

明 知 法 學

제24권 제1호



2025

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 현 세 용

刊 行 辭

2025년 청사(靑蛇)의 해에 우리는 그 어느 때보다 뜨거운 여름을 경험하고 있는 듯합니다. 지난해 말의 비상계엄 사태는 결국 대통령의 탄핵으로 이어졌고, 새로운 정부를 구성하기 위한 대통령 선거에서는 헌정사상 다섯 번째 정권교체가 이루어져 대한민국의 공고화된 민주화의 역량을 다시금 확인할 수 있었습니다. 새로운 정부는 지금까지 드러난 국가 시스템의 여러 문제점들을 시정해 나가면서도 국내·외의 많은 도전들에 대응해 나가야 할 막중한 과제를 맡게 되었습니다. 모쪼록 만민의 안락과 국토의 안온 속에서 국운의 융성을 기원합니다.

2004년 4월 대학부설연구소로 승격되었던 명지대학교 법학연구소는 명지대학교의 학사구조 개편을 통해 올해 3월부터 단과대학인 법과대학이 폐지되고 법학부가 사회과학대학에 편입됨에 따라 대학부설연구소의 지위를 유지할 수 없게 된 결과, 교내 일반 연구소로 전환되게 되었습니다. 향후 연구소의 운영 여건이 다소 열악해지지 않을까하는 걱정도 없지 않습니다만, 연구소의 지속적인 발전을 위해 저희 구성원들이 좀 더 노력할 것을 다짐합니다.

본 연구소의 『명지법학』이 이번 호로 제24권 제1호가 되었습니다. 이 자리를 빌려 오랜 세월 『명지법학』의 발간을 위해 물심양면으로 노력해주신 모든 분들께 다시 한 번 깊이 감사드립니다. 이번 호에도 교내·외의 여러 분들에게서 법학계의 다양한 분야에 걸친 다수의 논문들을 투고해 주셨는데, 엄정한 심사를 통해 총 10편의 논문이 수록되게 되었습니다. 기후변화를 비롯한 전지구적인 문제에서부터 국내·외의 다양한 문제들이 산적한 현실 속에서 법학계는 무엇보다 연구의 성과로 그 나아갈 길을 밝혀야 할 것입니다. 옥고를 투고해 주신 모든 분들께 다시 한 번 감사의 말씀을 전하며, 앞으로도 본지에 지속적인 관심을 가져주실 것을 부탁드립니다.

끝으로, 본지가 발간되기까지 힘써 주신 많은 분들 가운데, 특히 이윤제 편집위원장님 이하 여러 편집위원님들과 본 연구소의 운영을 실질적으로 총괄해주고 계신 안수길 간사님, 그리고 실무상 많은 수고로운 일을 맡아주신 홍채원 교육조교께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 앞으로도 『명지법학』의 지속적인 발전을 응원하며, 올 한 해의 남은 기간 잘 마무리하시어, 모든 분들이 유종의 미를 거두시는 귀한 시간이 되기를 기원합니다.

2025년 8월

명지대학교 법학연구소장

김 주 영

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

독일 경쟁제한방지법상 상대적 또는 우월적 시장지배력 남용 규제에 관한 연구	홍명수 / 1
위헌법률심판에서 재판의 전제성과 예외로서 심판의 필요성	안요환 / 19
의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 정제·캡슐 형태의 일반식품 에 대한 법·정책적 개선 방안	박의근 / 39
국민건강보험공단의 보험자대위 행사에 관한 연구 - 대법원 2024. 11. 20. 선고 2021다220864 판결을 중심으로 -	전한덕 / 65
누범 가중의 요건 및 집행유예의 결격 사유로서 ‘금고 이상 선고형의 집행 기간’의 포섭 범위에 대한 비판적 검토 - 대법원 2025. 3. 27. 선고 2021도4355 판결에 착안하여 -	송진경 / 87
기후변화 대응전략으로서의 금융규제에 관한 고찰	정완 / 109
존속기간이 연장된 의약품 특허권의 효력범위	박영규 · 백예은 / 135

Challenges and Regulatory Pathways for Algorithmic Price Discrimination - A Case Study of China with Comparative International Perspectives -	김흠 · 정연부 / 163
From NAP to Nowhere: Why Strategic Design Matters for Business and Human Rights NAP Implementation	송세련 / 191
Grundriss der Rechtsgewinnungstheorie Arthur Kaufmanns: Ein Quartett von Abduktion, Induktion, Analogie und Deduktion	안수길 / 219

[부 록]

「명지법학」 편집규정	233
「명지법학」 투고규정	236
「명지법학」 연구윤리 규정	238
「명지법학」 원고작성 지침	241

독일 경쟁제한방지법상 상대적 또는 우월적 시장지배력 남용 규제에 관한 연구

홍명수*

논문요지

독일 GWB에서 단독행위 규제체계는 시장지배적 사업자를 수범자로 하는 남용 행위 규제에 기초한다. 이러한 규제는 시장지배적 사업자를 수범자로 하여 이루어지는데, 규제 범위를 확대함으로써 단독행위 규제체계를 보완하려는 시도가 입법적으로 전개되어 왔다. 가장 중요한 것은 GWB 제20조에 근거한 상대적 또는 우월적 시장지배력 남용 규제의 도입이다. 제20조 제1항에서 의존성을 요건으로 하는 상대적 시장지배적 사업자의 방해와 차별행위 및 소극적 차별행위에 대해 GWB 제19조에 의한 남용 규제가 이루어진다. 또한 제20조 제3항에 근거하여 경쟁 사업자들에 비하여 우월한 시장지배력을 가지고 있는 자의 방해행위에 대해서도 GWB 제19조가 적용된다. 이러한 제도를 독점규제법에 곧바로 수용하는 것에는 한계가 있다. 독점규제법은 단독행위 규제체계가 시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위 규제로 이원화되어 있고, 대체로 GWB상 상대적 또는 우월적 시장지배력을 가진 사업자의 남용 규제에 상응하는 규제가 이미 제도화되어 있으므로, 동 규제의 직접적인 도입을 긴요한 과제로 보기 어렵다. 그러나 동 규제는 독점규제법상 단독행위 규제체계의 개선을 위하여 일정한 시사점을 제공하는 부분이 있다. 특히 상대적 시장지배적 사업자와 관련된 것으로서, 의존성 판단에 관한 부분은 독점규제법상 유사한 거래상 지위남용에서 우월적 지위를 판단하는 데 도움이 될 수 있다. 또한 동 규제는 거래상 지위남용 행위의 부당성을 불공정성뿐만 아니라 경쟁제한성에 근거하여 판단할 수 있음을 보여주는 비교법적 모델로서 유력한 의미가 있다. 끝으로 거대 플랫폼의 등장에 대응하여 GWB상 상대적 시장지배적 사업자 규제의 개정이 이루어진 것도 중요하다. 네트워크 산업에서 자료가 의존성 판단의 중요 요소로 고려될 수 있거나 중개자가 상대적 시장지배적 사업자가 될 수 있음을 명시적으로 규정한 것은 주목할 만하다.

· 논문제출: 2025. 07. 06. · 심사개시: 2025. 07. 08. · 게재확정: 2025. 07. 22.

* 명지대학교 법학과 교수, 법학박사

I. 서론

독일 경쟁제한방지법(이하 GWB; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)상 단독행위 규제는 EU 경쟁법(EU 기능조약 102조)과 마찬가지로 제19조에 근거한 시장지배적 지위의 남용 규제를 중심으로 이루어지고 있다. 이러한 규제는 수범자를 원칙적으로 시장지배적 지위에 있는 자로 한정하지만, 독일 GWB는 제20조에 근거하여 시장지배적 지위를 넘어 남용행위의 규제 범위를 확대하고 있다는 점에서 특징적이다. 이와 같은 규제의 확장은 시장지배적 사업자로 한정된 단독행위 규제체계가 보완될 필요성이 있음을 시사하는 것이기도 하지만,¹⁾ 이러한 확장이 상대적 또는 우월적 시장지배력(relative oder überlegene Marktmacht) 개념을 중심으로 이루어지고 있다는 점에서도 주목을 요한다.²⁾

주지하다시피 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법)은 단독행위 규제와 관련하여 시장지배적 지위 남용행위 규제와 불공정거래행위 규제로 이원화되어 있으며,³⁾ 지배적인 견해는 양자를 특별법적인 관계로 이해하고 있다.⁴⁾ 이러한 규제체계에서는 당연히 독점규제법상 규제 대상인 단독행위가 시장지배적 사업자의 행위에 한정되지 않는다. 즉 독점규제법에서는 불공정거래행위도 단독행위 규제의 중요한 한 축을 이루고 있으며, 이는 시장지배력(Marktmacht) 개념의 확장을 통해서 단독행위 규제 범위를 넓히고 있는 독일 GWB와 구별되는 점이기도 하다.⁵⁾ 이러한 차이에도 불구하고, GWB에서 이루어지고 있는 시장지배적 지위 남용행위 규제의 확대를 살펴보는 것은 세 가지 점에서 의의가 있다. 우선 이러한 확대는 상대적 또는 우월적 개념의 구체화를 통해 이루어지고 있는데, 이는 개별 사업자가 시장에 미치는 영향력에 대한 실질적 이해에 기초하고 있다는 점에서 독점규제법의 운용에 있어서도 참고할 만한 가치가 있으며, 특히 불공정거래행위의 한 유형으로 규정되어 있는 거래상 지위남용 행위와 관련하여 시사하는 바가 클 것이다. 또한 상대적 시장지배력 등의 남용으로 규정된 행위가 시장지배력 남용행위에 해당하는 모든 행위에 연결되는 것이 아니라, 이에 해당하는 일정한 행위만을 규제 대상으로 삼고 있다는 점도 특징적이다. 이러한 입법 태도는 상대적 시장지배력 등의 남용행위로서 규제될 수 있는 행위를 구체화한 것으로 볼 수 있으며, 이 역시 불공정거래행위로서 거래상 지위남용에 해당하는 행위를 한정적 방식으로 열거하고 있는 독점규제법의 제도 운영과 관련하여 의미 있는 참고 사항이 될 수 있을 것이다. 끝으로 최근 상대

1) Ulrich Immenga & Ernst-Joachim Mestmäcker hrsg., *GWB Kommentar*, C. H. Beck, 2001, S. 752(Kurt Markert).

2) 이봉의, 「독일경쟁법; 경쟁제한방지법」, 법문사, 2016, 174-175면 참조.

3) 홍명수, “시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위의 관계와 단독행위 규제체계의 개선”, 「경쟁법연구」, 제33권(2016), 50면 이하 참조.

4) 권오승·홍명수, 「경제법」, 법문사, 2024, 329-330면; 이기수·유진희, 「경제법」, 세창출판사, 2012, 176-177면.

5) 독일에서는 부정경쟁방지법(UWG; Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)이 불공정한(unlauter) 경쟁을 규율하는 법으로서 기능하며, GWB와 함께 광의의 경쟁법 체계를 구성한다. 양법의 규율 범위와 관련하여 전자가 경쟁의 공정을 후자는 경쟁의 자유를 다루는 것으로 이해되는데, 양자의 엄격한 구별을 시도하기보다는 양 규제체계가 경쟁의 보호라는 동일한 목적하에 상호보완적으로 기능한다는 점이 강조되기도 한다. Meinrad Dreher & Michael Kulka, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, C. F. Müller, 2023, SS. 41-43 및 Ansgar Ohly & Olaf Sosnitzer, *UWG Kommentar*, C. H. Beck, 2013, S. 156 참조.

적 시장지배력 남용 등과 관련하여 GWB의 개정이 있었고, 이러한 변화는 특히 거대 플랫폼 사업자를 염두에 둔 것이라는 점에서 주목할 필요가 있다. 거대 플랫폼 사업자의 등장은 우리도 직면하고 있는 문제이며,⁶⁾ 이러한 상황에 지배력 남용 규제가 어떻게 대응할지를 논의함에 있어서 GWB상 상대적 시장지배력 등에 관한 규제 개선은 의미 있는 선례가 될 수 있을 것이다.

이하에서의 논의는 다음과 같이 전개하고자 한다. 우선 GWB에서 시장지배적 지위남용 행위의 규제 범위, 즉 수범자 확대를 가능하게 하는 상대적 또는 우월적 시장지배력 개념의 의의와 적용 결과를 구체적으로 살펴볼 것이다. 즉 이러한 개념이 구체적으로 어떠한 의미로 이해되고 있는지 그리고 이에 포섭되기 위한 요건의 구체적인 내용이 무엇인지에 관하여 살펴보고, 이러한 개념 확장을 통해 나타난 규제 범위의 확대를 구체적으로 분석할 것이다(II). 이어서 GWB가 상대적 또는 우월적 지위에서 행할 수 있는 남용행위 유형을 별도로 규정하는 방식을 취한 것에 주목할 필요가 있다. 이러한 접근은 해당 유형의 특별한 취급을 정당화할 수 있는 남용 우려에 대한 인식에 따른 것으로 볼 수 있으며,⁷⁾ 따라서 확대된 수범자에 대해 적용되고 있는 남용행위 유형들에 대한 검토가 필요할 것이다(III). 이상의 논의를 종합하여 독일 경쟁제한방지법에서 이루어지고 있는 상대적 시장지배력 등의 남용행위가 독점규제법상 단독행위 규제에 주는 시사점을 결론으로써 제시하고자 한다.

II. 수범자의 범위

1. 상대적 시장지배적 사업자

(1) 의의

GWB 제20조 제1항 제1문은 상대적 시장지배력을 갖고 있는 사업자의 남용 규제에 관하여 규정하고 있다. 동 규정에 의하면, 일정한 상품의 공급자 또는 수요자인 사업자에게 충분하고 합리적인 전환 가능성이 존재하지 않는 정도로 다른 사업자가 의존하고(abhängig) 있고, 의존 대상인 사업자와 이에 의존하고 있는 사업자 간에 명백한 힘의 불균형이 존재하는 경우 전자의 상대적 시장지배력이 인정되며, 남용 규제의 적용을 받게 된다. 동 규정은 제10차 개정(2021년)에서 의존적 사업자를 중소기업에 한정하던 것을 폐지하고 대신 사업자 간 힘의 불균형이 존재하는 경우를 요건

6) 홍명수, “플랫폼 규제 개선을 위한 독일 경쟁제한방지법 개정에 관한 고찰”, 「동아법학」, 제94호(2022), 255면 이하 참조.

7) 상대적 시장지배력을 가진 사업자를 유력 사업자(marktstarke Stellung) 개념으로 이해하며, 이러한 사업자는 지배적 지위에 이르지 않는지만 경쟁정책적으로 문제될 수 있는 방해행위나 차별행위를 할 수 있다는 점에서 규제의 의의가 있다는 것으로, Hermann-Josef Bunte, *Kartellrecht*, C. H. Beck, 2008, S. 306 참조. 한편 국내에서 유력사업자 개념은 대법원이 불공정거래행위의 한 유형으로서 거래거절 사건에서 시장지배력을 갖고 있지 않지만 상당한 영향력을 갖고 있는 사업자를 시사하는 개념으로 사용하였는데(대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결), 동 판결에서 언급한 유력사업자 개념에 관한 논의로서, 김차동, “단독거래거절에 의한 불공정거래행위의 규제원리” 권오승 편, 「공정거래와 법치」, 법문사, 2004, 697면 참조.

으로 추가한 결과로 나타났다.⁸⁾ 이 개정에 의해 법리적으로는 대기업도 의존적인 사업자로서 상대적으로 시장지배력이 있는 사업자의 상대방이 될 수 있지만,⁹⁾ 경향상 동 규정의 적용은 중소기업자를 상대방으로 한 관계에서 이루어질 가능성이 클 것이다.¹⁰⁾

이상의 규정에서 남용 규제의 확장은 의존성과 힘의 불균형을 요건으로 하는 상대적 시장지배력 개념에 기초하고 있다. 특히 의존성은 핵심적 요건으로 기능하지만, 현대 경제에서 모든 사업자는 하나 이상의 사업자에게 의존적이고 어떤 의미에서는 종속적이라는 점을 감안하면,¹¹⁾ 남용 규제의 적용 요건으로서 의존성 파악에 어려움이 따를 수밖에 없을 것이다. 이를 완화하기 위하여 추정제도 같은 입법적 대응이 나타나고 있으며, 또한 의존성을 구체화하려는 다양한 논의가 전개되고 있다.

(2) 입법적 대응: 의존성 추정 및 중개자

상대적 시장지배력의 요건으로서 의존성 추정은 GWB 제20조 제1항 3문에 근거한다. 일정한 상품의 공급자가 특정 구매자에게 다른 구매자와 다르게 관행적으로 할인을 하고 있거나 정기적으로 기타 이익을 제공하고 있는 경우 공급자는 해당 구매자에게 의존적인 것으로 추정된다. 즉 구매자와 공급자의 관계에서 일정한 이익의 제공에 기초하여 해당 구매자가 수요 측면에서 상대적 시장지배력을 갖는 것에 관한 추정이 이루어질 수 있다. 이와 같은 추정제도는 의존성 요건이 행정기관의 입증 대상이라는 점을 전제한 것으로 볼 수 있을 것이다. 따라서 동 추정제도가 의존성에 관한 규제기관의 입증 부담을 완화하려는 목적에서 도입된 것은 분명하지만, 이에 대한 일정한 비판이 제기되고 있다는 점에도 주의를 요한다. 공법의 일반 원칙상 행정행위의 요건에 관한 입증은 행정기관이 부담하지 않는 것이 타당한지는 문제가 될 수 있으며, 무엇보다 민법상 점유에 의한 소유권 추정의 경우처럼 이익제공과 의존성의 관계가 경험칙에 의해 충분히 정당화 될 수 있는지에 관한 의문을 피하기 어려울 것이다.¹²⁾ 이러한 점에서 여기서의 추정 요건을 규제기관의 착수구성요건으로 이해하려는 시도는 유력한 의미가 있다.¹³⁾

한편 경쟁제한방지법 제20조 제1항 2문은 중개자가 상대적 시장지배력의 맥락에서 시장지배적 지위남용 규제의 적용을 받게 되는 것으로 규정하고 있다. 즉 동 규정에서 다면시장에 참가하고 있는 사업자가 공급자나 수요자로서 중개자에게 충분하고 합리적인 대안이 존재하지 않는 정도로 의존하고 있는 경우 해당 중개자는 시장지배

8) 유영국, “독일 경쟁제한방지법 제10차 개정(안)의 주요 내용과 독점규제법상 시사점”, 「경쟁법연구」, 제42권(2020), 235-236면 참조.

9) 예를 들어 부정경쟁방지법(UWG) 위반 여부가 다투어졌던 ‘Strom und Telefonie II’ 사건에서 Stadtwerke S. GmbH의 불공정행위(끼워팔기)의 상대방은 대기업인 Deutsche Telekom AG이었고, 연방대법원은 위법성을 인정하였다(BGH, Urt. v. 4. 11. 2003). 동 판결에 대한 분석은 홍명수, “독일 부정경쟁방지법에 의한 불공정거래행위 규제의 의의와 시사점”, 「명지법학」, 제15권 1호(2016), 74-76면 참조.

10) Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., S. 462.

11) a. a. O., SS. 462-463 참조.

12) a. a. O., S. 464, 456 참조.

13) a. a. O., S. 455. 독점규제법상 추정제도에 관하여 유사한 태도를 취하여 착수요건으로 보고 있는 것으로, 권오승·홍명수, 주 4)의 책, 286면 참조.

적 지위남용 규제의 적용을 받게 되며, 이로써 중개자를 상대적 시장지배적 사업자의 하나로 명시하고 있다. 이는 명백히 플랫폼의 지배력을 엄두에 둔 규정으로 볼 수 있지만,¹⁴⁾ 또한 상대적 시장지배력의 관점에서 이러한 지배력을 파악하고 있다는 점은 주목할 만한 것이다.

(3) 의존성 판단의 구체화

가. 브랜드 상품 관련 종속성(sortimentsbedingte Abhängigkeit)

GWB 제20조 제1항 적용의 주된 부분은 일정한 상품의 물량을 확보하여야 하는 상황에서 발생하는 의존성에 기초한다. 특히 브랜드 상품에서 동 규정 적용의 근거가 되는 의존성이 나타날 수 있으며,¹⁵⁾ 이와 관련하여 연방대법원이 브랜드 상품의 종속성 판단에서 상품의 평판과 가치의 중요성을 지적한 것은 주목할 만하다. 예를 들어 연방대법원은 오베르바이에른주에서 로시그놀(Rossignol)과 같은 세계적인 스키 제조업체와 이루어지는 거래는 다른 제조업자로 전환할 충분하고 합리적으로 기대할 만한 가능성이 존재하지 않기 때문에 의존적이며, 설사 해당 제조업자가 단지 8%의 시장점유율만을 갖고 있고 종래 동 사업자의 공급이 이 비율보다도 낮게 이루어졌다 하더라도 의존성이 부인되지 않는다고 보았다.¹⁶⁾ 또한 아스바하 우랄트(Asbach Uralt)처럼 유명 주류브랜드는 주류 유통에 있어서 경쟁 요소에 해당하기 때문에, 이를 포기할 경우 주류 도매상으로서의 지위를 잃게 될 수 있다는 점을 의존성의 근거로 삼았다.¹⁷⁾ 연방대법원은 이러한 판결을 통해 제조업자가 상품의 품질과 고유한 특징에 기반하여 시장에서 중요하게 취급받는 평판을 누리고 있는 경우, 수요자 위치에 있는 판매상의 입장에서 해당 상품의 결여는 평판에 대한 손실과 유통상 경쟁능력의 중요한 침해로 이어질 수 있고, 따라서 다른 공급업자로의 실효성 있는 전환이 충분하고 합리적으로 기대될 수 없으므로 의존성이 존재하는 것으로 판단하였다.

한편 판매상이 경쟁력을 갖추기 위해 최고로 평가받는 다수의 브랜드를 구비하여 제공할 필요가 있는 상황에서도 의존성(Spitzenstellungsabhängigkeit)이 발생할 수 있다.¹⁸⁾ 즉 판매상에게 최고의 브랜드 제품들을 갖출 것이 요구될 경우, 시장점유율이 5%에서 10% 사이에 있는 상품에 대해서도 의존성이 인정될 수 있을 것이다. 이와 관련하여 남성용 향수 시장에서 4-5%의 시장점유율을 보이는 제품의 의존성이 문제된 사건에서, 지방법원은 시장이 전반적으로 정체되거나 후퇴하고 있는 상황에서도 구매자가 해당 제품 없이 매출 성장을 이루었다면 의존성을 인정하기 어렵다고 판단하였다.¹⁹⁾

14) 홍명수, 주 6)의 글, 273면 참조.

15) Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., S. 463.

16) BGH WuW 1976, 249.

17) BGH WuW 1976, 777.

18) Hermann-Josef Bunte, a. a. O., S. 307.

19) LG Nürnberg-Fürth WuW 2010, 1272.

나. 사업자 관련 의존성(unternehmensbedingte Abhängigkeit)

의존성은 경쟁적 불이익을 감수하지 않으면 제3자로 전환하는 것이 불가능할 정도로 특정 사업자의 상품에 사업활동이 강하게 결합되어 있는 경우에도 인정될 수 있으며, 이는 특히 중소기업자에게 유력한 의미를 가질 수 있다.²⁰⁾ 그러나 의존적 위치에 있는 사업자의 독립성이 부인된다면 고용관계로 파악할 수 있고, 이러한 경우에는 노동법적 문제로 다루는 것이 타당할 수 있다는 점도 염두에 두어야 한다.²¹⁾ 한편 여기서의 종속성 판단이 계약자유를 침해하거나 본질적으로 계약법적 분쟁을 경쟁법의 영역으로 잘못 이끌 수 있다는 점에도 주의가 기울일 필요가 있다.²²⁾

다. 대량 부족 상황에서 의존성(mangelbedingte Abhängigkeit)

예기치 못한 전반적인 품귀 현상, 예를 들어 전쟁, 경제적 봉쇄, 최근의 팬데믹 등에 의한 대량 부족 사태는 계약위반의 문제를 낳을 수 있으며, 따라서 부분적으로 민법의 영역에 속하게 될 것이다. 그렇지만 비록 지금까지 적용 사례는 없다 하더라도, 대량 부족 사태에 직면한 사업자가 이미 공급자와 거래상 관계를 맺고 공급을 요구할 수 있는 경우에 상대적 시장지배력의 근거가 되는 의존성이 인정되고 따라서 제20조 제1항이 적용될 여지는 있을 것이다.²³⁾

라. 수요 측면 의존성(nachfragebedingte Abhängigkeit)

이러한 의존성은 자동차 제조업자에 대한 하청업자 또는 대형 유통업자에 대한 납품업자와 같은 관계에서 나타날 수 있다. 이러한 위치에 있는 중소기업자는 하나 또는 소수의 사업자만을 대상으로 한 공급에 치중할 수밖에 없으며, 이와 같은 관계적 특징은 수요 측면에서 의존성을 파악할 수 있는 근거가 될 수 있다.²⁴⁾

마. 데이터 관련 의존성(datenbedingte Abhängigkeit)

데이터에 관한 처분 권한은 사업자 관련 또는 수요 측면에서 의존성을 인정하는 근거가 될 수 있지만, 제10차 개정에서는 제20조 제1항의a를 도입하여 입법적으로 이를 명확히 하였다.²⁵⁾ 즉 동항 제1문은 “의존성은 사업자가 영업 수행을 위해 다른 사업자가 관리하는 데이터에 접근하는 데 의존하는 사실에서도 발생할 수 있다”고 규정하고 있다. 동 규정에 의하여 디지털 경제 그리고 자동차산업과 같은 영역의 가치형성 네트워크에서는 경쟁 관련 데이터에 대한 접근이 혁신과 경쟁기회를 결정할

20) 특정 사업자를 위해 행한 설비투자가 매몰비용이 되어 전환을 어렵게 하는 요인이 될 수 있으며, 이와 같은 특정 사업자에 대한 사업상 구축을 ‘고착 효과’(lock-in-Effekt)로 설명하기도 한다. Hermann-Josef Bunte hrsg., *Kartellrecht Kommentar*, Luchterhand, 2014, SS. 579-580(Jörg Nothdurft) 참조.

21) Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., S. 464.

22) a. a. O., S. 464.

23) a. a. O., S. 465.

24) a. a. O., S. 465.

25) 홍명수, 주 6)의 글, 274면 참조.

수 있다는 것에 대한 고려가 필수적으로 요구될 것이다.²⁶⁾ 주요 제품의 사용을 통해 공급자에게 배타적으로 생성되는 데이터는 제3자가 서비스 및 부가서비스를 제공하기 위해 필요한 것일 수 있으며, 동 규정은 이와 같은 데이터 관련 종속성이 경쟁 관련 데이터가 생성되고 처리되는 다양한 경제관계에 기초한다는 점을 반영한 것으로 볼 수 있다.²⁷⁾

2. 우월한 시장지배적 사업자

남용 규제의 적용을 받는 우월한 시장지배적 지위에 있는 사업자는 GWB 제20조 제3항에 근거한다. 동 조항은 “중소사업자인 경쟁자에 비해 우월한 시장지배력(Marktmacht)이 있는 사업자가 이를 남용하여 직접 또는 간접적으로 경쟁자를 부당하게 방해하는 행위는 금지된다”고 규정하고 있다. 여기서 우월적 지위도 상대적으로 파악되는 것이지만, 동 규정은 비교 대상을 경쟁자로 명시하고 있다는 점에 주의를 요한다. 따라서 동조 제1항이 규율하는 상대적 시장지배적 사업자가 수직적인 관계에 기초하였던 것과 다르게, 제3항에서의 우월한 시장지배력은 수평적인 관계에 있는 사업자를 대상으로 판단하게 된다는 점에서 특징이 있다.²⁸⁾ 한편 여기서 우월한 시장지배력도 일정한 시장을 전제하여 파악되는 것이므로, 당연히 관련시장의 확정이 선행적으로 요구될 것이다.²⁹⁾

이와 같은 규정 형식에 비추어 동 규정의 도입 취지의 하나로 받아들여지는 중소기업보호의 정책 목표는³⁰⁾ 개별 시장에서의 남용 규제 방식으로 이루어지게 되며, 이때 특정 사업자의 상대적 우월성은 이러한 접근 방식을 가능하게 하는 표지로 기능한다. 입법자가 전형적으로 상정한 것은 대형 소매상의 공격적인 가격책정으로부터 중소 소매상의 보호로 이해되며,³¹⁾ 따라서 모든 상품의 유통 과정이 적용 대상이 되지만, GWB는 후술하는 바와 같이 동 조항의 각호의 하나에서 식품의 유통과 관련하여 별도의 규정을 둬으로써 입법적으로 식품에 관한 특별한 주의를 기울이고 있다. 한편 독점위원회가 밝힌 바와 같이,³²⁾ 이러한 규제는 기존의 일반적인 시장지배적 지위남용 규제로 충분할 수 있고, 또한 과잉규제의 문제가 따를 수 있다는 점에서 우월적 지위에 따른 수범자의 확대에 기초한 규제 자체에 회의적인 시각도 존재한다.

26) Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., S. 465.

27) a. a. O., SS. 465-466.

28) Michael Kling & Stefan Thomas, *Kartellrecht*, Franz Vahlen, 2016, SS. 734-735 참조.

29) a. a. O., S. 735.

30) 대기업과 경쟁하는 중소기업의 시장 기회를 개선하는 것도 동 규정의 입법 동기였다는 것을 언급하는 것으로서, Ulrich Immenga & Ernst-Joachim Mestmäcker hrsg., a. a. O., S. 760(Kurt Markert) 참조.

31) Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., S. 494.

32) Monopolkommission, 16. Hauptgutachten 2004/2005, Tz. 424.

III. 규제 대상 행위

1. 상대적 시장지배적 사업자의 행위

GWB 제20조 제1항 제1문은 상대적 시장지배력을 가진 사업자에게 제19조 제2항 제1호의 의미에서 제19조 제1항이 적용됨을 밝히고 있다. 제19조 제1항은 시장지배적 사업자의 남용에 관한 일반적 금지 규정이며,³³⁾ 동조 제2항 제1호는 제1항의 시장지배적 지위남용에 해당하는 행위로서 방해와 차별행위를 명시적으로 규정하고 있다. 또한 제19조 제2항 제5호의 의미에서 제1항은 의존적 관계에 있는 사업자에 적용되는데, 제5호는 소극적 차별(passive Diskriminierung)에 관한 규정이고, 이 역시 상대적 시장지배력을 가진 사업자에게 금지되는 남용행위의 내용이 된다. 이와 같은 규제체계에서 상대적 시장지배력을 가진 사업자의 남용 규제는 방해와 차별행위 그리고 소극적 차별에 한정하여 이루어지게 되며, 당연히 이상의 행위들은 일반적인 시장지배적 사업자의 남용 행위로서도 규제되는 것이다.

부당한 방해행위 규제는 GWB 제19조 제2항 제1호의 전단에 근거한다. 동 호는 다른 사업자의 활동을 부당하게 직접적 또는 간접적으로 방해하는 행위는 남용에 해당하는 것으로 규정하고 있으며, 동 규정은 시장지배력이 존재하는 시장뿐만 아니라 제3의 시장에서 활동하고 있는 사업자에게도 적용되는 것으로 이해되고 있다.³⁴⁾ 동 규정은 부당한(unbillig) 방해만을 금지하므로, 문제가 된 방해행위의 부당성 판단이 핵심적인 것으로 자리하게 되며, 원칙적으로는 개별 사안에서 지배적 사업자가 과도하게(übermäßig) 방해행위를 하였을 경우 부당성이 인정될 것이다.³⁵⁾ 그렇지만 지배적 사업자에게도 자신의 재량에 의해 자신의 사업과 거래방식을 형성할 본질적인 자유가 남아있다는 점을 간과하여서는 안 된다.³⁶⁾ 이러한 관점에서 지배적 사업자에 의한 총괄구매의무나 전속구매의무를 내용으로 하는 계약 체결도, 그것이 단기간에 취소될 수 있고 시장붕쇄적 효과를 낳지 않는다면, 부당한 방해에 해당하지 않을 것이다.³⁷⁾

차별 행위 규제는 동호 후단에 근거한다. 이에 의하면, 객관적 정당성 없이 다른 사업자를 직접적 또는 간접적으로 동종의(gleichartig) 사업자와 다르게 취급하는 행위는 남용에 해당한다.³⁸⁾ 동 규정의 적용에 있어서 경쟁자에 비하여 불이익이 주어지는 것은 핵심적 판단 요소이며, 연방대법원도 경쟁 위치에 불리한 영향을 미칠 것을 요구하고 있다.³⁹⁾ 당연히 객관적으로 정당한 근거가 있는 차별 행위는 금지되지 않는데, 판례에 의하면 시장지배적 사업자가 프랜차이즈 외부에 있는 가맹점의 경쟁자에 비하여 가맹점에게 우선적 이익을 준 것은 객관적으로 정당화될 수 있는 것으로

33) Michael Kling & Stefan Thomas, a. a. O., S. 664.

34) Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., S. 466.

35) a. a. O., S. 466.

36) a. a. O., S. 466.

37) a. a. O., S. 467.

38) Hermann-Josef Bunte hrsg., a. a. O., S. 499(Jörg Nothdurft). 한편 전단이 '부당한' 방해 행위를 규제하는 것과 달리 '객관적 정당성 없는' 차별 행위를 규제 대상으로 하는 규정 형식의 차이를 특히 민사적 절차에서 입증책임의 차이로 이해하는 견해도 있다. Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., S. 470 참조.

39) BGH WuW 2012, 72, 77.

로 보았다.⁴⁰⁾ 한편 동 규정이 시장지배적 사업자가 거래 상대방 모두에게 동일한 거래조건을 부과할 것을 일반적으로 강제하는 최혜국대우(Meistbegünstigungsklausel) 조항으로 이해되지는 않는다는 점도 중요하다. 따라서 시장지배적 사업자가 상이한 시장조건에 대응하여 사업자를 다르게 취급하는 것은 동 규정에 의해 금지되지 않는다.⁴¹⁾

제19조 제2항 제5호는 수요지배력에 기초한 또 다른 형태의 차별에 관하여 규정하고 있다. 즉 동 호 전단에 의하면, 객관적으로 정당한 이유 없이 다른 사업자에게 이익을 제공할 것을 요구하는 행위는 금지된다. 동 규정은 수요 측면에서 지배력을 갖고 있는 사업자가 수직적 관계에서 공급자에 대하여 행하는 일정한 요구를 규제 대상으로 한다. 따라서 소극적 차별 규제로서의 특징이 있으며, 또한 지배적 사업자와 경쟁 관계에 있는 사업자들의 보호 의미도 존재한다.⁴²⁾ 구성요건적으로 금지되는 행위는 시장지배적 사업자의 이익제공 요구 행위이며, 다만 제19조 제2항 제1호에 의한 일반적 차별 규제가 제5호에 보충적으로 적용될 여지는 있다.⁴³⁾ 동 규정의 적용에 있어서도 객관적으로 정당화할 사유가 존재하는지 여부가 핵심적인데, 동 호의 후단이 이때 필수적으로 고려하여야 할 사항을 법정하고 있는 것은 주목할 만하다. 즉 동 호 후단은 필수적 고려 사항으로서 지배적 사업자의 요구가 납득할 만한(nachvollziehbar) 것인지 그리고 이러한 요구와 그 근거가 된 이유 간에 비례적 관련성이 있는지를 규정하고 있으며, 이러한 규정의 취지는 객관적 정당성 심사를 용이하게 하고 법적 명확성을 제고하기 위한 것으로 이해되고 있다.⁴⁴⁾ 이러한 고려 사항과 관련하여 핵심이 되는 것은 요구되는 이익, 그 이유 그리고 요구에 대한 반대급부에 관한 투명성이다. 즉 문제가 되는 요구를 받은 자는 요구가 정당한지를 검토할 수 있어야 하며, 요구된 이익은 요구 시 명시된 사유와 타당한 관련성이 있어야 한다. 주목할 만한 사건으로 독일 최대 슈퍼마켓 사업자인 에데카(Edeka)가 유통과정에서의 혁신과 개선에 대한 기여를 이유로 공급업자들에게 할인을 요구했던 사건에서, 연방대법원은 이익의 요구와 이것의 근거가 된 이유 그리고 반대급부 간에 명백한 불일치가 존재할 경우에 객관적 정당성은 결여되는 것으로 보았다.⁴⁵⁾

2. 우월한 시장지배력 사업자의 행위

GWB 제20조 제3항 제1문에 근거하여 우월한 시장지배력을 가진 사업자가 자신의 지배력을 이용하여 경쟁자들을 직·간접적으로 부당하게 방해하는 행위는 금지된다. 동 규정에서 부당한 방해행위는 동조 제1항에 의한 상대적 시장지배적 사업자의 방해 또는 차별 행위와 마찬가지로 제19조 제2항 제1호의 의미에서 파악되며, ‘이용하여’(ausnutzen)는 고유한 의미를 갖는 것이 아니라 단지 지배력과 행위 사이에 인과적 관련성을 제시한 것으로 이해된다.⁴⁶⁾ 동 규정의 적용에 관한 연방대법원의 태도

40) OLG Düsseldorf WuW 2009, 655.

41) Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., S. 468.

42) a. a. O., S. 471 참조.

43) Michael Kling & Stefan Thomas, a. a. O. S. 712.

44) Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., S. 471.

45) BGH v. 23. 1. 2018 - KVR 3/17 = NZKart 2018 136.

46) Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., S. 494.

는 주목할 만한데, 동 법원은 가격 인하와 관련된 동 규정의 적용을 경쟁약탈적인(Verdrängungswettbewerb) 것에 한정하고 있다.⁴⁷⁾ 당연히 동 규정의 적용에 있어서도 객관적으로 정당화 사유가 존재하면 적용이 제외될 수 있다. 이와 관련하여 제20조 제3항은 제4문과 제5문에서 특히 후술하는 식품과 관련하여 구체적인 정당화 사유를 명시함으로써 정당화 사유의 적용에 관한 명확화를 기하고 있다. 즉 제4문은 상품의 부패나 유통기한의 만료로 판매가 불가능하게 될 상황을 피하기 위해 적합한 경우 그리고 이와 유사하게 심각한 경우 원가 이하로 식품을 공급하는 것이 객관적으로 정당화 된다고 규정하고 있으며, 제5문에 의해 업무 범위에서 사용되도록 자선 기관에 식품을 기부하는 행위는 부당한 방해행위가 되지 않는다.

제20조 제3항은 부당한 방해행위를 일반적으로 금지하면서, 제2문에 각호를 두어 구체적으로 부당한 방해에 해당하는 행위를 규정하고 있다. 우선 제1호는 식품을⁴⁸⁾ 원가 이하로 판매하는 것을 금지한다. 동 규정에서 원가(Einstandspreis)의 의미가 다툼의 대상이 될 수 있는데, 동항은 제3문에서 입법적으로 원가의 의미를 명확히 하는 규정을 두고 있다. 즉 원가는 우월적 시장지배력을 가진 사업자와 상대방이 합의한 가격이며, 합리적으로 명확하게 예상되는 일반 할인은⁴⁹⁾ 특별히 정한 바가 없는 경우 개별 상품에 비례적으로 공제된다. 식품 외의 다른 상품에 관해서는 제2호가 규정하는데, 이에 의하면 원가 이하의 판매가 비정기적으로(nicht nur gelegentlich) 행해진 경우에만 금지된다. 당연히 제2호의 적용에 있어서 ‘비정기적’이 무엇을 의미하는지가 쟁점이 되는데, 이와 관련하여 연방대법원은 ‘비정기적’을 ‘체계적’(systematisch)의 의미로 이해할 수 있음을 보여주고 있다. 즉 연방대법원은 원가 이하의 가격으로 상품을 체계적으로 공급한 것은 부당한 방해행위로 추정되고 예외적으로만 정당화될 수 있으며, 이때 단지 방어전략에 따른 행위라는 것이 객관적인 정당화 근거가 되지는 못한다고 판단하였다.⁵⁰⁾ 카르텔청의 실무를 보면, 동일한 관련 시장(상품별, 지리적)에서 최소한 3주 이상 연속적으로 또는 반년 이내 3주 이상 원가 이하로 상품을 제공한 경우 비정기적이지 않은 것으로 보고 있다.⁵¹⁾ 끝으로 제3호는 자신으로부터 공급을 받으면서 또한 하류 시장에서 자신과 경쟁하는 중소 사업자에 대해 자신이 내부적으로 공급하는 가격보다 높은 가격을 요구하는 행위를 금지하고 있으며, 내용적으로 이윤 압착의(Kosten-Preis-Schere) 금지를 포함하고 있다.⁵²⁾ 상류시장에 위치한 사업자가 하류시장에서 사업을 영위하면서 경쟁하는 중소 사업자들에 대하여 우월적 지배력을 갖고 있는 경우를 상정할 수 있으며, 예를 들어 석유회사가 자신의 주유소와 독립 주유소에 공급하고 있는 경우 동 규정이 적용될 것이다.⁵³⁾

47) BGB WuW 1995, 619.

48) 여기에서 식품의 의미는 유럽 의회와 위원회가 식품법의 일반 원칙 및 요건 그리고 식품 안전기구의 설치 및 절차에 관하여 정하고 있는 규칙(Verordnung (EG) Nr. 178/2002) 제2조에서 정한 것에 의한다.

49) 광고보조금, 매출관련 보상, 보너스, 가격 할인 등을 예로 들 수 있다. Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., S. 494.

50) BGH WuW 2003, 386.

51) BKartA WuW 2008, 85.

52) Hermann-Josef Bunte hrsg., a. a. O., SS. 602-603(Jörg Nothdurft).

53) Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., S. 495.

IV. 독점규제법과 비교 및 시사점

1. 규제상 차이 검토

(1) 상대적 시장지배적 사업자의 규제 비교

독점규제법상 규제 중 GWB 제20조 제1항에 근거하여 이루어지고 있는 상대적 시장지배력을 가진 사업자에 대한 규제와 가장 유사한 규제는 불공정거래행위 중 하나인 거래상 지위남용 규제라 할 수 있다.⁵⁴⁾ 양 규제의 유사성은 우선 수범자 측면에서 확인할 수 있다. 앞에서 살펴본 것처럼, GWB에서 상대적 시장지배적 사업자는 거래 당사자 간 의존성을 핵심적 요건으로 하여, 충분하고 합리적인 전환 가능성이 존재하는지를 기준으로 판단하게 되는데, 이와 같은 수범자의 결정 구조는 대체로 거래상 지위남용의 주체에 대응하는 것이다. 즉 거래상 지위남용 규제의 수범자로서 우월적 지위에 있는 자는 거래 상대방과의 관계에서 상대적으로 판단되며, 이를 판단함에 있어서 거래 전환의 가능성이 실질적으로 존재하는지는 결정적인 기준이 된다.⁵⁵⁾ 즉 거래상 우월적 지위의 판단이 거래 당사자 사이에서 상대적으로 이루어지고, 거래 전환 가능성이 결정적 기준으로 작용하며, 이러한 판단 구조는 GWB 제20조 제1항에 근거한 상대적 시장지배적 사업자에 상응하는 것이다.

그러나 규제 대상 행위의 부당성 판단에서는 양자 간의 차이가 드러난다. GWB 제20조 제1항은 제19조 제2항 제1호를 준용함으로써 상대적 시장지배적 사업자의 규제를 일반적인 시장지배적 지위남용 규제에 통합시키고 있으며, 따라서 문제가 되는 방해행위나 차별행위의 부당성 판단은 경쟁제한의 관점에서 이루어지게 된다. 이에 비하여 독점규제법상 불공정거래행위의 하나로서 거래상 지위남용 규제는, 적어도 공정거래위원회의 실무에 의하면, 거래 당사자의 불이익에 초점을 맞춘 불공정성에 근거하고 있다.⁵⁶⁾ 즉 공정거래위원회가 제정한 ‘불공정거래행위 심사지침’(이하 심사지침)은 거래상 지위남용 행위의 위법성 판단기준으로서 거래내용의 불공정성을 들고 있으며(심사지침 V. 6. (4)), 이때 거래내용의 불공정성은 “거래 상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정거래의 기반이 침해되거나 침해될 우려가 있음”을 의미한다(심사지침 III. 1. 가. (2), (라)).⁵⁷⁾

54) 독점규제법 제5조의 시장지배적 지위남용 행위로서 규제하기 위해서는, 시장지배적 지위가 존재하여야 하는데, 제2조 제3호에서 정하고 있는 시장지배적 지위의 판단기준에 비추어 거래 전환 가능성에 기초한 상대적 시장지배력을 인정할 근거가 충분한 것으로 보이지 않는다.

55) 권오승·홍명수, 주 4)의 책, 354-355면 참조. 또한 거래상 지위남용 규제의 연혁적 고찰로서, 제도 도입 시 일본의 독점금지법상 우월적 지위 남용 규제가 미친 영향에 대한 분석으로, 홍명수, “불공정거래행위 규제의 의의와 개선 논의의 기초”, 「안암법학」, 제45호(2014), 455-456면 참조.

56) 신현윤·최난설현, 「경제법」, 법문사, 2024, 339면, 김두진, 「경제법」, 동방문화사, 2020, 243면 참조.

57) 대법원은 “거래상 지위 남용행위의 상대방이 경쟁자 또는 사업자가 아니라 일반 소비자인 경우에는 단순히 거래관계에서 문제 될 수 있는 행태 그 자체가 아니라, 널리 거래질서에 미칠 수 있는 파급효과라는 측면에서 거래상 지위를 가지는 사업자의 불이익 제공행위 등으로 인하여 불특정 다수의 소비자에게 피해를 입힐 우려가 있거나, 유사한 위반행위 유

이와 같은 부당성 판단의 차이는 규제 대상인 행위 측면에도 영향을 미치고 있다. GWB 제20조 제1항 및 제2항이 준용하고 있는 시장지배적 지위의 남용행위에 관한 규정은 제19조 제2항 제1호의 방해 및 차별행위 구리고 제5호의 소극적 차별행위이며, 이상의 규정에 의해 착취적 남용을 제외한 방해적 남용에 관한 행위를 포섭하는 체계를 이루고 있다. 반면 독점규제법상 거래상 지위남용에 해당하는 행위는 위법성 판단의 주된 근거가 되는 불공정성이 문제가 될 수 있는 행위로 법정되어 있다. 독점규제법 시행령 <별표 2> 제6호는 거래상 지위의 남용에 관한 행위를 규정하고 있는데, ‘구입 강제’, ‘이익제공 강요’, ‘판매목표 강제’, ‘불이익 제공’ 그리고 ‘경영 간섭’이 이에 해당한다. 이러한 행위들은 거래 당사자 일방에게 불이익이 발생할 개연성이 있는 전형적인 행위를 상정한 것이라 할 수 있으며, 따라서 거래상 지위남용의 부당성의 근거가 불공정성에 있음을 시사하는 것이기도 하다.

(2) 우월한 시장지배적 사업자의 규제 비교

앞에서 살펴본 것처럼 GWB 제20조 제3항에 의한 규제는 우월적 지위에 있는 자를 대상으로 하며, 이때 우월적 지위는 경쟁자들과의 비교를 통해 수평적으로 파악된다. 입법취지로서 중소기업 보호의 정책 목적이 거론되며, 식품 등의 상품 유통 과정에서 대형 유통업체와 중소기업자 간에 발생할 수 있는 경쟁 침해의 문제를 염두에 둔 것으로 이해된다. 따라서 해당 수범자를 규제 대상으로 한 남용 행위도 우월적 지위에 있는 자의 방해행위에 한정되고 있다. 이러한 규제를 독점규제법에 비추어 보면, 직접적으로 대응되는 규제를 찾기는 어렵다. 독점규제법상 상대적인 수평적 비교를 통해 우월적 지위를 인정하여 수범자를 정하는 방식은 수용되고 있지 않기 때문에, 직접적으로 비교 가능한 규제를 상정할 수는 없다. 독점규제법 제2조 제3호는 시장지배적 사업자를 판단하는 기준으로 경쟁사업자의 상대적 규모를 명시함으로써 경쟁사업자 간에 수평적 비교를 통한 지배적 지위의 인정이 가능하도록 규정하고 있지만, 이를 독립적인 구성요건으로 하여 별도의 규제를 제도화하고 있지는 않다. 다만 수평적으로 우월한 위치에 있는 사업자의 경쟁자에 대한 방해행위 규제는, 이에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않은 독점규제법에서도 불공정거래행위로 규제되고 있는 다양한 위법 유형들, 예를 들어 내용적으로 부당염매를 포함하고 있는 경쟁사업자 배제나 구속조건부 거래 등에 근거하여 가능한 것으로 볼 수 있을 것이다.

2. 규제 개선을 위한 시사점

(1) 수범자 측면

독일 경쟁법 체계에서 단독행위 규제는 일반적 의미에서 시장지배적 사업자를 수범자로 한 시장지배적 지위남용 규제를 원칙으로 하며, GWB 제20조 제1항 및 제3항에 의한 상대적 또는 우월적 시장지배력 남용에 대한 규제는 수범자 확대를 통해

행이 계속적·반복적으로 발생할 수 있는 등 거래질서와의 관련성이 인정되는 경우에 한하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것으로 해석함이 타당하다고 할 것이다”고 판시하였다. 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결.

남용 규제의 원칙적 적용에 따른 한계를 보완하는 의미를 갖는다. GWB에서 이루어지고 있는 규제체계는 단독행위 규제가 시장지배적 지위남용 규제와 불공정거래행위 규제로 이원화되어 있는 독점규제법과 상이하기 때문에, GWB 제20조에 근거한 상대적 또는 우월적 시장지배력의 남용에 관한 규제를 독점규제법에 직접적으로 수용하는 것에는 한계가 있다. 그렇지만 앞에서 살펴본 것처럼 독점규제법에 유사한 규제가 이미 존재하며, 이를 운용함에 있어서 GWB상 특히 상대적 시장지배력 남용에 관한 규제는 참고할 만한 점이 있을 것이다.

상대적 시장지배력 남용 규제에 비견되는 독점규제법상 위법 유형으로서 거래상 지위남용은 거래상 우월적 지위를 가진 자를 수범자로 하며, 이때 거래상 우월적 지위의 판단은 GWB상 상대적 시장지배적 지위와 유사하다. 거래상 우월적 지위에서 우월성은 거래 상대방과의 관계에서 상대적으로 파악되며, 거래를 전환할 가능성이 실질적으로 존재하는지가 판단의 기준이 된다. 즉 양자 모두 전환가능성에 기초한 의존성이 핵심적 판단 요건이 되고 있지만, 모든 거래 관계는 어느 정도 의존적일 수밖에 없다는 점에서⁵⁸⁾ 구체적인 거래에서 이를 입증하는 것에 어려움이 따를 수밖에 없을 것이다. 이와 관련하여 독일에서 이러한 어려움을 덜고자 하는 목적의 입법적인 대응이나 실무적인 동향은 독점규제법상 거래상 지위남용 규제의 적용에 있어서도 일정한 시사점을 제공한다.

우선 GWB 제20조 제1항은 의존성 입증의 곤란을 완화할 목적으로 의존성 추정에 관한 규정을 두고 있다. 동 규정에서는 특정 사업자에 대해서만 관행적으로 할인을 행하거나 정기적으로 이익을 제공한 것을 추정 요건의 간접사실로 규정하고 있는데, 이러한 행위는 거래상 우월적 지위의 판단에 있어서도 중요한 사항으로 고려될 필요가 있을 것이다. 또한 동항 제2문에서 중개자가 상대적 시장지배력을 가진 사업자로써 규제될 수 있음을 명시적으로 밝히고 있는 점도 주목할 만하다. 동 규정은 다면 시장에서의 중개자(Vermittler auf mehrseitigen Märkten)가 보다 용이하게 상대적 시장지배적 사업자로써 규제될 수 있도록 도입된 것으로서,⁵⁹⁾ 특히 플랫폼 사업자에 대한 규제 가능성을 제고하려는 취지가 반영된 것으로 볼 수 있다. 플랫폼 사업자의 지배력 문제는 우리나라에서도 마찬가지로 이슈로 부각되고 있으므로,⁶⁰⁾ GWB가 중개자를 별도로 규정하고 있는 입법 태도는 독점규제법에서도 고려될 수 있을 것이다. 끝으로 제20조 제1항의a가 데이터 측면에서 의존성을 파악할 수 있는 별도의 규정을 두고 있다는 점도 눈여겨볼 부분이다. 데이터에 대한 접근 권한이 의존성의 원인이 될 수 있다는 점은 특히 디지털 경제 등 네트워크 효과가 발생하는 영역에서는 일반적이며, 거래상 우월적 지위의 판단에서도 이러한 상황에 대한 인식을 받아들일 필요가 있을 것이다.

GWB상 해당 규정의 적용을 통하여 나타나고 있는 의존성 판단의 사례도 독점규제법상 거래상 우월적 지위의 판단에 참고가 될 수 있다. 예를 들어 시장에서 평판을 갖고 있는 브랜드 상품의 재고 물량 확보에 관련된 의존성, 특정 사업자에게 사업활동이 강하게 결합되어 있는 것에 따른 의존성, 특정 상품의 품귀 현상이 발생함

58) Meinrad Dreher & Michael Kulka, a. a. O., SS. 462-463.

59) Andreas Scheffold, *Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Hybridplattformen*, Lit, 2025, S. 136 참조.

60) 홍명수, “플랫폼 중립성의 경쟁법적 의의”, 「동아법학」, 제90호(2021), 112-115면 참조.

으로 인하여 야기된 의존성, 수요 독점에 따른 의존성 등은 독점규제법상 거래상 우월적 지위의 판단에 있어서도 유효할 것이다.

(2) 행위 측면

GWB상 상대적 시장지배력 남용에 관한 규제는 남용에 해당하는 구체적인 행위 유형을 판단함에 있어서도 의미 있는 시사점을 제공한다. 전술한 것처럼 GWB 제20조 제1항은 부당한 방해 및 차별 행위를 규제 대상으로 하고 있는데, 이러한 위법유형은 유사한 수범자를 대상으로 한 거래상 지위남용 행위로서 독점규제법 시행령 <별표 2>에 규정된 이익 강요 등의 세부 유형과 차이가 있다. 그러나 이러한 차이는 부당성 판단의 중점이 경쟁제한성에 있는 GWB와 거래 불공정성에 있는 독점규제법의 상이한 법정책에 기인한 것이라 할 수 있으므로, 단지 위법 유형을 수용하는 것은 적절한 개선 방안으로 보기 어려울 것이다.

거래상 우월적 지위는 거래 상대방의 합리적 선택의 침해나 거래내용의 불이익을 낳을 수 있는 원인이 될 수 있으므로, 독점규제법이 이에 초점을 맞추어 행위의 부당성을 판단하는 것이 그 자체로 문제가 될 것은 아니다. 그러나 거래상 우월적 지위에서 상대방에게 지배력을 미칠 수 있다는 점은 당사자들이 참여하고 있는 시장의 관점에서 평가할 필요성을 시사하며,⁶¹⁾ 이러한 점에서 GWB상 상대적 시장지배력 남용에 대한 규제 방식도 고려될 필요가 있을 것이다. 즉 현재 불공정거래행위의 하나로서 거래 불공정성에 근거한 거래상 지위남용 행위 규제를 대체하는 것은 아니더라도, 이에 추가하여 경쟁제한성에 근거한 규제도 가능한 운영방식을 채택하는 것은 적극적으로 고려할 수 있다.⁶²⁾ 이러한 논의의 결과로서 경쟁제한성에 근거한 거래상 지위남용 행위의 규제가 이루어진다면, GWB에서 구체적인 위법 유형으로 상정하고 있는 방해행위나 차별행위를 위법행위의 세부 유형으로서 검토될 수 있을 것이다.

끝으로 GWB 제20조 제3항에 근거한 우월적 지위에 있는 사업자의 남용 규제와 관련하여, 수범자 측면에서 이러한 규정을 도입할 필요성이 있는지에 의문이지만, 동조항에 규정되어 있는 남용의 구체적 유형들을 입법화할 필요성에 관해서는 논의의 여지가 있다. 예를 들어 GWB 제20조 제3항 제3호에 규정된 이윤압착 금지 규정은, 비록 독점규제법상 해당 유형이 규제된 사례가 존재하지만,⁶³⁾ 규제의 실효성을 제고

61) 독점규제법상 불공정거래행위로서 거래상 지위남용 행위를 규제하는 것과 유사한 입법으로서 일본의 獨占禁止法은 제19조 불공정한 거래방법을 금지하고 있고, 동법 제2조 제9항 제5호에서 거래상 지위남용 행위를 불공정한 거래방법에 해당하는 행위로 규정하고 있다. 이와 관련하여 시장의 관점에서 동 규제가 이루어질 필요성을 언급하는 것으로서, 白石忠志, 「獨禁法講義」, 有斐閣, 2009, 95면 참조.

62) 대법원은 “우월적 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 준 행위인지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 한다”고 판시하였다(대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결). 동 판결에서 대법원은 거래상 지위남용의 부당성 판단에 거래의 상황이나 시장 등에 대한 고려도 필요함을 언급하고 있는데, 부당성 판단에서 경쟁 상황을 고려하는 것이 종합적인 관점을 요구하는 동 판결의 취지에서 벗어나는 것은 아니다.

63) 대법원은 이윤압착이 독점규제법 제5조 제1항 제5호 및 동법시행령 제9조 제5항 제1호에 의해 규제되는 약탈적 가격에 의한 경쟁사업자 배제 행위에 해당하는 것으로 보았다. 대법원 2021. 6. 30. 선고 2018두37700 판결.

한다는 측면에서 해당 유형을 독점규제법상 남용 행위로 법정하는 것을 적극적으로 고려할 수 있을 것이다.

V. 결론

독일 GWB에서 단독행위 규제체계는 시장지배적 지위남용 행위의 규제에 기초한다. 이러한 규제는 시장지배적 사업자를 수범자로 하여 이루어지는데, 규제 범위를 확대함으로써 단독행위 규제체계를 보완하려는 시도가 입법적으로 전개되어 왔다. 가장 주목할 만한 것은 GWB 제20조에 근거한 상대적 또는 우월적 시장지배력 남용 규제의 도입이다. 제20조 제1항에서 상대적 시장지배력은 충분하고 합리적인 전환 가능성이 존재하는지에 따라서 판단하는 의존성을 요건으로 하고, 이를 가지고 있는 사업자의 방해와 차별행위 그리고 소극적 차별행위에 대해서 GWB 제19조에 의한 남용 규제가 이루어진다. 또한 제20조 제3항에 근거하여 경쟁사업자들에 비하여 우월한 시장지배력을 가지고 있는 자의 방해행위에 대해서도 GWB 제19조가 적용된다.

상대적 또는 우월적 시장지배력을 가진 사업자의 남용 행위에 대한 규제를 독점규제법에 곧바로 수용하는 것에는 한계가 있을 것이다. 독점규제법은 단독행위 규제체계가 시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위 규제로 이원화되어 있고, 대체로 GWB상 상대적 또는 우월적 시장지배력을 가진 사업자의 남용 규제에 상응하는 규제가 이미 제도화되어 있기 때문에, 동 규제의 직접적인 도입을 긴요한 과제로 보기는 어려울 것이다. 그러나 GWB상 제도의 구체적 내용과 운영 측면에서 독점규제법상 단독행위 규제체계의 개선을 위하여 일정한 시사점을 제공하는 부분이 있으며, 이에 대해서는 주의를 기울일 필요가 있다. 특히 상대적 시장지배적 사업자와 관련된 것으로서, 상대적 시장지배적 사업자의 요건인 의존성 판단에 관한 입법적 대응이나 법적용을 통해 축적된 사례는 독점규제법상 유사한 규제로서 거래상 지위남용에서 거래상 우월적 지위를 판단하는 데 도움이 될 수 있다. 상대적 시장지배적 사업자의 남용 규제는 규제 대상인 행위 측면에서도 의미 있는 시사점을 제공하는데, 무엇보다 동 규제는 거래상 지위남용 행위의 부당성을 불공정성뿐만 아니라 경쟁제한성에 근거하여 판단할 수 있음을 보여주는 비교법적 모델로서 유력한 의미가 있다.

끝으로 전 세계적으로 전개되고 있는 거대 플랫폼의 등장에 대한 입법적 대응으로서 GWB상 상대적 시장지배적 사업자 규제에 관한 부분의 개정이 이루어진 것도 중요하다. 네트워크 산업에서 형성되는 자료가 의존성 판단의 중요한 요소로 고려될 수 있음을 입법화한 것이나 플랫폼 사업자를 염두에 두고 중개자가 상대적 시장지배적 사업자가 될 수 있음을 명시적으로 규정한 것은 주목할 만하다.

■ **주제어:** 상대적 시장지배력, 우월적 시장지배력, 방해행위, 차별행위, 소극적 차별

[참고문헌]

<국내문헌>

- 권오승·홍명수, 「경제법」, 법문사, 2024
김두진, 「경제법」, 동방문화사, 2020
김차동, “단독거래거절에 의한 불공정거래행위의 규제원리” 권오승 편, 「공정거래와 법치」, 법문사, 2004
신현윤·최난설현, 「경제법」, 법문사, 2024
유영국, “독일 경쟁제한방지법 제10차 개정(안)의 주요 내용과 독점규제법상 시사점”, 「경쟁법연구」, 제42권(2020)
이기수·유진희, 「경제법」, 세창출판사, 2012
이봉의, 「독일경쟁법; 경쟁제한방지법」, 법문사, 2016
홍명수, “독일 부정경쟁방지법에 의한 불공정거래행위 규제의 의의와 시사점”, 「명지법학」, 제15권 1호(2016)
_____, “불공정거래행위 규제의 의의와 개선 논의의 기초”, 「안암법학」, 제45호(2014)
_____, “시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위의 관계와 단독행위 규제체계의 개선”, 「경쟁법연구」, 제33권(2016)
_____, “플랫폼 규제 개선을 위한 독일 경쟁제한방지법 개정에 관한 고찰”, 「동아법학」, 제94호(2022)
_____, “플랫폼 중립성의 경쟁법적 의의”, 「동아법학」, 제90호(2021)

<해외문헌>

- 白石忠志, 「獨禁法講義」, 有斐閣, 2009
Bunte, H. hrsg., *Kartellrecht Kommentar*, Luchterhand, 2014
Bunte, H., *Kartellrecht*, C. H. Beck, 2008
Dreher, M. & Kulka, M., *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, C. F. Müller, 2023
Immenga, U. & Mestmäcker, E. hrsg., *GWB Kommentar*, C. H. Beck, 2001
Kling, M. & Thomas, S., *Kartellrecht*, Franz Vahlen, 2016
Ohly, A. & Sosnitza, O., *UWG Kommentar*, C. H. Beck, 2013
Scheffold, A. *Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Hybridplattformen*, Lit, 2025

[Abstract]

Forschung über missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht im GWB

Myungsu Hong*

Im deutschen GWB basiert die Missbrauchsregulierung auf der Regulierung missbräuchlichen Verhaltens, das sich gegen das marktbeherrschende Unternehmen richtet. Der Gesetzgeber hat versucht, die Missbrauchsregulierung durch eine Erweiterung ihres Anwendungsbereichs zu ergänzen. Die wichtigste ist die Einführung einer Missbrauchsregelung für relative oder überlegene Macht nach § 20 GWB. Die Missbräuchliches Verhalten wie Behinderung, Diskriminierung und passive Diskriminierung durch ein Unternehmen mit relativer Marktmacht ist in Artikel 19 GWB geregelt, wenn die Abhängigkeitsvoraussetzung in Artikel 20 Absatz 1 erfüllt ist. Auch Artikel 19 GWB gilt für Behinderung eines Unternehmens, das über eine überlegene Marktmacht gegenüber Unternehmen im Wettbewerb verfügt(Artikel 20 Absatz 3). Die direkte Übernahme eines solchen Systems in das koreanische Kartellrecht ist nur bedingt möglich. Da das koreanische kartellrechtliche Regulierungssystem in die Regulierung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und unlauterer Geschäftspraktiken unterteilt ist und die entsprechende Regulierung des Missbrauchs relativer oder überlegener Marktmacht bereits im koreanische Kartellrecht institutionalisiert ist, ist es schwierig, die direkte Einführung einer solchen Regulierung als vordringliche Aufgabe zu sehen. Diese Regelungen haben jedoch bestimmte Auswirkungen auf die Verbesserung des Systems zur Regulierung missbräuchlichen Verhaltens im Rahmen des koreanische Kartellrechts. Insbesondere der Abschnitt über die Abhängigkeit, die eine Voraussetzung für Unternehmen mit relativer Marktmacht ist, kann bei der Feststellung einer überlegenen Stellung im Rahmen des koreanische Kartellrechts hilfreich sein. Diese Regelungen sind auch als rechtsvergleichendes Modell von Bedeutung, das zeigt, dass die Rechtswidrigkeit des Missbrauchs einer überlegenen Stellung nicht nur auf der Grundlage der Unlauterkeit, sondern auch auf der Grundlage der Wettbewerbsbeschränkung beurteilt werden kann. Schließlich ist es auch wichtig, darauf hinzuweisen, dass das GWB als Reaktion auf das Aufkommen großer Plattformen geändert wurde. In der Netzwerkindustrie ist es bemerkenswert, dass das GWB ausdrücklich festlegt, dass Daten als ein wichtiger Faktor bei der Bestimmung der Abhängigkeit angesehen werden können

* Professor, Department of Law, Myongji University

und dass Vermittler Unternehmen mit relativer Marktmacht sein können.

- **Key Words:** relative Marktmacht, überlegene Marktmacht, Behinderung, Diskriminierung, passive Diskriminierung

위헌법률심판에서 재판의 전제성과 예외로서 심판의 필요성*

안요환**

논문요지

재판의 전제성은 위헌법률심판의 적법요건 중에서도 가장 중요한 요소로 헌법재판소가 구체적 사건에서 위헌 여부를 판단할 수 있도록 구체성을 보장하는 기준으로 작용한다. 그러나 헌법재판소가 채택하고 있는 예외로서 심판의 필요성 기준에는 객관성 결여와 자의적 운용이라는 문제가 발생하고 있다. 이는 위헌법률심판 제도의 실효성을 약화시키고 헌법재판소와 법원 간 협력적 관계를 저해하며 국민적 신뢰를 저하시키는 결과를 초래한다.

본 연구에서는 먼저 현행헌법상 위헌법률심판을 개관한 뒤 헌법재판소의 재판의 전제성 판단 현황을 분석하고 관련 사안을 검토하였다. 예외로서 심판의 필요성을 인정하여 본안판단으로 나아간 사안과 각하결정을 선고한 사안을 비교하여 헌법재판소 기준의 문제점을 지적하였다. 그리고 적법요건 판단에 있어 헌법재판소법 제28조에 규정된 보정 절차를 적극적으로 활용함으로써 헌법재판소가 제청법원과의 협력적 관계를 강화하고 사건 심리 과정에서 발생할 수 있는 갈등과 혼란을 완화할 필요성을 제안하였다. 또한, 위헌법률심판에 내포된 각하결정의 특수성을 논의하며 헌법재판소가 각하결정을 내릴 때 제청법원의 판단을 존중함과 동시에 헌법적 가치 실현을 위한 객관적 기준을 재정립할 필요성도 강조하였다.

위헌법률심판은 단순히 특정 사건의 해결을 넘어 헌법적 질서를 수호하고 기본권 보호를 강화하는데 목적이 있다. 이에 따라 헌법재판소는 재판의 전제성 판단 기준을 객관적이고 일관되게 설정하여 사법부에 대한 국민적 신뢰를 강화하고 관련 헌법적 논란을 해소해야 할 것이다.

· 논문제출: 2025. 07. 02. · 심사개시: 2025. 07. 08. · 게재확정: 2025. 07. 22.

* 본 연구는 연구자가 2025년 4월 19일 한국헌법판례연구학회 제149회 월례발표회에서 발표한 내용을 수정·보완한 것이며, 소속기관과 무관한 개인의 학문적 견해를 밝힙니다. 유익한 심사의견을 남겨주신 익명의 심사위원 세 분께 감사드립니다.

** 공군사관학교 항공우주정책학과 조교수

I. 서론

법은 사회 질서를 유지하고 정의를 실현하기 위한 규범이다. 개인과 공동체의 자유와 권리를 조화롭게 보장하면서 공공의 안전과 평화를 확보하는 기능을 수행하는 것이 법의 본질적 역할이라 할 수 있다. 법학은 법적 규범의 타당성에 대한 이론적·비판적 숙고를 통해 사회 정의 실현에 기여하고자 하는 학문이다. 법조계와 법학계는 각자의 입장에서 역할을 다하되, 상호 간의 긴밀한 교류와 건설적인 숙의(熟議)를 통하여 법과 법학의 공동 발전을 도모해야 할 책임을 지닌다. 특히 원론적이고 기초적인 사항일수록 학문적 고찰과 실무적 판단이 긴밀히 연결되어야 하며, 충분한 논의와 비판적 검토가 필요하다.

헌법재판론에서 위헌법률심판의 적법요건 중 ‘재판의 전제성’은 가장 기초적이지만 핵심적인 사항이다. 그런데 과연 우리는 이와 관련해서 충분한 논의와 비판적 검토를 하였는지 의문이 든다. 헌법재판소에 의하면 재판의 전제성이라 함은 ① 첫째, 구체적인 사건이 법원에 계속 중이어야 하고 ② 둘째, 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며 ③ 셋째, 그 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다. 이 세 가지 요건은 단순한 형식적 요건이 아니라 위헌법률심판 제도의 본질적 구조를 구성하는 핵심 요소로 간주된다. 헌법재판소는 이러한 요건이 심판절차가 종료될 때까지 계속 충족되어야 한다는 입장을 일관되게 유지하고 있다. 이에 대해 헌법재판소가 구체적이고 명료한 논거를 제시하고 있는지, 나아가 그러한 논거가 충분한 헌법적 타당성을 갖추고 있는지를 비판적으로 검토할 필요가 있다. 헌법재판소의 입장이 실제 우리 헌법이 규정하고 있는 위헌법률심판과 부합하는지를 면밀히 검토하여야 한다. 법원과의 권한분배, 국민의 기본권 구제 실효성 등과 어떻게 조응하는지에 대해 보다 깊이 있는 논의가 필요하다. 그러나 우리는 지금까지 헌법재판소의 입장을 당연한 명제로 받아들이고 있지 않는가? 법과 법학의 발전은 현재에 대한 비판적 고찰과 숙의에서 출발한다. 위헌법률심판이 단지 형식적 절차를 충족하는데 그치는 것이 아니라, 실질적으로 헌법적 통제를 실현하는 제도로 작동하기 위해서는 그 제도의 출발점에 해당하는 적법요건에 대한 고찰이 있어야 한다.

본 연구는 이와 같은 문제의식에 기초하여 헌법재판소에 의한 위헌법률심판 적법요건 판단에 대한 비판적 논의를 전개함으로써 숙의의 장(場)을 마련하고자 한다. 연구의 초점은 적법요건 중 재판의 전제성이다. 이 요건은 헌법재판소의 결정례에서 반복적으로 언급되지만, 그 구체적 내용과 적용 방식에 대해서는 깊이 있는 분석이 상대적으로 부족하기 때문이다. 이하에서는 먼저 현행법상 위헌법률심판을 개관한 후, 헌법재판소가 적법요건을 어떻게 판단하고 있는지에 대한 현황을 정리한다. 특히 재판의 전제성 요건과 관련하여 헌법재판소가 심판의 필요성을 인정하여 본안판단에 나아간 사안, 제청법원의 견해가 명백히 유지될 수 없다고 판단하여 각하한 사안을 대비시켜 검토함으로써 적법요건 판단의 기준이 일관되고 타당한 것인지에 대해 분석할 것이다. 이 과정에서 지금까지 선행연구에서 상대적으로 소홀히 다루어진 본안판단으로 나아가지 못한 사안들을 소개한다는 점은 학술적 의의가 있다. 끝으로, 법조계와 법학계에서 숙의가 필요하다고 판단되는 주요 쟁점에 관하여 사건을 제시하고 그에 따른 일정한 결론을 도출하고자 한다.

II. 현행법상 위헌법률심판 개관

1. 규범적 근거와 제도적 의미

위헌법률심판의 규범적 근거는 모든 법률과 국가 행위의 해석·존속·정당화 기준이 되는 최고규범, 즉 헌법에 존재한다. 헌법은 국가의 통치 작용을 구속하고 한계 짓는 기본 규범으로서, 입법·행정·사법 작용의 정당성을 심사할 수 있는 기준이 되는 동시에 그 자체로서 각종 국가 작용을 통제하는 기능을 수행한다. 위헌법률심판이 헌법에 근거하고 있다는 점은 이 제도가 단순한 법률적 기술이나 절차적 장치가 아닌 헌법적 요청에 따른 본질적인 통제 장치임을 의미한다. 구체적으로, 헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”라고 하여 위헌심사제청의 요건과 그 절차적 구조를 간략히 규정하고 있다. 또한, 헌법 제111조 제1항 제1호는 헌법재판소가 관장하는 사항으로 “법원의 제청에 의한 법률의 위헌 여부 심판”을 명시하고 있다. 이 두 조항은 위헌법률심판의 제도적 기반을 형성하는 핵심 조문으로 이 제도의 헌법적 정당성과 기능적 위상을 확인할 수 있는 규범적 근거다.

헌법재판소법 역시 이러한 헌법 조항의 내용을 구체화하고 있다. 특히 동법 제2조 제1호는 헌법 제111조 제1항 제1호의 내용을 그대로 반영하여, 법원의 제청에 의한 법률의 위헌 여부 심판을 헌법재판소의 관할 사항으로 규정하고 있다. 제41조부터 제47조에 이르는 조항들은 헌법 제107조 제1항의 내용을 체계적으로 구체화하고 있으며, 위헌법률심판제청의 실질적인 작동과정을 정비하는 역할을 한다. 구체적으로 위헌 여부 심판의 제청 요건과 방식(제41조), 제청 시 재판의 정지 등 법원의 절차(제42조), 제청서의 기재사항(제43조), 소송사건 당사자 등의 의견 개진 절차(제44조), 헌법재판소의 위헌결정(제45조), 그 결정서의 송달에 관한 규정(제46조), 마지막으로 위헌결정의 효력(제47조) 등을 규율하고 있다. 이와 같이 위헌법률심판제도는 헌법과 헌법재판소법에 명확히 근거를 두고 있으며, 법적 체계 내에서 정합성과 정당성을 확보하고 있다.

이러한 위헌법률심판제도의 제도적 의미는 크게 두 가지 측면에서 도출된다. 먼저 위헌법률심판은 헌법질서의 수호 및 유지를 목적으로 하는 사법적 통제의 한 유형으로서 국회의 입법권에 대한 견제 기능을 수행한다. 국회는 국민의 대표기관으로서 민주적 정당성을 부여받는 기관이며 그 입법행위는 원칙적으로 존중되어야 한다. 따라서 국회에서 제정된 법률은 일용 합헌으로 추정된다. 그러나 예외적으로 법원이 재판 과정에서 특정 법률의 위헌 가능성을 인식하고 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하게 되면 국회의 입법작용에 대한 헌법적 통제를 의미하게 된다. 즉, 입법권의 행사가 헌법적 한계를 벗어난 경우 위헌법률심판을 통해 그러한 입법행위를 제한함으로써 헌법의 최고규범성을 유지할 수 있게 되는 것이다. 결과적으로 위헌법률심판은 입법권 행사에 일정한 한계를 부여하고 헌법에 위배되는 입법을 시정하는 기제로 작용함으로써 법질서의 통일성과 법적 안정성을 확보한다. 한편, 헌법재판소가 합헌결정을 선고하면 제정된 법률의 유효성이 확인됨으로써 입법권이 사후적으로 정당화

되기도 한다. 이러한 구조는 법원이 자의적으로 입법자의 결정을 무력화하지 않도록 하고 동시에 입법자가 헌법의 한계를 인식하도록 하여 헌법 질서 내에서 기능하는 입법 활동을 유도하는 장치로 작용한다. 이 점에서 위헌법률심판은 단지 입법권을 제약하는 장치가 아니라, 오히려 입법권을 보완하고 강화하는 수단이 될 수 있다.¹⁾ 위헌결정은 입법자가 위헌적 요소를 제거하고 입법을 재정비할 기회를 제공한다. 합헌결정은 기존 입법의 유효성과 합헌성을 확인해 줌으로써 입법의 안정성과 권위가 유지될 수 있도록 한다. 단순한 통제 기능을 넘어 입법권의 헌법적 정합성을 강화하는 역할도 수행하게 되는 것이다.

두 번째로, 위헌법률심판은 국민의 기본권을 보호하는 헌법재판의 기능적 측면에서 중대한 제도적 의미를 지닌다. 헌법은 기본권 보장의 규범이며, 헌법재판은 그러한 기본권 보장을 실질화하는 수단이다. 특히 위헌법률심판은 위헌적인 법률로 인해 발생할 수 있는 기본권 침해로부터 국민을 직접적으로 보호할 수 있는 통로를 제공한다. 이 점에서 헌법재판 제도 중 가장 실효적인 기본권 보호 장치로 평가된다. 위헌법률심판을 통해 다수결 원리에 따라 운영되는 민주주의 체제가 발생시킬 수 있는 ‘다수의 횡포’를 교정할 수 있다. 입법권이 본질적으로 다수결에 기반하는 만큼 소수자의 권리가 희생될 위험은 항상 존재하고, 이러한 위험은 법원이 위헌심사권을 통해 헌법재판소에 위헌 여부를 제청함으로써 일정 부분 제거된다. 이 점에서 위헌법률심판은 소수자의 기본권 보호라는 민주주의의 한계를 보완하는 제도적 장치로 기능한다.

이러한 위헌법률심판제도는 역사적으로 미국 연방대법원이 1803년 *Marbury v. Madison* 사건에서 확립한 판례를 기초로 형성된 것이다. 해당 판결은 사법권이 위헌법률을 무효화할 수 있는 권한을 가진다는 점을 처음으로 천명하였고, 이를 통해 위헌법률심판의 역사적 기원이 마련되었다. 이후 다양한 헌법체계에서 발전적 수용 과정을 거쳐 오늘날 대부분의 현대 헌법국가에서 그 형태는 다르지만 공통적으로 존재하게 되었다. 현대 헌법국가의 상당수는 독립된 헌법재판소에 위헌법률심판권을 부여하는 집중심사형 모델을 채택하고 있으며, 이는 20세기 초 오스트리아 출신 법학자인 한스 켈젠(Hans Kelsen)이 제안한 형태로 알려져 있다. 켈젠은 정당정치의 발전과 입법 복잡화, 그리고 고전적 권력분립론의 한계를 보완하기 위한 제도로 헌법재판소에 의한 사법적 통제 장치를 구상하였다.²⁾ 결국 현대 헌법국가의 필수불가결한 제도로 자리 잡았고, 오늘날까지도 헌법의 실질적 보호와 법질서의 유지를 위한 핵심 수단으로 기능하고 있다. 요컨대, 위헌법률심판은 헌법질서를 수호하고 유지하며, 국민의 기본권을 보호하기 위한 현대적인 견제와 균형의 수단으로서 헌법재판중에서 중요한 자리를 차지하고 있다.

2. 연혁

헌정사적으로 위헌법률심판제도는 제헌헌법에 의해 처음으로 그 규범적 기반이 마련되었다. 제헌헌법 제81조는 위헌법률심판과 관련하여 다음과 같이 규정하였다. “대

1) 김혜경, “형사법 영역에서 위헌법률심판제정의 기준과 헌법적 심사”, 형사법연구 제35권 제4호(2023), 218쪽.

2) 김학성·최희수, 헌법학원론, 피앤씨미디어(2020), 1131쪽.

법원은 법률이 정하는 바에 의하여 명령, 규칙과 처분이 헌법과 법률에 위반되는 여부를 최종적으로 심사할 권한이 있다(제1항). 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 법원은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다(제2항). 헌법위원회는 부통령을 위원장으로 하고 대법관 5인과 국회의원 5인의 위원으로 구성한다(제3항). 헌법위원회에서 위헌결정을 할 때에는 위원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다(제4항). 헌법위원회의 조직과 절차는 법률로써 정한다(제5항).” 이처럼 제헌헌법은 헌법재판의 전통과 정신을 수립함과 동시에, 입법작용에 대한 사법적 통제 가능성을 제도적으로 열어두었다. 이에 따라 제정된 헌법위원회법은 법률의 위헌 여부 제청에 있어 그 방식과 절차를 다음과 같이 규정하였다. 법원이 직권으로 위헌 여부를 제청하는 경우에는 해당 사건을 담당하는 판사가 단독으로 결정할 수 있도록 하였으며, 소송당사자의 신청에 따라 제청이 이루어지는 경우에는 판사 3인으로 구성된 합의부의 결정을 요하도록 하였다. 이는 위헌법률심판의 실효성을 확보하고 사법부 내부에서의 일정한 합의를 전제로 하는 절차적 정당성을 담보하고자 한 것으로 이해할 수 있다. 이러한 헌법위원회 규정은 이후 1952년 제1차 개정헌법과 1954년 제2차 개정헌법에서도 유지되었다. 다만 제헌헌법에서 규정된 위원 구성 중 ‘국회의원 5인’이라는 부분은 양원제를 도입한 헌법 구조의 변화에 따라 ‘민원의원의원 3인과 참의원의원 2인’으로 조정되었다는 점에서 형식적 개편이 있었다. 그 외에는 4·19 혁명 이전까지 헌법위원회 제도가 실질적으로 유지되었다.

1960년 4·19 혁명 이후 탄생한 제3차 및 제4차 개정헌법은 중대한 전환점을 이룬다. 이 시기 헌법은 종래의 헌법위원회 대신 헌법재판소의 설치를 명시하였으며, 이에 따라 제81조 제2항 내지 제5항은 삭제되었다. 대신 헌법재판소의 관장사항 중 하나로서 “법률의 위헌 여부 심사”가 제83조의3 제1호에 신설되었다. 새로 제정된 헌법재판소법은 위헌법률심판의 절차를 보다 체계적으로 규정하였다. 제9조 제1항은 법원에 계속 중인 사건과 관련하여 위헌법률심판의 제청이 있는 경우, 그 사건에 대한 재판은 정지되도록 하였다. 또한 제10조는 제청서에 포함되어야 할 기재사항을 구체적으로 명시하면서, 그 적용 대상을 법원에 계속 중인 사건뿐만 아니라 법원에 사건이 계속되지 않은 경우까지 포함하는 것으로 하였다. 이는 형식적으로나마 추상적 규범통제의 요소를 도입하였다는 점에서 헌법재판의 기능적 확장을 시도한 것으로 평가된다. 그러나 이러한 시도는 5·16 군사정변이 발발하고 정치체제가 급변함에 따라 실현되지 못한 채 중단되었다. 이 당시 헌법재판소는 결국 출범하지 못하다.

1962년 제5차 개정헌법과 1963년 제6차 개정헌법에서는 위헌법률심판 권한을 대법원에 귀속시켰다. 제102조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”라고 규정함으로써, 사법부 최상급기관인 대법원이 위헌심사의 주체가 됨을 명문화하였다. 이 시기 제4공화국에서 하급심 법원 차원의 경우 위헌심사 시도가 비교적 활발히 이루어졌으나, 대법원은 그러한 흐름에 있어 소극적인 태도를 보였다고 평가된다.³⁾ 1972년 제7차 개정헌법에서는 위헌법률심판 권한을 다시 헌법위원회에 부여함으로써, 제헌헌법 당시의 체계를 부활시켰다.

이후 1980년 제8차 개정헌법에서도 헌법위원회 규정은 유지되었으며, 그 내용은 제헌헌법 제81조와 비교할 때 표현상 일부 미세한 차이가 있을 뿐, 기본적인 체계에

3) 정계선, “법원의 헌법적 판단”, 헌법학연구 제21권 제4호(2015), 106쪽.

는 큰 변화가 없었다. 다만, 이번에는 헌법위원회의 관장사항 중 위헌법률심판이 별도로 명시되었다는 점에서 기능적 독립성을 보다 강조하였다고 볼 수 있다. 이와 함께 1973년 제정된 헌법위원회법은 법률의 위헌 여부 제청에 있어 대법원이 불필요하다고 인정하는 경우에는 제청하지 않을 수 있도록 규정함으로써, 위헌심사에 대한 대법원에 의한 재량을 인정하였다. 1980년에 제정된 헌법위원회법은 위헌법률심판 제청 여부에 관한 결정을 대법원판사 전원의 3분의 2 이상으로 구성된 합의체에서 하도록 하였다.

현행헌법이 탄생하게 되면서는 1988년부터 독립된 헌법재판소가 출범하게 되었다. 이로써 위헌법률심판 권한은 오늘날과 같은 구조로 헌법재판소에 전속되는 체계로 확립되었다.

3. 법적 성격과 위헌법률심판에서 재판의 전제성

현행법상 위헌법률심판은 다음의 세 가지 관점에서 법적 성격을 지닌다. 첫 번째로, 우리나라에서 위헌법률심판은 법률이 이미 시행된 이후에만 그 위헌 여부를 결정할 수 있기 때문에 ‘사후적 규범통제’로서의 법적 성격을 갖는다. 이는 법률이 제정된 후 시행 과정에서 문제가 발생하거나 헌법적 가치와 충돌하는 상황이 발생했을 때 비로소 그 위헌성을 판단할 수 있다는 점에서 위헌법률심판이 미래지향적인 예방적 통제보다는 사후적으로 문제를 해결하는 방식으로 작동하고 있음을 의미한다. 이러한 사후적 규범통제의 특징은 규범통제의 시점이 법률의 시행 이후로 제한된다는 점에서 입법과정에서의 헌법적 검토와는 다른 성격을 지닌다. 두 번째로, 현행헌법은 법률에 대한 일차적 위헌심사권을 법원에 귀속시키고 있는 반면, 최종적인 위헌결정권은 헌법재판소에 독점적으로 부여하고 있다. 이러한 구조는 위헌법률심판을 ‘집중형 규범통제’로서의 법적 성격을 갖도록 한다. 즉, 위헌 여부를 판단하는 최종적인 권한이 헌법재판소에 집중되어 있으며, 법원은 단지 위헌심사 제청 여부를 결정하는 역할만 수행할 수 있다. 집중형 규범통제에서의 위헌결정의 효력은 당해 사건에만 미치는 것이 아니라는 점에서 미국형 모델과의 차이가 식별된다.⁴⁾ 세 번째로는 ‘구체적 규범통제’로서의 법적 성격이다. 헌법 제107조 제1항의 ‘재판의 전제’라는 문구를 통해 위헌법률심판의 제청요건으로서 재판의 전제성을 규정함으로써 구체적 규범통제의 본질을 반영하고 있다.⁵⁾ 구체적 규범통제란 특정한 사건을 계기로 법률의 위헌 여부를 판단하는 방식으로 추상적 규범통제가 특정 사건과 무관하게 법률의 위헌성을 일반적으로 심사하는데 초점을 두는 것과는 차이가 있다. 이러한 구체적 규범통제는 법률의 위헌성을 심사하는 과정에서 재판이라는 현실적 상황과 밀접하게 연결되어 있으며, 법률이 특정 사건에서 실질적으로 적용되고 있음을 전제로 한다. 구체적·추상적 규범통제를 구분하는 핵심 요소는 특정 사건이나 권리 침해라는 구체성이 다. 구체적 규범통제는 특정 사건을 계기로 법률의 위헌 여부를 판단하는 반면, 추상적 규범통제는 특정 사건과 무관하게 위헌성을 일반적으로 심사하는데 초점을 맞춘

4) 이황희, “구체적 규범통제사건의 심사방식에 관한 소고 - 당해사건 고려 및 재판전제성 인정범위 문제를 중심으로”, 법학논집 제21권 제1호(2016), 102쪽.

5) 한수웅, “위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 관한 비판적 고찰”, 헌법논총 제25집(2014), 421쪽.

다. 이러한 측면에서 입법작용을 대상으로 한 권리구제형 헌법소원도 구체적 규범통제로서의 법적 성격을 갖는다는 공통점이 있다. 다만, 위헌법률심판의 객관적인 헌법질서를 수호·유지하는 기능(공익적 성격)보다 개인의 주관적 권리구제라는 기능이 강조된다는 점에서 차이가 있다. 위헌법률심판은 객관적인 헌법의 수호를 주된 목적으로 하는 객관적 심판절차이고, 권리구제형 헌법소원은 1987년 비로소 처음 도입된 개인의 기본권보호를 위한 주관적인 권리구제절차에 해당한다.⁶⁾ 객관적 권리구제절차는 일반소송법이론에 따른 소익을 전제로 하지 않는다.

제헌헌법 제81조에 삽입된 ‘재판의 전제’라는 문구는 오스트리아 연방헌법에서 유래한 것이다. 구체적 규범통제에 있어서의 ‘선결문제’를 의미한다. 그러나 미국식 부수적 위헌심사를 도입하여 대법원이 위헌법률심판을 관장하던 시기에는 잠시 ‘사건쟁송성’을 의미하는 것으로 변모되었다. 현행헌법 제107조 제1항은 다시 ‘선결문제’를 의미하도록 의도하고 있다. 그리하여 주관적 소송사건과 분리된 객관적 법규범의 효력통제가 본안이 되는 구조를 채택한다.⁷⁾ ‘사건쟁송성’의 의미로 해석하고자 하는 시도는 우리나라에서 위헌결정이 갖는 일반적 효력 등을 고려했을 때 타당하지 않다. ‘사건쟁송성’으로 해석해야 한다는 선행연구는 발견되지 않고 있다.⁸⁾

헌법재판소에 의하면 재판의 전제성이란 ① 첫째, 구체적인 사건이 법원에 계속중이어야 하고 ② 둘째, 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며 ③ 셋째, 그 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우이다.⁹⁾ 첫째 요건과 관련하여 구체적 사건이 법원에 ‘적법’하게 계속될 것을 요하는 한편, ‘계속 중’ 요건은 위헌 제청 신청 당시뿐만 아니라 심판절차가 종료될 때까지 유지되어야 한다고 판시하고 있다.¹⁰⁾ 그러나 위헌법률심판이 제청된 법률조항에 의해 침해된다는 기본권이 헌법적으로 중요한 사안인 경우, 해당 법률조항의 위헌 여부 해명이 헌법적으로 큰 중요성을 지닌 경우, 또는 해당 법률조항으로 인한 기본권 침해가 반복될 위험성이 있고 위헌 여부 심판의 기회를 갖기 어려운 경우에는 헌법재판소가 예외적으로 객관적 헌법질서의 수호·유지를 위해 심판의 필요성을 인정할 수 있다는 입장이다. 둘째 요건은 직접 적용되는 법률이 심판의 대상이 되어야 한다는 것을 의미하지만, 간접적으로 적용되는 법률에 대해서도 재판의 전제성이 인정될 수 있다.¹¹⁾ 이는 법률의 적용범위와 심판의 대상에 대한 해석이 폭넓게 이루어질 수 있음을 보여준다. 셋째 요건에서 ‘다른 내용의 재판을 하게 되는 경우’라 함은 원칙적으로 결론이나 주문에 영향을 미치는 것뿐만 아니라, 결론을 도출하는 이유를 달리하는데 관련되거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우도 포함한다.¹²⁾

6) 한수웅, “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판의 법적 성격 및 법원의 ‘제청신청 기각결정’의 의미”, 법학논집 제42집 제3호(2018), 76쪽.

7) 신우철, “재판의 전제성 - 그 개념의 굴곡의 헌법사 -”, 법사학연구 제41호(2010), 110쪽.

8) 헌법 제107조 제2항에 관해서만 견해대립이 있다. 이상천, “헌법 제107조 제1·2항은 추상적 규범통제를 배척하는 의미인가 - 지방자치법 제107·172조의 관계를 중심으로 -”, 행정법연구 제28호(2010), 236쪽.

9) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정.

10) 헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정.

11) 헌법재판소 2001. 10. 25. 선고 2000헌바5 결정.

12) 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌바66등 결정.

III. 재판의 전제성 판단 현황 및 문제점

1. 현황

위헌법률심판의 대상이 되는 법률이 재판의 전제성을 갖추었는지 판단함에 있어 원칙적으로 제청법원의 견해가 존중되고 있다. 제청법원의 견해를 존중하는 이유는 사실관계의 인정과 이에 대한 일반법률의 해석·적용이 헌법재판소보다 당해 사건을 직접 재판하고 있는 제청법원이 더 적합하게 수행할 수 있다는 점에서 비롯된다. 헌법재판소는 이를 명시적으로 판시한 바 있으며, 재판의 전제성을 판단함에 있어 제청법원의 해석이 우선적으로 고려되어야 한다는 입장을 유지해왔다.¹³⁾ 실제로 재판의 전제성 여부 판단은 소송사건의 기록을 보유하고 있으며 사실을 조사하여 법률을 적용하는 법원이 더 적합하다.¹⁴⁾ 소송사건의 특수성과 구체적 사실관계를 가장 가까이에서 다루고 있는 제청법원이 사건의 본질과 법률 적용의 필요성을 정확히 이해하고 판단할 수 있다. 제청법원 견해를 존중하는 원칙은 단순히 법률적 판단의 효율성을 넘어 우리 헌법의 권력분립 원칙과 기능분담의 관점까지 고려한 것이라고 평가된다. 헌법재판소는 이러한 원칙을 바탕으로 법원이 제청한 위헌법률심판 사건들에 대한 본안판단으로 나아가고 있다. 헌법재판소 통계에 따르면 2025년 5월 기준 법원이 제청한 위헌법률심판 1,147건 중 885건에 대하여 본안판단으로 나아갔다.¹⁵⁾ 이들 사안 중 일부는 재판의 전제성이 결여된 경우임에도 불구하고 예외적으로 심판의 필요성이 인정되어 본안판단으로 나아간 것이다. 반면, 재판의 전제성이 결여되었다고 판단하여 각하결정을 선고한 사안은 제청법원의 견해를 존중하여야 한다는 원칙의 예외로 직권에 의해 조사하여 그 견해가 명백히 유지될 수 없다는 이유로 재판의 전제성을 인정하지 않은 것들이다. 이들은 위헌법률심판에서 헌법재판소에 의한 적법요건 판단의 문제점을 논의하기 위해 각각 살펴볼 필요성이 있다고 할 것이다.

(1) 심판의 필요성을 인정하여 본안판단으로 나아간 사안

위헌법률심판에서 심판의 필요성을 인정하여 본안판단으로 나아간 사례는 헌법재판소가 사건의 성격과 헌법적 중요성을 고려하여 예외적으로 재판의 전제성 요건을 완화하거나 확장하여 판단한 경우에 해당한다. 이러한 사례들은 심판의 필요성을 인정한 근거와 그 판단의 논리가 어떠한지를 보여주며, 유형에 따라 세부적으로 다음과 같이 구분할 수 있다.

(1-1) ‘심판대상이 특정 기본권과 관계되는 중요한 헌법문제이며 이에 관한 해명이 이뤄진 바 없고 침해가 반복될 것이 명백하다고 인정한 경우’. 헌법재판소는 심판대상이 특정 기본권과 직결되는 중요한 헌법문제이며 이에 대한 헌법적 해명이 이루어진 바 없는 상황에서 해당 기본권 침해가 반복될 위험성을 명백히 인정할 경우 본안

13) 헌법재판소 2007. 4. 26. 선고 2004헌가29, 2006헌바4 결정.

14) 이부하, “재판의 전제성에 관한 헌법재판소 결정에 대한 헌법적 고찰”, 영남법학 제55호 (2022), 188쪽.

15) <https://www.ccourt.go.kr/site/kor/stats/selectEventGeneralStats.do> 참고.

판단으로 나아갔다. 헌법재판소에 의하면 헌법적 해명이 시급히 요구되며, 기본권 보호를 강화하고 반복적인 침해를 방지하기 위한 필요성을 근거로 한다. 보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고권 및 상소제기기간을 법정산입 대상에 포함하지 않는 형사소송법이 문제가 된 사안에서 헌법재판소는 다음과 같이 판시했다. “기본권 중의 기본권이라 할 수 있는 국민의 신체의 자유에 관련된 문제이고, 그 문제에 관하여 아직 헌법재판소에서 해명이 이루어진 바도 없다. 그리고 이 사건 법률조항으로 말미암아 기본권 침해가 반복될 것 또한 명백하므로 이에 대한 위헌 여부심판을 하기로 한다.” 이와 같은 판단을 통해 국민의 신체의 자유라는 본질적 기본권을 보호하기 위한 본안판단으로 나아갔다.¹⁶⁾ 추징금을 납부하지 아니한 자에게 출국을 금지할 수 있도록 규정한 출입국관리법이 문제가 된 사안에서는 헌법재판소가 “이 사건 심판대상 법조항의 위헌 여부는 거주이전의 자유 중 출국의 자유와 관계되는 중요한 헌법문제라고 볼 수 있고, 이 문제에 대하여 아직 우리 재판소에서 해명이 이루어진 바도 없다. 이 사건과 관련하여 또는 이 사건과 무관하게 심판대상 법조항에 의거한 출국금지처분이 재차 이루어져 출국의 자유에 대한 기본권 침해의 논란이 반복될 것도 명백하므로 이에 대한 위헌 여부의 심판이익이 있다.”라고 판시하며 본안판단으로 나아갔다.¹⁷⁾ 또 다른 사례로는, 범행의 시기를 불문하고 선고유예기간 중 자격정지 이상의 형에 처한 판결이 확정되면 선고유예가 실효되는 것으로 규정한 형법이 문제가 된 경우이다. 헌법재판소는 이를 두고 “이 사건 법률조항의 위헌 여부는 집행유예와 비교하여 평등권 침해가 문제되는 등 중요한 헌법적인 사항이라 할 수 있으며, 이 문제에 대하여 우리 재판소가 아직 헌법적 해명을 한 바 없을 뿐만 아니라, 이 사건과 관련하여 또는 이 사건과 무관하게 심판대상 법률조항에 따른 선고유예의 실효 청구가 재차 이루어져 평등권 등에 대한 기본권 침해의 논란이 반복될 여지가 있음이 분명하여, 이에 대한 위헌 여부의 심판이익이 있으므로, 객관적인 권리보호의 이익은 여전히 존재한다 할 것이다.”라고 판시하며 본안판단의 필요성을 인정하였다.¹⁸⁾

(1-2) ‘중요한 헌법문제의 보다 완전하고 입체적인 해명을 위하여 심판대상을 재판의 전제성이 없는 부분까지 확대한 경우’. 헌법재판소는 심판대상이 중요한 헌법문제와 관련되어 있을 뿐 아니라, 해당 헌법문제의 완전하고 입체적인 해명이 요구되는 경우, 재판의 전제성이 없는 부분까지 포함하여 심판대상을 확대한 사례도 있다. 이는 헌법재판소가 헌법재판의 객관적 기능을 수행하기 위해 심판의 대상을 확대해 본안판단으로 나아간 경우이다. 대표적인 예로, 민법상 호주의 정의 및 자의 입적에 관한 조항에 대한 법원의 위헌법률심판 제청 사안에서 헌법재판소는 다음과 같이 판시했다. “호주제의 위헌 여부라는 중요한 헌법문제의 보다 완전하고 입체적인 해명을 위하여 그 조항에 대하여도 심판의 필요성을 인정하여 그 위헌 여부까지도 심판의 대상으로 삼아 한꺼번에 심리·판단하는 것이 헌법재판의 객관적 기능에 비추어 보아 상당하다 할 것이다.” 이에 따라 헌법재판소는 재판의 전제성이 없는 부부간의 의미에 관한 조항까지도 심판대상으로 확대하여 본안판단에 나아갔다.¹⁹⁾ 비슷한 사례로

16) 헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 결정, 2000. 7. 20. 선고 99헌가7 결정.

17) 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2003헌가18 결정.

18) 헌법재판소 2009. 3. 26. 선고 2007헌가19 결정.

19) 헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2001헌가9등 결정.

성매매 행위자 처벌법 사건에서 성판매 여성에 대한 재판 계속 중 제청된 심판대상이 성구매 남성에 대해서도 검토가 확대하여 이뤄진 바 있다.²⁰⁾

(1-3) ‘당해 사건 당사자에게만 국한된 것이 아니고 기본권 침해가 반복될 위험성이 크다면 본안판단에 나아간 경우’. 헌법재판소는 심판대상이 특정 사건의 당사자에게만 국한되지 않고, 기본권 침해가 반복될 위험성이 크다고 인정되는 경우에도 본안판단으로 나아갔다. 이러한 판단은 단지 당해 사건의 적법성 여부를 넘어, 해당 법률조항이 일반적으로 헌법적 문제를 내포하고 있음을 고려한 것이다. 파산선고 후 연체료 청구권을 재단채권으로 취급하는 파산법의 위헌 여부가 문제된 사안에서는 제청신청인이 연체료를 납부하면서 재판의 전제성이 소멸된 상황이었다. 그러나 헌법재판소는 이에 대해 “이 사건 법률조항에 의한 기본권침해 문제가 앞으로도 많은 사람에게 관하여, 그리고 여러 차례 일어날 수 있는 성질의 것이라면 그 헌법적 해명이 필요한 긴요한 사안으로 본안판단의 필요성이 있다.”라고 판단하였다. 또한, “비록 당해 사건이 부적법하게 되어 재판의 전제성을 인정할 수 없다고 하더라도, 파산선고 후 연체료 청구권을 재단채권으로 취급하는 것이 헌법적으로 용인되는가 하는 문제는 비단 당해 사건 당사자에게만 국한된 것이 아니고 이 사건 법률조항으로 인한 기본권의 침해가 반복될 위험성이 매우 크므로, 객관적인 헌법질서의 유지·수호를 위하여 그 헌법적 해명이 필요한 중요한 의미를 지니고 있다고 봄이 상당하다.”라고 판시하며 본안판단으로 나아갔다.²¹⁾

(1-1), (1-2), (1-3) 사안과 같이 헌법재판소는 재판의 전제성 요건을 충족하지 않는 경우라도 심판대상의 헌법적 중요성과 기본권 침해의 반복 가능성 등을 고려하여 본안판단으로 나아가고 있다. 헌법재판소의 취지는 헌법적 가치의 보호를 강화하고 헌법재판의 객관적 기능을 확대하고자 하는 것으로 이해된다.

(2) 제청법원의 견해가 명백히 유지될 수 없다고 하여 각하한 사안

(2-1) ‘법률개정으로 인해 심판대상이 재판의 전제성을 상실하게 되었다고 본 경우’.²²⁾ 심판대상이 된 법률이 개정됨으로써 재판의 전제성을 상실한 사례가 가장 흔하다. 특히 개정법에서 면책조항이 추가되는 경우, 형법 제1조 제2항에 따라 신법이 적용되므로 구법에 따른 양벌규정은 더 이상 재판의 전제성이 인정되지 않고 있다. 예를 들어, 구 국토계획법상의 양벌규정이 문제가 된 사건에서, 사용인이 관할관청의 허가 없이 개발행위를 했을 경우 개인에게도 처벌을 부과하도록 규정된 법률조항이 제청되었다. 그러나 이후 법률이 개정되어 개인이 상당한 주의와 감독을 게을리하지 않은 경우 처벌하지 않는 면책조항이 추가되었다. 헌법재판소는 신법이 적용되어 구법상의 규정은 재판의 전제성을 상실했다고 판단하며 각하결정을 내렸다.²³⁾ 참고로, 유사한 내용으로 제청된 신용정보법상의 양벌규정 사건에서는 헌법재판소가 본안판

20) 헌법재판소 2016. 3. 31. 2013헌가2 결정.

21) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2003헌가8 결정.

22) 헌법재판소 2015. 6. 25. 선고 2014헌가17 결정., 2013. 6. 27. 선고 2011헌가39등 결정., 2010. 12. 28. 선고 2010헌가73등 결정., 2010헌가51 결정., 2010. 11. 25. 선고 2010헌가71등 결정., 2010헌가8등 결정., 2010. 9. 30. 선고 2009헌가23등 결정. 2010. 9. 2. 선고 2009헌가15등 결정.

23) 헌법재판소 2010. 9. 2. 선고 2009헌가9등 결정.

단으로 나아가 위헌으로 결정한 사안도 있다.²⁴⁾ 이는 종전 규정에 따른다는 취지의 경과규정이 존재했는지 여부에 따라 심판대상이 된 법률조항의 재판의 전제성이 다르게 판단된 사례이다.

(2-2) ‘소 취하로 인해 재판의 전제성을 상실하게 되었다고 본 경우’²⁵⁾ 소송이 취하됨으로써 재판의 전제성을 상실한 사례도 자주 나타난다. 소송이 취하되면 해당 사건에 적용될 법률조항이 더 이상 실질적인 영향을 미치지 않게 되므로 재판의 전제성이 인정되지 않는다. 학교폭력예방법에 따라 피해학생에게 서면사과 조치를 받은 원고가 이를 취소하는 소를 제기한 사건에서, 제청법원이 소송 계속 중 직권으로 위헌법률심판을 제청했으나, 이후 원고가 소를 취하함에 따라 헌법재판소는 재판의 전제성이 유지되지 않는다고 판단하며 각하결정을 내렸다.²⁶⁾ 또한, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 따라 의료기관의 폐쇄 처분을 받은 사건에서도 제청신청인이 처분 취소를 구하는 소를 제기하며 위헌법률심판 제청을 신청했으나, 이후 소가 취하되면서 헌법재판소는 재판의 전제성이 유지되지 않는다고 판단하며 각하결정을 선고한 바 있다.²⁷⁾

(2-3) ‘부가형에 관하여 제청했을 때 재판의 전제성 요건이 충족되지 못하였다고 본 경우’. 취업제한, 신상정보 등록 등과 같은 부가형 제재를 규정한 법률조항에 대한 위헌법률심판 제청이 이루어진 경우에서도 재판의 전제성이 충족되지 않았다고 판단된 사례가 있다. 헌법재판소는 부가형 제재의 근거조항이 재판의 주문을 변경시키거나 재판의 본질적 내용과 효력에 영향을 미치지 않는다고 보고 재판의 전제성을 부정했다. 취업제한과 신상정보 등록에 관한 법률조항에서 헌법재판소는 해당 조항이 재판의 전제성 요건을 충족하지 않는다고 판단하며 각하 결정을 선고하였다.²⁸⁾

외에도 (2-4) “해석에 의하여 해결될 문제로 보인다.”²⁹⁾ “각하를 하여야 할 사건에 해당한다.”라며 제청법원의 견해가 명백히 유지될 수 없다고 하여 각하한 사안 등이 있다.³⁰⁾

2. 헌법재판소 결정 사안을 통해 살펴본 문제점

헌법재판소 결정 사안을 보면 제청법원의 견해가 명백히 유지될 수 없으면 각하결정을 하고, 각하결정을 하여야 마땅하나 심판의 필요성이 있으면 본안판단으로 나아가고 있다. 그러나 명백하지 않은 사안에 대해서도 각하결정을 하는 것이 아닌가 생각된다.

국립국어원 표준국어대사전에 의하면 ‘명백’은 ‘의심할 바 없이 아주 뚜렷함’을 의미하는데, (2-1) 유형 사례를 봤을 때 단 하나도 의심할 바 없이 아주 뚜렷하다고 할 수 없다. 형법 제1조 제1항은 “범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 따른다.”라고

24) 헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2010헌가3 결정.

25) 헌법재판소 2022. 11. 24. 선고 2021헌가12 결정., 2016. 7. 24. 선고 2015헌가34 결정., 2014. 6. 26. 선고 2013헌가16 결정., 2012. 7. 26. 선고 2011헌가40 결정, 2004. 10. 28. 선고 2004헌가2 결정.

26) 헌법재판소 2022. 11. 24. 선고 2021헌가12 결정.

27) 헌법재판소 2016. 7. 24. 선고 2015헌가34 결정.

28) 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2015헌가27 결정, 2016. 3. 31. 선고 2015헌가8 결정.

29) 헌법재판소 2006. 6. 25. 선고 2005헌가22 결정., 2005. 6. 30. 선고 2003헌가19 결정.

30) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2002헌가24 결정.

규정하고 제2항에서 “범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법보다 가벼워진 경우에는 신법에 따른다.”라고 규정한다. 양벌규정에 면책조항이 신설되는 경우, 예컨대 “감독상 과실이 없는 자는 처벌하지 않는다.”라는 내용이 신설되었다면 이로 인해 면소판결을 받을 수 있는 자에게만 신법이 적용되는 것이다. 그것이 아니라면 구법이 그대로 적용되어야 한다. 신법이 구법과 비교했을 때 ‘형이 가벼워진 경우’에 해당하지 않기 때문이다. 단순히 종래의 해석을 명문으로 밝힌 것에 불과한 법률개정이라면 더욱 그러하다. 심지어 이는 사실관계의 인정 문제로 법원의 견해를 존중하여 주는 것이 위헌법률심판의 제도적 의미와 부합하다.³¹⁾ 따라서 제정법원의 견해가 의심할 바 없이 아주 뚜렷하게 유지될 수 없다고 하여 내린 헌법재판소의 각하결정은 문제가 있다. 헌법재판소의 각하결정이 법률적 명백성의 판단 기준을 일관되게 적용하지 않는다는 점에서 비판받을 여지가 있다. 명백성은 단순히 사법적 판단에서의 주관적 인식의 문제가 아니라, 법률적·사실적 측면에서 객관적으로 판단되어야 하는 기준이다. 그런데 헌법재판소는 이러한 기준을 명확히 제시하지 않은 채, 제정법원의 견해를 배척하고 각하결정을 내린 바 있다. 이는 헌법재판소가 위헌법률심판에서 스스로의 판단을 우선하기 위해 자의적으로 명백성 기준을 적용한 결과로 볼 수 있다. 특히 (2-4) 유형 사례에서도 이러한 문제가 나타난다. 제정법원의 견해를 배척할 정도의 명백성이 없는데도 헌법재판소는 각하결정을 내렸으며, 이는 헌법재판소의 판단이 외관상 객관적으로 명확하지 않다는 비판을 받을 만하다. 명백성 기준은 단순히 헌법재판소의 주관적 판단이 아니라 외부적으로 드러나는 객관적 사실과 법률적 해석에 기반하여 일관되게 적용되어야 한다.

헌법재판소의 판단 기준을 행정법상 중대명백설 관점에 의해서 봐도 명백성이 충족되지 않았음이 드러난다. 중대명백설에서 명백성은 행정행위의 무효 여부를 판단할 때 단순히 주관적 확신이 아니라 법적·사실적 측면에서 외부적으로 객관적으로 드러나는 명백성을 의미한다. 중대명백설에서 말하는 “명백”은 매우 엄격한 기준에 해당한다. 이 기준을 충족하지 않는다면 그 사안을 명백하다고 볼 수 없다. 헌법재판소는 명백성이 충분히 입증되지 않은 상태에서 각하결정을 내리는 것으로 보여진다. 심판의 필요성을 판단할 때 중대명백설에서 요구하는 명백성 기준을 준용하는 것이 현재의 헌법재판소 판단 기준보다는 객관적으로 보인다.

(2-2) 및 (2-3) 유형 사례를 살펴보면, (2-1) 유형에 비해 외관상 상대적으로 명백하다. 그러나 이러한 사례들과 (1-1), (1-2), (1-3) 유형 사례를 비교해보면 심판의 필요성이 인정되는 기준이 자의적이라는 점에서 문제가 있다. 헌법재판소는 (1-1) 유형 사례에서 심판대상이 특정 기본권과 관련된 중요한 헌법문제이며 이에 대한 해명이 이루어진 바 없고 침해가 반복될 위험성이 명백하다고 판단하여 본안판단으로 나아갔다. 또한 (1-3) 유형 사례에서는 당해 사건 당사자에게만 국한되지 않고 기본권 침해가 반복될 위험성이 크다고 판단하여 본안판단으로 나아갔다. 그러나 (2-2) 유형 사례에서 소 취하로 인해 사건이 법원에 계속 중에 있지 않았더라도, 위헌법률심판이 갖는 객관적 헌법질서를 수호·유지하는 기능을 고려하면 심판의 필요성이 인정되어야 한다. (1-1) 유형 사례에서 헌법재판소가 심판의 필요성을 인정했던 논리를 적용하면, 소 취하의 경우에도 헌법적 해명이 필요한 중요한 헌법문제와 반복적 기본

31) 김래영, “재판의 전제성과 헌법재판소의 법률해석권 - 헌법재판소 2010. 9. 30. 2009헌가 23·31(병합) -”, 인권과정의 제419호(2011), 419쪽.

권 침해의 가능성이 존재한다면 본안판단으로 나아가는 것이 타당하다. 헌법재판소는 (2-3) 유형 사례에서 취업제한 및 신상정보 등록 등과 같은 부가형 제재 조항에 대해 재판의 전제성을 부정하였다. 그러나 이를 (1-2)의 논리로 대입해보면, 헌법문제의 보다 완전하고 입체적인 해명을 위해 부가형 제재 조항의 위헌 여부까지도 심판의 대상으로 삼아 한꺼번에 심리·판단하는 것이 헌법재판의 객관적 기능에 비추어 보아 상당하다. 헌법재판소가 이를 본안판단으로 나아가지 않은 것은 자의적 판단으로 보인다. 심판의 필요성을 인정하는 기준이 재정립되어야 한다. 위헌법률심판의 적법요건 판단이 일관성과 객관성을 잃는다면 위헌법률심판 제도의 목적이 훼손된다. 헌법재판소는 심판의 필요성을 판단할 때 객관적 요소에 의해서만 헌법적 가치를 보호하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

3. 논의가 필요한 또 다른 문제

(1) 판단의 기준시점

재판의 전제성 판단의 기준시점에 관한 현행 해석이 과연 타당한지에 대해 논의할 필요가 있다. 어쩌면 우리는 헌법재판소의 입장을 충분한 숙의 없이 그대로 받아들이고 있는 것은 아닌지 반성해 볼 필요가 있다. 구체적·추상적 규범통제를 구분하는 핵심 요소가 특정 사건이나 권리 침해라는 구체성 존재 여부에 기초한다면, 위헌법률심판에서 재판의 전제성은 제청 시 기준으로 판단하는 것이 합리적이다. 즉, 재판의 전제성은 제청 시점을 기준으로 하여 판단하여야 한다는 사건이다. 헌법재판소는 선고 시 재판의 전제성이 결여되어 있음에도 법률의 위헌 여부를 판단하는 것은 구체적 규범통제의 본질을 훼손한다는 입장을 밝히면서도, 구체적 규범통제의 본질에 관해서는 따로 명확한 정의나 기준을 언급하지 않고 있다. 이러한 점은 이론적·실무적 논의의 빈틈을 남기며, 헌법재판소의 논리가 충분히 설득력을 갖추고 있는지 의심을 불러일으키는 지점이다. 헌법재판소의 논리대로면 위헌심사형 헌법소원심판에서 재판이 계속 중이지 않을 경우가 오히려 대부분이라는 점에서 구체적 규범통제의 본질이 흔들린다. 이러한 논리는 결국 모순적 결과를 초래한다. 구체적 규범통제가 갖는 객관적인 헌법질서를 수호·유지하는 기능을 고려했을 때, 심판의 대상이 구체적 사건의 적용될 가능성이 있어 위헌법률심판 제청의 ‘계기’가 되었다면 본안판단으로 나아가는 것이 타당하다. 반면, 헌법재판소가 제청법원의 견해가 명백히 유지될 수 없다고 판단하여 각하결정을 내리는 것은 구체적 규범통제의 본질에 부합하지 않는다는 비판을 받을 여지가 있다. 이는 헌법재판소의 판단이 재판의 전제성 요건의 기준시점을 지나치게 엄격하게 해석하여 구체적 규범통제의 목적을 훼손하는 결과를 초래한다. 헌법재판소 자신도 헌법적 해명의 기회를 놓치게 되는 것이다.

이와 관련하여 선행연구는 재판의 전제성의 내용 중, 첫째, ‘위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것’, 둘째, ‘그 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우’ 이 두 가지 요건만 위헌법률심판 선고 시에 심사하면 족하다고 주장한다.³²⁾ 이 두 가지

32) 박진우, “헌법재판에서 재판의 전제성에 관한 비판적 검토”, 세계헌법연구 제19권 제3호 (2013), 228쪽.

기준은 재판의 전제성을 판단함에 있어 핵심적인 요소로 작용한다. 위헌법률심판의 실질적 목적을 달성하기 위한 합리적 기준으로 평가될 수 있다. 이는 상당히 이유 있는 주장으로 주목할 만하며, 헌법재판소가 이를 보다 명확히 반영하여 재판의 전제성 기준을 정립할 필요가 있다. 그러나 여기서 한 걸음 더 나아가, 제청법원이 추상적 규범통제를 시도하고자 하는 것이 명백하지 않다면 그 견해를 완전히 존중하는 것이 타당하다는 견해도 논의될 필요가 있다. 헌법에 ‘재판의 전제’라는 문구는 법원에 관한 제5장에만 존재한다. 헌법재판소에 관한 제6장은 법원에 의한 법률의 위헌 여부 심판을 관장사항으로 규정하고 있다. 이러한 점은 문언적 해석의 관점에서 재판의 전제성이 제청을 위한 요건이지 심판을 위한 요건이 아님을 명확히 보여준다. 헌법재판소법 역시 이와 다르게 규정하고 있지 않다. 입법자가 헌법소원심판에서만 지정재판부에 의한 사전심사를 도입한 취지를 고려할 때, 헌법재판소가 재판의 전제성 기준을 보다 유연하게 해석하여 본안판단으로 나아가는 것이 헌법적 가치에 부합한다.

구체적 규범통제의 본질은 개별 사건과의 관련성 및 제한적 심사 범위에 있다. 가령 소 취하가 된 사안이라도 특정 심판대상이 개별 사건에 적용될 가능성이 있어 위헌법률심판의 계기가 마련되었으면 본안판단으로 나아간다고 하여 추상적 규범통제가 이루어지게 되는 것이 아니다. 구체적 규범통제는 때로 당해 사건을 초월한 보편적 관점에서 이뤄져야 할 필요성도 있다.³³⁾ 소 취하가 있었다고 하여 법적 불안정 상태가 정당화될 수 없다. 위헌법률심판이 제청된 상태에서 취하된 소는 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 것이 아니어서 재소도 가능하다. (2-2) 유형 사례로 다시 돌아가 보면, 당해 사건 원고는 고등학교 2학년 재학 중인 학생으로 ‘피해학생에 대한 서면사과’를 취소하고자 하였으나, 원고의 의지와 무관하게 법원의 직권에 의해 위헌법률심판이 제청되었다. 이후 가해학생이 학교를 졸업함으로써 서면사과 의무를 부담하거나 이를 강제할 수 없게 되었고, 서면사과조치는 생활기록부에서 삭제되었으며, 장래의 진학이나 취업 등 어떠한 불이익도 발생하지 않게 되었다. 이러한 상황에서 소송은 법원의 위헌법률심판제청으로 인해 지연되었다. 1년이 지나도 결정이 나오지 않아 결국 원고가 소 취하에 이르게 된 것이다. 이와 같은 상황에서 헌법재판소는 소 취하 직후 각하결정을 선고하였다. 이는 제청법원만 난감하게 하였다.

헌법재판소법 제40조 제1항은 민사소송법 준용에 관하여 규정하면서도 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도’라는 단서를 두고 있다. 이는 취하에도 불구하고 본안판단에 나아갈 수 있는 여지를 남겨두기 위해 2003년에 추가된 것이다.³⁴⁾ 이러한 점은 예외적 운용 가능성을 열어두려는 입법자의 의도에서 비롯되었다. 위헌법률심판에서는 양 당사자를 전제로 규정된 절차규정 및 주관적 권리 구제를 기능으로 하는 민사소송법은 그대로 준용하기 어렵고,³⁵⁾ 위헌법률심판과 같은 헌법재판은 직권심리주의가 강하게 투영되어 있는 등 민소소송의 본질, 특성, 추구하는 목적을 전혀 달리한다.³⁶⁾ 재판의 전제성을 엄격하게 해석하여 본안판단을 배제하는 것은 위헌법

33) 이황희, 앞의 글, 103쪽.

34) 양소연, “헌법소원에서 소권남용의 의미와 처리 방안”, 공법연구 제53집 제1호(2024), 336쪽.

35) 허완중, “위헌법률심판에서 헌법재판소법 제40조에 따른 다른 소송법 준용”, 법학논총 제40권 제1호(2020), 33-34쪽.

36) 정연주, “헌법재판소의 법관단행 각하결정에 대한 비판적 고찰 - 현재 2021. 10. 28. 2021

률심판의 제도적 의미를 약화시키고 헌법적 논란을 방치하는 결과를 초래할 수 있다. 법원의 제청으로 이뤄지는 위헌법률심판에 한해서는 남소(濫訴) 가능성이 크지 않다는 의견이다.

(2) 위헌법률심판에서 각하결정의 특수성

각하(却下)는 소송이나 청구 자체가 법적인 요건을 갖추지 못하여 그 내용을 심리하지 않고 종료시키는 것을 의미한다. 이는 헌법재판소법상 헌법소원심판에서도 명확하게 규정되어 있으며, 각하사유의 책임을 따져봤을 때 대부분의 경우 청구인에게 있음이 확인된다. 민사소송, 형사소송, 행정소송에서도 마찬가지로 각하는 청구가 본안 심리의 대상이 되기 위한 요건을 충족하지 못했을 때 이루어지며, 모든 경우 각하결정으로 사건은 종료된다. 그러나 위헌법률심판에서의 각하결정은 다른 소송 유형과는 달리 특수성을 갖는다.

위헌법률심판에서 각하사유의 책임소재를 보면, (2-2) 유형 사례를 제외하고 대부분의 경우 제청법원에 책임이 있다고 볼 수 있다. 문제는 각하결정이 내려질 경우에도 사건이 완전히 종료되지 않는다는 점이다. 각하결정에 따라 위헌법률심판이 종료되더라도 제청법원은 당해 재판에 적용될 법률조항이 위헌이라는 합리적인 의심을 품은 상태에서 재판을 이어나가야 하는 상황에 처한다. 이러한 상황은 제청법원의 독립성과 헌법적 의무를 침해할 우려를 낳는다. 법관은 헌법과 충돌하는 모든 법규범과 관련하여 장정적인 적용배제권을 가지고 있는데, 이를 부정하는 해석은 헌법 제103조 및 법치국가적 기본정신과 부합할 수 없다.³⁷⁾ 헌법 제103조는 “법관은 양심에 따라 독립하여 심판한다.”라고 명시하고 있다. 그러나 헌법재판소가 위헌법률심판에서 각하결정을 내리는 경우, 제청법원이 스스로의 판단을 번복해야 하는 문제가 발생한다. 이는 헌법 제103조가 보장하는 법관의 양심과 독립성 원칙을 직접적으로 침해할 수 있는 소지가 있다. 더욱이, 법원이 직권으로 위헌법률심판을 제청한 경우에는 상황이 더욱 복잡해진다. 이에 대해 각하결정이 내려질 경우 소송이 지연되는 등 그로 인한 피해는 국민에게 전적으로 돌아가고 사법부에 대한 국민적 신뢰는 저해된다. 제청법원 스스로 위헌이라고 의심하는 법률을 자신의 권한으로 위헌법률심판을 거치지 않을 권한이 없는데,³⁸⁾ 위헌의 의심이 해소되지 않은 채 재판을 이어가도록 헌법재판소가 강요하는 것은 바람직하지 않다.

헌법과 헌법재판소법의 규정을 보면 심판의 대상이 된 법률이 위헌인지 합헌인지에 관한 판단만을 하도록 예정되어 있다. 다시 말해, 헌법재판소의 역할은 본질적으로 법률의 위헌 여부를 심사하는데 있다. 제청법원의 판단을 일방적으로 각하하는 것까지 포함되어 있지는 않다. 헌법재판소가 법원의 제청에 대하여 각하결정을 내리는 것은 헌법과 헌법재판소법의 취지를 왜곡하거나 변형시키는 것이 아닌지에 관한 의문이 제기될 수 있다. 입법자는 법원에게 위헌심사권과 위헌제청권을 부여하고, 헌법재판소에게 위헌결정권을 부여하여 양 기관의 역할을 구분하였다. 이러한 구분은

헌나1사건을 중심으로 -”, 헌법재판연구 제9권 제1호(2022), 269쪽.

37) 한수웅, 앞의 글(각주 6), 78쪽.

38) 이부하, “구체적 규범통제 있어서 재판의 전제성 판단시 권한문제”, 한양법학 제16집(2004), 14쪽.

위헌법률심판 제도의 원론적 근거로 작용하며, 이를 염두에 두지 않은 각하결정은 헌법적 체계와 충돌할 가능성이 있다. 사건으로 헌법재판소가 위헌법률심판에서 각하결정을 하기보다 심판청구의 보정을 활용할 수 있는 방안을 적극적으로 고려해야 한다. 헌법재판소법 제28조는 심판청구의 보정을 규정하고 있는데, 이를 통해 헌법재판소가 제청법원에 보정을 요구하고, 보정이 불가능하다고 제청법원이 판단할 경우 제청을 스스로 철회하도록 하는 절차를 마련하는 것이 바람직하다. 이러한 방식은 헌법재판소와 제청법원 간의 협력적 관계를 형성하는데 기여할 수 있다. 헌법재판소는 객관적으로 명백하지 않은 사안에 대해서는 제청법원의 견해를 최대한 존중하여 본안판단에 나아가고, 만약 객관적으로 명백하다면 보정을 요구하는 구조를 통해 양 기관 간의 조화를 이루는 것이 타당하다. 이는 위헌법률심판의 특수성을 고려하면서도 헌법적 질서를 유지하는데 기여할 수 있는 실질적인 방안이다. 앞서도 언급하였듯 법원의 제청으로 이뤄지는 위헌법률심판에 한해서는 남소에 따른 문제가 발생할 가능성이 크지 않다.

또한, 법원의 작위 또는 부작위에 의한 위헌법률심판 제청 남용을 방지하기 위해 대법원에 ‘사건평정위원회’와 같은 기구를 신설하는 방안도 논의해 볼 가치가 있다. 무죄 사건에서 검사의 과오 여부를 판단하기 위해 사건평정위원회를 운영하는 사례를 참고하여, 이를 통해 법원의 위헌법률심판 제청 과정을 스스로 점검할 수 있다. 이를 통해 제청법원의 독립성을 존중하면서도 위헌법률심판 제도의 효율성을 확보할 수 있을 것이다.

끝으로, (2-2) 유형 사례의 경우에는 각하결정의 책임소재가 헌법재판소에 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 헌법재판소법 제38조는 “심판사건을 접수한 날부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 헌법재판소가 이를 준수하지 않아 소송이 지연된 경우, 그 책임은 헌법재판소에 있다. 헌법재판의 유형을 불문하고 헌법재판소법 제38조가 훈시적 규정이라고 단정할 수 있는지에 관한 논의가 필요하다.

IV. 결 론

위헌법률심판 제도는 헌법적 질서를 유지하고 국민의 기본권을 보호하기 위해 설계된 헌법적 장치로서 현대 민주주의 국가에서 헌법의 최고성을 실현하는데 없어서는 안 될 제도적 기반이다. 이는 헌법의 기본 원칙과 가치를 구체적으로 구현하며, 국민의 권리를 실질적으로 보장하는 역할을 통해 헌법적 질서의 안정성을 유지하고, 법치주의를 강화하는데 기여한다. 헌법재판소와 법원이 상호 협력하여 이 제도의 본래 목적을 충실히 수행하는 것은 헌법적 가치를 실현하는데 있어 필수적이며, 이를 통해 국민의 신뢰를 확보하는 것이 가능해진다. 그러나 현실적으로 헌법재판소의 재판의 전제성 판단 과정에서 드러나는 자의성과 일관성 부족은 위헌법률심판 제도의 실효성을 약화시키는 중대한 문제로 작용하고 있다. 이러한 문제는 단순히 헌법재판소의 판단 과정에서 발생하는 국지적 한계를 넘어 헌법재판소와 법원 간의 협력적 관계를 구조적으로 저해하는 요인으로 작용한다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위한 실질적이고 깊이 있는 논의가 절실히 요구된다.

재판의 전제성 요건은 위헌법률심판의 적법요건 중에서도 가장 중요한 요소로서, 헌법재판소가 구체적 사건에서 위헌 여부를 신중히 판단할 수 있도록 사건의 구체성과 필요성을 보장하는 기준이다. 그러나 현재 헌법재판소가 재판의 전제성에 관하여 판단하는 과정은 명확성과 일관성을 충분히 확보하지 못한 채 운용되고 있다. 이는 헌법재판소가 사건을 심리하는 과정에서 발생할 수 있는 자의적 해석의 여지를 확대하며, 국민적 신뢰를 저하하는 구조적 문제로 이어진다. 재판의 전제성 요건에 대한 명확한 기준을 마련하는 작업은 위헌법률심판 제도의 신뢰성을 강화하는데 있어 핵심적이다. 이를 통해 헌법적 가치 실현이라는 본래 목적을 더욱 효과적으로 달성할 수 있다.

이상에서는 위헌법률심판 제도의 실효성을 높이고 헌법재판소와 법원 간 협력적 관계를 강화하기 위한 구체적이고 실천적인 방안을 탐구하고자 하였다. 특히 재판의 전제성 기준을 명확히 설정하는 것뿐만 아니라, 헌법재판소법 제28조에서 규정한 보정 절차를 적극적으로 활용하는 방법을 사건으로 제안하였다. 이는 헌법재판소와 법원이 상호 협력하여 사건을 심리하는데 있어 구조적 안정성을 확보하고, 재판의 본질적 목적을 보다 효과적으로 실현하는 방안을 제시한 것이다. 또한, 헌법재판소법 제38조의 성격에 대한 논의 역시 중요한 쟁점으로 다뤄야 할 필요성을 강조하였다. 헌법재판의 유형을 불문하고 헌법재판소법 제38조가 단순히 훈시적 규정이라고 단정할 수는 없다고 본다.

위헌법률심판 제도의 개선은 단순히 헌법재판소의 판단 기준을 정비하는 차원에 머물지 않는다. 보다 근본적으로, 이 제도의 본질적 기능과 기초적 원리를 재검토하는 숙의의 장을 마련하는 것이 필요하다. 숙의를 통해 위헌법률심판 제도의 적법요건과 운용 방식을 재조명하여야 제도의 개선 방향을 구체화하는 작업이 이루어질 수 있다. 이는 헌법재판의 본질을 되살리고 헌법적 가치를 더욱 효과적으로 구현할 수 있는 길을 열어줄 것이다.

■ 주제어: 권력분립, 본안판단, 사법권 독립, 숙의, 헌법재판

[참고문헌]

- 김래영, “재판의 전제성과 헌법재판소의 법률해석권 - 헌법재판소 2010. 9. 30. 2009헌가23·31(병합) -”, 인권과정의 제419호(2011), 83-99쪽.
- 김학성·최희수, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2020.
- 김혜경, “형사법 영역에서 위헌법률심판제청의 기준과 헌법적 심사”, 형사법연구 제35권 제4호(2023), 209-245쪽.
- 박진우, “헌법재판에서 재판의 전제성에 관한 비판적 검토”, 세계헌법연구 제19권 제3호(2013), 215-235쪽.
- 신우철, “재판의 전제성 - 그 개념의 굴곡의 헌법사 -”, 법사학연구 제41호(2010), 107-141쪽.
- 양소연, “헌법소원에서 소권남용의 의미와 처리 방안”, 공법연구 제53집 제1호(2024), 329-353쪽.
- 이상천, “헌법 제107조 제1·2항은 추상적 규범통제를 배척하는 의미인가 - 지방자치법 제107·172조의 관계를 중심으로 -”, 행정법연구 제28호(2010), 231-256쪽.
- 이부하, “구체적 규범통제 있어서 재판의 전제성 판단시 권한문제”, 한양법학 제16집(2004), 69-93쪽.
- 이부하, “재판의 전제성에 관한 헌법재판소 결정에 대한 헌법적 고찰”, 영남법학 제55호(2022), 179-203쪽.
- 이황희, “구체적 규범통제사건의 심사방식에 관한 소고 - 당해사건 고려 및 재판전제성 인정범위 문제를 중심으로”, 법학논집 제21권 제1호(2016), 95-127쪽.
- 정계선, “법원의 헌법적 판단”, 헌법학연구 제21권 제4호(2015), 101-154쪽.
- 정연주, “헌법재판소의 법관탄핵 각하결정에 대한 비판적 고찰 - 헌재 2021. 10. 28. 2021헌나1사건을 중심으로 -”, 헌법재판연구 제9권 제1호(2022), 253-278쪽.
- 허완증, “위헌법률심판에서 헌법재판소법 제40조에 따른 다른 소송법 준용”, 법학논총 제40권 제1호(2020), 29-60쪽.
- 한수웅, “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판의 법적 성격 및 법원의 ‘제청신청 기각결정’의 의미”, 법학논문집 제42집 제3호(2018), 73-119쪽.
- 한수웅, “위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 관한 비판적 고찰”, 헌법논총 제25집(2014), 409-466쪽.

[Abstract]

Determining Prerequisite for Constitutional Adjudication

Yohan Ahn*

This study critically examines "trial relevance," a key prerequisite for constitutional adjudication by the Constitutional Court of Korea. As the most essential procedural requirement, trial relevance serves as a standard to ensure case specificity, allowing the Court to carefully and thoroughly assess the constitutionality of statutes. Despite its importance, issues such as lack of objectivity and arbitrary application in the Court's decision-making process have emerged, undermining the effectiveness of constitutional adjudication. These issues further disrupt cooperative relations between the Constitutional Court and referring courts, while also contributing to the erosion of public trust in the judiciary.

The study provides a detailed review of the normative basis and institutional significance of constitutional adjudication, analyzes the application of trial relevance in practice, and identifies critical flaws in the Court's criteria by comparing cases where trial relevance was upheld and substantive rulings issued with cases dismissed for its absence. Based on this analysis, the study proposes active utilization of remedial measures under Article 28 of the Constitutional Court Act to strengthen cooperation between the Constitutional Court and referring courts, reducing conflicts and confusion in the adjudication process. Furthermore, it emphasizes the necessity for objective and consistent standards in dismissal decisions to better align judicial practices with constitutional values. Ultimately, the study underscores the importance of refining the criteria for trial relevance, not only to restore public trust in the judiciary but also to uphold the integrity and effectiveness of the constitutional adjudication system.

- **Key Words:** Constitutional Review, Deliberation, Judgment on Merits, Judicial Independence, Separation of Powers

* Assistant Professor, Republic of Korea Air Force Academy

의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한 법·정책적 개선 방안

박의근*/**

논문요지

최근 정제·캡슐 형태의 일반식품이 증가하면서 소비자들이 이를 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 가능성이 커지고 있다. 현재 기능성 표시가 가능한 식품으로는 건강기능식품과 기능성표시식품이 있으며, 건강기능식품과는 달리 기능성표시식품은 캡슐이나 정제 형태로는 제조할 수 없다. 그러나 규제의 허점을 악용해 기능성을 표방하는 일반식품이 최근 급증하고 있어 소비자 보호를 위한 체계적인 관리가 필요한 시점이라고 할 수 있다.

식품공전 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 2. 제조·가공기준 11)은 “식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다. 다만, 과자, 캔디류, 추잉껌, 초콜릿류, 장류, 조미식품, 당류가공품, 음료류, 과·채가공품은 정제형태로, 식용유지류는 캡슐형태로 제조할 수 있으나 이 경우 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 없도록 제조하여야 한다”고 규정하여, 원칙적으로 일반식품의 정제·캡슐 형태의 제조를 금지하고 있다.

그러나 이러한 식품공전의 규정은 식품표시광고법이 입법 목적으로 하는 소비자의 알 권리 보장 및 건전한 거래 질서의 확립을 위한 규정일 뿐 국민 건강을 보호·증진하기 위한 규정으로 보기는 어려워 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 볼 수 있으며, 또한 본 규정은 자칫 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 정제·캡슐 형태의 일반식품을 규율의 대상으로 하는 것처럼 보이지만 사실 본 규정이 규율의 대상으로 하는 것은 정제·캡슐 형태의 일반식품을 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동하게 하는 식품의 표시 또는 광고이다. 따라서 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조(가공)기준을 정하고 있는 식품공전의 규정은 정제·캡슐 형태의 일반식품의 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동하게 하는 표시 또는 광고를 규율의 대상으로 하고 있으므로, 법률 규정의 입법 목적과 규정의 내용상 식품의약품안전처장이 처음부터 고시로 정할 수 없는 내용을 고시로 정한 것으로 이는 위임입법의 한계를 벗어난 규정이라고 할 수 있다.

한편, 정제·캡슐 형태의 일반식품은 소비자에게 이익이 되는 점이 많다. 즉, 정제·캡슐 형태의 일반식품은 식품공전의 규정에서 이에 대한 제조를 제한하는 것

* 전북대학교 법학전문대학원 법학연구원 학술연구교수·연구초빙교수, 법학박사

** 본 논문을 집필하는 과정에서 다양한 의견과 귀중한 조언으로 많은 도움을 주신 식품안전 정보원 정책연구실 유승희 선임연구원님(전략커뮤니케이션학 박사)께 감사드립니다.

과는 달리 소비자에게 이익이 되므로, 가능하면 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조를 폭넓게(원칙적으로) 인정할 필요도 있다. 물론, 이 경우에도 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대해서는 ‘소비자의 안전(국민 건강의 보호·증진)’을 고려하여, 예외적으로 정제·캡슐 형태의 일반식품을 제조할 수 없도록 하는 규정을 식품공전의 개정(입법) 사항으로 고려해 볼 필요가 있다. 즉, 식품위생법의 위임의 목적 범위 내에서 현행 식품공전 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 2. 제조·가공기준 11)을 “의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함된 식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다”로 개정하는 것을 고려해 볼 필요가 있다.

또한 정제·캡슐 형태의 일반식품이 명백하게 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동케 표시·광고하는 경우에는 식품표시광고법 위반으로 처벌하면 되지만, 정제·캡슐 형태의 일반식품의 표시 또는 광고 중에는 식품표시광고법 위반의 경계(합법과 위법의 경계)에 있다든지 또는 법 위반 사안은 아니지만 국민 건강의 보건·증진을 위하여 일정 부분 정책적으로 이에 대한 제도를 보완할 필요가 있다. 즉, 식품표시광고법에서 정한 ‘부당한 표시 또는 광고 행위’에 해당하지 않으면서 의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함되지 않은 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대해 소비자가 이를 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동하지 않도록 최대한 방지할 수 있는 방안 중 하나로 이러한 식품에 대해 ‘식품유형’을 주표시면 표시사항 중 하나인 ‘제품명’ 옆에 소비자 누구나 쉽게 확인할 수 있도록 표시하는 규정의 신설을 법·정책적 관점에서 고려해 볼 필요가 있다.

· 논문제출: 2025. 06. 19. · 심사개시: 2025. 07. 08. · 게재확정: 2025. 07. 22.

I. 시작하는 말

식품공전 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 2. 제조·가공기준 11)은 “식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다. 다만, 과자, 캔디류, 추잉껌, 초콜릿류, 장류, 조미식품, 당류가공품, 음료류, 과·채가공품은 정제형태로, 식용유지류는 캡슐형태로 제조할 수 있으나 이 경우 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 없도록 제조하여야 한다”고 규정하여, 원칙적으로 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조를 금지하고 있다. 그러나 최근 정제·캡슐 형태의 일반식품이 증가하면서 소비자들이 이를 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 가능성이 커지고 있다. 현재 기능성 표시가 가능한 식품으로는 건강기능식품과 기능성표시식품이 있으며, 건강기능식품과는 달리 기능성표시식품은 캡슐이나 정제 형태로는 이를 제조할 수 없다. 그러나 규제의 허점을 악용해 기능성을 표방하는 일반식품이 급증하고 있어 현재 소비자 보호를 위한 체계적인 관리가 필요한 시점이라고 할 수 있다.

물론 이에 대해서는 식품표시광고법 제8조 제1항 제2·3호에서 “누구든지 식품등의 명칭·제조방법·성분 등 대통령령으로 정하는 사항에 관하여 다음 각 호의 어느 하나

의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한
법·정책적 개선 방안 / 박의근

에 해당하는 표시 또는 광고를 하여서는 아니 된다. 2. 식품등을 의약품으로 인식할
우려가 있는 표시 또는 광고 3. 건강기능식품이 아닌 것을 건강기능식품으로 인식할
우려가 있는 표시 또는 광고”로 규정하여, 현재에도 의약품 또는 건강기능식품으로
오인·혼동할 우려가 있는 일반식품의 표시 또는 광고(부당한 표시 또는 광고)를 금지
하고 있다.

참고로 건강기능식품, 기능성표시식품, 일반식품을 비교해 보면 다음과 같다.

분류	건강기능식품	일반식품	
		기능성표시식품	이외 일반식품
표시가능한 기능성 원료(영양소 외)	고시형 69종, ¹⁾ 개별인정원료 ²⁾	고시형 원료 29종, 별도 일반식품 사용신청 인정 받은 개별인정원료	-
기능성원료 함량	고시 및 개별인정 받은 1일 섭취량	1일 섭취기준량의 30%이상, 최대함량기준 이하	-
제형기준	정제·캡슐·환·과립액 상분말·편상페이스트 상·시럽·젤·젤리·바· 필름	다음 제형 불가능: 정제, 캡슐, 과립분말(스틱·포), 액상(스프레아애플 유사형태, 인삼·홍삼에 대한 기능성을 나타낸 농축액: 100mL이하 파우치 형태)	정제·캡슐 불가능 다만, 캡슐-식용유지 류는 가능 정제-과자, 캔디류, 추잉껌, 초콜릿류, 장류 조미식품, 당류가공품, 음료류, 과·채가공품 가능
기능성 내용 표시방법	00(기능성)에 도움을 줄 수 있음	본 제품에는 00(기능성)에 도움을 줄 수 있다고 알려진 00(기능성 원재료 또는 성분)이 들어 있음	-
건강기능(식품)인증 마크		-	-
기능성 표시광고 자율심의	0	0	-

Disclaimer	“본 제품은 질병의 예방 및 치료를 위한 의약품이 아닙니다.”	“본 제품은 건강기능식품이 아닙니다.”	-
------------	------------------------------------	-----------------------	---

앞에서 언급한 바와 같이 최근 정제·캡슐 형태의 일반식품이 의약품 또는 건강기능식품과 유사하게 제조·판매되어 소비자의 오인·혼동을 야기함에 따라 소비자 보호와 식품안전 관리에 대한 신뢰성 제고를 위한 법·정책적 개선 방안의 마련이 시급한 상황이라고 할 수 있다. 현재 이에 대한 방안으로는 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려(가능성)가 있는 일반식품의 정제·캡슐 형태의 제조를 모두 금지하는 방안과 일반식품의 정제·캡슐 형태의 제조를 현재 식품공전에서 규정한 것보다 더 제한하여 이를 허용하는 방안이 제안되고 있다.

반면에 식품산업은 국가 성장동력의 한 축으로 발전할 수 있는 전도유망한 분야로 K-컬처와 더불어 수출을 통한 활로를 모색해야 하나 현행 제도와 규제가 미국 등 선진국과 비교했을 때 과도하게 많거나 까다로워 관련 산업 발전에 많은 장애가 되고 있다. 즉, 대부분의 선진국은 일반식품도 정제나 캡슐 형태로 다양하게 선택해서 생산(제조)할 수 있도록 하고 있으며 제조업자의 자율적인 책임하에 유통·판매를 허용하고 있으나, 우리나라의 경우 건강에 좋은 성분이나 제품을 개발하여 섭취가 용이하도록 정제나 캡슐로 제조하고 싶어도 건강기능식품이 아니면 이를 생산하지 못한다는 비판도 있다. 이러한 비판에 의하면, 일반식품도 정제·캡슐 형태로 제조할 수 있도록 식품공전을 개정해야 한다고 주장한다. 즉, 식품공전 내 식품일반에 대한 공통 기준 및 규격에서 식품은 정제 또는 캡슐 형태로 제조할 수 없다는 조항을 삭제해야 한다고 주장한다. 이러한 주장을 고려한다면, 소비자의 이익(보호)과 식품산업의 경쟁력 및 발전을 위해 일반식품도 정제·캡슐 형태로 제조할 수 있도록 현행 규정과 같이 인정(허용)하는 한도 내에서 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한 소비자들의 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 가능성을 제거(방지)할 수 있는 법·정책적 개선 방안을 모색해 보는 것도 중요하다고 할 수 있다.

본 연구에서는 정제·캡슐 형태의 일반식품이 의약품 또는 건강기능식품과 유사하게 제조·판매되어 소비자의 오인·혼동을 야기하는 상황에서, 소비자 보호와 식품안전 관리에 대한 신뢰성 제고 및 식품산업의 경쟁력과 발전을 고려한 종합적인 시각에서 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한 법·정책적 개선 방안에 대해 모색해 보고자 한다.

- 1) 현재(식품의약품안전처 고시 제2024-16호, 2024. 3. 20. 개정) 고시형 기능성 원료는 총 68종이다(건강기능식품 공전 제3. 개별 기준 및 규격 2. 기능성 원료 참조). 개별인정원료로는 대표적으로 ‘콘드로이친 황산염(관절 및 연골 건강에 도움을 줄 수 있음, 일일 섭취량: 1,200mg)’이 있다(제2020-1호, 2020. 2. 26.). 참고로 ‘콘드로이친 황산염’은 의약품(따로 분류되지 않는 대상성 의약품, 일반의약품)이기도 하다.
- 2) 건강기능식품법 제15조(원료 등의 인정): ①식품의약품안전처장은 판매를 목적으로 하는 건강기능식품의 원료 또는 성분을 정하여 고시한다. ②식품의약품안전처장은 제1항에 따라 고시되지 아니한 건강기능식품의 원료 또는 성분에는 제5조 제1항에 따른 영업자, 「수입식품안전관리 특별법」 제15조 제1항에 따라 등록된 수입식품등 수입·판매업자 또는 총리령으로 정하는 자로부터 그 원료 또는 성분의 안전성 및 기능성 등에 관한 자료를 제출받아 검토한 후 건강기능식품에 사용할 수 있는 원료 또는 성분으로 인정할 수 있다. 다만, 질병의 치료·예방 효과 또는 그 밖에 총리령으로 정하는 기능이 있는 원료 또는 성분은 인정하여서는 아니 된다.

II. 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한 규율

1. 식품위생법(식품공전) 및 식품표시광고법

식품위생법 제7조 제1항 제1호는 “식품의약품안전처장은 국민 건강을 보호·증진하기 위하여 필요하면 판매를 목적으로 하는 식품 또는 식품첨가물에 관한 다음 각 호의 사항을 정하여 고시한다. 1. 제조·가공·사용·조리·보존 방법에 관한 기준”이라고 규정하며, 동조 제4항에서 “제1항 및 제2항에 따라 기준과 규격이 정하여진 식품 또는 식품첨가물은 그 기준에 따라 제조·수입·가공·사용·조리·보존하여야 하며, 그 기준과 규격에 맞지 아니하는 식품 또는 식품첨가물은 판매하거나 판매할 목적으로 제조·수입·가공·사용·조리·저장·소분·운반·보존 또는 진열하여서는 아니 된다”고 규정한다.³⁾ 그리고 식품위생법 제14조 제1호에 의하면 식품의약품안전처장은 식품위생법 제7조 제1항에 따라 정하여진 식품 또는 식품첨가물의 기준과 규격을 실은 「식품공전」을 작성·보급하여야 한다.

정제·캡슐 형태의 일반식품과 관련하여 식품공전은 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 2. 제조·가공기준 11)에서 원칙적으로 식품에 대해 정제 또는 캡슐 형태로 제조할 수 없도록 한다. 다만, 예외적으로 과자, 캔디류, 추잉껌, 초콜릿류, 장류, 조미식품, 당류가공품, 음료류, 과·채가공품은 정제형태로, 식용유지류는 캡슐형태로 제조할 수 있도록 허용하고 있으나 이 경우에도 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 없도록 제조하여야 한다.

한편 식품 등에 대하여 올바른 표시·광고를 하도록 하여 소비자의 알 권리를 보장하고 건전한 거래질서를 확립함으로써 소비자 보호에 이바지함을 목적으로 하는 식품표시광고법은 제8조 제1항 제2·3호에서 “누구든지 식품등의 명칭·제조방법·성분 등 대통령령으로 정하는 사항에 관하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 표시 또는 광고를 하여서는 아니 된다. 2. 식품등을 의약품으로 인식할 우려가 있는 표시 또는 광고 3. 건강기능식품이 아닌 것을 건강기능식품으로 인식할 우려가 있는 표시 또는 광고”라고 규정하여, 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대해 의약품 또는 건강기능식품으로 인식할 우려가 있는 표시 또는 광고 행위를 금지한다.⁴⁾ 또한 동법 동조 제2항에 의하면 제1항 각 호의 표시 또는 광고의 구체적인 내용과 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정하며, 이에 따라 식품표시광고법 시행령 제3조 제1항은 부당한 표시 또는 광고의 구체적인 내용을 정하고 있다(식품표시광고법 시행령 제3조

3) 식품위생법 제95조 제1호는 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. 1. 제7조 제4항(제88조에서 준용하는 경우를 포함한다), 제9조 제4항(제88조에서 준용하는 경우를 포함한다) 또는 제9조의 3(제88조에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반한 자”라고 규정한다(식품법령체계의 벌칙에 대한 자세한 설명은 김웅기, 우리 식품법령체계의 벌칙 및 과태료에 대한 정합성 검토, 행정법학, 제24호, 한국행정법학회, 2023. 3, 91면 이하 참조).

4) 식품표시광고법에 대한 상세한 설명은 이은영, 「식품 등의 표시·광고에 관한 법률」의 문제점과 개선방향, 동북아법연구, 통권 제46호, 전북대학교 동북아법연구소, 2023, 287면 이하 참조.

제1항 별표 1).

식품표시광고법 시행령 제3조 제1항 [별표 1] 부당한 표시 또는 광고의 내용(제3조 제1항 관련) 2.는 가. 의약품에만 사용되는 명칭(한약의 처방명을 포함한다)을 사용하는 표시 또는 광고, 나. 의약품에 포함된다는 내용의 표시·광고, 다. 의약품을 대체할 수 있다는 내용의 표시·광고 라. 의약품의 효능 또는 질병 치료의 효과를 증대시킨다는 내용의 표시·광고를 식품등을 의약품으로 인식할 우려가 있는 표시 또는 광고로 본다.

또한 식품표시광고법 시행령 제3조 제1항 [별표 1] 부당한 표시 또는 광고의 내용(제3조 제1항 관련) 3.에 의하면 건강기능식품에 관한 법률(건강기능식품법) 제3조 제2호⁵⁾에 따른 기능성이 있는 것으로 표현하는 표시·광고를 건강기능식품이 아닌 것을 건강기능식품으로 인식할 우려가 있는 표시 또는 광고로 본다.⁶⁾⁷⁾

2. 「소비자오인성」 판단기준

2024년 2월 5일 식품의약품안전처의 보도자료 「당류가공품을 건강기능식품처럼 오인하게 하는 부당광고 등 138건 적발·조치」에 의하면, 온라인상에서 많이 판매되고 있는 정제·캡슐 형태의 당류가공품(일반식품)⁸⁾ 판매 게시물 280건에 대해 건강기능식품으로 오인·혼동시키는 광고 등 부당광고 해당 여부를 집중 점검한 결과, 식품표시광고법을 위반한 138건을 적발하여 해당 플랫폼사에 게시물 접속 차단과 관할 지방자치단체에 행정처분을 요청하였다고 한다.

주요 적발 유형으로는 일반식품을 건강기능식품으로 오인·혼동하게 하는 유도 광고(55건, 39.9%), 거짓·과장 광고(40건, 29.0%), 질병 예방·치료에 대한 효능·효과가 있는 것으로 오인·혼동 유도 광고(21건, 15.2%), 소비자를 기만하는 광고(13건,

5) 건강기능식품법 제3조 제2호: 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 2. “기능성”이란 인체의 구조 및 기능에 대하여 영양소를 조절하거나 생리학적 작용 등과 같은 보건 용도에 유용한 효과를 얻는 것을 말한다.

6) 다만, 가. 건강기능식품법 제14조에 따른 건강기능식품의 기준 및 규격에서 정한 영양성분의 기능 및 함량을 나타내는 표시·광고, 나. 제품에 함유된 영양성분이나 원재료가 신체조직과 기능의 증진에 도움을 줄 수 있다는 내용으로서 식품의약품안전처장이 정하여 고시하는 내용의 표시·광고, 다. 특수영양식품(영아·유아, 비만자 또는 임신부·수유부 등 특별한 영양관리가 필요한 대상을 위하여 식품과 영양성분을 배합하는 등의 방법으로 제조·가공한 식품을 말한다) 및 특수의료용도식품으로 임신부·수유부·노약자, 질병 후 회복 중인 사람 또는 환자의 영양보급 등에 도움을 준다는 내용의 표시·광고, 라. 해당 제품이 발육기, 성장기, 임신수유기, 갱년기 등에 있는 사람의 영양보급을 목적으로 개발된 제품이라는 내용의 표시·광고는 건강기능식품이 아닌 것을 건강기능식품으로 인식할 우려가 있는 표시 또는 광고에서 제외된다.

7) 또한, 식품표시광고법 시행령 제3조 제2항에 의하면 식품표시광고법 시행령 제3조 제1항 [별표 1] 부당한 표시 또는 광고의 내용에서 정한 사항 외에 부당한 표시 또는 광고의 내용에 관한 세부적인 사항은 식품의약품안전처장이 정하여 고시하도록 규정하는데, 식품의약품안전처 고시 제2024-23호 식품등의 부당한 표시 또는 광고의 내용 기준 제1·2호에 의하면 한약의 처방명 또는 식품표시광고법 시행령 제3조 제1항 [별표 1]의 이와 유사한 명칭을 사용한 표시·광고를 식품등을 의약품으로 인식할 우려가 있는 표시 또는 광고로 보며, “건강기능식품” 문구나 도안을 사용한 표시·광고를 건강기능식품이 아닌 것을 건강기능식품으로 인식할 우려가 있는 표시 또는 광고로 본다.

8) 당류가공품(식품유형)은 설탕류, 포도당, 과당류, 엿류, 당시럽유, 올리고당류, 벌꿀류 등을 주원료로 하여 가공한 것을 말한다.

9.4%), 일반식품을 의약품으로 오인·혼동하게 하는 유도 광고(9건, 6.5%)로 나타났다.
이에 대한 구체적인 적발 사례로는 다음과 같다.

<적발 사례>

(건강기능식품 오인·혼동): ‘피로회복’, ‘항산화’, ‘혈당조절’ 등 기능성이 있다고
광고하여 건강기능식품으로 인식하게 만드는 광고

(거짓·과장): ‘혈관을 탄력 있고 부드럽게’, ‘저하된 생체기능 회복’ 등 신체조직의
기능·작용·효과·효능에 관하여 표현한 광고

(질병 예방·치료 효능): ‘암’, ‘당뇨병’, 등으로 광고해 질병의 예방·치료에 효능이
있는 것으로 인식할 우려가 있는 광고

(소비자 기만): ‘슈퍼푸드’ 등 정의와 종류(범위)가 명확하지 않고 객관적·과학적
근거가 충분하지 않은 용어를 사용하여 다른 제품보다 우수한 제품으로 소비자를
오인·혼동시키는 광고

(의약품 오인·혼동): ‘링거’ 등 의약품으로 인식하게 만드는 광고

앞에서 언급한 바와 같이 식품표시광고법 제8조 제1항 제2·3호는 정제·캡슐 형태
의 일반식품에 대해 의약품 또는 건강기능식품으로 인식할 우려가 있는 표시 또는
광고 행위를 금지하고 있지만, 식품표시광고 관련 법령은 의약품에만 사용되는 명칭
(한약의 처방명을 포함한다)을 사용하는 표시·광고, 의약품에 포함된다는 내용의 표
시·광고, 의약품을 대체할 수 있다는 내용의 표시·광고, 의약품의 효능 또는 질병 치
료의 효과를 증대시킨다는 내용의 표시·광고를 식품등을 의약품으로 인식할 우려가
있는 표시 또는 광고로 본다. 또한 건강기능식품에 관한 법률(건강기능식품법) 제3조
제2호에 따른 기능성이 있는 것으로 표현하는 표시·광고를 건강기능식품이 아닌 것
을 건강기능식품으로 인식할 우려가 있는 표시 또는 광고로 본다(식품표시광고법 시
행령 제3조 제1항 [별표 1]). 그러나 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게
할 우려가 있는 ‘소비자오인성’의 판단기준에 대해서는 식품표시광고 관련 법령은 그
어떠한 규정도 두고 있지 않다.

한편, 식품표시광고법은 표시광고법의 특별법에 해당하는 법으로,⁹⁾ 식품 영역에서
부당한 표시 또는 광고가 발생하는 경우 식품표시광고법이 다른 법률에 우선하여 적
용된다(식품표시광고법 제3조).¹⁰⁾ 반면에 식품표시광고법이 규정하지 않은 사안에 대
해서는 표시·광고에 관한 일반법인 표시광고법이 적용된다.

그리고 표시광고법 제3조 제1항은 사업자 등은 소비자를 속이거나 소비자로 하여
금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시 및 광고 행위로서 공정거래의 질서를 해칠 우려
가 있는 거짓·과장의 표시·광고를 금지한다. 그리고 공정거래위원회고시인 「부당한
표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시(공정거래위원회고시 제2019-11호, 시행
2019. 12. 12)」를 통해 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있
는(소비자오인성) 표시·광고 행위로서, 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있는(공정거

9) 식품표시광고법의 상세한 내용에 대해서는 법무법인(유한) 바른 식품의약품(집필대표 박
철), 식품위생법해설, 박영사, 2019. 2, 34면 이하; 박준현, 식품표시광고법과 수입식품법 해
설, 북랩, 2023, 14면 이하 참조.

10) 식품표시광고법 제3조: 식품등의 표시 또는 광고에 관하여 다른 법률에 우선하여 이 법을
적용한다.

래저해성) 거짓·과장의 표시·광고의 판단기준 및 일반지침에 대해 상세히 규정하고 있다.

공정거래위원회고시인 「부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시」에 의하면, ‘소비자오인성’ 판단의 기본원칙으로 표시·광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 해당 표시·광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 객관적으로 판단한다.

또한 ‘소비자오인성’ 판단의 세부요소로는, 1) 소비자오인성은 해당 분야에 전문적인 지식을 갖고 있는 자 또는 주의력이 낮은 소비자가 아닌 ‘보통의 주의력을 가진 일반 소비자’의 상식적인 인식을 기준으로 판단한다. 이는 표시·광고 행위의 대상이 되는 소비자는 일반적으로 보통의 주의력을 가진 소비자임을 고려한 것이다. 다만, 표시·광고 행위가 특정 집단의 소비자를 대상으로 하는 경우, ‘해당 집단의 소비자로서 보통의 주의력을 가진 자’를 기준으로 판단할 수 있다. 예를 들어, 의사를 대상으로 하는 광고의 경우 보통의 주의력을 가진 의사를 기준으로, 특정 질환을 갖고 있는 환자를 대상으로 하는 광고의 경우 보통의 주의력을 가진 해당 환자 집단을 기준으로, 어린이를 대상으로 하는 광고의 경우 보통의 주의력을 가진 어린이를 기준으로 판단할 수 있다. 2) 소비자오인성은 ‘소비자가 해당 표시·광고를 받아들이는 인상’을 기준으로 판단한다. 즉, 사업자가 표시·광고 행위를 통해 어떠한 인상을 전달하려고 했는지 그 의도와 관계없이, 소비자가 해당 표시·광고를 어떻게 받아들이는지를 기준으로 판단한다. 3) 소비자오인성은 소비자에게 전달되는 ‘전체적·궁극적 인상’을 기준으로 판단한다. 일반적으로 소비자는 통상 표시·광고에 나타나는 개개의 용어나 어휘를 주의 깊게 연구하거나 고려하지 않는다. 또한 실제로 표현되고 있는 것뿐만 아니라 간접적으로 표현된 것 등 표시·광고의 전체적·궁극적인 인상에 기초하여 표시·광고의 의미를 이해한다. 따라서 부당한 표시·광고에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 문리적인 의미는 물론 그 밖에 표시·광고물을 전체적으로 고려하여 소비자가 받게 되는 전반적인 인상에 기초하여 판단한다. 4) 소비자오인성은 ‘소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려’를 의미하므로 소비자를 오인시킬 경향과 가능성만 있으면 충분하고, 실제로 기만당했다는 주장이나 입증은 요구되지 않는다. 5) 표시·광고의 내용이 누가 보아도 명백하게 허위이거나, 다소 과장되었더라도 사회적으로 용인될 수 있는 정도의 광고적 표현인 경우(예: ‘최적의 전원요지’, ‘최고의 강사진’ 등)에는 소비자오인성이 존재한다고 보기 어렵다. 또한 문제가 되는 표시·광고의 내용이 객관적인 사실에 대한 것이 아니고 주관적인 판단(맛, 느낌, 외모, 냄새 등)인 경우에도 소비자오인성이 존재한다고 보기 어렵다.

III. 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한 종합적 검토

1. 위임범위의 일탈

식품위생법 제7조 제1항에 의하면, 식품의약품안전처장은 국민 건강을 보호·증진하기 위하여 필요하면 판매를 목적으로 하는 식품 또는 식품첨가물에 관한 제조·가공·사용·조리·보존 방법에 관한 기준과 성분 등에 관한 규격을 정하여 고시한다. 또한 동법

제14조 제1호에 의하면 식품의약품안전처장은 식품위생법 제7조 제1항에 따라 정하여진 식품 또는 식품첨가물의 기준과 규격 등을 실은 식품등의 공전(「식품공전」)을 작성·보급하여야 한다.

그리고 식품공전 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 2. 제조·가공기준 11)은 “식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다. 다만, 과자, 캔디류, 추잉껌, 초콜릿류, 장류, 조미식품, 당류가공품, 음료류, 과·채가공품은 정제형태로, 식용유지류는 캡슐형태로 제조할 수 있으나 이 경우 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 없도록 제조하여야 한다”고 규정하여, 원칙적으로 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조를 금지하고 있다. 그런데 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조를 규정한 식품공전의 규정에 대해서는 위임범위를 일탈한 것이 아닌가 하는 의문이 있다.

대법원 판례에 의하면, 일반적으로 행정 각부의 장이 정하는 고시라 하더라도 그것이 특히 법령의 규정에서 특정 행정기관에게 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여함으로써 그 법령 내용을 보충하는 기능을 가질 경우에는 그 형식과 상관없이 근거 법령 규정과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지는 것이나, 이는 어디까지나 법령의 위임에 따라 그 법령 규정을 보충하는 기능을 가지는 점에 근거하여 예외적으로 인정되는 효력이므로, 어떤 고시가 비록 법령에 근거를 둔 것이더라도 그 규정 내용이 법령의 위임범위를 벗어난 것일 경우에는 위와 같은 법규명령으로서의 대외적 구속력을 인정할 여지는 없다.¹¹⁾ 그리고 어떤 고시가 위임의 한계를 준수하고 있는지를 판단할 때는 당해 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 살펴야 한다. 법률의 위임 규정 자체가 그 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 고시에서 그 문언적 의미의 한계를 벗어났다는지, 위임 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소함으로써 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있다면, 이는 위임의 한계를 일탈한 것으로서 허용되지 아니한다.¹²⁾

식품위생법 제7조 제1항에 의하면, 식품의약품안전처장은 “국민 건강을 보호·증진하기 위하여” 식품 등의 제조·가공에 관한 사항을 정하여 고시할 수 있는데, 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공기준을 정하고 있는 식품공전의 규정은 국민 건강을 보호·증진하기 위한 규정으로 보기는 어렵다. 즉, 앞에서 언급한 2024년 2월 5일 식품의약품안전처의 보도자료 「당류가공품을 건강기능식품처럼 오인하게 하는 부당광고 등 138건 적발·조치」에 의하면, 온라인상에서 많이 판매되고 있는 정제·캡슐 형태의 당류가공품(일반식품) 판매 게시물 280건에 대해 건강기능식품으로 오인·혼동시키는 광고 등 부당광고 해당 여부를 집중 점검한 결과, 식품표시광고법을 위반한 138건을 적발하여 해당 플랫폼사에 게시물 접속 차단과 관할 지방자치단체에 행정처분을 요청하였다고 한다. 이에 의하면 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공기준을 정하고 있는 식품공전의 규정은 식품표시광고법이 입법 목적으로 하는 소비자의 알 권리 보장 및 건전한 거래 질서의 확립을 위한 규정일 뿐,¹³⁾ 국민 건강을 보호·증진

11) 대법원 2016. 8. 17. 선고 2015두58324 판결; 대법원 1999. 11. 26. 선고 97누13474 판결 등.

12) 대법원 2012. 12. 20. 선고 2011두30878 전원합의체 판결 등.

13) 식품표시광고법 제1조: 이 법은 식품 등에 대하여 올바른 표시·광고를 하도록 하여 소비자의 알 권리를 보장하고 건전한 거래질서를 확립함으로써 소비자 보호에 이바지함을 목적으로 한다.

하기 위한 규정으로 보기는 어렵다고 할 수 있다.¹⁴⁾ 따라서 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공기준을 정하고 있는 식품공전의 규정은 위임의 한계를 일탈한 것으로 볼 수 있다. 즉, 식품공전의 이러한 규정은 식품의약품안전처장이 처음부터 고시로 정할 수 없는 내용을 고시로 정한 것으로 이는 위임입법의 한계를 벗어난 규정이라고 할 수 있다. 참고로 의약품·건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 정제·캡슐 형태의 일반식품이라고 하더라도, 식품공전에서 정한 기준에 따라 과자, 캔디류, 추잉껌, 초콜릿류, 장류, 조미식품, 당류가공품, 음료류, 과·채가공품은 정제형태로, 식용유지류는 캡슐형태로 제조하였다면 이는 법령이 허용한 범위에서 이를 제조한 것에 해당하여 식품표시광고법 위반으로는 처벌할 수 있으나, 국민 건강의 보호·증진에 이바지함을 목적으로 하는 식품위생법 위반으로는 처벌할 수 없다.

이에 관해서는 항을 바꾸어 아래에서(2.) 상세히 살펴보기로 한다.

2. 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공 기준을 정하고 있는 식품공전 규정의 내용간 모순

정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공기준을 정하고 있는 식품공전의 규정은 입법 목적이 식품위생법의 목적인 국민 건강을 보호·증진과는 무관하고, 규정의 내용 역시 불명확(모순)하다고 할 수 있다. 즉, 식품공전에 의하면, 예외적으로 과자, 캔디류, 추잉껌, 초콜릿류, 장류, 조미식품, 당류가공품, 음료류, 과·채가공품은 정제형태로, 식용유지류는 캡슐형태로 제조할 수 있으나 이 경우 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 없도록 제조하여야 한다. 따라서 식품공전의 이와 같은 규정에 의하면 마치 예외적으로 제조·가공이 허용되는 정제·캡슐 형태의 일반식품이 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있도록 제조할 수 있는 것처럼 보인다.

그러나 예외적으로 허용되는 정제·캡슐 형태의 일반식품은 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있도록 제조할 수가 없다. 예를 들어, 일반식품(과·채가공품)으로 분류되는 ‘애플사이다비니거(일명 ‘애사비’)'의 경우 식품공전에 따라 정제형태로 제조·가공하였다면, 이는 식품공전에서 예외적으로 허용하는 제조·가공 방식 그대로 제조·가공한 것이므로 여기에는 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있도록 제조할 수 없다. 또한 일반식품(기타 식물성유지)으로 분류되는 ‘대마종자유(Hemp Seed Oil)’도 식품공전이 예외적으로 허용하는 제조·가공 방식인 캡슐형태로 제조하였다면, 여기에는 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있도록 제조할 여지가 없다. 따라서 식품공전 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규칙 2. 제조·가공기준 11)은 “식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다. 다만, 과자, 캔디류, 추잉껌, 초콜릿류, 장류, 조미식품, 당류가공품, 음료류, 과·채가공품은 정제형태로, 식용유지류는 캡슐형태로 제조할 수 있다” 또는 “식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다. 다만, 과자, 캔디류, 추잉껌, 초콜릿류, 장류, 조미식품, 당류가공품, 음료류, 과·채가공품은 정제형태로, 식용유지류는 캡슐형태로 제조할 수 있으

14) 식품위생법 제1조: 이 법은 식품으로 인하여 생기는 위생상의 위해(위해)를 방지하고 식품 영양의 질적 향상을 도모하며 식품에 관한 올바른 정보를 제공함으로써 국민 건강의 보호·증진에 이바지함을 목적으로 한다.

나 이 경우 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 없도록 표시 또는 광고하여서는 아니 된다”고 규정하는 것이 타당하다고 할 수 있다.¹⁵⁾

결론적으로 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공기준을 정하고 있는 식품공전의 규정은 규정의 내용만 보면 자칫 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 정제·캡슐 형태의 일반식품을 규율의 대상으로 하는 것처럼 보이지만, 본 규정이 규율의 대상으로 하는 것은 정제·캡슐 형태의 일반식품을 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동하게 하는 표시 또는 광고이다. 따라서 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공기준을 정하고 있는 식품공전의 규정은 정제·캡슐 형태의 일반식품의 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 표시 또는 광고를 규율의 대상으로 하고 있기 때문에 법률 규정의 입법 목적과 규정의 내용상 식품의약품안전처장이 처음부터 고시로 정할 수 없는 내용을 고시로 정한 것으로 이는 위임입법(국민 건강의 보호·증진)의 한계를 벗어난 규정이라고 할 수 있다.

3. 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한 소비자의 이익

소비자 이익에 관점에서 정제·캡슐 형태의 일반식품은 물과 함께 쉽게 복용할 수 있어 바쁜 일상에서도 빠르고 편리하게 섭취가 가능하다. 또한 복용량이 정량화되어 있어 복잡한 조리나 준비 과정 없이 섭취가 가능하다(‘섭취의 간편성’). 또한 정제·캡슐 형태의 일반식품은 일반적인 식품보다 부피가 작고 유통기한이 긴 편이어서 보관이 용이하고, 외출 시에도 간편하게 휴대할 수 있다(‘보관 및 휴대 용이성’). 그리고 정제·캡슐 형태의 일반식품은 원재료 특유의 쓴맛이나 비린내를 줄일 수 있으며, 민감한 소비자에게 적합하다(‘맛과 냄새에 대한 부담 감소’). 뿐만 아니라 정제·캡슐 형태의 일반식품은 일정량의 유효성분을 일정한 크기로 제공하므로 과잉 섭취나 부족 섭취를 방지할 수 있으며, 특정 성분을 꾸준히 관리해야 하는 경우 유리하다(‘정확한 섭취량 조절 가능’). 또한 꾸준한 섭취를 유도해 준다(‘건강 관리의 루틴화’).

따라서 정제·캡슐 형태의 일반식품은 식품공전의 규정에 따라 이에 대한 제조나 가공을 제한하고 있지만 이러한 형태의 일반식품은 소비자에게 이익이 되는 면이 많기 때문에, 가능하면 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조를 폭넓게(원칙적으로) 인정할 필요도 있다. 물론 이 경우에도 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대해서는 ‘소비자의 안전(국민 건강의 보호·증진)’을 고려하여, 예외적으로 정제·캡슐 형태의 일반식품을 제조·가공할 수 없도록 하는 규정에 대해 식품공전의 개정(입법) 사항으로 고려해 볼 필요는 있다.

4. 형평성

최근 정제·캡슐 형태의 일반식품이 증가하면서 소비자들이 이를 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 가능성이 커지고 있는데 현재 기능성 표시가 가능한 식품으로는 앞에서 소개한 바와 같이 건강기능식품과 기능성표시식품이 있으며 건강기능

15) 여기에서의 논의는 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공기준을 정하고 있는 식품공전 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 2. 제조·가공기준 11) 그 자체에 대한 타당성 여부를 별론으로 한다.

식품과 달리 기능성표시식품은 캡슐이나 정제 형태로는 이를 제조할 수 없다. 그러나 규제의 허점을 악용해 기능성을 표방하는 일반식품이 급증하고 있어 현재 소비자 보호를 위한 체계적인 관리가 필요한 시점이다.

그런데 기능성표시식품은 캡슐이나 정제 형태로는 이를 제조할 수 없으나, 일반식품은 식품공전의 규정에 의해 예외적으로 캡슐이나 정제 형태로 제조·가공할 수 있어 형평성에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 참고로 ‘기능성표시식품’은 건강기능식품이 아닌 일반식품의 섭취를 통해 기대할 수 있는 건강상의 이익을 표시한 식품(영양소 기능 및 생리활성 기능)으로, 현재 일반식품을 기능성표시로 사용할 수 있는 원료(기능성원료)로는 29종이 있다.

<기능성원료 29종>

순번	기능성 원재료 또는 성분	기능성	1일 섭취기준량
1	인삼	·면역력 증진·피로 개선에 도움을 줄 수 있음	·진세노이드 Rg1과 Rb1의 합계로서 3~80mg
		·뼈건강에 도움을 줄 수 있음	·진세노이드 Rg1과 Rb1의 합계로서 25mg
2	홍삼	·면역력 증진·피로 개선에 도움을 줄 수 있음	·진세노이드 Rg1, Rb1 및 Rg3의 합계로서 3~80mg
		·혈소판 응집억제를 통한 혈액 흐름·항산화에 도움을 줄 수 있음	·진세노이드 Rg1, Rb1 및 Rg3의 합계로서 2.4~80mg
		·갱년기 여성의 건강에 도움을 줄 수 있음	·진세노이드 Rg1, Rb1 및 Rg3의 합계로서 25~80mg
3	클로렐라	·피부건강·항산화에 도움을 줄 수 있음	·총 엽로소로서 8~150mg
		·면역력 증진·혈중 콜레스테롤 개선에 도움을 줄 수 있음	·총 엽록소로서 125~150mg
4	스피루리나	·피부건강·항산화에 도움을 줄 수 있음	·총 엽록소 8~150mg
		·혈중 콜레스테롤 개선에 도움을 줄 수 있음	·총 엽록소 40~150mg
5	프로폴리스 추출물	·항산화·구강에서의 항균 작용에 도움을 줄 수 있음 ※구강 항균작용은 구강에 직접 접촉할 수 있는 형태에 한하며, 섭취량을 적용하지 않음	·총 플라보노이드로서 16~17mg

의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한
법·정책적 개선 방안 / 박의근

6	구아바잎 추출물	·식후 혈당상승 억제에 도움을 줄 수 있음	·총 폴리페놀로서 120mg
7	바나나잎 추출물	·식후 혈당상승 억제에 도움을 줄 수 있음	·코로솔산으로서 0.45~1.3mg
8	EPA 및 DHA 함유 유지	·혈중 중성지질 개선·혈행 개선에 도움을 줄 수 있음	·EPA와 DHA의 합으로서 0.5~2g
		·건조한 눈을 개선하여 눈 건강에 도움을 줄 수 있음	·EPA와 DHA의 합으로서 0.6~1g
9	매실추출물	·피로 개선에 도움을 줄 수 있음	·구연산으로서 1~1.3g
10	구아검/구아검가수분해물	·혈중 콜레스테롤 개선·식후 혈당 상승 억제·배변활동 원활에 도움을 줄 수 있음	·구아검/구아검가수분해물 식이섬유로서 9.9~27g
		·장내 유익균 증식에 도움을 줄 수 있음	·구아검/구아검가수분해물 식이섬유로서 4.6~27g
11	난소화성말토덱스트린	·식후 혈당상승 억제에 도움을 줄 수 있음	·난소화성말토덱스트린 식이섬유로서 11.9~30g(액상원료는 11.6~44g).
		·혈중 중성지질 개선에 도움을 줄 수 있음	·난소화성말토덱스트린 식이섬유로서 12.7~30g(액상원료는 12.7~44g)
		·배변활동 원활에 도움을 줄 수 있음	·난소화성말토덱스트린 식이섬유로서 2.5~30g(액상원료는 2.3~44g)
12	대두식이섬유	·혈중 콜레스테롤 개선·배변활동원활에 도움을 줄 수 있음	·대두 식이섬유로서 20~60g
		·식후 혈당상승 억제에 도움을 줄 수 있음	·대두 식이섬유로서 10~60g
13	목이버섯식이섬유	·배변활동 원활에 도움을 줄 수 있음	·목이버섯식이섬유로서 12g
14	밀식이섬유	·식후 혈당상승 억제에 도움을 줄 수 있음	·밀 식이섬유로서 6~36g
		·배변활동 원활에 도움을 줄 수 있음	·밀 식이섬유로서 36g

15	보리식이섬유	·배변활동 원할에 도움을 줄 수 있음	·보리 식이섬유로서 20~25g
16	옥수수겨식이섬유	·혈중 콜레스테롤 개선·식후 혈당상승 억제에 도움을 줄 수 있음	·옥수수겨식이섬유로서 10g
17	이눌린/치커리추출물	·혈중 콜레스테롤 개선, 식후 혈당상승 억제에 도움을 줄 수 있음	·이눌린/치커리추출물식이섬유로서 7.2~20g
		·배변활동 원할에 도움을 줄 수 있음	·이눌린/치커리추출물 6.4~20g
18	차전자피식이섬유	·혈중 콜레스테롤 개선에 도움을 줄 수 있음	·차전자피 식이섬유로서 5.5g 이상
		·배변활동 원할에 도움을 줄 수 있음	·차전자피 식이섬유로서 3.9g 이상
19	호로과종자식이섬유	·식후 혈당상승 억제에 도움을 줄 수 있음	·호로과종자 식이섬유로서 12~50g
20	알로에 겔	·피부건강·장건강·면역력 증진에 도움을 줄 수 있음	·총다당체 함량으로서 100~420mg
21	프락토올리고당프로	·장내 유익균 증식 및 배변활동 원할에 도움을 줄 수 있음	·프락토올리고당으로서 3~8g
22	프로바이오틱스	·유산균 증식 및 유해균 억제·배변활동 원할·장건강에 도움을 줄 수 있음	·100,000,000CFU
23	홍국	·혈중 콜레스테롤 개선에 도움을 줄 수 있음	·총 모나콜린 K로서 4~8g
24	대두단백	·혈중 콜레스테롤 개선에 도움을 줄 수 있음	·대두단백으로서 15g 이상
25	폴리감마글루탐산	·체내 칼슘흡수 촉진에 도움을 줄 수 있음	·폴리감마글루탐산으로서 60~70mg
26	마늘	·혈중 콜레스테롤 개선에 도움을 줄 수 있음	·마늘 분말로서 0.6~1.0g
27	라피노스	·장내 유익균의 증식과 유해균의 억제 도움을 줄 수 있음, 배변활동을 원할히 하는데 도움을 줄 수 있음	·라 피 노 스 로 서 3~5g
28	분말한천	·배변활동에 도움을 줄 수 있음	·분말한천으로서 2~5g (chd 식이섬유로서 1.6~4.0g)

29	유단백가수분해물	·스트레스로 인한 긴장 완화에 도움을 줄 수 있 음	·유단백가수분해물 로서 150mg (알파에스1카제인 (αs1-casein)(f91-1 00)으로서 2.7~4.1 mg)
----	----------	------------------------------------	---

‘기능성표시식품’은 앞에서 언급한 바와 같이 캡슐이나 정제 형태로는 이를 제조할 수 없으나 일반 식품은 식품공전에 따라 예외적으로 캡슐이나 정제 형태로 제조·가공할 수 있어 형평성이 문제될 수 있다. 그러나 식품표시광고법 시행령 제3조 [별표 1] 라목에 의하면 기능성표시식품에서의 표시·광고는 건강기능식품법 제15조에 따라 식품의약품안전처장이 고시하거나 안전성 및 기능성을 인정한 건강기능식품의 원료 또는 성분으로서 질병의 발생 위험을 감소시키는데 도움이 된다는 내용의 표시·광고에 해당하기 때문에 이는 부당한 표시 또는 광고에 해당하지 않는다. 이에 의하면, 기능성표시식품은 캡슐이나 정제 형태로는 이를 제조할 수는 없으나 기능성을 표시할 수 있고,¹⁶⁾ 정제·캡슐 형태의 일반식품은 캡슐이나 정제 형태로 제조할 수는 있지만 기능성 표시를 할 수 없다는 점에서 형평성에 반한다고 보기 어렵다. 또한, 일반적으로 기능성표시식품은 정제·캡슐 형태의 일반식품보다 가격이 높게 책정된다는 점에서도 형평성에 반한다고 보기는 어렵다.

5. 식품표시광고법의 적용

정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공기준을 정하고 있는 식품공전의 규정은 규정의 내용만 보면 자칫 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 정제·캡슐 형태의 일반식품을 규율의 대상으로 하는 것처럼 보이지만, 정제·캡슐 형태의 일반식품에 있어서 법적 규율의 대상은 정제·캡슐 형태의 일반식품을 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동하도록 하는 표시 또는 광고이다. 따라서 정제·캡슐 형태의 일반식품을 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동하도록 하는 표시 또는 광고에 대해서는 식품표시광고법 위반(제8조: 부당한 표시 또는 광고행위의 금지)으로 처벌하면 된다. 그러나 식품표시광고법이 정제·캡슐 형태의 일반식품을 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동하도록 하는 표시 또는 광고를 해결하는 만능키는 아니다. 즉, 정제·캡슐 형태의 일반식품이 명백하게 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동하도록 표시·광고하는 경우에는 식품표시광고법 위반으로 처벌하면 되지만, 정제·캡슐 형태의 일반식품의 표시 또는 광고 중에는 식품표시광고법 위반의 경계에 있다든지 또는 법 위반 사안은 아니지만 국민 건강의 보건·증진을 위하여 국민 안전

16) 기능성 원료를 사용하여 기능성을 보장하는 일일섭취량만큼 섭취하도록 하고 기준규격에 맞게 제조한 건강기능식품은 기능성 원료와 동일한 기능성을 표시할 수 있다. 예를 들어, ‘장 건강에 도움을 주는 식품’, ‘건강한 콜레스테롤 유지에 도움을 주는 식품’, ‘건강한 혈액의 흐름에 도움을 주는 식품’, ‘건강한 혈압유지에 도움을 주는 식품’, ‘건강한 체지방 유지에 도움을 주는 식품’, ‘건강한 혈당 유지에 도움을 주는 식품’, ‘인체에 유해한 활성산소 제거에 도움을 주는 식품’, ‘건강한 면역기능 유지에 도움을 주는 식품’, ‘뼈와 관절 건강에 도움을 주는 식품’, ‘인지능력에 도움을 주는 식품’, ‘치아건강에 도움을 주는 식품’ 등으로 표시할 수 있다(식품안전나라-식품·안전정보-건강기능식품정보 참조).

의 사전예방적 측면에서 일정 부분 정책적으로 이를 보완할 필요도 있다.

예를 들어, 의약품이면서 건강기능식품의 기능성 원료인 ‘콘드로이친 황산염’은 의약품, 건강기능식품, 정제 형태의 일반식품으로 시중에서 판매가 되고 있는데, 일반 소비자는 ‘동기화된 추론(Motivated Reasoning)¹⁷⁾’으로 인해, ‘콘드로이친 황산염’이 포함된 정제 형태의 일반식품을 ‘의약품’ 또는 ‘건강기능식품’으로 생각하기 쉽다. 따라서 이 경우에는 ‘콘드로이친 황산염’이 포함된 정제 형태의 일반식품의 표시 또는 광고가 식품표시광고법의 부당한 표시 또는 광고(제8조)에 해당하지 않아 법 위반 사안에 해당하지 않더라도, 소비자 입장에서는 ‘콘드로이친 황산염’이 포함된 정제 형태의 일반식품을 ‘의약품’ 또는 ‘건강기능식품’으로 생각하기 쉬우므로 이에 대해서는 일정한 법·정책적 보완이 필요하다. 즉, 이 경우에는 소비자가 ‘일반식품’을 ‘의약품’이나 ‘건강기능식품’으로 생각함으로써 소비자에게 건강상의 중대한 위해가 발생할 수 있으므로, 이러한 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조를 금지할 필요가 있다. 즉, 국민 건강의 보건·증진을 위해 식품공전 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 2. 제조·가공기준 11)을 현행 규정 대신에 “의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함된 식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다”로 개정하는 것을 고려해 볼 필요가 있다.

6. 의약품 또는 건강기능식품으로의 오인·혼동의 방지

정제·캡슐 형태의 일반식품이 명백하게 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동 하도록 표시·광고하는 경우에는 식품표시광고법 위반으로 처벌하고, 식품공전 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 2. 제조·가공기준 11)을 현행의 규정 대신에 “의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함된 식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다”로 개정하더라도, 소비자 입장에서는 여전히 정제·캡슐 형태의 일반식품의 표시·광고로 인해 일반식품을 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 가능성은 있다. 즉, 의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함되지 않은 정제·캡슐 형태의 일반식품이 식품표시광고법이 정한 ‘부당한 표시 또는 광고’에 해당하지 않더라도 소비자는 이를 얼마든지 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 수 있다. 예를 들어, 현재 시중에서 온라인을 통해 많이 판매되고 있는 ‘대마종자유(Hemp Seed Oil)’나 ‘크랜베리’의 경우 의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함되지 않은 정제·캡슐 형태의 일반식품이고 이러한 제품의 광고가 식품표시광고법에서 정한 ‘부당한 표시 또는 광고 행위’에 해당하지 않는 범위에서 표시·광고를 하였더라도, 아래의 광고처럼 제품(대마종자유·크랜베리)을 광고하였다면 소비자는 이를 ‘의약품’ 또는 ‘건강기능식품’으로 오인·혼동할 가능성은 충분히 있다.¹⁸⁾

17) ‘동기화된 추론(Motivated Reasoning)’은 사람들이 정보를 객관적으로 평가하지 않고, 자신이 원하는 결론을 지지하는 방식으로 정보를 선택적으로 처리하는 심리적 과정을 의미한다(동기화된 추론의 자세한 설명에 대해서는 유승희, 소셜미디어 허위정보가 온라인 행동주의에 미치는 부정적 영향과 발생 메커니즘 연구: 정보 신뢰성 및 분노의 매개효과, 박사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 2019, 35면 이하).

18) 아래의 두 제품(식품)의 광고가 식품표시광고법이 금지하는 ‘부당한 표시 또는 광고’에 해당한다는 것은 아니다.

의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한
법·정책적 개선 방안 / 박의근

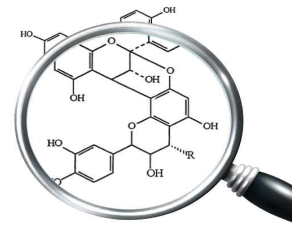
불포화지방산 오메가3&오메가6



- ✔ 불포화지방산인 오메가3와 오메가6는 세포막의 구성성분으로 체내에는 합성되지 않아 반드시 식품으로 섭취해야 함
- ✔ 대마종자유는 불포화지방산이 약 93% 함유되어 있음

출처 | Medicina, 52, 139-147 (2016) / Euphytica 140, 65-72(2004)

크랜베리의 역할



크랜베리 속 기능 성분 **안토시아노사이드**는
파크렌 크랜베리 분말의 생리활성물질로
**유해균의 증식을 억제하고 소변과 함께
배출되도록 도움을 주는 것**으로 알려져 있습니다.

※상기 내용은 원문에 관련된 정보로 상품과는 직접적인 관련은 없습니다.

<대마종자유(캡슐 형태) 제품 광고>

<크랜베리(정제 형태) 제품 광고>

따라서 식품표시광고법에서 정한 ‘부당한 표시 또는 광고 행위’에 해당하지 않고 의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함되지 않은 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대해 소비자의 의약품 또는 건강기능식품으로의 오인·혼동을 최대한 방지할 수 있는 방안의 모색이 필요하다고 할 수 있다.

식품의약품안전처고시 「식품등의 표시기준(식품의약품안전처고시 제2024-41호, 2024. 7. 24. 시행)」 I. 총칙 3. 용어의 정의 나. 에 의하면 “식품유형”은 식품위생법 제7조 제1항 및 축산물 위생관리법 제4조 제2항에 따른 「식품의 기준 및 규격」의 최소분류단위를 말하며, 다. 에 의하면 “표시사항”이란 제품명, 식품유형, 영업소(장)의 명칭(상호) 및 소재지, 제조연월일, 소비기한 또는 품질유지기한, 내용량 및 내용량에 해당하는 열량, 원재료명, 성분명 및 함량, 영양성분 등 III. 개별표시사항 및 표시기준에서 식품등에 표시하도록 규정한 사항을 말한다. 또한 II. 공통표시기준 1. 표시방법 가 1) 에 의하면, 주표시면에는 제품명, 내용량 및 내용량에 해당하는 열량(단, 열량은 내용량 뒤에 괄호로 표시하되, 규칙 제6조 관련 별표 4 영양표시 대상 식품등만 해당한다)을 표시하여야 하며, 2) 에 의하면 정보표시면에는 식품유형, 영업소(장)의 명칭(상호) 및 소재지, 소비기한(제조연월일 또는 품질유지기한), 원재료명, 주의사항 등을 표시사항 별로 표 또는 단락 등으로 나누어 표시한다. 결과적으로 현행 식품의약품안전처고시 「식품등의 표시기준」에 의하면 ‘식품유형’은 ‘정보표시면’에 표시한다.

 주표시면(앞면) 정보표시면(뒷면)	 주표시면(앞면, 뒷면) 정보표시면(뒷면)
 주표시면(앞면, 뒷면) 정보표시면(뒷면)	 주표시면(앞면, 뒷면, 뒷면) 정보표시면(양측면)
 주표시면(표시면적의 2/3) 정보표시면(표시면적의 1/3)	 주표시면(앞쪽 2개면) 정보표시면(뒷쪽 1개면)

<주표시면·정보표시면19)>

그런데, 식품표시광고법에서 정한 ‘부당한 표시 또는 광고 행위’에 해당하지 않으면서 의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함되지 않은 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대해 소비자의 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동을 최대한 방지할 수 있는 방안 중 하나로 이러한 식품에 대해서는 ‘식품유형’을 주표시면 표시사항 중 하나인 ‘제품명’ 옆에 소비자 누구나 쉽게 확인할 수 있도록 표시하는 규정의 신설을 법·정책적 관점에서 고려해 볼 필요가 있다. 즉, 아주 단순하면서도 소비자의 오인·혼동을 최대한 방지할 수 있는 이러한 방법을 법·정책적으로 고려해 볼 필요가 있다.

IV. 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한 법·정책적 개선 방안

1. 의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함된 일반식품의 캡슐·정제 형태의 제조(가공) 금지

정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공기준을 정하고 있는 식품공전의 규정은 앞

19) 출처 <https://blog.naver.com/heeheefood/223712709362>

에서 살펴 본 바와 같이 식품표시광고법이 입법 목적으로 하는 소비자의 알 권리 보장 및 건전한 거래 질서의 확립을 위한 규정일 뿐, 국민 건강을 보호·증진하기 위한 규정으로 보기는 어렵다. 따라서 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공기준을 정하고 있는 식품공전 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 2. 제조·가공기준 11)은 위임의 한계를 일탈한 것으로 볼 수 있다.

또한 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공기준을 정하고 있는 식품공전의 규정은 규정의 내용만 보면 자칫 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 정제·캡슐 형태의 일반식품을 규율의 대상으로 하는 것처럼 보이지만, 규율의 대상으로 하는 것은 정제·캡슐 형태의 일반식품의 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 표시 또는 광고이다. 결과적으로 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공기준을 정하고 있는 식품공전의 규정은 정제·캡슐 형태의 일반식품의 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 표시 또는 광고를 규율의 대상으로 하고 있기 때문에, 법률 규정의 입법 목적과 규정의 내용상 식품의약품안전처장이 처음부터 고시로 정할 수 없는 내용을 고시로 정한 것으로 이는 위임입법의 한계를 벗어난 규정이라고 할 수 있다. 그 결과 현행 식품공전의 규정은 이를 삭제하거나 위임입법의 목적(‘국민 건강의 보호·증진’: 식품위생법 제7조 제1항)에 맞게 이를 수정(개정)할 필요가 있다.

즉, 의약품(의약품 성분) 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함된 정제·캡슐 형태의 일반식품이 식품표시광고법의 ‘부당한 표시 또는 광고(제8조)’에 해당하지 않아 법 위반 사안에 해당하지 않더라도, 소비자 입장에서는 의약품(의약품 성분) 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함되어 있고 앞에서 소개한 ‘동기화된 추론(Motivated Reasoning)’의 영향이나 복용법이 일반 의약품과 같이 물과 함께 섭취해야 한다면 소비자는 이러한 일반식품을 ‘의약품’ 또는 ‘건강기능식품’으로 생각하기 쉽다. 즉, 이 경우에는 소비자가 ‘일반식품’을 ‘의약품’이나 ‘건강기능식품’으로 생각하게 되고, 이는 소비자 입장에서는 건강상의 중대한 위해가 발생할 가능성이 높기 때문에, 생명·신체의 안전에 대한 사전예방적 측면에서 이러한 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조를 금지할 필요가 있다. 또한 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한 소비자의 이익 역시 고려하여 일반적인 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조(가공)는 폭넓게 인정할 필요도 있다.

따라서 식품위생법의 위임입법의 목적의 범위를 고려하여 현행 식품공전 제2 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 2. 제조·가공기준 11)을 “의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함된 식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다”로 개정하는 것을 고려해 볼 필요가 있다.

「현행」 식품공전 제2 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 2. 제조·가공기준 11)	개정안
식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다. 다만, 과자, 캔디류, 추잉껌, 초콜릿류, 장류, 조미식품, 당류가공품, 음료류, 과·채가공품은 정제형태로, 식용	의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함된 식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다. ²⁰⁾

유지류는 캡슐형태로 제조할 수 있으나 이 경우 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 없도록 제조하여야 한다.	
--	--

2. 의약품 또는 건강기능식품으로의 오인·혼동의 방지 방안

정제·캡슐 형태의 일반식품이 명백하게 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동하도록 표시·광고하는 경우에는 식품표시광고법 위반으로 처벌하고, 현행 식품공전 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 2. 제조·가공기준 11)을 “의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함된 식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다”로 개정하더라도 여전히 정제·캡슐 형태의 일반식품의 표시·광고로 인해 소비자는 정제·캡슐 형태의 일반식품을 ‘의약품’ 또는 ‘건강기능식품’으로 오인·혼동할 가능성은 있다.

이에 대한 방안으로 의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함된 식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없도록 하고, 정제·캡슐 형태의 일반식품이 명백하게 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동하도록 표시·광고하는 경우에는 식품표시광고법 위반으로 처벌하는 것과 동시에 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대해 소비자가 ‘의약품’ 또는 ‘건강기능식품’으로 오인·혼동하지 않도록 식품의 표시에서 ‘식품유형(일반식품)’을 소비자 누구나 알기 쉽도록 표시하도록 할 필요가 있다.

즉, 현행 식품의약품안전처고시 「식품등의 표시기준(식품의약품안전처고시 제2024-41호, 2024. 7. 24. 시행)」에 의하면, 제품(식품)의 ‘주표시면’에는 제품명, 내용량 및 내용량에 해당하는 열량(단, 열량은 내용량 뒤에 괄호로 표시)을 표시하여야 하며, ‘정보표시면’에는 식품유형, 영업소(장)의 명칭(상호) 및 소재지, 소비기한(제조연월일 또는 품질유지기한), 원재료명, 주의사항 등을 표시사항 별로 표 또는 단락 등으로 나누어 표시하도록 하는데, 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대해 소비자가 ‘의약품’ 또는 ‘건강기능식품’으로 오인·혼동하지 않도록 하기 위해 오인·혼동의 중요한 요인 중 하나인 ‘식품유형’을 ‘정보표시면’에 표시하도록 할 필요가 있다.

즉 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대해 소비자가 ‘의약품’ 또는 ‘건강기능식품’으로 오인·혼동하지 않도록 하기 위해 정제·캡슐 형태의 일반식품(의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함되지 않은 정제·캡슐 형태의 일반 식품)은 ‘식품유형’을 ‘주표시면’에 표시하도록 하는 개정을 입법적으로 고려해 보는 것이 타당하다고 할 수 있다. 또한, 현재 온라인에서 판매되고 있는 정제·캡슐 형태의 일반식품의 대부분이 제품명이 포함된 ‘주표시면’의 사진을 게시하면서 상품(식품)을 광고한다는 점에서도 이러한 방안이 효과적일 수 있으며, 이에 따라 ‘식품유형’을 ‘정보표시면’에 표시하도록 하는 규정을 신설하는 입법론적 개선안(개정안)을 적극적으로 고려해 볼 필요가 있다.

20) 물론, 이 경우에도 의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함된 식품은 소비자의 오인·혼동할 가능성이 적은 형태로 제조할 수 있다(예를 들어 젤리로 된 스틱 형태, 유지류로 된 스틱 형태 등).

「현행」 식품등의 표시기준 (식품의약품안전처고시 제2024-41호, 2024. 7. 24. 시행)	개정안
II. 공통표시기준 1. 표시방법 가. 규칙 제5조 관련 별표 3 제3호 본문에 따른 표시는 도 2 표시사항 표시서식도안을 활용할 수 있다. 1) 주표시면에는 제품명, 내용량 및 내용량에 해당하는 열량(단, 열량은 내용량 뒤에 괄호로 표시하되, 규칙 제6조 관련 별표 4 영양표시 대상 식품등만 해당한다)을 표시하여야 한다. 다만, 주표시면에 제품명과 내용량 및 내용량에 해당하는 열량 이외의 사항을 표시한 경우 정보표시면에는 그 표시사항을 생략할 수 있다. 2) 정보표시면에는 식품유형, 영업소(장)의 명칭(상호) 및 소재지, 소비기한(제조연월일 또는 품질유지기한), 원재료명, 주의사항 등을 표시사항 별로 표 또는 단락 등으로 나누어 표시하되, 정보표시면 면적이 100cm² 미만인 경우에는 표 또는 단락으로 표시하지 아니할 수 있다.	II. 공통표시기준 1. 표시방법 가. 규칙 제5조 관련 별표 3 제3호 본문에 따른 표시는 도 2 표시사항 표시서식도안을 활용할 수 있다. 1) 주표시면에는 제품명, 내용량 및 내용량에 해당하는 열량(단, 열량은 내용량 뒤에 괄호로 표시하되, 규칙 제6조 관련 별표 4 영양표시 대상 식품등만 해당한다)을 표시하여야 한다. 다만, 주표시면에 제품명과 내용량 및 내용량에 해당하는 열량 이외의 사항을 표시한 경우 정보표시면에는 그 표시사항을 생략할 수 있다. <u>정제·캡슐 형태의 일반식품(의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함되지 않은 정제·캡슐 형태의 일반 식품)은 주표시면에 식품유형을 표시하여야 한다.</u> 2) 정보표시면에는 식품유형, 영업소(장)의 명칭(상호) 및 소재지, 소비기한(제조연월일 또는 품질유지기한), 원재료명, 주의사항 등을 표시사항 별로 표 또는 단락 등으로 나누어 표시하되, 정보표시면 면적이 100cm² 미만인 경우에는 표 또는 단락으로 표시하지 아니할 수 있다.

V. 맺음말

우리나라의 식품산업은 해마다 발전하고 있으며, 소비자의 생활방식, 식습관 등이 변화하면서 가정간편식, 고령친화식품, 특수의료용도식품, 기능성식품 등 새로운 시장이 계속해서 창출되고 있다. 여기에 더해 한류열풍(K-Food)에 힘입어 국내 식품제조 회사들이 활발하게 해외 시장에 진출함에 따라 우리나라의 식품산업은 향후 더욱 발전할 전망이다. 그러나 이러한 식품산업의 발전과 함께 식품은 국민의 생명·신체(건강)에 중대한 위해를 줄 수 있으므로, 식품으로 인하여 생기는 각종 위생상의 위해를 사전에 방지하고 식품영양의 질적 향상을 도모하며 소비자에게 식품에 관한 올바른 정보를 제공하는 것 역시 매우 중요하다고 할 수 있다.

최근 소비자들의 건강에 대한 관심이 높아지면서 건강기능의 향상을 목적으로 하는 정제·캡슐 형태의 일반식품의 판매가 증가하고 있고, 이에 따라 소비자들 이 이러한 일반식품을 ‘의약품’ 또는 ‘건강기능식품’으로 오인·혼동할 가능성이 커지고 있다. 본 연구에서는 정제·캡슐 형태의 일반식품이 의약품 또는 건강기능식품과 유사하게

제조·판매되어 소비자의 오인·혼동을 야기하는 상황에서, 소비자 보호와 식품안전 관리에 대한 신뢰성 제고 및 식품산업의 경쟁력과 발전을 고려하여 종합적인 관점에서 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한 법·정책적 개선 방안에 대해 모색해 보았다.

본 연구의 결과를 간략히 요약하면 다음과 같다: 1) 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조·가공기준을 정하고 있는 현행 식품공전의 규정은 식품표시광고법이 입법 목적으로 하는 소비자의 알 권리 보장 및 건전한 거래 질서의 확립을 위한 규정일 뿐,²¹⁾ 식품위생법상의 위임입법 범위인 국민 건강을 보호·증진하기 위한 규정으로 보기는 어려우며, 본 규정은 정제·캡슐 형태의 일반식품을 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동하도록 유도하는 표시 또는 광고를 규율의 대상으로 하고 있으므로 법률 규정의 입법 목적과 규정의 내용상 식품의약품안전처장이 처음부터 고시로 정할 수 없는 내용을 고시로 정한 것으로 이는 위임입법의 한계를 벗어난 규정이라고 할 수 있다. 2) 정제·캡슐 형태의 일반식품은 소비자가 이를 ‘의약품’이나 ‘건강기능식품’으로 생각함으로써 소비자에게 건강상의 중대한 위해를 줄 수 있으므로, 정제·캡슐 형태의 일반식품의 제조를 금지할 필요가 있다. 즉, 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한 소비자의 이익을 고려하면서도 국민 건강의 보전·증진을 위해 현행 식품공전 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 2. 제조·가공기준 11)을 “의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함된 식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다”로 개정하는 것이 타당하다고 할 수 있다. 3) 정제·캡슐 형태의 일반식품이 명백하게 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동하도록 표시·광고하는 경우에는 식품표시광고법 위반으로 처벌하고, 현행 식품공전의 규정을 “의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함된 식품은 캡슐 또는 정제 형태로 제조할 수 없다”로 개정하더라도 여전히 정제·캡슐 형태의 일반식품의 표시·광고로 인해 소비자는 정제·캡슐 형태의 일반식품을 ‘의약품’ 또는 ‘건강기능식품’으로 오인·혼동할 가능성은 있다. 따라서 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대해 소비자가 ‘의약품’ 또는 ‘건강기능식품’으로 오인·혼동하지 않도록 하기 위해 정제·캡슐 형태의 일반식품(의약품 또는 건강기능식품의 기능성 원료가 포함되지 않은 정제·캡슐 형태의 일반 식품)에 대해 ‘식품유형(일반식품)’을 현행 「식품등의 표시기준」에 따른 ‘정보표시면’이 아닌 ‘주표시면’에 표시하도록 하는 개정을 입법론적(개정론적)으로 고려해 보는 것이 타당하다고 할 수 있다.

본 연구가 정제·캡슐 형태의 일반식품에 대한 소비자의 이익을 고려함과 동시에 소비자들이 이러한 일반식품에 대해 ‘의약품’ 또는 ‘건강기능식품’으로 오인·혼동할 가능성을 낮추는 효과적인 법·정책적 방안으로서, 관계되는 주무관청 또는 입법자에게 중요한 정책 자료 및 입법 자료로 활용될 수 있기를 기대한다.

■ **주제어:** 정제·캡슐 형태의 일반식품, 의약품, 건강기능식품, 식품공전, 식품의 표시·광고

21) 식품표시광고법 제1조: 이 법은 식품 등에 대하여 올바른 표시·광고를 하도록 하여 소비자의 알 권리를 보장하고 건전한 거래질서를 확립함으로써 소비자 보호에 이바지함을 목적으로 한다.

[참고문헌]

- 김웅기, 우리 식품법령체계의 별칙 및 과태료에 대한 정합성 검토, 행정법학, 제24호, 한국행정법학회, 2023. 3.
- 박준현, 식품표시광고법과 수입식품법 해설, 북랩, 2023.
- 법무법인(유한) 바른 식품의약품(집필대표 박철), 식품위생법해설, 박영사, 2019. 2.
- 이은영, 「식품 등의 표시·광고에 관한 법률」의 문제점과 개선방향, 동북아법연구, 통권 제46호, 전북대학교 동북아법연구소, 2023.
- 유승희, 소셜미디어 허위정보가 온라인 행동주의에 미치는 부정적 영향과 발생 메커니즘 연구: 정보 신뢰성 및 분노의 매개효과, 박사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 2019.

[Abstract]

Measures to improve laws and policies for general foods in tablet and capsule form that may be mistaken or confused with medicines and health functional foods

Park, Eui-Geun*

Recently, as the number of general foods in the form of tablets and capsules has increased, the possibility of consumers mistaking or confusing them for medicines or health functional foods has increased. Currently, foods that can be labeled with functionality include health functional foods and foods with functional labels, and unlike health functional foods, foods with functional labels cannot be manufactured in capsule or tablet form. In addition, general foods that claim functionality by exploiting loopholes in regulations are rapidly increasing, so it can be said that systematic management is necessary for consumer protection.

Article 2 of the Food Code, Common Standards and Specifications for General Foods, Article 2. Manufacturing and Processing Standards 11) stipulates that “Foods cannot be manufactured in the form of capsules or tablets. However, confectionery, candies, chewing gum, chocolate, soy sauce, seasoned foods, processed sugar products, beverages, and processed fruits and vegetables may be manufactured in tablet form, and edible oils and fats may be manufactured in capsule form. However, in this case, they must be manufactured so that there is no risk of mistake or confusion with medicines or health functional foods.” Thus, in principle, the manufacturing of general foods in the form of tablets or capsules is prohibited.

However, the above food code regulations are only regulations to guarantee the consumer’s right to know and establish a sound trade order, which are the legislative purposes of the Food Labeling and Advertising Act, and it is difficult to view them as regulations to protect and promote the health of the people, so it can be seen as an excess of the limits of delegated legislation. Although this regulation appears to be targeting general foods in the form of tablets and capsules that may be easily mistaken for or confused with medicines or health functional foods, what this regulation targets is labels or advertisements that may be mistaken for or confused with medicines or health functional foods. Therefore, the provisions of the Food Code, which stipulate the manufacturing and processing standards for general foods in the form of tablets and capsules, are

* Former Research Professor, Law Research Institute, Kyungpook National University Law School, Ph.D. in Law

subject to regulation of labeling or advertising that may cause confusion or misunderstanding of general foods in the form of tablets and capsules as medicines or health functional foods. Therefore, it can be said that this is a regulation that goes beyond the limits of delegated legislation, as the Commissioner of the Ministry of Food and Drug Safety stipulated in a public notice content that could not be stipulated in a public notice from the beginning, considering the legislative purpose of the legal provision and the content of the provision.

On the other hand, general foods in the form of tablets or capsules are beneficial to consumers in many ways. In other words, since general foods in the form of tablets or capsules are beneficial to consumers, unlike what the Food Code stipulates, it is necessary to broadly (in principle) allow the manufacturing and processing of general foods in the form of tablets or capsules, if possible. Of course, even in this case, it is necessary to consider revising (legislating) the Food Code to prohibit the manufacturing and processing of general foods in the form of tablets or capsules that may be mistaken or confused with medicines or health functional foods, taking into account “consumer safety (protection and promotion of national health).” That is, within the scope of the purpose of delegated legislation of the Food Sanitation Act, it is necessary to consider revising Article 2 of the current Food Code, Common Standards and Specifications for General Foods, Article 2. Manufacturing and Processing Standards 11) to “Foods containing functional raw materials for medicines or health functional foods cannot be manufactured in the form of capsules or tablets.”

And in cases where general food in the form of tablets or capsules is clearly labeled or advertised in a way that can be mistaken or confused with a medicine or health functional food, it can be punished for violating the Food Labeling and Advertising Act. However, in the case of labeling or advertising general food in the form of tablets or capsules, there are cases where it borders on violating the Food Labeling and Advertising Act, or although it is not a case of violating the law in terms of preventive measures for national safety, it is necessary to supplement it to some extent as a policy for the purpose of protecting and promoting national health. In other words, as one way to prevent consumers from mistaking or confusing general foods in tablet or capsule form for medicines or health functional foods and general foods that do not contain functional raw materials for medicines or health functional foods and that do not fall under the “unfair labeling or advertising practices” stipulated in the Food Labeling and Advertising Act, it is necessary to consider, from a legal and policy perspective, the establishment of a regulation requiring that the “food type” be displayed next to the “product name,” which is one of the labeling items on the main display screen, so that anyone can easily see it.

- **Key Words:** General food in tablet or capsule form, medicine, Health functional food, Food Code, Labeling and advertising of Food

국민건강보험공단의 보험자대위 행사에 관한 연구
- 대법원 2024. 11. 20. 선고 2021다220864 판결을 중심으로 -

전한덕*

논문요지

대상판결은 국민건강보험공단이 불법행위 피해자에게 보험급여를 한 이후에 그 가해자나 보험자를 상대로 대위권을 행사하는 경우, 그 범위와 제한을 다루고 있다. 대법원은 피해자가 치료한 시점과 병원이 각각 다르다는 이유로 보험자가 지급한 치료비와 공단이 보험급여로 지급한 치료비가 상호보완적 관계에 있지 않다고 보았다. 대법원은 이를 근거로 보험자가 책임보험금으로 지급한 대부분의 치료비는 공단이 피해자를 대위하여 청구하는 손해배상채권에서 공제되어야 한다고 판단하였다. 대법원의 결정은 보험자대위권의 행사와 범위에 대한 법리를 객관적이고 공정하게 해석한 것으로 평가할 수 있다. 또한 그 논리에 따르면 공단이 피해자의 손해배상청구권을 부당하게 침해하는 것을 제한 할 수 있으므로 이는 피해자의 권익보호와 손해의 공평한 분담의 견지에서 볼 때 타당한 결론으로 판단된다. 그러나 대법원은 공단의 보험급여 시점이 보험자가 손해배상 의무를 이행한 시점보다 앞서 있다는 이유로, 공단의 대위권이 피해자의 직접청구권보다 우선한다고 보았다. 이는 채권자 평등의 원칙이나 피해자 보호의 견지에서 보았을 때 부당한 해석이다. 또한 대법원은 “지불보증으로 지급한 치료비와 원고가 건강보험 보험급여로 지급한 치료비는 상호보완적 관계에 있지 않다.”는 이유로 보험자에 대한 공단의 보험자대위권 대부분을 인정하지 않았는데, 상호보완적 관계를 부인한 구체적인 판단 근거를 제시하지 않은 것은 판결의 신뢰성에 대해 다소 의문을 갖게 한다.

· 논문제출: 2025. 07. 04. · 심사개시: 2025. 07. 08. · 게재확정: 2025. 07. 22.

* 전주대학교 금융보험학과 부교수(법학박사).

I. 서론

국민건강보험공단(이하 ‘공단’이라고 함)은 대한민국의 건강보험 및 사회보장 시스템의 중추적인 역할을 맡고 있는 기관으로서, 국민의 건강과 삶의 질 향상을 위해 다양한 사업을 수행하고 있다. 그 목적을 실현하기 위해 공단은 건강보험사업, 장기요양사업, 건강 증진, 의료비 지급 관리, 건강검진 시행 등 다양한 역할을 수행하고 있다(국민건강보험법 제14조 제1항). 그 중에서도 공단의 가장 중요한 사업은 건강보험사업이라고 할 수 있다. 공단은 국민건강보험 가입자 및 피부양자의 자격 관리, 국민건강보험료의 부과·징수, 국민건강보험급여의 관리, 국민건강보험 가입자 및 피부양자의 건강 유지와 증진을 위하여 필요한 예방사업, 국민건강보험급여 비용의 지급 등 건강보험과 관련하여 다양한 사업을 추진하고 있다.

우리나라는 세계에서 의료 및 건강보험 체계가 가장 잘 갖추어진 나라로 인정받고 있다. 2024년 기준 공단의 보험료 수입은 2023년 대비 그 증가율이 둔화된 반면,¹⁾ 보험급여비는 전년 대비 증가율이 상승하였다.²⁾ 그럼에도 불구하고 공단은 꾸준히 흑자를 달성하여 누적준비금은 29조 7,221억원에 이르고 있는 등 비교적 안정적인 재정 여력을 유지하고 있다.³⁾ 그러나 최근 들어 고령화와 의료비 증가, 불법 급여 청구 등으로 인해 공단의 재정 건전성 악화의 위험이 증가하고 있다. 또한 우리나라는 급속히 고령화 사회로 진입하면서 건강보험의 수요가 지속적으로 증가하고 있고, 경제불확실성의 시대에서 공단의 재정적 안정성 유지는 그 어느 때보다 큰 위기에 봉착해 있다.

공단은 재정 운용의 효율성을 높일 수 있는 방안을 모색해야 하며, 현재의 수익 구조와 지출 패턴을 개선할 필요가 있다.⁴⁾ 건강보험 수급자에게 보험금을 지급한 공단이 제3자 또는 보험자를 상대로 대위권을 적극적·효율적으로 행사하는 것도 공단의 재정 안정성을 높이는 중요한 방안으로 볼 수 있다. 국민건강보험법 제58조에서도 “공단은 제3자의 행위로 보험급여사유가 생겨 가입자 또는 피부양자에게 보험급여를 한 경우에는 그 급여에 들어간 비용 한도에서 그 제3자에게 손해배상을 청구할 권리를 얻는다.”고 규정하여 공단의 대위권을 인정하고 있다. 이러한 대위권 조항을 둔 목적은 건강보험 보험급여를 받은 피해자가 다시 가해자로부터 손해배상을 받음으로써 이중의 이익을 얻는 것을 방지하기 위한 것이며, 이로써 공단은 소극적·반사적인 경제적 이익을 얻게 된다. 다만, 공단이 행사할 수 있는 대위권의 범위와 관련하여 중요한 해석상의 문제가 발생한다. 이는 공단이 불법행위 피해자에게 보험급여를 한 후 피해자를 대위하여 얻는 손해배상채권의 범위를 어디까지로 인정할 수 있는지 여부에 관한 문제이다. 대위권은 공평과 정의의 원칙에 기반을 둔 민법상의 개념으로, 사회 구성원들 간의 공정한 책임 분배를 가능케 하는 것에 그 목적을 두고

1) 보험료수입 증가율: ('21) 10.8% → ('22) 10.6% → ('23) 6.5% → ('24) 3.0%.

2) 보험급여비 증가율 : ('21) 5.4% → ('22) 9.8% → ('23) 6.8% → ('24) 7.3%.

3) 국민건강보험공단 보도자료, “건강보험 4년 연속 당기수지 흑자 기록, 2024년도 준비금 역대 최대 약 30조 원 적립”, 2024. 1. 7.

4) 2024년 기준 공단의 보험료 수입은 877,586억원이고, 건강보험급여비는 1,024,678억원으로 공단은 보험료 수입보다 지출을 더 많이 하고 있는 실정이다. 다만, 공단의 흑자 달성 요인으로는 정부보조금, 잉여금 등 핵심사업 외에 기인한 것으로 분석된다(자료: 국민건강보험공단 홈페이지 공시실).

있으므로, 그 행사를 함에 있어서는 공단의 이익뿐만 아니라 피해자 및 가해자 측의 이익도 함께 고려하여 어느 하나에도 형평과 정의에 어긋나지 않도록 적절하게 균형적으로 조정하는 것이 매우 중요하다. 이러한 대위권의 범위와 관련된 문제는 국민건강보험과 같은 일부보험에서 피보험자에게 발생한 피해를 보험자로부터 완벽하게 전보할 수 없고, 가해자와 피해자가 서로 과실이 있어 책임비율이 정해진 경우에 특히 더 민감하게 여겨진다. 이러한 사안에 있어 공단의 대위권 행사의 구체적인 범위를 가해자가 피해자에게 부담하는 전체 손해배상액을 한도로 하여 공단이 지급한 보험급여액 전액으로 인정할 것인지, 아니면 가해자의 책임비율에 해당하는 금액 범위 내에서 공단의 대위권도 제한되어야 하는 것인지 여부가 문제된다.

대상판결은 민영 보험자의 책임보험금 지급한도를 초과하는 치료비에 대해서 공단이 보험급여를 통해 지급한 사안에서 공단이 보험자를 상대로 대위권을 행사한 경우 그 범위와 한계를 다루고 있다. 즉 보험자가 병원에 지불보증을 통해서 지급한 책임보험금이 공단이 주장하는 손해배상채권액(구상금)에서 민영 보험자가 공제할 수 있는 것인지 여부가 문제되었다. 대상판결은 과거 전원합의체 판결을 통해 확립되었던 ‘공제 후 과실상계설’에 따라 공단의 대위 행사의 범위를 정하고, 실제 집행이 가능한지 여부에 대해서는 ‘상호보완적 관계’ 이론에 의거하여 판단하였다. 이로써 대상판결은 공단의 대위권 행사의 범위와 그 제한을 명확히 하였는바, 이는 향후 이와 유사한 사건에도 중요한 기준으로 작용할 것으로 전망된다.

본 논문에서는 공단의 대위권 행사의 요건과 범위, 기준, 제한 등을 중점적으로 다루고자 한다. 또한 원심과 대법원 판결의 주요 내용을 비교·분석하고 판결의 문제점을 도출하고자 한다.

II. 대상사건

1. 사실관계

(1) 소송 관계자

가. 원고와 피고

원고는 보험자인 국민건강보험공단이고, 피고는 이 사건 가해자의 차량에 관하여 가해자와 자동차종합보험계약을 체결한 보험자이다.

나. 가해자와 피해자

가해자(소외 1)는 남편이고, 피해자(소외 2)는 그의 부인이다.

(2) 보험사고의 발생

남편(가해자)은 2018. 7. 31. 15:00경 배우자(피해자)를 태우고 피고 차량을 운전하

던 중 운전부주의로 도로의 우측 가드레일을 충격하는 사고를 일으켰고, 이로 인하여 피해자는 제2경추의 골절(개방성) 및 열린두개내 상처가 없는 외상성 지주막하출혈 등 상해를 입고 ○○○병원 등에서 치료를 받았다.⁵⁾ 이 사건 사고로 소외 2가 입은 상해의 정도는 자동차손해배상보장법 시행령 별표 1 상해급수 1급에 해당하고, 상해급수 1급의 책임보험금 한도액은 30,000,000원이다.

(3) 보험금 지급

가. 피고(보험자)

피고는 피해자를 진료한 의료기관에 「자동차손해배상 보장법」 제12조 제1항에 근거하여 자동차보험진료수가 지급 의사와 지급 한도를 통지(이하 ‘지불보증’이라 함)하였고, 이에 따라 피해자는 2018. 7. 31.부터 2018. 8. 23.까지 의료기관에서 진료를 받았다. 피고는 2018. 10. 10. 피해자를 진료한 의료기관에 위 기간 동안의 치료비 중 29,001,610원을 책임보험금으로 지급하였다.

나. 원고(건강보험공단)

원고는 피해자의 치료비로 48,567,300원을 지급하였는데,⁶⁾ 그중 47,185,930원은 2019. 4. 24.까지 요양기관에 지급된 것으로, 치료비 중 본인부담금을 제외한 공단부담금 42,388,880원과 요양기관 사전상한액 청구금액 4,797,050원이고, 나머지 1,386,370원은 2019. 5. 22. 피해자에게 지급된 2018년도 사후상한액 환급금이다.

(4) 보험약관의 내용

이 사건 보험약관에서는 “피보험자 또는 그 부모, 배우자 및 자녀가 죽거나 다친 경우에는 대인배상Ⅱ에서 보상하지 아니한다.”라고 규정하고 있고(제1장 제2절 제8조), 대인배상(책임보험)에서는 “보상하는 손해는 피보험자가 피보험자동차의 운행으로 인하여 다른 사람이 죽거나 다치게 하여 자동차손해배상보장법 제3조에 의한 손해배상책임을 짐으로써 입은 손해”라고 규정하고 있다(제1장 제1절 제3조).

2. 당사자들의 주장

(1) 원고

원고는 피해자에게 지급한 치료비 48,567,300원에 대하여 피고에게 구상금의 지급

5) 판결문에는 언급하고 있지 않지만, 이 사건에서 피해자의 과실은 없는 것으로 추정된다. 즉 교통사고는 전적으로 가해자의 과실로 발생하였으므로 가해자 측에 100% 책임이 있다. 따라서 이 사건에서 과실상계는 고려되지 않았다.

6) 동 지급액에는 피해자가 2018. 8. 24.부터 2018. 9. 30.까지 38일간 치료받은 치료비 32,937,080원(공단부담금 30,301,750원, 사전상한액 2,635,330원)이 포함되어 있다.

을 구하였다.

(2) 피고

피고는 2018. 7. 31.부터 2018. 8. 23.까지 발생한 피해자의 치료비로 29,001,610원을 상해보험금으로 지급하였으므로, 피고의 구상범위에서 지급된 보험금이 공제되어야 한다고 주장한다.

3. 판시사항

(1) 1심⁷⁾

피해자의 피고에 대한 치료비 상당 손해배상청구권은 피해자의 치료기간에 이루어진 요양급여에 의하여 그 즉시 원고에게 이전되므로, 피고 보험자로서는 요양급여가 이루어지기 전에 지급한 대인배상I 상해보험금의 공제를 주장할 수 있을 뿐 그 후에 지급된 상해보험금을 가지고는 원고에게 대항할 수 없다.

(2) 항소심⁸⁾

공단이 피해자를 대위하여 얻는 손해배상채권은 피해자의 전체 손해배상채권 중 건강보험 보험급여와 동일한 사유에 의한 손해배상채권으로 한정되나, 이 사건이 교통사고라는 동일한 원인에 기하여 발생한 것인 이상 그 치료기간을 달리한다는 사정만으로 원고의 요양급여와 동일한 사유에 의한 손해배상채권이 아니라 볼 수는 없으므로 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.⁹⁾

(3) 대법원(파기환송)¹⁰⁾

피고 보험자가 지불보증으로 지급한 치료비와 공단에서 건강보험금으로 지급한 치료비는 상호보완적 관계가 인정되지 않는다.¹¹⁾ 따라서 피고가 지불보증으로 지급한 치료비는 원고가 피해자를 대위하여 피고에게 구하는 손해배상채권에서 공제되어야 한다.

7) 서울중앙지방법원 2020. 4. 21. 선고 2019가단5248886 판결.

8) 서울중앙지방법원 2021. 2. 17. 선고 2020나28855 판결.

9) 다만, 항소심 재판부는 피고는 원고에게 164,370원을 이미 지급하였으므로 이 부분은 공제하고 나머지 금액을 지급하라고 판결하였다.

10) 대법원 2024. 11. 20. 선고 2021다220864 판결.

11) 대법원은 상호보완적 관계를 부정한 이유에 대해서는 판결문에서 명확하게 설명하지 않았다. 그러나 이 사건에서 피해자의 치료 장소 및 시기가 수차례에 걸쳐 이루어졌는바, 보험자는 첫 번째 치료에서 피해자를 위해 병원에 지불보증금을 지급하였고, 공단은 피해자의 1차 치료가 종료된 다음 날부터 병원에서 추가 치료를 받은 부분에 대하여 급여를 실시하였다. 추정컨대 대법원은 보험자가 지불보증으로 지급한 치료비와 공단이 건강보험 보험금으로 지급한 치료비 사이에 시간 및 장소적 분리가 있다는 이유로 양자 사이에 상호보완적 관계가 없다고 판단한 것으로 보인다.

III. 평석

1. 국민건강보험공단의 대위권

(1) 개념

국민건강보험은 국가가 국민의 질병 및 부상에 대한 의료비를 지원하여 국민의 건강을 보호하고 사회보장 증진에 기여하는 사회보험으로서의 역할을 하고 있다. 국민건강보험은 가입자가 보험료를 납부하고 보험사고 발생시 실제 발생한 손해액에 대해서 보험금을 지급받는 점에서 상법상 손해보험의 성격도 함께 가진다.¹²⁾

공단은 가입자(피부양자)가 제3자의 불법행위로 인하여 상해 등 신체 부상을 겪어 보험급여를 통하여 병원으로부터 치료를 받았을 경우, 그 보험급여에 들어간 비용 한도에서 공단이 제3자인 불법행위 가해자를 상대로 손해배상을 청구할 권리를 취득한다(국민건강보험법 제58조 제1항). 다만, 보험급여를 받은 사람이 제3자로부터 이미 손해배상을 받은 경우에는 공단은 그 배상액 한도에서 보험급여를 하지 않는다(법 제58조 제2항). 공단이 불법행위 가해자에 대하여 행사할 수 있는 대위권은 피해자의 이중이익 취득을 방지하기 위해 도입한 것으로,¹³⁾ 상법에 대한 특별법으로 이해할 수 있다.¹⁴⁾ 동법은 가해자의 행위가 없었다면 공단이나 피해자는 병원 치료비를 부담할 필요가 없었음에도 결국 불필요하게 비용을 부담하게 된 것이기에 보험자 대위제도를 통해 사고발생의 원인 제공자인 제3자에게 해당 비용을 징수하도록 하여 공단이 그 반사적 이익을 향유하도록 규율하고 있다. 공단의 대위권은 상법상 보험자대위의 성격과 매우 유사하다고 볼 수 있다.¹⁵⁾ 따라서 공단이 피해자의 치료비를 의료기관에 지급한 경우라면, 이는 손해배상청구권의 성질을 가지는 것으로서 공단은 급여 한도 내에서 가해자에 대하여 대위권을 행사할 수 있다.¹⁶⁾

(2) 직접청구권에 대한 대위권 행사

보험자가 직접청구권을 행사한 제3자에게 보험금을 지급하고, 제3자가 다른 보험자에 대해 가지는 직접청구권에 대해서 보험자대위를 행사할 수 있는지 여부는 상법에 명시적인 규정은 존재하지 않기 때문에 해석상 논란의 소지가 있을 수 있다. 그러나 보험자대위의 목적이 손해보험계약의 대원칙이자 본질적인 요소인 이득금지의

12) 장재용, “국민건강보험법에 따른 보험급여를 받은 피해자가 가해자를 상대로 구할 수 있는 치료비 손해배상채권액의 범위”, 「사법」 제1권 제57호, 사법발전재단, 2021, 918면.

13) 박성원, “국민건강보험공단의 대위권에 대한 절대적 우위를 인정한 대법원 2019. 4. 23. 선고 2015다231504 판결에 대한 비판”, 「보험법연구」 제14권 제1호, 한국보험법학회, 2020, 119면; 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014다206853 판결.

14) 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2004, 442면.

15) 양희석, “보험자 대위 및 국민건강보험공단의 대위권 인정범위에 대한 판례 연구 - 대법원 2021. 3. 18. 2018다287935 전원합의체 판결 -”, 「보험법연구」 제16권 제1호, 한국보험법학회, 2022, 321면.

16) 박성원, 앞의 논문, 117면~120면.

원칙을 실현하기 위한 것을 상기한다면, 이 경우에도 보험자대위를 행사할 수 있다고 보아야 한다.¹⁷⁾ 대법원도 “피해자의 직접청구권도 보험자대위의 대상이 된다.”고 일관되게 판시하고 있다.¹⁸⁾ 다만, 보험자대위가 인정된다고 하더라도 이 경우에는 가해자 또는 피해자의 과실 여부, 피해자의 손실보전 정도, 보험자의 책임 한도 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

(3) 범위

가. 문제의 소재

보험자는 자신이 지급한 보험금에 대하여 제3자를 대위할 수 있는데(상법 제682조), 대상사건의 경우처럼 보험자의 책임한도가 정해져 있는 경우에 있어 보험자가 피해자에게 발생한 전체 손해액 중 일부에 대하여만 보험금을 지급하는 경우나 피해자의 과실 등에 의하여 가해자의 책임이 줄어드는 경우에는 보험자의 제3자에 대한 대위권 행사와 피보험자의 가해자에 대한 미전보 손해에 대한 손해배상청구권 사이에 우열의 문제가 발생한다.¹⁹⁾ 만약 보험자가 전체 보험금액 중 일부만을 지급하여 이러한 상황이 발생하였을 경우에는 상법 제682조 단서에 따라 피보험자가 우선 제3자에 대한 권리를 취득하고, 피보험자가 구상하고 남은 금액에 한하여 보험자대위를 행사하면 될 것이다.²⁰⁾ 그러나 보험자가 보험금액 전부를 지급한 경우에 관하여는 상법상 별도의 규정이 없는바, 이에 대해서는 학설이 대립된다.

공보험의 영역에서도 보험자대위와 관련한 우열 문제는 유사하게 나타난다. 공단은 피보험자가 요양급여를 받으면서 보험자 또는 가해자로부터 손해배상을 받았는지 여부를 파악하기 어렵고, 이러한 이유로 피해자가 가해자 측으로부터 손해배상을 받았는지 여부와 무관하게 요양급여가 실시될 가능성이 높다.²¹⁾ 국민건강보험은 피해자가 입은 전체 손해액에 대하여 전부를 보장해 주지 않는 일부보험의 성질을 가지므로, 수급권자가 공단으로부터 손해를 완전히 보상받지 못하는 경우가 발생한다. 또한 보험급여를 한 공단은 가해자 및 가해자가 피보험자로 가입한 보험자에게 대위권을 행사할 수 있다. 이 경우 피해자의 손해배상청구권과 공단의 대위권은 충돌을 일으킬 수 있다. 만약 민영 보험자가 피해자에게 보험금을 지급한 후에 공단의 대위권 행사가 현실적으로 이루어진다면, 이 경우에도 공단과 보험자간 충돌이 발생할 수 있다.

공단의 보험자대위와 관련하여 국민건강보험법 제58조 제1항에서는 “공단은 제3자의 행위로 보험급여사유가 생겨 가입자 또는 피부양자에게 보험급여를 한 경우에는 그 급여에 들어간 비용 한도에서 그 제3자에게 손해배상을 청구할 권리를 얻는다.”라고 규정하고 있다. 그러나 동법은 공단의 구상권에 대해서만 규정하고 있을 뿐이

17) 박세민, 앞의 책, 535면; 이준교, “최근 법원 판례로 살펴본 화재보험과 재난배상책임보험 관련 쟁점 및 시사점-대법원 2024. 7. 11. 선고2020다246913 판결 및 2022다252936 판결을 중심으로-”, 「손해보험」 673호, 대한손해보험협회, 2024. 12., 25면.

18) 대법원 1998. 9. 18. 선고 96다19765 판결; 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다237618 판결 등.

19) 노태현, 앞의 논문, 92면.

20) 장재용, 앞의 논문, 920면.

21) 노태현, 앞의 논문, 117면.

고, 구체적인 구상권의 순위, 범위, 행사 방법, 제한 등에 대해서는 아무런 규정이 없다. 상법에서도 일부보험에 있어 보험자대위에 대하여는 구체적으로 규정하고 있지 않는바, 피해자에게 과실이 있거나 가해자 측인 피보험자(보험자)의 자력이 부족한 경우에는 보험자대위권과 제3자인 피해자의 손해배상청구권에 있어 우선순위 문제가 발생한다.²²⁾ 이러한 문제는 결국 판례와 학설에 의해 해결할 수밖에 없다.

공단이 불법행위 피해자에게 보험급여를 한 후 보험자대위로 얻는 손해배상채권의 범위를 어디까지로 볼 수 있는지는 각 이해당사자들에게 있어 매우 중요하다. 보험자대위권은 공평과 정의의 원칙에 기반을 둔 민법상의 개념으로, 사회 구성원들 간의 공정한 책임 분배를 가능케 하려는 데 목적을 두고 있으므로, 그 행사를 함에 있어서도 공단의 이익뿐만 아니라 피해자 및 가해자 측의 이익도 함께 고려하여 어느 하나에도 불공평하지 않도록 적절하게 조정할 필요가 있다.

나. 사보험과 공보험에서의 학설

1) 사보험

학설은 절대설, 상대설 및 차액설로 대립되고 있다. 절대설에 의하면 보험자는 자신이 지급한 보험금 한도 내에서 우선적으로 대위권을 행사할 수 있다고 보는데, 이는 과거 일부 판례의 입장이었고, 공보험자의 대위권에 대해서는 다수의 판례가 절대설에 따라 판단하기도 했다.²³⁾ 상대설은 부보비율에 따라 각자의 분배비율을 정해야 한다는 입장으로, 이 경우 상법 제681조 단서를 유추 적용할 수 있다고 한다.²⁴⁾²⁵⁾ 끝으로 차액설은 피보험자가 우선 변제를 받은 후 남은 금액이 있을 경우에만 보험자가 대위를 행사할 수 있다는 견해이다.²⁶⁾ 생각건대, 절대설을 취할 경우 이는 보험자에게만 유리하고 피보험자에게는 매우 불리하다. 따라서 절대설은 형평의 원칙에 맞지 않는다. 상대설은 일부보험의 원리에 충실한 해석으로 일응 타당하다고 볼 수 있으나 보험자대위의 취지에는 부합하지 않는다. 손해보험의 이득금지의 원칙을 해치지 않으면서 피보험자의 이익을 고려해야 한다는 보험자대위를 규정한 상법 제682조 제1항 단서의 취지를 생각해 보면, 차액설이 합리적이고 또한 타당하다고 판단된다.²⁷⁾

22) 이종구, 「국민건강보험법 제58조 제1항에 의한 국민건강보험공단의 제3자에 대한 대위 범위」, 「법학논집」 제45권 제3호, 동국대학교 법학연구소, 2021, 311면.

23) 대법원 2013. 4. 25. 선고 2011다94981 판결; 대법원 2015. 10. 10. 선고 2015다230228 판결 등.

24) 채이식, 「상법강의(하)」, 박영사, 2003, 552면.

25) 상대설을 지지하는 논문으로는, 노태현, “인신사고로 인한 손해배상과 보험자의 대위권-국민건강보험공단의 대위권을 중심으로”, 「의료법학」 제16권 제2호, 대한의료법학회, 2015, 100면; 양희석, 앞의 논문, 314면(다만, 비례책임방식의 일부보험은 상대설을 따르고, 보험금액 내에서 손해액 전부를 보상하는 일부보험은 차액설을 따르는 것이 합리적이라고 한다).

26) 양승규, 「피보험자의 권리와 경합하는 경우 보험자대위권행사의 범위」, 「선진상사법률연구」 통권 제61호, 법무부, 2013, 169면; 양희석, “앞의 논문”, 331면.

27) 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, 481면; 김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016, 381면; 박세민, 「보험법」 제6판, 박영사, 2021, 553면; 양승규, 앞의 책, 257면; 임용수, 「보험법」, 법률정보센터, 2006, 301면; 장덕조, 「보험법」 제5판, 법문사, 2020, 277면; 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014다46211 전원합의체 판결.

2) 공보험

중전 대법원 판결은 ‘과실상계 후 공제설’을 취하였다. 이 학설에 의하면 가해자의 과실상계 후 손해배상액에서 보험자가 우선급여의 범위 내에서 가해자 또는 가해자의 보험자에게 구상권 행사를 할 수 있고, 피해자는 이를 공제한 나머지 범위 내에서 가해자에 대해 손해배상청구권을 행사할 수 있는바, 이는 결국 절대설과 같은 결론에 이른다. 현재는 대법원 전원합의체 판결에 의하여 ‘공제 후 과실상계설’로 정리되었다.²⁸⁾ 이 학설에 의하면 피해자가 손해배상을 청구하는 경우 전체 손해액에서 먼저 과실상계를 한 다음 보험급여액을 공제하는 방식으로 손해액을 산정한다. 이 경우 보험자(건강보험공단 등)는 보험급여액 중 가해자의 과실비율에 상응하는 부분에 관하여 가해자 또는 보험자를 상대로 구상권을 행사할 수 있다. 다만, 급여를 받은 자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 보험자대위는 공보험자가 지급한 보험급여와 동일한 성질의 것으로서 상호보완적 관계에 있는 것에 한한다는 것이 대법원 판례의 일관된 입장이다.²⁹⁾ 따라서 상호보완적 관계가 부정되는 경우에는 그 범위 내에서 보험자대위는 인정되지 않는다. 전원합의체 판결은 상대설과 같은 결론에 이르는 공제 후 과실상계설을 채택함으로써 공단의 대위 범위를 합리적으로 제한하는 반면 수급권자의 권리를 보다 넓게 인정하였다.³⁰⁾

전원합의체 판결은 사보험에서는 차액설에 따르지만, 공보험에서는 상대설과 사실상 결론을 같이 하는 공제 후 과실상계설을 따르고 있다. 공보험과 사보험에서의 학설이 서로 구분되는 이유는 공보험이라는 특수성에 기인하는 것으로 볼 수 있다. 이와 관련하여 대법원은 “건강보험은 사회보장의 영역으로서 보험 재정의 건전성 유지 또는 사회 전체 구성원들에 대한 형평성 있는 복지 제공의 필요성 등의 견지에서 볼 때, 피해자를 공단보다 우선해서 보호해야 할 필요는 없다.”고 판단하고 있다. 사건으로는 공제 후 과실상계설은 피해자의 이익도 어느 정도 고려하고 있고, 동시에 공보험자의 재정 건전성도 보호하는데 있어 효과가 있다는 점에서 과실상계 후 공제설에 비해 합리적이라고 판단된다.

3) 각 학설에 따른 산정결과

가해자의 불법행위로 인하여 피해자(피보험자)가 1억원의 손해를 입었는데, 가해자의 과실은 80%이고, 사보험 또는 공보험의 보험자가 보험금으로 6,000만원을 피해자에게 지급하였다고 가정해 보자. 각 학설에 따른 결론은 다음과 같다.

28) 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 전원합의체 판결.

29) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다45419 판결 등 참조.

30) 장재용, 앞의 논문, 940면.

사 례	사보험 (차액설) ³¹⁾	공보험 (과실상계 후 공제설=절대설)	공보험 (공제 후 과실상계설=상대설)
* 피해금액 1억원 * 가해자책임 8천만원 * 보험금 6천만원	보험금 6천만원 <u>손해배상채권 4천만원</u> <u>보험자대위 4천만원</u>	과실상계 8천만원 ↓ 공제 2천만원 ↓ <u>보험자대위 6천만원</u>	공제 4,000만원 ↓ 과실상계 3,200만원 ↓ <u>보험자대위 4,800만원</u>
	각 당사자 부담금액		
	가해자 8천만원 보험자 2천만원 피해자 0원	가해자 8천만원 공단 0원 피해자 2,000만원	가해자 8,000만원 공단 1,200만원 피해자 800만원

(4) 소멸시효

가. 기간

공단은 피해자의 요양급여가 개시된 후 그 지급한 금액의 한도 내에서 피해자의 가해자에 대한 손해배상청구권을 대위하여 행사할 수 있다. 이러한 공단의 대위권은 피해자의 직접청구권인 손해배상청구권을 대위하여 행사하는 것이므로, 소멸시효의 기산점과 기간도 보험금청구권이 아닌 손해배상청구권을 기준으로 판단하여야 한다.³²⁾ 따라서 보험자대위권은 일반채권인 구상채권으로서 10년의 소멸시효에 걸린다(민법 제162조 제1항, 제166조 제1항, 상법 제682조, 제724조 제2항).³³⁾

나. 기산점

소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다(민법 제166조). ‘권리를 행사할 수 있는 때’라 함은 권리행사에 법률상의 장애사유가 없는 경우를 말한다.³⁴⁾ 보험자대위는 불법행위로 인한 손해배상채권과는 독립된 별개의 권리로서 민사채권에 해당한다.³⁵⁾ 보험자대위권의 소멸시효는 그 권리가 발생한 시점인 보험자가 피해자에게 손해배상 의무를 이행한 시점부터 기산한다 할 것이다.³⁶⁾ 따라서 보험자대위권은 그 때로부터 10년이 지나면 시효로 소멸한다.

건강보험의 경우 요양에 따른 급부발생은 ‘요양 시점’에 즉시 발생하기 때문에(국민건강보험법 제41조 제1항), 공단의 대위권은 요양 시점에 발생하고, 그 때부터 소멸시효가 진행되는 것으로 해석된다.

31) 절대설에 의할 경우 보험자대위는 6,000만원, 피해자에게는 2,000만원을, 상대설에 의할 경우 보험자 대위는 4,800만원, 피해자에게는 3,200만원이 각각 유보된다.

32) 대법원 1997. 12. 16. 선고 95다37421 전원합의체 판결.

33) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3143 판결.

34) 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다7001 판결.

35) 장덕조, 앞의 책, 281면.

36) 대법원 1996. 3. 26. 선고 96다3791 판결; 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007다37530 판결 등.

2. 대상판결의 경우

(1) 공제 후 과실상계설에 따라 산정된 금액에 대한 공단의 대위권의 우선권

대상사건에서 대법원은 공제 후 과실상계설의 입장을 따르고 있다. 공단은 보험급여액 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액인 48,567,300원을 가해자의 책임보험자를 상대로 구상할 수 있는바, 구체적인 산정 방식은 아래와 같다.

<공제 후 과실상계설에 따른 공단위 보험자대위 산정 금액>

(전체 치료비 - 보험급여액) × 가해자 책임비율 = 손해배상금액

보험급여액 × 가해자 책임비율 = 공단의 구상금액

↓

77,568,910원³⁷⁾ - 48,567,300원 × 100% = 29,001,610원³⁸⁾

48,567,300 × 100% = 48,567,300원

이 사건 원심과 대법원은 “보험자의 손해배상액 지급이 공단의 대위권 발생 시점 이후에 이루어진 경우라면 공단의 직접청구권에 대한 대위권이 보험자의 손해배상액 지급보다 우선한다.”는 취지로 판단하였다. 대법원의 논리에 따르면 공단은 피해자가 보험자에게 가지는 직접청구권을 대위하여 행사할 수 있고, 이러한 대위청구권이 피해자의 직접청구권에 우선한다. 결국 공단은 자신이 대위 행사할 수 있는 총액 48,567,300원 중에서 보험자의 책임한도액인 30,000,000원 전부에 대해서 보험자대위를 통해 구상할 수 있게 된다. 이 경우 보험자는 피해자에게 지급한 돈을 가지고 공단에 대항할 수 없으므로 자신의 보험금 지급 한도 내에서 공단의 요구에 따라 지급하여야 한다. 이미 보험자가 피해자에게 지급한 손해배상액에 대해서는 부당이득반환 청구를 통해 환수하여야 할 것이다.

다만, 대법원은 이러한 경우 피해자의 손해배상채권의 직접청구권을 대위하여 행사할 수 있는 공단의 대위권과 보험자가 책임보험금 한도 내에서 피해자에게 지급한 손해배상액이 서로 동일한 사유에 의해 발생한 것인지 즉 양자가 상호보완적 관계가 있는지 여부를 따져보고 보험자가 지급한 보험금을 공제할 수 있는지 여부를 최종적으로 판단하여야 한다고 한다.

(2) 공단의 직접청구권의 대위권 집행 순위에 대한 문제제기

대상사건과 같이 공단의 보험급여 개시 이후에 책임보험에 가입한 가해자(피보험자)의 보험자가 피해자에게 손해배상금 명목의 돈을 지급하였다면, 피해자의 직접청

37) 공단 지급금 48,567,300과 보험자 지급 보험금 29,001,610원을 합산한 금액이다.

38) 피해자는 책임보험자로부터 해당 금액에 대하여 지불보증의 방식으로 지급받았으므로, 사안에서 피해자의 손해는 모두 전보되었다.

구권과 공단의 보험자대위는 충돌을 일으키게 된다. 만약 보험자가 피해자에게 손해 배상 명목으로 보험금을 지급하였다면 이를 가지고 공단에 대항할 수 있는 것인지 여부가 문제가 된다. 대상사건의 원심 법원은 “공단의 대위권이 우선한다는 전제하에 보험자가 공단의 전체 구상금액에서 기 지급한 손해배상액을 공제할 수 없다.”는 취지로 판단하였다. 대법원도 원칙적으로 원심 법원과 의견을 같이 하고 있다. 법원이 그렇게 판단한 이유³⁹⁾로는 첫째, 공단이 대위하는 손해배상채권과 가해자가 피해자에게 지급한 손해배상금액이 별개의 법적 근거에 기초하고 있고, 둘째, 국민건강보험법상 공단의 대위권 행사에 있어 특별한 제한 규정을 두지 않은 점 등을 추정해 볼 수 있다. 대법원의 논리대로라면 공단의 대위권이 피해자의 직접청구권보다 우선하기 때문에 보험자는 공단의 보험급여 발생 이후에 피해자에게 손해배상액을 지급하지 말았어야 한다는 논리에 봉착한다.⁴⁰⁾

(3) 상호보완적 관계

가. 상호보완적 관계에 따른 대위권 행사의 제한

대법원 판례에 의할 때 건강보험급여와 동일한 사유에 의한 손해배상채권은 보험급여와 손해배상 사이에 상호보완적 관계에 놓여 있는 것으로 건강보험급여의 실시로 손해배상채권이 소멸될 수 있는 경우를 의미한다.⁴¹⁾ 상호보완적 관계는 공단의 대위권 행사를 위해 반드시 필요한 전제조건으로서 공단이 피해자에게 보험급여를 지급한 후 가해자 또는 책임보험의 보험자에게 대위권을 행사할 때, 대위권의 범위와 책임 소재를 명확히 하기 위해 필요한 기준이 된다. 공단의 대위권 행사는 피해자의 손해를 완전히 전보하는 것을 목표로 하면서도, 가해자(또는 보험자)의 책임 범위를 명확히 하여 피해자에 대한 중복보상을 방지하고 공단의 재정 건전성을 확보하는 것을 목적으로 한다. 그런데 보험자의 보험금 지급사유인 보험사고와 공단의 보험급여 지급사유가 서로 상호보완적 관계에 있지도 않음에도 불구하고, 공단의 대위권 행사를 허용하게 된다면 보험자와 가해자(피보험자)는 부당하게 피해를 입게 된다. 왜냐하면 이 경우 피해자에게 보험금을 지급한 보험자는 공단의 대위권 행사에 따라 손해배상금을 이중으로 지급해 주어야 하기 때문이다. 따라서 민영 보험자의 책임보험과 공단의 급여지급 사유 사이에 상호보완적 관계가 있는지 여부는 공단의 대위권 범위를 합리적으로 제한하는 기준으로 작용한다.

대상사건의 경우와 같이 민사소송에서 상호보완적 관계에 있지 않은 손해가 포함되어 있음을 당사자가 주장한 경우에는, 법원은 그 주장과 같은 손해의 발생 여부와 그 배상액의 범위를 심리·판단하여야 할 것이다. 만약 보험자의 책임보험금과 공단의 급여 지급 사유 사이에 서로 상호보완적 관계가 인정된다면 공단이 보험자에게 청구한 전체 구상금에서 보험자가 이미 지급한(또는 지급할) 보험금은 공제 대상이 아니고, 이와 반대로 양자간 상호보완적 관계가 부정되는 경우라면 보험자가 지급한

39) 판결문에는 판단 이유를 구체적으로 제시하지 않았다.

40) 박성원, 앞의 논문, 118면.

41) 대법원 2015. 1. 15. 선고 2014두724 판결; 대법원 2019. 4. 25. 선고 2017다233276 판결; 대법원 2022. 2. 10. 선고 2021다261117 판결.

보험금액에 상당하는 금액은 보험자가 공제할 수 있을 것이다.

나. 대법원 판결 사례

1) 상호보완적 관계를 인정한 사례

① 대법원 1993. 12. 21. 선고 93다34091 판결

사용자의 불법행위로 인해 재해를 입은 피해자가 수령한 휴업급여금이나 장애급여금은 일실효익과 상호보완적 관계가 인정된다.

② 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다100920 판결

국민연금공단이 제3자의 불법행위로 장애연금을 지급하고 대위취득하는 손해배상 청구권과 연금지급기간에 해당하는 일실수입손해는 상호보완적 관계가 인정된다. 나머지 손해에 대해서는 상호보완적 관계를 부정하였다.

③ 대법원 2025. 3. 13. 선고 2021다203135 판결

재해근로자가 산재보험 가입 사업주로부터 법령에 따라 배상받을 손해 중 사업주인 피고의 과실비율에 상당하는 부분과 근로복지공단이 재해근로자에게 동일한 사유로 산재보험급여를 지급한 경우 산재보험급여 중 피고의 과실비율 상당부분은 상호보완적 관계가 인정된다.

2) 상호보완적 관계를 부정한 사례

① 대법원 2019. 4. 25. 선고 2017다233276 판결; 대법원 2019. 4. 25. 선고 2018다248138 판결

건강보험 보험급여를 실시하는 요양급여와 비급여는 상호보완적 관계가 없다.

② 대법원 2024. 7. 11. 선고 2021다305437 판결; 대법원 2024. 7. 25. 선고 2021다311333 판결

비급여대상 치료비, 향후치료비, 휴업손해, 일실수익, 위자료는 건강보험 보험급여와 상호보완적 관계가 없다.

③ 대법원 2022. 2. 10. 선고 2021다261117 판결

교통사고로 피해자에게 정신적 손해가 발생하였을 경우 인정되는 위자료는 피해자의 책임보험금청구권에 대한 국민건강보험공단의 구상금과 상호보완적 관계에 있지 않으므로 이를 공제하여야 한다.

④ 대법원 2024. 11. 21. 선고 2021다255853 전원합의체 판결

일실 퇴직연금 또는 퇴직연금일시금 상당의 손해배상채권과 직무상유족연금은 상호보완적 관계가 없다.

다. 이 사건에서 공단이 대위권 행사를 할 수 있는지 여부와 그 범위

1) 사고 경위 및 보험금 지급 시점

남편이 자동차 사고로 동승한 배우자에게 상해를 입힌 시점은 2018. 7. 31.이다. 피

해자인 배우자는 2018. 7. 31.부터 2018. 8. 23.까지 의료기관에서 진료를 받았다. 피고 보험자는 2018. 10. 10. 피해자를 진료한 의료기관에 치료비 중 29,001,610원을 책임보험금으로 지급하였다. 피해자는 2018. 8. 24.부터 2018. 9. 30.까지 추가 치료를 받았고, 공단은 2018. 11. 26. 피해자에게 치료비로 32,937,080원을 지급하였다. 또한 공단은 2018. 8. 24.부터 2019. 3. 5.까지 피해자가 진료를 받은 치료비에 관하여, 2018. 11. 26.부터 2019. 5. 22.까지 의료기관 등에 총 48,567,300원을 지급하였다.

2) 보험자의 보험금 지급 사유와 공단의 급여 실시 사유

대상사건에서는 보험자가 지급한 보험금 29,001,610원은 2018. 7. 31.부터 2018. 8. 23.까지의 치료기간에 대한 치료비인 반면, 공단이 지급한 요양급여는 2018. 8. 24.부터 2018. 9. 30.까지의 치료기간에 대한 요양급여로서 양자간 치료기간이 상이하여 요양급여와 동일한 사유에 의한 손해배상채권이라 할 수 있는지 여부가 문제된다. 만약 두 기관의 보험금과 요양급여 지급 사유가 동일한 사유 내지는 사건에 의해 발생한 것이라면 양자간 상호보완적 관계가 인정되고, 따라서 공단은 피해자가 가지는 직접청구권을 대위행사 할 수 있을 것이다. 대상사건에서 피해자가 입은 상해는 ‘교통사고’에 기인하였다는 점에서 볼 때 양 사유는 일견 동일한 사유에 기인했을 가능성을 배제할 수 없다. 그러나 보험자가 지급한 보험금은 2018. 7. 31.부터 2018. 8. 23.까지의 치료기간에 대한 치료비인 반면, 공단이 지급한 요양급여는 2018. 8. 24.부터 2018. 9. 30.까지의 치료기간에 대한 요양급여이다. 따라서 치료 기간과 장소가 다르다는 측면에서 볼 때에는 보험자가 지급한 치료비와 공단이 지급한 요양급여는 동일한 사유에 의한 손해배상채권이라고 보기 어렵다고 볼 수도 있다.

3) 대상사건에서 상호보완적 관계를 인정할 수 있는지 여부

이 사건에서 피해자는 상해급수 1급에 해당하는 매우 심각한 수준의 진단을 받았다. 상해 등급에 대한 정의는 「자동차손해배상보장법 시행령」 별표 1에서 정하고 있는데, 상해 1급은 가장 심각한 수준의 상해 상태를 나타내는 등급지표에 해당한다. 시행령에서는 상해 1급의 유형을 15가지로 정의하고 있다. 예를 들어, ‘수술 여부와 상관없이 뇌손상으로 신경학적 증상이 고도인 상해’, ‘심장 파열로 수술을 시행한 상해’, ‘흉부 대동맥 손상 또는 이에 준하는 대혈관 손상으로 수술 또는 스텐트그라프트 삽입술을 시행한 상해’, ‘척주(등골뼈) 손상으로 완전 사지마비 또는 완전 하반신마비를 동반한 상해’등이 여기에 해당한다. 이 사건에서 피해자가 입은 상해는 ‘제2 경추의 골절(개방성) 및 열린두개내 상처가 없는 외상성 지주막하출혈 등’이다. 그렇다면 피해자가 입은 상해는 시행령상의 상해 1급 유형 중에서 ‘척주(등골뼈) 손상으로 완전 사지마비 또는 완전 하반신마비를 동반한 상해’또는 이에 준하는 정도의 상해에 해당될 것으로 추정된다.

대법원은 피해자가 치료한 시점과 병원이 각각 다르다는 이유 등을 들어 보험자가 지급한 치료비와 공단이 보험급여로 지급한 치료비가 상호보완적 관계에 있지 않다고 판단하였다. 대법원은 이를 근거로 보험자가 지급한 치료비(29,001,610원)는 공단이 피해자를 대위하여 청구하는 손해배상채권에서 공제되어야 한다고 판단하였다.

생각건대, 이 사건 교통사고는 도로의 우측 가드레일을 충격하여 발생하였는바, 가드레일 충격 사고가 대형교통 사고인지 여부는 사안에 따라 다르겠지만, 피해자가 입은 상해의 심각성(1급)으로 추정컨대 이 사건 교통사고는 중대사고로 볼 수 있을 것이다. 또한 피해자가 이 사건 사고로 인하여 상해 1급 진단을 받았다면 병원에서 치료받고 완치하기 위해서는 상당한 시일이 걸릴 것이라는 점을 쉽게 예견할 수 있을 것이다. 또한 경우에 따라서는 여러 병원에서 치료와 요양이 필요하리라는 점에 대해서도 일반인의 상식수준에서도 충분히 예상할 수 있다. 그렇다면 이 사건 교통사고와 피해자가 오랜 시간 동안 여러 병원에서 치료 및 요양을 받은 것은 매우 밀접한 관련이 있다고 판단된다.

대법원은 ‘공단의 보험급여의 실시로 가해자에 대한 손해배상채권이 전보되어 소멸될 수 있는 경우’에 상호보완적 관계를 인정한다. 이 사건에서 보험자는 피해자가 최초로 치료를 받은 병원에 손해배상금 명목으로 치료비를 지급하였다. 그리고 피해자는 다른 병원으로 옮겨서 추가 치료를 받았는바, 이 경우 만약 보험자의 책임보험금 한도가 3천만원 이상이였다면 공단은 급여를 실시하지 않아도 되었을 것이다. 또한 가해자가 책임보험에 가입하지 않았거나 책임보험자가 피해자에게 치료비를 지급하지 않았더라면 공단은 환자에게 급여를 실시하였어야 할 것이다. 그렇다면 공단의 보험급여와 보험자의 손해배상금 사이에는 상호보완적 관계가 인정되는 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 그런 의미에서 상보보완적 관계를 인정한 원심의 판단이 보다 설득력이 있다고 판단된다.

3. 공단의 대위권을 피해자의 직접청구권보다 우선시킨 원심과 대법원 판결에 대한 의문

가. 대위권 행사 가능 시점

공단의 보험자대위권 발생 시점을 언제로 보아야 할 것인가? 공단의 경우는 시간적인 측면과 급여 정산 절차 등에서 다소 특수한 부분이 있다. 즉 건강보험에 가입한 피보험자가 병원에서 받는 치료는 보통 여러 차례에 걸쳐 이루어지는 경우가 많고, 환자가 공단의 급여와 비급여 부분을 합산한 금액을 병원비로 지급하면 해당 병원은 추후 공단으로부터 급여 부분에 해당하는 금액을 지급받는다. 이 경우 공단의 대위권 발생 시점을 언제로 볼 것인가가 문제가 된다. 일반적인 대위권의 소멸시효 기산점의 관점에서 바라보면 공단의 대위권도 현실적인 급부가 이루어진 시점, 즉 환자가 병원에서 치료를 받고 추후 공단이 병원에 요양급여를 지급한 시점에 발생하는 것이 아닌가 하는 생각이 들 수도 있다.

그러나 대법원은 “공단의 요양급여는 피보험자가 요양기관에서 치료를 받았을 때 현실적으로 보험급여가 이루어지는 것이므로 치료를 받은 시점에서 보험급여의 한도 내에서 제3자에 대한 대위권을 취득한다.”고 한다.⁴²⁾ 국민건강보험법에서도 보험급여 중 요양에 따른 급부발생 시점을 ‘요양 시점’과 동일하게 보고 있기 때문에(국민건강보험법 제41조 제1항), 이러한 대법원의 판단은 법문에 충실한 해석이고, 실무적 관

42) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다46046 판결; 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012다39103 판결; 대법원 2019. 4. 23. 선고2015다231504 판결.

행을 고려한 결정으로 일응 합리적인 판단으로 보인다.⁴³⁾ 대상사건의 원심과 대법원도 이러한 견지에서 판단하고 있다. 즉 보험자는 피해자가 2018. 7. 31.부터 2018. 8. 23.까지 발생한 치료비 중 일부인 29,001,610원을 2018. 10. 10.에 의료기관에 지급하였는바, ‘이 시점’에 공단은 피해자의 직접청구권에 기한 손해배상채권을 대위할 수 있었다고 본 것이다. 다만, 여기서 이 시점은 구체적으로 어느 시점을 의미하는 것인지가 명확하지 않다. 즉 해당 시점이 2018. 7. 31.을 의미하는 것인지, 아니면 2018. 10. 10.을 의미하는 것인지 법원은 명확히 밝히지 않고 있다. 문언 그 자체로만 본다면 후자를 의미하는 것으로 읽히기도 하지만, 이는 그간 대법원 판례의 견해 및 국민건강보험법의 규정과 배치된다. 그렇다면 공단의 보험금 대위권 발생 시점은 피해자가 최초로 치료를 받은 시점인 2018. 7. 31.으로 보는 것이 합리적이다.

나. 대위권 집행단계에서도 공단의 우위를 인정하는 것이 정당한지에 대한 의문

이러한 대법원의 판단대로라면 공단이 보험자대위권을 취득하는 시점은 보험자가 보험금을 지급하는 시점보다 항상 앞서 있다. 그렇다면 “보험자는 굳이 이중변제의 위험을 무릅쓰고 피해자에게 손해배상을 할 필요가 있는가?” 하는 의문이 든다. 왜냐하면 대법원은 공단의 직접청구권 대위권에 대하여 보험급여 시점보다 앞설 경우 원칙적으로 공단에 우선권을 부여하고 있기 때문이다.⁴⁴⁾ 상황이 이러하다면 상법상 피해자의 직접청구권 행사에 따른 손해배상의무를 충실히 이행한 보험자는 추후 공단으로부터 대위권 행사를 집행당할 가능성이 높다. 그런데 현실적으로 보험자가 피해자의 직접청구권에 응하지 않을 권리가 있지 않다. 우리 상법에 의하면 피해자의 직접청구권을 피보험자의 보험금청구권보다 우위에 두고 있으며, 피해자가 직접청구권을 행사할 경우 보험자는 이를 거부할 수도 없기 때문이다. 즉 이 경우 보험자는 채무불이행이라는 위법행위 상태에 놓이게 된다. 공단의 대위권 발생시점을 환자가 병원에서 최초로 치료한 시점으로 보는 대법원의 견해는 옳다 하더라도, 공단의 보험자대위권 집행단계에서도 이를 우선적으로 인정하는 대법원의 해석은 보험자와 피보험자 그리고 피해자에게 절대적으로 불리하고, 그간 대법원이 지지해 온 차액설의 입장과도 배치되며 특별한 법적 근거도 없는 무리한 해석이다. 구체적인 병원비와 공단이 병원에 지불해야 할 금액, 보험자가 지급해야 할 보험금액 및 손해배상액 등이 확정되지도 않은 상황에서는 구상금액도 확정될 수가 없다. 상황이 이러함에도 불구하고 공단에게 우선하여 대위권을 인정하는 법원의 태도는 납득하기 어렵다.

다. 사건

이 사건에서 공단의 보험급여 시점은 피해자가 의료기관에서 최초 진료를 받은 시점인 2018. 7. 31.이다. 대상사건의 대법원은 공단의 직접청구권 대위권은 보험급여

43) 김유성, “2024년 보험법 분야 판례 회고”, 「상사판례연구」 제38권 제1호, 한국상사판례학회, 2025, 114면.

44) 대법원 2019. 4. 23. 선고 2015다231504 판결 등. 대상판결에서도 이와 같은 입장을 취하고 있다.

시점이 보험자가 손해배상 의무를 이행한 시점보다 앞서 있다는 이유로, 피해자가 가해자에 대하여 가지고 있는 손해배상청구권보다 우선하여 권리를 행사할 수 있다고 보았다. 따라서 보험자가 공단의 보험급여 이후에 피해자에게 지급한 손해배상액은 공단에 대한 관계에서는 유효한 변제가 될 수 없게 된다. 보험자가 이러한 위험을 회피하기 위해서는 피해자가 요양을 완전히 마무리 한 이후에 진정한 권리자에게 손해배상액을 지급하여야 할 것이다.⁴⁵⁾ 이러한 판례의 입장에 대하여는 공보험의 특성상 피보험자의 이익보다는 보험재정의 건전성을 우선시하는 것으로서, 일응 타당하다고 보는 견해도 있다.⁴⁶⁾

그러나 직접청구권을 행사한 피해자에게 그 이행을 거절하는 것은 직접청구권의 우선권을 규정한 상법에 위배되며, 차액설과도 배치된다. 이러한 논리대로라면 공단이 보험급여 실시 이후에 가해자의 책임보험자가 자신의 보상한도액 전부를 피해자에게 지급하였더라도 이러한 변제는 공단과의 관계에서는 모두 부인당하게 된다. 그렇다면 본 사건에서 보험자는 공단의 대위권 행사가 있기 전까지 피해자의 손해배상요구를 거절하여야 한다는 이상하고 부당한 결론에 이르게 된다. 대법원이 이러한 판단을 한 근거는 아마도 공단의 대위권을 규정한 국민건강보험법 제58조가 상법과 달리 보험자대위에 대하여 별도로 제한하는 규정을 두고 있지 않기 때문인 것으로 추정해 볼 수 있다. 그러나 공단이 보험자의 권리를 부당하게 침해하면서까지 대위권을 행사하도록 허용하는 것은 채권자 평등의 원칙에 위배되고, 특별한 법적 근거도 없이 피해자의 권리를 제한하게 되므로 부당하다고 판단된다. 대상사건과는 무관하지만 일반적으로 책임보험의 보험자가 지급하는 손해배상액에는 병원비 외에도 국민건강보험의 보상 대상에서 제외되는 일일손해와 위자료 등이 포함되어 있을 수 있다. 그런데 대법원 판례의 논리대로라면 공단이 취득한 모든 치료비에 대하여 대위권을 우선적으로 인정하게 되는데, 이는 아무런 법적 근거도 없고, 보험목적물을 대상으로 산정하는 보험자대위권의 행사 범위를 벗어난 것이다.⁴⁷⁾

국민건강보험법상 공단의 대위권도 상법상 보험자대위의 성격을 가지는 것이므로, 구체적인 금액산정 이후에 그 행사 순위를 정하는 것에 대해서는 상법의 규정을 준용하고, 채권자 평등의 원칙에 따라 판단하여야 할 것이다. 따라서 이 사건에서와 같이 공단의 보험자대위권과 피해자의 직접청구권이 경합되는 경우에는 보험자가 피해자에게 손해배상액을 우선적으로 지급하였다면 보험자는 이로써 면책된다고 보는 것이 타당하다.

4. 상호보완적 관계를 판단하는 기준의 모호성

대상사건에서 대법원은 보험급여와 손해배상이 상호보완적 관계에 있어 보험급여의 실시로 가해자에 대한 손해배상채권이 전보되어 소멸될 수 있는 경우에만 공단의 보험자대위가 인정되어야 한다고 보았다. 결국 대법원은 보험자가 책임보험금 한도 내에서 피해자가 치료한 병원에 지불보증으로 지급한 치료비 29,001,610원은 공단의

45) 김유성, 앞의 논문, 114면.

46) 노태현, 앞의 논문, 109면.

47) 대법원 2019. 11. 14. 선고 2019다215432 판결; 대법원 2019. 11. 15. 선고 대법원 2019다215364 판결.

보험급여와 상호보완적 관계가 없다고 판단하였고, 이를 전제로 공단이 피해자를 대위하여 보험자에게 청구할 수 있는 구체적인 손해배상액은 834,020원으로 결정하였다.

대법원의 판단은 공제 후 과실상계 방식을 따르면서도, 공단의 급여 실시 이후에 이루어진 보험자의 손해배상이행을 부정하고 있다. 그러면서도 상호보완적 관계 이론을 적용함으로써 공단의 보험자대위권의 행사와 범위를 합리적으로 제한하고자 하였다. 대상판결의 논리에 따르면 공단이 보험자의 손해배상채무 이행과 피해자의 직접청구권 행사를 부당하게 침해하는 것을 제한하게 되므로, 이는 피해자의 권익보호와 손해의 공평한 분담의 견지에서 볼 때 일응 타당한 것으로 평가할 수 있다.

그러나 대법원은 “지불보증으로 지급한 치료비와 원고가 건강보험급여로 지급한 치료비는 상호보완적 관계에 있지 않다.”라고만 언급하였을 뿐, 상호보완적 관계를 부인한 구체적인 판단 이유는 제시하지 않았다. 이 사건 원심은 “교통사고라는 동일한 원인에 기하여 발생한 것인 이상 그 치료기간을 달리한다는 사정만으로 원고의 요양급여와 동일한 사유에 의한 손해배상채권이 아니라 볼 수 없다.”라고 판단하였는바, 오히려 상호보완적 관계를 인정한 원심의 판단이 더 설득력 있고 합리적인 것으로 보인다. 이 사건에서 피해자가 오랜 기간 동안 병원에서 치료를 받은 것은 결국 심각한 교통사고가 원인이 되었기 때문이다. 그럼에도 불구하고 대법원에서 특별한 이유도 제시하지 않은 채 상호보완적 관계를 부정한 것은 쉽게 납득이 가지 않는다.

추정컨대, 대법원이 상호보완적 관계를 부정한 근거로 보험자가 손해배상을 한 피해자의 치료와 공단의 급여를 실시한 치료가 서로 시기와 장소가 구분되어 있고, 보험자의 책임보험금 한도가 정해져 있는 상황에서 보험자는 자신의 책임보험금 한도 내에 있는 거의 모든 금액을 지급하였으므로 보험자는 더 이상 지급할 보험금(또는 손해배상금)이 남아 있지 않다는 점 등을 고려하였던 것으로 보인다. 그러나 이는 상호보완적 관계의 법리와는 다소 거리가 있다고 판단된다. 즉 이 경우는 공단의 보험급여의 실시로 가해자(보험자)에 대한 손해배상채권이 전보되어 소멸될 수 있는 경우는 아닌 것으로 보인다. 보험자가 그 전에 지불보증을 통해 손해배상의무를 이행한 시점에 공단의 손해배상채권은 소멸되었기 때문이다. 따라서 그 후에 이루어진 공단의 급부와 보험자의 책임보험금 한도를 초과한 부분에 대해서는 상호보완적 관계를 논할 수는 없다고 할 것이다.

5. 834,020원에 대한 의문

대상사건에서 상호보완적 관계를 인정하였다면, 그 이후 절차는 어떻게 되었을까? 원심과 같은 결론에 이르러 결국 공단은 구상액 전체를 보험자로부터 환수할 수 있었을 것이다. 그런데 대법원은 상호보완적 관계를 부정하면서 공단의 대위권 청구를 부정하였다. 대법원은 책임보험금 한도액인 30,000,000원에서 보험자가 지급한 치료비 29,001,610원과 공단이 이미 보험자로부터 지급받은 164,370원을 공제한 나머지 책임보험금 834,020원에 관하여, 공단이 피해자의 손해배상청구권을 대위하여 보험자에게 그 지급을 구할 수 있다고 보았다. 구체적인 산정방식은 아래와 같다.

공제 후 과실상계 방식에 따른 공단의 보험자대위 금액 = 48,567,300원

(상호보완적 관계가 부정되어 대위권 행사 불가)

⇓

30,000,000원(책임보험한도액) - 29,001,610원(치료비) + 164,370원(이미
보험자에게 받은 금액⁴⁸⁾) = 834,020원

법원이 이 사건에서 공단의 급여 지급 사유가 보험자의 보험금 지급사유와 동일한 손해배상채권이 아니라는 이유로 상호보완적 관계를 부정하였다면 당연히 공단의 직접청구권에 대한 대위권의 행사도 부정되어야 하는 것이 논리적으로 일관된 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 상호보완적 관계가 부정되면서도 공단의 대위권 행사를 일부 인정한 대법원의 판단은 다소 모순적이다. 판결문에서는 명확히 확인하기는 어렵지만 832,020원은 피해자가 보험자에게 직접청구권을 행사하여 받을 수 있는 돈으로 추정되는데, 만약 그렇다면 이를 공단이 가져감으로 인하여 피해자는 그 돈을 받지 못하는 피해를 입게 된다.⁴⁹⁾ 또한 피해자가 보험자에게 그 돈을 요구하였다면 보험자로서는 여기에 응하지 않을 수 없었을 것이고, 대법원의 논리대로라면 보험자의 변제는 잘못된 변제에 해당한다.

대상사건과 같이 피해자에게 발생한 실제 손해액이 건강보험급여로 전보되는 범위를 초과하는 경우 수급권자인 피해자가 공단으로부터 급여를 받고, 나머지 손해액의 범위 내에서는 직접청구권을 행사하여 손해배상을 받았다고 하더라도 이는 피해자가 정당하게 지급받아야 할 돈이고, 이 경우 피해자가 이중이득을 취하였다고 볼 수 없다.⁵⁰⁾ 피해자에게 지급한 치료비와 공단이 보험급여로 지급한 치료비 사이에는 상호보완적 관계가 부정되었음에도 불구하고 대법원의 모순된 판단은 다소 수긍하기 어렵다. 피해자에게 발생한 전체 손해배상액 중에서 보험자로부터 지급받는 손해액을 공제한 금액은 여전히 피보험자의 권리로 남게 되므로, 그것을 초과하는 금액의 청구권만이 공단이 보험자대위에 의하여 보험자에게 청구하여야 한다.⁵¹⁾ 따라서 책임보험금 834,020원은 여전히 피보험자가 지급받을 수 있는 권리이고, 피해자가 직접청구권을 행사하여 손해를 전보할 수 있는 돈으로 보아야 한다.

IV. 결론

대상판결은 공단이 불법행위 피해자에게 보험급여를 한 이후에 그 가해자나 보험

48) 보험자가 이미 지급한 164,370원은 어떠한 기준으로 산정한 것인지 이 사건을 통해서는 확인하기 어렵다. 다만, 보험자가 해당 금액은 공단의 급여와 상호보완적 관계가 있는 것으로 판단하여 자발적으로 지급했을 것으로 추정된다. 그 밖에 피해자에게 지급한 지불보증금 및 이 사건 대법원에서 지급을 명령한 834,020원에 대해서는 상호보완적 관계가 없는 것으로 판단하여 미지급한 것으로 보인다. 하지만 이는 판결문에 제시되지 않았고, 전적으로 필자의 추정일 뿐이다.

49) 장재용, 앞의 논문, 938면.

50) 부산지방법원 2015. 7. 17. 선고 2014나44717 판결.

51) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2012다27643 판결.

자를 상대로 대위권을 행사하는 경우, 그 범위와 제한을 다루고 있다. 대법원은 피해자가 치료한 시점과 병원이 각각 다르다는 이유로 보험자가 지급한 치료비와 공단이 보험급여로 지급한 치료비가 상호보완적 관계에 있지 않다고 보았다. 그 결과 대법원은 이를 근거로 보험자가 책임보험금으로 지급한 치료비(29,001,610원)는 공단이 피해자를 대위하여 청구하는 손해배상채권에서 공제되어야 한다고 결정하였다. 대법원의 판결은 보험자대위권의 행사와 범위에 대한 법리를 객관적이고 공정하게 해석한 것으로 평가할 수 있다. 또한 대상판결의 논리에 따르면 공단이 피해자의 손해배상청구권을 부당하게 침해하는 것을 제한할 수 있으므로 이는 피해자의 권익보호와 손해의 공평한 분담의 견지에서 볼 때 타당한 결론으로 판단된다.⁵²⁾

그러나 대법원은 일부보험에 있어 공단의 직접청구권에 대한 대위권은 상호보완적 관계를 전제로 보험급여 시점이 보험자가 손해배상 의무를 이행한 시점보다 앞서 있다면, 피해자가 가해자에 대하여 가지고 있는 피해자의 직접청구권보다 우선하여 권리를 행사할 수 있다고 보았다. 이는 법적 근거를 바탕으로 한 판단이 아니며, 오히려 현행 상법상 보험자대위의 취지와도 정면으로 배치된다. 채권자 평등의 원칙이나 피해자 보호의 견지에서 보더라도 이는 부당한 해석이다.

대법원은 “지불보증으로 지급한 치료비와 원고가 건강보험 보험급여로 지급한 치료비는 상호보완적 관계에 있지 않다.”는 이유로 보험자에 대한 공단의 보험자대위권 대부분을 인정하지 않았는데, 상호보완적 관계를 부인한 구체적인 판단 근거나 이유는 제시하지 않은 채로 과기자판 결정을 내렸는바, 이 또한 다소 부당한 해석으로 보이므로, 필자로서는 수긍하기 어렵다.

- **주제어:** 국민건강보험공단, 보험자대위권, 공제 후 과실상계, 상호보완적 관계, 책임보험금

52) 양희석, 앞의 논문, 323면.

[참고문헌]

<서적>

- 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001.
김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016.
박세민, 「보험법」 제6판, 박영사, 2021.
임용수, 「보험법」, 법률정보센터, 2006.
양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2004.
장덕조, 「보험법」 제5판, 법문사, 2020.
채이식, 「상법강의(하)」, 박영사, 2003.

<논문>

- 김유성, “2024년 보험법 분야 판례 회고”, 「상사판례연구」 제38권 제1호, 한국상사판례학회, 2025.
노태현, “인신사고로 인한 손해배상과 보험자의 대위권- 국민건강보험공단의 대위권을 중심으로”, 「의료법학」 제16권 제2호, 대한의료법학회, 2015.
양승규, “피보험자의 권리와 경합하는 경우 보험자대위권행사의 범위”, 「선진상사법률연구」 통권 제61호, 법무부, 2013.
양희석, “보험자 대위 및 국민건강보험공단의 대위권 인정범위에 대한 판례 연구 - 대법원 2021. 3. 18. 2018다287935 전원합의체 판결 -”, 「보험법연구」 제16권 제1호, 한국보험법학회, 2022.
이종구, “국민건강보험법 제58조 제1항에 의한 국민건강보험공단의 제3자에 대한 대위 범위”, 「법학논집」 제45권 제3호, 동국대학교 법학연구소, 2021.
이준교, “최근 법원 판례로 살펴본 화재보험과 재난배상책임보험 관련 쟁점 및 시사점-대법원2024. 7. 11. 선고2020다246913 판결 및 2022다252936 판결을 중심으로-”, 「손해보험」 673호, 대한손해보험협회, 2024. 12.
박성원, “국민건강보험공단의 대위권에 대한 절대적 우위를 인정한 대법원 2019. 4. 23. 선고 2015다231504 판결에 대한 비판”, 「보험법연구」 제14권 제1호, 한국보험법학회, 2020.
장재용, “국민건강보험법에 따른 보험급여를 받은 피해자가 가해자를 상대로 구할 수 있는 치료비 손해배상채권액의 범위”, 「사법」 제1권 제57호, 사법발전재단, 2021.

<기타>

- 건강보험공단 보도자료, “건강보험 4년 연속 당기수지 흑자 기록, 2024년도 준비금 역대 최대 약 30조 원 적립”, 2024. 1. 7.
국민건강보험공단 홈페이지 - 공시실.

[Abstract]

A Study on the National Health Insurance Corporation's Subrogation

- Supreme Court 2024. 11. 20. Sentence 2021DA220864 -

Jun, HanDeok*

Judgement in this case covered the scope and limitations of the case where the National Health Insurance Corporation exercises the right to indemnity against the perpetrator or insurer after the national health insurance benefit is paid to the victim of the illegal act. The Supreme Court found that the cost of treatment paid by the insurer and the cost of treatment paid by the corporation were not complementary because the time of treatment by the victim and the hospital were different. Based on this, the Supreme Court decided that most of the medical expenses paid by the insurer as liability claims should be deducted from the damages that the corporation claimed. The Supreme Court's ruling can be regarded as an objective and fair interpretation of the jurisprudence on the exercise and scope of the insurer's subrogation. In addition, it is judged to be a reasonable conclusion in terms of the protection of the rights and interests of the victims and the equitable sharing of damages. However, the Supreme Court ruled that the right of subrogation of the corporation takes precedence over the victim's direct claim because the time of insurance payment is ahead of the time when the insurer fulfills the obligation to compensate for damages. This is an unfair interpretation from the point of view of the principle of creditor equality or the protection of victims. In addition, the Supreme Court denied the complementary relationship between the medical expenses paid by the payment guarantee and the medical expenses paid by the plaintiff as health insurance benefits, and did not recognize most of the National Health Insurance Corporation's subrogation. Failure to provide specific grounds for judgment that denied complementary relationships raises some questions about the reliability of the ruling.

- **Key Words:** National Health Insurance Corporation, Subrogation of insurer, Applying the comparative negligence after making a deduction, Complementary relationship, Liability insurance money

* Professor of JeonJu University, Ph.D. in Law

누범 가중의 요건 및 집행유예의 결격 사유로서
‘금고 이상 선고형의 집행 기간’의 포섭 범위에 대한 비판적 검토
- 대법원 2025. 3. 27. 선고 2021도4355 판결에 착안하여 -

송진경*

논문요지

대법원은 형법 제35조 제1항의 누범 가중, 제62조 제1항의 집행유예 결격 사유의 적용 여부에 관한 판단에서 ‘징역형의 집행종료일’을 ‘형집행순서변경’에 따라서 피고인이 실제로 교도소에서 출소한 날이라고 보아야 한다고 판시하였다. 이처럼 ‘피고인이 실제로 교도소에서 출소한 날’을 기준으로 삼게 되면, 벌금이나 과료를 납부하지 못하여 환형처분으로 집행된 ‘노역장유치’기간이 포함되게 된다. 그러나 죄형법정주의의 유추해석금지의 원칙, 명확성의 원칙, 문언해석의 원칙, 형법 제정 당시 입법자의 의사 등에 비추어 볼 때 ‘금고 이상의 형의 선고’의 범위에는 ‘징역형’, ‘금고형’이 들어가는 것이지, 벌금이나 과료는 처음부터 들어갈 수 없다.

대법원의 해석처럼 처음부터 자유형이 선고되었던 경우 이외에 ‘벌금이나 과료’의 대체수단으로서 ‘노역장유치’를 포함시키게 되면 이는 해석에 의한 법창조 즉 입법행위와 마찬가지로 권력분립의 원칙에도 어긋난다.

대법원은 검사가 피고인의 요청에 의하여 형집행변경을 하였을 가능성이 있고, 검사의 형집행순서변경 처분이 ‘가석방의 전제조건’의 하나로서 ‘벌금이나 과료의 완납’을 충족시키기 위한 의도, 즉 ‘수형자의 이익’을 위한 것이므로 재량권의 남용이 아니라고 판단하였다. 그러나 검사의 ‘형집행변경처분’이 재량권의 남용인가에 대한 문제와 형법 제35조 제1항, 제62조 제1항에서 규정한 ‘금고 이상의 형의 선고’의 포섭 범위에 대한 해석의 문제는 서로 별개의 문제이다.

나아가서 향후 수형자의 노역장유치와 관련한 ‘형집행순서 변경처분’에 대한 동의나 신청 절차가 마련된다고 하더라도, 해당 동의나 신청의 효력범위는 가석방요건의 충족이라는 이익을 얻을 수 있는 반면, 총 구금일수가 일정 부분 증가하는 불이익이 초래될 수 있다는 것으로 한정된다. 요컨대 ‘형집행순서 변경처분’에 대한 수형자의 동의나 신청이 있다고 하여서, 형법 제35조 제1항, 제62조 제1항 단서에서 규정한 ‘금고 이상의 형의 선고’로부터 도출되는 해석의 범위가 달라질 수도 없다.

· 논문제출: 2025. 06. 24. · 심사개시: 2025. 07. 08. · 게재확정: 2025. 07. 22.

* 법학박사, 국립강릉원주대학교 강사, 동아대학교 법학연구소 특별연구원

[대상 판례] 대법원 2025. 3. 27. 선고 2021도4355 판결¹⁾

1. 사실관계

피고인은 2019. 9. 4. 22:40경 자신의 주거지에서 술을 마시다가 피해자 A와 시비가 되어 위험한 물건인 전자충격기로 A의 목과 허리부위에 충격을 가하고, 위험한 물건인 머그컵으로 피해자의 머리를 내리쳐 A의 정수리 부분이 약 2~3cm 찢어지는 치료일수 미상의 열상을 가하였다.

2. 소송의 경과

(1) 제1심법원의 판단

제1심법원은²⁾ 2020. 6. 17. 피고인에게 특수상해죄로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고하였다.

(2) 검사의 항소이유

가. 검사의 공소장변경

검사가 이에 불복하여 항소하였다. 검사는 항소심에서 공소장변경허가신청을 하였고 법원이 이를 허가하였다. 검사가 공소장변경허가신청을 한 내용을 자세히 보면, 적용법조에 형법 제35조 누범 가중 규정을 추가하고, 공소사실의 첫머리에 ‘피고인은 2014. 6. 12. 창원지방법원 통영지원에서 특수강도죄 등으로 징역 2년 6월을 선고받고 2016. 9. 16. 창원교도소에서 그 형의 집행을 종료하였다.’는 내용의 전과사실을 기재하였다.

검사는 ‘피고인이 2014. 6. 12. 특수강도죄 등으로 징역 2년 6개월을 선고받고 2016. 9. 16. 창원교도소에서 그 형의 집행을 종료한 후 3년이 지나기 전인 2019. 9. 4. 이 사건 범행을 저질렀으므로, 피고인에 대해서는 형법 제35조에 따라 누범가중을 한 범위 내에서 처단형을 정하여야 하고, 형법 제62조 제1항 단서에 의하여 집행유예를 선고할 수 없다고 주장하였다. 즉 검사는 원심인 제1심법원이 형법 제35조 누범가중, 제62조 제1항의 단서 집행유예 결정 사유를 적용하지 않은 것은 법리 오해라고 주장하였다.

나. 피고인의 전과 사실

피고인은 2014. 6. 12. 특수강도죄, 특수절도죄로 징역 2년 6개월(이하 ‘이 사건 징역형’으로 약칭)을 선고받았고, 이 판결은 2014. 9. 25. 확정되었다.

피고인은 2014. 4. 4. 폭행죄로 벌금 70만 원(이하 ‘이 사건 제1벌금형’)의 약식명령

1) 대법원 2025. 3. 27. 선고 2021도4355 판결 【특수상해】

2) 부산지방법원 동부지원 2020. 6. 17. 선고 2019고단2394 판결 【특수상해】

(부산지방법원 동부지원 2014고약941호), 2014. 4. 25. 도로교통법 위반(음주운전)죄로 벌금 200만 원(이하 ‘이 사건 제2벌금형’)의 약식명령(부산지방법원 동부지원 2014고약1091호)을 발령받고, 2014. 11. 13. 각각 정식재판을 청구하였다가 그 직후 취하함으로써 그 무렵 확정되었다.

피고인은 이 사건 징역형으로 복역하던 중 검사의 지휘에 의하여 2015. 3. 21.부터 2015. 4. 29.까지 40일(=200만 원/ 5만 원)간 이 사건 제2벌금형 미납에 따른 노역장유치의 집행을 받았고, 2015. 4. 30.부터 2015. 5. 12.까지 13일간 [(=70만 원/ 5만 원) - 미결구금일수 1일] 이 사건 제1벌금형 미납에 따른 노역장유치의 집행을 받았다. 그 사이에 이 사건 징역형의 집행은 정지되었다.

그 후 피고인에 대하여 2015. 5. 13.부터 이 사건 징역형의 잔여형 집행이 이루어졌고, 피고인은 2016. 9. 16. 창원교도소에서 출소하였다.

3. 항소심의 판단

항소심법원은³⁾ 해당 사안처럼 ‘자유형을 집행 중인 수형자에 대하여 그 자유형의 집행을 정지하고 노역장유치의 집행을 지휘할 경우’에는 수형자가 불이익을 입게 된다고 판시하였다. 해당 불이익은 첫째로 누범기간 및 집행유예 결격기간의 기산점이 되는 자유형의 집행종료일이 뒤로 늦춰지는 불이익, 둘째로 자유형의 경우 형법 제83조에 따라서 ‘연’, ‘월’단위로 형기를 산정하나 환형유치기간은 제70조, 제71조에 의하여 ‘일’단위로 산정하기에 실제 구금일수에 변동이 발생하여 총 구금일수가 늘어날 수 있는 불이익이라고 지적하였다.

따라서 항소심법원은 검사가 형집행순서 변경을 지휘하는 경우 수형자에게 위와 같은 불이익을 초래할 수 있으므로, 명시적인 법령의 근거가 있어야 하고, 수형자에게 그 불이익을 정확하게 고지하고 의견을 청취하는 등 적법한 절차에 따라 이루어져야 한다고 설시하였다.

결론적으로 항소심법원은 피고인이 검사의 형집행순서 변경 지휘에 따라, 이 사건 징역형과 각 벌금형의 집행(벌금 미납에 따른 환형유치)을 모두 마친 후 2016. 9. 16.에 출소하였다고 하더라도 이 사건 징역형의 집행은 최초 예정일이었던 2016. 7. 22.에 종료되었다고 보아야 한다고 판단하였다. 그러므로 피고인이 실제 출소일인 2016. 9. 16.로부터 3년이 지나기 전인 2019. 9. 4. 이 사건 범행(특수상해)을 저질렀다고 하더라도 이 사건 징역형의 집행종료일인 2019. 7. 22.로부터 이미 3년이 지났으므로 피고인이 형법 제35조의 누범에 해당한다거나 형법 제62조 제1항 단서의 집행유예 결격에 해당한다고 할 수 없다고 보았다. 그리하여 피고인에 대해 징역 8월에 집행유예 2년을 선고하였다.

이에 검사가 불복하여 상고하였다.

4. 대법원의 판단

대법원은 ‘형사소송법 제462조 본문은 형 집행 순서에 관하여 ‘중한 형 우선집행의

3) 부산지방법원 2021. 3. 25. 선고 2020노2029 판결 【특수상해】

원칙'을 선언하면서도 동시에 제462조 단서에서 '형 집행을 지휘하는 주체인 검사가 일정한 절차에 따라 형 집행의 순서를 변경할 수 있는 예외를 인정하고 있다고 판시하였다. 아울러 대법원은 "형 집행의 시작과 종료는 형법 제35조 제1항, 제62조 제1항에서 정한 누범기간이나 집행유예 결정기간의 계산, 형법 제80조에 따른 형의 시효 중단 등과 직접 관련이 있고, 자유형과 벌금형이 병과되어 선고된 수형자 등의 경우 형법 제72조 제2항에 따라 벌금의 완납 여부가 징역형이나 금고형에 대한 가석방 요건의 충족 여부를 좌우하므로, 형 집행의 순서와 그 변경은 수형자의 이해관계에 중대한 영향을 미치게 된다. 따라서 형사소송법 제462조 단서에 따른 검사의 형 집행의 순서 변경은 수형자의 이익을 위하여 가석방 요건을 조기에 갖추어 주려는 목적이란지, 자유형의 시효가 장기인 경우 그보다 가벼운 형인 벌금형의 노역장유치를 먼저 집행함으로써 벌금형의 시효를 중단시키려는 목적 등 형 집행의 적정성을 확보하기 위하여 이루어질 수 있다. 다만, 형사소송법 제462조 단서가 검사의 자의적인 형의 집행순서변경이나 그로 인하여 수형자의 이익이 부당하게 침해되는 결과를 허용하는 취지는 아니므로, 검사는 형의 집행순서변경 제도의 목적과 수형자의 기본권 보장의 이념을 염두에 두고 적정한 재량의 범위 내에서 형의 집행순서변경에 관한 권한을 행사하여야 한다."⁴⁾ 「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」 제39조 제1항 단서에서 '자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때'에는 자유형에 앞서 벌금형에 대한 노역장유치의 집행을 하기 위한 형의 집행순서변경을 제한하고 있는 것도 그러한 취지이다."라고 판시하였다.

이어서 대법원은 "형의 집행순서변경에 관한 검사의 지휘가 재량을 일탈·남용한 것으로서 위법한지 여부는 그 변경지휘가 있었을 당시를 기준으로 변경의 목적·동기·경위, 집행순서변경에 관한 수형자의 요청이나 동의가 있었는지 여부, 순서의 변경이 수형자에게 미칠 영향, 형의 시효진행 상황 등을 종합하여 판단하여야 한다. 이와 달리 형의 집행순서변경 후에 수형자가 새로운 범죄행위를 하였다는 등의 우연한 사정을 이유로 그러한 사정이 발생한 때를 기준으로 사후적인 관점에서 집행순서변경이 수형자에게 미친 영향의 유·불리를 평가하여 집행순서변경에 관한 지휘의 위법성을 판단할 수는 없다."라고 판단하였다.

결론적으로 대법원은 형법 제35조 제1항의 누범 가중, 제62조 제1항의 집행유예 결정 사유의 적용 여부에 관한 판단에서 이 사건 징역형의 집행종료일은 집행순서변경에 따라 피고인이 실제로 교도소에서 출소한 2016. 9. 16.이라고 보아야 한다고 판단하여 원심판결을 파기환송하였다.

I. 문제의 제기

형법 제35조는 누범의 요건으로 '금고 이상의 형을 선고받아 그 집행이 종료되거나 면제된 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 지은 범한 경우'라고 규정(동조 제1항)하고, '누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중'하도록 하고(동조 제2항) 있다. 형법 제62조 제1항 단서는 집행유예의 결정 사유로서 '금고 이상의 형

4) 강조를 위한 밑줄은 본고에서 함.

을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에
범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우’를 규정하고 있다.

요컨대 형법 제35조 제1항은 ‘누범 가중의 요건’중 하나로서, 형법 제62조 제1항
단서는 집행유예의 결격 사유에 해당하는 요건의 하나로서 ‘금고 이상의 형의 선고’
를 규정하고 있다.

그런데 대법원은 2025. 3. 27. 선고 2021도4355 판결에서 징역형이 집행되는 중에
벌금형에 대한 환형처분으로 노역장유치가 집행된 경우, 본래의 징역형의 종료 예정
일이 아니라 ‘실제 출소일을 기준’으로 ‘누범에 해당하는 기간 중이었는지 여부’와 ‘집
행유예의 결격 사유에 해당하는 기간 중이었는지 여부’를 판단하여야 한다고 판시하
였다. 다시 말해서 대법원은 누범 가중의 요건으로서 ‘금고 이상의 형의 선고’에 따
른 자유형의 집행 기간뿐만 아니라, 본래는 ‘금고 이상의 형’이 아니었던 ‘벌금형’을
대체하는 수단⁵⁾으로 집행된 ‘노역장유치에 소요된 기간’까지 포함시켜서 ‘누범 가중
기간’이나 ‘집행유예의 결격 사유에 해당하는 기간’이었는지를 판단하여야 한다는 것
이다.

그러므로 본고에서는 형법 제35조 제1항의 누범가중의 요건, 형법 제62조 제1항
단서의 집행유예의 결격 사유를 판단하는 하나의 기준으로써 ‘금고 이상의 형의 선
고’를 판단할 때 ‘노역장유치에 소요된 기간’을 포함시키는 해석은 죄형법정주의의
세부 원칙으로서 유추해석금지의 원칙, 명확성의 원칙 등에 비추어 볼 때 과연 허용
될 수 있는가에 대해서 검토해 보고자 한다. 이외에도 형사소송법 제462조는 ‘중형
선집행’의 원칙을 정하고 있으나, 동조 단서에서 검사가 소속 장관의 허가를 얻어 형
집행순서를 변경할 수 있도록 제한하고 있다. 형사소송법 제462조 단서를 적용하여
형의 집행순서변경을 검사가 지휘한 경우 해당 검사의 지휘가 재량을 일탈·남용한
것으로 위법한지 여부에 대한 판단이 형법 제35조 누범 가중의 요건, 형법 제62조
제1항의 집행유예의 결격 사유 판단에서 ‘금고 이상의 형의 선고’의 해석에 영향을
줄 수 있는가, 아니면 ‘형의 집행순서변경’에 대한 판단과 ‘금고 이상의 형의 선고’에
대한 해석은 서로 별개로 판단하여야 하는가에 대해서도 살펴보고자 한다. 나아가서
형집행순서의 변경 이전에 수형자에게 형집행순서 변경과 관련한 이익, 불이익에 대
한 충분한 설명을 토대로 하여 피고인이 형의 집행순서 변경에 동의한다고 하는 것
으로부터 형법 제35조 누범 가중, 제62조 제1항 단서의 집행유예 결격 사유의 판단
에서 ‘금고 이상의 형의 선고’라는 형법의 의미가 달라질 수 있는 것인가에 대해서도
밝혀보고자 한다.

5) 물론 노역장유치는 벌금의 납입을 대체하는 수단(대체수단)이면서 벌금의 납입을 강제하는
수단(압박수단)이기도 하다(강영철, “재산형<벌금>의 문제점과 노역장유치의 개선방안”,
「교정연구」 제40호, 한국교정학회, 2008.9., 18쪽). 다만 본고에서는 ‘벌금형’의 대체수단인
이라는 측면에 초점을 두고 논의를 전개하기로 한다.

II. 죄형법정주의에 비추어 본 ‘금고 이상의 형의 선고’의 포섭 범위

1. 죄형법정주의와 형법 해석의 원칙

(1) 문제의 제기

헌법 제12조 제1항이 규정하고 있는 죄형법정주의는 범죄와 형벌을 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로 명시하는 것을 핵심으로 한다.⁶⁾

형법 제35조 제1항은 “금고(禁錮) 이상의 형을 선고받아 그 집행이 종료되거나 면제된 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 지은 사람은 누범(累犯)으로 처벌한다.”라고 규정하고 있다. 형법 제35조 제1항이 누범 가중의 요건으로 설정하고 있는 ‘금고 이상의 선고형’은 ‘징역형’과 ‘금고형’을 선고받은 경우이다. 그러므로 금고보다 가벼운 형인 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료 또는 몰수에 해당하는 형을 선고받은 때에는 처음부터 누범관계가 성립하지 않는다.⁷⁾ 요컨대 금고 이상의 형을 선고받아야 하므로 벌금형을 선고받은 때에는 이로 인하여 대체자유형인 노역장유치가 집행되었다고 하더라도 누범가중사유가 되지 않는다.⁸⁾

형법 제62조 제1항은 “3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 다만, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다. 즉 형법 제62조 제1항 단서는 ‘금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우’를 집행유예의 결격사유로서 명시하고 있다. 여기에서 ‘금고 이상의 형’은 금고형, 징역형 그리고 사형을 말한다. 확정된 형이 자격정지, 벌금, 구류, 과료인 경우에는 결격사유가 되지 못한다.⁹⁾

그럼에도 대법원 2025. 3. 27. 선고 2021도4355 판결에서 대법원은 형법 제35조 제1항의 ‘누범가중’, 제62조 제1항 단서의 ‘집행유예의 결격 사유’를 판단함에 있어서 ‘노역장유치’의 집행 기간이 덧붙여져서 실제로 출소한 날을 기준으로 삼았다.

죄형법정주의는 형법의 대원칙이다. 바로 여기에서 근본적으로 제기되는 의문은 ‘벌금형’에 대한 환형처분으로서 ‘노역장유치’가 ‘금고 이상의 형의 선고’의 범위 속에 포섭된다고 하는 해석은 죄형법정주의의 세부 원칙으로서 명확성의 원칙, 유추해석금지 원칙에 비추어 볼 때 과연 허용될 수 있는가이다.

6) 김태명, 형법총론강의(제2판), 도서출판 정독, 2023, 6쪽; 신동운, 『형법총론』(제13판), 법문사, 2021, 25쪽 참조.

7) 김대휘, 『주석 형법』 제35조, 한국사법행정학회, 2020.3., 254쪽; 김태명, 위의 책, 493쪽 참조.

8) 김성돈, 『형법총론』(제7판), 성균관대학교 출판부, 2021, 841쪽; 김혜정·박미숙·안경옥·원혜옥·이인영 공저, 형법총론(제5판), 도서출판 정독, 2024, 507쪽; 이재상·장영민·강동범, 『형법총론』(제10판), 박영사, 2019, 623쪽.

9) 이주원, 『주석 형법』(제3판) 제62조, 한국사법행정학회, 2020.3., 530쪽 참조.

(2) 유추해석금지 및 명확성의 원칙에 대한 위반 문제

종래 대법원은 죄형법정주의의 파생 원칙으로서 유추해석금지의 의미에 대해 아래와 같이 판시한 바 있다.

“죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 죄와 형을 법률로 정할 것을 요구하고, 이로부터 파생된 유추해석금지의 원칙은 성문의 규정은 엄격히 해석되어야 한다는 전제 아래 피고인에게 불리하게 성문규정이 표현하는 본래의 의미와 다른 내용으로 유추해석함을 금지하고 있다.”¹⁰⁾

그럼에도 대법원은 대상 판례에서 형법 제35조 제1항의 누범가중, 제62조 제1항 단서의 집행유예의 결격 사유에서 규정하고 있는 ‘금고 이상의 형을 선고’받은 경우에 속하는 것은 ‘징역형’과 ‘금고형’인데, 벌금형의 환형처분으로서 ‘노역장유치’는 실제 집행에서 ‘징역형’의 형식을 취하므로 누범가중과 집행유예의 결격사유에 해당한다는 식으로 논리를 전개한 셈이다.

이러한 대법원의 해석 방식은 요컨대 노역장유치의 집행형식이 ‘징역형’과 유사하므로 ‘금고 이상의 형의 선고’라는 누범가중과 집행유예 결격사유를 이루는 요건 중 하나에 속한다고 유추해석하는 것이 된다.

더구나 형법은 제41조에서 형의 종류¹¹⁾, 제50조 제1항에서 형의 경중에 대해 규정하고 있는데,¹²⁾ 이를 참고하더라도 징역형, 금고형과 벌금형의 경중은 확연히 구별되는 것이다. 따라서 ‘금고 이상의 형의 선고’의 범위 속에 ‘벌금형의 대체형으로서 노역장유치’를 포함시키는 해석은 논리적·체계적으로도 납득하기 어렵다.

물론 노역장유치의 실제 집행의 형식이 ‘징역형’이므로 ‘노역장유치’를 집행하는 과정에서 ‘신체의 자유’에 대한 과도한 제한이 되지 않도록 하고 수형자의 인권을 보장하여야 한다. 이와 유사한 맥락에서 헌법재판소는 2014년 형법 제70조 제2항을 신설하여 ‘노역장유치의 하한을 중하게 변경’한 경우에 대해 ‘노역장유치는 벌금형에 부수적으로 부과되는 환형처분’이지만, ‘그 실질은 신체의 자유를 박탈하여 징역형과 유사한 형벌적 성격을 가지고 있으므로, 형벌불소급원칙의 적용대상이 된다.’¹³⁾고 판

10) 대법원 1992. 10. 13 선고 92도1428 전원합의체 판결 【강도치사, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도)】 (공1992, 3190)

11) 제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다.

1. 사형
2. 징역
3. 금고
4. 자격상실
5. 자격정지
6. 벌금
7. 구류
8. 과료
9. 몰수

12) 제50조(형의 경중) ① 형의 경중은 제41조 각 호의 순서에 따른다. 다만, 무기금고와 유기징역은 무기금고를 무거운 것으로 하고 유기금고의 장기가 유기징역의 장기를 초과하는 때에는 유기금고를 무거운 것으로 한다.

13) 헌법재판소 2017. 10. 26. 선고 2015헌바239, 2016헌바177(병합)결정 【형법 부칙 제2조 제

시한 바 있다.

헌법재판소의 판례에서도 확인하는 것처럼 노역장유치는 ‘벌금형’에 대한 ‘집행’방법으로 그 자체가 독립된 형벌은 아니고, 다만 벌금형에 부수적으로 부과되는 환형 처분이다. 따라서 ‘실제 집행’의 형태와 ‘벌금형’의 선고와 동시에 덧붙여진 벌금형의 ‘미납’이라는 전제조건이 충족된 경우에 집행되는 ‘노역장유치’를 마치 처음부터 ‘징역형’이 선고된 경우처럼 취급하여 누범가중이나 집행유예의 결정사유를 판단함에 있어서 ‘자유형이 집행된 기간’에 산입하는 것은 서로 다른 문제이므로 구별되어야 한다.

아울러 노역장유치는 형의 시효와 관련하여서도 ‘벌금형의 시효 완성’ 여부가 기준이 되는 것이고 노역장유치명령의 시효를 따로 떼어서 판단하는 것이 아니다.¹⁴⁾ 그러므로 노역장유치는 ‘벌금’에 대한 환형이므로 어디까지나 ‘벌금형’에 그 발단이 있다. 노역장유치의 본질이 ‘벌금’이라는 점은 대상 판결 중 ‘3. 대법원의 판단’ ‘다.’부분의 2)에서 “이 사건 변경지휘로 이 사건 징역형의 형기인 2년 6개월 중 422일이 경과한 후 징역형의 집행을 정지되고 이 사건 각 벌금형의 집행이 먼저 완료되었다.”라는 판시에서도 드러나고 있다. 여기에서 ‘각 벌금형의 집행’은 벌금의 미납에 따른 노역장유치를 의미한다.

무엇보다도 형법을 비롯한 법률은 재판규범이기도 하지만 그 이전에 모든 시민이 준수해야 하는 것이다. 일반 시민의 시선에서 ‘금고 이상의 형의 선고’라는 문언에서도 출되는 선고형의 범위는 ‘징역형’, ‘금고형’까지이다. 그럼에도 대법원은 벌금형이 선고되면서, 그와 동시에 노역장유치를 선고한 경우까지도 포함하는 것이라고 해석하였다. 이는 형법 제35조 제1항, 제62조 제1항의 법 문언의 표현인 ‘금고 이상의 형의 선고’라는 문언에서 명백하게 도출될 수 있는 범위를 넘어서는 것이다. 바로 위에서 지적한 것처럼 형법 제50조 제1항에서 규정하고 있는 형의 경중을 참고한다면, 재산형인 ‘벌금형’은 자유형에 속하는 ‘징역형’이나 ‘금고형’에 비해서 가벼운 것이고, ‘노역장유치’의 실제 ‘집행’이 징역형과 유사하다고 하더라도 이는 ‘벌금형’의 집행을 대체하는 수단으로 덧붙여진 것이다. 결국 해석에 의하여 ‘노역장유치’를 ‘금고 이상의 형의 선고’에 넣는 것은 일반 시민이 ‘예측가능한 범위’를 넘어서는 것이고 ‘명확성의 원칙’을 침해한다.

2. 책임주의의 관점에서 본 누범 가중 자체의 위헌성

책임주의는 책임의 한도에서 형벌을 과할 수 있다는 원칙이다.¹⁵⁾ 책임주의는 범죄

1항 위헌소원 등】(헌집29-2, 17) 참조. 해당 판결의 의미와 평가에 대해서는 양량해, “노역장유치기간의 변경과 형벌 불소급원칙” - 헌법재판소 2017. 10. 26. 선고 2015헌바239, 2016헌바177 결정 및 대법원 2018. 2. 13. 선고 2017도17809 판결 -, 「동북아법연구」 제16권 1호, 전북대학교 동북아법연구소, 2022.4., 317-318쪽 참조.

14) “노역장유치는 … 재산형의 환형처분에 불과하므로 시효의 대상이 되지 아니한다. 재산형인 벌금 또는 과료의 시효가 완성되면 그 벌금 또는 과료를 완납하지 않은 경우에도 노역장유치가 허용되지 않는데, 이는 재산형의 시효가 완성된 효과이지 노역장유치명령의 시효가 완성된 효과는 아니다.”라는 전승수, 『주석 형법』 제77조, 한국사법행정학회, 2020.3., 700쪽 참조.

15) 김성돈, 앞의 책, 369쪽; 김준성, “누범가중에 관한 입법론을 위한 새로운 해석론”, 「형사법연구」 제31권 1호, 한국형사법학회, 2019.3., 88쪽 및 90쪽; 김혜정·박미숙·안경옥·원혜옥·이인영 공저, 앞의 책, 230쪽; 신동운, 앞의 책, 844쪽;

‘행위’의 불법성의 정도에 비례하는 형사책임을 지는 것을 핵심으로 한다. 형법상의 책임은 개별적 행위책임¹⁶⁾이다.

형법이 누범을 가중 처벌하는 근거에 대해서는 ‘행위책임’의 가중이라고 보는 견해¹⁷⁾ ‘행위자’책임을 가중한 것이므로 ‘행위책임의 원칙’에 위배된다는 견해¹⁸⁾ 행위 책임이나 행위자책임에서 근거를 찾기보다는 누범의 어떤 부분에서 책임(즉 비난가능성)이 증대되는지 살펴보아야 한다는 견해¹⁹⁾ 등이 있다.

누범가중의 근거를 행위책임의 가중에서 찾는 견해는 예컨대 “전범에 대한 실행의 집행을 통하여 가시화된 형벌의 경고기능에도 불구하고 이를 극복할 정도의 강력한 범죄추진력을 가지고 범인이 후범을 범하였다는 점에서 행위책임의 증가를 포착할 수 있다.”²⁰⁾고 한다. 한편 백번양보하여 ‘전범에 대한 실행의 집행을 통하여 가시화된 형벌의 경고기능’에 대한 일종의 무시에서 누범가중의 정당성을 설명²¹⁾한다고 하여도, ‘실행의 집행’ 속에 포섭가능한 형벌의 범위는 ‘징역형’과 ‘금고형’이라고 할 수 있다. 따라서 벌금형에 대한 환형처분으로서 ‘노역장유치’를 누범 가중의 요건으로 삼을 수 없다.

아울러 전범에 대한 실행의 집행을 통하여 가시화된 형벌의 경고기능에 대해서 무시하고 후범을 저지른 것에서 누범가중의 근거를 찾는다면, 전범과 후범 사이에는

16) 요한네스 베셀스/ 허일태 譯, 『독일형법총론』 (전정판), 부산: 세종출판사, 1998, 198쪽.

17) 김준성, 앞의 논문, 90쪽; 김태명, 앞의 책, 497쪽; 김혜정·박미숙·안경옥·원혜옥·이인영 공저, 앞의 책, 503쪽; 신동운, 앞의 책, 867쪽; “누범을 가중처벌하는 이유는 범인이 전범에 대한 형벌에 의하여 주어진 기왕의 경고에 따르지 아니하고 다시 범죄를 저질렀다는 잘못된 범인의 생활태도 때문에 책임이 가중되고, 범인이 전범에 대한 형벌의 경고기능을 무시하고 다시 범죄를 저지름으로써 범죄추진력이 강화되었기 때문에 행위책임이 가중되며 나아가 재범예방이라는 형사정책적 목적을 달성하기 위한 것이라고 볼 수 있다.”는 현재 1995.2.23. 93헌바43 【형법 제35조 등 위헌소원】 (헌집7-1,222), 현재 2002.10.31. 2001헌바68 【폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제4항 위헌소원】 (헌집14-2,500), 현재 2008. 12. 26. 2005헌바16 【특정강력범죄의처벌에관한특별법 제3조 등 위헌소원】 (헌집 20-2, 564) 등 참조; 한편, 누범가중 폐지론의 가장 유력한 논거가 누범가중이 행위자 책임에 근거하고 있어 책임주의에 반한다는 점이기 때문에, 누범가중이 ‘행위책임에 입각해야 한다’는 ‘당위’를 통해 누범가중 규정을 ‘제한적으로 해석’함으로써 ‘책임주의와 조화’를 도모해야 한다는 견해로는 원형식, “상습범과 누범의 가중처벌의 문제”, 「형사법연구」 제225권 특집호, 한국형사법학회, 2004.12., 577쪽.

18) 같은 맥락에서 “누범가중규정은 형법의 행위책임원칙과 부합하기 어렵[다].”고 지적하는 견해로 윤동호, “누범과 상습범의 문제점과 개선방안”, 「형사정책연구」 제17권 4호, 한국형사법무정책연구원, 2006.12., 250쪽; “누범가중은 형법상의 행위책임원칙과 일치할 수 없으며 동 규정은 생활영위 책임이 형법 안에 투입된 규정으로 볼 수 있다. 따라서 누범에 대한 가중처벌의 근거로 제시된 증가된 불법의식과 그에 기초된 행위 책임은 현실적으로 보면 허구에 불과하고, 그 허구는 누범가중의 책임원칙 위반을 은폐하는 것으로 진단할 수 있다.”고 하는 이보영·송경석, “누범가중처벌은 책임원칙에 반하는지 여부”, 「법학연구」 제44집, 한국법학회, 2011.11., 278쪽; 그 외에도 “과연 경고를 무시했다고 해서 책임이 증가했다고 볼 수 있는지 의문이다. 또한 책임판단의 대상이 개별행위라면 누범의 행위 불법이 초범의 그것에 비해 과연 질적으로 그렇게 다를 수 있는지 오히려 행위자책임을 교묘히 행위책임으로 위장한 것은 아닌가 라는 의문이 생긴다.”라고 지적하는 견해로 안동준, “누범가중의 타당성과 실효성”, 「비교형사법연구」 제2호, 한국비교형사법학회, 2000.7., 94쪽 참조.

19) 김대성, “누범 규정에 대한 비판적 고찰”, 「법학논문집」 제40집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2016.4., 187쪽.

20) 김준성, 앞의 논문, 90쪽; 신동운, 앞의 책, 867쪽 및 현재 2002.10.31. 2001헌바68 【폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제4항 위헌소원】 (헌집14-2, 500) 참조.

21) 현재 2011.5.26. 2009헌바63등 【형법 제35조 위헌소원】 (헌집23-1, 160) 참조.

적어도 동일한 구성요건에 해당하는 행위라는 공통성은 있어야 할 것이다. 그러나 전범과 후범이 동일한 구성요건에 해당하는 행위라고 하더라도 이미 한번 처벌받은 행위인 전범을 기초로 후범에 대한 가중처벌의 근거로 삼은 것은 헌법상 일사부재리의 원칙에 비추어 볼 때 허용할 수 없다.

그런데 누범 가중처벌 규정은 ‘금고 이상의 형을 선고받아’ 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 ‘3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄’를 범한 경우를 요건으로 하고 있다. 즉 전범과 후범의 선고형이 금고 이상의 해당하는 죄이면 된다.²²⁾ 따라서 전범과 후범의 관련성은 ‘3년 이내’라고 설정된 ‘기간’요건과 전범과 후범의 처벌의 정도가 ‘금고 이상의 선고형’이라는 것에 있고, ‘금고 이상의 선고형’의 전제가 되는 범죄 ‘구성요건’ 자체를 이루는 요소에서 공통되는 부분은 오로지 행위주체(행위자) 외에는 없다. 다시 말해서 누범에서 문제되는 전범과 후범은 객관적 구성요건요소 중에서는 ‘행위자’만 동일할 뿐이다. 행위자를 제외하면 나머지 객관적 구성요건요소인 행위, 행위의 객체, (결과범의 경우) 행위의 결과, 주관적 구성요건요소인 고의, (예외적으로 과실범 처벌 규정이 있는 경우) 과실에서는 전범과 후범의 연결고리라고 할 수 있는 공통 요소를 찾기 어렵다. 그러므로 누범의 가중처벌 근거는 ‘행위자’책임을 가중한 것이라고 판단된다. 결국 누범에 대한 가중처벌은 행위형벌의 차원에서 볼 때 정당성을 가지기 어렵다.²³⁾

한편 형법총칙에 위치한 형법 제35조의 누범 가중 규정 이외에 형사특별법으로 분류되는 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」 제3조, 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의5 등에서는 행위자가 반복하여 범하는 범죄의 종류를 일정한 범위 내로 제한하기도 하고, 형법총칙의 누범 규정에 비해 별도로 더 무거운 가중형을 규정하기도 한다. 형사특별법상 누범 가중 규정은 행위자 이외에도 범죄 행위의 종류가 동일하나, 누범 자체가 이미 처벌받은 전범을 근본적인 요건으로 하여 후범을 가중 처벌한다는 점에서 헌법상 일사부재리의 원칙에 대한 위반이다.²⁴⁾ 형사특별법상 누범 가중 규정에 대한 자세한 논의는 지면의 한계가 있으므로 본고에는 형법총칙상 누범규정의 논의에 집중하기로 한다.

3. 입법자의 의사에 비추어 본 ‘금고 이상의 형의 선고’의 포섭 범위

위에서 살펴본 것처럼 누범 가중 규정은 죄형법정주의의 유추해석금지의 원칙, 명확성의 원칙, 행위책임의 원칙, 일사부재리 원칙의 차원에서 근본적으로 문제가 있다.²⁵⁾ 더구나 학계에서는 누범 가중 규정은 특히 ‘행위책임’ 원칙과 ‘책임주의’ 원칙

22) 후범의 요건인 ‘금고 이상의 형에 해당하는 죄’의 기준에 대해 법정형으로 해야 한다는 견해도 있으나, 통설·판례는 선고형을 기준으로 한다. 누범 가중은 위헌적 규정이므로 제한적으로 해석해야 하므로 선고형설이 타당하다. 같은 견해로 김성돈, 앞의 책, 841쪽; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 625쪽; 오영근, 『형법총론』(제3판), 박영사, 2014, 481쪽 참조.

23) 같은 맥락에서 “누범가중규정은 형법의 행위책임원칙과 부합하기 어렵[다].”고 지적하는 견해로 윤동호, 앞의 논문, 750쪽.

24) 같은 견해로 이보영·송경석, 앞의 논문, 278쪽.

25) “누범가중은 책임주의 원칙, 헌법상 일사부재리의 원칙, 평등원칙 및 비례원칙에 위배되는 것이라고 할 수 있다. … 누범가중규정은 마땅히 삭제해야 한다.”고 지적하는 견해로 오영근, 앞의 책, 485쪽. 누범에 대한 형의 가중은 헌법이 보장하고 있는 일사부재리의 원칙과 평등원칙에 반하여 ‘위헌’이라고 지적하는 견해로 이보영·송경석, 앞의 논문, 278-280쪽;

에 정면으로 반하기 때문에 형법 제35조 누범 규정 및 판결선고 후 누범 발각 시 처리에 관한 형법 제36조를 모두 삭제, 즉 폐지하자는 의견이 이미 다수를 이루었음을 아래와 같이 확인할 수 있다.

“일정한 요건만 충족되는 전과사실을 이유로 장기의 2배까지 가중하고 있는 누범가중규정에 대해서 이미 학계에서는 행위책임원칙에 반한다는 이유로 폐지 견해가 다수를 이루었다. … (중략) … 무엇보다도 과거에 죄를 범하였다는 이유만으로 가중하는 것은 행위책임원칙에 정면으로 반하는 것이기 때문에 폐지하는 것이 타당하다는 의견이 다수를 이루었다. … 이론적으로 책임주의원칙에 반한다는 의견이 우세하였[다.]”²⁶⁾

그럼에도 형법 제35조의 누범 가중 규정은 1953년 제정 형법 당시부터 있었고²⁷⁾, 2020년 한글 맞춤법에 따라서 약간의 수정을 거쳤으나, 현행 규정과 제정 당시의 규정은 큰 차이가 없이 여전히 아래와 같이 존재하고 있다.

형법 [법률 제293호, 1953. 제정]	형법 [법률 제17571호, 2020. 12. 일부 개정]
제35조(누범) ① 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다. ② 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다.	제35조(누범) ① 금고(禁錮) 이상의 형을 선고받아 그 집행이 종료되거나 면제된 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 지은 사람은 누범(累犯)으로 처벌한다. ② 누범의 형은 그 죄에 대하여 정한 형의 장기(長期)의 2배까지 가중한다.

비록 형법상 누범 가중 처벌 규정이 있다는 이유에서 해당 규정을 적용한다고 할 지라도, 명시적인 입법의 범위를 넘어서 해석에 의해 적용범위를 넓히는 것은 권력 분립의 차원에서도 문제가 있다. 다시 말해서 헌법은 국가권력을 입법, 사법, 행정으로 분산하도록 하여 권력분립의 원칙을 택하고 있다는 점에 비추어 볼 때, 해석에 의해 누범가중의 적용 범위를 확장시키는 것은 해석에 의한 입법 즉 법의 창조이기 때문이다.

그러므로 아래에서는 1953년 형법 제정 당시 ‘누범 가중 규정’과 관련한 입법자의 의사를 확인해 보기로 한다.

같은 취지에서 “전범에 대한 행위책임이 이미 부과되었음에도 불구하고 그것이 다시 후범 가중으로 연결되는 것은 후범에 대한 행위책임의 원칙에 반한다, 또 전판결에 의한 경고 기능을 무시한 것이 후범에 대한 행위책임의 가중사유가 된다고 할 수 있을지에 대해서도 의문이다. … 입법론상 누범가중규정은 …삭제하는 것이 타당하다.”라고 지적하는 견해로 김성돈, 앞의 책, 844쪽;

26) 2010년 8월 『형법 총칙 개정 공청회』, 법무부, 170쪽 참조.

27) 누범에 대한 형벌가중의 역사에 대해서는 송문호, “일제강점초기(1909~1919년)의 누범규정과 판례”, 「법사학연구」 제34호, 한국법사학회, 2006.10., 75-92쪽 참조.

(6) 누범에 대하여

“이에 대하여는 별로 문제되는 것이 없으나 현행 형법은 누범의 조건으로서 징역형을 받아서 그 집행을 종료한 것으로 되어 있으나(제56조 참조) 금고형(禁錮刑)도 그와 동양(同樣, 같은 모양)으로 취급하여야 할 것이다.”²⁸⁾

위의 자료에서 볼 수 있는 것처럼 입법자는 누범에 대해 ‘별로 문제되는 것이 없다.’고 설명하고 있으므로, 행위책임이나 책임주의 원칙, 일사부재리의 원칙 등의 관점에서 누범 가중 자체에 대해서 깊이 고민했다고 보기는 어렵다.²⁹⁾ 그러나 누범 가중의 범위와 관련한 입법자의 의사는 ‘징역형’과 ‘금고형’까지였다는 것이 확인된다.

4. 소결

결국 누범 가중의 핵심은 ‘행위자’책임이라고 판단되므로 책임주의, 헌법상 일사부재리의 원칙, 평등원칙³⁰⁾ 및 비례의 원칙(즉 과잉금지의 원칙)에 위배된다.³¹⁾ 누범의 위헌성에 비추어 볼 때 누범 가중 규정은 삭제하는 것이 타당하다.³²⁾ 현재 누범 규정이 여전히 존재하는 상황이라는 이유에서 해당 규정을 적용한다고 하더라도, ‘문언 해석’의 범위를 넘어서는 해석을 하여서는 안 된다. 왜냐하면 ‘문언 해석’의 원칙은 해석의 원칙 중 가장 기본적인 원칙이므로 - 누범 규정의 ‘삭제’ 필요성이 끊임없이 주장되고 있음을 차치하더라도 - 지켜야 하고, 문언의 가능한 범위를 넘어서는 해석은 죄형법정주의에 위배 되는 것이기 때문이다. 이는 동시에 사법부의 ‘법 해석’에 의한 ‘법의 창조’에 해당하고, 따라서 입법부의 입법권을 침해하는 것이 되어 권력분립의 원리에 비추어서도 허용될 수 없다.

그러므로 누범 가중, 집행유예의 결격 사유로서 ‘금고 이상의 형의 선고’를 받아 ‘집행을 종료한 날’은 ‘금고 이상의 선고형’을 기준으로 자유형의 집행을 종료된 날이라고 해석하여야 하고, 벌금형의 환형처분으로 노역장유치가 집행된 날은 제외하여

28) 엄상섭/신동운·허일태(편), “형법요강해설”, 『효당 엄상섭 형법논집』, 서울대학교 출판부, 2003, 52쪽 참조. 밑줄에 의한 강조는 본고에서 함.

29) 같은 맥락의 평가로 “형법제정시에도 누범규정에 대해서는 전범과 본범 사이의 간격이 5년에서 3년으로 줄었다는 점 이외에 다른 문제에 대해서는 전혀 이의가 없었다.”는 송문호, 앞의 논문, 94쪽의 각주 53번 참조.

30) 같은 취지에서 ‘경제적 불평등’으로 인한 ‘형벌의 불평등’을 지적하는 견해로 강영철, 앞의 논문, 22쪽 참조.

31) 같은 맥락에서 “동일한 범죄사실을 계기로 유사한 자유박탈 장치를 거듭 사용하는 지금의 입법태도는 헌법 제37조 제1항이 금지하는 과잉입법의 흠을 적지 않게 안고 있다. ... 입법론적으로 볼 때 누범가중 규정 ...을 삭제함으로써 우리 형법을 책임형법으로 순화하는 작업이 시급하다고 할 것이다.”라고 지적하는 신동운, 앞의 책, 870쪽; “동일의 범죄사실을 계기로 하여 유사한 자유 박탈 장치를 거듭하여 사용하는 입법 태도는 헌법 제37조 제2항이 금지하는 과잉입법의 흠과 헌법상의 평등원칙이나 비례원칙의 흠을 안고 있으며, 누범의 책임은 법정형의 범위 내에서 얼마든지 고려할 수 있다.”고 하는 문창위, “누범, 내지 상습범에 대한 형벌 가중체계의 위헌성에 관한 연구” - 도로교통법 제148조의2 제1항 위헌결정을 중심으로, 『형사법연구』 제34권 3호, 한국형사법학회, 2022.9., 153쪽 참조.

32) 누범가중 규정은 삭제·폐지하여야 한다는 견해로 김대성, “누범 규정에 대한 비판적 고찰”, 『법학논문집』 제40집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2016.4., 201쪽; 김성돈, 앞의 책, 844쪽; 문창위, 위의 논문, 153, 155쪽; 신동운, 앞의 책, 870쪽; 이보영·송경석, 앞의 논문, 272쪽 및 285쪽; 오영근, 앞의 책, 485쪽; 원형식, 앞의 논문, 585쪽 등 참조.

야 한다.

Ⅲ. ‘금고 이상의 선고형’의 ‘집행기간’에 대한 해석과 ‘형집행순서 변경처분’의 위법성 여부 판단의 구별 필요성

형사소송법 제462조는 ‘형 집행의 순서’에 관하여 “2 이상의 형을 집행하는 경우에 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료와 몰수 외에는 무거운 형을 먼저 집행한다. 다만, 검사는 소속 장관의 허가를 얻어 무거운 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 여기에서 본문에서 규정한 ‘중형선집행’의 원칙의 적용범위를 문언해석의 원칙에 따라서 파악해 보면, ‘자격정지, 자격상실, 벌금, 과료, 몰수’는 당연히 제외된다. 이들 형벌은 성질상 자유형 등 다른 종류의 형벌과 동시에 집행하는 것이 가능하기 때문이다. 따라서 형사소송법 제462조 본문의 ‘중형선집행’의 원칙이 적용범위에 속하는 형벌로는 ‘사형, 무기징역, 무기금고, 유기징역, 유기금고, 구류’가 있다. ‘노역장유치’의 경우에는 형사소송법 제492조에³³⁾ 따라서 형사소송법 제462조 단서를 준용하게³⁴⁾ 되므로 ‘형집행순서의 변경’이 가능하다고 해석된다.

검사의 ‘형집행순서의 변경처분 및 집행지휘’는 검사의 직무의 하나로서 검찰청법 제1항 제4호에서 규정하고 있는 ‘재판 집행 지휘·감독’이라고 파악된다. 아울러 검찰청법 제11조는 “검찰청의 사무에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다,”고 하고 있다. 이에 따라서 「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」은 자유형 등의 집행에 관한 사무의 방식과 절차를 정하고 있다.

「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」 제39조는 ‘형의 집행순서변경에 의한 노역장유치의 집행지휘’라는 표제 하에 제1항에서 “자유형과 벌금형이 병과 선고되거나 자유형의 집행 중 다른 범죄로 벌금형이 선고된 수형자에 관하여 검사가 노역장유치의 집행을 지휘하는 때에는 소속검찰청의 장의 허가를 받아 자유형의 집행을 정지하고, 먼저 노역장유치의 집행을 지휘하여야 한다. 다만, 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.³⁵⁾

형법 제78조 제6호에 따르면 ‘벌금형의 시효’는 벌금형을 선고하는 재판이 확정된 후 그 집행을 받지 아니하고 5년이 지나면 완성된다.³⁶⁾ 대상 판례의 사안에서 피고인은 2014. 6. 12. 특수강도죄, 특수절도죄로 징역 2년 6개월을 선고받았고, 위 판결은 2014. 9. 25. 그대로 확정되었다. 한편 피고인은 2014. 4. 4. 폭행죄로 벌금 70만원, 2014. 4. 25. 도로교통법위반(음주운전)죄로 벌금 200만원의 약식명령을 발령받았고, 2014. 11. 13. 각각 정식재판을 청구하였다가 그 직후 취하함으로써 위 약식명령이 확정되었다. 따라서 해당 사안에서 피고인에 대해 2년 6개월의 징역형을 먼저 집행

33) 형사소송법 제492조(노역장유치의 집행) 벌금 또는 과료를 완납하지 못한 자에 대한 노역장유치의 집행에는 형의 집행에 관한 규정을 준용한다.

34) 하태환, 『주석 형사소송법』(제6판) 제462조, 한국사법행정학회, 2022, 782쪽 참조.

35) 밑줄에 의한 강조는 본고에서 함.

36) 제78조(형의 시효의 기간) 시효는 형을 선고하는 재판이 확정된 후 그 집행을 받지 아니하고 다음 각 호의 구분에 따른 기간이 지나면 완성된다.

6. 5년 미만의 자격정지, 벌금, 몰수 또는 추징: 5년

하여도, 벌금형의 시효인 5년이 완성되지 않을 것임이 명백하다. 이에 대해서는 대법원도 “이 사건 변경지휘가 집행순서변경의 목적·동기·경위 측면에서 이 사건 각 벌금형의 시효 중단을 위한 것으로 보기 어렵기는 하지만”이라는 판시를 통해서 인정하고 있다.

다른 한편 검사가 형사소송법 제462조 단서를 적용하여 형집행순서를 변경하는 것은 ‘수형자의 이익을 위하여 가석방 요건을 조기에 갖추어 주려는 목적’에서 할 수도 있다. 다시 말해서 해당 사안에서 검사가 징역형의 집행을 정지하고 벌금형에 대한 ‘노역장유치’를 우선 집행하도록 ‘형집행순서 변경 지휘’를 한 이유는 ‘자유형과 벌금형이 병과된 수형자’의 경우 형법 제72조 제2항에 따라서 ‘벌금의 완납’이 ‘가석방 요건’의 하나로 요구되므로 수형자의 이익을 위하여 가석방 요건을 조기에 갖추어 주려는 목적이었다고 선해(善解)할 여지도 없지는 않다.

그런데 대상 판례에서 대법원은 “검사는 형의 집행순서변경 제도의 목적과 수형자의 기본권 보장의 이념을 염두에 두고 적절한 재량의 범위 내에서 형의 집행순서변경에 관한 권한을 행사하여야 한다.”고 하면서, 검사의 재량이 적절한 범위 내에서 행사된 것인지를 쟁점으로 삼았다. 이에 대해 대법원은 당해 사안에서 검사의 형 집행순서 변경지휘는 ‘형사소송법이 정한 바에 따라 검사의 적절한 재량의 범위 내에서 이루어진 것으로서 적법한 것으로 평가’할 수 있다고 판단하였다.

그러나 ‘형집행순서변경’과 관련한 처분에서 검사의 재량 행사가 적법한지, 아니면 재량의 범위나 한계를 일탈하거나 남용한 것으로 위법하거나 부당한지 여부에 관한 판단을 형법 제35조의 누범 가중의 요건, 제62조 제1항 단서의 집행유예의 결격 사유에 대한 해석의 문제와 결부시켜서는 안 된다. 왜냐하면 이미 앞서서도 검토한 것처럼 형법 제35조, 제62조 제1항에서 규정한 ‘금고 이상의 형의 선고’의 포섭 범위에 ‘노역장유치’가 들어갈 수 없는 것이므로, 해당 사안에서 대법원의 판단처럼 검사가 재량의 범위 내에서 ‘형집행순서변경처분’을 하여 자유형이 집행되던 중에 ‘노역장유치’가 집행되었다고 하더라도 본래 ‘자유형의 집행종료’가 예정되어 있던 날이 기준이 될 수밖에 없기 때문이다.³⁷⁾

요컨대, 검사가 ‘형집행순서변경처분’을 한 것이 재량권의 범위 내에서 이루어진 것인가에 대한 문제와 형법 제35조, 제62조 제1항 단서의 ‘금고 이상의 형의 선고’에 의해 자유형의 집행이 종료되거나 면제를 받은 시점에 대한 해석의 문제는 서로 법적 쟁점이 다르기에 구별해야 한다.

IV. ‘금고 이상의 선고형’의 ‘집행기간’에 대한 해석과 ‘형집행순서 변경’에 대한 피고인의 동의 여부와의 무관련성

대상 판례에서 대법원은 검사의 ‘형집행순서변경처분’의 위법성 여부를 판단하는 기준의 하나로 ‘집행순서의 변경에 관한 수형자의 요청이나 동의가 있었는지 여부’를 들면서, ‘이 사건 변경지휘는 검사의 직권에 의한 것이 아니라 피고인의 요청에 의한 것이었을 가능성을 배제할 수 없다.’고 판시하였다.³⁸⁾

37) 같은 취지에서 김태명, 앞의 책, 494쪽 참조.

자유형과 노역장유치의 집행 순서와 관련된 법률에는 형사소송법 제462조, 제492조, 법무부령인 「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」(이하 이 사건 ‘규칙’)이 있다. 이 외에 대검찰청 내부 지침으로 ‘형집행순서 변경 업무처리지침’(이하 이 사건 ‘지침’)이 있다.

이 사건 ‘지침’ 제3조는 ‘수형자 또는 그 가족 등이 검찰청에 직접 형집행순서 변경을 신청’하는 경우에 대해 ‘교정시설의 장’이 해당 형집행순서 변경을 관할 검찰청 검사에게 보낼지를 결정하고, 중국적으로 형집행순서 변경신청을 허가할지 여부는 관할 검찰청 검사가 결정하도록 하고 있다.³⁹⁾ 그러나 이 사건 ‘지침’은 내부 지침에 불과하므로 대외적 구속력이 없다. 더구나 이 사건 ‘지침’은 형사소송법을 비롯한 상위 법률이나 법규명령의 하나로서 적어도 대외적 구속력을 가지는 이 사건 ‘규칙’ 등에 의한 근거나 위임이 없는 내용을 임의로 정한 것이다.⁴⁰⁾

다른 한편 대법원은 형집행순서변경 지휘에 따라서 총 구금일수가 늘어난 것에 대해서는 아래와 같이 실시하였다.

“이 사건 변경지휘로 이 사건 각 벌금형에 관한 노역장유치가 먼저 집행됨에 따라 이 사건 징역형의 집행종료일이 늦추어지고 순서변경을 하지 않았을 때와

38) 밑줄로 강조한 것은 본고에서 함.

39) 대검찰청 「형집행순서 변경 업무처리지침」

3. 형집행순서 변경 신청

가. 교정시설의 장이 수형자에 대한 형집행순서 변경을 신청한 경우 그 허가여부는 관할 검찰청 검사가 결정한다.

나. 관할 검찰청 검사는 수형자 또는 그 가족 등이 검찰청에 직접 형집행순서 변경을 신청한 경우에는 제출된 신청서 및 그 밖의 서류를 수형자가 재소하고 있는 교정시설의 장에게 송부하여 교정시설의 장이 그 신청여부를 결정하도록 하여야 한다.

다. 수형자 또는 그 가족이 교정시설의 장에게 형집행순서 변경신청을 하였으나 이를 거부당하여 검찰청에 형집행순서 변경을 신청한 경우에는 관할 검찰청 검사가 직접 변경허가 여부를 결정한다.

라. 가. 및 다.항의 경우에 관할 검찰청이 아닌 검찰청에 형집행순서 변경신청이 된 경우에는 당해 검찰청 검사는 제출된 형집행순서 변경신청서 기타 서류를 관할 검찰청으로 송부하여야 한다.

... (중략) ...

6. 형집행순서변경 허가여부의 기준

가. 관할 검찰청 검사는 교정시설의 장으로부터 수형자에 대한 형집행순서 변경신청을 받은 경우에는 원칙적으로 이를 허가하는 결정을 하되, 다음 각호의 사유에 해당한다고 판단할 때에는 이를 허가하지 아니할 수 있다.

- (1) 집행 중인 형의 집행률이 형기의 1/3을 경과하지 아니한 경우
- (2) 재판 계속 중인 추가사건이 있는 경우
- (3) 최근 1년 동안 『형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률』에 의하여 금치 이상의 징벌을 받은 경우
- (4) 고액벌금미납자가 벌금 납부를 회피하기 위한 수단으로 악용하는 것으로 보이는 경우
- (5) 검사의 형집행순서변경 불허 결정 후 사정변경 없이 재신청하는 경우
- (6) 그 밖에 수형자가 범한 범죄의 내용이나 수형자의 수형태도, 가석방의 필요성 등을 고려하여 형집행순서를 변경하는 것이 부적절하다고 보이는 경우

나. 관할 검찰청 검사가 제3조 다.항에 의하여 직접 변경허가 여부를 결정할 경우에는 위 가.항 각호의 사유를 고려하여 그 허가 여부를 결정하되 필요한 경우 교정시설의 장의 의견을 들을 수 있다.

(김환권, “형집행 순서에 대한 소고”-자유형과 노역장유치의 집행 순서를 중심으로, 「고려법학」 제109호, 고려대학교 법학연구원, 2023. 6, 123-124면에서 재인용)

40) 같은 지적으로 김환권, 앞의 논문, 123쪽 및 138쪽 참조.

비교하여 징역형의 실제 구금일수가 수일의 범위에서 다소 달라질 가능성이 있기는 하다. 그러나 이는 역법체계에 따른 윤년의 도래, 연·월 단위로 형기를 계산하는 방식 등 제도가 예정한 범위 내의 결과로서 이 사건 변경지휘의 위법 여부의 판단과 관련이 있는 사정으로 보기 어렵다.”

위와 같은 대법원의 판시에는 가석방의 전제조건인 하나인 ‘벌금형’의 납입이라는 요건을 충족시키기 위한 방편으로 집행 중에 있던 자유형을 정지시키고 ‘벌금형을 대체’하기 위한 수단으로서 ‘노역장유치’를 먼저 집행한 후 자유형의 잔여 형기를 집행하는 경우에 총 구금일수가 늘어나는 측면에서는 수형자에게 불이익이 있으나, 가석방의 전제조건을 충족시킬 수 있다는 점에서는 이익이 되는 측면이 있다는 일종의 비교형량이 밑바탕에 있는 것으로 보인다.

하지만 이 사건 ‘규칙’이나 검사가 제시한 이 사건 ‘지침’ 등에는 수형자에게 형집행순서변경에 따른 불이익을 고지하고 의견을 청취하는 등의 절차가 제대로 마련되어 있지 않다. 다만 형사소송법 제489조⁴¹⁾에 따라서 검사의 집행에 관한 처분이 부당함을 이유로 법원에 이의신청을 할 수 있다. 하지만 수형자는 교정시설 밖의 일반인에 비해 상대적으로 변호인의 조력을 충분히 받기 어려운 상황에 있고, 형집행순서 변경에 따른 불이익을 제대로 고지받지 못한 상황에서 적시에 이의신청을 제기하는 것은 실제로는 불가능에 가깝다.⁴²⁾

그런데 ‘형집행순서’를 변경하여 벌금형에 대한 환형처분으로 ‘노역장유치’를 먼저 집행하는 경우에 발생하는 이익과 불이익, 즉 ‘벌금이나 과료의 완납’이라는 ‘가석방요건’중 하나의 충족이라는 ‘이익’이 있는 반면에 ‘노역장유치’는 ‘년·월’이 아니라 ‘일’로 계산되기에 총 구금일수가 연장될 수 있는 ‘불이익’이 있음을 충분히 설명하는 절차가 내부 지침이 아닌 대외적 구속력이 있는 법률 등으로 정비되면 문제가 해결되는 것인지 되짚어볼 필요가 있다.

다시 말해서, 여기에서 발생하는 가장 근본적인 의문은 ‘형집행순서변경’절차가 정비되고, 만약 ‘형집행순서 변경’에 대해 수형자가 동의하였다고 하더라도, 형법 제35조 제1항의 누범가중, 제62조 제1항 단서의 집행유예의 결격 사유와 관련된 ‘금고 이상의 형의 선고’의 해석 범위가 달라질 수 있는가이다. 아울러 ‘형집행순서변경’에 대한 피고인의 동의를 근거로 해결할 수 있는 범위는 어디까지로 한정될 수밖에 없는가에 대해서도 논의해 볼 필요가 있다.

생각건대 피고인이 형집행순서변경에 동의하였는가 여부를 가지고, ‘누범가중’의 요건이나 ‘집행유예 결격사유’의 요건과 관련된 ‘금고 이상의 형의 선고’의 범위 속에 노역장유치를 집행한 기간을 포함시키도록 하는 것은 타당하지 않다. 그 이유는 앞에서 살펴보본 것처럼 죄형법정주의의 명확성의 원칙, 유추해석금지의 원칙, 법 해석의 제1원칙으로 문언해석, 입법자의 의사 등에 근거할 때 애초에 형법 제35조 제1항이나 제62조 제1항 단서의 ‘금고 이상의 형의 선고’의 범위 속에 ‘노역장유치’가 포함될 수는 없기 때문이다.

41) 제489조(이의신청) 재판의 집행을 받은 자 또는 그 법정대리인이나 배우자는 집행에 관한 검사의 처분이 부당함을 이유로 재판을 선고한 법원에 이의신청을 할 수 있다.

42) 대법판례의 항소심판결인 부산지방법원 2021. 3. 25 선고 2020노2029 판결 【특수상해】(각공2021, 386) 및 김환권, 앞의 논문, 137-138쪽 참조.

대상 판례의 항소심법원에서도 판시한 것처럼 자유형을 집행 중인 수형자에 대하여 그 자유형의 집행을 정지하고 노역장유치를 집행한 후 다시금 자유형의 잔여 형기를 복역하게 할 경우 실제 구금일수에 변동이 생겨서 총 구금일수가 늘어날 수 있다. 그 이유는 자유형의 경우에는 형법 제83조에 따라서 ‘연, 월’ 단위로 형기를 산정함에 비해⁴³⁾, 환형유치 기간은 형법 제70조, 제71조에 의하여 ‘일’ 단위로 산정하도록⁴⁴⁾ 하고 있기 때문이다. 실제 해당 사건의 경우 징역형의 집행을 모두 종료한 후 각 벌금형의 미납에 따른 노역장유치를 집행할 경우 피고인은 총 965일간 구금될 예정이었으나, 검사의 형집행순서 변경지휘에 의하여 실제로는 총 968일간 구금됨으로써 3일간 구금일수가 늘어났다.

그렇다면 결국 수형자가 형집행순서 변경에 동의한 경우, 그 동의의 범위는 ‘가석방의 요건’ 중 하나인 ‘벌금이나 과료의 완납’이라는 효과를 얻는 대신 노역장유치를 ‘일’ 단위로 산정하게 되기에 발생하는 총 구금일수가 일정 기간 늘어나게 되는 부분에 한정되어야 한다.

요컨대, ‘형집행순서변경’에 대한 ‘피고인의 동의’가 있다고 하더라도, 이를 근거로 ‘금고 이상의 선고형’의 ‘집행 기간’에 대한 해석을 변경할 수는 없다.

V. 결론

대상 판례에서 대법원은 형법 제35조 제1항의 누범 가중, 제62조 제1항의 집행유예 결격 사유의 적용 여부에 관한 판단에서 ‘징역형의 집행종료일’을 ‘형집행순서변경’에 따라서 피고인이 실제로 교도소에서 출소한 날이라고 보아야 한다고 판시하였다.

이처럼 ‘피고인이 실제로 교도소에서 출소한 날’을 기준으로 삼게 되면, 벌금이나 과료를 납부하지 못하여 환형처분으로 집행된 ‘노역장유치’기간이 포함되게 된다.

앞에서도 살펴본 것처럼 형법 제35조 제1항의 누범가중, 형법 제62조 제1항 단서의 집행유예 결격사유가 되는 요건은 ‘금고 이상의 형의 선고’에 한정된다. 따라서 죄형법정주의의 명확성의 원칙, 유추해석금지의 원칙, 문언해석의 원칙, 형법 제정 당시 입법자의 의사 등에 비추어 볼 때 ‘금고 이상의 형의 선고’의 범위에는 ‘징역형’, ‘금고형’이 들어가는 것이지, 벌금이나 과료는 처음부터 들어갈 수 없다.

대법원의 해석처럼 처음부터 자유형이 선고되었던 경우 이외에 ‘벌금이나 과료’의 대체수단으로서 ‘노역장유치’를 포함시키게 되면 이는 해석에 의한 법창조 즉 입법행위와 마찬가지로 권력분립의 원칙에도 어긋난다.

43) 제83조(기간의 계산) 연(年) 또는 월(月)로 정한 기간은 연 또는 월 단위로 계산한다.

44) 제70조(노역장유치) ① 벌금이나 과료를 선고할 때에는 이를 납입하지 아니하는 경우의 노역장유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 한다.

② 선고하는 벌금이 1억원 이상 5억원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억원 이상 50억원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억원 이상인 경우에는 1천일 이상의 노역장유치기간을 정하여야 한다.

제71조(유치일수의 공제) 벌금이나 과료의 선고를 받은 사람이 그 금액의 일부를 납입한 경우에는 벌금 또는 과료액과 노역장유치기간의 일수(日數)에 비례하여 납입금액에 해당하는 일수를 뺀다.

대법원은 검사가 피고인의 요청에 의하여 형집행변경을 하였을 가능성이 있고, 검사의 형집행순서변경 처분이 가석방의 전제조건 중의 하나로서 ‘벌금이나 과료의 완납’을 충족시키기 위한 의도, 즉 ‘수형자의 이익’을 위한 것이므로 재량권의 남용이 아니라고 판단하였다. 그러나 검사의 ‘형집행변경처분’이 재량권의 남용인가에 대한 문제와 형법 제35조 제1항, 제62조 제1항에서 규정한 ‘금고 이상의 형의 선고’의 포섭 범위에 대한 해석의 문제는 서로 별개의 문제이다.

더구나 ‘형집행순서 변경 업무처리지침’은 대검찰청 내부 지침에 불과하므로 대외적 구속력이 없고, 형사소송법을 비롯한 상위 법률이나 법규명령의 하나로서 적어도 대외적 구속력을 가지는 「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」에 의한 근거나 위임이 없는 내용을 임의로 정한 것이다.

향후 수형자가 자유형을 집행하던 도중에 ‘노역장유치’를 집행하도록 하는 검사의 ‘형집행순서 변경처분’에 동의하거나 수형자나 가족이 ‘형집행 변경’을 신청하는 절차가 ‘대외적 구속력’ 있는 법률이나 명령의 형식으로 마련된다고 하더라도, 그 동의나 신청에 따른 법적 효과의 범위는 아래와 같은 ‘형집행순서변경’으로 인한 이익과 불이익에 한정되어야 한다.

즉 그것은 한편으로는 가석방의 전제조건 중의 하나로서 ‘벌금이나 과료의 완납’이라는 요건이 충족되어 ‘이익’이 되는 측면이 있으나, 다른 한편으로는 자유형의 기간이 ‘연·월’로 산정되는 것과 달리 ‘노역장유치’의 기간은 ‘일’로 산정되기에 ‘총 구금일수’가 일정 부분 늘어날 수 있는 ‘불이익’이 있다는 부분으로 한정되어야 한다. 왜냐하면 수형자의 노역장유치와 관련한 ‘형집행순서 변경처분’에 대한 동의나 신청이 있다고 하여서 형법 제35조 제1항, 제62조 제1항 단서에서 규정한 ‘금고 이상의 형의 선고’로부터 도출되는 해석의 범위가 달라질 수 없기 때문이다.

■ **주제어:** 죄형법정주의, 누범가중, 노역장유치, 형집행순서 변경, 자유형

[참고문헌]

<단행본>

- 김성돈, 『형법총론』(제7판), 성균관대학교 출판부, 2021.
김태명, 형법총론강의(제2판), 도서출판 정독, 2023.
김혜정·박미숙·안경옥·원혜옥·이인영 공저, 형법총론(제5판), 도서출판 정독, 2024.
신동운, 『형법총론』(제13판), 법문사, 2021.
이재상·장영민·강동범, 『형법총론』(제10판), 박영사, 2019.
오영근, 『형법총론』(제3판), 박영사, 2014.
신동운·허일태(편), 『효당 엄상섭 형법논집』, 서울대학교 출판부, 2003.

<주석서>

- 김대휘, 『주석 형법』(제3판) 제35조, 한국사법행정학회, 2020.3.
이주원, 『주석 형법』(제3판) 제62조, 한국사법행정학회, 2020.3.
전승수, 『주석 형법』(제3판) 제77조, 한국사법행정학회, 2020.3.
하태한, 『주석 형사소송법』(제6판) 제462조, 한국사법행정학회, 2022.10.

<논문>

- 강영철, “재산형<벌금>의 문제점과 노역장유치의 개선방안”, 「교정연구」 제40호, 한국교정학회, 2008.9., 7-34쪽.
김대성, “누범 규정에 대한 비판적 고찰”, 「법학논문집」 제40집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2016.4., 181-204쪽.
김준성, “누범가중에 관한 입법론을 위한 새로운 해석론”, 「형사법연구」 제31권 1호, 한국형사법학회, 2019.3., 87-110쪽.
김환권, “형집행 순서에 대한 소고” -자유형과 노역장유치의 집행 순서를 중심으로, 「고려법학」 제109호, 고려대학교 법학연구원, 2023.6., 113-167쪽.
문창위, “누범, 내지 상습범에 대한 형벌 가중체계의 위헌성에 관한 연구” - 도로교통법 제148조의2 제1항 위헌결정을 중심으로, 「형사법연구」 제34권 3호, 한국형사법학회, 2022.9., 139-160쪽.
송문호, “상습범 및 누범의 대책에 대한 문제점” -개별예방적 관점에서의 근본적 재검토-, 「형사법연구」 제16권, 한국형사법학회, 2001.12., 175-195쪽.
송문호, “일제강점초기(1909-1919년)의 누범규정과 판례”, 「법사학연구」 제34호, 한국법사학회, 2006.10., 73-96쪽.
안동준, “누범가중의 타당성과 실효성”, 「비교형사법연구」 제2호, 한국비교형사법학회, 2000.7., 69-94쪽.
원형식, “상습범과 누범의 가중처벌의 문제”, 「형사법연구」 제225권 특집호, 한국형사법학회, 2004.12., 566-585쪽.
이보영·송경석, “누범가중처벌은 책임원칙에 반하는지 여부”, 「법학연구」 제44집,

한국법학회, 2011.11., 265-288쪽.

윤동호, “누범과 상습범의 문제점과 개선방안”, 「형사정책연구」 제17권 4호, 한국형사법무정책연구원, 2006.12., 735-758쪽.

<자료집>

신동운(편), 형사법령제정자료집(1) 형법, 한국형사정책연구원, 1990.

2010년 8월 『형법 총칙 개정 공청회』, 법무부.

[Abstract]

**A critical study on ‘requirements for the aggravation of
repeated crime’ and ‘grounds for disqualification from
suspension of execution’ regarding the scope of the execution
period of ‘sentence of imprisonment without prison labor or
higher’**

Song, Jin-Kyung*

In determining whether Article 35(1) of the Criminal Code aggravates the offense and Article 62(1) disqualifies the defendant from probation, the Supreme Court ruled that the "date of completion of the sentence of imprisonment" should be considered as the date on which the defendant is actually released from prison due to a change in the order of execution of the sentence.

If the "date of the defendant's actual release from prison" is used as the benchmark, it would include the period of "lockup at workhouser" imposed as a penalty for failure to pay fines or minor fines.

However, in light of the principle of non-inferential interpretation of criminal statutory law, the principle of clarity, the principle of textual interpretation, and the intention of the legislator at the time of enactment of the Criminal Code, the scope of 'sentence of imprisonment without prison labor or more severe punishment' includes 'imprisonment' and 'imprisonment without prison labor', not fines or minor fines.

As the Supreme Court interpreted, the inclusion of "transportation to lockup at workhouser" as an alternative to "fine or minor fine" in cases other than those in which a free sentence was initially imposed would be tantamount to creating a law by interpretation, which is a legislative act, and thus violates the principle of separation of powers.

The Supreme Court held that the prosecutor's decision to change the order of execution of the sentence was not an abuse of discretion because the prosecutor may have made the change at the request of the defendant, and the change in the order of execution of the sentence was for the 'benefit of the prisoner', i.e. to fulfill the 'full payment of fine or minor fine' as one of the prerequisites for parole. However, the issue of whether the prosecutor's 'change of sentence' was an abuse of discretion and the interpretation of the scope of the 'sentence of

* Doctor of Laws, Lecturer at Gangneung-Wonju National University, Fellow at Law Research Institute in Dong-A University

imprisonment without prison labor or higher' stipulated in Articles 35(1) and 62(1) of the Criminal Code are separate issues.

Furthermore, even if a procedure is established for a prisoner's consent or application for a 'change in the order of execution of the sentence' in relation to the future placement of the prisoner in labor, the scope of the effect of such consent or application is limited to the benefit of fulfilling the parole requirements, while the disadvantage of a certain increase in the total number of days of detention may result. In short, the existence of a prisoner's consent or application for a 'change in the order of execution of the sentence' does not change the scope of interpretation derived from the 'sentence of imprisonment without prison labor or more than imprisonment without prison labor' stipulated in Articles 35(1) and 62(1) of the Criminal Code.

- **Key Words:** legality principle, aggravation of repeated crime, lockup at workhouse, order change of execution of penalty, imprisonment

기후변화 대응전략으로서의 금융규제에 관한 고찰

정완*

논문요지

기후변화는 현대사회가 직면한 가장 심각한 도전으로 경제, 환경, 사회 전반에 걸쳐 광범위한 영향을 미치고 있다. 이를 해결하기 위해서는 다양한 전략이 필요하며, 그중 금융 규제와 기술혁신은 매우 중요한 역할을 한다. 금융규제는 금융기관의 행동을 유도하고 기후리스크를 효과적으로 관리하며, 지속가능한 발전을 지원하는 필수도구로 작용한다. 기후리스크 공시의 의무화와 스트레스 테스트는 금융기관이 기후변화에 따른 물리적 전환리스크를 사전에 파악하고 대응할 수 있도록 돕는다. 또한 녹색금융활성화를 위한 인센티브와 ESG기준의 표준화는 친환경 투자를 촉진하며, 국제협력과 정책조화는 글로벌차원의 기후변화 대응을 강화한다.

기술혁신은 기후변화 완화에 핵심역할을 담당한다. 재생에너지기술 발전은 화석연료의존도를 줄이고 온실가스배출을 감소시키는데 기여하며, 에너지저장기술은 재생에너지의 간헐성 문제를 해결한다. 에너지효율성을 높이는 기술은 건물과 산업공정의 에너지소비를 줄이고, 탄소포집과 저장기술은 화석연료사용을 줄일 수 없는 산업분야에서의 탄소배출을 감소시킨다. 농업과 임업분야에서도 정밀농업기술과 산림관리기술을 통해 온실가스배출을 줄이고 탄소흡수능력을 강화할 수 있다.

이 논문은 금융규제와 기술혁신이 기후변화에 대응하기 위한 주요전략임을 강조하며, 이들이 저탄소경제로의 전환을 촉진하고 지속가능 발전을 도모하는데 어떻게 기여할 수 있는지 고찰한다. 금융규제는 기후리스크를 관리하고 투자자들이 기후변화에 대한 정보를 기반으로 의사결정을 내릴 수 있도록 하는데 중점을 둔다. 반면 기술혁신은 에너지생산과 소비, 산업공정, 농업 등 다양한 분야에서 기후변화 완화를 위한 솔루션을 제공한다.

요컨대 기후변화는 경제전반에 걸쳐 물리적 및 전환 리스크를 초래하므로 이를 효과적으로 관리하는 것이 지속가능한 경제발전을 위한 핵심과제이다. 금융규제와 기술혁신은 이러한 리스크를 관리하고 기후변화의 영향을 완화하는 중요한 역할을 하며, 이들의 효과적 실행은 정부의 정책지원, 민간부문 투자, 국제협력 등을 통해 가속화될 수 있다. 이러한 노력을 통해 금융시스템과 경제전반의 안정성을 강화하고, 미래세대에 지속가능한 환경을 제공하는데 기여할 수 있게 될 것이다.

· 논문제출: 2025. 06. 07. · 심사개시: 2025. 07. 08. · 게재확정: 2025. 07. 22.

* 경희대학교 법학전문대학원 교수

I. 서언

기후변화는 21세기의 가장 중대한 도전으로 지구상의 모든 생태계와 인류사회에 광범위한 영향을 미치고 있다. 기후변화의 영향은 자연재해의 빈도와 강도를 증가시키며 경제손실을 초래하고 사회불안을 가중시킨다. 특히 금융시스템은 이러한 변화에 민감하게 반응할 수밖에 없고, 기후변화에 따른 경제적 리스크는 금융시장의 안정성을 위협할 수 있다.¹⁾ 따라서 기후변화에 대응하기 위한 금융규제의 역할은 지속가능한 발전을 위한 필수요소로 대두되었다.

금융규제는 전통적으로 금융시장의 안정성과 소비자보호를 목적으로 하지만, 최근 들어 지속가능성과 관련된 새로운 목표를 포함하게 되었다. 이는 금융기관이 기후변화에 기인한 리스크를 관리하고, 친환경적이고 지속가능한 투자를 촉진하도록 유도하는 방향으로 변화하고 있음을 의미한다. 녹색금융의 발전은 이러한 변화의 핵심적 부분이며, 이는 금융시스템이 기후변화에 적응하고 이를 완화하는데 기여할 중요수단으로 간주된다. 녹색채권, 지속가능한 투자펀드, 그리고 ESG(환경, 사회, 지배구조) 기준 도입은 금융시장에서 이러한 변화를 촉진하는 중요 요소들이다.

기후변화와 관련된 금융리스크는 두 가지로 구분되는데, 기후변화로 인한 직접적 피해, 즉 자연재해나 기후 이상현상으로 인한 경제손실을 의미하는 물리적 리스크와, 저탄소경제로의 전환과정에서 발생할 수 있는 경제적·정치적 불확실성을 포함하는 전환리스크가 그것이다. 금융리스크는 금융기관의 자산가치에 직접적 영향을 미치므로 금융규제당국은 금융기관이 이러한 리스크를 적절히 평가하고 관리할 수 있도록 유도할 필요가 있다.

국제사회는 기후변화문제에 대응하기 위해 다양한 협약과 규제를 도입해 왔다. 파리협정은 각국의 온실가스배출 감축목표를 설정하고, 이를 달성하기 위한 노력을 강화할 것을 요구하고 있다.²⁾ 이러한 국제적 노력은 금융규제의 방향에도 큰 영향을 미쳐 각국은 이를 바탕으로 자국의 금융시스템이 기후변화에 대응할 수 있도록 정책조치를 강화하고 있다. 특히, 유럽연합은 지속가능한 금융을 촉진하기 위한 다양한 규제와 정책을 도입하여 글로벌금융시장에 선도적 역할을 하고 있다.

이 연구는 기후변화에 대응하기 위한 금융규제의 역할을 분석하고 지속가능한 발전을 위한 과제를 고찰하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 녹색금융의 발전현황과 과제를 살펴보고, 기후리스크 관리와 규제의 중요성을 논의한 후, 지속가능한 투자를 촉진하기 위한 정책방안을 제안하고자 한다. 또한 국제협력과 정책조화의 필요성을

1) 은행은 신용을 제공함으로써 이른바 기한의 이익을 제공하여 자금 측면에서 거래기업의 지속적 성장을 지원하는 역할을 해왔다. 은행이 책임있는 자금공급주체로서 기후변화대응을 통해 지속가능한 사회의 실현에 기여하기 위해서는 거래기업의 탄소중립전환과 기후변화 적응대책을 지원하는 것이 중요하다. 기후변화라는 글로벌과제가 은행경영에 미치는 기회와 위협에 대해 국제금융규제 등의 동향을 고려하여 검토하고 향후 은행과 정부가 취할 수 있는 대응방안을 제시한 글로 최용근, “기후변화 리스크가 금융산업에 미치는 영향” 지급결제학회지 제14권 2호 2022, 437-480쪽 참조.

2) 2015년 12월 프랑스 파리에서 개최된 제21차 유엔기후변화협약 당사국총회(COP21)에서는 모든 국가가 온실가스 감축의무를 부담하기로 하는 파리협정(Paris Agreement)이 채택되었다. 파리협정은 교토의정서(Kyoto Protocol)를 대체할 신(新)기후체제이며, 역사상 최초의 보편적 기후변화에 관한 협정으로써 모든 나라가 기후변화 대응을 위해 온실가스 감축노력을 기울이도록 규정하고 있다. 윤익준, “파리협정의 주요 쟁점 및 전망” 한양법학 제28권 2호 2017, 113 - 144쪽 참조.

강조하며, 신흥시장에서의 기후금융규제의 효과를 분석한다. 이를 통해 기후변화와 금융규제간 복잡한 상호작용을 이해하고, 지속가능한 금융시스템구축을 위한 실질적 제언을 도출하고자 한다.

II. 기후변화와 금융시스템 및 리스크관리

1. 기술혁신과 기후변화

진술한 바와 같이 기후변화는 세계가 직면한 가장 중대한 환경적·경제적 도전이며, 이를 완화하기 위해서는 다양한 전략이 필요하다. 그중에서도 기술혁신은 저탄소경제로의 전환과 기후변화의 영향을 줄이는 핵심역할을 한다. 기술혁신은 에너지생산과 소비, 산업공정, 운송 및 농업 등 여러 분야에서 기후변화 완화를 위한 새로운 솔루션을 제공할 수 있다.

첫째, 재생에너지기술 발전은 화석연료의존도를 줄이고 온실가스배출을 감소시키는데 중요한 기여를 하고 있다. 태양광, 풍력, 수력 등 재생에너지는 지속가능한 에너지원으로, 기술혁신을 통해 효율성과 경제성이 크게 개선되고 있다.³⁾

둘째, 에너지저장기술 발전은 재생에너지의 간헐성문제를 해결하는데 기여하고 있다.⁴⁾ 배터리기술 혁신은 에너지저장용량과 효율성을 높이고, 비용을 줄이는데 초점을 맞추고 있다. 특히 리튬이온배터리의 발전은 전기차 보급을 가속화하고, 스마트그리드 시스템과 결합하여 에너지사용의 효율성을 높이는데 기여하고 있다. 이는 재생 에너지의 활용도를 높이고, 에너지시스템의 안정성을 강화하는 중요한 역할을 한다.

셋째, 에너지효율성을 높이는 기술혁신은 기후변화 완화에 필수적이다. 건물, 산업 공정, 가전제품 등의 에너지효율성을 개선하는 기술은 에너지소비를 줄이고, 온실가스배출을 감소시키는데 기여한다.⁵⁾

넷째, 탄소포집 및 저장(CCS) 기술은 화석연료사용을 줄일 수 없는 산업분야에서의 탄소배출을 줄이는 중요한 역할을 한다. CCS 기술은 대기 중으로 배출되기 전의 이산화탄소를 포집하여 저장하거나 다른 용도로 활용할 수 있도록 한다. 이는 특히 철강, 시멘트, 화학산업 등에서의 탄소배출을 줄이는데 효과적이다. 기술혁신을 통해 CCS의 비용을 줄이고 효율성을 높이는 것이 기후변화 완화를 위한 중요과제가 되고

3) 예컨대 태양광패널의 효율성증대와 생산비용절감은 태양광발전을 보다 경쟁력있는 에너지원으로 만들고 있어 세계적으로 재생에너지 채택을 가속화하고 있다. 신재생에너지의 이용전반에 걸쳐 등장하는 다양한 지속가능성 이슈를 살펴보고 국내여건에 부합하는 기술개발 및 보급방안을 제시한 글로 김호석, “신재생에너지와 지속가능발전” 한국신재생에너지학회 학술대회논문집 제2007권 6호 2007, 747-752쪽 참조.

4) 신재생발전 확대를 먼저 경험한 주요국들은 국가별 전력산업 환경에 따라 발전, 계통 및 시장 측면의 다양한 대응방안을 추진하고 있다. 각국의 재생에너지 간헐성문제에의 대응방안을 살펴보면 공통적으로 발전측면에서 주요발전원의 유연성 향상, 전력계통측면에서는 인접국과의 연계확대 및 신재생발전 출력예측시스템의 성능향상, 전력시장측면에서 보조서비스시장의 강화 등에 주력하고 있다. 윤용호, “[해외전력산업동향] 주요국 신재생 간헐성 대응동향” 전기저널 제509호 2019, 29-36쪽 참조.

5) 예컨대 스마트빌딩기술은 에너지사용을 실시간으로 모니터링하고 최적화함으로써 에너지소비를 효율적으로 관리할 수 있도록 한다. 또한, 산업공정에서의 효율성개선은 생산성을 높이는 동시에 환경적 영향을 줄이는데 기여한다.

있다.

다섯째, 농업과 임업분야에서도 기술혁신이 기후변화 완화에 기여할 수 있다. 정밀 농업기술은 농작물생산성을 높이고 자원사용을 최적화함으로써 온실가스배출을 줄일 수 있다.⁶⁾ 또한, 산림관리기술은 숲의 탄소흡수능력을 강화하고, 산림파괴를 방지하는데 기여할 수 있다.

요컨대 기술혁신은 기후변화 완화를 위한 필수요소로 작용하며, 다양한 분야에서의 발전을 통해 온실가스배출을 줄이고 에너지시스템의 효율성을 높이며, 지속가능한 발전을 지원하고 있다. 이러한 기술혁신은 정부의 정책지원, 민간부문의 투자, 국제협력 등을 통해 가속화될 수 있으며, 이를 통해 저탄소경제로의 전환을 더욱 효과적으로 추진할 수 있다. 기술혁신을 통한 기후변화 완화는 미래세대에 지속가능한 환경을 제공하는 핵심역할을 할 것이다.

2. 기후변화와 금융시스템

기후변화는 금융시스템에 다양한 방식으로 영향을 미쳐 금융시장의 안정성과 지속가능성에 중대한 과제를 안겨준다. 기후변화로 인한 경제적·물리적 리스크는 금융기관의 자산가치와 투자 포트폴리오에 직접적 영향을 미칠 수 있어 금융시장의 전반적 안정성에 중요변수가 된다.

기후변화가 금융시스템에 미치는 영향을 이해하기 위해서는 먼저 물리적 리스크와 전환리스크를 고려해야 한다. 전술한 바와 같이, 물리적 리스크는 기후변화로 인한 직접적 환경변화, 즉 극단적 기상현상이나 자연재해로 인한 물리적 피해를 포함한다. 이러한 리스크는 보험사와 같은 금융기관에 큰 손실을 초래할 수 있으며, 자산가치 하락과 부채 증가로 이어질 수 있다. 예컨대 해수면 상승이나 빈번한 홍수는 부동산 가치에 직접적 영향을 미쳐 해당 자산을 담보로 한 대출의 리스크를 증가시킨다. 전환리스크는 저탄소경제로의 전환과정에서 발생할 수 있는 경제적·정치적 불확실성을 포함한다. 이는 새로운 규제도입, 기술혁신, 소비자 선호도 변화 등으로 인해 발생할 수 있으며, 기존의 화석연료 의존산업에 대한 투자리스크를 증가시킬 수 있다.⁷⁾

금융시스템은 이러한 리스크에 대응하기 위해 다양한 전략을 채택하고 있으며, 그 하나가 기후리스크를 고려한 투자 및 대출의사결정이다. 금융기관은 기후변화로 인한 리스크를 평가하고 이를 포트폴리오 관리에 반영함으로써 리스크를 최소화하고자 한다. 이는 기후변화 시나리오분석,⁸⁾ 스트레스테스트 등을 통해 가능하며, 이러한 접

6) 예컨대 드론과 센서를 활용한 작물관리, 자동화된 관개시스템 등은 물과 비료사용을 최소화하고 토양의 건강을 유지하는데 도움을 준다. 농업분야의 탄소저감방안에 관한 글로 임청룡·김세혁·안미란, “농업분야 탄소저감 방안 연구” 한국산학기술학회논문지 제24권 12호 2023, 811-818쪽 참조.

7) 예컨대 탄소배출을 줄이기 위한 강력한 정책이 도입될 경우, 화석연료산업에 대한 투자수익률은 급격히 감소할 수 있으며, 이는 금융기관의 포트폴리오에 영향을 미친다. 이산화탄소 배출을 방지하면 이상기후 사건으로 막대한 경제손실을 피할 수 없어 저탄소경제로의 전환을 위한 정책적 노력을 강화해야 하지만, 기후변화 완화정책의 급속한 도입은 기업에 경제비용을 유발하여 금융기관에 금융부실을 증가시키고 금융자산가격의 변동성을 확대시켜 경제금융시스템의 불안정요소로 작용할 수 있다. 장영민, “기후변화가 금융시스템에 미치는 영향과 금융자산의 기후위험 가격결정에 관한 문헌 연구” 한국재무학회 학술대회 제 2022권 11호 2022, 156-187쪽 참조.

8) 기후변화 시나리오는 온실가스, 에어로졸, 토지이용 변화 등 인위적 원인으로 발생한 복사

근법은 금융기관이 기후변화에 대한 적응력을 높이는데 기여한다.

또한 금융시스템은 기후변화대응을 위한 중요수단으로서 녹색금융의 발전을 촉진하고 있다. 녹색금융은 지속가능한 발전을 지원하는 금융상품과 서비스를 포함하며, 이는 녹색채권, 지속가능한 투자펀드, 그리고 ESG기준에 기반한 투자로 구체화된다.⁹⁾ 이러한 금융상품은 투자자들에게 환경적·사회적 가치를 제공함으로써 기후변화에 대한 대응을 더욱 촉진한다. 특히, 녹색채권은 환경프로젝트에 자금을 조달하는데 사용되어 저탄소경제로의 전환을 지원하는 중요도구로 간주된다.

기후변화와 관련된 금융리스크는 국가간 협력을 통해 더욱 효과적으로 관리될 수 있다. 국제금융 규제기구들은 기후변화에 따른 금융리스크를 평가하고 관리하기 위한 글로벌표준을 개발하여 각국의 금융규제당국이 자국의 금융시스템을 기후변화에 대비할 수 있도록 지원한다. 이러한 국제협력은 금융시장 간 조화를 이루고, 기후변화대응을 위한 글로벌차원의 노력을 강화하는 중요한 역할을 한다. 요컨대 기후변화는 금융시스템에 중대한 영향을 미쳐 금융기관이 자산가치보호와 리스크관리전략을 재고하도록 요구하고 있다. 녹색금융의 발전과 국제협력은 이러한 도전에 대한 대응책으로 지속가능한 금융시스템 구축에 기여할 수 있다. 금융기관은 기후변화에 따른 리스크를 보다 체계적으로 관리함으로써 경제전반의 지속가능성을 높여 기후변화에 대한 대응력을 강화할 수 있다.

이와 관련하여, 탄소국경세(CBAM)는 EU에서 도입하는 규제로, 수입제품의 탄소배출을 가격에 반영하여 자국내 기업과의 공정한 경쟁을 보장하고 세계적으로 탄소배출 감축을 촉진하는 것을 목적으로 하며, 철강, 알루미늄, 시멘트, 비료, 전기 등 탄소집약 산업이 주 대상이며, 이는 우리나라 주요 수출산업에 해당한다.

탄소국경세 도입이 금융관련 규제 및 기업에 미치는 영향으로는 첫째, 탄소국경세 도입으로 인해 수출기업은 추가비용을 부담하게 되며, 이는 기업의 수익성 및 재무건전성에 직접적인 영향을 미칠 수 있다. 둘째, 금융기관은 CBAM으로 인해 영향을 받는 기업의 재무상태를 재평가하고, 대출 및 투자 포트폴리오를 조정해야 할 필요가 있다. 이는 금융기관의 리스크관리 전략에 변화를 요구할 수 있다. 셋째, CBAM은 기업으로 하여금 탄소배출을 줄이기 위한 기술혁신 및 친환경 프로젝트에 대한 투자를 촉진할 수 있으며, 이는 녹색금융 상품의 수요증가로 이어질 수 있다.

이에 대한 정책적 대응방안으로 정부는 CBAM에 대한 대응전략을 마련하여 기업의 부담을 완화하고, 국제경쟁력을 유지할 수 있도록 지원해야 한다. 예를 들어, 탄

강제력 변화를 지구시스템 모델에 적용하여 산출한 미래 기후전망정보(기온, 강수량, 바람, 습도 등)이다. 기후변화 시나리오는 미래에 기후변화로 인한 영향을 평가하고 피해를 최소화하는데 활용할 수 있는 선제적 정보로 활용되며, 한반도 지역별 상세기후변화 전망은 지자체별 기후변화 대응과 적응대책 수립을 위한 필수적 정보이다. 이재경·김영오, “기후변화 표준 시나리오선정에 관한 연구” 한국기후변화학회지 제1권 1호 2010, 59-73쪽 참조. 이와 관련하여 국내 금융권의 기후리스크 측정을 위한 시나리오를 도출하기 위해 GDP 영향을 중심으로 탄소중립 정책의 경제적 효과를 추정한 글로 김도원·박원빈·황재학, “기후리스크 시나리오 도출을 위한 탄소중립의 경제적 효과에 관한 연구” 금융감독연구 제9권 2호 2022, 99-140쪽 참조.

9) 최근 국내외적으로 녹색금융이 큰 주목을 받고 있는데, 이는 경제활동 전반에 걸쳐 자원과 에너지효율을 높이고 환경을 개선하는 상품과 서비스 생산에 자금을 공급하여 국가전체의 녹색성장을 이룰 수 있도록 유도하고, 환경을 파괴하는 활동에 대해서는 자금공급을 차단할 수 있는 금융체계를 지칭한다. 박재하·임대웅, “역동적 혁신경제를 위한 녹색금융 추진 방안” 금융연구 working paper 제2022권 5호 2022, 1-68쪽 참조.

소배출 감축기술 개발에 대한 지원이나 세제혜택을 제공할 수 있다. 아울러, CBAM은 국제무역에 큰 영향을 미칠 수 있으므로 우리나라는 주요 교역국과의 협력을 강화하여 탄소배출 감축노력을 조율하고, CBAM의 글로벌확산에 대비해야 한다.

아울러, 기후관련 재무공시 태스크포스(TCFD)의 주요 쟁점과 이슈를 살펴보면, TCFD는 기후변화가 금융시스템에 미치는 리스크와 기회를 이해하고 대응하기 위한 가이드라인을 제공한다. 기업의 기후관련 재무정보의 투명성과 비교가능성은 투자자들이 기후리스크를 평가하고 지속가능한 투자를 결정하는데 필수적이며, 금융기관과 기업이 기후리스크를 체계적으로 평가하고 관리할 수 있도록 돕는다. TCFD 권고안은 거버넌스, 전략, 리스크관리, 지표 및 목표를 포함하며, 이는 기후관련 리스크와 기회에 대한 이사회 및 경영진의 감독역할을 명확히 하고, 기후변화가 기업의 사업, 전략, 재무 계획에 미치는 영향을 공개하도록 요구한다. 주요 쟁점으로는 기후관련 정보의 표준화된 공개방식이 부족하여 기업간 비교가 어렵고, 기후관련 데이터의 신뢰성에 대한 우려가 있다. 이는 기업이 제공하는 정보의 정확성과 일관성에 영향을 미친다. 일부국가에서는 TCFD 권고안을 법적 요구사항으로 채택하려는 움직임이 있으며, 이는 기업에 추가적 규제압박을 가할 수 있다. 또한, 기업간 TCFD 권고안 채택 및 실행 수준의 차이가 커서 정보의 일관성과 질이 달라질 수도 있다.

향후 발전 방향으로서는 국제기구와 협력하여 기후관련 재무정보 공개의 글로벌표준을 개발하고, 이를 통해 기업간 비교가능성을 높일 필요가 있다. 기업이 TCFD 권고안을 효과적으로 채택하고 실행할 수 있도록 지원하는 교육과 훈련프로그램의 확대가 필요하다. 또한, 데이터분석 및 AI기술을 활용하여 기후관련 리스크 평가 및 공시의 정확성을 높일 수 있다.

한편, 2022년 환경산업기술원이 발간한 한국형 녹색채권 가이드라인은 국내 녹색채권시장의 투명성과 신뢰성을 높이기 위해 마련되었다. 이는 기후변화 대응을 위한 자금조달의 중요성을 반영하며, 적격프로젝트 기준, 투명성 및 보고 요구사항, 외부검증의 중요성을 포함한다. 녹색채권으로 조달된 자금은 재생에너지, 에너지 효율화, 오염방지 및 관리, 지속가능한 수자원 관리 등 환경개선에 기여하는 프로젝트에 사용해야 하며, 발행자는 자금 사용내역과 환경적 성과를 정기적으로 보고해야 한다. 이는 투자자들이 자금이 적절히 사용되고 있는지를 확인할 수 있도록 한다. 또, 녹색채권의 신뢰성을 높이기 위해 외부기관에 의한 검증을 권장하며, 이는 채권의 환경적 기여도를 객관적으로 평가하는 데 도움이 된다.

아울러, 한국형 녹색채권 가이드라인이 국제 녹색채권 기준과 어떻게 조화를 이루는지 검토할 필요가 있으며, 이는 글로벌 투자자들이 한국시장에 참여하는데 긍정적인 영향을 미칠 수 있다. 녹색채권 발행을 촉진하기 위한 인센티브 제공, 예컨대 세제혜택이나 금리우대 등을 고려할 수 있다. 발행자와 투자자 모두를 대상으로 한 교육프로그램을 통해 녹색채권의 가치와 중요성을 널리 알릴 필요가 있다.

그밖에, 기후위기는 농어업보험 및 재해보험과 같은 보험상품의 중요성을 더욱 부각시키고 있다. 이러한 보험상품은 기후변화로 인한 리스크를 관리하는 중요한 역할을 한다. 기후위기로 인한 리스크확대에 따라 보험의 운영주체, 요율, 적용기준 등에 대한 법률상 체계검토가 필요한바, 정책성 보험은 정부가 주도하여 기후관련 리스크를 완화하고, 농어업 종사자 및 재해 피해자들의 경제적 안정을 지원하는 역할을 한다. 운영주체는 정부 및 관련기관이 될 수 있으며, 이들은 보험상품 개발 및 운영에

있어 주도적 역할을 한다. 효율 및 적용기준은 기후변화로 인한 리스크 증가를 반영하여 조정될 필요가 있는데 이는 보험의 지속가능성을 확보하고, 보험가입자에게 합리적 조건을 제공하기 위함이다. 관련 법률과 정책은 이러한 보험상품의 운영을 지원하고, 기후변화에 따른 새로운 리스크에 대응할 수 있도록 지속적으로 개정되고 강화되어야 하며, 이를 통해 기후위기에 대응하는 보험상품의 효과성을 높이고, 피해자들의 회복을 지원할 수 있다.

3. 기후리스크 관리와 규제

기후변화는 경제전반에 다양한 리스크를 초래하는 심각한 자연현상이다. 이러한 리스크는 금융시스템과 경제전반에 중대한 영향을 미치므로 이를 효과적으로 관리하는 것이 지속가능한 경제발전을 위한 필수적 과제이다. 기후변화로 인해 발생하는 자연재해, 기상이변, 해수면 상승 등과 같은 물리적 현상으로 인해 발생하는 물리적 리스크는 자산손실, 공급망중단, 생산성저하 등을 초래할 수 있어 경제활동에 직접적 영향을 미치며,¹⁰⁾ 저탄소경제로의 전환과정에서 발생하는 전환리스크는 정책변화, 기술혁신, 시장변화 등으로 인해 발생할 수 있다.¹¹⁾

기후변화와 관련된 리스크를 효과적으로 관리하기 위해서는 금융기관과 기업이 기후리스크를 평가하고 이를 경영전략에 반영하는 것이 중요하다. 이를 위해 기후리스크 평가모델을 개발하고 스트레스 테스트를 통해 다양한 기후변화 시나리오하에서의 재무영향을 분석해야 한다. 이러한 분석은 기업이 기후변화로 인한 잠재적 손실을 사전에 파악하고, 이에 대한 대응전략을 수립하는데 도움을 줄 수 있다. 또한 기후리스크 관리를 위한 공시와 투명성강화가 필요하다. 금융기관과 기업은 기후리스크에 대한 정보를 투명하게 공개하여 투자자들이 이를 기반으로 의사결정을 내릴 수 있도록 해야 한다. 이는 투자자들이 기후변화에 대한 리스크를 보다 명확하게 이해하고 지속가능한 투자결정을 내리는 중요한 역할을 한다. 아울러, 기후리스크 관리를 위한 또다른 중요한 요소는 국제협력과 정책조화이다. 기후변화는 글로벌문제이므로 각국의 정책과 규제가 조화롭게 운영되어야 한다. 국제협력을 통해 기후리스크 관리의 모범사례를 공유하고, 글로벌차원의 대응전략을 수립할 수 있다. 이는 특히 다국적기업과 금융기관이 다양한 국가의 규제환경에서 일관된 기후리스크 관리전략을 수립하는데 도움을 줄 수 있다. 요컨대, 기후변화는 경제전반에 걸쳐 물리적 리스크와 전환리스크를 초래하므로 이를 효과적으로 관리하는 것이 지속가능한 경제발전을 위한 핵심과제이다. 기후리스크 평가와 스트레스 테스트, 공시와 투명성강화, 국제협력과 정책조화 등을 통해 기후변화에 대한 리스크를 효과적으로 관리할 수 있으므로 이러

10) 예컨대, 태풍, 홍수, 가뭄 등은 농업생산성을 저하시킬 수 있어 식량가격의 변동성과 경제불안을 초래할 수 있다. 또한 해수면상승은 해안지역의 자산가치를 하락시키고 인프라에 대한 손상을 초래할 수 있다. 이와 같이 기후변화가 촉발한 기상관련 재난들이 금융 또는 경제에 미치는 손실을 물리적 리스크라고 부른다. 남영진, “물리적 리스크로 인한 경제적 충격에 대한 고찰” 지속가능경영연구학회지 제8권 2호 2024, 37-52쪽 참조.

11) 예컨대 탄소배출감축을 위한 정책이 강화되면 화석연료산업에 대한 투자가 줄어들고 이로 인해 해당산업의 자산가치가 하락할 수 있다. 또한 재생에너지기술의 발전은 기존 에너지산업에 구조적 변화를 초래할 수 있어 경제전반에 걸쳐 광범위한 영향을 미칠 수 있다. 김재윤·박혜진, “산업 연관관계를 통한 기후변화 전환리스크의 파급영향” 경제학연구 제72권 3호 2024, 113-142쪽 참조.

한 노력을 통해 금융시스템과 경제전반의 안정성을 강화하고 지속가능한 발전을 도모할 수 있을 것이다.

기후변화는 세계적으로 다양한 경제적·환경적 리스크를 초래하여 금융시스템에 중대한 영향을 미친다. 이 기후리스크를 효과적으로 관리하고 규제하는 것은 금융기관의 안정성과 지속가능성을 보장하는데 핵심적이다. 기후리스크 관리는 금융기관이 기후변화에 따른 불확실성을 최소화하고 저탄소경제로의 전환을 촉진하는 중요한 역할을 한다. 전술한 바와 같이, 기후리스크 중 물리적 리스크는 기후변화로 인한 직접적인 자연재해나 기후 이상 현상으로 인한 경제적 손실을 의미하고 금융기관의 자산가치에 직접적 영향을 미칠 수 있으며 특히 보험사와 같은 금융기관에 큰 손실을 초래할 수 있다.¹²⁾ 전환리스크는 저탄소경제로의 전환과정에서 발생할 수 있는 경제적·정치적 불확실성을 포함하고, 새로운 환경규제도입, 기술혁신, 소비자 선호도 변화 등으로 인해 발생할 수 있으며, 기존 화석연료 의존산업에 대한 투자리스크를 증가시킬 수 있다.¹³⁾

기후리스크 관리규제는 금융기관이 기후변화에 대비하고 이에 따른 리스크를 효과적으로 관리할 수 있도록 유도한다. 최근 금융규제당국은 기후리스크를 금융시스템의 안정성에 중요요소로 인식하고 이 관리를 위한 다양한 규제프레임워크를 개발하고 있다.¹⁴⁾ 기후리스크 관리를 위한 주요도구 중 하나는 스트레스 테스트와 시나리오 분석이다. 이러한 도구는 금융기관이 기후변화에 따른 리스크 시나리오를 평가하고 그 대응전략을 수립하는데 사용된다. 스트레스 테스트는 금융기관이 다양한 기후변화 시나리오하에서의 자산가치변동을 평가하는 과정으로 이를 통해 리스크를 사전에 파악하고 대응할 수 있는 능력을 갖추게 하며, 시나리오분석은 기후변화와 관련된 다양한 변수와 불확실성을 고려하여 금융기관이 포트폴리오의 취약성을 평가하고 이를 개선하기 위한 전략을 수립하는데 기여한다. 아울러, 기후리스크 관리는 금융기관이 ESG(환경, 사회, 지배구조) 기준을 포트폴리오관리에 통합하는 것을 포함하는데, ESG기준은 기업의 환경책임, 사회적 영향, 지배구조 투명성을 평가하여 투자결정을 내리는데 사용되며 금융기관이 지속가능한 경영을 추진하도록 유도한다.¹⁵⁾

기후리스크 관리는 글로벌협력과 조화를 통해 효과적으로 이루어질 수 있다. 기후

12) 가령 빈번한 홍수나 태풍은 부동산자산의 가치하락을 초래할 수 있으며, 이는 해당 자산을 담보로 한 대출의 리스크를 증가시킨다. 따라서 금융기관은 기후변화로 인한 물리적 리스크를 평가하고, 이를 관리하기 위한 전략을 수립해야 한다.

13) 예컨대 탄소배출을 줄이기 위한 강력한 정책이 도입될 경우 화석연료산업에 대한 투자수익률이 급격히 감소할 수 있어 금융기관의 포트폴리오에 영향을 미친다. 금융기관은 이러한 전환리스크를 평가하고 포트폴리오 관리에 반영함으로써 리스크를 최소화해야 한다. 기후변화 완화를 위한 저탄소전환 정책은 기후변화의 물리적 피해를 줄이는 효과와 함께 기존 화석연료 기반의 산업에 상당한 전환리스크(transitionrisk)를 미칠 것으로 예상된다. 김재윤·박혜진, “산업 연관관계를 통한 기후변화 전환리스크의 파급영향” 경제학연구 제72권 3호 2024, 113-142쪽 참조.

14) 예를 들어, 유럽연합은 기후리스크 평가를 금융기관의 의무로 규정하고 있으며, 이를 통해 금융기관이 기후변화에 대한 리스크노출을 투명하게 공개하도록 요구하고 있다. 백정웅, “EU금융그룹의 규제법리와 그 시사점에 관한 연구” 상사판례연구 제22권 4호 2009, 483-542쪽 참조.

15) ESG기준의 도입은 금융기관이 기후리스크를 보다 체계적으로 관리하고, 지속가능한 발전에 기여할 수 있도록 한다. 글로벌트렌드와 규제프레임워크 발전과정을 토대로 은행부문의 환경, 사회, 지배구조(ESG)를 검토한 글로 최지은·강형구·한병석, “은행업에서의 환경, 사회, 거버넌스(ESG) 리뷰” 경영사연구(경영사학) 제113권 2025, 115-136쪽 참조.

변화는 국경을 초월한 글로벌이슈이며, 따라서 각국의 금융규제당국은 기후리스크 관리의 국제표준을 개발하고 글로벌금융시장에서의 조화를 이룰 수 있는 방안을 모색해야 한다. 이는 기후리스크 관리의 글로벌확산을 촉진하고, 기후변화에 대한 글로벌대응을 강화하는데 기여할 수 있다. 국제금융규제기구들은 기후리스크를 평가하고 관리하기 위한 글로벌표준을 개발하여 각국의 금융규제당국이 자국의 금융시스템을 기후변화에 대비할 수 있도록 지원한다.¹⁶⁾

이상에서 살펴본 바와 같이, 기후리스크 관리와 규제는 금융기관이 기후변화에 따른 불확실성을 최소화하고 저탄소경제로의 전환을 촉진하는 중요한 역할을 한다. 물리적 리스크와 전환리스크를 효과적으로 관리하기 위한 전략과 규제프레임워크는 금융기관의 안정성과 지속가능성을 보장하는데 기여한다. 스트레스 테스트와 시나리오 분석, ESG기준 도입, 글로벌협력과 조화를 통한 기후리스크 관리는 금융기관이 기후변화에 대한 대응력을 강화하고, 지속가능한 금융시스템을 구축하는 데 필수적 요소이다. 이러한 노력을 통해 금융기관은 기후변화에 대한 대응력을 높이고 경제전반의 지속가능성을 증진할 수 있을 것이다.

4. 현행 법제와 규정의 문제점 및 개선 필요성

현행 금융규제는 주로 금융시장 안정성과 소비자보호를 목표로 하고 있지만, 기후변화 대응을 위한 규제는 아직 초기단계에 머물러 있다.¹⁷⁾ 기후변화에 따른 리스크를 적절히 반영하지 못하는 현행규제는 금융기관이 기후리스크를 효과적으로 관리하는데 한계가 있다. 이는 금융시장의 안정성을 위협할 수 있으며, 특히 물리적 리스크와 전환 리스크에 대한 체계적인 평가가 부족하다.

개선이 필요한 규제요소로는 첫째, 모든 금융기관이 기후리스크를 투명하게 공개하도록 의무화할 필요가 있다. 이는 투자자들에게 중요한 정보를 제공하여 더 나은 의사결정을 지원할 수 있다. 둘째, 기후변화 시나리오를 반영한 스트레스 테스트를 금융기관에 도입하여 잠재적 리스크를 사전에 파악하고 대응할 수 있는 체계를 구축해야 한다. 셋째, ESG(환경, 사회, 지배구조) 기준을 금융규제에 통합하여 기업의 지속가능성을 평가하고, 금융기관이 이를 포트폴리오 관리에 반영하도록 유도해야 한다.

기술혁신과 금융규제의 통합적 접근을 위해서는 첫째, 재생에너지, 탄소포집 및 저장(CCS) 기술 등 기후변화 완화를 위한 기술혁신을 촉진하기 위해 금융규제를 개편할 필요가 있다. 가령, 친환경기술에 대한 투자에 세제 혜택을 제공하거나 관련 프로젝트에 대한 대출을 장려하는 정책을 도입할 수 있다. 둘째, 블록체인, 인공지능(AI) 등 금융기술(FinTech)을 활용하여 기후변화에 따른 리스크 평가 및 관리의 효율성을 높이는 방안을 모색해야 한다.

국제규제의 조화를 위해서는 금융안정위원회(FSB)와 같은 국제기구와 협력하여

16) 기후리스크가 국내 금융기관의 금융안정에 미치는 영향을 체계적이고 종합적으로 분석한 글로 전홍민·강성현, “기후리스크가 금융안정에 미치는 영향” 국제회계연구 제116호 2024, 23-49쪽 참조.

17) 예를 들어, 금융기관의 기후리스크 공시 의무는 일부 지역에서만 의무화되어 있어 글로벌 표준화가 부족하다.

기후변화 리스크관리의 글로벌표준을 개발하고 각국의 규제당국이 이를 채택하도록 지원해야 한다. 이는 국가간 정책조화를 통해 글로벌 금융시장의 안정성을 높이는 데 기여할 것이다.

III. 녹색금융과 지속가능한 투자

1. 녹색금융의 발전과 과제

녹색금융은 지속가능한 발전을 지원하기 위한 금융의 한 영역으로 환경가치를 고려한 금융상품과 서비스를 포함한다. 이는 기후변화에 대응하고 저탄소경제로의 전환을 촉진하는 중요한 역할을 하고 있으며, 최근 그 중요성이 부각되고 있다.¹⁸⁾ 녹색금융의 발전은 금융시장에 새로운 기회를 제공할 뿐 아니라 기후변화에의 대응을 강화하는데 기여하고 있다.

녹색금융의 발전은 주로 녹색채권과 지속가능한 투자펀드 성장을 통해 이루어지고 있다. 녹색채권은 환경프로젝트에 자금조달을 위해 발행되는 채권으로 재생에너지, 에너지효율화, 친환경교통 등 다양한 분야에 투자된다. 이러한 채권은 투자자들에게 지속가능한 투자기회를 제공하며, 기업과 정부가 환경프로젝트를 위한 자금을 확보하는 중요한 역할을 한다. 녹색채권시장은 최근 급속한 성장을 보여 투자자들이 환경적 책임을 중시하고 있음을 반영한다.

지속가능한 투자펀드는 ESG(환경, 사회, 지배구조) 기준을 적용하여 투자결정을 내리는 펀드로 투자자들에게 재무수익뿐 아니라 비재무적 가치를 제공한다. 이러한 펀드는 기업의 환경책임, 사회적 영향, 지배구조 투명성을 평가하여 투자대상으로 선정하여 기업이 지속가능한 경영을 추진하도록 유도한다. 지속가능한 투자펀드는 특히 젊은 세대의 투자자 사이에서 인기를 끌고 있어 지속가능한 발전에 대한 사회적 관심이 증가하고 있음을 보여준다.

녹색금융의 발전에는 여러 과제가 존재한다. 첫째, 녹색금융의 정의와 범위가 명확하지 않아 시장참여자들 간 혼란이 발생할 수 있다. 이는 녹색금융상품의 투명성과 신뢰성을 저해할 수 있으므로 표준화된 기준과 인증제도 마련이 필요하다. 이러한 기준은 녹색금융의 투명성을 높여 투자자들이 보다 신뢰할 수 있는 정보를 제공받을 수 있도록 한다.

둘째, 녹색금융의 발전을 위한 정책적 지원이 필요하다. 정부와 규제당국은 녹색금융을 촉진하기 위한 인센티브를 제공하고, 관련 법적 장치를 마련해야 한다. 이는 녹색금융 활성화를 도모하고, 금융기관이 기후변화대응에 적극 참여할 수 있도록 유도하는 중요한 역할을 할 수 있다.¹⁹⁾

셋째, 녹색금융의 리스크관리가 중요하다. 녹색금융은 환경가치를 고려한 투자지만

18) 녹색금융은 경제활동 전반에 걸쳐 자원 및 에너지효율을 높이고 환경을 개선하는 상품과 서비스의 생산에 자금을 공급하여 국가 전체의 녹색성장을 이룰 수 있도록 유도하고, 환경을 파괴하는 활동에 대해서는 자금공급을 차단할 수 있는 금융체계를 지칭한다. 이에 관한 상세한 내용은 박재하·임대웅, “역동적 혁신경제를 위한 녹색금융 추진방안” 금융연구 working paper 제2022권 5호 2022, 1-68쪽 참조.

19) 예컨대, 세제혜택이나 보조금지원을 통해 녹색금융상품에 대한 수요를 증가시킬 수 있다.

그 자체로 리스크가 없는 것은 아니다. 기후변화로 인한 불확실성, 기술변화, 정책변화 등은 녹색금융의 리스크요인이 될 수 있으므로 이 리스크를 효과적으로 관리하기 위한 전략이 필요하다. 금융기관은 이러한 리스크를 평가하고 관리할 수 있는 체계를 구축해야 하며, 이를 통해 녹색금융의 지속가능성을 보장할 수 있다.

넷째, 녹색금융의 글로벌협력이 필요하다. 기후변화는 국경을 초월한 글로벌이슈이므로 녹색금융 발전을 위해서는 국제협력과 조화가 중요하다. 각국의 금융규제당국은 녹색금융의 국제표준을 개발하고, 글로벌금융시장에서의 조화를 이룰 수 있는 방안을 모색해야 한다. 이는 녹색금융의 글로벌확산을 촉진하고 기후변화에의 글로벌대응을 강화하는데 기여할 수 있다.

요컨대 녹색금융은 지속가능한 발전을 위한 중요한 수단으로 금융시장에 새로운 기회를 제공하며 기후변화에의 대응강화에 기여하고 있다. 그러나 녹색금융의 발전에는 여러 과제가 존재하며 이를 해결하기 위한 정책적 지원, 리스크관리, 글로벌협력이 필요하다. 이러한 노력을 통해 녹색금융은 금융시스템의 지속가능성을 높이고, 기후변화에 대한 대응력을 강화할 수 있을 것이다.²⁰⁾

2. 지속가능한 투자와 ESG

지속가능한 투자는 환경적, 사회적, 경제적 지속가능성을 고려하여 투자결정을 내리는 접근방식으로 최근 금융시장에서 큰 주목을 받고 있다. 지속가능한 투자의 핵심은 장기적 가치창출을 목표로 하며, 단순한 재무수익을 넘어 사회적·환경적 가치를 포함한다. 이러한 투자접근방식은 ESG(환경, 사회, 지배구조)기준을 통해 구체화되며, 기업의 지속가능한 경영을 촉진하고 투자자들이 보다 책임있는 투자결정을 내리도록 유도한다.²¹⁾

ESG 기준은 지속가능한 투자의 중심에 있다. 환경적 요소는 기업의 자원사용, 배출관리, 기후변화 대응능력을 평가하며, 이는 기업이 환경에 미치는 영향을 최소화하기 위한 노력으로 측정된다. 사회적 요소는 기업이 직원을 대우하고 공급망을 관리하며 지역사회와 상호작용하는 방식을 포함한다. 지배구조 요소는 기업의 투명성, 이사회구조, 주주권리보호 등을 평가하여 기업의 경영투명성과 책임성을 강화한다.

ESG 투자는 투자자들이 기업의 지속가능성 및 사회적 책임을 고려하여 투자결정을 내리는 중요한 도구로 자리잡고 있다. 이는 투자자들이 단기적 이익보다 장기적 가치를 추구하도록 유도하며 ESG요소를 고려한 투자포트폴리오는 리스크를 분산시

20) 녹색성장을 담보하는 국내의 녹색금융 활성화를 위해서는 녹색성장 정책에 대한 국민과 사회의 인식 전환이 중요하고, 사회책임투자가 이루어질 수 있도록 금융계의 적극적 참여를 유도하는 세제와 정책적 지원이 필요하며, 정부 및 금융계의 노력뿐 아니라 재계에 기업의 사회적 책임(CSR)의식을 고취시켜 녹색성과와 녹색금융 활성화에 기여하도록 해야 하고, 장기적이고 지속가능한 녹색금융의 활성화를 위해서 전문인력육성과 리스크관리가 가능한 관련정보 인프라구축이 필요하다고 역설한 글로벌 윤일현·박용민, “녹색성과와 녹색금융의 발전현황: 한국 및 일본의 비교연구” 지역산업연구 제41권 2호 2018, 119-135쪽 참조.

21) 최근 세계적으로 포트폴리로나 펀드의 구성에 있어 재무적 성과뿐 아니라 비재무적 성과도 함께 고려하는 사업 또는 기업을 중요시하는 지속가능투자(sustainable investing)가 빠르게 확산되고 있다. 한국금융연구원, “글로벌 지속가능투자 확산 및 향후과제” 주간금융브리프 제27권 10호 2018, 20-21쪽 참조.

키고 안정적 수익을 제공할 수 있다. 특히, ESG기준을 충족하는 기업은 규제변화에 유연하게 대응할 수 있어 기업의 장기적 성과에 긍정적 영향을 미칠 수 있다.

지속가능한 투자의 발전에는 다양한 요인이 작용하고 있다. 첫째, 기후변화와 같은 글로벌이슈가 투자자들로 하여금 ESG요소를 투자결정의 중요기준으로 삼도록 하고 있다. 이는 환경적·사회적 리스크를 관리하고, 기업의 지속가능성을 평가하는데 있어 ESG기준의 중요성을 강조한다. 둘째, 젊은 세대의 투자자들은 사회적 책임과 지속가능성을 중시하여 지속가능한 투자상품에 대한 수요증가로 이어지고 있다. 이러한 변화는 금융시장에서 지속가능한 투자상품의 성장을 촉진하고 있다.²²⁾

지속가능한 투자는 또한 기업이 ESG요소를 경영전략에 통합하도록 유도한다. 이는 기업이 환경책임을 다하고 사회가치를 창출하며 투명하고 책임있는 경영을 추구하도록 한다. ESG요소의 통합은 기업이 규제변화에 유연하게 대응하도록 하여 기업의 장기적 경쟁력을 강화할 수 있다. 또한 ESG를 고려한 경영은 기업평판을 개선하고 고객과 투자자의 신뢰를 높이는데 기여할 수 있다.

지속가능한 투자의 과제는 ESG정보의 불투명성과 비표준화가 투자자들이 기업의 지속가능성을 정확히 평가하는데 어려움을 초래할 수 있으므로 ESG데이터의 표준화와 신뢰성을 높이기 위한 노력이 필요하고, ESG투자의 성과측정은 복잡할 수 있어 투자자들이 ESG요소가 투자성과에 미치는 영향을 이해하는데 어려움을 초래할 수 있으므로 ESG성과를 측정하고 보고하는 체계적 방법론의 개발이 필요하며, 지속가능한 투자확산을 위해 정책지원이 필요한 바 정부와 규제당국은 ESG투자 촉진을 위한 인센티브를 제공하고 관련 장치를 마련해야 한다. 이는 지속가능한 투자의 활성화를 도모하고 금융기관이 기후변화대응에 적극 참여할 수 있도록 유도하는 중요한 역할을 할 수 있다.²³⁾

지속가능한 투자와 ESG는 금융시장에서 책임있는 투자결정을 유도하여 기업의 지속가능성을 강화하는 중요한 역할을 하고 있다. ESG기준은 기업의 환경적, 사회적, 지배구조적 책임을 평가하는 도구로 투자자들이 장기적 가치를 추구하도록 유도한다. 지속가능한 투자의 발전에는 ESG정보의 표준화, 성과측정의 체계화, 정책지원 등이 필요하며, 이를 통해 금융시장은 지속가능한 발전을 위한 중요한 동력을 제공할 수 있다. 이러한 노력은 금융시장의 지속가능성을 높이고, 기후변화에 대한 대응력을 강화하는데 기여할 것이다.

22) 중소기업의 ESG경영지표 개선을 통해 수출경쟁력 강화방안과 함께, 각국의 기업과 정부의 ESG 사례분석을 통해 ESG에 대한 인식 및 활용전략을 살펴본 글로 김기홍, “국내외 ESG 경영사례분석과 경영자 전략방안 : 투자전략과 평가분류를 중심으로” 전문경영인연구 제27권 2호 2024, 145-160쪽 참조.

23) 예컨대 세계은행이나 보조금지원을 통해 ESG투자에 대한 수요를 증가시킬 수 있다. 최근 세계적으로 포트폴리오나 펀드 구성에 재무성과뿐 아니라 비재무성과도 고려하는 사업을 중시하는 지속가능투자가 빠르게 확산되고 있으며, 개인부유층 및 기관투자자를 중심으로 지속가능투자 수요가 증가하면서 금융회사들도 관련상품 출시를 확대하는 등 발빠르게 대응하고 있다. 향후 지속가능투자가 계속 확대되기 위해서는 세부전략에 대한 표준화작업, 비재무성과 측정치에 대한 정확성 및 신뢰성확보 등이 필요한 것으로 지적된다. 한국금융연구원, “글로벌 지속가능투자 확산 및 향후과제” 주간금융브리프 제27권 10호 2018, 20-21쪽 참조.

IV. 국제협력과 정책조화

1. 국제협력과 정책조화

기후변화는 성격상 국경을 초월한 글로벌문제로 각국의 노력과 협력이 필수적이다. 이는 금융시스템도 마찬가지이며 기후변화대응을 위한 금융규제와 정책의 국제협력과 조화가 중요하다. 국제협력은 각국이 자국의 금융시스템을 기후변화에 대비할 수 있도록 지원하고, 글로벌금융시장의 안정을 도모하며, 지속가능한 발전을 위한 글로벌차원의 노력을 강화하는데 기여한다.²⁴⁾

국제협력의 필요성은 기후변화가 초래하는 복잡한 경제적, 환경적 도전에 효과적으로 대응하기 위해 반드시 요구된다. 각국의 경제는 상호연결되어 있으므로 한 국가의 금융시스템이 기후변화로 불안정해질 경우 글로벌금융시장에도 파급효과를 미칠 수 있다. 따라서 국제협력은 국가간 정책조화를 통해 기후변화에 따른 리스크를 최소화하고, 금융시스템의 안정성을 유지하는 핵심역할을 한다.²⁵⁾ 국제적 금융규제기구들은 기후변화에 따른 금융리스크를 평가하고 관리하기 위한 글로벌표준을 개발하고 있다.²⁶⁾ 이러한 국제표준은 각국의 금융규제당국이 자국의 금융시스템을 기후변화에 대비할 수 있도록 지원하며, 글로벌금융시장의 조화를 이룰 수 있는 기반을 제공한다.

정책조화는 각국의 금융규제가 상호 일관성을 유지하고, 글로벌금융시장에서 조화를 도모하는데 필수적이다. 이는 특히 다국적기업이나 국제금융기관이 다양한 국가에서 운영되는 경우, 각국 규제가 상충하지 않도록 하는 것이 중요하다. 정책조화를 통해 금융기관은 기후변화에의 대응력을 강화할 수 있으며 이는 글로벌금융시스템의 안정성을 높이는데 기여한다. 정책조화를 위한 주요전략중 하나는 ESG(환경, 사회,

24) 기후변화가 인류와 환경에 미치는 심각한 위협으로 다분야적 접근을 위해 국가 및 기관간 협력의 중요성이 강조되는바, 1984년부터 2023년까지의 기후변화관련 SCIE 논문 43,393편을 수집하고 네트워크분석을 통해 국제협력관계를 정량적으로 평가한 글로 서만덕, “기후변화분야의 국제협력과 연구영향력에 관한 연구” 한국기후변화학회지 제15권 6호 2024, 1073-1083쪽 참조.

25) 국제협력의 주요사례중 하나는 파리협정이다. 파리협정은 기후변화에 대응하기 위한 국제적 노력의 일환으로 각국이 온실가스배출 감축목표를 설정하고, 이를 달성하기 위한 노력을 강화할 것을 요구하고 있다. 이러한 국제적 노력은 금융규제의 방향에도 큰 영향을 미치며, 각국은 이를 바탕으로 자국의 금융시스템이 기후변화에 대응할 수 있도록 정책적 조치를 강화하고 있다. 파리협정은 지속가능한 발전을 위한 글로벌차원의 협력을 촉진하고 있으며, 이는 금융시스템의 조화로운 발전을 지원한다. 파리협정에 관한 상세한 내용은 김홍균, “신기후변화체제(파리협정)의 평가와 그 대응” 환경법연구 제39권 2호 2017, 195-230쪽 참조.

26) 예컨대 금융안정위원회(Financial Stability Board, FSB)는 기후변화가 금융시스템에 미치는 영향을 분석하고 이를 관리하기 위한 권고안을 제시하고 있다. FSB는 1999년 국제금융시스템의 안정성을 증대하고 국제수준의 금융감독을 위해 설립된 FSF(Financial Stability Forum, 금융안정포럼)가 확대·개편된 조직이다. 2008년 미국발 금융위기를 극복하는 과정에서 신흥경제국의 목소리가 대두되면서 G7이 주축인 FSF를 G20 국가가 참여하는 기구로 확대, 개편해야 한다는 주장이 제기되었고, 2009년 4월 런던에서 개최된 제2차 G20 정상회의에서 FSF는 FSB로 확대 개편되었다. FSB의 운영위원회(Steering Committee)는 우리나라 금융위원회를 비롯하여 G7, 네덜란드, 호주, BRICs, 멕시코 등 16개국의 대표와 IMF, BIS, IOSCO, IAIS 등 10개 기준설정기구의 대표 등 총 24명으로 구성된다.

지배구조)기준의 국제표준화이다. ESG기준은 기업의 지속가능성을 평가하는 중요한 역할을 하며, 각국의 규제당국은 이를 기반으로 한 정책을 개발하고 있다. 국제적으로 표준화된 ESG기준은 투자자들이 글로벌차원에서 일관된 정보를 바탕으로 투자결정을 할 수 있도록 하여 지속가능한 투자 확산을 촉진한다.

아울러, 국제협력은 기술지원과 역량개발을 통해 강화될 수 있다. 선진국은 기후변화에 대한 대응력이 상대적으로 부족한 개발도상국을 지원함으로써 글로벌금융시스템의 포용성을 높일 수 있다. 이는 기술지원, 역량개발프로그램, 금융자원제공 등을 통해 이루어질 수 있으며, 개발도상국이 기후변화에 효과적으로 대응할 수 있도록 돕는다.

국제협력과 정책조화는 기후변화에 대응하기 위한 금융시스템의 지속가능성을 높이는데 필수적이다. 파리협정과 같은 국제협약은 지속가능한 발전을 위한 글로벌차원의 노력을 촉진하며 금융시스템의 조화로운 발전을 지원한다. 국제적 금융규제기구들은 기후변화 리스크 관리의 글로벌표준을 개발하여 각국의 정책조화를 통해 기후변화에 따른 리스크를 최소화하는데 기여한다. 이러한 노력을 통해 글로벌금융시스템은 기후변화에의 대응력을 강화하고 지속가능한 발전을 위한 중요한 동력을 제공할 수 있을 것이다.

2. 정책적 과제

기후변화는 세계적으로 경제, 환경, 사회 전반에 걸쳐 다양한 과제를 제기하고 있다. 이에 대응하기 위해 각국 정부와 금융규제당국은 새로운 정책적 접근이 필요하다. 기후변화에 대한 대응은 단순한 환경보호를 넘어 경제적 지속가능성을 확보하고 사회적 공정성을 증진하는 것을 포함한다. 이 과정에서 정책결정자들은 여러 가지 과제에 직면하지만 동시에 새로운 기회를 발견할 가능성도 있다.

정책적 과제 중 하나는 기후리스크의 불확실성과 복잡성을 관리하는 것이다. 기후변화는 복잡적이고 예측하기 어려운 특성을 지니고 있어 정책결정에 상당한 불확실성을 초래한다. 이는 특히 금융시장에서 리스크관리와 규제의 복잡성을 증가시키므로 정책결정자들은 이를 고려한 포괄적 전략을 수립해야 한다.²⁷⁾ 또한 기후변화대응을 위한 정책적 과제는 경제성장과 환경보호간 균형을 맞추는 것이다. 경제성장은 종종 환경자원의 과도한 사용을 동반하여 기후변화의 원인이 될 수 있으므로 정책결정자들은 지속가능한 경제성장을 촉진할 수 있는 방안을 모색해야 하며 이는 친환경 기술 개발과 확산, 에너지효율성 향상, 재생에너지 확대 등을 통해 가능하다. 이러한 노력을 통해 경제성장과 환경보호가 상호보완적으로 작용하도록 해야 한다.

기후변화대응을 통해 새로운 경제적 기회를 창출할 수 있다. 기후변화대응은 녹색

27) 예컨대 기후변화로 인한 물리적 리스크와 전환리스크를 동시에 관리하는 것은 상당한 도전과제이다. 이러한 리스크는 상호작용할 수 있으므로 이를 효과적으로 관리하기 위한 통합적 접근이 필요하다. 미세먼지, 가습기 살균제, 폭염, 미세플라스틱 등 최근 사회문제로 부각되고 있는 환경관련 변화로 인해 우리는 다양한 환경리스크가 일상화된 삶을 살아가고 있다. 최근 수행된 기후변화 리스크에 관한 인식기반 커뮤니케이션 전략연구 사례를 바탕으로, 인식분석 연구강화, 불확실성에 대한 과학적 인식제고, 심리적 거리감축소, 개인 효능감 향상, 정보의 정확성향상 등을 포함한 환경리스크 커뮤니케이션 정책의 주요과제를 제시한 글로 이승준·김영옥, “환경리스크 커뮤니케이션 정책: 기후변화 리스크를 중심으로” 환경포럼 제235권 2019, 1-29쪽 참조.

경제로의 전환을 가속화하며 새로운 산업과 일자리창출 기회를 제공한다. 예컨대 재생에너지산업 발전은 새로운 기술개발과 고용창출을 촉진하여 경제전반에 긍정적 영향을 미칠 수 있다. 에너지효율화기술 발전은 기업의 비용절감과 경쟁력강화로 이어질 수 있어 경제적 지속가능성을 높이는데 기여할 수 있다. 아울러, 기후변화대응은 사회적 공정성을 증진하는 기회를 제공한다.

한편 기후변화는 사회적·경제적 불평등을 심화시킬 수 있으므로 이를 완화하기 위한 정책적 노력이 필요하다.²⁸⁾ 정책결정자들은 기후변화 대응정책을 설계할 때 이러한 사회불평등을 고려하여 공정하고 포용적인 접근을 채택해야 한다. 이는 기후변화대응을 통한 사회통합과 안정성 증진에 기여할 수 있다. 나아가, 국제협력을 통해 글로벌차원의 기후변화대응을 강화해야 한다. 기후변화는 국경을 초월한 문제이기 때문에 국가간 협력과 조화가 필수적이다. 국제협력은 기술개발, 자원공유, 정책조화를 통해 기후변화대응의 효과성을 높일 수 있으며 글로벌차원의 지속가능한 발전을 촉진할 수 있다.²⁹⁾

기후변화는 정책결정자에게 다양한 과제와 기회를 제공한다. 기후리스크의 복잡성과 불확실성, 경제성장과 환경보호간 균형 등은 주요과제이며, 이 문제를 해결하기 위해서는 통합적이고 포괄적인 정책접근이 필요하다. 동시에 기후변화대응은 녹색경제로의 전환, 사회적 공정성증진, 국제협력강화 등 새로운 기회를 제공하며, 경제적·사회적 지속가능성을 높이는데 기여할 수 있다. 정책결정자는 이러한 과제와 기회를 인식하고 기후변화에 대한 효과적 대응전략을 수립함으로써 지속가능한 발전을 이루어갈 수 있을 것이다.

V. 금융규제와 지속가능발전

기후변화는 현대사회가 직면한 가장 심각한 도전으로 경제, 환경, 사회 전반에 걸쳐 광범위한 영향을 미치고 있다. 이러한 변화에 대응하기 위해 금융규제는 매우 중요한 역할을 한다. 금융규제는 금융기관의 행동을 유도하고 기후리스크를 효과적으로 관리하며 지속가능한 발전을 지원하는 역할을 한다.³⁰⁾

금융규제의 핵심요소중 하나는 기후리스크 공시 의무화이다. 금융기관이 보유한 자산과 포트폴리오가 기후변화에 어떻게 노출되어 있는지 투명하게 공개하도록 요구하는 것은 투자자들에게 중요한 정보를 제공한다. 이는 투자자들이 더 나은 의사결

28) 예를 들어, 저소득층과 취약계층은 기후변화의 영향을 더 크게 받을 수 있으므로 지원이 필요하다.

29) 파리협정과 같은 국제협약은 이러한 협력을 강화하는 중요한 역할을 하여 글로벌차원의 정책적 기회를 확대하는데 기여한다. 선진국과 개도국 구분없이 기후변화 대응을 노력해야 하는 파리협정하에서는 시장원리를 활용하여 모든 당사국이 자국의 국가적 이행을 위해 자발적으로 협력하거나 동 협약 제6조 제4항의 메커니즘을 이용하는 등 다양한 방법으로 상호간 협력할 것을 규정하고 있다. 이에 관한 상세한 내용에 대하여는 정서용, “파리 기후변화협정상 국제시장메커니즘에 대한 검토” 서울국제법연구 제25권 2호 2018, 121-140쪽 참조.

30) 미래 금융산업 특징과 관련하여 최근 지속가능금융이 강조되고 있는데, 지속가능발전으로 상징되는 실물경제의 새로운 패러다임 구축과정에서 금융이 어떤 역할을 해야 하는가의 관점에서 연구한 글로 임형석, “지속가능 금융 현황과 향후 과제” 주간 금융 브리프 제30권 3호 2021, 3-9쪽 참조.

정을 내릴 수 있도록 도와주며 금융기관이 기후변화에 대한 책임있는 행동을 하도록 유도한다. 이를 위해 규제당국은 공시기준을 명확히 하고 표준화된 방법론을 개발하여 금융기관들이 일관된 방식으로 정보를 보고할 수 있도록 해야 한다.

기후변화에 따른 리스크는 금융기관의 재무건전성에 중대한 영향을 미칠 수 있다.³¹⁾ 이를 사전에 파악하고 대응하기 위해 규제당국은 스트레스 테스트와 시나리오 분석을 도입하고 있다. 스트레스 테스트는 다양한 기후변화 시나리오하에서 금융기관의 자산가치와 수익성에 미치는 영향을 평가하는 과정이며, 이러한 평가를 통해 금융기관은 잠재적 리스크를 이해하고 필요한 경우 포트폴리오 조정이나 자본비축을 통해 대응할 수 있다. 이는 금융시스템의 안정성을 강화하는데 기여한다.

녹색금융은 친환경프로젝트와 기술에 대한 투자를 촉진함으로써 저탄소경제로의 전환을 지원한다. 금융규제는 녹색금융 활성화를 위해 다양한 인센티브를 제공할 수 있다. 예를 들어, 정부는 녹색채권발행에 대한 세제혜택을 제공하거나 친환경프로젝트에 대한 대출에 보조금을 지원할 수 있다. 이러한 인센티브는 금융기관들이 녹색 금융상품을 개발하고 더 많은 자금을 친환경프로젝트에 투입하도록 장려한다. 이는 저탄소경제로의 전환을 가속화하고 지속가능한 발전을 도모하는 중요한 역할을 한다.

ESG(환경, 사회, 지배구조) 기준은 기업의 지속가능성을 평가하는 중요한 도구로 규제당국은 이를 표준화하여 투자자들이 ESG요소를 쉽게 비교하고 평가할 수 있도록 해야 한다.³²⁾ 표준화된 ESG기준은 기업의 환경책임, 사회적 가치창출, 투명한 지배구조를 촉진하여, 장기적 가치창출을 목표로 하는 지속가능한 투자를 활성화한다. 투자자들은 ESG기준에 부합하는 기업에 대한 투자를 선호하게 되어 기업이 지속가능한 경영을 추진하도록 압력을 가할 수 있다.

기후변화는 글로벌문제이므로 국제협력과 정책조화가 필수적이다. 각국의 금융규제당국은 기후변화에 대응하기 위한 규제프레임워크를 조화시키고 협력해야 한다. 이는 다국적금융기관이 다양한 규제환경에서 일관성을 유지하는데 도움을 주며, 글로벌금융시스템의 안정성을 높인다. 국제협력은 기술개발, 자원공유, 정책조화를 통해 기후변화대응의 효과성을 높일 수 있으며, 글로벌차원의 지속가능한 발전을 촉진할 수 있다.³³⁾ 요컨대 금융규제는 기후변화에 대응하기 위한 필수도구로 금융기관의

31) 급변하는 금융환경하에서 금융기관의 위험관리와 재무건전성 규제의 중요성이 증대되고 있다. 재무건전성 규제는 PCA(Pre-Commitment Approach) 방식이 활발히 진행되고 있는데 이는 기존의 타율적이고 일률적인 자본규제의 틀에서 벗어나 금융기관 스스로 내부정보를 바탕으로 자신의 위험노출도를 공시하고 이에 상응하는 자본을 보유하는 자율적 재무건전성 규제방식이다. 이에 관하여는 김형태·한상범, “PCA를 활용한 금융기관 재무건전성 규제” 한국증권학회지 Vol.27 No.1 2000, 213-235쪽 참조.

32) 미래에는 ESG가 전략적 주도권과 비즈니스모델로 자연스레 구현될 것이므로 기업은 CSR(기업의 사회적 책임) 프로그램을 통해 ESG 프로필을 구축하는 방식으로 경영을 수행해야 하며 지속가능한 성장이 중시되므로 향후 기업의 사회적 책임 논의는 CSR과 ESG에 대한 논의에 더하여 CS(기업의 지속가능성) 논의가 동시에 이루어져야 한다고 서술한 글로 남성호·박홍균, “선한 기업문화를 위한 기업의 사회적 책임과 ESG” 산학혁신연구 제3권 3호 2025, 1-12쪽 참조.

33) 최근 기후변화의 심각성과 이에 대한 대응의 필요성, 즉 온실가스 감축과 환경친화적 산업구조의 재편에 대해 대부분의 국가들이 동의하고 있다. 이와 관련하여 기후변화 문제에 대한 대응은 국제규범으로서 그 기반이 확고해졌다고 할 수 있다. 이에 관한 상세한 분석에 대하여는 최원기, “기후변화대응 국제협력체제에 대한 국제법적 검토” 서울국제법연구 Vol.16 No.2 2009, 29-47쪽 참조.

행동을 유도하고 기후리스크를 효과적으로 관리하며 지속가능한 발전을 지원한다. 기후리스크 공시 의무화, 스트레스 테스트 도입, 녹색금융 활성화를 위한 인센티브, ESG기준 표준화, 국제협력과 정책조화를 통해 금융시스템은 기후변화에 대한 적응력을 높이고 경제안정을 유지할 수 있다. 이러한 규제노력을 통해 금융시스템은 지속가능한 발전을 위한 중요한 동력을 제공할 수 있을 것이다.

VI. 금융기술과 보험의 역할 및 금융교육

1. 금융기술의 역할

금융기술(FinTech)은 기후변화 대응에서 중요한 역할을 할 수 있는 혁신적 도구로 자리잡고 있으며, 전통적 금융서비스의 경계를 확장하고 이를 통해 지속가능한 발전과 경제적 효율성을 동시에 추구하는 기회를 제공한다. FinTech의 도입은 기후변화와 관련된 문제를 해결하는데 다양한 방식으로 기여할 수 있으며 이를 통해 금융시스템의 투명성과 신뢰성을 높이는데 도움을 줄 수 있다.³⁴⁾

첫째, 블록체인기술은 기후변화대응을 위한 금융서비스에서 투명성과 신뢰성을 크게 향상시킬 수 있다. 블록체인은 모든 거래를 분산된 원장에 기록하여 변경불가능한 형태로 저장하는 기술로 각종 금융활동의 투명성을 보장하는데 매우 유용하다.³⁵⁾ 특히, 탄소배출권거래와 같은 분야에서 블록체인은 거래의 진위성을 보장하고 이중 지불을 방지하는데 기여할 수 있다. 이러한 기술은 재생에너지프로젝트의 자금조달 및 관리에도 활용될 수 있으며, 투자자들이 자금의 흐름을 추적하고 프로젝트의 지속가능성을 확인할 수 있도록 한다.

둘째, 데이터분석과 인공지능(AI)은 기후변화의 경제적 영향을 평가하고 관리하는 필수도구로 자리잡고 있다. FinTech기업은 방대한 양의 데이터를 실시간으로 분석하여 기후변화와 관련된 금융리스크를 평가하고 예측할 수 있다. 예측모델은 기후변화 시나리오에 따른 금융시장의 변동성을 예측하고 금융기관이 이에 대비할 수 있는 전략을 세우는데 도움을 줄 수 있다.³⁶⁾

34) 기후변화, 인구구조변화, 기술혁신 등이 금융에 미치는 영향을 위기요인과 기회요인으로 구분하여 분석하고 미래의 변화에 대응한 향후 금융정책방향을 완화, 적응, 혁신의 관점에서 제안한 글로 김소영·이형주·박주영·최상아·성보경·강주엽, “미래대응 금융정책 방향: 인구구조변화, 기후변화, 기술혁신을 중심으로” 한국경제포럼 제17권 4호 2025, 77-107쪽 참조.

35) 블록체인기술은 상호분산원장을 통하여 기존 중앙집중형 네트워크기반의 인프라를 뛰어넘는 높은 보안성·확장성·투명성 등을 보장하는 것으로 알려져 있다. 그러나 블록체인은 오픈소스로서 효율성과 확장성에 대한 기술적 불확실성, 익명성을 이용한 불법거래대금 결제, 탈세로 이어지는 문제점이 있다. 또한 블록체인 기술에 대한 모호한 이용사례 및 막대한 비용절감에 대한 비현실성 등도 존재하고 있다. 그러나 국내외 금융기관은 블록체인기술의 문제점에도 불구하고 그 기술의 우수성과 잠재력이 상당할 것으로 예상되어 적용가능대상 분야에 대해 기술검증과 적용가능성을 높이고 있다. 정승화, “블록체인기술기반의 분산원장 도입을 위한 법적 과제-금융산업을 중심으로-” 금융법연구 제13권 2호 2016, 107-138쪽 참조.

36) 예컨대 AI는 기후리스크를 반영한 스트레스테스트를 자동화하고 금융포트폴리오의 탄소발자국을 실시간으로 모니터링할 수 있는바, 이는 금융기관이 기후변화로 인한 잠재적 손실

셋째, 모바일금융플랫폼은 녹색금융상품에 대한 접근성을 크게 향상시킨다. 이는 개인투자자들이 보다 쉽게 지속가능한 투자에 참여하는 기회를 제공한다. 모바일플랫폼을 통해 투자자들은 언제 어디서나 다양한 녹색금융상품에 접근할 수 있으며, 이를 통해 자신의 투자포트폴리오를 친환경적으로 구성할 수 있다. 이러한 플랫폼은 투자자들에게 ESG(환경, 사회, 지배구조) 기준에 부합하는 투자기회를 제공함으로써 지속가능한 발전에 기여할 수 있다. 또한 모바일플랫폼은 사용자친화적 인터페이스와 실시간데이터제공을 통해 투자자들이 보다 책임있는 투자결정을 내릴 수 있도록 돕는다.

이처럼 FinTech는 기후변화대응에서 중요한 역할을 하며, 금융시스템의 혁신과 지속가능한 발전을 동시에 추구할 수 있는 강력한 도구로 자리잡고 있다. 블록체인기술을 통한 투명한 거래, 데이터분석 및 AI를 통한 리스크평가, 모바일플랫폼을 통한 접근성향상은 모두 기후변화문제해결에 기여할 수 있는 FinTech의 다양한 활용사례들이다. 이를 통해 우리는 더욱 지속 가능하고 책임있는 금융환경을 구축할 수 있으며, 이는 궁극적으로 기후변화대응을 위한 글로벌차원의 노력을 지원하는데 기여할 것이다. FinTech의 발전은 기후변화라는 복잡한 문제를 해결하는 필수요소로 추후 그 중요성이 더욱 커질 것으로 예상된다.

2. 기후변화와 보험산업의 역할

기후변화는 자연재해의 빈도와 강도를 증가시킴으로써 보험산업에 직접적인 영향을 미치고 있다. 이러한 변화는 보험산업이 직면한 리스크를 증가시킬 뿐 아니라, 보험산업의 역할을 재정의하는 기회도 제공한다. 보험산업은 기후변화에 따른 경제적·사회적 충격을 완화하고, 피해 복구 및 회복력을 강화하는 중요한 역할을 할 수 있다.³⁷⁾

기후변화로 인한 자연재해의 증가는 보험사에 다양한 과제를 안겨준다. 예를 들어, 태풍, 홍수, 가뭄 등과 같은 극단적 기상현상은 재산피해와 경제손실을 초래할 수 있어 보험사의 손실액증가로 이어진다. 이러한 자연재해의 빈번한 발생은 보험료인상과 보험가입자의 부담증가로 연결될 수 있어 보험사의 수익성에도 영향을 미칠 수 있다. 따라서 보험사는 기후변화로 인한 리스크를 적절히 평가하고 관리하는 전략을 개발해야 한다.

보험사는 기후변화에 대응하기 위해 다양한 리스크관리 도구와 전략을 채택할 수 있다. 첫째, 보험사는 기후변화시나리오를 기반으로 리스크 평가모델을 개발하여 잠재적 손실을 예측하고 이에 대한 대비책을 마련할 수 있다. 이를 통해 보험사는 보다 정확한 보험료를 산정하고, 재정적 리스크를 최소화할 수 있다. 둘째, 재보험을

을 사전에 파악하고 이에 대한 대응전략을 수립하는데 큰 도움을 줄 수 있다. 최근 기후·환경변화와 관련된 금융리스크가 빠르게 증가하여 금융회사의 신속대응 필요성이 높아지고 있다. 이에 관한 상세한 내용은 이시연, “기후·환경관련 금융리스크의 증가와 적절한 리스크 지배구조 확립 필요성” 주간금융브리프 제29권 22호 2020, 10-12쪽 참조.

37) 급격한 기후변화로 보험회사의 역할이 중요해지면서 보험회사가 공시하는 지속가능경영에 대한 관심도 높아지고 있다. 이에 관한 상세한 내용은 남혜정, “보험회사의 사회공헌활동과 기후리스크관리: 자발적 ESG 공시를 중심으로” 리스크 관리연구 제35권 4호 2024, 45-76쪽 참조.

통한 리스크 분산전략을 활용하여 대규모 자연재해로 인한 손실을 효과적으로 관리할 수 있다. 재보험은 보험사가 재정부담을 줄이고 자연재해로 인한 대규모손실을 분산시킬 수 있는 중요한 수단이다.

또한, 보험산업은 새로운 보험상품개발을 통해 기후변화에 적응할 수 있다. 예를 들어, 농업보험은 기후변화로 인한 농작물손실을 보상하는 중요한 역할을 할 수 있으며, 농업인들이 기후변화에 대한 불확실성에 대비할 수 있도록 지원한다. 기후지수 기반 보험은 특정기상조건에 따라 자동으로 보상금을 지급하는 상품으로 자연재해로 인한 손실을 보다 효율적으로 보상할 수 있다. 이러한 혁신적 보험상품은 기후변화로 인한 경제적 충격을 완화하고, 피해복구를 지원하는데 기여할 수 있다.

보험산업은 또한 기후변화 완화와 적응을 위한 투자에도 기여할 수 있다. 보험사는 재정적 자원을 활용하여 재생에너지프로젝트, 에너지효율성개선, 그리고 저탄소기술개발에 투자할 수 있다. 이러한 투자는 기후변화의 원인을 줄이고, 지속가능한 발전을 촉진하는데 기여할 수 있다. 또한 보험사는 친환경경영을 추구하는 기업에 대한 투자와 지원을 통해 ESG(환경, 사회, 지배구조) 기준을 강화하고, 지속가능한 경제를 구축하는데 기여할 수 있다.

아울러 보험산업은 기후변화에 대한 인식을 높이고 사회적 행동변화를 촉진하는 중요한 역할을 할 수 있다. 보험사는 기후변화리스크와 그에 따른 경제적 영향을 고객에게 교육하고, 이를 통해 고객이 기후변화에 보다 적극적으로 대응할 수 있도록 지원할 수 있다. 또 보험사는 기후변화대응을 위한 정책개발과 실행에 참여하여 정부 및 국제기구와 협력하여 기후변화에 대한 공동대응전략을 수립할 수 있다.³⁸⁾

요컨대 기후변화는 보험산업에 중대한 도전과 기회를 동시에 제공한다. 보험산업은 기후변화로 인한 경제적·사회적 충격을 완화하고, 피해복구 및 회복력을 강화하는 중요한 역할을 할 수 있다. 이를 위해 보험사는 리스크관리전략을 개선하고, 혁신적 보험상품을 개발하며, 기후변화 완화와 적응을 위한 투자를 확대해야 한다. 또한 기후변화에 대한 인식을 높이고, 사회적 행동변화를 촉진하는데 기여함으로써 지속가능한 경제를 구축하는 중요한 역할을 해야 할 것이다. 보험산업의 이러한 노력은 궁극적으로 기후변화대응을 위한 글로벌차원의 노력을 지원하고 사회안정과 경제적 지속가능성을 강화하는데 기여할 것이다.

3. 기후변화와 금융교육

기후변화와 금융교육은 현대사회에서 점점 중요한 주제로 부각되고 있다. 기후변화의 경제적·사회적 영향이 심화됨에 따라 금융시스템이 이 문제를 어떻게 다루고 적응할 수 있을지에 대한 이해가 필수적이다. 금융교육은 개인과 기업이 기후변화에 적절히 대응하고 지속가능한 경제활동을 촉진하기 위해 필요한 지식과 기술을 제공하는 핵심적 수단이다. 이러한 맥락에서 금융교육은 기후변화의 경제적 측면을 이해

38) 기후변화로 인해 발생한 재해들은 실물경제에 막대한 피해를 초래하고 이는 대출, 투자, 보험계약 등을 통해 금융시장에 중대한 영향을 미칠 수 있으므로 기후위기에 대응하는 과정에서 금융의 책임과 역할이 강조되고 있으며 특히 경제 및 사회활동 전반에 내재되어 있는 각종 위험의 인수 및 관리를 본업으로 하는 보험산업의 중요성이 부각되고 있다. 이에 관한 상세는 한상용, “기후변화 위험대응을 위한 보험산업의 역할 및 향후과제” 주간 금융브리프 제33권 18호 2024, 3-9쪽 참조.

하고, 지속가능한 금융결정을 내리며, 장기적인 경제안정을 확보하는 중요한 역할을 한다.

기후변화가 경제에 미치는 영향은 매우 광범위하고 복잡하다. 이는 자연재해의 빈도와 강도를 증가시키고, 농업생산성을 저하시킬 수 있으며, 해수면상승으로 인한 해안지역의 경제적 손실을 초래할 수 있다. 이러한 변화는 경제적 불확실성을 증대시키고, 금융시장에 중대한 리스크를 부과한다. 따라서 금융교육은 개인과 기업이 이러한 경제적 변화를 이해하고 적절히 대응할 수 있도록 돕는 중요한 역할을 한다.³⁹⁾

또한, 금융교육은 지속가능한 금융결정을 내리는데 필수적이다. 이는 단순히 재무적 수익을 추구하는 것을 넘어 환경적·사회적 책임을 고려한 투자와 소비를 포함한다. 지속가능한 금융은 ESG(환경, 사회, 지배구조)기준을 포함하여 기업의 지속가능성을 평가하고, 장기적인 경제적·사회적 가치를 창출하는데 중점을 둔다. 금융교육은 이러한 지속가능한 금융의 중요성을 강조하며, 개인과 기업이 ESG 요소를 고려한 금융결정을 내릴 수 있도록 돕는다. 이는 기업이 환경책임을 다하고, 사회적 가치를 창출하며, 투명하고 책임있는 경영을 추구하도록 유도할 수 있다.

금융교육은 또한 기후변화에 대한 인식을 높이고, 사회전반의 행동변화를 촉진하는데 기여할 수 있다. 개인과 기업이 기후변화의 영향을 이해하고, 이를 완화하기 위한 조치를 취하도록 독려하는 것은 매우 중요하다. 이는 교육프로그램을 통해 이루어질 수 있으며, 이러한 프로그램은 기후변화의 과학적·경제적 측면을 이해하는데 도움을 줄 수 있다. 또한, 기후변화와 관련된 최신연구와 정책개발에 대한 정보를 제공함으로써 개인과 기업이 최신동향을 파악하고 이에 맞춰 대응전략을 조정할 수 있도록 한다.⁴⁰⁾

금융교육은 국제협력과 조화를 통해 글로벌차원의 기후변화대응을 강화하는데 기여할 수 있다. 글로벌경제는 상호연결되어 있으며, 한 국가의 기후변화대응이 다른 국가에 영향을 미칠 수 있다. 따라서 금융교육은 국제적 차원에서 기후변화대응의 중요성을 강조하고, 각국이 협력하여 지속가능한 발전을 이루어 나가는 데 기여할 수 있다. 이는 국제협력프로그램과 교류를 통해 이루어질 수 있으며, 다양한 국가의 정책과 전략을 공유하고 학습하는 기회를 제공한다.

요컨대 기후변화와 금융교육의 결합은 현대사회에서 매우 중요한 역할을 하고 있다. 금융교육은 개인과 기업이 기후변화에 적절히 대응하고, 지속가능한 경제활동을 촉진하며, 장기적인 경제안정성을 확보하는데 필수적 도구이다. 기후변화의 경제적 영향을 이해하고, 지속가능한 금융결정을 내리며, 국제협력을 강화하는데 있어 금융

39) 예컨대 금융교육은 기후변화로 인한 리스크를 평가하고 관리하는 방법을 가르치며 투자와 저축을 통해 경제적 안정을 유지하는 전략을 제공할 수 있다. 이산화탄소 증가에 따른 지구의 이상 기후변화로 인하여 환경을 보호하고 탄소배출을 줄이고자 하는 노력이 세계적으로 확대되고 있는바, 최근 부상하는 녹색성장과 녹색산업, 그리고 이를 지원하는 녹색금융의 등장배경과 문제점을 고찰하고 녹색금융을 담당하는 전문인력의 양성현황과 문제점을 분석한 글로 최호승·이중호, “녹색금융 활성화에 따른 전문인력 양성에 관한 탐색적 연구” 경영교육연구 제27권 4호 2012, 1-21쪽 참조.

40) 기후변화와 금융교육의 결합은 정책결정자들에게도 중요한 시사점을 제공한다. 정책결정자들은 금융교육을 통해 기후변화에 대한 이해를 높이고, 이를 바탕으로 보다 효과적인 정책을 설계할 수 있다. 이는 특히 기후변화가 경제불평등을 심화시킬 수 있다는 점을 고려할 때 중요하다. 금융교육은 저소득층과 취약계층이 기후변화에 적절히 대응할 수 있도록 지원함으로써 사회불평등을 완화하고 포용적 경제성장을 촉진할 수 있다.

교육의 중요성은 앞으로도 계속해서 강조될 것이다. 이를 통해 보다 지속가능한 경제를 구축하고, 기후변화에 효과적으로 대응할 수 있을 것이다.

VII. 결어

기후변화는 현대사회가 직면한 가장 심각한 도전으로 경제, 환경, 사회 전반에 걸쳐 광범위한 영향을 미치고 있다. 이러한 변화에 대응하기 위해서는 세계가 협력하여 지속가능한 발전을 위한 포괄적 전략을 수립해야 한다. 금융시스템은 기후변화대응에서 중요한 역할을 하며, 이는 기후리스크 관리, 녹색금융 발전, 지속가능한 투자 촉진을 통해 실현될 수 있다.

기후변화에 대응하기 위한 금융시스템의 역할은 그 어느 때보다 중요하다. 금융기관은 기후리스크를 효과적으로 평가하고 관리함으로써 경제전반의 안정성을 유지할 수 있다. 녹색금융 발전은 친환경프로젝트와 기술에 대한 자금조달을 촉진하여 저탄소경제로의 전환을 가속화할 수 있다. 지속가능한 투자는 ESG기준을 통해 기업의 지속가능성을 높이고 장기적 가치창출을 목표로 한다.

이러한 목표를 실현하기 위해서는 첫째, 기후리스크 관리의 강화가 필요하다. 이는 금융기관이 기후변화로 인한 물리적 리스크와 전환리스크를 평가하고 이를 포트폴리오 관리에 반영함으로써 리스크를 최소화할 수 있도록 유도해야 한다. 금융규제당국은 기후리스크 평가를 의무화하고 금융기관이 이에 대한 정보를 투명하게 공개하도록 요구해야 한다. 또한 스트레스 테스트와 시나리오분석을 통해 금융기관이 다양한 기후변화 시나리오에 대비할 수 있도록 지원해야 한다. 둘째, 녹색금융 활성화를 위한 정책지원이 필요하다. 정부는 녹색금융상품에 대한 인센티브를 제공하고, 관련 법적 장치를 마련해야 한다. 이는 녹색금융 활성화를 도모하고, 금융기관이 기후변화대응에 적극 참여할 수 있도록 유도하는 중요한 역할을 할 수 있다. 예컨대 세제혜택이나 보조금지원을 통해 녹색금융상품에 대한 수요를 증가시킬 수 있다. 셋째, 지속가능한 투자를 촉진하기 위한 ESG정보의 표준화가 필요하다. ESG정보의 불투명성과 비표준화는 투자자들이 기업의 지속가능성을 평가하는데 어려움을 초래할 수 있다. 따라서 ESG데이터의 표준화와 신뢰성을 높이기 위한 노력이 필요하다. 국제협력을 통해 ESG기준을 통일하고 투자자들이 글로벌차원에서 일관된 정보를 바탕으로 투자를 결정할 수 있도록 해야 한다. 넷째, 기후변화대응을 위한 국제협력과 정책조화가 중요하다. 기후변화는 국경을 초월한 문제이므로 국가간 협력과 조화가 필수적이다. 국제협력은 기술개발, 자원공유, 정책조화를 통해 기후변화 대응의 효과성을 높일 수 있으며, 글로벌차원의 지속가능한 발전을 촉진할 수 있다. 파리협정과 같은 국제협약은 이러한 협력을 강화하는 중요한 역할을 하며 글로벌차원의 정책적 기회를 확대하는데 기여한다.

요컨대 기후변화에 대응하기 위한 금융시스템의 역할은 매우 중요하며, 이를 위한 정책적 노력은 필수적이다. 기후리스크 관리의 강화, 녹색금융 활성화, 지속가능한 투자촉진, 국제협력과 정책조화를 통해 지속가능한 발전을 이루어 나갈 수 있을 것이다. 이러한 노력을 통해 금융시스템은 기후변화에 대한 대응력을 높이, 경제적·사회적 지속가능성을 증진할 수 있다. 정책결정자들은 이러한 제언을 바탕으로 기후변

화에 대한 효과적 대응전략을 수립하고 지속가능한 미래를 위한 기반을 마련해야 할 것이다.

■ **주제어:** 기후변화, 금융규제, 기술혁신, 지속가능발전, 녹색금융

[참고문헌]

- 김기홍, “국내외 ESG 경영사례분석과 경영자 전략방안 : 투자전략과 평가분류를 중심으로” 전문경영인연구 제27권 2호 2024.
- 김도원·박원빈·황재학, “기후리스크 시나리오 도출을 위한 탄소중립의 경제적 효과에 관한 연구” 금융감독연구 제9권 2호 2022.
- 김소영·이형주·박주영·최상아·성보경·강주엽, “미래대응 금융정책 방향: 인구구조변화, 기후변화, 기술혁신을 중심으로” 한국경제포럼 제17권 4호 2025.
- 김재윤·박혜진, “산업 연관관계를 통한 기후변화 전환리스크의 과급영향” 경제학연구 제72권 3호 2024.
- 김재윤·박혜진, “산업 연관관계를 통한 기후변화 전환리스크의 과급영향” 경제학연구 제72권 3호 2024.
- 김형태·한상범, “PCA를 활용한 금융기관 재무건전성 규제” 한국증권학회지 Vol.27 No.1 2000.
- 김호석, “신재생에너지와 지속가능발전” 한국신재생에너지학회 학술대회논문집 제2007권 6호 2007.
- 김홍균, “신기후변화체제(파리협정)의 평가와 그 대응” 환경법연구 제39권 2호 2017.
- 남성호·박홍균, “선한 기업문화를 위한 기업의 사회적 책임과 ESG” 산학혁신연구 제3권 3호 2025.
- 남영진, “물리적 리스크로 인한 경제적 충격에 대한 고찰” 지속가능경영연구학회지 제8권 2호 2024.
- 남혜정, “보험회사의 사회공헌활동과 기후리스크관리: 자발적 ESG 공시를 중심으로” 리스크 관리연구 제35권 4호 2024.
- 박재하·임대웅, “역동적 혁신경제를 위한 녹색금융 추진방안” 금융연구 working paper 제2022권 5호 2022.
- 박재하·임대웅, “역동적 혁신경제를 위한 녹색금융 추진방안” 금융연구 working paper 제2022권 5호 2022.
- 백정웅, “EU금융그룹의 규제법리와 그 시사점에 관한 연구” 상사판례연구 제22권 4호 2009.
- 서만덕, “기후변화분야의 국제협력과 연구영향력에 관한 연구” 한국기후변화학회지 제15권 6호 2024.
- 윤용호, “[해외전력산업동향] 주요국 신재생 간헐성 대응동향” 전기저널 제509호 2019.
- 윤익준, “파리협정의 주요 쟁점 및 전망” 한양법학 제28권 2호 2017.
- 윤일현·박용민, “녹색성장과 녹색금융의 발전현황: 한국 및 일본의 비교연구” 지역산업연구 제41권 2호 2018.
- 이승준·김영욱, “환경리스크 커뮤니케이션 정책: 기후변화 리스크를 중심으로” 환경포럼 제235권 2019.
- 이시연, “기후·환경관련 금융리스크의 증가와 적절한 리스크 지배구조 확립 필요성” 주간금융브리프 제29권 22호 2020.
- 임청룡·김세혁·안미란, “농업분야 탄소저감 방안 연구” 한국산학기술학회논문지 제24

권 12호 2023.

임형석, “지속가능 금융 현황과 향후 과제” 주간 금융 브리프 제30권 3호 2021.

장영민, “기후변화가 금융시스템에 미치는 영향과 금융자산의 기후위험 가격결정에 관한 문헌 연구” 한국재무학회 학술대회 제2022권 11호 2022.

전홍민·강성현, “기후리스크가 금융안정에 미치는 영향” 국제회계연구 제116호 2024.

정서용, “파리 기후변화협정상 국제시장메커니즘에 대한 검토” 서울국제법연구 제25권 2호 2018.

정승화, “블록체인기술기반의 분산원장 도입을 위한 법적 과제-금융산업을 중심으로-” 금융법연구 제13권 2호 2016.

최용근, “기후변화 리스크가 금융산업에 미치는 영향” 지급결제학회지 제14권 2호 2022.

최원기, “기후변화대응 국제협력체제에 대한 국제법적 검토” 서울국제법연구 Vol.16 No.2 2009.

최지은·강형구·한병석, “은행업에서의 환경, 사회, 거버넌스(ESG) 리뷰” 경영사연구 (경영사학) 제113권 2025.

최호승·이종호, “녹색금융 활성화에 따른 전문인력 양성에 관한 탐색적 연구” 경영교육연구 제27권 4호 2012.

한국금융연구원, “글로벌 지속가능투자 확산 및 향후과제” 주간금융브리프 제27권 10호 2018.

한상용, “기후변화 위험대응을 위한 보험산업의 역할 및 향후과제” 주간금융브리프 제33권 18호 2024.

[Abstract]

A Study on Financial Regulation as a Climate Change Response Strategy

Choung, Wan*

Climate change is a significant challenge for modern society, affecting the economy, environment, and society. Addressing it requires strategies like financial regulation and technological innovation. Financial regulation guides financial institutions to manage climate risks and support sustainable development. Mandatory climate risk disclosures and stress testing help institutions handle risks from climate change. Green finance incentives and ESG criteria standardization promote eco-friendly investments, while international cooperation enhances global responses.

Technological innovation is crucial in climate change mitigation. Advancements in renewable energy reduce fossil fuel dependence and greenhouse gas emissions, while energy storage tackles renewable energy intermittency. Energy efficiency technologies cut energy use in buildings and industry, and carbon capture reduces emissions where fossil fuels are unavoidable. In agriculture and forestry, precision agriculture and forest management technologies lower emissions and boost carbon absorption.

This paper highlights financial regulation and technological innovation as key strategies for transitioning to a low-carbon economy. Financial regulation manages climate risks, while technological innovation offers solutions in sectors like energy and agriculture.

In conclusion, managing climate change risks is vital for sustainable development. Financial regulation and technological innovation are essential for mitigating impacts, supported by government policy, private investment, and international cooperation. These efforts enhance financial system stability and ensure a sustainable environment for future generations.

- **Key Words:** Climate Change, Financial Regulation, Technological Innovation, Sustainable Development, Green Finance

* Professor, Kyung Hee University Law School.

존속기간이 연장된 의약품 특허권의 효력범위

박영규* · 백예은**

논문요지

본고는 의약품 허가, 존속기간 연장 및 효력범위 해석의 경향(제Ⅱ절)에 대해 개괄적으로 살펴본 후 특허법에서의 발명의 종류와 용도, 특허법 제95조에 용도라는 개념이 도입된 이유 및 해석, 이러한 용도와 투여용법·투여용량 또는 의약품도 발명과 관계에 대해 고찰하였다(제Ⅲ절). 아울러, 특허법 제95조에 의해 존속기간이 연장된 의약품 물질특허의 효력범위를 정함에 있어, 솔리페나신 판결이 제시한 실질적 동일성 기준에 따른 용도의 실질적 동일성 범위는 약사법상의 효능·효과(적응증)로 한정되는지의 여부, 용도의 실질적 동일성 범위에 최초 허가만이 포함되는지 혹은 후속 허가까지도 포함되는지의 여부에 대해 논의를 전개하였다(제Ⅳ절).

이러한 고찰 혹은 논의를 바탕으로 하여, 아래의 내용을 결론으로 제시하고자 한다.

1. 특허법 제95조에 용도라는 개념이 도입된 이유 : 특허법 제95조가 “그 허가 등에 있어 물건에 대하여 특정의 용도가 정하여져 있는 경우에는 그 용도에 사용되는 물건에 관한 그 특허발명의 실시 행위에만 미친다.”고 규정한 이유는, 원래 의약품 특허를 대상으로 하여 특허권 존속기간 연장제도를 도입하였기 때문에 물건이 의약품이 아닌 의약 분야 외의 다른 상업적 용도를 갖더라도 거기에는 미치지 아니함을 명확히 하려고 한 것으로 해석된다.

2. 특허법 제95조의 용도 해석 : 특허법 제95조에 규정된 용도라는 개념은 의약품에 한정하여 적용되는 개념이 아니라 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제에 모두 적용되는 개념이라는 점을 고려할 때, 이러한 개념은 약사법의 효능·효과, 허가의 순서, 투여용법·투여용량, 치료대상(환자군), 치료기간 등을 의미하는 것이 아니라 특허발명을 실시하기 위하여 다른 법령에 따라 허가를 받거나 등록 등을 하여야 하고 그 허가 또는 등록 등을 위하여 필요한 유효성·안전성 등의 시험으로 인하여 장기간이 소요되는 물질이 가지고 있는 의약으로서의 용도, 마약 또는 향정신성의약품으로서의 용도, 농약 또는 원제로서의 용도를 의미하는 것으로 폭넓게 해석하는 것이 타당할 것이다.

3. 의약품 특허와 약사법상 효능·효과(적응증)의 관계 : 의약품 특허의 실질적 동일성에서의 용도는 약사법상의 효능·효과에 한정되는 것이 아니라 대상 물건의

* 명지대학교 법학과 교수, 법학박사

** 명지대학교 법학석사

용도를 의미하는 것이고, 대상 물건 혹은 특정의 용도가 ‘특허법상 실질적으로 동일한지 여부’는 ‘특허명세서’로부터 파악되는 특허발명의 ‘기술적 의의’를 중심으로 판단해야 할 것이다.

4. 의약품 특허와 약사법상 최초 허가, 후속 허가의 관계 : 후속 허가에도 연장된 특허권의 효력이 미치는 것으로 실무를 운영하고 있는 미국, 유럽과 우리나라 존속기간 연장제도가 점차 동조화되고 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위를 “최초 허가된 적응증”이 아니라 그 존속기간 연장 대상의 용도로 폭넓게 해석하는 것이 타당한 것으로 여겨진다.

· 논문제출: 2025. 06. 23. · 심사개시: 2025. 07. 08. · 게재확정: 2025. 07. 22.

I. 서론

현재 존속기간 연장제도와 관련하여 연장 가능한 특허권 개수, 복수의 유효성분별 연장에 대한 규정의 특허법에의 명문화 필요성, 특허법 시행령 제7조 제1항 제1호에 규정된 신물질 개념의 해석,¹⁾ 전체 유효특허기간의 제한 필요성, 특허법 제95조에 규정된 허가 등에 따른 존속기간이 연장된 경우의 특허권의 효력, 허가·특허 연계 제도 등을 중심으로 다양한 논의가 진행되고 있다.²⁾ 이 중에서 존속기간이 연장된 특허권의 효력과 관련하여, 특허법 제95조는 “제90조 제4항에 따라 특허권의 존속기간이 연장된 특허권의 효력은 그 연장등록의 이유가 된 허가 등의 대상물건(그 허가 등에 있어 물건에 대하여 특정의 용도가 정하여져 있는 경우에는 그 용도에 사용되는 물건)에 관한 그 특허발명의 실시 행위에만 미친다.”고 규정하고 있다. 결국 특허권의 존속기간이 연장된 경우, 그 특허권의 효력범위는 특허법 제95조를 어떻게 해석하여야 할 것인지의 문제, 즉 ①‘연장등록의 이유가 된 허가 등의 대상물건에 관한 그 특

1) 이에 대해서는 대법원 2024. 7. 25. 선고 2021후11070 판결; 특허법원 2017. 12. 21. 선고 2016허9011 판결; 이진희, “특허권 존속기간 연장등록 대상이 되는 발명 - 구 특허법 시행령 제7조 제1호 ‘신물질’의 의미”, 「사법」 제1권 제62호(2022), 443면 참조.

2) 이와 관련하여서는, 권지현, “연장된 의약품 특허 존속기간의 유효 한도(캡) 규정 도입방안”, 「법학논총」 제43권 제3호(전남대학교 법학연구소, 2023), 117면; 엄태민, “의약품특허의 존속기간연장제도 개선방안”, 「지식재산연구」 제18권 제1호(2023), 1면; 이진희, 앞의 논문, 443면; 권경희, 허가 등에 따른 특허권 존속기간 연장제도의 절차적 개선방안 및 산업계에 미치는 영향, 특허청 용역보고서(2021); 조재신, “특허권 존속기간 연장제도에 관한 소고”, 「법학논총」 제40권 제2호(2020), 211면; 손천우, “특허권의 존속기간 연장등록의 요건과 연장된 특허권의 효력범위 - 대법원 2019. 1. 17. 선고 2017다245798 판결을 중심으로”, 「사법」 제47호(2019), 331면; 강준원, “존속기간이 연장된 특허권의 효력범위 - 특허법 제95조의 새로운 해석론 -”, 「지식재산연구」 제14권 제4호(2019), 1면; 신현철, “특허권 존속기간연장등록의 요건과 연장된 특허권의 효력범위 - 일본의 재판례를 소재로 한 비교법연구 -”, 「서울법학」 제25권 제4호(2018), 455면; 최은신, 「특허권의 존속기간 연장등록출원제도 운용에 관한 외국의 법제, 판례 및 문제점에 관한 연구」, 특허청 용역보고서(2017); 심미성·백가람, “의약품 허가·특허연계제도 실시에 따른 특허심판의 현황 및 제언(提言)”, 「지식재산정책」 제24호(한국지식재산연구원, 2015), 4면; 특허청 심사3국 특허권 존속기간 연장제도 연구회, 「특허권 존속기간 연장제도 연구결과 보고서」, 2003 참조.

허발명 실시 범위’ 혹은 ②‘그 허가 등에 있어 물건의 특정의 용도가 정하여져 있는 경우에 있어서는 그 용도에 사용되는 물건에 관한 그 특허발명 실시 범위’를 어떻게 해석할 것인지에 대한 문제로 귀결된다 할 수 있다.

본고는 먼저 의약품 허가, 존속기간 연장 및 효력범위 해석의 경향(제Ⅱ절)에 대해 개괄적으로 살펴본 후 특허법에서의 발명의 종류와 용도, 특허법 제95조에 용도라는 개념이 도입된 이유 및 해석, 이러한 용도와 투여용법·투여용량 또는 의약품용도 발명과의 관계에 대해 고찰한다(제Ⅲ절). 아울러, 특허법 제95조에 의해 존속기간이 연장된 의약품 물질특허의 효력범위를 정함에 있어, 솔리페나신 판결이 제시한 실질적 동일성 기준에 따른 용도의 실질적 동일성 범위는 약사법상의 효능·효과(적응증)로 한정되는지의 여부, 용도의 실질적 동일성 범위에 최초 허가만이 포함되는지 혹은 후속 허가까지도 포함되는지의 여부에 대해 논의를 전개한다(제Ⅳ절). 이를 통해 궁극적으로 특허법 제95조에 용도가 도입된 이유, 특허법 제95조의 용도 해석, 특허법 제95조의 용도와 투여용법·투여용량, 의약품용도 발명의 관계, 존속기간이 연장된 의약품 특허와 효능·효과(적응증)의 관계, 존속기간이 연장된 의약품 특허와 최초 허가, 후속 허가의 관계 등을 결론으로 제시하고자 한다.

II. 의약품 허가, 존속기간 연장 및 효력범위 해석의 경향

1. 존속기간 연장제도의 취지 및 목적

우리나라 대법원 판결,³⁾ 세계에서 가장 먼저 특허권 존속기간 연장제도를 도입한 미국의 「의약품의 가격경쟁 및 특허권 존속기간 연장에 관한 법률」⁴⁾(이하 ‘Hatch-Waxman 법’이라 칭함)의 취지에서 이미 알 수 있는 바와 같이, 존속기간 연장제도는 특허권자에게는 허가 등에 소요된 기간만큼의 존속기간 연장을 해주고, 반대로 제네릭 제조사들에게는 특허권 존속기간 중 제네릭 의약품의 허가에 필요한 안전성, 유효성 및 생물학적 동등성 등에 대한 데이터를 얻기 위한 목적의 특허 의약품 사용(혹은 의약품에 관한 시험자료를 원용할 수 있게 해주어 안전성·유효성 시험자료 제출을 면제하고, 생물학적 동등성 관련 시험자료를 제출하는 것 등)을 특허권 침해로부터 제외시켜 상호의 이해관계를 조정하는데 그 목적이 있다고 할 수 있다.⁵⁾

3) 대법원 2017. 11. 29. 선고 2017후882, 899 판결. 이외에도 존속기간 연장대상과 관련된 대법원 2024. 7. 25. 선고 2021후11070 판결; 존속기간이 연장된 의약품 특허권의 효력이 미치는 범위에 관련된 대법원 2019. 1. 17. 선고 2017다245798 판결; 존속기간이 연장되어 등록된 특허발명의 연장 기간 산정이 적법하게 되었는지와 관련된 대법원 2017. 11. 29. 선고 2017후844, 851, 868, 875 판결; 존속기간 연장출원제도 전에 시행되었던 존속기간 연장신청에 대한 특허청장의 불승인처분의 적법성이 쟁점이었던 대법원 2018. 10. 4. 선고 2014두37702 판결 등이 선고되었다.

4) Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act, 28 PTCJ 611.

5) 미국 특허법 제271조(e)(2)(A)에 의해 의약품 자체 또는 그 용도에 대해 이미 특허권이 설정되어 있는 경우, 당해 의약품에 대하여 FDA의 사전 승인을 구하는 신청을 하는 행위 자체는 특허권 침해행위로 간주 된다. 이와는 반대로, 유럽은 미국의 Bolar 조항을 모델로 의약품에 대한 임상시험이 특허권의 효력으로부터 제외되는 것은 특허권의 존속기간을 단축시키지 않고, 특허권의 효력은 제한 없이 특허발명을 시험·연구 목적으로 실시하는 경우에 미치지 않아야 한다는 점을 고려하여, 의약품 등의 허가를 받는데 필요한 정보를 얻기 위

이러한 우리나라에서의 특허권 존속기간 연장제도의 취지, Hatch-Waxman 법의 취지 등에 따라,⁶⁾ 법률의 규정에 의하여 그 특허발명의 실시를 방해받음으로써 발생한 불이익을 해소하는 범위를 초과하여 특허권자를 유리하게 취급하는 것은 제도의 취지에 반한다고 할 수 있다. 반대로 특허발명과 행정 처분 절차에서 정해진 심사사항을 형식적으로 비교하여 모두 일치하지 않는 경우 특허권자에 의한 금지 등의 권리 행사를 용이하게 면할 수 있다고 하면, 행정 처분을 받는 것이 필요하였기 때문에 특허발명의 실시를 할 수 없었던 기간을 연장 혹은 회복시켜준다고 하는 존속기간 연장제도의 취지에 반할 뿐만 아니라 형평의 이념에도 어긋나는 결과가 될 것이다.

특허법 제95조가 “특허권의 존속기간이 연장된 특허권의 효력은 그 연장등록의 이 유가 된 허가 등의 대상물건(그 허가 등에 있어 물건에 대하여 특정의 용도가 정하여져 있는 경우에는 그 용도에 사용되는 물건)에 관한 그 특허발명의 실시 행위에만 미친다.”라고 규정한 것도 위의 취지를 반영한 결과로 여겨진다. 결국, 특허법 제95조에 규정된 연장된 특허권의 효력을 어느 정도까지 한정할 것인지는, 위에서 언급한 존속기간 연장제도의 취지, 제약산업의 현실, 오리지널 및 제네릭 제약사의 이해 관계, 신약개발의 어려움,⁷⁾ 대상 특허발명이 물질특허, 방법특허 혹은 투여용법·투여용량 등을 한정하고 있는지의 사정,⁸⁾ 현행 특허법은 통상적인 특허권의 효력과 존속기간이 연장된 특허권의 효력을 구분하여 규정하고 있다는 점 등을 종합적으로 고려해 확정해야 할 것이다.

2. 특허법과 약사법의 합리적 관계 설정

약사법에 따른 품목허가 과정에서는 국민보건 향상이라는 법 목적을 달성하기 위

한 시험·연구뿐만 아니라 이러한 시험·연구를 통해 획득된 정보를 사용하여 허가신청서를 제출하는 행위까지도 특허침해로 인정하지 않는 지침을 공포하였다(Richtlinie 2001/83/EG. 동 지침은 이후에 지침 2004/27/EG를 통해 개정되었다(ABl. L 136/34)). 이에 대한 자세한 내용은 박영규, “연구 또는 시험을 하기 위한 특허발명 실시의 의미와 한계”, 「산업재산권」 제31호(2010), 1, 27면 참조.

- 6) 의약품의 추가보호증명에 관한 유럽연합의 규정(Regulation (EC) No 469/2009 of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 concerning the supplementary protection certificate for medicinal products)의 취지, 행정 처분을 받을 필요가 있었기 때문에 특허발명을 실시할 수 없었던 기간을 회복시켜준다는 일본에서의 취지 등도 큰 차이가 없는 것으로 여겨진다.
- 7) 타 분야 발명의 특허권에 대한 유효특허기간은 약 15년 내지 18년인 것인 데 반해, 개발 및 제조판매품목허가 과정을 거쳐야 하는 의약품에 대한 특허권의 유효특허기간은 평균 약 8년 내지 12년에 불과하다고 한다(최은선, 앞의 특허청 용역보고서(2017), 5면).
- 8) 분석 대상인 전체 연장등록출원된 특허권 597개 중 538개(90.1%)의 특허가 연장되었으며, 연장등록출원의 최종 결과 거절로 인한 ‘연장 미등록’은 59개(9.9%)로 나타났다. 연장된 특허권 중 525개(88.4%)는 5년 이내로 연장되었으며 이중 1년 미만의 기간으로 연장된 특허권은 246개(41.2%)로 가장 많았다. 이때 특허권 연장등록출원의 대상이 되는 특허를 특허 유형(물질, 용도, 조성물, 제법)에 따라 분류한 결과, 연장등록출원한 특허 중 물질특허가 352개로 가장 많았고, 조성물특허(110개), 용도특허(75개), 제법특허(60개)가 그 뒤를 이었다. 연장등록출원한 특허권의 존속기간 중 연장된 기간을 살펴보았을 때, 물질특허의 연장기간이 평균 609.6일(약 1년 8개월)로 가장 길었으며, 조성물특허는 340.1일(약 11개월)로 가장 짧았다. 용도특허를 제외한 모든 유형에서 최대 기간인 1,826일(5년)을 연장받은 특허권이 있는 것이 확인되었다. 이에 대해서는 김소희·이대성·최형빈·권경희, “과도한 의약품 시장독점 방지를 위한 연장된 특허권 존속기간의 비교 - 한국, 미국, 일본, 영국, 프랑스, 독일을 중심으로 -”, 「약학회지」 제66권 제6호(2022), 350, 353면.

해, 원료약품 및 그 분량, 성상, 제조방법, 효능·효과, 용법·용량 등과 동시에 안전성·유효성과 관련된 기원 또는 발견 및 개발 경위에 관한 자료, 구조결정, 물리화학적 성질에 관한 자료, 안정성에 관한 자료, 독성에 관한 자료, 약리작용에 관한 자료, 임상시험성적에 관한 자료 등이 매우 구체적이고 세세하게 그리고 필수적으로 심사된다. 이러한 모든 요소가 특허법 제95조에 규정된 존속기간이 연장된 특허권의 효력에 영향을 미치는 것으로 해석하는 것, 다르게 표현하면 존속기간이 연장된 특허권의 효력은 이러한 모든 요소가 동일한 경우에만 인정된다고 하는 것은, 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위를 쉽게 회피한 제품들이 나타날 수 있게 되어 특허발명의 실시를 할 수 없었던 기간을 회복시켜 준다고 하는 존속기간 연장제도의 취지, 그 실효성에 반할 뿐만 아니라 형평의 이념에도 어긋하는 결과를 초래할 것이다.

뿐만 아니라 실무적으로 기초 특허의 보호범위에 속하는 모든 가능한 실시예 혹은 유도 형태를 찾아내서 특허발명의 명세서에 기재하거나 품목허가를 받는 것은 대부분의 경우 거의 불가능에 가깝다고 할 수 있다.⁹⁾ 결국, 의약품의 성분을 대상으로 하는 물질발명에 있어서, 품목허가 심사에서 다루어지는 많은 요소에서 차이가 있다고 하더라도, 당해 특허발명이 의약품의 유효성분만을 특징으로 하는 발명인지 여부,¹⁰⁾ 의약품 유효성분의 존재를 전제로 하여 그 안전성 또는 제형 등에 관한 발명인지의 여부 혹은 그 기술적 특징 및 작용·효과는 어떠한 내용인지 등 특허발명의 내용에 기초하여 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위가 미치는 것인지 여부에 대한 판단이 이루어져야 할 것이다.¹¹⁾

물론 허가 등을 이유로 하는 특허권 존속기간 연장등록은 약사법상 품목허가를 받기 위한 선행행위(유효성·안전성 실험 등)에 기인한다는 점에서 약사법과의 정합성을 이루도록 그리고 합목적적으로 해석되어야 한다는 점은 부인할 수 없다. 그럼에도 불구하고, 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위를 확정하는 단계에서 ‘그 특허발명’의 실질이 무엇인지를 먼저 탐구한 후, 약사법에 따라 품목허가를 받은 의약품과 특정 질병에 대한 치료효과를 나타낼 것으로 기대되는 특정한 유효성분, 치료효과 및 용도가 동일한지 여부를 중심으로 판단해야 할 것이다. 이처럼 해석하는 것이, “특허법은 존속기간이 연장된 특허권의 효력이 미치는 범위를 규정하면서, 그 연장등록의 이유가 된 허가 등의 대상물건에 관한 특허발명의 실시로 규정하고 있을 뿐, 허가 등의 대상 ‘품목’의 실시로 제한하지는 않았다.”고 하여 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위를 약사법에 의한 허가사항으로 제한해서는 안된다고 판시한 대법원의 솔리페나신 판결¹²⁾의 방향과도 부합할 것이다.

9) BGH GRUR 1998, 363 - Idarubicin I (Rdn. 24); Young-Gyu Park, “Ergänzendes Schutzzertifikat für Arzneimittel im deutschen und koreanischen Patentrecht”, 「한독법학」 제15권(2004), S. 327, 342.

10) 동일한 유효성분을 갖고 있더라도 에스테르·이성질체 등이 달라질 경우 다른 약리작용을 나타낸다면 존속기간이 연장된 특허권의 권리범위에 속하지 않는다고 봄이 타당하다(임이 변경된 경우에도 다른 약리작용을 나타낸다면 마찬가지이다). 식약처에 허가 등을 받는 과정에서 새로 임상시험을 해야 하고, 기존의 허가 등을 받은 의약품의 임상시험 자료를 원용하지 못하고 새로운 임상시험 자료를 제출해야 하는 경우까지 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위가 미친다고 보게 되면 후발 제네릭 회사들에게 가혹한 결과가 된다는 견해에 대해서는 손천우, 앞의 논문, 331, 390면 참조.

11) 知財高裁 平成29年1月20日 判決 平成28年(ネ)第10046号.

12) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2017다245798 판결.

3. 존속기간 연장과 그 효력범위 해석의 경향

존속기간이 연장된 특허권의 보호범위와 관련하여 특허법 제95조가 한정적인 문구를 사용하고 있는 점, 법률의 규정에 의하여 그 특허발명의 실시를 방해받음으로써 발생한 불이익을 해소하는 범위를 초과하여 특허권자를 유리하게 취급하는 것 혹은 그 반대의 경우 모두 존속기간 연장제도의 취지에 반한다는 점, 의약분야에서 특허권의 보호는 그 가치나 파급효과가 매우 크고 따라서 오리지널 제약사, 제네릭 제약사의 이해 관계 및 공중의 보건을 세심하게 조정할 필요성이 크다는 점 등에 대해서는 별다른 이견이 없을 것이다. 특허법 제95조에 규정된 ‘연장등록의 이유가 된 허가 등의 대상물건....에 관한 그 특허발명의 실시’의 의미와 관련하여 솔리페나신 사건에서 대법원은, 보호범위 해석은 약사법이 아니라 특허법 본래의 취지에 따라 해석해야 함을 명확히 하고 있는 것으로 여겨진다.

대법원의 솔리페나신 판결과 같은 취지로 프라닥사 사건에서 특허법원¹³⁾은 “피고들의 확인대상발명은 이 사건 허가대상 의약품인 ‘프라닥사 캡슐’과 유효성분이 ‘다비가트란 에텍실레이트’로 동일하고, ‘다비가트란 에텍실레이트 메실산염’과 ‘다비가트란 에텍실레이트 유리염기’ 간의 염 형태 차이, 염 형태의 차이로부터 비롯된 물리화학적 특성(용해도, 흡수율 등)의 차이 등만으로 인체에 흡수되는 유효성분의 약리작용에 의해 나타나는 치료효과가 다르다고 볼 수 없고, 피고들의 확인대상발명은 이 사건 허가대상 의약품인 ‘프라닥사 캡슐’과 용도가 ‘뇌졸중, 전신색전증, 정맥혈전증, 폐색전증 또는 정맥혈전색전증의 위험 감소, 치료 또는 예방’으로 동일하다.”고 판시하였다.

대법원의 솔리페나신 판결, 위의 특허법원 판결과 같은 취지로 특허심판원도 자랴토 사건¹⁴⁾에서 “치료효과나 용도가 실질적으로 동일한지 여부와 관련하여서도, 치료효과나 용도는 약사법 상의 효능·효과에 한정되는 것이라고 볼 수 없고, 대상물건의 의약용도를 의미하는 것으로 보아야 하는데, 만약 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위를 그 연장등록의 이유가 된 대상품목의 허가사항으로 제한한다면 연장된 특허권의 효력범위를 쉽게 회피한 제품들이 나타날 수 있게 되므로 존속기간 연장제도의 실효를 기대할 수 없게 되는 문제점이 있다.”고 심결하였다.¹⁵⁾ 또한, 가브스 사건¹⁶⁾에서 특허심판원도 “존속기간이 연장되기 전이라고 하더라도 물질특허가 용법·용량 특허보다 효력범위가 넓은 이상, 존속기간이 연장된 이후에도 그 효력범위에 차이를 두어 물질특허의 효력범위를 더 넓게 보는 것이 합리적이다. (생략) 따라서 이러한 품목허가상의 효능·효과를 기준으로 대세효를 가지는 특허권의 효력범위를 정하는

13) 특허법원 2019. 8. 23. 선고 2017허7128 판결.

14) 특허심판원 2021. 7. 6. 2020당3742 심결.

15) 다만, 동 사건에서 특허심판원과 달리 서울중앙지방법원은 특허권침해금지 가처분 사건에서, 허가대상 의약품의 특허권자인 채권자의 가처분신청을 ‘리바록사만이 제1 용도에 사용될 경우에 관한 안전성 등을 평가하기 위해서 3상 임상시험을 이 사건 허가대상 의약품의 제4 용도에 관한 품목허가일 이후까지 진행하였다는 점’ 등을 이유로 기각하는 결정을 하였다. 이러한 서울중앙지방법원의 가처분결정에 대해서는, 임상시험 순서는 허가 의약품의 각 효능·효과에 구현되어 있는 기술적 의의, 치료효과나 용도의 차이로 인해 그 시기가 달라지는 것이 아니라 임상대상자 모집, 해당 의약품의 긴급성 등 다른 많은 요인에 의해 결정된다는 점에서 수긍하기 어렵다.

16) 특허심판원 2020. 07. 01. 2019당3960 심결.

것은 불합리하다. (생략) 가브스정의 안전성·유효성 자료를 그대로 원용하면서 오리지널 의약품의 허가받은 효능·효과 일부만을 삭제하여 품목허가를 받은 후발 의약품에 이 사건 특허발명의 연장된 특허권의 효력범위가 미치지 않는다면 존속기간 연장제도의 입법 목적을 달성하지 못하는 문제가 있다.”고 판단하였다.

결국, 특허법 제95조가 정하고 있는 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위와 관련하여, 대법원의 솔리페나신 판결 이후 특허법원, 특허심판원 모두 치료효과나 용도가 약사법 상의 효능·효과(적응증)에 한정되는 것이라고 볼 수 없고, 품목허가상의 효능·효과를 기준으로 대세효를 가지는 특허권의 효력범위를 정하는 것은 불합리하고, 허가받은 효능·효과 중 일부만을 삭제하여 품목허가를 받은 후발 의약품에도 존속기간이 연장된 특허권의 효력이 미쳐야 한다는 입장을 일관되게 유지하고 있는 것으로 여겨진다.¹⁷⁾

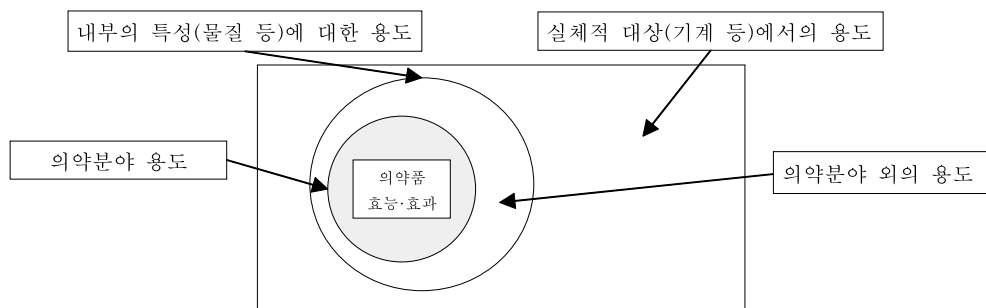
III. 특허법에서의 발명의 종류와 용도, 특허법 제95조의 용도

1. 발명의 종류와 용도

(1) 발명의 종류

발명의 종류에 대한 개념은 특허법에 명문으로 규정되어 있지 않지만 특허권의 보호범위, 특허의 대상 혹은 발명의 대상을 규정한 조문으로부터 유추할 수 있는데 대상에 따라서 물건과 방법으로 나누어진다. 특허법 제94조는 “특허권자는 업으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점한다.”라고 규정하고 있고, 특허법 제2조 제3호는 ‘실시’라는 개념을 물건발명과 방법발명으로 구분하여 정의하고 있다. 결과적으로 발명의 종류는 2가지, 즉 물건발명과 방법발명으로 대별된다. 다르게 표현하면 2가지 청구항의 형태가 존재하는데, 실체적 대상(기계, 기구, 장치, 시설 등) 또는 내부의 특성(물질, 조성물 등)에 대한 청구항과 행위 또는 현상에 대한 청구항(방식, 방법, 용도 등)이다.

<특허법에서 용도의 분류>



17) 연장된 특허권의 효력범위를 해석함에 있어서 대법원의 솔리페나신 판결 이후 특허법원, 특허심판원 모두 특허법 제95조에 규정된 ‘용도’를 ‘의약용도’라는 기준으로 일관되게 판단하고 있다는 내용에 대해서는 특허청, 의약품 특허권 존속기간 연장제도 개선을 위한 특허법 개정(안), 2023 참조.

또한 특허법에서의 용도는 실체적 대상(기계 등)에서의 용도, 내부의 특성(물질, 조성물 등)에 대한 용도로 구분할 수 있고, 다시 물질발명은 의약분야에서의 용도와 의약분야 외의 용도로 구분이 가능하다. 물질의 특성(물질의 구성 포함)으로 인해 공지의 물질과 비교하여 기대치 못한 효과, 놀랄만한 효과를 나타낼 경우에 물질발명의 진보성이 인정되기 때문에 물질의 용도를 포함하여 물질발명의 명세서가 작성되기는 하지만, 그럼에도 불구하고 물질발명에 대한 특허권은 이러한 용도에 관계없이 동일한 혹은 균등영역¹⁸⁾에 있는 물질에까지 미친다.¹⁹⁾ 반대로 용도발명은 발명의 결과물이 생산된 물질에 있는 것이 아니라 용도가 목적으로 하는 행위결과에 있다는 점에서 보호범위도 명세서에 기재된 구체적 용도로 한정된다. 따라서, 특허법 제95조를 해석 할 때 단순히 약사법상의 허가 사항이나 대상물건의 의미뿐만 아니라 특허법상 특허발명 실시의 개념 및 특허의 종류도 함께 고려하는 것이 특허법 제95조의 해석에 더욱 부합하고, 존속기간 연장제도와 특허법 전반의 취지에 걸맞은 것으로 여겨진다.²⁰⁾

(2) 발명과 용도

가. 물질특허와 용도

새로이 합성·생산된 화학물질 혹은 천연상태로부터 분리된 화학물질은 공공의 사 용에 기여한 발명가에게 적절한 보상을 하고, 발명공개를 촉진하는 한편 투자 및 혁신에 이르도록 자극한다는 특허법의 원칙 하에, 절대적 효력을 지니는 물질발명으로 인정되고 있다. 이러한 물질발명의 인정은 새로운 물질의 공개를 통해 비로소 새로운 생산방법, 새로운 용도 혹은 유사한 또는 전혀 다른 작용·효과를 지닌(유사한 구조) 물질의 발굴이 촉진될 수 있다는 것을 그 근거로 하고 있다. 일반적으로 물질발명의 진보성은 물질구성의 용이함 뿐만 아니라 새로운 용도까지를 포함하여 판단되는데, 기술적, 치료적 혹은 다른 목적을 위해 물질이 사용될 때 물질의 특성(물질의 구성 포함)으로 인해 공지의 물질과 비교하여 기대치 못한 효과, 놀랄만한 효과를 나타낼 경우에 물질발명의 진보성이 인정된다. 다르게 표현하면 새로운 물질이 선행기술과 경험에 비추어 출원시에 기대치 못한 새로운 특성, 효과 혹은 놀랄만한 특성, 효과를 수반할 때 인정된다.²¹⁾

하지만 이러한 기대치 못한 새로운 특성, 효과 혹은 놀랄만한 특성, 효과는 물질발명의 대상이 아니고 용도발명의 대상에 해당한다. 즉, 물질발명의 용도는 새로운 물질의 창출에 의한 용도로 최소한의 유용성이 증명된 모든 용도를 포함하고, 따라서 물질발명의 보호범위는 사용 목적에 상관없이 모든 기능, 작용 혹은 장점을 포함함

18) 국내에서 균등론의 제1 내지 5 적용 요건에 대해서는 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012후498 판결; 대법원 2009. 6. 25. 선고 2007후3806 판결; 김동준, “균등론: 특허법원 판결의 동향과 과제”, 「특허소송연구(특허법원 개원20주년 기념논문집)」, 특허법원, 2018, 529면 참조.

19) 박영규, “생명공학적 발명의 보호와 유전자특허의 보호범위”, 「산업재산권」 제18호(2005), 41, 63면.

20) 홍지형, 「존속기간이 연장된 특허권의 권리범위에 대한 고찰」, 석사학위 논문, 2019, 76면.

21) 박영규, “선택발명의 신규성, 진보성 판단”, 「산업재산권」 제46호(2015), 301, 322면.

에 반하여, 용도발명의 보호범위는 이러한 사용 목적에 한정됨을 의미한다. 구체적으로, 물질발명의 경우에 보호범위는 생산방법 혹은 사용용도에 관계없이 동일한 혹은 균등영역에 있는 물질에까지 미친다. 이에 따라, 출원인이 출원시 혹은 우선일에 이러한 생산방법, 사용용도를 인지했는지 혹은 명세서에 이러한 생산방법, 사용용도를 기재하였는지와 관계없이 물질발명의 효력이 모든 생산방법과 사용용도에 미친다.²²⁾ 이 경우에 특허권의 침해는 생산방법 혹은 사용용도에 의해 판단되는 것이 아니라 명세서에 기재된 신규의 물질이 사용되었는지에 의해 결정된다.²³⁾

나. 의약 용도

의약적 약효를 가지고 있는 새로운 활성물질은 자연상태에 존재하는 활성물질의 선별 및 정제를 통해, 자연상태에 존재하는 활성물질의 합성을 통해, 자연상태에 존재하는 활성물질의 변형을 통해 혹은 자연상태에 존재하지 않는 새로운 물질의 창출을 통해 이루어진다. 화학 및 의약분야에서 물질의 구성요소와 작용·효과 사이의 상관관계는 종종 해명되지 않거나 물질은 그 작용효과의 다양성으로 인해 서로 다른 목적을 위해 사용될 수도 있다는 점에서, 의약분야에서 공지물질을 기초로 하는 용도발명이 특허법적으로 보호되는 것은 필연적인 것으로 여겨진다.²⁴⁾ 즉 의약물질은 다양한 속성을 가지고 있으므로, 의약물질 자체가 알려져 있더라도 그 구체적인 약리효과는 다각도의 시험을 거쳐야 비로소 밝혀지는 경우가 많고, 약리효과에 기초한 새로운 용도를 개발하기 위하여는 오랜 기간의 임상시험에 따른 비용과 노력이 소요되는 점에서, 이와 같은 용도의 개발을 특허로써 보호하여 장려할 필요가 있다.

하지만 공지물질을 기초로 하는 의약분야에서의 용도발명(예, 질병 X를 치료하는데 공지된 물질 Y의 사용)은 엄밀하게 해석하면 치료방법에 해당하여, 인간을 수술, 치료 또는 진단하는 방법 등 의료방법 발명의 산업상 이용가능성²⁵⁾²⁶⁾이 특허청 심사지침서와 판례²⁷⁾에 의해 부정되고 있는 상황 하에서 발명가는 의약분야에서 공지물질을 기초로 하는 용도발명으로 청구항을 작성할 수 없다는 문제점이 있다. 이에 공지물질을 기초로 하는 의약분야에서의 용도발명 청구항의 형태와 관련하여 특허청²⁸⁾은 “목적으로 하는 용도가 의약인 용도발명은 원칙적으로 조성물의 형식으로 기재하여야 한다. 의약용도의 표시에 있어서 의약용도를 한정하지 않은 「의약」, 「치

22) 송영식 외 6인, 「지적소유권법 제2판(상권)」, 육법사, 2013, 231면.

23) BGH GRUR 1972, 80, 88 - Trioxan; BGH GRUR 1979, 461, 462 - Farbbildroehre; 특허청, 「물질특허제도의 고찰」, 1986, 52쪽.

24) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결.

25) 유럽에서는 의료방법 발명의 산업상 이용가능성을 부정하는 것에 대하여 많은 논의 과정을 거쳐, 의료방법 발명의 산업상 이용가능성을 부정하는 대신에 유럽특허협약 제53조(Exceptions to patentability)(c)에 의료방법 발명은 불특허사유로 규정되어 있다.

26) 일본에서도 유독 의료만 산업이 아니라는 일본 판례의 태도는 다른 산업과의 균형상 옳지 않다(中山信弘, 特許法, 弘文堂(2010), 113, 114면)면서, 입법을 통하여 ① 의료행위의 특허 부여가능성을 아예 배제하던지 아니면 ② 조제행위에서처럼 일단 권리는 부여한 뒤 그 효력을 제한하는 처리방식이 타당하며, 혹은 ③ 만일 윤리적 고려가 주로 작용한 것이라면 일본 특허법 제32조의 공서양속 조항으로 처리하는 것이 더 적절하다는 의견이 제시되고 있다(박준식, “의약(醫藥)에 관한 특허법의 통합적 검토 - 유전자원(遺傳資源)의 문제를 포함하여-”, 「저스티스」 통권 제128호(2012), 229, 236면).

27) 대법원 1991.3. 12. 선고 90후250 판결; 특허법원 2004. 7. 15. 선고 2003허6104 판결.

28) 특허청, 기술분야별 심사실무가이드(제5부 의약 분야 심사실무가이드)(2023), 5209면.

료제」라는 포괄적 기재는 인정하지 않는다. 의약용도의 표시는 원칙적으로 질병의 진단, 치료, 경감, 처치 또는 예방에 해당하는 약효로써 표현해야 한다.”라는 기준을 제시하고 있다.²⁹⁾

다만, 물질을 대상으로 하는 특허권의 효력이 절대적임에도 불구하고 제3자는 신규하고 진보성 있는 생산방법이나 공지물질을 기초로 하는 의약분야에서의 용도에 대해 특허를 청구할 수 있다. 이 경우에 생산방법발명 혹은 공지물질을 기초로 하는 의약분야에서의 용도발명 특허권자는 물질발명 특허권자의 동의하에 자신의 발명을 실시할 수 있고(특허법 제98조), 반대로 물질발명 특허권자도 특허 부여된 신규의 의약분야에서의 용도발명 혹은 생산방법발명 특허권자의 동의하에 공지물질을 기초로 하는 의약분야에서의 용도발명 혹은 생산방법 발명을 실시할 수 있다. 즉, 이러한 경우 물질특허와 생산방법특허, 공지물질을 기초로 하는 의약분야에서의 용도특허는 상호 이용관계를 형성하게 된다. 마찬가지로, 공지의 물질에서 출발하는 제1차 의약 용도발명의 본질은 의료방법이 산업상 이용가능성의 결여로 특허보호로부터 제외되고, 예외적으로 물질발명으로 인정된다는 점에 있다. 그리고 공지의 물질에서 출발하는 제1차 의약 용도발명이 의약분야에서의 모든 용도를 포함하는 것으로 넓게 해석하는 결과는 이러한 제1차 의약 용도발명과 제2차, 제3차 의약 용도발명 사이에 이용관계가 성립되어 후출원 특허권자는 자기의 특허발명을 업으로서 실시하기 위하여 선출원 특허권자의 허락을 얻어야 하고(특허법 제98조), 선출원 특허권자가 정당한 이유 없이 허락하지 아니하거나 허락을 받을 수 없는 때에는 특허발명의 실시에 필요한 범위 내에서 통상실시권 허락심판(특허법 제138조 제1항)을 청구해야 한다는 점 등을 고려할 때, 의약분야에서의 공지물질을 기초로 하는 용도발명의 보호범위는 물질발명이기는 하지만 최초의 명세서에 공개된 용도와 그 균등범위로 한정하는 것이 타당한 것으로 여겨진다.³⁰⁾

2. 특허법 제95조의 용도

(1) 특허법 제95조에 용도라는 개념이 도입된 이유

약사법에 의한 허가 또는 등록에 있어서 그 용도의 특징은 필수적인 것이어서 구체적인 용도를 특정하지 아니하고는 약사법에 의한 등록을 받을 수 없고, 오리지널 의약품이 허가받지 아니한 용도에 대하여 제네릭 의약품이 허가를 받는 경우는 거의 없다고 해도 무방하다. 그럼에도 불구하고 특허법 제95조가 “그 허가 등에 있어 물건에 대하여 특정의 용도가 정하여져 있는 경우에는 그 용도에 사용되는 물건에 관한 그 특허발명의 실시 행위에만 미친다.”고 규정한 이유는,³¹⁾ 원래 의약품 특허를

29) 물건발명 형태로 청구범위가 기재되는 의약용도발명에서는 의약물질과 그것이 가지고 있는 의약용도가 발명을 구성하는 것이고(대법원 2009. 1. 30. 선고 2006후3564 판결, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012후3664 판결 등 참조), 여기서의 의약용도는 의료행위 그 자체가 아니라 의약이라는 물건이 효능을 발휘하는 속성을 표현함으로써 의약이라는 물건에 새로운 의미를 부여할 수 있는 발명의 구성요소가 된다(대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결 참조).

30) 박영규, 앞의 논문, 295, 314면.

31) 괄호 부분을 포함하고 있다는 점에서 특허법 제95조와 유사한 특허법 제96조 제1항 제1호도 “연구 또는 시험(「약사법」에 따른 의약품의 품목허가·품목신고 및 「농약관리법」에

대상으로 하여 특허권 존속기간 연장제도를 도입하였기 때문에 물건이 의약품이 아닌 의약 분야 외의 다른 상업적 용도를 갖더라도 거기에는 미치지 아니함을 명확히 하려고 한 것으로 해석된다.³²⁾

즉, 특허권 존속기간 연장제도는 약사법 등에 의한 허가 등을 받기 위하여 특허발명을 실시할 수 없는 기간만큼 특허권의 존속기간을 연장해 주는 제도라는 점, 의약 및 화학 분야에서 물질의 구성요소와 작용·효과 사이의 상관관계는 종종 해명되지 않거나 물질은 그 작용 효과의 다양성으로 인해 서로 다른 목적을 위해 사용될 수도 있다는 점 등을 고려하여, 특허법 제95조는 효력범위 또한 약사법 등에 의한 허가 등을 받을 필요가 있는 용도로 한정하고 그 외 허가 등을 받을 필요가 없어 이미 자유로운 실시가 가능한 의약 외 다른 용도에까지 미치지 않는다는 점을 명확히 하고자 용도 혹은 특정 용도라는 개념을 도입한 것으로 보인다.

예를 들면, 니트로글리세린이라는 물질은 혈관을 확장시켜 심장의 부담을 줄임으로써 혈압을 낮추는 작용이 있어 협심증 치료용도로 이용될 수 있고, 아울러 잘 알려진 바와 같이 다이ना마이트의 원료도 된다. 만약 니트로글리세린에 관한 물질특허의 존속기간이 연장되었다고 하더라도, 이는 약사법에 의해 허가를 받은 의약품용인 협심증의 치료에 사용되는 니트로글리세린으로 특허권의 효력이 제한되고, 다이나마이트의 원료로 사용되는 경우에는 연장된 특허권의 효력이 미치지 않음을 명확히 하기 위하여 특허법 제95조가 “그 허가 등에 있어 물건에 대하여 특정의 용도가 정하여져 있는 경우에는 그 용도에 사용되는 물건에 관한 그 특허발명의 실시 행위에만 미친다.”고 규정한 것으로 여겨진다.³³⁾ 같은 취지로 미국에서도 연장된 특허 기간 중 원래의 특허권을 그대로 보호하지 않고 허가된 활성성분을 기준으로 권리행사 가능범위를 제한하지만, 오리지널 의약품이 허가를 받지 아니한 용도에 대하여 제네릭 의약품이 허가를 받는 경우는 사실상 없다고 보아도 무방하므로 적어도 동일 활성성분(성분 자체의 동일 아닌, 활성부분의 실질적 동일성)의 후속 허가 의약품들에 대하여 실효적인 배타권 행사를 보장해주고 있다.³⁴⁾

따른 농약의 등록을 위한 연구 또는 시험을 포함한다)을 하기 위한 특허발명의 실시”에는 특허권의 효력이 미치지 않는다고 규정하고 있는데, 2010년 특허법 개정을 통해 약사법에 따른 시험적 실시 예외 규정을 추가할 당시의 개정 이유에서는 약사법에 따른 시험적 실시 예외가 시험적 실시 예외에 포함됨을 분명히 한 것이라고 밝히고 있다는 점 등에서 새로운 예외를 추가로 규정한 것이 아니라고 봄이 타당하다. 이에 대해서는 이진희, “연구 또는 시험을 위한 의약 특허발명의 실시와 특허권의 효력 제한”, 「저스티스」 통권 제 201호(2024), 177, 207면 참조.

- 32) 현행 미국 특허법 제156조(a)에 의해, “제품(product), 제품의 사용방법(method of using a product) 및 제품의 제조방법(method of manufacturing a product)”에 대한 특허권의 존속기간은 미국 특허법 제154조(b)에 의해 부여된 원래의 존속기간 만료일로부터 연장될 수 있다. 여기에서 제품은 미국 특허법 제156조(f)(1)에 의해 의약품, 「연방식품·의약품·화장품법」으로 규제되는 의료기기, 식품 첨가물 또는 색상 첨가제이고, 의약품은 ① 신약, 항생제 또는 인간 생물의약품의 유효성분(active ingredient), ② 제조합 DNA, 제조합 RNA, 융합세포 기술 또는 특정 유전자 조작 기술에 기반한 다른 방법을 사용하여 주로 제조되지 아니한 신규 동물의약품 또는 수의생물의약품의 유효성분을 의미하고, 이에겐 단일성분 또는 다른 유효성분과 결합하여 사용되는 복합제제 유효성분의 염과 에스테르가 포함된다. 이러한 규정에 따라 미국의 실무는 새로운 유효성분(active ingredient)에 대해서만 1회에 한정하여 특허권 존속기간 연장을 허용하고 있다.

- 33) 竹田和彦, 「特許の知識(第6版): 理論と實際」,ダイヤモンド社, 1999, 461면. 조영선 대표 집필, 온주 특허법 제95조(홍정표 집필)에서 재인용 하였음.

- 34) 박금남·김태민, “의약품 특허권 존속기간 연장과 허가규제기관의 역할”, 「KFDC규제과학

(2) 특허법 제95조의 용도 해석

위에서 이미 언급한 바와 같이, 특허법 제95조가 “그 허가 등에 있어 물건에 대하여 특정의 용도가 정하여져 있는 경우에는 그 용도에 사용되는 물건에 관한 그 특허발명의 실시 행위에만 미친다.”고 규정한 이유는, 원래 의약품 특허를 대상으로 하여 특허권 존속기간 연장제도를 도입하였기 때문에 물질이 의약품이 아닌 의약 분야 외의 다른 상업적 용도를 갖더라도 거기에는 미치지 아니함을 명확히 하려고 한 것으로 해석된다. 하지만 특허법 제89조 제1항과 동 규정의 위임에 따른 특허법 시행령 제7조 제1항 제1호에 의해 의약품, 마약 또는 향정신성의약품,³⁵⁾ 동조 동항 제2호에 의해 농약 또는 원제³⁶⁾도 연장 대상에 포함됨에 따라, 특허법 제95조에 규정된 용도는 물질이 의약품이 아닌 의약 분야 외의 다른 상업적 용도를 갖더라도 거기에는 미치지 아니함을, 물질이 마약 또는 향정신성의약품이 아닌 해당 분야 외의 다른 상업적 용도를 갖더라도 거기에는 미치지 아니함을 명확히 하려고 한 것으로 해석된다.

이에 따라, 특허법 제95조에 규정된 용도는, 특허발명을 실시하기 위하여 다른 법령에 따라 허가를 받거나 등록 등을 하여야 하고, 그 허가 또는 등록 등을 위하여 필요한 유효성·안전성 등의 시험으로 인하여 장기간이 소요되는 물질의 의약으로서의 용도, 마약 또는 향정신성의약품으로서의 용도, 농약 또는 원제로서의 용도를 의미하는 것으로 여겨진다. 다르게 표현하면, 특허법 제95조에 규정된 용도라는 개념은 의약품에 한정하여 적용되는 개념이 아니라 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제에 모두 적용되는 개념이라는 점을 고려할 때, 이러한 개념은 약사법의 효능·효과, 허가의 순서, 투여용법·투여용량, 치료대상(환자군), 치료기간 등을 의미하는 것이 아니라 특허발명을 실시하기 위하여 다른 법령에 따라 허가를 받거나 등록 등을 하여야 하고 그 허가 또는 등록 등을 위하여 필요한 유효성·안전성 등의 시험으로 인하여 장기간이 소요되는 물질이 가지고 있는 의약으로서의 용도, 마약 또는 향정신성의약품으로서의 용도, 농약 또는 원제로서의 용도를 의미하는 것으로 해석하는 것

회지(구 FDC법제연구)」, 제18권 제2호(2023), 111, 113면; Martin A. Voet, Louis C. Cullman. Repurposing and Enforcement During Patent Term Extension for Pharma Products, *Landslide*(July/August 2016) Vol. 8(Issue 6), p10-13 참조.

35) 특허법원은, 특허청 심사관이 구 마약류 관리에 관한 법률 제18조 및 같은 법 시행규칙 제34조에 따라 품목허가를 받은 위 의약품은 특허권 존속기간의 연장대상이 아니라는 이유로 거절결정을 한 사안에서, ‘**벨빅정**®’ 의약품은 구 특허법 제89조 제1항에 의해 특허권 존속기간을 연장할 수 있는 특허발명에 포함되는 것으로 해석할 수 있으므로, 연장등록출원을 거절한 위 처분이 위법하다고 판시하였다(특허법원 2019. 7. 5. 선고 2018허2243 판결).

36) 농약제품과 관련된 사건에서 대법원은 “장래에 발생할 불확실한 상황과 과급효과에 대한 예측이 필요한 요건에 관한 행정청의 재량적 판단은 그 내용이 현저히 합리성을 결여하였거나 상반되는 이익이나 가치를 대비해 볼 때 형평이나 비례의 원칙에 뚜렷하게 배치되는 등의 사정이 없는 한 폭넓게 존중하여야 한다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결 등 참조). 이 사건 제품의 급성독성정도 구분의 근거가 된 이 사건 고시 [별표 4] 4-2-1-2-1항의 ‘사람에게 위해를 초래할 우려’라는 요건의 해석·적용에는 장래에 발생할 불확실한 상황과 과급효과에 대한 관할 행정청의 예측적 판단이 필요하다.”고 판시하였다(대법원 2021. 2. 25. 선고 2019두53389 판결).

이 타당할 것이다.

또한, 연장등록의 대상이 되는 발명의 기준과 연장등록 발명의 효력범위는 논리적으로 연결되어 있으므로, 효력범위만을 독자적 기준에 따라 결정하기 보다는 연장등록의 대상이 되는 발명의 기준과 조화롭게 해석할 필요가 있다. 연장요건을 까다롭게 하면 그만큼 효력범위를 넓게, 연장요건을 완화하면 그만큼 효력범위를 좁게 설정하는 것이 바람직하다. 최근, 특허청은 국민 권익증진 및 주요국 제도와와의 국제적 조화를 위해 의약품 특허권 존속기간 연장제도 관련 특허법의 개정이 필요하다는 인식하에, 전체 유효 특허권 존속기간 상한(캡)의 도입, 연장 가능한 특허권 개수를 종전 복수에서 단수로 변경하는 내용 등을 중심으로 존속기간 연장제도 개선을 추진하였고, 결국 특허법 제89조 제1항에 단서 규정이 그리고 특허법 제90조 제7항이 신설되었다.³⁷⁾

아울러, 현행 특허법 시행령 제7조 제1항 제1호, 제2호는 존속기간의 연장등록출원 대상이 되는 범위를 ‘신물질(약효를 나타내는 활성부분의 화학구조가 새로운 물질)을 유효성분으로 하여 제조한 의약품으로 최초로 품목허가를 받은 의약품’, ‘신물질을 유효성분으로 하여 제조한 마약 또는 향정신성의약품으로서 최초로 품목허가를 받은 마약 또는 향정신성의약품’, ‘신물질을 유효성분으로 하여 제조한 농약 또는 원제로서 최초로 등록한 농약 또는 원제’로 한정하고 있다. 즉, 갈수록 존속기간 연장요건이 까다롭게 변하고 있다는 측면에서도 특허법 제95조에 규정된 특정 용도는 폭넓게 해석하고, 특허법 제95조에 규정된 특정의 용도는 물질의 용도 중에서 특허명세서로부터 특정할 수 있는 의약분야, 마약 또는 향정신성의약품 분야, 농약 또는 원제 분야에서의 용도로 해석하는 것이 바람직할 것이다.

(3) 특허법 제95조의 용도와 투여용법·투여용량, 의약용도 발명의 관계

특허법 제89조 제1항과 동 규정의 위임에 따라, 특허법 시행령 제7조 제1항 제1호는 의약품 발명, 마약 또는 향정신성의약품 발명을, 동조 동항 제2호는 농약 또는 원제의 발명을 존속기간 연장 대상으로 규정하고 있다. 그리고 이처럼 존속기간이 연장된 발명의 효력과 관련하여, 특허법 제95조는 “...그 연장등록의 이유가 된 허가 등의 대상물건(그 허가 등에 있어 물건에 대하여 특정의 용도가 정하여져 있는 경우에는 그 용도에 사용되는 물건)에 관한 그 특허발명의 실시 행위에만 미친다.”고 규정하고 있다. 다르게 표현하면 의약품 발명뿐만 아니라 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제의 발명 또한 존속기간 연장이 가능한 발명으로 규정되어 있고, 특허법 제95조는 이러한 연장 대상 모두를 포섭하는 기준으로 존속기간이 연장된 발명의 효력범위에 대하여 규정하고 있는 것이다.

이미 앞에서 언급한 바와 같이 특허법 제95조가 “그 허가 등에 있어 물건에 대하여 특정의 용도가 정하여져 있는 경우에는 그 용도에 사용되는 물건에 관한 그 특허발명의 실시 행위에만 미친다.”고 규정한 이유는, 원래 의약품 특허를 대상으로 하여 특허권 존속기간 연장제도를 도입하였기 때문에 물건이 의약품이 아닌 의약 분야 외

37) 이러한 존속기간 연장제도의 변화로 인해, 향후 의약품 특허권의 존속기간 연장은 ① 의약품 허가 등으로부터 14년을 초과할 수 없고, ② 하나의 허가 등에 대해 연장 가능한 특허권 수는 1개로 제한된다.

의 다른 상업적 용도를 갖더라도 거기에는 미치지 아니함을 명확히 하려고 한 것으로 해석된다. 이후 존속기간 연장 대상에 의약품뿐만 아니라 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제까지 포함됨에 따라 특허권 존속기간 연장제도 또한 약사법, 마약류 관리에 관한 법률, 농약관리법에 의한 허가 등을 받기 위하여 특허발명을 실시할 수 없는 기간만큼 특허권의 존속기간을 연장해 준다는 점 등을 고려하여, 특허법 제95조는 효력범위를 약사법, 마약류 관리에 관한 법률, 농약관리법에 의한 허가 등을 받을 필요가 있는 용도로 한정하고 그 외 허가 등을 받을 필요가 없어 이미 자유로운 실시가 가능한 의약, 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제의 발명 외 다른 용도에까지는 미치지 않는다는 점을 명확히 하고자 ‘...특정의 용도가 정하여져 있는 경우에는 그 용도에 사용되는 물건에 관한 그 특허발명의 실시 행위에만 미친다’라고 규정한 것으로 여겨진다.

즉, 의약품, 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제의 발명에 대해서만 존속기간이 연장된 특허권의 효력이 미치는 것이고 물질이 이러한 분야 외의 다른 상업적 용도를 갖더라도 거기에는 미치지 아니함을 명확히 하기 위해 특허법 제95조에 용도라는 개념이 도입된 것으로 여겨진다. 이러한 목적 외에 의약 용도발명의 새로운 구성요소로 인정된 투여용법·투여용량³⁸⁾이 특허법 제95조에 규정된 용도에 해당된다³⁹⁾거나 ① 물질 자체는 공지이나 해당 물질의 의약적 용도를 처음으로 밝혀낸 경우, ② 의약으로서의 용도를 가지는 공지인 물질에 대해 다른 의약용도를 밝혀낸 경우, ③ 의약으로 사용되는 복수의 성분을 조합하여 새로운 의약용도를 밝혀낸 경우 등이 특허법 제95조에 규정된 용도라고 이해하는 것⁴⁰⁾은 존속기간 연장대상이 유일하게 의약품 발명일때는 가능한 해석으로 여겨질 수도 있다.

하지만 이러한 해석은, 특허법 제95조에 규정된 용도는 위에서 이미 언급한 바와 같이 의약품 발명에 한정되는 것이 아니라 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제의 발명에도 공통적으로 적용되는 개념이라는 점을 고려할 때 수긍하기 어렵다고 할 것이다. 즉 존속기간 연장 대상, 존속기간이 연장된 특허권의 효력, 존속기간이 연장되어 등록된 특허발명의 연장 기간 산정 등과 관련된 논의 혹은 분쟁이 주로 의약품에 집중된 이유로 투여용법·투여용량이 특허법 제95조에 규정된 용도의 개념에 해당하는 것으로 해석하는 견해 등도 있을 수 있지만, 존속기간 연장대상인 의약, 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제의 발명 전체에 적용되는 특허법 제95조의 용도라는 개념을 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제 등은 제외하고 의약품과 같이 일부 대상에 한정하여 단편적, 지엽적으로 해석하는 것은 타당하지 않은 것으로 여겨진다.

다만, 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제 발명이 아니라 의약품 발명과 관련된 솔리페나신 사건에서 대법원이, “(생략) 인체에 흡수되는 유효성분의 약리작용에 의해 나타나는 치료효과나 용도가 실질적으로 동일하다면 존속기간이 연장된 특허권의 효력이 침해제품에 미치는 것으로 보아야 한다.”고 판시함에 따라, 즉 존속기

38) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2014후768 전원합의체 판결.

39) 박준석, 존속기간 연장된 특허권의 효력범위 - 솔리페나신 판결(대법원 2019. 1. 17. 선고 2017다245798 판결)의 새 기준에 대한 해석론을 중심으로 -, 산업재산권 제62호(2020), 1, 43면.

40) 신혜은, 허가 등에 따른 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위 - 치료효과나 용도의 실질적 동일을 중심으로 -, 과학기술과 법 제11권 제2호(2020), 129, 152면.

간이 연장된 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제 특허권의 효력이 미치는 범위가 아니라 존속기간이 연장된 의약품 특허권의 효력이 미치는 범위를 판단하기 위한 세부기준으로 실질적 동일성 기준을 제시함에 따라, 이러한 실질적 동일성 판단요소 중 하나인 용도에 투여용법·투여용량이 포함된다는 견해, 반대로 투여용법·투여용량은 제외하고 단지 고전적 의미의 용도(위의 ①, ②, ③)만이 포함된다는 견해 등 다양한 견해가 있을 수 있다. 이는 의약, 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제의 발명 전체에 적용되는 특허법 제95조의 용도 개념과 의약품과 관련된 솔리페나신 사건에서 대법원이 실질적 동일성 판단요소로 제시하고 있는 용도(의약분야에 한정)라는 개념은 일부 겹치면서 공통되는 부분도 있지만 서로 차이가 있어 다르게 파악해야 하는 부분도 있다는 점을 의미한다. 다르게 표현하면 특허법 제95조의 용도 개념과 대법원이 실질적 동일성 판단요소로 제시하고 있는 용도(의약분야에 한정)라는 개념은 상위개념, 하위개념과 유사한 관계를 형성하고 있다고 할 수 있을 것이다. 존속기간이 연장된 의약품 특허의 실질적 동일성 판단요소 중 하나인 용도를 어떻게 해석해야 하는지의 여부에 대해서는 추가적으로 아래의 ‘존속기간이 연장된 의약품 특허와 약사법상의 효능·효과(적응증)의 관계’ 부분에서 후술한다.

IV. 존속기간이 연장된 의약품 특허권의 효력범위

1. 개요

특허권 존속기간 연장제도는 허가 등의 지연으로 특허권자가 받은 피해를 그대로 회복시켜주고자 하는 것이 아니라 그런 피해를 고려하여 입법자가 ‘특별히 설계한 범위 안에서만’ 부여되는 예외적인 혜택이라 할 수 있다. 즉 오직 의약 등 일부 분야의 특허권에 대하여서만 인정된다고 우리 특허법제가 한정하고 있을 뿐만 아니라 어떤 경우라도 연장특허권의 최대 부여기간을 5년으로 한정하고 있는 점, 일정한 지연사유에 대하여는 아예 연장등록 출원 사유에서 의도적으로 배제하고 있는 점⁴¹⁾ 등에 비추어 이것이 일반적 권리 환원이라기보다 예외적 혜택에 더 가깝다는 점을 알 수 있다.

즉, 특허권 존속기간 연장제도는 기초 특허에 의해 보호되는 실질적인 범위를 연장된 특허권을 통해 확대하고자 하는 것이 아니라 약사법 등에 의한 허가 등을 받기 위하여 특허발명을 실시할 수 없는 기간만큼 특허권의 존속기간을 시간적으로 연장해주는 것을 목적으로 하고 있다. 따라서 기초 특허의 보호범위에 포함되지 않아 자유로운 실시가 가능했던 영역은 역시 특허권의 존속기간이 연장된 이후에도 자유로운 실시영역으로 남아야 할 것이다.⁴²⁾ 이러한 보호범위의 확대를 저지하기 위해서는

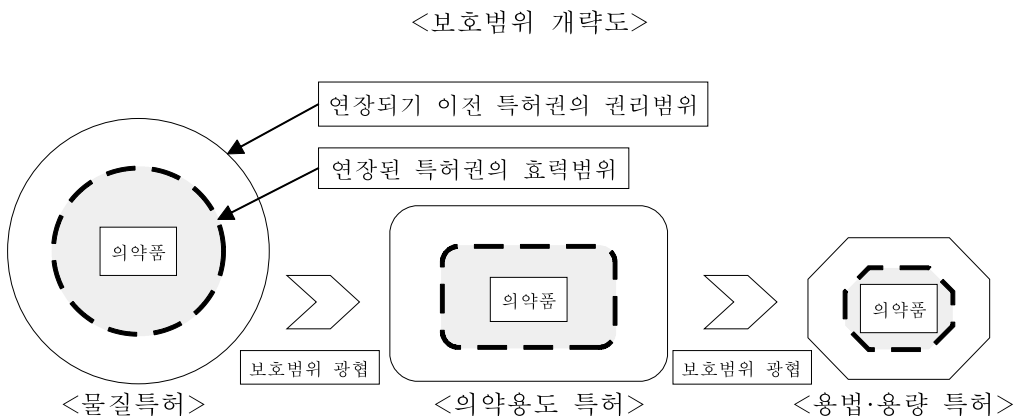
41) 우리나라에서 외국임상시험기간도 존속기간 연장기간에 포함되는지의 여부가 명확하지 않은 상황이었는데, 이와 관련하여 특허법원은 품목허가에 관한 약사법 및 그 하위 법령이 외국임상시험결과를 국내임상시험결과와 차별하여 허가를 내어주지 않는다는 점, 수입의약품의 경우는 대부분의 임상시험이 외국임상시험이라는 점, 특허법 역시 국내임상시험기간만 연장등록할 수 있다고 규정하고 있지 않다는 점 등을 고려하여 외국임상시험기간도 연장기간에 포함되어야 한다는 취지로 판시하였다(이에 대해서는 특허법원 2020. 10. 29. 선고 2019허3588 판결 참조).

침해 절차에서 침해제품이 존속기간이 연장된 특허권의 보호범위에 속하는지의 여부 뿐만 아니라 더하여 침해제품이 기초 특허의 보호범위 내에 있는지의 여부, 즉 2종의 심사가 필요한 것으로 여겨진다. 이를 통해 기초 특허에 부여된 보호범위 내에서만 존속기간이 연장된 특허의 보호가 허용된다고 하는 특허권 존속기간 연장제도의 입법 목적을 달성할 수 있을 것이다.

2. 대법원의 솔리페나신 판결

(1) 솔리페나신 판결이 제시한 기준

우리 특허법이 통상의 특허권 효력범위에 관한 제97조 등과는 별개로 제95조의 특칙을 통해 연장특허권의 효력범위를 규정하면서 명문으로 연장특허권의 효력을 제한적으로 정하고 있음을 고려하면, 특허권의 연장 전후를 불문하고 그 특허권의 효력범위에 전혀 변함이 없다고 볼 수는 없다. 바꾸어 말하면 존속기간이 연장된 특허권은 원래의 보호범위(연장 전의 보호범위 혹은 기초 특허 보호범위)보다는 협소하겠지만 연장 이후 그 나름의 신축적 기준에 따라 정해지는 독자적인 보호범위를 가진다고 해석하는 것이 타당할 것이다. 존속기간이 연장되기 전 특허권의 권리범위에 따라 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위가 달라진다고 보면, ‘대상물건에 관한 특허발명의 실시’범위(존속기간이 연장된 특허권의 효력범위, 점선 부분)는 허가 등을 받은 제품보다는 크고 존속기간이 연장되기 전 특허권의 권리범위보다는 작은 범위가 될 것이다.⁴³⁾



솔리페나신 사건에서 대법원은, “특허법은 이와 같이 존속기간이 연장된 특허권의

42) 특허법 제95조는 연장 후의 특허권의 보호에 이바지하지 않는 범위를 연장 후의 특허권 효력 밖에 두기 위한 규정이므로, 그 광협은 기술적 관점이 아니라 침해물건이 허가 대상과 시장에서 경합하는 수요를 충족시키는지 여부라는 관점에서 그 범위를 구획되어야 하고, 침해물건이 시장을 침식하면 연장 후의 특허권의 효력이 미칠 수 있도록 해석하는 것을 시도할 필요가 있다는 견해도 있다(田村善之, “특허권의 존속기간 연장 후의 특허권의 보호범위에 대하여 - 엘플라트 사건 지재고재대합의 판결의 의의”, 「West law Japan」, 100호(2017), 9~10). 이는 손천우, 앞의 논문, 331, 381면에서 재인용함.

43) 강춘원, 앞의 논문, 1, 36면. 보호범위 개략도는 위 논문에서 인용하면서 필자가 일부 내용을 변경하였음.

효력이 미치는 범위를 규정하면서 청구범위를 기준으로 하지 않고 ‘그 연장등록의 이유가 된 허가 등의 대상물건에 관한 특허발명의 실시’로 규정하고 있을 뿐, 허가 등의 대상 ‘품목’의 실시로 제한하지는 않았다. 이러한 법령의 규정과 제도의 취지 등에 비추어 보면, 존속기간이 연장된 의약품 특허권의 효력이 미치는 범위는 특허 발명을 실시하기 위하여 약사법에 따라 품목허가를 받은 의약품과 특정 질병에 대한 치료효과를 나타낼 것으로 기대되는 특정한 유효성분, 치료효과 및 용도가 동일한지 여부를 중심으로 판단해야 한다. 특허권자가 약사법에 따라 품목허가를 받은 의약품과 특허침해소송에서 상대방이 생산 등을 한 의약품이 약학적으로 허용 가능한 염 등에서 차이가 있더라도 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 사람이라면 쉽게 이를 선택할 수 있는 정도에 불과하고, 인체에 흡수되는 유효성분의 약리작용에 의해 나타나는 치료효과나 용도가 실질적으로 동일하다면 존속기간이 연장된 특허권의 효력이 침해제품에 미치는 것으로 보아야 한다.”고 판시하였다.

이처럼 대법원은, 존속기간이 연장된 의약품 특허권의 효력이 미치는 범위는 특허 발명을 실시하기 위하여 약사법에 따라 품목허가를 받은 의약품과 특정 질병에 대한 치료효과를 나타낼 것으로 기대되는 특정한 유효성분, 치료효과 및 용도가 동일한지 여부를 중심(실질적으로 동일한지의 여부)으로 판단해야 함을 명확히 하였다. 이러한 대법원 판결은,⁴⁴⁾ 염 변경 의약품과 같은 사안에서 아주 손쉽게 염을 변경하는 경쟁 행위에 취약했던 연장특허권 권리자의 보호를 내실화하는 기준을 제시하였고, ‘대상물건’을 중심으로 한 종전의 획일적인 입장⁴⁵⁾과는 달리 존속기간이 연장된 특허권의 효력에 대해 신축적 기준을 제시한 것으로 평가된다.

(2) 실질적 동일성

솔리페나신 판결은 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위 해석에 있어 특허법 제 95조의 문구 중 ‘대상물건’에만 집착하였던 종전 입장들과는 다르게 ‘특허발명 실시’란 문구를 중심으로 특허법 본연의 시각으로 전환하여 해석론을 전개하고 있다. 특히, 동 판결은 존속기간이 연장된 특허권의 침해가 성립하는지, 바꾸어 말하면 존속기간이 연장된 특허권의 실질적 동일성 영역 안에 속하는지를 판단함에 있어 그 개념이 별도로 정의⁴⁶⁾되지 않은 ‘유효성분, 치료효과, 용도’라는 고려요소를 가지고 판

44) 대법원의 솔리페나신 판결 이후 하급심 판결에 대해서는 특허법원 2019. 12. 20. 선고 2018허4041 판결; 특허법원 2019. 8. 23. 선고 2017허7128 판결 등 참조.

45) 존속기간이 연장된 특허권의 효력과 관련하여 종전 입장은, 식약처장으로부터 품목허가를 받은 의약품인 그 제품에만 미친다고 보는 해석론(제품설 혹은 품목설, 신현철, 앞의 논문, 455, 489면 참조), 식약처장으로부터 품목허가를 받은 의약품의 주성분의 실시에만 미친다고 보는 해석론(주성분설, 특허법원 2013. 9. 5. 선고 2013허2828 판결; 특허심판원 2013. 2. 25.자 2012당768 심결 등 참조), 식약처장으로부터 품목허가를 받은 의약품의 유효성분의 유리형태 및 그 유효성분의 염과 에스테르의 실시에도 미친다고 보는 해석론(유효성분설)으로 나누어지고 있었다. 종전 우리나라에서 이루어졌던 논의에 대해서는 강춘원, 앞의 논문, 1, 21, 22면; 손천우, 앞의 논문, 331, 371면 참조.

46) 당해 법령 자체에 그 법령에서 사용하는 용어의 정의나 포섭의 구체적인 범위가 명확히 규정되어 있지 아니한 경우 법령상 용어의 해석은 가능한 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서, 그 법령의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 조항의 규정형식과 내용 및 관련 법령을 종합적으로 고려하여 해석하여야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010두3978 판결; 대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결; 대법원 2018. 6. 21. 선고 2011다112391 전원합의체 판결 등).

단할 것을 요구하고 있다. 솔리페나신 판결의 기준을 앞으로 존속기간이 연장된 특허권 전반에 통용되는 기준으로 확실히 정립하려면, 물질특허에 한정할 것이 아니라 여러 형태의 특허권에 대하여도 아울러 적용될 수 있도록 향후 탄력적인 해석을 통해 보완해 나가야 할 것이다.

즉, 향후 우리에게 주어진 과제는, ‘유효성분, 치료효과, 용도’만을 고려대상으로 삼는 것과 같이 그 3가지 고려대상에만 지나치게 집착하는 해석론이 등장할 위험, 그리고 유효성분, 치료효과, 용도의 개념을 탄력적으로 확장하여 해석하기보다 지나치게 엄격하고 경직되게 파악할 위험을 제거하는 것이라 할 수 있다. 솔리페나신 판결은 특허법 제95조의 여러 문구들 중에서 의약품의 시판허가 법제와 밀접한 ‘대상물건’이란 문구에 집중한 시각이 아니라 ‘특허발명 실시’란 문구에 새로 주목함으로써 특허법적 차원에서 접근하고 있다. 이에 따라 인체에 복용된다는 점 때문에 아주 구체적인 사항까지 확정하여 내려지는 약사법의 시판허가 내용을 기준으로 판단할 때와 전혀 다르게, 특허법의 특허발명 보호범위를 판단할 때는 연장 전의 특허권 효력범위를 결정하는 상황과 마찬가지로 관련된 제반 사정 일체를 고려하여 결정해야 할 것이다.

결론적으로 ‘특허법 제95조의 취지에 따라 연장특허권의 침해 여부는, 통상의 기술자의 시각에서 유효성분, 치료효과나 용도뿐만 아니라 다양한 요소를 종합적으로 고려하여 특허발명과 상대방 의약품 사이에 실질적 동일성이 인정되는지를 기준으로 판단하여야 한다.’는 솔리페나신 판결의 취지에 따라, 향후 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위에 관한 실질적 동일성 기준에 대한 최종 판단은, 오리지널 제약사와 제네릭 제약사의 이해관계 조정, 연장특허권의 보호범위는 연장전의 통상적인 특허권의 보호범위보다 넓게 해석되어서는 안 된다는 원칙, 의약품 등의 발명을 보호·장려한다는 당초의 특허법의 목적 등을 고려하여 개개 사례의 구체적 사실관계에서 유효성분, 치료효과, 용도를 비롯한 다양한 요소들을 도출하여 종합적으로 평가하고, 이를 통해 궁극적으로 국민의 보건위생 및 안전성 확보를 증진시키는 방향으로 나아가야 할 것이다.

다만, 대법원이 판시하고 있는 핵심적인 부분, 즉 존속기간이 연장된 의약품 특허권의 효력이 미치는 범위는 특허발명을 실시하기 위하여 약사법에 따라 품목허가를 받은 의약품과 특정 질병에 대한 치료효과를 나타낼 것으로 기대되는 특정한 유효성분, 치료효과 및 용도가 동일한지 여부를 중심으로 판단해야 한다는 핵심적인 부분을, ① 허가받은 특허의약품의 활성성분과 결합할 수 있는 모든 염에 대하여 연장특허권의 효력이 미친다는 획일적인 기준으로 해석하거나, ② 유효성분, 치료효과 및 용도가 동일한지 여부를 ‘중심으로’ 판단하는 것이 아니라 유효성분, 치료효과 및 용도가 동일한지 여부에만 전적으로 의존하는 해석을 하는 것은 대법원의 판결 취지에 정면으로 반하는 것으로 여겨진다.

(3) 존속기간이 연장된 의약품 특허의 실질적 동일성 판단

가. 개요

현재 미국, 유럽 혹은 일본에서 존속기간 연장제도(추가보호증명서제도)의 취지 및

목적은 우리와 크게 차이가 없다. 다만, 운영 실태는 각 국가에서 상당한 차이를 보이고 있지만 그럼에도 불구하고 존속기간이 연장된 특허권의 보호범위를 우리나라 약사법의 효능·효과 등과 같은 부분으로 매우 제한적으로 해석하고 있지 않은 점은 공통적이라 할 수 있다. 특허발명의 실시를 할 수 없었던 기간을 연장 혹은 회복시켜준다고 하는 존속기간 연장제도의 취지, 특허법 제95조의 형평의 이념을 달성하기 위해서는, ① 존속기간이 연장되기 이전의 기초 특허발명의 보호범위는 청구범위에 적혀 있는 사항에 따라 정하되, 발명의 상세한 설명이나 도면 등을 참작하여 문언에 의하여 표현하고자 하는 기술적 의의를 고찰한 다음 객관적·합리적으로 하여야 하고,⁴⁷⁾ ② 존속기간이 연장된 특허권의 보호범위는 기초 특허의 대상이 되는 발명의 기술 사상에 의해 정해져야 할 것이다.

먼저, 기초 특허의 보호범위는 특허청구항에 기재된 단순한 문언적 의미를 넘어 우선일 혹은 출원 당시 통상의 기술자가 자신의 전문 지식과 경험 등에 기초하여 특허명세서로부터 동일한 효과를 갖는 것으로 추론할 수 있는 모든 변형 형태에까지 미치는 것으로 해석된다. 마찬가지로, 기초 특허에 적용되는 동일한 원칙에 의해 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위도 정해져야 하며, 따라서 존속기간이 연장된 특허권도 청구항의 문언적 의미로 제한되는 것이 아니라 이를 넘어 통상의 기술자가 자신의 전문 지식과 경험 등에 기초하여 특허명세서로부터 동일한 효과를 갖는 것으로 추론할 수 있는 모든 실시 형태까지 포함하는 것으로 해석되어야 할 것이다. 다르게 표현하면, 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위에 포함되는지의 여부에 대한 판단은 일차적으로 기초 특허로서 보호되고 있는 기술적 사상에 해당하는지의 여부도 중요하겠지만 나아가 존속기간이 연장된 특허의 명세서 내용뿐만 아니라 특허명세서로부터 통상의 기술자가 별다른 부가 설명이 없어도 특허가 부여된 기술적 사상을 자명하게 혹은 필연적으로 알 수 있거나 해당 분야의 전문가가 특허명세서를 주의 깊게 읽으면 해당 내용을 간단하게 인식하고 무슨 내용인지 연상할 수 있는 것도 존속기간이 연장된 특허권의 보호범위에 포함되는 것으로 해석되어야 할 것이다.

나. 존속기간이 연장된 의약품 특허와 약사법상 효능·효과(적용중)의 관계

물질발명에 있어서 발명에 내재된 기술적인 과제는 구성의 구체적인 표현을 통한 새로운 화학적 물질의 창출이지만, 최초의 존재가 아니라 존재하지만 아직 공중에게 공개되지 않은 상태의 물질을 일컫는다. 이러한 물질발명의 진보성은 선행기술로부터 통상의 기술자가 용이하게 발명할 수 있는가의 여부, 즉 발명의 각 구성요건을 채택하여 결합하는 점에 대한 곤란성, 선행기술과 비교하여 현저한 효과(물의 특성)가 있는지의 여부를 종합적으로 고려하여 판단된다. 출원 당시의 기술수준으로 보아 유효활성물질의 화학구조나 조성물의 조성성분상으로부터 용이하게 유추할 수 없는 정도인 경우 또는 선행기술에 기재된 약리기전으로부터 통상의 기술자가 용이하게 추론할 수 없는 정도의 현저한 효과가 있는 경우에 인정될 수 있다.⁴⁸⁾

새로운 의약품으로서의 가능성을 가지는 신물질을 합성하게 되는 경우, 해당 물질

47) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2007다45876 판결 등 참조.

48) 박영규, “선택발명의 신규성·진보성 판단을 위한 선행기술의 인정범위”, 「지식재산연구」 제14권 제4호(2019), 169, 186면.

에 대한 특허출원과 함께 특정 의약용도에 대한 출원을 하는 경우가 대부분이다. 이러한 경우 출원인이 의도하는 특허권의 실질은 물질과 의약용도(치료효과 등)에 있고, 아울러 특허권을 부여받고도 실제로 실시하지 못했던 특허권의 실질은 물질 및 의약용도라고 할 수 있다. 물론, 허가 등을 이유로 하는 특허권 존속기간 연장등록은 약사법상 품목허가를 받기 위한 선행행위(유효성·안전성 실험 등)에 기인한다는 점에서 약사법과의 정합성을 이루도록 그리고 합목적적으로 해석되어야 한다는 점은 부인할 수 없다. 이를 위해서는 먼저 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위를 확정하는 단계에서 ‘그 특허발명’의 실질이 무엇인지를 먼저 탐구한 후, 약사법에 따라 품목허가를 받은 의약품과 특정 질병에 대한 치료효과를 나타낼 것으로 기대되는 특정한 유효성분, 특정의 용도 혹은 효과가 동일한지 여부를 중심으로 판단해야 할 것이다.

약사법의 규정에 의한 의약품의 승인일 경우는 유효성분(物), 효능·효과(용도), 제형, 용법, 용량, 제법 등의 사항이 모두 특정한 형태로 주어지고 이러한 사항들 중에서 어느 하나를 변경할 때에도 새로운 승인을 받을 것이 요구되지만, 해당 승인에 의해 존속기간이 연장되었다 할지라도 연장된 특허권의 효력이 이러한 모든 사항을 특정한 좁은 범위로 한정되는 것으로 해석될 수는 없을 것이다.⁴⁹⁾ 이처럼 이해하는 것이, “특허법은 존속기간이 연장된 특허권의 효력이 미치는 범위를 규정하면서, 그 연장등록의 이유가 된 허가 등의 대상물건에 관한 특허발명의 실시로 규정하고 있을 뿐, 허가 등의 대상 ‘품목’의 실시로 제한하지는 않았다.”고 하여 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위를 약사법에 의한 허가사항으로 제한해서는 안된다고 판시한 대법원의 솔리페나신 판결의 방향과도 부합할 것이다.

결국, 존속기간이 연장된 의약품 특허의 실질적 동일성에서의 용도는 약사법상의 효능·효과에 한정되는 것이 아니라 대상 물건의 용도를 의미하는 것이고, 대상 물건 혹은 특정의 용도가 ‘특허법상 실질적으로 동일한지 여부’는 ‘특허명세서’로부터 파악되는 특허발명의 ‘기술적 의의’를 중심으로 판단해야 할 것이다. 여기에서 발명의 기술적 의의라 함은 통상적으로 발명이 해결하고자 하는 기술적 과제, 그 해결수단 및 그로 인한 효과 등으로부터 파악된다. 이러한 발명의 기술적 의의는 단순히 그 발명을 이루는 구성요소 각각이 가지는 기술적 특징으로부터 파악된다기보다는, 그 발명에 관한 기술상식을 기초로 하여 상세한 설명에 기재된 발명이 이루고자 하는 기술적 과제, 그 해결수단, 그로 인한 효과 등 전체적인 관점에서 파악될 수 있을 것이다.⁵⁰⁾

이를 위해서는, 현행 특허법 시행령 제7조에 해당하여 존속기간이 연장된 경우, 그 대상이 물질특허인 경우, 공지물질을 기초로 하는 의약용도 특허인 경우, 투여용법·투여용량에 관한 특허인지에 따라 존속기간이 연장된 의약품 특허의 실질적 동일성

49) 吉藤辛朔 著, 「특허법개설 13판」, YOU ME 특허법률사무소 譯, 대광서림, 2005, 633~634면.

50) 상세한 설명 창작과 관련하여, 먼저, 청구항에 기재된 발명은 명세서의 관점에서 명세서에 나타난 전체적인 기술적 사상에 부합하도록 해석해야 하고, 또한, 발명의 명확성 여부를 판단함에 있어서 해당 용어만을 분리해서 그 용어의 사전적 의미 등이 명확한지를 판단하는 것이 아니라 청구범위에 기재된 발명이 전체로서 갖는 기술적 의의에 비추어 그 기술적 의의가 명확한지를 판단하는 것이 타당하다는 견해에 대해서는 김병필, “청구범위 해석에 있어서 ‘상세한 설명의 창작’에 관한 최근 대법원 판결 분석 및 외국 사례와의 비교 검토”, 「지식재산연구」 제9권 제2호(2014), 35, 74면 참조.

판단요소 중 하나인 용도도 달리 해석해야 할 것이다. 먼저, 물질특허인 경우, 그 보호범위는 사용 목적에 상관없이 모든 기능, 작용 혹은 장점을 포함한다는 점을 고려할 때, 물질의 특정 용도로 의약품 허가를 받는다고 할지라도 실질적 동일성 판단에서의 용도는 약사법의 효능·효과, 용법·용량, 치료 대상(환자군), 치료 기간 등에 한정되는 것이 아니라 출원인이 출원시 혹은 우선일에 사용 용도를 인지하고 있었는지와 관계없이 새로운 물질 자체가 가지고 있는 의약분야에서의 용도 모두(존속기간 연장 대상이 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제 발명인 경우 해당 분야의 용도 모두)를 포함하는 것으로 해석하는 것이 합리적이라고 여겨진다. 또한, 공지물질을 기초로 하는 의약품용도 특허인 경우, 실질적 동일성 판단에서의 용도는 최초의 명세서에 공개된 의약분야에서의 용도와 그 균등범위로 한정하는 것이 타당한 것으로 여겨진다. 마찬가지로 의약품의 투여용법·투여용량 특허인 경우, 실질적 동일성 판단에서의 용도는 의약품용도 특허의 경우보다 더욱 협소하게 해석되어야 할 것이다. 이처럼 해석하는 것이, 특허법 제95조에 규정된 대상 물건 혹은 특정의 용도가 ‘특허법상 실질적으로 동일한지 여부’는 ‘특허명세서’로부터 파악되는 특허발명의 ‘기술적 의의’를 중심으로 판단해야 한다는 원칙과도 부합할 것이다. 또한, 앞의 ‘특허법 제95조의 용도와 투여용법·투여용량, 의약품용도 발명의 관계’ 부분에서 언급한 내용 중에서, 실질적 동일성 판단요소 중 하나인 용도에 투여용법·투여용량이 포함되는지 혹은 물질 자체는 공지이나 해당 물질의 의약적 용도를 처음으로 밝혀낸 경우 등이 이러한 용도에 해당하는지와 같은 접근보다는 단순히 약사법상의 허가사항이나 대상물건의 의미뿐만 아니라 특허법상 특허발명 실시의 개념 및 특허의 종류도 함께 고려하는 것이 특허법 제95조의 해석에 더욱 부합하고, 존속기간 연장제도와 특허법 전반의 취지에 걸맞은 것으로 여겨진다.

요약하면, ① 새로운 의약품으로서의 가능성을 가지는 신물질의 경우, 특허권을 부여받고도 실제로 실시하지 못했던 특허권의 실질은 물질 및 의약품용도라는 점, ② 제약업계, 특히 오리지널 제약사는 최초 출원의 대상인 제품의 개량을 위해 막대한 연구·개발비를 지속하여 투자한다는 점, ③ 이미 솔리페나신 사건에서 대법원이 판시한 바와 같이 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위는 특허발명의 실질을 탐구한 후 특정한 유효성분, 특정 용도 혹은 효과가 동일한지 여부를 중심으로 판단해야 한다는 점, ④ 대상 물질 및 특정 용도의 해석은 약사법이 아니라 특허법의 목적 차원에서 폭넓게 이루어져야 한다는 점, ⑤ 특허법은 존속기간이 연장된 특허권의 효력이 미치는 범위를 규정하면서, 허가 등의 대상 ‘품목’의 실시로 제한하지 않고 있다는 점, ⑥ 존속기간이 연장된 의약품 특허의 실질적 동일성에서의 용도는 약사법상의 효능·효과에 한정되는 것이 아니라 대상 물건의 용도를 의미하는 것이고, 대상 물건 혹은 특정의 용도가 ‘특허법상 실질적으로 동일한지 여부’는 ‘특허명세서’로부터 파악되는 특허발명의 ‘기술적 의의’를 중심으로 판단해야 한다는 점 등을 고려하여, 허가 의약품과 확인대상발명 사이의 물질, 특정 용도, 치료 효과가 실질적으로 동일한지 여부를 판단해야 할 것이다.

이와 달리, 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위를 대상품목의 허가사항에 기재된 구체적인 용법·용량이나 효능·효과로 제한한다면 물질발명의 연장된 특허권 효력범위를 쉽게 회피할 수 있게 되어 존속기간 연장제도의 실효성을 꾀할 수 없게 되고 결국 동 제도가 형해화하는 결과를 초래할 것이다.

다. 존속기간이 연장된 의약품 특허와 약사법상 최초 허가, 후속 허가의 관계

실무상 의약품 허가에 있어서 적응증은 다양한 임상을 진행하는 과정 중 임상시험의 성공 여부에 따라 정해지기도 하고, 비즈니스 전략에 따른 선택에 의해 정해지기도 하며, 추가 임상데이터에 따라 신청한 적응증의 확장 변경이 이루어지기도 한다. 만약, 연장 출원 전에 여러 적응증의 임상시험들이 진행되고 있었다면, 특허권자 입장에서는 그중 가장 허가 신청을 빨리할 수 있는 적응증으로 허가 신청을 하면서 나머지 적응증은 후속적으로 신청하려 할 것이다. 즉, 허가 의약품의 효능·효과들 중에서 어떠한 효능·효과로 최초 허가를 받게 되는지는 대상 질병의 임상대상자의 모집난이도, 해당 의약품의 긴급성, 어떠한 효능·효과에 관한 임상시험 성적 자료가 먼저 준비되는지에 따라 정해지는 것일 뿐이고, 허가 의약품의 각 효능·효과에 구현되어 있는 기술적 의의, 치료효과나 용도의 차이로 인해 그 허가 시기가 달라지는 것은 아니라는 점에서 허가가 가능한 적응증들 사이에 순서가 정해져 있는 것은 아니다. 이에 따라, 특허권 존속기간 연장제도 관점에서 허가된 성분 기준 “최초”의 허가는 의미가 있겠지만 “최초 허가 적응증”은 특별한 의미가 없고, 결국 적응증 순서를 기준으로 특허권의 효력범위를 제한할 필요성 내지 당위성은 전혀 없다고 할 수 있다.

의약품 허가 현실을 보아도, 특허권자는 개발된 의약품을 가능한 한 많은 적응증에 사용하려고 연구 노력을 하게 되고 이를 위해 다수의 관련 임상을 진행하게 된다. 이렇게 의약품으로 치료 가능한 질병 범위를 확장하는 연구 행위를 적극적으로 장려하는 것이 특허법의 기본 목적에 부합할 뿐만 아니라 동일 성분의 제네릭 의약품은 오리지널 의약품의 추가 연구데이터도 계속 원용할 수 있다는 점에서도 연장된 특허권의 효력범위를 “최초 허가된 적응증”으로 제한하는 것은 특허권 존속기간 연장제도의 실효성을 떨어뜨릴 수 있다.⁵¹⁾ 아울러, 우리나라 존속기간 연장제도 흐름의 방향성은 미국, 유럽과 조화를 이루는 방향으로 이루어지고 있고, 연장 대상 또한 우리 특허법 시행령 제7조에 신물질이라는 개념이 도입됨에 따라 일본 특허법 시행령의 규정 내용과 분명히 차이를 보이고 있다. 또한 후속 허가에도 연장된 특허권의 효력이 미치는 것으로 실무를 운영하고 있는 미국, 유럽과 우리나라 존속기간 연장제도가 점차 동조화되고 있다는 점에 비추어 보아도 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위를 “최초 허가된 적응증”이 아니라 그 존속기간 연장 대상의 용도로 폭넓게 해석하는 것이 타당한 것으로 여겨진다. 즉 존속기간이 연장된 물질특허의 효력범위는 최초 허가로 한정되어서는 안 되고 존속기간 연장기간 동안 받은 후속 허가에도 미치는 것으로 해석하는 것이 타당한 것으로 여겨진다.

결국, ① 미국, 유럽, 일본 등 외국도 존속기간이 연장된 특허권의 보호범위를 우리나라 약사법의 효능·효과 등과 같은 부분으로 매우 제한적으로 해석하고 있지 않은 점, ② 특허명세서로 파악되는 특허발명의 기술적 의의로부터 존속기간이 연장된 특허권의 보호범위가 확정되어야 하고 실제로 확정되고 있다는 점, ③ 기초 특허에 적용되는 동일한 원칙에 의해 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위도 정해져야 하며, 따라서 존속기간이 연장된 특허권도 청구항의 문언적 의미로 제한되는 것이 아니라 이를 넘어 통상의 기술자가 자신의 전문 지식과 경험 등에 기초하여 특허명세

51) 박금남·김태민, 앞의 논문, 111, 115면.

서로부터 동일한 효과를 갖는 것으로 추론할 수 있는 모든 실시 형태까지 포함하는 것으로 해석되어야 한다는 점, ④ 특허권 존속기간 연장제도 관점에서 허가된 성분 기준 “최초”의 허가는 의미가 있겠지만 “최초 허가 적응증”은 특별한 의미가 없고, 결국 적응증 순서를 기준으로 특허권의 효력범위를 제한할 필요성 내지 당위성은 전혀 없다는 점, ⑤ 존속기간이 연장된 의약품 특허권의 효력이 미치는 범위는 특허발명을 실시하기 위하여 약사법에 따라 품목허가를 받은 의약품과 특정 질병에 대한 치료효과를 나타낼 것으로 기대되는 특정한 유효성분, 치료효과 및 용도가 동일한지 여부를 중심으로 판단해야 한다는 솔리페나신 사건의 대법원 판결 등을 종합적으로 고려할 때, 용법·용량이나 치료 대상에 기술적 특징이 있는 발명이 아니라 물질발명인 경우, 물질 특허권의 연장된 효력범위는 유효성분과 유효성분의 약리작용에 의해 나타나는 치료효과나 용도로 판단하여야 하고, 그 효력범위를 최초 허가, 투여용법·투여용량, 치료 대상(환자군), 치료 기간으로 제한할 수는 없는 것으로 해석된다.

이와 관련하여, 가브스 사건에서 청구인은, 피청구인이 이 사건 연장등록의 이유가 된 가브스정의 최초 허가에서 확인대상발명의 의약품용도와 관련된 효능·효과를 포함하여 여러 가지 효능·효과로 허가 신청을 하였으나, 이 사건 연장등록의 이유가 된 허가에서 정하여진 효능·효과만이 품목허가를 받았고, 최초 허가 후 4년 이상이 지나서 새로이 임상시험 자료를 제출하여 별도의 심사를 통해서 확인대상발명의 의약품용도와 동일한 효능·효과를 추가하는 변경허가를 받았으므로, 이 사건 연장등록의 이유가 된 허가의 효능·효과와 확인대상발명의 의약품용도와 관련된 효능·효과가 결코 동일하다고 할 수는 없다고 주장하였다. 이에 대해 특허심판원은 “(생략). 그러나 자체의 치료효과 및 부작용을 확인할 수 있는 임상시험을 전혀 실시하지 않은 채, 가브스정의 안전성·유효성 자료를 그대로 원용하면서 오리지널 의약품의 허가받은 효능·효과 중 일부만을 삭제하여 품목허가를 받은 후발 의약품에 이 사건 특허발명의 연장된 특허권의 효력범위가 미치지 않는다면 존속기간 연장제도의 입법 목적을 달성하지 못하는 문제가 있다.”는 점을 명확히 한 부분은 매우 중요하고, 의미가 있는 것으로 여겨진다. 결국, 허가 의약품의 최초 효능·효과와 추가 효능·효과가 ‘실질적으로 동일한 치료효과나 용도를 가짐에도 불구하고, 존속기간이 연장된 물질 특허권의 효력범위가 단지 최초 효능·효과에만 미치는 것으로 해석하는 것은 특허권 존속기간 연장제도의 취지 및 특허법 제95조 해석에도 부합하지 않는 것으로 여겨진다.

V. 결론

의약품을 제조·판매·수입하고자 하는 주체별로 또는 품목별로 별도의 허가를 받도록 하고 있는 약사법의 의약품 허가제도는 인간의 생명과 건강을 보호하기 위해 엄격한 허가 절차를 규정하는 규제법의 성격을 가짐에 반해, 존속기간 연장제도는 오리지널 제약사와 제네릭 제약사의 이해관계 조정, 산업혁신을 달성하고자 하는 목적을 지니고 있다는 점에서 그 성격이 다르다고 할 수 있다. 이처럼 의약품 허가제도와 존속기간 연장제도의 성격은 다르지만 국민보건 향상 기여라는 약사법의 목적과 산업발전에 이바지하고자 하는 특허법의 목적을 합리적이고 적절하게 조정하기 위해, 본고는 아래의 내용을 결론을 제시하고자 한다.

1. 특허법 제95조에 용도라는 개념이 도입된 이유 : 특허법 제95조가 “그 허가 등에 있어 물건에 대하여 특정의 용도가 정하여져 있는 경우에는 그 용도에 사용되는 물건에 관한 그 특허발명의 실시 행위에만 미친다.”고 규정한 이유는, 원래 의약품 특허를 대상으로 하여 특허권 존속기간 연장제도를 도입하였기 때문에 물건이 의약품이 아닌 의약 분야 외의 다른 상업적 용도를 갖더라도 거기에는 미치지 아니함을 명확히 하려고 한 것으로 해석된다.

2. 특허법 제95조의 용도 해석 : 특허법 제95조에 규정된 용도라는 개념은 의약품에 한정하여 적용되는 개념이 아니라 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제에 모두 적용되는 개념이라는 점을 고려할 때, 이러한 개념은 약사법의 효능·효과, 허가의 순서, 투여용법·투여용량, 치료대상(환자군), 치료기간 등을 의미하는 것이 아니라 특허발명을 실시하기 위하여 다른 법령에 따라 허가를 받거나 등록 등을 하여야 하고 그 허가 또는 등록 등을 위하여 필요한 유효성·안전성 등의 시험으로 인하여 장기간이 소요되는 물질이 가지고 있는 의약품으로서의 용도, 마약 또는 향정신성의약품으로서의 용도, 농약 또는 원제로서의 용도를 의미하는 것으로 폭넓게 해석하는 것이 타당할 것이다.

3. 특허법 제95조의 용도와 투여용법·투여용량, 의약품용도 발명 : 존속기간 연장 대상, 존속기간이 연장된 특허권의 효력, 존속기간이 연장되어 등록된 특허발명의 연장기간 산정 등과 관련된 논의 혹은 분쟁이 주로 의약품에 집중된 이유로 투여용법·투여용량이 특허법 제95조에 규정된 용도의 개념에 해당하는 것으로 해석하는 견해 등도 있을 수 있지만, 존속기간 연장대상인 의약, 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제의 발명 전체에 적용되는 특허법 제95조의 용도라는 개념을 농약 또는 원제 등은 제외하고 의약품과 같이 일부 대상에 한정하여 단편적, 지엽적으로 해석하는 것은 타당하지 않은 것으로 여겨진다.

4. 의약품 특허와 약사법상 효능·효과(적응증)의 관계 : 의약품 특허의 실질적 동일성에서의 용도는 약사법상의 효능·효과에 한정되는 것이 아니라 대상 물건의 용도를 의미하는 것이고, 대상 물건 혹은 특정의 용도가 ‘특허법상 실질적으로 동일한지 여부’는 ‘특허명세서’로부터 파악되는 특허발명의 ‘기술적 의의’를 중심으로 판단해야 할 것이다. 먼저, 물질특허인 경우, 그 보호범위는 사용 목적에 상관없이 모든 기능, 작용 혹은 장점을 포함한다는 점을 고려할 때, 물질의 특정 용도로 의약품 허가를 받는다고 할지라도 실질적 동일성 판단에서의 용도는 약사법의 효능·효과, 용법·용량, 치료 대상(환자군), 치료 기간 등에 한정되는 것이 아니라 출원인이 출원시 혹은 우선일에 사용 용도를 인지하고 있었는지와 관계없이 새로운 물질 자체가 가지고 있는 의약분야에서의 용도 모두(존속기간 연장 대상이 마약 또는 향정신성의약품, 농약 또는 원제 발명인 경우 해당 분야의 용도 모두)를 포함하는 것으로 해석하는 것이 합리적이라고 여겨진다. 또한, 공지물질을 기초로 하는 의약품용도 특허인 경우, 실질적 동일성 판단에서의 용도는 최초의 명세서에 공개된 의약분야에서의 용도와 그 균등범위로 한정하는 것이 타당한 것으로 여겨진다. 마찬가지로 의약품의 투여용법·투

여용량 특허인 경우, 실질적 동일성 판단에서의 용도는 의약품도 특허의 경우보다 더욱 협소하게 해석되어야 할 것이다.

5. 의약품 특허와 약사법상 최초 허가, 후속 허가의 관계 : 후속 허가에도 연장된 특허권의 효력이 미치는 것으로 실무를 운영하고 있는 미국, 유럽과 우리나라 존속기간 연장제도가 점차 동조화되고 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위를 “최초 허가된 적응증”이 아니라 그 존속기간 연장 대상의 용도로 폭넓게 해석하는 것이 타당한 것으로 여겨진다. 즉 존속기간이 연장된 물질특허의 효력범위는 최초 허가로 한정되어서는 안 되고 존속기간 연장기간 동안 받은 후속 허가에도 미치는 것으로 해석하는 것이 타당한 것으로 여겨진다.

■ **주제어**: 특허권 효력, 존속기간 연장, 적응증, 허가, 의약품 용도

[참고문헌]

<국내문헌>

- 강춘원, “존속기간이 연장된 특허권의 효력범위 - 특허법 제95조의 새로운 해석론 -”, 「지식재산연구」 제14권 제4호(2019)
- 권경희, 허가등에 따른 특허권 존속기간 연장제도의 절차적 개선방안 및 산업계에 미치는 영향, 특허청 용역보고서(2021)
- 권지현, “연장된 의약특허 존속기간의 유효 한도(캡) 규정 도입방안”, 「법학논총」 제43권 제3호(전남대학교 법학연구소, 2023)
- 김동준, “균등론: 특허법원 판결의 동향과 과제”, 「특허소송연구(특허법원 개원20주년 기념논문집)」, 특허법원, 2018
- 김병필, “청구범위 해석에 있어서 ‘상세한 설명의 참작’에 관한 대법원 판결 분석 및 외국 사례와의 비교 검토”, 「지식재산연구」 제9권 제2호(2014)
- 김소희·이대성·최형빈·권경희, “과도한 의약품 시장독점 방지를 위한 연장된 특허권 존속기간의 비교 - 한국, 미국, 일본, 영국, 프랑스, 독일을 중심으로 -”, 「약학회지」 제66권 제6호(2022)
- 박금남·김태민, “의약품 특허권 존속기간 연장과 허가규제기관의 역할”, 「KFDC규제 과학회지(구 FDC법제연구)」, 제18권 제2호(2023)
- 박영규, “연구 또는 시험을 하기 위한 특허발명 실시의 의미와 한계”, 「산업재산권」 제31호(2010)
- Young-Gyu Park, “Ergänzendes Schutzzertifikat für Arzneimittel im deutschen und koreanischen Patentrecht”, 「한독법학」 제15권(2004)
- 박영규, “생명공학적 발명의 보호와 유전자특허의 보호범위”, 「산업재산권」 제18호(2005)
- 박영규, “선택발명의 신규성, 진보성 판단”, 「산업재산권」 제46호(2015)
- 박영규, “선택발명의 신규성·진보성 판단을 위한 선행기술의 인정범위”, 「지식재산연구」 제14권 제4호(2019)
- 박준석, “의약(醫藥)에 관한 특허법의 통합적 검토 - 유전자원(遺傳資源)의 문제를 포함하여-”, 「저스티스」 통권 제128호(2012)
- 박준석, 존속기간 연장된 특허권의 효력범위 - 솔리페나신 판결(대법원 2019. 1. 17. 선고 2017다245798 판결)의 새 기준에 대한 해석론을 중심으로 -, 산업재산권 제62호(2020)
- 손천우, “특허권의 존속기간 연장등록의 요건과 연장된 특허권의 효력범위 - 대법원 2019. 1. 17. 선고 2017다245798 판결을 중심으로”, 「사법」 제47호(2019)
- 송영식 외 6인, 「지적소유권법 제2판(상권)」, 육법사, 2013
- 신현철, “특허권 존속기간연장등록의 요건과 연장된 특허권의 효력범위 - 일본의 재판례를 소재로 한 비교법연구 -”, 「서울법학」 제25권 제4호(2018)
- 신혜은, 허가 등에 따른 존속기간이 연장된 특허권의 효력범위 - 치료효과나 용도의 실질적 동일을 중심으로 -, 과학기술과 법 제11권 제2호(2020)
- 심미성·백가람, “의약품 허가·특허연계제도 실시에 따른 특허심판의 현황 및 제언(提

- 言)”, 「지식재산정책」 제24호(한국지식재산연구원, 2015)
- 엄태민, “의약품특허의 존속기간연장제도 개선방안”, 「지식재산연구」 제18권 제1호(2023)
- 이진희, “특허권 존속기간 연장등록 대상이 되는 발명 - 구 특허법 시행령 제7조 제1호 ‘신물질’의 의미”, 「사법」 제1권 제62호(2022)
- 이진희, “연구 또는 시험을 위한 의약 특허발명의 실시와 특허권의 효력 제한”, 「저스티스」 통권 제201호(2024)
- 조재신, “특허권 존속기간 연장제도에 관한 소고”, 「법학논총」 제40권 제2호(2020)
- 최은선, 「특허권의 존속기간 연장등록출원제도 운용에 관한 외국의 법제, 판례 및 문제점에 관한 연구」, 특허청 용역보고서(2017)
- 특허청 심사3국 특허권 존속기간 연장제도 연구회, 「특허권 존속기간 연장제도 연구결과 보고서」, 2003
- 특허청, 「물질특허제도의 고찰」, 1986
- 홍지형, 「존속기간이 연장된 특허권의 권리범위에 대한 고찰」, 석사학위 논문, 2019

<외국문헌>

- Martin A. Voet, Louis C. Cullman. Repurposing and Enforcement During Patent Term Extension for Pharma Products, Landslide(July/August 2016) Vol. 8(Issue 6)
- 竹田和彦, 「特許の知識(第6版): 理論と實際」, ダイヤモンド社, 1999
- 吉藤辛朔 著, 「특허법개설 13판」, YOU ME 특허법률사무소 譯, 대광서림, 2005
- 田村善之, “특허권의 존속기간 연장 후의 특허권의 보호범위에 대하여 - 엘플라트 사건 지재고재대합의 판결의 의의”, 「West law Japan」, 100호(2017)

[Abstract]

The Scope of Protection for the Term-extended Patent

Younggyu Park* · Yeeun Baek**

According to the Korean Patent Act Article 97, the scope of protection of a patented invention shall be determined by the descriptions of the claims. During the duration of the patent right, the patentee will enjoy the exclusive right over the entire scope of the claims. However, Article 95 of the Korean Patent Act states that the effects of a patent, the term of which has been extended under Article 90, that is an applications for Registration of Extended Patent Terms by Permission, shall extend only to practicing the patented invention on the things on which permission, etc. for registration of the extension is based (things used for specified purposes, if the purposes of such things are specified in the permission, etc.).

This paper examines the trends in pharmaceutical approval, extension of term, and interpretation of scope of effect(Section II), and then examines the types and uses of inventions in the Patent Act, the reason for the introduction and interpretation of the concept of use in Article 95 of the Patent Act, and the relationship between such uses and inventions of administration, dosage, or medical use(Section III). In addition, in determining the scope of effect of pharmaceutical substance patents whose term of effect has been extended under Article 95 of the Patent Act, the scope of substantial identity of use according to the substantial identity standard presented in the Solifenacin decision is discussed as to whether it is limited to efficacy and effect (indication) under the Pharmaceutical Affairs Act, and whether the scope of substantial identity of use includes only the initial approval or also subsequent approvals(Section IV).

■ **Key Words:** effects of a patent, term-extended patent, indication, approval, medical use

* Professor, College of Social Sciences(Department of Law), Myongji University

** Master of Laws, Myongji University

Challenges and Regulatory Pathways for Algorithmic Price Discrimination - A Case Study of China with Comparative International Perspectives -

Jin Xin* · Joung Younboo**

논문요지

With the rapid development of e-commerce platforms and livestream shopping as emerging consumption models, consumers' shopping methods have become increasingly diverse and convenient, significantly enhancing the consumption experience. However, 'in the digital transaction environment, information asymmetry issues within platforms have become increasingly prominent, seriously affecting transaction fairness. Among these issues, algorithmic price discrimination and false advertising implemented by platforms are most typical. Algorithmic price discrimination is highly covert and technical in nature; consumers often find it difficult to detect when their rights are infringed and face substantial evidentiary challenges, thereby exacerbating practical barriers to legal remedies. Meanwhile, due to the complexity of algorithmic logic and frequent dynamic adjustments, how to achieve effective and precise legal regulation has become an urgent issue at both legislative and enforcement levels. Based on an in-depth analysis of the inadequacies in China's current legal system's response mechanisms to algorithmic price discrimination, this article conducts comparative research on regulatory practices in the European Union and the United States, exploring their institutional experiences in antitrust law, consumer protection law, and data governance dimensions. It further proposes legal regulatory pathways and governance framework recommendations tailored to China's national conditions, aiming to provide theoretical support and institutional references for the standardization and transparent governance of algorithmic pricing behaviors in China's platform economy context.

· 논문제출: 2025. 06. 28. · 심사개시: 2025. 07. 08. · 게재확정: 2025. 07. 22.

* Ph.D. Candidate, General Graduate School, Sungkyunkwan University

** Professor, WonKwang University Law school, Corresponding Author

I. Questions Raised

Personalized pricing strategies based on big data analysis and algorithmic calculations have become increasingly prevalent as a result of the widespread application of digital technology and the rapid development of platform economies.¹⁾ As a typical manifestation, algorithmic price discrimination is common across various online transaction scenarios. Algorithmic price discrimination possesses greater precision and efficiency as well as features stronger concealment, high real-time capabilities, and elevated technical barriers than traditional price discrimination. This makes it challenging for consumers to detect unfair treatment, much less successfully defend their rights. Consumer legal remedies against algorithmic pricing behaviors are currently limited. This stems from numerous practical obstacles, such as high costs of rights protection and evidentiary challenges, but also, more fundamentally, from the ambiguity in legal classification and institutional identification of such practices. There are insufficient operational standards for practical regulation, inconsistent judicial rulings, and ineffective administrative oversight mechanisms due to the existing legal framework's lack of unified and clear definitions for algorithmic price discrimination.

It is important to stress that algorithmic price discrimination is not a problem unique to China but rather a widespread governance challenge in the global digital business environment. With the deep integration of big data and artificial intelligence technologies in commercial decision-making chains, an increasing number of countries and regions face challenges such as unfair transactions and price opacity caused by algorithmic abuse in platform economies. It is held in foreign studies that algorithm discrimination can have an impact on consumer rights and interests²⁾ and reduce consumer residual value.³⁾ EU scholars argue that it is necessary to rebuild personal data rights⁴⁾ and regulate algorithms that discriminate against consumers at the source⁵⁾, while the American academic circle has undergone a dual-track regulatory path transformation from algorithmic transparency to algorithmic review.⁶⁾ On the basis of continuing foreign studies,

1) Alessandro, Acquisti, Hal, et al. "Conditioning Prices on Purchase History" *Marketing Science* (2005) , p.367.

2) Ramsi Woodcock, *Personalized Pricing as Monopolization*, *Connecticut Law Review*, Vol. 51, No.2, 2019, pp. 311-373.

3) Dirk Bergemann & Benjamin Brooks & Stephen Morris, *The Limits of Price Discrimination*, *American Economic Review*, Vol.105, No. 3, 2015, pp. 921-957.

4) Bryce Goodman. *Discrimination, Data Sanitisation and Auditing in the European Union's General Data Protection Regulation*, *European Data Protection Law Review*, Vol.2, No. 4, 2016, pp.493-605.

5) Betsy Anne Williams, Catherine F. Brooks, Yotam Shmargad, "How Algorithms Discriminate Based on Data They Lack : Challenges, Solutions, and Policy Implications", *Journal of Information Policy*, Vol.8, 2018, pp.78-115.

6) Michael Scherman, Adam Goldenberg, Grace Waschuk, Kendra Levasseur, *US Law-*

the studies of Chinese scholars focuses on the discussion of regulatory paths,⁷⁾ regulatory systems,⁸⁾ legal responsibilities⁹⁾ and other contents of algorithmic discrimination to respond to the practical needs of hot public opinions such as “regulating price discrimination”.

Therefore, clarifying the legal attributes of algorithmic price discrimination and improving relevant legal rules and regulatory mechanisms are of crucial significance for constructing digital economy governance systems, strengthening consumer rights protection, and promoting the healthy development of platform economies. Building on this, this paper employs typical cases and comparative legal experiences to explore the legal definition, causal mechanisms, and regulatory approaches to algorithmic price discrimination. It aims to provide a theoretical basis and institutional recommendations for legal system improvements in the context of China’s platform economy.

II. Overview of Algorithmic Price Discrimination

1. The Concept of Algorithmic Price Discrimination

A typical manifestation of price discrimination occurs when operators implement differentiated pricing strategies based on consumer differences for the same goods or services. Operators collect and analyze consumer information, establish detailed consumer profiles, and employ data-driven strategies to apply targeted pricing. While businesses benefit financially from this pricing strategy, consumers’ right to fair trade is gravely undermined.¹⁰⁾ Price discrimination is closely related to traditional pricing mechanisms, with traditional price discrimination having a legal connotation similar to price fraud.¹¹⁾ In particular, algorithmic price discrimination

makers Propose Algorithmic Accountability Act Intended to Regulate AI, retrieved from <https://www.mccarthy.ca/en/insights/blogs/cyberlex/us-lawmakers-propose-algorithmic-accountability-act-intended-regulate-ai>

7) Qiao Zhen and Liu Ruifeng, “The Problem of Price Discrimination in Big Data Algorithms,” *Social Science Research*, no. 5 (2020). Zhang Endian, “Anti-Algorithmic Discrimination: Theoretical Reflection and Institutional Construction,” *Journal of Huazhong University of Science and Technology (Social Science Edition)*, no. 5 (2020).

8) Yang Chengyue and Luo Xianjue, “A Preliminary Study on the Comprehensive Governance of Algorithmic Discrimination,” *Science and Society*, no. 4 (2018). Chen Bing, “Challenges and Responses in Regulating Algorithmic Operations under the Rule of Law Economy,” *Academic Forum*, no. 1 (2020). Cui Jingzi, “The Crisis and Response of the Right to Equality under the Challenge of Algorithmic Discrimination,” *Legal Science (Journal of Northwest University of Political Science and Law)*, no. 3 (2019).

9) Ding Yuxiang, “Bridging the Responsibility Gap: Systematic Analysis of Platform Liability in the Sharing Economy Model,” *Tsinghua Law Journal*, no. 4 (2019).

10) Alan M. Sears, “The Limits of Online Price Discrimination in Europe,” *Columbia Science and Technology Law Review*, 2019 (3) , pp. 3-37.

11) Akiva A. Miller, “What Do We Worry About When We Worry About Price

appears when platform operators collect and analyze user data to identify consumer demand patterns before formulating targeted marketing strategies. For instance, they implement algorithmic price discrimination by distributing promotional coupons with varying pricing to different users.¹²⁾ Therefore, algorithmic price discrimination entails the initial tasks of collecting extensive data, protecting users' private information, and analyzing their daily consumption habits, followed by the subsequent phase of implementing and disseminating the established differential pricing strategies.¹³⁾

2. Algorithmic Price Discrimination Operational Model

Algorithmic price discrimination is fundamentally a differentiated pricing strategy leveraging data advantages and algorithmic technologies. It exploits the market monopoly position of platform operators, information asymmetry between buyers and sellers, and misuse of consumer data to maximize merchant profits, constituting a typical unfair commercial practice. Additionally, platform operators utilize algorithmic technologies to precisely segment consumer purchasing demands and maximum willingness-to-pay, directly targeting consumers with the highest price points, primarily motivated by capturing excessive profits through "Big Data Discriminatory Pricing".¹⁴⁾ The pricing strategy is as follows:

Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing", *Journal of Technology Law & Policy*, 2014.

Specific cases include:

1. Amazon was reported in 2000 to display higher prices for returning users compared to new ones based on browsing and purchasing history—considered one of the first known cases of algorithmic price discrimination.
(<https://money.cnn.com/2000/09/28/technology/amazon/>)
 2. Coupang faced controversy in South Korea when users discovered different prices for the same product depending on account status or device; the Korea Fair Trade Commission launched an investigation into the platform's pricing algorithms.
(<https://www.hani.co.kr/arti/economy/consumer/1042048.html>)
 3. In 2018, Chinese online travel platform Ctrip was accused of engaging in discriminatory pricing based on user data—a practice commonly referred to as "big data price discrimination." Reports revealed that the same hotel room for the same date was priced differently depending on whether users were logged in and their past booking behavior. This sparked public criticism, with consumers claiming "the more you use it, the more you pay." In response, Chinese regulators began reviewing legal measures to address algorithmic price manipulation.
(https://www.sohu.com/a/871980661_498372)
- 12) Alessandro, Acquisti, Hal, et al. "Conditioning Prices on Purchase History" *Marketing Science* (2005) , p.367.
- 13) Ariel Ezrachi and Maurice E. Stucke. "Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy". Translated by Yu Xiao. CITIC Press, 2018, p.134.
- 14) Bai Shizhen, Xu Wenhui, Jiang Man. "A Study on the Collaborative Governance of E-commerce Platforms' Big Data Price Discrimination against Familiar Customers – Based on the Evolutionary Game Analysis among E-commerce Enterprises", *Consumers, and Government [J]. Price Theory and Practice*, 2022(12): pp.141 - 144.

(1) Information Collection and Database Development

With the advancement of internet technology and big data, platform operators utilize big data analytics and algorithmic methods, leveraging their platform advantages to collect information on users' consumption behaviors and payment capabilities through both direct and indirect means. This often extends to excessive collection, probing, and misuse of personal privacy data. Algorithmic price discrimination typically manifests across various "platform economies," with common practices including higher prices for members, increasing prices for higher purchase volumes, and automatic price increases for frequent browsers. Platform operators can acquire users' personal information through various channels, with the most common being data collection through "event tracking"¹⁵⁾ in applications. They also share users' browsing records and cookies¹⁶⁾ through advertising networks. Some platform operators deliberately acquire users' basic information and behavioral data from illegal vendors. In some cases, they even deploy Trojan malware on users' computers to collect behavioral data through background processes. Consequently, consumers' activities—whether on search engines, e-commerce platforms, or messaging applications—can potentially be captured by platform operators using big data analytics techniques.

(2) Data Analysis and Behavioral Profiling

Platform operators primarily collect and analyze consumer browsing and search behaviors, purchase pathways, and social interactions through websites, applications, social media, and third-party information sharing mechanisms. This data is used to establish behavioral profiles of users. Following specific algorithmic logic, operators capture various consumer information to understand consumption preferences, purchase intentions, payment capabilities, price sensitivity, and maximum willingness to pay. Through clustering algorithms and other data mining techniques, statistical analysis is performed on data samples to segment consumers into different user groups, enabling the extraction of monopolistic pricing.¹⁷⁾ Through big data mining and algorithmic learning tech-

15) "Event tracking" is a term in the data collection field (particularly in user behavior analytics) that refers to the technology and implementation process of capturing, processing, and transmitting specific user behaviors or events.

16) Cookies, sometimes referred to in plural form, are small text files stored on a user's local terminal for the purpose of user authentication and session tracking. These data packets (typically encrypted) are temporarily or permanently saved on the client-side computer to maintain user information across browsing sessions.

17) Lambrecht, Anja and C. E. Tucker. Algorithmic Bias? An Empirical Study into Apparent Gender-Based Discrimination in the Display of STEM Career Ads. Social Science Electronic Publishing, 2016.

nologies, operators can extract consumer information from massive datasets. Hotel reservation services are most commonly accused of using big data for price discrimination against returning customers, followed by airline ticket reservations, dining services, and attraction ticket bookings.

(3) Discriminatory Differential Pricing

Based on consumer data analysis and behavioral predictions, personalized sales or service pricing is automatically generated and output through big data and algorithms. Different consumer groups are subjected to different sales prices, fee standards, and pricing strategies, even when purchasing goods or services of identical quality or grade.¹⁸⁾ Platforms establish pricing individually for consumers according to their self-determined criteria based on user profiles, maximizing profit extraction from each individual through discriminatory pricing mechanisms.

3. Legal Regulatory Dilemmas and Challenges of Algorithmic Price Discrimination

(1) Economic Dimension: Profit-Driven Platforms Leading to Market Failure

Enterprises employ real-time data mining and user behavior analysis technologies in the platform economy ecosystem to create precise models of consumers' willingness to pay, transaction habits, and market segmentation characteristics, adjusting pricing strategies accordingly.¹⁹⁾ As a result, maximizing business profit functions and minimizing consumer surplus are inherent objectives of algorithm design. Such differentiated pricing behaviors based on users' implicit data resources substantially undermine market mechanism fairness and efficiency from the standpoint of economic theory.²⁰⁾ These phenomena confront traditional price discrimination theory and raise new questions regarding market structure, pricing mechanisms, and consumer behavior models.

Such practices will eventually undermine consumer trust in platform transaction environments, distort the allocative function of price signals and strengthen dominant platforms' market positions. In addition, they will impede fair com-

18) Hacker, Philipp. "Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law". Social Science Electronic Publishing, 2018.

19) Hacker, Philipp. Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law. Social Science Electronic Publishing, 2018.

20) Wen Ming, Liu Bo. "A Study on Legal Regulation in the Application of Facial Recognition Technology". Science, Technology and Law, 2020(4): pp.77 - 85.

petition and sustainable development of digital economies across nations, and potentially impact society's overall value identification system.²¹⁾ Therefore, coordinated governance through legal regulation and technological measures is necessary to enhance the controllability and transparency of platform algorithmic pricing behaviors and hence safeguard consumer rights and maintain market competition order.

(2) Consumer Dimension: Consumer Vulnerability Creates Rights Protection Dilemma

Algorithmic price discrimination essentially infringes upon the rights to information, autonomous choice, and fair transactions guaranteed by the Consumer Rights Protection Law of the People's Republic of China from a consumer behavior perspective, while also posing a tangible threat to consumers' personal information protection rights.²²⁾ This practice severely deviates from the fair and honest principles of market transactions, placing consumers in a passive and even disenfranchised position within algorithm-dominated pricing mechanisms.

As objects of algorithmic computation, consumers often struggle to understand the basis for price determination in data-driven pricing logic, neither knowing how their data is being utilized nor being able to assess whether pricing is reasonable. Consequently, consumers become direct victims of algorithmic price discrimination. Specifically, they are a vulnerable group because they are in a much weaker position than platform operators in economic capacity, bargaining power, technical comprehension, information access, and risk identification abilities.²³⁾

Furthermore, algorithmic price discrimination shows high concealment, immediacy, and dynamism. Platforms can complete dynamic pricing calculations within seconds based on variables such as consumption records, terminal devices, and access time, making it difficult for consumers to detect rights violations. Practical challenges such as identifying the infringing parties' difficulty, unclear platform boundaries, and a severe lack of remedial mechanisms further exacerbate consumer difficulties in rights protection and constrain effective protection under existing legal frameworks.

21) Tabrez Y. Ebrahim, "Algorithms in Business, Merchant-Consumer Interactions & Regulation", 123 West Virginia Law Review (2021), p.873.

22) China Consumers Association, Strengthening Algorithm Regulation in Online Consumption to Protect Consumers' Rights to Know, Choose, and Trade Fairly, January 7, 2021. Available at: <http://www.cca.org.cn/zxsd/detail/29897.html> (last accessed May 19, 2025).

23) Tang Fen, Min Yun. "Legal Dilemmas and Solutions of 'Big Data Price Discrimination against Familiar Customers' in the Information Age". Journal of Henan University of Science and Technology (Social Science Edition), 2023, 41(05): pp.81 - 86.

(3) Technical Dimension: The Interweaving of Algorithmic Black Boxes and Technical Barriers

Platform operators control the entire process of data collection, model training, and parameter adjustment in platform economies that mostly rely on algorithmic drivers. This highly centralized management exacerbates the closed nature of algorithmic operational mechanisms, creating so-called “algorithmic black boxes.” These technical barriers impede regulatory intervention and render it virtually impossible for consumers to understand price generation logic or determine whether pricing is equitable and reasonable.

Algorithmic price discrimination is considered an abuse of data and technological capabilities, and essentially constitutes “technical price fraud.” Although explicitly prohibited by legislation across jurisdictions, such practices persist. This predicament stems from algorithmic models’ propensity to learn and reinforce implicit biases in historical data during training. Then, it replicates and potentially amplifies these biases through continuous iteration, evolving into “individually targeted unfair lock-ins.” This tendency fosters the personalized discriminatory pricing logic of “special prices for special you.”

With the rapid advancement of artificial intelligence and machine learning algorithms, platforms’ utilization of AI for user profiling and consumption behavior prediction has become increasingly sophisticated, making price discrimination more precise, concealed, and complex. In addition to intensifying the difficulties consumers face in identification and rights protection, this imposes heightened requirements on regulatory authorities regarding algorithmic explanation obligations, technical audit ability, and data transparency.

III. Comparative Legal Approaches to Algorithmic Price Discrimination

The discussion on algorithmic regulation remains in its nascent stage, making it difficult to identify domestic or international legal frameworks that explicitly govern artificial intelligence algorithms. However, legal systems or related discussions concerning restrictions on artificial intelligence, big data, and personal information protection are significantly relevant to preventing consumer issues arising from algorithms and protecting consumer rights. China primarily relies on departmental regulations, industry standards, and guiding opinions to govern algorithmic price discrimination and has not established a unified and legally binding legislative framework.²⁴⁾ Regarding algorithmic price discrimination, the

24) Cheng Yunzhi, “Risks and Regulation of Algorithmic Recommendation under the

European Union and the United States adopt different regulatory approaches. The EU primarily establishes a preventive regulatory system from a data protection perspective, centered on strict corporate accountability mechanisms, strengthening business responsibility to prevent algorithmic abuse. In the realm of consumer rights and market supervision, the EU has implemented relatively stringent control measures on personalized pricing practices, explicitly requiring operators to publicly disclose relevant information about implementing personalized pricing to protect consumers' right to information. Comparatively, U.S. regulation tends toward a risk prevention governance model, primarily employing decentralized legislative measures combined with industry self-regulatory standards to implement ex post control of algorithmic price discrimination issues.

1. Judgment on the Legality of Price Discrimination in China

The current legal system in China does not completely prohibit all price discrimination behaviors, but only recognizes price discrimination as an illegal act when specific conditions are met. In this situation, it is necessary to distinguish between “legitimate price differences” and “illegal price discrimination”.

(1) The legality of general price discrimination behavior

In normal market competition, price adjustments made by enterprises based on factors such as cost structure, trading partners, and supply and demand relationships fall within the scope of their business freedom. For instance, tiered pricing, member discounts, time-limited promotions, regional pricing and other behaviors implemented according to the purchase and sales quantities are all reasonable differences and do not constitute legal ‘discrimination.’

It is also clearly stipulated in Article of the “Pricing Law of the People’s Republic of China” that the state implements a price mechanism of “The pricing is mainly determined by the operators themselves”, so as long as it does not violate relevant laws and regulations, the autonomy of business operators in setting prices should be protected.

(2) Price discrimination behavior abusing dominant market position

If an operator with a dominant market position implements unreasonable price differences against trading counterparties with the same conditions, it constitutes a typical illegal act of price discrimination. It is stipulated in Clause 6, Article 22 of the “Anti-monopoly Law of the People’s Republic of China”(revised in 2022):

E-commerce Law,” E-commerce Review, vol. 13, no. 4, 2024, p. 4130.

“It is prohibited for business operators with a dominant market position to impose differential treatment on their trading counterparts under the same trading conditions, including unreasonable differences in transaction prices and conditions.”

This provision mainly consists of the following aspects: ①the operator has a dominant market position; ② trading counterparts are under the same or comparable transaction conditions; ③ differential treatment lacks justifiable reasons and has the effect of excluding or restricting competition. During the identification process, it is necessary to combine elements such as industry structure, pricing logic, and consumer profiling mechanism for comprehensive judgment.

In market practice, although operators who implement algorithmic price discrimination often have a certain degree of influence or dominance, some operators without market influence can also carry out algorithmic price discrimination after collecting sufficient consumer data. This means that in terms of regulating algorithmic price discrimination, the scope of applicable subjects of the “Anti-monopoly Law” is too narrow.

(3) The “algorithmic discrimination” behavior misleading consumers by technical means

In the digital economy environment, the practice of enterprises identifying consumers’ payment intentions through algorithms and setting differentiated prices may constitute price fraud or infringe upon consumers’ right to know, such as imposing higher prices without prior notice, setting higher prices for existing users, or creating unreasonable price differences for the same product among different users.

It is stipulated in Article 20 of the “Law of the People’s Republic of China on the Protection of Rights and Interests of Consumers” that “Business operators shall not conduct price promotion in a false or misleading manner.”

It is further pointed out in Article 55 that if the operator engages in fraudulent behavior, consumers have the right to demand “triple compensation”.

If an enterprise fails to disclose its pricing logic or deliberately uses algorithms to raise prices for existing customers, it constitutes a typical act of “price fraud by technical means”.

The regulation of algorithmic price discrimination is covered in many laws in China, such as the “Law on Protection of the Rights and Interests of Consumers”, the “Anti-Monopoly Law”, and the “Price Law”, and it is regulated through indirect application to a large extent. Meanwhile, the relevant departments have also issued a series of policies in response to this issue. It is stipulated in Article 15 of the “Interim Provisions on the Administration of Online Tourism Business Services” promulgated by the Ministry of Culture and Tourism

that “Online tourism operators shall not abuse technical means such as big data analysis to set unfair transaction conditions based on tourists’ consumption records, travel preferences, etc., and infringe upon tourists’ legal rights and interests.” In February 2021, the “Anti-Monopoly Guidelines of the Anti-Monopoly Committee of The State Council on the Platform Economy Field” (hereinafter referred to as the “Anti-Monopoly Guidelines”) issued by the Anti-Monopoly Committee of The State Council came into effect. It is stipulated in Article 17 of the “Anti-Monopoly Guidelines” that “Operators in the platform economy field with a dominant market position may abuse their dominant market position to implement differential treatment on trading counterparties with the same trading conditions without justifiable reasons, thereby excluding or restricting market competition.” Moreover, the “Anti-Monopoly Guidelines” provides three major reference factors for analyzing whether algorithmic price discrimination constitutes differential treatment. In addition, the “Regulations on the Administration of Algorithmic Recommendation for Internet Information Services” jointly issued by Cyberspace Administration of China, Ministry of Industry and Information Technology and State Administration for Market Regulation and relevant departments also came into effect in March 2022. It is stipulated in Article 21 of the “Regulations” that “When algorithmic recommendation service providers sell goods or provide services to consumers, they should protect consumers’ right to fair transactions and must not, based on consumers’ preferences, transaction habits and other characteristics, use algorithms to implement unreasonable differential treatment or other illegal acts in transaction conditions such as transaction prices.” Therefore, the key to regulating algorithmic price discrimination lies in protecting consumers’ right to be informed.²⁵⁾ Judging from the content of the relevant policies mentioned above, the policies issued around algorithmic price discrimination also lack detailed regulatory provisions. In short, as a new product of the digital economy era, algorithmic price discrimination still lacks targeted provisions for legal regulation, making it extremely difficult for parties subject to algorithmic differentiated pricing to protect their rights.

(4) Case Analysis: China’s First Case of Deceiving Existing Customers

In July 2020, Mr. Hu, a plaintiff who was a diamond member of Ctrip, booked a night stay at Hilton Zhoushan Hotel through the Ctrip APP and paid RMB 2,889; later, he found that the total price including tax on the hotel’s official website was only RMB 1,377.63, then he suspected that the platform had implemented differentiated pricing based on factors such as user identity and

25) UK Office of Fair Trading. Personalised pricing : Increasing transparency to improve trust, OFT 1489, 2013, p.34.

browsing records, which was the so called “big data deceiving existing customers” behavior, so he filed a civil lawsuit.

The court of the first instance²⁶⁾ held that Ctrip’s failure to fully disclose price information and its implementation of unfair pricing through user profiles constituted price fraud. The judgment content included: Ctrip shall refund the price difference of RMB 243.37 and compensate at three times the price difference in accordance with Article 55 of the “Law on Protection of the Rights and Interests of Consumers” totaling RMB 4,777.48; requiring Ctrip to modify its privacy policy to ensure users’ clear right to refuse “non-essential information collection”.

The court of second instance²⁷⁾ upheld the judgment on the compensation part and confirmed that Ctrip had illegally processed personal information, but did not support the request that “users have the right to continue using the APP without agreeing to the privacy policy” on the grounds that this claim conflicts with public interests and the overall arrangement of the platform’s terms.

This case is the first case in China where a court has explicitly determined that “algorithmic price discrimination” is illegal and ordered compensation, which is of significant judicial significance.

(5) Summary

To sum up, under the current legal system in China, price discrimination is not illegal per se. Only when the price discrimination behavior constitutes the abuse of dominant market position, misleading consumers, undermining the fair competition order or infringing upon the legitimate rights and interests of consumers can it constitute a violation of the law. The compliance boundaries of algorithmic pricing for technology-driven platform companies have attracted increasing attention from legislation, supervision and judiciary organs. Additionally, this might create opportunities for platform operators to evade legal liability through technical means, further complicating regulatory challenges.²⁸⁾ In the future, the disclosure obligations of price discrimination, algorithm transparency and consumer right to know protection mechanisms should be further clarified to promote the fairness and sustainable development of the data economy.

2. The Current Regulatory Status of Price Discrimination in South Korea

At present, South Korea has not established separate legislation specifically

26) (2020) 浙0602民初3937号

27) (2021) 浙06民終4325号

28) Zhao Jingyu et al., “Legal Research on Data Compliance Supervision of Online Live-Streaming Platforms in China,” *E-commerce Review*, vol. 14, no. 3, 2025, p. 830.

targeting “price discrimination”, but it indirectly regulates related behaviors through competition law systems such as the “Monopoly Prohibition and Fair Trade Act”. In particular, under provisions such as “abuse of dominant market position” and “unfair trading practices”, price differentiation behaviors can constitute legal issues. In addition, South Korean regulators have begun to intervene in the behavior of platform companies using algorithms to set differential prices or give preferential treatment to self-operated goods.

(1) Relevant legal basis

The main legal basis for price discrimination in South Korea is concentrated in the “Monopoly Regulation and Fair Trade Act” (referred to as the “Fair Trade Act”), which includes the following provisions:

Article 5, Paragraph 1, Subparagraph 1: It is prohibited for market-dominant enterprises to “offer differential prices or transaction conditions to trading counterparts in an improper manner.” This article can serve as the regulatory basis for algorithmic price discrimination behavior.

Article 45, Paragraph 1, Subparagraph 6: It is prohibited for enterprises to “take advantage of their superior position in transactions to offer improper or unjust benefits to the other party”. It may also constitute such behavior for a platform to set differential prices for specific consumers by taking advantage of its information or market superiority.

Furthermore, in the field of e-commerce, regulations such as the Electronic Commerce Act and the Personal Information Protection Act also provide supplementary regulatory bases for data usage and price differences.

(2) Practical cases and regulatory trends

Although there is no case in South Korea where a court has clearly ruled that “algorithmic price discrimination” is illegal, the Korean Fair Trade Commission (KFTC) has conducted administrative investigations and penalties on algorithmic behaviors of several platform companies:

Cases preferred by NAVER search results²⁹⁾: In 2020, the KFTC determined that NAVER had violated the Fair Trade Act by giving preferential treatment to its own products in shopping searches, and thus imposed a fine of approximately KRW 26.6 billion.

Algorithm Dispute between Coupang and Kakao Mobility³⁰⁾: the product

29) KFTC Decision on Naver https://www.kimchang.com/en/insights/detail.kc?idx=22288&sch_section=4&utm_

30) Sangyun Lee (Kyoto University) Main Developments in Competition Law and Policy 2024 - Korea https://legalblogs.wolterskluwer.com/competition-blog/main-developments-in-competition-law-and-policy-2024-korea/?utm_

recommendation system of Coupang and the dynamic pricing mechanism of Kakao Mobility have raised the issue of whether there is differential treatment, which currently is under investigation by the KFTC and no formal judgment or penalty decision has been formed yet, but the social controversy continues to expand.

(3) The current situation of academic discussion

In recent years, discussions on algorithmic price differences have gradually increased in the South Korean legal circle. For instance, in 2021, Jung Da-young from Chungnam National University published a paper analyzing whether the price decision-making mechanism based on machine learning might violate the provisions of the Fair Trade Act regarding monopoly, collusion, price manipulation, etc.³¹⁾ Moreover, some scholars have analyzed the regulatory model under the phenomenon of “big data deceiving existing customers” in China through comparative studies and called on South Korea to establish a more complete consumer protection system in the era of data economy.³²⁾

In addition, studies from the perspective of behavioral economics have revealed that when consumers are clearly aware that prices are set by algorithms, their negative reactions to “price discrimination” may be mitigated, which provides a reference direction for institutional design in regulation.

(4) Summary

In general, South Korea is still in the early stages of regulation on the issue of “algorithmic price discrimination”. Although there are already legal provisions that can be indirectly applied and regulatory authorities have begun to pay attention to the price differences and consumer distrust caused by platform algorithms, there is a lack of clear judicial interpretations and representative precedents. Compared with the situation in China, where there are clear judgments and coordinated regulations by multiple laws, the South Korean system still needs to be further improved, especially in terms of algorithm transparency, information disclosure and user data protection.

31) Jeong, Da-Young. “A Legal Approach to Price Discrimination and Price Fixing through Machine Learning.” *Law & Legislation*, no. 695 (2021): pp.243 - 274.

32) Lee, Joong-Hee. “A Study on the Relationship between Platforms, Consumers, and the State in China from a Statist Perspective: Focusing on Big Data-Based Consumer Discrimination (Shashu).” *Journal of Chinese Studies*, no. 80 (2023): pp.421 - 439. Kim, Jong-Woo. “An Antitrust Analysis of Price Discrimination in the Platform Economy under Chinese Law.” *Business and Legal Review*34, no. 1 (2023): pp.203 - 233.

3. “Data Protection” under the European Union Framework

(1) Legislative Framework and Core Obligations

In the realm of big data algorithm regulation, the European Union primarily emphasizes individual data autonomy and personal rights protection, establishing a framework that empowers individuals.³³⁾ The General Data Protection Regulation (GDPR), promulgated by the EU in May 2016 and implemented in May 2018, aims to safeguard users’ personal information by strictly regulating corporate data processing practices and strengthening compliance obligations for platform enterprises.³⁴⁾ This regulation is considered the “most stringent” cybersecurity and data governance legislation in EU history. This regulation has an extremely broad scope of application. According to its relevant provisions, it can regulate any organization that collects, transmits, retains, or processes personal information within all EU member states. Furthermore, even if an entity is a company not belonging to an EU member state, as long as it meets the criteria of collecting and processing others’ information for the purpose of providing goods and services to identifiable natural persons within the EU, or collecting and processing their information to monitor the activities of identifiable natural persons within the EU, it will be subject to GDPR jurisdiction. For instance, American social media corporations like Facebook and Twitter, despite being headquartered outside the EU, must comply with GDPR requirements when storing and processing user data, as a significant portion of their user base resides within the European Union.

The regulation establishes three fundamental principles of data processing: “lawfulness, fairness, and transparency,”³⁵⁾ explicitly requiring businesses to fulfill strict transparency obligations and comply with regulatory requirements when collecting, processing, and utilizing user data. For instance, Article 2(1)³⁶⁾ of the GDPR brings “processing of personal data wholly or partly by automated means” within its regulatory scope, encompassing the entire chain of operations from data collection to algorithmic analysis, thereby bringing new risks such as algorithmic price discrimination under legal supervision. Furthermore, the GDPR constructs a comprehensive constraint framework covering the entire process from data

33) See Guidelines on Automated Individual Decision-making and Profiling for the Purpose of Regulation 2016/679, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053

34) KatsuyaEndo “Technological Opacity& Procedural Injustice, “59:3 Boston College Law Review (2018):p.821.

35) Art. 5(1)(a)

36) Art. 2(1) This Regulation applies to the processing of personal data wholly or partly by automated means and to the processing other than by automated means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system.

lifecycle management to algorithmic application through seven data processing principles³⁷⁾ including “data minimization,” “purpose limitation,” and “storage limitation,” making it a benchmark text for global data protection legislation.

(2) Legal Pathways for Algorithm Regulation

The GDPR innovatively incorporates algorithmic behavior into its regulatory framework, preventing algorithmic discrimination through a dual approach of transparency requirements and procedural safeguards. On one hand, Article 12³⁸⁾ requires data controllers to disclose algorithmic logic and data processing purposes to users in “concise, transparent, easily understandable” language. For example, when implementing personalized pricing, businesses must explicitly inform users whether price variations are based on parameters such as historical behavioral data or device type. On the other hand, Article 40 encourages

37) Art. 5 GDPR: 1. Personal data shall be:

- (a) processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject (‘lawfulness, fairness and transparency’);
- (b) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner that is incompatible with those purposes; further processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes shall, in accordance with Article 89(1), not be considered to be incompatible with the initial purposes (‘purpose limitation’);
- (c) adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed (‘data minimisation’);
- (d) accurate and, where necessary, kept up to date; every reasonable step must be taken to ensure that personal data that are inaccurate, having regard to the purposes for which they are processed, are erased or rectified without delay (‘accuracy’);
- (e) kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the personal data are processed; personal data may be stored for longer periods insofar as the personal data will be processed solely for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes in accordance with Article 89(1) subject to implementation of the appropriate technical and organisational measures required by this Regulation in order to safeguard the rights and freedoms of the data subject (‘storage limitation’);
- (f) processed in a manner that ensures appropriate security of the personal data, including protection against unauthorised or unlawful processing and against accidental loss, destruction or damage, using appropriate technical or organisational measures (‘integrity and confidentiality’).

2. The controller shall be responsible for, and be able to demonstrate compliance with, paragraph 1 (‘accountability’).

38) Art. 12(1) GDPR[Transparent information, communication and modalities for the exercise of the rights of the data subject]

The controller shall take appropriate measures to provide any information referred to in Articles 13 and 14 and any communication under Articles 15 to 22 and 34 relating to processing to the data subject in a concise, transparent, intelligible and easily accessible form, using clear and plain language, in particular for any information addressed specifically to a child. The information shall be provided in writing, or by other means, including, where appropriate, by electronic means. When requested by the data subject, the information may be provided orally, provided that the identity of the data subject is proven by other means.

businesses to develop AI Codes of Conduct and obtain public certification, promoting algorithmic design that meets ethical requirements such as “explain ability” and “traceability.” This “hard law constraints + soft law guidance” model both ensures users’ right to information through legal enforcement and preserves space for technological innovation.

(3) Rights Protection and Accountability Mechanisms

The GDPR establishes a comprehensive remedial framework through both public and private law by granting data subjects substantive rights and implementing strict accountability mechanisms.³⁹⁾ At the rights level, Article 83(6) explicitly allows natural persons or legal entities to file complaints with supervisory authorities regarding unlawful data processing and claim compensation. For example, in 2023, a French consumer association filed a representative action against Amazon for non-transparent algorithmic pricing, ultimately compelling the platform to modify its pricing strategies and compensate affected users. Regarding accountability, Chapter IV (Articles 24–32) specifies the security obligations of data controllers and processors, requiring them to establish data breach response protocols, conduct regular security audits, and implement human oversight of algorithmic decision-making. In enforcement practice, the GDPR establishes strong deterrence through its substantial penalties of “4% of global annual revenue” and joint liability provisions. In 2023, the Irish Data Protection Commission imposed a €746 million fine on Amazon for failing to disclose to EU users the scope of data utilization in dynamic pricing algorithms. This case highlights GDPR’s enforcement logic of “using penalties to drive compliance,” compelling multinational corporations to internalize compliance costs as part of their global operational strategy. A precedent was set in 2019 when British Airways was fined nearly £200 million by the UK data protection authority for GDPR violations involving user data breaches.⁴⁰⁾

Furthermore, while the European Union primarily focuses on conferring individual rights, it also supplements this approach with supervisory accountability systems for regulating big data algorithms. For instance, in April 2019, the EU issued the “Algorithmic Accountability and Transparency Regulatory Framework,” which established algorithmic transparency and explain ability as fundamental requirements for ensuring algorithmic fairness in market transactions, while imposing comprehensive regulatory requirements on automated algorithmic decision-making. Additionally, the Digital Markets Act and Digital Services Act

39) Chen Yang, Pei Yanan. A Study on the Legal Approaches to Preventing Risks of Algorithmic Decision-Making [J]. Journal of Chongqing University of Posts and Telecommunications (Social Science Edition), 2021, 33(03): pp.72 - 81.

40) <https://news.cctv.com/2019/07/09/ARTIvpgQnzHj4LZR Xmnr4v2V190709.shtml>

adopted by the EU in December 2020 serve complementary purposes—the former concentrates on regulating content and services provided by digital enterprises, while the latter focuses on regulating competition between digital companies. Both legislative instruments aim to address the fragmentation of regulatory approaches at national levels within the EU digital economy. Simultaneously, regarding regulatory subjects, the concept of “gatekeeper”⁴¹⁾ has been added. Entities designated as “gatekeepers” are subject to additional obligations, as exemplified in Article 55 of the Digital Markets Act, which stipulates that to ensure user access to relevant data, “gatekeepers” must permit users unhindered, free access to data upon request and allow third parties contracted by users to access this data, effectively prohibiting data sharing refusals. Additionally, “gatekeepers” must implement appropriate technical measures to facilitate real-time data acquisition. For instance, on September 6, 2023, the European Commission initially designated six major corporations, including Amazon, Apple, and ByteDance, as “gatekeepers.” Furthermore, the Digital Markets Act and Digital Services Act have enhanced accountability mechanisms and external audit protocols regarding algorithmic technology misuse to improve algorithmic transparency.

4. “Algorithmic Accountability” Under the U.S. Model

(1) Legislative Framework and Liability Evolution

To date, the United States has not enacted specific national legislation targeting “big data discriminatory pricing,” but instead adopts a decentralized legislative approach to protect consumer privacy. The underlying issue of algorithmic price discrimination is algorithmic governance, and in terms of regulating big data algorithms⁴²⁾, the U.S. has positioned anti-algorithmic discrimination and decision fairness as its primary focus, constructing a governance framework centered on public administration that emphasizes the combination of administrative oversight and external accountability.

First of all, U.S. legislation mandates algorithmic transparency, requiring disclosure of operational logic, computational outcomes, and critical parameters. Comprehensive provisions have been established regarding the extent of algorithm disclosure. American regulatory frameworks impose heightened transparency requirements for algorithms, mandating public access to their operational mechanisms, outputs, and essential variables. The Filter Bubble Transparency Act,

41) “Gatekeeper” is defined as operators providing core platform services, identified by criteria including: i) significant impact on the EU market, ii) provision of core platform services that are important channels for businesses to reach end users, and iii) possession or anticipated possession of an entrenched and durable market position.

42) Fang Haixia. “Antitrust Legal Regulation of Algorithmic Price Discrimination in the Context of the Digital Economy”, Qinghai Normal University, 2022, p.26.

introduced in the U.S. House of Representatives in November 2021, aims to compel online platforms to disclose their algorithmic systems, particularly those creating filter bubbles. Filter bubbles refer to the phenomenon where online platforms present users with information that aligns with their preferences and behaviors, thereby limiting their exposure to diverse perspectives and creating an increasingly restricted information environment.⁴³⁾

Second, the United States regulates algorithmic price discrimination primarily through the Consumer Privacy Bill of Rights (CPBORA), which serves as the core legislative instrument. The CPBORA strengthens consumer data rights by establishing a “notice and consent” framework. It explicitly grants consumers the right to information and the right to deletion, requiring businesses to disclose the scope and purpose of data collection and processing in clear language (such as whether user income levels or browsing history will be used in pricing algorithms) before collecting or processing personal data. The CPBORA also allows users to request deletion of relevant data to opt out of personalized pricing mechanisms. Additionally, the CPBORA’s seven principles, including “data minimization” and “purpose specification,” establish baseline requirements for algorithm design, such as prohibiting businesses from using sensitive data like race or religion as input variables in pricing models.

Additionally, the “Algorithm Justice and Online Platform Transparency Act of 2021” proposes various measures to ensure online platforms fulfill algorithmic transparency obligations, including disclosure of categories of personal information collected by algorithms, processing methods, publication of transparency reports, and long-term retention of algorithmic usage and processing records.

(2) Enforcement Mechanisms and Multi-stakeholder Governance

The United States employs a three-tiered collaborative enforcement approach involving “federal-state-industry” coordination. At the federal level, the FTC conducts investigations into “unfair or deceptive algorithmic practices” under Section 5 of the Federal Trade Commission Act, as evidenced in their 2024 examination of Uber’s dynamic pricing algorithm, where they required demonstration that price fluctuations had no causal relationship with users’ race or residence, and mandated disclosure of demographic distributions in algorithm training data. At the state legislative level, California’s Consumer Privacy Act (CCPA) transcends federal limitations by compelling businesses to disclose “categories of algorithms used to infer consumer characteristics,” for instance

43) John Thune, Thune Applauds Senate Passage of His Big Tech Transparency Bill, U.S. Senate Official Website (July 2024), <https://www.thune.senate.gov/public/index.cfm/2024/7/thune-applauds-senate-passage-of-his-big-tech-transparency-bill> (accessed June 18, 2025).

requiring e-commerce platforms to specify whether their pricing models utilize potentially discriminatory parameters such as device type or social network relationships.⁴⁴⁾ Industry self-regulation supplements legislative gaps through technological self-governance, with corporations like Microsoft and Google establishing AI Ethics Guidelines and developing “fairness tool kits” (such as Fairlearn) to detect algorithmic bias, while enhancing transparency through third-party certification from organizations like IEEE.⁴⁵⁾

(3) Implementation Effectiveness and Institutional Challenges

The decentralized governance model in the United States, while stimulating local innovation, has also generated issues of conflicting standards and high enforcement costs. Positive outcomes are evident in regional regulatory experiments, such as New York City’s 2023 “Algorithmic Bias Audit Law,” which requires businesses to conduct annual independent reviews of algorithms used in recruitment, credit decisions, and dynamic pricing, establishing a closed-loop mechanism of “algorithmic impact assessment-third party audit-remediation accountability” that provides a replicable template nationwide.⁴⁶⁾ However, regulatory disparities between federal and state laws exacerbate corporate compliance burdens: the Consumer Privacy Bill of Rights (CPBORA) restricts “personalized pricing” to actions directly identifying individuals, while the California Consumer Privacy Act (CCPA) extends to indirect discrimination based on group profiling, forcing businesses to simultaneously satisfy multiple standards.

IV. Improvement Pathway: Constructing a Governance System for Algorithmic Price Discrimination with Chinese Characteristics

The EU centers on data control in regulation, while the United States adopts

44) Davis Wright Tremaine LLP, CCPA Enforcement Spotlight: California AG Targets Companies’ “Inference” Disclosures, Privacy & Security Law Blog, March 16, 2022, available at: <https://www.dwt.com/blogs/privacy--security-law-blog/2022/03/california-ccpa-inferences-disclosures>.

45) U.S. Attorney’s Office, Southern District of New York, United States Attorney Resolves Groundbreaking Suit Against Meta Platforms, Inc. (Formerly Facebook, Inc.) Regarding Discriminatory Advertising, June 21, 2022, available at: <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/united-states-attorney-resolves-groundbreaking-suit-against-meta-platforms-inc-formerly>.

46) Zhou, C., & Friedman, B. (2024). Unpacking Algorithmic Bias Audits: Lessons from New York City’s Local Law 144. Proceedings of the 2024 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems. Association for Computing Machinery (ACM). <https://doi.org/10.1145/3630106.3658959>

an approach focused on personal data and algorithm management, supplemented by industry self-regulation to standardize algorithmic pricing behaviors.⁴⁷⁾ The legislative and regulatory experiences of the EU and the US reveal that they concentrated on data subjects' autonomous control rights, as well as transparency and self-discipline in algorithm application processes, positively affecting the governance of algorithmic price discrimination. Considering China's current legislative framework and the practical challenges facing algorithm regulation, international experiences can be leveraged in the following three aspects:

1. Establish a “Risk Stratification + Dynamic Review” Legislative Framework

A tiered and categorized legislative system should be constructed to respond to varying risk profiles across algorithmic application scenarios. According to the “Data Protection Impact Assessment” (DPIA) mechanism in the EU's General Data Protection Regulation (GDPR), high-sensitivity sectors such as finance and healthcare should be required to submit “Algorithmic Risk Assessment Reports” before implementing algorithms. Sensitive variables such as race and health status should be prohibited from pricing models to prevent structural discrimination.⁴⁸⁾ Meanwhile, low-risk commercial algorithms for hotel reservations and tourist attraction ticketing should only be subject to filing and disclosure requirements drawing on the U.S. “regulatory flexibility” approach. In other words, it should mandate platforms to publish basic pricing logic (such as supply-demand adjustment coefficients) to avoid excessive administrative intervention in market mechanisms. For example, regular randomized testing can be conducted on large online retailers to gather evidence of personalized pricing.⁴⁹⁾ At the same time, regulatory authorities should require algorithm users to conduct periodic inspections of the algorithms they use, produce inspection reports, and make them public. Relevant departments or industry organizations can evaluate the enterprise's credibility based on these reports.⁵⁰⁾ Systemic risks can be controlled while effectively reducing compliance costs for SMEs and enhancing regulatory flexibility and applicability by legally delineating “high-risk algorithm lists” and “low-risk exemption scenarios.”

47) Zhang Xin, “From Algorithmic Crisis to Algorithmic Trust: Pluralistic Solutions and Localized Paths for Algorithm Governance,” *Journal of East China University of Political Science and Law*, No. 6 (2019), p. 21.

48) Assessment (DPIA) and determining whether processing is “likely to result in a high risk” for the purposes of Regulation 2016/679, WP248 rev.01, 2017, p.12.

49) Ariel Ezrachi. StucStuckee. “Ariel Ezrachi; Maurice E. Stuckee, Emerging Antitrust Threats and Enforcement Actions in the Online World”. *competition int/125*, 2017, p.24.

50) Liu Youhua. “A Study on Algorithmic Bias and Its Regulatory Approaches”, *Legal Science Journal*, 2019, 40(06): pp.55 - 66.

2. Enhance the Collaborative Enforcement Mechanism of “Technical Supervision + Rights Remediation”

First, the algorithm governance mechanism should be improved. In China, algorithm regulation should be embedded within the broader platform governance framework. This involves establishing obligations for platforms, defining their responsibilities, and granting individuals corresponding rights, thereby adopting a multifaceted approach to govern algorithmic scenarios.⁵¹⁾ Moreover, algorithm deployers, regulatory authorities, and individuals should engage in a collaborative governance model. Deployers should be required to implement preventive measures before algorithmic harm occurs, exercise control during its operation, and provide corrective actions afterward to mitigate adverse outcomes.⁵²⁾ The functions of national data management and market order maintenance agencies should be coordinated at the enforcement level. It is recommended that a “National Algorithm Governance Commission” be established to facilitate collaboration between the Cyberspace Administration, the State Administration for Market Regulation, and judicial authorities to address the currently fragmented regulatory oversight and enforcement. It should promote parallel implementation of “black-box testing” and “white-box audit” mechanisms regarding technical supervision. Moreover, it needs to authorize qualified third-party institutions to conduct fairness tests on algorithm inputs and outputs, such as examining whether abnormal price differentials exist for similar users across different regions, devices, and accounts. Key platforms should be required to disclose partial source code and model logic to regulatory authorities for compliance auditing. The advantages of the EU’s individual data rights framework with the US class action system should be integrated regarding rights remediation mechanisms to clarify users’ rights to information and to object regarding pricing influence factors (such as membership level, device used, and purchase frequency). Additionally, it should establish an “Algorithm Discrimination Compensation Fund,” whereby platforms donate a portion of their yearly profits to compensate collective victims whose individual losses are difficult to precisely define, thereby enhancing the practical remedial effectiveness of the system.

51) Zhang Xin, “From Algorithmic Crisis to Algorithmic Trust: Pluralistic Solutions and Localized Approaches to Algorithm Governance,” *Journal of East China University of Political Science and Law*, No. 6, 2019, p.21.

52) Du Xiaoqi, “Regulation of Algorithms under a Pluralistic Collaborative Framework,” *Hebei Law Science*, No. 12, 2019.

3. Promote a Multi-Stakeholder Governance Ecosystem of “Industry Self-regulation + International Mutual Recognition”

Platform enterprises have become increasingly dominant in the field of the digital economy,⁵³⁾ thereby creating a new infrastructure for interaction between the government and society.⁵⁴⁾ As a result, platform enterprises have emerged as key nodes in China’s network governance.⁵⁵⁾ It should actively guide platform enterprises and industry associations to participate in algorithmic ethics development, encouraging the establishment of Platform Economy Algorithm Governance Ethical Standards. An algorithm usage evaluation metrics system should also be established with regular disclosure of indicators such as price dispersion, user stratification coefficients, and group fairness metrics (e.g., Gini coefficient) for both internal and external oversight.⁵⁶⁾ Such incentives as tax benefits and facilitated cross-border data flows need to be provided for enterprises that comply with ethical and regulatory standards, fostering a positive governance cycle where “compliance is rewarded and violations are penalized.” At the same time, China should actively participate in global digital governance rule-making and negotiations, promoting the signing and implementation of provisions related to algorithmic transparency and cross-border audit collaboration in the Digital Economy Partnership Agreement (DEPA). It ought to establish mutual recognition mechanisms for algorithmic compliance with major economies such as the EU and the US to reduce compliance risks associated with data regulatory barriers and extraterritorial jurisdiction.

In conclusion, China can achieve a balance between protecting consumer rights and promoting digital economic development by constructing a dual governance system that “maintains fairness through baseline regulation while promoting innovation through flexible mechanisms.” Both algorithm designers and implementers should be brought under the scope of regulation.⁵⁷⁾ Gradually, an algorithmic price discrimination governance framework with Chinese characteristics and an international perspective will be formed, providing Chinese solutions and institutional wisdom for global algorithmic governance.

53) Zheng Yongnian, “Empowering through Technology: China’s Internet, the State, and Society”, Oriental Publishing House, 2014, p.5.

54) Lingham Zhang, “Algorithmic Responsibility and Its Improvement in the E-Commerce Law,” *Journal of Beihang University (Social Sciences Edition)*, no. 6 (2018), p.20.

55) Hui Zhou, “Obligations and Responsibilities of Platforms in Internet Governance,” *Chinese Social Sciences Today*, September 15, 2017, http://www.cass.net.cn/xueshuchengguo/shehuizhengfaxuebu/201709/t20170915_3641525.shtml

56) Du Xiaoqi, “Regulation of Algorithms under a Multi-Actor Collaborative Framework,” *Hebei Law Science*, No. 12, 2019, p.189.

57) Christopher Townley, Eric Morrison & Karen Yeung, “Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law,” *Yearbook of European Law*, 2017, p.77.

V. Conclusions

Currently, traditional market order and consumer protection mechanisms face new challenges due to the extensive use of artificial intelligence algorithms, especially price algorithms, in platform economies. Although the government's future legislative trajectory and regulatory framework for algorithmic governance are still difficult to predict, it is certain that regulation should not come at the expense of technological advancement but rather seek a balance between encouraging innovation and maintaining transactional fairness. Future regulation of algorithmic price discrimination should adhere to the fundamental principles of "prudent inclusivity, tiered supervision, and balanced rights and responsibilities" from the public governance and rule of law development. Primarily, the protection of consumer personal data should be strengthened. It should explicitly prohibit platform operators from collecting sensitive data unrelated to or unnecessary for services without user authorization and uphold the principles of "data minimization" and "consent primacy" to establish legitimate boundaries for personalized pricing.

Secondly, the consumer's disadvantaged information position should be improved by enhancing the transparency of algorithmic operating mechanisms. On one hand, platform enterprises should be encouraged to disclose the fundamental logic of how algorithms influence pricing within technically feasible parameters. On the other hand, mandatory disclosure mechanisms should be established. It requires companies to explain how key parameters (such as user segmentation criteria and membership tier weightings) affect pricing pathways, thereby strengthening consumers' right to information and choice, and promoting "explainable algorithmic governance."

Finally, it is recommended that governments establish dedicated algorithmic regulatory bodies to coordinate multiple functions, including data governance, market supervision, and consumer protection, forming unified and efficient regulatory synergy. These organizations could collaborate with third-party technical entities to implement periodic sampling audits and algorithmic compliance testing of platform operators. Furthermore, they legally hold companies accountable for abusive practices, and increase penalties to construct a regulatory framework where "violations are invariably investigated and responsibilities are traceable."

- **Key Words:** Algorithm, Price Discrimination, Legal Regulation, Optimization Pathway, Regulation of Algorithms

[Bibliography]

<English- written References>

- Alessandro, Acquisti, Hal, et al. “Conditioning Prices on Purchase History”, Marketing Science, 2005.
- Alan M. Sears, “The Limits of Online Price Discrimination in Europe”, Columbia Science and Technology Law Review, 2019.
- Akiva A. Miller, “What Do We worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing”, Journal of Technology Law & Policy, 2014.
- Alessandro, Acquisti, Hal, et al. “Conditioning Prices on Purchase History”, Marketing Science, 2005.
- Ariel Ezrachi and Maurice E. Stucke, “Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy”, Translated by Yu Xiao. CITIC Press, 2018.
- Ariel Ezrachi. StucStuckee, “Ariel Ezrachi; Maurice E. Stucke, Emerging Antitrust Threats and Enforcement Actions in the Online World”. competition int/125, 2017.
- Bryce Goodman. Discrimination, Data Sanitisation and Auditing in the European Union’s General Data Protection Regulation, European Data Protection Law Review, Vol.2, No.4, 2016.
- Betsy Anne Williams, Catherine F. Brooks, Yotam Shmargad, “How Algorithms Discriminate Based on Data They Lack : Challenges, Solutions, and Policy Implications”, Journal of Information Policy, Vol.8, 2018.
- Christopher Townley, Eric Morrison& Karen Yeung, “Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law,” Yearbook of European Law, 2017.
- Dirk Bergemann & Benjamin Brooks & Stephen Morris, The Limits of Price Discrimination, American Economic Review, Vol.105, No. 3, 2015.
- Hacker, Philipp, “Teaching Fairness to Artificial Intelligence : Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law”, Social Science Electronic Publishing , 2018.
- KatsuyaEndo “Technological Opacity& Procedural Injustice”, 59:3 Boston College Law Review, 2018.
- Lambrecht, Anja and C. E. Tucker. Algorithmic Bias? An Empirical Study into Apparent Gender-Based Discrimination in theDisplay of STEM Career Ads. Social ence Electronic Publishing, 2016.
- Ramsi Woodcock, Personalized Pricing as Monopolization, Connecticut Law Review, Vol. 51, No.2, 2019.
- Tabrez Y. Ebrahim, “Algorithms in Business, Merchant-Consumer Interactions &

Regulation”, 123 West Virginia Law Review, 2021.

<Chinese- written References>

- Bai Shizhen, Xu Wenhui, Jiang Man, “A Study on the Collaborative Governance of E-commerce Platforms Big Data Price Discrimination against Familiar Customers – Based on the Evolutionary Game Analysis among E-commerce Enterprises, Consumers, and Government”, Price Theory and Practice, 2022.
- Chen Bing, “Challenges and Responses in Regulating Algorithmic Operations under the Rule of Law Economy,” Academic Forum, no. 1 , 2020.
- Cui Jingzi, “The Crisis and Response of the Right to Equality under the Challenge of Algorithmic Discrimination,” Legal Science (Journal of Northwest University of Political Science and Law), no. 3 , 2019.
- Chen Yang, Pei Yanan, “A Study on the Legal Approaches to Preventing Risks of Algorithmic Decision-Making”, Journal of Chongqing University of Posts and Telecommunications (Social Science Edition), 2021.
- Cheng Yunzhi, “Risks and Regulation of Algorithmic Recommendation under the E-commerce Law,” E-commerce Review, vol. 13, no. 4, 2024.
- Ding Yuxiang, “Bridging the Responsibility Gap: Systematic Analysis of Platform Liability in the Sharing Economy Model,” Tsinghua Law Journal, no. 4, 2019.
- Fang Haixia, “Antitrust Legal Regulation of Algorithmic Price Discrimination in the Context of the Digital Economy” , Qinghai Normal University, 2022.
- Liu Youhua, “ A Study on Algorithmic Bias and Its Regulatory Approaches”, Legal Science Journal, 2019.
- Du Xiaoqi, “Regulation of Algorithms under a Multi-Actor Collaborative Framework,” Hebei Law Science, No. 12, 2019.
- Lingham Zhang, “Algorithmic Responsibility and Its Improvement in the E-Commerce Law,” Journal of Beihang University (Social Sciences Edition), no. 6 (2018).
- Qiao Zhen and Liu Ruifeng, “The Problem of Price Discrimination in Big Data Algorithms,” Social Science Research, no. 5, 2020.
- Tang Fen, Min Yun, “Legal Dilemmas and Solutions of ‘Big Data Price Discrimination against Familiar Customers’ in the Information Age”, Journal of Henan University of Science and Technology (Social Science Edition), 2023.
- Wen Ming, Liu Bo, “ A Study on Legal Regulation in the Application of Facial Recognition Technology”, Science, Technology and Law, 2020.
- Yang Chengyue and Luo Xianjue, “A Preliminary Study on the Comprehensive Governance of Algorithmic Discrimination,” Science and Society, no. 4,

2018.

- Zhao Jingyu et al., “Legal Research on Data Compliance Supervision of Online Live-Streaming Platforms in China,” *E-commerce Review*, vol. 14, no. 3, 2025.
- Zhang Xin, “From Algorithmic Crisis to Algorithmic Trust: Pluralistic Solutions and Localized Paths for Algorithm Governance,” *Journal of East China University of Political Science and Law*, No. 6 , 2019.
- Zhang Endian, “Anti-Algorithmic Discrimination: Theoretical Reflection and Institutional Construction,” *Journal of Huazhong University of Science and Technology (Social Science Edition)*, no. 5, 2020.
- Zheng Yongnian, “Empowering through Technology: China’s Internet, the State, and Society”, *Oriental Publishing House*, 2014.

<Koren- written References>

- Jeong, Da-Young. “A Legal Approach to Price Discrimination and Price Fixing through Machine Learning.” *Law & Legislation*, no. 695 , 2021.
- Lee, Joong-Hee. “A Study on the Relationship between Platforms, Consumers, and the State in China from a Statist Perspective: Focusing on Big Data-Based Consumer Discrimination (Shashu).” *Journal of Chinese Studies*, no. 80, 2023.
- Kim, Jong-Woo. “An Antitrust Analysis of Price Discrimination in the Platform Economy under Chinese Law.” *Business and Legal Review*34, no. 1 , 2023.

[국문초록]

알고리즘 가격 차별의 법적 규제 딜레마와 규제 방안 —중국 사례 연구 및 국제적 비교를 중심으로—

김흠* · 정연부**

전자상거래 플랫폼과 라이브 커머스 등 신형 소비 형태의 급속한 발전과 함께 소비자의 쇼핑 방식은 점점 다양화되고 편리해지고 있으며, 전반적인 소비 경험 또한 크게 향상되고 있다. 그러나 디지털 거래 환경에서 플랫폼 내 정보 비대칭 문제가 점점 더 두드러지고 있어 거래 공정성에 심각한 영향을 미치고 있다.

그중에서도 플랫폼이 알고리즘을 활용하여 실행하는 가격 차별과 허위 광고는 대표적인 문제로 지적된다. 알고리즘 가격 차별은 은폐성과 기술성이 매우 높아 소비자는 권익이 침해되더라도 이를 인지하기 어려우며, 입증 부담도 커 실질적인 법적 구제를 받는 데 큰 장애가 된다. 동시에 알고리즘의 복잡한 논리와 빈번한 조정으로 인해 효과적이고 정밀한 법적 규제를 어떻게 실현할 것인가는 현재 입법 및 집행 차원에서 시급히 해결해야 할 주요 과제도 떠오르고 있다.

본 논문은 중국 현행 법체계가 알고리즘 가격 차별 문제에 대응하는 메커니즘의 한계를 심층 분석하고, 유럽연합과 미국의 관련 규제 사례를 반독점법, 소비자 보호법, 데이터 거버넌스 등의 차원에서 비교 연구한다. 이를 바탕으로 중국의 현실에 부합하는 법적 규제 경로와 거버넌스 프레임워크를 제안하여, 중국 플랫폼 경제 환경에서 알고리즘 기반 가격 설정 행위의 규범화 및 투명성 강화를 위한 이론적 근거와 제도적 한계를 심층적으로 분석하고 제도적 참고를 제공하고자 한다.

■ 주제어: 알고리즘, 가격 차별, 법적 규제, 개선 방향, 알고리즘 감독

* 성균관대학교 일반대학원 법학과 박사수료.

** 원광대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 교신저자.

From NAP to Nowhere: Why Strategic Design Matters for Business and Human Rights NAP Implementation

Ryan S. Song*

논문요지

Korean businesses face mounting pressure from EU human rights regulations, particularly the Corporate Sustainability Due Diligence Directive affecting over 18,000 firms. Yet Korea's National Action Plan on Business and Human Rights, integrated within broader human rights plans since 2018, functions primarily as symbolic compliance rather than strategic governance. This article employs experimentalist governance theory, policy coherence analysis, and UN Working Group standards to examine why Korea's NAP has failed to catalyze institutional reform despite early adoption. The analysis reveals systematic governance failures across four interconnected dimensions: institutional fragmentation rooted in developmental state legacies, political economy resistance prioritizing economic competitiveness, civil society engagement deficits excluding meaningful stakeholder participation, and corporate compliance cultures resistant to human rights integration. These barriers systematically prevent the participatory problem-solving, iterative learning, and adaptive coordination that characterize strategic NAP implementation.

Comparative case studies of Germany's evidence-based escalation strategy, the Netherlands' stakeholder co-governance model, and Thailand's coordination mechanisms demonstrate how strategic NAP design addresses comparable governance challenges through institutional innovation. Germany's conditional escalation framework shows how monitoring evidence supports policy development from voluntary to mandatory measures. The Netherlands' IRBC covenants illustrate how formal stakeholder partnerships distribute implementation responsibility. Thailand's institutional architecture demonstrates systematic coordination mechanisms enabling effective multi-stakeholder engagement.

* Attorney at Law (California), Associate professor at Kyung Hee University School of Legal Studies, Juris Doctor

Korea's approach reflects broader patterns among democratic developmental states where path-dependent constraints prevent institutional transformation required for effective business and human rights governance. The analysis contributes theoretical insights about how domestic institutional architectures shape international norm implementation while providing practical guidance for transforming symbolic compliance into strategic governance capacity.

· 논문제출: 2025. 07. 06. · 심사개시: 2025. 07. 08. · 게재확정: 2025. 07. 22.

I . Beyond Symbolic Compliance: NAPs as Strategic Instruments

Korean businesses face mounting exposure to global human rights regulations, particularly from the European Union. Over 18,000 Korean firms export to the EU, yet few are prepared for the incoming Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CS3D or CSDDD) or trade-linked compliance regimes such as the Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM).¹⁾ These frameworks make supply chain human rights due diligence a condition for market access. This economic vulnerability results from a deeper governance failure: Korea's inability to transform its National Action Plan on Business and Human Rights (NAP) from symbolic compliance into strategic implementation infrastructure.

Following the adoption of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), the UN Working Group on Business and Human Rights recommended NAPs as comprehensive implementation frameworks encompassing governance mechanisms, policy coherence, stakeholder processes, and accountability measures. The European Commission's 2011 White Paper emphasized NAPs as essential implementation tools.²⁾ Rather than mere policy documents, NAPs function most effectively as strategic governance instruments enabling iterative learning, stakeholder coordination, and adaptive institutional innovation.

Korea adopted a NAP in 2018, integrated within its broader National Human Rights Plans. The business and human rights chapter comprised only eight pages in the 546-page Third National Human Rights Plan,³⁾ expanding to eighteen

1) *EU CSDDD Takes Effect... Mounting Challenges for Government and Businesses*, Planet Literacy (Sep. 3, 2024), <https://planetliteracy.co.kr/eu-csddd-koap-jeongbu-gieob-puleoya-hal-gwaje/>.

2) Claire Methven O'Brien, John Ferguson & Marisa McVey, *National Action Plans on Business and Human Rights: An Experimentalist Governance Analysis*, 23 Hum. Rights Rev. 71, 78 (2022).

pages in the 2023 - 2027 follow-up.⁴⁾ Despite early adoption, Korea's NAP has failed to catalyze institutional reform, legal change, or private-sector readiness. This reflects fundamental misunderstanding of NAPs' strategic governance potential rather than mere under-execution.

Hence, the key research question for this article is formulated as: "Why does Korea's National Action Plan on Business and Human Rights function as symbolic compliance rather than strategic governance, and what institutional reforms could transform it into an effective implementation framework?"

This article examines how developmental state legacies and institutional fragmentation systematically prevent Korea's NAP from exhibiting the stakeholder participation, iterative learning, and adaptive coordination that characterize strategic governance approaches. Through comparative analysis of effective NAP models and application of experimentalist governance theory, the research identifies specific institutional barriers constraining Korea's implementation capacity and proposes reform pathways for transforming symbolic policy into strategic governance infrastructure.

Four analytical questions guide this inquiry: (1) How does experimentalist governance analysis explain Korea's symbolic rather than strategic NAP implementation? (2) What institutional barriers prevent the participatory, iterative, and coordinated governance required for strategic NAPs? (3) How do strategic NAP approaches address comparable institutional constraints?, and (4) What reforms could transform Korea's approach from symbolic to strategic governance?

Growing scholarship on NAPs includes works by De Felice and Graf (2015),⁵⁾ Methven O'Brien et al. 2016⁶⁾; Soh and Nam, 2018⁷⁾; Augenstein et al. 2018⁸⁾; Cantu Rivera, 2019⁹⁾; Hampton, 2019¹⁰⁾; and Bony Ling 2023.¹¹⁾ This scholarship

3) Ministry of Justice of Korea, *The Third National Human Rights Plans of Action for 2018-22*, 301 - 308 (2018).

4) Ministry of Justice of Korea, *The Fourth National Human Rights Plans of Action for 2023-2027*, 415 - 433 (2024).

5) D. De Felice & A. Graf, *The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 7 J. Hum. Rights Pract. 40 (2015).

6) Claire Methven O'Brien et al., *National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool*, 1 Bus. Hum. Rights J. 117 (2016).

7) Changrok Soh & Seunghyun Nam, *Business and Human Rights Case Study of Korean Companies Operating Overseas: Challenges and a New National Action Plan*, 40 Hum. Rights Q. 287 (2018).

8) Daniel Augenstein, Mark Dawson & Pierre Thielbörger, *The UNGPs in the European Union: The Open Coordination of Business and Human Rights?*, 3 Bus. Hum. Rights J. 1 (2018).

9) Humberto Cantú Rivera, *National Action Plans on Business and Human Rights: Progress or Mirage?*, 4 Bus. Hum. Rights J. 213 (2019).

10) Diane Bulan Hampton, *Modern Slavery in Global Supply Chains: Can National Action Plans on Business and Human Rights Close the Governance Gap?*, 4 Bus. Hum. Rights J. 239 (2019).

demonstrates that while NAPs represent important policy instruments for promoting responsible business conduct, their overall impact remains limited by weak enforcement, insufficient inclusiveness, and lack of clear metrics. Moreover, existing studies focus primarily on descriptive assessment rather than developing theoretical frameworks for diagnosing why implementation failures occur. Most analyses catalog NAP content and outcomes without examining the governance mechanisms that distinguish strategic implementation from symbolic compliance.

This analysis advances existing scholarship by applying experimentalist governance theory to diagnose implementation failures systematically. Experimentalist governance emphasizes iterative problem-solving, stakeholder participation, and adaptive learning—characteristics distinguishing strategic NAPs from symbolic compliance.¹²⁾ The framework proves particularly relevant for business and human rights governance given endemic problems across jurisdictions, value conflicts among stakeholders, and requirements for multi-actor cooperation.¹³⁾

To complement the process-focused analysis, the study integrates policy coherence theory and the UN Working Group's authoritative NAP guidance, including four essential criteria and 15-step process framework, to examine how institutional fragmentation, competing objectives, and insufficient coordination mechanisms undermine NAP strategic potential.¹⁴⁾ Together, these theoretical frameworks enable both diagnosis of implementation barriers and identification of governance mechanisms required for strategic transformation.

Methodology-wise, the article employs qualitative comparative analysis of Korea's NAP, implementation records, and civil society evaluations. Experimentalist governance theory assesses Korea's processes against participatory problem-solving criteria, while policy coherence analysis examines coordination failures across governance levels. The UN Working Group's four essential NAP criteria (foundation on UNGPs, context-specificity, inclusiveness and transparency, regular review and update) and 15-step process framework provide authoritative normative benchmarks for evaluating Korea's approach against international standards, while the OECD Policy Coherence for Sustainable Development (PCSD) framework enables systematic assessment of governance quality. Comparative case studies examine Germany's evidence-based escalation strategy, the Netherlands' stakeholder co-governance model, and Thailand's coordination mechanisms to identify strategic design principles addressing institutional barriers comparable to Korea's constraints.

11) Bonny Ling, *National Action Plans on Business and Human Rights and Protecting Displaced Populations through Human Rights Due Diligence: Recommendations for Taiwan*, 2 Innov. Soc. Sci. 53 (2023).

12) O'Brien, Ferguson, and McVey, *supra* note 2 at 78.

13) *Id.*

14) *Id.*

The remainder of the article proceeds as follows. Section II establishes theoretical foundations examining NAP development and analytical frameworks including experimentalist governance and policy coherence theory. Section III diagnoses Korea's implementation paralysis across institutional fragmentation, political economy resistance, stakeholder engagement deficits, and corporate compliance culture. Section IV analyzes strategic NAP approaches from Germany, the Netherlands, and Thailand, synthesizing best practices for institutional innovation. Section V presents reform recommendations tailored to Korea's institutional context. Section VI concludes by reframing business and human rights governance as strategic economic preparedness essential for competitive positioning in evolving global markets.

II. NAP Development Framework and Theoretical Foundations

1. NAP Historical Development: From Policy Innovation to Implementation Divergence

National Action Plans on Business and Human Rights emerged as a direct implementation mechanism following the unanimous endorsement of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights by the UN Human Rights Council in June 2011.¹⁵⁾ The European Commission's 2011 White Paper on Corporate Social Responsibility provided the first formal policy recommendation for BHR-specific NAPs, inviting Member States to develop comprehensive frameworks for implementing the UNGPs.¹⁶⁾ This policy initiative catalyzed systematic global diffusion that reveals distinctive patterns crucial for understanding implementation effectiveness.

The chronological evolution demonstrates how institutional contexts shape NAP approaches. The United Kingdom published the world's first standalone BHR NAP in September 2013, establishing a template emphasizing voluntary measures and stakeholder consultation.¹⁷⁾ European states dominated early adoption, with the Netherlands and Denmark following in 2013 and 2014 respectively. By 2020, twenty-five states had published NAPs, with nineteen originating from Council of Europe states and fifteen from EU member states, indicating strong regional coordination and policy learning within European institutional frameworks.¹⁸⁾ This European pattern reflects established traditions of multi-stakeholder governance

15) *Id.*

16) *Id.*

17) *Id.*

18) *Id.*

and regulatory coordination that contrast sharply with approaches in other regions.

Regional expansion patterns reveal how different institutional legacies influence NAP design and implementation capacity. Asian adoption began with Thailand's pioneering standalone NAP in 2019, followed by Japan in 2020, reflecting growing regional awareness of trade-linked human rights compliance requirements. South Korea's distinctive approach of integrating BHR provisions within broader National Human Rights Plans since 2018 illustrates how domestic institutional architectures constrain strategic NAP development. This divergent approach reflects Korea's preference for comprehensive human rights frameworks rather than issue-specific policy instruments, creating the institutional fragmentation that constrains strategic implementation.

The global trajectory demonstrates acceleration driven by emerging mandatory due diligence regulations, particularly the European Union's Corporate Sustainability Due Diligence Directive. As of June 2025, forty-three countries had published NAPs, with fifty-four governments engaging in NAP-related processes.¹⁹⁾ This expansion creates natural experiments for analyzing how different institutional contexts enable or constrain the transformation from symbolic policy adoption to strategic governance implementation.

2. Theoretical Frameworks for Strategic NAP Analysis

Experimentalist Governance Theory provides the foundational analytical framework for distinguishing strategic from symbolic NAP implementation. Experimentalist governance operates through a five-step cyclical process: initial stakeholder reflection and discussion, articulation of open-ended framework goals, local implementation with contextual discretion, continuous feedback and peer review, and periodic re-evaluation and revision.²⁰⁾ This theoretical approach emphasizes participatory problem-solving, learning and adaptation, and accountability through transparency—characteristics that enable dynamic policy development rather than static compliance exercises.²¹⁾

For analytical purposes, experimentalist governance translates into specific implementation criteria. Participatory problem-solving requires meaningful stakeholder engagement in defining problems, developing solutions, and monitoring outcomes rather than merely consultative processes. Iterative learning demands systematic feedback mechanisms, regular policy updates, and adaptation based on

19) DIHR, *National Action Plans on Business and Human Rights*, <https://globalnaps.org/>, <https://globalnaps.org/> (last visited Jul. 6, 2025).

20) Gráinne de Búrca, *Human Rights Experimentalism*, 111 Am. J. Int. Law 277, 280 - 285 (2017).

21) *Id.* at 314.

implementation experience. Adaptive coordination necessitates flexible institutional arrangements that enable continuous adjustment and improvement rather than rigid bureaucratic procedures.²²⁾ These criteria provide empirical benchmarks for evaluating whether NAPs function as strategic governance instruments or symbolic compliance documents..

Policy Coherence Theory addresses the structural coordination challenges that systematically constrain NAP strategic potential. Policy coherence encompasses vertical alignment between international commitments and domestic implementation, horizontal coordination across government departments, and temporal consistency across political cycles.²³⁾ Coherence analysis reveals how institutional fragmentation, competing policy objectives, and insufficient coordination mechanisms create systematic barriers to effective implementation regardless of normative commitments or resource availability.

Policy coherence provides specific diagnostic tools for analyzing implementation failures. Vertical coherence examines whether domestic institutions, legal frameworks, and implementation capacity align with international NAP commitments. Horizontal coherence assesses coordination mechanisms across ministries, agencies, and policy domains affecting business and human rights governance. Temporal coherence evaluates whether NAP processes maintain consistency across political transitions and changing governmental priorities. These dimensions enable systematic diagnosis of coordination failures that prevent strategic implementation.

3. UN Working Group NAP Guidance: Core Principles and Process Requirements

The UN Working Group's 2016 NAP Guidance establishes authoritative standards for effective NAP development through four essential criteria and a comprehensive fifteen-step process framework.²⁴⁾ These standards function as normative benchmarks for evaluating whether NAP processes meet international expectations for strategic implementation.

The Guidance lays out four essential criteria for effective NAPs.²⁵⁾ The UNGPs as the foundation requires NAPs to adequately reflect state duties under international human rights law, promote business respect for human rights through due diligence processes, and maintain consistency with core human rights principles of non-discrimination and equality.²⁶⁾ Context-specificity demands that

22) *Id.* at 285 - 290.

23) Ryan S. Song, *Policy Coherence as an Urgent Agenda in BHR - Get Your Act Together, Please*, 37 KOOKMIN LAW Rev. 597, 606 (2025).

24) UN Working Group on Business and Human Rights, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights* 3 - 4 (2016).

25) *Id.* at 3 - 5.

NAPs address actual and potential adverse corporate human rights impacts through focused and realistic measures delivering maximum prevention and remediation impact.²⁷⁾ Inclusiveness and transparency mandate meaningful participation of interested stakeholders throughout NAP development, implementation, and updating, with transparent information sharing at all process stages.²⁸⁾ Regular review and update establishes NAPs as continuous processes responding to changing contexts and striving for cumulative progress rather than static policy statements.²⁹⁾

The fifteen-step process framework operationalizes these principles through five phases: initiation, assessment and consultation, initial NAP drafting, implementation, and update.³⁰⁾ This framework provides procedural standards for evaluating whether NAP development processes enable the stakeholder participation, evidence-based assessment, and iterative improvement that characterize strategic approaches.

4. Integrated Analytical Framework for Implementation Diagnosis

The integration of experimentalist governance theory, policy coherence analysis, and UNGP normative standards creates a comprehensive diagnostic framework for evaluating NAP strategic effectiveness. Experimentalist governance criteria assess whether NAP processes exhibit participatory problem-solving, iterative learning, and adaptive coordination characteristics. Policy coherence analysis examines whether institutional arrangements enable vertical, horizontal, and temporal coordination necessary for sustained implementation. UNGP normative benchmarks evaluate whether NAP content and processes meet international standards for comprehensive business and human rights governance.

This integrated approach enables systematic diagnosis of implementation barriers across multiple governance dimensions. The UN Working Group's four essential criteria function as authoritative evaluation standards that complement experimentalist governance and policy coherence analysis.³¹⁾ Countries exhibiting strong experimentalist characteristics but weak policy coherence may develop innovative stakeholder processes that lack institutional sustainability. Countries with effective coordination mechanisms but limited experimentalist features may achieve bureaucratic efficiency while missing opportunities for adaptive learning and stakeholder innovation. Countries meeting UNGP procedural standards but lacking strategic governance characteristics may produce comprehensive

26) *Id.* at 18.

27) *Id.* at 26.

28) *Id.* at 4.

29) *Id.* at 5.

30) *Id.* at 5 - 10.

31) *Id.* at 3 - 5.

documents that generate minimal behavioral change.

5. Application Framework for Korea's Case Study Analysis

This theoretical foundation enables systematic diagnosis of Korea's NAP implementation challenges across four interconnected dimensions, evaluated against experimentalist governance criteria, policy coherence standards, and the UN Working Group's four essential NAP criteria plus 15-step process framework. Institutional fragmentation will be assessed using policy coherence criteria to examine vertical misalignments between international commitments and domestic implementation, horizontal coordination failures across ministries, and temporal inconsistencies affecting sustained implementation. Political economy constraints will be analyzed through experimentalist governance theory to evaluate how developmental state legacies prevent participatory problem-solving and adaptive management. Stakeholder engagement deficits will be examined against UNGP inclusiveness standards and experimentalist participation requirements. Corporate compliance patterns will be assessed using both policy coherence and experimentalist criteria to understand how business culture affects NAP implementation effectiveness. Each dimension will be systematically evaluated against all four UN Working Group essential criteria to demonstrate comprehensive rather than partial implementation failures. This integrated theoretical approach demonstrates that effective NAP implementation requires more than normative commitment or adequate resources—it demands institutional architectures that enable continuous stakeholder engagement, adaptive policy learning, and coordinated implementation across multiple governance levels and policy domains.

III. Korea's Implementation Paralysis—Diagnosing Structural Barriers to Strategic NAP Functioning

Korea's NAP experience provides a critical test case for understanding how institutional constraints prevent strategic governance implementation, utilizing the integrated analytical framework developed in Section II. The diagnosis reveals systematic failures across all framework criteria, demonstrating how institutional design choices determine whether NAPs function as strategic instruments or symbolic compliance exercises.

1. Institutional Fragmentation: Policy Coherence Failures

Korea's NAP suffers from comprehensive policy coherence failure across all three dimensions identified in the analytical framework. Vertical coherence analysis reveals fundamental misalignment between international NAP commitments and domestic institutional capacity. Rather than adopting a standalone NAP, Korea integrated BHR provisions into its broader National Human Rights Action Plan, with the BHR chapter comprising only eight pages in the 546-page Third National Human Rights Plan (2018-2022).³²⁾ The Fourth Plan (2023-2027) expanded this to eighteen pages, indicating incremental rather than strategic development.³³⁾ This integration approach reflects institutional path dependence rather than strategic design, embedding BHR governance within broader human rights bureaucracy that lacks specialized expertise and coordination authority.

Horizontal coherence assessment demonstrates systematic coordination failures rooted in developmental state legacies.³⁴⁾ Despite democratic transition, Korean governance maintains characteristics that prioritize economic competitiveness over comprehensive policy coordination, creating institutional resistance to cross-cutting human rights initiatives.³⁵⁾ Thurbon's analysis reveals that Korean political elites maintain a persistent "developmental mindset" where state-led economic intervention systematically overrides liberal regulatory approaches, including human rights governance.³⁶⁾ The coordination challenges manifest through persistent departmental silos that fragment BHR policy implementation across multiple ministries without effective oversight mechanisms.³⁷⁾ Korean policy-making processes are characterized by "secretive policymaking, failure to predict possible reactions from social groups, ineffective communication strategy, and failure to develop strategic frames."³⁸⁾

Temporal coherence evaluation reveals how institutional fragmentation undermines sustained implementation across political cycles. The failure of proposed legislation to establish BHR coordination authority under the Prime Minister's office exemplifies these institutional pathologies, expiring at the end of

32) Ministry of Justice of Korea, *supra* note 3 at 301 - 308. The Third National Human Rights Plans of Action for 2018-22 was adopted by the State Council on 9 August 2018.

33) Ministry of Justice of Korea, *supra* note 4 at 415 - 433.

34) Elizabeth Thurbon, Developmental Mindset The Revival of Financial Activism in South Korea 45 - 67 (2016), <https://www.degruyterbrill.com/document/doi/10.7591/9781501704178/html>.

35) *Id.* at 52.

36) *Id.* at 67, 85.

37) Yeonseob Ha et al., *Social Conflicts and Policy-Making in Korea: Interpretation of Policy Failures through a Public Discourse Perspective*, 75 Int. Rev. Adm. Sci. 649, 659 (2009); Song, *supra* note 23 at 606 - 608.

38) Ha et al., *supra* note 37 at 663.

the 21st National Assembly term.³⁹⁾ This pattern reflects insufficient political commitment to overcome entrenched institutional interests and coordination challenges characterizing Korean administrative culture.

2. Experimentalist Governance Deficits: Participatory and Adaptive Failures

Participatory problem-solving assessment against experimentalist governance criteria reveals systematic exclusion of stakeholders from meaningful engagement. The National Human Rights Commission of Korea (NHRCK) recommended BHR NAP development in 2016, but the government largely drafted the chapter internally with minimal stakeholder consultation.⁴⁰⁾ Labor organizations, particularly the Korean Confederation of Trade Unions, were excluded from meaningful participation, while civil society input remained limited to consultative rather than collaborative roles.⁴¹⁾ One analysis of 25 countries' NAP processes found that South Korea was an outlier in failing to involve both business and civil society stakeholders in the drafting process.⁴²⁾ This pattern contradicts the UN Working Group's emphasis on inclusive and transparent processes as essential criteria for effective NAP development.⁴³⁾

Korean civil society organizations possess significant capacity for human rights advocacy but face structural constraints in policy formation processes.⁴⁴⁾ Despite formal consultation mechanisms, civil society input remains limited by institutional weaknesses and technocratic decision-making cultures that marginalize non-governmental perspectives.⁴⁵⁾ Government approaches typically treat stakeholder engagement as legitimization exercises rather than genuine participation in policy development.⁴⁶⁾ The comparative study reveals that Korean civil society organizations can influence agenda-setting but actual policy outcomes remain state-controlled, creating "pseudo-participation" that maintains hierarchical governance patterns.⁴⁷⁾

39) Suh-Yoon Choi, *Moon Administration's National Agenda Item, the "Basic Law on Human Rights Policy," Set to Expire as the 21st National Assembly's Term Ends*, CBS No Cut News, Apr. 18, 2024, <https://m.nocutnews.co.kr/news/6130962>.

40) Heejun Kim & Zhaoxin Peng, *A Study of Theoretical Justifications for Mandatory ESG Disclosure in Korea*, 31 Leg. Stud. Inst. Chosun Univ. 197, 220 (2024).

41) European Law Institute, *Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies* 72 (2022); Kim and Peng, *supra* note 40 at 220.

42) O'Brien, Ferguson, and McVey, *supra* note 2 at 85.

43) UN Working Group on Business and Human Rights, *supra* note 24 at 5.

44) Euiyoung Kim, *The Limits of Ngo-Government Relations in South Korea*, 49 Asian Surv. 873, 875 (2009).

45) *Id.* at 885.

46) Sungmoon Kim, *Civil Society and Political Action in Democratized Korea: Revamping Democratic Consolidation from a Participatory Perspective**, 28 New Polit. Sci. 527, 535 (2006).

Iterative learning evaluation demonstrates Korea's NAP lacks experimentalist characteristics essential for adaptive implementation. The NAP was conceived as a one-off plan rather than part of a continuous cycle of evaluation and improvement. The document set out broad goals but did not establish clear indicators, benchmarks, or timelines by which to measure progress. Unlike strategic NAP approaches that create multi-stakeholder steering committees or commit to annual progress reports, Korea's NAP had no dedicated standing body to track execution, and no rigorous monitoring of progress was conducted.⁴⁸⁾ This absence of formal review processes meant missed opportunities for "learning-by-doing"—no mid-term stocktaking to identify shortcomings, no iteration of policies in response to feedback or changing circumstances.

Adaptive coordination analysis reveals Korea's approach exemplifies static rather than iterative policy development, creating declaratory statements without establishing feedback mechanisms for continuous improvement.⁴⁹⁾ The substantive commitments focus on "institutionalizing human rights management in business" through voluntary corporate policies and public-sector evaluation criteria, introducing no binding legislation or regulations, instead reiterating existing policy aims and voluntary initiatives.⁵⁰⁾ A 2023 assessment noted that while inclusion of a BHR chapter was a positive symbolic step, concrete actions by the Government to enhance corporate accountability were lacking.⁵¹⁾

3. Political Economy Constraints: Developmental State Legacies vs. Strategic NAP Requirements

The integration of experimentalist governance, policy coherence, and UN Working Group analysis reveals how developmental state legacies systematically prevent strategic NAP implementation across all framework criteria. Korean administrative culture maintains hierarchical decision-making patterns incompatible with participatory governance requirements and the UN Working Group's 15-step process framework, which emphasizes cross-departmental collaboration and stakeholder engagement throughout all phases.⁵²⁾ The persistence of

47) Jennifer S. Oh, *Strong State and Strong Civil Society in Contemporary South Korea: Challenges to Democratic Governance*, 52 Asian Surv. 528, 540 (2012).

48) One Evaluation report was published for the Third National Action Plan for the Promotion and Protection of Human Rights (2018 - 2022) in 2023. Evaluation of the Implementation of the Fourth National Action Plan for the Promotion and Protection of Human Rights (2023 - 2027) for 2023 was posted in 2025.

49) O'Brien, Ferguson, and McVey, *supra* note 2 at 23.

50) Ministry of Justice of Korea, *supra* note 4 at 415 - 433.

51) Business and Human Rights Resource Center, *The Case for South Korean Mandatory Human Rights Due Diligence* 4 (2023).

52) Mark Turner et al., *Public Sector Management and the Changing Nature of the Developmental State in Korea and Malaysia*, 24 Econ. Labour Relat. Rev. 481, 489 (2013).

developmental state institutions creates path-dependent constraints on regulatory approaches, making policy-makers reluctant to embrace human rights frameworks that challenge established business-government relations.⁵³⁾ Studies on Korean democratization reveal that developmental state legacies continue to influence policy preferences, with significant constituencies supporting development-first approaches over rights-based governance.⁵⁴⁾

This political reluctance manifests through consistent preference for voluntary over mandatory measures that preserve business autonomy while avoiding enforcement mechanisms, directly contradicting the UN Working Group's foundation on UNGPs criterion, which requires NAPs to adequately reflect state duties under international human rights law and promote business respect for human rights through due diligence processes. The approach reflects elite consensus favoring symbolic policy responses that deflect international pressure while preserving existing institutional arrangements.⁵⁵⁾ The substantive commitments focus on institutionalizing human rights management through voluntary corporate policies and public-sector evaluation criteria, introducing no binding legislation or regulations. A 2023 assessment noted that while inclusion of a BHR chapter was a positive symbolic step, concrete actions by the Government to enhance corporate accountability were lacking.⁵⁶⁾

4. Corporate Culture and Implementation Barriers

UN Working Group implementation analysis combined with experimentalist governance criteria reveals systematic corporate resistance to strategic NAP implementation that undermines the context-specificity criterion. Korean corporate culture typically emphasizes hierarchical relationships and group loyalty over individual accountability mechanisms required for effective human rights compliance and the adaptive coordination that experimentalist governance theory identifies as essential.⁵⁷⁾ Confucian ethics and collectivist values significantly influence compliance reporting behaviors, creating cultural barriers to accountability mechanisms that both experimentalist governance and UN Working Group standards require for effective implementation.⁵⁸⁾

Korean corporate compliance patterns reflect cultural and institutional factors

53) Thurbon, *supra* note 34 at 78 - 92.

54) Gidong Kim & Jae Mook Lee, *When Authoritarian Legacies Matter: Constructive and Blind National Pride and Voter Turnout in New Democracies*, 23 J. East Asian Stud. 469, 485 (2023).

55) Ha et al., *supra* note 37 at 662.

56) Business and Human Rights Resource Center, *supra* note 51 at 4.

57) Heungsik Park, Michael T. Rehg & Donggi Lee, The Influence of Confucian Ethics and Collectivism on Whistleblowing Intentions: A Study of South Korean Public Employees, 58 J. Bus. Ethics JBE 387, 395 (2005).

58) *Id.* at 398.

that systematically constrain human rights implementation, with business group affiliations creating compliance patterns distinct from independent companies, showing weaker performance accountability and governance controls.⁵⁹⁾ Benchmarking studies confirm that approximately 65% of major Korean firms scored zero on fundamental human rights due diligence steps, with minimal engagement with trade unions or systematic supply chain risk assessment.⁶⁰⁾ This corporate culture of reactive compliance rather than proactive rights integration fundamentally undermines NAP implementation effectiveness by ensuring that voluntary government guidance generates minimal behavioral change, failing both experimentalist governance requirements for adaptive learning and UN Working Group expectations for addressing actual business-related human rights impacts.

5. Synthesis: Systematic Governance Failure Across All Analytical Frameworks

The integrated framework application reveals that Korea's NAP experience illustrates systematic governance failure across all analytical dimensions rather than mere implementation deficits. Policy coherence analysis demonstrates vertical misalignments between international commitments and domestic institutions, horizontal coordination failures across ministries, and temporal inconsistencies across political cycles. Experimentalist governance evaluation shows absence of participatory problem-solving, iterative learning mechanisms, and adaptive coordination capacity. UN Working Group standards assessment reveals failures across all four essential criteria: inadequate foundation on UNGPs, lack of context-specificity in addressing actual business impacts, systematic violations of inclusiveness and transparency requirements, and complete absence of regular review and update mechanisms.

These systematic failures across all analytical frameworks demonstrate that Korea requires fundamental institutional innovations rather than incremental reforms. The strategic approaches examined in Section IV—Germany's evidence-based escalation mechanisms, the Netherlands' stakeholder co-governance structures, and Thailand's coordinated implementation systems—provide blueprints for addressing Korea's specific governance deficits through institutional design that enables experimentalist governance, policy coherence, and compliance with UN Working Group standards.

59) Jae-Seung Baek, Jun-Koo Kang & Kyung Suh Park, *Corporate Governance and Firm Value: Evidence from the Korean Financial Crisis*, 71 J. Financ. Econ. 265, 285 - 290 (2004).

60) Business and Human Rights Resource Center, *supra* note 51.

IV. Strategic NAP Design in Practice: Learning from Effective Models

The distinction between symbolic and strategic NAP design becomes apparent when examining jurisdictions that have successfully leveraged their action plans as genuine policy instruments rather than mere compliance exercises.⁶¹⁾ Germany, the Netherlands, and Thailand represent three distinct approaches to strategic NAP design, each demonstrating how policy frameworks can transcend symbolic commitment to generate concrete implementation outcomes.

1. Germany's Evidence-Based Escalation Strategy

The German approach centers on evidence-based decision-making, using the NAP as a comprehensive monitoring system that generates data to inform subsequent regulatory interventions.⁶²⁾ This strategic architecture creates provisional frameworks that enable learning and adaptation while maintaining clear accountability mechanisms.⁶³⁾

The strategic architecture of Germany's NAP established clear conditional thresholds for policy escalation. The plan explicitly stated that if voluntary measures failed to achieve adequate progress by specific deadlines, the government would consider mandatory regulatory approaches.⁶⁴⁾ This conditional framework served multiple strategic functions: it provided incentives for business engagement with voluntary measures, established clear performance benchmarks, and created legitimate pathways for regulatory development when voluntary approaches proved insufficient.

The monitoring methodology embedded within Germany's NAP design enabled systematic assessment of business compliance with due diligence expectations. The plan established baseline studies, implemented regular monitoring surveys, and published detailed progress reports that tracked specific performance

61) O'Brien, Ferguson, and McVey, *supra* note 2 at 73.

62) Federal Foreign Office (Ernst & Young), Monitoring of the Status of Implementation of the Human Rights Due Diligence Obligations of Enterprises Set out in the National Action Plan for Business and Human Rights 2016–2020: Final Report 15–20 (2020). The German Federal Government's expectation was that at least 50% of all enterprises based in Germany with more than 500 employees would have incorporated the core elements of human rights due diligence, as described in Chapter III of the NAP, into their corporate processes by 2020. The NAP stipulated that if this 50% target was missed, the Federal Government would consider further action, which could culminate in legislative measures.

63) Búrca, *supra* note 20 at 290–295.

64) Federal Government of Germany, Germany National Action Plan: Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (2016–2020) 42 (2016).

indicators.⁶⁵⁾ This evidence-gathering function transformed the NAP from a static policy statement into a dynamic assessment instrument that identified implementation gaps and measured the effectiveness of policy approaches.⁶⁶⁾

The escalation mechanism proved strategically effective when voluntary measures fell short. Based on evidence gathered through the NAP monitoring system, the German government determined that only 13–17 percent of companies were adequately meeting NAP requirements for human rights due diligence.⁶⁷⁾ This evidence-based assessment provided the impetus for developing mandatory supply chain due diligence legislation, demonstrating how strategic NAP design can create pathways from voluntary to mandatory approaches based on performance data rather than political ideology.⁶⁸⁾ This strategic design enabled the government to maintain business engagement with voluntary measures while preserving legitimate options for regulatory intervention when voluntary approaches proved inadequate.

The academic literature identifies several factors that enabled Germany's strategic approach to succeed. First, the government possessed sufficient institutional capacity to conduct credible monitoring and assessment.⁶⁹⁾ Second, the conditional escalation framework created genuine incentives for business engagement by establishing credible consequences for non-compliance.⁷⁰⁾ Third, the monitoring methodology generated reliable data that could support evidence-based policy decisions and withstand business and political scrutiny.⁷¹⁾

2. Netherlands' Stakeholder Co-Governance Model

The Netherlands developed a fundamentally different strategic approach that embedded formal stakeholder partnerships directly within the NAP framework,⁷²⁾ in line with participatory problem-solving that distributes authority and responsibility across multiple stakeholder categories.⁷³⁾

The cornerstone of the Dutch strategic approach involves International

65) Auswärtiges Amt, *Monitoring the National Action Plan for Business and Human Rights (NAP)*, German Federal Foreign Office 25–30, <https://www.auswaertiges-amt.de/en/aussenpolitik/themen/monitoring-nap-2131054> (last visited Jun. 19, 2025).

66) O'Brien, Ferguson, and McVey, *supra* note 2 at 86.

67) Robert McCorquodale & Justine Nolan, *The Effectiveness of Human Rights Due Diligence for Preventing Business Human Rights Abuses*, 68 *Neth. Int. Law Rev.* 455, 470 (2021).

68) The Bundestag, *Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG)*, (2021).

69) O'Brien, Ferguson, and McVey, *supra* note 2 at 86–87.

70) Búrca, *supra* note 20 at 295–300.

71) McCorquodale and Nolan, *supra* note 67 at 470–471.

72) OECD, *The Netherlands' Multi-Stakeholder Sectoral Agreements Promote Responsible Business Conduct 2* (2023).

73) Búrca, *supra* note 20 at 285–290.

Responsible Business Conduct (IRBC) covenants that function as formal multi-stakeholder agreements covering specific sectors and issues. These covenants operate as implementation vehicles for NAP commitments, establishing shared governance structures where government, business, and civil society organizations jointly develop due diligence standards, monitoring mechanisms, and accountability procedures. This covenant structure transforms the traditional government-led NAP model into collaborative governance frameworks where stakeholders assume direct responsibility for implementation outcomes.⁷⁴⁾

The strategic design of the covenant system addresses fundamental coordination challenges that often paralyze NAP implementation. Each covenant establishes formal governance structures with defined roles for different stakeholder categories, shared funding arrangements, and joint monitoring responsibilities. This institutional architecture creates incentives for sustained stakeholder engagement by providing genuine decision-making authority, and vested interests in covenant success, rather than merely consultative roles. The Dutch model demonstrates how strategic NAP design can address the political economy challenges that often constrain government-led implementation.

Each covenant establishes joint monitoring systems where stakeholders collaborate in developing performance indicators, collecting implementation data, and publishing progress assessments. This shared monitoring approach creates peer accountability dynamics that can be more effective than traditional government oversight mechanisms.⁷⁵⁾

However, academic analysis reveals important limitations of the Dutch approach that provide insights for strategic design adaptation. Independent evaluations reveal that the covenant model requires substantial stakeholder capacity and collaborative relationships that may not exist in all contexts.⁷⁶⁾ The OECD assessment demonstrates that while voluntary agreements achieved greater awareness of standards and improved company reporting, their overall impact was limited by uneven expectations and monitoring across agreements.⁷⁷⁾ Furthermore, the voluntary nature of covenant participation can limit their coverage and impact when key industry actors choose not to participate.

The Netherlands experience validates the experimentalist governance theory that effective multi-stakeholder frameworks require appropriate institutional design that addresses power imbalances and provides genuine incentives for sustained participation.⁷⁸⁾ The success of the Dutch approach depends on specific contextual factors including robust civil society capacity, business willingness to engage in

74) O'Brien, Ferguson, and McVey, *supra* note 2 at 87 - 90.

75) *Id.*

76) OECD, *supra* note 72 at 2; Verena Bitzer et al., Final Evaluation of the Dutch Agreement on Sustainable Garment and Textile (AGT) 31 (2021).

77) Bitzer et al., *supra* note 76 at 8.

78) Búrca, *supra* note 20 at 300 - 305.

collaborative governance, and government commitment to sharing decision-making authority.⁷⁹⁾

3. Thailand's Implementation Governance System

Thailand's NAP process benefitted from the Guidance on National Action Plan on Business and Human Rights, as the Guidance functioned as a framework and helped contextualize the process for Thailand. Also, in 2018, the Royal Thai Government invited the UN Working Group on Business and Human Rights for an official visit to Thailand, during which the Working Group provided valuable feedback, comments, and recommendations.

In the early part of the NAP process, Thailand established a comprehensive governance framework that significantly facilitated implementation through structured coordination and multi-stakeholder engagement. In 2017, the Cabinet designated the Rights and Liberties Protection Department, Ministry of Justice, as the key focal agency responsible for developing, drafting, and driving NAP implementation.⁸⁰⁾ The institutional architecture centered on the NAP National Committee, with authority to consider and determine the guidelines for drafting, implementing, monitoring and evaluating the NAP.⁸¹⁾ This evolved into the Sub-Committee on Driving Forward Human Rights Work in Thailand, explicitly tasked with implementing the action plan, monitoring, evaluating, and collecting information related to human rights violations.⁸²⁾

The framework emphasized participatory processes designed to strengthen multisectoral networks across different partner organizations because of the NAP's emphasis on dialogue and participatory processes, especially involving those who are impacted by the issue.⁸³⁾ It also show that effective BHR governance requires implementation infrastructure that enables systematic policy coordination and stakeholder engagement.⁸⁴⁾ Monitoring mechanisms incorporated both qualitative and quantitative indicators for monitoring and evaluation of the outcomes of the implementation of the Action Plans.⁸⁵⁾ This systematic approach created a coordinated framework enabling effective data collection and adaptive

79) Ministry of Foreign Affairs (Netherlands), Policy and Operations Evaluation Department (IOB), *Mind the Governance Gap, Map the Chain: Evaluation of the Dutch Government's Policy on International Responsible Business Conduct (2012-2018)* 133 (2019).

80) Rights and Liberties Protection Department, Ministry of Justice, Thailand, *1st National Action Plan on Business and Human Rights (2019-2022)* 1 (2019).

81) *Id.* at 18.

82) *Id.* at 144.

83) *Id.* at 2 - 4.

84) O'Brien, Ferguson, and McVey, *supra* note 2 at 90 - 92.

85) Rights and Liberties Protection Department, Ministry of Justice, Thailand, *supra* note 80 at 4.

implementation across governmental agencies, state enterprises, and civil society.

4. Strategic Practices Taxonomy: Best Practice Categories for NAP Transformation

The comparative analysis reveals five categories of transferable practices that address the governance deficits diagnosed in Korea's approach. Institutional coordination mechanisms include Thailand's formal architecture with designated focal agencies and Germany's inter-ministerial setup, directly addressing Korea's horizontal policy coherence failures. Evidence-based escalation frameworks center on Germany's conditional model with systematic monitoring and performance thresholds, enabling the adaptive coordination that Korea's static approach lacks. Stakeholder co-governance structures encompass Netherlands' IRBC covenants and Thailand's participatory design, overcoming Korea's pseudo-participation limitations through genuine multi-stakeholder authority distribution.

Systematic monitoring and accountability systems span all three approaches, providing iterative learning mechanisms that enable experimentalist governance characteristics absent in Korea's approach. Legislative integration strategies combine Germany's escalation to mandatory legislation with Netherlands' covenant-law connections, creating coherent regulatory frameworks that address Korea's temporal policy inconsistencies and voluntary-mandatory coordination gaps.

These practice categories directly address Korea's systematic governance failures across all analytical frameworks. Germany's conditional escalation counters Korea's political economy resistance to mandatory measures by creating evidence-based pathways rather than ideological choices. Netherlands' co-governance structures overcome Korea's developmental state constraints on participatory governance by distributing authority across stakeholder coalitions. Thailand's institutional architecture addresses Korea's departmental fragmentation through formal coordination mechanisms with clear mandates, enabling policy coherence while maintaining flexibility for inter-ministerial cooperation and stakeholder engagement.

V. Redesigning Korea's BHR Strategy: From Symbolic to Strategic

Korea's systematic governance failures require fundamental institutional transformation rather than incremental adjustment. The strategic practices demonstrated by Germany, the Netherlands, and Thailand provide blueprints for a

reform strategy to transform Korea's NAP from symbolic compliance into strategic governance capacity.

1. Institutional Coordination Architecture

Drawing on Thailand's formal institutional architecture and Germany's inter-ministerial coordination mechanisms, Korea requires comprehensive institutional restructuring to address the departmental fragmentation diagnosed in Section III.⁸⁶⁾ Thailand's designation of the Rights and Liberties Protection Department as focal agency with clear authority hierarchies demonstrates how formal coordination mechanisms overcome horizontal policy failures.⁸⁷⁾ Germany's Federal Foreign Office coordination model shows how systematic inter-ministerial collaboration addresses silo mentalities constraining strategic implementation.⁸⁸⁾

Korea's institutional architecture should establish a modified top-down framework incorporating Thailand's participatory elements.⁸⁹⁾ The existing Committee for International Development Cooperation (CIDC) structure provides a coordination template requiring significant expansion in authority and scope to encompass BHR governance.⁹⁰⁾ OECD peer reviews highlight both coordination successes and remaining policy integration challenges that the expanded framework must address.⁹¹⁾

2. Evidence-Based Escalation Systems

The German conditional framework establishing thresholds for escalation demonstrates how systematic monitoring evidence supports policy decision-making while creating evidence-based pathways between voluntary and mandatory measures.⁹²⁾ Adapting Germany's monitoring methodology to Korean context, the government should establish baseline studies addressing asymmetric treatment of public enterprises versus private companies while implementing regular monitoring surveys and detailed progress reporting with Korea-specific performance indicators.⁹³⁾ The monitoring system should incorporate feedback

86) Ha et al., *supra* note 37 at 659.

87) Rights and Liberties Protection Department, Ministry of Justice, Thailand, *supra* note 80 at 1.

88) Federal Foreign Office (Ernst & Young), *supra* note 62 at 58.

89) OECD, OECD Development Co-Operation Peer Reviews: Korea 2018 27 (2018), https://www.oecd.org/en/publications/oecd-development-co-operation-peer-reviews-korea-2018_9789264288829-en.html.

90) *Id.* at 58.

91) *Id.* at 59; OECD, OECD Development Co operation Peer Reviews: Korea 2024 15 - 18 (2024), https://www.oecd.org/en/publications/oecd-development-co-operation-peer-reviews-korea-2024_889c6564-en.html.

92) Federal Government of Germany, *supra* note 64 at 42.

mechanisms enabling continuous adaptation, following experimentalist governance requirements for iterative learning.⁹⁴⁾

The German Supply Chain Due Diligence Act demonstrates how systematic monitoring evidence provides foundation for regulatory development when voluntary approaches prove insufficient.⁹⁵⁾ Korea's framework should include specific performance benchmarks and timelines creating predictable policy development pathways that provide business planning certainty while maintaining government authority to strengthen requirements based on implementation evidence.

3. Stakeholder Co-Governance Innovation

The Netherlands' IRBC covenant structure demonstrates how formal stakeholder partnerships can overcome Korea's pseudo-participation patterns diagnosed in Section III. The Dutch multi-stakeholder agreements distribute implementation responsibility across stakeholder coalitions, reducing dependence on governmental coordination capacity.⁹⁶⁾ This model addresses Korea's developmental state constraints on participatory governance by providing genuine decision-making authority rather than consultative roles.⁹⁷⁾

Korea's stakeholder engagement architecture must adapt covenant principles to its distinctive labor relations system and hierarchical civil society patterns. The co-governance approach should meaningfully engage major labor federations beyond traditional industrial relations while addressing cultural barriers identified in Section III.⁹⁸⁾ Joint monitoring and accountability systems following the Dutch model create peer accountability dynamics more effective than traditional government oversight.⁹⁹⁾

The stakeholder framework should build on Korea's successful CIDC multi-stakeholder initiatives while addressing current limitations in civil society integration. Programs should include technical assistance for businesses developing due diligence systems and support mechanisms for civil society organizations engaging in BHR advocacy, addressing capacity constraints that limit meaningful participation.¹⁰⁰⁾ The co-governance structure should incorporate systematic capacity building components that address knowledge gaps while creating sustained engagement opportunities beyond formal consultation periods.

93) Amt, *supra* note 65 at 25 - 30.

94) O'Brien, Ferguson, and McVey, *supra* note 2 at 86.

95) McCorquodale and Nolan, *supra* note 67 at 470.

96) OECD, *supra* note 72 at 2.

97) Ministry of Foreign Affairs (Netherlands), Policy and Operations Evaluation Department (IOB), *supra* note 79 at 133.

98) Park, Rehg, and Lee, *supra* note 57 at 395.

99) *Id.* at 398.

100) Kim, *supra* note 44 at 885.

4. Legislative Integration Strategy

Germany's escalation to the Lieferkettengesetz and Netherlands' covenant-law integration provide models for Korea's legislative framework development addressing institutional gaps revealed by failed coordination mechanisms.¹⁰¹⁾ The legislative approach should establish formal authority for BHR coordination while maintaining flexibility for inter-ministerial cooperation, building on Korea's experience with development policy coherence through the CIDC.¹⁰²⁾

Drawing on Germany's conditional escalation model, Korea's framework should include provisions for both mandatory and voluntary measures functioning as an integrated approach rather than binary choices. The legislative framework should include conditional provisions providing predictability for business planning while maintaining government authority to strengthen requirements when necessary, following Germany's evidence-based escalation precedent.¹⁰³⁾

The implementation strategy should address coordination between BHR requirements and existing regulatory frameworks to avoid policy fragmentation. The legislative approach should include provisions for regulatory coordination and streamlining that reduce compliance burdens while maintaining substantive human rights protections.¹⁰⁴⁾ Regional coordination provisions should enable coordinated approaches building on Korea's existing diplomatic and economic relationships while reducing competitive disadvantages for Korean companies implementing stronger standards, positioning Korea for regional leadership in strategic BHR governance.

This strategic redesign transforms Korea's approach from symbolic compliance to genuine governance capacity while respecting institutional constraints and leveraging successful coordination experiences from other policy domains. The systematic application of best practices from strategic NAP approaches provides pathways for overcoming Korea's implementation paralysis through institutional innovation rather than wholesale replacement of existing governance structures, enabling Korea to demonstrate regional leadership while meeting evolving international expectations for business and human rights governance.

101) The Bundestag, *supra* note 68.

102) OECD, *supra* note 89 at 17 - 18.

103) Federal Government of Germany, *supra* note 64 at 42.

104) Josef Baumüller & Karina Sopp, *Double Materiality and the Shift from Non-Financial to European Sustainability Reporting: Review, Outlook and Implications*, 23 J. Appl. Account. Res. 8, 21 (2022).

VI. Conclusion: From Policy Documents to Strategic Instruments

Korea's NAP experience reveals the fundamental distinction between symbolic compliance and strategic governance in business and human rights implementation. Korea's systematic governance failures illuminate broader questions about how domestic institutional architectures shape international norm implementation, particularly for democratic developmental states navigating tensions between economic competitiveness and human rights governance.

This analysis opens critical future research avenues. How do different democratic transition paths affect BHR governance capacity? What institutional innovations enable developmental states to transcend growth-first paradigms? How can international frameworks accommodate diverse domestic contexts while preserving normative coherence? Future research should examine whether Korea's constraints represent broader East Asian patterns or country-specific pathologies. Europe's mandatory due diligence regulations create natural experiments for assessing how external pressures interact with domestic institutional capacities, advancing understanding of conditions enabling strategic rather than symbolic adaptation to international BHR norms.

Korea's position in East Asian economic networks creates opportunities for demonstrating strategic NAP design that could influence regional BHR governance. Korea's institutional capacity provides advantages for implementing strategic approaches unavailable elsewhere in the region. Thailand's experience as Asia's first standalone NAP adopter demonstrates limitations of early adoption without strategic design. Korea's potential redesign could provide a more effective regional model while enabling coordinated approaches that reduce competitive disadvantages for companies implementing stronger standards.

Korea stands at a critical juncture where strategic redesign could transform its approach from symbolic compliance to genuine BHR leadership. Korean companies' challenges responding to EU due diligence requirements demonstrate costs of inadequate preparation. Strategic NAP redesign could provide systematic business support while strengthening Korea's competitive position in sustainability-conscious markets. Immediate priorities include establishing coordination mechanisms addressing policy fragmentation, launching systematic stakeholder engagement, and developing evidence-based monitoring systems. Medium-term objectives include comprehensive legislative frameworks and systematic capacity building. Long-term goals include positioning Korea as regional leader through effective institutional innovation.

The urgency reflects broader international trends creating opportunities and risks for countries delaying strategic reform. Countries investing in strategic capacity building now will better influence emerging standards while supporting

companies' adaptation to evolving expectations. Korea's choice between continued symbolic compliance and strategic leadership represents a defining moment with implications extending far beyond national boundaries, positioning the country either as a regional leader in effective BHR governance or as a cautionary example of implementation failure despite institutional advantages.

- **Key Words:** Business and Human Rights, National Action Plan, Policy Coherence, Experimentalist Governance, Stakeholder engagement

[Bibliography]

- Augenstein, Daniel, Mark Dawson & Pierre Thielbörger. "The UNGPs in the European Union: The Open Coordination of Business and Human Rights?" 3 BUS. HUM. RTS. J. 1 (2018).
- Auswärtiges Amt. MONITORING THE NATIONAL ACTION PLAN FOR BUSINESS AND HUMAN RIGHTS (NAP). GERMAN FEDERAL FOREIGN OFFICE, <https://www.auswaertiges-amt.de/en/aussenpolitik/themen/monitoring-nap-2131054> (last visited Jun. 19, 2025).
- Baek, Jae-Seung, Jun-Koo Kang & Kyung Suh Park. "Corporate Governance and Firm Value: Evidence from the Korean Financial Crisis". 71 J. FINANC. ECON. 265 (2004).
- Baumüller, Josef & Karina Sopp. "Double Materiality and the Shift from Non-Financial to European Sustainability Reporting: Review, Outlook and Implications". 23 J. APPL. ACCOUNT. RES. 8 (2022).
- Bitzer, Verena et al. FINAL EVALUATION OF THE DUTCH AGREEMENT ON SUSTAINABLE GARMENT AND TEXTILE (AGT) (2021).
- Business and Human Rights Resource Center. THE CASE FOR SOUTH KOREAN MANDATORY HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE (2023).
- The Bundestag. "Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz - LkSG)" (2021).
- de Búrca, Gráinne. "Human Rights Experimentalism". 111 AM. J. INT'L L. 277 (2017).
- Cantu Rivera, Humberto. "National Action Plans on Business and Human Rights: Progress or Mirage?" 4 BUS. HUM. RTS. J. 213 (2019).
- Choi, Suh-Yoon. "Moon Administration's National Agenda Item, the "Basic Law on Human Rights Policy," Set to Expire as the 21st National Assembly's Term Ends." CBS NO CUT NEWS, Apr. 18, 2024, <https://m.nocutnews.co.kr/news/6130962>.
- De Felice, D. & A. Graf. "The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights". 7 J. HUM. RTS. PRACT. 40 (2015).
- DIHR. "National Action Plans on Business and Human Rights". <https://globalnaps.org/> (last visited Jul. 6, 2025).
- European Law Institute, BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: ACCESS TO JUSTICE AND EFFECTIVE REMEDIES (2022).
- Federal Foreign Office (Ernst & Young). MONITORING OF THE STATUS OF IMPLEMENTATION OF THE HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE OBLIGATIONS OF ENTERPRISES SET OUT IN THE NATIONAL ACTION PLAN FOR BUSINESS AND HUMAN RIGHTS 2016-2020:

- FINAL REPORT (2020).
- Federal Government of Germany. GERMANY NATIONAL ACTION PLAN: IMPLEMENTATION OF THE UN GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS (2016-2020) (2016).
- Ha, Yeonseob et al. "Social Conflicts and Policy-Making in Korea: Interpretation of Policy Failures through a Public Discourse Perspective". 75 INT. REV. ADM. SCI. 649 (2009).
- Hampton, Diane Bulan. "Modern Slavery in Global Supply Chains: Can National Action Plans on Business and Human Rights Close the Governance Gap?" 4 BUS. HUM. RTS. J. 239 (2019).
- Kim, Euiyoung. "The Limits of Ngo-Government Relations in South Korea". 49 ASIAN SURV. 873 (2009).
- Kim, Gidong & Jae Mook Lee. "When Authoritarian Legacies Matter: Constructive and Blind National Pride and Voter Turnout in New Democracies". 23 J. EAST ASIAN STUD. 469 (2023).
- Kim, Heejun & Zhaoxin Peng. "A Study of Theoretical Justifications for Mandatory ESG Disclosure in Korea". 31 LEG. STUD. INST. CHOSUN UNIV. 197 (2024).
- Kim, Sungmoon. "Civil Society and Political Action in Democratized Korea: Revamping Democratic Consolidation from a Participatory Perspective". 28 NEW POLIT. SCI. 527 (2006).
- Ling, Bonny. "National Action Plans on Business and Human Rights and Protecting Displaced Populations through Human Rights Due Diligence: Recommendations for Taiwan". 2 INNOV. SOC. SCI. 53 (2023).
- McCorquodale, Robert & Justine Nolan. "The Effectiveness of Human Rights Due Diligence for Preventing Business Human Rights Abuses". 68 NETH. INT'L L. REV. 455 (2021).
- Methven O'Brien, Claire et al. "National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool". 1 BUS. HUM. RTS. J. 117 (2016).
- Methven O'Brien, Claire, John Ferguson & Marisa McVey. "National Action Plans on Business and Human Rights: An Experimentalist Governance Analysis". 23 HUM. RTS. REV. 71 (2022).
- Ministry of Foreign Affairs (Netherlands), POLICY AND OPERATIONS EVALUATION DEPARTMENT (IOB). MIND THE GOVERNANCE GAP, MAP THE CHAIN: EVALUATION OF THE DUTCH GOVERNMENT'S POLICY ON INTERNATIONAL RESPONSIBLE BUSINESS CONDUCT (2012-2018) (2019).
- Ministry of Justice of Korea. THE THIRD NATIONAL HUMAN RIGHTS PLANS OF ACTION FOR 2018-22 (2018).
- Ministry of Justice of Korea. THE FOURTH NATIONAL HUMAN RIGHTS

- PLANS OF ACTION FOR 2023-2027 (2024).
- OECD. OECD DEVELOPMENT CO-OPERATION PEER REVIEWS: KOREA 2018 (2018),
https://www.oecd.org/en/publications/oecd-development-co-operation-peer-reviews-korea-2018_9789264288829-en.html.
- OECD. OECD DEVELOPMENT CO OPERATION PEER REVIEWS: KOREA 2024 (2024),
https://www.oecd.org/en/publications/oecd-development-co-operation-peer-reviews-korea-2024_889c6564-en.html.
- OECD. THE NETHERLANDS' MULTI-STAKEHOLDER SECTORAL AGREEMENTS PROMOTE RESPONSIBLE BUSINESS CONDUCT (2023).
- Oh, Jennifer S. "Strong State and Strong Civil Society in Contemporary South Korea: Challenges to Democratic Governance". 52 ASIAN SURV. 528 (2012).
- Park, Heungsik, Michael T. Rehg & Donggi Lee. "The Influence of Confucian Ethics and Collectivism on Whistleblowing Intentions: A Study of South Korean Public Employees". 58 J. BUS. ETHICS JBE 387 (2005).
- Planet Literacy. "EU CSDDD Takes Effect... Mounting Challenges for Government and Businesses" (Sep. 3, 2024),
<https://planetliteracy.co.kr/eu-csddd-koap-jeongbu-gieob-puleoya-hal-gwaj-e/>.
- Rights and Liberties Protection Department, Ministry of Justice, Thailand, 1ST NATIONAL ACTION PLAN ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS (2019-2022) (2019).
- Soh, Changrok & Seunghyun Nam. "Business and Human Rights Case Study of Korean Companies Operating Overseas: Challenges and a New National Action Plan". 40 HUM. RTS. Q. 287 (2018).
- Song, Ryan S. "Policy Coherence as an Urgent Agenda in BHR - Get Your Act Together, Please". 37 KOOKMIN LAW REV. 597 (2025).
- Thurbon, Elizabeth, DEVELOPMENTAL MINDSET THE REVIVAL OF FINANCIAL ACTIVISM IN SOUTH KOREA (2016).
- Turner, Mark et al. "Public Sector Management and the Changing Nature of the Developmental State in Korea and Malaysia". 24 ECON. LABOUR RELAT. REV. 481 (2013).
- UN Working Group on Business and Human Rights. GUIDANCE ON NATIONAL ACTION PLANS ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS (2016).

[국문초록]

선언을 넘어 실행으로: 한국의 기업과 인권 NAP 혁신 전략

송세련*

한국 기업들은 18,000여 개 기업에 영향을 미치는 EU 기업지속가능성실사지침을 비롯한 유럽연합의 인권 관련 규제로부터 증가하는 압박에 직면하고 있다. 그러나 2018년 이후 국가인권기본계획에 통합되어 운영되고 있는 한국의 기업과 인권 국가 행동계획은 전략적 거버넌스가 아닌 상징적 준수에 그치고 있다. 본 연구는 실험주의 거버넌스 이론, 정책일관성 분석, UN 워킹그룹 기준을 활용하여 한국이 비교적 이른 시기에 국가행동계획을 도입했음에도 불구하고 제도 개혁을 촉진하지 못한 원인을 분석한다.

분석 결과, 네 가지 상호연관된 차원에서 체계적인 거버넌스 실패가 드러났다: 발전국가 유산에 뿌리를 둔 제도적 분절화, 경제적 경쟁력을 우선시하는 정치경제적 저항, 의미 있는 이해관계자 참여를 배제하는 시민사회 관여 부족, 그리고 인권 통합에 저항적인 기업 준수 문화이다. 이러한 장벽들은 전략적 국가행동계획 이행의 특징인 참여적 문제해결, 반복적 학습, 적응적 조정을 체계적으로 저해하고 있다.

독일의 증거기반 확대전략, 네덜란드의 이해관계자 공동거버넌스 모델, 태국의 조정 메커니즘에 대한 비교 사례 연구는 전략적 국가행동계획 설계가 제도적 혁신을 통해 유사한 거버넌스 과제를 어떻게 해결하는지 보여준다. 독일의 조건부 확대 체계는 모니터링 증거가 자발적 조치에서 의무적 조치로의 정책 발전을 어떻게 뒷받침하는지 보여준다. 네덜란드의 IRBC 협약은 공식적인 이해관계자 파트너십이 어떻게 이행 책임을 분산시키는지 설명한다. 태국의 제도적 구조는 효과적인 다자간 이해관계자 참여를 가능하게 하는 체계적 조정 메커니즘을 제시한다.

한국의 접근법은 경로의존적 제약이 효과적인 기업과 인권 거버넌스에 필요한 제도적 전환을 저해하는 민주주의 발전국가들의 더 넓은 패턴을 반영한다. 본 연구는 국내 제도적 구조가 국제 규범 이행을 어떻게 형성하는지에 대한 이론적 통찰을 제공하는 동시에 상징적 준수를 전략적 거버넌스 역량으로 전환하기 위한 방법론을 제시한다.

- **주제어:** 기업과 인권, 국가행동계획, 정책일관성, 실험주의 거버넌스, 이해관계자 참여

* 미국변호사(캘리포니아주), 경희대학교 법학전문대학원 부교수, 법무박사(J.D.).

Grundriss der Rechtsgewinnungstheorie

Arthur Kaufmanns:

Ein Quartett von Abduktion, Induktion, Analogie und Deduktion*

An, Sugil**

논문요지

Der Rechtsphilosoph und Strafrechtler Arthur Kaufmann (1923–2001) lehnte die herkömmliche Sichtweise ab, die zwischen Rechtsphilosophie zum einen und Methodenlehre zum anderen scharf unterscheidet. Traditionell hat man die Frage „Was ist Recht?“ (Was?) einerseits und die Frage „Wie erkennt man Recht?“ (Wie?) andererseits voneinander getrennt und dann die erste Frage dem Bereich der Rechtsphilosophie zugeordnet und die zweite dem der Methodenlehre. Danach beschränkt sich die Aufgabe der juristischen Methodenlehre nur darauf, bereits vorhandenes positives Recht formal-logisch auszulegen und auf den Fall anzuwenden.

Dagegen wendet Kaufmann ein, dass „Was“-Frage und „Wie“-Frage nicht so getrennt untersucht werden sollen. So strebt er danach, eine neue dynamische Methodenlehre aufzubauen, welche Rechtsidee (Sollen) und Rechtsrealität (Sein) miteinander abstimmen und dadurch ein richtiges, lebendiges Recht gewinnen kann. Seine neuartige Methodenlehre zur Rechtsgewinnung besteht aus vier Elementen, die mit jeweils unterschiedlichen Rollen aufs Engste miteinander kooperieren – nämlich: Deduktion, Induktion, Abduktion und Analogie. Sie kann, so meine ich, dazu entscheidend beitragen, die juristische Methode aus einer neuen Sicht zu betrachten und damit tiefer zu verstehen. Genauer: Sie deckt auf, dass die Rechtsgewinnung bisher unbedacht, also ohne eine wissenschaftlich fundierte Methode praktiziert worden ist.

In diesem Zusammenhang habe ich hier ihre Bausteine und Funktionsweise umrissen und in Übereinstimmung mit Kaufmann behauptet, dass unsichere, irrationale Schritte im Rechtsgewinnungsverfahren, die nicht völlig eliminiert

* Dem Text liegt das Referat zugrunde, das ich am 11. Juli 2024 auf dem 31. Weltkongress der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in Seoul gehalten habe.

** Prof. Dr. iur., Department of Law, Myongji University

werden können, möglichst genau lokalisiert und möglichst vernünftig reflektiert werden müssen.

· 논문제출: 2025. 07. 06. · 심사개시: 2025. 07. 08. · 게재확정: 2025. 07. 22.

I.

Arthur Kaufmann (1923–2001) ist ein großer Rechtswissenschaftler, der nach einem „dritten Weg“ sucht: Zwischen Sein und Sollen, zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus sowie zwischen Objektivität und Subjektivität versucht er einen dritten Weg einzuschlagen, der nicht auf „Entweder-oder“, sondern auf „Sowohl-als-auch“ basiert.¹⁾

Seine Bemühung, zwischen zwei Extremen die goldene Mitte zu finden, ist auch bei seiner juristischen Methodenlehre deutlich spürbar. Er lehnte die herkömmliche Sichtweise ab, die zwischen Rechtsphilosophie zum einen und Methodenlehre zum anderen scharf unterscheidet. Traditionell hat man die Frage „Was ist Recht?“ (Was?) einerseits und die Frage „Wie erkennt man Recht?“ (Wie?) andererseits voneinander getrennt und dann die erste Frage dem Bereich der Rechtsphilosophie zugeordnet und die zweite dem der Methodenlehre. Danach beschränkt sich die Aufgabe der juristischen Methodenlehre nur darauf, bereits vorhandenes positives Recht formal-logisch auszulegen und auf den Fall anzuwenden. Dagegen wendet Kaufmann ein, dass „Was“-Frage und „Wie“-Frage nicht so getrennt untersucht werden sollen. So strebt er danach, eine neue dynamische Methodenlehre aufzubauen, welche Rechtsidee (Sollen) und Rechtsrealität (Sein) miteinander abstimmen und dadurch ein richtiges, lebendiges Recht gewinnen kann.²⁾

Kaufmanns neuartige Methodenlehre zur Rechtsgewinnung³⁾ besteht aus vier Elementen, die mit jeweils unterschiedlichen Rollen aufs Engste miteinander kooperieren – nämlich: Deduktion, Induktion, Abduktion und Analogie.⁴⁾ In dieser

1) Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 1997, S. 40 ff.; Liu, *Arthur Kaufmanns „Dritter Weg“ zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus. Eine Skizze*, in: Neumann/Hassemer/Schroth (Hrsg.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*. Tagung 10. bis 11. Mai 2003 in München, 2005, S. 39 ff.

2) Kaufmann (Fn. 1), S. 9 f.; Kim, *Die personale Rechtslehre von Arthur Kaufmann*, *Hanyang Law Review* 26 (4), 2009, S. 49 ff.

3) Kaufmann verwendet den Begriff „Rechtsgewinnung“ als Oberbegriff, der die Begriffe „Rechtsfindung“ und „Rechtsanwendung“ im Sinne des herkömmlichen Sprachgebrauchs umfasst. Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung – Eine rationale Analyse: Deduktion, Induktion, Abduktion, Analogie, Erkenntnis, Dezision, Macht*, 1999, S. 12 f.

4) Kaufmann (Fn. 1), S. 69 f.; Kaufmann (Fn. 3), S. 51 ff.

Hinsicht bezeichnet Robert Alexy die Rechtsgewinnungstheorie Kaufmanns als „Kaufmannsche Quaternität“: In Kaufmanns Quaternität ist die „Deduktion [...] die Magd, die Analogie der König, die Induktion die fleißige Ministerin und die Abduktion ein fahrender Ritter, dessen Lebendigkeit und Wagemut verhindern, dass die Mannschaft einschläft.“⁵⁾

Alexys Beschreibung ist meiner Meinung nach ganz korrekt. Zudem bin ich der Überzeugung, dass „Kaufmanns Quaternität“ dazu entscheidend beitragen kann, die juristische Methode aus einer neuen Sicht zu betrachten und damit tiefer zu verstehen. Daher möchte ich hier ihre Bausteine und Funktionsweise kurz umreißen und meine Kolleginnen und Kollegen bitten, ihre Aufmerksamkeit auf Kaufmanns Rechtsgewinnungstheorie zu schenken.

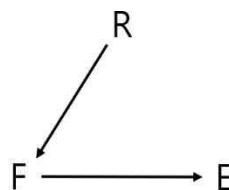
II.

Zunächst wird erklärt, wie Deduktion, Induktion, Analogie und Abduktion ablaufen und wie sicher sie sind. In den folgenden Schemata bedeuten:⁶⁾

R: Regel (Norm)	————→	sicherer Teil des Schlusses
F: Fall	→	unsicherer Teil des Schlusses
E: Ergebnis	◀.....→	Zirkel bzw. Spirale

1. Deduktion

Die Deduktion ist der Schluss vom Allgemeinen auf das weniger Allgemeine, das Besondere. Sie hat die folgende Struktur:⁷⁾



Mit dem berühmten Bohnenbeispiel hat Charles Sanders Peirce die Form der Deduktion folgendermaßen formuliert:

5) Alexy, *Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung*, in: Neumann/Hassemer/Schroth (Fn. 1), S. 47.

6) Kaufmann, *Die Rolle der Abduktion im Rechtsgewinnungsverfahren*, in: Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, S. 353.

7) Kaufmann (Fn. 3), S. 51 ff.; Kaufmann (Fn. 6), S. 353.

Das Bohnenbeispiel von Peirce:⁸⁾

R: Alle Bohnen aus diesem Sack sind weiß (All the beans from this bag are white)

F: Diese Bohnen sind aus diesem Sack (These beans are from this bag)

E: Diese Bohnen sind weiß (These beans are white)

Um die Eigenschaft des deduktiven Schlusses zu veranschaulichen, hat Kaufmann dem Bohnenbeispiel das folgende Beispiel hinzugefügt:⁹⁾

Das Beispiel von Kaufmann:

R: Alle vom Gesetzgeber formal korrekt erlassenen Normen sind Recht

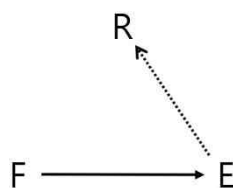
F: Die NS-Rassegesetze sind vom Gesetzgeber formal korrekt erlassen

E: Die NS-Rassegesetze sind Recht

Die Deduktion beginnt bei der Regel und zielt auf das Ergebnis. Bei der Deduktion ist der ganze Schluss sicher; bei den anderen Schlüssen ist nur derjenige Schritt sicher, der der Deduktion entspricht. Der deduktive Schluss ist daher zwingend; jedoch ist er nur analytisch, sodass er nichts Neues erbringt, also unser Wissen nicht erweitert. Die Regel selbst findet man mittels Induktion; es muss bedacht werden, dass die Regel auch autoritativ (durch Macht) festgesetzt sein kann (so beim zweiten Beispiel von Kaufmann).¹⁰⁾

2. Induktion

Die Induktion ist der Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine. Sie hat die Form:¹¹⁾



Das Bohnenbeispiel von Peirce:¹²⁾

F: Diese Bohnen sind aus diesem Sack

E: Diese Bohnen sind weiß

R: Alle Bohnen aus diesem Sack sind weiß

8) Peirce, *Deduction, Induction, and Hypothesis*, The Popular Science Monthly XIII, 1878, p. 472.

9) Kaufmann (Fn. 1), S. 75; Kaufmann (Fn. 3), S. 51.

10) Kaufmann (Fn. 1), S. 75; Kaufmann (Fn. 3), S. 51, 54 f.

11) Kaufmann (Fn. 3), S. 52 ff.; Kaufmann (Fn. 6), S. 354.

12) Peirce (Fn. 8), p. 472.

Das Beispiel von Kaufmann:¹³⁾

F: Die NS-Rassegetze, das BGB, das StGB ... sind vom Gesetzgeber formal korrekt erlassen

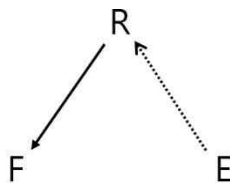
E: Die NS-Rassegetze, das BGB, das StGB ... sind Recht

R: Alle vom Gesetzgeber formal korrekt erlassenen Normen sind Recht

Die Induktion ist ein synthetischer Schluss; sie erbringt neue Kenntnisse und erweitert damit unser Wissen. Je größer die Zahl der Fälle ist, die in die Induktion einbezogen werden, desto sicherer wird die Induktion. Die Induktion ist jedoch nicht zwingend; zwingend wäre sie nur dann, wenn alle Exemplare beobachtet werden, was jedoch in der Tat unmöglich ist. Wie die obige Grafik zeigt, ist der Schritt vom Fall nach Ergebnis sicher, der Schritt vom Ergebnis nach Fall aber nicht. Folglich kann der induktive Schluss zu einem falschen Ergebnis führen – im Bohnenbeispiel ist es möglich, dass es im Sack auch nicht weiße Bohnen gibt.¹⁴⁾

3. Abduktion

Die Abduktion ist der Schluss vom Besonderen über das Allgemeine auf das Besondere. Sie lässt sich so darstellen:¹⁵⁾



Das Bohnenbeispiel von Peirce:¹⁶⁾

E: Diese Bohnen sind weiß

R: Alle Bohnen aus diesem Sack sind weiß

F: Diese Bohnen sind aus diesem Sack (könnte aus diesem Sack sein)

Das Beispiel von Kaufmann:¹⁷⁾

E: Die NS-Rassegetze sind Recht

R: Alle vom Gesetzgeber formal korrekt erlassenen Normen sind Recht

F: Die NS-Rassegetze sind vom Gesetzgeber formal korrekt erlassen (können vom Gesetzgeber formal korrekt erlassen sein)

13) Kaufmann (Fn. 1), S. 76; Kaufmann (Fn. 3), S. 51.

14) Kaufmann (Fn. 3), S. 52, 56 f.; Kaufmann (Fn. 6), S. 354.

15) Kaufmann (Fn. 3), S. 53, 57 ff.; Kaufmann (Fn. 6), S. 357.

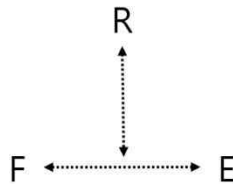
16) Peirce (Fn. 8), p. 472.

17) Kaufmann (Fn. 3), S. 52.

Die Abduktion ist ein Schluss vom Ergebnis über die Regel zum Fall. Wie die Figur illustriert, ist der Schritt vom Ergebnis nach Regel unsicher. Die Abduktion ist also ein riskanter Schluss, dessen erster Schritt schon unsicher ist; sie ist ein gewagter Schluss, der nur problematische Urteile erbringt, sodass sich jederzeit seine Unrichtigkeit herausstellen kann, da die Bohnen doch nicht aus diesem Sack stammen, die NS-Rassegesetze doch nicht korrekt erlassen sind. Wichtig ist dennoch, dass die Abduktion der Induktion vorausgeht und eine Hypothese produziert, die uns hilft, das endgültige Ergebnis zu erarbeiten. Die Abduktion leistet eine erste Orientierungshilfe.¹⁸⁾

4. Analogie

Die Analogie geht vom Besonderen aus und führt dann über das Allgemeine zum Besonderen. Sie verfährt nicht linear, sondern zirkulär (spiralenförmig); ihre Struktur sieht so aus:¹⁹⁾



Das Bohnenbeispiel von Kaufmann:²⁰⁾

F: Diese Bohnen a, b, c sind aus diesem Sack, die Bohnen c, d, e sind ebenfalls aus diesem Sack, und sie sind weiß

R: Alle Bohnen aus diesem Sack sind weiß

E: Die Bohnen a, b, c sind weiß

Das Beispiel von Kaufmann:²¹⁾

F: Die NS-Rassegesetze sind vom Gesetzgeber formal korrekt erlassen; das BGB, das StGB, das HGB ... sind ebenfalls vom Gesetzgeber formal korrekt erlassen, und sie sind Recht

R: Alle vom Gesetzgeber formal korrekt erlassenen Normen sind Recht

E: Die NS-Rassegesetze sind Recht

Anders als Deduktion, Induktion und Abduktion lässt sich die Analogie nicht in linearer Weise darstellen. Sie ist kein logischer Schluss, der lediglich in einer

18) Kaufmann (Fn. 1), S. 76; Kaufmann (Fn. 3), S. 52, 57 f.

19) Kaufmann (Fn. 3), S. 54, 59 ff.; Kaufmann (Fn. 6), S. 354.

20) Da Peirce Analogie nicht behandelt hat, hat Kaufmann selbst dieses Bohnenbeispiel formuliert. Kaufmann (Fn. 1), S. 76.

21) Kaufmann (Fn. 1), S. 76.

Richtung verläuft, sondern ein Vergleich bzw. eine Gleichsetzung, die bei Fall, Regel und Ergebnis zugleich sowie wechselseitig stattfindet und stets gemeinsam mit Deduktion, Induktion und Abduktion auftritt. Zu beachten ist, dass die Analogie kein „Niveauschluss“, also kein Fallvergleich ohne Regel, sondern ein Vergleich zwischen Fall und Ergebnis unter der Regel (*Tertium Comparationis*) ist. Je nach der Wahl des *Tertium Comparationis* können entgegengesetzte Ergebnisse erfolgen. Das heißt: Wo Analogie möglich ist, ist Umkehrschluss (*Argumentum e Contrario*) auch immer möglich. Denn alle Dinge sind einander sowohl gleich (ähnlich) als auch ungleich (unähnlich). Deswegen können Fall und Ergebnis zu Unrecht gleichgesetzt werden; dunkle Bohnen mit weißen, die NS-Rassegesetze mit Recht. Insofern ist Analogie noch unsicherer als Induktion und Abduktion. Wie man der Grafik entnehmen kann, ist bei der Analogie alles unsicher; kein Schritt entspricht der Deduktion. Aber ohne Analogie, bei der es darauf ankommt, von der Übereinstimmung in einigen Merkmalen zur Übereinstimmung auch in unbekannten anderen Merkmalen zu schließen, kann man nicht ins Unbekannte vorstoßen.²²⁾

III.

In der zeitgenössischen Methodenlehre, wie Kaufmann betont, ist die Auffassung kaum mehr haltbar, dass die Subsumtion des Falles unter eine Norm das einzige oder das wichtigste Mittel zur Rechtsgewinnung ist. Im Prozess der Rechtsgewinnung findet allerdings immer die Subsumtion (Deduktion) statt. Bevor aber die Subsumtion stattfindet, müssen zunächst einmal die Prämissen des deduktiven Schlusses gewonnen sein.²³⁾ Das Verfahren, in dem solche Prämissen gewonnen werden, erläutert Kaufmann vor allem mit dem „Salzsäurefall“ des BGH (BGHSt 1, 1) wie folgt:

Salzsäurefall des BGH:

Der Täter hat einer Kassiererin, die auf einer Sparkasse einen größeren Geldbetrag einzahlen sollte, verdünnte Salzsäure ins Gesicht geschüttet und ihr dann die Geldtasche entrissen, die sie unter dem offenen Mantel trug. Dabei hat der BGH die Frage gestellt, ob Salzsäure hier als „Waffe“ im Sinne des schweren Raubes nach § 250 StGB a.F. angesehen werden kann – und er hat sie bejaht.²⁴⁾

Die Feststellung, ob im obigen Fall Salzsäure eine Waffe ist, kann nicht allein

22) Kaufmann (Fn. 3), S. 52, 59 f.

23) Kaufmann (Fn. 3), S. 1 ff.; Kaufmann (Fn. 6), S. 349.

24) Kaufmann (Fn. 3), S. 9, 11.

durch die Subsumtion erfolgen. Denn nach dem Wortlaut des § 250 StGB a.F. sowie nach dem möglichen Wortsinn von „Waffe“ ist Salzsäure keine Waffe. Auf die Frage, ob hier Salzsäure eine Waffe im Sinne des § 250 StGB a.F. ist, kann man nur dann stoßen, wenn man das Geschehen als einen möglichen Fall des schweren Raubes „vorversteht“. Vorversteht man das Geschehen anders, beispielsweise als versuchte Tötung, dann kommt es nicht in Betracht, ob Salzsäure eine Waffe ist.²⁵⁾ Dies zeigt offensichtlich, dass die Interpretation des Gesetzes und die Feststellung des Sachverhalts untrennbar und zirkulär sind. „Die Gestaltung einer Gesetzesnorm zu einem Tatbestand (Interpretation) geschieht am Fall, die Gestaltung des Falles zu einem Sachverhalt (Konstruktion) geschieht an der Gesetzesnorm.“²⁶⁾ Um die Frage zu beantworten, ob Salzsäure unter Waffe im Sinne des schweren Raubes subsumiert werden kann, muss man zuerst den Obersatz (Tatbestand) und den Untersatz (Sachverhalt) des deduktiven Schlusses gewinnen.²⁷⁾

1.

Der Obersatz enthält die Herstellung der sogenannten konkreteren Norm, nämlich des Tatbestands, der die schon im Hinblick auf den Fall konkretisierte Norm (Fallnorm) darstellt. Logisch ist die Herstellung des Obersatzes eine Induktion; mittels der Induktion sucht man die Regel („Alle Fälle des schweren Raubes sind Raub mittels Waffen“). Weil es indessen praktisch unmöglich ist, alle Exemplare (alle möglichen Fälle von schwerem Raub) zu beobachten, ist die vollständige Induktion auch unmöglich. Die Induktion kann insoweit zu einem falschen Ergebnis führen; nicht alle Fälle, in denen beim Raub gefährliche Mittel angewendet werden, sind de lege lata Fälle des schweren Raubes.²⁸⁾

2.

Die Herstellung des Untersatzes erfolgt durch Fallvergleich. Der zweifelhafte Salzsäurefall, der gelöst werden soll, wird hier mit Fällen verglichen, bei denen es zweifellos um Waffen geht (Gewehr, Pistole, Revolver, Handgranate usw.). Dabei wird geprüft, in welchen Merkmalen Salzsäure mit eindeutigen Waffen übereinstimmt und in welchen nicht. Der Fallvergleich geschieht immer in der Weise, dass das weniger Bekannte mit dem Bekannteren verglichen wird – und dann: Aufgrund der übereinstimmenden Merkmale wird das weniger bekannte Merkmal mit dem bekannteren gleichgesetzt; aufgrund der nicht übereinstimmenden Merk-

25) Kaufmann (Fn. 1), S. 89; Kaufmann (Fn. 3), S. 74, 86.

26) Kaufmann (Fn. 3), S. 75.

27) Kaufmann (Fn. 3), S. 74 f.; Kaufmann (Fn. 6), S. 349.

28) Kaufmann (Fn. 3), S. 56; Kaufmann (Fn. 6), S. 354 f.

male wird das weniger bekannte Merkmal mit dem bekannteren nicht gleichgesetzt.²⁹⁾

Der weniger bekannte Fall – Raub mittels Salzsäure (Fall 2) – wird mit den bekannteren Fällen – Raub mittels Gewehre, Pistolen usw. (Fall 1) – verglichen, und zwar unter dem Vergleichspunkt (Tertium Comparationis). Der Vergleich des weniger Bekannten mit dem Bekannteren ist Analogie. Sie ist, wie gesehen, unsicher und riskant, denn alles Irdische ist einander sowohl gleich als auch ungleich, sodass bei Fallvergleich statt Analogie immer auch der Umkehrschluss möglich ist. Die Gültigkeit der Analogie hängt wesentlich von der Wahl des Vergleichspunkts ab, also von den Merkmalen, die verglichen werden; diese Wahl beruht vorwiegend nicht auf einer rationalen Erkenntnis, sondern überwiegend auf Dezision und somit auf Ausübung von Macht, was allermeist unreflektiert geschieht. Bei der Analogie, wie gesagt, können entgegengesetzte Ergebnisse resultieren: Vergleicht man unter dem Gesichtspunkt „Waffen sind gefährlich“ den Fall 2 mit dem Fall 1, dann kann man so feststellen, dass Fall 2 mit Fall 1 übereinstimmt; vergleicht man demgegenüber unter dem Gesichtspunkt „Waffen sind mechanisch“ den Fall 2 mit dem Fall 1, kann man daraus schließen, dass Fall 2 (chemisch) mit Fall 1 (mechanisch) nicht übereinstimmt.³⁰⁾

3.

Die Herstellung des Obersatzes erfolgt durch die Induktion; die Herstellung des Untersatzes durch Analogie. Genauer gesagt: Die induktive Ermittlung des Tatbestands kann nur in Bezug auf den Fall geschehen; der Fallvergleich nur in Bezug auf eine bestimmte Norm. Wenn man den Salzsäurefall als eine versuchte Tötung ansieht, dann würden Ober- und Untersatz der Subsumtion erheblich anders aussehen als bei Annahme eines möglichen schweren Raubes. „Die Aufbereitung des Falles an der Norm zu einem Sachverhalt und der Norm am Fall zu einem Tatbestand (konkretere Norm) geschieht wechselbezüglich aneinander im Modus des Zugleich“.³¹⁾ Wenn man durch dieses ständige „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“³²⁾ entschieden hat, ob Salzsäure mit Waffe im Sinne des § 250 StGB a.F. gleichgesetzt wird oder nicht,

29) Kaufmann (Fn. 6), S. 350.

30) In der Tat hat der BGH den Fall 2 mit dem Fall 1 gleichgesetzt; er ist davon ausgegangen, dass Fall 2 mit Fall 1 übereinstimmt in einigen Punkten (Raub, gefährlich, die Absicht, Widerstand zu verhindern). Im Gegensatz dazu hat die herrschende Lehre Salzsäure auch bei solchem Gebrauch nicht als Waffe erachtet, da sie es für verbotene Analogie gehalten hat, hier Salzsäure mit Waffe gleichzusetzen. Der Gesetzgeber hat das BGH-Urteil für fehlerhaft angesehen, aber die Verwendung der Salzsäure beim Raub für strafwürdig im Sinne des § 250 StGB a.F. Folglich hat er den § 250 StGB entsprechend geändert. Kaufmann (Fn. 3), S. 71; Kaufmann (Fn. 6), S. 354 f.

31) Kaufmann (Fn. 6), S. 351.

32) Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl., 1963, S. 15.

dann ist die Deduktion ein einfacher und zwingender Schluss.³³⁾

4.

Bisher haben wir gesehen, wie beim Verfahren der Rechtsgewinnung Ober- und Untersatz des Subsumtionsschlusses durch Induktion und Analogie gebildet werden und wie es mit der Deduktion endet. Dennoch bleibt es noch ein Problem. Wie beginnt dieses Verfahren? Es ist klar, dass man mit einem Fall beginnen muss – aber: Mit was für einem Fall soll man anfangen? Wie kann man auf die Idee kommen, dass der Salzsäurefall ein Fall von schwerem Raub sein könnte?³⁴⁾

Dass Vorurteile Bedingungen des Verstehens sind, hat Hans-Georg Gadamer verdeutlicht. Alles Verstehen beginnt mit einem „hermeneutischen Vorurteil“.³⁵⁾ Dies gilt auch für das Rechtsverstehen. Ohne Vorurteil bzw. Vorverständnis können wir nicht wissen, in welcher Richtung wir den Fall ermitteln und die Beweise erheben sollen. An eine Sache, die wir verstehen wollen, gehen wir nicht mit Unkenntnis heran, was sie bedeuten könnte, sondern immer mit Vorverständnis, was wir bei ihr zu finden trachten. Das Vorverständnis dient als Ansatzpunkt für die Rechtsgewinnung. Seine logische Struktur ist zwar noch nicht ausreichend erklärt worden. Klar ist aber, dass sie weder Induktion noch Deduktion entspricht.³⁶⁾

Im späten 19. Jahrhundert hat Peirce herausgefunden, dass es neben Deduktion und Induktion noch einen dritten logischen Schluss gibt, der der Induktion vorausgeht – nämlich: Abduktion.³⁷⁾ Während die Deduktion das Herleiten von der Regel ist und die Induktion das Hinleiten zur Regel, ist die Abduktion das Ableiten über die Regel. Die Abduktion geht also vom Ergebnis aus und bildet damit eine Regel, die den Fall erklären kann. Sie produziert also eine Hypothese: Im Salzsäurefall könnte es um einen schweren Raub gehen, wenn man Salzsäure bei diesem Gebrauch als Waffe im Sinne des § 250 StGB a.F. anzusehen ist. Da aber die Abduktion ein unsicherer und riskanter Schluss ist, ist auch die von ihr gebildete Hypothese unsicher und nur vorläufig. Daher muss man im Verfahren der Rechtsgewinnung ständig überdenken, ob man die Hypothese noch korrigieren muss.³⁸⁾ Dennoch braucht man sie unbedingt, um einen Ausgangspunkt zur Rechtsgewinnung zu finden.³⁹⁾

33) Kaufmann (Fn. 6), S. 352.

34) Kaufmann (Fn. 6), S. 355.

35) Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 1986, S. 270 ff.

36) Kaufmann (Fn. 6), S. 356 f.

37) Peirce (Fn. 8), p. 470.

38) Vgl. Fn. 30.

39) Kaufmann (Fn. 6), S. 356 ff.

IV.

Kaufmann hat plausibel dargestellt, dass das Verfahren der Rechtsgewinnung aus den vier Bausteinen besteht: zuerst Abduktion, dann zugleich Induktion und Analogie, und zuletzt Deduktion.⁴⁰⁾

Verfahren der Rechtsgewinnung bei Kaufmann:

Abduktion → Induktion + Analogie → Deduktion

1. Abduktion: Herstellung von Hypothesen
2. Induktion: Herstellung von Obersatz des Schlusses
Analogie: Herstellung von Untersatz des Schlusses
3. Deduktion: Schlussfolgerung

Das Verfahren der Rechtsgewinnung beginnt immer mit dem Vorverständnis, nämlich mit der Abduktion, die ein unsicherer und riskanter Schluss ist. Dabei sollen wir uns stets überlegen, ob wir die von der Abduktion aufgestellte Hypothese noch korrigieren sollen. Induktion und Analogie, die den Ober- und den Untersatz der Subsumtion bilden, beinhalten Unsicherheit, wo sich die „Einfallstore für Dezision, Macht und Willkür“⁴¹⁾ befinden. Wie Kaufmann hervorhebt, sollen wir uns stets bewusst sein, in welchem Schritt wir uns genau befinden und wie sicher ein solcher Schritt ist, wenn wir die Rationalität der juristischen Methodenlehre sichern wollen.⁴²⁾

Dass die Rechtsgewinnung bisher unbedacht, also ohne eine wissenschaftlich fundierte Methode praktiziert worden ist, hat Kaufmann aufgedeckt.⁴³⁾ Unsichere, irrationale Schritte im Rechtsgewinnungsverfahren, die nicht völlig eliminiert werden können, müssen wir möglichst genau lokalisieren und möglichst vernünftig reflektieren. Kaufmann betont mit Nachdruck: „Die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft kann nur in einer rationalen Analyse des nicht allenthalben rationalen Rechtsgewinnungsverfahrens liegen.“⁴⁴⁾ Dem ist nichts hinzuzufügen.

- **Key Words:** Abduktion, Induktion, Analogie, Deduktion, Arthur Kaufmann, Juristische Methodenlehre

40) Kaufmann (Fn. 6), S. 358.

41) Kaufmann (Fn. 3), S. V; Kaufmann (Fn. 6), S. 353.

42) Kaufmann (Fn. 6), S. 358.

43) Kaufmann (Fn. 6), S. 360.

44) Kaufmann (Fn. 3), S. 42.

[Literaturverzeichnis]

- Engisch, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl., 1963.
- Gadamer, H.-G., *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 1986.
- Kaufmann, A., *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 1997.
- Kaufmann, A., *Das Verfahren der Rechtsgewinnung – Eine rationale Analyse: Deduktion, Induktion, Abduktion, Analogie, Erkenntnis, Dezision, Macht*, 1999.
- Kaufmann, A., *Die Rolle der Abduktion im Rechtsgewinnungsverfahren*, in: Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), *Grundfragen staatlichen Strafans. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, S. 349 ff.
- Kim, Y.-W., *Die personale Rechtslehre von Arthur Kaufmann*, *Hanyang Law Review* 26 (4), 2009, S. 49 ff.
- Liu, S.-I., *Arthur Kaufmanns „Dritter Weg“ zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus. Eine Skizze*, in: Neumann/Hassemer/Schroth (Hrsg.), *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns. Tagung 10. bis 11. Mai 2003 in München*, 2005, S. 39 ff.
- Peirce, C. S., *Deduction, Induction, and Hypothesis*, *The Popular Science Monthly* XIII, 1878, pp. 470-482.

[국문초록]

아르투어 카우프만의 법획득이론 개관 - 가추, 귀납, 유추, 연역의 사중주 -

안수길*

법철학자이자 형법학자인 아르투어 카우프만(Arthur Kaufmann, 1923~2001)은 법철학과 법학방법론을 준별하는 기존의 통념을 거부했다. 종래에는 “법의 내용은 무엇이나?” 하는 문제와 “법을 어떻게 인식하느냐?” 하는 문제를 구분하고서 전자는 법철학에, 후자는 법학방법론에 배정했다. 이에 의하면 법학방법론은 실정법을 형식논리적으로 해석·적용하는 데 주력하게 된다. 즉, 법학방법론은 실정법(대전제)의 의미를 해석하고 이를 현실에서 발생한 법적 사건(소전제)에 적용해서 법적 결론(포섭추론)을 도출하는 데 집중하게 된다. 그러나 카우프만은 법이념(당위)과 법현실(존재)을 그렇게 따로따로 다루어서는 안 되고 둘을 동시에 서로 접근시키면서 둘이 상응(수렴)하는지를 따져야만 비로소 합당한 법적 결론을 도출할 수 있다(법을 획득할 수 있다)고 주장했다. 그리고 이 주장을 구현하는, 새롭고 역동적인 법학방법론 체계를 세웠다.

이러한 카우프만의 법학방법론[법획득이론(Rechtsgewinnungstheorie)]에서 관건이 되는 것은 역시 법이념과 법현실을 어떻게 서로 접근시킬 것이냐, 둘이 상응하는지는 어떻게 판단할 것이냐 하는 물음이다. 이 물음 앞에서 카우프만은 네 가지 요소를 제시한다. 바로 가추, 귀납, 유추, 연역이다. 이들 네 요소는 카우프만의 법학방법론 체계 안에서 긴밀하게 상호 작용하면서 법을 획득하는 데 기여한다. 요약해서 말하자면, 법적 사건이 발생한 때에 카우프만의 법획득이론은 다음과 같이 작동한다. (1) 가장 먼저 가추가 출동해 사건의 해결 방향을 정하는 가설을 형성하고, (2) 이에 기해 귀납과 유추가 협업하면서 포섭추론의 대전제와 소전제를 구성하면, (3) 마지막에 연역이 포섭추론을 해 사건을 해결한다(가추 → 귀납 + 유추 → 연역).

본고에서 필자는 가추, 귀납, 유추, 연역으로 구성된 카우프만의 법획득이론을 개괄하고 이 이론이 구현되는 절차를 독일의 실제 사건을 소재 삼아 소묘했다. 이어서 카우프만의 법획득이론이 지금까지 통용되어 온 법학방법론에는 맹점이 있음을 드러내며 그 맹점을 성찰하고 축소하는 데 유익하다는 의견을 피력했다.

카우프만이 지적했듯이, 법을 획득하는 과정이 전적으로 확실하게 진행되거나 철저하게 합리적으로 진행되는 경우는 사실상 전무하다고 할 수 있다. 거의 모든 경우, 법을 획득하는 과정에서는 옳게 합리적으로 해소할 수만은 없는 불확실한 단계를 거칠 수밖에 없다. 그러므로 법을 획득하는 과정 가운데 어느 부분이 불확실하고 비합리적인지를 정밀하게 확인하고 그러한 부분을 냉철하게 검토할 필요가 있다. 법학(방법론)이 학문일 수 있으려면, 법획득절차에 내재하는 불확실성과 비합리성을 외면하거나 은폐해서는 안 된다. 법학의 학문성은, 카우프만이 역설했듯이, 그러한 불

* 명지대학교 법학과 부교수, 법학박사

확실성과 비합리성을 확실하게 포착하고 합리적으로 분석할 때에만 비로소 확보될 수 있다.

■ **주제어:** 가추, 귀납, 유추, 연역, 아르투어 카우프만, 법학방법론

「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 원문 파일을 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
- ① 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 수정 후 재심사(차호 게재), 게재 불가로 구분한다.
- ③ 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. 07. 31.

개정 2022. 03. 31.

제1조(투고자격)

- ① 국내외 대학 전임교수
- ② 법률 분야의 종사자
- ③ 대학원생으로서 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 원고일 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) 원고는 온라인 논문투고 및 심사시스템(<http://kyobo160.medone.co.kr/html>)에 제출하며, 논문투고에 관한 문의는 명지대학교 법학연구소로 한다.

- 주소: (03674) 서울시 서대문구 거북골로 34 명지대학교 법학연구소
- 이메일: lawresearch@mju.ac.kr
- 전화: 02-300-0805
- 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 온라인 논문투고 및 심사시스템, 전자메일 등을 통해 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.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2022년 4월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리규정

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.

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

제5조 (회의)

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

제6조 (연구부정 행위 조사)

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

제7조 (위원회의 권한과 책무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에는 혐의 사실을 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 기피 신청된 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 찬성과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.
- ② 연구부정 행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
 1. 연구부정 논문의 게재취소
 2. 연구부정 논문의 게재취소사실의 공지
 3. 회원자격의 박탈 또는 정지
 4. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 집수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
- ④ 위원회는 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를 하거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있다.

제11조(결과의 통지)

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

제12조(재심의)

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

제13조(비밀유지의 의무 등)

- ① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 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, 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 심의·의결·조사 기타 조사과정에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

제14조(경비)

위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 원고작성 지침

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

다 음

1. 원고 작성의 원칙

- 1) 원고는 워드 프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 온라인 논문투고 및 심사시스템(<http://kyobo160.medone.co.kr/html>)에 제출하며, 워드 프로세서는 [한글] 프로그램 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 원고 작성 양식은 다음과 같다.

- 9) 목차의 순서는 다음과 같다.
 - I. 로마숫자 (가운데 정렬)
 - 1. 아라비아 숫자
 - (1) 괄호 숫자
 - 가. 한글 가, 나, 다
- 10) 공동 연구논문인 경우에는 공동 연구자 성명에 *로 각주표시를 한 후 해당 각주

에 책임연구자와 연구자를 각각 기재한다.

11) 각주의 표기는 다음과 같다.

- 저서 인용: 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.
 - 한글 및 일본어, 중국어 저서일 경우, 책명을 「」으로 표시한다.
 - 영어 및 독일어 등 서양문헌인 경우 책명을 이탤릭으로 표시한다.
- 정기간행물 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제○○권 ○호(년도), 면수.
 - 영어 및 독일어 등 외국잡지일 경우 저자명, “논문제목”, 「논문집명」. 권호, 연월, 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.

12) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정

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

13) 문단모양

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

14) 글자모양

- 서체: 신명조, 자간: 0, 장평: 100, 크기: 10

15) 참고문헌은 저자명, 저서명 또는 논문 제목, 출판사 또는 학술지명 및 권호, 발간 연도의 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 이윤제(명지대학교 법학과 교수)
위원 권건보(아주대학교 법학전문대학원 교수)
노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)
선정원(명지대학교 법학과 교수)
송재일(명지대학교 법학과 교수)
신영수(경북대학교 법학전문대학원 교수)
최병천(전남대학교 법학전문대학원 교수)
홍명수(명지대학교 법학과 교수)

간사 안수길(명지대학교 법학과 교수)
편집보조인 홍채원(명지대학교 법학연구소 교육조교)

明知法學 (제24권 제1호)

=====

2025년 07월 31일 발행

발행인: 이 윤 제
발행처: 명지대학교 법학연구소
주 소: 서울특별시 서대문구 거북골로 34
전 화: (02)300-0805, FAX: (02)300-0804

=====

* 이 책의 무단복제·복사·전재를 금함

ISSN 1229-7585

板 權
所 有