

設立精神

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

주후 1956년 1월 23일

設立者 **유 상 근**

教育方針

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

理事長 **송 자**

刊 行 辭

지난 한 해 동안의 여러 가지 사건들이 새하얀 눈 속에 묻히고, 새로운 한 해에 대한 설렘이 보이지 않는 곳에서 조금씩 자라고 있는 겨울입니다.

명지법학이 처음 발간되고 제10호가 출간될 때까지는 법학이라는 광대한 바다 위에서 그 위치를 찾아가는 과정이었다면, 지금 발간하는 제11호는 그동안의 성과를 바탕으로 명지법학이 나아가야 할 방향으로 나아가기 시작하는 첫걸음입니다.

지난 열 번의 명지법학 발간이라는 기초 위에서 명지법학 제11호를 발간하는 것은 수많은 법학 논문집 속에서 명지법학만의 색깔과 향기를 품고, 대한민국의 법학 발전이라는 보다 원대한 목표를 달성하기 위하여 새롭게 길을 나서는 설렘이라 할 것입니다. 이번 명지법학 제11호에는 엄격한 심사절차와 윤리위원회의 심의를 거친 법학 논문 다섯 편을 실었습니다. 이 한편 한편의 논문이 모두 법학 발전에 기여할 수 있는 우수한 논문이라고 자부하면서, 이러한 논문을 실을 수 있도록 논문을 투고해주신 많은 법학자, 교수님 및 대학원생 여러분들과 심사를 맡아주신 편집위원 여러분들 및 편집을 맡아주신 편집간사님께도 이 글을 빌려 심심한 감사의 말씀을 드립니다.

명지대학교 법학연구소 소장으로서 명지법학 제11호의 출간을 기쁘게 생각하며, 이 명지법학이 출간되기 위하여 힘써주신 많은 분들에게 다시 한번 감사드립니다. 모쪼록 앞으로도 명지대학교 법학연구소 및 명지법학에 대하여 각별한 관심과 애정을 부탁드립니다.

2015년 12월

명지대학교 법학연구소 소장 선 정 원

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

부당 지원행위 규제의 법리적 검토	홍 명 수 / 1
국내외 개정논의 고찰을 통한 채권자취소권제도의 입법론 검토	서 호 준 / 29
사이버 공간에서의 표현의 자유의 범위에 대한 법적 소고	김 민 지 / 57
군인에 대한 징계 제도의 법적 개선에 관한 연구	고 범 승 / 85

[부 록]

「명지법학」 투고규정	115
「명지법학」 편집규정	117
「명지법학」 연구윤리규정	120
「명지법학」 원고작성 요령	123

부당 지원행위 규제의 법리적 검토

홍명수*

논문요지

1996년 독점규제법 개정에 의하여 부당지원행위 규제가 불공정거래행위의 한 유형으로서 도입되었다. 동 규제는 경제력집중 억제에 위한 규제의 하나로 입안된 것이지만, 불공정거래행위의 한 유형으로 규정됨으로써 법해석과 적용에 있어서 논의의 여지를 남겼다. 2004년 대법원은 동 행위의 위법성 판단이 개별 시장에서의 경쟁제한성과 경제력집중의 이중적 차원에서 이루어진다고 판시함으로써, 부당 지원행위 규제 법리의 중요한 기초를 제시하였다. 그러나 이러한 법리에 기초하여 부당성 판단의 구체적인 기준을 제시하는 것에는 여전히 미흡한 상황이다. 지원행위가 경쟁제한성을 낳거나 경제력집중의 문제를 야기할 수 있는 상황에 관한 구체적인 이해가 필요하며, 이를 통하여 좀 더 명확한 위법성 판단 기준이 제시될 필요가 있다.

2013년 법개정에 의하여 도입된 특수관계인에 의한 사익편취 행위의 규제 법리도 정립될 필요가 있다. 동 규제는 부당 지원행위 규제의 한계를 보완하기 위한 목적으로 도입된 것이지만, 규제 법리의 측면에서 명확치 않은 측면이 있으며, 이에 대한 이해를 명확히 하는 것은 규제 실효성을 높이는데 일정한 기여를 할 것이다. 나아가 기존의 부당 지원행위 규제 법리와 새롭게 도입된 사익편취 행위 규제의 종합적인 이해도 필요할 것이다.

검색용 주제어: 부당 지원행위, 경제력집중 억제, 대규모기업집단, 특수관계인에 대한 이익제공 행위, 불공정거래행위

· 논문접수: 2015. 11. . · 심사개시: 2015. 12. . · 게재확정: 2015. 12. .

* 법학박사, 명지대학교 법과대학 교수

I. 서론

경제력집중 억제를 위한 규제의 실효성을 제고하기 위하여 1996년 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법) 개정으로 부당 지원행위 규제가 도입되었다.¹⁾ 동 규제는 불공정거래행위의 한 유형으로서 부당 지원행위를 규정함으로써, 전체적으로는 불공정거래행위 규제체계 안에 위치하게 되었다. 입법상의 논란에도 불구하고, 동 규정에 의한 규제가 축적되어 왔으며, 이 과정에서 불분명하였던 여러 법리적 쟁점들도 명확해졌다. 그러나 여전히 모호하게 남아 있는 부분이 있으며, 더욱이 2013년 법 개정에 의하여 동 규정의 변화와 아울러 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 행위를 별도로 규제하는 근거 규정이 새롭게 도입됨으로써, 부당 지원행위 규제체계의 전반적인 이해를 새롭게 할 필요성이 나타났다.

이러한 필요성에 상응하여, 이하에서 부당 지원행위 규제 체계를 전반적으로 검토할 것이다. 우선 2013년 독점규제법 개정 이후 부당 지원행위 규제의 의의를 전체적으로 개괄한 다음, 여전히 모호한 측면이 있는 지원행위의 성립과 부당성 판단에 관하여 논의하고, 이어서 새롭게 도입된 특수관계인에 대한 규제를 살펴보는 순으로 논의를 전개할 것이다.

II. 규제의 의의

1. 규제 필요성

독점규제법상 부당 지원행위 규제는 동일한 기업집단에 속한 계열회사 간 거래를 전형적인 규제 대상으로 상정한다.²⁾ Oliver Williamson에 의하면, 이러한 유형의 거래는 단일한 기업 내에서 이루어지는 내부거래와 시장에서의 (외부)거래의 성격이 혼합된 형태(hybrid form)를 의미한다.³⁾ 단일한 조직(entity) 내에서의 거래는 내부적인 자원 배분에 상응하며, 따라서 경쟁법이 개입할 여지는 없을 것이다.⁴⁾ 계열회사 간 거래도

1) 동 규제의 도입 이전에 유사한 행위는 차별 행위로서 규제되었다. 신영수, “특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 규제 법리”, 『경제법연구』, 제14권 3호(2015), 238-239면 참조.

2) 부당 지원행위를 규제하는 독점규제법 제23조 제1항 제7호는 지원객체를 다른 회사로 규정함으로써 동 규정에 의한 규제 대상을 계열회사 간 거래에 한정하지 않고 있다.

3) Oliver E. Williamson, "Antitrust Lenses and the Uses of Transaction Cost Economics Reasoning", Thomas M. Jorde & David J. Teece ed., Antitrust, Innovation, and Competitiveness, Oxford Univ. Press, 1992, P. 140.

4) 단일한 경제주체(single entity) 내에서의 기능할당의 문제에 경쟁법의 개입 여지는 없다는 것에, Ariel Ezrachi, EU Competition Law, Hart Publishing, 2010, P. 2 참조.

부분적으로 이러한 성격을 갖고 있지만, 시장을 통한 거래의 형식도 취하고 있다는 점에서 경쟁법상 규율은 가능한 것으로 볼 수 있다.

계열회사 간 거래의 동기는 다양하며, 특히 Williamson 사고의 연장선에서 내부거래와 외부거래 또는 그 중간 형태는 효율성을 추구하는 경제주체의 선택에 따른 결과로 이해할 수 있다. 물론 계열회사 간 거래는 양 당사자에게 귀속되는 거래상 이익을 상대적 크기와 상관없이 기업집단 내에 유보시키는 것을 의도하거나 그 결과를 낳으며, 이러한 부분이 계열회사 간 거래를 선택하는 주된 동기로 작용할 수도 있다.

계열회사 간 거래가 경제에 미치는 효과 역시 다양한 맥락에서 파악할 수 있다. 우선 계열회사 간 거래는 그 성격이 함축하듯이, 적어도 부분적으로 관련된 시장을 내부화 하게 될 것이다. 거래 당사자 간에 계약적인 방식으로 경쟁사업자를 배제하는 것과 같은 효과를 조직적인 방식에 의하여 이룰 수 있으며, 특히 재벌에 의한 집단적 운영 방식이 보편적으로 행해지고 있는 우리 경제의 특수성을 고려할 때, 이러한 현상은 다수의 시장이 축소되고, 파편화되는 결과로 이어질 수 있다.⁵⁾ 또한 계열회사 간 거래를 통하여 발생한 거래상 이익이 총수 및 특수관계인 또는 기업집단 내에 유보되는 결과는 계열회사 간 거래의 문제를 경제력집중의 차원에서 고려할 필요성을 낳는다. 즉 계열회사 간 거래는 기업집단의 전체적인 규모의 확대나 지배구조의 강화 문제에 주의를 기울일 계기를 제공한다.

2. 독점규제법상 규제체계

독점규제법상 부당 지원행위 규제는 제23조 제1항의 불공정거래행위 금지 규정에 근거한다. 입법 과정에서 불거졌던 편제상의 논쟁(3장 또는 5장)은, 비록 부당 지원행위가 불공정거래행위의 한 유형으로 규정되었다 하더라도 여전히 경제력집중 억제를 위한 규제로서의 성격도 갖고 있으며, 따라서 규제의 의의를 복합적으로 이해할 필요가 있음을 시사한다. 즉 부당지원행위를 불공정거래행위의 관점에서 바라보아야 하는 규범적 요구를 부인할 수는 없으며, 경제력집중의 우려를 낳는 일정한 행위를 불공정거래행위의 위법성 표지인 공정거래저해성의 관점에서 평가하여야 할 과제가 주어지고 있다.

이와 같은 규제체계적 특징은 지원행위의 부당성 판단에 영향을 미치고 있다. 대법원은 지원행위의 부당성 판단에 있어서 “지원주체와 지원객체와의 관계, 지원행위의 목적과 의도, 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원성 거래규모와 지원행위로 인한 경제상 이익 및 지원기간, 지원행위로 인하여 지원객체가 속한 시장에서의 경쟁제한이나 경제력집중의 효과 등은 물론 중소기업 및 여타 경쟁사업자의 경쟁능력과 경쟁

5) 신광식, “재벌의 사익편취는 어떻게 막을 것인가?-토론문”, 『재벌의 사익편취는 어떻게 막을 것인가』, 2015, 65-66면 참조.

여건의 변화 정도, 지원행위 전후의 지원객체의 시장점유율의 추이, 시장개방의 정도 등을 종합적으로 고려하여 당해 지원행위로 인하여 지원객체의 관련시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지 여부를 기준으로 한다”고⁶⁾ 판시함으로써, 지원행위의 부당성 판단 기준을 경쟁제한성과 경제력 집중에 근거하여 이원적으로 제시하고 있으며, 이와 같은 판례의 태도는 공정거래위원회의 「부당한 지원행위의 심사지침」(2014. 4. 7. 예규 제190호, 이하 심사지침)에도 반영되었다.

지원행위의 부당성 판단 기준의 이원적 제시는 중요한 법리적 진전이지만, 여전히 해결되어야 할 쟁점들이 남아 있다. 1) 우선 사실관계의 확정 단계에서 지원행위의 의의를 명확히 할 필요가 있다. 계열회사 간에 이루어지는 모든 거래가 아니라 지원의 의미를 갖는 행위만 규제 대상이 된다는 점에서, 지원 개념을 구체적으로 이해하는 것은 지원행위 규제의 선결적인 과제가 될 것이다. 2) 부당성 판단은 경쟁제한성과 경제력집중의 이원적 기준에 의하여 이루어지지만, 각각의 판단 기준을 구체화 할 필요가 있다. 3) 2013년 법 개정에 의하여 도입된 사익편취 행위 등의 규제 의의를 부당 지원행위 규제와의 관계에서 이해하고, 기존 규제체계와의 정합성을 유지하면서 새로운 규제의 적용 법리를 제시할 필요가 있다.

Ⅲ. 지원행위의 성립

1. 지원행위의 의의

독점규제법 제23조 제1항 제7호는 “부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위(가) 또는 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위(나)를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위”를 불공정거래행위의 하나로서 규정하고 있다.

동 규정을 구체화한 동법 시행령 [별표 1의2] 「불공정거래행위의 유형 및 기준」(이하 일반유형) 제10호는 부당지원행위의 세부유형으로 자금지원(가),⁷⁾ 자산·상품 등의 지원(나),⁸⁾ 인력지원(다),⁹⁾ 부당한 거래단계 추가(라)¹⁰⁾ 등을 제시하고, 이상의 행위를

6) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결; 대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결.

7) 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금 등 자금을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하는 행위

8) 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·무체재산권 등 자산 또는 상품·용역을

통하여 과도한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 규제 대상으로 정하고 있다. 또한 심사지침¹¹⁾ II. 4.는 지원행위를 “지원주체가 지원객체에게 직접 또는 간접으로 제공하는 경제적 급부의 정상가격이 그에 대한 대가로 지원객체로부터 받는 경제적 반대급부의 정상가격보다 높거나(무상제공 또는 무상이전의 경우를 포함) 현저한 규모로 거래하여 지원주체가 지원객체에게 과도한 경제상 이익을 제공하는 작위 또는 부작위를 말한다”고 규정하고 있다.

이상의 독점규제법 및 시행령 등에서 부당 지원행위 규제에 관한 규정은, 규제 대상이 되는 지원행위의 몇 가지 핵심적인 표지를 제공한다. 우선 지원객체는 특수관계인¹²⁾ 또는 다른 회사를 의미하며, 동일 기업집단에 속한 계열회사에 한정되지 않는다. 이러한 규정 방식은 기업집단 간 교차지원 행태나 우회적인 지원행위를 포섭하기 위한 것으로 이해되며, 대법원은 부당 지원행위 금지의 입법 취지에 비추어 다른 회사의 범위가 계열회사에 한정되지 않는 것으로 보고 있다.¹³⁾

일반유형 제10호에서 지원은 경제상 이익의 제공을 의미한다. 즉 여기서의 지원은 경제상 이익을 제공하는 방식에 의하고, 또한 과도한 것이어야 한다. 과도한 경제상 이익이 제공되는 방식은 가목 내지 라목에 의하는데, 거래과정을 전체적으로 파악하여 지원의 의미가 드러나는 라목을 제외하고, 가목 내지 다목의 세부 유형은 정상적인 거래와 비교하여 대가나 규모 측면에서 상당한 차이가 있는 행위를 말하며, 이에 의하여 과도한 경제상 이익의 제공이 이루어지는 경우가 지원에 해당할 것이다.

거래조건 차이의 상당성은¹⁴⁾ 정상적인 거래와의 비교를 통하여 판단한다. 정상적인 거래를 상정함에 있어서 유효한 경쟁시장을 전제할 것은 아니며, 문제가 된 행위가 이루어진 시장에서 지원주체와 객체 간의 특별한 관계가 없는 경우에 예상되는 거래를

상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하는 행위

- 9) 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 인력을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하는 행위
- 10) 1) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위, 2) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하면서 그 특수관계인이나 다른 회사에 거래상 역할에 비하여 과도한 대가를 지급하는 행위
- 11) 대법원은 동 심사기준의 법적성격을 사무처리준칙에 불과한 것으로 보고, 법원이나 수범자에 대한 구속력을 인정하지 않는다. 대법원 2004. 4. 23. 선고 2001두6517 판결 참조.
- 12) 대법원은 자연인인 특수관계인에 대한 지원도 동 규정에서 규제하는 지원행위에 해당할 수 있다고 보고 있다. 대법원 2004. 9. 24. 선고 2001두6364 판결. 자연인인 특수관계인이 시장에 참가하지 않는 상황에서 지원행위 규제 문제에 대해서는, 홍명수, 「경제법론II」, 경인문화사, 2010, 364-365면 참조.
- 13) 대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결.
- 14) 2013년 개정에 의한 현저성에서 상당성으로의 변화는 정상거래와의 차이의 축소를 의미하며, 따라서 입법적으로 규제 범위의 확대를 의도한 것으로 이해된다. 독점규제법(법률 제12095호, 2013. 8. 13., 일부개정) 개정이유 참조.

의미한다. 경제적 이익의 과다성은 지원 상대방에게 귀속되는 이익의 크기에 관한 판단이며, 상당성과는 별개의 판단 기준에 의한다. 논리적으로 보면 거래조건 차이의 상당성은 경제적 이익의 과다성 판단에 선행하며, 전자는 후자의 필요조건에 해당할 것이다. 따라서 거래조건 차이의 상당한 경우라 하더라도 경제적 이익의 크기가 과다한 수준에 이르지 않는 경우도 상정할 수 있다.

거래조건상 차이의 상당성이나 경제적 이익의 과다성 판단은 사실관계의 영역에 해당하지만, 부당 지원행위의 규제 대상을 정하는 것이기 때문에 규범 목적과 무관하지 않으며, 지원행위의 부당성 판단에 영향을 미칠 수 있는 수준은 상당성 또는 과다성을 인정할 수 있는 기준의 기초가 된다. 즉 지원행위의 부당성 심사가 필요한 수준의 상당성 또는 과다성이 있는지가 지원행위의 성립 여부의 판단에서 검토되어야 하며, 부당성 판단의 중요한 고려 요소들이 이 과정에 영향을 미칠 수 있다.

2. 지원행위의 유형

일반유형 제10호는 가목 내지 다목에서 지원행위의 내용에 따라서 가지급금·대여금 등 자금지원, 부동산·유가증권·무체재산권 또는 상품·용역 등의 자산·상품 등 지원, 인력지원 등의 세부 유형을 정하고 있다. 자금과 자산은 유동성의 차이에 따른 구분이며, 이는 구체적인 경제적 이익 실현의 방식에 차이를 가져올 수 있으므로 주의가 필요하지만, 엄밀한 구분이 가능한 것은 아니다. 심사지침은 자금지원을 지원주체가 지원객체의 금융상 편익을 위하여 직접 또는 간접으로 현금 기타 자금을 이용할 수 있도록 하는 경제상 이익을 제공하는 일체의 행위라 함으로써(III. 1. 가), 해당하는 지원 유형의 범위를 폭넓게 정하고 있으며, 자산 등의 지원은 이와 관련하여 상대적으로 이해할 수 있다.

또한 구체적인 지원 방식, 즉 경제적 이익의 구체적인 실현 방식에 의하여 정상 거래와 비교하여 상당히 높거나 낮은 대가로 거래하는 경우와 상당한 규모로 거래하는 경우로 구분할 수 있다. 일반적으로 거래조건에서 가장 중요하게 취급되는 것은 가격과 수량이므로 이에 따른 구분이 가능하며, 차이가 발생한 구체적인 거래조건을 대가나 수량 측면에서 파악할 수 있다. 대가 측면에서 상당한 차이는 정상적인 거래와의 비교를 통하여 이루어지며, 지원주체와 객체 간에 특수관계가 존재하지 않을 경우에 예상되는 대가를 기준으로 한다. 심사지침은 자금 지원과 관련하여 정상금리에 관한 상세한 기준을 제시하고 있으며, 자산, 부동산 임대차, 상품·용역의 거래와 관련하여 동일한 원칙의 적용을 보여주고 있다(심사지침 III. 1. 내지 4.).

규모 측면에서도 지원행위의 의미를 갖기 위해서는 정상적인 거래를 상정한 비교가 이루어져야 한다. 심사지침은 상품·용역의 거래와 관련하여 상당한 규모의 판단은 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원행위 당시의 지원객체의 경제적 상황, 여타 경

쟁사업자의 경쟁능력 등의 종합적인 고려에 의하는 것으로 하고 있다(심사지침 III. 4. 나). 동 규정에서의 종합적인 판단 기준의 제시는 규모측면에서의 지원적 성격의 고려에 부합하며, 다른 유형의 규모 측면에서의 지원행위 판단에도 원용할 수 있을 것이다. 그러나 대가 측면에서의 지원행위 판단과 마찬가지로 이 경우에도 정상적인 거래와의 비교가 필요하다는 점을 적시하지 않은 것에 대해서는 일정한 비판이 가능하다. 즉 문제가 된 행위가 나타난 시장과 지원주체 및 객체 간에 특수관계를 배제한 구체적인 상황에서 가능한 거래량이 상당성 판단의 기초가 된다는 점에 대한 이해가 필요할 것이다.

또한 규모 측면에서의 지원행위 판단과 관련하여 심사지침은 비용절감 효과가 지원객체에게 과도하게 귀속하는지 여부, 지원객체의 사업위험이 제거되는지 여부를 제시하고 있으며(심사지침 III. 4. 나. 2)), 효율성 증대효과에 대한 고려도 요구하고 있다(심사지침 III. 4. 나. 3)). 우선 효율성 증대효과가 부당성이 아닌 지원행위의 판단에서 고려될 수 있는 사항인지는 의문이다. 비용 절감효과나 사업위험의 제거 문제는 정상적인 거래와의 차이가 상당한지의 판단에 관련될 수 있지만, 행위의 경쟁제한성 판단에서도 의미가 있을 수 있다는 점에서 부당성 판단의 고려 요소가 될 수도 있다.

일반유형과 심사지침이 대가와 규모 측면을 구분하여 지원행위를 파악하고 있지만, 양자는 지원행위의 성립과 관련하여 종합적으로 이해될 필요가 있다는 점에도 주의를 요한다. 무엇보다 형식적으로 파악한 이러한 분류가 실제 거래의 이해에 있어서 엄격하게 유지되기는 어려울 것이다. 예를 들어 가격 차이가 커도 거래량이 미미한 경우라면 지원행위는 인정되지 않을 것이고, 가격 차이가 크지 않아도 거래량이 상당한 경우에는 지원행위에 해당할 수 있다. 즉 대가 측면과 규모 측면을 종합할 경우에 지원행위는 실질적인 의미를 갖게 될 것이다. 이러한 관점에서 대가 상의 차이가 거의 없는 상황에서 오직 거래의 규모 측면에서 경제적 이익의 제공이 이루어지는 경우에, 상당한 규모로 거래하는 지원행위의 고유한 의의가 존재한다.¹⁵⁾

3. 거래단계의 추가에 의한 지원행위

법 제23조 제1항 제7호 나목은 “다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위”를 지원행위의 한 유형으로 규정하고 있다. 이를 구체화 한 일반유형 제10호 라목은 1) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하

15) ‘대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결’은 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부의 판단에서 ‘지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이’도 고려되어야 하는 것으로 보고 있다.

거나 거쳐서 거래하는 행위와 2) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하면서 특수관계인이나 다른 회사에 대해 거래상 역할에 비하여 과도한 대가를 지급하는 행위를 규정하고 있다. 즉 거래상 역할의 존부와 역할에 대한 대가 측면에 초점을 맞추어 앞에서 살펴본 유형 외의 지원행위 규제 대상을 정하고 있다.

우선 첫 번째 유형과 관련하여 추가된 거래단계의 거래상 역할에 대한 판단이 필요하다. 이러한 점에서 당해 거래단계를 거치지 않은 경우(동종 상품의 다른 유통 경로를 포함)와의 비교가 불가피하며, 따라서 거래과정 전체에 대한 이해가 요구된다. 거래상 역할이 미미한 경우는, 두 번째 유형이 거래상 역할의 존재를 전제로 행위 유형을 파악하고 있다는 점을 고려할 때, 실질적으로 거래상 역할의 존재를 인정하기 어려운 경우를 의미하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

두 번째 유형은 거래상 역할 자체가 부인되지는 않지만, 역할에 비하여 과도한 대가가 주어지고 있는 경우를 상정한 것이다. 대가의 과도성을 고려한다는 점에서 앞에서 살펴본 자금 등의 지원행위와 유사하지만, 과도성 판단을 위한 비교 대상으로 문제화된 거래단계를 거치지 않는 직접적인 거래를 명시하고 있다는 점에서 고유한 의의가 있다. 이 경우에 직접적 거래의 상당한 유리함과 추가된 거래단계에 대한 과도한 대가 지급이 당해 행위 성립의 요건이 될 것이다.

IV. 지원행위의 부당성

1. 심사지침상의 부당성 판단 기준

심사지침은 부당성 판단과 관련하여 전술한 대법원 판결에서 제시한 판단 기준을 기본 원칙으로 원용하고 있다(IV. 1.). 이에 기초하여 부당한 지원행위에 해당하는 경우와 해당하지 않는 경우를 열거하고 있다. 나아가 부당성이 인정되는 전자의 경우와 관련하여 주로 경쟁제한성의 관점에서 구체적 판단 기준을 제시하고 있다.

부당한 지원행위에 해당하는 경우로서(IV. 2.) 지원객체가 당해 지원행위로 인하여 일정한 거래분야에 있어서 유력한 사업자의 지위를 형성·유지 또는 강화할 우려가 있는 경우(가)를 규정하고 있다. 동 규정에서 지원객체의 유력 사업자 개념을 사용하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 이는 시장지배적 사업자 개념을 의도적으로 피하여 시장지배적 지위에 미치지 못하는 경우까지 포함시키려는 의도로 이해되지만, 의미가 명확하게 드러나지는 않는다. 대법원은 단독의 거래거절 사건에서 거래 상대방을 시장에서 배제할 우려를 낳을 수 있는 지위의 의미로서 유력사업자 개념을 사용한 경우가 있는데,¹⁶⁾ 이 개념을 원용한 것이라면, 경쟁제한 효과에 초점을 맞춘 판단기준으로 볼

수 있다. 그렇다면 이러한 효과에 상응하는 유력 사업자의 요건이 보충되어야 하며, 일본 公正取引委員會가 관련 시장에서 시장점유율 10% 이상 또는 상위 3위 이내를 유력 사업자 판단 기준으로 사용하고 있는 것을 참고할 수 있을 것이다.¹⁷⁾ 그러나 이러한 접근 방식은 유력사업자의 지위가 유지·형성되는 것만으로 당해 시장에서의 경쟁 제한 효과를 인정하기 어렵고, 오히려 유력사업자의 지위는 시장의 경쟁을 활성화하는 방향으로 작용할 수도 있다는 점에서 한계가 있다.¹⁸⁾ 따라서 유력 사업자의 기준 외에 추가적으로 경쟁제한적 효과에 대한 분석이 결합되지 않는 한, 동 기준의 적용만으로 타당성을 기하기 어려울 것이다.

지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 당해 지원행위로 인하여 경쟁사업자가 배제될 우려가 있는 경우(나)와 관련하여, 동 규정은 경쟁제한성의 관점에서 적절한 판단 기준이며, 특히 규모 측면에서의 부당성 판단과 관련해서 실질적인 의미를 가질 수 있다. 정상적인 거래량을 초과하는 거래는 경쟁사업자 또는 잠재적 경쟁사업자에게 귀속될 수 있었던 거래 기회의 축소를 의미하며, 이러한 점에서 경쟁사업자 배제 가능성은 규모 측면에서 지원행위의 부당성 판단의 유력한 기준이 될 수 있을 것이다.

지원객체가 당해 지원행위로 인하여 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건이 상당히 유리하게 되는 경우(다)는, 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건이 상당한 유리가 그 자체로 경쟁사업자에 대한 경쟁제한의 효과를 의미하는 것은 아니며, 다만 이러한 효과로 이어질 가능성이 있으므로 당해 지원행위에 대한 주의를 환기시키는 의미가 있을 것이다. 또한 지원객체의 경쟁력 강화가 친경쟁적 효과를 낼 가능성도 염두에 두어야 하며, 상반되는 효과의 형량 과정이 요구된다.

지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 당해 지원행위로 인하여 지원객체의 퇴출이나 타사업자의 신규진입이 저해되는 경우(라)와 관련하여, 우선 동 규정에서 특정 사업자의 퇴출 역제가 갖는 의미가 경쟁제한성 측면에서 단일하게 파악될 수 없다는 점에 주의를 요한다. 시장참가자의 수가 유지되는 것에 대해서는 시장구조적 측면에서 긍정적인 평가도 가능하며, 이러한 행태가 현재 또는 잠재적 경쟁사업자의 배제와 결합될 경우에만, 당해 시장에서의 경쟁제한 효과를 인정하는 근거가 될 수 있다. 또한 한계 계열사의 퇴출 역제는 전체 기업집단의 유지 또는 확대의 효과를 낼 수 있다는 점에서 동 기준은 경제력집중의 관점에서 유력한 고려 사항이 될 수 있을 것이다. 한편 동 규정에서 ‘타사업자의 신규진입 저해’는 경쟁제한성 판단의 중요한 표시

16) 대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결.

17) 김차동, “단독거래거절에 의한 불공정거래행위의 규제원리”, 권오승 편, 「공정거래와 법치」, 2004, 법문사, 700면 참조.

18) 지원행위와 경쟁제한성 간의 인과관계와 관련하여 유사한 취지의 논의를 전개하고 있는 것으로서, 서정, 부당한 지원행위 규제에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2008, 97면 이하 및 송옥렬, “부당내부거래규제에 대한 이론적 논쟁”, 권오승·이원우 편, 「공정거래법과 규제산업」, 법문사, 2007, 232면 참조.

가 되며, 특히 규모 측면에서 지원행위의 부당성 판단과 관련하여 주의를 기울일 필요가 있다.

끝으로 관련법령을 면탈 또는 회피하는 등 불공정한 방법 또는 절차를 통해 지원행위가 이루어지고, 이로 인하여 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는 경우(마)를 규정하고 있다.

심사지침은 부당한 지원행위에 해당하지 않는 경우로서(IV. 3.), 대규모기업집단 계열회사가 기업구조조정을 하는 과정에서 구조조정 대상회사나 사업부문에 대하여 손실분담을 위해 불가피한 범위 내에서 지원하는 경우(가), 「중소기업의 사업영역 보호 및 기업 간 협력 증진에 관한 법률」에 의하여 위탁기업체가 사전에 공개되고 합리적이고 비차별적인 기준에 따라 수탁기업체(계열회사 제외)를 지원하는 경우(나), 기업구조조정 과정에서 일부사업부문을 임직원 출자형태로 분사화하여 설립한 중소기업기본법상의 중소기업에 대하여 당해회사 설립일로부터 3년 이내의 기간 동안 자생력 배양을 위하여 지원하는 것으로서 다른 중소기업의 기존 거래관계에 영향이 적은 경우(다), 정부투자기관·정부출자기관이 공기업 민영화 및 경영개선계획에 따라 일부 사업부문을 분사화하여 설립한 회사에 대하여 분사 이전의 시설투자자금 상환·연구기술인력 활용 및 분사 후 분할된 자산의 활용 등과 관련하여 1년 이내의 기간 동안 자생력 배양을 위하여 불가피하게 지원하는 경우로서 기존 기업의 거래관계에 영향이 적은 경우(라), 금융지주회사법에 의한 완전지주회사가 완전자회사에게 자신의 조달금리 이상으로 자금지원을 하는 경우(마), 개별 지원행위 또는 일련의 지원행위로 인한 지원금액이 1천만원 이하로서 공정거래저해성이 크지 않다고 판단되는 경우(바), 「장애인고용촉진 및 직업재활법」 제28조 제1항에 따른 장애인 고용의무가 있는 사업주가 같은 법 제2조 제8호에 해당되는 장애인 표준사업장의 발행주식 총수 또는 출자총액의 50%를 초과 소유하여 실질적으로 지배하고 있는 장애인 표준사업장에 대하여 자생력 배양을 위하여 합리적인 범위 내에서 지원하는 경우(사), 「사회적 기업 육성법」 제7조에 따라 고용노동부장관의 인증을 받은 사회적 기업의 제품을 우선 구매하거나, 사회적 기업에게 각종 용역을 위탁하거나, 사회적 기업에게 시설·설비를 무상 또는 상당히 유리한 조건으로 임대하는 등의 방법으로 지원하는 경우(아) 등을 규정하고 있다.

심사지침이 법적 구속력을 갖지 않는다는 점에서, 동 지침에서 제시하고 있는 부당성 부인의 경우를 절대적인 것으로 이해할 것은 아니며, 부당성이 부인되는 것으로 규정된 사유에 해당하는 경우에도 당해 행위의 부당성에 관한 심사가 종국적으로 배제되는 것은 아니다. 한편 위에서 언급한 「중소기업의 사업영역 보호 및 기업 간 협력 증진에 관한 법률」 등 다른 법률에 근거하여 행해진 지원행위에 대해서는 독점규제법 제58조에 의한 적용 제외가 가능한지를 검토할 수도 있다.

이상의 심사지침 상의 부당성 판단 기준은 개별적으로 타당성을 갖고 있다 하더라도

도, 지원행위 부당성 판단의 핵심적인 표지인 경쟁제한성과 경제력집중의 관점에서 판단기준의 의의가 명확하지 않으며,¹⁹⁾ 이러한 점에서 적용상 한계를 충분히 보완한 것으로 보기는 어려울 것이다.

2. 경쟁제한성 심사

(1) 경쟁제한성 심사의 기초

지원행위의 부당성 판단을 경쟁제한 효과에 초점을 맞추어 분석하는 것은, 불공정거래행위의 한 유형으로서 부당지원행위를 규제하는 체계에서 법리적 타당성을 갖고 있으며, 대법원 판결에 의해서도 뒷받침되고 있다. 이와 같은 심사는 경제력집중 억제 정책과 관련하여 사전적 규제에서 사후적 규제로, 또한 국민경제적 차원에서 개별 시장 중심으로의 정책 변화를 수용한 것이라는 점에서도²⁰⁾ 의의가 있다.

지원행위는 지원행위가 나타난 당해 시장에서의 경쟁에 영향을 미칠 수 있으며, 또한 지원을 받은 지원객체가 참가하고 있는 다른 시장의 경쟁에 대해서도 일정한 효과를 낼 수 있다. 이러한 점에서 지원행위에 의하여 개별시장에서 발생하는 경쟁제한 효과의 분석은, 거래상 차별에서 1선(primary) 차별과 2선(secondary) 차별의 구별과 유사한 방식으로,²¹⁾ 지원행위가 나타난 시장과 지원행위 이후 다음 단계 시장에서의 효과로 구분하여 수행하는 것이 유용할 것이다.

(2) 지원행위 관련시장의 분석

대가나 규모 측면에서 지원행위는 당해 행위가 행해진 시장에서 경쟁제한 효과를 낼 수 있다. 심사지침의 부당성 판단 기준에서 살펴본 것처럼, 이러한 효과는 당해 시장에서의 경쟁사업자 배제 효과로서 구체화될 수 있으며, 지원주체와 객체 간에 상당한 규모의 거래가 이루어지는 경우에 전형적으로 나타날 수 있다. 즉 지원주체와 지원객체 간의 거래가 당해 시장에서 상당한 비중을 차지할 경우에, 이러한 거래는 당해 시장의 경쟁사업자에게 경쟁상 손실을 끼치고, 구조적으로 배타적 거래(exclusive dealing)와 매우 유사한 경쟁정책적인 문제를 낳을 수 있다. 배타적 거래가 양 당사자 간의 계약의 형식을 통해서 이루어지는 것이라면, 특히 계열회사 관계에 있는 사업자 간의 거래는 배타적 계약 형식을 취하지 않더라도 단일한 기업집단의 운영 원리에 의

19) 외부의 경쟁과 관련된 부분과 계열사 간 부의 이전의 문제는 분명하게 구분하여야 한다고 언급하고 있는 것으로서, 송옥렬, 위의 글, 239면 참조.

20) 홍명수, “경제력집중 억제”, 권오승 편, 「독점규제법 30년」, 법문사, 2011, 262-263면 참조.

21) Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy 3. ed., Thomson/West, 2005, pp. 581-582에서, 이러한 구별은 경쟁정책적으로도 상이한 접근 방식을 필요로 한다는 점에서 유의미한 것으로 보고 있다.

하여 유사한 경제적 효과를 낼 수 있다.

이러한 점에서 배타적 거래에 관하여 형성된 경쟁법상 분석 방식과 규제 법리를 살펴보는 것은 유용한 의미가 있다. 경쟁정책상 배타적 거래는 관련 시장에서 경쟁사업자에게 시장 접근의 제한을 포함한 비용 상승을 초래함으로써 경쟁사업자의 경쟁력을 약화시킬 수 있다는 것에 근거한다.²²⁾ 미국 반독점법상 배타적 거래의 규제 법리를 개략적으로 보면, 연방대법원의 Tempa Electronic 판결²³⁾ 이후 규제 대상이 되는 배타적 거래는, 관련 시장에서 경쟁사업자에 대한 시장봉쇄효과가 발생하며, 또한 이러한 거래가 실질적으로 경쟁상 손실을 낼 수 있는 기간 동안²⁴⁾ 이루어질 경우에 반독점법상 위법한 것으로 평가되고 있다. 이때 봉쇄되는 정도를 시장점유율로 환산하여 계량적으로 이해할 수 있지만,²⁵⁾ 시장점유율 외에도 당해 시장의 구조나 특성, 경쟁사업자의 거래 전환 등의 대응 가능성, 기존 경쟁사업자가 행하는 배타적 거래의 정도, 신규 사업자의 진입제한 가능성 등이 종합적으로 고려되고 있다. 한편 경쟁사업자에 대한 시장봉쇄효과를 실질적으로 파악하기 위하여, 경쟁사업자의 최소효율규모를 기준으로 하는 분석 방식이 유용할 것이다. 이때 최소효율규모(minimum efficient scale)는 평균비용이 최저인 수준을 의미하는데, 이에 미치지 못하는 수준에서 생산이 이루어질 수밖에 없을 경우에 비용 증가의 부담이 발생하고, 이러한 상황이 지속됨으로써 경쟁사업자가 시장에서 배제될 수 있다. 이러한 기준은 시장봉쇄의 절대적인 크기뿐만 아니라 경쟁사업자의 침해 가능성을 구체적으로 고려함으로써 시장봉쇄의 의의를 경쟁정책적으로 평가할 수 있다는 점에서 긍정적인 측면이 있다.²⁶⁾

이상의 논의를 지원행위에 원용한다면, 지원주체와 지원객체 간에 상당 기간에 걸쳐 진행된 거래를 통하여 당해 시장에서 배제된 거래량이 경쟁사업자가 동 시장에서 퇴출될 우려를 낼 정도에 이르면, 경쟁제한성의 관점에서 당해 지원행위의 부당성을 인

22) 경쟁정책상 배타적 행위를 경쟁자의 비용 상승(Raising Rivals' Costs) 구조로 분석하고 있는 것으로서, Andrew Gavil, William Kovacic & Jonathan Baker, *Antitrust Law in Perspective*, Thomson/West, 2008, pp. 592-594 참조.

23) *Tempa Electronic Co. v. Nashville Coal Co.* 365 U.S. 320 (1961).

24) 예를 들어 Motion Picture 사건에서 FTC는 배타적 거래의 기간을 1년 이하로 단축할 것을 명령하였으며, 연방대법원은 이를 지지하였다. *FTC v. Motion Picture Advertising Service* 344 U. S. 392 (1953). 한편 독일의 경쟁제한방지법(GWB) 규제 실무에서는 3개월 이하의 배타적 거래는 경쟁정책상 문제가 되지 않는 것으로 보고 있다. Ulrich Gassner, *Grundzüge des Kartellrechts*, Verlag Vahlen, 1999, p. 114 참조.

25) Tempa Electronic 판결 이후, 지속적으로 시장봉쇄의 비율에 초점을 맞추는 것에서 배타적 거래가 시장지배력을 형성하거나 강화하고 나아가 반경쟁적 효과를 낼 수 있을지에 대한 실질적 분석으로 옮겨 가고 있다고 보는 것으로서, ABA, *Antitrust Law Development* 6. ed., ABA Publishing, 2007, p. 216 참조.

26) 이때 경쟁침해 효과는 경쟁사업자가 시장에서 완전히 배제되는 정도가 아니라, 비용상의 부담으로 퇴출의 압력을 받는 정도에 이른 경우에도 인정될 수 있다. Phillip Areeda, *Antitrust Law Vol. IX*, Little, Brown & Company, 1991, pp. 55-61 참조.

정할 수 있는 근거가 될 수 있을 것이다.²⁷⁾

(3) 지원행위 이후 단계 시장의 분석

지원행위에 의하여 지원객체가 속한 다음 단계의 시장에서 경쟁제한적 효과를 낼 가능성도 있다. 예를 들어 자금·자산 등의 지원에 의하여 지원객체가 다른 상품 시장에서 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건상 유리한 위치에 있게 될 경우를 상정할 수 있다. 전술한 것처럼 심사지침은 ‘경쟁조건의 유리’에 기초하여 부당성을 판단할 수 있는 것으로 규정하고 있지만, 이것만으로 경쟁제한적 효과를 인정하는 것은 타당하지 않으며,²⁸⁾ 시장 행태를 분석하는 과정이 필요하다.

구체적으로 지원행위 이후, 즉 지원주체로부터 경제적 이익을 제공받은 이후 지원객체가 자신이 참가하고 있는 시장에서 유리한 경쟁조건에 기초하여 일정한 행위를 하고, 이 행위가 경쟁사업자에게 미칠 효과에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 우선 유리한 경쟁조건을 지원객체가 상품의 가격에 반영하는 경우, 이때 가격 책정이 부당염매에 해당하는 수준에서 이루어지면, 이 행위를 불공정거래행위의 하나인 부당염매로 규제하는 것으로 충분할 것이다. 이때 지원행위의 부당성이 대가의 차이에 기초하는 경우에는, 지원객체의 가격책정이 지원주체로부터의 거래 가격에 기반하는 것이기 때문에 비용 기준에 의한 부당염매 판단이 용이하지 않다는 지적이 유력하다.²⁹⁾ 한편 상당한 규모의 지원행위에 있어서 대가는 정상가격과 동일한 수준을 전제하는 것이기 때문에, 상대적으로 지원객체의 부당염매 규제는 용이한 측면도 있다.

부당염매에 해당하지 않는다면, 이와 같은 가격책정이 경쟁사업자에 비하여 유리하게 작용하는 경우에도, 이를 가격경쟁의 본질이나 소비자 후생의 측면에서 지원행위의 부당성 판단의 근거로 삼는 것에는 한계가 있다. 결국 지원행위의 부당성 판단과 관련하여 의미 있는 영역은, Areeda & Turner가 시사한 것처럼 부당성이 추정되는 기준인 (단기)평균가변비용보다 높은 수준에서 가격이 책정되고,³⁰⁾ 염매 해당 기준인 평균

27) 이러한 점에서 지원객체 자신의 퇴출 억제 효과는 경쟁제한 효과의 분석에 있어서 결정적인 의미를 갖는 것은 아니다. 지원행위 부당성 판단에 있어서 지원객체 퇴출 억제 효과 분석의 한계에 관하여, 주진열, “공정거래법상 부당지원행위 규제에 대한 비판적 고찰”, 서울대학교 법학, 2012, 653-654면 참조.

28) 어떤 기업의 자금력 제고 내지 경영여건 개선이 장기적으로 경쟁자의 축출을 통한 소비자후생의 감소로 이어진다는 것은 불확실한 몇 가지 조건을 충족해야만 가능하다는 것에 관하여, 서정, 주 17)의 글, 108면 이하 참조.

29) 송옥렬, 주 17)의 글, 242면 참조.

30) Areeda & Turner에 따르면, 평균총비용보다 높은 수준의 가격은 약탈적 가격 문제를 낳지 않으며, 평균가변비용보다 낮은 수준에서의 가격은 위법한 것으로 추정된다고 보고 있다. Phillip Areeda & Donald F. Turner, "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act", Harvard Law Review vol. 88, 1975, pp. 700-702 참조.

총비용에 미치지 않는 경우일 것이다.³¹⁾ 판례는 조업중단점 이상에서의 가격책정과 같은 것은 정당화 사유로서 검토될 수 있다고 보고 있는데, 또한 이 영역에서의 가격책정은 지원행위의 부당성 판단의 관점에서도 고려될 수 있다.³²⁾ 한편 지원객체의 유리한 경쟁조건이 상품의 품질 제고, 부가서비스의 제공, 유통망의 확대 등과 같은 가격 외적인 요소에 반영되고, 이로 인하여 경쟁사업자가 경쟁상 불리한 위치에 처할 수도 있다. 그러나 이러한 경우에도 이들 행태 자체가 경쟁정책적으로 문제되지 않는다면, 이를 지원행위의 부당성 판단의 근거로 원용하는 것에는 한계가 있을 것이다.

이 외에도 차별 또는 가격압착(price squeezing)의 관점에서 부당성을 이해할 수도 있다. 우선 지원주체가 지원객체와 지원객체의 경쟁사업자에게 모두 상품을 제공하면서 차별적으로 취급한 경우에 차별에 대한 경쟁법상 규율이 가능하므로, 지원행위로서의 규제 가능성은 보충적인 의미를 갖는다. 즉 비용기초 항변 등에 의하여 차별로서의 규제가 여의치 않을 경우에, 지원행위로서 규제 가능성이 검토될 수 있을 것이다. 그러나 비용기초 항변은 정상거래와의 상당한 차이를 파악하는데 영향을 미칠 수 있다는 점에서, 경쟁사업자 배제 효과에 기초한 차별 규제 법리를 부당성 판단에 원용할 여지는 크지 않을 것으로 보인다. 또한 특정 사업자가 도매와 소매 단계 모두에서 상품을 공급하고 있고, 경쟁사업자에 대한 도매 공급 가격이 소매단계의 경쟁에서 적절한 이윤을 확보하기 어려운 수준으로 이루어질 경우에 가격압착의 문제가 제기될 수 있다. 가격압착의 본질은 수직적 봉쇄에 있으며,³³⁾ 지원객체와 경쟁사업자의 관계에서 이러한 특징이 드러날 수도 있다. 특히 이 경우에는 남용으로 평가되는 가격 수준이 비용에 기초하는 것이 아니라 경쟁사업자의 적절한 이윤확보 가능성에 기초한다는 점에서 유용한 측면이 있다. 그러나 가격압착에 대해서는 시장지배적 지위의 남용으로서의 규제가 이루어질 수 있다는 점에서³⁴⁾ 지원행위로서의 규제 가능성 역시 보충적인 의미가 있다.

31) 대법원은 총원가(평균총비용)를 염매에 해당하는지를 판단하는 기준으로 삼고 있다. 대법원 2001. 6. 21. 선고 99두4686 판결.

32) 지원행위와 지원객체의 위법행위 규제와 관련하여, 경쟁정책상 종착점(지원객체의 위법행위)보다 시작점(지원행위)의 규제가 타당하다고 보는 견해로서, 송옥렬, 주 17)의 글, 243면(전성훈 교수 의견 부분) 참조.

33) Robert O'Donoghue & A Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, p. 303 참조.

34) 전형적인 사례로서 *Deutsch Telekom 사건* 참조. Case C-280/08 P, *Deutsche Telekom v. Commission*, ECJ [2010].

3. 경제력집중 심사

(1) 경제력집중 심사의 기초

경제력집중은 시장집중, 일반집중, 소유집중 등 다의적으로 사용되는 개념이기 때문에, 지원행위의 부당성 판단기준으로서 경제력집중의 의미를 명확히 할 필요가 있다. 일반적으로 시장집중은 개별 시장에서의 집중도를 나타내는 것으로서 경쟁제한 효과를 판단하는 것과 관련되기 때문에, 경쟁제한성과 독립적으로 사용되고 있는 경제력집중의 경우 시장집중의 의미는 포함하지 않는 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다. 따라서 지원행위의 부당성 판단기준으로 경제력집중은 소유집중과 일반집중의 관점에서 구체화될 필요가 있다.

(2) 소유집중 효과의 분석

소유집중은 기업의 발행주식 또는 잔여청구권이 소수의 자연인 또는 그 가족에 집중되는 것을 의미한다.³⁵⁾ 다음과 같은 경우를 지원행위, 특히 상당한 규모의 지원행위에 의하여 소유집중이 강화되는 예로 검토할 수 있다. 우선 단순한 지분권 이전의 경우에 소유집중의 총량에 변화가 없다면, 소유집중의 관점에서 문제가 되지 않을 것이다. 지분 이전이 지배권 승계의 의미를 갖는 경우를 상정할 수도 있는데, 지배권 승계를 제한하는 근거 규정을 갖고 있지 않은 상황에서 이에 대한 독점규제법상 평가가 가능한지는 의문이다.

또한 지분의 구성 변화의 관점에서도 검토할 필요가 있다. 일반적으로 총수가 자연인인 기업집단에 속한 기업의 지배를 가능하게 하는 내부지분은 총수 자신의 지분과, 총수의 동일인 관련자로서 친족, 계열회사, 임원 등 기타 동일인관련자의 지분으로 구성된다. 이때 전체적인 내부지분의 총량에는 변화가 없지만 구성 비율이 달라지는 경우, 예를 들어 동일인 관련자인 계열회사의 비중이 높아지거나 또는 동일인의 비중이 높아지는 경우, 이로 인하여 소유지배 괴리도³⁶⁾ 등의 지표에 변화가 나타날 수 있지만, 이에 기초한 규범적 평가는 용이하지 않을 수 있다. 다만 이와 같은 내부 지분 구성 비중의 변화가 기업집단의 유지를 강화하는 방향으로 작용하고 있다면, 이에 대한 일반집중 관점에서의 평가가 필요할 수 있다.

또한 상당한 규모의 지원행위에 의한 소유집중의 강화는 상품, 유동 자산 등의 거래를 통한 방식에 의해서도 가능하다. 예를 들어 지원행위를 통하여 지원객체의 시장 가치가 증대하고, 이에 대한 지분가치가 아울러 상승할 경우에 소유집중의 강화로 이어질 수도 있으며, 특히 이러한 현상은 터널링 효과(tunnelling effect)의 관점에서도 이

35) 황인학, 경제력집중 한국적 인식의 문제점, 한국경제연구원, 1997, 26면.

36) 일반적으로 소유지배 괴리도는 총수 및 총수의 친족의 지분율의 합계(소유지분율)와 친족을 제외한 동일인관련자, 특히 계열회사의 비중이 높은 지분율(의결지분율)의 차이로 파악된다.

해가 가능하다.³⁷⁾ 지배주주가 자신의 이익을 극대화하기 위하여 계열회사 간 부의 이전을 행할 경우에, 기업과 지배주주 간에 이익 충돌이 발생할 수 있으며, 이러한 효과도 소유 또는 지배권 집중에 대한 부정적 평가의 근거가 될 수 있다.

그러나 이상의 행태에 대한 평가를 하기 이전에, 소유집중을 둘러싼 우리 사회의 문제의식에 일정한 변화가 계속되었다는 점에 주의를 요한다. 1990년대에는 주로 소유와 경영의 관계가 사회적 의제로서 영향을 미쳤으며, 소유와 경영을 분리하고자 하는 논의가 많은 반향을 불러일으켰다.³⁸⁾ 그러나 소유와 경영이 분리되는 경우와 그렇지 않은 경우에 기업 경영의 효율성을 일의적으로 판단하기 어렵다는 경험적 연구결과가 보고되고,³⁹⁾ 소유와 경영 관계의 다양한 가능성이 인식되면서, 논의의 초점은 소유와 지배의 괴리로 옮겨가는 양상이 나타나고 있다. 즉 기업의 소유권 또는 지배권이 소수의 개인에 집중되는 것이 아니라, 적은 지분으로 절대적인 의사결정을 행하는 것이 문제라는 사고가 유력해지면서,⁴⁰⁾ 소유·지배 괴리의 해소가 정책적 과제로 추진되기도 하였다. 예를 들어 독점규제법은 2007년 법개정을 통하여(구법 10조 8항) 소유지배 괴리도가 25p 이하이고 의결권 승수가 3 이하인 기업집단에 대한 출자총액제한제도의 적용을 면제하였다. 이와 같은 소유집중과 관련된 문제의식의 변화는, 소유집중을 규범적 평가의 판단기준으로 원용하는 것에 한계로 작용할 것이다. 즉 경쟁정책적으로 바람직한 소유집중의 모습을 상정하기 어려운 상황에서, 수범자의 행위를 동 기준으로 평가하는 것은 가능하지도, 타당하지도 않을 것이다. 더욱이 2009년 독점규제법 개정으로 출자총액제한제도가 폐지됨으로써 소유집중에 관한 정책기조를 지지하는 법적 근거는 존재하지 않는 상황이라는 점도 염두에 두어야 한다.

(3) 일반집중 효과의 분석

일반집중은 산업이나 국민경제 일반에서 특정 기업이나 기업집단이 차지하는 비중을 의미한다.⁴¹⁾ 한 나라의 경제적 자원이 소수의 기업집단에 의하여 통제되는 것에 따른 피해를 우려하여⁴²⁾ 독점규제법은 경제력집중 억제에 위한 규제를 두고 있으며, 특히

37) 가족이 지배하는 기업집단에서 터널링 효과에 의하여 지배주주의 사적 이익 실현이 기업 이익에 우선하는 것에 대한 분석으로서, Sumon Bhaumik & Andros Gregoriou, "Family" ownership, tunneling and earnings management: A review of the literature, William Davidson Institute Working Paper No. 954, 2009, pp. 12-13 이하 참조.

38) 예를 들어 박상용, "전문경영체제와 기업지배구조", 『한국 기업지배구조의 현재와 미래』, 미래경영개발연구원, 2000, 168면 이하 참조.

39) 대표적으로 Mark Roe, Strong Managers Weak Owners, Princeton Univ. Press, 1994, p. 239.

40) 김선구·류근관·빈기범·이상승, 「출자총액제한제도의 바람직한 개선방안」, 서울대학교 경제연구소 기업경쟁력연구센터, 2003. 10, 9면 이하.

41) 황인학, 주 34)의 책, 25면.

42) 일반집중의 폐해에 관한 논의는, 홍명수, 재벌의 경제력집중 규제, 경인문화사, 2006, 13-16

상호출자금지 등의 사전적 규제는 자산총액 5조원 이상의 기업집단을 대상으로 적용하고 있다(법 9조 및 영 17조). 이와 같은 독점규제법의 규제 태도는 몇 가지 중요한 정책 방향을 시사한다. 우선 규제 내용 측면에서 2009년 법개정 이후 출자총액제한제도의 폐지 등 규제 수준이 완화되었다는 것이 중요하지만, 형식적 측면에서 자산총액 5조원 이상을 절대적 기준으로 하여 수범자를 정하고 있다는 것에도 주목할 필요가 있다. 이와 같은 규정 방식은 일반집중을 나타내는 다양한 지표 중에서 입법자가 '자산'을 실질적인 지표로 선정하고,⁴³⁾ 또한 5조원을 경제력집중의 우려를 구체화하는 기준으로 상정하고 있음을 의미한다.

물론 자산 기준이 일반집중의 지표로서 가장 적합한 것인지, 5조원 기준이 경제 현실을 반영하는지, 5조원 이상인 경우에도 200조원이 넘는 거대 기업집단까지 편차가 큰데 일률적인 규제를 적용하는 것이 타당한지 등에 관한 논의의 여지가 있으며, GDP와 실질적인 비교가 가능한 부가가치 창출액과 같은 지표를 활용하는 등의 대안 검토도 가능할 것이다. 그러나 현행법의 태도를 존중한다면, 일반집중의 우려를 구체화할 수 있는 일차적인 기준으로 자산 기준을 활용하는 것 자체를 비판적으로 볼 것은 아니다.

경제력집중 측면에서 지원행위의 부당성 판단 기준으로 자산 기준을 원용한다면, 지원행위를 통하여 자산총액의 증가 여부가 현실적인 판단 기준으로 기능할 수 있다. 이때 가점적인 평가 방식의 활용이 가능한데, 예를 들어 지원행위가 없을 경우에 예상되는 자산총액과⁴⁴⁾ 지원행위 이후의 총액을 비교하여, 증가가 상당한 수준에 이르는 경우라면, 일반집중의 관점에서 당해 지원행위에 대한 부당성 평가가 가능할 것이다. 반면 그 변화가 없거나 미미한 경우에는 경제력집중의 관점에서 부당성 평가는 유보되어야 할 것이다.

그러나 지원행위에 따른 자산총액에 있어서 의미 있는 변화가 없는 경우에도, 전체 기업집단의 관점에서 주목해야 할 부분이 있다. 우선 여전히 많은 대규모기업집단은 순환출자적인 구조를 취하고 있으며, 이러한 출자구조에서 지분 관계의 핵심적인 역할을 수행하는 계열회사가 존재한다. 이러한 회사에 대한 지원행위에 관해서는 자산총액 뿐만 아니라 전체 기업집단 유지의 관점에서 지원행위의 의의를 파악할 필요가 있으며, 이에 대한 지원행위의 기여가 드러나면, 일반집중의 차원에서 부당성 평가가 가능할 수 있다. 또한 일반적으로 기업집단의 유지에 일정한 비용이 발생한다는 점도 주의

면 참조.

43) 독점규제법과 유사한 일본 獨占禁止法 제9조의 사업지배력 과도집중 규제도 자산총액을 기준으로 하고 있다. 이에 관한 상론은, 홍명수, 「경제법론」, 경인문화사, 2008, 194면 이하 참조.

44) 지원객체에 대한 지원행위가 없을 경우에 지원객체가 관련 시장에서 존속할 가능성이나 범위 등에 대한 실질적인 평가를 통하여, 지원객체의 자산 변화를 객관적으로 예상할 필요가 있다.

를 요하는 부분이다. 즉 계열관계를 유지하기 위한 일정한 출자는 불가피하며, 이때 출자는 대부분 계열관계를 유지하는 동안 매물비용의 성격을 가질 것이다. 이때 기업집단은 계열관계를 유지하는데 들어간 비용을 회수할 유인을 갖게 되며, 계열회사 간 거래는 일정 정도 이러한 비용을 줄이는 방향으로, 따라서 전체 기업집단의 유지를 용이하게 하는 방향으로 작용할 수도 있다.

결론적으로 일반집중의 관점에서 지원행위의 부당성을 평가할 경우에, 기업집단 규모의 증대 여부는 일차적인 고려 사항이 되지만, 나아가 지원주체와 지원객체가 속한 기업집단의 유지나 운영에 관한 종합적인 관점이 반영되어야 한다.

(4) 정당화 사유의 검토

지원행위의 부당성이 인정되는 경우에도, 정당화 사유가 존재하는 경우에 최종적으로 위법성이 부인될 수 있다. 우선 사업상의 필요성이 정당화 사유로서 고려될 수 있는지에 관하여 대법원은 이를 긍정하면서도, 단순한 사업경영상의 필요 또는 거래의 합리성 내지 필요성이 있다는 사유만으로는 부당지원행위의 성립요건으로서 부당성이 부정될 수 없다고 판시하였다.⁴⁵⁾ 이윤추구를 목적으로 하는 기업 활동은 본질적으로 사업상 필요성과 무관한 것으로 보기 어렵기 때문에, 매우 제한된 범위에서 사업상 필요성을 정당화 사유로 인정할 수밖에 없을 것이다.

어떠한 경우에 사업상 필요성이 긍정적으로 원용될 수 있는지에 대한 논의가 필요하며, 이는 결국 부당지원행위를 정당화 할 수 있는 사유들에 대한 종합적인 이해를 통하여 가능할 것이다. 특히 사업자가 지원객체에 대한 지원을 의도하였는지가 중요하고 고려 대상이 된다. 경쟁법상 의도는 행위로부터 추론되는 객관적 증거를 통하여 이해할 수 있으며,⁴⁶⁾ 직접적인 입증 대상이기 보다는 행위의 합리적 설명에 의해서 판단될 것이다. 이러한 관점에서 문제가 된 행위에서 지원의도를 배제하거나 부차적인 것으로 할 수 있는 합리적인 설명이 가능할 경우에 지원행위의 부당성이 부정될 가능성이 있다.

한편 효율성에 기초한 정당화 항변은 당연히 가능하며, 특히 상당한 규모의 거래에 의한 지원행위와 관련하여, 다양한 효율성 제고 효과에 대한 분석이 이루어질 필요가 있다. 전술한 것처럼 계열회사 간 거래의 내부화적 성격은 배타적 거래와 유사한 측면이 있으며, 배타적 거래에 의한 경쟁제한성 분석의 최종적인 단계로서 효율성에 따른 정당화 사유가 검토되어야 한다. 배타적 거래에 '경쟁자 비용 상승' 구조를 적용하여, 경쟁사업자의 비용 상승(시장에 대한 접근 제한 등을 포함)을 확인하는 단계, 경쟁자 배제로 인하여 독점력을 갖게 되고, 이를 가격에 반영하는지를 평가하는 단계, 그리고 최종적으로 배타적 행위로 인한 효율성이 경쟁사업자의 경쟁상 손해를 상회하는지, 특

45) 대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결.

46) Herbert Hovenkamp, supra note 21), pp. 281-283면 참조.

히 배타적 행위에 따른 비용절감이 가격인하를 통하여 소비자에게 귀속되는지 등을 분석하는 단계로 구분하는 방식을 취할 수 있으며,⁴⁷⁾ 이와 같은 단계적 분석 방식은 지원행위 부당성 판단에도 원용할 수 있을 것이다. 이때 안정적인 거래 관계의 형성, 장기적 생산계획의 확립, 기술조건의 특화에 따른 향상, 안정적 유통망의 구축, 거래객체의 성실성 확보를 통한 무임승차의 방지 등이 효율성 제고 효과로서 고려될 수 있다.⁴⁸⁾ 결국 이러한 효과가 경쟁사업자에게 미친 경쟁상의 손해보다 큰 것으로 평가할 수 있는지의 문제로 전환할 것이다.

끝으로 이러한 효율성 향변이 경쟁제한성이 아닌 경제력집중 효과에 근거한 부당성 판단에 대해서도 가능한지에 대한 논의가 추가될 필요가 있다. 이와 관련하여 독점규제법상 경제력집중 억제에 위한 규제도 동법이 추구하는 창의적인 기업활동, 소비자 보호, 국민경제의 균형 발전 등의 목적에 복무하는 것이라는 점을 염두에 두어야 할 것이다. 효율성 제고는 근본적으로 이러한 목적에 긍정적으로 작용하는 것을 전제로 향변 사유로 수용된 것이기 때문에, 경제력집중에 따른 부당성 판단에 있어서도 정당화 사유로서 의미를 가질 수 있다.

V. 특수관계인에 대한 이익제공 행위 규제

1. 규제 의의

2013년 법개정에 의한 독점규제법 제23조의2에 의한 규제는 특수관계인에 대한 이익 귀속에 초점을 맞추어 규제체계를 형성하고 있다. 특정한 거래를 통하여 총수(동일인)나 그 친족이 이익을 취득하는 것은 분명하지만, 기존의 부당 지원행위를 통하여 규제가 불분명하였던 점을 보완하는 취지에서 입법이 이루어졌으며, 따라서 지원행위와 유사하지만 귀속 주체 측면에서 특별한 의미가 있는 이익 귀속의 문제가 핵심을 이룬다.

이러한 취지에 따라서 법 제23조의2 제1항 각호는 특수관계인, 구체적으로 대규모기업집단의 총수나 그 친족에게 이익이 귀속되는 경우를 규제 대상으로 한다. 물론 대규모기업집단에 관련된 특수관계인의 이익 추구행위 자체를 부당한 것으로 볼 수는 없을 것이다. 더욱이 동 행위와 경제력집중의 관련성이 명확히 드러나는 것은 아니며, 당연히 이에 관한 심사 과정이 요구된다. 제도적 의의와 관련하여, 이러한 행위들은 기본적으로 이미 경제력이 집중된 상황을 이용한 것이라 할 수 있고, 기업집단 나아가 국

47) Andrew Gavil, William Kovacic & Jonathan Baker, *supra* note 22), p. 596.

48) ABA, *supra* note 25), p. 221 참조.

민경제적 차원에서 효율성을 저해할 수 있다는 점에서 규제의 정당화 근거를 찾을 수 있을 것이다.

2. 규제 대상 행위

독점규제법 제23조의2 제1항은 상호출자제한기업집단에 속한 회사가 특수관계인(동일인 및 그 친족) 또는 특수관계인이 일정 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사에게⁴⁹⁾ 다음의 행위를 통하여 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 금지한다. 대상이 되는 행위는, 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위(1호), 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위(2호), 특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위(3호), 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위(4호) 등이다. 나아가 동법 시행령 [별표 1의3] '특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위의 유형 또는 기준'(이하 부당이익유형)은 규제 대상인 행위를 구체적으로 규정하고 있다.

부당이익유형 제1호에서 상당히 유리한 조건의 거래는, 가지급금·대여금 등 자금을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 낮거나 높은 대가로 제공하거나 거래하는 행위(가), 부동산·유가증권·무체재산권 등 자산 또는 상품·용역을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 낮거나 높은 대가로 제공하거나 거래하는 행위(나), 인력을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 낮거나 높은 대가로 제공하거나 거래하는 행위(다)를 말하며, 다만 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 법 제7조 제1항에 따른 특수관계인이 아닌 자와의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건과의 차이가 100분의 7 미만이고, 거래당사자간 해당 연도 거래총액이 50억원(상품·용역의 경우에는 200억원) 미만인 경우에는 상당히 유리한 조건에 해당하지 않는 것으로 보고 있다. 동 유형의 규제는 법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위로서 규제가 불명확한 부분을 보완하는 의미가 강하다. 예를 들어 특수관계인이 시장에 참가하고 있는 사업자가 아닌 경우에 정상적인 거래조건과 상당한 차이가 드러날 때에도 개별 시장에서의 경쟁제한성이나 경제력집중 측면에서 부당성 판단이 용이하지 않을 수 있으며, 동 규정은 이에 대한 유력한 규제 근거가 될 수 있다.

제2호의 사업기회의 제공은 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회로서 회사가 수행하고 있거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회를 제공하는 행위를 의미한다. 다만 회사가 해당

49) 동법 시행령 제38조 제2항에서 상장법인의 경우 30%, 비상장법인의 경우 20%.

사업기회를 수행할 능력이 없는 경우(가), 회사가 사업기회 제공에 대한 정당한 대가를 지급받은 경우(나), 그 밖에 회사가 합리적인 사유로 사업기회를 거부한 경우(다)는 제외한다. 동 규정은 전형적으로 터널링 효과에 기반한 사익추구행위의 규제로서 의미가 있다.

제3호의 현금, 그 밖의 금융상품의 상당히 유리한 조건의 거래는 특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 낮거나 높은 대가로 제공하거나 거래하는 행위를 의미한다. 다만 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 법 제7조 제1항에 따른 특수관계인이 아닌 자와의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건과의 차이가 100분의 7 미만이고, 거래 당사자간 해당 연도 거래총액이 50억원 미만인 경우에는 상당히 유리한 조건에 해당하지 않는 것으로 본다. 동 규정은 거래 주체를 특수관계인에 한정함으로써 거래상 이익이 직접적으로 특수관계인에게 귀속되는 경우를 상정하고 있다. 이 경우에도 정상적인 거래와의 비교를 행하지만, 앞에서 살펴본 제1호의 경우와 마찬가지로 동 규정의 행위는 부당 지원행위에 의한 규제를 보완하는 의미가 있다.

제4호의 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래는 거래상대방 선정 및 계약체결 과정에서 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격, 거래규모, 거래시기 또는 거래조건 등 해당 거래의 의사결정에 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고, 이를 객관적·합리적으로 검토하거나 다른 사업자와 비교·평가하는 등 해당 거래의 특성상 통상적으로 이루어지거나 이루어질 것으로 기대되는 거래상대방의 적합한 선정과정 없이 상당한 규모로 거래하는 행위를 의미한다. 다만 거래당사자 간 상품·용역의 해당 연도 거래총액(2 이상의 회사가 동일한 거래상대방과 거래하는 경우에는 각 회사의 거래금액의 합계액)이 200억원 미만이고, 거래상대방의 평균매출액의 100분의 12 미만인 경우에는 상당한 규모에 해당하지 않는 것으로 본다. 동 유형의 규제와 관련하여 기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령이 정하는 거래에 대해서는 적용이 제외된다(23조의2 2항).⁵⁰⁾ 동 규정 역시

50) 동법 시행령 제38조 제4항 및 [별표 1의4] '법 제23조의2 제1항 제4호를 적용하지 아니하는 거래'에서 이에 해당하는 경우는 1. 효율성 증대효과가 있는 거래; 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로서 다른 자와의 거래로는 달성하기 어려운 비용절감, 판매량 증가, 품질개선 또는 기술개발 등의 효율성 증대효과가 있음이 명백하게 인정되는 거래. 가. 상품의 규격·품질 등 기술적 특성상 전후방 연관관계에 있는 계열회사간의 거래로서 해당 상품의 생산에 필요한 부품·소재 등을 공급 또는 구매하는 경우, 나. 회사의 기획·생산·판매 과정에 필수적으로 요구되는 서비스를 산업연관성이 높은 계열회사로부터 공급받는 경우, 다. 주된 사업영역에 대한 역량 집중, 구조조정 등을 위하여 회사의 일부 사업을 전문화된 계열회사가 전담하고 그 일부 사업과 관련하여 그 계열회사와 거래하는 경우, 라. 긴밀하고 유기적인 거래관계가 오랜 기간 지속되어 노하우 축적, 업무 이해도 및 숙련도 향상 등 인적·물적으로 협업체계가 이미 구축되어 있는 경우, 마. 거래목적상 거래에 필요한 전문 지식 및 인력 보유 현황, 대규모·연속적 사업의 일부로서의 밀접한 연관성 또는 계약이행에 대한 신뢰성 등을 고려하여 계열회사와 거래하는 경우. 2. 보안성이 요구되는 거래; 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는

부당 지원행위에 의한 규제를 보완하는 의미가 있다. 특히 규모 측면에서의 지원 행위 규제의 실효성을 높이기 위한 입법 취지가 반영된 것으로 내부 의사결정의 비합리성에 초점을 맞추어 규제 대상인 행위를 정하고 있다. 그러나 이에 관한 외부에서의 심사가 용이하지 않을 수 있다는 점을 고려할 때, 이와 같이 대상을 특정한 방식이 실효성이 있을지는 의문이다. 또한 효율성 등에 기초한 적용 제외 사유를 명시적으로 규정하고 있다는 점에서도 특징적이다. 효율성 등에 의한 항변은 독점규제법 위반행위에 일반적으로 원용될 수 있는 것이며, 따라서 이를 명시하고 있는 취지를 이해할 필요가 있다. 시행령 [별표 1의4]는 효율성 증대효과의 명백성을 요구하고 있는데, 이와 같은 규정 태도와 명시적인 근거 규정을 두고 있는 취지를 고려할 때, 효율성 등에 기한 적용제외는 신중하게 이루어질 필요가 있을 것이다.

3. 부당성 판단

법 제23조 제1항 제7호에 의한 부당지원행위 규제는 지원행위 성립과 부당성에 관한 판단 과정을 거친다. 이 과정에서 직관적으로 효율적인 기업 운영과 무관한 것으로 보이는 거래도 동 규정에 의한 규제 대상에서 제외되는 경우가 발생할 수 있다. 법 제23조의2는 이와 같은 적용상의 어려움을 피하고 규제의 실효성을 높이기 위한 목적으로 도입되었다. 특히 기업 또는 기업집단의 효율적 경영과 무관한 총수 또는 그 친족 그리고 이들이 일정 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사의 사익추구적 행위를 규제 대상으로 하고, 위법성 판단 구조를 다르게 할 수 있는 근거를 마련하고 있다.

구체적으로 규제 대상인 행위를 구체적인 이익 귀속에 초점을 맞추어 구성함으로써 지원행위 판단의 어려움을 피할 수 있게 되었고, 규제 근거를 제23조에서 벗어나게 함으로써 제23조의 해석상 요구되었던 부당성 판단기준이 적용되지 않게 되었다.

그렇지만 입법과정에서 당연위법적인 규제 방식은 채택되지 않고, 부당성 심사가 여전히 필요한 식으로 규정되었다. 즉 규제 대상이 되는 행위는 모든 이익 귀속이 아니라 부당한 이익 귀속이며, 부당성 판단은 동 규정의 해석상 여전이 요구된다. 다만 제23조가 아닌 별개의 조항에 규제 근거를 마련하고 있는 입법 취지에 비추어 제23조에 근거한 부당 지원행위에서의 부당성 판단과 동일하게 볼 것은 아니며, 특히 불공정거래행위로서의 성격이 반영된 경쟁제한성은 판단 기준에서 배제되는 것으로 볼 수 있

경우로서 다른 자와 거래할 경우 영업활동에 유용한 기술 또는 정보 등이 유출되어 경제적으로 회복하기 어려운 피해를 초래하거나 초래할 우려가 있는 거래. 가. 전사적 자원관리시스템, 공장, 연구개발시설 또는 통신기반시설 등 필수시설의 구축·운영, 핵심기술의 연구·개발·보유 등과 관련된 경우, 나. 거래 과정에서 영업·판매·구매 등과 관련된 기밀 또는 고객의 개인정보 등 핵심적인 경영정보에 접근 가능한 경우, 3. 긴급성이 요구되는 거래; 경기급변, 금융위기, 천재지변, 해킹 또는 컴퓨터바이러스로 인한 전산시스템 장애 등 회사 외적 요인으로 인한 긴급한 사업상 필요에 따른 불가피한 거래.

다. 결국 이익 귀속의 부당성은 동 규제가 본질적으로 대규모기업집단의 경제력집중을 억제하기 위한 목적과 관련된다는 점을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

또한 동 규제의 입법 취지로서 고려되었던 사익편취 억제의 관점도 고려할 필요가 있다. 전술한 규제 대상 행위의 세부 유형에서 확인할 수 있듯이, 동 규제는 터널링 효과가 시사하는 것처럼 기업 간의 거래 이익을 총수 및 그 가족에 귀속시키려는 행위를 규제 대상으로 한다. 이와 같은 규제 태도는 사익편취적 행위로부터 부당성의 본질을 파악할 필요성을 낳고 있다.

사익편취적 행태는 지배권의 승계와 관련되는 경우가 많으며, 승계 과정에서 요구되는 필요자금 확보의 한 방편으로 이용되고 있다. 또한 지배권 승계와 관련 없는 경우에도, 대체로 거래상 발생한 이익을 총수 또는 가족에게 귀속시키려는 동기에서 사익편취적 행태가 나타나고 있다. 그러나 사익편취 행위가 어떠한 목적에 의한 것인지를 불문하고, 이러한 행위의 본질은 기업에게 유보될 이윤을 총수 등에게 이전하는데 있으며, 이로부터 이해관계의 충돌이 발생한다. 물론 이에 관한 규율은 회사의 내외에 위치한 이해관계를 조정하는 회사법 등에 의할 수 있지만, 이러한 행태는 기업집단적 운영에서 비롯된 것이라는 점에서 기업집단 규제의 중요한 근거 법률인 독점규제법에 의한 규제 가능성도 충분한 것으로 볼 수 있다. 이러한 관점에서 총수 또는 그 가족에 귀속되는 이익이 기업의 이익에 본질적으로 상충되는 부분을 부당성 판단의 기준으로 일용할 수 있을 것이다.

즉 법 제23조 제1항 제7호에 의한 부당 지원행위 규제의 실효성을 제고하고, 특히 사익편취적 행태에 직접적으로 초점을 맞추고 있는 규제체계를 종합적으로 고려할 때, 법 제23조의2에 의한 특수관계인의 이익 귀속 행위의 부당성 판단 기준은 경제력집중과 사익편취적 상충을 내용으로 하여 이원적으로 제시할 수 있을 것이다.

동 규제의 도입 이후 규제 대상인 행위를 구체화·명확화 하기 위한 시행령 등의 후속 개정이 이루어졌다. 이에 의하여 특수관계인에게 이익이 귀속될 수 있는 거래 대상 계열회사의 주식보유 비율이 정하여졌으며, 동 규정의 적용 제외가 가능한 거래 규모 기준이 제시되었다. 동 규정의 입법 취지에 비추어 이와 같은 구체적 기준의 필요성을 인정할 수 있지만, 운영 과정에서 이러한 기준이 동 규제를 형식적인 것으로 전환시킬 우려도 있다는 점에 주의할 필요가 있다. 특히 수범자의 대응이 형식적 기준에 따라서 이루어지고 있다면, 실질적인 심사가 필요한 규제 범위의 확대를 고려할 수 있을 것이다.⁵¹⁾

51) 채이배, “재벌 총수일가 사익편취행위의 규제방안 모색”, 『재벌의 사익편취는 어떻게 막을 것인가』, 2015, 40면 이하 참조.

VI. 결론

1996년 독점규제법 개정에 의하여 부당 지원행위가 불공정거래행위의 한 유형으로 도입된 것은, 경제력집중 억제에 위한 규제의 중요한 전환의 함의를 갖고 있다. 즉 동규제의 도입은 출자 규제 등 사전적 규제에만 의존하던 경제력집중 규제를 개별 시장을 중심으로 한 사후적 규제로 전환하는 계기가 되었으며, 경쟁 메커니즘의 보호를 목적으로 하는 경쟁법의 고유한 의의에 보다 부합하는 제도 운영을 지향하는 의미가 있었다.

그러나 동 규제는 비교법적 예를 찾기 어려운 내용으로 구성되었으며, 행위 성립 측면에서 지원행위의 의의와 위법성 판단 등에 관한 다양한 논의가 불가피하였다. 그 동안 논의의 진전을 보면, 우선 행위 측면에서 가격과 수량으로 대표되는 거래조건 상의 유리를 정상적인 거래와의 비교에 통하여 평가하고 이에 기초하여 지원행위의 성립을 인정하며, 이러한 맥락에서 규모 측면에서의 지원행위가 가능한 것으로 이해되고 있다. 또한 지원행위의 위법성 판단이 경쟁제한성과 경제력집중의 이중적 관점에서 이루어질 수 있다는 대법원 판결 이후, 이러한 태도가 공정거래위원회의 실무에 반영되고 있는 점도 중요한 성과로 볼 수 있을 것이다.

물론 여전히 개선되어야 할 점이 존재한다. 예를 들어 규모 측면에서의 부당한 지원행위의 성립이 가능한 것으로 보는 것에는 대체적인 동의가 있지만, 가격이나 수량 등의 거래조건 차이를 통하여 지원행위를 파악하는 일반적인 법리의 정립에는 미흡한 점이 있다. 또한 위법성 판단에서 경쟁제한성과 경제력집중의 구체화가 여전히 요구되고 있다. 경쟁제한성 측면에서는 시장 배제적 효과에 초점을 맞추고, 경제력집중 측면에서는 일반집중 또는 소유집중의 관점에서 집중이 유지되거나 강화될 수 있는 조건들을 파악하는 것이 중요하며, 이러한 방향으로 구체화 작업이 계속될 필요가 있다.

또한 규제의 실효성 제고는 여전히 중요한 과제이며, 2013년 법 개정에서 도입된 특수관계인에 대한 이익제공 행위 규제는 이 문제에 대한 입법적 대응으로 볼 수 있을 것이다. 결국 기존의 부당 지원행위와 규제와 새롭게 도입된 특수관계인 이익제공 행위 규제를 종합하여 규제체계를 통일적으로 이해할 필요가 있으며, 이러한 맥락에서 후자의 행위에 대한 위법성 판단의 기준이 제시되어야 할 것이다.

[참고문헌]

- 김선구·류근관·빈기범·이상승, 「출자총액제한제도의 바람직한 개선방안」, 서울대학교 경제연구소 기업경쟁력연구센터, 2003
- 김차동, “단독거래거절에 의한 불공정거래행위의 규제원리”, 권오승 편, 「공정거래와 법치」, 2004, 법문사
- 박상용, “전문경영체제와 기업지배구조”, 「한국 기업지배구조의 현재와 미래」, 미래경영개발연구원, 2000
- 서정, “부당한 지원행위 규제에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2008
- 송옥렬, “부당내부거래규제에 대한 이론적 논쟁”, 권오승·이원우 편, 「공정거래법과 규제산업」, 법문사, 2007
- 신광식, “재벌의 사익편취는 어떻게 막을 것인가?-토론문”, 「재벌의 사익편취는 어떻게 막을 것인가」, 2015
- 신영수, “특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 규제 법리”, 「경제법연구」, 제14권 3호, 2015
- 주진열, “공정거래법상 부당지원행위 규제에 대한 비판적 고찰”, 서울대학교 법학, 2012
- 채이배, “재벌 총수일가 사익편취행위의 규제방안 모색”, 「재벌의 사익편취는 어떻게 막을 것인가」, 2015
- 홍명수, “경제력집중 억제”, 권오승 편, 「독점규제법 30년」, 법문사, 2011
- _____, 「경제법론I」, 경인문화사, 2008
- _____, 「경제법론II」, 경인문화사, 2010
- _____, 재벌의 경제력집중 규제, 경인문화사, 2006
- 황인학, 경제력집중 한국적 인식의 문제점, 한국경제연구원, 1997
- ABA, Antitrust Law Development 6. ed., ABA Publishing, 2007
- Areeda, P. & Turner, D. F., "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act", Harvard Law Review vol. 88, 1975
- Areeda, P., Antitrust Law Vol. IX, Little, Brown & Company, 1991
- Bhaumik, S. & Gregoriou, A., "'Family'" ownership, tunneling and earnings management: A review of the literature, William Davidson Institute Working Paper No. 954, 2009
- Ezrachi, A., EU Competition Law, Hart Publishing, 2010
- Gassner, U., Grundzüge des Kartellrechts, Verlag Vahlen, 1999
- Gavil, A., Kovacic, W. & Baker, J., Antitrust Law in Perspective, Thomson/West, 2008
- Hovenkamp, H., Federal Antitrust Policy 3. ed., Thomson/West, 2005
- O'Donoghue, R. & Padilla, A. J., The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, 2006

Roe, M., *Strong Managers Weak Owners*, Princeton Univ. Press, 1994

Williamson, O. E., "Antitrust Lenses and the Uses of Transaction Cost Economics Reasoning", Thomas M. Jorde & David J. Teece ed., *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*, Oxford Univ. Press, 1992

[Abstract]

A Study on the Regulations on the Unfair Assisting

Myungsu Hong
(Professor, College of Law, Myongji Univ.)

An act of assisting a person with a special interest, or other companies by providing advanced payment, loans, manpower, immovable assets, securities, goods, services, right on intangible properties, etc. thereto, or by transacting under substantially favorable terms therewith, shall be prohibited as an unfair trade practice in Monopoly Regulation and Fair Trade Act. The illegality of the unfair assisting shall be based on the both aspects of the competition restraints and economic power concentrations.

By the revision of Monopoly Regulation and Fair Trade Act in 2013, no company that belongs to an enterprise group falling under the standards prescribed by Presidential Decree, such as the total amount of assets not less than a fixed size, may devolve any unfair benefit on a person with special interest(limited to the same person and his/her relatives) or on any affiliate company in which the person with special interest holds stocks of not less than the proportion of stocks determined by Presidential Decree, by conducting any of the following acts(23-2). Both provisions(23 & 23-2) must be understood consistently from a perspective of economic power concentrations.

<Key Words>

unfair assisting, repression of economic power concentrations, large enterprise group, unfair benefit on a person with special interest, unfair trade practices

明知法學 제14호

국내외 개정논의 고찰을 통한 채권자취소권제도의 입법론 검토

서 호 준*

논문요지

채권자취소권제도는 채권자의 책임재산 보전을 통해 채권만족의 가능성을 제고하기 위한 제도로써, IMF 외환위기 이후, 빈번히 발생한 책임재산의 도피로부터 채권자를 보호하기 위한 대표적 법절차로 자리 잡고 있다. 채권자취소권제도의 이러한 효용에도 불구하고, 채권자취소권제도는 채무자의 제3자에 대한 거래행위에 개입하게 됨으로써, 법률관계의 불안정을 초래할 가능성이 높다.

이러한 관점에서 채권자취소권제도는 그 행사와 범위, 효력 등에 관하여 정밀하게 규정해놓아야 할 필요가 매우 크지만, 우리 민법상 채권자취소권제도는 단 두 개 조문만을 갖고 있을 뿐, 대부분의 법률관계를 법률이 아닌 판례법을 통해 규율하고 있는 바 이에 대한 개정논의가 불가피하다할 것이다.

프랑스와 일본은 우리와 같이 2~3개 법률조문만 두고 있어서 관련 개정논의가 비교적 활발한 편이라 할 수 있다. 프랑스의 경우 유상행위 및 수익자의 악의, 전득자의 지위, 취소채권자의 우선변제권 등을 담은 개정시안을 마련한 바 있다. 일본의 개정시안은 우리 개정시안과 여러모로 유사한 면을 갖는데, 피보전채권의 사해행위 이전 성립, 유상행위의 사해행위성에 관한 규정, 담보제공행위, 과다한 대물변제, 전득자의 지위, 취소채권자의 직접인도 청구 등을 명시하고 있다.

프랑스와 일본 및 우리나라의 개정시안을 바탕으로 수익자에 대한 입증책임의 유지, 피보전채권의 사해행위 이전 성립, 취소의 범위, 취소권의 행사기간, 일반효력, 원상회복방법, 금전 등에 있어서 취소채권자의 우선변제, 전득자와 수익자의 지위 등을 입법모델로서 제시하였다.

검색용 주제어: 채권자취소권, 프랑스 채권자취소권, 일본 채권자취소권, 입법론

· 논문접수: 2015. 11. . · 심사개시: 2015. 12. . · 게재확정: 2015. 12. .

* 신용보증기금 차장, 행정학 박사, 법학박사과정 수료(053-430-4170, 010-2803-4210, horays@naver.com)

I. 서론

우리 민법 상 채권자 취소권이라 함은 채무자가 채권자를 해함을 알면서 자기의 책임재산(일반재산)을 감소시키는 행위(詐害行爲)를 한 경우에 채권자가 소송으로 그 행위를 취소하고 채무자의 책임재산을 원상으로 회복하는 것으로 목적으로 하는 채권자의 권리를 말한다(민법 제406조 제1항)

채권자취소권은 채권자대위권과 함께 채권의 공동담보의 유지·보전, 즉 채무자의 책임재산의 유지·보전을 그 기본목적으로 하는 것이며, 채권자의 입장에서는 주로 채무자의 책임재산에 대한 강제집행의 실효성 제고를 위한 사전적 준비수단으로 활용되어진다. 민사집행법이 재산명시제도를 도입함에 따라 채권자로서는 채무자의 은닉재산을 발견하게 될 확률이 높아짐으로써 우리 민법상 채권자취소권제도는 앞으로 더욱 활용될 소지가 커졌다고 볼 수 있다.

채권자의 입장에서 볼 때 채권자 취소권은 채무자의 책임재산을 보전함으로써 장래 채권만족을 가능하게 하는 유효한 수단이 될 수 있으나, 채무자와 제3자의 입장에서 보면 결코 용납하기 어려운 측면이 있다. 즉 채권자 취소권의 행사에는 채권자를 보호하기 위한 채권의 권능강화라는 측면과 채무자의 사적 자치 및 제3자의 보호라는 측면이 동시에 존재하기 때문에 이를 조화시켜 신중하게 운용될 필요성 또한 지대할 수밖에 없다. 결국 채권자취소권 제도의 제도적 유용성은 그 행사요건과 취소범위를 판단함에 있어 공동담보의 필요성과 채무자 및 제3자의 이해관계를 신중히 비교형량해야만 하는 문제로 귀착된다. 이와 같은 비교형량이 현실적으로 반드시 쉬운 문제로 보기는 어렵다. 채무자의 재산활동의 자유를 어느 정도까지 용인해야 할 것인가, 혹은 수익자나 전득자 등의 거래를 어느 수준까지 보호해야만 하는가, 혹은 수익자·전득자 상호간의 이해를 어떻게 조정해야할 것인가, 채권자 평등의 원칙을 채권취소권 제도에는 얼마나 관철할 수 있을 것인가 등 고려해야만 할 점이 너무도 많이 존재하고 있다. 이와 같이 실제 거래에서 복잡다기한 법률문제를 야기하고 있으나, 우리 민법은 민법 제406조와 제407조의 단 두 개 조문만을 갖고 있을 뿐이다. 이러한 법적인 편재는 채권자취소권 제도가 자리하고 있는 광범위한 법률문제를 제대로 규율하기 어려운 점을 물론이려니와 궁극적으로 채권자보호 및 채무자의 권익보호·제3자의 거래안전 보호라는 제도적 가치 또한 제대로 구현하기 어려울 수밖에 없다.

그동안 채권자취소권과 관련하여 무수히 많은 판례와 학설이 집적되어 왔으며 이해관계자간의 법익을 균형감 있게 보호한다는 측면에서 적지 않은 발전을 이루어낸 것도 사실이라 할 것이다. 그러나 그동안 판례와 학설의 발전에도 불구하고, 실제 거래를 담당하게 되는 일반인들의 시각에서는 이와 같은 판례와 이론의 성과에 대한 접근가능성이 오히려 약화될 수밖에 없는 측면도 결코 간과하기 어렵다. 본 연구의 목적은 그간 이루어낸 판례의 이론적 발전을 ‘입법’절차를 구체화시키는데 일조하기 위해서이다.

또한, 채권자취소권제도는 IMF 외환위기가 발발하기 전까지 그 활용도가 결코 크다고 볼 수는 없었으나, 외환위기 도래에 따라 채무자들이 강제집행 면탈을 목적으로 재산 도피행위가 빈번해지자 신용보증기금을 비롯한 주요 금융기관들이 구상권행사 및 채권 행사를 위한 책임재산 확보를 위해 적극적으로 실무에 적용함으로써, 채권만족을 위한 공동담보의 보전을 위한 가장 유효한 법적 수단으로 부상하게 되었다.

이러한 맥락에서 본 연구는 국내외 입법론에 대한 비판적 검토에 기초한 입법론 제시를 그 목적으로 하고 있다.

상기에서 언급된 바와 같이 우리 민법상 채권자취소권과 관련된 조문은 단 두 개 조항에 불과하다. 이러한 입법현실은 채권자의 보호기능이나 거래의 안정성 모두 제대로 기해지기 어려우며 법률생활의 예측가능성을 크게 저하시킬 수밖에 없다. 채권자 취소권 제도를 운영하고 있는 해외 개정논의는 입법론 전개에 많은 시사점을 줄 수 있을 것으로 판단되었기에 프랑스와 독일 등의 채권자취소권 개정논의를 다루고 이를 검토하고자 한다. 또한, 채권자 취소권 조항과 관련된 국내의 개정 논의가 전개되어 온 점을 고려하여 이러한 개정논의를 본 연구가 제시할 입법모델과 결부시켜 함께 검토할 예정이다.

II. 프랑스, 일본에서의 채권자취소권제도 개정논의 검토

독일에서의 채권자취소권 제도는 도산절차 외에서 채무자의 법적 행위의 취소에 관한 법률(Gesetz über Anfechtung von Rechthandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens(Anfechtungsgesetz-AnfG))이라는 특별법률에 의해 규율되고 있으며 지난 1999년 시행된 이래 거의 개정되지 않고 현재에 이르고 있다. 조문형식에서 있어서도 제1조 원칙(Grundsatz)에서부터 제20조 경과규정(Übergangsregeln)에 이르기까지 20개에 달하는 조항을 갖고 있어 취소대상 행위를 규율하는데 용이한 편이라 할 수 있다. 그러나 프랑스와 일본의 경우는 다르다. 프랑스와 일본 모두 우리와 유사하게 1~2개 조항만을 규정하고 있어 구체적 사례에의 적용과 효과 등은 우리와 같이 모두 학설과 판례에 의존하고 있는 상황이다.

이러한 상황을 고려할 때 채권자취소권제도 개정과 관련된 논의가 활발하게 전개될 것으로 보이는 국가는 프랑스와 일본으로 보여지며, 실제로도 많은 개정논의가 진행되어 오고 있다. 이러한 점을 고려하여 여기서는 프랑스와 일본에 한정하여 채권자취소권 관련 개정 논의를 살펴봄으로써, 입법론적 시사점을 도출하고자 한다.

1. 프랑스¹⁾

프랑스민법상 채권자 취소권에 관한 일반 규정은 제1167조는 제1항에서 “채권자들은 또한 (채권자) 자신의 이름으로 채무자가 행한 사해행위를 취소할 수 있다(‘Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits’)”라고 규정하고 있으며 제2항에서는 “그러나 채권자들은 “상속”편과 “부부재산계약 및 부부재산제”편에 규정된 권리에 관하여는 각 편의 규정에 따라야 한다(Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre “Des successions” et au titre “Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux”, se conformer aux règles qui y sont prescrites)”라고 규정하고 있다.

프랑스 민법의 개정작업은 P. Catala 채권법 및 시효법 개정시안(2005. 9. 22.)과 법무부의 계약법 개정시안(2008.7.), F. Terré 계약법 개정시안(2008. 11. 17.)이 마련된 바 있다. 아래에서는 각 시안과 관련하여 채권자취소권 관련 조문을 검토하기로 한다.

P. Catala 채권법 및 시효법 개정시안은 l’Association Capitant에 의해 2003.2월부터 작업되어 2005.9월 법무부장관에 제출되었는데, 채권자에게 허용된 소권(Des actions ouvertes aux créanciers)이라는 표제 하에 채권자대위권(제1166조), 채권자 취소권(제1167조), 행사방법(제1167조의1), 예외규정(제1167조의2) 및 직접소권(제1168조)을 규정하고 있었다. 이에 따르면 제1167조 제1항은 “만약 사해행위가 유상으로 행해졌고, 제3자인 공동계약자가 이러한 사해행위를 알고 있었다면, 채권자들은 또한 본인의 명의로 채무자가 행한 사해행위를 취소할 수 있다(Les créanciers peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, à charge d’établir, s’il s’agit d’un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant a eu connaissance de la fraude)”라고 규정하고, 제1167조 제2항에서는 “선고된 사해행위로 채권자에게 대항할 수 없으므로, 채권자는 사해행위로부터 아무런 영향을 받지 않는다. 필요한 경우, 제3자인 전득자는 사해행위로 인하여 취득한 목적물을 반환하여야 한다(L’acte déclaré frauduleux est inopposable aux créanciers, de telle sorte que ceux-ci ne doivent souffrir d’aucun de ses effets. Le cas échéant, le tiers acquéreur est tenu de restituer ce qu’il avait reçu en fraude)”라고 규정하고 있다. 또한 제1167조 제3항은 “소는 채권자가 사해행위를 안 날로부터 3년 이내에 제기되어야 한다(L’action ne peut être exercée que dans les trois ans qui suivent la connaissance que

1) 여기서는 정다영, “프랑스 민법상 채권자취소권 제도”, 『민사법학』, 제67호(2014), 363-423면을 요약·정리하였다.

les créanciers ont de la fraude)”라고 규정하고 있다.

개정시안 제1167조 제1항은 프랑스 학계에서 채권자취소권제도에서 논의되던 내용을 담아 유상행위 및 수익자의 악의에 대해서 규정하였으며 개정시안 제1167조 제2항은 채권자취소권의 효과와 전득자의 의무에 관해 규정하였다. 한편 현행 프랑스민법은 채권자 취소권 행사의 제소기간에 대해서는 언급하고 있지 않아 민법 제2224조가 적용된다. 이에 따라 그 시효는 5년인데, 개정시안 제1167조 제3항에서는 제소기간을 3년으로 하여 현행보다 훨씬 단축시켰다.

개정시안 제1167조의 1은 “제1167조에 규정된 소권은 소의 청구권자인 채권자와 소에 참가한 채권자에게 우선적으로 허용된다(L’action ouverte à l’article 1167 profite en priorité aux créanciers qui l’ont intentée et à ceux qui se sont joints à l’instance)”라고 규정하고 있고, 개정시안 제1167조의 2는 “상속편과 부부재산계약 및 부부재산제 편에 규정된 권리에 관하여는 채권자들은 각 편에 기술된 규정에 따라야 한다(Quant à leurs droits énoncés au titre Des successions et au titre Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux, les créanciers doivent se conformer aux règles qui y sont prescrites)”라고 규정하고 있다.

개정시안 제1167조의 1에서는 채권자대위권과 채권자취소권의 행사방법에 관해 규정하면서 취소채권자에게 우선변제권이 있음을 규정하고 있다. 제1167조의 2는 현행 제11678조의 제2항 내용을 그대로 가져온 것이다.

법무부의 계약법 개정시안(2008.7)은 P. Catala 채권법 및 시효법 개정시안과 문언과 내용이 동일하다. 다만, P. Catala 채권법 및 시효법 개정시안의 제1167조의 2와 같은 규정이 없다는 점에서 차이를 보인다.

F. Terré의 2009년 계약법 개정시안은 2006년 당시 프랑스 법무장관이 Terré가 회장으로 있는 정신과학 및 정치학회(Académie des sciences morales et politiques)에 계약법에 대한 개정시안 작성을 요청한 것에서 비롯되었다. 이들은 2008.11월 개정시안 작성작업을 마무리하고 법무장관에게 제출하였다. 그러나 F. Terré의 2009년 계약법 개정시안은 P. Catala 채권법 및 시효법 개정시안과 기본적으로 동일한 내용을 규정하고 있고(Remy-Corlay, 2014: 298), 세부적인 표현에 있어서 약간의 차이가 있을 뿐이다.

F. Terré의 2013년 계약법 개정시안은 채무실행의 권리(제20조), 채권자대위권(제21조), 채권자취소권(제22조), 직접소권(제23조)을 규정하고 있다. 채권자취소권을 규정하고 있는 개정시안 제22조는 “만약 사해행위가 유상으로 행해졌고, 제3자가 이러한 사해행위를 알고 있었다면, 채권자는 그러한 점에서 채무자에 의해 행해진 채권자의 권리를 침해하는 사해행위에 대하여 대항불가능의 선고를 청구할 수 있다(Le créancier peut aussi faire déclarer inopposables à son égard les actes faites par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d’établir, s’il s’agit d’actes à titre

onéreux, que le tiers avait connaissance de la fraude)”라고 규정하고 있는데, 개정시안은 현행 프랑스의 채권자취소권제도가 규정하고 있지 않은 사해행위의 유상행위성, 수익자나 전득자의 악의 등을 갖추고 있는 경우 채권자취소권을 행사할 수 있다고 본 것이다. 다만, 이러한 문언을 반대해석하면 무상행위에 대해서는 선·악의를 불문하고 채권자취소권을 행사할 수 있는 것으로 판단되는데, 이는 P. Catala 채권법 및 시효법 개정시안과 사실상 동일한 내용으로 볼 수 있다(정다영, 2014: 389).

2. 일 본

2006.10월에 시작되어 2009.3월 활동을 마감한 일본 민법 개정위원회의 개정시안은 종래 일반조항적 성격의 일본 채권자취소권제도를 대폭 수정하여 상당부분 구체화시켰다.

(1) 현행 민법 규정

우선 현행 일본 민법상 채권자 취소권 관련 규정을 살펴보면 일본 민법 제424조는 “채권자는 채무자가 채권자를 해함을 알고 한 법률행위의 취소를 법원에 청구할 수 있다. 단 그 행위에 따른 이익을 받은자 또는 전득자가 그 행위 또는 전득할 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 때에는 그러하지 않는다. 전항의 규정은 재산을 목적으로 하지 않는 법률행위에 대해서는 적용하지 아니한다²⁾”라고 규정하고 있고, 일본 민법 제425조는 사해행위 취소의 효과에 관해 “취소는 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 발생한다³⁾”라고 규정하고 있다. 또한, 일본 민법 제426조는 사해행위 취소권의 기간의 제한과 관련하여 “제424조의 규정에 의한 취소권은 채권자가 취소의 원인을 안 때로부터 2년간 행사하지 아니한 때에는 시효에 의하여 소멸한다. 행위시로부터 20년을 경과한 때에도 이와 같다⁴⁾”라고 규정하고 있다.

일본 민법개정위원회의 채권자취소권 개정의 기본방침은 현행 민법 제424조가 일반조항으로서, 그 규정 하에서 해석이 전개되고, 규정으로서의 투명성이 낮아 그 요건과 효과에 대해서 그 귀결을 명확하게 하는 것이 적절하며 그 경우 도산절차와의 연속성, 부인권과의 정합성을 고려함을 취지로 하고 있다⁵⁾(김태관, 2014: 5). 아래에서는 현재

2) 債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者又は転得者がその行為又は転得の時に於いて債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない。前項の規定は、財産権を目的としない法律行為については、適用しない。

3) 前条の規定による取消しは、すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる。

4) 第四百二十四条の規定による取消権は、債権者が取消しの原因を知った時から二年間行使しないときは、時効によって消滅する。行為の時から二十年を経過したときも、同様とする。

5) 김태관, “사해행위 취소제도에 관한 입법론적 검토: 일본에서의 개정논의를 중심으로”, 「연세

까지 논의된 일본민법의 개정시안을 소개하기로 한다⁶⁾.

(2) 현행 민법 제424조 제1항 관련

개정시안은 수익자에 대한 사해행위 취소권의 요건으로 일본 민법 제424조 제1항을 다음과 같이 수정하고자 하였다. “채권자는 채무자가 채권자를 해하는 것을 알고 한 행위의 취소를 법원에 청구 할 수 있다. 그러나 그 행위에 의해 이익을 받은 자가 그 행위의 경우에 채권자를 해할 것을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다⁷⁾”라고 하여 선의의 수익자에 대한 행위를 취소할 수 없음을 확인하였다.

(3) 현행 민법 제424조 제2항 관련

또한, 일본 민법 제424조 제2항과 관련해서는 “1의 규정은 재산을 목적으로 하지 않는 행위에 대해서는 적용하지 않는다⁸⁾”라고 하여 재산을 목적으로 한 행위만을 취소의 대상으로 할 수 있음을 규정하였다. 그리고 “채권자는 그 채권이 1에 규정된 행위 이전의 원인에 따라 생긴 것인 경우에 한하여 제1항의 규정에 의한 청구 (이하 “사해 행위 취소 청구”라한다)를 할 수 있다⁹⁾”라고 하여 사해행위 이전에 성립한 피보전채권에 기해서만 사해행위취소권을 행사할 수 있는 것으로 규정하였다.

한편, 개정시안은 “채권자는 그 채권을 강제집행에 의해 실현 될 수 없는 것인 때에는 사해행위 취소청구를 할 수 없다¹⁰⁾”라고 하여 강제력 없는 채권의 피보전채권 적격을 인정하고 있지 않다¹¹⁾.

(4) 상당한 대가를 받고 한 재산처분행위의 특칙

개정시안은 현행 일본 민법에는 존재하지 않는 새로운 규율을 시도하고 있는데, 그 중 하나가 “상당한 대가를 받고 한 재산의 처분 행위의 특칙”이다. 이에 따르면 “채무자가 수익자로부터 상당한 대가를 받고 재산을 처분하는 행위를 한 경우에는 채권자

법학연구», 제24권 제1호(2014), 5면.

6) 民法(債權關係)の改正に関する要綱案(www.moj.go.jp/content/001136445.pdf)

7) 債權者は、債務者が債權者を害することを知っていた行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者(以下この第16において「受益者」という。)がその行為の時に於いて債權者を害することを知らなかったときは、この限りでない。

8) 1の規定は、財産権を目的としない行為については、適用しない。

9) 債權者は、その債權が1に規定する行為の前の原因に基づいて生じたものである場合に限り、1の規定による請求(以下「詐害行為取消請求」という。)をすることができる。

10) 債權者は、その債權が強制執行により実現することのできないものであるときは、詐害行為取消請求をすることができない。

11) 우리나라에서도 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008다25978 판결은 채무자가 파산절차에서 면책결정을 받은 사안에서, 파산채권을 피보전채권으로 하여 채권자취소권을 행사하는 것을 허용하지 않고 있다.

는 다음 각호의 요건 중 하나에 해당하는 경우에 한하여 그 행위에 대한 사해행위취소청구를 할 수 있는데¹²⁾”, 그것은 “그 행위가 부동산 금융에 환가 기타 당해 처분에 의한 재산의 종류의 변경에 의해 채무자가 은닉, 무상공여, 기타 채권자를 해칠 처분을 할 우려가 실제로 발생한 경우¹³⁾, 채무자가 그 행위 당시 대가를 받고 취득한 금전 기타 재산에 대한 은닉 등의 처분을 할 의사를 가지고 있는 경우¹⁴⁾, 수익자가 그 행위 당시 채무자가 은닉 등의 처분을 할 의사를 가지고 있었다는 것을 알고 있었던 경우¹⁵⁾”이다. 뒤의 두 경우는 채무자와 수익자 모두에게 악의가 필요함을 규정한 것이라 할 수 있다.

(5) 특정 채권자에 대한 담보제공 등에 관한 특칙

개정시안의 새로운 규율 시도 중 하나가 특정 채권자에 대한 담보제공 등에 관한 특칙이다. 이에 의하면 채무자의 기존 채무에 대한 담보제공 또는 채무의 소멸에 관한 행위에 대하여 채권자는 다음 각호의 요건 중 하나에 해당하는 경우에 한하여 사해행위 취소청구를 할 수 있다¹⁶⁾. 그 행위가 채무자가 지급 불능(채무자가 지불 능력 결핍 때문에 그 채무 중 변제기에 있는 것에 대해 일반적이고 지속적으로 변제 할 수 없는 상태를 말한다)의 시기에 행해진 경우¹⁷⁾, 그 행위가 채무자와 수익자와이 통모하여 다른 채권자를 해할 의도로 행해진 경우¹⁸⁾

상기에서 규정된 행위가 채무자의 의무에 속하지 아니하거나 그 시기가 채무자의 의무에 속하지 않는 것인 경우에 다음 각호의 요건 중 하나에 해당하는 때에는 채권자는 상기의 규정에도 불구하고 그 행위에 대하여 사해행위취소청구를 할 수 있다. 그 행위가 채무자가 지급 불능이 되기 전에 30일 이내에 실시 된 경우¹⁹⁾, 그 행위가 채무자와

-
- 12) 債務者が、その有する財産を処分する行為をした場合において、受益者から相当の対価を取得しているときは、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、その行為について、詐害行為取消請求をすることができる。
 - 13) その行為が、不動産の金銭への換価その他の当該処分による財産の種類の変更により、債務者において隠匿、無償の供与その他の債権者を害することとなる処分(以下この3において「隠匿等の処分」という。)をするおそれを現に生じさせるものであること。
 - 14) 債務者が、その行為の当時、対価として取得した金銭その他の財産について、隠匿等の処分をする意思を有していたこと。
 - 15) 受益者が、その行為の当時、債務者が隠匿等の処分をする意思を有していたことを知っていたこと。
 - 16) 債務者がした既存の債務についての担保の供与又は債務の消滅に関する行為について、債権者は、次に掲げる要件のいずれにも該当する場合に限り、詐害行為取消請求をすることができる。
 - 17) その行為が、債務者が支払不能(債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態をいう。(2)アにおいて同じ。)の時に行われたものであること。
 - 18) その行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。

수익자와이 통모하여 다른 채권자를 해할 의도로 행해진 경우²⁰⁾

(6) 과대한 대물변제 등의 특칙

채무자가 채무의 소멸에 관한 행위로서 수익자가 받은 급부의 가액이 그 행위에 의해 소멸한 채무금액보다 과대한 경우 그 소멸한 채무금액에 상당하는 부분 이외의 부분에 대해서는 사해행위 취소청구를 할 수 있다²¹⁾.

(7) 전득자에 대한 사해행위 취소권의 요건

채권자는 수익자에 대하여 사해행위취소청구를 할 수 있는 경우에 수익자에게 이전한 재산을 전득한 자가 있는 때에 다음의 (1)또는 (2)의 구분에 따라 각각 당해 (1)또는 (2)에 규정된 경우에 한하여 전득자를 대상으로 사해행위취소를 청구할 수 있다²²⁾.

수익자로부터 전득한 자가 있는 경우 그 전득자가 전득 당시 채무자가 한 행위가 채권자를 해할 것을 알고 있었던 경우²³⁾.

다른 전득자로부터 전득한 자가 있는 경우 그 전득자와 그전에 전득한 모든 전득자가 각각의 전득 당시 채무자가 한 행위가 채권자를 해할 것을 알고 있었던 경우²⁴⁾.

즉 개정시안은 수익자를 상대방으로 하는 사해행위 취소와 전득자를 상대방으로 하는 사해행위 취소를 구분하여 별도로 규정하고 전득자를 상대방으로 하는 사해행위 취소에는 수익자와 전득자 쌍방의 악의를 요건으로 하고 있는 것이다. 또한, 취소대상 목적물이 전전 양도된 경우에는 중간자를 포함한 모든 수익자 및 전득자의 악의를 요구하고 있다. 수익자가 선의라 해도 전득자의 사해행위성을 인정하고 있는 우리 판례의 입장을 고려해보면 시사하는 바가 있다고 생각된다.

19) その行為が、債務者が支払不能になる前30日以内に行われたものであること。

20) その行為が、債務者と受益者とが通謀して他の債権者を害する意図をもって行われたものであること。

21) 債務者がした債務の消滅に関する行為であって、受益者の受けた給付の価額がその行為によって消滅した債務の額より過大であるものについて、1に規定する要件に該当するときは、その消滅した債務の額に相当する部分以外の部分については、詐害行為取消請求をすることができる。

22) 債権者は、受益者に対して詐害行為取消請求をすることができる場合において、受益者に移転した財産を転得した者があるときは、次の(1)又は(2)に掲げる区分に応じ、それぞれ当該(1)又は(2)に定める場合に限り、その転得者に対しても、詐害行為取消請求をすることができる。

23) その転得者が受益者から転得した者である場合 その転得者が、転得の当時、債務者がした行為が債権者を害することを知っていたとき。

24) その転得者が他の転得者から転得した者である場合 その転得者及びその前に転得した全ての転得者が、それぞれの転得の当時、債務者がした行為が債権者を害することを知っていたとき。

(8) 사해행위취소권의 행사방법

채권자는 수익자에 대한 사해행위 취소청구에 있어서 채무자가 한 행위의 취소와 함께 그 행위에 의해 수익자에게 이전한 재산의 반환을 청구 할 수 있다. 수익자가 그 재산의 반환을 하는 것이 곤란한 때에는 채권자는 그 가액의 상환을 청구 할 수 있다²⁵⁾.

채권자는 전득자에 대한 사해행위 취소청구에 있어서 채무자가 한 행위의 취소와 함께 전득자가 轉得한 재산의 반환을 청구 할 수 있다. 전득자가 그 재산의 반환을 하는 것이 곤란한 때에는 채권자는 그 가액의 상환을 청구 할 수 있다²⁶⁾.

사해행위 취소청구에 관한 소송 내용은 다음 아. 또는 이.의 구분에 따라 각각 해당 자 또는 이에 정하는 자를 피고로 한다²⁷⁾.

아. 수익자에 대한 사해행위 취소청구에 관한 소송(수익자)²⁸⁾

이. 전득자에 대한 사해행위 취소청구에 관한 소송(사해행위 취소소송의 상대방인 전득자)²⁹⁾

채권자는 사해행위 취소청구에 관한 소를 제기한 때에는 지체 없이 채무자에게 소송 고지를 하여야 한다³⁰⁾.

종래 일본 민법 제424조가 채권자취소권의 행사방법으로 ‘취소’만을 규정하고 있어 이에 대한 해석과 판례를 통해 인정되고 있던 ‘원상회복’을 새로이 규정한 것으로 볼 수 있으며 역시 해석과 판례가 인정하고 있던 ‘가액상환’을 규정화한 것으로 볼 수 있다.

(9) 사해행위취소의 범위

채권자는 사해행위 취소청구를 하는 경우에 채무자가 한 행위의 목적이 가분인 때에는 자기의 채권액의 한도에서만 그 행위의 취소를 청구 할 수 있다³¹⁾.

채권자가 가액의 상환을 청구할 경우에 대해서도 (1)과 같다³²⁾.

25) 債權者は、受益者に対する詐害行為取消請求において、債務者がした行為の取消とともに、その行為によって受益者に移転した財産の返還を請求することができる。受益者がその財産の返還をすることが困難であるときは、債權者は、その価額の償還を請求することができる。

26) 債權者は、轉得者に対する詐害行為取消請求において、債務者がした行為の取消とともに、轉得者が轉得した財産の返還を請求することができる。轉得者がその財産の返還をすることが困難であるときは、債權者は、その価額の償還を請求することができる。

27) 詐害行為取消請求に係る訴えについては、次のア又はイに掲げる区分に応じ、それぞれ当該ア又はイに定める者を被告とする。

28) ア 受益者に対する詐害行為取消請求に係る訴え 受益者

29) 轉得者に対する詐害行為取消請求に係る訴え その詐害行為取消請求の相手方である轉得者

30) 債權者は、詐害行為取消請求に係る訴えを提起したときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならない。

31) 債權者は、詐害行為取消請求をする場合において、債務者がした行為の目的が可分であるときは、自己の債權の額の限度においてのみ、その行為の取消しを請求することができる。

당초에는 피보전채권액에 한하지 않고 총채권액에 대해서 취소할 수 있는 것으로 개정시안이 마련되었다가, 최근 일본 판례의 태도를 고려하여 피보전채권액을 한도로 취소할 수 있음을 명문화하고 있다.

(10) 직접 인도 등

채권자는 수익자 또는 전득자에 대한 재산의 반환을 청구할 경우 그 반환청구가 금전의 지급 또는 동산인도를 요구하는 때에는 수익자에 대하여 그 지급 또는 인도를 전득자에 대하여 그 인도를 자기에게 할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 수익자 또는 전득자가 채권자에 대하여 그 지급 또는 인도를 한 때에는 채무자에 대하여 그 지급 또는 인도할 의무를 면한다³³⁾.

채권자가 수익자 또는 전득자에 대하여 가액의 상환을 청구할 경우에 대해서도 같다³⁴⁾.

이 부분은 채권자취소권자가 직접 자기에게 이행할 것을 청구할 수 있도록 함으로써, 취소채권자에게 사실상 우선변제권을 인정된 것과 같은 결과를 얻도록 하고 있는 현행 일본 판례의 태도를 반영한 것이다. 다만 다른 채권자에게도 강제집행의 기회를 부여하기 위해 일정기간(3개월 ~ 1개월) 경과한 후에 상계를 허용할 것으로 한다(김태관, 2014: 22).

(11) 사해행위 취소의 효과(민법 제425조 관련)

사해행위 취소청구를 인용하는 확정판결은 채무자 및 그 모든 채권자에 대하여도 그 효력이 있다³⁵⁾.

이 부분은 일본 민법 개정시안 중에서 가장 쟁점이 되는 사항이라 할 수 있다. 이는 상기에서 언급된 바와 같이 사해행위취소소송의 상대방으로서 채무자의 피고적격을 인정하는가 하는 문제와 연결될 수밖에 없으나, 여기서 개정시안은 채무자에게도 효력이 있다는 점을 언급함으로써, 종래 판례와 통설의 견해를 변경한 것으로 보여진다. 그러나 앞에서 살펴본 사해행위취소의 상대방에는 채무자를 넣고 있지 않다.

32) 債權者が 価額の償還を請求する場合についても、(1)と同様とする。

33) 債權者は、受益者又は転得者に対して財産の返還を請求する場合において、その返還の請求が金銭の支払又は動産の引渡しを求めるものであるときは、受益者に対してその支払又は引渡しを、転得者に対してその引渡しを、自己に対してすることを求めることができる。この場合において、受益者又は転得者は、債權者に対してその支払又は引渡しをしたときは、債務者に対してその支払又は引渡しをする義務を免れる。

34) 債權者が7(1)後段又は(2)後段の規定により受益者又は転得者に対して価額の償還を請求する場合についても、(1)と同様とする。

35) 詐害行為取消請求を認容する確定判決は、債務者及びその全ての債權者に対してもその効力を有する。

(12) 수익자의 반대급부·수익자의 채권

채무자가 한 재산의 처분에 관한 행위(채무의 소멸에 관한 행위를 제외한다)가 취소된 경우에는 수익자는 채무자에 대하여 그 재산을 취득하기 위해서 한 반대급부의 반환을 청구할 수 있다. 채무자가 그 반대급부의 반환이 곤란할 때 수혜자는 그 가액의 상환을 청구할 수 있다³⁶⁾.

채무자의 채무 소멸에 관한 행위가 취소된 경우 (5 규정에 의하여 취소된 경우를 제외한다)에서 수익자가 채무자로부터 받은 혜택을 돌려주거나 그 가액을 상환한 경우 수익자의 채무자에 대한 채권은 이에 따라 원상 복구한다³⁷⁾.

개정시안은 수익자가 채무자로부터 취득한 재산을 반환해도 바로 반대급부의 반환청구나 가액배상 청구를 할 수 없다면 수익자로서는 매우 가혹한 상황에 직면할 수밖에 없다는 측면에서 이를 규정하고 있으나, 채무자에 대한 부당이득반환청구와 반대급부의 반환청구 중 어느 것이 수익자에게 유리한지에 대해서는 확인할 수 없다고 생각된다.

(13) 전득자의 반대급부 및 채권

채무자가 한 행위가 전득자에 대한 사해행위 취소청구에 의해 취소된 때에는 그 전득자는 다음의 (1) 또는 (2)의 구분에 따라 각각 해당 (1) 또는 (2)에 규정된 권리를 행사할 수 있다. 그러나 그 전득자가 그 전에서 재산을 얻기 위해 한 반대급부 또는 그 전에서 재산을 취득하여 소멸한 채권의 가액을 한도로 한다³⁸⁾.

(1) 11에 규정된 행위가 취소된 경우

그 행위가 수익자에 대한 사해행위 취소청구에 의해 취소되었다면 11의 규정에 의하여 부활하는 수익자의 채무자에 대한 반대급부의 반환청구권 또는 그 가액의 상환청구권³⁹⁾

(2) 12에 규정된 행위가 취소된 경우 (5 규정에 의하여 취소된 경우를 제외한다)

36) 債務者がした財産の処分に関する行為(債務の消滅に関する行為を除く。)が取り消されたときは、受益者は、債務者に対し、その財産を取得するためにした反対給付の返還を請求することができる。債務者がその反対給付の返還をすることが困難であるときは、受益者は、その価額の償還を請求することができる。

37) 債務者がした債務の消滅に関する行為が取り消された場合(5の規定により取り消された場合を除く。)において、受益者が債務者から受けた給付を返還し、又はその価額を償還したときは、受益者の債務者に対する債権は、これによって原状に復する。

38) 債務者がした行為が転得者に対する詐害行為取消請求によって取り消されたときは、その転得者は、次の(1)又は(2)に掲げる区分に応じ、それぞれ当該(1)又は(2)に定める権利を行使することができる。ただし、その転得者がその前者から財産を取得するためにした反対給付又はその前者から財産を取得することによって消滅した債権の価額を限度とする。

39) その行為が受益者に対する詐害行為取消請求によって取り消されたとすれば11の規定により生ずべき受益者の債務者に対する反対給付の返還請求権又はその価額の償還請求権

그 행위가 수익자에 대한 사해행위 취소청구에 의해 취소되었다면 12의 규정에 의하여 회복해야 수익자의 채무자에 대한 채권⁴⁰⁾

개정시안은 수익자가 악의인 경우이고, 수익자가 채무자에 대해서 한 반대급부보다 전득자가 수익자에 대해서 한 반대급부가 더 큰 경우라면 그 차액분을 악의의 수익자에게 청구할 수 있도록 하기 위해 이 부분을 넣은 것으로 보여지지만, 입법기술적으로는 다소 무리가 있는 것으로 생각된다.

(14) 사해행위 취소권의 기간 제한(민법 제426조 관련)

사해행위 취소청구에 관한 소송은 채무자가 채권자를 해할 것을 알고 행위를 한 것을 채권자가 알게 된 때부터 2년을 경과한 때는 제기할 수 없다. 행위 때부터는 10년을 경과한 때에도 같다⁴¹⁾.

종래 일본 민법 제426조가 사해행위 취소권의 출소제한 기간을 행위시로부터는 20년으로 제한한 것에 비해 10년으로 그 기간을 단축한 것은 사해행위를 둘러싼 법률관계의 조기 안정을 도모하기 위함인 것으로 생각되며, 개정시안의 입장에 타당성이 있는 것으로 판단된다.

3. 검토 및 시사점

프랑스의 현행 민법은 채권자취소권과 관련하여 제1167조 제1항과 제2항, 단 두 개의 조문만을 갖고 있을 뿐이었다. 그 역시 지극히 일반조항적 성격으로 사해행위와 관련된 대부분의 쟁점사항이 학설과 판례를 통해 이를 보완해왔던 것이다. 이에 프랑스는 3차례에 걸쳐 개정시안을 만들었지만, 여전히 그 조문이 그리 많지 않아 다소 불충분한 개정작업이 아닌가 생각된다. 다만, P. Catala 채권법 및 시효법 개정시안은 그 간 학계에서 논의되던 유상행위 및 수익자의 악의에 관한 규정, 전득자의 지위, 취소채권자의 우선변제권 등을 규정하고 있으며 이후 법무부 계약법 개정시안과 F. Terré의 계약법 개정시안은 P. Catala 채권법 및 시효법 개정시안과 실질적으로 동일한 내용이라고 볼 수 있다.

유상행위로서 수익자의 악의가 있는 경우 사해행위가 성립된다는 것을 명문화하는 것은 바람직한 것으로 입법방향으로 생각된다. 무상행위나 영가행위가 사해행위를 구성한다함은 물론 통모가 있는 경우라면 설사 상당한 가격에 의한 경우라도 사해행위로

40) その行為が受益者に対する詐害行為取消請求によって取り消されたとすれば12の規定により回復すべき受益者の債務者に対する債権

41) 詐害行為取消請求に係る訴えは、債務者が債権者を害することを知って行為をしたことを債権者が知った時から2年を経過したときは、提起することができない。行為の時から10年を経過したときも、同様とする。

보고 있는 우리 판례의 입장과 일맥상통하는 것으로 우리 민법 개정시에 이러한 내용이 담겨져야 할 것으로 판단된다⁴²⁾.

또한, 수익자에 비해 전득자의 지위가 다소 애매할 수 있다는 측면에서 전득자의 지위나 혹은 그 의무에 관해 규정된다면 법률적 예측가능성은 크게 향상될 것으로 보인다.

채권자평등주의의 관철인가 또는 취소채권자의 우선변제권 인정인가와 관련하여 프랑스의 경우에도 취소채권자의 우선변제권을 인정하고 있음을 고려하여 우리나라에서도 취소채권자의 우선변제권을 명문규정화 할 필요가 있다고 생각된다⁴³⁾.

그런데 취소채권자가 수령한 금원으로써 자기채권을 만족시키는 방법과 관련하여 학설의 대립이 있다. 즉 상계설, 강제집행설, 공탁의무설, 채무자지급설의 대립이 그것이다. 상계설은 우리나라의 통설로서⁴⁴⁾, 취소채권자는 상대방으로부터 반환받은 금전을 채무자에게 반환하여야 할 의무가 있는 것이나, 채무자에 대하여 갖는 자기의 채권과 이를 상계함으로써 우선변제를 받을 수 있다는 입장이다. 강제집행설은 취소채권자도 강제집행절차를 통해서만 채권만족을 얻을 수 있으므로 취소채권자의 상계는 허용되지 않는다는 입장이다⁴⁵⁾. 공탁의무설은 취소채권자가 처음부터 수익자에 대하여 가액배상금을 청구할 수 없고, 수익자로부터 수령한 금전을 법원에 공탁하여야 한다는 입장이다⁴⁶⁾. 채무자지급설은 가액배상의 상대방이 취소채권자가 아니라 채무자가 되어야 한다는 입장이다⁴⁷⁾. 이들 학설에는 제각기 명분과 논리가 있겠으나, 채권자취소권을 행사한 채권자와 그렇지 않은 채권자를 달리 취급하는 것은 책임재산의 회복을 위해 적극적으로 노력한 채권자를 다른 채권자보다 우대하는 것으로 채권자평등주의의 실현과는 반드시 배치된다고는 보기 어렵다고 생각된다⁴⁸⁾.

판례법을 통해서만 사실상 우선변제권을 인정하기보다는 판례가 일관되게 인정하고 있는 내용으로서 채권자취소권제도의 활성화에 기여하고 있다는 측면에서 취소채권자

42) 개정안 제406조는 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 안 경우 사해행위에 해당됨을 규정하였다.

43) 개정안에서는 제407조의4에서 채권자는 수익자에게 금전 등의 인도를 청구할 수 있음을 규정하였는데, 이는 취소채권자가 상계권행사를 통해 우선변제권을 얻는 것과 마찬가지로 효과를 야기하게 된다.

44) 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2007, 155면; 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2011: 1180면 등

45) 이우재, 「민사집행법에 따른 배당의 제문제」, 진원사, 2008, 141면.

46) 이우재, 위의 책, 137면.

47) 오영준, “사해행위취소권과 채권자평등주의”, 「사법논집」, 제32집(2001), 199-200면.

48) 채권자취소권과 관련된 채권자평등주의는 배당요구종기 후 배당표 작성 전까지 사해행위가 취소된 경우 취소의 효력이 미치는 채권자는 배당요구를 채권자라는 점(이우재, “사해행위취소의 효력과 배당절차에서의 취급”, 「민사집행법연구」, 제5권(2009), 226면), 배당이의의 소와 채권자취소소송이 병합된 경우 취소의 효과는 배당이의소송의 원고만이 받게 된다는 점(양형우, “채권자취소권에 관한 민법개정안의 검토”, 「민사법학」제69호(2014), 484면) 등을 고려할 때 그 근거를 상당부분 상실했다고 할 수 있을 것이다.

의 우선변제권을 공식화·규정화할 필요가 있을 것이다.

프랑스에서 논의되었던 개정시안은 현행 프랑스 민법체계에 비해 진일보한 개정작업으로 보여지지만, 독일의 현행 채권자취소법이나 일본의 개정시안 등에 비해서는 상당히 소략한 수준이라 할 수 있다. 우리나라에서의 개정작업은 프랑스보다는 훨씬 정칙한 규정체제를 완비하는 것을 목표로 삼아야지만 제도개선의 효과를 극대화시킬 수 있고, 소송경제의 효율화를 기할 수 있을 것으로 생각된다.

일본이 마련한 채권자취소권 관련 개정시안은 여러모로 우리 채권자취소권 개정논의에 시사하는 바가 크다고 생각된다.

일본의 개정시안은 채권자 취소를 위한 취소채권자의 피보전채권이 적어도 사해행위 이전에 성립할 것을 규정화하고, 그 채권에 강제력이 없는 경우에도 피보전채권성을 부정하고 있다. 또한, 상당한 대가를 받고 한 재산처분행위에 대해서도 채권자를 해할 우려가 실제로 발생한 경우, 채무자와 수익자에게 악의가 있는 경우 취소대상이 될 수 있음을 규정하였다. 개정시안은 특정채권자에 대한 담보제공에 대해서 규정하였다. 즉 담보제공행위, 채무소멸행위가 무자력이 된 시기에 이루어졌거나, 채무자와 수익자간의 통모에 의한 경우 취소의 대상으로 인정한 것이다. 이 밖에 과대한 대물변제에 대해서 취소대상이 됨을 규정하고, 전득자에 대한 채권자취소권의 요건을 규정하여 수익자 및 전득자의 쌍방 악의를 요건으로 하였으며 수익자는 물론, 전득자에 대해서도 반환청구의 방법으로 가액상환을 인정하였다. 다만, 피고적격과 관련해서는 수익자와 전득자만을 대상으로 하고, 채무자에 대해서는 소송고지를 하도록 하였다. 또한, 취소채권자의 직접인도를 인정하였으며, 수익자와 전득자에게 반대급부 및 채권청구를 규정으로 명시하기도 하였다.

상기와 같은 일본 개정시안은 우리에게 많은 시사점을 제공할 수 있을 것이다.

우리 판례도 마찬가지이지만, 일본에서도 피보전채권이 언제 성립해야만 하는가와 관련하여 많은 판례를 집적시키고 있다. 일본 민법의 개정시안은 사해행위 이전에 취소채권자의 피보전채권이 존재하고 있을 것으로 규정하고 있고, 우리에게 있어서도 이러한 필요는 충분할 것으로 보여진다. 다만, 예외로서 우리 판례가 인정하고 있는 장래채권발생에 고도의 개연성이 있는 경우에는 예외로 할 수 있음도 규정화할 필요가 있다고 생각된다.

무상행위와 영가매각행위의 경우 사해행위를 구성한다는 점에 의문이 없으나, 상당한 가격으로 매각한 경우 사해행위가 되는 요건이 문제될 수 있다. 일본 민법 개정시안은 이에 대해 제시하고 있는데, 그 조건은 채권자를 해할 처분을 할 우려가 실제로 발생한 경우 및 채무자와 수익자 모두에게 악의이다. 이 역시 우리 제도와 관련하여 적지 않은 시사점을 줄 수 있을 것으로 보인다.

특정채권자에 대한 담보제공행위나 채무소멸행위가 무자력인 경우나 통모한 경우에 발생했다면 이를 사해행위로 보는 일본 민법 개정시안은 우리 판례가 전개하고 있는

내용과 크게 다르지 않으므로 국내 개정논의와 관련하여 시사점을 줄 수 있을 것으로 생각된다.

그런데, 위에서 살펴본 상당한 가격에 의한 매각, 특정채권자에 대한 담보제공행위나 채무소멸행위에 관해서는 우리 판례이론이 상당히 정치하게 정립되어가고 있는 상황으로 추후 판례이론의 발전이 보다 굳건히 이루어질 경우 법적 안정성 확보차원에서 이를 채권자취소권 관련 규정에 포함시킬 필요가 있을 것으로 판단된다.

우리 판례 등에서는 수익자와 전득자를 다르게 다루지 않는다. 그러나 일본 민법 개정시안은 전득자의 지위를 따로 분리하여 다루고 있다는 측면에서 국내에서의 입법동향에 관해 시사점을 제공해준 것으로 볼 수 있다.

채권자 취소권의 상대방을 누구로 하느냐 하는 문제는 채권자 취소의 범위와 직결되는 문제인 만큼 현재까지 주장된 학설과 판례를 충실히 검토하여 정해야만 할 것이다. 일본의 개정시안은 취소청구의 상대방을 수익자나 전득자로 하면서도 채무자에게 소송고지를 하는 것으로 규정하고 있고, 취소의 효과도 채무자와 모든 채권자에게 효력이 있는 것으로 하여 종래 상대적 무효설이 안고 있는 문제점을 해결하고자 하였다⁴⁹⁾. 우리 역시 일본의 이러한 입법동향을 염두에 두어야 할 것으로 생각된다. 물론 일본과 같이 전면적으로 절대적 무효설을 관철시키자는 의미는 아니지만, 책임재산을 수익자수중에 두면서도 이를 강제집행 할 수 있는 법적 논리, 예컨대 ‘책임설’과 같은 입장에서 채권자취소권의 인정근거와 그 효과를 해석할 필요가 있을 것이다⁵⁰⁾.

취소채권자에게 사실상 우선변제권이 발생하는 상황에 대해 일본 민법 개정시안은 아무런 언급이 없다⁵¹⁾. 즉 채권자의 직접인도청구권에 대해서만 언급하고 있는 것이다. 결국 취소채권자의 사실상 우선변제권을 허용하고 있는 종래 입장에 변동이 있다고 보기는 어려우며, 채권자 취소를 하는 채권자와 그렇지 않은 채권자를 반드시 동등하게 다룰 필요는 없다는 측면에서 이러한 일본의 입법태도가 문제 있는 것으로 보기는 어렵다. 다만, 동등하게 까지는 어렵다해도, 최소한 채권자취소권을 행사하지 않은 채권자들에게 채권회수에 대한 참여의 기회는 제공되어야한다는 취지에서 상계권행사에 유예기간을 둘 필요는 있다고 생각된다⁵²⁾.

우리 민법은 채권자취소권의 행사기간을 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위가 있는 날로부터 5년 이내에 행사해야 한다고 규정하고 있지만, 일본 민법의 개정시안은

49) 이순동, “사해행위취소권에 관한 일본 민법 개정안의 연구 -우리 채권자취소권 규정의 개정 방향을 탐구하며-”, 「법조」, 제712호(2016), 243면.

50) 책임설의 장점에도 불구하고, 일본과 우리나라에서 집행인용소송이 존재하지 않음을 이유로 선뜻 이를 지지하는 견해는 많지 않은 것으로 보인다(이순동, 「채권자취소권」, 육법사, 2012, 111면).

51) 이순동, 위의 논문, 222면.

52) 우리 민법개정안 제407조의 4 제2항은 취소채권자의 직접인도청구권을 인정된 상황에서 다른 채권자들의 배당 가능성을 높이기 위해 3개월의 상계제한기간을 설정하였다.

안 날로부터 2년, 행위시로부터는 10년으로 설정하고 있다. 행위시로부터 20년의 기간 제한을 10년으로 단축시킨 것이다. 그러나 우리나라의 경우 일본에 비해 이러한 기간이 절반에 지나지 않는다. 우리나라와 법률적 토양이 유사한 일본에 비해 훨씬 짧은 제소기간은 결국 채권자취소권의 본래적 기능을 약화시켜 선의의 피해자를 발생시킬 우려가 있다는 측면에서 채권자취소권의 행사기간을 연장해야할 것으로 생각된다.

Ⅲ. 국내에서의 채권자취소권제도 개정논의

1960. 1. 1일자로 제정·시행된 민법은 가장 변화가 법률영역인 경제·거래활동을 규율하는 법률임에도 불구하고, 그다지 큰 변화를 겪지 않은 채 오늘에 이르고 있다. 1984년 전세권과 구분지상권제도를 도입한 정도가 특기할 만한 개정이었을 뿐이며 1999년 민법개정위원회가 설치되어 제출된 2004년 민법개정안은 실질적인 심의가 이루어지지 못한 채 폐기되고 말았던 것이다. 이러한 상황을 감안한 법무부는 2009년 2월 다시 민법개정위원회를 설치하여 민법의 재산편에 대한 전면적 개정작업을 진행하였고, 2004년 2월 개정안 마련작업을 종료하게 되었다. 민법 개정안은 민법 전반에 관한 것이긴 하지만, 그 중에서도 채권자 취소권 분야는 가장 큰 변화가 일어난 부분이라 할 수 있다. 즉 현행 민법은 제406조와 제407조 단 2개의 조항을 두고 있었던 데 비해 개정안은 이보다 대폭적으로 늘어난 민법 10개 조항과 민사집행법 1개 조항을 담고 있을 뿐만 아니라 그 내용도 기존 채권자 취소권규정에 비하면 사실상 법률개정에 준할 정도로 크게 변경되었기 때문이다.

민법 개정안의 주된 내용을 살펴보면 첫 번째, 수익자의 악의는 채권자가 입증하도록 하되(개정안 제406조 제1항), 수익자와 채무자 사이에 특별한 관계가 있으면 그 악의를 추정하고(개정안 제406조 제2항), 두 번째, 무상행위나 이와 동일시할 수 있는 유상행위에 대해서는 채무자와 수익자의 악의 요건을 요구하지 않으며(개정안 제406조의 2), 세 번째, 취소채권자의 피보전채권액을 넘어서는 취소를 허용하고(개정안 제406조의 3), 네 번째, 채권자취소에 따른 원상회복방법인 원물반환과 가액반환 및 그 반환범위를 명시하며(개정안 제407조의 2), 다섯 번째, 반환된 재산에 대해 모든 채권자가 집행할 수 있음을 밝히고(개정안 제407조의 3), 여섯 번째, 금전 그 밖의 동산은 채권자에게 직접 반환하도록 허용하며(개정안 제407조의 4 제1항), 일곱 번째, 채권자가 직접 수령한 금전의 공평하고 합리적인 처리를 위한 상세한 규정들을 두고(개정안 제407조의 4 제2항), 여덟 번째, 사해행위 취소시 수익자의 지위를 명시하며(개정안 제407조의 5), 아홉 번째, 수익자와 전득자에 대한 규율을 분리하여 전득자에 대해서는 별도의 특례 조항을 두고 있다(개정안 제407조의 6)⁵³⁾.

IV. 결론: 입법모델 제시

1. 개 관

상기에서 살펴본 채권자취소권과 관련된 민법 개정안은 현행 민법 규정에 비해 여러 모로 진일보한 모습을 보여주고 있어 이대로 시행될 경우 사해행위를 둘러싼 법률관계의 안정에 상당한 기여를 할 수 있을 것으로 보인다. 그러나 개정안 중 많은 내용들이 현행 판례나 통설적 견해와 다른 내용을 담고 있어서 종래 판례를 통해 어느 정도의 법적 확신이 이루어진 법리들과의 충돌·혼란이 불가피할 것으로 생각된다. 따라서 본 절에서 개진하고자 하는 입법모델은 현행 법률규정의 불비로 인한 법률생활의 예측가능성이 담보되지 못하는 현상을 타개하기 위해 보다 구체성을 띠도록 하되 가급적 현행 판례와 통설의 입장을 적극 반영함으로써 종래 판례법 등이 축적해 온 이론적 기반을 법률규정화하고자 한다.

2. 채권자취소권 행사의 요건

<표 1> 채권자취소권 행사의 요건 관련 입법모델 I

현행	제시안
제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산을 목적으로 한 법률 행위를 한 때에는 채권자는 <u>그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다.</u> 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.	제406조(채권자취소권) ① 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산을 목적으로 한 법률 행위를 한 때에는 채권자는 <u>그 취소를 법원에 청구할 수 있다.</u> 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.
(신설)	② 채권자의 피보전채권은 채권자를 해하는 행위가 있기 전에 성립되어야 한다. 다만, 채권자를 해하는 행위 당시에 이미 채권성립의 기초가 되는 법률관계가 발생되어 있고, 가까운 장래에 그 법률관계에 기하여 채권이 성립되리라는 고도의 개연성이 있으며, 실제로 가까운 장래에 그 개연성이 현실화되어 채권이 성립되는 경우는 예외로 한다.

53) 윤진수·권영준. “채권자취소권에 관한 민법 개정안 연구”, 『민사법학』, 제66호(2014), 505면.

<표 2> 채권자취소권 행사의 요건 관련 입법모델 II

현행	제시안
② 전항의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다.	(제2항은 제406조의 4로 위치를 변경함)
(신설)	제406조의2(무상행위에 대한 특례) 채무자의 무상행위 또는 이와 동일시할 수 있는 유상행위가 채권자를 해하는 때에는 채무자나 수익자가 그 행위 당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에도 그 취소를 청구할 수 있다. 이 때 채권자는 취소를 청구한 날로부터 4년 이전에 한 채무자의 무상행위 또는 이와 동일시할 수 있는 유상행위를 취소할 수 있다.

제시안 제406조 제1항은 앞서 살펴본 바와 같이 현행 학설과 판례가 지지하고 있는 입증책임의 분배에 관한 법률요건분류설의 입장을 유지하고, 원상회복의 방법에 관해 별도규정을 두고 있음을 고려하여 ‘취소’ 청구만 가능함을 규정한 것이다. 개정안은 수익자의 악의를 제406조 제1항 본문에 포함시킴으로써, 채권자에게 입증책임을 부담시키고자 하였으며, 이는 채무자의 무자력을 알기 어려운 수익자에게 그 악의를 추정받게 하는 것이 불합리함을 이유로 하고 있다고 한다⁵⁴⁾. 그런데 입증책임의 변동을 초래하는 개정안은 타당하지 않다고 생각된다. 왜냐하면 판례가 오랫동안 취해온 입장일 뿐만 아니라 현행 채권자취소권규정은 위헌법률심판에서도 그 위헌성이 부인되었기 때문이다⁵⁵⁾. 제시안 제406조 제2항은 취소채권자의 피보전채권이 사해행위 이전에 성립해야만 한다는 원칙을 규정하면서 그 예외로서 우리 판례⁵⁶⁾가 인정하는 장래채권이면서도 채권발생에 관한 고도의 개연성이 있는 경우에는 사해행위 당시에 채권이 발생되지 않았더라도 피보전채권으로서의 적격성을 인정할 수 있음을 규정한 것이다. 개정안 제406조 제2항은 개정안 제406조 제1항이 입증책임에 관해 급격한 변동을 초래시키는 규정이라는 측면에서 특별한 경우에 수익자의 악의 추정을 규정한 것이었으나, 제시안 제406조 제1항이 입증책임 분배에 관해 기존 규정체제를 유지함에 따라 불필요해졌으므로 이를 제외하였다.

제시안 제406조의 2는 개정안 제406조의 2의 무상행위에 대한 특례 규정과 동일한

54) 윤진수·권영준, 앞의 논문, 510면.

55) 헌법재판소 2007. 10. 25. 선고 2005헌바96 결정.

56) 대법원 1995. 11. 28. 선고 95다27905 판결; 대법원 1997. 10. 28. 선고 97다34334 판결.

내용이나, 무상행위나 이와 동일시 할 수 있는 유상행위에 대한 채권자취소권 행사기간에 제한을 두지 않을 경우 채무자의 사해의사까지 요구하지 않는 상황에서 균형에 맞지 않음을 고려하여 독일 채권자취소법과 같이 무상행위에 대한 채권자취소권의 행사기간을 4년으로 한 것이다.

3. 채권자취소권의 행사범위와 행사기간

<표 3> 채권자취소권의 행사범위와 행사기간 관련 입법모델

현행	제시안
(신설)	제406조의3(취소의 범위) 채권자는 자기의 채권액을 넘어 채무자의 법률행위를 취소할 수 없다. 다만, 다른 채권자의 배당참여가 명백하거나 목적물이 불가분인 경우 등 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 자기의 채권액을 넘어 채무자의 법률행위의 전부나 일부를 취소할 수 있다.
제406조(채권자취소권) ① 생략 ② 전항의 소는 채권자가 취소원인을 안 날로부터 1년, 법률행위 있는 날로부터 5년 내에 제기하여야 한다.	제406조의4(채권자취소권의 행사기간) 채권자취소권은 채권자가 취소원인을 안 날부터 2년, 채무자의 법률행위가 있는 날부터 5년 내에 행사하여야 한다.

제시안 제406조의 3은 우리 판례⁵⁷⁾의 태도를 반영하고자 한 것이다. 또한, 현행 민법 제407조를 폐지하는 것이 바람직하다는 입장에서, 모든 채권자의 이익을 위해 자기 채권액을 넘어서는 법률행위의 취소를 인정한다기보다는 다른 채권자의 배당참여나 목적물이 불가분인 경우에 한하여 자기의 채권액을 넘어서는 법률행위의 취소를 인정함으로써, 취소의 범위는 어디까지나 자기의 채권액을 기준으로 해야함을 명시한 것이다.

또한, 채권자 취소권의 행사기간과 관련하여 일본의 경우 채권자취소권의 행사기간과 관련하여 취소원인을 안 날로부터 2년, 법률행위시로부터 20년 내에 행사할 것을 규정하고 있음을 감안한 것인데, 행위시로부터 10년이나 20년 등으로 행사기간을 늘리게 되면 법률관계의 조속한 안정이 침해될 수 있기 때문에⁵⁸⁾ 단기기간인 '취소원인을

57) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결; 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다5822 판결.

58) 민법개정안은 채권의 소멸시효를 5년으로 단축시키고 있어(김재형, “채권자취소권에 관한 민법개정안 -개정안에 관한 기본구상과 민법개정위원회의 논의 과정을 중심으로-”, 『민사법학』, 제68호(2014), 91면) 채권자취소권 규정에서만 행위시로부터 5년기간을 연장하는 것은 타당성을 낮은 것으로 판단하였다.

안 날부터’는 1년을 연장하여 2년으로 규정하였다. 1년이라는 기간은 채권자취소권 행사를 위한 준비기간으로는 다소 짧은 것으로 생각되어 자칫 잘못하면 이로 인해 채권자 취소권행사가 불가능해질 가능성이 있음을 고려한 것이다.

4. 채권자취소권 행사의 일반적 효력

<표 4> 채권자취소권 행사의 일반적 효력 관련 입법모델

현행	제시안
제407조(채권자취소의 효력) 전조의 규정에 의한 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.	제407조(채권자취소의 효력) 채권자취소는 채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다.

현행 민법 제407조는 채권자취소권 제도에 채권자 평등주의를 관철시키고자 하는 규정이라고 하지만, 그 효용성에 관해 의문을 제기하지 않을 수 없다. 앞서 언급했다시피 우리 판례가 금전 등에 있어서 취소채권자에게 사실상 우선변제권을 인정하고 있어 채권자 취소를 둘러싼 법률관계의 상당부분 범위 내에서는 이미 채권자평등주의는 그 기반을 상실했다고도 볼 수 있다. 다만, 제407조에 대하여 일반적인 효력규정으로선 선언적 의미를 부여하기 위해 ‘모든’을 삭제하고 ‘채권자의 이익을 위하여 그 효력이 있다’의 나머지 부분은 존치시켰다⁵⁹⁾.

5. 원상회복의 방법과 범위

<표 5> 원상회복의 방법과 범위 관련 입법모델

현행	제시안
(신설)	제407조의2(원물반환과 가액반환 등) ① 채권자가 채권자취소권을 행사하는 경우에 수익자를 상대로 채무자로부터 취득한 재산을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다. 그러나 그 재산의 반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 때에는 채권자는 그 가액을 채무자에게 반환할 것을 청구할 수 있다. ② 제1항의 경우에 반환범위에 관해서는 제 748조, 제749조를 준용한다.

59) 이 때 채권자는 취소채권자에만 한정되는 것이 아니라 배당요구 등을 한 채권자 등으로 폭 넓게 해석해야할 것이다.

현행	제시안
	제407조의3(반환된 재산에 대한 집행) 모든 채권자는 제407조2에 의하여 채무자에게 반환된 재산에 대하여 민사집행법에 따라 집행할 수 있다.

현행 민법 제406조 제1항은 “그 취소와 원상회복을 법원에 청구할 수 있다”라고만 규정되어 있어 원상회복의 구체적인 범위와 가액배상에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않았는데, 제시안은 이를 반영하기 위한 규정이라 할 수 있으며, 개정안 제407조의 2 및 제407조의3과 동일한 내용이다.

그런데, 제407조의3에 대해 굳이 본조에 의하지 않더라도 취소채권자가 아닌 다른 채권자들은 민사집행법상의 절차에 따라 강제집행하거나, 배당에 참여할 수 있으므로 개정안 제407조의3은 큰 의미가 없다는 의견도 있으나⁶⁰⁾, 본조는 사실상 우선변제권을 갖게 되는 취소채권자의 상계에 대해 다른 채권자들의 참여기회를 확인함으로써, 상계권 행사에 따른 취소채권자의 사실상 우선변제권을 어느 정도 제한하는 기능을 가진다는 측면에서 그 존재이유는 충분할 것으로 보인다.

6. 금전 등에 관한 특례

<표 6> 금전 등에 관한 특례 관련 입법모델

현행	제시안
(신설)	제407조의4(금전 그 밖의 동산에 대한 특례) ① 제407조의2에 의하여 금전 그 밖의 동산을 반환하여야 하는 경우에 채권자는 수익자에 대하여 자신에게 반환할 것을 청구할 수 있다. ② 채권자가 제1항에 의하여 금전을 수령한 경우에는 채권자취소판결이 확정된 때와 금전을 수령한 때 중 늦은 때부터 3개월이 경과하기 전에는 자기의 채권으로 채무자에 대한 반환채무와 상계하지 못한다.

취소목적물이 금전이나 동산인 경우 우리 판례는 취소채권자는 자신에게 반환할 것을 청구할 수 있다고 보고 있는데 이 때 취소채권자가 금전을 수령하는 경우 자신의

60) 양형우, 앞의 논문, 493-494면.

채무자에 대한 채권을 자동채권으로 하여 자신의 채무자에 대한 반환채무와 상계하여 사실상 우선변제권을 갖는 것과 마찬가지로의 효과를 얻게 된다. 이러한 취소채권자에 대한 상계허용이 사실상 우선변제권을 인정하는 것이 되므로 채권자평등의 원칙에 반하는 것이라는 비판이 따름에 따라 제시안 제407조의3 제2항은 “채권자가 제1항에 의하여 금전을 수령한 경우에는 채권자취소판결이 확정된 때와 금전을 수령한 때 중 늦은 때부터 3개월이 경과하기 전에는 자기의 채권으로 채무자에 대한 반환채무와 상계하지 못 한다”라고 규정하여 상계권의 행사기간에 제한을 두었으며, 이는 민법개정안 제407조의 4와 동일한 내용이다.

7. 수익자의 지위

<표 7> 수익자의 지위 관련 입법모델

현행	제시안
(신설)	<p>제407조의5(수익자의 지위) ① 채무자의 법률행위가 취소되어 수익자가 받은 급여 또는 그 가액을 반환한 경우에는 수익자는 취소권을 행사하는 채권자의 이익을 침해하지 않는 범위 내에서 자기가 이행한 반대급여 또는 그 가액의 반환을 청구할 수 있다. 이때 반환의 범위에 관해서는 제407조의2 제1항을 준용한다.</p> <p>② 채무자의 법률행위로 인하여 수익자의 채권이 소멸한 경우에 그 행위가 취소되어 수익자가 받은 급여 또는 그 가액을 반환한 때에는 수익자의 채권은 원상으로 회복된다.</p>

제시안 제407조의5는 개정안 제407조의5와 마찬가지로 채권자의 취소청구에 의해 채무자의 행위가 취소되었을 경우 수익자와 채무자간의 법률관계를 규율하고자 하는 것이다.

개정안은 수익자에게 채무자에 대하여 반대급여 및 그 가액의 반환을 바로 청구할 수 있도록 규정하여 수익자 보호를 강화한 것으로 볼 수 있으며 사해행위취소로 인해 법률적으로나 경제적으로나 궁지에 몰린 수익자를 구제하는 규정이라는 측면에서 긍정적인 의미를 가지고 있어 타당성이 높은 규정으로 생각된다. 그런데, 수익자에게 자신이 이행한 반대급여 또는 그 가액의 반환을 청구할 수 있도록 수익자의 지위를 강화하게 되면 수익자는 자신의 반대급부 반환채권과 채무자에게 반환할 채무 사이에 견련성을 주장하여 동시이행의 항변권을 행사하거나, 상계적상을 주장할 수 있게 되는데, 이

렇게 되면 취소채권자가 아니라 오히려 수익자에게 우선권을 부여하게 되는 결과를 초래할 수 있게 된다⁶¹⁾.

따라서, 본 연구는 이러한 불합리함을 방지하기 위해 “취소권을 행사하는 채권자의 이익을 침해하지 않는 범위 내에서”라는 법문을 추가하였다. 또한, 반대급여 또는 그 가액의 반환과 관련하여 수익자가 반환받을 범위가 정해져 있지 않음을 고려하여 제시안에서는 관련 법문을 추가하였다.

제시안 제407조의5 제2항은 개정안 제407조의5 제2항과 같은 것으로 수익자가 채권자 중의 한 사람인 경우 채권자 취소에 따른 채권의 부활을 명시한 규정이다.

8. 전득자에 대한 특례

<표 8> 전득자에 대한 특례 관련 입법모델

현행	제시안
(신설)	<p>제407조의6(전득자에 대한 채권자 취소권)</p> <p>① 전득자가 전득 당시 취소의 원인이 있음을 안 때 채권자는 전득자에 대해서도 채권자취소권을 행사할 수 있다. 다만, 전득자가 무상행위 또는 그와 동일시할 수 있는 유상행위로 인하여 전득한 경우 전득자가 취소의 원인을 알지 못한 때에도 채권자취소권을 행사할 수 있다. 이 때 채권자취소권은 제406조의2에서 정한 기간 내에 하여야 한다.</p> <p>② 제1항의 경우에 제407조의4를 준용한다.</p>

개정안 제407조의6의 제1항 제1호에서부터 제2호까지는 수익자에 대한 악의, 입증책임의 분배, 무상행위 등의 경우 악의의 요건이 필요치 않음 등을 규정하고 있다는 측면에서 개정안 제406조와 제406조의2와 거의 동일한 구조를 갖고 있다고 할 수 있으므로 개정안 제406조와 제406조의2에 대해서와 동일한 비판을 할 수 있을 것이다. 따라서 제시안은 이미 제시안 및 현행 민법 제406조 제1항에서 전득자에게 자신의 선의를 입증책임을 부과하고 있음을 고려하여 입증책임의 분배에 관해 변동이 초래될 수 있는 문언을 삭제하였다.

또한, 제시안에서는 제407조6의 제1항 제1호에서는 개정안이 제시한 “그 밖에 특별한 관계”라는 문언이 오히려 그 해석상 혼란이 가중될 여지도 존재하는 점을 고려하여

61) 이순동, 앞의 논문, 245면.

이를 삭제하였다. 또한, 반드시 친족이라고 해서 그 악의가 추정되는 것은 다소 곤란하므로 향후 친족의 범위를 해석함에 있어서 이를 축소하여 보아야할 것이다.

현행 통설과 판례는 수익자가 선의라 해도, 전득자가 악의라면 전득자에 대해 채권자취소권 행사를 할 수 있다. 그런데 개정안 제407조의6은 모든 전자(前者)에게 있어야 할 취소원인이 있어야 하는 것으로 봄으로써, 채무자의 사해행위와 사해의사, 수익자와 전득자의 악의 등이 모두 갖추어져야 하는 것으로 하고 있다.

제시안은 통설과 판례의 태도를 반영한 것이다. 즉 “모든 전자에게” 및 “모든 전자에 대하여”라는 문언을 삭제하여 수익자가 비록 선의인 경우라 해도 전득자가 자신의 선의를 입증하지 못한다면 취소의 대상이 될 수 있음을 규정하였다.

이 밖에 제시안 제407조의6 제2항에서 제407조의4를 준용한다고 보아 수익자에게 인정되는 반대급부 및 그 가액의 청구권과 수익자가 채권자 중 1인 경우에 수익자 채권의 부활을 명시하고 있는 규정들은 모두 전득자에 대해서도 이를 인정하는 것으로 규정하였다.

[참고문헌]

- 곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2007
이순동, 「채권자취소권」, 육법사, 2012
이우재, 「민사집행법에 따른 배당의 제문제」, 진원사, 2008
지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2011
- 김재형, “채권자취소권에 관한 민법개정안 -개정안에 관한 기본구상과 민법개정위원회의 논의 과정을 중심으로-”, 「민사법학」, 제68호, 2014
김태관, “사해행위 취소제도에 관한 입법론적 검토 -일본에서의 개정논의를 중심으로-”, 「법학연구」, 제24권 1호, 2014
양형우, “채권자취소권에 관한 민법개정안의 검토”, 「민사법학」, 제69호, 2014
오영준, “사해행위취소권과 채권자평등주의”, 「사법논집」, 제32집, 2001
윤진수·권영준, “채권자취소권에 관한 민법 개정안 연구”, 민사법학, 제66호, 2014
이순동, “사해행위취소권에 관한 일본민법 개정안의 연구 -우리 채권자취소권 규정의 개정방향을 탐구하며-”, 「법조」, 제712호, 2016
이우재, “사해행위취소의 효력과 배당절차에서의 취급”, 「민사집행법연구」, 제5권, 2009
정다영, “프랑스 민법상 채권자취소권 제도”, 「민사법학」, 제67호, 2014
- 대법원 1995. 11. 28. 선고 95다27905 판결
대법원 1997. 10. 28. 선고 97다34334 판결
대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다5822 판결
대법원 2008. 6. 26. 선고 2008다25978 판결
대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결
대한민국 현행 민법
- Code Civil français
(<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>)
Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens Anfechtungsgesetz(https://www.juris.de/purl/gesetze/_ges/AnfG)
P. Remy-Corlay. “Les effets à l’égard des tiers”, Sous la direction de Fr. Terré, Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz., 2009
民法 (債權關係) の改正に関する要綱案(www.moj.go.jp/content/001136445.pdf)
日本 現行 民法(<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/M29/M29HO089.html>)

[Abstract]

**A study about legislation of creditor's right of revocation:
through domestic and abroad revision discussion**

Seo, Ho Joon*

Creditor's right of revocation is a system for increasing the possibility of binding satisfaction through maintaining creditor's responsible property. It is positioned in a typical legal procedures to protect creditors from flight of responsible properties, which frequently occurred since financial crisis in 1997. Despite such benefits, this system is likely to lead to instability of the legal relation, because it intervenes the trading action of the debtor to the third party.

From this point of view, it is highly needed to regulate accurately the usage, range, and effect of creditor's right of revocation. However, we only have two of the provisions of the civil law, and in most of the legal relationships, it is governed by case law rather than legislation - therefore the further discussion for amendment is inevitable.

Such debate is relatively active in France and Japan, as they have only two or three provisions about creditor's right of revocation as we. In the case of France, the amendment, which incorporates act for value, malicious beneficiaries, status of subsequent acquirer, preferential payments rights of cancel creditors, is prepared. Japanese case is similar to our proposals in various aspects - specifying establishment of the responsible property before deceptive act, regulation about fraudulent character of act for value, collateral provision act, excessive reimbursement, status of subsequent acquirer, claim of direct delivery of creditors.

Based on the amendment of France, Japan, and South Korea, I present a legislative model: maintenance of the burden of proof of the beneficiary, establishment of the responsible property before deceptive act, range and period of cancellation rights, general effect, way of restoration, preferential payment of creditors, and status of subsequent acquirer and the beneficiary.

<Key Words>

Creditor's right of revocation, French creditor's right of revocation, Japanese creditor's right of revocation, De lege ferenda

* Deputy Manager, Korea Credit Guarantee Fund, Ph.D. in Public Administration, Ph.D. Candidate in Law

明知法學 제14호

사이버 공간에서의 표현의 자유의 범위에 대한 법적 소고

- 혐오표현 규제를 중심으로 -

김민지*

논문요지

본 연구는 각종 인터넷 커뮤니티를 중심으로 혐오표현이 증가하는 오늘날의 사회에서 표현의 자유가 가지는 의미에 대하여 돌이켜 보고 헌법상 보호되는 표현의 자유의 범위에 관하여 고찰하는 것을 목표로 한다. 우리 사회에서 표현의 자유와 관련하여 이루어지고 있는 논의의 흐름은 과거의 논의와는 다소 다른 양상을 보인다. 과거에는 방송국과 신문사를 중심으로 한 주요 언론기관들이 주로 표현의 자유의 주제로 논의되었다. 하지만 오늘날은 정보통신 기술의 발달로 개인 또한 미디어의 중심이 되는 사회로 변모하였다. 이에 따라 비슷한 생각을 공유하는 개인들이 모여 각종 인터넷 커뮤니티를 활성화시키면서 다양한 공론의 장을 형성하게 되었다. 이러한 공론의 장은 서로 다양한 의견을 주고받으며 건전한 비판과 토론이 이루어지는 긍정적인 공간이 되기도 하지만, 그와는 반대로 혐오표현을 담은 악성 게시물을 주고받으며 타인을 모욕하고 인격권을 침해하는 사회적 폭력의 공간이 되기도 한다. 특히 일간베스트 저장소라는 커뮤니티의 악성 게시물들이 사회적으로 많은 논란이 되면서 혐오표현에 대한 대중의 우려 또한 커지고 있다. 표현의 자유가 민주주의의 실현의 측면에서 절대적인 가치를 지닌다는 점을 부인하기 어려우나 이것이 곧 표현의 자유의 범위를 절대적으로 보장하는 것을 의미하는 것은 아닐 것이다.

따라서 필자는 이러한 표현의 자유의 범위에 대한 논의의 필요성에 입각하여 혐오표현 또한 우리나라 헌법 제21조에서 보장하는 표현의 범위에 해당하는지 판단해보고, 혐오표현 문제를 해결하기 위한 규제방안에 관하여 모색해보고자 하였다. 우선 혐오표현 규제에 관한 논의의 배경을 살펴봄으로써 혐오표현의 규제의 필요성에 대해 인식하고 혐오표현 규제에 관한 일반론 및 외국의 입법례를 살펴보고자 하였다. 다음으로 우리나라 입장에서 혐오표현에 대한 규제방안에 관하여 법적인 규제와 사회적 자정작용 활성화를 통한 규제의 측면으로 나누어서 구조적 차원의 개선 방안 및 개인적 차원의 개선 방안에 대하여 고찰해보고자 하였다.

검색용 주제어: 표현의 자유, 표현의 자유의 한계, 혐오표현, 헤이트스피치, 혐오표현 규제

· 논문접수: 2015. 11. . · 심사개시: 2015. 12. . · 게재확정: 2015. 12. .

* 명지대학교 일반대학원 법학과 박사과정

I. 서론

우리사회에서 민주주의와 표현의 자유문제는 불가분의 관계에서 발전해 왔다고 할 수 있다. 대한민국 건국 이후에 민주화되는 과정에서 여러 독재정권 및 군사정권 시절에 해당하는 표현의 자유 암흑기부터 민주화 이후 노무현 정권부터 시작된 정치적 목적의 언론통제¹⁾가 이명박 정부를 거쳐 현재의 박근혜 정부에 이르기까지 표현의 자유의 문제는 정치·사회 영역에 있어서 항상 중요한 화두가 되었다.

다만 과거에는 신문과 방송을 중심으로 한 언론·출판의 자유가 표현의 자유의 범주에서 주로 논의 되었다면, 오늘날에는 정보통신 기술의 발달과 인터넷의 보급 등으로 해당 범주는 사이버 공간(cyber space)이라는 특수 영역으로까지 확대되었다. 여기에 SNS(Social Network Service)등의 새로운 온라인 서비스까지 가미하면서 사이버 공간에서의 인터넷 커뮤니티(internet community)는 더욱 활성화되고 있다. 이러한 인터넷 커뮤니티에서의 표현 행위가 다른 매체에서의 표현 행위와 구별되는 가장 큰 특징으로는 표현 행위를 하는 주체가 지니는 익명성(anonymity)을 들 수 있다. 이러한 익명성은 개인의 생각과 견해 등을 외부로 표현하는 행위에 있어서 발언의 자유와 평등을 보장하는 긍정적인 기능을 가지기도 하지만, 이를 방패로 삼아 허위사실을 유포하거나 타인을 비방하는 악성게시물을 양산함으로써 윤리·도덕적 해이라는 부정적 사회문제를 유발시키기도 한다. 이러한 맥락에서 익명성을 규제하기 위한 인터넷 실명제²⁾라는 법적 규제조치가 시행된 바도 있으나 이는 별다른 성과 없이 5년 만에 위헌판정을 받고 사라지게 되었다.

최근 ‘일간베스트 저장소’(이하 ‘일베’라 한다)³⁾라는 보수 우익의 성향을 지닌 인터넷 커뮤니티가 2012년 대선 이후에 언론의 주목을 받기 시작하면서, 해당 사이트 내에

- 1) 이와 관련하여 한국신문방송편집인협회 보도자유위원회가 『(노무현 정권)언론탄압 백서』, 한국신문방송편집인협회(2008)를 발간한 바 있다. 해당 백서에는 취재통제안(취재지원시스템 선진화방안)으로 인한 기자실 폐쇄와 기자들의 대응, 신문법과 언론중재법의 제정, 법과 제도를 이용한 언론통제 등 노무현 정부의 언론 탄압 실상 등을 기술하고 있다.
- 2) 2005년 선거법, 2007년 정보통신망법으로 시행되었다가 2012년 8월 23일 헌법재판소에서 제한적 본인확인제(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의5)에 대하여 만장일치로 위헌 판정(2010헌마47) 을 받고 폐기 되었다. 다만 헌법재판소가 내린 위헌 결정(2010헌마47)은 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의5에 의한 부분에 국한되는 것으로 공직 선거법 82조6에 의한 부분은 여전히 유지되고 있다.
- 3) 지난 2010년 개설하게 된 일반베스트 저장소(www.ilbe.com)는 2012년을 전후해서 대한민국에서 가장 규모가 큰 유머 사이트로 성장했다. 일베는 본래 디시인사이드 사이트의 ‘야구갤러리’(야갤), ‘코미디 프로그램 갤러리’(코갤), ‘정치사회 갤러리’(정사갤) 등지에서 만들어진 유머 자료들을 보관하기 위한 목적으로 만들어졌다. ‘일간베스트’라는 커뮤니티 명칭도 매일 추천할 만한 유머 자료들을 소개한다는 취지에서 유래했다. 후일 야갤, 코갤, 정사갤의 이용자들이 일베에 유입되면서 별개의 인터넷 커뮤니티로 독립하게 되었다. 박가분, 『일베의 사상』, 오월의 봄(2013), 30면.

서의 자극적인 혐오표현 및 각종 게시물 등에 대한 표현의 자유논란이 문제시되고 있다. 특히 여성과 외국인 노동자, 특정 지역 및 정치인에 대한 혐오 발언 수준은 사회 통념상 용인할 수 있는 범위를 넘어서 개인의 명예 등 개인의 기본권을 훼손하는 지경에 까지 이르고 있다. 또한 이와 유사한 인터넷 커뮤니티로 “메갈리아”⁴⁾는 여성 혐오의 주제를 ‘미러링(mirroring)’ 방식⁵⁾으로 바꾸어 남성 혐오 게시물을 올리는 것으로 ‘여자 일베’라는 비난을 받고 있다.

이처럼 각종 인터넷 커뮤니티를 중심으로 혐오표현이 넘쳐나는 오늘날의 현실 속에서 헌법상 보호되는 표현의 자유의 범위를 어디까지 허용할 수 있을 것인가에 대해 논의해 보는 것은 상당한 정도의 의미를 지닌다고 할 수 있을 것이다. 이하에서는 우선 사이버 공간에서의 표현의 자유에 대해서 논의해보고(Ⅱ), 문제되는 일베의 혐오표현 문제에 대해 검토한 후(Ⅲ), 이러한 문제를 해결하기 위하여 혐오표현을 규제하기 위한 대안을 모색해보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 사이버 공간에서의 표현의 자유

표현의 자유는 사상이나 의견을 외부에 표현하는 자유로서 개인적 표현의 자유인 언론·출판의 자유와 집단적 표현의 자유인 집회·결사의 자유를 총칭하는 개념이다.⁶⁾ 본고에서는 개인적 표현의 자유를 중심으로 하는 사이버 공간에서의 표현의 자유에 관하여 논의하고자 하였다. 이러한 표현의 자유의 의미를 헌법적인 측면에서 살펴본다면 인간이 생각하는 바를 자유로이 표현할 수 있다는 것은 우리나라 헌법 제10조⁷⁾에서 보장하는 인간으로서의 기본권에 해당하고, ‘언론·출판의 자유’는 우리나라 헌법 제21조 제1항⁸⁾에 명시함으로써 헌법상의 보호를 받는다. 단 이러한 언론·출판이 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 안 된다는 한계 규정⁹⁾ 또한 헌법상으로 명시되어 있다. 정보통신 기술(Information and Communication Technology:

4) 여성주의 소설 『이갈리아의 딸들』(게르드 브란튼베르그 저)과 디씨인사이드의 '메르스 갤러리'를 합쳐 만든 이름의 인터넷 커뮤니티이다. '여성혐오'에 대항해 2015년 8월 사이트가 설립되었으며 미러링 방식으로 여성혐오에 대항한 남성혐오 발언으로 '여자 일베'라는 비판이 따라붙고 있다.

5) 미러링은 “받은 만큼 되돌려준다”는 전략으로 메갈리아 커뮤니티에서는 ‘여성 혐오’에 표현되는 방식을 활용하여 이와 유사한 ‘남성 혐오’의 표현을 만들어 내고 있다.

6) 권영성, 『헌법학 원론』, 박영사(2004), 464면.

7) 헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 지니며, 행복을 추구할 권리를 가진다.

8) 헌법 제21조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

9) 헌법 제21조 ④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

ICT)이 미약했던 과거에는 ‘언론·출판의 자유’의 범위가 한정된 신문과 방송을 중심으로 하는 매스미디어(mass media)를 중심으로 주로 논의 되었다. 이에 따라 표현의 자유에 대한 논의 역시 국가가 언론기관의 보도 등에 대하여 행하는 규제를 중심으로 이루어졌다. 하지만 오늘날의 현대사회에서는 고도화된 정보통신 기술발달을 통하여 정보화 사회로 급격히 변화함에 따라 인터넷을 기반으로 사이버 공간¹⁰⁾이라고 하는 새로운 영역이 등장하게 되었다. 이러한 사회적 환경 변화를 기반으로 하여 인터넷을 사용하는 개인이라면 누구든지 저렴한 비용으로 자신의 의견을 사이버 공간에서 자유롭게 표현할 수 있게 되었다. 하지만 이러한 사이버 공간에서의 표현의 자유 또한 무제한적으로 허용되는 자유가 아니라 헌법 제37조 제2항¹¹⁾에 의하여 규제되는 제한된 자유에 속한다고 할 수 있다. 따라서 표현 행위로 타인의 인격권을 침해하는 경우에는 헌법상 보호되는 표현행위에 해당하지 아니하며, 이에 대해서는 적법절차에 따라 규제가 이루어질 수 있을 것이다. 따라서 이하에서는 사이버 공간에서의 표현의 자유의 의미를 살펴보고, 이와 관련하여 헌법상 보호받을 수 있는 구체적인 표현의 자유의 범위에 대하여 고찰해보고자 한다.

1. 사이버 공간의 특징: 인터넷 커뮤니티 형성의 장

오늘날 인터넷을 기반으로 광범위하게 형성되는 사이버 공간은 정보사회와 함께 등장한 새로운 영역으로써 인터넷 커뮤니티 형성에 토대가 되었다. 이를 기반으로 인터넷을 이용하는 다수의 이용자들은 사이버 공간에서 상호간의 네트워크를 형성함으로써 다양한 분야의 인터넷 커뮤니티¹²⁾를 구성하고 있다. 이러한 각각의 커뮤니티는 해당 커뮤니티의 특성을 반영한 다양한 주제들에 관하여 구성원간의 활발한 대화와 토론이 이루어지는 공론의 장을 형성한다.

10) 사이버공간은 인간의 활동범위를 넓히고 활동의 가능성까지도 확장시켰으며, 인간의 의식, 사고, 창조력, 가치관 사회제도 등을 근본적으로 변화시켜 표현매체의 새로운 패러다임을 형성하게 되었다.: 윤명선, 『인터넷·언론·법』-“사이버스페이스와 표현의 자유”, 한국법제연구원 (2002), 13면.

11) 헌법 제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

12) 이러한 인터넷 커뮤니티의 구성원을 사이버 공동체라는 개념으로 표현할 수 있다. 이러한 사이버 공동체는 정보통신 기술의 발전으로 등장한 새로운 공간으로서 사이버스페이스에서 형성된 공동체의 유형이라고 할 수 있다. 송경재의 견해에 따르면 공동체를 일반적으로 ‘특정한 지역에서 관심사를 공유하는 사람들의 집합체’라고 정의한다면, 사이버 공동체는 사전적인 의미로 ‘사이버스페이스에서 관심사를 공유하는 사람들의 집합체’ 또는 ‘컴퓨터 통신망상에서 형성되는 가상적인 공동체’라고 정의할 수 있다.: 송경재, 『사이버 공동체와 민주주의』, 한국학술정보(주)(2006), 9면.

사이버 공간에 대한 정의개념에 대해서는 논자에 따라 다양한 특성들이 제시될 수 있지만, 사이버 공간이 한정된 공간 또는 시간개념이 없다는 점에서 익명성, 쌍방향성, 국제성, 동시성 등의 특징을 제시할 수 있다.¹³⁾ 이러한 특징들 가운데서도 필자는 사이버 공동체의 네트워크를 형성함에 있어서 문제될 수 있는 가장 대표적인 특징으로 '익명성'¹⁴⁾을 들 수 있다고 생각한다. 사이버 공간의 특성상 이를 이용하는 개인들은 익명성을 통해 누구나 자신을 특정하지 않고도 자유롭게 자신의 생각과 견해에 대해서 의견을 주고받을 수 있다. 이는 표현의 자유의 측면에서 누릴 수 있는 최대의 장점 중에 하나로 기능한다. 다만 이러한 익명성을 무기로 삼는 개인이 사이버 공간에서 표명하는 다양한 악의적인 표현이 사회적으로 문제가 되기도 한다. 이는 유명인사 등에 대한 악의적인 댓글이나 게시물을 통해 타인을 모욕하거나 타인의 명예를 훼손한 문제로 사회적으로 크게 이슈가 되는 사례를 쉽게 찾아 볼 수 있다. 이처럼 익명성의 가면 뒤에서 악의적으로 타인의 존엄성이나 기본권을 훼손하는 행위는 용인하기 어려운 사회문제라고 할 수 있다. 사이버 공간에서는 이를 이용하는 개인들이 직접 대면하여 의견을 주고받는 것이 아니기에 주고받는 표현이 보다 간편하고 자유로울 수 있을 것이다. 하지만 사이버 공간이 아무리 상호 간의 자유로운 논의가 바탕을 이룬다고 할 지라도, 이를 이용하는 커뮤니티 구성원들은 상호간의 배려와 존중의 자세로 공론의 장을 형성해 나가는 기본자세를 갖추어야 할 것이다.

2. 표현 촉진 매체로서 인터넷

15세기 구텐베르크에 의해 발명된 활판인쇄술이 지식의 대중화를 선도하였다면 인터넷은 정보의 바다로서 기능하며, 커뮤니케이션 기술의 변혁을 초래하였다.¹⁵⁾ 이와 같이 정보 이용의 범위가 확대되고, 정보 이용자 간의 정보 전달 방식이 일방향에서 쌍방향으로 전환됨에 따라 대중들은 인터넷 사이버 공간을 진정한 속의 민주주의의 장(場)으로 인식하게 되었다. 또한 헌법재판소와 대법원에서도 이러한 인터넷의 표현 촉진 매체로서의 기능에 대해 실시한 바 있다.¹⁶⁾

13) 해당 특성에 대한 자세한 사항은 김혜경, 『사이버공간에서의 표현행위와 형사책임』, 한국형사정책연구원(2005), 31~36면 참고.

14) 마이어스는 인터넷상에서 허용되는 익명성은 대화에 필요한 규칙-즉 대화시 상대방을 존중해 주어야 한다는-을 소홀히 하는 결과를 가져온다고 지적한 바 있다.: Myers, D.(1987). A new environment for communication play: On-line play. In G. Fine (Ed.), *Meaningful Play, Playful meaning* (pp.231-245). Champaign, IL: Human Kinetics Publishers.; 박은희·이수영, “사이버공간의 특성과 의제 전개과정”, 『한국언론정보학보』 통권 18호(2002), 105~106면 재인용.

15) 인터넷은 상호작용성, 개방성, 저렴성, 익명성, 탈중앙통제성 등의 특성을 지니고 있으며, 이를 통해, 기존 매체와는 달리 인터넷에서는 정보 제공자와 수용자 간 경계가 사라지고 쌍방향 정보 제공·수용이 가능해져 가장 참여적이고 표현적인 매체라고 할 수 있다.

이미 언급한 바와 같이 인터넷이라는 새로운 종류의 전파 수단이 개발 되고 이용이 촉진됨에 따라, 인터넷 상에서 표현되는 정보의 파급력은 절대적으로 증가해오고 있다. 즉 인터넷을 이용하는 개인이 정보의 생성 주체이자 수용 주체로서 표현의 자유를 가지는 직접 주체에 해당한다는 것이다. 결국 인터넷 이용자들은 그들 스스로 자유롭게 창출한 생산물을 어떠한 형태의 제도적 검열도 받지 않고 다른 이용자와 서로 공유할 수 있는 표현의 자유를 가지게 되었다.

3. 인터넷에서의 표현의 자유에 관한 법적 논쟁: 온라인 혐오 표현 규제

오늘날 우리 사회에서 인터넷은 생활 필수적인 매체로서 자리매김하고 있고, 인터넷을 이용하는 개인들은 다양한 인터넷 커뮤니티 활동을 통해 광범위한 영역에서의 표현의 자유를 누리고 있다. 하지만 이 역시 무제한적으로 허용되는 자유가 아니라 헌법 제37조 제2항으로 규제되는 제한된 자유에 속한다. 즉 인터넷에서의 표현의 자유 역시 타인의 권리를 침해하지 않는 범위 내에서 보장되는 것이라고 할 수 있으며, 이러한 맥락에서 인터넷에서의 표현의 자유의 범위를 어디까지 허용해야 하는가에 대한 다양한 법적 논쟁이 있을 수 있다.

필자는 이와 관련한 다양한 법적 논쟁 가운데에서도 인터넷의 익명성을 무기로 개인의 인격권을 침해하거나 모욕하는 발언을 하고, 이를 인터넷 커뮤니티에서 표현하는 사례들을 중심으로 표현의 자유의 범위에 관하여 고찰해보고자 하였다. 이는 구체적으로 최근 혐오표현(hate speech)¹⁷⁾이 넘쳐나는 자극적인 게시물로 화두가 된 인터넷 유머 커뮤니티 사이트인 일베 커뮤니티에서의 표현 행위와 논란 및 온라인 혐오표현 규제¹⁸⁾를 중심으로 살펴보고자 하였다.

16) 이와 관련하여 헌법 재판소는 인터넷이 정보통신 매체로서 기존의 인쇄 매체, 영상 매체, 전파 매체 등과 비교하여 “진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성”을 지니고 있어 ‘오늘날 가장 거대하고 주요한 표현 매체’로서 ‘가장 참여적인 (매체) 시장’이자 ‘표현 촉진적인 매체’라고 했다(헌재 2002. 6. 27. 선고 99헌마480 결정). 대법원도 인터넷은 다른 매체와는 비교될 수 없을 정도의 ‘가장 완성된 형태의 참여적 대중매체’이며 인터넷의 이러한 기능은 인터넷 이용자에게 가상공간을 제공하는 인터넷 서비스 사업자가 있음으로써 더욱 고양될 수 있으므로, 인터넷 서비스 사업자에 대해 인터넷 게시 공간에서의 표현행위와 관련해 법적 규제를 강화하면 ‘1인 매체’ 역할을 하는 인터넷 이용자들의 표현 행위가 간접적으로 규제되는 냉각 효과(chilling effect)를 불러일으킬 수 있다고 보았다(대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체 판결에서의 대법관 3인의 별개 의견).; 박아란, 『인터넷 표현의 자유』, 커뮤니케이션북스(주)(2014), 2면

17) 혐오표현(hate speech)이란 인종, 민족, 성, 종교 등의 차이에 기인한 편파적이고 경멸적인 표현행위를 말한다. ‘hate speech’의 표기방식에 대해서는 헤이트 스피치, 혐오발언, 증오발언, 혐오표현, 증오표현, 차별적 표현 등 다양하게 사용되고 있다. 본고에서는 인터넷 커뮤니티에서 나타나는 형태가 증오보다는 혐오에 가깝고, 혐오가 나타나는 방식이 말과 글에만 해당하지 않고 짤방이나 이미지 등 다양한 형태로 표현되므로 보다 명확한 의미전달을 위해 ‘혐오표현’이라는 용어로 표기하였다.

Ⅲ. 인터넷 커뮤니티에서의 혐오발언: 일베를 중심으로

우리 사회에서 특별한 은어를 사용하지 않더라도 ○○녀, ○○충 등 인터넷 커뮤니티 상에서 특정 집단을 비하의 대상으로 삼는 표현을 찾아보는 것은 그리 어려운 일이 아니다. 해당 커뮤니티에서는 이러한 혐오 표현의 대상이 되는 특정 집단을 욕하는 가운데서 재미와 즐거움을 추구한다. 이러한 혐오 표현을 유희의 대상으로 삼는 인터넷 커뮤니티는 매우 다양하지만, 그 중에서도 일명 '일베'라고 불리는 인터넷 사이트는 다양한 악의적인 게시물로 인해 최근 사회적으로 많은 관심과 논란을 불러일으키며 화두가 되고 있다. 일베는 유머 사이트인 동시에 뚜렷한 보수 우파의 정치 성향을 띤 인터넷 커뮤니티라고 할 수 있다. 일베 커뮤니티 내에서는 이를 이용하는 사람들이 양산해내는 다양한 신조어와 게시물들이 유행처럼 번져나가고 있으며, 해당 게시물에 포함되어 있는 각종의 공격적이고 과격한 혐오발언이 각종 언론을 통해 보도되면서 사회적 논란을 가중시킨 바 있다. 일베 회원들은 특정 집단 및 개인을 희화화하는 콘텐츠를 생산해내고, 이를 해당 사이트의 커뮤니티 구성원들과 공유함으로써 재미를 추구하고, 구성원들 간의 네트워크를 형성하고 있다.

이하에서는 해당 커뮤니티의 유머코드를 분석해보고, 문제되는 일베의 혐오발언에 대해 살펴 본 후, 이러한 일베의 혐오발언의 문제점에 대하여 고찰해보고자 한다. 이처럼 특정 커뮤니티인 일베를 중심으로 문제점에 대해서 분석하고자 하는 이유는 일베 커뮤니티가 사회적으로 미치는 영향력이 적지 않고, 일반 대중들이 이러한 일베 커뮤니티에 대해 가지는 문제의식 또한 가중되고 있기 때문이다.

1. 유머사이트 커뮤니티의 특징: 유머코드

일베 커뮤니티의 특징에 관한 주요 연구에서는 신자유주의 체제 하에서 사회경제적 불안과 공포로 인한 감정장의 확산으로 분석¹⁹⁾하기도 하고 인터넷 온라인상의 다양한 문화적 특징²⁰⁾을 중심으로 설명한 연구도 있다. 해당 논의를 함에 있어서 필자는 표현

18) 이러한 혐오표현에 대한 규제에 대해 서구에서는 오랫동안 논의가 되었으나 한국에서는 논의의 역사가 짧은 편이다. 그러나 한국도 다문화 사회로 변모하면서 인터넷에서 증오 표현이 눈에 띄게 증가하고 있다. 특히 외국인 이주 노동자에 대한 차별적 발언이나 혐오 표현이 증가하고 있으며, 고질적인 지역감정도 인터넷을 통해 악화되고 있어 적절한 규제가 필요한 시점이다.; 박아란, 앞의 책, 3면.

19) 김학준, "인터넷 커뮤니티 '일베저장소'에서 나타나는 혐오와 열광의 감정동학", 서울대학교 사회학 석사학위논문(2014), 94~146면 참고.

20) 박가분은 그의 저서에서 일베에서 두드러지게 된 인터넷 문화의 특징으로 ① 잉여 문화와 막장 문화 ② 병맛 문화 ③ 관심병 문화를 중심으로 설명하고 있다. 해당 특징에 대한 자세한 내용은 박가분, 앞의 책, 46~59면 참고.

의 자유와 밀접하게 관련되는 일베의 유머 코드를 중심으로 설명하고자 한다. 이러한 유머 코드의 핵심은 일베 이용자들이 기존의 상식을 파괴하는 행위를 주고받는 과정에서 재미를 느낀다고 할 수 있다. 이는 보다 구체적으로 ① 존칭사용 금지 ② 독특한 언어 사용 ③ 희화화 콘텐츠 양산 ④ 저격(신상털기) 행위를 들 수 있다.

(1) 존칭사용 금지

대부분의 일베 회원은 대화를 함에 있어서 존칭사용을 금지한다. 이에 따라 해당 커뮤니티에서의 대화 양상은 반말이나 시비조의 말투가 주를 이룬다. 물론 이는 다른 인터넷 커뮤니티에서도 반말이 흔히 사용되고 있지만, 일베에서는 존댓말을 사용하는 것을 매우 금기시함으로써, 반말 사용을 규칙화 하고 있는 것이다.²¹⁾

(2) 독특한 은어 사용

일베에서는 해당 커뮤니티 안에서 자주 사용되는 독특한 은어와 말투가 존재한다. 그리고 이러한 언어들은 상당수가 조롱과 비하의 의미가 담긴 것으로 이는 구체적으로 진보세력에 대한 비하, 지역에 대한 비하, 여성에 대한 비하, 진보적 시민에 대한 비하, 특정 정치인에 대한 비하 등으로 이루어져 있다.

(3) 희화화 콘텐츠 양산

일베에서는 “재미가 있으면 누구라도 주목받을 수 있다”라고 하는 기치아래 특정한 집단이나 개인들을 희화화하는 다양한 콘텐츠가 양산된다. 이는 소위 ‘개드립’²²⁾이라고 부르는 유머 코드로서 주로 ‘짤방’²³⁾을 통해 특정 집단인 전라도 사람과 여성, 특정 개인인 노무현, 김대중 전 대통령을 희화화하는 내용으로 구성된다.²⁴⁾

21) 이처럼 일베에서는 누구나 평등하게 서로에게 말을 놓으며 툭툭 내뱉는 것을 원칙으로 하고 있는데 이에 관하여 일베는 서로에 대해 수고로운 감정노동을 하지 않아도, 인터넷의 진보주의자들처럼 서로에 대해 가식적인 가면을 쓰지 않아도 자신의 존재를 인정받을 수 있는 편한 공간으로 생각하기 때문이라는 분석이 있다.; 박가분, 위의 책, 128면.

22) ‘드립’이란 ‘애드리브 ad-lib’의 줄인 말에서 비롯된 것으로, 애드리브의 의미는 원래 정해진 원고나 대본에 의존하지 않고 상황적 특색에 맞춰 배우가 즉흥적으로 표현하여 극에 활기를 불어 넣는 것을 뜻한다. 이것이 일종의 접미사가 되어 인터넷상에서 다양하게 활용되고 있다.; 김학준, 앞의 논문, 43면. 개드립은 ‘개같은 애드리브’의 준말로써 특정한 인물이나 대상의 특징을 과장해서 표현하거나 우스꽝스럽게 묘사하는 것을 의미한다.; 박가분, 위의 책, 60면.

23) ‘짤방’이라는 용어는 ‘짤림 방지’의 준말에서 유래한 것으로 이는 대형 인터넷 커뮤니티 디시인사이드에서 ‘사진’이 없으면 게시물을 삭제한다는 관리 방침에 따라 ‘짤림 방지’용으로 우스운 사진을 게시물에 첨부하는 것이 관행에서 비롯되었다고 한다. 오늘날 짤방은 이와 무관하게 인터넷에서 생성되고 공유되는 우습거나 흥미로운 시각자료 전반을 의미한다.; 박가분, 위의 책, 58면 참조.

24) 이러한 콘텐츠는 특정 집단이나 개인과 관련한 합성사진이나 영상 등을 활용하여 대상을 우스꽝스럽게 묘사하여 제작 하는 것이 주를 이룬다.

(4) 저격(신상털기) 행위

일베에서 ‘저격’ 행위는 ‘신상털기’ 행위와 같은 맥락으로 이루어진다고 한다. 구체적으로 이는 누군가가 허위 정보를 올리거나, 남의 자료를 허락 없이 도용하거나, 혹은 사회적으로 물의를 일으키는 행동 등을 하면 그 대상을 구글링 및 SNS, 온라인 쇼핑물 이벤트, 댓글 검색 따위 등을 통해 추적하고 신상을 밝혀내며 직접적으로 공격하는 것을 의미한다.²⁵⁾

2. 일베 커뮤니티의 문제점

(1) 문제시 되는 일베의 혐오표현

혐오표현이란 넓게는 인종, 민족, 국적, 성별, 성적 지향과 같은 속성을 갖는 소수자 집단이나 개인에게 그 속성을 이유로 가하는 차별적인 표현을 말한다. 이러한 혐오표현의 본질은 소수자에 대한 ‘차별’, ‘적대’, ‘폭력의 선동’, ‘차별을 선동하는 모든 행위’이자 표현에 의한 폭력이라고 할 수 있다.²⁶⁾ 일베에서 문제시 되는 혐오표현의 종류로는 크게 세 가지 영역으로 진보세력, 전라도 지역, 여성에 대한 혐오를 들 수 있다.

(가) 진보세력 혐오

진보적 시민들은 일베에서 대개 ‘촛불좀비’, ‘좌빨’, ‘좌좀’ 등의 이미지로 희화화 된다. 이들은 짤방이나 정치적인 비하 발언에서 의식있는 척하지만 실은 머리가 비어 있거나 자신의 기분이나 감정에 아무 생각 없이 휘둘리는 좀비와 같은 모습으로 표상되곤 한다. 무엇보다 일베에서는 진보적 시민들이 지지하는 정치인들을 관용적으로 비꼬아 표현하는 말들이 유행한다.²⁷⁾

(나) 전라도 지역 혐오

우선 일베에서는 전통적으로 야당을 지지해왔던 호남지역에 대한 반감이 두드러진다. 전라도는 ‘라도’, ‘전라디언’, ‘흥어’, 심지어 ‘7시 방향’²⁸⁾으로 불리고 있다. 또한 ‘알보전’과, ‘까보칠’과 같은 모욕적인 표현을 사용하기도 한다. 알보전은 “알고 보니 전라도”, 까보칠은 “까보니까 일곱시 방향”이라는 뜻인데 과격한 진보적 발언을 하는 사람들은 알고 보면 하나같이 전라도 출신이라는 편견을 드러내고 있다.

25) 강정석, “일베의 부상”, 『문화과학사』 2013년 가을호 (통권75호), 275면.

26) 모로오카 야스코(師岡康子) 저, 조승미·이혜진 역, 『증오하는 입』, 오월의 봄(2015), 84면.

27) 가령 노무현은 ‘놈현’, ‘운지’, ‘노완용’, ‘노알라’ 등으로 표현되고 김대중은 ‘손상님’, ‘핵핑 권’(다리가 불편했던 그의 장애를 조롱하는 표현), ‘다이쥬’(김대중이 창씨 개명한 이름) 등으로 표현된다.; 박가분, 앞의 책, 112면.

28) ‘7시 방향’이란 스타그래프트라는 전략시뮬레이션 게임에 빗댄 표현인데, 게임맵상에서 보면 전라도가 7시 방향에 있기 때문에 붙여진 이름이다.; 박가분, 위의 책, 111면.

(다) 여성 혐오²⁹⁾

개똥녀³⁰⁾로 시작해 된장녀³¹⁾, 오늘날 김치녀³²⁾에 이르기까지 인터넷 상에서 여성을 집단적으로 혐오하는 발언은 다른 커뮤니티에서도 일상적으로 존재해 왔었지만 해당 커뮤니티를 이용하는 개인의 자정작용 측면에 차이가 있다고 한다.³³⁾ 이는 구체적으로 ‘김치녀’ 뿐만 아니라 여성을 성기에 빗댄 표현도 서슴지 않으며, 심지어 여성을 “삼일에 한 번씩 패야 한다”는 의미로 ‘삼일한’이라고 부르기도 한다.

(2) 일베가 미치는 사회적 영향력

(가) 그릇된 인식 형성: 무비판적 수용

일베를 이용하는 주요 연령층은 젊은 10대 후반에서부터 20~30대의 젊은 남성으로 알려져 있다.³⁴⁾ 이처럼 연령층이 낮아질 경우 일베에서 사용하는 혐오표현을 비롯하여

-
- 29) 메갈리아에서는 일베의 미러링 방식으로 남성 혐오를 표현한다. 이에 따라 여성을 폄하하는 단어 ‘김치녀’가 ‘김치남’으로, ‘된장녀’가 ‘강된장남’으로, 성기 작은 남자를 조롱하는 표현(‘뿔치남’: 이는 한국 남성을 비하하는 표현으로 여성의 성기를 비하하는 의미인 ‘뿔’에 김치남을 더해 만든 단어다.) 등이 대다수를 이루고 있다. “여성은 삼일에 한 번씩 맞아야 한다”는 뜻인 ‘삼일한’의 반대 의미로 ‘숨실한’- ‘남성은 숨 실 때마다 한 번씩 맞아야 한다’-을 만들어 내기도 하였다.: 최선재, “‘여자 일베’ 비판 받는 ‘메갈리아’를 아시나요”, 일요신문(2015.11.30.) http://ilyo.co.kr/?ac=article_view&entry_id=153736# (최종검색일: 2015.12.15.)
 - 30) ‘개똥녀’란 유행어는 지하철 2호선에 애완견을 데리고 탑승한 한 여성이, 자신의 애완견의 배설물을 치우지 않고 그냥 하차한 사건에서 시작되었다. 이를 휴대전화 카메라로 촬영한 한 네티즌이 관련 동영상을 <애견인의 무개념 실태>라는 제목으로 2005년 6월 5일 인터넷 블로그에 올렸고, 문제의 동영상은 네티즌들에 의해 개똥녀라는 별명과 함께 수많은 블로그와 포털 사이트로 전송되었다. 심지어 당사자 여성의 얼굴이 모자이크 처리 없이 인터넷을 돌아다녔고 그녀의 신상정보도 날날이 공개되어 일부 네티즌들은 해당 여성의 미니홈피를 습격하기도 했다.: 김기란·최기호, 『대중문화사전』, 현실문화연구(2009); 네이버 지식백과 참고.
 - 31) ‘된장녀’란 말은 2006년 야후 코리아가 조사한 인터넷 신조어와 유행어 1위에 오른 단어다. 된장녀는 웬만한 한끼 밥값에 해당하는 스타벅스 커피를 즐겨 마시며 해외 명품 소비를 선호하지만 정작 자신은 경제적 활동을 하지 않기에 부모나 상대 남성의 경제적 능력에 소비 활동의 대부분을 의존하는 젊은 여성을 비하하여 일컫는 말이다.: 김기란·최기호, 위의 책; 네이버 지식백과 참고.
 - 32) 김치는 한국인을 일컫는 말로써 비하의 의미를 표현함에 있어서 자주 접두사로 활용된다. ‘김치녀’란 “허영심 많은 한국 여성”을 뜻하는 말로써 그녀들은 대개 허영심이 많고 물질적으로 남성을 이용하려 하면서도 매사에 피해의식을 갖는 위선적인 존재로 묘사된다.: 박가분, 위의 책, 113면.
 - 33) 일베의 경우는 다른 커뮤니티와 비교해 보더라도 여성 비하에 대한 농담수준이 지나친 측면이 있다. 다만 다른 커뮤니티들에서는 여성 비하에 대한 농담 수준이 일정이상으로 넘어설 경우, 해당 커뮤니티를 이용하는 사람들 간의 견제로 자정작용이 이루어지는 반면, 일베의 경우에는 반여성적 경향에 대한 자정작용을 찾아보기 어렵다는 견해가 있다.: 박가분, 위의 책, 113면.
 - 34) 일베는 대표적인 남초 사이트 중에 하나이며, 해당 사이트에서 2013.03.13.~2014.10.14. 동안 이루어진 연령층에 관한 투표결과는 다음과 같다. 총 투표수 7,429표 가운데 12세 이하 343표(5%), 13~15세 122표(2%), 19~21세 1708표(23%), 22~24세 1776표(24%), 25~27세

각종 사회적 논의에 대해서도 비판적인 사고 없이 그대로 받아들여질 가능성이 크다고 할 수 있다. 예를 들어 학생들 사이에 ‘매우’ 또는 ‘큰’ 뜻의 부사로 주로 쓰이는 특정 욕설의 경우에 해당 어원³⁵⁾을 알면 쉽게 사용하기 어려운 표현임에도 불구하고 이에 대해 잘 모른 채 습관처럼 사용하는 경우가 많다.

같은 맥락에서 일베에서는 혐오 표현에 해당하는 수많은 욕설과 비하 단어들 있는데 일베의 회원들은 이러한 표현방식을 하나의 놀이로서 유행으로 생각해버리곤 한다. 따라서 그들은 모순적이게도 팩트(fact)를 중시하면서, 해당 혐오표현을 함에 있어서는 해당 의미를 생각하지 않은 채, 그냥 무비판적으로 수용하는 태도를 보인다는 것이다. 즉 일베 커뮤니티를 이용하는 낮은 연령층의 구성원들은 일베에서 자주 사용되는 혐오 표현이나 일베 용어 등의 일베식 표현들에 대해 무비판적으로 사용하고 있다. 이러한 현상은 일베 커뮤니티를 이용하는 사람들에게 의식적, 무의식적인 영향을 주므로 그들에게 그릇된 인식을 조장할 가능성이 높다는 측면에서 결코 바람직하다고 볼 수 없다.

(나) 낙인효과

사회적으로 낙인효과(labeling effect)라 하는 것은 특정 개인에 대한 다른 사람으로부터 유발된 부정적인 인식이 낙인으로 작용하여 실제 부정적인 결과를 초래하는 것이라 할 수 있다. 이러한 맥락에서 일베에서의 낙인효과는 일베 회원이라는 사실이 밝혀짐³⁶⁾으로써 유발된 부정적인 인식이 낙인으로 작용하여 부정적인 사회적 논란을 초래하는 것이라 할 수 있다.

이는 구체적으로 해당 개인이 일베 회원으로서 활동하는지 여부가 중요한 것이 아니라, 부정적인 일베 커뮤니티의 특성과 이미지로 말미암아 일베 커뮤니티를 이용하는 사람들 또한 부정적인 사람으로 치부해버리고, 낙인을 찍는 형태로 나타나게 된다. 예를 들어 전효성, 크레용팝 등은 일베에서 사용하는 특정 용어를 사용함으로써 일베 회원이라는 의심을 받고 대중으로부터 비난을 받은 바 있다.³⁷⁾ 또한 일베 인증을 한

967표(13%), 28~30세 498표(7%), 31~33세 346표(5%), 34세 이상 691표(9%)이다.: 일베 개러지(ILBE GARAGE)

<http://www.ilbegarage.com/jjal/28139> (최종검색일: 2015.12.15.)

35) 어원은 '남성의 성기가 몸에서 떨어져 나간다'는 뜻으로 이러한 욕설의 어원에 대해 교육당 뒤 실험 참여 학생들의 욕설 사용이 현저하게 감소했다는 연구 결과(사립고인 인천하늘고교 언어폭력연구소 소속 1·2학년생 30여명은 5~8월 교사 8명과 김평원 인천대 사범대 국문학과 교수의 지도 아래 욕설학을 연구)가 있다.: 김찬선, "‘존나의 뜻은…' 욕설 어원 알려줬더니 '자제 효과'" 연합뉴스(2015.11.16.)

<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/11/16/0200000000AKR20151116053700065.HTML> (최종검색일: 2015.12.15.)

36) 이는 자신 스스로 일밍아웃(일베 회원과 자신의 정체성을 외부에 공개하는 커밍아웃의 합성어)을 통해 일베 회원임이 밝혀지는 것이 아니라, 일베에서 쓰는 은어 등을 사용함으로써 간접적으로 일베를 이용한다는 사실이 외부적으로 드러나는 것을 의미한다.

37) 전효성의 경우에는 2013년 한 라디오 프로그램에 출연하여 "저희는 개성을 존중하는 팀이거

일반인들 가운데서 특정 전문직 합격자(KBS 기자, 사법고시 등)임을 인증한 경우에는, 이들의 해당 전문 자격여부에 대한 논란에 휩싸이기도 하였다.

3. 소결

일베는 ‘인터넷 공론장(Internet as a public sphere)³⁸⁾에 대한 기존의 연구와 담론들을 무색하게 만들었다. 일베가 본질적으로 유머 사이트라는 점을 강조하고 있기 때문에 인터넷 커뮤니티로서의 공론의 장을 형성하기 위한 규범적인 기준을 마련하기는 커녕 오히려 이에 대해 배척하는 경향을 보인다.³⁹⁾

위에서 살펴본 바와 같이 일베는 혐오 문화를 기반으로 자신들만의 집단적인 정체성 및 상호인정의 질서를 만들어낸 인터넷 커뮤니티라고 할 수 있다. 이들의 문제는 이러한 자신의 표현행위로 인해 공격의 대상이 되는 타인은 심각한 수준에 이르는 마음의 상처를 입을 수 있는 가능성이 있다는 것이다. 그럼에도 불구하고 이들은 표현의 자유에 해당하는 영역으로 보호되어야 한다고 생각하는 데에 있다는 것이다. 이와 관련하여 일베 이용자는 해당 공간을 하나의 놀이터로 생각하면서 표현 방식에 다소 수위가 높다 하더라도 “웃자고 하는 얘기에 죽자고 덤비는 격”으로 대응하는 건 무리가 있지 않느냐하는 이야기를 종종한다. 하지만 그러한 표현 수준에 대한 판단은 표현행위를 가하는 측에서 주장하는 것이 아니라, 표현행위로 인해 인격권의 침해의 대상이 되는 측에서도 웃고 즐길 수 있는 수준에 해당한 경우에 성립되는 이야기라고 생각한다. 아무리 재미를 위해 장난으로 던진 돌일지라도 그 돌에 개구리가 맞아 죽었다고 한다면 이는 더 이상 장난으로 웃어넘길 문제는 아닐 것이다. 따라서 이하에서는 이러한 혐오 표현의 문제점을 해결할 수 있는 방안에 관한 논의를 이어가고자 한다.

든요. 민주화시키지 않아요"라고 말해 논란을 불러 일으켰고, 이에 대해 전효성은 본인의 발언은 일베와는 관련이 없으며, 해당 의미를 잘 알지 못한 채 잘못 사용하였다고 해명하였다. 크레용팝의 경우에는 해당 멤버 중 일부가 ‘노무노무’, ‘쩨뚝이’ 등의 표현을 트위터에 게시함으로써 논란을 불러 일으켰고, 이와 더불어 크레용팝의 소속사 사장이 일베 커뮤니티에 크레용팝을 홍보하였다는 점을 지적받기도 하였다.

38) 인터넷 공론장이라는 용어는 인터넷에서의 의견 교환과 집단행동을 이른바 시민사회에서 행해지는 의사소통 행위, 즉 공적인 숙의(deliberation)의 연장으로 보는 시각에 기초해 있다. 이렇게 볼 때 인터넷이란 현실의 공론장이 지닌 물리적 한계를 초월하여 더 많은 사람들이 참여할 수 있는 제2의 시민사회 같은 것이 된다. 박가분, 앞의 책, 12면.

39) 일베 이용자들은 그러한 규범들을 유머감각이 결여된 ‘씹선비질’이라며 격하하고 도리어 적극적으로 물리친다. 거기서 중요한 것은 끝없는 토론이나 논증의 과정이 아니라 상대를 단번에 희화화하고 규정짓는 유머감각이라고 한다. 박가분, 위의 책, 12면.

IV. 혐오표현 규제에 관한 대안의 모색

혐오표현 규제에 관하여 논의함에 있어서 전제되어야 하는 것은 혐오를 표현하는 행위 또한 헌법 제21조의 표현의 자유에 해당하는 ‘표현’인가? 라는 물음에 대한 답이다. 필자는 해당 물음에 대하여 혐오표현 또한 헌법 제21조에서 보장하는 ‘표현’에 해당한다고 생각한다. 다만 타인의 인격권을 침해하는 혐오표현의 경우에는 규제를 정당화할 이익이 있다고 본다. 이는 헌법상 기본권 충돌의 관점에서 두 기본권의 법익을 비교·형량하여 종합적으로 판단⁴⁰⁾하였을 때, 표현의 자유로서 혐오표현을 보장하는 이익보다 타인의 인격권을 보장하는 이익이 더 크다고 생각하기 때문이다.

이러한 맥락에서 이하에서는 우선 혐오표현의 규제에 대한 논의의 배경으로서 ① 혐오표현 규제의 필요성 ② 혐오표현 규제 범위에 대한 일반론 ③ 혐오표현에 대한 외국의 입법례를 살펴보고, 다음으로 우리나라 입장에서 혐오표현에 대한 규제방안에 대하여 논의해보고자 한다.

1. 논의의 배경

(1) 혐오표현 규제의 필요성

앞 서 살펴본 바와 같이 오늘날 우리사회에서는 일베와 같은 주요 커뮤니티를 중심으로 사이버 공간에서의 혐오표현이 지속적으로 증가하고 있다.⁴¹⁾ 이와 같이 사이버 공간에서 어떠한 표현 행위로 인해 인격권 침해행위가 발생하는 경우, 인터넷이 가지고 있는 특성으로 인해 그 파급효과는 현실공간에서의 권리침해 보다 훨씬 더 광범위하다는 점에서 문제의 심각성이 있다고 할 수 있다.

40) 현재는 “헌법상 기본권의 행사는 국가공동체 내에서 타인과의 공동생활을 가능하게 하고 다른 헌법적 가치 및 국가의 법질서를 위태롭게 하지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다는 점에서 충돌하는 기본권 모두 최대한으로 그 기능과 효력을 유지할 수 있는 조화점이 모색되어야 한다”고 판단한다. 이는 “헌법과 법률의 규정 및 그로부터 도출되는 기본권 행사의 한계, 그러한 한계 설정으로 인한 기본권 제약의 정도가 필요 최소한에 그치는지 등을 종합적으로 고려함으로써 이루어질 수 있다.”는 입장인 것이다.; 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결.

41) 방송통신심의위원회(이하 ‘방심위’라 한다)의 조사에 따르면 성별, 지역, 나이에 따라 상대방을 비하하고 혐오감을 드러내는 인터넷상 표현사례가 늘어가고 그 수위도 점점 높아지고 있는 것으로 나타났다. 조사결과 올해 들어 11월까지 방심위가 인터넷상의 ‘차별·비하’ 등 혐오표현에 대해 심의한 건수는 총 1059건으로 전년 동기보다 23% 증가했다고 한다. 시정요구 건수는 총 833건으로 18.2% 늘었다. 인터넷상 혐오표현은 최근 수년간 꾸준히 증가하고 있는 것으로 나타났다. 지난해의 경우 심의되고 시정요구된 건수는 전년대비 각각 14.5%, 13.3% 각각 증가했다. 올해는 더 증가해 심의대상이 된 건수는 1000건이 넘었다.; 권영미, “‘국제X녀’‘늬였으면 X저’...인터넷상 ‘혐오’표현 23%증가”, 뉴스1(2015.12.09.) <http://news1.kr/articles/?2510947> (최종 검색일: 2015.12.13.)

이러한 혐오표현에 대해 적용할 수 있는 제재를 살펴보면, 구체적인 사안에 따라 특정된 개인에 대하여 혐오표현을 한 경우에는 개인의 인격권 침해로 인정되어 명예훼손죄나 모욕죄 등의 형사적 처벌 및 민사적 배상 청구가 가능하다. 하지만 구체적으로 특정되지 않은 집단에 대한 혐오표현을 한 경우에는 해당 커뮤니티 관리자에 의하여 개별적으로 수정이나 삭제 등의 권고조치를 할 수 있을 뿐, 강제적인 제재조치를 가할 수는 없다. 즉 이와 같이 특정되지 않은 집단에 대한 혐오표현의 경우에는 커뮤니티 관리자 또는 개인의 자정노력 이외에 법적으로 규제할 방법이 전무한 실정인 것이다. 이러한 맥락에서 필자는 혐오표현에 관한 합리적인 규제 방안을 마련하여 무분별한 혐오 표현을 방지함으로써 혐오표현으로 고통 받는 개인의 인격권을 보호해야 할 필요성이 있다고 생각한다.

(2) 혐오표현 규제 범위에 대한 일반론

혐오표현을 규제하는 범위를 논의함에 있어서 이러한 규제 또한 법률로써 기본권을 제한하는 경우에 해당하는 만큼 헌법 제37조 제2항에 따라⁴²⁾ 기본권 제한에 관한 일반원칙에 따라야 하고, 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 이루어져야 할 것이다. 보다 구체적인 측면에서 표현의 자유를 규제하는 구체적 기준 설정에 있어서는 일반적인 원칙의 적용 측면에서 입법의 합헌성 판단기준⁴³⁾ 및 혐오표현에 대해 규제하고 있는 외국의 입법 기준을 참고하여야 할 것이다. 이를 종합하여 규제 목적의 정당성, 규제 절차의 합법성, 규제 효과의 효율성을 충족시킬 수 있는 우리나라의 실정에 맞는 혐오표현 규제 범위를 구체화하여야 할 것이다.

해당 논의에서 유념해야 할 것은 표현의 내용에 대한 유해성을 판단함에 있어서 표현의 자유가 자의적으로 제한될 여지가 발생하지 않고 예견가능할 수 있도록 적정성 판단을 함에 있어서 구체적이고 명확한 객관적인 기준마련이 중요할 것이라고 본다. 따라서 규제로 인한 표현의 자유의 위축효과(Chilling Effect)⁴⁴⁾의 발생으로 인해 표현의 자유의 본질을 침해하지 않도록 해야 할 것이다.

42) 헌법 제37조 제2항은 국민의 기본권을 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 '필요한 경우'에 한하여 '법률로써 제한'하도록 규정하고 있다. 여기서 '필요한 경우'란 우선 보호하려는 구체적 법익보호를 위해 문제되는 기본권을 제한하는 것이 꼭 필요한 경우를 말하는 것이며, 그것은 구체적으로 적합성, 필요성, 비례성이라는 비례의 원칙에 대한 요건들을 충족시키는 것이어야 한다.

43) 입법의 합헌성판단기준으로는 ① 이중기준의 원칙, ② 명확성의 원칙, ③ 과잉금지의 원칙, ④ 법익형량의 원칙, ⑤ 명백하고 현존하는 위협의 원칙 등이 있다. 이에 관한 자세한 설명은 안주열, 『표현의 자유와 인격권』, 지금여기(2007), 56~62면 참고.

44) 위축효과란 엄격한 규칙이나 규제 등을 통해 위협적인 분위기를 조성하여 사람들이 자기검열을 하도록 만드는 현상이다. 따라서 표현 내용에 대한 엄격한 규제가 이루어 질 경우, 사람들이 자신의 표현에 대하여 자기검열을 강화함으로써 표현의 자유가 위축되는 효과가 발생할 위험이 있다.

(3) 혐오표현에 대한 외국의 입법례⁴⁵⁾

(가) 혐오표현을 규제하는 국가⁴⁶⁾

1) 독일⁴⁷⁾

독일은 1960년에 혐오표현 규제 요건과 범죄 유형에 대한 논의를 거쳐, 형법 ‘공공 질서를 어지럽힌 죄’부분에서 모든 계급에 대한 상호 폭력적 행위의 공공연한 선동을 처벌하는 계급선동죄(Strafgesetzbuch, 130조)가 민중선동죄로 개정되었다. 따라서 ‘타인의 인간 존엄성을 공격하는 행위’는 공공의 평온을 어지럽히는 형태로 주민들에게 증오를 일으키는 범죄라고 규정하고, 이를 어기면 3개월 이상 5년 미만의 자유형에 처하도록 규정하고 있다.⁴⁸⁾ 이는 선동 행위가 피해자와 사회에 초래하는 해악의 심각성을 중시하여 일반 모욕죄보다도 법정형을 무겁게 책정한 것이라고 한다.

2) 호주⁴⁹⁾

호주 연방 인종차별금지법(Racial Discrimination Act 1975)⁵⁰⁾에서는 혐오표현을 규제대상에 포함하고 있다. 호주의 민사 규제 조항 반인종차별법 18C조는 인종, 피부색, 민족적·국가적 출신을 이유로 개인이나 집단에게 상처를 입히거나 모욕하거나 굴욕을 주거나 헐박하다고 판단할 수 있는 합리적인 우려가 있는 공적인 표현 행위를 금지한다. 또 예외 규정 18D조로 예술 활동, 학술 출판·토의, 공익에 관련되는 공정하고 정확한 보도, 공익에 관한 개인의 진지한 신념의 표명이 합리적이고 선의로 행해진 경우는 제외하고 있다. 여기서 18C조는 상처를 입히고 굴욕을 주는 것을 적용 요건으로 하는데, 이 중에서도 판례법에 따라 중대한 영향을 끼치는 것, 즉 피해자 개인뿐만 아니라, 사회 통합이라는 측면에서 공익에 해악을 끼치는 것으로 제한한다. 호주에서는 이에 대한 위반에 대해서 주(州)마다 다른 처벌 규정을 두고 있다.

45) 모로오카 야스코(師岡康子) 저, 조승미·이혜진 역, 앞의 책, 144~199면 참고.

46) 혐오표현에 관한 규제와 관련하여 현재의 국제적 합의는 단순히 ‘차별과 혐오의 의견표시’가 아닌 ‘차별, 증오, 폭력의 고취·선동’에 대하여 규제의 대상으로 보고 있다. 이에 대한 각국의 입법사례는 통일되어 있지 않다.: 홍성수, “혐오표현의 규제 : 표현의 자유와 소수자 보호를 위한 규제대안의 모색”, 『법과 사회』 50호(2015), 302~303면 참고.

47) 모로오카 야스코(師岡康子) 저, 조승미·이혜진 역, 위의 책, 144면.

48) 해당 법조문 원문은 German Law Archive 사이트 참고.

<http://germanlawarchive.iuscomp.org/?s=criminal+code&submit=#130>

49) 모로오카 야스코(師岡康子) 저, 조승미·이혜진 역, 위의 책, 171~183면.

50) 호주의 인종차별금지법은 1부와 2부로 나뉘는데, 1부에서는 인종차별금지(Prohibition of racial discrimination)에 관한 내용을 규정하고 있고, 2부에서는 인종혐오에 근거한 차별행위 금지(Prohibition of offensive behaviour based on racial hatred)하고 있다. 호주는 1995년 10월 13일에 인종혐오에 관한 규정을 도입함으로써 인종적으로 공격적이거나 욕설하는 행태에 대해서도 고소할 수 있도록 허용하였고, 이를 통해 인종차별금지법의 보호범위를 확장한 바 있다. 해당 법조문 원문은 Australian Government ComLaw 사이트 참고.

<https://www.comlaw.gov.au/Details/C2014C00014>

(나) 혐오표현을 규제하지 않는 국가

1) 미국⁵¹⁾

미국은 1791년에 제정된 수정헌법 제1조에서 “의회는 … 언론, 출판의 자유나 국민이 평화롭게 집회할 수 있는 권리 및 고충 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다”고 정했고 예외를 두지 않았다. 또한 ‘사상의 자유시장이론(well-functioning speech market theory)⁵²⁾에 근거하여 표현 내용이 위법 행위를 초래할 만큼 ‘명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)⁵³⁾이 없는 한 정부가 표현을 규제하는 것은 원칙적으로 위헌이라고 판시함으로써 표현의 자유를 최고의 가치로 강조해오고 있다. 단 미국에서도 외설, 명예훼손, 도발적인 언사⁵⁴⁾, 협박 등의 범주에 해당하는 영역에서는 표현의 자유를 규제하고 있으며, 수정헌법의 평등조항을 기반으로 수많은 차별적 법이 폐기 된 바 있다.

2) 일본⁵⁵⁾

최근 일본은 혐오표현과 관련하여 ‘재일한국인의 특권을 용납하지 않는 시민들의 모임’(재특회)가 교토 조선인 초등학교에서 벌인 가두선전을 ‘인종차별’이라고 최초로 인정한 뒤 거액을 배상하라고 판결⁵⁶⁾한 바와 같이 혐오표현에 대한 문제인식 및 이에 대

51) 모로오카 야스코(師岡康子) 저, 조승미·이혜진 역, 위의 책, 183~191면.

52) ‘사상의 자유시장이론’은 1919년 에이브럼스 사건에 대한 미국 연방대법원의 법정의견을 반박하고자 홈즈 재판관이 발표한 것이다. 구체적으로 이 사상에 따르면 다양한 의견이나 사상을 발신하는 자유가 확보되는 것에 의해 ‘사상 시장’에 다양한 의견·사상이 ‘사상 시장’에서 경쟁 상태에 놓이게 되는 것에 의해 최종적으로 ‘가장 좋은 의견·사상’이 살아남게 된다는 점에서 표현의 자유의 보장 의의를 찾는다. : 모로오카 야스코(師岡康子) 저, 조승미·이혜진 역, 위의 책, 183면.

53) 1918년 미국의 홈즈 재판관에 의해 주장된 이론으로, 언론·출판·집회·결사·종교 등의 자유를 제한하기 위해서는 법이 방지하고자 하는 해악이 발생할 ‘명백하고 현존하는 위험이 있을 때에’ 한하여 제한할 수 있으며, 단순히 장래에 그러한 해악을 발생시킬 염려가 있다는 것만으로는 제한할 수 없다는 원칙을 말한다. : 이병태, 『법률용어사전』 법문북스(2011); 네이버 지식백과 참고.

이는 표현의 자유에서 ‘내용 규제’ 입법의 합헌성 심사에 사용되는 심사기준으로 사용되며, 사람이 가득찬 극장 안에서 ‘불이야’라고 외치는 것은 위험천만한 일이며 이처럼 실질적 해악을 가져올 위험한 표현은 규제해야 한다는 이론이다.

54) 도발적인 언사란 화자가 앞에 있는 청자에게 공격적이고 모욕적인 표현을 사용함으로써 즉각적인 폭력 반응을 불러일으킬 개연성이 높은 표현을 가리킨다.

55) 모로오카 야스코(師岡康子) 저, 조승미·이혜진 역, 위의 책, 191면.

56) 교토지방법원은 재특회에 대해 거액의 손해배상 및 학교 주변에서의 가두선전활동을 금하는 판결을 내렸다(2013년 10월 7일). 오사카고등법원도 2014년 7월 2심 판결에서 1심 판결을 지지한 바 있다. 해당 판결은 일본의 사법부가 국제조약에 근거한 사법적 판단을 내리고, 차별적 혐오표현이 위법임을 명백히 밝힌 첫 판결이라는 점에서 매우 의미 있는 판결로 평가받고 있다. : 문연주, “일본의 혐오표현과 규제: 교토지방법원의 ‘가두선전금지 등 청구사건’ 판결 사례를 중심으로”, 『일본연구논총』 39호(2014), 89면.

한 규제의 필요성에 관한 논의가 대두되고 있다. 이와 관련한 일본 내의 다양한 논의가 존재⁵⁷⁾하지만, 현지언론은 아직도 규제론 보다는 신중론이 우세하다는 입장⁵⁸⁾을 보인다. 미국과 마찬가지로 일본 또한 표현의 자유를 일본 헌법이 보장하는 가장 중요한 자유 가운데 하나로 본다. 이러한 이유로 일본에서는 표현의 자유를 개인의 인격 실현 과정인 '자아실현'과 독재를 부정하고 평등을 지향하며 사회 구성원들이 협의하여 사회를 통치하는 민주주의 사회 실현 과정인 '자기통치'에 있어서 필수 불가결한 것이라고 여긴다.

2. 혐오표현에 대한 우리나라의 규제방안

국제인권기준에 따르면 혐오표현의 정도에 따라 악질적인 것은 형사 규제, 그보다 덜한 것은 민사 규제, 그보다도 덜한 것은 법규제가 아닌 것으로 억제하라고 요구하고 있다고 한다.⁵⁹⁾ 따라서 어떤 표현을 혐오표현으로 규제하려고 할 때는 그 표현이 다음 세 가지 중 어디에 해당하는지 구별해야 한다고 적시하고 있다. 이는 구체적으로 ① 범죄를 구성하는 표현 ② 형법으로 별할 수 없지만 민사재판이나 행정제재가 정당하게 행해질 수 있는 표현 ③ 형법과 민법상 위반도 아니고 행정제재의 대상도 아니지만 관용, 시민적 예의, 타자의 권리 존중에 반하여 우려할 만한 표현으로 구분하고 있다. 우리나라 또한 혐오표현과 관련한 법제를 개선함에 있어서 해당 기준을 활용하는 측면을 고려해볼 수 있을 것이다.

따라서 이하에서 혐오표현에 대한 우리나라의 규제방안에 대해 논의함에 있어서 필자는 ① 법적인 규제(형사 및 민사규제)의 측면과 ② 사회적 자정작용 활성화를 통한 규제(인터넷 커뮤니티 사이트 관리자의 책임 강화 및 인터넷 커뮤니티 이용자 의식수준 향상)의 측면으로 나누어서 살펴보고자 한다.

57) 신중론의 측면에서 주로 제시되고 있는 견해로는 이러한 혐오표현의 규제가 정부에 의한 자의적인 규제에 이어질 우려가 크다는 점을 들 수 있다. 여기에서 말하는 우려란 ① 정부가 못마땅하거나 불쾌하게 여기는 제재나 관점에 대한 표현을 배제하기 위하여 규제입법이 이루어질 우려(자의적 입법에 대한 우려), ② 새로운 표현내용 규제입법이 성립함으로써 인해 표현내용 규제 입법화의 장벽이 낮아져 표현내용 규제입법이 활발해질 것이라는 우려(규제가 활발해질 우려)이다. : 고타니 준코(小谷順子) 저, 송지은·백원우 공역, “표현의 자유의 한계”, 「공익과 인권」 통권 제15호(2015), 406면.

58) 다케다 하지무(武田肇)(아사히 신문 기자), “혐오표현 둘러싼 일본의 고민” 중앙시사 매거진 (2014.09.22.) <https://jmagazine.joins.com/newsweek/view/302997> (최종검색일: 2015.12.15.)

59) 모로오카 야스코(師岡康子) 저, 조승미·이혜진 역, 위의 책, 84면.

(1) 법적인 규제

(가) 형법상 제재의 강화

혐오표현의 수준이 높아짐에 따라 이에 대한 사회적인 우려도 증가하면서 이러한 혐오표현에 대한 제재를 강화해야한다는 논의 또한 활발하다.⁶⁰⁾ 이러한 혐오표현에 대하여 현행 형법상 처벌할 수 있는 규정으로는 형법 제307조 명예훼손죄⁶¹⁾와 제311조 모욕죄⁶²⁾, 특별 형법인 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 벌칙 규정⁶³⁾에서 명예훼손 행위⁶⁴⁾를 들 수 있다.

60) 네티즌들의 이슈 토론공간인 ‘네이트Q’

(http://comm.news.nate.com/nateq?poll_sq=22302)에서 ‘인터넷 혐오·비하 표현 형사처벌 어떻게 생각하시나요?’를 주제로 토론을 진행한 결과 전체 참여 8609표 가운데 약 87%(7529표)가 ‘심각한 간접피해를 유발하기 때문에 법적 규제가 필요하다’고 찬성 의사를 표명했다. 찬성측 응답자들을 살펴보면 ‘표현의 자유는 필요하지만 익명성 뒤에 숨어 타인을 공격하는 것은 표현의 자유가 아니다’, ‘표현의 자유라는 명목아래 다른 사람을 죽일 수도 있는 악성 댓글, 반드시 형사처벌 받아야 한다’, ‘정당한 비판이 아닌 개인적인 감정만을 담은 비난, 욕설, 인신공격 등은 처벌받아 마땅하다’, ‘표현의 자유가 자칫 방종 및 무법으로 나아가는 것을 방지하기 위해 적정선을 법으로라도 규제해야 한다’ 등의 의견이 주를 이뤘다.

반면 약 12%(1001표)가 심정적으로는 동의하지만 ‘표현의 자유가 위축된다’는 우려의 입장 등을 들어 반대 의견을 밝혔다. 반대측은 ‘법적규제가 능사가 아니라 타인에 대한 비하나 욕설을 자제하려는 사용자 스스로의 행동 및 인식변화가 중요하다’, ‘심정적으로 동의는 하지만, 관련 법안 추진은 인성이 문제인 사람들의 처벌에 그치지 않고 여론 조작 가능성이 존재한다’, ‘악성 댓글은 처벌 받아야 마땅하나, 사회적 현상에 대해 비꼬듯 말하는 것에 대해서 처벌하는 건 오히려 역효과가 날 수 있다’ 등의 의견을 피력했다.

이 밖에 기타(1%, 79표) 답변으로는 ‘법적 장치는 필요하지만 형사처벌을 전제로 하는 규제는 적당하지 않다고 생각한다. 오히려 그 법을 악용하기 쉽고 오히려 억울한 사람이 더 많이 생길 수 있으니 조심히 접근해야할 사항’, ‘혐오 비하를 떠나 규제는 또 다른 규제를 낳게 되고 종국에는 누구를 위한 규제인가를 생각해보게 될 것 같다’, ‘형사처벌까지는 심한 것 같고, 질서위반처럼 과태료 처분 정도는 할만 할 듯’ 등의 있었다. : 김관용, “인터넷 혐오·비하 표현에 대한 형사처벌, 네티즌들의 선택은?”, 이데일리 (2015.12.11.)

<http://www.edaily.co.kr/news/NewsRead.edy?SCD=JE41&newsid=01948326609597536&DCD=A00504&OutLnkChk=Y> (최종검색일: 2015.12.13.)

61) 형법 제307조 ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. ② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

사자(死者)에 대한 명예훼손 및 출판물 등에 의한 명예훼손은 각 제308조, 제309조에서 별도로 규정하고 있다.

62) 형법 제311조 공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

63) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. ③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

64) 오프라인상에서 행해지는 명예훼손과 구분하여, ‘명예에 관한 죄’가 사이버공간에서 행해지

하지만 이러한 현행 형법에서는 구체적으로 대상을 특정해야만 해당 법의 적용의 대상이 되므로, 논의되는 바와 같은 특정 소수자 집단에 대한 혐오표현에 대해서는 규제가 불가능하다고 할 수 있다. 따라서 형사처벌을 통한 혐오표현 행위를 규제하기 위해서는 새로운 법률의 제정이 불가피할 것으로 생각된다. 이러한 맥락에서 국회에 혐오표현을 처벌하는 형법 개정안⁶⁵⁾이 제출되기도 하고, 온라인 모욕죄⁶⁶⁾ 및 차별금지법⁶⁷⁾에 관한 입법 논의가 있었으나, 사회적인 합의를 이끌어내지 못한 채 입법으로 이어지지 않았다. 따라서 이에 대한 부분은 충분한 사회적인 합의를 바탕으로 다시 논의가 이루어진다면, 여전히 대안으로 생각해볼 수 있는 여지를 가지고 있다고 본다. 다만 형사처벌이 가능한 형법상의 제재를 강화하는 측면은 규제 목적에 부합하는 실효성을 확보할 수 있는가에 대한 문제와 결부시켜 볼 때, 범죄로 인정되는 구성요건을 규정함에 있어서 많은 심사숙고를 거쳐야 할 것이라고 생각한다.

는 명예훼손을 일반적으로 “사이버명예훼손(cyber libel)”이라고 부른다. 즉 형법상 명예에 관한 죄가 구두에 의한 명예훼손죄(형법 제307조), 출판물에 의한 명예훼손죄(형법 제309조), 모욕죄(형법 제311조)로 구분하고 있는데 반해 일반적으로 논해지는 사이버명예훼손이라는 개념은 그 문구에도 불구하고 이 모든 것을 하나로 합해 놓은 개념으로 파악한다.: 광병선, “사이버명예훼손에 관한 규제상의 문제점 및 대응방안”, 법학연구 제23집, 한국법학회(2006), 373면 각주 5) 참고.

65) 안효대 새누리당 의원이 여야 의원 49명의 의견을 모아 대표 발의한 해당 법안은 인종 또는 출생지역을 이유로 사람을 혐오할 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 내용을 담았다.: “‘무엇을, 어디까지’ 사회적 합의가 우선”, 한겨레21 (2014.03.04.) http://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/36527.html (최종검색일: 2015.12.15.)

66) 한나라당 제6정책조정위원회(위원장 나경원)와 미디어발전특별위원회(위원장 정병국)는 사이버모욕죄의 신설과 인터넷 분쟁조정제도 개선을 뼈대로 하는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법’) 개정안을 2008년 11월 3일 발의한 바 있다. 바뀐 조항을 보면 현행 정보통신망법 제44조의 7(불법정보의 유통금지 등)에 ‘공공연하게 사람을 모욕하는 정보’를, 그리고 제70조(벌칙)에 ‘정보통신망을 통하여 공공연하게 사람을 모욕한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 1000만 원 이하의 벌금에 처한다’는 내용 등이 신설됐다. 형법상 모욕죄의 처벌 조항인 ‘1년 이하 징역이나 금고, 또는 200만 원 이하 벌금’ 보다 처벌 강도가 높다. 아울러 현행 형법상 모욕죄가 친고죄인 반면 사이버모욕죄는 고소가 없더라도 수사착수가 가능한 반의사불벌죄로 규정했다. 그러나 정부와 기업 등에 대한 정당한 비판 조차도 적용 개념이 모호한 모욕죄를 적용해 처벌할 수 있다는 이유로 많은 지적을 받은 바 있다.: 김종화, “한나라당, ‘사이버모욕죄’ 입법 발의”, 미디어 오늘 (2008.11.03.) <http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=74205> (최종검색일: 2015.11.15.)

67) 차별금지법은 모든 성별, 장애, 병력, 나이, 언어, 국가, 민족, 피부색 등 신체조건과 종교, 사상 및 정치적 지향, 성적 지향, 학력, 고용형태 등에 대해 합리적 이유 없이 차별을 금지하는 내용 등을 담는 법이다. 이러한 차별금지법안이 국회에 최초로 제출된 것은 2007년이었고, 이 법안은 국회의원이 아닌 정부(소관부처는 법무부)가 국회에 제출한 안이었다. 이후 2008년 노회찬 의원의 대표발의안, 2011년 박은수 의원의 대표발의안, 2012년 김재연 의원의 대표발의안, 2013년 김한길, 최원식 의원이 각각 대표발의한 안이 제시되었지만 이 모든 법안은 입법이 좌절 되었다.: 홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 「저스티스」 통권 139호(2013), 312~313면 참고.

(나) 민법상 제재

민법상 타인의 행위로 말미암아 부당히 인격권을 침해당할 경우, 침해행위의 배제와 손해배상을 청구하여 민법상 그 권리를 구제받을 수 있다. 예를 들어 혐오표현으로 인한 인터넷 명예훼손이 발생할 경우 민법상 불법행위에 관한 손해배상책임의 요건을 충족하면 민사상 손해배상책임이 인정받을 수 있는 것이다. 이처럼 민법 제750조⁶⁸⁾ 및 제751조⁶⁹⁾에 따른 손해배상책임이 발생하기 위해서는 ① 가해자의 고의·과실 ② 가해행위의 위법성 ③ 가해행위에 의한 손해발생을 요건으로 한다. 여기에서의 ‘손해’는 재산적 손해와 정신적 손해가 포함되는 것으로서 일반적으로 배상금액은 당사자 간의 합의를 통하거나 법원의 판단에 따라 정해진다. 또한, 민법은 타인의 명예를 훼손한 자에 대해 법원이 피해자의 청구에 따라 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 필요한 적당한 처분을 명할 수도 있다. 다만 이러한 민법상 문제해결 방식에 있어서는 입증책임을 누구한테 지울 것인가 하는 것이 가장 중요한 문제 중 하나일 것이다. 따라서 민법상의 제재를 대안으로 제시하고자 하는 측면에서는 해당 요건에 대하여 입증책임의 전환을 적용하여 보다 실효성을 높이는 방안에 대해서 고려해 볼 필요성이 있다고 생각한다.

(2) 사회적 자정작용 활성화를 통한 규제

(가) 인터넷 커뮤니티 사이트 관리자의 책임 강화

사회적 자정작용 활성화를 위해 우선 인터넷 커뮤니티 사이트 관리·운영 주체인 관리자의 책임을 강화하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이는 보다 구체적으로 커뮤니티 사이트의 규모⁷⁰⁾에 따라 관리 단체를 통한 규제와 해당 커뮤니티 관리 운영진을 통한 규제로 나누어서 살펴볼 수 있다. 우선 대규모 인터넷 커뮤니티 사이트의 경우 인터넷 사이트 대형 관리단체에 의무적으로 가입하도록 하여 해당 기구를 통하여 규제하도록 한다. 이러한 대형 관리단체의 예로는 한국인터넷자율정책기구(Korean Internet Self-Governance Organization: KISO)⁷¹⁾를 들 수 있다. 지난 2014년에 몇몇 주요

68) 민법 제750조 (불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

69) 민법 제751조 (재산 이외의 손해의 배상) ① 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다. ② 법원은 전항의 손해배상을 정기금채무로 지급할 것을 명할 수 있고 그 이행을 확보하기 위하여 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.

70) 커뮤니티 사이트의 규모를 나누는 기준에 대해서는 임의적으로 일베 사이트를 기준(일베는 2011~2012년을 전후하여 디시인사이드의 유저들이 대거 유입됨으로써 규모가 확장된 곳으로 가입자 수만 해도 백만 명에 육박하고 동시 접속자 수는 평균 1~2만 명에 달한다.: 박가분, 앞의 책, 8면.)으로 하여 가입자 수 1백만 이상, 동시 접속자 수 1만 명 이상일 경우에 대규모 사이트라 하고, 그 미만일 경우 중소규모라고 가정하였다.

71) 한국인터넷자율정책기구는 2008년 3월 3일 다음커뮤니케이션, 야후코리아, SK커뮤니케이션

포털사이트의 경우 국제적 추세에 맞추어 한국인터넷자율정책기구(이하 KISA)를 중심으로 혐오표현에 대해 규제에 대해 합의⁷²⁾한 바 있다. 이는 구체적으로 혐오표현을 규제함에 있어서 이와 같은 관리 단체기구의 법적책임을 강화하고, 혐오표현을 관리·감독함에 있어서 항시적인 모니터링 및 삭제의무를 부담하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

중소 규모의 인터넷 커뮤니티 사이트의 경우에는 해당 커뮤니티 관리 운영진을 통하여 규제 하도록 한다. 중소 인터넷 커뮤니티 운영진의 경우 항시적인 모니터링 및 삭제의무를 부담하도록 하는 것은 과도하다 할 것이다. 다만 중소 인터넷 커뮤니티 운영진 또한 일반적인 혐오표현 게시물에 관한 관리책임에 대한 주의의무를 다하여야 할 것이다. 이는 구체적으로 커뮤니티 이용자의 혐오표현 삭제요청 및 신고에 대해 신속히 처리하고, 정기적으로 혐오표현에 관한 키워드 검색 등을 통해 혐오표현 게시물이 존재한다는 사실을 알게 되었다면 그 즉시 삭제하고 해당 게시물을 작성·유포한 자에 대해 주의 조치를 취하는 등의 관리 의무가 있다고 할 것이다.

(나) 인터넷 커뮤니티 이용자 의식수준 향상

보다 진정한 의미에서의 사회적 자정작용 활성화를 위한 방안은 인터넷 커뮤니티 이용자 의식수준 향상일 것이다. 즉 혐오표현이라는 개념 자체가 상대적이고 주관적인 측면이 있다⁷³⁾는 점에서 인터넷 커뮤니티를 이용하는 시민들의 의식이 향상된다면, 이러한 혐오표현 문제는 자연스럽게 해결될 수 있을 것이다. 즉 법에 의한 규제로는 타인을 차별하는 사람의 마음 자체를 변화시키는 것은 아니기 때문에, 내재적 차별의식

즈, NHN, KT하이텔, 프리챌, 하나로드림 등 7개 국내 포털업체들이 ‘인터넷 포털 이용자의 표현의 자유를 신장하는 동시에 이용자들의 책임을 제고해 인터넷이 신뢰받는 정보소통의 장이 될 수 있도록 하고, 포털 사업자들이 이용자 보호에 최선의 노력을 기울이는 등 사회적 책무를 다할 수 있도록’ 설립된 자율규제 기구이다. 이 기구는 대체로 ① 기구 강령 및 가이드라인 수립, ② 회원사 등으로부터 요청 받은 인터넷 게시물 처리 정책에 관한 사항 ③ 이용자 보호 ④ 공익의 수호 ⑤ 독립적 운영 ⑥ 공정한 운영, ⑦ 사회적 책무 기반 및 ⑧ 소통과 협력 지향 등의 강령을 지향한다. : 이민영, “인터넷 자율규제의 법적 의의”, 「저스티스」 통권 116호(2010), 134면.

72) 페이스북·구글 등 해외 업체들이 증오·협박 등이 담긴 게시물을 규제하는 국제적 추세에 맞추어, 국내 네이버·다음과 SK커뮤니케이션즈(네이트) 등 대형 포털들이 자사 누리집의 ‘혐오 발언’을 규제하기로 했다. 한국인터넷자율정책기구(KISO)는 지난 2014년 2월4일 ‘온라인 공간에서의 차별적 표현 완화를 위한 정책 결정’을 마련했다고 발표했다. 지역·장애·인종·출신국가·성별·나이·직업 등으로 구별되는 특정 집단 또는 그 구성원에게 모욕적이거나 혐오적인 표현으로 굴욕감을 주거나 현저한 불이익을 초래할 경우, 게시물을 삭제하는 등 필요한 조치를 취한다는 내용이 뼈대이다. 단 공인의 공적 업무와 관련된 게시물은 예외로 두었다. : “무엇을, 어디까지” 사회적 합의가 우선”, 한겨레21 (2014.03.04.)

http://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/36527.html

(최종검색일: 2015.12.15.)

73) 혐오표현이 개념 자체가 상대적이고 주관적인 측면이 있다는 점은 해당 용어의 형성과정과 정의, 법 규제를 둘러싼 논의에 있어서 성희롱에 대한 논의와 공통점을 가진다는 견해도 있다. : 모로오카 야스코(師岡康子) 저, 조승미·이혜진 역, 앞의 책, 84면.

에 대해서는 적절한 방식의 계몽에 따른 의식수준 향상이 필요한 부분이 있다. 하지만 이와 같은 개인의 미성숙한 의식수준이 일정한 교육 과정을 이수하면 자연스럽게 높아진다거나 성숙하는 것은 아니라고 본다. 이미 사회적으로 네티켓(netiquette)과 같은 인터넷 윤리강령은 항상 강조되어 왔고 이에 대한 교육도 지속적으로 이어져 오고 있으나, 여전히 현재의 악성 댓글 및 혐오표현 게시물은 줄어들지 않고 있기 때문이다.

따라서 필자는 인터넷 커뮤니티 이용자의 의식수준을 향상시키기 위해서는 보다 사회적 측면의 구조개선 노력이 필요하다고 본다. 왜냐하면 이러한 혐오표현의 근저에는 인터넷 커뮤니티 이용자들 내면의 폭력성과 차별의식이 내재⁷⁴⁾되어 있고, 이것이 공격의 형태로 드러나는 것이라고 생각하기 때문이다. 오늘날과 같은 신자유주의 체제 하에서 개인은 소외감이나 불안감, 적대감 등 부정적인 감정에 잘 노출되기 마련이다. 이러한 사회적 배경은 혐오표현 문제를 비롯한 악성 댓글, 사이버 불링(cyber bullying)⁷⁵⁾ 등의 다양한 사이버 폭력 문제를 초래한다고 볼 수 있다. 그리고 이러한 사이버 폭력의 대상은 언제나 사회적 약자인 만큼 이에 대한 개선책 마련이 시급하다고 할 수 있다.

3. 소결

앞에서 살펴본 외국의 입법례(독일, 호주)에서 기술한 바와 같이 인종차별에 대한 역사가 깊은 유럽에서는 형사처벌을 통해 혐오표현을 강경하게 다스리고 있다. 이는 독일과 호주에만 국한된 것은 아니며, 그 이외에도 영국, 캐나다, 덴마크, 뉴질랜드 등 다수의 국가에서 혐오표현을 형사처벌하는 규정을 보유하고 있다.⁷⁶⁾ 이와 구별하여 상

74) 일베 커뮤니티 이용자의 혐오의 대상이 되는 여성·진보·호남이 공유하는 특징은 ‘권리와 의무 불일치’다. 의무는 다하지 않고 권리는 과도하게 요구한다. 여성은 데이트 비용을 내지 않고 남자를 등쳐먹고, 진보는 제 능력으로 성공하는 대신 국가에 때를 쓰고, 호남은 자기들끼리만 뭉쳐서 뒤통수를 친다.; 천관율, “이제 국가 앞에 당당히 선 ‘일베의 청년들’” 시사 IN Live (2014.09.29.) <http://www.sisainlive.com/news/articleView.html?idxno=21341>(최종검색일: 2015.12.15.) 이에 따라 일베 커뮤니티 이용자는 무임승차자에 대한 폭력성과 차별의식을 지니고 있다고 할 수 있다.

75) 사이버불링이란 2000년 초반까지 사이버 폭력의 번역어 중 하나로 사용되었으나, 2010년 이후부터 불링(bullying)을 직역하면서 청소년의 학교폭력 중에서도 사이버상에서 벌어지고 있는 집단 따돌림 현상을 ‘사이버불링=사이버따돌림’으로 지칭하게 되었다.; 한희정·정혜진, “국내 사이버불링 연구 동향” 한국소통학회 「스피치와 커뮤니케이션」 통권 제24호(2014), 181~182면 참고.

이는 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제2조 정의 규정 제1의3에서 다음과 같이 명시되어 있다. "사이버 따돌림"이란 인터넷, 휴대전화 등 정보통신기기를 이용하여 학생들이 특정 학생들을 대상으로 지속적, 반복적으로 심리적 공격을 가하거나, 특정 학생과 관련된 개인정보 또는 허위사실을 유포하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위를 말한다.

76) 영국(Public Order Act 1986, 18조 1항; Racial and Religious Hatred Act 2006), 캐나다(Canada Criminal Code 1985, 319조 1항 2항), 덴마크(Penal Code, 266b조), 뉴질랜드

대적인 측면에서 표현의 자유를 더 중시하여 국가개입을 최소화 하는 국가(미국, 일본)에서는 별도의 규정으로 처벌하고 있지는 않다. 이처럼 혐오표현에 대한 형사처벌 규정 여부는 나라마다 정도의 차이가 있지만, 이와는 별도로 더 이상 누군가를 싫어하는 감정을 공공연히 드러내는 표현행위에 대한 사회적 우려는 점차 커져가고 있다.

우리나라의 경우 역사적으로 호남과 영남을 중심으로 지역차별의 갈등이 있었고, 남존여비 사상으로 남성과 여성의 성차별적인 문화가 뿌리 깊게 형성되어있다. 최근에는 외국인 노동자의 유입 및 외국인과의 결혼으로 인한 다문화 가정 또한 증가하면서 인종차별 문제까지 사회적인 문제로 더해지고 있다. 이러한 문제는 향후 특정 집단 구성원들을 차별하거나 적대하고 모욕하는 것을 넘어 증오범죄(hate crime)로 이어질 수 있다는 점에서, 해당 문제의 심각성은 앞으로 더해질 수 있다고 본다.

해당 논문에서 필자는 이러한 차별로 인한 갈등 문제가 특히 사이버 공간에서 특정 집단에 대한 혐오표현이 심각한 수준으로 나타나고 있다는 점에서 문제의식을 가진 바 있다. 물론 개인은 누구든지 자유롭게 자신의 의견을 형성하고 타자에게 전달하며, 타자와 의견을 나누고 자신의 의견을 표현할 수 있는 표현의 자유를 가진다. 하지만 지속적이고 무분별한 혐오표현을 통해 고통 받는 개인의 인격권 또한 보호받아야 마땅한 개인의 기본권에 해당한다. 따라서 필자는 표현의 자유 규제로 인하여 표현의 자유의 본질을 침해하지 않는 범위 내에서 적절한 혐오표현 규제가 필요하다고 생각하고, 이를 규제하는 구체적인 방안으로 법적인 규제의 측면과 사회적 자정작용 활성화를 통한 규제의 측면으로 나누어서 살펴보고자 하였다. 법적인 규제는 물리적 강제력을 수반한다는 점에서 그 규제 효과가 가시적으로 드러날 것이지만, 그에 따른 부작용이 발생할 수 있으므로 도입여부에 대해서는 보다 신중한 결정이 필요할 것이라고 본다. 사회적 자정작용 활성화 측면은 규제효과가 나타나기까지 상당히 시간이 걸릴 수 있지만 보다 근본적인 혐오표현 규제 방안이 될 수 있다고 생각한다. 따라서 해당 문제의 해결을 위해서는 두 가지 측면의 조화가 중요하다고 할 것이다.

V. 결론

최근 일베의 5·18 광주민주화운동 희생자 비하 논란, 세월호 유가족 비하 논란 등으로 2013년부터 혐오표현에 대한 사회적 관심이 높아졌다. 이러한 혐오표현 문제는 표현의 자유의 논란 문제로 이어지며 사회적으로도 논의가 활발하게 이루어지고 있다. 필자는 한국 사회에서 표현의 자유의 문제 중 하나로서 공공의 이익을 위한 언론기관 등은 표현의 자유에 대한 권리를 망각한 듯한 양상을 보이고, 익명성을 기반으로 악의

(Human Rights Act 1993, 61조 1항)에 혐오표현 금지에 관한 규정을 마련하고 있다.

적인 게시물을 양산하는 개인들은 그러한 자신들의 표현행위 또한 표현의 자유로서 보호되어야 한다고 소리 높여 주장하는 사회현실에 있다고 본다. 즉 지금의 우리나라 사회현실에서는 정부나 국가권력에 대한 비판은 제대로 이루어지지 않고, 약하고 힘없는 소수자에 대한 차별만이 증가하고 있다는 것이다. 이러한 소수자에 대한 차별은 외국인 노동자 유입 및 결혼을 통한 다문화 가족 형성 등으로 인한 인종차별적인 측면에서도 논의의 여지가 증가하고 있긴 하지만, 현재 우리사회에서 인종차별보다는 지역차별 및 여성차별의 문제가 심각하다고 할 수 있다. 이런 상황을 고려해 보면 점차 한국에서도 혐오표현 규제의 필요성은 더욱 심화될 것이다.

하지만 혐오표현을 규제하는 조항을 법제화하는 것은 다소 조심스럽게 접근해야 하는 문제라고 생각한다. 혐오표현의 선부른 규제는 자칫 비판적 표현을 통제하는 수단으로 악용될 소지가 있기 때문이다. 따라서 혐오표현 규제 문제에 관한 논의의 핵심은 혐오표현 규제의 범위와 그에 대한 처벌의 수위에 있다고 할 것이다. 이는 보다 구체적으로 혐오표현에 대한 법적 규제를 강화하여 민·형사상 처벌을 가할 것인가, 아니면 사회적 자정작용 활성화를 통한 규제를 통해 보다 유연하게 조절할 것인가에 대한 사회적 합의에서 비롯된다고 할 수 있다. 다만 이러한 논의 과정에서 최우선적으로 염두해야 할 것은 혐오표현 규제에 관한 충분한 사회 구성원들의 합의 및 규제되는 혐오표현 범위의 명확화⁷⁷⁾이다. 만약 충분한 논의 없이 선불리 규제를 위한 규제가 불명확하게 이루어진다면, 실효성을 가지지 못하는 유명무실한 법규로 전락하게 될 것이다. 이는 구체적으로 과도한 자기검열로 인한 표현의 위축효과가 발생할 수 있고, 명확성 원칙의 위반으로 현재의 위헌 결정이 내려질 수도 있다.⁷⁸⁾ 즉 혐오표현에 관한 법적 규제방안을 마련한다면 해당 법규는 헌법상의 명확성의 원칙과 과잉금지원칙⁷⁹⁾ 기준에 부합하여야 하며, 이는 사회 구성원들의 합의를 토대로 신중한 검토과정을 통해 진행되어야 할 것이다.

77) 이처럼 혐오표현 규제를 성폭력과 유사하다고 보는 혐오표현을 어디까지 규제해야 하는지 범위를 명확히 규정하는 것이 곤란하다는 주장이 제기될 수 있지만, 그러한 특수성을 고려하더라도 규제에 관한 규정은 최대한 명확화 해야 할 것이다. 이는 이미 관련 법제를 갖추고 있는 유럽 각국의 혐오표현 규제조항과 국제인권기준에서 명시하고 있는 구체적인 조항을 토대로 고민해야 할 부분이다.

78) 헌법재판소의 전기통신기본법 제47조 제1항 ‘공익을 해할 목적의 허위의 통신’ 조항에 대한 위헌결정에서 현재는 “표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정”하여야 하는데, 전기통신기본법 제47조 제1항 ‘공익을 해할 목적의 허위의 통신’은 그 개념이 지나치게 추상적이고 불명확하여 헌법이 요구하는 명확성의 원칙을 위반한 것이라고 밝힌 바 있다. : 현재 2010. 12. 18. 2008헌바 157, 2009헌바88(병합)

79) 구체적인 과잉금지 원칙의 기준으로는 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성이 있다.

[참고문헌]

권영성, 『헌법학 원론』, 박영사(2004)
김기란·최기호, 『대중문화사전』, 현실문화연구(2009)
김혜경, 『사이버공간에서의 표현행위와 형사책임』, 한국형사정책연구원(2005)
모로오카 야스코(師岡康子) 저, 조승미·이혜진 역, 『증오하는 입』, 오월의 봄(2015)
박가분, 『일베의 사상』, 오월의 봄(2013)
박아란, 『인터넷 표현의 자유』, 커뮤니케이션북스(주)(2014)
송경재, 『사이버 공동체와 민주주의』, 한국학술정보(주)(2006)
안주열, 『표현의 자유와 인격권』, 지금여기(2007)
윤명선, 『인터넷·언론·법』-“사이버스페이스와 표현의 자유”, 한국법제연구원(2002)
이병태, 『법률용어사전』 법문북스(2011)
한국신문방송편집인협회 보도자유위원회, 『(노무현 정권)언론탄압 백서』, 한국신문방송편집인협회 (2008)

강정석, “일베의 부상”, 『문화과학사』 통권 제75호(2013)
고타니 준코(小谷順子) 저, 송지은·백원우 공역, “표현의 자유의 한계”, 『공익과 인권』 통권 제 15호(2015)
곽병선, “사이버명예훼손에 관한 규제상의 문제점 및 대응방안”, 『법학연구』 제23집, 한국법학회 (2006)
김학준, “인터넷 커뮤니티 '일베저장소'에서 나타나는 혐오와 열광의 감정동학”, 『서울대학교 사회학 석사학위논문』(2014)
문연주, “일본의 혐오표현과 규제: 교토지방법원의 ‘가두선전금지 등 청구사건’ 판결 사례를 중심으로”, 『일본연구논총』 통권 제39호(2014)
박은희·이수영, “사이버공간의 특성과 의제 전개과정” 『한국언론정보학보』 통권 제18호(2002)
이민영, “인터넷 자율규제의 법적 의의”, 『저스티스』 통권 제116호(2010)
한희정·정혜진, “국내 사이버불링 연구 동향” 한국소통학회 『스피치와 커뮤니케이션』 통권 제24호(2014)
홍관표, “차별금지법 제정 추진상 쟁점 및 과제”, 『저스티스』 통권 제139호(2013)
홍성수, “혐오표현의 규제 : 표현의 자유와 소수자 보호를 위한 규제대안의 모색”, 『법과 사회』 통권 제50호(2015)

대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결
대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결
헌재 2002. 6. 27. 선고 99헌마480 결정
헌재 2010. 12. 18. 2008헌바 157, 2009헌바88(병합) 결정

- 권영미, “'국제X녀' 늠냈으면 X저'…인터넷상 '혐오'표현 23%증가 ”, 뉴스1 (2015.12.09.)
<http://news1.kr/articles/?2510947>
- 김관용, “인터넷 혐오·비하 표현에 대한 형사처벌, 네티즌들의 선택은?”, 이데일리 (2015.12.11.)
<http://www.edaily.co.kr/news/NewsRead.edy?SCD=JE41&newsid=01948326609597536&DCD=A00504&OutLnkChk=Y>
- 김종화, “한나라당, '사이버모욕죄' 입법 발의”, 미디어 오늘 (2008.11.03.)
<http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=74205>
- 김찬선, “'존나의 뜻은...' 욕설 어원 알려줬더니 '자제 효과'” 연합뉴스(2015.11.16.)
<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/11/16/0200000000AKR20151116053700065.HTML>
- 네이트Q http://comm.news.nate.com/nateq?poll_sq=22302
- 다케다 하지무(武田肇)(아사히 신문 기자), “혐오표현 둘러싼 일본의 고민” 중앙시사 매거진 (2014.09.22.) <https://jmagazine.joins.com/newsweek/view/302997>
- 일간 베스트 저장소 <http://www.ilbe.com>
- 일베 개러지(ILBE GARAGE) <http://www.ilbegarage.com/jjal/28139>
- 침관울, “이제 국가 앞에 당당히 선 '일베의 청년들'” 시사 IN Live (2014.09.29.)
<http://www.sisainlive.com/news/articleView.html?idxno=21341> (최종검색일: 2015.12.15.)
- 최선재, “'여자 일베' 비판 받는 '메갈리아'를 아시나요” , 일요신문 (2015.11.30.)
http://ilyo.co.kr/?ac=article_view&entry_id=153736# (최종검색일: 2015.12.15.)
- 한겨레21, “‘무엇을, 어디까지’ 사회적 합의가 우선”, 한겨레21 (2014.03.04.)
http://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/36527.html (최종검색일: 2015.12.15.)
- Australian Government ComLaw 사이트
<https://www.comlaw.gov.au/Details/C2014C00014>
- German Law Archive 사이트
<http://germanlawarchive.iuscomp.org/?s=criminal+code&submit=#130>

[Abstract]

A Study on the Range of Freedom of Speech in Cyber space

Kim, Min Ji*

This article aims to review the meaning of freedom of speech and its range in cyber space, which is guaranteed by the Korea's constitutional law. The current flow of discussion about freedom of speech has somewhat different aspects from that of many years' ago. In the past, media publishers were the only subjects of the discussion about freedom of speech. However, these days, that has changed because of Development of Information and Communication Technology(ICT) which allows each individual to play an active role in multi-media. As a result, people sharing similar ideas come together and form a variety of communities on the Internet. The public spaces on the Internet create a positive atmosphere where everyone can freely give constructive criticism to one another, while they on occasion brings about some problems such as invasion of personal rights of others. In this perspective, freedom of speech on the Internet spaces has become controversial today mainly due to a website called "Ilbe" in which a number of malicious posts are uploaded everyday by unknown users. Freedom of speech makes it possible to establish the true value of democracy. Nonetheless, it would not mean that people should be absolutely allowed to express whatever they wish.

Therefore, it has been reviewed that if the malicious expressions should be covered within the boundary of freedom of speech that is guaranteed by the Korea's constitutional law section 21. After that, the efforts that try to seek the solutions to the problems caused by the malicious expressions have been made in this paper. First of all, by looking at the background of discussion on hate speech, it has been reviewed to seek the needs to regulate hate speech and how other countries deal with it. Next, in Korea's perspective, the ways to regulate hate speech through legal methods and through social changes are suggested in this paper.

<Key Words>

Freedom of speech, Limit of freedom of speech, Hate speech, Regulation of hate speech

Ph.D. Candidate in College of Law, Myongji University.

明知法學 제14호

군인에 대한 징계 제도의 법적 개선에 관한 연구

- 병에 대한 징계 제도의 개선을 중심으로 -

고 범 승*

논문요지

한반도의 지정학적 위치와 남북 분단의 현실 등을 고려할 때 국가의 존립과 안전 및 국민의 생명과 재산을 보호하기 위해서는 강력한 국방력을 구비하는 것이 필요하다. 이에 우리나라도 현대화전의 특성에 따라 최신식 첨단 무기의 도입과 개발은 물론 관련 제도의 정비에 박차를 가하고 있다.

그러나 중국 춘추전국시대의 병법서인 손자병법에서도 언급하고 있듯이, 우리가 강력한 국방력을 구비하기 위해서는 그 기반으로 병력에 대한 사기 증진을 통한 전투력 향상이 최우선시 되어야 하고, 적법절차에 의한 법령의 이행과 병력에 대한 상벌이 명확하여야 한다. 우리도 최근 군인에 대한 별로서 징계 제도에 관한 대대적인 개선의 노력이 진행중인데, 특히 병에 대한 징계 제도의 법적 개선에 관하여 다음의 것들도 함께 논의하여 도입을 고려하는 것이 타당하다고 생각된다.

첫째, 다른 공무원이나 같은 군인의 신분을 갖는 군인 간부와 같이 병에 대해서도 징계 내용상의 경중을 구분할 필요가 있다. 둘째, 현행 징계 내용의 개선 및 보완책으로 제한되는 휴가의 종류를 명시하고, 영창의 횟수에 대한 상한을 규정하며, 영창처분 일수가 복무기간에 산입되도록 현행 법률을 개정함이 필요하다. 셋째, 병에 대한 징계 내용에 추가적으로 경고처분, 열차려 내지는 군기교육대 입소 등을 도입하여 다양화할 필요가 있다. 그리고 마지막으로 징계처분의 절차상의 개선책으로 자의적인 징계 절차의 진행을 지양하고, 실질적 적법절차에 의한 징계 절차가 진행되도록 하고, 징계 업무에 관련된 군인 간부에 대한 교육 강화는 물론, 더 나아가 중징계의 경우 현행과 같은 징계위원회에 의한 처분으로, 경징계의 경우 징계권자 내지는 지휘관의 명령에 의한 처분으로 징계가 이루어지는 징계 절차의 이원화를 고려해 볼 가치가 있다고 생각된다.

현재까지 우리나라는 징병제를 기본으로 하고 있으므로, 입대한 병에 대한 인신상의 불이익 처분에 대하여는 적법절차를 더욱 준수할 필요성이 있다. 정부의 개선 노력에 의하여 과거에 비하여 비약적인 개선이 있었다고 평가될 수 있겠으나, 향후의 개선에서는 형식적·체계적인 개선이 중심이 되는 것이 아니라, 현재 군 복무중인 병력들이 체감하여 사기가 진작되고 전투력이 향상될 수 있도록 실질적·효과적인 개선이 이루어지도록 하여야 할 것이다.

검색용 주제어: 군인 징계, 영창, 휴가제한, 징계위원회, 군기교육대

· 논문접수: 2015. 11. . · 심사개시: 2015. 12. . · 게재확정: 2015. 12. .

* 명지대학교 일반대학원 법학과 박사과정

I. 서론

국방의 목적은 국가의 존립과 안전 및 국민의 생명과 재산을 보호하기 위한 것으로,¹⁾ 우리 헌법과 법률은 국민들에게 일정한 국방의 의무를 부담하도록 하고 있다.²⁾ 우리나라는 한반도의 지정학적 위치와 남북 분단의 현실 등으로 인하여 국방의 중요성이 특히 강조되고 있다. 이러한 이유로 현재 우리 국방부는 외부의 군사적 위협과 침략으로부터 국가를 보위하고, 평화통일을 뒷받침하며, 지역안정과 세계평화에 기여한다는 목표 아래, ① 확고한 국방태세 확립, ② 미래지향적 자주국방 역량 강화, ③ 한미 군사동맹 발전 및 국방외교 협력 강화, ④ 군사적 신뢰구축을 통한 한반도 신뢰 프로세스 기여, ⑤ 혁신적 국방경영 및 방위산업 활성화, ⑥ 자랑스럽고 보람 있는 군복무 여건 조성 및 ⑦ 국민존중의 국방정책 추진이라는 7대 정책기조를 내세우고 있다.³⁾ 이에 따라 현대전의 특성에 맞게 전략적·전술적으로 효과적이며 효율적인 신무기와 신기술의 도입 및 개발 등에 주력하고 있다. 그러나 강력한 국방력을 갖기 위한 기본으로서 병력의 군 기강 확립 및 사기 진작을 위한 제도상의 문제점에 대한 의문은 지속적으로 제기되고 있다. 특히 우리나라와 같이 징병제 중심으로 병력을 징집하는 경우 모병제에 비하여 병영 및 내무 부조리가 발생할 위험성이 높기 때문에, 군 기강 확립 및 사기 진작을 위해서는 그러한 비행에 대한 적절하고 합리적인 형사 처분 및 징계에 관한 제도 및 체계가 중요한 문제로 부각될 수 있다. 형사 처분의 경우 법률 전문가들에 의하여 진행되므로 그 절차 등에 대한 논란은 크다고 할 수 없으나, 군 복무중인 병에 대한 징계에 관하여는 형법에 준하는 처분이 이루어짐에도 불구하고 법률 전문가가 아닌 자에 의하여 처분이 이루어지고, 법 제도 조차도 미흡한 점이 있어 상당한 논란들이 제기되어 왔다.

이에 본 논문은 다음의 순서로 진행하며, 그 논란들에 대한 법적인 측면에서의 개선점을 논의하도록 구성되었다. 먼저 논의의 기초로서, 군인에 대한 징계의 내용과 절차

1) 헌법 제5조 제2항 전단에서는 국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 한다고 규정하고 있음.

2) 헌법 제39조 제1항은 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다고 규정하고 있음; 그리고 헌법재판소는 “국방의 의무는 외부 적대세력의 직·간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 의무로서, 현대전이 고도의 과학기술과 정보를 요구하고 국민전체의 협력을 필요로 하는 이른바 총력전인 점에 비추어 ① 단지 병역법에 의하여 군복무에 임하는 등의 직접적인 병력형성의무만을 가리키는 것이 아니라, ② 병역법, 향토예비군설치법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법 등에 의한 간접적인 병력형성의무 및 ③ 병력형성이후 군작전명령에 복종하고 협력하여야 할 의무도 포함하는 개념이다”라고 판시한 바 있음(헌법재판소 2002.11.28. 선고 2002헌바45 결정).

3) 대한민국 국방부 홈페이지, 2015.11.27. 방문.

<http://www.mnd.go.kr/mbshome/mbs/mnd/subview.jsp?id=mnd_010101000000&titleId=mnd_010100000000>.

를 먼저 간단히 살펴보고(II), 현행 병에 대한 징계 제도상의 문제점과 그에 대한 개선 방안을 제시해보도록 한다(III). 그리고 마지막으로 앞의 논의들을 정리하면서, 논의를 마무리하기로 한다(IV).

II. 군인에 대한 징계의 내용과 절차

1. 군인의 의의

(1) 군인의 신분

국방의 의무⁴⁾를 수행하기 위한 육군, 해군 및 공군으로 조직된 국군은⁵⁾ 군인과 군무원으로 구성되는데,⁶⁾ 군인이란 전시와 평시를 막론하고 군에 복무하는 사람을 의미한다.⁷⁾ 그리고 군인사법 제2조에서는 군인사법 적용대상인 군인은 ① 현역에 복무하는 장교⁸⁾·준사관⁹⁾·부사관¹⁰⁾ 및 병¹¹⁾, ② 사관생도·사관후보생 및 부사관후보생 및 ③ 소

-
- 4) 헌법 제39조 제1항은 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다”고 규정하고, 제2항에서 “누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다”고 규정하고 있음.
- 5) 국군조직법 제1조, 제2조 참조.
- 6) 국군조직법 제4조, 제16조 참조.
- 7) 국군조직법 제4조 제1항; 그리고 군인의 인사, 병역 복무 및 신분제에 관한 사항은 따로 법률로 정한다고 규정하고 있음(국군조직법 제4조 제2항); 참고로 군무원은 군대에 근무하는 군인 이외의 공무원으로, 기술·연구·예비전력관리 또는 행정일반 내지는 기능적인 업무를 담당하는 자를 의미함(군무원인사법 제2조 등 참조).
- 8) 장교의 계급은 장관(將官)급 장교인 ‘원수’, ‘대장’, ‘중장’, ‘소장’ 및 ‘준장’과 영관(領官)급 장교인 ‘대령’, ‘중령’ 및 ‘소령’ 및 위관(尉官)급 장교인 ‘대위’, ‘중위’ 및 ‘소위’로 구분됨(군인사법 제3조 제1항); 헌법 제66조 제1항은 ‘대통령은 국가의 원수(元首)이며, 외국에 대하여 국가를 대표한다’고 규정하고 있는데, 이는 군인 계급인 원수(元帥)를 의미하는 것이 아님. 창군 이래 아직 임명된 자가 없지만, 군인 계급의 하나인 원수(元帥)는 국가에 뚜렷한 공적이 있는 대장 중에서, 국방부장관의 추천과 국무회의의 심의를 거쳐 국회의 동의를 받아 대통령이 임명함(군인사법 제17조의2).
- 9) 준사관의 계급은 ‘준위’로 한다(군인사법 제3조 제2항).
- 10) 부사관의 계급은 ‘원사’, ‘상사’, ‘중사’ 및 ‘하사’로 구분됨(군인사법 제3조 제3항); 부사관은 종래 ‘하사관’으로 규정되었으나, 하사관의 권위신장 및 사기진작을 위하여, 2001년 하사관의 명칭을 부사관으로 변경한 것이고((구)군인사법, 2000.12.26., 일부개정시 제정·개정이유 참조), 2002년 부사관 ‘임용’이란 용어도 부사관 ‘임관’으로 변경하였음(국방일보, 2015.11.24. 방문, <http://kookbang.dema.mil.kr/kookbangWeb/view.do?parent_no=5&bbs_id=BBSMST_R_000000000004&ntt_writ_date=20150424>).
- 11) 병의 계급은 ‘병장’, ‘상등병’, ‘일등병’ 및 ‘이등병’으로 구분됨(군인사법 제3조 제4항); 일반적으로 사용하는 ‘병사’는 법률상으로는 ‘병’이란 용어로 규정되어 있고, 종래 관행적으로 사용되었던 ‘사병’은 하사관과 병을 함께 포함하는 의미였으나, 필자가 군복무 중인 2001년경 하사관의 권위신장 등을 이유로 사병이란 용어의 사용을 금지하고, ‘병’ 또는 ‘병사’라는 용어

집되어 군에 복무하는 예비역 및 보충역이라고 규정하고 있고, 국가공무원법 제2조 제2항 제2호에서는 군인 또는 군무원이 특정직 공무원이라고 규정하고 있으므로, 입영통지서를 받아 군 복무 중인 병을 포함한 모든 군인은 공무원(특정직 공무원)에 해당한다.¹²⁾

(2) 군인 신분의 특성

공무원에 해당하는 군인은 국방상 필요에 의하여 그 신분이 창설된 것으로, 국가에 대하여 무정량의 위험근무임을 부담하는 특별권력관계에 있다고 보는 것이 일반적이다.¹³⁾ 다만, 전통적인 특별권력관계를 계속 인정할 것인지에 관하여, 첫째, 특별권력관계와 일반권력관계는 그 성질을 완전히 달리하여 특별권력관계에서는 법치주의의 적용이 배제되고 특별권력관계에 의한 처분에 대한 사법심사를 부정하는 견해, 둘째, 특별권력관계와 일반권력관계의 상대적인 차이를 인정하여 법치주의의 적용을 원칙적으로 인정하고 특별권력관계에 의한 처분에 대한 사법심사를 긍정하는 견해 및 셋째, 특별권력관계와 일반권력관계의 차이를 부정하여 법치주의와 그러한 권력관계에 의한 처분에 대한 사법심사를 긍정하는 견해 등이 대립한다.¹⁴⁾

현재 일반적인 견해는 전통적인 특별권력관계론을 부정하고, 특별권력관계에 있어서 법치주의의 원칙을 원칙적으로 적용하되, 합리적인 범위 내에서 그 적용을 제한할 수 있다고 보는 두 번째의 견해가 일반적인 견해이다.¹⁵⁾ 사건으로도 이러한 견해가 타당

를 사용하도록 하였음.

12) 헌법재판소는 “군인도 특정직 국가공무원으로서(국가공무원법 제2조 제2항 제2호) 다른 공무원과 마찬가지로 국민 전체에 대하여 봉사하고 책임을 지는 지위에 있음(헌법 제7조 제1항)은 동일하다 할 것이나, 국방이라는 특수한 사명으로 인하여 생명의 위험을 무릅쓰고 작전과 훈련에 임하여야 하고, 상명하복의 엄격한 규율에 복종하여야 한다는 점에서 군인은 다른 공무원과 차이가 있다”라고 하여, 군인이 공무원에 해당한다는 것을 밝히고 있음(헌법재판소 2009.4.30. 선고 2007헌마290 결정).

13) 김철수, 『헌법학신론』제21전정신판, 2013, 394면; 대법원0971.6.22. [선고070다1010] 전원 합의체 판결; 즉, 국가 또는 공공단체와 같은 행정주체가 우월한 지위에서 일방적으로 공법적 관계를 형성·변경·소멸시키는 권력관계 중에서 국민 또는 주민의 신분을 가지는 모든 자에게 당연히 성립하는 일반권력관계가 아니라, 특별한 공법상 원인에 의하여 성립되고, 공법상 행정목적에 필요한 한도 내에서 그 특별권력주체에게는 포괄적 지배권이 인정되며, 그 상대방인 특별한 신분에 있는 자가 이에 복종하는 특별권력관계에 있다고 보는 것이 일반적임(김동희, 『행정법 I』제21판, 박영사, 2015, 109면-110면(이하, 김동희, 앞의 책(『행정법 I』)); 홍정선, 『행정법특강』제11판, 2012, 60면.).

14) 김철수, 앞의 책, 393면 참조.

15) 헌법재판소는 “공무원의 근무관계인 이른바 특별권력관계에 있어서도 일반행정법관계에 있어서와 마찬가지로 행정청의 위법한 처분 또는 공권력의 행사·불행사 등으로 인하여 권리 또는 법적 이익을 침해당한 자는 행정소송 등에 의하여 그 위법한 처분 등의 취소를 구할 수 있다”고 하였고(헌법재판소 1995.12.28. 선고 91헌마80 결정), 대법원도 “특별권력관계에 있어서도 위법 부당한 특별권력의 발동으로 말미암아 권력을 침해당한 자는 행정소송법 제1조의 규정에 따라 그 위법 또는 부당한 처분의 취소를 구할 수 있다고 보는 것이 상당하다”고

하며, 국가와 군인과의 관계의 특성을 표현함에 있어서 법치주의의 적용을 부정하는 특별권력관계 대신, 특별신분관계 내지는 특별행정법관계라고¹⁶⁾ 표현하는 것이 타당하다고 사료된다.

2. 군인에 대한 징계의 의의

(1) 군인에 대한 징계의 개념과 성격

징계는¹⁷⁾ “특별신분관계에 있어서 그 내부질서를 유지하기 위하여 질서문란자에 대하여 과하는 제재”,¹⁸⁾ 즉 “공무원이 공무원으로서 부담하는 의무를 위반하였을 때, 공무원관계의 질서유지를 위해 공무원법에 따라 국가 또는 지방자치단체가 당해 공무원에게 과하는 법적 제재”를 의미한다.¹⁹⁾ 특히 군인이라는 신분 때문에 이루어지는 징계는 “군의 지휘체계를 확립하고 질서를 유지하기 위하여 군기문란자에 대하여 과하는 형벌이외의 행정적인 제재”라고²⁰⁾ 정의할 수 있다.

이러한 징계는 행정벌로서 형사상의 형벌과는 몇 가지 점에서 구분되는데, 첫 번째, 형벌이 국가의 통치권의 발동으로서 과하여짐에 반하여, 징계는 공무원관계에서 국가 등이 사용자로서의 지위에서 가지는 권한의 행사로 과하여지고, 두 번째, 형벌은 국가와 일반사회 공공의 질서유지를 목적으로 하나, 징계는 행정조직 내부의 공무원관계의 질서유지를 목적으로 하며, 세 번째, 형벌은 일반 국민을 대상으로 하나, 징계는 공무원 등의 일정 신분을 가진 자를 대상으로 하고, 네 번째, 형벌은 일정한 범죄행위에 대한 고의·과실을 요함에 반하여, 징계는 고의를 요하지 않고²¹⁾ 주로 일정한 행위에 대한 과실이 쟁점이 되며, 다섯 번째, 형벌은 생명·신체·신분·재산상의 이익을 박탈하거나 제한하는 것을 내용으로 함에 반하여, 징계는 주로 신분상의 이익을 박탈하거나 제한하는 것을 내용으로 하고, 마지막으로, 형벌은 공무원의 퇴직과는 무관하나, 징계는 퇴직 후에는 책임문제가 발생하지 아니한다는 점 등에서 차이가 있다.²²⁾ 이와 같이 징

하였으므로(대법원 1982.7.27. 선고 80누86 판결), 헌법재판소와 대법원도 같은 견해라고 판단됨.

16) 김철수, 앞의 책, 393면; 홍정선, 앞의 책, 63면 참조.

17) 징계란 명사의 사전적 의미는 “허물이나 잘못을 누우치도록 나무라며 경계함(=징습), 부정이나 부당한 행위에 대하여 제재를 가함(=징려), 또는 공무원의 복무 의무 위반 행위에 대하여 국가나 공공 단체가 사용자로서의 지위에서 제재를 가하는 일”임(국립국어원 표준국어대사전, 2015.11.24. 방문, <<http://stdweb2.korean.go.kr/search/View.jsp>>).

18) 김동희, 앞의 책(『행정법 I』), 516면.

19) 김동희, 『행정법 II』제21판, 박영사, 2015, 175면(이하 김동희, 앞의 책(『행정법 II』); 홍정선, 앞의 책, 1014면.

20) 인길연·김용현, 『군사법규』, 진영사, 2007, 10면.

21) 만일 고의가 문제되는 경우, 별도의 형사상의 책임이 문제될 수 있음.

22) 김동희, 앞의 책(『행정법 II』), 176면; 홍정선, 앞의 책, 1014면.

계는 형벌과는 구별되므로, 양자는 병과될 수 있으나,²³⁾ 일사부재리의 원칙상 동일한 징계원인으로 거듭 징계할 수는 없다.²⁴⁾

(2) 군인에 대한 징계와 법치주의

우리 헌법 제12조 제1항은 “... 누구든지 ... 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하고, 제13조 제1항은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며 ...”고 규정하며, 형법 제1조 제1항은 “범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다”고 규정하여, 어떠한 행위를 형벌로서 처벌하기 위해서는 사전에 성문의 법률로서 규정할 필요가 있다는 죄형법정주의의 원칙을 선언하고 있다. 그리고 현대 국가의 국가작용에 있어서는 국민의 자유와 권리를 보장하기 위하여, 형식적인 합법성뿐만 아니라 실질적인 정당성까지 담보되도록 하는 법치주의의 원칙이 적용된다.

그러나 행정벌의 일종인 징계의 경우에도 이러한 죄형법정주의의 원칙과 법치주의의 원칙에 입각하여 이루어져야 하는지에 관하여는 견해가 대립한다.²⁵⁾

먼저, 헌법 또는 헌법 또는 법률의 특별한 요구가 없는 한 징계는 법률로써 정할 필요가 없다는 부정설은 그 논거로서, 공무원은 국가 또는 지방자치단체에 대하여 특별권력관계에 있는 것이고, 징계는 다만 공무원의 신분을 박탈함으로써 특별권력관계를 해제하는 것 이상의 것이 될 수 없기 때문이라고 한다. 반면에, 징계에도 일반적인 법치주의가 적용되므로 법률의 유보를 필요로 한다는 긍정설은 그 논거로서, 징계는 공무원의 의사에 반하여 그에게 불이익을 주는 처분이며 국민으로서 향유하는 공무담임권을 부당하게 침해할 우려가 있기 때문이라고 한다.²⁶⁾

종래에는 부정설이 일반적이었으나, 현재에는 위에서 살펴본 바와 같이 법치주의를 배제하는 의미의 특별권력관계를 인정할 수 없고, 공무원은 국가의 기관에 불과한 것이 아니고 기관의 지위를 떠나 국가 등에 대하여 권리주체로서의 지위를 가지므로, 이러한 권리를 침해하는 징계에는 법률상의 근거가 필요하다는 긍정설이 매우 유력하게 주장되므로,²⁷⁾ 공무원의 신분을 가지는 군인에 대한 징계에 있어서도 죄형법정주의와

23) 관련 형사사건의 유죄확정 전에도 비위공무원에 대하여 징계처분을 할 수 있는지에 관하여 대법원은 “공무원에게 징계사유가 인정되는 이상 관련된 형사사건이 아직 유죄로 확정되지 아니하였다 하더라도 징계처분을 할 수 있다”고 판시하였음(대법원 2001.11.09. 선고 2001두4184 판결; 대법원 1986. 11.11. 선고 86누59 판결).

24) 다만, 대법원은 동일사유로 직위해제처분하고 다시 감봉처분을 한 경우 일사부재리원칙에 위배되는지 여부에 관하여 “직위해제처분이 공무원에 대한 불이익한 처분이긴 하나 징계처분과 같은 성질의 처분이라 할 수 없으므로 동일한 사유로 직위해제 처분을 하고 다시 감봉처분을 하였다 하여 일사부재리원칙에 위배된다 할 수 없다”고 판시한 바 있음(대법원 1983.10.25. 선고 83누184 판결).

25) 홍정선, 앞의 책, 1015면.

26) 홍정선, 앞의 책, 1015면.

법치주의의 원칙이 적용되는 것으로 보는 것이 타당하다고 사료된다.

3. 군대내 징계의 종류와 내용

군대에서의 징계의 종류와 내용은 그 대상자의 계급에 따라 소위 군인 간부라 칭하는 장교, 준사관, 또는 부사관 인지, 아니면 병 인지에 따라 구분된다.

먼저 군인 간부(장교·준사관·부사관)의 경우, 중징계인 ① 파면, ② 해임, ③ 강등 및 ④ 정직과 경징계인 ① 감봉, ② 근신 및 ③ 견책의 7가지로 구분되어 규정되어 있다.

이들을 구체적으로 살펴보면, 첫 번째, 파면과 해임은 ‘장교·준사관 또는 부사관의 신분을 박탈하는 것’을 의미하고,²⁸⁾ 두 번째, 강등은 ‘해당 계급에서 1계급 낮추는 것’이며,²⁹⁾ 세 번째, 정직은 ‘그 직책은 유지하나 직무에 종사하지 못하고 일정한 장소에서 근신하게 하는 것’이고,³⁰⁾ 네 번째, 감봉은 ‘감봉은 보수의 3분의 1에 해당하는 금액을 감액하는 것’이며,³¹⁾ 다섯 번째, 근신은 ‘평상 근무 후 징계권자가 지정한 영내의 일정한 장소에서 비행을 반성하게 하는 것’이고,³²⁾ 마지막으로 ⑥ 견책은 ‘비행을 규명하여 앞으로 비행을 저지르지 아니하도록 훈계하는 것’을³³⁾ 의미한다. 그리고 이러한 내용은 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령에서 다음의 표와 같이 정리되어 규정되어 있다.

<표 1> 장교, 준사관 및 부사관에 대한 징계의 종류와 내용³⁴⁾

구 분	종 류	내 용
중징계	파면	<ul style="list-style-type: none"> • 제적, 신분박탈(법 제40조, 제57조 제1항) • 5년간 공직취임 불가(국가공무원법 제33조) • 퇴직금 50% 감액(군인연금법 제33조, 시행령 제70조 제2호)
	해임	<ul style="list-style-type: none"> • 제적, 신분박탈(법 제57조 제1항) • 3년간 공직취임 불가(국가공무원법 제33조) • 금품 및 향응수수 또는 공금의 횡령·유용으로 해임된 경우 퇴직금 25% 감액(군인연금법 제33조, 시행령 제70조 제2호)

27) 김동희, 앞의 책(『행정법Ⅱ』), 177면.

28) 군인사법 제57조 제1항 제1호: 양자의 차이는 전자의 경우 5년간 공직취임이 금지되며, 퇴직금의 50%를 감액하는 반면, 후자의 경우 5년간 공직취임이 금지되며, 퇴직금은 삭감 없이 전액지급 하는 것임. 즉 후자는 퇴직금의 삭감 없이 징계처분으로 강제퇴직 시킬 방법으로 규정된 것임(임천영, 『군인사법』제3판, 법률문화원, 2007, 998면).

29) 다만, 장교에서 준사관으로 강등시키거나 부사관에서 병으로는 강등시키지 못하며(군인사법 제57조 제1항 제2호), 해당 계급에는 임시계급이 포함되지 아니함(군인징계령 제2조).

30) 그 기간은 1개월 이상 3개월 이하로 하며, 정직기간에는 보수의 3분의 2에 해당하는 금액을 감액함(군인사법 제57조 제1항 제3호).

31) 그 기간은 1개월 이상 3개월 이하로 함(군인사법 제57조 제1항 제4호).

32) 그 기간은 10일 이내로 함(군인사법 제57조 제1항 제5호).

33) 군인사법 제57조 제1항 제6호.

	강등	<ul style="list-style-type: none"> • 당해 계급에서 1계급 내림(법 제57조 제1항) • 진급시킬 수 없는 사유(법 제31조 제2항, 법 시행령 제38조 제1항 제2호) • 임시 계급은 원계급으로 복귀(법 제34조, 법 시행령 제42조 제2항 제2호) • 현역복무부적합 심사대상(법 제37조 제1항, 법 시행령 제49조, 법 시행규칙 제57조)
	정직	<ul style="list-style-type: none"> • 1개월 이상 3개월 이내 기간동안 직무중사의 금지, 보수의 2/3감액(법 제 57조 제1항) • 호봉승급 지연 18개월(공무원보수규정 제14조 제1항) • 진급시킬 수 없는 사유(법 제31조 제2항, 법 시행령 제38조 제1항 제2호) • 임시 계급은 원계급으로 복귀(법 제34조, 법 시행령 제42조 제2항 제2호) • 현역복무부적합 심사대상(법 제37조 제1항, 법 시행령 제49조, 법 시행규칙 제57조)
경징계	감봉	<ul style="list-style-type: none"> • 1개월 이상 3개월 이내 기간 동안 보수의 1/3 감액(법 제57조 제1항) • 호봉승급 지연 12개월(공무원보수규정 제14조 제1항)
	근신	<ul style="list-style-type: none"> • 평상근무 후 징계권자가 지정한 영내의 일정장소에서 비행을 반성(법 제 57조 제1항) • 호봉승급 지연 6개월(공무원보수규정 제14조 제1항)
	견책	<ul style="list-style-type: none"> • 비행을 규명하여 장래를 훈계(법 제57조 제1항) • 호봉승급 지연 6개월

다음으로 병의 경우, ① 강등, ② 영창, ③ 휴가 제한 및 ④ 근신의 4가지로 구분되어 규정되어 있다. 위에서 본 군인 간부의 경우와는 달리 명시적인 경중의 구분이 없다는 점에서 차이가 있는데, 이는 개선되어야 할 필요가 있다고 생각된다.³⁵⁾

이들을 구체적으로 살펴보면, 첫 번째, 강등은 ‘해당 계급에서 1계급 낮추는 것’이고,³⁶⁾ 두 번째, 영창은 ‘15일 이내의 범위에서 부대나 함정 내의 영창, 그 밖의 구금장소에 감금하는 것’이며,³⁷⁾ 세 번째, 휴가 제한은 ‘1회에 5일 이내 그리고 복무기간 중 총 15일의 범위 내에서 휴가일수를 제한하는 것이고’³⁸⁾ 마지막으로 근신은 ‘15일 이내의 범위에서 훈련이나 교육의 경우를 제외하고는 평상 근무에 복무하는 것을 금하고 일정한 장소에서 비행을 반성하게 하는 것’을³⁹⁾ 의미한다. 그리고 이러한 내용도 역시 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령에서 다음의 표와 같이 정리되어 규정되어 있다.

34) 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 제5조.

35) 이에 관하여는 아래의 병에 대한 징계의 문제점과 개선방안에서 구체적으로 살펴보도록 하겠다.

36) 군인사법 제57조 제2항 제1호.

37) 군인사법 제57조 제2항 제2호.

38) 군인사법 제57조 제2항 제3호.

39) 군인사법 제57조 제2항 제4호.

<표 2> 병에 대한 징계의 종류와 내용⁴⁰⁾

종 류	내 용
강 등	• 당해 계급에서 1계급 내림(법 제57조 제2항)
영 창	• 15일 이내의 범위에서 부대, 함정의 영창 기타 구금장소에 감금(법 제57조 제2항) • 영창처분기간은 군복무기간 미산입(병역법 제18조 제3항)
휴가제한	• 휴가일수를 제한함. 기간은 1회에 5일 이내, 복무기간 중 총제한일수는 15일을 초과할 수 없음(법 제57조 제2항)
근 신	• 15일 이내의 범위에서 훈련 또는 교육의 경우를 제외하고는 평상근무에 복무함을 금하고 징계권자가 지정하는 일정 장소에서 비행을 반성하게 함(법 제57조 제2항)

4. 징계 절차

(1) 징계권자

군인사법상 징계권자는 국군조직법에 의하여 군인의 신분에 관한 지휘·감독권을 갖는 국가기관의 장으로서 군인에 대하여 징계권을 행사할 수 있는 군징계기관을 의미한다.⁴¹⁾ 즉 국방부장관과 각급 부대 또는 기관의 장이 군인인 소속 부하나 그의 감독을 받는 군인에 대하여 징계권을 가지게 된다.⁴²⁾ 구체적으로 징계권자에 대하여는 징계심의대상자에 따라 다음의 표와 같이 정리되어 규정되어 있다.⁴³⁾

<표 3> 징계권자의 구분⁴⁴⁾

징계권자	징계심의대상자	징계범위
국방부장관, 합동참모의장, 참모총장	장관급 장교를 포함한 모든 군인	중·경징계
사단장(장관급 여단장), 전단사령관·비행단장 및 이와 동급 이상의 부대 또는 기관의 장	영관급 이상 장교, 준사관, 부사관 및 병	중·경징계
연대장, 함정장·전대장 및 이에 준하는 부대 및 기관의 장	영관급 이하 장교, 준사관	경징계
	부사관	중·경징계
	병	징계
대대장 및 이에 준하는 부대 또는 기관의 장	부사관	경징계
	병	징계
중대장 및 이에 준하는 부대 또는 기관의 장	병	징계

40) 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 제6조.

41) 임천영, 앞의 책, 988면.

42) 군인사법 제58조 제1항

43) 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 제7조.

(2) 징계 사유

군인에 대한 징계는 군인이란 신분과 직무에 따른 의무에 위반하여 군기를 문란하게 하는 행위에 대하여, 군 내부질서를 유지하기 위하여 부과하는 제재행위로서,⁴⁵⁾ 군인사법은 군인에 대한 징계 사유로 ① 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 경우, ② 품위를 손상하는 행위를 한 경우 및 ③ 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 게을리 한 경우를 규정하고 있다.⁴⁶⁾

이를 구체적으로 살펴보면, 첫 번째, 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 경우란 그 범위가 매우 포괄적인 것으로, 군인사법의 제 규정과 군인사법에서 위임한 바에 따라 제정된 일반적·추상적 행정명령(대통령령, 총리령, 국방부령)과 개별적·구체적 집행명령(훈령, 각 군 규정, 업무처리지침 및 방침, 유권해석 등)에 위반한 경우를 의미한다고 보는 것이 일반적이다.⁴⁷⁾ 다만, 사건으로는 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 제3조 제3호에서 “법”의 예시로 “군인사법”과 “군무원인사법”을 규정하고 있는 바, 이에 한정하여 군인사법과 군무원인사법 및 그 명령에 위반한 경우를 의미하는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 사료된다.⁴⁸⁾

두 번째, 품위를 손상하는 행위를 한 경우란 군인사법 제56조 제2호 및 군인복무규율 제9조의 품위유지의 의무에 위반하는 것으로, 직무 내외를 불문하고 군인이 군의 위신과 군인으로서의 명예를 손상시키는 행동을 한 경우를 의미한다.⁴⁹⁾

44) 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 제7조.

45) 임천영, 앞의 책, 991면.

46) 군인사법 제56조.

47) 임천영, 앞의 책, 992면.

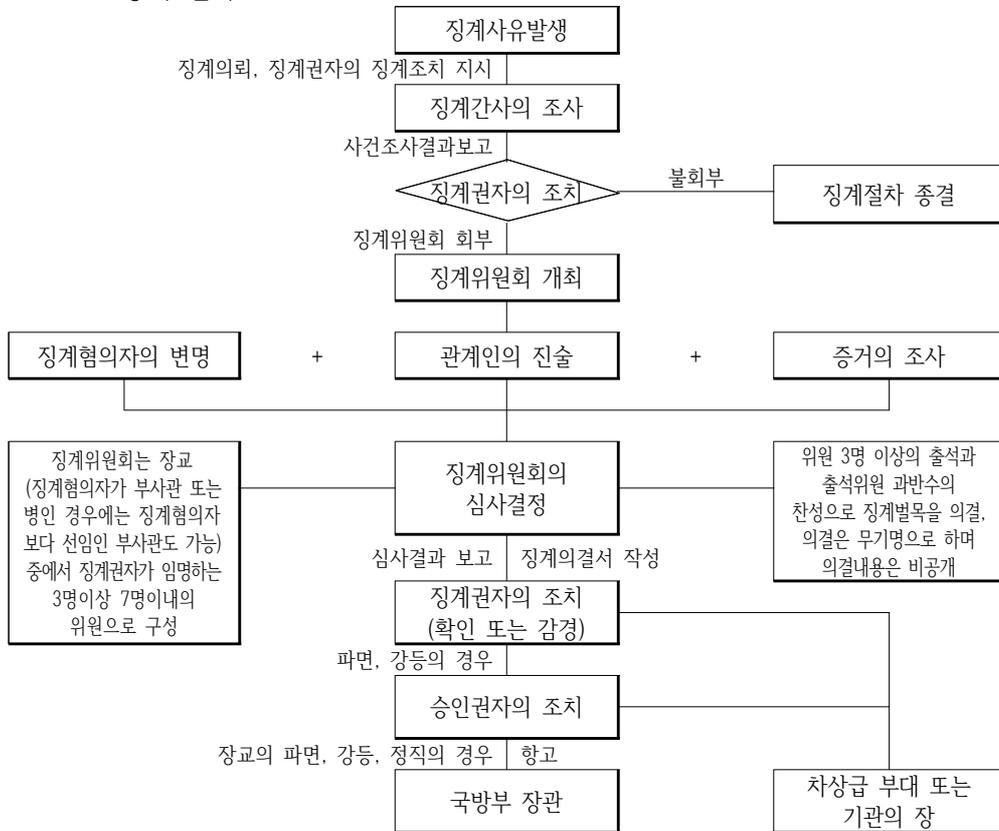
48) 구체적으로 살펴보면, 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 제3조 제3호에서도 징계사유로 “그 밖에 「군인사법」(이하 “법”이라 한다) 및 「군무원인사법」 또는 법 및 「군무원인사법」에 의한 명령을 위반한 때”를 규정하고 있는데, 이에 한정하여 군인사법과 군무원인사법 및 그 각 법에 의한 명령에 위반한 경우를 의미하는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 본다. 비록 헌법상의 명확성의 원칙 또는 포괄위임금지의 원칙에 위배되어 무효라고까지는 할 수 없겠고, 입법기술상의 한계에 따라 부득이한 것으로 보이나, 군인사법 제56조의 징계사유는 그 범위가 구체적으로 한정되지 않아 다소 포괄적으로 규정되어 있고, 신병 내지 초임간부 등과 같이 군 복무를 막 시작한 자들에게는 조금 막연하여 그 내용을 명확하게 인식하기 어려울 수 있기 때문이다.

49) 임천영, 앞의 책, 992면; 이와 관련하여 서울행정법원은 “군인사법 제56조 제2호, 군인복무규율 제9조에 의하면, 군인은 군의 위신과 군인으로서의 명예를 손상시키는 행동을 하여서는 아니되고, 군인이 직무의 내외를 불문하고 품위를 손상하는 행위를 한 경우를 징계사유의 하나로 규정하고 있는바, 징계는 특수한 신분관계에 있어 그 내부질서를 유지하기 위하여 질서 문란자의 비행행위에 대하여 질서문란자의 고의가 없더라도 과할 수 있는 제재별이고, 군대는 앞서 본 바와 같이 일반인과는 구별되는 특수한 신분·권력관계가 인정되는 조직이므로 비록 사회에서 허용되는 표현·행위 또는 방법이라 하더라도 군에 대한 품위·신뢰를 손상시키고 선동적·모욕적이며 무절제·무례한 언행을 하거나 상관의 명령에 반발하는 듯한 언행을 하여 군의 위신을 손상시키거나 군의 지휘체계를 문란하게 하는 것은 위 규정상의 징계사유에 해당하는 것이다”라고 판시한 바 있음(서울행정법원 2010.4.23. 선고 2009구합14781 판결).

마지막으로, 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 게을리 한 경우란 군인이 자기 업무와 관련하여 각종 법령이나 훈령, 규정, 내규 등에서 부과되어 있는 의무를 적법·타당하게 수행하지 않은 경우와 당연히 해야 할 직무를 성실하게 수행하지 않은 경우로, 본인의 고의·과실 뿐만 아니라 감독자로서 감독의무를 태만히 한 구체적 사실이 있는 경우를 의미한다.⁵⁰⁾

이러한 일정한 비행사실을 징계권자가 발견하거나 또는 통보받는 경우, 징계 간사를 통하여 그 비행사실을 조사하게 하여,⁵¹⁾ 그 비행사실이 징계사유에 해당한다고 인정되는 경우에는 징계위원회에 회부 결정을 통하여 징계위원회를 개최하여야 한다.⁵²⁾ 그리고 징계의 구체적인 절차는 다음의 그림과 같다.

<표 4> 징계 절차⁵³⁾



50) 임천영, 앞의 책, 991면.
 51) 군인징계령 제6조 및 제7조 제2항.
 52) 군인징계령 제7조 제3항.
 53) 인길연·김용현, 앞의 책, 13면.

(3) 징계위원회

군인에 대한 모든 징계는 징계위원회의 심의를⁵⁴⁾ 거쳐 하여야 한다.⁵⁵⁾ 이러한 징계위원회는 징계권자의 자의적 징계운동을 견제하여 혐의자의 권익을 보호하고 공정한 징계운동을 도모하기 위하여 두는 것이다.⁵⁶⁾ 그러나 실제 징계위원회의 심의를 위한 절차의 복잡함과 각급 부대의 시간적·장소적 여건 부족 등을 이유로 하여, 병에 대한 징계위원회가 제대로 열리지 않는 경우가 있다는 문제점이 있다.⁵⁷⁾

이러한 징계위원회는 해당 징계권자의 부대 또는 기관에 설치하고,⁵⁸⁾ 징계위원장 1명을 포함하여 3명 이상 7명 이하의 위원으로 구성한다.⁵⁹⁾ 이 때 징계위원회의 위원은 징계처분 등의 심의 대상자보다 선임인 장교·준사관 또는 부사관 중에서 징계권자가 임명되고,⁶⁰⁾ 징계위원장은 위원 중 최상위 서열자가 징계위원장이 된다.⁶¹⁾

그리고 징계위원회는 징계처분 등의 심의대상자에게 충분한 진술 기회를 부여하여야 하며, 심의대상자는 서면이나 구술로 자기에게 이익이 되는 사실을 진술하거나 증거를 제출할 수 있다.⁶²⁾

54) 구체적으로 징계위원회의 심의는 “① 개최준비완료보고(징계위원·징계혐의자·참고인 등이 출석 후 징계간사 또는 징계서기가 징계위원장에게 개최준비완료보고를 함), ② 개최선언(징계위원장이 징계번호를 명시하여 개최선언을 함), ③ 인정신문(징계위원장은 징계혐의자의 소속·계급·군번·직책 등을 물어 본인이 틀림없음을 확인하여야 함), ④ 비행사실 요지 낭독(인정신문의 종료 후 징계간사는 징계위원회에 회부된 징계사건의 비행사실 요지를 낭독함), ⑤ 징계혐의자신문(비행사실의 요지가 낭독된 다음 징계위원(장)은 징계혐의자에 대하여 비행사실과 정상에 관하여필요한 사항을 신문할 수 있음. 이때 징계혐의자에게 그 이익 되는 사실을 진술할 기회를 주어야 하며, 징계혐의자는 징계위원(장)의 신문에 대하여 진술을 거부할 수 있음), ⑥ 증거조사(증거조사는 징계혐의자의 청구 또는 징계위원회의 직권으로 할 수 있음. 징계위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 관계인의 출석 또는 증거물의 제출을 요구할 수 있음 또한 징계위원회는 필요하다고 인정할 때에는 징계혐의자 기타 관계인의 퇴장을 명할 수 있고 대질신문도 할 수 있음), ⑦ 징계혐의자의 최종진술(증거조사가 끝나면 징계간사의 징계양정에 관한 의견을 듣고 징계혐의자에게 최종진술을 할 기회를 주어야 함), ⑧ 평의(징계혐의자의 최종진술이 끝나면 징계혐의자를 퇴장시키고 당해 징계사건에 대한 혐의유무와 과벌의 정도를 결정하기 위한 평의에 들어감)”의 순서로 진행함(임천영, 앞의 책, 1031-1032면).

55) 군인사법 제59조 제1항.

56) 임천영, 앞의 책, 1019면.

57) 다만, 본 논문을 작성하기 위하여 최근 제대한 학생들을 대상으로 한 인터뷰에서는 과거에 비하여 상당히 개선되었다고 볼 수 있었음. 그리고 이에 관하여는 아래의 병에 대한 징계의 문제점과 개선방안에서 구체적으로 살펴보도록 하겠음.

58) 군인사법 제58조의2 제1항.

59) 군인징계령 제5조 제1항.

60) 군인사법 제58조의2 제2항.

61) 군인징계령 제5조 제2항.

62) 군인징계령 제10조 제2항: 징계처분 등의 심의대상자는 징계위원회에의 출석권(군인징계령 제9조), 진술권·증거제출권 및 증인의 신문 신청권(군인징계령 제10조), 자료 열람 및 등사권(군인징계령 제11조) 및 징계위원회 위원의 기피신청권(군인징계령 제12조) 등의 권리를 보유함.

징계위원회의 의결방법은 징계위원장을 포함하여 위원장을 포함하여 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하되 징계위원회가 4명 이하의 위원으로 구성된 경우에는 3명 이상이 출석하여야 하고, 심의대상자가 부사관이나 병인 경우에는 부사관인 위원 1명 이상이 출석하여 심의·의결에 참여하여야 하며, 징계위원회의 의결에서 어떤 하나의 의견이 출석위원 과반수에 이르지 못하는 때에는 출석위원 과반수에 이를 때까지 징계등 심의대상자에게 가장 불리한 의견에 차례로 유리한 의견을 더하여 그 중 가장 유리한 의견을 합의된 의견으로 본다.⁶³⁾ 그리고 징계위원회의 의결은 무기명 투표로 하며, 회의의 의결내용은 공개하지 아니한다.⁶⁴⁾ 또한 징계 의결시 구체적인 징계시 양정 기준이 군인 징계령 시행규칙 별표 1과 별표 2, 그리고 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 별표 4와 별표 5에서 더욱 구체적으로 규정되어 있다. 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 별표 4와 별표 5의 내용은 아래의 표와 같다.

<표 5> 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 별표 4 장교, 준사관 및 부사관에 대한 징계양정기준(제19조제1항 관련)

비행의 정도 및 과실 비행의 유형		비행의 정도가 중하고 고의가 있는 경우			
		비행의 정도가 중하고 경과실이거나, 비행의 정도가 가볍고 고의가 있는 경우	비행의 정도가 중하고 경과실이거나, 비행의 정도가 가볍고 중과실인 경우	비행의 정도가 가볍고 경과실인 경우	
성실 의무 위반	가. 지휘감독소홀	파면 ~ 해임	강등 ~ 정직	감봉	근신 ~ 견책
	나. 공금횡령·유용, 업무상 배임	파면	파면 ~ 해임	해임 ~ 강등	정직 ~ 감봉
	다. 직권남용으로 인한 타인 권리침해	파면	해임	강등 ~ 정직	감봉
	라. 직무 태만 또는 회계질서 문란	파면	해임	강등 ~ 정직	감봉 ~ 견책
	마. 기타	파면 ~ 해임	강등 ~ 정직	감봉	근신 ~ 견책
복종 의무 위반	가. 항명	파면	해임	강등 ~ 정직	감봉 ~ 견책
	나. 상관상해·폭행·협박	파면	해임	강등 ~ 정직	감봉
	다. 상관 모욕 명예훼손	파면	해임	강등 ~ 정직	감봉 ~ 근신
	라. 음해·무고·허위등의 신고를 하여 지휘 체계를 문란케 한 경우	파면 ~ 해임	강등 ~ 정직	감봉	근신 ~ 견책
	마. 지시사항 불이행으로 업무추진에 중대한 차질을 준 경우	파면	해임	강등 ~ 정직	감봉 ~ 견책
	바. 기타 지시불이행	파면 ~ 해임	강등 ~ 정직	감봉	근신 ~ 견책
군무지	가. 집단행동을 위한	파면	해임	강등 ~ 정직	감봉 ~ 견책

63) 군인징계령 제14조 제1항, 제2항 및 제3항.

64) 군인징계령 제14조 제4항.

이탈 금지 의무 위반	근무지이탈				
	나. 근무 이탈	파면	해임	강등 ~ 정직	감봉
공정 의무 위반	다. 무단 이탈	파면 ~ 해임	강등 ~ 정직	감봉	근신 ~ 견책
	가. 인사청탁, 부정인사	파면 ~ 해임	강등 ~ 정직	감봉	근신
비밀 업무 위반	나. 공문서 위·변조, 허위공문서 작성	파면 ~ 해임	강등 ~ 정직	감봉	근신 ~ 견책
	가. 군사비밀의 누설·유출	파면	파면 ~ 해임	해임 ~ 강등	정직 ~ 감봉
	나. 그 밖의 보안관계 규정 위반	파면	파면 ~ 강등	정직	감봉 ~ 견책
	다. 형식적 비밀에 해당하지 않으나 실질적 비밀로 보호할 가치 있는 정보 누설·유출	파면	해임 ~ 강등	정직	감봉 ~ 견책
	라. 개인정보 부정 이용 및 무단유출	파면	해임 ~ 강등	정직	감봉 ~ 견책
청렴의무위반		제4조의3.에 의하여 처리			
영리업무 및 겸직금지위반		파면 ~ 해임	강등 ~ 정직	감봉 ~ 근신	견책
정치운동금지위반		파면	해임	강등 ~ 정직	감봉 ~ 견책
집단행위금지위반		파면	해임	강등 ~ 정직	감봉 ~ 견책
품위 유지 의무 위반	가. 성폭력등	제4조의5.에 의하여 처리			
	나. 음주운전	제4조의4.에 의하여 처리			
	다. 명정추태	파면 ~ 해임	강등 ~ 정직	감봉	근신 ~ 견책
	라. 도박	파면 ~ 해임	강등 ~ 정직	감봉	근신 ~ 견책
	마. 상습도박	파면 ~ 해임	강등 ~ 정직	감봉	근신
	바. 폭행·협박·상해·명예훼손·모욕	파면 ~ 해임	강등 ~ 정직	감봉	근신 ~ 견책
	사. 기타	파면 ~ 해임	강등 ~ 정직	감봉	근신 ~ 견책
법령 준수 의무 위반	가. 직무수행관련 의무위반	파면 ~ 정직	정직 ~ 감봉	감봉	근신 ~ 견책
	나. 기타	파면 ~ 정직	정직 ~ 감봉	감봉 ~ 근신	견책

<표 6> 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 별표 5 병에 대한 징계양정기준 (제19조제1항 관련)

비행의 유형	비행의 정도 및 과실		비행의 정도가 중하고 중과실 이거나, 비행의 정도가 가볍고 고의가 있는 경우	비행의 정도가 중하고 경과실 이거나, 비행의 정도가 가볍고 중과실인 경우	비행의 정도가 가볍고 경과실인 경우
	비행의 정도 및 과실	비행의 정도가 중하고 고의가 있는 경우	비행의 정도가 중하고 중과실 이거나, 비행의 정도가 가볍고 고의가 있는 경우	비행의 정도가 중하고 경과실 이거나, 비행의 정도가 가볍고 중과실인 경우	비행의 정도가 가볍고 경과실인 경우
성실 의무	가. 직무태만	강등 ~ 영창	영창	휴가제한	근신

위반	나. 그 밖의 비행사실	강등 ~ 영창	휴가제한	휴가제한	근신
	복종의무위반	강등	영창 ~ 휴가제한	휴가제한 ~ 근신	근신
	근무지이탈금지업무	강등 ~ 영창	영창 ~ 휴가제한	휴가제한	근신
	공정의무위반	강등 ~ 영창	영창 ~ 휴가제한	휴가제한 ~ 근신	근신
	비밀엄수의무위반	강등 ~ 영창	영창 ~ 휴가제한	휴가제한	근신
	청렴의무위반	강등	영창	휴가제한	근신
	집단행위 금지의무위반	강등	강등 ~ 영창	영창 ~ 휴가제한	근신
품위 유지 의무 위반	가. 성폭력 등	비위의 정도가 중한 경우		비위의 정도가 경한 경우	
		강등 ~ 영창		휴가제한 ~ 근신	
	나. 그 밖의 비행사실	강등 ~ 영창	영창 ~ 휴가제한	휴가제한 ~ 근신	근신
	법령준수의무위반	강등 ~ 영창	영창 ~ 휴가제한	휴가제한 ~ 근신	근신

(4) 인권담당군법무관에 의한 적법성 심사

인권담당군법무관에 의한 적법성 심사는 2006.4.28. 군인사법 개정시 도입된 새로운 제도로, 징계위원회에서 병에 대한 징계로서 영창처분이 의결된 경우 병의 인권보호를 담당하는 인권담당군법무관⁶⁵⁾ 의하여 적법성 심사를 거친 후에 집행할 수 있도록 하는 것이다.

따라서 징계위원회에서 병에 대한 영창처분을 의결하는 경우 징계권자는 인권담당군법무관에게 적법성심사요청서, 징계의결서 및 관련서류를 첨부하여 적법성 심사를 요청하여야 한다.⁶⁶⁾

인권담당군법무관은 적법성 심사를 함에 있어 징계심의대상자를 대면하여 신문하거나 대면하여 신문하기 어려운 불가피한 사정이 있는 경우에는 전기통신을 이용하여 신문하여, 휴가제한·근신 등으로 직무수행의 의무를 이행하게 하는 것이 불가능하고 복무규율의 유지를 위하여 신체구금이 필요한 지 여부를 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 별표 8의 적법성 심사 기준에 따라 심사하고, 그 의견서를 징계권자에게 통보하

65) 인권담당군법무관은 국방부와 그 직할 부대 또는 기관의 경우에는 국방부장관이, 각 군의 경우에는 참모총장이 그 소속 군법무관 중에서 임명한 자로(군인사법 제59조의2 제4항), 징계 사유, 징계 절차 및 징계 정도의 적정성 등 영창처분의 적법성에 관한 심사를 하여 의견을 징계권자에게 통보하는 자를 말함(군인사법 제59조의2 제3항); 인권담당군법무관은 징계절차에 있어서 일부 통제기능만을 수행할 수 있을 뿐이며, 군내 인권 전반에 대한 감독·시정 등의 조치권한은 없어 일부 제한적인 역할만을 수행함(임천영, 앞의 책, 1006면).

66) 군인사법 제59조의2 제2항; 군인징계령 제18조; 다만, 관할 지역에 인권담당군법무관이 없거나 기타 적법성 심사가 불가능한 사유가 있는 경우에는 인접지역 인권담당군법무관에게 적법성심사를 의뢰할 수 있고, ① 해외순방 중인 함정, ② 국외훈련 중인 함정에 승선한 경우, ③ 전시, 사변, 그 밖에 이에 준하는 사태가 발생한 경우와 같은 사유로 인권담당군법무관의 적법성심사를 받을 수 없는 경우에는 인권담당군법무관의 적법성심사를 거치지 아니하고 영창처분을 할 수 있지만, 징계처분을 한 후 관할 인권담당군법무관에게 그 사유가 구체적으로 밝혀져 있는 서면과 징계처분서 및 징계의결서 사본을 송부하여야 함(국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 제27조).

여야 한다.⁶⁷⁾ 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 별표 8의 적법성 심사 기준은 아래의 표와 같다. 징계권자는 인권담당군법무관의 의견을 존중하여야 하고,⁶⁸⁾ 인권담당군법무관으로부터 의견서를 통보받은 때에는 그 날부터 15일 이내에 조치 및 징계처분을 하여야 하며,⁶⁹⁾ 징계권자는 영창을 집행한 때부터 48시간 이내에 영창처분을 받은 사람의 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매 중 영창처분을 받은 사람이 지정한 사람에게 징계사건명, 집행 일시, 집행 장소, 징계 사실의 요지, 징계 사유 및 징계처분의 효과를 알려야 한다.⁷⁰⁾

<표 7> 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 별표 8 적법성 심사기준
(제28조제1항 관련)

징계사유	구체적 비행유형		중대한 위반		경미한 위반	
			계획적	우발적	계획적	우발적
성 실 의 무 위 반	지휘감독소홀	분대상등의 책임을 가진 자의 감독소홀	강등, 영창		휴가제한, 근신	
	보고의무위반	허위보고, 보고누락	강등, 영창		휴가제한, 근신	
	직무유기	고의적으로 직무를 유기	강등, 영창		휴가제한, 근신	
		부주의로 인하여 직무를 유기	휴가제한		근신	
	초병 근무지 이탈	의식적으로 정하여진 경계근무지를 이탈한 행위	강등, 영창		휴가제한, 근신	
		불가피한 사정으로 일시적으로 경계근무지를 이탈한 행위	강등, 영창	휴가제한, 근신		
	초령 위반	경계근무를 의식적으로 포기하고 수면하는 행위	강등, 영창		휴가제한, 근신	
		타인에게 대신 경계근무에 임하게 하는 행위	강등, 영창		휴가제한, 근신	
		타인을 대신하여 경계근무하는 행위	휴가제한		근신	
	경계 근무 소홀등	초병으로서의 임무 미완수	강등, 영창		휴가제한, 근신	
		경계기본자세에 어긋나는 행위	강등, 영창	휴가제한, 근신		
	근무지 이탈등	점호나 구보 기타 단체활동에서 임의로 열외하는 행위	강등, 영창		휴가제한, 근신	
		일과시간 중 근무지에서 근무를 소홀히 하는 행위	휴가제한		근신	
	안전 사고등	부주의로 인하여 화재, 인명피해, 군용에 공하는 물건을 손괴하는 행위	강등, 영창		휴가제한, 근신	
	교통 사고등	운전병이 임무수행 중 음주운전 또는 무면허운전을 하는 행위	강등, 영창		휴가제한, 근신	
운전병이 임무수행 중 과실로 인적·물적피해를 낸 경우		휴가제한		근신		

67) 군인사법 제59조의2 제1항, 제2항.

68) 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 제28조 제5항.

69) 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 제29조 제1항.

70) 다만, 영창처분을 받은 사람이 통지를 원하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니함(군인사법 제59조의2 제6항).

			운전병이 안전수칙·교통법규를 위반하는 행위	휴가제한	근신	
		총기 등 관리	총기를 방치하여 일시적으로 분실	강등, 영창	휴가제한, 근신	
			총기를 방치하는 행위	강등, 영창, 휴가제한	휴가제한, 근신	
			총기를 잘못 관리하여 효용을 해한 경우	강등, 영창, 휴가제한	근신	
			폭발·화재 사고를 가져올 위험이 있는 행위를 한 경우	강등, 영창, 휴가제한	근신	
			자살 또는 군무를 기피할 목적으로 자살 또는 자해한 경우(단, 정신병질로 인한 경우는 제외)	강등, 영창	휴가제한, 근신	
복종의 무위반	항명	상관면전에서 고의적으로 불복종 하거나 의무이행을 게을리한 행위를 한 경우		강등, 영창	휴가제한	
		상급자에 대한 불손한 행위	상급자에 대하여 신체적 접촉을 수반한 불손한 행위를 한 경우	강등, 영창	영창, 휴가제한	
	상급자에 대한 계속적이고 의도적으로 불손한 언행을 한 경우		강등, 영창	휴가제한, 근신		
	상급자에 대한 우발적이고 일회적인 불손한 행위를 한 경우		강등, 영창	휴가제한, 근신		
	지시불이행	상급자의 구체적·개별적 지시에 고의적으로 불복종		강등, 영창	휴가제한, 근신	
		상관 또는 상급자의 지시를 받고 부주의로 인하여 임무수행을 하지 못하는 경우		강등, 영창	휴가제한, 근신	
		기타		휴가제한	근신	
	부대 이탈 금지 위반	영의이탈	군무를 기피할 목적으로 영의이탈		강등, 영창	휴가제한
			군무를 기피할 목적 없이 일시적으로 영의이탈		강등, 영창	휴가제한, 근신
		지연복귀	군무기피목적으로 정하여진 시간보가 늦게 복귀한 경우		강등, 영창	휴가제한, 근신
교통편을 놓치는 등 부주의로 지연 복귀한 경우			휴가제한	근신		
공정 의무 위반	허위 공문서작성 문서 위·변조	공문서의 내용을 사실과 다르게 작성		강등, 영창	휴가제한, 근신	
		휴가·외박 등에 필요한 증빙서류의 위·변조		강등, 영창	휴가제한, 근신	
청렴 의무 위반	군용물의 은닉·반출 절도·사기·공갈 등	군용에 공하는 물건을 임의로 은닉, 반출한 경우		강등, 영창	휴가제한, 근신	
		영내에서 다른 사람의 물건을 훔치거나, 사기·폭력 등의 수단으로 빼앗는 행위		강등, 영창	휴가제한, 근신	
비밀엄수의무 위반	보안위규	음어를 평문으로 통신하거나 음어를 분실하는 행위		강등, 영창	휴가제한, 근신	
		보안사항을 외부에 유출 또는 누설하는 행위		강등, 영창	휴가제한, 근신	
		고의적으로 비인가 전산장비 등 반입		영창	휴가제한, 근신	
품위유지의무 위반	명정추태	술에취해 간부·위병·동료병사의 제지에 불응		강등, 영창	휴가제한, 근신	
		술을 마시고 난동·폭언·폭행을 하거나, 고성방가 등으로 영내생활에 지장을 초래		강등, 영창	휴가제한, 근신	
		상습 음주소란·추태		강등	영창, 휴가제한, 근신	
	도박	상습도박		강등	영창, 휴가제한, 근신	
		단순도박		영창, 휴가제한	근신	
성폭력등	성폭행, 계간 기타 성추행		강등, 영창	휴가제한,		

반		성매매, 성희롱 기타 성군기 위반	강등, 영창		근신 휴가제한, 근신
	군공기 위반	상급자의 존재를 인식하였음에도 경례를 하지 아니하는 행위	강등, 영창	휴가제한	근신
		복장불량 또는 자세불량	휴가제한		근신
	폭행·가혹행위	물리적 행위	강등, 영창	영창, 휴가제한	휴가제한
비물리적 행위(언어폭력 등)		강등, 영창	휴가제한, 근신		
법령준수의무위반		강등, 영창	영창 휴가제한	휴가제한, 근신	

(5) 징계처분에 대한 구제

징계처분에 대한 구제방법으로 군인사법에서는 항고와⁷¹⁾ 행정소송을 규정하고 있으나, 행정소송은 행정심판전치주의를 채택하여 항고심사위원회의 심사결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다고 규정하고 있다.⁷²⁾

항고는 징계처분 등을 받은 자가 인권담당군법무관의 도움을 받아 그 처분을 통지받은 날부터 30일 이내에 장관급 장교가 지휘하는 징계권자의 차상급 부대 또는 기관의 장에게 할 수 있다.⁷³⁾ 징계처분에 대한 항고를 심사하기 위해서는, 장교 5인 이상 9인 이내의 위원으로⁷⁴⁾ 구성하는 항고심사위원회에서,⁷⁵⁾ 항고심사위원 3분의 2 이상의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하되, 의견이 나뉠 경우에는 출석위원 과반수에 이를 때까지 항고인에게 가장 불리한 의견에 차례로 유리한 의견을 더하여 그 중 가장 유리한 의견을 합의된 의견으로⁷⁶⁾ 각하, 기각 또는 인용의 결정을 한다.⁷⁷⁾ 그리고 항

71) 징계가 사실상 인사상의 불이익 처분에 해당하지만, 군인사법은 징계처분에 대하여는 인사소청을 제기할 수 없도록 하고 있고(군인사법 제50조), 이는 징계처분을 받은 자가 청구하는 것으로 징계권자가 청구하는 재심사 청구와는 구별됨(임천영, 앞의 책, 1046면).

72) 군인사법 제51조의2: 징계처분에 대한 구제 방법에 관하여도 논의할 사항이 많으나, 지면의 한계로 이에 관하여는 항고와 관련하여만 간단히 살펴보고자 함.

73) 다만, 국방부장관이 징계권자이거나 장관급 장교가 지휘하는 징계권자의 차상급 부대 또는 기관이 없는 경우에는 국방부장관에게, 중징계를 받은 장교 및 준사관은 국방부장관에게, 중징계를 받은 부사관은 소속 참모총장에게, 그리고 방위사업청장이 징계권을 가지는 방위사업청 소속 군인이 징계처분 등을 받은 경우에는 국방부장관에게 항고할 수 있음. 그리고 항고를 할 때에 징계처분 등을 받은 사람의 소속이 변경된 경우에는 항고 당시의 소속 부대나 소속 기관의 차상급 부대 또는 기관의 장(이 경우 차상급 부대 또는 기관의 장은 장관급 장교로서 징계처분 등을 한 사람보다 상급자이어야 함)에게 항고하여야 함(군인사법 제60조).

74) 위원 중 1인은 군법무관 또는 법률에 소양이 있는 장교로 하여야 함(군인사법 제60조의2 제2항).

75) 군인사법 제60조의2.

76) 군인징계령 제31조 제1항.

77) 항고제기가 부적법하거나 소정의 기간 내에 보정하지 아니한 경우에는 각하, 항고의 제기가 이유 없다고 인정할 경우에는 기각, 그리고 항고의 제기가 이유 있다고 인정하여 징계처분등을 취소·무효확인 또는 변경하는 것으로 의결한 경우에는 인용의 결정을 함(군인징계령 제31조 제2항).

고심사위원회에서 항고에 대한 의결이 있거나 항고인이 항고를 취하한 경우에는 동일한 징계 사건에 대하여 다시 항고를 제기할 수 없고,⁷⁸⁾ 항고심사의결 결과를 통보받은 징계권자는 그 내용에 따라 지체 없이 결정을 시행하여야 한다.⁷⁹⁾

Ⅲ. 현행 병에 대한 징계의 문제점과 개선방안

1. 병 징계 내용상의 경중의 구분

현재 병에 대한 징계의 종류는 군인사법 제57조 제2항에서 경중의 구분 없이 강등, 영창, 휴가제한 및 근신의 4종류를 규정하고 있다. 이는 1997.1.13. 군인사법⁸⁰⁾ 일부 개정으로 변경되기 이전 보다는 일정부분 개선되었다고도 볼 수는 있다.⁸¹⁾ 그러나 다른 공무원들, 더욱 한정하여 소위 군인 간부와 비교할 때 군이 병에 대하여만 징계 내용상의 경중을 구분 없이 규정하여야 하는 특별한 이유는 없다.⁸²⁾ 또한 병에 대한 징계는 기본적으로 형벌이 아닌 관계로 법에 대한 전문가가 아닐 수도 있는 징계권자에 의하여 조사·결정·집행이 이루어진다. 따라서 징계권자의 자의에 의한 징계종류의 선택 가능성을 방지하고, 비행의 정도에 따른 적절한 징계 종류의 선택을 유도하기 위해서도 그 징계 내용상의 경중에 관한 구체적이고 세부적인 구분이 필요하다.⁸³⁾

78) 군인징계령 제28조.

79) 군인징계령 제46조.

80) (구)군인사법 (1997.1.13. 법률 제5267호로 개정된 것)

81) 1997년 이전까지는 장교·부사관·군무원 및 병을 구분하지 않고, 징계처분을 중징계인 파면·강등·정직 및 감봉과 경징계인 영창·근신 및 견책으로 구분하고, 병에게는 강등·감봉·영창·근신 및 견책이 적용되도록 하였음. 따라서 이에 따르면, 병에게는 중징계인 강등 및 감봉과 경징계인 영창·근신 및 견책이 적용되는 바, 병에게도 중징계와 경징계를 구분하였음을 알 수 있음((구)군인사법 (1992.12.2. 법률 제4506호로 개정된 것). 그러나 1997년 징계제도를 현실 여건에 적합하도록 개선하기 위한 개정시 병에게는 사실상 적용이 어려웠던 감봉 및 견책을 폐지하는 대신 휴가제한제를 신설하였음((구)군인사법 (1997.1.13. 법률 제5267호로 개정된 것).

82) 헌법상의 평등의 원칙에 위반되는지 여부에 대하여는, 일반적인 헌법상 평등위반 여부 심사 기준인 본질적으로 같은 것을 합리적인 이유 없이 다르게 취급하는 것을 금지하는 자의금지 원칙 내지 합리성 심사기준에 의하여 판단하여야 할 것이다. 그렇다면 군인 간부와 병은 신분상·업무상의 차이가 존재하므로, 징계 사유의 규정이 구분되고 양자에 차이가 발생할 수 있으며 그것이 평등원칙 위반이라고 하기는 어렵다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 사건으로는 군인 간부와 병의 신분상·업무상의 차이에 의하여 징계의 종류와 내용상에 구분을 두는 것의 근거로는 적절하다 할 수 있지만, 병에 대한 징계 사유를 군인 간부 및 다른 공무원과는 달리 구체적인 경중의 구분 없이 규정하는 것에 까지 그 정당성을 인정하기는 어렵다고 보여짐.

83) 위에서 설명한 군인 징계령 시행규칙 별표2에서는 병에 대한 징계의 양정기준으로, 비행의 유형과 그 정도 및 과실에 따라 구분하고 있지만, 거의 모든 비행의 유형에 모든 징계 종류

2. 현행 징계 내용의 개선 및 보완

(1) 휴가제한의 개선 및 보완

먼저 2010년부터 2014년 10월까지 약 5년간 병사에 대하여 행하여진 징계처분의 현황은 다음과 같다.

<표 8> 병사에 대한 연도별·징계별·목별 징계처분 현황(단위 : 명)⁸⁴⁾

구분	강등	영창	휴가제한	근신	계
2010년	7 (0.01%)	11,428 (31.83%)	20,312 (56.57%)	4,157 (11.58%)	35,904 (100%)
2011년	11 (0.02%)	12,924 (31.41%)	23,905 (58.10%)	4,308 (10.46%)	41,148 (100%)
2012년	9 (0.02%)	14,174 (30.21%)	27,711 (59.05%)	5,031 (10.72%)	46,925 (100%)
2013년	8 (0.02%)	13,284 (27.20%)	30,020 (61.47%)	5,527 (11.32%)	48,839 (100%)
2014년	11 (0.03%)	8,802 (26.45%)	20,724 (62.26%)	3,747 (11.26%)	33,284 (100%)

위의 <표4>에서 볼 수 있듯이, 병에 대한 징계는 강등과 근신에 비하여 영창과 휴가 제한이 약 90%에 이르고 있고, 특히 휴가제한이 50% 이상에 이르고 있다. 이는 법적으로는 휴가제한이 다른 징계에 비하여 경한 징계에 속함에도 불구하고, 사실상 병사들이 체감하기에 중한 징계에 속한다는 실효성 측면에 기인하여, 징계권자가 병에 대하여 가장 효과적인 징계별이라고 인식하여 부과하는 것이기 때문이다.⁸⁵⁾

그러나 이러한 휴가제한이라는 징계는 구체적으로 어떠한 유형의 휴가⁸⁶⁾가 제한되는

의 선택이 가능함. 형식적으로는 세분화되어 있지만, 실질적으로도 그 정당성을 확보하기 위한 논의와 고민이 필요하다고 사료됨.

84) 진선태, “군무종사자에 대한 징계제도에 관한 연구 - 영창제도를 중심으로”, 충남대학교 석사학위논문, 2015, 39면; 이 논문에서는 이 자료의 출처를 “2012국정감사 국회요구자료. 국가인권위원회, 전게서, 127면”으로 표시하였으나, 출처 표시에 오류가 있는 듯 보임. 다만, 그 수치가 과거의 자료들과 유사하여 의미가 있고, 그 현황이 가장 최신의 것인 점을 고려하여 이를 인용하도록 하였음.

85) 동지 : 진선태, 앞의 논문, 42면 이하.

86) 군인은 대통령령으로 정하는 바에 따라 휴가를 받게 되는데(군인사법 제46조), 그 종류에는 연가, 공가, 청원휴가 및 포상휴가를 포함하는 특별휴가로 구성됨(군인복무규율 제39조); 특히 병에 대한 휴가에 있어서는 정기휴가와 특별(청원·포상)휴가가 매우 중요한 것인데, 과거 병의 계급에 따라 일정기간의 휴가일수가 부여되는 방식과는 달리, 국방부에서 2014.9.1.부터 ‘휴가 자율 선택 제도’를 시행하여 윤군 기준 28일의 연가에서 신청한 일수를 제하는 방식으로 이루어짐(대한민국 국방부 대표 블로그, 2015.11.24. 방문).

지에 관하여 구체적으로 명시하고 있지 않으며, 휴가제한이라는 징계가 이후 논의하게 되는 징계절차에 의하지 않고 소속 지휘관 내지 군인 간부에 의하여 자의적으로 이루어지는 문제점이 있다.⁸⁷⁾

이러한 문제점에 대한 개선방안은 아래에서 다시 한번 논의하겠지만, 최소한 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령에서 제한되는 휴가의 종류를 명시하는 것이 필요할 것이다. 예를 들어, 먼저 포상휴가가 제한되고, 이후 병의 연가에서 1회 5일이 범위 내에서, 총 제한 일수는 15일을 초과하지 못한다는 형식의 개선이 필요하다고 사료된다. 또한 휴가제한 이외에 본인이 원하는 기간에 휴가가 허락되지 않는 휴가통제도 일정부분 고려해 볼만 하다고 생각된다.

(2) 영창제도의 개선 및 보완

위의 <표4>에서 볼 수 있듯이, 영창은 휴가제한에 이어 두 번째로 많은 징계로 이루어지고 있다. 영창에 대하여는 여러 가지 우려와 문제점에 기인하여 그 존폐에 대한 논의도 상당히 이루어지고 있다.⁸⁸⁾ 그러나 최근 군인의 징계사유를 구체화하고, 병에 대한 영창처분의 적법성을 심사하기 위한 인권담당 군법무관 제도를 도입하며, 징계처분에 대한 항고제도를 보완하고, 징계위원회의 구성·징계의 절차·감사원 조사와 징계의 관계 등 대통령령에 포괄적으로 위임된 사항을 법률에 구체적으로 규율하는 등 징계 관련 규정을 정비함으로써 군인의 신분보장을 강화하려는 움직임은 매우 긍정적이라 평가받아야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 영창에 대하여 제기되는 문제점은 첫째, 군인 간부(장교·준사관·부사관)에게는 적용이 없고 병에게만 적용이 된다는 점,⁸⁹⁾ 둘째, 병의 인신을 구금한다는 점에서 형벌로서의 징역·금고 및 구류와 사실상 차이가 없다는 점,⁹⁰⁾ 셋째, 영창의

<<http://mnd.9090.tistory.com/3740>>).

87) 일반적으로 병의 경우 “휴가 짤렸다 내지는 휴가 뺏겼다”라는 표현을 사용하는데, 이것이 징계의 한 종류인 휴가제한에 해당함. 종래에는 그 용례에서 볼 수 있듯이 휴가제한의 경우 특히 징계위원회를 거치지 않고, 비행을 발견한 징계권자의 명령식으로 이루어졌음.

88) 영창제도는 위헌이므로 폐지하여야 한다는 주장, 영창제도가 위헌적인 요소를 가지고 있지만 현실적인 문제들을 고려하여 일정한 보완장치를 마련하여 위헌성을 제거하고 현실적으로 활용하여야 한다는 주장 및 영창제도를 현재와 같이 유지하여야 한다는 주장 등이 제기됨(진선대, 앞의 논문, 43-44면).

89) 영창처분의 사실적·실질적 실효성 측면의 논의를 제외하고, 영창처분이 군인 간부에게 적용되지 않는 것은 위계질서의 존엄성이 특히 강조되는 군대사회의 간부의 신분과 지위를 고려한 것이라고 설명되나(임천영, 앞의 책, 1004면), 사건으로도 평시 군의 작전 내지 업무 수행에 있어서의 지휘관 내지는 간부에 대하여는 그러한 이유가 적절하다고 볼 수 있다고 보여짐. 다만 전시 내지는 파병 및 해외 근무의 경우에는 단지 위계질서의 존엄성만을 이유로 하여 군인 간부에게 영창처분을 하지 않는 것이 타당한지에 대하여 의문이 있으며, 전시 내지는 해외 근무·파병과 같은 특수한 상황에서는 처분의 신속성 내지는 효과성을 고려해볼 때 군인 간부에 대한 영창 도입도 논의해볼 가치가 있다고 생각됨.

90) 법률 전문가가 아닌 징계권자에 의하여 이루어짐에 따라, 징계기준에 일관성이 없고, 사실상

기간을 1회에 15일 이내라고 규정할 뿐, 그 횟수에 대한 제한이 없다는 점, 그리고, 영창의 효과로서 영창처분일수가 복무기간에 산입되지 않는다는 점⁹¹⁾ 등이 있다.

영창이 사실적·현실적으로 가장 강력하고 실효적인 징계유형이라는 점에서 폐지가 곤란하다는 점을 고려한다면,⁹²⁾ 현실적으로 문제점을 개선할 수 있는 방안을 모색하여야 할 것이다.

우선 병에 대한 영창 처분은 사실상 형벌인 징역과 구금 등과 유사하여 병의 인권침해 우려가 상당하므로 그 선택을 지양하고, 다른 징계처분을 우선적으로 활용하여야 한다. 그리고 군인사법 제57조 제2항 제2호 및 병역법 제18조 제3항을 개정하여 영창의 횟수에 대한 상한을 규정하고, 영창처분일수가 복무기간에 산입되지 않는다는 것을 삭제하여야 할 것이다.⁹³⁾ 또한 무엇보다도 영창 처분시 징계위원회 개최를 통한 절차가 형식적으로 진행되거나 사후적·요식적으로 요건과 절차를 충족하는 것에 그치는 것이 아니라, 병의 기본권 내지 인권 침해를 최소화 하고 적절한 방어수단⁹⁴⁾ 및 구제수단을 취할 수 있도록 실질적으로 진행되어야 할 것이다.

3. 병에 대한 징계 종류와 내용의 다양화

(1) 징계 종류와 내용의 다양화 필요성

현재 병에 대하여 적용되는 징계 종류와 내용이 매우 제한적이라는 점이 문제로 지

형벌과 유사한 제재로서 헌법에서 보장하는 인간의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 제한하며, 영창주의, 적법절차의 원리, 이중처벌금지 및 무죄추정원칙 등에 위배될 가능성이 있음(이만중, “군 징계 영창제도 개선에 대한 법적고찰”, 한국경찰연구 제8권 제2호, 2009, 131-133면; 이세주, “징계처분에 의한 인신구속의 헌법적 검토”, 헌법학연구 제18권 제3호, 2012, 381-393면 참조).

91) 현역병이 징역·금고·구류의 형이나 영창처분을 받은 경우 또는 복무를 이탈한 경우에는 그 형의 집행일수, 영창처분일수 또는 복무이탈일수는 현역 복무기간에 산입하지 아니함(병역법 제18조 제3항); 이러한 규정 때문에 사실상 징계기록말소제도 등이 무의미하고, 제대 후에도 영창 처분을 받은 적이 있음(예를 들어, 2년 복무를 가정한 경우, 2015.1.15. 입대시 2015.1.14. 제대하는 것이 일반적이나, 제대일이 2015.1.14.인 경우 영창 처분 등을 받았을 가능성을 짐작할 수 있음)이 사실상 표시되어 군 복무 과정에서 문제가 있었다는 낙인이 찍힐 우려가 있음. 특히 회사 입사원서 등의 작성시 군 복무의 입대일과 제대일을 적도록 하는 경우가 있는데, 낙인효과로 인하여 입사원서를 읽는 인사담당자에게 부정적인 선입관을 줄 수도 있기 때문임.

92) 이에 미결수용시설의 관리에 대한 개선으로, 미결수용시설 관리의 전문화와 ‘영창’이라는 명칭을 개정하여 발전적으로 군구치소가 설치되어야 한다는 견해도 있음(송광섭, “군사법제도의 개선방안”, 형사법연구 제24호, 2005, 361면).

93) 정인섭, “「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」과 군장병 인권”, 서울대학교 법학 제48권 제4호, 44면 참조.

94) 예를 들어, 영창 처분이 가능한 비행으로 인하여 징계위원회가 개최되는 경우, 양형과정에서 병에 대한 선처 내지는 참작사유를 주장할 수 있도록, 분대장 내지는 소속 부대 최고참 병을 징계위원회에 참석하도록 하는 것도 의미가 있으리라 생각됨.

적된다.⁹⁵⁾ 병의 동일한 비행을 예방하고, 그러한 비행을 한 병이 교화·개선될 수 있도록 하는 실효성 있는 징계를 도입·확대하여야 한다고 생각된다.

(2) 경고 처분의 도입

군인 간부에 대한 징계는 근무 평정, 승진 및 장기 임용 등 인사상의 불이익으로 인하여 그 효과가 병에 비하여 크다고 할 수 있다. 또한 병에 대한 징계는 징계권자의 행정 절차상의 어려움과 부담으로 인하여 제대로 이루어지지 않는 경우가 상당하다. 이러한 이유로 특히 가벼운 비행에 대하여는 경고 및 훈계 등의 조치로 마무리되는 경우가 일반적이다. 다만, 이러한 경고 및 훈계는 군인사법상의 징계사유로 포함되어 있지 않기에, 통계상으로 집계되지 않는다는 점, 이후의 징계처분 및 인사업무상의 근거 자료로 활용될 수 없다는 점이 문제로 제기될 수 있다.

따라서 경고 또는 이와 유사한 내용을 경징계의 내용으로 추가하여, 이를 통계에 집계되도록 하여 군인 비행과 예방에 관한 분석 및 참고 자료로 활용하고, 이후의 징계 처분 및 인사업무상의 근거 자료로도 활용할 수 있도록 하는 것이 합리적이라 사료된다.⁹⁶⁾

(3) 열차려 내지는 군기교육대 입소 처분의 도입

일반적으로 열차려라 함은⁹⁷⁾ 군인정신 함양을 위한 정신집중훈련으로, 법적 제재조치 이전에 정신적·육체적 특성 훈련을 가하여 해이되고 이완된 군인정신을 바로 잡아 잘못을 스스로 깨우치게 하는 것을 의미한다.⁹⁸⁾ 이러한 열차려는 그 발동원인, 상황 및 정도와 강도에 따라서 단순한 교육처분으로서의 열차려와 징계로서의 열차려가 존

95) 동지 : 임천영, 『군인사법 I』(군인 징계제도의 개선방안에 관한 연구), 한국학술정보, 2010, 557면; 이상철, 『군사법의 제문제 (상)』(군징계제도 개선에 관한 연구), 한국학술정보, 2008, 309면.

96) 유사한 의견으로 경고처분에 관한 처리현황을 개인별 유지하여, 일정회수 이상 경고처분을 받은 자는 경징계 1회 처분자와 동일하게 처리한다는 행정적인 후속조치를 하는 것이 필요하다는 견해도 있음(박승일, “군 징계제도 개선에 관한 연구 - 육군 징계제도를 중심으로”, 연세대학교 석사학위논문, 2006, 71-72면).

97) 열차려의 방법과 시간은 일과시간 내지 자유시간 내(08:00~20:00, 1회 1시간 1일 2시간 이내, 1시간 초과시 1시간 이상의 중간 휴식시간 부여) 소대장 이상 지휘자의 승인 하에 분대장 이상 간부가 피교육자의 병영생활 상태와 체력수준을 고려하여 그 방법과 횟수를 결정하여 ① 병 교육기관에서는 팔굽혀펴기, 앉았다 일어서기, 개인호 파고 되메우기, 보행 및 순환식 체력단련을 ② 야전 부대에서는 팔굽혀펴기, 앉았다 일어서기, 개인호 파고 되메우기, 보행, 땀걸음, 순환식 체력단련, 특정지역 청소, 반성문 작성, 참선을 하도록 하는 것임.(육군 「열차려 규정」시행 방침(2005.4.1.), 2015.11.30. 방문, <http://army.mil.kr/sub_alife/sub_alife_2_4_10.html>).

98) 임천영, 앞의 책, 691면.

재한다.⁹⁹⁾ 특히 징계로서의 열차려로서 그 정도 및 강도가 강한 것은 군기교육대 입소라는 형식을 통하여 이루어진다.¹⁰⁰⁾

이러한 열차려 내지는 군기교육대 입소 처분을 부과할 수 있는 근거가 되는 법률이 명확하지 않아, 그 처분의 정도 및 강도가 자의적으로 이루어진다는 문제점이 있다. 특히나 병에 대한 징계의 내용이 다양하지 않고, 그 절차가 복잡하여, 경미한 사안의 경우 징계권자가 징계 대신 열차려 내지는 군기교육대 입소로 마무리하는 경우가 있는데, 병에 대한 이러한 불이익 처분이 적법한 절차에 의하지 않고, 그 내용이 통계에 집계되지 않아 병의 비행 및 예방에 관한 분석 자료로 활용될 수 없다는 점은 개선될 필요성이 있다고 생각된다.

한편 열차려 내지는 군기교육대 입소는 그 정도와 강도가 가혹행위가¹⁰¹⁾ 되지 않는다는 전제하에서는 정신적·육체적인 교정을 통해 해이되고 이완된 군기를 바로 잡는데 가장 효율적인 제도로 이용될 수 있을 것이므로, 열차려 내지는 군기교육대 입소를 경징계의 내용에 포함하는 것도 고려할 필요가 있다고 사료된다.¹⁰²⁾

4. 징계 절차상의 문제점과 개선방안

앞에서 언급하였지만, 현재 징계 절차에서 가장 큰 문제점은 징계 절차가 매우 복잡하여, 특히 야전 부대의 경우에는 징계권자가 징계 절차를 자의적으로 처리하거나 요식성만을 갖추고 처리함으로써 병의 인권 보호에 부적절하다는 점을 들 수 있다. 최근에는 법령의 개정과 신설을 통하여 과거에 비하여 개선되었으나, 모든 징계권자가 법률에 소양이 있는 것이 아닌 현실과 법률 전문가인 인권담당군법무관이 모든 부대의 보직되는 것이 아니라는 점을 고려한다면 실제로 모든 징계 절차가 적법하게 이루어지는지 의문이 제기될 수 밖에 없다.

이러한 문제점과 의심을 해결하기 위해서는 특히 병의 징계 내용에 있어서 명확하게 경중을 구분할 수 있다는 전제하에,¹⁰³⁾ 징계 절차를 이원화하는 방안을 고려할 필요가 있을 것이다. 즉, 중징계의 경우 현행과 같은 징계위원회에 의한 절차에 의하고, 경징

99) 김기준, “병에 대한 징계 및 유사제도에 관한 고찰”, 군사법연구, 1996, 126면.

100) 군기교육대의 입소의 경우 필자의 경험에 의하면, 병의 부대 자체적으로 처분이 이루어지는 경우와 사단 내지는 연대급의 부대에서 그 대상자를 통합하여 처분이 이루어지는 경우가 있었음.

101) 가혹행위란 비정상적인 방법으로 타인에게 육체적·정신적인 고통이나 인격적인 모독을 주는 일체의 행위를 말하며, 비정상적인 방법이란 법규에 어긋나는 방법이나 일반적인 상식을 벗어난 지나친 방법을 의미함(구타 및 가혹행위 근절에 관한 규정 제3조).

102) 동지 : 최정학, “군 영창제도의 법적 문제점”, 공익과 인권 제1권 제1호, 2004, 78면.

103) 물론 이러한 징계 절차의 이원화는 징계의 내용에 있어서 경중이 구분되지 않더라도 징계 내용에 따라 법령에서 그 해당하는 절차를 구분하는 방법도 가능할 것임. 다만, 징계 사건의 신속하고 편리한 처리를 위해서는 경중의 구분에 따라 이원화하는 것이 경제적이라 사료됨.

계의 경우 복잡한 징계위원회 절차가 아닌 징계권자 내지는 징계 등 처분 대상자의 지휘관의 명령에 의하도록¹⁰⁴⁾ 하는 것이다.

또한 징계 내용 및 절차에 관한 군인 간부의 교육을 강화하여야 할 것이다. 특히 징계권자 내지는 지휘권자와 실제 징계 업무를 담당하는 보직 간부는 그 보직 임명 전후로 하여 가장 기본적인 군인사법을 기초로 각종 법령의 내용과 절차에 대한 교육이 실질적·구체적으로 이루어져야 할 것이다.

IV. 결론

한반도의 지정학적 위치와 남북 분단의 현실 등은 물론 국가의 존립과 안전 및 국민의 생명과 재산을 보호하기 위해서는 강력한 국방력을 구비하는 것이 절실하다. 이에 우리나라도 현대화전의 특성에 따라 최신식 첨단 무기의 도입과 개발은 물론 관련 제도의 정비에 박차를 가하고 있다고 생각된다.

우리가 강력한 국방력을 구비하기 위해서는 그 기반인 병력에 대한 사기 증진을 통한 전투력 향상을 최우선시 하여야 한다. 이는 중국 춘추전국시대의 병법서로 우리에게 많이 알려진 손자병법에서도¹⁰⁵⁾ 언급하는 바인데, 손자병법의 저자는 전쟁의 승패는 오사(五事)¹⁰⁶⁾ 칠계(七計)¹⁰⁷⁾로서 판단이 가능하다고 하며, 법령이 적법절차에 의하여 이루어지고 병에 대한 상벌이 명확하여야 한다고 하였다. 그러나 현재 우리는 병에 대한 별로서의 징계 처분이 적법절차에 의하여 명확하게 이루어지는지 의문이다. 이러한 문제점을 개선하기 위하여 법령 제도의 개정과 신설 및 시행에 대한 감독·감사가 더욱 적극적이고 체계적으로 이루어지도록 노력하고 있다는 점은 매우 고무적이다.

본 논문에서는 국가에서 계속 진행 중인 군인(특히 병)에 대한 징계 제도의 개선에 있어서 법률적 측면에서 고려할 점을 몇 가지 제안하였다. 현재 군인(특히 병)에 대한

104) 비록 징계권자 내지는 지휘관의 명령에 의하도록 하지만, 그 명령에 따른 처분의 결과는 반드시 문서 내지는 기록되어 통계에 반영되도록 하여야 한다. 또한 그 처분에 대한 불복 및 구제수단은 최소한 현행 절차와 동일하게 적용되어야 함.

105) 손자병법의 저자에 관하여는 손무(孫武)라는 견해, 그의 손자인 손빈(孫臏)이라는 견해 그리고 손무(孫武)와 손빈(孫臏)이 함께 저술하였다는 견해가 있으나, 1972년 손빈(孫臏)의 병서가 별도로 발견됨에 따라, 손자병법의 저자는 손무(孫武)라고 보는 것이 타당하리라 사료됨(정비석·한무희, 『손자병법』, 고려원, 1993, 5면-12면).

106) 손자병법의 계편(計篇)에서는 오사(五事)로, “故經之以五事(고경지이오사), 校之以七計(교지이칠계), 而索其情(이색기정). 一曰道(일알도), 二曰天(이알천), 三曰地(삼알지), 四曰將(사알장), 五曰法(오알법)”이라고 하였음(정비석·한무희, 앞의 책, 16면-21면)

107) 손자병법의 계편(計篇)에서는 7계로, “孫子曰(손자왈) 主孰有道(주숙유도), 將孰有能(장숙유능), 天地孰得(천지숙득), 法令孰行(법령숙행), 兵衆孰強(병중숙강), 士卒孰練(사졸숙련), 賞罰孰明(상벌숙명), 吾以此知勝負矣(오이차지승부의)”라고 하였음(정비석·한무희, 앞의 책, 32면-35면).

징계와 관련된 법령으로는 군인사법을 모범으로 하여 군인징계령, 군인징계령 시행규칙, 국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령 및 각 군의 훈령 내지 지침으로 위임되며 구체화되는 체계를 가지고 있다. 체계상으로는 과거에 비하여 비약적 개선이라고 볼 수 있을 것이다. 다만, 실제 병력들이 체감하는 바도 역시 그러한지 의문이다. 그 내용과 절차상의 실질적인 개선이 아직 미비하기 때문이다. 이제 향후의 개선에 있어서는 형식적·체계적인 개선이 중심이 되는 것이 아니라, 현재 군 복무중인 병력들의 사기가 진작되고 전투력이 향상될 수 있도록 실질적인 개선이 이루어지도록 하여야 할 것이다. 그리고 군 복무중인 병에 대한 징계 절차에 있어서는 법치주의라는 헌법적·근본적 원리가 적용된다는 점을 항상 명심하여야 할 것이다.

[참고문헌]

- 김동희, 『행정법 I』제21판, 박영사, 2015.
_____, 『행정법 II』제21판, 박영사, 2015.
김진철·정윤신, 『군사법규』, 동방문화사, 2008.
김철수, 『헌법학신론』제21전정신판, 2013.
이상철, 『군사법의 제문제 (상)』, 한국학술정보, 2008.
인길연·김용현, 『군사법규』, 진영사, 2007.
임천영, 『군인사법』제3판, 법률문화원, 2007.
임천영, 『군인사법 I』, 한국학술정보, 2010.
정비석·한무희, 『손자병법』, 고려원, 1993.
홍정선, 『행정법특강』제11판, 2012.
- 김기준, “병에 대한 징계 및 유사제도에 관한 고찰”, 군사법연구, 1996.
박승일, “군 징계제도 개선에 관한 연구 - 육군 징계제도를 중심으로”, 연세대학교 석사학위논문, 2006.
송광섭, “군사법제도의 개선방안”, 형사법연구 제24호, 2005.
이만중, “군 징계 영창제도 개선에 대한 법적 고찰”, 한국경찰연구 제8권 제3호, 2009.
이세주, “징계처분에 의한 인신구속의 헌법적 검토”, 헌법학연구 제18권 제3호, 2012.
정인섭, “「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」과 군장병 인권”, 서울대학교 법학 제48권 제4호
진선태, “군무종사자에 대한 징계제도에 관한 연구 - 영창제도를 중심으로”, 충남대학교 석사학위논문, 2015.
최정학, “군 영창제도의 법적 문제점”, 공익과 인권 제1권 제1호, 2004, 78면.
- 헌법재판소 1995.12.28. 선고 91헌마80 결정.
헌법재판소 2002.11.28. 2002헌바45 결정.
헌법재판소 2009.4.30. 2007헌마290 결정.
대법원 971.6.22. 선고 97다1010 전원합의체 판결.
대법원 1982.7.27. 선고 80누86 판결.
대법원 1983.10.25. 선고 83누184 판결.
대법원 1986.11.11. 선고 86누59 판결.
대법원 2001.11.09. 선고 2001두4184 판결.
서울행정법원 2010.4.23. 선고 2009구합14781 판결.
- 국립국어원 표준국어대사전, 2015.11.24. 방문, <<http://stdweb2.korean.go.kr/search/View.jsp>>.

국방일보, 2015.11.24. 방문, <http://kookbang.dema.mil.kr/kookbangWeb/view.do?parent_no=5&bbs_id=BBSMSTR_000000000004&ntt_writ_date=20150424>.
대한민국 국방부 대표 블로그, 2015.11.24. 방문, <<http://mnd.9090.tistory.com/3740>>.
대한민국 국방부 홈페이지, 2015.11.27. 방문, <http://www.mnd.go.kr/mbshome/mbs/mnd/subview.jsp?id=mnd_010101000000&titleId=mnd_010100000000>.
육군 「얼차려 규정」시행 방침(2005.4.1.), 2015.11.30. 방문, <http://army.mil.kr/sub_alife/sub_alife_2_4_10.html>.

[Abstract]

**A legal study on the Disciplinary Measures against military personnel
- Focused on the Disciplinary Measures against enlisted personnel -**

Ko, Beom-Seung*

Considering the geopolitical position of the Korean peninsula and the Korean(North and South) division, it would be necessary to be equipped with a strong defense power for protecting the national existence, security and life and property of the public. Therefore, we have introduced and developed the most advanced state-of-the-art weapons in accordance with the aspects of modern warfare, and also modified various laws and regulations concerned. However, as mentioned in the Art of War which is the war manual by Sun Tzu in ancient China, the most important thing to be equipped with a strong defense power is the military personnel. Thus, it would be essential for the military personnel to enforce the law by the due process and for the reward and punishment to be clarified. Although we have reformed a disciplinary system, it would be appropriate to introduce the following things about legal improvement in the disciplinary system against enlisted personnel.

First, Disciplinary measures against enlisted personnel shall be classified into heavy disciplinary measures and minor disciplinary measures, such as officers, warrant officers, and noncommissioned officers.

Secondly, Restriction on the kind of leave shall be clarified, and the limit of the numbers regarding detention in a guardhouse shall be provided. And detention period shall be included into the total service period.

Thirdly, We would need to diversify disciplinary measures for enlisted personnel by providing caution and military discipline training center.

Fourthly, The disciplinary procedures in a disciplinary committee shall be processed in due process, and the education for the persons with authority shall be reinforced, and it would be worth considering the differentiation for disciplinary procedures against enlisted personnel.

<Key Words>

disciplinary measures, detention in a guardhouse, restriction on the kind of leave, disciplinary committee, differentiation for disciplinary procedures.

* Ph.D. Course, College of Law, Myongji University

「명지법학」 투고규정

1. (투고자격)

- 1) 국내외 대학 전임교수
- 2) 법률 분야의 종사자
- 3) 대학원생으로써 박사학위 수료 이상의 자
- 4) 기타 편집위원회의 추천을 받은 자

2. (투고절차)

- 1) 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- 2) 원고는 4부를 작성하여 제출하되, 그 중 3부는 작성자의 인적사항을 삭제한다.
- 3) 원고 제출은 인쇄된 문서나 저장 파일 또는 이메일로 송부할 수 있다.
- 4) 보낼 곳: 서울시 서대문구 남가좌동 50-3 명지대학교 법학연구소
(Tel) 02-300-0803, (Fax) 02-300-0804
이메일 : lawresearch@mju.ac.kr

3. (투고기한)

논문의 투고는 발간 예정일을 기준으로 1월 전(11월 30일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정이 있는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

4. (논문의 작성)

논문의 작성은 명지법학 원고 작성 요령에 따른다.

5. (논문의 심사)

- 1) 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정·보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규정에 따라서 이루어진다.
- 2) "명지법학"의 심사기준은 ① 논문제목과 내용의 적합성, ② 기존연구와의 차별성, ③ 연구내용의 독창성, ④ 연구방법과 결과의 명확성, ⑤ 논문체계와 기술방법의 적절성, ⑥ 참고문헌 인용의 적합성, ⑦ 연구기대효과 및 학계기여도로 한다.
- 3) 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 문서(전자문서, 이메일 포함)로

써 통지한다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 통보한다.

「명지법학」 편집규정

제1조 (목적)

이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)을 국내 및 국제적 차원에서 명실상부한 전문논문집으로 발전시키기 위하여 논문집의 편집에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (명지법학의 간행)

- ① [명지법학]은 연 1회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본 호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② [명지법학]의 발간일자는 매년 12월 30일로 한다. 다만, 부득이한 경우 발간 일자를 변경할 수 있다.
- ③ [명지법학]은 200부 이상 발행하며, 연구소 홈페이지에 게재한다.

제3조(원고의 게재)

- ① 다음 각 호의 투고 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 [명지법학]에 게재한다.
 1. 연구소의 학술행사에서 발표된 논문 및 법학연구소에서 기고를 청탁한 논문
 2. 공인된 국내외 대학교의 교원 및 법학 관련 연구소의 연구원의 논문
 3. 초빙연구원이거나 이었던 자의 논문
 4. 기타 편집위원회의 추천을 받은 논문
- ② 게재 원고가 국문인 경우에는 외국어 제목, 외국어 초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어로 작성된 논문일 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ③ 투고 원고는 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며 전문 학술논문으로써 정확한 인용 방법 및 기타의 요건을 갖추어야 한다.
- ④ 원고는 4부를 작성하여 제출한다(그 중 3부는 작성자의 인적 사항을 삭제하여 제출한다).

제4조 (편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.
- ② 편집위원은 편집위원장을 포함한 3인 이상으로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.
- ③ 편집위원장은 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임 가능하다.
- ④ 편집위원이 될 수 있는 외부 인사는 법학교수 또는 법률분야 종사자로서 편집위원 1인 이상의 추천을 받은 자로 한다.

- ⑤ 편집위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

제5조 (편집위원회의 업무)

1. [명지법학]의 편집 및 출판
2. [명지법학] 원고의 접수 및 게재 여부 심사
3. 기타 간행물의 편집 및 출판

제6조 (편집위원회의 운영)

- ① 위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 위원장이 소집한다.
- ② 위원회의 의결은 편집위원 과반수의 출석과 과반수의 찬성에 의한다.
- ③ 위원회는 [명지법학] 기타 간행물에 투고된 원고를 제7조의 심사기준에 따라 심사하여 그 게재 여부를 정한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

제7조 (심사위원회의 구성)

- ① 논문 심사는 제8조 제1항의 기준에 따라 편집위원회에서 위촉하는 3인의 심사위원이 심사하며, 심사위원장은 3인의 심사위원 중 호선한다.
- ② 심사위원은 법학연구소의 전임연구원, 국내외 전·현직 대학교수, 기타 편집위원회의 결정에 따라 자격이 있다고 인정되는 자 중에서 위촉한다.
- ③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

제8조 (원고의 심사)

- ① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
 1. 주제설정(창작성과 적절성)
 2. 연구 관점의 참신성 및 연구 방법의 논리적 완결성
 3. 연구결과의 학술적 완성도 및 학계의 기여도
 4. 종합의견(게재 찬성, 수정 후 게재, 게재 불가)
- ② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.
 1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
 2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
 3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도
- ③ 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 게재 불가로 구분한다.
- ④ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

제9조 (게재료)

[명지법학]에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 결정한다.

제10조(별쇄본 및 전자출판)

- ① 채택된 기고자에게는 명지법학 1부와 별쇄본을 무상으로 제공한다.
- ② 무상으로 제공되는 별쇄본은 10부로 한다. 다만, 기고자의 신청이 있으면 기고자의 비용 부담 하에 추가 제공할 수 있다.
- ③ 명지법학의 출판은 인쇄본과 전자출판을 병행한다.

제11조(본 규정의 시행 및 개정)

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

부칙

제1조(시행일)

이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리규정

제1조 (목적)

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

제2조 (용어의 정의)

이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
2. "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
3. "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
4. "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
5. "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.

제3조 (기능)

위원회는 명지법학의 회원, 준회원 또는 단순계재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의, 의결한다.

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

제4조 (구성)

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

제5조 (회의)

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

제6조 (연구부정 행위 조사)

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

제7조 (위원회의 권한과 책무)

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

제8조 (기피 . 제척 . 회피)

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의 . 의결 및 조사에 관여할 수 없다.
- ③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피를 신청할 수 있다.
- ④ 위원장은 위원 중 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

제9조 (진술기회의 보장)

위원회는 조사 사실에 대해 피조사자에게 의견을 제출하거나 해명할 기회를 부여하여야 한다.

제10조 (조사결과에 따른 조치)

- ① 위원회는 재적위원 과반수 철석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사자
실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.
- ② 연구부정 행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를
병과할 수 있다.
 - 1. 연구부정 논문의 게재취소
 - 2. 연구부정 논문의 게재취소사실의 공지
 - 3. 회원자격의 박탈 또는 정지
 - 4. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 집수, 취소일자, 취소이유 등
이 포함되어야 한다.
- ④ 위원회는 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를 하
거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있
다.

제11조(결과의 통지)

위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및
제보자 등 관련자에게 통지한다.

제12조(재심의)

피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터
20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심의를 요청할 수 있다.

제13조(비밀유지의 의무 등)

- ① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 노력
하여야 한다.
- ② 제보 . 조사 . 심의 . 의결 및 건의 등과 관련된 일체의 사항은 비밀로 하되, 상
당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.
- ③ 위원, 조사에 직 . 간접적으로 참여한 자는 심의 . 의결 . 조사 기타 조사과정
에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

제14조(경비)

위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 원고작성 요령

법학연구소에서 간행하는 [명지법학]에 논문을 게재하고자 하는 분은 다음의 원고 작성 절차에 따라 작성하여 주십시오.

다 음

1. 원고는 워드프로세서 프로그램으로 작성하여 명지대학교 법학연구소에 이메일로 보내주시면 됩니다. 워드프로세서 프로그램은 [한글]을 원칙으로 합니다.
2. 원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 합니다.
 - 1) 국문요약
 - 2) 한글주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 외국어 주제어)
 - 3) 논문제목(부제 포함)
 - 4) 투고자 성명 및 학위, 소속 및 지위
 - 5) 본문(각주 포함)
 - 6) 참고문헌: 본문에서 인용한 참고문헌에 한합니다.
 - 7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 표시하여야 합니다.
 - 8) 외국어주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글주제어)
3. 구체적인 원고작성 양식은 다음과 같습니다.
 - 1) 목차의 순서는 다음과 같이 하여 주십시오.
 - I. 로마숫자 (중앙으로)
 - 1. 아라비아 숫자
 - (1) 괄호 숫자 (4칸 들여쓰기)
 - (가) 괄호 한글 가, 나, 다 (8칸 들여쓰기)
 - 1) 반괄호 숫자
 - 2) 공동연구논문인 경우에는 각주 란에 *표를 하고 책임연구자와 연구자를 표시하여 주십시오.
 - 3) 각주는 다음과 같이 표기하여 주십시오.
 - 저서 인용 : 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.
 - 정기간행물 인용 : 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제○○권 ○호(년도), 면수.
 - 기념논문집 인용 : 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문「기념논문집명」, 면수.

- 판결 인용 : 대법원 19○○.○○.○○. 선고, ○○다○○○○ 판결 (법원공보 19○○년, ○○○면) 또는 대판 19○○.○○.○○, ○○다○○○○
 - 그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하시기 바랍니다.
- 4) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정
- 위쪽 : 30, 아래쪽 : 30, 왼쪽 : 35.9, 오른쪽 : 35.9, 머리말 : 19.9, 꼬리말 : 19.9, 제본 : 0
- 5) 문단모양
- 왼쪽 : 0, 오른쪽 : 0, 들여쓰기 : 2, 줄간격 : 160, 문단위 : 0, 문단아래 : 0, 낱말간격 : 0, 정렬방식: 혼합.
- 6) 글자모양
- 서체 : 신명조, 자간 : 0, 장평 : 100, 크기 : 10.
- 7) 참고문헌은 저자명, 논문제목 또는 저서명, 학술지명, 권호, 발간연도의 순서로 기재하여 주십시오.
- 8) 주제어는 10개를 넘지 않되, 한글과 외국어를 같은 순서로 배열합니다.
- 9) 외국어 초록의 경우에도 위 1) 내지 5)의 사항을 준수하시면 됩니다.

◆ 편집위원회

위원장 : 선정원 (명지대학교 법과대학 교수)

위 원

이상용 (명지대학교 법과대학 교수)
권건보 (아주대학교 법학전문대학원 교수)
장경원 (서울시립대학교 법학전문대학원 교수)
이종훈 (명지대학교 법과대학 교수)
조성규 (전북대학교 법학전문대학원 교수)
최선웅 (충북대학교 법학전문대학원 교수)
홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

간 사 : 기현석(명지대학교 법과대학 교수)
최석환(명지대학교 법과대학 교수)

편집조교 : 김민지(명지대학교 법학연구소 연구원)

明知法學 (제14호)

2015년 12월 일 인쇄

2015년 12월 일 발행

板 權
所 有

발행인 : 선 정 원

발행처 : 명지대학교 법학연구소

주 소 : 서대문구 남가좌동 50-3

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

제 작 : 도서출판 한학사 (02) 313-4836

* 이 책의 무단복제·복사·전제를 금함

ISSN 1229-7585