

明知法學

제15권 제1호



2016

명지대학교 법학연구소

設立精神

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

주후 1956년 1월 23일

設立者 **유 상 근**

教育方針

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

理事長 **임 방 호**

刊 行 辭

명지대학교 법학연구소에서 발행하는 명지법학이 15년을 경과하게 되었습니다. 교내 외적으로 순탄하지만은 않았던 시기였지만, 중단 없이 명지법학을 발간해 온 것에 대해 법학연구소의 구성원으로서 기쁘게 생각합니다. 작은 물줄기가 큰 강을 이루듯이, 작은 기여지만 꾸준히 학문 활동에 정진한 결과물로서 올해에도 새로운 명지법학을 출간하게 되었습니다.

명지대학교 법학연구소는 명지법학 창간 15년을 맞이하여 그동안 연 1회 발행 횟수를 2회로 늘리기로 결정하였습니다. 그동안의 성과에 안주하지 않고 연구 활동을 확대하려는 목적도 있지만, 다른 한편으로 법학에 대한 사회적 요구가 점증하고 있음을 반영한 것이기도 합니다. 명지법학을 처음 창간하던 시기로 돌아가 새로운 마음으로 연구 활동에 더욱 매진하고자 하는 다짐으로 받아들여 주시기를 바랍니다. 이러한 이유로 이번 명지법학은 제15권 제1호로 발행하게 되었습니다.

총 8편의 논문이 투고되었고, 엄중한 심사를 거쳐 총 4편의 논문 게재가 결정되었습니다. 옥종호 변호사의 “공정거래소송 3심제 도입에 관한 고찰”, 배사라 연구원의 “소비자 신용에 관한 비교법적 검토”, 송재일 교수의 “협동조합법제에서 좋은 지배구조를 위한 이사회 구성” 그리고 홍명수 교수의 “독일 부정경쟁방지법에 의한 불공정거래행위 규제의 의의와 시사점”입니다. 모아놓고 보니 의도한 것은 아니지만 경제 활동에 대한 법적 규율의 문제가 일관하는 주제로서 다루어지고 있으며, 현재 법학의 학문적 동향의 일단을 확인할 수 있었습니다. 게재된 논문의 작성자뿐만 아니라 투고하신 분 그리고 심사를 진행하신 분 모두에게 깊은 감사를 드립니다. 끝으로 이번 명지법학 제 15권 제1호의 발간을 계기로 법학에 의미 있는 기여를 할 수 있는 학술지로 거듭날 것임을 약속드립니다.

2016년 7월

명지대학교 법학연구소 소장 홍 명 수

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

공정거래소송 3심제 도입에 관한 고찰	옥 종 호 / 1
소비자 신용에 관한 비교법적 검토	배 사 라 / 15
협동조합법제에서 좋은 지배구조를 위한 이사회 구성	송 재 일 / 37
독일 부정경쟁방지법에 의한 불공정거래행위 규제의 의의와 시사점	홍 명 수 / 65

[부 록]

「명지법학」 편집규정	81
「명지법학」 투고규정	84
「명지법학」 연구윤리 규정	87
「명지법학」 원고작성 지침	91

공정거래소송 3심제 도입에 관한 고찰

- 헌법재판소 결정(2003. 7. 24. 2001헌가25 전원재판부)을 중심으로 -

옥종호*

논문요지

법적 분쟁은 궁극적으로 사법부에 의해 판단하는 것이 우리 법질서 하에서 기본적인 원칙이며, 우리 헌법 하에서 이에 대한 권리는 기본권적인 것으로 이해되고 있다. 공정거래법과 관련하여 발생하는 법적 분쟁의 해결도 이러한 원칙에서 벗어나 있는 것은 아니다. 구체적으로 우리 법질서는 사법 기관에 의한 분쟁 해결을 두 번의 사실심과 한 번의 법률심으로 구성된 3심제에 의하도록 하고 있다. 이러한 원칙에 비추어 공정거래법 위반 사건에 대한 분쟁 해결이 2심으로 이루어지는 것이 타당한 것인지, 다시 말하면 현행 공정거래법에 의하여 규정된 2심제적인 분쟁 해결 방식이 이러한 원칙에 반하는 것이냐가 문제가 될 수 있다.

물론 현행 2심제에서 3심제로 변경할 경우에는 법원에서의 법적 분쟁이 강화될 것이고, 이를 뒷받침할 만한 법원의 전문성이 요구될 것이다. 현재의 법원 조직을 살펴보면, 이러한 요구가 당장에 실현되기를 기대하기는 어려울 것이다. 그러나

가정법원, 행정법원, 특허법원 등이 처음 설치되던 시기를 되돌아보면, 서울행정법원 내에 공정거래사건 전담재판부를 두어 운영하는 방식 등을 도입할 경우에 공정거래법 위반 사건의 전문성을 어느 정도 보완할 수 있을 것이며, 장기적으로는 공정거래법원의 별도 설립을 추진하여야 할 것이다.

검색용 주제어: 2심제, 3심제, 공정거래소송, 공정거래위원회, 공정거래법원

논문접수: 2016. 06. 20. 심사개시: 2016. 07. 03. 게재확정: 2012. 07. 13.

* 법무법인 正手 변호사

I. 서론

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’) 위반 사건, 특히 공정거래위원회가 공정거래법에 반하는 것으로 판단하여 해당 행위 주체인 사업자에 대하여 시정을 명하거나 과징금을 부과하는 결정을 하고, 피심인이 이에 불복하는 소송을 제기할 경우에, 동 사건에 대한 소송은 현행 공정거래법상 2심제로 이루어지고 있다.

이러한 제도의 취지는 공정거래위원회의 처분이라 할 수 있는 심결이 조사, 심의를 거쳐 최종적으로 합의의 방식으로 이루어진다는 점에서 재판에 준하는 절차로서의 특징이 뚜렷하며,¹⁾ 나아가 이러한 심결에 대한 불복이 공정거래위원회 내부에서의 절차인 이의신청 제도에 의하여 보장되기 때문에,²⁾ 법원에 의한 소송 과정은 2심제로 충분하다는 인식에 따른 것이다.

그러나 이와 같은 2심제는 정상적인 심급제를 축소하는 것이어서 불가피하게 피규제자의 절차적 보장에는 미흡한 점이 있으며, 이러한 이유로 공정거래법 위반 사건의 2심제에 부정적인 입장도 충분히 가능한 것이다.

이하에서는 공정거래 사건의 2심제에 관한 헌법재판소의 결정을 소개하고, 이에 관한 찬반 양론의 전개과정을 살펴봄으로써 이 문제에 관한 올바른 논의의 정립을 시도할 것이다.

II. 헌법재판소 결정(2003. 7. 24. 2001헌가25 전원재판부)의 내용

헌법재판소 2003. 7. 24. 2001헌가25 전원재판부 결정은 그 결정이유에서 부당내부거래의 의의 및 규제의 필요성, 이중처벌금지원칙 및 무죄추정원칙, 비례성원칙, 적법절차원칙 및 권력분립원칙, 공정거래위원회의 준사법기관성 등에 관하여 실시하였는데, 특히 공정거래위원회의 준사법기관성에 대하여 다수의견과 반대의견은 다음과 같은 내용을 실시하였다.³⁾

1. 다수의견

다수의견은 “공정거래위원회는 그 구성의 독립성, 사건처리 절차의 사법적 요소 등의 측면에서 가장 대표적인 독립규제위원회라 일컬어지는 미국의 연방거래위원회(Federal Trade Commission)와 비교할 때 미흡한 점이 있다고도 평가할 수 있다.

1) 권오승 등 8인, 독점규제법, 법문사, 2015, 335-339면(조성국 집필부분) 참조.

2) 조성국, 독점규제법 집행론, 경인문화사, 2010, 83면 이하 참조.

3) 이하에서 인용한 다수의견과 반대의견의 밑줄은 독자들의 이해를 위하여 필자가 임의로 부가한 것이다.

미국의 경우 대통령이 연방상원의 동의를 얻어 5인의 위원을 임명하며, 사건의 조사과정에서는 이른바 행정법판사(administrative law judge)와 같은 법전문가에 의한 독립적 직무수행이 이루어지고 있다. 그러나 미국과 우리나라는 법률체계, 사법과 행정의 관계, 경제현실 등 여러 가지 점에서 차이가 있을 뿐만 아니라, 행정목적 실현을 위하여 취해지는 규제수단에 대하여 사법적 체계나 요소를 어느 정도로 적용할 것인지는 기본적으로 제도 형성의 문제로서 입법자의 선택에 달려 있다 할 것이다. 법관에게 결정권한을 부여한다든지, 절차에 있어 사법적 요소들을 강화한다든지 하면 법치주의적 자유보장이라는 점에서 장점이 있겠으나, 다른 한편으로 경제, 환경, 도시계획, 보건과 같은 복잡하고 전문적인 규제분야에서 정책입안자나 현장의 정책집행자의 일관되고 전문적인 목적지향적 관리가 가능하기 위해서는 행정기관 스스로 행정목적 달성에 효율적인 제재수단과 제재수위를 1차적으로 선택할 수 있도록 하는 것이 행정의 경험과 전문성, 책임성을 보다 살리는 길이 된다고 볼 수도 있다. 그렇다면, 우리나라 공정거래법에서 행정기관인 공정거래위원회로 하여금 과징금을 부과하여 제재할 수 있도록 한 것은 부당내부거래를 비롯한 다양한 불공정 경제행위가 시장에 미치는 부정적 효과 등에 관한 사실수집과 평가는 이에 대한 전문적 지식과 경험을 갖춘 기관이 담당하는 것이 보다 바람직하다는 정책적 결단에 입각한 것이라 할 것이고, 과징금의 부과 여부 및 그 액수의 결정권자인 공정거래위원회는 합의제 행정기관으로서 그 구성에 있어 일정한 정도의 독립성이 보장되어 있고, 과징금 부과절차에서는 통지, 의견진술의 기회 부여 등을 통하여 당사자의 절차적 참여권을 인정하고 있으며, 행정소송을 통한 사법적 사후심사가 보장되어 있으므로, 이러한 점들을 종합적으로 고려할 때 과징금 부과 절차에 있어 적법절차원칙에 위반되었다거나 사법권을 법원에 둔 권력분립의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.”라고 실시하였다.

2. 반대의견

이에 대하여 반대의견은 “사법절차를 가장 엄격한 적법절차의 하나라고 볼 때 그에 유사한 정도로 엄격하게 적법절차의 준수가 요구되는 절차를 ‘준사법절차’, 그러한 절차를 주재하는 기관을 ‘준사법기관’이라고 표현할 수 있을 것이다. … 만일 행정적 전문성만을 강조하여 그 권한을 일반 행정기관에 그대로 맡긴다면 행정기관의 권한이 지나치게 강대하여지고 그 권한이 자의적으로 남용될 우려가 있다. 한편 사법절차적 엄격성만을 강조하여 이를 법원에 맡긴다면 통상의 사법절차를 모두 거치는 데 따른 시간의 경과 등으로 신속한 대응에 어려움을 겪게 될 수 있다. 따라서 행정부에 속하지도 않고 사법부에도 속하지 않는 제3의 독립기관에게 이를 맡길 필요성이 있고, 이에 따라 행정권과 사법권으로부터 분리된 독립적 기관으로서 공정거래위원회를 설치하여 독립규제위원회로서 독점규제와 공정거래 유지의 국가기능을 담당하게 하여야 할 것이다. 그렇다면 공정거래위원회는 당연히 행정적 전문성과 사법절차적 엄격성을 함께 가

져야 하며 그 규제절차는 당연히 '준사법절차'로서의 내용을 가져야만 하는 것이다.”, “사법절차에서는 사실을 조사하고 증거를 수집하는 '조사기관'과 수집한 증거를 조사하고 변론을 듣고나서 결정을 내리는 '심판기관'이 서로 분리되어 있는데 이러한 기관의 분리는 조사의 전문성과 판단의 공정성을 함께 확보하기 위한 불가결의 조치이고 이는 사법절차의 기본적, 핵심적 요소의 하나이다. 그런데 공정거래법상으로는 조사권과 심판권이 모두 공정거래위원회에 귀속되어 있을 뿐, 그 분리가 전혀 이루어져 있지 않다. … 공정위원회규칙은 법률에도 없는 심사관제도와 사전심사제도를 창설하여 조사기관을 어느 정도 분리시키려는 노력을 하고 있다(공정거래위원회의운영및사건절차등에관한규칙 제10조, 제11조). 이 규칙은 “이 법의 규정에 위반하는 사건의 처리절차 등에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회가 정하여 고시한다.”라고 규정한 공정거래법 제55조의2에 의거한 규칙으로 보이는데 … 공정거래위원회 소속의 공무원인 국장이나 지방사무소장 또는 4급 이상 공무원 가운데서 지정되는 심사관으로서는 직무상의 독립성을 갖는 조사기관이 될 수 없을 것이다.”, “위원의 임명권한이 모두 대통령에게 집중되어 있고 위원회 자체가 국무총리 소속 하의 중앙행정기관으로서 정부조직법의 규정에 의한 정부기관의 하나로 조직되어 있는 점(법 제35조)을 고려할 때 위원회는 구조적으로 정부의 정책방향이나 구체적 시책에 반하는 판단을 하기 곤란하고 위원회의 결정은 정부의 영향을 받을 가능성이 매우 크다 … 그렇다면 위원회의 독립성과 정부로부터의 독립성은 매우 불충분하다고 보지 않을 수 없다. 또한 위원회의 자격요건 중에는 독점규제 및 공정거래에 관하여 '경험'이 있는 2급 이상의 공무원의 직에 있던 자라고 하는 규정(법 제37조 제2항 제1호)이 있지만 이처럼 경험을 요건으로 삼는 것은 막연하고 완화된 요청에 불과하므로 이 정도의 요건만으로는 규제대상 사업에 관련된 경제적 상황, 위반행위가 시장에 미치는 경제적 영향, 개별 기업의 구체적 상태 등을 신속·정확히 파악하여 적정하고 신속한 대책을 제시할 수 있는 전문성을 확보하기에는 부족하다.”, “공정거래위원회의 과징금부과절차에서 당사자 또는 이해관계인은 처분 전에 의견진술의 기회를 부여받고 위원회의 회의에 참석하여 의견개진 혹은 자료제출을 할 권리를 가질 뿐(법 제52조), 사법절차에서와 같은 증거조사절차나 변론절차는 법률상 전혀 보장되어 있지 아니하고 민사소송법, 형사소송법 등이 실제적 진실발견을 위하여 채택하고 있는 증거법칙 같은 것도 역시 전혀 존재하지 아니하며, 부당한 처벌을 방지하기 위하여 형법 총칙이 마련하고 있는 여러 보장적 조치도 존재하지 아니한다. … 소송절차에서 부당한 처벌을 방지하고 실제적 진실발견을 위하여 채택하고 있는 기본적인 원칙들, 예컨대 당사자에게 사실과 법률 모두에 관하여 충분한 변론의 기회를 보장하는 것, 진정성립이 담보되지 아니하거나 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 제한하는 것 등의 최소한의 적법절차는 반드시 법률 자체에서 보장되어야 할 것인데 공정거래법에는 이와 같은 보장이 전혀 결여되어 있다.”, “공정거래위원회의 처분에 대하여 불복하는 자는 공정거래위원회에 이의신청을 할 수 있고(법 제53조), 불복의 소를 제기하고자 할 경우에는 직접 서울고등법원에 이를 제기하도록 규정되어 있으므로(법

제55조), 공정거래위원회에서의 이의재결절차는 제1심 소송절차의 대상(代償)인 셈이고, 그렇다면 소송절차 대신 주어진 공정거래위원회에서의 이의재결절차는 사법절차로서의 기본적인 내용을 최소한 갖춰야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 공정거래법에서는 이의재결의 절차에 관하여 아무런 구체적인 법률규정을 두지 아니한 채 이를 전부 위원회의 고시에 의하도록 위임하고 있다(법 제55조의2). 그런데 위원회의 고시에서는 그 절차를 앞서 본 조사 및 심판의 절차를 준용하여 처리하도록 하고 있어서(공정거래위원회회의운영및사건절차등에관한규칙 제65조), 결국 공정거래위원회의 처분과 이의재결은 아무런 절차상의 차이가 없다. 이러한 절차들은 모두 적법절차의 원칙에 부응하지 못하는 것이며 준사법절차로서 내용을 갖추지 못한 것임은 더 말할 나위가 없다.”, “외국의 입법례를 보아도 미국과 일본 및 독일은 불공정거래행위에 대한 제재절차를 사법적 구조로 구성하여 모두 법률로 상세히 규율하고 있다. 이들 국가의 절차는 당사자 등에게 의견개진이나 자료제출을 준비하게 하기 위하여 충분한 사전준비기간을 보장하고 있으며, 예외 없이 대석적 구두변론절차를 보장하여 준사법적 절차로서의 제도적 배려를 다하고 있다. 특히 미국의 경우 행정법판사(administrative law judge) 제도를 두어 조사절차에 관여하지 아니한 객관적 인사를 행정법판사로 임명하고 그로 하여금 청문절차를 주재하고 청문 결과에 따른 1차적 결정권한을 갖게 한다. 행정법판사에게는 엄격한 원칙에 따라 사건을 배당하고 해직이나 감봉을 제한하여 신분을 보장함과 동시에 청렴의무를 부과하며 그 공정성에 의문이 있을 경우에는 당사자의 신청에 의하여 기피될 수 있도록 하는 등 판단주체의 독립성과 공정성 및 전문성을 제도적으로 충분히 보장하고 있다. 이에 비하면 우리 공정거래법상의 과징금부과절차는 사법절차에 준하는 여러 내용을 결여함으로써 적법절차를 보장하지 못하고 있음이 더욱 드러난다.”라고 실시하였다.

Ⅲ. 찬반 논의의 전개

1. 논의의 배경

위 헌법재판소 결정(2003. 7. 24. 2001헌가25 전원재판부)은 공정거래소송 3심제 도입 여부에 관한 논의를 촉발시키는 계기가 되었다.⁴⁾⁵⁾

4) 이러한 논의는 2014. 6. 19. 고려대학교 법학전문대학원 ICR센터 주최의 “공정거래소송 3심제 도입의 타당성 여부” 세미나에서 집약적으로 이루어졌다. 동 세미나 제1부 주제 발표는 강구욱, 김하열, 하야시(일본), 코폴라(미국 FTC Counsel for International Antitrust)가 담당하였고, 제2부 토론 및 질의 응답에서 김재신, 오은경, 김광희, 김성진, 윤소정, 조성국의 토론이 있었다.

5) 강구욱은 “행정소송의 심급구조에 관한 비교연구”에서 3심제 도입을 주장하였고, 김하열은 “공정거래위원회의 법적지위와 사건처리절차 및 불복절차”에서 현행 2심제를 유지하면서 개

이와 같은 논의가 촉발하게 된 배경에는 2014. 3. 국회의원 10인이 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정 법률안’을 발의한 것이 자리하였다. 동 개정안의 제안이유는 현재와 같은 ‘2심제는 소송의 3심제 원칙에 어긋나는 동시에 법원의 사실심리를 저해하는 측면이 있기 때문에’ ‘공정거래위원회 처분에 대한 불복의 소의 전속관할을 서울행정법원과 대전지방법원으로 함으로써 국민의 권리를 증진하고 소송에 대한 지방 접근성도 높이고자’하는데 있었다. 또한 실질적 이유의 하나로서 공정거래위원회가 세종시로 이전함으로써 관할 법원의 문제를 재고할 필요성이 발생하였다는 점 그리고 일 본의 공정취인위원회에서 다루어진 사건의 소송이 3심제로 전환한 것 등도 거론되었다.

이하에서는 동 세미나에서 논의되었던 주장들을 찬반 양측으로 나누어 고찰하도록 한다.⁶⁾

2. 3심제 도입 찬성론

(1) 공정위의 독립성 문제

공정거래법, 공정위 직제(대통령령)와 공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙(공정위 고시)(이하 ‘공정위 규칙’으로 약칭) 등 규정을 검토하면, 공정위는 조직, 구성원(위원), 직무의 3면에서 모두 독립성을 갖추고 있다고 보기 어렵다. 특히, 상임위원 3인이 모두 공무원이고, 사무처장, 심판관리관, 간사, 심사관의 절차 참여권이 실질적으로 보장되어 있으므로 공정위 심결절차는 공무원에 의해 사실상 주도될 것으로 보인다.⁷⁾

(2) 공정위 심결절차의 준사법성 문제

행정규칙에 불과한 공정위 규칙에 사법절차를 일부 모방하는 규정이 있고, 공정위의 심결절차가 그러한 규정에 따라 진행되었다고 하더라도 그 절차를 행정소송법과 민사소송법에 따라 진행되는 행정법원의 재판절차를 대체할 수 있는 준사법절차라고 볼 수는 없다.

공정위 규칙의 유효성을 인정하더라도, 조사·심의부의 기관(심사관)과 심의·의결 기관(위원회)이 조직상 분화되어 있지 않아 상호 영향력 행사를 배제할 수 없다.⁸⁾

공정위 규칙에 따라 진행되는 공정위 심결절차는, FTC의 소추관(complaint

선할 것을 주장하였다.

6) 위 세미나에서의 발제자, 토론자의 구체적인 견해에 대하여 인용을 할 때에는, 이하에서는, 그 이름만으로, 그리고 고려대학교 ICR센터 홈페이지에서 게재하고 있는 위 세미나 관련 자료의 쪽수만으로 간단히 인용하기로 한다.

7) 강구욱, 7면 참조.

8) 강구욱, 8면 참조.

counsel)이 소추한 사건에 대해 FT에서 독립된 행정판사(Administrative Law Judge)가 행정절차법(Administrative Procedure Act)의 규정에 따라 사법절차에 준하는 사실심리를 한 다음 원처분(initial decision)을 하고, 이에 대해 소추관과 피심인이 이의를 한 경우에만 위원회가 심결을 하고, 피심인이 그 심결에 대해 불복하는 경우에는 연방항소법원에 소를 제기하도록 하는 미국의 FTC 처분 절차와 현격한 차이가 있다.⁹⁾

(3) 사법절차의 구조와 기능의 차이 문제

FTC 처분에 대한 불복의 소를 담당하는 미국 연방항소법원의 재판절차는 항소심 절차로서 미국 사법절차 중 항소심에 대해 공통적으로 적용되는 절차법 원칙, 특히 항소법원의 사후·법률심으로서의 구조와 기능을 보장하기 위한 실질증거의 원칙(Substantial Evidence Rule)이 그대로 적용되어 FTC가 행정절차법의 절차에 따라 인정한 사실에 대하여도 일반 민·형사 사건의 배심원이 인정한 사실과 같은 구속력이 인정된다. 그러나 공정위 처분에 대한 불복의 소를 담당하는 서울고등법원의 재판절차는 제1심 절차로서 최초의 사실심리 절차를 진행해야 하므로 미국에서 인정되는 실질증거의 원칙을 적용하여 공정위가 인정한 사실에 대하여 미국에서와 같은 구속력을 인정할 수 없다.

고등법원 판사는 지방법원(행정법원) 판사에 비해 상대적으로 고령이고, 법관으로서의 경력이 많아 당사자가 제출하는 문서(서류)에 의존하여 사실관계를 파악하려고 하고 문서 이외의 증거에 대한 증거조사를 꺼리는 경향이 강해 고등법원에서는 충실한 사실심리가 되지 않을 가능성이 아주 높다. 이는 사법절차에 의해 사실인정 상의 오류 시정을 기대하던 당사자로 하여금 사법적 권리구제를 불신하게 만들고 그 상대방 당사자에게는 불필요한 사법적 대응을 계속하게 하는 요인이 되고 있다.¹⁰⁾

(4) 다른 행정청과의 형평의 문제

특허소송의 예에 견주어 공정거래소송 2심제가 타당하다는 주장은 옳지 않다. 공정위의 심결절차는 공정위의 직권으로 개시되거나 타인의 신고에 의해 개시되고 피심인은 처벌 대상과 유사한 지위에서 심사관에 의한 사전조사를 받은 다음 위원회의 심결을 거쳐 적극적인 의미의 불이익 처분을 받는 자이지만, 특허청의 심결절차는 출원인의 출원에 의해 개시되고 출원인이 적극적으로 특허등록을 위한 증거를 제출한 다음 등록결정이나 거절결정을 받게 되는데 출원인이 거절결정을 받더라도 자신의 출원이 거절되었다는 점에서 소극적 의미의 불이익 처분을 받는 자일 뿐이라는 점에서 양자 사이에는 본질적 차이가 있다.¹¹⁾

9) 강구욱, 9면 참조.
 10) 강구욱, 10면 참조.
 11) 강구욱, 11면 참조.

(5) 행정소송의 일반적인 예

대부분의 행정소송이 3심제이다¹²⁾(과거 행정심판전치주의는 1994. 행정소송법이 개정되면서 폐지되었다. 행정심판전치주의를 채택하고 있는 노동사건이나 조세사건 역시 3심제로 운영되고 있다¹³⁾). 현행 2심제의 가장 큰 문제점은 한 번의 사실심리만을 허용하고 있어 국민의 재판받을 권리를 너무 제한하고 있다. 금융위원회와 금융감독원 등의 처분에 관한 소송도 이미 3심제를 채택하고 있으며 이와 같이 3심제를 채택한다고 하여 독립적인 행정위원회로서의 지위가 저해되는 것은 아니다.¹⁴⁾ 외국의 입법례를 보면 상당수 국가가 2심제를 채택하고 있기는 하나, 단지 심급의 숫자만으로 비교할 일이 아니고 해당 국가의 통상적인 심급제도와와의 관계를 감안하여 검토해야 한다.¹⁵⁾ 서울행정법원 내에 공정거래사건 전담재판부를 두어 운영한다면 공정거래사건의 전문성도 도모할 수 있다.¹⁶⁾

(6) 소결

이상의 논의에 비추어 공정거래법 제55조의 규정을 삭제하고 행정소송법의 일반 원칙에 따르는 것이 타당할 것이다.¹⁷⁾

3. 3심제 도입 반대론

(1) 심급제, 재판청구권에 관한 헌법원리

모든 사건을 3심제로 재판해야 한다는 것은 헌법상의 원칙이나 요구가 아니다.¹⁸⁾¹⁹⁾ 우리 헌법상 재판청구권은 ‘법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면에서 한 차례의 심리검토의 기회를 보장할 것’만을 요구할 뿐이다.²⁰⁾²¹⁾

12) 오은경, 74면 참조.

13) 오은경, 75면 참조.

14) 오은경, 75면 참조.

15) 오은경, 76면 참조.

16) 오은경, 78면 참조.

17) 강구욱, 12면 참조.

18) 헌재 1997. 10. 30. 97헌바37(심급제도는 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법 발견차원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제로 돌아가므로 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이다)

19) 김하열, 15면 참조.

20) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바25(재판을 받을 권리라 함은 생각건대 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고(헌법 제104조, 법원조직법 제41조 내지 제43조), 물적독립(헌법 제103조)과 인적독립(헌법 제106조, 법원조직법 제46조)이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이라 봄이 상당할 것이고…법대로의 재판 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장하자는 취지라고 할 것으로 … 대저 재판이란 사실확정과 법률의 해석적용을 본질로 함에 비추어 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면

(2) 공정거래위원회의 독립성

조직상의 독립성과 기능상의 독립성을 갖추고 있다. 다만, 조직상의 독립성에 대하여는 개선의 필요성이 있다.²²⁾

(3) 공정거래위원회의 사건처리절차

공정위의 심의·의결절차는 전체적으로 보아 심사관과 피심인 간의 대심구조로 진행되어 법원의 변론절차에 준하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 ‘소추와 심판의 분리’의 요청에 비추어 볼 때 개선의 여지(위원장의 형식적 소속 하에 변호사 자격을 갖춘 공정거래 전문가들을 임명 또는 위촉하여 이들로 하여금 미국의 ALJ나 EU의 Hearing Officer와 같은 역할을 담당하게 한다. 이들은 위원장이나 사무처로부터 독립하여 업무를 수행한다)가 있다.²³⁾

(4) 불복절차

사법절차에 준하는 절차, 즉 ‘준사법절차’를 가장 강하게 구현하고 있는 절차는 행정심판절차이다. 헌법 제107조 제3항은 행정심판절차에 사법절차가 준용되어야 함을 분명히 규정하고 있다. 그러나 공정위의 사건처리절차는 소회의절차든 전원회의절차든 ‘준사법절차’라는 면에서 행정심판절차에 미치지 못한다.²⁴⁾

공정위 처분에 대한 2심제의 주요한 근거는 ‘공정위의 법적 지위와 기능의 보장’에서 찾을 수 있다. 단순히 주어진 법령에 따라 행정사무를 처리하기만 하여서는 경쟁질서 유지라는 중요한 헌법적 기능을 제대로 수행할 수 없다. 경쟁질서의 정책을 수립하고 집행하는 통합조정자의 역할을 수행하여야 하고, 이를 위해서는 준입법적 권한과 준사법적 권한까지 아우르는 통합적인 권한을 가져야 한다.²⁵⁾ 헌법에 규정된 국가의 특정 기능(경쟁질서 유지)과 특정 국가기관(공정위) 간에 고도의 기능/기관 상관성이 존재하는 만큼 이 특화된 전문기관의 존재의의를 살린다면 그 만큼 헌법과제를 더 잘 실현할 수 있을 것이다.²⁶⁾

전문성과 통일성 제고, 신속한 분쟁해결과 권리구제의 관점에서도 현행 2심제가 타당하다.²⁷⁾

면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 할 것이며, 또 그와 같은 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장벽을 쌓아서는 안된다고 할 것)

21) 김하열, 16면 참조.

22) 김하열, 20-21면 참조.

23) 김하열, 26면 참조.

24) 김하열, 27면 참조.

25) 김하열, 27면 참조.

26) 김하열, 29면 참조.

27) 김하열, 28면 참조.

(5) 법경제학적 측면

법경제학적 측면에서 3심제 도입은 현행 2심제보다 사회적 비용이 더 크다.²⁸⁾ 사건의 신속한 처리라는 관점에서 3심제 변경은 바람직하지 않다.²⁹⁾ 전문성, 소송장기화에 따른 소비자 피해 우려, 공정위 역할 감소에 따른 사회적 비용 증가의 점에서 기존 2심제가 타당하다.³⁰⁾ 3심제 도입은 소송수행의 여력이 있는 대기업의 방어권 보장에 긍정적 측면이 있을 수 있으나 전반적으로는 부정적 측면이 훨씬 더 크다.³¹⁾ 3심제로 전환하면 중소기업, 소비자에게 불리하다.³²⁾

IV. 개선안 제시

위에서 공정거래소송 3심제 도입의 타당성 여부에 관한 다양한 견해들을 살펴보았다. 이상의 논의에서 알 수 있듯이, 3심제 도입 찬반 논쟁의 핵심은 전문성, 신속한 분쟁해결, 적법절차의 원칙(공정거래위원회의 준사법기관성) 등이라 할 것이다.

주의할 것은 3심제 도입을 반대하는 견해도 현행 제도에 개선의 필요성이 있음은 역설하고 있다는 점이다. 즉 현행 제도의 문제점에 대해서는 대체적인 공감대가 형성되어 있으며, 따라서 개선이 불가피하다는 인식에 기초하여 논의가 전개될 필요가 있다. 이와 관련하여 법적 분쟁은 사법부에 의해 판단되는 것이 타당하다는 기본 원칙을 상기할 필요가 있을 것이다. 또한 현실적으로 국내 공정거래 관련 사건은 주로 행정소송 형식으로 이루어지고 있다는 점도 염두에 둘 필요가 있다. 미국의 경우 반독점법 위반 사건은 90% 이상이 사인 간의 분쟁해결인 민사소송의 형식으로 이루어지는 반면,³³⁾ 우리의 경우 민사소송의 형태는 거의 이용되지 않고 공정거래법 위반 사건의 대부분은 공정거래위원회 심결의 취소를 구하는 항고소송 형식으로 이루어지고 있다. 따라서 행정소송으로서 공정거래사건의 처리절차의 중요도가 보다 큰 상황이라 할 수 있다.

이러한 점 등을 고려할 때, 궁극적으로는 3심제를 도입하는 것이 올바른 개선책일 것이다. 도산절차의 경우에도 전문성, 또는 신속한 분쟁해결만을 중시하였다면 사법부로 하여금 그 절차를 담당하게 하지는 않았을 것이다. 다수의 이해관계가 대립하고 있고, 급격히 변화하고 있는 경제 현실 안에서 법적 분쟁을 겪고 있는 상황에서는 오히려 적법절차를 중시하는 방향으로 제도 개선이 이루어지는 것이 바람직하며,³⁴⁾ 이러한

28) 김광희, 83-84면 참조.

29) 김성진, 91면 참조.

30) 윤소정, 95-98면 참조.

31) 조성국, 103면 참조.

32) 조성국, 105-106면 참조.

33) Ernest Gellhorn & William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, West Publishing Co., 1994, 449면 이하 및 Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, West Group, 1999, 593면.

원칙을 충실히 따르는 것은 역설적으로 제도 운영의 신속성 측면에서도 긍정적인 영향을 미칠 수 있을 것이다.

다만 3심제 도입의 필요성이 주된 논거로 삼고 있는 사항들에 대한 실질적 대안 마련의 필요를 부인할 수는 없을 것이다. 특히 현행 2심제 구조 하에서는 공정거래위원회에서의 심결 절차가 사실상 1심의 역할을 수행하고 있으며, 이러한 구조를 유지할 경우에는 3심제 하에서 1심법원에서 이루어지는 것에 상응하는 정도로 이해당사자들의 절차적 보장이 이루어져야 한다.³⁵⁾ 이러한 제도 보완은 3심제로의 전환 이후에도 마찬가지로 중요성을 갖는 것이므로, 우선적으로 이에 대한 보완 노력이 선행될 필요가 있다. 즉 공정거래위원회에서의 사건처리절차가 적법절차를 보장하는 방향으로 개선되는 것은 심급제의 구성 여부와 상관없이 중요하며, 이는 3심제 도입이 갖는 제도상의 긍정적 측면을 실질화 하는데도 도움이 될 수 있을 것이다.

V. 결론

법적 분쟁은 사법부에 의해 판단되는 것이 타당하다. 가정법원, 행정법원, 특허법원도 처음부터 설치되었던 것은 아니며, 현재 공정거래사건 3심제 도입에 반대하는 논의가 근거로 삼았던 것과 같은 문제제기가 당시도 있었다. 그러나 결과적으로 이러한 법원들은 설치되었고,³⁶⁾ 이후에 당해 영역에서의 분쟁 해결에 법적 타당성과 신속성 측면에서 모두 긍정적인 기여를 한 것으로 볼 수 있다.

물론 3심제로의 제도 변화가 이루어질 경우에 전문성에 대한 요구는 더욱 커질 수 있으며, 이를 보완할 수 있는 제도의 수용도 논의되어야 할 것이다. 이를 위하여 우선 서울행정법원 내에 공정거래사건 전담재판부를 두어 운영한다면 공정거래사건의 전문성을 도모할 수 있을 것이며, 장기적으로는 공정거래법원을 별도로 설치하여 이러한 요구에 부응하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

34) 공정거래사건 처리절차의 효율화는 절차의 신속성과 공정성의 보장을 의미한다는 것에, 홍명수, 경제법론 I, 경인문화사, 2008, 331면 참조.

35) 김하열·이황, “공정거래위원회 법적 성격과 사건처리 및 불복의 절차”, 고려법학 제75호, 2014, 170면 이하 참조.

36) 가정법원은 1963. 10. 1., 행정법원과 특허법원은 1998. 3. 1. 각각 설치되었다.

[참고문헌]

강구욱, “행정소송의 심급구조에 관한 비교연구”, 고려대학교 ICR센터, 「공정거래소송 3심제 도입의 타당성 여부」, 2014

권오승 등 8인, 독점규제법, 법문사, 2015

김하열, “공정거래위원회의 법적지위와 사건처리절차 및 불복절차”, 고려대학교 ICR 센터, 「공정거래소송 3심제 도입의 타당성 여부」, 2014

김하열·이황, “공정거래위원회 법적 성격과 사건처리 및 불복의 절차”, 「고려법학」 제75호, 2014

조성국, 「독점규제법 집행론」, 경인문화사, 2010

홍명수, 「경제법론 I」, 경인문화사, 2008

Gellhorn, E. & Kovacic, W. E., Antitrust Law and Economics, West Publishing Co., 1994

Hovenkamp, H., Federal Antitrust Policy, West Group, 1999

[Abstract]

A Study on the Introduction of 3 Trial System about the Monopoly Regulations and Fair Trade Act Cases

Jongho Ok*

Where a person intends to file a lawsuit against any measure taken by the Fair Trade Commission under this Act, he/she shall do so within 30 days from the date of receiving a notice of disposition or receiving the written decision of the Fair Trade Commission against such appeal in clause 1, Article 54 in Monopoly Regulations and Fair Trade Act(hereafter MRFTA). And the Seoul Appellate Court having jurisdiction over the seat of the Fair Trade Commission shall have exclusive jurisdiction over any lawsuits for appeal cases filed pursuant to Article 54 in Article 55 in MRFTA. These rules mean 2 trial system about MRFTA cases. But to ensure due process about MRFTA cases, 3 trial system must be introduced.

<Key Words>

2 trial system, 3 trial system, MRFTA cases, Fair Trade Commission, Court for MRFTA

* lawyer, Law Firm Jeongsu

소비자 신용에 관한 비교법적 검토

- 할부거래를 중심으로* -

배사라**

논문요지

본 논문의 목적은 외국의 할부거래 및 소비자 신용(판매신용)에 관한 규제 내용을 살펴봄으로써 우리나라 간접할부거래 규제에 관하여 소비자보호 측면에서의 개선 방향을 살펴보고자 함에 있다. 미국, 영국, 독일에서는 ‘소비자신용’에 관한 법률 속에서 할부거래를 다루고 있으며, 일본에서는 우리나라와 같이 할부거래법을 독자적인 법률로 제정하여 운영하고 있다. 각 나라별로 법령의 명칭, 세부적인 사항은 상이하겠지만, 판매신용을 본래부터 보호받아야 할 가치로 생각하고 접근하고 있다. 이에 따라 법률은 할부거래업자 및 신용제공자에게 일정수준 이상의 정보의 제공을 요구하고 있으며, 소비자에게 정당한 절차에 따라 할부거래업자 뿐만 아니라 신용제공자에 대하여도 항변권을 가지게 하고 있다.

신용카드, 리스 등의 보편화로 인하여 간접할부거래가 성행하고 있음에도 불구하고, 우리나라의 할부거래에 관한 법률은 간접할부거래에 있어서 소비자를 효과적으로 보호하지 못하고 있다. 외국의 소비자 신용에 관한 입법례들을 참고로 간접할부거래에 있어서 소비자보호를 실현할 수 있도록 관련 법령을 개선해야 할 것이다.

검색용 주제어: 할부거래, 간접할부거래, 소비자 신용, 판매신용, 소비자보호

논문접수: 2016. 06. 29. 심사개시: 2016. 07. 03. 게재확정: 2016. 07. 13.

* 명지대학교 대학원 법학과 석사학위 논문(배사라, “간접할부거래에 관한 연구: 소비자보호의 관점에서”, 2014)의 내용 중 일부를 수정·보완한 것임.

** (주)모바일앤마케팅 주임, 명지대학교 일반대학원 법학과 박사과정.

I. 서설

할부거래는 재화 또는 용역(이하 '목적물'이라 통칭한다)의 대금 중 전부 또는 일부를 일정기간 동안 분할 납부하는 것을 조건으로, 대금이 완납되기 이전에 목적물의 점유를 이전하는 거래 방식이다. 할부거래는 소비자의 대금 지급의무를 지연시키고 그 늘어난 기간만큼 신용에 공여된다는 점에서 소비자 신용거래에 속한다.

할부거래는 '목적물'에 관한 거래와 '신용제공'에 관한 거래로 이루어진다. 할부거래의 소비자는 기업과의 대등성 결여, 정보 불균형 등의 문제를 목적물에 대해서만 아니라 신용제공 측면에서도 겪게 된다. 할부거래 소비자가 겪는 기업의 과도한 신용 부여, 불리한 신용제공 약관 제공, 과도한 채무불이행에 대한 부담 등의 문제점을 해결하기 위한 소비자보호가 요구된다.¹⁾

미국, 영국 등의 나라에서는 일찍부터 할부거래에 관한 소비자문제를 인식하고 법제도를 마련하였다. 할부거래에 관한 규제를 처음 도입할 당시에는 별도의 '할부거래법'을 제정하여 운영하였다. 그러나 소비자신용의 측면에서 별도의 법률을 두는 체제는 판매신용과 대출신용을 분리하고 그와 관련된 규정이 다수의 개별 법률에 산재해 있다는 문제점이 있었다. 이로 인해 어떠한 법률문제가 발생하였을 경우 해당 사건에 적용되는 법률이 무엇인지를 검토해야 하는데, 법에 대해 무지한 대부분의 소비자들은 결국 전문가들에게 의지할 수밖에 없었다.²⁾ 이러한 문제점을 해소하고자 다수의 나라에서 '소비자신용법'이라는 단일규제체계를 채택하였다.³⁾

우리나라에서는 할부거래에 관한 소비자문제를 바로잡고 소비자로서의 지위향상을 도모하기 위해 「할부거래에 관한 법률(이하 '할부거래법'이라 한다)」이 1991년에 도입되었다. 할부거래법은 이후 여러 차례 소비자를 위한 법 개정의 필요성이 지적되었고, 이에 따라 법 개정이 이루어지기도 하였다. 그러나 지금까지의 개정은 사업자에 대한 많은 규제로 인하여 사업 활동 영위에 애로가 있기 때문에 규제를 완화해야 한다는 사업자들의 불만과 이로부터 형성된 여론의 영향을 받아 소비자보호를 위한 전향적인 법 개정에는 미흡한 점이 있다.

따라서 미국, 영국, 독일 및 일본의 소비자 신용 및 할부거래에 관한 규정이 어떠한 측면에서 소비자보호 실현에 기여하고 있는지 살펴보고, 우리나라의 제도 개선에 어떠한 시사점이 있는지 논해보고자 한다.

1) 권오승, 경제법, 법문사, 2013, 520면.

2) 정소민, "소비자신용법제에 관한 연구", 법학연구 제12호, 인하대학교법학연구소, 2009, 152면.

3) 이는 신용에 관하여 전체적인 입법을 하게 되므로, 개별 법률에 산재되어 있을 때보다 신용규제에 대한 체계적 정합성이 높아지고, 소비자가 접근하기 편리해졌다는 장점이 있다. 그러나 이러한 포괄적 입법은 갈수록 신용거래유형이 다양해지고 복잡해지는 것에 비해 각각의 거래의 특성에서 연유한 문제들을 포섭할 수가 없다는 측면도 있다.

II. 미국

1. 제도의 개괄

미국은 1968년 이전까지만 하여도 각 주별로 할부대부법(installment loan laws), 소액할부판매법(retail installment sales acts), 이자제한법(usury law) 등을 제정하여 할부거래를 규율하였다.⁴⁾ 그러나 2차 세계대전 이후부터 활발하게 사용되기 시작한 신용거래는 소비자에게 지나치게 많은 금융비용을 부과하는 문제를 야기했다. 신용제공자 스스로가 적절한 신용비용의 수준을 도출해내는 데 어려움이 있어 국가차원에서 규제가 필요하다고 느낀 미국은 1968년 연방 차원의 소비자신용보호법(Consumer Credit Protection Act)을 제정하여 소비자신용거래를 보호하고자 하였다.⁵⁾ 이에 따라 할부거래도 자연스럽게 하나의 독립된 거래형태로서가 아닌 ‘소비자신용’의 차원에서 보호되기 시작하였다.

소비자신용보호법은 총 6개의 편(Title)로 구성되어 있는데,⁶⁾ 그 중 제1편인 공정대출법(Truth in Lending Act, 이하 ‘TILA’라 한다)⁷⁾에서 대출신용, 판매신용을 불문하고 신용거래에 관한 전반적인 내용을 규율한다. TILA의 초점이 신용제공에 관한 계약의 규제에 맞춰져있기 때문에 신용제공자가 별도로 존재하는지의 여부를 불문하고 신용을 제공하는 ‘거래’와 신용을 제공하는 ‘자’에게 예외 없이 적용된다.⁸⁾ 따라서 규제 대상인 ‘신용제공자(Creditor)’는 개인, 은행·저축은행과 같은 제도적 금융기관, 단순한 대금업자, 신용카드업자 등을 포함할 뿐만 아니라 소비자 신용판매에 있어서의 신용제공자 및 직접할부계약의 경우에는 판매업자를 모두 포함한다(TILA 103조).

TILA의 주목적은 ‘소비자가 스스로 이용할 수 있는 다양한 신용 조건을 쉽게 비교하고, 정보가 공개되지 않은 신용의 사용을 피할 수 있도록 소비자에게 신용조건의 의미 있는 공개를 보장하기 위해서’이다(TILA 102조 1항). 즉, 신용제공계약의 적절한 정보를 제공함으로써 소비자를 불공정하고 부정확한 신용관행으로부터 보호하는 것이 이 법의 취지이기 때문에,⁹⁾ TILA는 정보제공 규정을 자세히 다루고 있다.

4) Dee Pridgen & Richard M. Alderman, Consumer Credit And The Law(2010-2011 Edition) vol. 1, Thomson Reuters, 2010, 313면.

5) Summer Krause, “The Truth in Lending Act: A Case for Expanding Assignee Liability”, Santa Clara Law Review v. 49, 2009, 1157~1158면.

6) 소비자신용보호법은 제1편 Truth in Lending Act(공정대출법), 제2편 Garnishment Restrictions(임금채권 압류제한법), 제3편 Fair Credit Reporting Act(공정신용보고법), 제4편 Fair Credit Opportunity Act(공평신용기회법), 제5편 Fair Debt Collection Act(공정채권추심업법), 제6편 Electronic Fund Transfer Act(전자자금이체법)의 여섯 개의 편(Title)로 구성되어 있다.

7) 15 U.S.C.§1601 et seq.

8) 김성천·노영환·백병성, 할부거래계약의 운용실태조사 및 개선방안 연구, 공정거래위원회 연구용역보고서, 2000, 81면.

TILA는 여러 차례 개정이 있었는데, 1970년에 원치 않는(unsolicited) 신용카드를 금지하기 위하여 첫 개정되었고, 이를 효과적으로 시행하기 위하여 시행령인 Regulation Z를 제정하였다.¹⁰⁾ 그리고 1974년에는 제4장 공정신용청구법(Fair Credit Billing Act: FCBA)을 추가로 제정하면서 항변권을 인정하였다. 그러나 한편으로 이 법은 소비자보호의 실효를 거두기에는 지나치게 엄격하다는 점이 지적되어 1980년 TILA 단순화 및 개정법(Truth in Lending Simplification and Reform Act of 1980)을 통해 완화되었다.¹¹⁾ 이러한 규제완화의 기초는 오래가지 못하고 2000년 이후 금융기관에 의한 소비자피해가 심화되자 오바마 행정부에서 TILA의 수정법인 2009년 신용카드 기록보존책임과 공개법(Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act of 2009, 이하 '2009년 신용카드법')을 제정하여 소비자들에게 이익이 되도록 수정하였다.¹²⁾

2. 미국 TILA상 규제 내용

(1) 소비자 이익보호

TILA는 소비자가 적절한 정보의 제공을 받지 못하여 피해 입는 것을 방지하기 위해 신용제공자에게 신용조건을 공개하도록 규정하고 있다(TILA 106조, 167조, 171조, 127조). 신용조건을 제공할 때에는 명백하고 뚜렷하게 서면으로 제공하여야 하며, 거래가 체결되기 전에 제공되어야 한다(Reg Z 226조의5 1항 1호). Polk v. Crown Auto, Inc. 사건에서 법원은 계약체결 전에 구두로 설명하고 계약체결 후 서면을 제출하는 것은 신용조건을 공개한 것으로 볼 수 없으며, 제공계약조건에 서면제공은 반드시 계약체결 '전'에 제공되어야 한다고 엄격하게 해석하여 사전공개가 실질적으로 이루어지도록 판결하였다.¹³⁾ 특히, 신용조건 중에서 금융비용 등과 관련된 사항에 대하여

9) Dee Pridgen & Richard M. Alderman, 주 4)의 책, 300면. 김성천·노영화·백병성, 주 8번)의 보고서, 80면; 이기종, “소비자신용 관련 법제의 개선방안”, 홍익법학 제13권, 홍익대학교 법학연구소, 2012, 667면; 최신애·여정성, “미국의 신용카드관련 소비자행동 및 소비자정보공개정책에 대한 소비자평가연구”, 소비자학연구 제19권, 한국소비자원, 2008, 120면.

10) 미국은 TILA의 시행을 위하여 Regulation Z(규칙)을 마련하였다. Reg Z의 목적은 신용제공자에게는 정보의 공개를 요구함으로써 소비자로서 하여금 제공받은 신용정보의 사용을 촉진하기 위함이다. 특히 신용카드 거래에 있어서 최대이자율, 변동금리(variable rate) 등의 정보를 공개할 것을 요구하고 있다. 뿐만 아니라 TILA는 소비자보호를 목적으로 하기 때문에 상업적 영역의 거래는 다루지 못하는 거래에 있어서 상업, 농업 등의 신용거래에 있어서도 구체적인 가이드라인을 제공한다. Consumer Financial Protection Bureau, CFPB Consumer Laws and Regulations, CFRB, 2013, 1~4면; Neal R. Bevans, Consumer Law & Protection, Carolina Academic Press, 2011, 206면.

11) Dee Pridgen & Richard M. Alderman, 주 4)의 책, 297면.

12) 특히 이 법은 신용카드를 포함한 소비자신용계획에 대하여 공정하고 투명한 관행을 제공했다는 평가를 받는다. 김문환, “미국소비자신용의 최근 동향”, 법학논총 제22권, 국민대학교 법학연구소, 2010, 318~319면; 김성천·노영화·백병성, 주 8)의 보고서, 80면.

는 명백하고 뚜렷하게 공개할 것을 규정한다(Reg Z 226조의4 2항).

또한 신용제공 광고에 관하여 신용제공자가 일상적 또는 관습적으로 취급하는 소비자 신용이나 할부신용은 광고할 수 있으나 특정한 기간을 정하여 그 기간 내에서만 취급한다든가 특별히 정하는 청약금액을 요건으로 하는 광고는 할 수 없다(TILA 142조).

한편 2009년 신용카드법은 신용카드의 이자율을 소급적으로 인상하지 못하도록 규정하고 있으며, 소비자가 카드대금의 최소지급금을 60일 이상 연체하지 않는 한 신용카드업자는 연간이자율을 인상할 수 없도록 규정하고 있다. 특히 신규로 카드발급을 받은 경우 첫 1년 동안은 이자율을 인상하지 못하며, 판촉을 위한 이자율은 최소한 6개월 이상 유지하여야 한다.¹⁴⁾

또한 다양한 이자율을 적용받는 소비자의 경우 대금 변제를 하였을 때 높은 이자율을 먼저 정산하도록 하였다. 신용카드 가입 시 서면약관을 교부할 때 신용카드업자는 반드시 쉬운 언어로 적당한 크기의 글씨(fine print rule)로 되어 있어야 한다. 소비자가 자신의 신용한도를 초과하여 신용카드를 사용하고자 하면 한도초과 수수료(over-the-limit fees)를 부담하여야 한다.¹⁵⁾

(2) 소비자 권리보호

TILA에서는 철회권과 항변권을 규정하고 있다. 신용제공자가 소비자의 주된 주거(principal dwelling)를 담보로 취득한 경우, 소비자는 일정한 기간 안에 철회권을 행사할 수 있다. 소비자는 신용조건에 대한 정확한 이해 없이 계약을 체결할 가능성이 있으며, 성급한 계약 체결 후 소비자의 채무불이행은 소비자의 주거생활의 안전을 상실케 하는 결과를 초래하기도 한다.¹⁶⁾ 소비자의 진실한 의사를 확인하고 소비자의 주거권을 최대한 보장하기 위하여, 소비자가 계약체결을 재고할 수 있는 기회를 주어야 한다는 의미에서 제정되었다.¹⁷⁾ 그러나 철회권 행사 기간을 계약체결일 등으로부터 3일로 하여 다소 짧게 정하고 있으며, 철회권을 행사할 수 있는 자 또한 대출거리를 체결한 당사자가 아닌, 담보제공자가 된다는 한계도 가지고 있다(TILA 125조).

신용카드로 구입한 물품이나 용역과 관련하여 할부거래업자와 분쟁이 발생하거나 발생된 분쟁이 해결되지 아니한 경우 정당한 절차에 따른 소비자는 신용카드업자에 대하여 항변권을 가진다(TILA 170조). 항변권이 행사되면 소비자는 분쟁이 발생한 거래에 대한 신용잔액을 상환하지 않고 보류할 수 있으며, 이 때 카드발행업자는 이를 연체된 것으로 보고하여서는 안 된다(TILA 제162조). 신용카드와 관련하여 발생한 소비자의

13) POLK v. CROWN AUTO, INC. No. 99-2204. 228 F.3d 541 (2000)

14) 김문환, 주 12)의 글, 320면.

15) 김문환, 주 12)의 글, 320면.

16) Comptroller of the Currency(Consumer Compliance Examination), Truth in Lending, Comptroller's Handbook, 2008, 41면; 정소민, 주 2)의 글, 162면에서 재인용.

17) 장정환, 미국의 소비자신용보호법, 한국은행 은행감독원, 1989, 14면.

채무를 신용카드업자에게 예치된 예치금과 상계할 수 없으며, 할부거래업자에 대한 항변사유로 신용제공자에게 항변할 수 있는 항변권도 부여받았다(Reg Z 226의12 3항 1호).

Ⅲ. 영국

1. 제도의 개괄

영국은 할부거래(Hire-purchase transaction)에 관하여 1974년 이전에는 할부거래법(Hire-purchase Act)을 중심으로 대금업법, 할부판매광고법 등으로 보완하는 단행법 중심의 규제를 하였다.¹⁸⁾ 그러나 1974년에 '신용'과 관련된 계약은 대출신용인지 판매신용인지를 불문하고 기본적으로 그 법률관계가 동일하다는 인식하에 모든 신용제공에 대한 규제의 필요성을 인식하면서 소비자신용법(Consumer Credit Law, 이하 'CCL'이라 한다)을 제정하였다.¹⁹⁾ CCL의 목적은 할부소비자와 채무자를 보호하는 것인데, 신용중개인을 포함한 신용의 모든 종류와 할부거래를 허가하고, 광고와 여론조사(canvassing)를 통제, 신용제공자에게 상세한 정보를 요청, 서면의 형식과 내용을 규제, 그리고 채무자와 할부소비자에게 철회권을 부여함으로써 이를 도모하고자 하였다.²⁰⁾

이후 CCL은 잘 운영되는 것처럼 보였지만 소비자 신용 시장이 성장하면서 그 계약의 내용이 더욱 복잡해지고, 금융업자들의 무분별한 신용제공과 그로 인한 신용소비자들의 과도한 채무 문제, 금융당국의 금융업자에 대한 과도한 규제 문제 등이 대두되었다.²¹⁾ 따라서 영국정부는 더 공정하고 경쟁적인 신용시장을 창출하고 소비자를 보호하기 위하여 2006년 본 법을 개정하였다. 2006년 개정 CCL은 소비자신용계약 및 소비자 할부계약의 규제, 계약체결 후 채무자나 구매자에 정보의 제공, 채권자와 채무자의 불공정한 관계, 소비자신용 및 할부영업 등 그 밖에 부수적 신용영업에 대한 인가, 공정거래청의 권한, 공정거래청의 결정에 대한 이의제기, 금융감독서비스의 관할 확대 등을 목적으로 하고 있다.²²⁾ 간접할부거래는 신용제공계약의 측면에서 CCL을 통

18) 김성천·노영화·백병성, 주 8)의 보고서, 83면.

19) 이에 따라 영국법은 간접할부거래의 당사자관계를 전체적으로 규제하지 못한다는 단점이 지적되기도 한다. Laytons Solicitors, Hire Purchase and Leasing Transactions, Laytons Solicitors, 2004, 4면.

20) Richard Mawrey QC & Tobias Riley-smith, Blackstone's guide to The Consumer Credit Act 2006, Oxford Univ. Press, 2006, 2~3면.

21) Richard Mawrey QC·Tobias Riley-smith, 주 20)의 책, 3면; Iain Ramsay, "Construction of Overindebtedness in the UK", Consumer Credit, Dept & Bankruptcy, HART Publishing, 2009, 75~80면 참조.

해, 일반거래라는 측면에서 1997년에 제정된 불공정계약조항법(Unfair Contract Terms Act)²³⁾ 및 일반 소비자의 계약관련 규제법인 소비자보호규정(CPRs)을²⁴⁾ 통해 규제된다. 이하에서는 간접할부거래에 관하여 직접적으로 관련이 있는 영국의 CCL에 대하여 살펴보고자 한다.

2. 영국 CCL상 규제 내용

CCL은 신용의 제공으로 대금을 대차하거나, 물품의 임대 또는 할부에 의한 목적물의 거래 또는 신용수표에 의한 거래 등을 대상으로 한다. 이는 신용이 어떠한 형태를 취하더라도 기본적으로 그 유형이 동일하다는 인식 하에 모든 신용제공을 규제대상으로 하고 있다.²⁵⁾ 영국의 CCL에서 규율하는 계약의 종류는 소비자신용계약과 소비자임대차계약으로 나뉘는데, 간접할부거래는 소비자신용계약을 규제하는 조항을 통해 규제된다.²⁶⁾

(1) 소비자 이익보호

신용의 조건을 공개하도록 하고 있다. CCL은 소비자신용사업자 또는 임대업자에게 규제에 대한 합의가 이루어지기 전에 지정된 방법으로 특정사항에 관한 정보를 공개하도록 의무를 부과하고 있으며(CCL 55조 1항), 계약 성립 전에 정보를 제공하지 않는 경우에는 계약이 적법하게 이행되지 아니한 것으로 본다(CCL 55조 2항).

영국의 CCL은 신용제공자 뿐만 아니라 할부거래업자의 광고에 대해 규제하고 있다. 특히 광고의 형식과 내용을 규제하고 있는데, 구체적인 내용은 시행령에 맡기고 있다(CCL 43~47조).

22) 김형수, “영국 2006년 소비자신용법의 개정”, 외국법제정보, 한국법제연구원, 2007, 67~68면

23) 원용수, “특수거래관련 법령정비방안에 관한 고찰”, 사회·교육과학연구 제9권, 숙명여자대학교 사회교육과학연구소, 2006년, 12면. 그러나 이 부분에 서술에서 할부거래에 대한 규제는 CCL에서 불공정계약조항법으로 대체되었다고 하나, 신용제공관계와 할부거래관계(매매계약)에 별도의 법이 적용된다고 보아야 타당할 것이다.

24) 소비자보호규정(CPRs)은 영국의 소비자관련법이 혼재되어 있어 집행이 비효율적으로 운영되고 이해관계자들의 법준수가 곤란하여 이를 해결하기 위해 불공정한 판매관행으로부터 소비자를 보호할 수 있는 간소한 규정을 제정한 것이다. 소비자보호규정(CPRs)은 모든 사업자가 준수하여야 하며, 불공정 거래에 대한 세부적 규정들을 대신하여 사업자가 지켜야할 일반적인 의무로서 금지조항을 신설하였다. 문태현·정고운, 영국의 소비자정책이슈 및 소비자보호자율규약 승인제도 연구, 한국소비자보호원, 2008, 3면.

25) 김성천·노영화·백병성, 주 8)의 보고서, 2000, 83~84면. 한편 1974년 CCL에서는 금전적 제한범위의 규정이 있었으나, 2006년 개정CCL에서는 이를 삭제하였다(2006년 개정 CCL 2조 참조), 이기종, 주 9)의 글, 669면.

26) 후자의 경우 임차나 임대를 목적으로 할부판매계약이 아닐 것을 요구하기 때문이다. 김성천·노영화·백병성, 주 8)의 보고서, 83~84면.

CCL은 권유 및 요청에 대해서도 규정하고 있다. 권유란 어떤 개인이 다른 개인 또는 경우에 따라서는 그 밖의 개인이 있는 장소를 방문하는 동안에 소비자나 그 밖의 개인에게 구두로 권유하여 소비자로서 하여금 계약에 참여(채무자나 임차인으로서) 한 경우로서 당해장소에 현재하는 자에게 구두로 권유하기 위해서 이루어진 것이어야 하며, 이외의 요청에 따라 이루어진 것이 아니어야 한다. 할부거래업자와 신용제공자의 권유에 있어서 영업소외의 권유와 보조적 신용사업자의 권유를 금지하고 있다(CCL 48조, 154조)

이행되지 않은 계약은 채무자 또는 임대인이 서명하였다면, 그러나 채무자 또는 임대인이 서명한 문서가 효력 있는 계약으로 성사되지 않은 경우가 아닌 한, 계약서의 사본을 채무자 또는 임대인에게 지체 없이 전달하여야 한다(CCL 62조 1~2항). 계약서 제공의무가 제대로 준수하지 않은 경우, 합의가 제대로 이루어지지 않은 것으로 본다(CCL 62조 3항).

(2) 소비자 권리보호

CCL은 협상단계에서 계약체결단계에 이르기까지 완결된 계약서의 사본수령일 또는 철회권 행사에 관한 통지 받은 날로부터 5일, 미완결된 계약의 서명일로부터 14일 이내에 당사자 일방이 그 표시방법의 여하를 불문하고 장래의 계약에 대해 철회의 의사 표시를 표시한 서면 또는 구두의 통지를 다른 당사자에게 한 때는 철회로서의 효력을 가진다고 규정하고 있다(CCL 57조). 적합하게 철회된 경우에는 계약이 해제된 경우와 동일한 효력을 가지고, 당해 계약의 성립을 예상하여 이루어진 관련계약 및 그 밖에 거래도 소급해서 취소되어 무효로 된다(CCL 57~69조).

항변권에 있어서 할부거래업자, 신용제공자, 소비자 간의 3자간 계약에서 계약의 위반 또는 허위진술에 관하여 할부거래업자에게 대항할 수 있는 어떤 사유로든지 간에 소비자는 신용제공자에게도 똑같이 주장할 수 있다. 이 때 주목할만한 점은 신용제공자는 개별적 책임도 지지만 할부거래업자와 연대책임의 의무를 지게 된다는 점(CCL 75조 1항)과 이 조항은 소비자가 거래에 있어서 신용한도를 초과하거나 계약의 조건을 위반한 자임에도 불구하고 적용된다(CCL 75조 4항).

IV. 독일

1. 제도의 개괄

독일은 할부거래 내지 소비자신용에 관한 중요 규제는 별도의 단행법이 아니라 민법에 근거하고 있다. 이와 같은 규제 체계는 2002년 민법 개정에서 이루어진 것인

데, 이전에는 1991년 대금지급이 할부로 이루어지는 거래를 대상으로 한 할부거래법 (Abzahlungsgesetz)과 소비자에 대한 금융을 규율하는 소비자신용법 (Verbrauchercredit-gesetz)이 각각 제정되어 소비자 신용거래를 전체적으로 규율하는 입법체계를 취하고 있었다.

2002년 민법개정은 이상의 규율을 민법전에 통합하는 방식으로 이루어졌다. 그 배경에는 민법 자체의 개선과 정비의 목적도 있었지만, 소비자 보호의 사고가 민법에 반영된 결과로 이해할 수도 있을 것이다.²⁷⁾ 이러한 관점에서 2002년 민법의 개정은 소비자 신용뿐만 아니라 약관규제법을 포함한 소비자 보호를 위한 다양한 특별법을 민법에 포괄하였다. 법개정 과정에서 주된 쟁점 중의 하나는 소비자 보호 관련 법률을 민법의 편재 중 어디에 위치시킬지에 관한 것이었다. 소비자 보호의 문제는 민법 전반에 걸쳐 의미를 갖는 것이므로 민법총칙 편에 반영되어야 하는 입장과 소비자 문제는 구체적인 거래를 통하여 나타나기 때문에 채권편에서 다루어야 한다는 입장이 대립하였으며,²⁸⁾ 결국 최종적으로 채권편에 소비자 보호에 관한 규정을 두는 것으로 입법이 마무리되었다.²⁹⁾

민법 채권편 내에서의 법체계를 보면, 소비자 보호와 관련하여 일반적으로 요구되는 철회권(Widerrufsrecht) 등의 규정을 채권 총칙에 해당하는 위치에 두고, 소비자가 참여한 구체적인 거래에서의 규율은 각 전형계약에서 행하는 방식으로 구성되었다. 소비자 신용거래와 관련하여 보면, 소비자 신용에 관한 규율은 소비대차(Darlehn) 부분으로 종합하고 있으며, 특히 상품 공급과 관련하여 대금지급이 분할 방식으로 이루어지는 할부거래(Teilzahlungsgeschäfte)와 관련한 규율은 소비대차의 한 유형으로서 별도의 규정을 통하여 행하고 있다.

이와 같이 소비자 신용거래에 관한 규제를 민법에 수용한 것은, 이와 관련된 분쟁을 당사자의 자율에 기초한 사적인 방식으로 해결하려는 입법 의도를 담은 것이다. 따라서 우리나라 법체계에서 할부거래에 관한 규율이 기본적으로 공법적 성격을 포함하고 있는 별도의 법률에 의하여 이루어지고, 동 법률의 소관 부서인 행정기관이 규제에 있어서 우선적인 권한을 갖는 체계와는 구별되는 것이다.³⁰⁾

27) Eckhart Pick, "Der Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes", in Reiner Schulze und Hans Schulte-Nölke hrsg., Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Mohr Siebeck, 2001, 25면 이하 및 Tilman Reppen, Kein Abschied von der Privatautonomie, Ferdinand Schöningh, 2001, 27-29면.

28) 특히 이러한 논의는 약관규제법의 민법 편입을 중심으로 이루어졌는데, 이와 관련하여 Peter Ulmer, "Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk", JZ, 2001, 492-493면 참조.

29) 한편 소비자에 관한 정의와 관련하여, 제13조는 "소비자는 자신의 영업활동이나 독립적 직업활동에 속하지 않는 목적으로 법률행위를 하는 자연인을 말한다"고 규정하고 있다. 동 규정에서 소비자 정의의 의의에 관하여, Tilman Reppen, 주 28)의 책, 30면 참조.

30) 이와 같은 입법적 대응 방식의 차이에 관한 논의로서, 홍명수, "소비자보호의 계약법적 구성

2. 독일 민법상 할부거래에 관한 규제 내용

(1) 소비자 이익 보호

(가) 소비자계약

민법 제501조 및 제492조에 의하여 할부거래에 관한 계약은 서면으로 이루어져야 하며,³¹⁾ 제502조 제1항은 필수적 기재사항을 법정하고 있다. 즉 현금가격(1호), 선금 및 이자와 기타 비용을 포함하여 소비자가 지급할 모든 할부금의 총액으로서 할부가격(2호), 개별 할부금의 액, 횟수 및 이행시기(3호), 실질 연이율(4호), 할부거래와 관련하여 체결된 보험의 비용(5호), 소유권유보 또는 설정될 기타 담보의 약정(6호) 등이 원칙적인 기재사항이며, 통신판매에 의한 할부거래에 있어서는 텍스트 형식으로(Textform) 위에서 정한 내용의 정보가 사전에 제공된 경우에 예외를 인정하고 있다(502조 2항). 또한 계약이 서면에 의하여 이루어지지 않았거나 위에서 제시한 필수기재 사항 중 소유권 유보 또는 담보 약정에 관한 사항을 제외한 다른 사항이 결여된 경우에는 동 계약은 무효가 되지만, 소비자에게 물건이 인도되거나 급부가 이행된 경우에는 유효하게 존속한다.

할부가격 또는 실질 연이율의 흠결이 있는 경우에 현금가격에 부가되는 이자는 법정 이자율을 넘지 못하며, 현금가격이 명확하지 않은 경우 시장가격을 현금가격으로 본다. 나아가 실질연이율 또는 최초의 실질연이율이 너무 낮게 책정된 경우에, 할부가격은 그 비율에 따라서 감액된다(502조 3항).

(나) 소비자소비대차

할부거래에 있어서 소비자 소비대차계약의 준용도 이루어지고 있다. 우선 원칙적으로 제492조 제1항의 계약서면주의가 적용되며, 특히 계약서에는 순수대차금액, 경우에 따라서는 대차금의 최고한도(1호), 소비자 소비대차계약의 체결 시에 전체 존속기간에 대하여 그 총액이 확정된 때에는 차주가 대차금의 변제 및 이자나 기타 비용의 지급을 위하여 행하여야 할 분할 변제액의 총액, 한편 분할지급으로 변제될 수 있는 조건 변경이 가능한 소비대차의 경우에는 계약체결 시에 적용되는 소비대차조건에 근거한 총액(2호), 대차금의 반환방법, 또는 그 합의가 없을 때에는 계약종료에 관한 규정(3호), 이율 및 차주가 부담하여야 할 중개비용을 포함한 기타 모든 소비대차비용(비용의 액을 알고 있으면 개별적으로 기재, 그렇지 않은 경우에는 그 발생사유의 기재, 4호) 등이 필수사항으로 기재되어야 한다. 또한 소비대차계약에 있어서 실질 연이율의 최고한

과 한계”, 경제법론 I, 경인문화사, 2008, 489면 이하 참조.

31) 서면에는 제126조 제3항에 의하여 전자적 방식(Elektronische Form)에 의한 문서도 포함된다.

도와 사업자의 소비자에 대한 계약서 사본 제공의무 규정의 준용도 이루어지고 있다 (492조 2항 및 3항).³²⁾

(2) 소비자 권리 보호

(가) 소비자계약

할부거래에 있어서 소비자는 제503조 제1항에 의하여 철회권에 갈음하여 반환권을 행사할 수 있다.³³⁾ 사업자는 소비자의 대금지급 지체를 이유로 계약을 해제할 수 있는데, 이때 소비자는 계약으로 인하여 사업자가 지출한 비용을 상환하고, 가치감소를 고려하여 반환할 물건의 상환 가액을 산정하여야 한다. 그러나 사업자와 소비자 사이에 통상의 매도가액을 상환하기로 합의한 경우에는 이에 의한다(503조 2항). 또한 제504조는 소비자의 기한전 지급에 관한 규정을 두고 있는데, 소비자가 자신의 채무를 기한전 이행할 경우에 지급 금액은, 이행에 따라서 발생하지 않게 되는 이자 및 비용을 감액한 액수로 산정한다.

또한 할부거래에 있어서 소비자 역시 철회권을 가진다(495조 1항). 이와 같은 준용 방식에서 알 수 있듯이, 할부거래뿐만 아니라 소비자의 직접신용을 의미하는 소비대차에 있어서도 소비자에게 철회권이 인정되고 있다는 점에 주의를 요한다.³⁴⁾ 이 외에도 소비자의 대항사유 포기 금지 및 인적 항변의 단절이 수반하는 어음·수표의 지급 금지(496조), 지연이자의 취급 및 변제충당의 방식(497조) 그리고 소비자의 할부대금 지체에 있어서 사업자의 계약해지와 전액이행청구 등에 관한 규정(498조)도³⁵⁾ 준용된다. 특히 제497조 제1항에 의한 연체이자율은 원칙적으로 제288조 제1항에 의하는데, 기본이자율에 5%를 더한 것으로 한다.

끝으로 이와 같은 할부거래에 관한 규정의 적용이 제외되는 것에도 주의를 요하는데, 이는 제499조 제3항에 의하여 제491조 제1항 및 제2항이 준용됨으로써 구체화된다. 특히 중요한 것은 실제 지급되는 대차금(할부거래에 있어서는 할부금액)이 200유로 이하일 때, 적용이 제외되는 것이다. 동 규정은 민법 개정 이전 할부거래법에서는

32) 제492조 제2항에서 실질 연이율의 최고한도는 '가격표시 규제에 관한 명령'(Verordnung zur Regelungen der Preisangaben) 제6조에 의한다.

33) 소비자 계약에 있어서 소비자의 반환권(Rückgaberecht)과 관련하여, 민법 제356조 제1항에 의하여 법률에 명시적 규정이 있는 경우 소비자는 철회권에 대신하여 반환권을 가질 수 있는 것으로 규정하고 있다.

34) 동 규정의 의의에 관하여, Dieter Slama, Christoph Godefroid & Franz Josef Scholz, Verbraucherkreditverträge, C. H. Beck, 2008, 155-157면 참조.

35) 대금지급 지체로 인한 할부거래계약 해지는, 소비자가 최소 2기 연속으로 할부금의 전부 또는 일부를 지체하고, 지체액이 할부금 총액의 10%, 존속기간이 3년 이상인 경우에는 5%에 해당할 것(498조 1항 1호), 그리고 사업자가 소비자에게 지체 금액의 변제를 위하여 2주의 기간을 정하여 동 기간 내에 지급이 없으면 잔여채무 전부를 청구할 것임을 표시하고 그 기간이 도과할 것(498조 1항 2호)의 요건이 충족되어야 한다.

존재하지 않았던 것이며, 이러한 적용제외 기준이 타당한 것인지에 관하여 논의의 여지가 있다.³⁶⁾

(나) 소비자소비대차

할부거래에 관한 소비자계약에 관한 일반 규정과 소비자신용을 포함하고 있는 소비대차계약에 관한 규정이 준용되고 있다. 제501조에 의하면, 우선 소비자계약 일반에 관한 제358조와 359조가 준용된다. 특히 동 규정들은 소비자의 소비대차 계약과 다른 물품 제공 등에 관한 계약이 결합된 경우(Verbundene Verträge)를 규율하고 있는데, 소비자가 물품 제공 등에 관한 계약을 철회한 경우에 소비자 소비대차계약에 관한 의사표시에 구속되지 않으며(358조 1항), 마찬가지로 소비자 소비대차계약에 관한 의사표시를 철회한 경우에는 물품 제공 등에 관한 의사표시에 구속되지 않는다(358조 2항). 한편 이와 같은 결합 계약의 존부를 판단하는 기준으로 경제적일체성(Wirtschaftliche Einheit) 개념이 제시되고 있는데, 제358조 제3항 1문은 물품 제공 등에 관한 계약과 소비자 소비대차계약에 있어서 대차금의 전부 또는 일부가 물품 제공 등에 관한 계약의 자금 조달에 기여하고 또한 양자가 경제적 일체를 이루는 경우에는 결합계약에 해당하는 것으로 규정하고 있다. 특히 사업자가 소비자의 반대급부의 자금을 융자한 때 또는 소비대차에 있어서 대주가 소비자 소비대차계약 준비 또는 체결 과정에 사업자의 협력을 이용한 때에는 경제적일체성이 인정된다(358조 3항 2문). 또한 제359조에 의한 대항사유의 확대도 중요한데, 소비자가 결합계약상 대항사유에 기하여 자신의 급부 이행을 거절할 경우에, 소비대차계약에 있어서 대차금 반환도 거절할 수 있다.

V. 일본

1. 제도의 개괄

일본은 우리나라와 같이 할부거래에 대하여 별도의 법률을 가지고 있다. 1961년에 제정된 割賦販賣法은 도입될 당시 할부거래 산업, 특히 그 중에서도 할부판매업을 행하는 중소기업의 건전한 발전과 육성을 주목적으로 제정되었다. 그 이후 소비자 문제가 점점 중요한 이슈로 부각되자 철회제도 및 항변제도 등 점차 소비자보호규정이 추가되면서 소비자법적인 성격을 띠게 되었다.³⁷⁾ 이러한 연유로 일본의 할부판매법은 거

36) Dieter Medicus, Schuldrecht II, C. H. Beck, 2004, 66면 참조.

37) 日本弁護士連合會 編, 消費者法講義 第2版, 日本評論社, 2007. 174면(池本誠司 집필부분); 김성천·노영화·백병성, 주 8)의 보고서, 73면.

래질서규제법적인 성격과 산업규제법적 성격을 모두 포함하고 있다. 우리나라의 법제도와 비교하여 보면 할부거래법과 여신전문금융업법을 혼합한 형태로 이해할 수 있다.

할부판매법은 중소기업의 육성을 목적으로 하는 법이었기 때문에 소비자보호 규정이 다소 부족하였다. 이후 1972년 철회권제도가 도입되고, 1984년 항변권 규정이 도입되면서 점차 소비자보호법으로서의 면모를 갖추기 시작하였다. 최근 2008년에는 방문판매 등에서의 할부거래 문제점을 개선하고자 전반적인 법개정이 이루어졌는데, 방문판매 등에서의 할부거래를 따로 유형화 하여 ‘개별신용구입알선’을 신설하고, 개별신용구입알선거래의 신용제공자 책임을 크게 강화하였다.³⁸⁾

2009년 이후의 할부판매법은 악덕상행위의 근절을 위하여 방문판매, 전화권유판매, 다단계마케팅, 특정계속적용역제공 및 업무제공유인판매거래(이하 “특정상거래”라 한다)에 대한 규제사항을 두었다.³⁹⁾ 이 특정상거래와 관련된 할부거래를 하는 경우를 ‘개별신용구입알선’이라는 유형으로 별도로 만들어서 특정상거래와 할부거래방식이 결합되었을 때에 대한 규제를 강화하였다.

2. 일본의 할부거래법 상 주요내용

(1) 소비자 이익보호

할부거래법은 론제휴판매업자,⁴⁰⁾ 신용구입알선업자에게 계약을 체결하기 전에 판매조건의 표시의무를 정하고 있다(29조의2, 30조, 35조의3의2). 론제휴판매업자의 경우, 상품·권리·용역(이하 ‘목적물’이라 통칭한다)을 판매 또는 제공하기 위해 카드 등을 소비자에게 교부하거나 부여하고자 할 때, 즉 계약 체결 전에, 상품·용역의 판매조건 및 용역의 제공조건이 기재된 서면을 소비자에게 교부하여야 한다. 그 내용은 ① 각 거래

38) 日本弁護士連合會 編, 消費者法講義 第4版, 日本評論社, 2013. 165면(池本誠司 집필부분).

39) 박광동, “일본의 할부판매법 개정안에서의 신용거래의 적정화”, 외국법제정보, 한국법제연구원, 2008, 110~111면.

40) 우리나라가 할부거래를 ‘직접할부거래’와 ‘간접할부거래’ 두 가지 유형으로 정의하는 것과는 달리, 일본은 할부판매(割賦販賣), 론제휴판매(ローン提携販賣), 신용구입알선(信用購入あっせん) 등의 3가지 유형으로 구분하고, 신용구입알선은 ‘포괄’신용구입알선(包括信用購入あっせん)과 ‘개별’신용구입알선(個別信用購入あっせん)으로 나뉜다. 계약참가방식으로 구분하여 보면 할부판매가 할부거래업자와 소비자 간의 2자간 계약방식인 직접할부거래에 해당하고, 론제휴판매와 신용구입알선이 할부거래업자, 소비자 그리고 신용제공자가 참가하는 간접할부거래의 형태이다.

“할부판매”는 직접할부거래로서 할부거래업자가 직접 소비자의 대금을 2개월 이상의 기간에 걸쳐 3회 이상 분할하여 수령하는 것을 조건으로 목적물을 판매하는 것을 말한다(2조 1항). “론제휴판매”는 간접할부거래로서 소비자가 대금의 지급을 위하여 신용제공자로부터 금전을 일정기간 분할상환의 방법으로 차용하되, 할부거래업자가 소비자의 차입금 채무를 보증하여 목적물을 판매하는 것을 말하는 반면(2조 2항), “신용구입알선”은 소비자가 목적물을 구매할 때 신용제공자가 할부거래업자에게 대금을 교부하고, 소비자로부터 대금을 분할로 수령하는 것을 말하며, 카드 등의 수단이 사용되면 ‘포괄’, 그렇지 않으면 ‘개별’신용구입알선으로 구분된다(2조 3~4항).

에 해당하는 상품 등의 대금의 지급시기(기간) 및 회수, ② 론제휴거래의 경우에는 차입금의 이자·포괄신용구입알선거래의 경우에는 알선 수수료의 이율, ③ 그 밖에 열거하지 아니한 경제산업성령에서 정하는 사항 등을 기재하여야 한다.

할부계약을 체결한 경우, 신용제공자인 론제휴판매업자와 신용구입알선업자는 일정한 사항을 기재한 서면을 소비자에게 제공하여야 한다. 일본의 법제도는 할부거래 유형에 따라 서면교부의무를 각각 규정하고 있으며, 따라서 그 기재내용도 달리한다(제29조의3, 제30조의2의3, 제35조의3의9). 포괄신용구입알선을 할부식으로 할 경우 소비자의 지불총액(1호, 수수료를 포함한 금액), 할부금과 지급시기 및 방법(2호), 기타 시행령에서 정하는 사항(3호)을 계약 체결 즉시 서면으로 제공하여야 한다(30조의2의3 1항). 포괄신용구입알선을 리볼빙식으로 할 경우 현금가격(1호), 변제금의 지불방법(2호), 기타(3호) 등을 지체 없이 서면으로 교부하여야 한다(30조의2의3 2항).

특히 법이 개정되면서 개별신용구입알선업자에게는 청약할 때와 계약을 체결할 때 모두 서면교부의무를 부과하고 있으며, 약덕상행위 피해의 구제방법으로 신용제공자가 할부거래업자와 소비자 간의 계약내용을 파악해야 하는 의무를 부과하고 있다.

한편, 할부거래업자에게도 서면교부의 의무가 부여되어 있다. 포괄신용구입알선거래의 경우, 할부거래업자는 소비자와 계약을 체결하는 때에 목적물의 현금가격(1호), 목적물의 이전·제공시기(2호), 계약의 해제에 관한 사항(3호), 기타(4호) 등을 서면을 소비자에게 교부하여야 한다(30조의2의3 4항). 개별신용구입알선거래의 할부거래업자는 더욱 상세한 내용을 소비자에게 제공해야 한다. 개별신용구입알선거래의 할부거래업자는 포괄신용구입알선거래의 할부거래업자의 서면의무사항에 추가적으로 목적물의 종류(1호), 지불총액(2호), 할부금과 지불시기 및 방법(3호), 목적물의 이전·제공시기(4호), 특정상거래에 따른 제공 상품 등에 관한 기본적인 조건 및 사항(5~7호), 계약해제에 관한 사항(8호) 등을 기재하여야 한다.

론제휴판매업자 및 신용구입알선업자는 상품 등에 대하여 광고를 할 경우에는 계약 체결 전 판매조건 표시의무에 해당하는 사항 및 경제산업성령에서 정하는 사항을 표시하여야 한다(29조의2 3항, 30조 3항, 35조의3의2 3항).

(2) 소비자의 권리보호

철회권과 관련하여, 구법에서는 할부거래의 모든 유형에서 철회권 제도를 규정하였다. 그러나 법 개정 이후에는 론제휴판매거래의 철회권(29조의3의3)을 삭제하였다. 본래 철회권은 할부판매법에서 처음 규정하였는데, 이후 특정상거래에 관한 상법에서 철회권을 도입하여 할부거래법에서 철회권을 적용할 경우가 거의 적어졌기 때문이다.⁴¹⁾ 따라서 개정법은 신용계약에서의 철회권 규정은 특정상거래에 대한 각각의 법에서 규정하기로 하고 대부분의 철회권 규정을 삭제하고, 다만 개별신용구입알선에서만 철회

41) 日本弁護士連合會 編, 주 38)의 책, 178면(池本誠司 집필부분).

권 규정을 남겨두었다(35조의3의10).

이 경우 소비자는 계약체결시 할부거래업자 혹은 신용제공자가 교부한 서면을 수령한 날로부터 기산하여 8일 이내에 서면으로 청약을 철회할 수 있다. 개별신용구입알선업자는 청약철회의 서면을 소비자로부터 수령한 때에 지체 없이 할부거래업자에게 그 사실을 통지하여야 한다(35조의3의10 5항). 철회권의 행사방법은 신용제공자 및 할부거래업자(또는 개별신용구입알선업자)에 대해 각각 철회통보를 하는 방법도 있지만, 신용제공자에게만 통보해도 할부(판매)계약에 철회권의 효력은 나타난다. 신용제공자에게만 철회권을 행사했다고 할부계약이 유지되는 사태는 당사자의 합리적 의사에 반하기 때문이다.⁴²⁾ 소비자의 철회권 행사로 개별신용구입알선거래가 무효가 되면, 할부거래업자와의 판매계약은 청약철회 서면의 발송 시에 해제된 것으로 간주한다. 그리고 할부거래업자와 신용제공자는 철회권 행사로 인한 손해배상을 소비자에게 청구할 수 없으며, 이미 할부금의 일부를 지급받았을 때는 소비자에게 반환하여야 한다(35조의3의10 6~7항).

항변권과 관련해서, 1984년 법 개정 이전에는 할부계약과 신용제공계약은 별개의 계약이기 때문에 한쪽 계약의 종료가 다른 쪽에 영향을 미치지 않도록 항변절단의 조항이 있었다. 그러나 신용계약의 거래실태는 신용제공자와 할부거래업자와의 가맹점 계약 등의 존재, 소비자의 의사로는 할부계약의 종료로 더 이상 신용제공자에 대한 지급을 거절할 것으로 기대한다는 점, 소비자는 할부거래업자가 경제적 능력이 있는지 여부를 일회적인 거래에서 파악할 만한 능력을 갖추지 못하다는 점 등을 이유로 소비자 보호의 관점에서 1984년에 항변권 규정을 신설하였다.⁴³⁾

항변권을 행사하려면 문제휴판매 또는 신용구입알선이어야 한다. 직접할부거래인 할부판매는 할부금의 청구자가 곧 판매자이므로 항변의 대항 규정이 필요치 않다. 그리고 할부거래업자에 대한 항변사유가 있어야 한다. 이 항변사유는 할부계약과 무관하게 우연히 생긴 반대채권은 해당하지 않는다. 그러나 동시이행항변권은 항변사유에 해당한다.⁴⁴⁾ 다만, 4만엔 미만의 소액거래에서는 항변권을 인정하지 않는다.

항변권을 행사하면 소비자는 할부거래업자에 대한 사유를 가지고 신용제공자의 할부금 지급청구에 대하여 대항할 수 있다(29조의4, 30조의4, 30조의5, 35조의3의19). 이와 다르게 소비자에게 불리하게 체결한 특약은 무효이다. 항변권 행사의 범위는 미지급금의 장래에 대한 지급거절의 항변이다.

(3) 신용에 관한 규제

구 할부판매법에서도 “신용제공자는 소비자에게 신용을 부여할 때 신용정보기관을 통해 얻은 정확한 신용정보에 근거하여야 하고, 그에 따라 소비자가 지불하게 되는 할

42) 위의 책, 179면(池本誠司 집필부분).

43) 위의 책, 182~3면(池本誠司 집필부분).

44) 위의 책, 182면(池本誠司 집필부분).

부금 등이 소비자의 지불능력을 초과한다고 인정되는 할부판매 또는 론제휴판매를 하지 아니하도록 노력하여야 한다(舊法 38조)”는 규정이 있었다. 그러나 이것은 추상적이어서 신용제공자들이 실천하는 데 있어서 실효성이 부족하다는 지적이 있어왔다.⁴⁵⁾

이에 개정법에서는 신용구입알선계약에 있어서 구체적으로 신용제공자에게 개별지불가능예상액을 조사하고 그에 근거한 신용을 제공할 것을 요구하고 있다. 따라서 신용구입알선계약의 신용제공자는 소비자의 연수입, 예금, 신용구입알선에 관련된 채무의 지불상황, 차입상황 그 밖에 이용자의 지불가능예상액을 산정하기 위해 필요한 사항으로서 경제산업성령·내각부령에서 정하는 것을 조사하여야 한다. 그리고 이 자료에 기초하여 산정한 포괄(개별)지불가능예상액에 경제산업대신 및 내각총리대신이 정하는 비율을 곱하여 구한 금액을 초과하는 때에는 포괄신용구입알선의 경우에는 그 카드 등을 교부·부여하거나 한도액을 증액하여서는 안 되고, 개별신용구입알선의 경우에는 계약을 체결하여서는 안 된다고 규정하고 있다(30조의2 ~ 30조의2의2, 35조의3의3 ~ 35조의3의4).

산정된 지불가능 예상액을 초과하는 신용제공은 금지된다고 규정하고 있지만 이를 강제할 수단이 없어 그 실효성은 여전히 문제될 것으로 보인다. 다만, 민사적으로 위반이 현저한 경우 신의칙에 의한 청구권의 제한 또는 손해배상을 청구할 수 있을 것으로 보인다.⁴⁶⁾

구법에서부터 신용제공자에게 할부거래업자(가맹점)의 조사·관리를 하도록 규정되어 있었지만 법적강제력은 없어 그 실효성이 부족하였다. 개정법은 특정상거래에 있어서 악질적인 상행위가 계속되는 바, 이런 악덕상행위의 근절을 위하여 개별신용구입알선에서의 신용제공자가 할부거래업자(가맹점)에 대해 경제산업성령·내각부령에서 정하는 사항을 조사하도록 규정하고 있다(35조의5의5조). 할부거래업자가 부적절한 권유행위를 통한 판매를 할 경우 신용계약을 금지시키고 있으며(35조의3의7조), 소비자불만이 접수된 경우 가맹점을 조사하여야만 하고(35조의3의20), 이를 위반할 경우 행정처분의 대상이 된다(35조의3의21). 포괄신용구입알선거래의 경우에는 조사의무가 없지만 소비자불만이 접수되었을 때에는 조사할 의무가 있다(30조의5의2).

할부판매업자, 론제휴판매업자, 포괄신용구입알선업자 또는 개별신용구입알선업자 또는 이들의 임원 또는 직원은 소비자의 지불능력에 관한 사항의 조사 이외의 목적을 위해 신용정보기관에 신용정보의 제공을 의뢰하거나 신용정보기관으로부터 제공 받은 신용정보를 지불능력에 관한 사항의 조사 이외의 목적에 사용하거나 제3자에게 제공하여서는 안 되며, 신용정보기관은 신용정보를 이용자 또는 구입자 또는 용역을 제공 받는 자의 지불능력에 관한 사항의 조사 이외의 목적을 위해 사용하여서는 안 된다(39조).

45) 위의 책, 173면(池本誠司 집필부분).

46) 위의 책, 175면(池本誠司 집필부분).

VI. 결어: 규제개선을 위한 제언

각 나라별로 입법체계도 다르고, 그 법률이 연유한 목적도 다르지만 대부분이 이와 같거나 비슷한 규정들을 두고 있으며, 간접할부거래를 ‘소비자신용’이라는 범주 안에서 체계적으로 다루려는 시도들이 있어왔다. 따라서 신용정보에서 채권추심에 대한 부분까지 하나의 소비자신용법 체계 내에서 다루어지고 있다.

이와 비교하였을 때, 우리나라는 할부거래와 관련하여 상당히 많은 법률에 그 근거가 산재해있다. 또한 이러한 법들이 모두 소비자와 관련된 기본법이 아닌 ‘특별법’의 형태로 제정되다보니 구체적인 사업 영역들에 대한 규제법이 생성되고, 이것은 사업자들의 영업이익과 직결되어 사업자들이 법률의 제정과정에 적극적으로 참여하고 있다. 이론적으로 규제는 그 내용이 생산자들의 이익을 보장하는 방향으로 구성되는 경향이 있는데,⁴⁷⁾ 이와 같은 맥락에서 할부거래법은 소비자보호를 경시하거나 지나치게 소홀히 취급하는 것은 아니지만 다소 사업자에 편향적인 측면이 있다. 할부거래법 제정 당시 여신전문금융업자들, 특히 신용카드업자들이 할부거래법 제정의 부당성에 대해서 항변해왔고,⁴⁸⁾ 제정당시 소비자가 항변권을 행사할 수 있는 사유가 크게 제한되었던 점 등으로 미루어 보아 사업자의 영향력이 크게 작용한 것으로 사료된다.⁴⁹⁾

이러한 점에서 독일이 ‘소비자’ 개념을 민법에서 정하고 있다는 것은 주목할 만하다. ‘소비자’를 민법에서 보호한다는 것은 소비자보호가 ‘특별히’ 주어지는 것을 넘어서 ‘원래부터’ 보호받아야 하는 것을 내포하기 때문이다.⁵⁰⁾ 물론 독일이 민법에 소비자 개념을 도입한 것은 그들만의 법문화적 양식과 사유에 의한 결단이므로 우리나라에서 이러한 체계를 도입하려면 여러 측면에서의 검토가 필요할 것이다.⁵¹⁾ 물론 단지 독일이 실

47) 이와 같이 규제는 피규제자들의 수요에 의해 만들어진다고 보는 이론을 포획이론(Capture Theory)이라고 하며, 이에 관하여 상세한 내용은, Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge, Understanding Regulation, Oxford Univ. Press, 2013, 43~44면.

48) 제정 당시 신용카드업계는 할부기간 및 연간수수료 등을 정보로 제공하고 서면으로 거래하도록 한다면 신용카드의 편리성에 저해되며, 소비자의 항변권을 인정하면 책임이 없는 신용카드사에게 책임을 부담시키는 것이 되어 부당하다는 의견서를 발표하였다. 매일경제, “방판, 할부거래 특별법제정 진통”, 1991. 9. 14.

49) 이것은 비단 우리나라만의 문제는 아니다. 독일연방대법원의 1978~80년대에 축적된 항변권 대항의 법리에 관하여 신용제공자의 ‘입장개진으로 그 의미가 매우 희석되어’ 버려 ‘소비자보호의 관점에서 적절치 못하다는 의견이 있다. 전광백, “금융할부매매와 항변권대항-독일판례 이론을 중심으로”, 원우론편 제18권, 연세대학교대학원총학생회, 1991, 149면.

50) 이와 관련하여 일본에서도 소비자나 사업자개념을 민법에 편입하자는 논의가 계속되고 있는데, 이에 관하여는 角田 美穂子, “日本における契約法の現代化動向と展望”, 부산대학교 법학연구 제52권, 부산대학교 법학연구소, 2011, 152~3면 및 156~7면 참조.

51) 이에 관하여 간접할부거래를 민법에 도입하고자 하는 논의가 전개된 바 있는데, 그에 따르면 간접할부거래를 소비자신용법이라는 중간단계를 거치지 않고 곧바로 민법전에 편입하는 것은 한계가 있다는 지적이다. 간접할부거래는 일시불 거래라도 할부거래처럼 신용제공자로부터 신용을 제공받게 되는 ‘소비자신용’의 의미가 ‘대금의 분할 납부’라는 할부거래의 특징적 양상보다 더 강하기 때문에, ‘소비자신용’의 체계를 조금 더 끈고히 한 후 민법에 편입시

시한다는 이유만으로 우리나라에서도 그 제도를 도입하여야 하는 것은 아니지만, 앞으로 우리나라에서도 소비자에 대한 근본적인 인식이 정립되어야 할 필요가 있으며, 이는 무엇보다 기본적인 ‘법원칙’으로서 형성되는 것이 바람직하다는 점에서 독일의 입법 방식에 주의를 기울일 필요가 있다. 따라서 그것이 민법체계가 됐든, 소비자신용법체계가 됐든 간에 소비자는 그 자체로 보호를 받아야 한다는 사고가 내제된 법체계를 만들어 나가는 것이 중요하다.

그럼에도 불구하고 할부거래에 관한 독자적인 법률을 제정하여 운영하는 것은 그 나름대로의 가치가 있다. 특히 소비자신용법에서 규율하지 못하는 각 거래내용의 특이사항을 규제할 수 있다는 점에서 독자적인 할부거래법 체계도 의미 있게 평가받아야 한다. 거시적으로는 소비자법의 체계를 강구하고, 구체적으로는 소비자신용법에 관한 체계를 세워야 하겠지만, 그보다 앞서 현재 실행되고 있는 규제와 관련하여 소비자보호의 관점에서 문제는 없는지, 만약에 있다면 문제가 무엇이고 어떻게 해결해야 할지 진단할 필요가 있다.

우리나라의 할부거래법과는 달리, 일본의 할부판매법에서는 할부거래의 유형별로 하나의 장을 구성하고, 유형에 따라 보호 및 규제내용들을 각각 규정하고 있다. 할부거래의 각 유형마다 특성이 달라 나타나는 거래관계도 다르고, 그에 따라 부과되는 권리·의무들도 다르다는 점에서 법률의 내용도 유동적으로 규정할 수 있다. 중복되는 내용은 준용규정을 만들어 법률이 너무 방대해지는 것을 방지하였다.

대부분의 할부거래는 간접할부거래가 차지한다고 말하여도 지나치지 않은 시대에 우리나라의 법률구성방식은 간접할부거래를 효과적으로 규제하지 못하고 있다. 규제의 실효성을 높이는 측면에서 규제의 중심을 간접할부거래로 옮기는 것이 필요하다. 일본과 같이 직접할부거래에 대한 규정과 간접할부거래에 대한 규정을 별도로 입법하는 것이 가장 바람직하겠지만, 그 정도의 수준이 아니라고 하더라도 간접할부거래에 대한 일반적인 권리·의무를 규정하고, 단서로 직접할부거래의 경우 해당되거나 해당되지 않는 것들을 나열하는 것이 바람직해 보인다.

킬 필요가 있다고 한다. 더욱 자세한 내용은 김성천, “할부거래법의 민법편입문제”, 소비자와 민법, 세창출판사, 2010, 254~255면 참조.

[참고문헌]

- 권오승, 경제법, 법문사, 2013
- 김성천·노영화·백병성, 할부거래계약의 운용실태조사 및 개선방안 연구, 공정거래위원회 연구용역 보고서, 2000
- 김성천, “할부거래법의 민법편입문제”, 소비자법, 세창출판사, 2010
- 김형수, “영국 2006년 소비자신용법의 개정”, 외국법제정보, 한국법제연구원, 2007
- 김문환, “미국소비자신용의 최근 동향”, 법학논총 제22권, 국민대학교 법학연구소, 2010
- 박광동, “일본의 할부판매법 개정안에서의 신용거래의 적정화”, 외국법제정보, 한국법제연구원, 2008
- 문태현·정고운, 영국의 소비자정책이슈 및 소비자보호 자율규약 승인제도 연구, 한국소비자보호원, 2008
- 원용수, “특수거래관련 법령정비방안에 관한 고찰”, 사회·교육과학연구 제9권, 숙명여자대학교 사회교육과학연구소, 2006
- 이기종, “소비자신용 관련 법제의 개선방안”, 홍익법학 제13권, 홍익대학교 법학연구소, 2012
- 장정환, 미국의 소비자신용보호법, 한국은행 은행감독원, 1989
- 전광백, “금융할부매매와 항변권대항-독일판례이론을 중심으로”, 위우론집 제18권, 연세대학교대학원총학생회, 1991
- 정소민, “소비자신용법제에 관한 연구”, 법학연구 제12호, 인하대학교법학연구소, 2009
- 최신애·여정성, “미국의 신용카드관련 소비자행동 및 소비자정보공개정책에 대한 소비자평가연구”, 소비자학연구 제19권, 한국소비자원, 2008
- 홍명수, “소비자보호의 계약법적 구성과 한계”, 경제법론 I, 경인문화사, 2008
- 角田 美穂子, “日本における契約法の現代化動向と展望”, 부산대학교 법학연구 제52권, 부산대학교 법학연구소, 2011
- 日本弁護士連合会 編, 消費者法講義 第2版, 日本評論社, 2007
- 日本弁護士連合会 編, 消費者法講義 第4版, 日本評論社, 2013
- Baldwin, R., Cave, M., & Lodge. Martin., Understanding Regulation, Oxford Univ. Press, 2013
- Bevans, N. R., Consumer Law & Protection, Carolina Academic Press, 2011
- Comptroller of the Currency(Consumer Compliance Examination), Truth in Lending, Comptroller's Handbook, 2008
- Consumer Financial Protection Bureau, CFPB Consumer Laws and Regulations, CFRB, 2013
- Krause, S., “The Trust in Lending Act: A Case for Expanding Assignee Liability”, Santa Clara Law Review v. 49, 2009
- Laytons Solicitors, Hire Purchase and Leasing Transactions, Laytons Solicitors, 2004
- Mawrey QC, R., & Riley-smith, T., Blackstone's guide to The Consumer Credit Act

- 2006, Oxford Univ. Press, 2006
- Medicus, D., Schuldrecht II, C, H, Beck, 2004
- Pick, E., "Der Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes", in Reiner Schulze und Hans Schulte-Nölke hrsg., Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Mohr Siebeck, 2001
- Pridgen, D., & Alderman, R. M., Consumer Credit And The Law(2010-2011 Edition) vol. 1, Thomson Reuters, 2010
- Ramsay, I., "Construction of Overindebtedness in the UK", Consumer Credit, Dept & Bankruptcy, HART Publishing, 2009
- Reppen, T., Kein Abschied von der Privatautonomie, Ferdinand Schöningh, 2001
- Slama, D., Godefroid, C. & Scholz, F. J., Verbraucherkreditverträge, C, H, Beck, 2008
- Ulmer, P., "Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk", JZ, 2001

[ABSTRACT]

A Comparative Study on Consumer Credit

Sarah, Bae*

The purpose of this paper is to scope out improvements in terms of consumer protection with regard to the regulation of Indirect Installment Transaction as looking at regulations about Installment Transactions and consumer credit(sales credit) in foreign countries. In the United States, Britain and Germany, the Installment Transactions deals with the Act on 'consumer credit.' On the other hand, in Japan, Installment Transactions Act was enacted independently. Name of the regulations and the details may be different by individual countries, but sales credit is protected. Accordingly, credit providers as well as traders of installment should provide information of more than certain levels by these law. And consumers have the right of plea against both credit providers and traders of installment.

Although Indirect Installment Transaction is very popular due to universalization of credit card lease, etc, Act on Installment Transactions of Korea do not effectively protect consumers on Indirect Installment Transactions. Therefore, our regulation will be improved to realize a consumer protection by reference to legislation case on consumer credit of foreign countries.

<Key words>

Installment Transaction, Indirect Installment Transaction, Consumer Credit, Sales Credit, Consumer Protection

* Ph.D. Candidate in College of Law at Myongji University

협동조합법제에서 좋은 지배구조를 위한 이사회 구성 -생협사례를 중심으로-

송재일*

논문요지

이사회 구성은 협동조합 지배구조의 핵심문제이다. 협동조합의 생존에 있어 가장 큰 위협은 이사회가 잘 운영되지 못하는 것이다. 효과적인 협동조합 지배구조에 적극적으로 참여하는 것은 협동조합 조합원이 하는 매우 중요한 작업이다. 어떤 유형이든지 간에, 모든 협동조합은 1인1표라는 기본 전제를 공유한다. 하지만 연합회 단계에서는 반드시 1인1표 원칙이 지켜지는 것은 아니다. 모든 협동조합 조합원은 이사회 선출에 있어 평등하며 사업의 판매, 합병, 해산, 내규 변화와 같은 협동조합의 미래에 영향을 미치는 중요한 결정은 반드시 투표를 통해 결정하도록 법적으로 보장되어야 한다.

협동조합 연합회의 이사회를 어떻게 구성할 것인가와 관련하여 볼 때, 여러 기준이 있을 수 있지만 필자는 대표성, 독립성, 전문성, 효율성이라는 4가지 기준을 제시하여 보았다.

첫째, 연합회 이사회는 조합을 대표하는 것이 아니라 전체 조합원을 대표할 필요가 있다는 것이다. 이는 국회의원이 지역구가 아닌 국민 전체를 대표하는 것과 동일하다.

둘째, 연합회 이사는 자신의 조합과는 독립하여 행동해야 한다. 즉, 연합회라고 하는 독립적 기관의 이사라는 점이다. 이는 대표성에서 비롯된 성질이며, 직무와 관련된다.

셋째, 연합회 이사는 전문성을 갖추어야 하는데, 경영책임자와 소통할 수 있고 이를 감독할 수 있는 안목과 지식을 함양해야 한다. 그래서 원외이사제도를 도입할 필요가 있다.

넷째, 협동조합 이사회는 이사회 운영에서 집단적 의사결정비용이 지나치게 높지 않게 구성해야 효율성을 도모할 수 있다. 협동조합에서는 집단적 의사결정이 아니라 집단지성에 따른 의사결정이 되는 것이 조합원자치를 위해 핵심인데, 이때에도 영향력비용(influence cost)을 어떻게 낮추느냐가 관건이기 때문이다.

검색용 주제어 : 소비자협동조합법, 좋은 지배구조, 의사결정구조, 협동조합 이사회

논문접수: 2016. 06. 25. 심사개시: 2016. 07. 03. 게재확정: 2012. 07. 13.

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서론

이사회 구성은 협동조합 지배구조의 핵심문제이다. 협동조합의 생존에 있어 가장 큰 위협은 이사회가 잘 운영되지 못하는 것이다. 효과적인 협동조합 지배구조에 적극적으로 참여하는 것은 협동조합 조합원이 하는 매우 중요한 작업이다. 어떤 유형이든지 간에, 모든 협동조합은 1인1표라는 기본 전제를 공유한다. 하지만 연합회 단계에서는 반드시 1인1표 원칙이 지켜지는 것은 아니다. 모든 협동조합 조합원은 이사회 선출에 있어 평등하며 사업의 판매, 합병, 해산, 내부규범의 개정과 같은 협동조합의 미래에 영향을 미치는 중요한 결정은 반드시 투표를 통해 결정하도록 법적으로 보장되어야 한다.

이 글에서는 협동조합 중 생협(연합회)의 지배구조에서 이사회 구성을 둘러싼 문제를 살펴보는데, 먼저 협동조합 지배구조는 기업지배구조와 유사점도 있지만 이용자소유기업, 1인1표로 인한 인적 통제에서 비롯된 특수성도 있다는 점을 검토하고(2장), 협동조합의 지배구조에서 핵심적인 부분이 이사회 개혁에 있다는 점을 들고(3장), 국내의 아이쿱생협연합회, 한살림연합, 행복중심생협연합회, 대학생협연합회 등 실지 사례를 보고(4장), 시사점을 도출하는 순서로 전개하고자 한다. 실지 국내사례에서는 각 생협연합회의 담당 임직원에 대한 전화면담기법을 사용하였는데, 아무래도 시간의 제약과 필자의 과문 때문에 충분히 논의를 이끌지 못한 한계도 노출하였다.

II. 협동조합의 좋은 지배구조(good co-operative governance)

1. 협동조합에서 발생하는 기업지배구조 문제

(1) 기업지배구조

기업지배구조 문제는 다수의 사람들로부터 자금을 조달하여 대규모 기업을 설립함에 따라 소유와 경영의 분리문제가 제기되면서 나온 주인-대리인 문제(principal-agent problem)와 결부되어 있다.¹⁾ 따라서 기업지배구조문제는 사실상 주식회사가 등장하면서 서부터 논의되었다.

일반적으로 기업지배구조(企業支配構造, corporate governance)란 “기업의 방향과 목표를 설정하고 이해관계자의 이익을 고려하면서, 기업의 효율성과 수익성의 극대화, 주주가치나 조합원가치의 극대화를 달성하도록, 전문 경영인을 선임하고 경영자를 통

1) 대리인(비용) 문제는 Berle & Means, The Modern Corporation and Private Property, 1932에서 이미 부각되었다.

제·관리하는 법적, 제도적 메커니즘”을 의미한다. 넓은 의미로는 주주(조합원), 경영자 뿐만 아니라, 채권자, 근로자, 소비자, 지역 주민 등 기업의 이해관계자들 간의 이해관계를 조정하고 이들 각 집단의 권한, 책임 등을 규율하는 제도적 장치와 운용체계를 말한다. 좁은 의미로는 주주(조합원)와 경영자를 중심으로 한 주인-대리인 문제를 해결하는 매커니즘을 말한다.²⁾

소유와 경영이 분리된 일반 기업에서 경영은 경영자와 직원들에게 맡겨진다. 경영자는 직원들을 직접적으로 선발·통제하고, 사업을 선택하며, 자원배분을 결정하는 등의 경영활동을 수행한다. 그러므로 경영자가 이러한 활동을 통하여 이해관계자의 니즈를 충족하고 ‘조합원(주주) 가치’를 창조하도록 하는 매커니즘이 필요하게 되는 것이다. 이는 협동조합 기업에서도 마찬가지이다.

(2) 협동조합 지배구조

시장경제에서 협동조합도 하나의 기업으로서 경영의 효율성을 제고하기 위하여 점차 소유와 경영을 분리하여 경영을 전문경영인에게 위탁하게 되면서, 조합원이 바라는 방향으로 협동조합을 운영하기 위한 경영자에 대한 통제·관리 체제, 즉 협동조합 지배구조(co-operative governance)가 중요성을 가지게 되었다.³⁾

조합원(주주)는 경영자에게 경영의 책임(의사결정 책임)을 위임하고, 책임 수행에 따른 보상을 지급하는데, 주주와 경영자의 관계는 ‘주인-대리인 관계’ 또는 ‘대리인관계’(agency relationship)의 전형적인 예이다.⁴⁾ 대리인 관계에서 주인은 대리인이 주인의 이익에 부합되는 의사결정을 내릴 것으로 기대한다. 그러나 대리인이 자기의 이익을 위하여 주인의 이익을 저해하는 의사결정을 내림으로써 주인에게 손실을 가져올 수 있는데 이를 대리인문제(agency problem)라고 한다. 사실 지배구조 문제에 관심이 모아지게 된 것도 대리인 문제로 인한 주주들의 손실 위험 때문이다. 대리인문제가 발생하게 되는 주된 원인은 주인과 대리인 사이의 정보 불일치 또는 비대칭 정보이다. 대리인이 하는 일에 대한 정확한 정보가 없는 경우 주인은 대리인에 대하여 적절한 통제를 할 수 없기 때문이다. 계약 이전의 정보 불일치로 인한 대리인문제를 역선택(adverse selection)이라고 하고, 계약 이후의 정보 불일치로 인한 대리인문제를 도덕적 해이(moral hazard)라고 한다. 이러한 대리인 문제는 기본적으로 소유와 경영이 분리된 모든 기업에서 발생할 수 있는 문제이므로 현대 협동조합에도 그대로 적용된

2) 김화진, 《기업지배구조와 기업금융》, 박영사, 2012, 10면 이하 참조; 김화진, 《이사회-운영원리와 법률적 책임》, 박영사, 2007, 1면 이하; 김건식, 《기업지배구조와 법》, 소화, 2010, 4~5면 참조. 한편 269면 이하에서는 전자를 회사의 사회적 책임이나 종업원의 경영참가에 관한 논의로, 후자를 경영자 통제 또는 대리인 문제(agency problems)로 보고 있다.

3) 신기엽, 《협동조합 길라잡이》, 농협경제연구소, 2010, 86면 이하.

4) 협동조합 지배구조에 관하여 자세히는 장경수, <협동조합의 조합원 가치와 거버넌스에 관한 고찰>, 《한국협동조합연구》, 24권1호, 2006. 참조 ; 구조문제에 관하여는 신기엽, 《협동조합 길라잡이》, 농협경제연구소, 2010. 참조.

다. 뿐만 아니라 협동조합은 지배구조에 관한 한 일반기업에 비하여 더 복잡한 문제를 내포하고 있다고 볼 수 있다. 일반기업은 ‘주주-이사회-경영자’의 간명한 지배구조 체계를 갖고 있고, 주주와 고객이 기본적으로 분리되어 있다. 이에 비하여 협동조합은 ‘조합원-경영자’의 구조와 ‘조합원-이사회-경영자’의 구조 등 조합원과 고객이 이중적으로 중첩되어 있기 때문이다. 협동조합에서 지배구조 문제와 그 해결이 일반기업보다 더욱 중요한 까닭이다.

(3) 좋은 지배구조(good governance)

기업 지배구조(corporate governance)란 ‘이해관계자의 이익을 고려하면서, 기업의 효율성과 수익성의 극대화(이른바 조합원가치 극대화)를 달성하도록, 경영자에게 영향을 가하고 경영자를 통제하는 프로세스’이다. 소유와 경영이 분리된 기업-협동조합 포함-에서 경영은 경영자와 직원들에게 맡겨진다. 경영자는 직원들을 직접적으로 선발, 통제하고, 사업을 선택하며, 자원배분을 결정하는 등의 경영활동을 수행한다. 그러므로 경영자가 이러한 활동을 통하여 이해관계자의 니즈를 충족하고 ‘조합원(주주) 가치’를 창조하도록 하는 메커니즘이 필요하게 되는 것이다.

‘좋은 지배구조(good corporate governance)’는 기업과 조합원(주주)의 가치를 제고하는 다음과 같은 결과를 보이게 된다.⁵⁾ 첫째, 기업지배구조가 좋은 기업에서는 경영자가 부정을 행하거나, 사익을 증대시킬 가능성과 기업이 도산할 위험성이 감소한다.

둘째, 정직하고 건전한 경영으로 경영성파가 향상되어 조합원(주주)가치가 증대된다.

셋째, 자본시장에서의 기업평판이 호전되어 유리한 조건의 자금조달이 용이해진다. 한마디로 좋은 지배구조 하에서는 경영자는 조합원(주주)의 가치를 증대시킨다. 반면에 ‘나쁜’ 기업지배구조를 가진 기업에서는 이와 반대의 결과가 초래될 위험성이 높아진다.

좋은 지배구조에는 다음과 같은 특징을 갖는다. 첫째, 이사회가 성실하고 유능하게 책임을 수행한다. 둘째, 이사회가 유능한 CEO를 채용한다. 셋째, CEO가 수익성 있고 경쟁력 있는 ‘좋은 사업’(good business)을 선정한다. 아울러, CEO 및 경영진이 대상 고객, 상품 및 서비스, 딜리버리 프로세스 등을 포함한 유효한 비즈니스 컨셉을 개발한다. 유효한 비즈니스 컨셉은 고객 니즈의 충족과 수익의 실현을 조건으로 한다. 그리고 이 비즈니스 컨셉이 효과적으로 추진된다. 넷째, 주요 이해관계자들에 대한 의무 이행을 확보할 수 있는 제도를 갖춘다. 다섯째, 사업의 성과에 대한 상세한 정보를 주주 및 투자자들에게 적기에 공개한다.

협동조합도 소유와 경영이 분리되어 있기 때문에 좋은 조합원 가치를 높이기 위해서는 좋은 지배구조가 필수적이다. 다만, 일반기업의 좋은 지배구조의 모델은 협동조합에

5) 좋은 지배구조에 관하여는 Alice Belcher, *Directors' Decisions and the Law: Promoting Success* (Routledge Research in Corporate Law), Routledge (14 Feb. 2014), pp.3~24.

그대로 적용되지 않는 것이 있다. 협동조합의 특수성에 수반되는 차이점도 있고, 한국 협동조합의 현실에서 비롯되는 차이점도 있다. 따라서 협동조합 지배구조의 기본적 성격을 유지하면서 협동조합에 적합한 지배구조를 모색하기 위해서는 협동조합의 제도적·현실적 문제점을 분석하고 이를 해결하면서 시대에 맞는 협동조합 지배구조 강화전략을 모색하여야 한다.⁶⁾

좋은 기업지배구조를 설계하기 위해서는 첫째, 효율성이 추구되어야 한다. 이는 의사결정과 업무집행이 적은 비용으로 고도의 창의력을 이끌어낼 수 있는 것이어야 한다는 의미이다. 둘째, 건전성이 확보되어야 한다. 즉, 잘 갖추어진 공시제도를 통하여 이해관계자에 의한 적정한 감시·건제가 이루어져야 한다. 셋째, 현실적 타당성을 가져야 한다. 즉, 지배구조는 주식의 소유분산 정도, 기업의 자금조달 방식, 적대적 인수·합병에 대한 인식, 기업의 사회적 책임 의식 등 소유구조나 재무구조, 기업문화 및 기업관행에 적합한 것이어야 한다.

2. 협동조합원칙과 지배구조문제의 관계

(1) 협동조합의 정의

협동조합이 비영리 공익단체라는 인식과 수익의 발생을 통한 자립경영체라는 인식이 때때로 충돌할 수가 있다. 다행이 1995년의 ICA 협동조합 정체성 선언에서 협동조합을 사업체(기업)라고 정의함으로써 이 논쟁은 다소 가라앉기는 하였다. 그리고 외환위기를 겪으면서 생존의 중요성을 뼈저리게 인식하였던 것도 인식전환의 한 요인이 되었다.

그러나 협동조합의 경영목표에 대한 인식의 차이는 여전히 협동조합의 지배구조를 취약하게 만드는 한 요인이다. 조합원가치는 현금흐름이 클수록, 그리고 위험이 낮을수록 증대된다. 즉, 수익성과 안정성이 중요하다. 그럼에도 불구하고 협동조합의 비영리주의 및 봉사중시요구에 의해 조합원가치에 미치는 영향이 검토되지 않은 채 중요한 투자 의사결정이 내려질 수 있다. 이러한 결정은 조합원가치를 감소시키거나 비합리적인 조합원간 이익배분을 야기하게 된다.

(2) 1인1표 원칙

협동조합의 지배구조는 조합원인 소유자의 위임을 받아 조합을 운영하는 이사회와 이사회에 의해 임명되어 경영 실무를 담당하는 경영진으로 구성되어 있다는 점에서 일반 기업지배구조와 유사하다. 또한 대리인 문제는 소유와 경영이 분리된 기업이라면 어디서나 발생할 수 있는 문제이다. 그러나 주식회사는 주주들이 소유하고 있는 주식

6) 이에 관하여는 장경수, <협동조합의 조합원 가치와 거버넌스에 관한 고찰>, 《한국협동조합연구》, 24권1호, 2006, 7면 이하 참조.

수에 비례하여 의사결정권을 가지는 반면, 협동조합은 주식회사와 같은 투자자소유기업과 달리 “소유자=이용자=통제자” 원칙에 입각한 자율과 자치의 조직으로, 조합원에 의해 공동으로 소유되고 민주적으로 운영되는 사업체이기 때문에 조합원 출자 금액과 상관없이 한 사람이 한 표만을 행사할 수 있는 의사결정 구조를 가지고 있다. 이러한 특성은 협동조합이 민주적인 조합원 소유 사업체라는 점을 부각시키지만 한편으로는 지배구조의 취약성을 내포하기도 한다. 협동조합의 1인1표 의사결정원칙은 의사결정권의 집중을 어렵게 만들고 주식회사처럼 지배주주가 경영자 대리인을 집중적으로 감시하는 것도 용이하지 않게 만든다.

또한 협동조합은 이사회에 통제권 행사 범위가 넓다는 점에서 소유와 경영이 대체로 분리되어 있는 영리회사와 큰 차이점을 갖는다. 협동조합은 사업 이용자의 실익을 추구하기 때문에 이사회는 사업선택과 투자배분[plan], 가격결정과 이익배분[do], 업적평가와 성과보상[see] 등 경영 전반에 걸쳐 의사결정권을 행사한다. 따라서 협동조합 지배구조는 그 본질상 민주적 지배구조 또는 민주적 대표의 공동경영 체제를 특징으로 갖는다. 협동조합의 성공은 효율적 경영과 아울러 민주적 합의에 따른 조합원의 공동행동에 의해 결정된다.

(3) 협동조합 기관

이러한 기본 원칙 내에서 협동조합의 운영방식은 협동조합 유형에 따라 매우 다양할 수 있다. 기존 협동조합 관련 법률들뿐 아니라 협동조합기본법에서는 협동조합이 운영되는 과정에서 갖추어야 할 최소한의 공통적인 사항이나 협동조합의 기관 등을 규정하고 있다. 여기서 협동조합의 기관이란 법인인 협동조합의 의사를 결정하고 그 의사에 기초하여 외부에 대해 행동하고 내부의 사무를 처리하는 일정한 조직을 의미하며, 기관의 행위는 협동조합의 행위로 간주된다. 기관은 일반적으로 의사결정기관, 업무집행기관과 감사기관의 3종류가 있는데, 협동조합기본법에 근거해 설립된 협동조합은 그 기관으로 총회, 대의원총회, 이사회를 두고 있다. 이 중 총회와 이사회는 모든 협동조합이 필수적으로 설치해야 하는 기관이고, 대의원총회는 규모가 큰 협동조합에서 총회를 대신하여 설치 여부를 선택할 수 있는 기관이다. 또한 감독기관으로 감사를 두고 있다.

(4) 운영의 민주성과 사업의 효율성의 상충

협동조합은 조합원 간 동등 원칙을 중시하고, 1인1표의 민주적 운영 원칙을 토대로 사업체를 경영하는 특징이 있다. 그런데 최근 조합원 간, 조합 간 이질화가 심화되고 시장 경쟁이 치열해짐에 따라 민주적 운영에 따른 문제점이 표면화되고 있다. 조합원 간, 조합 간 이질화는 민주적 운영의 핵심 요소인 상호협력 기반을 약화시키고 있으며, 치열한 생존경쟁이 벌어지고 있는 경영 환경은 민주성보다 효율성을 더 추구할 것

을 요구하고 있기 때문이다. 조합원 간 이질화는 조합의 자원배분을 둘러싸고 조합원 그룹 간 이해의 대립을 촉발시켜 민주적 의사결정 비용을 증가시키고 있다. 조합원이 협동조합의 전반적인 경영 성과에 대한 관심이 낮고, 개별적인 자신의 이익에 치중하는 경향을 보이는 것도 민주적 통제에 따른 부담을 가중시키고 있다. 이에 따라 운영의 민주성은 때때로 사업의 효율성과 상충되어 협동조합 위기의 원인이 되기도 한다.

(5) 자본조달과 보상체계에 따른 협동조합 지배구조 특수성

더구나 협동조합은 일반적으로 주식시장에 상장하지 않기 때문에 자본시장으로부터 객관적 평가를 받지 않으므로, 경영효율성이 상대적으로 저하될 우려가 있다. 아울러 성과에 따른 보상체계가 미흡하여 책임경영이 제대로 이루어지지 않는 경우도 있다. 이에 따라 협동조합의 지배구조를 달라진 경영 환경에 맞게 개선해야 한다는 목소리가 높아지고 있다.

따라서 협동조합 지배구조의 경우 협동조합의 특수성에서 발생하는 취약성뿐만 아니라 협동조합 운영에서 야기되는 도덕적 해이 등의 문제점이 생길 수 있어서, 시대 상황에 적응하는 좋은 지배구조(good governance)를 구축하는 전략이 협동조합의 지속적인 성장을 위해 아주 중요해진다.

3. 협동조합 지배구조 전략

협동조합 지배구조의 취약성을 극복하기 위한 전략으로는 다음과 같은 점을 들 수 있다.

첫째, **이사회의 역할**이 중요하다. 협동조합 이사회는 조합원에 의한 민주적인 통제라는 협동조합의 특성을 지켜나가는 데 매우 중요한 역할을 하고 있다. 시장경제 체제 하에서 협동조합도 하나의 기업(cooperative enterprise)으로서 경영의 효율성을 제고하기 위해서는 소유와 경영을 분리하여 경영을 전문가에게 위탁하고, 조합원의 대표로 구성되는 이사회가 실질적으로 경영을 통제하고 조정하는 기능을 수행해야 한다. 나아가 협동조합 이사회는 소유와 경영의 접점에서 양자의 이해를 조정하는 역할을 수행하기 때문에 그 역할이 매우 중요하며 이사회 기능을 활성화하기 위해서는 협동조합 이사회가 조합의 경영 현황을 직접 이해하고 분석할 수 있도록 경영교육을 강화하는 등 체계적인 이사 교육을 통해 능력 있는 이사회를 구성하고, 이사회 기능과 전문성을 강화할 필요가 있다.

둘째, **협동조합의 정체성에 부합하는 지배구조 모형**을 만들어 협동조합의 성과를 높이는 노력이 필요하다. 좋은 지배구조가 담긴 자치규범(예, 정관 등)을 만드는 것이 핵심이고, 협동조합 원칙을 새로운 경영 환경에 맞게 유연하게 수정하는 노력이 요구된다. 특히 이사회 운영과 관련한 이사회 규모와 구성, 참여도 등 형식적 측면뿐만

아니라 제도적 장치를 뒷받침하는 이사로서의 책임감이나 의사결정의 민주성, 정보공개와 투명성 등 실질적 측면도 규율하여야 한다.

셋째, **주인으로서 조합원의 참여와 감독을 높이는 제도적 장치**가 필요하며, 이사회가 조합원의 요구를 이사회와 조합의 의사결정에 반영함으로써 내용적 민주성을 확보하고 조합원이라면 누구나 의사결정에 참여하는 시스템을 확립함으로써 절차적 민주성을 확보해야 한다. 아울러 자본시장의 평가를 받지 않는 협동조합의 약점을 보완할 수 있는 업적평가 기능, 성과주의 도입을 확대하여 경영진에 대한 효과적인 통제 장치를 수립해야 한다.

Ⅲ. 협동조합 이사회의 중요성

1. 이사회(board of directors)

(1) 개요

이사회는 조합원 가운데 의장인 이사장 및 조합원 총회를 통해 선출되는 이사로 구성된다. 이사회는 협동조합의 업무 집행에 관한 의사를 결정하는 필수적 의결기관이다. 이사회는 총회가 의결한 사항을 집행하기 위한 세부 사항을 의결하는 기관일 뿐 아니라 협동조합의 중요한 경영 방침의 결정 또는 집행부의 업무 운영에 대한 견제 및 감시 기능을 동시에 수행하는 협동조합의 업무집행기관이다.

(2) 기능과 형태

일반적으로 이사회는 경영자 통제기구에서 출발하였지만, 오늘날에는 사업운영의 의사결정체 역할도 중요한 기능이기에 경영자 지원기구의 성격도 겸하고 있다. 그 형태에 따라서 분류하면, 이사회가 경영상 판단을 구체적으로 내리고 결정을 집행한다면 **참여형 이사회**이고, 반면 경영상 판단과 결정의 집행은 경영진에게 맡기고 경영진의 업무수행을 감독위원회, 감사위원회(Aufsichtsrat)를 두어 감독하는 형태라면 **감독형 이사회**라고 분류할 수 있다.

이사회는 업무 집행을 감시하기 위해 조합의 중요 업무에 대해 조합장 또는 관계 직원에게 보고를 요구할 수도 있다. 이사회는 업무집행기관이기는 하나 집행에 관한 사항을 의결할 뿐이며, 직접 업무를 집행하는 것은 협동조합 대표기관이다. 이사회를 두는 취지는 총회(대의원회) 소집의 번잡함을 피하고 협동조합 대표기관(조합장)의 독단을 방지하고 업무 집행에 신중을 기하여 협동조합을 합리적으로 운용하려는 것이다. 운영의 효율성을 도모하기 위해 이사회 내에 소이사회와 감사위원회를 두며, 필요한 경우에는 이사회 내에 위원회 또는 협의회를 둘 수 있다. 그 밖에 이사회의 개의 및

의결 방법 등 이사회의 운영에 관해 필요한 사항은 정관으로 정한다.

이사회 의결 사항으로는, 협동조합의 재산 및 업무 집행, 총회의 소집과 총회에 상정할 의안 및 규정의 제·개정 및 폐지, 사업계획 및 예산안 작성, 법령 또는 정관에서 정한 이사회 의결 사항, 기타 중요 사항 또는 이사장이 부의(附議)하는 사항 등이다. 이사회의 역할로는 조합원을 대표하고, 조합의 정책을 수립하며, 경영자를 고용하고 경영을 감독하는 것이다. 이 밖에 이사회는 조합 자산의 획득과 보존에 책임을 지며, 조합의 업무 집행을 평가하고, 조합원들에게 경영 현황을 보고한다.

(3) 이사회의 규모

일반 주식회사 기업에 대하여 미국에서는 11인으로 구성된 이사회가 가장 보편적이라 한다. 그러나 기업가치와 이사 수는 반비례하기에 이사 수가 7명일 때 기업가치가 극대화된다고 평가되고 있다. 한편 독일의 경우 종업원대표를 감사위원회(Aufsichtsrat)에 반드시 참여시켜야 하기에 법정 인원은 16~20인이지만, 이사회의 규모가 커질수록 보안문제도 커지기도 하기에 12~14인 정도가 효율성을 유지하는 상한선이라는 의견이 지배적이라고 한다.⁷⁾ 이를 유추하여 보면, 협동조합에서는 이해관계의 고려가 더 중요하기에 일반 주식회사보다는 많은 12~13명선이 적정하며, 효율성 관점에서 최대 20명을 넘지 않아야 한다고 보겠다.

(4) 이사장과 전문경영인

이사회의 의장인 협동조합의 대표기관(조합장 또는 이사장)은 협동조합의 최고경영자가 되며, 조합의 목적 범위 내에서 조합의 모든 업무에 대해 조합을 대표하는 권한을 가진다.

한편 협동조합의 업무와 기능이 복잡해지고 전문화됨에 따라 외부의 전문경영인을 이사회 구성원으로 임용하는 경향도 있는데, 이 경우 전문경영인은 비조합원이기 때문에 이사회의 일정 비율 이내에서 제한적으로 운용하는 것이 일반적이다. 또한 품목별, 그룹별 이사할당제나 사외이사제 등으로 다양한 조합원 그룹의 이해관계를 대변하려는 노력도 있다. 나아가 유럽의 협동조합에서는 협동조합 직원이 이사회 구성원이 되어 경영에 참가하기도 한다.⁸⁾

(5) 이사의 법적 지위

우리나라에서 생협을 예로 들어 이를 설명한다. 생협연합회의 이사는 연합회 전체의 이익을 대표하는 지위를 갖는다. 따라서 연합회 이사는 소속조합의 대표가 아

7) 김화진, 《기업지배구조와 기업금융》, 박영사, 2012, 179~182면 참조. 종업원의 경영참가모델의 원조는 프랑스인데, 막상 개화한 것은 독일이라고 한다.

8) 특히 독일의 경우가 그러하다.

니며 소속조합의 이익을 추구하는 것은 조합원 정당성에 대한 신뢰를 저버리는 것이다. 정관 등 내부규범에 연합회 이사의 조합원이익 우선의무를 명시할 필요가 있다고 본다. 또한 조합원과 연합회 이사는 명령적 위임관계에 있는 것이 아니라 자유위임관계에 있기 때문에 일단 연합회 이사로 선출된 후에는 연합회 이사는 조합원의 의사에 관계없이 독자적인 양식과 판단에 따라 의사결정을 하여야 한다. 이렇게 연합회 이사는 독립성이 보장되겠지만, 어디까지나 연합회 전체의 이익, 즉 조합원 전체의 이익에 귀를 기울이고 여론 수렴을 하는 등 실질적으로 기속위임의 법리를 동시에 내포할 수밖에 없을 것이다.

또한 소속생협의 대표자라는 지위와 연합회 이사라는 지위가 충돌할 때에는 견해가 대립될 수 있음을 인정하지만, 조합원 전체 이익을 우선해야 하는 의무, 위임계약에 따른 선량한 관리자의 주의의무(선관의무)에 비추어 본다면 연합회 이사라는 지위가 우선하여야 한다. 하지만 현실적으로 연합회 이사가 소속생협의 일원으로 소속생협에 구속 통제에 따르는 한, 연합회 이사는 조합원 전체보다는 소속생협의 구성원 지위로 전락할 수밖에 없는데 이는 옳바르지 않다.

2. 법적 근거

(1) 소비자생활협동조합법⁹⁾

생협연합회 이사회의 법적 근거는 소비자생활협동조합법 제41조와 준용규정인 제64조이다. 제41조는 회원생협 이사회 근거규정인데, 연합회 이사회에 대하여는 제64조에서 제41조를 준용하도록 되어 있기 때문이다. 아울러 정관에 관한 제23조¹⁰⁾와 규약 또는 규정에 관한 제24조¹¹⁾도 근거규정이 된다. 제41조 제6항(제64조 준용규정)에 따라 이사회 운영에 관하여 필요한 사항은 생협(연합회)의 정관으로 정한다. 즉 정관에 이사회 운영 관련 조항이 반드시 들어가야 한다. 이사는 7~20인 이하로 규정하고 있다(제31조).¹²⁾ 그리고 연합회 이사회에 대하여는 제64조 준용규정을 두어 회원생협의 이사회 규정을 준용하도록 하고 있다.¹³⁾ 다음 장에서 생협연합회를 중심으로 실시 사례

9) [시행 2010.9.23] [법률 제10173호, 2010.3.22, 전부개정]

10) 제23조(정관) ① 조합의 정관에는 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다. …중략… 18. 그 밖에 총회·이사의 운영 등에 관하여 필요한 사항.

11) 제24조(규약 또는 규정) 조합의 운영 및 사업실시에 관하여 필요한 사항으로서 정관으로 정한 것을 제외하고는 규약 또는 규정으로 정할 수 있다.

12) 제31조(임원) ① 조합에 이사장 1명을 포함한 7명 이상 20명 이하의 이사와 2명의 감사를 둔다.

② 이사의 정수 및 이사·감사의 선출방법 등은 정관으로 정한다.

③ 이사장은 이사 중에서 정관으로 정하는 바에 따라 총회에서 선출한다.

13) 제64조(준용 규정) 연합회의 기관에 관하여는 제25조제3항부터 제5항까지, 제26조부터 제29조까지, 제30조제3항·제4항 및 제31조부터 제44조까지의 규정을 준용한다. 이 경우 "조합"은 "연합회"로, "조합원"은 "회원"으로 보고, 제35조제6항 및 제39조제1항 전단 중 "5분의 1"은 "3

를 살펴본다.

(2) 정관

일반적으로 협동조합 자치법규란 협동조합이 스스로 제·개정하며 협동조합의 내부관계를 규율하는 자율규범으로서 법령과는 달리 원칙적으로 직접적인 대외적 효력을 갖지 못하며, 협동조합 내부(구성원 간)에 대해서만 효력을 가진다. 이 가운데 정관은 협동조합이 제정한 자치법규로서 실질적으로 협동조합의 조직, 운영, 사업에 관한 최고의 자치법규이다.¹⁴⁾ 그 내용이 강행법규에 반하지 않는 한 협동조합의 내부관계에 관한 최고법규범으로서 발기인뿐만 아니라 협동조합의 출자자인 조합원 및 그 기관을 구속하는 효력이 있다. 정관을 누가 어떠한 내용을 정할 수 있는지는 협동조합의 자율성과 직결되는 문제이며, 최대한 자율성을 인정하여야 한다는 것이 '정관자치(定款自治)'의 문제이다. 정관은 법인의 조직, 활동 등에 대하여 기본적인 사항을 정한 것으로 법인의 성립요건이며 존속요건이므로 정관 없이는 법인이 설립되거나 존속될 수 없다. 정관은 하위자치법규-규약, 규정, 준칙, 업무방법 등-의 작성에 대한 수권(위임)을 한다. 이에 따라 규약, 규정, 준칙, 업무방법의 순으로 효력이 정해진다.

일반적으로 정관에는 연합회에 이사회를 두고, 이사회는 연합회의 업무집행을 결정한다는 점, 이사회는 이사로서 구성하고, 이사장 1인 외 부이사장, 전무이사, 상무이사를 둘 수 있다는 점, 이사장은 이사회를 소집하고 그 의장이 된다는 점, 이사회 소집 절차, 이사회 의결사항, 이사회 의사결정방법, 이사회 의사록 등이 정관 이사회 관련 내용으로 들어간다. 특히, 이사회 내 소위원회, 세부적인 이사회 운영은 별도 규약으로 정한다는 점이 명시된다. 통상 생협연합회 이사의 수는 아래 정관예시에서 보듯이 7~20인으로 규정한다.

<예시> A생협연합회 정관

제40조(임원의 정수) ① 연합회의 임원으로 이사장 1인을 포함한 7명 이상 20명 이하의 이사와 2명의 감사를 둔다.
② 제1항의 임원 중 이사회 의회 호선에 의해 상임 임원을 둘 수 있다.

분의 1"로 보며, 제27조부터 제29조까지 및 제39조제3항 중 "조합원"은 "대의원"으로 보고, 제33조 중 "조합원"은 "대의원이나 회원에 속한 조합원"으로, "가입신청을 한 자"는 "가입신청을 한 조합에 속한 조합원"으로 본다.

14) 정관은 자치법규의 최상위규범으로서 '협동조합의 헌법'이라고 한다. 日本生活協同組合聯合會, 『生協法解説』, 昭和53년(1978년), p. 61(黃迪仁·廉基富, 『經濟法 講座 IV 協同組合法』, 法經出版社, 1995, p. 151에서 재인용).

(3) 규약, 규정

협동조합의 내부규정에는 정관, 규약, 규정 등이 있는데 정관과 규약은 총회에서만 변경할 수 있고, 정관이나 규약에 비하여 비교적 경미한 사항을 담고 있는 규정은 이사회 의결만으로 변경할 수 있다. 협동조합기본법 해설서에 따르면, 먼저 규약은 정관으로 정하는 것을 제외하고 협동조합의 조직과 사업 활동에 필요한 사항을 정한 것으로 총회의 의결로 제정·변경하며, 정관과 달리 시·도지사에게 신고할 필요없이 총회의 의결만으로 그 효력이 발생한다. 규약의 예로는 총회운영규약, 현물출자에 관한 규약, 선거관리규약, 잉여금배당규약 등이 있다.

다음으로 규정은 정관, 규약에 비하여 비교적 경미한 사항을 정한 내부규정으로 규정의 제정·변경 및 폐지는 이사회 의결만으로 할 수 있다. 규정의 예로는 이사회 운영규정, 인사규정, 보수규정, 회계규정 등이 있다. 아래 표로 정리해 볼 수 있다.

규약이나 규정의 예시는 상위규범인 정관에 어떻게 명시되어 있느냐에 따라 달라질 수 있음을 유의해야 한다. 즉, 두레생협연합회의 경우 이사회운영은 규약사항이지만, 아이쿱의 경우에는 규정사항이다.

<표 1> 정관, 규약, 규정의 구분

구분	정관	규약	규정
근거	법적 근거	내규 근거	내규근거
성격	최고의 자치법규	자치법규	자치법규
의결	총회 승인, 시도지사 신고	총회 승인	이사회 승인
내용	14가지	정관이외 사항 (조직, 사업에 필요한 사항)	정관, 규약 이외 사항 (경미한 사항)
예시	표준정관례	총회운영, 선거운영, 배당, 소위원회, 현물출자 등	이사회 운영 , 감사, 직제, 직원보수, 복무, 회계 등

IV. 국내외 사례

1. 두레생협연합회

(1) 개요

두레생협연합회는 1997년 7개 생협(바른, 그린, 안양YMCA, 부천YMCA, 주민, 광명YMCA, 한우리)이 결성한 소비자생활협동조합수도권사업연합회에서 시작하였다.

2014년 현재 두레생협연합회는 총28개의 회원생협으로 구성되어 있다. 서울·경기·인천 26개, 기타 2개이며, 유형별로는 지역생협 19개(생산지생협 1개 포함), 단체생협 9개이다.¹⁵⁾

<그림 1> 두레생협연합회 조직도



(2) 이사회 구성

두레생협연합회의 이사회 구성은 2012년까지는 회원생협 이사장과 상무이사가 모두 참여하여 실제 확대된 이사회의 형태를 보였지만, 2013년 들어 회원생협당 2명에서 1명의 이사장만으로 줄어들었다. 등기이사 13명 이외에도 참관이사를 허용하여 모든 회원생협 이사장이 참여한다는 특색을 보인다. 그리고 연합회 회장과 상무이사도 연합회 이사이므로, 연합회 이사회의 이사는 총 30명이다. 따라서 소비자협동조합법과 정관에서 정한 연합회 이사 7~20인의 정원을 초과하여 실제 30명의 이사가 참여하고 있다. 그 가운데에서도 13명만 등기이사이고 나머지는 참관이사이지만 의결권이 모두 주어지는 등 책임과 권한이 일치하지 않는다. 또한 임원선출에서도 임원선출규약은 있지만 협동조합의 가치와 전문성을 갖춘 적격자를 선별하는 전형위원회 관련 조항은 두고 있지 않다.

15) <http://dure-coop.or.kr/> 최종방문 2015. 2.1.

2. 아이쿱생협사업연합회

(1) 개요

2014년 현재 아이쿱생협은 전국 76개의 지역조합을 회원조합으로 두고 있으며 소비부분 15개 기관과 생산부분 15개 기관의 조직으로 구성되어 있다.¹⁶⁾ 2014년 4월 기준으로 출자 조합원수가 204,283명으로 소비자생협 대표 13명, 생산자대표 3명 총 16명이 사업연합회 이사로 구성되어 있고 경영대표가 참석하여 경영보고를 하고 있다.

<그림 2> 아이쿱생협사업연합회 조직도



(2) 이사회 구성

아이쿱생협사업연합회 이사회는 소비자생협 대표 13명, 생산자대표 3명 총 16명으로 구성되어 있다. 회원생협이 78개에 달하므로 연합회 이사회의 구성에서는 대의제를 채택할 수밖에 없다는 점이다. 또한 아이쿱은 지역생협 이사장이 실질적으로 경영자이

16) www.icoop.or.kr홈페이지 아이쿱사업연합회조직도

기도 하다. 한편 연합회 이사회 결정사항은 반드시 매월 열리는 권역별 대표자회의에서 연합회 이사들이 보고하고 의견을 교환한다.

<표 2> 아이쿱생협사업연합회 이사회 구성

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1. 권역별 추천 이사 11명 ~ 전원 현직 이사장2. 생산자회, 가공생산자회 추천 : 3명 (생산자회 회장, 부회장, 가공생산자회 회장 등)3. 조합원 연합조직을 대표하여 소비자활동연합회 활동국장 1명4. 회장 ~ 연합회 이사장으로서 지역이사장 출신 |
|---|

유의할 점은 아이쿱의 2대 조직인 생협사업연합회, 소비자활동연합회 회장은 현직 이사장이 아니라 전직 이사장이다. 그 이유는 회원생협의 현직 이사장이 수행하기에는 물리적으로 불가능하다는 점과 연합 조직 전체의 관점에서 의사결정을 해야 한다는 점 때문이다.

소비자생협 대표들은 권역에서 추천하여 이사로 선출되었으며 월 1회 이사회를 개최하여 아이쿱생협 전체 현안들에 대해 업무보고와 안건을 심의하고 있다.

사업적 경험과 판단, 전문성, 기술, 정보의 비대칭 등 여러 가지 면에서 조합원 대표인 선출직 이사와 경영자는 차이와 한계를 가지고 있다. 2014년 6월 사업연합회 이사회 워크숍에서는 이사의 역할과 권한, 조합원 대표성에 대한 토론하는 자리를 마련했고, ①사업연합회 이사회 책임과 역할에 대한 매뉴얼 만들기, ②경영이해에 대한 역량 높이기(교육과정, 워크숍 등), ③조합원 주권실현을 위한 노력 등에 대한 요구들이 있었으며 ‘**경영자는 일을 중심으로 문제를 해결하는 경영활동을 수행하는 것이고, 조합원 대표는 조합원 가치를 대변하여 조언, 자문을 하는 역할이다**’로 아이쿱생협 사업연합회 이사회 워크숍에서 1차로 논의하였다.¹⁷⁾ 이러한 토론 과정이 이사구성원으로부터 제안되고 논의하면서 중요한 과제로 삼는 것이 변화와 개혁을 두려워하지 않는 아이쿱생협의 장점이라고 한다.¹⁸⁾

(3) 내부규범

특이할 만한 점은, 아이쿱 생협사업연합회는 정관에 따라 이사회 운영규정을 두고 있다는 것이다. 이사회의 임무, 구성, 결의 및 위임 등에 관한 사항을 두어 실제 충돌을 막으며 규범력을 높이는 기능을 한다. 또한 이사회 운영의 효율성과 경제성을 함께 추구하기도 한다.

17) 「2014년 사업연합회 이사회워크숍」, 2014.6.26

18) 2014 국제협동조합의날 기념 지속가능한 협동조합을 위한 (재)아이쿱협동조합연구소 제34회 포럼 김형미, ‘영국 코퍼라티브 그룹의 위기와 거버넌스 개혁 발표에 대한 허선주(고양파주아이쿱생협 이사장) 토론문.

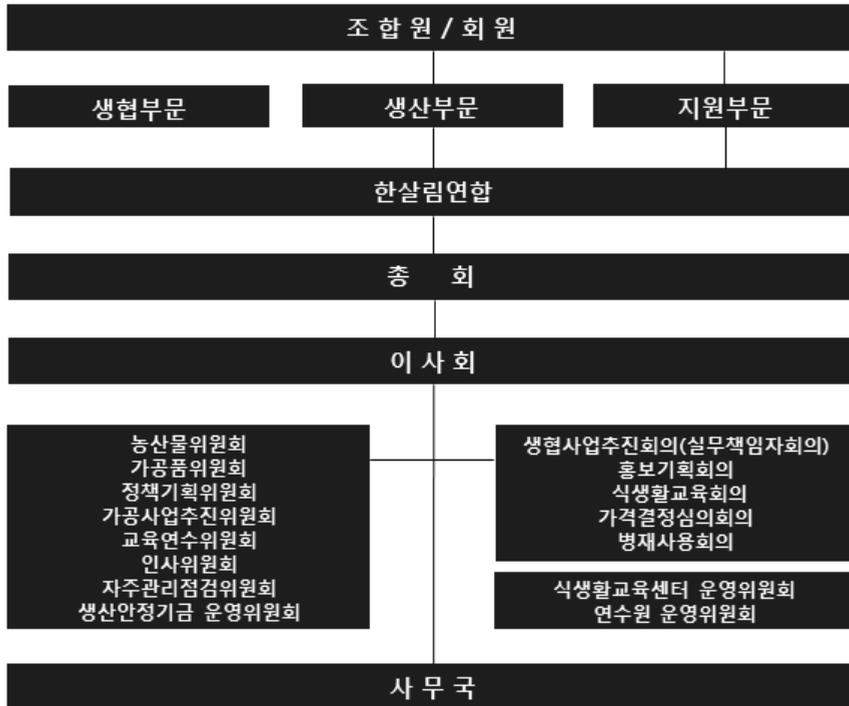
다음으로 연합회 이사회 합의의 준수를 위해서는 다음과 같은 프로세스에 따라 처리한다. 설득이 최우선이며, 설득 후에는 패널티를 적용하고 그래도 안되면 정관 제14조에 따라 탈퇴를 제안한다. 심한 경우 정관 제15조에 따라 제명 또는 자격의 정지를 할 수도 있다고 한다. 이 경우 부과되는 패널티로는 연합조직의 지원금을 줄이는 것이 가장 강력하다. 아이쿱은 조합비 중 반 정도가 연합조직에 배분되어 각 회원생협의 활동에 각종 지원, 조성 사업을 하는데 이런 자격에서 벗어나게 하는 것이다.

3. 한살림연합

(1) 개요

한살림의 경우 연합 이사회에서 생협·생산·지원부문의 모든 정책과 실행 과제를 심의·결정하는 데 한계가 있다고 보아, 생협/생산/지원부문, 즉 회원조직의 분권적 운영(자치)을 통한 통합성을 담보하여 연대를 추구하는 것을 이상으로 삼는다. 즉 단극적 조직운영의 한계를 분권과 통합, 자치와 연대, 즉 다극적 조직운영으로 극복하려 한다. 따라서 연합 이사회에서 위임받은 정책 및 실행 과제 심의·결정하는 부문별 회의체를 구성·운영하는 데 있어서도, 생협부문은 생협사업추진회의, 생산부문은 생산자연합회 운영위원회, 지원부문은 모심과살림 연구소 이사회 등으로 나누어 구성하고 있는 것이 그러하다. 연합의 주된 기능은 회원조직의 공동물품사업(생산·구매, 개발·개선, 물류·배송, 품질관리·물품상담, 전산정보, 홍보교육 등), 회원조직의 조직운영·조직활동·이용결집 활동·지역살림활동 지원 등이다.

<그림 3> 한살림 조직도

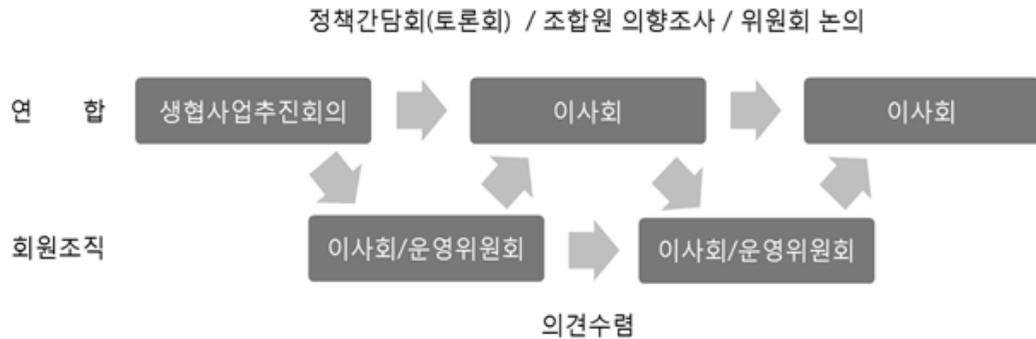


(2) 이사회 구성

한살림연합의 이사회는 총 31명으로 구성되며, 이 중에는 회원생협 이사장 21명 말고도 생산자연합회 5명, 연합 이사(대표 포함) 5명도 포함되어 있다. 한살림의 경우 광역단체별로 이사장이 연합회 이사회 구성원으로 참가하고 있는 점이 특색이다. 이사회 규모가 큰 편이지만, 한살림의 경우 회원생협보다 연합회의 힘이 센 형태이고 모심과 살림 등의 운동체의 성격을 강조한다는 점에서 살펴보면 이해할 수 있는 부분이다.¹⁹⁾

19) 한살림의 출발이 원주지역의 가톨릭농민회라는 점을 상기하면, 회원생협 자체가 하나의 브랜드이고 연합은 그 중심에 있는 관리기관의 성격을 띤다. 이는 두레생협연합의 출발과는 아주 대조적이라고 본다. 따라서 양 연합회의 지배구조는 유사성을 찾기가 쉽지 않아 보인다.

<그림 4> 한살림연합의 정형화된 의사결정구조



출처: 조완형, 생협 의사결정구조 개선을 위한 워크숍 자료, 2014. 10. 24.

의사결정과정에서도 다수결보다는 충분히 논의하고 대화를 통해 시간이 오래 걸리더라도 안정적인 논의를 더 중시여긴다. 예컨대 방사능수치의 허용기준에 대한 논의만 보더라도 9개월 이상 걸렸다.²⁰⁾ 한살림서울의 경우 조합원이 20만명이고 한살림대구의 조합원은 1만명에 불과하여 대표성에 문제가 있다는 주장도 내부에서 나오지만, 1인1표의 원칙이 그리 절대시되는 명제는 아니라 크게 문제가 되지 않는 것으로 보인다. 다만 한살림서울의 경우 점차 동서남북 분할을 통해 인구에 따른 대표성의 불평등을 개선해 나가고 있다고 한다. 무엇보다도 더디지만 안정적인 논의에 불만이 없는 것은, 한살림이 비전과 정신을 공유하는 동질적인 회원생협이라서 가능한 것이다. 이사회에서 합의가 이루어진 안건에 대하여 합의를 어긴다든지 반복하는 것은 없었으며, 제재도 별도로 내려진 적은 없다고 한다.

연합 이사는 이사회에 참여할 때 이중적인 지위를 가지는데, 처음에는 소속 생협의 의견을 가지고 개진하지만 차츰 연합 이사로서 전체 이익을 중시여긴다고 한다. 끝까지 소속 생협의 입장을 고수하지는 않으며 그렇게 소속생협에 구속된 것이 아니라 독립적 지위를 누린다고 한다.

생산자대표 5명의 이사는 한살림의 친환경식품 취급에 따라 생산지의 지속가능한 생산기반 보전이 중요하고 서로 소통하는 차원에서 처음부터 참여하는 것이며, 생산자연협회의 이사회에도 소비자를 대표하여 이사로서 일부 참여한다고 한다.

20) 방사능수치 허용한도는 아동의 경우 4, 성인의 경우 8이지만 경기남부 한살림에서는 0을 주장하여 9개월간 이사회 논의가 계속되었다고 한다. 결국 4/8로 하되, 경기남부에서는 방사능수치가 조금이라도 검출되는 경우 물품을 개별적으로 취급하지 않는 선으로 양해되었다고 한다. 이렇듯 식품안전에 있어서는 허용치보다 엄격한 기준은 양해된다고 한다.

의사결정과정에서 더디지만 안정적인 논의구조라고 하였지만, 실제로 전문가의 의견을 청취하거나 이사교육/연수, 정책토론회 등을 통하여 많은 정보를 축적하고 소통한다고 한다.

상무이사에 해당하는 경영자를 한살림에서는 '실무책임자'라는 직책으로 부르며, 직급은 상무이다. 실무책임자는 사업책임을 지며, 이사장을 보좌하는 역할을 하며 이사장은 사업 및 운동을 포괄하는 역할을 한다. 연합회의 경우 감사가 있어서, 연 2회 이상 감사를 실시한다.

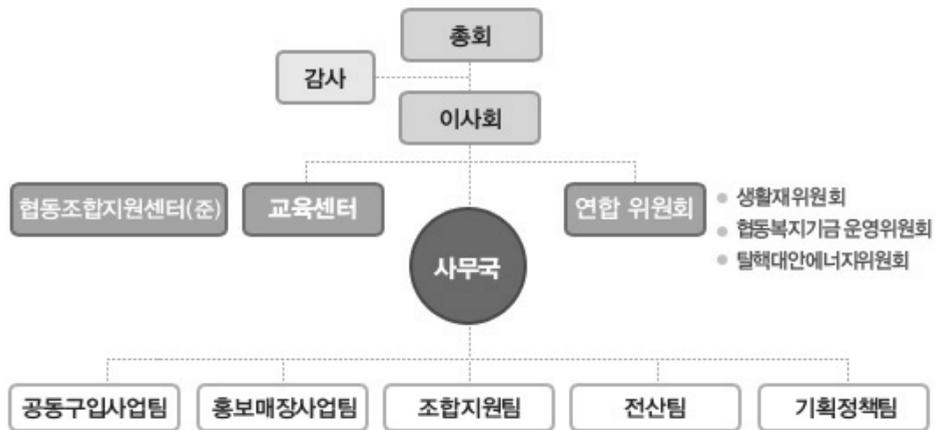
전문성을 갖춘 원외이사 도입에도 적극적이며, 한살림연합 이사 4명은 조합원자격을 갖춘 전문인사로 보면 된다고 한다.

4. 행복중심생협연합회(<http://www.happycoop.or.kr/>)

(1) 개요

행복중심생협연합회는 1989년 창립한 여성민우회생협을 전신으로 2013년에는 5개 여성민우회생협과 서로살림생협, 용산생협, 농도생협 이상의 8개 생협이 '행복중심생협'으로 새로운 공동체를 이루었다.

<그림 5> 행복중심생협연합회 조직도



최근 용산생협 같이 전혀 여성민우회와 연관이 없는 생협도 연합회 일원으로 되어 회원생협은 2014년 현재 총14개이다.²¹⁾ 허경희 상무이사는 이렇게 새로운 생협이 회

21) 행복중심생협 연합회에는 행복중심 고양파주생협, 행복중심 서울서남생협, 행복중심 서울동북생협, 행복중심 서울생협, 행복중심 진주생협, 행복중심 용산생협, 행복중심 농도생협, 행복

원으로 가입하는 경우 동질성의 우려에 대하여 비교적 긍정적으로 생각하며 별다른 우려는 하지 않는다고 하였다. 그 이유로 임직원 및 활동가 전반에 대하여 교육센터에서 충분한 교육을 통해 행복중심의 가치와 비전에 대한 공감대를 형성해 나가고 있기 때문이라고 하였다. 박제선 홍보팀장은 새로운 생협이라고 하여 연합회 이사회 의사결정 과정에서 의사결정 자체를 지연하거나 어렵게 하지는 않으며, 오히려 기존 생협 이사장들 중에 그러한 경우가 있다고 하여 이는 개별적인 성향에 따른 문제라고 하였다.

(2) 이사회 구성

이사회 이사의 수는 총 19명이며, 이 중 등기이사는 13명, 참관이사는 6명이다. 참관이사 6명은 신규생협의 이사장이며, 아직 총회를 거치지 않아 선출이 되지 않았기에 참관이사이다. 정관에 의하여 회원생협의 이사장은 당연히 연합회 이사가 되기 때문이다. 이렇게 될 경우 향후 회원생협이 더 늘어날 경우 연합회 이사가 20명을 초과하게 되어 의사결정과정에서 문제될 수 있지만 현재로서는 별다른 대책을 강구하고 있지는 않다고 한다. 이사회 구성을 보면, 회원생협 15명{규모 큰 서울생협은 상무이사도 참여}과 생산자회장, 연합회 회장, 상무이사, 생활재위원장 등 각 1명이다.

임기는 2년이지만, 통상 연임하기에 4년이 될 것이다. 새로 가입하는 생협에 대하여도 '행복중심'이라는 명칭 사용은 의무적이며, 예컨대 용산생협의 경우 조합 총회를 열어 정관변경을 통해 명칭변경을 완료하였다. 연합회의 리더십은 약한 편이며 합의와 소통을 중시하기기에 의사결정과정은 오래 걸리는 특색을 보인다. 이사회 이사는 소속 생협 이사장과 연합회 이사라는 2중적 지위를 가지며, 이사의 개인 성향에 따라 소속 생협의 이익만 추구하는 경우도 없지 않아 있다. 이러한 경우 아직 공식적인 패널티는 없지만, 비공식적인 패널티는 있다고 한다. 이사회 결의사항은 결정에 따른 책임을 중시하기에 별로 미준수하는 사례는 없지만, 간혹 미준수하는 생협이 있을 수 있다. 이에 대하여 회원생협 입장에서는 아무리 합의를 하였다고는 하나 문제제기를 한 번 할 수 있는 것으로 보아 연합회 회장은 따로 전체를 바라보며 논의하자고 이사 면담을 따로 하고 지역간담회에서 직접 설명하는 등 마음이 움직일 때까지 노력을 기울인다.

특이한 점은 자주인증과 같은 중요하고도 민감한 결정을 내릴 때에는 아래에서부터 위로 즉, 지역간담회, 조합원토론, 설문조사 등 일정한 절차를 두어 조합원 결의를 이끈 다음 최종적으로 연합회 이사회에서 확정하는 여러 번의 의사결정과정을 거치기에 큰 문제는 없었다고 한다.²²⁾

전문성 확보를 위한 원외이사 도입의사는 있다고 하며, 현재로서는 전문가의 자문을 받는다고 한다. 또한 이사뿐만 아니라 조합원, 임직원, 특히 활동가 교육에 힘을 쏟고

중심 서로살림생협, 행복중심 풀무생협, 행복중심 진해생협, 행복중심 광진생협, 행복중심 서대문마을생협, 행복중심 남양주생협, 수도권생태유아 등 14개 지역생협과 행복중심 생산자회가 회원으로 가입해 있습니다.

22) 중요한 의제는 사전간담회와 지역간담회를 통해 충분히 논의와 설명이 이루어지도록 한다.

있으며, 교육센터를 적극 활용한다고 한다. 감사는 사업감사, 회계감사 2인이 연 1회씩 감사를 한다.

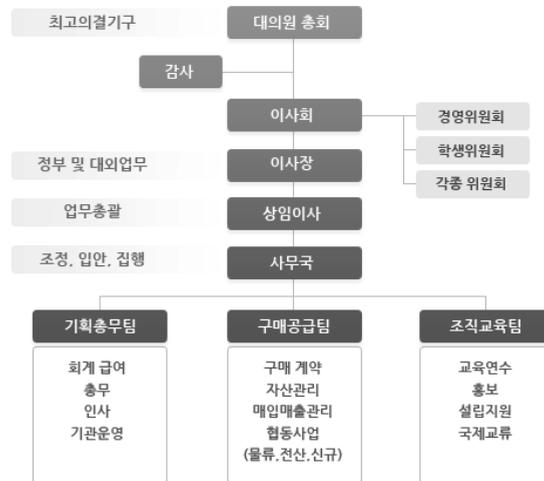
5. 대학생협

한국대학생협연합회는 대학의 구성원인 교직원과 학생들이 조합원으로 구성된 대학생협의 연합회로 2011년에 설립되었다. 국공립대학교 19개교, 사립학교 13개교 등 총 32개 회원생협이 참여하고 있다. 아직까지는 초기단계로서 이사회에는 회원생협 이사장으로 구성된다.

<그림 6> 한국대학생협연합회 조직도

한국대학생협연합회는 대학생협의 연합조직입니다.
한 조합만으로는 풀기 어려운 문제들을 공동의 힘으로 해결해가고자 생협이 설립된 대학들이 연합하여 생활협동조합법에 근거하여 2011년도에 설립하였습니다.

조직구성



6. 외국사례

(1) 소비자 협동조합의 지배구조 실패사례²³⁾

1980년대와 1990년대 초, 호주, 독일, 프랑스, 벨기에의 소비자 협동조합그룹이 파산했다. 그 원인은 전국 단위 슈퍼마켓 체인과의 격심한 경쟁에서 과거 협동조합의 강

23) 아이쿱생협연구소 보고서 참조(내부자료).

점인 전국 차원 도매업의 지원을 받으며 자기 소유 제조업을 소유한 소규모, 지역 기반 자율적 조합이 약점이 된 때문이다. 조합은 평범한 경영과 과도적 지역 이사회 조합으로, 둘 다 열악한 성과와 조합원 참여 부족이라는 악순환에 사로잡혔다. 그 배경에는 과거 조합원과 가졌던 경제적 연계의 핵심인 이용고 배당의 파멸적 손실이 자리잡고 있었다. 이윤 하락과 비용절감 압력 증가 속에서 협동조합은 이 장치를 포기했고, 조합원과 일반 소비자를 구분할 것은 아무 것도 없게 되자 거버넌스 구조에서 조합원, 이사회, 경영진 간 연계가 결정적으로 부서졌다.

영국의 소비자 협동조합도 동일한 취약함으로 고생했으며, 파산이나 탈호혜화는 되지 않았지만, 주목할 만한 몇 가지 거버넌스 실패 사례가 발생했다. 1960년 말 배당정책을 폐기했고, 조합원 제도에서 배당의 의미가 빠르게 사라졌다. 여러 파벌이 재선을 위한 직원, 친구, 가족의 투표에 기대어 많은 협동조합에서 나타났다. 동시에, 이들은 사실상 노동자-소유 협동조합이 되어, 직원 노동자의 이익을 가장 먼저 챙겼고, 수 세대 동안 축적해온 자산은 낭비되었다. 민주적 약점은 CWS Engineering(가짜송장 사건), Central Midlands(도매업체한테 뇌물 수수) 및 5개 조합에서 경영진들의 사기로 이어졌다. 1991년 United와 Northwest라는 매우 규모가 큰 2개 조합의 합병은 CEO 퇴직시 예정된 140억 파운드에 반해 540억 파운드를 받도록 한 사건은 악명이 높다. 이사들은 이러한 이면계약을 알지도 못했다.

일본에서는 1990년대 동안 몇몇 소비자 협동조합에서 중대 실수가 발견되어 사업 후퇴와 여론 악화를 낳았다. 이 실수는 경영진이 저지른 것이지만, 이를 사전에 방지해야 했던 거버넌스 시스템 작동의 미비를 드러냈다. 삿포로 생협에서는 경영진의 고성장 전략이 과도한 부채로 이어져서 위기를 낳았다. 서스캐처원에서도 마찬가지로 경영진이 시장 지배 전략 작동이 불가능한 상황에서 이를 너무 오랫동안 추진해 와서 실패한 것이지만, 적합한 통제의 실패 역시 비판 받아야 한다. 오사카 이즈미 생협에서는 오랫동안 직위를 맡아 온 고위 경영진의 기금 횡령이 문제가 되었고, 이 점이 밝혀졌을 때도 완전히 공개되지 않았다. 또한 사가 생협이 최고급 '도카치(Tokachi)'산 일본 쇠고기를 저가 수입육으로 대체해 낮은 성과를 감추려 한 당혹스러운 사건도 있었다. 용의자는 사임하거나 해임되었으나 '경영진을 책임 있게 해야 할 거버넌스 구조의 부족' 역시 비판 받아야 한다.

1990년대 동안, 유럽에서는 상황이 호전되기 시작했다. 1991년 투자자-소유 사업체의 거버넌스 실패에 대한 캐버리 위원회(Cabury Committee) 보고서 이후, **기업 거버넌스 규범(code)**이 영국과 유럽 내 협동조합을 위해서도 만들어져 상당한 거버넌스 개선을 가져왔다. 일반적으로 1980년대 많이 어려웠던 소비자 협동조합 부문 -특히 핀란드, 스웨덴, 노르웨이, 영국, 이탈리아, 스위스-은 응집력 있는 연방 구조로 스스로 재조직했으며, 1990년대부터 현재까지 훨씬 성공적으로 해 나갔다. 거버넌스 구조는 새로운 규범을 준수했으며, 조합원 전자카드를 통한 배당정책 재시도를 포함해 조합원과의 재연결 전략으로 혜택을 보았다.

IV. 시사점 및 결론

1. 이사회 구성 기준

생협의 사례를 중심으로 협동조합 연합회에서 이사회를 구성할 때는 그 구성기준으로는 다양한 의견이 있을 수 있지만, 필자는 대표성, 독립성, 전문성, 효율성이라는 4가지 기준을 제시하여 보았다.

첫째, 연합회 이사회는 조합을 대표하는 것이 아니라 전체 조합원을 대표할 필요가 있다는 것이다. 이는 국회의원이 지역구가 아닌 국민 전체를 대표하는 것과 동일하다.

둘째, 연합회 이사는 자신의 조합과는 독립하여 행동해야 한다. 즉, 연합회라고 하는 독립적 기관의 이사라는 점이다. 이는 대표성에서 비롯된 성질이며, 직무와 관련된다.

셋째, 연합회 이사는 전문성을 갖추어야 하는데, 경영책임자와 소통할 수 있고 이를 감독할 수 있는 안목과 지식을 함양해야 한다. 그래서 원외이사제도를 도입할 필요가 있다.

넷째, 협동조합 이사회는 이사회 운영에서 집단적 의사결정비용이 지나치게 높지 않게 구성해야 효율성을 도모할 수 있다. 협동조합에서는 집단적 의사결정이 아니라 집단지성에 따른 의사결정이 되는 것이 조합원자치를 위해 핵심인데, 이때에도 영향력비용(influence cost)을 어떻게 낮추느냐가 관건이기 때문이다.

이러한 측면에서 주요 생협연합회간 이사회 구성을 비교하면 아래 표와 같다.

<표 3> 주요 생협연합회간 이사회 지배구조 비교

	두레사업연합	아이쿱생협연합	한살림연합	행복중심생협연합
이 사 회 구 성	총30명 회원생협 28명 연합회 회장 1명 상무이사	총16명 소비자생협 대표 13명, 생산자대표 3명	총31명 지역생협 21명 생산자대표 5명 연합이사 5명	19명 회원생협 15명 {규모 큰 서울생협은 상무이사도 참여} 생산자회장, 연합회 회장, 상무이사, 생활재위원장
대표성	소속생협 대표 / 전체연합 대표	전체연합 대표	소속생협 대표 ~ 전체연합 대표	소속생협 대표~전체연합 대표
독립성	비독립적/독립적	독립적	독립적	독립적
전문성	전문가의견, 이사교육	전문가의견, 이사교육,	전문가의견, 이사교육, 정책토론회	전문가의견, 이사교육
효율성	더딤	대의제	더디지만 안정적인 논의	더딤

이사회 구성에서 회원생협 이사장이 연합회 이사로 자동 선임되는 구조는 두레, 한살림, 행복중심에서 공통적인 모습을 보인 반면, 아이쿱생협연합의 경우에는 대의제 형태를 취하고 있다. 이 경우 정관에서 정한 7~20인의 연합회 이사 정원을 넘는 문제가 발생한다. 대표성의 경우 아이쿱을 제외하고 2중적 지위를 보이고 있으나, 처음에는 소속생협을 대표하여 소속생협 의견을 개진하지만 점차 연합회 이사로서 전체 조합원을 대표하는 것이라고 하였다. 이사의 전문성 제고를 위해 전문가의 의견, 교육이나 연수, 정책 토론회 등을 하며 장기적으로는 원외이사의 도입도 고려한다는 의견이 많았다. 이 경우 기존 이사들의 설득이 관건이라고 한다. 끝으로 의사결정의 효율성 측면에서 아이쿱을 제외하고 상당히 더디고 반복적인 의사결정구조를 보이고 있었다. 한살림이나 행복중심의 경우 공통되는 설립정신이나 가치를 공감한다는 전제에서 1인1표에 따른 다수결보다는 전원일치의 대화방식을 선호했다. 연합회 합의를 준수하지 않는 경우 제재조치에 대하여 아이쿱을 제외하고 별도의 공식적인 제재는 없었으며(비공식적인 제재는 있다는 의미), 행복중심의 경우 해당 생협에 연합회 임직원이 지역별 간담회 형식으로 설득과 설명을 한다고 한다. 아이쿱의 경우 일단 설득 후 연합회 보조금을 줄이는 등 제재를 하고, 최종적으로는 탈퇴를 권유하였다(실제 탈퇴된 사례도 1건 있는 것으로 추정됨).

2. 지배구조 개혁

(1) 생협이 취급하는 친환경 농식품 시장 자체의 특성

친환경 농식품시장의 협소함으로 인한 거래의 비효율성 문제를 해소하기 위해서는 생협이 전문화와 투자, 그리고 조합원관계의 활성화 등에 나서야 한다. 전문화는 조합과 연합사업조직 사이에 소매기능과 도매기능의 분담, 연합사업 조직으로의 구매력 집중 등을 통해 실현될 수 있다. 물류와 전산 등에 대한 집중적인 투자도 요구되며, 조합원의 확대를 위한 유인제도도 개발될 필요가 있다.²⁴⁾

아이쿱협동조합은 연합조직의 혁신을 도모하였다. 연합조직의 혁신적 내용의 핵심은 조직의 분화를 통한 권한과 책임의 제고라고 할 수 있다. 혁신은 다양한 협동조합 기업의 설립뿐만 아니라 사업조직과 운동조직의 분리, 다양한 목적의 조직 분리 등으로 나타났다. 이는 협동조합 기업형태의 단점인 경영자에 대한 통제력 부족, 경영성과에 대한 평가체계 미비로 인한 도덕적 해이의 가능성에 대처하기 위한 방법으로 이해될 수 있다. 조직이 분화되면 성과를 평가하기가 더 용이하고 경영자의 책임성이 강화되기 때문에 경영자의 전문성이 더 잘 발휘되는 경향이 있다.

24) 장종익, 《협동조합비즈니스전략》, 동하, 2014, 116면.

(2) 이사회 구성의 개혁

협동조합의 생존에 있어 가장 큰 위협은 이사회가 잘 운영되지 못하는 것이다 .

효과적인 협동조합 거버넌스에 적극적으로 참여하는 것은 협동조합 조합원이 하는 매우 중요한 작업이다. 어떤 유형이든지 간에, 모든 협동조합은 1인1표라는 기본 전제를 공유한다. 하지만 연합회 단계에서는 반드시 1인1표 원칙이 지켜지는 것은 아니다.

모든 협동조합 조합원은 이사회 선출에 있어 평등하며 사업의 판매, 합병, 해산, 내규 변화와 같은 협동조합의 미래에 영향을 미치는 중요한 결정은 반드시 투표를 통해 결정하도록 법적으로 보장되어야 한다. 그러나 이를 넘어 협동조합은 이 외 사업에 영향을 미치는 결정을 어떻게 할지 폭넓은 자율성을 가진다.

전통적인 이사회 주요 책임영역 6가지는 다음과 같다.

- ① 사명: 조직의 사명을 결정하고, 사명 달성을 보장하는 정책을 수립한다.
- ② 재정: 재정정책을 수립하고, 진행 중인 재정건전성과 조직의 생존역량을 보장 한다.
- ③ 리더십: 집행이사(executive director)를 고용, 평가하고 필요 시 해고한다.
- ④ 감독: 진행 중인 이사를 감독, 지도, 후원한다.
- ⑤ 전략적 기획: 조직의 장기 비전과 계획을 마련하고, 이 계획의 추구와 실행에 필요한 우선순위와 정책을 개발한다.
- ⑥ 공적 이미지: 공적으로 조직을 대표하고 지지한다.

한편 이사회는 다음과 같은 점은 하지 말아야 한다.

- ① 일상적인 운영에 연관되어 매몰된다.
- ② 집행이사가 아닌 직원을 고용하고 감독하려 든다.
- ③ 집행이사 혹은 직원의 세세한 점까지 관리하려 든다.

협동조합 사업체의 이사는 다른 회사나 사업체의 이사와 동일한 법적 책임을 진다. 이사회의 정확한 법적 의무는 각국마다 다르지만, 대부분의 나라에서 돌봄과 충성, 복종에 관한 기본 의무를 포함한다. 그러나 협동조합 사업체의 독자적 특성 때문에, 이사회 구성원은 몇몇 추가 의무를 수행해야 한다. 이윤 창출에만 집중하는 투자자-소유 사업체와 다르게, 협동조합은 그들 조합원의 필요성을 충족시키고자 수익성 있게 운영 된다.

[참고문헌]

- 권웅, <협동조합 지배구조와 개선방안>, 《농협조사월보》, 통권 579호, 2005.
- 김아영·최은주·최우석, <한국 소비자생활협동조합 이사회의 특성에 관한 실증연구-iCOOP 소비자 활동연합회 사례를 중심으로->, 《한국협동조합연구》, 31권1호, 2013.
- 김건식, 기업지배구조와 법, 소화, 2010.
- 김화진, 《기업지배구조와 기업금융》, 박영사, 2012.
- 김화진, 《이사회-운영원리와 법률적 책임》, 박영사, 2007.
- 박준기, <협동조합 이사회의 책임과 역할 미국 농협 사례를 중심으로>, 《한국협동조합연구》, 28권2호, 2010.
- 박찬욱, 《21세기 미국의 거버넌스》. 서울대학교출판부, 이진규, 김지수 저술 부분(pp. 475~540), 2004.
- 서중일, <협동조합 지배구조의 개선 방향>, 한국협동조합학회, 《한국협동조합연구》 23권2호, 2006.
- 송옥렬, 《상법학강의》, 박영사, 2012.
- 신기엽, 《협동조합 길라잡이》, 농협경제연구소, 2010.
- 장경수, <협동조합의 조합원 가치와 거버넌스에 관한 고찰>, 《한국협동조합연구》, 24권1호, 2006.
- 장종익, <협동조합의 규모화와 조직전략>, 《한국협동조합연구》 29권2호, 2011.
- 장종익, 《협동조합비즈니스전략》, 동하, 2014
- 전형수, <소비자생활협동조합법 개정안에서 본 사외이사 제도의 문제점>, 《한국협동조합연구》, 31권2호, 2013.
- 최은주·최우석·장승권, <협동조합 이사회의 역할과 효과성에 관한 고찰-지배구조이론에 근거하여 ->, 《한국협동조합연구》 31권 3호, 2013.
- 홍행남, 《농업협동조합법 해설》, 농민신문사, 2012.
- 스테파노 자마니·베라 자마니 지음, 송성호 옮김, 《협동조합으로 기업하라》, 한국협동조합연구소, 복돋음, 2012.
- 그레그 맥레오드 지음, 이인우 옮김, 《협동조합으로 지역개발하라》, 한국협동조합연구소, 2012.
- Alice Belcher, Directors' Decisions and the Law: Promoting Success (Routledge Research in Corporate Law), Routledge (14 Feb. 2014).

[Abstract]

**Constitution of Board of Directors for Good Cooperative Governance
-Focusing on the Cases of Consumers' Cooperatives Act-**

Song, Jae Il*

Constitution of boarding of directors is important on the issue of good cooperative governance. The shareholders' need to monitor management stems from conflicts of interests between management(agent) and shareholders(owner), while both try to maximize their satisfactions. To that end, the board of directors has evolved to fulfill monitoring functions. The board of directors is the apex of the cooperative governance, whose duties include overseeing, monitoring, advising, controlling, and approving strategies and operation of the business.

To discharge its prescribed duties satisfactorily, directors must be qualified and thoroughly knowledgeable about activities and events of the organization. At the same time, directors must be independent of the management for monitoring function. As a consequence, the size of the board gets bigger, which entails inefficiency due to communication gap, work load, slow decision-making, etc. The results show that the performance improves as the size increases.

I suggest that 4 tests should be considered in analysing constitution of board of directors in level of cooperative federation. Those are (i) representativeness, (ii) independence, (iii) professionalism, and (iv) effectiveness.

<Key words>

corporate governance, agency problem, good corporate governance, board of directors, representativeness, independence, professionalism, effectiveness

* Professor, College of Law, Myongji Univ.

독일 부정경쟁방지법에 의한 불공정거래행위 규제 의의와 시사점

홍명수*

논문요지

독일 부정경쟁방지법(UWG)은 경쟁제한방지법(GWB)과 함께 경쟁법의 한 축을 이루는 것으로서, 독일의 경쟁질서의 유지에 기여하고 있는 중요 법률이다. 양자는 경쟁의 보호를 목적으로 하지만, 보호 대상인 경쟁의 성격에는 차이가 있는 것으로 이해되고 있다. 즉 경쟁제한방지법이 경쟁의 자유에 초점을 맞추어 경쟁제한성이 있는 행위를 규제 대상으로 하는 반면, 부정경쟁방지법은 공정한 경쟁의 보호를 목적으로 하며 주로 불공정한 경쟁 행위를 문제 삼고 있다.

흔히 경쟁의 3요소로서 경쟁의 개방성(open), 경쟁의 자유성(free), 경쟁의 공정성(fair)을 들고 있으며, 독일의 경쟁법 체계는 경쟁의 자유와 공정을 각각 별도의 법률에 의하여 규율하는 체계를 이루고 있다는 점에서 특징적이다. 반면 우리나라의 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」이 경쟁 자유와 공정을 침해하는 행위를 모두 규율하는 법구조를 취하고 있으며, 이러한 점에서 독일과 우리나라의 경쟁법 체계는 구조적 차이점을 보여주고 있다.

이러한 상황에서 독일의 부정경쟁방지법의 규제 의의와 내용은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」상 불공정거래행위 규제에 있어서도 많은 시사점을 줄 수 있을 것으로 생각된다. 특히 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」상 단독행위 규제의 개선에 관한 논의가 전개되고 있는 상황에서 독일 부정경쟁방지법의 제도 운영에 관한 이해는 바람직한 개선 방안을 제안하는데 의미 있는 기초가 될 수 있을 것이다.

검색용 주제어: 독일 경쟁법, 부정경쟁방지법, 경쟁제한방지법, 불공정거래행위, 경쟁의 불공정성

논문접수: 2016. 06. 30. 심사개시: 2016. 07. 03. 게재확정: 2012. 07. 13.

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서론

독일 법체계에서 경쟁에 대한 규율은 서로 성격을 달리하는 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; UWG)과 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)으로 이원화 되어 있다는 점에서 특징적이다. 경쟁제한방지법이 주로 경쟁의 자유의 관점에서 사업자 행위의 경쟁제한성에 초점을 맞추는 반면, 부정경쟁방지법은 주로 공정한 경쟁의 보호를 목적으로 하여 불공정한 행위를 규제 대상으로 한다. 이와 같은 이원화는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법)의 경우처럼 단일한 법률에 의하여 경쟁제한적인 행위와 불공정한 행위에 대한 규제가 이루어지고 있는 것에 대비된다.

독일과 우리나라 경쟁법 체계의 비교를 통하여 드러나는 특징적 양상은 독점규제법의 규제 개선에 관한 논의에 있어서 주목할 만한 것이다. 예를 들어 경쟁제한성에 근거하는 시장지배적 지위남용행위 규제와 불공정성에 근거하는 불공정거래행위의 규제를 단일한 법률에 의하는 것이 규제의 실효성과 타당성 측면에서 바람직한지의 문제를 논의할 때, 독일의 이원화된 경쟁법 체계는 유력한 입법 모델로서 참고가 될 수 있을 것이다.¹⁾ 나아가 독일 부정경쟁방지법의 제도적 의의와 운영 상황은, 특히 독점규제법상 불공정거래행위 규제와 관련하여 보다 실질적인 의미를 갖는다. 독점규제법상 불공정거래행위 규제는 경쟁제한성뿐만 아니라 불공정성에 근거하여 이루어지고 있으며, 경쟁제한성에 의하는 경우와 비교하여 상대적으로 불공정성에 근거한 규제 법리는 불명확한 점이 존재하고 있다. 이를 개선하는 관점에서도 독일 부정경쟁방지법의 규제 법리에 대한 이해는 논의의 충실을 기하는데 도움이 될 수 있을 것이다.

이하에서의 논의는 우선 부정경쟁방지법의 목적과 규제체계를 개관하고(II), 이어서 부정경쟁방지법의 규제 내용을 구체적으로 살펴본 후에(III), 실제 법적용 사례를 분석할 것이다. 분석의 대상으로 삼은 ‘Strom und Telefonie II’ 사건은 경쟁제한방지법과 부정경쟁방지법의 중복적 적용의 예를 보여주고 있다는 점에서 부정경쟁방지법의 의의를 법체계적으로 이해하는데도 도움이 될 수 있는 사례이다(IV). 이상의 논의를 종합하여 결론으로서 독점규제법, 특히 불공정거래행위 규제 법리의 개선에 있어서 시사점을 제안하고자 한다(V).

1) 홍명수, “시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위의 관계와 단독행위 규제체계의 개선”, 경쟁법 연구 제33권, 2016, 63-70면 참조.

II. 부정경쟁방지법의 목적과 규제체계

1. 부정경쟁방지법의 목적

(1) 부정경쟁방지법의 형성과 법체계적 의의

독일에서 부정경쟁방지법의 형성은 19세기까지 거슬러 올라간다. 최초의 입법은 1896년에 이루어졌는데, 당시의 법은 부정 경쟁의 폐단이 두드러지는 행위(예, 오인유발, 신용 훼손, 악의의 비방 등)에 관한 개별적인 규정을 두었을 뿐이고, 부정경쟁 행위에 관한 일반적인 규제를 시도하지는 않았다. 따라서 여전히 일반 불법행위에 관한 민법(Bürgerliches Gesetzbuch) 제826조는 일반적인 부정경쟁 행위에 대한 규율 근거로서 기능하였으며, 이러한 불완전성은 1909년 부정경쟁방지법 개정의 주된 동인이 되었다.²⁾ 1909년 부정경쟁방지법은 일반조항을 도입하여 양속위반의 경쟁행위를 금지함으로써 종래 문제가 되었던 입법적 흠결을 보완하였으며, 이로 인하여 형성된 불법행위에 관한 민사 특별법으로서의 지위는 현재까지 이어지고 있다.³⁾

1909년 이후 부정경쟁방지법은 경쟁에 관한 일반적인 규율이 가능하게 되었으며, 일반조항적인 규정의 내용이 판례를 통하여 구체화됨으로써 실효성 있는 규제 근거로서 기능하여 왔다. 주목할 것은 동법의 보호법익이 점차 확대되었다는 점인데, 초기에 경쟁자 보호에 한정되던 동법의 보호법익에 관한 이해는 소비자 보호 나아가 일반 공중의 이익의 보호까지 넓혀졌으며,⁴⁾ 이러한 인식은 이후 동법 개정에 반영되었다.

1909년 이후 지속되었던 법체계에 상당한 변화를 낳은 부정경쟁방지법 개정이 2004년에 있었고, 이후 2008년과 2016년에도 중요한 법 개정이 이어졌다. 이러한 변화는 우선 1세기 이상 큰 변동 없이 유지되었던 부정경쟁방지법의 근대화를 목적으로 이루어졌는데, 특히 동법의 목적을 규정하고 있는 제1조와 일반조항으로서 기능하고 있는 제3조의 개정은 이러한 변화를 집약한 것으로 볼 수 있다. 즉 동법의 보호법익을 명정하고, 이를 구체적인 위반행위의 표지에 반영하는 작업을 통하여 동법의 제도적 의의를 명확히 하는 방향으로 개정이 이루어졌다.⁵⁾ 또한 변화의 주된 동인의 하나는 외부적으로 주어졌는데, 단일한 역내 시장을 지향하는 유럽공동체의 발전은 EU 법과 독일 국내법의 조화를 요구하였고, 이러한 요구에 부응하는 방향으로의 개정이 불가피하였다. 무엇보다 부정경쟁방지법은 이에 상응하는 EU 법에 비하여 보다 강화된 규제 내용을 갖고 있었으며, 이를 조정하는 내용의 개정이 필요하였다. 특히 2005년 EU의 불공정거래행위 지침(Unfair Commercial Practices Directive)이⁶⁾ 중요한 영향을 미쳤

2) Volker Emmerich, 정호열 역, 부정경쟁법, 삼지원, 1996, 31-32면 참조.

3) 위의 책, 33-37면 참조.

4) 위의 책, 41-45면 참조.

5) Fritz Rittner, Meinrad Dreher & Michael Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, C. F. Müller, 2014, 20-21면 참조.

다. 동 지침은 소비자 보호에 관한 구체적인 내용을 담고 있었으며, 이는 2008년 부정경쟁방지법 개정에서 반영되었다.⁷⁾ 한편 소비자 보호의 강화는 부정경쟁방지법에서 전통적으로 추구하여 온 경쟁자 보호의 관점과 종합될 필요성을 낳았으며, 이러한 부분이 입법적 과제로서 부과되었다.⁸⁾ 2016년 개정은 이에 관한 논의의 결과를 반영한 것으로서, 대표적으로 개정법 제4조는 경쟁자보호의 표제 하에 새롭게 구성되었다.⁹⁾

이상에서 살펴본 것처럼 2000년대 이후 부정경쟁방지법은 근본적인 변화를 겪었지만, 공정한 경쟁의 보호를 통한 경쟁 규범으로서의 성격은 변함없이 유지되고 있다. 즉 불공정한 경쟁을 규율하는 법으로서 부정경쟁방지법은 경쟁 자유의 보호를 목적으로 하는 경쟁제한방지법과 함께 광의의 경쟁법 체계를 구성한다.¹⁰⁾ 경쟁을 규율하는 규범으로서 양자는 보호의 중점이 경쟁의 어떤 성격에 두어지는지에 따라서 일정한 차이를 갖고 있다. 그러나 이러한 구별이 이론적으로 가능하다는 점에 의문은 없지만, 문제가 되는 구체적인 행위에서 경쟁의 공정과 경쟁의 자유(경쟁제한)가 언제나 명확하게 드러나는 것은 아니다. 오히려 양자의 엄격한 구별을 시도하기 보다는, 양 규제체계가 경쟁의 보호라는 동일한 목적 하에 상호 보완적으로 기능한다는 점이 강조되기도 한다.¹¹⁾

(2) 부정경쟁방지법의 목적

부정경쟁방지법 제1조에 의하면, 동법의 목적은 경쟁자(Mitbewerber), 소비자 및 기타 시장참가자를 불공정한 거래행위(unlauteren geschäftlichen Handlungen)로부터 보호하는 것, 그리고 동시에 왜곡되지 않은 경쟁에 관한 일반의 이익(Interesse der Allgemeinheit)을 보호하는 것이다. 전술한 것처럼 동 규정은 2004년 개정에서 의하여 도입된 것인데, 연혁적으로 경쟁자 보호에서 소비자, 나아가 일반 공중의 이익을 보호하는 방향으로 동법의 기능이 확대되어 온 것을 목적 규정을 통하여 명시적으로 수용

6) Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005: concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council.

7) Fritz Rittner, Meinrad Dreher & Michael Kulka, 주 5)의 책, 21-23면 참조.

8) 위의 책, 22면.

9) 그러나 2016년 개정이 편제를 새롭게 하였을 뿐 금지되는 행위의 새로운 추가는 없었으며, 이러한 점에서 동 개정을 본질적인 개선으로 보기 어렵고, 실무에서 일정한 변화를 낳을 것으로 기대하기 어렵다는 것으로, Christian Frerix, "Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb(UWG) ist geändert worden - Grundsanierung oder Kosmetikkur?", <http://www.socialmediarecht.de/>, 2016, 4면 참조.

10) Ulrich Gassner, Grundzüge des Kartellrechts, Verlag Vahlen, 1999, 1-2면 참조.

11) Fritz Rittner, Meinrad Dreher & Michael Kulka, 주 5)의 책, 40-42면 및 OECD, The Interface between Competition and Consumer Policies, DAF/COMP/GF(2008), 2008, 18-19면 참조.

한 것으로 이해되고 있다.¹²⁾

동 규정은 보호 대상에 경쟁자뿐만 아니라 다른 시장참가자도 포함시키고 있으며, 이를 사업자 측면에서 종합하여 사업자의 보호를 동법이 규정하는 목적의 하나로 이해할 수도 있다. 이러한 이해에 의할 경우에, 보호 대상인 사업자에는 수평적 측면에서 실제적 또는 잠재적 경쟁자뿐만 아니라 수직적 맥락에서 파악할 수 있는 시장 참가자도 포함된다. 한편 보호 대상인 경쟁자의 이익은 경제적 이익으로 구성되며, 사업자의 개별적 이해관계(persönliche Verhältnisse)는 경제적 관련성이 존재하는 경우에만 이에 해당할 것이다.¹³⁾ 보호 대상으로서 소비자의 이익은 소비자의 의사 결정의 자유(Entscheidungsfreiheit)를 핵심적인 내용으로 하며, 소비자 의사 결정의 기초로서 객관적으로 타당하고 충분한 정보가 소비자에게 제공되는 것을 보장하는 것이 중요하다.¹⁴⁾ 왜곡되지 않은 경쟁에 관한 일반적 이익의 보호는 성과경쟁(Leistungswettbewerb)과 같은 특정한 내용이나 의미의 경쟁을 전제하는 것은 아니다. 이와 같은 경쟁에 관한 일반적 이익은 구체적인 경쟁 왜곡의 행위로부터 판단되며, 구체적인 행위가 경제적 이익 측면에서 과정으로서의 경쟁과 경쟁 참가자들을 침해하는지가 결정적인 기준이 될 것이다.¹⁵⁾

부정경쟁방지법 제1조가 동법의 목적을 다원적으로 규정하고 있는 것은, 이러한 목적들 간의 관계가 정립될 필요성을 낳는다. 동 규정의 형식에 비추어 다양한 차원에서 제시된 목적들은 상호 독립적이며, 규범적으로 동등한 지위에 있는 것으로 볼 수 있다.¹⁶⁾ 즉 어느 하나의 목적이 주된 것으로서 다른 목적을 부차적인 것으로 하거나 효력상 우위에 있는 것으로 해석되지 않는다. 이러한 이해에 따르면, 목적들 간의 충돌을 해결하는 문제가 해결될 필요가 있다. 그렇지만 어느 하나의 목적이 우월하지 않다는 것을 전제하면, 결국 다양한 목적을 실제상 정합적으로 사고하는 것(praktische Konkordanz)이 불가피하며, 소비자 또는 사업자 보호의 목적도 왜곡되지 않는 경쟁으로부터 일반 공중이 갖는 이익의 관점에서 해석하는 것은 이러한 정합성을 보여주는 예가 될 것이다.¹⁷⁾

12) Peter Müssig, Wirtschaftsprivatrecht, C. F. Müller, 2003, 490면 이하 및 Friedrich L. Ekey u. a., Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, C. F. Müller, 2005, 48-50면(Diethelm Klippel & Antje Brämer 집필부분) 참조.

13) Fritz Rittner, Meinrad Dreher & Michael Kulka, 주 5)의 책, 31면 참조.

14) Friedrich L. Ekey u. a., 주 12)의 책, 50면 이하(Diethelm Klippel & Antje Brämer 집필부분) 참조.

15) Fritz Rittner, Meinrad Dreher & Michael Kulka, 주 5)의 책, 34면 참조.

16) 위의 책, 34면.

17) 위의 책, 34-35면 참조.

2. 부정경쟁방지법의 규제체계

부정경쟁방지법은 실체법적 규정과 절차법적 규정 그리고 형벌 등의 제재에 관한 규정을 두고 있다. 실체법적 규정은 일반조항으로서의 성격을 갖고 있는 제3조와 제3조 a¹⁸⁾ 그리고 구체적인 금지 규정으로서 제4조 내지 제7조로 구성되어 있다. 제3조는 2004년 개정 이전 부정경쟁방지법의 제1조에 상응하는 것이지만, 불공정거래행위로서의 본질에 보다 부합하는 방향으로 개정이 이루어진 것이지만, 일반조항으로서의 성격에는 변화가 없었다. 제4조 내지 제7조는 제3조의 일반적 금지 규정을 구체화하는 의미가 있다.

제2장의 제8조 내지 제11조는 동법에 위반한 행위의 법적 효과에 관하여 규율한다. 제8조에서는 침해배제청구권과 금지청구권을 규정하고 있으며, 특히 동조 제3항에서는 동 청구권의 주체로서 경쟁사업자뿐만 아니라 사업자단체, 소비자 보호를 위한 조직, 상공회의소와 같은 단체에 의한 청구도 가능한 것으로 함으로써 경쟁법상 단체소송의 법적 근거를 마련하고 있다. 또한 제9조에서는 손해배상청구권 그리고 제10조에서는 고의의 불공정한 거래행위에 의하여 다수의 피해자로부터 이익을 얻은 사업자에 대한 이익상환(Gewinnabschöpfung) 청구권에 관하여 규정하고 있다. 특히 제10조에 의한 이익상환청구권은 대량생산과 유통과정에서 사업자의 불공정거래행위(3조 내지 7조에 해당하는 행위)에 의하여 발생하는 소액다수 피해에 대한 입법적 대응에 해당한다.¹⁹⁾ 이상의 규정들은 동법 위반행위에 대한 규제가 원칙적으로 사적인 분쟁해결절차에 의하고 있음을 보여준다.

제3장의 제12조 내지 제15조에서는 절차와 권한 등에 관한 규정을 두고 있다. 제12조에서는 불공정거래행위에 따른 법적 효과를 실현하기 위한 청구절차, 공표 권한, 소송가액의 감액 등에 관하여 규정하고 있다. 제13조와 제14조는 각각 물적 관할과 장소적 관할에 관하여 규정하고 있으며, 제15조에서 조정절차에 관한 규정을 두고 있다. 제4장의 제16조 내지 제20조에서는 형벌이나 과태료(Bußgeld) 등의 제재에 관하여 규정하고 있다.

18) 동법 제3조a는 범위반 행위가 불공정거래행위에 해당하는 경우에 관하여 규정하고 있다.

19) Ansgar Ohly & Olaf Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung Kommentar, C.H.Beck, 2014, 949면 참조.

III. 부정경쟁방지법의 규제 내용

1. 일반적 금지 행위

부정경쟁방지법 제3조 제1항에 의하여 불공정한 거래행위는 금지된다. 동조 제2항은 불공정 거래행위에 관하여 규정하고 있는데, 소비자를 대상으로 한 거래가 사업자로서의 주의(Sorgfalt)를 결여하고 있고, 본질적으로 소비자의 경제적 행태에 영향을 미칠 경우에는 불공정한 것이 된다. 동 규정에서 불공정성의 핵심적 표지에 해당하는 개념들은 동법 제2조에서 입법적으로 정의되고 있다. 우선 ‘사업자로서의 주의’(unternehmerische Sorgfalt)는 사업자가 적절한 시장에서의 관행에 비추어 신의와 성실에 따라서 소비자에 대한 사업 영역에서 준수하는 것으로서 합리적으로 받아들여질 수 있는 전문적인 지식과 주의의 표준적인 것을 의미한다(2조 7호). 또한 ‘소비자의 경제적 행태에 대한 본질적 영향’은 정보가 주어진 상태에서 결정을 할 소비자의 능력을 상당히(spürbar) 침해하고 이로써 다른 경우에는 가능하지 않았던 거래상 결정을 유발하기 위한 거래상 행위를 취하는 것을 의미한다(2조 8호). 특히 제2조 제8호의 규정에서 주목할 것은 침해의 정도가 미미한 것은 금지 대상인 행위에서 배제되는 상당성(spürbarkeit) 기준을 원용하고 있다는 것인데, 이로써 침해의 정도에 관한 실질적인 판단이 요구될 것이다.

또한 동법에서 열거하고 있는 소비자에 대한 거래 행위는 언제나 금지되며(3조 3항), 소비자에 대한 거래의 판단에 있어서는 평균적인 소비자 또는 소비자의 일정한 그룹을 대상으로 하는 거래의 경우에는 이 그룹의 평균적인 구성원을 대상으로 한다. 사업자의 경제적 행태가 정신적·육체적 결함, 노령 또는 경솔에 기초하여 거래 행위 또는 대상인 상품 측면에서 특별한 보호필요성이 있고, 명확히 특정될 수 있는 소비자의 일부 그룹에 대해서만 본질적으로 영향을 미칠 것으로 예상되는 경우의 거래상 행위는 이 그룹의 평균적 구성원의 관점에서 판단되어야 한다(3조 4항).

이와 같은 부정경쟁방지법 제3조의 체계는 제1항의 원칙적 금지 규정을 두고 제2항 내지 제4항에서 이를 보충하는 형식을 취하고 있지만, 본질적으로 일반조항으로서의 성격은 유지되고 있다. 동 조항은 연혁적으로 2004년 개정 전 부정경쟁방지법 제1조의 “거래에서 양측에 반하는 경쟁행위를 한 자에 대해서는 중지청구 또는 손해배상청구를 할 수 있다”는 규정에 기원하며, 동 규정은 2004년 개정에 의하여 “불공정한 거래행위가 경쟁자, 소비자 또는 기타 시장참가자의 이익에 상당한(spürbar) 영향을 미치는 경우에 금지된다”로 변경되었다. 이때의 법 개정은 양속위반에 기초하여 불공정성을 판단하는 것이 타당하지 않다는 지적을 반영한 것이었고, 이러한 비판을 받아들여 부정경쟁방지법의 입법 목적에 보다 부합하는 방향으로의 법 개정이 이루어졌다.²⁰⁾

20) 위의 책, 205-206면 참조.

이와 같이 동 규정은 내용상의 중요한 변화를 반영한 것이었지만, 종래 부정경쟁방지법 제1조의 규정형식은 수용하였고, 법체계적으로 제4조 내지 제7조에 의한 구체적 금지를 뒷받침하는 이념적 근거로서의 일반조항적 성격은 유지되었다. 다만 금지의 구체적 방식에는 2016년 개정을 통하여 변화가 있었는데, 앞에서 살펴본 것처럼 제3조 제1항은 불공정한 거래행위를 금지할 뿐이며, 개정 전 동 조항에서처럼 불공정한 거래행위의 내용에 관한 규정은 두고 있지 않다. 그러나 경쟁자, 소비자, 일반공중의 이익 침해로서 구성되는 불공정성 판단의 기조에 변화가 있는 것으로 보기는 어렵다. 예를 들어 2016년 개정에서 새롭게 도입된 제3조a는 시장참가자의 이익 측면에서 시장 행태를 규율하기 위한 법규정에 반하는 행위를 하고, 그 침해가 소비자, 기타 시장참가자 또는 경쟁자의 이해를 상당히 침해하는 것에 해당할 경우에 불공정한 행위가 되는 것으로 규정하고 있는데,²¹⁾ 이러한 규정은 동법이 보호하고자 하는 법익을 시사하는 것이다.

2. 구체적 금지 행위

(1) 경쟁자 보호

동법 제4조는 경쟁자 보호의 관점에서 불공정 거래행위를 규정하고 있다. 동조 제1호에서 경쟁자의 상표, 상품, 용역, 행위 또는 인적 내지 거래적 관계를 훼손하거나 비방하는 행위는 불공정 거래행위에 해당한다. 제2호에서는 경쟁자의 상품, 용역 또는 사업에 대하여 또는 기업의 소유자 내지 기업지배의 구성원인 자에 대하여 영업이나 신용을 침해하는 입증되지 않은 사실을 주장하거나 유폐하는 행위는 불공정 거래행위에 해당한다. 소통이 공연하지 않은 방식으로 이루어지고 소통의 당사자나 수취인이 이에 대하여 적법한 이해를 갖고 있을 경우에는, 사실이 진실에 반하는 경우에 한해서 불공정한 것이 된다. 제3호에서는 경쟁자의 상품 또는 용역을 모방한 것을 공급한 경우에, 상품 또는 용역의 사업상 기원에 관한 모방자의 회피가능한 착오가 수반되었거나, 부적절하게 모방된 상품 또는 용역의 핵심적 가치가 이용 또는 침해되었거나, 모방에서 요구되는 지식 또는 관련 자료를 부정하게 획득하였다면 불공정 거래행위에 해당한다. 제4호에서 경쟁자를 의도적으로 방해한 경우에 불공정 거래행위에 해당한다.

이상의 행위는 동법의 개정 이전에도 불공정 거래행위로서 규제된 것이지만,²²⁾ 동 개정에서 의하여 경쟁자 보호라는 표제 하에 동일한 유형의 규제 대상 행위로 편제된 것으로 볼 수 있으며, 경쟁자 보호를 목적으로 하는 부정경쟁 방지법의 입법취지를 명확히 한 것으로 이해된다.

21) 동 규정은 개정 이전 제4조 제11호에서 규정하고 있었던 내용을 새롭게 편제한 것인데, 내용적으로도 개정 이전에는 시장참가자만을 명시하던 것에서 소비자와 경쟁자를 새롭게 추가하였다.

22) 제1호 내지 제4호의 행위는 개정 이전 제4조 제7호 내지 제10호에서 규정하고 있었다.

(2) 과도한 거래행위

동법 제4조a는 불공정 거래행위의 유형으로서 과도한(aggessiv) 거래행위에 관하여 규정하고 있다. 동조 제1항에서 소비자 또는 시장참가자에게 다른 경우에는 가능하지 않았던 거래 결정을 유발하는 과도한 거래행위를 행한 경우에 불공정 거래행위에 해당한다. 모든 상황의 고려 하에 구체적인 사례에서 괴롭힘(Belästigung, 1호), 육체적 폭력의 행사를 포함한 강요(2호), 허용되지 않는 영향력 행사(3호)에 의하여 소비자 또는 기타 시장참가자의 결정의 자유를 상당히 침해할 경우에 그 거래 행위는 과도한 것이다. 사업자가 육체적 폭력의 행사 또는 위협 없이 소비자 또는 기타 시장참가자에 대하여 시장에서의 지위를 압력의 행사로서 이들이 정보가 주어진 상태에서의 결정의 권한을 본질적으로 제한하는 방식으로 이용할 경우에 허용되지 않는 영향력 행사가 존재한다.

한편 제1항에서 거래행위가 과도한 것인지 여부는 시기, 장소, 거래 방식 또는 기간(1호), 위협적이거나 모욕적인 표현 또는 행동방식의 사용(2호), 소비자 또는 기타 시장참가자의 결정에 영향을 미치기 위하여 이들의 판단능력을 침해하는 정도로 구체적인 곤궁 또는 어려운 상황의 의식적인 이용(3호), 소비자 또는 기타 시장참가자의 계약을 해제하거나 다른 상품 또는 다른 사업자로 전환할 수 있는 권리와 같은 계약적 권리 행사를 방해하고자 하는 사업자의 과도하거나 부적절한 비계약적 방식의 방해(4호), 법적으로 허용되지 않는 위협(5호) 등에 기초하여 판단한다. 특히 제3호에서의 상황을 검토할 경우에는, 소비자의 정신적·육체적 결함, 연령, 거래 경험 미숙, 경솔, 불안, 궁박한 상태 등을 고려한다.

2016년 개정법은 불공정 거래행위의 표지로서 과도성(aggessiv)을 제시하고 있다. 이러한 표지는 새로운 것이지만, 이에 관한 판단은 궁극적으로 소비자 또는 시장참가자의 결정의 자유를 침해하는 것에 기초하므로, 개정 이전의 규정과 비교하여 본질적인 변화로 볼 것은 아니다. 특히 제4조a 제1항 2문은 시장에서의 지위를 이용하여 소비자 등의 결정에 영향을 미치는 행위를 불공정 거래행위로서 규정하고 있는 것에 주목을 요한다. 동 규정은 시장에서의 지위 이용을 전제한 것으로서, 결정 권한의 본질적 제한이 나타나는 행위를 규제 대상으로 하고 있다. 동 규정의 취지에 비추어, 전체 가격만을 표시하고 구성상품의 개별 가격을 고객에게 전달하지 않는 끼워팔기는 고객이 가격에 대한 판단을 어렵게 하거나 가격을 은폐하는 행위로서 이에 해당할 수 있다.²³⁾ 또한 사업자가 제공하는 상품과 경쟁사업자의 상품 가격이나 품질을 합리적으로 비교하여 상품을 선택하는 것을 방해하는 행위도 부당한 고객유인(Übertriebenes Anlocken)으로서 동 규정에 해당하는 것으로 볼 여지가 있다.²⁴⁾

23) Friedrich L. Ekey u. a., 주 12)의 책, 136면(Gunda Plaß 집필 부분).

24) 위의 책, 139면 이하(Gunda Plass 집필부분).

(3) 오인 유발 행위 등

제5조는 허위 정보 또는 기만에 해당하는 정보를 제공하여 오인을 유발하는 거래행위(Irreführende geschäftliche Handlungen), 제5조a는 부작위에 의한 오인 유발행위를 불공정한 것으로 규제하고 있다. 양자는 작위와 부작위에 의한 오인 유발행위를 각각 규정하고 있는데, 부작위에 의한 경우 구매 결정에 영향을 미친 경우에 한정함으로써 구성요건적인 차이를 보여주고 있다. 이는 부작위에 의한 행위가 작위에 상응하는 규범적 평가를 받기 위하여 요구되는 불가피한 것으로 이해된다.

제6조는 비교 광고를 규제 대상으로 정하고 있다. 2004년 개정 이전에 모든 비교 광고가 규제되었던 것은 아니며, 일정한 조건 하에 허용이 가능한 것으로 규율되었다. 이와 같은 태도는 현행 부정경쟁방지법에도 유지되고 있는데, 제6조 제2항은 불공정한 비교 광고로서 동일한 수요 또는 목적을 충족하는 상품에 관한 것이 아닐 것(1호), 실질적이고, 관련성이 있고, 검증 가능하며, 전형적인 상품의 특성이나 가격에 기초한 객관적인 비교가 아닐 것(2호), 광고주와 경쟁사업자 의 상품 간에 혼동을 유발할 가능성이 있을 것(3호), 경쟁자에 의하여 사용되는 상표의 평판에 불공정하게 영향을 미칠 것(4호), 상품이나 사업 활동, 사업자에 대한 비방에 해당할 것(5호), 상표권의 보호 하에 있는 다른 상품의 모방이나 복제품일 것(6호) 등을 제시하고 있다.

제7조는 시장참가자가 원하지 않는 부당한 방식으로 평온을 해하는(Unzumutbare Belästigungen) 판촉행위를 규제하고 있다. 이에 해당하는 행위로서 특히 중요한 것은 동조 제2항 제2호의 규정인데, 동 규정은 명시적인 소비자의 동의가 없거나 다른 시장참가자로서 동의가 추정되는 경우가 아닌 한, 이러한 행위는 평온을 해하는 행위로서 허용되지 않는다. 이때 동의를 추정은 위에 해당하는 행위가 시장참가자의 구체적인 이익 범위 안에 있을 경우에 이루어질 것이다.

IV. 규제사례 - ‘Strom und Telefonie II’ 사건²⁵⁾

1. ‘Strom und Telefonie II’ 사건의²⁶⁾ 사실관계

동 사건에서 피고인 Stadtwerke S. GmbH는 직접 가스와 수도를 공급하고 또한 자회사를 통하여 전기를 공급하고 있었다. Stadtwerke S. GmbH는 당해 시장에서 지배적 사업자이었다. 동 회사는 자신의 전력망을 이용하여 통신서비스도 제공하고자 하였는데, 1999년 말부터 2000년 초에 ‘R. power’라는 브랜드를 통하여 전기와 통신서비

25) 동 사건과 독일 연방대법원의 판결에 대한 상세한 분석은, 홍명수, “Strom und Telefonie II 판결의 분석”, 경쟁저널 제134호, 2007, 59면 이하 참조.

26) BGH, Urt. v. 4. 11. 2003.

스의 공급을 포함하는 내용의 12개월 기간의 패키지 상품을 판매하였으며, 이 두 서비스를 모두 공급받을 때 연간 120 DM에서 300 DM의 환불을 제시하였다.

통신서비스 시장에서 지배적 지위에 있는 경쟁사업자인 Deutsche Telekom AG는 원고로서 Stadtwerke S. GmbH의 끼워팔기 행위가 경쟁제한방지법과 부정경쟁방지법에 반한다는 이유로 각 법률에 근거하여 당해 행위의 중지를 청구하였으며, 최종적으로 연방대법원은 이에 대한 판결을 내렸다.

우선 연방대법원은 경쟁제한방지법 위반과 관련하여 전력시장에서 지배적인 사업자가 이러한 지위를 남용적으로 이용하여 그가 지배적이지 않은 통신시장에서 다른 사업자의 경쟁가능성을 침해한다면, 경쟁제한방지법 제19조 1항 위반으로서 동법 33조에 근거하여 원고는 중지청구를 할 권한을 가질 수 있다고 보았다. 그러나 통신시장에서 다른 사업자의 경쟁가능성이 침해된 것으로 볼 수는 없다는 점에서 이러한 청구를 인용하지 않았다. 부정경쟁방지법에 관한 연방대법원의 판시 사항은 이하에서 상론한다.

2. 부정경쟁방지법 위반에 관한 연방대법원의 판결

연방대법원은 전기와 통신서비스의 끼워팔기 자체가 경쟁에 반하는 것은 아니라고 판시하면서, 부정경쟁방지법상 이러한 판매방식이 소비자에게 미칠 수 있는 위험, 즉 끼워팔기 방식으로 제공된 상품의 가치가 실제 가치보다 높은 것이라는 오인을 낳거나 또는 불충분하게 정보가 제공될 수 있는 위험에 초점을 맞춘다.²⁷⁾ 끼워팔기는 개별 가격을 알리지 않을 경우에 소비자에 의한 가격비교를 어렵게 하고, 나아가 잘못된 판단이나 가격 은폐가 나타날 가능성을 갖고 있다. 이 외에도 특히 급부의 한 부분이 무상이거나 또는 판매행위에 결합된 경우에, 끼워팔기는 개별 거래에서 합리적 소비자의 구매 결정 시 합리성이 후퇴할 수 있는 정도의 강한 유인효과를 낳을 수 있다.

그러나 연방대법원은 소비자의 이익을 위하여 상품 제공의 투명성이 요구된다 하더라도, 할인가격만을 표시하는 행위가 그 자체로 다투어질 수 있는 것은 아니라고 지적하였다. 끼워팔기는 분명히 가격 비교를 어렵게 할 수 있지만, 소비자는 전체가격과 동일 사업자 또는 다른 사업자의 개별 가격을 비교하고자 할 경우에 끼워팔기에 의한 상품 제공이 어떠한 범위에서 가격상의 유리를 낳는지에 대하여 개별가격을 조사하고 추가할 수 있다.

구 부정경쟁방지법 제1조(현행법 3조) 하에서 언제나 부가상품의 가치를 알려야 하는 의무가 부과되는 것은 아니다. 물론 경우에 따라서 사업자에게 전체 가격뿐만 아니라 개별 가격의 제시가 요구될 수도 있고, 그 한도에서 끼워팔기와 단일한 가격의 부과는 투명성 요구를 침해하는 것일 수 있다. 그렇지만 일반적으로 전기와 통신 서비스의 구매 결정은 면밀한 검토 없이 이루어지지 않을 것이며, 연방대법원은 결론적으로

27) BGH, Urt. v. 13. 6. 2002 - ZR 71/01, GRUR 2002, 979, 981 - Kopplungsangebot II.

당해 사건에서 Stadtwerke S. GmbH가 할인액만을 제시하여 소비자가 전체가격과 개별가격 사이의 가격 비교를 할 수밖에 없었다는 점은 허용될 수 있는 것으로서, Stadtwerke S. GmbH의 행위가 부정경쟁방지법에 반하지 않는 것으로 판단하였다.

3. 부정경쟁방지법에 관한 판결의 의의

동 판결은 끼워팔기 자체가 불공정한 거래행태로 볼 수는 없지만, 가격에 대한 가치를 오인시키거나 은폐시킬 가능성이 있는 경우에 불공정한 거래행태로서 부정경쟁방지법에 의하여 규제될 수 있음을 밝히고, 특히 개별 가격과의 비교가능성에 중요한 의미를 부여하고 있다는 점에서 의의를 찾을 수 있다.²⁸⁾

전술한 것처럼 동 판결의 근거가 되었던 부정경쟁방지법 제1조는 2004년 개정에 의하여 제3조로 위치를 변경하였으며, 내용도 양속 위반이 아닌 불공정한 거래행위를 금지하는 것으로 변경되었다. 또한 동 판결에서 문제가 되었던 끼워팔기는 개정법 제4조 제1호에 의하여 규제되는 것으로 이해되고 있다. 이와 같은 근거 규정의 변경에도 불구하고, 개정 이전 부정경쟁방지법상 끼워팔기 규제의 해석론은 개정 이후에도 유효하며, 이러한 점에서 끼워팔기의 위법성을 동 판결은 현행 부정경쟁방지법에서도 의의가 있다.

부정경쟁방지법상 끼워팔기 규제에 관한 논의는 불공정거래행위로서 끼워팔기의 규제를 명정하고 있는 우리 독점규제법에 있어서도 시사하는 바가 크다. 무엇보다 독점규제법상 불공정거래행위로서 끼워팔기의 위법성은 경쟁제한성뿐만 아니라, 불공정한 경쟁 수단 또는 소비자의 합리적 선택을 제한하는 측면에서도 구성되고 있으며, 후자의 의의를 구체화함에 있어서 동 판결은 유용한 지침이 될 수 있을 것이다.

V. 결론

독일 경쟁법 체계에서 부정경쟁방지법은 경쟁제한방지법과 마찬가지로 경쟁의 보호를 지향하지만, 구체적인 입법 목적에 있어서 양자는 뚜렷이 구별된다. 부정경쟁방지법은 공정한 경쟁의 보호를 주된 목적으로 하며, 이에 따라서 부정경쟁방지법상 위법성 판단은 경쟁자, 소비자 또는 기타 시장참가자의 불이익에 초점을 맞추어 이루어지며, 특히 의사 결정의 자유의 침해가 주된 판단 기준으로 작용한다. 이러한 점점은 경쟁제한성에 초점을 맞추어 시장구조적이고 경쟁질서적인 관점에서 접근하는 경쟁제한방지법과 차별화된 규제체계를 보여준다.

독점규제법상 불공정성에 근거한 불공정거래행위에 대한 규제 실무는 문제가 되고

28) Friedrich L. Ekey u. a., 주 12)의 책, 106면(Gunda Plaß 집필부분).

있는 불공정성을 경쟁수단 또는 거래내용에 측면에서 파악하고 있다. 그러나 이와 같은 이해는, 특히 경쟁제한성과 관계에서 명확하지 않으며, 구체적인 법 적용 측면에서도 혼선을 낳을 수 있다.²⁹⁾ 이러한 점에서 독일 부정경쟁방지법의 규제 목적과 구체적인 규제 법리의 전개는 시사하는 바가 크다.

독점규제법상 단독행위 규제체계에 관한 논의에서 불공정거래행위 중 불공정성에 기초한 불공정거래행위의 규제의 취급은 핵심적인 문제로 자리하고 있다. 이 논의의 중요성을 부인할 수 없지만, 이에 앞서 불공정성에 기초한 불공정거래행위 규제 법리의 개선이 필요하며, 이를 위하여 독일 부정경쟁방지법의 제도적 이해가 뒷받침될 필요가 있다.

29) 경쟁제한성 측면에서 불공정거래행위를 규제하는 경우에 시장지배적 지위남용행위와의 관계는 경쟁제한성이라는 동일한 관점에서 정립될 필요가 있다. 이와 관련하여 시장지배적 사업자가 존재하는 시장의 특수성에 기하여 양자의 특별법적 관계를 이해하는 것으로서, 이봉의, “독점적 사업자의 끼워팔기: 마이크로소프트사(MS)의 지위남용을 중심으로”, 법과 사회 제27호, 2004, 336-338면 참조.

[참 고 문 헌]

- 이봉의, “독점적 사업자의 끼워팔기: 마이크로소프트사(MS)의 지위남용을 중심으로”, 법과 사회 제27호, 2004
- 홍명수, “Strom und Telefonie II 판결의 분석”, 경쟁저널 제134호, 2007
- 홍명수, “시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위의 관계와 단독행위 규제체계의 개선”, 경쟁법 연구 제33권, 2016
- Emmerich, V., 정호열 역, 부정경쟁법, 삼지원, 1996
- Ekey, F. L. u. a., Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, C. F. Müller, 2005
- Frerix, C., “Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb(UWG) ist geändert worden - Grundsanierung oder Kosmetikkur?”, <http://www.socialmediarecht.de/>, 2016
- Gassner, U., Grundzüge des Kartellrechts, Verlag Vahlen, 1999
- Müssig, P., Wirtschaftsprivatrecht, C. F. Müller, 2003
- OECD, The Interface between Competition and Consumer Policies, DAF/COMP /GF(2008), 2008
- Ohly, A. & Sosnitza, O., Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung Kommentar, C.H.Beck, 2014
- Rittner, F., Dreher, M. & Kulka, M., Wettbewerbs- und Kartellrecht, C. F. Müller, 2014

[Abstract]

A Study on Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in Germany

Myungsu Hong*

The law against unfair competition(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) under German law is the legal basis of the fight against unfair competition. The UWG regulates the market behavior of each company from the perspective of competition.

The UWG protect competitors, consumers and the general public before an unfair distortion of competition, for example by misleading advertising. the UWG is decisively influenced by European Community law. This attempt to harmonize some areas in Europe by binding to be reacted guidelines. The UWG will be able to give a lot of implications for unfair trade practices regulation by Monopoly Regulations and Fair Trade Act in Korea.

<key words>

Competition Law in Germany, UWG, GWB, unfair trade practices, unfair competition

* Professor, College of Law, Myongji Univ.

「명지법학」 편집규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(목적) 이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)의 편집, 간행 및 논문심사에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(명지법학의 간행)

- ① 「명지법학」은 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② 「명지법학」의 발간일자는 매년 7월 31일과 1월 31일을 원칙으로 한다.
- ③ 「명지법학」은 인쇄출판과 전자출판의 형태로 간행하며, 전자출판의 경우 원문파일을 명지대학교 법과대학 법학연구소 홈페이지에 게재한다.
 - 홈페이지 주소: <http://col.mju.ac.kr/user/mjulaw/index.html>

제3조(원고의 게재)

- ① 투고 원고는 「명지법학」 투고규정상의 투고 자격을 갖춘 투고자의 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 「명지법학」에 게재한다.
- ② 투고 원고는 전문 학술논문으로써 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며, 「명지법학」 투고규정 및 원고작성 지침에 따른 절차와 요건을 갖춘 것이어야 한다.
- ③ 제출된 투고 원고가 본 연구소가 제시한 투고규정 및 원고작성 지침에 부합하지 않을 경우에는 수정을 요구할 수 있다.

제4조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.
- ② 편집위원은 편집위원장을 포함한 5인 이상으로 한다.
- ③ 편집위원이 될 수 있는 자는 법학교수, 법학분야 박사학위 보유자 또는 법률분야에 5년 이상 종사한 자로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.
- ④ 편집위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.
- ⑤ 편집위원장은 편집위원 중 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

제5조(편집위원회의 업무)

- ① 「명지법학」의 편집 및 출판
- ② 「명지법학」 원고의 접수 및 게재 여부 심사
- ③ 「명지법학」 연구윤리위원회의 결정에 따른 조치
- ④ 기타 간행물의 편집 및 출판

제6조(편집위원회의 운영)

- ① 위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 위원장이 소집한다.
- ② 위원회의 의결은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
- ③ 위원회는 「명지법학」 기타 간행물에 투고된 원고를 제8조의 기준과 「명지법학」 투고규정 및 「명지법학」 원고작성 지침에 따라 심사하여 그 게재 여부를 정한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

제7조(심사위원회의 구성)

- ① 논문 심사는 제8조 제1항의 기준에 따라 편집위원회에서 위촉하는 3인의 심사위원이 심사한다.
- ② 심사위원은 명지법학연구소의 연구위원 및 편집위원장이 위촉하는 외부 심사위원으로 구성한다.
- ③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

제8조(원고의 심사)

- ① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
 1. 주제설정(창의성과 적절성)
 2. 연구 방법의 논리적 완결성
 3. 연구의 학술적 완성도
 4. 연구결과의 학문적 기여도
 5. 종합의견(게재, 수정 후 게재, 수정 후 재심사, 게재 불가)
- ② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.
 1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
 2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
 3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도
- ③ 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 수정 후 재심사(차호 게재), 게재 불가로 구분한다.

④ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

제9조(심사료) 「명지법학」 투고논문을 심사하는 심사위원에게는 소정의 심사료를 지급할 수 있다. 심사료는 편집위원회에서 결정하며, 법학연구소장이 지급여부를 결정한다.

제10조(게재료) 「명지법학」에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 결정한다.

제11조(본 규정의 시행 및 개정)

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

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 투고규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(투고자격)

- ① 국내외 대학 전임교수
- ② 법률 분야의 종사자
- ③ 대학원생으로써 박사학위 수료 이상의 자
- ④ 기타 편집위원회의 추천을 받은 자
- ⑤ 각 호의 자와 공동으로 투고하는 자

제2조(투고원고)

- ① 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.
 1. 발표논문: 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
 2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 투고된 논문
 3. 기타(번역·평석 등): 「명지법학」 게재를 위하여 제출된 번역, 판례평석, 입법동향분석, 서평 등
- ② 학술지에 게재할 원고는 다음의 요건을 갖춘 것이어야 한다.
 1. 법학 연구 및 교육 혹은 법률문화 창달에 기여하는 내용의 원고 일 것
 2. 다른 학술지 등에 발표한 일이 없는 원고일 것, 다만, 타 학술지에 일부 발췌문을 발표하였을 경우에는 그 전문(全文)을 투고할 수 있다.
 3. 외국논문을 한글로 번역한 논문의 경우에는 게재를 요청하는 번역자에 의해 저작권 협의가 이미 완료되어 있을 것
- ③ 학술지에 게재할 원고의 전체분량은 「명지법학」 원고작성 지침에 따른 형식으로 20매 내외를 원칙으로 하며, 30매를 초과할 경우 편집위원회의 결정에 따라 게재가 허용될 수 있다.

제3조(투고절차 및 방법)

- ① 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ② 원고는 작성자의 인적사항을 삭제한 후 제출하고, 표지에 저자명, 소속, 직위, 연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.

- ③ 원고 제출은 투고기한 내에 완성된 원고를 첨부하여 전자우편(E-Mail)으로 송부함을 원칙으로 한다.

제4조(투고기한) 논문의 투고는 「명지법학」의 발간 예정일을 기준으로 1월 전(각 6월 30일, 12월 31일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정으로 기한을 도과하여 제출하는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

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

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

제6조(저작권)

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

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

제8조(논문의 심사)

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

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리 규정

제정 2007. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(목적) 이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 목적으로 한다.

제2조(용어의 정의) 이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- ① "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
- ② "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
- ③ "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
- ④ "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나, 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
- ⑤ "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
- ⑥ "제보자"라 함은 부정행위 또는 부적절행위를 인지한 사실 또는 관련 증거를 제시한 자를 말한다. 다만, 고의 또는 과실로 당해 주장이나 증언에 반하는 사실을 간과한 자는 제보자로 간주하지 않는다.
- ⑦ "피조사자"라 함은 제보 또는 연구소의 인지에 의하여 부정행위 등의 조사대상이 된 자 또는 조사를 수행하던 중 부정행위 또는 부적절행위에 가담한 것으로 추정되어 조사대상이 된 자를 말한다. 다만, 조사과정에서의 참고인이나 증인은 포함되지 아니한다.

제3조(기능) 위원회는 명지법학의 회원·준회원 또는 단순게재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

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

제4조(구성)

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

제5조(회의)

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

제6조(연구부정 행위 조사)

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

제7조(위원회의 권한과 책무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에 혐의 사실을 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 조사 사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

제9조(진술기회의 보장) 위원회는 조사 사실에 대해 피조사자에게 의견을 제출하거나 해명할 기회를 부여하여야 한다.

제10조(조사결과에 따른 조치)

- ① 위원회는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 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 게재취소 사실의 공지
 - 3. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록·접수·취소 일자, 취소 이유 등이 포함되어야 한다.

제11조(결과의 통지)

- ① 위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및 제보자 등 관련자에게 통지한다.
- ② 전항의 통지 방식에는 전자문서에 의한 통지도 포함된다.

제12조(재심의)

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심을 요청할 수 있다.
- ② 전항의 재심의 요청 방식에는 전자문서에 의한 요청도 포함된다.

제13조(비밀유지의 의무 등)

- ① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 노력하여야 한다.

- ② 제보·조사·심의·의결 및 건의 등과 관련된 일체의 사항은 비밀로 하되, 상당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.
- ③ 위원 및 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 심의·의결·조사 기타 관련 절차에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

제14조(경비) 위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 원고작성 지침

법학연구소에서 간행하는 「명지법학」에 논문을 게재하고자 하는 자는 다음의 원고 작성 절차를 준수해야 한다.

다 음

1. 원고 작성의 원칙

- 1) 원고는 워드프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 전자우편(E-Mail)으로 제출하며, 워드 프로세서는 [한글] 프로그램을 사용을 원칙으로 한다.
- 2) 원고는 국문으로 작성하는 것을 원칙으로 하되, 필요한 경우 외국어로 작성할 수 있다.
- 3) 원고는 각주, 표, 그림 등을 포함하여 A4 용지 20매 내외로 하는 것을 원칙으로 한다.

2. 원고의 구성

원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 한다.

- 1) 논문제목(부제 포함)
- 2) 투고자 성명(학위, 소속 및 지위 등 투고자의 인적사항에 관한 내용은 각주로 표시함)
- 3) 논문요지
- 4) 논문요지의 검색용 주제어(주제어는 10개를 넘지 않도록 함)
- 5) 본문(각주 포함)
- 6) 참고문헌(본문에서 인용한 참고문헌에 한함)
- 7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 포함
- 8) 외국어 주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 국문 주제어): 외국어 주제어는 국문 주제어와 같은 순서로 배열함

3. 원고 작성의 규칙

구체적인 원고작성 양식은 다음과 같다.

- 1) 목차의 순서는 다음과 같다.

I. 로마숫자 (가운데 정렬)

1. 아라비아 숫자

(1) 괄호 숫자

가. 한글 가, 나, 다

2) 공동 연구논문인 경우에는 공동 연구자 성명에 *로 각주표시를 한 후 해당 각주에 책임연구자와 연구자를 각각 기재한다.

3) 각주의 표기는 다음과 같다.

저서 인용: 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.

- 한글 및 일본어, 중국어 저서일 경우, 책명을 「」으로 표시한다.

- 영어 및 독일어 등 서양문헌인 경우 책명을 이탤릭으로 표시한다.

정기간행물 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제○○권 ○호(년도), 면수.

- 영어 및 독일어 등 외국잡지일 경우 저자명, “논문제목”, 「논문집명」, 권호, 년월, 면수의 순으로 하며, 논문제목은 이탤릭으로 표기한다.

기념논문집 인용: 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문 「기념논문집명」, 면수.

판결 인용: 대법원 19○○.○○.○○. 선고, ○○다○○○○ 판결 (법원공보 19○○년, ○○○면) 또는 대판 19○○.○○.○○, ○○다○○○○

- 미국 판례의 경우: 제1당사자 v. 제2당사자, 판례집 권 번호 판례집 약자, 판결의 첫 페이지, 인용된 페이지 (선고년도) 또는 사건명의 약칭, 판례집 권 번호와 판례집 약자 at 인용된 페이지.

그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하여 작성한다.

4) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정

위쪽: 30, 아래쪽: 35, 왼쪽: 35.9, 오른쪽: 35.9, 머리말: 15, 꼬리말: 15, 제본: 0

5) 문단모양

왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄 간격: 160, 문단 위: 0, 문단 아래: 0, 낱말 간격: 0, 정렬방식: 혼합

6) 글자모양

서체: 신명조, 자간: 0, 장평: 100, 크기: 10

7) 참고문헌은 저자명, 저서명 또는 논문 제목, 출판사 또는 학술지명 및 권호, 발간연도의 순서로 기재한다.

- 참고문헌의 글자크기는 9pt로 한다.

- 참고문헌의 순서는 국내문헌, 동양문헌, 서양문헌 순으로 한다. 국내문헌은 저자명의 가나다순, 동양문헌은 그 나라 발음의 알파벳순, 서양문헌은 발음에 관계없이 알파벳순으로 한다.

◆ 편집위원회

위원장 : 홍명수 (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)

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

편집 보조인 :

김민지(명지대학교 법학연구소 연구원)

明知法學 (제15권 제1호)

2016년 7월 30일 인쇄

2016년 7월 31일 발행

板 權
所 有

발행인 : 홍 명 수

발행처 : 명지대학교 법학연구소

주 소 : 서대문구 남가좌동 50-3

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

제 작 : 한국학술정보(주)

* 이 책의 무단복제 복사 전제를 금함

ISSN 1229-7585