(제29조), 지급명령(제32조, 제33조) 및 지출을 포함하는 것으로 해석된다.

---

15) 김용찬 외 2인, 앞의 책, 156면.

지출원인행위는 지방자치단체의 지출 원인이 계약 등을 말하는 것으로 각종 계약의 체결·이행과 같은 사법상의 행위, 보조금 교부 결정과 같은 공법적 행위, 급여퇴직수당 등의 퇴직결정, 지방자치단체의 불법행위에 기한 손해배상금의 지출을 결정하는 행위를 포함한다.[16] 지급명령은 행정조직 내부의 행위로, 현금의 지급에 갈음하여 해당 지방자치단체의 금고에 대하여 발하는 지출의 명령이다. 지출은 지방자치단체에 대해 금전채권을 가지는 자에게 현금 교부 등의 수단을 통해 지불하는 행위로 비권력적 행위에 속한다.

2) 재산의 취득·관리·처분

재산이란 현금 외의 모든 재산적 가치가 있는 물건과 권리를 말한다(지방자치법 제142조). 재산의 취득이란 지방자치단체에 대한 재산 취득의 효과를 발생시키는 것을 목적으로 하는 지방자치단체의 기관이나 공무원의 행위를 말한다. 관리·처분이란 지방자치단체의 재산에 대하여 그 재산가치의 유지·보전 또는 실현을 직접 목적으로 하는 기관이나 공무원의 행위를 말한다.[17]

3) 계약의 체결·이행

주민소송은 지방자치단체의 재무회계행위를 그 대상으로 하므로, 계약도 재무회계상의 목적으로 이루어진 것만 이에 해당한다. 따라서 공해방지협정, 환경보전협정, 지역개발협정과 같이 일반 행정의 측면에서 이루어진 계약은 주민소송으로 다툴 수 없다고 해석된다.[18]

4) 공금의 부과·징수의 해태

공금은 법령상 당해 지방자치단체의 관리에 속하는 현금·유가증권을 의미하고, 부과·징수는 지방자치단체가 공권력의 행사로서 일방적으로 특정인에 대하여 구

16) 김용찬 외 2인, 앞의 책, 158면.
17) 함인선, 주민소송 : 이론과 사례, 제2판, 전남대학교 출판부, 2012, 100면.
18) 함인선, 앞의 책, 106면.

체적인 금전납부의무를 발생시켜 이것을 권력적인 수단으로 집행하는 것을 말한다.[19] 게을리 하는 것은 세금의 부과를 해태하거나 체납자에 대하여 어떠한 조치도 취하지 않는 것을 말하는 것이다. 이를 대상으로 하여 주민소송을 제기하면 일종의 부작위를 다투는 것이 된다.

(3) 주민소송의 대상에 관한 판례 검토

1) 도로점용허가

도로점용허가가 주민소송의 대상 중 하나인 재산의 취득·관리·처분에 해당되는지가 문제된 사안에서 대법원은 " 주민소송은 원칙적으로 지방자치단체의 재무회계에 관한 사항의 처리를 직접 목적으로 하는 행위에 대하여 제기할 수 있고, 지방자치법 제17조 제1항 에서 주민소송의 대상으로 규정한 '재산의 취득·관리·처분에 관한 사항'에 해당하는지도 그 기준에 의하여 판단하여야 한다." 라고 하면서, "특히 도로 등 공물이나 공공용물을 특정 사인이 배타적으로 사용하도록 하는 허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우에는 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당한다."[20] 라고 하여 그 대상성을 인정하였다.

이 판결은 종래 항고소송으로 다투기 곤란했던 도로점용허가 등 일정한 공물관리행위에 대한 사법심사의 가능성을 확장했다는 점에서 의의를 가진다.[21]

2) 이행강제금의 부과·징수

주민소송의 대상인 공금의 부과·징수에 이행강제금의 부과·징수가 포함되는지에 대하여 판례는 이행강제금의 부과 및 징수를 게을리 한 행위도 주민소송의 대상이 될 수 있다는 입장이다.[22] 즉, 대법원은 "이행강제금은 지방자치단체의 재

---

19) 김용찬 외 2인, 앞의 책, 173면.
20) 대법원 2016. 5. 27. 선고 2014두8490 판결.
21) 최계영, 주민소송의 대상과 도로점용허가 – 대법원 2016. 5. 27. 선고 2014두8490판결 -, 최신판례분석 제65권 제9호, 법조협회, 2016, 442면.

정수입을 구성하는 재원 중 하나로서 '지방세외수입금의 징수 등에 관한 법률'에서 이행강제금의 효율적인 징수 등에 필요한 사항을 특별히 규정하는 등 그 부과·징수를 재무회계 관점에서도 규율하고 있으므로, 이행강제금의 부과·징수를 게을리 한 행위는 주민소송의 대상이 되는 공금의 부과·징수를 게을리 한 사항에 해당한다." 라고 판시하였다.

이행강제금은 행정상의 강제집행 중 하나로서 행정법상의 작위의무 또는 부작위의무를 이행하지 않는 경우 의무자에게 심리적 압박을 주어 장래에 향하여 그 의무의 이행을 확보하려는 간접적 강제수단으로서,[23] 지방자치단체의 재정의 건전성을 확보하고자 하는 주민소송의 목적과 이질적인 면이 있다고 볼 수 있다. 즉, 지방재정의 수요를 충족하기 위한 제도인 주민소송의 대상에 행정의 강제수단으로서의 이행강제금의 부과·징수가 포함될 수 있는지에 대해서 의문이 제기될 수 있다.

위 대법원 판결은 이행강제금도 지방재원의 하나이므로 이에 대한 부과 및 징수를 해태하는 것 또한 지방의 재정과 관련된 행위이며, 이를 다투는 것은 지방의 재정 확보에 기여한다는 점에 초점을 맞춘 것으로 보인다. 이는 지방재정의 공정한 관리를 도모한다는 주민소송제도의 목적을 보다 실효적으로 달성하기 위한다는 현실적인 면에서는 타당할 수 있다. 그렇지만 이행강제금은 금전의 교부의무를 부담시킨다는 점에서 지방의 재정과 관련이 있다고 하더라도 그 본질은 일정한 의무를 이행하도록 강제하는 행정상의 강제집행 수단이므로, 재무회계행위를 대상으로 하는 주민소송과는 거리가 있다.

다만, 이미 부과가 이루어진 이행강제금의 징수를 해태한 경우에는 부과로써 의무자에게 이를 납부할 채무가 발생한 것이므로, 이에 따라 징수하는 것은 채권을 실현하는 행위의 일환으로 생각될 수 있다. 그렇다면 이를 징수하지 않은 행위를 다투는 것은 지방자치단체의 재정을 확보한다는 주민소송의 목적 내지 그 대상의 성질과 크게 어긋나지 않는다고 할 것이다. 따라서 이미 부과된 이행강제

22) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013두16746 판결.
23) 대법원 2015. 6. 24. 선고 2011두2170 판결.

금의 징수를 게을리 한 사실은 주민소송으로 다툴 수 있다고 생각된다.

Ⅲ. 주민소송의 유형

주민소송은 지방자치법 제17조 제2항 각호에 그 유형이 규정되어 있다. 각각의 유형의 소송의 명칭은 일본의 영향을 받아 1호 소송 등의 이름으로 불리고 있다. 한 문헌에서는 이에 대하여 '손해발생행위의 중지청구소송, 행정처분의 취소 등 소송, 해태사실의 위법확인소송, 손해배상 등 요구소송'으로 언급하기도 하였는데[24], 이하에서는 대부분의 문헌에서 사용하고 있는 명칭에 따라 1호 소송 등의 이름으로 서술하기로 한다.

1. 1호 소송

가. 의의

1호 소송은 "해당 행위를 계속하면 회복하기 곤란한 손해를 발생시킬 우려가 있는 경우 그 행위의 전부나 일부를 중지할 것을 요구하는 소송"이다. 이는 우리나라 행정소송법상에 존재하지 않는 유형의 금지청구의 일종이다. 1호 소송은 행위를 중지시킬 수 있도록 하는 것으로서 충분히 그 기능을 수행할 수 있게 된다면 손해는 발생하지 않아 4호 소송 등이 문제되지도 않으므로, 1호 소송의 자리매김을 어떻게 하는지에 따라 주민소송제도 전체에 있어 큰 영향을 미친다고 볼 수 있다.[25] 즉, 위법한 재무회계행위로 인해 지방자치단체에게 손해가 발생하기 전에 이를 예방할 수 있다는 점에서 주민소송 중에서도 가장 실효적인 수단일 수

24) 조성규, 지방자치단체의 책임성 제고수단으로서 주민소송제도의 의의와 한계, 지방자치법연구 제7권 제4호, 한국지방자치법학회, 2007, 18-19면.
25) 小幡純子, 住民訴訟における一号請求の重要性, 法律のひろば 55巻 8号, ぎょうせい, 2002, 22頁.

있다.

나. 법적 성질

1호 소송은 위법한 재무회계행위를 사전에 중지할 것을 요구하는 소송으로서 일반적인 행정소송법에서 논의되는 예방적 금지소송과 유사한 면이 있다. 예방적 금지소송은 "장래 행정청이 일정한 처분을 할 것이 명백한 경우 그 처분을 하지 않을 것을 구하는 내용의 소송"으로서, 일종의 소극적 형태의 의무이행소송이라고 할 수 있다.[26] 양자 모두 손해가 발생하기 전에 당해 행위를 중지할 것을 청구하여 손해를 사전에 예방하는 것을 목적으로 한다. 그런데 예방적 금지소송은 장래에 처분이 이루어질 것이 명백한 경우' 제기하는 소송으로서 손해를 발생시킬 것이 예상되는 행위가 이루어지기 전에 이에 대한 금지를 청구하여 권리구제를 도모하는 제도인데, 1호 소송은 지방자치법이 '해당 행위를 계속하면'이라고 규정하고 있어 예방적 금지소송과 같이 행위가 이루어지기 전에도 이를 제기할 수 있는지가 문제된다.

생각건대, 지방자치법이 해당 행위를 '할 경우'가 아닌 '계속하면'이라고 규정하고 있으므로 행위가 이루어지기 전에도 이를 제기할 수 있다고 해석하는 것은 무리가 있다. 일본의 경우와 비교하여 보더라도 일본은 1호 소송에 대하여 "당해 집행기관 내지 직원에 대한 당해 행위의 전부 또는 일부의 금지의 청구"(일본 지방자치법 제242조의2 제1항 제1호) 라고 규정하고 있어 우리나라와 다른 형태임을 알 수 있다. 그러므로 정책적 측면에서 타당한지 여부는 별론으로 하고, 현행 법상으로는 지방자치단체의 일정한 행위가 이루어지기 전에 1호 소송으로써 그 중지를 청구할 수는 없다고 생각된다.

다. 청구범위

일본에서는 1호 소송의 청구범위에 대하여 부작위의 급부를 청구하는 것에 한정된다는 견해와,[27] 지방공공단체의 기관이나 직원의 위법한 행위의 전부 또는

26) 김남진·김연태, 앞의 책, 777면.

일부가 현실로 이루어지지 않도록 하기 위해 필요한 조치를 강구할 것을 명하는 일종의 급부판결의 청구도 포함된다고 보는 견해[28]로 나뉜다. 생각건대, 우리나라 지방자치법이 “중지”를 요구하는 소송으로 규정하고 있으므로 필요한 조치를 하도록 작위적인 급부를 요구하는 것까지 포함하여 해석하는 것은 명문에 반하는 해석이라고 할 것이다. 또한 재량적인 공법상의 행위에 이러한 특정의 작위의무를 인정하는 것은 소송상 법원의 권한에 속하는 것이라고 볼 수 없다.[29] 따라서 부작위의 급부에 한정하는 것이 타당하다.

라. 요건

(1) 해당 행위가 완료되지 않았을 것

1호 소송은 행위의 전부나 일부를 중지할 것을 요구하는 소송이므로, 해당 행위가 완료되면 다른 유형의 소송으로써 다투어야 하고 1호 소송은 제기할 수 없다고 볼 것이다. 따라서 이 요건을 결하면 소의 이익이 없는 것으로서 부적법하여 각하된다. 일본의 판례도 이를 소의 이익으로써 판단한 바 있다.[30]

(2) 회복하기 곤란한 손해를 발생시킬 우려가 있을 것

당해 행위를 계속할 경우 지방자치단체에 회복하기 곤란한 손해를 발생시킬 우려가 있어야 한다. 이는 사후적으로 회복하는 것이 곤란한 재산적 손해를 입을 우려가 있는 경우를 의미한다.[31]

이와 관련하여 사후적으로 손해배상청구나 부당이득반환청구로써 손해의 회복이 가능한 경우 이 요건을 충족하는 것으로 볼 것인지 문제된다. 이 경우 금전배상이 가능하다면 원칙적으로 회복이 곤란한 손해에 해당하지 않지만, 금액이 고

---

27) 大和勇美, 住民訴訟の諸問題, 實務民事訴訟講座 9 行政訴訟Ⅱ·労働訴訟, 日本評論社, 1971, 50頁.
28) 成田頼明, 住民訴訟(納税者訴訟), 行政法講座 第3巻 行政救済, 1965, 220頁.
29) 大和勇美, 앞의 글, 50頁.
30) 東京地判 昭和45年 1月 19日, 昭和44(行ウ)54.
31) 김용찬 외 2인, 앞의 책, 183면.

액인 경우에는 손해배상청구 등의 상대가 부담할 수 있는 능력을 초과할 여지가 있으므로 인정될 수 있다는 견해가 있다.[32] 반면, 사전적 중지와 손해배상청구 등은 재무회계상의 손실의 회복이라는 면에서 동일하다고 할 수 없으며, 위법상태가 잔존하기 때문에 금전배상만으로는 회복하기 어려운 손해가 있을 수 있다는 점 등과 주민의 참여를 통한 지방행정의 적법성 확보라는 주민소송의 목적을 고려하여 회복이 곤란한 손해에 해당한다고 볼 수 없다는 견해도 있다.[33]

생각건대 1호 소송이 다른 소송과 비교했을 때 부작위를 요구하여 손해를 예방하는 기능을 수행하는 데 의의가 있다는 점을 고려하면, 손해배상청구 등을 통해 사후적으로 손해를 회복할 수 있다고 하더라도 사전적 예방과 사후적 회복은 다른 개념이기 때문에 가능하면 예방할 수 있도록 길을 열어두는 것이 바람직할 수 있다. 다만, 주민소송은 객관소송으로서 남소의 우려라는 문제를 항상 안고 있다는 점을 고려하면 법문으로 “회복하기 곤란한 손해”라고 규정한 만큼 엄격하게 해석할 여지도 있다. 그러나 현실적으로 주민소송이 활성화되지 못하고 있는 현실과, 그 중에서도 1호 소송이 차지하는 비중이 적은 점을 고려하면 “회복하기 곤란한 손해” 보다는, 1호 소송으로써 달성되는 예방적 기능에 중점을 두고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다.

(3) 해당 행위를 중지할 경우 생명이나 신체에 중대한 위해나 그 밖에 공공복리를 현저하게 저해할 우려가 없을 것

재무회계행위 뿐 아니라 모든 행정행위는 다수의 국민의 권익에 큰 영향을 미치기 때문에 안정성을 확보하여 이에 대한 신뢰를 보호해야 한다. 따라서 당해 행위가 위법하더라도 그 효력을 쉽게 부인할 수 있다면 행정의 안전성을 해하게 되어 오히려 공익에 반하게 될 수 있다. 이 요건은 이러한 취지를 반영한 것으로서, 지방자치단체의 재무회계상의 행위를 중지시킴으로써 주민의 중대한 권리·이익이 침해되는 경우를 방지하여 공공복리를 보호하기 위한 것이다.

---

32) 김용찬 외 2인, 앞의 책, 183면.
33) 함인선, 앞의 책, 150면.

이 요건은 1호 소송에 특유하게 요구되는 것으로(지방자치법 제17조 제3항), 이러한 경우에 해당하면 소를 제기할 수 없다고 규정되어 있어 소송요건이라고 해석된다. 다만 모든 공공복리가 이에 해당하는 것은 아니고, 법 규정에서 "생명이나 신체에 중대한 위해"를 예로 들어 한정적인 표현을 사용하고 있으므로 이와 같은 정도의 중대한 이익이 침해될 우려가 있는 경우에만 소의 제기가 불가능한 것으로 해석된다.[34]

2. 2호 소송

가. 의의

2호 소송은 "행정처분인 해당 행위의 취소 또는 변경을 요구하거나 그 행위의 효력 유무 또는 존재 여부의 확인을 요구하는 소송"으로서, 행정소송법 제4조의 항고소송 중 취소소송, 무효등 확인소송과 동일하게 규정되어 있다.[35] 일본의 지방자치법도 2호 소송에 관해서는 "행정처분인 당해 행위의 취소 또는 무효 확인의 청구" 라고 규정하고 있어 우리나라와 같은 구조로 이루어져 있음을 알 수 있다. 이는'해당 행위'의 대다수는 공금의 지출, 계약의 체결·이행 등으로 사법적 행위이지만, 행정재산의 목적 외 사용이나 보조금의 교부 결정과 같이 행정처분적 성질을 가지는 행위도 있다는 점을 고려하여 규정된 것이라고 한다.[36]

나. 법적 성질

2호 소송은 '행정처분인 해당 행위'를 대상으로 하고 있어 항고소송과 유사한 성격을 가진다고 볼 수 있다.[37] 이에 대하여 일본에서는 2호 소송이 규정상 항고

---

34) 成田頼明, 住民監査請求·住民訴訟制度の見直しについて (下), 自治研究 77卷 6号, 良書普及會, 2001, 12頁.

35) 행정소송법 제4조는 취소소송은 "행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 소송", 무효등 확인소송은 "행정청의 처분등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송"이라고 규정하고 있다.

36) 佐藤英善, 住民訴訟の請求, 最新地方自治法講座4 住民訴訟, ぎょうせい, 2002, 206頁.

37) 関 哲夫, 住民訴訟論, 勁草書房, 1997, 180-181頁.

소송의 성격을 가지는 인상을 주긴 하지만, 기관소송적인 성격을 가지는 것이라는 견해가 제시되기도 한다.[38] 이에 의하면 항고소송은 처분의 상대방이 처분의 효력을 다투는 반면, 2호 소송에서의 원고인 주민은 처분의 상대방의 입장이 아니라 역으로 지방자치단체를 위해서 지방자치단체의 통할자의 입장으로서 소송에 임하는 것이므로 양자는 성질이 전혀 다른 것이라고 한다. 당해 행위를 한 집행기관이 당해 행위의 위법을 인식한 경우 스스로 이를 취소·시정해야 하지만, 그렇지 않고 있는 경우 감사청구에 의해 이를 촉구하고 그럼에도 불구하고 시정하지 않은 결과 2호 소송에 이르게 된 것이므로 원고인 주민의 법적 지위를 지방자치단체의 집행기관과 마찬가지로 볼 수 있다는 것이다.[39]

우리나라 현행법상 기관소송은 "국가 또는 공공단체의 기관상호간에 있어서의" 다툼에 대한 소송으로서(행정소송법 제3조 제4호), 국가기관 간의 권한에 관한 분쟁을 해결하기 위한 소송이라고 할 것이다. 반면, 주민소송은 지방자치단체에 대한 사법적 통제를 통해 주민 전체의 이익인 공익을 보호하기 위한 소송이다. 즉, 주민소송의 원고는 주민 전체의 이익을 위한 기술적인 당사자 지위에 있는 것으로서 이에 관한 소송에 권한에 관한 다툼과 유사하다고 보기는 어렵다. 그러므로 2호 소송이 기관소송적 성격을 가지는 것이라고 단정적으로 말할 수는 없다. 다만, 이 견해는 항고소송과는 다른 주민소송의 특성을 파악하여 이에 맞게 2호 소송의 성격을 해석한 것으로서, 항고소송과 구별되는 2호 소송의 특유한 성질에 대한 논의의 초석이 된다는 점에서 의의가 있다고 생각된다.

다. 행정처분의 개념

2호 소송의 대상은 "행정처분인 해당 행위"이다. 여기서 '해당 행위'란 주민소송의 대상인 재무회계행위이다. 그런데 2호 소송의 대상으로서의 '행정처분'이 행정소송법상 '처분'과 동일한 개념인지가 문제된다. 우리나라에서는 이와 관련된 논의가 없지만, 일본에서는 주민소송의 대상으로 되는 행위 중에는 처분성을 가

38) 大和勇美, 앞의 글, 51頁.
39) 佐藤英善, 앞의 글, 211頁.

지는 경우가 드물고, 가령 보조금의 교부행위와 같이 경계선에 있는 행위가 많기 때문에 이를 어떻게 다룰 것인지에 대한 문제로서 논의가 이루어지고 있다. 이하에서는 일본의 논의를 검토하여 2호 소송의 대상인 행정처분을 어떻게 해석해야 할지에 대하여 살펴보도록 한다.

(1) 동일하다는 견해

2호 소송에서의 행정처분과 행정소송법상 항고소송에서의 처분은 동일한 개념이라고 보는 견해로, 일본의 통설이다.[40] 처분 중에서도 재무회계행위만이 그 대상이 되는 것은 당연하다. 지방자치법은 주민소송에 대하여 동법 외에 행정소송법을 따르도록 하고 있으므로(지방자치법 제17조 제17항), 주민소송이 객관소송임에 비추어 적용될 수 없는 규정, 가령 원고적격에 관한 규정 등을 제외하고는 행정소송법의 규정이 적용된다. 따라서 2호 소송에 있어서도 취소소송이나 무효확인소송에 관한 규정이 적용될 것이므로 양자는 동일하다고 한다.

일본의 판례에서도 같은 입장으로 판시한 것을 찾아볼 수 있다. 시장이 청소년단체에 보조금을 교부하기로 한 결정을 2호 소송으로 다툰 사안에서 동경지방재판소는, “지방자치단체가 사인에 대하여 보조금을 교부하는 관계는 지방자치단체가 그 우월적 지위에 기초하여 공권력을 발동하여 사인의 권리·자유를 제한하고 이에 의무를 부과하는 것이 아닌, 본래 자금의 교부를 받았다고 하는 사인의 신청에 대한 승낙이라는 성격을 가진 비권력적인 것이므로 그 관계에 있어서는 원칙적으로 지방자치법 제242조의2 제1항 제2호에 규정된 행정처분은 존재하지 않는 것”이라고 하여 각하한 바 있다.[41] 그러면서도 “법령 등이 특히 보조금의 교부결정에 처분성을 부여한 것이라고 인정되는 경우”에는 2호 소송에서의 행정처분으로 볼 수 있다고 하였다. 그러한 경우의 예로는 ①법령 등이 일정한 정책적 목적을 위해 일정한 자에게 보조금의 교부를 받을 권리를 부여함과 동시에, 보조

40) 白井皓喜, 取消し·無效確認請求(2号請求)の対象, 民商法雜誌 93卷 2号, 有斐閣, 1985, 241頁 이하; 三好 達, 住民訴訟の題問題, 新実務民事訴訟法 9 行政訴訟Ⅰ, 日本評論社, 1983, 331頁.

41) 東京地判 昭和63年 9月 16日, 判例タイムズ 698号, 209頁.

금의 교부 신청 내지 이에 대한 교부결정이라는 절차에 의해 행정청에 신청인의 권리의 존부를 판단하도록 한 경우, ②보조금의 교부를 받을 권리를 부여하는 취지의 규정이 존재하지 않더라도 법령 등이 보조금의 교부 신청에 대하여 행정청이 교부결정을 한다는 절차를 정하여 위 결정에 대한 불복신청절차를 두고 있는 경우를 제시하였다. 즉, 원칙적으로 2호 소송에서의 '행정처분'인지 여부를 일반적인 처분성을 기준으로 판단하고, 법령 등에 처분적 성격을 부여하는 것으로 볼 수 있는 규정을 두고 있는 경우에 이를 '행정처분'으로 볼 수 있다는 입장이다.

(2) 동일하지 않다는 견해

2호 소송에서의 '행정처분'은 항고소송의 '처분'과 다르다는 견해이다. 이 견해에 의하면 공권력 행사의 실질을 가지지 않는 형식적 행정처분도 2호 소송으로 다툴 수 있다고 본다. 그리고 여기에는 근거법규 중에서 행정처분적 성질을 부여하는 특단의 법적규제가 있어 실정법규가 형식적 행정처분을 인정한 경우인 '실정법상의 형식적 행정처분'과, 법령이나 조례에 의해 행정처분적 성질을 명시적으로 부여되지 않았더라도 내부규칙·지침 등에 의해 법령과 유사한 기준을 정하여 운용하고 있는 경우인 '이론상의 형식적 행정처분'이 모두 포함된다고 한다.[42] 그 근거는 다음과 같다.[43]

첫째, 당사자관계가 다르다는 점이다. 항고소송에서의 처분은 처분청과 처분의 상대방을 당사자로 하는 개념인 반면, 2호 소송에서의 당사자는 처분과 직접적인 이해관계가 없는 자로서 항고소송에서 상정하고 있는 당사자와는 다른 제3자인 주민이므로 양자는 달리 봐야 한다고 한다.

둘째, 항고소송에서의 처분개념은 항고소송이 배타적으로 관할하는 대상을 한정하기 위한 개념이므로, 직접 국민의 권리의무를 형성하거나 그 범위를 한정한다는 요소가 필수적으로 포함되어야 하지만, 객관소송으로서 제도의 취지를 달리하는 2호 소송에서의 대상을 배타적으로 관할하도록 할 필요는 없다.

---

42) 佐藤英善, 앞의 글, 212-213頁.
43) 佐藤英善, 앞의 글, 211-212頁.

(3) 소결

지방자치법은 주민소송에 대하여 행정소송법을 준용하도록 하고 있고, 주민소송도 행정소송의 하나인 점에 비추어 이에 대한 규정도 행정소송법 체계에 맞게 해석해야 할 것이다. 또한 법 규정을 해석하는 방식에는 여러 가지가 있을 수 있지만, 아직 우리나라에서 이에 대해 다뤄진 적이 없어 이를 해석하는 법리가 형성되지 않았기 때문에 문언에 충실하게 해석할 수밖에 없다고 생각한다. 따라서 2호 소송의 대상으로 규정되어 있는 '행정처분'은 행정소송법상 항고소송의 대상인 '처분'과 동일한 의미라고 볼 것이며, 이와 달리 범위를 더 확장하여 해석하는 것은 문언에 반하는 것이라고 생각된다.

다만, 정책적으로 객관소송인 주민소송의 대상에 '처분'개념을 그대로 원용한 것에는 의문이 있다. 항고소송의 '처분' 개념은 행정작용 중에서도 특수한 법적 규율을 받고 그로 인해 다른 행정작용과는 다른 법적 성질을 가지는 것만을 행정소송(취소소송)의 대상으로 하기 위한 것이었으며, 취소소송을 공정력을 가진 행정행위를 매개로 하여 생긴 위법상태의 제거를 목적으로 하는 소송형태로 보았던 것이다.[44] 즉, 항고소송이 배타적으로 관할하는 대상을 한정하기 위해 '직접 국민이 권리의무를 형성하거나 그 범위를 확정하는 것인지 여부'가 처분개념에 있어 불가결한 구성요소인 것이지만, 주민소송은 객관소송이므로 이러한 요소를 고려할 필요는 없다.[45]

따라서 2호 소송의 대상은 항고소송의 '처분'에 한정되는 것이 아니라 주민소송의 객관소송으로서의 성격과 제도의 취지 등을 종합적으로 고려하여 그 범위를 더 넓게 설정하는 것이 필요하다. 어떤 행위를 이에 포함시킬지에 대한 결정은 현실적으로 문제가 되는 행정작용의 종류 등을 검토하고, 이를 토대로 한 논의를 통해 이루어져야 한다고 생각된다. 우리보다 먼저 관련 문제를 경험한 일본의 논의 또한 좋은 참고가 될 것이다.

---

44) 박윤흔, 취소소송의 대상인 「처분」성, 법학연구 제2호, 충북대학교 법과대학 법학연구소, 1990, 73-74면.

45) 佐藤英善, 앞의 글, 212頁.

3. 3호 소송

가. 의의

3호 소송은 '지방세·사용료·수수료·과태료 등의 공금의 부과·징수를 게을리 한 사실에 대하여 위법 확인을 요구하는 소송'으로, 일종의 부작위를 다투는 소송이다. 공금의 부과·징수의 해태라는 부작위의 위법을 확인한다는 점에서 항고소송인 부작위위법확인소송과 유사하다. 다만, 3호 소송의 대상인 '게을리 한 사실'에는 공금을 부과해야 할 구체적 요건을 충족하였는데도 부과하지 않는 경우 또는 구체적 공금채권이 발생하고 있는데도 이를 징수하지 않는 경우와 같은 부작위뿐 아니라, 조세의 감면조치가 위법하게 이루어진 경우도 이에 포함된다고 해석할 수 있다는 점에서[46] 부작위위법확인소송보다 다툴 수 있는 범위가 넓다고 할 것이다. 이 유형의 소송은 지방자치단체가 직무를 해태한 것에 대한 책임을 추궁하기 위한 것이 아니라, 공금의 부과·징수의 해태의 위법을 확인하는 것에 의해 그 위법상태를 제거함으로써 지방재정의 손실을 방지하고 지방자치단체의 작위의무를 촉구함으로써 재정운영의 적정성을 확보하기 위한 것이다.[47]

나. 부작위위법확인소송과의 차이점

부작위위법확인소송과 3호 소송은 제도의 취지 면에서 다르다. 즉, 전자는 주관소송으로서 개인의 실체적 권리보호를 위한 것인 반면, 후자는 객관소송으로서 재재무회계상 '게을리 한 사실'로 인해 당해 지방자치단체에게 발생할 수 있는 손해를 최소화함으로써 지방행정의 적정성을 확보한다는 공익실현을 위한 제도이다.[48]

또한 양자는 대상에 있어서도 다르다. 부작위위법확인소송은 '처분'을 그 대상으로 하지만, 3호 소송은 '공금의 부과·징수'를 게을리 한 사실을 대상으로 하고

---

46) 佐藤英善, 앞의 글, 230頁.
47) 三好 達, 앞의 글, 333頁.
48) 佐藤英善, 앞의 글, 215頁.

있으므로 이에 관한 행위라면 공법상 행위는 물론 사법상 행위와 사실행위까지 포함된다. 이에 따라 부작위위법확인소송에는 '법령에 기한 신청에 대해', '상당한 기간', '부작위 상태가 있는 경우' 라는 요소가 필요하지만, 3호 소송은 법령에 기한 신청일 필요는 없고, 게을리 한 사실이 상당한 기간 계속되고 있을 필요도 없다.[49]

다. 대상

(1) 공금의 부과 · 징수

3호 소송의 대상은 '지방세·사용료·수수료·과태료 등의 공금의 부과·징수를 게을리 한 사실'이다. 공금의 '부과'는 지방자치단체가 법령 등에 기하여 공권력의 행사로서 일방적으로 특정인에 대하여 구체적인 금전납부의무를 부담시키는 것을 말하고, '징수'는 이미 발생한 납부의무를 강제적인 수단으로 집행하는 것을 말하며, 이를 게을리 하는 것은 부과 또는 징수할 의무가 있음에도 이를 징수하지 않는 경우, 위법한 조세감면조치를 하는 경우 등이 모두 포함된다.

(2) 게을리 한 사실

'게을리 한 사실'이란 일종의 부작위로서 일정한 행위를 해야 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 않고 있는 상태와 나아가 위법한 조세감면조치 등을 의미하며, 당연히 그 해태 사실에 위법성이 인정되어야 한다. 여기서의 의무는 법령상의 의무 뿐 아니라 직무상 선관의무에 비추 어떠한 행위를 해야 하는 경우도 포함한다.[50] 또한 '게을리 한 사실'의 위법의 정도와 더불어 손해발생의 회피가능성을 검토하여 그 위법성의 판단이 이루어져야 한다.[51]

또한 과거에 직무의 해태가 있었더라도 그 부작위의 위법상태를 제거하기 위

49) 佐藤英善, 앞의 글, 215頁.
50) 大和勇美, 앞의 글, 52頁.
51) 佐藤英善, 앞의 글, 233頁.

한 작위의무를 이행할 여지가 없어진 경우에는 과거의 '게을리 한 사실'의 위법을 확인하는 것으로는 재무행정의 적정성의 확보라는 목적을 달성할 수 없으므로 그 소 제기는 부적법하다.[52]

4. 4호 소송

가. 의의

4호 소송은 "해당 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회의원, 해당 행위와 관련이 있는 상대방에게 손해배상청구 또는 부당이득반환청구를 할 것을 요구하는 소송"을 의미한다. 그 지방자치단체의 직원이 변상책임을 져야 하는 경우에는 변상명령을 할 것을 요구하는 소송으로 된다. 이 소송은 실체법적 성격은 민사법상의 청구이지만 이를 민중소송의 하나로서의 주민소송에 의하여 처리하고 있는 점에서 특색을 가진다.[53] 4호 소송은 주민소송제도가 시행된 이래 제기된 주민소송 33건 중 27건으로 가장 많은 비중을 차지하고 있다.[54]

4호 소송은 문제가 되는 당해 재무회계행위를 한 지방자치단체의 장이나 직원 등에 대하여 직접 손해배상청구 등을 통해 책임을 물을 수 있다는 점에서 이들의 신중한 재정운영을 하도록 유도하고 책임의식을 고양시킬 수 있으며, 다른 유형의 소송에 비해 접근이 용이하다는 장점이 있다. 이러한 점에서 주민소송 중에서도 가장 실효적인 소송이라고 볼 수 있다.

나. 법적 성질

4호 소송은 지방자치단체에 대하여 손해배상 청구 등을 할 것을 요구하는 것을 그 내용으로 하는데, 이는 특수한 형태의 소송이라고 볼 수 있으므로 그 법적 성질이 문제된다. 관련하여 일본에서 이루어진 논의가 있는데 우리나라 4호 소송

---

52) 岡山地判 昭和52年 12月 27日, 昭和44(行ウ)59.
53) 佐藤英善, 앞의 글, 235頁.
54) 행정안전부, 주민참여제도 운영현황, 2017. 7. 31. 기준.

은 일본과 매우 유사한 형식으로 규정되어 있으므로 이를 검토하는 것은 우리나라 주민소송에 있어서도 유의미하다고 할 것이다. 이하에서는 4호 소송의 법적 성질에 대하여 일본에서의 논의를 참고하여 살펴보도록 한다.

(1) 의무이행소송

4호 소송은 해당 지방자치단체의 장 등에 대하여 손해배상청구 또는 부당이득반환청구를 할 것과 변상명령을 할 것을 요구하는 소송이다. 이 중 변상명령을 할 것을 요구하는 소송은 변상명령이라는 행정처분, 즉 공권력의 행사를 요구하는 것으로서 이른바 법정 외 항고소송으로서의 의무이행소송과 동일한 성격을 가지는데, 손해배상청구나 부당이득반환청구를 요구하는 소송도 비슷한 성격을 가지지만 민법상의 청구를 할 것을 요구하는 것이라는 점에서 성격을 달리 하는 면이 있다.[55]

(2) 형성소송설과 급부소송설의 대립

4호 소송의 법적 성질과 관련하여 일본에서는 형성소송설과 급부소송설의 대립이 있다. 형성소송설은 기관에게 손해배상청구권, 부당이득반환청구권의 행사 또는 지급명령을 할 의무를 부과한다는 점에서 의무를 창설한다고 볼 수 있고, 따라서 직접 법률관계를 변경하는 형성판결을 구하는 소송이라고 한다.[56] 급부소송설은 해당 지방자치단체의 장 등에 대해 지방자치단체의 청구권은 청구·명령 전에 실체적으로 이미 존재하는 것이고, 또한 이를 청구·명령하는 집행기관의 의무도 존재하고 있는 것이므로 급부판결이라고 한다.[57]

생각건대, 지방자치단체의 청구권은 이미 존재하고 있는 것이고, 지방자치단체는 청구권을 적절하게 행사하여 재정운영의 건전성을 확보할 일반적인 의무를 부담한다고 할 것이므로 급부소송설이 타당하다. 다만, 지방자치법에서 판결확정

55) 安本典夫, 住民訴訟·新四号訴訟の構造と解釋, 立明館法学 262号, 立命館大学法学会, 2003, 391頁.
56) 石律廣司, 住民訴訟の手続, 最新地方自治法講座4 住民訴訟, ぎょうせい, 2002, 273頁.
57) 安本典夫, 앞의 논문, 391-392頁.

일로부터 60일 이내에 이를 행사하도록 하고 있고(동법 제18조 제1항), 일정한 기한 내에 지불을 청구 받은 자가 지불하지 않는 경우에는 지방자치단체가 소송을 제기하도록 하고 있는 점(동조 제2항)에 비추어보면, 지방자치법상의 일반적인 의무를 보다 구체화한 의무를 부과하는 것이라고도 할 수 있다. 이러한 점에서 민사소송으로부터 파생된 소송 유형으로서의 이행소송과 정확히 일치한다는 의미는 아니지만, 일방적 법률관계의 변동을 발생시킨다는 의미에서의 공권력 행사를 직접적으로 다투는 취소소송과는 그 본질을 달리하는 것이므로, 당사자 소송의 규정을 준용하는 것이 성질에 부합하는 것이라고 할 수 있다.[58)]

다. 2단계의 소송 구조

4호 소송은 원고가 승소하더라도 그 최종적인 목적인 손해배상청구권·부당이득반환청구권 또는 지급명령을 행사하여 손해를 보전 받도록 하는 것을 달성하지는 못하고, 지방자치단체가 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회의원, 해당 행위와 관련이 있는 상대방에 대하여 소송을 제기하거나 변상명령을 하는 2단계의 구조로 이루어져 있다. 2단계 소송은 지방자치단체가 재무상의 손실을 회복하기 위하여 제기하는 민사절차의 성격을 가지는 것으로, 일반적으로 4호 소송이라 하면 1단계 소송을 의미한다.

(1) 1단계 소송

주민감사청구를 거친 주민이 그 감사청구한 사항과 관련이 있는 위법한 재무회계사항에 관하여 지방자치단체의 장 등을 상대방으로 하여, 해당 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회의원, 해당 행위와 관련이 있는 상대방에 대하여 손해배상청구 또는 부당이득반환청구를 할 것을 요구하거나 변상명령을 할 것을 요구하는 소송이다. 4호 소송이 제기되면 해당 지방자치단체의 장은 그 직원, 지방의회의원 또는 상대방에게 소송고지를 할 것을 법원에 신청해야 하고, 이때의 신청은 민법상 시효중단사유인 청구에 해당한다(지방자치법 제17조 제10항, 제11항).

58) 安本典夫, 앞의 논문, 392頁.

4호 소송에서는 지방자치단체의 장 등의 상대방에게 손해배상·부당이득반환의 의무가 있는지 여부를 판단하고, 이에 기초하여 손해배상·부당이득반환의 청구를 할 의무, 또는 변상명령을 할 의무의 존부를 다투게 된다.[59]

(2) 2단계 소송

1) 손해배상청구 또는 부당이득반환청구를 요구하는 소송의 경우

1단계 소송의 인용판결이 확정되면 지방자치단체의 장은 그 판결이 확정된 날부터 60일 이내를 기한으로 하여 당사자에게 손해배상금 또는 부당이득반환금의 지불을 청구해야 하고, 지불청구를 받은 자가 60일 이내에 이를 지불하지 않으면 지방자치단체의 장이 지방자치단체를 대표하여 지불을 청구하는 소송을 제기하여야 한다(지방자치법 제18조). 소송의 상대방이 지방자치단체의 장이면 지방의회의 의장이 그 지방자치단체를 대표한다.

2) 변상명령을 할 것을 요구하는 소송의 경우

4호 소송의 1단계 소송에서 변상할 것을 명하는 판결이 확정되면 그 판결이 확정된 날로부터 60일 이내를 기한으로 하여 그 당사자에게 변상할 것을 명령하여야 하고(지방자치법 제19조 제1항), 기한 내에 지불하지 않는 경우 지방세 체납처분의 예에 따라 징수할 수 있다(동조 제2항). 이에 불복하는 당사자는 행정소송을 제기할 수 있다(동조 제3항). 일본의 경우 강제징수절차가 없어 민사소송으로써 다투어야 하지만 우리나라의 경우에는 별도의 소송절차 없이 목적을 달성할 수 있다.

59) 安本典夫, 앞의 논문, 393頁.

라. 요건

(1) 손해배상청구를 요구하는 소송

4호 소송으로써 손해배상청구를 할 것을 요구할 수 있으려면 해당 지방자치단체가 지방자치단체의 장 및 직원, 지방의회의원, 해당 행위와 관련이 있는 상대방 등에게 실체법상의 손해배상청구권을 가지고 있어야 함은 당연하다. 이는 일반적인 손해배상책임과 마찬가지로 그 성립요건으로 고의·과실, 손해의 발생, 위법성, 인과관계 등이 요구된다. 손해배상청구권의 성립요건사실에 대한 주장·입증책임은 원칙적으로 이를 주장하는 원고인 주민에게 있다.[60]

(2) 부당이득반환청구를 요구하는 소송

부당이득반환청구는 법률상 원인 없이 이득한 경우 성립되는 것이므로 4호 소송의 상대방과 관련된 '해당 행위'가 무효일 것을 요한다. 해당 행위가 유효라고 하더라도 그 원인행위가 무효라면 부당이득반환청구는 성립할 수 있다.

'해당 행위'가 행정행위인 경우 하자가 중대하고 명백한 때 무효로 된다. 취소사유가 있는 경우에는 행정행위의 공정력으로 인해 2호 소송을 제기하여 그 효력을 부인해야 할 것이다. 그런데 '해당 행위'가 사법상의 행위인 경우에는 민사상의 부당이득과 마찬가지로 해석하여야 할 것이지만, 그 행위를 함에 있어 특별히 요구되는 공적 절차를 거치지 않아 무효가 되는 경우도 있을 수 있다. 가령 그 행위에 있어 지방의회의 의결을 요하는 경우를 들 수 있다. 이 경우 그 절차를 거치지 않은 것에 대한 하자가 당해 행위를 위법하여 무효로 할 정도의 것인지 여부와, 그 행위에 기초한 이익이 부당하게 되는 것인지를 판단하게 된다.

60) 수원지방법원 2017. 1. 16. 선고 2013구합9299 판결.

Ⅳ. 주민소송의 법적 쟁점과 활성화 방안

1. 주민소송의 현황

가. 서설

행정안전부에서 제공하는 정책정보에 따르면 2017. 7. 31. 현재 주민소송은 2006년 시행된 이래 총 33건이 제기되었는데,[61] 이는 우리나라에서 주민소송이 활발히 이용되고 있지 않음을 보여준다. 그 중 4호 소송은 전체 주민소송 건수인 33건 중 27건으로 거의 대부분을 차지하고 있다. 4호 소송 중에서도 지방의회의원의 의정비를 불법적으로 인상하였다고 하면서 환수를 요구한 사건이 14건으로 가장 많은 비중을 차지한다. 주민소송 사건 중 주민이 승소한 사건 수는 일부승소가 2건, 전부승소가 1건이 있다.

이하에서는 의정비 인상에 관한 판례와 무리한 사업 추진으로 인한 손해배상 청구를 요구한 판례를 검토함으로써 현재 주민소송이 어떻게 이용되고 있는지에 대하여 살펴보고자 한다.

나. 의정비 인상분 환수 요구 사건

(1) 쟁점 및 법원의 판단

우리나라에서 제기된 주민소송 중 가장 비중을 많이 차지하는 사건은 지방의회의원의 불법한 의정비 인상분에 대한 부당이득반환청구를 할 것을 요구하는 4호 소송이다. 의정비를 인상하는 내용의 조례 제정에 절차적 하자가 있는 경우 당해 조례를 위법·무효로 볼 수 있는지 여부와 위법하여 무효라면 이로써 지방의회의원에게 부당이득반환의무를 부담하게 할 수 있는지가 쟁점이다.

이에 대하여 서울고등법원은 심의위원회의 월정수당 지급기준액 결정은 위법

61) 행정안전부, 주민참여제도 운영현황, 2017. 7. 31. 기준.

하며, 이를 직접적인 원인으로 하여 제정된 조례 역시 위법하여 무효라고 하였다.[62] 또한 위법한 조례에 따라 이루어진 피고의 월정수당 지급행위는 이 사건 조례의 그 법률상 원인을 결한 것으로서 무효라고 하여, 피고에게 부당이득반환의 의무가 있음을 인정하였다.

반면, 대법원은 이 사안에서 문제된 절차적 하자만으로는 조례를 위법하다고 할 수는 없다고 하였다. "의정비심의위원회의 심의위원을 선정할 때 학계·법조계·언론계 및 시민단체 등으로부터 추천을 받도록 규정한 취지는 의정비심의위원회 구성의 다양성과 객관성을 확보하기 위한 데 있다고 할 것이므로, 심의위원 선정 절차가 위 규정에 엄격히 부합하지 아니하더라도 의정비심의위원회의 구성에 관한 위와 같은 입법취지를 실질적으로 훼손하였다고 평가할 정도에 이르지 아니하는 한 해당 의정비심의위원회의 의결이 위법하다거나 이를 기초로 한 의정활동비 등에 관한 조례가 위법하다고 판단할 수는 없다." 라고 한 것이다.

(2) 검토

법령에서 행정에 대해 일정한 절차를 정하고 있는 것은 행정의 투명성과 객관성, 적정성 등을 제고하기 위한 것이다. 대법원의 경우 이러한 입법취지를 실질적으로 훼손하였다고 평가할 정도에 이르러야 이를 무효로 볼 수 있다는 입장을 취하고 있는데, 이는 사법적 위법 판단의 영역에서 절차적 하자를 판단한다는 점을 고려하여 입법취지를 목적론적으로 해석함에 있어 엄격하게 이를 행한 것이라고 볼 수 있다.[63]

그런데 이 사건의 경우 당해 입법의 취지는 지방의 재정에서 지출되는 의정비를 결정함에 있어 객관성과 공정성을 제고함으로써 지방의 재무행정 운영상의 적정성을 함께 도모하고, 이에 주민의 의견수렴절차를 거쳐 이에 대한 주민의 참여를 확보하기 위한 것이라고 생각된다. 그리고 이는 주민소송제도의 취지와도

62) 서울고등법원 2010. 6. 10. 선고 2009누40584 판결.
63) 김태호, 부당이득을 요구하는 주민소송 - 지방의회의원 의정비 반환 소송에서 조례의 사법심사를 중심으로 -, 행정판례연구 제21권 제1호, 박영사, 2016, 141-142면.

맞닿아 있다. 이런 점을 고려했을 때 기존의 절차적 하자에 대한 엄격한 목적론적 해석을 그대로 여기에 적용하는 것은 주민소송제도의 취지에 비추어 타당하지 못한 면이 있다고 생각된다. 그러므로 이와 같은 사안에 관해서는 좀 더 유연하고 적극적으로 판단하는 태도가 필요할 것이다. 이를 위해 절차적 하자가 해당 절차를 둔 제도의 취지를 의도적으로 우회하거나 몰각하는 정도에 이른 경우나 의결정족수의 하자와 같이 중요한 절차상의 하자에 이른 경우에는 조례의 무효사유에 해당한다고 하는 등의 유형론을 마련하는 것도 좋을 것이다.[64]

다. 무리한 경전철 사업 추진에 대한 손해배상청구 사건

(1) 법원의 판단

A시 주민이 신중한 검토 없이 사업을 진행하여 A시가 손해를 입었다는 이유로 당시의 A시에 대하여 A시 시장 甲 등에게 손해배상청구를 할 것을 요구하는 4호 소송을 제기한 사건이다.[65] A시 주민은 시장 甲 등의 다양한 행위에 대하여 위법하고 이로 인하여 A시가 손해를 입었다고 주장했지만, 위법하지 않다거나, 또는 고의·과실이 없거나 손해가 발생하지 않았다는 이유로 기각되었다.

이 사건에서 손해배상책임이 인정된 것은 경전철 사업을 추진과 직접적으로 관련된 행위가 아닌, 정책보좌관이 사업과 관련하여 국제중재업무를 수행할 소송대리인을 선정하는 과정에서 행한 불법행위였다. 이 과정에서 정책보좌관은 더 높은 선임료를 제안한 법무법인에게 유리한 방식으로 평가기준표 항목을 수정하게 하고, 평가위원들로 하여금 위 법무법인에 일방적으로 높은 점수를 주도록 하는 등의 위법한 방법을 동원하여 소송대리인으로 선임될 수 있도록 하였다. 서울고등법원은 이러한 행위는 불법행위로서 이로 인하여 A시는 적어도 위 법무법인과, 더 낮은 금액으로 수임제안서를 제출한 법무법인의 수임료 차이만큼의 손해

64) 김태호, 앞의 논문, 145면.
65) 수원지방법원 2017. 1. 16. 선고 2013구합9299 판결; 서울고등법원 2017. 9. 14. 선고 2017누35082 판결.

를 입었다고 판단하여 이에 대하여 일부인용판결을 내린 것이다.

(2) 검토

이 판례는 4호 소송에서 주민이 승소한 사례로서 지방자치단체의 장이나 직원 등이 행정을 함에 있어 위법행위를 한 경우 손해배상책임을 부담할 수 있다는 것을 보여준다는 점에서 의의가 있다. 이는 지방자치단체의 공무원의 책임의식을 제고한 것이라고 생각된다. 다만, 주민이 주로 주장하였던 A경전철 사업의 추진 과정에서의 위법 자체에 대해서는 손해배상책임이 인정되지 않았다는 점에서 한계가 있다.

라. 소결

우리나라는 주민소송의 이용 건수 자체가 적고, 그마저도 주민이 승소한 경우는 매우 드물다. 그 바탕에는 아직 지방분권과 지방자치에 대한 인식이 뿌리 깊게 자리 잡지 못한 점과, 주민소송이 제기되더라도 본안에서 법원이 보수적인 기준을 적용하여 판단한다는 점이 원인으로 작용하는 것이라고 생각된다. 그 외의 원인으로는 우리나라의 경우 행정소송이 활발하게 이용되고 있는 만큼 주민감사청구 전치주의를 채택하여 번거로운 절차를 거쳐야 하는 주민소송보다 행정청의 처분의 위법성을 바로 다툴 수 있는 방법이 많이 사용되어온 점, 그리고 지방자치단체의 장 등이 재무회계행위에 대한 위법한 행위를 한 경우에는 형사고소 등의 방법으로 직접 행정을 견제하는 수법을 선호하는 점 등이 지적된다.[66]

---

66) 최우용, 주민소송제도의 한·일 비교 - 일본의 현황, 그리고 한국에의 활용방안 -, 지방자치법연구 제10권 제4호, 한국지방자치법학회, 2010, 69-70면.

2. 주민소송의 법적 쟁점

가. 비재무회계행위의 위법성 심사 가능성

(1) 의의

주민소송은 그 대상을 재무회계행위로 하고 있어 행정일반이 아닌 재무행정에 대한 적정성을 확보하기 위한 제도로 이해되고 있다. 그런데 재무회계행위 자체는 위법하지 않지만 그 재무회계행위와 관련이 있는 비재무회계행위가 위법한 경우 주민소송에서 어디까지 심사할 수 있을지가 문제된다. 이 문제는 주민소송제도와 법원의 역할의 범위를 정함에 있어 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다.[67]

문언에 충실하게 해석하여 재무회계상의 행위 자체만으로 대상을 엄격하게 한정한다면 주민소송으로써 다툴 수 있는 범위가 현저하게 줄어들어 지방재정운영의 적정성 확보라는 주민소송제도의 본래의 취지가 몰각될 수 있다. 따라서 위와 같은 일정한 경우에는 비재무회계행위의 위법성도 주민소송의 대상으로 할 수 있도록 하여 주민소송의 활성화를 도모하는 것이 필요하다.

다만, 비재무회계행위까지 심사가 가능하다고 본다면 주민소송에서 그 대상을 재무회계행위로 정하고 있는 입법취지와 어긋날 수 있고, 대부분의 행정은 공금의 지출과 같은 재무회계상의 행위를 수반한다는 점에 비추어 일반적인 행정에 대해서도 주민소송을 제기할 수 있게 되어 남소의 가능성 등의 우려가 있을 것이다. 따라서 이 문제는 이러한 점을 고려하여 주민소송의 대상을 어느 정도까지 확장할 수 있는지에 대한 논의로서 신중하게 접근할 필요가 있다.

---

67) 芝池義一, 住民訴訟における違法性, 法曹時報, 55卷 6号, 法曹會, 1999, 2-3頁.

(2) 일본에서의 논의

1) 위법성 승계론

일본에서는 종래부터 이를 선행행위(비재무회계행위)의 후행행위(재무회계행위)에 대한 위법성 승계의 문제로 다루어 여러 견해가 제시되어 왔는데, 후행행위의 권한기관이 선행행위의 취소·정지권 내지 심사권을 가지는지 여부를 기준으로 판단하는 関 哲夫 교수의 견해가 대표적이다.[68] 이에 의하면 후행행위의 권한기관이 선행행위가 위법함에도 불구하고 이를 간과하였거나, 이를 인식하고도 후행행위를 한 것은 당해 지방공공단체에 대한 관계에서 원칙적으로 위법하며, 이는 선행행위가 행정처분인지 여부를 묻지 않는다고 한다. 구체적으로는 선행행위의 권한기관과 후행행위의 권한기관이 동일한 경우와, 선행행위의 권한기관과 후행행위의 권한기관이 다르고 후행행위의 권한기관이 선행행위의 취소·정지권을 가지는 경우에 원칙적으로 위법성이 승계된다고 한다.[69]

이러한 '위법성 승계론'에 대하여는 일본에서도 여러 지적이 있었다. 즉, 위법성 승계론은 취소소송 등에서의 처분성 판단과 관련하여 형성된 이론으로서, 당해 이론의 기초에는 선행행위의 출소기간 준수의 문제가 관련되어 있으므로, 주민소송에서의 문제와는 전제상황이 다르다.[70] 또한 '위법성의 승계'의 일반론은 행정행위 사이에서만 타당한 이론이며, 주민소송에 있어 선행행위와 재무회계행위라는, 행정행위 간이 아닌 법률행위나 사실행위 등의 행위 간의 '위법성의 승계' 문제는 그 제도적 성질을 달리 하는 것이라고 한다.[71]

2) 재무회계법규상의 의무위반 이론

"주민소송에 있어 위법성의 승계문제"와는 분리되어 논의해야 한다는 사고방

---

68) 関 哲夫, 住民訴訟の対象, 最新地方自治法講座4 住民訴訟, ぎょうせい, 2002, 121頁.
69) 関 哲夫, 앞의 글, 121-122頁.
70) 大橋洋一, 住民訴訟の現代的課題, 法政研究 82号, 九州大学法政学会, 2015, 673頁.
71) 白藤博行, 住民訴訟における財務会計行為の違法性 - 二子玉川東地区再開発事業公金支出差止訴訟を素材にして - , 早稲田法学, 8巻 3号, 早稲田大学法学会, 2010, 638頁.

식에서 출발하는 견해는, 지방자치법에서 주민소송의 대상으로 정하는 행위 또는 사실을 대상으로 하여 그 재무회계법규상의 의무 위반을 본안 심리하는 것으로 볼 수 있다고 한다.[72] 이에 의하면 재무회계상의 행위·사실을 재무회계상의 처리를 직접 목적으로 하는 것에 한정할 것이 아니라 재무회계법규에 위반하는 행위는 당연히 포함된다고 해석하는 것이 타당하다고 한다. 또한 다른 행정목적에서 이루어진 행위이더라도 재무법규에 위반하는 경우에는 재무회계상의 행위로서 주민소송의 대상이 될 수 있다고 본다.

(3) 판례

대법원은 "지출원인행위 등을 하는 행정기관이 선행행위의 행정기관과 동일하거나 선행행위에 대한 취소·정지권을 갖는 경우" 재무회계행위의 원인행위의 위법성도 주민소송에서 다룰 수 있다고 보았다. 또한 "선행행위가 현저하게 합리성을 결하여 그 때문에 지방재정의 적정성 확보의 견지에서 간과할 수 없는 하자가 존재하는 경우에는 지출원인행위의 단계에서 그 선행행위를 심사하여 이를 시정하여야 할 회계관계 법규상의 의무가 있다고 보아야 할 것이다."라고 하면서 "하자를 간과하여 그대로 지출원인행위 및 그에 따른 지급명령 및 지출 등의 행위에 나아간 경우에는 그러한 지출원인행위 등 자체가 회계관계 법규에 반하여 위법하다고 보아야" 한다고 판시하여[73] 재무회계행위의 원인이 된 비재무회계행위의 위법성을 주민소송에서 다툴 수 있는 여지를 열어두고 있다.

(4) 소결

위 대법원 판례는 일본의 '위법성 승계론'을 수용하여 일정한 경우 비재무회계행위를 주민소송으로 다툴 수 있는 여지를 열어 둔 것으로서, 지방재정의 적정성 확보라는 주민소송의 취지를 실현하고 그 실효성을 확보할 수 있다는 점에서 타당하다고 생각된다.

---

72) 木佐茂男, 住民訴訟の対象, 民商法雜誌 82卷 6号, 有斐閣, 1980, 795頁.
73) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2009두14309 판결.

주민소송의 취지는 지방자치단체의 재정에 관련된 행위를 소송으로 다투어 지방재정의 적정성을 확보하는 것이다. 그 대상인 재무회계행위 자체에는 위법성이 없더라도 원인된 비재무회계행위의 위법성이 후행행위인 재무회계행위와 결합하여 재무회계 법규상의 의무위반의 존재가 인정될 수 있다면 이를 주민소송으로 다툴 수 있도록 하는 것이 제도의 취지에 비추어 타당하다. 또한 비재무회계행위의 위법성을 주민소송에서 다툴 수 있더라도 이는 후행의 재무회계행위를 매개로 하는 것이기 때문에 지방재정의 적정성 확보라는 제도의 취지를 벗어나는 것이 아니다. 그러므로 입법정책적으로 정해진 주민소송의 범위를 넘어서 불합리하게 확장하는 것으로 볼 수 없고, 그 범위 내에 있는 것이므로 확장된 부분이 남소라고 볼 수도 없다.

문제는 주민소송의 대상이 확장되는 범위를 확정하는 것이다. 재무회계행위를 하는 기관에 선행행위의 위법성을 시정할 권한이 있음에도 이를 행하지 않은 것이 지방재정의 적정성 확보의 관점에서 회계관계 법규상의 주의의무위반으로 인정된다면 당해 재무회계행위는 명백히 지방재정을 해하는 것이라고 볼 수 있다. 따라서 위 주의의무위반을 매개로 선행행위의 위법성을 다투어 당해 재무회계행위에 대한 책임을 물 수 있도록 하는 것은 주민소송제도의 취지 범위 내에 있다고 봄이 타당하다.

나. 4호 소송의 주관적 요건에 대한 판단 기준

4호 소송 중 손해배상청구를 요구하는 소송의 경우 당해 행위의 위법성 외에도 그 상대방이 되는 지방자치단체의 장이나 직원 등의 고의 또는 과실 등의 주관적 요건이 요구된다. 이를 어느 정도로 요구되는지에 대하여 서울고등법원은 '고의 또는 중과실'이라고 하여 경과실의 경우에는 면책되는 것으로 보았다.[74] 4호 소송의 결과로 손해배상청구소송이 제기될 것이고, 이는 지방자치단체가 소속 공무원의 행위에 대하여 손해배상청구권을 행사하거나 구상권을 행사하는 것으로서 국가배상법을 적용해야 한다고 하였다. 따라서 주민소송에 있어서도 국가배

74) 서울고등법원 2017. 9. 14. 선고 2017누35082 판결.

상법에서 정한 책임요건을 충족하여야 하며, '고의 또는 중과실'의 요건이 적용된다고 한다.

4호 소송은 지방자치단체의 장, 직원 등이 지방자치단체에 대하여 부담하는 손해배상책임을 다루는 것으로서 지방자치단체의 내부 관계에 관한 것인 반면, 국가배상법은 국가나 지방자치단체가 타인에 대하여 부담하는 손해배상책임을 규정한 것이므로 양자는 성질을 달리하는 것이다. 따라서 국가배상법의 규정이 4호 소송에서의 손해배상책임에 적용 내지 준용된다고 단정할 수는 없으므로 동 규정 외의 별다른 고려 없이 경과실이 면책되는 것으로 본 것은 타당하지 않다고 생각된다. 또한 지방재정의 적정성 확보라는 주민소송의 취지를 실현하고 그 실효성을 확보하는 것이 필요하다는 점을 고려하면 중과실이라는 엄격한 요건을 그대로 적용하는 것이 옳은지에 대하여 의문이 든다.

다만, 경과실만 있으면 지방자치단체의 장이나 직원 등이 개인의 지위에서 지방자치단체에 대하여 손해배상책임을 부담하도록 하는 것 또한 그들에게 과도한 부담을 지워 직무의 집행에 위축을 가져올 수 있다는 점에서 또 다른 폐해를 초래할 수 있다. 일본이 4호 소송을 기존의 대위소송의 형태에서 지금의 형태로 개정한 바탕에도 이러한 현실적 고려가 작용한 것이다. 따라서 경과실 또는 중과실이라는 일률적 기준으로 판단할 것이 아니라 유연하게 판단할 수 있도록 해야 한다.

이와 관련하여 일본에서는 주의의무위반의 구체적 내용을 명문화하는 방안과,[75] 경과실을 면책하는 외에, 경과실의 경우 민사상 손해배상책임은 면제하지만 법령에 위반하여 재무회계행위를 한 것에 대해서는 공무원법상의 책임 등을 묻는 시정조치(구체적으로는 징계조치 등)를 별도로 규정하는 방안도 고려할 수 있다는 방안[76] 등이 제시된다. 후자의 경우 개인의 금전적 책임이 아닌 공무원의

75) 住民訴訟に関する検討会, 住民訴訟に関する検討会 報告書, 2013. 3., 7頁. 이 견해는 그 구체적 내용으로 일본 최고재판소의 판결(最判 平成24年 4月 20日, 平成22(行ヒ)105)을 참고하여 "지방자치단체의 장 등의 주의의무위반은 당해 행위의 위법사유를 확정한 후, 장 등의 직책 내지 대상이 되는 재무회계행위에 관한 사정 등을 고려하여 장에 있어 당해 행위를 할 당시 그 위법사유를 알 수 있었다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 경우"를 제시하였다.

76) 大橋洋一, 앞의 논문, 681頁.

지위에서 책임을 진다는 점에서 위와 같은 폐해를 줄이면서도 실효성을 확보할 수 있다는 점에서 참고할만한 방안이라고 생각된다.

다. 4호 소송과 지방의회에 의한 청구권 포기의결

(1) 서설

4호 소송은 손해배상·부당이득반환을 청구할 것 또는 변상명령을 할 것을 요구하는 것을 내용으로 하고, 그 인용판결이 내려지면 지방자치단체의 장은 그러한 청구 또는 변상명령을 할 의무를 부담하게 된다. 한편, 지방의회는 그 의결로써 권리를 포기할 수 있는데(지방자치법 제39조), 4호 소송에서 인용판결이 있은 후 청구할 의무가 부여된 청구권을 의회의 의결이나 조례의 제정으로써 포기할 수 있는지 여부가 문제된다. 우리나라에서는 이러한 사안이 발생하지 않아 논의의 여지가 없었는데, 일본에서는 이에 대한 논의가 활발하게 이루어지고 있다. 이는 4호 소송의 실효성과 매우 밀접한 관련이 있는 문제로서 향후 주민소송이 활성화된다면 충분히 논란이 될 수 있는 것이므로 일본의 논의를 검토하여 이를 어떻게 해결할 것인지를 살펴볼 필요가 있다.

(2) 권리의 포기가 적법하다는 견해

지방자치단체의 권리를 포기하는 것은 지방의회의 권한 중 하나이므로 4호 소송에 의해 당해 청구권을 행사할 의무가 부여되더라도 의회는 그 권리를 포기할 수 있고, 이는 유효라고 하는 견해이다. 그 근거는 다음과 같다.[77] 주민소송의 제기 이전이라면 재판상 확정된 채권 등의 포기가 가능한데, 주민소송이 확정되면 이를 할 수 없다고 하는 것은 균형이 맞지 않는다. 또한 4호 소송은 청구·배상명령(우리나라에서는 변상명령)의 의무를 부여하는 것으로서, 기본적으로는 법령에 따라 채권을 관리해야 한다는 취지의 의무에 그치는 것이다. 나아가 주민소송제도는 간접 민주주의를 보완하는 것으로서 주민에 의한 소송의 결과로써 장이나

77) 地方自治制度研究会, 改正住民訴訟制度逐條解說, ぎょうせい, 2003, 86頁.

의회의 재량이 상실된다는 것은 적절하지 않은 면이 있고, 포기제도가 남용된다면 남용한 개인의 책임이 발생하게 되고 이에 대해서는 의회나 감사기관 등을 통해 적절히 책임을 추궁하는 것으로 해결이 가능하다.

(3) 권리의 포기가 위법하다는 견해

1) 주민소송제도의 취지에 반하여 위법하다는 견해

4호 소송에 의해 의무가 부여된 청구의 권리를 포기하는 것은 인정될 수 없다는 견해로, 주로 주민소송의 취지가 몰각될 우려를 그 근거로 한다. 즉, 4호 소송은 단순히 실체적인 채권의 존재를 확정하는 것에 그치는 것이 아니라, 당해 채권의 관리에 관해 당해 지방 공공단체의 의사를 대표하는 집행기관을 피고로 하여 손해배상·부당이득반환의 청구 또는 변상명령을 할 의무를 부여하는 판결을 이끌어내는 것이다. 충분한 심리를 거쳐 도출된 확정판결에 의해 의무를 부담하게 된 장이 이에 반하여 채권포기를 의회에 제안하는 것은 기본적으로 제도의 취지에 반하는 것이라고 볼 수 있다는 것이다.[78] 나아가 분명히 채권을 행사할 의무의 존부와 의회절차를 거친 채권포기의 가부는 동일선상에 있는 것은 아니지만, 지방의회는 공익을 우선시 하며 직무를 성실하게 수행할 의무를 부담하고 있으며(지방자치법 제36조) 이로부터 채권의 관리를 공정하고 적절하게 할 의무를 도출할 수 있으므로, 지방의회에 의한 채권이 포기에 있어서도 실질적인 공정성과 적절성의 확보를 실현하는 것인지의 관점에서 생각해야 할 것이라고 한다.[79]

2) 선관주의의무에 반하여 위법하다는 견해

이러한 견해의 대립에 대하여 지방자치법의 조직권한과 집행기관의 의무에 대한 기본적인 고찰을 결하고 있다고 비판하며, 지방자치단체의 장 또는 지방의회가 지방자치단체의 법정대리인이라는 점에서 도출되는 성실처리의무, 선관주의의

78) 安本典夫, 앞의 논문, 398-399頁.
79) 安本典夫, 앞의 논문, 398頁.

무를 고려해야 한다는 견해가 있다.[80]

이에 의하면 권리주체가 스스로 그 권리를 포기하는 것은 자유롭게 할 수 있는 것이 원칙이지만 법인의 경우 대표자·대리인이 이를 행하는데, 지방자치단체에 있어서는 장과 의원이 선거로써 주민의 선택을 받았으므로 위임계약이 이루어지지 않았더라도 대리의 일종으로 볼 수 있다고 한다.[81] 그리고 대리인은 본인의 이익을 보호하는 방향으로 행동해야 할 의무가 있으므로 이는 지방자치단체의 장 또는 지방의회의 의원도 다름이 없다. 특히 장의 경우 "집행기관은 지방자치단체의 사무를 자신의 판단과 책임으로 성실히 관리하고 집행할 의무를 부담한다." 라고 하는 일본 지방자치법 제138조의2 규정에 따라 지방자치단체의 이익을 해하는 행동을 할 수 없다고 해석된다.[82] 의회 또한 주민을 대표하는 이상 공익에 반하거나 사익을 추구하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.

따라서 지방자치단체의 장과 의회는 주민의 이익을 보호해야 할 선관주의의무 내지 사무를 성실하게 처리할 의무를 부담하고, 대표자·대리인으로서의 지위에서 그 권리를 포기하려면 선관주의의무를 다하여도 포기하는 것이 주민의 이익이 되는 경우, 또는 추심이 불가능한 경우에 한정된다. 그리고 당해 지방자치단체가 가지는 장에 대한 손해배상책임을 면제하는 것은 개인적 이익을 부여하는 것이므로 공익에 반하여 사익을 추구하는 것으로 추정할 수 있으므로, 그러한 포기가 합리적인 것이라고 판단될 때에 한하여 위법하지 않다고 한다.[83]

또한 이 견해는 지방자치단체의 권리를 포기하는 권한은 집행기관, 즉 지방자치단체의 장과 의결기관인 의회의 이원제로 이루어진 것이라고 한다. 즉, 지방자치법이 권리의 포기를 의회의 의결사항으로 규정한 것은, 본래 지방자치단체의 채권은 그 장이 행정의 집행자로서 관리하는 것이지만 중대한 사안에 있어 그 적정을 확보하기 위하여 지방자치단체의 장과 의회에 의한 이중검토를 필요로 한

---

80) 阿部泰隆, 住民訴訟の理論と実務 - 改革の提案 -, 信山社, 2015, 306頁 이하.
81) 阿部泰隆, 앞의 책, 314頁.
82) 우리나라의 경우 지방자치법 제36조 제1항에서 "지방의회의원은 공공의 이익을 우선하여 양심에 따라 그 직무를 성실히 수행하여야 한다." 라고 규정하고 있다.
83) 阿部泰隆, 앞의 책, 314-315頁.

다는 뜻이고, 의회의 의결만으로 당연히 권리를 포기할 수 있다는 취지는 아니라고 한다.[84]

이러한 점을 종합적으로 고려했을 때, 주민소송이 제기된 후 이루어진 의회에 의한 포기는, 주민소송을 저해할 목적이라면 그 포기에는 공익성이 없고, 또한 선관주의의무에 위반하는 것이므로 위법하다.[85]

(4) 소결

지방자치단체의 권리를 포기하는 것은 일종의 채무의 면제로 상대방에게만 이익을 주는 행위인 것이 일반적이다. 따라서 권리의 포기는 지방자치단체에 손해를 입힌다는 것이 일반적으로 추정되고, 나아가 공익성을 결하는 행위라는 것 또한 합리적으로 의심이 가능하다. 그러므로 지방자치법에서 지방의회의 의결사항으로 권리의 포기를 정하고 있다고 하더라도, 그 특성상 이러한 행위가 지방의회의 자유재량에 완전히 위임되어 있는 것으로 보는 것은 지방자치제도 취지 자체와 맞지 않는다고 생각한다.

이에 비추어 지방자치단체의 장과 지방의회가 가지는 지방자치단체의 재정 관리에 있어 선관주의의무를 인정하는 일본의 견해에 동의하며, 단순히 지방의회의 재량권을 전제로 청구권의 포기 의결을 유효라고 하는 것은 타당하지 않다고 본다. 지방의회는 주민의 대표자로서 의결을 함에 있어 주민 전체의 이익을 우선시할 의무가 있다. 그런데 주민소송을 통해 주민이 다투고자 하는 것은 주민 전체의 이익을 위한 것이며, 법원이 이를 타당하다고 생각하여 마찬가지로 주민 전체의 이익을 위하여 인용판결을 내렸다면, 이에 반하는 의결을 하는 것은 일반적으로 공익에 어긋나는 것이라고 할 것이다. 물론 이러한 의결이 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효로 된다고 볼 수는 없다. 상황에 따라 권리의 포기를 의결하는 상당하고 합당한 이유가 있는 경우도 분명히 존재할 것이기 때문이다. 그러므로 주민소송에서 다퉈진 청구권을 포기하는 의결의 효력은 일단은 유효하지만,

84) 阿部泰隆, 앞의 책, 313, 315頁.
85) 阿部泰隆, 앞의 책, 315頁.

주민이 이에 대하여 이의를 제기함으로써 그 효력의 유무에 대한 판단을 하게 되는 경우에는 이러한 지방의회의 주의의무와 공익성에 비추어 엄중하게 해야 할 것이다.

3. 주민소송 활성화 방안

가. 주민소송 활성화의 필요성

주민소송은 지방자치단체의 재무회계행위에 대하여 소를 제기함으로써 이를 법정에서 지방자치단체와 대등한 입장에서 다툴 수 있다는 점에서, 대등적·협력적 관계로 발전해나가는 현대 행정의 양상에 있어 중요한 역할을 수행한다. 이러한 의의는 객관소송 자체의 의의와도 연관된다. 객관소송은 다양한 이익의 재조정을 도모하는 소송으로서, 절차적으로 보장을 받으면서 국민과 국가, 즉 주민과 지방자치단체가 대등한 입장에서 의견의 대립·불일치를 둘러싸고 활발한 변론을 전개하여 의논을 충분히 다하여 합의를 형성할 수 있게 해준다.[86] 즉, 객관소송은 행정주체와 사인이 협력하여 실현할 적정한 공익을 탐구하고 그 결착을 법원에 맡기는 제도라고도 할 수 있으며, 재판의 고전적 기능인 국가권력에 의한 분쟁해결이 아닌, '말에 의한 의논에 의해 결착을 짓는 공적인 장'으로서 새로운 재판의 기능 또한 창출할 수 있는 것이다.[87]

주민소송은 행정에 있어 중요한 부분을 차지하고 있다고 볼 수 있는 재무회계행위에 대한 이의제기를 매개하여 지방자치단체의 잘못된 행정에 대하여 의문을 제기하고 이에 대한 의견을 개진함으로써 행정에 대한 적극적인 참여를 가능하게 한다. 전술했듯 이는 객관소송의 의의와도 연결되는 것이다. 따라서 주민소송을 활성화함으로써 객관소송이 행정소송의 체계에 있어 부수적인 것이라는 태도에서 벗어나 이를 보다 심도 있게 논의하여 국민과 국가의 관계에 있어 진정한 대등·협력적 관계를 구축할 것이 필요하다.

---

86) 山岸敬子, 앞의 책, 45頁.
87) 山岸敬子, 앞의 책, 45-46頁.

나. 주민감사청구 전치주의의 문제

주민감사청구 전치주의는 일본의 독자적인 제도로 주민소송제도와 함께 도입된 것이라고 볼 수 있다. 이러한 제도를 둔 이유는 지방자치단체의 내부에 지방자치단체의 사무 전반에 걸쳐 당부의 감사를 하는 것을 임무로 하는 감사위원이라는 기관이 설치되어 있는 이상, 직원의 위법·부당한 행위에 의해 주민 전체의 이익을 해하는 사실이 발생한 경우에는 먼저 이 기관에 감사의 기회를 부여하는 것에 의해, 가능하면 사건을 자주적으로 해결하도록 하는 것이 지방자치의 본지에 맞으며, 법원의 부담을 경감시키기 위해 필요하다는 것이라고 한다.[88]

그런데 우리나라의 경우 지방자치단체 내부에 감사위원을 두고 있지 않고 주민감사청구에 있어서도 감독기관에 의한 감사가 이루어지기 때문에 자주적 감사가 아닌 타율적 감사를 기본적인 구조로 하고 있다는 점에서, 주민감사청구 전치주의를 그대로 채택한 취지에 대해서는 의문이 제기된다.[89] 나아가 이러한 주민감사청구제도의 구조는 대등·협력적 관계가 강조되는 오늘날의 국가와 지방자치단체의 관계, 지방자치단체의 자율성·자주성 강화와 어긋나는 면이 있는데, 그런데도 이를 거쳐야 주민소송을 제기할 수 있도록 하는 것은 지방자치제도의 취지와 맞지 않을 여지도 있다고 할 것이다.

또한 주민이라면 1인이라도 감사청구를 할 수 있는 일본과 달리 우리나라는 일정 수 이상의 주민의 연서를 요하고 있어 그 요건을 충족하기가 매우 까다롭다. 이는 주민소송에 대한 장벽으로 작용할 수 있어 제도의 활성화를 저해한다는 점은 앞서 검토한 바와 같다.

다. 적절한 정보공개

주민에 의한 지방자치단체의 재무회계행위에의 감시가 실효적으로 이루어지기 위해서는 이에 대한 정보가 정확하고 충실하게 제공되어, 주민이 지방자치단체의

---

88) 成田頼明, 앞의 논문(주28), 208-209頁.

89) 김남진, 住民訴訟의 制度的 意義 및 概要, 고시연구 제33권 제6호, 고시연구사, 2006, 81면; 조성규, 앞의 논문, 2007, 22면.

행위에 대해 충분히 인식할 수 있게 해야 한다. 특히 사전적·예방적 청구인 1호 소송의 경우에는 이러한 정보의 공개가 더욱 중요하다.

라. 주민소송의 대상의 확대

주민소송의 대상을 재무회계행위에 엄격하게 한정하여 해석하는 것은 오히려 주민소송제도의 취지와 맞지 않을 수 있음은 앞서 검토한 바와 같다. 그러나 그 확대에 있어서는 신중한 검토가 이루어져야 한다. 이를 위해 위에서 검토한 일본의 '위법성의 승계'의 문제로 다루어 일정한 기준을 제시한 견해와 더불어, 광의의 재무회계법규의 개념에 대한 고찰을 통해 그 해석을 유연하게 하여 주민소송을 통한 지방의 재무행정에 대한 통제가 보다 실효적으로 이루어질 수 있도록 해야 한다.

마. 원고적격의 확대

현행법상 주민소송의 원고는 주민감사청구를 신청한 사람으로 되어 있는데, 주민감사청구는 19세 이상 주민의 연서로 이루어진다. 법인은 19세 이상의 주민에 속하지 않으므로 원고적격이 없다고 해석된다.[90] 그런데 개인의 이익과 관련이 없는 객관소송의 성격상 공익을 목적으로 결성된 사회단체 등이 이를 주도하게 될 가능성이 높다. 물론 이에 대해서는 남소의 우려를 고려하여 결정된 것이지만, 그 이용이 매우 저조한 상황에서 이를 관철하는 것은 문제가 있어 보인다. 그러므로 여러 요소를 고려하여 우선은 일정한 기준을 정하여 이를 충족하는 그 지역의 사회단체 등에게 원고적격을 부여하고, 소의 제기에 있어 다른 요건을 부가하는 방법을 생각해볼 수 있을 것이다.

바. 소송비용의 문제

주민소송은 주민 전체의 이익을 추구하기 위한 객관소송으로서 '이타적 공익소송'의 일종이라고 볼 수 있는데, 공익 차원에서의 적절하게 문제를 환기하는 기

90) 김용찬 외 2인, 앞의 책, 139면.

능을 수행했음에도 불구하고 패소한 경우 당해 주민이 소송비용 전부를 부담하도록 하는 것은 공익이라는 관점에서 볼 때 타당하지 않다.[91] 따라서 이에 대한 입법적 고려가 이루어질 필요가 있다.

Ⅴ. 결론

주민소송은 주민참여수단의 하나로서 일본의 제도를 도입한 것으로, 지방분권이 강화되는 경향에 있는 오늘날 주민이 적극적으로 지방의 행정에 개입함으로써 참여할 수 있도록 하여 주민참여정신과 직접 민주주의의 이념을 실현하는 역할을 수행하며, 객관소송의 기능을 가장 잘 수행할 수 있는 제도라는 점에서 의의를 가진다.

객관소송의 기능이란 공익을 사익으로 환원하여 사익을 보호함으로써 행정의 적법성을 담보하려는 주관소송이 가지고 있는 한계에 대한 대안으로서, 대등적·협력관계로 나아가고 있는 국가와 국민의 관계를 고려한 것이다. 즉, 국민은 현대사회에서 더 이상 행정주체의 결정에 소극적으로 순응하는 객체가 아니라 적극적으로 정책결정과정에 참여하고 협력하는 주체로 이해되고 있다. 그리고 공익은 복잡하고 다양한 여러 이익이 타협한 결과로서 이해될 수 있으며, 그 판단에 대한 문제를 법정에서 적극적으로 다툴 수 있도록 하는 것이 중요하다. 이는 공식적인 절차에 의해, 객관적인 제3자적 기관인 법원을 통해 복잡하고 다양한 이익을 실효적으로 타협할 수 있게 하는 것이다. 협력적·대등적 관계로 나아가는 오늘날의 국민과 국가의 관계에 있어, 객관소송을 보다 활성화함으로써 국가와 국민이 공정성이 일정 정도 담보되어 있는 법정을 통해 이성적인 논의를 주고받으면서 국민의 행정에 대한 참여를 제고하고, 무엇이 공익인지에 대한 합의를 형성하는 과정이 가능하도록 하는 것이 필요하다.

---

91) 김태호, 앞의 논문, 149면.

현행의 제도 중 이러한 기능을 잘 수행할 수 있는 것은 주민소송이며 이를 활성화시키고 그 실효성을 확보하는 것이 필요하다. 현재 지방분권이 강화되는 추세에 있다는 점을 고려하면 그 중요성은 더욱 높아진다. 주민소송의 활성화 방안으로는 주민감사청구의 요건을 완화시켜 진입장벽을 낮추는 방안, 적절한 정보공개를 통해 주민으로 하여금 이를 쉽게 인식하고 소송을 제기할 수 있도록 하는 것, 주민소송의 대상을 유연하게 해석하여 확대하는 것, 원고적격을 법인에까지 확대하는 것, 소송비용에 있어서의 부당함을 해결하는 것이 있다.

이와 더불어 무엇보다 중요한 것은 주민의 의식이 행정에 대하여 무관심으로 대하는 것이 아닌, 보다 적극적으로 이에 참여하는 쪽으로 변화하는 것이다. 또한 많은 논의와 입법적 해결을 통하여 주민소송의 현실적 실효성을 확보할 수 있어야 한다. 주민소송은 객관소송으로서 중요한 위치를 차지하고 있고, 이에 대한 논의를 통해 객관소송이 행정소송의 체계에서 어떻게 자리잡아야할지의 답을 얻을 수 있을 것이라고 생각된다. 객관소송에 관한 논의는 복잡다기한 현대사회에서 기존의 주관소송 중심적인 행정소송체계의 한계에 대한 대안으로서 기능할 수 있다는 점에서 중요하다. 따라서 이에 대한 논의를 통해 정교한 이론의 발전이 이루어질 필요가 있다고 생각한다.

【참고문헌】

김남진·김연태, 행정법Ⅰ, 제21판, 법문사, 2017.

김용찬 외 2인, 주민소송, 박영사, 2005.

박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.

하명호, 행정쟁송법, 제3판, 박영사, 2017.

함인선, 주민소송 : 이론과 사례, 제2판, 전남대학교 출판부, 2012.

강수경, 客觀訴訟의 법리 – 일본에서의 논의를 중심으로 -, 원광법학 제25권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2009.

_____, 우리 현행법상 민중소송제도, 원광법학 제30권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2014.

김남진, 住民訴訟의 制度的 意義 및 槪要, 고시연구 제33권 제6호, 고시연구사, 2006.

김성호, 주민소송제 도입논의 배경과 그 필요성, 자치발전 제6호, 한국자치발전연구원, 2004.

김태호, 부당이득을 요구하는 주민소송 – 지방의회의원 의정비 반환 소송에서 조례의 사법심사를 중심으로 -, 행정판례연구 제21권 제1호, 박영사, 2016.

박윤흔, 취소소송의 대상인 「처분」 성, 법학연구 제2호, 충북대학교 법과대학 법학연구소, 1990.

조성규, 지방자치단체의 책임성 제고수단으로서 주민소송제도의 의의와 한계, 지방자치법연구 제7권 제4호, 한국지방자치법학회, 2007.

최계영, 주민소송의 대상과 도로점용허가 – 대법원 2016. 5. 27. 선고 2014두8490판결 -, 최신판례분석 제65권 제9호, 법조협회, 2016.

최우용, 주민소송제도의 한·일 비교 – 일본의 현황, 그리고 한국에의 활용방안 -, 지방자치법연구 제10권 제4호, 한국지방자치법학회, 2010.

김태호 외 3인, 공익소송 제도의 현황과 개선방안, 대법원 사법정책연구원, 2017.

阿部泰隆, 住民訴訟の理論と実務 - 改革の提案 -, 信山社, 2015.

地方自治制度研究会, 改正住民訴訟制度逐條解說, ぎょうせい, 2003.
山岸敬子, 客観訴訟の法理, 勁草書房, 2004.
芝池義一, 住民訴訟における違法性, 法曹時報, 55巻 6号, 法曹會, 1999.
関 哲夫, 住民訴訟の対象, 最新地方自治法講座4 住民訴訟, ぎょうせい, 2002.
大橋洋一, 住民訴訟の現代的課題, 法政研究 82号, 九州大学法政学会, 2015.
白藤博行, 住民訴訟における財務会計行為の違法性 - 二子玉川東地区再開発事業公金 支出差止訴訟を素材にして - , 早稲田法学, 8巻 3号, 早稲田大学法学会, 2010.
木佐茂男, 住民訴訟の対象, 民商法雑誌 82巻 6号, 有斐閣, 1980.
小幡純子, 住民訴訟における一号請求の重要性, 法律のひろば 55巻 8号, ぎょうせい, 2002.
大和勇美, 住民訴訟の諸問題, 實務民事訴訟講座 9 行政訴訟Ⅱ·労働訴訟, 日本評論社, 1971.
成田頼明, 住民訴訟(納税者訴訟), 行政法講座 第3巻 行政救済, 1965.
_____, 住民監査請求·住民訴訟制度の見直しについて (下), 自治研究 77巻 6号, 良書普及會, 2001.
佐藤英善, 住民訴訟の請求, 最新地方自治法講座4 住民訴訟, ぎょうせい, 2002.
関 哲夫, 住民訴訟論, 勁草書房, 1997.
佐藤英善, 住民訴訟の請求, 最新地方自治法講座4 住民訴訟, ぎょうせい, 2002.
白井皓喜, 取消し·無效確認請求(2号請求)の対象, 民商法雑誌 93巻 2号, 有斐閣, 1985.
三好達, 住民訴訟の題問題, 新実務民事訴訟法 9 行政訴訟Ⅰ, 日本評論社, 1983.

安本典夫, 住民訴訟·新四号訴訟の構造と解釋, 立明館法学 262号, 立命館大学法学会, 2003.

石律廣司, 住民訴訟の手続, 最新地方自治法講座4 住民訴訟, ぎょうせい, 2002.

住民訴訟に関する検討会, 住民訴訟に関する検討会 報告書, 2013. 3.

민간투자사업의 공공성 확보에 대한 법적 연구
- 민간투자법상 감독·명령권 규정을 중심으로 -

신 윤 정*

〈 국문초록 〉

오늘날 사회는 작은 정부로의 변화와 더불어 각종 사회적 위험의 증대, 경제적 침체 등의 극복을 위해 기존의 국가기능에 대한 변화가 요구되면서 참여와 협력이라는 개념이 대두되었고, 그에 따라 민관협력에 관한 논의가 전세계적으로 활발히 이루어지고 있다. 특히 우리나라에서는 협의의 민관협력의 개념으로 민간투자법제를 두고 있다. 민간투자제도는 국가 또는 지방자치단체가 공공시설의 건설과 운영을 위하여 부족한 재원의 전부 또는 일부를 사인으로부터 조달하고 그들에게 일정한 범위 내에서 공공시설의 운영 및 수익권을 보장하는 제도이다. 이러한 민간투자제도를 잘 활용하면 국가는 민간의 자본과 효율적이고 전문적인 경영기법을 이용할 수 있고, 민간은 민간투자사업이 대부분 장기적으로 이루어진다는 위험 부담에 대해 국가가 일정 부분 그 위험을 분담하고 더불어 인센티브 제공, 민간의 수익을 보장해주기 때문에 민간과 국가 서로가 전략적인 이득을 가질 수 있다.

민간투자제도는 참여와 협력, 공공성, 효율성, 수익성의 보장을 개념적 요소로 한다. 그러나 실무에서는 효율성과 수익성에 초점을 맞추다 보니 공공성을 확보하지 못하는 경우가 발생한다. 특히 우리나라에서는 지방자치단체의 재정자립도가 낮은 편인데, 검증시스템이 제대로 갖춰지지 못한 상태에서 무분별하게 민간투자사업이 이루어지고 있다. 또한 실시협약의 계약당사자인 주무관청이 공공성을 통제하다 보니 상대적인 불확실성에 의해 민간의 투자가 위축되는 현상도 발생하고 있다. 하지만 국가가 급부행정국가로 나아가며, 사회간접자본시설에 대한 국민의 수요도 증가함에 따라 국가의 재정적 부담 완화를 위해 민간투자제도를 적극적으로 활용할 필요가 있다.

현행 민간투자제도로 인해 발생하는 문제점을 해결하기 위해서는 국가의 감독권을 실질적으로 강화하여 공공성을 확보해야 할 필요가 있다. 감독자로서 국

* 고려대학교 법학석사

가의 역할을 규정해놓은 민간투자법 제3장 외에도 실시협약, 조례 등을 통한 제도적 보완에 대해 실질적인 논의가 이루어져야 한다.

따라서 본 연구에서는 광주 제2순환도로 사건, 부산시의 백양터널·수정산 터널 사건, 서울시의 도시철도 9호선 사건 등 민간투자법상의 감독명령권을 발동할 때에 실질적으로 문제가 된 사항들을 살펴보고자 한다. 이를 통해 입법적으로 보완해야 할 점이 어떤 것이 있는지를 살펴 공공성 확보를 위한 대안을 구체적으로 제시해보고자 한다.

주제어 : 민관협력, 민간투자제도, 민간투자법 제3장, 감독·명령권 규정, 공공성 확보

〈 목 차 〉

제1장 서론
제1절 연구의 목적과 배경

제2장 민관협력에 관한 논의의 기초
제1절 민관협력의 개관
제2절 민간투자제도의 법적 논의의 기초

제3장 민간투자법상의 감독 규정의 법적 쟁점과 개선방안
제1절 민간투자법상의 감독 체계
제2절 법적 쟁점과 개선방안

제4장 결론

제1장 서론

제1절 연구의 목적과 배경

오늘날 사회가 복잡해지고 전문화되면서 국민의 공적 생활관계를 미리 입법화하는 것에 한계가 발생하고 있다. 큰 정부의 실패로 미국, 유럽 등 국가에서는 작은 정부로의 변화와 더불어 각종 사회적 위험의 증대, 경제적 침체 등의 극복을 위해 기존의 국가기능에 대한 변화가 요구되었다. 이와 더불어 참여와 협력의 개념이 대두되기 시작했다. 국가의 과도한 관여와 개입은 한정된 국가 재원의 배분

과 국가 역무의 내용과 관련하여 이른바 정부 실패가 나타나면서, 세계 각국은 작은 정부의 구현, 공공서비스 업무의 민영화 추진, 행정에 있어서의 주민의 참여와 협력의 확대 등을 통해 신공공관리체제로 나아가게 되었다. 이에 따라 민관협력이라는 개념이 대두되었다. 이에 대해 통일된 법적 개념은 없지만, 일반적으로 민간부문과 공공부문이 공적인 사무를 공동으로 수행하는 방식들을 일컫는다. 민관협력은 민간위탁, 공적 기업의 민영화, 민간자본의 유치, 행정기관 구성에의 민간참여 등을 포괄하는 개념이다. 우리나라에서는 민관협력을 협의의 민관협력의 범위에 속하는 민간자본 유치의 개념과 동일하게 이해한다. 따라서 이 연구에서는 민간투자제도에 한정하여 논의를 할 것이다.

우리나라에서는 1994년 「사회간접자본시설에 대한 민간자본유치촉진법」을 제정하여 시행하였다. 민간투자를 활성화 하면서 공공성을 확보하는 방향으로 꾸준히 개정이 이루어지면서 현재에는 「사회기반시설에 대한 민간투자법」으로 명칭을 변경하여 시행되고 있다. 민간투자제도는 국가 또는 지방자치단체가 공공시설의 건설과 운영을 위하여 부족한 재원의 전부 또는 일부를 사인으로부터 조달하고 그들에게 일정한 범위 내에서 공공시설의 운영 및 수익권을 보장하는 제도라고 말할 수 있다. 이러한 민간투자제도를 잘 활용하면, 국가는 민간의 자본과 효율적이고 전문적인 경영 기법을 이용할 수 있게 되고, 민간은 국가가 민간투자사업이 대부분 대규모로 이루어지고 장기적으로 이루어지는 것에 따르는 일정한 위험을 부담하여 주고 민간의 수익을 보장해 주기 때문에, 민과 관이 서로에게 이득을 줄 수 있다.

민간투자제도는 참여와 협력, 공공성, 효율성, 수익성의 보장을 개념적 요소로 하고 있다. 올바른 민간투자제도가 자리매김하기 위해서는 이 징표들이 시너지 효과를 낼 수 있도록 해야 한다. 그러나 실무에서는 효율성과 수익성을 추구하다 공공성을 확보하지 못하는 경우도 발생한다. 민간투자제도에서 특히 쟁점이 되었던 문제들은 '최소운영수입보장제도'와 관련이 있었다. 민간자본의 유치를 위해 해당 주무관청들은 과도하게 최소운영수입을 보장해 주면서 국가의 재정부담을 덜기 위한 제도가 오히려 국민의 세금을 무분별하게 사용하고, 특정 기업에 혜택

을 준다는 비판을 불러일으켰다. 대표적으로 광주 제2 순환도로, 부산의 수정산 터널, 서울시 도시철도 9호선 사건이 있다. 최근에는 의정부 경전철이 결국 파산 신고를 하게 되면서 지방자치단체가 실적을 위한 무분별한 민간투자사업 유치로 인해 지방재정을 더욱 악화시키고, 국민의 행정에 대한 신뢰를 잃게 만들고 있다.

민간투자법 제3장에서는 이미 국가의 감독명령권을 규정해놓음으로써 국가가 감독자로서의 역할을 수행하고 있으나, 위의 사건에서 쟁점화 되었던 사항들을 보면 입법적으로 미비한 부분도 많이 보인다. 역으로 주무관청이 공공성을 통제하다 보니 상대적인 불확실성에 의해 민간의 투자가 위축되는 현상이 발생하기도 한다. 하지만 급부행정국가로 가고 있는 시점에서 국민의 사회기반시설에 대한 수요는 점차 늘어가고 있고, 그에 따라 국가의 재정적 부담은 점점 커지고 있다. 이를 위해서는 민간투자제도를 적극 활용할 수 있는 방안을 모색하여야 할 필요가 있다. 따라서 이 연구에서는 민간투자제도의 원래의 개념대로 민과 관, 더불어 사회기반시설을 이용하는 국민을 비롯하여 모두의 이해관계를 고려하여 민간투자제도가 나아갈 방향을 제시하고자 한다.

제2장 민관협력에 관한 논의의 기초

제1절 민관협력의 개관

Ⅰ. 민관협력의 의의

1. 민관협력의 개념

민관협력은 1970년대 영국에서 공공서비스를 개선하기 위한 국가적 노력의 일환으로 시작되었고, 1980년대 중반에 이르러서는 정부의 서비스 공급을 위한 재정의 부족, 효율성의 측면이 강조되었으며, 1990년대 중반에는 유럽, 북미, 일본 등의 국가로 확대되었다.[1)]

민관협력은 실정법적 개념이 아니라 실무상 사용하는 용어이기 때문에 명확하

게 개념을 정립하기가 어렵다. 그러나 일반적으로 “민간과 공행정 주체가 공적인 역무를 공동으로 수행하는 방식”, “정책기능을 충족시키기 위하여 고안된 정부-이익추구 기업-비영리적인 사적 조직 간 협력적 관계의 형태”, “공행정 조직과 민간기업 또는 각종 민간조직체 간의 다양한 형태와 방식상의 협력”이라고 이해되고 있는데, 별도의 사업 단위를 만들거나 이러한 별도의 사업 단위 없이도 계약을 통한 민간과의 협력을 수행하는 체계라고 이해할 수 있다.[2] 강학상으로는 “행정과 민간이 공적인 사무를 공동으로 수행하는 제 방식”을 의미하고, 여기에서 공적 사무는, 공행정 주체가 수행하고 있거나 수행해야 할 것으로 인식되는 사무를 말한다.[3]

이러한 의미의 민관협력은 광의의 개념과 협의의 개념으로 나눌 수가 있다. 우선 광의로는 행정업무의 민간에 대한 위탁(민간위탁), 공적 기업의 민영화, 국가기관 시설의 건설과 유지에 대한 민간자본의 유치(PFI), 행정기관 구성에서 민간참여 등의 형태로 이루어진다고 할 수 있다.[4] 즉, 정부와 관련된 민간의 계약행위 등의 일체를 의미한다.[5]

민관협력의 개념을 협의로 보면 “민간과 행정기관이 그 법적 주체성을 유지하면서 기능적으로 협력하는 방식”을 말한다.[6] 가장 협의적인 방식의 민관협력의 방식은 국가기간시설에의 민자유치(PFI)가 해당될 것이다.[7] 우리나라는 대체적으로 민관협력을 협의의 개념으로 파악하여 민간투자의 개념으로 인식하고 있다.[8]

---

1) 이순우, 민간투자사업관리법제 개선방안에 관한 연구-민관협력-, 한국법제연구원, 2009, 24면.
2) 강문수, 민관협력 활성화를 위한 법제개선연구, 한국법제연구원, 2011, 31면.
3) 김해룡, “ppp에 있어서의 법적 과제”, 법학논고 제35집, 2011. 2, 152면.
4) 강문수, 앞의 책, 32-33면.
5) 강문수, 앞의 책, 33면.
6) 김해룡, 앞의 논문, 153면.
7) 김성수, “민관협력-민간투자법의 협력적 요소에 대한 평가”, 경희법학 42권 2호, 경희대학교 법학연구소, 2017, 46면.
8) 김성수, 앞의 논문, 45면.

2. 구성요건적 징표

위와 같은 개념의 구별에도 불구하고 학문적으로 민관협력이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대해서는 합의가 쉽게 이루어지지 못하고 있다. 그리하여 개념을 정의하기 보다는 개념적 징표를 이용하여 민관협력의 사업을 특정하기도 한다.[9)]

(1) 개념적 징표

첫째, 관과 적어도 1개 이상의 민으로 구성되는 2개 이상의 사회적 주체가 참여하여야 한다. 둘째, 파트너쉽 참여자는 협력 활동에 있어서 협정이나 계약 등에 의한 공식적인 협의서를 필요로 한다. 셋째, 파트너쉽의 참여자는 활동 주체로서 주어진 역할에 상응하는 이익이나 편익을 향유한다. 그러나 공공부문 파트너쉽 활동의 이익은 참여자뿐만이 아니라 국가 전체 또는 사회를 위한 가치로 평가되어야 한다. 넷째, 민과 관이 상호간에 협력하여 계속적 또는 공동으로 활동하여야 한다. 다섯째, 각자의 참여조직은 어느 정도의 자원을 공동 활동에 제고하여야 한다. 여섯째, 쌍방이 공동행동의 책임을 질 수 있어야 하며, 일곱째, 민의 활동 목적이 지역사회의 발전과 주민복지증진을 위한 비영리적인 것이어야 하고 공익 증진을 목적으로 하는 분야를 가져야 한다. 여덟째, 민과 관이 서로 목적의식을 공유하여야 한다.[10)]

(2) 협력적 요소

민관협력의 구성요건 징표에서 특히 중요한 것은 협력적 요소이다. 민과 관이 계약이나 실시협약을 체결하며 공공의 목표나 공공의 책임 등을 상하 명령 관계가 아닌 대등한 당사자로서 이행하는 것이 이 제도의 핵심이다. 또한 국가와 사회가 공익 실현에 관한 공동책임을 지는 측면에서 협력이 강조되기도 한다.

협력은 행정활동 자체가 행정계약 또는 비공식적 협약을 통해 이루어지는 것

9) 김성수, 앞의 논문, 45면.
10) 강문수, 앞의 책, 34-36면 참조.

이므로 결정 주체가 행정과 시민 쌍방이라는 것을 특징으로 한다.[11] 이러한 행정과 사인의 협력에서는 공법과 사법이 독립적으로 분리되어 있는 것이 아니라 공법적 규율로써 부족한 부분을 사법이 보충하거나 거꾸로 사법적 규율로써 부족한 부분을 공법이 보충하여 수행한다는 점 또한 강조된다.[12]

협력의 개념은 법도그마틱적으로 확립되지는 않았으나, 협력에 의한 행정의 범주에는 그 형식 및 법적 효력의 관점과 협력 내용의 관점에서 이원적 구분이 가능하다.[13] 협력의 형식 및 협력방식의 법적 효력의 관점에서, 현대 행정에서 점차 그 비중이 커지고 있는 비공식적 행정활동, 그 중에서도 특히 비구속적 효력을 가지고 있는 협약과 행정임무의 집행과정에 있어서의 사실상의 민간협력, 그리고 합의적·구속적 협력형식으로서의 행정계약(공법상계약)을 들 수 있을 것이다.[14] 협력의 내용의 관점에서는 행정사무의 민간위탁, 행정조직 및 경영의 민영화, 공적 범주의 업무에 관한 민간의 자율규제 등을 포함시킬 수 있다.[15]

제2절 민간투자제도의 법적 논의의 기초

Ⅰ. 민간투자제도의 정의

1. 서론

우리나라는 민간투자제도와 관련하여 「사회기반시설에 대한 민간투자법」(이하 '민간투자법'이라 한다)을 시행하고 있다. 이 법의 목적은 사회기반시설에 대한 민간의 투자를 촉진하여 창의적이고 효율적인 사회기반시설의 확충·운영을 도모함으로써 국민경제의 발전에 이바지 하는데에 있다(제1조). 그리고 제2조 제

11) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005. 12, 262면.
12) 박정훈, 앞의 책, 273면.
13) 문상덕, "참여와 교섭에 의한 행정과정과 행정분쟁의 해결", 행정법연구 제18호, 행정법이론실무학회, 2007. 8, 343면.
14) 문상덕, 앞의 논문, 343면.
15) 김유환, "한국에서의 민간의 참여와 협력에 의한 행정과 행정법", 제6회 동아시아행정법 학회 국제학술대회 발표논문집, 동아시아행정법학회·한국법제연구원, 2004, 220면.

5호에서는 민간투자사업은 “제9조에 따라 민간부문이 제안하는 사업 또는 제10조에 따른 사업시행자가 시행하는 사회기반시설”을 의미한다며 정의하고 있다. 그러나 이는 민간투자사업의 형식적 개념을 정의한 것이고, 실체적 개념에 대해서는 규정되어 있지 않다.[16)]

그러나 민간투자제도에 필요한 법적 규율을 규정하거나 이에 관한 법적 쟁점의 논의를 위해서는 민간투자제도의 법적 개념을 명확히 할 필요가 있으므로 아래에서는 민간투자제도의 개념과 그 요소 등에 대해서 알아보겠다.

2. 민간투자제도의 개념

민간투자제도는 민간투자를 국가 또는 지방자치단체가 공공시설(또는 영조물)의 건설과 운영을 위하여 부족한 재원의 전부 또는 일부를 사인으로부터 조달하고 그들에게 일정한 범위 내에서 공공시설의 운영 및 수익권을 보장하는 제도라고 말할 수 있다.[17)] 이를 개념적 요소로 파악하면 아래와 같다.[18)]

가. 민간투자의 주체

민간투자사업은 도로, 주차장, 항만의 건설 등 공공시설 건설에 부족한 재원이나 기술과 경영능력을 민간부문을 통해서 시행한다. 즉 민간자본을 유치하는 주체는 국가 또는 자치단체를 포함한 공공단체가 된다. 그러므로 민간투자사업에 자본을 투자한 사인은 국가 또는 자치단체의 관리와 감독을 받게 되고, 법적인 한도 내에서 일정한 반대급부권을 행사할 수 있을 뿐이다.

민간투자제도는 공행정의 주체와 사인 간의 협력을 통하여 이루어지는 것은 분명하지만, 사업의 전과정을 기획하는 주체는 엄연히 국가나 지방자치단체이고, 사인은 공공시설의 운영권을 양도받아 수익을 추구할 뿐이다. 따라서 사인이 공익사업을 주도하며, 공행정 주체는 사인에게 사업수행을 위한 자금의 일부를 교

16) 김성수, 일반행정법-행정법이론의 헌법적 원리-, 홍문사, 2012, 433면.
17) 김성수, 개별행정법-협력적 법치주의와 행정법이론-, 법문사, 2004, 164면.
18) 이하의 내용은 김성수, 일반행정법-행정법이론의 헌법적 원리-, 홍문사, 2012, 438-442면을 참조함.

부하고 일정한 범위 안에서 감독권을 행사하는 보조금교부행정과 구별된다.

나. 사회기반시설

민간투자법 제2조에서는 사회기반시설을 “각종 생산 활동의 기반이 되는 시설, 해당 시설의 효용을 증진시키거나 이용자의 편의를 도모하는 시설 및 국민 생활의 편익을 증진시키는 시설”로 정의를 하면서 그에 해당하는 시설을 나열하고 있다.

민간투자법의 사회기반시설은 도로나 항만과 같은 강학상 공물[19]뿐만 아니라 박물관, 미술관과 같은 영조물[20]을 포함하는 넓은 의미의 공공시설에 해당한다.

다. 재원의 조달

국고 또는 지방자치단체가 공공의 복지를 증진하기 위하여 각종의 공공시설을 건설하고 운용하는 데 필요한 재원은 원칙적으로 조세, 각종의 공과금 수입을 통해 마련되어야 한다. 사회기반시설에 대한 수요는 꾸준히 늘어나고 있음에 반하여 우리나라의 지방자치단체들의 재정자립도는 매우 낮은 수준이어서 사회기반시설의 건설에 투자하지 못하는 결과를 초래하였다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 공익사업수행을 위하여 부족한 재원의 전부 또는 일부를 사인이나 사기업으로부터 조달하는 민간투자 방식을 활용한다.

물론 공익사업의 수행을 위하여 민간부문으로부터 국가 또는 지방자치단체가 부족한 재원을 조달하기 위한 방법으로 민간유치 외에도 국·공채 발행이 사용되고 있다. 그러나 국·공채의 경우 이를 매입하는 자는 일정한 기간의 경과 후에 원리금을 상환받는 단순한 채권자의 지위에 불과하다. 반면에 민간투자의 경우에는 여기에 자본을 투입한 개인이 단독으로 또는 국가 및 지방자치단체와 공동으로

---

19) 공물의 개념에 대해서는 학설상 대립이 있다. 종래의 학설은 공물을 “행정주체에 의하여 직접 공적 목적에 제공된 유체물”로 이해하는 반면, 근래의 유력설은 독일 학설의 입장에 따라 “행정주체에 의하여 또는 관습법에 의하여 직접 공적 목적에 제공되어 공법적 규율을 받는 유체물과 무체물 및 물건의 집합체”로 정의 내리고 있다. (정하중, 행정법개론, 1175면.)

20) 영조물은 학문적으로 행정 목적을 달성하기 위한 인적요소・물적요소가 결합된 종합시설체를 의미한다.

시설의 운영권을 갖는 등 물권적 권리[21]를 행사한다는 점에서 국·공채 발행과 민간유치는 구별된다.

라. 반대급부의 보장

사회기반시설에 투자한 사인은 일정한 범위 내에서 그 시설의 운영이나 수익권의 부여 등 반대급부를 보장받는다. 사용·수익권의 구체적인 내용은 시설에 따라 달라질 수 있겠지만 일반적으로 사인에게는 사업시행자로서 당해 시설을 유지·관리하고 사용료를 징수할 수 있는 시설관리운영권이 주어진다(제26조). 시설관리운영권은 실시협약에서 정하는 바에 따라 정해진다(제24조). 또한 공공시설의 사용·수익권뿐 아니라 주택건설, 택지개발, 관광시설, 유통시설 등의 수익성 부대사업을 허용하여 사인에게 부여하는 반대급부의 범위를 확대하고 있다(제21조).

3. 소결

위의 개념적 징표를 통하여 민간투자제도를 다시 정리하면 민간투자사업은 국가 또는 지방자치단체 등의 공행정 주체가 스스로의 행정계획하에 공역무의 수행을 목적으로 사회기반시설을 건설하고 운영하기 위하여 부족한 재원의 일부 또는 전부를 민간부문으로부터 조달하고, 그들에게 반대급부로 일정한 범위 내에서 공공시설의 운영 및 수익권, 부대권 등을 보장하는 제도라고 할 수 있다. 이러한 내용은 사인과 공공기관이 협력하여 실시협약의 체결을 통해 이루어지게 된다. 또한 민간투자제도는 사회기반시설을 그 대상으로 하고 국민 경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하므로 궁극적으로는 공익에 이바지하는 제도여야 할 것이다.

---

21) 「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제27조 제1항은 "관리운영권은 물권으로 보며, 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「민법」 중 부동산에 관한 규정을 준용한다." 규정하고 있다.

Ⅱ. 민간투자제도의 이념

1. 참여와 협력

민간투자제도의 핵심 이념은 참여와 협력이라고 할 수 있다. 참여는 참여민주주의라는 말에서 나타나듯이 원래 정치학, 사회학 등 사회과학에서 의회민주주의 결점을 지적하면서 직접 민주주의를 강조하기 위해 대두된 개념이다.[22] 이러한 참여의 개념은 전통적 행정법의 전제인 국가·주권·주권자의 단일성 등의 틀을 깨고 행정법의 새로운 패러다임을 제시하였다. 한편, 참여라는 수단을 통해 전통적인 행정법의 패러다임이 깨어지기 시작했다면 새로운 패러다임의 완성은 협력이라는 수단을 통해 이루어졌다.

협력이 새로운 패러다임으로 등장한 것은 '협력적 국가'의 모습인데, 국가가 일방적으로 사회를 규율하고 사회는 국가권력의 남용으로부터 자신을 방어한다는 자유주의적 국가관에서 벗어나 국가가 사회와의 협력에 기반을 둔다는 관념이다.[23] 이러한 협력에 의한 행정법의 구조변화로 행정의 활동 형식으로서의 행정계약의 비중이 커졌다.[24]

민간투자사업에서 참여와 협력은 공공서비스의 전달 또는 공공문제를 해결하는 과정에서 정부에 의존하기 보다는 정부와 민간부문 및 비영리부문 간의 협력적 네트워크를 적극 활용하고, 이 과정에서 정부와 민간 간의 관계와 정부의 역할을 새로 정립하게 한다.[25] 특히 실시협약의 시설의 유지·관리 및 운영에 관한 사항[26]에서 협력적 요소가 강하게 나타난다.[27]

---

22) 박정훈, "행정법의 구조변화로서의 '참여'와 '협력'", 공법연구 제30권 제5호, 한국공법학회, 2002, 4면.
23) 박정훈, 앞의 논문, 15면.
24) 박정훈, 앞의 논문, 16면.
25) 선지원, 앞의 논문, 28면.
26) 수익형 민자사업(BTO) 표준실시협약(안)-도로사업- 제43조(유지관리 및 운영 관련 계약), 공공투자관리센터 한국개별연구원 참조.
27) 김성수, "민관협력-민간투자법의 협력적 요소에 대한 평가", 경희법학 42권 2호, 경희법학연구소, 2017, 49면.

2. 공공성

민간투자제도에 있어 공공성은 반드시 지켜져야 할 본질적인 이념이다. 공공부문과 민간부문이 협력 형태로 행정 작용을 실현하는 것은 공공의 이익을 추구하기 위함이다. 공공성은 공익의 추구를 의미한다. 입법이 언제나 공익을 명확한 형태로 제시하지 못하기 때문에 행정활동은 법해석 내에서 행정청의 공익판단을 전제로 수행되므로 공익은 전반적인 행정법 내에서도 중요한 개념지표이다.[28)]

그런데 국가와 국민 간의 수직적인 공법관계를 전제로 하는 전통적인 행정법의 행위형식이 사인의 참여와 협력으로 변화하면서 공공성의 지향이 문제가 되었다. 즉, 행정기능 및 작용의 변화가 행정의 효율성과 경제성을 강조하는 나머지 법치주의나 민주주의, 기본권과 같은 공법의 근본적 가치를 도외시하지 않느냐는 우려가 제기되었다. 그러나 행정의 역할이나 정부의 기능이 변화하였음에도 공익의 추구는 지향되어야 한다.[29)] 민간투자제도에서도 민간이 행정임무에 일정부분 주도권을 쥐고 있는 경우에도 특히 국민에 대한 생존배려를 기본으로 하는 사회기반시설을 대상으로 하고 있으므로 공공성은 유지되어야 한다. 그러므로 민간의 행정에의 참여에 따른 공공성 유지를 다른 민간투자제도의 이념적 징표와 어떻게 조화시켜 이루어나갈 것인지에 대한 대책이 필요하다.

우리나라 민간투자법에서는 토지 등의 수용, 사용(민간투자법 제20조 제1항), 사회기반시설에 대한 공공투자관리센터의 설치 및 운영(제23조 제1항), 제3장에는 감독에 관한 규정을 두어 공공성에 따른 통제를 위한 규정을 두고 있는데 이를 공공성의 징표라고 볼 수 있다.

3. 효율성

민간투자사업은 사회기반시설의 건설과 운영을 민간의 자본과 기술, 경영기법을 도입하여 보다 효율적으로 실현하려는 것을 목적으로 하는 사업이다. 따라서 효율성도 민간투자제도에서 핵심이라고 할 수 있는 중요한 이념이다. 효율성은

---

28) 최송화, “공익의 법문제화”, 서울대학교 법학 제47권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2006. 9, 13면.
29) 최송화, 앞의 논문, 24면.

획득된 결과에 대한 투입된 수단의 관계를 나타내는 척도라고 할 수 있다. 따라서 최소비용원칙에 따라 확정된 목표를 최소의 수단으로 달성하여야 하는 규칙(비용최소화), 최대효과원칙에 따라 확정된 수단으로써 최대의 효용을 얻어야 한다는 규칙(편익최대화)으로 정의될 수 있다.[30]

우리 행정법학에서 효율성의 원칙은 행정의 법률적합성, 신뢰보호, 비례의 원칙 등과 달리 아직까지 행정의 일반원칙으로 자리 잡지 못하고 있는데, 이는 행정의 법률적합성원칙을 중심으로 구성된 전통적 행정법학에서는 당연한 현상이다.[31] 그러나 현대국가에서 효율적인 국가 작용은 필수적인 가치로 요구된다. 우리 헌법에서는 효율성의 원칙에 대해 직접 명문으로 규정하고 있지는 않으나 헌법 제119조 제2항을 목적론적 해석을 통해 그 근거로 볼 수 있다.[32] 또한 효율성의 원칙이 구체화 되어 있는 개별 법률 조항들도 있다.[33] 이러한 효율성의 원칙을 추구하더라도 행정법의 일반 원리에 합치하는 한도 내에서 이를 실현해야 할 것이다.

민간투자사업에 있어서도 사업의 주체는 최대한의 효율성을 추구해야 하는데 민간부문이 공공부문에 비해 효율성이라는 측면에 있어 비교우위에 있으므로 민간을 통해 효율성을 추구한다.

4. 수익성

여기서의 수익성은 사업시행자의 수익성을 의미한다. 민간투자제도는 공공성을 가진 사회기반시설의 건설에 민간의 자본과 창의력, 기술 등을 도입하는 것이다. 이를 바탕으로 민간 사업시행자는 자발적으로 사업의 이익 창출을 해야 할 것이다. 그러나 장기간의 기간을 전제로 하는 사업이기 때문에 그에 따른 위험이

---

30) 박종수, “법원칙으로서의 재정효율성”, 토지공법연구 제43집 제1호, 한국토지공법학회, 2009. 2, 618면.
31) 조태제, “행정법상의 효율성원칙”, 토지공법연구 제20집, 한국토지공법학회, 2003, 587면.
32) 박종수, 앞의 논문, 623면.
33) 예컨대 예산 운영에 있어서 효율성을 원칙의 하나로 규정한 국가재정법 제16조, 지방재정운용의 기본원칙으로 효율성을 든 지방재정법 제3조, 행정운영의 통제 기준의 하나로 효율성을 제시한 감사원법 제34조의2 등.

부담되는 만큼 국가나 지방자치단체는 일종의 유인책으로 인센티브를 제공하며 민간의 수익을 일정 정도 보장해준다. 즉, 공공과 민간이 협력적으로 사업을 추진하는 것이기에 서로에게 이득이 될 수 있는 전략을 취해야 한다고 생각하며, 따라서 자칫 민간투자사업의 수단의 성격을 보이는 수익성도 민간투자제도의 이념으로 보는 것이 옳다고 생각한다.

우리나라 민간투자법도 공공사업에 민간자본을 유치하기 위해서 민간의 수익성을 보장하고 있다.[34] 대표적인 예가 최소수입보장제도이다. 이에 대해서는 '밑빠진 독에 물 붓기', 민간투자사업의 재정 누수의 주범이 라는 비판을 받아서 2009년에 투자위험분담금제가 도입되었다.

수익성을 추구하는 민간투자사업에서는 행정과 민간이 위험을 어떻게 분담할 것인가도 중요한 문제가 될 것이다. 공공성을 기반으로 하는 민간투자인 만큼 효율성, 수익성, 참여와 협력, 공공성의 이념이 서로 시너지 효과를 낼 수 있도록 잘 조화시키고 협력해 나가는 것이 중요하다.

제3장 민간투자법상의 감독 규정의 법적 쟁점과 개선방안

제1절 민간투자법상의 감독 체계

Ⅰ. 감독관리의 근거

1. 헌법적 근거

민간투자사업이 공공성을 확보하기 위한 국가의 감독관리 규정이 국가의 임무

34) 민간투자법 제8조의2(민간투자대상사업의 지정) ① 주무관청은 사회기반시설사업을 민간투자방식으로 추진하려는 경우 이를 민간투자대상사업(이하 "대상사업"이라 한다)으로 지정하여야 하며, 대상사업으로 지정되기 위하여는 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다.
2. 민간부문의 참여가 가능할 정도의 수익성이 있는 사업일 것

로부터 도출된다면, 그와 같은 국가의 임무가 어떠한 헌법 질서에 근거를 두고 있는지를 우선적으로 살펴볼 필요가 있다. 사적 자치 원칙이 지배하는 실시협약의 계약적 성질에 국가의 관여는 국가 공권력 행사를 통한 일종의 규제라고 볼 수 있을 것이다. 그런데, 공권력 행사는 법률유보의 원칙에 입각하여 헌법과 법률에 근거하여 행사되어야 한다.

우리 헌법은 법치국가원칙을 천명하고 있다고 보고 공공성 확보를 위한 국가의 민간기업에 대한 관여를 정당화하고 있다. 개인의 기회균등과 국민 생활의 균등한 향상을 강조하고 있는 헌법전문, 사기업의 국·공유화 및 통제의 금지를 선언하고 있는 헌법 제126조, 균형있는 국민 경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고 경제력의 남용을 방지하기 위한 국가의 경제에 대한 규제와 조정 권한을 규정하고 있는 헌법 제119조 제2항, 천연 자원에 대해 특허제도를 규정하고 있는 헌법 제120조, 경자유전의 원칙, 농지의 소작제도를 금지하고 있는 헌법 제121조, 국토의 효율적이고 균형있는 이용・개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다는 헌법 제122조 등이 사회적 경제체제를 지향하는 헌법적 근거이다.

또한 헌법재판소 역시 우리 헌법상의 질서를 사회적 시장경제질서로 파악하고 있다.[35] 우리나라 헌법의 경제적 질서는 자유주의적 경제질서를 근간으로 하면서 사회국가 원리를 수용하고, 사회국가 원리는 보충성의 원칙하에 있다. 국가관여의 보충성 원칙은 “국가의 시장 경제간섭은 필요한, 최소한에 그치는 예외적인 것이어야 하며, 바로 이곳에 우리의 경제질서가 계획경제 내지 통제경제로 변질될 수 없는 헌법적 한계가 있다.”는 견해에서 명백히 표현되고 있다.[36]

따라서 공공의 필요를 위하여 제한된 한계 내에서 시장의 개입이 가능하다는 결론을 얻을 수 있게 되는데, 이는 민간투자사업에 대한 국가의 관여가 정당성을 가질 수 있게 됨을 의미한다.

---

35) 김해룡, “공적 사업의 민간화에 있어서의 법적 과제-경제행정법의 기본문제-”, 외법논집 제35권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011. 2, 212면.

36) 허영, 한국헌법론, 2000, 162면.

2. 공공성

가. 공공성 논의의 필요성

민간투자법 제7조 제2항에서는 “민간투자사업기본계획은 사회기반시설과 관련된 중기・장기계획 및 국가투자사업의 우선순위에 부합되도록 하며, 민간의 창의와 효율이 발휘될 수 있는 여건을 조성하면서 공공성이 유지되도록 노력하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이 규정을 전제로 하여 민간투자법은 공공성을 추구하고 있다는 것을 알 수 있다.

또한 헌법적 근거에서 볼 수 있듯이 공공성을 한계로 하여 국가의 감독권이 발생하므로 공공성・공익성의 개념을 어떻게 보아야 하는지에 대한 개념 설정이 필요하다고 생각한다. 민간투자사업의 특성상 국가의 과도한 관여는 사익을 추구하는 사경제 주체의 입장에서는 오히려 장애물로 판단하여 민간투자사업의 활성화를 저해할 수도 있기 때문이다. 특히 전통적인 행정청이 아닌 사인에 의한 공익 관련 활동을 어떻게 법적으로 통제할 것인가의 문제는 공익에 대한 법적 논증의 필요성을 더욱 증대시킨다고 할 수 있다.[37]

나. 공공성의 개념

공공성, 공익, 공공복리 등의 불확정 개념은 법학 분야에서 많이 사용되고 있음에도 불구하고 그에 대해서 단순히 분석의 관점이나 추상적인 가치개념으로 다루어져 왔다. 그러나 공공성이나 공익의 개념을 법적으로 논증하는 과정은 공법학이 일상적으로 직면하는 현실적인 문제이다. 예를 들어 특정한 행정작용이나 입법행위의 위헌성 여부를 판단하기 위한 심사기준으로 흔히 적용하는 과잉금지의 원칙도 결국 공・사익의 비교・교량의 과정이며, 신뢰보호의 원칙 역시 특정한 국가 행위에 대하여 성립한 개인의 신뢰이익과 기존 상태의 변화를 통하여 달성하려는 공익과의 형량을 통하여 그 적용 여부가 결정된다.[38] 이러한 공공성의

---

37) 최송화, 앞의 논문, 24면.

38) 김성수, “사회기반시설의 공공성에 대한 법리분석-관광시설에 대한 민간투자법을 중심으로-”,

개념은 헌법 제37조 제2항에 규정된 '공공복리'와 어떠한 관계가 있는지 검토할 필요가 있다.

(a) 헌법 제37조 제2항의 공공복리

헌법 제37조 제2항은 "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."라고 규정하여 기본권 제한에 대한 일반적인 법률유보 원칙과 그 제한의 헌법적 한계를 선언하고 있다. 여기서 말하는 공공복리는 도로나 학교의 건설 등 사회기반시설의 설치와 운영, 교육사업, 문화적 인프라의 구축, 물가, 환율, 성장, 고용, 양극화 해소 등 경제문제의 해결, 사회복지와 정의의 실현, 환경 보호의 개선, 국민건강의 모호와 증진 등 개인의 차원을 넘어서 국가 전체 또는 국민 전체의 복리를 실현하고 증진시키기 위한 목적을 말한다. 이러한 공공복리의 의미는 자유주의적 관점에서 이해되어야 하기 때문에 공공복리의 실현을 위하여 개인의 자유와 권리를 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용을 침해할 수 없으며, 공공복리 실현을 위한 법령과 그것을 근거로 이루어지는 행정작용도 과잉금지의 원칙에 의하여 엄격한 합법성의 심사가 이루어져야 한다.[39]

이를 바탕으로 공익의 개념을 이해하여 민간투자사업에 적용해 보면, 우선 민간투자사업에 참여하는 민간부문은 민간투자법에 따른 사회기반시설의 관리・운영을 통해 일차적으로 사적 이익인 수익성을 추구할 것이고, 그 사회기반시설이 가지는 각 공익적 요소(예를 들어 관광시설의 경우 외국인 관광객 유치를 통한 우리 문화 알리기 및 이미지 제고, 관광산업의 진흥을 통하여 지역발전과 지역경제의 활성화 측면들을 고려하면 국가 전체 또는 지역의 전반적인 공익을 실현하는 측면이 있다.[40])가 있으므로 이러한 공공복리를 위하여 국민의 기본권을 제

공법연구 제37집 제2호, 한국공법학회, 2008. 12, 262면.

39) 김성수, 앞의 논문, 270면.

40) 김성수, 앞의 논문, 271면.

한할 수 있다는 결론에 이르게 된다. 이를 통해 민간투자사업이 공공성을 침해할 경우에 한해 국가가 관여할 수 있음을 알 수 있다.

제2절 법적 쟁점과 개선방안

아래에서는 광주고등법원판결 2014. 1. 9. 선고 2013누580 판결 (원상회복을 위한 감독 명령취소), 부산지방법원 2014. 10. 10. 선고 2013구합21152판결[41] (자금구조 시정을 위한 감독명령 취소 청구), 서울행정법원 2013. 5. 30. 선고 2012구합15029 판결 (운임신고 반려처분 취소)을 바탕으로 관련된 쟁점을 분석하고 개선방안을 모색해보았다.

Ⅰ. 자금재조달

1. 법적 쟁점 및 개선방안

(1) 자금재조달 규정의 실시협약 반영과 관련하여

실시협약에서는 자금조달에 관한 규정이 비교적 자세히 명문화되어 있다. 이는 곧 민간투자산업의 성공을 판가름하기 때문이다. 그러나 자금재조달에 관한 규정은 민간투자사업기본계획에 명시되어 있을 뿐이다. 실제 민간투자사업 관련 사례들을 보면 주로 자금재조달과 관련하여 민간과 정부의 갈등이 첨예하게 다루어진다. 기본계획은 민간투자법이나 시행령, 실시협약과 같은 구속력이 없는 방침적 효력에 불과할 뿐이다. 기본계획은 협약당사자에게 구속적 효력을 주지 않기 때문에 협약당사자가 기본계획의 내용에 따른 효력을 주장하기 위해서는 기본계획의 내용이 협약에 반영되어야 한다. 그렇기 때문에 계약의 예측가능성을 높이기 위해서는 자금재조달의 문제를 실시협약상에 반영해야 할 것이다.

---

41) 부산지방법원 2014. 10. 10. 선고 2013구합21121 판결도 같은 취지이다.

광주순환도로 판결에서는 시업지행자가 자기자본비율 유지 의무가 있는가의 여부에 대해서 ① 실시협약에 명시적 규정이 없더라도 처분의 경위, 인정사실 및 증거에 변론 전체의 취지를 더해서 보았을 때, ② 민간투자시설사업기본계획에 따른 광주광역시고시의 사업신청자격으로 총 민간투자비의 25%이상을 자기자본금으로 납입하여야 한다는 점, ③ '총 민간투자비 중 자기자본 비율', '자기자본 조달의 타당성' 등이 평가항목으로 배점되었다는 점 등을 고려하여 자기자본비율 유지 의무가 인정된다고 보았다. 반면 부산시 백양산・수정산 터널 판결에서는 ① 자기자본비율 유지 의무에 대해 명시적인 규정이 없고, ② 실시협약에서 일정한 자금구조를 전제하였다고 하더라도 이는 향후 시설 이용자로부터 받을 통행료의 산정을 위하여 사업시행자가 구성할 수 있는 하나의 자금구조를 가정하였을 뿐, ③ 민간투자사업의 특성상 건설비용만이 투입되는 건설기간 동안 외부적 금융환경의 변화에 따라 자금구조 역시 변동될 수 있다고 보는 것이 합리적이라고 판단하였다.

실시협약에 자금재조달 규정을 반영한 실시협약과 그렇지 않은 실시협약 사이에 충돌과 혼란이 발생하게 되면, 민간투자사업의 위축을 가져올 수 있다. 민간투자사업에서 민간자본의 투자는 사업시행자의 영역이다. 다만 주무관청은 공공사업의 안정적 추진을 위해 협약에서 이를 규정할 수 있을 것이다. 또한 자금재조달은 기본적으로 민간투자사업의 위기상황에서 사업의 안정적 운영을 도모하기 위한 구조조정 수단인데, 주무관청이 총사업비를 낮추기 위한 수단으로 오용하는 경우도 빈번하다.[42]

명시되지 않은 자기자본비율 유지 의무는 사업시행자의 자유로운 경영상의 행위를 제한할 수도 있고, 이에 대한 주무관청의 감독명령권 행사는 재량권의 남용 또는 일탈로 판단되어질 여지가 있을 것이다. 또한 민간투자사업기본계획 제30조에 의하면 사업시행자는 주무관청의 동의 없이 최종적인 자금재조달을 위한 금융약정을 체결한 경우 주무관청이 민간투자법 제45조에 따른 적절한 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 주무관청이 자본구조 원상회복명령을 강

42) 유태진, 앞의 논문, 123면.

제한다고 하더라도 이에 대한 불응 시 사업시행자의 관리운영권을 강제 매수하거나 수용할 수 있는 법적 근거는 없다.[43] 그러므로 공법상 계약의 성질을 가진 실시협약에 계약당사자의 입장을 명확히 하기 위해 위 사항들을 명시화 할 수 있도록 합의를 이끌어내고, 감독명령권의 실효성 확보를 위한 법규명령의 개정이 필요하다고 생각된다.

또한 타인자본 조달에서 주로 문제가 되던 과도한 고금리의 장기 차입금의 조달로 자본구조를 악화시키고 대주주에게 고리의 이자를 지급하는 기업의 행태 또한 자금재조달의 문제와 함께 발생한다. 이와 관련하여 최근 민간투자사업기본계획에 신설된 규정[44]인 제25조의2 제3항은 "사업시행자가 후순위채를 조달하는 경우 공공투자관리센터에서 공표하는 후순위채 가이드라인을 참고하여 그 적정성을 검토하여야 한다"고 규정하고 있다. 비록 강제성이 없는 규정이지만 이에 대한 제재를 가하기 위한 발판이 될 수 있다고 생각된다. 그리고 제25조의2 제4항에서 주무관청의 동의를 반드시 받도록 규정하고 있다. 이는 주무관청이 사업운영의 과정을 주기적으로 점검하고 관리를 통해 민간투자사업의 내실화를 강화하기 위함이라 생각된다. 결국 계약 자유의 원칙, 기업의 자유도 중요하지만, 민간투자사업의 공공성을 추구하기 위해서는 사회기반시설에 대한 국가의 관리 감독이 실효성을 거둘 수 있는 방향으로 나아가야 할 것이다.

(2) 자금재조달에 따른 이익공유와 관련하여

자금재조달 이익공유에 대한 문제는 위험의 인식과 부담에 관해서 균형적인 배분을 실현하고 있는 것인지가 주로 문제된다. 민간투자사업에서 사업시행자는 사업시설을 준공할 의무를 부담하므로 주무관청의 지원 금액을 제외하고는 자신

---

43) 이문성, "공공서비스 민간투자사업의 법적 성질과 규제에 관한 연구", 박사학위논문, 성균관대학교, 2015, 221면.

44) 민간투자사업기본계획 제25조의2 ③ 주무관청은 사업시행자가 후순위채를 조달하는 경우 공공투자관리센터에서 공표하는 후순위채 가이드라인을 참고하여 그 적정성을 검토하여야 한다. <신설 2018. 3. 29.>
④ 최초 금융약정 체결시 실시협약과 달리 타인자본 조달조건의 현저한 변경이 발생하는 경우 주무관청의 동의를 받아야 한다. <신설 2018. 3. 29.>

의 책임으로 사업시설의 건설에 필요한 비용을 조달하여야 한다. 이에 민간투자사업의 경제적 거래조건에서 언급된 세전실질수익률은 사업시행자가 조달하는 자기자본과 타인자본에 대한 수익률(ROI)로서 투자수익률이지 자기자본에 대한 자기자본이익률(ROE)이 아니다. 따라서 사업시행자는 타인자본의 조달위험과 타인자본 조달비용의 변동위험을 부담하게 되며 그 결과 타인자본 조달비용의 변동에 따른 손익도 사업시행자에게 귀속된다. 그런데 주무관청이 사후적으로 자기자본에 대한 자기자본이익률이 증가된 일부를 향유하겠다는 것은 당초 민간투자사업의 세전실질수익률을 투자수익률로 결정함으로써 사업시행자가 타인자본의 조달과 비용에 대한 위험을 부담한 것과는 모순된다.[45]

자금재조달 이익공유와 관련하여 주무관청의 이익환수는 위험의 인수 또한 전제로 해야 할 필요가 있다. 따라서 자금재조달의 이익공유에 대한 사항도 실시협약상에 명시적으로 규정하여 분쟁의 소지를 줄여야 할 것이다. 더불어 공공시설인 사회기반시설에 대해 주무관청의 관리 감독은 필수적인 것이지만 민간이 자기자본과 타인자본을 장기간의 사업기간이 소요되는 사업에 투자하는 만큼 그에 따른 민간의 기대이익을 고려하는 유인책이 있어야 하므로, 실시협약에 이를 위한 실효성 있는 규정들을 마련하여야 할 것이다.[46]

Ⅱ. 투자위험금분담제도

1. 법적 쟁점 및 개선방안

종래의 최소운영수입보장을 비용보장방식으로 바꾸기 위해서는 사업 재구조화[47]를 필요로 한다. 민간투자사업을 시행하고 있는 각 지자체는 사업재구조화를 위해 '자금재조달 변경 실시협약'을 민간 사업시행자와 협상하여 체결하고 있

45) 황호동, 황학천, 김길홍, "사회기반시설에 대한 민간투자법에 따른 실시협약에 대한 이해", BFL 제37호, 2009. 9, 48면.
46) 황호동, 황학천, 김길홍, 앞의 논문, 49면.
47) 사업재구조화에 대해서는 민간투자사업기본계획 제33조의3(사업 시행조건 조정) 제1항 제1호에 "최소운영수입보장 약정 또는 사용료 미인상분 보전 등으로 인해 과도한 정부재정부담이 발생하는 경우"라고 하여 기존 사업의 시행조건을 조정할 수 있도록 규정하고 있다.

다. 최근의 대표적 사례로는 부산 을숙도 대교 사업,[48] 부산・김해경전철 사업, 서울 우면산터널 사업,[49] 서울시 지하철 9호선 사업 등에서 사업재구조화를 추진하였다.

사업재구조화를 위해서는 실시협약의 변경이 필요하다. 이때 주무관청이 재구조화에 어디까지 개입할 것인지가 문제될 수 있다. 사업의 재구조화는 실시협약의 변경을 필연적으로 동반하는데, 실시협약은 계약이기 때문에 계약 당사자들의 신뢰가 전제되어야 한다. 그러나 실시협약을 공법상 계약의 성질로 보고 있고, 민간투자사업이 공공재인 사회간접자본시설을 대상으로 한다는 점에서 사법상 계약과는 달리 주무관청의 적극적인 관여는 필요하다고 할 것이다.

위축된 민간투자사업을 활성화 시키기 위해서는 정부가 민간의 리스크를 부담할 필요가 있다. 최소운영수입보장제도가 문제 되었던 이유는 교통수요 예측 측정의 실패에서 비롯되었다. 이는 수요 예측을 실시하는 사업시행자가 교통 수요를 과다하게 예측하면서 발생하였으므로, 해당 주무관청이나 전문성 있는 제3의 기구를 통해 전문적으로 수요 예측을 할 필요가 있다고 본다. 또한 수요 예측 실패에 대한 책임은 주로 사업시행자에게 있지만 이를 제대로 검증하지 못한 주무관청의 책임도 있으므로 사업재구조화를 할 때 각각의 책임이 잘 소명될 수 있는 방안으로 나아가야 민간투자사업이 위축되는 것을 방지하고 동시에 재정 누수를 줄이면서 공공성을 강화 시킬 수 있을 것이다.

---

48) 부산시와의 협의를 통해 부산 을숙도 대교의 최소운영수입보장제도를 폐지하고, 불변통행료를 인하하여 부산시는 347억 원의 재정 절감 효과를 거두고, 시민들의 통행료 부담도 민간사업자가 을숙도 대교를 운영하는 2040년까지 900억 원가량 줄어들 것으로 본다. (구동우, 을숙도대교 MRG 폐지, 시민부담 900억 준다, 다이내믹부산 제1770호, 2017. 3. 15., news.busan.go.kr), 열거한 다른 사례들도 이와 비슷한 취지의 사례들이다.

49) 우면산터널의 사업 재구조화 결과, 서울시에의 민간투자사업 중 최소운영수입을 보장하고 있던 사업들은 모두 폐지되었다. (김향미, 서울 우면산터널 '최소운영수입보장' 폐지, 경향신문, 2016. 1. 14.)

Ⅲ. 공익을 위한 사업처분

1. 서설

민간투자법 제47조는 공익을 위한 사업처분의 취소를 규정하고 있다. 민간투자사업은 장기간에 걸쳐 이루어지는 경우가 많아 사정의 변경에 따라 협약상의 권리・의무관계를 유지하기 힘든 경우가 있다. 이러한 경우 주무관청은 공공성 유지를 위해 계약 당사자임에도 불구하고 처분이라는 고권적 행위를 할 수 있다. 이 규정은 예방적・사전적인 성격을 갖는다. 즉, 어떠한 상황이 발생하는 경우에 사업자의 행위가 위법행위가 아니더라도 공익 목적을 위하여 민간투자사업 계약을 해제할 수 있다.[50] 실시협약을 바탕으로 하는 민간투자사업은 계약 당사자가 서로 대등하고, 서로 협력해 나가는 것을 전제로 하기 때문에 주무관청에 의한 처분 규정은 민간투자제도와는 다소 이질적이다. 그렇기 때문에 헌법상 비례의 원칙에 충실하게 행사되어야 한다.

공익을 위한 사업처분은 민간투자법 제45조의 감독・명령권 규정처럼 재량행위의 성질을 가질 것이다. 앞서 살펴보았던 사례에서처럼 감독・명령권 행사에서 재량권의 일탈・남용 여부에 대한 문제가 공익을 위한 처분에도 마찬가지로 문제가 될 수 있다.

아래에서는 공익을 위한 사업처분이 어떠한 성질을 가지는지를 알아보겠다. 또한 공익 개념 자체의 불확정성 때문에 '예측 교통량 미달로 인하여 정부의 재정부담이 과도하게 증가되는 상황'이 공공의 이익을 위해 필요한 경우 인지가 주로 문제 되었는데, 이러한 상황을 가정하여 민간투자법 제47조 제1항 제1호의 "사회기반시설의 상황 변경이나 효율적 운영 등 공공의 이익을 위해 필요한 경우'의 해석과 관련하여 살펴보겠다.

---

50) 황지혜, 앞의 논문, 133면.

2. 처분의 성격

행정의 법률기속성은 행정청에 재량권 또는 불확정법개념의 사용에 의한 판단 여지를 줌으로써 완화될 수 있고, 법률기속성의 완화는 법원에 의한 사후통제의 완화를 의미하게 된다.[51] 구체적 처분이 위법한지를 판단하기 위해서는 우선 처분이 재량행위인지 기속행위인지 파악할 필요가 있다.[52] 재량행위의 경우 일정 부분 행정청의 재량 판단을 존중하여 재량권의 일탈・남용이 인정되어야 처분의 위법성이 인정될 수 있기 때문이다.

행정행위가 기속행위인지 재량행위인지에 따라 사법심사의 방식에 차이가 있다. 판례[53]는 ”기속행위의 경우 그 법규에 대한 원칙적인 기속성으로 인하여 법원이 사실 인정과 관련 법규의 해석・적용을 통하여 일정한 결론으로 도출한 후 그 결론에 비추어 행정청이 한 판단의 적법 여부를 독자의 입장에서 판정하는 방식에 의하고, 재량행위의 경우에는 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 독자적인 결론의 도출 없이 당해 행위에 재량권 일탈・남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈・남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례・평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적 위반이나 동기의 부정 유무 등을 그 판단 대상으로 한다.“고 판시하였다.

민간투자법 제47조에는 ’사회기반시설의 상황 변경‘, ’효율적 운영‘, ’공공의 이익‘, ’사회기반시설공사를 원활히 추진하기 위하여‘ 등 법률 요건에 불확정법개념이 사용되었다. 법률 요건에 불확정법 개념이 사용된 경우에 행정청의 재량이 인정되는지 판단의 여지가 인정되는지에 대한 논의가 있다. 위와 같이 불확정법 개념이 사용되었을 경우, 어떤 사실이 그 요건에 해당하는지를 일의적으로 판단하기는 어려우므로 일정한 범위에서 행정청의 전문적, 기술적, 정책적 판단이 존중된다. 재량은 복수행위 사이에 선택의 자유가 처음부터 법에 의하여 인정됨에 반해 판단의 여지는 불확정법개념의 해석・적용이라는 법률문제로 본 법원에 의

---

51) 김남진・김연태, 앞의 책, 213면.
52) 공공투자관리센터, 사회기반시설에 대한 민간투자법 해설, 2009, 208-209면.
53) 대법원 2001. 2. 9. 선고, 98두17593 판결.

한 전면적 심사 대상이지만 예외적으로 인정된다.[54] 즉 법원은 행정청의 판단이 공정한 절차를 준수 하였는지를 심사하고, 행정청이 그러한 한계를 벗어나지 않았으면 행정청의 판단을 존중해주어야 한다는 것이 판단의 여지이다.

판단여지이론은 독일의 학설과 판례에 의하여 발전하였다. 독일의 실무에서는 비대체적 결정, 합의제 행정기관의 구속적 가치평가, 예측 결정, 행정정책적인 결정 등 매우 제한적인 영역에서 행정청의 판단의 여지를 인정한다. 판단의 여지가 인정되어 사법심사가 제한되는 경우라고 하더라도 합의제 행정기관이 적정하게 구성되었는지 여부, 법에서 규정된 절차의 준수 여부, 행정 결정이 정확한 사실관계에 기초하고 있는지 여부, 관련 법률이 옳게 해석되고 일반적으로 인정된 평가 기준이 준수되었는지 여부, 사안과 무관한 고려 또는 자의성 개입 여부에 대하여서는 심사가 이루어져야 한다.[55] 민간투자법 제47조의 공익을 위한 처분의 경우 행정청이 민간투자사업의 상황 변경, 효율적 운영이 공공의 이익을 침해하는지 여부에 대해 판단할 때에 이미 진행된 사업의 지속 여부 및 대안 마련, 투입 재정 등과 관련하여 복합적이고 구체적인 판단을 전제로 이루어져야 한다고 생각된다. 또한 민간투자사업에 세금이 투입되는 까닭에 공공의 이익 판단에 있어 행정청의 행정 정책적인 결정이 필요할 것이다. 이러한 행정청의 전문성을 감안한다면 공익을 위한 처분을 판단의 여지의 영역이라고 볼 수도 있다고 생각된다. 다만 판단의 여지가 인정되는 경우에도 행정청의 판단에 있어 자의가 개입되었다거나, 경험법칙에 위배되는 경우에는 판단의 여지의 한계를 넘어 위법이 된다고 할 수 있다.[56]

그러나 우리나라 판례는 재량행위와 판단의 여지를 구별하지 않고 있다. 따라서 민간투자법 제47조에 근거하여 행한 주무관청의 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 경우 주무관청이 사실에 기인하여 적절하게 처분을 내려졌는지, 처분이 비례・평등의 원칙에 의해 공익성의 필요성에 의해 내려졌는지, 공익의

54) 김남진・김연태, 앞의 책, 215면.
55) 정하중, 앞의 책, 176면.
56) 김남진・김연태, 앞의 책, 230면.

목적을 가지고 처분을 하였는지를 근거로 재량권의 일탈・남용이 있었는지에 대해 법원의 판단이 있을 것이다. 공익을 위한 처분을 재량행위로 보든, 판단의 여지로 보든 기속행위의 경우보다 상대적으로 소극적인 심사를 할 것이다. 다만 민간투자법제가 공법과 사법의 영역이 혼재되어 있는 만큼 사법적인 영역 또한 보호의 대상이 되어야 한다. 주무관청의 일방적인 처분으로 인해 예측불가능한 피해 등에 의해 민간투자가 위축되는 경향이 있는데 이를 막기 위해서는 공익과 같은 불확정법 개념에 대한 범위를 시행령, 행정계획 등을 통해 어느 정도 설시할 필요는 있다고 생각한다.

3. 행사 요건의 해석・적용

민간투자법 제47조의 규정은 대부분 사업시행자의 직업의 자유 중 영업의 자유를 제한하는 것이기 때문에 정당한 공익상의 필요가 존재한다면 이에 대한 처분은 과도한 침해라고 보기 어렵다. 그러나 제1호나 제2호와 같이 사업시행자가 자신의 노력으로 극복하기 어려운 사유에 의하여 민간투자사업에 대한 진출 자체를 사실상 봉쇄하는 경우에는 이를 정당화할 수 있는 고양된 공익상의 요청이 필요할 것이다.[57]

실무상 도로와 관련된 민간투자사업은 잘못된 통행 수요 예측으로 발생한 수익의 차이에 대해 주무관청이 운영수입보장을 해주면서 국가의 재정 부담과 직결된 문제로 주로 쟁점화된다. 이러한 상황을 가정해서 실시협약 당시에 전제된 교통 수요 예측치와 실제 교통량에서 차이가 나는 경우를 ”사회기반시설의 상황변경(민간투자법 제47조 제1항 제1호)“으로 볼 수 있는지를 살펴보면, 수요 예측의 경우는 예측에 불과한 것이기 때문에 어느 정도 차이가 날 수 있음은 감안해야 할 것이지만, 이러한 예측의 차이로 최소운영수입보장에 의해 공공부문의 재정 상황이 급격하게 악화되었다는 등의 이유만으로 사업시행자 지정처분을 철회하는 경우에는 재량권을 일탈·남용할 가능성이 있다.[58] 그러나 교통량 차이가 현

57) 김성수, 이장희, “민간투자사업의 투명성과 지속가능성 보장을 위한 민간투자법의 쟁점”, 토지공법연구 제66집, 한국토지공법학회 2014. 8, 247면.

저히 미달하여 고속도로 차로 수를 줄일 정도라면 ”사회기반시설 자체의 상황 변경“에 해당한다고도 할 수 있을 것이다.

특히 ”기타 공공의 이익을 위하여 필요한 경우“에 처분권을 행사하는 경우에는 불확정법 개념의 사용으로 주무관청에 폭넓은 판단의 여지가 인정된다. 공익에 대한 논의와 관련하여 첫째, 처분으로 어떠한 공공의 이익이 달성되는지 소명하여야 하고, 둘째, 공익의 내용에 단순히 국가재정적 이해 외에도 사회경제적 관점에서의 공익 달성도 소명되어야 할 것이다.[59] 공법상 계약의 경우 국민에게 필요한 공역무를 원활하게 제공하여야 한다는 이익도 고려하여야 하기 때문에, 사법상 계약보다 오히려 사정변경으로 인한 해지의 범위를 넓게 인정할 필요성이 크다.[60] 공익을 위한 계약의 변경이나 해지의 행사는 폭넓게 할 수 있지만 계약의 기초가 된 사항이 현저하게 변경되었거나 천재지변 등 불가항력적인 사유가 발생하여야 한다.

공익에 대한 중대한 불이익을 초래할 우려가 있는지 여부는 구체적인 경우 계약의 존속으로 인하여 계약 당사자가 얻는 이익과 계약의 변경이나 해지로 인하여 얻게 되는 공익을 비교형량하여 결정하여야 하고, 이때 계약의 규모나 내용의 성질 등이 중요한 고려 요소가 될 것이다. 이때 계약의 기초가 되었던 사정이 변경된 이유는 불문한다. 따라서 만약 계약 담당공무원의 악의 또는 중대한 과실이 있는 경우가 아니라면 과실이 있더라도 공익을 위한 계약의 변경 및 해지가 허용된다고 할 것이다. 그렇지 않으면 오히려 공익을 현저히 해하는 경우가 있을 수도 있기 때문이다.[61] 다만 이에 따른 사업시행자의 손실에 대한 보상은 당연히 있어야 할 것이다.

민간투자법 제47조는 불확정법 개념을 사용하면서 주무관청의 남용의 여지가 있어 위헌적인 요소가 내재해 있다고 생각한다. 특히 동법 제1항 제1호에서 ”효

58) 김성수, 이장희, 앞의 논문, 247면.
59) 홍성필, 윤성철, 앞의 책, 772-773면.
60) 박은진, “프랑스 행정계약법상 불예견 이론에 관한 연구”, 행정법연구 제35호, 행정법이론실무학회, 2013. 4, 149면.
61) 전현철, “행정조달계약에 있어서 공익을 위한 계약의 변경 및 해지에 관한 연구”, 법학논문집 제41집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2017, 257면.

율적인 운영“이라는 부분은 경영 판단적 요소에 의해 사업이 중지, 변경 등이 될 수 있는데, 이는 신뢰 원칙을 바탕으로 실시협약이라는 상호계약을 체결한다는 점을 고려하면 계약에 대한 신뢰를 과하게 침해할 여지가 있다고 생각한다. 단순한 상황 변경이나 효율성의 부족을 공익이라는 이름으로 사업권 시행을 몰수하는 것은 과도하다고 생각된다.

민간투자를 활성화하고 올바르게 자리매김할 수 있게 하려면 국가의 감독이 필수적이지만, 규정의 정비도 필요하다고 생각한다. 또한 민간투자사업에서 주로 문제 되던 사항들은 공익성과 사업성의 초기 분석에 실패한 경우에서 비롯된 것이 많았다. 따라서 이에 대한 형식적인 예비타당성 조사가 아닌 실질적인 조사가 이루어질 수 있도록 하여 민간 사업시행자의 신뢰를 보호하면서 공익과의 조화를 이룰 수 있게 해야 할 것이다.

Ⅳ. 공공성 확보를 위한 방안

1. 서설

민간투자사업은 주로 대규모 사업이고 투입되는 재정의 규모도 크다. 또한 사회기반시설을 대상으로 하다 보니 국민 경제 전체에 미치는 경제적 파급효과도 크고, 해당 지역 주민들과의 관계 등 다수의 이해관계인에게 영향을 미치는 경우가 많다. 따라서 공공성 확보의 문제는 민간투자사업의 지속가능성 여부와도 관련이 있다고 할 것이다.

행정청은 민간투자사업에서 계약 당사자로서 사업시행자와 대등한 지위를 가지기도 하지만 동시에 공익을 유지하는 감독자의 역할도 해야 한다. 감독자의 역할을 제대로 하기 위해서는 공공성을 확보해야 하므로 아래에서는 민간투자법 제3장의 감독 규정과 직접적인 연관은 없지만, 감독 규정의 근간인 공공성을 민간투자법과 관련하여 어떻게 확보할 수 있는지에 대해 자세히 알아보겠다.

2. 투명성 보장

민간투자사업은 재정의 부담이 큰 사업들이 주를 이루는 만큼 이를 시행하는 주무관청과 사업시행자에 대한 제3자의 관리・감독이 필요하다고 생각한다.[62] 그리고 민간투자사업에 정경유착, 특혜시비 등의 논란 등을 불식하기 위해서는 정보공개제도의 역할이 크다고 할 것이다. 민간투자법 제51조의2 및 시행령 제35조의3에서는 민간투자사업의 추진방식별로 그 운영현황 및 추진실적 등에 관한 보고서를 인터넷에 공개하도록 하고 있다.

그러나 그 외 실시협약의 내용, 사업자 선정 시의 총사업비용, 민자사업의 공사비 정보 등과 같은 사항들에 대해서도 영업상 비밀과 공개 대상 정보와의 경계를 확정하여 주무관청이 관리하는 보유・관리하는 정보에 접근이 용이하게 할 수 있도록 입법적인 조치가 필요하다고 생각한다. 또한 사업계획의 확정에 참여하는 기업 외에도 주민을 비롯한 이해관계인이 광범위하게 참여하여 보다 공개적이고 민주적인 방법으로 사업자 선정이 가능케 하는 것도 하나의 방안이 될 수 있다.[63] 이러한 시도는 주무관청의 감독・명령, 공익처분을 위한 취소 등을 통해서가 아니라 민관협력의 주요 이념인 참여 요소를 지향하면서 민간투자사업의 공공성을 확보할 수 있는 방안이 될 것이다.

3. 제3자의 권리구제수단

민간투자사업으로 설치된 사회간접자본시설을 이용하는 국민의 권리가 침해된 경우 어떠한 방법으로 구제를 해주어야 하는지 문제가 된다. 특히 민간투자사업으로 건설된 고속도로 사용료가 국가가 건설한 고속도로보다 사용료가 2배 이상이 차이가 남에 따라 사회기반시설의 과도한 이용료 징수와 관련하여 문제가 발생한다.[64]

---

62) 민간투자법 제23조에서는 사회기반시설에 대한 공공투자관리센터를 설치하여 대상사업의 검토, 사업타당성의 분석, 사업계획의 평가 등 대통령령으로 정하는 지원업무를 종합적으로 수행하는 한국개발연구원의 부설로 사회기반시설에 대한 공공투자관리센터를 둔다고 규정하고 있다.

63) 김성수, “공공부문과 민간부문과의 협력을 위한 법적 과제”, 공법연구 제24권 제5호, 한국공법학회, 1996, 299면.

64) 박경만・박수혁, 고속도로 3km에 통행료 1300원? 주민 “이 통행료는 배신”, 한겨레, 2017. 5.

따라서 민간투자사업의 대상이 된 사회기반시설의 사용료와 관련하여서는 실시협약의 당사자는 아니지만 제3자인 일반 국민도 소제기의 필요성이 있을 수 있을 것이다. 민간투자사업에 따른 이용료 징수에 관해서는 민간투자법시행령 제23조[65]에 따라 실시협약에서 내용을 결정하게 된다. 규정과 같이 실시협약에서 최초의 이용료를 정하고 인상폭도 정하고 있다.또한 민간투자법상 사업시행자가 토지 수용 등을 통해 공법적인 권리 관계의 변동을 가져오는 점 등을 고려하면 실시협약의 일반 처분성을 긍정할 수 있다는 견해가 있다.[66] 이 견해에 따라 실시협약의 일반 처분성이 인정된다면 이용자는 실시협약을 근거로 항고소송을 제기할 수 있을 것이다. 그러나 실시협약 자체에 대해 처분성을 인정하기에는 법적 근거가 미비하다고 생각된다.

한편 공법상 계약의 당사자는 아니지만, 이해당사자인 이용자들이 계약 체결의 모든 과정에서 공익을 저해하는 위법 요소에 대해 객관적인 통제를 어떻게 할 수 있는가에 대해서도 문제가 있다. 예를 들어 9호선 운임신고 반려 처분 취소소송에서 9호선을 이용하는 시민들은 일일 평균 15만 명에 이르는 시민들이 이용하

25.

65) 민간투자법 제25조(시설사용 내용) ④ 사업시행자는 제1항 및 제2항에 따른 수익을 실현하기 위하여 해당 시설을 타인으로 하여금 사용하게 할 수 있으며, 타인에게 사용하게 하였을 때에는 통행료, 임차료 등의 사용료를 징수할 수 있다. 이 경우 사용료 및 사용료 징수기간과 그 밖에 사용료에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
민간투자법 시행령 제23조(사용료) ① 법 제25조 제4항에 따른 사용료는 사회기반시설사업의 총사업비, 적정수익률, 무상 사용기간 또는 소유·수익 기간 등을 고려하여 실시협약에서 정한다.
② 사업시행자는 제1항에 따라 정한 사용료를 해당 시설의 사용자로부터 징수하려면 다음 각 호의 사항을 적은 서류를 사용료 징수 시작 60일 전까지 주무관청에 제출하여야 한다. 다만, 법 제4조 제2호에 따른 방식으로 추진되는 사업으로서 국가나 지방자치단체로부터 임차료를 징수하려는 경우에는 해당 서류를 제출하지 아니한다.
1. 사용방법 및 사용료율
2. 사용료의 산출기초
3. 사용료의 징수방법
4. 사용료의 감면율 또는 할증률 및 그 대상
5. 유사시설의 사용료 수준
6. 그 밖에 사용료에 관하여 필요한 사항
③ 제1항에 따라 정해진 사용료는 물가 변동이나 그 밖에 실시협약에서 정한 사유가 발생한 경우에 실시협약에서 정한 방법과 절차에 따라 조정할 수 있다.

66) 윤성철, 앞의 책, 378-379면.

고 있으나 실시협약의 사전절차, 체결 과정, 체결 이후 이행 과정 등에서의 적법성 통제에 참여하지 못하고 있다.[67] 행정소송법 제3조 제2호에서는 공법상 당사자 소송을 "행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송"이라고 정의한다. 당사자 소송 규정은 피고와는 달리 원고에 대해서는 제한을 두고 있지 않다. 따라서 공법상 법률관계의 한 쪽 당사자가 아닌 경우에도 소를 제기할 이익이 존재한다면 당사자 소송을 제기하는 것이 가능하다는 견해도 있다.[68] 그러나 실제로는 당사자소송으로 제3자가 행정계약의 무효확인을 구한 사례나 그에 관한 판례를 발견하기 쉽지 않고, 또한 계약의 직접적인 당사자가 아니라서 소의 이익 인정이 쉽지는 않을 것이다.[69] 결국 공법상 계약의 경우 공법적 특수성으로 인해 다양한 이해관계인들이 생길 수 있음에 따라 그에 맞춘 구제수단을 마련하여야 한다. 이를 위해서는 제3자에 미치는 공법상 계약의 영향력을 구체적으로 분석하여 계약 체결 전이나 후에 제3자의 참여 기회를 보장하는 절차 등의 입법적 보완이 필요하다.[70]

4. 지방의회의 역할 제고

민간투자사업의 관리・감독의 주체는 국토해양부가 주체가 되는 경우도 있지만 많은 사업에서 지방자치단체가 주무관청이 되어 민간투자사업을 시행하고 있다. 소송까지 가서 쟁점화된 사업들도 주로 지방자치단체가 주체가 되는 사업이

---

67) 이문성・이광윤, "사회기반시설에 대한 민간투자사업법에 따른 행정계약의 법적 성격에 관한 연구", 유럽헌법연구 제17호, 유럽헌법학회, 2015. 4, 707면.

68) 김대인, "지방계약과 공법소송", 공법연구 제41집 제1호, 한국공법학회, 2012, 13면.

69) 서울행정법원 2010구합20683 판결에서는 한국산업단지공단과 롯데쇼핑 주식회사가 산업입지법 제38조 제3항에 따라 체결한 국가산업단지 입주계약에 대하여 제3자가 무효확인을 구한 사례인데, 이 사건 단지에서 멀지 않은 곳에서 의류판매업을 영위하고 있는 원고들이 입주계약으로 인하여 손해를 입게 되었음을 주장한데 대하여, 원고들이 얻는 이익은 반사적 이익일뿐 법률상 정당하게 보호되는 이익이라고 할 수 없고, 사실적・경제적인 이익에 불과할 뿐 산업입지법 관계 규정에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 법률상 이익이라고는 할 수 없다하여 원고적격을 인정하지 않았다. (강지은, "행정계약의 제3자에 의한 소송-프랑스의 최근 판례를 중심으로-", 행정법연구 제43호, 2015. 1, 285면.)

70) 강지은, 앞의 논문, 287면.

었다.

지방자치단체는 조례를 통해 민간투자사업에 관한 전반적인 사항을 규정하고 있지만, 세부적인 사항에까지는 조례의 규범력이 미치지 못하고 있다.[71] 그리고 지방자치단체의 재정이 해당 사업에 투입됨에도 불구하고 체계적인 관리가 이루어지지 않고 있다. 또한 <표2>에서 심의기구를 설치한 지방자치단체들의 자료를 보면 심의기구에 상정된 안건들이 거의 모두 통과되었다. 이러한 절차를 거쳤음에도 지방자치단체들이 재정적자를 호소하는 것은 해당 사업의 필요성과 수익성에 대한 판단을 제대로 하지 못한 것에 원인이 있다고 생각한다. 그리고 의회의 동의를 받지 않는 곳도 있다.

재정적자를 완화하기 위해 민간투자사업을 유치하는 것이 오히려 재정적자의 문제를 야기하고, 무분별한 민간투자사업의 확대는 만성적인 적자 문제를 더욱 악화시킬 것이다. 따라서 전문가를 중심으로 한 심의기구를 설치하여 제대로 된 심의절차를 거쳐야 한다. 또한 무분별한 확대를 견제하기 위해서는 지방의회의 권한을 확대해야 할 것이다. 심의 결과를 지방의회에 보고하고 지방의회의 동의를 받도록 하는 절차가 필요하다. 지방의회의 동의를 조례에 명문화할 경우 민간투자사업 주체의 책임성이 강화될 수 있을 것이라고 생각한다. 이러한 검증 시스템이 제대로 이루어질 수 있도록 지방자치단체의 조례에 의한 관리・감독이 가능하도록 법제를 정비해야 할 필요가 있다.

---

71) 최우용, “민간투자사업법의 주요 쟁점 -헌법재판소 결정과 대법원 판례를 소재로 하여-”, 공법학연구 제19권 제1호, 2018. 2, 391면.

〈표1〉 20개 자치단체의 민자사업에 대한 심의기구 및 자치의회 현황 (2000~2004), 바른사회시민의회 보고서, 2015, 4면을 재구성함.

구분	자치 단체	민자사업	심의기구 안건통과	의회동의
서울	본청	우면산터널	7/9(78%)	○(조례)
		도시철도9호선 1단계구간		
부산	본청	수정산터널	47/50(94%)	○(조례)
		거가대로		
		부산김해경전철		
인천	본청	문학터널	10/13(77%)	×
		원적산터널		
		만월산터널		
대구	본청	4차순환도로(범물~안심)	4/4(100%)	○(조례)
광주	본청	광주제2순환도로1구간	8/8(100%)	○(조례)
		광주제2순환도로3-1구간		
		광주제2순환도로4구간		
경기	본청	일산대교	4/4(100%)	○(조례)
		제3경인고속화도로		
	군포	대야하수처리장	기구 없음	×
	이천	단월하수도	정보부존재	×
	여주	음식물류폐기물처리장	2/2(100%)	○
	용인	용인경전철	7/7(100%)	○(조례)
	의정부	의정부경전철	2/2(100%)	○(조례)
강원	본청	미시령 동서 관통도로	1/1(100%)	×
충남	계룡	생활폐기물 소각시설	0/0	×
	공주	유구, 공암, 동학사 하수도	기구 없음	○
	보령	대천해수욕장 하수도	0/0	×
전남	고흥	도양하수도	기구 없음	×
전북	전주	전주하수종말처리장	기구 없음	×
경북	경주	외동, 건천, 양남 공공하수	4/4(100%)	○
	문경	가은하수도	10/10(100%)	×
경남	본청	마창대교	기구 없음	×
		거가대로		

5. 지정관리자 제도

민간투자에서 행정청은 계약 당사자인 동시에 감독자의 지위를 가진다. 그러나 민간투자법에 규정된 감독 규정에 사전적인 조치나 사후적인 조치에 관해서는 규정하고 있으나 운영 단계에 있어서의 행정청의 감독에 대해서는 구체적으로 규정하고 있지 않다.[72] 이에 대해서 일본의 지방자치법에 규정된 지정관리자 제도를 참고하자는 논의가 나온다.

지정관리자 제도는 ”다양해지는 주민의 요구를 보다 효과적이고 효율적으로 대응하기 위하여 공공시설 관리에 민간의 능력을 활용하여 주민 서비스의 향상과 경비의 절감 등을 동시에 도모하는 것“을 목적으로 하는 제도로 공공시설에 있어서 행정청이 민간사업자 중에서 관리자를 지정하여 관리하도록 하는 제도를 말한다.[73] 이 제도는 사회기반시설에 있어서 민간사업자가 시설운영에서 자율성을 최대한 가지면서 행정청이 민간투자시설에 대한 종국적인 관리 책임을 가지게 된다. 이 제도를 통해 민간의 기술, 능력, 자본을 활용한다면 행정청의 민간투자사업 관리・운영의 공공성을 유지하는 방안이 될 수 있을 것이다.

제4장 결론

민간협력제도는 1970년 영국에서 본격화되어 1990년대 중반에 유럽, 북미, 일본 등의 국가로 확대되었다. 민관협력에 대하여 통일된 학문적 정의는 없지만, 유럽연합집행위원회의 녹서에 따르면 민관협력이라는 용어는 ”일반적으로 사회간접자본에 대한 투자, 건설, 개・보수, 운영 및 관리 또는 공공역무의 제공을 위하여 공공부문과 민간기업 간의 협력 형태“라고 정의되어 있다. 민간이 참여하기만 하면 모두 민관협력으로 볼 수 있다는 점에서 범위를 한정하지 못하여 위와

72) 황지혜, “민간투자사업에서의 지정관리자 제도에 관한 소고”, 토지공법연구 제73집 제2호, 2016. 2, 227면.
73) 황지혜, 앞의 논문, 228면.

같은 정의를 학문적으로 받아들이기에는 곤란하다. 그러나 위 개념 중 협력적 요소는 매우 중요한 징표라고 볼 수 있다. 이전의 행정에서처럼 민과 관의 수직적인 상하 명령 관계가 아닌 대등한 당사자로서 민간이 공공부문에 협력하여 참여한다는 것이 이 제도의 핵심이기 때문이다.

우리나라는 실시협약을 통하여 민간투자사업이 이루어지는데, 실시협약은 주무관청과 민간투자사업을 시행하려는 자 간에 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 계약이라고 정의된다. 실시협약의 법적 성질을 어떻게 규정하는가는 실시협약과 관련된 분쟁을 해결하는 출발점이다. 우리나라의 학설은 실시협약을 공법상 계약으로 보기 때문에 민간투자제도에서 공공성이 강조된다. 따라서 민간투자법에서는 민간투자심의위원회, 민간투자사업에 대한 감독에 관한 규정 등 공공성 통제를 위한 규정들을 두고 있다. 민간투자법 제45조는 일반적 감독권에 대해 규정하고, 그 외 세부 감독 권한으로 보고・검사권, 법령 위반에 대한 처분, 공익을 위한 처분, 부정당업자의 지정 및 참가자격의 제한, 사업시행자에 대한 지정취소 등을 제45조 이하에서 각각 규정하고 있다.

민간투자제도를 활용하면 국가의 재정적 한계를 극복하고 국민이 사회기반시설을 이용할 수 있는 가능성을 양적으로 확대해 줄 수 있다. 한편 민간투자제도에는 실시협약의 계약 당사자인 사업시행자와 주무관청 외에도 사회기반시설 이용자 등을 비롯해 이해관계인들이 많이 존재한다. 또한 원래 국가가 해야 할 임무를 재정적・효율적 측면을 고려하여 민간자본을 유치하는 것이므로 공공성 확보에 대한 논의가 더욱 활발히 이루어져야 한다.

따라서 앞서 살펴보았던 민간투자법상의 감독 규정의 행사와 관련하여 문제가 된 사항들에 대해 입법적인 보완책이 필요하다. 한편으로는 국민의 사회기반시설에 대한 접근성을 높일 수 있는 민간투자사업이 위축되는 것을 막기 위해서는 공공성과 효율성・수익성의 균형점을 어떻게 형성할 것인지에 대해서도 끊임없이 모색할 필요가 있다.

【참고문헌】

1. 단행본

공공투자관리센터, 사회기반시설에 대한 민간투자법 해설, 2009.

강문수, 민관협력 활성화를 위한 법제개선연구, 한국법제연구원, 2011.

김남진・김연태, 행정법Ⅰ, 법문사, 2017.

_____, 행정법Ⅱ, 법문사, 2017.

김성수, 개별행정법-협력적 법치주의와 행정법이론-, 법문사, 2004.

_____, 일반행정법-행정법이론의 헌법적 원리-, 홍문사, 2012.

길준규, 민간투자사업관리법제 개선방안에 관한 연구(Ⅲ)-사후관리방안-, 한국법제연구원.

류지태・박종수, 행정법 신론, 제16판, 박영사, 2016.

박윤흔, 최신 행정법강의(상), 박영사, 2001.

박정훈, 행정법의 체계와 방법론 행정법연구Ⅰ, 박영사, 2005. 12.

이규방 외 4인 공저, 인프라 민간투자사업의 표준실시협약(안) 지침수립 연구, 국토연구원 2000.

이순우, 민간투자사업관리법제 개선방안에 관한 연구(Ⅳ)-민관협력-, 한국법제연구원, 2009. 10. 30.

정하중, 행정법개론 12판, 법문사, 2018.

홍성필, 윤성철, 민간투자사업분쟁관계법, 법과 교육, 2014,

홍정선, 행정법 특강, 박영사, 2016.

2. 논문

강지은, “행정계약의 제3자에 의한 소송-프랑스의 최근 판례를 중심으로-”, 행정법연구 제43호, 2015. 1.

강현호, “민간투자법제에 따른 우선협상대상지정의 법적 제문제”, 토지공법연구 제34집, 한국토지공법학회, 2006. 12.

기획재정부, 민간투자사업 활성화 방안, 2015. 4. 8.

기획재정부, 2016년도 민간투자사업 운영현황 및 추진실적 등에 관한 보고서, 2017. 5.

김대인, “지방계약과 공법소송”, 공법연구 제41집 제1호, 한국공법학회, 2012.

_____, “민간투자법상 실시협약의 효력-변경 및 해지가능성과 보상문제를 중심으로-”, 유럽헌법연구 제17호, 유럽헌법학회, 2015. 4.

_____, “프랑스 행정법상 실시협약 변경의 한계”, 행정법연구 제51호 2017. 12.

_____, “민간투자법상 실시협약의 효력”, 유럽헌법연구 제17호, 유럽헌법학회, 2015. 4.

김성수, 이장희, “민간투자사업의 투명성과 지속가능성 보장을 위한 민간투자법의 쟁점”, 토지공법연구 제66집, 한국토지공법학회, 2014. 8.

김성수, “공공부문과 민간부문 간의 협력을 위한 법적 과제”, 공법연구 제24권 제5호, 한국공법학회.

_____, “민관협력-민간투자법의 협력적 요소에 대한 평가”, 경희법학 42권 2호, 경희법학연구소, 2017.

_____, “사회기반시설의 공공성에 대한 법리분석-관광시설에 대한 민간투자법을 중심으로-”, 공법연구 제37집 제2호, 한국공법학회, 2008. 12.

_____, “민관협력과 지방공기업”, 한국지방자치법학회 제3회 학술발표대회, 한국지방지법학회, 2002.

_____, “민간투자사업의 성격과 사업자 선정의 법적 과제”, 공법연구 제36집 제4호, 한국공법학회, 2008.

김유환, “한국에서의 민간의 참여와 협력에 의한 행정과 행정법”, 제6회 동아시아행정법 학회 국제학술대회 발표논문집, 동아시아행정법학회·한국법제연구원, 2004.

김재호, “행정계획론 소고”, 법학연구 제18권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2007.

김판기, “행정계약의 공법적 체계에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교,

2016.

김해룡, “공적 사업의 민간화에 있어서의 법적 과제-경제행정법의 기본문제-”, 외법논집 제35권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011. 2.

_____, “ppp에 있어서의 법적 과제”, 법학논고 제35집, 2011. 2.

문상덕, “참여와 교섭에 의한 행정과정과 행정분쟁의 해결”, 행정법연구 제18호, 행정법이론실무학회, 2007. 8.

문수영, “민간투자법상 실시협약에 대한 연구 : 영국법제를 중심으로”, 박사학위논문, 이화여자대학교, 2013.

박은진, “프랑스 행정계약법상 불예견 이론에 관한 연구 -공법상 독자적 사정변경이론의 정립을 위하여”, 행정법연구 제35권, 행정법이론실무학회, 2013. 4.

박정훈, “행정법의 구조변화로서의 ‘참여’와 ‘협력’-독일에서의 이론적 논의를 중심으로-”, 공법연구 제30권 제5호, 2002, 한국공법학회.

박종수, “법원칙으로서의 재정효율성”, 토지공법연구 제43집 제1호, 한국토지공법학회, 2009. 2.

방승주, “참여와 민주적 정당성”, 공법연구 제32권 제2호, 한국공법학회, 2003.

선지원, “「사회기반시설에 대한 민간투자법」에 관한 연구-협상대상자 지정과 실시협약의 법적 성질을 중심으로-”, 석사학위논문, 한양대학교, 2008.

유태진, “국내 민간투자제도에 관한 법률적 연구: 실시협약 및 자금조달방식 개선을 중심으로”, 석사학위 논문, 연세대학교, 2015. 12.

육동한, 김재진, 전지성, 민간투자제도 변화와 강원도 대응, 정책메모 제651호, 강원연구원, 2017. 11. 7.

윤성철, [판례 평석] 민간투자사업법인의 자본구조변경행위의 법적 성질과 주무관청의 법적 수단, 서울지방변호사회보, 2016. 9.

이기우, “참여민주주의의 공법적 실험과 그 공과-법현실적 평가-”, 공법연구 제35집 제1호, 한국공법학회, 2006. 10.

이문성, “공공서비스 민간투자사업의 법적 성질과 규제에 관한 연구”, 박사학위

논문, 성균관대학교, 2015.

이문성・이광윤, “사회기반시설에 대한 민간투자사업법에 따른 행정계약의 법적 성격에 관한 연구(서울시메트로9호선(주)의 서울시 운임신고 반려처분 취소소송사건을 중심으로)”, 유럽헌법연구 제17호, 유럽헌법학회, 2015. 4. 6.

이상훈, 박경애, “민간투자사업의 MRG(최소운영수입보장)와 새로운 유형(투자위험분담형)의 분석 및 비교”, 선진상사법률연구 제75호, 2016. 7.

이원우, “민영화에 대한 법적 논의의 기초”, 한림법학포럼 제7권 제1호, 한림대학교 법학연구소, 1998.

이재은, “신공공관리론과 행정개혁에 관한 이론적 고찰”, 현대사회와 행정 제13권 제2호, 한국국정관리연구회, 2003.

전현철, “행정조달계약에 있어서 공익을 위한 계약의 변경 및 해지에 관한 연구”, 법학논문집 제41집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2017.

정기태, “현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임”, 공법연구 제40권 제1호, 한국공법학회, 2015.

정해방, “사회기반시설에 대한 민간투자제도의 현황과 쟁점”, 일감 부동산법학 제4호, 이호문화사, 2009.

정환철, “BTL, BTO 민간투자사업의 이해”, KIS Weekly 190호, 2006. 10. 27.

조태제, “행정법상의 효율성원칙”, 토지공법연구 제20집, 한국토지공법학회, 2003.

최송화, “공익의 법문제화”, 서울대학교 법학 제47권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2006. 9.

최우용, “민간투자사업법의 주요 쟁점 -헌법재판소 결정과 대법원 판례를 소재로 하여-”, 공법학연구 제19권 제1호, 2018. 2.

최승필, “민간투자사업에 대한 법·제도적 검토”, 외법논집 제34권 제1호, 한국외국어대학교, 2010.

황지혜, “민간투자사업에서의 지정관리자 제도에 관한 소고”, 토지공법연구 제73

집 제2호, 2016. 2.

_____, “사회기반시설에 대한 민간투자와 국가의 보장책임에 관한 연구”, 박사학위논문, 한국외국어대학교, 2015.

황창용, “민간투자사업 실시협약의 공법적 특수성”, 법학연구 제25권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2015. 9.

황호동, 황학천, 김길홍, “사회기반시설에 대한 민간투자법에 따른 실시협약에 대한 이해”, BFL 제37호, 2009. 9.

3. 판례

광주고등법원판결 2014. 1. 9. 선고 2013누580 판결.

대법원 2011. 10. 20. 선고 2010두24647 판결.

대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593판결.

부산지방법원 2014. 10. 10. 선고 2013구합21121판결.

부산지방법원 2014. 10. 10. 선고 2013구합21152판결.

서울고등법원 2004. 6. 24. 선고 2003주6483 판결.

서울행정법원 2013. 5. 30. 선고 2012구합15029 판결.

수원지방법원 행정부 2013. 6. 5. 선고 2011구합16033판결.

창원지방법원 2009. 7. 9. 선고 2008구합2901 판결.

춘천지방법원 강릉지원 2013. 9. 3. 선고 2013구합278 판결.

헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바64 판결.

4. 기타

대한민국 정부, “사회간접자본시설확충을 위한 민간자본유치촉진법안”, 140603, 1994. 2.

법률 제7386호, 2005. 1. 27, 일부 개정.

법제처, 국가법령정보센터 (http://www.law.go.kr)

법률 제10287호, 2010. 5. 17, 일부 개정.

법률 제10983호, 2011. 8. 4, 일부 개정.

법률 제11550호, 2012. 12. 18, 일부 개정.

법률 제15426호, 2018. 3. 13, 일부 개정.

한국개발연구원 공공투자관리센터, 2008 수익형 민자사업(BTO) 표준실시협약-환경사업-, 2008. 6.

한겨레, 고속도로 3km에 통행료 1300원?, 2017. 7. 25.

다이내믹부산 제1770호, 2017. 3. 15, (news.busan.go.kr)

김향미, 서울 우면산터널 '최소운영수입보장' 폐지, 경향신문, 2016. 1.

경향신문, '세금 하마' 민자고속도로...비싼 요금 뒤의 '보이지 않는 손', 2016. 10. 14.

경실련, 정보공개청구 소송 의견서, 2017. 5. 19.

특허 강제실시권의 정당성에 관한 소고

박 윤 석*

〈 국문초록 〉

현재까지 특허 강제실시권과 관련된 연구논문을 살펴보면 강제실시권의 도입 배경 및 파리협약과 WTO의 TRIPS 규정, 공중보건에 대한 도하선언의 추상적 규정, 공중보건 그리고 의약품 분야, 미국, 캐나다, 인도 등에 한정한 연구주제가 주류를 이루고 있다고 보인다. 하지만 유럽연합국가 특히 독일의 강제실시권에 대하여 구체적 사례를 통해 강제실시권의 요건을 설명하고 있는 연구를 찾아보기 어렵고 더욱이 특허 강제실시권제도의 헌법적 근거에 관한 연구가 미비하다. 따라서 본 연구의 목적은 첫 번째, 강제실시권과 관련한 독일의 최신 사례를 분석하여 우리나라 특허 강제실시권의 인정 요건과 구체적으로 비교해 본다. 특히 강제실시권의 요건 중 합리적인 기간 동안의 노력, 합리적이고 상업적인 강제실시권의 조건, 공공 이익에 대한 개념 정의 및 인정 기준에 대한 실증적인 사례 연구를 중심으로 한다. 두 번째, 공공 이익의 범위에 대한 헌법적 근거를 연구하여 최종적으로 강제실시권의 헌법적 근거를 확인한다. 즉, 우리나라 특허법 제107조에 규정되어 있는 강제실시권의 기준에 대한 실증적인 사례를 분석하여 구체적인 기준을 도출하고 공공의 이익에 관한 개념 정의를 통해 강제실시권의 헌법적 근거를 확인하는 것을 목적으로 한다.

주제어 : 특허법, 강제실시권, 재산권, 헌법 제22조 제2항, 헌법 제23조, 공공 이익

* 고려대학교 ICR센터 연구교수, 법학박사.

〈 목 차 〉

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 강제실시권 규정의 비교
1. 우리나라 강제실시권 규정
2. 독일의 강제실시권 규정
3. 일본의 강제실시권 규정
4. 국제조약에 근거한 강제실시권 규정

Ⅲ. 독일의 강제실시권 인정 사례
1. 사건 개요
2. 판결 내용
(1) 합리적인 기간 동안의 노력
(2) 합리적이고 상업적인 조건
(3) 공공이 이익 인정여부
(4) 강제실시권의 범위
(5) 긴급성

Ⅳ. 강제실시권의 헌법적 근거
1. 특허권 제한의 헌법적 근거
(1) 헌법 제37조 제2항
(2) 헌법 제23조 제3항
2. 강제실시권의 헌법적 근거
3. 공공이익의 기준

Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

2017년 독일에서 2차 세계대전 이후 처음으로 특허권에 대한 강제실시권이 인정되었다. 강제실시권이란 특허권자의 의사에 반하여 제3자에게 실시권을 허락하는 것을 의미한다. 특허권의 행사는 사적자치에 기반 한 사인의 권리행사를 근간으로 한다는 점에서 강제실시권은 특허권자의 권리행사가 아니라 특허권자의 권리를 사용하려고 하는 제3자가 특허권자를 향해 주장하는 권리행사이다. 그러나 강제실시권의 개념이 제3자의 권리행사로 이루어지는 것인지 아니면 특허권자의 권리제한의 반사적 작용으로 발생하는 것인지 법적인 논리구성이 확실하지 않다. 우리나라의 경우 지식재산권에 관한 헌법적 근거를 헌법 제22조 제2항에서 찾고 있는 견해가 통설이라고 볼 수 있다.[1] 그러나 헌법 제22조 제2항의 규정을 보면 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다고 규정하고 있다. 여기서 의문이 드는 것은 제22조 제2항의 규정은 지식재산권자의 권리보호

1) 장영수, 『헌법학』, 제6판, 749면; 허영, 『한국헌법론』, 전정 11판, 452면; 육소영, "지적재산권과 표현의 자유", 공법학연구 제12권 제4호(2011), 231면; 박준석, "한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계", 법조 제687호(2013), 30면.

를 위한 규정이라고 볼 수 있으나 특허법의 강제실시권, 저작권법의 공정이용 행위의 경우 지식재산권의 권리를 보호하는 것이 아니라 지식재산권자의 권리를 이용하려는 제3자를 위해서 지식재산권자의 권리를 제한하는 내용이기 때문에 지식재산권 제한의 헌법적 근거 규정이 될 수 있는가 이다.

저작권의 공정이용 법리는 법률의 규정자체도 저작권자의 권리가 미치지 않는 것과 같은 형식으로 규정되어 있어 저작권자의 권리제한 규정이라고 볼 수 있으나 특허법의 강제실시권규정은 규정의 형식상 특허권자의 권리제한이라고 보기 힘들고 특허권을 이용하려는 제3자의 권리라고 보는 것이 논리적인 것 같다.

그렇다면 과연 특허법에 규정되어 있는 강제실시권의 헌법적 근거를 어디서 찾을 수 있을 것인가가 문제된다. 만약 강제실시권이 특허권자의 권리제한으로 발생하는 반사적 권리라면 헌법 제22조 제2항에서 그 근거를 찾을 수 도 있을 것이다. 그러나 강제실시권이 특허권자의 권리가 아니라 제3자의 권리라면 그리고 특허권자의 권리를 제한하는 것이라면 헌법적 근거는 현재 헌법 제23조에 규정된 재산권 규정에서 찾을 수 밖에 없을 것이다. 이러한 논의의 실익은 강제실시권을 허락하는 기준을 설정하는데 있다고 본다. 즉 만약 특허권에 대한 강제실시권이 헌법 제23조의 재산권 조항에 근거한다면 그 강제실시권은 특허권에 대한 제한으로 볼 수 있기 때문에 그 제한의 기준도 헌법 제23조 제2항에서 규정하고 있는 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 하며 제3항에서 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다라는 규정이 적용될 수 있기 때문에 강제실시권을 허락하는 기준도 재산권 제한의 기준에 맞추어 성립될 수 있다는 점이다. 그러나 이와 달리 헌법 제22조 제2항에 근거한다면 강제실시권과 같은 특허권 제한에 대한 기준을 제23조 제2항과 제3항을 유추적용할 것인지 아니면 제22조 제2항에 근거하는 특허법만의 기준을 설정할 수 있는지가 달라진다. 즉 강제실시권이 재산권 제한이라는 기준에 맞추어 허락될 것인지 아니면 좀더 높은 기준을 충족해야만 허락될 수 있는지 아니면 그 반대인지 명확하지 않다.

이러한 논의가 명확하지 않은 것은 아직 우리나라 특허제도에서 강제실시권이

허락된 사례가 극히 드물고[2] 사회적 관심을 받아본 적이 없다는 점이 크게 작용한 것으로 생각된다. 따라서 우선 우리나라와 외국의 강제실시권 제도를 비교해 보고 최근 독일에서 인정된 강제실시권 사례를 살펴본다. 그리고 독일법과의 비교를 통해 우리나라 특허법상 규정되어 있는 강제실시권의 헌법적 근거를 찾아보도록 한다.

Ⅱ. 강제실시권 규정의 비교

1. 우리나라 강제실시권 규정

우리나라 특허법 제106조는 특허법의 수용에 관해 규정하고 있다. 이것은 헌법 제23조 제3항에서 예정하고 있는 토지수용의 경우와 유사한 규정으로 보인다. 제106조의2는 정부 등에 의해 의한 특허발명의 실시를 규정하고 있으며 국가 비상사태, 극도의 긴급상황, 공공의 이익을 위하여 비상업적으로 실시할 필요가 있다고 인정하는 경우에 그 특허발명을 정부가 실시하거나 정부 외의 자에게 실시하게 할 수 있다. 위 106조의 규정은 천재지변과 같은 국가 긴급상황에서 발동되는 강제실시권 규정이다. 그 다음 본 논문에서 중심이 되는 강제실시권은 제107조에 규정되어 있다.

제107조는 통상실시권의 재정이라는 제목으로 규정되어 있는데 특허발명을 실시하려는 자는 특허발명이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하고, 그 특허발명의 특허권자 또는 전용실시권자와 합리적인 조건으로 통상실시권 허락에 관한 협의(이하 이 조에서 "협의"라 한다)를 하였으나 합의가 이루어지지 아니하는 경우 또는 협의를 할 수 없는 경우에는 특허청장에게 통상실시권 설정에 관한 재정

2) 우리나라의 경우 재정에 의한 통상실시권 허여 청구 사례는 총 5건으로 이 중 1건만이 인용되어 강제실시권이 허여되었고, 나머지 3건은 기각, 1건은 신청자가 스스로 취하한 사례가 있다. 정상조/박성수 공편, 『특허법 주해 I』, 초판, 2010, 1278면.

(裁定)(이하 "재정"이라 한다)을 청구할 수 있다. 다만, 공공의 이익을 위하여 비상업적으로 실시하려는 경우와 재판 또는 행정절차에 의해 공정거래법 위반행위에 대해서 통상실시권을 설정하려고 한다면 협의없이도 재정을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 통상실시권의 재정에 해당되는 여러 사정이 존재하지만 우리가 중점적으로 살펴볼 것은 제107조 제1항 제3호로서 특허발명의 실시가 공공의 이익을 위하여 특히 필요한 경우이다. 여기서 말하는 공공의 이익에 대한 개념정의와 기준 설정이 특허권에 대한 강제실시권 허락의 중요 기준이 된다.

2. 독일의 강제실시권 규정

독일 특허법 제24조에도 강제실시권에 대한 내용이 규정되어 있다. 제24조 제1항에 따르면 발명의 상업적 이용을 위한 비배타적인 실시자격은 개별사례에서 특허법원에 의해 다음의 조건을 충족한 경우에 등록되어지는데, 첫 번째 실시권을 요구하는 자는 합리적인 기간 내에서 특허권자로 하여금 합리적인 상업적 조건으로 발명을 이용하기 위한 실시권 허락을 얻기 위한 노력을 기울여야하고 그리고 두 번째로 강제실시권의 등록을 통해 공공의 이익이 실현되어야 한다. 독일의 경우 이러한 강제실시권은 특허법 제85조 규정에 따라 특허법에 가처분 절차로 강제실시권이 등록될 수 있다.

3. 일본의 강제실시권 규정

일본 특허법 제93조에 강제실시권에 대한 규정이 존재한다. 특허 발명의 실시가 공공의 이익을 위하여 특히 필요한 때에는 그 특허 발명의 실시를 하고자 하는 자는 특허권자 또는 전용 실시권자에게 통상 실시권의 허락에 대한 협의를 요구할 수 있다. 또한 전항의 협의가 성립하지 않고, 또는 협의를 할 수 없을 때는 그 특허 발명의 실시를 하고자 하는 자는 경제 산업 대신의 재정을 청구할 수 있다.

4. 국제조약에 근거한 강제실시권 규정

파리조약 제5조A(2)와(3)에서는 각 동맹국은 불실시와 같은 특허에 의하여 부여되는 배타적 권리의 행사로부터 발생할 수 있는 남용을 방지하기 위하여 강제실시권의 부여를 규정하는 입법조치를 취할 수 있다.[3] 강제실시권의 부여가 그러한 남용을 방지하기에 충분하지 아니한 경우를 제외하고는 특허의 몰수를 규정할 수 없다. 최초의 강제실시권의 부여로부터 2년이 만료되기 전에는 특허의 몰수 또는 철회를 위한 절차를 진행시킬 수 없다고 규정하여 특허발명의 불실시에 따른 재정제도를 두고 있다.

WTO/TRIPs 협정 제31조에서는 권리자의 승인없는 기타사용의 조문에서 강제실시권을 규정한다. 강제실시권의 인정여부는 사안마다 개별적으로 그 이익을 비교 형량하여 결정하고, 특허발명을 사용하고자 하는 자가 강제실시권에 의한 사용에 앞서 합리적인 상업적 조건으로 특허권자로부터 승인을 얻기 위하여 노력했어야 하고 그럼에도 불구하고 그러한 노력이 상당한 기간 내에 실패한 경우에만 강제실시권이 허용된다. 예외적으로 국가긴급사태, 극도의 위기상황, 공공의 비상업적 사용인 경우에 한한다. 강제실시권의 인정되는 범위와 기간은 그 실시가 인정되는 목적을 위해 필요한 범위에서만 인정되며, 특허권 실시 허여의 경제적 가치를 고려하여 적절한 보상금을 지급하는 유상의 형태이어야 한다.

---

3) 공업소유권의 보호를 위한 파리 협약(Paris Convention for the Protection of Industrial Property).

Ⅲ. 독일의 강제실시권 인정 사례

1. 사건 개요[4)]

원고는 독일에서 이센트레스(Isentress)란 약품을 판매하는 Merck라는 회사이고 이 약은 간단히 말하면 에이즈치료약이다. 피고는 Shionogi라는 일본 회사이고 이 문제된 약에 관한 유럽특허권자이고 이 특허는 특허 등록된 후 원고로부터 특허성에 대한 이의제기를 받았는데 이의제기 절차를 통해 원고 특허의 일부 청구항만이 유지되고 있었다. 원고는 이 약품을 특허등록 전인 2007년부터 독일에서 판매하고 있었고 그 이후에 2012년에 이 약품이 특허 등록되었다. 2014년 6월 피고는 원고의 일본 자회사에 다음사항을 지적하였는데, 일본 특허권의 범위 내에서 인센트레스가 보호받는다는 점과 특정한 조건하에 라이선스를 받을 준비가 되었다는 점이다. 원고의 미국기업결합회사는 이것을 기점으로 피고와 전세계 라이선스에 대한 협상을 진행하였지만 이 협상이 성과를 거두지 못하였다. 일년이 넘는 지속되는 협상기간동안 피고는 전부 총 2개의 라이선스 청약을 제시하였는데. 이 청약은 인센트레스 판매에 기초한 라이선스요율을 기반으로 하였다. 반면, 협상에 임한 미국회사는 이에 대한 반대청약을 제시하였는데, 전세계 라이선스를 1회 라이선스료 지급으로 끝내자고 제안하였다. 협상이 끝날 때까지 미국회사는 이 입장을 유지하였다.

2015년 8월 피고는 원고를 상대로 독일 뒤셀도르프 지방법원에 특허침해 소송을 제기하였다. 그리고 원고는 2016년 1월에 독일 특허법원에 피고를 상대로 특허법 제24조 제1항에 근거하여 강제실시권 신청절차을 제기하였다. 이에 피고는 원고가 가처분 소송절차를 통해 관련 특허에 맞게 발명을 이용하려는 실시권 허락을 구하는 것에 항변하였다. 원고의 변론에서 원고는 이미 합리적이고 상업적인 조건으로 라이선스를 받을 준비가 되어 있다고 선언하였다. 미국회사는 합

4) BGH, Urteil vom 11.07.2017 - X ZB 2/17 – Raltegravir. 사건 개요 이하의 내용은 이 판결문을 요약한 것임을 밝힌다.

리적인 시간동안 성과없이 피고에게 전세계 라이선스를 합리적이며 상업적인 조건으로 원고를 위해 노력을 아끼지 않았다. 원고는 이점에서 이제까지 진행된 전세계 라이선스에 관한 협상은 원고에게 고려되어야 한다고 주장했다. 하지만 피고는 매출 관련 라이스요율을 10% 산정하고 이것을 합리적 가격이라고 주장했다.

2. 판결 내용

독일연방 대법원은 특허법원이 강제실시권을 승인하는 판단을 정당하다고 판시하였다. 독일 연방대법원의 판단근거를 분류해 보면 첫 번째 원고가 합리적인 기간 동안 합리적이고 상업적인 조건으로 피고의 특허권에 대한 실시권을 얻기 위한 노력을 기울였음에도 실시권을 허락받지 못했다는 점, 두 번째는 강제실시권이 허락됨으로 인해 공공의 이익이 달성될 수 있다는 점, 세 번째는 특허법원이 강제실시권을 허락한 근거에 공공이익에 대한 긴급성이 인정된다는 점이다.

(1) 합리적인 기간 동안의 노력

이 사건에서 특허권자인 피고가 주장한 것는 특허권자가 협상을 실시한 대상이 원고가 아니라 원고가 속해있는 기업결합단체의 한 회사인 미국회사였다는 점이다. 따라서 특허권자는 원고가 합리적인 기간 동안 실시권을 허락받기 위한 노력을 기울이지 않았다고 주장했지만 특허법원은 받아들이지 않았다. 미국회사의 특허 라이선스 협상 노력도 원고가 한 노력으로 인정될 수 있다고 보았다. 또한 원고가 강제실시권 신청절차를 진행하는 동안 합리적인 실시료의 지급에 대한 준비선언을 지속적으로 밝혔다는 점이다.

1998년 특허법 제24조 1항에 대한 연방대법원의 판례에 따르면, 그 당시 충족되어야 하는 조건으로 실시허락을 요구하는 자는 소송과정을 통해 보충되어질 수 있는 합리적인 보상의 지급을 선언해야만 했다. 이러한 의무를 충족시키는 것은 단순히 실시허락을 요구하는 자가 합리적인 실시료의 지급을 준비하였다는

의사를 표시하기만 하면 인정되었다. 강제실시권을 청구한 자가 법원에 의해 합리적으로 보정되는 실시료 총액을 직접적으로 표시하는 것은 요구되지 않았다. 그러나 1998년 11월1일부터 변경된 독일 특허법 제24조 제1항에 따르면 이번 사건과 관련해서 다음의 것이 요구 되었는데, 실시허락을 요구하는 자는 합리적인 기간동안 특허권자의 발명을 합리적이고 상업적인 조건으로 특허권자의 허락을 얻기 위해 노력했어야 하고 성과가 없어야 한다. 물론 이러한 전제조건(노력)이 반드시 강제실시권 청구절차 제기에 시간적으로 선행되어야만 하는 의무는 아니다. 따라서 강제실시권 신청절차 기간 동안 이러한 노력을 기울여도 된다는 점이다. 그러나 합리적인 기간이라는 점에서 강제실시권 신청절차 막바지에 겨우 합리적인 라이선스에 대한 지불의사를 표현하는 것은 합리적 기간 동안 노력을 기울인 것으로 볼 수 없다. 오히려 실시허락을 구하는 자는 명확한 기간 동안 개별적 상황에 맞추어 합리적인 방법으로 특허권자와 라이선스 등록에 관한 합의를 위한 방법을 찾아야만 한다. 그 기간이 어느 정도인지 어떠한 조치가 요구되는지 여부는 개별사안에 따라 달리 판단되어져야 한다.

(2) 합리적이고 상업적인 조건

이 사건에서 원고를 위해 협상을 대신한 미국 기업(기업집단의 계열회사)은 합리적인 기간 동안 합리적이고 상업적인 조건으로 발명을 이용하기 위한 허락을 얻기 위해 노력하였다. 오직 일시불로 지급한다는 것이 피고의 견해에 따르면 불합리적이라는 것인데, 원고의 노력이 진실하다는 점에 의문이 없었다.

원고가 제기한 라이선스 조건은 당시 피고의 보상급지급 계획보다 포괄적인 범위에서 적은 일시금 지급을 예정하는 것으로 피고의 기대치보다 낮았다. 이렇게 원고가 제기한 라이선스 조건이 피고의 조건보다 낮다고 하여 원고의 협상행위가 순수한 가식적인 협상행태로 인정될 수는 없는 것이다. 원고와 피고의 서로 다른 실시료 지급계획은 지급될 수 있는 실시료의 총합을 고려하여 비합리적인 것으로 인정될 수 없는데, 현재 관련된 특허가 무효심판절차에 의하여 일부 또는 전부가 무효가 될 가능성을 가지고 있기 때문이다. 또한 피고가 제시한 라이선스

조건에 따르면 실시권자가 관련 특허에 대한 모든 이의제기신청을 취하하는 것을 조건으로 규정하고 있다. 따라서 원고가 강제실시권을 신청하려는 특허에 대한 이의신청절차 또는 무효심판절차의 결과를 예상하여 실시료를 상정하는 것은 비합리적인 것으로 보이지 않는다. 그리고 실제적으로 영국웨일즈 법원에서 관련 특허를 근거로 제기한 침해소송에서 해당특허의 무효성을 근거로 침해소송이 기각되었다는 것도 고려 대상이다. (Arnold J, [2016] EWHC 2889 (Pat), Rn. 355)

이러한 점을 고려해 보면 피고의 특허권이 유효함을 전제로 산정한 피고의 실시료 지급을 원고가 승인하고 합의한다고 하더라도 피고의 특허에 대한 이의제기 또는 무효심판이 계속적으로 제기될 수 있기 때문에 원고는 피고가 산정한 실시료 지급에 합의할 필요가 없다. 따라서 당사자들은 다음과 같은 합의를 가정할 수도 있는데, 우선 특허권의 유효함을 전제하고 원고는 피고가 산정한 실시료 지급을 받아들이고 대신 관련 특허에 대한 계속적인 이의제기 또는 무효심판과 같은 특허의 유효성에 대한 공격을 원고가 할 수 있도록 양당사자가 합의하는 것이다. 즉, 원고는 피고의 실시료를 받아들이면서 무효소송을 계속 제기할 수 있는 것이다. 이점에 대해서 본 사건의 피고는 명확한 의사를 표시하지 않았다. 또한 특허법 제85조 제1항에 따른 가처분 소송은 원칙적으로 강제실시권의 등록에 대한 소송이 본안 소송에서 인용되지 않을 것이라는 점에 대한 것을 고려하지 않는다. 순수한 가능성 즉, 소송의 성공가능성은 변화된 법적지위를 통해 나아질 수 있는 것이라는 점은 근본적인 가처분 소송을 통해 인정하는 것을 근본적으로 정당화시킬 수 없다.

(3) 공공이 이익 인정여부

독일 대법원은 특허법원이 이 사건에서 강제실실시권을 인정할 만한 공공의 이익이 존재한다고 판단한 것이 정당하고 보았다. 독일 대법원은 특허권에 대한 강제실시권이 인정될 만한 공공 이익의 존재에 대한 판단은 각각의 개별사례의 특수한 상황에 따라 달라진다고 보았고 따라서 공공이익에 대한 통일적인 개념

을 설명하지는 않았다.

특허법 제24조 제1항 2호에서 사용한 법률용어인 "공공의 이익"은 일반적인 방법으로 자세히 개념정의 되어 있지 않다. 강제실시권을 인정해야할 만한 공공의 이익이 존재하는 지 여부에 대한 물음은 오히려 개별사례에 관련된 모든 사정들을 이익형량하여 관련 이익을 도출해야 한다. 여기서 고려되어야 할 점은, 특허법 규정상 특허권자에게 독점적 배타적인 권리가 하락되었다는 점이고 이러한 권리의 행사는 원칙적으로 특허권자만이 사용할 수 있다는 것이다. 따라서 공공의 이익은 단지 특별한 사정이 존재하는 경우에만 인정될 수 있다. 그 특별한 사정이란 배타적인 권리의 무제한적인 승인과 특허권자의 권리가 강제실시권 신청자에 의해 그 특허권의 행사가 공공의 이익을 근거로 제한되어야 한다는 사정이다. 구체적으로 살펴보면, 심각한 질병 치료에 관한 의약품이 치료에 상당한 효과를 거둘 수 있는데 해당 의약품이 시장에서 구할 수 없거나 또는 동일한 정도로 보유할 수 없는 경우이고 또는 다른 약품을 구입하여 사용함으로써 발생할 수 있는 예기치 못한 부작용을 해당 의약품을 사용함으로써 감소시킬 수 있는 경우이다. 그러나 이와 반대로 다음의 경우에는 강제실시권이 원칙적으로 승인될 수 없는데, 유사한 대체 약물을 통해서 공공의 이익이 본질적으로 충족될 수 있는 경우이다.

이러한 배경을 바탕으로 특허법원이 이번 사건에서 문제된 랄테그라비르를 아기와 12살 이하의 어린이 치료를 위해서 지속적으로 취급하는 것에 대한 공공의 이익이 존재한다는 점을 인정한 것은 정당하다. 특허법원이 확인한 바에 따르면 랄테그라비르는 독일에서 출생한지 4주부터 3개월 되는 아기에게 사용될 수 있는 유일한 인테그래이즈 억제제이다. 위와 같은 환자집단을 위해 랄테그라비르에 대한 대체제가 존재하기는 하였지만 이 약품은 미국 의약품 기준에도 그렇고 별로 추천될만한 약제가 아니었다. 2살 이후 부터의 아이들은 예를 들어 로피나비르 같은 좀 더 광범위한 대체제가 고려되었다. 그러나 이것들의 사용 또한 약물을 변환시킴으로 인해 발생하는 부작용의 위험을 높일 수 있다고 경고되었다. 아기와 어린이의 경우 무엇보다도 대체 약물치료를 시도하는 것이 특별한 위험

을 지니게 되는데 왜냐하면 이러한 환자들은 아직 면역체계가 완성되지 않았고 성장을 통해 포함되는 임프절 시스템 때문에 바이러스부담이 급속하게 증가한다. 그래서 비교적 높은 사망위험이 존재하는 것은 치료방법을 변경할 시간적 여유가 많지 않기 때문이다.

하지만 피고는 위와 같은 사정이 존재함에 대하여 의문을 제기만 하고 위와 같은 사정과 반대되는 사정을 입증하지 못했다고 독일 대법원은 판단했다. 피고의 견해와 반대로 특허법원의 결정은 확인되었는데, 2015년 PENTA 지침은 일반적으로 랄테그라비르를 추천하지 않았을 뿐만 아니라 아주 드문 경우에만 최초 치료제로 표시하였다. 특허법원은 이러한 관점을 고려하였다.

랄테그라비르의 사용에 대한 공공의 이익은 부정되지 않는데, 그 근거는 관련된 환자집단이 다소 작은 규모이고 지금 시점에서 단지 관련 환자의 소수만이 랄테그라비르로 치료받고 있다는 점이다. 공공의 이익은 다음의 경우에 존재할 수 있는데, 상대적으로 환자 중 소규모의 그룹이 관련되어 있는 경우다(의약관련 환자집단이 작은 경우). 이것은 특히나 다음의 경우 유효한데, 의약품을 더 이상 구입할 수 없는 상황에 있을 때 그 그룹이 특히나 높은 위험에 노출되는 경우이다. 관련 사례에서 특허법원이 이와같은 전제조건의 성립에 대해서 12 이세 이하 어린이 그리고 아기가 이러한 경우에 해당된다고 본 것은 정당한것이라고 독일 대법원이 인정하였다.

여기에서 구분되어야 하는 의문점이 있는데, 환자집단이 소규모이기 때문에 이에 상응하여 강제실시권의 범위와 내용이 제한되어 질 수 있다는 점이 강제실시권 등록에 고려되어야 하는지에 관한 것이다. 이점에 있어서 독일 특허법원은 환자집단의 크기와 강제실시권의 내용 제한의 관계는 고려할 필요가 없다고 보았는데, 왜냐하면 다른 것과 관련하여 공공의 이익은 추상적 기준에 의해서 명확하게 한계지어질 수 없는 환자집단을 승인한 것이기 때문이라고 보았다.

위의 사항과 마찬가지로 특허법원은 임산부에 대한 랄테그라비르의 계속적인 사용을 통한 치료에 대한 공공의 이익을 인정하였다. 특허법원이 확인한 바에 따르면 랄테그라비르는 현재 임산부를 위한 매우 좋은 치료법으로 간주되고 추천

된다. 또한 환자에 대한 예방학적 치료를 위해서도 유효하다. 급성 감염을 막기 위한 측면에서 그렇다는 것이다. 또한 특허법원은 다음과 관련된 환자에 대해 공공의 이익을 인정한 것도 정당하다고 보는데, 랄테그라비르를 이용하지 못함으로 인해서 치료법을 변경할 수 밖에 없는 환자들이다. 오랜 동안 치료를 받아온 환자에 대해서도 공공의 이익이 인정되는데 이 환자들은 이미 많은 치료를 받아 본 후에 랄테그라비르를 통한 치료로 구제받을 수 있었던 사람들이다. 그래서 특허법원이 앞서 언급한 근거에 따라 결과적으로 이러한 범위의 환자들에게 사용하기 위한 강제실시권의 등록에 공공 이익이 존재한다는 인정한 것은 정당하다. 또한 오랜 기간 랄테그라비르를 사용해온 환자들에게 위험을 감수하면서 이 의약품의 사용을 변경하도록 강요할 수 없는데, 왜냐하면 랄테그라비르는 이미 특허등록시점에 수년간 사용허락이 되어있었고 그동안 상당한 양이 공급되었다. 이미 랄테그라비를 통해 치료를 성공적으로 지속하는 환자, 랄테그라비르로 치료할 가능성이 있는 환자의 경우에 새로운 치료 대체방법을 요구하는 것은 종국적으로 인정될 수없는 것이고 또한 수년 동안 지속되고 성공적으로 적용된 치료옵션을 지속으로 사용할 수 있도록 해야 한다.

이러한 모든 것을 고려해 보았을 때, 랄테그라비르를 계속적으로 이용할 수 있는 것에 대한 공공의 이익이 매우 중요하다고 볼 수 있는데, 피고가 특허 받은 의약품의 사용에 관한 결정을 오직 혼자서 결정할 수 있다는 점은 특허법이 승인한 범위 내에서는 제한될어 질 수 있다.

따라서 피고는 원고에 의해 판매되는 또한 특허권 범위 내의 약품에서 경쟁자가 제거됨으로 인해서 매출을 증가시킬 수 있는 기회를 상실하게 될 것이다. 이러한 결과는 불특정한 환자들의 수에 대한 심각한 위험에 근거하여 보면 불균형스럽지 않다고 보이는데, 이미 원고는 라이선스를 행하고 있고 그에게 정당화된 재정적 이익은 합리적인 실시료의 승인 통해서 충분히 고려되어 질 수 있기 때문이다.

(4) 강제실시권의 범위

특허법원이 강제실시권의 등록을 특정한 환자집단에게만 한정하지 않게 한 것은 정당한 것이다. 특허법원이 오해하지 않은 것처럼, 랄테그라비르를 이용한 치료에 대한 대체가능한 치료를 환자들이 이용한다는 점이 배제되지 않을 수 있다. 이미 랄테그라비르로 치료 받고 있는 환자의 경우 특허법원이 확인한 바에 따르면 사전에 추상적 기준에 근거하여 예후를 진단 받게 되지 않을 텐데, 즉, 바이러스적인 거부반응이 존재하는 위험성 또는 부작용이 고려되는 개별적 사례에서의 기피약품이 현실화 되어지는지 여부이다. 더 나아가 이미 다른 관련된 환자그룹은 랄테그라비르를 사용함 없이 최초 치료는 비교 가능한 위험에 구속되어 있다. 이러한 배경을 근거로 피고로부터 구두합의에서 나오게 된 것으로 바이러스 부담을 50 이하로 줄이기 위해 이센트레스가 강제적으로 필요한 환자들인 12살 이하의 어린이, 아기, 임산부의 치료를 위해서만 판매를 승인하는 제한은 고려되지 않는다.

(5) 긴급성

특허법원이 공공 이익에서 허가의 등록을 즉시 허락한 것은 정당한 것이다. 위에서 언급한 것처럼 강제실시권 등록네 대한 공공의 이익에 근거하여 현재 사례의 경우 동시이 즉각적인 강제실시권의 등록이 보다 긴급한 것처럼 보인다 .

Ⅳ. 강제실시권의 헌법적 근거

앞서 살펴본 독일의 사례는 강제실시권이 인정될 수 있는 구체적인 기준을 제시한 것으로 볼 수 있다. 그러나 이 기준은 그 사건에만 해당되는 특별한 기준일 수 있고 일반적인 기준이 되기는 힘들 것이다. 우리나라에 적용하는 것도 쉽지 않을 것이다. 그렇다면 우리나라의 경우 각각의 개별적 강제실시권의 기준을 하나의 추상적인 기준으로 만들 수 있기 위해서는 강제실시권의 헌법적 근거를 먼

저 살펴보는 것이 유용할 것으로 생각된다.

이 부문에서 논의하고자 하는 점을 요약하면 다음과 같다. 현재 특허법의 헌법적 근거는 헌법 제22조 제2항이라는 점에서는 다툼의 여지가 없는 것으로 보인다. 헌법재판소의 경우 특허권은 제22조 제2항과 제23조의 재산권 조항을 통해 중첩적으로 보호된다고 보고 있다.[5] 다만, 헌법 제22조 제2항에서 보호하는 권리가 자유권, 재산권, 사회권 등 어떠한 기본권적 성격을 가지는지에 관한 견해의 다툼이 있어 보인다. 하지만 특허권자의 의사에 반하여 강제로 제3자에게 실시권을 허락하는 강제실시권의 경우 그 헌법적 근거를 어떻게 구성할지에 대해서는 아직 논의가 부족해 보인다.

앞서 살펴보았듯이 강제실시권의 허락에 있어 중요한 기준은 공공의 이익의 존재이다. 즉 특허권자의 권리를 제한하는 근거가 되는 것이다. 우리나라의 경우 기본권 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우 제한될 수 있고 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하고 있다. 하지만 재산권의 경우 제23조 제2항과 3항에서 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 하며 공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용, 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상금을 지급하여야 한다라고 규정되어 있다. 따라서 특허권자에게 부과되는 강제실시권이 특허권에 대한 제한 또는 수용의 경우라고 생각해 본다면 헌법 제37조 제2항에 근거하는 경우와 제23조 제2항과 제3항에 근거하는 경우로 논리적 구성을 할 수 있을 것이다.

여기서 논의의 실익이 있다고 보는 것은 우리나라 헌법재판소가 제23조 제3항에서 언급하는 공공필요의 개념이 헌법 제37조 제2항에 규정하고 있는 공공복리의 개념보다 좁다고 판단하고 있다는 점이다. 즉 강제실시권이 발동될 수 있는 공공의 이익의 범위가 제37조 제2항에 근거하는 경우와 제23조 제3항에 근거하는 경우 달라질 수 있다. 즉 다시말해 강제실시권의 허락 기준이 되는 공공의 이익을 특허권자의 권리제한과 비교형량할때 제37조 제2항보다 제23조 제3항을 근

5) 헌법재판소, 2002. 4. 25. 2001헌마200 결정.

거로 할때 공공 이익이 특허권자의 권리제한보다 더 높은 가치를 가져야 된다고 볼 수 있다는 것이다. 따라서 강제실시권의 근거를 제23조 제3항에 근거한다면 그만큼 강제실시권의 인정범위가 좁아지게 될 것이다.

현재 강제실시권 제도는 특허법에만 규정되어 있고 저작권법과 상표법에는 규정되어 있지 않다. 따라서 특허법을 중심으로 강제실시권의 헌법적 근거를 논의하고 이를 토대로 강제실시권의 근거가 되는 공공 이익의 기준을 살펴보도록 한다.

1. 특허권 제한의 헌법적 근거

(1) 헌법 제37조 제2항

특허권의 헌법적 근거를 제22조 제2항에서 찾는 경우 제22조 제2항에 근거하여 형성된 권리의 제한은 제37조 제2항에 따라 제한되어야 할 것이다. 만약 제37조 제2항에서 특허권 제한의 근거는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한 할 수 있게 될 것이다.

(2) 헌법 제23조 제3항

특허권의 성격을 재산권으로 보는 관점에서 특허권의 제한 근거는 제23조 제2항과 제3항으로 볼 수 있다. 기본권 제한에 있어서 제23조 제2항과 제3항은 재산권 제한에만 특별하게 규정되는 기본권 제한 조항으로 보고 있다. 따라서 재산권에 대한 제한은 제23조 제2항과 제3항에 근거하게 된다.

2. 강제실시권의 헌법적 근거

헌법재판소는 헌법 제23조 제3항에 규정되어 있는 공공필요성을 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성」으로 해석하여 왔다.[6] 즉 ‘ 공공필요’ 의 개념은 ‘ 공익성’ 과 ‘ 필요성’ 이라는 요소로 구성

되어 있다고 하면서 ‘ 공공필요’ 를 공익성과 필요성으로 나누어서 설명하고 있다. 또한 ‘공공필요’의 요건에 관하여, 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당하고 헌법재판소는 판단하였다. 그리고 필요성에 대하여 필요성이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 한다고 판단하였다.[7)]

3. 공공이익의 기준

일반적 기본권 제한조항인 제37 조 제2 항에 목적조항으로 ‘ 공공복리’ 가 규정되어 있는 우리헌법의 특성상, 기본권 제한의 영역에서는 ‘ 공공복리’(공공필요) 는 ‘ 목적’ 개념이고 ‘ 공익’ 은 ‘ 결과’ 개념이며, 이것이 이들 두 개념간의 결정적 차이점인 것으로 생각된다. 결국 공공복리와 공공필요는 동일한 개념이고 이 둘은 공익보다는 협의의 개념인 것이다.[8)] 이러한 견해에 따르면 강제실시권의 헌법적 기준을 제22조 제2항 또는 제23조 제3항에 근거하는 것에 실익이 없어진다. 하지만 제37조 제2항의 공공복리와 제23제 제3항의 공공필요의 범위를 다르게 보는 헌법재판소의 견해에 따르면 논의의 실익이 있게 된다. 공공필요의 범위가 공공복리의 개념보다 협소하다고 보기 때문에 제23조 제3항의 기준에 의한다면 강제실시권이 허락될 수 있는 범위가 제22조 제2항에 근거하였을 때보다 좁아진다고 볼 수 있다. 즉, 강제실시권을 통해 얻어지는 공공의 이익의 인정기준이 제23조 제3항에 근거한 경우 더 높아진다고 볼 수 있다.

---

6) 헌재 1995. 2. 23. 92 헌바14; 헌재 2000. 4. 27. 99 헌바58; 헌재 2011. 4.28. 2010 헌바114 등 참조

7) 헌법재판소, 2014. 10. 30. 선고 2011헌바172 등).

8) 홍강훈, “헌법제37조 제2항의 공공복리와 제23조 제3항의 공공필요의 관계에 관한 연구”, 「공법연구」, 제45권 제1호, 2016, 177면 이하 참조.

Ⅴ. 결론

2017년에 독일 특허법상 최초로 강제실시권이 인정되는 사례가 나왔다. 우리나라의 경우 아직 강제실시권이 인정된 사례가 없다. 독일과 우리나라의 강제실시권 규정에 유사한 점은 강제실시권이 인정되기 위해서는 공공의 이익이 존재해야 한다는 점이다. 강제실시권은 특허권에 대한 제한이기 때문에 강제실시권이 인정될 수 있는 공공 이익의 범위를 설정함에 있어 헌법적 정당성을 찾아야 한다. 현재 특허법의 헌법적 근거는 헌법 제22조 제2항에 근거한다고 보고 있다. 하지만 특허법에 규정된 강제실시권 제도는 특허권에 대한 제한이라는 측면에서 제22조 제2항에 근거할지 제23조 제3항과 같은 재산권 제한에 근거할지 확실하지 않다. 다만 강제실시권 제도의 헌법적 근거를 제22조 제2항과 제23조 제3항에서 찾는다면 강제실시권의 근거가 되는 공공 이익의 범위를 설정하기 위한 기준이 달라질 것이다. 현재 우리나라 헌법재판소의 경우 제23조 제3항에서 의미하는 공공필요의 범위가 제37조 제2항에 의미하는 공공복리보다 좁은 개념이라고 판단하고 있다. 따라서 강제실시권 제도가 제23조 제3항에 근거한 것이라면 공공이익의 범위는 좁아질 것이다.

【참고문헌】

〈국내 문헌〉

〈단행본〉

장영수, 「헌법학」, 제6판, 2011.

정상조/박성수 공편, 「특허법 주해 I」, 2010.

조영선, 「특허법」, 제5판, 2015.

한수웅, 「헌법학」, 제8판, 2018.

허 영, 「한국헌법론」, 전정 11판, 2015.

〈논문〉

김대환, “비례성원칙의 심사강도:비교법적 검토를 포함하여”, 「헌법학연구」, 제18권 제2호, 2012.

김원준, “의약품 특허의 강제실시권 비교법적 고찰”, 「법학연구」 43호, 2015.

민창식, “의약품 특허의 강제실시청구에 관한 심사기준 고찰”, 「서울대학교 법학」 제53권 제2호, 2012

박영규, “특허제도의 국제적 조화 및 전망”, 「산업재산권」 24호, 2007.

박성호, “사법:지적재산권에 관한 헌법 제22조 제2항의 의미와 내용”, 「법학논총」 24권 1호, 2007.

박준석, “한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계”, 「법조」 제687호, 2013.

육소영, “지적재산권과 표현의 자유”, 「공법학연구」 제12권 제4호, 2011.

육소영, “특허법상 강제실시권의 연구”, 「법학연구」 16권 제1호, 2005.

윤권순, “미국‘특허강제실시’제도의 진화와 그 함의”, 「지식재산연구」 제10권 제1호, 2015.03

이홍규/정필운, “헌법 제22조 제2항 관련 개헌론에 관한 소고”, 「법조」 제59권 제11호, 2010.

홍강훈, “헌법제37조 제2항의 공공복리와 제23조 제3항의 공공필요의 관계에 관한 연구”, 「공법연구」, 제45권 제1호,

〈외국 문헌〉

Benkard, Patentgesetz, 11. Auflage, C.H.BECK, 2015.

Bernd Grzeszick, Geistiges Eigentum und Art. 14 GG, ZUM 2007.

Busse/Keukenschrijver, PatG § 24, Rn. 35.

Hans-Jürgen Ahrens, Der Ghostwriter - Prüfstein des Urheberpersönlichkeitsrechts, GRUR 2013.

Hans Schulte, Die Erfindung als Eigentum, GRUR 1985.

Kraßer/Ann, Patentrecht, 7. Auflage, C.H.BECK, 2016.

Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Auflage, 2017.

Tobias Timmann, Das patentrecht im Lichte von art. 14 GG, Mohr Siebeck, 2008.

상표법 제33조 제1항 제4호의 ‘현저한 지리적 명칭’에 대한 판단

- 대법원 2018. 2. 13. 선고2017후1342판결을 중심으로 -

송 선 미*

〈 국문초록 〉

상표의 식별력은 상표가 갖추어야 할 본질적인 요소이다. 식별력이 없는 상표는 자신의 상품과 타인의 상품을 식별하는 능력이 없기 때문에 상표법상 상표로 등록할 수 없다. ‘현저한 지리적 명칭’은 상표법 제33조 제1항 제4호에 규정되어 있는데 지리적 명칭이 현저하게 널리 알려졌다고 판단되면 상표등록이 불가능하다. 이 규정의 입법 취지는 일반 공중에게 널리 알려져 있는 지리적 명칭은 누구나 사용하고 싶어 하는 상표이기 때문에 특정인의 독점권을 배제하려는데 그 목적이 있다. 이런 이유로 현저한 지리적 명칭에 해당하는 상표는 식별력이 없는 상표로 분류하여 상표등록을 허용하고 있지 않다. 현저한 지리적 명칭은 지정상품과의 관계를 고려하지 않고 단지 지리적 명칭이 현저하기만 하면 이 규정의 적용을 받는다. 상표법에는 지리적 명칭과 관련하여 이 규정 외에 ‘지리적 표시’와 산지를 표시하는 기술적 표장에 대한 규정을 두고 있다. ‘지리적 표시’는 지정상품의 특별한 품질이 그 지역에서 기인하는 경우에 사용하는 지리적 명칭을 의미하는데 이러한 명칭은 단체표장으로만 등록이 가능하다. 상품의 산지를 나타내는 지리적 명칭이 해당 상품에 사용되는 경우에는 상표법 제33조 제1항 제3호의 기술적 상표에 해당하는 상표등록이 불가능하다. 최근 대법원에서는 ‘사리원’이라는 북한의 지명이 현저한 지리적 명칭에 해당하는지 여부를 판단하였다. 특허심판원과 특허법원은 현저한 지리적 명칭에 해당하지 않는다고 보았지만 대법원은 현저한 지리적 명칭에 해당하기 때문에 상표등록은 무효라는 판단을 하였다. 대법원의 판단이 타당한지에 대한 의문도 논의의 필요성이 있지만 더욱 중요한 것은 이 규정의 해당 여부를 판단한 사안마다 논쟁의 여지가 발생한다는 점을 고민해보아야 할 것이다. 오히려 근본적이고 더 중요한 논의의 대

* 법학박사, 고려대학교 법학연구원

상은 '현저한 지리적 명칭'을 식별력이 없는 상표로 규정할 필요가 있는지의 여부에 있다고 본다. 이 규정의 취지가 지리적 명칭을 보호하여 특정인에게 독점권을 배제하기 위한 목적이라면 지리적 표시와 산지 표시에 대한 규정으로도 충분히 보호될 수 있다고 본다.

주제어 : 현저한 지리적 명칭, 상표의 식별력, 사리원, 상표법 제33조 제1항 제4호, 지리적 표시

〈 목 차 〉

Ⅰ. 서론

Ⅱ. 상표법 제33조 제1항과 상표의 식별력
1. 상표의 식별력
2. 상표법 제33조 제1항의 내용
3. 사용에 의한 식별력 취득

Ⅲ. 현저한 지리적 명칭
1. 의의
2. 외국의 입법 태도
3. 우리 법원의 태도

Ⅳ. 대법원2018. 2. 13. 선고2017후1342판결
1. 사건의 경과
2. 대법원의 판단
3. 판결의 검토

Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

'현저한 지리적 명칭'은 상표법 제33조 제1항 제4호에 규정되어 있다. 현저한 지리적 명칭이나 약어 또는 그 지도만으로 된 상표는 식별력이 없기 때문에 상표등록이 불가능하다.[1] 현저한 지리적 명칭과 결합한 보통명칭을 비롯한 식별력이

1) 제33조(상표등록의 요건)
① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상표를 제외하고는 상표등록을 받을 수 있다.
1. 그 상품의 보통명칭을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표
2. 그 상품에 대하여 관용(慣用)하는 상표
3. 그 상품의 산지(産地)·품질·원재료·효능·용도·수량·형상·가격·생산방법·가공방법·사용방법 또는 시기를 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표
4. 현저한 지리적 명칭이나 그 약어(略語) 또는 지도만으로 된 상표

없는 표장들도 이 규정의 적용을 받기 때문에 상표등록이 불가능하다. 따라서 상표에 사용되는 지리적 명칭이 '현저한 지리적 명칭'에 해당하는 지의 여부는 상표등록이 거절되거나 등록상표를 무효로 할 수 있는 중요한 쟁점이 된다.

이 규정과 관련하여 최근 대법원은 북한의 지명인 '사리원'이 현저한 지리적 명칭에 해당한다는 판결을 내렸다. 본 논문에서는 대법원 판결에 대한 검토와 나아가 상표법 제33조 제1항 제4호에서 규정하고 있는 '현저한 지리적 명칭'이 가지고 있는 문제점에 대해서 논의하고자 한다.

Ⅱ. 상표법 제33조 제1항과 상표의 식별력

1. 상표의 식별력

(1) 의의

식별력은 자신의 상품과 타인의 상품을 구별하는 힘을 말한다. 식별력은 상표가 갖추어야 할 전제 요건으로 식별력이 없는 상표는 상표법 제33조에 의해 상표등록이 불가능하다. 상표법 제33조 제1항에 따르면 보통명칭, 관용상표, 기술적 표장, 현저한 지리적 명칭, 흔히 성 또는 명칭, 간단하고 흔한 상표, 기타 식별력 없는 상표는 식별력이 없어서 상표등록이 불가능하다.

상표의 식별력은 상표 자체의 현저성에 의해서도 발생하지만 상표의 사용기간, 사용방법, 사용정도, 광고, 상품의 품질, 상표권자의 명성, 신용 등에 따라 상대적·구체적으로 결정되는 개념이다.[2] 그렇기 때문에 상표법 제33조 제2항은 식별

---

5. 흔히 있는 성(姓) 또는 명칭을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표
6. 간단하고 흔히 있는 표장만으로 된 상표
7. 제1호부터 제6호까지에 해당하는 상표 외에 수요자가 누구의 업무에 관련된 상품을 표시하는 것인가를 식별할 수 없는 상표

② 제1항 제3호부터 제6호까지에 해당하는 상표라도 상표등록출원 전부터 그 상표를 사용한 결과 수요자 간에 특정인의 상품에 관한 출처를 표시하는 것으로 식별할 수 있게 된 경우에는 그 상표를 사용한 상품에 한정하여 상표등록을 받을 수 있다.

력이 없는 상표의 경우에도 사용을 통해서 수요자들에게 특정인의 상품의 출처 표시로 인식되는 경우에는 사용에 의한 식별력 취득을 인정하여 상표등록이 가능하다고 규정하고 있다.

문자 상표의 경우 그 식별력의 강약의 정도에 따라 보통명칭 상표(generic mark), 기술적 상표(descriptive mark), 암시적 상표(suggestive mark), 임의선택 상표(arbitrary mark), 조어 상표(coined mark)로 구분할 수 있다.[3] 보통명칭 상표와 기술적 상표는 원칙적으로 식별력이 없거나 약한 상표로 분류하여 상표등록이 어렵고 암시적 상표, 임의선택 상표, 조어 상표는 상표등록이 가능하다. 보통명칭 상표는 상품의 일반 명칭을 그 지정상품에 사용한 상표를 의미하고 기술적 상표는 지정 상품과 관련된 정보를 제공하기 위해서 사용하는 상표로 상품의 기술적 특징을 직감할 수 있는 상표를 의미한다. 암시적 상표란 지정 상품을 간접적으로 설명하는 상표를 의미하고 임의선택 상표는 지정 상품과 전혀 관련이 없는 상표를 사용한 상표를, 조어 상표는 상표 사용자가 만들어낸 언어를 사용한 상표를 의미한다. 예를 들면 사탕을 지정 상품으로 하여 상표를 출원하는 경우 ‘candy’라는 상표는 보통명칭 상표, ‘sweet’라는 상표는 기술적 상표에 해당하고 ‘sweetarts’는 암시적 상표, ‘prince’는 임의선택 상표, ‘cabu’는 조어 상표에 해당한다.

(2) 본질

식별력의 본질에 대해서는[4] 상표는 상표를 구성하고 있는 문자와 도형 자체가 거래상 일반 수요자의 관심을 불러일으킬 수 있어야 하고 다른 경쟁업자의 상표와 오인·혼동을 피할 수 있을 정도로 외관의 구성이 명료해야 한다는 외관구성설, 상표는 자신의 상품과 타인의 상품을 구별할 수 있으면 충분하기 때문에 상표의 외관자체의 구성보다는 상표가 실제 거래사회에서 자타상품을 식별할 수 있어야

2) 송영식, 「지적소유권법」 (하) 제2판, 육법사, 2013, 103면.
3) Abecrombie & Fitch Co., v. Hunting World, 537 F.2d 4 (2nd Cir. 1976).
4) 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 「지적재산소송실무」 제3판, 박영사, 2014, 490면; Id., 103 – 104면.

한다는 자타상품식별력설이 있고, 식별력의 본질은 상표의 외관구성이나 자타상품식별능력과 같은 상표의 특징이나 효력에 두지 않고 상표를 특정인에게 독점시키는 것이 상표제도의 취지에 비추어 타당한 것인지를 고려해서 판단해야 한다는 독점적응성설이 있다. 대법원은 제33조 제1항 각 호의 입법 취지에 대해서 다음과 같이 판시하고 있어서 식별력의 본질을 자타상품식별력과 독점적응성설로 파악하고 있는 것으로 보여 진다. 제1호의 보통명칭은 특정 종류의 상품의 명칭으로 일반적으로 사용되는 것이므로 본질적으로 자타상품의 식별력이 없어 특정인에게 이를 독점사용하게 하는 것은 부적당하고 누구라도 자유롭게 사용하게 할 필요가 있고[5] 제3호의 기술적 상표는 통상 상품의 유통과정에서 필요한 표시여서 누구라도 이를 사용할 필요가 있고 그 사용을 원하기 때문에 이를 특정인에게 독점배타적으로 사용하게 할 수 없다는 공익상의 요청과 이와 같은 상표를 허용할 경우에는 타인의 상품과의 관계에서 식별이 어렵기 때문에 등록을 받을 수 없고,[6] 제4호의 현저한 지리적 명칭과 그 약어 또는 지도로만 된 상표는 그 현저성과 주지성으로 말미암아 상표의 식별력을 인정할 수 없으므로 어느 특정 개인에게만 독점사용권을 주지 않으려는 데에 입법 취지가 있다고 판시하고 있다.[7]

식별력을 보통명칭이나 관용표장과 같이 본질적으로 상품의 출처표시로 기능할 수 없어서 식별력이 없는 것으로 규정하는 것과 기술적 표장이나 현저한 지리적 명칭과 같이 상품의 출처표시기능은 있지만 경쟁업자들의 자유 사용의 필요성 때문에 독점을 배제하기 위하여 식별력이 없는 것으로 규정하는 경우로 구분할 수 있다고 한다.[8] 전자의 경우를 협의의 식별력, 후자의 경우를 광의의 식별력으로 설명하는데 전자의 경우에는 시장에서의 일반 수요자의 인식을 고려하여 식별력 유무를 판단해야 하고 후자의 경우에는 경쟁업자의 이익을 고려해야 하기 때문에 협의의 식별력과 광의의 식별력은 판단기준을 달리 해야 한다고 설명하고 있다.[9]

---

5) 대법원20051014.선고2005도5358판결.
6) 대법원2006.4.14.선고2004후2246판결; 대법원2004.8.16.선고2002후1140판결 등.
7) 대법원2018.2.13.선고2017후1342판결; 대법원2012.12.13.선고2011후958판결 등.
8) 최종식, "상표의 식별력과 새로운 접근 방법", 「지식재산21」 제99호, 2007, 198면.

2. 상표법 제33조 제1항의 내용

상표법 제33조 제1항 각 호의 규정은 식별력이 없는 상표를 의미한다. 제1호 그 상품의 보통명칭을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표, 제2호는 그 상품에 관용하는 상표, 제3호 그 상품의 산지, 품질, 원재료, 효능, 용도, 수량, 형상(포장의 형상을 포함한다), 가격, 생산방법, 가공방법, 사용방법 또는 시기를 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표, 제4호 현저한 지리적 명칭 그 약어 또는 지도만으로 된 상표, 제5호 흔히 있는 성 또는 명칭을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 상표, 제6호 간단하고 흔히 있는 표장만으로 된 상표, 제7호 그 밖에 수요자가 누구의 업무에 관련된 상품을 표시하는 것인가를 식별할 수 없는 상표는 식별력이 없어서 등록이 불가능하다.

제1호, 제3호, 제4호, 제5호 그리고 제6호의 경우에는 식별력 없는 표장 "만으로" 으로 구성되어 있을 것을 규정하고 있어서 이러한 상표들이 식별력 있는 문자, 도형, 기호 등과 결합하는 경우에는 이에 해당하지 않는다.[10] 상표법에 규정되어 있지 않지만 관용 상표의 경우에도 보통으로 사용하는 방법으로 사용된 경우에만 식별력이 없는 것으로 본다.[11]'보통으로 사용하는 방법'의 의미는 독특한 글씨체나 색채, 도안화된 문자 등 특수한 태양으로 표시하는 등으로 특별한 식별력을 갖도록 함이 없이 표시하는 것을 의미한다.[12]

제1호의 보통명칭 상표는 상품의 일반 명칭을 의미한다. 거래계에서 그 명칭이 일반 수요자들이 특정 상품의 일반 명칭으로 현실적으로 사용되고 있는 사실이 인정되어야 하는데 상표의 관념으로부터 일반 수요자가 보통 명칭으로 인식할 우려가 있는 것만으로는 제1호에 해당하지 않는다. 제2호의 관용 상표는 거래업계에서 동종업자들 사이에서 관용적으로 사용하고 있는 상표를 의미하는 것으로

---

9) *Id.*, 191면.
10) 조영선, 「지적재산권법」 제2판, 박영사, 2016, 373면.
11) *Id.*, 374면.
12) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도7352 판결; 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006다51577 판결 등.

동종업자들 사이에서 인식되고 사용되면 충분하고 전국적으로 알려져 있을 필요는 없다. 보통명칭 상표의 경우 문자 상표만을 의미하지만 관용 상표는 문자 이외에 기호, 도형, 입체적 형상 등 실제 거래사회에서 사용하고 있는 모든 형태의 표장을 의미한다.[13] 제3호의 기술적 상표는 지정 상품의 성질을 직접적으로 표시하는 상표를 의미하는 것으로 상품의 성질을 간접적 암시하는 경우에는 이에 해당하지 않는다. 대법원은 제3호의 적용 여부는 '그 상표가 가지는 관념, 당해 지정상품이 일반적으로 갖는 공통된 품질, 효능, 용도, 거래사회의 실정 등을 감안하여 객관적으로 판단하되, 상표의 의미·내용은 일반 수요자가 그 상표를 보고 직관적으로 깨달을 수 있는 것이어야 하고 심사숙고하거나 사전을 찾아보고서 비로소 그 뜻을 알 수 있는 것은 고려의 대상이 되지 않으며, 이러한 판단도 그 지정상품이 전문가들에 의하여 수요되고 거래되는 특수한 상품이 아닌 한 일반 수요자를 기준으로 해당 여부를 판단해야 한다' 고 설명하고 있다.[14] 제5호의 흔히 있는 성 또는 명칭은 현실적으로 다수가 존재하거나 관념상으로 다수가 존재하는 것으로 인식되고 있는 자연인의 성 또는 법인 단체 상호임을 표시하는 명칭을 의미한다. 외국인의 성은 해당 국가에서 흔히 있는 성이라고 하더라도 국내에서 흔히 볼 수 있는 외국인의 성이 아닌 한 여기에 포함되지 않는다. 특정인에게 독점권을 인정하는 경우에 거래상 혼란을 가져올 우려가 있거나 같은 성이나 명칭을 가진 자에게 불측의 피해를 줄 우려가 있다고 인정되는지의 여부를 고려한다.[15] 제6호의 간단하고 흔히 있는 상표는 상표의 구성이 간단하고 흔한 것이어야 하기 때문에 간단하지만 흔하지 않거나 흔하지만 간단하지 않은 상표는 제6호에 해당하지 않는다. 색채 또는 색채의 조합만 된 상표는 제6호에 해당된다. 제6호의 적용 여부는 자타상품에 대한 식별력 이외에 거래의 실정, 표장에 대한 독점적인 사용이 허용되어도 좋은가 등의 사정을 참작하여 구체적으로 판단해야 한다.[16] 제7호의 기타 식별력이 없는 상표는 출처표시로 인식되지 않거나 자유

13) 상표심사기준(개정 2016.8.29. 특허청 예규 제90호) 제4부 제2장 4.2.
14) 대법원2000.3.23.선고97후2323판결; 대법원1997.12.12.선고97후396판결 등.
15) 상표심사기준 제4부 제5장 2.1.
16) 대법원 2004.11.26.선고2003후2942판결.

사용이 필요한 일반적인 슬로건이나 일반인들이 유행어처럼 사용하게 된 방송 프로그램 명칭, 영화, 노래의 제목이 이에 해당한다. 인류를 아름답게 사회를 아름답게[17], 'Believe it or Not'[18]은 제7호에 해당하는 상표이다.

3. 사용에 의한 식별력 취득

상표법 제33조 제2항은 식별력이 없는 상표에 대하여 사용에 의한 식별력 취득을 인정하고 있다. 사용에 의한 식별력을 인정하는 취지는 원래 식별력이 없는 상표라도 특정인이 일정기간 계속하여 사용한 결과 식별력을 취득한 경우에는 이미 상표로서 기능할 뿐만 아니라 더 이상 경쟁업자간의 자유 사용을 보장할 공익상의 필요성이 없어졌고 상표등록을 허용함으로써 제3자의 부정경쟁 목적의 사용을 방지하여 상표 사용자의 신용을 보호하고 일반 수요자로 하여금 상품의 품질에 대한 오인이나 출처 혼동을 방지하는 것이 상표법의 본래 목적에 부합하기 때문이다.[19]

사용에 의한 식별력 취득의 판단은 상표의 사용기간, 사용횟수 및 사용의 계속성, 그 상표가 부착된 상품의 생산 판매량 및 시장점유율, 광고·선전의 방법, 횟수, 내용, 기간 및 그 액수, 상품품질의 우수성, 상표사용자의 명성과 신용, 상표의 경합적 사용의 정도 및 태양 등을 종합적으로 고려해야 하고 상표가 사용된 상품에 대한 거래자 및 수요자 대다수에게 특정인의 상품을 표시하는 것으로 인식되기에 이르렀다면 사용에 의한 식별력 취득을 인정할 수 있다.[20]

상표심사기준은 사용에 의한 식별력 취득을 주장하는 자가 사용한 상표, 사용한 상품, 상당기간 계속 사용한 사실, 전국 또는 일정지역에서 사용한 사실, 해당 상품의 매출액, 시장점유률, 사용의 방법·횟수 및 내용, 광고 선전의 방법·횟수·내용·기간, 객관적인 소비자 인지도 조사, 상품의 품질이나 명성을 입증할 수 있는

17) 대법원1987.1.20.선고86후85판결.
18) 대법원1994.11.18.선고94후173판결.
19) 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 앞의 책, 538-539면.
20) 대법원 1990.11.27.선고90후410판결.

자료, 사용 상표에 대한 독점배타적 사용에 대한 자료 등을 제출할 수 있다고 설명하고 있다.[21]

사용에 의한 식별력 취득은 사용한 상품에 대해서만 인정하고 그 판단 시기는 등록여부결정시이다.[22] '현저한 지리적 명칭'은 2001년 개정 상표법(2001.2.3.개정 법률 제10614호)에 의해서 사용에 의한 식별력 취득이 인정되기 시작하였다.[23]

Ⅲ. 현저한 지리적 명칭

1. 의의

상표법에는 현저한 지리적 명칭의 의미에 대해서 규정하고 있지 않아서 이는 구체적 사안에서 개별적으로 각 지리적 명칭이 제4호에 해당하는 지를 판단해야 한다.

현저한 지리적 명칭의 '현저한'이라는 의미는 일반 수요자에게 널리 알려져 있는 것을 뜻하고 있고 '현저한 지리적 명칭'에 해당하는지는 상표등록시를 기준으로 교과서, 언론보도, 설문조사 등을 비롯하여 일반 수요자의 인식에 영향을 미칠 수 있는 '여러 사정'을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단해야 한다.[24]

대법원은 '현저한 지리적 명칭'을 식별력이 없는 상표로 규정한 입법 취지에 대해서 현저성과 주지성 때문에 특별현저성을 인정할 수 없어 누구에게나 자유로운 사용을 허용하고 어느 특정인에게 독점사용권을 부여하지 않으려는데 있다고 설명하고 있다. 상표심사기준(개정 2016.8.29. 특허청 예규 제90호)은 현저한

---

21) 상표심사기준 제4부 제4장 2.4.2.
22) 대법원2015.1.29.선고2014후2283판결; 대법원2012.4.13.선고2011후1142판결 등.
23) 구대환, "현저한 지리적 명칭의 상표등록요건과 등록된 상표의 효력", 「창작과 권리」, Vol. 59, 2010, 119면.
24) 대법원2018.2.13.선고2017후1342판결 등.

지리적 명칭은 자타상품의 식별력이 없을 뿐만 아니라, 공익상 특정인에게 독점시키는 것이 부당하기 때문에 상표등록을 받을 수 없도록 한 것이라고 입법 취지를 설명하고 있다. 특히, 현저한 지리적 명칭은 그 지역주민의 상호로 많이 사용되고 있어서 이러한 지리적 명칭을 등록시켜 준다면 해당 지역에서의 자유사용을 저해할 수 있기 때문에 일정규모 이상이나 널리 알려진 지리적 명칭에 대해서는 특정인에게 독점배타적인 권리를 부여하지 않는 것이라고 설명하고 있다.[25)]

상표심사기준에 따르면 '현저한 지리적 명칭'에 해당하는 지는 사전 등에 게재된 것을 기준으로 하는 것이 아니라 국내 일반수요자나 거래업계에 널리 인식된 명칭인지를 기준으로 판단하며, 특정 지역에서 다수가 사용하는 지리적 명칭인 경우 반드시 전국적으로 현저하게 알려진 경우가 아니더라도 현저한 지리적 명칭으로 볼 수 있다.[26)] 지리적 명칭은 원칙적으로 현존하는 것을 의미하는데 특정 지역의 옛 이름, 애칭이나 별칭 등이 일반수요자나 거래자들에게 통상적으로 사용된 결과 그 지역의 지리적 명칭을 나타내는 것으로 현저하게 인식되는 경우에는 지리적 명칭에 해당하는 것으로 본다.[27)]

국가명, 국내의 특별시, 광역시 또는 도의 명칭, 특별시·광역시·도의 시·군·구의 명칭, 저명한 외국의 수도명, 대도시명, 주 또는 이에 상당하는 행정구역의 명칭 그리고 현저하게 알려진 국내외의 고적지, 관광지, 번화가 등의 명칭 등과 이들의 약칭은 '현저한 지리적 명칭'에 해당한다. 다만, 특별시·광역시·도의 시, 군, 구의 명칭이 다의적인 의미를 지니고 있는 경우 사용실태 등을 감안하여 현저한 지리적 명칭으로 보지 아니할 수 있으며, 시, 군, 구보다 낮은 행정구역 명칭이라도 현저하게 알려져 있는 경우에는 현저한 지리적 명칭에 해당 할 수 있다.[28)]

국내·외의 산, 강, 섬, 호수 등이 일반수요자에게 널리 알려진 관광지일 경우에는 현저한 지리적 명칭으로 본다.[29)] 다만, 보통명사인 "산", "강", "섬", "호수",

25) 제4부 제4장.
26) 상표심사기준 제4부 제4장 2.1.
27) 상표심사기준 제4부 제4장 2.2. 예를 들면 빛고을(광주), 한밭(대전), 달구벌(대구), 제물포(인천) 등이 이에 해당한다.
28) 상표심사기준 제4부 제4장 1.1.1.
29) 상표심사기준 제4부 제4장 1.1.2. 예를 들면 백두산, 한라산, 미시시피강, 나이아가라 폭포가 이

"도(島)", "호(湖)", "Mountain", "River", "Island", "Lake" 등이 결합되지 않아 그 의미를 특정할 수 없는 경우에는 현저한 지리적 명칭에 해당하지 않는 것으로 본다.[30] 외국의 유명한 "산", "강", "섬", "호수" 등의 명칭은 보통명사인 'Mountain', 'River', Island", "Lake" 등과 결합되지 않고 사용된 경우라도 국내 일반 수요자가 유명한 산 등으로 인식할 수 있는 경우에는 현저한 지리적 명칭에 해당하는 것으로 보고, 관광지가 아닌 단순한 지명이거나, 관광지라도 널리 알려지지 않은 경우에는 현저한 지리적 명칭에 해당하지 않는다.[31]

역사적 문화재의 경우에는 그 문화재가 저명한 결과 그 명칭이 단순히 문화재의 호칭으로써 뿐만 아니라 그 문화재가 소재하는 지역을 이르는 지리적인 명칭으로서도 현저하게 되었다면 현저한 지리적 명칭에 해당하는 것으로 본다.[32] 다만, 이와 같은 정도에 이르렀다고 보기 어려운 경우에는 저명한 문화재의 명칭이라도 현저한 지리적 명칭이 아니다.[33]

상표법은 지리적 명칭과 관련하여 '현저한 지리적 명칭' 외에도 '지리적 표시', '상품의 산지'를 별도로 규정하고 있다. 먼저 '지리적 표시'는 상표법 제2조 제4호에서 정의하고 있는데 상품의 특정 품질·명성 또는 그 밖의 특성이 본질적으로 특정지역에서 비롯된 경우에 그 지역에서 생산·제조 또는 가공된 상품임을 나타내는 표시를 말한다. 지리적 표시는 개인이 상표로 등록할 수 없고 단체표장이나 증명표장으로만 등록할 수 있다. '상품의 산지'는 상표법 제33조 제1항 제3호에서 기술적 표장의 일종으로 규정하고 있어서 지정 상품의 산지를 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 상표만으로 구성된 상표는 등록이 불가능하다.

'현저한 지리적 명칭'은 상표법 제33조 제1항 제4호에서 식별력이 없는 상표로 규정하고 있다. 지리적 표시나 상품의 산지는 지정 상품과의 관련성을 고려하지만 현저한 지리적 명칭은 지리적 명칭 그 자체가 널리 알려져

에 해당한다.

30) 상표심사기준 제4부 제4장 1.1.2. 예를 들면 월출, 한라, 대청 등이 이에 해당한다.

31) 상표심사기준 제4부 제4장 1.1.3.

32) 상표심사기준 제4부 제4장 1.1.4. 예를 들면 남대문, 동대문, 불국사, 경복궁, 광화문 등이 이에 해당한다.

33) 상표심사기준 제4부 제4장 1.1.4.

있는지의 여부를 판단해야 한다.[34] 지리적 표시와 상품의 산지에 의해서도 지리적 명칭은 충분히 보호될 수 있다고 본다.

2. 외국의 입법 태도

(1) 중국

우리 상표법에 규정되어 있는 '현저한 지리적 명칭'은 상품이나 서비스와의 관련성을 요구하지 않고 지리적 명칭의 그 자체가 일반 수요자들에게 널리 알려져 있는지의 여부만을 판단하여 상표등록여부를 판단한다. 그러나 이와 같이 '현저한' 지리적 명칭에 대하여 상표등록을 거절하는 입법례는 중국 상표법 정도를 예로 들 수 있다. 유럽연합과 미국은 지리적 출처나 상품의 산지에 해당하는 지리적 명칭에 대하여 상표 등록을 제한하는 규정을 두고 있을 뿐이다.

중국 상표법 제10조 제2항은 현급 이상의 행정구역의 지명 또는 공중에게 알려져 있는 외국의 지명'은 상표로 등록될 수 없다고 규정하고 있다. 다만, 지명에 다른 의미가 있거나 단체표장, 증명표장의 구성 부분이 되는 경우에는 상표등록이 가능하고 지명상표로서 이미 등록된 것은 계속 효력이 있다고 규정하고 있다.

(2) 유럽연합

유럽연합상표 규정(Regulation (EU) No. 2015/2424) 제7조는 상표의 절대적 거절사유에서 대해서 규정하고 있다. 식별력에 관한 내용은 제7(1)(b)조의 식별력이 없는 상표, 제7(1)(c)조의 상거래에서 상품이나 서비스의 다른 특징, 서비스의 제공 시기 또는 상품의 생산 시기, 지리적 출처, 품질, 사용 목적, 수량, 품질, 종류를 표시하기 위해서 사용되는 표시로만 구성된 상표, 제7(1)(d)조의 현재 사용되는 언어상 또는 선의로 확립된 거래 관행상 관용적 표장만으로 구성된 상표가 식별력과 관련된 규정이다.[35] 제7(3)조는 위 조항들이 상품이나 서비스와 관

34) 대법원2006.6.13.선고98후1273판결.
35) 원문은 다음과 같다.

련하여 사용에 의한 식별력을 취득하는 경우에는 상표등록이 가능하다고 규정하고 있다. 명시적으로 '현저한 지리적 명칭'을 식별력이 없는 상표로 규정하고 있지 않고 다만 지리적 명칭이 상품이나 서비스의 출처를 나타내는 경우에는 기술적 상표에 해당하여 상표등록이 불가능하다.

(3) 미국

미국의 경우 상표법 제1052(e)조에서 식별력에 관한 내용을 규정하고 있는데 (1) 출원인의 상품에 사용되는 경우에는 단지 이를 기술하거나 기만적으로 기술하는 표장 (2) 출원인의 상품에 사용되는 경우에는 주로 지리적으로 기술하거나 기만적으로 잘못 기술하는 표장으로 구성되는 것(다만, 원산지의 표시로서 제4조의 규정에 의해 등록을 받을 수 있는 경우를 제외함) (3) 출원인의 상품과 관련하여 주로 기만적으로 지리적 표시를 하는 것 (4) 주로 성(姓)만으로 구성된 것 (5) 전체적으로 기능적인 요소로 구성된 것을 제외하고는 그 본질적인 특성을 이유로 주등록부에의 등록이 거절되지 않는다고 규정하고 있다.[36] 미국 상표법은

Article 7 Absolute grounds for refusal

1. The following shall not be registered:
   (b) trade marks which are devoid of any distinctive character;
   (c) trade marks which consist exclusively of signs or indications which may serve, in trade, to designate the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin or time of production of the goods or of rendering of the services, or other characteristics of the goods or services;
   (d) trade marks which consist exclusively of signs or indication which have become customary in the current language or in the bona fide and established practices of the trade;
3. Paragraph 1. (b), (c) and (d) shall not apply if the trade marks has distinctive in relation to the goods or services for which registration is requested in consequence of the use which has been made of it.

36) 원문은 다음과 같다.

§1052 Trademarks registrable on principal register; concurrent registration

No trademark by which the goods of the applicant may be distinguished from the goods of others shall be refused registration on the principal register on account of its nature unless it —

(e) Consists of a mark which (1) when used on or in connection with the goods of the applicant is merely descriptive or deceptively misdescriptive of them, (2) when used on or in connection with the goods of the applicant is primarily geographically descriptive of

지리적 명칭을 상품과 관련하여 기술적으로 사용하거나 기만적으로 사용하는 경우에 상표등록을 금지하는 규정하고 있다.

(4) 일본

일본의 경우 명시적으로 '현저한 지리적 명칭'에 대하여 상표등록을 받을 수 없다고 규정하고 있지는 않다. 다만 상표심사기준에 따르면 흔히 있는 성, 업종명, 현저한 지리적 명칭(행정구획명, 옛 국가면 및 외국의 지리적 명칭을 포함한다) 원칙적으로 흔히 있는 명칭에 해당하는 것으로 한다고 설명하면서 다만 행정구획명과 업종명을 결합하여 된 회사명에 대해서는 동일한 것이 현존하지 않는다고 인정될 때는 상표등록이 가능하다고 설명하고 있다. [37]

3. 우리 법원의 태도

(1) 현저한 지리적 명칭에 해당하지 않는다고 판단한 경우

대법원은 출원 서비스표 '동아백화점'에서의 '동아'가 "동부아시아"에서 따온 말이라고 하더라도 "동부아시아"가 일반적으로 "동아"로 약칭된다고 보기 어려울 뿐만 아니라 "동부아시아"도 그 범위가 확정되어 있지 아니한 다소 추상적인 지리적·지정학적 관념일 뿐이어서 "동부아시아" 또는 "동아"를 구 상표법(1990.1.13. 법률 제4210호로 전문 개정되기 전의 것) 제8조 제1항 제4호 소정의 현저한 지리적 명칭이나 그 약칭에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다.[38]

등록상표 "강남약국" 중 "강남"이 1975.10.1. 서울특별시 성동구로부터 분리된 강남구의 명칭과 동일하기는 하나 "강남"은 강의 남부지역, 강의 남방을 이르던

---

them, except as indications of regional origin may be registrable under section 4 of this title, (3) when used on or in connection with the goods of the applicant is primarily geographically deceptively misdescriptive of them, (4) is primarily merely a surname, or (5) comprises any matter that, as a whole, is functional.

37) 상표심사기준 제1 6.

38) 대법원1994.10.7.선고94후319판결.

말로 남쪽의 먼 곳이라는 뜻으로 사용되고 있으므로 위 등록상표는 상표법 제8조 제4호 소정의 현저한 지리적 명칭으로 된 상표로 볼 수 없다고 판단하였다.[39]

> 'Golden Gate'는 사실상 금문교가 놓여있는 금문만 해협을 뜻하는 것임에도 불구하고 이를 보았을 때 금문교(Golden Gate Bridge)를 떠올려 사전을 찾아보지 아니하고도 바로 금문만을 직감할 수 없는 것이어서 현저한 지리적 명칭이라고 할 수 없다고 판단한 사례가 있다.[40]

특허법원은 '용평'은 강원도 평창군 도암면에 소재한 용평스키장이 현저하게 알려진 결과 반사적인 효과로 현저하게 알려진 경우에 해당하는 것으로 용평스키장은 강원도 평창군 도암면 용산리 130번지에 소재하고 있어 강원도 평창군 용평면에 위치하고 있지 아니할 뿐만 아니라 용평스키장이 널리 알려짐에 따라 위 스키장이 소재하고 있지도 아니한 강원도 평창군 용평면이 일반 수요자들 사이에 널리 알려졌다는 점에 대하여는 인정하기 어렵다고 판시한 사례가 있다.[41]

(2) 현저한 지리적 명칭에 해당한다고 판단한 경우

대법원은 출원상표 중 문자부분 'GEORGIA'는 아시아 북서부에 있는 국가인 그루지야의 영문 명칭 또는 미국 남동부 주의 명칭으로서 일반 수요자들에게 널리 알려져 있으므로 현저한 지리적 명칭에 해당하고, 커피 원두 도형은 커피 원두의 형상과 모양을 그대로 표시한 것에 불과하며, 찻잔 도형은 다소 도안화가 되어 있으나 찻잔 형상의 기본적인 형태를 유지하고 있어 일반 수요자들이 이를 출원상표의 지정상품 중 커피의 원두와 그 음용의 용도에 쓰이는 찻잔의 형상으로 직감할 수 있으므로 이들 도형부분은 커피와 관련하여 볼 때 식별력이 없고, 위 문자부분과 도형부분의 결합에 의하여 출원상표가 본래의 현저한 지리적 명칭이나 기술적 의미를 떠나 새로운 관념을 낳는다거나 새로운 식별력을 형성하

39) 대법원1990.1.23.선고88후1397판결.
40) 특허법원1999.8.12.선고99허4583판결.
41) 특허법원2004.11.13.선고2004허3164판결.

는 것도 아니므로, 위 출원상표는 전체적으로 보아 일반 수요자들 사이에 주로 현저한 지리적 명칭인 'GEORGIA'로 인식될 것이어서 상표법 제6조 제1항 제4호가 규정하는 현저한 지리적 명칭만으로 된 표장에 해당된다고 판시하였다.[42)]

출원 서비스표 '천진함흥냉면'에서는 '천진'이 '함흥냉면'과 함께 표기되어 있고, '함흥냉면'은 이미 그 자체로 냉면의 한 종류를 가리키는 관용표장으로 되었다 할 것인데, 일반적으로 음식이름을 포함하는 표장에서는 지역 명칭을 함께 표기하는 경우가 흔히 있으므로, 비록 중국의 지명을 한글로 표기할 때 원칙적으로 중국어 표기법에 따르도록 되어 있는 외래어표기법에 의하면 '천진'을 중국식 발음인 '톈진'으로 표기한다 하더라도, 한자문화권인 우리의 언어관습상 위 출원서비스표의 '천진' 부분은 일반 수요자나 거래자들에게 현저한 지리적 명칭인 중국의 도시명 '천진'의 한글 표기로 직감될 수 있다고 봄이 상당하므로, '함흥냉면' 부분은 위 출원서비스표의 지정서비스업과 관련하여 볼 때 식별력이 없고, '천진'과의 결합에 의하여 새로운 관념을 낳는다거나 전혀 다른 새로운 조어가 되었다고 할 수도 없으므로, 위 출원서비스표는 전체적으로 상표법 제6조 제1항 제4호가 규정하는 현저한 지리적 명칭만으로 된 표장에 해당한다고 판단하였다.[43)]

'천마산 곰탕' 중 '천마산은 경기 양주군 화도면과 진건면 사이에 위치한 산으로 스키장 등 겨울 레저스포츠 시설이 설치되어 있고 등산로가 개설되어 있어 일반 수요자나 거래자에게 널리 알려져 있으므로 '천마산'은 현저한 지리적 명칭에 해당한다.[44)]

'백암온천'은 백암산 기슭에 위치한 온천지대와 관광지를 통칭하는 관용적인 현저한 지리적 명칭이므로 '백암'은 구 상표법 (1980.12.31. 법률 제3326호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항 제4호에서 말하는 현저한 지리적 명칭 또는 그 약어에 해당한다.[45)]

---

42) 대법원2012.12.13.선고2011후958판결.
43) 대법원2010.6.24.선고2009후3916판결: 그러나 원심판결인 특허법원판결에서는 현저한 지리적 명칭에 해당하지 않는다고 판단하였다(특허법원2009.10.8.선고2009허5233판결).
44) 대법원1998.2.10.선고97후600판결.
45) 대법원1986.7.22.선고85후103판결.

출원상표인 'Fifth와 Avenue'는 흔히 사용되는 어휘로서 Fifth Avenue는 관념상 "5번가"라고 연상되는 것은 사실이나, 이는 미국 뉴욕시의 번화한 상점가를 가리키는 고유의 지리적 명칭인 것도 사실이고, 이는 우리나라 거래사회의 수요자 간에도 널리 인식되어 있다고 보는 것이 옳을 것이며, 그 앞에 New York라는 지리적 명칭이 들어있지 않다고 하여도 같다.[46]

'INNSBRUCK'은 인(INN)강을 잇는 다리라는 뜻을 가진 오스트리아 서부 티롤주의 주도로서 인(INN)강에 면하여 로마시대부터 동부알프스의 교통요지이고, 관광도시로서의 성격이 농후하여 연중 관광객의 발길이 끊이지 않으며, 1964년, 1976년 동계올림픽이 개최된 곳으로서 방송 등 언론매체를 통하여 우리나라를 비롯한 여러 나라 국민들에게 그 도시의 역사와 풍물 등이 소개되어 널리 알려지고 있고, 더구나 우리나라에서도 역대 올림픽경기나 그 개최지에 대한 관심이 고조되어 왔으므로, 상표 "INNSBRUCK + 인스브룩"의 'INNSBRUCK' 부분은 적어도 그 등록사정시인 1997. 10. 31.경에는 우리나라 거래사회의 수요자간에 현저하게 알려진 지명에 해당한다.[47]

등록상표 '일동'은 '막걸리'의 산지로서 일반 수요자 및 거래자에게 널리 알려져 있고, 청계산, 백운산 등 주변의 명산과 계곡, 온천 등이 있는 관광지인 경기 포천군 일동면으로 널리 알려져 있으므로, 현저한 지리적 명칭만으로 된 표장에 해당될 뿐 아니라, 그 지정상품 중 약주에 대하여는 같은 법 제6조 제1항 제3호의 산지를 보통으로 사용하는 표장에 해당된다.[48]

출원 상표인 '서울대학교'에서 '서울'은 현저한 지리적 명칭에 해당하지만 사용에 의해 새로운 관념이 형성되었다고 판단하여 상표등록을 인정한 사례도 있다.[49]

이외에도 법원은 경남[50], 자바[51], 긴자[52], 필라델피아[53]. 캠브리지[54], 맨하

46) 대법원1992.11.27.선고92후728판결.
47) 대법원2001.7.27.선고9후2723판결.
48) 대법원2003.7.11.선고2002후2464판결.
49) 대법원2015.1.29.선고2014후2283판결.
50) 대법원2012.11.15.선고2011후1982판결.
51) 대법원2000.6.13.선고98후1273판결.

탄[55], NIPPON[56], 운주주판[57], 아비뇽[58], 장수[59], 핀란디아[60] 등은 현저한 지리적 명칭에 해당한다고 판단하여 상표법 제33조 제1항 제4호의 적용을 긍정하였다.

Ⅳ. 대법원2018.2.13.선고2017후1342판결

1. 사건의 경과

(1) 사실관계

원고는 서울과 수원에서 '사리원불고기'라는 상호를 사용하여 한식전문식당을 운영하고 있었고 피고는 대전과 서울에서 '사리원면옥'이라는 서비스표를 등록하여 냉면전문식당을 운영하고 있었다. 2015년 피고가 원고를 상대로 '서비스표권 침해금지 가처분'을 신청하자 원고는 특허심판원에 상표등록무효심판을 청구하였다.

원고는 '사리원면옥' 서비스표 중 '사리원' 부분은 북한지역에 위치한 도시의 명칭으로서 조선시대와 일제 강점기를 거치면서 전국적으로 알려졌고, 분단 후에는 황해북도의 도청 소재지가 되었을 뿐만 아니라 우리나라 국민들에게도 뉴스 보도를 통해 지속적으로 소식이 전해져왔고 중학교 2학년 사회과 부도, 인터넷 포털사이트 네이버의 지도, 통계청 발표 자료 등에도 북한의 주요 도시로 소개되

52) 대법원1992.11.10.선고92후452판결.
53) 대법원1984.5.15.선고83후90판결.
54) 대법원2006.1.26.선고2004후1175판결.
55) 대법원1989.2.14.선고95후1296판결.
56) 대법원1996.2.13.선고95후1296판결.
57) 대법원1984.2.28.선고83다456판결.
58) 특허법원2005.4.28.선고2004허8442판결.
59) 특허법원2005.6.25.선고2005허2502판결.
60) 대법원1996.8.23.선고96후54,61판결.

어 왔으며 남한에 '사리원시 중앙시민회'가 조직되어 활동하고 있는 사실들을 볼 때 등록서비스표는 구 상표법(2016.2.29. 법률 제14033호로 전부 개정되기 전의 것) 제6조 제1항 제4호의 현저한 지리적 명칭만으로 된 서비스표에 해당하여 무효로 되어야 한다고 주장하였다.

(2) 특허심판원(2016. 10. 31. 선고2016당877)의 판단

① '현저한 지리적 명칭'만으로 된 상표를 상표등록의 소극적 요건으로 규정한 취지는 이와 같은 상표는 그 현저성과 주지성 때문에 특별현저성을 인정할 수 없어 누구에게나 자유로운 사용을 허용하고 어느 특정인에게 독점사용권을 부여하지 않으려는데 있기 때문에 그 용어 자체가 객관적으로 지리적 명칭에 해당하더라도 일반 수요자나 거래자에게 즉각적인 지리적 감각을 전달할 수 있는 표장이 아닌 경우에는 '현저한 지리적 명칭'에 해당한다고 볼 수 없다.

② 널리 인식된 지명인지의 여부는 일반 수요자들의 왕래, 접촉 빈도수 등에 따라 결정되는 것으로 일반인의 접근 용이성 등의 사정이 우선적으로 고려되어야 하는데 우리나라는 분단 후 오랜 세월이 흘러 일반 수요자들을 구성하는 연령 분포 및 세대가 분단 전후로 많이 바뀌었고 '사리원'이 위치한 북한 지역은 실제로 접근하기 어려워 국내의 일반 수요자들 대부분이 북한 지역의 지명을 알 기회가 적고 '사리원'은 '개성' 공단처럼 접근되거나 언론 보도가 집중될 특별한 사정이 있다는 증거들이 없으며 분단 후 북한의 도·시·군이 개편되어 분단 전 '황해도'가 '황해남도'와 '황해북도'로 나누어지고 '사리원'이 황해북도의 도청소재지로 되었다고 하더라도 새로운 도청소재지라는 이유로 전국적으로 더욱 알려졌다는 입증자료가 없어 새로운 도청소재지는 현저한 지명으로 특별히 인식할 수 있는 근거로 삼기 어려운 사정들을 고려하면 '사리원'은 일반 수요자들의 접근이 쉽지 않은 지역의 명칭이고 그러한 접근 제한이 황해북도의 도청소재지라고 해서 완화되거나 관련 보도 등으로 일반 수요자들이 '사리원'을 지명으로 더 많이 접할 기회

가 늘었다고 볼 수 도 없다.

③ ‘사리원’이 교통의 요지라고 주장하는 점에 대해서는 우리나라의 통치권이 현실적으로 미치지 않는 북한 지역에서의 주장에 해당하고 국내에서 일반 수요자들이 ‘사리원’을 지리적 명칭으로 직감한다고 단정하기 어려우며 일반 수요자들이 단순히 교통 연계의 특징이 있는 지명이라는 사실만으로 그 지명을 알려진 지명으로 인식한다고 보기도 어렵다.

④ ‘사리원’은 사전에 황해북도 서부에 위치한 시로 설명되어 있고 중학교 사회과 부도에도 황해북도의 도청소재지로 표시되어 있지만 이는 북한 지역의 지도에 의례적으로 표시된 것이고 실제 생활과 관련이 있는 지리적 명칭도 아니어서 국내의 일반 수요자들이 중학교 시절에 잠시 본 기억을 토대로 지리적 명칭으로 계속 오랫동안 기억하고 있다고 보기 어렵다.

⑤ 인지도 조사의 결과에서 ‘사리원이 지명이라는 사실을 알고 있는가’와 같이 설문조사의 목적을 미리 드러낸 질문을 하였는데도 지명으로 인지한다는 응답자가 53.6% 정도이었고 피청구인의 조사에서는 19.2%만이 사리원을 지명으로 인지하였다.

⑥ 인터넷 신문 기사 검색 자료를 살펴보면 ‘사리원’을 키워드로 검색한 결과물의 출력 자료는 대부분의 기사들이 1920년에서 1940년 사이에 집중되어 있어서 등록결정 당시 일반 수요자들의 인식을 반영하기 어렵고 등록서비스표의 등록결정일 이후의 자료에서도 ‘사리원’이 기사의 주요한 부분이 아닌 경우가 대부분이었고 2010년에서 2016년에 매체에 게재된 30건의 기사들로 빈도수가 많다고 보기 어렵고 국내의 실제 생활과 관련이 있는 것도 아니어서 일반 수요자들에게 현저한 지리적 명칭으로 인식시킬 수 있었다고 보기 어렵다.

⑦ 이런 이유로 특허심판원은 등록서비스표는 현저한 지리적 명칭만으로 된 상표에 해당하지 않는다고 판단하여 청구인의 심판 청구를 기각하였다.

(3) 특허법원(2017.5.12.선고2016허8841)의 판단

① 특허청의 심사기준에 따르면 우리나라의 시, 군, 구 단위의 지명은 현저한 지리적 명칭에 해당한다는 주장에 대해서 등록서비스표가 현저한 지리적 명칭에 해당하는지의 여부는 등록결정일 당시의 국내의 일반 수요자나 거래자 사이에 '사리원'이 지리적 명칭으로 널리 알려져 있었는지의 여부에 따라 판단해야 하는 것으로 특허청의 심사기준은 심사처리절차에서의 편의를 위하여 위와 같은 판단기준을 구체화하여 예시해 놓은 것에 불과하기 때문에 상표심사기준에 따라 획일적으로 판단될 수 없다.

② 특허심판원에 제출하였던 1차 조사의 결과에 대해서 원고의 조사는 그 질문들이 '사리원'이 지명임을 암시하는 질문들이어서[61] '사리원'이 지명임을 인식하고 있는지 여부를 확인하는 조사로서의 객관성이 결여되어서 결과를 신뢰할 수 없다고 보았고, 원고가 등록서비스표의 등록결정일이 속한 1996년경의 주된 수요자 층인 40대 이상을 대상으로 한 2차 조사 결과에서도 '사리원'을 지명으로 알고 있는 응답자의 비율은 26.8%에 그치고 있어서[62] '사리원'을 널리 알려진 지리적 명칭으로 판단하기 어렵다.

③ 원고와 피고가 실시한 인식 조사들이 2016년에 실시된 것이어서 등록결정일인 1996년 당시 일반 수요자나 거래자의 인식 정도를 그대로 반영한 것이라고 보기는 어렵지만 이들 결과보다 상표등록결정 당시의 일반 수요자나 거래자가 '사리원'을 더 높은 비율로 지리적 명칭으로 인식하고 있었을 것이라고 볼 수 있는 뚜렷한 증거도 없다. 오히려 원고와 피고가 운영하는 음식점이 각 지역에서 어느 정도 알려져 있고 '사리원'을 음식 및 음식점과 관련된 것으로 인식하고 있는 응답자의 비율도 상당하였다는 점을 고려하면 오히려 2016년 조사 당시의 일반 수요자나 거래자들이 더 높은 비율로 인식하고 있을 것이라고 볼 여지가 충분하다.

---

61) "사리원이 지명이라는 것을 아느냐?", "사리원이 북한의 지명이라는 것을 아느냐?" 라는 질문을 하였다.

62) 황해도 지역의 명칭으로 정확하게 알고 있는 응답자의 비율은 15.8% 불과했다.

④ 전국적으로 ‘사리원’부분을 포함하는 상호의 식당이 다수 존재한다거나 ‘사리원’ 출신의 실향민과 그 자손의 수가 상당하다는 점 등은 ‘사리원’을 특정인에게 독점시키는 것이 공익에 반한다고 보기 어렵다.

⑤ 등록서비스표는 구 상표법 제6조 제1항 제4호에 의하여 등록이 무효로 되어야 한다고 할 수 없으므로 특허심판원의 심결은 적법하고 그 심결의 취소를 구하는 원고의 청구를 기각하였다.

2. 대법원(2018. 2. 13. 선고2017후1342)의 판단

① ‘현저한 지리적 명칭’이란 일반 수요자에게 널리 알려져 있는 것을 의미하고 그 판단시점은 원칙적으로 출원 상표의 등록여부를 결정하는 결정시이고 지리적 명칭이 현저한 것으로 볼 수 있는 지는 이 시점을 기준으로 교과서, 언론보도, 설문조사 등을 비롯하여 일반 수요자의 인식에 영향을 미칠 수 있는 여러 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다.

② ‘사리원’은 북한 황해도에 위치한 지역의 명칭으로 조선시대부터 유서깊은 곳으로 널리 알려져 있을 뿐만 아니라 일제 강점기를 거쳐 북한의 대표적인 도시 중 하나로 알려져 있고 1954년에 황해북도의 도청소재지가 되어 등록서비스표의 등록결정당시는 물론 현재까지 황해북도의 도청소재지로 되어있다.

③ 1960년대부터 2010년대까지 국내 초·중·고등학교의 교과서와 사회과부도에 지속적으로 서술되거나 지도에 표시되어있고 인터넷 포털사이트를 검색하면 남북 경제협력 등 북한 관련 기사나 날씨 기사 등에서 북한의 대표적인 도시로 언급되어 있고 등록서비스표가 등록된 무렵 ‘사리원’으로 구성된 상표가 현저한 지리적 명칭만으로 된 것이라는 이유로 등록이 거절되기도 하였다.

④ 이와 같은 사실들을 근거로 등록서비스표 중 ‘사리원’ 부분은 이 사건등록

서비스표의 등록결정일 당시를 기준으로 일반 수요자에게 널리 알려져 있는 현저한 지리적 명칭이라고 볼 여지가 있다.

⑤ 원심이 2016년 실시된 수요자 인식조사를 근거로 '사리원'이 현저한 지리적 명칭에 해당하지 않는다고 판단하였으나 이러한 수요자의 인식조사는 등록결정일로부터 20년이나 지난 후에 이루어진 것이기 때문에 그 등록결정당시의 일반 수요자의 인식을 반영하고 있다고 보기 어렵다.

⑥ 대법원은 특허법원이 현저한 지리적 명칭에 관한 법리를 오해하였다는 점을 지적하고 원심판결을 파기 환송하였다.

3. 판결의 검토

특허심판원과 특허법원은 '사리원'이 현저한 지리적 명칭에 해당하지 않는다고 판단하였고 대법원은 현저한 지리적 명칭에 해당한다고 판단하였다. 대법원은 현저한 지리적 명칭에 대한 판단은 "일반 수요자의 인식"에 영향을 미칠 수 있는 것들을 종합적으로 고려해야 한다고 판시하여 수요자의 인식 여부가 가장 중요한 기준이라는 것을 언급하고 있다. 그러나 대법원은 다양한 방식의 조사와 여러 번의 수요자의 인식 조사의 결과가 '사리원'이라는 지명에 대한 낮은 인지도를 반영하는 것으로 나왔음에도 불구하고 이러한 결과는 상표등록당시의 인지도를 반영하기 어렵다고 판시하면서 현저한 지리적 명칭에 해당한다고 판단하였다. 그러나 낮은 인지도가 상표등록당시의 인지도에 대한 결과가 아니라고 해서 상표등록 당시의 일반 수요자의 인지도가 더 높다고 판단하기도 어렵다. 특허법원은 2016년의 인지도 결과보다 상표등록 당시의 인지도는 더 낮을 수 있다고 판단하였다. 소견으로는 대법원의 결론은 법리적 판단에 의한 논리적 결과라기보다는 구체적 타당성을 고려한 현실적인 판단이었다고 생각한다. 특정인에게 독점권을 인정하지 않겠다는 입법 목적을 고려한 결과라고 본다. 원고는 '사리원불고기'를 서비스표로 사용하고 있고 피고는 '사리원면옥'을 사용하고 있으며 두 당사자가 각 지역에서 음식점으로 어느 정도의 인지도가 있기 때문에 누구에게도 서비스

표권을 인정하지 않으려는 의도에서 '사리원'을 현저한 지리적 명칭으로 판단하였다고 보여 진다.

이 판결을 통해 검토해 보아야 할 근본적인 문제는 식별력이 없는 상표로서 '현저한 지리적 명칭'을 규정해야 할 필요가 있는지의 여부에 대한 부분이라고 생각한다.

Ⅴ. 결론

대법원 판결에서도 살펴본 바와 같이 '현저한' 지리적 명칭이라는 개념은 상표법에서 명확한 기준을 제시하고 있지 않아서 논쟁을 야기하고 있다. 중국의 경우처럼 행정 구역 단위로 분명하게 구분을 해놓은 것도 아니어서 일반 소비자와 거래자에게 널리 알려져 있다는 것을 의미한다는 '현저한'에 대한 구체적인 판단이 설득력이 떨어지는 경우들이 발생한다. 우리 상표심사기준에도 행정구역 단위로 현저한 지리적 명칭인지의 여부를 판단할 수 있도록 하고 있지만 법원은 상표심사기준은 심사절차의 편의를 위한 것으로 이에 법적 구속력이 없음을 인정하고 있다.

'현저한 지리적 명칭'은 상품과의 관련성을 고려하지 않고 판단하기 때문에 본질적으로 식별력이 없는 상표가 아니다. 현저한 지리적 명칭이 상품과의 관련성이 있다면 지리적 표시나 산지에 해당하기 때문에 상표등록을 금지할 수 있다. 또한 상품의 산지와 관계없는 지리적 명칭을 사용하는 경우에는 소비자를 기만하는 상표에 해당할 수도 있어서 상표법 제34조 제1항 제12호에 의해서 등록이 거절될 수 있다. 현저한 지리적 명칭은 이와 같은 방식으로 상표법에서 독점권을 제한할 수 있다. 그리고 '현저한 지리적 명칭'을 포함하는 상표가 전혀 등록이 불가능한 것도 아니다. 현저한 지리적 명칭은 그것만으로 구성된 상표의 경우에만 상표등록이 불가능하기 때문에 식별력있는 도형이나 단어와 결합한다면 상표등록이 가능하고 사용에 의한 식별력을 취득하면 등록이 가능하다. 그리고 사용에

의한 식별력을 취득한 기술적 상표의 경우 그 효력이 제한되지 않는다는 것이 판례의 주류적인 태도라는 것을 고려하면[63] 사용에 의한 식별력을 취득한 현저한 지리적 명칭은 독점적 권리가 인정되어 자유 사용의 필요성이라는 입법 취지를 달성하기도 어렵다.

공공의 이익을 위해 지리적 명칭에 대한 독점권을 배제하는 방법은 '지리적 표시'와 '상품의 산지' 그리고 소비자 오인·기만 상표의 등록 금지 규정에 의해서도 가능하다. 상표법 제33조 제1항 제4호의 '현저한 지리적 명칭' 규정은 자유 사용을 통한 독점의 배제라는 입법 취지를 달성하는데 효과적이지도 않고 규정의 모호함으로 인해 법적 안정성을 깨뜨리며 불필요한 법적 분쟁을 야기하고 있다. 상표법 제33조 제1항 제4호의 '현저한 지리적 명칭'이 상표법의 목적 달성을 위해 반드시 필요한 규정인지 검토해 볼 필요가 있다.

63) 조영선, 앞의 책, 438면: 대법원2012.11.29.선고2011후774판결 등.

【참고문헌】

송영식 「지적소유권법(하)」, 육법사, 2013

조영선 「지적재산권법」 제2판, 박영사, 2016

특허법원 지적재산소송 실무연구회 「지적재산소송실무」 제3판, 박영사, 2014

구대환 “현저한 지리적 명칭의 상표등록요건과 등록된 상표의 효력”, 「창작과 권리」, Vol. 59. 2010

최덕규 “대한민국 특허(상표)제도의 문제점(VIII) - 지리적 표장에 대하여”, 「창작과 권리」 Vol. 70, 2013

최종식 “상표의 식별력과 새로운 접근 방법”, 「지식재산21」 제99호, 2007

Abstract

A Study on Article 33(1)(4) of Trademark Law

Seon-Mi, Song

The distinctiveness of a trademark is an intrinsic element of the trademark. A trademark without distinctiveness can not be registered as a trademark under the trademark law because it can not distinguish its own products from others. 'famous geographical name' is specified in Article 33(1)(4) of the Trademark Law. If the geographical name is widely known, trademark registration is impossible. The purpose of this regulation is to bar the monopoly rights of a certain person because competitors also want to use the 'famous geographical name'. For this reason a famous geographical name is not allowed to be registered. 'Famous geographical name' provision is applied only when the geographical name is famous, without regard to their relationship to the designated goods. In the trademark law, in addition to this provision, there are 'geographical indication' and a 'origin of goods' in relation to the geographical name. 'Geographical indication' means the geographical name to be used when the specific quality of the designated goods originates in that area, which can only be registered as a collective mark. If a geographical name indicating the origin of a goods is used in the goods, it can not be registered the trademark corresponding to the descriptive mark in Article 33 (1) (3) of the Trademark Law. In recent years, the Supreme Court has judged whether North Korea's 'Sariwon' is

a famous geographical name. Although Patent Court did not consider it to be a ‘famous geographical name’, the Supreme Court ruled that the registration of the trademark was invalid because it was a famous geographical name. In my opinion there is a need to discuss whether the Supreme Court's judgment is valid, but more importantly, it should be controversial that there is room for controversy in each case of judging whether the provision is applicable. Rather, the fundamental and more important subject of discussion is whether it is necessary to bar to register 'famous geographical name' as trademark. If the purpose of this provision is to protect the geographical name and to exclude the exclusive rights to a specific person, the provisions of the ‘geographical indication’ and the ‘origin of goods’ are sufficient.

Key words : Famous geographic mark, distinctiveness, Article 33(1)(4) of Trademark Law, Geographical Indications, Sariwon

저작권 침해에 대한 형사처벌 규정의 검토

정 유 선*

〈 국문초록 〉

오늘날 정보통신기술의 발달은 저작물의 이용 방식과 파급속도를 근본적으로 변화시켜 저작물의 상업적, 재산적 가치를 현저하게 증대시켰지만, 저작물의 무한복제 및 배포를 가능하게 하여 저작권자의 권리를 심각하게 침해하는 결과를 초래하였다. 따라서 저작물에 대한 보호는 현대사회의 중요한 의제가 되었고, 저작권 보호를 목적으로 지속적인 법률개정을 통해 저작권침해행위에 대한 처벌수위는 점차 높아져가는 경향을 보이고 있다.

저작권은 저작자에게 그의 창작물에 대해 일정한 기간의 독점권을 부여하여 창작에 대한 의욕을 고취시키는데 그 보호가 지나치는 경우 창작의 결과물을 사회가 충분하게 향유하지 못하게 되는 특성을 지닌 권리로, 저작권이 침해되는 경우에도 그리고 독점되는 경우에도 사회문화 발전에 저해를 초래한다. 즉 저작권자에 대한 강력한 법적 보호-특히 형사처벌-는 정보, 기술 그리고 지식에 대한 배타적 독점을 초래할 수 있고 기술과 정보의 자유로운 이용에 부정적 영향을 끼칠 수 있다. 더욱이 저작권침해에 대한 국가의 개입이 과거보다 적극적으로 변하면서 그 핵심적 기능을 민사처벌보다는 형사처벌이 담당하게 되었고, 경미한 저작재산권 침해행위에 대해서도 고소·고발이 남용되어 과도한 합의금 요구 등의 부작용이 발생하는 등 형벌권 남용의 문제로 이어지고 있다. 이와 같은 저작권침해에 대한 형사적 보호의 강화는 비난가능성이 작은 침해행위와 비난가능성이 큰 불법의 고의를 지닌 침해행위를 구분 없이 무차별적으로 적용함으로써 범법자의 양산이라고 하는 사회적 부작용을 야기할 우려가 있다. 영업적 또는 대량의 저작권침해의 경우 강력한 형벌로 피해를 예방하는 것은 별론으로 한다.

본 논고에서는 현행 저작권법상 형사처벌의 적정성과 효율성을 검토해서 권리침해에 대한 제재방식으로 적합한지, 만약 적합하지 아니하다면 우리의 저작권 현실에 맞는 효과적인 형사적 제재방식과 그 내용은 무엇인지에 대해 검토하였다.

* 고려대학교 법학연구원 연구원.

주제어 : 저작권, 저작권 침해, 비친고죄, 합의금 장사, 교육조건부 기소유예 제도, 영리목적 또는 상습적 침해행위

〈 목 차 〉

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 저작권법상 권리침해에 대한 형사적 보호의 필요성
Ⅲ. 저작권법상 권리침해에 대한 형사처벌 규정과 그 예외
Ⅳ. 저작권침해죄의 처벌현황과 처벌규정의 개선
Ⅳ. 결론

Ⅰ. 서론

인터넷과 정보통신기술의 발달은 저작물의 이용 방식과 파급속도를 근본적으로 변화시켜 저작물의 상업적, 재산적 가치를 현저하게 증대시킨 반면에 저작물의 무한복제 및 배포를 가능하게 하여 저작권자의 권리를 심각하게 침해하는 결과를 초래하게 되었다. 따라서 저작물에 대한 보호는 현대사회의 중요한 의제가 되었고, 저작권 보호를 목적으로 지속적인 법률개정을 통해 저작권침해행위에 대한 처벌수위는 점차 높아져가는 경향을 보이고 있다.

저작권은 저작자에게 그의 창작물에 대해 일정한 기간의 독점권을 부여하여 창작에 대한 의욕을 고취시키는데 그 보호가 지나치는 경우 창작의 결과물을 사회가 충분하게 향유하지 못하게 되는 특성을 지닌 권리로, 저작권이 침해되는 경우에도 그리고 독점되는 경우에도 사회문화 발전에 저해를 초래한다. 즉 저작권자에 대한 강력한 법적 보호-특히 형사처벌-는 정보, 기술 그리고 지식에 대한 배타적 독점을 초래할 수 있고 기술과 정보의 자유로운 이용에 부정적 영향을 끼칠 수 있다. 더욱이 저작권침해에 대한 국가의 개입이 과거보다 적극적으로 변하면서 그 핵심적 기능을 민사처벌보다는 형사처벌이 담당하게 되었고, 경미한 저

작재산권 침해행위에 대해서도 고소·고발이 남용되어 과도한 합의금 요구 등의 부작용이 발생하는 등 형벌권 남용의 문제로 이어지고 있다. 이와 같은 저작권침해에 대한 형사적 보호의 강화는 비난가능성이 작은 침해행위와 비난가능성이 큰 불법의 고의를 지닌 침해행위를 구분 없이 무차별적으로 적용함으로써 범법자의 양산이라고 하는 사회적 부작용을 야기할 우려가 있다. 영업적 또는 대량의 저작권침해의 경우 강력한 형벌로 피해를 예방하는 것은 별론으로 한다.

아래에서는 현행 저작권법상 형사처벌의 적정성과 효율성을 검토해서 권리침해에 대한 제재방식으로 적합한지, 만약 적합하지 아니하다면 우리의 저작권 현실에 맞는 효과적인 형사적 제재방식과 그 내용은 무엇인지에 대해 검토하고자 한다.

Ⅱ. 저작권법상 권리침해에 대한 형사처벌

현행 저작권법은 제11장 벌칙에 저작권침해에 대한 형사처벌을 규정하여 두고 있는데 권리의 침해죄, 부정발행 등의 죄, 출처명시위반의 죄 등으로 구성되어 있다.

저작권법은 형안이 부과되는 범죄를 구성하는 침해행위에 대한 요건으로서 행위객체인 “이 법에 의해 보호되는 재산적 권리”와 행위유형인 “복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여, 2차적 저작물 작성의 방법으로 침해”하는 행위만을 규정하여 두고 있다. 즉 객관적 구성요건요소만을 규정하여 두고 있고, 별도의 주관적 구성요건요소는 규정하고 있지 않는 것이다.

1. 저작권침해에 대한 형사적 보호의 필요성

저작권침해의 증가에 맞서 세계 각 국가들은 자국의 지적재산물 관련 산업을

보호하기 위해 형사적 제재의 강화를 비롯한 각종 수단을 강화하고 있다. 이 중 저작권침해행위에 대한 형사적 제재의 강화는, 인터넷을 통해 오프라인 시대와는 비교도 되지 않을 정도로 빠른 속도의 침해가 이루어지고 그 침해범위 또한 저작권자들이 제어할 수 있는 범위를 넘어, 종전의 민사적 구제수단만으로는 침해의 억제가 충분하지 못한데 있다. 민사적 구제수단은 실질적 피해에 대한 보상을 실효적으로 확보하기 어렵고 저작권침해자의 동일한 침해행위 반복을 억제하는데 한계가 있다. 저작권침해자의 입장에서는 침해행위를 통해 얻는 이익이 손해배상으로 인해 상실하는 이익과 비교하였을 때 이익이 더 큰 경우에는 침해행위를 중단할 이유가 없기 때문이다.

하지만 형사적 제재의 경우 저작권침해자의 신체적·경제적 이익을 박탈함으로써 사실상 침해의 억지가 가능하다. 또한 형사적 제재의 경우 형벌을 통해 저작권침해자에게 사회생활을 하는 동안 지속적인 불이익으로 작용할 가능성이 큰 사회적 불이익(전과기록 등)을 부과하므로, 저작권침해자가 저작권침해행위로 얻는 이익이 형벌로 인한 불이익 보다 더 크다고 판단하기 쉽지 않다. 즉 저작권침해행위에 대한 형사적 제재는 저작권침해자에게는 직접적인 불이익을 부과하고, 잠재적인 행위자인 일반인들에게는 침해행위의 결과로 주어지는 형벌의 위하력을 보여줌으로써 침해로 나아가지 못하도록 하는 일반예방효과를 갖는다.

2. 형사처벌의 대상이 되는 침해 유형

(1) 권리의 침해죄

1) 저작재산권 등 침해죄

저작권법 제136조 제1항은 “저작재산권 그 밖의 이 법에 의하여 보호되는 재산적 권리(제93조의 규정에 따른 데이터베이스제작자의 권리를 제외한다)를 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여, 2차적 저작물 작성의 방법으로 침해한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다”

고 규정하고 있다. 이는 저작권과 저작인접권을 구별하지 않고 동일한 형벌로 규정하고 있는 것으로, 원래 저작권 등 권리침해죄에 대한 법정형은 모두 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형으로 규정되어 있었는데, 2000년 저작권법 개정에 의하여 저작재산권을 비롯한 재산적 권리에 대한 침해죄만을 따로 분리하고 이에 대한 법정형을 강화하였다. 개정 전에는 침해의 태양을 "복제, 공연, 방송, 전시 등의 방법"이라고만 규정하여 배포의 경우는 이에 해당하지 않는 것으로 해석하였는데,[1] 2000년 개정법에서 "전송, 배포, 2차적 저작물 작성"의 경우도 이에 해당하는 것으로 명백히 규정하였고, 다시 2006년 개정법에서 공중송신권 및 저작인접권자의 대여권이 신설됨에 따라 "공중송신, 대여"의 경우도 포함하는 것으로 개정하였다. 저작권침해죄는 고의범만 처벌하므로 그 중 권리침해에 대한 고의가 있는 경우만이 처벌 대상이 된다.

저작권법 제124조 제1항[2]에 의하여 침해로 보는 행위를 한 경우는 법정형이 보다 낮은 제136조 제2항[3]에 벌칙이 규정되어 있으므로 제1항의 벌칙규정에서

---

1) 대법원 1999. 3. 26. 선고 97도1769 판결: "저작권법 제98조 제1호는 저작재산권 그 밖의 저작권법에 의하여 보호되는 재산적 권리를 복제·공연·방송·전시 등의 방법으로 침해한 자를 처벌한다고 규정하고 있는 바, 저작권법상 저작재산권의 하나로 배포권이 인정되나, 그렇다고 하여 권리침해의 복제행위 외에 '배포'행위까지 위 법조에 의해 반드시 처벌되어야 하는 것은 아니라고 할 것이어서, 위와 같이 처벌규정에 명시적으로 규정되어 있지 아니한 '배포'행위를 복제행위 등과 별도로 처벌하는 것은 유추해석이나 확장해석을 금하는 죄형법정주의의 원칙상 허용되지 않는다."

2) 제124조(침해로 보는 행위) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다.
   1. 수입 시에 대한민국 내에서 만들어졌더라면 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 될 물건을 대한민국 내에서 배포할 목적으로 수입하는 행위
   2. 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 행위에 의하여 만들어진 물건(제1호의 수입물건을 포함한다)을 그 사실을 알고 배포할 목적으로 소지하는 행위
   3. 프로그램의 저작권을 침해하여 만들어진 프로그램의 복제물(제1호에 따른 수입 물건을 포함한다)을 그 사실을 알면서 취득한 자가 이를 업무상 이용하는 행위

3) 제136조(벌칙) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.
   1. 저작인격권 또는 실연자의 인격권을 침해하여 저작자 또는 실연자의 명예를 훼손한 자
   2. 제53조 및 제54조(제90조 및 제98조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 등록을 거짓으로 한 자
   3. 제93조에 따라 보호되는 데이터베이스제작자의 권리를 복제·배포·방송 또는 전송의 방법으로 침해한 자

   3의2. 제103조의3제4항을 위반한 자

   3의3. 업으로 또는 영리를 목적으로 제104조의2제1항 또는 제2항을 위반한 자

는 제외된다. 136조 제2항의 대표적 침해행위에는 기술적 보호조치 무력화 행위가 있는데 기술적 보호조치 무력화 행위의 경우는 저작권을 보호하기 위한 수단으로서의 기술적 조치에 대한 법적 보호로서 이중적 권리 보호의 의미를 갖는 것이기 때문에 제124조 제1항보다는 조금 더 낮은 형벌이 부과되도록 함으로써 양자간에 불법의 정도에 차등을 두고 있다. 저작권의 침해에 대한 아이디어와 표현의 구별 이론, 침해의 판단기준인 실질적 유사성 이론 등은 기본적으로 형사상의 권리침해죄 성립의 여부를 판단하는 데에도 그대로 적용될 수 있다.[4)]

2) 저작인격권 침해죄 등

저작인격권 침해죄는 저작권법 제136조 제2항 제1호에 규정되어 있다. 동 규정에 의하면 저작인격권 또는 실연자의 인격권을 침해하여 저작자 또는 실연자의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있도록 규정하고 있다. 저작인격권은 저작자가 자신의 저작물에 대해 가지는 인격적·정신적 권리로서 저작물을 이용하여 경제적 이익을 추구할 수 있는 저작권과는 구별되는 권리이다. 저작인격권에는 공표권, 성명표시권, 동일성 유지권이 있는데 이는 종래 저작자에게만 인정되는 권리였다. 하지만 디지털 환경 하에서 실연의 변경이나 왜곡도 손쉽게 행해질 수 있고 이는 실연자의 인격권을 침해할 수 있다는 점에서 2006년 법 개정 시 모든 실연자에 대해 성명표시권과 동일성 유지권을 부여하여 실연자의 인격권을 침해한 경우에도 저작자

3의4. 업으로 또는 영리를 목적으로 제104조의3제1항을 위반한 자. 다만, 과실로 저작권 또는 이 법에 따라 보호되는 권리 침해를 유발 또는 은닉한다는 사실을 알지 못한 자는 제외한다.
3의5. 제104조의4제1호 또는 제2호에 해당하는 행위를 한 자
3의6. 제104조의5를 위반한 자
3의7. 제104조의7을 위반한 자
4. 제124조제1항에 따른 침해행위로 보는 행위를 한 자

4) 대법원 1999. 10. 22. 선고 98도112 판결: “저작권법 제98조 제1호에서 형사처벌의 대상이 되는 저작권침해행위로 규정하고 있는 저작물의 무단 복제 여부도 어디까지나 저작물의 표현 형식에 해당하고 또 창작성이 있는 부분만을 대비하여 볼 때 상호간에 실질적 유사성이 있다고 인정 할 수 있는지 여부에 의하여 결정되는 것이어서, 원칙적으로 표현 내용이 되는 아이디어나 그 기초 이론 등에 있어서의 유사성은 그에 아무런 영향을 미칠 수 없을 뿐만 아니라 표현 형식에 해당하는 부분이라 하여도 창작성이 인정되지 아니하는 부분은 이를 고려할 여지가 없다.”

인격권 침해와 마찬가지로 형사적 제재를 가함으로써 실연자의 인격권까지 확대 보호하게 되었다.

(2) 부정발행 등의 죄

저작권법 제137조에 규정된 부정발행 등의 죄는 권리자가 아닌 자를 권리자로 오인하게 하는 행위를 처벌하는 규정으로 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형에 처하도록 규정하고 있다. 다른 저작권침해죄가 징역형 또는 벌금형을 병과할 수 있도록 규정한데 비해 부정발행 등의 죄는 선택형으로 규정되어 있다. 이 행위에 대해 형사적 제재를 부과하는 이유는 권리자의 인격권의 침해인 동시에 최종 소비자를 기망하여 저작물 이용시장에서의 왜곡을 가져오기 때문에 인격권과 별도로 처벌할 필요가 있기 때문이다.[5] 2006년 개정 전 저작권법에서는 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명 또는 이명을 표시하여 저작물을 공표한 자에 대해서만 처벌규정을 두었지만, 개정 저작권법은 실연자 아닌 자를 실연자로 표시하여 공중에게 제공 또는 제시하는 행위역시 위 제2호에서 처벌대상으로 규정하고 있다.

3. 형사제재 절차

(1) 친고죄와 반의사불벌죄

1) 친고죄

친고죄란 피해자의 명예보호나 침해이익의 경미성을 감안하여 피해자의 처벌희망의사표시가 있을 때 비로소 수사 및 공판을 진행할 수 있도록 규정된 범죄이다. 고소 또는 고발을 소송조건으로 한다는 점에서 이를 정지조건부 범죄라 부르기도 한다.[6]

---

5) 오승종, 「저작권법」, 박영사, 2012, 1313면.
6) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 「신형사소송법 제4판」, 홍문사, 2012, 66면.

친고죄는 범죄를 소추해서 그 사실을 일반인에게 알리는 것이 도리어 피해자에게 불이익을 줄 우려가 있는 경우에 피해자의 처벌희망의 의사표시가 있어야 비로소 소추해서 처벌할 수 있게 하는 것으로(피해자의 명예보호), 비교적 경미하고 주로 피해자 개인의 법익을 침해하는 범죄에 관하여 구태여 피해자의 의사나 감정을 무시하면서까지 처벌할 필요가 없기 때문에(피해법익의 경미성) 이와 같은 경우에는 피해자로부터 아무런 말이 없으면 소추하지 아니하고 피해자가 처벌을 희망하여 올 경우에 그때에 논하겠다는 것이 판례[7]의 입장이다. 독일의 경우도 친고죄의 취지를 범죄의 경미성(경미사상), 피해자의 범죄자와의 밀접한 관계(화해사상), 형사절차에 의한 사생활침해에 대한 피해자의 보호에서 찾는다. 우리 형법은 친고죄를 '고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다'라는 형태로 규정하고 있는데, 사자의 명예훼손죄(형법 제308조, 제312조 제1항), 모욕죄(형법 제311조, 제312조 제1항)등의 경우가 여기에 해당한다. 친고죄에 있어서 고소는 통상 그 고소에 의하여 비로소 수사가 진행된다는 점에서 전형적인 수사단서로 파악되지만 동시에 형사절차의 진행을 좌우하는 조건으로서 소송조건의 성질을 갖는다.

이러한 친고죄에 대하여는 "고소불가분의 원칙"이 적용되는데, 고소불가분의 원칙이란 하나의 범죄 일부에 대한 고소 또는 그 취소는 사건 전부에 대하여 효력이 발생하며(객관적 불가분의 원칙), 수인의 공범 중 1인 또는 수인에 대한 고소 또는 그 취소는 다른 공범자에게도 효력이 미친다(주관적 불가분의 원칙, 형사소송법 제233조)는 것을 의미한다. 친고죄의 고소는 소송조건이고 공소제기는 고소에 의하여 좌우되기 때문에 국가형벌권의 행사가 피해자의 자의적인 의사에 좌우되어 형사사법의 공평성과 객관성이 상실되는 것을 방지하기 위해서, 고소불가분의 원칙을 통하여 친고죄의 고소권자가 범죄와 범인을 제한하거나 지정할 수 없도록 하는 것이다.

친고죄에 대해서는 그 취지인 피해자의 명예보호와 피해법익의 경미성을 이유로 하여 비판이 제기도 하는데, 친고죄에서 보호되는 명예의 실체가 명확하지 않

7) 대법원 1994. 4. 26. 선고, 93도1689판결.

고 그러한 명예가 다른 법익에 비하여 특별히 보호되어야 하는 이유도 명확하지 아니함을 그 이유로 한다. 피해법익의 경미성에 대해서는 경미범죄[8]란 행위의 당벌성 또는 사회적 유해성이 미약한 범죄를 말하는 것인데, 피해법익의 경미성 또는 중대성은 실정법상으로 형법체계에 구현되어 있고, 법정형이 범죄경중의 판단기준이 된다. 만약 피해법익의 경미성이 친고죄의 취지라면, 대표적인 친고죄인 모욕죄(형법 제311조)보다 낮은 법정형을 가진 범죄는 모두 친고죄로 규정되어야 함에도, 모욕죄보다 낮은 법정형을 지닌 과실치상죄(형법 제266조 제1항)는 친고죄가 아니다. 따라서 피해의 경미성은 개별사례에 따라 친고죄의 논거가 될 수는 있지만 친고죄를 일반적으로 정당화시켜주는 원리로서는 한계가 있고, 피해자의 명예보호 또는 피해법익의 경미성만으로 개별 친고죄들의 제도적 취지를 일반적으로 설명하기는 어렵다는 비판이 존재한다.

2) 반의사불벌죄

우리 형법은 과거에 친고죄이던 폭행죄, 과실치상죄, 명예훼손죄, 국교에 관한 죄와 비친고죄이던 협박죄를 “피해자의 명시한 의사에 반하여 논할 수 없다”라는 형식으로 규정함으로써 반의사불벌죄라는 새로운 범죄의 유형을 창설하였다. 반의사불벌죄는 고소가 있어야 수사 및 공판을 진행할 수 있도록 규정된 친고죄와는 달리, 다른 일반범죄와 동일하게 피해자의 의사와 관계없이 소추할 수 있으나 피해자가 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 명백히 하는 경우에 소추할 수 없는 범죄이다.

반의사불벌죄에서 핵심은 피해자가 처벌을 희망하는 “명시한 의사”인데, 이에 대하여 형사소송법 제327조 제6호의 규정상 고소와 마찬가지로 소송조건으로 보는 설과 문언에 충실한 해석상 소송조건이 아니라 처벌조각사유라고 보는 설로 나누어지고 있으나, 명시한 의사는 범죄의 성립 및 가벌성과는 관계가 없이 오직 소송의 진행, 발전을 저지하려는 소극적인 의사표시로서 소극적 소송조건으로 보아야 할 것이다. 따라서 고소와 명시한 의사는 소송조건으로서, 그것이 결여되면

8) 임웅, “경미범죄의 비범죄화”, 「형사정책연구」, 1990, 178면.

결국 범죄의 처벌을 불가능하게 하는 점에서 처벌조건과 유사하나, 소송조건이 흠결된 경우에도 실체법적으로는 형벌청구권이 발생하고 따라서 범죄는 가벌적이라는 본질적인 면에서, 형벌권의 존재 또는 행사의 조건이며 실체법상의 조건으로서 형벌청구권의 발생을 조각하는 객관적 사유에 불과한 처벌조각사유나 처벌조건과는 명백히 구별되어야 한다.

즉 반의사불벌죄의 명시한 의사표시는 절차 면에 관한 사유를 소송조건으로 하는 형식적 소송조건이므로, 반의사불벌죄에 대하여 수사기관이 수사를 계속하고 소추기관이 공소를 제기하였는데 뒤늦게 피해자가 처벌불원의 의사표시를 한 때에는 수사기관은 그때부터 수사절차를 중단하여야 하며, 이미 공소가 제기된 이후라도 제1심 판결이 선고되기 전까지 피해자가 처벌불원의 의사표시를 하였다면 법원은 공소를 기각하여야 한다. 이는 친고죄의 경우 고소취소와 같은 법적 효과이다.

3) 친고죄와 반의사불벌죄의 차이

어떠한 범죄가 반의사불벌죄로 규정되어 있을 경우 그 범죄를 인지한 수사기관은 피해자의 고소나 처벌의 의사표시가 없어도 바로 수사에 착수할 수 있고, 그 상태에서 행한 수사기관의 압수, 수색 등의 강제처분도 유효한 수사행위로 간주된다는 점이 친고죄와 가장 다른 점이다. 친고죄의 경우 고소 전 수사의 적법성에 대하여 학설상 다툼이 있지만, 강제수사까지 일반적으로 가능하다고 볼 수는 없으며, 고소기간의 경과로 고소권이 소멸하거나 고소취소나 합의서 등의 제출로 처벌을 희망하지 않는 의사표시가 명백한 경우에는 일체의 수사를 중단하여야 하기 때문이다. 또한 반의사불벌죄의 경우 처벌을 원하는 의사를 표시하여야 할 기간의 제한이 없다는 점이 고소기간의 제한이 있는 친고죄와 차이가 있다. 예를 들면 친고죄의 경우에는 피해자를 기망하거나 설득하여 고소기간동안 고소하지 않도록 유도하면 형사처벌을 면할 수 있으나, 반의사불벌죄의 경우 이러한 기망행위는 통할 수 없다. 따라서 반의사불벌죄로 규정되어 있는 경우 친고죄로 규정되어 있는 경우보다 형사적 보호의 정도가 강하다고 할 수 있다.

(2) 저작권법에서의 형사제재 절차

1957년 제정된 저작권법은 권리 침해 구제방법과 관련하여 민사적 방법을 우선하면서 친고죄로 규정하여왔다. 친고죄란 위에서 설명한 바와 같이 범인의 처벌도 중요하지만 피해자의 명예보호가 더욱 필요 한 경우, 또는 법익침해가 경미하여 피해자의 처벌의사를 존중할 필요가 있는 경우 그러한 의사표시가 있을 때 비로소 수사 및 공판을 진행할 수 있도록 규정된 범죄로, 형법에서 친고죄를 정하는 이유는 형벌은 그 가혹성으로 인해 최후의 수단(ultima ratio)으로 적용되어야 하므로,[9] 형법이 필요하지 않은 경우에는 범죄가 되지 않거나 형벌을 받지 않아야하기 때문이다. 저작권침해의 경우 저작권자 등의 고소가 없으면 죄를 논할 수 없고, 고소는 범인을 알게 된 날로부터 6개월 이내에 하여야 한다.[10]

2006년 개정 전 저작권법은 제98조 제3호(허위등록의 경우), 제5호(업으로 또는 영리를 목적으로 제92조 제2항의 기술적 보호조치를 무력화하는 장치 등을 제공하는 등의 행위를 한 경우), 제99조 제1호(저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 경우), 제2호(저작권법 제14조 제2항의 저작자 사망 후에 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 한 경우), 제3호 (허가를 받지 아니하고 저작권 신탁관리업을 한 경우)만을 친고죄에서 제외하고 있었다. 그러나 2006년 개정 저작권법은 이러한 비친고죄 대상을 상당부분 확대하였다. 우선 영리를 위하여 상습적으로 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여, 2차적 저작물 작성 등의 방법으로 저작재산권을 침해한 경우를 비친고죄로 하였다. 또한 2011년 다시 저작권법을 개정하면서 제137조 제7호(저작권 등 등록에 있어서 비밀유지의무를 위반한 자)의 죄 또한 친고죄에서 제외하여 비친고죄로 하였다.

저작권법 위반의 친고죄, 비친고죄 여부는 법 본질적인 문제가 아니라 입법 정책상의 문제로 미국[11], 프랑스[12], 캐나다, 영국, 호주, 싱가포르 등은 비친고죄를

---

9) 배종대, 「형사정책 제7전정판」, 홍문사, 2008, 129면.

10) 형사소송법 제230조(고소기간) ① 친고죄에 대하여는 범인을 알게 된 날로부터 6월을 경과하면 고소하지 못한다. 단, 고소할 수 없는 불가항력의 사유가 있는 때에는 그 사유가 없어진 날로부터 기산한다.

11) 저작권자의 고소의사와 관계없이 일정 기간이나 위반 횟수를 설정하고, 그 기간동안이나 위반 횟수에 따라 저작권침해행위를 처벌한다.

원칙으로 규정하고 있다. 종전의 우리 저작권법이 친고죄를 원칙으로 했던 것은 대륙법(독일[13], 일본[14])체계 하에서 지적재산권의 사권 측면 및 저작권의 인격적 성격을 고려하여 공소제기에서 권리자의 의사를 존중한 측면도 있지만 대부분의 침해행위는 일반인이 개인적 이용을 위하여 일회적으로 행한다는 점을 고려한 것이었다. 하지만 저작권이 산업화되면서 침해행위가 조직적이고 반복적으로 이루어지는 경우가 늘어났으며, 저작자 등이 개인적으로 그 사실을 알거나 대응하기 어려워졌다. 그리하여 그 권익을 심각하게 침해하는 경우-영리를 위하여 상습적으로-에 비친고죄 적용범위를 확대하였다.

저작권침해행위에 있어서 비친고죄의 도입 배경은 앞의 설명과 같이 저작권이 산업화됨과 동시에 그 침해행위가 조직적이고 반복적으로 이루어지게 되어, 저작권을 영리의 목적으로 반복적으로 침해하는 경우 그 위법성이 현저하고 이용질서 및 산업 질서를 위태롭게 할 가능성이 높다는 이유로 비친고죄로 규정하여 신속하게 형사책임을 물을 수 있게 한 것이지만 실질적으로는 (1) 저작권침해에 대한 직권수사 필요성과 (2) 한-미 FTA 규정에서 연유한다. 오늘날 저작권침해행위는 토렌트, 모바일 웹하드, 스트리밍 사이트 등을 통하여 불법복제물의 배포가 빠르고 광범위하게 확산 될 수 있는 반면에 권리자는 침해 발생 여부를 알고 일일이 대응하는 것이 곤란하여 고소의 방법으로 대응하는 것에 한계가 커졌고, 이를 방치 할 경우 저작권 유통질서라는 공익이 크게 훼손 될 가능성이 크다는 문제점이 제기되어 이에 따라 저작권 특별사법경찰관 등 수사기관의 직권수사(기획수사)를 통하여 이에 대한 적극적인 대처 필요성이 대두되었다. 또한 한-미 FTA가 체결되면서 '상업적 규모의 고의적인 상표위조나 저작권 또는 저작인접권 침해'에 대해서는 비친고죄로 하도록 규정하였다.

---

12) 권리자의 의사와 관계없이 저작물에 대한 침해 행위, 저작인접권의 침해 행위의 경우에 징역 또는 벌금형에 처한다.

13) 형사소추에 특별한 공중의 이익이 관련된 경우와 영업 목적으로 저작권을 침해한 경우를 제외한 저작권침해에 대해서는 친고죄로 규정한다.

14) 저작자/실연자 사후 인격적 이익 침해, 기술조치를 우회하거나 무력화하는 장치를 제공하는 행위, 저작자를 허위표시한 복제물의 무단배포, 출처명시 위반을 제외한 저작권침해에 대해서는 친고죄로 규정한다.

- (법무부) 한-미 FTA 협정문 제26조 및 제27조에 따르면 상업적 규모의 저작권 등의 고의적인 침해의 유형으로 '중대한 침해' 및 '상업적 이익 또는 사적인 금전적 이득을 목적으로 하는(for purposes of commercial advantage or private financial gain) 침해'에 관하여는 고소 없이 직권으로 법적 조치(legal action)을 개시할 수 있는데, 이는 '중대한 침해' 및 '영리목적의 침해'에 관하여는 비친고죄로 한다는 내용이라고 해석된다.
- (산업부) 한-미 FTA 제18, 26조 (가)호는 "직접적 또는 간접적인 금전적 이득의 동기가 없는 중대한 고의적인 저작권 또는 저작인접권의 침해"에 대한 비친고죄 적용을 의무화한다.

원래 개정법 초안은 "영리를 위하여 반복적으로"라는 표현을 썼으나 법사위 논의과정에서 너무 포괄적이라는 견해가 제기되어 법무부 등의 의견을 받아들여 "영리를 위하여 상습적으로"라는 표현으로 변경되었다.[15] 또한 초안 작성과정에서 비친고죄 확대보다는, 원칙적으로는 비친고죄로 하는 것의 취지를 살리되 저작권자의 의사를 반영하여 반의사불벌죄로 하는 것이 어떤가 하는 논의가 있었지만, 최근 권리자들의 침해 구제가 일단 저작권침해자를 고소한 상태에서 협상을 통해 일정 대가를 받고난 후 고소를 취하하는 형태가 주류를 이루고 있는 상황에서, 수사기관은 엄청난 인력을 동원하여 수사를 진행하였는데 그 수사를 종결하는 단계에 와서 고소권자가 고소를 취하함에 따라 개인의 이익을 위해 공권력이 낭비될 수 있다는 것이 문제되었다. 또한 반의사불벌죄로 하는 경우 권리자가 자신의 고소 없이도 수사기관이 알아서 수사한 후에 처벌여부를 물어올 것이므로 그때 가서 처벌 여부를 가지고 침해자와 협상을 벌일 여지가 더 많아져, 권리자는 고소에 의해서 침해자와 협상을 벌여 이득을 취하는 방법 외에 고소 없이도 수사기관이 알아서 수사하여 기소 전 단계에 있는 침해자와 협상을 벌여 처벌받지 않을 것을 협상카드로 하여 이득을 취하는 방법 등을 택할 가능성이 높아진다. 따라서 반의사불벌죄는 저작권침해예방을 위한다기보다 권리자의 이익을 챙기는 도구로 전락할 위험이 높기 때문에 논의에서 제외되었다.[16]

15) 심동섭, "개정 저작권법 해설", 「계간 저작권」, 2006, 64면.
16) 심동섭, 앞의 논문, 64~65면 참조.

4. 형사처벌에 대한 예외

현행 저작권법은 저작자에 대해 저작물에 대한 배타적 권리를 인정하여 저작자의 이익을 도모하는 한편, 일정한 경우 저작물의 자유이용을 허용하여 이용자인 공중의 이익을 도모함으로써 양자의 균형을 맞추고자 하는데 입법 취지를 두고 있다. 원래 창작물은 다른 사람의 창작물을 토대로 하며, 그것을 이용하는 행위는 적어도 부분적으로는 허가 없이 이루어지거나 원래 창작자에게 보상 없이 이루어진다. 즉 모든 사회는 그 정도의 차이는 있지만 문화 중 일정 부분은 모두가 자유롭게 접근하여 사용할 수 있도록 하며, 다른 사람의 창작물을 이용하는데 있어 예외 없이 보상이 이루어지거나 허가를 받아야만 한다고 요구하지는 않는다. 어떤 측면에서는 문화적 대상물에 대해 자유롭게 접근하는 행위가 가능해야 비로소 무언가를 창조해낼 수 있기 때문이다. 이와 같이 일정한 범위에 있어서 저작물의 자유로운 이용을 인정하기 위해서는 저작자의 권리를 제한할 수밖에 없는데 저작권을 제한하는 구체적인 방법은 나라마다 달리하고 있다. 미국과 영국은 공정이용이라는 포괄적인 개념 하에서 저작권 제한의 범위를 상세하게 규정하여 두고 있는데 비해, 대륙법계인 독일과 프랑스, 일본은 저작권법에 저작권 제한에 관한 개별적인 규정을 두되 그 범위가 영미법계에 비하여 협소한 편이다. 우리나라도 2011년 개정 전에는 대륙법계와 같은 입법태도를 취하였으나, 현행 저작권법은 영미와 유사한 저작권 제한 형태를 취하고 있는 것으로 보인다.

현행 저작권법은 제2관 저작재산권의 제한에서는 제35조의3 공정이용 규정외에 제23조 내지 제36조에 걸쳐 개별적인 저작재산권 제한규정을 두고 있으며 각 개별 제한규정은 공정이용 규정과 마찬가지로 저작권과 저작인접권에 적용되며, 제38조에 따라 저작인격권에는 적용되지 않는다. 따라서 저작재산권은 제한되더라도 저작자의 저작인격권은 보호를 받게 된다. 이러한 권리제한규정에 해당하게 되면 저작물의 자유로운 이용이 가능하기 때문에, 이용행위가 통상의 침해행위에 해당되더라도 이에 수반되는 형사적 제재로부터 면책이 주어지게 된다. 다만 자유로운 이용이라고 해도 영리를 목적으로 하지 않아야 한다는 것이 모든 권리제

한의 공통요건(시각장애인 등을 위한 공표 저작물의 점자 복제·배포는 제외)이며, 이 외에 저작권자의 이용허락을 요하거나 일정한 보상금지급을 전제로 하는 경우도 있다는 점을 인식해야 한다. 자유로운 이용을 위한 기본 요건들이 충족되지 않는 한 형사적 책임에서 자유로울 수 없기 때문이다. 저작권법상의 개별적인 권리제한규정을 유형별로 구분하여 보면 국가적 이익 내지 필요에 의한 제한, 교육적 목적에 의한 제한, 공익적 목적에 의한 제한, 사회적 약자에 대한 배려에서의 제한, 사적이용을 위한 제한, 정당한 권원에 의한 권리제한 등으로 구분해 볼 수 있다.[17] 그러나 이러한 개별적인 권리제한규정들은 매우 한정적이고 융통성이 결여되어 있어 외견상 개별적 제한사안에 해당하지 않더라도 해당 저작물 이용이 저작권침해라고 보아서는 안 되는 경우를 포섭하지 못하는 한계가 있다. 또한 이러한 권리제한의 요건들은 엄격해석되어 더욱 더 제한적으로 해석되는데, 이로 인해 자유이용의 범위가 축소되는 경향이 있어 문제 된다.[18]

Ⅲ. 저작권침해죄의 처벌현황과 처벌규정의 개선

온라인에서는 저작물의 즉시 이용이 가능하고, 합법적인 경로가 아니어도 쉽게 콘텐츠들을 접할 수 있어 오프라인보다 빠르고 편리하게 저작물을 이용할 수 있는데 그 과정에서 대중들은 저작권침해 범죄자가 될 수 있는 위험에 노출되어 있다. 이에 온라인에서의 저작권침해 사례가 급증하고 있는데. 손해상당액을 배상하는 민사소송의 경우 침해 받은 권리자가 자신의 시간과 비용을 들어 침해 피해 판정을 받았더라도 실제 손해액의 합리적인 증명이 어려워 보상내용이 만족스럽지 않기 때문에,[19] 그 보다는 침해에 대한 증거를 수집 후 침해자를 처벌 할 수

17) 탁희성, “저작권침해에 대한 형사적 보호의 현황과 개선방안”, 「형사정책연구」, 2009, 137면.
18) 박덕영, “국제조약상 저작권 제한과 예외규정 및 국내법상 권리제한 입법”, 「산업재산권」 제25호, 2008, 348면.
19) 이수미, “저작권침해죄의 성립요건인 ‘고의’에 관한 연구-한국 저작권법 제136조와 미국 저작권법 제506조를 중심으로-”, 「인천법학논총」 제13집 제2호, 2010, 148면.

있고 또한 당사자 간 합의를 통해 분쟁을 바로 해결함으로써 비용과 시간이 절약되어 비교적 효과적인 형사고소에 권리자들의 법적 대응 조치가 집중되는 현상을 보이고 있다.[20]

저작권침해죄에 대한 형사처벌 관련 규정은 저작자의 권리를 보호함과 동시에 합법적인 저작물 이용이 이뤄질 수 있도록 하는 것이 그 목적이나, 현재 관련 규정을 악용한 사례들이 빈번히 발생하고 그 규모도 상당하여 사회적인 논란이 되고 있다. 그 예로 일부 법무법인은 저작권침해자를 상대로 한 무분별한 고소 및 고발을 한 뒤 취하의 대가로 합의금을 종용하고 있는데 그 대상이 청소년을 비롯하여 침해의 정도가 경미한 사람도 모두 포함되어 형사처벌의 과도함이 문제가 되었다. 따라서 이하에서는 저작권침해죄 처벌현황을 분석하여 그 효용을 살피고, 저작권침해에 대한 고소·고발 남용 문제를 해결하기 위해 경미한 저작권침해에 대한 합리적인 방안과 저작권법 일부 개정 법률안에 대해 분석하고자 한다.

1. 저작권침해죄의 처벌현황

저작권법 위반사범 처분결과[21]

연도	기소				불기소				기소 중지
	구공판		구약식	소년 보호송치	기소 유예	혐의 없음	죄가 안됨	공소권 없음	
	구속	불구속							
2014	1	84	2,898	6	6,758	2,898	12	11,996	1,754
2015	10	213	2,174	4	7,438	1,968	4	13,093	2,181
2016	2	106	1,888	2	11,293	2,396	6	21,358	2,069
2017	2	104	1.345	1	5,045	2,714	8	29,841	1,092

위 표의 대검찰청 범죄분석을 보면 저작권법 위반 피의자는 대부분 불기소 처분을 받고 있으며 그 중 당사자 합의에 의해 '공소권 없음'으로 처리되는 사건이

20) 윤시온·김병주, "온라인 상 저작권침해 시 형사상 처벌에 대한 검토", 「인권과공익법」 제2호, 2014, 6면.

21) 대검찰청, 「범죄분석」, 2014~2017.

대다수를 차지하고 있음을 알 수 있는데 이는 국가 형벌권이 당사자의 의사에 의해 좌우되는 결과를 초래하는 것으로 볼 수 있다. 기소되는 사건의 경우도 대부분 약식재판을 통해 벌금형이 선고되고 있으며, 정식재판에 있어서 실형이 선고되는 경우는 찾아보기 어렵다. 이는 저작권법이 경미한 저작권침해와 공정이용에 가까운 행위까지 범죄에 해당하는 침해행위로 만들어 범법자를 양산하고 있다는 것을 보여주는 것이라 할 수 있다. 이를 통해 저작권법 위반죄로 형사절차에 회부되는 사건의 대부분은 지나치게 경미한 사건이라는 것을 알 수 있는데, 이는 형사사건으로 문제 삼기 이전에 민사적[22].행정적 구제방식[23]을 통해 충분히 해결 가능한 사건들이 형사절차로 진행됨으로써 가해자와 피해자 어느 쪽에도 이롭지 못한 구제방식이 이루어지고 있다고 볼 수 있다. 즉 저작권법 위반죄를 구성하는 불법행위 가운데 상당부분은 형벌을 통한 범죄예방효과도 침해에 대한 사후적 구제효과도 미미한 경우라 볼 수 있다.

2. 저작권침해 처벌규정에 대한 개선방안

(1) 저작권침해죄 성립요건으로서 '고의'의 명문화

저작권침해행위에 대한 형사처벌은 저작권법 제136조를 통해 규정되어 있는데 당해 법조문에는 '고의'라는 요건이 명시되어 있지 않으나, 형법총칙(형법 제13조)에 의해 저작권법상 과실범을 처벌하는 규정이 없는 이상 행위자의 고의를 필요로 하고 있는 것으로 본다.[24] 문제되는 것은 저작권법 조문에는 고의에 대하여 어디에도 명시되어 있지 않고 형법총칙에 의거하여 저작권법에 다른 규정이 없

22) 민사적 제재에는 침해금지청구(침해물 또는 침해행위에 사용된 도구, 재료 등의 폐기 청구도 가능), 실시료 상당액 등 손해배상 청구, 손해와 손해액 간의 인과관계를 입증할 필요도 없는 법정손해배상 청구(저작권법 제123조, 제125조, 제125조의2)등이 있다.

23) 행정적 제재에는 문화체육관광부장관 또는 지방자치단체장의 불법 복제물의 수거·폐지 및 삭제권한(저작권법 제133조), 정보통신망을 통한 불법복제물의 삭제 명령(이용자 삼진아웃제, 게시판삼진아웃제), 특수한 유형의 온라인서비스 제공자에 대한 필터링 의무 부과(저작권법 제104조), 방송통신심의위원회의 사이트 접속 차단, 웹하드 등록제(전기통신사업법 제22조), 한미 FTA 협정(웹하드 사이트를 차단하는 부속서한)등이 있다.

24) 정상조 편, 「저작권법 주해」, 박영사, 2007, 1305~1306면.

는 한 고의를 필요로 하고 있다는 것인데, '고의'의 기준이 복제, 공연 등의 행위만으로도 족한지, 아니면 이러한 행위가 타인의 저작권을 침해한다는 사실 또는 최소한 복제, 배포의 대상이 저작권의 보호대상이라는 점과 저작권침해의 높은 개연성에 대한 인식까지도 요구되는지에 대해서는 그 기준이 명확하지 않다는 것이다.[25] 더욱이 행위자가 자신이 이용하는 저작물이 타인의 것이라는 것은 비교적 쉽게 인식되지만, 그 저작물에 대해 법으로 보호되는 권리가 존재한다는 사실을 인식하거나 더 나아가 자신의 이용행위가 그러한 권리를 침해할 수도 있다는 사실을 인식하고 그 침해의 결과를 자신이 용인할 수 있다고 생각하는 경우는 영업적 이익(금전적 이익 포함)을 목적으로 하는 경우가 아니고서는 찾아보기 어렵기 때문에 더욱 문제된다.

특히 최근 법무법인에 의해 무차별적으로 고소되고 있는 청소년들의 경우를 보면 권리침해의 고의가 존재하고 침해의 결과가 발생했기 때문에 범죄가 성립해서 형사처벌하는 것이 아니라, 역으로 침해결과가 발생했기 때문에 고의가 있다고 추정해서 저작권침해에 대한 고의를 인정할 수 없는 경우조차 너무나 쉽게 고의를 인정해서 기소하여 형사처벌하는 것으로 볼 수 밖에 없는 경우가 많은데, 이는 공권력을 행사하는 사법기관으로서 사회통제의 최후수단인 형벌의 적용을 명확한 원칙과 기준에 따라 엄격히 판단해야 할 의무를 등한시 하고 있는 것이 아닌가하는 의문이 든다. 그러므로 이와 같이 저작권침해의 고의가 마치 법률상 추정과 같은 형태로 존재하는 듯한 불합리한 법적용상태를 유지하기 보다는 보다 명확하게 명문으로 '고의로' 또는 '침해의 사실을 알았거나 알 수 있음이 명백한 경우'라고 기술하는 것이 구성요건판단의 명확성을 확보하는 길이라 생각된다.

25) 정상조 편, 앞의 책, 1306면.

(2) 경미한 저작권침해에 대한 방안

1) 경미한 저작권침해에 대한 개정안의 내용

경미한 범죄는 대량으로 발생 할 수 있는 점과 누구나 그 범죄자가 될 수 있다는 특성을 가지고 있는데 특히 저작재산권 침해와 같은 경우는 온라인에서 불법저작물이 다양한 경로를 통해 유통이 가능한 점과 익명성이 있기 때문에 경미범죄의 특수성이 강하다. 경미한 저작권침해에 대해 특히 인터넷과 함께 자라온 청소년의 경우를 들어 형사처벌 면제의 필요성을 이야기 할 수 있다. 형법은 비례성[26]원칙에 따라 최소한으로 적용되어야 하나, 우리 법문화는 전통사회의 관습에 따라서 벌에는 형벌만이 존재하고 민사벌이나 행정벌은 제재로 생각하지 않는 경향을 가지고 있다.[27] 경미한 저작권침해행위의 경우 역시 형벌로 처벌하지 않는다고 해서 법이 허용하는 것은 아니며, 민사적·행정적 제재수단을 충분하게 제공하고 있기 때문에 침해행위의 급증이나 법의식의 저하등의 부정적 결과를 상정하기는 어렵다. 이에 따라 현재 비영리 목적의 소규모 저작재산권 침해행위를 형사처벌 대상에서 제외하는 저작권법 일부 개정법률안(제136조 제1항 제1호, 이하 개정안)이 국회에 계류 중이다. 이 개정안은 경미한 저작권침해에 대한 무분별한 고소·고발로 인한 피해를 막는 것을 그 목적으로 한다.

개정안의 내용으로는 형사처벌의 대상이 되는 “저작재산권”을 가. 영리를 목적으로 하는 경우 나. 저작물 등의 복제물의 소매가격을 기준으로 6개월 동안 100만원이상의 피해금액이 발생한 경우 해당한다고 본 것인데, 이는 제140조[28]의 비친고죄에 해당하는 내용을 제136조 벌칙 조항에 가져온 것으로 저작물의 침해

---

26) 배종대, 앞의 책, 133면.

27) 배종대, 앞의 책, 59면.

28) 제140조(고소) 이 장의 죄에 대한 공소는 고소가 있어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 영리를 목적으로 또는 상습적으로 제136조제1항제1호, 제136조제2항제3호 및 제4호(제124조제1항제3호의 경우에는 피해자의 명시적 의사에 반하여 처벌하지 못한다)에 해당하는 행위를 한 경우
2. 제136조제2항제2호 및 제3호의2부터 제3호의7까지, 제137조제1항제1호부터 제4호까지, 제6호 및 제7호와 제138조제5호의 경우

가 영리를 목적으로 하거나 그 침해 저작물의 복제물의 소매가격을 기준으로 6개월 동안 100만원이상의 피해금액이 발생해야만 형사처벌 할 수 있는 대상에 해당하게 한 것이다.

100만원의 환산가치

콘텐츠 분야	100만원 기준
음악	1인이 6개월 간 온라인음원사이트에서 결제한 금액의 약 33배
방송물, 애니메이션, 영화	1인이 6개월 간 약 1,000편의 영상물을 무료로 시청할 수 있는 수준
어문업계	1인이 6개월 간 약 1,000권, 매수로 20만매의 소설, 시 등을 이용할 수 있는 금액
만화, 사진	1인이 6개월 간 만화 5,000권, 사진 15,000 컷을 이용할 수 있는 금액
소프트웨어	1인이 약 28.5개의 PC에서 한글프로그램을 이용할 수 있는 금액

여기서 주목할 것은 상습적인 침해 행위에 대해 '6개월 동안 100만 원 이상의 피해금액을 발생'시키는 것으로 정한 것인데, 이는 경미한 저작권에 대한 과도한 형사처벌을 방지하기 위한 시도로 볼 수 있다.[29] 또한 이번 개정안은 미국 저작권법 제506조와 제18편 범죄와 형사소송법 제2319조와 비교할 때 그 문구가 흡사한 것으로 보아 미국저작권법을 모델로 반영한 것을 알 수 있다.[30]

29) 이에 대해서는 개정안의 면책 범위인 100만원의 금액은 개인이 약 16만 번의 음악듣기와 약 1,000편의 영화 감상, 5,000권의 만화 보기의 양에 해당되는 규모로서, 악의로 커뮤니티를 형성하여 저작물을 공유할 경우 무제한적인 저작권침해가 가능하기 때문에 그 피해는 고스란히 저작권자의 몫으로 전가되어 결국 문화산업계는 붕괴 될 위험에 처하게 될 것이라고 주장도 존재한다.

30) 안효질, "저작권법 일부개정법률안(대안)에 대한 자문의뢰 의견서", 2014, 2면.

미국 저작권침해죄 처벌 조항[31]

저작권법 제506조[32] 형사적 침해행위	제18편 범죄와 형사소송법 제2319조[33]		
	죄의 종류	요건	처벌
(a) (1) (A) - 상업적인 이익이나 사적인 재정적 이득을 목적으로 하는 경	경죄 (Misdemeanor)	중죄와 누범을 제외한 모든 경우	1년 이하 징역 또는 벌금 (병과 가능)
	중죄 (felony)	180일 동안 총 소매가치 $2,500 이상	5년 이하 징역 또는 벌금 (병과 가능)
	누범	중죄 + 2회 이상 또는 연속범	10년 이하 징역 또는 벌금 (병과 기능)
(a) (1) (B) - 전자적 수단에 의한 것을 포함하여, 180일의 기간 동안 보호되는 저작물의 총 소매 가치 1,000 달러 이상의 복제물 또는 음반의 복제와 배포에 의한 경우	경죄 (Misdemeanor)	중죄와 누범을 제외한 모든 경우	1년 이하 징역 또는 벌금 (병과 가능)
	중죄 (felony)	총 소매가치 $2,500 이상	3년 이하 징역 또는 벌금 (병과 기능)
	누범	중죄 + 2회 이상 또는 연속범	6년 이하 징역 또는 벌금 (병과 기능)

31) 오픈넷, 저작권법 일부개정안 검토의견, 2014. 9면.

32) 17 U.S. Code § 506 - Criminal offenses.
(a) Criminal Infringement.—
(1) In general.— Any person who willfully infringes a copyright shall be punished as provided under section 2319 of title 18, if the infringement was committed—
(A) for purposes of commercial advantage or private financial gain;
(B) by the reproduction or distribution, including by electronic means, during any 180-day period, of 1 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of more than $1,000; or

33) 18 U.S. Code § 2319 - Criminal infringement of a copyright.
(a) Any person who violates section 506 (a) (relating to criminal offenses) of title 17 shall be punished as provided in subsections (b), (c), and (d) and such penalties shall be in addition to any other provisions of title 17 or any other law.
(b) Any person who commits an offense under section 506 (a)(1)(A) of title 17—
(1) shall be imprisoned not more than 5 years, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense consists of the reproduction or distribution, including by electronic means, during any 180-day period, of at least 10 copies or phonorecords, of

위의 표와 같이 미국은 저작권법 제506조와 제18편 범죄와 형사소송법 제2319조를 통해 정한 내용에 따른 상대적인 처벌내용을 상세하게 제시하고 있다. 즉 미국법은 저작권법 제506조에서 형벌책임을 물을 수 있는 기본적인 구성요건을 구성하고, 침해의 내용에 따른 처벌의 상세 기준은 제18편 범죄와 형사소송법 제2319조에서 세분화하여 정하고 있어, 법 해석에 대한 혼란과 경미한 침해와 형사처벌이 필요한 침해 또는 중한 범죄를 구분할 수 있는 기준을 마련하고 있는데 반해, 국내는 이와 같은 상대적인 양형기준이 따로 마련되어 있지 않고 저작권법 제136조에 형사처벌의 대상이 되는 구성요건에 해당하면 동일한 형량에 해당되기 때문에 형평성 측면의 문제가 예상된다. 또한 개정안의 표현이 지극히 일반적이면서도 포괄적이기 때문에 미국의 침해 행위와 죄의 종류에 따른 상대적인 처벌 내용을 명시한 것을 참고로 하여 개정안 보완에 참고해야 할 것으로 보인다.

하지만 위에 제시 된 미국의 상세한 침해 태양에 따른 형벌의 내용은 미국 형사법 일반 고유의 특색에 따른 것이므로, 법 규정 문구 자체가 아닌 침해의 정도에 따른 가벌성의 차이를 둔 입장을 반영하여 우리나라도 기본 형량은 줄이되 중

---

1 or more copyrighted works, which have a total retail value of more than $2,500;

(2) shall be imprisoned not more than 10 years, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense is a felony and is a second or subsequent offense under subsection (a); and

(3) shall be imprisoned not more than 1 year, or fined in the amount set forth in this title, or both, in any other case.

(c) Any person who commits an offense under section 506 (a)(1)(B) of title 17—

(1) shall be imprisoned not more than 3 years, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense consists of the reproduction or distribution of 10 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of $2,500 or more;

(2) shall be imprisoned not more than 6 years, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense is a felony and is a second or subsequent offense under subsection (a); and

(3) shall be imprisoned not more than 1 year, or fined in the amount set forth in this title, or both, if the offense consists of the reproduction or distribution of 1 or more copies or phonorecords of 1 or more copyrighted works, which have a total retail value of more than $1,000.

대한 범죄는 가중 처벌하여 경미한 범죄가 과도한 형사적 제재 대상이 되지 않도록 해야 할 것이다.

2) 개정안의 문제점

위에서 살펴 본 개정안에는 여러 문제점이 존재하는데 첫째로, 개정안은 제136조 제1항 제1호 (가)목에서 저작재산권침해가 '영리를 목적으로 하는 경우'에 형벌을 부과하도록 하는데, 영리목적의 의미가 불분명함이 문제된다. 직접적인 영리목적의 경우에만 영리를 목적으로 하는 경우에 해당하는 것인지 간접적인 영리목적의 경우에도 해당하는 것인지 불분명하다. 또한 (나)목의 '피해금액'의 경우 그 금액이 '저작재산권자'의 손해액을 의미하는 것인지, 침해로 인해 상실한 '모든 관련자들(예컨대 음악 CD나 서적의 생산자, 판매자 등)'의 매출총액을 의미하는지도 불분명하다.[34] 둘째로, 개정안에 의하면 특정 종류의 저작물만 형사상 보호될 위험성이 존재한다. 개정안은 처벌의 범위를 복제물의 소매가격 기준 100만원 이상이어야 한다고 규정하는데, 이는 위의 100만원 환산가치 표에서 보는 바와 같이 상당히 많은 양의 어문·만화·음악·영화 저작물을 배포하는 경우에만 해당한다. 즉 실질적으로 이 규정의 혜택을 받는 것은 저작물의 단가가 상대적으로 높은 컴퓨터 소프트웨어나 데이터베이스에 한정될 것이다. 규정에 의하면 단가가 낮은 음악, 만화, 소설, 영화등의 저작물은 형사소추 자체가 불가해지고, 컴퓨터 소프트웨어의 경우도 위의 표와 같이 상대적으로 단가가 낮은 국내 소프트웨어는 보호받지 못하고, 단가가 높은 외국산 소프트웨어만 보호 받을 수 있게 되는데, 이는 저작물의 종류에 따라 차별하는 결과를 발생시키므로 문제될 수 있다.[35] 셋째로 개정안이 그대로 입법되는 경우 악의적인 저작권침해자가 6개월 동안 100만원 미만의 한도로 지속적인 침해를 하여 형벌책임을 회피할 가능성이 생길 수 있다. 6개월 동안 100만원 미만으로만 침해하면 형벌책임을 피할 수 있으므로, 악의적인 저작권침해자는 침해행위가 적발되어도 '손해배상 하면 되지'라

34) 안효질, 앞의 논문, 3-4면 참조.
35) 안효질, 앞의 논문, 10면 참조.

고 생각하고 범죄행위를 저지르기 때문에 민사적 구제수단 이외에 형벌로 강력히 제재하여 침해를 예방할 필요성이 있는 것이다.[36]

3) 교육조건부 기소유예제도의 법률 명시

2007년 한 고등학생이 블로그에 소설을 올렸다가 저작권침해로 형사고소를 당한 뒤 합의금 요구와 부모님의 꾸중에 스트레스를 받다 스스로 목숨을 끊는 사건이 있었다. 대검찰청에 따르면 청소년 대상 저작권법 고소는 2011년 4,577명에서 2012년 6,074명으로 32.7%나 증가했다. 청소년들의 경우 우발적이거나 잘못된 법 지식으로 인해 저작권침해 행위를 한 것이 대부분으로, 청소년의 경미한 저작권침해행위에 대해 현재 한국저작권위원회에서는 검찰청으로부터 위탁을 받아 '저작권 지킴이 연수'[37]의 운영을 통해 저작권 교육조건부 기소유예제도를 실시하고 있다. 이 제도의 근거 조항은 소년법 제49조의3(조건부 기소유예),[38] 청소년 선도보호 지침, 형사소송법 제247조[39]로 무분별한 고소로 인한 폐혜를 막고 올바른 저작물 이용 질서를 정립하기 위해 도입되었다.

이 제도의 시행 초기 서울중앙지검 관할 저작권법 위반 사건 중 청소년 사건만 대상으로 운영하였으나 그 효과가 상당하고 침해자 대부분이 과실에 의한 경미한 침해인 점을 감안하여 2009년 3월에는 시행 범위를 전국적으로 확대하고 적용 대상도 성인으로 확대하였다.[40] 실제 2013년에는 인터넷 상에 공유된 소설

---

36) 안효질, 앞의 논문, 10-11면 참조.

37) 저작권 지킴이 연수는 저작권침해 사범 중 전과가 없고 우발적으로 저작권법을 위반한 경우 해당지역 검찰청 검사의 판단 하에 1회에 한하여 저작권 교육의 기회를 부여하고 교육을 받는 자들에 대해 기소유예 처분을 하는 제도이다. 해당 교육시간은 1일 8시간으로 성인과 미성년자를 구분하여 운영하고 있다.

38) 소년법 제49조의3(조건부 기소유예) 검사는 피의자에 대하여 다음 각 호에 해당하는 선도 등을 받게 하고, 피의사건에 대한 공소를 제기하지 아니할 수 있다. 이 경우 소년과 소년의 친권자·후견인 등 법정대리인의 동의를 받아야 한다.
1. 범죄예방자원봉사위원의 선도
2. 소년의 선도·교육과 관련된 단체·시설에서의 상담·교육·활동 등

39) 형사소송법 제247조(기소편의주의) 검사는 형법 제51조(양형의 조건)의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.

40) 한국저작권위원회・문화체육관광부, 「저작권 백서」, 2012, 80면.

의 시드파일을 이용했던 300여명이 집단으로 고소당한 사례가 있었는데, 저작권자가 법무법인을 통해 콘텐츠 배포가 저작권침해라며 이들을 모두 형사 고소하였다. 이 때 법무법인은 아르바이트생을 대거 고용해 조금이라도 저작권침해의 의심이 있는 이용자들에게 무차별적으로 이메일을 발송한 뒤, 정해진 가격에 합의를 요구하고 합의를 하지 않을 경우 전과자로 만들겠다며 협박을 가했는데, 300여 명 중 3분의 1 이상은 경찰조사 등에 압박을 느껴 합의에 나섰다. 합의금은 1명 당 100만원 이상이 대부분 이었는데, 형사고소의 압박으로 인하여 저작권 손해 이상으로 합의금을 낸 것이었다.

위와 같이 아직까지는 이러한 제도의 운영사실을 모두가 쉽게 알 수 없기 때문에 법률로서 이러한 내용을 정하여 둔다면 자신의 침해 행위가 과실이었거나 경미하였을 경우 이에 적합한 교육을 통해 다른 침해를 예방하고 저작권에 대한 인식이 향상되는 결과를 얻을 수 있을 것으로 보인다. 그러하기 위해서는 먼저 저작권법 제140조에 항을 하나 신설하여 “검사는 저작권침해 사건을 수사한 결과 침해행위의 횟수·성질 및 동기, 피해금액, 침해자의 연령이나 성행 등을 고려하여 적절하다고 인정하는 경우에는 저작권 교육 조건부 기소유예를 할 수 있다.”와 같은 방향으로 개정안을 보완하는 것이 바람직 할 것이다.[41] 이와 같이 법률에 명시규정을 두게 되면 무분별한 합의금 요구 사례도 크게 줄어들 것이고, 청소년과 같은 우발적인 침해자들도 고소 등에 의한 심리적 압박에서 벗어날 수 있을 것이다.

(3) 중대한 저작권침해에 대한 실효적인 중형의 부과

경미한 저작권침해의 경우는 위에서 기술한 바와 같으나, 영리를 위하여 상습적으로 하는 저작권침해인 중대한 저작권침해의 경우는 법정형에 가까운 선고형이 부과되어야 할 필요성이 있다. 영리를 위하여 상습적으로 하는 침해행위는 저작권법이 보호하는 저작자 등의 권리를 침해하고, 정상적인 저작물 산업의 질서를 파괴하는 결과를 수반하여 국가경제에도 막대한 피해를 야기하고, 그 불법의

41) 안효질, 앞의 논문, 21면.

정도가 커 중형이 부과될 필요가 있다. 문제는 중대한 저작권침해행위가 있음에도 형사처벌의 대상이 되는 경우를 보기가 어렵고, 설령 형사처벌의 대상이 된다고 해도 법원에 의해 선고되는 형이 대부분 집행유예에서 그쳐 그 실효성이 의심된다는 것이다. 이러한 경우 형사처벌의 대상이 됨이 마땅함에도 형사처벌의 대상에서 배제되는 이유로는, 그 배상액에 있는데 손해의 규모가 크기 때문에 그 배상액도 커 저작권자의 입장에서는 사후적 구제수단인 형사처벌보다는 합의 내지 민사절차를 통해 손해를 배상받는 것을 선호하는 데서 그 이유를 찾을 수 있다. 하지만 이러한 경우 중대한 저작권침해자와 저작권자의 합의가 이루어졌다는 이유만으로 형사처벌을 완전히 배제하기 보다는 민사적 구제와 별도로 형벌을 부과하는 것이 정상적인 저작물 유통에 따른 문화·경제산업의 발전에 기여 할 수 있을 것이다. 또한 법원에서도 중대한 저작권침해에 있어서는 지나치게 관대한 양형보다는 앞에서 살펴본 미국의 경우와 같이 저작권법 위반에 대해 세밀한 양형기준을 마련하여 침해규모에 따라 적정한 선고형을 부과할 필요가 있을 것으로 보인다.[42)]

Ⅳ. 결론

현행 저작권법은 경미한 저작권침해에 대해서도 과도한 형사적 규제를 부과할 수 있는 가능성을 가지고 있어 이러한 문제점을 개선하기 위해 현재 경미한 저작권침해에 있어 형사처벌의 면제를 위해 저작권법 일부개정안이 국회에 계류되어 있다. 이는 과도한 형사적 규제로 인한 문제점을 개선하기 위함으로써, 저작권법 벌칙조항에 대한 개정안을 마련하여 '저작물 등의 복제물의 소매가격을 기준으로 6개월 동안 100만원이상의 피해금액이 발생한 경우'에 해당하는 경우에만 형사처벌을 할 수 있도록 하는 내용의 개정안이 제출 된 것이다. 그러나 개정안의 내

42) 탁희성, 앞의 논문, 148-149쪽 참조.

용이 지극히 일반적이고 포괄적이면서 침해의 내용에 따른 처벌의 상세 기준이 세분화되어 있지 않고, 형사처벌의 대상이 되는 구성요건에 해당하면 동일한 형량에 해당되기 때문에 법 해석에 혼란을 야기하고 형평성 측면의 문제가 예상되기 때문에 그에 있어 수정과 보완이 요구될 것이다.

개정안의 수정과 보완이외에 경미한 저작권침해에 따른 방안으로 교육조건부 기소유예제도를 생각할 수 있는데, 교육조건부 기소유예제도를 저작권법의 법률상 명시화하면 제도의 이용을 활성화 하고 경미한 저작권침해행위자에 대한 무분별한 고소와 고발을 줄일 수 있을 것으로 예상된다. 또한 경미한 침해에 대해 원칙적으로 친고죄가 적용될 수 있도록 하면 권리자의 처벌의사에 따라 형사고소를 할 수 있기 때문에 침해의 경중을 논하지 않고 무차별적으로 형사고소 하는 것을 해결 할 수 있을 것으로 생각된다. 결과적으로 저작권의 경미한 침해행위에 따른 분쟁에 있어 이러한 방안들이 합리적으로 이용되고, 또한 이용자의 경우 저작물에 대한 인식을 높여 저작권 권리자와 이용자의 권리가 균형을 이룰 수 있도록 노력해야 할 것이다.

【참고문헌】

정상조 편, 「저작권법 주해」, 박영사, 2007.

배종대, 「형사정책 제7전정판」, 홍문사, 2008.

배종대·이상돈·정승환·이주원, 「신형사소송법 제4판」, 홍문사, 2012.

오승종, 「저작권법」, 박영사, 2012.

한국저작권위원회・문화체육관광부, 「저작권 백서」, 2012.

대검찰청, 「범죄분석」, 2010~2013.

임웅, “경미범죄의 비범죄화”, 형사정책연구, 1990.

심동섭, “개정 저작권법 해설”, 계간 저작권, 2006.

박덕영, “국제조약상 저작권 제한과 예외규정 및 국내법상 권리제한 입법”, 산업재산권 제25호, 2008.

탁희성, “저작권침해에 대한 형사적 보호의 현황과 개선방안”, 형사정책연구, 2009.

이수미, “저작권침해죄의 성립요건인 ‘고의’에 관한 연구-한국 저작권법 제136조와 미국 저작권법 제506조를 중심으로-”, 인천법학논총 제13집 제2호, 2010.

안효질, “저작권법 일부개정법률안(대안)에 대한 자문의뢰 의견서”, 2014.

오픈넷, “저작권법 일부개정안 검토의견”, 2014.

윤시온・김병주, “온라인 상 저작권침해 시 형사상 처벌에 대한 검토: 저작권 교육조건부 기소유예제도를 중심으로”, 한국저작권위원회논집, 2014.

중재산업과 지식재산분쟁 해결을 위한 ADR

최 우 령*

〈 국문초록 〉

"중재산업 진흥에 관한 법률"이 2016년 12월에 제정되어 2017년 6월 28일자로 시행되었다. 그리고 법무부에서는 중재산업활성화를 위하여 중재심리시설을 확대하여 Seoul IDRC를 개소하여 시설의 기반을 갖추어 노력하고 있다. 중재산업활성화를 위해 홍보와 교육을 확대하는 등의 노력을 하고 있지만, 아직 지식재산분야에서의 중재사건 비율을 극히 미미하다. 일률적으로 똑같이 산업분야의 하나로만 분류하여 활성화해야한다고만 주장하기보다는 단적으로 건설분야와 지식재산분야를 비교해 볼 때 이들의 분쟁의 양상은 다르다는 것을 인지하고 지식재산분야에서 분쟁해결을 중재나 조정을 통해할 수 있는 기반을 만들어줘야 한다고 생각한다. 지식재산권과 관련한 분쟁은 권리의 양도계약이나 이용허락계약의 분쟁처럼 계약의 내용에 대한 분쟁과, 지식재산권 침해나 유효성과 같이 권리에 직접 관련되어 제기되는 분쟁으로 구분하여 볼 수 있다. 그리고 저작권과 산업재산권의 권리의 특성도 고려해야 할 부분이 있다. 그리고, 명확하게 법규정을 명확하게 둔다면 ADR이라는 제도도 적극적으로 이용하도록 얘기할 수 있을 것이다. 제도의 홍보 및 교육확대도 방법이 되겠지만, 기관별로 중재 혹은 조정으로 나뉘어진 역할을 일원화하여 분쟁당사자가 어디에 분쟁해결을 맡겨야 할지에 대한 고민을 덜어주는 것이 우선 필요하다고 생각한다.

주제어 : 지식재산분쟁, 중재, 조정, ADR, 중재적격성

* 고려대학교 법학연구원

〈 목 차 〉

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 분쟁해결수단으로 ADR
Ⅲ. ADR의 지식재산분쟁해결 적용
Ⅳ. 결론

Ⅰ. 서론

영국은 2차 세계대전 이전에는 조선산업을 주도하는 국가였으나, 1950년대 일본에 이어 1970년대 한국의 부상으로 인해 순위가 밀려났다. 그러나 1892년 설립된 런던국제중재법원(LCIA)은 120년의 전통을 바탕으로 여전히 조선산업 중재의 핵심역할을 하고 있다. 나아가 세계 각지에 사무소를 내고 영향력을 보이고 있다. 한국의 조선회사들도 분쟁이 생기면 런던으로 달려간다. 통상 외국 선주와 계약할 때 분쟁해결을 위한 중재지로 영국을 선택하기 때문이다. 영국이 국제 중재 분야에서 효과를 얻고 있음을 알 수 있는 부분이다.[1)]

이렇듯 중재 분야의 경제적 효과가 크다는 것에 주목하고, 정부는 2017년 6월 28일자로 “중재산업 진흥에 관한 법률”(이하 ‘중재진흥법’이라 한다.)이 시행하기에 이르렀다. 주무부처인 법무부는 삼일회계법인에 의뢰하여 ‘복합중재센터 설치 및 운영 타당성 검토보고서’ 에서는 복합중재센터 설립시 연간 6,000억원 이상의 부가가치를 창출할 수 있다고 보고 있다. 이 연구에 따라 법무부는 올해 4월에 복합중재시설을 개소하였다. 중재진흥법의 핵심은 복합중재센터의 설치와 운영이다. 세계적 수준의 시설을 통해 서비스를 제공하는 것을 통해 ‘산업’으로 육성하는 것이다. 또한 2016년 개정되어 시행된 중재법 제3조 제1호에서 중재 대상을 ‘재산권 상의 분쟁’과 ‘당사자가 화해해 해결할 수 있는 비재산권 상의 분쟁’으로 확대하였다.

---

1) “중재진흥법 시행...”복합중재센터 설치가 핵심“”, 조선비즈, 2017.6.23.자 <http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2017/06/22/2017062201606.html>(최종접속:2018.7.27.).

분쟁해결의 수단으로 법원의 소송을 통해 재판을 거쳐 해결하는 방법이 가장 널리 알려졌고 사용되어 왔다. 이러한 소송에 의한 분쟁해결 방식은 3심까지 재판을 받을 경우 기간도 길어지고, 경제적으로 비용부담을 갖게 되는 단점이 있다. 이러한 점에 대한 대안으로 대체적분쟁해결제도로 중재와 조정이 주목되고 있고, 이에 대해 사회에서 분쟁의 해결을 무조건 재판으로 해결하는 것보다는 시간과 비용을 절약하고 원만한 결과를 이끌어낼 수 있다는 점에서 중재제도를 활성화하고자 하고 있고, 이에 대해서 중재진흥법 입법을 통해 중재산업으로 활성화하고자 하고 있다. 중재산업은 중재의 유치 및 심리 등에 필요한 분쟁해결시설, 서비스 등과 관련된 각종 산업을 의미하는 것으로 국제중재사건을 유치할 경우, 직접적으로는 법률서비스 관련 분야 뿐만 아니라 관련 서비스업에서도 부가가치 창출이 예상되기 때문에 세계 각국의 중재기관은 국제중재사건을 자국에서 유치하기 위하여 노력하고 있다.[2)]

대한상사원의 통계에 따르면 건설분야의 중재가 가장 많은 수를 차지하고 있다. 지식재산분야의 중재사건은 1년에 한자리수에 불과하다. 본고에서는 중재산업 활성화를 위하여 정부에서 중재진흥법을 중심으로 시설을 확충하는 등의 노력을 기울이고 있고, 다양한 분야에서 중재제도를 적용할 수 있도록 언급하고 있는데, 지식재산권 분야를 다른 산업분야와 똑같이 일괄하여 활성화를 해야한다고 목소리를 내는 것만이 적정한지에 대해서 살펴보고자 한다.

2) 한종규, “국제중재산업의 국가 지원에 관한 연구-홍콩과 중국의 사례를 비교하여-, 「선진상사법률연구」 통권제75호, 2016, 100면.

Ⅱ. 분쟁해결수단으로 ADR

1. 연원

분쟁해결수단으로 ADR을 얘기하면서 싱가포르, 홍콩 등 활성화가 잘 된 국가를 예로 들어서 얘기하여서 우리나라는 최근 들어서 ADR을 적용하고자 하는 움직임이 있는 것으로 생각할 수 있으나 오래 전부터 조정과 중재라는 제도가 적용되는 부분이 있었다. 구한말 근대적인 재판제도가 도입된 후에 일본의 식민시대를 거치면서 재판과 거의 동일한 의미에서의 조정(조정재판)을 경험하였다. 해방 후 각종 기본법이 입법되면서 가사조정제도는 변함없이 이용되었지만, 가사분쟁이 아닌 일반적인 재산관계분쟁에 관한 민사조정제도는 1990년에 이르러서 단일법인 민사조정법의 제정으로 도입되었다. 이 조정은 법원이 후견인이 되어 법원주도로 조정을 한다는 특징을 갖고 있고, 조정이 실패한 경우에는 소송으로 이행하면서 동시에 조정개시시점부터 이미 소가 제기된 것으로 취급된다는 특징이 있다.[3)]

중재제도는 일본의 민사소송법을 의용하여 실정법 상 일본의 식민시대와 1960년 7월부터 시행된 민사소송법의 제정 시까지 중재에 관하여 적용되는 중재법이 있었다. 그러나 민사소송법 제정시 이전에 존재했던 중재에 관한 규정을 삭제하였고, 중재법을 제정하지 않았다. 의용법에 있던 중재에 관한 규정이 없어진 상황에서 1966년 독립된 단일법으로 중재법을 제정하여 공포·시행하였다. 거의 6년 가까이 우리나라에 중재에 대한 실정법이 존재하지 않는 시대가 있었던 것이다. 이후 1966년에 중재법이 제정되면서 대한상사중재원이 설치되고 지금까지 이르고 있는 것이다. 우리 중재법은 일본보다 앞서 UNCITRAL모델중재법을 도입하여 국제적으로 신뢰할 수 있는 중재법 체제를 갖추고 있다.[4)]

---

3) 김상수, “ADR법 운영현황과 발전전망”, 「우리나라 ADR법제의 운영현황과 발전방향」, 국회입법조사처 법제사법팀 세미나 자료집, 2012.12, 7-8면.

4) 김상수, 앞의 글(각주3), 8면.

2. 지식재산분쟁에서 ADR 적합성

지식재산권은 산업재산권의 기술적 복잡성과 전문성이 있어서 권리의 발생, 관리 및 활용 등 지식재산서비스 영역의 전문지식을 적용하여 분쟁당사자가 상생할 수 있는 분쟁해결방안을 제시할 수 있어야 한다. 재판절차가 공개되어 분쟁사안의 내용이 외부에 알려지거나 분쟁 중인 영업비밀 등이 외부에 공개될 위험이 있기도 하여 비공개로 진행해야할 필요가 있다.

ADR(Alternative Dispute Resolution)은 법원 외에서 분쟁 당사자의 협조와 양보 아래에 당사자의 자율에 따라 비공개적인 절차에 따라 신속하고 저렴한 비용으로 분쟁을 해결하는 절차로 진행이 된다. 대표적인 ADR의 유형으로는 조정과 중재가 있다. 조정은 당사자의 합의없이 일방 당사자의 신청으로 조정절차가 개시되고, 조정인은 공정하고 중립적인 입장에서 양당사자가 효율적으로 협상을 하도록 하는 것일 뿐 결론을 내리거나 당사자에게 결론을 강제하지 않는다는 점에서 당사자의 합의가 있어야지 중재절차가 개시되고, 중립적인 제3자가 사안에 대해 결정을 하고 당사자는 이에 구속되는 중재와 다르다.

ADR은 소송보다 간편하고 상대적으로 신속한 기간으로 분쟁을 해결할 수 있다. 기간의 장점 뿐만 아니라 비용 측면에서도 소송에 비하여 저렴하다. 그렇기 때문에 개인발명가, 중소기업사업자 등 소송과정에서 상대적으로 힘이 부족한 당사자에게 기술과 영업비밀의 보호 및 협상은 물론 분쟁당사자 간 원만한 해결을 할 수 있게 되기 때문에 기업간 우호적 해결을 할 수 있는 장점이 있는 것이다.[5] 그리고 절차가 비공개로 진행되기 때문에 기업의 비밀이 공개될 염려가 없다는 점에서도 당사자에게는 비밀보호 측면에서는 장점이 된다.

뿐만 아니라, 국제중재사건을 유치할 경우 법률서비스와 직접 관련된 분야의 고용과 시장에서의 경제적 효과를 기대할 수 있다. 고용창출 뿐만 아니라 국제회의, 전시회 등과 관련한 MICE 산업은 다보스포럼과 같이 도시브랜드로서 인지

5) 손경한, “과학기술분쟁의 ADR에 의한 해결”, 과학기술법, 진원사, 2010, 752-785면.

도와 지역경제활성화는 물론 다양한 부가가치 창출을 가져올 수 있다는 점에서 '굴뚝없는 황금산업'으로 불리우기도 한다. 싱가포르와 홍콩 등의 국가는 오래전부터 각종 국제회의와 기업 인센티브 여행, 대규모 컨벤션과 국제전시회 등을 산업으로 육성시켜오고 있었다. 규모가 큰 국제중재사건을 유치할 경우, 법률서비스 직접 관련 분야 외에도 이러한 다양한 부가적인 수익이 발생할 수 있을 것이라고 예상된다. 그렇기 때문에 싱가포르와 홍콩은 국제중재사건을 유치하기 위해 경쟁하고 있는 것이라 할 수 있다.[6)]

3. 중재제도의 의의 및 기능

중재란 분쟁당사자 간의 중재합의로 각종 민·상사 상의 법률관계에 관한 현존 또는 장래에 발생할 분쟁의 전부 또는 일부를 법원의 판결에 의하지 아니하고 사인인 제3자를 중재인으로 선정하여 중재인의 판정에 맡기는 동시에 그 판정에 복종함으로써 분쟁을 해결하는 제도를 말한다.[7)] 중재는 그 결론(중재인의 판단)이 소송에서의 판결과 거의 같다는 점(중재법 제35조)에 특징이 있다. 사인에 의한 판단에 이런 효력이 부여되기 때문에 당사자 간에 반드시 중재로 분쟁을 처리한다는 중재합의가 있어야 한다.

(1) 중재의 장점

중재는 법조계, 학계, 실업계 등 다양한 분야에서 10년 이상의 경력과 전문성을 갖춘 중재인이 해당 분야의 특성을 고려하여 판정을 내리는 과정을 거치게 되므로 해당 분야의 합리적 판단을 기대할 수 있다. 법원에서 3심제를 통한 분쟁해결과 달리, 중재는 단심제로 결론을 내리므로 신속한 해결도 또 하나의 장점이라 할 수 있다. 법원에서의 3심은 통상 2-3년이 소요되는 반면, 대한상사중재원에서 중재사건은 6개월 내에 처리되는 것을 기준으로 하고 있다. 전문성과 기간의 신

6) 한종규, 앞의 글(각주2), 103면.
7) 대한상사중재원, 『중재를 통한 분쟁해결 실무』, 2009, 3면.

속성과 함께 중재비용은 소송과정에서 발생하는 것에 비하여 저렴하다고 한다. 3심 소송비용 대비 최고 89%가 저렴하다고 한다. 그리고 중재는 법률대리인인 변호사를 반드시 선임해야할 필요가 없고, 전문가인 중재인이 판정하므로 별도의 감정인 선정에 따른 감정비용도 절감할 수 있다고 한다. 중재판정의 결과는 국가간 분쟁에도 국내 법원의 확정판결과 동일한 효력이 인정될 뿐만 아니라 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 유엔협약에 의해 외국에서도 중재판정의 효력 및 강제집행이 보장된다. 그리고 중재절차는 비공개되므로 당사자의 이미지가 훼손되거나 신용실추의 우려가 없다.[8] 지식재산분쟁에서 비공개성에 장점이 있다고 주목하는 부분이기도 하다.

심리절차는 비공개를 원칙으로 한다. 중재판정부는 상당한 이유가 있으면 직권이나 당사자의 요구에 의하여 심리를 연기하거나 속행을 결정한다. 판정부는 당사자가 주장과 입증을 다하였다고 인정할 때 심리종결을 선언한다.[9]

(2) 중재합의

중재는 중재합의가 있어야 가능하다. 중재합의는 현재 발생하고 있거나 장래에 발생하게 될지 모르는 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 하는 당사자 사이의 약정을 말한다.[10] 중재합의는 반드시 서면으로 작성되어야 한다(중재법 제8조 제2항). 중재합의는 독립된 합의 뿐만 아니라 계약 중에 중재조항의 형식으로도 할 수 있다(중재법 제8조 제1항). 또한 현대 통신수단의 발전으로 인터넷에 의한 온라인 계약 중에 포함된 중재조항도 서면성이 있는 것으로 본다(중재법 제8조 제3항 제2호).

분쟁발생 전후의 합의에 따라 사전중재합의와 사후중재합의 방식이 있다. 사전중재합의는 분쟁이 발생하기 전에 계약서의 한 조항으로 분쟁발생시 중재로 해결하기로 하는 중재조항을 기재하여 두는 것으로 일반적 중재합의 방식이다. 사

---

8) 대한상사중재원, 앞의 책(각주7), 3-5면.
9) 국가지식재산위원회, “지식재산 대체적 문쟁해결제도(ADR)활성화 방안 연구”, 2013, 70면.
10) 손경한, “중재합의에 관한 일반적 고찰”, 「중재논총」, 1991, 273면.

후중재합의는 이미 발생되어 있는 분쟁을 사후에 중재로 해결하기로 합의하는 방식이다.[11)]

(3) 중재조항의 예

대한상사중재원에서는 국내사건, 국제사건에 모두 적용되는 기본 중재규칙을 두고, 중재를 위해 권장하는 표준중재조항을 두고 있다.[12)] 국제거래에서 계약체결시 중재를 할 장소에 대한 합의가 이루어지지 못하여 계약체결이 지연될 우려를 방지하기 위해서 이런 경우에는 우리나라와 상대방 국가의 중재기관을 동시에 지정함으로써 중재지 결정에 따른 문제를 해결할 수 있도록 하고 있다.[13)]

(4) 중재판정

중재판정부는 중재계약의 범위 내에서 계약의 현실이행 뿐만 아니라 공정하고 정당한 배상이나 기타 구제를 명할 수 있다. 중재계약에서 정한 범위를 벗어난 판정은 효력이 인정되지 않고 중재판정부는 책임있는 당사자에게 중재비용의 부담비율을 명하여야 한다. 중재판정은 서면으로 작성하고, 사무국은 판정의 정본을 당사자 또는 대리인에게 최후로 알려준 주소로 발송하거나 직접 교부한다. 중재판정은 당사자 간에 있어서는 법원의 확정판결과 동일한 효력을 갖는다.[14)] 제3자의 판단이 소송에서와 같이 강제적 효력을 갖는다는 점에서 조정과 차이가 있는 분쟁해결방식이 된다.

---

11) 대한상사중재원, 앞의 책(각주7), 6면.
12) [국내거래]이 계약으로부터 발생되는 모든 분쟁은 대한상사중재원에서 중재규칙에 따라 중재로 최종 해결한다.
[국제거래]이 계약으로부터 또는 이 계약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 서울에서 대한상사중재원의 중재규칙에 따라 중재에 의해 최종 해결한다.
13) 대한상사중재원, 앞의 책(각주7), 10면.
14) 국가지식재산위원회, 앞의 글(각주9), 70면.

4. 조정과의 차이

조정은 분쟁당사자들이 합의하여 선정한 중립적 지위의 제3자인 조정인이 개입하여 당사자들 사이에 일치된 해결안에 도달할 수 있도록 만드는 것은 물론, 조정안을 제시하고 당사자들은 그 조정안을 수락함으로써 분쟁을 최종적으로 해결하는 방법이다.

조정은 ADR 중에서 가장 많이 활용되고 있는 분쟁해결 방식으로서 제3자에 의해 구속력있는 결정을 내리는 소송이나 중재에 비하여 융통성과 창의성이 있는 문제해결을 기대할 수 있으며 분쟁 당사자들이 거래관계를 계속 유지할 수 있는 장점이 있으나, 조정은 임의적 성격이 있어서 조정안의 수락여부는 당사자의 자유의지에 따라 달라지기도 한다. 따라서 소송이나 중재와 달리 당사자 일방이 조정에 불응하면 분쟁을 해결하는 것은 불가능하게 되는 단점이 있다.[15)]

5. 외국의 ADR 기관 및 사례

(1) WIPO 중재·조정센터

1) 개요

WIPO중재·조정센터(WIPO Arbitration and Mediation Center)는 1994년에 지식재산에 관한 국제분쟁을 주로 다루는 재판외 분쟁해결기관으로 출범하였다. 이 센터는 UN의 전문기관인 WIPO사무국의 일부로 설립된 것으로 유일한 국제분쟁해결기관이다. 다른 WTO산하 분쟁해결제도와 달리 사인 간의 분쟁만을 다루고 있다. 여기서는 조정, 중재, 간이중재 그리고 조정전치형중재 4가지 종류의 분쟁해결절차가 제공되고 있다.[16)] 분쟁이 이 센터에 회부되는 방식으로는

15) 특허청, “지식재산권 중재제도 도입 및 실시방안에 관한 연구”, 2009, 14면.
16) WIPO중재조정센터, “21세기를 위한 분쟁 해결”, WIPO, 4면. <http://www.arbiter.wipo.int> (최종접속:2018. 7. 25.)

당사자 간의 계약으로 장래의 분쟁을 WIPO의 규칙에 따라 해결하겠다는 내용으로 하는 계약조항을 삽입하는 방식과 발생한 분쟁을 합의에 의해 센터에 회부하는 방식이 있다. 이러한 각 방식에 대해서 모델조항이 마련되어 있다.[17]

WIPO중재규칙은 ①신속하고 효율적인 절차를 진행할 것, ②국제상사중재에서의 최근 정책 및 발전을 고려할 것, ③지적재산권 분쟁이라는 점에서 기인하는 특별한 요구사항을 충분히 배려할 것, ④분쟁에 관여할 가능성이 있는 사람이 부담해야 할 비용을 어느 정도까지 명확히 할 것 등 네가지의 일반적 목표를 만족시키는 것을 목표로 하고 있다.

WIPO중재·조정센터가 중재절차에서 접수한 사건 수는 100건 이상이다. 중재절차의 대상이 된 분쟁의 내용을 보면, 특허권침해, 특허라이선스, 통신기기 구매와 라이선스계약, 소프트웨어 라이선스, 의약품 분재계약, 연구 및 개발계약, 상표 공유 계약, 예술 마케팅 계약 그리고 도메인이름과 관련된 사건들이었다.[18]

2) 사례

캐나다의 한 소프트웨어개발회사가 자사의 통신 소프트웨어에 대한 상표를 미국과 캐나다에 등록하였다. 한편 다른 지역에 기반을 둔 컴퓨터 하드웨어 제조업자가 아시아 지역의 다수 국가에 컴퓨터 하드웨어에 대해 거의 동일한 상표를 등록하였다. 두 회사는 여러 관할지역에서 해당 상표의 등록 및 사용에 관한 소송을 제기해 왔으며, 각 당사자는 자신이 우선권이 있는 관할국에서 상대방이 상표를 등록하거나 사용하는 것을 성공적으로 금지할 수 있었다. 두 회사는 각각의 상표를 전세계적으로 사용하고 등록하는 것을 용이하게 하도록 상표병존계약을 체결하였으며, 여기에 WIPO중재조항을 삽입하였다. 그러나 캐나다회사가 중국에서 자사의 상표를 등록하고자 하였을 때, 상대방 회사의 기존 상표와의 혼동가능성을 이유로 등록이 거부되었다. 회사는 상대방 회사에게 중국에서 자신들의

17) WIPO중재조정센터, 앞의 글(각주16), 6면. <http://www.arbiter.wipo.int> (최종접속:2018. 7. 25.)
18) 박성호, “문화산업 관련 분쟁과 중재-지적재산권 및 엔터테인먼트 관련 분쟁의 해결을 중심으로-”, 「인권과 정의」 vol.389, 2009, 132면.

상표가 등록될 수 있도록 필요한 조치를 취할 것을 요구하였고 상대방이 이를 거절함으로써 중재절차가 개시되었다.[19]

(2) 미국

1) 개요

미국은 1924년 논문에서 저작권이나 그 밖의 지식재산 관련 분쟁을 중재로 해결할 것을 기업들에게 장려하였을 정도로 중재관련성에 대한 역사는 오래되었다. 이어서 1926년에 미국중재협회(American Arbitration Association)가 설립되었다.[20] 미국에서 지식재산 분쟁해결의 주된 방법은 법원에서의 소송이고, 지식재산권 소송은 증가추세에 있다. 1991년부터 2012년까지 특허소송 제소건수는 해마다 평균 7%씩 증가하였다. 미국의 특허침해사건의 경우 제1심법원이 판결을 내리기까지 보통 3년정도 걸린다고 한다. 이렇게 시간이 걸리는 이유는 법원에 계류 중인 사건의 수가 많고 법정에서 심리일정의 진행이 복잡하기 때문이라고 한다. 비용의 측면에서도 소송비용이 많이 들어간다. 주된 원인은 증거개시제도에 의해 소송당사자는 상호 준비된 증거자료의 제출을 요구하고 또한 그 준비자료의 양이 방대하고 준비작업에 들어가는 비용 역시 많기 때문이라고 한다.[21] 그래서 특허분쟁에서도 ADR을 적용하려는 움직임이 있었다. 1983년 특허법을 개정하여(35 USC §294) 중재를 수용하게 되었다.[22]

2) 기관별 제도의 적용

국제상표협회(Internation Trademark Association)에서는 홈페이지 첫 화면에서 ADR에 대한 상세정보를 링크로 제공하고 있다.[23] 이 협회는 중재에 관한

---

19) WIPO중재조정센터, 앞의 글(각주16), 12면. <http://www.arbiter.wipo.int> (최종접속:2018. 7. 25.)
20) 박성호, 앞의 글(각주18), 133면.
21) 특허청, 앞의 글(각주15), 52-53면.
22) 대한상사중재원, 앞의 책(각주7), 9면.
23) 기관 홈페이지 중 ADR 소개 페이지

정보도 제공하고 있으나 조정에 중점을 두고 운영하고 있다. 미국중재협회(American Arbitration Association)는 모든 분쟁영역에 걸쳐 중재와 조정서비스를 제공하고 있다. 중재/조정합의에 관련한 모델조항을 제공하고 있으며 특허분쟁에 대한 보충규칙을 운영하고 있다. 이 협회는 민간단체로서 조정, 중재, 간이심리 등 30종 이상의 분쟁해결절차를 갖고 있으며 연간 6만건 이상의 사건을 처리하고 있다고 한다.[24] 미국지식재산권협회(American Intellectual Property Law Association)은 지식재산권분쟁의 ADR에 의한 해결을 권장하면서 패널후보자명부를 관리하고 있다.

미국의 경우, 특허청에서 중재나 조정을 운영하고 있지 않지만 ADR에 대하여 특허심판원의 첫페이지에서 관련 내용을 찾아볼 수 있도록 하여 특허분쟁해결을 위하여 특허심판원을 찾는 당사자가 ADR을 쉽게 발견할 수 있도록 하고 있다. 그리고 미국의 ADR기관들은 소위 “ADR이용자기약속(ADR Pledge)”운동을 통하여 기업 및 변호사들이 분쟁해결 수단으로 ADR을 우선 검토하는 문화를 확산시키고자 하고 있다고 한다.[25] 그리고 1988년 대체적분쟁해결법(Alternative Dispute Resolution Act of 1988)은 미국연방지방법원에 모든 민사소송에서 ADR에 의한 분쟁해결을 허가할 수 있는 제도를 도입할 의무를 담고 있는 ADR 프로그램을 제안하여 실시할 것을 명하고 있으며 그 절차에 대한 규정을 두고 있다.[26]

3) 지식재산 관련 분쟁의 해결

지식재산분쟁 사례의 경우, 화해를 신청하는 경우도 있지만 대부분 중재를 선호하는 것으로 나타났다. 중재를 선호하는 이유는 먼저 조정은 관련 당사자가 지속적인 거래 관계를 갖고 있거나 갖고자 하는 경우 도는 전형적인 지식재산분쟁이 아닌 경우에 효과적인 분쟁수단이지만 대부분의 특허나 상표권 침해와 관련

<https://www.inta.org/Mediation/Pages/AboutADRandMediation.aspx> (최종접속: 2018. 7.26.)

24) 특허청, 앞의 글(각주15), 52면.

25) 국가지식재산위원회, 앞의 글(각주9), 11-12면.

26) 국가지식재산위원회, 앞의 글(각주9), 12면.

한 분쟁의 경우에는 당사자 사이에 지속적이거나 장래의 거래 관계를 기대할 부분이 없기 때문에 보다 효과적인 분쟁해결수단으로 중재를 선택한다고 한다.[27)]

(3) 독일

독일에서는 ADR에 대해 중재, 화해 및 조정 절차가 규정되어 있다. 중재법원은 주 사법제도의 일부분은 아니지만 분쟁당사자 간의 중재합의에 의하여 지정된 기관이 된다. 중재법원은 주 법원을 대신하여 최종판정을 내리게 된다. 전통적 ADR제도로는 화해제도가 있고, 변호사화해제도의 활용도가 높다고 한다. 법원과 연계되어 운영되는 것 외에도 행정기관이나 민간에 의하여 주도되는 형태로 조정이나 화해도 활발히 활용되고 있다. 직무발명에 관한 권리 또는 권리관계의 분쟁에서 중재판정부에서의 절차가 선행된 후에야 비로소 소송으로 주장할 수 있도록 하여 원칙적으로 중재전치주의를 채택하고 있는 것[28)]이 우리 법제도에서도 눈여겨 보아야할 부분이라고 생각한다.

(4) 영국

영국특허청은 2007년에 지식재산권청(Intellectual Property Office, IPO)로 명칭이 바뀌었다. IPO의 홈페이지 첫 화면에서 조정을 비중있게 홍보하고 있고, IPO 자체에서 지식재산분쟁조정서비스(IPO Mediation Service)를 제공하고 있다.[29)] 산업재산권의 실시허락에 대한 분쟁, 산업재산권 침해에 대한 분쟁, 직무발명에 관한 분쟁 등은 조정에 의한 해결에 적합한 것으로 제시하고 있지만, 상표의 식별력과 관련한 분쟁, 분쟁상표의 결함에 따른 무효 분쟁 등은 적합하지 않은 것으로 제시하고 있다.

영국의 IPO조정서비스 이용실적이 많지 않아서 문제점과 개선방안을 찾고자 조사를 하였고, 그에 따라 조정인의 전문성 향상, 홍보강화, 정보제공 확대, 법원

---

27) 특허청, 앞의 글(각주15), 54면.
28) 국가지식재산위원회, 앞의 글(각주9), 18-21면.
29) IPO홈페이지 <http://www.ipo.gov.uk/> (최종접속:2018.7.24.)

등 분쟁해결기관과의 협력강화 등을 해결방안으로 제시하였다.[30]

(5) 싱가포르

싱가포르는 2015년 영국 Queen Mary 대학교에 의해 실시된 국제중재에 관한 설문조사결과를 보면 세계중재기관 선호도 조사부분에서 가장 선호되는 중재지로 홍콩과 함께 선정된 것에 이어서 2018년 조사결과에서도 런던, 홍콩 등과 함께 선호도 5개 국가 안에 들었다.[31] 싱가포르 중재법은 국내중재에 적용되는 국내중재법(Arbitration Act, AA)과 국제중재에 적용되는 국제중재법(International Arbitration Act, IAA)으로 구분된다. 이 중에서 국제중재법은 UNCITRAL 모델중재법을 수용하고 있고, 일부 변경이 필요한 부분은 별도의 조문을 통해 해결하고 있다.

싱가포르의 대표적 중재기관으로는 싱가포르 국제중재센터(Singapore International Arbitration Centre, SIAC)를 들 수 있다. 이 기관은 지식산업 허브화 정책의 일환으로 급격히 발전하는 아시아 지역에서 중립적, 효율적이며 믿을 수 있는 분쟁해결기구에 대한 국제적 수요에 부응하기 위해 설립된 상설중재기관이다. SIAC중재규칙은 1976년 UNCITRAL 중재규칙을 기초로 1985년 런던국제중재법원규칙을 참고하여 1991년에 제정되었다. 특징으로는 긴급중재인(Emergency Arbitrator)제도와 신속중재절차(Expedited Arbitration)제도를 들 수 있다.[32] 긴급중재절차란 재판절차상 가압류, 가처분과 유사한 제도로 중재판정부의 구성을 기다리면 회복할 수 없는 손해가 발생하는 경우 긴급중재인을 선임하여 긴급중재판정을 신속하게 내릴 수 있는 절차이다. 신속중재절차는 중재가액이 낮고 간단한 분쟁해결에 유용하다. 일반적인 중재사건의 경우 보통 6-18개월이 소요되는데 신속중재절차에 의하면 이보다 짧은 기간에 절차를 마칠 수 있다. 2010년에 신속중재절차를 도입한 이후 해당 절차는 당사자들 사이에서 많이

---

30) IPO, Response to the Call for Evidence on the IPO Mediation Service, November 2012.

31) 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of Internation Arbitration, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/> (최종접속: 2018. 7. 31.)

32) SIAC 홈페이지 <http://www.siac.org.sg/> (최종접속: 2018. 7. 31.)

이용되었다.

싱가포르의 중재제도가 잘 도착된 배경에는 중재 친화적인 법원이 있다. 싱가포르 법원은 청렴하고 국제적으로 중립적이며, 효율적으로 재판을 진행한다고 알려져 있다. 법에 규정된 최소한의 사유를 제외하고는 중재절차에 관여하는 것을 최소화하여 중재판정의 종국성을 유지하려 노력하고 있으면서도 중재에 대한 지원은 최대한으로 하도록 되어 있다. 싱가포르 법원은 중재절차의 개시, 중재절차의 진행, 중재판정의 승인과 집행 등 법원의 관여가 필요한 사안에서도 신속하게 결정을 내리도록 하고 있으며, 중재합의를 가능한 한 유효한 것으로 해석하고 있다. 싱가포르 법원은 중재판정을 집행함에 있어 판결의 집행과 유사하게 단순한 법원의 허가만으로 가능하게 하여 매우 신속하게 중재판정이 집행되도록 하고 있고, 중재판정 집행 거부사유에 해당하는 공서위반에 대해서도 중재판정에 기한 강제집행을 거부하지 않는 등 그 범위를 제한하고 있다.

(6) 일본

1) 지적재산중재센터

일본 지적재산중재센터는 1998년 3월, 일본변호사연합회와 일본변리사회가 공동으로 설립한 지식재산의 분쟁처리 등을 하는 재판외 분쟁해결을 시행하는 기관이다. 일본 지적재산중재센터는 중재 뿐만 아니라 상담, 조정도 수행하고 있다. 2000년에 도메인네임 분쟁을 신규업무로 추가하였고, 2004년에는 지식재산의 침해여부 판단과 무효 사유가 있는지 여부를 판단하는 “센터판정”업무를 추가하였다. 이후 2006년 기술 표준을 실시하기 위해 필수특허인지 여부를 판단하는 “센터필수판정”업무를 개시하였다.[33)]

조정의 내용으로는 지식재산권의 침해여부, 권리침해가 성립하는 경우의 손해액 산정, 지식재산권에 대한 부정경쟁행위, 지식재산권에 대한 계약위반, 채무불이행 등에 대한 판단을 한다. 특허 등의 유·무효에 대한 입증이 곤란한 경우에도

33) 국가지식재산위원회, 앞의 글(각주9), 29-30면.

조정은 양당사자가 교섭으로 분쟁을 해결할 수 있기 때문에 조정의 대상이 될 수 있다고 하고 있다. 중재는 분쟁당사자 사이에 중재합의가 있을 것이 필수적 전제사항이고, 중재합의를 거치지 않고 분쟁의 해결을 시도하는 절차인 조정과 차이가 있다. 중재합의가 성립하여 지적재산중재센터에 중재신청이 되면 분쟁의 해결은 변호사·변리사가 적어도 각1명 참여하여 구성된 3명의 중재인의 판단에 맡겨진다. 양당사자의 희망이 있으면 각 당사자가 중재인을 1명씩 선임하고, 나머지 1명을 지적재산중재센터가 선임하는 것으로 하고 있다.[34)]

2) ADR촉진법

일본은 그 동안 ADR이 가장 성공적으로 운영되고 있는 국가의 하나로 평가되고 있으나, 지난 2007년 4월에 ADR촉진법을 제정하여 다시 한번 ADR이 재판과 함께 분쟁해결수단 중 하나가 될 수 있도록 기반을 만들었다.[35)]

ADR촉진법 제3조 제1항에서는 “재판외분쟁해결절차는 법에 의한 분쟁의 해결을 위한 절차로서, 분쟁의 당사자의 자주적인 분쟁해결의 노력을 존중하면서 공정하고도 적저하게 실시하고, 또한 전문적인 지식을 반영하여 분쟁의 실정에 즉응하여 신속한 해결을 꾀하지 않으면 안된다.”고 하고 있다. 제3조는 재판외분쟁해결절차의 기본이념 및 관계자의 제휴협력에 대하여 규정하고 있다.

일본 ADR촉진법에서는 민간분쟁해결절차의 업무와 관련하여 적정성을 확보하기 위하여 필요한 요건을 설정하여 그 업무가 민간분쟁해결에 적합한지 여부를 국가가 확인하고, 그 확인받은 업무를 ADR촉진법이 정한 조치 및 특례의 대상으로 인증하는 제도를 두고 있다. ‘인증’이란 재판외분쟁해결절차의 업무를 행하는 자의 신청에 기하여 당해 업무가 그 적정성을 확보하기 위하여 필요한 법정기준 및 요건을 충족하는지 여부에 대하여 법무장관이 심사하고, 당해 업무를 인정하는 경우에 행하는 법무장관의 판단을 말한다. 인증을 받을 수 있는 사업자의 주체에 관하여는 일본ADR촉진법상 특별한 제한이 없다. 그러므로 인증의 기준

34) 국가지식재산위원회, 앞의 글(각주9), 30-34면.
35) 최건호, “일본의 ADR제도”, 「민사소송」 제10권 제1호, 2006, 288면.

및 요건을 충족하는 한, 법인 내지 권리능력없는 사단이나 재단 외에 개인사업자도 인증을 받을 수 있다. 사업자의 다양성을 전제로 하여 광범위한 인증을 받을 수 있게 하는 태도가 재판외분쟁해결절차의 이용촉진에 이바지한다는 취지이다.[36)]

분쟁의 범위와 관련하여, 일본ADR촉진법 제6조 제1호는 "전문적 지식을 활용하여 화해의 중개를 행사는 분쟁의 범위를 정하고 있는 경우"를 인증의 기준으로 들고 있다. 즉, 어떤 유형의 분쟁을 취급하는가를 정하여야 인증을 신청할 수 있다. 분쟁의 종류에 따라 화해의 중개를 적정하고도 실효적으로 행하기 위하여 필요한 절차의 내용, 인적·물적체제가 다르고, 어떤 분야의 분쟁을 취급하는가는 이용자에게도 중요한 정보가 되므로, 일본 ADR촉진법 제6조 제1호는 취급하는 분쟁의 범위를 미리 정하도록 요구하고 있다.

이러한 법제도와 기반에도 불구하고 국제중재 이용은 미흡하다는 평가를 받고 있고, 이를 활성화하기 위한 방안을 모색하고 있다.

(7) 중국

최근 중국의 중재산업은 양적·질적인 측면에서 많은 발전이 있다. 중국의 중재제도는 사회주의 계획경제 하에서부터 시작되었는데, 초기의 중재는 중국 정부주도 하에 이루어 진 것이다. 중재기구는 행정부문 주도로 설치되었고, 중재인은 중국 정부의 관련자로서 임명되었으며 중재 당사자들은 중재지, 중재기구, 중재인을 선택할 수 없어 당사자 자치가 이루어지지 않았다. 1994년 전국인민대표회의에서 근대화된 중재법을 통과시켜 중재기구를 중앙정부로부터 분리함으로써 중재기구의 독립성과 공정성이 보장받게 되었다(중국 중재법 제8조).

중국은 2010년 "중화인민공화국 인민조정법"을 제정하여 조정을 비롯한 재판외 분쟁해결제도에 관심을 보이고 있다. 최근 민사분쟁이 크게 증가하여 인민법원의 부담을 줄이기 위해 재판외 분쟁해결제도를 정비하고 있다. 중국에서는 지

36) 김상수, 앞의 글(각주3), 28-29면.

식재산권 분쟁의 경우에는 사법절차에 따른 해결, 행정절차에 따른 해결 그리고 중재에 의한 해결 3가지 방법이 있다. 특허, 상표, 저작권, 컴퓨터프로그램 등과 관련된 분쟁에 대해 소송 뿐만 아니라 행정기관을 통한 해결을 고려할 수 있으며 중재에 의해서도 해결이 가능하다.[37]

현재 중국정부는 기본적으로 중국의 중재산업을 직접적으로 지원하고 있지 않지만 중재산업의 육성을 위하여 지방정부차원에서 간접적으로 지원하고 있다.[38]

Ⅲ. ADR의 지식재산분쟁해결 적용

1. 중재적격 문제

(1) 검토의 필요성

지식재산권의 분쟁에 있어서 지식재산계약분쟁, 지식재산침해분쟁, 지식재산유효성 분쟁으로 나누어 검토할 필요가 있다. 이 중 지식재산계약분쟁에 있어서는 대체적으로 중재적격을 인정하고 있지만, 침해분쟁 및 유효성 분쟁에 대해서는 논란의 여지가 있다. 또한, 국가 행정기관에서 권리를 등록받아야 하는 산업재산권과 창작과 동시에 권리가 발생하는 저작권에 대해서 중재적격이 달라질 수 있기 때문에 논의의 필요가 존재한다.[39]

(2) 중재법의 효력범위

우리나라의 중재제도의 근간이 되는 법은 1999년에 제정된 중재법이며, 이 법은 1966년에 제정된 중재법을 전면 개정한 것으로, UN국제거래법위원회에서

---

37) 국가지식재산위원회, 앞의 글(각주9), 38면.
38) 사법정책연구원, “중재활성화를 위한 법원의 역할”, 2017,
39) 이헌희, “최근 지식재산권 중재에 대한 논의”, 한국지식재산연구원 지식재산동향, 2011.8.19. 2면. <https://www.kiip.re.kr/board/report/view.do?bd_gb=data&bd_cd=4&bd_item=0&po_item_gb=5&po_item_cd=&po_no=12010> (최종방문일: 2018.7.22.)

1985년에 채택한 '국제상사중재에 관한 모델법'을 전면적으로 수용하고 국내 중재와 국제 중재를 통합하여 규율하는 방식을 취한 것이다.[40] 1999년 중재법 개정 전까지는 당사자가 처분할 수 없는 법률관계에 대해서는 중재합의의 효력을 부인하였으며[41], 그 결과 중재가능성을 엄격하게 해석하였다. 그러나 1999년 개정중재법에서는 이 부분을 삭제하면서 중재의 대상이 되는 사법 상의 법률관계가 계약상의 분쟁에 한정되지 않음을 명시함으로서 중재의 대상을 확대하였다[42]. 우리나라 중재법은 "사법 상의 분쟁"은 무엇이든 중재적격이 있다는 입장에서 비교적 넓게 중재적격성을 인정하고 있게 되는 것이다.[43]

(3) 지식재산의 ADR 적용가능성 - 중재가능성

지식재산권과 관련한 분쟁은 권리의 양도계약이나 이용허락계약의 분쟁처럼 계약의 내용에 대한 분쟁과, 지식재산권 침해나 유효성과 같이 권리에 직접 관련되어 제기되는 분쟁으로 구분하여 볼 수 있다. 지식재산 관련 분쟁이 중재절차에 의해 해결되는 것은 분쟁 당사자 사이에 분쟁해결에 대한 중재합의가 있는 경우에 한정된다 할 수 있다. 이러한 중재합의는 사전에 당사자 사이에 체결된 계약 중에 분쟁해결조항으로 포함되는 경우와 분쟁이 발생한 후에 당사자 사이에 중재에 회부하기로 하는 합의가 있는 경우로 나누어 볼 수 있다.[44]

이와 관련하여 어떤 분쟁에 대해 중재계약을 체결하고 어떤 분쟁이 중재계약에 의해 해결 가능한 것인가의 문제로 '중재가능성'의 문제로 볼 수 있을 것이다.

---

40) 이헌희, 앞의 글(각주39). 3면. <https://www.kiip.re.kr/board/report/view.do?bd_gb=data&bd_cd=4&bd_item=0&po_item_gb=5&po_item_cd=&po_no=12010> (최종방문일: 2018.7.22.)

41) 1966년 제정된 중재법 제2조 제1항 "중재계약은 사법상의 법률관계에 관하여 당사자간에 발생하고 있거나 장래에 발생할 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 합의(이하 중재계약)함으로써 효력이 생긴다. 다만, 당사자가 처분할 수 없는 법률관계에 관하여는 그러하지 아니하다."라고 규정.

42) 1999년 개정된 중재법 제3조(정의) 제2호 "중재합의란 계약상의 중밴인지 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자간의 합의를 말한다."라고 규정.

43) 국가지식재산위원회, 앞의 글(각주9), 76면.

44) 박성호, 앞의 글(각주18), 125-126면.

이 중재가능성의 문제는 장래의 다툼에 관한 분쟁에 대하여 중재계약을 허용할 것인가 하는 중재계약의 허용성 문제와 중재의 대상이 되는 분쟁의 성격이 중재에 의해 해결하는 것이 허용되는가하는 대상이 되는 분쟁의 중재가능성 두 가지로 나누어 볼 수 있을 것이다.[45)]

중재의 대상과 관련하여, 현재 중재법 제1조는 "이 법은 중재에 의하여 사법상의 분쟁을 적정·공평·신속하게 해결함을 목적으로 한다"라고 하고 있고, 제2조 제2항은 "이 법은 중재절차를 인정하지 아니하거나 이 법의 중재절차와는 다른 절차에 의하여 중재에 회부할 수 있도록 정한 법률과 대한민국에서 발효 중인 조약에 대하여는 영향을 미치지 아니한다"라고 하고 있다. 그리고 제3조 제2호에서는 ""중재합의"라 함은 계약상의 분쟁인지의 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자 간의 합의를 말한다"라고 규정하고 있다. 조문에 따르면 당사자의 처분가능성을 명시적으로 요구하지 않고, 사법상의 법률관계에 관한 분쟁만이 중재가능성이 있음을 나타내고 있음을 알 수 있다. 제2조 제2항에서는 일정한 경우 중재법이 영향을 미치지 않는다고 하고 있어서 현행 중재법이 중재가능성에 대한 해석에서 논의의 여지가 있음을 알 수 있다.[46)]

저작권은 특허나 상표와 달리 어느 국가 또는 국제적 등록과는 관계없이 존속하게 되는 권리이므로 당사자들이 자유롭게 처분할 수 있는 권리라고 할 수 있다. 그렇기 때문에 일반적으로 저작권과 같은 사적 권리와 관련한 분쟁에서 중재로 해결할 수 있다는 것에는 의문이 제기되지 않는다.[47)] 또 권리의 발생에 등록을 전제로 하는 특허권 등의 경우에도 그 권리의 라이선스계약과 같이 당사자 간의 신뢰관계로 설정되는 계약은 그 분쟁에서 중재절차가 효과적이라 할 수 있다. 그렇기 때문에 특허권과 상표권 등과 같이 권리의 발생에 등록이 요구되는 산업

45) 松浦馨/青山善充 編, 『現代仲裁法の論点』 有斐閣, 1998, 376-377면.
46) 석광현, 『국제상사중재법연구』, 박영사, 2007, 28-29면.
47) Alan Redfern/Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4th ed., Sweet&Maxwell, 2004, p.139.

재산권에 대한 문제라 하여도 권리의 양도계약이나 이용허락계약의 해석을 둘러싼 분쟁은 중재가능성이 인정될 수 있을 것이다. 그리고 특허권이나 상표권 등의 침해에 대한 문제에서는 일종의 불법행위 책임의 문제이므로 중재의 대상이 될 수 있다고 할 수 있다. 다만, 권리의 유효성에 대한 분쟁 사건에서는 우선 판단해야할 유효성여부에 대해서는 중재의 가능성에 대하여는 논의의 여지가 있다.[48]

(4) 국가별 적용의 차이

미국, 스위스 등은 지식재산권 분쟁에 있어서 중재 적격성과 관련한 제한을 최소화하려는 것으로 알려져있다. 중재 적격과 관련하여 국가별 차이는 있다. 프랑스, 네덜란드, 일본 등은 분쟁의 대상에 대하여 당사자가 화해할 권리 또는 자유로운 처분권을 가지는 경우에 한하여 중재 대상적격을 인정한다고 한다. 독일, 스위스, 뉴질랜드 등은 사인 간의 경제적 이해관계에 관한 분쟁이면 일반적으로 중재의 대상이 될 수 있다는 것을 전제로 법률상의 중재의 대상이 될 수 없음을 규정한 명문규정이 있는 경우에 한하여 중재의 대상적격을 부정한다고 한다.[49] 특히 한중일 3국을 비교해보면 다음과 같다. 일본은 특허 및 상표유효성은 중재의 대상이 아니라 특허청관할로 하고 있고, 저작권과 특허/상표 침해분쟁은 중재의 대상으로 보고 있다. 중국은 지식재산권 유효성 분쟁에서 중재적격을 인정하지 않는다고 한다. 우리는 지식재산권 권리 유무효성 판단은 행정 처리로 권리등록이 진행되기 때문에 중재 적격에서 문제가 되는 것인데, 지식재산권 이용관련 계약 상 문제, 권리침해로 인한 손해배상청구 등은 중재로 가능할 수 있을 것이다.[50]

---

48) 박성호, 앞의 글(각주18), 129면.
49) 이헌희, 앞의 글(각주39). 2면. <https://www.kiip.re.kr/board/report/view.do?bd_gb=data&bd_cd=4&bd_item=0&po_item_gb=5&po_item_cd=&po_no=12010> (최종방문일: 2018.7.22.)
50) 김성룡, “지식재산중재 적합성 평가와 활성화 방안”, 2013 저작권 중재조정 세미나 자료집, 2013, 91면.

2. 분쟁당사자 측면에서의 ADR 활용의 문제

(1) 문제점

1) ADR제도에 대한 인식 부족

국가지식재산위원회에서는 지식재산ADR제도에 대한 수요자 인식조사를 2013년에 실시하였다. 그 결과를 보면 지금까지 소송 이외의 분쟁해결수단에 대한 인식이 부족하다는 것을 알 수 있다. 무조건 소송으로 해결해야한다고 인식하고 있는 사회적 분위기도 해결해야할 문제이지만, 설문결과에서 전체 응답자의 39%가 제도에 대한 인식 및 홍보의 부족을 가장 큰 문제점으로 지적하였다. 분쟁해결수단으로서 ADR에 대한 인식도 부족하지만 실제 지식재산ADR을 이용해 본 경험자들의 경우도 13명 중 47%인 6명이 인식과 홍보의 부족을 지적하였다. 그리고 실제 이용해본 경험자들의 40%에 가까운 인원이 현행 지식재산ADR제도에 불만족하고 있음으로 나타났다.[51)]

2) 조정불성립의 경우 제소

조정이 성립하지 않으면 소송으로 해결할 수 밖에 없게 되어 ADR인 조정의 절차가 무의미해지고 시간과 비용은 소송으로 문제를 해결할 때보다 오히려 더 소요되는 문제가 생긴다. 이러한 이유로 조정보다는 확정판결과 동일한 효력을 갖는 중재가 강점이 있다고 볼 수 있다.

3. ADR의 활용 대안

설문조사에 의하면 지식재산권 분야에서 중재제도가 도입된다면 가장 많은 혜택을 받을 것으로 예상되는 대상으로는 중소기업(68.3%), 대기업(17.5%), 개인

51) 국가지식재산위원회, 앞의 글(각주9), 83면.

(11.1%), 공공연구소 등 공공단체(3.1%)의 순으로 조사되어 중소기업이 가장 많은 경제적 이익을 얻을 것으로 나타났다.[52] 이는 중소기업에게는 현실적으로 소송이나 심판 등에 의한 분쟁해결의 방법이 대기업보다는 불리하게 작용한다는 것을 반증한다고도 볼 수 있다. 이러한 장점이 있기 때문에 지식재산분야에서의 ADR에 대해서 좀 더 적극적으로 검토해볼 필요가 있을 것이다.

(1) 법원부속형 ADR

재판과 ADR이 지금처럼 각자 상호 무관한 형태로 진행된다는 것보다는 앞으로 재판과 ADR의 연계를 통한 해결방법에 관심을 가져야 할 것이다. 즉 재판으로 처리하여야 할 것은 재판으로 처리하고, 그러지 아니한 것은 법원이 ADR로 사건의 처리를 회부하는 방법을 고려하여야 할 것이다. 이 경우에 법원은 과감하게 분쟁을 ADR로 해결할 수 있도록 돌릴 필요가 있다. 현재 법원에서 ADR로 사건을 회부한다고 하면 민사조정과 가사조정 등 판사가 관여하는 일종의 법원부속 조정만 인정되고 있다. 나아가 법원은 행정형 ADR기관으로 해당 사건을 회부할 수 있도록 하는 방법을 도입하는 것이다.

이는 법원이 자신에게 부속된 분쟁을 ADR로 회부하는 제도를 말하는 것이다. 법원부속중재(Court-Annexed Arbitration)라 불리으며, ADR 선진국인 미국에서 각광받는 제도라 한다. 법원부속ADR은 조정전치주의와 유사한 것으로 소송절차 진행 이전에 법원이 계속 중인 사건에 대해 중재절차를 거치도록 하는 것(법원에 의해 중재절차로 회부하는 것)을 말한다. 여기에서 중재는 통상의 중재와 달리 중재에 대한 참가가 강제적인 점, 중재판정에 대한 구속력 측면에서 법원에 상소할 수 있다는 점에서 중요한 차이가 있다. 이 때 법원에 대한 상소에서 당해 중재절차보다 일정 비율(10~20%)의 유리한 금액의 승소판결을 받지 못하면 제재가 부과된다. 따라서 당사자로서는 중재의 결과보다 더 유리한 내용의 판결을 받을 가능성이 적다면 그대로 중재판정을 수락하게 된다는 것이다. 법원부속ADR은 1952년 펜실베니아주에서 처음 등장하여 현재 각 주에서 이용되고 있

52) 특허청, 앞의 글(각주15), 166면.

다.[53]

소송절차에서 ADR로 구체적 회부방법이 문제이다. 먼저 해당 ADR기관에서 다루는 특정 분쟁이 제소된 경우, 법원은 이에 대하여 명확히 권리가 존재하는 것이 아닌 한, 즉 용이하게 법을 적용하여 권리의무의 존부를 판단함으로써 사건을 해결할 수 있는 경우가 아닌 한 사건을 ADR기관으로 회부하도록 하는 것이다. 그 다음 법원은 회부시에 소송절차의 중지기간, 반대로 말하면 ADR기관에서 처리기한을 명확히 하는 것이 필요하다. 그 기한까지 ADR기관에서 당해 분쟁에 대한 처리절차가 완료되지 않으면 중지된 소송절차를 속행한다는 것이다. 이것은 분쟁의 해결을 간접적으로 촉구하는 것이 된다. 결국 현재의 민사조정에 준하여 그 조정을 법관이 관여하지 않는 ADR기관이 수행한다는 내용이 된다. 이러한 사항은 통일된 기준으로 단일법에서 규정해야 할 것이다.[54]

(2) 분쟁해결을 위한 기관간 연계

ADR 관련 기관 간 상호 연계가 이루어져야 할 필요가 있다. 법원을 종합병원이라 보면 ADR은 각각 서로 다른 분야의 전문의의 집합으로 볼 수 있기 때문에 상호 연계하여 복합적인 사회분쟁을 해결할 수 있도록 할 수 있을 것이다. 이를 위해서 상호연계를 책임질 수 있는 기관이 필요할 것이다. 연계를 담당하는 기관에서는 절차를 운영하는 담당자를 위한 연수프로그램의 개발과 실시, 사례를 이용한 연구와 의견교환, 새로운 ADR절차의 개발, 외부에 대한 ADR정보의 제공 등을 할 수 있게 하는 것이다. 연계기관이 역할을 하게 되면 각 ADR기관의 부담을 줄이는데 도움이 될 수 있을 것이다. 또한 ADR기관 간 구체적인 연계로 전문성을 가진 각 기관 사이에 연결하는 방법을 추진할 수 있을 것이다. ADR은 특정한 분쟁이나 절차상 종류가 특화되어 있는 경우도 많은데, 분쟁은 다수의 전문성에 걸쳐있는 경우도 많으므로, 그러한 전문성이 다른 ADR기관과의 사이에서 상호 간 협력을 하는 것을 통해 효과를 기대할 수 있을 것이다.[55]

---

53) 김상수, 앞의 글(각주3), 12-13면.
54) 김상수, 앞의 글(각주3), 14면.

(3) 지식재산중재를 위한 법규 검토

미국은 특허법에 중재제도에 관한 명문의 규정을 두어 특허중재를 미국중재협회(AAA)에서 실시하고 있다. 그리고 각 특허계약에서 중재로 분쟁을 해결할 것을 합의한 경우에는 표준특허중재조항을 삽입하도록 권고하고 있다. 우리나라도 이와 같이 지식재산권 분쟁의 중재를 적용할 수 있는 직접적 규정을 두는 것을 검토할 필요도 있을 것이다. 이는 중재적격 및 적합성에 대한 시비를 줄이고 중재에 의한 분쟁해결의 활성화 및 제도의 안정화를 위에서도 도움이 될 것이라고 보인다. 중재의 대상이 되는 지식재산권에 대한 분쟁의 범위로는 지식재산권 또는 산업재산권에 기인하여 발생하는 지식재산권의 유효성이나 지식재산권 침해에 대한 일체의 분쟁을 중재에 의해 해결할 수 있다는 합의를 계약서에 당사자가 규정할 수 있다고 허락함으로써 지식재산권 분쟁 전반에 대한 중재적합성을 인정하는 방법을 생각해볼 수 있을 것이다. 그리고 계약당시 당사자 사이에 이러한 중재조항을 규정하지 않아도 지식재산권에 대한 분쟁이 발생하였을 때 사후에 당사자의 합의에 의해 분쟁을 중재에 의해 해결할 수 있다는 내용과 일단 행해진 중재계약은 취소가 불가능하며 강행성을 갖는다고 명시하는 방법이 있을 것이다.[56]

그 외에 다른 특정의 지식재산권의 유효성이나 침해에 대하여 분쟁이 발생하였을 경우, 당사자 중 일방이 이를 법원에 제소할 수 있고 이로 인하여 지식재산권은 중재절차 중 무효결정을 받을 수 있도록 법원에 제소할 수 있는 방법[57]도 함께 둔다면 지식재산분쟁의 적격성 문제를 보완할 수 있을 것이다.

(4) ADR기관의 일원화

저작권분야에 대해서는 한국저작권위원회에서 조정을 하고 있고, 산업재산권분야에 대해서는 산업재산권분쟁조정위원회에서 역할을 하는 것으로 있다. 그리

55) 김상수, 앞의 글(각주3), 18면.
56) 특허청, 앞의 글(각주15), 109-110면.
57) 특허청, 앞의 글(각주15), 2009, 111면.

고 상사와 관련하여 대한상사중재원에서도 지식재산분야와 관련한 중재와 조정 업무를 하고 있다. 산업재산권분쟁조정위원회에서의 ADR 사건 처리가 미비하여 이에 대한 검토연구도 있었고, 대한상사중재원에서의 연간 사건 처리 통계에서도 지식재산분야에서의 사건은 적고 그나마 엔터테인먼트 분쟁과 관련하여 연애기획사에서 중재를 인지하고 사건을 의뢰하여 처리건수가 증가한 부분이 있다고 한다. 한국저작권위원회에서는 조정을 꾸준히 처리하고 있으나, 아직 대외적으로 인식은 부족하다고 보인다.

ADR이라는 분쟁해결방법을 활성화해야한다고 얘기하지만 단순한 홍보 외에 실제 제도적으로 도움을 받기 위해서 분쟁당사자가 어느 쪽으로 가서 분쟁해결을 맡겨야할지 혼란을 주지 않도록 수행기관을 일원화하는 방안도 검토해볼 필요가 있다고 생각한다. 이와 관련하여 2009년 특허청의 연구에서도 사무국을 산업재산권분쟁조정위원회와 별도의 기관을 두는 방안, 산업재산권분쟁조정위원회 조직을 활용하는 방안, 대한변리사회나 지식재산보호협회 등 외부기관에 두는 방안, 특허청 특허심판원 내에 두는 방안, 대한상사중재원에 위원회 등으로 신설하는 방안, 새로운 조직을 구성하는 방안으로 검토하기도 하였다.[58] 각각의 방법마다 장단점이 있고, 현재 운영체계를 어떻게 변화시켜야 할지에 대한 문제가 앞서기 때문에 단순히 어느 방안이 낫다고 할 수는 없을 것이지만, 논의에 그치지 않고 구체적인 검토와 실행이 필요하다고 생각한다. 현재 중재진흥법의 실행에 따라 법무부에서 국제중재실무를 할 수 있는 심리시설을 갖추어 확대하여서 최대 규모를 갖고 있는 영국의 중재심리시설인 Maxwell Chambers 보다는 작지만 홍콩의 중재심리시설 보다는 큰 규모를 갖추어 2018년 4월에 Seoul IDRC로 개소하여 운영되고 있다. 현재 운영의 주체는 법무부 산하의 대한상사중재원에서 하고 있다. 심리시설이라는 외형적 기반을 갖추고 있기 때문에 제도적 보완을 하여 대한상사중재원에 별도 위원회로 그 역할을 할 수 있도록 하는 것도 하나의 방법이 될 수 있지않을까 생각한다.

58) 특허청, 앞의 글(각주15), 155-166면.

Ⅳ. 결론

“중재산업 진흥에 관한 법률”이 2016년 12월에 제정되어 2017년 6월 28일자로 시행되었다. 그리고 법무부에서는 중재산업활성화를 위하여 중재심리시설을 확대하여 Seoul IDRC를 개소하여 시설의 기반을 갖추어 노력하고 있다. 앞서 논의를 한 것은 중재산업활성화를 위해 각 분야에서 대체적분쟁해결방식을 통해 분쟁을 해결하고 소송에 들어가는 비용과 시간을 줄일 수 있도록 하자고 얘기하는 것에서 출발하였다. 단편적으로 중재사건의 산업분야별 비중을 보면 건설분야에서의 중재가 가장 크다. 건설계약상 분쟁이 사건도 많겠지만, 이미 이 분야에서는 분쟁해결의 방법으로 중재를 통한 해결을 하는 것을 잘 알고 있기 때문일 것이다. 중재산업활성화를 위해 홍보와 교육을 확대하는 등의 노력을 하고 있지만, 아직 지식재산분야에서의 중재사건 비율을 극히 미미하다. 일률적으로 똑같이 산업분야의 하나로만 분류하여 활성화해야한다고만 주장하기보다는 단적으로 건설분야와 지식재산분야를 비교해 볼 때 이들의 분쟁의 양상은 다르다는 것을 인지하고 지식재산분야에서 분쟁해결을 중재나 조정을 통해할 수 있는 기반을 만들어줘야한다고 생각하여 이 논의를 시작한 것이다.

그래서 각국의 중재법과 시설의 내용과 함께 지식재산의 중재적격성을 살펴보고 ADR이라는 제도의 정착을 위한 방안에 대한 내용을 살펴보았다.

ADR의 해결방식으로는 중재와 조정 두가지를 크게 얘기할 수 있다. 제3자가 분쟁당사자 사이에 개입한다는 방식은 유사하지만 조정이냐 중재냐를 고려한다고 하면 조정보다는 중재가 낫지 않을까 생각한다. 조정이 성립하지 않으면 소송으로 해결할 수 밖에 없게 되어 ADR인 조정의 절차가 무의미해지고 시간과 비용은 소송으로 문제를 해결할 때보다 오히려 더 소요되는 문제가 생기기 때문이다. 이러한 이유로 조정보다는 확정판결과 동일한 효력을 갖는 중재가 강점이 있다고 볼 수 있다. 그래서 ADR이라는 포괄적인 개념에서 제도활성화를 논의하였지만 지식재산제도의 분쟁에서의 중재적격성을 검토한 것이다.

지식재산권과 관련한 분쟁은 권리의 양도계약이나 이용허락계약의 분쟁처럼

계약의 내용에 대한 분쟁과, 지식재산권 침해나 유효성과 같이 권리에 직접 관련되어 제기되는 분쟁으로 구분하여 볼 수 있다. 지식재산 관련 분쟁이 중재절차에 의해 해결되는 것은 분쟁 당사자 사이에 분쟁해결에 대한 중재합의가 있는 경우에 한정된다 할 수 있다. 이러한 중재합의는 사전에 당사자 사이에 체결된 계약 중에 분쟁해결조항으로 포함되는 경우와 분쟁이 발생한 후에 당사자 사이에 중재에 회부하기로 하는 합의가 있는 경우로 나누어 볼 수 있다.

그리고 저작권과 산업재산권의 권리의 특성도 고려해야 할 부분이 있다. 저작권은 특허나 상표와 달리 어느 국가 또는 국제적 등록과는 관계없이 존속하게 되는 권리이므로 당사자들이 자유롭게 처분할 수 있는 권리라고 할 수 있다. 그렇기 때문에 일반적으로 저작권과 같은 사적 권리와 관련한 분쟁에서 중재로 해결할 수 있다는 것에는 의문이 제기되지 않는다. 또 권리의 발생에 등록을 전제로 하는 특허권 등의 경우에도 그 권리의 라이선스계약과 같이 당사자 간의 신뢰관계로 설정되는 계약은 그 분쟁에서 중재절차가 효과적이라 할 수 있다. 그렇기 때문에 특허권과 상표권 등과 같이 권리의 발생에 등록이 요구되는 산업재산권에 대한 문제라 하여도 권리의 양도계약이나 이용허락계약의 해석을 둘러싼 분쟁은 중재가능성이 인정될 수 있을 것이다.

미국 특허법에서 규정한 것처럼 우리도 명확하게 명문의 규정을 둔다면 이러한 점에서의 고민을 줄일 수 있을 것이고, ADR이라는 제도도 적극적으로 이용하도록 얘기할 수 있을 것이다. 제도의 홍보 및 교육확대도 방법이 되겠지만, 기관별로 중재 혹은 조정으로 나뉘어진 역할을 일원화하여 분쟁당사자가 어디에 분쟁해결을 맡겨야할지에 대한 고민을 덜어주는 것이 우선 필요하다고 생각한다.

【참고문헌】

석광현, 『국제상사중재법연구』, 박영사, 2007.

대한상사중재원, 『중재를 통한 분쟁해결 실무』, 2009.
국가지식재산위원회, "지식재산 대체적 문쟁해결제도(ADR)활성화 방안 연구", 2013.
특허청, "지식재산권 중재제도 도입 및 실시방안에 관한 연구", 2009.
사법정책연구원, "중재활성화를 위한 법원의 역할", 2017.

김상수, "ADR법 운영현황과 발전전망", 「우리나라 ADR법제의 운영현황과 발전방향」, 국회입법조사처 법제사법팀 세미나 자료집, 2012.
김성룡, "지식재산중재 적합성 평가와 활성화 방안", 2013 저작권 중재조정 세미나 자료집, 2013.
박성호, "문화산업 관련 분쟁과 중재-지적재산권 및 엔터테인먼트 관련 분쟁의 해결을 중심으로-", 「인권과 정의」 vol.389, 2009.
손경한, "과학기술분쟁의 ADR에 의한 해결", 과학기술법, 진원사, 2010.
이헌희, "최근 지식재산권 중재에 대한 논의", 한국지식재산연구원 지식재산동향, 2011.
최건호, "일본의 ADR제도", 「민사소송」 제10권 제1호, 2006.
한종규, "국제중재산업의 국가 지원에 관한 연구-홍콩과 중국의 사례를 비교하여-, 「선진상사법률연구」 통권제75호, 2016.

松浦馨/青山善充 編, 『現代仲裁法の論点』 有斐閣, 1998.

WIPO중재조정센터, "21세기를 위한 분쟁 해결", WIPO, 4면. <http://www.arbiter.wipo.int> (최종방문:2018. 7. 25.)

IPO홈페이지 <http://www.ipo.gov.uk/> (최종방문일:2018.7.24.)

2018 International Arbitration Survey: The Evolution of Internation Arbitration, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/> (최종방문일: 2018. 7. 31.)

SIAC 홈페이지 <http://www.siac.org.sg/> (최종방문일: 2018. 7. 31.)

“중재진흥법 시행...”복합중재센터 설치가 핵심“”, 조선비즈, 2017.6.23.자 <http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2017/06/22/2017062201606.html>(최종방문일:2018.7.27.).

기업결합 사건상 특허권의 문제와 특허권 남용의 경쟁법적 규율의 어려움 및 그 해결책으로서의 동의의결 적용의 활성화에 관한 연구

- Microsoft/노키아의 기업결합 제한규정 위반행위에 대한 건 관련 동의의결에 관한 건에 대한 분석을 중심으로 -

주 문 석* · 주 진 석**

〈 국문초록 〉

지식재산권법과 공정거래법 적용의 조화와 균형에 대해서는 많은 논의가 존재한다. 특히 표준필수특허(SEP)와 FRAND 원칙 등의 이슈는 가장 풍부한 논의가 있어왔던 주제라고 할 수 있다. 날이 갈수록 두 법의 적절한 집행의 중요성이 증대되고 있는 상황에서, 2015년 마이크로소프트 및 노키아의 기업결합 사건에 동의의결이 적용된 사례가 나와 세간의 관심을 끈 바 있다. 이 사건은 우리나라에 동의의결 제도가 도입된 후 동의의결이 기업결합 사건에 적용된 첫 번째 사례라는 점에서 큰 의의가 있지만, 동시에 동의의결이 특허권 남용과 관련된 사건에 처음으로 적용된 사례라는 점에서도 의미가 있다. 본 논문은 이 사건에 대한 분석과 함께, 특허권 남용에 대한 경쟁법적 규율의 어려움으로 관련 시장 획정의 어려움과 친경쟁적 효과 및 반경쟁적 효과의 혼재를 들고, 이러한 어려움을 해결하는 방안으로서 동의의결 제도를 적극적으로 활용하는 방안을 제시하고 있다. 또한 특허권 남용과 관련된 경쟁법적 이슈 중 시장지배적지위 남용행위나 부당한 공동행위 등과는 달리 상대적으로 논의가 부족했던 기업결합에 대해서도 분석을 진행한다. 이러한 분석을 통해 특허권 남용의 요소와 기업결합 심사의 요소가 결합될 경우의 여러 가지 고려할 점에 대해서 살펴본다.

본 논문은 특허권 남용의 경쟁법적 규율의 어려움을 해결하는 방안으로 동의의결 제도의 적극적 활용을 들고 있으나, 동의의결 적용의 활성화가 모든 문제

* 고려대학교 경영대학 경영학과
** 서울대학교 법학전문대학원

를 해결할 수 있는 만능키가 될 것이라고 주장하지는 않는다. 아직 동의의결 제도가 우리나라에 도입된 지 오래되지 않았고, 동의의결 제도 자체의 여러 가지 문제점에 대한 지적들이 존재한다. 하지만 이러한 동의의결 제도의 활용이 특허권 남용의 경쟁법적 규율의 어려움을 해결하는 데 조금이나마 기여할 수 있는 부분은 충분히 있을 것이라고 판단된다. 본 논문은 앞으로 많은 논의를 통해 동의의결 제도를 개선하고 활성화하고자 하는 노력이 있다면, 이러한 노력이 특허권 남용의 경쟁법적 규율의 어려움을 해결하는 데에도 도움이 될 수 있을 것이라는 생각에 착안하여 집필되었다.

주제어 : 동의의결, 기업결합, 특허권 남용, 표준필수특허(SEP), 관련 시장 획정

〈 목 차 〉

Ⅰ. 서 설
Ⅱ. 특허와 기업결합
Ⅲ. 특허권 남용 사건의 경쟁법적 규율의 어려움
Ⅳ. Ⅲ.의 해결을 위한 동의의결 적용의 필요성과 한계
Ⅴ. 마이크로소프트-노키아 기업결합 관련 동의의결에 대한 건에 대한 분석
Ⅵ. 결 어

Ⅰ. 서 설

1. 공정거래법과 지식재산권법, 그리고 마이크로소프트-노키아 기업결합 사건

지식재산권법과 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”이라 한다)의 적절한 집행에 대해서는 두 분야 모두에서 전통적으로 활발한 논의가 진행되어왔고, 그만큼 중요한 주제라고 할 수 있다. 그 중에서도 특허권의 남용에 관한 공정거래법의 적용에 대한 논의가 주로 있어왔다.[1] 특히 표준필수특허(SEP)

와 그와 관련된 FRAND 원칙 등의 주제는 가장 전통적인 주제라고 할 수 있다. 또한 최근 공정거래위원회가 퀄컴사(社)의 특허권 남용행위 등 시장지배적지위 남용행위를 1조 300억원의 과징금 부과를 통해 규제한 사건이 발생하는 등, 날이 갈수록 논의의 중요성이 증대되고 있는 상황이다.

그런데, 기존의 연구들을 살펴보면 대부분의 공정거래법과 특허권 남용의 문제에 관한 연구들이 특허권 보유자의 시장지배적지위 남용행위나 공동행위 등의 쟁점에 대해 소개하고 분석하는 것에 집중하고 있다. 시장지배적지위 남용행위와 관련하여 특허괴물(Patent Troll)이나 특허관리전문회사(NPE) 등의 이슈가 있어왔고, 공동행위와 관련하여서는 주로 특허풀(Patent Pool)이나 상호실시허락(Cross Licensing) 등의 이슈가 주된 분석의 대상이었다고 할 수 있다. 이에 반해 공정거래법상 기업결합과 관련한 특허권 남용 이슈에 대한 연구는 상대적으로 많지 않은 측면이 존재한다고 할 수 있는데, 본 논문에서는 이러한 기업결합과 관련된 논의를 일부 진행할 것이다.

실제로 기업결합과 관련하여 특허권 남용의 문제가 이슈가 된 대표적인 사건으로 최근에 있었던 기업결합 심결례인 「마이크로소프트 코포레이션 및 노키아 코포레이션의 기업결합 제한규정 위반행위에 대한 건 관련 마이크로소프트의 동의의결에 대한 건」의 사례[2]를 들 수 있다.

공정거래위원회는 이 사건 기업결합의 경쟁제한성을 판단함에 있어서 수직결합으로 인한 잠재적인 봉쇄효과 우려, 사업제휴계약으로 인한 잠재적 협조효과 우려에 대한 고려를 하고 있으며, 마이크로소프트가 신청한 동의의결을 통해 어떠한 자발적, 적극적 시정조치로 이러한 경쟁제한성을 해소할 것인가에 대한 고민을 하고 있다. 본 논문에서는 이러한 사건에 대한 분석을 중심으로 특허권 남

1) 16. 3. 23.에 개정된 공정거래위원회 예규 제247호, 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」은 "법 제59조의 규정에 따른 지식재산권의 정당한 행사라 함은 관련 법률에 따라 허여 받은 지식재산권의 배타적 사용권 범위 내에서 행사하는 것을 말하며, 이러한 경우에는 법 제59조의 규정에 따라 이 법의 적용이 배제된다. 그러나 외형상 지식재산권의 정당한 행사로 보이더라도 그 실질이 지식재산 제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우에는 정당한 지식재산권의 행사로 볼 수 없어 이 법 적용 대상이 될 수 있다."고 명시하고 있다.

2) 공정거래위원회 의결 제2015-316호.

용과 관련된 기업결합심사에 관한 간략한 분석을 진행한 뒤, 공정거래법상 각종 특허권 남용 행위의 규제의 어려움에 대해서 살펴보고, 이를 해결하기 위한 방안을 찾기 위해 고심하고 제언하고자 한다.

2. 표준 혹은 사실상의 표준 보유자의 특허권 남용 방지를 위한 동의의결 적용의 활성화 필요성

상기에서 소개한 마이크로소프트와 노키아의 기업결합 관련 동의의결에 대한 건은 우리나라에 동의의결 제도가 도입된 이후 최초로 기업결합 사건에 동의의결이 적용된 사례라는 점에서도 큰 의미가 있다. 2011년 12월 2일 한·미 자유무역협정의 이행 입법으로 동의의결제도를 포함한 공정거래법 개정안이 통과된 이후, 우리나라에서 동의의결이 적용된 사건은 『네이버(주)의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건 관련 동의의결에 대한 건』[3], 『(주)다음커뮤니케이션의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건 관련 동의의결에 대한 건』[4] 등이 있으며, 앞으로 갈수록 동의의결이 적용된 사건이 늘어날 것으로 보인다.

동의의결은 다양한 사건에 적용될 수 있지만, 본 연구자들은 동의의결 제도가 특히 공정거래법상 특허권 남용의 문제에 대한 규제에 있어서의 어려움을 극복하는 데 도움이 될 수 있을 것이라는 생각에 착안하였고, 이러한 생각에 기반하여 본 논문을 작성하게 되었다. 특히 본 논문은 표준특허나 사실상의 표준특허를 보유한 사업자들의 특허권 남용 행위에 대한 규제에 있어서 발생할 수 있는 각종 어려움에 대해서 고찰해보았다. 이하 II.에서는 표준특허와 사실상의 표준특허의 개념에 대해서 정리하고, 그와 관련하여 발생할 수 있는 기업결합심사에서의 이슈 등에 관하여 간단하게 고찰해 볼 것이다. III.에서는 특허권 남용 사건의 경쟁법적 규율에 있어서 발생할 수 있는 어려움을 살펴보고 IV.에서는 그에 대한 해결책으로서 동의의결 제도 적용의 활성화를 제언할 것이다. 마지막으로 V.에서는

3) 공정거래위원회 의결 제2014-103호.
4) 공정거래위원회 의결 제2014-104호.

본 논문의 핵심적인 사건인 「마이크로소프트-노키아 기업결합에 대한 건 관련 동의의결에 관한 건」 사건에 대해 소개하고 분석한 후에 본 논문을 마무리하고자 한다.

Ⅱ. 특허와 기업결합

1. 표준필수특허(SEP)와 사실상의 표준특허(De Facto SEP)

(1) 표준필수특허와 FRAND 원칙

본격적인 논의에 들어가기에 앞서, 먼저 표준필수특허와 그와 관련된 중요한 개념인 FRAND 원칙에 대해서 살펴볼 필요가 있다. 시장에서 여러 기술들이 경쟁을 하고 있는 경우, 네트워크 효과(Network Effect)[5]가 큰 시장에서는 여러 기술들이 공존할 수 없고 하나의 특정 기술이 시장 표준기술로 등장하게 된다. 예를 들어 비디오 플레이어의 경우 Beta 방식과 VHS 방식이 시장에서 경쟁을 하였고, 시장의 선택으로 VHS 방식이 사실상의 기술표준(De Facto Market Standard)이 되었다. 기술들이 시장에서 치열한 경쟁을 하여 특정 기술이 표준기술로 정해지는 경우, 시장의 선택으로 기술 표준이 정해진다는 장점이 존재하기는 하나, 동시에 여러 가지 단점 또한 존재한다. 먼저 어떤 기술이 최종적으로 시장의 선택을 받을 것인지에 대한 불확실성으로 인해 소비자들과 기업들이 구매와 투자를 미룰 수 있다. 또한 상호 경쟁하는 기술 간에 호환성이 지원되지 않는 경우, 규모의 경제 또는 네트워크 효과를 충분히 달성할 수 없게 되는 문제

5) 네트워크 효과란 네트워크 규모가 커질수록 네트워크 가치가 증가하는 것을 말한다. 예를 들어 전화, 팩스, 전자우편 등은 나 혼자 가지고 있다면 아무 소용이 없다. 이들 시장에서는 가입자가 많아질수록 더 많은 통신이 가능해지기 때문에 소비자에게 더욱 큰 혜택을 줄 수 있다. 또한 대규모의 네트워크는 다양하고 저렴한 보완재 개발을 가져와 가입자에게 혜택을 줄 수 있다. 이러한 현상들을 경제학 이론은 네트워크 효과로 인한 규모의 경제, 범위의 경제의 결과로 설명한다. 홍동표 外 3인, 『네트워크 효과가 시장구조에 미치는 영향과 경쟁정책』, 정보통신정책연구원, 2002, 35면 참조.

점[6]도 있다.

이러한 이유에서 정부나 표준화기구(Standard-Setting Organization : SSO)에 의해 주도적으로 표준필수특허(Standard Essential Patents : SEP)가 정립되기도 한다. 표준필수특허란 표준화기구가 채택한 기술 표준을 구현함에 있어서 필수적으로 사용되는 특허로서 표준화 당시의 기술관행이나 일반적으로 이용될 수 있는 기술 상태를 고려한다면, 그 특허기술을 침해하지 않고서는 표준에 부합되는 시설이나 방법을 제작, 판매, 처분, 수리 또는 사용이 (상업적인 이유가 아니라) 기술적인 이유에 의하여 불가능한 특허[7]를 말한다. 그런데 특허 제도가 기술 공개를 이유로 독점권을 특허권자에게 일정 기간 부여함으로써 산업의 발전을 도모하고자 할 경우, 기술의 표준화는 기술 공유를 통한 효율성 확보 및 경쟁을 통한 발전을 도모한다는 점에서 양자는 잠재적인 갈등을 내포하고 있다.[8] 특히 경제적 파급효과와 기존 기술의 시장지배력이 큰 정보통신산업 등의 산업에서는 양자 간의 갈등이 더욱 강하게 나타날 수도 있다.

이에 대한 해결방안으로 표준특허에 따르는 FRAND(Fair, Reasonable and Non-Discriminatory) 선언이 있다. FRAND 원칙은 라이선싱 과정에서 표준화기구가 표준화 과정에 참여한 회원들에게 요구하는 의무를 의미하는데, 구체적으로 표준화기구 회원이 표준으로 발생하는 독점적인 권리 행사를 그들의 라이선스 계약에 남용하는 것을 방지하기 위한 것으로 표준특허권자로 하여금 특허 실시자와 공정하고 합리적이며 비차별적인 조건으로 라이선스 계약을 맺으라고 요구하는 것을 의미한다. 이러한 FRAND 원칙에 대한 논의는 매우 다양하고 풍부하게 존재하고 있으며, 본 논문의 주요 논의 대상은 아니므로 이 정도로 소개하고 다음 논의로 넘어가고자 한다.

---

6) 윤창호/ 장지상/ 김종민 편(編), 『한국의 경쟁정책』, 형설출판사, 2011, 297면 참조.
7) 한국정보통신기술협회, 『ICT 표준화 활동 가이드』, 2009, 7면: 최동배/ 이승주, “표준특허 및 FRAND 규약과 관련한 법적 쟁점에 관한 연구 - 기술 발전 도모 측면을 중심으로”, 「충남법학연구」 제24권 2호, 충남대학교 법학연구소, 2013. 1면에서 재인용.
8) 최동배/ 이승주, 앞의 글, 2면 참조.

(2) 사실상의 표준특허

표준화기구 등에 의해 채택된 공적 표준특허와는 다르게, 사실상의 표준특허(De Facto SEP)는 산업내의 유사한 표준들 사이의 경쟁과정을 통해 특정한 표준이 우위를 얻게 됨으로써 산업 내에서 일반적으로 사용되는 지위를 얻게 된 특허를 의미한다. 특히 네트워크 효과에 의해 영향을 받는 시장은 네트워크 효과의 도출을 위한 이용자 간의 협조관계를 달성하기 위한 표준들을 요구하는 것이 일반적이고, 네트워크 효과가 강할수록 단일 표준에 대한 더 강한 압력을 받게 된다. 예를 들어 통신 산업의 경우 대표적인 네트워크 산업으로서, 통신 하드웨어 및 제어 소프트웨어, 프로토콜, 미들웨어 등에 대한 표준화가 강하게 요구된다. 통신 산업 내의 표준화를 통해서 각 네트워크 간의 상호연결성을 높이고 상호접속을 원활하게 보장할 수 있기 때문에 때로는 규제기관이나 표준화기구에 의해 특정 표준 기술이 강제되기도 하지만, 때로는 네트워크 효과에 의해 특정 제어 기술이 산업내의 표준으로서의 위치를 차지하게 되는 경우도 있는 것이다.

공적인 표준특허와는 달리 사실상의 표준은 이해관계를 가진 당해 산업의 사업자들이나 규제기관과 같은 공적 기구에 의해 의도적으로 만들어진 것이 아니라, 유사 표준들 사이에서 경쟁을 통해 자연적으로 발생되는 것이기 때문에 의도적인 표준 채택과 관련된 표준 책정과정상의 경쟁제한성의 문제는 그리 크지 않다. 다만, 경쟁과정에서 사업자들이 의도적으로 네트워크 효과를 야기하여 자신의 표준을 사실상의 표준으로 만들기 위해 수평적, 수직적으로 경쟁제한적인 거래방법을 사용하는 경우가 있고, 이러한 행위는 경쟁법상 위법성이 인정될 수 있다.

어떠한 방식이건 표준화에 성공하여 이러한 표준을 업계에서 일반적으로 사용하게 되면, 이러한 표준의 사용을 통해 상호운용성[9]이 확보될 수 있을 것이므로, 이러한 상호운용성의 확보를 위한 수단으로 기술표준의 제정은 매우 유용한 수

9) 상호운용성(Interoperability)이란 A라는 기기가 다른 기기와 대화할 수 있는 능력을 말한다. 예를 들어 말하자면, PC가 프린터와 서로 대화하고, 이를 통하여 PC 상의 명령을 통하여 프린터가 작동될 수 있도록 하는 능력을 의미하는 것이다. 최승재, 『특허권 남용의 경쟁법적 규율』, 세창출판사, 2010, 125면 참조.

단이 될 수 있다. 이러한 상호운용성의 확보를 통한 소비자후생의 증대는 한편으로 추가적인 혁신의 촉진과 경쟁 촉진이라는 면에서도 긍정적인 효과가 있다.[10] 기술표준화를 통하여 표준이 형성되면 추가적인 혁신을 염두에 두는 기술개발자들은 연구 및 개발을 위하여 낭비하게 되는 시간과 시장진입에 실패할 위험을 줄일 수 있게 된다.

하지만 표준화기구에 의한 표준이든, 사실상의 표준이든 간에 시장에서의 경쟁에 부정적인 영향을 미칠 가능성도 존재한다. 구축된 사실상 표준은 일단 형성되면 네트워크 효과가 크게 나타나는 IT 산업을 중심으로 한 신경제 산업의 경우 상호운용성 및 상호호환성의 존재가 사실상 표준에 대한 의존성을 절대적으로 만들어 경쟁당국의 개입 없이는 시장경쟁이 봉쇄될 수 있다.[11] 유럽 집행위원회도 이러한 점에 포착하여 Microsoft[12], Rambus[13], Qualcomm[14] 등의 회사들을 조사하고 시정조치를 한 바 있다.

지금까지 논의의 시작점이 될 표준필수특허와 사실상의 표준특허에 대해서 간략히 알아보았다. 이러한 주제에 대한 논의는 이미 상당히 풍부하게 존재하고 있으며, 본 논문의 주요 분석 대상은 아니므로 이들 주제들에 대한 소개는 이 정도로 하고, 이하에서는 이러한 (사실상)표준특허와 관련하여 기업결합심사 시 발생할 수 있는 이슈에 대해서 살펴보고자 한다.

---

10) 예를 들어, Microsoft도 윈도우즈 API(Application Programming Interface)를 일반에 공개하여 자신과 상호운용성이 확보되는 소위 자신의 소프트웨어 생태계(Ecosystem)을 구축하여 이 생태계를 통하여 윈도우즈가 사실상 표준이 될 수 있도록 하였다. 이러한 마이크로소프트의 공개 API 정책에 의하여 많은 프로그래머들은 단지 이미 제공 받은 API를 활용함으로써 기반이 되는 기술에 대한 별도의 추가적인 노력을 하지 않고도 쉽게 새로운 응용을 할 수 있게 되었다. 최승재, 앞의 책, 239면의 각주 276 인용.

11) 최승재, 앞의 책, 239면 참조.

12) Case T-201/04. Microsoft v. European Commision, [2005] ECR Ⅱ-1491. IP/07/1567, "Antitrust: Commission ensures compliance with 2004 decision against Microsoft," 22 Oct. 2007.:최승재, 앞의 책, 239면의 각주 278에서 인용.

13) Rambus는 유럽에서 Dynamic Random Access Memory(DRAM)에 대한 로열티가 불합리한 것이라는 이유로 유럽공동체조약 제82조를 위반하였다는 점이 문제가 되었다. Memo/07/330. "Commission confirms sending statement of Objections to Rambus" Brussels, 23 Aug. 2007.: 최승재, 앞의 책, 239면의 각주 279에서 인용.

14) Memo/07/389, "Commission initiates formal Proceedings against Qualcomm," 1 Oct. 2007.: 최승재, 앞의 책, 239면의 각주 280에서 인용.

2. 기업결합과 특허권 남용

본 절에서는 기업결합심사에 대해 전반적으로 소개함과 동시에, 기업결합에서 특허권 남용의 발생 우려가 있는 경우의 경쟁제한적 효과에 대해서 고찰해보고자 한다. 기업결합의 대표적인 유형으로는 수평형, 수직형, 혼합형 기업결합이 있는데, 공정거래위원회는 일반적으로 혼합형 기업결합에 있어서는 경쟁제한적 효과가 크지는 않은 것으로 판단하고 있으며, 혼합형 기업결합의 경쟁제한성이 논의가 된 사건이 하이트와 진로의 기업결합 사건[15] 정도로 많지 않다. 이러한 이유로 본고에서는 혼합형 기업결합에 대한 자세한 설명은 생략하고, 수평형·수직형 기업결합에 대해서 설명하고자 한다.

(1) 수평형 기업결합

수평형 기업결합(Horizontal Merger)이란 같은 관련 시장 내의 경쟁사업자 사이의 기업결합으로, 일반적으로 동일한 상품 혹은 지역 시장에서 동일하거나 유사한 대체재를 생산하는 기업들 사이의 결합이며 수평적 기업결합이라고 부르기도 한다.[16] 수평형 기업결합은 동일한 시장 내에 존재하는 두 기업 사이의 결합이기 때문에, 수직형 기업결합이나 혼합형 기업결합과는 달리 결합 이후에 관련 시장에서 그 이전보다 기업의 수가 하나 줄게 되고, 결합 기업은 더욱 강한 시장지배력을 보유하게 되는 등 시장의 구조 내지 경쟁 체제에 중대한 변화를 초래하게 된다.

공정거래위원회의 「기업결합심사기준」[17]은 수평형 기업결합에 있어서 일정한 거래분야 내의 HHI[18] 및 HHI의 변화 정도가 어느 기준에 해당하는 경우에

15) 공정거래위원회 의결 제2006-009호, “하이트맥주(주)의 기업결합 제한규정 위반행위에 대한 건” 참조.
16) 곽상현, “수평결합에 대한 경쟁제한성 판단기준”, 「저스티스」 통권 제116호, 2010, 161면 참조.
17) 공정거래위원회 고시 제2015-3호.
18) HHI(허핀달-허쉬만 지수)는 일정한 거래분야에서 각 경쟁사업자의 시장점유율의 제곱의 합을 말한다.

는 경쟁을 실질적으로 제한하지 않는 것으로 추정[19]한다. 따라서 이러한 기준에 해당하지 않는 경우에는 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로 추정하고 면밀한 경쟁제한성의 검토가 있게 된다. 수평형 기업결합의 일반적인 경쟁제한성 요건으로는 단독효과(Unilateral Effect), 협조효과(Coordinated Effect), 구매력 증대에 따른 효과 등이 있다. 단독효과는 결합회사가 결합 이후 시장지배력을 남용하여 가격을 인상하는 등 다른 경쟁자와는 무관하게 일방적으로 경쟁제한적인 행위를 할 수 있는데, 이러한 일방적인 행위 변화로 인한 경쟁적인 효과를 일컫는 말이다. 이러한 단독효과는 다양한 환경에서 발생할 수 있고, 그 효과에 대한 분석을 위하여 경제학적으로 많은 논의가 있어왔다. 그 중에서도 UPP 지수(Upward Pricing Pressure Index)나 GUPPI(Gross Upward Pricing Pressure Index)[20] 등을 활용한 분석, 기업결합 시뮬레이션 모형(Merger Simulation Model) 분석[21]이나 총전환율(Aggregate Diversion Ratio) 분석[22] 등이 널리 이용되고 있다. 그러나 본 논문의 초점은 이러한 경제학적 분석 기법이 아니라 기업결합심사에 있어서의 특허권 남용의 가능성을 살펴보는 것에 있으므로, 첫 번째로 특허권 남용과 관련된 단독효과의 가능성에 대해서 고찰해보고자 한다.

단독효과의 핵심은 결합으로 인하여 시장지배력이 증대된 결합당사회사가 일방적으로 가격인상 등의 행위를 할 것인가의 여부라고 할 수 있다. 특허권 남용과 관련하여 단독효과가 일어날 수 있는 상황을 생각해보면, 표준특허나 사실상

---

19) 「기업결합심사기준」 Ⅵ. 1. 가. (1)에서는 다음과 같은 경우 경쟁을 실질적으로 제한하지 않는 것으로 추정하고 있다.
(1) 수평형 기업결합으로서 다음의 어느 하나에 해당하는 경우(다만 당사회사의 시장점유율 등이 법 제7조 제4항의 요건에 해당하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다)
(가) HHI가 1,200에 미달하는 경우
(나) HHI가 1,200 이상이고 2,500 미만이면서 HHI 증가분이 250 미만인 경우
(다) HHI가 2,500 이상이고 HHI 증가분이 150 미만인 경우

20) UPP 지수 분석법이나 GUPPI 분석법에 관하여 자세한 내용은 김태은, “기업결합심사에서 가격상승압력 지표의 활용”, 고려대학교 대학원 경제학과 석사학위 논문, 2014를 참조할 것.

21) 기업결합 시뮬레이션 모형에 관한 자세한 내용은 박병형/ 서순옥/ 오민홍, “기업결합 시뮬레이션 모형 검토”, 공정거래위원회 용역보고서, 2007을 참조할 것.

22) 총전환율 분석에 관하여 자세한 내용은 김현종, “시장획정에 대한 논의와 합리적 분석방법 연구 - 컨버전스를 고려한 대안 모색”, 한국경제연구원, 2010, 45면-52면을 참조할 것.

의 표준특허를 보유하고 있는 경쟁사업자 간에 수평형 기업결합이 발생하는 경우를 들 수 있다. 이 경우 결합 이전에는 경쟁사업자인 서로의 존재로 인해 실시료 협상에 있어서 협상력이 어느 정도 제한되었으나, 결합으로 인해 시장지배력이 증대됨은 물론 결합당사회사의 다른 사업자들에 대한 협상력이 매우 강화되어 과도한 로열티를 요구하는 등의 행위가 발생할 우려가 커질 수 있다. 이러한 표준보유자 간의 결합은 시장지배적지위 남용행위의 한 유형인 공정거래법 제3조의2 제1항 제1호 '가격남용행위'가 발생할 가능성을 높일 수 있다. 또한 일반적인 산업의 수평형 기업결합 심사에서 단독효과가 주로 가격의 인상 가능성에 초점을 맞추는 것과는 달리, 특허권 남용의 가능성이 있는 수평형 기업결합의 심사의 경우에는 결합당사회사가 단독으로 가격 인상은 물론 다른 시장지배적지위 남용행위에 해당할 수 있는 행위, 예컨대 일방적 실시거절행위, 홀드업 행위, 특허권자의 특허권 소멸 이후의 로열티 수령행위 등을 행할 가능성도 존재한다. 하지만 시장지배적지위 남용행위 등과의 차이점은, 기업결합심사가 사후적(ex-post) 규제가 아니라 사전적(ex-ante) 규제라는 점이다. 즉 기업결합을 한다고 해서 반드시 그러한 위법적인 행위가 발생할 것이라는 확실한 보장은 없다. 그러나 기업결합심사의 특성상 그러한 행위가 발생할 수 있는 우려가 존재한다면 그러한 우려를 해소하기 위해 적절한 조치를 취해야만 한다. 이러한 일반적인 산업에서보다 더욱 다양한 단독효과의 행위의 발생 가능성에 대해서 경쟁 당국이 면밀히 검토하고, 사전에 그러한 행위의 발생을 예방하기 위한 적절한 시정조치를 취할 필요가 있다. 그러나 추후 살펴보겠지만, 전통적인 시정조치, 이를 테면 기업결합심사의 구조적, 행태적 시정조치 등은 재량적인 한계가 있으며, 이로 인해 적절하게 경쟁제한의 우려를 해소할 수 있을 만큼의 시정조치를 행하는 것에는 한계가 있다고 볼 수 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 본 논문은 추후 동의의결 제도의 적용을 활성화할 것을 제언할 것이다.

또한 수평형 기업결합과 관련하여 협조효과의 우려도 고려해야 한다. 협조효과란 수평결합으로 인해 관련 시장에서의 경쟁자의 수가 감소하게 되어 경쟁사업자 간의 가격, 수량, 거래조건 등에 대한 협조적인 행위가 발생할 가능성이 증가

하는 효과[23]를 말한다. 이러한 협조효과에 관련하여서는 기존의 특허권과 관련된 경쟁법적 이슈인 특허풀이나 상호실시허락 등의 규제 법리를 활용하여 심사하는 것이 타당해 보인다. 다만 이 경우에도 기업결합심사는 사전적인 규제이므로 사전적으로 부당한 공동행위의 발생가능성을 차단하는 것으로 족하고, 지나친 규제는 피하는 것이 좋을 것으로 보인다.

앞에서 살펴본 단독효과와 협조효과와는 다르게, 구매자의 구매력 증대에 따른 효과는 특허기술의 수요자 측면에서 살펴볼 필요가 있다. 만약 어떠한 (사실상) 표준특허의 실시를 받고자 하는 기업들 간의 기업결합이 발생하여 그 관련 시장 내에서의 시장지배력이 증대되면, 표준특허의 보유자에 대한 특허 실시 협상에 있어서 협상력이 증대되어 좀 더 유리한 조건으로 특허를 실시 받을 수 있게 될 것이다. 일반적으로 표준특허 보유자의 협상력이 우위에 있는 것을 감안하면, 이러한 효과는 긍정적으로 볼 수 있을 것이다. 하지만 관련 시장 내에 특허를 실시받고자 하는 기업의 수가 극히 적을 경우, 이들 기업의 수요독점력(Monopsony Power)이 증대될 것이고 이는 오히려 특허 보유자에게 불리한 효과를 야기할 수도 있다. 이러한 효과들에 대해 경쟁 당국이 면밀히 검토하고 상황에 맞는 적절한 심사를 진행할 필요가 있어 보인다.

(2) 수직형 기업결합

수직형 기업결합(Vertical Merger)이란 원재료의 생산에서 상품(용역을 포함한다)의 생산 및 판매에 이르는 생산과 유통과정에 있어서 인접하는 단계에 있는 회사간의 결합[24]을 말한다. 다시 말해서 수직형 기업결합은 동종의 산업이나 업종에 속하지만 원재료 공급관계와 같이 거래단계를 달리하는 기업 간의 결합[25]을 말한다. 또한 수직형 기업결합은 상품을 구매할 고객관계에 있는 회사[26]를 취득하는 후방취득과 원재료를 공급하는 회사[27]를 취득하는 전방취득의 2가지 기

23) 곽상현/ 이봉의, 『기업결합규제법』, 법문사, 2012, 138면 참조.
24) 공정거래위원회, 「기업결합심사기준」 Ⅱ. 참조.
25) 곽상현/ 이봉의, 앞의 책, 147면 참조.
26) 기업결합심사기준에서는 '구매선'이라는 용어를 사용한다.

본적인 형태로 이루어진다.

수직형 기업결합의 경쟁제한성 심사에 있어서 중점이 되는 효과는 '봉쇄효과'라고 할 수 있다. 그러나 이러한 봉쇄효과에 대해서는 여러 논란이 진행되고 있으며, 수직결합이 경쟁촉진적인 효과와 경쟁제한적인 효과를 모두 가져올 수 있다는 점이 지적되고 있다. 특히 수직결합의 특징으로 가장 먼저 짚고 넘어가야 할 쟁점이 바로 효율성인데, 수직결합이 비용을 절감하고 품질을 향상하며 가격을 인하하는 것과 같은 다양한 이점을 가져올 수 있다는 점에 대해서는 별다른 논란이 없는 상황[28]이다. 수직결합의 효율성에 관하여 대표적으로 제시되는 효과로는 ① 품질 개선 효과[29], ② 무임승차의 제거 효과[30], ③ 이중 마진(비용의 이중적인 인상) 제거 효과[31] 등이 있다. 이러한 효율성 효과는 특허 관련 기업결합 사건에서도 충분히 발생할 수 있다. 먼저 수직형 기업결합으로 특허권을 보유한 기업과 특허를 실시받고 있던 기업이 하나의 기업이 되면, 이중 마진의 제거 효과가 뚜렷하게 나타날 수 있을 것이다. 수직형 기업결합 이전에는 특허권자가 실시료 수입 극대화를 위한 실시료를 책정하였을 것이고, 그러한 실시료 부담을 떠안는 특허 실시권자가 그 부담을 소비자에게 전가하는 상황이 나타나 소비자의 부담이 증대되는 현상이 발생하고 있었을 가능성이 높다. 그러나 수직형 기업결합이 발생하여 이러한 두 사업자가 하나가 된다면, 이러한 이중의 마진 극대화 현상이 사라지게 되고, 이는 당연히 소비자가 부담하는 제품의 가격 인하로 이어져 소비자 후생이 증대될 가능성이 있다. 또한 이러한 효과 외에도 수직형 기업

---

27) 기업결합심사기준에서는 '판매선'이라는 용어를 사용한다.

28) 곽상현/ 이봉의, 앞의 책, 148면 참조.

29) 원재료 공급자와 구매자 사이의 수직결합은 제품의 디자인이나 품질을 개선할 수 있게 만들 수 있다. 이는 수직적으로 통합된 구매자가 공급자에 대하여 품질개선에 대한 정보나 의견을 보다 신속·정확하게 전달할 수 있을 뿐만 아니라, 상호간 신뢰를 높일 수 있기 때문이다. 곽상현/ 이봉의, 앞의 책, 149면 참조.

30) 수직결합의 동기로 가장 널리 거론되는 것이 무임승차 제거 효과이다. 자세한 내용은 윤창호/ 장지상/ 김종민 편, 앞의 책, 176면을 참조할 것.

31) 이중 마진화, 또는 이중한계화(Double Marginalization)란 제조업자와 유통업자가 모두 독점적일 경우에, 각각의 단계에서 독점이윤 극대화를 위해 가격을 높인다면 결합 이윤은 극대 수준보다 작아지는 현상을 가리킨다. 자세한 내용은 윤창호/ 장지상/ 김종민 편, 앞의 책, 175면을 참조할 것.

결합으로 인해 상호간의 협조와 신뢰관계가 형성되어 공동의 R&D 투자 활성화 등으로 무임승차 문제가 해결될 수도 있고, 궁극적으로 이는 제품과 서비스의 품질 개선으로 이어질 수 있을 것이다. 즉 특허와 관련된 수직형 기업결합 사건에서는 효율성 효과를 엄밀하게 고려할 필요가 있는 것이다.

그러나 수직형 기업결합의 경쟁제한적 효과도 상당히 존재할 수 있다. 공정거래위원회의 기업결합심사기준은 시장의 봉쇄효과와 협조효과 등을 종합적으로 고려하여 수직형 기업결합의 효과를 심사하도록 규정하고 있다. 먼저 봉쇄효과와 관련하여, 봉쇄효과에 대한 여러 논란이 있기는 하나 현재 주요 경쟁당국을 비롯한 많은 학자들은 수직형 기업결합의 분석에 있어서 봉쇄이론이 여전히 중요한 요소라고 생각하고 있다.[32] 기업결합심사기준 Ⅵ. 3. 가.에서는 수직형 기업결합을 통하여 당사회사가 경쟁관계에 있는 사업자의 구매선 또는 판매선을 봉쇄하거나 다른 사업자의 진입을 봉쇄할 수 있는 경우 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로 규정하고 있다. 특허 사건과 관련하여 생각해 볼 때, 예를 들어 특허권을 보유하고 있으나 최종 소비자에게 제품은 공급하고 있지 않던 사업자가 있을 경우, 이러한 사업자가 제품을 생산하는 하방 사업자와 수직형 기업결합을 하게 되면, 이러한 결합당사회사는 하방 사업자와 경쟁하고 있던 경쟁사업자들에게 특허 실시료를 일방적으로 인상하거나 차별적으로 책정하는 행위를 할 가능성이 있다. 또한 실시료 외에도 특허권을 이용하여 경쟁사업자를 해하고 잠재적으로 시장진입 또한 저지할 가능성이 있다. 이러한 경우는 특허권자가 하방 기업을 결합한 경우에 대한 설명이지만, 그 이외에 여러 가지 수직형 기업결합의 상황에서도 얼마든지 다양한 봉쇄효과가 발생할 가능성이 있다. 특히 특허권자가 사실상의 표준특허를 보유하고 있는 사업자일 경우 이러한 폐해는 더욱 크게 나타날 수 있으므로, 면밀한 심사가 필요할 것이다.

수직형 기업결합의 협조효과는 근본적으로 수평형 기업결합의 협조효과와 비슷한 맥락에서 판단할 수 있을 것이다. 덧붙여 말하면, 상기에서 상호 신뢰관계 강화로 인한 수직형 기업결합의 효율성 증대효과에 대해서 설명하였는데, 이러한

32) 곽상현/ 이봉의, 앞의 책, 174면 참조.

상호 신뢰관계의 강화는 거꾸로 보면 잠재적인 공동행위의 가능성이 높아지는 등 협조효과의 발생의 우려가 커질 수도 있다는 것을 의미한다.

지금까지 설명하였듯이, 수평형 기업결합이든 수직형 기업결합이든 간에 특허와 관련된 기업결합 사건이 발생할 경우 면밀한 심사가 필요하다. 특히 특허권 관련 사건 특유의 요소가 기업결합이라는 사건과 결합되어 나타날 경우, 경쟁당국의 심사의 어려움은 가중될 수 있다. 다른 형태의 행위와 달리 기업결합심사는 사전적 규제임을 강조한다면, 경쟁제한적인 효과를 예측함에 있어서 피심인측이 느끼기에 지나치게 그 효과가 과장되어 예측되었다고 느낄 여지도 있다. 또한 아직 발생하지 않은 효과를 예단하여 규제하는 것도 논란의 여지가 발생할 수 있으며, 효율성 증대 효과도 특허 관련 기업결합 사건에서는 더욱 크게 나타날 수도 있다는 점에서 경쟁당국의 심사의 어려움이 크다고 하겠다. 이러한 어려움 하에서, 특허 관련 기업결합 사건에서 발생할 것으로 예상되는 효율성 증대 효과는 유지하면서 동시에 예측되는 경쟁제한적 효과만을 시정하는 방안을 실행할 수 있게 해준다는 측면에서 동의의결의 적용을 활성화[33] 하는 것이 도움이 될 수 있다. 또한 정확한 시장획정이 특히 요구되는데다가 특허 관련 요소가 첨가될 경우 더욱 시장획정의 어려움이 발생[34]할 수 있는 기업결합 심사에 있어서, 정확한 시장획정의 문제를 우회할 수 있는 동의의결의 장점을 활용하는 것이 좋을 것으로 보인다.

33) 이와 같은 사건 등에서의 동의의결의 적용의 편익에 대해서는 추후 설명할 것이다. 여기에서는 간략하게 언급하는 정도로 한다.
34) 특허와 관련된 사건에서의 시장획정의 어려움에 대해서는 추후 설명할 것이다.

Ⅲ. 특허권 남용 사건의 경쟁법적 규율의 어려움

1. 관련 시장 획정의 문제

(1) 관련 상품 및 지리적 시장 획정

관련 상품 시장과 관련 지리적 시장을 획정하는 방법은 「기업결합심사기준」, 「시장지배적지위 남용행위 심사기준」 등의 "일정한 거래분야 판단기준"을 적용하여 판단하는 것이다. 이 때 일정한 거래분야를 판단하는 구체적인 방법은 일명 SSNIP(Small but Significant and Non-Transitory) Test라고 불리는 방법을 적용하는 것이다. 가상적 독점사업자가 존재할 경우 그 가상적 독점사업자가 "작지만 의미 있고 일시적이지 않은" 가격인상을 실행하였을 때 이윤을 유지할 수 있는지 여부를 판단함으로써 일정한 거래분야를 판단한다. 이 SSNIP Test를 반복적으로 실시함으로써 상품의 범위를 확장시켜나가다가 가상의 독점사업자가 가격인상을 통해서 이윤을 증가시킬 수 있는 최소 범위의 상품군(Smallest Market)으로 일정한 거래분야를 판단[35]하게 되는 것이다.

이러한 일반적인 관련 시장의 획정 방법에 더하여, 공정거래위원회 예규 제247호 "지식재산권의 부당한 행사에 대한 지침(이하 "지식재산권 심사지침"이라고 한다)"은 지식재산권 행사와 관련하여 거래대상에 따른 시장 획정을 할 때는 통상적인 상품·용역이 거래되는 '상품 시장' 이외에도 실시허락계약 등의 형태로 관련 기술이 거래되는 '기술시장'과 새로운 또는 개량된 상품이나 기술·공정을 위한 특정한 연구개발과 관련된 '혁신시장'을 고려할 수 있다고 명시하고 있다. 다음으로 먼저 관련 기술시장의 획정에 관하여 살펴보고자 한다.

---

35) 남재현, "실무자를 위한 시장획정의 기본원리", 「법경제학연구」 제5권 2호, 한국법경제학회, 2008, 227면 참조.

(2) 관련 기술시장 획정의 문제

지식재산권 심사지침 Ⅱ. 3. 가. (2)에서는 지식재산권 관련 기술이 실시허락 등의 형태로 거래되는 기술시장 또한 상품시장과 마찬가지로 관련 시장으로 고려할 수 있다고 되어있다. 관련 기술시장의 획정에 있어서도 일반적인 상품시장 획정과 마찬가지로 SSNIP 기준에 의한 판단을 하면 될 것이다. 그러나 일반적인 상품시장과는 다른 기술시장만의 특수성을 충분히 고려할 필요성이 있다. 가장 먼저 생각할 수 있는 관련 기술시장 획정만의 특수성은 표준특허기술 시장의 획정일 것이다. 표준특허가 정립되어 있는 기술시장의 경우 그 표준특허 외에는 다른 대체가능한 기술이 존재하지 않으므로, SSNIP 기준을 적용할 필요도 없이 이러한 경우에는 그 표준특허기술만으로 관련 기술시장을 획정하면 될 것이다.

문제는 표준특허가 정립되어있지 않은, 여러 특허기술이 경쟁하고 있는 시장의 경우이다. 또한 사실상의 표준특허가 존재하는 시장일지라도 공식적으로 표준화기구에 의해 채택된 표준필수특허가 존재하지 않고 여러 기술들이 경쟁하고 있는 기술시장의 경우에도 비슷한 논리가 적용 가능할 것이다. 여러 특허기술 간의 경쟁이 벌어지고 있는 기술시장의 경우, SSNIP 기준에 의해 시장을 판단할 수 있는 가능성이 있다. 그러나 이 경우에도 SSNIP 기준만으로 판단하는 것은 무리가 있을 수 있다. 실제로 공정거래위원회 심결, 『글락소 그룹 리미티드 및 동아제약(주)의 부당한 공동행위에 대한 건(이른바 “GSK 동아제약 역지불합의 사건”)』 [36]에서는 전문의약품과 관련된 시장 획정에 있어서 일반 상품(용역)과는 달리 구매(수요) 전환을 기초로 하고 있는 SSNIP Test 등을 활용한 시장 획정이 부적절하다고 명시하고 있다.[37]

구체적으로 여러 특허기술이 경쟁하고 있는 상황이더라도, 어느 한 특허권자로부터 특허를 실시 받아 사용하고 있던 사업자들이 그 특허의 실시요율이 5~10% 정도 인상된다고 하여 즉각적으로 그 특허권자와의 특허 실시계약을 파기하고 다른 특허권자와 새로운 실시계약을 체결할 수 있을 것인가에 대한 의문을 가져

36) 공정거래위원회 의결 제2011-300호.
37) 앞의 의결서, 22면 참조.

보면, 이에 대한 대답은 “그렇지 않다”가 될 것이다. 일반적인 상품의 경우와 달리, 특허권의 실시는 양 사업자 사이의 신뢰관계와 지속적인 상호관계가 중요한 문제가 될 수 있다. 또한 기존의 실시 계약을 파기하고 새로운 특허권자와의 계약을 맺는 과정에서 발생할 수 있는 위약금이나 법적 비용, 새로운 특허권자의 탐색 비용과 협상 비용 등 상당한 거래비용(Transaction Cost)이 존재하기 때문에, 단순한 SSNIP 기준에 의한 기술시장의 획정은 잘못된 시장 획정 판단에 이를 오류의 가능성이 높다고 할 수 있다. 이러한 경우에는 단순한 SSNIP 기준의 5~10% 가격인상을 고려하는 것이 아니라, 더 높은 수준의 가격인상, 이를테면 20~30% 이상의 가격인상을 고려하는 것이 타당할 수도 있을 것이다.

또한 실무적으로 관련 시장을 획정함에 있어서 SSNIP Test의 가장 일반적인 현실적 적용방안인 임계매출감소분석(Critical Loss Analysis) 등의 계량적인 분석 기법을 적용함에 있어서도 기술시장 획정에 관하여 애로사항이 있을 것이다. 임계매출감소분석은 임계매출감소율(Critical Loss : CL)을 가격인상률과 추정된 마진율을 통해 구하고, 실제매출감소율(Actual Loss : AL)을 소비자들에 대한 설문조사 서베이나 계량적인 수요함수 추정 등의 기법을 활용하여 구한 다음, 임계매출감소율과 실제매출감소율을 비교하여 관련 시장의 범위를 획정하는 분석 기법이다. 구체적으로 임계매출감소율은 (단 X : 가격인상률, M : 마진율)로 구할 수 있으며, 이렇게 구해진 임계매출감소율을 실제매출감소율과 비교하여 실제매출감소율이 임계매출감소율보다 큰 경우에는 관련 시장의 범위를 확대하고, 반대의 경우에는 관련 시장의 범위를 확대하지 않는 식으로 관련 시장을 획정[38]하게 된다.

이러한 분석 기법을 기술시장 획정에 적용할 경우 발생할 문제점으로는 두 가지를 예상할 수 있다. 첫 번째 문제점은 임계매출감소율(CL)을 산출함에 있어 마진율(M)이 매우 높을 것이라는 점이다. 마진율(M)은 일명 러너지수(Lerner's Index)로도 불리는 가격과 한계비용의 차이와 가격의 비율로 산출한다. 즉 (단,

38) 전성훈, “시장획정 방법론으로서 임계매출감소분석의 발전과 논쟁”, 한국공정거래조정원 법·경제분석그룹(LEG) 지원연구, 2010 참조.

P : 가격, C : 한계비용)으로 나타낼 수 있다. 그런데 특허기술을 실시함에 있어서 특허기술 개발에 소요된 연구개발 비용 등은 매몰비용 내지 고정비용의 성격을 갖고 있기 때문에, 경제학적인 개념인 한계비용에서는 고려되지 않는 비용이다. 즉 이러한 점을 고려하면 마진율이 매우 높게 나타날 것이고, 마진율이 높게 산출될 경우 임계매출감소율(CL)이 매우 낮게 산출되고 이로 인해 실제매출감소율이 임계매출감소율보다 큰 경우가 대부분으로 나타나게 되어 관련 기술시장의 범위를 확대하게 되는 경우가 많이 발생할 것으로 예측된다. 즉 기술시장의 획정에 있어서 높은 마진율의 추정으로 인해 시장의 범위를 보다 넓게 획정하게 될 가능성이 높다는 것이다. 이렇게 될 경우 일반적으로 관련 시장의 범위가 넓어질수록 경쟁 당국의 심사의 용이성이 감소하게 된다는 점을 고려하면, 경쟁제한적인 위법 행위를 한 피심인의 경우에도 실제보다 넓게 획정된 관련 시장으로 인해 적절하게 규제를 할 수 없게 되는 경우가 발생할 수도 있을 것이라는 점에서 큰 문제가 될 수 있다.

두 번째 문제점은 실제매출감소율을 추정함에 있어서 일반적인 소비자들에 대한 서베이나 계량적 수요함수 추정 기법 등의 방법이 모두 용이하지 않다는 점이다. 수많은 소비자들이 존재하는 일반적인 산업과는 다르게, 어느 특허를 실시받고 있는 사업자들의 수는 서베이를 진행하기에 적절할 만큼의 수가 되지 않을 수도 있다. 또한 서베이를 진행한다고 하더라도 설문에 응답한 사업자들이 자사의 이익을 최우선시 하여 의도적으로 자사에 유리한 응답을 할 가능성도 있다는 점이 문제가 될 수 있다. 그러나 그렇다고 해서 계량적으로 수요를 추정한다는 것도 어려운데, 계량적으로 수요를 추정할 수 있을 만큼의 충분한 데이터의 수가 확보되기 힘들다는 점이 첫 번째 이유이고, 설령 데이터를 확보한다고 하더라도 계약의 특성상 상당한 기간 동안 일정한 계약 조건을 유지한다는 점을 고려하면 의미 있는 수요 함수의 도출이 어려울 수 있다는 점이 두 번째 이유이다.

하지만 상기한 바와 같이 SSNIP 기준에 의한 시장획정이 곤란하다고 하더라도, 대안적으로 적용할 만한 구체적인 기준이 존재하지 않는 것으로 보인다. 다시 말해서 SSNIP 기준의 적절한 대안이 없는 상황에서는 적어도 개념적으로나

마 SSNIP 기준을 적용해서 시장을 획정해야만 하는 상황이라는 것이다. 이렇게 되면 어떠한 시장획정 결론을 내리더라도 논란의 여지는 늘 남아있을 것이고, 분쟁의 불씨가 될 수도 있는 것이다.

또한, 어떠한 방식으로든 관련 기술시장을 획정한 경우에도, 기술시장의 특성상 그 관련 시장에서의 적절한 시장점유율의 산정이 어려울 수 있는데, 이러한 문제점에 대해서는 지식재산권 심사지침도 고려하고 있는 것으로 보인다.[39)]

지금까지 살펴본 대로 기술시장의 획정에 있어서 SSNIP 기준을 그대로 적용하는 것이 부적절하고, 실제적 적용방법인 임계매출감소분석 등의 기법의 적용에 있어서도 여러 문제점이 존재한다는 것을 보았는데, 지식재산권 관련 사건에 대해 공정거래법과 지식재산권 심사지침을 적절히 적용하기 위한 그 첫 번째 단계인 시장 획정에서 발생하는 이런 문제점들을 해결하는 것이 적절한 심사를 위한 중요한 작업이 될 것이라고 생각한다. 그리고 나중에 언급하겠지만, 이러한 시장획정의 애매모호함과 여러 문제점을 뛰어넘는 방안으로 동의의결의 적용이 큰 역할을 할 수 있을 것이다.

(3) 관련 혁신시장 획정의 문제

지식재산권 심사지침은 “지식재산권의 행사가 새로운 또는 개량된 상품이나 공정을 개발하는 경쟁에 영향을 미치는 경우에는 상품시장 및 기술시장과는 별도로 혁신시장을 고려할 수 있다.”고 하고 있다. 또한 지식재산권 심사지침은 “관련 혁신시장은 일반적인 시장획정 방법과 마찬가지로, 당해 지식재산권 행사로 인해 영향을 받는 연구개발 및 이와 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립할 수 있는 새로운 또는 개량된 상품이나 기술·공정의 창출을 위한 연구개발로 획정될 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이러한 규정을 살펴보면 과연 어떠한 구체적인 기준과 방법을 통해서 혁신시장을 획정하는 것인지에 대한 의문이 들 수 있다. 또한

39) 지식재산권 심사지침 Ⅱ. 3. 가. (2)에서는 ‘기술시장의 특성상 관련 시장점유율의 산정이 어려운 경우에는 해당 기술을 이용한 상품의 시장점유율을 주요 참고자료로 활용할 수 있다.’고 언급하고 있다.

이러한 규정이 있다고 하더라도 실무적으로 어떻게 혁신시장을 획정할 수 있을 것인지도 의문이다. 이러한 의문은 미국의 경쟁 당국도 역시 갖고 있는 것으로 보인다.[40)]

일단 근본적으로 연구개발 경쟁을 한다고 하여 그 결과물이 반드시 특허권 등 지식재산권의 획득으로 이어진다는 보장이 없다. 또한 과연 어떠한 연구개발 노력이 다른 연구개발 노력의 밀접한 대체재가 될 수 있는지에 대한 판단 기준을 확립할 필요가 있다. 예를 들어 단지 같은 업종 내에서 연구개발에 투자를 하는 기업이라고 하여 같은 관련 시장에 포함할 수는 없을 것이다. 같은 업종일지라도 추구하는 사업의 방향이나 획득하고자 하는 기술의 종류가 다를 수 있기 때문이다.

또한 지식재산권 심사지침은 혁신시장의 특성상 매출액 중심의 시장점유율은 그 산정이 어렵거나 혁신시장의 경쟁 상황을 적절히 나타내지 못할 수 있으므로 "혁신과 관련된 특정 자산, 연구개발 비용, 관련 상품 등을 통해 산정한 시장점유율이 시장참여자들의 경쟁상 중요성을 적절하게 반영하는 경우 이를 활용할 수 있다."라고 규정하고 있다. 전체적으로 지식재산권 심사지침의 혁신시장의 획정에 대한 규정을 살펴보면, 무언가 구체적이지 않아 실무적으로 적용함에 있어서 혼란을 빚을 수 있을 것 같다는 느낌을 받게 된다. 물론 지식재산권 심사지침에 혁신시장의 개념을 반영한 것이 실무적으로 반드시 관련 사건에서 혁신시장을 획정할 것이라는 의도에서 이루어진 것은 아니라고 할 것이다. 그러나 이론적, 개념적으로 반영을 하더라도 조금 더 규정을 구체화시킬 필요가 있어 보이는 것은 사실이다. 즉, 실제로 혁신시장의 획정의 필요성을 명시한 것은 좋지만, 구체

---

40) 『공정거래위원회의 지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침 개정에 대한 미국변호사협회 반독점법, 지식재산권법, 국제법 및 과학&기술법 분과의 공동의견서』의 심사지침 Ⅱ. 3. 가. (3) (혁신시장)에 대한 의견을 살펴보면, "미국 경쟁 당국은 특정 회사의 전문화된 자산 또는 특징이 관련 연구개발을 할 수 있는 능력과 연결되는 경우에만 혁신시장을 획정할 것"이라고 언급하고 있으며, 미국 경쟁 당국이 "혁신에 필요한 능력과 유인을 가진 기업들을 합리적으로 특정할 수 없다면, 혁신시장 획정을 시도하지 않을 것"이라는 점을 분명히 하고 있다고 언급하고 있다. 이러한 언급을 살펴보았을 때, 미국의 경우에도 혁신시장의 개념의 모호성과 실무적 적용의 어려움을 고려하고 있는 것으로 보인다.

적으로 어떠한 방식으로 그 혁신시장을 획정할 것인지에 대한 면밀한 고려가 필요해 보인다. 이 부분에 대하여 연구자들도 깊이 탐구하고 대안을 제시하려는 노력을 해야 한다고 생각한다. 또한 기술시장의 획정과 관련하여 언급하였듯이, 이러한 문제점을 회피하기 위한 동의의결 제도의 활발한 적용이 대책이 될 수 있다고 생각한다.

2. 특허 관련 사건에서의 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과의 혼재

기업들은 새로운 상품을 개발하기 위해, 또는 기존의 제품을 개선하기 위해 여러 측면의 동적(Dynamic)인 경쟁을 펼치고 있다. 기업들 간의 경쟁은 단기적으로는 상품과 서비스의 가격경쟁을 통해, 장기적으로는 기업들 간의 신상품 도입과 기술 개발 등의 동적 경쟁을 통해 소비자와 사회의 후생에 영향을 준다. 기업들 간의 동적인 경쟁을 유지하고 이러한 기술혁신의 편익이 사회 전반에 돌아가도록 하기 위해서는 다음의 두 가지가 지켜질 필요[41]가 있다.

먼저, 기술혁신을 이룬 개인과 기업은 자신들이 창출한 지적 재산으로부터 올바른 보상(Reward)을 받을 수 있어야 한다. 기술혁신을 통해 얻어지는 지적재산은 공공재(Public Goods)의 성격을 가지고 있어, 법적으로 보호되지 않는다면 다른 사람들과 기업들이 그 지식재산권에 무임승차를 할 수 있고, 기술혁신을 이룬 개인과 기업은 자신들이 이룩한 기술혁신의 가치를 완전히 취득할 수 없게 된다. 나아가 지식재산권에 대한 올바른 보호가 없다면, 기술개발에 대한 유인(Incentive)이 줄어들고 기술혁신의 동력은 감소하게 될 것이다. 즉 지식재산권에 대한 올바른 보호가 기술혁신을 이루는 선결조건이라고 할 수 있는 것이다.

둘째로, 대체가능한 여러 상품들이 서로 시장에서 경쟁을 펼치듯이, 동일한 기능을 하는 여러 대체가능한 기술들이 존재할 수 있고, 이러한 기술들 또한 상호 경쟁을 하고 있다. 상품 시장에서의 경쟁이 공정하여야 보다 낮은 가격과 좋은

41) 윤창호/ 장지상/ 김종민 편, 앞의 책, 288면 참조.

품질로 상품이 공급될 수 있듯이, 기술 간의 경쟁이 공정해야 기업들 간의 보다 활발한 혁신 경쟁을 촉진할 수 있다. 만약 기업이 자신들이 지니고 있는 지식재산권을 남용하여 기술 간의 공정한 경쟁을 저해한다면 이는 기술혁신 자체를 감소시킬 수 있다.

지금까지 언급한 대로, 기술혁신을 촉진하기 위해서는 지식재산권의 보호가 필요하지만, 동시에 그러한 지식재산권의 남용이 기술혁신을 저해할 수도 있다. 이와 같은 면에서 공정거래법과 지식재산권법은 사회가 보다 활발한 기술혁신을 이루고, 이러한 혁신의 편익이 소비자들에게 돌아갈 수 있도록 하는 목표를 지닌다는 점에서 보완적이라고 할 수도 있다. 실제로 2008년 미국 연방거래위원회(FTC)는 “Promotion Innovation : The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy" 보고서를 발간하며 지식재산권법과 공정거래법 간의 상호보완성을 추구하고 있다.[42)]

그러나 이와 반대로 지식재산권법과 공정거래법은 상충된다고 볼 수도 있다. 기본적으로 지식재산권법은 지식재산권을 보유한 자의 이익을 보호함으로써 장기적으로 기술혁신의 유인을 유지하고자 한다. 그러나 공정거래법은 시장의 경쟁을 활성화하고, 이를 통해 사회 후생을 극대화하고자 하는 목적이 있다. 궁극적으로는 두 법의 목적이 같지만, 때로는 두 법의 적용에 있어서 충돌이 발생하기도 한다. 특허권 관련 사건의 해결이 어려운 이유도 이에 있다고 할 수 있다. 또한 더 나아가 특허권 등 지식재산권과 관련된 사건에 대한 경쟁당국의 심사 시, 친경쟁적 효과 혹은 효율성 증대 효과와 경쟁제한적인 효과가 상존하는 경우가 많다. 이하에서는 이러한 친경쟁적 효과와 경쟁제한적 효과에 대해서 살펴보고, 이러한 양 효과의 비교형량을 위한 합리의 원칙의 적용 필요성과 그것의 어려움에 대해서 고찰해보고자 한다.

---

42) 윤창호/ 장지상/ 김종민 편, 앞의 책, 289면 참조.

(1) 친경쟁적 효과[43)]

공정거래위원회의 지식재산권 심사지침은 “특허 등의 지식재산 제도는 혁신적인 기술에 대한 정당한 보상을 통해 새로운 기술 혁신의 유인을 제공함으로써 창의적인 기업 활동을 장려하고 관련 산업과 국민경제의 건전한 발전을 도모한다.” 라고 명시하고 있다. 즉 공정거래위원회도 지식재산권 제도의 효율성 증진 측면을 인정하고 있다고 볼 수 있다. 본 논문은 표준보유자나 사실상의 표준보유자의 특허권 남용과 관련하여 주로 논의를 진행하고 있으므로, 표준화의 친경쟁적 효과와 경쟁제한적 효과에 대해서 중점적으로 살펴보고자 한다.

표준화의 친경쟁적 측면은 크게 3가지를 들 수 있다. 먼저 생산효율성의 향상 측면을 들 수 있다. 예를 들어 표준화는 광궤와 협궤 간의 철로표준경쟁에서 볼 수 있듯이 무역을 촉진하고 운송업자의 운송효율을 높였다고 한다.[44)] 생산자의 관점에서는 표준화는 여러 가지 표준화 되지 않은 제품을 생산하는 것에 비하여 표준화된 제품생산을 통하여 경비절감을 이루게 된다. 결국 이러한 표준화는 생산적 효율성(Productive Efficiency)을 향상시킬 수 있게 해준다. 또한 표준화는 네트워크 효과를 통하여 규모의 경제를 달성할 수 있도록 해주기도 한다. 특히 통신 산업과 같은 네트워크 효과가 크게 나타나는 산업의 경우 표준화로 상호운용성이 증가할수록 당해 네트워크 전체의 효용이 외부효과 측면에서 발생하게 된다.[45)] 이러한 네트워크 산업에서의 긍정적 외부효과는 표준화를 통해 증대된다. IT 산업의 발달에 있어서 하나의 제품에 수많은 특허와 표준이 존재함으로 인해 소비자가 겪게 될 폐해를 감안하면 표준화가 산업 발달의 뿌리가 될 수도 있다.

다음으로 거래비용 절감 효과가 있다. 거래비용의 관점에서 표준이 정보 제공의 기능을 통하여 시장에서의 불확실성을 제거함으로써 거래비용을 절감할 수 있다. 표준화를 통하여 경제주체들은 자신들이 제품에 대해 가지는 기대에 더하

---

43) 본 절의 내용은 최승재, 앞의 책, 120면-122면을 주로 참조하였다.

44) 최승재, “통신산업에서의 표준화와 지적재산권과 경쟁법의 조화”, 법조협회, 2008, 98면-100면 참조.

45) 최승재, 앞의 책(『특허권 남용의 경쟁법적 규율』), 120면 참조.

여 추가적인 불확실성이 없이 거래할 수 있게 됨으로써 이윤과 효용 극대화를 이룰 수 있게 된다. 거래비용의 관점에서 만약 표준화를 하지 않게 되면 거래를 하고자 하는 사람은 상품의 품질의 차이를 발견하기 위하여 탐색비용(Searching Cost)을 부담하여야 하고, 품질 등의 차이를 발견한 후에도 이러한 점을 고려한 적절한 가격을 정하기 위하여 협상비용(Bargaining Cost) 및 측정비용(Measurement Cost)을 부담하여야 한다. 이러한 모든 비용들은 사회적인 총비용 관점에서 비효율을 야기할 수 있다. 표준이 있을 경우 구매자들은 시장에서 구매하기 위하여 소요하여야 하는 비용을 절감할 수 있도록 한다.

세 번째로 표준경쟁을 통한 경쟁촉진의 효과가 있다. 사업자들이 자신의 기술이 업계표준이 되도록 하기 위해 치열한 경쟁을 펼침으로써 이 과정에서 새로운 기술이 시장에 유입되고, 기술혁신이 촉진될 수 있다. 표준 그 자체가 가지는 친경쟁적 요소가 있음은 물론 표준이 정립되어 가는 과정에서 발생하는 표준경쟁이 가져오는 친경쟁적 효과는 가장 강력한 기술혁신의 원동력이 될 수 있다.[46] 사업자들은 사실상 표준으로 확립되기 위한 노력과 아울러 전략적으로 표준화기구를 통하여 표준으로 결정되도록 하기 위한 활동도 지속적으로 수행하고 있다. 이러한 과정에서 촉진되는 기술혁신은 소비자의 후생에도 정(+)의 영향을 끼칠 수 있다.

지금까지는 표준화의 친경쟁적 효과에 대해서 언급하였지만, 일반적으로 특허권 남용 이슈와 관련하여 자주 등장하는 주제인 특허괴물(Patent Troll) 혹은 특허관리전문사업자(NPE)의 존재도 친경쟁적 효과를 가질 수 있다는 견해도 있다. 구체적으로 특허거래시장이 형성되는 과정에서 NPE가 긍정적인 역할을 할 수 있는데, 특히 기술력을 가졌으나 자본과 경험이 부족한 개인발명가나 신규설립기업에 특허권에 따른 자본력과 협상능력을 부여하는 것을 비롯하여 효율적 특허거래시장 형성에 상당한 역할을 하고 있음을 들어 긍정적인 효과도 있다고 주장하는 견해[47]들도 존재한다.

---

46) 최승재, 앞의 책, 121면 참조.
47) Sannu K. Shrestha, "Troll or Market-Maker? An Empirical Analysis of Nonpracticing Entities",

또한 특허풀(Patent Pool)과 관련하여서도 미국 지식재산권 심사지침은 친경쟁적 효과가 있음을 명시하고 있는데, 미국 지재권지침은 특허풀 형성 협정은 "보완적 기술의 통합, 거래비용(Transaction Cost)의 절감, 차단적 위치(Blocking Positions)의 제거 및 비용이 많이 소비될 특허침해소송의 회피 등을 통하여 친경쟁적 혜택을 제공할 수 있고", "기술의 확산(Dissemination of Technology)을 촉진하므로 흔히 친경쟁적"이라고 보고 있다.[48)]

즉 지금까지 살펴본 대로 표준화는 물론 특허괴물 및 특허풀 등의 이슈에서도 친경쟁적 효과가 존재할 수 있다는 것을 알 수 있다. 지식재산권 심사지침의 경우에도 지식재산권의 행사가 기술의 이용과 혁신을 촉진시키는 등 관련 시장의 효율성을 증대시키는 경우에는 이러한 효율성 증대효과를 위법성 판단 시에 고려한다고 명시하고 있다는 점에서, 특허권 및 지식재산권 남용 관련 사건에 대한 경쟁 당국의 심사에 있어서 친경쟁적 효과를 고려할 필요성은 충분히 크다고 볼 수 있을 것이다.

(2) 반경쟁적 효과

상기에서 살펴본 친경쟁적 효과와 반대로, 특허권 등 지식재산권의 행사에 관하여 경쟁제한적 효과 또한 발생할 수 있다. 앞에서와 같이 먼저 표준화의 경쟁제한적 측면에 대해서 살펴보도록 한다. 먼저 네트워크 효과가 큰 시장에서의 표준보유자의 시장지배력 문제를 들 수 있다. 표준화 자체의 반경쟁적 효과로 네트워크 산업에서의 쏠림현상(Tipping)을 통한 고착화(Lock-in) 가능성이 존재한다. 이러한 쏠림현상과 고착화를 통하여 네트워크 산업에서는 승자독식(Winner-Take-All) 현상이 발생한다. 표준경쟁에서 승자가 되는 사업자 외의 다른 사업자들은 시장에서 사라지거나 수익성 악화를 감내하고 승자의 체제 하에 들어가게 된다. 특히 인터넷 익스플로러가 시장지배적지위에 이르게 된 이후에는 오페라나 파이어폭스, 애플의 사파리, 구글의 크롬 등의 웹브라우저가 등장해도

---

110 Colum. L. Rev., 114, 2010, pp.127-131 참조.

48) 김두진, "특허풀에 대한 경쟁법의 적용", 「경쟁법연구」 제11권 일반논단, 2005, 410면 참조.

시장점유율의 변화가 거의 없는 것에서 볼 수 있듯이, 사실상 표준으로 정립되는 과정에서 경쟁 당국의 시장실패에 대한 적절한 조치가 없이는 일단 시장에서 사실상 표준이 정립된 후에는 소비자들이 이미 고착되어 있기 때문에 유효하고 적절한 시정조치를 취하기가 상당히 어렵다.[49]

사실상 표준의 지위를 취득한 사업자에게는 특허법을 포함한 지식재산권법이 승자에게는 승자의 독주라는 열매를 지키고, 시장에서의 독점적인 지위를 유지하는 수단으로 사용될 수 있다는 점에서 표준화의 경쟁제한적 효과가 발생할 개연성이 크다고 할 수 있을 것이다.

다음으로 표준화기구에 의한 표준화와 사실상 표준화의 경쟁제한성을 들 수 있다. 표준화기구에 특정 사업자의 특허 기술이 일부분이 되었을 때 특히 IT 산업과 같은 네트워크 효과가 큰 산업에서 그 사업자의 기술라이선스에 대한 적절한 통제가 FRAND 조건 등에 의하여 제대로 이루어지지 않고, 표준화의 과정에서 협력(Collaboration)이라는 이름으로 이루어질 수 있는 경쟁제한적 합의와 이를 통한 소비자의 선택권의 제한을 경쟁당국이 사전 또는 사후에 통제할 수 없다면, 표준화기구에 의한 표준화도 경쟁제한적 효과를 야기할 수 있다.[50] 또한 표준경쟁을 회피하기 위한 산업계에서의 표준화를 통해 경쟁 상황이라면 존재했을 혁신 동기 유발 효과 및 기술혁신이 봉쇄되어 경쟁을 저해할 수 있다는 점도 고려해야 한다.

표준화의 경쟁제한적 효과 외에도, 앞에서 살펴보았던 특허괴물의 경우, 공격적 NPE의 특허권 행사가 강화되면서 외면적으로 특허권의 정당한 행사일지라도 그 실시료가 특허의 실질가치가 반영되지 못하고 폭리에 이를 정도인 특허의 홀드업(Hold-Up)[51] 문제가 일상적으로 발생하면서 특허제품의 가격 인상 등 전체

---

49) 최승재, 앞의 책, 123면 참조.
50) 최승재, 앞의 책, 124면 참조.
51) '홀드업(Hold-Up)'이란, 두 당사자가 있는 게임에서 두 당사자가 서로 협력하는 것은 파레토 개선(Pareto Improvemet)을 이룰 수 있음에도 불구하고, 이러한 협력을 하지 않기로 의사결정을 하는 상황을 설명하기 위하여 사용하는 용어이다. 그 이유는 그와 같은 협력의 결과가 결국 상대방의 협상력 증가로 이어져서, 상대박의 수익 증가와 자신의 수익 감소로 연결될 수 있기 때문이다. 이러한 지적재산권이 표준화 과정에서 표준의 일부로 포함되어 표준을 구성하는 여러

적인 경제의 효율성을 떨어뜨릴 수 있다는 지적[52]이 존재한다. 또한 특허풀에 대해서도 미국 지재권 지침은 “특허풀의 대상인 지적재산권의 집단적 가격책정이나 산출제한의 협력과 수반된 공동마케팅과 같은 집단적 가격·산출의 제한은 그것들이 당사자들 간의 경제활동의 효율성 증대적인 통합에 기여하는 경우를 제외하고는 위법하다고 간주될 수 있다.”고 명시[53]하면서 특허풀의 반경쟁적 효과에 대해서도 고려하고 있는 것을 알 수 있다.

(3) 양 효과의 비교형량을 통한 합리의 원칙 적용의 어려움

상기에서 언급한 바와 같이 특허권 등 지식재산권과 관련한 사건에 대한 경쟁당국의 심사에 있어서 친경쟁적 효과와 경쟁제한적 효과가 동시에 존재한다는 것을 보았다. 공정거래위원회의 지식재산권 심사지침[54]에서도 이러한 양 효과의 크기를 비교형량하여 해당 사건의 행위로 인한 효율성 증대효과가 경쟁제한적 효과를 상회하는 경우에는 위법하지 않은 행위로 판단할 수 있다고 명시하고 있다. 그렇다면 이러한 양 효과의 크기를 적절히 산출하여 비교한 다음, 효율성 증대효과가 더욱 큰 경우에는 위법성이 없는 것으로, 반대로 경쟁제한적 효과가 더욱 큰 경우에는 위법성이 있는 것으로 판단하면 될 것이다. 즉 합리의 원칙(Rule of Reason)을 적용하여 사안별로 판단을 하면 될 것이다.

하지만 이는 말처럼 간단하지 않다. 우선 이러한 양 효과의 크기를 어떻게 구체적으로 측정할 것인지의 문제가 존재한다. 이를테면 지식재산권 심사지침에서 경쟁제한적 효과의 예시로서 들고 있는 관련 시장의 가격상승 또는 산출량 감소,

---

가지 기술 중의 하나가 되고, 이 기술이 대체가능한 기술이 없는 상황이 되면, 이러한 기술을 가지고 있는 특허권자는 라이선스를 거절하는 등의 소위 홀드업 행위를 할 수 있다. 최승재, 앞의 책, 224면-225면 참조.

52) Mark A. Lemley & Carl Shapiro, "Patent Hold-up and Royalty Stacking", 85 Tex. L. Rev. 1991, 2007, pp.2008-2010 참조.

53) 김두진, 앞의 글, 411면 참조.

54) 「지식재산권 심사지침」은 “지식재산권에 배타적·독점적 사용권이 부여된다고 하여 지식재산권의 보유자가 곧바로 시장지배력이 있다고 추정되는 것은 아니다. 시장지배력 여부는 지식재산권의 존재뿐만 아니라 해당 기술의 영향력, 대체기술의 존부, 관련 시장의 경쟁상황 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.”고 하여, 지식재산권 행사의 위법성에 대한 기본 원칙을 설명하고 있다(「지식재산권 심사지침」 4면, 2. 가. 참조).

상품 및 용역의 다양성 제한, 혁신 저해, 봉쇄 효과, 경쟁사업자의 비용 상승 등의 효과의 크기를 어떻게 측정할 수 있을지 난감하다고 할 수 있다. 또한 이러한 경쟁제한적 효과가 이미 발생한 경우뿐만 아니라 발생할 우려가 존재하는 경우도 종합적으로 고려하여 판단한다고 하고 있는데, 이러한 효과들이 발생할 우려가 있다고 하더라도 이러한 우려로 인해 발생할 수 있는 경쟁제한적 효과의 크기를 어떻게 판단할 것인지는 더욱 어려운 문제라고 할 수 있다.

반대로 친경쟁적 효과 혹은 효율성 증대 효과의 경우에도 마찬가지의 문제가 발생한다. 지식재산권 심사지침은 지식재산권의 행사가 기술의 이용과 혁신을 촉진시키는 등 관련 시장의 효율성을 증대시키는 경우에는 이러한 효율성 증대 효과를 위법성 판단 시 고려한다고 언급하고 있다. 과연 이러한 효율성 증대 효과의 크기를 어떻게 판단할 것인지도 매우 어려운 문제라고 할 수 있다. 또한 더 나아가 지식재산권 심사지침은 동 효율성 증대 효과가 해당 지식재산권 행사보다 경쟁제한 효과가 더 적은 다른 방법으로는 달성할 수 없는 것이어야 하고, 사업자의 내부 비용 절감에 그치지 않고 소비자 후생 증대와 국민경제 전반의 효율성 증대에 기여할 수 있어야 한다고 명시하고 있다. 효율성 증대 효과가 있는 경우에도 이러한 효과의 크기를 측정하는 것이 거의 불가능한데, 이러한 효과가 소비자 후생이나 국민경제 전반의 효율성 증대에 어떠한 크기의 영향을 미치는지, 또한 다른 지식재산권 행사보다 경쟁제한 효과가 얼마나 더 적은지 등을 어떻게 입증할 것인지 의문이다. 물론 경쟁 당국의 입장에서 이러한 효과의 입증 책임을 피심인에게 부여할 수는 있을 것이다. 그러나 궁극적으로 이러한 방법은 해결책이 될 수도 없을뿐더러, 피심인에게 과도한 입증책임을 부과하는 것으로도 볼 여지가 있다.

지금까지 살펴본 대로 양 효과의 크기를 논란의 여지가 없을 정도로 정확하고 적절하게 측정하고 비교하는 것은 거의 불가능에 가깝다. 물론 지식재산권 심사지침의 내용은 심사에 있어서의 방향성과 원칙을 제시하는 것에 목적이 있고, 구체적인 판단은 사안별로 검토를 해야 할 것이다. 그렇다고 하더라도 합리의 원칙을 적용하여 특허권 및 지식재산권 남용과 관련된 사건을 심사하기에는 많은 어

려움이 존재하는 것으로 보인다. 이러한 문제의 궁극적인 원인은 두 가지 상반된 효과, 즉 친경쟁적 효과와 경쟁제한적 효과가 대부분의 경우에 있어서 함께 발생하기 때문이다. 둘 중에 한 가지 효과만 발생한다면 그러한 경우의 경쟁 당국의 심사는 매우 쉬울 것이다. 그러나 두 가지 효과가 모두 발생한 상황에서, 두 효과의 크기를 비교하여 위법성을 판단한다는 것은 상당히 어려울뿐더러 자의적인 심사가 될 우려도 존재한다고 본다. 이러한 어려움과 문제점을 해결하는 데에도 동의의결의 적용이 한 가지 대안이 될 수 있을 것이라고 생각되는데, 이하에서 동의의결 제도에 대해서 알아보고 왜 이 제도의 활발한 적용이 특허권 및 지식재산권 남용 사건의 경쟁법적 규율에 있어서의 어려움들을 해결할 수 있는 한 가지 대안이 될 수 있는지에 대해서 살펴보고자 한다.

Ⅳ. Ⅲ.의 해결을 위한 동의의결 적용의 필요성과 한계

1. 동의의결 제도와 도입의 효과

동의의결은 공정거래위원회의 조사나 심의를 받고 있는 사업자나 사업자단체가 경쟁제한 상태 등의 자발적 해소, 소비자 피해구제, 거래질서의 개선 등을 위한 자발적인 시정방안을 공정거래위원회에 제출하고, 공정거래위원회가 그 시정방안이 공정하고 자유로운 경쟁질서나 거래질서를 회복시키거나 소비자, 다른 사업자 등을 보호하기에 적절하다고 인정하는 경우, 해당 행위의 위법성을 판단하지 않고 시정방안과 같은 취지의 의결을 함으로써 사건을 종결시키는 제도를 말한다.[55)]

이와 같이 동의의결 제도에 의하여 분쟁을 해결하게 되면, 사업자의 입장에서는 문제된 행위의 위법성에 대한 공정거래위원회의 최종적인 판단이 없이 문제

55) 이기수/ 유진희, 『경제법』 제9판, 세창출판사, 2012, 265면 참조.

가 된 행위를 공정거래위원회와의 협의를 통하여 종결함으로써 공정거래위원회에 의한 추가적인 조사를 받지 않게 된다.[56]

동의의결 제도의 도입으로 발생할 수 있는 효과에 대해 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 경쟁당국은 기존의 행위중지 명령 등 소극적 부작위 명령 중심의 시정조치에서 벗어나 당해 사건에 가장 적합한 다양한 내용의 적극적인 시정조치 방안을 채택할 수 있게 된다. 둘째, 과징금과 달리 동의의결을 이용할 경우에는 소비자 피해 구제를 직접적으로 동의의결의 내용으로 포함할 수 있다. 기존의 시정명령으로는 위반사업자에 대한 제재만 가능하고 소비자의 피해를 구제할 수 없었다. 즉 소비자가 법위반 행위로 발생한 피해를 구제받기 위해서는 경쟁당국의 시정조치와 별도로 민사소송 등의 절차를 거쳐야만 했다. 그러나 동의의결 제도의 도입으로 소비자 입장에서는 가격인하, 소비자 피해 배상 등 다양한 시정방안을 통해 기존의 일방적 시정조치로 불가능한 소비자에 대한 피해 배상 등 다양한 시정방안을 통해 구제받는 것이 가능해졌다.[57]

구체적으로 동의의결을 하기 위해서는 신청인이 제출한 방안이 "① 해당 행위가 이 법을 위반한 것으로 판단될 경우에 예상되는 시정조치, 그 밖의 제재와 균형을 이룰 것, ② 공정하고 자유로운 경쟁질서나 거래질서를 회복시키거나 소비자, 다른 사업자들을 보호하기에 적절하다고 인정될 것"이라는 요건을 충족해야 한다(공정거래법 제51조의2 제3항). 이러한 요건이 충족된 신청인의 자발적, 적극적인 시정방안이 채택될 경우, 상기에서 언급한 효과들이 발생할 수 있을 것으로 보인다.

셋째, 사업자의 입장에서는 스스로 시정방안을 제출하여 사건을 조기에 종결함으로써 경쟁당국의 조사나 심의 및 그 이후의 불복과정 등에서 소요되는 막대한 비용과 시간 등을 절약할 수 있고, 기업이미지 실추 또한 방지할 수 있다.[58] 또

---

56) 정우식, "공정거래법상 동의의결 제도에 관한 연구", 고려대학교 대학원 법학과 석사과정 학위논문, 2013, 5면 참조.

57) 유진희/ 최지필, "공정거래법상 동의의결 제도의 내용과 문제점 검토", 「고려법학」 제64호, 고려대학교 법학연구소, 2012, 370면 참조.

58) 최난설헌, "공정거래법상 동의의결제도에 대한 불복절차와 관련한 비교법적 검토", 「경쟁법연구」 제26권, 한국경쟁법학회, 2012, 174면 참조.

한 시정방안에 시장상황을 잘 알고 있는 기업, 이해관계자, 관계 정부부처 등의 의견이 폭넓게 반영되므로, 시장 질서를 회복하기 위한 실효성 있는 조치가 가능해진다.[59] 넷째, 경쟁당국의 입장에서도 법 위반행위에 대한 신속하고 효율적인 대처가 가능해지며, 제한된 집행자원을 위법성이 보다 중대한 사안에 집중할 수 있다는 장점이 있다.[60] 다섯째, 동의의결 제도는 사건을 신속히 처리할 수 있게 함으로써 기술발전이 빠른 시장에서 선도 기업에 의한 시장선점 등으로 인한 독점적 지위의 고착화를 사전에 방지할 수 있게 해준다. 변화가 빠른 시장에서는 사건이 장기화될 경우 시정조치는 실효성을 상실할 수도 있는 것을 감안할 때 큰 장점이라고 할 수 있다.

동의의결의 개념과 도입의 효과에 대하여 이 정도로 알아보고, 이하에서는 공정거래법상 특허권 남용 관련 사건에서의 동의의결 제도의 적용을 활성화하는 것이 심사의 어려움을 해결할 수 있는 방안이 될 수 있다는 점에 대한 제언과 근거를 제시하고자 한다.

2. 동의의결 적용의 편익

(1) 시장 획정의 어려움 극복

경쟁당국의 사건 심사에 있어서 가장 첫 번째 단계임과 동시에 가장 쉽지 않은 절차가 바로 관련 시장의 획정 문제이다. 일반적인 산업에 대한 경쟁당국의 심사의 경우에도 보통 시장 획정을 두고 심사관측과 피심인측 간의 논란이 심심치 않게 발생한다. 더군다나 특히 혁신이 활발하게 일어나는 특허와 관련된 시장에서는 상기의 3. 1)에서 살펴본 바와 같이 '기술시장'과 '혁신시장'을 고려할 수 있음을 지식재산권 심사지침에서 명시하고 있다. 혁신시장은 개념적인 측면이 강하다고 보고 차치하더라도, 기술시장의 경우에는 특허권 남용 관련 사건에서 경쟁당국이 면밀히 검토하고 획정할 필요가 있을 것이다. 그러나 상기의 3. 1)에서

59) 유진희/ 최지필, 앞의 글, 370면 참조.
60) 유진희/ 최지필, 앞의 글, 370면 참조.

살펴본 바와 같이 관련 기술시장의 획정에 있어서 SSNIP Test 등 일반적인 시장 획정의 방법론의 적용이 용이하지 않으며, 사안별로 개별적, 구체적인 분석과 상당한 행정력의 집중이 필요하다고 할 수 있다. 또한 어떠한 방법으로든 경쟁당국이 기술시장을 획정하더라도, 그러한 시장 획정에 대해 피심인과 이해관계자들이 동의하지 못하여 논란이 일어날 가능성도 크다고 볼 수 있다.

또한 우여곡절 끝에 관련 기술시장을 획정하였더라도, 경쟁제한성 평가에서 그 획정된 시장에서의 전통적인 시장점유율이나 HHI에 근거한 판단은 오류를 낳을 수 있다. 구체적으로, 혁신경쟁이 중요한 산업에서 시장점유율은 기업의 시장지배력이나 혁신능력을 과소평가할 수 있다. 예를 들어, 시장점유율이 높지 않은 두 기업이 결합을 통해 특허장벽(Patent Block)이나 특허덤불(Patent Thicket)을 형성하는 특허 포트폴리오를 만들 수 있으며, 이 경우 결합기업의 시장지배력과 혁신능력은 점유율을 기초로 판단하는 것보다 훨씬 높을 수도 있다.[61]

이와 반대로, 혁신경쟁이 중요한 산업에서 시장점유율은 기업의 시장지배력이나 혁신능력을 과대평가할 수도 있다. 즉, 혁신에 성공한 기업의 신규 진입으로 기존 사업자의 시장지배력이 억제될 가능성도 존재한다. 예를 들어 Google/AdMob의 기업결합 사건에서 결합 전 시장점유율 합계는 매우 높은 편이었으나, Apple이 제 3위 사업자 인수를 통해 시장에 진입하였는데, 이 경우 Google/AdMob의 기업결합 전 시장점유율 합계는 결합기업의 시장지배력에 대한 무의미한 정보를 제공했다고 할 수 있다.[62] 또한 이와 유사한 논리로 잠재적 진입으로 인해 기존 사업자들의 높은 점유율이 높은 시장지배력으로 이어지지 않을 수도 있다.[63] 참고적으로 지금까지 살펴본 혁신 산업이나 특허권 관련 사건에서의 기술혁신시장의 획정의 어려움을 지적하고 그 대안으로서 제시된'혁신시장 분석법(Innovative Market Analysis)'에 대해서 간단히 살펴보고자 한다.

혁신시장 분석법이란 Gilbert and Sunshine(1995)에 의해 주로 기업결합심사

61) 박상인/ 임홍래, “AMAT-TEL 간 기업결합 건에 대한 경제분석”, 공정거래위원회 용역보고서, 서울대학교 산학협력단, 2014, 5면 참조.
62) 박상인/ 임홍래, 앞의 보고서, 5면 참조.
63) 박상인/ 임홍래, 앞의 보고서, 6면 참조.

에서 경쟁제한적 기술혁신 효과를 고려하기 위한 분석틀로 도입된 방법론이다. 혁신시장 분석법은 현재 상품 시장과 무관하게 또는 현재 상품 시장이 존재하지 않더라도 기술혁신 경쟁을 경쟁당국이 고려할 수 있도록 고안한 분석틀이다. Gilbert and Sunshine은 혁신시장 분석을 위한 5단계 분석틀(5-Step Framework)을 제시하였다. 첫 단계에서는 기업결합 당사자들의 R&D 행위가 중첩되는지 여부를 분석하고, 이 때 보완적이거나 독립적인 R&D 행위는 배제하고 대체적인 R&D 행위들만 고려한다. 두 번째 단계에서는 관련 기술혁신 시장에 참여하고 있는 기업들을 식별한다. 기술혁신 경쟁에 참여할 수 있는 "특화된 자산(Specialized Assets)"을 보유하고 있는지 여부로 특정 기업이 혁신시장에 포함되는지 여부를 판단하게 된다. 특화된 자산의 예로, 특화된 훈련을 받은 직원, 경험이나 노하우, 지식재산권 등을 들 수 있다.

세 번째와 네 번째 단계에서는 기업결합 당사자들이 단독행위나 공조행위를 통해 R&D 행위를 줄일 유인과 능력을 지니고 있는지, 또한 다른 경쟁 기업들이 결합 당사자들의 그러한 행위를 실현가능하지 않거나 이윤이 발생하지 않는 전략으로 만들 수 있는지 등을 평가한다. 즉 이 단계에서는 기업결합이 혁신 경쟁에 미칠 수 있는 경쟁제한성을 평가하는 것으로, 기업결합이 R&D 투자 유인에 미치는 효과에 초점을 둔다. 마지막으로 다섯 번째 단계에서는 혁신과 관련한 효율성 항변(Innovative-Related Efficiency Defense)을 평가하게 된다.

상기에서 소개한 혁신시장 접근법 외에도 기업결합이 혁신경쟁에 미치는 영향 평가에는 잠재적 경쟁 평가법, 미래시장 접근법 등도 존재[64]한다. 이러한 분석 기법들은 주로 기업결합 사건과 관련된 기술혁신 시장 획정에 대한 접근법이지만, 시장지배적지위 남용행위 등 전반적인 공정거래 사건의 심사에 있어서 혁신이나 특허와 관련된 시장의 획정에 활용될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 방법들에도 한계점이 존재하며, 실제로 이러한 분석법을 적용하여 관련 기술혁신시장을 획정하는 것도 일반적인 SSNIP Test에 의한 분석이 아니라 개별적으로 상세하고 특별한 분석을 행해야한다는 점에서 여전히 시장 획정의 부담은 사라지지

64) 박상인/ 임홍래, 앞의 보고서, 7면-9면 참조.

않는다고 판단할 수 있다. 또한 Andrew C. Hurska(1992)[65] 등의 일부 학자들은 혁신이 활발히 발생하는 산업에서는 전통적인 SSNIP Test의 “Smallest Market Approach” 대신에 "Broad Market Approach"를 취해야 함을 주장하기도 하는 등, 특허 경쟁이나 혁신이 활발한 시장에서의 시장 획정에 대해서는 의견이 통일되어있지도 않고, 그만큼 심사에 있어서 어려움이 발생할 가능성이 크다고 할 수 있다.

이러한 특허 관련 사건의 심사를 위한 시장 획정의 문제를 해결하는 방법으로 동의의결로 사건을 진행하는 방법이 있을 수 있다. 동의의결로 사건을 진행하는 경우, 구체적인 시장획정 단계를 건너뛸 수 있게 된다. 추후 언급하겠지만, 마이크로소프트-노키아 기업결합 관련 동의의결에 대한 건의 의결서[66]에서는 동 사건이 동의의결로 진행되는 사건이므로 위법성 여부까지 판단하지는 않으므로 시장을 명확하게 획정하지 아니한다[67]고 명시하고 있다. 또한 시장지배적지위 남용행위에 동의의결이 적용된 사건인 『네이버(주)의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건 관련 동의의결에 대한 건』 의결서[68]에서는 관련 시장의 획정에 대한 정확한 판단 자체를 찾아볼 수 없다. 이 사건에서 쟁점이 된 시장은 인터넷 포털 시장이며, 네트워크 효과가 크게 발생하는 시장이다. 이 시장은 더욱이 양면시장(Two-Sided Market)[69]의 성격을 갖고 있어 간접 네트워크 효과[70]까지도

---

65) Andrew C. Hruska, “A Broad Market Approach to Antitrust Product Market Definition in Innovative Industries", The Yale Law Journal, 1992 참조.

66) 공정거래위원회 의결 제2015-316호.

67) 앞의 의결서(제2015-316호)의 각주 15에서는 “시장획정과 관련하여, 모바일 단말기 시장을 스마트폰과 태블릿으로 세분하여야 하는지, 지역시장을 국내시장으로 보아야 하는 것은 아닌지 등에 대한 논의가 있을 수 있으나, 동의의결은 신청인의 자발적인 시정방안에 따른 것으로 위법 여부까지 판단하지는 않으므로 시장을 명확하게 획정하지 아니한다.”라고 언급하고 있다.

68) 공정거래위원회 의결 제2014-103호.

69) 양면시장(Two-Sided Markets)이란 네트워크를 통하여 두 개 이상의 구분되는 집단이 상호 연결될 수 있도록 하는 시장을 의미한다. 일반적으로 양면시장이 성립하기 위해서는 상호 연결을 필요로 하는 둘 이상의 구분되는 고객군이 존재하고, 적어도 한 면의 고객군은 다른 면의 고객군 규모가 클수록 더욱 높은 효용을 얻을 수 있어야 한다. 앞의 의결서(제2014-103호), 4면 참조.

70) 간접 네트워크 효과(Indirect Network Effect)란 양면시장에서 한쪽 측면의 이용자 수의 증가가 다른 측면에서의 고객집단의 편익을 증가시키는 것을 말한다. 앞의 의결서(제2014-103호), 각주 4 참조.

고려해야 하는 등, 시장 획정에 있어서 특허 관련 사건과 같이 여러 어려움이 존재하는 시장이라고 할 수 있다. 이러한 사건에 대하여 동의의결이 적용됨으로써 어려움을 수반하는 정확한 관련 시장의 획정 작업을 하지 않고도 적절한 시정조치를 이끌어낼 수 있었던 것이다.

즉, 지금까지 살펴본 혁신이 활발한 시장과 관련한 사건이나 특허권 남용 사건과 같이 정확한 시장 획정에 어려움이 발생하는 사건에 있어서, 동의의결을 통해 사건을 진행하는 것이 논란과 어려움을 야기할 수 있는 시장 획정 단계를 건너뛸 수 있게 해준다고 할 수 있다. 이러한 사건들에 동의의결을 활발하게 적용할 수 있다면 앞으로도 수없이 발생할 수 있는 특허권 남용 등과 관련한 여러 시장 획정의 난제들에 대한 해결책이 될 수도 있을 것이라고 생각한다.

(2) 자발적, 적극적 시정조치를 통한 경쟁제한의 우려 해소

상기의 Ⅲ. 2. 절에서 특허권 남용 관련 사건의 경쟁법적 규율의 어려움으로서 특허 관련 사건의 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과의 혼재를 들었다. 특허권과 관련된 사건을 경쟁 당국이 심사할 때, 동시에 존재하는 친경쟁적 효과 혹은 효율성 증대 효과와 경쟁제한적인 효과의 크기를 추정하고 비교형량하는 것이 상당히 어렵고 자의적인 작업이 될 수 있다는 것을 지적하였다.

이러한 문제점은 동의의결의 적용을 통해 해결될 수 있다고 본다. 경쟁 당국이 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과의 크기를 비교형량하여 위법성을 판단할 경우, 상당한 반경쟁적 효과가 존재함에도 불구하고 그보다 친경쟁적 효과가 더욱 커서 위법성을 인정하지 않게 되는 경우가 있다고 하자. 만약에 이러한 경우라면 상당한 반경쟁적 효과가 존재하는 것이 명백할지라도 동시에 친경쟁적 효과가 크기 때문에 제재를 가하지 못하게 될 수 있다. 이렇게 되면 상당한 반경쟁적 효과를 시정하지 못하게 되는 결과가 빚어진다. 이러한 문제점이 발생하는 이유는 근본적으로 위법성을 판단함에 있어서 양 효과를 비교해야 하기 때문이다. 하지만 이러한 경우에 동의의결로 사건이 심사되면 굳이 위법성을 판단하지 않아도 되기 때문에, 어렵고 자의적인 작업이 될 수 있는 양 효과의 비교를 생략할 수

있다. 더 나아가, 친경쟁적 효과도 크지만 반경쟁적 효과도 상당히 큰 경우, 예상되는 친경쟁적 효과는 유지하면서, 예상되는 반경쟁적 효과를 시정하는 자발적, 적극적 시정조치를 이끌어내서 그러한 효과를 불식시킬 수 있는 가능성이 높아질 수 있다. 이는 기존의 구조적, 행태적 시정조치로는 달성하기 힘들 수 있는 반경쟁적 효과 제거를 훨씬 효과적이고 다양한 시정조치를 통해 달성할 수 있게 해준다.

다시 말하면, 동의의결의 적용이 주는 편익이 일차적으로 상당히 어렵고 자의적인 작업인 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과를 비교하여 위법성을 판단하는 과정의 어려움을 해결할 수 있게 해준다는 점이 있고, 나아가 친경쟁적 효과는 유지한 채 반경쟁적 효과만 적극적이고 다양한 형태의 자발적 시정조치를 이끌어내어 효과적으로 제거할 수 있다는 점이 있다. 이렇게 사건을 해결할 수 있다면, 위법성이 있다는 판단을 받지 않는 사업자 입장에서도 이득이 될 수 있고, 사업자가 스스로 제출한 시정조치를 통해 반경쟁적 효과만을 선택적으로 제거할 수 있다는 측면에서 경쟁당국에도 이득이 될 수 있다고 본다.

3. 동의의결 제도의 한계 및 입법론적 보완

이렇듯 동의의결 제도는 관련시장의 획정과 경쟁제한성 판단이 어려운 기업결합 사건이나 특허 관련 사건에서 큰 힘을 발휘할 수 있다. 앞서 살펴봤던 동의의결 제도의 긍정적인 효과를 요약해보면 ① 경쟁당국은 기존의 전통적인 시정조치에서 벗어나 당해 사건에 가장 적합한 다양한 내용의 적극적인 시정조치 방안을 채택할 수 있고 ② 소비자피해 구제를 직접적으로 동의의결의 내용으로 포함할 수 있으며 ③ 사업자의 입장에서는 사건의 조기 종결을 통해 막대한 비용과 시간을 절약하고 기업이미지 실추 또한 방지할 수 있으며 ④ 경쟁당국의 입장에서도 사건을 신속하고 효율적으로 대처할 수 있고, 제한된 집행자원을 위법성이 보다 중대한 사안에 집중할 수 있다는 점 등을 들 수 있다.

하지만 현행법상 동의의결은 부당한 공동행위나 고발요건에 해당하는 행위에

는 내려질 수 없기 때문에 중대한 법위반행위에 대해서는 해결방법이 될 수 없다는 점(공정거래법 제51조의2 제1항 단서), 문제된 행위가 법위반이라는 것을 전제로 내려지는 법적 제재가 아니어서[71], 민사상 손해배상이나 형사상 벌금 등과 체계적으로 조화되기 어렵다는 점 등에서 한계가 있다.[72] 또한 공정거래법 위반의 혐의가 있는 기업과 법집행기관인 공정거래위원회가 합의에 의해서 분쟁을 종결한다는 것이 면죄부를 주는 것처럼 보여 국민들의 법 감정과 부합하지 않는 측면이 있다.[73]

게다가 동의의결은 사업자가 자발적으로 신청을 해야 이루어질 수 있다는 점에서 큰 한계점을 갖고 있다. 예를 들어 공정거래위원회가 특허 관련 사건을 심사하면서 관련시장 획정이나 경쟁제한성 판단에 있어서 어려움을 겪더라도 사업자가 자발적으로 동의의결을 신청하지 않으면 공정거래위원회가 동의의결을 할 수 없다는 한계점이 있는 것이다. 이와 같은 한계의 극복을 위해 공정거래위원회가 동의의결이 꼭 필요하다고 생각되는 사안에 대해서는 직권으로 동의의결 절차를 밟거나 사업자가 동의의결을 신청하도록 행정지도를 하는 방법도 고려해볼 수 있을 것이다. 하지만 이러한 방법은 공정거래위원회가 시장획정이나 경쟁제한성 판단에 대한 엄격한 적용을 회피하기 위하여 남용할 여지도 있으므로 장단점을 비교형량하여 요건을 엄격하게 적용해야 할 것이라고 생각한다.

---

71) 공정거래법 제51조의2 제4항에서는 「공정거래위원회의 동의의결은 해당 행위가 이 법에 위반된다고 인정한 것을 의미하지 아니하며, 누구든지 신청인이 동의의결을 받은 사실을 들어 해당 행위가 이 법에 위반된다고 주장할 수 없다.」고 하는데, 이 조항을 어떻게 해석해야 할지도 논란이 되고 있다.

72) 최승재, “동의의결제 입법이후 적용사례로 본 입법상 보완필요성”, 「인권과 정의」, 대한변호사협회, 2015, 137면 참조. 이 논문에서는 ‘동의의결의 실효성을 높이려면 민·형사상의 구제수단도 같이 차단되어 동의의결 신청인의 입장에서 사건이 종결되어야겠지만, 동의의결은 그 자체로 위법으로 판단되어서도 안되지만 공정거래법상 문제가 없다는 것도 아니므로 동의의결에 동의하지 않는 피해자가 민사소송을 제기할 경우 공정거래위원회 조사결과를 소송에서 활용할 수 있도록 하는 법적 근거에 대한 논의가 필요하다고 본다’고 주장하고 있다.

73) 자세한 내용은 최승재, 앞의 글, 122면 참조.

V. 마이크로소프트-노키아 기업결합 관련 동의의결에 대한 건에 대한 분석

1. 사건 개요 및 의의

마이크로소프트는 컴퓨터 소프트웨어와 하드웨어 기기를 고안, 개발 및 공급하고 이와 관련한 서비스를 제공하는 사업자이다. 노키아는 이동통신 기기를 제조, 판매하는 사업자이다. 신청인은 2014. 4. 16. 최종 변경계약을 통해 노키아의 38개 자회사 주식을 취득하고 노키아 본사의 이동통신 기기 및 서비스 사업 관련 자산을 양수하기로 하였다. 신청인 마이크로소프트는 '마이크로소프트 코포레이션 및 노키아 코포레이션의 기업결합 제한규정 위반 행위에 대한 건'(사건번호 2014기결1474)과 관련하여 심의일 전인 2014. 8. 27. 공정거래위원회에 시정방안을 제출하면서 동의의결을 신청하였다. 이에 대해 공정거래위원회는 2015. 8. 24. 의결 제2015-316호를 통해 신청인 마이크로소프트의 동의의결 시정방안을 받아들였다.[74)]

이 사건은 2011. 12. 2. 우리나라에 동의의결 제도가 도입된 이후 최초로 기업결합 사건에 동의의결이 적용된 사례라는 점에서 큰 의의가 있지만, 우리나라 최초로 특허 사건에 동의의결이 적용된 사례라는 점에서도 큰 의의가 있다고 생각한다. 이 사건의 주된 쟁점은 모바일 관련 특허와 단말기 간의 수직형 기업결합의 경쟁제한성 여부였다. 시장지배적지위 남용행위나 부당한 공동행위 등의 다른 공정거래법 위반행위와 마찬가지로, 기업결합에 있어서도 위법성을 판단하기 위해서는 관련시장을 획정하고 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과를 비교형량하여 부당하게 경쟁을 제한하는지를 판단하는 절차가 필요하다. 관련시장 획정과 경쟁제한성 판단의 문제는 복잡한 경제 분석이 요구되고, 그러한 경제 분석을 거쳤어도 위법성이 있는지 여부가 규범적으로 논란의 여지가 많다. 특히 앞서 설명한 바와

74) 공정거래위원회 의결 제2015-316호, 2면 참조.

같이 특허 사건의 경우에는 더욱 그러하다. 하지만 동의의결을 거치게 되면 이런 복잡한 절차를 간소화할 수 있으며, 특히 특허 관련 사건에서는 동의의결이 큰 힘을 발휘할 수 있다는 점을 이 사건은 시사하고 있다고 생각한다. 본 논문은 이 점에 초점을 맞추었다. 먼저 이 사건에 대한 공정거래위원회의 판단에 대해 살펴본 후, 동의의결을 통한 심사의 효율성 증대 측면을 역설하고자 한다.

2. 공정거래위원회의 판단[75)]

(1) 관련 시장 획정

공정거래위원회는 “동의의결은 신청인의 자발적인 시정방안에 따른 것으로 위법 여부까지 판단하지는 않으므로 시장을 명확하게 획정하지 아니한다.”고 하여 시장 획정을 엄밀하게 하지 않았다. 상품시장 및 기술시장은 모바일 단말기 시장, 모바일 OS 및 소프트웨어 시장, 모바일 특허기술 시장으로 판단하였고 지역시장의 경우에는 상품의 특성, 구매자나 판매자의 분포 등에서 국가별 차이가 크지 않으므로 세계시장으로 획정될 가능성이 있다고만 하였다. 혁신시장에 대해서는 판단하지 않았다.

(2) 기업결합의 유형 및 지배관계 형성 여부

1) 기업결합의 유형

공정거래위원회는 결합의 형태가 다음과 같이 복합적으로 나타난다고 하는 동시에 ①~③의 수직형 기업결합, ④의 수평형 기업결합이 이루어진다고 하면서, 이 중에 경쟁제한 가능성이 있는 것은 ② 유형뿐이라고 판단하였다.[76)]

---

75) 공정거래위원회 의결 제2015-316호를 요약 및 정리한 내용이다.
76) 공정거래위원회 의결 제2015-316호, 12면의 각주 17 참조.

① 스마트폰 / 태블릿 OS와 단말기 간 결합 : 수직형 기업결합
② 모바일 관련 특허와 단말기 간 결합 : 수직형 기업결합
③ 모바일 앱(Application)과 단말기 간 결합 : 수직형 기업결합
④ 태블릿 단말기 간 결합 : 수평형 기업결합

결합당사회사가 생산하는 주요 상품[77]

구분		마이크로소프트	노키아
상방 시장	모바일 OS	Window Phone OS, Window 8, Window RT	-
	어플리케이션	오피스 모바일, Skype	-
	특허기술	OS · SW 관련 특허기술	통신 · 네트워크 관련 특허기술
		-	모바일 단말기 디자인 특허
하방 시장	단말기 제조부문	태블릿	휴대폰, 태블릿

* 이 사건 기업결합으로 결합되는 부분은 위 표의 음영처리된 부분이다.

2) 지배관계 형성 여부

공정거래위원회는 본 건 계약으로 마이크로소프트는 자회사인 마이크로소프트 인터내셔널 홀딩스 B.V.를 통해 노키아의 38개 자회사 중 33개 회사는 주식을 100% 취득하고 나머지 5개 회사는 주식을 50% 이상 취득하는 한편, 노키아 본사의 D&S 사업부문 자산을 양수하므로 당연히 지배관계가 형성된다고 판단하였다.[78]

(3) 경쟁제한 가능성

공정거래위원회는 ②의 수직결합 이외의 ①, ③, ④는 경쟁제한성이 없는 걸로 판단하여 ② 수직결합(모바일 관련 특허와 단말기 간 결합)의 경쟁제한성에 대해서만 판단하였다.

77) 공정거래위원회 의결 제2015-316호, 11면의 표 3 참조.
78) 「기업결합 심사기준」 IV.에 따르면 주식을 50% 이상 취득하거나 영업을 양수하는 경우에는 당해 행위로 당연히 지배관계가 형성되는 것으로 본다.

1) 수직결합으로 인한 잠재적 봉쇄효과 우려

(가) 잠재적 봉쇄 능력

공정거래위원회는 마이크로소프트가 안드로이드 OS에서 채택한 특허기술을 상당수 보유하고 있는 지위를 토대로 경쟁 단말기 제조업체에 대한 특허료 인상 등을 통해 생산요소(OS) 공급을 잠재적으로 봉쇄할 수 있는 능력이 있다는 우려가 있다고 판단하였다. 마이크로소프트가 안드로이드 폰 제조업체들에게 제공하고 있는 268개 이상의 특허기술 중 73개의 표준특허는 물론이고, 나머지 200여개의 비표준특허에 대해서도 FRAND 조건에 구속되지는 않지만 다른 제품이나 기술로 대체하기 어렵다는 점에서 상업적으로 매우 중요하기 때문에 잠재적 봉쇄 능력이 있다고 판단하였다.

(나) 잠재적 봉쇄 유인

공정거래위원회는 마이크로소프트가 안드로이드 OS에 사용되는 특허의 실시료를 과도하게 올려서 자신의 윈도우 단말기와 경쟁관계에 있는 안드로이드 단말기의 제조업체의 생산비용을 증가시킬 유인이 있다는 우려가 있다고 판단하였다. 마이크로소프트가 안드로이드 OS에 사용되는 특허의 실시료를 인상하면 안드로이드 단말기 판매는 줄어드는 반면 마이크로소프트의 윈도우 단말기 판매량이 늘어나게 된다. 이때 특허 실시료 수입 감소분보다 마이크로소프트의 윈도우 단말기 판매량 증가로 인한 수입 증가분이 더 크다면 마이크로소프트는 이윤을 얻게 되므로 잠재적 봉쇄 유인이 있다는 것이다.

또한 공정거래위원회는 마이크로소프트가 특허료 인상을 통해 신규 기업의 시장진입을 저지할 유인에 대한 우려가 있다고 판단하였다. 기업결합 이전에는 하방의 모바일 단말기 시장에 안드로이드 OS나 윈도우 OS를 사용하는 신규 기업이 진입하면 마이크로소프트는 특허료 수입이 증대되는 이득만이 존재하였으므로 신규 기업의 시장진입을 저지할 유인이 없었다고 볼 수 있다. 하지만 기업결합 이후에는 모바일 단말기 시장에서 경쟁이 심화되어 마이크로소프트의 윈도우

단말기 판매수입이 감소함에 따라 전체적으로 손실이 발생할 수 있으므로, 신규 기업의 시장진입을 저지할 유인이 생긴다고 판단하였다.

2) 사업제휴계약으로 인한 잠재적 협조효과 우려

마이크로소프트는 2011년 9월 모바일 단말기를 제조하는 특정 국내 단말기 제조사(OEM)와 7년간의 사업제휴계약(Business Collaboration Agreement, 이하 “BCA”라 한다)을 체결한 바 있었다. 기업결합 이후 모바일 단말기 시장의 경쟁사업자가 되는 양사가 경영상 핵심정보인 신제품 개발계획 및 마케팅계획을 공유하고, 관련 정보를 교환하여 경쟁을 제한할 우려가 제기되었다.

(4) 동의의결의 적법성 판단

동의의결을 하기 위해서는 공정거래법 제51조의2[79]에 따라 소극적 요건과 적

---

79) 공정거래법 제51조의2(동의의결) ① 공정거래위원회의 조사나 심의를 받고 있는 사업자 또는 사업자단체(이하 이 조부터 제51조의5까지의 규정에서 "신청인"이라 한다)는 당해 조사나 심의의 대상이 되는 행위(이하 이 조부터 제51조의5까지의 규정에서 "해당 행위"라 한다)로 인한 경쟁제한상태 등의 자발적 해소, 소비자 피해구제, 거래질서의 개선 등을 위하여 제3항에 따른 동의의결을 하여 줄 것을 공정거래위원회에 신청할 수 있다. 다만 해당 행위가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 공정거래위원회는 동의의결을 하지 아니하고 이 법에 따른 심의 절차를 진행하여야 한다.
1. 해당 행위가 제19조(부당한 공동행위의 금지)제1항에 따른 위반행위인 경우
2. 제71조(고발)제2항에 따른 고발요건에 해당하는 경우
3. 동의의결이 있기 전 신청인이 신청을 취소하는 경우

② 신청인이 제1항에 따른 신청을 하는 경우 다음 각 호의 사항을 기재한 서면으로 하여야 한다.
1. 해당 행위를 특정할 수 있는 사실관계
2. 해당 행위의 중지, 원상회복 등 경쟁질서의 회복이나 거래질서의 적극적 개선을 위하여 필요한 시정방안
3. 소비자, 다른 사업자 등의 피해를 구제하거나 예방하기 위하여 필요한 시정방안

③ 공정거래위원회는 해당 행위의 사실관계에 대한 조사를 마친 후 제2항제2호 및 제3호에 따른 시정방안(이하 "시정방안"이라 한다)이 다음 각 호의 요건을 모두 충족한다고 판단되는 경우에는 해당 행위 관련 심의 절차를 중단하고 시정방안과 같은 취지의 의결(이하 "동의의결"이라 한다)을 할 수 있다. 이 경우 신청인과의 협의를 거쳐 시정방안을 수정할 수 있다.
1. 해당 행위가 이 법을 위반한 것으로 판단될 경우에 예상되는 시정조치, 그 밖의 제재와 균형을 이룰 것
2. 공정하고 자유로운 경쟁질서나 거래질서를 회복시키거나 소비자, 다른 사업자 등을 보호하기에 적절하다고 인정될 것

④ 공정거래위원회의 동의의결은 해당 행위가 이 법에 위반된다고 인정한 것을 의미하지 아니

극적 요건을 모두 갖추어야 한다. 소극적 요건으로는 ① 해당 행위가 공정거래법 제19조(부당한 공동행위의 금지) 제1항에 따른 위반행위에 해당하지 아니하여야 하고, ② 공정거래법 제71조(고발) 제2항에 따른 고발요건에 해당하지 아니할 것을 요구한다(공정거래법 제51조의2 제1항 제1호 및 제2호). 이 사건 행위는 ① 기업결합 제한규정의 위반 혐의와 관련된 행위로서 공정거래법 제19조(부당한 공동행위의 금지) 제1항에 따른 위반행위에 해당하지 않고, ② 그 법위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정되지 않아 법 제71조(고발) 제2항에 따른 고발요건에 해당하지 않으므로 소극적 요건을 충족한다고 보았다.

적극적 요건으로는 ① 신청인이 제출한 시정방안이 공정하고 자유로운 경쟁질서나 거래질서를 회복시키거나 소비자, 다른 사업자 등을 보호하기에 적절하다고 인정되어야 하고, ② 신청인이 제출한 시정방안이 위원회의 조사나 심의의 대상이 되는 행위가 법을 위반한 것으로 판단될 경우에 예상되는 시정조치, 그 밖의 제재와 균형을 이루어야 한다(공정거래법 제51조의2 제3항).

이 사건에서는 수직결합으로 인한 잠재적 봉쇄효과 우려와 사업제휴계약으로 인한 잠재적 협조효과 우려를 모두 해소할 수 있는지 여부가 문제되었다. 수직결합으로 인한 잠재적 봉쇄효과 우려에 대해, 공정거래위원회는 마이크로소프트가 내놓은 표준특허와 비표준특허 각각에 대한 시정방안에 대해서 적극적 요건 또한 구비되어 잠재적 봉쇄효과 우려를 해소하고 있는 것으로 판단하였다.[80] 또한 잠재적 협조효과 우려에 대해서도 신청인 마이크로소프트의 시정방안이 경쟁사업자 간 협조 가능성을 실효성 있게 제거한 것으로 판단하였다.[81]

하며, 누구든지 신청인이 동의의결을 받은 사실을 들어 해당 행위가 이 법에 위반된다고 주장할 수 없다

80) "신청인은 표준특허에 대하여는 FRAND 원칙에 따라 라이선스하고, 비표준특허에 대하여는 신청인의 기준에 따른 실시료율이나 현행 계약에 따른 실시료율로 라이선스한다. 또한 특허를 양도할 경우 양수인도 이러한 원칙을 준수하도록 한다. 이에 따라 특허료의 인상으로 인한 안드로이드 단말기 제조업자의 비용증가 우려가 없다. 또한 신청인이 표준특허의 경우 침해를 이유로 판매금지명령 또는 수입금지명령을 청구하지 않고, 비표준특허의 경우 라이선스 협상에 성실히 임한다면 침해를 이유로 판매금지명령 또는 수입금지명령을 청구하지 않으므로 단말기의 판로 차단에 대한 우려도 없다.", 공정거래위원회 의결 제2015-316호, 19면.

3. 동의의결로 인한 효과

(1) 관련 시장 획정 측면

관련 시장 획정의 문제는 행위의 위법성을 판단하기 위한 첫 단계에 해당하며, 관련 시장을 어떻게 획정하느냐에 따라 위법성의 여부와 그에 따른 제재의 강도가 천차만별로 달라지게 된다. 이 첫 단추를 잘 꿰어야 합리적인 결론에 도달할 수 있게 된다. 하지만 관련 시장 획정의 문제는 앞서 설명하였듯이 여러 가지 분석과 이로 인한 논란이 수반된다. 또한 때때로 복잡한 경제 분석이 요구되고, 그러한 경제 분석을 거쳤어도 위법성이 있는지 여부가 규범적으로 논란의 여지가 많다. 관련 상품시장과 지리적 시장뿐만 아니라 관련 기술시장과 혁신시장까지 고려할 여지가 있는 점을 감안하면, 특허권 관련 사건에 있어서는 시장획정의 문제가 더욱 골치 아픈 문제에 해당한다. 또한 다른 유형과 달리 기업결합 사건은 사후적 규제가 아닌 사전적 규제에 해당하기 때문에 미래를 예측해야 한다는 측면에서 관련 시장 획정이 더욱 어렵다고 할 수 있다.

이 사건은 기업결합 사건이자 특허와 관련된 사건으로 이중고가 겹쳤다고도 볼 수 있다. 만약 동의의결이 이루어지지 않았다면 관련 시장을 획정하는 단계에서부터 공정거래위원회는 복잡한 절차를 거치고 수많은 인력과 시간을 투자해야 했을 것이다. 상품시장의 획정에 있어서는 한 가지 상품에 수많은 특허기술이 포함되어 있는 근래 IT업계의 특성상 해당 특허기술이 이용된 상품시장을 획정하는 데 있어 큰 어려움이 있을 것이다. 지리적 시장의 획정에 있어서도 국내시장으로 한정해야 할지, 세계시장으로 보아야 할지도 논란이 될 것이다. 혁신시장의 획정 문제는 매우 개념적이므로 차치하더라도, 기술시장의 획정 문제에 있어서도 큰 어려움이 있다. 이 사건 표준특허의 경우(73개)에는 그 표준특허기술만으로 관련 기술시장을 획정할 수 있기 때문에 별로 문제될 것이 없다. 하지만 나머지

81) "신청인의 시정방안은 계약상으로 그리고 행태적으로 경쟁상 민감한 영업정보를 교환하지 않겠다는 것으로 경쟁사업자 간 협조 가능성을 실효성 있게 제거한 것으로 판단된다.", 공정거래위원회 의결 제2015-316호, 20면.

200여 개의 비표준특허의 경우에는 앞서 설명한 바와 같이 통상적인 SSNIP 기준을 통해 관련 시장을 획정하는 데 매우 어려움이 클 것이다.

하지만 동의의결을 통해 위와 같은 관련 시장 획정의 어려운 문제들을 모두 피해갈 수 있었다. 실제로 이 사건 의결서의 각주 15번을 보면, “시장획정과 관련하여, 모바일 단말기 시장을 스마트폰과 태블릿으로 세분하여야 하는지, 지역시장을 국내시장으로 보아야 하는 것은 아닌지 등에 대한 논의가 있을 수 있으나, 동의의결은 신청인의 자발적인 시정방안에 따른 것으로 위법 여부까지 판단하지는 않으므로 시장을 명확하게 획정하지 아니한다.”고 명시하고 있다.

(2) 경쟁제한성 측면

앞서 설명한 바와 같이, 특허 사건에 있어서는 대부분 친경쟁적 효과와 경쟁제한적 효과가 함께 일어나므로 합리성의 원칙을 통해 이를 비교형량하여 위법성을 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 또한 사전적 규제라는 기업결합의 특성 때문에 경쟁제한성의 판단 또한 관련시장획정의 문제와 같이 다른 행위유형에 비해 어렵다고 할 수 있다.

이 사건의 경우에도 만약 동의의결이 없었다면 수직적 기업결합으로 인한 봉쇄효과와 잠재적 협조효과 우려가 있는지에 대해 경쟁제한성의 엄밀한 비교형량 절차를 거쳤어야 할 것이다. 이 사건 표준특허(73개)의 경우에는 FRAND 원칙을 준수하여야 하고[82] 시장지배력을 보유할 개연성 또한 높기 때문에[83] 상대적으로 경쟁제한성의 판단이 쉬울 수 있다. 하지만 나머지 200여 개의 비표준특허의 경우에는 해당 기술의 영향력, 대체기술의 존부, 관련 시장의 경쟁상황 등을 종합적으로 고려하여야 하는 등 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과의 비교형량이 보다 어려울 것으로 예상된다.

하지만 이 사건에서는 동의의결을 통해 경쟁제한성의 엄밀한 비교형량 문제를 피해갈 수 있었다. 실제로 이 사건 의결서의 각주 19번은 수직결합으로 인한 잠

82) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」 5. 가. 참조.
83) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」 2. 다. 참조.

재적 봉쇄 유인에 대해 “신청인은 비록 위와 같이 수직결합으로 인한 잠재적 경쟁제한 우려가 있다는 주장을 인정하지는 않으나, 그러한 우려가 있다는 가정 하에 시정방안을 준수함으로써 잠재적 경쟁제한 우려를 해소하기로 하였다.”라고 명시하고 있다. 또한 이 사건 의결서의 각주 20번은 사업제휴계약으로 인한 잠재적 협조효과 우려에 대해 “신청인은 위와 같은 협조효과의 우려를 인정하지 아니하나, 그럼에도 불구하고 BCA를 수정하여 해당 OEM과 위와 같은 정보를 교환하지 않기로 하였다.”라고 설시하고 있다. 동의의결을 통해 수직적 기업결합의 대표적인 두 가지 경쟁제한효과인 ‘봉쇄효과’와 ‘잠재적 협조효과’에 대해 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과의 엄격한 비교형량 절차를 생략하고도 적절하게 시정할 수 있게 되는 효과를 거둔 것이다.

Ⅵ. 결어

지식재산권법과 공정거래법의 관계에 대한 연구는 여태까지 그래왔듯이 앞으로도 지속적으로 이루어질 수밖에 없을 것이다. 지식재산권법은 독점을 어느 정도 허용한다는 측면에서, 공정거래법은 독점을 기본적으로 막고자 한다는 측면에서 양 법률은 기본 취지에서부터 숙명적으로 대립할 수밖에 없다. 하지만 항상 대립하는 것은 아니고 상호보완적인 성격을 갖기도 한다는 것이 특징이다. 예를 들어 공정거래법 제59조[84]와 특허법 제107조 제1항 제4호[85]의 규정은 대표적으

84) 공정거래법 제59조(무체재산권의 행사행위) 이 법의 규정은 「저작권법」, 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」 또는 「상표법」에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다.

85) 특허법 제107조(통상실시권 설정의 재정) ① 특허발명을 실시하려는 자는 특허발명이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하고, 그 특허발명의 특허권자 또는 전용실시권자와 합리적인 조건으로 통상실시권 허락에 관한 협의(이하 이 조에서 "협의"라 한다)를 하였으나 합의가 이루어지지 아니하는 경우 또는 협의를 할 수 없는 경우에는 특허청장에게 통상실시권 설정에 관한 재정(裁定)(이하 "재정"이라 한다)을 청구할 수 있다. 다만, 공공의 이익을 위하여 비상업적으로 실시하려는 경우와 제4호에 해당하는 경우에는 협의 없이도 재정을 청구할 수 있다.
4. 사법적 절차 또는 행정적 절차에 의하여 불공정거래행위로 판정된 사항을 바로잡기 위하여

로 양 법률이 서로를 염두에 두고 있음을 보여주고 있는 규정이라고 할 것이다. 이렇듯 서로 대립하면서도 상호보완적인 양 법률 간의 복잡한 관계 때문에 특허 사건에 있어서 경쟁법적 규율을 하는 것은 고려할 사항이 많을 수밖에 없다.

공정거래위원회의 실무에서 문제가 많이 되는 것은 표준필수특허와 사실상의 표준특허일 것이다. 기본적으로 경쟁법은 어느 정도의 시장지배력이 있는 경우를 규제하는 측면이 있기 때문이다. 관련 시장 획정과 경쟁제한성의 판단에 있어서 표준필수특허의 경우에는 대체가능성이 없다는 점과 FRAND 원칙의 적용으로 인해 상대적으로 판단이 용이하다. 하지만 사실상의 표준특허의 경우에는 특허법과 공정거래법 간의 위와 같은 복잡한 관계로 인해 명확한 판단을 내리기가 쉽지 않다. 하물며 본 논문에서 중점적으로 다루었던 『마이크로소프트 코포레이션 및 노키아 코포레이션의 기업결합 제한규정 위반행위에 대한 건 관련 MS의 동의의결에 대한 건』 과 같이 사전적 규제의 성격을 갖는 기업결합행위에 대한 사건에 있어서는 더욱 그러할 것이다.

동의의결 제도는 한계점을 갖고 있긴 하지만 제도운용을 잘 하면 인터넷 산업 등 변화가 빠른 산업에서의 사건이나 지식재산권이 문제가 되는 사건, 혹은 기업결합 사건의 해결에 도움이 되는 제도가 될 수 있다. 본 논문에서는 동의의결 제도를 이용해 특허 관련 사건에서의 복잡한 관련 시장 획정과 경쟁제한성 판단의 어려움을 해소함으로써 시간과 비용을 절약할 수 있다는 것을 살펴보았다. 하지만 여기에 대해서, 과연 동의의결 제도 적용이 시장획정 등의 엄격한 적용을 회피하는 방안인 것으로 보기는 어렵다는 지적이 있을 수 있다. 즉 복잡한 시장획정 및 경쟁제한성 판단의 어려움을 줄일 수 있다는 이점이 동의의결 제도 활용의 반사적 이익일 뿐, 본래 동의의결 제도의 도입 취지는 아니라고 볼 수도 있다는 것이다. 이 점과 관련하여 추가적인 분석이 필요할 것으로 생각되나, 본 연구자들의 역량의 한계로 제대로 다루지 못한 점은 본 논문의 한계점으로 지적할 수 있을 것이다.

다음으로 동의의결 제도를 통해 전통적인 시정조치에서 벗어나 당해 사건에

특허발명을 실시할 필요가 있는 경우

가장 적합한 시정조치를 채택할 수 있다는 점에서, 이를 긍정적으로 보았을 때 저비용 고효율의 심사제도라고 할 수도 있다. 하지만 또 한가지 보완적인 논의가 필요한 부분이 있는데, 바로 직권으로 동의의결 절차를 진행하는 것이 본질적으로 개념상 모순이 아닌지, 즉 직권 동의의결 절차개시가 가능한 것인지에 대한 분석이 필요하다고 할 수 있다. 이 점에 대해서도 본 연구자들이 다루지 못한 것이 아쉬움으로 남는다. 이 외에도 본 논문의 부족한 점으로 남는 것은, 동의의결과 관련된 심결례들을 좀 더 심층적으로 분석하여 동의의결의 심사기준을 좀 더 구체화하는 데까지 이르지는 못했다는 점이다. 본 연구자들은 추후 지속적인 탐구와 공부를 통해 상기한 본 논문의 한계를 보완하고, 좀 더 깊은 분석을 진행할 것임을 다짐한다.

하지만 몇 가지 논의의 한계에도 불구하고, 동의의결 제도의 적절한 활용이 여러 편익을 가져올 수 있는 그 가능성을 제시했다는 점에서는 본 논문의 의미가 있다고 생각한다. 앞으로도 관련 학계 및 실무계의 지속적인 연구와 논의를 통해 동의의결 제도가 가진 한계점을 보완하는 한편, 특허나 기업결합 사건과 같이 위법성의 판단이 어려운 사건에 동의의결 제도를 적극적으로 활용해야 한다고 생각한다. 물론 동의의결 제도를 위법행위를 한 사업자들에게 면죄부를 주는 식으로 악용해서는 아니 될 것이며, 동의의결 절차 적용 시 심사상의 편의와 적용하지 않을 때의 위법성 판단을 통한 규제 조치 사이의 편익과 비용을 적절히 고려하되 엄격한 요건을 준수하면서 활용해야 할 것이다.

【참고문헌】

Ⅰ. 국내문헌

(이 부분에 남아있던 로마자 숫자 1 삭제)

[단행본]

곽상현/ 이봉의, 『기업결합규제법』, 법문사, 2012.

권오승 外 7인, 『독점규제법』 제2판, 법문사, 2012.

윤창호/ 장지상/ 김종민 편(編), 『한국의 경쟁정책』, 형설출판사, 2011.

이기수/ 유진희, 『경제법』 제9판, 세창출판사, 2012.

최승재, 『특허권 남용의 경쟁법적 규율』, 세창출판사, 2010.

한국정보통신기술협회, 『ICT 표준화 활동 가이드』, 2009.

홍동표 外 3인, 『네트워크 효과가 시장구조에 미치는 영향과 경쟁정책』, 정보통신정책연구 원, 2002.

[논문]

곽상현, “수평결합에 대한 경쟁제한성 판단기준”, 「저스티스」 통권 제116호, 2010.

김두진, “특허풀에 대한 경쟁법의 적용”, 「경쟁법연구」 제11권 일반논단, 2005.

김태은, “기업결합심사에서 가격상승압력 지표의 활용”, 고려대학교 대학원 경제학과 석사학위 논문, 2014.

김현종, “시장획정에 대한 논의와 합리적 분석방법 연구 - 컨버전스를 고려한 대안 모색”, 한국경제연구원, 2010.

남재현, “실무자를 위한 시장획정의 기본원리”, 「법경제학연구」 제5권 2호, 한국법경제학회, 2008.

박병형/ 서순옥/ 오민홍, “기업결합 시뮬레이션 모형 검토”, 공정거래위원회 용역보고서, 2007.

박상인/ 임홍래, “AMAT-TEL 간 기업결합 건에 대한 경제분석”, 공정거래위원회 용역보고서, 서울대학교 산학협력단, 2014.

유진희/ 최지필, “공정거래법상 동의의결 제도의 내용과 문제점 검토”, 「고려법학」 제64호, 고려대학교 법학연구소, 2012.

전성훈, “시장획정 방법론으로서 임계매출감소분석의 발전과 논쟁”, 한국공정거래조정원 법·경제분석그룹(LEG) 지원연구, 2010.

정우식, “공정거래법상 동의의결 제도에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 법학과 석사과정 학위논문, 2013.

최난설헌, “공정거래법상 동의의결제도에 대한 불복절차와 관련한 비교법적 검토”, 「경쟁법연구」 제26권, 한국경쟁법학회, 2012.

최동배/ 이승주, “표준특허 및 FRAND 규약과 관련한 법적 쟁점에 관한 연구 - 기술 발전 도모 측면을 중심으로”, 「충남법학연구」 제24권 2호, 충남대학교 법학연구소, 2013.

최승재, “통신산업에서의 표준화와 지적재산권과 경쟁법의 조화”, 법조협회, 2008.

_____, “동의의결제 입법이후 적용사례로 본 입법상 보완필요성”, 「인권과 정의」, 대한변호사협회, 2015.

홍대식, “표준필수특허 보유자의 특허권 남용 사례에 대한 법적 분석 – 퀄컴 사건을 중심으로”, 「법조」 제64권 11호, 법조협회, 2015.

[기타 자료]

공정거래위원회, 예규 제247호, 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」.

_____, 고시 제2015-3호, 「기업결합심사기준」.

_____, 의결 제2015-316호.

_____, 의결 제2014-103호.

_____, 의결 제2014-104호.

_____, 의결 제2006-009호.

_____, 의결 제2011-300호.

Ⅱ. 외국문헌

[논문]

Andrew C. Hruska, “A Broad Market Approach to Antitrust Product Market Definition in Innovative Industries", The Yale Law Journal, 1992.

Mark A. Lemley & Carl Shapiro, "Patent Hold-up and Royalty Stacking", 85 Tex. L. Rev. 1991, 2007.

Sannu K. Shrestha, "Troll or Market-Maker? An Empirical Analysis of Nonpracticing Entities", 110 Colum. L. Rev., 114, 2010.

[기타 자료]

Case T-201/04. Microsoft v. European Commision, [2005] ECR Ⅱ-1491. IP/07/1567, "Antitrust: Commission ensures compliance with 2004 decision against Microsoft," 22 Oct. 2007.

Memo/07/330. "Commission confirms sending statement of Objections to Rambus" Brussels, 23 Aug. 2007.

Memo/07/389, "Commission initiates formal Proceedings against Qualcomm," 1 Oct. 2007.

표준특허침해에 대한 손해배상
-특허위협과 실시료 과적의 방지를 중심으로-

한 재 성*

〈 국문초록 〉

표준특허침해가 발생했을 때 표준특허권자의 침해금지청구권 행사가 상당부분 제한되면서 손해배상청구가 새로운 구제수단으로 떠오르고 있다.

표준특허침해에 대한 손해배상액을 산정할 때 두 가지를 머릿속에 염두에 두어야 한다. 하나는 표준특허권자가 당해 특허발명이 갖는 가치 이상의 과도한 금액을 청구하는 '특허위협'이 발생할 수 있다는 점과 또한 기술표준에 대한 개별적인 특허부품의 실시료 총합이 사업자의 총 이익을 훨씬 상회하는 '실시료 과적' 문제이다.

만약 기술표준이 속한 사업 분야에 시장주체들이 앞서의 특허위협과 실시료 과적의 문제로 시장참여를 주저하게 된다면 시장경쟁 질서가 악화될 수 있음은 물론 기술발전을 목표로 하는 특허법의 취지가 몰각될 수 있는 부작용이 발생한다. 따라서 표준특허 침해로 발생한 손해배상액 산정 시 표준특허권자와 잠재적 실시권자의 이익을 적절하게 조화시킬 수 있는 합리적인 방안이 마련될 필요가 있다. 기술의 상호 호환성 증진과 네트워크 효과를 도모하는 기술표준의 공익적인 성격이 강조되어야 한다는 점에서 표준특허권자에게 인정되는 손해배상액은 가능한 하향 조정되는 것이 바람직하다고 생각한다. 우리나라에서 표준특허침해에 대한 손해배상과 관련한 판례는 삼성 대 애플 사건이 유일한데 당해 법원은 우리나라 특허법 제128조의 침해자의 이익 규정을 근거로 원고의 손해배상청구를 그대로 인용하였다. 앞서와 같이 일실이익에 해당되는 침해자의 이익을 손해배상액으로 인정하게 되면 전체적으로 라이센시가 부담하게 될 실시료 총액이 커지게 되어 기술표준 시장에의 접근을 부당하게 제한하는 문제가 발생할 것이다. 따라서 향후 국내에서 표준특허침해에 관련한 분쟁이 발생하게 되면 손해배상의 범위를 실시료 상당액에 한정하고 특허위협과 실시료 과적을 최소화할 수 있는 방향으로 실시료 상당액을 당초 기술표준의 취지에 맞게 하향 조정될 필요

* 서울대학교 법과대학 지적재산권법 전공, 박사과정

가 있다.

주제어 : 표준특허, 특허위협, 실시료 과적, 손해배상액 산정, 침해자의 이익, 실시료 상당액

〈 목 차 〉

Ⅰ. 논의의 배경

Ⅱ. 표준특허침해에 대한 손해배상 청구범위
1. 문제의 소재
2. 미국 판례의 입장
3. 일본 판례의 입장
4. 우리나라 법원의 입장
5. 검토

Ⅲ. 표준특허침해에 대한 손해배상액으로서의 실시료 산정방향
1. 특허위협과 표준특허침해에 대한 손해배상액으로서의 실시료 산정 문제
2. 실시료 과적과 표준특허침해에 대한 손해배상액으로서의 실시료 산정 문제
3. 특허위협과 실시료 과적을 고려한 '실시료 상당액' 산정 방향

Ⅳ. 표준특허 침해로 발생한 손해배상액 산정의 구체적 방법론: '실시료 상당액' 산정 방법을 중심으로
1. 서설
2. 실시료 산정을 위한 가설적 협상 (Hypothetical negotiation)
3. 비교라이센스 방법 (Comparable license)
4. 증분가치규칙 (Incremental value rule)
5. 실시료 기반 문제(Royalty base)

Ⅴ. 결어
1. 우리나라에서의 특허침해에 대한 손해배상제도의 현 위치
2. 표준특허침해에 대한 손해배상액 산정에 있어서 나아가야할 방향 제언

Ⅰ. 서론 -논의의 배경

삼성과 애플 간 특허분쟁을 기점으로 국내 학계와 실무에서 특허 자체 보다 표준특허라는 개념이 우리 귀에 익숙하게 들리기 시작한다. 그중 표준특허와 관련하여 가장 이목을 끌었던 이슈는 표준특허에 기한 침해금지청구권 행사가 어떻게 제한될 수 있는지에 대한 논의였다. 만약 특허권자가 기술표준을 이루는 필수특허(편의상 '표준특허')에 대해 실시허락을 하지 않게 되면 잠재적 실시권자의 시장접근 자체가 아예 차단되어버리는 문제가 발생할 수 있어 침해금지청구권

행사 문제는 실무에서는 기업의 사활이 걸린 문제라는 점에서, 학문적인 영역에서는 경쟁법적 이슈와 특허법 고유의 남용 문제가 혼재되어 있다는 점에서 흥미로운 주제가 아닐 수 없었다.

표준특허권자는 제 3자의 실시를 전제로 하는 FRAND 의무[1)]가 부여되어있는데 이에 따라 제 3자의 실시를 차단시키는 침해금지청구권 행사에는 일정부분 제약을 받을 여지가 있다. 가장 친·특허적인 정책을 펼치고 있는 나라 중인 미국에서도 FRAND 확약에 근거한 침해금지청구권 행사가 사실상 곤란하게 된다는 논의가 대두되고 있는 만큼[2)] 표준특허권자의 권리행사가 어느 정도 제한되어야 한다는 점에는 동·서양을 막론하고 이론의 여지가 없을 것으로 본다.[3)] 다만 침해금지청구권 행사가 경쟁법적 제재를 받아야하는지, 특허권 남용에 해당되는지, 계약위반 혹은 금반언의 원칙 상 허용될 수 없는지 등 구체적으로 어떠한 논리로 터 잡아 제한될 수 있는지에 대해서 판례와 학설상 다양한 견해가 제시되고 있을

---

1) 표준화기구는 표준특허권자가 시장 독점력을 토대로 권리를 남용하는 것을 방지하고자 표준특허권자에게 일정한 의무를 지우게 되는데 대표적으로 공정하고 합리적이며 비차별적으로 실시권자들을 대해야한다는 실시계약상의 의무인 FRAND(Fair, Reasonable and Non-discriminary, 'FRAND')가 있다. FRAND의 의미의 내용을 표준화기구별로 상세하게 설명한 문헌으로는 Rudi Bekkers and Andrew Updegrove, “A study of IPR policies and practices of a representative group of Standards Setting Organizations worldwide, National Academies of Science”, 2012 참고.

2) 미국에서 표준특허에 기한 침해금지청구권 행사 여부에 대해 정면으로 다뤘던 애플 대 모토롤라 제 1심 법원에서는 표준특허권에 기한 침해금지청구권 행사는 그 자체로 제한되어야 한다고 판시했지만 연방항소법원은 2심에서 이를 뒤집고 표준특허에 대한 침해금지청구권 행사 역시 eBay 판결의 4가지 원칙에 근거하여 판단되어야 한다고 판시하였다. 하지만 기술표준의 특성상 수많은 사업체들의 표준특허 실시를 전제로 한다는 점에서 연방항소법원은 침해금지청구권 행사를 정당화시킬 수 있을 만큼의 “회복 불가능한 손해”가 발생하기 곤란하다고 하여 Motorola의 청구를 마찬가지로 인용하지 않았다. Apple Inc. v. Motorola, Inc., 757 F.3d 1286 (2014) 참고.

3) 유럽에서는 반독점법을 중심으로 표준특허권자의 권리행사를 규율하고 있으며 제한된 조건 하에서만 침해금지청구권 행사가 허용된다는 입장을 고수하고 있는데 미국 보다 침해금지청구권 행사에 더욱 엄격한 입장을 취하는 것으로 분석된다. 일례로 유럽연합집행위원회(European Commission)는 Motorola v. Apple 사건 등에서 침해자가 FRAND 확약을 성실히 이행했는지 여부에 대해 특허권자가 입증책임을 지게 함으로써 침해금지청구권 행사를 더욱 어렵게 하였다. 이에 대한 분석은 Benjamin C. Li', “THE GLOBAL CONVERGENCE OF FRAND LICENSING PRACTICES: TOWARDS "INTEROPERABLE" LEGAL STANDARDS, BERKELEY TECHNOLOGY LAWJOURNAL,[Vol. 31:AR 2016], 444-445면 참고 및 비슷한 분석으로는 박준석, “표준특허의 제문제 -ITC의 배제명령 발동가능성 문제를 포함하여”, 서울대학교 法學제54권 제4호, 2013, 147-148면 참고.

뿐이다.

본 글은 앞서와 같이 표준특허권자의 침해금지청구권 행사가 제한됨에 따라 표준특허 침해의 분쟁양상이 표준특허권자의 손해배상액 산정으로 새롭게 접어들었음에 주목하였다.

손해배상액 산정문제와 관련하여 표준특허가 특별하게 취급될 수 있는 이유는 특허위협과 실시료 과적문제에 있다. 표준특허권자의 특허위협이란 표준특허권자가 당해 특허발명이 갖는 가치뿐만 아니라 기술표준 자체가 갖는 가치를 실시료에 포함시켜 손해배상액을 청구할 때 발생할 수 있다. 또한 실시료 과적이란 기술표준에 집적되어있는 여러 특허부품들에 대한 실시료의 총합이 당해 사업자의 총 수익을 상회하게 되어 결과적으로 시장경쟁에서 배제되는 문제를 가리킨다.

만약 사업자들이 앞서의 특허위협과 실시료 과적의 문제로 기술표준이 속한 시장에의 참여를 주저하게 된다면 시장경쟁 질서가 악화됨은 물론 기술표준을 응용한 새로운 기술의 창작을 저해할 수 있다는 점에서 기술발전을 목표로 하는 특허법의 근본적인 이념 자체가 몰각될 우려가 있다. 따라서 표준특허 침해로 발생한 손해배상액 산정방법에 있어 표준특허권자와 잠재적 실시권자의 이익의 균형을 도모할 수 있는 합리적인 손해배상액 산정 방안이 마련될 필요가 있다,

본 글은 보다 많은 사업자들의 시장참여를 촉진시키고 기술의 상호 호환성 증진과 네트워크 효과를 도모하는 기술표준의 공익적인 성격이 강조되어야 한다는 점에서 표준특허권자에게 인정되는 손해배상액에 일정부분 제한이 가해져야 한다고 주장한다. 즉 표준특허권자의 손해배상청구범위는 '실시료 상당액'에 한정되어야 하며 특허위협과 실시료 과적의 부작용을 최소화시킬 수 있는 방향으로 산정되어야한다. 이하에서는 표준특허침해에 대한 손해배상청구범위와 구체적인 손해배상액 산정방법에 대해 살펴보도록 한다.

Ⅱ. 표준특허침해에 대한 손해배상 청구범위

1. 문제의 소재

실시료 상당액에 근거한 손해액은 특허발명의 실시 여부와 관계없이 특허권자에게 인정되는 최소한의 손해배상액이라는 점에는 이론의 여지가 없다. 마찬가지로 표준특허침해 사건에서 표준특허권자는 표준특허실시에 대해 기 지급받아야 했을 실시료 상당액을 최소한의 손해배상액으로 하여 보상받을 수 있어야 할 것이다.

하지만 표준특허권자가 실시료 상당액 이외에 침해자의 이익 내지 침해자의 양도수량 판매가액에 따른 일실이익에 대해 손해배상을 청구할 수 있을지에 대해서는 미국과 일본, 그리고 우리나라 판례가 각기 다른 입장을 취하는 것으로 분석된다. 표준특허권자가 FRAND 실시료를 넘는 손해액을 손해배상으로 청구할 수 있는지, 있다면 어떤 경우에 일실이익에 대한 손해배상을 표준특허권자에게 인정해줄 수 있을 것인지의 문제에 대해 미국 판례와 일본의 삼성 대 애플 채무부존재 확인 소송을 중심으로 살펴보도록 한다.

2. 미국 판례의 입장

표준특허침해에 대한 손해배상액을 미국 특허법상 일실이익을 제외한 '합리적 실시료'에 한정하여 인정해주는 판례들이 미국에 다수 존재하는 바 이에 대해 정리해보면 다음과 같다.

Apple v. Motorola 1심 법원[4]에서 Posner 판사는 모토로라의 침해금지청구권 행사를 제한하면서 추가적으로 '898 표준특허가 침해되었다는 점이 따로 증명된다면 손해액으로서의 FRAND 실시료가 Motorola가 입은 손해를 충분히 구

4) Apple, Inc. v. Motorola, Inc., 869 F.Supp.2d 901 (2012) *915 참고.

제해줄 것이라고 설시하였다. 비록 본 사건에서 합리적 실시료 이외에 일실이익에 대한 표준특허권자의 손해배상청구가 허용되는지에 대해 직접적으로 다루지 않았지만 간접적으로나마 FRAND 실시료가 표준특허권자가 보상받을 수 있는 손해액의 전체 범위라는 점을 시인해주는 부분이라고 판단된다,

Innovatio 사건에서도 FRAND 손해액을 실시료에 근거하여 산정하고 있어 주목을 요한다. 피고인 제조업체 측은 Innovatio 특허를 보유했던 이전 권리자들이 802 와이파이 표준에 필수적인 특허를 합리적이고 비차별적인 조건으로 계약할 것에 표준화기구인 IEEE와 합의했다는 점을 주장하면서 Innovatio에 대한 손해배상 법위는 FRAND 라이센스 비용에 한정되어야 한다고 주장했는데 Holdermna 판사는 이를 인용하면서 FRAND 손해액을 구체적으로 어떻게 산정해야하는지에 대해 집중적으로 검토하였다.[5] .

또한 Ericssson 사건에서 Davis 판사는 Ericsson이 FRAND 확약에 동의했다는 점을 근거로 Ericsson이 청구한 손해배상액이 FRAND 확약에 위배되지 않으며 합리적 실시료로서 허용된 금액을 초과하지 않았다는 점을 입증해야한다고 판시하였다.[6]

CSIRO 연방항소법원 역시 802.11 와이파이 표준특허에 대한 FRAND 조건이 가설적 협상에 반영되어야 한다는 점 및 이에 따라 CSIRO와 Radiata와 맺었던 TLA 실시계약에 따른 실시료율 이상에 근거한 손해액을 CSIRO에게 인정해줄 수 없다고 판시하였다.[7]

앞서 판례들이 합리적 실시료를 초과한 일실이익 배상에 대해 부정적인 입장을 취했던 공통적인 이유에는 표준특허권자에게 FRAND 협약에 따른 의무가 지워졌다는 사실이 있었다. 비록 표준특허침해에 있어 합리적 실시료 이상의 손해액을 청구하는 것이 제한되는지 여부에 대해서는 미국 법원이 명확한 입장을 밝히고 있지 않지만 일실이익 증명요건이 굉장히 까다롭다는 점[8]에 비추어볼 때

5) In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litigation, Not Reported in F.Supp.2d (2013) 참고.
6) Ericsson Inc. v. D-Link Systems, Inc., Not Reported in F.Supp.2d (2013) *22 참고.
7) Commonwealth Scientific and Indus. Research Organisation v...., 809 F.3d 1295 (2015) *1306 *1307 참고.

표준특허권자가 합리적 실시료를 이외의 일실이익을 근거로 한 손해배상청구가 미국 법원에서 인용되는 것은 쉽지 않아 보인다.

3. 일본 판례의 입장: 삼성 대 애플 채무부존재 확인 소송

삼성이 일본을 상대로 실시료 상당액을 초과한 금액에 대해 손해배상을 청구했는데 이러한 청구가 권리남용에 해당되는지가 문제되었다. 일본 지적고등재판소는 이를 긍정하면서 실시료 상당액에 한정된 금액에 대해서만 손해배상을 인정하였다.[9)]

일본 지적고등재판소는 UMTS 규격에 맞는 제품을 제조·판매하는 자 입장에서는 표준화 기구가 마련한 지식재산권 지침(IPR)을 확인하여 특허권자와 교섭한 결과 장차 FRAND 확약에 부합한 라이센스 체결을 기대하게 된다는 점, 표준특허권자가 FRAND 조건에 부합하는 실시료 이상의 금액을 손해배상으로 청구하게 되면 그러한 기대를 품고 UMTS 규격에 맞는 제품을 제조·판매하는 자의 신뢰를 해하게 된다는 점에 근거하여 실시료 상당액 이상의 일실이익을 손해배상으로 청구하는 것은 권리남용에 해당한다고 판시하였다.[10)]

또한 법원은 삼성의 특허가 UMTS 규격의 일부로 채택됨으로써 전 세계의 사업자들과 손쉽게 실시계약을 체결하여 실시료 수입을 얻을 수 있었고 ETSI의 정책에 따라 철회 불가능한 라이선스를 FRAND 조건으로 허여할 것을 약속했기 때문에 법원은 실시료 상당액을 초과한 범위에 대해 손해배상청구를 인정해줄 필요성은 크지 않다고 보았다.[11)]

---

8) 일실이익 산정 요건이 대단히 까다로운 관계로 미국 특허소송 상 손해액 산정에 있어 실질적으로 문제되는 것은 바로 '합리적 실시료'라는 점을 강조한 국내 문헌으로는 이헌수. "미국 특허소송에서 합리적인 실시료 (reasonable royalty) 에 기초한 손해배상액 산정방식." LAW & TECHNOLOGY 8.1 2012. 3-28면 참고.

9) 나지원, "표준특허권자의 권리행사 한계에 관한 연구 -FRAND 확약과 권리남용의 법리를 중심으로", 서울대학교 박사 학위, 2016 143면.

10) 나지원, 앞의 글 149면.

11) 나지원, 앞의 글, 150면.

다만 일본 지적고등재판소는 상대방이 FRAND 조건에 따른 실시료 협상에 성실히 임하지 않고 애당초 라이센스를 받을 의사가 없었다면 이러한 조리의무를 저버리는 라이센시에게는 FRAND 확약에 따른 이익을 향유하게 할 필요가 없기 때문에 법원은 그러한 특단의 사정이 표준특허권자에 의해 입증된다면 실시료 상당액을 초과한 범위에 대해서도 손해배상청구를 인정해줄 수 있다고 설시하였다.[12)]

4. 우리나라 법원의 입장: 서울중앙지방법원 삼성 대 애플 사건[13)]

국내에서 표준특허침해에 대한 손해배상이 문제되었던 사건으로 전 세계의 이목을 끌었던 삼성 대 애플 사건이 있다. 원고 삼성이 우리 특허법 제128조 제4항을 근거로 피고 애플에게 표준특허 침해에 따라 발생한 애플이 얻은 이익을 손해액으로 주장한 것에 대해서 법원은 별다른 판단 없이 삼성의 청구를 그대로 인용하였다. 법원은 삼성과 표준화기구인 ESTI 사이에 제 3자가 신뢰할 만한 외형을 갖출 만큼 구체적인 내용의 FRAND 확약이 성립하지 않았다는 점을 이유로 삼성의 침해금지청구권을 배제하지 않았는데 마찬가지로 삼성이 청구한 손해배상액의 범위가 FRAND 확약에 근거하여 제한될 수 있는지의 여부에 대해 직접적으로 문제 삼지 않은 것으로 보인다.

5. 검토

생각건대 미국 판례에서처럼 표준특허침해에 대한 손해배상액은 원칙적으로 FRAND 실시료에 한정되는 것이 타당하다고 본다.[14)] 이에 대한 첫 번째 근거로

---

12) 나지원, 앞의 글, 151면.

13) 서울중앙지방법원 2012.8.24. 선고 2011가합39552 특허침해금지 등 www.kipo.go.kr/club/file.do?attachmentId=9772, 218-223면 참고.

14) 이에 대한 국내 문헌으로는 오승한. "표준개발 과정에서 제출된 FRAND 의무 위반행위의 판단기준에 대한 연구." 경제법연구 11.2, 2012: 190면; 이문지. "표준특허 FRAND 실시료 산정의 기

는 FRAND 확약에 따라 표준특허권자는 발명에 대한 독점·배타적 권리를 일정 부분 포기하는 대신 보다 많은 잠재적 실시권자에게 접근하여 실시료 수입을 얻게 된다는 점에서 한 명의 무단 실시가 표준특허권자에게 추가적인 일실이익 손해를 야기한다고 보기 어렵다는 점을 들 수 있다. 또한 정보통신 분야의 경우 하나의 기술표준에는 수천가지의 필수특허들이 집적되어있는데[15] 전체상품에서 표준특허권자의 발명이 차지하는 비중은 극히 일부를 이루고 있을 뿐인데도 불구하고 표준특허권자가 전체 침해제품에서 발생한 이익 내지 판매가액을 손해액으로 주장하는 것은 과잉보상으로서 손해배상제도의 취지에 반한다고 볼 수 있다.

설사 표준특허권자가 일실 손해가 발생하였음을 입증하는데 성공했다고 하더라도 일본 판결에서처럼 침해자가 실시료 협상에 성실히 임하지 않거나 혹은 침해자가 특허정보 분석 절차를 전혀 거치지 않고 무단 실시하는 경우에 한해 예외적으로 표준특허권자에게 일실이익에 근거한 손해배상을 인정해주는 것이 특허위협과 실시료 과적 등의 표준특허 오·남용을 방지하고 표준특허권자와 침해자간의 형평을 도모할 수 있을 것이라고 생각한다.

표 1 각 국가별 표준특허 침해에 대한 손해배상액 청구 범위 비교

표준특허 침해에 대한 손해배상액 청구 범위	미국 (Innovatio, , Ericsson. , CSIRO. , etc)	일본 일본 지적고등재산소 채무부존재 확인 소송	한국 서울중앙지방법원 특허침해금지 등
일실이익 포함 여부	부정	일부 긍정	긍정

준." (2015). 473면, 송재섭. "표준특허에 근거한 권리행사의 한계." 저스티스, 2014,: 223면.

15) 단적인 예로 2013년 PA 컨설팅 그룹이 발간한 레포트에 따르면 802. 11 와이파이 표준에는 약 3000개의 잠재적 필수특허가 존재한다고 한다. In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litigation., *43 참고.

Ⅲ. 표준특허침해에 대한 손해배상액으로서의 실시료 산정 방향

1. 표준특허권자에게 인정되는 손해배상액이 제한될 수 있는 근거

가. 서설

특허침해가 발생했을 경우 특허법에 손해액 추정규정 이외에는 명문의 규정이 없지만 특허권자는 우리 민법 제750조에 따라 불법행위에 대한 손해배상을 청구할 수 있다. 즉 특허권자는 자신이 입은 손해와 침해와 손해간의 상당인과관계, 그리고 손해의 범위를 구체적으로 입증할 수 있다면 자신이 입은 손해에 대해서 침해자에게 배상액을 요구할 수 있게 된다. 미국 특허법 제284조의 경우[16] "특허권가 입은 손해를 적절하게 배상해줄 수 있도록 합리적 실시료 최소한으로 하면서 할 것"으로 규정되어 있는데 우리나라의 경우에도 '실시료 상당액'을 최소한의 손해배상액으로 보는 것이 통설적 견해[17]이다. 결론적으로 우리나라에서 특허권자가 손해배상을 청구했을 때 자신의 입은 손해를 입증할 수 있으면 그러한 손해에 대해 손해배상액을 청구할 수 있고 실시료 상당액을 최소한으로 요구할 수 있는 것은 명백하다.

하지만 앞서 미국에서 발생했던 표준특허 분쟁의 경우를 살펴보면 손해배상액이 특허권자가 입은 손해를 적절하게 구제하는 것을 목표로 하는 손해배상제도

---

16) 미국 특허법 PATENTS PART Ⅲ U.S.C §284 TITLE 35(특허 그리고 특허와 관련한 권리 보호 CHAPTER 29 - 특허침해에 대한 구제수단 그리고 기타 조치들): 원고에 대한 승소판결을 내릴 때 법원은 청구인이 입은 손해를 충분히 보상해줄 수 있는 배상액을 산정해야하는데 이 때 배상액은 발명을 실시에 대한 합리적인 실시료 보다는 낮아선 안 되며 법원이 정한 이자와 비용을 포함시켜야 한다.

17)우리 특허법 제128조 제5항을 손해의 발생을 전제로 특허권자에게 인정해줄 수 있는 최소한의 배상액으로 보아야 하는지 혹은 손해가 발생하지 않았을 경우에도 본 조에 의하여 실시료 상당액을 청구할 수 있는 것으로 보아야 하는지 의견이 대립되고 있는데 이는 손해의 발생과 손해배상액 인정 여부에 대한 다툼이지 '실시료 상당액' 특허권자에게 인정될 수 있는 최소한의 손해배상액이라는 점에는 양 견해 모두 일치하고 있는 것으로 보인다. 전효숙. "특허권 침해로 인한 손해배상." 저스티스, 통권 43, 1997.

의 원칙 이외의 요소에 의해 제한이 가해지고 있음을 확인할 수 있다. 기술표준의 특성상 표준특허권자는 시장 독점적 지위를 남용하여 당해 특허발명의 가치를 훨씬 상회하는 실시료를 요구하는 경우가 있는데 손해배상액 산정에서도 표준특허권자는 과도한 손해배상액 지급을 요구할 수 있는 것이다. 또한 기술표준을 사용하는 사업자 입장에서 부담하게 될 총 비용이 과도하게 책정된 손해배상액으로 더욱 높아지게 되는 실시료 과적 문제가 발생할 수도 있다. 특허위협과 실시료 과적은 기술표준 실시가 필수적으로 요구되는 사업 분야에서 당해 사업자가 과중한 실시료를 부담하게 되어 시장에서 불공정하게 배제되는 문제를 일으킬 수 있기 때문에 법원은 손해배상제도의 원칙에 충실하면서도 표준특허권자가 표준화기구에 제출한 FRAND 확약서를 토대로 실시권자인 제 3자에 대한 계약법적 효력에 근거하여 손해배상액 산정 시 일정부분 제한을 가하게 된다.

표준특허침해에 대한 권리자의 손해배상청구는 과거에 있었던 침해자의 무단실시로 입었던 손해를 전제로 하기 때문에 그러한 권리행사 자체는 어떠한 이유에서도 제한될 수 없다.[18] 다만 특허위협과 실시료 과적이 발생하지 않도록 합리적인 범위에서 손해배상액이 제한될 필요가 있음은 분명하다. 이 때 어떠한 법적 근거를 토대로 손해배상액을 제한할 수 있는지에 대해 명확히 할 필요가 있다. 손해배상액이 지나치게 낮게 설정되면 특허권자가 입은 손해에 대한 불충분한 배상이 이루어짐으로써 '기술 산업'의 발전을 목표로 하는 특허법의 취지에 반할 수 있기 때문에 특허위협과 실시료 과적에 따른 제한 역시 실정법상의 한계에서 명확하게 이루어져야 할 것이다. 표준화기구는 표준특허권의 부장한 행사로 시장경쟁 질서가 훼손되는 문제를 방지하고자 표준특허권자에게 일정한 조건을 부과

18) 앞서 언급한 일본의 애플 대 삼성 사건에서는 삼성이 표준특허에 기한 손해배상청구 그 자체가 권리남용에 해당되는지를 판단하였는데 실시료 상당액에 근거한 손해배상청구는 권리남용에 해당되지 않고 실시료 상당액을 초과한 범위에 대한 손해배상청구는 애플이 실시료 협상에 성실하게 응하지 않는 등 특단의 사정이 없는 한 권리남용으로 허용될 수 없다고 판시하였다. 실시료 상당액에 근거한 손해배상청구는 (1) 발명을 공개한 것에 대한 적절한 보상의 관점에서 표준특허권자에게 반드시 인정되어야 한다는 점, (2) 표준규격에 맞는 제품을 제조·판매하는 자 입장에서도 표준특허 실시를 위해 실시료 상당액 지급을 전제하고 있었다는 점에서 예측에 반하지 않는다는 점에 입각하여 이를 배제할 수는 없다고 판시하였다. 이에 대해서는 나지원, 앞의 글, 142-154면 참고

하게 되는데 이러한 FRAND 확약의 구속력에 따라 이루어지는 손해배상액 산정의 한계를 살펴보도록 한다.

나. 표준화기구의 FRAND 확약에 근거한 제한

(1) FRAND 조건의 의의

(가) 기술표준과 특허

표준이란 물건·개념·방법·절차 등에 관해 통일되고 단순화된 기준을 마련함으로써 일상생활에서 편리함을 제고하기 위한 약속을 의미하고 표준화란 그러한 표준을 설정하여 만드는 조직적 행위를 뜻한다.[19] 표준이 만들어지려면 표준이 요구되는 사업 분야에서의 시장참가자들이 개별적으로 계약을 체결하여야 하지만 표준화기구를 조직하여 표준을 설정하면 개별적으로 당사자들이 개별적으로 계약 등의 형식을 빌려 표준을 성립해나가는 과정 보다 거래비용을 훨씬 감소할 수 있기 때문에 표준화기구에 의한 표준설정과 표준의 상용화가 현대사회에서 활발하게 이루어지고 있다. 특히 표준이 실질적으로 가장 의미 있게 다뤄지는 영역은 정보통신 분야와 같은 기술표준이라고 볼 수 있다.[20]

표준화기구는 표준기술에 대해 누구나 실시할 수 있도록 개방함으로써 관련 시장에 대한 접근성을 높이고 기술의 상호호환성과 네트워크 효과를 도모하기 위한 것을 목표로 하기 때문에 특허권이 부여되어 있는 기술을 표준으로 설정하는 것을 가급적 삼가 하였다. 하지만 점차 표준기술에도 지식재산권을 부여할 필요성이 점차 높아지면서[21] 표준화기구는 당해 사업자가 특허출원 상태 여부를

---

19) 한국정보통신기술협회, 표준화 백서(2007), 표준화의 정의 및 의미, 2면

20) 실제로 국제표준화기구인 ISO(International Standard Organization)이 2015년에 발간한 국제표준분류(International Classification for Standards)를 살펴보면 절대 다수가 기술과 관련된 분야임을 확인할 수 있다. 또한 본 글은 기술을 규율하는 특허법제와 관련한 문제를 다루는 만큼 다른 설명이 없으면 표준은 기술표준을 칭하는 것으로 한다.
https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/international_classification_for_standards.pdf 12-13p 참고.

공개하거나 일정한 조건에 따라 특허권자가 실시계약의 상대방을 대할 것을 조건으로 하여 특허발명을 표준으로 설정하는 것을 허용하기 시작하였다.

(나) FRAND 조건의 탄생

특허발명이 기술표준가 결합하게 되면 배타적 권리를 내용으로 하는 특허권의 독점적 지위가 더욱 강화됨에 따라 다른 경쟁자가 기술표준시장에 아예 접근조차 하지 못하는 부작용이 발생할 수 있다. 이러한 문제를 해결하기위해 표준화기구는 지식재산권 정책(IPR)을 마련하여 특허권자에게 사전에 자신의 기술이 특허출원 단계에 있거나 특허등록 되었음을 공개할 것을 요구하거나 표준설정 이후 실시계약 상대방을 '공정하고 합리적이며 비차별적으로 대할 것'을 내용으로 하는 FRAND 의무를 지우기 시작하였다.[22] 이 때 사전공개의무는 특허매복행위와 같은 특허권의 기회주의적 행사를 예방할 수 있다는 장점이 있다. 하지만 특허정보의 사전 분석절차가 많은 시간과 비용이 소요됨은 물론이고 다른 방법으로도 표준특허권자의 기회주의적인 권리행사를 방지할 수 있다는 점에서 표준특허의 폐해를 방지하기 위한 수단으로서 효율성이 떨어진다는 지적이 제기되어왔다.[23]즉 실질적으로 시장경쟁질서가 훼손되지 않도록 표준특허권자의 권리행사를 합리적인 범위 내에서 제한하는 역할을 수행하는 것은 바로 FRAND 의무라고 볼 수 있는데 표준화기구가 표준특허권자에게 요구하는 FRAND 의무가 어떠한 법적 효력을 갖고 있으며 FRAND 조건의 의미는 무엇인지에 대해 여러 특허분쟁에서 다투어졌다.

---

21) 특허청, 지식재산21-기술표준과 특허권의 문제, 특허청 전기전자심사국 심사관 김형철, 기술표준과 지적재산권의 대립 부분 참고. 전기통신 및 정보처리 분야에서는 사전표준이 제정되어야 하기 때문에 그러한 기술을 개발한 사업자에게 투자비용을 회수할 수 있도록 특허권을 부여할 수 있어야 하고 또한 기술의 고도화로 다수의 특허들이 기술표준 분야에 밀집되어 있기 때문에 표준설정과정에서 특허 기술을 회피하는 것은 사실상 불가능하다고 한다.

22) 특허위협과 실시료 과적을 표준특허 행사에 기인한 특수한 문제로 접근하는 대표적인 국내 문헌으로 이수진. "표준특허의 Unwilling Licensee 와 역홀드업에 관한 연구." 산업재산권 44, 2014, 100-104면 참고

23) 오승한, 앞의 글, 128면

(다) FRAND 조건상의 합리성과 비차별성 요건의 의미

1) 개념상의 모호성

FRAND의 의미에 대해서는 아직까지 명확한 정의 규정이 없는 것이 현실이다.[24] 다만 FRAND조건에 따라 비차별적이고 합리적인 표준특허 실시료 산정방법에 대해 비교적 소상히 밝힌 미국 하급심 판례(Motorola 사건[25])가 있긴 하지만 실시료 산정 문제는 하나의 보편적인 원칙으로 접근하기 보다는 사안별로 구체적 타당성에 입각하여 접근하는 것이 양 당사자의 이해관계를 적절하게 조율해나가는데 적합한 만큼 선례가 제시한 방식들을 그대로 따르기에는 어려움이 있을 것이다.

이처럼 FRAND 조건의 의미를 표준화기구가 자세히 규정하고 있지 않는 이유는 표준화에 참여하는 개개의 특허권자들이 상업적 실시의 일환으로 실시계약 체결에 있어 보다 많은 재량권을 확보하고자 함에 있다. 표준특허권자 입장에서는 RAND의 의미가 명확하고 구체화됨에 따라 거래비용의 감소하여 얻는 편익보다 RAND 조건이 구체화되어 제한된 범위 내에서 실시계약을 체결하게 됨에 따라 발생하는 비용이 더 크기 때문에 대다수의 표준특허권자들은 RAND 조건이 현 상태와 같이 모호한 상태에 있는 것을 선호하게 되는 것이다.[26] 또 다른

---

24) 다만 비교적 최근인 2015년 2월에 IEEE(Institute of Electrical and Electronics Engineers, 전기전자기술자협회) 표준확 기구는 특허권자와 라이센시에게 분쟁 해결에 있어 명확하고 예측 가능한 규정을 제공하고자 특허정책 제 6절 특허와 관련한 부분의(IEEE-SA Standards Board Bylaws)의 내용을 개정하였다. 개정상의 내용은 합리적(Reasonable) 실시료율의 의미를 구체적으로 제시하고 있어 표준특허의 자벌적 라이센싱에 근거한 합리적 실시료 상당액을 산정할 수 있는 기준이 점차 명확해지고 있는 추세에 있는 것으로 보인다. 이에 대한 구체적인 내용은 IEEE-SA Standards Board Bylaws 5p 참고
https://standards.ieee.org/develop/policies/bylaws/approved-changes.pdf

25) FRAND 실시료 산정 문제에 대해 가장 크게 이슈 되었던 사건은 Microsoft v. Motorola 사건으로 상기 판결에서 Robart 판사는 손해배상액으로서의 실시료 상당액과는 차등을 두면서 새로운 수정된 Georgia-pacific 요소를 제시하고 표준특허권자와 실시권자 사이에 체결될 수 있는 합리적 실시료 상당액 산정 방법에 대해서 자세히 다루었다.

26) Bekkers, Rudi, and Andrew S. Updegrove, A study of IPR policies and practices of a representative group of Standards Setting Organizations world wide, National Academies of Science(2012), 104p.

이유로는 표준특허계약이 개별 특허마다 각각 체결되는 것이 아니라 특정 상품을 제조하는데 요구되는 표준특허들의 묶음을 단위로 실시 계약이 체결되는 경우가 많기 RAND 조건의 의미를 구체화시키기 곤란한 점을 들기도 한다.[27] 이러한 이유들로 FRAND 조건은 불가피하게 불명확하고 모호한 특징을 갖게 되는데 그럼에도 불구하고 FRAND 조건은 여전히 표준특허권자의 특허 남용에 대한 제재수단으로서 기능할 수 있음은 물론[28] 합리적 실시료 상당액을 판단하는데 판단기준으로서 여전히 중요한 기준으로 작용하고 있다.

2) FRAND 조건상의 공정성과 합리성 및 비차별성의 의미

FRAND 조건상의 공정성 개념은 독점규제법상의 의미와 계약상의 의미로 나뉠 수 있다. 공정성의 개념은 합리성과 비차별성의 의미를 모두 포함하는 상위의 개념으로 미국에서는 Fair를 생략한 채 'RAND'라는 용어를 사용하기도 한다.[29] 독점규제법과 같은 경쟁법상의 공정의 개념은 시장경쟁질서에 반하지 않는 것을 뜻하는 것으로 표준특허권자가 시장지배적 지위를 남용하여 과도한 실시료 지급을 요구하는 것은 '공정성' 개념에 위배된다고 볼 수 있다.[30] 반면 계약법상의 공정 개념은 계약의 내용이 공정한 것을 의미하는 것으로 민법 제104조는 불공정한 법률행위를 규정하고 있는데 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용하여 현저하게 부당한 이득을 얻는 것을 불공정한 개념으로 보고 있다. 또한 공정의 개념을 계약의 당사자의 절차상의 의무를 포함한다고 볼 수 있는데 실시계약이 이루어질 때 양 당사자의 이익을 모두 고려하는 합의 과정이 수반되어야 한다.[31] 이러한 공정성의 개념은 추상적이고 모호하기 때문에 실제 FRAND 조건의 해석

27)Bekkers, Rudi, and Andrew S. Updegrove, 앞의 글, 104p 참고.
28) 박준석, 앞의 글, 126면 참고.
29) 미국에서는 Fair을 제외하고 RAND(Reasonable and Nondiscriminatory)라는 표현을 주로 사용하고 있는데 미국의 RAND 조건과 유럽의 FRAND 조건의 의미는 실질적으로 어떠한 차이도 존재하지 않는다고 표현하기도 한다. Bekkers, Rudi, and Andrew S. Updegrove. 앞의 글, 12p 참고
30) 윤기승, "표준특허권 침해에 대한 잠재적 실시권자의 보호방안에 관한 연구" 중앙대 법학논문집 제39집 제1호, 2015.
31) 오승한. 앞의 글, 69면 참고

과 관련한 분쟁에서 문제되는 경우는 거의 없다.

비차별적 요건이란 표준특허권자가 거래상대방을 대할 때 비차별적으로 대해야하는 것으로 합리적이고 실질적인 비차별을 의미한다고 볼 수 있다. 특허실시계약에는 다양한 이해관계가 복잡하게 얽혀있기 때문에 구체적이고 개별적인 상황에 따라 라이센싱 형태가 달라질 수밖에 없어 일률적으로 판단하기 어렵다.[32] 가령 특허풀(patent-pools) 라이센싱의 경우 특허권자들이 다수의 특허 군집을 형성하여 라이센스를 체결하게 되는데 만약 라이센시가 특허풀에 속한 개개의 특허에 대해서만 라이센싱을 원한다면 이에 대한 실시료를 마찬가지로 전체 특허풀 계약에 따른 실시료를 기준으로 할 것인지 등의 문제가 발생할 수 있다. 또한 특허권자들끼리 상호 라이센싱(cross-licenses) 계약을 체결했을 경우에도 비슷한 문제가 발생하는데 라이센시가 특허권자에게 상호실시계약을 맺은 당사자에게만 무료로 실시할 수 있도록 하거나 상호 특허실시료의 차액만큼만 지불할 것을 약속했다고 하여 비차별적 요건의 위반을 주장할 수 있는 것이다. 이처럼 라이센시는 완벽하게 동일한 상황에서 체결된 실시계약 선례가 아니면 비차별적 요건을 이유로 문제제기 할 가능성이 높지 않다고 볼 수 있다.

결국 FRAND 조건의 해석과 관련한 분쟁은 합리성 요건을 어떻게 해석하여 실시료를 산정할 수 있을 것인지의 문제로 귀결되는데 합리성이란 표준화기구가 특허기술을 표준으로 설정하는 시점에서 양 당사자가 가설적인 협상 상황에 따라 합의에 이를 수 있는 실시료로 이해하는 것이 타당하다고 생각한다.[33] 이 때 표준의 가치와 특허기술의 가치를 분리할 수 있어야 하는데 구체적으로는 표준 설정에 따라 증분 된 가치를 실시료 산정에 반영시킬 수 있는지에 대해서는 견해가 대립되고 있다. 또한 하나의 기술 표준에는 통상 무수히 많은 특허들이 얽혀있는 경우가 많아 실시료 과적을 해소할 수 있도록 동일한 상품에 대해 다른 특허권자들이 어느 정도의 실시료를 청구했는지를 고려하여 합리적인 실시료를 산

32) 송재섭, 앞의 글, 234면 참고

33) Lemley, Mark A., and Carl Shapiro. "A simple approach to setting reasonable royalties for standard-essential patents." Berkeley Tech. LJ 28 (2013): 1147p 참고.

정해야하는데 실시료 과적 문제를 어떻게 진단하여 FRAND 실시료 산정에 반영시킬 수 있는지가 문제된다.

(2) FRAND 확약과 손해배상액 산정의 제한

FRAND 확약은 표준특허권자의 손해배상청구의 손해배상액 산정에도 영향을 미치게 된다. 표준특허권자는 FRAND 확약서를 표준화 기구에 제출함에 따라 잠재적 실시권자로 하여금 FRAND 조건에 부합하는 라이센스를 받을 수 있을 것이라는 외형상 신뢰를 제공했기 때문에 FRAND 조건에 위배되는 금액의 손해배상액을 청구하는 것은 신의에 반하는 것으로 특허권 남용[34]에 해당된다고 볼 여지가 생긴다. 즉 법원이 손해배상액을 산정할 때 당해 특허발명에 FRAND 확약이 지워져 있는 경우라면 특허위협과 실시료 과적을 발생시키지 못하도록 '실시료 상당액'을 하향조정해야하는 것이다.

FRAND 확약에 따른 라이센스를 받을 것이라는 잠재적 실시권자의 신뢰가 보호될 수 있으려면 적어도 FRAND 확약이 구속력 있는 청약 내지 '제 3자를 위한 계약'으로서의 요건을 갖출 수 있어야 한다. 구속력 있는 청약이란 미국, 일본, 한국 등에서 벌어진 삼성의 표준특허에 대한 애플의 침해사건에서 애플 측이 주장했던 것으로 원고의 FRAND 선언이 라이센스 계약에 대한 청약의 의사표시에 해당되려면 표준특허에 대한 실시료 조건에 대한 구체적인 내용이 있어야 하고 청약자의 의사와 주관적으로 합치되는 승낙의 의사기 있어야만 원고의 FRAND 선언행위가 구속력 있는 청약에 해당될 수 있을 것이다.[35] 또한 미국의 하급심 판례[36]에서 인정되었던 것으로 표준설정 과정에서 표준화기구가 표준특

34) 영미법상 형평법에 근거한 것으로 자신의 선행행위를 신뢰한 기술이용자의 신뢰를 보호하기 위해 발달한 이론으로 금반언, 묵시적 승인 ,권리해태 등을 포함하는 다양한 이론들이 존재한다. 우리나라 법원도 마찬가지인데 출원과정에서 특허청구항의 권리범위를 제한 해석할 수 있는 방향으로 보정 등의 작업을 거친 뒤 특허출원 후에는 자신이 주장했던 내용과 다른 내용을 근거로 권리행사를 하는 것을 제한하는 출원경과금반원의 법리를 허용하고 있다. 대법원 2002.9.6.선고 2001후171 판결; 특허법원 2009.10.8.선고 2009허2333 판결 참고.

35) 서울중앙지방법원 2012. 8. 24. 선고 2011가합39552

36) Apple, Inc. v. Motorola Mobility, Inc., 886 F.Supp.2d 1061 (W.D. Wis. Aug. 10, 2012). Crabb 판사는 본 사안에서 애플과 모토로라 간 제 3자를 위한 계약 이 성립되었다고 판시하였다. 한편

허권자들에게 FRAND 확약을 요구하고 표준특허권자는 표준화기구에 FRAND 확약서를 제출하는 일련의 상황이 잠재적 실시권자를 수익자로 하는 '제 3자를 위한 계약'을 발생시킴으로써 잠재적 실시권자가 FRAND 조건에 부합한 라이센스를 받을 계약법적 효력을 향유할 수 있다.

대표적으로 미국의 Microsft 사건과 Innovatio 사건을 예로 들어보면 각각 실시료와 손해배상액을 산정할 때 특허위협과 실시료 과적 문제를 고려하였으며 법원은 표준특허권자인 원고가 청구한 금액 보다 낮은 금액을 FRAND 조건에 부합하는 실시료로 산정하였다. 먼저 Microsoft 사건에서 법원은 Motorola가 자신의 발명을 표준으로 설정하면서 표준화기구인 IEEE와 ITU와 맺었던 FRAND 확약이 기술표준을 사용하는 Microsoft에 대해 제 3자를 위한 계약이 성립된다고 판시하면서 Motorola의 표준특허 실시료가 FRAND 확약에 부합하려면 실시료율이 어느 범위에서 산정될 수 있는지에 대해서 검토하였다. 법원은 FRAND 확약은 표준특허권자에 대한 적정한 보상을 지급하고 기술표준의 사회적 확산과 공유를 목표로 하기 때문에 합리적 실시료 상당액 산정 방법인 Georgia-Pacific 요소가 표준특허의 내재적 특성에 따라 변경될 필요가 있다고 하면서 수정된 Microsoft 요소를 제시하였다. 마찬가지로 Innovatio 사건에서 Holderman 판사는 이미 특허침해와 유효성 여부를 확정지은 상태이기 때문에 침해자가 특허의 불확실성이라는 변수를 실시료 감액 요소로 주장할 수 없다는 점을 제외하고는[37] 특허위협과 실시료 과적을 반영한 Microsoft 사건에서 적용되었던 기준이

Microsoft Corp. v. Motorola Inc., 854 F.Supp.2d (W.D.Wash. 2012)에서 Robart 판사는 모토로라가 FRAND 확약을 함에 따라 표준화기구와 구속력 있는 계약이 성립하였고 제 3자를 위한 계약에 Microsoft가 해당된다고 판시하였다. 또한 Realtek Semiconductor Corp. v. LSI Corp. et al., No. C-12-03451-RMW 등 마찬가지로 Whyte J 판사는 LSI가 FRAND 조건에 따른 계약을 체결해하는 의무를 바담하고 리얼택이 제3자에 해당된다는 사실에 다툼이 없음을 확인하였다.

37) In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litigation, Not Reported in F.Supp.2d (2013) *6 *7 *8 그밖에 다른 점으로 Holderman 판사는 Microsoft 사건은 계약 위반의 소송이었기 때문에 FRAND 확약에 부합하는 실시료율을 일정한 범위를 토대로 그 상한과 하한을 정하였으며 본 사안에서는 손해배상액을 특정지어야 했다는 점에서 Innovatio가 보유하고 있는 표준특허의 실시료율 직접 계산하였다. 또한 실시료 기반 산정 문제에서 Holderman 판사는 Microsoft 사건과 달리 802.11 와이파이 표준을 온전히 실시하는 단위가 Wi-fi 칩인 점에 근거하여 Innovatio 특

동일하게 적용될 수 있다고 판시하였다.

2. 특허위협과 실시료 산정 문제

가. 표준특허와 특허위협(patent Hold-up)

특허위협이란 실시허락을 거절하거나 특허권 행사를 무기로 하여 특허발명이 객관적인 보유하는 시장가치 보다 터무니없이 높은 실시료 지급을 요구하는 것을 뜻한다.[38] 실시권자는 특허기술을 개발한 업자에게 정당한 보상으로서 기술적 가치에 상응하는 실시료를 지급해야할 것이지만 특허위협의 상황에서는 실시권자가 실시허락계약이 지연되어 시장진출이 늦어지는 등의 불이익 내지 침해금지청구권 행사에 따른 관련 업계의 영구적 퇴출을 두려워한 나머지 당해 특허발명이 갖고 있는 가치 이상으로 실시료를 지급하게 된다.

이러한 특허위협은 표준특허에만 국한해서 발생하는 것은 아니다.[39] 따라서 표준특허 분쟁에서 특허위협이 특별하게 다뤄지기 위해서는 몇 가지 사실이 전

허발명이 Wi-Fi 칩에서 어느 정도의 비중을 차지하는지를 확인함으로써 곧 바로 전체 기술표준에서 Innovatio 특허의 중요도를 계산하였다.

38) 특허위협에 대한 정의는 여러 학술 문헌에서 나타나고 있는데 “patent hold-up”을 키워드 검색했을 때 가장 많은 인용횟수(impact factor)를 갖고 있는 Mark A. Lemley & Carl Shapiro, Patent Holdup and Royalty Stacking, Texas Law Review(2007), [Vol. 85:1991 2007]상에 나타나 있는 개념을 기준으로 특허위협을 정의하도록 한다. 전체 상품에서 당해 특허발명이 극히 작은 일부를 차지할 때 이를 인지하지 못한 상태에서 실시권자가 특허제품의 R&D에 상당한 투자를 기울인 상태라면 특허위협의 가능성은 높아진다. 표준특허에 있어 특허위협에 대해서는 미국 법무부(DOJ)와 미국 특허청(USPTO)가 관세법 337조에 근거한 배제명령 조치에 대해 의견을 표명한 “자발적 FRAND 협약에 규율 받는 표준필수특허에 대한 구제수단에 대한 정책적 언명”에 따르면 표준특허에서의 특허위협은 “대체기술이 선택될 수도 있었던 표준설정 이전단계에서는 가능하지 못했지만 표준설정 이후 강화된 시장 지배력을 토대로 다른 경쟁자를 시장에서 아예 배제하거나 특허사용에 대한 높은 가격을 요구하는 것”이라고 표현하기도 하였다. United states department of justice and united states patent &trademark office, policy statement on remedies for standards-essential patents subject to voluntary f/rand commitments, January 8, 2013, 4p .

39) 침해자가 특허기술과 관련하여 상당한 투자를 진행한 상태라면 당해 특허가 표준으로 설정되었거나 FRAND 확약의 유무와 관계없이 특허권자는 특허위협을 할 수 있다는 점에서 일반특허와 표준특허의 실시료 산정방법을 다르게 취급할 필요가 없다는 점을 지적한 문헌으로 Jorge L. Contrerast and RichardJ. Gilbert, A unified framework for rand and other reasonable royalties, berkeley technology lawjournal, [Vol. 30:2 2015], 1486-1487 참고.

제되어야 한다. 즉 표준설정 이후 표준화 기구가 다른 기술로 전환할 수 없을 만큼 당해 발명이 기술표준 상에서 필수적인 역할을 수행하고 또한 대체기술이 존재하지 않아야 한다.[40]이러한 상황에서 표준특허권자가 만약 실시허락을 거절하게 되면 잠재적 실시권자는 당해 특허발명 없이 기술표준을 구현할 수 없게 되어 관련 시장에 접근할 수조차 없게 되는데 이 때 표준특허권자는 일반 특허에서 발생하는 특허위협 보다 훨씬 과도한 실시료 지급을 요구할 수 있을 것이다.

나. 표준설정효과와 사전적 접근방식(Ex-ante Approach)

Microsoft 사건에서 Robart 판사는 사전적 접근방식에 입각하여 실시료를 책정함에 있어 표준설정 이후에 증분 된 가치를 실시료 산정에 반영할 수 없고 기술 그 자체가 갖는 내적인 가치만을 포함시켜야 한다고 강조하였다. Robart 판사는 이와 같은 증분가치는 표준설정으로 시장지배력 강화에 따라 발생하는 Hold-up value라고 지칭하면서 실시료 산정에서 이를 제외시켜야 한다고 표현했는데[41] 이러한 주장은 시장독점을 규제하기 위해 제안되었던 경제학 이론들을 기반으로 하고 있다. 경제학자들은 'FRAND'조건 상의 합리적인 실시료는 당해 특허기술이 다른 기술들과 개방적인 시장에서 경쟁상태에 있었을 때 산정될 수 있는 실시료를 의미하는 것으로 표준설정 이후 기술고착화에 따른 특허권자의 시장지배력으로 인해 실시료가 증액되는 것은 결코 허용될 수 없다고 주장하고 있다.[42]

표준설정에 따른 표준특허권자의 시장지배력 남용, 즉 특허위협을 억제하기 위한 방법으로 사전적 경매모델(Ex Ante Auction Model)이 제시되고 있다. 먼저

---

40) 이황, FRAND 확약 위반과 특허위협(Hold-up)에 대한 공정거래법상 규제의 기준, 한국법학원 「저스티스」 통권 제129호(2012. 4), 193~248면, 198면.

41) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012) ORDER-39 "*it is critical to consider the contribution of the patented technology apart from the value of the patent as the result of its incorporation into the standard, the latter of which would improperly reward the SEP owner for the value of the standard itself.*".

42) Daniel g. swanson william j. baumol, reasonable and nondiscriminatory(RAND) royalties, standards selection, and control of market power, antitrust law journal(2005, vol. 73), pp.10-11.

‘경매모델’을 살펴보면 특허 실시료 산정 시 특허권자는 최종생산품 제조업체에게 요구할 수 있는 실시료는 당해 특허기술이 대체기술과 비교했을 때 어느 정도의 기술적 우위를 갖게 되는지에 달리게 된다. 예를 들어 특허기술이 최종생산품의 품질에는 영향을 미치지 않고 오로지 생산가격에만 영향을 미친다고 가정했을 때 최적의 특허기술 A가 개체 당 5의 비용을 초래하고 차선의 대체기술 B가 6의 비용을 초래한다면 특허기술 A에 대한 특허권자는 양자의 차액인 1만큼의 실시료 지급을 청구할 수 있게 된다. 만약 특허 라이센싱에 개체 당 반복생산비용인 C가 발생한다면 특허권자는 C와 더불어 다른 대체기술과의 비교에서 얻는 1의 합만큼(C+1)의 실시료가 산정된다.

이러한 ‘경매모델’이 표준특허 실시료 산정에도 적용된다면 기술이 표준으로 설정됨에 따라 기술고착으로 발생하는 비용만큼 표준특허권자가 실시료 지급을 추가적으로 요구할 수 있게 된다. 만약 최종생산품 제조업체가 특허 실시를 위해 필요한 산업설비에 3이라는 비용을 투자했다면 표준특허권자가 요구할 수 있는 실시료는 기존의 1과 3이라는 기술고착비용이 더해져서 총 4의 범위 내에서 실시료 지급을 청구할 수 있게 되는 것이다. 앞서 기술고착에 따라 발생하는 3의 비용은 표준특허권자의 노력과 투자를 통해 발생한 기술적 성과가 아니기 때문에 특허권자가 실시료 지급을 추가적으로 요구하는 것은 허용될 수 없으며 생산업체들은 표준특허권자의 이러한 기회주의적 특허권 행사를 사전에 억제할 수 있도록 FRAND와 같이 표준특허권자가 준수해야할 일정한 의무를 기반으로 라이센스 계약을 체결한다.

만약 ‘경매모델’이 대체기술과의 경쟁적인 상태인 표준설정 이전시점(Ex-ante)에서 진행된다면 당초 특허권자는 표준설정에 따른 시장지배력을 남용하지 못하고 특허발명에 대한 보상을 표준으로 책정되기 이전에 발명 그 자체가 갖는 가치로 제한할 수 있다. 만약 표준설정 이전 특허발명이 대체기술들과의 경쟁적 상태가 진행되고 있는 시점을 기준으로 양 당사자의 가설적 협상이 진행되고 실시료율이 산정된다면 표준특허권자는 합리적인 실시료율로 토대로 FRAND 협약에 따라 실시계약을 체결할 수 있을 것이다. Robart 판사는 이러한 경제학적 이론

을 배경으로 Motorola의 특허에 대한 실시료 산정을 위해 가설적 협상 시점이 표준 설정 이전의 시점으로 되어야 하며[43] 대체특허기술들과 비교했을 때 갖는 증분가치를 토대로 실시료가 산정되어야 한다고 판시하였다.

다. 손해배상액으로서의 FRAND 실시료 산정 시 표준설정에 따른 증분 가치 반영 문제

(1) 문제제기

특허기술이 표준으로 설정되면 친 경쟁적적 효과(pre-competitive)와 함께 기술 간 상호호환성을 도모하고 기술의 중복투자 비용을 감소시킬 수 있다는 점[44]에서 특허발명의 가치는 표준설정 이전 시점 보다 증가하게 된다. 이 때 표준설정효과에 따라 증분 된 가치를 FRAND 실시료 산정에 반영할 수 있는지의 문제가 발생한다. 이를 검토하기에 앞서 기술표준과 특허가 서로 영향을 미치게 되는 경우를 세분화해서 나눠볼 필요가 있다.

⑴ 첫 째로 표준특허권자가 대체기술로의 전환비용만큼 높은 실시료를 라이센시에게 청구할 수 있게 되는 일반적인 특허위협 상황을 떠올려볼 수 있다. ⑵ 둘째로 기술표준은 개별적으로 실시계약을 체결하는 상황에서 보다 거래비용을 절감시킬 수 있는데[45] 이러한 표준설정에 따른 증분가치가 실시료 산정에 반영되는 경우가 있다. ⑶ 마지막으로 특허와 기술표준의 가치가 함께 상승하는 경우를 생각해볼 수 있다.

첫 번째의 경우는 특허권자가 기술표준의 지위를 남용하여 특허권을 기회주의

---

43) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012) ORDER-21 참고. 직접적으로 가설적 협상이 진행되어야 하는 시점을 언급하고 있지 않지만 특허위협의 본질이 표준설정 이전 경쟁적인 상태는 특허권자가 얻을 수 있는 보상을 제한하지만 표준설정 이후의(Ex-post)의 특허기술은 그러한 경쟁이 없다는 점에 있다고 설명하면서 경쟁이 존재하는 Ex-ante의 시점에서 실시료가 산정되어야 함을 암시하고 있다. 이에 대한 문헌으로는 Methodologies For Calculating FRAND Damages: Part 2, Hypothetical Negotiation and the Georgia-Pacific Factors 참고.

44) J. Gregory Sidak, APPORTIONMENT, FRAND ROYALTIES, AND COMPARABLE LICENSES AFTER ERICSSON V.D-LINK, UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW(Vol.2016), 1862.

45) J. Gregory Sidak, 앞의 글, 1863p 참고.

적으로 행사하는 것에 지나지 않기 때문에 이러한 증분가치는 'hold-up value'[46]에 해당되어 당연히 실시료 산정에 반영될 수 없을 것이다. 반면 세 번째는 특허발명이 오히려 기술표준의 가치를 증진시키는 경우인데 이는 당해 특허발명이 기술표준에 기여한 가치만큼 실시료 산정에 포함시킴으로써 해결될 수 있다. 특별히 문제가 되는 것은 바로 두 번째인데 표준화기구가 기술의 다양성 설계(diversity design)를 억제[47]함으로써 특허발명이 표준으로 설정됨에 따라 발생하는 증분가치, 예컨대 거래비용 감소 효과에 따른 증분가치가 표준특허 실시료 협상 시 반영될 수 있는지에 대해서는 별도의 논의가 필요하다.

(2) 표준설정에 따라 증분 된 가치를 포함시켜야 한다는 주장[48]

표준설정 과정은 기술 개발업자와 잠재적인 표준기술 실시자 사이의 상호협력(cooperation)을 통해 발생한다. 가령 IEEE(전기전자기술협회) 같은 경우 기술승인, 표준초안 작성, 찬반투표, 이사회 검토, 표준 발행 등의 엄격한 단계를 토대로 기술표준을 정하며[49] 이러한 과정에서 기술개발업자는 자신의 기술이 표준설정 될 수 있도록 다양한 보정작업을 거치게 된다. 이는 특허보유자가 표준설정 단계에서 투입한 노력과 투자에 대해 어느 정도 인정받을 필요가 있음을 의미하며 특허권자 역시 표준설정 단계에서부터 표준설정 이후 발생한 기술적 효용에 대해까지 보상받을 수 있을 것이라는 기대를 하게 된다.[50] 기술 실시자(라이센시)는 기술의 상호운용 및 호환에 따라 경제적 효율성의 상승으로 발생하는 모든

---

46) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., ORDER 39, Robart 판사는 표준 그 자체가 갖는 가치를 실시료 산정에 포함시키게 되었을 때 이러한 증분 가치를 hold-up value라고 표현하였다.

47) J. Gregory Sidak, 앞의 글, 1862p 참고.

48) David J. Teece and Edward Sherry, Teece, David, and Edward F. Sherry. "Public Policy Evaluation of RAND Decisions in Apple v. Motorola, Motorola v. Microsoft, in Re Innovatio, and Ericsson v. D-Link." (2016). 10p 참고.

49)윤성준, 길창민. "기술확산 촉진을 위한 표준화와 특허풀 연계전략." 한국과학기술기획평가원, Issue Paper 7 (2007): 2007. 8면 참고.

50)실제로 미국 연방대법원 판결은 시장 독점적 지위를 획득하기 위해 혁신과 경제성장을 이룩하려는 것은 사업가에게 큰 동기 유인으로 작용하며 이로써 획득한 독점적 지위를 기반으로 가격을 높이는 것은 그것이 반경쟁적인 구성요건에 해당되지 않는 한 적법한 행위라고 판시하였다, Trinko, 540 U.S. at 407 (2004) 참고.

이익들을 저비용으로 누리는 반면 그 기술이 표준으로 설정되도록 혁신적인 노력과 투자를 기울인 기술 개발자에게는 표준화에 따른 어떠한 혜택도 돌아가지 못하도록 하는 것은 표준특허의 취지, 특허법 본래의 목적, 그리고 형평의 측면에서 불합리하다고 볼 것이다.

(3) 검토

표준설정에 따른 증분가치를 배제시켜야 한다는 주장이 더욱 설득력 있다고 생각는데 그 주장의 근거로는 다음의 이유들을 들 수 있다.

먼저 ①표준설정에 따라 강화된 시장지배적 지위(Market Power)에 힘입어 특허권자가 실시권자를 상대로 지나치게 높은 실시료율에 따른 실시료 지급을 주장한다면 이러한 특허위협(hold-up)에 대해 적절한 규제가 필요하게 된다. 만약 표준설정에 따른 증분가치를 포함시키지 않고 표준 채택 이전(Ex-ante) 대체기술들과 경쟁상태에 놓여있을 시점을 기준으로 실시료를 산정한다면 표준특허권자의 특허위협의 가능성을 원천 봉쇄함으로써 건전한 시장 경쟁 질서를 유지시킬 수 있을 것이다. 같은 맥락에서 표준설정에 따른 증분가치를 실시료 산정에 포함시키게 되면 당해 사업자가 전체 기술표준에 대해 지급하게 될 실시료 총액이 증가하여 실시료 과적의 문제가 발생할 수 있는데 이를 해소하기 위해서라도 특허발명이 갖는 객관적 가치에 근거해서만 실시료가 산정되어야한다. 또한 ②표준화에 따른 기술적 가치의 향상은 당해 기술 개발자의 노력과 투자를 토대로 형성 되었다기보다는 시장거래에서의 경제적 효율성을 높이기 위한 사회 구성원들의 합의에 따른 표준설정 효과로 발생했기 때문에 표준설정 이전에 기술 자체가 갖는 가치에 대해서만 당해 기술자에게 보상을 해주면 충분할 것이다. 마지막으로 특허기술이 표준으로 채택되면 특허권자는 보다 많은 라이센시들에게 실시료 지급을 청구할 수 있어 ③양적인 측면(volume)에서의 충분히 보상받을 수 있기 때문에 특허권자의 과소보호에 따른 부작용을 우려하는 것은 기우(杞憂)에 불과할 것이다.

이러한 입장은 표준특허침해에 대한 손해배상액이 문제되었던 최근 미국 연방

항소법원의 판결들에 의해 더욱 힘이 실리고 있다.[51] 실제로 CSIRO 판결에서 연방항소법원은 기술의 네트워크 효과와 같이 표준설정에 따라 발생하는 증분가치를 기술표준에 접근하는 사업자와 소비자 후생으로 돌아가게 하지 않고 표준특허권자의 손해배상액에 포함시키는 것은 특허발명의 가치에 근거한 합리적 실시료를 배상액으로 인정하는 특허법 취지에 어긋난다고 판시하였다.[52]

만약 표준설정효과에 따른 증분가치를 실시료 산정에 반영할 수 있다면 과연 어느 범위까지 그러한 증분가치를 반영할 수 있는지에 대한 어려운 문제가 발생하게 된다. 이와 같은 상황은 '미끄러운 비탈길'(Slippery Slope)로 비유될 수 있는데 표준화에 따른 증분가치를 실시료에 반영하기 시작하면 협상테이블에서의 특허권자의 입지가 점점 높아지게 되어 특허위협에 따른 문제가 악화될 수 있을 것이다.[53]

3. 실시료 과적과 실시료 산정 문제

가. 표준특허에서의 실시료 과적(Royalty Stacking)

생명공학 혹은 반도체 산업과 같이 수많은 표준특허기술들이 집적되어 있는 경우 당해 사업자는 표준을 구성하고 있는 다수의 특허발명 모두에 대한 실시료를 부담해야한다. 기술표준 구현을 위해 당해 사업자가 지급해야할 실시료 총액이 제품 판매업자의 수익과 같거나 이를 초과하는 경우를 실시료 과적이라고 한다.[54] 실시료 과적은 당해 표준특허권자가 요구하는 실시료뿐만 아니라 기술표준을 이루고 있는 다른 표준특허권자들이 실시권자에게 어느 정도의 실시료 지급을 구하는지에 큰 영향을 받는다.[55]

---

51) ERICSSON, INC. v. D-.LINK SYSTEMS, INC. 773 F.3d 1201 (Fed. Cir. 2014), Commonwealth Scientific and Indus. Research Organisation v....,809 F.3d 1295 (2015).

52) Commonwealth Scientific and Indus. Research Organisation v...., 809 F.3d 1295 (2015) *1305 참고.

53) David J. Teece. and Edward Sherry, 앞의 글, 10p

54) Mark A. Lemley & Carl Shapiro, 앞의 글, 2010p

55) Mark A. Lemley & Carl Shapiro, 앞의 글, 2011p. 가령 제품 판매업자가 여러 특허권자 중에

실시료 과적이 발생하면 당해 사업자가 기숙표준에 아예 접근하지 못하게 되어 시장경쟁 질서가 무너지는 부작용이 발생할 수 있다. 이에 따라 법원은 손해배상액으로서의 실시료 산정 시 침해자가 기술표준에 대해서 지급하게 될 실시료 총액을 고려하여 당해 사업자가 자신의 상품에 기술표준을 구현하기 위해 부담해야하는 실시료를 전반적으로 완화시킬 수 있는 방향으로 실시료를 산정하게 된다. Microsoft 사건에서 Robart 판사는 이러한 문제를 집중적으로 다루었다.

나. Microsoft 사건에서의 실시료 과적 문제

(1) 사건개요

Microsoft 사건은 Microsoft가 Motorola가 제시한 실시료율이 FRAND 확약에 위반된다는 이유로 계약위반의 소송을 제기하면서 시작되었다. Microsoft 사건은 양 당사자의 합의에 따라 배심원 없이 판사에 의해 진행되는 Bench Trial의 형태로 진행되었으며 Motorola의 표준특허에 대한 FRAND 실시료율의 범위를 산정하는 것이 문제되었다.[56)]

Robart 판사는 FRAND 실시료율을 산정의 중요한 척도로 삼았던 것은 Microsoft가 제시한 특허풀 실시계약이었다. 특허풀이란 여러 개의 표준특허들을 결집시킴으로써 제3자와 패키지 형식으로 실시계약을 체결하는 것을 뜻한다. Microsoft가 제시한 비교라이센스는 각각 소송제기의 위협 아래에서 제기되었다는 점 등의 이유로 본 사안에서의 적용을 부정하였다. 이 때 비디오 압축기술인 H.264 표준과 와이파이 표준인 802.11 표준 각각의 특허풀 실시계약들은 제품가격 당 일정한 실시료율(percentage based royalty, 요율실시료)로 책정되는 것

A라는 특허권자에게 이미 높은 범위의 실시료를 지급하기로 약정했다면 제품 판매업자가 B라는 특허권자에게 지급해야 할 실시료는 전체 순이익에서 A에게 지불하기로 약정했던 실시료를 차감한 범위에서 책정될 것이다. 만약 제품 판매업자가 특허기술에 필요한 생산시설과 제품개발에 상당한 자본을 투자한 상태라면 다수의 특허권자들이 각각 높은 실시료 지급을 요구한다고 할지라도 제품 판매업자는 기술고착에 따라 실시료 총합이 판매업자의 순이익에 근접할 정도까지 특허권자의 실시료 지급에 응하게 될 것이다.

56)Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012) ORDER-2.

이 아니라 가격(cents per unit, 종량실시료)을 기준으로 책정되었다.

특허풀로 실시계약을 체결하면 특허풀을 구성하는 각각의 특허에 대해 개별적으로 실시계약을 체결하는 경우 보다 실시료율이 하향 조정되는 경우가 발생한다. 다수의 특허가 밀집되어 있는 기술표준 전체에 대한 FRAND 실시료를 산정할 때 특허풀 실시계약을 비교대상으로 삼게 되면 각각의 특허를 개별적으로 비교대상으로 삼는 경우 보다 실시료 과적문제를 해소하는데 도움을 줄 수 있다.

(2) Motorola의 H.264 표준특허에 대한 실시료율 산정

Robart 판사는 Motorola의 H.264 표준특허의 가치를 평가하기 위한 비교대상으로서 Microsoft가 제시했던 MPEG LA H.264 특허풀이 적합한지 여부에 대해 심리하였다. 이 때 Robart 판사는 기술표준이 널리 채택될 수 있도록 하면서 당해 특허발명에 대한 적절한 보상을 가능케 하는 FRAND 협약의 목표를 달성시킬 수 있는지의 기준을 토대로 비교대상으로서의 적격 여부를 검토하였다.

Robart 판사는 MPEG LA H.264 특허풀에 275개의 미국 표준필수특허와 Apple, Cisco, Fujitsu, Ericsson, LG, Microsoft, Sony 등을 포함한 기술선도업체들이 특허풀 실시계약에 참여하고 있다는 점, 1100명이 넘는 라이센시가 있다는 점을 근거로 특허풀이 표준이 널리 채택될 수 있도록 기여하고 있음을 인정하였다.[57] 또한 특허풀에 참여하고 있는 Microsoft, Motorola 등의 기업들은 특허풀 참여를 유인할 만큼 높으면서도 사업자들이 대체기술로 우회하지 않을 정도로 적절한 범위에서 실시료율을 산정할 수 있도록 노력해왔던 점이 증거에 의해 뒷받침되었다고 설시했다. 이에 따라 Robart 판사는 MPEG LA H.264 특허풀을 Motorola의 H.264 표준특허의 가치를 평가하는데 비교대상으로 삼을 수 있다고 결론지었다.

Robart 판사는 Motorola가 보유하고 있는 표준특허와 기타 H.264 표준과 관련된 모든 특허들이 MPEG LA H.264 특허풀에 모두 포함되었을 경우를 가정하여 전체 특허풀 실시계약에서 당해 Motorola의 표준특허가 차지하는 비중을

57) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012) ORDER-165, paragraph 509.

토대로 실시료율의 하한을 산정하였다. (개체 당 0.555 cents) 이 때 Motorla는 자신이 보유하는 H.264 표준특허들이 기술표준에서 특별히 중요한 비중을 차지하고 있음을 증명하지 못했다.

Robart 판사는 실시료율의 상한을 정하면서 실시료 과적이 회피될 수 있는 방향으로 산정되어야 함을 강조하였는데 당해 표준특허 뿐만 아니라 기술표준 전체를 실시하는데 발생하는 비용 전부를 고려하여 FRAND 실시료율을 산정하였다[58] 합리적인 사업자는 표준특허권자와 가설적 협상에 임했을 때 합리적 당해 표준특허 뿐만 아니라 전체 기술표준을 구현하기 위해 지불해야하는 금액가지 고려하여 실시료 협상에 임하기 때문에 이러한 사정을 고려하여 FRAND 실시료율의 상한이 산정되어야 하는 것이다.[59]

이러한 실시료 과적의 문제를 염두에 두면서 Robart 판사는 Georgia-Pacific의 12번 째 요소에 따라 FRAND 특허 라이센싱에 대한 사업관행(customary practices of businesses licensing)이 있는지를 심리하여 개체 당 $1.50가 최고로 받을 수 있는 실시료율이라고 판시하였다. Robart 판사는 $1.50에 특허풀 전체에서 Motorola가 보유하는 표준특허개수의 비율을 의미하는 3.642%를 곱하게 되면 Motorola가 받을 수 있는 개체당 실시료로서 $0.05463을 얻을 수 있는데 여기에 특허풀의 구성원(membership value)으로서 갖는 가치를 더하여 ($0.05463+2*0.05463) Motorola의 H.264 표준특허에 대한 실시료율의 상한인 총 $0.16389을 계산하였다.[60]Robart 판사는 Motorola의 H.264에 대한 표준특허가 전체 표준에서 작은 비중을 차지하고 있다는 점에 입각하여 실시료가 상향조정될 필요가 없다고 덧붙였다.[61]

(3) Motorola의 802.11 표준특허에 대한 실시료율 산정

Motorola는 전체 상품 가격에서 2.25%의 실시료 지급을 구했지만 상호실시

58) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012) ORDER-176 paragraph 539.
59) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012) ORDER-177 paragraph 540.
60) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012).pargraph 544-545.
61) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012). ORDER-175, pargraph 536.

계약에 따라 실시료가 상쇄될 수 있음을 감안하여 개체당 3.00$에서 4.50$ 혹은 전체상품에서 1.15%에서 1.73%의 실시료 지급을 구하였다. 이에 대해 Robart 판사는 802.11 표준특허를 보유하고 있는 사업체가 최소 92개가 존재하는데 각각의 92개의 사업체가 Motorola의 요구대로 실시료 지급을 구한다면 802.11 표준 구현을 위해 지불해야하는 총 실시료 금액이 전체 상품가격을 상회할 것이라고 판시하였다. 법원은 Motorola가 제시한 실시료율은 실시료 과적을 야기할 수 있다는 점에서 그러한 실시료율은 허용될 수 없다고 하였다.[62)]

이처럼 Robart 판사가 가정적 상황에 근거하여 실시료 과적 문제를 판단했던 배경에는 Motorola가 보유하고 있던 표준특허가 전체 기술표준에서 극히 작은 비중을 차지하고 있었음에 기인한다. 따라서 Motorola가 보유하는 특허 이외의 다른 표준특허들이 Motorola의 표준특허만큼의 실시료와 동일하게 평가된다고 하더라도 실제 실시료 과적 문제를 부풀리거나 표준특허권자에게 지나치게 불리하게 산정되는 등의 문제가 발생하지 않았던 것이다.

Microsoft는 Via Licensing 802.11 특허풀 실시계약, Marvell Wi-fi Chip 라이센스, 특허 포트폴리오의 가치를 평가하는 것을 전문으로 하는 컨설팅 회사인 InteCap의 증언을 근거로 FRAND 실시료율을 제시하였는데 Robart 판사는 각각을 모두 인용하였다.

먼저 Via Licensing 802.11 특허풀(이하 'Via 특허풀') 실시계약은 앞서 제시되었던 MPEG LA H.264 특허풀과 달리 표준특허권자 및 관련 사업자들의 특허풀 참여가 저조했음을 이유로 Robart 판사는 일부 보정이 필요하다고 하여 Via 특허풀에 관련 표준특허들을 추가하여 실시료율을 산정하였다.[63)]Robart 판

62) H.264 표준특허 포트폴리오에 대한 법원의 판단도 논리구조가 동일하여 본문에 싣는 것을 생략한다. 마찬가지로 Motorola는 전체 상품가격에서 2.25%의 실시료 지급을 구했는데 상호라이센스에 따라 개체당 $0.50에서 $0.63 혹은 Microsoft의 H.264 표준구현 상품의 평균 판매가격에서 0.68%에서 0.84%를 청구하였다. 마찬가지로 H 264 표준특허를 보유하고 있는 사업체가 최소 52개가 존재하는데 각각이 Motorola가 제시한 조건대로 실시료 지급을 구한다면 Microsoft는 전체 상품 가격에서 35.36%에서 43.68%에 대해 실시료를 지급하게 된다. 이 역시 표준특허확산이라는 FRAND 협약의 목적과 배치되고 Motorola의 표준특허는 interlaced video와 관련된 것으로 실제 Microsoft의 상품에서 차지하는 비중이 극히 미미하다는 점을 근거로 Microsoft가 제기한 실시료 과적의 발생 우려를 인정하였다.

사는 Motorola의 특허는 Via 802.11 특허풀에서 10.19%의 비중을 차지하고 있음을 근거로 WiFi 칩당 6.114 cents를 산정하였다.[64)]

또한 Robart 판사는 Marvell Semiconductor Inc(이하 "Marvell")가 WiFi 칩을 이용하는 것에 대한 대가로 지불했던 지식재산권(Intellectual Property) 실시료 상당액을 802.11 FRAND 실시료를 산정함에 있어 비교 대상으로 삼는 것을 허용하였다.[65)] Marvell은 현재 Microsoft에게 Wifi 칩당 $3.00의 지불을 요구하고 있으며 과거에는 $3에서 $4의 실시료를 청구하기도 하였다.[66)] 또한 Marvell은 자사의 Wifi 칩을 생산 할 때 802.11 표준규격을 준수하는데 필요한 특허와 디자인 및 노하우(영업비밀)에 대해 칩 가격 당 1%(개체 당 3~4cents) 지급을 조건으로 ARM와 실시계약을 체결하고 있었다. 전문가 증인인 Och는 ARM과 Marvell 간의 실시 계약은 특허뿐만 아니라 디자인과 영업비밀까지 포함되어 있었기 때문에 1%의 실시료율은 FRAND 특허 실시료 산정에 있어 상한선이 되어야 한다고 보았다. 결론적으로 법원은 ARM 실시료율을 “특정 사업 분야에서 관행적으로 책정된 실시료율”로 판단하면서 802.11 표준을 가능케 하는 Wifi 칩 가격 당 1%, 즉 3~4 cents 정도를 Motorola의 802.11 표준특허에 대한 FRAND 실시료의 상한으로 보았다.

마지막으로 InteCap은 WiFi 칩 가격에서 0.5%로 책정된 실시료율을 제시했는데 이에 대해 Robart 판사는 그러한 실시료율은 전체 802.11 와이파이 표준에서 Motorola 특허가치의 비율을 적정하게 산정한 것으로 실시료 과적 문제 역시 해소할 수 있는 실시료율이라고 판시하면서 개체당 0.8에서 1.6 cents의 실시료율을 산정하였다.[67)]

결과적으로 Microsfot 법원은 각각의 실시계약에서 산정된 실시료율의 평균값이 3.741 cents(0.8 +3.5+6.116/3)을 실시료 산정의 기준으로 삼았다.

---

63) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012). ORDER-184, pargraph 564.
64)Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012), ORDER-186, pargraph 569.
65) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012). ORDER-189, pargraph 578.
66) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012). ORDER-190, pargraph 581.
67) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012). ORDER-199, pargraph 605.

다. Ericsson Inc. v. D-Link Corp 판결에서 실시료 과적 문제

(1) 사건 개요

2010년 9월 4일 Ericsson과 특허 회사 Telefonaktiebolaget LM Ericsson은 텍사스 동부지방법원에서 D-Link Systems, Netgear, Belkin International, Acer, 및 다른 전자기기 제조업체들을 상대로 IEEE의 Wifi-표준필수특허를 침해한 혐의로 소를 제기하였다.[68] 이에 따라 1심 법원에서는 손해배상액으로서 FRAND 실시료율 산정이 문제되었는데 피고 측은 Ericsson이 비교라이센스로 제시한 Wi-Fi 포트폴리오 실시계약은 실시료 과적의 우려가 반영되지 않았다는 점 등을 이유로 Ericsson의 실시료율은 FARND 협약에 위배된다고 주장하였다. 이와 같은 피고 측의 항변은 1심법원에서 받아들여지지 않았으며 항소심 법원에서도 마찬가지였다.[69]

다만 본 사건의 1심 판결에서 Davis 판사는 실시료 과적을 고려하여 FRAND 실시료를 산정할 때 Microsoft 사건과 다른 접근방법을 제시하고 있어 주목을 요한다.

(2) Ericsson이 입은 손해배상액 산정

Davis 판사는 Microsoft 사건에서 Robart 판사가 실시료 과적을 해결하는 방식과 다른 방식으로 접근하였다. 앞서 Microsoft 사건은 원고인 Motorola가 제시한 실시료율만큼 다른 표준특허권자들이 실시료 지급을 구한다고 가정했을 때를 상정하여 실시료 과적문제를 판단하였는데 Ericsson 판결의 Davis 판사는 앞서와 같은 접근이 단순한 가정적 상황에 근거한 것이라고 하면서 본 사건에서의 피고의 항변을 배척하였다. Davis 판사는 실시료 과적에 대한 우려는 단순히 가설적 상황에 근거하여 판단될 수는 없으며 실증적이고 경험적인 증거에 의해 뒷

---

68) Ericsson Inc. v. D-Link Sys., Inc., No. 6:10- CV-473, 2013 WL 4046225 (E.D. Tex. Aug. 6, 2013), 2010 WL 3694653.

69) ERICSSON, INC. v. D-.LINK SYSTEMS, INC. 773 F.3d 1201 (Fed. Cir. 2014), 773 FEDERAL REPORTER, 3d SERIES, 1235.

받침 될 수 있어야만 손해액 산정 시 반영될 수 있어야 한다고 판시하였다.[70] 이에 따라 Davis 판사는 피고 측의 증인인 Dr. Perryman가 802.11 표준과 관련한 상품에 실제로 과적이 발생했는지에 대한 증거를 제출할 수 있는 기회를 제공받았음에도 불구하고 어떠한 것도 제시하지 못했다고 하였다는[71]점을 근거로 D-Link의 실시료 과적에 대한 주장을 배척하였다.[72]

이러한 주장에 대한 근거로는 다음과 같이 두 가지를 들 수 있다. 먼저 각각의 특허발명들은 기술표준에서 각기 다른 중요도를 갖는다는 점에서 모든 특허발명들의 가치가 동일하다는 전제에서 실시료의 총합을 산정할 수는 없을 것이다[73] 또한 실제 라이센스 관행을 살펴보면 실시료 과적 문제가 다양한 방식으로 해소되기도 하는데[74] 예컨대 양 당사자는 상호실시허락(cross-licensing)에 따라 각자 서로 지급해야할 실시료의 잔금에 대해서만 청구함으로써 과적문제를 최소화하기도 하고 Mexican Standoff[75] 상황처럼 양 당사자가 실시료 문제를 유예하면서 암묵적으로 상호간에 특허기술 실시를 묵인하기도 한다. 또한 표준설정 과정에 참여하는 당사자들은 반복적으로 표준설정에 참여하면서 자신의 명성과 신용을 중요시 여기기 때문에(repeat player reputation) 과도한 실시료 지급을 자제하기도 한다.

---

70) Ericsson, inc. v. d-link systems, inc, 773 F.3d 1201 (Fed. Cir. 2014).

71) Ericsson, inc. v. d-link systems, inc, 2013 WL 4046225 *18.

72) VirnetX, Inc v. Cisco Systems, inc 767 F.3d 1308 (2014) 사건에서도 연방항소법원은 내쉬 협상(Nash bargaining)에 근거한 손해액 산정은 가설적인 분석틀에 불과할 뿐 사실관계에 의해 충분히 뒷받침되지 못한다고 판시하면서 VirnetX의 주장을 배척하였는데 이는 Ericsson 판결의 취지와 비슷한 맥락에 있다고 생각한다. 내쉬 협상 이론이란 특허기술로 발생한 증분적인 이익에 대해서 특허권자와 실시권자가 협상을 진행할 때 50대 50의 비율로 나눠서 가져갈 수 있는 상황을 가정하는데 VirnetX은 손해액 산정 시 이러한 내쉬 협상 이론을 전제로 하되 Apple이 보다 협상에서 유리한 지위에 있었음을 감안하여 45대 55로 증분 이익을 배분해야한다고 주장하였다. 이에 대해 내쉬 협상 이론에 근거한 손해액 산정은 “사실관계와 충분히 부합되지 않고 (insufficiently tied to the facts of the case) 증거에 의해 뒷받침되지 않는다.”고 판시하였다.

73)Koren Wong-Ervin, part 1 앞의 글, 4p, 동일한 비율로 특허기술이 갖는 가치의 단순 총합을 산정하여 실시료 과적 문제를 판단하는 것이 합리적이지 못함을 상세히 지적하고 있다.

74)Teece, D. J., and E. Sherry. 앞의 글. 12p

75)비유적인 표현으로 당사자끼리 진퇴양난의 늪에 빠져 어떠한 선제조치 없이 부득이하게 긴장 상태를 유지하는 상황을 뜻한다.

라. 정리

앞서 표준특허에 대한 실시료 산정 시 실시료 과적 문제를 직접적으로 언급하면서 표준특허권자가 제시한 실시료율을 제한했던 미국의 두 판례를 검토하였다. Microsoft 사건에서 Robart 판사는 실시료율을 산정할 때 당해 특허발명뿐만 아니라 기술표준 전체에 대해 라이센시가 지급하게 될 실시료 총액을 고려해야한다고 판시하면서 실시료 과적의 우려를 표명하였다. 마찬가지로 Ericcson 판결에서 Davis 판사는 손해배상액으로서의 실시료율이 과도하게 책정되어 실시료 과적이 발생하지 않도록 주의가 필요하다는 피고의 주장에 대해 별다른 지적을 하지 않았다.

하지만 양 판결에서 실시료 산정 시 구체적으로 실시료 과적을 어떻게 고려해야하는지에 대해서는 다른 접근 방법을 적용하고 있음을 확인하였다. Robart 판사는 당해 표준특허권자가 요구한 실시료율과 동일한 실시료율로 다른 표준특허권자들이 실시료 지급을 구했을 상황을 가정하여 실시료 과적의 발생 여부를 판단하였다. 이와 반면 Davis 판사는 원고의 손해배상청구 금액이 실시료 과적을 불러일으킨다는 피고의 주장이 단순히 가정적 상황에 근거했다고 하면서 이러한 항변을 배척하였다.

생각건대 실시료 과적을 확인하기 위한 구체적인 방법론들은 개별적인 사안마다 달리 적용될 수 있는 것일 뿐이며 당해 특허발명에 대한 실시료 산정 시 기술표준 전체에 대해 라이센시가 부담해야하는 실시료 총액이 고려되어야 한다는 점이 문제의 핵심이라고 본다. 법원은 손해배상액 산정 시 실시료 과적을 고려하여 원고가 주장한 손해배상 청구금액이 과도하게 높게 책정되지 못하도록 예의 주시할 필요가 있을 것이다.

3. 소결

서 표준특허침해사건에서 ‘실시료 상당액’에 근거한 손해배상액 산정 시 반드시 고려해야하는 특허위협과 실시료 과적에 대해 살펴보았다. 특허위협은 표준특

허권자가 당해 특허발명이 갖는 가치를 훨씬 상회하는 금액의 실시료를 구하는 것을 뜻하는데 구체적으로 표준설정에 따른 발명의 증분가치가 실시료를 통한 손해배상액 산정에 반영될 수 있는지가 문제되었다. 표준설정에 따른 증분가치를 실시료 산정에 반영하게 되면 특허위협과 실시료 과적이 발생하여 경쟁제한의 문제가 발생할 수 있다는 점, 표준설정에 따른 증분가치는 당해 특허권자의 노력에 의해 발생된 것이 아니라는 점, 표준특허권자는 양적으로 충분히 보상받을 수 있다는 점에서 그러한 중분가치는 배제되어야 하는 것이 타당하다고 생각한다.

실시료 과적 문제 역시 손해배상액으로서의 실시료 산정 시 고려되어야 하는 것으로 Microsoft 판결과 Ericsson 판결은 비록 실시료 과적을 판단하기 위한 방법들이 서로 달랐지만 실시료 산정 시 예외 없이 실시료 과적을 진지하게 고려하고 있었음에 의의가 있다고 볼 수 있다. 만약 표준특허권자들이 요구하는 실시료가 과도하게 축적되어 실시료 과적 문제가 발생하면 사업자들은 기술표준을 실시하지 못하게 됨에 따라 제품에 대한 시장참여로부터 배제될 것이다. 이는 당초 기술표준이 도모하고자 했던 상호 호환성 증진과 네트효과라는 공익적 성격과 배치되는 것으로 경쟁제한의 문제가 발생할 수 있다는 점에서 법원은 손해배상액 산정 시 원고가 주장한 손해배상 청구금액이 과도하게 높게 책정되지 못하도록 예의 주시할 필요가 있다.

Ⅳ. 표준특허침해로 발생한 손해배상액 산정의 구체적 방법론: ‘실시료 상당액’ 산정방법을 중심으로

1. 서설

앞서 표준특허침해에 대한 손해배상액을 산정할 때 특허위협과 실시료 과적을 해소할 수 있도록 FRAND 실시료가 일정부분 하향 조정되어야 함을 피력하였

다.

Microsoft 사건에서 Robart 판사는 이러한 특허위협과 실시료 과적 문제에 주목하면서 종래 합리적 실시료 산정의 전통적인 기준으로 자리매김했던 Georgia-Pacific을 수정하여 새로운 기준(이하 'Microsoft' 요소)을 제시하였다. 특허위협과 실시료 과적 문제를 해소할 수 있는 방향으로 기존의 Georgia-Pacific 요소를 수정했다는 점에서 Microsoft 요소는 검토의 실익이 있다고 본다. 또한 미국 판례에서는 손해배상액을 산정하기 위한 구체적인 방법들로 가설적 협상에 의한 방법, 증분가치규칙, 비교라이센스, 최소판매실시단위이론에 근거한 실시료 기반 산정 등이 제시되었는데 표준특허권자의 특허위협과 실시료 과적을 최소화할 수 있는 방향으로 적용될 필요가 있을 것이다. 이하에서는 Microsoft 요소와 각각의 구체적인 방법론들에 대해 살펴보도록 한다.

2. Microsoft v. Motorola사건에서의 수정된 기준

가. 특허위협과 실시료 과적을 반영한 Microsoft 사건의 새로운 기준

Microsoft 사건이 있기 전까지는 FRAND 조건에 부합하는 실시료를 산정할 수 있는 방법이 제대로 자리 잡혀있지 않았기 때문에 Robart 판사는 Georgia-Pacific 요소(이하 'Georgia' 요소)를 토대로 수정된 기준을 제시하였다. Robart 판사는 FRAND 확약에 따라 표준특허권자는 FRAND 조건에 부합한 합리적 실시료를 라이센시에게 제시해야하는 한다는 점[76]과 라이센시가 실시료 과적 문제에 노출될 수 있다는 점에.[77]근거하여 기존의 Georgia 요소와 차별화된 접근법이 필요하다고 주장하였다. Robart 판사는 전체상품에서 해당 표준이 어느 정도의 중요성을 갖고 특허발명이 그러한 표준에 얼마만큼 기여하는지를 평가해야한다고 하면서 특허위협과 실시료 과적을 방지할 수 있는 새로운 기준을 제시하였다.[78]

76) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012) ORDER 29 참고
77) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012) ORDER 23-25 참고
78) Kassandra Maldonado, BREACHING RAND AND REACHING FOR REASONABLE: MICROSOFT V. MOTOROLA AND STANDARD-ESSENTIAL PATENT LITIGATION,

나. Georgia-Pacific 요소와 Robart 판사의 Microsoft 요소 비교 [79)]

Georgia 요소들은 FRAND 협약에 맞게 수정되어야 하는데 Robart 판사는 다음의 요소들이 수정되어야 한다고 판시하였다. 먼저 첫 번째 요소인 확립된 실시료(Established Royalty)가 합리적 실시료 상당액으로 가능하려면 반드시 FRAND 협약 혹은 그와 유사한 상황에서 산정되었던 실시료여야 한다고 보았다. Robart 판사는 당사자가 FRAND 협약을 분명하게 이해하고 있었던 상태에서 진행되었던 라이센스 협약 내지 특허풀(pool)이 양 당사자의 가설적 협상 시 적절한 비교대상으로 기능할 수 있다고 판시하였다. 또한 특허권자가 자신의 독점권을 유지시키기 위해 진행해왔던 마케팅 전략이나 확립된 정책(4번째)이 FRAND 실시료 산정 시에는 적용될 수 없다고 하였는데 특허권자가 FRAND 조건에 따라 실시계약을 체결할 것을 약속했기 때문에 앞서의 4번째 요소는 적용될 수 없다고 하였다. 마찬가지로 특허권자와 라이센시의 관계를 고려할 수 있다고 규율한 5번째 요소는 라이센스 계약을 차별적으로 할 수 없다는 점에서 표준특허에는 적용될 수 없다. Georgia 요소 중 6번째와 8번째는 당해 특허발명이 상품 판매에 기여한 중요도가 고려되어야 한다고 되어있는데 FRAND 협약 하에서는 이러한 기준이 당해 표준특허기술이 표준에 포함됨에 따라 발생한 가치를 제외한 나머지의 기술적 가치만을 고려하는 것으로 응용된다. 이로써 표준설정에 따라 증가된 가치를 제외하고 기술이 갖는 순수한 가치를 기준으로 하여 당해 표준과 전체 상품에 특허기술이 어느 정도로 기여했는지를 중심으로 실시료율을 산정하게 된다. Georgia 요소 중 7번째는 특허의 존속기간의 영역으로 FRAND 실시료 산정에 큰 영향을 미치지 않게 된다. 9번째 요소는 특허기술이 이전 기술에 비해 갖는 기술적 우위를 뜻하는데 FRAND 실시료 산정에서는 당해 특허 기술 대신 표준으로 설정될 수 있었던 대체기술을 고려하는 식으로 변형된다. 표준설정 이전 시점을 기준으로 대체기술과 당해 특허기술을 비교하게 되며 Microsoft가 주장했던 증분가치 접근법(incremental approach)을 뒷받침해주는

BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL, [Vol. 29:419, 2014], 445p

79) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012) ORDER 35-40 참고.

요소라고 이해할 수 있겠다. 10번째 요소와 11번째 요소는 특허발명의 속성과 침해자의 사용범위와 사용가치를 뜻하는데 앞서와 마찬가지로 당해 기술이 표준과 라이센시의 전체 상품에 기여한 가치를 기준으로 실시료를 산정하게 된다. 12번째 요소는 특정 사업 분야에서의 관행적인 판매가격과 수익을 뜻하는데 Microsoft 요소에서는 FRAND 확약이 이루어진 특허에 대한 사업관행이 고려되게 된다. 13번째 요소는 비특허요소와 구별되는 특허요소에 의해 발생한 수익을 고려하게 되는데 6번째 및 8번째의 논의와 마찬가지로 표준설정효과를 제외한 순수한 기술적 가치만이 실시료 산정에 고려되어야 하며 표준 자체로 발생한 가치에 대해 특허권자를 보상하는 것은 특허위협을 초래하고 RAND 협약의 목적에 반하는 것으로 허용될 수 없다고 보고 있다. 마지막 15번째 요소는 양 당사자가 자발적으로 협상에 임했을 때 합의에 이르렀을 금액을 실시료 산정의 기준으로 삼고 있는데 표준특허권자와 잠재적 실시권자는 FRAND 조건에 맞게 합의에 이를 수 있도록 협상에 성실히 임해야한다. 이 때 양 당사자는 FRAND 협약의 두 가지 목적을 달성할 수 있도록 해야 하는데 첫 번째는 특허위협과 실시료 과적을 회피함으로써 기술표준이 널리 채택될 수 있도록 하는 것이고 둘째로 특허권자가 발명에 대해 충분히 보상받을 수 있도록 하는 것이다. 특히 앞서 첫 번째 목적을 달성하기 위해서 Robart 판사는 표준설정효과를 제외한 특허발명 그 자체가 표준과 전체상품에 기여한 가치를 고려하여(특허위협)실시료가 산정되어야 하고 라이센시가 다른 표준특허권자들과도 실시계약을 체결해야한다는 점(실시료 과적) 역시 유념해야한다고 판시하고 있다

표 2 Georgia Pacific 요소와 기존의 Microsoft 요소의 비교

항목	'Georgia-pacific' 요소	수정된 'Microsoft' 요소
1	확립된 실시료	RAND 협약에 근거한 확립된 실시료
2	비교 군에 속하는 특허의 실시료	-(수정할 필요 없음, 이하 '-')
3	실시계약의 속성 및 범위	-
4	특허권자의 확립된 정책 내지 마케팅	적용불가(RAND 확약)
5	특허권자와 실시권자의 관계	적용불가
6	비특허상품에 대한 특허기술의 기여	표준설정효과를 제외한 특허기술의 기여도
7	특허존속기간 및 실시계약조건	RAND 조건 하에서는 큰 의미가 없음
8	상품의 상업적 성공	6번째 요소와 마찬가지
9	기존 기술에 비해 갖는 발명의 우수성	표준설정 이전 대체기술들과 비교했을 때 갖는 기술적 우위
10	특허발명의 특성	표준설정효과를 제외했을 때 특허기술이 표준에 기여한 가치
11	침해자가 발명을 이용한 정도	10번째 요소와 동일
12	동종업계에서의 이익 배분	RAND 확약된 라이센시와의 비교
13	비특허요소와 구별되는 특허요소에 기인한 이익	표준설정효과를 제외시켜야 함
14	전문가 증언내용	-
15	가설적 협상에 근거한 실시료	가설적 협상에 따른 실시료산정 특허위협과 실시료 과적문제 고려

3. 실시료 산정을 위한 가설적 협상(Hypothetical negotiation)

가설적 협상이란 특허침해가 발생했을 때 합리적 실시료 상당액에 근거하여 손해배상액을 산정하기 위하여 양 당사자가 침해시점에서 실시료 협상에 임했을 경우 합의에 이르렀을 실시료를 합리적 실시료 상당액으로 하는 접근법으로 오랜 기간 동안 미국 판례법상 적용되어왔던 손해배상액 산정방법이라고 볼 수 있다.

가설적 협상에 근거하여 실시료를 산정할 때 가장 중요하게 다뤄지는 부분은 협상 시점을 어디에 고정시킬 것이냐의 문제이다. 시간이 지날수록 침해자가 대체기술로 전환하기가 곤란해지기 때문에 가설적 협상 시점을 표준설정 이후인

침해시점으로 하게 되면 실시료 협상 시 특허권자가 유리해지고 반대로 가설적 협상 시점이 표준설정 이전 시점으로 앞당겨지면 침해자가 다른 기술로 우회 설계할 수 있는 여유가 생기게 된다는 점에서 특허권자에게 불리하게 된다.[80] 이처럼 가설적 협상 시점을 정하는 문제는 양 당사자의 상충되는 이해관계에 직접적으로 영향을 미치기 때문에 법원은 가설적 협상 방식을 적용하여 실시료를 산정할 때 협상 시점을 어디로 둘 것인지를 먼저 결정하게 된다.

Microsoft 사건에서 법원은 당해 특허발명이 대체기술들과 경쟁상태에 놓여 있는 표준설정 바로 직전 시점을 가설적 협상 시점으로 고정하였다. 마찬가지로 Innovatio 사건에서는 가설적 협상 시점을 표준으로 설정되기 바로 직전 시점을 협상시점으로 할 것인지 혹은 침해시점, 즉 침해자가 침해제품을 시장에 출시했던 시점으로 할 것인지가 문제되었는데 양 당사자는 특허가 표준으로 채택되었던 시점을 가설적 협상 시점으로 정하는 것에 합의하면서 문제가 해결되었다.

기술표준으로 설정될 수 있는 여러 특허발명들 간의 경쟁상태에서 특허권자와 잠재적 실시권자 사이에서 실시료 협상이 진행된다면 표준설정에 따른 중분가치를 실시료 산정에서 완전히 배제시킬 수 있다. 또한 표준설정 이후 시간이 지날수록 특허권자가 협상에서 유리한 고지를 차지하게 되는데 이러한 협상력의 강약에 따른 실시료 증액을 방지함으로써 표준특허권자의 특허위협을 차단하고 실시료 과적을 예방할 수 있다는 점에서 가설적 협상 시점은 표준설정이 이루어지기 바로 직전 시점으로 두는 것이 타당하다고 생각한다.

4. 비교라이센스 방법(Comparable license)

비교라이센스에 확립된 실시료, 즉 특허권자가 동종사업자와 체결한 기존의 실시료를 비교대상으로 삼거나 둘째로 특허권자의 특허발명과 유사한 특허에 대한

80) Jarosz, John C., and Michael J. Chapman. "The Hypothetical Negotiation and Reasonable Royalty Damages: The Tail Wagging the Dog." Stan. Tech. L. Rev. 16 (2012): 803p 및 Michel, Suzanne. "Bargaining for RAND royalties in the Shadow of Patent Remedies Law." Antitrust LJ 77 (2010), 904p 참고

실시료를 비교대상으로 삼아 문제의 특허발명에 대한 실시료를 산정하는 방법을 뜻한다.

비교라이센스는 실시료 산정 시 다른 증거들 보다 우선적으로 고려되고 있는 모습을 판례에서 확인할 수 있는데 표준특허와 관련하여서는 Microsoft 사건과 Innovatio 사건이 대표적이다.[81] Microsoft 사건에서 Robart 판사는 비교라이센스의 적용 요건을 제시하였는데 첫째로 FRAND 협약이 지워진 특허에 대한 실시계약인지 여부, 둘째로 침해소송의 위협 하에 실시계약이 체결되는 등 특허위협에 의한 증분가치가 반영되었는지 여부를 집중적으로 검토했으며 Innovatio 사건에서도 마찬가지였다.

실시료 협상은 기본적으로 소송제기의 위협 아래 진행될 수밖에 없고 표준특허 자체의 시장지배력으로 인한 특허위협이 실시료 산정에 반영될 수밖에 없기 때문에 비교라이센스를 적용할 때에는 신중을 기해야한다. Ericsson 판결의 Davis 판사는 특허권자에게 FRAND 확약의 의무가 있다는 사실이 공공연하게 알려져 있고 특허권자가 이를 위반하면 라이센시는 계약위반의 소송을 제기할 수 있기 때문에 FRAND 확약이 지워진 표준특허에 대한 실시계약 선례들은 침해소송의 위협 하에서 진행된 경우는 실제로 드물다고 판시하였다.

비교라이센스는 특허발명에 대한 시장가치를 정확하게 반영할 수 있다는 장점이 있다. 즉 특허권자와 잠재적 실시권자가 실시료 협상에 임할 시 대체기술들을 모두 인지하고 있기 때문에 특허발명에 대한 경제학적 가치평가가 정확하게 이루어진다는 것이다. 또한 비교라이센스는 양 당사자가 자발적으로 합의에 이르렀다는 점에서 FRAND 확약상의 공정성과 합리성 요건을 갖는다고 볼 수 있기 때문에 표준특허에 대한 실시료 산정 시 유용한 판단기준이 될 수 있다.

소송제기의 위협 하에서 이루어지지 않고 FRAND 확약이 지워져 있는 특허발명에 대한 실시계약이라면 이러한 라이센스는 당해 특허발명의 가치를 가장

81) 이외에도 비교라이센스를 실시료 산정의 우선으로 삼았던 연방항소법원 판례로 Apple Inc. v. Motorola, Inc. 757 F.3d 1286 (Fed.Cir.2014), Federal Circuit ActiveVideo Networks, Inc. v. Verizon Commc'ns, Inc., 694 F.3d 1312, 1333 (Fed.Cir.2012); Lucent Techs., Inc. v. Gateway, Inc., 580 F.3d 1301, 1325 (Fed.Cir.2009) 등이 있음.

객관적으로 평가할 수 있는 방법이라는 점에서 법원은 손해배상액 산정 시 이를 적극 고려할 필요가 있다고 본다.

5. 증분가치규칙(Incremental value)

Microsoft 사건에서 Microsoft는 대체 기술과의 비교에서 당해 특허기술이 갖는 중분 가치(incremental value)를 기준으로 해야 한다는 증분가치접근법을 제안하였다.[82] 이러한 증분가치규칙은 과거 Georgia-Pacific 요소에서부터 연유 것으로 당해 특허발명(patent features)이 기술표준과 전체상품에서 어느 정도의 기여와 중요도를 갖는지를 평가함으로써 실시료를 산정하는 방식이라고 이해할 수 있다.[83] Robart 판사는 증분가치접근법이 실시료 산정을 위한 가설적 협상 모델의 필요성을 인정했지만 실제 증분가치를 측정하는 것의 어려움을 이유로 Microsoft의 주장을 인용하지 않았다. 또한 Robart 판사는 다수의 표준특허에 대한 각각의 증분가치를 산정하는 과정은 매우 복잡한 작업이고 사람에 따라 제각기 평가가 달라질 수 있기 때문에 법원이 이를 진행하는 것은 현실적으로 곤란하다고 판시하였다.[84]

증분가치규칙의 적용원리를 살펴보기 위한 간단한 예시를 들어보면[85] 기술표준이 설정되기 이전 기술표준을 구현할 수 있는 특허기술 A와 B가 있을 때 각각이 동일한 기술적 성능 보유하고 있다고 하자. 만약 C라는 사업 분야에서 A와 B 기술은 경쟁상태에 놓이게 되어 실시료율이 비슷한 범위 내에서 책정 될 가능

82) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012) ORDER-26 참고

83) Georgia-Pacific 요소와 대응시켜보면 선행기술과의 비교에서 갖는 당해 특허발명의 가치(9요소), 특허발명의 성격(10요소), 특허발명의 전체상품에서 이윤 기여의 정도(13요소) 등이 특허발명 자체가 갖는 가치를 산정할 수 있는 기준이라고 볼 수 있는데 표준특허의 가치를 평가함에 있어서도 당해 표준 그 자체와 구별되는 발명의 가치를 산정하기 위해 표준과 전체상품에서 특허발명이 차지하는 비중을 고려하게 된다.

84) Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F.Supp.2d 993 (2012) ORDER-27 참고.

85) Allensworth, Rebecca Haw. "Casting a FRAND Shadow: The Importance of Legally Defining Fair and Reasonable and How Microsoft v. Motorola Missed the Mark." Tex. Intell. Prop. LJ 22 (2013): 245-246p 참고.

성이 높다. 반면 A가 B 보다 더 높은 기술적 성능을 보유하고 있으면 A에는 프리미엄(premium)이 붙게 되는데 만약 프리미엄이 C 사업 분야에서의 특허 A가 기여한 증분적 가치(incremental value) 보다 높은 금액으로 책정된다면, 즉 A의 실시료가 너무 높게 책정되어서 대체기술인 B가 더 매력적인 대안이 될 것이며 A는 시장 경쟁에서 도태될 것이다. 따라서 A가 표준설정 이전 경쟁적인 상태에서 C 사업 분야에서 요구할 수 있는 실시료는 차산 기술인 B에 의해 제약을 받게 되고 대체기술의 비용 범위에서 책정되는 당해 특허발명의 프리미엄이 바로 경제학자들이 언급하는 공정하고 합리적인 실시료율을 의미한다고 볼 수 있다.

이러한 증분가치접근법은 실시료 산정 시 상향식("Bottom up")접근법과 연결되는데 상향식 접근법이란 당해 사업자가 표준설정 시 채택될 수 있었던 대체발명을 실시함에 따라 발생했을 총 비용에서 전체 침해품 수량으로 나눈 금액을 실시료의 상한으로 하는 방식을 뜻한다.[86] 상향식 접근방법은 가설적 협상이 진행되는 시점에서 라이센시는 대체기술을 채택하는데 필요한 금액 보다 많은 액수를 표준으로 설정된 특허발명에 대해 지급할 수 없다는 것을 전제하고 있다.

증분가치규칙은 표준설정 단계에서 수많은 기술들의 가격 경쟁을 전제로 하여 최적의 기술이 다른 대체기술보다 얼마만큼의 증분가치를 가졌는지를 평가하게 되는데 이러한 증분가치규칙은 두 가지 의의가 존재한다. 첫 번째는 표준설정 이전 여러 대체 기술 간의 경쟁구도를 가정함으로써 표준설정에 따른 증분가치를 실시료 산정 시 배제할 수 있는 장점이 있다. 둘째로 표준설정 전 단계에서 기술 간의 평가를 전제로 한다는 점에서 표준특허권자의 소송 제기의 위협 내지 협상력의 좌우되지 않고 특허발명의 실시료를 산정할 수 있다는 점에서 실시료 과적과 특허위협의 가능성을 최소화시킬 수 있다.

---

86) In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litig., MDL 2303, 2013 U.S. Dist. LEXIS 144061 (N.D. Ill. Oct. 3, 2013), Innovatio 판결에서 실시료 산정 접근법으로 Bottom-up(상향식 접근법)과 Top-down(하향식 접근법)이 제시되었다. 양자의 실질적인 차이는 실시료 산정의 기반을 최종생산품(침해품)과 최종생산품을 이루고 있는 부품 중 무엇을 기준으로 할 것이냐에 달려있다. Innovatio 판결에서 인용했던 하향식 접근방법은 Wi-Fi 기술이 포함된 전자기기를 기준으로 하지 않고 부품에 불과한 Chip 기준으로 실시료를 산정하였다.

6, 실시료 기반 문제(Royalty base)

실시료 기반이란 당해 사업자가 특허권자에게 지급해야할 실시료 상당액을 산정할 때 기준이 되는 단위를 뜻하는데 하나는 전체상품을 기준으로 실시료를 산정하는 방법이 있고 다른 하나는 특허를 실시할 수 있는 최소판매단위를 기준으로 산정하는 방법이 있다.

실제 특허분쟁에서 특허권자은 실시료 기반을 가능한 큰 단위로 산정해야한다고 주장하는 반면 침해자는 최소판매 실시단위에 근거하여 가장한 작은 단위로 산정해야한다고 주장하는 경우가 많다. 대표적으로 Innovatio 사건에서 원고인 Innovatio는 Wi-Fi 칩 그 자체는 와이파이 표준을 제공하지 못하며 적어도 제어처리계(Control Processor) 안테나, RF Radio(무선 주파수) 등의 엑세스 포인트(Access Point)를 갖춰야 가능하다고 주장하였다.[87] 이와 반면 제조업체 측은 최종 생산품(end products)을 기준으로 손해배상액을 산정하면 와이파이 기술표준에서 특허발명이 갖는 가치를 훨씬 상회하는 가치가 실시료에 포함될 것이라고 주장하면서 반박하였다.[88] 법원은 Innovatio의 접근법은 전체 상품에서 특허발명의 가치가 차지하는 비율을 정확하게 산정해내지(apportion) 못했음을 이유로 제조업체 측의 주장을 인용하였다.

제품에 대한 전체시장가치를 기준으로 실시료 상당액을 산정하는 방법을 전체시장가치규칙(Entire Market Value Rule, 이하 'EMVR')이라고 하는데 이러한 'EMBR'이 적용되었던 대표적인 사례로 Rite-Hite Corp 판결[89]이다. Rite-Hite Corp 사건에서 법원은 당해 특허발명이 전체 상품에 대한 수요를 견인하는 정도로 침해상품에서 중요한 비중을 차지하고 있음이 증거에 의해 뒷받침된다면 전체 상품을 기준으로 실시료가 산정될 수 있다고 판시하였다.

이와 반대로 특허발명을 실시하는 가장 최소의 단위를 실시료 기반으로 해야

87) In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litigation, Not Reported in F.Supp.2d (2013) *13 참고.
88) In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litigation, Not Reported in F.Supp.2d (2013) *14 참고.
89) Rite-Hite Corp. v. Kelley Co., Inc., 56 F.3d 1538 (Fed. Cir. 1995), cert. denied, 516 U.S. 867 (1995) 참고.

한다는 SSPPU(Smallest Salable Patent practicing Unit) 이론이 등장하였다. 이러한 SSPPU 이론은 손해배상액을 산정할 때 전체 상품에서 특허침해로부터 기인한 가치를 반영해서 산정해야하는 이익배분원칙이 지켜져야 한다는 손해배상액 산정의 대원칙에 입각한 것으로서[90]SSPPU를 적용한 사례로는 대표적으로 Summit 6 판결을 들 수 있으며 앞서 Innovatio 판결에서도 적용되었다고 할 수 있겠다[91]

미국 판례는 SSPPU에 따른 실시료 산정을 정당화할 수 있는 근거로는.[92] 침해제품이 여러 복합적인 요소들로 구성되었을 때 전체 상품을 기준으로 실시료를 산정하게 되면 특허권자가 비-침해 구성요소들에 대해서도 부당하게 보상받을 수 있는 위험이 존재한다는 점이다. 만약 제품이 다중 복합요소로 구성되어 있을 경우 배심원이 전체상품의 가치에만 중점을 두지 못하도록 당해 재판관에는 배심원들에게 올바른 정보를 제공해줄 증거법적 의무가 지워지는데[93] SSPPU는 최소판매실시단위를 기준으로 한다는 점에서 이러한 문제를 미연에 방지할 수 있는 장점이 있다.

하지만 미국 법원은 SSPPU가 언제나 일률적으로 적용되는 것은 아니며 특허발명이 전체 상품에서 갖는 가치의 비율이 적절하게 산정된다면 전체시장가치규칙이 예외적으로 적용될 수 있다고 판시하기도 하였다. CSIRO 판결에서 원심법원은 피고가 제시한 TLA 실시료율이 069 특허에 의해 구현된 발명의 가치를 기준으로 하지 않고 Radiata에 의해 판매된 칩 가격을 기준으로 산정되었다는 점을 들면서 이러한 비교라이센스를 배척하였다. Davis 판사는 “칩 가격을 기준으로 실시료를 산정하는 것은 저작권이 있는 책 가격을 산정할 때 책을 물리적으로 생산하는데 필요한 표지, 종이, 잉크의 가격으로만 산정하는 것과 동일하며 그러한 산정방식은 단순히 외형적인 부분에 대해서만 가격을 산정할 수 있을 뿐 그것의 실제 가치를 평가함에 있어 어떠한 도움도 제공하지 못 한다”라고 판시하

90) Ericsson, Inc. v. D-.Link Sys., Inc., 773 F.3d 1201, 1226 (Fed.Cir.2014).
91) Summit 6, LLC v. Samsung Elecs. Co., 802 F.3d 1283, 1296 (Fed.Cir.2015).
92) Commonwealth Scientific and Indus. Research Organisation v...., 809 F.3d 1295 (2015).
93) ERICSSON, INC. v. D-.LINK SYSTEMS, INC. 1227 Cite as 773 F.3d 1201 (Fed. Cir. 2014).

였다. 이러한 입장은 연방항소법원에서도 유지되었다.

결론적으로 실시료 기반 산정의 문제는 일관된 원칙이 적용되는 것이 아니라 구체인 사안마다 개별적으로 판단되어야 하는 영역이라고 볼 수 있다. 설사 전체 상품을 기준으로 손해배상액을 산정한다고 하더라도 실시료율을 낮춤으로써 손해배상액이 지나치게 높게 책정되는 것을 저지시킬 수 있고 최소판매실시단위를 기준으로 산정된다고 하더라도 실시료율을 높임으로써 적정한 손해배상액을 산정할 수 있는 것이다. 손해배상액 산정 시 실시료 기반 보다는 궁극적으로 침해자 혹은 실시권자가 표준특허권자에게 어느 정도의 실시료 상당액을 지급하게 되는지가 중요하며 마찬가지로 특허위협과 실시료 과적이 최소화될 수 있는 방향으로 합리적이게 산정되는 것이 관건일 것이다.

하지만 국내 공정거래위원회의 퀄컴에 대한 과징금 부여한 경우를[94] 비롯하여 현재까지 SSPPU에 따른 실시료 산정이 전 세계적으로 호응을 받고 있다는 점과 특허발명이 기여하지 않은 부분이 실시료 산정에 포함됨으로써 발생하는 실시료 과적을 미연에 방지할 수 있다는 점에서 SSPPU에 따라 실시료가 제한되는 방향으로 산정되는 것이 바람직하다고 생각한다.

Ⅴ. 결론

1. 우리나라에서의 특허침해에 대한 손해배상제도의 현 위치

우리 법원은 이에 대해 특허권자에게 유독 인색한 태도를 보여 온 것으로 분석된다. 통계상으로도 우리나라는 다른 IP 강국과 비교했을 때 특허권자가 청구

94) 한국 공정거래위원회는 퀄컴이 스마트폰 판매금액의 5%를 실시료로 구하는 것이 '시장지배적 지위의 남용'이라고 칩셋의 가격을 기준으로 FRAND 실시료가 산정되어야 한다고 했다. [퀄컴 1조원 과징금] 불공정 거래로 배불리는 '특허 괴물'에 세계 첫 철퇴 공정위, 퀄컴 사상 최대 과징금 부과 의미·전망 2016-12-28 18:18 국민일보.

한 손해배상의 인용액이 상당히 낮은 축에 속하는데 한국지식재산연구원 보고서에 따르면 실제로 2009년부터 2012년까지 인정된 손해배상액이 약 5천 9백만원인 반면[95] 미국의 경우는 우리나라의 14배인 4.9백만 달러에 이르고 있음을 확인할 수 있다.[96] 이에 대해 우리나라 학계와 실무에서는 우리나라 특허법 테두리 안에서 특허권자가 특허침해로 발생한 손해로 부터 적절한 규모로 보상을 받고 있는지에 대해 우려 섞인 목소리가 제기되고 있다.[97] 우리나라는 특허출원 건수 상으로 보나 전체 GDP 상에서 차지하는 IP의 비중으로 보나 IP 강국 궤도에 올라와있음은 분명하다[98] 앞으로 지식재산, 특히 특허를 둘러싼 당사자의 분쟁도 마찬가지로 증가하는 추세에 놓이게 될 것인데 이에 따라 손해배상 산정에 관한 논의도 계속될 것으로 본다.

2. 표준특허침해에 대한 손해배상액 산정에 있어서 나아가야할 방향 제언

우리나라는 선진국에 비해 특허침해 사건에 있어 법원의 손해배상액 인용액이 현저히 낮음을 앞서 지적하였다. 즉 특허분쟁에서 특허권자의 횡포에 따른 반독점행위를 우려할 만큼 특허권자가 시장에서 강자의 지위에 놓였다고 볼 수는 없으며 오히려 침해로부터 발생한 손해를 충분히 구제받지 못하고 있다는 지적이 잇따라 나오는 것이 현실이다.

---

95) 특허청, 지식재산권백서, 261면.

96) 특허청, 앞의 책, 261면.

97) 우리나라와 미국의 경제규모의 차이를 감안한다고 하더라도 국내 1심 법원에서 미국의 인용액보다 현저하게 낮은 수준으로 손해액이 산정되고 있는데 이에 대한 이유로는 설문조사상 (1) 손해액 증명의 어려움 (2) 고액의 손해배상 기피 (3) 특허가치의 저평가 (4) 특허무효의 가능성 (5) 특허권자가 해외기업일 경우 국내 기업 보호 등의 순서로 나타났다고 한다. 특허침해에 대한 우리나라 손해배상액의 현황을 상세히 분석한 문헌으로는 장태미, 특허권 침해에 대한 손해배상제도의 현황 및 시사점, “한국지식재산연구원”, 2014, 2p.

98) 2012년 저작권이 GDP에서 차지하는 비중은 약 9.49%에 달한다.(한국저작권위원회, 2014년 저작권통계제3권제4호) 또한 2015년 국내 산업재산권 출원건수는 475,802에 달하며 세계 4위에 해당한다. 이러한 내용에 대해서는 특허청, 앞의 책 참고.

하지만 점차 국내에서도 특허가 갖는 비중이 점차 높아짐은 물론 표준특허 분쟁에서 손해배상청구가 갖는 중요성이 점차 증가하고 있음을 감안할 때 우리나라에서도 표준특허권자의 지위가 점차 강화될 것이며 특허위협과 실시료 과적과 같은 문제가 발생할 수 있기 때문에 이에 대한 대책이 마련되어야 함은 물론이다.

먼저 표준특허권자의 손해배상청구범위를 '실시료 상당액'으로 제한해야할 필요가 있다. 삼성 대 애플 사건에서 침해자의 이익을 손해배상액으로 인정했던 우리나라 법원의 태도는 변경될 필요가 있으며 일본 판례에서와 같이 예외적인 경우에 한해 '실시료 상당액' 이외의 일실이익을 근거로 한 손해배상청구가 인정되어야 한다.

실시료 상당액에 근거하여 손해배상액을 산정할 때에는 먼저 특허위협을 방지할 수 있도록 표준설정으로 인한 특허발명의 증분가치를 실시료 산정에서 배제시켜야 한다. 또한 당해 특허발명의 가치뿐만 아니라 기술표준을 이루는 다른 특허부품들에 대한 실시료가 어떻게 산정되었는지를 고려하여 기술표준을 이루는 전체 특허들의 실시료 총합이 실시료 과적을 불러일으키는지를 검토해야한다.

미국 판례상에는 특허침해에 대한 합리적 실시료 상당액을 산정하기 위한 구체적인 방법들이 여럿 제시된 바 있었다. 표준특허침해사건에서도 동일하게 적용될 수 있는데 마찬가지로 특허위협과 실시료 과적 문제가 발생하지 않도록 실시료가 제한되는 방향으로 적용되어야 함은 물론이다. 첫 번째로 가설적 협상에 근거한 산정방법을 적용할 때에는 협상 시점을 침해시가 아닌 당해발명이 표준으로 설정되기 바로 직전으로 하여 표준설정에 따른 증분가치가 실시료 산정에 반영되지 못하도록 해야 한다. 둘째로 증분가치규칙이란 당해 특허발명이 대체기술과 비교했을 때 갖는 증분가치를 실시료 산정의 기준으로 삼는 방법으로 객관적으로 특허발명이 갖는 가치를 평가하는 방법 중 하나라는 점에서 특허위협과 실시료 과적을 해소할 수 있는 유용한 방안이 될 수 있다고 생각한다. 셋째로 비교라이센스 방법을 적용할 때에는 FRAND 확약과 관련한 제반사정들이 잘 반영되어 있는 라이센스를 비교대상으로 삼아야 할 것이다. 마지막으로 실시료 기반을

정할 때에는 특허발명을 실시할 수 있는 최소단위를 실시료 기반으로 하여 전체 상품에서 특허발명이 기여하지 못한 부분이 실시료 산정에 반영되지 못하도록 해야 할 것이다.

만약 표준특허권자에게 인정되는 손해배상액이 지나치게 낮게 산정되는 경우에는 우리 대법원[99]이 변론 종결 시까지 다양한 사정들을 고려하여 손해액으로서의 실시료를 산정할 수 있다고 판시한 바 있어서 변론전체의 취지와 증거조사에 기초하여 양 당사자의 형평에 맞게 손해배상액을 조정하면 될 것이다.

99) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다15006 판결

【참고문헌】

[국내 문헌]

박성수, 「특허침해로 인한 손해배상액의 산정」, 경인문화사, (2007)

박준석, “표준특허의 제문제 -ITC의 배제명령 발동가능성 문제를 포함하여”, 서울대학교 法學제54권 제4호, 2013

송재섭. "표준특허에 근거한 권리행사의 한계." 저스티스, 2014

나지원, “표준특허권자의 권리행사 한계에 관한 연구 -FRAND 확약과 권리남용의 법리를 중심으로”, 서울대학교 박사 학위, 2016

서울대학교. 산학협력단. “지재권소송에서손해배상산정의적절성활용방안연구용역최종보고서”, 2012

이헌수. "미국 특허소송에서 합리적인 실시료 (reasonable royalty) 에 기초한 손해배상액 산정방식." LAW & TECHNOLOGY 8.1, 2012

오승한. "표준개발 과정에서 제출된 FRAND 의무 위반행위의 판단기준에 대한 연구." 경제법연구 11.2, 2012

이문지. "표준특허 FRAND 실시료 산정의 기준", 2015

이주환, “미국 특허법에서의 특허침해로 인한 구제와 우리 특허법에 대한 시사점—특허권 균형시대의 도래”, 연세대학교대학원, 박사, 2015

오승한. "FRAND 확약을 위반한 실시료 청구의 비합리성 판단기준." 지식재산연구 11.3, 2016

특허청, “지식재산권백서”, 2016

장태미, “특허권 침해에 대한 손해배상제도의 현황 및 시사점”, 한국지식재산연구원, 2014

[국내 판례]

서울중앙지방법원 2012. 8. 24. 선고 2011가합39552

대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다15006 판결

[외국 문헌]

Rudi Bekkers and Andrew Updegrove, A study of IPR policies and practices of a representative group of Standards Setting Organizations worldwide, National Academies of Science, 2012

Benjamin C. Li', THE GLOBAL CONVERGENCE OF FRAND LICENSING PRACTICES: TOWARDS "INTEROPERABLE" LEGAL STANDARDS, BERKELEY TECHNOLOGY LAWJOURNAL,[Vol. 31:AR], 2016

United states department of justice and united states patent &trademark office, policy statement on remedies for standards-essential patents subject to voluntary f/rand commitments, January 8, 2013

Mark A. Lemley & Carl Shapiro, Patent Holdup and Royalty Stacking, Texas Law Review(2007), [Vol. 85:1991], 2007

J. Gregory Sidak, APPORTIONMENT, FRAND ROYALTIES, AND COMPARABLE LICENSES AFTER ERICSSON V.D-LINK, UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW(Vol.2016)

David J. Teece and Edward Sherry, Teece, David, and Edward F. Sherry. "Public Policy Evaluation of RAND Decisions in Apple v. Motorola, Motorola v. Microsoft, in Re Innovatio, and Ericsson v. D-Link.", 2016

Koren Wong-Ervin, Methodologies For Calculating FRAND Damages part 1, Law 360, 2014

Daniel g. swanson william j. baumol, reasonable and nondiscriminatory (RAND) royalties, standards selection, and control of market power, antitrust law journal(2005, vol. 73)

Federal Trade Commission. "The evolving IP marketplace: Aligning patent notice and remedies with competition." Washington DC:

Government Printing Office, 2011

Layne-Farrar, Anne, and Gerard Llobet. "Moving beyond simple examples: Assessing the incremental value rule within standards." International Journal of Industrial Organization 36, 2014

[외국 판례]

Apple Inc. v. Motorola, Inc., 757 F.3d 1286 (2014)

Apple, Inc. v. Motorola, Inc., 869 F.Supp.2d 901 (2012)

In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litigation, Not Reported in F.Supp.2d (2013)

Ericsson Inc. v. D-Link Systems, Inc., Not Reported in F.Supp.2d (2013)

Commonwealth Scientific and Indus. Research Organisation v...., 809 F.3d 1295 (2015)

VERIZON COMMUNICATIONS INC. v. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP, 540 U.S. at 407 (2004)

Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 2:l0-cv-01823-JLR (W.D. Wash. 2010)

Ericsson Inc. v. D-Link Sys., Inc., No. 6:10- CV-473, 2013 WL 4046225 (E.D. Tex. Aug. 6, 2013), 2010 WL 3694653.

ERICSSON, INC. v. D–.LINK SYSTEMS, INC. 773 F.3d 1201 (Fed. Cir. 2014)

VirnetX, Inc v. Cisco Systems, inc 767 F.3d 1308 (2014)

Georgia-Pacific 1970,318 F. Supp. 1116,1119 (S.D.N.Y. 1970)

Tektronix, Inc. v. United States, 213 Ct.Cl. 257, 552 F.2d 343, 347, 193 USPQ 385, 390 (1977),

Alden W. HANSON, Appellee, v. ALPINE VALLEY SKI AREA, INC., Appellant. 718 F.2d 1075, (Fed, Cir, 1983)

Rite-Hite Corp. v. Kelley Co., Inc., 56 F.3d 1538 (Fed. Cir. 1995)

Abstract

Rewarding Damages for Infringement of Standard-Essential Patents

-Especially On Prevention for patent hold-up and Royalty Stacking-

Jae-seong Han

As patentee's injunction cannot help but being restrained for infringement of standard-essential-patents('SEPs) for several antitrust issues, they start to focus on claiming damages against infringers. Rewarding damages for infringement of SEPs, we should pay close attention to two things in mind; patent hold-up and royalty stacking. If market participants in standard technique are reluctant to be engaged in market for fear of patent hold-up and royalty stacking, Not only would there be significant bad effects on fair competition order, but also the main objective of patent law that facilitates development of technique would be neglected. Therefore It is desirable to reward the lower level of damages than in other cases of calculation for patent damages in regard that the technique standard was set for improving network effects among the business unities. There was only one precedent for rewarding damages for SEPS in our society; Samsung v. Apple litigation. The court calculated the damages including the infringer's profits without consideration, which should be changed into being calculated by reasonable royalties for preventing the market participants from being in danger for patent

holdup and royalty stacking.

Key words : Standard Essential Patents, patent holdup, royalty stacking, rewarding damages, infringer's profits, reasonable royalties

일감몰아주기 규제에 대한 법경제학적 검토
- 상속 · 증여세의 한계와 공정거래법적 대안에 대한 제언 -

임 동 찬 · 정 세 용*

〈 국문초록 〉

본 논문은 최근 사회적 이슈로 떠오른 일감몰아주기에 대한 현행 규제의 문제점을 법경제학적으로 분석하고 그에 따른 법적 대안을 제언하고자 한다. 일감몰아주기 등으로 대표되는 부당내부거래는 기업집단의 효율성 증진 등의 긍정적 효과가 있을 수도 있으나, 재벌 중심의 대한민국 경제를 고려하였을 때 재벌의 사익 편취 등으로 악용될 수 있을 뿐만 아니라 경제력 집중 등으로 시장의 공정한 경쟁을 저해한다는 우려가 있다. 현재 그에 따른 규제책으로는 상법, 상속•증여세, 공정거래법 제 23조의2 등이 마련되어 있으나 규제의 실효성에 대해서는 회의적인 시선이 많다. 특히, 상속•증여세에 대해서는 상속세 및 증여세법 제 45조의3 1항에 규정된 정상거래비율, 한계지분율 등의 수치적 요건을 지속적으로 개정하려는 노력이 이어지고 있으나, 본 논문은 상속•증여세라는 제도 자체의 내생적 한계를 조세회피모형과 법리적 분석을 통해 지적하고자 한다. 경제학적 관점에서, 기업들은 적발될 확률을 고려하여 궁극적으로는 조세를 회피하고자 하는 전략을 짤 것이며, 의도한 세금을 모두 거둔다는 가정 하에도 세금이라는 특성 때문에 사중손실이 발생하여 파레토 비효율적이다. 또한, 법리적 관점에서도 기업의 재산권이 침해되고, 계약자유의 원칙에 위배되며, 과잉금지의 원칙 중 법익의 균형성을 위배한다는 점에서 위헌의 여지가 많다고 할 수 있다. 따라서 사후적 해결책인 조세론적 접근보다는 공정거래법과 상법에 기반한 법적 해결책이 더 효율적인 규제가 될 수 있다고 보았다. 현재 공정거래법은 지분율, 내부거래비율 등의 수치적 요건으로 일감몰아주기를 규제하고 있으나, 그 경우 기업의 규제 회피 성향에 따라 규제 대상이 과소평가 될 뿐만 아니라 경쟁을 저해하지 않는 내부거래마저 규제하는 비효율성을 초래하고 있다. 본 논문은 공정거래법 입법취지에 적합한 경제력 집중 억제와 공정한 경쟁 질서 조성에 초점을 맞춘 새로운 규제 기준의 필요성을 제언하고자 한다. 현재 공정위의 과중한 입

* 고려대학교 정경대학 경제학과

증책임을 새로운 공정거래법 기준 마련을 통해 완화함과 동시에 이사회 강화 등으로 대표되는 상법적 규제의 보완을 통한 일감몰아주기 규제가 필요하다.

주제어 : 일감몰아주기, 상속•증여세, 조세회피모형, 법경제학, 공정거래법

〈 목 차 〉

Ⅰ. 서론
연구배경과 목적

Ⅱ. 일감몰아주기의 개념과 한국기업집단의 일감몰아주기 현황
1. 일감몰아주기의 개념
2. 한국기업집단의 일감몰아주기 현황
- 공정위 제재 사례 중심으로
3. 일감몰아주기 규제에 관한 논의

Ⅲ. 일감몰아주기 규제의 현 주소
1. 현행 법적 규제
2. 현행 규제의 효과 분석 및 문제점
- 현대글로비스 사례를 중심으로

Ⅳ. 상속 · 증여세의 법경제학적 검토
1. 조세회피모형을 통한 상속 증여의제의 경제학적 검토
2. 일감몰아주기 증여의제의 법리적 검토 - 위헌성 여부와 정도에 관하여

Ⅴ. 상법적 규제와 공정거래법적 규제의 현주소와 개선방안
1. 공정거래법적 규제
2. 상법적 규제

Ⅵ. 결론

Ⅰ. 서론

연구배경과 목적

최근 공정거래위원회 위원장으로 김상조 교수가 취임하면서 재벌들에 대한 규제 정책이 확대되고 있다. 특히 우리나라의 경제 구조는 재벌들이 소유한 대기업 집단들의 비중이 매우 지배적이고, 그에 따라 경제력 집중 등 여러 가지 폐해가 나타나고 있기에 이러한 움직임은 고무적이다. 문재인 대통령 또한 대선기간 중 재벌개혁을 핵심공약 중 하나로 다양한 정책들을 제시하였는데, 그 중 소위 '일

감몰아주기'로 대표되는 대기업 집단의 내부거래를 통한 부당지원행위에 대한 사회적 관심이 높아짐에 따라 그에 따른 해결책을 강구하는 움직임 또한 커지고 있다. 이미 법적으로 그에 대한 해결책들이 명문화되있기는 하나, 규제의 실효성에는 여전히 많은 의문점이 따른다. 실제로 대기업간의 내부거래는 규제가 도입되고 강화된 이후에도 크게 감소하지 않는 면을 보이고 있으며, 일감몰아주기 기업으로 지목된 많은 기업들 또한 지분 축소 및 기업 합병 등 여러 가지 방법을 통해 규제의 대상에서 벗어나고 있는 실정이다. 이러한 상황을 고려하였을 때 새롭고 좀 더 효율적인 규제의 필요성을 느끼게 되어 이에 대한 연구를 진행해 보게 되었다.

이 논문의 연구는 기본적으로 법경제학과 재정학의 이론을 토대로 하여 일감몰아주기를 비롯한 부당지원행위 규제에서 형평성과 효율성이 충돌하는 상황을 바람직하게 해결하고, 그에 따른 법적 해결책을 강구하는 것에서 출발하였다.

일감몰아주기에 대한 현재까지의 시행되고 제시된 해결책은 공정거래법, 상법, 그리고 상속·증여세법에 따른 규제이다. 작금의 상속·증여세는 법리적으로 검토해 보았을 때 형평성이 떨어질 뿐만 아니라 위헌의 요소가 존재하고, 경제적으로 검토해 보았을 때도 기준 회피를 통한 기업의 조세 회피가 유발되는 단점이 있다. 또한 세금으로서의 증여세 자체의 내생적 한계인 사중손실 발생으로 인해 소비자 후생이 감소하며, 파레토 효율을 달성할 수 없기 때문에 법·경제적으로 최선의 규제 방법이라고 할 수 없다. 따라서, 이러한 사후적인 과징금을 통한 규제 대신 사전적인 제도의 보완을 통해 좀 더 사회적으로 최적의 후생을 가져오는 해결책을 강구해 보았다.

Ⅱ. 일감몰아주기의 개념과 한국기업집단의 일감몰아주기 현황

1. 일감몰아주기의 개념

일감몰아주기 또는 물량몰아주기란 명확하게 사전적으로 정의된 용어가 아니라 기업간 행위 유형을 일반적으로 표현한 것으로서 특정 거래처에 재화나 용역 등의 일감을 몰아주는 행위를 말한다. 그 결과, 상대방은 매출액이 증가하게 되고 그에 따라 기업가치가 상승하게 된다.

상속세와 증여세 (이하 상증세)를 적용함에 있어서는 수혜법인의 지배주주와 특수관계에 있는 법인이 수혜법인에 재화나 용역 등의 일감을 몰아주어 수혜 법인의 가치를 높이는 것을 말한다.

‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’을 적용함에 있어서는 불공정거래행위 중 “부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금. 대여금. 인력. 부동산. 유가증권. 상품. 용역. 무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위” 와 유사하다고 할 수 있다. 단, 일감몰아주기 증여 의제 규정은 “부당하게 제공”된 것이 아닌 정상적인 시가 거래의 경우에 적용된다는 점에서는 차이가 있다.

2. 한국기업집단의 일감몰아주기 현황
- 공정거래위원회 제재 사례를 중심으로

자산총액 5조원 이상의 상호출자제한기업집단에 속하는 회사가 상당히 유리한 조건의 거래, 사업기회의 제공, 일감몰아주기 거래 등의 방법으로 총수일가에게 부당한 이익을 제공하는 것을 금지하는 사익편취 금지규정이 2015년 2월 본격 시행된 이래 공정위는 아래와 같은 행위를 제재하였다.

① 2016년 7월 공정거래위원회는 현대그룹 총수일가가 90%의 지분을 보유하고 있는 회사 A를 거래 단계에 끼워 넣어 '통행세'를 취득하게 하는 방식으로 거래한 사례에서 부당지원 주체와 객체에게 각각 4,100 만원의 과징금을 부과하여 최초로 총수일가 사익 편취 금지규정을 집행하였음

② 2016년 11월 공정거래위원회는 한진그룹 총수일가가 100% 지분을 보유하고 있는 회사 B에게 광고 수익을 몰아주고 판매수수료 중 15%를 면제하여 상당한 이익을 귀속시킨 사례에서 부당지원 주체와 객체에게 총 14억 3천만원의 과징금을 부과하고 지원주체와 그 임원을 형사고발했음

참고로, 2017. 4. 18. 자산 규모별로 대기업 집단 규제를 차등화 하여 총수일가 사익편취 규제대상을 확대하는 내용으로 공정거래법이 개정(2017. 7. 19. 시행)되어 총수일가 사익편취 규제의 지원주체는 공시대상기업집단(자산규모 5조원 이상)으로 변경되었다(2016. 9. 30. 공정거래법 시행령의 개정으로 현재 상호출자제한 기업집단의 지정 기준은 자산규모 10조원 이상임).

3. 일감 몰아주기 규제에 관한 논의

일감몰아주기에 대한 사회의 비판적 시선과는 달리, 그 경제적 효과에 대하여는 찬성측과 반대측의 논리가 대립하고 있다. 찬성측의 의견은 크게 다음과 같이 정리될 수 있다.

"내부거래 비중이 높다고는 해도 대부분 시장가격에 따라 거래가 이루어지는 만큼 일률적으로 부당거래로 보아 과세하기가 불가능하고, 매출의 일정 부분을 증여로 간주해 세금을 부과하는 것도 영업이익에 대한 이중과세라는 모순을 피할 수 없다"[1)]

즉, 찬성 측 입장은 일감 몰아주기의 행위 자체에는 문제가 없고 그것이 문제

1) 한국경제, "일감 몰아주기 과세, 안되는 것은 안된다", 2011.

가 되는 것은 “시장가격”과 일치하지 않는 가격에 거래하느냐 여부로 판단해야 한다는 것이다.

반면, 반대측의 의견은 크게 다음과 같이 정리된다.

“시장가격에 거래가 된다고 하더라도 일감몰아주기의 행위 자체는 도덕적으로 비난받아야 마땅하며, 실제 경제적으로도 대기업의 지배체제를 부당한 방법으로 공고히 하는 것으로서 공정경쟁을 저해하고 건전한 자유경쟁시장 체제에 위배된다.”

일감몰아주기에 관하여 찬성측과 반대측의 입장은 다양하고 항상 대립하지만, 분명한 사실은 대기업의 계열사를 활용한 사익 편취 행위는 세법상 문제점이 있다는 것이다. 낮은 법인세율, 실현주의의 악용, 편법 증여의 문제가 그것이다.

가. 낮은 법인세율

기업 총수 일가가 직접 재산 또는 이익을 취득하지 않고 자신들이 다수의 지분을 보유하고 있는 수혜 회사의 가치를 높이는 간접적인 방식으로 이익을 취득하는 이유는 수혜 회사에 대한 법인세율(최대 22%) 이 수혜 회사의 주주에 대한 소득세율 (최대 38%) 또는 증여세율(최대 50%) 보다 훨씬 낮기 때문이다.

높은 상증세율은 소득세율을 감안할 때 지배주주인 기업 총수의 세대가 바뀜에 따라 정상적으로 증여세 또는 소득세를 납부하고 지분을 승계하게 된다면 기업 총수 일가의 지분율은 점차 줄어들어야 할 것이다. 그러나 현실에서는 기업 총수 일가가 일감몰아주기를 활용하여 세율이 높은 증여세나 소득세를 부담하는 대신 세율이 낮은 법인세만을 부담함으로써 세대가 바뀌더라도 기업 집단에 대한 총수 일가의 지배력을 유지할 수 있게 된다.

나. 실현주의의 악용

실현주의란 주주들이 배당을 받거나 주식을 처분하는 방법으로 회사의 이익이 주주들에게 현실적으로 귀속될 때에 이르러서야 비로소 소득세를 부담하는 것을 말한다. 일감몰아주기를 하는 대기업들은 이러한 실현주의를 악용하여 수혜회사

가 얻은 영업이익을 주주에게 배당하는 대신 지주 회사의 주식을 취득하는데 사용하여 자신의 기업 지배력을 더욱 강화시키게 된다.

다. 편법 증여의 문제

현행 법률은 법인을 '자연인이 아니면서 법에 의하여 권리 능력이 부여되는 사단과 재단'으로 규정하고 있으며 법률상 권리와 의무의 주체가 될 수 있다고 명시하고 있다. 일감몰아주기의 수혜 회사에 인격을 부여한다면 기업의 총수가 자녀들에게 편법으로 증여하는 수단으로 생각할 수 있다. 따라서, 수혜 회사에 법인격을 부여할 수 있는지 여부가 중요한 쟁점으로 작용할 수 있다. 이와 관련된 판례는 다음과 같다.

대법원은 구 지방세법 제105조 제6항에 따른 취득세 납세의무자를 판단하는 과정에서, "당해 주식이나 지분의 귀속 명의자는 이를 지배· 관리할 능력이 없고 명의자에 대한 지배권 등을 통하여 실질적으로 이를 지배· 관리하는 자가 따로 있으며, 그와 같은 명의와 실질의 괴리가 규정의 적용을 회피할 목적에서 비롯된 경우에는, 당해 주식이나 지분은 실질적으로 이를 지배· 관리하는 자에게 귀속된 것으로 보아 그를 납세의무자로 삼아야 할 것이다."고 판시하여 국세기본법이 정한 실질귀속자 원칙에 따라 납세의무자가 선택한 거래형식이 부인될 수 있다는 입장이다.[2)]

Ⅲ. 일감몰아주기 규제의 현 주소

1. 현행 법적 규제

한국에서의 일감몰아주기는 다른 부당지원행위와 달리 상법, 상증세법, 그리고

2) 대법원 2012.1.19.선고 2008두8499 판결

공정거래법 등 중첩적인 규제가 적용되고 있다. 상법은 기본적으로 이사의 선량한 관리자로서의 주의의무(선관의무)를 통해 부당지원행위의 위법성을 판단하고 있다.[3] 상법 제 397조의 2와
제 398조는 각각 기회유용 금지와 자기거래 규제를 적용하고 있으며[4], 상법 제 399조에 따라 이를 위반한 이사는 회사에 대하여 손해배상책임을 진다. 부당지원행위의 효과적 규제를 위해 상법적 규제는 강화되어 왔는데, 원래 등기이사만을 이사회의 사전적 승인 대상으로 삼았으나 대기업 집단의 지배주주가 계열사의 등기이사로 등재된 비율이 낮아 규제의 실효성이 적다고 판단, '주요주주 및 그 배우자와 이들의 직계 존비속'으로 규제 대상을 확대한 바 있다.[5]

상증세법의 경우 2011년 개정되어 상속세 및 증여세법 제 45조의3 1항을 통해 일감몰아주기로 얻은 이익을 증여의제이익으로 보아, 이를 얻은 주주 개인에게 증여세를 과세하는 방식으로 일감몰아주기를 규제하고 있다.[6]

---

3) 송창현, 조중일, 김남훈. (2013). 기업집단 내부거래 규제의 현황과 개선 방안. 법학평론, 4, 140-185.

4) 상법 제398조(이사 등과 회사 간의 거래) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 자기 또는 제3 자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히 고 이사회의 승인을 받아야 한다. 이 경우 이사회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 한다. 1. 이사 또는 제542조의8제2항제6호에 따른 주요주주 2. 제1호의 자의 배우자 및 직계존비속 3. 제1호의 자의 배우자의 직계존비속 4. 제1호부터 제3호까지의 자가 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사 5. 제1호부터 제3호까지의 자가 제4호의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사
상법 제397조의2(회사의 기회 및 자산의 유용 금지) ① 이사는 이사회의 승인 없이 현재 또는 장래에 회사의 이익이 될 수 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 회사의 사업기회를 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 이용하여서는 아니 된다. 이 경우 이사회의 승인은 이사 3분의 2 이상의 수로써 하여야 한다. 1. 직무를 수행하는 과정에서 알게 되거나 회사의 정보를 이용한 사업기회 2. 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회 ② 제1항을 위반하여 회사에 손해를 발생시킨 이사 및 승인한 이사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있으며 이로 인하여 이사 또는 제3자가 얻은 이익은 손해로 추정한다.

5) 상법제542조의8..② ..6. 누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 10 이상의 주식을 소유하거나 이사 · 집행임원 · 감사의 선임과 해임 등 상장회사의 주요 경영사항에 대 하여 사실상의 영향력을 행사하는 주주(이하 "주요주주"라 한다) 및 그의 배우자와 직계 존속 · 비속

6) 상증세법 제45조의3, 시행령 제34조의2 증여이익 = 세무상 세후영업이익 × (특수관계법인과의 매출거래비율 - 정상거래비율 × 1 /2) × (지분율 - 한계지분율)
* 정상거래비율은 30%, 단, 중소·중견기업은 50%이며, 1/2 곱하지 않음 * 지분율은 간접지분율을

공정거래법의 경우 기존 공정거래법 제 23조 제 1항 7호에서 계열사에게 유리한 조건으로 거래하는 행위를 부당내부거래로 보아 규제하였으며, 2013. 8. 13. 개정을 통하여 일감몰아주기를 별도로 금지하는 제 23조의 2항을 신설하였다.

2. 현행 규제의 효과 분석 및 문제점
- 현대글로비스 사례를 바탕으로

이 세 개의 중첩적인 규제체계는 그 중첩성을 고려하면 언뜻 과대한 규제를 하고 있는 것으로 오인될 수 있으나, 현재 일감몰아주기의 규제 체계는 오히려 과소규제를 하고 있는 것으로 보여진다. 우선 일감몰아주기를 행하는 것으로 의심되는 회사 137개 중 70개 가량의 회사는 현재의 규제 기준을 내부 지분율 등에서 충족하지 못해 규제 대상에 해당하지도 않으며, 제도가 시행된 후 단 1건만 검찰에 고발된 바 있다.[7] 규제 대상으로 지정된 계열사의 내부거래 비중은 실제로 감소하였지만, 규제 대상이 아닌 계열사의 내부거래는 오히려 늘어나 규제의 실효성이 의심받고 있는 실정이다.

현대자동차 그룹의 계열사인 현대글로비스는 이러한 기업의 규제 회피전략을 명확히 보여주는 사례이다. 현대글로비스는 일감몰아주기를 통해 경쟁력을 강화한 대표적인 사례로서, 운송 및 복합물류사업을 목적으로 설립되어 현대차 주요 계열사의 사업을 수행하였다. 현대글로비스의 2016년 전체 매출 중 약 70%에 해당하는 10조 8000억원이 특수관계법인과의 몰아주기식 매출이었고, 2003년 설립 당시부터 2015년까지 26배 가량 성장하였다. 2004년 당시 물류 시장에서의 시장 1위 사업자의 매출액 약 34.6%를 차지하는 물량이 현대차 계열사의 수주

포함함 * 특수관계법인과의 매출액에서 제외하는 매출액(과세제외 매출액) 은 중소기업간 매출액, 50% 이상 출자회사 매출액 전액, 30% 이상 출자회사 매출액×출자비율, 지주회사의 (손)자회사 매출 액, 수출목적 매출액 등 * 한계지분율 3%, 단, 중소·중견기업은 10%로 함
증여세 = 증여이익 × 증여세율(누진세율, 10% ~ 50%)

7) CBS 노컷뉴스, “대기업 일감몰아주기 규제 실효성 없어”, 2016. <http://www.nocutnews.co.kr/news/4655050>

거래였다는 점에서 공정위는 이를 부당지원행위로 판단하여 과징금을 부과하였다. 이는 소위 글로비스 사건(서울고법 2009. 8. 19. 선고 2007누30903 판결)에서 공정위가 승소하였으나 대법원의 2012.10.25. 판결에서 상고기각이 확정되었다.

하지만 현재 현대글로비스는 상법, 공정거래법, 상증세법 어떠한 법에도 규제를 받지 않고 있다. 상법의 경우 50%의 지분율을 요건으로 삼고 있는데 오너 일가인 정몽구, 정의선의 지분율은 매각을 통해 2010년 52%에서 2015년 29.99%로 감소하여 이사회의 승인 대상에 포함되지 않게 되었다. 공정거래법의 경우에도 제 23조의 2에서 30%의 지분율을 요건으로 삼고 있으나 29.99%의 지분율로 규제를 회피하였다. 상속·증여세의 경우에도 계열사와의 내부거래비중이 여전히 70%에 달하지만 특수관계법인과의 거래비중이 정상거래비중을 넘지않아 규제를 회피하고 있다.

이상의 사례에서 살펴볼 수 있듯이 현재 세 가지 법에 의한 일감몰아주기 규제는 효과적으로 작동하고 있지 않는 상황이다. 현대글로비스 뿐만 아니더라도 현재 국회에서 입법적 개정을 통해 일감몰아주기를 해결하고자 하는 노력이 가중되고 있다는 점 또한 현재의 규제의 실효성을 반증하고 있다. 본 논문은 우선 상증세법에 의한 증여세가 왜 일감몰아주기를 방지하는 데 효과적인 전략이 아닌지 경제학적 관점에서 검토한 후, 공정거래법과 상법적 해결책을 검토한 후 새로운 기준을 제언하고자 한다.

Ⅳ. 상속. 증여세법의 법경제학적 검토

1. 조세회피모형을 통한 상속증여의제의 경제학적 검토

Allingham and Sandmo(1972)는 납세자가 소득을 정직하게 신고할 것인지,

혹은 소득을 축소 신고할 것인지 전략적으로 선택하며, 조세 회피행위를 불확실한 상황에서의 납세자의 전략 선택 및 적발 여부에 따른 기대효용 선택의 문제로 보았다. 또한, 납세자가 위험기피적(risk averse)이며 처벌과 적발확률에 대하여 대칭적인 정보를 지녔다고 가정한다. 그들은 벌금률과 세율의 변화가 조세 회피에 미치는 영향을 살폈는데 아래의 결론을 도출하였다.

첫째, 절대적 위험기피도(absolute risk aversion) 를 가정했을 때에는 소득변화와 조세 회피의 관계가 불분명하고, 상대적 위험기피도(relative risk aversion)를 가정했을 경우에는 소득이 증가함에 따라 조세 회피가 감소한다.

둘째, 적발확률과 벌금률의 증가가 조세 회피를 감소시킨다.

셋째, 세율의 상승이 조세 회피에 어떤 영향을 미치는지 분석한 결과, 소득효과와 대체효과가 반대로 작용함에 따라 그 영향이 불분명하다.[8)]

위에서 언급한 조세회피이론을 일감몰아주기의 증여의제에 적용해보자.

(1) 합리적 가정

일감몰아주기로 판명시 정책당국이 대기업에게 증여세를 부과하는데, 증여세 역시 세금의 일종이고, 특히 세율이 매우 높은 세금이기 때문에 기업은 정직하게 납부하기 보다는 조세 회피를 할 방법을 찾을 것이다. 조세를 회피할지 말지 결정할 때는 적발될 확률과 적발되었을 때 증여세와 벌금을 내고 나서도 기업에 이득인가 등을 다방면에서 고민하고 법망을 빠져 나갈 방법을 모색할 것이다.

(2) 이론의 적용

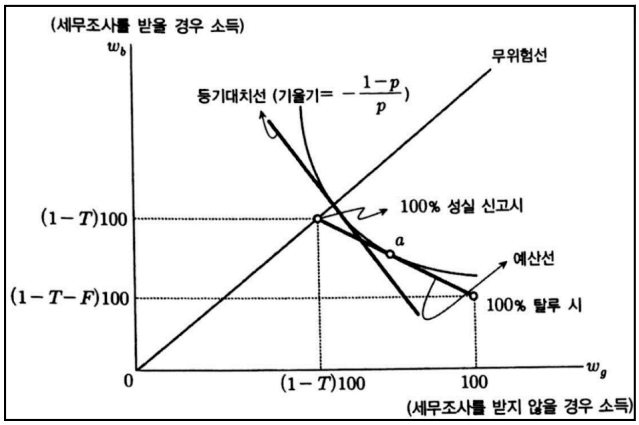
이제 위에서 언급한 조세회피 이론 중 Allingham and Sandmo(1972)의 조세

8) Allingham, M., and A. Sandmo, “Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis,” Journal of Public Economics, vol. 1, issue 3~4, 1972, pp. 323~338.

회피이론을 적용해보자. 이 이론은 기본적으로, 적발확률이 높아지고 벌금률이 높아지면 조세를 회피할 유인이 적어진다는 것이다. 하지만 현실에서는, 증여세를 부과하는 정책당국도, 조세 회피를 궁리하는 대기업도 그 확률을 정확히 알지 못한다. 이러한 불확실성과 정보 비대칭성으로 인해 Allingham and Sandmo (1972)의 조세회피이론은 분명 시사점은 있으나, 불행하게도 '일감몰아주기를 증여의제로 간주하여 증여세를 부과하는 것이 일감몰아주기를 줄일 것이다' 라는 정책당국의 희망찬 결론으로 이어지지는 않는다.

오히려, '셋째, 세율의 상승이 조세회피에 어떤 영향을 미치는지 분석한 결과, 소득효과와 대체효과가 반대로 작용함에 따라 그 영향이 불분명하다.'라는 결론에서, 정책 당국이 지속적으로 주장하는 증여의제의 증여세율 인상이 효과적이지 않을 수 있다는 난제만 낳을 뿐이다.

이러한 점을 고려할 때, 단순한 세무조사와 적발, 그리고 추징 등으로 조세 회피를 방지하려는 정책은 분명한 한계점이 존재하고 새로운 정책방향을 모색할 필요가 있다는 것을 도출할 수 있다. 여기서의 '새로운 정책 방향'이란 뒤에서 언급할 '사후적인 조치로서의 증여세 부과'가 아닌 '사전적인 조치로서의 제도적인 개혁'과 관련 있다.



〈그림 1 - 스티글리츠 조세회피모형 〉[9)]

(3) 스티글리츠 조세회피 모형

경제학자 조셉 스티글리츠는 개인이 조세를 회피할 것인가 말 것인가의 여부를 결정할 때 조세회피행위가 적발 될 경우와 적발되지 않을 경우를 고려하게 된다는 점을 모형에 반영하여 <그림 1>과 같이 경제학적인 논리로 설명하고자 하였다.

(4) 스티글리츠 조세회피모형의 적용

이 모형을 일감몰아주기의 증여의제에 적용해보면, 세무조사를 받지 않을 때의 소득은 대기업 입장에서 일감몰아주기로 인해 증여세를 납부하는 것이 원칙이나, 확률을 나름대로 계산하여 내지 않아도 된다는 판단 하에 조세를 회피하였는데, 세무당국에서 따로 조사하지 않을 경우이다. 또한, 세무조사를 받을 경우의 소득은 원래 모형에서 (1-T-F)가 세후 소득의 승수로 표현되는데, 이 때, T는 일감몰아주기를 하지 않은 기업도 세금을 내므로 그때의 법인세율이라고 보고, F는 추가적인 벌금의 형태이므로 증여세율과 법인세율의 차이로 봐도 무방하다.

(5) 현대글로비스 기업의 스티글리츠 조세회피모형의 적용

이제는 이러한 모형의 적용이 현실에서 구체적으로 어떻게 되는지 알아보기 위해, 실제로 일감몰아주기로 인해 질타를 받고 증여세를 납부한 바 있는 현대글로비스를 중심으로 분석해보자.

---

9) 황종휴, 『Trinity of Microeconomics』, 제4판, 월비스, 2015, 149면

구분	2016년
매출액	15,340,632
매출원가	14,234,885
매출총이익	1,105,776
판매비와 관리비	376,985
영업이익	728,791
영업외수익	534,730
영업외비용	559,660
법인세차감전순이익	703,861
법인세비용	198,153
당기순이익	505,707

〈그림 2 -2016 현대글로비스 재무제표〉[10)]

<그림 2>에서 볼 수 있듯이, 2016년 연간의 매출총이익은 1,105,776, 영업이익은 728,791 (단위 백만원)이다. 또한 법인세 차감전 순이익은 703,861이다. 그렇다면, 스티글리츠 모형의 적용에 있어서 세무조사를 받지 않을 때의 소득, 즉 증여세를 납부하지 않을 때의 소득은 법인세 차감 전 순이익 그 자체일 것이므로 703,861 (단위 백만원)이다. 하지만, 증여세를 납부할 경우, 즉 기존의 법인세 비용198,153에 증여세로 인한 추가적인 증여세율과 법인세율의 차이인 F (벌금)까지 납부해야 한다. 기존의 법인세율인 22%에서 추가적으로 과세구간인 증여세율 50%과 법인세율의 차이인 28%가 벌금률 F가 되는 것이다.

10) 현대글로비스, 2016 재무제표 <http://ir.glovis.net/Kor/Financial/IncomeStatement.aspx>

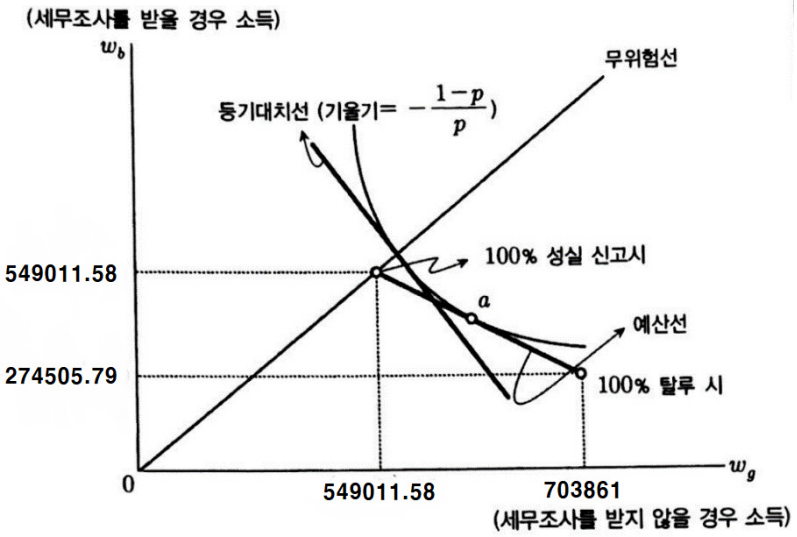
법인세율		
과표 구간	세율	공제
2억이하	10%	0
2~200억	20%	2천만
200억 초과	22%	4억2천만

상속세, 증여세율		
과표 구간	세율	공제
1억 이하	10%	0
1~5억	20%	1천만
5~10억	30%	6천만
10~30억	40%	1.6천만
30억 초과	50%	4.6천만

〈그림 3 - 법인세율과 상속, 증여세율〉[11)]

이제 앞서 설명하였던 스티글리츠 모형에 손익계산서를 토대로 구체적인 수치를 대입해보자. 현대글로비스의 손익계산서를 참고한 결과, 세무조사를 받기전의 소득 wg는 703,861이다. 이 수치는 위의 표에서 100에 해당하는 수치이다. 법인세율 T는 22%, <그림 3>에서 도출되는 증여세율과 법인세율의 차이인 F, 즉 추가적인 벌금률은 28%이다. 이것을 스티글리츠 모형의 예산선 식에 대입해보면 : wb- 0.78 * 703,861 = -0.28/0.22 [wg − 0.78 * 703,861] 이 현대글로비스의 예산선이 된다. 이것을 풀면 wb − 549011.58 = -1.27 [wg − 549011.58] 이 되고 이 예산선은 (703,861, 274505.79)를 지나게 된다. 이를 그래프로 나타내면 <그림 4>와 같다.

11) http://blog.naver.com/sojugogogo/221063029134



〈그림 4 - 2016년 현대글로비스의 스티글리츠 조세회피모형〉

현대글로비스 역시 세금을 납부하기를 원하지 않고 탈루를 하든 안하든 기대소득을 극대화하고 싶은 경제주체라는 것을 인정하면, 이들은 위험 기피자일 것이다. 위험 기피자는 소득의 크기가 변하는 위험을 싫어하는데 일정부분 탈루를 한다는 것 (즉, 증여의제를 내지 않는다는 것)은 이것을 하나의 도박으로 간주했을 때 도박이 그들에게 효용을 증가시키는 유리한 도박이라는 것이고 기대소득을 증가시킴을 의미한다. 이것은 스티글리츠 모형에서 전혀 조세를 하지 않는 상태를 지나는 등기대치선보다 예산선이 바깥쪽에 위치할 때 가능하다.

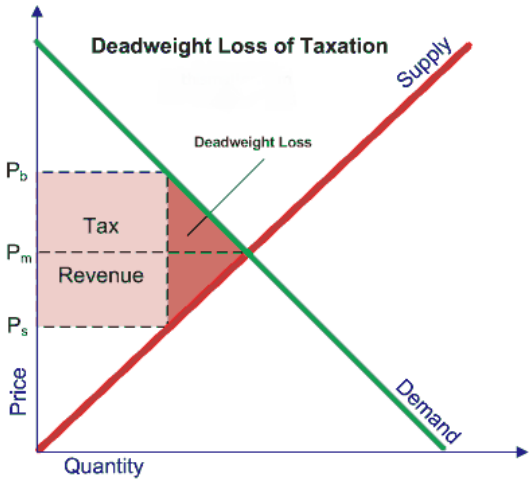
그렇다면 적발될 확률을 p라고 할 때, 등기대치선의 식은 : p * wb + (1-p) *wg = EW로 도출된다.

이 때 경제적으로 유용한 의미가 있는 분석을 하기 위해, 현대글로비스가 자신의 소득을 진실되게 신고, 즉 일감몰아주기로 인해 증여세를 납부해야 하는 상황에서 진실된 납세자가 되기 위한 벌금률 F는 얼마인지를 구할 수 있다..

100% 성실신고를 하는 상태인 무위험선상의 점에서 나타나는 예산선의 기울기가 등기대치선의 기울기보다 크거나 같으면 현대글로비스는 성실 신고를 할

것이고, 반대로 완만하면 탈루의 유인이 생긴다. 현대글로비스의 정직한 신고를 위해서는 F/22% >= (1-p) / p 가 성립해야 한다. 이것을 반대로 생각해보면, 현재 현대글로비스가 직면한 F=28% 상황에서는 적발확률이 44% 이상인 경우에(법인세율 22%, 증여세율 50%)의 세제 시스템이 효과적임을 암시한다. 다만, 이러한 세제 시스템 하에서도 일감몰아주기가 계속 자행되고 있음을 감안한다면, 적발확률이 44%보다 낮음을 유추해 볼 수 있다.

앞의 모형들로부터 우리가 얻은 사실은, 일감몰아주기를 증여의제로 간주하여 증여세를 부과할 경우, 기업들은 개인과 마찬가지로 자신의 이익과 효용을 극대화하려는 합리적인 경제주체이므로, 적발확률 등을 고려하여 조세를 회피할 방법을 모색한다는 것이다. 그 확률은 정책당국과 기업 모두 확실하게 아는 것이 아니라, 갖고 있는 한정된 정보를 바탕으로 낸 최적의 선택이며 그렇기 때문에 조세를 회피하는 것이 기업의 이윤 측면에서 바람직하지 않은 경우라도 확률을 잘못 생각하여 조세를 회피할 경향성이 존재한다. 이것의 근본적인 원인은 사후적인 과징금의 성격으로서의 패널티는 한계가 있음을 시사하는 것이므로, 우리는 뒤에서 사전적인 조치로서의 제도 개혁에 대하여 논의할 것이다.



〈그림 5 – 세금의 사중손실〉[12)]

뿐만 아니라, 기업이 도덕적인 이유에서든, 적발 확률을 계산해서 탈루하는 것이 기업에게 회계장부상 손해가 날 것이라는 판단 하에서든, 일감몰아주기 증여의제로 인한 증여세를 성실하게 납부하는 경우일지라도, 증여세 역시 세금이기에 사중손실 (dead weight loss)를 피할 수 없다. 이러한 사중손실은 사회전체에 후생의 감소를 야기하는데 이는 <그림 5>에서 볼 수 있다. 사중손실의 근본적인 원인 역시 조세제도 자체가 사후적인 과징금의 성격을 띠기 때문이라고 할 수 있다. 조세법률주의에 따른 일반 국민들로부터 징수하는 일반 세금의 경우는 국가를 운영하는 데 쓰이기 때문에 사중손실의 여부와 관계 없이 반드시 필요한 것이지만, 일감몰아주기를 한 대기업을 규제하는 방법으로서의 증여세는 필수불가결한 조세제도가 아니기 때문에 사중손실을 발생시키는 이러한 방법보다는 사전적으로 예방하는 제도의 개혁이 사회 후생의 측면에서 더 바람직하다고 할 수 있다.

2. 일감몰아주기 증여의제의 법리적 검토
- 위헌성 여부와 정도에 관하여

우선 일감몰아주기 증여의제 규정으로 인해 가장 중대하게 침해되는 기본권은 재산권이다. 헌법재판소는 “법률조항이 조세법률주의에 위반되고 이로 인한 자의적인 과세처분권 행사에 의해 납세의무자의 사유재산에 관한 이용· 수익· 처분권이 중대한 제한을 받게 되는 경우에는 예외적으로 재산권의 침해가 될 수 있고, 이는 곧 실질 조세법률주의에도 위반되는 것”이라고 판시하였다.[13)]

일감몰아주기 증여의제 찬성 측은 일감몰아주기는 명백하게 공정한 거래를 저해한다고 판단하고, 이러한 행태를 보인 대기업에게 증여세를 부과하는 것은 국민의 사회적 합의의 이행을 위해서도 필요하다고 주장한다. 물론 사회적 합의도

---

12) “Deadweight loss of taxation”
<http://thismatter.com/economics/deadweight-loss-of-taxation.htm>

13) 헌법재판소 2002.12.18. 선고 2002헌바27 결정

중요하지만, 조세법률주의의 위배와 가장 상위의 법인 헌법에 명시된 재산권의 침해를 희생하면서까지 국민의 사회적 합의를 이끌어야 하는지는 의문이다. 국민의 삶을 규정하고 지표가 되는 법, 그리고 그것의 가장 상위의 법인 헌법에 명시된 것들을 위배하면서 법이 사회적 합의를 위한 수단이 된다면 국가의 근간이 흔들리고 법적 안정성을 저해하는 일인 것이다. 또한 일감몰아주기의 증여의제는 영업이익 발생시에는 과세하지만, 영업손실 시에는 환급조항이 없기 때문에 헌법상 재산권의 침해 소지가 있다고 할 수 있다.

뿐만 아니라, 영업이익 증가로 인한 실제 수익자는 법인인데, 지배주주의 주식가치 상승에 따른 평가이익에 대한 과세는 미실현이익에 대한 과세로 볼 수 있다. 미실현이익은 기업회계에서 실현하였다고 볼 수 없는 이익으로서, 본점과 지점 간의 내부거래인 일감몰아주기에 의한 이익을 포함한다. 실제로 매출이익의 증대로 볼 수 없는 사안에 대한 과세는 위헌의 소지가 있다고 할 수 있다. 명백한 위법이라고 하지 않고, 위헌의 소지가 있다고 한 것은 과거 토지초과세와 관련하여 헌법재판소가 '과세 대상에 미실현이득을 포함시킬 것인가는 과세목적, 과세소득의 특성, 과세기술상의 문제 등을 고려해 판단해야 하는 입법정책의 문제로 미실현이득에 대한 과세 또는 부담금이 헌법정신에 반하지 않는다'고 판시한 바가 있기 때문이다.

그럼에도 불구하고, 한국경제연구원은 미실현이득에 일감몰아주기 과세와 같은 징벌적 과세를 한다면 '소득 있는 곳에 세금 있다'는 조세원칙에 어긋날 것이고 이중과세 문제가 있으므로 일감몰아주기 과세보다는 지배주주에 대해서 주식양도소득세로 과세하는 것이 타당하다고 주장한다. 임동원 한경연 부연구위원은 "배당소득세와의 이중과세 조정은 불완전한 측면이 있으므로 증여의제이익 상당액에 달하는 배당금에 대해서는 배당소득세를 과세하지 않아야 하며, 일반적인 예외사항을 규정하지 않아 선의의 피해자가 발생할 수 있으므로 정당한 이유를 고려한 과세 예외를 신설해야 하며 정상거래비율도 업종을 고려해야 한다" 고 하였다. 이러한 견해는 일감몰아주기의 증여의제가 미실현이익에 대한 과세와 이중과세라는 측면에서 위헌의 소지가 있음을 보여준다.[14)]

일감몰아주기 증여의제로 인해 재산권과 법적 안정성만 침해 받는 것이 아니다. 헌법재판소는 헌법 제10조에서 행복추구권에 계약자유의 원칙도 포함하고 있다. 이 측면에서의 접근은 일감몰아주기의 증여의제 뿐만 아니라 일감몰아주기 자체가 기업이 누구와 거래하고 싶은지 자유롭게 결정할 수 있다는 계약자유의 원칙에 부합한다는 입장이다. 하지만 우리는 일감몰아주기의 증여의제와 세제시스템이 불합리하고 위헌의 여지가 있음을 밝히고자 하고, 일감몰아주기 자체에 찬성하는 것은 아니다. 이 부분은 뒷부분에서 다루겠다.

이제 구체적으로 이러한 요소들의 위헌성이 어느 정도인지 분석해보겠다. 위헌성의 잣대로 활용할 것은 과잉금지의 원칙이다. 과잉금지의 원칙이란 국가가 국민의 기본권을 제한하는 입법 활동을 함에 있어서 반드시 준수해야 할 기본원칙 혹은 입법활동의 한계를 의미한다. 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체계상 그 정당성이 인정되어야 하고 (목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며 (방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도로 그치도록 하여야 하며 (피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다 (법익의 균형성) 는 헌법상의 원칙이다.[15)]

헌법재판소는 위에서 언급한 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 순차적으로 보면서 위배되는 요소가 있으면 바로 위헌결정을 내리게 된다. 과잉금지의 원칙이란 위헌 여부를 판단함에 있어서 가장 중요한 요건이라고 할 수 있다. 이제 일감몰아주기의 증여의제가 구체적으로 각 항목에 위배되는지 여부를 살펴보겠다.

---

14) 머니S, “한경연, 일감몰아주기 증여세 강화 폐지 혹은 보완 필요” <http://finance.daum.net/column/magazine/view.daum?docid=MD20180315110205622>

15) 헌법재판소 1990.9.3. 선고 89헌가95결정

① 목적의 정당성 : 목적의 정당성이란 국민의 기본권을 제한하는 법에 관해서 그 목적이 헌법과 법률의 체계 안에서 정당성을 인정받아야 함을 의미한다. 다시 말해서, 국민의 기본권을 제한하는 그 법률이 추구하는 목적이 공공복리에 이바지 할 수 있는 것이어야 한다.

일감몰아주기를 증여의제로 한 배경에는 국민들의 사회적 공감대가 컸다. 즉, 대기업이 계열사에게 부를 무상으로 이전하는 일감몰아주기 행태에 반발을 가진 국민들이 많았고 이들의 사회적인 요구를 반영한 것이 증여의제인 것이다. 이러한 측면에서 보면, 대기업이라는 주체의 재산권이라는 헌법에 명시된 기본권을 제한하는 '증여의제'라는 규정의 목적은 공공복리에 이바지 할 수 있다고 볼 수 있으므로, '목적의 정당성' 측면에서는 위헌의 요소가 없다.

② 수단의 적합성 : 수단의 적합성은 법의 수단이 법의 목적을 용이하게 하거나 촉진해야 한다는 의미이다. 이를 반대로 말하면, 헌법재판소의 결정에서 볼 수 있듯이,[16] '입법 수단이 헌법 이념과 이를 구체화하고 있는 전체 법체계에 저촉된다면 적정한 정책수단이라고 평가하기 어렵다'는 것이다.

이 때 중요한 것은 수단의 적합성이 '과연 이 수단이 입법의 목적을 달성하기 위한 최적의 방법인가'는 아니라는 것이다. 최적의 방법이 아닌 유효한 수단이면 충분하기 때문에 반대로 '이 수단이 목적을 달성하는 데 있어서 부적합한지' 여부를 따지면 된다. 일감몰아주기 증여의제라는 입법은 '공정거래를 저해하기 때문에 증여세 부과로 바로잡아야 한다'는 국민의 사회적인 공감대의 산물이므로, 수단의 적합성 역시 위헌의 요소가 없다고 할 것이다.

③ 침해의 최소성 : 침해의 최소성이란 입법으로 인해 제한하고자 하는 기본권의 침해가 최소한으로 되어야 한다는 원칙이다. 이것은 임의적으로 판단할 수 있음에도 불구하고 필요적 규정을 둔 경우,[17] 의무를 부과하지 않은 상태에도 목

16) 헌법재판소 1999.12.23. 선고 98헌마363결정
17) 헌법재판소 2004.3.25. 선고 2001헌바89 결정

적 실현이 가능함에도 불구하고 의무를 부과한 경우[18] 등 필요 이상으로 기본권을 규제할 때 위헌이라고 판단하는 규정이다.

이것을 일감몰아주기 증여의제에 적용해본다면, 만약 일감몰아주기를 규제하는데 있어서 기존의 규제 수단으로 효과적이었는데 증여세 부과로 처벌을 한 것이라면, 침해의 최소성 항목을 위배한 것이 된다. 이미 공정거래법에서는 부당지원행위

에 대한 과징금[19]과 이사회 결의 및 공시제도[20]를 만들어서 일감몰아주기를 규제하고 있고 '대규모 기업집단 소속회사의 거래 상대방 선정에 관한 모범기준'이라는 가이드라인도 제시하고 있다. 이러한 상황에서 증여의제라는 규정의 존재의 필요성 자체에 의문을 품을 수 있다. 즉, 목적의 정당성과 수단의 적합성 항목에서는 문제가 없으나, 침해가 최소한도에 그치지 않아서 위헌이라고 할 수 있다. 설령, 침해가 최소라고 하더라도 뒤에서 언급할 법익의 균형성이 현저하게 침해된다.

④ 법익의 균형성 : 법익의 균형성이란 어떠한 행위를 유지함으로써 발생하는 사회적인 불이익과 그 행위를 제재함으로써 야기되는 사적 불이익을 비교하여, 결과적으로 공익이 사익보다 크거나 적어도 같은 균형 상태를 만들어야 한다는 것이다.

일감몰아주기 증여의제를 통해 보호하고자 하는 공익은 무상으로 부를 이전하는 편법 증여를 규제하여 '공정 거래 저해성'이라는 측면을 시정하여 공정한 사회를 만드는 것이다. 구체적으로는 조세공평의 실현과 조세수입의 증가라는 공적인 측면의 이득이 생긴다. 계열사에게 일감을 몰아주는 대기업에게 증여세를 부과함으로써 실질적 의미의 조세공평이 실현될 수 있고 국민들은 상대적 박탈감을 해소할 수 있다. 또한 정부의 재정적자를 고려했을 때, 대기업 오너로부터 징

18) 헌법재판소 2006.6.29. 선고 2002헌바80 결정
19) 독점규제 및 공공거래에 관한 법률 제 22조
20) 독점규제 및 공공거래에 관한 법률 제 11조의 2

수하는 증여세는 정부의 탄력적인 국고 운영을 용이하게 해줄 것으로 기대된다.

한편, 일감몰아주기 증여의제로 침해되는 사익도 상당하다. 경제민주화의 중요성이 높아지고 있지만, 기본적으로 법인의 목적이 자유경쟁시장에서 효율성 극대화를 통해 이윤을 극대화하는 것임을 고려할 때, 대기업 오너들의 재산권이 상당한 수준으로 침해된다고 할 수 있다. 원칙적으로 헌법은 자유의 원칙을 보장하고 있고 하위항목에 계약자유의 원칙도 존재한다. 계약 자유의 원칙에 따르면, 국가기관에 속한 공기업이 아닌 개인 소유의 사기업이 자회사나 계열사를 포함한 어떠한 회사와 거래를 하더라도 그것은 그들의 자유이다.

일감몰아주기를 한 대기업이 부담하는 세금을 살펴보면, 과징금 (공정거래법상 부당한 지원행위에 포함), 법인세 (수혜법인이 얻은 이익에 대하여), 배당소득세 (수혜법인이 지배주주에게 이득을 배당하는 경우), 증여세이다. 최고세율을 살펴보면 과징금은 매출액의 10%, 법인세율은 24.2%, 배당소득세는 41.8%, 증여세는 50%이다. 일감몰아주기가 공정거래저해성에 지대한 영향을 끼쳤다고 간주한다고 하더라도, 높은 세율의 다양한 조세를 중복하여 거두는 것은 사기업의 재산권을 상당하게 침해한다고 볼 수 있다.

앞서 일감몰아주기 증여의제로 보호하는 공익에서 조세평등의 실현을 언급한 바 있는데, 이것은 사실 논란의 여지가 있다 조세평등주의라는 것은 모든 국민에게 세법의 해석과 적용이 평등하고 공평하게 이루어져야 한다는 것이다. 만약 대기업이 계열사에게 일감을 몰아주는 것이 지배주주의 이득을 챙기기 위해서가 아니라 기업의 효율적 운영을 통해 이윤을 극대화하여 국가 경제에 이바지하기 위한 수단으로서 일감몰아주기를 했다면 위에 열거된 세금은 과도하다.

독점규제 및 공공거래에 관한 법률 제29조 ①항은 사업자는 재판매가격유지행위를 하여서는 아니된다. 다만, 상품이나 용역을 일정한 가격 이상으로 거래하지 못하도록 하는 최고가격유지행위로서 정당한 이유가 있는 경우에는 그러지 아니하다. 라고 하고 있다. 이 조항을 일감몰아주기에 유추적용해보면, 위에서 언급한 '정당한' 이유가 있는 경우에는 예외적인 사항이 될 수 있는 것이다.

이제 보호하고자 하는 공익과 침해되는 사익을 직접 비교해보자. 헌법재판소

결정[21]에 따르면, '보호하고자 하는 공익이 매우 중요한 경우에도 그 공익에 대한 침해의 가능성이 매우 희박한 상황에서는 그에 대응하는 사익이 보호되어야 한다'. 헌법재판소의 이러한 결정을 일감몰아주기에 적용해보면, 보호하고자 하는 공익은 다소 추상적이다. 조세평등주의라는 것은 '모든 국민에게 세법상 평등하고 공평해야 한다'는 것 때문에 침해되는 사익의 논리로도 사용될 수 있는 맹점이 존재한다. 조세수입의 확대는 분명 긍정적인 공익의 증가이지만, 이로 인해 희생되는 대기업의 사익과 그 과정에서의 중복과세와 정당한 목적인 경우를 간과한다는 것을 고려하면 침해되는 사익이 더 크다고 할 것이다.

소결

앞에서 살펴보았듯이, 일감몰아주기 증여의제는 경제학적 검토와 법리적인 검토 모두에서 문제가 있어 보인다. 먼저 경제학적인 측면에서는, Allingham and Sandmo(1972)의 조세회피이론과 스티글리츠 조세회피모형에서 기업에 증여세를 부과해도 기업은 확률을 따져서 조세를 회피하려는 방법을 모색할 것이고 이것은 결과적으로 비효율적이다. 또한, 대기업이 성실하게 세금을 납부한다는 가정 하에서도, 증여세 역시 세금의 일종이므로 사중손실 (deadweight loss)가 발생하여 파레토 효율을 달성하지 못한다. 법리적인 측면에서는, 이중과세와 미실현이익에 대한 과세의 문제를 포함하여 기업의 재산권이 침해되고, 계약자유의 원칙에 위배되며, 과잉금지의 원칙 중 법익의 균형성을 위배한다는 점에서 위헌의 여지가 많다고 할 수 있다.

21) 헌법재판소 2008.7.31. 선고 2004헌마1010결정

Ⅴ. 공정거래법적 규제와 상법적 규제의 현주소와 개선방안

지금까지 상속·증여세를 통한 일감몰아주기 규제의 법경제학적 분석 및 평가를 진행하였다. 세금이라는 수단을 통한 일감몰아주기 규제는 이론적으로 보았을 때도 세금 납세보다는 그룹 내 인수합병이나 지분 등을 줄이는 방법으로 회피하려는 기업의 전략이 합리적임을 보여주며, 실제적인 결과 또한 약 159조 원에 달하는 대기업 내부거래 비중에 비해 증여세로 납부된 금액은 약 500억 원 가량에 지나지 않아 효과적인 규제가 이루어지고 있다고 보기 어렵다.

권세훈 교수와 김위생 교수의 논문에서 구성된 "투자, 횡령, 감시" 모형은 현재 우리나라 대기업처럼 소액주주의 거래비용이 높아 수동적 경제주체인 상황에서 사적 이익을 추구하려는 지배주주의 행태와 이를 감시, 규제하는 정부의 역할을 분석하였다.[22] 이 모형은 게임이론을 통하여 지배주주의 사익추구를 방지하려면 결국 효율적인 감시 기술 – 적절한 법·제도의 운용이 필요하며, 지배주주의 지분율이나 세율 등의 변수는 상대적으로 영향력이 작다는 것을 보여주었다. 이 시사점에 따르면 결국 지배주주의 사익 추구의 한 형태인 부당지원행위의 효과적 규제는 적절한 법과 제도의 운용에 달려있다는 것을 보여주었다.

현재 부당지원행위 규제는 상증세를 제외하고도 상법과 공정거래법으로 규제되고 있다. 상법의 경우 상법 제397조의 2(회사의 기회 및 자산 유용금지)와 상법 제 398조(이사 등과 회사 간의 거래)로 회사기회유용금지와 자기거래를 규정하고 있다. 공정거래법으로는 공정거래법 제 23조 1항 7호가 부당지원행위를 불공정거래행위로서 금지하고 있고, 제23조의 2를 통해 특수 관계인에 대한 부당한 이익제공을 금지시키는 것으로 일감몰아주기를 구체적으로 규제, 과징금과 형사처벌을 규정하고 있다. 앞서 설명한 모형의 시사점에 따라, 궁극적으로 부당지원행위를 효과적으로 규제하려면 기존에 존재하는 상법과 공정거래법의 입법적

22) 권세훈, 김위생. "지배주주의 사익 선취와 정부의 최적감시 게임", 「선물연구」, 제 24권 3호, 2013, 457-478.

강화를 통하여 정부의 감시 기술을 높이는 방법이 적합하다고 볼 수 있다.

1. 공정거래법적 규제

일감몰아주기 등으로 대표되는 부당지원행위를 법적으로 규제해야 할 이유는 크게 두 가지로 볼 수 있다. 첫 번째는 총수 등 지배주주의 사익 편취 및 부의 편법 이전이고, 두 번째는 부당지원행위에 의한 경제력 집중과 관련시장에서의 경쟁 저해성이다. 이 중 첫 번째 행위는 공정거래법으로 규제할 것이 아닌, 상법과 회사법적 규제가 필요한 사안이다. 결론적으로 공정거래법은, 그 입법 취지를 고려하더라도, 두 번째 폐해를 규제해야 할 것이다. 하지만 공정위는 최근 '총수일가 사익 편취 가이드 라인' 제정 등 단지 첫 번째 폐해만 고려하는 것으로 보여, 정작 공정거래법이 겨냥해야 할 공정한 경쟁 환경 조성은 상대적으로 경시하고 있는 것으로 보여진다.

공정거래법의 입법 취지를 고려하였을 때 일감몰아주기 등의 부당지원행위를 규제할 법적 근거는 경쟁제한성이다. 대법원 판례는 부당지원행위의 부당성에 대해 다음과 같이 정의하고 있다: "당해 지원행위로 인하여 지원객체의 관련 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다".[23] 다시 말해, 관련시장에서의 경쟁저해와 경제력 집중이 가져올 폐해를 규제하는 것이 일감몰아주기의 공정거래법적 규제의 핵심이 되어야 하는 것이다. 하지만 현재 공정거래법 제 23조의 2는 크게 세 가지 요건 - 지분요건, 상당성에 대한 요건, 그리고 사업기회유용 요건으로 규제하고 있는 것을 볼 수 있다. 이러한 요건들은 관련시장에서의 경쟁 저해와 경제력 집중 방지라는 목표를 제대로 겨냥하고 있지 못하며, 단순한 수치적 조건으로 부당지원행위를 재단하고 있다.

이렇게 수치적인 요건으로만 부당지원행위를 판단할 경우, 앞서 보았던 상속·

23) 대법원 2005.5.27. 선고 2004두6099 판결.

증여세의 사례처럼 이러한 요건에 적용되는 것을 회피할 유인만이 생길 것이기에 일감몰아주기 규제가 효과적으로 작동하지 않을 가능성이 농후하다. 실제로 현대글로비스의 사례를 보더라도, 매출액 대비 내부거래 비중이 71.5%에 달하고 있지만 오너 일가의 지분율을 공정거래법 지분 요건 30%에 미달하는 29.9%로 낮춤으로써 공정거래법의 규제에서 벗어난 것을 볼 수 있다.

하지만 지분이 29.9%로 감소하였다고 해서 부당지원행위가 가져온 경제력 집중 또한 감소하였다고는 생각하기 힘들다. 상당성에 대한 요건은 거래 규모에 대한 법적 규제라고 간주할 수 있는데, 현실적으로 기업들이 법적 규제를 감수하기보다는 거래 규모를 인위적으로 줄여 기준에 미치지 않는 방식으로 규제를 회피하려 할 것이다. 이는 경제적으로 보았을 때 거래량에 대한 일종의 상한선으로 작용하여, 사회적 최적 거래량보다 낮은 수준에 거래량을 형성, 소비자들의 경제적 후생을 감소시키는 결과를 낳을 수 있다. 또한 긍정적인 내부거래에 대한 규제의 가능성도 배제할 수 없다. 경쟁을 저해하지 않고 효율성 측면에서 이루어지는 내부거래도 수치적인 요건에 구속될 경우 부당지원행위로 규제될 수 있다는 점에서 현재의 규제는 다시금 비효율적인 측면을 보인다. 다시 말해 현재의 공정거래법의 기준은 경제력 집중 규제라는 본연의 목표와 다른 방향으로 형성되어 있을 뿐만 아니라, 그 효과에 있어서도 경제적으로 비효율적인 결과를 가져온다는 점에서 시정의 필요성이 있다.

부당지원행위를 규제하는 공정거래법 제 23조 1항 7호에 이어 일감몰아주기를 규제하기 위해 신설되었던 공정거래법 제 23조의 2 제 1항 4호에서는 정당한 내부거래로서 효율성, 보안성, 긴급성 등의 거래 목적을 규정하고 있으나 제도적으로 이미 앞에서 설명하였던 수치적 요건을 충족하지 않으면 규제를 회피할 수 있는 상황에서 기업은 정당한 거래목적을 입증하는 것보다는 수치적 요건을 회피하는 전략을 사용할 확률이 높다고 볼 수 있다.

현 시점에서의 공정거래법은 입증 책임이 공정위에 있다는 점에서 근본적인 어려움이 있다. 공정위가 부당지원행위의 경제력 집중을 입증해야하는 상황이지만, 현실적으로 부당지원행위의 경제력 집중을 입증하려면 부당지원행위의 경제

적 파급 효과를 분석하고, 그 행위가 정당한 사업적 필요성 외의 이유로 결정되었다는 것을 입증해야 한다. 하지만 현재 공정위는 임의조사권만을 가지고 있으며, 강제조사권이나 정보요구권 등이 없는 상태이기에 이러한 요소들을 입증하는데 현실적인 어려움이 따른다. 실제로 공정위가 강제조사권을 가지고 있지 않기에 위반 기업이 공정위 조사관의 출입을 막고 자료제출을 거부하는 사례 또한 있었다.[24] 김상조 공정위원장 또한 최근 기업 “다스”의 일감몰아주기 혐의에 관해서도 강제조사권이 없는 공정위는 이를 효과적으로 조사할 수 없다는 한계를 지적하였다.[25]반면 해외 사례를 보면 EU 경쟁당국은 불공정 거래 행위를 적발하기 위해 다양하고 강력한 조사권을 보유하고 있으며, 기업이 조사에 협력하지 않을 경우 하루 평균 매출액의 약 5%까지 이행강제금 부과가 가능하다. 또한 일본에서 공정위의 역할을 수행하는 기관인 공정취인위원회는 2005년 공정거래법 개정을 통해 강제조사권 제도를 도입, 부당거래행위에 대한 법집행력을 강화하였다.[26]

이러한 상황에서 공정위는 부당내부거래 규제에 있어서 외부적으로 얻을 수 있는 자료인 지분, 거래의 규모 등 수치적 자료에 의존하는 경향을 보이게 된다. 이러한 의존성의 문제점은 앞서 설명하였듯이 규제의 효율성을 저해하는 결과를 낳으며, 이를 해결하기 위해서는 공정위에게 강제 조사권 등 사법적 권리를 부여하거나, 또는 입증 책임을 기업에게 부여하는 방법이 있을 수 있다. 강제조사권 등 사법적 권리를 부여하는 것은 공적 집행의 과잉 측면에서 비판이 있어왔고, 한정된 행정 자원을 부당지원행위 조사에만 집중할 수 없다는 점에서 가장 효과적인 규제라고 보기는 힘들다. 반면 일정한 기준을 충족한다는 것을 공정위가 입증한 후 입증 책임이 부당지원행위 혐의를 받는 기업에게 주어진다면, 그 행위가 소비자의 권익을 향상시키고 사업상 필요성에 따라 이루어졌다는 것을 보다 효

24) EBN, “[전속고발권 폐지 공방] "공정위, 적기에 증거확보 못해"vs"기업 활동만 위축"”, <http://www.ebn.co.kr/news/view/877771>

25) 뉴스1, “[신년인터뷰]김상조 "지배구조 개선하면 일감몰아주기 안봐"” <http://news1.kr/articles/?3195281>

26) 정승연, 김수연. "공정거래위원회 조사제도 개선방안 연구", 「정책연구」, 14-25호, 한국경제연구원, 2014

과적으로 증명하는 게 가능할 것이다. 이러한 법적 접근을 위해서 EU Commission v. Microsoft 판례에서 EU 경쟁당국이 마이크로소프트의 불공정 거래를 다루는 방식을 참고할 수 있다. 이 판례에서 EU 경쟁당국은 규제를 위해 기업의 특정 행위가 경쟁당국이 설정한 3가지 조건을 충족하였을 경우 경쟁저해성의 우려가 존재한다고 규정, 마이크로소프트의 객관적 정당성 입증(Objective justification) 책임을 설정하였다.[27)]

공정거래법 제 23조의 2에서 기준으로 사용한 지분, 거래 규모 등의 수치적 조건이 이미 규제적 측면에서 비효율적이라는 점을 앞서 설명했기에, 새로운 기준으로서 부당지원행위의 경제력 집중 가능성을 결정해야 할 것이다. 이런 측면을 고려하는데 있어서 참고할 것은 현행법중 공정거래법 제 23조 1항 7호이다.[28)] 제 23조의 1항을 판단하는 데 있어서 대법원은 우선 부당지원행위의 주체와 객체의 관계를 조명한 후, 지원행위에 해당되는 지의 여부를 검증하였으며, 마지막으로 부당성의 여부를 판단하였다. 물론 이 조항은 일감몰아주기 규제에 대한 구체적 입법으로써 제정된 것이 아니기에 이를 일감몰아주기 규제에 적용하기엔 불완전하다. 일례로 이 조항은 지원행위의 여부를 검증하는데 있어서 급부와 반대급부의 현저한 차이를 필요로 하고 있는데, 일감몰아주기는 그러한 차이가 존재하지 않는 상태에서도 봉쇄효과를 통해 경쟁사업자들에 비해 유리한 여건을 조성하며, 경쟁제한성을 낳을 수 있기 때문이다. 이 점에서 볼 수 있듯이 일감몰아주기는 통상의 부당지원행위와 다름에도 불구하고, 대법원은 여전히 2014두8568 판결과 같이 기존의 부당지원행위 판단 기준으로 일감몰아주기를 판단했으며, 공정위가 '정상가격'을 입증하지 못해 정상가격과 제공가격의 차이, 즉 급부와 반대급부의 차이를 증명하지 못했다는 이유로 공정위의 패소를 선고하였다.[29)] 현재 부당지원행위를 규제하는 공정거래법 제 23조 1항 7호로는 일감몰아주기를 충분히 규제하지 못하며, 공정거래법 제 23조 1항 7호를 적용한 판

27) Elhauge, E., & Geradin, D. (2011). Global competition law and economics. Oxford: Hart Pub.
28) 대법원 2006.12.7 선고, 2004두11268 판결
29) 법률신문, "기획기사 [2016년 분야별 중요판례분석] 13. 공정거래법 박해식 변호사 (법무법인(유) 율촌)" <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=118364>

례에서 부당성에 대한 논의는 공정거래법 제 23조의 2항 기준을 개선하는 데 있어 고려할 가치가 있다. 대법원은 부당성을 판단함에 있어서 당해 지원행위가 지원객체의 관련시장에서 경쟁을 저해했는지를 판단기준 중 하나로 삼았는데, 이는 공정거래법의 입법취지에 적합한 기준이다. 또한 부당성의 유무를 판단함에 있어 사업경영상 또는 거래상의 필요성 내지 합리성 등도 고려하였다고 명시하였는데, 이 또한 일감몰아주기 규제를 위한 새로운 기준을 설정하는 데에 고려되어야 할 요인 중 하나이다. 다만 공정거래법 제 23조 1항 7호의 경우 부당성의 기준이 매우 엄격하여 효과적 규제가 이루어지지 못한다는 시각이 있다. 이황 고려대학교 법학전문대학원 교수 또한 "공정위의 입증 능력에 한계가 있고, 대기업의 부당지원이 갈수록 교묘해지는 상황에서, 법원이 공정위에 지나치게 엄격한 입증 책임을 요구하면 사실상 일감 몰아주기에 면죄부를 주게 된다"고 말한 바 있다.[30] 따라서 공정거래법 제 23조의 2에서의 새로운 기준은 그러한 문제점을 개선하는 방향이 되어야 할 것이다.

새로운 기준은 공정위의 입증 책임을 경감하여 공정위의 현재 능력 및 역할 내에서 증명할 수 있어야 하며, 동시에 부당지원행위의 경제력 집중을 충분히 보여주고, 기업 입장에서도 지나치게 부당한 기준은 아니어야 한다는 조건이 필요하다. 이러한 조건을 충족하는 기준으로서 가능한 예시로는 (1) 모(母)기업의 지배주주가 특수관계기업, 즉 자(子)기업을 실질적으로 소유하고 있다는 것을 증명해야 하고, (2) 자(子)기업의 시장 지배력 증대가 있었으며 (3) 이러한 시장 지배력의 결정 요인 중 내부거래에 의한 매출의 비중이 중대함을 보여주어야 할 것이다.

이 세 가지 조건은 지배관계를 보여줌으로써 내부거래의 성립을 증명하고, 경제력 집중의 존재와 그 원인이 내부거래를 통한 부당지원행위에 있다는 것을 보여줄 수 있기에 기존의 지분, 거래규모를 통한 기준보다 효과적인 구체적 기준을 세우는 데 있어서 핵심적 조건이 될 수 있다고 생각된다.

---

30) 한겨레, "법원 "규모 작다"며 재벌 일감몰아주기에 면죄부", <http://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/809309.html>

새로운 제도 내에서 공정위가 이러한 조건을 입증한다면 일감몰아주기가 경제적 집중을 가져왔음을 보여줄 수 있기에, 그러한 내부거래에 정당한 사유가 있음은 기업이 입증해야 한다. 여기서 기업이 입증해야 할 것은 크게 두 가지로, 이러한 내부거래가 효율성 증대와 가격 인하를 통해 소비자에게 이익이 되었으며, 사익 편취 등 부적절한 목적이 아닌 정당한 사업적 이유, 앞서 설명하였던 공정거래법 제 23조의 2 제2항의 효율성, 보안성, 긴급성 등을 주장해야 할 것이다.

기존의 수치적 기준에서는 기업의 입장에서 공정거래법 제 23조의 2 제2항 요건을 입증하는 것은 많은 비용을 수반하기에 규제의 회피가 기업의 우월전략이었기에 효과적인 규제가 이루어지지 않았으나, 새로운 기준을 도입할 경우 공정거래법의 취지에 보다 적합한 경제력 집중을 규제하고, 동시에 사회경제적 후생을 증대시키는 내부거래의 경우 기업이 정당성을 증명하게 하여 파레토 균형에 보다 가까운 경제적 효과를 가져올 수 있을 것이다.

2. 상법적 규제

(1) 이사회의 강화

일감몰아주기의 주된 규제는 공정거래법으로 이루어지겠지만, 상법적 규제 또한 법적 규제에서 보조적인 역할을 수행할 수 있다고 여겨진다. 사후적 규제인 공정거래법과 달리 상법적 규제는 상법 제 397조의 2와 제 398조로서 자기거래와 회사기회 유용을 이사회의 승인을 통해 사전적으로 규제하는 방향을 취하고 있다. 하지만 사외이사의 독립성 및 전문성 부족, 그리고 거수기적인 행태를 보여주는 이사회의 유명무실함으로 효율적인 규제를 달성하고 있지 못한 측면을 보여준다.

노스의 합리적 선택 제도주의적 관점에 따르면 인센티브와 거래비용이 효과적인 규제에 있어서 가장 중요한 요소라고 간주하는데, 현재의 상법적 규제는 이를 실천해야 할 이사들에게 지나친 거래비용을 부담시키며, 동시에 인센티브를 충분히 제공해주지 못하기에 효과적인 규제가 이루어지지 못한다고 볼 수 있다.

코즈는 거래비용을 정보비용과 집행비용을 포함하는 개념으로 정의하였는데, 이러한 관점에서 본다면 일감몰아주기를 방지하고자 하는 이사들은 내부거래 규제에 필요한 사업적 정보를 탐색해야 하고, 이를 집행하는데 있어서 기업의 실질적 소유주인 지배주주의 사익에 거스르는 결정을 내리는 비용을 감수하여야 한다. 그에 비해 일감몰아주기를 적발하는데 있어서 어떠한 경제적 인센티브도 이들에게 주어지지 않으므로, 이사회가 효과적인 감시자가 되지 않을 것은 자명한 결과이다.

통계적 결과로 보더라도[31] 2011년부터 2015년까지 대기업 집단 계열사의 이사회에 상정된 안건 2만 7575건 중 부결되거나 보류된 안건은 전체의 0.34%에 지나지 않는 95건에 지나지 않아, 이사회가 효과적인 규제 수단이 될 수 없음을 보여준다.

우선 거래비용을 완화하는 방법을 고려하면, 이사회를 통한 내부거래의 효과적인 통제를 위해 이사회 내 전문위원회 설치나, 독일의 기업들처럼 감독위원회를 별도로 신설하는 규정을 의무화하여 공정한 검토와 토론이 가능한 시스템적 개선이 필요하다. 현재 이사회의 일감몰아주기 규제를 위한 거래비용이 높은 요인 중 하나는 정보비용인데, 사전에 충분한 정보가 이러한 위원회들에게 제공될 수 있도록 입법론적 접근이 필요할 것이다. 공정거래위원회 또한 감독 역할을 맡을 위원회들과 연계를 강화하여 사전적 규제가 효과적으로 이루어질 수 있게 지원할 필요성이 있다. 또한 집행비용을 감소시키기 위해 충분한 증거가 있는 경우 익명의 공익신고를 허가하는 방안 등이 고려될 수 있다.

인센티브 또한 이사회를 통한 효과적 규제에서 고려할 요소이다. 현재의 이사회 제도는 이사들이 일감몰아주기를 방지할 유인이 주어지지 않고 있기에 규제가 효율적으로 이루어지지 않는 실정이다. 미국의 경우 1986년 개정된 부정청구금지법(False Claim Act)에서 내부고발을 통한 Qui Tam 소송, 개인이 연방정부를 위하여 민사소송을 제기하였을 경우 당해 소송에 대한 수익이나 과태료 또

31) 매일경제, “0.3%만 반대…대기업 이사회 '거수기' 전락” <http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2017&no=330321>

는 손해배상금으로 회수할 수 있는 비용의 15% 이상에서 25% 이하까지 받을 수 있게 규정하고 있다.[32] 실제로 2013년 UBS 금융그룹의 탈세에 대한 물증을 제공한 직원에게 상기 조항에 의하여 약 1100억원의 보상금을 지급한 사례가 있을 정도로 인센티브 체계가 형성되어 있다. 반면 한국의 공익신고자 보호법은 시행령 제22조 2항에 따르면 보상금의 한도가 최대 10억원으로 규정되어있다.[33] 실제로 지급된 보상금 또한 2013년 기준 205건에 대하여 약 1억 7천만원 가량 보상이 되었는데, 이사가 일감몰아주기 신고로 상실할 경제적 손해에 비해 충분한 인센티브를 제공하지 못한다.[34] 미국의 수준까지는 아니더라도, 보상금의 지급비율을 높여 경제적 유인을 높이는 것이 효율적 규제를 형성하는데 하나의 요인이 될 수 있을 것이다.

(2) 소액주주의 강화

효과적인 규제를 할 수 있는 경제 주체중 하나는 소액주주들이다. 기업의 일감몰아주기는 비효율적인 결정일 경우 모(母)기업의 소액주주들에게 피해를 끼칠 수 있는데, 앞서 설명한 “투자, 횡령, 감시” 모형처럼 현재 국내 기업의 소액주주들은 수동적인 경제 주체로 남아있는 경향을 보인다. 이러한 수동성의 이유는 앞서 설명한 합리적 선택 제도주의 관점에서 중시한 인센티브와 거래비용으로 분석이 가능하다. 첫 번째 요인은 우선 수가 많지만 서로간의 연계가 부족한 소액주주의 특성상 규제를 위해 연대하는 행위나 정보를 탐색하는 행위의 거래비용이 높기 때문이다. 이렇게 높은 거래비용에 비해 소액주주들이 연대행동을 취하여 일감몰아주기를 중지하여도 그 이익이 회사에 귀속되기에 소액주주들에게 실제적인 경제 이득이 주어지지 않기 때문에 인센티브 또한 부족하다. 결국 소액주주들을 종래의 수동적 역할에서 좀 더 적극적인 경제 역할을 다하게 만드는 방법은 인센티브를 제공함과 동시에 거래비용의 감소를 꾀하는 방법이어야 한다.

---

32) 박정훈, “미국의 내부공익신고자보호법제, 그리고 평가와 시사점”, 「경희법학」, 48권 4호, 2013.
33) 김창준, “안전사회 구현을 위한 공익신고제도의 역할”, 국민권익위원회 토론회 자료, 2014.
34) 국민권익위원회, “공익신고자 보호보상구조 관련 통계자료”, 국민권익위원회 내부자료, 2013

이러한 조건을 염두에 두었을 때, 고려할 수 있는 해결책은 주주대표소송의 현 기준을 완화하는 것이 있을 수 있다. 현재 우리나라의 주주대표 소송은 제기 요건이 엄격하여 소액주주들의 거래비용을 늘리는 결과를 가져오고 있다.[35][36] 삼성전자의 경우 대표소송을 제기하기 위한 요건 – 상장주식의 10,000 분의 1을 충족하려면 최소 226억 원에 달하는 주식을 소유해야 하여[37], 현실적으로 주주대표소송이 어려운 실정이다. 미국의 경우 대표소송제도는 단독주주권 원칙에 따라 단 1주를 소유한 주주도 소송을 제기할 수 있기에 대표소송이 좀 더 활발히 일어날 수 있는 조건을 가지고 있다.[38] 또한 소액주주가 이러한 대표소송을 통해 승소하였을 때 단순히 그 이익이 회사에 귀속되는 방식보다는 일감몰아주기 적발에 따른 포상금이나 몰수되는 이익의 일부를 주주들에게 배분해주는 입법을 통하여 인센티브를 제공, 소액주주들의 보다 활발한 일감몰아주기 감시를 꾀할 수 있을 것이다.

Ⅵ. 결론

지금까지 일감몰아주기 현행 규제의 문제점을 분석하고 그에 대한 해결 방안을 모색해 보았다. 현행 규제로 공정위원회와 정책당국이 적극적으로 시행하는 상속•증여세는 대기업이 계열사에게 일감을 몰아주는 행위를 증여로 간주하여

35) 주수익, 안병린. “회사 경영진의 부정행위에 대한 주주의 책임추궁에 대한 고찰” 「기업법연구」, 31권 1호, 2017, 255-282.

36) 현재 대표소송에 관한 제소자의 요건은 상장회사의 경우 1997년 (구)증권거래법 개정 시에 신설되어 6개월부터 계속하여 발행주식 총수의 1,000분의 10 이상을 보유할 것으로 하였으며 (동법 제192조의 13 제1항), 이후 1998년 2월 24일 (구)증권거래법을 개정하면서 제소권자의 주식 보유비율을 10,000분의 1 이상으로 추가로 완화하였다. 이후 2009년 개정상법은 (구) 증권거래법에서 규정하고 있던 상장회사의 대표소송에 관한 규정을 새로이 규정하면서, 상장 회사의 대표소송의 요건을 6개월부터 계속하여 상장회사 발행주식 총수의 10,000분 의 1 이상에 해당하는 주식을 보유할 것을 요구하고 있다(상법 제542조의6 제6항)

37) 김영희, “주주대표소송제도 활성화를 위한 개선방안”, 「경제개혁리포트」, 2013-10호(2013), 경제개혁연구소, 17면.

38) 임재연, 「미국 기업법」, 박사, 2009, 301면

(증여의제) 세금 중 최고세율인 증여세율을 부과하는 방식이다. 공정위의 입장은 지속적으로 일감몰아주기 증여세 납부를 결정하는 한계지분율과 정상거래비율의 수치를 조절하는 방식이었다. 하지만, 상속•증여세는 조세회피 모형을 통하여 분석해 보았을 때, 기업이 조세를 회피할 가능성이 높고, 설령 정부가 의도한 과징금으로서의 증여세를 수취한다고 하여도 세금이라는 내생적 특성 때문에 사중손실이 발생하여 사회적으로 파레토 비효율적이다. 뿐만 아니라, 재산권의 침해, 계약자유의 원칙의 위배, 과잉금지 원칙 중에 침해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 측면에서 위헌의 요소가 있고 그 중요성 또한 상당하다고 할 수 있다. 따라서, 현행 규제는 경제학적으로, 법리적으로 분명한 한계점이 존재하는 사후적인 제도이기 때문에, 사전적인 법•제도의 개혁이 필요하다.

현재 일감몰아주기 방지를 위한 상속•증여세 외의 법제도적 규제는 공정거래법과 상법이 존재한다. 하지만 각각의 문제점으로 인하여 효율적인 규제가 이루어지지 못하고 있다. 공정거래법의 경우 그 입법취지가 경제력집중 방지와 경쟁저해성 완화였으나, 현재의 공정거래법 규정은 단지 규제의 편의를 도모하기 위한 수치적 요건으로 일감몰아주기를 규제하는 데 그치고 있다. 본 논문은 다시금 공정거래법의 입법취지를 고려, 경제력집중과 경쟁저해성에 초점을 맞춘 새로운 기준의 필요성을 제언하였다. 이러한 새로운 기준이 마련된다면, 현재 공정위에 주어진 과중한 입증 책임 또한 완화될 것을 전망하였다. 상법적 규제 또한 제도주의적 관점에서 중요한 요인으로 제시한 인센티브와 거래비용의 문제로 인하여 효율적 규제가 이루어지지 않는다고 판단, 새로운 법제를 통하여 거래비용을 감소시킴과 동시에 인센티브를 제공하는 방안으로 이사회의 내부적 감시기능 강화와 소액주주들의 적극적인 활동을 촉진시키는 효과를 전망하였다.

일감몰아주기는 앞서 언급하였듯이 재벌 중심의 대한민국 경제에서 공정한 경쟁 생태계를 위협할 수 있는 중요한 사회적 문제이다. 본문에서 다루었 듯이 일감몰아주기 행태와 그에 따른 규제책은 끊임없이 개정되어왔지만, 그 근본적인 방향을 재고할 필요성이 있다. 본 논문에서 검토하였던 해결책을 바탕으로 일감몰아주기 연구가 이루어진다면 경제적으로 효율적이고, 법리적으로 위헌의 요소

가 없으며, 사회적 합의까지 도출할 수 있는 합리적이고 바람직한 규제 정책 마련에 도움이 될 것이라고 전망한다.

【참고문헌】

1. 국내문헌

(1) 단행본

김영산/왕규호, 『미시경제학』 2판, 박영사, 2009.

이성태 외 5인, 「경제 60년사와 일감몰아주기」, 율곡출사, 2013.

황종휴, 『Trinity of Microeconomics』, 제4판, 월비스, 2015.

(2) 논문

김수연, 정승영, "공정거래위원회 조사제도 개선방안 연구", 「정책연구」, 14-25호, 한국경제연구원, 2014.

김영희, “주주대표소송제도 활성화를 위한 개선방안”, 「경제개혁리포트」, 2013-10호, 2013, 17면.

권세훈, 김위생. “지배주주의 사익 선취와 정부의 최적감시 게임”, 「선물연구」, 제 24권 3호, 2013,
457-478.

문신, “세법상 증여개념 규정의 타당성 연구”, 서울시립학교 세무문학원 석사학논문, 2007.

박정훈, “미국의 내부공익신고자보호법제, 그리고 평가와 시사점”, 「경희법학」, 48권 4호, 2013.

서기호, “상법상 회사기회유용 및 일감몰아주기 규제의 실효성(용역보고서)” 「2015 국정감사 자료집」, 2015.

성기원, “일감몰아주기 증여의제 개선방안”, 한양대학교 공공정책학원 석사학논문, 2013.

송창현, 조중일, 김남훈. “기업집단 내부거래 규제의 현황과 개선 방안”, 「법학평론」, 제 4권, 2016, 140-185.

신영수, “공정거래법상 현저한 규모에 의한 지원행위 (물량몰아주기)의 위법성 판단 기준”, 「고려법학」, 제 64호, 고려학교법학연구소, 2012.

유재권, 정문기, 선은정. “재벌기업의 일감 몰아주기와 증여의제과세에 관한 사례 연구” 「대한경영학회지」, 제 26권 5호, 2013, 1223-1238.

임재연, “미국 기업법”, 박사, 2009, 301면

정승영. “일감몰아주기 거래의 과세에 관한 비판적 소고”. 「한국조세법학회 제 15차 학술발표회 자료」. 2014.

주수익, 안병린. “회사 경영진의 부정행위에 대한 주주의 책임추궁에 대한 고찰” 「기업법연구」, 31권1호, 2017, 255-282.

채이배, 이수정. “일감몰아주기 관련 과세 및 규제의 회피사례와 관련 제도 개선 방안 제안” 「경제개혁리포트」, 제 1권 51호, 2015.

(3) 자료

국민권익위원회, “공익신고자 보호보상구조 관련 통계자료”, 국민권익위원회 내부자료, 2013

김성화, “일감몰아주기 ‘정상거래율·한계지분율’ 없애자”, 중기이코노미, 2017.

김승열, “일감몰아주기 관련 증여세 부과 규정의 법적제문제” <http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=wwwlawksycom&logNo=50168505864&parentCategoryNo=&categoryNo=7&viewDate=&isShowPopularPosts=true&from=search>

김창준, “안전사회 구현을 위한 공익신고제도의 역할”, 국민권익위원회 토론회 자료, 2014.

뉴스1, “[신년인터뷰]김상조 "지배구조 개선하면 일감몰아주기 안봐", 2018. <http://news1.kr/articles/?3195281>

매일경제, “0.3%만 반대…대기업 이사회 '거수기' 전락”, 2017. <http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2017&no=330321>

법률신문, “기획기사 [2016년 분야별 중요판례분석] 13. 공정거래법 박해식 변호

사 (법무법인 율촌)”, 2016.
<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=118364>

한국경제, “일감 몰아주기 과세, 안되는 것은 안된다”, 2011.
<http://news.hankyung.com/article/2011072470341?nv=o>

한겨레, “법원 “규모 작다”며 재벌 일감몰아주기에 면죄부”, 2017.
<http://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/809309.html>

CBS 노컷뉴스, “대기업 일감몰아주기 규제 실효성 없어”, 2016.
<http://www.nocutnews.co.kr/news/4655050>

EBN, “[전속고발권 폐지 공방] "공정위, 적기에 증거확보 못해"vs"기업 활동만 위축"”, 2017. <http://www.ebn.co.kr/news/view/877771>

2. 해외문헌

Allingham, M., and A. Sandmo, “Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis,”
Journal of Public Economics, vol. 1, issue 3~4, 1972, pp. 323~338

Cooter, R., & Ulen, T. (2014). Law and Economics. Harlow: Pearson.

Elhauge, E., & Geradin, D. (2011). Global competition law and economics. Oxford: Hart Pub.

Lee, B. B., Dobiyanski, A., & Minton, S. (2015). Theories and empirical proxies for corporate tax avoidance. The Journal of Applied Business and Economics, 17(3), 21.

Abstract

Analysis on regulation of 'Funneling of business' in law-economics

- Limitation of gift tax as regulatory means and fair trade act revision as alternative -

Dongchan Lim, Seyong Chung

This paper mainly deals with the limitations of current regulations against 'Funneling of Business', which is recently popular social issue, in the perspective of law and economics and further suggests more optimal legal alternatives. Illegal internal transactions, which is represented by 'Funneling of Business', may have some positive effects such as increase in corporate efficiency. Considering largely conglomerate-centered economy of Korea, however, it could be not only exploited for the conglomerate owners' own benefit, but also could damage the fair competition of market economy. Despite the regulations implemented until now, such as commercial law, inheritance and gift tax, article 23-2 of Monopoly Regulation and Fair Trade Act, skeptical views upon the effectiveness of these restrictions rise. In particular, regarding article 45-3-1 of Inheritance and Gift Tax Law, there has been continuous effort to improve it by changing the numerical figures of 'normal transaction rate' and 'marginal share rate'. However, this paper points out that there are endogenous limitations of inheritance and gift tax, using 'tax evasion model' and judicial analysis. In an economic point of view, corporates will eventually

figure out methods for tax evasion by calculating the probability of being exposed. Even if the government successfully collects the intended tax, it generates dead-weight loss, thus rendering the Pareto inefficiency of tax policy. Furthermore, in a legal perspective, infringement of the property rights of corporations, violation of liberty of contract, countering the balance of legal interests can raise concerns of upholding constitution. Therefore, a legal resolution based on Monopoly Regulation and Fair Trade Act and commercial law is a more effective regulation policy than tax policy which is an ex-post measure. Although Monopoly Regulation and Fair Trade Act regulates 'Funneling of Business' by numerical conditions such as share ratio and internal transaction rate, it underestimates the regulation target and generates inefficiency since it even restricts internal transaction which does not hamper competition. This paper thus puts forward the necessity of a new standard for regulation emphasizing 'inhibition of economic concentration' and 'fair competition order' which accords with the legislative intent. Excessive burden of proof on Fair Trade Commission should be alleviated and supplemented by commercial law regulations which is represented by strengthening the Board of Trustees.

Key words : Funneling of Business, Inheritance and Gift Tax, Tax Evasion Model, Economic analysis of Law, Monopoly Regulation and Fair Trade Act

O2O 시장 내의 '애그리게이터(aggregator)'형 서비스의 문제점 분석 및 해결방안과 변화 방향성 연구

이 지 영* · 장 지 윤**

〈 국문초록 〉

스마트폰 이용자 수가 해마다 증가함에 따라 새로운 산업의 흐름이 등장하게 되었다. 과거 오프라인에서, 또는 온라인에서 각각 거래가 이루어지던 것과 달리 오프라인과 온라인이 긴밀한 연계를 맺기 시작한 것이다. 이는 O2O (Online to Offline)로, 소비자와 사업자 간 온, 오프라인을 넘나드는 새로운 거래 형태의 도래를 의미한다. 이처럼 몇 년간 오프라인과 온라인이 유기적으로 연결된 새로운 시장이 형성되었고, 이런 상황에서 O2O 서비스는 소비자가 이 흐름을 용이하게 사용 가능하도록 하기 위해 다양한 형태의 재화와 서비스를 제공하고 있다.

본 논문은 다양한 유형의 O2O 서비스 중 모바일 플랫폼 형태의 애그리게이터형 서비스에 초점을 맞추어 내용을 전개하고자 한다. 이는 우리의 일상 생활에 애그리게이터형 서비스가 깊숙이 침투해있기 때문이다. '배달의 민족', '야 놀자', '직방' 등의 모바일 어플리케이션으로 대표되는 이 애그리게이터 형 서비스는 여러 회사의 상품이나 서비스에 대한 정보를 모아 하나의 웹사이트에서 제공하는 서비스를 의미한다. 여러 관련 사이트를 집약해 놓은 플랫폼의 역할을 하기 때문에 한 사이트 안에서 다른 사이트로의 이동이 용이하며, 사용자들이 따로 정보 수집의 과정을 거치지 않아도 된다는 장점을 가진다.

그러나 기억해야 할 것은, 시장에 등장한 새로운 구조가 어떠한 장점을 지니던지, 이는 부작용도 함께 가져온다는 사실이다. 경제성과 효율성, 편리함만을 따지며 정착한 O2O 서비스와 애그리게이터형 서비스는 현재 우리 사회에 많은 문제점을 안겨주고 있다. 그 문제점이 해결되지 않은 채 지속되고 고착화된다면

* 고려대학교 정치외교학과
** 고려대학교 경제학과

이는 상대적 약자인 소비자에게, 그리고 소상공인 및 기존의 사업자에게 고스란히 그 피해를 남길 것이다.

따라서, 본 고는 이 문제를 해결하기 위한 방법으로, '법적'인 논의를 하고자 한다. 법령 및 제도의 도입과 명확한 규제의 제시는 현재 발생하고 있는 애그리게이터형 서비스의 부작용과 문제점을 해결하는데 큰 걸음이 될 것이다. 또한, 경제적 논의로 인해 상대적으로 경시되었던 이들의 권익을 보호하는데 기여할 것이라 기대해본다.

주제어 : O2O 서비스, 애그리게이터형 서비스, 플랫폼, 소비자 보호, 법적 규제

〈 목 차 〉

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. O2O 서비스와 모바일 플랫폼 형태의 '애그리게이터형 서비스'의 현황 및 경제적 가치 : 행동 경제학적 분석을 중심으로
Ⅲ. 플랫폼 형태의 애그리게이터형 서비스의 문제점
Ⅳ. 애그리게이터형 서비스 문제점의 해결방안
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 들어가며

2010년 6월. '우리가 어떤 민족입니까?'를 외치며 등장한 어플리케이션이 있다. 대한민국을 강타한 '배달의 민족' 어플이 바로 그것이다. 2017년 8월 기준, 다운로드 수 2,173,981건을 달성한 배달의 민족은 명실상부 대한민국의 1위 배달 업체로 자리 잡았다. 그 기저에는 화려한 마케팅과 광고 모델, 할인 이벤트도 물론 있지만 '편리함'이라는 가장 중요한 가치가 자리 잡고 있었다. 각지에 흩어져있는 여러 배달 음식점을 한 플랫폼 안에 모아 이용자에게 제공하는 용이한 접근성과 간편함은 배달의 민족을 1년 매출 300억 원대의 기업으로 성장시키기 충분했다. 그 성공을 좇아 배달에서뿐만 아니라 쇼핑몰과 공연 등 생활 각 분야에서 O2O

서비스 모바일 플랫폼은 우후죽순 생겨났고 지금 이 순간에도 생겨나는 중이다.

그러나 이 흐름이 소비자에게 긍정적인 측면만을 제공한 것은 아니다. 수수료를 놓고 소상공인에게 갑의 횡포를 부리며, 결과적으로 소상공인이 수수료 부담을 소비자에게 전가하도록 한다는 비난은 끊이지 않는다. 소홀한 개인정보 문제 또한 시급히 해결할 과제이다. 또한 '가입자와 음식점의 분쟁발생 때 책임을 지지 않는다'는 면책조항을 약관에 두고 있을 정도로 책임 회피에 급급한 모바일 플랫폼으로 인해 피해는 플랫폼에 업체를 등록한 소상공인과 소비자가 오롯이 떠안게 된다. 편리함을 담보로 많은 것을 잃는 것이나 다름없는 모양새다. 하지만 모바일 플랫폼의 경우 분포되어 있는 고객집단의 특성으로 인해 시장점유율 산정이 용이하지 않다는 이유로 특별한 규제방안이 설립되지 않고 있기에 모바일 플랫폼에서의 규제방안은 시급하고 불가피하다고 볼 수 있다.

따라서, 이 논문에서는 모바일 플랫폼에 대한 법적인 규제 방안을 제시하고자 한다. 위 문제점들을 포괄적으로 해결할 수 있는 방안은, 법안이 우리 사회에 미치는 영향력을 적극 이용하여 각 문제들을 해결할 기준점을 제시하는 것이기 때문이다. 이를 위해서는 관련 시장을 경제적 분석틀을 통해 규정하고, 문제점을 파악한 후, 국내외 사례 분석을 통해 현행법제하에서의 접목 방향을 판단하여야 한다. 이 방안을 토대로 궁극적으로 소비자와 사업자간의 신용을 제고시켜 O2O 시장 발전에 긍정적인 영향을 끼칠 것으로 기대한다.

논문의 대략적인 체계는 다음과 같다. 제 2장에서는 O2O 서비스 모바일 플랫폼의 사례와 실제 이용자들의 소비행위를 행동경제학적으로 분석하여 그 현황과 경제적 가치를 판단한다. 이후 제 3장에서는 O2O 모바일 플랫폼 시장의 점유율과 이에 따른 소비자들의 이익과 손해를 살펴봄으로써 모바일 플랫폼의 문제점을 제시한다. 마지막으로 제 4장에서는 이 문제점을 바탕으로 모바일 플랫폼 규제법 제정의 정당화와 발전 가능성에 대해 논의한다. 이후 이상의 논의를 기초로 하여 모바일 플랫폼 시장의 규제법이 미래 경제사회에서 끼칠 영향을 고찰한다.

Ⅱ. O2O 서비스와 모바일 플랫폼 형태의 애그리게이터형 서비스의 현황 및 경제적 가치 : 행동 경제학적 분석을 중심으로

1. O2O 서비스의 정의

2017년 1월 기준 대한민국 성인 스마트폰 사용률은 3%에 육박한다. 전 세계 국가 중 대한민국이 2년 연속 스마트폰 보유율 1위에 등극한 가운데 현재 한국의 산업 구조의 중심으로 부상하는 사업 모델이 있다. O2O (Online to Offline) 서비스가 바로 그것이다. 소비자들이 더 이상 온라인과 오프라인을 구분 지어 상거래 활동을 하지 않으면서 온라인과 오프라인을 유기적으로 연결하는 시장이 주목 받게 된 것이다.

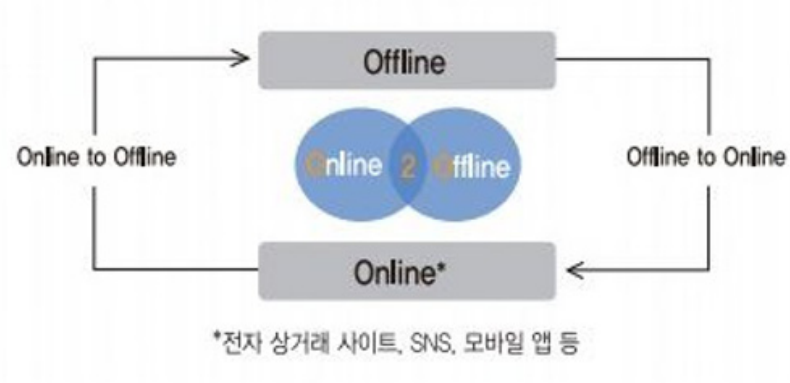
O2O란 온라인과 오프라인을 유기적으로 연결하여 고객들에게 보다 편리하고 가치 있는 서비스를 제공하는 온.오프라인 연계 비즈니스를 총칭한다. 즉, 단순히 온라인에서 오프라인의 상행위를 가능하게 하는 것인 'Online to Offline' 뿐만 아니라 오프라인에서도 온라인에서만 가능하던 서비스가 제공되는 'Offline to Online'까지 포함하는 것으로, 양자 간 자유로운 연계가 가능한 형태를 의미한다.[1)]

O2O가 온라인과 오프라인의 연계를 의미하므로 자동적으로 O2O 서비스는 이러한 연계를 소비자들에게 제공해주는 서비스라고 볼 수 있다.

이를 도식화하면 다음과 같다.

---

1) 박유정, "O2O 기반 배달 서비스 앱 사용자 경험 실증연구: '배달의 민족'과 '요기요'를 중심으로", 석사학위논문, 성신여자대학교 문화산업예술대학원, 2016. 11.



정보통신기술진흥센터(2014)

결국 표에서와 같이 전체 커머스 시장 중, 온라인과 오프라인이 겹치는 영역이 O2O 시장이며, 이 영역을 통해 오프라인으로 진입하려는 기업들이 증가하면서 O2O 시장이 확대되고 있다.[2)]

본 고는 온, 오프라인 연계 비즈니스 서비스를 총칭하는 O2O 서비스 중, 특히 모바일 플랫폼 형태의 '애그리게이터형 서비스'에 초점을 두고 앞으로의 내용을 전개하고자 한다.

2. 모바일 플랫폼 형태의 '애그리게이터(aggregator) 형 서비스'

'애그리게이터 (aggregator) 형 서비스'는 O2O 서비스의 여러 유형 중 하나이다. 애그리게이터 (aggregator)란 여러 회사의 상품이나 서비스에 대한 정보를 모아 하나의 웹사이트에서 제공하는 인터넷 회사 또는 사이트를 의미한다. 이는 여러 관련 사이트를 집약해 놓은 플랫폼의 역할을 하기 때문에 한 사이트 안에서 다른 사이트로의 이동이 용이하며 사용자들이 따로 정보 수집의 과정을 거치지 않아도 된다는 장점을 가진다. 자동적으로 '애그리게이터형 서비스'는 이러한 '애

2) 황지현, "O2O, 커머스를 넘어 On-Demand Economy로", 『디지에코 보고서』, KT경제경영연구소, 2015.10

그리게이터'의 역할을 소비자에게 제공하는 서비스를 의미한다. 스마트폰 사용자 수가 늘어감에 따라 모바일에서 이용할 수 있는 어플리케이션 형태의 애그리게이터 서비스가 증가하는 추세다.

O2O 서비스 시장의 잠재성을 예상하고 진입한 대부분의 스타트업 사업체들이 이 유형에 해당한다. 애그리게이터형 서비스 사업자들은 소비자와 중·소 오프라인 업체 간의 연계를 가능하게 함으로써 오프라인 프로세스의 비효율을 해소한다. 현재 애그리게이터 관련 사업자 대부분은 '직방', '배달의 민족'과 같은 커뮤니티 중개 플랫폼 서비스를 제공하며 시장을 형성해나가고 있다.[3)]

3. 모바일 플랫폼 형태의 '애그리게이터형 서비스'의 종류

모바일 플랫폼 형태의 애그리게이터형 서비스는 제공 서비스 및 재화의 종류에 따라 배달, 숙박, 부동산, 교통 4가지로 간단하게 분류해 볼 수 있다. 대표 서비스의 예와 설명은 다음의 표와 같다.

배달	음식 정보, 주문, 결제 등이 가능한 서비스 -배달통, 배달의 민족, 요기요 등
숙박	숙박 시설 예약 및 결제 -야 놀자, 호텔365, 여기어때 등
부동산	각종 부동산 매물 (전,월세,매매 등) 정보 제공 및 계약 중계 -직방, 다방, 부동산 114 등
교통	택시 호출 예약 및 결제 -카카오택시, 티맵택시, 티머니택시, 우버 등 대리운전 기사 호출 및 예약 결제 -카카오대리운전, 파파를 부탁해 등

뿐만 아니라 커뮤니티 중개 플랫폼 서비스인가, 글로벌 중개 플랫폼 서비스인

3) 정영훈, 이금노, "O2O서비스에서의 소비자문제와 개선방안 연구", 『정책연구보고』, 제 16권 제 20호, 2016, 15-20면.

가에 따라서도 분류가 가능하다. 대표적인 업체와 설명은 다음의 표와 같다.

플랫폼 기반 Aggregator

커뮤니티 중개 플랫폼 서비스		글로벌 중개 플랫폼 서비스	
직방	· 부동산 정보 플랫폼 서비스 · 모바일 통한 매물 정보 통합 검색	UBER	· 차량 공유 정보 플랫폼 서비스 · 앱을 통해 승객과 운전기사 연결 · 음식 배달, 생필품 배달, 자전거 택배 서비스 등으로 영역 확장
배달의 민족	· 오프라인 배달업체 연결 서비스 · 모바일 통한 메뉴 검색/주문 및 결제	airbnb	· 온라인 숙소 중개 서비스 · 앱을 통해 집주인 – 여행객 간 숙박 중개 · 커뮤니티 통합 관리의 글로벌화 –190개국 140만개의 숙박 시설 등록

출처: KT 경제경영연구소

4. 애그리게이터형 서비스 소비자에 대한 행동경제학적 분석

배달의 민족은 월간 298만명의 회원을 보유하고 있다[4]. 그렇다면 무엇이 그들을 모바일 플랫폼 형태의 애그리게이터형 서비스를 사용하도록 이끄는 것일까? 답은 행동경제학에서 찾을 수 있다. 행동경제학이란 새롭게 부상하고 있는 경제학의 한 분야로, 인간의 실제 행동을 심리학적 또는 사회학적 관점에서 접근하고 분석하는 학문이다. 행동경제학은 인간이 무조건적으로 합리적인 존재라고 정의하지 않기 때문에 주류경제학에서 주장하는 "인간은 합리적이다'라는 명제를 부정한다. 대신 행동경제학에서는 경제 주체들이 제한적으로 합리적이며, 때론 감정적으로 소비선택을 이룬다고 주장한다. 행동경제학의 대표적인 이론으로는 보유효과, 손실회피성, 심리적 회계 및 심리적 안정성 등이 있다[5].

손실회피성은 애그리게이터 형 서비스의 활동량을 증가시키는 많은 요인 중 하나이다. 애그리게이터 형 서비스는 어플리케이션을 사용함으로써 아낄 수 있는

4) 디지털 인사이드 미디어 남은선, "한국 O2O 사업이 잘 안 되는 이유", <http://ditoday.com/articles/articles_view.html?idno=21309 > (최종접속: 2017.08.23)
5) 더스쿠프 김다린, "O2O 논란, 7년 전 법안에 답있다", <http://www.thescoop.co.kr/news/articleView.html?idxno=19928 > (최종접속 : 2018. 08. 20.

시간과 노력을 최대화하고, 오프라인 매장에서 구매할 경우의 손실을 최소화하는 데 초점을 두고 있기 때문이다. 2012년 미국 재정부의 조사에 따르면 미국 소비자들은 'Ocado (오카도)' 라는 무료 식료품 배달 서비스를 이용하여 연간 13시간 40분 정도의 시간을 절약할 수 있다고 한다. 이는 다시 말해, 어플 이용을 통해 절약된 시간으로 자신의 손실을 최소화 할 수 있기 때문에 많은 사람들이 사용한다는 것을 의미한다. MIT의 행동경제학 교수이자 '예측 가능하게 비이상적인 인간'의 저자인 댄 애리얼리는 인간의 두뇌는 오랜 시간 동안 여러 단계를 거쳐 진화되지 않았기 때문에 장기적인 결정의 비용을 계산하는데< 적합하지 않다고 비판한다. 모든 결정이 빠르게 이루어져야 하는 현대 사회에서 그러한 두뇌의 한계는 부각될 수 밖에 없다. 이때, 모바일 앱은 이 한계를 극복할 수 있게 해준다. 빠른 결정을 요하는 작업들을 앱을 통해 손쉽게 실현할 수 있게 되는 것이다. 그뿐만 아니라, 다양한 할인쿠폰 등의 혜택을 기간 내에 사용하지 못해 소멸되는 피해를 방지하고자 하는 손실회피적 심리 역시 소비자들의 앱 사용량을 증가시킨다. 사람들은 불필요한 소비를 하더라도 혜택을 이용하여, 사용기간을 놓쳐 얻는 손해를 막는 것을 선호하기 때문이다[6].

심리적 회계는 애그리게이터 형 서비스가 안정감을 제공한다는 점에서 행동경제학적 접근이 가능하다. 여기서 심리적 회계란, 제품을 구매하여 얻는 혜택과 구매하지 않았을 때 감당해야 할 비용을 비교하는 행위를 의미한다. 이때, 서비스가 소비자에게 제공하는 안정감은 혜택과 비용의 계산을 용이하게 해주고, 혜택을 비용보다 강화시키기 때문에 소비자의 구매 욕구를 자극하게 된다. 일례로, 음식 배달 어플리케이션인 '배달의 민족'과 '요기요'의 경우 소비자들에게 배달에 소요되는 시간을 정확히 명시하여 안정감을 제공한다. 대부분의 소비자들이 음식을 기다리는 배고픈 사람들이라는 가정하에, 만약 소요 시간이 명시되어 있지 않다면 소비자들은 서비스를 이용하지 않는 방향으로 돌아서게 될 것이다. 이는 소비자의 식욕과 음식의 제공 시간이 정확히 맞아 떨어지지 않을 수 있다는 불안감

6) 유선실, "모바일 앱(App) 마켓 최근 동향", 「정보통신정책연구원」, 제 28권 제 3호, 2016, 18~23면

을 조성하기 때문이다. 본인들의 식욕을 우선시하는 인간의 비합리적인 심리로는 불안정함을 이길 수 없어 생기는 결과다. 하지만 반대로 배달에 소요되는 시간을 명시할 경우, 미래를 용이하게 예측할 수 있다는 안정감이 소비자들의 사용을 유도한다.7)

현대 사회에서 핸드폰의 용이함 역시 애그리게이터 형 서비스의 사용을 도모한다. 현대 사회에선 핸드폰으로 음악을 듣고 티비를 보며 이메일을 주고 받는 등 과거에는 상상 조차 할 수 없었던 일들이 가능하다보니 사람들은 핸드폰에 애착이 생기게 되고, 이는 일종의 보유효과를 초래한다. 다시 말해, 핸드폰에 대한 애착으로 사람들이 핸드폰에 객관적인 가치 그 이상을 부여하는 심리현상을 낳게 되는 것이다. 이는 핸드폰을 이용해 얻는 결과물에도 전이되어, 핸드폰을 통해 사용하는 애그리게이터 형 서비스에도 객관적으로 가치를 판단하지 못하는 결과로 이어진다. 자연스럽게 서비스에 관대한 평가를 하게 되고, 이는 빈번한 사용량으로 이어진다. 결론적으로 보유효과가 높은 사용량에 일조한다고 볼 수 있다.8)

Ⅲ. 플랫폼 형태의 애그리게이터형 서비스의 문제점

행동경제학의 측면에서 보았을 때 소비자의 애그리게이터형 서비스 사용은 합리적으로 보인다. 그만큼의 장점과 효율성을 가지고 있기 때문에 많은 이들이 선택했고, 소비자의 수요에 따라 공급도 늘어나는 추세를 보이는 것이다. 그러나 이 애그리게이터형 서비스가 한국의 O2O 시장에 긍정적인 영향만을 가져온 것은 아니다. 서비스의 경제적인 측면만을 강조하다보니 여러 부작용들이 생겨났기 때문이다. 애그리게이터형 서비스의 문제점은 크게 두 가지로 분류해볼 수 있다.

---

7) 고형석, "배달앱 거래와 소비자보호에 관한 연구", 「법학연구」, 제 24권 제 1호, 2016. 73면.
8) 더스쿠프 김다린, "O2O 논란, 7년 전 법안에 답있다",
<http://www.thescoop.co.kr/news/articleView.html?idxno=19928>, (최종접속: 2017.08.20)

1. aggregator 형 서비스의 시장진출 및 성장을 저해한 요인

Aggregator 형 서비스는 분명한 장점이 있음에도 불구하고 시장을 보편화되었다고 볼 수 없다. 이는 aggregator 형 서비스의 시장진출 및 성장을 저해하는 요인이 시장에 내재되어 있음을 시사한다. 대표적인 요인으로 법령의 부재와 기존 사업자와의 충돌이 있다. 이들은 aggregator 형 서비스가 시장에서 영향력을 확장하는데 부정적인 영향을 주고 있어 이에 대한 해결책이 필요하다.

(1) 법령의 부재

애그리게이터형 서비스의 또 다른 문제점은 애그리게이터형 서비스가 만연한 데에 비해 서비스를 규제할, 혹은 서비스 제공의 기준이 되는 법령 및 제도는 현저히 부재하다는 것이다. 두 가지 측면에서 분석이 가능하다.

첫 번째, 다양한 형태와 유형을 가진 O2O 애그리게이터형 서비스를 총체적으로 아우르는 법령이 존재하지 않는다. 각각의 서비스는 각각의 다른 법에 종속되어 규제되고 있는 상황이다. 일례로 미국을 강타한 택시 어플리케이션 '우버'의 경우 '여객자동차 운수사업법'의 적용을 받고, '에어비앤비'의 경우 '공중 위생관리법' 등의 적용을 받는다. 우버의 경우 한국에서 2015년 6월 여객자동차 운수사업법에 의해 불법이라는 판결을 받았고 결국 영업할 수 없게 되었다. [9]

9) 디지털 인사이드 미디어 남은선, "한국 O2O 사업이 잘 안 되는 이유", <http://ditoday.com/articles/articles_view.html?idno=21309> (최종접속: 2017.08.23)

O2O	서비스 구분	항목	관련법률	비고
배달앱	외식업	원산지표기	농수산물의 원산지표시에 관한 법률 시행령 및 시행규칙 제9조	- 통신판매중개업자도 판매되는 음식에 대한 원산지 표기 확인 의무 <제9조(원산지 표시 등의 위반에 대한 처분 등) 2항 참고>
		위반사실 공표	식품위생법 제58조(위반사실의 공표)	- 식품위생법 위반 사실에 대한 내용의 공표 내용과 실제 사업자 정보 연계

*논문 <O2O 서비스에서의 소비자문제와 개선방안>에서 발췌

위 표에서와 같이 배달 앱은 농수산물의 원산지 표시에 관한 법률 시행령 시행규칙 제 9조와 식품위생법 제 58조와 같은 기본 법령에 제약을 받는다.

택시앱	택시	면허 등의 정보 제공	여객운수법 제21조(운송사업자의 준수 사항)	- 운수사업자(택시기사)의 자격, 운행 정보 등을 차량 내에 부착해야 함
기타	뷰티·헤어	옥외가격 표시	공중위생관리법 제4조, 공중위생관리법 시행규칙 제7조, 및 별표4 옥외광고물 등 관리법	- 기본가격 옵션 가격 등의 가격정보를 업소 외부에 표시해야함
		면허정보	공중위생관리법 제4조(공중위생영업자의 위생관리의무등) 제9조(이용사 및 미용사의 면허)	- 미용사 자격증을 영업장 안에 비치해야함

*논문 <O2O 서비스에서의 소비자문제와 개선방안>에서 발췌

택시 앱이나 기타분야도 마찬가지다. 제공되는 제화와 서비스에 따라서 각각의 O2O 서비스를 규제하는 기본 법령이 다르다. 기본 법령이 다르다는 것은 문제가 되지 않는다. 그러나 문제는, 그 서비스들이 '애그리게이터'라는 공통점을 가지고 있음에도 불구하고 애그리게이터형 서비스 전체를 규제하는 공통된 기준 하에 놓여있지 않다는 데 있다. 이렇듯 규제에 대한 공통적인 기준이 없다 보니

여러 기준이 난립해 혼란만을 가중시키고 있다.

두 번째 문제는 현재 법률체계나 규제방식이 오프라인 산업 중심이라는 것에 있다. 현재의 산업 구조는 오프라인과 온라인이 긴밀히 연계되는 O2O의 모습을 보이는 반면 현 법령은 그 속도를 따라가지 못해, 디지털로 혁신할 때 장애가 되는 것이다. 어플 'So car' 와 같이 차량, 주차장을 공유하는 공유 경제 모델을 활용한 서비스가 대표적인 예이다. 이전에는 공유 경제 모델을 활용한 서비스가 많지 않았기에 이를 규제하는 법률이 존재하지 않았지만, 이제는 그 영역이 확대되면서 법률의 필요성이 증대되고 있다. 이처럼 애그리게이터형 서비스가 오프라인에 적합하게 만들어진 법, 규제와 충돌할 가능성이 증가하면서 문제가 발생하게 된다.[10)]

(2) 기존 사업자와의 충돌

현재 배달의 민족에서 가장 큰 가맹점을 가지고 있는 기업은 BBQ 치킨이다. 실제로 배달의 민족에 등록된 사업체들을 살펴보면, 대다수가 대기업임을 알 수 있다.[11)] 표면적으로 보았을 때, O2O 서비스는 소사업자들에게 큰 기회처럼 보인다. O2O 서비스에 사업체를 등록함으로써 많은 사람들에게 노출되는 광고 효과를 노려, 대기업과의 경쟁 속에서 살아 남을 수 있을 것으로 기대되기 때문이다. 그러나 역설적으로 대다수의 소사업자들은 O2O 서비스에 사업체 등록을 꺼려한다. 그 이유는 무엇일까? 답은 사업자 신고 및 영업 허가에서 찾을 수 있다. 사업자 신고와 영업 허가를 받으려면 법률 사무소에서 관련 서비스를 받아야 하는데, 이에 대한 수수료 및 진행비가 소상공업자 입장에선 큰 부담이 되기 때문이다. O2O 서비스가 소상공업자에게 오히려 기회가 아닌 새로운 시장으로의 도약에, 진입 장벽이 된 것을 알 수 있다. 이렇듯 O2O 서비스의 등장이 기존 오프라인 사업자에게는 진입 장벽이 되고, 그 밖에도 다른 여러 피해를 안기고 있기

---

10) 이티뉴스 오대석, "O2O 지속 성장 위해 규제 갈등 문제 해결 시급", <http://www.etnews.com/20161227000470> (최종접속: 2017.08.21)

11) 카카오정책지원파트, "O2O 혁신, 규제개혁이 먼저다", <https://brunch.co.kr/@kakaoit/34> (최종접속:2017.08.18)

에 O2O 서비스와 기존 사업자와의 충돌은 피할 수 없는 문제로 대두되고 있다.[12)]

이렇듯 교통, 숙박, 음식 등 다양한 분야로 확대되고 있는 O2O 서비스 시장 내에서 기존 사업자와 신규 사업자와의 이해관계 충돌은 예삿일이 아니다. 이는 애그리게이터 형 서비스 플랫폼의 특성 상 기존에 존재하는 오프라인 수요를 온라인으로 실시간 수요자와 연계하는 방식을 사용하기 때문이다. O2O시장이 확대됨에 따라 대기업이 수요자와 연계되는 경우가 증가하다 보니, 기존의 소상공업자들의 판매에는 부정적 영향을 끼치게 되는 것이다. 이러한 골목상권 논란은 IT 대기업이 O2O 서비스를 내놓을 때마다 반복된다. 카카오의 경우 대리 운전, 미용실 예약 등의 서비스가 출시되기도 전에 골목 상권 점유율을 빼앗아간다는 이유로 오프라인 사업자들의 강한 저항을 받았다. 중고차 거래 어플리케이션인 헤이딜러나 첫차 역시 O2O 사업자와 기존 오프라인 사업자들과 시장 잠식에 대한 충돌이 있었다. 배달의 민족이나 요기요 등 음식배달 시장에서는 O2O 사업자와 오프라인 서비스 제공자들 간 수수료 문제가 야기되기도 하였다. 수수료를 인상 혹은 인하하느냐의 문제를 전담하여 규제하는 집단 혹은 가이드라인이 부재하여 사업자들간의 충돌이 계속하여 발생하는 것이다.[13)14)]

2. Aggregator 형 서비스의 부상으로 인해 발생한 문제점

(1) 소비자들의 권익 침해

첫 번째 문제는 소비자들의 권익 침해이다. 현 애그리게이터형 서비스는 소비자 보호 장치가 제대로 마련되지 않은 상황에 직면해있기에 소비자들의 권익이

---

12) 이티뉴스 오대석, "O2O 지속 성장 위해 규제 갈등 문제 해결 시급", 「이티뉴스」, <http://www.etnews.com/20161227000470> (최종접속: 2017.08.21)

13) 김동수, 김관호, 최동욱, 정재윤, "국내 O2O 서비스 이슈 진단 및 산업활성화 정책 방향 제한", 「한국전자거래학회지」, 제 21권 제 4호, 2016, 137-150면.

14) 민성희・박정은, "공유경제 비즈니스 사례 분석 및 시사점", 「조사월보」, 제 730호, 2016. 12-15면.

보장 받지 못하고 있는 것이다. 개인 정보 보호가 제대로 이루어지지 않는 상황에서 소비자들의 사적인 정보들은 온라인을 표류하고 있다. 또한, 서비스 신뢰 부재의 문제나 품질인증 제도의 부재 등으로 인해 생겨나는 여러 부작용과 역기능에 소비자는 고스란히 노출 된 상태이다.

1) 개인정보 유출 문제

기존에 택배 등을 통해 재화만 받던 온라인 상의 서비스와 달리 O2O 서비스는 오프라인 서비스 제공자와 소비자가 직접 만나 서비스를 주고 받을 수 있는 환경을 조성한다. 이를 위해서는 소비자는 사업자에게 자신의 개인 정보와 연락처, 위치 정보 등을 제공하게 되며 이러한 개인정보가 전달 목적 외로 사용되면 문제가 발생하게 된다. 최근 '배달의 민족', '배달통'과 같은 배달 앱을 중심으로 부정적인 후기를 남긴 소비자가 외식 배달 업체 사장에게 신변의 위협을 받는 경우가 발생 하고 있는 것이 대표적 예이다. 2015년 한국여성소비자연합의 '배달앱 서비스 관련 소비환경 실태조사 결과'에 따르면 앱 서비스 고객센터가 부정적인 리뷰를 남긴 소비자에게 전화를 걸어 왜 그런 리뷰를 올렸냐고 따지듯이 물었다는 사례와 맛이 없다고 평을 남긴 소비자에게 업체에서 연락이 와 영업 방해죄로 고소하겠다고 협박을 한 사례들을 쉽게 찾아볼 수 있다. 이처럼 소비자에게 직접 연락하여 리뷰에 대한 수정 또는 삭제를 요청 한다는 것은 제공된 개인정보를 배달 시에만 사용하여야 함에도 불구하고 이를 어기고 역추적하여 연락하는 수단으로 사용한 것이다.[15] 소비자의 리뷰가 중요해짐에 따라 온라인 상의 대응뿐만 아니라 직접 연락을 취하거나 심한 경우 자택, 회사 등으로 찾아가는 등의 사례도 발생되고 있다. 소비자들은 자신의 개인 정보를 모두 저장하고 활용하는 O2O 서비스 플랫폼으로부터 온라인에서만이 아니라 직접적으로 피해를 입을 수 있다는 위협에 사로잡힌다.[16] 이러한 개인 정보 유출 문제가 반복 될 시 많은 소

15) 이금노, 서종희, 정영훈, "온라인플랫폼 기반 소비자거래에서의 소비자 문제 연구", 「정책연구보고」, 한국소비자원. 제 16권 제 3호, 20-35면.
16) 안수현, "온라인 오프라인 융복합서비스시장(O2O)에서의 소비자이슈와 보호방안", 「외법논집」, 제 41권 제 2호, 2017. 81-105면.

비자들이 위협을 피하기 위해 솔직한 후기 대신 무난한 수준에서만 리뷰를 적게 되며 이는 소비자 선택 정보의 왜곡으로 이어질 수 있다. 앞서 계속해서 언급된 직접적인 신체적 위협이나 위험도 지속적으로 발생할 것이다.

또한, 소비자 개인 정보가 사업자에게 직접적으로 유출될 뿐만 아니라 광범위하게 유출된다는 문제도 존재한다. 최근 성장세를 보이고 있는 O2O 서비스 사업자들 대부분은 국내 소비자의 행동패턴을 분석하는 광고와 연계되어 있다고 할 수 있다. 즉, 소비자의 정보를 지속적으로 분석하고 이를 가공하여 광고 매출로 이어지는 것이 O2O 서비스 경쟁력의 원천이 되는 것이다. 그러다 보니 이가 소비자의 정보 유출과 프라이버시 침해로 이어지는 경우가 발생하고 있다. 광고의 효과가 실현되기 위해서는 소비자의 구매 패턴과 주기 및 결제 정보 등 소비자 행태 정보가 지속적으로 축적 및 분석이 가능해야 하는데, 이러한 소비자의 구매 이력의 저장, 보유 및 분석이 부득이 소비자의 프라이버시 침해를 야기하게 되기 때문이다.[17] 이러한 침해 가능성은 최근 더 커지고 있는데, 소비자가 기대하는 서비스를 제공받기 위해서는 항상 최신 정보를 요구하는 경우가 많은데다 위치 정보 이용의 동의를 기본으로 하는 경우가 많기 때문이다.[18]

온라인 광고 기술이 발전하면서 기존 광고에서는 불가능하였던 개인화 된, 맞춤형 광고가 등장하게 됨에 따라 프라이버시 침해문제는 더 심화될 것으로 전망된다. 광고 서비스 업체는 개인을 식별할 수 있는 기본 정보 뿐 아니라 개인의 웹 서핑에 대한 추적 정보, SNS에서의 활동 정보, 그리고 현실 공간에서의 위치 추적 정보 및 개인의 블로그나 댓글 분석과 온라인 거래 내역 등의 '빅데이터(Big data)'를 수집하기 때문이다. [19] 광고업체는 이러한 빅데이터를 수집하여 분석, 활용하는데 이는 제 3자에게도 판매가 가능하기 때문에 더 큰 문제를 야기할 수 있다. 이러한 빅데이터의 분석은 소비자의 행적을 실시간으로 추적, 분석

17) 김동수, 김관호, 최동욱, 정재윤, "국내 O2O 서비스 이슈 진단 및 산업활성화 정책 방향 제한", 「한국전자거래학회지」, 제 21권 제 4호, 2016, 137~150면.
18) 안수현, "온라인 오프라인 융복합서비스시장(O2O)에서의 소비자이슈와 보호방안", 「외법논집」, 제 41권 제 2호, 2017. 5, 105-114면.
19) 조혜령, "O2O (Online to Offline)서비스 브랜드 커뮤니케이션을 위한 브랜드 아이덴티티 전략에 관한 연구",홍익대학교 석사학위논문, 2016.2. 16면.

하여 광고 및 마케팅에 활용하고자 하기 때문에 프라이버시의 문제는 더욱 심각해질 것으로 예상된다.

2) 애그리게이터형 서비스의 신뢰도 부재 및 소비자 기만

애그리게이터형 서비스는 편의성과 효율성 등으로 소비자 선호도의 우위를 점하고 있다. 그러나 그 수준에 도달하지 못하는 신뢰성은 시급히 해결해야 할 문제이다. O2O 서비스의 품질을 객관적으로 인증하는 제도가 부재하며, 제공 정보 및 리뷰의 조작으로 신뢰도를 보장할 수 없는 상태에서 그 부작용과 역기능은 고스란히 소비자가 감당해야 할 문제가 되어버렸다.

조사 결과에 따르면 공정위는 2016년 7월, 6개 배달 앱 사업자를 대상으로 불만족스러운 이용 후기를 비공개 하거나 거짓 이용 후기 작성, 주문 건수 조작 등의 이유로 단속 시정조치를 요구한 바 있다. 단속 내용에 따르면 배달의 민족, 배달통 등에서 소비자가 배달 음식 중개를 이용하고 작성한 불만족 이용 후기를 다른 소비자가 볼 수 없도록 비공개 처리한 것으로 드러났다. 구체적으로 살펴보면, 배달통의 경우 2015년 1월 1일부터 2015년 6월 30일 기간 동안 비공개 후기 건수가 5,362건이며 배달의 민족의 경우 같은 기간 비공개 후기 건수가 14,057건이나 되는 것으로 나타났다.[20]

이처럼 소비자 리뷰 평점 등의 조작 등이 계속 발생하는 이유는, O2O 서비스의 품질을 객관적으로 검증할 제도가 없고, 서비스 제공 업체에 대한 신뢰도 측정이 다른 소비자가 제공한 정보로만 이루어지기 때문이다. 오프라인 방문 없이 온라인으로만 주문 과정이 이루어지다 보니 실물을 확인하거나 체험하지 못한 상태에서 구매가 이루어지고 이러한 선택의 어려움을 보완해줄 수 있는 것이 바로 직접 이용해 본 소비자들의 후기 리뷰 및 평점이 된다. 따라서 많은 소비자들이 비슷한 조건이라면 평점이 높거나 후기 리뷰에 좋은 평이 많은 음식점을 이용하게 되며 불친절하다거나 음식에 대해 평이 좋지 않은 경우는 구매를 하지 않거나 꺼리게 된다. 음식점들은 이러한 소비자들의 소비 패턴을 악용하여 자신들의

20) 고형석, “배달앱 거래와 소비자보호에 관한 연구”, 「법학연구」, 제 24권 제 1호, 2016. 74면.

후기를 조작해 칭찬 일색으로 만들거나 배달 앱에 요청하여 불만족 후기를 비공개 처리하게 하는 것이다.[21)]

문제점은 이 뿐만이 아니다. 공정위에서는 지난 2016년 7월 배달 앱의 '광고상품 우선 전시 관련 소비자 기만행위 (전상법 제 21조 제 1항 제 1호 위반)'와 관련하여 배달의 민족, 배달통, 배달 365 및 배달이오 4개 업체에 대해 법 위반 사항을 공표하였다. 이들은 광고 상품을 구입한 음식점을 '추천 매장'과 같은 특정 영역에 노출하면서도 소비자들에게 해당 음식점들의 광고 상품 구입 사실을 충분히 알리지 않았거나 평점 리뷰 순으로 정렬 기준을 운영하면서도 객관적인 정렬 기준이 아닌 광고 상품 구매 음식점을 우선적으로 배치하는 등의 소비자 기만행위를 보였다.[22)] 이는 소비자에게 거짓된 정보로 접근하여 거래를 유인한 것이다. 객관적인 사실이 아닌 순위와 광고를 보고 소비하게 된 소비자에게 이는 명백한 선택권 침해 행위이며 더 나아가 O2O 산업 전체에 대한 불신으로 이어질 수도 있기에 해결이 시급하다.

(2) 의무 미수행 및 책임 회피성 약관의 남용

애그리게이터 형 서비스 시장에서 발생하는 또 다른 문제점은 크게 두 가지 관점에서 바라볼 수 있는데, 이는 바로 의무 미수행과 책임 회피성 약관의 남용이다.[23)] 원칙적으로는 O2O 플랫폼 사업자가 스스로 소비자와 계약을 직접 체결하는 당사자가 될 것인지, 혹은 단지 중개자로 남을 것인지 선택할 수 있는데, 계약이 체결된 후에도 O2O 플랫폼 사업자가 자신의 역할을 명확히 밝히지 않는 경우에는 판단 여부가 문제가 된다. 대부분의 사업자들은 자신이 중개자임을 고지하고, 판매되는 상품이나 서비스의 하자에 대해 어떠한 책임이나 보증을 지지 않으며, 이에 대한 면책고지를 하거나 면책규정을 약관에 두고 있다. 또한, 전자 상거래법 제 20조 제 3항에 의거[24)], 사업자들은 판매중개자로써

---

21) 이금노, 서종희, 정영훈, "온라인플랫폼 기반 소비자거래에서의 소비자 문제 연구", 「정책연구보고」, 한국소비자원, 제 16권 제 3호, 52면.
22) 이경아, "온라인 소비자리뷰관련제도 개선방안 연구", 「정책연구16-23」, 한국소비자원, 2016, 16~23면.
23) 카카오정책지원파트, "O2O 혁신, 규제개혁이 먼저다", <https://brunch.co.kr/@kakaoit/34> (최종접속: 2017.08.18)
24) 이병준, "O2O플랫폼 서비스와 전자상거래소비자보호법에 의한 소비자보호", 「안암법학」, 제

서비스 시장 내에서 발생하는 불만이나 분쟁의 해결을 위해 원인 및 피해 파악, 적절한 해결방안 등 필요한 조치를 신속하게 시행해야 할 의무가 있다. 사업체들은 이러한 자신들의 입장과 역할을 소비자에게 명확히 고지해야 하고 통신 판매 중개자로써의 책임을 시행할 의무가 있는데, 현재 애그리게이터 형 서비스 시장에서 통용되고 있는 플랫폼을 살펴보면 그렇지 않음을 알 수 있다.[25)]

이에 대한 예시로 현재 애그리게이터 형 서비스 시장에서 통용되고 있는 "배달통"과 "배달의 민족"의 약관을 볼 수 있다. 대표적인 배달 앱 서비스인 "배달통"의 경우 계약 체결 절차 어느 곳에서도 음식을 구매하는 계약의 당사자가 명확하게 표시되어 있지 않다. 단지 음식 사업체의 마크만 게시되어 있고, 정확한 주소 역시 기재되어 있지 않는 경우가 허다하다. 전자상거래 소비자 보호법 제14조에 따르면 당사자 확정이 불투명하고 통신 판매 중개자가 청약의 방법을 제공하는 경우 청약내용의 확인, 정정, 취소에 대한 절차에서 알릴 것으로 규정하고 있다 (동 시행령 제11조의 제1항). 하지만 "배달통"은 전자상거래소비자 보호법에 의한 소비자 보호 명시적 고지도 없고, 소비자들이 쉽게 간과할 수 있는 이용약관에 통신 판매 중개업자라는 사실만 고지되어 있다.[26)]

또 다른 서비스인 "배달의 민족" 역시 비슷하다. "배달의 민족"은 메인 페이지 하단에 통신 판매 중개자이며 통신 판매 당사자가 아니라는 사실을 게재하고, 약관 상으로도 상품거래를 중개하는 플랫폼 서비스만을 제공할 뿐이고 판매하는 당사자가 아님을 공시하고 있다 (이용약관 제 24조). 하지만 이러한 공시 내용이 하단에 존재하고 있어 당사자에 관하여 오해할 가능성이 존재한다. 즉, 주의 깊은 소비자가 아니라면 계약의 당사자가 단순 중개자가 아닌 통신 판매자라고 판단할 가능성이 있기 때문에 유효한 면책고지를 제대로 수행하고 있지 않은 것으로 보인다. 뿐만 아니라, 회원 가입 시에 약관 동의 항목을 같은 페이지에 두어서 서비스 관련 조항을 찾기 어렵게 설계하였다. 소비자들은 작은 모바일 스크린 상

52권, 2017, 32-35면.

25) 이병준, "O2O플랫폼 서비스와 전자상거래소비자보호법에 의한 소비자보호", 「안암법학」, 제 52권, 2017, 32-35면

26) 이금노, 서종희, 정영훈, "온라인플랫폼 기반 소비자거래에서의 소비자 문제 연구", 「정책연구보고」, 한국소비자원, 제 16권 제 3호, 215-221면.

으로 이용약관을 한 줄씩 읽어야 하기 때문에 불필요하게 많은 시간과 노력이 소요된다. 배달의 민족 약관 [27]제 3조 (약관의 명시와 개정)를 살펴보면, 약관이 연결화면을 통해 보도록 하고 있어 소비자가 적극적으로 약관을 보지 않는 한 약관을 지나치고 회원 가입 및 서비스 이용 페이지로 이동할 가능성이 높다.[28]

사업자들의 의무 미수행은 이를 무마하려는 사업자들의 책임 회피성 약관의 남용으로 이어지고, 결국 소비자의 권리를 침해하게 된다. O2O 플랫폼 사업자들은 소비자와 사업자를 중개하는 역할을 담당하지만, 이에 대한 책임 부담을 최소화하기 위해 "재화와 서비스 등에 대한 정보 및 배송, 하자 등에 대한 일체의 책임은 업주"에게 있다는 내용의 책임 제한 조항을 두거나 "업주가 게재한 정보, 자료, 사실의 신뢰도, 정확성 등 내용에 관해서는 책임을 지지 않는다"라는 조항을 두고 있다. [29] 취소나 환불 관련 정보 파악 역시 O2O 플랫폼 사업자들에게 절대적으로 유리하도록 설계되어 있다. 물건과 서비스를 소비자가 직접 보고 결정할 수 없는 O2O 시장의 특성상 원활한 정보제공이 가장 중요하다. 하지만 O2O 서비스는 책임 회피를 위해 취소와 환불 관련 적절한 기준점을 제시하지 않고, 각 서비스나 상품별로 서비스 제공 사업자가 자율적으로 기준을 제시하도록 하기 때문에 소비자들은 관련 정보를 취득하는데 불필요한 시간과 노력이 소요된다.[30][31]

물론 법은 여러 조항을 통해 역할 부재에서 파생되는 문제점을 최소화하고자 한다. 현재 '전자 상거래 소비자 보호법'은 통신 판매 계약 당사자인 O2O 서비

---

27) "회사"는 이 약관의 내용과 상호, 영업소 소재지 주소 (소비자의 불만을 처리할 수 있는 곳의 주소를 포함), 대표자의 성명, 사업자등록번호, 통신판매업 신고번호, 연락처 (전화, 전자우편 주소 등) 등을 "이용자가 쉽게 알 수 있도록 "사이트"의 초기 서비스화면 (전면)에 게시합니다. 다만, 약관의 내용은 "이용자"가 연결화면을 통하여 보도록 할 수 있습니다.

28) 이병준, "O2O플랫폼 서비스와 전자상거래소비자보호법에 의한 소비자보호", 「안암법학」, 제 52권, 안암법학회, 2017, 36-38면.

29) 이티뉴스 오대석, "O2O 지속 성장 위해 규제 갈등 문제 해결 시급", <http://www.etnews.com/20161227000470> (최종접속:2017.08.21)

30) 안수현, "온라인 오프라인 융복합서비스시장(O2O)에서의 소비자이슈와 보호방안", 「외법논집」, 제 41권 제 2호, 2017. 81-107면.

31) 민성희・박정은, "공유경제 비즈니스 사례 분석 및 시사점", 「조사월보」, 제 730호, 2016, 17-18면.

스와 계약 체결을 가능하게 하는 시장, 그리고 계약의 이행에 관여하는 자들까지도 규정을 두고 있다. 소비자가 통신 판매업자인 O2O 서비스와 계약을 체결했을 때 전자 상거래를 통해 거래 대금을 지급한다고 볼 수 있는데, 이와 관련여 전자 상거래 소비자 보호법은 이 경우 제 8조 제 1항에 의거, 전자 결제 수단 발행자, 전자 결제 서비스 제공자 등 전자적 대금 지급 관련자와 함께 관련 정보의 보안 유지에 필요한 조치를 취할 의무를 가지고 있고, 그 밖에 각종 정보를 제공하거나 고지 및 열람할 수 있도록 할 의무 (제 8조 제 2항 내지 제 4항)와 분쟁이 발생한 경우 분쟁 해결에 협조할 의무를 부과하고 있다 (제 8조 제 5항). 하지만 전자적 대금 지급 관련자와 함께 정보 보안 유지에 필요한 조치가 무엇인지 그에 대한 범위가 명확하지 않으며, 어느 정도의 주의를 기울이면 면책이 되는지에 대해서도 불투명하다. 따라서 관련 법 조항을 실제 사례에서 적용하기엔 다소 미흡하다고 볼 수 있다.[32)]

결론적으로, 서비스 사업자들이 자신의 역할 고지를 명확히 하지 않고, 그에 따른 의무를 수행하지 않으며, 정보의 비대칭성을 악용하는 등 책임 회피성 약관을 남용하는 문제점이 존재한다. 이는 소비자 입장에서 절대적으로 불리한 조건들이며, 궁극적으로 시장 발전가능성을 통제하는 요인으로 이어진다.

Ⅳ. 애그리게이터형 서비스 문제점의 해결방안

앞서 언급한 문제점을 해결하기 위해서는 구체적인 법적 논의가 필요하다. 이에 각 문제점들의 법적, 제도적 해결 방법을 다음과 같이 명시하였다.

---

32) 이병준, “O2O플랫폼 서비스와 전자상거래소비자보호법에 의한 소비자보호”, 「안암법학」, 제 52권, 안암법학회, 2017, 37-38면.

1. Aggregator 형 서비스의 시장진출 및 성장을 저해하는 요인

(1) 법령 부재 문제의 해결방안

법령의 부재는 두 가지로 분석 가능하다. O2O 서비스 전체를 아우르는 규제의 부재 그리고 온라인과 오프라인을 연계하는 현 산업의 흐름에 적용 가능한 규제의 부재가 바로 그것이다.

현재 한국의 O2O 서비스는 법령의 부재로 인해 각 서비스들이 기존에 있는 일반 법령의 규제를 받고 있다. 이러한 기존 법령은 O2O 서비스의 특수성을 전혀 고려하지 않은 것으로, O2O 서비스의 적용에 있어서 정확성과 적합성이 결여되어있다. 뿐만 아니라, 법령에 의한 현 규제는 산업별로 구분되어있지 않아 체계적인 적용이 이루어지지 않고 있는 실정이다. 이를 해결하기 위해서는 O2O 라는 공통의 산업에 대해 공통의 규제를 가하는 기준이 제시되어야 한다. 그러나 이러한 기준을 만족시키는 새로운 법령을 만들기 위해서는 막대한 비용과 시간이 소요될 것이다. 이에 새로운 법령을 제정하기보다는, O2O 서비스를 운송, 숙박과 같이 산업별로 구분짓고 각각 산업에 대한 체계적인 규제가 이루어지도록 현재의 법령을 수정하는 것이 바람직할 것이다.

실례로 미국, 영국, 독일 등의 경우, 운송중개플랫폼 서비스를 일컫는 TNC (Transportation Network Company)라는 용어를 창설하여 운송중개 서비스와 관련된 모든 규정을 명시하였다. 특히 미국의 경우 주법에 TNC에 대한 별도의 규정을 두어 TNC 영업을 허용하고 있다. 이는 O2O 서비스의 부상에 발 맞추어 기존의 법을 개편한 것으로, 기존에 존재하던 여객운수법만으로 택시어플 플랫폼을 규제하는 한국과는 매우 대조적인 모습이다. 위의 국가들이 TNC 규제를 통해 소비자와 생산자 모두의 혼란을 막은 것처럼 한국 또한 O2O 서비스를 산업별로 분류하여 각 산업에 대한 체계적인 규제가 이루어지도록 현재의 법령을 수정해야한다. 이를 통해, 굳이 O2O 서비스 전체를 아우르는 규제를 새로 도입하지 않더라도 법령의 부재로 인해 발생하는 혼란과 충돌을 막을 수 있을 것이다.[33)]

기존 오프라인 산업에 맞게 제정되어, '허가' 중심의 규제가 대부분인 현재 규제의 실정이 O2O 서비스와는 맞지 않아 야기되는 문제는 네거티브 규제를 도입하는 것으로 해결할 수 있다. 현재의 규제들은 대부분 포지티브 규제이다. 포지티브 규제란 대부분 허용하는 것들을 나열하고 나머지는 금지하는 형태의 규제를 의미한다. 다시 말해 정책, 법률 상으로 허용하는 것을 정해주고, 이외의 것들은 하지 못하도록 막는 것을 뜻한다. 포지티브 규제 하에서는, 이전에 없었던 새로운 사업을 하고 싶다면 정부에 요청해 정부가 정책, 법률 상으로 허가를 내릴 때까지 기다려야 한다.

이러한 포지티브 규제는 급변하는 첨단 산업 시장에 적용하기엔 역부족이다. 특히 O2O시장은 매 순간 다른 판매자와 사업자가 창의적인 아이디어를 통해 진입할 수 있는 시장이다보니 자유로운 의견 공유가 필요하기 때문에 매 순간 정부의 허가를 기다리는 건 비효율적이라고 볼 수 있다. 이에 대해 유영무 변호사는 "앞으로는 이를 네거티브 형태로 바꿔가는 것이 바람직하다"고 답했다. 네거티브 규제란 포지티브 규제와는 반대로, 정부가 특별히 금지하는 것 외에는 특별한 허가가 없어도 실현 가능한 것을 의미한다. 포지티브 규제 대신 자유가 보장되는 네거티브 규제가 적용된다면, 급변하는 O2O 서비스에 적합하지 않는 오프라인형 규제로 인해 생겨나는 문제점을 해결할 수 있을 것이다. 물론 이러한 네거티브 규제를 따르는 대신 사고 발생시에는 더욱 엄격한 책임 부과도 따라야만이 또 다른 문제점이 야기되는 것을 막을 수 있을 것이다.[34]

(2) 기존 사업자와의 충돌문제의 해결방안

기존 오프라인 사업자와 신규 O2O 서비스 사업자 간의 이해관계 충돌을 조정하기 위해선 중재가 가능한 환경이 조성되어야 한다. 앞서 언급했던 것처럼, 다

---

33) 오유정, "세계 각국의 O2O 서비스 규제 현황 및 시사점-운송중개서비스(TNC) 및 숙박공유를 중심으로", 「제4차 산업혁명과 소프트파워 이슈리포트」, 제 2호, 정보통신산업진흥원, 2018. 5~7면.

34) 카카오정책지원파트, "O2O 혁신, 규제개혁이 먼저다", <https://brunch.co.kr/@kakaoit/34> (최종접속: 2017.08.18)

수의 애그리게이터 형 서비스 플랫폼의 경우 기존에 존재하던 오프라인 사업에 대한 수요를 온라인으로 실시간 수요자와 연계하는 방식이다. 하지만 수 많은 오프라인 사업체들에 비해 온라인으로 연계 가능한 매체는 제한적이기 때문에 경쟁이 불가피하다.[35] 이를 해결하기 위해선 오프라인 사업자와 O2O 사업자가 동일한 고객 시장을 대상으로 상호 의존 할 수 있는 사례를 분석하고 이를 벤치마킹 해야 한다. 다시 말해서, 기존의 오프라인 시장이 애그리게이터 형 서비스에 그대로 도입되는 과정이 타당한지에 대해 계산하고, 국내외 O2O 서비스 플랫폼의 성공 및 실패 사례를 분석한 후 플랫폼의 특성을 고려하여 오프라인 사업자와 O2O 서비스 플랫폼 제공자 간 수익 배분 참조 모형을 개발하는 것이 필수적이다. 예를 들어서, 기존의 오프라인 매장과 온라인 쇼핑몰은 한 개 이상의 채널을 가진 옴니채널 (omni-channel) 형태로, 쇼루밍과(showrooming) 리버스 쇼루밍(reverse showrooming)의 역할을 담당하여 서로 상호 보완한다. 즉 오프라인 매장에서 제품을 살펴본 후 온라인에서 구매하는 것(showrooming)과 온라인에서 제품을 살펴본 후 오프라인에서 구매하는(reverse showrooming)행태가 적절히 이루어지면서 각각의 한계점을 보완할 수 있는 것이다. 이처럼 O2O 서비스 산업에서도 오프라인과 온라인 각각의 적절한 역할을 제시하고 이를 법적 조항으로써 명시한다면, O2O 서비스와 기존 사업자가 충돌하기보다는 서로의 부족한 점을 개선하는 역할을 할 수 있을 것이다. 이를 통해서 소비자들이 편리하고 저렴한 서비스를 이용함과 동시에 이해관계에 충돌되는 관계자들이 시장 내에서 지속적으로 수익을 공유함을 기대할 수 있다.[36]

뿐만 아니라, 경제학적 관점으로 바라보았을 때, '규제 포획이론'의 정확한 이해와 이를 바탕으로 한 법률로의 적용은 해결방안을 마련하는데 도움이 될 수 있다. 일반적으로, 서로 다른 입장을 가진 이익집단 간의 이해충돌이 발생하여 이에 대한 해결방안을 논의할 때, 정책적 이슈가 야기된다. 경제학의 규제 포획이

35) 카카오정책지원파트, "O2O 혁신, 규제개혁이 먼저다", <https://brunch.co.kr/@kakaoit/34> (최종접속: 2017.08.18)

36) 김동수, 김관호, 최동욱, 정재윤, "국내 O2O 서비스 이슈 진단 및 산업활성화 정책 방향 제한", 「한국전자거래학회지」, 제 21권 제 4호, 2016, 137~150면.

론 (Capture Theory)은 이러한 이익집단 간 정책 결정 및 규제 조정에 관한 새로운 접근 방법을 제시한다. 규제 포획이론이란 보호를 필요로 하는 경제 주체들이 이익집단을 형성하여 정부를 설득하여, 결과적으로 정부로부터 특정 집단에 유리한 규제 정책을 이끌어내는 행위를 뜻한다. 1971년 미국의 경제학자 '조지 스티글러'가 처음 발표한 이 이론은 기업이 정부의 규제에 대해 무조건적으로 반발하는 것이 아니라, 특정 규제를 내면적으로 환영하고 이를 오히려 이익창출의 기회로 간주한다고 말한다. 이러한 이익집단은 뇌물이 아니라 전문성 혹은 정보를 통해 정부를 설득하는 경우가 많다.

앞서 제시된 사례들과 같이, 서로 다른 입장을 가진 기존 오프라인 사업자와 온라인 사업자의 이해관계가 상충되는 애그리게이터 형 서비스 플랫폼에서도 정부가 단면적인 이익만을 주장하는 경제 주체의 주장에 휘둘리지 않는 것이 가장 중요하다. 더불어 자신에게 유리한 정책을 실현하도록 정부를 포획하려는 기업을 막을만한 법적 제도를 도입하여 기업체들이 야기할 혼란을 사전에 차단하는 방법도 도입해야한다. 이러한 법적 규제는 정부가 특정 기업의 이익이 아닌, 국내외 산업 전망에 기반하여 장기적인 시장 운영 및 산업 발전, 궁극적으로는 시민들의 편익 증대를 종합적으로 고려할 수 있게 할 것이고, 이를 통한 정책 결정 및 규제 조정이 이루어진다면 O2O시장에서의 사업자들 간 충돌이 감소할 수 있다.[37)]

O2O와 관련된 법령을 개선하는 방안도 고려하지 않을 수 없다. 현재의 O2O 시장을 종합적으로 검토하여, 규제 등으로 인해 사업자들이 시장 진입을 포기하거나 폐업하기 이전에 조기에 문제를 발견하고 이를 개선하는 방안이다. 예를 들어 결혼 중개법 법률시행령 제1조 제 2호에 의하면 업무시설로 기재된 건물에 중개 사무소를 확보할 것을 요구하고 있다. 이 중개법에 의하면 결혼 중개서비스를 온라인으로 진행하더라도 오프라인 중개 사무소가 필요하기 때문에 결혼 중개 서비스를 시작하려는 사업자들에게 하나의 진입장벽이 될 수 있다. 이 경우,

---

37) 더스쿠프 김다린,"O2O 논란, 7년 전 법안에 답있다", <http://www.thescoop.co.kr/news/articleView.html?idxno=19928> , (최종접속:2017.08.20)

관련 법령을 개선하는 방안을 추진하여 O2O 서비스의 진입 장벽을 해소해 선제적으로 대응할 수 있다. 같은 맥락으로, 자사 정책을 강요하는 사업자들을 조기 발견하여 이를 규제하는 법령을 발행하는 것도 선제적인 대응을 통해 기존 사업자와의 충돌을 막을 수 있게 할 것이다.[38)]

결론적으로, 소비자와 사업자가 공생할 수 있는 환경을 조성하고, 포획이론을 명확히 이해하여 이를 바탕으로 법률에 적용하고, 정부가 선제적 대응을 통한 법적 규제를 이루어낸다면 O2O 서비스가 기존 사업자와 충돌하여 발생하는 문제를 해결할 수 있을 것이다.

2. Aggregator 형 서비스의 부상으로 인해 발생한 문제점

(1) 소비자 권익 침해의 해결방안

1) 개인 정보 유출 문제

개인 정보 유출과 관련해서는 소비자가 사업자에게 제공한 정보가 배달 시에만 사용되는 것이 아니라 오히려 역추적 되어 사용되는 문제가 있었다. 이 역추적 된 정보로 사업자가 소비자에게 직접 연락하거나 자택 등에 찾아가는 등 신변의 위협을 가하기도 하는 경우가 발생했다. 뿐만 아니라 광고와의 연계로 인해 소비자의 개인 정보가 광범위하게 유출되고 침해되는 문제가 존재했다. 이는 개인 정보 유출과 관련된 규제를 강화하고 개정하는 것으로 해결할 수 있다.

첫번째 해결 방안은, 소비자의 개인 정보가 사업자에게 직접적으로 전해지는 경우를 방지하는 것이다. '안심 번호' 사용 및 개인 정보 코드화를 정부 차원에서 제도적으로 도입하는 것이 한 예가 될 것이다. 현재는 각각의 사업체 별로 이를 자발적으로 도입하고 있으나 정부의 지휘 아래 O2O 사업 전체로 확대해야 할 필요성이 있다. 안심 번호 사용이란 개인 정보 보호를 위해 실제 연락처를 노출

38) 유선실, "모바일 앱(App) 마켓 최근 동향", 「정보통신정책연구원」, 제 28권 제 3호, 2016, 18~23면.

하지 않고도 통화가 가능하도록 휴대폰, 유선전화 등의 연락처에 가상의 전화번호를 부여하는 제도를 의미한다. 그와 더불어 다른 여러 소셜 미디어 정보들을 코드화하여 사업자가 직접 확인할 수 없도록 하는 제도를 도입한다면 직접 연락을 가한다거나, 자택으로 찾아가는 등 소비자에게 신변의 위협을 가하는 문제를 해결할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 개인 정보에 접근하여 이를 배달 이외의 용도로 사용하는 사업체가 생길 경우 이를 강력히 처벌하는 조항이 마련된다면 소비자 정보의 역추적과 악용을 막을 수 있을 것이다. 정부의 역할 또한 강조하지 않을 수 없다. 시민의 불편함을 최소화하고 보호하는 것이 정부의 가장 중요한 의무 중 하나인만큼, 개인정보나 보안과 관련된 각종 범죄에 대한 우려로부터 부당하게 피해를 입는 고객 또는 사업자가 발생하지 않도록, 급변하는 O2O 시장의 규칙을 관리하는 조정자의 역할을 충실히 수행할 필요가 있다.

광고와의 연계로 인해 소비자의 개인 정보가 광범위하게 유출되고 침해되는 문제 또한 존재했다. 현재 현행법상 이러한 정보는 사업자가 지속적으로 보관하는 것이 어려운데, 그 이유는 개인 정보 보호법상 목적 달성 후 지체 없이 파기하거나 동의 받은 이용 기간이 지나면 파기하여야 하기 때문이다.[39] 현행 법이 잘 적용되고 있다는 가정하에, 회원 가입을 위한 개인정보(생년월일, 전자우편주소, 비밀번호, 휴대 전화번호, 사진, 성별, 닉네임, 거주지역)등은 목적 달성 후 바로 파기되고 있으며, 결제 및 배달 정보 등(신용카드 결제 시 카드사명, 휴대전화 결제 시 휴대전화번호・통신사명 등)은 전자 상거래 법에 따라 5년간만 보관할 수 있다. 그러나 광범위하게 퍼져있는 소비자의 개인 정보는 이러한 현행법이 잘 지켜지지 않고 있음을 역설한다. 따라서 여기서 중요한 점은, 이 법이 잘 적용되고 있는지 감시 및 감독이 이루어져야한다는 것이다. 그러므로 현재의 개인정보 보호법에 '주기적인 감시 및 감독'의 항목을 추가할 필요가 있다. 주기적인 검증 후에, 개인 정보 파기가 제대로 이루어지지 않는 것이 밝혀진 사업체에 대해서는

39) 제21조(개인정보의 파기) ① 개인정보처리자는 보유기간의 경과, 개인정보의 처리 목적 달성 등 그 개인정보가 불필요하게 되었을 때에는 지체 없이 그 개인정보를 파기하여야 한다. 다만, 다른 법령에 따라 보존하여야 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

강력한 처벌 및 조치가 이루어져야 한다.

광고를 위해 수집된 소비자의 빅데이터가 제 3자에게도 판매가 가능하여 야기되는 문제점 또한 존재했다. 현재로서는 개인정보 보호법 제 17조 제 1항 제 1호에 의거하여, 소비자가 동의한 경우에 한해서만 소비자의 정보가 제 3자에게 제공 가능하다. 그러나 이후 소비자가 동의를 철회하고자 할 때의 조항은 부재한 상태다. 따라서, 소비자가 동의하였지만 이후에 이를 철회하고자 하는 경우가 존재할 수 있음을 감안할 때 사후 정보 공유 관련 정보 제공 요구권과 정보 제공 철회권을 소비자에게 인정하는 것이 필요할 것으로 보인다.

이 해결방안이 적용된다면, O2O 서비스 업체와 광고와의 연계로 인해 소비자의 정보가 광범위하게 유출되고, 소비자가 모르는 사이 제 3자에게까지 정보가 제공되는 상황을 미연에 방지할 수 있을 것이다.

2) 애그리게이터형 서비스의 신뢰도 부재와 소비자 기만

애그리게이터형 서비스는 정보통신망을 이용하여 서비스가 이루어지고 있기 때문에 회원의 리뷰 등의 게시물과 관련된 사항은 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 (정보통신망법)' 을 따르게 된다. 소비자의 리뷰가 중요한 이유는, 서비스를 제공하는 자의 신뢰성을 판단할 수 있는 기준이 대부분 다른 소비자의 리뷰로 형성되기 때문이다. 그럼에도 애그리게이터형 서비스 제공자는 소비자의 부정적인 리뷰를 수정, 삭제 조치하고, 광고를 구매한 상품을 소비자에게 통보 없이 노출시키는 등 거짓으로 홍보하며 소비자를 기만하는 행위를 보였다. 따라서 이러한 문제들로 인해 생기는 소비자 피해를 줄이기 위해서는 관련 정보 통신망법을 개정하고 리뷰 관리 강화 제도를 도입할 필요가 있다.

현재 정보 통신망법에 따라 회원의 리뷰 등을 비롯한 회원의 게시물과 관련된 조치 권한 등은 게시판 관리자인 O2O 사업자가 갖게 된다. 또한 대부분의 사업자는 회사의 정책 및 법에서 정하는 경우에 대하여 정보의 수정, 삭제 권한을 부여 받고 있다. 정보 통신망법 제 44조의 2와 제 44조의 3에 따르면 권리 침해자의 요청에 따라 게시물의 삭제 및 조치가 취해질 경우 사업자는 이를 회원에게

알리도록 하고 있으나 회사의 판단에 따라 임시 조치가 취해질 경우 이러한 절차가 무시될 수도 있다. 회원의 게시물에 대해 회사의 자의적 판단에 따라 조치가 취해짐에도 이를 통보하는 절차가 없는 것은 소비자의 권리가 침해될 소지가 있다.[40]

따라서, 소비자의 요청은 물론 회사의 판단에 따라 임의로 소비자의 게시물에 조치가 가해지는 경우 모두, 정보 게시자인 소비자에게 조치 사실을 통보하거나 그 밖의 다른 이용자들이 이를 알 수 있도록 사업체의 조치 사실을 게시판 등에 공시하도록 개정될 필요가 있다. 또한, 사업자의 조치에 대한 소비자의 '재반박 원리'에 대한 내용은 존재하지 않으므로 이를 포함할 필요가 있다.

즉, 게시물을 등록한 소비자가 어떠한 경우에도 회사의 조치 사실을 알 수 있도록 통보하는 절차를 추가하여 회원의 게시물이 권리 침해자 혹은 회사의 판단에 따라서 조치(삭제,임시 조치) 되더라도 이를 인지하고 복구 요청 등이 가능하도록 개정되어야 소비자가 자신의 권리를 주장할 수 있게 된다. 또한 이러한 차단된 자료에 대하여 반박자료를 제출함으로써 자료 복구 요청을 할 수 있는 조항을 추가하여 소비자의 권리를 보장해야 한다.[41]

이에 더하여, 배너 등과 같은 특정 영역에 광고 상품 구입 매장 및 사이트를 노출시킬 경우, 소비자들에게 해당 매장의 광고 상품 구입 사실을 충분히 알려, 소비자가 광고임을 인지하도록 하는 조항 또한 명시할 필요가 있다. 순위를 조작하거나 광고임을 알리지 않아 소비자가 제품을 선택하게 된다면 이는 명백한 소비자 기만 행위이기 때문이다. 현재 법 상으로는, 소비자가 과대, 허위 광고의 유인으로 주문을 한 것이 명백한 상황에도 주문을 취소할 수 없고 손해배상만 청구할 수 있다. 이를 개정하여 '소비자 취소권'의 인정 범위를 광고에도 확대 적용한다면 이 문제를 해결할 수 있을 것으로 기대된다.

이 문제점 발생의 본질이, 소비자가 신뢰할 수 있는 정보가 다른 소비자의 리

---

40) 정영훈, 이금노, "O2O서비스에서의 소비자문제와 개선방안 연구", 『정책연구보고』, 한국소비자원 제 16권 제 20호, 2016, 215~221면.

41) 김용섭, "저작권법상 온라인서비스제공자의 책임에 대한 고찰: 2011년 개정 저작권법을 중심으로", 「한양법학」, 제40권, 2012, 211~236면,

뷰에만 국한되었다는 측면에 있기 때문에 이를 보완하기 위해 객관적으로 품질을 인증하는 제도를 마련하여 정보 제공에 신뢰성을 구축하는 것도 하나의 방법이 될 것이다. 소비자들이 안심하고 O2O 서비스를 사용할 수 있도록 품질 인증 관련 협회를 설립하는 등 정부 및 민간 차원의 품질 인증 제도 구축이 요구된다.[42]

(2) 의무 미수행 및 책임 회피성 약관 남용의 문제점 해결방안

다수의 전문가들은 기존 오프라인에서는 사용자-노동자 고용 종속 관계가 존재하나 애그리게이터 형 서비스 내에선 그 경계가 모호해지기 때문에 정부와 플랫폼 주체들의 대응 협력이 필요하다고 보고 있다. 따라서 애그리게이터 형 서비스가 제 의무를 수행할 수 있게 하기 위해서는 플랫폼 시장 내에서 새로운 관계를 정립하여, 애그리게이터형 서비스에게 그에 맞는 역할을 부과하는 과정이 필요하다. 대기 시간 관련 보상 문제, 세금 감면 혜택 등의 문제는 애그리게이터형 서비스의 역할이 모호한 상황에서는 해결될 수 없기 때문이다[43].

뿐만 아니라, 소비자의 전자적 대금 지급이 연계되어 있는 경우에 정보 관리에 관한 시스템의 가이드라인이 불투명하고, 어느 정도의 주의를 기울여야 하는지 명확하지 않다는 문제점이 존재했다. 따라서 전자상거래의 경우 꼭 필요한 전자적 수단과 관련하여 관련자의 의무 및 책임에 대해서 보다 명확하게 규정해 애그리게이터형 서비스가 그 의무를 다할 수 있게 해야 한다.[44]

약관의 개선 역시 하나의 해결방안이 될 수 있다. 그 중에서도 소비자가 예측 불가능한 사항으로 인해 손해를 입을 가능성에 대해 절대적 면책이 되는 조항을 두는 관행은 개선이 필요하다. 제 3자의 불법적인 접속 또는 서버의 불법적인 이용으로 발생하는 손해 및 제 3자의 불법적인 행위를 방지하거나 예방하는 과정

---

42) 김동수, 김관호, 최동욱, 정재윤, "국내 O2O 서비스 이슈 진단 및 산업활성화 정책 방향 제한", 「한국전자거래학회지」, 제 21권 제 4호, 2016, 137~150면.

43) 유선실, "모바일 앱(App) 마켓 최근 동향", 「정보통신정책연구원」, 제 28권 제 3호, 2016, 18~23면.

44) 카카오정책지원파트, "O2O 혁신, 규제개혁이 먼저다", 2016. 9. 26, <https://brunch.co.kr/@kakaoit/34> (최종접속: 2017.08.18)

에서 발생하는 손해를 플랫폼 사업자의 고의 또는 중과실이 있는 경우를 제외하고는 소비자에게 전가시키는 조항은 플랫폼 사업자가 부담하여야 하는 책임을 회피하는 행위이기 때문이다. 소비자에게 손해가 발생하는 대표적인 경우 중 하나가 플랫폼 사업자가 개인 정보 보호를 이유로 전산 시스템을 변경하는 경우인데, 제 3자의 불법적인 행위를 방지하거나 예방하는 과정에서 발생하는 손해를 소비자에게 전가하는 것은 플랫폼 사업자의 의무 불이행이라고 볼 수 있다. 위 같은 조항에서 야기되는 문제들이 반복된다면 소비자 입장에서 애그리게이터 형 서비스를 사용할 가치가 감소 되기 때문에 더 많은 소비자들을 시장으로 유인하려면 절대적 면책 조항은 분명히 개선되어야 한다.[45)]

분쟁 해결 관련 약관 역시 개선이 필요하다. 전자 상거래법에서는 통신 판매 중개자에게 분쟁 해결에 필요한 조치를 취할 의무를 부과한다 (전자 상거래법 제 20조 제 3항). 하지만 대체로 애그리게이터형 서비스 사업자가 분쟁 해결 시 취하는 입장을 보면 전자 상거래법상의 분쟁 해결 절차가 투명하게 반영되어 있지 않음을 알 수 있다. 예를 들어, 분쟁 시 소비자는 분쟁과 관련하여 설치된 기구의 관련사항 (담당자 연락처 등)을 정확히 습득하고 분쟁 처리 일정을 신속하게 통보 받을 수 있어야 하지만 이는 실질적으로 보았을 때, 제대로 실현되지 않고 있다. 애그리게이터형 서비스가 분쟁 조정자로의 역할을 다하지 않고 있기 때문이다. 고로 약관 및 홈페이지 등에 이를 명확하게 공시하도록 법적 제도를 도입하여 애그리게이터형 서비스가 의무를 이행할 수 있도록 해야 한다.[46)47)]

---

45) 이금노, 서종희, 정영훈, “온라인플랫폼 기반 소비자거래에서의 소비자 문제 연구”, 「정책연구보고」 한국소비자원, 제 16권 제 3호, 250-253면.

46) 배달의 민족 제 26조 (분쟁해결) 1. “회사”는 이용자가 제기하는 정당한 의견이나 불만을 반영하고 그 피해를 보상처리하기 위하여 고객상담 및 피해보상처리기구를 설치・운영합니다.
2. “회사”는 이용자로부터 제출되는 불만사항 및 의견은 우선적으로 그 사항을 처리합니다. 다만, 신속한 처리가 곤란한 경우에는 이용자에게 그 사유와 처리 일정을 즉시 통보해 드립니다.
3. “회사”와 이용자 간에 발생한 전자상거래 분쟁과 관련하여 이용자의 피해구제 신청이 있는 경우에는 공정거래위원회 또는 시・도지사가 의뢰하는 분쟁조정기관의 조정에 따를 수 있습니다.

47) 김동수, 김관호, 최동욱, 정재윤, “국내 O2O 서비스 이슈 진단 및 산업활성화 정책 방향 제한”, 「한국전자거래학회지」, 제 21권 제 4호, 2016, 137~150면

뿐만 아니라, 고의 또는 중대한 과실이 없는 한 책임을 면제하는 책임제한조항도 중과실의 범위와 정의의 모호성으로 인해 문제가 항상 제기된다. 예를 들어, 소비자 입장에서는 사업자가 데이터를 안전하게 유지하며 보관하고 소실하지 않을 의무를 부담한다고 바라본다. 그러나 사업자의 과실로 인해 소비자의 데이터가 손실되는 사례가 충분히 발생할 수 있는데, 중과실에 해당되지 않는다고 판단될 경우 예상하지 않았던 손해에 대해 소비자가 충분한 배상을 받지 못할 확률이 높다. 또한, 문제가 법적 분쟁으로 이어질 때는 사업자의 백업 유무, 당시의 기술수준, 장애 원인에 대한 방지 대책 등 여러 사정을 고려하여 중과실 여부를 판단하는데, 이 과정에서 시간이 지체될 경우 소비자는 시간과 비용 측면에서 상대적으로 불리할 수 밖에 없다. 따라서 중과실에 대한 명확한 기준을 정립하고 관련 사례를 소비자들에게 소개함으로써 사전에 분쟁의 소지를 방지하는 노력이 필요하다.[48)]

결론적으로, 애그리게이터 형 사업자의 역할과 의무를 정확히 고지하여 사업자가 의무를 수행하지 않아 발생하는 문제들을 사전에 방지하고, 약관을 개정한다면 사업자들의 책임 회피성 행동을 효과적으로 제한할 수 있다.

Ⅴ. 결론

O2O 서비스 시장의 향후 가치는 과연 어느 정도일까? 온라인이 오프라인으로, 그리고 오프라인이 온라인으로 동기화 되는 서비스를 의미하는 이 시장은 스마트폰이 현대인의 삶에 깊숙이 침투하는 속도 추이로 보았을 때 매우 단기간에 우리의 삶에 침투할 것으로 예상된다. 현재 우리는 야식을 먹을 때나 택시를 부를 때, 심지어 거주할 방을 알아볼 때에도 이 O2O 서비스를 이용한다. 이미 우리 삶의 여러 분야에 다방면으로 영향을 미치는 것을 확인 할 수 있다. O2O 서

48) 안수현, "온라인 오프라인 융복합서비스시장(O2O)에서의 소비자이슈와 보호방안", 「외법논집」, 제 41권 제 2호, 2017. 5, 81~114면.

비스는 소비자가 희망하는 장소와 시간에 상품과 서비스가 제공되고 탐색 비용을 감소시킬 수 있다는 이점으로 인해 미래엔 관련 시장이 더욱 확대될 것으로 기대된다. 대표적인 IT 강국인 우리나라는 높은 수준의 IT 기술을 바탕으로 O2O 시장이 밝을 수밖에 없음에도 불구하고 현재 O2O 시장은 미국과 중국이 선점하고 있다. 그 이유가 무엇일까?

질문에 대한 답은 현재 한국의 O2O 서비스 운영 상황에서 야기되는 문제점을 통해 찾을 수 있다. O2O 서비스가 한국 사회의 중요한 산업으로 자리 잡았지만 긍정적인 영향만을 가져온 것은 아니기 때문이다. O2O 서비스의 경제적인 측면만을 강조하다보니 부작용들이 생겨났고 이에, 이 문제점을 해결할 방법이 중요한 화두로 등장하게 되었다. 현 O2O 서비스에는 크게 네 가지 문제점이 존재한다.

첫 번째 문제는 소비자들의 권리가 침해 받고 있다는 것이다. 개인 정보 보호가 제대로 이루어지지 않는 상황에서 소비자들의 사적인 정보들은 아무런 장치 없이 온라인을 표류하고 있다. 또한, 서비스 신뢰 부재의 문제나 품질인증 제도의 부재 등으로 인해 생겨나는 여러 부작용과 역기능에 소비자는 고스란히 노출된 상태이다. 두 번째 문제는 법령의 부재에 있다. O2O 서비스 각각을 규제하는 법령은 존재하지만 O2O 서비스 전체를 다 아우르는 큰 법령이 부재하다. 이를 규제할 공통적인 기준이 없다 보니 여러 기준이 난립해 혼란만을 가중시키고 있다. 그뿐만이 아니다. 오프라인 사업 중심으로 이루어진 법령이 발전하는 IT의 속도를 따라가지 못해, 법령을 온라인 사업에는 적용할 수 없는 경우가 생겨나고 있다. 세 번째 문제는 기존 사업자와의 충돌이다. 기존 오프라인 사업자와 신흥 플랫폼 업체와의 충돌로 인해 갑질 논란, 수수료 분쟁 등 여러 문제들이 끊임없이 야기되고 있다. 네 번째 문제는 O2O 서비스가 플랫폼으로서의 역할 및 의무를 다하지 않고 책임 회피성 약관을 남용한다는 점이다. 소비자에게도, 그리고 생산자에게도 플랫폼이 중개자로서 제 역할을 하지 않아 여러 문제가 야기되고 있다.

이 네 가지 문제점을 해결하기 위해서는 구체적인 법적 규제가 필요하다. 이에

각 문제점들의 법적, 제도적 해결 방법을 논문에 명시하였다. 첫 번째, 소비자 문제 해결을 위해서는 개인 정보, 그리고 소비자 관련 규제와 제도를 강화시켜야 한다. 정부 차원의 '안심 번호' 사용 및 개인 정보 코드화를 통해 소비자의 개인 정보가 사업자에게 직접적으로 전해지는 경우를 방지하고, 개인정보에 관한 기존 법률에, 감시와 감독에 관한 내용을 추가하여 개정한다면 앞에서 명시한 문제를 해결하는데 도움이 될 것이다. 두 번째, 법령 부재의 문제의 해결방안은 간단하다. 법령이 부재하기에, 현재 부재한 법령을 도입하면 되는 것이다. 다만 지금의 포지티브 규제와는 달리 네거티브 규제를 도입할 것이다. 또한, 현재 시장에서 발생하는 문제점은 여러 산업을 포함하는 포괄적인 기준점이 없어 생기는 문제인 만큼 여러 O2O 서비스 산업을 아우르는 통합적인 법안의 도입도 필요할 것이다. 세 번째, 기존 사업자와의 충돌 문제는 오프라인과 온라인 사업간의 적절한 책임 범위를 법령으로 정함으로 해결할 수 있다. 세금 감면, 수수료 관련 제한 법령 시행, 자사 정책 강요를 규제하는 법령을 시행하고 수용한다면 이를 충분히 해결할 수 있다. 마지막 문제점인 의무 미수행 및 책임 회피성 약관 남용은, 법령과 조항으로 플랫폼의 중재자로서의 역할에 대한 기준을 정확히 명시함으로 해결할 수 있다. 그에 대한 예로는 정부와 플랫폼 사업자의 협력방안을 고려하거나 플랫폼 사업자들이 부담해야 할 의무적 분쟁 중재의 의무를 약관에 명시하고 이를 소비자에게 명확하게 전달하는 등 약관을 개선하는 것이 하나의 방법으로 고려될 수 있다.

애그리게이터 형 서비스를 포함한 O2O서비스 시장은 다양한 분야로 확대될 것으로 예상된다. 그러나 서비스 판매자와 소비자가 안면식이 없는 상황에서 판매 중계 주체를 통해 거래가 진행되는 특성 상 O2O 서비스 관련 정확한 통계를 산출하기 매우 어렵다. 더불어 현재 국내의 O2O 시장은 앞서 언급한 여러 문제점이 존재한다. 따라서 시장을 규제할 기준점 및 가이드라인 제시는 향후 시장 발전에 필수적이라고 볼 수 있다. 다수의 전문가들이 O2O 서비스 접목이 가능한 시장의 규모를 추정하였고, 이에 대해 총 시장 규모 (gross market)기준 375조원, 순 매출 (net revenue) 기준 17조원을 추정 값으로 산출하였다. 이를 바탕

으로 총 시장에서 O2O 침투율을 30%, 거래 수수료를 15%로 가정하였을 때 국내 O2O 시장의 기업 가치는 약 50조로 예상된다. 국내 시장에서 이와 같은 경제적 가치를 창출하기 위해서는 보다 종합적이고 체계적인 법적 규제 방안이 필연적이다. 본고는 현재 국내 O2O 시장이 직면한 문제에 대한 경각심 제고와 법적 규제 방안의 중요성을 알리는데 기여하길 희망하면서 작성되었으며, 향후 이에 대한 심도 있는 후속연구가 이어지기를 희망한다.

【참고문헌】

1. 국내문헌

[단행본]

손진화, 『전자상거래법』, 제 2판, 신조사, 2014.

정상조, 『인터넷과 법률』, 현암사, 2000.

[논문]

고형석, "배달앱 거래와 소비자보호에 관한 연구", 「법학연구」 제24권 제1호, 2016.

김동수, 김관호, 최동욱, 정재윤, "국내 O2O 서비스 이슈 진단 및 산업활성화 정책 방향 제한", 「한국전자거래학회지」 제21권 제4호, 2016.

김용섭, "저작권법상 온라인서비스제공자의 책임에 대한 고찰: 2011년 개정 저작권법을 중심으로", 「한양법학」 제40권, 2012.

민성희・박정은, "공유경제 비즈니스 사례 분석 및 시사점", 「산은조사월보」 제730호, 2016.

안수현, "온라인 오프라인 융복합서비스시장(O2O)에서의 소비자이슈와 보호방안", 「외법논집」 제41권 제2호, 2017.

유선실, "모바일 앱(App) 마켓 최근 동향", 「정보통신정책연구원」 제28권 제3호, 2016.

이경아, "온라인 소비자리뷰관련제도 개선방안 연구", 「정책연구」 제16권 제23호, 2016.

이금노, 서종희, 정영훈, "온라인플랫폼 기반 소비자거래에서의 소비자 문제 연구", 「정책연구보고」 제16권 제3호, 2016.

이병준, "O2O플랫폼 서비스와 전자상거래소비자보호법에 의한 소비자보호", 「안암법학」 제 52권, 2017.

이상규, “양면시장의 정의 및 조건”, 「정보통신정책연구」 제17권 제4호, 2010.

정영훈, 이금노, “O2O서비스에서의 소비자문제와 개선방안 연구”, 「정책연구보고」 제16권 제20호, 2016.

황창식, “다면적 플랫폼 사업자에 대한 공정거래규제: 양면시장이론의 경쟁법적 적용 및 대법원의 티브로드 강서방송 판결 등의 사례분석을 중심으로”, 「정보법학」 제13권 제2호, 2009.

[학위논문]

김민용, “모바일 서비스 플랫폼의 양면시장 형성단계 및 성공요인에 관한 연구”, 경희대학교 박사 학위논문, 2015. 2.

김형식, “실패한 모바일 서비스에서 관찰되는 공통적 결함 분석: 양면시장 이론 중심으로”, 고려대학교 석사학위논문, 2015. 12.

박유정, “O2O 기반 배달 서비스 앱 사용자 경험 실증연구: ‘배달의 민족’과 ‘요기요’를 중심으로”, 성신여자대학교 석사학위논문, 2016. 11.

정유진, “O2O 서비스의 사용의도에 영향을 미치는 요인에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 2016. 6.

조혜령, “O2O (Online to Offline)서비스 브랜드 커뮤니케이션을 위한 브랜드 아이덴티티 전략에 관한 연구”, 홍익대학교 석사학위논문, 2016.2.

[보고서 및 기타 자료]

김다린, “O2O 논란, 7년 전 법안에 답있다”, 「더스쿠프」, 2016. 4. 27., <http://www.thescoop.co.kr/news/articleView.html?idxno=19928> (최종접속: 2017.08.12)

남은선, “한국 O2O 사업이 잘 안 되는 이유”, 「디지털 인사이드 미디어」, <http://ditoday.com/articles/articles_view.html?idno=21309> (최종접속: 2017.08.08)

오대석, “O2O 지속 성장 위해 규제 갈등 문제 해결 시급”, 「이티뉴스」, 2017.1.1., <http://www.etnews.com/20161227000470> (최종접속:

2017.08.21.)

오유정, "세계 각국의 O2O 서비스 규제 현황 및 시사점-운송중개서비스(TNC) 및 숙박공유를 중심으로", 「제4차 산업혁명과 소프트파워 이슈리포트」, 정보통신산업진흥원, 2018. 1. 15.

카카오정책지원파트, "O2O 혁신, 규제개혁이 먼저다", 2016. 9. 26., <https://brunch.co.kr/@kakaoit/34> (최종접속: 2017.08.18)

황지현, "O2O, 커머스를 넘어 On-Demand Economy로", 「디지에코 보고서」, KT경제경영 연구소, 2015.10.

『규제와 법정책』 논문투고 및 논문작성에 관한 규정

2013. 4. 23. 제정

제 1 조(목적) 이 규정은 고려대학교 혁신·경쟁·규제법센터 규제법연구회가 발간하는 『규제와 법정책』에 게재할 논문의 작성요령 및 게재신청 등을 정함을 목적으로 한다.

제 2 조(제출기일) 『규제와 법정책』은 원칙적으로 매년 4월 30일 연 1회 발간하며, 『규제와 법정책』에 논문을 게재하고자 하는 사람은 본인의 완성된 원고를 3월 31일까지 규제법연구회 출판간사가 지정한 이메일로 제출하여야 한다. 다만, 편집위원회의 결정에 따라 논문제출기일을 연장할 수 있다.

제 3 조(논문작성요령) ① 본 학술지에 게재될 논문은 특집논문, 일반논문, 판례평석, 연구논문, 학술발표문 및 특별강연문으로 구분된다.

② 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 이메일 주소를 기재하여야 한다.

③ 원고의 분량은 200자 원고지 200매(A4용지 25매) 내외를 원칙으로 한다.

④ 규제법연구회가 정한 『규제와 법정책』 원고 작성방법에 따라야 한다.

⑤ 제출하는 논문에는 반드시 참고문헌, 국문 및 외국어를 병기한 5개 내외의 주제어를 첨부하여야 하며, 참고문헌 뒤에 외국어 초록(외국어논문인 경우에는 국문초록)을 작성함이 권장된다.

제 4 조(논문게재안내) 매 학술지 말미에는 이 규정에 근거하여 다음 호에 게재할 논문의 투고 및 작성요령을 안내한다.

제 5 조(저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 규제법연구회에 귀속된다.

부 칙

제1조 이 규정은 2013년 4월 30일부터 시행한다.

『규제와 법정책』 원고 작성방법

1. 원고작성 기준

(1) 원고는 워드프로세서 프로그램인 『호글』로 작성하여 전자우편을 통해 출판간사에게 제출한다.

(2) 제출원고의 구성

1) 제출원고는 『표지-제목-저자 표시-국문초록-국문주제어(5개 내외)-목차개요(큰제목까지만)-본문-참고문헌-외국어초록(권장사항)-외국어주제어(권장사항)』의 순으로 구성한다.

2) 원고의 분량은 200자 원고지 200매(A4용지 25매) 내외를 원칙으로 한다.

3) 원고의 표지에는 논문제목, 저자 성명, 소속기관과 직책, 주소, 연락처(사무실 및 모바일 전화번호, e-mail 주소)를 기재하여야 한다.

4) 외국어 초록에는 논문제목, 저자명, 초록본문, 주제어가 포함되어야 한다. 외국어는 영어를 사용하는 것이 원칙이나, 논문의 내용에 따라서 독일어, 불어, 중국어, 일어를 사용할 수 있다.

5) 목차의 순서는 아래와 같다.

- Ⅰ ('큰제목'으로 설정)
- 1. ('중간제목'으로 설정)
- (1) ('작은제목'으로 설정)
- 1) ('아주작은제목'으로 설정)
- (가) ('바탕글'로 설정)
- 가) ('바탕글'로 설정)
- ⅰ) ('바탕글'로 설정)

(3) 원고의 편집형식

1) 편집용지(A4)의 여백주기(호글에서 F7 키를 누름)

- 위쪽 : 20, 아래쪽 : 15, 왼쪽 : 30, 오른쪽 : 30, 머리말 : 15, 꼬리말 : 15.

2) 글자모양

- 서체 : 바탕, 자간 : -5, 장평 : 100, 크기 : 10.

3) 문단모양

- 왼쪽 : 0, 오른쪽 : 0, 들여쓰기 : 10, 줄간격 : 160, 문단 위 : 0, 문단 아래 :

0, 낱말간격 : 0, 정렬방식 : 혼합.

2. 각주의 표기

(1) 기본원칙

1) 본문과 관련한 저술을 소개하거나 부연이 필요한 경우에는 각주로 처리한다. 단, 각주는 일련번호를 사용하여 작성한다.

2) 각주의 인명, 서명, 논문명 등은 원어대로 씀을 원칙으로 한다.

3) 외국 잡지의 경우 처음 인용시 잡지명을 전부 기재하고, 그 이후의 각주에서는 약어로 표기할 수 있다. 예) Harvard Law Review -> H. L. R.

(2) 처음 인용할 경우의 각주는 아래와 같이 표기한다.

1) 저서의 인용

(가) 저자명, 『서명』, 판수, 출판사, 출판년도, 인용면수.

(예) 김남진/김연태, 『행정법Ⅰ』, 제17판, 법문사, 2013, 10면.

(나) 번역서의 경우 저자명은 본래의 성명으로 표기한다. 저자명과 서명 사이에 옮긴이의 성명을 쓰고 "옮김"을 덧붙인다. 서명은 국내서에 따른다.

(예) 프랑크 잘리거 지음/윤재왕 옮김, 『라드부르흐 공식과 법치국가』, 세창출판사, 2011, 10면.

2) 정기간행물의 인용

(가) 저자명, "논문제목", 「잡지명」 제○권 ○호, 출판년도, 인용면수. (필요한 경우 출판년도 앞에 잡지발행기관을 밝힐 수 있다)

(예) 김연태, "환경행정소송상 소송요건의 문제점과 한계", 「안암법학」 제35권, 안암법학회, 2011. 11면.

(나) 월간지의 경우 제○권 ○호와 출판년도를 따로 표기하지 않고 ○○○○년 ○월호로 대신할 수 있다.

(다) 번역논문의 경우 저자명과 논문제목 사이에 역자명을 쓰고 "옮김"을 덧붙인다.

3) 기념논문집의 인용

(가) 저자명, "논문제목", 기념논문집명, 출판사, 출판년도, 면수.

(나) 번역논문의 경우 저자명과 논문제목 사이에 역자명을 쓰고 "옮김"을 덧붙인다.

4) 판례의 인용
(가) 판결: 대법원 ○○○○.○○.○○. 선고 ○○◇○○ 판결.
(나) 결정: 대법원 ○○○○.○○.○○. 자 ○○◇○○ 결정.
(다) 헌법재판소 결정: 헌법재판소 ○○○○.○○.○○. 선고 ○○헌◇○○ 결정.

5) 인터넷에서의 자료인용
(가) 저자 혹은 서버관리주체, 자료명, <해당 URL> (최종접속일자).
(예) 저작권위원회, 저작권 법률상담, <http://counsel.copyright.or.kr/counselQueAns/counselQueAnsDetail.srv?seq=68> (최종 접속: 2012.11.02.).

(3) 앞의 각주 혹은 같은 각주에서 제시된 문헌을 그 다음에 다시 인용할 경우
1) 저서인용: 저자명, 앞의 책, 면수.
2) 논문인용: 저자명, 앞의 글, 면수.
3) 논문 이외의 글 인용: 저자명, 앞의 글, 면수.

(4) 기타 사항
1) 3인 공저까지는 저자명을 모두 표기한다. 저자간의 표시는 /로 구분하되 /이후에는 한 칸을 띄어 쓴다. 4인 이상인 경우 대표 1인의 저자명 외 남은 저자수를 표기한다.
(예) 서정범/김연태/이기춘, 『경찰법연구』, 제2판, 세창출판사, 2012, 11면.
2) 외국문헌과 외국판결을 그 나라의 표준표기방식에 의한다.
3) 면수의 표기는 다음에 의한다. 국문 또는 한자로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 면(11면, 15면-19면)으로, 외국어로 표기되는 저서나 논문을 인용할 때는 p.(p.11, pp.15-19) 또는 S.(S.11, S.15 ff.)로 인용면수를 표기한다.
4) 여러 문헌의 소개는 세미콜론(;)으로 연결하고, 재인용의 경우 원전과 재인용출처 사이는 콜론(:)으로 연결하고 재인용출처 맨 뒤에 “~에서 재인용”이라 밝힌다.

3. 참고문헌의 표기

(1) 순서
국문, 외국문헌 순으로 정리하되, 단행본, 논문, 자료의 순으로 정리한다.

(2) 국내문헌
  1) 단행본의 경우: 저자명, 『서명』, 판수, 출판사, 출판년도.
  2) 논문의 경우: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」 제○권 ○호, 출판년도.
(3) 외국문헌은 그 나라의 표준적인 인용방법과 순서에 의하여 정리한다.

4. 논문초록의 표기

(1) 국문초록은 제목-저자 다음에 첨부한다. 초록 뒤에는 5개 내외의 주제어를 작성한다.
(2) 외국어(영어· 독일어, 프랑스어, 일본어 택1) 초록은 참고문헌 뒤에 첨부한다. 외국어 초록 뒤에는 5개 내외의 외국어 주제어를 작성한다.
(3) 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명이 함께 표기되어야 한다.

【 편집위원회 】

위 원 장 : 김판기
편집위원 : 강호칠 김도형 윤덕근
박정연 안기수 신상민
송선미 최우령 박윤석

규제와 법정책 **제6호**

2018년 4월 25일 인쇄
2018년 4월 30일 발행

발행인 김 연 태
편집인 하 명 호
연락처 서울특별시 성북구 안암로 145
고려대학교 CJ법학관 403호
혁신·경쟁·규제법센터
Tel 02-3290-1295 Fax 02-3290-2919
E-mail: regulationlaw@naver.com

인쇄처 다해 (Tel 02-2266-9247)

ISSN 2588-1387

icr

혁신|경쟁|규제법 센터