

明 知 法 學

제15권 제2호



2017

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 회수를 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 1호로 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 제15권 1호의 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]

출자자의 제2차 납세의무제도에 관한 연구	길 용 원 / 1
건물의 법률적 일체성에 관한 소고	박 득 배 / 27
소셜 네트워크상 개인정보 침해에 대한 민사적 구제방안	이 지 원 / 55
단말기유통법 개정 논의의 검토	홍 명 수 / 75
국내외 파견근로의 현황 및 제조업 파견 허용 주장에 대한 동향 ...	장 다 혜 / 91
소위 「김영란법」 연착륙 방안에 관한 소고	김 민 지 / 107

[부 록]

「명지법학」 투고규정	131
「명지법학」 편집규정	134
「명지법학」 연구윤리 규정	137
「명지법학」 원고작성 지침	141

출자자의 제2차 납세의무제도에 관한 연구

-개정입법에 대한 평가를 중심으로-

길 용 원*

논문요지

출자자의 제2차 납세의무제도는 본래 납세의무자의 재산으로 조세채권액을 충당할 수 없을 때 법률이 정한 일정한 요건을 충족한 경우에 한하여 제3자에게 그 부족한 국세 등 체납액에 대하여 보충적으로 납부책임을 확장시키는 제도를 말한다.

출자자에게 과점주주의 제2차 납세의무규정에 따라 책임을 지우려면 ① 본래의 납세의무자가 법인(상장, 비상장법인 불문)일 것, ② 출자자가 과점주주이며, 이 중에서 일정한 범위의 해당하는 자일 것, ③ 납세의무자인 법인이 납부할 국세 등이 있을 것, ④ 징수부족액이 발생하였을 것이라는 요건이 충족되어야 한다. 위 제도는 타인에게 책임을 묻는 타인책임으로서 재산권 침해라는 내재적인 한계를 지니고 있는 규정으로 그 법적정당성이 문제된다. 외국에서 입법례를 찾아볼 수 없는 제도이며, 상법상 유한책임의 원칙에 중대한 예외이기도 하다.

이러한 점으로 인해 종래에는 제2차 납세의무를 부담하는 출자자의 책임범위 및 한도를 점점 제한하는 쪽으로 개정되었다. 하지만 국세기본법이 2015. 1. 1. 법률 제12848호로 개정되면서 제2차 납세의무 대상법인을 오히려 기존의 비상장법인 뿐만 아니라 유가증권시장 상장법인의 과점주주까지 포함하여 그 범위를 확대하기에 이르렀다. 따라서 개정법에서 본래의 납세의무자의 범위를 상장법인에까지 확대한 것이 종전의 비상장법인에 국한한 것과의 법적 타당성에 있어서 차이점이 있는지를 판단하기 위하여 제2차 납세의무제도의 입법취지와 법인의 상장여부와 상관성을 검토할 필요가 있다.

결론적으로 현행 개정법에서는 출자자의 제2차 납세의무 대상법인에 유가증권시장 상장법인의 과점주주를 포함시켜 오히려 제2차 납세의무 대상을 더 넓히고 있으므로 조세회피 행위를 방지하기 위하여 다른 방안이 없을 경우 조세정의와 평등을 실현하기 위하여 제한적으로 적용되는 제도라는 성질과 상장법인 과점주주의 경우 주식의 소유정도 또는 실질적인 권리행사에 따른 경영에 대한 사실상 지배 등의 문제발생이 미약함에도 불구하고 제2차 납세의무의 성립을 정당화시키는 현실적 상황에 대한 고려 없이 오히려 대상의 확대로 제3자의 재산권 침해가능성을 높이고 거래안전을 더 악화시키고 있는 것이다. 즉 상장법인의 경우 다른 규정에 의하여 충분한 감독과 제한을 받고 있어 굳이 세법에서 이중적으로 제한할 필요가 없고, 그

* 법학박사, 광운대학교 강사

실효성에도 의문이 든다.

제2차 납세의무부과의 문제는 법인의 형태의 접근이 아니라 본래의 납세의무자인 회사로부터 현실적인 수익의 취득여부에 따라 그 취급을 달리하는 문제로 파악하는 발상의 전환이 필요하다고 생각된다. 따라서 법인이 불법·부당한 방법으로 본인에게 귀속시켜야 할 소득 등을 과점주주 등 특수관계자에게 분여함으로 인하여 당해 법인이 납부하여야 할 국세 및 가산금 등을 체납한 경우에는 실질적으로 그 이익을 분여받은 과점주주 등 특수관계자에게 그 이익의 한도로 제2차 납세의무를 지는 것이 제2차 납세의무의 본래의 취지에 부합한다고 생각되며, 이러한 형태의 개정이 요청되는 바이다.

검색용 주제어 : 출자자, 제2차납세의무, 과점주주, 유한책임, 비상장법인

· 논문접수: 2017. 06. 20. · 심사개시: 2016. 07. 03. · 게재확정: 2012. 07. 13.

I. 서언

국세기본법 제2조 제10호에 의하면 “납세자란 납세의무자(연대납세의무자와 납세자를 갈음하여 납부할 의무가 생긴 경우의 제2차 납세의무자 및 보증인을 포함한다)와 세법에 따라 국세를 징수하여 납부할 의무를 지는 자를 말한다.”고 규정하고 있다. 같은 법 제9호는 “납세의무자란 세법에 따라 국세를 납부할 의무(국세를 징수하여 납부할 의무는 제외한다)가 있는 자를 말한다.”고 같은 법 제11호는 “제2차 납세의무자란 납세자가 납세의무를 이행할 수 없는 경우에 납세자를 갈음하여 납세의무를 지는 자를 말한다.”고 정의하고 있다. 이렇듯 본래 납세의무자로 정하여진 자 이외의 자도 일정한 요건을 갖춘 경우 그 납세의무자에게 부과한 납부책임을 부담하는 경우가 있다. 이것이 제2차 납세의무제도이다.

국가 및 지자체 존립의 기초가 되는 조세는 납세자로부터 징수할 필요가 있고 조세 수입의 확보는 국가 및 지자체의 재정적 기초를 이루기 때문에 매우 중요한 사항이며, 이러한 부담은 납세자에게 공평하게 분배되어야 한다. 하지만 조세는 복잡하며, 급속·다양하게 변화하는 사회현상을 기반으로 하고 있어 각종 사법에 의해 조세회피의 가능성이 큰바, 또한 경제적 재원의 조달과 지출이 고도의 공공성과 공익성을 가지므로 이러한 공공복리 증진에 기여하고 조세채권의 확보를 위해 세법은 특별규정을 두고 있는 것이다.

그러나 제2차 납세의무규정은 타인에게 책임을 묻는 타인책임으로서 재산권 침해라는 내재적인 한계를 지니고 있는 규정으로 그 법적정당성이 문제된다. 특히 출자자의 제2차 납세의무는 외국에서 입법례를 찾아볼 수 없는 제도로서 상법상 유한책임의 원칙에 중대한 예외이기도 하다. 따라서 이러한 경향은 사법의 영역을 무시하고 공법의 영역을 우선시하는 전근대적인 사고방식으로 비추어질 우려가 있다.¹⁾ 또한 법인의 과점주주에 대하여는 지방세법에 법인의 체납세액에 대하여 제2차 납세의무를 부여하도록 하는 규정이 있으나 관련규정이 난해하여 실제로 활용되는 사례가 적고, 각각의 실무자별로 달리 해석하는 등 어려움도 있는 상황이다.

이와 같은 문제에도 불구하고 구 국세기본법(2015. 1. 1. 법률 제12848호로 개정되기 전의 것. 이하 “구 국세기본법”이라 한다.)과 달리 개정입법은 제39조에서 제2차 납세의무 대상을 오히려 기존의 비상장법인 뿐만 아니라 유가증권시장 상장법인의 과점주주까지 포함하여 그 범위를 확대하기에 이르렀다. 과연 이러한 입법의 태도가 시대의 흐름에 역행하는 것은 아닌지, 법 이론적으로 타당한 것인지 검토할 필요성 있다. 이와 같은 대상의 확대적용에 관한 타당성을 논하기 앞서 종래의 문제되었던 점들을 미리 살펴보고자 한다.

1) 김진환, “과점주주의 제2차 납세의무에 관한 연구 -주주유한책임을 중심으로-”, 조선대학교 박사학위논문, 2011, 1면.

II. 종래 출자자의 제2차 납세의무에 관한 논의

1. 출자자의 제2차 납세의무제도 의의

제2차 납세의무제도는 국세 등에 대하여 본래 납세의무자의 재산에 대한 체납처분을 집행하여도 징수하여야 할 국세 등의 금액부족이 인정되는 경우에 그 납세의무자와 관련된 자에 대해 보충적으로 납부책임을 부담하게 하는 제도이다. 이 제도는 사해행위 취소권과 달리 법원의 재판을 요건으로 하는 것이 아니면서도 과세관청의 자력집행에 의하여 사해행위취소권을 행사한 경우와 유사한 결과를 보이며, 신속한 납세자의 징수 회피행위에 대처할 수 있어 조세의 징수확보에 매우 효과적인 제도라 할 수 있다.²⁾ 즉 이 제도는 조세징수확보를 도모하는 것을 목적으로 하는 것이다.³⁾

하지만 이는 본래의 납세의무와 무관한 제3자에게 책임부담을 전가시키는 제도이므로 제3자의 헌법상 보장된 재산권을 침해할 여지가 큰 제도이기도 하다. 이와 같이 위 제도는 과세관청의 측면에서는 조세회피행위에 대해 효과적으로 신속하게 대처할 수 있는 제도라고 할 수 있다. 반면 납세자의 측면에서는 타인이 체납한 국세 등의 채무에 대하여 일방적으로 납부책임이 지워지는 것이기 때문에 예측 불가능한 손해에 대한 불안감을 갖게 된다는 점에서 거래안전을 해치는 부정적인 면도 있다.⁴⁾

제2차 납세의무제도의 유형으로는 청산인 등의 제2차 납세의무, 사업양수인의 제2차 납세의무, 법인의 제2차 납세의무, 출자자의 제2차 납세의무 제도가 있다. 위 제2차 납세의무제도 중 잔여재산의 분배를 받은 자의 제2차 납세의무,⁵⁾ 무한책임사원의 제2차 납세의무⁶⁾ 및 법인의 제2차 납세의무제도⁷⁾ 등과 같이 나름대로의 법적 정당성을 갖춘 경우도 있으나 그와 같은 법적 정당성을 구비하지 못하고 있는 제2차 납세의무의

2) 金子宏, 「租税法」, 弘文堂, 2016, 152면; 사해행위취소권의 경우 반드시 사법절차에 의할 것이 요구되며, 또한 그 취소권의 행사에 있어서 조세채권의 침해사실의 존재 및 사해의사의 존재가 필요하며, 그에 대한 증명책임이 과세관청에 있어 조세회피에 대한 신속한 대응이 용이하지 않은 것이 사실이다. 김용원, “조세법상 특수성을 고려한 사해행위취소소송의 입증책임”, 「서울법학」제21권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2013, 181면.

3) 大阪高裁 昭和 48年 11月 8日 判決 (行集 24卷 11-12号 1227 頁)에서도 “제2차 납세의무 제도는 납세자의 재산에 대하여 체납처분을 집행하여도 미리 징수 할 금액이 부족하다고 인정되는 경우에는 형식적으로는 재산이 제3자에게 귀속하고 있다고는 해도, 실질적으로는 이를 부인하고 납세자에게 그 재산이 귀속하고 있다고 인정해도 공평을 잃지 않은 경우에 형식적인 재산귀속을 부인하고, 사법질서를 어지럽힘을 피하면서도 그 형식적으로 재산이 귀속하고 있는 제3자에 대한 보충적, 제2차적으로 납세자의 납세의무를 부담시킴으로써 조세징수의 확보를 꾀하려는 제도이다.”라고 하고 있다.

4) 박훈·육윤복, “제2차납세의무자인 과점주주의 요건과 그 제한”, 「조세법연구」제10권 제1호, 한국세법학회, 2004, 185면.

5) 국세기본법 제38조, 지방세기본법 제46조.

6) 국세기본법 제39조 제1호, 지방세기본법 제47조 제1호.

7) 국세기본법 제40조, 지방세기본법 제48조.

유형도 적지 않다.⁸⁾ 가령 나름대로의 법적정당성을 갖추고 있는 경우라 할지라도 여러 입법상의 문제로 인해 실제 그 활용이 미약하기도 있다.

특히 문제되는 것은 출자자의 제2차 납세의무제도이다. 수차례 헌법재판소의 한정위헌 또는 단순위헌결정으로 지금의 국세기본법 제39조 규정이 그 취지에 맞게 개정된 것이나, 아직까지도 위 규정의 취지와 해석에 관해 논란이 계속되고 있다. 출자자에게 과점주주의 제2차 납세의무규정에 따라 책임을 지우려면 ① 본래의 납세의무자가 법인(상장, 비상장법인 불문)일 것, ② 출자자가 과점주주이며, 이 중에서 일정한 범위의 해당하는 자일 것, ③ 납세의무자인 법인이 납부할 국세 등이 있을 것, ④ 징수부족액이 발생하였을 것이라는 요건이 충족되어야 한다.

2. 출자자의 제2차 납세의무의 존치여부

제2차 납세의무규정은 타인의 재산권 침해라는 근원적인 한계를 지니고 있는 규정이라고 할 수 있으나 과세관청의 효율적인 조세징수 확보를 위해 필요성이 요청되므로 필요악적 성격을 갖고 있다. 특히 이와 관련하여 종전부터 출자자의 제2차 납세의무에 대해 동 제도의 존치여부와 비상장법인과 관련된 문제들이 계속적으로 논의가 있어왔다.

출자자의 제2차 납세의무제도는 타인의 조세에 대하여 납부의무를 전가하는 것으로 특히 주주의 유한책임원칙을 과도하게 제한하여 헌법 제37조 2항이 규정하고 있는 과잉금지원칙에 위반되거나 상장법인을 그 적용대상에서 제외시켜 상장법인과 비상장법인의 과점주주를 다르게 취급하여 헌법상의 평등의 원칙에 위배된다는 지적이 있었다. 이러한 문제점을 안고 있는 출자자에 대한 제2차 납세의무 제도를 폐지하여야 한다는 견해까지 등장하였다.

(1) 존치설

조세법은 재정수요의 충족 등 사법과는 추구하고자 하는 목적이 서로 다르기 마련이므로 사법상 인정되는 법리의 수정이 불가피하다. 그렇다면 법인과 과점주주의 구별이 어려워 법인과 과점주주를 동일시 할 수 있는 때에는 법인이 체납한 국세 등을 그 과점주주에게 부과하는 것이 정당화될 수 있다는 입장이다.⁹⁾ 비상장법인은 가족이나 친지 등의 혈연·지연을 통해 폐쇄적으로 운영되고 있는 것이 현실이며, 법인의 경영상 이익은 본인에게 귀속시키고 손실은 법인에 떠넘김으로써 기업경영을 왜곡시키는 결과를 초래하고 있다. 이러한 불합리한 결과를 방지하기 위하여 과점주주에게 일정한 세법상의 책임을 물을 사회적 정당성은 존재하는 것이다.¹⁰⁾ 만약 위 제도를 폐지할 경우

8) 김완석, “제2차 납세의무제도의 문제점과 개선방안”, 「세무와회계연구」 제1권 제1호, 한국조세연구소, 2012, 6-7면.

9) 이종교, “세법상 과점주주의 지위와 과점주주제도의 개선방안에 관한 연구”, 「토지공법연구」 제44집, 한국토지공법학회, 296면.

납세자의 조세회피사례가 급등하여 결과적으로 조세법상 중요한 지도원리 중의 하나인 조세평등주의를 침해하게 될 것을 우려하는 것이다.

기본적으로 존치하는 것이 타당하나 상법상 분리의 원칙과 유한책임원칙의 중대한 특례규정임을 부인하기 어렵기 때문에 동 제도는 이를 제한적으로 해석하는 것이 타당하다는 입장 또한 존재한다.¹¹⁾

그리고 보다 급진적인 견해로 상법상 회사에 대하여 아무런 책임도 부담하지 않는 주주에게 세법상 회사의 미납국세 등 공과금의 납부를 일정한 주주에게 부담하게 하는 것은 주주의 책임부과와 관련하여 극히 바람직한 현상이며 주주의 도덕적 해이에 따른 충실의무를 보다 강조하는 측면에서 본다면 주주의 이러한 책임의 기준을 과점주주뿐만 아니라 일정 요건을 충족하는 주주 이상으로 조정할 필요도 있다는 입장도 있다.¹²⁾

헌법재판소는 출자자의 제2차 납세의무제도는 실질과세의 원칙에 부합하는 제도이며, 조세형평과 조세징수 확보라는 제도의 취지를 고려할 때 합헌이라고 판시하고 있다.¹³⁾

(2) 폐지설

종전과 달리 부동산실명제 및 금융실명제도의 정착으로 인한 사회적 여건이 변화된 점, 차명주주의 문제 등으로 더 이상 실효성이 없고 헌법적 타당성도 없다는 입장이다.¹⁴⁾ 이는 위 제도의 이론적 근거인 법인격부인론, 실질과세원칙이론, 이사의 책임이론 등에 관한 견해들 모두 법적정당성을 합리적으로 설명하지 못하는 점이 반영된 것이다. 또한 국세징수법상의 사해행위취소제도의 활용으로 법인의 재산이 과점주주 중에서 법정한 자에게 은닉 또는 유출, 이전된 것을 징수할 수 있어 굳이 위 제도를 존치시킬 이유가 없는 것이다.

특히 대규모 법인의 경우 사전 또는 사후에 주주명부·사원명부 등을 명의분산이나 주주의 소급적인 변동을 통하여 제2차 납세의무를 면탈하는 경우가 빈번하다. 결국 제2차 납세의무 제도가 존재사실에 대해 무지한 소규모의 영세한 법인의 과점주주만이 이제도의 적용을 받게 되어 부당한 결과를 초래하는 점을 고려한 것이다.¹⁵⁾

10) 김성수, 「세법」, 법문사, 2003, 202면.

11) 정지선, “출자자의 제2차납세의무 제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 「세무와회계저널」 제12권 제3호, 한국세무학회, 2011, 141-142면; 정연식, “과점주주의 제2차 납세의무에 관한 연구”, 「조세연구」 제11권 제1집, 한국조세연구포럼, 2011, 256면에서 이론적 근거가 부족하다는 것을 인식하면서도 폐지보다는 현행제도의 수정보완하는 것이 발전적인 방향이라 하고 있다.

12) 김원규, “주주의 책임에 관한 소고”, 「상사판례연구」 제20집 제3권, 한국상사판례학회, 2007, 288-289면.

13) 헌법재판소 1997.6.26.선고 93헌바49등 판결

14) 김정기, “출자자의 제2차 납세의무의 주요쟁점과 입법적 개선방안”, 「조세연구」 제14권 제1집, 2014, 한국조세연구포럼, 17면; 김완석, “주주의 제2차납세의무에 관한 연구 -이론적 근거 및 정당성을 중심으로-”, 「토지공법연구」 제25집, 한국토지공법학회, 2005, 296면.

그리고 주주의 투자목적이 단순투자인 경우와 아닌 경우로 나누어 전자의 경우에는 위 제도를 폐지하자는 견해도 존재한다.¹⁵⁾

3. 비상장법인과 관련된 문제

(1) 코스닥등록법인의 포함여부

구 국세기본법 제39조 제1항은 한국증권거래소에 상장한 법인만을 제2차 납세의무의 적용대상인 법인에서 배제하였다. 즉 법문의 해석상 자본시장과 금융투자업에 관한 법 시행령 제176조의 9 제1항에 의한 유가증권시장에 상장한 법인만이 제외되는 것이며, 코스닥등록법인은 비상장법인의 범위에 포함되어 위 규정의 적용을 받게 되었다. 하지만 코스닥등록법인의 경우 한국증권거래소에 상장한 법인과 그 기능과 규모 등에 비추어 봤을 때 실질적으로 큰 차이를 보이지 않는 점에서 차별적인 면이 있다는 비판을 받았다.

따라서 코스닥 등록법인의 경우에도 조세의 회피를 방지하기 위한 제도적 장치와 채권자를 보호하기 위한 규정이 마련되어 있는 점에 비추어 볼 때 상장법인과 달리 취급하는 것은 합리적 기준과 이유 없이 차별하는 것으로서 위헌으로 평가될 가능성이 높다는 입장.¹⁷⁾ (구)증권거래법과 달리 자본시장과 금융투자업에관한법률은 유가증권시장에 상장된 주권을 발행한 법인뿐만 아니라 코스닥상장법인도 상장법인으로 취급하여 처리하고 있으며, 코스닥상장법인의 발행주식은 증권시장에서 거래되고 있으므로 폐쇄법인을 상정하고 있는 출자자의 제2차 납세의무의 적용대상으로 삼기에는 적절하지 않고 동 법인은 유가증권시장에 상장된 법인에 준해 대주주 등의 자의적인 법인의 지배에 대한 법률적 장치를 구비하고 있는 점을 고려할 때 코스닥상장법인의 과점주주 역시 제2차 납세의무를 지을 수 없도록 입법적 개선이 필요하다는 입장이 있었다.¹⁸⁾ 뿐만 아니라 적용대상법인을 비상장법인 중에서도 1인회사로 한정해야 한다는 입장도 존재하였다.¹⁹⁾

(2) 상장법인의 배제여부

종전에는 상장법인의 경우 원천적으로 출자자의 제2차 납세의무의 적용대상에서 배제함으로써 조세수입의 확보에 있어 대부분을 차지하는 대기업 등에 법률상 특별한 취

15) 이진오, “제2차납세의무를 지는 과점주주의 범위에 관한 연구”, 「성균관법학」 제19권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2007, 52면.

16) 김진환, 앞의 논문, 130면.

17) 김정기, 앞의 논문, 25면.

18) 정지선, 앞의 논문, 152면; 이종교, 앞의 논문, 303면.

19) 박정우·양인옥, “과점주주의 제2차납세의무에 관한 연구”, 「상사판례연구」 제15집, 한국상사판례학회, 2003, 731면.

급하는 것이 아닌지 논의가 있었다. 따라서 코스닥등록법인과 비교하여 굳이 상장법인만 위 규정의 적용대상에서 제외시킬 당위성을 인정하기 어렵다는 입장이 있었다.²⁰⁾ 주권상장법인이든, 비상장법인, 코스닥상장법인이든 법인격을 남용하여 이를 형해화시킬 가능성은 항상 존재하기 때문에 주권상장법인을 제외시키는 규정의 삭제를 주장한 것이다. 하지만 이와 달리 상장법인은 회계감사를 받고 주식의 대량소유에 제한이 있으며 주요사항은 한국거래소에 신고하는 등 자의적인 법인지배를 막기 위해 별도로 규제하고 있는바 출자자의 제2차 납세의무에서 제외하는 것이 타당하다는 반론도 존재하였다.²¹⁾

III. 출자자의 제2차 납세의무 범위의 입법적 변천

1951년 6월 22일 국세징수법에 처음으로 출자자의 제2차 납세의무가 도입되었다. 이는 법인의 과점주주가 회사의 이익은 개인에게 귀속시키고 그 손실은 법인에 떠넘김으로써 신의칙에 반하는 결과를 야기할 수 있다는 지적을 고려한 것이다. 이로부터 60년이 넘는 현재까지 조세채권의 확보 및 징수차원에서 존재의 필요성이 있었기 때문에 위 제도는 존재하지만 여러 가지 법률상 미흡한 점으로 인하여 제2차 납세의무를 부담하는 출자자의 책임범위 및 한도를 점점 제한하는 쪽으로 개정되고 있는 것이 현실이다.

1. 주요 입법 연혁

(1) 국세징수법 시행 1951. 6. 22. 법률 제208호

국세징수법 제9조의 3은 “법인의 재산으로써 국세, 독촉수수료 및 체납처분비에 충당하고 부족이 있을 경우에는 그 법인의 무한책임사원은 그 부족액에 대하여 연대하여 납부의 의무를 진다.”고 하여 과점주주의 제2차 납세의무제도가 1951년 국세징수법에서 최초로 규정되었다. 그 당시에는 제2차 납세의무를 부담하는 출자자의 범위를 무한책임사원에 국한하였고, 과점주주는 이에 포함하지 아니하였다.

(2) 국세징수법 시행 1962. 1. 1. 법률 제819호

국세징수법 제14조는 “체납된 국세의 최종납기일현재 다음 각호의1에 해당하는 법인의 주주 또는 사원은 그 법인의 체납액에 관하여 상법의 규정에 불구하고 각인의 미불입자본금의 한도액내에서 제2차납세의무를 진다.

20) 이창희, 「세법강의」, 박영사, 2013, 189면.

21) 정지선, 앞의 논문, 152면.

1. 주주 또는 사원의 1인과 그 친족 기타 그와 각령으로 정하는 특수관계에 있는 개인(이하과점주주라 한다)이 가진 주식금액 또는 출자금액의 합계액이 그 법인의 주식금액 또는 출자금액의 백분의 50이상에 상당하는 법인
2. 주주 또는 사원의 2인과 그들의 과점주주가 가진 주식금액 또는 출자금액의 합계액이 그 법인의 주식금액 또는 출자금액의 백분의 60이상에 상당하는 법인
3. 주주 또는 사원의 3인과 그들의 과점주주가 가진 주식금액 또는 출자금액의 합계액이 그 법인의 주식금액 또는 출자금액의 백분의 70이상에 상당하는 법인.”이라고 규정하여 제2차 납세의무자의 범위를 과점주주까지 확대하였으며, 본래 납세의무자의 대상법인은 상장법인과 비상장법인을 구별하지 아니하였다. 또한 과점주주의 제2차 납세의무에 대한 범위는 주주 각인의 미불입자본금을 한도로 하였다. 이는 주주 각인이 출자하거나 출자해야할 출자금 범위 내에서만 책임을 부담하는 것으로 현재의 제2차 납세의무제도와는 다른 성격을 띠고 있는 것이다.

(3) 국세기본법 시행 1975. 1. 1. 법률 제2679호

국세기본법 제39조는 “법인(주식을 한국증권거래소에 상장한 법인을 제외한다)의 재산으로 그 법인에게 부과되거나 그 법인이 납부할 국세·가산금과 체납처분비에 충당하여도 부족한 경우에는 그 국세의 납세의무의 성립일 현재 다음 각호의 1에 해당하는 자는 그 부족액에 대하여 제2차납세의무를 진다.

1. 무한책임사원
2. 주주 또는 유한책임사원 1인과 그외 대통령령이 정하는 친족 기타 특수관계에 있는 자들로서 그들의 소유주식금액 또는 출자액의 합계액이 당해 법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 51이상인 자.”²²⁾라고 규정하여 국세기본법을 제정하면서 국

22) 헌법재판소 1997. 6. 26. 93헌바49 등 판결에서 “국세기본법 제39조는 과점주주의 주식의 소유 정도 및 과점주주 소유의 주식에 대한 실질적인 권리의 행사 여부와 법인의 경영에 대한 사실상의 지배 여부 등 제2차 납세의무의 부과를 정당화시키는 실질적인 요소에 대하여는 고려함이 없이, 소정 과점주주 전원에 대하여 일률적으로 법인의 체납액 전부에 대한 무제한의 납세의무를 인정함으로써, 과점주주에 대한 조세형평이나 재산권 보장은 도외시킨 채 조세징수의 확보만을 지나치게 강조하여 실질적 조세법률주의에 위반되고 재산권을 과도하게 침해하며 또 과점주주들간에 불합리한 차별을 하여 평등의 원칙과 그 조세분야에서의 실현형태인 조세평등주의에도 위반된다. 그러나 과점주주에 대하여 제2차 납세의무를 부과하는 것 자체가 모두 위헌이라고는 볼 수 없으므로, 실질적 조세법률주의의 원칙에 비추어 제2차 납세의무를 부담하는 과점주주의 범위를 적절하게 제한하거나 과점주주의 책임의 한도를 설정하면 그 위법성이 제거될 수 있을 것인데, 입법부는 이미 과점주주의 범위를 제한하는 방법으로 법률을 개정함으로써 제도의 입법목적인 조세징수의 확보라는 공익적인 요청과 과점주주의 재산권 보장이라는 요청을 조화시키려는 시도를 하였고, 또 그러한 방법으로 위법성을 제거하는 것이 가장 합리적이라 보여지는데, 이에 제2차 납세의무를 부과함이 상당하다고 인정되는 과점주주의 범위에 대하여 살펴보면, 그 입법목적에 비추어 이를 주식회사를 실질적으로 운영하면서 이를 조세회피의 수단으로 이용할 수 있는 지위에 있는 자, 즉 법인의 경영을 사실상 지배하거나 과점주주로서의 요건, 즉 당해 법인의 발행주식총수의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자로 제한함이 상당하다 할

세징수법상 과점주주에 대한 제2차 납세의무규정을 국세기본법 제39조로 옮겨왔다. 그리고 법인 중 주식을 한국증권거래소에 상장한 법인을 제외한다고 처음으로 언급하여 더 이상 상장법인은 그 대상에 포함되지 아니하였다.

(4) 국세기본법 시행 1993. 12. 31. 법률 제4672호

국세기본법 제39조는 “① 법인(주식을 한국증권거래소에 상장한 법인을 제외한다)의 재산으로 그 법인에게 부과되거나 그 법인이 납부할 국세·가산금과 체납처분비에 충당하여도 부족한 경우에는 그 국세의 납세의무의 성립일 현재 다음 각호의 1에 해당하는 자는 그 부족액에 대하여 제2차납세의무를 진다.

1. 무한책임사원
2. 과점주주중 다음 각목의 1에 해당하는 자
 - 가. 주식을 가장 많이 소유하거나 출자를 가장 많이 한 자
 - 나. 법인의 경영을 사실상 지배하는 자
 - 다. 가목 및 나목에 규정하는 자와 생계를 함께 하는 자
 - 라. 대통령령이 정하는 임원

② 제1항제2호에서 “과점주주”라 함은 주주 또는 유한책임사원 1인과 그와 대통령령이 정하는 친족 기타 특수관계에 있는 자로서 그들의 소유주식의 합계 또는 출자액의 합계가 당해 법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 51이상인 자들을 말한다.”²³⁾고 규정하여 과점주주의 판단을 실질적으로 판단하여 명의상 주주에 불과할 경우

것이다.“고 판시하여 ”구 국세기본법 제39조 제2호 (1993. 12. 31. 법률 제4672호로 개정되기 전의 것) 중 주주에 관한 부분은 “법인의 경영을 사실상 지배하는 자” 또는 “당해 법인의 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자” 이외의 과점주주에 대하여 제2차 납세의무를 부담하게 하는 범위내에서 헌법에 위반된다.“고 결정하였다.

- 23) 헌법재판소 1998. 5. 28. 97헌가13 판결에서 “법 제39조 제1항 제2호 ‘가목’ 중 주주에 관한 부분은 “당해 법인의 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자” 이외의 과점주주에 대하여 제2차 납세의무를 부담하게 하는 범위내에서 헌법에 위반되고, 법 제39조 제1항 제2호 ‘다목 과 라목’ 중 주주에 관한 부분은 모두 헌법에 위반된다.”고 결정하였다. 결정요지는 아래와 같다. “1.제2차 납세의무를 부과함이 상당하다고 인정되는 과점주주의 범위는 입법목적에 비추어 “주식회사를 실질적으로 운영하면서 이를 조세회피의 수단으로 이용할 수 있는 지위에 있는 자, 즉 법인의 경영을 사실상 지배하는 자나 당해 법인의 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자”로 제한함이 상당하다. 2.주식을 가장 많이 소유한 자인지의 여부는 주주명부 등에 기재된 형식적인 내용을 기준으로 삼을 수 밖에 없으므로, 국세기본법 제39조 제1항 제2호 ‘가목’이 “주식을 가장 많이 소유한 자”라는 형식적인 기준에만 의하여 제2차 납세의무를 부담시키는 것은 위헌의 소지가 있다. 따라서 “주식을 가장 많이 소유한 자”라도 “당해 법인의 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자”가 아닌 과점주주에게 제2차 납세의무를 부담하게 하는 것은 실질적 조세법률주의에 위배되고 과점주주의 재산권을 침해하여 헌법에 위반된다. 3.국세기본법 제39조 제1항 제2호 ‘다목’은 과점주주 자신이 법인의 경영을 사실상 지배하거나 당해 법인의 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는지 여부에 관계 없이 과점주주

제2차 납세의무를 부담하지 않는 취지로 개정되었다.

(5) 국세기본법 시행 1999. 1. 1. 법률 제5579호

국세기본법 제39조는 “법인의 재산으로 그 법인에 부과되거나 그 법인이 납부할 국세·가산금과 체납처분비에 충당하여도 부족한 경우에는 그 국세의 납세의무 성립일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그 부족한 금액에 대하여 제2차 납세의무를 진다. 다만, 제2호에 따른 과점주주의 경우에는 그 부족한 금액을 그 법인의 발행주식 총수(의결권이 없는 주식은 제외한다.) 또는 출자총액으로 나눈 금액에 해당 과점주주가 실질적으로 권리를 행사하는 주식 수(의결권이 없는 주식은 제외한다) 또는 출자액을 곱하여 산출한 금액을 한도로 한다.

1. 무한책임사원

2. 주주 또는 유한책임사원 1명과 그의 특수관계인 중 대통령령으로 정하는 자로서 그들의 소유주식 합계 또는 출자액 합계가 해당 법인의 발행주식 총수 또는 출자총액의 100분의 50을 초과하면서 그에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자들.”이라고 규정하여 기존의 위헌판결을 고려하여 과점주주의 책임한도를 축소하는 전면적인 개정을 하였다. 즉 제2차 납세의무를 지는 각 과점주주가 회사의 부족세액에 각자의 지분율을 곱한 금액을 한도로 책임을 지는 것으로 과점주주의 책임한도가 축소되었다.

(6) 국세기본법 시행 2015. 1. 1. 법률 제12848호

국세기본법 제39조는 “법인의 재산으로 그 법인에 부과되거나 그 법인이 납부할 국세·가산금과 체납처분비에 충당하여도 부족한 경우에는 그 국세의 납세의무 성립일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그 부족한 금액에 대하여 제2차 납세의무를 진다. 다만, 제2호에 따른 과점주주의 경우에는 그 부족한 금액을 그 법인의 발행주식 총수(의결권이 없는 주식은 제외한다.) 또는 출자총액으로 나눈 금액에 해당 과점주주가 실질적으로 권리를 행사하는 주식 수(의결권이 없는 주식은 제외한다) 또는 출자액을 곱하여 산출한 금액을 한도로 한다.

1. 무한책임사원

중 주식을 가장 많이 소유한 자와 서로 도와서 일상생활비를 공동으로 부담한다는 이유만으로 책임의 범위와 한도조차 뚜렷하게 설정하지 아니한 채 법인의 체납세액 전부에 대하여 일률적으로 제2차 납세의무를 지우는 것은 과점주주들 사이에 불합리한 차별을 하여 조세평등주의와 실질적 조세법률주의에 위반되고 과점주주의 재산권을 침해하게 된다. 4.국세기본법 제39조 제1항 제2호 ‘라목’은 제2차 납세의무를 부담하는 과점주주인 임원의 범위를 구체적인 기준도 없이 이를 모두 대통령령에 포괄위임하여 위임입법의 한계를 일탈함으로써 “대통령령이 정하는 임원”인 과점주주가 법인의 경영을 사실상 지배하는지, 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는지 여부를 가리지 아니한 채, 과세청이 자의로 제2차 납세의무자인 과점주주를 지정하여 보충적인 납세의무를 지울 여지가 있으므로, 실질적 조세법률주의와 포괄위임입법금지의 원칙에 위반된다.”

2. 주주 또는 유한책임사원 1명과 그의 특수관계인 중 대통령령으로 정하는 자로서 그들의 소유주식 합계 또는 출자액 합계가 해당 법인의 발행주식 총수 또는 출자총액의 100분의 50을 초과하면서 그에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자들.“이라고 규정하여 약 40여년 만에 제2차 납세의무 대상법인에 유가증권시장 상장법인이 포함하게 되어 출자자의 제2차 납세의무제도의 적용을 받게 되었다.

2. 취지

지금까지 출자자의 제2차 납세의무에 관한 규정은 제3자의 재산권 침해와 거래안전 등을 고려하여 과점주주의 범위 등을 점차적으로 축소하는 방향으로 개정되었다고 할 수 있다. 하지만 개정입법에서는 제2차 납세의무 법인의 대상범위에 유가증권시장 상장법인의 과점주주를 포함시킴으로써 지금까지와는 다른 입법태도의 모습을 보여주고 있다.

이는 납세면탈 등의 조세회피를 방지함으로서 과세형평을 높이기 위하여 유가증권시장에 상장된 법인의 과점주주에게도 그 외 법인의 과점주주와 동일하게 제2차 납세의무를 부여할 필요성이 있기 때문이다. 종전 법률에서 국가조세수입의 대부분을 차지하고 있는 대기업 및 상장법인을 제2차 납세의무의 대상에서 제외한 것은 입법상의 특례를 준 것이라는 비판 역시 고려한 것으로 보인다.

IV. 개정입법에 대한 평가

1. 출자자의 제2차 납세의무 범위 확대에 대한 법적 평가

(1) 과세권의 정당성

(가) 법적 정당성

과세권은 개인의 자유를 실현하기 위해 필요한 경제적 기초를 보호하는 헌법의 기능 범위 내에서 실현되어야 한다. 개인의 전체 조세부담이 경제활동의 결과 형성한 재산적 이익의 일정한 정도를 넘으면 이는 개인의 경제적 기반을 침해하는 것이며, 그 결과 경제적 활동의 의미를 상실시킨다. 과세권은 개인이 시장기제 등 사회적 환경을 이용하여 형성한 재산적 이익의 일부를 회수하는 성격을 띠고 있는데, 이것이 과세권의 정당성의 근거이기도 하다.²⁴⁾

출자자의 제2차 납세의무 역시 본질적으로 본래의 납세의무와 다를 바 없기 때문에

24) 전광석, 「한국헌법론」, 법문사, 2010, 345면.

국가 또는 지자체에 조세를 납부하여야 하는 광의의 납세의무에 포함된다. 그러므로 제2차 납세의무의 법적 정당성은 본래 납세의무의 법적 정당성 또는 조세정당성이론²⁵⁾과 크게 다르지 않다. 다만 제2차 납세의무는 본래의 납세의무자가 아닌 제3자 즉 타인으로부터 조세를 납부하게 하는 것이므로 그 법적 정당성의 밀도가 강화되어야 할 것이다.

헌법재판소 역시 “제2차 납세의무는 본래 납세의무자가 아닌 자에게 보충적인 납세의무를 부과하는 것이기 때문에 제2차 납세의무의 요건은 엄격하게 해석되어야 한다.”고 하고 있다.²⁶⁾ 그러므로 단순히 국가나 지자체의 재정수입의 확보 및 존립을 위한 목적 또는 조세징수의 용이한 확보를 위한 목적만으로는 제2차 납세의무가 정당화될 수 없는 것이다.

(나) 법인격부인론

입법 연혁적으로 주무관청은 1974. 12. 21. 국세기본법이 법률 제2679호로 제정될 당시 법인격부인론을 근거로 출자자의 제2차 납세의무를 규정하였는바, 이는 대한민국 총무부가 1973년 발간한 행정제도제안서(1)를 보면 알 수 있다. 즉 조세법규를 악용하여 법인의 임의해산 또는 사무소 폐쇄 등의 방법으로 법인재산을 주주에게 귀속하게 함으로써 법인의 조세채무를 면탈하는 1인 지배법인에 대한 조세채무의 확보책으로서 법인격부인의 법리를 도입하여 법인 또는 주주에 대한 제2차 납세의무를 둘 것을 제안하였다. 1974. 12. 21. 국세기본법이 법률 제2679호로 제정될 당시 주무관청은 법인격부인론을 이론적 근거로 하여 출자자의 제2차 납세의무를 규정한 것이다.²⁷⁾

이러한 제2차 납세의무제도의 이론적 근거는 상법상 규정된 유한책임에도 불구하고 제3자인 출자자에게 제2차 납세의무를 전가시킬 수 있는 법적정당성의 기초를 제공하며, 제2차 납세의무의 적용범위와 그 한계를 정하는 기준이 되는 것이다.²⁸⁾

흔히 법인격부인론이란 법인인 회사가 개인사원으로부터 독립적 실체를 갖지 못한 경우에 회사와 제3자 사이의 특정한 법률관계에 관하여 회사의 법인격을 부인하고 회

25) 조세문제에 대하여 이전의 형식적 의미의 조세실정법주의를 극복하고 보다 근본적인 문제로 헌법이론적, 헌법철학적 근거에 기초하여 한 차원 높은 논의를 가능하게 하는 것이 바로 조세정당화론이다. 이 논의는 납세자와 국가 간에 협력적 법률관계를 구축하기 위한 전제조건으로 국의 강제적인 조세부과가 단순히 실정법적 근거를 갖는다는 사실 이외에 납세자인 국민이 그것을 정당한 것으로 받아들이는 경우에 한하여 자발적 조세를 납부하는 관계가 성립하기 위한 선결조건이다. 김성수, “국가 과세권의 정당성 문제 -조세헌법이론적 논의를 중심으로-”, 「공법연구」제30집 제3호, 한국공법학회, 2002, 108면.

26) 헌법재판소 2010.10.28. 2008헌바49 판결의 재판관 조대현의 한정위헌의견.

27) 장재식, 「조세법」, 서울대학교출판부, 1995, 108면; 최명근, 「세법학총론」, 세경사, 2007, 243면; 정지선, 앞의 논문, 137면; 이진오, 앞의 논문, 39면에서 이론적 근거에 대한 논의는 실익이 크게 없기는 하나 법인격부인론에서 근거를 구하는 것이 이론적으로 보다 타당하다고 하고 있다.

28) 김완석, 앞의 논문(각주 14), 291면; 김진환, 앞의 논문, 83면에서 제도의 합리적 기준과 개선방안을 마련하기 위하여 이론적 근거를 찾는 노력이 필요하다고 하고 있다.

사와 개인인 사원을 동일시한다는 법리를 말한다. 다만 사법상의 법인격부인론은 상대방 보호를 위한 책임 추궁을 용이하게 하기 위한 즉 거래의 상대방 보호에 중점을 두고 있으나, 세법상의 법인격부인론은 조세회피행위에 대한 규제적 측면에서 조세부담 공평주의에 중점을 두고 있다고 할 수 있다.

헌법재판소는 “과점주주에 대한 제2차 납세의무제도는 특히 친족·친지 등을 주주로 하여 구성된 비상장법인의 경영을 사실상 지배하는 실질적인 운영자인 과점주주가 회사의 수익은 자신에게 귀속시키고 손실은 회사에 떠넘김으로써 회사의 법인격을 악용하는 것을 방지하여 실질적인 조세평등을 이루려는 것이다.”고 판시하여 이론적 근거를 법인격부인의 법리에서 찾으면서 위 제도의 합리성을 긍정하였다.²⁹⁾

하지만 출자자의 제2차 납세의무는 법인격부인론의 적용효과를 가져올 뿐 법인격부인론을 적용한 규정이라고 보기는 어려운 것이며, 즉 제2차 납세의무는 당해 법인에게 제1차 납세의무를 전제로 하기 때문에 법인의 인격을 부인한 것이 아니라는 비판도 존재한다.³⁰⁾

(다) 검토

개정법에서 본래 납세의무자의 범위를 상장법인까지 확대한 것을 고려할 때, 종전의 비상장법인에 국한한 것과의 법적 타당성에 있어서 차이점이 있는 지를 판단하기 위하여 제2차 납세의무제도의 입법취지와 법인의 상장여부와 상관성을 검토할 필요가 있다.

우선 개정입법은 출자자의 제2차 납세의무 대상법인에 유가증권시장 상장법인의 과점주주를 포함시켜 오히려 제2차 납세의무 대상을 더 넓히고 있으므로 조세회피 행위를 방지하기 위하여 다른 방안이 없을 경우 조세정의와 평등을 실현하기 위하여 제한적으로 적용되는 제도라는 성질과 상장법인 과점주주의 경우 주식의 소유정도 또는 실질적인 권리행사에 따른 경영에 대한 사실상 지배 등의 문제발생이 미약함에도 불구하고 제2차 납세의무의 성립을 정당화시키는 현실적 상황에 대한 고려 없이 오히려 대상의 확대로 제3자의 재산권 침해가능성을 높이고 거래안전을 더 악화시키고 있는 것이다. 이는 단순히 조세징수의 확보를 위하여 또는 국가의 재정수입의 확보를 위하여 불가피하다는 주장만으로 그 정당성을 인정받기 어렵다.

그리고 근대 자본주의 경제발전에 주주의 유한책임의 원칙이 큰 기여를 한 것은 사실이나 정의와 형평에 어긋나는 경우에까지 이를 인정하는 것은 타당치 못하다. 결국 유한책임의 원칙은 주식회사에 법인격을 부여한 결과이며, 이를 제한하기 위해서는 법인격부인의 법리를 적용할 필요가 있다.

다만 조세법상 법인격부인론을 적용하기 위해서는 그 전제로 사법상의 법리가 공법

29) 헌법재판소 1997.6.26.선고 93헌바49등 판결; 헌법재판소 2010. 10. 28. 2008헌바49 판결.

30) 김재길, 「세법학이론」, 박영사, 2008, 230면.

즉 세법영역에 그대로 적용될 수 있는지 문제될 수 있다. 기본적으로 조세법률관계는 사법상의 채권·채무관계와 다르지 않기 때문에 조세법률관계에 대해서도 그것을 배제하는 명문의 규정이 없는 한 사법규정이 적용된다고 해석해야 할 것이다.³¹⁾

구체적으로 살펴보면 실제 소규모의 폐쇄적인 비상장법인의 경우 회사의 경영을 실질적으로 지배하는 과점주주가 회사의 수익과 손실에 대해 부적절하게 처리하여 회사의 법인격을 남용 또는 형해화시킬 우려가 커 법인격부인론의 적용이 논의되지만 대규모 공개회사의 경우에는 소유와 경영이 엄격히 분리되어 있거나 경영진의 지분이 그리 크지 않기 때문에 이러한 점에 비추어 볼 때 법인격부인론을 적용한 예는 그리 많지 않다. 이론적으로는 법인격부인이 공개회사나 폐쇄회사를 구분하지 아니하고 모든 회사에 일어날 수 있는 것이지만 공개회사의 주주 또는 주식소유가 넓게 분산된 사회사의 주주에 대하여 회사의 책임을 부담시키는 경우는 거의 없다. 따라서 주주의 수가 증가하면 할수록 법인격부인이 인정되는 경우는 적어진다.

1991년 Robert Thompson 교수 법인격부인에 관한 연혁적 조사 결과에 따르면 폐쇄회사에서 주주가 1인인 경우에는 거의 50%정도, 2-3인의 주주인 경우에는 46%, 3명이상인 경우에는 35%정도의 법인격부인이 인정되었다.³²⁾

이에 비추어보면 상장법인으로의 대상의 확대는 법적정당성의 근거인 법인격부인론의 활용에 입각할 때 적절치 못한 것이라 할 수 있다. 조세회피방지를 통한 과세관청의 조세권 확보와 납세의무자의 재산권 침해가능성을 비교하였을 때 얻는 것보다 잃는 것이 많은 입법이라 할 것이다. 또한 법규를 이용하여 악의적으로 법인재산을 특정주주에게 귀속하게 함으로써 법인의 조세채무를 면탈하는 법인에 대한 조세채무의 확보책을 마련한다는 법인격부인론의 도입취지를 고려할 때 법인의 형태에 관한 접근은 올바른 방법이 아니다. 현실적 수익취득여부에 따라 그 취급을 달리하는 것이 그 취지에 부합하는 것이라 생각된다.

이 법리는 기본적으로 일반 조항의 성질을 갖기 때문에 다른 구제방법이 없고 이것을 방지하는 것이 조세공평부담을 현저히 해하는 경우에 한하여 적용해야 할 보충적으로 성격을 갖는 것으로 해석해야 하는 점도 고려하여야 할 것이다.³³⁾

31) 신만중, “세법상 법인격부인법리의 새로운 전개”, 「법학논총」 제22집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2015, 355면; 西川勝利, “滯納処分における法人格否認の法理の適用について”, 「税大論叢」30号, 税務大学校, 1998, 391면에서 법인격부인론은 권리남용법리와 신의칙, 금반언의 원칙 등 일반 조항에 따른 것이므로 민법상에 머무르지 않고 사법과 공법 공통의 법의 일반 원리로서 모든 법률관계에 적용할 수 있어 조세법의 적용도 있다고 하고 있다.

32) 김병연, “법인격남용의 새로운 유형과 법인격부인론의 적용”, 「상사판례연구」제21집 제1권, 한국상사판례학회, 2008, 117면.

33) 松沢智, 「租税実体法 -法人税法解釈の基本原理-」, 中央経済社, 2003, 63면.

(2) 상법상 주주 유한책임의 예외

(가) 주주 유한책임의 의의와 제한

회사와 주주의 관계에 있어서 가장 기본적인 원칙은 상법상 분리의 원칙과 유한책임의 원칙이다. 회사가 법인격을 갖는다는 것은 회사 스스로 권리의무의 주체로 된다는 것인데, 즉 법인인 회사와 구성원인 개인은 별개의 인격체로 취급되며, 양자의 권리의무 역시 별개로 다루어진다는 것이다. 회사자체의 재산과 주주개인의 재산은 엄격히 분리되며, 따라서 회사채권자는 원칙적으로 주주개인재산에 대해서 채무이행청구를 할 수 없으며, 회사에 대해서만 이행을 청구할 수 있다.

이렇듯 주주유한책임의 원칙이란 주주는 원칙적으로 회사의 내부·외부관계에서 회사의 채권자에 대하여 아무런 책임을 지지 않는다는 것이다. 주식회사제도의 발전을 위하여 회사재산과 주주개인재산을 분리하여 취급함으로써 주주보호와 동시에 주식의 자유로운 거래를 활성화하고자 하는 것이다. 다만 주주유한책임의 원칙도 주식회사제도의 활성화를 위한 입법정책 아래 채택된 제도이므로, 입법자의 의사에 의해 공공의 이익을 위하여 제한될 수 있다. 특히 신의성실에 위반되는 주주의 회사에 대한 권리행사가 권리남용적이며 법질서에 위배되는 경우 제한될 수 있다. 오늘날 회사에 대한 주주의 영향력이 강화된 시점에서 주주유한책임의 수정을 주장하는 자들은 그 실질적 근거로써 도덕적 해이에 초점을 맞추고 있다.³⁴⁾

하지만 입법적으로 주주 유한책임의 원칙을 확대하여 회사를 실질적으로 지배하는 지배주주에게 회사채무에 대하여 책임을 부담시키는 명문규정을 갖고 있는 나라는 거의 없다. 다만 법 이론을 통하여 회사를 지배하고 있는 주주 또는 제3자에게 채무를 전가하고 있다. 예를 들면 형평의 원칙 및 신의칙 내지 권리남용이론으로 보는 견해, 대리이론으로 풀려는 견해, 회사의 채무에 대하여 지배주주의 실정법 위반행위로 인하여 발생한 것으로 취급하는 실정법 위반행위이론으로 지배주주에게 책임을 묻는 견해, 사용자책임이론으로 종속관계에 기초하여 지배주주를 피지배회사의 사용자로 보아 피지배회사의 채무에 관하여 책임을 부담케 하는 견해가 있다.³⁵⁾

(나) 예외규정의 타당성

현행 상법상 주주유한책임만을 형식적으로 강조할 경우 거래안전뿐만 아니라 채권자 보호에 미흡한 결과를 초래할 수 있다. 주주는 모험거래를 통해 이익은 모두 편취하면서 정작 그로 인한 위험비용은 부담하지 않는 경우가 발생하며, 그 비용은 결국 채권자가 부담하게 된다. 결국 주주유한책임의 원칙도 경우에 따라 수정되어야 할 필요가

34) 서완석, “지배주주와 주주유한책임원칙”, 「상사법연구」 제23권 제3호, 한국상사법학회, 2003, 409면.

35) 서완석, 위의 논문, 418-419면.

있다. 현대사회에 있어 주식회사의 국민경제에 미치는 영향력이 커짐에 따라 기업의 공공성과 사회적 책임에 관한 논의가 진행되고 있는데, 특히 지배주주에 대한 일정한 책임의 부과를 적극적으로 요구하기에 이른 것이다.³⁶⁾

하지만 주식회사와 같은 물적 회사의 과점주주가 본래 법인의 국세 등의 채무에 대해 보충적 납부의무를 부담하는 것은 상법상 유한책임의 원칙에 반하는 것으로 중대한 예외이다.³⁷⁾ 물적 회사의 경우 사원의 결합관계가 순수하게 자본적 결합이어서 회사의 사업과 사원 개개의 개성과의 관계가 극히 희박하고, 주주는 회사에 대해 그 주식의 인수가액을 납입할 출자의무만을 부담한다. 따라서 회사가 파산 등의 사유로 소멸하는 경우가 발생한다고 하더라도 인수가액을 납입한 주주는 별도의 책임을 부담하지 않는다. 그럼에도 불구하고 과점주주의 제2차 납세의무제도는 상법상 분리원칙과 유한책임의 원칙을 상당부분 제한하면서까지 타인이 납부하여야 할 조세채무를 전가하는 극히 예외적인 조치인 것이다.

다만 앞서 언급한 바와 같이 상법상의 원칙인 주주의 유한책임원칙은 헌법상의 원칙이 아닌 법률상의 원칙에 불과한 것으로 입법자는 공공의 이익을 이유로 이에 대한 예외를 설정할 수 있다. 공익상의 이유로 예외를 둔다고 하더라도 헌법상의 유일한 요청인 입법목적의 달성하기 위하여 적합하고 필요한 조치에 해당해야 할 것이다.³⁸⁾ 결국 과점주주의 제2차 납세의무제도가 현실적으로 필요하다고 할지라도 그 내용과 절차는 헌법 제37조 제2항 기본권 제한의 일반적 기준인 과잉금지원칙을 준수하여야 한다.

(다) 검토

과잉금지원칙이란 국민의 기본권 제한에 있어 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 의미한다.³⁹⁾ 이러한 요건을 충족시킬 때 비로소 국가의 입법권이 정당성을 갖게 되고 그에 기초하여 국민

36) 김원규, 앞의 논문, 272면.

37) 박정우·양인욱, 앞의 논문, 715면.

38) 헌법재판소 2002. 8. 29. 2000헌가5 등; 그리고 서울고등법원 2004.04.30. 선고 2003나 11891 판결에서 주식회사의 유한책임원칙에 대한 예외로서 법인격의 부인 또는 남용의 요건을 실시하고 있는바 이는 “① 거래의 상대방이 모회사와 자회사를 명확하게 구분하여 그 중 어느 회사와 거래하는지에 관하여 분명한 의사를 가지고 있거나, ② 거래 상대방이 자기가 거래하고 있는 자회사의 자본이 당해 거래에 따른 위험성에 비추어 충분하지 못한 사실을 알고 있었음에도 불구하고 그에 대한 충분한 조치 없이 거래한 경우라거나, ③ 자회사와 거래 상대방간의 당해 거래관계에 있어 명백한 불공정성이 없는 경우”라고 하고 있다. 이렇듯 예외인정에 있어 상당히 엄격한 요건을 요구하고 있다.

39) 구체적으로 그 내용은 “국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법과 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고, 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며, 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한에 그치도록 하여야 하며, 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야 함을 말한다.” 헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌가8 참고.

의 수인의무가 발생하는 것이다. 이와 달리 그 어느 하나라도 준수하지 않은 법률은 기본권 제한의 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다.

일단 출자자의 제2차 납세의무제도 자체는 조세회피를 방지를 통한 공평과세의 실현이라는 입법 목적을 달성하기 위하여 과점주주에게 보충적 납세의무를 부과하는 것이므로 그 목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정된다고 할 것이다. 하지만 회사의 실질적인 경영에 영향력을 행사하지 못하여 회사채권자로 하여금 손해를 입게 할 지위에 있지 아니한 자 또는 현실적으로 회사로부터 이익을 분여받지 못한 자에 대하여는 최소 침해의 원칙과 법익균형성의 원칙에 위배될 가능성이 농후하다. 이는 법인의 상장여부와 무관하다.

자본주의 경제가 발달하면서 대자본 기업형태인 법인의 활동이 큰 비중을 차지하는 것을 고려할 때 법인의 상장여부와 무관하게 조세의 회피 또는 면탈을 방지하기 위한 제도적 장치가 존재함으로써 제2차 납세의무부과의 문제는 더 이상 본래의 납세의무자인 법인형태의 문제가 아니라 그 법인으로부터 현실적인 수익의 취득여부에 따라 이를 달리하는 문제로 파악하는 발상의 전환이 필요하다.

상장법인의 경우에는 보다 더 강력한 조세회피방지규정이 존재하여 회계감사를 뿐만 아니라 주된 사항을 한국거래소 등에 신고하여야 하는 등 중요 내용의 파악과 관리가 가능함에도 제2차 납세의무를 부과하는 것은 납세자에 비합리적인 희생을 강조하는 것이며, 과도한 행정편의주의적인 입법태도라 아니할 수 없다. 따라서 개정입법의 출자자의 제2차 납세의무제도에 대한 접근은 기본적으로 타당하다고 볼 수 없으며, 조세회피를 방지하고 과세형평을 높이기 위한 근본적 취지를 고려한다면 현실적 수익취득여부에 대한 규제가 필요할 것이다.

비교법적으로 일본의 규제를 살펴본다고 하더라도 이와 유사한 취지로 국세징수법에서 실질과세액 등의 제2차 납세의무를 규정하고 있다. 특히 제36조 제3호에서 “체납자의 국세를 체납 처분을 집행하고 있어도 그 징수해야 할 금액에 부족하다고 인정될 때는 특히 법인세법 제132조의 규정에 의하여 부과된 국세의 경우 이들 규정에 의한 부인된 납세자의 행위의 이익을 받은 자에 있어서는 그 받은 이익의 금액을 한도로서 그 체납에 관련된 국세의 제2차 납세 의무를 진다.”고 하고 있다.⁴⁰⁾

40) 第三十六条 滞納者の次の各号に掲げる国税につき滞納処分を執行してもなおその徴収すべき額に不足すると認められるときは、第一号に定める者にあつては同号に規定する収益が生じた財産(その財産の異動により取得した財産及びこれらの財産に基因して取得した財産(以下この条、次条及び第三十八条(事業を譲り受けた特殊関係者の第二次納税義務)において「取得財産」という。))を含む。)、第二号に定める者にあつては同号に規定する貸付けに係る財産(取得財産を含む。)、第三号に定める者にあつてはその受けた利益の額を限度として、その滞納に係る国税の第二次納税義務を負う。

三 所得税法第一百五十七条(同族会社等の行為又は計算の否認等)若しくは第百六十八条の二(非居住者の恒久的施設帰属所得に係る行為又は計算の否認)、法人税法第三十二条(同族会社等の行為又は計算の否認)、第百三十二条の二(組織再編成に係る行為又は計算の否認)、第百三十二条の三(連結法人に係る行為又は計算の否認)若しくは第百四十七条の二

2. 실효성여부

종래 주권상장법인의 과점주주를 출자자의 제2차 납세의무 적용대상에서 제외한 이유에 대하여는 출자자의 제2차 납세의무제도의 입법취지에서 발견할 수 있다. 과점주주 등 법정요건에 해당하는 자들이 당해 법인을 자기의 의사에 따라 자유롭게 운영 또는 지배하여 법인제도를 악용하고 재산을 유출, 이동, 은닉 등을 통하여 조세면탈을 방지하기 위한 것으로 상장법인에서는 이러한 폐단이 적기 때문이다.⁴¹⁾

헌법재판소 역시 자본시장과 금융투자업에관한법률(이하 “자본시장법”이라 한다.)이 대주주의 자의적인 법인 운영과 지배, 법인의 남용과 형해화, 그에 따른 조세회피 등의 탈세문제를 사전에 방지하기 위하여 충분한 규정을 두고 있고, 동시에 증권거래소의 공시요구권을 규정하는 등의 제도를 두고 있으므로 이로 인해 법인의 재정적 기초를 보장 하여 공익과 채권자보호를 철저히 하고 조세징수권의 확보에 충분했기 때문이라고 하고 있다.⁴²⁾ 구체적으로 살펴보면 주권상장법인의 주식등을 대량보유(본인과 그 특별관계자가 보유하게 되는 주식등의 수의 합계가 그 주식등의 총수의 100분의 5 이상인 경우를 말한다)하게 된 자는 그 날부터 5일 이내에 그 보유상황, 보유 목적(발행인의 경영권에 영향을 주기 위한 목적 여부를 말한다), 그 보유 주식등에 관한 주요계약내용, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 대통령령으로 정하는 방법에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 하며, 그 보유 주식등의 수의 합계가 그 주식등의 총수의 100분의 1 이상 변동된 경우에는 그 변동된 날부터 5일 이내에 그 변동내용을 대통령령으로 정하는 방법에 따라 금융위원회와 거래소에 보고하여야 한다. (자본시장법 제147조 제1항) 이러한 지분공시제도를 통하여 증권시장의 공정성과 투명성을 확보하고 경영권의 불공정한 침탈을 방지하고자 한다.

현실적으로 법인의 발행주식 총수 또는 출자총액의 100분의 50을 초과하면서 그에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 과점주주를 가진 상장법인은 거의 존재하지 않는다. 공정거래위원회에서 운영하는 OPNI 기업집단정보포탈에 의하면 2016년 4월을 기준으로 상장법인(공기업을 제외한 일반기업) 49개사에 있어서 총소유주식수 대비 지배주주와 특수관계인이 차지하는 주식보유 비중이 평균 8.92%로 매우 저조한 수치를 보여주며 소속회사와 자기주식지분을 포함하더라도 평균 39.32%로 50%에도 미치지 못한다.⁴³⁾ 또한 우리나라의 경우 전체회사 중 비상장법인의 비율은 99.6% 이른다.⁴⁴⁾ 따라

(外国法人の恒久的施設帰属所得に係る行為又は計算の否認)、相続税法第六十四条 (同族会社等の行為又は計算の否認等) 又は地価税法 (平成三年法律第六十九号) 第三十二条 (同族会社等の行為又は計算の否認等) の規定により課された国税 これらの規定により否認された納税者の行為 (否認された計算の基礎となつた行為を含む。) につき利益を受けたものとされる者

41) 최명근, 앞의 책, 253면.

42) 헌법재판소 1997.6.26.선고 93헌바49등 판결.

43) <http://groupopni.ftc.go.kr> 참고.

서 과점주주의 제2차 납세의무제도를 적용할 수 있는 상장법인이 매우 적어 실효성이 떨어진다고 볼 수 있다.

그러므로 법적정당성과 이론적 타당성에 상당한 의심이 제기되는 제도를 합리적인 이유가 존재하지 않음에도 불구하고 그 적용을 확대하는 것은 적절치 못하다.

V. 결어

국가의 조세부과는 헌법상 보장된 국민의 기본권인 재산권의 제약을 초래한다. 국민의 기본권은 절대적 권리가 아닌 상대적 권리인 이상 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다. 하지만 이러한 제한이 정당화되기 위해서는 자유와 권리의 본질적인 부분을 침해하여서는 안 되며, 과잉금지의 원칙을 지켜야 한다.

제2차 납세의무는 조세회피를 방지하고 국세 등의 징수확보를 위하여 유용한 제도이다. 하지만 과점주주의 제2차 납세의무는 조세회피에 대한 징수편의성 추구에 집중한 나머지 회사채무를 과점주주에게 부과하기 위하여 회사법의 근본원칙인 분리의 원칙을 몰각시키고 있다는데 근본적인 약점을 갖고 있다.

끊임없이 법적정당성에 의문이 제기되고 여러 문제점이 제기되는 상황을 고려하여 판례 역시 과점주주의 범위 등을 계속적으로 축소하여 해석해온 것이 사실이다. 하지만 개정법에서 오히려 이와 같은 문제들을 고려치 않고 제2차 납세의무 대상법인에 유가증권시장 상장법인의 과점주주를 포함하였다.

출자자의 제2차 납세의무는 실질적으로 조세에 의한 일정한 규제으로써, 상장법인의 경우 다른 규정에 의하여 충분한 감독과 제한을 받고 있어 굳이 세법에서 이중적으로 제한할 필요가 없고 그 실효성에도 의문이 들며, 만약 별도로 제한한다면 과잉금지원칙에 위배될 소지가 크다고 할 것이다. 이는 징수의 편의만을 고려한 입법에 불과한 것이다.

출자자의 제2차 납세의무제도는 성립요건을 인적요소에 중점을 둔 것인 만큼 조세회피방지를 통한 실질적 조세평등 위해서는 단순히 본래의 납세의무자인 회사의 형태에 따른 규제가 아니라 회사로부터 현실적인 수익의 취득여부에 따라 그 취급을 달리하여 할 것이다.

즉 특정수익자에 대한 제2차 납세의무부담을 통하여 본래의 납세의무자인 회사로부터 현실적으로 직·간접적인 수익의 취득여부에 따라 그 취급을 달리하여 제2차 납세의무의 부담을 지워야 할 것이다. 따라서 법인이 불법·부당한 방법으로 본인에게 귀

44) 2015년 국세통계 연보에 의하면 2014년 말 총 법인은 550,472개이며, 이중 비상장법인은 548,710개이다.

속시켜야 할 소득 등을 과점주주 등 특수관계자에게 분여함으로 인하여 당해 법인이 납부하여야 할 국세 및 가산금 등을 체납한 경우에는 실질적으로 그 이익을 분여받은 과점주주 등 특수관계자에게 그 이익의 한도로 제2차 납세의무를 지는 것이 제2차 납세의무의 본래의 취지에 부합한다고 생각되며, 이러한 형태의 개정이 요청되는 바이다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 김성수, 「세법」, 법문사, 2003.
- 김재길, 「세법학이론」, 박영사, 2008.
- 이창희, 「세법강의」, 박영사, 2013.
- 장재식, 「조세법」, 서울대학교출판부, 1995.
- 전광석, 「한국헌법론」, 법문사, 2010.
- 최명근, 「세법학 총론」, 세경사, 2007.
- 길용원, “조세법상 특수성을 고려한 사해행위취소소송의 입증책임”, 「서울법학」제21권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2013.
- 김병연, “법인격남용의 새로운 유형과 법인격부인이론의 적용”, 「상사판례연구」제21집 제1권, 한국상사판례학회, 2008.
- 김성수, “국가 과세권의 정당성 문제 -조세헌법이론적 논의를 중심으로-”, 「공법연구」제30집 제3호, 한국공법학회, 2002.
- 김완석, “주주의 제2차납세의무에 관한 연구 -이론적 근거 및 정당성을 중심으로-”, 「토지공법연구」제25집, 한국토지공법학회, 2005.
- 김완석, “제2차 납세의무제도의 문제점과 개선방안”, 「세무와회계연구」제1권 제1호, 한국조세연구회, 2012.
- 김원규, “주주의 책임에 관한 소고”, 「상사판례연구」제20집 제3권, 한국상사판례학회, 2007.
- 김정기, “출자자의 제2차 납세의무의 주요쟁점과 입법적 개선방안”, 「조세연구」제14권 제1집, 한국조세연구포럼, 2014.
- 김진환, “과점주주의 제2차 납세의무에 관한 연구 -주주유한책임을 중심으로-”, 조선대학교 박사학위논문, 2011.
- 박정우·양인욱, “과점주주의 제2차납세의무에 관한 연구”, 「상사판례연구」제15집, 한국상사판례학회, 2003.
- 박훈·육윤복, “제2차납세의무자인 과점주주의 요건과 그 제한”, 「조세법연구」제10권 제1호, 한국세법학회, 2004.
- 서완석, “지배주주와 주주유한책임원칙”, 「상사법연구」제23권 제3호, 한국상사법학회, 2003.
- 신만중, “세법상 법인격부인법리의 새로운 전개”, 「법학논총」제22집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2015.
- 이전오, “제2차납세의무를 지는 과점주주의 범위에 관한 연구”, 「성균관법학」제19권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2007.
- 이종교, “세법상 과점주주의 지위와 과점주주제도의 개선방안에 관한 연구”, 「토지공법연구」제44집, 한국토지공법학회, 2009.
- 정연식, “과점주주의 제2차 납세의무에 관한 연구”, 「조세연구」제11권 제1집, 한국조세연구포럼, 2011.
- 정지선, “출자자의 제2차납세의무 제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 「세무와회계저널」제12권 제3호, 한국세무학회, 2011.

<외국문헌>

金子宏, 「租税法」, 弘文堂, 2016.

西川勝利, “滞納処分における法人格否認の法理の適用について”, 「税大論叢」30号, 税務大学校, 1998.

松沢智, 「租税実体法 -法人税法解釈の基本原理解-」, 中央経済社, 2003.

[Abstract]

A Study On The Investor's Secondary Tax Liability System
-Focusing on an assessment of the revised legislation-

Kil, Yong-Won*

Taxes that are the basis for the existence of national and local governments need to be collected from taxpayers and the securing of tax revenues is a very important issue for the national and local governments to form a financial basis. However, taxation is based on social phenomena that are complex, rapid and diverse, and there is a high possibility of tax evasion by various judicial systems.

Since the procurement and expenditure of financial resources have a high degree of public interest and public nature, the tax law provides special provisions in order to secure tax receivables in response to such public welfare. This is the second tax liability system of the investor.

This system is the responsibility of others who are responsible for others, and the legitimacy of the law is inherent in the provision of intrinsic limitations of infringement of property rights. And is also a grave exception to the principle of limited liability under the Commercial Code.

These issues have been amended to gradually limit the extent and limits of liability of investors who bear the secondary tax liability. However, the legislation of the recent revision has expanded the scope of the object to the listed corporation, and its effectiveness becomes a problem.

The investor's secondary tax liability system is a certain tax regulation. In the case of a listed corporation, it is not necessary to double-limit the taxation law because it is subject to sufficient supervision and restrictions by other provisions. This is the legislation that only considered the convenience of collection.

The secondary taxation of oligopoly shareholders is focused on human factors, and it is necessary to change the concept for tax equality to avoid tax avoidance. It is necessary to regulate by the truthfulness of the

* Ph. D, Part-time lecturer at Kwangwoon University.

acquisition of the actual income from the company. But to regulate the form of the company.

<keyword>

investor's, secondary tax liability, oligopolistic stockholder, limited liability, unlisted company

건물의 법률적 일체성에 관한 소고*

박 득 배**

논문요지

건물은 사법상 권리의 객체로서 토지와는 분리된 별개의 독립한 부동산으로서 그 완성 전이라도 독립한 부동산으로서 거래의 객체가 될 수 있다. 다만 건물의 독립성은 권리의 객체성과 차이가 있기 때문에 건물등기부에 등기되는 것과 건물이 아닌 그 밖의 토지의 정착물로 인정되는 것은 그에 관한 권리의 내용과 그 법적 취급에 있어서 큰 차이를 가져온다.

우리 민법은 건물에 대해 별도의 정의규정을 두지 않아, 판례에서 제시한 “최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽”이라는 기준에 따라 개별적으로 판단하고 있으며, 건축법은 ‘토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것’을 건축물로 인정하고, 부동산등기법에서는 ‘건축물이 토지에 견고하게 정착되고, 지붕 및 주벽 또는 그에 유사한 설비를 갖추어 일정한 용도로 계속 사용할 수 있는 것’인지를 기준으로 제시하고 있다.

이에 대해 미국의 경우는 건물의 안정성을 궁극적 목표로 하여 건물의 개념을 탄력적으로 운용하고 있고, 일본의 경우는 건물의 사용목적에 따른 용도성을 강조하며 건물인정에 관한 세부기준을 명시하고 등기관이 실질적 심사를 인정하고 있다.

생각건대 건물의 법률적 일체성을 확보하기 위한 건물의 개념은 ‘지붕’을 전제로 하여 그 정착을 위한 ‘기둥’과 외부와 구분할 수 있는 ‘주벽 또는 그에 유사한 설비’를 갖추고 정해진 용도에 적합한 안전한 것으로 정의해야 할 것이다.

다만 우리나라의 경우 건축물대장을 통해 건물의 사실관계를 공시하고, 등기관은 형식적 심사만을 하기 때문에 건축법과 부동산등기법에서 제시하는 요건을 전제로 하여 그 건물의 목적과 용도에 따라 탄력적 해석을 한다면 현행 이원적 관리하에서 건축물대장과 건물등기부가 일치될 수 있을 것이다. 그렇게 하여야만 독립한 부동산으로서 건물의 법률적 일체성을 형성할 수 있을 것이다.

검색용 주제어: 건물, 부동산, 부합의 법리, 건축물대장, 건물등기부

· 논문접수: 2016. 06. 29. · 심사개시: 2016. 07. 03. · 게재확정: 2012. 07. 13.

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

** 한양대학교 한국후견신탁연구센터 전임연구원(한국연구재단 SSK 연구전담인력)
/명지대학교 법과대학 객원조교수, 법학박사

I. 서론

건물이란 사람이 살거나 일을 하거나 또는 물건을 보관하기 위하여 지은 집을 통틀어 이르는 개념으로서, 일정한 건축계획 하에 동산을 기본적인 자재로 하여 부합 및 가공법리를 통하여 독립한 부동산을 생성하는 것이다.

우리 민법상 건물은 토지와는 별개의 부동산으로서 권리객체로서 하나의 물건이 된다. 일반적으로 건물로 인정되면 건축물대장에 등록이 되고 이를 토대로 건물등기부에 등기하면 물권을 취득하여 독립된 부동산이 된다¹⁾²⁾.

다만 민법에는 별도로 건물에 관한 정의규정을 두고 있지 않아, 판례³⁾에서 형성된 최소한의 요건을 통해 건물성을 인정하고 있다. 그러나 판례⁴⁾는 건축과정 중 일정단계까지는 건물성을 인정하지 않아 토지와는 부합을 긍정하고, 어느 순간부터는 독립한 부동산으로서 건물성을 인정하는 데 그 시기와 그 법적 근거가 무엇인지에 대한 객관적 기준을 제시하지 못하고 있다. 뿐만 아니라 건물성에 대한 판례의 판단기준이 건축법 등 관련규정과 일치되지 않을 뿐만 아니라 판례에서도 상충하는 결론⁵⁾을 제시하고 있다. 따라서 건물의 공시제도인 건축물대장과 건물등기부의 이원적 관리의 특징과 상관관계를 검토하고, 민법을 중심으로 하여 건축법과 부동산등기법상 건물의 요건을 검토하여 판례가 제시한 건물의 요건과 일치가능성을 살펴본다.

이에 더하여 외국의 입법례를 통해 건물개념에 대한 요건을 좀 더 구체적으로 도출하고자 한다. 미국의 경우, 건물의 요건으로서 ‘안전성’ 기준을 두고 안전하지 않은 건축물에 대해서는 허가를 하지 않으며 일본의 경우, 정착성과 외기분단성을 전제로 하여 ‘용도성과 체류가능성 그리고 거래성’을 요건으로 하는 데, 이러한 요건은 우리보다 구체화되어 있기 때문에 우리법상 건물의 개념을 법률적으로 일치시키는 데 시사점을 주리라 생각한다.

이하에서는 독립한 부동산으로서 건물이 그 법적취급에서 일체성을 갖도록 건물의 이원적 관리에 대해 살펴보고(Ⅱ), 건물개념에 대한 입법례를 검토한 후(Ⅲ), 건물의 법적취급과 그 일체성 확보방안을 모색하여(Ⅳ), 독립된 부동산으로서 갖추어야 할 건물성에 관한 구체적인 명확한 기준을 도출하고자 한다(Ⅴ).

1) 건물은 토지와 달리 등록에 의하여 민법상 독립성을 갖는 것은 아니기 때문에 언제 건물로서 독립한 부동산이 되는가가 민사관계에서 중요하다(대법원 1997. 7. 8. 선고 96다36157 판결)

2) 그러나 신축 등 제187조가 적용되는 경우에는 물권의 취득은 등기를 요하지 않고 처분을 위해서만 등기를 요한다.

3) 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다51872 판결 등.

4) 대법원 1993. 4. 23. 선고 93다1527, 1534 판결 등.

5) 가령 대법원 2002. 3. 12. 선고 2000다28184, 24191 판결과 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다67691 판결은 서로 반대의 결론을 제시하고 있다.

II. 건물의 이원적 관리

1. 건물의 공시제도

공시제도는 대세적·절대적 효력을 전제로 하는 물건과 관련하여, 특히 부동산물권에 관한 권리관계의 변동 및 그 현황의 표상을 주된 내용으로 하여, 사유재산제를 보장하기 위한 제도적 장치이다.

건물은 우리 생활의 토대가 되며 중요한 재산권의 객체이기 때문에 특정되어야 하며 그에 대한 권리관계도 명확하게 파악되어야 한다. 우리나라는 사법부가 부동산물권에 대해 ‘부동산 등기제도’를 관장하고, 행정부가 부동산의 현황에 대해 ‘부동산 등록제도’를 관장하고 있다. 따라서 현행 이원적 관리제도는 그 관장기관이 다르므로 그 내용의 불일치 가능성이 존재한다. 이는 공시제도로써의 본질적 기능을 저해하는 요인이 된다. 이러한 배경에서 특히 문제가 되는 것은 건물에 대한 불일치이다. 명문화된 건물의 개념이 없이 판례를 통하여 건물의 최소한의 요건을 기준으로 하여 권리관계를 설정하고, 부동산등기법과 건축법 등 건물관련법의 요건이 상이하여 독립한 부동산으로서 건물의 소유권귀속문제가 발생하고 있다. 특히 건물의 경우, 건축당시부터 무허가 건축물인 경우도 있지만, 증·개축, 무허가건축 등에 의해 부동산등기부와 건축물대장 사이의 불일치가 발생하여 분쟁이 발생하고 있다.

건물등기부는 건축물대장을 기초로 하여 작성된다. 따라서 건물등기부가 공시제도로써 그 기능을 다하기 위해서는 선행조건으로 공시대상인 물권의 객체를 특정해야 한다. 이때 특정의 기초로서 대장의 기재가 선행되어야 하며 이에 기초하여 건물등기부는 그 특정물의 권리관계를 표시하는 것이다⁶⁾. 그리고 거래에 따라 해당 건물의 권리변동이 발생하는 경우에 당사자의 신청에 의하여 건물등기부의 기재가 변동되며, 건축물대장은 이에 따르도록 하고 있다⁷⁾.

건물등기부는 부동산물권의 거래 안전을 도모하는 제도로써 부동산과 관련한 권리관계를 부동산등기법에 따라 공시한다. 건물등기부는 신청주의를 등기절차 개시의 원칙으로 하기 때문에, 원칙적으로 당사자의 신청이 있거나 관공서의 촉탁⁸⁾에 의해서 할 수 있다(부동산등기법 제22조 제1항).

이에 비해 건축물대장은 행정목적, 특히 조세의 부과를 위한 공시방법으로서 건축법에 따라 공시한다. 이처럼 건물등기부와 건축물대장은 고유의 목적을 가지고 상호보완

6) 노종천, “등기와 지적제도의 이원화로 인한 법률문제연구”, 숭실대학교 대학원 박사학위논문, 2000, 12면.

7) 다만 소유권보존등기는 최초의 등기이기 때문에 그 형성의 기초를 대장의 기재에 둔다. 박운직·김재형, 「물권법」, 제8판, 박영사, 2015, 78면.

8) 예외적으로 부동산등기 특별조치법 제2조 소유권이전등기 등 법률의 특별규정이 있는 경우에 한하여 등기신청이 의무로서 강제된다. 따라서 관공서의 직무상 필요에 의한 촉탁도 신청의 한 모습이다. 박운직·김재형, 앞의 책, 81면.

적인 관계에 있기 때문에 공통적 기재사항의 일치를 위하여 절차적인 보완규정을 필요로 한다.

건축법에 의하면 특별자치시장 또는 시장 등은 사용승인을 받은 건축물로서 건축물대장의 기재내용이 변경되는 경우⁹⁾ 관할 등기소에 그 등기를 촉탁할 수 있다(제39조). 그리고 부동산등기법에 따라 건물의 분할, 구분, 합병이 있는 경우와 건물 등기기록표제부의 등기사항에 변경이 있는 경우 및 건물이 멸실된 경우에는 그 건물 소유권의 등기명의인은 그 사실이 있는 때부터 1개월 이내에 그 등기를 신청하여야 하고(제41조 제1항), 위반 시 과태료가 부과된다(제112조). 그리고 등기관은 소유권의 보존 또는 이전, 소유권의 변경 또는 경정, 소유권의 말소 또는 말소회복의 등기를 하였을 때에는 지체 없이 그 사실을 건축물대장 소관청에 알려야 한다(제62조).

등기관은 직무집행의 공정성을 보장하기 위하여 업무처리에 일정한 한계를 가지지만¹⁰⁾, 등기신청에 대한 독립적인 직무권한을 가지고 고도의 전문지식을 바탕으로 스스로의 판단과 책임 하에 사무를 처리한다¹¹⁾. 그리고 등기사무는 법률에 따른 요건의 구비여부나 위반여부에 대한 판단으로서 결국 법의 해석을 본질로 하기 때문에¹²⁾, 등기관의 처분이나 결정에 대한 불복은 부동산등기법에 의한 이의신청절차에 의하여 구제가 가능하도록 하고 있다¹³⁾.

결국 등기관의 등기사무는 민법을 비롯한 실체법과 부동산등기법을 비롯한 절차법 등 각종 법률의 연계성을 바탕으로 고도의 전문적인 법률지식¹⁴⁾이 필요한 사무이다¹⁵⁾. 그리고 등기사무는 부동산에 관한 압류·가압류·가처분 등 각종 판결을 등기사항으로 기재하기 때문에 법원의 다른 업무와 유기적인 관계를 가진다.

현행 이원적 관리는 관련 업무처리의 전문성을 강화하여 국민의 권리관계를 명확히 할 수 있고, 관련 업무를 유기적이고 통일적으로 처리하여 신속성을 담보할 수 있다.

-
- 9) 건축법 제39조에 따르면 ① 지번이나 행정구역의 명칭이 변경된 경우 ② 사용승인 내용 중 건축물의 면적·구조·용도 및 층수가 변경된 경우 ③ 건축물의 철거신고에 따라 철거한 경우 ④ 건축물의 멸실 후 멸실신고를 한 경우 등이 해당된다.
 - 10) 부동산등기법 제12조에 따라 등기관은 자기, 배우자 또는 4촌 이내의 친족이 등기신청인인 때에는 그 등기소에서 소유권등기를 한 성년자로서 등기관의 배우자 등이 아닌 자 2명 이상의 참여가 없으면 등기를 할 수 없다고 하여 등기관의 업무처리에 제한을 두고 있다.
 - 11) 부동산등기법 제11조 제1항에 따라 등기관은 그 업무의 전문성 제고를 위하여 그 등기사무 직렬이 신설됨에 따라 이외의 자는 등기관으로 지정될 수 없게 되었다.
 - 12) 등기관은 실체법과 절차법 모두를 근거로 하여 등기신청이 허용될 수 있는지에 대한 등기능력을 판단하여야 한다. 특히 건물의 경우 지적공부나 건축물대장에 의해 등기능력여부를 판단한다.
 - 13) 이의신청은 등기관의 처분 등에 대한 당부에 대해 법원으로 하여금 심사하게 하는 제도라 할 수 있다. 법원행정처, 부동산등기 실무제요(Ⅰ), 2007, 597면.
 - 14) 부동산물권변동에 관한 등기의 신뢰성은 대항요건주의보다 성립요건주의에서 보다 강조되며 이는 결국 등기관의 전문성과 관련된다고 할 수 있다.
 - 15) 윤태석, “부동산 등기·등록제도의 일원화에 대한 검토”, 비교사법 제16권 제4호(통권 제47호), 2009, 36면; 조재영, “부동산 공시제도의 개선방안에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2008, 26면.

또한 부동산에 관한 업무와 정보와 한 국가기관에 집중됨으로 인하여 발생할 수 있는 정보의 불균형과 제도적 운용의 불이익을 방지할 수 있으며, 이는 권력분립의 원리에도 충실한 제도로 볼 수 있다.

독일의 경우도 물권변동의 성립요건으로서 등기를 요구하는 데, 이들은 등기에 추정력뿐 아니라 공신력도 인정한다. 독일에서 등기에 공신력을 부여하는 이유는 법원에서 사무를 관장함에 있어 부동산에 관한 전문적인 지식을 가진 사법보좌관을 두고 그에게 독립적인 권한을 부여하여 등기사무를 맡기기 때문이다¹⁶⁾. 반면 일본의 경우는 1960년 등기부와 대장을 일원화하여 행정기관인 법무성 산하의 등기소가 담당하였다¹⁷⁾. 따라서 업무의 단일화에 의해 업무의 분산에 따른 전문성 확보가 이루어지지 않아 인적, 물적 시설의 부족현상이 발생하였다¹⁸⁾. 그리고 사법상 신청주의와 공법상 직권주의의 법리적 혼란과 등기절차상의 문제 등도 거론되었다¹⁹⁾.

생각건대 이원적 관리에 문제점이 있다고 하여 논리 필연적으로 일원화라는 결론이 도출되는 것이 아니다. 즉 등기와 대장은 고유의 목적을 위해 존재함이 우선되며, 다만 상호보완적 관계에 있기 때문에 그 내용적 불일치가 발생하는 경우 공시기능의 저하가 문제될 뿐이다. 그리고 비교법적으로 일원적 관리가 공시기능의 향상과 필수불가결한 관계가 아님을 알 수 있다.

2. 건물관리의 통합필요성

건물은 중요한 재산권의 객체이며 물권의 객체로서 특정되어야 그 권리관계가 명확해진다. 우리나라는 사법부가 ‘부동산등기제도’를 관장하고, 행정부가 ‘부동산등록제도’를 관장하고 있다. 그러나 건물의 매매계약 시 건축물대장의 확인을 소홀히 하는 경향이 많고, 실무적으로 등기관은 형식적 심사권만을 가져 등기의 공신력이 인정되지 않는다²⁰⁾. 또한 행정부가 직권으로 건축물대장을 정정할 때 그 사실을 법원등기과에 통지하여 등기부등본을 정정하도록 요청한다면 건물공시제도의 많은 문제가 해결될 수 있지만 현행법제에서는 그 연계성이 미흡하다. 따라서 현행 이원적 부동산 공시제도는 관장기관의 분리에 따른 업무의 전문성 강화를 통해 권리관계의 명확화를 추구하고 관

16) 독일에서도 2004년과 2006년에 부동산등기와 대장의 관장기관에 관한 통합 논의는 있었지만 아직까지 이원적 부동산 공시제도가 유지되고 있다.

17) 細川青, “不動産の台帳登録及び表示登記制度の回顧”, 現状及び展望(5), 登記インターネット, 第2巻 10号, 2000, p. 14.

18) 일본에서 계획한 일원화 작업은 당초 5년을 계획하여 1965년까지였으나, 실제로는 10년이 더 지난 1971년에 완료되었을 만큼 일원화작업에는 상당한 시간과 노력이 필요하다.

19) 한정희, “부동산 등기등록 일원화의 일본사례의 연구”, 부동산학보, 제49집, 2012, 88면.

20) 등기의 공신력은 권리의 외관인 등기가 실제적 권리관계와 부합하지 아니할 때에 등기를 신뢰한 자로 하여금 등기된 대로의 권리취득을 인정하는 등기의 권리외관효력으로서 공시제도의 완전성을 보완하지 못한다. 김상용, “부동산등기의 공신력”, 토지법학 제19호, 2003, 224면.

련업무의 유기적이고 통일적인 처리의 대한 운용상의 이점을 가지면서도 등기와 대장 간 기재사항의 불일치 가능성이 존재하여 개선이 필요하다²¹⁾.

건축물대장은 건축법상 건축허가를 받은 건축물의 공사가 완료되면 건축주가 사용승인을 신청하기 위하여 제출하는 사용승인신청서를 기준으로 하여 작성되며, 사용승인 이후에는 그 건축물에 대한 보존등기를 신청하는 데, 이때 제출서류 중 하나가 건축물대장이다. 따라서 건축물대장은 행정관청에 의한 건축감독권의 행사와 관련되며 부동산등기신청을 위한 적법성 판단의 기초자료가 된다.

만약 건축물을 완공하여 사용승인을 받았으나 소유권보존등기를 못한 상태에서 건축주가 변경되는 경우, 새로운 소유자 이름으로 보존등기가 되어야 할 것이기 때문에 건축물대장의 건축주명의변경이 필요하다. 이러한 경우 대부분 허가나 사용승인 등 공법적 허가요건은 건축의 단계를 중심으로 한다. 그렇기 때문에 건축물대장과 부동산등기부의 불일치 문제가 발생되며 이는 결국 공시기능의 문제로 이해될 수 있다. 따라서 공시제도의 근본적인 목적에 따라 공시기능을 제고하는 방향으로 발전하여야 할 것이다.

건물의 형성은 전체적인 계획 하에 일정한 자재와 노력을 투입하는 행위로서 수많은 동산이 결합하여 건물이라는 부동산을 생성하는 건축행위이다. 그리고 건물은 토지와 달리 사회통념상 독립성이 인정되는 때에 하나의 가치 있는 물건으로서 소유권의 객체가 된다. 한편 현행법제와 판례에 의하면 건축 중인 미완성 건물은 완성되기 전이라도 거래의 대상이 될 수는 있지만 반면에 사회통념상 독립한 부동산으로 인정되는 경우에도 사실상 등기를 할 수 없는 경우도 있다²²⁾.

건물등기부는 건축물대장을 전제로 하기 때문에 그 공시기능을 담보하기 위해서는 건축물대장의 정확성이 선행되어야 한다. 따라서 제도적 보완을 통해 건축물대장의 등록사항을 정확하게 하는 것이 현행 이원적 관리에서 바람직한 방안이라고 할 수 있다. 다만 건물등기부는 사권의 공시를 목적으로 하는 것으로서 당사자의 자유로운 의사에 의한 신청주의가 원칙이다. 반면 건축물대장은 공익적 목적에 의해 등록절차가 강제되는 공법적 질서에 속한다.

생각건대 건축물대장과 건물등기부의 본질적 차이를 무시한 채 일원적 통합을 할 경우 부동산등기에 관하여 직권주의가 적용되어 직권등기가 실행된다면, 등기개시절차에 있어 사권에 대한 부당한 개입이 될 우려가 있다²³⁾. 따라서 건물공시제도의 효율성을 추구하고 안정성을 확보하기 위하여 현행 제도 하에서 건물관련법제인 민법과 부동산등기법 그리고 건축법을 중심으로 건물의 요건을 정립하여 그 법적취급의 일체성을 확

21) 가령 사용승인을 받지 않은 건물에 대한 채권자대위신청에 따른 보존등기나 등기관 직권에 의한 보존등기의 경우 건축물대장이 존재하지 않고, 그 이후 작성된 대장의 내용은 부동산등기와 불일치하는 경우가 있다.

22) 김병진, “토지와 건물의 이원적 체계에 관한 연구”, 이화여자대학교 법학논집 제12권 제2호, 2008, 248면.

23) 김재우, “등기부와 대장의 일원화에 관하여”, 사법서사 제41호, 1985, 96면.

보하고자 한다.

III. 건물개념의 입법례

1. 우리법상 건물의 개념

우리 민법은 제99조 제1항에서 ‘토지와 그의 정착물’을 부동산으로 하여, 토지뿐만 아니라 그 정착물인 건물 등을 독립한 부동산으로 다루고 있다²⁴⁾. 여기서 토지의 정착물²⁵⁾²⁶⁾이란 토지와 구분되는 별개의 독립한 부동산으로서 고정된 상태로 사용하는 것이 그 물건의 거래상 성질로 인정되는 것을 말한다²⁷⁾.

건물은 건축물대장의 사실현황과 이를 토대로 하는 건물등기부의 권리현황에 의하여 독립한 부동산으로 권리의 객체로 될 수 있다. 그러나 건물의 개념은 우리 민법상 명문의 규정이 없기 때문에 이하에서는 민법상 건물, 건축법상 건축물, 그리고 부동산등기법상 등기할 수 있는 건물의 요건에 대하여 분석하고 그 조화가능성을 검토하고자 한다.

(1) 민법상 건물의 개념

민법은 부동산을 ‘토지 및 그 정착물’로 정의하여, “지상물은 토지에 따른다”는 서양 법제²⁸⁾와는 다르다. 이때 정착물이란 토지에 고정되어 쉽게 이동할 수 없는 물건으로서, 그 용도에 따라 사용하는 것이 토지와는 정착성을 기초로 하며 거래상 그 물건의 성질로 인정되는 것을 의미한다.

민법상 건물의 개념은 명문 규정이 없으나 우리 판례는 독립하여 거래의 객체가 되는지 여부, 다시 말하면 독립된 부동산으로 볼 수 있는지 여부에 따라 건물성을 판단

24) 민법 제99조 제1항은 토지와 그 정착물을 부동산으로 규정하고 있지만, 그 관계에 대해서는 침묵하여 그 관계의 일체와 분리에 대한 학설의 대립이 있다.

25) 토지의 정착물은 토지와는 독립된 부동산으로 취급될 수 있는가의 관점에서, 토지와는 별개의 등기를 통해 공시되어 언제나 독립된 것으로 다루어지는 독립정착물, 토지의 구성부분으로 취급되어 항상 토지와 일체로 처분되는 종속정착물, 토지의 일부로서 토지와 함께 처분될 수도 있지만, 일정한 공시를 갖추는 것을 전제로 독립한 부동산으로 다루어질 수 있는 반독립정착물로 구분할 수 있다.

26) 제철웅, “물권의 객체로서의 물건”, 법조 통권 제528호, 법조협회, 2000, 58면에서 토지의 정착물은 원칙적으로 토지의 구성부분이라고 파악하되, 등기할 수 있거나 명인방법에 의하여 공시되고 있는 정착물은 토지와는 독립한 부동산이라고 새기는 것이 타당하다는 견해를 제시한다.

27) 곽윤직·김재형, 「민법총칙」, 박영사, 2013, 231면; 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2007, 994면; 이은영, 「민법총칙」, 박영사, 2000, 303면; 고상룡, 「민법총칙」, 법문사, 2005, 279면.

28) 독일민법 제94조, 프랑스민법 제517조 등.

하고 있다. 즉 판례는 “독립된 부동산으로서의 건물이라고 함은 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 법률상 건물”이라고 한다²⁹⁾. 그리고 “건물이 증축된 경우, 증축 부분이 기존 건물에 부착된 물리적 구조뿐만 아니라, 그 용도와 기능면에서 기존 건물과 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 소유권의 객체가 될 수 있는지의 여부 및 증축하여 이를 소유하는 자의 의사 등을 종합하여 판단하여야 한다.”³⁰⁾고 한다.

따라서 건물이 어느 정도의 구조를 갖추어야 독립한 부동산으로 인정될 수 있는가는 건축 중인 건물에서 특히 문제될 것이다. 독립한 건물이 되기 위해서는 사회관념에 의하여 결정되고 반드시 물리적 구조만을 표준으로 할 수는 없다고 본다³¹⁾.

판례는 건물의 개념에 대해 최소한의 기준만을 제시하며, 건축법이나 부동산등기법과 관계없이 판단하고 있는 것으로 보인다. 따라서 판례에서 제시하는 건물의 요건은 구체적 타당성을 기할 수 있지만, 최소한의 기준으로서 건축법이나 부동산등기법에서 기준 삼는 건물의 요건과 관계없이 추상적인 기준이며, 판례에 따라 건물로 인정되더라도 부동산등기법상 등기가 이루어질 수 없다면 처분이 불가능한 문제가 발생하여 법적인 안정성을 확보하기도 어렵다.

특히 건축 중인 건물의 경우, 공사단계에 따라 건물요건을 판단함에 있어서 사회 관념상 독립한 건물로서의 효용을 판단하는 것이 쉽지 않고, 상충된 결론을 제시하는 경우가 있어 법적인 안정성을 확보하기 어렵다³²⁾. 따라서 건축법과 부동산등기법의 기준을 검토하여 판례에서 제시하는 최소한의 요건에 관한 구체적인 기준으로서 활용해야 할 것이다.

(2) 건축법상 건축물의 개념

건축법상의 ‘건축물’이란, 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 시설물, 지하나 고가의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것을 말한다³³⁾.

판례는 “건축법 제2조 제2항 소정의 토지에 정착하는 공작물이란 반드시 토지에 고정되어 이동이 불가능한 공작물만을 가리키는 것은 아니고, 물리적으로는 이동이 가능하게 토지에 붙어 있어도 그 붙어 있는 상태가 보통의 방법으로는 토지와 분리하여 이를 이동하는 것이 용이하지 아니하고, 그 본래의 용도가 일정한 장소에 상당기간 정착되어 있어야 하고 또 그렇게 보여지는 상태로 붙어 있는 경우를 포함한다.”³⁴⁾고 하고

29) 대법원 1986. 11. 11. 선고 86누173 판결 등 참조.

30) 대법원 1996. 6. 14. 선고 94다53006 판결.

31) 홍성재, “건축물의 소유권 귀속에 관한 판례의 검토”, 토지법학 제30권 제1호, 한국토지법학회, 2014, 5면.

32) 가령 대법원 2002. 3. 12. 선고 2000다28184, 24191 판결과 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다67691 판결은 서로 반대의 결론을 제시하고 있다.

33) 건축법 제2조 제1항 제2호.

있다. 그리고 토지에 정착하는 공작물에 딸린 시설물³⁵⁾ 역시 건축법의 적용 대상으로 건축물에 해당한다.

따라서 토지에 정착하는 공작물과 ‘분리’하여 축조되는 시설물의 경우에는 건축법이 적용되지 않는다. 또한 지하상가·육교상가·지하철역무실 등의 시설물들은 통상의 건축물과 동일하게 취급하기 위하여 건축법상 건축물의 개념에 포함시킨다.

결국 건축법상 건축물로 인정되기 위해서 가장 중요한 요건으로 고려되는 것이 토지에 정착되어 ‘이동가능성’이 없는 것이어야 한다. 따라서 정착되지 않았다면 건축법상 건축물이 될 수 없다. 즉 이동할 수 없는 정착성을 위한 기둥 또는 벽이 있어야만 건축법상 건축물이 된다. 이는 판례에서 제시하는 최소한의 기준보다 다소 ‘약한’ 기준이라고 평가할 수 있다.

(3) 부동산등기법상 건물의 개념

부동산등기법상 등기부는 토지등기부와 건물등기부로 구분되며, 건물등기부상 등기능력이 있는 건물이란 통상 ‘지붕 및 주벽 또는 이와 유사한 것을 가지고 토지에 정착한 건조물로서 특정 용도에 공할 수 있는 상태에 있는 것’을 말하지만, 등기능력에 관한 개념은 명문의 규정이 없으므로 사회의 일반 거래관념과 이에 기초한 판례 및 등기실무례를 토대로 판단할 수밖에 없다³⁶⁾.

구체적으로 보면, 먼저 건물은 토지의 정착물이어야 한다. 여기서 정착성은 어느 정도 계속해서 토지에 부착되어 이용되는 것을 의미한다. 따라서 건축공사현장의 사무소 또는 전시용 모델하우스 같은 가설건조물은 외형상 건물이라고 볼 수 있을지 모르지만 등기능력이 있는 건물이라고는 할 수 없다. 그리고 건물은 지붕 및 주벽 또는 그에 유사한 설비를 갖추고 있어야 한다. 즉 건물이라면 지붕과 주벽 등에 의해 외부와 구획되어 있을 것이 필요하다. 따라서 지붕과 기둥만으로는 건물로 인정될 수 없다. 또한 건물은 그 목적으로 하는 용도에 제공될 수 있는 상태에 있어야 한다. 따라서 건물로서 어느 정도로 완성되어야 하는지는 건물의 용도에 따라 달라진다.

결국 부동산등기법상 등기능력은 등기관이 등기예규³⁷⁾에 따라 신청인이 제출한 건축물대장뿐 아니라 사진이나 도면 등 소명자료를 통해 당해 그 건축물이 토지에 견고하게 정착되어 있는지, 지붕 및 주벽 또는 그에 유사한 설비를 갖추고 있는지, 일정한 용도로 계속 사용할 수 있는 것인지 여부를 개별적, 구체적으로 판단하여 심사하여야 한다. 따라서 건축물대장에 등재되었다고 해서 모두 등기능력이 있는 것은 아니다.

34) 대법원 1991.6.11. 선고 91도945 판결.

35) 가령 담장, 대문, 굴뚝 등이 이에 해당한다.

36) 법원행정처, 앞의 책, 37면.

37) 등기능력 있는 물건 여부의 판단에 관한 업무처리지침, 2004. 10. 1. 등기예규 제1086호.

(4) 소결

우리 민법에서는 건물의 개념을 정의하고 있지 않다. 다만 판례에서 ‘최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 있는 것’이라는 포괄적 기준을 제시하면서 법률관계마다 독립된 부동산으로 볼 수 있는지 여부를 개별적으로 판단하고 있다. 따라서 민법상 건물의 판단기준은 그때그때마다의 법률관계에서 독립된 권리를 인정할 필요성이 있는가가 또 다른 기준이 된다.

건축법은 ‘토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것’을 건축물로 인정하고 있다. 그리고 부동산등기법에서는 건축물이 토지에 견고하게 정착되고, 지붕 및 주벽 또는 그에 유사한 설비를 갖추어 일정한 용도로 계속 사용할 수 있는 것인지를 여부를 기준으로 제시하고 있다.

결국 건축법은 민법과 달리 ‘토지에 정착’이라는 정착성의 기준을 강조하면서도 정착을 위한 설비로서 ‘기둥과 벽’을 선택적으로 제시하고 있고, 부동산등기법은 ‘목적으로 하는 용도에 제공’을 강조하여 용도성을 강조하면서 ‘주벽 또는 그에 유사한 설비’를 명시하고 있다.

등기와 대장은 둘 다 국가기관이 관리하는 공적장부이지만 각각의 기준이 다른 이유는 그 기준을 정하고 있는 법의 목적의 차이에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 즉 등기는 부동산에 관한 권리관계를 공시하여 거래안전을 도모하는 제도임에 반하여, 대장은 부동산 자체의 사실적 상태 내지 현황을 파악하여 과세 기타 행정목적에 제공하기 위한 것이다.

생각건대 이러한 법의 목적에 따라 건물의 개념도 상이한 것으로 보인다. 즉 건축법상 건축물은 기본적으로 국가기관의 허가에 의해 인정되는 데 이때는 관리, 즉 과세 등 행정목적을 위해 ‘토지에의 정착성’을 강조한 것으로 보이고, 부동산등기법상 건물은 그 이용목적에 강조하여 ‘목적으로 하는 용도성’을 강조한 것으로 보인다. 다만 건물은 대장을 기초로 하여 등기를 형성하기 때문에 건축법상의 건축물은 등기능력이 있는 건물보다 넓은 개념으로서 건축물대장에 등재되었다고 해서 모두 등기능력이 있는 것은 아니다. 왜냐하면 등기능력의 유무에 대한 판단을 등기관이 개별적·구체적으로 결정하기 때문이다. 이 경우 구체적 타당성은 기할 수 있을지 모르나, 법적 안정성을 해칠 수 있다. 따라서 이상에서 정리한 건물의 개념, 즉 ‘지붕, 기둥, 주벽’의 요소를 통해 건물관련법에서 일체된 건물의 법적취급을 위한 구체적인 판단기준을 정립할 필요가 있다.

2. 외국법상 건물의 개념

(1) 서설

로마법은 물건을 일반개념으로 이해하였기 때문에 부동산의 개념이 중요하지 않았으

며, 특히 건물의 개념은 “지상물은 토지에 따른다”는 법언에 따라 별개의 독립성이 부정되었다. 그리고 유럽은 물건을 동산과 토지로 구분하여 건물은 토지의 본질적 구성 부분으로 판단하였다. 그러나 현대법에서 건물의 가치는 그 어떠한 물건보다 중요하기 때문에 이에 대한 개념정립이 필요하다. 이에 따라 지리적 특성을 감안하여 대표적으로 특징적인 건물개념을 가지고 있는 미국과 일본의 입법례를 검토하고자 한다.

미국의 경우, 건물의 신축 및 증축, 관리 및 보수 등과 관련하여 국제적 표준화 작업을 실시하여 국제건축법(International Building Code)을 모델법으로 하여, 상당수의 입법이 진행되었다. 한편 일본의 경우, 건물을 토지의 정착물로 인정하여 독립한 부동산으로 취급하였는데, 우리의 경우 건물과 관련한 법률이 그 개념을 각각 달리하는 데 비해 일본은 실무상 처리기준을 두고 이에 따른 통일적인 규율을 하고 있다.

이하에서 미국법과 일본법의 건물의 개념표지를 검토하여 우리법에 적용할 수 있는 통일적인 건물개념을 도출하고자 한다.

(2) 미국법에서 건물의 개념

미국법에서 건물의 개념은 사법적 영역보다는 공법적 또는 규제법적 영역에서 보다 발달되었다. 왜냐하면 미국법은 우리 법제와 달리 토지와 건물을 각기 독립한 부동산으로 파악하지 아니하고, 부동산 거래는 주로 토지를 위주로 이루어지고 있기 때문이다. 즉 미국법상 건물은 별도의 독립한 부동산이라기보다는 단순히 토지에 부착된 것으로서, 별도의 소유권의 대상이 되지 않는 것으로 보고 있다.

미국 판례³⁸⁾에 따르면, 일반적으로 건물이란 “주거나 사람, 가축, 동산의 보호를 위해 제작한 구조물”로 정의된다. 따라서 건물은 지붕과 벽으로 구성된 영구적인 구조물을 의미하지만, 건물의 개념은 그것이 사용되는 맥락에 따라서 다양하고 탄력적으로 해석되며, 공공안전과 복리를 추구하는 규제법령들과 밀접한 연관성을 가지고 유기적으로 해석된다.

다시 말해 미국법에서 건물의 개념은 건축 또는 토지사용을 규율하는 법령이나 환경 또는 화재 등을 규율하는 법령 등 시민의 안전과 재산보호를 목적으로 하는 법령들과 유기적으로 연계되어 있다³⁹⁾. 가령 건축법의 경우 그 적용범위가 주 전체인 경우도 있는 반면에 주 내에 있는 지자체별로 따로 두고 있는 경우도 있다. 다만 국제적 표준화 작업을 하는 ICC(International Code of Council)가 마련한 국제건축법(International Building Code, 이하 IBC라 함)이 모델법으로서 제시된 이후, 미국의 주 상당수가 이를 수용하고 있다. 따라서 국제건축법(IBC)이 미국법상 건물의 개념을 확인하는 작업에 있어서 매우 중요한 자료가 되기 때문에 미국법상 건물개념의 일반적 기준과 함께 IBC를 중심으로 한 건물의 개념표지를 검토할 필요가 있다.

38) *Greene County v. N. Shore Resort*, 238 Ga. App. 236, 237 (Ga. Ct. App. 1999).

39) IBC Sec.101.2.

미국의 경우, 앞서 설명하였듯이 건물을 독립한 부동산으로 삼지 않기 때문에 건물의 법적개념을 가늠할 수 있는 일반적 기준을 정립하는 것이 쉽지 않다. 다만 건물을 포함하는 부동산과 동산의 구별기준이나 각 특징들을 검토해 봄으로써 건물의 개념을 도출할 수 있을 것이다.

미국법에서 부동산은 토지가 대표되며, 그 외에 토지에 영구적으로 부착된 것들을 포함한다. 따라서 미국법에서 건물은 그 상위개념인 부동산의 특징을 수반해야 하는 것이므로, 영구성이나 고정성을 요건으로 한다고 볼 수 있을 것이다⁴⁰⁾. 그리고 건물은 통상 그 존재목적을 사람이나 가축, 또는 재산 등을 보호하는 것에 두기 때문에 외부와의 차단성이 포함될 수 있다. 이러한 목적은 결국 외부와의 차단이나 경계획정 등을 통해 가능한 것이기 때문이다.

결국 미국법에서 일반적으로 건물은 토지에 영구적으로 부착된 물리적 개념의 재산을 말하는 것으로서, 그 분리나 제거를 위해서는 해당 건물의 영구적 손실을 감수해야 할 것이다. 따라서 어떤 물건이 정착물인지 혹은 동산인지 여부는 결국 그것이 얼마나 영구적으로 토지에 부착되었는가를 가지고 판단해야 할 것이다.

IBC는 건물의 형태와 건축자재의 발전에 맞추어 공중의 보건과 안전을 규율하기 위하여 건물을 그 용도나 목적에 따라 구분하고 있는데, 이러한 구분은 IBC의 입법 취지나 목적과 관련된다. IBC의 궁극적 목표는 건물의 거주자 또는 사용자의 복지나 후생, 그리고 공중의 복리와 안전을 보호하기 위해 최소한의 기준과 요건들을 제시하는 것으로서 이는 결국 건물의 안전성을 보장함으로써 실현되는 것이다. 다시 말해, IBC는 건물 안정성 확보를 위해 건물을 그 사용목적이나 용도에 따라 구분하여 그에 적합한 안전성 요건을 정하고자 하는 것이다.

IBC상 건물은 “어떤 사용을 도모하거나 보호하기 위해 의도된 또는 이용되는 구조물”이라고 정의된다.⁴¹⁾ 즉 IBC에서 말하는 건물을 구성하는 기본요소는 ① 주된 구조 골격(primary structural frame), ② 내력벽(bearing wall), ③ 비내력벽(nonbearing wall), ④ 바닥(floor), ⑤ 지붕(roof)으로, 이러한 구분은 건축방식을 규제하는 데에 초점이 맞춰져 있다. 왜냐하면 건물에 따라 안전성 심사가 다르게 적용되기 때문에, 각 건물의 구성요소가 건물의 개념을 규정짓는 데에 도움이 되는 것은 당연하다.

생각건대 미국법에서 건물의 개념적 표지는 ‘안전성’이다. 특히 IBC가 그 자체로 실체적 규범력을 가지는 것은 아니지만 대다수의 지역에서 건물규제에 관한 표준으로 삼고 안전성을 강화하는 것을 보면 알 수 있다. 그리고 건물의 견고성은 건물의 영속성이나 정착성 등과 연결되는 기준이기 때문에 미국법에서 건물의 안전성을 강조하는 것은 주목할 가치가 있다. 그리고 건물을 용도별로 구분하는 것도 건물의 안전성을 심사하는 기준을 설정하기 위한 것이다. 다만 그 요건의 규율방법은 구체적 요건제시보다

40) 미국법은 건물의 요건으로서 일차적으로 견고성을 요구하지만 이는 궁극적으로 건물의 안정성으로 귀결된다.

41) IBC Sec.202. at 14.

는 추상적 행위규율로서 안전이라는 목적을 달성하기 위한 구체적 방법을 건축행위에 따라 탄력적으로 운용하는 것이 최근의 동향에 부합한다.

(3) 일본법에서 건물의 개념

일본법도 건물의 개념에 관하여는 명문의 정의 규정을 두고 있지 않고, 우리와 같이 토지와 건물을 별개의 부동산으로 취급하여 이원적 관리제도를 가지고, 행정목적에 위한 건축물관리대장과 권리관계의 공시목적에 위한 건물등기부가 있다. 다만, 토지에 관해서는 등기관이 실시조사권을 가지고 있어 등기와 대장이 일원화되어있고⁴²⁾, 실무관행에서 건물인지여부를 판단할 수 있는 구체적인 기준을 가지고 있다.

즉 일본도 각각의 법제도상 입법목적에 따라 행정법규상의 건축물과 등기의 대상이 되는 건물을 별개의 개념으로 구별하여 규정하고 있다⁴³⁾. 일본 건축기준법상 일반건축물은 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것, 이에 부속하는 문이나 담 기타 이와 유사한 시설을 말하며, 건축설비를 포함한다. 따라서 일본 건축기준법에 따르면 건물은 요건상 지붕과 주벽을 갖추어야 하기 때문에 모든 건물은 건축물에 해당한다. 그러나 반대로 모든 건축물이 건물이 되는 것은 아니다.

일본 부동산등기법상 건물은 명문의 정의 규정이 없다. 다만 등기실무에 관한 부동산등기규칙⁴⁴⁾에 등기할 수 있는 건물이 갖추어야 할 요건에 대해 “건물은 지붕 및 주벽 또는 이와 유사한 것을 갖추고 토지에 정착한 건조물로서 그 목적으로 하는 용도에 제공할 수 있는 상태에 있는 것이어야 한다.”고 규정하고 있고, 부동산등기사무취급수속준칙⁴⁵⁾에 건물을 인정하기 위한 기준을 예시적으로 열거하고 있는 데, 이를 종합하면 결국 건물의 요건은 정착성과 외기분단성 그리고 용도성으로 정리될 수 있다.

다시 말해 부동산등기법에 따라 등기할 수 있는 건물은 물리적으로 토지에 정착되어 있을 것을 전제로 한다. 즉 토지에 정착되어 영속적으로 이용되는 것을 그 본성(本性)으로 인정되어야만 한다.

결국 정착성은 건물의 구조와 이용목적에 따라 해석하되 장기간 계속해서 토지에 부착되어 이동시키지 않고 이용하는 것으로 인정되어야 할 것이다. 다만 정착의 개념이 반드시 토지에의 직접 부착에 의함을 의미하진 않는다고 본다⁴⁶⁾.

그리고 등기할 수 있는 건물은 지붕이나 주벽 또는 그에 준하는 것에 의해 외부와

42) 大場浩之, "日本とドイツにおける登記制度の發展(登記法制定後を中心に)", 稲田法學會誌, 稲田法学会, 第54卷, 2004, p.12

43) 吉野衛, “注釋不動産登記法總論”に?ふ, 東京司法書士會會報, 東京司法書士會, 第84号, 1995, p.740.

44) 일본 부동산등기규칙 제111조.

45) 부동산등기사무취급수속준칙 제77조.

46) 따라서 잔고 위에 설치한 여객터미널도 토지에의 정착성이 있으므로 다른 요건을 충족하면 건물로 취급될 수 있고, 이러한 정착의 개념은 토지에서만의 정착을 인정하는 우리법제와 상이하다.

차단되어 사람이나 물건이 체류할 수 있는 공간이어야 한다. 즉 시대의 흐름에 따라 생활양식이 변하더라도 지붕이 없는 건물은 생활공간으로서 생각할 수 없고, 생활공간은 외부와의 단절을 통해 안전이 확보되며 동시에 지배영역을 명확히 하여야 하기 때문에 지붕과 주벽은 건물의 불가결한 요건이다. 다만 외기분단성은 그 건물의 용도성을 감안한다. 즉 사용목적상 필요한 경우에는 일부에만 주벽이 있는 경우도 예외적으로 건물로 인정하고 있다. 그러나 정착성은 직접적으로 외기분단성의 판단에 영향을 주지 않는다.

그리고 등기할 수 있는 건물은 생활공간으로 인간의 체류성을 전제로 하여 이를 실현할 수 있는 상태이어야 한다. 다만 반드시 완성된 것을 요하는 것은 아니기 때문에, 토지에 정착하여 지붕과 주벽이 있고 그 목적에 따라 사용이 가능한 구성부분을 구비하면 충분하다. 따라서 건축 중이라도 건물로서의 요건을 갖추고 있으면 아직 완성되지 않은 것이라도 등기할 수 있다. 결국 일본의 경우도 등기할 수 있는 건물인가를 결정할 때 단지 물리적인 구조만으로 판단하는 것이 아니라 건물이 가지는 주된 용도에 따른 효용성을 감안하여 사회적 통념에 의하여 판단한다.

한편 부동산등기제도가 거래의 안전과 원활을 목적으로 하는 제도인 이상 그 대상인 건물 자체가 독립하여 부동산으로서의 거래성이 인정되어야 의미가 있다고 볼 수도 있다. 그러나 그 의미가 명확하진 않지만 거래성이 경제성 또는 경제적 가치라면 등기능력 있는 건물의 판단기준으로 고려할 필요는 없을 것이다⁴⁷⁾.

결국 일본에서도 건물인가의 여부는 사회관념에 의하여 결정하여야 하고 반드시 물리적 구조만을 기준으로 하지는 않는다. 즉 건물이 사회관념상 독립한 건물로서의 효용을 가진다고 인정할 수 있는지 여부에 의하여 결정하여야 하고, 그 판단기준은 거래가능성 또는 이용가능성에 따라서 그 정도를 달리하는 것이라고 한다.

다만 일본에서는 등기관이 부동산의 표시에 관한 등기에 대해서는 실질적인 심사권한을 가지고 있어 필요에 따라 부동산의 소재지나 관계자에 대하여 현장조사를 할 수 있다⁴⁸⁾. 따라서 등기관은 신청정보 및 신청정보를 제공한 첨부정보의 심사 또는 현장조사 등에 의하여 건물의 요건인 토지에의 정착성, 외기분단성, 용도성 등에 대하여 조사하여 이를 종합적으로 판단하여 스스로 등기할 수 있는 건물인가 여부를 결정하게 된다.

(4) 외국법의 시사점

미국의 경우, 건물을 토지와 별개의 독립한 부동산으로 다루지 않는다는 점에서 건물을 독립한 부동산의 하나로 파악하는 우리의 법제와 큰 차이점을 보이고 있다. 그러나 IBC의 입법목적과 개념적 특징을 통해 IBC는 기본적으로 건물의 안전성을 궁극적

47) 大場浩之, 앞의 논문, p. 12.

48) 박광동, “일본의 부동산등기법의 전면 개정”, 한국법학회, 법학연구 제21권, 2006, 219면.

목표로 삼은 건물 규제규범이라고 할 수 있다. 따라서 미국법의 경우 건물에 관한 규제에 있어서 안전성 기준을 강조한다는 점에 주목할 가치가 있다. 즉 IBC는 공중의 보건과 안전, 그리고 복리를 증진시키는 것을 최종 목적으로 삼고 있는데, 이는 결국 건물의 안전성을 확보함으로써 건물 자체의 안전은 물론이고, 그 건물을 사용하는 개인 또는 공중의 안전을 확보하고자 하는 것이다. 이러한 안전성 기준이 건물의 견고성이라는 개념표지를 도출해 낼 수 있고, 건물의 견고성은 건물의 영속성이나 정착성 내지는 고착성 등과 연결되는 기준이라 할 것이다. 또한 등기적격의 문제로서 건물의 개념과 규제의 문제로서 건물의 개념은 다르게 접근해야 할 영역으로 보일 수도 있다. 그러나 미국의 경우, 안전성이라는 목적을 정해두고 그러한 목적이 부합할 수 있는 범위 안에서는 건물의 개념을 다소 탄력적으로 운용하는 것도 주목해야 할 것이다.

일본의 경우, 우리나라와 마찬가지로 행정목적에 위한 건축물관리대장과 권리관계의 공시를 목적으로 하는 건물등기부를 두고 이원적으로 관리하고 있다. 토지의 정착물 중 지붕과 주벽의 요건에 있어서는 건축물과 건물은 공통되지만, 건물의 경우에는 여기에 더하여 사용목적에 따른 용도성을 요구하는 반면, 건축물은 지붕과 주벽을 갖춘 것 이외에도 부속된 것이라면 창고 기타 이와 유사한 시설을 포함하는 점에서 건축물은 건물의 개념보다 넓다고 할 수 있다.

일본에서 등기할 수 있는 건물은 정착성, 외기분단성, 용도성을 그 요건으로 한다. 이때 정착성은 토지에 고정 부착되어 있을 것을 의미하는데, 이는 물리적으로 용이하게 이동할 수 없는 상태일 것을 전제로 그 장소에서의 영속성으로 이해되고 있다. 외기분단성의 요건은 지붕과 주벽의 존재에 의하여 인정된다. 지붕과 주벽은 사람과 물건의 안전을 보호하기 위한 것으로 다른 한편으로는 건물의 지배가 미치는 영역을 명확히 하는 역할을 한다. 그리고 용도성과 관련해서는 사용목적에 따라 사람과 물건의 체류성, 즉 생활공간으로서의 상태를 확보하는 것을 말한다.

이와 같이 일본에서는 건물인정에 관한 기준을 세분화하는 한편 건물의 표시등기에 관하여 당사자에게 등기신청의무를 부과하면서 일정한 경우에는 현장조사를 통하여 신속 정확하게 건물 등 부동산의 현황이 등기되는 것을 보장하고 있다는 점도 우리에게 시사하는 바가 크다.

IV. 건물의 법적취급과 그 일체성 확보

1. 건물의 법적취급

(1) 건물부합의 법리

건축행위는 토지 또는 기존건물에 동산을 부착하는 형태의 과정을 통해서 이루어진

다. 기본적으로 건물은 토지의 정착물로서 독립한 부동산이지만, 건물의 신축 또는 증축의 경우에는 소유권의 귀속문제가 발생되며 이에 대해 판례는 부동산부합의 법리를 적용한다⁴⁹⁾. 다만 객관적인 판단기준을 통해 건물의 요건을 명확하게 설정하는 것이 곤란한 문제가 있다.

민법에 의하면, 부동산에 물건⁵⁰⁾이 부합하면 물권의 소유자는 소유권을 상실하고 부동산의 소유자가 부합된 물건의 소유권을 취득한다. 이 경우 소유권을 상실한 물건의 소유자는 제261조에 의하여 부당이득에 관한 법리에 따라 보상을 청구할 수 있다. 그러나 권원에 의하여 부속한 물건은 부동산에 부합하지 않는 데, 이때 권원 있는 자란 타인의 부동산에 물건을 부속시킬 권능을 내용으로 하는 부동산 이용권을 가진 자를 말한다⁵¹⁾.

이에 대해 다수설은 권원에 의한 부속물이라도 부속물이 부동산의 본질적 구성부분으로 된 경우에는 제256조 본문이 적용되어 부동산의 소유자가 그 부속물의 소유권을 취득한다고 하여, 부합의 법적 의미를 파악함에 있어서 제257조를 원용하여 훼손하지 않으면 분리할 수 없거나 그 분리에 과다한 비용을 지출하지 않고서는 분리할 수 없을 정도로 결합되어 있으면 부합이 이루어진 것으로 본다⁵²⁾⁵³⁾. 즉 부동산에 결합한 물건이 부동산의 본체적 구성부분이 된 경우에는 부합한 것으로 보고, 비본체적 구성부분으로 된 경우에는 부속하는 것으로 해석한다. 특히 판례는 건축 중 건물의 법적 취급, 즉 건축 중 건물이 언제 독립건물단계⁵⁴⁾에 이르는지에 대해 “최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어져야 한다⁵⁵⁾”는 기준을 제시하면서, 원래 지상 12층의 건물이 예정되어 있었는데 지하 1층부터 지하 3층까지 기둥, 주벽 및 천장 슬라브 공사가 완료된 경우⁵⁶⁾⁵⁷⁾ 독립한 건물이라고 하였다.

49) 대법원 1968. 12. 14. 자 68마1044 결정; 대법원 1975. 4. 8. 선고 74다1743 판결 등.

50) 물건이 동산에 한하는지(이영준, 「한국민법론(물권편)」 신정2판, 박영사, 2004, 544면; 김상용, 「물권법」, 전정판증보, 법문사, 2003, 402면; 김용한, 「물권법론」, 재전정판, 박영사, 1996, 304면) 부동산을 포함하는지(김기선, 「한국물권법」, 전정판, 박영사, 1985, 242면; 고상룡, 「물권법」, 법문사, 2002, 342면)에 관해서는 논의가 있다.

51) 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카9067 판결.

52) 박윤직·김재형, 앞의 책, 201면; 이영준, 앞의 책, 508면; 송덕수, 「신민법강의」, 제2판, 박영사, 2009, 321면.

53) 부동산에 결합된 물건이 부동산의 본체적 구성부분인지 비본체적 구성부분인지에 따라 부속 여부를 판단하는 견해도 있다(김증한 저/김학동 증보, 「물권법」, 제9판, 박영사, 1998, 168면).

54) 신축 중 건축물은 4단계로 나누어 그 법적 성질을 구분하는 경우가 있다(박재영, “건축 중인 건물의 소유권 귀속”, 사법논집 제46집, 법원행정처, 2008, 541면; 허부열, “건축 중인 건물의 소유권귀속에 관한 제문제”, 재판과 판례 제19집, 대구판례연구회, 2010, 322면; 이윤직, “건축중인 건물의 소유권귀속”, 건축관련판례50선, 대구판례연구회, 2012, 116면)

55) 대법원 1996. 6. 14. 선고 94다53006 판결.

56) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다21592, 21608 판결.

57) 조원철, “독립한 부동산으로서의 건물의 요건”, 대법원판례해설(제44호), 2003, 355면에서 오늘날 건축의 기술과 실태, 용도, 사회관념 등에 비추어 볼 때, 지하층 부분이 보조적, 부수적 구조물에 불과하다는 것은 쉽사리 수긍하기 어렵고, 따라서 지하층과 지상층을 달리

건축과정에 따라 구체적으로 보면 기초공사 단계에서의 건축물은 독립성을 인정할 수 없어 토지에 부합한 것으로서 토지의 구성부분으로 본다. 그리고 아직 구조상·이용상 독립성을 갖추지 못하여 건물성을 갖추지 못한 경우에도 권원여부를 묻지 않고 기초공사단계의 경우와 마찬가지로 토지의 부합물로 인정하고 있다⁵⁸⁾⁵⁹⁾. 그러나 건물의 일부가 구조상·이용상 독립성을 갖추어 건물성이 인정되는 경우에는 미등기부동산에 해당하여, 권원의 존재여부를 묻지 않고 토지에 부합하지 않는다⁶⁰⁾.

건물의 기초공사 단계의 경우 일단 토지에 부합한 것으로 보아야 할 것이지만, 부동산에 부합된 물건이 사실상 분리복구가 불가능하여 거래상 독립한 권리의 객체성을 상실하고 부동산의 구성부분이 된 경우에는 타인이 권원에 의하여 이를 부합시켰더라도 그 물건의 소유권은 부동산의 소유자에게 귀속된다⁶¹⁾. 그리고 건물이 증축된 경우 증축부분의 부합여부는 부착된 물리적 구조뿐만 아니라 그 용도와 기능의 면에서 기존건물과 독립한 경제적 효용을 가지고 별개의 소유권 객체가 될 수 있는지의 여부 및 증축자의 의사 등을 종합적으로 판단하여야 한다⁶²⁾.

판례의 주류는 건축 중 건물이 양도되어 양수인이 완공한 경우, 양도 당시 건축 중 건물이 독립건물단계에 이르렀는지 여부를 기준으로 하여 그 단계에 이른 경우는 원래의 건축주가 원시취득하고, 독립건물단계에 이르지 못한 경우에는 양수인이 그 건물을 원시취득한다는 입장이다⁶³⁾. 그러나 판례의 대체적인 흐름과 달리 원시취득에 대한 명확한 이론적 근거를 제시하고 있지는 않다. 그리고 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다67691 판결⁶⁴⁾은 “건축허가를 받아 건축공사를 진행하던 중에 건축주의 사정으로 공사가 중단될 당시까지 이미 일부 층의 기둥과 지붕 그리고 둘레 벽이 완성되어 토지의 부합물로 볼 수 없는 상태에 이르렀다고 하더라도, 제3자가 미완성 건물을 양수하여 나머지 공사를 계속 진행한 결과 건물의 구조와 형태 등이 건축허가의 내용과 사회통념상 동일하다고 인정되는 정도로 건물을 축조한 경우에는, 그 제3자가 그 건물 전체의 소유권을 원시취득한다”로 하여 주류적 판례와 반대의 결론을 제시하기도 한다.

생각건대 위 반대 결론은 사안의 주된 쟁점을 미완성건물의 소유권귀속, 즉 양도인과 양수인이 각각 건축부분을 개별적으로 소유하는 것인지 아니면 전체 건물을 한 사람이 소유하는지의 문제로만 한정하여 파악한 특징을 가지지만 법적안정성을 추구해야

취급할 이유가 없다고 한다.

58) 대법원 2008. 5. 30. 자 2007마98 결정 등.

59) 이상태, “건축 중 공작물이 제3자의 공사에 의해 건물로 완성된 경우 소유권귀속”, 일감법학 제4권, 건국대학교 법학연구소, 1999, 60면에서는 현실에서 기성고에 따라 거래의 대상이 되는 것을 감안하여 동산의 집합으로 파악해야 한다고 한다.

60) 대법원 1993. 4. 23. 선고 93다1527, 1534 판결 등.

61) 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007다36933, 36940 판결 등.

62) 대법원 2012. 4. 30. 자 2011마1525 결정 등.

63) 대법원 2002. 3. 12. 선고 2000다24184 판결; 대법원 2007. 4. 26. 선고 2004다19156 판결 등; 다만 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다67691 판결은 다른 결론을 내렸다.

64) 한편 2007. 4. 26. 선고 2005다19156 판결은 다시 주류적 판례의 입장을 따랐다.

하는 판례로서 그 역할을 다하지 못하였다고 본다.

(2) 비판적 검토

판례에 나타난 건물부합의 법리는 제256조 본문의 ‘부합’과 단서의 ‘부속’의 의미를 구분하는 것에서 비롯되는 것으로 보인다. 따라서 타인의 부동산에 권원 있는 자가 부착을 하더라도 그것이 부동산에 ‘부합’된 것으로 인정되면, 본문이 적용되어 부동산의 소유자가 부속한 물건의 소유권을 취득하는 것으로 본다. 그리고 권원에 의하지 않고 부동산에 부속하면 그 부속물은 부동산의 소유자에게 귀속하는 것으로 본다. 다만 부착물이 부동산으로 된 경우에는 권원이 없는 경우에도 토지에 부합하지 않는 것으로 본다.

그런데 독립성을 인정할 수 없는 부합물과 독립성을 인정할 수 있는 부속물은 구별해야 할 실익이 있고, 독립성이 인정된다면 권원에 의한 부속뿐 아니라 권원없는 자에 의한 부속의 경우에도 부합의 법리를 적용할 여지가 없다는 점에서 판례의 태도는 의문이 있다. 그리고 건물이 구조상·이용상 독립성을 갖추지 않는 경우, 그 건축부분을 토지에 부합물로 보게 되면 건축부분의 법적취급에 대한 논리적 모순이 발생한다. 즉 타인의 토지 위에 무단으로 건물을 신축한 경우, 처음에는 건축부분은 부합물로 인정하다가 어느 순간에 독립물인 토지의 정착물로 변경되는 것인지에 대한 법적근거와 변경기준을 제시하기 어려운 문제가 있다. 또한 토지소유자는 철거를 청구할 수 없는 반면⁶⁵⁾, 부착자는 부당이득에 관한 규정에 따라 보상청구권을 갖게 되는 결과가 발생한다. 따라서 제256조의 단서의 의미를 재음미해야 할 필요가 있다. 즉 제256조 단서의 규범적 의미는 권원 있는 자가 부동산에 물건을 부착한 경우, 사실상 부합하고 있더라도 법적판단에서 부합물로 인정하지 않음으로써 부착자의 이익을 보호하는 데 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 권원에 의한 부합의 경우는 원칙적으로 부동산의 구성부분으로 보지 않고 별개의 물건으로 취득한다는 의미라고 할 것이다⁶⁶⁾.

그렇지 않으면 분리로 인해 경제적 효용성을 상실하는 경우에도 권원 있는 자가 부속한 경우라고 하여 제256조 본문이 적용되는 것으로 보면 제256조 단서의 취지가 없어진다. 즉 물건의 경제적 효용성에 치중한 나머지 부동산 소유자를 더 보호하는 결과가 되어 단서의 입법취지가 몰각될 것이다.

또한 판례⁶⁷⁾는 제265조 단서규정⁶⁸⁾을 해석함에 있어 타인이 그 권원에 의하여 부속시킨 물건이라 할지라도 그 부속된 물건이 분리하여 경제적 가치가 있는 경우에 한하

65) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다19373 판결.

66) 오시영, “집합건물과 구분소유권의 원시취득에 대한 고찰”, 재산법연구 제28권 제1호, 한국재산법학회, 2011, 40면.

67) 대법원 2007. 7. 27. 선고 2006다39270 판결 등.

68) 결국 제256조 단서의 규범적 의미는 사실상 부합이 인정되는 경우라도 법적인 측면에서 부합물로 보지 않음으로써 권원을 가지는 부착자의 이익을 보호하는 것이라고 할 것이다.

여 부속시킨 타인의 권리에 영향이 없다는 취지로 해석한다. 따라서 부합된 것으로 인정되기 위해서는 훼손하거나 과도한 비용을 지출하지 않고서는 분리할 수 없을 정도로 부착·합체되었는지 여부 및 그 물리적 구조와 용도 및 기능이 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 소유권의 객체가 될 수 있는지 등을 종합하여 판단하고 있다⁶⁹⁾. 결국 판례는 제265조 단서가 적용되는 요건으로서 부속된 물건의 독립성과 타인의 부동산에 지상물을 정착시킬 권능을 포함하는 부동산이용권을 요구한다.

그렇다면 건물이 양도된 후 발생하는 추가적인 건축행위는 기존건물과의 독립성이 인정되며, 양수인은 건물 매매계약을 통해 종국적으로 그 건물의 소유권을 취득할 지위에 있기 때문에 추가적인 건축행위에 대한 권능을 포함하는 권리자라고 보아야 할 것이다. 따라서 단서가 적용되는 것이 타당하다.

그러나 판례⁷⁰⁾는 “건축허가를 받은 구조와 형태대로 축조된 전체 건물 중에서 건축공사가 중단될 당시까지 기둥과 지붕 그리고 둘레 벽이 완성되어 있던 층만을 분리해 내어 이 부분만의 소유권을 종전 건축주가 원시취득한다고 볼 것은 아니다”라고 판시하여 건물의 양도 후 추가적 건축행위에 대해서는 제256조 단서규정이 적용되지 않음을 밝히고 있다. 결국 일반적으로는 권원을 전제로 하여 발생하는 물건의 부속과 부합의 경우, 그 물건은 부동산에 부합하지 않고 독립한 물건으로 인정해야 할 것이다. 그러나 건축행위는 그 특수성을 감안하여 권원유무에 관계없이 원칙적으로 부합을 부정해야 할 것이고, 다만 예외적으로 부착자에게 부착물을 별개의 물건으로 인정할 관리이익이 없는 경우에 부합을 인정하여야 할 것이다.

(3) 소결

이상의 내용을 종합하면, 판례는 건물의 건축에 관한 소유권귀속의 근거를 부합의 법리에 의함을 알 수 있다. 이 중 건축 중 건물이 양도된 경우, 그 건물 전체의 소유권 귀속과 관련하여 통설⁷¹⁾은 소유권귀속에 관한 첨부규정을 임의규정으로 본다. 그리고 일부견해⁷²⁾는 완성건물의 소유권귀속은 특수한 소유권취득 원인인 첨부규정에 의하면서도 임의법규성을 인정하여 합의가 인정된다고 본다⁷³⁾.

그러나 민법 제256조는 기존 부동산의 소유권을 전제로 하여, 그 부동산에 부합되는 물건의 소유권 귀속문제를 다루는 것이라고 할 것이다⁷⁴⁾. 그렇지 않으면 특약에 의해

69) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다15602 판결 등.

70) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004다67691 판결.

71) 박윤직·김재형, 앞의 책, 199면; 이영준, 앞의 책, 502면; 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2008, 567면; 김형배, 김규완, 김명숙, 「민법학강의」, 신조사, 2009, 596면.

72) 홍광식, “건축 중 건물에 대한 제3자의 공사와 소유권 귀속”, 판례연구 제8집, 1998, 303면; 김병진, 앞의 논문, 130면.

73) 배종국, “건축 중인 건물의 강제집행방법에 관한 연구”, 법조(통권 제625호), 2008, 356면.

74) 정병호, “첨부에 있어 소유권귀속에 관한 규정의 임의규정성 여부”, 법률행정논집 제10권, 2003, 253면.

기존 부동산과 부합된 물건의 소유권변동이 인정되는 데, 이는 법률행위로 인한 물권 변동을 등기없이 인정하는 결과가 되어 제186조에 따른 성립요건주의 원칙에 반하게 된다⁷⁵⁾. 예컨대 도급계약에서 특약에 의해 원시취득의 문제가 결정되는 경우에도 그 특약은 공사개시 전에 이루어진 것에 한하여 유효할 것이다. 왜냐하면 건축과정에서의 특약을 인정하면 특약시점에서 인정되는 건축 중 건물의 소유권이 등기없이 이전되어 민법 제186조에 위반되기 때문이다.

그리고 판례⁷⁶⁾는 미완성 건물의 양수에서 그 건물의 상태, 즉 독립건물단계에 이르렀는지 여부에 따라 그 건물의 소유권취득여부가 달라진다고 한다. 그러나 건축행위는 많은 동산의 결합에 의해 형성되는 것으로서 건축주가 부동산의 소유권을 취득하는 법적 근거에 대한 물음을 제기할 수 있다. 즉 판례에서 말하는 소유권취득의 기준이 건물의 독립성에 대한 기여도라는 것인지, 아니면 독립성이 인정되는 시점에서의 건축행위라는 것인지 명확하지 않다.

생각건대 판례가 제시하는 건물의 요건, 즉 건물의 독립성과 관련하여 지붕, 기둥, 그리고 주벽이 완성되기 직전까지는 토지에 부합하는 것으로 취급을 하고, 독립건물의 단계에 이르게 되는 경우 토지에서 분리되어 건축주에게 소유권이 인정된다. 그러나 독립성이 인정되는 순간의 판단시점과 그 기준이 명확하지 못해 법적안정성을 크게 훼손하고 있다.

기본적으로 건축행위는 자재와 노동을 결합하여 부동산을 생성하는 행위로서 생성된 건물의 소유권 귀속문제는 건축단계와 무관하게 통일적으로 규율되어야 할 것이다. 또한 권리객체로서 건물의 법적취급에 있어서 중요한 법리가 부합의 법리이다. 그러나 그 규정체계와 맞지 않는 적용에 따라 혼란이 야기되고 있다. 따라서 권리객체로서 건물에 대한 법률관계를 명확하게 하기 위해서는 민법상 부재된 건물의 개념을 건축법과 부동산등기법 그리고 외국의 입법례를 종합하여, 그 법적취급에 있어 통일성을 추구한다면 혼란이 감소할 것으로 생각한다.

2. 건물개념의 일체성 확보

(1) 민법과 부동산등기법의 조화

민법상 건물의 판단기준은 그때그때마다의 법률관계에서 독립된 권리를 인정할 필요성이 있는가가 기준이 된다. 그런데 민법상 어떤 권리를 인정하였다고 하여 그것에 등기능력이 있다고 인정할 수는 없다.

75) 이와 관련하여 도급계약의 경우도 특약에 따라 완성된 건물의 원시취득을 결정하지만 이 경우에도 특약은 공사가 개시되기 전에 이루어진 것에 한하여 그 유효성을 인정한다고 보아야 할 것이다. 그렇지 않으면 특약에 의하여 등기없이 물권변동을 인정하여 민법 제186조 위반이 될 것이기 때문이다.

76) 대법원 1984. 9. 25. 선고 83다카1858 판결 등.

판례⁷⁷⁾는 “민법 제366조의 법정지상권은 저당권설정 당시 동일인의 소유에 속하던 토지와 건물이 경매로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 건물의 소유자를 위하여 발생하는 것으로서, 토지에 관하여 저당권이 설정될 당시 토지 소유자에 의하여 그 지상에 건물이 건축 중이었던 경우 그것이 사회관념상 독립된 건물로 볼 수 있는 정도에 이르지 않았다 하더라도 건물의 규모, 종류가 외형상 예상할 수 있는 정도까지 건축이 진전되어 있었고, 그 후 경매절차에서 매수인이 매각대금을 다 낸 때까지 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지는 등 독립된 부동산으로서 건물의 요건을 갖춘 경우에는 법정지상권이 성립한다”고 하였다. 그런데 법정지상권 발생 유무에 있어서는 등기를 요건으로 하지 않지만 그것을 제3자에게 처분하려는 경우 등기를 요구하고 있다. 따라서 법정지상권을 등기하지 않고 건물만을 양도한 경우에는 건물 양수인은 대지소유자에게 법정지상권을 주장할 수 없다⁷⁸⁾.

한편 “무허가건물대장상 권리명의자의 변경기재가 물건변동의 공시방법은 아니더라도 무허가건물이 철거되는 경우 건물보상 및 시영아파트를 특별분양할 예정이라면 그 소유명의자로 등재된 사람은 건물철거에 따른 보상청구권이나 분양권을 받을 수 있는 지위를 가지게 된다”고 하였다⁷⁹⁾.

생각건대 무허가건물로서 건축법상 그 법적지위가 인정되지 못하는 경우에도 민법상 독립한 부동산으로서의 권리를 인정하는 것이 사회적 관념과 형평에 부합한다. 다만 민법상 권리의 객체로 인정된다고 하더라도 그에 대한 물건변동을 하기 위해서는 관할청의 허가에 의한 건축물대장의 등재와 건물등기가 이루어져야 하므로 불일치를 해소하기 위해서는 관련법의 조화가 필요하다.

(2) 건축법과 부동산등기법의 조화

부동산등기법상 소유권보존등기는 대장에 터 잡아 이루어지고, 그 후 부동산의 권리관계의 변동은 등기부를 중심으로 이루어지고 변경된 등기부에 터 잡아 대장상 권리관계의 변동이 이루어진다. 반면에 부동산의 사실적 사항, 즉 현황이나 지번, 지목 등의 변경은 대장을 중심으로 이루어지고 변경된 대장에 터 잡아 등기부의 변경이 이루어진다.

건축물대장의 경우, 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 건축물의 소유·이용상태를 확인하거나 건축정책의 기초자료로 활용하기 위하여 건축물대장에 건축물과 그 대지의 현황을 적어서 보관하여야 한다(건축법 제38조 제1항). 따라서 시장·군수·구청장은 건축법 제22조 제2항에 따라 사용승인을 하는 때에는 사용승인된 내용에 따라 건축물대장을 생성하고, 건축법 제29조에 따른 공용건축물의 공사완료료를 통보받은 때에는 건축법 시행령 제22조 제3항 및 건축법 시행규칙 제22조 제2항에 따라 제출된 서류에 따라 건축물대장을 생성하여야 한다⁸⁰⁾.

77) 대법원 2013. 10. 17. 선고 2013다51100 판결 등 참조.

78) 대법원 1995. 4. 11. 선고 94다39925 판결.

79) 대법원 1992. 4. 28. 선고 92다3847 판결.

건축물이 건물로 인정될 경우 건물의 소유권보존등기를 하게 된다. 이때 건물의 소유권보존등기란 등기능력 있는 건물에 대해 처음으로 등기부를 개설하는 것을 말하며, 건물의 소유권보존등기는 원칙적으로 대장상 최초 소유자로 등록된 자의 신청에 의하여 이루어진다. 따라서 등기가 실체법상의 권리관계와 일치하느냐의 여부는 우선 보존등기가 부동산의 동일성을 정확하게 표시하고 진정한 권리관계에 부합하느냐의 여부에 의하여 좌우되게 된다.

판례도 “건물에 관한 소유권보존등기가 당해 건물의 객관적, 물리적 현황을 공시하는 등기로서 효력이 있는지의 여부는 등기부에 표시된 소재, 지번, 종류, 구조와 면적 등이 실제 건물과 간에 사회통념상 동일성이 인정될 정도로 합치되는지의 여부에 따라 결정되는 것이라고 하였다⁸¹⁾).

건축물대장에 등재되면 재산세과세대상이 된다. 다만 재산세과세대상으로서 건물의 요건이 문제된다. 대법원은 “신축건물로서 재산세과세대상이 되는 것은 지붕과 벽 또는 기둥을 갖추고 토지에 정착한 1개의 건축물로서 존재하는 상태에 이르면 족하고 현실적으로 그 건축물 본래의 용도에 따른 사용수익이 가능할 정도로 완성됨을 요하지 아니한다”고 하였다⁸²⁾.

무허가건축물은 건축행정상의 건축허가만 결여되었을 뿐 그 구조나 형태 및 용도와 견고성이 건축물로서의 조건을 갖춘 구조물을 의미한다. 대법원도 “무허가 건축물은 건축행정상의 건축허가만 결여되었을 뿐 그 구조나 형태 및 용도와 견고성이 건축물로서의 조건을 갖춘 구조물을 의미한다”고 하였다⁸³⁾.

건물등기부의 경우, 등기는 국가가 사권을 위하여 하는 공증행위이므로 등기에 공신력이 인정되는지의 여부와는 관계없이 가능한 한 등기와 실체적 권리관계가 부합되도록 하여야 한다. 따라서 등기신청에 대하여 등기관이 일정한 심사가 필요하게 되는데, 부동산등기법에서는 등기관의 심사권한의 범위에 관한 일반적 규정이 없고 각하사유를 제한적으로 열거하고 있을 뿐이다. 즉 부동산등기법은 형식적 심사주의를 채택하고 있다. 형식적 심사주의라는 것은 심사방법과 권한의 한계에 대한 것으로서, 등기관은 형식적인 절차법적 사항만 심사하는 것이 아니라 실질적인 실체법적 사항에 대하여도 심사하되, 다만 신청정보 및 첨부정보와 등기기록만을 기초로 심사한다. 따라서 등기신청을 할 때 구술에 의한 신문 등은 이루어지지 않기 때문에 등기관은 원칙적으로 제공된 신청정보 및 첨부정보의 실질적 진정성에 관하여는 심사권한이 없다.

80) 대법원 1995. 5. 12. 선고 94다20464 판결에서 “가옥대장의 비치·관리업무는 국가사무라고 할 수도 없고 또한 건물의 소유권에 관하여 국가가 이를 특별히 다루고 있지도 아니하므로 국가는 그 소유권 귀속에 관한 직접 분쟁의 당사자가 아니어서 이를 확인하여 주어야 할 지위에 있지 않다.”고 하였다.

81) 대법원 1981. 12. 8. 선고 80다163 판결; 대법원 1990. 3. 9. 선고 89다카3288 판결.

82) 대법원 1987. 8. 18. 선고 87도1263 판결.

83) 대법원 1984. 7. 24. 선고 82누520 판결.

(3) 소결

건축물대장에 등재된 건축물과 부동산등기부상의 건물의 일치문제는 실질적으로 용도성 정도에서만 차이를 두고 있으며 크게 차이가 나지는 않는다고 볼 수 있다. 즉 부동산등기법에서는 건축물이 토지에 견고하게 정착되어 있는지(정착성), 지붕 및 주벽 또는 그에 유사한 설비를 가지고 있는지(외기분단성), 일정한 용도로 계속 사용할 수 있는 것인지(용도성) 여부를 기준으로 제시하고 있다.

건축법과 비교해보면 용도성이 추가되어 있음을 알 수 있는 데, 실제로 용도성이 있는지는 허가 당시 판단하게 될 것이므로 실제로 크게 차이가 나지 않는다고 볼 수 있다. 그런데 건물인지 여부를 판단함에 있어 등기관이 개별적·구체적으로 판단하도록 하고 있어서 건축물대장에 등재된 건축물도 등기부에 등재될 수 없는 상황이 발생할 여지가 있다. 즉 법령에 상세한 기준이 마련되지 못한 상황에서 등기관에게 서류만을 통한 형식적 심사권만 부여하고 있어 개별적인 판단에 의한 법적안정성이 문제되고 있다. 따라서 건축물 허가 단계에서 상세한 기준들을 적용하고, 안전성 기준들을 보다 강화하여 대장에 등재될 수 있는 요건을 엄격히 하는 것이 필요할 것으로 보인다. 즉 대장에서의 건축물 요건을 강화하고 그 요건에 따라 건축물로 등재되었다면 그대로 등기능력이 있는 것으로 하여 등기부에서 공시되도록 하는 것이 필요할 것으로 보인다.

V. 결론

건물은 사법상 권리의 객체로서 토지와는 분리된 별개의 독립한 부동산으로서 그 완성 전이라도 독립한 부동산으로서 거래의 객체가 될 수 있다. 다만 독립성의 판단은 추상적인 가치판단의 문제이고, 건물의 독립성은 권리의 객체성과 차이가 있기 때문에 건물등기부에 등기되는 것과 건물이 아닌 그 밖의 토지의 정착물로 인정되는 것은 그에 관한 권리의 내용과 그 법적 취급에 있어서 큰 차이를 가져온다.

우리 민법은 건물에 대해 별도의 정의규정을 두지 않아, 판례에서 제시한 “최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽”이라는 기준에 따라 개별적으로 판단하고 있으며, 건축법은 ‘토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것’을 건축물로 인정하고, 부동산등기법에서는 ‘건축물이 토지에 견고하게 정착되고, 지붕 및 주벽 또는 그에 유사한 설비를 갖추어 일정한 용도로 계속 사용할 수 있는 것’인지를 기준으로 제시하고 있다. 결국 건축법은 ‘토지에 정착’을 위한 설비로서 ‘기둥과 벽’을 선택적으로 제시하고 있고, 부동산등기법은 ‘목적으로 하는 용도에 제공’을 강조하여 ‘주벽 또는 그에 유사한 설비’를 명시하고 있다.

미국의 경우, 건물의 안정성을 궁극적 목표로 하여 건물의 개념을 탄력적으로 운용하고 있다. 일본의 경우, 건물의 사용목적에 따른 용도성을 강조하며 건물인정에 관한

세부기준을 명시하고 등기관이 실질적 심사를 인정하고 있다. 결국 건물의 법률적 일체성을 확보하기 위한 건물의 개념은 '지붕'을 전제로 하여 그 정착을 위한 '기둥'과 외부와 구분할 수 있는 '주벽 또는 그에 유사한 설비'를 갖추고 정해진 용도에 적합한 안전한 것으로 정의해야 할 것이다.

다만 우리나라의 경우 건축물대장을 통해 건물의 사실관계를 공시하고, 등기관은 형식적 심사만을 하기 때문에 건축물대장의 요건으로서 위의 요건을 기준으로 삼고, 다만 그 건물의 목적과 용도에 따라 탄력적 해석을 한다면 현행 이원적 관리 하에서 건축물대장과 건물등기부가 일치될 수 있을 것이다. 그렇게 하여야만 독립한 부동산으로서 건물의 개념을 정립하여 그에 대한 법률적 일체성을 형성할 수 있을 것이라고 생각한다.

권리의 객체로서 건물이 가지는 가치는 실로 엄청나다. 다만 이에 대한 연구는 많지 않다. 빈약하지만 위에서 언급한 논거에 의한 결론이 건물에 대한 논의의 단초가 되기를 기대한다.

[참고문헌]

- 고상룡, 「민법총칙」, 법문사, 2005.
 , 「물권법」, 법문사, 2002.
- 곽윤직/김재형, 「민법총칙」, 제9판, 박영사, 2013.
 , 「물권법」, 제8판, 박영사, 2015.
- 김기선, 「한국물권법」, 전정판, 박영사, 1985.
- 김상용, 「물권법」, 전정판증보, 법문사, 2003.
- 김용한, 「물권법론」, 재전정판, 박영사, 1996.
- 김증한 저/김학동 증보, 「물권법」, 제9판, 박영사, 1998.
- 김형배/김규완/김명숙, 「민법학강의」, 신조사, 2009.
- 송덕수, 「신민법강의」, 제2판, 박영사, 2009.
- 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2007.
 , 「한국민법론(물권편)」, 신정2판, 박영사, 2004.
- 이은영, 「민법총칙」, 박영사, 2000.
- 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2008.
- 법원행정처, 부동산등기 실무제요(Ⅰ), 2007.
- 김상용, “부동산등기의 공신력”, 토지법학 제19호, 2003.
- 김병진, “토지와 건물의 이원적 체계에 관한 연구-건축 중인 건물의 법률관계를 중심으로”, 이화여자대학교 박사학위논문, 2008.
- 김재우, “등기부와 대장의 일원화에 관하여”, 사법서사 제41호, 1985.
- 김창희, “건축 중 건물을 양수하여 완공한 경우 원시취득자”, 법조 제634호, 법조협회, 2009.
- 노종천, “등기와 지적제도의 이원화로 인한 법률문제연구”, 숭실대학교대학원 박사학위논문, 2000.
- 박광동, “일본의 부동산등기법의 전면 개정”, 한국법학회, 법학연구 제21권, 2006.
- 박재영, “건축 중인 건물의 소유권 귀속”, 사법논집 제46집, 법원행정처, 2008.
- 오시영, “집합건물과 구분소유권의 원시취득에 대한 고찰”, 재산법연구 제28권 제1호, 한국재산법학회, 2011.
- 윤태석, “부동산 등기·등록제도의 일원화에 대한 검토”, 비교사법 제16권 제4호(통권 제47호), 2009.
- 이상태, “건축 중 공작물이 제3자의 공사에 의해 건물로 완성된 경우 소유권 귀속”, 일감법학 제4권, 1999.
- 이윤직, “건축중인 건물의 소유권귀속”, 건축관련판례50선, 대구판례연구회, 2012.
- 정병호, “첨부에 있어 소유권귀속에 관한 규정의 임의규정성 여부”, 법률행정논집 제10권, 2003.
- 정영환, “건축 중의 건물의 집행법상의 지위”, 민사집행법연구 제1권, 한국사법행정학회, 2005.
- 조원철, “독립한 부동산으로서의 건물의 요건”, 대법원 판례해설 제44호, 2003.
- 조재영, “부동산 공시제도의 개선방안에 관한 연구”, 한양대학교대학원 박사학위논문, 2008.
- 제철웅, “물권의 객체로서의 물건”, 법조 통권 제528호, 법조협회, 2000.
- 한정희, “부동산 등기등록 일원화의 일본사례의 연구”, 부동산학보, 제49집, 2012.

허부열, “건축 중인 건물의 소유권귀속에 관한 제문제”, 재판과 판례 제19집, 대구판례연구회, 2010.

홍광식, “건축 중 건물에 대한 제3자의 공사와 소유권귀속”, 판례연구 제8집, 1998.

홍성재, “건축물의 소유권 귀속에 관한 판례의 검토”, 토지법학 제30-1호 한국토지법학회, 2014.

아주대학교 산학협력단, 2014년도 법무부 연구용역 과제 보고서, 2014.

吉野衛, “‘注釋不動産登記法總論’に?ふ, 東京司法書士會會報, 東京司法書士會, 第84号, 1995.

大場浩之, “日本・ドイツにおける登記制度の發展(登記法制定後を中心に)”, 稲田法學會誌, 稲田法学会, 第54卷, 2004.

細川青, “不動産の台帳登録及び表示登記制度の回顧”, 現状及び展望(5), 登記インターネット, 2000, 第2卷 10号.

[Abstract]

A Study on the legal integrity of the building

Park, Deuk Bae*

Real estate as object of rights are treated as if they were independent of separate, which is separate from the land, typically there is a building, a building that could become the object of the transaction as real estate, which is independent even before its completion. However, it results in a great difference independence of the building of the object outcome of the rights to the contents of the rights to him because there is a difference in the exercise methods and their legal treatment. And independence of judgment is, in the current dual management system as a matter of abstract value judgments can be a mismatch of the judgment will occur.

Civil Code does not provide a separate definition provisions, case law is only the presentation minimum requirements for a building, admits the legal treatment by the doctrine of the match. However, it has damaged the legal stability for the building of the attribution problem with conflicting ruling along with the ambiguity of the criteria.

Building ledger and building registry does not exist institutional guarantee that its contents to its purpose and the agency are different from each other is always consistent, just, just put a complementary provisions for terms of content match. For this reason it is necessary to establish the concept of building to realize the legal integrity through harmony between the building laws to each other. And, there is also a need to seek the harmony of the system and management system of ownership, which is two yuan of through the rules concerning the application of laws of foreign countries.

In the case of South Korea, it's only stage at the time of the building permit, which is described in the ledger substantial Status Survey and the like are performed. It will be participating only formal examination. Therefore, to strengthen the requirements of the building ledger, only for

* Hanyang University KCGAT Associate Researcher / Myongji University College of Law Guest Assistant Professor

the building that is suitable for the safety and use of so as to permit is made, the registration of the building ledger and buildings in the current dual management system Doha the book would have to Teiritsu a unified concept of the building-related legislation so that it can match. Then the legal integrity of the building was formed as an independent real estate, I think that can also be solved ultimately ownership attribution problem.

<key word>

Building, Realestate, Theory of attachment, Realestate registration, Building book, Integrity

소셜 네트워크상 개인정보 침해에 대한 민사적 구제방안

이 지 원*

논문요지

오늘날 개인정보의 유출 문제가 점점 심각한 문제로 등장하고 있다. 2011년 개인정보보호법이 시행 되었지만, 오히려 더 복잡해진 개인정보보호법제, 법원의 피해자 구제에 대한 소극적인 태도, 기업의 개인정보에 대한 소홀한 관행 등이 IT 정보화의 후폭풍으로 국민들의 불안을 키우고 있다. 소셜 네트워크 서비스 이용자는 자신의 사회적 욕구의 충족을 위하여 타인과 유대감, 동질감, 친밀감을 형성하는 취향, 행동, 관심 등 자신의 개인정보를 자발적으로 공개한다. 공개과정에서 자신이 책임 있는 선택을 하고 있다는 것을 인지하여, 타인의 개인정보에 대해서도 존중하여야 하며, 소셜 네트워크 서비스 이용자는 기본적으로 개인정보 제공자이지만, 또한 타인의 개인정보를 읽는 사람이기 때문에 한 개인이 수집자가 될 수도 있고, 침해자가 될 수도 있는 것을 인지해야 한다. 만약 개인정보에 관한 인격권이 침해된 경우, 사후적 구제로서 손해배상뿐만 아니라 사전 예방적 구제로서 금지청구권을 인정하는 것이 타당하다. 또한 고도인터넷시대에 걸맞은 사이버보안 수준을 정립하기 위한 기술적·정책적 방안이 논의되어야 하고 그 결과가 법제도에 반영되어야 한다.

나아가 사이버보안시장을 활성화하고 좀 더 많은 전문 인력을 양성해야 하며, 체계화된 컨트롤타워를 설치하여 침해에 신속히 대응할 수 있는 방안을 수립함으로써 고도 인터넷범죄에 효율적으로 대처해야 한다. 아울러 피해를 미연에 방지할 수 있도록 사이버보안의 중요성과 필요성에 대하여 국민의 인식을 제고하도록 지속적으로 노력하고 아울러 정부차원의 교육 및 홍보가 한층 강화되어야 할 것이다.

검색용 주제어: 소셜 네트워크 서비스, 개인정보, 개인정보보호법, 손해배상청구권, 금지청구권

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

* 계명대학교 법학과 시간강사, 법학박사

I. 서론

우리나라는 인터넷 발달로 인해 인터넷 사용이 많이 보편화되고 이용자층이 확대되면서 이용자의 다양한 요구에 맞는 수많은 서비스와 애플리케이션 수요가 확대되고 있고 특히 개방성을 근간으로 하는 커뮤니티 서비스에 대한 고객 수요가 증가하면서 소셜 네트워크 서비스(SNS: Social Network Service)시장이 급성장하고 있다. 특히 소셜 네트워크 서비스는 사진, 사생활, 전화번호 등 축적으로 인한 수많은 자료가 인터넷에서 검색, 변조, 스팸 등으로 악용되고 있으며 그 중 가장 심각하게 문제점으로 제시 될 수 있는 것이 개인정보라고 할 수 있다. 이는 기본적으로 개인정보를 바탕으로 하는 사회적 인간관계가 인터넷이라는 가상의 공간에서 구현됨에 따라 개인정보에 대해 자유로울 수 없기 때문이다. 소셜 네트워크 서비스는 다양한 이용자들의 성향과 특성을 분석하여 이를 기초로 하는 서비스를 제공하기 때문에 서비스 내에서 보다 많은 개인정보의 축적이 요구되며 이로 인해 과다한 개인정보의 노출 및 악용의 가능성이 잠재하고 있다.¹⁾ 이미 소셜 네트워크 서비스에서 개인정보 유출로 인한 프라이버시 침해 문제는 개인의 문제가 아니라 사회문제로 논란거리가 된지 오래다.²⁾ 정보통신기술의 민주적인 잠재성에도 불구하고 개인정보 침해는 여전히 풀리지 않는 숙제이다.³⁾ 이에 따라 본 논문에서는 소셜 네트워크 서비스 상의 개인정보 유출 및 침해에 대한 연구를 통하여 규제방안 및 개선방안을 제시하고자 한다.

II. 소셜 네트워크상의 개인정보

소셜 네트워크 서비스는 온라인상에서 학연, 지연, 혈연, 사회활동을 통해 활동함으로써 이용자의 인적 네트워크로서 가상의 공간에서 지원하는 서비스를 말한다. 이러한 소셜 네트워크 서비스는 나 자신이나, 개인이 중심이 되어 자신의 관심사와 개성을 공유한다는 점에서 기존 인터넷 이용자와 차이점이 있다. 즉 초기에는 친목도모와 엔터테인먼트 용도로 활용되었으나, 이후 비즈니스·정보공유 등 생산적 용도로 활용하는 경향이다. 대부분 아는 사람의 아는 사람으로 연결되어 있는 특성상 일반 검색을 통해 찾는 정보보다 친구의 추천으로 공유하는 정보가 신뢰성이 높고 또 간결하게 전달되기 때문에 인터넷 검색보다 소셜 네트워크 서비스를 통하여 최신 정보를 찾고 지식을 공

-
- 1) 박수황·장경배, “소셜 네트워크 서비스 및 개인정보유출에 대한 사례연구”, 「보안공학연구논문지」, 제11권 제6호(2014), 582면.
 - 2) Mathiesen, T, “The viewer society : Michel Foucault's 'Panopticon' revisited”, 「Theoretical Criminology」, Vol.1 No.2(1997), p.215.
 - 3) 김일환, “개인정보보호법제정비에 대한 비판적 고찰 : 새로운 개인정보보호법안을 중심으로”, 「토지공법연구」, 제52권(2011), 115면.

유하며 이를 활용하는 이들이 많아졌다.⁴⁾

1. 소셜 네트워크상의 개인정보의 개념

현대사회에서 개인이 거래활동을 하거나 인터넷을 이용하는 과정에서 이름, 주민등록번호, 전화번호, 주소, 건강상태, 진료정보, 신용정보, 구매성향, 인터넷검색성향, 정치적 신념, 인적 교류의 범위와 내용 등 지극히 다양한 개인정보가 체계적으로 수집·관리·활용된다.⁵⁾ 개인정보는 개인에 관한 정보 가운데 직·간접으로 각 개인을 식별할 수 있는 정보를 확인할 수 있으며 식별 가능성이 없는 정보는 개인 정보로 보지 않는다. 또한 당해 정보만으로는 특정 개인을 식별할 수 없더라도 다른 정보와 용이하게 결합하여 식별할 수 있는 것도 포함한다.⁶⁾ 또한 개인정보보호법 제2조 제4호에서는 ‘개인정보파일’이란 개인정보를 쉽게 검색할 수 있도록 일정한 규칙에 따라 체계적으로 배열하거나 구성한 개인정보의 집합물이라고 정의하고 있는데, 이 용어 정의 역시 전형적 개인정보만을 의식한 것이다.⁷⁾

2. 소셜 네트워크상의 개인정보의 특성

오늘날 특정 서비스를 이용하기 위해서는 오프라인과 온라인 공간 모두에서 성명, 연락처, 거주지 이메일 등의 개인정보를 요구한다. 동의하지 않을 경우 서비스 이용이 불가능하거나 제한된다. 개인정보보호법은 개인정보 수집 주체로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위한 목적으로 만들어진 것으로 개인정보를 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보로 정의하며, 해당 정보만으로 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 개인을 알아볼 수 있는 정보를 포함한다고 명시되어 있다.⁸⁾ 한편 개인정보 및 프라이버시 침해는 이용자 동의 없이 개인정보를 수집하거나 제3자에게 제공되는 것 또는 정보통신망에 의하여 처리되는 개인정보의 분실, 도난, 유출, 변조 등으로 인하여 개인의 사생활이 침해되는 것을 의미한다.⁹⁾ 그렇다면 소셜 네트워크 서비스에 제공하는 개인정보의 특성은 어떠한가?

4) 박수황·장경배, 전개논문, 583면.

5) 송재일, “개인정보보호의 민사법적 쟁점”, 「법학연구」, 제54집(2014), 39면.

6) 공공기관법 제2조 제2호 및 정보통신망법 제2조 제1항 제6호 참조.

7) 송오식, “빅데이터의 출현과 개인정보침해에 대한 사법적 구제”, 「민사법연구」, 제21권(2013), 273면.

8) 오주현·강정환, “소셜 네트워킹 서비스와 개인정보 유출”, 「정보통신정책연구」, 제23권 제1호(2016), 99면.

9) 방민석·오철호, “개인정보 연구동향과 과제”, 한국정보화진흥원 정보화정책 연구보고서 (2014), 3-16면.

첫째, 개인정보 침해는 다른 피해와 달리 거대 다수의 피해자가 동시에 발생한다. 즉, 개인정보유출은 단일 또는 소수의 사업자가 보유하고 있는 개인정보에서 발생하지만, 한 사업자가 보유하고 있는 개인정보는 적게는 수백 명에서 많게는 수억 명의 개인정보이다. 따라서 단일의 침해행위에 의하여 거대 다수의 피해자가 일시에 발생하게 된다. 둘째, 피해사실의 인식곤란성이다. 개인정보는 유체물이 아닌 무체자산이며, 침해는 내부자의 무단 유출 또는 제3자에 의한 해킹 등에 의하여 발생하고 있다.¹⁰⁾ 따라서 개인정보 침해가 발생하였다고 하더라도 정보주체는 이의 사실을 인식하지 못하고 있다. 셋째, 개인정보 침해는 단지 개인정보 침해에 국한되지 않고 다양한 확대손해를 유발할 수 있다. 즉, 일상생활, 기분, 취향, 성향, 실시간 위치 정보 등 제공되는 개인정보의 범위가 다양하다.¹¹⁾ 이러한 개인정보의 무단수집, 목적 외 활용, 제3자의 불법 유출 등은 개인정보에 대한 침해 그 자체이지만, 불법적으로 수집한 정보(특히 금융정보)를 활용할 경우 금융피해라는 2차적 피해가 발생하게 되며, 이러한 2차적 피해는 정보주체의 상상을 초월하여 발생할 수 있다는 점에서 그 심각성이 더 크다.¹²⁾ 넷째, 프라이버시가 침해될 수 있다. 개인정보 침해는 단지 국내에서만 발생하는 것이 아니라 국외에서도 유발할 수 있다. 이러한 문제는 개인정보 침해에 있어서 극명하게 나타나고 있다. 프라이버시는 다소 모호한 개념이고 개인의 사적 영역보호라는 포괄적 개념으로 사용되고 있으며, 프라이버시의 개념요소로는 인격권, 친교관계비공개권, 비밀의 권리, 정보통제권 등을 들 수 있다.¹³⁾ 미국은 프라이버시를 자유권으로 이해하고 국가에 의하여 가정의 신성함이 침해받지 않도록 방어하는데 이론적 기초를 두고 가정에서 벌어지는 사안에 대해서는 개인 또는 가족의 자기결정권을 철저히 보호하려고 한다.¹⁴⁾ 현재 대규모의 개인정보유출사건은 주로 해외에서 이루어지고 있으며, 침해행위자의 적발 및 처벌이 곤란한 실정이다.

III. 소셜 네트워크상의 개인정보 침해의 현황과 피해구제의 필요성

개인정보를 보호할 필요성이 제기된 가장 큰 이유는 정보통신기술의 발전으로 초래된 위험성을 든다.¹⁵⁾ 무엇보다 개인의 사생활을 보호하기 위하여 개인정보를 보호해야

10) 고흥석, “개인정보침해와 피해구제에 관한 연구”, 「법조」, 제60권 제10호(2011), 280면.

11) 오테원·유지연, “소셜 네트워크 서비스 환경에서 프라이버시의 개념 변화”, 「정보통신정책연구」, 제23권 4호 통권503호(2011), 26-30면.

12) 정완, “고도 인터넷환경 하에서의 개인정보보호에 관한 연구”, 「경희법학」, 제50권 제2호(2015), 226면.

13) 노동일·정완, “사이버공간상 프라이버시 개념의 변화와 그에 대한 법적 대응방안”, 「경의법학」, 제45권 제4호(2010), 184면.

14) 즉, 미국에서의 프라이버시권은 가정이라는 사적 공간에 대한 보호에서 시작하여, 혼자 있을 권리, 의사결정의 자유를 통한 자율정보장, 자기정보결정권 등으로 발전하고 있다.

한다.¹⁶⁾ 빅데이터 시대에는 기존보다 훨씬 더 광범위하고 종합적으로 다양한 개인정보가 수집·분석·활용되며 무한복사와 전파가 용이하게 이루어지기 때문에 개인정보의 대량유출 및 대량침해위험이 더욱 커졌다고 볼 수 있다. 개인정보에 관련된 침해는 정보주체는 물론 정보이용자도 자신의 행위방향을 설정하는데 기준으로 삼을 전송된 가치규범을 찾을 수 없다.¹⁷⁾ 급격한 기술발전이 모든 것을 결정한다는 기술결정론적인 시각에서는 기술의 사회변화 가능성에 주목하지만 그 시기가 지나고 안정화되면 결국 정보통신기술은 사회적 맥락에서 재형성되기 때문이다.¹⁸⁾ 즉, 개인정보의 침해양태에 따라 실제 정보주체의 인격이 침해되는가를 고려하고 구체적으로 범죄화하고자 하는 행위양태가 이러한 이익을 증대하게 침해함을 확인할 수 있어야 한다.¹⁹⁾ 빅데이터 시대에는 개인의 식별이 불가능한 정보의 결합 및 분석을 통하여 특정 개인 식별이 가능해짐으로써 정보주체에 대한 권리침해가 가능해졌다는 점이며, 이는 기존의 개인정보 보호법제가 미처 예상하지 못하였던 부분이다.²⁰⁾ 향후 지속가능한 빅데이터 사회를 준비하기 위해서는 빅데이터의 긍정적 측면에 대한 모색과 동시에 빅데이터 시대의 위험을 예방하기 위한 ‘프라이버시 안전벨트’를 철저히 준비해야 한다.²¹⁾ 이 논문에서는 우선 개인정보가 어떻게 활용되고 그 위험성은 무엇인가에 대해 간단히 다루고, 그 위험성 방지에 중요한 역할을 할 개인정보보호법이 효율적 시행차원에서 어떠한 할지에 대해 몇 가지 개선방향을 살펴보기로 한다. 그리고 개인정보가 식별된 이 후에 발생할 침해를 유형별로 알아보고 민사적 측면에서의 구제방안을 검토해 보기로 한다.

1. 개인정보 침해에 따른 피해의 유형

첫째, 정보수집단계에서 나타나는 개인정보의 침해유형은 불법수집으로 정보주체의 동의를 받지 않은 개인정보의 수집, 동의를 받고 수집하더라도 사상·신념·과거의 병력 등 개인의 권리이익 및 사생활은 현저하게 침해할 우려가 있는 과도한 개인정보 수집 등이 있다. 둘째, 정보의 이용 및 보관단계에서는 주로 개인정보의 유출이 문제된다. 특정목적에 따라 개인의 동의에 의하여 수집한 정보를 다른 기관과 교환하거나 다른 기관에 넘겨 유용하는 경우, 개인정보를 남용하는 경우 등이 있다.

15) 박경신, “사생활의 비밀의 절차적 보호규범으로서의 개인정보보호법리”, 「공법연구」, 제40집 제1호(2011), 146면.

16) 황인호, “개인정보보호제도에서의 규제에 관한 연구”, 「공법연구」, 제30집 제4호(2002), 232면.

17) 윤현석·장규원, “개인정보침해의 처벌과 피해구제 방안”, 「피해자학연구」, 제22권 제1호(2014), 117면.

18) Andrew Chadwick, “Internet Politics : States, Citizens, And New Communication Technologies”, 「International History Review」, Vol. 29 No. 4(2007), p.18-19.

19) 전현욱, “개인정보 보호에 관한 형법정책”, 고려대학교 일반대학원 박사학위논문(2011), 153-155면.

20) 최경진, “빅데이터와 개인정보”, 「성균관법학」, 제25집 제2호(2013), 220면.

21) 조현석 등 공저, 「빅데이터와 위험정보사회」, 커뮤니케이션북스, 2013, 223면.

셋째, 정보파기단계에서는 정보주체의 개인정보 수집 동의에 대한 철회, 개인정보의 수집목적 또는 제공받은 목적을 달성한 때 다른 법령의 규정에 의하여 보존할 필요성이 있는 경우 외에는 사업자는 당해 개인정보를 지체 없이 파기해야 하며, 개인정보를 보유하고 있는 것은 개인정보의 침해가 된다. 위와 같이 다양한 개인정보 침해유형 중에는 그 위법성을 판단하기 위해 다른 법익과 이익형량을 거쳐야 하는 사안도 있고, 행위 자체로 바로 위법하다고 판단할 수 있는 사안도 있다. 하지만 개인정보의 수집, 보유 및 관리와 관련된 사안들의 경우에는 정보 주체의 동의가 없이 개인정보의 수집이 행해졌거나 개인정보처리자의 귀책사유로 개인정보가 유출되었다면 다른 법익과의 비교형량을 거칠 필요 없이 위법성 판단을 내릴 수 있다.²²⁾

2. 개인정보 침해에 따른 피해구제의 필요성

21세기 지식정보화 사회에서는 국가의 기능은 더욱 확대되고, 이에 따라 국가의 급부에 대한 국민의 기대가 높아지는 사회적 요청으로 국가가 국민의 기대에 맞는 복지정책을 합리적이고 효과적으로 수행하기 위해서 국가에 의한 개인정보의 수집과 처리의 필요성이 증대되었다.²³⁾ 이러한 정보기술의 발달은 정보를 대량으로 수집·축적시켜 각종 정보를 실시간으로 그리고 쌍방향으로 전달되는 등 신속한 유통·가공·활용이 용이하게 되었고 방대한 정보의 생산이 가능하게 되었으며 이를 통하여 독립적으로 생성된 데이터베이스 연결을 통한 특정개인에 대한 정밀한 정보의 구성이 가능하게 되었다.²⁴⁾

이와 같이 지식정보사회의 발달로 개인정보의 수집 및 처리 사례가 지속적으로 증가하고 있으며 개인정보 침해에 따른 그 영향 또한 심화되고 있다. 따라서 개인정보보호는 개인정보의 수집·제공·사용 등이 정보주체의 안녕과 이해관계에 영향을 미칠 수 있다는 것에서 그 당위성을 찾아야 한다.²⁵⁾

22) 송재일, 전개논문, 42면.

23) 손영수, “정보화촉진에 따르는 개인정보 및 프라이버시 보호의 문제에 관한 소고”, 「외법논집」, 제5권(1998), 232-234면.

24) 조동기·김성우, “인터넷의 일상화와 개인정보보호”, 「KISDI이슈리포터」, 2003, 9-11면 : 한 국정정보보진흥원의 개인정보 피해구제 현황을 보면 ‘이용자의 동의 없는 개인정보 수집’, ‘개인정보 수집 시 고지 또는 설명의무 불이행’과 같은 수집 차원의 문제는 줄어드는 추세이고, ‘고지·명시 한 범위를 넘어선 이용 또는 제3자 제공’, ‘개인정보 취급자에 의한 훼손·침해 도는 누설’, ‘수집 또는 제공받은 목적 달성 후 개인정보 미파기’, ‘동의철회·열람 또는 정정요구 불응’과 같이 관리 및 이용 차원의 문제는 늘어나고 있다.

25) 박창욱, “인터넷상 개인정보보호법제의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 울산대학교 일반대학원 석사학위논문(2009), 9면.

IV. 소셜 네트워크상의 개인정보 침해에 대한 민사적 구제수단

대한민국은 IT 강국이라고 하지만 개인정보는 최하위권이 아닐까 라는 생각을 조심스럽게 하게 된다. 개인정보가 침해된 경우 ‘개인정보보호법’, ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 등 개별법에 의한 구제를 생각해 볼 수 있을 것이다. 그런데 개별법들은 정보주체의 권리나 손해배상을 규정하고 있으나 개인정보의 침해로 인한 손해배상의 범위나 방법 등 구체적인 방법을 규정하고 있지 아니하므로 개별사건의 피해구제를 위해서는 민법상 손해배상의 법리를 검토할 수밖에 없다.²⁶⁾ 이 글에서는 비계약적 수단 중 개인정보와 관련하여 전형적으로 문제되는 두 가지에 집중한다. 하나는 불법행위로 인한 손해배상청구권이며, 다른 하나는 인격권으로서의 개인정보권 침해행위에 대한 금지청구권이다.²⁷⁾ 아래에서는 개인정보와 관련된 금지청구권과 손해배상청구권에 대하여 차례대로 살펴본다.

1. 금지청구권

개인정보 침해는 통상 인격권 침해로 이어지는데 인격권이 침해된 경우에는 손해배상과 같은 사후적 구제수단만으로는 효과적이지 않으므로 개인정보 침해 역시 사전적 예방조치가 중요하기 때문에 개인정보의 침해에 대한 구제책으로 금지청구권을 인정해야 할 필요가 있을 것이다.²⁸⁾ 하지만 민법이나 개별법에서는 이에 관한 명시적 규정은 두고 있지 않다. 인격권은 물권과 마찬가지로 절대권의 일종으로 그 침해를 배제할 수 있는 배타적 권리이므로 민법 제214조를 유추 적용하여 금지청구권을 인정해야 한다고 설명된다.²⁹⁾ 개인정보보호법에 금지청구의 근거규정이 없다 할지라도 개인정보의 침해는 일종의 인격권의 침해로 보아 ‘인격권’에 기해서는 침해행위의 정지·방지 등의 금지청구권이 인정될 수 있다.³⁰⁾

(1) 개인정보보호법상 특별규정

개인정보보호법에 규정된 정보주체의 권리들도 금지청구권과 관련되는 것으로 보인다.³¹⁾ 첫째, 법 제35조는 정보주체가 자신의 개인정보에 대한 열람을 개인정보처리자

26) 김성준, “개인정보 침해와 민사적 구제수단”, 『민사법연구』, 제20집(2012), 121면.

27) 정상조·권영준, “개인정보의 보호와 민사적 구제수단”, 『법조』, 제58권 제3호, (2009), 21면.

28) 김미혜, “개인정보침해에 대한 민사법적 구제방안에 관한 연구”, 아주대학교 대학원 석사학위논문(2008), 93면.

29) 김재형, “언론에 의한 인격권 침해에 대한 구제수단”, 『인권과 정의』, 2004, 85-87면.

30) 대판 1996.4.12. 93다40614 판결 (이른바 ‘남양유업 대 파스퇴르분유 사건’). “인격권은 그 성질상 한번 침해된 후의 구제수단만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어려우므로 인격권의 침해에 대해서는 사전(예방)적 구제수단으로 침해행위의 정지·방지 등의 금지청도 인정된다.”고 판시하였다.

에게 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 하지만 이 법률이 제정되기 전에도 방해제거청구권을 행사하기 위한 전제로서 열람청구권이 인정되어야 한다고 주장되어 왔다.³²⁾ 둘째, 법 제37조는 정보주체가 개인정보처리자에 대하여 자신의 개인정보 처리의 정지를 요구할 수 있다고 규정하여 방해제거청구권을 행사한다. 이러한 정지요구권에 대하여 정보주체는 처리정지의 요구를 달 필요가 없고 언제든지 요구가 가능하다고 설명된다.³³⁾ 이는 정보주체가 자신의 동의를 자유롭게 철회할 수 있는지의 문제와도 관련될 수 있는데,³⁴⁾ 일단 이 조항에 의하면 정보주체가 자유롭게 동의를 철회할 수 있는 것으로 해석할 수 있을 것이다.³⁵⁾ 셋째, 법 제51조 이하는 단체소송 제도를 규정하고 있다.³⁶⁾ 이에 의하면 개인정보처리자가 집단분쟁조정을 거부하거나 집단분쟁조정 결과에 수락하지 아니하는 경우 일정한 요건을 갖춘 소비자단체 등이 침해행위의 금지·중지를 구하는 소를 제기할 수 있다.³⁷⁾

(2) 금지청구권의 근거

개인정보 침해 우려가 있는 경우 금지청구권을 인정하기 위한 요건에 대하여 개인정보보호법 제37조는 성립요건에 대하여 침묵하고 있으나 다음과 같은 요건을 갖춘 경우에 정지청구권을 행사할 수 있다고 보아야 한다. 즉 ① 법률상 가치가 있는 이익(개인정보이익)이 침해될 우려가 있을 것, ② 침해의 현실성에 대한 우려가 높을 것, ③ 금전배상만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어려울 것, ④ 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교 할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우 등을 들 수 있겠다. 판례도 이를 긍정한다. 대법원 1996.4.12. 선고 93다40614,40621 판결은, 인격권은 그 성질상 일단 침해된 후의 구제수단만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어려우므로 인격권 침해에 대하여는 사전적·예방적 구제수단으로 침해행위 정지·방지 등의 금지청구권도 인정된다고 한 원심의 판단이 옳다고 하였다.³⁸⁾

마찬가지로 학설도 개인정보에 관한 인격권이 침해된 경우에 대해 금지청구권을 인정한다. 기본적으로 금지청구권이 英美에서 형평과 정의의 필요에 의해 형성된 절차법상의 권리라는 점에서 개인정보 보호의 완전하고 효율적인 보호를 위해 필요하다거나

31) 송재일, 전제논문, 49면.

32) 임건면, “개인정보의 의의와 귀속관계”, 「중앙법학회」, 제7집 제4호(2005), 1048-1049면.

33) 임규철, “개인정보의 보호범위”, 「한독법률학회」, 제17호(2012), 263면.

34) 임규철, 전제논문, 265면.

35) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」제30조도 “이용자는 정보통신서비스 제공자등에 대하여 언제든지 개인정보 수집·이용·제공 등의 동의를 철회할 수 있다”고 규정한다.

36) 이미「소비자기본법」제70조 이하가 소비자단체소송을 규정하고 있다.

37) 송재일, 전제논문, 49면.

38) 대법원 1997.10.24. 96다17851도 같은 취지로 판단하였다.

인터넷이용자의 개인정보자기결정권과 같은 인격권의 침해에 대하여는 사전 예방적 구제수단으로 침해행위 정지·방지 등의 금지청구권을 인정하는 것이 더 실효성이 있다.³⁹⁾ 최근 민법개정위원회에서는 제766조의 2를 신설하여 손해배상과의 관계에서 보충적 성격을 지니는 금지청구권 규정을 두는 것으로 결정하였다.⁴⁰⁾ 이는 침해행위의 유책성이 없더라도 금지청구권을 인정한 점이 돋보이며 향후 금지청구권의 근거규정이 될 것이다.⁴¹⁾

(3) 개인정보에 대한 권리침해와 금지청구권

개인정보자기결정권은 본질적으로 인격권의 하나로 보는 것이 타당할 것이다. 즉 인격권에 관한 논의는 개인정보자기결정권의 침해에도 적용된다. 어느 누구든지 자신의 의사에 반하여 자신의 개인정보가 위법하게 침해되지 않을 권리를 가지며 개인정보를 자율적으로 통제할 수 있어야 한다. 그리고 이러한 개인정보자기결정권을 위법하게 침해하는 행위에 대하여는 금지청구를 할 수 있다. 개인정보의 수집, 관리, 활용은 표현의 자유를 행사하기 위한 전단계의 작업으로 행하여지는 경우도 없지 않지만, 대부분의 경우에는 이와 무관한 영리적 목적으로 행하여지는 것이 현실이다. 따라서 개인정보를 보호하기 위한 침해예방청구는 널리 인정될 수 있다.

이와 같이 금지청구는 개인정보자기결정권의 민사상 구제수단의 하나이지만 그 현실적 의의는 크지 않다. 개인정보침해는 개인정보의 유출이라는 1회적인 행위로 이루어지는 경우가 많고, 피해자가 피해사실을 인식하였을 때에는 이미 그 침해행위가 종료되고 단지 손해배상의 문제가 남을 뿐이기 때문이다. 그러므로 오히려 개인정보침해의 예방이나 금지는 금지청구보다는 다른 수단들에 의할 때 더 잘 이루어 질 수 있다.

2. 손해배상책임

(1) 개인정보보호법 규정

개인정보보호법 제39조 제1항 ‘정보주체는 개인정보처리자가 이 법을 위반한 행위로 손해를 입으면 개인정보처리자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 그 개인정보

39) 임건면, “개인정보침해에 대한 민사법적 대응”, 『비교사법』, 제8권 제1호(하)(2011), 1048면 : 개인정보권은 일단 침해가 발생하게 되면 그 회복이 불가능한 경우가 많아 재산권이 침해된 경우보다 사전적 구제방안이 더욱 절실히 요구되며, 사전적 구제방안으로 우선 문제되는 것은 방해배제청구권이다.

40) 엄동섭, “불법행위법의 개정”, 『민사법학』, 60호(2012), 139면 : 그 요건으로 “손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없으며 손해의 발생을 중지 또는 예방하도록 함이 적당한 경우”를 들고, 금지 청구의 대상이 되는 침해행위는 좁은 의미의 불법행위가 아니라 행위자의 과책이 요구되지 않는 위법행위라는 점을 언급하면서, 제2항에서 “가해에 사용되는 물건 등의 폐기 또는 그밖에 적절한 조치를 청구할 수” 있도록 규정하였다.

41) 송재일, 전제논문, 51면.

처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다'고 규정하고 있으며, 제2항 '개인정보처리자가 이 법에 따른 의무를 준수하고 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에는 개인정보의 분실·도난·유출·변조 또는 훼손으로 인한 손해배상책임을 감경 받을 수 있다'는 손해배상책임에 관하여 규정하고 있다.⁴²⁾

(2) 손해배상책임을 근거

이러한 손해배상청구의 근거로는 개인정보처리자와 정보주체 간 개인정보 이용에 관한 계약관계의 존부에 따라 상이할 수 있다.⁴³⁾ 즉, 개인정보이용에 관한 계약관계가 존재하고, 개인정보처리자가 이를 위반하여 정보주체에게 손해를 끼친 경우에는 채무불이행에 기한 손해배상책임을 부담함과 더불어 불법행위에 기한 손해배상책임을 부담하게 된다.(민법 제390조, 제750조) 양 책임의 가장 큰 차이점은 고의 또는 과실에 대한 입증책임이며, 전자의 경우 채무자인 개인정보처리자가 고의 또는 과실이 없음을 입증하여야 하는 반면에 후자의 경우 피해자인 정보주체가 가해자인 개인정보처리자의 고의 또는 과실을 입증하여야 한다.

이와 같이 민법상 손해배상책임은 책임의 주체별로 피해자인 정보주체의 입증책임이 상이할 수 있으며, 계약관계가 없는 개인정보처리자의 불법행위로 인한 손해배상책임을 강화하기 위하여 개인정보보호법에서는 손해를 야기한 개인정보처리자의 지위를 막론하고 고의 또는 과실에 대한 입증책임을 전환하여 피해자인 정보주체가 개인정보처리자의 고의 또는 과실이 없음을 입증하도록 규정하고 있다.(동법 제39조 제1항) 이는 과실책임주의 원칙을 유지하면서 피해자인 정보주체가 용이하게 손해배상청구권을 행사할 수 있도록 한 것이다.⁴⁴⁾ 또한 개인정보보호법 제35조에 따라 자신의 개인정보를 열람한 정보주체는 개인정보처리자에게 그 개인정보의 정정 또는 삭제를 요구할 수 있는데,⁴⁵⁾ 다른 법령에서 그 개인정보가 수집 대상으로 명시되어 있는 경우에는 그 삭제를 요구할 수 없고(개인정보보호법 제36조 제1항), 개인정보처리자는 정보주체의 정정 또는 삭제요구를 받았을 때에는 개인정보의 정정 또는 삭제에 관하여 다른 법령에 특별한 절차가 규정되어 있는 경우를 제외하고는 지체 없이 그 개인정보를 조사하여 정보주체의 요구에 따라 정정·삭제 등 필요한 조치를 한 후 그 결과를 정보주체에게 알려야 하며(개인정보보호법 제36조 제2항), 개인정보처리자가 정보주체의 요구에 따라 개인정보를 삭제할 때에는 복구 또는 재생되지 아니하도록 조치하여야 한다.⁴⁶⁾(개인정보보호법 제36조 제3항) 일반적인 인격권 침해의 경우 피해자에게 손해배상청구권이 인정되는 것처럼 이 경우에도 피해자는 손해배상을 청구할 수 있다.

42) 윤현석·장규원, 전제논문, 130면.

43) 송재일, 전제논문, 46면.

44) 고형석, 전제논문, 302면.

45) 김주영·손형섭, 「개인정보보호법의 이해 -이론·판례와 해설-」, 법문사, 2012, 202면.

46) 김성준, 전제논문, 127면.

(3) 손해배상의 범위

손해배상의 범위는 개인정보에 관한 인격권이 침해된 경우, 손해배상청구는 이론상 재산적 손해와 정신적 손해에 대한 배상청구 모두 가능할 것이다. 그러나 실무에서는 주로 정신적 손해배상, 즉 위자료가 청구되고 있다. 위자료 산정은 기준가격을 결정하기가 어려우므로 법원은 위자료 청구권자가 정당하다고 판단하는 청구액 범위 내에서 자유재량으로 산정하고 있다. 그런데 개인정보에 관한 인격권이 침해되면 항상 정신적 손해에 대한 배상책임이 인정되는지 문제된다. 우리 판례는 대부분의 경우 이를 긍정하였으나, 일부 하급심 판결은 정신적 손해에 대한 구체적 입증이 필요하다고 하였다.⁴⁷⁾ 학설에서는 인격권의 침해와 이로 인한 손해가 구별되므로, 인격권의 일종인 개인정보자기결정권이 침해되었다고 하여 논리 필연적으로 정신적 손해가 곧바로 발생하는 것은 아니라고 하는 견해⁴⁸⁾가 있다. 이 견해는 손해발생의 여부 및 손해배상액의 산정에 있어서 고려해야 할 요소가 아주 다양하지만 궁극적으로 침해대상인 정보의 가치를 무엇으로 볼 것인가에 의해서 크게 좌우된다고 설명한다. 손해라는 개념도 규범적으로 판단될 수 있으므로, 개인정보에 관한 인격권이 침해되었으나 손해배상책임은 인정되지 않는다는 구성도 가능할 수 있다.⁴⁹⁾ 따라서 손해배상과 같은 민사적 구제가 충실히 이루어진다면, 합리적인 사업자들은 개인정보의 침해로 인한 손해배상 책임을 지는 것보다 그 유출이나 도용의 사전 방지를 위한 노력을 기울이게 될 것이다. 그러나 손해배상액이 미미하거나 손해배상을 해야 할 사업자에게 변제능력이 없다면, 그 사업자는 결국 개인정보 보호는 무색하게 될 우려가 있다. 국내 법원이 위자료를 낮게 산정하는 관행을 보면 이러한 우려는 현실화된다. 피해자들이 현실적, 경제적으로 입은 손해가 없다는 점이 중시되고 있는데, 위자료는 정신적 손해에 대한 배상으로서 경제적 재산적 손해와 별개의 손해배상이라는 점을 생각해보면, 타당한 논거는 아니라고 본다. 따라서 정보혁명의 폐해를 차단하거나 최소화하기 위하여 적절한 수준의 손해배상을 인정하는 것이 법원의 역할이라고 본다.

(4) 채무불이행책임에 대한 손해배상청구

개인정보를 침해당한 정보주체는 만약 개인정보처리자와의 관계에서 계약관계 내지 준계약관계에 있는 경우 계약법상의 채무불이행 책임을 물어 손해배상을 청구할 수 있다.(민법 제390조) 대개 민간부분에서 계약책임이 문제가 될 것인데 실생활에서 개인정보만을 주된 계약의 목적으로 하는 경우는 드물고, 가상공간에서 전자거래 등을 하기 위한 개인정보제공의 형식으로 이루어지기 때문에 정보주체는 계약상의 부수의무

47) 서울중앙지방법원 2007.7.16. 2006가합22413 ; 항소심 서울고등법원 2008.4.16. 2007나 74937.

48) 정상조·권영준, 전제논문, 33면.

49) 정상조·권영준, 전제논문, 36-39면 : 미국과 독일은 침해와 손해를 엄격하게 구분하는 경향을 보인다는 내용을 설명하고 있다.

혹의 신의칙상 침해자에게 일반적으로 요구되는 보호의무를 위반한 것을 들어 손해배상을 청구하는 방법을 생각할 수 있다. 우리 민법은 불법행위법에서만 위자료를 규정하고, 채무불이행 책임에 있어서도 정신적 손해에 대한 위자료 청구가 가능한지에 대해서는 명문의 규정을 두고 있지 않으나, 학설과 판례⁵⁰⁾는 이를 인정하고 있다.

(5) 불법행위책임에 대한 손해배상청구

개인정보의 침해가 날이 갈수록 지능화·보편화되어 가고 있는 상황에서 침해구제에 대한 실효성 확보 및 제재적 기능 관점에서 개인정보의 침해에 대한 구제방안으로서 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것이 타당한지 문제된다. 특히 법원에서는 개인정보의 유출로 인한 피해가 발생한 경우에, 손해가 발생한 경우에만 손해배상책임을 인정하려는 추세이며 징벌적 손해배상을 도입해야 한다는 주장이 제기되고 있다. 국내 학설 중에는 ① 민사법상 손해배상의 구제방법은 전보적 손해배상으로 국한되어 있기 때문에 형사법적 성격이 강한 징벌적 손해배상을 현행 사법체계에 도입하는 것은 어렵다고 하는 견해⁵¹⁾ ② 민법 제751조가 규정하고 있는 위자료와 관련하여 일반적으로 고의의 경우에 고액으로 결정될 수 있는데, 법 해석론으로 이러한 위자료 산정에 징벌적 손해배상의 법리를 도입할 수 있다는 견해⁵²⁾ ③ 해석론에 의한 징벌적 손해배상제도의 도입은 무리가 있으며 입법적 해결방법이 타당하다는 견해가 있다. 징벌적 손해배상제도를 도입을 반대하는 입장도 있지만, 최근에 과잉배상의 문제나 법체계 부조화의 문제는 배상의 현실에 맞게 조정하고, 징벌적 손해배상이 반드시 필요한 분야에 한정⁵³⁾하여 도입한다면 현실적인 손해배상의 문제점을 해결하기 위한 적절한 대안이 될 것이다.

50) 대판 2004.11.12. 2002다53865판결에서는 “일반적으로 계약상 채무불이행으로 인하여 재산적 손해가 발생한 경우, 그로 인하여 계약 당사자가 받은 정신적 고통은 재산적 손해에 대한 배상이 이루어짐으로써 회복된다고 보아야 할 것이므로, 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 상대방이 이와 같은 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 정신적 고통에 대한 위자료를 인정할 수 있다.”

51) 윤용석, “징벌적 손해배상에 관한 미국의 최근 동향”, 「재산법연구」, 제23권 제1호(2006), 252면.

52) 박종렬, “징벌적 손해배상에 관한 연구”, 「법학연구」, 제26집(2007), 157면.

53) 생각건대, 규모가 큰 기업들이나 국가기관만이 빅데이터의 분석 및 활용을 하는 한국적 현실에서 알게 모르게 개인정보 침해가 대량 발생할 것이 분명한 반면, 침해사실이 발각되었다 하더라도 그 전보적 손해배상만으로는 그들에게 아무런 일반 예방적 효과를 주지 못한다. 따라서 어느 분야가 되었든지 간에 적어도 국가기관 혹은 국가기관에 준하는 기업들이 빅데이터를 활용하여 개인정보를 침해했다는 사실이 인정될 경우에는, 개인정보 침해를 당한 정보주체들에 대해 징벌적 손해배상을 하도록 하여 실효성을 확보해야 한다.

V. 민사적 피해구제수단의 개선방안

개인정보 침해사고는 일단 발생하면 대량의 피해자가 발생하지만 피해자 측에서는 피해의 입증이나 심지어 사업자의 고의나 과실을 입증하는 것이 매우 어렵고, 법원에 서도 손해의 인정에 소극적이다. 또한 제도 개선이 더 이루어져야 할 측면도 있다.⁵⁴⁾ 따라서 다음과 같은 정책적 방안과 법제도적 방안으로 나누어 생각해 볼 수 있다.

1. 손해배상책임제도의 개선

(1) 보호대상 개념

개인정보 침해사고에서 피해자는 개인정보보호법상 정보주체이다. 정보주체란 “정보에 의하여 알아볼 수 있는 사람으로서 그 정보의 주체가 되는 사람”(개인정보보호법 제2조 제3호)을 말하며, 정보통신망법은 정보의 주체가 되는 사람을 사업자의 상대방이라는 개념으로 이용자라고 정의한다. 즉, 이용자의 개념은 사업자로부터 물품이나 용역을 제공받는 자인 소비자라는 개념⁵⁵⁾보다 좀 더 넓은 범위로 이해할 수 있다.⁵⁶⁾ 단순히 정보주체 자체에 머무르지 않고 사업자에게 개인정보를 제공한 정보주체라는 의미로 이해할 수 있으므로,⁵⁷⁾ 가장 넓은 의미인 이용자로 보호대상을 넓힐 필요가 있다.

(2) 개인정보 보호조치 규정강화

안전조치에 관한 부분에서 모든 사업자에 대해서 개인정보보호 관리체계를 구축하도록 의무화하는 방법을 고려할 수 있다. 인증제도는 손해배상소송에서도 유용한 기준으로 작용할 수 있다. 나아가 인증의 경우에는 인증기관의 연대책임도 고려할 수 있게 때문에 후일에 침해사고가 발생하는 경우에 사업자의 고의 또는 과실에 대한 입증이나 조사가 한층 명확하게 실행될 수 있다.⁵⁸⁾ 또한 손해배상책임에 관하여 정보통신망법은 사업자에게 고의 또는 과실 없음의 입증책임을 전환시키는 것에서 머무르고 있는 반면, 개인정보보호법은 입증책임과 함께 개인정보보호에 관한 의무를 준수하고 상당한

54) 개선방안에 대하여 윤주희, “개인정보 침해현황과 이용자보호”, 「법학논총」, 제33집 제1호(2013), 350면 이하 ; 고형석, 전제논문, 278면.

55) 권오승, 「소비자보호법 제5판」, 법문사, 2005, 5면 : 그렇기 때문에 소비자의 개념은 최종적인 소비를 하는 자로 국한한다.

56) 홍명수, “전기통신사업법상 이용자 개념의 검토”, 「서강법학」, 제11권 제2호(2009), 194면 : 여기에서는 전기통신사업법상 이용자 개념을 구체적으로 적용함에 있어 통신서비스 이요에 관한 계약을 체결하지 않은 자의 이익 보호의 대상에서 배제된다는 것을 들고 있다.

57) 정진명, “미디어서비스에 대한 소비자법리의 적용과 그 한계”, 「단국법학」, 제33권 제1호(2009), 519-520면.

58) 조성규·전문석, “개인정보보호를 위한 개인정보 유출 모니터링 시스템의 설계”, 「정보보호학회논문집」, 제22권 제1호(2012), 105면.

주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에 손해배상책임을 감경 받을 수 있다고 하여 더 강력한 책임을 부과하고 있는 것을 고려할 때 정보통신망법의 규정 역시 좀 더 적극적인 개선이 필요하다고 생각된다.⁵⁹⁾

(3) 책임인정 판단기준의 완화

사업자의 고의 내지 과실 없음을 법에서 정한 기준을 준수했느냐 여부로 판단할 수 없다는 점은 명확하다. 또한 주의의무 자체의 문제뿐만 아니라 침해사고로 인해 발생한 손해는 피해의 입증에서 찾기보다 열람가능하게 되었느냐 그렇지 않느냐의 판단에서 출발하는 것이 필요하다.⁶⁰⁾ 실질적인 손해가 일어났느냐 그렇지 않느냐는 어느 정도의 손해를 인정할 것인지를 판단할 때 고려할 사항이지 유출 자체로 인한 이용자의 정신적인 피해까지 인정되지 않는다는 것은 아니다.⁶¹⁾ 따라서 법원은 피해자의 손해인정에 한층 적극적일 필요가 있다.

또한 개인정보가 한정된 범위에서 유출된 경우에도 피해자들의 정신적 손해 자체가 발생하지 않았다고 볼 수 있는지는 의문이다. 개인의 사생활에 속하는 사항을 제3자에게 공개하지 않았는데도 국가기관이 그 직무범위를 벗어나 비밀리에 사생활에 속하는 사항을 수집, 관리한 사건에서, 법원 스스로도 국가배상책임을 인정하고 있다.⁶²⁾ 개인정보의 민감성은 단순히 마케팅을 위한 것뿐만 아니라 범죄의 악용까지 그 범위를 측정할 수 없는 것인 만큼 개인정보 침해사고가 일어난 사업자에 대해서 주의의무와 과실책임에 관한 일반론적인 법해석보다는 확장된 손해배상책임을 인정할 필요가 있다.

(4) 개인정보 피해구제 시스템 구축

개인정보보호법이 마련되지 않았던 과거에는 민사법적 방법이 유일한 구제수단이였지만, 개인정보보호법 시행 이후에는 범위반 기업의 손해배상액 부담으로 인한 도산을 우려하면서 기업에 대한 행정처분, 행정벌 등 규제행정법으로 해결하는 것이 더 바람직하다는 견해⁶³⁾가 있다. 이러한 견해에 따르면, 대량의 개인정보 침해소송은 일단 사업자의 손해배상책임을 인정하는 경우 배상금이 기업의 존폐에까지 영향을 미칠 정도로 커질 수 있기 때문에 개인정보 유출의 범위를 엄격하게 해석하고, 개인정보유출이 인정되더라도 위자료 액수를 사건별로 다르게 정하는 것이 필요하다고 본다. 이 과정에서 법원의 과감한 역할을 강조한다.⁶⁴⁾ 그러나 이렇게 개인정보유출로 인한 손해 인정 여부에만 논의를 국한시키는 것은 바람직하지 않다.⁶⁵⁾ 따라서 개인정보 침해사고의

59) 양재모, “전자거래상 개인정보보호에 대한 민사적 접근”, 「사이버커뮤니케이션학보」, 제27권 제2호(2010), 110-114면.

60) 허성욱, “개인정보유출소송의 현황과 법적 과제”, 「저스티스」, 통권110호(2009), 327면.

61) 정상조·권영준, 위의 책(주27), 32면.

62) 대법원 1998.7.24. 선고, 96다42789판결.

63) 허성욱, 전제논문, 323-235면.

64) 송재일, 전제논문, 57면.

책임을 전적으로 사업자가 지는 것으로 하되, 손해의 배상에 필요한 부분을 기금이나 보험⁶⁶⁾ 등으로 해결해 가도록 제도적인 연구가 필요한 시점이라고 생각된다.⁶⁷⁾

2. 손해배상의 범위

개인정보처리자가 개인정보보호법 제39조 제2항에 따라 의무를 준수하고 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니한 경우에 개인정보의 분실·도난·유출·변조 또는 훼손으로 인한 손해배상책임을 감경 받을 수 있도록 한 규정을 삭제하거나 필요적 면책 규정으로 전환하는 방안이다. 또한 적절한 피해구제를 위해 불법행위의 사전 예방이나 억제제를 위해 정책을 강화한 경우 인센티브를 제공하거나, 실제로 발생한 손해가 소송 비용보다 적은 경우에는 제한적으로 법정손해배상을 도입하여 권리자에 대한 구제를 실효성 있게 할 수 있도록 책임의 정도를 차별화시키는 방안도 고려할 필요가 있다.

3. 징벌적 손해배상 도입검토

징벌적 손해배상의 목적은 불법행위자를 처벌하거나 불법행위를 억제하는데 있으므로 처벌 내지 억제라는 측면에서 징벌적 손해배상은 형벌적 성격이 강하다. 징벌적 손해배상은 개인정보 침해와 관련하여 몇 가지 문제가 발생할 수 있다. 첫째, 개개의 피해자간에 불공평을 초래할 수 있다. 둘째, 개인정보보호법 제70조 내지 제74조는 개인정보보호법 위반자에 대하여 형사처벌을 규정하고 있어 형사벌과 더불어 징벌적 손해배상까지 더해진다면 이중처벌금지의 원칙에 위배될 수 있다. 따라서 개인정보보호법의 개정을 통해 개인정보의 침해에 대하여 제재적 요소를 강화하고, 위자료 청구 시 손해배상액을 조정하는 방법 등을 고려하여 징벌적 손해배상 도입을 검토하는 것이 타당할 것이다.

VI. 결론

현대 정보화 사회는 정보통신기술의 급속한 발전으로 인하여 우리에게 생활의 편리함과 정신적·물질적 풍요로움을 안겨주었지만, 개인정보가 다양한 방법으로 불특정 다수에게 노출되는 사례가 늘어나고 있다. 이 글에서는 개인정보 침해에 따른 민사법상 쟁점과 그 피해예방 및 구제방안에 대하여 살펴보았다. 만약 개인정보에 관한 인격

65) 김태선, “징벌적 손해배상제도에 대한 고찰”, 『민사법학』, 제50권(2010), 259면 이하.

66) 권영준, “해킹 사고에 대한 개인정보처리자의 과실판단기준”, 『저스티스』, 통권 제132호(2012), 47면.

67) 윤주희, 전개논문, 353면.

권이 침해된 경우, 사후적 구제로서 손해배상청구권뿐만 아니라 사전 예방적 구제로서 금지청구권을 인정하는 것이 타당하다. 개인정보에 관한 인격권이 침해되면 항상 정신적 손해에 대한 배상책임이 인정되는지도 문제된다. 최근 이를 부정하는 취지의 판결이 선고되기도 하였으나, 정보주체의 결정권 자체가 침해된 것이므로 이로 인한 정신적 손해를 인정하는 것이 타당하다.⁶⁸⁾ 그러나 민사적 구제는 개인정보의 적정한 보호라는 과제를 수행하기 위한 여러 구제 방안 중 하나에 불과하다. 그러므로 이와 더불어 다른 정책수단들을 효율적으로 활용하는 것이 개인정보보호에 더욱 효과적일 것이다. 따라서 개인정보보호법제의 정비를 통하여 포괄적인 틀을 만들고, 행정규제나 지침 또는 자율규제를 통하여 그 구체적 내용을 형성하며, 이를 실행할 수 있는 기술적·관리적 조치의 모델을 만들어내야 한다. 이러한 통합적인 노력과 어우러질 때 비로소 민사적 구제는 가장 바람직한 결과를 가져올 것이다.⁶⁹⁾

68) 송재일, 전제논문, 58면.

69) 정상조·권영준, 전제논문, 71-72면.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 고형석, “개인정보침해와 피해구제에 관한 연구”, 「법조」, 제60권 제10호(2011).
- 권영준, “해킹 사고에 대한 개인정보처리자의 과실판단기준”, 「저스티스」, 통권 제132호(2012).
- 권오승, 「소비자보호법 제5판」, 법문사, 2005.
- 김미혜, “개인정보침해에 대한 민사법적 구제방안에 관한 연구”, 아주대학교 대학원 석사학위논문(2008).
- 김성준, “개인정보 침해와 민사적 구제수단”, 「민사법연구」, 제20집(2012).
- 김일환, “개인정보보호법제정비에 대한 비판적 고찰 : 새로운 개인정보보호법안을 중심으로”, 「토지공법연구」, 제52권(2011).
- 김재형, “언론에 의한 인격권 침해에 대한 구제수단”, 「인권과 정의」, 2004.
- 김주영·손형섭, 「개인정보보호법의 의해 -이론·판례와 해설-」, 법문사, 2012.
- 김태선, “징벌적 손해배상제도에 대한 고찰”, 「민사법학」, 제50권(2010).
- 노동일·정완, “사이버공간상 프라이버시 개념의 변화와 그에 대한 법적 대응방안”, 「경의법학」, 제45권 제4호(2010).
- 박경신, “사생활의 비밀의 절차적 보호규범으로서의 개인정보보호법리”, 「공법연구」, 제40집 제1호(2011).
- 박수황·장경배, “소셜 네트워크 서비스 및 개인정보유출에 대한 사례연구”, 「보안공학연구논문지」, 제11권 제6호(2014).
- 박종렬, “징벌적 손해배상에 관한 연구”, 「법학연구」, 제26집(2007).
- 박창욱, “인터넷상 개인정보보호법제의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 울산대학교 일반대학원 석사학위논문(2009).
- 방민석·오철호, “개인정보 연구동향과 과제” 한국정보화진흥원 정보화정책 연구보고서, (2014).
- 손영수, “정보화촉진에 따르는 개인정보 및 프라이버시 보호의 문제에 관한 소고”, 「외법논집」, 제5권(1998).
- 송오식, “빅데이터의 출현과 개인정보침해에 대한 사법적 구제”, 「민사법연구」, 제21집(2013).
- 송재일, “개인정보보호의 민사법적 쟁점”, 「법학연구」, 제54집(2014).
- 양재모, “전자거래상 개인정보보호에 대한 민사적 접근”, 「사이버커뮤니케이션학보」, 제27권 제2호(2010).
- 엄동섭, “불법행위법의 개정”, 「민사법학」, 60호(2012).
- 오주현·강정환, “소셜 네트워킹 서비스와 개인정보 유출”, 「정보통신정책연구」, 제23권 제1호(2016).
- 오태원·유지연, “소셜 네트워크 서비스 환경에서 프라이버시의 개념 변화”, 「정보통신정책연구」, 제23권 4호 통권503호(2011).
- 윤용석, “징벌적 손해배상에 관한 미국의 최근 동향”, 「재산법연구」, 제23권 제1호(2006).
- 윤주희, “개인정보 침해현황과 이용자보호”, 「법학논총」, 제33집 제1호(2013).
- 윤현석·장규원, “개인정보침해의 처벌과 피해구제 방안”, 「피해자학연구」, 제22권 제1호(2014).

- 임건면, “개인정보의 의의와 귀속관계”, 「중앙법학회」, 제7집 제4호(2005).
- 임건면, “개인정보침해에 대한 민사법적 대응”, 「비교사법」, 제8권 제1호(하) (2011).
- 임규철, “개인정보의 보호범위”, 「한독법률학회」, 제17호(2012).
- 전현욱, “개인정보 보호에 관한 형법정책”, 고려대학교 일반대학원 박사학위논문(2011).
- 정완, “고도 인터넷환경 하에서의 개인정보보호에 관한 연구”, 「경희법학」, 제50권 제2호(2015).
- 정상조·권영준, “개인정보의 보호와 민사적 구제수단”, 「법조」, 제58권 제3호(2009).
- 정진명, “미디어서비스에 대한 소비자법리의 적용과 그 한계”, 「단국법학」, 제33권 제1호(2009).
- 조동기·김성우, “인터넷의 일상화와 개인정보보호”, KISDI이슈리포터(2003).
- 조성규·전문석, “개인정보보호를 위한 개인정보 유출 모니터링 시스템의 설계”, 「정보보호학회 논문집」, 제22권 제1호(2012).
- 조현석 등 공저, 「빅데이터와 위험정보사회」, 커뮤니케이션북스, 2013.
- 최경진, “빅데이터와 개인정보”, 「성균관법학」, 제25집 제2호(2013).
- 허성욱, “개인정보유출소송의 현황과 법적 과제”, 「저스티스」, 통권110호(2009).
- 홍명수, “전기통신사업법상 이용자 개념의 검토”, 「서강법학」, 제11권 제2호(2009).
- 황인호, “개인정보보호제도에서의 규제에 관한 연구”, 「공법연구」, 제30집 제4호(2002).

<국외문헌>

- Andrew Chadwick, “Internet Politics : States, Citizens, And New Communication Technologies”, 「International History Review」, Vol. 29 No. 4(2007).
- Mathiesen, T. “The viewer society : Michel Foucault's 'Panopticon' revisited”, 「Theoretical Criminology」, Vol.1 No.2(1997).

<판례>

- 대판 1996.4.12. 93다40614 판결
- 대법원 1997.10.24. 96다17851판결
- 대법원 1998.7.24. 선고 96다42789판결
- 대판 2004.11.12. 2002다53865판결
- 서울중앙지방법원 2007.7.16. 2006가합22413
- 항소심 서울고등법원 2008.4.16. 2007나74937

[Abstract]

**A Study on Civil Remedies for Infringement of the Personal Information
under Social Network Service(SNS)**

Lee Ji Won*

Our daily lives are becoming convenient day by day thanks to the advancement of the internet environment. This internet environment has the advantages offering convenience and rationality in our lives, but the personal information could be leaked in the course of using it and the using process itself is exposed to the risk of hacking, and so even the worst situations would be worried that the convenience of civilization might be disguised as a deadly weapon of civilization.

Social Network Service, extensively used to connect people, has great impact on society as it is that people can connect others on the other side of the earth in real time without any physical limitation. For this reason, SNS is widely used for marketing, advertising, and building relationships. However SNS has not only the bright side but dark side; SNS brings up issues over crime including infringement of personal information, exposure of privacy of others, involuntary information leakage such as current location while it provides good opportunities for people to exchange opinions and communicate. This article analyses the issues of private law on the personal information protection and remedies. Korean Personal Information Protection Act 2011 consists of some articles on the damage prevention, civil action, dispute mediation committee, etc. It need to be reformed in field of the protection certification system, foundation, and insurance, etc. in order to work effectively for injured parties and to lessen damage. In addition, in order to prevent the damage we must make efforts to raise national awareness about the importance and necessity of cyber security and the government should educate people about it.

* Department of Law Keimyung University

<key words>

Social Network Service, personal information, Personal Information Protection Act, private law, civil action, dispute mediation committee

단말기유통법 개정 논의의 검토

홍 명 수*

논문요지

단말기유통법 제정 이후 2년이 경과한 시점에서 동법에 의하여 도입된 규제의 실효성 및 타당성에 관한 논의가 필요하다. 동법은 이동통신시장에서 나타나고 있는 불투명하고 차별적인 보조금 지급이 소비자 후생 배분을 왜곡하고 이동통신시장의 건전한 발전을 저해하는 등 문제점을 낳고 있다는 인식에 기초하여 제정되었다. 그러나 동법이 제정된 이후 애초의 입법 목적이 충분히 실현되고 있는지에 의문이 있다. 지원금 규제에 의하여 기대되었던 단말기 및 통신 요금의 현상은 나타나지 않고 있으며, 궁극적으로 통신 시장의 고착된 경쟁 구조도 큰 변화 없이 계속되고 있는 상황이다. 이러한 상황은 단말기유통법상 제도의 실효성이나 타당성에 의문을 낳고 있으며, 단말기 상한 규제와 같은 일몰제 형식의 규제의 경우 규제의 계속을 수용하기 어려운 요인으로 작용하고 있다. 그러나 동법에 의하여 의도되었던 목적, 즉 유통 구조의 개선이나 바람직한 경쟁 상황의 구축 등은 그 실현에 상당한 기간을 요하는 것이며, 다양한 요소의 종합적 고려에 의하여 장기적인 관점에서 판단되어야 할 문제이다. 오히려 거래 주체들의 자율적인 조정 가능성을 확대하기 위한 제도들의 보완이 요구되며, 이러한 방향으로의 법 개정이 필요할 것이다.

검색용 주제어: 단말기유통법, 통신시장, 단말기 보조금, 차별 규제, 보조금 상한 규제

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

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서론

「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」(이하 단말기유통법)이 제정된 이후 2년이 경과하였다.¹⁾ 동법의 제정은 이동통신시장에서 나타나고 있는 불투명하고 차별적인 보조금 지급이 소비자 후생 배분을 왜곡하고 이동통신시장의 건전한 발전을 저해하는 등 문제점을 낳고 있다는 인식에 기초하였다. 즉 단말기 보조금은 기본적으로 모든 이용자의 요금 수익을 바탕으로 재원이 마련되지만 보조금 지급이 변호이동을 한 일부 이용자 등에게 집중됨으로써 소비자 간 후생 배분이 왜곡되었으며, 동일한 단말기 구입자 간에도 구입 시기와 장소에 따라서 보조금의 차이가 발생함으로써 이용자 간 차별이 심화되었다.

또한 단말기 보조금을 지급하면서 일반적으로 고가 요금제 의무 약정 등이 강제되고 이용자는 단말기를 싸게 사기 위해 고가 요금제에 가입하게 되어 불필요한 통신 과소비를 하게 되는 경우가 많고, 이동통신사업자의 과도한 보조금 경쟁 과열은 이용자의 빈번한 단말기 교체로 이어져 가계통신비 증가와 자원 낭비를 심화시키는 문제점도 드러났다. 동법은 이와 같은 과도하고 불투명한 보조금 지급에 따른 문제점을 해소하고, 투명하고 합리적인 단말기 유통구조를 만들어 나감으로써 이용자의 편익을 증진하고자 하는 것을 목적으로 하였다.²⁾

법 제정 이후 2년 이상이 경과한 현재 시점에서, 이와 같은 입법 목적이 어느 정도 실현되고 있는지의 판단은 선부른 것일 수 있다. 그렇지만 비록 충분한 기간은 아니라 하더라도, 시행 이후 이동통신서비스 및 단말기 시장의 구조와 거래주체들의 행태에서 나타난 변화 양상을 파악하고, 이에 대한 평가가 가능한 정도의 기간은 경과한 것으로 보인다. 또한 실제적인 측면에서 논의의 필요성도 있다. 지원금 상한제 등 동법의 몇몇 핵심 조항은 한시적인 방식으로 규정되었으며, 동 규정들의 일몰 시점이 다가오고 있는 상황이다. 일몰 규정은 적용의 시간적 범위를 제한하며, 그 함의로서 일정한 정책의 주기적 검토를 제도화하는 의미를 갖고 있다.³⁾ 따라서 단말기유통법은 동 규정의 지속 여부에 관한 검토를 예정한 것으로 볼 수 있으며, 이와 같은 제도적 의의에 비추어 현 시점에서 일몰 규정의 지속 여부에 관한 논의는 불가피할 것이다.

전술한 것처럼 단말기유통법의 목적은 투명하고 합리적인 단말기 유통구조를 만들어

1) 단말기유통법 부칙 제1조에 의하여 동법은 2014년 10월 1일부터 시행되었다.

2) 미래창조과학방송통신위원장, 이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률안(대안), 2014. 5. 제안이유(2-3면) 참조. 동법의 제정 의의를 수범자의 범위를 통신사업자 이상으로 확대한 것, 규제 대상 행위로서 차별적 지원금 지급을 명확히 한 것, 사전규제로서 지원금 상한 규제를 도입한 것 등을 들고 있는 것으로, 홍명수, “단말기유통법 제정의 의의와 개선 과제”, 「고려법학」 제76호, 2015, 332-335면 참조.

3) 일몰제는 어떤 정책(프로그램)의 실효성·효율성에 대해 입법부와 행정부가 정기적으로 심사(평가)를 행한다는 의미를 함축하고 있다는 것으로, 박영도, 「규제일몰제 확대 도입에 따른 법제개선방안」, 한국법제연구원, 2011, 29면 참조.

이용자 편익을 증진하는 것에 있으며, 이를 실현하기 위한 수단으로 지원금의 차별 규제(법 3조)와 지원금의 상한 규제(법 4조) 등이 이루어지게 되었고, 이동통신사업자 등에게 지원금 등에 관한 자료 제출 의무를(법 12조 1항) 부과하는 것과 같이 관련 사업자에 대한 새로운 내용의 의무도 도입되었다. 이와 같은 규제는 소비자가 단말기를 구입하는 가격의 실질적 상승을 초래할 것이므로 단말기의 수요는 감소하고 이로부터 거래주체들의 일련의 조정 행위가 이어질 것이라는 점은 충분히 예상되는 것이며, 입법자의 의도는 이러한 조정 과정이 정책적으로 바람직한 방향으로 전개될 것이라는 예측에 기초하였다. 즉 소비자는 실질적인 단말기 구입 가격의 상승으로 인하여 단말기 구매를 억제할 것이지만, 지원금과 연계되었던 통신의 고가 요금제 대신 저가 요금제를 선택하는 등 합리적인 소비 패턴이 확산될 것이며, 통신사업자는 보조금 경쟁 대신 통신요금을 중심으로 한 경쟁으로 전환함으로써 궁극적으로 통신산업의 경쟁구조가 정착될 수 있는 계기가 마련될 것이라는 전망이 동법의 규제체계에 영향을 미친 것으로 볼 수 있다.

그러나 이러한 전망은 단지 예측에 불과한 것이며, 법시행 이후 단말기 및 통신서비스 시장에서 이러한 예측에 부합하는 결과가 나타나고 있는지가 지속적으로 검토되고, 향후 동법의 운영과 제도 개선 논의의 기초로서 제시되어야 한다.⁴⁾ 나아가 동법이 추구하고 있는 정책 목적을 유지할 경우에, 이를 실현하기 위한 법제도 보완의 관점에서 제도 개선에 관한 논의도 계속될 필요가 있다. 이하에서는 이상의 논의를 종합하여 올바른 규제 개선 방안을 제시하고자 한다. 아울러 법 시행 과정에서 입법 시 미처 예상치 못한 법리적 문제가 드러나고 있는지를 살펴보고, 이에 대한 법리적 대응도 검토할 것이다. 이러한 관점에서 우선 단말기유통법상 규제의 핵심인 지원금 규제를 검토하고(Ⅱ), 이어서 규제 필요성에도 불구하고 제도적 대응이 충분한 것인지에 의문이 있는 장려금 규제 문제를 살펴보는(Ⅲ) 순으로 논의를 전개할 것이다.

II. 지원금 규제의 문제

1. 단말기 및 이동통신서비스 시장의 분석

단말기유통법에 의하여 도입된 여러 규제 중 가장 논의의 중심이 되었던 것은 단말기 지원금 규제이며, 특히 법 제4조에 근거한 단말기 구입 시 지원금 상한에 관한 규제가 핵심 쟁점이 되었다. 동법 제4조 제1항은 방송통신위원회가 가입자 평균 예상 이익, 이동통신단말장치 판매 현황, 통신시장의 경쟁 상황 등을 고려하여 이동통신단말장

4) 법 시행 후 3개월 정도의 경과 시점에서 제도의 영향 평가 및 분석에 관하여, 홍명수, 앞의 글, 335-342면 참조.

치 구매 지원 상한액에 대한 기준 및 한도를 정하여 고시하고, 제2항에서 이를 초과하는 이동통신사업자의 지원금 지급 행위는 금지된다. 제1항에 의하여 「이동통신단말장치 지원금 상한액에 관한 규정」이 방송통신위원회 고시 제2014-9호로서 제정되었고, 동 고시 제2조 제1항은 지원금 상한액의 범위를 25만원에서 35만원 사이로 정하고, 제3조 제1항은 상한액을 6개월마다 조정하는 것으로 규정하였으며, 동법 제4조 제1항 및 동 고시 제2조 제1항에 근거하여 방송통신위원회는 지원금 상한액을 30만으로 결정하였다(2014. 9. 24.). 한편 제2항 단서에 의하여 출시된 지 15개월이 경과한 이동통신단말장치는 기준 초과 지원금 지급 금지의 규제를 받지 않는데, 일반적으로 단말기 모델 개선 주기가 약 1년 정도이고 구 모델에 대한 지원금액이 과도한 경우에도 이용자의 합리적 선택에 미치는 영향은 제한적일 것이라는 판단에 따른 것으로 보인다. 또한 이동통신사업자는 단말기의 출고가, 지원금액, 판매가 등을 공시할 의무와 공시와 다른 내용의 지원금 지급이 금지되는 규제를 받는다(3항 및 4항). 대리점 또는 판매점은 이동통신사업자가 공시한 지원금의 100분의 15의 범위에서 이용자에게 지원금을 추가로 지급할 수 있고(5항), 이에 관한 사항을 이용자가 쉽게 인식할 수 있도록 영업장 등에 게시하여야 한다(6항).

이와 같은 단말기 지원금 상한 규제와 관련하여, 입법 시부터 비판적인 견해가 존재하였으며, 법 시행 이후에도 동일한 맥락에서의 비판이 계속되고 있다. 이러한 비판의 주된 근거는 단말기유통법이 소비자후생의 개선에 기여하지 못하고 있다는 것이다. 즉 동법의 제정이 소비자의 이익에 기여하고 있는지를 확인하기 어려우며, 여전히 지원금 제도가 유지됨으로써 이동통신과 단말기의 수직적 결합이 강화되어 이동통신시장의 불안정성이 심화되고 있다.⁵⁾ 특히 단말기유통법 제정에 의한 소비자후생 개선에 대한 의문은 동법에 따른 이익이 주로 누구에게 귀속되는지의 문제와도 맥을 같이한다. 앞에서 살펴본 것처럼 단말기 지원금의 상한 규제 등은 이동통신사업자의 지원금을 중심으로 한 경쟁을 제한하는 의미가 있고, 따라서 해당 사업자들의 주된 경쟁 양상은 이동통신 요금을 중심으로 전개될 것이라는 예측이 가능하였다. 이러한 예측이 실현될 경우에 소비자에게 발생한 단말기 지원금의 감소로 인한 실질 구매 가격의 상승은 통신요금의 인하에 의하여 상쇄되고, 특히 후자가 클 경우에 소비자 후생 개선의 근거로 삼을 수 있을 것이다.

그러나 시장에서 드러나는 거래주체들이 행태와 효과가 이러한 예측에 부합하는 방향으로 전개되고 있는지는 의문이다. 우선 지원금 상한 규제에 의하여 이동통신사업자의 마케팅비용은 감소하고, 영업이익과 당기순이익은 증가하는 것으로 나타나고 있다. 이러한 상황은 지원금 감소로 인한 비용 절감 이익이 소비자에게 전가되지 않고 이동통신사업자에게 유보된 결과로 이해할 수 있는데, 실제 지원금 상한 규제 이후 비용절

5) 김남수, “단통법의 소비자후생효과”, 국민참여 대토론회, 참여연대, 2016, 13-14 및 김남수, “단말기유통개선편이 소비자후생에 미치는 영향”, 소비자정책 동향 제52호, 2014, 11-13면 참조.

감액과 이용자에게 발생한 요금감소액의 비교는 전자가 훨씬 큰 것으로 분석되고 있다.⁶⁾ 이러한 분석은 단말기유통법 제정 이후 이용자가 저가요금제를 선택하는 비율이 증가하는 일련의 지표에도 불구하고, 전체적으로 예상한 정도의 통신요금 감소가 이루어지지 않았다는 점에 의해서도 뒷받침된다.

단말기유통법의 제정에 따른 이익이 누구에게 귀속되고 있는지에 관한 분석도 유사한 결론을 제시한다. 예를 들어 주요 이동통신사업자의 분석에서 영업수익 등의 변화는 주요 이동통신 3사 모두 비슷한 추세에 있음을 보여주고 있다. 즉 단말기유통법 제정 이후 마케팅비용은 감소하고, 영업수익은 회복되고, ARPU는 증가한 것으로 나타나고 있다.⁷⁾

<표 1> 단말기유통법 제정 후 이동통신 3사의 영업수익 등 변화

	영업수익(단위, 10억)		무선 ARPU(단위, 원)		영업수익대비 마케팅비(%)	
	2015. 1분기	2016. 2분기	2015. 1분기	2016. 2분기	2015. 1분기	2016. 2분기
SKT	3,133	3,092	36,319	36,205	27	23
KT	1,805	1,859	35,451	36,527	39	37
LGU+	1,299	1,358	36,226	36,027	39	37

이러한 수치 변화는 단말기유통법 제정에 따른 이익이 주로 통신사업자에게 귀속되고 있음을 시사하며, 결과적으로 소비자에게 구체적인 이익이 발생하였음을 부인하는 근거가 될 것이다.

입법자의 의도에 분명히 반하는 것으로 보이는 이와 같은 현상은 법 제정 시 예상되었던 거래 행태의 변화가 예측에서 벗어난데 기인한다. 이는 특히 두 가지 측면에서 확인할 수 있는데, 우선 이동통신시장에서의 경쟁 양상의 변화에 따라서 나타날 것으로 예측되었던 통신요금의 인하는 의미 있는 수준으로 이루어지지 않은 것으로 볼 수 있으며, 또 다른 하나는 단말기 출고가 인하에 관한 것이다.⁸⁾ 단말기 지원금 상한의 규제는 단말기 실질 가격의 상승을 의미하고, 이로 인한 수요 감소에 직면하여 단말기 제조업자가 단말기 가격 인하로 대응할 것으로 예상되었다. 그러나 비록 이용자의 저가 단말기 구매가 증가하는 현상이 있었다 하더라도, 단말기 지원금 상한 규제가 단말

6) 조동근, “경쟁억압으로 소비자 이익 외면한 단통법 - 창조로 포장한 규제”, 국민참여 대토론회, 참여연대, 2016, 21면에서 SKT의 경우 2014년 1분기와 2015년 1분기를 비교할 경우에 1인당 매출액(ARPU)에는 변화가 없지만, 마케팅 비용은 16% 감소한 것으로 나타났다.

7) 박지호, “단통법이란 블랙홀”, 「국민참여 대토론회」, 참여연대, 2016, 23-25면 참조.

8) 안진걸, “단통법을 어찌할 것인가? 일부 성과는 있지만 대폭 보완 불가피”, 「국민참여 대토론회」, 참여연대, 2016, 26-28면 참조.

기 가격 자체의 의미 있는 수준의 인하로 이어지지는 않았다.⁹⁾ 이러한 상황에서 여전히 이용자가 요금할인보다 단말기 지원금에 더 큰 관심을 갖는 것은 당연한 결과로 이해된다.¹⁰⁾ 이와 같이 실제 전개되고 있는 단말기 및 이동통신서비스 시장의 변화는 결국 소비자 후생 개선의 뚜렷한 징표가 나타나지 않고 있음을 보여주는 것이며, 비록 시행 후 2년이 채 경과되지 않은 상황이지만 단말기유통법의 개정을 통한 제도 개선의 필요성을 시사한다.

또한 기대했던 효과의 부재는 법 제정 시부터 지적되었던 부정적 측면을 더욱 부각시키는 계기가 되고 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 단말기유통법의 입법 취지는 단말기 시장뿐만 아니라 나아가 이동통신서비스 시장의 건전한 발전을 촉진하는 것에 있으며, 입법 배경에는 오랜 기간 이른바 5 v. 3 v. 2 비율로 고착되어 있는 이동통신서비스 시장의 경쟁 구조도 자리하고 있다. 단말기유통법 제정 이전 이동통신사업자들의 주된 경쟁 수단은 단말기 지원금이었고, 동법의 시행에 의하여 지원금 규제가 제도화된 이후 경쟁 양상은 통신요금 인하를 중심으로 전개될 것으로 예상되었다. 그러나 전술한 것처럼 통신요금의 인하 현상은 나타나고 있지 않으며, 결과적으로 그 동안 가장 핵심적인 경쟁 수단으로 기능하였던 단말기 보조금 지급이 지원금 규제로 인하여 제함됨으로써 실질적으로 경쟁 활성화를 기대하기 어려운 상황이 되고 있다.¹¹⁾ 이는 단말기유통법 제정 이후에도 여전히 기존의 이동통신서비스 점유율 구조가 유지되고 있는 것을 통해서도 확인할 수 있다. 즉 동법 시행 이후 경쟁 주단이 붕쇄됨으로써 <표 2>에서 확인할 수 있듯이 오히려 이동통신시장의 역동성이 감소하고 있으며,¹²⁾ 이러한 상황 역시 단말기유통법 제정과 제도 운영이 이용자 이익 증진과 건전한 산업 발전이라는 입법 취지에 부합하는지에 대한 의문을 낳는다.

<표 2> 이동통신 3사의 시장점유율 변화(2014. 12. - 2016. 11.)¹³⁾

이동통신사업자	2014. 12.	2016. 11.
SKT	50.64	49.59
KT	29.74	30.39
LGU+	19.62	20.04

9) 이에 관하여 정부는 상이한 시각을 보여주고 있다. 미래창조과학부/방송통신위원회, 「단말기 유통법-시행 1년 성과 및 주요 이슈」, 2015, 28-29면에서는 국내 단말기 출고가가 인하되어 해외 출고가와 격차가 없어지고, 중저가 단말기가 확대된 것으로 보고 있다.

10) 김연학, “단말기유통법에 대한 의견”, 「국민참여 대토론회」, 참여연대, 2016, 15-16면 참조.

11) 조동근, 앞의 글, 21면 참조.

12) 김연학, 앞의 글, 10면 참조.

13) 2014년 12월은 단말기 유통법이 제정된 후 2개월이 경과된 시점이다. available in <http://msip.go.kr/SYNAP/skin/doc.html?fn=8b8cba0d4d54b3ab1d372af9ed239601&rs=/SYNAP/sn3hcv/result/201701/>

2. 개선 방안의 검토

(1) 지원금 규제 폐지론 검토

이상의 시장 상황과 거래주체들의 행태의 분석에 의하면, 동법은 입법 취지에 부합하는 결과를 낳고 있지 않으며, 입법 시 우려되었던 사전적 가격 규제로서의 부정적 측면만 드러내고 있는 것으로 볼 수 있다. 이러한 관점에서 지원금 상한 규제의 폐지가 주장되고 있다.

그러나 전술한 분석의 결과를 수용한다 하더라도, 지원금 규제의 폐지로 나아가기 위해서는 추가적으로 살펴볼 부분이 있다. 입법 당시의 논의를 돌아보면, 단말기 지원금의 지급 행태는 매우 복잡하고 불투명한 방식으로 이루어지고, 이로 인한 유통구조의 혼란은 차별적 불이익 등을 포함하여 이용자 불이익을 낳았으며, 바람직한 경쟁의 핵심적 요소로서 merits에 의한 경쟁을¹⁴⁾ 저해하는 주된 원인이 되었다. 또한 입법 이유에서 지적되었던 것처럼, 지원금에 의존하는 유통 양상은 단말기 시장과 이동통신서비스 시장의 건전한 발전을 저해할 뿐만 아니라, 나아가 국민경제적으로도 부정적 효과를 낳는 것으로 파악되었다. 물론 차별적 지원금 규제가 정보의 차이를 고려한 불가피한 가격전략으로 볼 수 있으며 이에 대한 규제는 과잉규제에 해당할 수 있다는 점, 지원금 상한의 제한은 인위적인 가격 통제로서 실효성을 기하기 어렵고 궁극적으로 시장에 부정적인 영향을 미칠 수 있다는 점 등은 입법 과정에서 충분히 인식되었던 것이다. 결국 이상의 논의를 종합하고 형량하여 지원금 규제의 입법에 이른 것이며, 현 시점에서 지원금 규제의 존폐에 관한 판단에 있어서도 이러한 논의 구조는 여전히 유효하다.

즉 단말기유통법 제정 이후 단말기 지원금 감소와 통신요금 감액을 비교하여 이용자의 후생은 증대한 것으로 보기 어렵고, 이동통신사업자의 이익만이 증가하고 있다는 분석은 이용자 이익 증대를 목적으로 하는 동법의 목적에 비추어 중요한 고려 요소임은 분명하지만, 이용자 이익 측면의 고려 대상이 이에 한정되는 것으로 볼 수는 없다.¹⁵⁾ 지원금에 관한 일련의 규제는 지원금 지급과 나아가 단말기 유통의 투명성을 제고하였다는 점에서 긍정적인 영향도 확인할 수 있으며, 이러한 상반된 영향을 종합적으로 고려하는 것이 동법의 취지에 부합하는 접근방식이 될 것이다. 이러한 관점에서 단말기유통법이 이용자 이익에 부정적 효과를 낳고 있다고 단정하기 어려우며, 더욱이 비록 현 시점에서 충분한 효과가 나타나고 있지 않다 하더라도 주된 경쟁 수단이 통신

14) Deutsche Telekom 사건에서 유럽법원을 “자신의 장점에 의존하는 경쟁의 영역에서 벗어나 기타 다른 방법을 이용하는 것”을 남용에 해당하는 것으로 이해하고 있다. Deutsche Telekom v. Commission, Case C-280/08 P [2010] ECR I-9555, para. 177 및 Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, Oxford Univ. Press, 2012, p. 198 참조.

15) 예를 들어 정부는 단말기유통법 제정에 의한 이용자 이익의 증대 요소로서 소비자의 탐색비용의 감소를 들고 있다. 미래창조과학부/방송통신위원회, 앞의 자료, 25면 참조.

요금의 인하를 중심으로 이루어지는 등의 거래주체들의 행동 방식의 변화를 통한 이용자 이익의 증대는 상당한 기간이 요하는 것일 수 있다는 점도¹⁶⁾ 염두에 두어야 한다. 따라서 단말기 지원금 규제의 전면적 또는 상한 규제와 같은 핵심적 규제의 폐지에는 신중할 필요가 있을 것이다.

이러한 맥락에서 단말기유통법 제4조 제1항 및 제2항에 의한 지원금 상한 규제가 부칙 제2조에 의하여 일몰 방식으로 이루어져 있다는 점에도 주의를 요한다. 부칙 제2조에 따르면, 동 규제는 2017년 10월까지 유효한 것이므로, 현 시점에서 규제의 계속성에 관한 논의가 불가피할 것이다. 동법이 차별적 지원금 규제뿐만 아니라 상한 규제를 도입한 것은 과도한 지원금 지급도 통신시장에서의 경쟁을 왜곡하고 궁극적으로 이용자 이익을 침해하는 원인이 된다는 판단에 따른 것이고, 다만 매우 엄격한 규제로서의 의미가 있는 가격 규제적 성격에 비추어 기한을 제한하는 방식으로 도입되었다. 앞에서의 논의에 비추어 보면, 현 시점에서 지원금 상한 규제가 의미 있는 성과를 도출하고 있다고 보기는 어렵지만, 또한 제도의 무용성을 단정하는 것 역시 이른 판단으로 보인다. 즉 향후 시장의 변화에 대한 지속적인 주시가 요구되는 상황이며, 이러한 점에서 동 규제의 효력을 예정된 시점에 일몰시키는 것에 대해서는 논의의 여지가 있다. 한편 동 조항에 대한 일몰 규정은 동법 부칙에 법정되어 있는 사항이고, 더욱이 규정 형식도 재검토형 일몰제가 아닌 효력상실형 일몰제로 되어 있다는 점에서¹⁷⁾ 입법적 해결이 요구된다.

(2) 지원금 규제 보완론 검토

앞에서의 분석에 비추어 지원금 규제의 폐지 대신에 규제 자체를 유지할 경우에 보완의 필요성 자체를 부인하기는 어렵다. 무엇보다 종합적인 고려를 통하여 이용자 이익이 침해되고 있다는 판단에는 한계가 있지만, 적어도 지원금 상한 규제로 인하여 직접적인 이익이 이용자에게 귀속되지 않고 있다는 점에 대해서는 주의를 기울일 필요가 있을 것이다. 그 원인에 관하여 다양한 이해가 가능하지만, 결국 단말기 지원금 상한 규제가 단말기 가격의 하락 그리고 이동통신 요금의 인하로 이어지지 않고 있다는 점을 주된 원인으로 들 수 있다.

우선 단말기 가격의 인하와 관련하여, 현행 제도 하에서 자율적인 인하 가능성이 현실화되기 어렵다면, 추가적인 제도 보완을 고려할 수 있다. 일본에서 시행되었던 단말기와 통신요금의 분리요금제는 결합판매의 가능성을 차단함으로써 이용자에게 서비스 이용 과정에서 발생할 수 있는 불이익을 제도적으로 방지하고 있다는 점에서 참고할 만한 제도이었지만 동법 제정 시 수용되지 않았다.¹⁸⁾ 또한 단말기 제조사와 이동통신

16) 권남훈, “단말기 및 이동통신 서비스 유통규제의 시장경쟁효과”, 「산업조직연구」 제23권 제2호, 2015, 3면 이하 참조.

17) 장기간 문제가 되어 온 단말기 지원금 문제를 입법적으로 다루면서 이를 효력상실형으로 규정한 것에 대한 비판으로, 홍명수, 앞의 글, 330면 및 박영도, 앞의 책, 323-325면 참조.

사업자의 지원금 공시를 분리하고, 제조사의 지원금 내역을 투명하게 하는 방안도 제도화에 이르지 못하였다. 즉 현행 지원금 공시제도는 이동통신사업자에 한정된 불완전한 방식으로 이루어졌으며, 이러한 점은 단말기 지원금 규제 이후에도 단말기 가격 자체가 하락하지 않는 원인으로 작용하고 있는 것으로 보인다. 따라서 단말기 가격의 인하를 유인하는 방식의 하나로 제조사의 지원금 내역이 포함된 분리공시제의 도입을 고려할 수 있을 것이다.

단말기 지원금 규제가 통신요금의 인하로 이어지지 않는 문제에 대해서도 논의가 필요하다. 종래 주된 경쟁 수단이었던 단말기 지원금에 대한 규제가 도입된 이후 이동통신사업자들의 경쟁이 통신요금 인하를 중심으로 전개될 것이라는 예측은 실현되지 않고 있다. 물론 특정한 경쟁 방식을 강제적으로 적용하는 것은 가능하지 않으며, 실제 제도화도 여의치 않을 것이다. 그렇지만 예측한 시장 행태가 나타나지 않고 있는 것에 대한 분석의 필요성이 있으며, 이와 관련하여 특히 과점적 시장구조에 대하여 주목을 요한다. 3사업자로 구성되어 있고, 이들의 시장점유율이 장기간 고착되어 있는 상황에서 사업자들은 담합에 이르지 않더라도 전략적인 가격 책정을 통하여 가격을 유지할 수도 있다. 이러한 점은 이동통신시장의 구조적 변화가 근본적인 답이 될 수 있음을 시사한다. 또한 고려할 것은 이동통신 요금 결정과 관련된 제도적 조건이다. 전기통신사업법 제28조 제2항에 의하여 이동통신서비스 시장의 1위 사업자는 요금 인가를 받아야 하며, 다른 사업자는 동조 제1항에 의하여 신고 의무를 부담한다. 전기통신사업법에 의한 이동통신서비스 요금 규제는 동 시장에서의 자율적인 가격 결정을 제한하는 것이며, 이러한 요금 규제의 제도화도 통신요금 인하 경쟁이 충분히 이루어지지 않고 있는 원인이 될 것이다. 따라서 단말기유통법에 의한 지원금 규제가 통신요금 인하로 이어지기 위해서는, 동법을 넘어서 통신법 체계 전반에 걸쳐 이동통신사업자의 자율영역의 확대에 관한 논의가 필요하며, 전기통신사업법상 요금 규제에 대한 재고가 동일한 맥락에서 이루어질 필요가 있다.

단말기유통법의 제정을 통하여 기대하였던 이동통신시장의 경쟁 활성화 문제도 다루어질 필요가 있다. 동법의 제정 이후에도 이동통신시장의 경쟁 구조의 고착화는 여전하며, 개선의 징후가 뚜렷이 드러나지 않는다. 이와 관련하여 기존 이동통신사업자들의 주된 경쟁 수단이었던 지원금 지급을 규제함으로써 실질적으로 사업자들이 경쟁할 수 있는 수단이 축소되었다는 지적은 참고할 만한 것이다. 이와 관련하여 현행 제도 하에서처럼 모든 유형의 단말기 지원금 지급을 규제 대상으로 할 것이 아니라, 적어도 변호이동과 같이 이동통신사업자 간 경쟁 활성화와 밀접히 관련되는 경우에는 지원금 상한을 높이는 방안처럼 차별적인 접근을 시도하는 차별적 상한제도 고려할 수 있다. 동일한 맥락에서 지원금 상한 규제의 상한액 인상에 관한 논의에 있어서는 이용자의 이

18) 강인규, “분리 요금제를 통한 단말 가격과 통신요금 분리를 위한 전제조건”, 「정보통신방송정책」 제24권 제5호, 2012, 38면 이하 참조.

익 등 거래 주체의 이해관계뿐만 아니라 경쟁 활성화에 기여하는 정도 등도 아울러 고려되어야 한다.

III. 장려금 규제의 개선 논의

1. 장려금 규제의 문제

단말기유통법 제2조 제10호에서 장려금은 이동통신단말장치 제조업자가 이동통신사업자(특수관계인을 포함), 대리점 또는 판매점 등에게 이동통신단말장치 판매에 관하여 제공하는 일체의 경제적 이익(가목) 또는 이동통신사업자가 대리점 또는 판매점 등에게 이동통신단말장치 판매에 관하여 제공하는 일체의 경제적 이익(나목)을 말한다. 즉 단말기 판매와 관련하여 이용자가 아닌 유통망에 지급되는 경제적 이익을 의미하며, 이에 대한 규제는 동법 제9조에 의한다. 동조는 공정한 유통 환경 조성을 목적으로, “이동통신단말장치 제조업자는 장려금을 제공함에 있어 이동통신사업자, 대리점 또는 판매점으로 하여금 이용자에게 부당하게 차별적인 지원금을 지급하도록 지시, 강요, 요구, 유도하는 등의 행위를 하여서는 아니 된다”(2항), “이동통신사업자는 대리점과의 협정을 체결함에 있어서 대리점으로 하여금 이용자에게 부당하게 차별적인 지원금을 지급하도록 지시, 강요, 요구, 유도하는 등의 행위를 하거나 특정 부가서비스 또는 요금제 등을 부당하게 차별적으로 권유하도록 하는 특약 또는 조건을 정하여서는 아니 된다”(3항), “이동통신사업자는 대리점과의 협정에 관하여 표준 협정서를 마련하여 미래창조과학부장관에게 신고하여야 한다”(4항) 등의 장려금 규제에 관한 규정을 두고 있다.¹⁹⁾

일반적으로 이동통신사업자는 유통점(대리점, 판매점)에 이동통신단말기 판매에 대한 장려금을 제공하고, 유통점은 이를 주된 수익의 하나로 취하는 관행이 존재하였다. 특히 대리점의 경우에는 이상의 장려금 외에 자신의 판매수익 중 일부를 리베이트 형식으로 판매점에게 제공하는 관행도 있었다. 이러한 유통상의 관행은 대리점에게 지급하는 장려금을 통하여 경쟁하는 수단을 제공하는 의미가 있고, 특히 단기간에 가입자 수를 확대하는데 유효한 전략의 하나로 사용되었다.

이러한 점에서 단말기유통법은 장려금 규제에 관한 근거를 제9조에 마련하여 유통시장의 공정화를 도모하고 있다. 이동통신사업자 등에 의하여 유통점에 지급되는 장려금은 본질적으로 이들이 이용자에게 단말기를 제공할 때 지급하는 지원금의 재원이 되는 것이므로, 지원금 지급 규제와는 별개의 규제 필요성이 존재하는 것으로 볼 수 있다.

19) 단말기유통법 제12조 제1항에서 이동통신사업자는 장려금 규모 및 재원에 대한 자료 제출과 보관 의무를 부담한다.

그러나 동 규정은 장려금 규제에 관한 대표적인 근거 조항이지만, 지원금 규제와 비교하여 규제 수준과 내용은 다소 완화되어 있다. 예를 들어 이동통신사업자의 경우 규제 대상인 행위는 차별적 지원금 지급과 관련된 것이고, 이 외에 일정한 신고 의무를 부담할 뿐이다. 따라서 이러한 내용의 규제로서 장려금 지급에 관한 규제가 충분한지에 관하여 논의의 여지가 있다.

한편 최근 (사)전국이동통신유통협회(이하 협회)를 통하여 장려금 수준을 모니터링한 것이 문제가 되었으며, 특히 이러한 행위가 법적 근거를 갖고 있는지가 쟁점이 되었다. 이러한 행위가 장려금 수준 자체를 직접적으로 통제하는 것은 아니지만, 방송통신위원회가 이동통신시장 안정화를 위하여 정책 지표로서 운영하고 있는 시장안정화 지수에 장려금 수준이 중요 항목으로 반영되어 있다는 점에서 실질적으로 장려금 수준의 통제 의미도 가질 수 있을 것이다.

2. 장려금 규제의 개선

앞에서 살펴본 것처럼, 단말기유통법은 이동통신사업자가 지급하는 장려금에 대한 상한이나 총액을 제한하는 근거를 두고 있지 않다. 따라서 장려금 자체에 대한 통제 의미의 갖는 일련의 조치는 법적 근거를 벗어난 행위로 볼 수밖에 없다. 다만 단말기 판매에 대한 장려금은 특히 유통점을 통하여 지원금 지급과 관련된 위법행위의 재원을 제공하는 의미가 있으므로, 구체적 관련성의 전제 하에서, 특히 유통점에 의한 차별적 지원금 지급과의 관련성이 있는 것으로 판단되는 경우에 행위의 실질을 파악하여야 하는 규제기관으로서 현황 파악 수준에서의 모니터링은 가능할 수 있다.

나아가 장려금 상한 규제와 같이 장려금 자체에 대한 일정한 통제가 요구되는지에 대해서는 신중한 접근이 필요할 것이다. 장려금은 이용자의 이익 침해와도 직접적 관련이 없을 뿐만 아니라, 이미 유통 단계에서의 위법행위와의 관련성을 전제로 규제가 마련되어 있는 이상 추가적인 강화된 내용의 규제에 대해서는 신중한 접근이 필요할 것이다.

IV. 결론

단말기유통법의 제정은 단말기유통시장에서 전개되어 온 경쟁이 주로 과도한 보조금 지급을 중심으로 이루어지고, 이로 인하여 이용자 이익이 침해되고 나아가 국민경제적인 피해를 낳고 있다는 문제 인식에 기초하였다. 물론 보조금 규제는 사전규제적 성격을 갖는 것이고, 따라서 시장의 자율성에 중요한 제한을 가하는 측면이 있기 때문에 제도 도입에 신중함을 요하는 것이다. 그럼에도 불구하고 이러한 제한으로부터 야기되는 부정적 측면보다 규제로부터 기대되는 긍정적 이익이 클 것이라는 정책적 판단이

입법의 기초가 되었다. 이러한 관점은 제도의 지속성 또는 보완에 관한 논의에 있어서도 유지되어야 할 것이다. 또한 과잉규제의 우려와 관련하여 규제 비용의 문제도 아울러 고려될 필요가 있다. 규제의 정당성이나 실효성에 대한 평가의 혼선은 예상하지 못한 규제 비용의 증가를 낳을 수 있으며,²⁰⁾ 이 역시 제도의 지속성 논의에 있어서 고려 대상에 포함되어야 할 것이다.

이러한 관점에서 단말기유통법상 보조금 규제로서 도입된 지원금 규제와 장려금 규제가 검토되어야 한다. 우선 지원금 규제와 관련하여 제도의 목적이 충분히 실현되고 있는지에 지속적으로 주의가 기울여져야 한다. 그러나 유통 구조의 개선이나 바람직한 경쟁 양상이 자리 잡기 위해서는 상당한 기간이 요구되며, 특히 가격 변화와 같은 단면적인 요소의 분석만으로 충분치 않다는 점도 염두에 두어야 한다. 무엇보다 법 제정 이후의 시간이 이를 명확히 판단하기에 충분한 것으로 보기 어려우며, 이러한 점에서 지원금 상한 규제의 일몰제 형식의 개정도 필요할 수 있다. 오히려 제도 목적의 실현에 저해 요소를 확인하고 분리공시제나 차별적 상한제 등과 같은 보완적인 입법을 통하여 단말기 시장 나아가 통신서비스 시장의 경쟁 활성화를 모색하는 것이 중요하다.

장려금 규제 문제에 있어서 규제기관의 모니터링에 대한 법적 근거를 마련하는 등의 제도적 보완이 필요할 것으로 보인다. 그러나 사업자 간에 행해지는 장려금 규제와 관련하여 공정성을 목적으로 하는 행위 규제 이상으로 장려금 상한 규제와 같은 형식적 규제로 나아가는 것은 비례원칙에 반하는 과도한 규제로 평가될 여지가 있으며, 이러한 방향으로의 제도 개선에 신중할 필요가 있다.

20) Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge, *Understanding Regulation*, Oxford Univ. Press, 2012, p. 37 참조.

[참고문헌]

- 강인규, “분리 요금제를 통한 단말 가격과 통신요금 분리를 위한 전제조건”, 「정보통신방송정책」 제 24권 제5호, 2012.
- 권남훈, “단말기 및 이동통신 서비스 유통규제의 시장경쟁효과”, 「산업조직연구」, 제23권 제2호, 2015.
- 김남수, “단말기유통개선법이 소비자후생에 미치는 영향”, 소비자정책 동향 제52호, 2014.
- 김남수, “단통법의 소비자후생효과”, 국민참여 대토론회, 참여연대, 2016.
- 김연학, “단말기유통법에 대한 의견”, 「국민참여 대토론회」, 참여연대, 2016.
- 미래창조과학부/방송통신위원회, 「단말기유통법-시행 1년 성과 및 주요 이슈」, 2015.
- 박영도, 「규제일몰제 확대 도입에 따른 법제개선방안」, 한국법제연구원, 2011.
- 박지호, “단통법이란 블랙홀”, 「국민참여 대토론회」, 참여연대, 2016.
- 안진걸, “단통법을 어찌할 것인가? 일부 성과는 있지만 대폭 보완 불가피”, 「국민참여 대토론회」, 참여연대, 2016.
- 조동근, “경쟁억압으로 소비자 이익 외면한 단통법 - 창조로 포장한 규제”, 「국민참여 대토론회」, 참여연대, 2016.
- 홍명수, “단말기유통법 제정의 의의와 개선 과제”, 「고려법학」 제76호, 2015.
- Baldwin, R., Cave, M. & Lodge, M., *Understanding Regulation*, Oxford Univ. Press, 2012.
- Whish, R. & Bailey, D., *Competition Law*, Oxford Univ. Press, 2012.

[Abstract]

A Study on Reformation of Mobile Terminal Distribution Act

Myungsu Hong*

“Law on the Improvement of the Mobile Terminal Distribution System”(Mobile Terminal Distribution Act) was enacted in May 2014, and conducted from October. While the enforcements of Mobile Terminal Distribution Act have elapsed more than two years, but matters that need improvement in the new system operating have been revealed. So in the current law, it is required to review these matters.

The main motive of the legislation of Mobile Terminal Distribution Act was to eliminate the disadvantages of the user. Such disadvantages in the mobile market have resulted from unclear and complicated subsidies at the purchase of mobile terminal, paid by communication common carriers or terminal manufacturers. The aspects of purchasing mobile communications services and terminal device at the same time have made more intensified complexity of the matters about the subsidy of the mobile terminal devices. Mobile Terminal Distribution Act is an outcome of the legislative work to solve this problem, but of course this act itself is not perfect. The restrictions on discrimination in subsidies are strengthened, the upper limits of the subsidies are made, or the obligations about the disclosure of subsidies and the submission of the related materials obligation are imposed by the enactment of the law. At the moment, it will be rather premature to anticipate the mobile market to normally work after the enactment of Mobile Terminal Distribution Act. But reviewing the matters revealed as a result of the enactment of this Act, an in-depth considerations of competition activation elements have been lacked but regulations of competition by terminal device subsidies. In particular, it is necessary to consider introduction of the separation pricing systems of the terminal devices and the communication services positively and the discriminative regulations of subsidies

* Professor, College of Law, Myongji Univ.

<key words>

Mobile Terminal Distribution Act, Telecommunications Market, Terminal Device Subsidy, Regulation of Discrimination, Upper Limit of Subsidy

국내외 파견근로의 현황 및 제조업 파견 허용 주장에 대한 동향 연구

장 다 헤*

논문요지

2015년 9월, 여당에 의해 「파견 근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’) 개정안이 국회에 제출되었다. 발의된 파견법 개정안의 주요 내용 중 주의 깊게 살펴보아야 하는 것은, 현행의 positive 방식 파견 대상 업무를 negative 방식으로 변경하고자 하는 것에 있다. 외국의 파견법은 파견근로자 보호를 위해 제정/개정 되어온 반면 외국의 사례와는 그 배경과 목적이 다른 국내의 파견법에서 제조업의 파견허용이 의도한 바와 같은 근로자 보호 및 일자리 창출 등의 효과가 있는지에 대해 연구를 진행하였다. 독일의 경우 파견법 규제 완화 이후에도 파견근로자의 일자리의 질은 여전히 단기의 저임금 근로에 치우쳐져 있어 개선되지 않고 있다. 프랑스는 파견근로자 보호를 위한 엄격한 규제 장치를 가졌음에도 파견근로자의 비중이 꾸준히 증가하고 있고 기진입자와 신규 진입자간의 노동시장 이중구조화가 심화되고 있다. 네덜란드의 파견법은 파견근로자의 법적 보호 역할을 제대로 하지 못한다는 비판을 지속적으로 받고 있다. 영국은 파견근로자의 대부분이 단순노무직에 종사하는 미숙련 근로자로 구성되어 있으며 동일임금에 대한 규정도 존재하지 않아 파견 근로자의 임금수준이 매우 낮다. 외국의 경우와 마찬가지로 국내의 파견근로자들은 근로자 보호를 위한 지속적인 법 개정 등의 노력에도 불구하고 여전히 낮은 임금, 불안정한 고용 등에 시달리고 있다.

계속되는 저성장, 고실업 기조 하에 이를 극복하기 위한 대안 중 하나로 근로자 파견제도의 합리적 개선을 들 수 있다. 하지만 입법 취지에 반하는 저임금, 비정규의 낮은 일자리 질이 파견근로가 처해있는 상황이다. 따라서 제조업 파견에 대해 논의하기 위해서는 파견근로의 일자리 질 상승을 위한 노력이 수반되어야 한다.

또한 많은 근로자를 사내 하청으로 사용하고 있는 국내 제조업 시장에서 제조업 파견 허용이 일본과 같은 결과를 낼 수 있을지에 대해서는 긍정적이라 할 수 없을 것이다. 따라서 사내 하청과 파견의 장단점 및 일자리 창출효과, 임금 등에 대한 비교 연구가 필요할 것으로 보인다.

검색용 주제어: 제조업, 파견 허용, 파견법, 일자리의 질, 임금

• 논문접수: 2016. . . • 심사개시: 2016. . . • 게재확정: 2016. . .

* 명지대학교 일반대학원 경영학과 박사과정

I. 서론

2015년 9월, 여당에 의해 「파견 근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’) 개정안이 국회에 제출되었다. 발의된 파견법 개정안의 주요 내용 중 주의 깊게 살펴보아야 하는 것은, 현행의 positive 방식 파견 대상 업무를 negative 방식으로 변경하고자 하는 것에 있다.¹⁾ 정부와 여당은 불법 파견 근절, 비정규직 노동자 보호, 청년 실업 감소, 고령자 일자리 확대 등을 위해 위 파견법 개정안의 통과가 반드시 필요하다고 주장하고 있다.²⁾ 반면 노동계와 야당은 파견법 개정이 비정규직을 양산할 우려가 있다며 반발하고 있다. 이처럼 제조업 등의 파견이 허용되는 negative 방식으로의 전환이 실효성이 있는지에 대해서는 논란이 제기되고 있다.

처음 파견법이 논의되기 시작한 배경에는 파견근로자 보호가 있다. 독일의 경우 1967년 파견근로가 인정되기 전까지 파견근로는 형사처벌의 대상이었으며, 1971년 근로자파견법(Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)의 제정 이후에도 파견근로의 부정적 영향을 고려한 제한적 입법 태도를 취하였다. 이후 2002년 말 개정된 파견근로 규제 완화를 위한 법 개정 시 중심으로 논의되었던 내용이 파견근로자에 대한 균등대우 규정 이었다³⁾. 이를 통해 독일 파견법의 제정과 개정 모두에서 근로자 보호를 우선적으로 고려하였음을 알 수 있다. 일본의 경우 처음 파견법 제정 당시 파견 근로 적용 대상은 전문직 13개 업무로 규정하였다. 파견근로 대상 업무를 제한한 이유는 파견근로자의 상용근로자 대체 우려 때문으로 풀이된다.⁴⁾

이처럼 외국의 파견법은 파견근로자 보호를 위해 제정/개정 되어왔다. 반면 외국의 사례와는 그 배경과 목적이 다른 국내의 파견법에서 제조업의 파견허용이 의도한 바와 같은 근로자 보호 및 일자리 창출 등의 효과가 있는지에 대해서는 연구가 필요 할 것으로 보인다.

이에 본 연구는 국내보다 먼저 제조업 파견을 실시한 외국의 파견법 및 파견근로 현

1) 노동개혁 개정안에는 파견근로자보호 등에 관한 법률(파견법), 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(기간제법), 근로기준법, 고용보험법, 산업재해보상보험법이 포함되어 있다. 정부는 노동개혁을 통해 근로시간 단축 등으로 15만 명 이상의 청년일자리가 늘어나고, 중장년층에게 새롭고 더 나은 일자리 기회를 제공할 수 있으며, 실직자의 재취업을 돕기 위한 실업급여가 대폭 강화되고, 산재보험제도 시행 50년 만에 출퇴근재해 보상 제도가 도입된다고 홍보하고 있다.

2) 파견법 개정을 통해서 얻어지는 효과로 정부가 주장하는 바는 다음과 같다. 첫째, 55세 이상 파견 확대로 중장년의 일자리 기회가 늘어난다. 둘째, 법적 보호를 받는 파견 일자리의 증가로 일자리의 질이 올라간다. 셋째, 중소기업의 인력난이 개선되고, 생산성이 향상된다. 넷째, 자영업 시장의 과포화 문제가 개선된다.

3) 김희성, “유럽연합 및 독일의 파견근로와 균등대우 -근로자파견법과 단체협약의 관계-”, 「노동법논총」, 2013, 328면 참고.

4) 변양규·이수정, “최근 일본 근로자파견법 개정 내용과 시사점”, 「노동법논총」, 2015, 565면 참고.

황에 대해 살펴보고, 파견법이 당초의 목적대로 파견근로자 보호의 역할을 하고 있는지에 대해 분석해보고자 한다. 또한 이를 통해 제조업 파견 허용의 기대효과에 대해 연구하고, 이를 통한 정책적 시사점을 도출해내는 것을 목적으로 한다.

II. 외국의 파견근로

‘파견’이란 간접고용⁵⁾ 유형의 하나를 의미하며 파견업체, 사용업체, 근로자의 3자 간 고용관계로 이루어져 있다. 1920년대 미국에서 시작되었으며, 경제환경·기술·산업구조 등 노동시장의 변화에 의해 1980년대 이후 여러 나라에서 두루 이용되고 있다⁶⁾.

국내법에서 정의하는 근로자파견이란 ‘파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 파견사업주와 사용사업주 사이의 근로자파견계약에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것’을 말한다(파견법 제2조 제1호)⁷⁾. 또한 파견근로자는 비정규⁸⁾ 고용 형태중 하나로 ‘파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자파견의 대상이 되는 자’를 말한다(파견법 제2조 제5호).

1. 유럽

(1) 유럽연합(EU)

비정규 노동의 폭발적 증가로 인한 사회문제 대두로부터 유럽연합의 비정규노동 정책이 시작되었다. 1997년 파트타임 지침이 통과되면서 비정규노동 정책 제정에 큰 틀이 마련되었고, 이후 1999년 기간제노동 지침이 채택되었다. 마지막으로 제정된 ‘파견근로에 관한 법률안’은 ETUC(유럽노동조합총연맹), UNICE(유럽산업사용자총연합단체인협), CEEP(유럽공공기업센터), UEAPME(유럽직업및중소기업협회)에 의해 2002년 제출되었다. 2008년 11월 19일, 유럽연합의회와 유럽연합이사회에서 파견근로에 관한 유럽연합지침을 의결하였고 그해 12월 5일 공포하였다⁹⁾. 파견근로 지침 제 11조에 의

5) 간접고용은 근로자와 실제 근로를 제공받는 자 사이에 제 3자의 중개가 있거나 제 3자가 근로자를 고용하여 근로를 제공하기 위해 근로자를 제공하는 경우를 의미한다.; 이영면, 「고용관계론」, 경문사(2015), 104면 참고.

6) 하갑래, “근로기준법”, 「중앙경제」(2012), 863면 참고.

7) 근로자 파견은 고용한 근로자를 일정기간 다른 기업의 근로에 종사하게 한다는 점에서 전출(파견근무)과 유사하지만 처음부터 다른 사용자에게 보낼 것을 전제로 채용한다는 점에서 구분된다.; 임종률, 「노동법」, 박영사(2006), 578면 참고.

8) 비정규직에는 구체적으로 유기계약근로자(temporary worker), 단시간근로자(part-time worker), 파견근로자(temporary agency worker)가 포함된다.; 하갑래, 위의 책, 808면 참고.

9) EU 지침이 채택되면 가맹국은 국내법 및 규제를 개정해야하며, Official Journal에 지침이 발표된 날부터 3년 이내에 대응하여야한다. 단, 이는 “최저한도의 요구”이므로 각국의 사정이나 입장에 따라 차등 대응한다.

해 모든 유럽연합회원국은 지침 공포 후 3년 뒤인 2011년 12월 5일까지 국내법에 반영하여야만 하였다¹⁰⁾. 따라서 대부분의 회원국에 파견법이 존재한다.

표 1. EU 회원국의 근로자 파견에 대한 법적 규제

국가	법 제정	평등대우 원칙	사용이유 제한	기간 제한	산업/직종 제한
벨기에	1976	○	○	○	○
포르투갈	1989	○	○	○	○
프랑스	1972	○	○	○	×
스페인	1994	○	○	×	○
룩셈부르크	1994	○	○	○	×
그리스	2001	○	×	○	×
독일	1972	○	×	×	△
이탈리아	1997	○	○	×	×
오스트리아	1988	○	×	×	×
핀란드	2001				
네덜란드	1965				
노르웨이	1977	×	○	×	×
영국	1973	×	×	×	×
덴마크	1972				
스웨덴	1993				
아일랜드	1971				

출처: European Foundation(2006), “Temporary agency work in an enlarged European Union”

파견근로 지침의 첫 번째 원칙은 ‘차별금지 원칙’이다. “파견근로자는 기본적인 근로 및 고용조건에서 사용업체의 비교 가능한 근로자와 동일한 대우를 받아야만 한다. 여기서의 비교 가능한 근로자는 연공, 자격, 기능을 고려하여 파견근로자가 종사하는 것과 동일 또는 유사한 직위에 종사하는 사용업체 근로자를 의미한다.”¹¹⁾ 즉, 유럽연합 파견근로 지침의 목적이 파견근로자에 대한 평등대우원칙 준수를 통한 파견근로자 보호 및 파견근로 질적 향상에 있음을 알 수 있다.

파견근로지침 제5조 제1항에서는 파견근로자의 평등대우원칙을 정하고 있는데, 이를 살펴보면 다음과 같다. “파견기간 중 파견근로자의 중요 근로조건은 최소한 파견근로자가 사용 기업에 의해 동일한 일자리에 직접 채용되었더라면 적용받았을 근로조건에 상응하는 것이어야 한다.” 여기서 주의해야 할 점은 동일/유사한 업무를 수행하는 근로자와의 비교가 아닌 사용업체의 채용을 가정하여 원칙을 채택하고 있다는 점이다. 파견근로자 보호를 위한 여러 가지의 특별규정도 존재한다. 제6조 제1항에서 사용사업

10) 김기선, ‘파견근로에 관한 유럽연합지침’, 5면 참고.

11) 정이환 외, ‘유럽연합(EU)의 비정규고용 지침과 주요 국가들의 노동입법 동향’, 167면 참고.

주에 의한 파견근로자의 직접고용을 용이하게 하기 위한 규정을 두고 있고, 제4항에서는 평등대우원칙을 규정하고 있다. 또한, 제5항에서는 파견근로자에게 교육기회를 제공해야 한다고 규정한다.

(2) 독일

독일에서 파견법¹²⁾이 제정된 배경에는 근로자파견사업 허용이 있다. 1967년 4월 4일 연방헌법재판소의 민간인에 의한 직업소개 금지가 ‘직업의 자유’(독일기본법 제12조 제1항)에 위배된다는 결정에 의해 근로자파견사업이 허용되게 되었다. 이를 통해 기존에 적용되었던 ‘직업소개및실업보험에관한법률’이 아닌 일반 노무공급계약과 동일하게 민법의 적용을 받게 되었다. 이로 인해 근로자파견사업은 빠른 속도로 증가하게 되었고, 파견근로자 착취 및 사회보험료 체납 등 다양한 문제점이 생겨나게 되었다. 이에 연방의회에서 이러한 문제점을 해결하고 파견근로자를 보호하기 위해 1972년 근로자파견법을 제정하였다¹³⁾.

독일의 파견근로는 처음 도입 시 포괄적 규제를 받았으나 점차 규제가 완화되었다. 가장 크게 규제가 완화된 것은 2002년 법 개정으로, 파견 기간 제한 규정과 파견근로자의 동일기간고용금지 규정이 모두 폐지되었다. 개정의 핵심은 근로자파견업 활성화를 위한 인력서비스알선소 설치 및 파견근로자 보호강화를 위한 균등대우규정 신설에 있다. 단, 독일의 경우 국내와는 다르게 처음 제정부터 대상 업무 제한을 두지 않았기 때문에 대상 업무에 대한 규정은 예외 규정인 건설업 파견근로의 예외적 허용 외에는 변경 되지 않았다¹⁴⁾.

독일의 파견근로는 비정규직 노동시장의 가장 작은 부분을 차지하고 있으나, 파견법 규제 완화 이후 지속적으로 증가하고 있다. 파견근로자의 일자리의 질은 여전히 단기의 저임금 근로에 치우쳐져 있어 개선되지 않고 있음을 알 수 있다. 따라서 독일의 파견법은 당초의 목적대로 파견근로자 보호를 위해 작동하지 못하고 있는 것으로 평가된다.

(3) 벨기에

벨기에는 파견근로에 대해 가장 엄격하게 제한하는 국가이다. 벨기에의 파견근로는 산업별로 혼재되어 있으며 비중은 2.2%로 크다. 생산직에서 파견근로가 가장 활발하게 이루어지고 있다. 일시적인 업무에만 파견근로가 허용되지만, 파견근로 기간은 6개월 이상이 가장 높아 다른 회원국에 비해 긴 편이다. 1987년 “동등처우에 관한 기본법”을 통해 임금, 근로조건 등을 정규직 근로자와 동일하게 지급하도록 규정하였다. 법 제도

12) 정식 명칭은 ‘근로자파견사업의규율에관한법률’(Gesetz zur Regelung der gewermäßigen Arbeitnehmerüberlassung)이다.

13) 최홍엽, “외국의 근로자파견제도의 최근 동향”, 사회문화법제분석(1998), 11면 참고.

14) 김희성, 각 3)의 글 328면 참고.

와 더불어 산업수준 또는 전국노동평의회(National Labour Council, CNT/NAR)를 통한 단체교섭에 따라 파견노동자들은 일반노동자나 다른 비정규노동자와 동일한 권리를 가진다¹⁵⁾.

(4) 프랑스·네덜란드

프랑스와 네덜란드는 EU회원국 중 제조업 파견이 가장 활발하다. 각각의 특징을 살펴보면 다음과 같다.

프랑스 파견법은 1972년 제정되었으며, 파견근로의 사용사유 및 파견기간을 다른 국가들에 비해 엄격하게 규제한다. 평균 파견 기간은 9.5일로 EU 회원국 중 가장 짧으며, 파견근로의 비중은 2.1%로 큰 편이다. 파견근로에 대해 ‘동일가치노동 동일임금’이 적용되기 때문에, 근속 연수와 직무가 동일하다면 정규직과의 임금차별은 허용되지 않는다. 이처럼 파견근로자 보호를 위한 엄격한 규제 장치를 가졌음에도 불구하고, 파견근로자의 비중이 꾸준히 증가하고 있고 기진입자(정규직)와 신규 진입자(고졸/대졸자)간의 노동시장 이중구조화가 심화되고 있다¹⁶⁾.

네덜란드는 유럽연합회원국에서도 고용률은 높고 실업률은 낮은 이상적인 형태의 노동시장을 가진 국가로 손꼽힌다¹⁷⁾. 파견 관련법인 인력공급의규율에관한법률(Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten)이 1965년 처음 제정되었으며, 이를 통해 파견근로자의 동등처우를 규정하고 보호를 위한 제도적 장치를 마련하게 되었다. 이후 1991년 노동력공급법(Arbeidswoorzieningswet)을 통해 파견이 엄격하게 규제되었다. 그럼에도 불구하고 네덜란드의 파견법은 파견근로자의 법적 보호 역할을 제대로 하지 못한다는 비판을 지속적으로 받고 있다¹⁸⁾.

(5) 스페인·영국

스페인과 영국은 서비스업 파견이 가장 활발한 국가들로 각각의 특징을 정리하면 다음과 같다.

스페인의 임시직 비율은 30% 수준으로 매우 높은 편이며, 임시직 문제가 심각한 사회적 문제로 인식되고 있다. 반면 파견직의 비율은 1% 남짓으로 매우 낮는데 이는 임시직과 다른 비정규직에 비해 파견근로 규제가 잘 이루어졌기 때문으로 풀이된다. 1994년 파견업법(Ley de Empresas de Trabajo Temporal)이 제정되었으며 1999년과 2010년 대폭 개정되었다. 첫 개정은 파견업에 대한 규제를 강화하여 파견근로자를 보호하는 방향으로 이루어졌으며¹⁹⁾, 이때의 법 개정을 통해 파견근로자가 속한 산업의

15) 안정화, “비정규직 정책에 대한 국제비교연구”, 46면 참고.

16) 장신철, ‘프랑스의 비정규직’, 26면 참고.

17) Ton willthagen et.al., ‘네덜란드식 유연안정성’, 14면 참고.

18) 김기선 외, 14)의 글 117면 참고.

19) 조돈문, ‘스페인의 간접고용 사용에 대한 사회적 규제’, 360면 참고.

단체협약에 따라 동일임금을 받을 수 있게 되었다. 연령별로는 25세 미만의 파견근로자 비중이 가장 높는데 이는 청년층이 정규직 취업을 위한 디딤돌로서 파견근로를 하기 때문으로 풀이된다.

영국은 파견법이 제정되어 있지 않으며, 파견 관련법으로 1973년 제정된 고용알선기구에 관한 법(Employment Agencies Act) 및 1976년 제정된 고용알선과 고용알선사업행위 규정(Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations)이 있다²⁰⁾. 법률 상 파견업무를 하는 데 아무런 법적 제한이 없으며, 따라서 업종에 상관없이 누구라도 파견업무를 할 수 있고 업무 개시를 위한 행정관청에 의 인가 또한 받을 필요가 없다²¹⁾. 때문에 영국 파견근로자의 대부분이 단순노무직에 종사하는 미숙련 근로자로 구성되어 있다. 또한, 동일임금에 대한 규정도 존재하지 않아 임금수준도 매우 낮은 실정이다.

2. 미국

미국의 경우 유럽의 여러 국가들과는 다른 개념으로 파견근로가 통용되는데 이는 해고 자유 원칙이 인정되는 노동시장의 특수성 때문으로 풀이된다. 파견근로는 대안적 고용계약의 한 형태로 인정되며, 인재파견회사(temporary help agency)에서 급여를 받는 일시적 파견근로자(temporary help agency worker)가 맺는 계약을 의미한다. 이때 파견근로자는 국가적인 사회복지 제도의 미비함으로 인해 실질적으로 법적인 보호를 받고 있지 못한 실정이다²²⁾.

미국의 노동관계법은 고용법(employment law)과 전국노사관계법(National Labor Ad: NLRA)으로 이루어져있으며, 정규직과 비정규직을 구분하고 있지 않다. 이는 미국 노동관계법의 '형식적 평등주의'가 정규직을 대상으로 하기 때문에 비정규근로자를 위한 법령이나 규정이 마련되지 못하고 있는 것으로 볼 수 있다.²³⁾

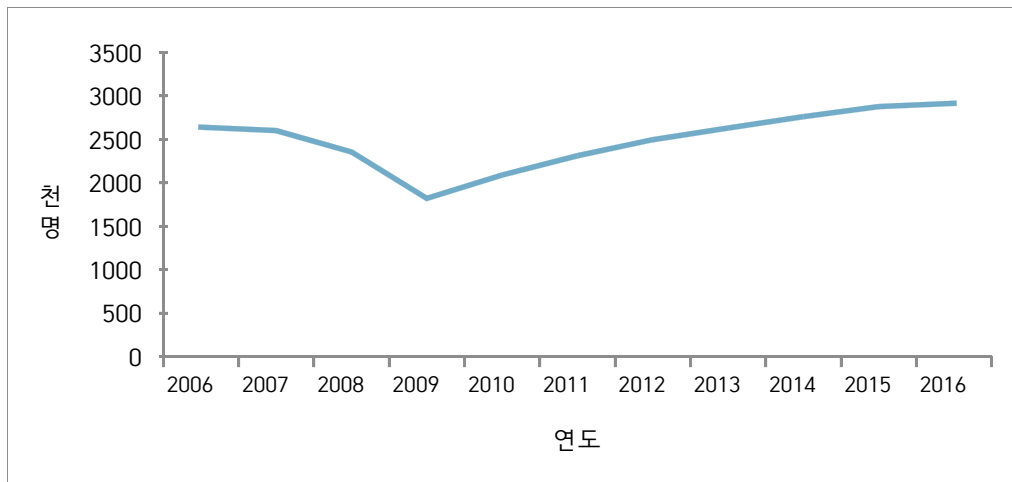
20) 김기선 외, '파견근로유럽연합지침의 제정과 그 영향', 102면 참고.

21) 심재진, '영국의 파견근로와 유럽연합의 파견근로 지침안', 69면 참고.

22) 이영면, '미국의 비전형근로(Nonstandard Work)와 법적보호', 임금연구(2007), 55면 참고.

23) 지민용, '미국에서의 비정규노동자에 대한 차별시정 메커니즘', 국제노동브리프(2005), 44면 참고.

그림 1. 미국 파견근로자 현황



출처: http://beta.bls.gov/dataViewer/view/timeseries/CES6056132001;jsessionid=F7781A9B8F14218A6A74607D92CCC514.tc_instance6

3. 일본

일본의 파견법은 1985년 제정되었으며, 2003년 개정으로 제조 업무에 대한 파견을 허용하게 되었다. 개정 이후 2004년부터 2008년까지 창출된 일자리는 총 137만개로 임금근로자 대비 2.5%에 해당한다. 또한, 이를 통해 창출된 일자리의 경우 기존의 정규직을 대체하는 것이 아닌 신규 창출로 추정된다.

표 1. 한·일 파견법 비교

구분	한국	일본
규제방식	positive list	negative list
대상 업무	전문지식, 기술, 경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무 (32개)	모든 업무 단, 항만운성, 건설업, 경비업, 의료 관계 제외
파견기간	총 2년 (원칙은 1년이며 1년에 한해 연장이 가능)	개인단위 : 3년 사업소단위 : 3년 (단, 파견근로자 교체 시에는 과반수 노조의 의견청취절차를 거치면 계속해서 연장 가능)
직접고용	직접고용의무	직접고용신청간주 (12년 도입, 15년 시행)

출처: 변양규·이수정(2015), 최근 일본 파견법 개정 내용과 시사점

제189회 통상 국회에서 2015년 9월 11일에 수정된 뒤 가결, 통과 되어 2015년 9월 30일부터 시행된 개정근로자파견법의 자세한 내용을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 전체 파견사업 허가제로 변경

개정근로자파견법이 시행됨에 따라 특정근로자파견사업과 일반근로자파견사업의 구별이 폐지되어, 모든 근로자파견사업은 새로운 허가기준에 근거한 허가제로 통일되었다. 이제까지는 특정근로자파견사업의 경우 고용하는 파견근로자가 모두 '상시고용'이므로 신청만으로 사업을 전개하는 것이 가능하였는데, 상시고용에는 정사와 기간을 정하지 않은 고용관계를 체결한 자 이외에도 유기고용을 반복, 갱신하여 통산근로기간이 1년을 넘었을 뿐인 근로자 등도 적지 않게 포함되어 있는 등, 실제로는 필요할 때에만 근로자를 사용하고 필요치 않을 때에는 고용계약을 해지하는 악질적인 파견사업주의 존재가 문제시되었다. 이에 따라 일본 정부는 근로자파견사업을 일률적으로 허가제로 변경하여 모든 근로자파견사업에 대한 감독을 강화하게 되었다.

(2) 파견기간 규제의 변경

개정근로자파견법의 시행에 의해 기존의 업무구분별 파견기간제도는 폐지되고, 파견기간의 제한은 사업체 단위와 개인 단위로 구분되어 실시되게 되었다. 또한 업무내용에 관계없이 파견근로자의 파견기간 상한을 3년으로 제한한다.

(3) 사업체 단위 및 개인 단위 파견기간의 제한

사용사업주가 동일 사업체에서 파견근로자를 3년 이상 사용하고자 할 경우, 해당 사업체의 과반수 노동조합 등의 의견을 청취하여 파견기간을 연장할 수 있다. 단, 이는 3년 한도로 가능하다. 또한, 파견근로자를 3년마다 교체하는 경우 동일업무에 대해 계속해서 파견근로자를 사용할 수 있다.

2015년 3월 후생 노동성 발표 자료의 파견근로자 내역을 살펴보면 다음과 같다. 2014년 6월 1일 현재 파견 근로자 약 125.6만 명 중에서 일반 근로자 파견 사업을 실시하고 있는 사업체에 소속되어 있는 파견 근로자는 978,250명 (상시 고용 488,744명, 상시 고용 이외 489,506 명)으로 전체 파견 근로자의 약 78%를 차지하고 있다. 상시 고용 된 파견 근로자 수는 766,430명으로 상시 고용 이외의 근로자 수 489,506명을 보다 높은 수준이다. 개정 근로자 파견법의 시행 이전까지는 파견 기간의 제약을 받지 않았던 26개 업무(통역, 비서, 기계, 설계 업무 등)에서 종사하는 파견 근로자가 약 49만 명, 제조업이 약 27만 명, 기타 업무(일반 사무, 영업, 판매 등)가 약 49만 명인 것으로 나타났다.

파견근로자의 임금과 관련해서는 다음과 같은 결과를 도출할 수 있다.

「파견 스태프 모집 시의 평균 시급 조사」(잡스 리서치 센터, 2015년 10월 조사)에

의하면, 3대 도시권 전체의 2015년 10월 시점의 평균 시급은 전년 동월 대비 50엔 증가한 1,613엔으로 전년 동월 대비 29개월 연속해서 증가하였다.

일본의 파견근로는 규제 완화 이후 증가추세를 보이지만 여전히 낮은 임금의 일자리에 편중되어 있다. 이 점을 고려하면 결과적으로 일본의 파견법은 근로자 보호 역할을 하고 있지 못한 것으로 보여 진다.

4. 중국

중국에서는 파견근로를 노무파견 혹은 노동파견이라 하며, 국내와 동일한 개념으로 사용한다. 1980년대에 외국기업의 주중국 대표기구에 파견서비스를 제공한 것을 계기로 시작되었으며, 2007년 제정된 노동계약법에 의해 규정되고 있다²⁴⁾. 전체 근로자의 20% 정도가 파견근로를 하고 있으며, 외국의 경우와 마찬가지로 열악한 근로조건에 놓여 있다. 법적으로는 파견근로자가 동일노동 동일임금의 권리를 가지고 있으나 실제로는 직접 고용된 근로자와의 임금격차는 크다. 많은 수의 파견근로자가 활용되는 중국의 경우에도 파견법은 실제적으로 파견근로자 보호 역할을 다하고 있지 못하는 것으로 여겨진다.

III. 국내의 파견근로

국내에서는 1998년 파견이 허용되는 26개의 업무를 규정한 positive list 방식의 파견법이 처음 제정되었다. 파견법 제정의 목적은 파견근로자 보호 및 원활한 인력수급에 있었다. 다만 현재까지 개정된 법안에서는 인력수급 목적은 고려하지 않은 채 근로자 보호에만 집중한 측면이 있다. 따라서 파견근로제도는 부정적 인식에 의해 활성화되지 못하였고, 이에 제조업 파견 허용 등의 법 개정이 대두된 것으로 여겨진다. 정확한 분석을 위해 사업체패널조사²⁵⁾를 이용해 국내 파견근로의 현황에 대해 살펴본 결과는 다음과 같다.

파견근로자수의 평균은 남성 1.82명, 여성 4.96명으로 여성이 상대적으로 파견에 더욱 많이 종사하고 있다²⁶⁾. 파견을 가장 많이 활용하고 있는 직종은 서비스직과 판매직이며, 파견근로를 활용하는 주된 이유는 고용유연성(일시적 수요, 일시적 공석, 휴식대체/고용조정 용이) 때문으로 나타났다.

24) 노병호, “중국에 있어서 근로자 파견”, 『노동법논총』(2012), 297면 참고.

25) 한국노동연구원에서 실시하며, 격년으로 추적 조사하는 종단면 조사이다. 이중 본 연구에서 활용하는 데이터의 조사년도는 2007년부터 총 4개년도(2007, 2009, 2011, 2013)이며, 조사 대상은 기업의 인사담당자이다.

26) 조사년도 별 파견 근로자 수는 다음 표를 참고.

파견근로자의 임금은 교섭을 통해 결정되지 않으며, 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자의 83% 수준의 임금을 받는다. 따라서 실질적으로는 다수의 인사담당자가 응답한 것처럼 고용유연성보다는 인건비 절감을 위해 파견근로를 활용하는 것으로 여겨진다. 다만 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자는 많지 않은 것으로 나타나 파견근로가 정규직 고용을 대체하지는 않을 것으로 예상된다.

파견 근로 일자리 질 하락의 하나의 요인으로 차별시정을 들 수 있다. 차별 시정 조치와 관련한 대응책으로 가장 많이 선택하는 것은 “정규직과 파견 근로자의 엄격한 직무분리를 통한 차별 시비 해소”이며, 이러한 대응책조차 활용하는 기업은 거의 없는 것으로 나타났다.

결과적으로 근로자 보호를 위해 계속해서 법을 개정하는 등의 노력에도 불구하고 국내의 파견근로자들은 여전히 낮은 임금, 불안정한 고용 등에 시달리고 있음을 알 수 있다.

IV. 제조업 파견 허용에 관한 논란

개정안 발의 이후 제조업 파견 허용의 기대효과에 대한 연구가 진행되고 있으며 각각을 살펴보면 다음과 같다.

변양규·우광호(2015)의 연구에 의하면 제조업의 전반에 걸쳐 활용되는 공정기술인 뿌리기술을 활용하여 사업을 영위하는 뿌리산업에 종사하는 근로자의 비중은 36%로 매우 높은 수준이며, 전반적으로 심각한 인력난을 겪고 있다. 뿌리산업에 대한 파견을 완화할 경우 평균 약 1만 2천 명, 최대 1만 3천 명 정도의 인력수요가 발생할 것으로 추정하였다. 이에 뿌리산업을 포함한 제조업의 여러 분야에 파견근로를 허용하여 일자리 창출을 도모해야 한다고 주장하였다.

정규직과 파견근로간의 대체관계에 대해 연구한 우광호(2016)의 연구에 따르면, 파견근로자 수의 증가가 정규직 근로자 수에 영향을 미치지 못하기 때문에 정규직과 파견근로는 대체관계를 가지지 않는다. 때문에 파견근로시장 규제가 일자리 창출에는 도움이 되지 않으므로, 파견 허용 업무 확대 등의 노력이 필요하다. 이와 동시에 정규직 전환을 위한 노력 및 일자리 질을 높이려는 노력이 수반되어야 한다고 주장하였다.

최용근(2016)의 연구에 의하면 제조업 파견이 전면 허용 될 경우, 제조업 생산직 인

연도	파견근로자 수 - 남	파견근로자 수 - 여
2007	2.25	8.07
2009	1.74	4.58
2011	1.77	4.10
2013	1.52	3.13

력은 기계장치·장비에 대한 수요가 있을 때에만 파견직으로 단기 고용될 것으로 추측된다. 보완책인 ‘상용형 파견’의 경우 영세파견업체에서 비용을 감당하는 것은 불가능하며, 사용업체에 비용을 전가할 경우 사용업체는 상용형 파견을 이용하려 하지 않을 것이기 때문에 실효성이 없는 대안이라고 주장하였다.

V. 결론

본 연구는 정부와 여당에 의해 발의된 파견법 개정안 중 뿌리산업 파견근로 허용에 초점을 맞춰 제조업 파견 허용이 미치는 효과에 대한 연구를 진행하였다. 제조업 파견을 허용한 외국의 사례를 분석해본 결과 다음과 같은 결과를 도출하였다.

첫째, 독일의 파견근로는 비정규직 노동시장의 가장 작은 부분을 차지하고 있으나, 파견법 규제 완화 이후 지속적으로 증가하고 있다. 하지만 파견근로자의 일자리의 질은 여전히 단기의 저임금 근로에 치우쳐져 있다. 따라서 독일의 파견법은 파견근로자 보호를 위해 작동하지 못하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

둘째, 제조업 파견이 가장 활발한 프랑스와 네덜란드의 경우 노동시장 이중구조화가 심화되고 있고, 파견을 엄격하게 규제하고 있음에도 불구하고 파견근로자의 법적 보호가 제대로 이루어지지 않고 있다. 따라서 파견근로자들은 독일과 마찬가지로 저임금의 낮은 질의 일자리에 처해 있다.

셋째, 일본의 파견근로는 규제 완화 이후 증가추세를 보이지만 여전히 낮은 임금의 일자리에 편중되어 있다.

넷째, 중국의 경우 법적으로는 파견근로자가 동일노동 동일임금의 권리를 가지고 있으나 실제로는 직접 고용된 근로자와의 임금격차는 큰 편이다.

외국의 경우와 마찬가지로 국내의 파견근로자들은 근로자 보호를 위한 지속적인 법 개정 등의 노력에도 불구하고 여전히 낮은 임금, 불안정한 고용 등에 시달리고 있다.

계속되는 저성장, 고실업 기조 하에 이를 극복하기 위한 대안 중 하나로 근로자파견 제도의 합리적 개선을 들 수 있다. 하지만 입법 취지에 반하는 저임금, 비정규의 낮은 일자리 질이 파견근로가 처해있는 상황이다. 따라서 제조업 파견에 대해 논의하기 위해서는 파견근로의 일자리 질 상승을 위한 노력이 수반되어야 한다.

또한 많은 근로자를 사내 하청으로 사용하고 있는 국내 제조업 시장에서 제조업 파견 허용이 일본과 같은 결과를 낼 수 있을지에 대해서는 긍정적이라 할 수 없을 것이다. 따라서 사내 하청과 파견의 장단점 및 일자리 창출효과, 임금 등에 대한 비교 연구가 필요할 것으로 보인다.

[참고문헌]

- 김기선, '파견근로에 관한 유럽연합지침', 국제노동브리프, 7:4-14, 2010.
- 김기선·김근주, '파견근로유럽연합지침의 제정과 그 영향', 노동법포럼, 8:76-123, 2012.
- 김명중, '일본의 파견근로 현황과 2015 개정근로자파견법에 관한 소고', 국제노동브리프, 14(3): 89-101, 2016.
- 김희성, "유럽연합 및 독일의 파견근로와 균등대우: 근로자파견법과 단체협약의 관계", 「노동법논총」, 29: 321-357, 2013.
- 노병호, "중국에 있어서 근로자 파견", 「노동법논총」, 24:297-325, 2012.
- 변영규·이수정, "최근 일본 근로자파견법 개정 내용과 시사점", 「노동법논총」, 35:563-620, 2015.
- 이영면, '미국의 비전형근로(Nonstandard Work)와 법적보호', 임금연구(2007), 55면 참고.
- 정이환·김유선·박영삼·김노원, '유럽연합(EU)의 비정규고용 지침과 주요 국가들의 노동입법 동향', 비정규노동센터·프리드리히에베르트재단, 2003
- 지민용, '미국에서의 비정규노동자에 대한 차별시정 메커니즘', 국제노동브리프, 2005.
- 최용근, '파견노동 현황과 논쟁: 새누리당의 파견법 개정안, 무엇이 문제인가', 노동사회, 187: 49-60, 2016.
- 최홍엽, '외국의 근로자파견제도의 최근 동향', 사회문화법제분석, 98(4), 1998.
- 안정화, "비정규직 정책에 대한 국제비교연구", 「한국노총」, 2009.
- 이영면, 「고용관계론」, 경문사, 2015.
- 임종률, 「노동법」, 박영사, 2006.
- 하갑래, 「근로기준법」, 중앙경제, 2012.
- European Foundation, "*Temporary agency work in an enlarged European Union*", 2006.
- Hartmut Seifert, '독일의 노동시장 현황: 비정규직 고용 및 전망', 국제노동브리프, 15-25, 2013.
- Ton willthagen and Frank Tros, '네덜란드식 유연안정성', 국제노동브리프, 13-22, 2008.
- 横山政敏, '派遣労働関係における賃金決定と賃金構造の分析', 立命館大学経済学会, 54(4): 892-928, 2005.
- 고용노동부 노동개혁 마이크로 사이트 <http://moel-contents.co.kr/worktomorrow/index.html>

[Abstract]

A Study on the Current Status of Domestic and International Temporary Agency Work at Manufacturing Industry and Their Research Trend

영문 저자명

In September 2015, the ruling party submitted to the National Assembly a draft amendment to the "temporary agencyWorker Protection Law". What should be looked at the notes on the main content of the proposed temporary agency worklaw revision proposal is to try to change the current positive type to negative type.

The foreign temporary agency worklaw is enacted / revised for the protection of temporary workers, while the foreign case is a case where the background and purpose are labor that the temporary agency workpermission of the manufacturing industry intended by other domestic temporary agency worklaws I studied on the effect of protecting people and creating jobs.

In Germany, even after deregulation of the temporary agency worklaw, the quality of temporary workers' employment is still biased towards short-term low-wage labor and it has not been improved. France has steadily increasing the proportion of dispatched workers even with strict regulators for temporary worker protection and the dual structure of labor market between used particles and new entrants Has been getting worse. The Dutch temporary agency worklaw continuously receives criticism that the role of temporary workers' legal protection is not proper. Britain consists of unskilled laborers in which most temporary workers are engaged in simple labor jobs and the wage level of dispatched workers who do not have provisions of the same wage is very low. Just as in foreign countries, temporary workers in the country are still suffering from low wages, unstable employment despite efforts such as ongoing law amendment to protect workers.

As one of the options to overcome this under the following low growth and high unemployment tone, it can be mentioned a rational improvement

of the worker temporary agency work system. However, there are situations where temporary labor is placed on low wages that are contrary to the purpose of legislation and the quality of non-regular low work. Therefore, in order to discuss manufacturing dispatch, efforts must be made to raise the quality of dispatched work.

Moreover, it is impossible to make a positive as to whether domestic manufacturing industries that are using many workers in internal subcontractors are permitted to temporary agency work manufacturers to produce results like Japan I will. Therefore, it will be necessary to study compare in-house subcontracting and temporary agency work about the advantages and disadvantages, employment creation effect, wage and etc.

<Key words>

Manufacturing industry, temporary agency work, dispatch law, quality of employment, wage

소위 「김영란법」 연착륙 방안에 관한 소고

김민지*

논문요지

현재 한국사회는 그동안 축적되어 온 구조적인 부패의 관행으로 인하여 공직자들에 대한 국민들의 불신의 감정이 만연해 있으며, 이에 따라 사회의 투명성 또한 크게 위협받는 위험 수준에 이르고 있다. 이러한 사회 현실 하에서 많은 논란 끝에 소위 김영란법으로 불리는 「부정청탁 및 금품 등 수수금지법」이 2015년 3월 27일 공포되어, 지난 2016년 9월 28일부터 시행되고 있다.

김영란법은 제정 및 시행된 이후에도 해당 법 자체에 관한 많은 논란이 있지만, 이와는 별개로 필자는 김영란법의 시행과정에서 발생할 수 있는 문제점과 이에 대한 개선방안을 살펴봄으로써 김영란법의 연착륙을 위한 하나의 시사점을 제시하고자 하였다. 이는 매우 단편적인 고찰에 불과할 수도 있으나, 김영란법이 가지는 의미와 더불어 우리 사회에서의 '청렴'의 가치를 제고하고, 공정한 사회 문화를 정착시키기 위하여 앞으로 나아가야 할 방향에 대해 생각해볼 수 있다는 점에서 나름의 의미가 있다고 할 수 있다.

단 해당 논문에서 논의를 전개함에 있어서, 현재의 김영란법 규정 자체가 이론적인 측면에서 가지고 있는 합법성과 정당성문제는 별론으로 하고, 실효성 확보의 측면에서 나름의 의견을 제시해 보고자 하였다. 이에 따라 현실적인 측면에서 발생 가능한 문제점으로 ① 상시적 감시체제 문제, ② 풍선효과 발생문제, ③ 수사기관의 권력남용 문제, ④ 김영란법 대응 인력 수급문제를 제기하였다. 또한 예상되는 문제점들을 보완하고 김영란법 시행 확립을 위한 개선 방안으로 ① 신뢰사회 구축을 위한 시민의식 변화 ② 탈법 방지를 위한 회계 투명성 강화 ③ 사건처리 현황의 정보 공개제도 실시 ④ 김영란법 대응 인력 수급 방안을 제시하였다.

다른 한편으로 구체적인 문제점과 개선방안과 더불어 보다 근본적인 측면에서 사회 구성원들의 부패에 대한 사회적 합의형성을 토대로 신뢰기반의 프로세스를 구축하려는 노력이 수반되어야 한다는 점 또한 강조하고 싶다.

검색용 주제어: 김영란법, 청탁금지법, 부정청탁 및 금품 등 수수금지법, 공직부패, 입법의 실효성

· 논문접수: 2016. . . · 심사개시: 2016. . . · 게재확정: 2016. . .

* 명지대학교 법과대학 법학과 박사과정, 한국여성정책연구원 위촉연구원

I. 서론

지난 2016년 1월 국제투명성기구(Transparency International, TI)가 발표한 2015년 부패인식지수(Corruption Perceptions Index, CPI) 순위에서 우리나라는 조사대상 167개국 중 37위¹⁾, OECD 가입 34개국 중에서는 27위로 하위권에 머무르는 결과를 나타냈다.²⁾ 또한 현대경제연구원의 부정부패관련 대국민 인식조사에 따르면 응답자 88.5%가 우리 사회의 부정부패 수준이 높다고 판단하였다.³⁾ 이러한 맥락에서 현재 한국사회는 그동안 축적되어 온 구조적인 부패의 관행으로 인하여 공직자들에 대한 국민들의 불신의 감정이 만연해 있으며, 이에 따라 사회의 투명성 또한 크게 위협받는 위험 수준에 이르고 있다고 할 수 있다.⁴⁾

이러한 사회 현실 속에서 ‘청렴’의 가치를 제고하고 공정한 사회 구축을 위하여 반부패 행위를 근절하기 위한 다양한 논의의 과정은 필수적이라고 할 것이다.⁵⁾ 소위 김영란법으로 불리는 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」(약칭 ‘청탁금지법’ 이하에서는 ‘김영란법’이라 한다)⁶⁾ 제정의 입법적 필요성과 당위성 또한 부패를 혁파하

- 1) 이는 지난 2014년에 43위를 기록한 것에서 6계단 올라간 순위에 해당하는 것으로 단순히 순위의 숫자만을 놓고 본다면 자칫 부패인식지수가 상승했다고 평가할 수 있으나, 이러한 순위상승은 실질적인 측면에서는 큰 의미가 없다고 볼 수 있다(부패지수 점수를 살펴보면 2014년에 55점, 2015년에 56점을 기록하고 있다). 또한 해당조사의 참여국 수가 2014년에 174개 국가가 참가하였던 반면, 2015년에는 7개국이 감소한 167개 국가에 불과하다는 점에 비추어 본다면 오히려 실질적인 순위는 1계단 증가한 것으로 볼 수 있다.
- 2) 국제투명성기구 홈페이지 <http://www.transparency.org/cpi2015/results>
(최종확인일: 2016.09.23.)
- 3) 해당 보고서에 따르면 특히, 20대의 경우 우리나라의 부정부패 수준이 높다는 의견이 상대적으로 많이 나타나고 있으며, 향후 부정부패 수준에 대한 전망도 ‘비슷할 것’이라는 의견 45.0%, ‘늘어날 것’이라는 의견 29.2% 등 부정적으로 나타나고 있음을 확인할 수 있다. 현대경제연구원(2014) “국민의 안일한 인식이 부정부패를 키운다- 부정부패 관련 대국민 인식조사”, 「VIP 리포트」 14-38호 (통권 589호)
- 4) 이 밖에도 지난 정부에서 추진한 4대강 사업에서 발생한 거대부패가 서서히 그 내막을 드러내면서 지난 정부의 정보책임자인 원세훈 전(前)국정원장이 비리혐의로 기소되었고, 현 정부 들어서도 국무총리 후보자와 헌법재판소장 후보자가 비리혐의로 줄줄이 낙마하였고 법무부 차관은 성접대 동영상 유출되는 치욕 속에 사퇴한 바 있다. 무엇보다 원전납품비리 사건으로 인한 전력난 사태는 2013년 여름, 국민들 모두를 더위로 인해 유난히도 힘들게 만들었다. 이와 더불어 비교적 최근인 2014년 4월 16일 세월호 침몰 사건으로 인한 관피아 논쟁까지 더해지면서 정부관료인 공직자들의 부정부패에 대한 사회적 불신은 더욱 심화되어 가고 있다.
- 5) 이는 반부패 행위를 규제하는 세계적인 추세와도 맞닿아 있다고 할 수 있다. 이와 관련하여 UN은 UN반부패협약을 2003년부터 채택하였고, OECD는 2003년 이해충돌방지 가이드라인을 제정하였으며, G20은 반부패 행동계획을 제정하고 회원국에 권고한 바 있다. [스카이드에일리] “관피아 망국론 국가개조 첫 단추 ‘절름발이’”(2015.01.09.) (최종확인일: 2016.09.25.) http://www.skyedaily.com/news/news_view.html?ID=30227
- 6) 김영란법이라는 명칭은 법안을 처음 제안한 김영란 전 국민권익위원장의 이름을 따온 것에서 비롯되었다. 이와 관련하여 김영란 전 국민권익위원장은 기자회견 등의 자리에서 해당 법

고자 하는 국민의 법감정에서 기인한 점도 적지 않다고 볼 수 있다. 하지만 청렴을 확립하기 위한 법제도의 필요성에 대한 인식과는 별개로 해당 법의 적용을 받는 구체적인 대상과 범위에 대해서는 끊임없는 사회적 논란을 불러 일으키고 있는 것도 사실이다. 결국 이 문제는 헌법소원으로까지 이어졌지만 합헌 판단⁷⁾이 내려짐으로써 일단락된 바 있다. 필자는 헌법재판소의 위헌 판단이 해당 김영란법의 위헌성 여부에 대한 논란 자체를 종식시켰다고 생각하지는 않는다. 다만 헌법재판소의 판단 이후 2016년 9월 28일부터 김영란법이 시행되고 있는 오늘날의 사회 현실을 감안해 볼 때, 김영란법 자체가 지니는 문제에 대한 논의 보다는 김영란법의 시행 이후 발생할 수 있는 문제들에 대해 지속적으로 고민해보고, 그에 대한 대안들에 관하여 논의함으로써 이미 제정된 해당 법을 보완해 나가는 것이 법의 실효성 확보의 측면에 있어서 보다 더 실익을 가진다고 할 수 있다.

이러한 맥락에서 본 연구는 김영란법이 가지는 의미와 주요 내용을 간략히 살펴보고, 김영란법의 연착륙을 위한 방안으로서 해당 법을 시행하는 과정에서 발생할 수 있는 몇 가지 문제점 및 개선방안을 중심으로 논의를 전개해 나가하고자 한다. 단 논의를 전개함에 있어서 현재의 김영란법 규정 자체가 이론적인 측면에서 가지고 있는 합법성과 정당성문제는 별론으로 하고, 실효성 확보의 측면에서 나름의 의견을 제시해 보고자 하였다. 이에 따라 현실적인 측면에서 발생 가능한 문제점으로 ① 상시적 감시체제 문제 ② 풍선효과 발생 문제 ③ 수사기관의 권력 남용문제 ④ 김영란법 대응 인력 수급 문제를 살펴보고, 이에 대한 개선방안으로 ① 신뢰사회 구축을 위한 시민의식 변화 ② 탈법 방지를 위한 회계 투명성 강화 ③ 사건처리 현황의 정보공개 제도 실시 ④ 김영란법 대응 인력 수급방안을 제안하고자 한다.

II. 김영란법의 의미와 주요 내용

김영란법은 무너진 공직사회의 신뢰를 회복하고, 부패행위를 근절함으로써 청렴사회를 만들고자 제정되었다. 법의 주요 내용은 대표적인 부패행위로서 ‘부정청탁의 금지’와 ‘금품등의 수수 금지’이다. 부정청탁과 금품등 수수의 금지 행위를 위반하면, 징계, 과태료, 형사처벌과 같은 제재가 수반된다. 형법상 뇌물죄와 달리 부정청탁 자체가 금지되며, 직무관련성이 없는 금품등의 수수를 금지함으로써 기존의 법망을 피해갔던 불

이 당초 의도했던 내용과 상당히 달라졌다는 이유 등으로, 김영란법으로 불리지 않기를 바란다는 뜻을 표명한 바 있다. 다만 필자는 ‘청탁금지법’보다 ‘김영란법’이라는 명칭이 대중에게 더 친숙하다고 생각하여, 해당 논문에서 이 법의 명칭을 ‘김영란법’으로 서술하였음을 밝힌다.

7) 청탁금지법 적용 대상에 사립교직원과 언론인 등을 포함한 조항을 비롯한 부정청탁과 예외의 유형을 열거한 조항, 직무수행이나 사교 목적으로 허용한 가액을 대통령령으로 정하게 한 조항, 배우자가 금지된 금품을 수수한 경우 신고를 강제한 조항 모두에 관하여 합헌 판결을 내린바 있다. [2016. 7. 28. 2015헌마236·412·662·673(병합)]

합리함을 시정하고자 하였다. 또한 신고제도를 강화함으로써 자신의 위반사실 뿐만 아니라 배우자의 위반사실도 신고하지 않으면 제재를 받을 수 있게 하였다. 김영란법의 법의 주요내용에 관하여서는 보다 구체적으로 행위 주체별, 행위 유형별, 처벌 유형별로 나누어 살펴보고자 하였다.

1. 김영란법의 의미

각 2010년과 2011년에 사회적 이슈를 불러일으켰던 ‘스폰서 검사 사건’과 ‘벤처여검사 사건’의 당사자가 뇌물죄의 구성요건인 ‘직무관련성’과 ‘대가성’을 인정받지 못해 무죄 선고를 받은 바 있다. 이 사건은 대다수의 국민적 지탄과 더불어 주요 언론의 비판을 받으면서 부정부패 척결에 관한 여론이 강하게 형성되었고, 이를 기반으로 부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌방지 법제에 관한 논의가 시작되었다. 이후 김영란법이 처음 윤곽을 드러낸 것은 2012년 8월 16일 국민권익위원회가 법 제정안을 발표하면서였고, 이후 법안이 국회를 통과하기 까지 다양한 사회 구성원의 찬반 양론 속에 거듭 수정 과정을 거친 후 법이 제정(2015.3.27. 공포, 2016. 9.28. 시행)되었다.

김영란법의 제정으로 인해 그동안 직무관련성과 대가성이 인정되어야만 범죄로 규율할 수 있었던 뇌물죄(공무원 대상), 부정청탁-배임수재죄(민간인 대상)의 적용 사각지대를 해소함으로써 기존의 수뢰죄 조항이 포섭하지 못했던 부분을 형사 처벌의 대상으로 삼아 형벌 체계정당성에 관한 일부 문제 보완한다는 점에서 나름의 의의를 가진다고 할 수 있으나, 직무관련성은 그동안 형법적인 측면에서도 그 적용상의 모호함으로 판례에서도 많은 논란이 되어온 개념인데, 김영란법에서 규정하는 원활한 직무수행을 비롯한 상당수의 개념 역시 명확하지 않다는 점에서 한계를 가지고 있다고 볼 수 있다.⁸⁾ 또한 대표적인 문제점으로 지적되고 있는 사항으로는 구체적인 측면에서 언론인과 사립학교 관계자를 적용대상 범위에 포함시킨 것, 법 자체의 체계 정당성에 관한 것, 금품수수 기준의 합리성에 관한 것, 농어민을 비롯한 중소기업인들에게 미칠 파장과 피해에 관한 것, 이해충돌방지규정 누락에 관한 것, 적용대상에 선출직 공무원이 제외된 것 등의 문제가 명확성의 원칙과 과잉금지의 원칙에 반한다고 하는 것 등이 문제점으로 지적되어 왔다.

다만 다양한 문제점과 논란에도 불구하고 김영란법은 법 조문 자체에서 규정하는 입법 목적⁹⁾에 비추어, 법 시행으로 좀 더 투명한고 공정한 사회를 구성하고, 국민의

8) 예를 들어 부정청탁 및 금품등의 수수금지의 예외 조항(법 제 5조 제2항 제7호, 법 제8조 제3항 제8호)으로 규정하고 있는 사회상규의 개념은 형법상 뇌물죄에서 판단하는 사회상규의 범주에 부합하지 않는 불명확한 개념이라 할 수 있다.

9) 제1조(목적) 이 법은 공직자 등에 대한 부정청탁 및 공직자 등의 금품 등의 수수(收受)를 금지함으로써 공직자 등의 공정한 직무수행을 보장하고 공공기관에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것을 목적으로 한다.

신뢰를 회복하는 데에 기여할 수 있을 것이라는 사회적 필요성에서 제정되었다는 점에서 그 의미가 있다고 할 것이다.

2. 김영란법의 주요 내용

김영란법의 법의 주요내용은 부정청탁 및 금품등 수수의 범위를 법률로 규정하고, 이를 처벌함으로써 부정부패행위를 규제하는 것이다.¹⁰⁾ 이는 보다 구체적으로 행위 주체별, 행위 유형별, 처벌 유형별로 나누어 볼 수 있다. 우선 김영란법 적용 대상이 되는 행위 주체는 ① 공무원 ② 공직유관단체의 장과 임직원 ③ 공적 업무 종사자 ④ 공직자등의 배우자 ⑤ 공무수행사인 ⑥ 일반인으로 나누어 볼 수 있다. 다음으로 행위 유형에 대해서는 입법과정에서 이해충돌 방지 규정이 제외됨에 따라 부정청탁의 금지와 금품등 수수의 금지의 두 부분으로 구분하였다.¹¹⁾ 마지막으로 행위에 대한 처벌 유형으로는 법 위반 행위의 유형에 따라 형사처벌과 행정질서벌로 구분하였다.

(1) 행위 주체

김영란법에서는 법 적용대상이 되는 공직자 등의 범위에 관하여 법 제2조 제2호에서 규정¹²⁾하고 있다. 이러한 행위 주체는 보다 세부적으로 각 특성에 따라 ① 공무원 ② 공직유관단체의 장과 임직원 ③ 공적 업무 종사자 ④ 공직자등의 배우자 ⑤ 공무수행사인¹³⁾ ⑥ 일반인으로 나누어 볼 수 있다.

10) 여러 선진국들의 부정부패를 규제하는 법률을 살펴보면, 금품등 수수와는 별도로 부정청탁 자체만을 일반적으로 규정하고 있지는 않으며, 공직자의 이해충돌 방지 규정을 포함하고 있는 것이 보편적이라고 할 수 있다. 이해충돌방지와 관련하여 별도의 입법을 두는 경우로는 캐나다의 「이해충돌법(Conflict of Interest Act, 2006)」, 프랑스의 「공직활동의 투명성과 이해충돌 방지에 관한 법안」, 미국의 1962년 연방형법전(Title 18, United States Code)의 Chapter 11에 규정되어 있는 「뇌물, 부정청탁 및 이해충돌에 관한 법(Bribery, Graft and Conflict of Interest Act, 1962)」 등이 있다. 이에 관한 자세한 분석은 이유봉, 『공직부패 종합대책법으로서의 「부정청탁 및 이해충돌 방지법안」에 대한 분석 연구』, 한국법제연구원 (2012) 117면 이하 비교법 분석 부분 참고.

11) 정부입법안(「부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법」, 의안번호 1906272, 2013.8.5. 발의)에서는 공직자의 이해충돌에 관한 부분을 포함했었지만, 국회 정무위원회의 심사를 거치면서 이해충돌에 관한 내용은 빠지게 되었다. 이에 관하여 주요 언론을 중심으로 반쪽짜리 법안이라는 비판이 쏟아진 바 있다.

12) 김영란법에서 규정하고 있는 공직자 등의 범위는 이 법 제2조 제2호 정의 규정에 따라, ① 「국가공무원법」 또는 「지방공무원법」에 따른 공무원과 그 밖에 다른 법률에 따라 그 자격·임용·교육훈련·복무·보수·신분보장 등에 있어서 공무원으로 인정된 사람, ② 「공직자윤리법」 제3조의2에 따른 공직유관단체 및 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 기관의 장과 그 임직원, ③ 「초·중등교육법」, 「고등교육법」, 「유아교육법」 및 그 밖의 다른 법령에 따라 설치된 각급 학교 및 「사립학교법」에 따른 학교법인에 따른 각급 학교의 장과 교직원 및 학교법인의 임직원, ④ 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제2조제12호에 따른 언론사의 대표자와 그 임직원을 말한다.

13) 법 제11조 제1항 1호~4호에 규정된 공무수행사인은 다음과 같다.

(2) 행위 유형

가. 부정청탁의 금지

부정청탁의 금지와 관련하여서는 김영란법 제5조 제1항에서 규정하고 있는 15개 유형의 금지 행위를 들 수 있는데, 이는 구체적으로 ① 인허가 부정처리, ② 징계 감경 ③ 편파적 수사·조사, 계약·보조금 차별, 공직자 인사개입 등을 규정하고 있다. 이에 대한 예외로 ① 국회의원 등 선출직 공직자에게 민원 전달, ② 공공기관 직무를 법정기한 내 처리해 달라는 요구 ③ 법률관계확인 증명을 신청하는 행위 등을 들 수 있다.

나. 금품등 수수의 금지

금품등 수수의 금지와 관련하여서는 동일인에게 1회 100만원을 초과하는 수수는 직무관련성을 불문하고 형사처벌을 하도록 규정하고 있으며, 1회 100만원 이하 수수는 직무관련성이 있으면 과태료를 부과하도록 규정하고 있다. 또한 동일인에게 매 회계연도 300만원 초과 수수는 직무관련성을 불문하고 형사처벌을 하도록 규정하고 있다. 또한 가족이 받은 경우, 신고·반환하지 않으면 공직자와 함께 동일한 처벌을 받도록 규정하고 있다. 이에 대한 예외로 ① 사고·의례 목적으로 법적 기준 금액을 제공할 경우 ② 공직자 관련 동호회·동창회 등에서 전달받을 경우 ③ 외부 강연 등의 대가로 받을 경우 등을 규정하고 있다.

(3) 처벌 유형

가. 형사처벌

김영란법에서는 각 위반행위에 따른 형사처벌로써 벌칙 규정(법 제22조)을 두고 있다. 이는 각 수준에 따라 ① 1년 이하 징역, 1천만원 이하 벌금 ② 2년 이하 징역, 2천만원 이하 벌금 ③ 3년 이하 징역, 3천만원 이하 벌금을 부과하고 있다. 단 이러한 형사처벌을 받은 경우에는 이하의 처벌 유형인 과태료는 부과하지 않는다. 또한 과태료를 부과한 후¹⁴⁾ 다시 형사처벌을 받게될 경우에는 김영란법상 과태료 부과 취소규정(법 제23조 제1항 제1호 단서, 제2항 단서, 제3항 단서, 제5항 단서)을 근거로 이전에 부과된 과태료 부과를 취소하도록 하고 있다.

-
1. 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」 또는 다른 법령에 따라 설치된 각종 위원회의 위원 중 공직자가 아닌 위원
 2. 법령에 따라 공공기관의 권한을 위임·위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인
 3. 공무를 수행하기 위하여 민간부문에서 공공기관에 파견 나온 사람
 4. 법령에 따라 공무상 심의·평가 등을 하는 개인 또는 법인·단체
- 14) 과태료를 부과한 후란 '과태료 재판이 확정된 경우'를 의미한다.; 국민권익위원회, 『「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 해설집』, 국민권익위원회(2016), 183면.

<표-1> 벌칙 규정의 정리

행위 유형	위반 행위	제재 수준
부정 청탁 금지	이해당사자가 부정청탁에 따라 직무를 수행함	2년 이하 징역, 2천만원 이하 벌금
금품등 수수 금지	공직자등이 직무관련성을 불문하고, 본인이 직접 동일인에게 1회 100만원(또는 매 회계연도 300만원)을 초과하는 금품등을 수수하는 행위를 함	3년 이하 징역, 3천만원 이하 벌금 (물수·추징 대상)
	공직자등이 본인의 직무관련성을 불문하고, 동일인에게 1회 100만원(또는 매 회계연도 300만원)을 초과하는 금품등을 배우자가 수수한 사실을 알고도 신고 또는 반환하거나 거부의를 밝히지 않는 행위를 함	
	배우자가 공직자등 본인의 직무관련성을 불문하고, 동일인에게 1회 100만원(또는 매 회계연도 300만원)을 초과하는 금품등을 공직자등 본인이 수수한 사실을 알고도 신고 또는 반환하거나 거부의를 밝히지 않는 행위를 함	
	직무관련성을 불문하고, 동일인에게 1회 100만원(또는 매 회계연도 300만원)을 초과하는 금품등을 공직자등이나 그 배우자에게 제공하는 행위를 함	
기타	신고등을 방해하거나 신고등을 취소하도록 강요하는 행위를 함	1년 이하 징역, 1천만원 이하 벌금
	신고자등에게 신고등을 이유로 「공익신고자보호법」 제2조 제6호 ¹⁵⁾ 나목부터 사목까지의 어느 하나에 해당하는 신분상의 불이익조치 행위를 함	
	신고자등에게 신고등을 이유로 「공익신고자보호법」 제2조 제6호 가목에 해당하는 신분상의 불이익조치 행위를 함	2년 이하 징역, 2천만원 이하 벌금
	확정된 보호조치결정을 이행하지 아니하는 행위를 함	
	신고자등의 인적사항이나 신고자등임을 미루어 알 수 있는 사실을 다른 사람에게 알려주거나 공개 또는 보도하는 행위를 함	3년 이하 징역, 3천만원 이하 벌금
	위반행위의 신고 및 조치 등의 업무를 수행하거나 수행하였던 공직자등이 업무처리 과정에서 알게 된 비밀을 누설하는 행위를 함	

출처: 국민권익위원회(2016), 『「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」 해설집』, 179-180면 <벌칙 조항의 정리> 수정 및 보완

- 15) 공익신고자보호법 제2조 제6호에서는 "불이익조치"에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.
- 가. 파면, 해임, 해고, 그 밖에 신분상실에 해당하는 신분상의 불이익조치
 - 나. 징계, 정직, 감봉, 강등, 승진 제한, 그 밖에 부당한 인사조치
 - 다. 전보, 전근, 직무 미부여, 직무 재배치, 그 밖에 본인의 의사에 반하는 인사조치
 - 라. 성과평가 또는 동료평가 등에서의 차별과 그에 따른 임금 또는 상여금 등의 차별 지급
 - 마. 교육 또는 훈련 등 자기계발 기회의 취소, 예산 또는 인력 등 가용자원의 제한 또는 제거, 보안정보 또는 비밀정보 사용의 정지 또는 취급 자격의 취소, 그 밖에 근무조건 등에 부정적 영향을 미치는 차별 또는 조치
 - 바. 주의 대상자 명단 작성 또는 그 명단의 공개, 집단 따돌림, 폭행 또는 폭언, 그 밖에 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위
 - 사. 직무에 대한 부당한 감사(監査) 또는 조사나 그 결과의 공개
 - 아. 인허가 등의 취소, 그 밖에 행정적 불이익을 주는 행위
 - 자. 물품계약 또는 용역계약의 해지(解止), 그 밖에 경제적 불이익을 주는 조치

나. 행정질서벌

김영란법에서는 각 위반행위에 따른 행정질서벌로써 과태료 규정(법 제23조)을 두고 있다. 이는 각 수준에 따라 ① 500만원 이하의 과태료 ② 1천만원 이하의 과태료 ③ 2천만원 이하의 과태료 ④ 3천만원 이하의 과태료 ⑤ 수수금액의 2배 이상 5배 이하의 과태료를 부과하고 있다. 단 형사처벌과 과태료는 병과하더라도 일사부재리의 원칙에 반하지 않기 때문에, 과태료를 부과받은 사안에 관하여 김영란법이나 형법 등 다른 법률에 따라 다시 형사처벌을 부과할 수 있다.

<표-2> 과태료 규정의 정리

행위 유형	위반 행위	제재 수준
부정 청탁 금지	이해당사자가 공직자등에게 직접 자신을 위하여 부정청탁 행위를 함	제재 없음
	이해당사자가 공직자등에게 제3자를 통하여 부정청탁 행위를 함	1천만원 이하
	공직자등을 제외한 일반인이 공직자에게 제3자를 위하여 부정청탁 행위를 함	2천만원 이하
	공직자등이 다른 공직자에게 제3자를 위하여 부정청탁 행위를 함	3천만원 이하
금품 등 수수 금지	공직자등이 직접 직무와 관련하여 1회 100만원 이하의 금품등 수수 행위를 함	수수금액의 2배 이상 5배 이하
	공직자등이 본인의 직무와 관련하여 1회 100만원 이하의 금품등을 배우자가 수수한 사실을 알고도 신고 또는 반환하거나 거부의사를 밝히지 않는 행위를 함	
	배우자가 공직자등 본인의 직무와 관련하여 1회 100만원 이하의 금품등을 공직자등 본인이 수수한 사실을 알고도 신고 또는 반환하거나 거부의사를 밝히지 않는 행위를 함	
	직무와 관련하여 1회 100만원 이하의 금품등을 공직자등이나 그 배우자에게 제공하는 행위를 함	
	공직자등이 외부강의등 초과사례금을 수수 후 신고 및 반환을 하지 않는 행위를 함	500만원 이하
	배우자(공직자등)가 직무와 관련하여 1회 100만원 이하의 금품등 수수 사실을 알고도 신고 또는 반환하거나 거부의사를 밝히지 않는 행위를 함	수수금액의 2배 이상 5배 이하
	직무와 관련하여 1회 100만원 이하의 금품등을 공직자등이나 그 배우자에게 제공하는 행위를 함	
기타	위원회가 보호조치의 신청에 대한 조사에 필요하다고 인정하여 관련 자료를 제출, 출석, 진술서의 제출을 요구하였음에도 이를 거부하는 행위를 함	3천만원 이하

출처: 국민권익위원회(2016), 『「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 해설집』, 179-180면

<별칙 조항의 정리> 수정 및 보완

Ⅲ. 김영란법 시행에 따른 예상 문제점

김영란법의 법 적용 대상부터 구체적인 규제 행위의 범위 등 법제 자체에 대한 문제점에 대한 논의들은 논자들에 따라 헌법적¹⁶⁾, 형사법적¹⁷⁾, 행정법적¹⁸⁾, 입법학적¹⁹⁾ 측면에서의 다양한 선행연구들이 존재한다. 이 글에서 필자는 김영란법 시행에 따라 예상되는 몇 가지 현실적인 측면에서의 문제점을 중심으로 논의하고자 한다. 보다 구체적으로는 ① 상시적 감시체제 문제, ② 풍선효과 발생문제, ③ 수사기관의 권력남용 문제, ④ 김영란법 대응 인력 수급문제를 들 수 있다.

1. 상시적 감시체제²⁰⁾ 문제

김영란법 시행에 따른 예상 문제점으로 우선 상시적 감시체제의 문제를 들 수 있다. 이는 정보통신 기술의 발달을 전제로 하는 정보사회에서의 감시문제²¹⁾와는 별도로 ‘란

- 16) 김영란법의 헌법적 측면에서의 연구로는 박진우, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」의 위헌성에 관한 고찰”, 『세계헌법연구』 제21권 제1호(2015); 송기춘, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」의 법적 문제점과 개선방향”, 『세계헌법연구』 제21권 제3호(2015); 이부하, “부정청탁금지법의 위헌성 검토”, 『법과 정책연구』, 제15권 제3호(2015); 임종훈, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」(소위 김영란법)의 헌법적 쟁점에 대한 고찰”, 『법조』, 제64권 제9호(2015); 조재현, “부정청탁금지법의 위헌성에 관한 논의”, 『한국부패학회보』 제20권 제4호(2015); 김정현, “부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」의 문제점과 발전방향에 관한 연구”, 『헌법학연구』 제22권 제2호(2016); 장영수, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」(이른바 김영란법)의 헌법적 의의와 발전방향”, 『공법연구』, 제45집 제1호(2016) 등이 있다.
- 17) 김영란법의 형사법적 측면에서의 연구로는 김현수, “부패방지에 관한 형사법적 대응방안”, 『법과정책』 제20권 제1호(2014); 이성기, “「부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법안」에 대한 문제점 및 개선방안”, 『형사정책』 제26권 제2호(2014); 서보학, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」에 대한 형사법적 검토”, 『입법학연구』 제12집 제1호(2015); 이천현, “부정청탁 금지행위와 제재에 관한 소고”, 『한양법학』 제26권 제3집(통권 제51집)(2015) 등이 있다.
- 18) 김영란법의 행정법적 측면에서의 연구로는 박균성, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」에 대한 행정법적 연구”, 『저스티스』 통권 제156호(2016) 등이 있다.
- 19) 김영란법의 입법학적 측면에서의 연구로는 홍완식, “「부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌 방지법안」에 대한 입법평론: 일명 ‘김영란법’에 대한 입법평론”, 『토지공법연구』, 제67집(2014); 최대권, “소위 김영란법에 관한 입법학적 고찰”, 『입법학연구』, 제12집 제1호(2015); 홍완식, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」에 대한 입법론적 검토”, 『입법학연구』 제12집 제1호(2015) 등이 있다.
- 20) 상시적 감시체제에서의 ‘감시’의 개념은 18세기의 공리주의 철학자 벤담(Jeremy Bentham)이 고안한 원형 감옥인 ‘파놉티콘(Panopticon)’의 외형적 특징을 가질 것이라고 본다. 이는 감시자 자신은 노출되지 않으면서, 소수의 감시인이 수많은 재소자들을 최소의 인력과 비용으로 고도의 감사체계를 형성하는 원형감옥 구조를 의미한다. 이러한 맥락에서 감시와 통제 의 문제는 감시의 대상인 피감시자가 일상생활의 규범적 판단을 함에 있어서 타율적으로 순응하게 된다는 점에 있다고 할 수 있다.; 감시와 처벌에 관한 철학적 담론은 미셸 푸코(Michel Foucault) 저, 오생근 역, 『감시와 처벌』, 나남출판(1994) 참고.

파라치'²²⁾라 불리는 민간 고발인 또는 수사기관에 의해 상시적 감시체제가 구축됨으로써 발생하는 문제에 해당한다. 각 감시의 주체들은 각자의 이익과 관련하여 해당 목적을 달성하기 위해 김영란법의 적용 대상이 되는 사람들을 상시적으로 감시하는 환경을 조성할 것이라고 본다. 김영란법이 규율하고자하는 부정부패 행위는 그 행위의 특성상 개인적으로 은밀히 진행되는 경우가 많아, 표면적으로 그 적발이 쉽지 않은 특징을 지니고 있기 때문이다. 따라서 구체적인 사건의 경우에 고소, 고발 등의 신고를 통하여 수사가 진행될 가능성이 클 것이다. 이처럼 김영란법 자체가 신고제도를 기반으로 적용됨에 따라, 제도를 악용한 고소 및 고발이 난무할 가능성을 배제하기 어렵다. 이는 김영란법 시행 이전부터 일부 학원가에서 허위·과장 광고가 난무하고 있는 실정²³⁾에 비추어 볼 때, 민간 고발인들에 의한 상시적 감시가 현실화 될 수 있음을 충분히 예상할 수 있다.

또한 수사기관이 자발적인 수사를 통해 적발을 한다고 하더라도 특정 대상을 정하고 수사에 착수하는 함정수사 내지 기획수사의 형태로 수사가 진행될 가능성 또한 배제할 수 없을 것이다. 이는 보다 구체적으로 정복²⁴⁾을 입고 수사하는 것이 아닌, 사복을 입고 수사를 함으로써 수사하고 있다는 사실 자체를 일반 시민들이 알지 못하도록 한 후, 상시적으로 특정 음식점에 상주하면서 시민들을 감시함으로써 수사를 진행할 가능성이 있다는 것이다. 상시적 감시체제가 구축됨으로 인해 사회적 비용 또한 증가할 것이라고 여겨진다.

결과적으로 상시적 감시체제는 사회적 비용²⁵⁾의 증가문제로 이어지고, 이러한 사회적 비용은 사회구성원들 간의 사회적 신뢰²⁶⁾가 감소되었다는 점이 근본 원인이라고 할

21) 조지 오웰(George Orwell, 1903~1950)의 소설 《1984년》에서 정보의 독점으로 사회를 통제하는 관리 권력이나 그러한 사회체계를 가리키는 “빅브라더(big brother)”와 같은 사회 시스템이 정보사회에서의 감시 문제의 대표적인 예라고 할 수 있다.

22) 란파라치란 김영란법+파파라치의 합성어로, 김영란법 위반자를 쫓는 파파라치를 이르는 속어이다.

23) 란파라치 학원 20여곳에서 실제론 100만원 받기도 힘든 현실임에도 '月收 300 보장'등의 현수막을 내걸고 '특강'을 개설하면서 "공무원 많은 세종시 공략하라" 등의 조언을 통해 허위·과장 광고를 하고 있다. 이러한 파파라치 학원들은 이러한 무료 특강을 미끼로 수강생들을 끌어모은 뒤 초소형 몰래카메라(몰카)를 비싸게 팔아 돈벌이를 하고 있는 것으로 알려졌다. [조선일보] “한건 하면 포상금 2억?... '란파라치' 되려고 줄섰다” (2016.08.30.) (최종확인일: 2016.09.07.)

http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/08/30/2016083000220.html

24) 직무 수행에 불가피한 경우가 아니라면 경찰은 정복을 입고 공무를 수행해야 하고 자신의 소속과 신분을 밝혀야 한다. 이는 구체적으로 「경찰복제에 관한 규칙」 제2조 및 「공무원증 규칙」 제5조에 따른다.

25) 여기에서 사회적 비용이라 함은 사회구성원들 서로 간에 믿지 못하는 데서 오는 거래의 위축, 불필요한 정보비용, 감시비용 등을 말하는 것으로, 필자는 김영란법 시행에 따라 발생하는 사회적 비용은 불필요하게 과다한 측면이 있다.

26) 여기에서의 신뢰의 개념은 “어떤 공동체 내에서 그 공동체의 다른 구성원들이 보편적인 규범에 기초하여 규칙적이고 정직하며 협동적인 행동을 할 것이라는 기대를 의미”한다. 프랜시스 후쿠야마 저, 구승희 역, 『트러스트』, 한국경제신문사(1996), 49면.

수 있다. 사회 구성원들이 부정부패 행위에 대한 규범적 판단을 함에 있어서 자율적으로 올바른 판단을 내릴 것이라는 점을 믿지 못하기 때문에 이를 감시와 통제로써 타율적으로 규율해야만 한다는 것이다. 즉 김영란법 시행에 따라 발생하는 거래의 위축, 불필요한 정보비용, 감시 및 통제비용 등의 사회적 비용은 불필요하게 과다한 측면이 있다고 할 것이다.

2. 풍선효과 발생 문제

풍선효과(balloon effect)²⁷⁾란 어떠한 범죄의 단속으로 인해 뜻하지 않게 다른 방향으로 범죄가 표출되는 현상에서 유래된 바와 같이, “풍선의 한 곳을 누르면 그곳은 들어가는 반면 다른 곳이 팽창되는 것처럼 문제 하나가 해결되면 또 다른 문제가 생겨나는 현상”²⁸⁾을 의미하는 것이다. 즉 일반적인 측면에서 어떤 부분의 문제를 해결하기 위하여 어떠한 조치를 취하였을 경우, 다른 부분에서 문제가 다시 발생하는 사회적 현상을 나타내는 말이라고 할 수 있다. 물론 이러한 풍선효과는 비단 김영란법 시행과정에서만 발생하는 문제는 아닐 것이지만, 김영란법 적용 대상이 광범위한 만큼 이로 인해 발생하는 부작용 문제에 대해 생각해 보는 것은 나름의 사회적인 의미를 가질 것이다.

김영란법의 경우 해당 법시행으로 인해 부정청탁 문화와 부패를 근절할 것으로 기대하였으나, 오히려 탈법적인 방식으로 부정청탁 문화와 부패가 이어질 경우 풍선효과가 발생하였다고 볼 수 있을 것이다. 보다 구체적인 측면에서 예를 들어 본다면, 김영란법에서는 명문의 규정(법 제8조 제3항 제2호)에 따라 원활한 직무수행 또는 사교·의례 또는 부조의 목적으로 제공되는 음식물·경조사비·선물등의 상한선 내의 금품등 수수는 허용하고 있는데, 이에 해당하는 가액 범위의 상한선²⁹⁾을 탈법적으로 악용하는 사례가 발생할 수 있다는 것이다. 즉 해당 규정에 따라 3만원 이상의 식사접대, 5만원 이상의 선물, 10만원 이상의 경조사비를 주고 받는 것을 금지하였으나, 소액 영수증 이중 발급이나 연회비 등의 명목으로 접대 대금을 선납입 후 소액결제하는 등 탈법적인 방식으로 부패행위가 근절되지 않는 현상이 발생할 수 있을 것이다.³⁰⁾ 이는 우리사회의 또

27) “풍선 효과 (balloon effect)”라는 용어는 북미 및 남미 지역의 마약 밀매의 흐름을 막기 위한 미국의 마약 전쟁의 실패와 관련하여 처음 사용되었다; Jane K. Winn, The Secession Of The Successful: The Rise Of Amazon As Private Global Consumer Protection Regulator, 58 Arizona Law Review 193, 209 (2016)

28) 기획재정부, 『시사경제용어사전』, 기획재정부(2010)
<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1528113&cid=40942&categoryId=31611>

29) 사교·의례 등 목적으로 제공되는 음식물·경조사비 등의 가액 범위에 대해서는 경제적 측면에서 각 이해당사자들의 대립 문제로 입법당시에도 논란이 많았으나, 음식물은 3만원, 선물은 5만원, 경조사비는 10만원의 상한선을 두는 최종안이 확정 되어, 현재 대통령령(제17조)으로 규정하고 있다.

30) 접대비 상한선을 피하기 위해 이름도 생소한 '(영수증) 쪼개기', 한 카드로 이곳 저곳에서 돌려 계산하는 '메뚜기', 각자 계산을 했다가 나중에 뒷돈을 주는 '페이백(pay-back)' 같은 편

다른 불신을 조장하는 하나의 원인이 될 수 있을 것이다.

3. 수사기관의 권력남용의 문제

김영란법은 그 적용 대상의 범위가 매우 광범위한 만큼 법 적용상의 어려움 또한 충분히 예상된다. 즉 다양한 발생사례서의 광범위한 법 적용 대상 가운데, 수사개시여부의 문제 및 기소여부에 대한 판단을 하는 수사기관의 결정권이 그 무엇보다 중요한 의미를 지닌다고 할 수 있다. 이러한 맥락에서 수사기관의 권력남용의 문제를 제기할 수 있다. 특히 검찰의 경우, 경찰에 대한 지휘·감독권을 가지고 있다는 점에서 권력남용 문제가 더욱 심각하게 발생할 수 있는 여지가 존재한다.

이와 관련하여 우선 기소독점주의 하에서 자의적 기소에 대한 문제를 들 수 있다. 여기서 검사의 자의적 기소에 대한 문제라 함은 공소제기 이외의 수사종결처분에 대한 문제 또한 포함하는 것이다. 특히 김영란법은 광범위한 적용대상을 지니고 있는 법이기 때문에, 이러한 검찰의 기소권 남용에 대하여 우려 하지 않을 수 없다. 물론 모든 검찰이 기소권을 남용하는 것은 아니지만, 수직적인 위계질서가 강한 검찰조직의 특성에 따라 검찰 수뇌부가 강한 정치적인 영향력을 받고 있는 현실을 감안해 볼 때, 김영란법 적용 대상에 대한 기소여부를 판단함에 있어서 합리적인 판단을 내릴 수 있을지에 관하여 의문이 든다. 또한 그동안 우리사회에서 검찰이 법 적용 대상의 지위 고하에 따라, 기소여부를 달리 했던 행적에 비추어 보더라도, 검찰의 기소권 행사에 관한 국민적 신뢰는 매우 부족할 수밖에 없다고 할 것이다.

또한 기소편의주의 제도 하에서의 김영란법 적용의 남용이 우려된다. 구체적인 예를 들어 김영란법 위반 행위가 동시에 뇌물죄 또는 배임수재죄로 인정되는 경우에 상대적으로 입증책임의 부담이 적은 김영란법 위반 행위로 기소할 가능성이 크다는 것이다. 기존의 뇌물죄의 구성요건인 직무 관련성 및 대가성은 수사 및 입증에 어려움이 크기 때문에 기소하더라도 인정될 가능성이 낮다. 따라서 뇌물죄 또는 배임수재죄가 적용되는 형법으로 다투는 것이 합당한 사안에 대해서도 직무 관련성과 대가성에 대한 입증책임이 없다는 이유로 김영란법으로 기소함으로써 김영란법 적용의 남용 문제가 발생할 수 있다. 특히 해당 문제는 일사부재리(一事不再理)의 효력으로 인한 실체적 확정력을 지니게 된다는 점에서 문제의 소지가 크다고 볼 수 있다. 즉 구체적인 사실관계를 고려해 보았을 때 뇌물죄 또는 배임수재죄로 처벌되어야 할 사건임에도, 기소편의주의에 따라 법정형이 더 가벼운³¹⁾ 김영란법으로 기소되어 처벌 받은 경우에는 더 이상 뇌

법이 동원될 것이라는 언론보도도 있다.: [JTBC 뉴스] “‘상한선 피해라’ 영수증 쪼개기에 페이백…꼼수 우려”, (2016.07.28.) (최종확인일: 2016.09.08.)

http://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB11281268

31) 김영란법에서는 금품등 수수금지를 위반한 경우에 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하 벌금을 받도록 규정 하고 있는데, 이는 뇌물죄와 배임수재죄의 최대 법정형인 5년 이하 징역형

물죄 또는 배임수재죄로 처벌할 수 없는 결과를 가져오는 문제점이 발생할 수 있다.

4. 김영란법 대응인력 수급문제

김영란법의 적용을 받는 적용대상은 공무원을 포함하여 언론인, 사립학교 교원 및 그의 배우자까지 매우 광범위하다. 이와 관련하여 국민권익위원회는 9월 5일 김영란법 적용 대상 기관 4만919곳을 공개한 바 있다. 이는 구체적으로 유치원 및 각급 학교 2만1210개, 신문·방송·인터넷신문 등 언론사 1만7210개로 집계된 바 있다.³²⁾ 즉 법 적용 대상자가 이와 같이 광범위한 만큼 김영란법의 대응 인력의 수급에 관한 문제점을 생각해 볼 수 있다. 이하에서는 김영란법 대응인력 수급문제에 관하여 ① 김영란법 교육 인력 부족 문제 ② 국가권익위원회 김영란법 관련 문의 대응인력 부족 문제 ③ 김영란법 과태료 부과 인력 부족 문제로 나누어 살펴보도록 할 것이다.

(1) 김영란법 교육 인력 부족

김영란법 시행과 관련하여 다양한 정부부처에서 자체적으로 청렴교육 강사를 섭외하여 청렴교육을 실시하고 있고, 관련 매뉴얼 등을 배포하고는 있지만, 김영란법에 대한 이해의 부족으로 인한 시민들의 혼란은 여전히 존재한다.³³⁾ 청렴교육과 관련하여 국민권익위원회는 2012년 전문교육훈련기관으로서 청렴연수원을 설립하고 운영해오고 있다. 2016년 현재 홈페이지 상에 등록된 청렴교육 전문강사는 총 73명으로 그동안 각 관련분야에서 활동하거나 주요단체의 추천을 받은 분들을 청렴교육 전문강사로 초빙 및 선정하여 운영하고 있는 실정이다.³⁴⁾ 하지만 이러한 전문강사 인력은 4만여곳이나 되는 적용 대상 기관에 대한 교육을 실시하기에는 부족한 인력이라고 볼 수 있다.

또한 청렴교육 전문강사 양성 과정을 단순히 기본과정과 심화과정으로 구성하고 있는데, 김영란법 관련 교육을 수행함에 있어서는 보다 전문적이고 체계화된 전문인력양성이 필요할 것이다. 이러한 전문 인력양성을 위해서는 김영란법의 적용대상이나, 구체

보다 더 가벼운 형량이다.

32) [중앙일보 간추린 뉴스] “권익위, 김영란법 대상 4만919곳 공개”(2016.09.05.)

(최종확인일: 2016.09.08.)

http://news.joins.com/article/20551589?cloc=joongang-article-hotclickd_n&dable=10.1.4

33) 예를 들어 민간인의 경우 법적용 대상에 포함여부에 대해 인지하지 못한다거나, 금품수수 금지의 경우 3만원, 5만원, 10만원으로 구체화된 금액이 정해져 있는 규정도 경우에 따라 법적용 여부가 달라질 수 있으며, 비용을 명확하게 산정하기 어려운 편의 제공 등 또한 법적용상의 해석의 논란이 야기될 수 있는 부분이 상당하기 때문이다. 이에 따라 김영란법 시행 이전부터 이를 담당하는 주무부서인 국민권익위원회에는 시민들의 질의가 쇄도하고 있으며, 이러한 문의에 대비한 로펌의 청렴관련 TF도 구축되는 추세에 있다.

34) 홈페이지 내용에 따르면 개인정보 활용에 동의한 전문강사의 정보와 대표 강의안을 게시하고 있다고 하므로, 실제 전문강사 인원은 73명보다는 다소 많을 가능성도 있다.; 청렴연수원 홈페이지 참고. <https://www.acrc.go.kr/edu/board.do?command=searchDetail&menuId=100405>

적인 위반 행위에 따른 전문화된 인력 양성과정을 별도로 마련하여 체계적으로 운영할 필요성이 있을 것이다.

(2) 국가권익위원회 김영란법 관련 문의 대응인력 부족

현재 김영란법 시행의 주무부처인 국민권익위원회에서는 경찰인력을 중심으로 부패방지 관련 TF³⁵⁾를 구성한 바 있다. 다만 아직 구체적인 시스템이 마련되어 있지 않아 TF 운영의 체계가 확립되어 있지 못한 실정이며, 법 시행 전에는 관련 문의 인력이 부족하여 밀려드는 문의 전화에 대한 적절한 답변을 제시하지 못하기도 하였다.³⁶⁾ 이러한 현실 속에서 김영란법 시행 과정에서 해당 법을 수행하는 데에 충분한 대응 인력이 수급될 수 있는지 또한 해당 문의에 대해 적절한 답변을 제공할 수 있는지에 대해서는 여전히 의문이라 할 수 있다. 이는 결과적으로 국민권익위원회가 주무부처이자 컨트롤 타워로서의 기능을 제대로 수행할 수 있을지에 대한 의문으로 이어지는 문제라 할 수 있다.

(3) 김영란법 과태료 부과 인력 부족

입법과정에서 김영란법 위반에 따른 과태료 부과기관이 여러차례 바뀐 후 뒤늦게 법원이 지정됨³⁷⁾에 따라 법원의 업무폭주 및 이에 따른 법원의 인력난 또한 예상해 볼 수 있다.³⁸⁾ 이는 광범위한 김영란법의 적용대상도 문제가 되지만, 과태료 부과에 대한

35) 해당 TF팀은 부정부패사범 담당 경찰서 지능팀으로 구성되었다.

36) [동아닷컴 뉴스] “‘김영란법 걸리나’ 질문해도… 권익위 “포털에 물어보라””(2016.08.29.) (최종확인일: 2016.09.08.) <http://news.donga.com/Politics/BestClick/3/all/20160829/80013300/1>

37) 2012년 8월 당시 김영란 권익위원장이 처음으로 입법예고한 안은 과태료 부과를 해당 공공기관장에 맡겼다. 과태료 부과를 명시한 34조 5항은 '과태료는 공공기관의 장 또는 감독기관의 장이 부과한다'고 명시했다. 하지만 2013년 8월 정부가 국회에 제출한 법안은 법원이 과태료를 부과하도록 했다. 당시 법무부는 '공공기관장이 부과하도록 할 경우 피신고자 소속 기관, 감독기관, 감사원, 수사기관 중 어느 기관이 과태료를 부과하는지 불분명해 실무상 관할 중복 및 충돌 우려가 있고, 각 기관별로 기준이 다를 경우 형평성 문제가 제기될 수 있다'는 점을 지적하며 '법원이 과태료를 부과하도록 하는 것이 바람직하다'는 입장을 밝혔다. 한편 2013년 10월 김기식 의원이 제출한 법안에는 과태료를 국민권익위원장이 부과·징수하도록 규정했다. 이후 2015년 국회 정무위원회 심의과정에서 '국민권익위 부과'와 '법원부과'가 논의되다가 최종적으로 '법원부과'로 확정돼, 국회 본회의를 통과했다.; [내일신문] “‘김영란법 폭탄’ 떨어진 법원” (2016.08.30.) (최종확인일: 2016.09.25.)

http://m.naeil.com/m_news_view.php?id_art=208456

38) 우선 김영란법 위반 행위를 발견한 시민이 해당 공공기관이나 국민권익위원회, 감사원, 수사기관 중 한 곳에 서면으로 신고하면, 신고를 받은 기관은 관련 내용을 수사기관에 이첩한다. 검찰은 수사 결과에 따라 공소를 제기하거나 각 기관에 과태료 부과대상임을 통보한다. 형사사건의 경우 법원에서 재판이 진행되며, 과태료 사건의 경우 각 기관의 요청에 따라 법원이 직접 과태료를 부과하게 된다. 이 과정에서 재판수요가 폭증하면서 법원의 업무 부담이 늘어날 공산이 크다.; [헤럴드 경제] “‘업무폭탄’ 불보듯 뻔해요”…법원 고개 ‘절레절레’” (2016.09.28.) (최종확인일: 2016.09.28.)

<http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20160928000221>

사실관계 자체가 문제가 될 가능성이 크기 때문이다. 이러한 문제에 대비하여 수도권 지역 과태료 재판 담당법관들은 '과태료 연구반'을 구성해 김영란법 과태료 사건이 접수될 경우에 대비해 재판절차를 정비하려는 노력³⁹⁾을 다하고 있고, 이에 관한 문제도 아직까지 크게 가시화되지는 않았다. 하지만 아직 법 시행 초반에 불과한 만큼, 과태료 집행 과정에서 발생하는 혼란 문제에 관해서도 여전히 귀추를 주목할 필요가 있을 것이다.

IV. 김영란법 시행 확립을 위한 개선 방안

김영란법이 사회적으로 가지는 의미와 논란이 큰 법인 만큼, 법 시행 확정 이후에도 이를 개선해야한다는 사회적 논의가 활발하다. 필자는 제2장에서 언급한 바와 같이 예상되는 몇 가지 문제점(① 상시적 감시체제 문제, ② 풍선효과 발생문제, ③ 수사기관의 권력남용 문제, ④ 김영란법 대응 인력 수급문제)에 대한 개선 방안으로 ① 신뢰사회 구축을 위한 시민의식 변화, ② 탈법 방지를 위한 회계 투명성 강화, ③ 사건처리 현황의 정보공개제도 실시, ④ 김영란법 대응 인력 수급 방안을 제시하고자 한다.

1. 신뢰사회 구축을 위한 시민의식 변화

김영란법 시행에 따른 예상 문제점에서 이미 상시적 감시체제가 발생하는 근본원인으로 사회구성원들 간의 사회적 신뢰 감소를 언급한 바 있다. 따라서 사회구성원들의 신뢰를 회복하고, 이를 통한 신뢰사회를 구축해 나가기 위해서는 시민의 행위의 자율성을 강조하는 측면에서 시민의식 변화를 하나의 대안으로 생각해 볼 수 있을 것이다. 여기서 시민 행위의 자율성은 사회학자 앤서니 기든스(Anthony Giddens)의 구조의 이중성 논의⁴⁰⁾를 토대로 뒷받침할 수 있다. 그의 구조의 이중성 이론에 따르면, 행위

39) 법원은 수도권의 과태료 재판 전담판사를 중심으로 '과태료 재판 연구반'을 구성하고 이들을 중심으로 신중하게 매뉴얼을 마련하고 있다.; [파이낸셜뉴스] “검찰, 김영란법 전담검사 검토 법원, 과태료 재판 연구반 구성”(2016.09.25.) (최종확인일: 2016.09.29.)
<http://www.fnnews.com/news/201609251738063536>

40) 구조의 이중성 개념에 의하면, 규칙과 자원은 상호작용을 생산하는 행위자들이 의존하지만, 그러한 상호작용을 통하여 또한 재구성된다. 그래서 구조는 순간(moment)과 총체성(totality)사이의 단계가 사회적 재생산 가운데서 드러나는 양식이다. 이러한 관계는 기능주의이론에서 제기하는 바와 같은 사회체계 내에서 행위자와 집단이 조정되는 가운데서 「부분」과 「전체」의 관계에 관련되는 것과는 다르다. 사회체계 형성의 차이는 시간과 공간 내에서 현전(presence)과 부재(absence)의 변증법을 반영한다. 그러나 이러한 것은 구조의 이중성으로 표현되는 구조의 차이에 대한 실제적인 질서를 통해 나타나고, 또 재생산될 뿐이다. 구조를 형성하는 차이나 구조적으로 형성되어지는 차이는 문법적으로 문장의 발화(發話)가 총체성으로서 언어를 구성하는 구문론적인 규칙 형식의 결여를 가정한다는 의미에서 「부분」

자는 구조의 규칙과 자원으로부터 영향을 받는 존재임과 동시에 규칙과 자원을 이용할 수 있는 존재이기도 하다. 이는 사회체계가 다양한 행위의 맥락에서 규칙과 자원을 이용하는 행위자의 활동을 기반으로 구성된다는 것이고, 여기서 구조의 이중성 개념은 사회체계의 구조적 속성이 행위자들이 반복적으로 조직하는 관행들의 매개체이자 결과물이라고 할 수 있는 것이다.⁴¹⁾ 즉 부정부패를 근절하고 신뢰사회로 나아가기 위해서는 법과 제도에 따라 감시와 통제를 강화하는 것에만 있는 것이 아니라, 사회구성원들 간의 부패 근절 및 청렴사회 만들기에 대한 의식 변화가 함께 수반되어야 할 필요성 또한 존재하는 것이다. 이러한 맥락에서 사회 문화적으로 만연해 있는 혈연, 학연, 지연 중심의 연고주의를 탈피하고, 부패한 관행을 탈피하려는 시민들의 실천의지의 중요성을 다시 한번 강조하지 않을 수 없을 것이다.

단 이러한 시민의식을 변화시키기 위해서는 보다 현실적인 방안 또한 고려하여야 할 필요성이 있다. 이는 구체적으로 고위 관료층에서 강력한 정치리더십⁴²⁾을 수반으로 하는 부정부패척결 의지를 보여주는 방안을 들 수 있다. 예를 들어 고위 공직자에 대한 인사권을 지니고 있는 고위 관료들이 고위 공직자를 선출하는 과정에서 부정부패에 행위여부에 대한 철저한 검증을 실시하고, 이 과정에서 부정부패 행위가 발각된 후보자들을 배제되도록 하는 결과들을 이끌어낸다면, 일반 시민들의 의식 변화에 적지 않은 영향력을 줄 수 있을 것이다.

2. 탈법 방지를 위한 회계 투명성 강화

어떠한 대안이든지 풍선효과를 전혀 배제할 수는 없다. 다만 어떠한 법적 제약을 가했을 때, 어떠한 탈법적인 행태가 나타날 수 있는가에 대해 생각해 보고 이에 대한 대비 방안을 생각해 보는 것은 나름 의미 있는 일이라 할 수 있다. 필자는 이에 대한 탈법적 행태로 소액 영수증 이중 발급과 연회비 등의 명목으로 접대 대금을 선납입 후 소액결제하는 등의 방식이 있을 수 있다고 언급한 바 있다.

물론 회계 투명성 강화를 위해 어떠한 규제조치를 하는 것은 쉽지 않은 일임이 분명하고, 또한 이를 규제하는 과정에서 또다른 풍선효과를 불러일으킬 가능성 또한 배제하기 어려울 것이다. 다만 이와 관련하여 예를 들어 생각해볼 수 있는 것은 서비스제공 업체들의 회계투명성을 강화하는 방안이다. 이는 보다 구체적으로 김영란법과 관련

과 「전체」를 관련시킨다.; Anthony Giddens 저/윤병철·박병래 공역, 『사회이론의 주요 쟁점』, 문예출판사(1991), 100면.

41) Anthony Giddens 저/황명주·정희태·권진현 공역, 『사회구성론』, 자작아카데미(1998), 74면.

42) 아시아 최고의 청렴국가이자 세계의 여러 나라 가운데 부패의 정도가 낮은 나라에 속하는 싱가포르의 부패척결을 위해 엄격하게 법을 적용하는 것으로 잘 알려져 있다. 싱가포르 정부는 지위고하를 막론하고 부패에 대해 강력한 조치를 취하여 부패를 억제하는 강한 정치리더십을 보여주고 있다.; 이상수, “싱가포르 부패방지제도”, 동남아시아연구 16권 2호(2006), 145면 참고.

하여 탈법적 형태로 서비스를 제공하는 것으로 의심되는 경우, 금융정보분석원(FIU: Financial Intelligence Unit)⁴³⁾의 협조를 통하여 금융정보를 수집 및 분석함으로써 탈법행위를 밝혀내고, 해당 업체 등에 과태료 또는 영업정지 등의 처분행위 부과하는 방안 등을 생각해 볼 수 있다. 또한 밀실에서 주고받는 현금 등의 금품 수수의 경우에는 금융실명제 하에서의 금융자산을 철저히 관리·감독하는 제도적인 노력이 필요할 것으로 생각된다.

3. 사건처리 현황의 정보공개제도 실시

언론에 보도된 바와 같이 김영란법 시행 초기 과도한 법집행과 공권력 남용 등의 우려를 불식시키기 위하여 경찰 및 검찰 수사기관은 김영란법과 관련한 사건을 처리함에 있어서 절제된 수사권을 행사하기로 하였다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾ 이러한 수사기관의 자세에 대해서는 사회적으로도 매우 의미 있는 일이며, 상당히 바람직한 태도라 할 수 있다. 하지만 그렇다고 해도 수사기관의 권력남용 문제를 전혀 배제할 수 없는 만큼 이를 방지하기 위한 방안 또한 강구해야 할 것이다. 따라서 그 구체적인 방안으로 사건처리 현황의 정보공개 제도 실시를 제시하고자 한다.

보다 구체적인 측면에서 이러한 정보공개 제도는 통계화된 정보를 활용하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 이는 함정수사 내지 기획수사를 통해 특정인과 특정 단체에 대한 수사의 남용을 방지하기 위하여 수사 사건의 처리 현황에 대한 통계자료를 마련한 후,

43) 범죄자금의 세탁행위와 테러자금조달을 방지하기 위하여 설립된 금융위원회 소속기관으로서 금융거래의 투명성을 높이는데 기여하기 위하여 설립된 기관이다. 주요업무로는 의심스러운 거래 정보를 분석하여 범죄자금 또는 자금세탁과 관련이 있다고 판단한 경우 관련 정보를 법집행기관에 제공하는 역할을 하고 있다. : 금융정보분석원 홈페이지 참조. <https://www.kofiu.go.kr/index.jsp>

44) 경찰청은 '김영란법'(부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률) 위반자를 먼저 찾아 나서는 수사는 자제하겠다고 말하면서, "청탁금지법 관련 규정에 따라 원칙적으로 실명 서면신고의 경우에만 접수해 처리할 계획"이라고 밝힌 바 있다. 이에 따르면 김영란법 수사는 원칙적으로 고소 또는 고발인이 실명으로 증거자료가 첨부된 서면 신고서를 제출할 때에만 수사가 이루어 진다는 것이다. 또 112, 전화 등을 통한 신고는 원칙적으로 출동하지 않고 서면 신고토록 안내할 방침이라고 한다. 다만 범죄혐의가 명백하고 증거인멸 등의 우려가 있는 긴급한 사안의 경우 예외적으로 출동·조치할 예정이라고 한다. : [뉴시스] "'김영란법' 실명으로 서면신고때만 수사착수" (2016.09.27.) (최종확인일: 2016.09.29.) http://www.newsis.com/ar_detail/view.html?ar_id=NISX20160829_0014353784&cID=10201&pID=10200

45) 대검찰청 윤용걸 기획조정부장(검사장)은 근거가 부족하거나 익명 뒤에 숨는 등 김영란법을 악용할 여지가 있는 신고에는 수사권 발동을 최대한 자제하겠다는 입장을 밝힌 바 있다. 이와 더불어 김영란법 위반 행위가 동시에 뇌물, 배임수재로 인정되는 경우, 법정형이 더 높은 뇌물·배임수재죄를 우선 적용할 계획이라고 한다. : [연합뉴스] "檢 "김영란법 위반자, 찾아 나서진 않는다…악용엔 대응"(종합)" (2016.09.27.) (최종확인일: 2016.09.29.) <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/09/27/0200000000AKR20160927150751004.HTML>

해당 정보를 국가권익위원회 홈페이지 등에 공개하는 방식으로 진행할 수 있을 것이다.⁴⁶⁾ 즉 수사기관 등이 수집한 부패행위에 대한 발생 건수, 발생 지역, 발생 단체, 적발 경로 등에 대한 데이터를 활용하여 통계자료를 축적하고, 이러한 정보를 대중에게 공개한다면 역 파놉티콘의 개념으로 수사기관의 권력남용에 대하여 감시 및 통제가 가능할 것이라고 본다.

하지만 이러한 정보공개 방식은 개인정보침해에 대한 문제 발생여지가 큰 것 또한 사실이다. 이 때문에 이러한 정보공개 방식을 구체적으로 실현하기 위해서는 사회 구성원들의 합의가 선행되어야 할 것이다. 또한 개인정보처리방침⁴⁷⁾에 따라 처리하는 개인정보의 항목을 수집하며, 대상을 특정할 수 있는 매우 구체적인 사항들에 대해서는 배제하는 것을 원칙으로 하는 등의 개인정보 보호에 대한 선 조치가 필요할 것이다. 따라서 정보공개 방식에 관하여 사회 구성원들의 합의가 이루어진다면, 향후 김영란법 관련 시행령에서 공개주체와 대상 및 구체적인 공개기준, 그리고 통제 수단에 대한 정보공개에 대한 규정을 별도로 규정함으로써 구체적으로 실현될 수 있을 것이다.

4. 김영란법 대응 인력 수급 방안

필자는 김영란법의 광범위한 적용대상에 비하여 김영란법 대응 인력은 매우 부족한 실정이라는 점을 이미 앞에서 지적한 바 있다. 이에 따라 ① 김영란법 교육 인력 부족 문제 ② 김영란법 적용여부에 관한 질의 응답 대응인력 부족 문제 ③ 김영란법 과태료 부과 인력 부족 문제에 따른 개선방안에 대해 다음과 같이 대안을 제시해 보고자 하였다.

(1) 김영란법 교육 인력 부족 문제 개선안

청렴연수원에서 김영란법 교육 인력을 일정수준 확보가능하나, 청렴교육을 담당하는 전문강사의 수 확보 및 청렴교육을 담당하는 전문강사 양성이 보다 체계적으로 진행될 필요가 있을 것이다. 구체적인 예로 한국양성평등진흥원에서는 전문강사를 양성함에 있어서 성폭력예방교육 전문강사 양성과정, 성희롱예방교육 전문강사 양성과정, 성매매 예방교육 전문강사 양성과정, 가정폭력 예방교육 전문강사 양성과정, 폭력예방통합교육 전문강사 양성과정, 양성평등교육 전문강사 양성과정, 성별영향분석평가교육 전문강사

46) 김영란법의 시행령 제41조에는 정보시스템의 구축 및 운영에 관한 규정을 두고 있으므로, 구축된 정보시스템을 기반으로 정보공개 제도를 실시 또한 가능할 것이다.

47) 구체적인 개인정보처리 방침의 주요 내용으로는 다음을 들 수 있다. “개인정보 수집은 원칙적으로 제한해야 하며, 수집하는 개인정보는 정확해야 하며, 개인정보 활용에 관한 명확한 목적이 있어야 하며, 개인정보가 다른 목적으로 제공되어서는 안 되며, 적절한 안전장치로 보호되어야 하며, 개인정보 처리 과정은 일반에게 공개되어야 한다.” “또한 정보주체에게는 자신의 정보 소재를 확인하고, 파기, 정정할 권리가 있으며, 정보 관리자에게는 이상 모든 원칙을 준수하고 필요조치를 취할 책임이 있다.”; 한국인터넷 진흥원 개인정보처리 방침 참고. https://academy.kisa.or.kr/intro/aca_privacy.kisa

양성과정으로 나누어 교육을 진행하고 있다.⁴⁸⁾ 청렴연수원 또한 보다 세분화된 전문가 양성과정을 마련하는 노력이 필요할 것이다.

(2) 김영란법 적용여부에 관한 질의 응답 대응인력 부족 문제 개선안

국민권익위원회가 현재 김영란법 시행의 주무부처인 만큼, 청렴사회를 위한 컨트롤 타워로서의 기능을 제대로 수행하기 위해서는 충분한 관리인력이 필요하다고 할 수 있다. 그 중에서도 김영란법과 관련한 문의에 대해 질의 응답을 할 수 있는 인력 확보가 선행되어야 할 것이다. “법의 무지는 용서받지 못한다(Ignorance of law is no excuse)”는 법언이 있는 것처럼, 우리 형법에서는 이러한 법의 무지에 의한 법률에 착오에 대해서는 정당한 이유가 없다고 본다. 따라서 김영란법의 적용을 받는 대상들이 법의 무지에 의해 김영란법을 위반하는 사례가 발생하지 않도록 충분하고도 정확한 정보를 제공할 수 있는 전문화된 인력마련이 필요할 것이다. 또한 전문화된 인력을 확보하는 과정에서 김영란법 관련 매뉴얼 등을 보다 명확히 하려는 노력 또한 중요하다고 본다. 해당 법의 특성상 각 사례별로 법적용의 해석에 대한 문제가 발생할 가능성⁴⁹⁾이 높기 때문에 전문 인력 간의 법해석 또한 개인마다 다를 수 있다. 이러한 차이는 결과적으로 수범자의 혼란을 야기시킬 수 있기에 이는 매우 중요한 문제라 할 수 있다.

(3) 김영란법 과태료 부과 인력 부족 문제 개선안

김영란법 과태료 부과에 대한 판단을 함에 있어서 양형위원회 인력을 활용하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 양형위원회는 구체적인 양형정책을 연구하고 심의하는 기관으로서, 무엇보다 실효성 있는 양형을 실현하기 위하여 마련된 단체라고 할 수 있다. 김영란법과 같이 해석이 복잡·다양하게 발생할 수 있는 법제인 경우에는 이를 공정하고 객관적으로 규율하기 위한 양형기준 마련에 많은 노력을 기울여야 할 것으로 판단된다. 해당 법의 적용으로 자유형보다는 재산형이 부과될 가능성이 높지만, 재산권 또한 국민의 소중한 권리인 만큼 이에 대한 불필요한 침해를 최소화할 수 있도록 양형위원회는 고심해야 할 것이다.

IV. 결론

부패에 대한 사회구성원들의 인식은 우리사회가 공정사회로 나아가기를 희망하는 염

48) 한국양성평등진흥원 홈페이지 참고. <http://www.kigepe.or.kr/>

49) 법원행정처는 김영란법의 ‘직무 관련성’ 부분에 대해 국민권익위의 해석과 다른 해석이 가능하다는 점을 지적한 바도 있다.: [연합뉴스] “법원·권익위, 직무 관련성 해석 제각각” (2016.09.27.) (최종확인일: 2016.09.29.)
http://www.ytn.co.kr/_ln/0103_201609271202453436

원에 바탕을 둔 것이라 할 수 있다. 우리사회의 주된 부패 원인으로 주로 손꼽히는 것이 온정주의에 의한 혈연, 학연, 지연을 통한 부정청탁이나 뇌물이 만연하며 접대문화가 발달되어 있다는 것이다. 이는 사회·문화적인 원인으로서는 법과 제도를 개선한다고 해도 쉽사리 해결되지 않는 문제라고 할 수 있다. 김영란법 이전에도 헌법적 차원에서 부패를 방지하기 위한 다양한 법제⁵⁰⁾가 존재한 바 있지만, 그럼에도 불구하고 우리사회에서 크고 작은 각종의 비리사건이 끊이지 않았다. 이러한 선례를 생각해보면 법제의 존재 자체만으로는 부패를 근절하기 어렵다는 것은 이미 경험적으로 입증되었다고 볼 수 있다. 즉 법과 제도는 사회 속에서 정책의 실현을 통한 발전 과정상의 중요한 필요조건이기는 하지만 충분조건은 아닌 것이다. 심지어 법과 제도를 통해 지나치게 규제할 경우에는 실효성 확보의 어려움으로 인해 규정이 있어도 사람들이 지키지 않는 경우가 발생할 가능성이 높다고 본다. 결국 청렴하고 공정한 사회를 구현하는 일 또한 개인만의 결단으로는 불가능한 것으로서, 우리 사회 구성원 모두의 생각이 변화함으로써 구성원들 스스로가 공동 행동에 앞장설 때 비로소 가능해질 것이라고 본다.

이러한 맥락에서 지금 우리사회에서 사회구성원들이 가져야 할 가장 중요한 규범은 정직과 신뢰라고 할 수 있다. 우리사회에서 뿌리 깊게 박혀 있는 불신풍조는 사회 리더들의 부정행위를 오랜기간 동안 경험하면서 내재화 된 것이라 할 수 있다. 이는 결과적으로 우리 사회구성원들 간에 신뢰수준을 매우 떨어뜨렸으며, 사회구성원들 간의 신뢰가 작아지게 된 만큼 법제에 대한 의존도가 커지게 되는 결과로 나타났다고 본다. 따라서 김영란법을 연착륙시키기 위한 보다 근본적인 방안은 사회구성원 모두의 의식변화 및 행동의지에 달려있다고 본다. 부패근절 및 공정사회 만들기 위한 사회적 공감대를 기반으로 김영란법의 대상이 되는 공직자 등과 시민들의 의식변화가 사회구성원들 간의 신뢰관계 회복으로 이어질 수 있을 것이라고 기대하는 바이다. 결국 이것이 종국적으로 부패로 인해 발생하는 사회적 비용을 감소시키고 청렴사회를 구현하는 데 작지 않은 기여를 할 수 있을 것이다.

필자는 김영란법의 시행과정에서의 발생할 수 있는 몇 가지 문제점과 이에 대한 개선방안을 살펴봄으로써 김영란법의 연착륙을 위한 하나의 시사점을 제시하고자 하였다. 이는 매우 단편적이 고찰에 불과할 수도 있으나, 향후 우리사회가 앞으로 나아가야 할 방향에 대해 생각해볼 수 있다는 점에서 나름의 의미가 있다고 할 수 있다. 단

50) 반부패와 관련한 다양한 법제로는 1961년 4월의 『부정축재특별처리법』을 필두로, 이후 정치부패방지를 위해 『공직선거법』, 『정치자금법』, 『정당법』, 『지방자치법』, 『국정감사및국정조사에관한법률』, 『국회법』, 『인사청문회법』 등이 제정·보완되고, 행정부패방지를 위해 『부패방지법』, 『국가공무원법』, 『공직자윤리법』, 『감사원법』, 『행정절차법』, 『민원사무처리예관한법률』, 『공공기관의정보공개에관한법률』, 『회계관계직원등의책임에관한법률』, 『특정금융거래정보의보고및이용에관한법률』, 『공무원징계령』, 『직무감찰지침』, 『공공감사기준』, 『공무원복무규정』, 『공무원윤리헌장』, 『공무원의직무관련고발지침』, 『비위면직자공직재임용제한에관한규정』, 『공직기강엄무규정』 등 다수의 법령을 들 수 있다.; 김주영, “공직부패 방지를 위한 공직자의 이해충돌 방지규정의 검토”, 『공법학연구』 제14권 제3호(2013), 187면.

필자가 보다 근본적인 측면에서 강조하고 싶은 것은 사회 구성원들의 부패에 대한 사회적 합의형성을 토대로 신뢰기반의 프로세스를 구축하려는 노력이 수반되어야 한다는 것이다.

법은 고정불변의 것은 아니다. 입법 당시부터 각 사회구성원들 간의 충분한 논의와 숙고의 과정을 거쳐 법을 제정하지만, 실제로 법을 시행하면서 해석하고 적용하는 과정에서 나타나는 문제점을 반영하여 개정해 나가는 과정이 수반된다. 이러한 과정을 통해 해당 법은 더욱 정치(精緻)해지고, 실효성을 가지게 되는 것이다. 이러한 맥락에서 법이 시행된지 반년이 채 되지 않은 시점에 와 있는 김영란법 또한 시행과정에서 나타나는 각종 사례들로부터 다양한 법 해석과 법 적용과정에서 발생하는 문제점들을 보완해 가는 과정이 필수적이라 할 것이다. 이를 통해 김영란법이 더 이상의 논란을 야기하지 않고, 가능한 빨리 우리 사회에서 실효성 있는 법으로 연착륙하기를 기대해 본다.

[참고문헌]

- 국민권익위원회, 『「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」 해설집』, 국민권익위원회 (2016).
- 기획재정부, 『시사경제용어사전』, 기획재정부(2010).
- 김정현, “‘부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’의 문제점과 발전방향에 관한 연구”, 『헌법학연구』 제22권 제2호(2016).
- 김주영, “공직부패 방지를 위한 공직자의 이해충돌 방지규정의 검토”, 『공법학연구』 제14권 제3호(2013).
- 김현수, “부패방지에 관한 형사법적 대응방안”, 『법과정책』 제20권 제1호(2014).
- 미셜 푸코 저, 오생근 역, 『감시와 처벌』, 나남출판(1994).
- 박균성, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」에 대한 행정법적 연구”, 『저스티스』 통권 제156호(2016).
- 박진우, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」의 위헌성에 관한 고찰”, 『세계헌법연구』 제21권 제1호(2015).
- 서보학, “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」에 대한 형사법적 검토”, 『입법학연구』 제12집 제1호(2015).
- 송기춘, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」의 법적 문제점과 개선방향”, 『세계헌법연구』 제21권 제3호(2015).
- 이부하, “부정청탁금지법의 위헌성 검토”, 『법과 정책연구』, 제15권 제3호(2015).
- 이상수, “싱가포르 부패방지제도”, 『동남아시아연구』 16권 2호(2006).
- 이성기, “「부정청탁 금지 및 공직자의 이해충돌 방지법안」에 대한 문제점 및 개선 방안”, 『형사정책』 제26권 제2호(2014).
- 이유봉, 『공직부패 종합대책법으로서의 「부정청탁 및 이해충돌 방지법안」에 대한 분석 연구』, 한국법제연구원(2012).
- 이천현, “부정청탁 금지행위와 제재에 관한 소고”, 『한양법학』 제26권 제3집(통권 제51집)(2015).
- 임종훈, “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」(소위 김영란법)의 헌법적 쟁점에 대한 고찰”, 『법조』 제64권 제9호(2015).
- 장영수, “「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」(이른바 김영란법)의 헌법적 의의와 발전방향”, 『공법연구』, 제45집 제1호(2016).
- 조재현, “부정청탁금지법의 위헌성에 관한 논의”, 『한국부패학회보』 제20권 제4호(2015).
- 최대권, “소위 김영란법에 관한 입법학적 고찰”, 『입법학연구』, 제12집 제1호(2015).
- 프랜시스 후쿠야마 저, 구승희 역, 『트러스트』, 한국경제신문사(1996).
- 현대경제연구원(2014) “국민의 안일한 인식이 부정부패를 키운다- 부정부패 관련 대국민 인식조사”, 『VIP 리포트』 14-38호 (통권 589호).
- 홍완식, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」에 대한 입법론적 검토”, 『입법학연구』 제12집 제1호(2015).
- 홍완식, “「부정청탁금지 및 공직자의 이해충돌 방지법안」에 대한 입법평론: 일명 ‘김영란법’에 대한 입법평론”, 『토지공법연구』, 제67집(2014).

Anthony Giddens 저 / 윤병철·박병래 공역, 『사회이론의 주요 쟁점』, 문예출판사(1991).
Anthony Giddens 저/황명주·정희태·권진현 공역, 『사회구성론』, 자작아카데미(1998).
Jane K. Winn, The Secession Of The Successful: The Rise Of Amazon As Private
Global Consumer Protection Regulator, 58 Arizona Law Review 193(2016).

[JTBC 뉴스] “"상한선 피해라" 영수증 쪼개기에페이백…꼼수 우려”, 2016년 7월 28일자 기사
(http://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB11281268)
[내일신문] “'김영란법 폭탄' 떨어진 법원”, 2016년 8월 30일자 기사
(http://m.naeil.com/m_news_view.php?id_art=208456)
[뉴스시] “'김영란법' 실명으로 서면신고때만 수사착수”, 2016년 9월 27자 기사
(http://www.newsis.com/ar_detail/view.html?ar_id=NISX20160829_0014353784&cID=10201&pID=10200)
[동아닷컴 뉴스] “"김영란법 걸리나" 질문쇄도… 권익위 "포털에 물어보라"”, 2016년 8월 29일자
기사(<http://news.donga.com/Politics/BestClick/3/all/20160829/80013300/1>)
[스카이데일리] “관피아 망국론 국가개조 첫 단추 '절름발이'”, 2015년 1월 9일자 기사
(http://www.skyedaily.com/news/news_view.html?ID=30227)
[연합뉴스] “檢 "김영란법 위반자, 찾아 나서진 않는다…악용엔 대응"(종합)”, 2016년 9월 27일자
기사(<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/09/27/0200000000AKR20160927150751004.HTML>)
[연합뉴스] “법원·권익위, 직무 관련성 해석 제각각”, 2016년 9월 27일자 기사
(http://www.ytn.co.kr/_ln/0103_201609271202453436)
[조선일보] “한건 하면 포상금 2억?… '란파라치' 되려고 줄섰다”, 2016년 8월 30일자 기사
(http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/08/30/2016083000220.html)
[중앙일보 간추린 뉴스] “권익위, 김영란법 대상 4만919곳 공개”, 2016년 9월 5일자 기사
[파이낸셜뉴스] “검찰, 김영란법 전담검사 검토 법원, 과태료 재판 연구반 구성”, 2016년 9월 25
일자 기사(<http://www.fnnews.com/news/201609251738063536>)
[헤럴드 경제] ““업무폭탄 불보듯 뻔해요”…법원 고개 '절레절레'”, 2016년 9월 28일자 기사
(<http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20160928000221>)

국제투명성기구 홈페이지(<http://www.transparency.org/cpi2015/results>)
금융정보분석원 홈페이지(<https://www.kofiu.go.kr/index.jsp>)
청렴연수원 홈페이지
(<https://www.acrc.go.kr/edu/board.do?command=searchDetail&menuId=100405>)
한국인터넷 진흥원 홈페이지(https://academy.kisa.or.kr/intro/aca_privacy.kisa)
한국양성평등진흥원 홈페이지(<http://www.kigepe.or.kr/>)

2016. 7. 28. 2015헌마236·412·662·673(병합)

[Abstract]

Review on the so-called "Kim Young-Ran Law"

Kim, Min Ji
Department of Law
Master, Myongji University

Korea has suffered for decades from the uneasiness of public distrust of the government officials due to structural corruption practices. In an effort to make a more transparent society, the anti-corruption law, called "Kim Young-Ran Law", finally came into effect May, 2015.

Although the law has been legitimately passed, its effectiveness is in question: thus, there are still a number of on-going debates amongst scholars and lawmakers. In this essay, after analyzing a few possible problems of this legislation in the future, I have suggested some preventive measures in order for the anti-corruption law to be firmly established.

The possible problems are found in four realms: ① a constant surveillance system, ② a balloon effect, ③ power abuse, and ④ lack of professional personnel. To prevent these issues, it is necessary ① to improve social conscience of people through more strict law enforcement ② to increase the role of 'Financial Intelligence Unit' ③ and to implement an information disclosure system that enables Korean citizens to access every corruption case. ④ supply of professional personnel for the "Kim Young-Ran Law". Further details for each preventive measure are discussed in this essay.

<Key words>

Kim Young-Ran Law, Solicitation Prohibition Act, Anti-Corruption Act, Public Corruption, Effectiveness of legislation

「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 초과하여 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 규정함으로 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 인정할 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 「」로 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 제2호)

2017년 1월 30일 인쇄

2017년 1월 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 : 도서출판 한국학술정보

* 이 책의 무단복제·복사·전제를 금함

ISSN 1229-7585