

그림자규제 법제 개선방안 연구

그림자규제의 책임관리를 위한 법제 개선방안 연구

성승제

KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE



그림자규제 법제개선방안 연구 - 그림자규제의 책임관리를 위한 법제 개선방안 연구 -

A Study on Improvement of Shadow Regulations

연구책임자 : 성승제 (연구위원)
Seong, Seoung Je

2019. 10. 31.

연 구 진

연구책임 성승제 연구위원

심의위원 김윤정 연구위원

조용혁 부연구위원

이재훈 부연구위원

권종호 건국대학교 법학전문대학원 교수

요 약 문

I. 배경 및 목적

▶ 2010년대 초반 그림자규제의 폐해에 대한 고발이 분출됨

- 보험회사들의 막무가내 식 영업에 대한, 금융감독원의 시정을 위한 행정지도가 거듭되었었음
 - 기업 자율규제조직이어야 할 금융감독원이 위압적 행정지도
 - 금융감독원이나 보험회사들 행위들 모두 시정되어야 하였으나,
- 기업이익단체가 금융감독원의 강압적인 행정지도를 고발하는 보고서를 발간하면서,
 - 기업이익단체의 총공세가 시작되었고, 보험회사들의 행위는 잊혀졌음

▶ 규제 개선은 매우 중요함

- 민주주의의 적법절차가 수호되는 가운데
- 적절한 통지와 청문 절차가 병행되면서
- 합리적으로 산출된 유용한 통계의 자유자재 활용과 인접 사회과학의 연구성과가 법학에 반영되는 것이 좋음

II. 주요 내용

▶ 그림자규제, 보이지 않는 규제, 숨은 규제

- 용어가 중요하다고 할 수 없으며, 유사한 사용 용례를 일컫는 단어들이
- 간접민주주의이지만, 법치주의의 회복과 민주주의의 보장이 더 잘 실현되도록 하는 것을 목표로 하여야 함
- 신공공관리론과 신거버넌스론을 소화한, 과학적 신자유주의의 기반에 입각한 스마트 규제

▶ 대의민주주의 하에서 폭증하는 국회 입법활동을 고려한다면, 독립규제위원회 또는 독립규제행정청의 육성과 활약이 필요

III. 기대효과

- 규제개혁에 대한 올바른 방향을 지향하는데 필요한 자료 제공
- 그림자규제나 보이지 않는 규제가 발생하는 배경 즉 자율규제기관의 정상작동이 필요하다는 자료 제공, 또는 독립규제위원회의 역할에 대한 자료 제공
- 향후 법률 개정에 대한 안내 또는 개정 수요에 대한 대응 자료 제공

▶ 주제어 : 그림자규제, 보이지 않는 규제, 숨은 규제, 규제개선, 독립규제행정청

Abstract

I. Backgrounds and Purposes

- ▶ In the early 2010s, the accusation of shadow regulation was erupted.
 - Repeated administrative guidance for the Financial Supervisory Service's corrective actions on insurer companies
 - Financial Supervisory Service, which should be a corporate self-regulatory organization, overwhelming administrative guidance
 - All acts of the FSS or insurance companies had to be corrected,
 - As a group protecting corporate interests publishes a report accusing the council of financial supervision,
 - The general offensive of organizations protecting corporate interests began, and the actions of insurance companies were forgotten

- ▶ Improved regulation is very important
 - With the due process of democracy protected
 - With proper notice and hearing procedures
 - It is better to use rationally calculated useful statistics and to reflect the research results of adjacent social sciences in law.

II. Major Content

- ▶ Shadow regulation, invisible regulation, hidden regulation
 - Terminology is not important, but words refer to similar uses
 - Indirect democracy, but aims to make the restoration of rule of law and the guarantee of democracy better realized
 - Smart regulation based on scientific neo-liberalism that embodies new public management theory and new governance theory

- ▶ Considering parliamentary legislative activity exploding under representative democracy, the development and efforts of the Independent Regulatory Commission or the Independent Regulatory Administration are necessary.

III. Expected Effects

- Providing the data needed to direct the right direction for regulatory reform
 - Providing the background on which shadow regulation or invisible regulation occurs, that is, the normal operation of autonomous regulators, or the role of the Independent Regulatory Commission.
 - Providing guidance on future revisions or responding to demand for revisions
-
- ▶ **Key Words** : Shadow regulation, invisible regulation, hidden regulation, regulation improvement, Independent Regulatory Administration

요 약 문	5
Abstract	7

제1장 서론 / 13

제1절 연구의 목적	15
제2절 연구의 범위와 방법	17

제2장 그림자규제 논의의 정립 / 19

I. 그림자규제	21
II. 별개의 개념, ‘새도우 बैं킹’	23
III. 중첩적 개념, ‘보이지 않는 규제’	25
1. 의 의	25
2. 그림자규제 는 보이지 않는 규제	26
3. 사례1 : 보험민원감축 표준안	26
4. 사례2 와 사례3 : 보험금 미지급과 변액보험사건	29
5. 사례 4 : 구두 행정지도를 추종한 결과 담합처벌	37
6. 사례 5 : 증권회사 건전성 규제	37
7. 사례 6 : 보험사 지급여력비율 보험업법 기준의 2배 적용	38
8. 소결 : ‘그림자규제론’은 전경련의 총공세로 오도된 개념	39
IV. 규제 실패사례와 규제 필요배경	40
1. 독일의 맥주순수령	40
2. 규제 필요성 : 또 다른 배경적 고찰: 규제와 시장자율의 역사적 연원	42

3. 시장의 형성을 위한 Gate Keeper	45
4. 저신뢰사회	51
V. 일 본	55
1. 서	55
2. 행정지도의 특징과 이에 대한 규율내용	56
3. 통달(通達)에 관하여	61
4. 규제와 관련된 통지 및 통달 등의 분류의 예시	62
5. 금융청의 금융기관에 대한 각종 감독지침	64
6. 공정거래위원회의 소관법령과 가이드라인	66
7. 소 결	69

제3장

그림자규제의 민주적법치질서 승화 / 71

I. 정치조직과 규제	73
1. 대의민주주의	73
2. 국회 입법활동의 극적인 확대	74
3. 대의제와 입법 정당성 그리고 규제	77
4. 행정부와 규제개혁	79
5. 정부 연대별 규제개혁	91
II. 규제 문제의 대두	97
1. 법학의 현실 적응노력과 규제 양산	98
2. 법학의 대응 노력들	99
3. 행정청의 규칙제정	100
4. 신자유주의와 신공공관리론: 민영화와 민간의 의사결정 참여	102

Ⅲ. 통지와 청문 104

- 1. 참여와 협력의 구현 104
- 2. 도입된 규제행정청 또는 독립규제위원회의 현실 105
- 3. 실제적효율보다 절차적정당성 106
- 4. 적법절차 107
- 5. 통지와 청문 108

제4장 결론 / 111

참고문헌 117

부 록	129
1. 금융분야에 있어 그림자 규제와 관련한 논의	132
■ 금융규제 운영규정	132
■ 금융회사의 핀테크 투자 등에 관한 가이드라인	150
■ 금융권 개인신용평가 관련 행정지도	157
2. 비금융 분야에서의 그림자 규제	159
■ 상표 소비자 인지도조사 방법 가이드라인	159
■ 공정 채용 가이드북	162
■ 부실학술활동 예방을 위한 권고사항	163
■ 공공분야 갑질 근절을 위한 가이드라인	171
■ 「유선분야 판매점 사전승낙제」 가이드라인	172
■ 행정·공공기관 민간 클라우드 이용 가이드라인	179
■ 인터넷쇼핑몰업자의 판매촉진비용 부담전가 행위에 대한 위법성 심사지침	184
■ 농축산업 표준근로계약서 가이드라인	204
■ 농업분야 외국인노동자 근로환경 개선을 위한 업무처리 지침	210
■ 학교시설 석면 해체·제거 안내서	214
■ 기업담당자를 위한 제품 환경성 표시 광고 길라잡이	215
■ 환경 관련 표시·광고에 관한 심사지침	216
■ 대기업 상표관리 정상화를 위한 특허청 상표심사지침 발표	227

Korea
Legislation
Research
Institute

제1장

서론

제1절 연구의 목적

제2절 연구의 범위와 방법

제1장

서론

제1절 연구의 목적

규제 개선의 움직임은 다양하고도 그것을 요청하는 목소리가 매우 높다. 그런데 한국에서 규제의 생성에 대한 관찰은 일부 왜곡된 측면이 있다. 규제는 왜 생성되었는가. 규제는 국가와 행정부의 팽창과 역할의 확대에서 기인한 점이 있다. 행정의 집행이란 측면에서 규제는 생성되고 누적될 가능성이 크다. 이에 대하여 주요 선진국들의 입장은 규제를 다른 관점에서 바라보는 측면이 있다. 다시 말하면 한국에서 규제를 바라보는 관점은 정확하지 않을 수도 있다는 말이다. 잘 알려져 있다시피 국민의 수와 규모의 확대, 그리고 민주국가 정체성의 확대는 간접민주주의를 향하게 하였다. 간접민주주의는 필연적으로 국민의 소외를 불러오는가. 주요 선진국은 한 개의 누수도 없고자 노력해 왔다고 설명할 수 있다. 여타 사회과학과 법학을 결합시키려고 노력해왔다.

규제 특히 ‘그림자규제’나 ‘보이지 않는 규제’로 표현되는 법과 권유의 중간 영역에 존재하는 ‘숨은규제’ 류는 주로 행정부의 업무와 유관할 가능성이 높다고 할 수 있다. 행정부도 규제의 최적화를 하기 위해 노력하고 있다. 이것은 더 나은 규제better regulation을 하겠다는 진단으로 표명화된다. 규제의 객체 중 가장 반응도가 높은 집단은 기업이라고 볼 수 있겠다. 기업 특히 대규모기업집단은 규제를 비난하면서도 규제의 혜택을 누리려는 집단이기도 하다. 대규모기업집단 또는 이들의 연합한 대변자는 자체 보유한 전문적 역량과 싱크탱크를 동원하여 원하는 규제를 이끌어내는 능력을 발휘하기도 한다.

규제의 생성과 전개에 대한 배경에 대한 원인과 결과의 관계를 놓치면, 이해에 곤란을 줄 수 있다. 영미법상 국가들에서 규제라 함은 폭증하는 정부 역량과 역할과 권한에 대하여 시민사회의 참여와 협력이 수반되도록 정정하는 역할을 하여 왔다. 일방적인 기업과 자본의 이익을 반영함으로써 시민을 소외시키는 그러한 현상을 신자유주의라고 이해한다면 그것은 오해이고 착각에 가까울 수 있다. 비유하자면 고전경제학적 이해나 관점 하에 19세기 주요선진국 등 선진산업국가들에서 나타난 참극을 수정자본주의¹⁾의 기초하에 사회적 병리를 적절히 개선하는데 활용하였던 경험과 같다고 볼 수 있다.

그럼에도 한국의 신자유주의 논란은 이해를 오도하는 원인을 제공하는 측면이 있다. 한국의 신자유주의적 수용의 입장과 규제 발생의 현황은 기업과 자본의 이익에 봉사하며 시민의 법치주의적 참여와 협력의 길을 차단하는 길로 나아가고 있는 것이 아닌가 하는 의심을 일정부분 갖게 할 수 있는 상황이라고 생각된다.

법령의 형태를 취하지 아니하고 그리하여 법적 취급에서 벗어나는 형태의 규제를 비정규적 규제라고 일단 명명한다. 비정규적 규제는 국제관계에서도 많은 영향이 있다. 미국 대통령의 최근 행정명령에 의한 국경폐쇄는 잘 알려진 일이고, 일본의 최근 대한국 반도체 소재 수출규제 움직임도 행정지도로서 현실화될 예정인 것 같다. 일본의 경우 행정지도가 공식문건으로 취급된다는 점이 특이하다. 이 두 나라의 입법례를 살펴본다.

비정규적 규제에서 중요성을 더하는 것은 법치주의의 복원이다. 이는 참여와 협력의 문제로도 표현할 수 있을 것 같다. 잘 알려져 있다시피 비정규적 규제들은, 법률과 명령의 형태를 취하지 아니한 방식과 유형들이 많다. 따라서 시민들에 대한 공지와 정정 등이 보장되도록 하는 법치주의의 귀환은 중요한 쟁점이 되어야 할 것이다.

이를 주된 기초로 하여 연구를 진행하고자 한다.

1) 이 수정자본주의는 법제도적으로는 경쟁법, 노동법, 사회법의 생성과 심지어 기본법률들에게도 큰 영향을 끼치게 되고, 이를 통칭하면 1900년 이후 불어닥친 2차 법운동에서 제도적으로 반영되었음은 잘 알려져 있다(반어적으로 1차 법운동은 프랑스 대혁명 와중에서 편찬된 근대법을 지칭한다).

제2절 연구의 범위와 방법

규제는 여러 학문들이 동시에 깊은 관심을 기울이는 민감하고도 중요한 주제라고 할 수 있다. 각각의 학문마다 중요성의 인식은 같지만 중시하는 견해와 초점은 달리 잡을 수 있다. 법학적 견지에서 규제는 왜 중요할 수 있을까. 이 보고서는 그 문제를 주의깊게 파악해보려고 노력하였다. 규제로 집계된 총 건수들을 고려한다면 주로 경제 문제에 대한 규제가 상당부분을 점하고 있다. 인간이 사회적 동물이라고 하지만, 개별 인간들에게 그의 생존은 그 어떤 다른 욕구보다도 앞서는 절대적인 본능에 해당하는 요건일 것 같다. 오늘날의 법제도가 보장하고 있는 기본적 제도들은 실상 생산양식에 대하여 규정하고 있다. 우리의 생산양식을 규정하고 그 작동을 보호하려는 것이 법학의 중요한 임무라고 볼 수 있다. 규제로 집계된 것 중에 경제에 해당하는 비중이 상당히 높은 것 또한 그와 연결될 수 있다. 고도로 발전한 산업사회에 살고 있는 우리는 생존이 경제라고 하는 등식에는 아마도 동의하기 힘들어 할 수도 있다. 후기현대산업사회 또는 성공적인 발전의 역사를 써 온 한국에서의 우리에게 생존 그 자체가 경제라기에는 빈궁하던 시절과 달리 받아들여질 수 있다. 하지만 어느 시대에 존재하건 경제는 생존일 수 있다. 잘 알려져 있다시피 경제를 뜻하는 영어 어휘 이코노미는 그리스어 살림살이를 의미하는 오이쿠메네에서 기원한다. 다종다양한 인간의 행위 중에서도 제일 복잡다기해지는 영역이 경제이기도 하다. 인간의 이익을 좇는 행위는 무수하게 발전과 변화를 해 나가기 때문이기도 하다. 자율규제의 영역이 영국 미국 등 세계의 산업을 좌지우지하여 온 나라들일수록 넓다. 금융과 증권과 그것을 검증하는 수문장 역할을 하는 사회적감시자들(Gatekeeper)도 자율적으로 조직화하고 경제활동의 관문 역할을 하면서 성장해 왔다. 오늘날 한국에 큰 영향을 미치는 미국의 회사법, 금융법 제법규들도 초기, 성문법으로 출발한 것이 아니고 이러한 자율규제영역의 법규가 공인되고 법적확신을 인정받으면 성문법으로 전화하는 과정을 거쳐서 채록된 것들을 기원으로 한다. 한편 경제적 요소가 아닌 정치적·사회적 규제들도 이러한 열개들과 유기적으로 연관지어지면서 생성된다. 자율규제영역에 대한 규범들의 발전 그것이 규제라고도 불리워지게 되었다. 미국의 행정법은 규제행정법으로

인식되기도 하는데, 그 표현은 위와 같은 사회적 열개에 따라 규정되어진 요소가 있다.

위와 같은 규제생성 요소들일수록 그림자규제는 다종다양하게 산출/생산/제작되어질 수 있다. 이에 대하여 법치주의에 대한 틀이 위태로와지면 안 된다는 관점에서 인접학문들이 신공공관리론이나 신거버넌스론 등이라고 호칭하는 제도소개로 나타났다. 우리는 이에 대하여 신자유주의라고 인식하는 경우가 많다. 하지만 본래 그 신자유주의라는 흐름은, co-regulation, co-steering, co-guidance를 강조하고 이를 이용하여 정부와 사회가 협치에 나서는 것이 강조되는 것이며, 그 사회의 self-steering capacity가 주목받게 된다. 한국에서 한 때 공기업 매각의 의미로 받아들여지곤 하던 그 인식은 사실과 전혀 다르다는 점에 주목하여야 할 것이다. 법적인 표현으로 바꾸자면 법치주의의 공고화, 민주주의의 철저화에 해당하는 것이라고 보아야 하겠다.

이 보고서는 규제 그리고 그림자규제에 대하여 의미를 살피고 오작동하는 것을 방지하는 방식과 주요국 그림자규제 형태에 대하여 조사하면서, 자연스럽게 그림자규제가 어떠하여야 하는지에 대한 방향을 제시하도록 노력하고자 한다.

제2장

● 그림자규제 논의의 정립

- I. 그림자규제
- II. 별개의 개념, '새도우 बैं킹'
- III. 중첩적 개념, '보이지 않는 규제'
- IV. 규제 실패사례와 규제 필요배경
- V. 일 본

제2장

그림자규제 논의의 정립

I. 그림자규제

그림자 규제란 명시적인 법규가 아님에도 불구하고 당국이 행정지도나 구두지시 등으로 금융사를 건건이 간섭하는 것을 말한다. 일견 비법규적 행정행위 정도로 정리할 수도 있겠다. 간섭의 유형으로는 금융 당국이 금융회사에 대하여 임의적 협력에 기초하여 특정 행위를 하거나 하지 않을 것을 요청하는 행정작용인 행정지도²⁾와 감독업무의 수행 과정에서 법령·규정에 대한 설명·통보, 주의환기, 이행촉구 등 행정지도가 아닌 영역인 감독행정³⁾이 있다.⁴⁾

그런데 금융회사는 이러한 행정지도나 감독행정이 명시적인 법규가 아님에도 불구하고 규제로 인식 내지 부담을 갖게 되고, 만약 이를 따르지 않을 경우 다른 법규상 포괄적 조항(예를 들면, 내부통제 등)을 근거로 제재를 할 수도 있다는 불안감과 폐지한 행정지도에 대해서는 책임부담을 염려하여 이에 따르지 않을 수 없다. 그 밖에 동원가능한 행정력을 동원한 보조금 지급을 중단하거나 수익적 처분 등의 이익에서 배제시킨 다던가 세

2) 행정지도 운영규칙 제2조에 의하면, “행정지도란 금융 당국이 소관업무를 수행하기 위하여 금융회사 등에 대하여 임의적 협력에 기초한 작위 또는 부작위를 요청하는 지도·권고·지시·협조요청 등을 말한다”고 규정하고 있다[<http://www.law.go.kr/LSW/admRulLsInfoP.do?admRulSeq=2100000006669>]. (2019.5.20.)

3) 행정지도 운영규칙 제2조 단서에 의하면, “. 다만, 관련 법령 및 규정 등에 대한 설명·주의환기·이행촉구, 인·허가사항 등에 대한 단순 통보 등 금융회사 등에게 새로운 부담을 지우지 않는 사항, 법령에 의한 자료제출 요구 및 분쟁조정 등은 제외한다”라고 규정하고 있는 바, 이러한 행정지도가 아닌 영역에 대한 감독 행정을 말한다[위의 URL].

4) 금융위원회 금융감독원, “행정지도 등 그림자 규제 개선 방안”, 2015. 9. 18, 1쪽.

무조사, 명단 공표 등의 평판관리에 해를 끼치는 방법도 거론된다.⁵⁾ 다만 아래에서 일부 조명하는 것(‘보이지 않는 사례’에 대한 분석 및 검토)에서 보다시피 대기업을 수익원으로 하는 단체 측에서 지나치게 과장된 주장을 하는 경우도 적지 않다는 점에 주의를 기울여야 한다. 금융감독 당국의 입장에서도 이를 입법을 통하여 구체적인 기준을 제시하면 좋겠지만, 입법기술상 한계가 있어, 입법을 하지 않고 간편하게 처리할 수 있는 행정지도 내지 감독행정의 형태를 자주 이용하는 것으로 보인다. 그렇지만, 이처럼 입법이 아닌 행정지도 내지 감독 행정으로 금융회사를 규제하는 것에 대하여 문제가 있음이 자주 지적되고 있다.⁶⁾

이에 금융위원회는 2014년 7월 금융규제개혁 일환으로 행정지도 제도의 개선을 추진하였고,⁷⁾ 최근 들어 이러한 보이지 않는 그림자 규제의 방지를 위하여 기존의 『금융규제 운영규정』을 개정하여 2019년 1월 중 시행 예정이었으나, 아직까지 시행되지 않고 있다. 동 운영규정은 비정식적으로 금융회사 등을 규율하는 금융행정지도의 원칙·방식·절차를 마련하고 상시적인 관리를 통해 금융행정지도의 발령은 지양하고 사후관리를 강화하고자 한 것이었으나, 금융 행정지도 등이 금융회사에 실질적 부담을 주는 보이지 않는 그림자 규제로 작용하여 금융산업의 혁신을 저해하는 문제점이 지적되어 개정을 하게 된 것이다. 이에 금융 행정지도 발령 시 금융 당국의 사전적인 심의절차를 강화하고 금융행정지도 연장횟수를 명확히 규정하는 등 금융행정지도의 운영상 미흡한 점을 개선함으로써 금융규제 제도의 운영상 투명성을 높이고 금융산업의 자율과 경쟁을 촉진하고자 하였다.⁸⁾

여타 개념들과 구별을 지어가며 유사한 모습을 발견하고 다른 모습을 구획하며 그림자 규제의 의미를 정립해본다. 먼저 전혀 다른 개념인 새도우뱅킹과 구별 짓고, 겹치는 개념으로 보이지 않는 규제와 비교해본다. 그 밖에 숨은 규제도 살펴본다.

5) 박균성, 『행정법론(상)』(제12판), 박영사, 2013.2, 461쪽. 등.

6) 금융위원회, “보이지 않는 그림자 규제 방지를 위한 『금융규제 운영규정』 개정 시행 - 금융산업의 혁신을 저해하는 행정지도에 대한 사전·사후 관리가 강화됩니다”, 『보도자료』(2019. 1. 25).

7) 이것으로 인하여 행정지도 약 700건을 46건으로 일괄 감축하였으며, 구두지도 금지, 금융위 사전보고 의무화, 행정지도 공문 일련 번호 부여 등을 제도화하였다(‘15. 1. 1 개정 규정 시행’) 『금융위원회 금융감독원, 앞의 자료, 1쪽].

8) 금융위원회, “보이지 않는 그림자 규제 방지를 위한 『금융규제 운영규정』 개정·시행 - 금융산업의 혁신을 저해하는 행정지도에 대한 사전·사후 관리가 강화됩니다”, 보도자료, 2019. 1. 25), 1쪽.

II. 별개의 개념, ‘새도우 बैं킹’

새도우 बैं킹은 금융감독 당국의 손길에서 벗어난 금융 중개 정도로 파악할 수 있다.

그림자 또는 유사은행시스템(shoaw or parallel banking system)은 사실상 은행의 역할을 하면서도 은행에게 부과되는 강도 높은 규제는 받지 않으므로, 만일 그것이 파산할 경우에는 금융안정성에 가해지는 위협에 대응하지 아니할 수 없어서, 정부로 하여금 재정적 지원에 나설 수밖에 없게 만드는 비정규적 금융 구조이다.⁹⁾ 금융안정위원회(FSB; Financial Stability Board) 도 비슷한 정의를 내린 바 있다. 금융안정위원회FSB는 2011년 “『새도우뱅크: 감독과 규제 강화(Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation)』에 대한 FSB의 권고안”에서 새도우뱅크는 전통적인 은행시스템 외의 법인들이나 활동을 포함한 신용중개 시스템이라고 널리 볼 수 있다고 하였다.¹⁰⁾ 2008년 11월 워싱턴에서 최초의 G20정상회의가 열리고 거기서 합의가 이루어져 FSB가 2009년 4월 설립된 이래, 2010년 11월 서울 G20 정상회의는 FSB에 대하여 새도우뱅크 시스템의 감독과 규제를 강화하기 위한 권고안을 개발하도록 요청하였다.¹¹⁾ 2008년 미국에서 비화된 금융위기¹²⁾에서 금융 시스템상의 큰 문제로 노정된 바 있다. 공적 또는 사적 각종 금융건전성 감독 체계가 규율하는 범주에 포함되지 아니하는 가운데, 주목받지 않고 금융 시스템을 위태롭게 할 수 있는 주요한 위협 중 하나였던 것으로 드러났기 때문이다. 새도우 बैं킹이 2008년 금융위기에서 주요한 위협 중 하나로 꼽히게 된 이유는 미국의 공적 주택금융들이 위기의 발원지였기 때문이다.

미국의 각종 정책금융들에서 이러한 문제들은 문제의 핵심으로 떠올랐다.¹³⁾ 미국의 경

9) 백정웅, “금융위기 이후 미국 및 EU의 금융규제”, 『중앙법학』(제11집 제3호), 중앙법학회, 2009.10., 247쪽.

10) The “shadow banking system” can broadly be described as “credit intermediation involving entities and activities outside the regular banking system”, FSB, *Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation - Recommendations of the Financial Stability Board*, 27 Oct 2011, p.1.

11) GSP WG 2018 Member Survey, *Global Standards and Financial Inclusion: Shadow Banking*, Sep 2018, p.4.

12) 미국에서 2008년 금융위기 대폭발 전후의 상황은, 성승제, 『국제금융위기 대응을 위한 재정안정 방안 연구』(재정법제 연구 10-12-4), 한국법제연구원, 2010.10., 15쪽 이하 참조.

13) 금융위기 이전 미국 막대한 정책금융 규모와 상세한 그 공적 금융회사들의 구체에 대해서는, 성승제, 『재정사

우 전통적으로 연방준비제도이사회(FRB)의 적절한 금융 및 이자율 정책은 자본시장 내에서 신용을 잘 조절하여 왔으나 아비트라지(후술) 기능을 활용한 증권화 된 금융이 금융 위기 직전 페니매와 프레디맥¹⁴⁾ 등에 의하여 상상을 초월하는 모기지 거품을 뿜어내고 위기로 직결되었던 것이다.¹⁵⁾

반복하면 새도우뱅킹 또는 그림자금융은, 은행 등 금융회사로서의 명칭을 사용하지 아니하면서 실질적으로 은행 또는 금융회사의 역할을 하고 있기에 자산건전성 감독 등 금융감독당국의 감독대상에서는 벗어나 있는 것들을 일괄하여 가리킨다. 최근 추세는 빅데이터 등 IT기술이 구체화하면서 산업 전반에 미치는 파급력이 날로 커지고 있음은 익히 잘 알려져 있다. 새로운 업종 또는 비즈니스모델을 갖춘 회사들이 속속 나타나고 업종 간 빈틈 속에서 새로운 사업모델들을 선보이고 있는데, 그림자금융의 영역도 그에 따라 확대되고 있다.

요컨대 새도우뱅킹은, 그림자라는 의미는 공히 들어가 있지만, 그림자규제와는 다른 영역이다. 오히려 그림자규제는 불필요한 규제나 법치주의적 정당성이 결여되어 있는지 여부를 점검하여야 한다는 목적에서 용어가 형성되었다고 한다. 반면 그림자금융 또는 새도우뱅킹은 규제되었어야 하는데 규제되지 아니한 영역의 금융활동으로 금융안정성이 위협받는 것을 가리킨다. 이 점 양자는 상반된다.

업에 있어 정책금융의 효율성 제고를 위한 법적개선방안」(연구보고 08-05 / 재정법제연구 08-08), 한국법제연구원, 2008.10., 65쪽 이하 참조.

14) 대표적인 미국의 주택금융 공공법인들인

- 페니매 Fannie Mae 는 1938년 당시 대통령이었던 루즈벨트가 전국주택법 National Housing Act 을 근거로 부흥 금융공사(Reconstruction Finance Corporation; RFC, PL 72-2) 의 자회사로서 나타난 것이라 한다.
 - 프레디맥 Freddie Mac 은 1970년 긴급주택금융법(Emergency Home Financing Act, PL 91-351) 에 의거 설립되었던 것이라 한다.
 - 기타 연방주택대부은행법(Federal Home Loan Banking Act, PL 72-304)에 따른 기관과 주택도시개발부(Department of Housing and Urban Development; HUD)에 소속된 정부저당금고(GNMA, Ginnie Mae) 등 다수 공공금융기관들이 존재한다고 한다.
- 이상 권재열, “미국의 정책금융제도에 관한 서설적 고찰”, 『중앙법학』(제10집 제2호), 중앙법학회, 2008.8., 189-192쪽 참조.

15) 위 성승제 93쪽 참조.

Ⅲ. 중첩적 개념, ‘보이지 않는 규제’

1. 의 의

보이지 않는 규제는 주로 전국경제인연합회의 홍보로 이름이 널리 알려진 명칭인 것으로 보인다. 가령 한국에 숨은 규제(hidden regulation)가 많아서 문제라는 점을 지적하면서, 그 유형으로 행정지도, 구두지도, 강력한 권고와 지침, 근거 없는 진입제한, 가격통제, 부당한 인가와 허가 절차 등 다양한 형태가 있다는 것을 예시한 것이 있다.¹⁶⁾ 다만 여기서 열거되는 중에 구두지도나 권고나 지침, 가격통제 등은 일반적으로 행정지도에 포함되는 요소나 개념으로 알려져 있다.

행정부 중앙부처 이외에도 지방자치단체의 규제가 많다는 사례도 제시하였던 바, 동 자료 발간년도 직전 년(2013년) 기준으로 지방자치단체들의 등록규제는 총 52,541건이며, 그 중 23.5%가 국토도시개발 관련 규제, 13.6%는 지방자치행정 중, 9.5%는 환경관련 규제 그리고 8.0%는 주택/건축/도로 관련 규제로 구성되고, 그 대부분이 인가와 허가 관련 규제가 주를 이룬다고 한다.¹⁷⁾ 그 밖에도 법령 등에 정식 등록되어 있지 않으면서 사실상 규제로 작동하는 등록되지 아니한 규제나 행정처리 지연, 인가와 허가 처리의 지연, 재량 권한을 남용하는 것과 같은 행태규제 등도 포함하고 있다.¹⁸⁾

전술한 논의에서 등록규제라고 지칭한 것은 아마도 법령에 근거를 둔 규제를 말하는 듯하다. 이 논의를 단순하게 받아들인다면 보이는 규제는 법령에 근거를 둔 규제를 뜻하는 것 같고, 보이지 않는 규제는 법령에 근거를 두지 않은 것을 가리키려는 것 같다. 그리고 후자 즉 보이지 않는 규제를 다시 또 숨은 규제라고도 표현하고 있다.

16) 이병기, “보이는 규제와 보이지 않는 규제 -세계은행 기업환경 순위 논란-”(KERI칼럼), 한국경제연구원, 2014.11.10., 2쪽.

17) 이병기 위 글 같은 쪽.

18) 이병기 위 글 같은 쪽.

그렇게 본다면 보이지 않는 규제와 그림자 규제는 범위가 비슷하게 형성될 수 있을 듯하다.

2. 그림자규제 ≙ 보이지 않는 규제

다만 위 소개된 논의의 초점은 아무래도 기업의 영리 또는 사업활동에 대한 정부의 관여를 줄이고자 하는데 있는 것으로 보인다. 때문에 그림자규제에 포함될 수 있는 동종 업계가 만든 자율규범 또는 연성규범Soft law 등의 형태는 보이지 않는 규제에 포함되는 것으로 주장하지 않고 있다. 그 부분은 범위가 겹치지 아니한다고 볼 수 있다.

3. 사례1 : 보험민원감축 표준안

전경련이 간행한 다른 보고서를 보면, 보이지 않는 규제를 사례로써 열거한 것이 있다. 목차 구성을 본다면, 대략 행정지도/구두지도(Ⅱ), 권고와 지침(Ⅲ), 법령에 근거없는 대기 업진입제한(Ⅳ), 인가와 허가에 대한 부당반려/불허가 및 과도한 기부채납요구(Ⅴ), 협조 요청/구두지시로 가격통제(Ⅵ), 규제관리에서 제외되는 조세와 상법(Ⅶ) 등으로 되어 있다.¹⁹⁾ 이하에서 전경련 당해 보고서가 제시한 사례들에 대하여 다루어본다.

(1) 상황의 배경과 발단

금융감독원은 보험산업에 대한 보험소비자들의 신뢰를 위하여 금융민원의 과반(2012년 기준 48,471건, 51.1%) 을 점하고 민원 증가율도 다른 금융민원의 그것을 크게 상회하는 보험민원 감축을 핵심과제로 2013년 선정하였다.²⁰⁾

그 배경으로는 보험회사들이 지나친 영리추구로 인한 이윤획득 노력들이 있었다. 보험 회사들에 대한 보험소비자들의 불만은 점점 더 커지게 되었다.

19) 전국경제인연합회, 「보이지 않는 규제 사례와 개선방안」(규제개혁 시리즈 14-04), 2014.9.

20) 금융감독원, “금융감독원, ‘보험민원 감축’을 핵심과제로 선정 추진”, 금융감독원 보도자료, 2013.4.5.

금융감독원은 그러한 사건들로 실손의료보험의 보험료 인상, 변액보험 수익률 논란 등을 적시하였다.²¹⁾

보험소비자들의 불만을 해소하고자 금융감독원이 취한 방안들은 다음과 같다.

(2) ‘보험회사 최고경영자’ 소집과 ‘보험회사 자체 민원감축’ 추진 요구

같은 해 4월 5일 보험회사 최고경영자CEO 회의를 개최하고 ‘민원감축 의지’를 전달하였으며, 민원발생 원인을 ‘분석’하라고 요구하고, 최고경영자들로 하여금 민원감축에 대하여 ‘역할’을 하라고 요청하였다.²²⁾ 과거 보험민원 발생 원인들을 분석하여 그 때로부터 2년간 분기별 민원감축 계획과 이행방안을 수립하여 시행하고 실적을 분기마다 금융감독원에게 보고하라고 요구하였으며, 금융감독원이 그 실적에 대하여 평가하고 이행이 미진하다고 여길 경우 최고경영자CEO를 면담하고 조사하겠다고 하였다.²³⁾

보험회사의 민원은 최근까지도 문제가 되어 왔다. 금융감독원에 신청되고 접수된 보험민원들에 대하여 분쟁 접수 후에 소송을 진행시킴으로써 위협을 가하고 그로부터 소 취하를 유도하는 경우도 많고 같은 기간 보험회사가 지급한 소송비용도 481억 원에 달한다고 보도되었다.²⁴⁾ 보험회사가 지급한 소송비용은 보험소비자가 해당 보험회사에 가입하고 납부한 보험료에 재원의 근원을 두고 있는 것이다.

(3) 민원유발 분석 및 신속해결

금융감독원은,

21) 위 보도자료, “금융감독원, ‘보험민원 감축’을 핵심과제로 선정 추진”, 1쪽.

22) 위 보도자료, “금융감독원, ‘보험민원 감축’을 핵심과제로 선정 추진”, 1-2쪽.

23) 다만 동 보도자료는 ‘소집’이란 표현을 사용한 것은 아니고, ‘개최’로 표현하였다. 위 보도자료, “금융감독원, ‘보험민원 감축’을 핵심과제로 선정 추진”, 2쪽.

24) 2015~2017년, 3년간 금융감독원 접수민원 중에 1,006건에 달한다고 한다. 이 기간에 보험회사가 지급한 소송비용만 481억 원에 달한다고 한다. 박수지 기자, “보험사, 소송으로 ‘금감원 접수 민원’ 무력화... 3년간 10006건”, 한겨레신문, 2018.10.9.

- ① 분기별로 보험민원 발생 동향을 상품유형/모집채널유형별로, 발생사유의 유형(불친절, 불완전판매, 미지급 등)으로 분석함으로써, 민원이 급증하거나 다발하는 분야외 보험회사에 대하여 ‘검사’를 실시하겠다는 것
- ② 금융감독원의 ‘소비자보호 실무협의회’ 논의된 사항을 분석하고 점검이 필요하면 즉시 현장조사하겠다는 것 등을 통하여, 발견된 사항은(‘지적’이라고 표현함) 다른 보험회사에 알리고 같은 문제가 재발되는 보험회사는, ‘엄정하게 조치하겠다고 하였다.’²⁵⁾

(4) 평 가

1) 금융감독원에 의한 보험회사들 최고경영자 소집

위 (2) 번 최고경영자 소집에 대해서는 금융감독원의 단체적 규범이나 행동양식에 대하여 업계의 양해가 구해졌는지가 중요한 요소가 될 것이다. 금융감독원은 법상 공무원으로 구성되는 조직인 것은 아니고 동종업계 종사자들이 형성하여 구성한 자율규제조직을 내세우는 조직이다. 그러나 실제로는 금융위원회 등 정부조직에 유사하다는 평가가 많은 것으로 보인다. 외형상 자율규제기구이지만 실질상 정부조직에 해당한다는 점에서, 외형상 자율규범이지만 실질상 정부의 규제라는 논리로 치환된다.

2) 보험회사 자체 민원감축 요구

위 2) 번 민원감축계획에 포함될 주요내용으로 예시된 것을 보면 원인분석이나 이행방안 외에 절차적 보정을 위하여, 조직/인력/규정 등 민원처리 절차를 보완하도록 요청하였으며, 임직원 교육을 제안하고, 자체감사나 내부통제 강화방안 등을 요청하였다.²⁶⁾ 사실 이러한 측면들은 영리 회사들 스스로 지나친 영리 추구가 당해 회사의 지속가능성을 해치지 않도록 요청되는 회사법이나 자본시장법상 준법감시제도에 해당되는 요소이다. 요컨대 영리의 소비자와 공급자 간 상호 양해할 수 있는 범위 내에서 지속가능성을 담보하도록 요청되는 일반 원칙들에 대한 것이다.

25) 이상 모두 위 보도자료, “금융감독원, ‘보험민원 감축’을 핵심과제로 선정 추진”, 2쪽.

26) 위 보도자료, “금융감독원, ‘보험민원 감축’을 핵심과제로 선정 추진”, 2쪽.

4. 사례2 와 사례3 : 보험금 미지급과 변액보험사건

(1) 보험금 미지급 사건들

보험소비자 권익을 침해하는 보험금 미지급에 대한 대응도 마련하겠다고 하였다.²⁷⁾ 금융을 활용하고자 하는 목적으로 보험계약을 체결한 보험소비자의 최종 목적은 보험계약이 정한 보험사고가 발생할 때 신속하게 보험금을 수령하여 보험사고로 인한 피해를 최소화하는 것이라 할 것이다. 금융감독원은 보험회사들이 보험금을 지급이 지연되거나 지급되지 아니하는 사례가 많다고 본 것 같다. 이에 대하여 금융감독원은 구체적으로 일본 금융청의 보험금 미지급 점검사례를 벤치마킹하도록 권고하고, 점검항목을 분기별로 1-2개 선정하도록 제안하면서, 보험회사 감사조직이 전수조사 한 결과를 금융감독원에 보고 하라고 요구하였고, 동일한 유형의 미지급 사례가 재발하면 경영진에게 책임을 부과하겠다고까지 보도자료에 기재하였다.²⁸⁾

같은 자료는 같은 쪽 표로서, 금융감독원이 보험회사에 대하여, ‘검사’를 실시하고 그로써 발견된(‘적발’이라고 표현함) 소위 ‘주요 검사지적 사례’를 같이 자료로써 4종의 사례들을 제시하였다.

- ① 2011년 4월 소위 ‘검사지적’ 사례 - 보험약관을 자의적으로 해석하여 지급되어야 할 수술급여금(비골골절 수술 등) 미지급하였다는 것으로서 683건/ 8억 8천만 원에 해당하며,
- ② 2011년 4월 소위 ‘검사지적’ 사례 - 고지의무위반 제척기간이 경과되었음에도 고지의무위반을 적용하여 보험계약해지 및 보험금 미지급하였다는 것으로서 70건/ 1억 7천만 원의 규모이고,

27) 위 보도자료, “금융감독원, ‘보험민원 감축’을 핵심과제로 선정 추진”, 2쪽.

28) 위 보도자료, “금융감독원, ‘보험민원 감축’을 핵심과제로 선정 추진”, 2쪽.

- ③ 2012년 10월 소위 ‘검사지적’ 사례, 자동차보험의 휴차료, 대차료 등 간접손해보험금 미지급되었다고 하여 158,791건 / 167억 원의 규모에 대하여 지급하도록 조치하였다고 하여
- ④ 보도자료 발표 당시 환급 추진 중 건으로서, 채무면제/유예상품(DCDS)²⁹⁾ 보상금 미지급한 건들 105,876건으로서 최소 894억 원에서 최대 1,543억 원에 이르는 건으로서 추진 중³⁰⁾

(2) 변액보험 불완전판매 사건

위 (1) 번 상황과 배경 중 변액보험에 대한 2014년 당시 사건 경위를 요약한다면, 과도한 수수료 부과로 인한 마이너스 수익률 문제와 불완전판매 사건이라 할 수 있다.

구 증권거래법 등 금융투자에 대한 여러 법률들이 통폐합하여 출범한 2007년 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘자본시장법’ 이라 함) 제정되고 2009년 2월 시행된 바 있다. 이 법률의 제정 필요성은, 과거와 달리 다양한 파생금융상품들이 여러 경로를 통하여 금융소비자들에게 판매되는 시대를 맞이하여, 과거처럼 단순하게 주식투자와 저축을 구분하는 정도만으로도 구 증권거래법 제1조 소정의 투자자보호에 충분하던 시대는 이미 예전에 끝났던 것을 배경으로 하는 것이다.

구 증권거래법 시절 불완전하게 일부 단초만 존재하던 소위 투자자 적합성 점검의무가 자본시장법상 판매자에게 부과되었다. 그러나 금융 및 보험상품 판매시장은 과거와 같은 형태로 판매가 이루어졌고 그것은 자본시장법 시행 직전 금융위기로 촉발된 KIKO 사태에서도 불완전판매의 큰 문제로 부각된 바 있다.

29) 2016년 6월 현재

30) 이상 모두 위 보도자료, “금융감독원, ‘보험민원 감축’을 핵심과제로 선정 추진”, 2쪽.

(3) 보험금미지급 사례 중 DCDS 사태

위 (3) 번 보험금 미지급 사례 중 ④번 채무면제 또는 유예상품 등 소위 DCDS에 대하여 살펴본다. DCD는 채무면제 또는 유예를 뜻하는 영문의 약자이다.

DCDS는 여신금액에 대하여 수수료를 추가로 납부한 금융서비스 이용자가 사망 등 사유로 채무변제가 불가능해졌을 때 해당 채무를 면제하거나 유예하는 제도로서 2005년부터 한국 내에서는 전업 신용카드회사에서만 판매가 허용되고 여신서비스(신용카드 대출)의 부수업무로 간주되고 보험업법의 적용을 면탈하였던 건³¹⁾으로 알려져 있다. DCDS와 같은 상품이지만 요율에서 판매까지 보험업법 적용을 받는 신용보험과 달리 DCDS는 그것을 면탈함으로써 신용카드회사가 과도한 수수료를 부과하고 불완전판매 시비가 끊이지 않는 악성 상품들이었다.³²⁾ 한편 DCDS(Debt Cancellation · Debt Suspension))가 유사보험이 아니라는 반대론도 있다.³³⁾ 그 이유는 미국 Arkansas주 보험당국경우를 소개하면서 해당 주법원 판례에 따르면 DCDS를 은행의 부수업무로 파악하였고, 미국 통화감독청 OCC 도 은행이 DCDS를 취급할 경우 주보험당국의 감독권이 없다고 인정하였다는 등의 논거를 제시한다.³⁴⁾

한국의 경우 금융회사들의 불완전판매가 금융소비자로 하여금 오인시키고 해당 금융상품이 투자라는 것을 망각하게끔 하거나 가림막 역할을 하기도 했다. 사실상 금융회사들 종사자들의 판매실적을 올리곤 하던 수단으로 기능해왔다고 본다. 이 점 문제제기된지 오래이지만 이상하게도 척결되지 아니하고 사회적으로 크게 주목받거나 공감대가 형성되지 않고 있는 점은 한국의 크나 큰 문제점이다.

DCDS는 미국에서는 은행 영업상 이루어져 왔고 은행의 영업대상인 금융소비자들은

31) 송윤아/마지혜, “보험유사 부가서비스 규제방향: DCDS 운영사례”, KiRi리포트, 2016.11.14. 1쪽.

32) 송윤아/마지혜 윗 글 1쪽.

33) 이석호, “DCDS(채무면제 · 유예) 상품의 속성 및 보험업법 적용의 적절성 검토” (금융포커스), 『주간금융브리프』 (17권 45호, 2008.11, 8쪽.

34) 이석호 윗 글 9쪽.

신용카드와 같은 불리한 여신조건을 감수하는 계층과는 상당히 다르다고 보아야 할 것이다. 한국의 신용카드회사들이 DCDS 약정을 사용하였던 와중에 (그럴 리가 없다고 보여 지지만) 충분한 설명의무와 중요내용을 명시하라는 약관규제법에서 통용되는 조건을 충분히 이행했는지라도, 한국에서 일반적으로 신용카드회사들은 취약계층에 대한 여신업무로써 많은 수입을 거두어왔고, 한국 신용카드회사들의 영업대상인 취약계층들의 경우 (만일 해당자가 알 수 있었을지라도) 절실한 금원을 사용하고자 불리한 약정을 감수하지 않을 수 없었을 것으로 보인다.

이처럼 DCDS 등 상품은 유사보험상품으로서, 위 보도자료가 발표되기 이전부터 금융회사들이 극심할 정도로 악용하고 소비자들에게 피해를 입힌 것으로 각종 언론에 보도되면서 알려진 것이다.

DCDS 상품이 금융소비자로부터 과도한 이윤과 불완전판매³⁵⁾ 등으로 문제가 되었던 이 건에 대하여 금융감독원은 조사를 하지 않을 수 없던 상황으로 보인다. 한국에서 불완전판매는 기실 근본적으로서 불철저한 계약관행들로부터 문제가 되어 왔다. 법적 계약관행이 미흡하여서 그러한 이유가 있을 수도 있고, 고의로 설명을 앓고 형식적 계약절차로서 서명을 밀어붙이는 경우가 의심되는 경우도 많다고 본다.

(4) 금융감독원의 자율규제단체성격? 감독기관성격?

① 금융·감독·원

전술하였다시피 금융감독원은 본래 동종업계 종사자들이 자율규제를 통하여 영업질서를 바로잡으려는 자율규제기관의 형식을 띄고 있다. 하지만 위 보도자료를 보다시피 스스로 자율규제기관이라고 인식하는 경우는 거의 없는 것으로 보인다. ‘지적’, ‘적발’, ‘소집’,

35) 가령 2005년부터 2012년 까지 신용카드회사들이 거두어들인 총 수수료 수입은 6,269억원인데 반하여, 지급된 보상금은 5.9% 370억원에 불과하였다고 한다. 한재영 기자, “카드채무 면제 ”DCDS상품“ 수수료 인하 추진“, 연합뉴스, 2013.2.19. 등 신용카드 회사의 과도한 이윤획득과 금융소비자에 대한 불완전판매 형태를 비판하는 당시 다수의 언론기사들을 쉽게 찾을 수 있다.

‘감독’ 등 사정기관 또는 규제행정청이 사용할 어휘를 사용하는데 전혀 거리낌이 없음을 물론이고, 최고경영자에 대해서도 같은 표현을 쓰는 것이 새삼 주목할 만하다.

② 1997년 금융위기와 관치금융·감독

이 글에서 길고도 복잡할 금융감독원의 성격을 자세히 논증하기에는 주제도 분량도 적절하지 않다. 왜냐하면 그 논의는 여타 배경, 한국이 지향할 금융산업의 방향 등 수만 가지 논의로 확산될 수 있기 때문이다. 다만 금융감독원의 성격에 대하여 이 글이 논의 중인 이슈와 관련되는 부분만 간단히 적는다.

한국은 IMF 이전 금융 분야들에 대한 감독을 각기 은행, 증권, 보험 등 업종별로 나누어 맡고 있었다. 이미 IMF 직전인 1997년 1월 대통령령 직속 자문기구로 금융개혁위원회가 설치되고 금융감독통합(안)을 만들어 금융겸업화 및 금융불안정성 증대에 대비하고자 하였으나, 같은 해 11월 IMF 금융위기 발생과 더불어 그 위기의 주원인이 관치금융과 관치감독이라는 공감대가 형성되었다.³⁶⁾ 그런데 사실 이와 같은 결론은 완전히 적절하지는 않다.

1997년 금융위기가 발단한 배경으로는 오히려 불완전한 규제 완화가 지목될 수 있다. 위에 언급했듯이 분량, 글의 방향 등 여러 문제로 자세히 논증하지는 않겠다. 요약해 본다면 한국은 90년대 중반 OECD 가입이라는 성과를 거두었다. OECD 가입과 더불어 당시 90년대 초반 세계화라는 분위기에 편승하여 선진국 클럽 가입이라는 점을 지나치게 자축하였다. 차입기관의 상환능력을 고려하지 않은 상태에서의 단기자금차입까지도 자유화하였던 것 같다. 그러한 시각의 자료는 쉽게 찾을 수 있다. 가령 그로 말미암은 단기자본유입이 과다하고 그것이 원화 절상(환율 인하)으로 이어졌으나, 수출경쟁국인 일본의 엔화는 그 직전보다 약세(엔화 환율 인상)가 되면서 일본의 수출이 증가하고 한국의 수출은 취약해지면서 성장은 상대적으로 정체되고 적자는 확대되면서 1997년 초부터 위기적 상황이 경제분야에서 이어졌다는 것이다.³⁷⁾

36) 김홍범, 『통합금융감독체계의 이론과 실제』, 한국학술진흥재단 연구지원사업, 2003.5.5., 1쪽.

37) 이런 시각은 많이 찾을 수 있지만, 가령, 박재범 기자/윤선희 기자, “【국제학술대회 요약(이종화/이창용/홍기석 주제발표, ‘금융위기의 재발-국가간 비교연구 및 한국경제에 대한 시사점’) 구조적취약성 등 위기 초래】”, 머니투데이, 2002.10.3.

1997년 11월 한국 금융위기의 발원 원인은, 시장외적 원인으로 단기외자 수요가 폭증하였는데, 그 차입 주체인 해당 금융회사의 상환능력을 고려한 적절한 규제와 모니터링 부족이라는 불안정한 규제로 인하여 홍수를 막지 못한 셈이었다고 보는 것이다.

우회적으로 표현한다면 관치금융과 관치감독의 타성이 심화되어 왔던 한국경제가 또는 한국금융이, 갑자기 부여받은 자유를 적절히 관리하지 못하고 주기적으로 자금경색의 시기가 올 수 있다는 위험대비하지 못하였다. 금융회사들은 즉시 수익을 거둘 수 있는 것에만 현혹되었다. 그리하여 위험관리에 소홀한 탓에 외부적 요인³⁸⁾으로 발생한 경제충격에 대비하지 못하였다. 주변국의 단기자금 반환요구가 한국 금융에도 닥쳐오자, 소위 펀더멘털은 튼튼한데 일시적 유동성 위기에 한국 금융 전체가 무너진 것이라 할 수 있다. 그것이 1997년 11월 한국의 금융위기였으니, 규제의 불완전에서 비롯된 것이다.

③ 금융감독 연혁

1997년 금융위기 이전에는 그다지 많은 변화를 거치지 아니하였다.

그 이전에는 은행은 한국은행이, 증권은 증권감독원이(1976년 이후), 보험감독업무는 한국보험공사가(1978년 이후, 1989년 이후는 보험감독원) 담당하고 그것을 재무부가 관리하는 상하 이원구조였다.³⁹⁾

비상 상황인 1997년 12월말 통합금융감독체계를 위하여, 법률들이 연이어 제정/개정되고 금융감독위원회가 설립(1998.4) 되고, 금융감독원도 설립(1999.1)되었고, 당시 재정경제원이 가지던 금융감독기능도 국무총리 산하의 금융감독위원회로 갔다.⁴⁰⁾ 위 금융감독원에는 은행, 증권, 보험 뿐 아니라 종래 신용관리기금의 감독기능까지 포함된 통합감독체계였다.

이 시기는 금융에 관한 법령제정(법률제안, 시행령/시행규칙 제정권), 금융회사 인허가,

38) 잘 알려져있다시피, 1997년 당시 취약한 태국 바트화에 대한 환투기가 이루어졌고, 태국에 대한 차입자본이 대거 회수되었다. 단기자금 반환 요청은 한국에도 이어졌고, 그것이 한국의 달러수요를 폭발시켰고 보유했던 외환을 소진시켰다.

39) 정경영, “금융감독체계의 문제점과 개편방안”, 금융법연구(9권 2호), 2012., 123쪽.

40) 윗 글 김홍범, 『통합금융감독체계의 이론과 실제』 윗 글 1쪽.

금융시장 조치권 등 금융정책기능은 재정경제부가, 감독규정을 제정하고 금융회사 감독에 대한 권한을 가진 합의제 행정기구인 금융감독위원회, 검사권과 제재권은 금융감독원이 행사하는 상중하 3중 구조였다.⁴¹⁾

2008년 이후 금융위원회가 신설되고 종전의 「금융감독기구의 설치 등에 관한 법률」이 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」로 새로이 바뀌면서, 종래 중복적 감독을 정비하여 전술한 금융정책기능들은 금융위원회가 갖고 감독정책기능까지 겸한 금융감독행정기관이 되는 상하 2원 구조(금융감독원)로 재편되었다.⁴²⁾

④ 무자본특수법인?

현재 금융검사 등 감독을 실행하는 기관은 한국은행도 있고, 금융감독원도 권한을 갖고, 예금보험공사도 일정부분 권한을 갖는 것 같다. 이들은 모두 무자본특수법인이다(한국은행법 제2조; 예금자보호법 제4조 제1항; 금융위원회의 설치 등에 관한 법률 제24조 제2항).

각각 법정된 권한을 갖고 각종 제출요구, 조사, 검사, 감독권한, 검사요구권, 요청권 등을 행사할 수 있다. 상세는 약한다.

이곳에서 특히 다루는 금융감독원도 한국 법률상 무자본특수법인으로 법정되어 있음은 해당 금융위원회의 설치 등에 관한 법률이 정한 바와 같다. 이를 해석함에 있어서 그 출발은 한국 법률상 대륙법계의 법체계를 갖는 특성을 갖는다고 설명하거나 그러한 인식 하에 해석을 전개하는 견해가 대종을 이루는 것 같다. 예시하면 금융감독원은 행정부처가 아니며 법률에 의하여 감독이라는 공무를 수탁 받은 특수법인이라고 하는 설명 하에, 금융감독원 구성원은 공무원이 아닌 일반 사인이지만, 금융감독원은 금융위원회에 귀속되

41) 윗 글 정경영, “금융감독체계의 문제점과 개편방안”, 124쪽.

42) 다만 국제금융부문은 기획재정부가 여전히 정책권한을 갖는다. 윗 글 정경영, “금융감독체계의 문제점과 개편방안”, 124쪽.

어 감독권한을 위탁받아 수행하는데, 이는 헌법 제96조에 따라 법률에 근거한 직무범위를 부여받은 것으로서 문제가 없다는 방식이다.⁴³⁾

⑤ 자율규제기관적 성격이 우선하는 금융감독제도

한국 법해석상 통설적 지위를 갖는 위와 같은 해석은 실상 법의 계수나 해석상 현실과 부합하지 않는 측면이 있다. 한국의 통합금융감독 체계는 대륙법에서 계수 받은 것이 아님은 잘 알려진 사실이다. 한국의 금융감독 시스템이 모범으로 삼는 법률들도 마찬가지로 영미법이라 말할 수도 있음도 잘 알려져 있다. 영국과 미국의 금융감독은 본래 동종업자들의 자율규제에 의하여 금융질서를 다잡기 시작하면서 발전하여 왔다. 심지어는 그들의 중앙은행들도 비슷한 경로를 거쳐 발전하여 왔다. 한국의 금융질서가 영미법을 본 받게 된 것도 나름 순리에 가깝다고 할 것이다. 세계 금융질서의 모범을 처음 만들었고, 현실의 금융을 주도하는 영미법 체계를 본받지 않을 수 없었다고 보아야 하겠다. 현실의 한국 법률들의 주요 체계의 원천이 대륙법이라고 말할 수는 있겠지만, 금융 관련 여러 법률과 조직들의 생성은 그러하지 않다. 오히려 법생성 자체가 금융거래계의 현실에서 상당부분 기원한다.

그러하다면 한국법상 금융감독 법체계를 종래 통설처럼 공무수탁사인에 의한 행정권한의 위탁에 따른 것이라고 보는 것은 법리상 일정부분 난맥성이 있다.

보고서의 주제 관련성이나 분량상 자세한 논증은 여기서는 불필요할 것 같다. 금융감독에 대하여 관치금융이나 관치감독을 배제하려 한다는 것이나 중앙은행의 독립성이 절체절명의 과제라는 것은 오늘날 거의 명제에 가깝다고도 볼 수 있다.

요컨대 금융감독원의 성격은 자율규제기관이 발전하여 일정부분 공익적 규제를 자발적으로 수행하는 것에 가까운 형태라고 할 수 있다. 이 경우 위에 예시된 금융감독원의 위압적인 지시 등의 모습은 관치금융의 구태이자 반복에 해당할 것이며 지양하여야 할

43) 윗 글 정경영, “금융감독체계의 문제점과 개편방안”, 144쪽.

것 중의 하나가 될 것이다. 그 점에서는 전국경제인연합회의 주장은 일정부분 타당성이 있을 수도 있다.

5. 사례 4 : 구두 행정지도를 주종한 결과 담합처벌

행정지도는 일정한 행정목적 실현을 위하여 상대방인 국민에게 임의적 협력을 요청하는 비권력적 사실행위라고 정의된다.⁴⁴⁾ 권고, 권유, 요청, 정보제공 등이 있을 수 있는 유형을 제시될 수 있다. 이와 같은 공문이나 협조요청 등 문서상 방식에 거듭하여, CEO 간담회, 실무자회의, 전화 등의 비문서적 구두지도도 빈번하게 이루어진다고 한다.⁴⁵⁾

행정지도라는 명목으로 법률적 근거 없이 영업 해당하는 제품의 가격의 인상을 억제시키거나 가격을 인하하도록 강권하는 경우가 빈발한다는 것도 문제제기되었다.⁴⁶⁾ 가격은 시장경제 시스템에서는 시장참가자들이 가장 자유스러이 최대의 이익을 거둘 목적을 달성하기 위하여 스스로 결정되어야 할 요소라는 점에서 문제된다. 이 행정지도에 대하여 법적 근거가 없지만 불이익을 근심한 기업으로 하여금 사실상 강제력을 갖는다는 지적과, 행정지도에 순응하여 가격인하 등을 하였으나, 이에 대하여 공정거래위원회가 그로 인한 부당이득에 대하여 과징금을 부과하거나, 금융감독원이 보험사 보험료 공시이율을 사실상 통제하는 것에 순응하였던 결과 부당공동행위로 처벌받는다라는 주장이 제시되었다.⁴⁷⁾ 이러한 구두 행정지도에 대한 불만은 전경련의 연구가 홍보되면서 널리 알려졌던 바 있다.

6. 사례 5 : 증권회사 건전성 규제

당시 자본시장법이 증권회사의 건전성규제에 대하여 영업용순자본비율(NCR)⁴⁸⁾을

44) 가령, 박균성, 『행정법론(상)』(제12판), 박영사, 2013.2, 461쪽. 등.

45) 전국경제인연합회, 『보이지 않는 규제 사례와 개선방안』(규제개혁 시리즈 14-04), 2014.9., 5쪽.

46) 전국경제인연합회, 『보이지 않는 규제 사례와 개선방안』 및 보고서, 5쪽.

47) 전국경제인연합회, 『보이지 않는 규제 사례와 개선방안』 및 보고서 5쪽.

48) e-나라지표에 따르면, 증권회사 이는 증권회사의 재무건전성을 나타내는 것으로, 자기자본에서 고정자산을 뺀

100%로 규정하였음에도, 금융감독원은 그 적기시정조치에 의하여 150%이상, 국민연금은 그 거래 증권회사 선정기준을 250%에 만점을 부여하는 간접적 방법으로, 한국거래소는 주식워런트증권ELW 상장이나 유동성공급자LP, 합성 상장지수펀드ETF 거래 증권회사에 대하여 NCR 250% 이상의 조건 등을 내거는 방법으로써, 자본시장법상 100%보다 훨씬 높은 비율을 강제하였다고 주장되었다.⁴⁹⁾

한편 e-나라지표 통계를 보면, NCR은 2016년 1/4분기 이후 2019년 1/4분기에 이르기까지 항상 500% 이상이었다.⁵⁰⁾ 이런 수준의 백분율을 유지한다는 것은 아마도 필요성이 상당히 있었기 때문이 아닌가 하는 관점을 갖게 할 수도 있다. 그렇지만 지침에 불과한 비법령으로 사실상 기준을 강제한거나 다른 금융업종에 비교하여 지나치며 그로 말미암아 증권업종 투자와 영업활성화에 장애를 준다고 주장되어졌다.⁵¹⁾

7. 사례 6 : 보험사 지급여력비율 보험업법 기준의 2배 적용

당시 금융감독원은 보험회사가 갖추어야 할 ‘계약자에게 보험회사가 보험금을 적기에 지급할 수 있는 능력을 나타내는 지표인 지급여력비율(RBC)⁵²⁾’을 보험업법에 100% 이상으로 규정하고 있었으며, 금융감독원 그 전의 권고기준도 150% 이상으로 제시하였음에도, 신뢰도 강화를 이유로 사실상 200%로 상향하여 강제 관리하였다고 주장되었다.⁵³⁾

금액(영업용순자본)을 총위험액(시장위험액 + 기초위험액)으로 나눈 것을 백분율로 표시하는 것이다.

http://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxMainPrint.do?idx_cd=1088&board_cd=INDX_001 (2019.10.10. 최종)

49) 전국경제인연합회, 「보이지 않는 규제 사례와 개선방안」 및 보고서 6쪽.

50) http://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxMainPrint.do?idx_cd=1088&board_cd=INDX_001 (2019.10.10. 최종)

51) 전국경제인연합회, 「보이지 않는 규제 사례와 개선방안」 및 보고서 7쪽.

52) e-나라지표에 따르면, 지급여력금액A 을 지급여력기준금액B 으로 나누어 100을 곱한 것 즉 백분율로 표시한 것이다. 여기서 A는 예상치 못한 손실이나 자산가치 하락에도 보험계약자에 대한 채무를 충분히 이행토록 보유하는 재무적 능력을 뜻하고, B는 보험회사가 채무이행을 위하여 보유할 기준액으로 경험통계 및 위험도 등을 감안하여 합리적으로 산출한 금액(보험업감독규정 7-2조)이라 한다. http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1092 2019.10.10. 최종

53) 전국경제인연합회, 「보이지 않는 규제 사례와 개선방안」 및 보고서 8쪽.

역시 e-나라지표에 따르면, 이 RBC는 2013년 이후 거의 일관되게 250% 이상을 유지하고 있으며 보험업법상 기준도 100%임은 여전하다.⁵⁴⁾

인용중인 전국경제인연합회 보고서는 전국민들에게 거의 알려졌다고 할 정도로 위력적이었음에도 이러한 결과를 본다면, 무엇인가 필연적인 이유가 있을 수도 있겠다고 본다.

8. 소결 : ‘그림자규제론’은 전경련의 총공세로 오도된 개념

보이지 않는 규제는 여러 유형으로 기업활동에 대하여 제약을 가하고 있다는 것이 위에 열거한 사례들의 공통적인 주장들이다. 한편 보험금미지급 사건 등은 자세히 상황을 파악하였다. 한국에서 보험회사들은 무리한 영업을 수행하는 경우도 적지 않다는 것은 잘 알려져 있다. 보험회사들에 대하여 제기된 문제들은, 실상은 보험회사들이 더 문제인 사건들이었다. 이를 어찌 해석하여야 할지 깊이 고민해 보아야 할 것이다.

보험회사들에 대한 일종의 수모가 있었다. 그 행위들에 대하여 전통적인 관주도 사회의 병리현상은 나타났다는 점은 긍정되어야 하고 수정 내지는 시정되어야 한다는 점은, 인정될 수 있다. 그럼에도 불구하고 놓치지 말아야 할 부분은, 그 직후 또는 그 다음해 전국경제인연합회는 그것을 ‘보이지 않는 규제’ 나 ‘그림자 규제’라는 명칭으로 대대적인 반격에 나섰다. 전국민 모두가 뉴스보도로 그 용어를 암기하게 되었다. 그 사실 자체의 행정청 또는 표면상 자율규제기관의 형식을 갖춘 측(‘금융감독원’)의 월권적 행위가 있었음도 분명하다. 다만 시정되지 아니한 것은 보험회사의 인권침해적 영업활동이라는 점도 유의하여야 한다. 규제는 올바르게 작동되어야 한다. 마찬가지로 영업활동도 적법성이 인정되는 범위까지만 수긍되어야 한다. 이 전후의 사태로 국민들이 기억하는 바는 행정청의 과도한 영업개입이 존재했다는 사실만 인식하게 되었을 뿐이고, 과도한 인권침해나 재산권침해적 영업활동이 있었다는 사실은 망각되었던 점 있다. 이 점에 대해서는 기억을 되살려야 할 것으로 보인다. 다시 말하면 규제의 정상화도 중요하지만, 규제받는 행위의 위법성도 놓치지 말고 조명되어야 한다.

54) http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1092 2019.10.10. 최종

IV. 규제 실패사례와 규제 필요배경

1. 독일의 맥주순수령

맥주순수령은 중세에 만들어졌었지만, 현대 독일에 이르기까지 그 주세법이라는 법률에 규정되었던 것이므로 말하자면 보이는 규제이다. 보이지 않는 규제나 그림자규제로 불리워질 수 있는 규제의 형태에 해당하는 것은 아니다. 이하에서 표현하고자 하는 바는, 맥주를 예로 들어서, 영업활동에 대한 제한은 즉각적 효과가 있을지라도 올바르게 않을 수 있다는 것이다.

맥주순수령(Reinheitsgebot)은 바이에른 공작 알브레히트 4세가 만들고(1487.11.30.) 이어서 양골슈타트에서 바이에른 공작 빌헬름 4세가 그 순수령을 따를 것을 공포(1516.4.23.)하고, 그 뒤를 이은 독일도 이어받은 것으로서, 동령은 맥주의 주조와 비율을 규정하면서, 홉, 정제수, 맥아만 사용할 것을 정하고 있다.⁵⁵⁾

한편 바이에른은 현재는 뮌헨을 주도로 하는 독일에서 가장 큰 주를 말하는 곳이지만, 역사적으로는 다양한 정치체들이 이 곳에서 명멸하였으며 각각의 관할영역들도 시대별로 달랐다. 맥주순수령과 관련된 역사상의 정치체는 바이에른공국이다.⁵⁶⁾ 결과적으로 1516년 공포(enact)된 이 ‘바이에른맥주순도법(Bavarian Beer Purity Law)’ 이나 ‘맥주성분법(Bavarian Beer Ingredient Law)’으로도 알려지는 이 ‘맥주순수령(Reinheitsgebot)’에 이스트가 포함되지 아니한 것은 당시에는 아직 알려져 있지 않았기 때문이다.⁵⁷⁾

당시의 맥주는 품질이 좋지 않았음에도 식량에 가깝게 취급받았다. 벨기에처럼 일찌감치 방직업이 발전한 지역에선 도시화 폐수로 인한 지하수 오염으로 물을 마실 수 없어서,

55) <https://ko.wikipedia.org/wiki/맥주순수령> (2019.4.29. 최종)

56) 1180-1918년까지 비텔스바흐 가문이 때때로 다른 직위로 그리고 시대에 따라 서로 다른 영역을 지배하면서 바이에른을 통치하였다. <https://ko.wikipedia.org/wiki/바이에른공국> (2019.4.29. 최종)

57) <https://www.thespruceeats.com/what-is-the-reinheitsgebot-1446817> (2019.4.29. 최종)

2도 정도의 낮은 도수를 갖는 맥주를 물 대신 마셔야 하였다(갓난아이들도).⁵⁸⁾ 독일의 맥주순수령은 세수를 지키면서도 일정한 품질을 담보하는데 성공한 일종의 성공한 규제였다. 하지만 오늘날에 이르러서 아무런 첨가물도 넣지 못한다는 규정은 맥주의 진화와 발전을 가로막아, 독일의 맥주는 또 다른 유럽의 주요한 맥주 산지인 벨기에나 영국 등과 비교할 때, 상대적으로 평가가 높지 않다고 볼 수 있는 맥주이다. 이 점 “실패한 규제”로 규정지어질 여지가 있다.

1516년이 맥주순수령의 시작이지만, 그것은 바이에른 주에 대한 것이고, 전 독일에 적용된 것은 1871년 독일 통일 이후부터이다.⁵⁹⁾ 그로 말미암아 이후 북부 독일의 다양하고 개성넘치는 맥주들이 사라져버렸으니, 예컨대 하노버나 튀링엔의 시큼한 Breyhan, 그리고 북서독일 뮌스터의 맥주 밀, 보리, 귀리 3가지 곡물로 주조하는 Keut가 사라졌는데, 후자는 현재 네덜란드의 한 양조장이 레시피를 추적하여 재현하고 있다고 하며, 뿐만 아니라 투명한 형태의 Pils와 Weissbier를 제외한 다양한 유형의 맥주들 모두 사라져서, 벨기에나 영국에서 찾을 수 있는 수십가지 유형의 맥주는 찾을 길이 없다.⁶⁰⁾

맥주순수령은 독일맥주법 제9조에 규정되었던 것으로서, Hopfen(홉), Hefe(이스트), Wasser(물), Malz(맥아) 4가지 원료로만 사용한 맥주를 주조하도록 하고 그 밖의 원료를 사용하지 않도록 하였던 것이다.

1984년 당시 독일 맥주세법(Biersteuergesetz) 9조는 종래 맥주순수령을 지키도록 정하였고, 같은 법 제10조는 그 9조 규정을 따르지 아니하고 제조되면 맥주라는 명칭을 사용

58) 이상의 내용은 필자의 상식인데 출처를 찾기는 힘들었다. 비슷한 내용이 나온 URL을 찾아보면, 맥주를 식수로 사용했다는 것, 중세 유럽 도시는 인분을 포함한 오물로 넘쳐났다는 것, 도시에서 집이나 건물에 들어가기 전 신발의 오물을 닦을 시설이 필수였고 아직도 건물부속시설들로 현존한다는 것, 물을 마시면 수인성전염병에 취약하다는 것(가령 19세기 초반 유럽 전역에 콜레라 만성 유행상태라고 제시함). 그로 인하여 끓여서 효모로 인한 악성세균을 구축한 맥주를 식수로 음용했다는 것을 제시하고 있다. 다만 벨기에 전통 저알콜맥주 도수는 1.5도로 제시되어 있다(tafelbier). http://www.boardlife.co.kr/bbs_detail.php?bbs_num=844&tb=board_general&id= (2019.10.1. 최종)

59) <https://fatpig.tistory.com/entry/독일-맥주순수령Reinheitsgebot의-순기능과-역기능-1-순기능> (2011.8.12. 게시글), (2019.4.29.)

60) <https://fatpig.tistory.com/entry/독일-맥주순수령Reinheitsgebot의-순기능과-역기능-2-역기능> (2011.8.14. 게시글), (2019.4.29.)

하여 판매하는 것을 금지하고 있었는데, 이로 인해 EC 다른 회원국들도 독일 내에서 맥주를 판매하는 경우 같은 법률 규율을 받고 있었던 바, EC 집행위원회는 그 권한으로써 공동체 회원국인 독일의 동 제한규정은 역내시장의 상품의 자유로운 이동을 규정한 당시 공동체조약 제30조(현재 유럽공동체 조약 제28조) 위반으로 유럽법원에 제소하였던 바, 이에 유럽법원은 독일법상 맥주순수령에 의한 규제는 유럽법 위반으로 판시하고 공동체 내에서 효력이 없음을 선언하였다.⁶¹⁾

2. 규제 필요성 : 또 다른 배경적 고찰: 규제와 시장자율의 역사적 연원

역사를 관조한다면 규제도 또한 일종의 전통이나 발생배경을 갖고 있는 점에 대하여 암시를 얻을 수 있다.

전제정치에는 전통적인 문제 하나가 필연적으로 따르는데, 직속 부하가 자체적으로 뿌리를 내리고 세력을 키워 대등한 경쟁 상대로 나서는 것을 어떻게 막을 것인가의 문제이다.⁶²⁾ 중세유럽에서 봉토의 하사는 원래 특정 개인에게 내려지는 것이지 세습되는 것이 아니었으나, 세월이 흐름에 따라 지방 군주들이 지주계급들과 결탁하여 이른바 ‘봉건제’라는 권력분산적 제도를 창출해 내면서 봉토를 계속 소유하고 자손들에게 세습할 수 있게 된 것이다.⁶³⁾ 투르크 통치자들은 그러한 병폐를 경계하였고, 무굴인⁶⁴⁾들도 인도를 통치할 때 투르크가 다른 나라들을 지배하는 방식을 본 받아 통치자가 파견한 관리들로 하여금 직접 다스리게 하였으니, 일종의 순회 관리(officer)를 둔 셈이었다.⁶⁵⁾ 그러한 방법

61) 장경원, “독일맥주순수령 판결을 통해 본 유럽과 독일의 경제행정법”, 『행정판례연구』, 2007., 305쪽.

62) 데이비드 랜즈 저/ 안진환·최소영 역, 『국가의 부와 빈곤』(원제: The Wealth and Poverty of Nations, 1999), 한국경제신문, 2009., 259·260쪽.

데이비드 랜즈는 같은 책 표지에, “1924년 뉴욕출생, 1942년 뉴욕시티칼리지, 1953 하버드대 박사, 조지워싱턴대 역사학과 교수, 현재 하버드대 경제학과 명예교수” 로 기재됨.

63) 데이비드 랜즈 저/ 안진환·최소영 역, 위 책 『국가의 부와 빈곤』, 260쪽.

64) 무굴제국(1526-1957년) 징기스칸의 후손을 자처한 티무르(1336-1405년) 의 5대 직계 후손인 바부르(재위 1483-1531)가 건국. 우즈벡 안디잔 지역에서 발원하여 파키스탄/아프간과 인도를 통치한 이슬람 왕조. <https://ko.wikipedia.org/wiki/무굴제국> (2019.4.29. 최종)

65) 데이비드 랜즈 저/ 안진환·최소영 역, 위 책 『국가의 부와 빈곤』, 260쪽.

은 지방 세력이 커지는 것은 막을 수 있었으나, 관리들로 하여금 그들의 통치지역에 대한 책임감을 느끼지 못하게 하고, 관리들은 가능한 한 빠른 시간 내에 가능한 한 많은 부를 수탈하는 것을 목표로 삼게 되었으니, 그들은 사회간접자본에 대한 투자 같은 것에는 전혀 관심이 없었으며, 모두가 무엇인가를 빼앗는 데에만 골몰하고, 환원할 줄 모르게 되었던 것인데, 관개시설에 의존하는 지역에서 이처럼 설비를 소홀히 하는 것은 엄청난 재앙을 불러일으키는 것으로서, 인도 기근의 역사가 이를 입증하고 있는 것이다.⁶⁶⁾

같은 이유로 농부들 그리고 모든 관리들은 토지를 개선할 이유를 느끼지 못하였으며, 통치자가 만족하는 정도로 토지를 유지하면 그 뿐이었다.⁶⁷⁾ 프랑스인 의사로서 17세기에 인도에서 12년을 거주하였던 프랑수아 베르니에(François Bernier)⁶⁸⁾는 당시 인도의 상황을, “이 나라에는 내 것도 없고 네 것도 없다. 다시 말해 소유권이 없고 소유의 개념조차 없다. 강탈 또는 몰수의 두려움 때문에 어느 누구도 감히 자기의 부를 과시하려 하지 않는다. 또 어느 누구도 생산방식이나 도구를 개선하려 들지 않는다. 그러므로 인도에는 극소소의 부자와 대다수 극빈자 간의 극심한 대조, 낙후된 가옥들, 굴종하는 다수, 배움과 자기계발에 대한 동기가 전혀 없음만 존재한다” 고 기술하고 있다.⁶⁹⁾

일부 인도 상인들과 은행가들(고리대금업자 포함)은, 어떻게 부자가 되었는가 하면, 늘 뇌물을 바치고 매점매석을 통해 부를 축적한 후 자기들끼리 나누어 가졌고, 그들이 죽으면 가족들은 가능한 한 많은 재산을 감추었다.⁷⁰⁾으니, 한 영국인이 1689년에 이런 실태를 관찰하기를, “그들(상인들)의 재산은 오로지 현금과 보석으로 구성되어 있다. 인도에는 동산과 부동산의 구분이 존재하지 않는다. 그들은 자신들의 재산이 무굴제국 국고로 흘러

66) 윌 책 국가의 부와 빈곤, 260쪽.

67) 윌 책 국가의 부와 빈곤, 260쪽.

68) François Bernier(1620.9.25. - 1688.9.22.) 는 프랑스의 의사[physician]이자 여행가. Joué-Etiou라는 18세기 존재했던 행정구역(프랑스 중서부이며, Anjou 에 속하던 지역). 무굴제국 5대 황제 샤 자한(1592.1.5. - 1666.1.22.)의 첫째 아들 다라 수코(1615.10.28.-1659.8.30.)의 주치의. 12년간 인도에 체류. 이상 영문 위키백과 (https://en.wikipedia.org/wiki/Fran%C3%A7ois_Bernier , 2019.4.7. 최종방문)

69) 윌 책 국가의 부와 빈곤, 260-261쪽.

70) 윌 책 국가의 부와 빈곤, 261쪽.

들어가지 않게 하려고 가능한 한 깊숙하고 은밀한 곳에 재산을 은폐시킨다. 이 때문에 지출이 억제될 뿐만 아니라 상업활동 또한 극도로 은밀하게 행해지고 있으니...”⁷¹⁾

이런 상황은 남의 일이 아니었다. 구한말 또는 여전히 조선이었던 시대에 동일한 모습으로 관찰된 기록이 남아 있다. 윌리엄 길모어라는 구한말 3년간 조선에 체류한 선교사는 다음과 같은 기록을 남겼다. “내가 이 나라에 있을 때 우리 집 요리사는 꽤 부자가 되었다. 그 요리사는 집 두 채를 구입했고, 약간의 현금도 갖고 있었다. 그는 나에게 계속해서 외국인들 밑에서 일하고 싶다고 말했다. 이유를 묻자, 만일 외국인에게 고용되지 않았다면 관리들이 바로 현금 3만이나 4만냥을 빌리려고 찾아왔을 것이라고 말했다. 그 돈은 약 5파운드이다. 돈은 당연히 돌려받지 못하는데, 그의 재산에 매긴 세금 명목이기 때문이다. 외국인들에게 고용되어 있는 한, 그는 조약 규정에 따라 외국 영사 외에는 구속을 집행할 수 없는 대상이 되기 때문에, 하급 관리의 강제 징수에 안전했다. 이런 식의 강제 징수가 다반사라는 것을 나는 확실히 알게 되었다. 누군가 현금을 꽤 모았다는 사실이 알려지면, 관리에게 대출 요구를 받게 된다. 만일 이 요구를 거부하면, 그 사람은 날조된 죄목으로 감옥에 갇힌다. 이런 방식으로 만들어진 죄인은 결국 요구를 들어주거나, ...중략...”⁷²⁾

“하지만 이것이 관리들이 돈을 벌어들이는 유일한 방법은 아니다. 개인은 자신의 빚에 대한 책임만 있는 것이 아니라 친척의 빚까지 책임져야 한다. 줌도둑 같은 관리들은 종종 이런 상황을 이용하여 돈 가진 가족의 일원을 잡아들일 수 없는 경우에 사촌이나 형제를 구속하여 돈을 요구한다. 그 불쌍한 사람이 자신은 돈이 없어서 지불하지 못한다고 호소하면, 관리들은 냉담하게 대꾸한다. ”우리도 알지, 하지만 자네 사촌은 돈을 넉넉히 갖고 있잖아. 사촌에게 벌금을 내 달라고 하지 그래.“ 가족 관계가 아주 긴밀하기 때문에 이 방법은 대체로 효과를 발휘한다.”⁷³⁾

71) 윌 책 국가의 부와 빈곤, 261쪽.

72) 윌리엄 길모어 저/이복기 역, 『서양인 교사, 윌리엄 길모어, 서울을 걷다 1894, 14개의 주제로 보는 1894년의 조선』(그들이 본 우리 012), 살림(경기도 파주시), 2009, 21쪽.

이 책 표지에 George W. Gilmore(1857~?)는 런던 출생. 미국 프린스턴대, 뉴욕 유니언 신학교 수석중, 한국 최초 근대 공립교육기관인 육영공원(Royal English School)의 교사로 초빙(1886~1889)하고 『서울에서 본 한국 (Korea from its Capital), 1892』을 저술이라 표기됨.

73) 윌 책 서울을 걷다, 1894, 22쪽.

“여행자가 한국인들이 가난하고 무례하다고 말하는 경우가 있는데, 한국인들의 성품이 본래 그렇다고 당연하게 받아들여서는 안 된다. 백성들이 노동을 하고 싶게 만드는 유인책이 없다는 사실을 기억해야 한다. 한국인들의 게으름은 본성 때문이 아니다. 자신들의 노고의 열매를 생존에 필수적인 최소치만을 빼놓고는 만족을 모르는 부패한 관리들에게 빼앗기게 될 것이고, 자신들은 그들에게 대항하지 못할 정도로 무기력하다는 것을 알고 있기 때문이다.”⁷⁴⁾

“상위 권력에 호소하는 것은 아주 어렵다. 이미 말한 것처럼 관리들은 자신의 동료에 대한 불평을 듣기 싫어하기 때문이다. 왕이 자신의 신하들이 행한 부정에 대해서 듣는 경우는 아주 드물다.”⁷⁵⁾

3. 시장의 형성을 위한 Gate Keeper

(1) 의 미

Gatekeeping이라는 말의 사전적 의미는 관문을 통과하기 전에 무엇을 허용할지에 대한 ‘사전 취사선택 기능’을 뜻하는데, 반면 인터넷 매체에서의 Gatekeeping은 ‘사후적 게이트키퍼’ 성격이 강한데 그것은 독자의 반응에 인터넷 매체가 일정부분 의존하기 때문이다.⁷⁶⁾

게이트키퍼Gatekeeper는 가령 도시의 관문을 통해 무엇인가에 대한 접근을 통제하는 사람으로서, 20세기 후반에 이 용어는 주어진 메시지가 매스미디어에 의하여 분배될지를 결정하는 특정인을 가리키는 은유적인 용법으로 사용되었으니, 그 이래 게이트키퍼들 Gatekeepers은 대학입학, 재정상담financial advising, 뉴스편집 등을 담당하는 자를 가리키기도 하였으며, 가령 대학진학사정관Academic admissions officer 들은 시험점수 뿐만 아니라 인종, 사회계층, 학년, 가족관계, 운동능력 등의 기준으로 학생이 될 자격을 입학자

74) 윌 책 서울을 걷다, 1894, 22쪽.

75) 윌 책 서울을 걷다, 1894, 22쪽.

76) 김동원/김지연, “디지털시대의 게이트키퍼에 관한 탐색적 연구”, 『문화산업연구』(제17권 제3호), 한국문화산업학회, 2017.9, 35쪽

격을 조사한다.⁷⁷⁾ 여러 가지 Gatekeeping 조직들은 금융전문상담자들처럼 거짓이나 부적당한 자문으로부터 고객을 지키는데, 뉴스편집자 News editor 들은 중요도나 독자층과의 관련 등 자신의 조직이 갖는 기준에 맞추어 게시할 기사를 선택하고, 다른 게이트키퍼 조직은 정신건강서비스, 성직자, 경찰, 미용사 그리고 바텐더 같은 역할 등을 갖기도 하며, 한편 기업에서 게이트키퍼는 그 기업이 사용하는 Software의 암호나 접근권한 사용권을 통제하는 사람을 구별하고자 사용된다.⁷⁸⁾

(2) 디지털시대 법치주의: 게이트키퍼와 게이트워칭

게이트키퍼가 뉴스를 선택하는 행위를 지칭한다면, 게이트워칭은 뉴스를 배포하는 다수의 뉴스플랫폼들을 감시하는 것을 의미한다.⁷⁹⁾

전통적 매체의 핵심인 신문은 내적통제의 역할을 상대적으로 많이 받아서, 신문은 일반적으로 내적통제요인 가운데 언론사 자율규제(조직 특성)에 의한 통제와 소유주 경영진에 의한 통제에 깊은 영향을 받는다고 한다.⁸⁰⁾ 반면 인터넷 매체들은 내적통제보다는 외적통제 영향에 많이 놓여져 있고, 전통매체 대비 상대적으로 더 자본력이 열악하여, 광고와 같은 ‘경제적 통제’에도 직접 영향을 받는데, 이는 경제전문 인터넷매체에서 더 두드러지며, 한편 인터넷 기사의 속성상 전파성(퍼 나르기)이 강력하므로, ‘정치적 통제’에도 쉽게 영향 받으며 기사를 읽는 독자들 반응에 따른 기사 비중이 쉽게 가변화되는, ‘사회적 통제’에도 큰 영향을 받는다.⁸¹⁾ 이러한 Gatekeeping 과정을 생각한다면, 오히려 인터넷 매체들이 더 기업적 본성으로 편향되고 있다는 인식을 가질 수 있다고 본다.

77) <https://en.wikipedia.org/wiki/Gatekeeper> (2018.11.18. 최종)

78) 위 URL

79) 김사승/박한우, “포털뉴스의 저널리즘적 의미에 관한 분석-뉴스 정보원 네트워크 분석을 중심으로- (연구논문)”, 『정보화정책』(제15권 제2호), 한국정보화진흥원, 2008년 여름호, 28쪽. 한편 이 글은 Gate watchin이란 용어를, Bruns의 글(Bruns, A. (2003). “ Gatewatching, Not Gatekeeping: Collaborative Online News.” Media International Australian, 107: 31-44. <http://eprints.qut.edu.au/archive/00000189>.) (이 URL은 2018.11.22.에도 접근가능했음) 로부터 갖고 왔음을 밝히고 있다.

80) 김동원/김지연, 위 글 34쪽

81) 김동원/김지연, 위 글 34쪽

인터넷이 저널리즘의 새로운 영역으로 들어오면서 뉴스 생산자와 공급자가 급증하고 다양화되고 있으며, 블로그로 대표되는 1인 미디어나 소위 시민기자들이 등장하면서, 종래 뉴스생산자들이 엘리트취재원-전문 저널리스트 중심에서, 온라인저널리스트-뉴스 수용자 중심으로 권력이동(power shift)이 이루지고 있다.⁸²⁾ 주류 저널리즘의 제한된 시각에 문제를 제기하는 현장목적 블로그가 풀뿌리 저널리즘을 생성하고 전문가 블로그들이 주류저널리즘에 대한 비판적 해석을 통해 필터링 기제를 새로이 창출하면서 저널리즘 생태계가 확장됨에 따라, 이들 비제도권 뉴스플랫폼들에 의한 생태계 확장이 이루어지고 Gatewatching을 수행하는 새로운 주체들이 등장함으로써 이용자가 생산자가 되거나, 과거 수용자들이 생산자로 바뀌는 등 Gatewatching의 주체가 증가한다.⁸³⁾ 여기서 말하는 Gatewatching은 Gatekeeper들을 오히려 대중들이 감시하는 것에 가까운 개념이다.⁸⁴⁾ 점차 일방적인 정보의 전달이 Gatekeeping이라면, Gatekeeper를 watch하는 것이 Gatewatching이라 할 수 있고, 더 나아가 Gatesharing으로 진화한다고 주장된다.⁸⁵⁾

인터넷 매체는 수용자의 반응이 기사 비중 등을 결정하는 기준으로 작용하기도 하는데, 이는 과거 어떤 기사를 내보낼지 여부, 어느 정도의 크기와 비중으로 보도할 것인지를 결정하는 게이트키퍼는 편집자News editor였지만, 인터넷매체는 ‘수용자의 반응 정도’가 게이트키퍼 과정에서 주요한 역할을 한다.⁸⁶⁾ 인터넷 기반 매체들과 1인 미디어가 급증하면서 게이트키퍼의 개념은 폐쇄적 형태의 게이트단속Gatekeeping에서 다른 뉴스사용자의 뉴스과정 참여를 널리 권장하는 게이트개방Gate opening이 주목받을 뿐 아니라, 게이트워칭Gate Watching 으로까지 계속 확장되고 있음은 위에 적은 바와 같다.⁸⁷⁾

82) 김동원/김지연, 앞 글 35쪽.

83) 김사승/박한우, 앞 글 28쪽.

84) <http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20070828030005>

85) 배만섭 기자, “네이버 유봉석 이사의 ‘게이트 셰어링’, 뉴스의 탈미디어”, 2014.3.4. <http://www.economytalk.kr/news/articleView.html?idxno=120830>

86) 김동원/김지연, 앞 글 35쪽

87) 김동원/김지연, 앞 글 35쪽.

(3) 자본시장법과 Gatekeeper

게이트키퍼 또는 기업감시자는, ① ‘독립적 입장에서부터 기업의 위법을 막을 수 있는 전문가로서의 제3자’ 라고 하거나, ② ‘기업 위법행위에 대한 전문가적 지원support을 보류함으로써 위법행위를 방지할 수 있는 사적기관’이라 하거나, ③ ‘투자자들에게 인증certify 및 검증verify 서비스를 제공하면서 명성중개인reputational intermediary 역할을 하는 독립적 전문가들’ 이라 하는 바, 여기서 게이트키퍼 또는 기업감시자는 ④ 변호사, 회계감사인을 포함한 회계사, 인수인underwriter, 신용평가회사Credit Rating Agencies: CRAs, 등 또는 ⑤ 사외이사, 회계사, 변호사, 인수인 등 또는 ⑥ 외부감사인, 신용평가회사, 투자은행 증권분석가securities analyst, 증권전문변호사 들로서, 즉 이 게이트키퍼 또는 기업감시자 모델Gatekeeper Model 은 어떠한 거래에서 매우 직접적 이해관계를 갖는 기업들 보다는 그 거래로부터 별로 얻을 것이 없는 제3자인 게이트키퍼 또는 기업감시자 전문가들을 억제deter함으로써, 기업의 위법행위를 사전에 억제할 수 있도록 유인하는 장치를 가리킨다.⁸⁸⁾ 일종의 제3자 집행전략(Third party enforcement strategy)로서, 어떤 거래 당사자인 기업과 그 경영자들은 법적 책임의 위협에 직면할 때에도, 그 거래로부터 얻을 게 많을 경우 위법행위를 할 가능성이 있으므로, 독립적 전문직업인인 게이트키퍼 또는 기업감시자들로 하여금 회사가 법을 준수하였다는 증명을 일정한 형태로 하도록 함으로써, 계획된 당해 거래에 임하게 함으로써 회사의 위법행위를 줄일 수 있다는 것으로부터 나온 것이다.⁸⁹⁾

인용하는 글은 Gatekeeper를 기업감시자로 번역하고 있다. 한편 이들이 기업감시자인 이유는 기업감시자의 동의, 승인, 평가에 따라 고객 회사가 어떤 거래를 성사시키거나 그 기업 자신의 바람직한 지위를 유지할 수 없다는 점 때문이며, 그리하여 여기서 (게이

88) 백승재, “자본시장법에 따른 기업감시자책임Gatekeeper liability에 대한 고찰”, 『증권법연구』(제11권 제3호), 2010.12, 115·120쪽. 이 글 116쪽은, ‘(게이트키퍼 또는)기업감시자는 자본시장의 보호를 위한 파수꾼 Gatekeeper’ 라고 하면서, 이런 중요한 기업감시자를 그들이 갖는 명성(평판)이나 법률 등 규범으로 통제하여야 한다고 말한다. 위 내용 중 ①과 ④는 115쪽, ②, ③, ⑤, ⑥은 120쪽에 소재한 내용.

89) 백승재 위 글 119쪽.

트키퍼)기업감시자는 일종의 transaction engineer 로서 역할을 하는 독립적 전문기업인이다.⁹⁰⁾

그 예로서,

- ① 기관투자자들은 독립적인 신용평가회사가 일정한 회사채를 투자등급으로 분류하여야 그 사채를 구입할 수 있다,⁹¹⁾
- ② 어떤 기업이 계속 상장된 상태로 거래소에서 주식거래가 되는 것을 원한다면, 해당 증권거래소가 요구하는 감사의견이 유지되어야 할 것이다.⁹²⁾

이들에게 이러한 역할을 기대하는 것은 해당 기업과 달리 이들 게이트키퍼들은 딱히 그 거래로부터 얻을 이익은 크지 않다. 반면 만일 당해 거래에 임하는 기업의 위법이나 규정위반을 막지 못한다면, 게이트키퍼들이 입을 손해가 막대하므로 기업 위법행위를 monitoring할 유인은 (이익은 적은 것과 달리) 매우 커진다는 것이다.

한편 자본시장의 (게이트키퍼)기업감시자들은, ① 투자자들을 위한 감시견watch dog으로서, 그들이 행하는 증명의 정확성이 제3자가 확인될 수 있어야 하며, ② 해당 거래 당사자들이 그들의 명성자본reputational capital에 기대어 거래비용을 줄이고자 이용될 신뢰를 제공하는 자로서, 게이트키퍼들은 자신들의 명성에 투자할 유인incentive이 큰 자들로 만들어지도록 되어야 한다.⁹³⁾ 즉 자본시장의 제3자적 독립적 기업감시자(Gatekeeper)들이, 수많은 고객에게 명성을 제공하면서 쌓아올린 명성과 신용을, 단 하나의 고객을 위해 희생시키지 않도록 구조가 갖추어지고 조직화되어야 한다. 그러나 감시자(watch dog)로서

90) 백승재 윗 글 121쪽.

91) John C. Coffee, Jr., "The Attorney as Gatekeeper," Working Paper, No. 221(Columbia Law School, The Center for Law and Economic Studies, April 2003), pp.8~9.(백승재 윗 글 121쪽 주 20)

92) 한국거래소의 경우, 유가증권시장 주권상장법인에 대한 감사의견이 감사범위 제한으로 한정이거나 또는 반기 검토의견이 부적정 또는 의견거절일 경우 당해 주권을 관리종목으로 지정하고, 감사의견이 부적정 또는 의견거절일 경우와 최근 사업연도에 감사범위 제한으로 인한 한정인 경우에는 당해 법인을 상장폐지할 수 있다(유가증권시장 상장규정 제75조 및 제79조) (이 내용은 백승재 윗 글 121쪽 주21 전제).
상장폐지 할 수 있다(유가증권시장 상장규정 제75조 및 제79조 참조).

93) 백승재 윗 글 123쪽.

행위하여야 할 기업감시자gatekeeper들이 역할에 한계를 보이고 있다는 것과 그 증좌로서 2001년 엔론과 월드콤 회계부정 사태를 들고 자세히 원인을 분석하고 있는데 이 글에서는 자세한 설명은 생략한다.⁹⁴⁾

자본시장법에서 Gatekeeper의 역할을 수행하는 역할자들이 제대로 역할 할 수 있게 자리매김한다면 아래에서 말하는 마찰비용을 줄일 수 있다.

헤이그⁹⁵⁾의 지가이론이 마찰비용이론으로서, 지대란 토지 이용자가 교통비 transportation costs를 절약할 수 있고 상대적으로 도달 가능성이 있을 때 그 소유자에게 지급하는 요금이라고 하는데, 그 이론은 지대와 교통비의 보완성을 강조한 것이니, 교통수단이란 공간의 마찰friction of space을 극복하고자 고안된 것으로서, 마찰부분이 지대와 교통비라면, 토지이용자는 마찰비용cost of friction으로써 교통비와 지대를 지급하고, 교통수단이 양호할수록 마찰이 적어진다는 것이다.⁹⁶⁾

(4) 회사법과 Gatekeeper

위 마찰비용은 다른 말로 회사법학에서 말하는 대리인감시비용과 같은 의미를 갖는다고 볼 수 있다.

(5) 인플루언서와 Gatekeeper

인플루언서란 ‘영향을 미친다’ 는 뜻의 influence에 사람을 의미하는 영어 접미사 ‘~er’을 붙인 것으로, ‘영향력을 행사하는 사람’ 이란 신조어의 일종이라 할 것인데 직업적인 연예인은 아니면서 SNS(사회관계망 서비스)나 블로그, 1인 방송 등을 통해 이름을 알려 대중에게 큰 영향을 갖는 사람을 지칭한다.⁹⁷⁾

94) 백승재 윗 글 126쪽 이하.

95) Robert Murraay Haig(1887-1953)은 미국의 경제학자. 공공재정과 조세 전문가로 간주됨. 콜럼비아 대학에서 2014년 PhD. https://en.wikipedia.org/wiki/Robert_M._Haig (2018.11.18. 최종)

96) <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=585615&cid=42094&categoryId=42094> (2018.11.15. 최종)

97) 강윤경, “인플루언서”(키워드 경제), 『마이더스』(2019 7호), 연합뉴스 동북아센터, 2019, 108쪽.

오늘날 인플루언서의 등장은 아직 완전히 규명되지 아니한 여러 가지 영향과 충격을 사회에 주고 있다. 가령 과거의 대중들의 우상이나, 정치인이나, 비상시 또는 전시 같으면 전쟁영웅들이나 등은 그 사회 개별 구성원들의 호오를 떠나 그 사회에 몸 담은 사회라면 대개 잘 알려진 지명도 있는 사람들이었다. 시대의 흐름에 따라 점차 취미나 관심이나 직업이나 선호도에 따라 유명세를 갖는 영역이 구분되기 시작한 것은 어느 정도 인식하고 있다. 하지만 오늘날의 유명세가 영역이 구분된 수준은 슈퍼스타 수준의 인플루언서도 모르는 사람은 전혀 들어본 적도 없는 사람들도 많은 정도로 격리되어 있다.

가령 국내 최고의 소득을 갖는다고 알려진 유튜버 보람튜브는 6세 아동을 출연시킨 유튜브 토이리뷰 채널을 운영한다.⁹⁸⁾는 웹 검색을 하면 엄청난 기사들이 쏟아지는 것도 알 수 있지만, 반면 이들에 대하여 모르는 사람은 전혀 모른다.

뉴스를 소비하는 계층에 따라 인지도가 제로에서 무한대까지 치솟을 정도로 차이는 나는 것은 정치적 성향이 물과 기름처럼 구분되는 한국의 현재 현상과도 직결되고 있다. SNS의 특징상 틀리고 맞고를 떠나 자기가 원하는 소식만 선별적으로 듣는다. 원하는 소식을 제공하는 상대방과만 SNS를 하게 되면, 반대 상대방을 지지하는 뉴스라면, 아예 생각할 기회조차도 차단당한다.

4. 저신뢰사회

(1) 저신뢰사회

한국은, 프랜시스 후쿠야마가 그의 저서 『트러스트』에서 저신뢰사회로 지목한 세 나라(중국, 인도, 한국) 중 한 나라로서, 이는 사실에 가까웠고 이를 충격으로 받아들인 필자들의 글도 나타났다.⁹⁹⁾

98) 100억 건물 매입과 연소득 수십억을 호한다고 한다. 최근에는 아동학대로 고발당하는 사건도 있었다. 2017년 국제구호단체 SaveTheChildren이 보람튜브 비롯한 아동채널 운영자들을 고발하였고, 서울가정법원도 아동학대로 인정하고, 부모에게 보호처분을 과하였다. 보람튜브 토이리뷰는 구독자가 1,350만명이라고 하며, 보람 양의 일상을 담은 보람튜브 브이로그 도 1,700만명 구독자가 있다. https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_201907241525070038 (2019.9.26. 최종)

99) 김인영, “한국사회와 신뢰: 후쿠야마와 퍼트남 논의의 재검토”, 세계지역연구논총(26권 1호), 2008; 엄묘섭, “시

다만 이에 대하여 시대의 변화는 고려하고 반영되어야 한다. 한국이 저신뢰사회라는 것은 인정될 수도 있다. 하지만 그것은 예전의 얘기로 치부될 수 있다. 말하자면 프랜시스 후쿠야마가 관찰한 것인지 직접 한국에서 살은 것인지(그런 경험을 프랜시스 후쿠야마가 하였던 것 같지는 않다)는 모르겠다. 한국에 번역된 『트러스트』 책을 본다면 프랜시스 후쿠야마는 한국 내에 거주한 적은 없는 것 같고 장시간 방문했던 적도 없는 것 같다.¹⁰⁰⁾ 개인적 경험으로 35년 전 고교 수업 당시, 통신판매를 설명하던 중 한국은 신용이 낮아서 통신판매가 활성화되지 아니하다는 해설을 들은 적이 있다. 과거 한국은 분명히 저신뢰사회였다고 할 수 있다. 지금은 어떠한가. 사람의 경험은 유한하고 생명은 길지 아니하다. 시대와 국가의 변하는 천천히 움직이는 것 같지만 시간간격을 두고 회상한다면 쏠살같이 변하여 왔다는 것을 알 수 있다. 현대의 한국만 변화의 속도가 빠르다고 생각하는 경우가 많지만, 그러하지 아니하다. 어느 나라 어느 시대나 변화의 속도는, 한 시대에 고착된 특정한 한 인간이 파악하기에 만만한 속도나 변화가 아니다.

프랜시스 후쿠야마의 저술의 여파는 최근까지도 미치고 있다는 점을 알 수 있다. 그의 저명성이나 저술은 많이 잊혀졌지만 우리에게 어쩌면 익숙한 다른 형태의 용어로 우리 주변을 떠돌고 있다. 가령 ‘사회적자본’과 같은 단어의 사용례이다.

(2) 위법행위의 만연

한국에서 위법행위는 거의 처벌되지 않는 경우가 더 많은 것으로 보인다. 대표적인 사례가 주차위반이며, 특히 서울을 제외한 지방도시에서 주차위반은 만성적이고 만연해 있다.

민사회의 문화와 사회적 신뢰”, 문화와 사회(제3호), 2007; 장승희, “유교에서 신뢰의 본질과 신뢰교육”, 윤리연구(103권), 2015; McNamara, Dennis. L. “Syncretic Capitalism in Korean Textiles: Clientelism, Corporatism, and Contract”, 1997 등

100) 프랜시스 후쿠야마 저/구승희 역, 『트러스트』, 한국경제신문사, 1996년판에 기록된 서지사항을 보면, Trust, Social Virtues and the Creation of Prosperity, 1995 라고 되어 있다. 원저는 1995년에 출간된 책이다. 겉표지에 적힌 후쿠야마의 약력은, 미국에 이민한 일본인 3세로서 1952년 시카고에서 태어났고 코넬대학(고전학)과 하버드대학(정치학 박사)을 거쳐 미국 국무성 정책실 차장, 워싱턴 랜드연구소 선임연구위원을 거쳐 번역서가 출간된 1996년에는 버지니아주 조지메이슨대학 교수라고 기재되어 있다.

현재는 스탠포드 대학 교수로 재직중인 것 같다(<https://ko.wikipedia.org/wiki/프랜시스후쿠야마>, 2019.9.15.).

이 점에 대하여 한국인은 반성할 필요가 충분하다. 개인적 경험으로 미국을 비롯한 구미 여러나라에서, 가령 주차장에 ‘Full’ 이란 사인이 뜨면 정말 Full이다. 하지만 한국 내에서 주차장에서 ‘만차’란 사인이 떠도 ‘만차’가 아닐 때가 많다. 주차공간이 아닌 곳에도 주차하기 때문이다.

단순한 증례로서 편리하고 효율적인 질서를 비판하는 것을 용납 못할지도 모른다. 하지만 이상의 예는 반성을 요한다고 본다.

주차 위반에 대한 징벌의 즉응성은 그 사회의 위법성이 비판되고 수정될 여지가 있는지의 바로미터라고 생각할 수 있다. 미국에서 주차위반은 아직도 주차단속자가 일일이 수작업으로 체크하고 있다.

(3) 사기 건수 이상과다

한국에서 범죄율¹⁰¹⁾ 중, 사기 건수는 이상하게 과도하게 발생한다고 report되는 측면¹⁰²⁾이 있다. 다만 암수율¹⁰³⁾이 비공식적 사회관계가 점차 해체됨에 따라, 범죄가 공개되는 비율이 늘어나면서 실제 발생건수는 과거에 더 많았던 것이, 더 많이 밝혀지는 것일 가능성도 배제할 수 없다.

이것 또한 조명될 필요가 있다고 할 것이다.

(4) 산관복합체의 탄생

사실상 대기업은 그들이 수행한 술한 다양한 그들의 이익증진방안을 연구와 가치 척도

101) 이 곳에서 통계표에 따르면, 2007년부터 2017년 사이 매년집계가 제시되는데, 사기는 별도로 표시되지 아니하기 때문에 건수와 비율을 알 수 없다. 다만 다른 범죄 유형에 대해서 개관하자면, 살인은 한국이 낮지만 점차 더 낮아지고 있고, 강도는 대폭 낮아지고 있으며 절도는 완만하게 낮아지고 있다. 그런데 폭행은 오히려 60여 % 쯤 올라가고 있다. 이 점에서 보면 과거에 숨겨지던 범죄가 드러나는 경우일 가능성도 있다. “국가지표체계”, 『범죄율』 <https://www.index.go.kr/unify/idx-info.do?idxCd=4262&clasCd=7> (2019.9.20.)

102) <http://thel.mt.co.kr/newsView.html?no=2019010309258276211> (2019.9.20.)

103) 대표적으로 암수율이 높은 범죄는 성범죄라고 알려져 있다. 위의 위 각주에 폭행 범죄 건수가 증가하는 이유도 암수율이 밝혀지게 되는 것이 아닐까 생각하고 있다. 다만 입증에 소용할 자료는 찾지 못하였다. 아마 사기도 암수율이 높지 않을까 생각된다.

로 재단하여 보기 좋은 형태로 성형하여 전국민과 관료들에게 정보로써 제공하고 사실상 세뇌될 수 있도록 주입한다고 볼 수도 있다.

한편 앞에서 살펴본 ‘보이지 않는 규제’ 나 ‘그림자 규제’ 의 경우는 ‘산’ 과 ‘관’의 협조로서 탄생한 케이스가 아니고, ‘산’과 ‘관’의 이익과 본분이 충돌한 경우에 해당할 것이다. 그 경우는, 서로의 이해관계가 맞아서 생긴 것이 아니고, ‘관’이 최소한의 본분을 실행에 옮기려고 하였으나, ‘산’이 그것조차도 용납을 하려하지 않았던 경우라고 필자는 생각하고 있다. 물론 그 경우 금융감독원은 형식상 ‘관’ 의 신분이 아니기는 하였으나, 사실상 ‘관’ 그 자체로서 행위하고 그렇게 받아들여졌다. 이 점에서 보건대 한국에서, 산관복합체는 과거 고도경제성장기에는 ‘관’이 ‘산’에 대한 질서를 제공하다가 약간의 이익을 제공하면서, 훗날의 보답을 얻기도 하는 경우였던 것에서 탄생하고 이어졌던 것으로 볼 여지가 있었다. 오늘날 ‘산’은 원하는 이익에 제공되지 아니하거나 획득하지 못할 경우, 적극적으로 이익을 제공하도록 강요하거나 민주적 질서를 위장하여 쟁취해나가는 적극적 주체가 되었다고 본다.

산관복합체는 이제 좀 더 적극적이고 조금 더 기술적으로 완벽해 보이는 외관을 획득해나가고 있다고 할 수 있다. 이처럼 관료는 그로 말미암아 조직확장과 퇴직 후 보장을 받는 방법이 첩부된 유형의 인센티브를 제공받으면서, 또한 단기간 재직하는 그들의 실정에 부합하는 단기간 실적을 포장하기 좋은 방식의 정책을 제공받으면서, 산관복합체는 탄생한다.

대표적인 예로 주류산업을 들 수 있다.

KDI 등이 격년으로 수행하는 공정거래위원회의 연구용역인 「시장구조조사」 들을 보면, 가장 유효경쟁이 미약하면서 R&D 비용도 적은 비율만 투입되는 산업이 주류산업이다. 주류산업은 국세청의 퇴직보장과 직결된 분야로 기능하는 측면이 있는 등 산관복합의 모습도 띠기도 한다.

V. 일 본

1. 서

일본은 규제의 모습을 볼 때, 헌법을 비롯하여 다양한 법률, 법률의 내용에서도 명확히 하지 아니하고 시행령 등에서 구체적인 내용을 정하며, 자치단체 등의 경우 조례로 정하는 등 각종 규제로 얽혀 있을 뿐만 아니라 통달, 행정지도, 자기책임이나 규제완화를 부르짖으면서도 규제로 둘러싸여 있다. 이 점에서 한국과도 유사하다.

일본의 행정은 행정청의 공식적·권력적인 활동보다는 비권력적인 형태로 이루어지는 것이 많은데, 이러한 비권력적인 활동의 전형적 내지는 대표적인 것이 행정지도이다.

이러한 일본 행정부들의 비권력적 활동은 소위 통달행정이나 요강행정으로 한국에서도 널리 알려져 있다. 일종의 법치주의적 적법절차를 거치지 아니한다는 점에서 한국의 그림자규제와 같다. 반면 공표된 공시절차를 갖춘다는 점에서는 한국의 그림자규제보다는, 한결 낫다는 관점을 찾을 수도 있다.

일본의 행정절차법¹⁰⁴⁾ 제2조 제6호에 “행정기관이 그 임무 또는 소관업무의 범위 내에서 일정한 행정목적을 실현하기 위해 특정한 자에게 일정한 작위(作爲) 또는 부작위를 요구하는 지도, 권고, 조언 기타 행위로서 처분에 해당하지 않는 것을 말한다”는 행정지도의 정의가 있다.

그 정의에서 보듯이 특별히 강제적인 것은 아닌 것처럼 보이지만 거스르기 어려운 것이 행정지도의 본질이 아닐까 생각한다. 행정지도와 관련하여 일본의 법규인 행정절차법 제32조를 보면, “행정지도에 있어서 행정지도에 관여하는 자는 적어도 당해 행정기관의 임무 또는 소관사무의 범위를 일탈해서는 아니 된다는 점과 행정지도의 내용이 어디까지

104) 일본의 행정절차법(行政手続法) 출처: http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=405AC0000000088&openerCode=1#192 (2019.9.15.)

나 상대방의 임의의 협력에 의해서만 실현되는 것이라는 점에 유의해야 한다”(동조 제1항)는 내용과 “행정지도에 관여하는 자는 그 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 하여 불이익한 취급을 해서는 아니된다”(동조 2항)는 내용이 있다. 이처럼 법률에 규정함으로써 행정지도가 적절하게 이루어지도록 하려는 근거가 마련되어 있다. 그런데 행정지도로 대표되는 비권력적 행정수단은 행정기관이 상대방의 동조를 구함으로써 그 의도를 실현하고자 하는 행정작용인데, 실제로는 행정의 사실상의 우위성을 토대로 압력을 가하면서 법적 구속력이 없이 상대방의 동의아래 목적을 달성하려는 형식을 취하기 때문에, 상대방은 거의 다룰 수 있는 길이 없고 법치행정의 일탈과 행정의 책임회피를 위해 이용된다는 비판이 있다.

이하에서는 비권력적 행정수단의 대표적인 형태인 행정지도 관련 내용을 비롯하여 지도요강, 통달 등의 개념과 역할 등에 대하여 정리해보고 실제로 행정청의 지침 등의 사례로서 경제산업성, 금융청, 공정거래위원회의 통달, 지침 등의 목록을 살펴보고 활용현황 등에 대해 생각해보고자 한다.

2. 행정지도의 특징과 이에 대한 규율내용

(1) 행정지도의 특징

행정행위와 구별되는 행정지도의 특징은 행정지도의 정의규정(행정절차법 제2조 6호) 뒷부분에 나타나는데, 권력적이고 법적 행위인 행정행위와는 달리 비권력적인 사실행위라는 점이다. 그리고 소관사무의 범주를 초월한 행정지도는 할 수 없고 단순한 정보제공은 제외되며, 국민전체에 대해서 이루어지는 불특정의 행위도 행정지도에 해당하지 않는다는 점에 주의할 필요가 있다.¹⁰⁵⁾ 또한 법률우위의 원칙이 적용되므로 행정지도는 법의 일반원칙(평등원칙, 비례원칙, 신의칙 등)에 저촉되면 아니 된다.

여하튼 행정지도가 일본의 전반적인 행정에서 이루어지는 상황을 생각하면 매우 폭넓

105) TAC 公務員講座 編, 行政法 [第10版], TAC出版, 2012, 170頁

게 정의될 필요가 있겠지만 대체로 그 성격은 다음과 같이 표현할 수 있다. 첫째로, 행정지도는 특정한 목적의 실현을 위해 법령적인 근거를 기본배경으로 하면서 특정한 상대방의 행동을 좌우하거나 혹은 사안에 직접 적용할 법적 근거가 없더라도 어떠한 형태로든 관련성이 있는 법적 근거를 토대로 특정한 상대방의 행동에 영향을 주는 관료제적인 행위라고 할 수 있다. 여기서 법령적인 근거를 기본배경으로 한다는 것은 법령에 규정된 인·허가권한의 행사와 처벌이나 용자의 결정과 같이 법령의 직접적인 행사가 아니라는 의미이고, 어떠한 형태로든 관련성이 있는 법적 근거라는 것은 추상적인 법의 목적규정은 물론 조직법령과 같이 관료제적 목적과 관련성이 있는 것으로 보이는 법적 근거를 의미하므로 행정지도 자체는 행정재량의 하나로 볼 수 있다. 둘째로, 상대방의 행동을 지시하는 행정지도에는 다양한 수단이 이용되는데, 지시에 따르지 않는 경우의 불이익의 가능성도 있을 것이고, 지시를 위한 중요수단인 이익의 공여는 법령의 해석에 대한 조언이나 지도, 용자나 보조의 시사, 정보나 기술의 제공 등 다양하다. 한편, 제재로서는 이익공여의 정지를 비롯하여 비공식적인 압력을 상대방의 주변에 가하여 고립시키거나, 상대방이 별도의 사안에서 인·허가를 필요로 할 때 방해하는 등 다양한 수단이 사용되므로 하나의 행정지도와 관련된 법령이 다수 존재한다. 셋째로, 행정지도는 다수의 목적과 수단에 관련된 법령을 원용한 개별적 관료제적 행위가 아니라 그 자체가 하나의 행정제도로 볼 수 있다는 점에서 관료제가 가진 보조나 용자의 권한, 세제상의 우대조치, 인·허가권한, 다양한 제재권한들이 상호 관련된 행정상의 제도 내지 구조라고 할 수 있다. 행정지도를 일정한 목적의 달성을 위한 자발적 협력의 요청(appeal for voluntary cooperation)으로 본다면 어디서나 이루어진다고 할 수 있고, 국내외적으로 비판을 받지만 개혁이 어려운 것은 행정상의 제도이기 때문이라는 것이 일본 행정지도의 특색이다. 넷째로, 행정제도로서의 행정지도에는 많은 경우 행동의 지시를 통해 관민(官民)사이의 이해공동체가 같은 형태가 이루어졌고 이러한 공동체에 대한 유력한 정책실시수단으로 기능하는 것이 행정지도라고 할 수 있다.¹⁰⁶⁾

106) 新藤宗幸著, 「行政指導－官庁と業界のあいだ」, 岩波新書 218, 岩波書店, 1992, 42頁

(2) 행정지도의 법적 근거

행정지도는 모두가 비권력적 행위이기 때문에 법률의 근거가 필요 없는데, 이를 구분하면 조직법상의 근거는 필요하고 작용법상의 근거는 필요 없다. 그래서 국민의 다양한 행정수요에 대해 임기응변적이고 탄력적인 대응조치를 할 수 있다는 장점을 가진다고 일반적으로 이해된다. 여기서 주의할 점은 법률적 근거가 있는 행정지도도 있고(국토이용계획법 제24조107) 행정의 통일을 도모한다는 관점에서 택지개발지도요강 등의 행정규칙에 따라 이루어지는 행정지도도 있다는 점이다.¹⁰⁸⁾ 이처럼 행정지도에 법률상의 규정이 반드시 필요한 요건은 아니라는 것이 다수설이지만, 실제 행정지도 시에 법적 근거의 존재를 강조하는 경우가 많은데, 이것은 법률에 의한 행정관념의 침투를 전제로 하여 재량적 행위의 정당화를 도모하고자 하는 것으로 보인다. 문제는 법적 근거로 주장하는 것은 작용법상의 근거를 찾지 못하는 경우 조직법령상의 근거라는 점인데, 조직법령까지 근거 규정을 확장하는 경우에는 법률에 근거를 두지 않은 행정지도는 없다는 결과가 되기 때문이다. 즉, 본래 조직법령은 행정기관의 설치나 통폐합에 대한 국민의 민주적인 통제를 기본적 전제로 하여 각 행정기관의 권한분배를 정하는 것일 뿐이고, 국민에 대한 공권력 행사의 근거규범이라고 보기는 어렵다.¹⁰⁹⁾

다음으로 권고나 지도·조언의 규정이 법률상 존재하지 않는 경우에 대해서 생각해볼 수 있는데, 첫째로 행정지도를 하려는 사항에 대한 권고 등의 규정이 없지만 그와 관련된 허가, 면허, 승인, 신고 등의 인·허가권한을 규정한 법률이 존재하는 경우가 있고, 둘째로 그 사항에 직접 관련된 인·허가권한의 규정도 없고 일반적이고 총칙적인 규정으로써 행정지도가 이루어지는 경우도 있다. 전자의 전형적인 사례의 하나가 은행점포의 출점조정에 관한 행정지도이고, 대장성 은행국(大蔵省銀行局)이 은행에 대한 검사권한을 전제로 하여 이루어지는 경영지도나 임원인사의 지도 또한 이에 속하는데, 이들은 그러한 범

107) 국토이용계획법 제24조(토지의 이용목적에 관한 권고) 출처: http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=405AC0000000088&openerCode=1#189 (2019.9.15.)

108) TAC 公務員講座 編, 行政法 [第10版], TAC出版, 2012, 170頁

109) 新藤宗幸著, 「行政指導－官庁と業界のあいだ」, 岩波新書 218, 岩波書店, 1992, 64頁

주에 속하는 행정지도의 일부로서 중앙행정관청의 인·허가권한이 행정지도의 온상이 된다고 볼 수도 있다. 후자의 사례로는 지방자치법 제245조 1항에 따른 자치단체에 대한 인건비나 조직·정원의 삭감에 대한 지도를 들 수 있는데, 동조는 광역자치단체장이 자치단체의 조직운영에 대해 적절한 기술적 조언이나 권고를 할 수 있다고 규정하고 있으며, 조언이나 권고가 필요한지에 대한 판단은 대신이나 광역단체장인 지사의 재량으로 이해되고 있다. 이러한 내용들은 작용법상의 근거가 없는 경우나 법률을 발동하여 행정처분을 하려해도 법률자체가 없는 경우, 기본법과 같은 포괄적 규정에 의한 행정지도의 정당성을 대외적으로 보완하는 등의 경우에 조직법령에서 규정하는 소관사무에 관한 규정을 원용하는 것이라고 보면 될 것이다.¹¹⁰⁾

(3) 행정지도의 분류

행정지도는 행정행위의 종류에 대응하여 그 내용에 따라 ①구성적 행정지도(조세상담 등에서의 조언) ②규제적 행정지도(일광이나 통풍을 위해 건물의 높이를 제한하는 권고) ③조정적 행정지도(건축분쟁 등의 조정을 도모하는 조언) 등으로 나뉘는데, 규제적 행정지도에도 근거법이 필요한 것은 아니다.

(4) 구제방법

1) 취소소송

원칙적으로 할 수 없다. 일본 판례는 취소소송의 대상이 되는데 필요한 처분성에 대해서 권력성을 요구하기 때문이다(최고재판소판례(1963.6.4.)에서 ‘보험의(保險医)에 대한 계고(戒告)’는 권리의무의 변동이 없는 행정지도로 보아 처분성을 부정하였다).¹¹¹⁾

2) 국가배상청구

국가배상법 제1조¹¹²⁾는 ‘공권력의 행사’를 하고 있는데, 이는 비권력적 행위를 포함

110) 新藤宗幸著, 『行政指導－官庁と業界のあいだ』 岩波新書 218, 岩波書店, 1992, 67頁

111) TAC 公務員講座 編, 行政法 [第10版], TAC出版, 2012, 171頁

112) 국가배상법 제1조 ①국가 또는 공공단체의 공권력 행사에 관여한 공무원이 그 직무수행에 대해 고의 또는

하여 널리 공적 행정활동을 포함한다고 해석된다고 이해(다만, 순수한 사경제활동과 국가배상법 제2조¹¹³⁾가 적용되는 경우는 제외)되므로 원칙적으로 배상청구가 가능하다고 할 수 있다. 즉, 행정지도는 공권력의 행사에 해당하므로 국가배상법에 따른 손해배상의 대상이 된다. 행정지도에 따라 물품의 판매를 정지하였으나 그것이 잘못된 법해석에 의한 것인 경우(도쿄지방법원판례 1976.8.23.)나 택지개발지도요강에 따른 행정지도에 의해 교육시설부담금을 납부하였는데 그것이 기부를 강요하는 위법한 것이었던 경우(최고재판소판례 1993.2.18.) 등에 대한 판례가 있다.¹¹⁴⁾

(5) 요강(要綱)행정

1) 의 의

요강(要綱)이란 행정기관이 정립하는 행정지도의 기준이 될 행정내부에서의 일반적인 준칙으로서 법률과 조례 등 정식의 법규가 아닌 것을 가리키는데(택지개발지도요강 등), 행정지도가 개별 직원에 의해 통일성이 없이 이루어지면 행정목적은 달성하지 못할 염려가 있기 때문에 행정의 통일을 도모하려는 취지 등에서 만들어진다.

2) 한 계

행정지도가 요강에 따라 이루어지더라도 법적 구속력은 없고 행정청이 공권력을 발동하여 그 실효성을 견지시키는 것은 위법이 될 수 있다. 예컨대, 요강에 건축확인의 유보, 상하수도의 정지 등과 같이 국민의 기득권익을 빼앗는 제재조항을 만드는 것은 그 자체가 행정지도에 강제를 더하는 것이 되어 허용되지 않으므로 그 실효성은 공공단체의 설

과실로 위법하게 타인에게 손해를 가한 때에는 국가 또는 공공단체가 이를 배상할 책임이 있다. ②전항의 경우에 공무원에게 고의 또는 중대한 과실이 있었던 때에는 국가 또는 공공단체는 그 공무원에 대해 구상권을 가진다. http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=405AC0000000088&openerCode=1#165 (2019.9.15.)

113) 국가배상법 제2조 ①도로, 하천 기타 공적 영조물의 설치 또는 관리에 하자가 있어서 타인에게 손해가 발생한 때에는 국가 또는 공공단체는 이를 배상할 책임이 있다. ②전항의 경우에 달리 손해의 원인에 대해서 책임을 부담할 자가 있는 때에는 국가 또는 공공단체는 그에 대해 구상권을 가진다.

114) TAC 公務員講座 編, 行政法 [第10版], TAC出版, 2012, 171頁

득에 따른 상대방의 도의심에 호소할 수밖에 없다. 판례(무사시노 맨션사건 최고재판소결정 1989.11.8.)에서도 수도법상 급수계약의 체결이 의무화되어 있는 수도사업자로서는 가령 지도요강을 사업주에게 준수시키기 위해 행정지도를 계속할 필요가 있다고 하더라도 이를 이유로 하여 사업주들과의 급수계약의 체결을 유보하는 것은 허용되지 않는 것으로 보고 있다.¹¹⁵⁾

3. 통달(通達)에 관하여

일본의 행정의 특징은 비대화된 관료통치의 경향을 띠는 것이라고 보는데, 법령의 근거나 위임이 없는 행정의 조치와 행위가 많고, 사업에 관한 감독관청의 감독은 다양한 형태로 이루어지며 법령의 근거가 있는 것도 있고 근거가 없는 비공식적인 것까지 광범위하다. 통달도 많은 경우에 이용되는데 통달의 성격을 포함하여 기본적인 사항을 정리해보면 이하와 같다.

(1) 通達의 법적 성격

통달은 행정기관의 업무처리에서 통일적인 해석을 도모할 목적으로 상급기관이 하급기관에 대해 법령의 해석 등을 나타내는 행정기관내부의 문서로서, 통달의 법적 근거는 국가행정조직법 제14조 2항¹¹⁶⁾이다. 즉, 행정기관의 내부문서이므로 본질적으로 행정조직의 외부에는 나타나지 않으며 관보공고의 대상도 아니고 국민이나 법원 등을 구속하지 않는다.

115) TAC 公務員講座 編, 行政法 [第10版], TAC出版, 2012, 171頁

116) 국가행정조직법 제14조 ①각성대신(各省大臣), 각 위원회 및 각 청(各庁)의 장관은 그 기관의 소관사무에 대해서 공시(公示)를 필요로 하는 경우에는, 고시(告示)를 발할 수 있다. ②각성대신(各省大臣), 각 위원회 및 각 청의 장관은 그 기관의 소관사무에 대해서 명령 또는 시달(示達)을 하기 위해 소관의 제 기관 및 직원에 대해, 훈령(訓令) 또는 통달(通達)을 발할 수 있다. http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=405AC0000000088&openerCode=1#255

(2) 통달의 종류

현실적으로는 상황에 따라서 통달이라는 용어가 다른 의미에서 사용되기도 하지만 일반적인 용법과 호칭을 살펴본다.

종류	성격	발신자와 수신자의 표시
통달(협의)	명령적인 성격	있음
통지	조언적인 성격	있음
사무연락	간략하게 표시	없음

(3) 통달의 구속력

통달보다는 법원의 판단이 우선된다고 할 수 있지만, 통달의 유효성을 법원이 판단함에는 현실적인 장벽이 있다. 기본적으로 통달은 처분에 해당하지 아니하므로 행정소송의 대상이 되지 않지만, 예외적으로 인정되는 경우도 있다. 그리고 행정소송의 제기와 수행에는 커다란 비용이 필요하다. 즉, 문제가 해결될 때까지 일정한 시간이 필요한데 그때까지의 영업기회 상실비용이 있을 것이고, 소송을 위해 필요한 변호사보수, 각종 조사비용과 소장에 붙이는 인지 등 절차진행에 필요한 금전적 비용, 대립상태로 인한 정신적 부담 비용 등 다양한 비용이 소요될 것이다.

4. 규제와 관련된 통지 및 통달 등의 분류의 예시

2006년 각 중앙행정부처(各府省庁)는 규제와 관련된 개별 통지 및 통달 등을 분류하였는데, 각 근거법률과 관련된 경제산업성의 통지 및 통달 등 법령 이외의 규정에 따른 그림자규제들을 이하 예시한다.

(1) 골프장 등에 관한 회원계약 적정화법

(ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法律)

[통지·통달의 명칭]

① 골프회원권의 분할에 관한 취급에 대하여

(ゴルフ会員権の分割に係る取り扱いについて)

(ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法律の施行について(通達))

(2) 특정화학물질의 환경에의 배출량 파악 및 관리의 개선의 촉진에 관한 법률

(特定化学物質の環境への排出量の把握等及び管理の改善の促進に関する法律)

[고시(告示) 등]

- 指定化学物質等取扱事業者が講ずべき第一種指定化学物質等及び第二種指定化学物質等の管理に係る措置に関する指針(PDF形式：348KB)

(3) 화학물질의 심사 및 제조 등의 규제에 관한 법률

(化学物質の審査及び製造等の規制に関する法律)

① 고시(告示)

- 新規化学物質に係る試験並びに優先評価化学物質及び監視化学物質に係る有害性の調査の項目等を定める省令第二条及び第四条第四号の規定により厚生労働大臣、経済産業大臣及び環境大臣が別に定める試験(PDF形式：61KB)

② 국장통지(局長通知) 등

- 化学物質の審査及び製造等の規制に関する法律の運用について(PDF形式：308KB)

- 「既に得られているその組成、性状等に関する知見」としての取扱いについて (PDF形式 : 361KB)
- 新規化学物質等に係る試験の方法について(PDF形式 : 2,121KB)

(4) 화학병기의 금지 및 특정물질의 규제에 관한 법률 (化学兵器の禁止及び特定物質の規制等に関する法律)

[통지·통달 기타 공지사항(通知·通達、その他お知らせ)]

(5) 식품순환자원의 재생이용의 촉진에 관한 법률 (食品循環資源の再生利用等の促進に関する法律)

위에서 예시한 것과 같은 형태로 49개의 법률을 근거로 한 통지·통달·고시 등의 내용이 경제산업성 홈페이지에 게시되어 있어서 구체적인 내용을 검색할 수 있다.¹¹⁷⁾

5. 금융청의 금융기관에 대한 각종 감독지침

한국도 그림자규제가 문제되는 대표적 사례가 금융회사에 대한 감독기관의 비공식적인 행정지도에 대한 것이라고 할 수 있는데, 일본도 금융감독기관인 금융청이 금융기관에 대한 규제와 관련하여 각종 지침과 가이드라인 등에 대하여 홈페이지¹¹⁸⁾에서 게시하고 있는데 몇가지 예시한다.

117) 규제에 관련된 통지·통달의 분류결과(規制にかかわる通知・通達等の分類結果)에 대해서는 경제산업성 홈페이지(<https://www.meti.go.jp/policy/tsutatsutou/>) 참조

118) 금융기관 등에 대한 구체적인 법령 및 지침 등(法令・指針等)의 내용에 대해서는 금융청 홈페이지(<https://www.fsa.go.jp/common/law/index.html>) 참조

(1) 금융검사·감독기본방침관계

- 金融検査・監督の考え方と進め方 | 検査・監督基本方針
- 金融システムの安定を目標とする検査・監督の考え方と進め方 | 健全性政策
基本方針

(2) 금융검사매뉴얼¹¹⁹⁾ 관계

- 預金等受入金融機関に係る検査マニュアル
- 信託検査マニュアル(金融検査マニュアル別編【信託業務編】)

(3) 감독지침

- 主要行等向けの総合的な監督指針
- 平成23年東北地方太平洋沖地震による災害に関する主要行等向けの総合的な
監督指針の特例措置について

(4) 사무 가이드라인

- 第一分冊：預金取扱い金融機関関係(平成17年10月28日廃止)

(5) 기타 가이드라인

- 金融商品取引法等ガイドライン
- 企業内容等開示ガイドライン等

119) 금융상품거래업자 등 검사매뉴얼은 ‘증권거래 등 감시위원회(証券取引等監視委員会)’의 소관으로 되어 있다.

6. 공정거래위원회의 소관법령과 가이드라인

공정거래위원회가 국민경제의 민주적이고 건전한 발전을 촉진할 목적아래 이루어지는 다양한 활동의 기준 내지 방침으로서 마련된 가이드라인의 종류에 대해서는 공정거래위원회의 홈페이지에 공시되어 있는데,¹²⁰⁾ 아래에 몇가지 예시한다.

(1) 독점금지법 관련 법령 및 가이드라인

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律

1) 절차 및 신고관련규칙

① 심사관계

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第四十七条第二項の審査官の指定に関する政令

② 의견청취관계

公正取引委員会の意見聴取に関する規則

③ 심판관계(旧制度)

公正取引委員会の審判費用等に関する政令(昭和二十三年十一月九日政令第三百三十二号)

④ 기업결합관계

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第九条から第十六条までの規定による認可の申請、報告及び届出等に関する規則

120) 공정거래위원회(일본식 한자의 한글식 독음으로는, 공정취인위원회)의 소관법령 및 가이드라인(所管法令・ガイドライン)은 홈페이지에 공표되어 있다. <https://www.jftc.go.jp/hourei.html>

⑤ 기 타

課徴金の納付の督促状の様式等に関する規則

中小企業等協同組合法第七条第三項の規定による届出に関する規則

2) 운용기준 등

① 행정지도관계

行政指導に関する独占禁止法上の考え方

② 사적독점

排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針(PDF : 79KB)

③ 유통·거래관계

流通·取引慣行に関する独占禁止法上の指針

④ 사업자단체관계

事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針

医師会の活動に関する独占禁止法上の指針

⑤ 독점적 상태 관계

独占的状态の定義規定のうち事業分野に関する考え方について

⑥ 기업결합관계

企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針(PDF : 543KB)

企業結合審査の手續に関する対応方針(PDF : 1,777KB)

⑦ 불공정한 거래방법 등 관계

不当廉売に関する独占禁止法上の考え方

酒類の流通における不当廉売, 差別対価等への対応について

⑧ 사전상담관계

事業者等の活動に係る事前相談制度

⑨ 심사절차관계

独占禁止法審査手続に関する指針

⑩ 기타

著作物再販制度の取扱いについて(PDF : 372KB)

(2) 하청법(下請法)관련 법령 및 가이드라인

下請代金支払遅延等防止法

1) 규칙 관계

下請代金支払遅延等防止法第三条の書面の記載事項等に関する規則

2) 운용기준 관계

下請代金支払遅延等防止法に関する運用基準

一括決済方式が下請代金の支払手段として用いられる場合の下請代金支払遅延等防止法及び独占禁止法の運用について

(3) 소비세전거대책특별조치법(消費税転嫁対策特別措置法) 관련 법령 및 가이드라인

消費税の円滑かつ適正な転嫁の確保のための消費税の転嫁を阻害する行為の是正等に関する特別措置法

1) 규 칙

消費税の円滑かつ適正な転嫁の確保のための消費税の転嫁を阻害する行為の是正等に関する特別措置法第二条第一項第一号の大規模小売事業者を定める規則

2) 가이드라인

消費税の転嫁を阻害する行為等に関する消費税転嫁対策特別措置法, 独占禁止法及び下請法上の考え方

(4) 공적재생지원관련 가이드라인

公的再生支援に関する競争政策上の考え方

(5) 지방자치단체를 대상으로 한 경쟁정책 지침

地方公共団体職員のための競争政策・独占禁止法ハンドブック

7. 소 결

그림자규제와 같은 형태가 일본에서도 각종 지침, 가이드라인, 통달, 고시 등 다양한 명칭을 통해 사업에 관한 감독관청의 감독은 다양한 형태로 이루어지고 있으며, 법령의 근거가 있는 것도 있고 근거가 없는 비공식적인 것까지 광범위하게 이루어지고 있다는 것을 볼 수 있다. 대부분의 경우는 행정관청의 비공식적인 규제들이 법률상의 근거가 있

는 것으로 생각되지만, 그것은 행정지도를 하는데 있어서 기준이 될 만한 행정청의 내부적인 지침을 만드는 근거가 되고 있는데 지나지 않고, 그러한 내용들이 모두 공개되는 것도 아니며 실질적으로 사업체나 특정 사인에 대한 구속력을 가지고 있는 것은 분명한 사실이기에 행정법치주의의 핵심원칙인 명확성 및 예견가능성의 원칙에 비추어 생각해 볼 필요가 있다. 본래 행정활동이 미리 마련된 일정한 규율에 따라서 이루어지는 경우에만 국민은 행정이 어디까지 규제와 개입이 이루어질 것인지를 예측할 수 있게 되고, 국민의 자유가 충분히 보호될 수 있기 때문이다.

제3장

그림자규제의 민주적법치질서 승화

- I. 정치조직과 규제
- II. 규제 문제의 대두
- III. 통지와 청문

제3장

그림자규제의 민주적법치질서 승화

I. 정치조직과 규제

규제는 규범적 계기로서 공익추구와 사실적 계기로서 사익추구의 측면을 모두 가지고 있는데, 규제가 특정 집단의 독점적 이익추구의 도구로 추락하지 아니하고 공익도 실현하여야 할 본래 목적을 달성하려면, 정보공개, 행정에 대한 주민참여, 민주적 행정절차 등이 확립될 필요가 크다.¹²¹⁾

1. 대의민주주의

국가와 인구의 규모나, 다수 국민들이 활용가능한 시간이 한정적이라는 현실을 고려할 때, 직접민주주의는 완전히 구현되기 곤란하다고 할 수 있다. 이에 대의민주주의 또는 간접민주주의가 결과할 수밖에 없다고 설명하는 것 같다.

규제는 규제라서 문제라기보다는 통지와 청문이 현실적으로 존재하고 국민들이 그것을 수용할 수 있었는지 합의가 이루어졌는가에 대하여 의문이 제기되고 그것이 사유재산권 제도를 억압하는 것은 아닌지 그로 말미암아 경제적자유권이 완전하게 보장되지 아니하고 경제제도가 헌법상 보장된 기본권으로서 보호되지 않는 것은 아닌가 하는 것에 문제시되었기 때문에 주목되기 시작하였다. 요는 대의민주주의 또는 간접민주주의로 상징되는 현대의 정치체제 또는 헌법체제는 그 직접적 국민 의사의 반영이 상시 자유롭게

121) 이원우, “헌법상 경제질서와 공생발전을 위한 경제규제의 근거와 한계”, 『공생발전을 위한 행정법의 대응』, 한국법제연구원/한국행정법학회 행정법분야 연합학술대회 자료집, 2012.12.15. 321쪽.

현실에 투과되도록 보장되기 힘들다는 것으로 인하여 문제가 된다.

가령 대의민주주의는 국가의사를 국민이 직접 결정하지 아니하고 대표자를 선출하여 결정토록 하는 것인데, 국가의사 결정을 직접 결정하지는 않으나, 국가의사를 결정하는 자를 선정하는 권한을 국민이 갖는다¹²²⁾ 고 하거나, 현대 자유민주국가 대부분은 대의제도를 통치기관의 구성원리로 삼고 필요할 경우 국민의 직접통치적 요소를 통치구조에서 보충적으로 채택한다¹²³⁾ 는 점 등으로 설명되는 것이 일반적인 바, 대의민주주의는 국민의 대표기관에 대하여 국민적 정당성을 부여하는 원리로 작용하여야 한다는 점¹²⁴⁾ 등이 지적되어진다. 대의민주주의가 구현되기 위해서는 그 조건적 제도들이 잘 작동되어야 할 것을 표현하고 있는 것 같다. 그런데 병리적 현상으로, 민주적 선거법제 정립과 선거 공정성 담보에 의문이 제기되며, 정당국가화 경향 그리고 행정국가화 경향으로 의회가 주도하기 힘든 현상들이 지목¹²⁵⁾ 되기 때문에 대의민주주의의 정상 작동과 실현에 어려움이 있을 수 있다.

2. 국회 입법활동의 극적인 확대

한국은 1980년대 중반에 이르기까지 그 입법작용을 주로 행정부가 주도하였으나, 정보와 의사의 소통에 대한 기술적 발전과 함께 정치과정이 민주화되면서 특히 행정부에 대한 입법부의 위상 및 입법기능이 강화되어 왔다.¹²⁶⁾

통계로 제시된 수치를 보면 제헌국회에서 511건 의안 중 법률안 234건이 통과된 이래 13대 국회¹²⁷⁾ 이후 갈수록 폭증하고 있다.¹²⁸⁾

122) 정종섭, 『헌법학원론』(8판), 박영사, 2013.3, 136쪽.

123) 허영, 『한국헌법론』(전정15판), 박영사, 2019.2, 737쪽.

124) 성낙인, 『헌법학입문』(5판), 법문사, 2015.7, 131쪽.

125) 성낙인 및 책 헌법학입문, 같은 쪽.

126) 이우영, “입법과정과 입법의 민주적 타당성”, 『서울대학교 법학』(52권 4호), 2011.12, 126~127쪽.

127) 현재가 20대 국회이므로 13대 국회는 1988년 봄에서 1992년 봄까지.

128) 국회, “인포그래픽으로 보는 역대 법률안 통계”(의안통계), 『국회보』, 2017.1., 52쪽.

시기상 민주화가 세차게 일어난 때부터 의안 수 또는 법률안 수가 증가한 것을 볼 수 있다. 역대 국회가 각각 활동한 시기를 감안해서 본다면 60년~70년대 존립했던 국회가 의안수/법률안수가 적고, 심지어 이 시기의 후기로 갈수록 적어지는 경향을 보인다. 제일 절대적 의안수/법률안수가 적은 시기는 8대 국회이며, 그 다음으로 적은 시기가 10대 국회였다.¹²⁹⁾

여기서 의안은 의미가 뚜렷이 법정되어 있는 개념은 아니다. 다만 절차적으로 표현한 법문은 있다. 국회법은 그 제10조에서 “의원은 10인 이상의 찬성으로 의안을 발의하되, 일정한 안을 갖추고 이유를 붙여 의장에게 제출...”¹³⁰⁾ 한다고 규정하고 있다. 국회법 제 10조에서 법문을 문리해석 한다면, 이 ‘조문상 의안’이란 것이, 모든 의안을 통칭하는 것으로 보이지 아니한다. 여러 종류의 의안이 있는 중에 법률안 제출 과정에서, 의원이 제출

129) 제헌국회(1948.5.31.-1950.5.30.) ①의안수 511건 중 ②법률안 234건

2대 국회(1950.5.31.-1954.5.30.) ①1,183건 중 ②398건

3대 국회(1954.5.31.-1958.5.30.) ①1,206건 중 ②410건

4대 국회(1958.5.31.-1960.7.28.) ①642건 중 ②322건

5대 국회(1960.7.29.-1961.5.16.) ①572건 중 ②296건

국가재건최고회의(1961.5.19.-1963.12.16.) ①1,593건 중 ②1,162건

6대 국회(1963.12.17.-1967.6.30.) ①1,1194건 중 ②658건

7대 국회(1967.7.1.-1971.6.30.) ①884건 중 ②535건

8대 국회(1971.7.1.-1972.10.17.) ①245건 중 ②138건,

9대 국회(1973.3.12.-1979.3.11.) ①952건 중 ②633건

10대 국회(1979.3.17.-1980.10.27.) ①308건 중 ②129건

국가보위입법회의(1980.10.28.-1981.4.10.) ①215건 중 ②189건

11대 국회(1981.4.11.-1985.4.10.) ①772건 중 ②489건

12대 국회(1985.4.11.-1988.5.29.) ①641건 중 ②379건

13대 국회(1988.5.30.-1992.5.29.) ①1,439건 중 938건

14대 국회(1992.5.30.-1996.5.29.) ①1,439건 중 ②902건(법률안 비중 62.7%), ③(법률안 중 의원발의 법률안 비중 35.6%), ④(법률안 취지·내용이 최종 반영되는 건수가 의원발의 167건, 정부발의 561건)

15대 국회(1996.5.30.-2000.5.29.) ①2,570건 중 ②1,951건((법)비중 75.9%), ③58.6%, ④(의687건, 정737건)

16대 국회(2000.5.30.-2004.5.29.) ①3,177건 중 ②2,507건((법)비중 78.9%), ③76.3%, ④(의1,031건, 정551건)

17대 국회(2004.5.30.-2008.5.29.) ①8,368건 중 ②7,489건((법)비중 89.5%), ③85.3%, ④(의2,938건, 정883건)

18대 국회(2008.5.30.-2012.5.29.) ①14,762건 중 ②13,913건((법)비중 94.2%) ③87.7%, ④(의4,890건, 정1,288건)

19대 국회(2012.5.30.-2016.5.29.) ①18,735건 중 ②17,822건((법) 95.1%), ③93.9%, ④(의6,626건, 정804건)

이상 역대 국회기간은 <http://likms.assembly.go.kr/bill/popup/period.do> 에서 보았고, 의안수 및 법률안 수는 국회, “인포그래픽으로 보는 역대 법률안 통계” 뒷 글 52쪽 그림표. 괄호 ‘법률안 비중’은 같은 글 53쪽 그림표. 또 괄호, ‘법률안 중 의원발의 법률안 비중’은 같은 글 54쪽 그림표)

130) 국회법 제79조, www.law.go.kr (2019.10.1. 최종).

하는 경우를 분류한 것이라 해석될 수 있는 것이다. 때문에 국회가 사용하는 의안의 개념으로는 「헌법」, 「국회법」, 기타 법률상 국회의결을 요하는 안건 중 특정한 형식적이거나 절차적 요건을 갖추고 국회에 제출된 것을 지칭한다.¹³¹⁾ 때문에 법률안, 예산안, 동의안 등을 포함하고 있다. 때문에 전술한 의안수 폭증의 대부분은 법률안이 점하고 있다.

한편 법률안 중에서도, 의원발의 법률안 비중이 대폭 증가하고 있다. 즉 위 주에 인용된 것 중 ㉓을 보면, 14대 국회 당시 의원발의 법률안 비중은 35.6%에 달하고 나머지 64.4%는 정부제출 법률안이었으나, 19대 국회에 이르게 되면 의원발의 법률안 비중은 93.9%에 달하지만, 정부제출 법률안은 6.1%에 불과하다. 위 주에 인용된 사항들을 보면, 정부제출 법안의 전체 수는 큰 변동을 보이지 않지만 의원발의 법률안이 폭증했음을 알 수 있다. 국회보 기재된 것이지만, 위 주에 인용된 것 중 ㉔항목을 보면 ‘의원발의 법률안’이 법률에 반영되는 비중도 큰 폭으로 증가하는 추세임을 알 수 있다. 국회보에 따르면 의원발의안 대 정부제출안의 법률반영 비중은 14대 국회에 대략 2:8 이었으나, 19대 국회에서는 그 비중이 9:1로 역전되었다고 한다.¹³²⁾

국회 입법활동이 극적으로 확대된 것은 물론 국회 기능과 권한의 정상화라고 여겨질 수 있다. 한 견해에 따르면, 입법대상의 증가 및 다양화, 세분화, 전문화에 따라 입법수요가 증대하여 온 점, 법제의 측면에서도 입법의제 제안과 공론화의 경로가 다양해지고 의원발의 요건이 완화된 점, 비정부시민단체 및 언론매체 등에서 국회의원의 의정활동에 대하여 감시와 평가를 하는 과정에서 의원별 법률안 발의 실적을 지표의 하나로 사용해 온 점, 정부제출법률안은 법률안의 성안 및 제출 과정에 대한 상세한 규정이 마련되고 적용되지만 의원발의법률안은 법률안 성안 및 제출과정에 관한 규정이 없다시피 한 점 등을 국회 입법활동이 극적으로 확대된 원인으로 분석하고 있다.¹³³⁾ 발의되거나 제출된 법률안이 법률로 채택되는 소위 가결률은 정부제출법률안이 매우 높다. 그 원인으로

131) http://likms.assembly.go.kr/bill/info/Summary.do?tabMenuType=billInfo_1 (2019.10.1. 최종)

132) 국회, “인포그래픽으로 보는 역대 법률안 통계”(의안통계), 『국회보』, 2017.1., 55쪽.

133) 이우영, “입법과정과 입법의 민주적 타당성” 윗 글 130-131쪽. 한편 그 130쪽 주12는 정부제출법률안 과정상 행정절차법, 행정규제기본법, 법제업무운영규정 등에 많은 규정들이 마련되어 적용된다는 점을 부연하고 있다.

정부제출법률안이 전문적인 법안준비를 위한 부처가 존재하고, 상세한 규정상 엄격한 기준으로 준비되는 것을 꼽으면서도, 다만 원안가결률은 의원발의법률안이 정부제출법률안보다 훨씬 높다고 하며 특히 한국 국회 위원회중심주의와 관련하여, 위원회가 발의하는 법률안 즉 위원회안은 거의 모두 원안가결되고 있다고 한다.¹³⁴⁾

민주주의의 발전을 주권자인 국민의 결정에 따르는 비율이 강화되는 쪽으로 가는 것이라고 풀이한다면, 행정부처들이 입법을 주도하는 것 보다는 국회 입법활동이 진작되는 방향이 올바를 것이다. 다소간 부작용이 있음은 위에 언급된 견해를 참고할 수 있다.

3. 대의제와 입법 정당성 그리고 규제

국회가 입법활동을 주도하는 것은 민주주의 구현을 앞당기고 실질화하는 작용을 보여준다는 점에서 바람직하다고 할 수 있다는 점은 전술한 바이다.

규제는 대의제 아래에서 올바르게 구현되고 있다고 말할 수 있는가. 입법과정의 정당성은 사법작용을 통한 법률의 해석 및 적용 일반에서 그리고 위헌법률심판에서 합헌성 추정을 뒷받침하여 법률의 해석·적용과 위헌법률심판의 기준을 좌우하는 핵심요소가 될 수 있다.¹³⁵⁾ 법률에 존재하는 규제는 당연히 이렇게 판정될 수 있겠고, 비 법령에 뿌리를 둔 규제라 할지라도 법률로부터 근거를 두거나 위배되지 않는다는 점이 입증되어야 하므로 마찬가지로 해석상 입법과정 정당성은 규제의 생성과 역할에 좌우된다고 볼 수 있다.

규제도 법령상이건 또는 비법령에 의한 것이건 국민으로부터 민주적 정당성을 인정받아야 작동될 수 있을 것이다. 한국의 입법과 입법과정에 대하여 정치과정 전반에 걸쳐 직접민주주의적 요소가 다양한 각도에서 다양한 비중으로 도입되고 있음을 볼 수 있다고 평가되기도 한다.¹³⁶⁾

134) 이우영, “입법과정과 입법의 민주적 타당성” 윗 글 131쪽. 같은 쪽 주15에 따르면 위원회안은 국회접수 대비 가결률이 96%에 달한다고 한다.

135) 이우영, “입법과정과 입법의 민주적 타당성” 윗 글 138쪽.

136) 그 사례로서, 1994년 3월 이후 ‘주민투표 제도가 도입(지방자치법 제14조)된 것이나, ‘지방자치단체 주민의 조례 제정 및 개폐 청구권’이 1999년 8월 개정으로 도입(「지방자치법」(법률 제10219호, 2011.1.1.시행))이나,

입법과 입법과정이 민주화된다고 하는 것은 규제도 또한 그렇게 생성되고 검증될 여지가 있기 때문에 통칭 규제라고 부르는 것들도 민주적 질서에 편입되고 발전적으로 형성되고 있는가. 규제에 대한 법령상 규정은, 국가나 지방자치단체가 특정한 행정 목적을 실현하기 위하여 국민(국내법 적용받는 외국인 포함)의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령 등이나 조례·규칙에 규정되는 사항¹³⁷⁾ 이라고 한 것을 예시할 수 있다. 이는 소위 행정규제에 대한 설명이다.

직접민주제가 사회와 국가 공동체의 규모나 현대 사회의 복잡성 등을 이유로 하여 채택된 것이 대의제이지만, 자칫 민주적 정당성을 결여하는 규제가 생성된다면 곤란하고 법치주의 구현에 허점이 생기게 되는 것이라고 볼 수 있다. 요는 규제를 포함한 입법과정들이 직접민주적 요소가 공개와 참여의 개념을 통해 수정하고 보완해 가야한다는 점이 지적된다.¹³⁸⁾

한국도 오래 전부터 규제가 적정한 상황에서 생성되고 적정하게 집행되도록 하기 위하여 노력해 왔고 다른 여러 나라들 모두 개선하기 위하여 노력해 왔다고 할 수 있다. 그 이유는 민주적 정당성을 확보한 규제가 작동될 때 경제적 정당성도 획득할 수 있고, 그것은 해당국의 정치적 발전이 경제적 발전으로 연결되는 순리적 모습이기 때문이다. 때문에 법령이건 비법령 형태의 규제이건, 규제에 대하여서도 대의제가 적절히 작동하는지 그리고 대의제가 규제생성과 집행을 잘 조절할 수 있는지 여부는 중요하다.

한편 행정부는 규제개혁을 최우선 국정과제의 하나로 설정하여 규제개혁을 추진해왔으나, 의원발의 입법에 따른 규제가 신설되고 강화되어 행정부의 규제개혁 효과를 반감시킨다는 주장도 있다.¹³⁹⁾

2007년 5월 이후 ‘주민소환’ 제도가 도입/시행(지방자치법 제20조 및 주민소환에 관한 법률(법률 제9974호, 2010.1.25.시행)된 것들, 또한 주민의 ‘감사청구’ 제도(지방자치법 제16조)와 ‘주민소송’ 제도(지방자치법 제17조) 등, 나아가서 2007년 7월 제정 및 2008년 1월 시행된 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」(법률 제10258호, 2010.4.15.시행)에 의한 ‘국민참여재판’ 제도 도입 등등을 그 사례로서 열거한 글. 127쪽 각주 3. 이우영, “입법과정과 입법의 민주적 타당성” 윗 글 127쪽.

137) 행정규제기본법 제2조 제1항 제1호 “행정규제” www.law.go.kr (2019.10.1. 최종).

138) 이우영, “입법과정과 입법의 민주적 타당성”, 윗 글 127-128쪽.

139) 양금승, 「19·20대 국회 신설·강화규제의 입법현황 및 정책과제」(정책연구 2016-23), 한국경제연구원, 2016.12, 전체 참조.

이 글도 앞에서 기술하고 있다시피 의원발의에 의한 법률안 제출이 급증하고 의원입법도 수가 상당히 늘고 있다.

이에 대하여 이 한국경제연구원의 주장은, 의원입법이 양적으로 너무 증가하면서 신설되고 강화되는 규제가 늘어나며 법안 품질저하가 나타난다고 말하는 것이다. 예컨대 구체적으로, 정부의 규제개혁위원회가 2012~2015년 각 행정부처가 신설 또는 강화하고자 하는 4,968건(총2,259개 법령)의 규제를 심사하여, 45건은 철회를 권고하고 303건은 개선권고나 부대권고를 하는 등 규제감소에 나서고 있다.¹⁴⁰⁾ 그런데 국회는 19대에서 2,793개 법률의 3분의1 인 874개가 규제관련 법률로서 그 중 규제조문이 2,062건, 의원발의 규제 법률이 757개(86.6%), 규제조문은 1,837건(89.1%)로서, 정부제출안의 규제법률(117개, 13.4%), 규제조문(225건, 10.9%) 보다 상당한 비율로 높다고 주장하고 있으며, 같은 형태로 20대 국회 발의법안도 마찬가지라고 지적하고 있고, 구체적으로 ‘더불어민주당 등 야3당이 규제법률과 조문의 다수(3분의2)를 점한다고 숫자로 통계를 제시하여 주장하였다.¹⁴¹⁾ 한국경제연구원 발간물의 주장은 그 제시된 수치를 검증할 필요가 있을 수 있다. 기업이익에 대한 침해에 대한 반발도 대의제 강화와 규제 정당성을 판단하는 요소로 반영해야 함은 물론이지만, 수치만 제시되고 근거는 그 몇 천 건마다 다 달려 있을 수는 없는 것이므로, 모두 받아들이기는 어려울 수 있다.

4. 행정부와 규제개혁

(1) 규제개혁의 생성원천/원류

행정부¹⁴²⁾는 이미 오래 전부터 규제개혁을 위하여 노력해왔다. 행정부는 실제로 집행에 임하는 행정국가화 현상 등과도 맞물려서 아마도, 규제의 실현과 집행 등에 가장 밀접

140) 양금승, 『19·20대 국회 신설·강화규제의 입법현황 및 정책과제』, 윗 글 요약 9쪽.

141) 양금승, 『19·20대 국회 신설·강화규제의 입법현황 및 정책과제』, 윗 글 요약 9쪽.

142) 정부라 하면 입법부나 사법부 기타 영역 모두를 포함하는 등, 국가의 정치행정사법작용 등을 통칭하는 것이 될 것이다. 이하 행정부라고 표현한다.

한 국가작용을 맡은 부문일 것이다. 전술한 미국 행정법이 규제행정법이라고도 할 수 있다는 측면은 이에 대한 조명이었던 것이다.

규제개혁이라는 대세적 흐름은 이하 기술하는 배경으로부터 생성된 측면이 크다. 즉 미국의 학문적 제도적 법적 영향권으로부터 그것을 자양분 삼아 발전해온 한국에게 유입된 것인데, 실질적 영향력과 함께 자연스럽게 독립 또는 해방이후부터 꾸준히 유입된 몫도 있고, 아래에 기술하는 1997년 금융위기로부터 급속히 유입된 부분도 있다. 현대 미국 행정법학은 규제를 가장 중요한 화두로 삼고 있다는 지적이 있으며, 그 예시로서 미국의 대표적인 행정법 교재 제목 중에도, *Administrative Law and Regulatory Policy* 라는 것이며, 전체적으로 규제행정법의 성격을 띠다고 한다.¹⁴³⁾ 이처럼 규제가 교과서 화두로 제시될 정도면 상당한 비중을 차지한다고 볼 수 있겠다. 물론 학자에 따라서 선후의 정도 차는 있겠으나, 일반적인 경향으로 파악할 수 있다. IMF 직후 시행된 행정규제기본법

한국은 1997년 11월 금융위기에 휘말렸다. 그 후 IMF 구제금융을 받았으며, 미국의 영향력에 더 편입되었다. 물론 한국은 독립부터 미국의 상당한 기여를 받았었고, 당연히 해방 이후부터 현재에 이르기까지 그 영향력은 매우 컸다. 한국 행정법에 대해서도 해방 전과 달리 미군정하에 사법심사 제도가 도입되고 미국의 제도와 이론이 소개되면서 이미 당시부터 미국 행정법의 영향은 매우 컸다고 보는 견해도 있다.¹⁴⁴⁾ 여전히 한국 행정법 이론이 대륙법 전통에서 있다고는 하지만 부지불식간에 추론방식과 논리구조는 미국의 그것을 닮아가고 있으며, 해방 이후 70여년간 새로운 입법을 할 때에 미국법을 참조하지 아니한 경우는 거의 없었다는 것이다.¹⁴⁵⁾ 한국은 1997년 11월 금융위기 이후에는 더더욱 법과 제도적 측면에서도 공히 그 영향력에 편입되었다고 말할 수 있다. 종래 한국은 대륙법으로부터 계수받은 법제도를 시스템으로 갖고 있다는 생각을 많이 하고 있었다.

143) 김유환, “미국행정법과 한국행정법학의 발전”, 『제41회 한국행정법학회 정기학술대회(비교행정법Ⅱ) 자료집』, 한국행정법학회, 2019.6.28., 9쪽.

144) 김유환, “미국행정법과 한국행정법학의 발전” 윗 글 1쪽.

145) 김유환, “미국행정법과 한국행정법학의 발전” 윗 글 2쪽. 반면에 학자들 사이의 교류는 독일이나 일본에 비하여 소수에 불과하였다고 한다(같은 쪽).

(2) 미국 행정법: legal control of government

미국 행정법학은 이론적으로도 정책중심적이고 정책실체적 연구수행이 특징으로 하며, 이는 C. S. Diver의 언설 즉 “행정법은 공공정책이 어떻게 만들어져야 하는가에 대한 탐구”라는 것이 그것을 잘 표현한다는 것이다.¹⁴⁶⁾ 짧게 말한다면 ‘미국 행정법은 권한과 절차에 관한 법’이라는 Davis¹⁴⁷⁾의 표현이 있다.¹⁴⁸⁾ 미국 행정법은 실체법이 아닌 절차법을 주로 다루는 것으로서 인식하는 것 같다. 이는 적법절차를 중시하는 미국 공법의 또 다른 표현이라 할 수 있다. 한국의 경우 공·사법 학자들이 함께 경쟁적으로 연구하는 세법, 공정거래법, 토지관련법들은 별개의 법역으로 인식하는 경향이 있었다. 물론 오늘날 미국 행정법은 행정현상에 대한 실체적 접근이 필요하다는 인식이 확산되고 있다.¹⁴⁹⁾ 위에 소개된 Diver의 표현은 그러한 경향을 요약한 것이다. 그리하여 오늘날 미국 행정법 정의 중, 광의의 견해는 ‘정부에 대한 법적 통제(legal control of government)’ 이고 협의의 견해는 규제가 관여하는 행정청에 대한 법이므로, 행정법은 규제가 중요한 내용이 된다고 한다.¹⁵⁰⁾

미국 행정법은 전술처럼 행정부에 대한 법적 통제적 역할을 수행하면서 역할과 범위를 확대하는 중이다. 한국 행정법학이 행정부에 대한 협조와 편의의 제공에 충실하고자 하면서 행정법학의 외연의 확대를 도모하는 것과 다르다고 생각된다. 미국 행정법학은 후술할 Gate Keeper로서의 역할을 수행하면서 법치주의의 확립에 기여하고 민주주의의 일탈을 방지하도록 하면서, 스스로와 대상 모두에게 유익해지고 있다. 매우 바람직한 현상이라고 생각된다.

한국이 발전시키고 습득 또는 전수받아야 할 것은 내용도 중요하겠지만 이러한 시스템 또는 구조의 생성/형성/구성과 이식도 중요한 것이 아닐까.

146) 김유환, “미국행정법과 한국행정법학의 발전” 윗 글 11쪽. (같은 쪽 주 40 인용함, C. S> Diver, Policymaking Paradigms in Administrative Law 95. *Harvard Law Review*, 1981, p.393)

147) Kenneth C. Davis(1908 - 2003) 미국 행정법의 개척자인 법학자. 산디에고 대학 교수(1976-1994) en.wikipedia.org/wiki/kenneth_culp_davis(2019.10.1. 최종) 훨씬 더 유명한 동명이인인 사학자 데이비스와 다른 사람이다.

148) Davis, *Administrative Law Treatises*, Vol.1 2nd ed., 1978. p.1(이상규, 『영미행정법』, 법문사, 2001, 43쪽 및 그 주7, 재인용)

149) 이진수, 『오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 2018.2, 157쪽.

150) 이진수, 『오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구』, 윗 학위논문 157-158쪽.

(3) 미국 행정학: government에서 governance로

한국에서 행정학의 대두는 미국적 학문이나 실무적 행정의 확산 중 하나라고 볼 수도 있다. 주된 흐름이 무엇이었던가에 대해서는 유럽의 관방학(Cameralism¹⁵¹) 이 행정학의 기원이라 하는 견해¹⁵²와 영국/미국을 그 기원으로 보는 견해¹⁵³ 등이 제기하고 있다. 일반적으로 행정학의 본류는 점차 미국으로 쏠리는 것¹⁵⁴으로 보인다. 아마도 행정학 초기는 법학을 경유하여 행정학에 전문성을 갖추었던 것 같다. 이 경우 독일의 학문적 성과를 과도하게 평가하는 경향이 있다. 학문과 사회적 기여를 위한 행정학의 정체성은, 절대군주제에 협력하던 관방학에서 찾으면 곤란하다. 독일의 역사적 공과뿐 아니라, 그러한 결과를 초래하지 아니할 수 밖에 없었던 구조적 원인(原因 또는 遠因)에 대하여 냉정한 인식이 있어야 할 것이다.¹⁵⁵ 견제와 균형의 민주주의 원리에 부응하기 위하여 연구가 심화되어 온 미국에서 행정학의 본류를 찾는 것이 합리적이고 유용하다.

행정학은 일반적으로 공리주의¹⁵⁶적 전통을 갖는 영미 법제도적 발전을 본받고 한국에 적용하려는 경향이 강하다. 미국도 그들의 행정학을 생성시키던 초기(1880년대~1930년대) 에는, 행정학은 법제도적 접근 방법을 취하여서 법학과 연계된 측면이 있었으나, 과학적 접근법에 따른 시각이 보급되면서 행정학은 법학과는 결별하고 정치학, 경영학과의 관계가 강화되고, 행태주의, 비교행정론, 발전행정론, 체계이론, 신행정학, 공공선택론 등으로 발전되어 왔으며, 현재 미국 행정학은 신공공관리론에 입각한 거버넌스 논의와

151) 관방학은 16세기 중엽~18세기 말까지 절대주의 국가시대 독일/오스트리아에서 생성된 행정학문으로 절대군주제 운영 유지에 필요한 지식의 습득을 목표로 하였다. (<https://ko.wikipedia.org/wiki/관방학> 2019.10.1. 최종) 이런 생성기원을 감안할 때, 필자는 그것이 현대 민주주의 질서와 부합하지 아니한다고 본다.

152) 가령 유훈, 『행정학원론』, 1996, 법문사, 51쪽 등

153) 이진수, 『오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 2018.2, 159쪽.

154) 이종수 외 13인, 『새 행정학 2.0』, 대영문화사, 2017.7. 54쪽.

155) 후술하는 Keynes 설득의 이론들(Essays in Persuasion) 서문 구절(‘현상과 결과는 계층간 투쟁의 결과물’) 참고.

156) 功利主義, Utilitarianism 은 19세기 이래 영국을 중심으로 발전한 윤리적 사상으로 인간 행위의 윤리적 기초를 개인의 이익과 쾌락의 추구에 놓고, 무엇이 이익인지 결정하는 것은 개인의 행복으로서, ‘도덕은 최대 다수의 최대 행복을 목적으로 한다는 소위 최대행복의 원리(Greatest Happiness Principle)를 주장한다.

벤담(Jeremy Bentham, 1748-1832)은 각자 자기 이익을 추구할 때 사회 전체의 공리도 최대가 된다고 보았고, 존 스튜어트 밀(J. S. Mill, 1806-1873)은 산업혁명후 자본주의 모순을 설명하고자, 최대다수의 최대행복이란 표현을 창안하였다. 이상 <https://ko.wikipedia.org/wiki/공리주의> (2019.10.3. 최종)

2000년대 이후의 신거버넌스 논의의 단계에 있다고 소개된다.¹⁵⁷⁾

미국 행정학 내에서 정책지향성 policy orientation을 갖는 새로운 연구경향도 부각되고 있으며, 그것이 Lasswell¹⁵⁸⁾의 정책학으로서, 문제 해결이라는 현실목표를 추구하는 ‘문제지향적’ 학문이라 한다.¹⁵⁹⁾

신공공관리론 new public management는 시장원리와 민간부문의 경영기법을 도입해서 보다 효율적이고 국민의 요구에 더 잘 대응할 수 있도록 기존의 정부관료제를 개혁하는 것을 가리킨다고 한다.¹⁶⁰⁾ 신공공관리론 NPM은 작고 강한 행정부를 추구하고, 규제와 유인책을 통해 행정을 운영하고자 하고, 시장(민간)과의 파트너십을 통해 공공서비스와 재화를 공급하는 등 정부부문에 시장기법을 도입하여 정부 효율성을 도모한다.¹⁶¹⁾

신공공관리론과 신거버넌스론은 비슷한 개념으로 받아들여지기도 하는데, 서로 상이한 점들이 많다.

Peters의 신거버넌스에 입각한 유형적 정부 4가지를 소개하면 각각 시장적정부 market government, 참여적정부 participative government, 유연한정부 flexible government, 탈규제 정부 deregulated government 등을 제시하며, 이 점 시장원리를 주장하는 신공공관리론과 밀접하다.¹⁶²⁾

그럼에도 왜 양자를 상이하다고 말하여야 하는지 배경에 대하여, 우선 이론적 차이를 본다.

157) 이진수, 『오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구』, 윗 학위논문 159쪽.

158) Harold D. Lasswell(1902-1978), 영문 위키피디아에서는 정치학자로 소개된다. 시카고대 Ph D. 이자 시카고 학파 회원이자 예일대 법학 교수. 미국 정치학회 회장. ‘병영국가’(the Garrison State) 개념 창안자. 그는 인류학, 커뮤니케이션학, 경제학, 법학, 철학, 심리학, 정신의학, 사회학 등에 기여하였기에 1인 대학으로 불리웠다.

159) 이진수, 『오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구』, 윗 학위논문 160쪽.

160) <https://namu.wiki/w/신공공관리론> (2019.10.3. 최종) 이 URL은 유민봉, 『한국행정학』, 2010을 이 말의 출전으로 기록함.

161) <https://namu.wiki/w/신공공관리론> (2019.10.3. 최종)

162) <https://m.blog.naver.com/briankim38/50089314866> (2019.10.3. 최종)

첫째 신공공관리론은 정부 관료제를 조직관리하는 새로운 방법이지만, 신거버넌스론은 정부와 사회간의 새로운 상호작용의 형태를 말하며, 둘째 전자는 비정치적(정치행정 2원론)이지만, 후자는 정치적(정치행정 1원론)이며, 셋째 전자가 지향하는 정부를, 후자는 중심으로부터 배제하고자 하여 정부없는 거버넌스governance without government 또는 정부에서 거버넌스로from government to governance 로 표현하는 언어적 구사를 보여준다.¹⁶³⁾ 신거버넌스론은 정부, 지방자치단체, 정치/사회단체, NGO, 민간조직 등 다양한 네트워크를 강조하고, 이에 참여하는 각 단체들은 정부를 포함하여 상호독립적이어서, 이제 정부는 우월성도 항상 동등한 것도 아니고 단지 네트워크 조정자 역할을 하면서, 정부와 사회의 역할분담은 과거보다 사회의 자기조향능력self-steering capacity이 강조되고 공동규제co-regulation, 공동조향co-steering, 공동생산, 공동지도co-guidance가 강조되는 방향으로 이동하여야 한다는 것이다.¹⁶⁴⁾

다음 양자 간 구조적 차이를 본다.

첫째 신공공관리론은 결과에 초점이 있으나, 신거버넌스는 과정에 초점을 두며, 둘째 전자는 조직내 관계에 관심이 많으나, 후자는 과정에 초점을 두며, 셋째 전자는 경쟁에 후자는 부문간 협력을 중시하며, 넷째 전자는 결과에 책임을 지겠지만 후자는 네트워크 상황이므로 아무도 결과에 책임을 부담하지 아니하고, 다섯째 전자는 시민을 수동적인 고객으로 취급하는 고객중심적 접근customer-centered orientation을 하는 것이지만, 후자는 국민을 정부의 의제와 정책을 협동하여 결정하는 소유자적접근방식owner-centered orientation 으로 하여야 한다고 본다.¹⁶⁵⁾

신공공관리론이나 신거버넌스론의 핵심은 신자유주의에 기반하고 있다고 알려져 있지만, 사실은 국민의 참여를 확산시키고 심화시켜서 법치주의와 민주주의의 회복에 기여하기 위한 혁신을 추구하는 제도라 할 것이다.

163) <https://m.blog.naver.com/briankim38/50089314866> (2019.10.3. 최종)

164) <https://m.blog.naver.com/briankim38/50089314866> (2019.10.3. 최종)

165) <https://m.blog.naver.com/briankim38/50089314866> (2019.10.3. 최종)

반면 아래 소개할 것처럼 사법私法적 구제수단을 포기한 한국의 규제 위반에 대한 벌칙의 구조는, 구조적 정의를 상실시킨다.

효력이 크지 아니한 행정제재수단들에 의존하고자 하기에 행정청의 두터움을 유발한다.

큰 정부를 결과한다.

한국에서 받아들여지는 신자유주의는 마치 건설한 공기업들을 매각해버림으로써 국민들이 응당 누려야 할 사회복지를 훼손하는 정책으로 파악되는 경향이 적지 아니한데, 이는 오해이자 한국이 오誤 수용한 것이라고 본다.

(4) 실증·공리적 수단 부족으로 규제개혁 결과산출에 난맥상

미국의 행정학/ 행정법은 잘 산출된 많은 통계와 실증적 고찰로 형성된 결과를 현실에 적용하려는 학문이라고 생각되어진다. 이처럼 경제학적 연구 저변으로부터 확립된 비용-편익분석도 행정학과 행정법학이 활용하여 규제를 개혁하는 미국 규제개혁 플랫폼들이 그것에 해당한다. 비용-편익분석Cost-Benefit Analysis 나 규제영향분석Regulatory Impact Analysis 등 개념은 미국에서 수립된 것이고 한국의 종래 실적들도 미국 문헌에 기반을 두는 경우가 많았다.¹⁶⁶⁾

종래 정당성 등 일견 고식적이고 탁상적인 논의에서 멈추고 있었던 한국의 법적 고찰 보다는 더 치밀하고 현실적합성을 추구해 나갈 수 있는 학문적 또는 행정적 실무 전통의 수립도 그 즈음하여 시도되게 되었다고 보인다. 뛰어난 체계로 미국에서 형성된 치밀한 통계적 기반을 갖춘 공리주의적 제도는 그러한 현실의 미비로 한국에 도입된지 오래되지 아니한 탓도 있지만, 아직은 착근이 쉽지 아니한 것 같다.

계량적 사회과학이 활성화되어 그에 대한 신뢰가 강하고, 각종 사회통계의 기반이 튼튼한 미국에서는 비용-편익분석에 대한 이론과 제도가 발전하는 토양이 되었다고 한다.¹⁶⁷⁾

166) 김유환, “미국행정법과 한국행정법학의 발전” 윗 글 10쪽.

167) 김유환, “미국행정법과 한국행정법학의 발전” 윗 글 11쪽..

한국에서 비용-편익분석은 미국의 이론을 소개하고, 성과를 번역하는 정도에 머무르는 것이라고 생각된다.

한국은 규제영향분석에 대한 사법심사가 실질적으로 문제된 적이 없고, 미국에서 규제영향분석과 비용-편익분석이 현실 법률문제인 것과 달리, 한국은 아직 모두 명목상 존재만 할 뿐으로서 입법에 실질적 영향이 없다.¹⁶⁸⁾ 말하자면 한국 행정법의 실정법 해석법학적 전통은 여전히 잔존하고 있다. 그리고 새로이 유입된 미국적 규제행정법은 소개만 되고 있으며, 그 소개된 이론이 실행될 연구/검증/학문 저변이 박약하기 때문에 사용할 수 없는 상태이다.

미국에서는 비용-편익분석 등 경제분석이 법적 판단의 대상이 된지 오래이지만 한국의 경우 정책결정을 위한 경제분석이 법적 판단의 대상이 된 적이 없다는 것이다.¹⁶⁹⁾ 한국의 규제정책은 법학 중에서는 행정법학이 적극적으로 소개하지만, 해결적 실무적 실증적 전개가 되지 못하고 있다고 볼 수 있다. 그것은 각종 통계와 치밀한 경제적 연구성과가 행정법학과 또는 행정학과 결합되지 못하고 학문 분야별로 융합되고 있지 않은 탓이다. 행정학 그 자체는 한국에의 도입과 생성부터 미국의 영향을 받았지만, 행정법학과 실무 적응력이 나 문제 해결력에 큰 차이를 보이지는 않는 것 같다고 생각하면 너무 성급할 것인가.

제정후 1998년 시행된 「행정규제기본법」도 미국 법제의 영향이 컸던 법률이다. 물론 이와 관련된 규제영향분석 시스템은 이미 오래 전부터 OECD 회원국 다수가 채택하고 있다.¹⁷⁰⁾ 이 행정규제기본법은 비용-편익분석을 규정하고 있다. 행정규제기본법 여전히 규제영향분석은 행정부처 실무에서는 구색갖추기용 (현실적으로 소용없는) 옥상옥 업무로 여겨지고 있는 것이 현실이 아닌가 한다.

168) 김유환, “미국행정법과 한국행정법학의 발전” 외 글 10쪽.

169) 김유환, “미국행정법과 한국행정법학의 발전” 외 글 12쪽.

170) 김태윤, 「우리나라 규제영향분석 발전방안: 미국 및 우리나라의 사례연구를 토대로」, 한국행정연구원, 2000, 1쪽. 각주1을 보면, 90년대 후반 OECD 자료들로부터도 이미 회원국 14개가 채택하고 있었다고 기술된다.

(4) 징벌적 손해배상제도 등 불법행위법으로 구조적 정의 추구

미국 규제행정법의 영향과 관련하여, 가령 징벌적 손해배상제도와 같은 미국 불법행위법은 중요한 위치를 갖는데, 규제수단으로서 불법행위제도를 활용하는 것을 중시하여야 한다.¹⁷¹⁾ 징벌적 손해배상제도는 일반 사인에게도 다른 여타 사인, 가령 사회적·경제적 역량이 강하여서 비록 법률적 능력으로도 우월성이 이전된 사적주체(대표적으로, 대기업)들 등과도 가능한 한 더 동등한 지위로 불법을 응징할 수단을 줄 수 있다.

공법과 사법적 구제수단은 동시에 주어져야 하는 것이다. 공법과 사법은 수레의 두 바퀴처럼 동시에 굴러감으로써 해당 사회를 잘 견인한다.

일방만 주어진다면, 가령 한국처럼 사법적 구제수단을 일반 사인이 사실상 행사하고 있지 못하는 현실은 반드시 재삼 깊이 고려되어야 할 것이다. 불법으로 손해를 입은 피해자 일반 사인이, 더 강력한 사회적·경제적 주체와 대등하게 행사하지 못하는 것이, 불법적 손해에도 불구하고, 현실이 된다면, 해당 손해를 입은 당사자 일반 사인은, 그 불법에 대한 응징을 하는 것이 가능할 수 없다. 그렇다면 그 사회에 정의는 있을 수 있는 것인가. 정의가 구현되지 아니하는 사회의 경제적 효율은 보장될 수 있는 것인가. 정의에 문 닫게 된다면 경제적 효율성을 보장하기에는 사회의 구조가 뒷받침할 수 없게 된다.

이처럼 구조적 정의를 감안한, 전체 법체계의 구조의 설계는, 상식적으로 판단할지라도 간단한 구도로써 비교형량될 수 있는 것이다.

사례를 들어본다면 가령 경제민주화 된 국가의 경우에는, 법인세 과세의 경우에 법인세율을 올리던 내리던 국민에게 최종적으로 손해가 돌아가는 것은 크게 다르지 않게 되므로, 해당국의 행정부는 정책결정의 재량이 넓어서 경기순환 대응의 필요성에 따라 유효성 높은 정책을 택하면 될 뿐이다.¹⁷²⁾ 반면 반대의 국가(한국)라면 법인세를 내리게 된다

171) 김유환, “미국행정법과 한국행정법학의 발전” 외 글 12쪽.

172) 기량 성승제, “경제조항 개헌론 회고와 경제구조의 향방에 대한 법정정책적 고찰”, 『법과 정책연구』(19집 3호, 통권 55호), 한국법정책학회, 2019.9, 415쪽 .

면 기업이 수혜를 받은 것이, 첫째 대규모 기업집단 계열사들이 보유한 주식시장 시가총액 3분지1로 인하여 그들에게 수혜가 돌아가고, 둘째 외국인 보유주식도 주식시장 시가총액 비중의 대략 3분지1을 점하므로 그들에게 누수되고, 셋째 국민들 혜택분은, 나머지 대략 3분지1에 불과하는 바, 이 나라의 행정부는 정책결정의 여지가 없이 외통수 수순만이 존재한다고 가정할 수 있으나, 사실은 국민에게 귀속된다고 가정한 그 3분지1 도 재벌 오너들이 조절하여 왔다는 사례들이 한국 주식시장에서 매우 빈번하게 찾아볼 수 있다는 점 등¹⁷³⁾ 은 ‘구조적 정의’가 어느 지점에서 파괴되고 있는지에 대하여 깊이 분석되어야 할 것이다.

오늘날의 정의는 사적 소유권이 원활하게 작동되어지는 것에 상당한 중심이 있어야 할 것이다. 사회적·경제적 역량이 강력한 소수 사인(예컨대 대기업 등) 은, 자신들의 중력(重力)을 필시 발휘한다. 물리에서 말하는 힘(Force) 은 물체의 운동, 방향 또는 구조를 변화시킬 수 있는 상호작용을 가리키는데, 크기와 방향을 모두 가지고 있다.¹⁷⁴⁾ 흔히 알려져 있기를 이 우주에 존재하는 근원적인 힘의 유형은 강력, 전자기력, 약력, 중력이 있다. 힘의 크기의 순서는 기재된 순서이다. 앞에 3가지의 힘의 종류들은 강하지만 힘이 도달하는 거리가 극히 짧거나 짧은 것들이며 머나먼 곳까지 영향을 미치지 아니한다. 반면 중력은 힘이 제일 약하지만 도달거리가 무한대에 이를 정도로 길고 그 결과 사실상 제일 강하다.¹⁷⁵⁾ 형사적 제재는 매우 강력하지만 상당히 제한적으로 행사되며, 행정적 제재도 적당히 강한데 이는 행사되어야 마땅한 경우에도 상당히 빈번한 경우에는 단지 선별적으로 행사될 뿐이다. 반면 경제적 위상의 차이로 인한 힘은 눈에 위험하게 보이지는 아니하지만, 막대한 영향력을 아주 원거리에 이르기까지 미치며, 경제현상을 왜곡할 수 있다. 때문에 구조적 정의의 중요성에 대하여 계속 부연하고 있다.

173) 가령 성승제, “경제조항 개헌론 회고와 경제구조의 향방에 대한 법정정책적 고찰”, 윗 글 416쪽 참조.

174) <https://ko.wikipedia.org/wiki/힘> (2019.10.10. 최종)

175) 사과 1개에서 중력을 느끼기는 어렵다. 사과 1개를 땅콩 1알이 공전하는 경우는 없다. 누적된 물질은 중력을 겹치고 겹쳐서 막대한 거리까지 영향력을 뿜어내고, 아인슈타인의 상대성이론에 따르면, 공간을 휘게 만든다. 그래서 달은 계속 직진하지만 지구 주위를 돌고, 지구도 직진하지만 태양 주위를 돌며, 우리가 서식하는 이 은하계의 모든 태양계들도 은하의 중심을 돈다.

이처럼 사적 소유권을 왜곡시키는 것은 ‘구조적 정의’가 고려되지 아니한 탓이라고 볼 것이다. 그렇다면 그것은 자본주의로부터 시장으로부터 멀어져 가는 길이 되는 것이라 할 수 있다. 왜냐하면 자본주의는 시장을 전제로 한다는 것은 언필칭 기본전제라 할 것이다. 이 시장은 참가자의 평등과 독립이라는 거래조건이 부여되어야 한다. 가격결정자 price setter 도 존재하지 말아야 한다. 참가자가 다수이어야 한다는 것 또한 시장의 충분조건이 된다. 필자가 자주 인용에 사용하는, Keynes가 설득의 이론들 *Essays in Persuasion* 으로 번역될 수 있는 제목의 책 서문에서 구사한 문장은 이 경우를 설명하기에 적합하다. Keynes¹⁷⁶⁾ 는 설득의 이론들 *Essays in Persuasion*에서 여러 가지 해안을 뿜어내었다. 그 중 특히 주목할 문장은, 결핍과 곤궁과 빈곤과 같은 문제들은 계층 classes과 국가 nations 간 경제적 투쟁에 비롯한다¹⁷⁷⁾ 는 것이다. 견제할 사법私法적 구제수단이 없을 때, 자본은 그 소속된 계¹⁷⁸⁾에서 점하는 경제의 비중에 따라, 해당 자본은 그 계를 왜곡할 능력을 취득한다고 생각된다. 그 상관관계는 그 계에서 그 자본이 점하는 경제비중과 비례관계일 것이다. 차지하는 비율에 따라 초과이윤을 구할 가격결정 능력을 얻는다. 마치 중력처럼 아무리 먼 곳도 아무리 조그마한 틈마저도.

한편 위 경우 즉 한국에서 사법私法적 구제수단이 사실상 배제된 상태에서, 잔존하는 공법적 구제수단은 유효한가. 유효하지 않다고 본다. 사법私法적 구제수단이 배제된 경우에 형사구제수단은 기능할 수 있는가. 기능할 수 없다고 본다. 사법 私法적 구제수단이 사실상 배제되어 있다는 것은 달리 살펴본다면 무기평등의 원칙이 배척되어 있다는 것으로 수렴한다. 무기평등의 원칙이 배척되어 있을 경우에 형사구제수단은 마찬가지로 기능하기 힘들다.

176) John Maynard Keynes 1883-1946. 그는 박사학위를 받지 아니하였다. 서섹스 틸튼의 남작, 이튼, 케임브리지 킹스칼리지. 20세기 최대 경제학자로서 고전파 경제학을 무너뜨렸던 스타 경제학자. 20세기 후반 통화주의 학파에 밀려 빛을 잃었다가, 2008 금융위기 이후 일부 재조명. (https://en.wikipedia.org/wiki/John_Maynard_Keynes 2019.10.13. 최종)

177) J.M. Keynes, “the profound conviction that the Economic Problem, as one may call it for short, the problem of want and poverty and the economic struggle between classes and nations,” 『preface』, *Essays in Persuasion*, in (*The General Theory of Employment, Interest and Money AND Essays In Persuasion*), Classic Books America (New York), printing 2009(originated 1931)), p..337.

178) 계·물리계, (系, system) 구성 요소들을 체계적으로 통일한 조직을 말한다. 일정한 구성 요소들을 포함하고 그 요소들간 상호 관계가 있어서 주변과 구별된다. <https://ko.wikipedia.org/wiki/물리계> (2019.10.20. 최종)

헌법은 기본권 기술 순서 중 평등권을 앞쪽에 위치시키고 있다. 당연히 그러하다. 자본주의 시장의 요소들은 전술하였듯이 시장참가자 사이의 조건 동등성이기 때문이다. 우리의 법체계는 단지 법 그 자체를 위하여 존재하는 것이 아니다. 우리의 법체계는 자본주의를 유지 옹호하기 위한 제도이다. 이 점 필자의 선행연구 몇 건들을 통하여 밝혀보려 한 바 있으나, 여기서도 아래와 같이 구성해 본다. ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.’¹⁷⁹⁾ 나아가 사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다¹⁸⁰⁾ 고 하여 계급의 형성을 배척한다. 국가가 부여한 영예와 특전에 대해서도 주의를 기울이고 있다. ‘훈장 등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다.’¹⁸¹⁾ 라는 것은 잘 알려져 있다시피 영전일대의 원칙을 말한다. 형사소송 뿐 아니라 민사소송에서도, ‘법정에서 일방당사자는 타방당사자와 동등’ 하다가, ‘일방당사자가 없으면 타방당사자도 없다’ ‘거나, ‘원고와 답변하는 자의 권리는 동일하여야 한다’는 등의 법언들은 비록 민사소송 법상 명문의 규정은 없음에도 널리 인정되는 소송상 수평적 무기평등을 표현하는 다른 말들이다.¹⁸²⁾ 소송에서 당사자는 소송외적 종속여부와 무관하게 같은 법적지위로서 소송상 권리의 기회와 기능을 실질적으로 누려야 한다는 것을 무기평등의 원칙이라 설명하며, 여기에는 형식적 동등 뿐 아니라 재판에 영향을 미칠 사항에 대하여 주장하고 증거제출할 가능성의 동등 또는 기회균등의 실질보장을 뜻한다.¹⁸³⁾ 소송상 무기평등의 원칙의 의미 첫 번째는, 무자력無資力자라 할지라도 자력 있는 상대방보다 권리추구 및 권리방어에 불합리하게 어려움을 겪어서는 안 된다고 하면서, 독일연방헌법재판소 판례까지 인용되어 널리 문구가 이용된다.¹⁸⁴⁾ 소송상 무기평등의 원칙의 의미 두 번째는 소송외적으로

179) 헌법 제11조 제1항. www.law.go.kr, (2019.10.1.)

180) 헌법 제11조 제2항. www.law.go.kr (2019.10.1.)

181) 헌법 제11조 제3항. www.law.go.kr (2019.10.1.)

182) 김상훈, “민사소송상 무기평등원칙에 관한 소고”, 『연세법학연구』(3권 1호), 연세법학회, 1995., 908쪽.

183) 김상훈, “민사소송상 무기평등원칙에 관한 소고”, 위 글 909쪽.

184) 김상훈, “민사소송상 무기평등원칙에 관한 소고”, 912쪽. 이 글이 인용한 독일연방헌법재판소 판례의 취지는, ‘무자력자도 자력자와 유효하게 권리보호를 주장할 수 있어야 한다’ 는 것이다.(이 글 913쪽의 주18).

도 현실의 불평등한 조건을 제거하여 소송환경을 조성함으로써 올바른 재판을 위한 기본 전제조건이 형성되어야 한다는 측면이다.¹⁸⁵⁾

과태료, 과징금, 이행강제금 등 행정제재적 벌칙은 과대하게 유포되고 확산되어 전방위적으로 법률들마다 조문을 두는 것이 유행하다시피 하고 있다. 그럼에도 이 벌칙들은 적용의 가능성이 적고, 적용되더라도 응징의 수준에 달하기 쉽지 않으며, 행정청과 행정력은 더 두텁게 유지되어야 한다.

전술하였듯이 작은 행정부 및 협치와 co-regulation을 추구하는 신공공관리론이나 신거버넌스론과는 다른 결과를 낳게 된다는 점은 이미 기술한 바이다.

5. 정부 연대별 규제개혁

(1) 90년대 전반

규제를 억제하기 위한 행정부 차원의 제도적 노력은 90년대 초반에도 발견된다.

가령 신설규제 사전심사제도에 대한 제도적 장치로, 1994년 1월 제정된 「행정규제 및 민원사무기본법」이 있었고, 동법률에 따라 1994년 5월 행정규제 합동심의회가 구성되었던 바가 있다.¹⁸⁶⁾ 다만 그 한계는 규제를 종합관리 한다는 의식이 존재하지 아니하던 시기였다는 것을 꼽을 수 있다. 위 행정규제합동심의회는 일시적 회의체에 불과한 것이었으며 특별한 권한도 부여되지 아니하였다.

(2) 90년대 후반(1998-2002) - 규제총량제, 행정규제기본법 제정

1998년부터 양적 규제개혁을 추진하여 왔다.

기존규제의 총수에서 50%를 삭감하겠다는 목표로 1998년부터 규제개혁이라는 명목의

185) 김상훈, “민사소송상 무기평등원칙에 관한 소고”, 913쪽.

186) 김태윤, 「우리나라 규제영향분석 발전방안: 미국 및 우리나라의 사례연구를 토대로」 윗 글 1쪽.

작업을 추진하였으며, 1998년 4월 당시 11,125개로 집계한 규제의 총수를 5,958개로 줄였으나 다만 2,353개가 신설되어 2003년 1월 집계된 바로는 총 7,520개로서, 일단 수량적으로는 감축 목표를 달성한 셈이었다.¹⁸⁷⁾

동 추진계획이 자평하기로는, 단편적이고 지엽적 접근으로 기업활동과 금융분야 핵심 규제를 정비하는데 부족하였다고 하며, 건수만 파악하느라 중요한 기능을 수행하는 규제가 폐지되는 부작용들이 있었고, 규제집행자(공무원)의 의식이 전환되는데 어려움이 있었다고 자평하였다.¹⁸⁸⁾

1997년 제정되고 1998년 시행된 행정규제기본법은 규제개혁위원회를 법정하였다. 정부의 규제정책을 심의·조정하고 규제의 심사·정비에 관한 사항을 종합적으로 추진하기 위하여 대통령 소속하에 규제개혁위원회를 두도록 하였다.¹⁸⁹⁾ 이 시기 행정규제기본법에 의한 시스템을 채택한 규제개혁 방향은 동 법상 기구인 규제개혁위원회를 중심으로 유지되었다.

(3) 2000년대 초반(2003-2007)

위 2003년 11월 ‘참여정부 추진계획’은 ‘양적 규제개혁’을 ‘질적 개혁’으로 전환하겠다고 예고하고, ‘핵심규제에 대한 전략과제 선정’, ‘제로베이스 접근’ 등 새로운 방식을 채택하겠다고 하였다.¹⁹⁰⁾ 직전 행정부에서 여전히 규제개혁 추진시스템이 유일 기관이 종합 관리하는 방향으로 잡은 체계는 있었지만, 성과가 없었다고 보았다. 그래서 동시다발로 규제개혁추진회의, 규제개혁장관회의, 규제개혁기획단 등을 신설하는 등의 조치를 취하였다.¹⁹¹⁾

187) 규제개혁위원회, “참여정부 규제개혁 추진계획”(국정과제 보고회 자료), 2003.11.13. 1쪽

188) 규제개혁위원회, “참여정부 규제개혁 추진계획”(국정과제 보고회 자료), 2003.11.13. 1쪽

189) 1997년 8월 제정, 1998년 3월 시행, 「행정규제기본법」 제23조 이후 현재 시행되는 현행법까지 같은 조문. (www.law.go.kr, 2019.10.1. 최종)

190) 규제개혁위원회, “참여정부 규제개혁 추진계획”(국정과제 보고회 자료), 2003.11.13. 1쪽 (2003년 4월 국무회의 보고내용이라 표기됨)

191) 김신/최진식, 「지속적 규제개혁 추진을 위한 규제관리체계 정비방안」, 한국행정연구원, 2009.12.31., 51쪽.

이 ‘참여정부 규제개혁 추진 체계’는, 요약하면, 대통령 직속기구로 규제개혁위원회를 설치하여 국무총리와 민간위원장 공동위원장 시스템으로써 분과위원회로 경제1/경제2/행정사회를 두고 이를 국무조정실의 규제개혁조정관실이 사무국 기능을 수행하도록 하면서, 동시에 행정부처별 자체규제심사위원회를 두어 규제를 심사하도록 하였다.¹⁹²⁾ 동 위원회의 주된 목표는 수량적으로 많은 비율을 점하는 경제규제에 초점을 맞추었던 것으로 보인다. 분과위원회 3개 중에 경제가 2개를 점하고 있다.

(4) 2000년대 후반(2008-2012)

2008년 2월 당시 신 행정부는 국가경쟁력강화위원회를 설치하여 규제개혁의 중심 기구로 삼았으며, 이 위원회는 종래 규제개혁 과제 중 다수부처 관련 과제나 파급효과가 큰 중점 과제 추진에 집중하는 형태로 각 부처 규제개혁을 지원하였고, 한편 종전 총리실 소속 규제개혁기획단을 폐지하면서 2008년 3월 규제개혁추진단을 신설하였다.¹⁹³⁾ 규제개혁위원회는 신설 또는 강화 규제를 심사하고 그 목록들에 대한 정보를 관리하면서 개별부처 단위 규제개혁 등에 집중하고, 동 규제개혁위원회의 사무국은 총리실 규제개혁실이 맡는 형태였다.¹⁹⁴⁾

이 구조는 크게 보면 2원적 구조라고 할 수 있다.

2012년에는 규제개혁 4대 방향을 개선하고, 규제의 질을 높이는 정책을 추구하였다.¹⁹⁵⁾

(5) 2010년대 중반(2013-2016)

이 시기 집계에 따르면, 이때로부터 대략 15~20여 년 전에 1만 1천여 건으로 통계되었

192) 규제개혁위원회, “참여정부 규제개혁 추진계획”(국정과제 보고회 자료), 2003.11.13. 목차 다음 면의 추진체계도를 보고 작성.

193) 김신/최진식, 『지속적 규제개혁 추진을 위한 규제관리체계 정비방안』, 윗 보고서 52쪽.

194) 김신/최진식, 『지속적 규제개혁 추진을 위한 규제관리체계 정비방안』, 윗 보고서 53쪽.

195) 이세정 외 4인, 『행정규제기본법 개정을 위한 연구』, 국무조정실연구용역/한국법제연구원수행, 2014.7, 59쪽. 4대방향이라 함은, 규제부담의 형평성 제고, 투자 활성화와 미래 성장동력 확충, 민생친화적 규제환경 조성 및 개방화/국제화 지원, 그리고 규제의 질에 대해서는, 규제일몰제 확대, 규제정보화시스템 구축, 미등록 규제정비 등이 있다고 한다. (같은 쪽).

던 총 규제 건수는, 이 시기 15,269개 규제가 존재한다고 주장하며, 이 중에서 경제활동과 관련된 규제가 4분의 3을 점한다고 한다.¹⁹⁶⁾ 경제분야 규제의 수가 다수를 점하는 것은 어느 시기이나 같다. 총 규제 건수 집계는 시간의 경과에도 불구하고 그다지 증가하지 아니한 것으로 생각된다.

이 시기 규제 감축을 양적으로 해결하는 것 외에도, 규제비용총량제 도입(2014.7 시범 실시 시작, 2015년 전 행정부처 적용), 강제규제를 줄이고 자율규제기능을 높이며, 미등록 규제 정비, 네거티브 규제방식 및 일몰원칙 적용, 규제개혁 신문고 운영, 지방자치단체 규제개혁, 의원입법 규제가 급증하기에 이를 개선, 공무원 행태개선 등을 꼽고 있는 자료가 눈에 띈다.¹⁹⁷⁾

(6) 2017이후

신산업분야 대응에 유연하고자 네거티브 규제(원칙적으로 허용하고 예외적으로 금지하기)를 확대하는 것, 일자리 창출 과제 선정하여 관련규제해소, 중소기업·상공인 규제 차등화, 생명·안전·환경 등 국민보호와 관련된 규제개선 등을 주된 테마로 잡고 있는 것 같다.¹⁹⁸⁾ 특히 신산업 진작을 위하여 ‘규제샌드박스’ 제도를 시행 하여, ① 규제신속확인제도(신기술·신산업 관련 규제 존재 여부와 내용을 문의하고 30일 이내 답이 회신이 없으면 관련규제가 없는 것으로 간주), ② 신제품·신서비스 임시허가를 통한 우선 시장 출시 가능제도, ③ 신제품·신서비스 사업화 배제제도(사업화를 제한하는 규제가 있을 때, 일정한 조건하에 사업화 허용)과 이 규제샌드박스를 위한 각종 안전장치들 제공 토록 하고 있다.¹⁹⁹⁾

196) 국무조정실, “규제시스템 개혁방안”, 규제개혁장관회의 보고자료, 2014, 15쪽.

197) 김동연, “박근혜 정부의 규제개혁”, 한국경제포럼(7권 1호), 2014, 61쪽 이하.

198) 국무조정실보도자료, “새 정부 규제개혁 추진방향”, 국무조정실, 2017.9.7

199) 국무조정실보도자료, “규제샌드박스 추진상황 및 향후계획”, 국무조정실, 2019.1.10.

1) 2017년 규제정비 요약

문재인정부는 100대 국정과제 중에, ‘민생과 혁신을 위한 규제재설계’를 포함시켰으며, 이를 바탕으로 정부는 당시 새정부 규제혁신 추진방향으로 3대 영역을 선정하였으니, (1) 미래 신산업, (2) 일자리 창출, (3) 민생불편과 부담 분야 등을 중점 규제 혁신 영역으로 확정(2017년 9월 7일) 한 바 있다.²⁰⁰⁾

구체적으로 혁신과 민생을 위한 규제혁신을 도모하였던 2017년의 성과로서 다음과 같은 것들이 제시되었다.

2) 우선허용-사후규제 패러다임 전환

신산업은 ‘우선허용 - 사후규제’로 패러다임을 획기적으로 전환하겠다는 것 그리고 혁신성장 뒷받침을 위한 규제 혁신을 본격적으로 추진하려고 한다는 것 그리하여 ① 규제 샌드박스 도입 등을 위한 1+4개 입법을 검토하고 추진하며, ② 포괄적 네거티브 입법 방식으로 전환하려는 과제 38건을 발굴하고, ③ 주요한 혁신성장 선도사업을 육성하고자 규제혁신을 검토하고 추진했다는 것, ④ 신산업 현장에서 규제로 인한 애로사항들을 91건을 발굴하고 그 중 89건을 해소하였다는 것 등²⁰¹⁾

3) 일자리 창출 규제효과

일자리 창출을 위한 규제 효과 및 국민불편 해소, 중소기업과 소상공인 부담 경감 등을 위한 규제혁신을 추진하겠다는 것으로서, ① 최초 행정조사 전수점검(2017년 5월에서 8월)을 하여 국민부담이 큰 행정조사를 175건 정비, ② 낙후지역 재생 등 지역발전 효과가 큰 분야를 중심으로 47건의 규제를 정비, ③ 국민생활과 밀접한 분야를 중심으로 경쟁제한적 규제를 25건 개선하였다는 것 등이다.²⁰²⁾

200) 국무조정실, “2018년 규제정비종합계획 - 혁신과 민생을 중심으로 속도감 있는 규제혁신 추진.”, 2018.2.27., 1쪽.

201) 국무조정실, “2018년 규제정비종합계획 - 혁신과 민생을 중심으로 속도감 있는 규제혁신 추진.”, 2018.2.27., 1쪽.

202) 국무조정실, “2018년 규제정비종합계획 - 혁신과 민생을 중심으로 속도감 있는 규제혁신 추진.”, 2018.2.27., 1쪽.

4) 현장과 소통으로 맞춤형 규제혁신

국무총리가 주재하는 ‘규제혁파를 위한 현장대화 2회 추진, 현장 방문 및 간담회 46회 등으로 수요자 중심의 과제 발굴과 혁파를 하며, 규제개혁신문고를 통해 국민의 눈높이에 맞춘 규제 애로를 해소하겠다고 하며, 새 정부 출범이후 1,159건의 규제개선에 대한 건의를 접수하고 처리했다는 것²⁰³⁾

5) 국정과제 이행을 위한 정비

중소기업 등 규제차등화 및 생명과 안전과 환경 규제를 폐지하고 완화시 규제심사를 위하여 「행정규제기본법」 개정안을 2017년 12월 국회에 제출하였다는 것²⁰⁴⁾ 등을 꼽고 있다.

6) 2018 규제정비 요약

① 포괄적 네거티브 체계

문재인 정부 출범이후, ‘선허용-후규제(포괄적 네거티브)’ 체계로 규제 패러다임을 전환하고자, 규제샌드박스 제도(규제혁신 5법), 선제적 규제혁파 로드맵(자율자동차 분야) 최초 구축 등 신산업 분야에 획기적인 법제도적 기반을 구축하였다고 자평하고 있으며,²⁰⁵⁾

② 규제혁신 테마별 일괄정비(Top-down)와 현장에서의 애로사항 건의를 통한 개선(Bottom-up) 등 1,800여건 규제를 개선하였다고 하는데, 이 중에는 사회적 파급효과가 크지만 해결이 지연되어 온 ‘Big Issue’ 도 포함되었다고 하며,²⁰⁶⁾

③ 중소기업과 소상공인에 대한 규제부담을 경감하는 제도를 2018년 10월 도입하고, 적극행정유도조치(감사원 면책기준을 완화하고 사전 컨설팅 감사제도를 도입하고, 적극

203) 국무조정실, “2018년 규제정비종합계획 - 혁신과 민생을 중심으로 속도감 있는 규제혁신 추진”, 2018.2.27., 1쪽.

204) 국무조정실, “2018년 규제정비종합계획 - 혁신과 민생을 중심으로 속도감 있는 규제혁신 추진”, 2018.2.27., 1쪽.

205) 국무조정실, “2019년 규제정비 종합계획(안)”, 2019.1.29., 1쪽.

206) 국무조정실, “2019년 규제정비 종합계획(안)”, 2019.1.29., 1쪽. 같은 쪽에서는, 빅이슈로는 의료기기, 인터넷 전문은행, 데이터규제, 입국장면세점 등을 꼽고 있다.

행정 법제 가이드라인 배포 등)등을 마련하여 공무원의 일하는 방식을 개선하도록 추진 하였다고 하며,²⁰⁷⁾

④ 국민과 기업들의 불편사항을 상시접수하고 상시해결이 될 수 있도록 노력하는 등 현장 소통을 확대함으로써 규제혁신 체감 수준을 높이려 하였다고 하는 바, 그 사례로는 대통령 주재 규제혁신 현장방문, 총리 주재 규제혁신 현장대화, 시도별 규제혁신 간담회 등을 꼽고 있다.²⁰⁸⁾

7) 2019년 규제정비 추진과제 방안

① 부처별 규제정비 과제

부처별로 2019년도 규제정비 핵심분야를 116개를 선정하고, 각 부처는 핵심분야로서 신산업 육성과 기존산업 부담경감에 중점을 두고 소관업무별 국민불편 해소과제도 선정 하도록 하였다.²⁰⁹⁾

II. 규제 문제의 대두

규제라는 형식은 법적 외피를 착용하건 하지 아니하였건 법규범적 성격을 띠지 않을 수 없다. 한국은 법치주의적 원칙을 천명한 국가로서 법규범을 배제한 정책을 사용할 수는 없다. 규제는 정책과 동전의 양면과 같은 위치에 있기 때문에 따로 떼어서 설명할 수 없다.

207) 국무조정실, “2019년 규제정비 종합계획(안)”, 2019.1.29., 1쪽.

208) 국무조정실, “2019년 규제정비 종합계획(안)”, 2019.1.29., 1쪽.

209) 국무조정실, “2019년 규제정비 종합계획(안)”, 2019.1.29., 7쪽.

이 중에서

① 신산업 육성은 분야별 포괄적 네거티브 규제 전환, 규제 샌드박스 성과 창출, 핵심 신산업(핀테크, 자율차, 드론, 의료, 바이오, R&D, 콘텐츠 등), 규제혁신(영업불편 규제개선, 경영부담 완화, 신규업종과 제품 허용, 관광/금융/스포츠/통신 등 서비스 산업 규제혁신, 지역별 산업활력/공장입지/토지개발 확대를 위한 규제개선, 중기/소상공인 경영/인증/금융/조달부담완화 및 차등화), 공유경제 확대 등(43개 분야)이다.

1. 법학의 현실 적응노력과 규제 양산

미국 법학자 C. S. Diver는 법학은 특히 행정법은 본질적으로 공공정책이 어떻게 만들어져야 하는 것인가에 대한 본질적인 탐구라고 표현하였는데, 이는 문제나 정책의 실체에 접근하는 중요한 방법론을 보여준 것이라 할 수 있다.²¹⁰⁾ 이러한 태도의 전환은 아마도 공통적으로 각국에서 표출되는 것 같다. 아울러 해석법학의 영역에 안주하는 경향이 지속되는 편이라 할 수 있는, 한국으로 하여금 반성을 요하게 한다. 가령 한국에 적지 않은 영향을 주어왔던 독일 법학도 21세기 과학과 기술과 사회 각 분야 모두 급속히 변화하는 현상에 적응하려 애쓰고 있다. 독일도 특히 행정법학은 정체성의 위기라는 도전에 직면하여 법적 해결 방향을 모색하려 애 쓰고 있음이 알려지고 있다.²¹¹⁾ 결과 독일의 소위 신행정법학도 종래의 법학적 방법의 한계를 극복하고자 법 적용 중심의 법 해석학으로부터 법 형성을 향해가고 있는 정책결정학(Entscheidungswissenschaft)으로 법학의 강조점을 이동할 것이 주장되어진다고 지적된다.²¹²⁾ 독일의 이 신행정법학은 슈미트 아스만(Schmidt-Aßmann), 호프만-림(Hoffmann-Riem), 안드레아스 포스쿠올레(Andreas Voßkuhle) 등에 의하여 주창된 것이라고 한다.²¹³⁾ 그렇지만 정책결정학이란 명칭에서 파악한다면 이는 미국적 사고방식이나 제도적 관점이 도입되어서 형성된 것이란 추정을 해 보고 싶다. 사실 길지 않은 역사를 가진 한국 법학은 체계화와 새로운 법형식 수립에 매몰되어 있었던 것이 사실이다. 독일 행정법학의 역사도 기실 19세기 후진국 입장에서 영국과 프랑스를 추격하기 위한 배경에 있었다는 점을 고려한다면 크게 다르지 않음을 느낄 수 있다고 본다. 미국 행정법은 한국행정법의 전통적인 도그마틱 자체에 미친 영향이 크진 않지만, 규제 행정법 이론과 제도에 미친 영향이 더 클 것이며, 그것은 이론적으로 미국행정법은 이미 정책 중심적이고 정책의 실체를 존중하는 패러다임이 특징적인 때문이다.²¹⁴⁾

210) 김유환, “미국행정법과 한국행정법학의 발전”, 『제41회 한국행정법학회 정기학술대회(비교행정법Ⅱ) 자료집』, 한국행정법학회, 2019.6.28., 11쪽.

211) 서원우, “행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제”, 『행정법연구』(제7호), 2001.9, 1쪽. 등

212) 이진수, 『오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구』, 서울대학교 법학박사학위논문, 2018.2, 1쪽.

213) 이진수 위 학위논문 1쪽.

214) 김유환 위 “미국행정법과 한국행정법학의 발전” 41회행정법학회정기학술대회 자료집 10-11쪽.

규제는 규제이기 때문에 문제라고 말할 수는 없다. 규제를 규제로 인식하고 해결하고자 하는 것은 역설적으로 사회문제를 해결하는 방향을 모색하는 공공정책 방법론이나 그 분야 학문들이 대두된 이후에 양적으로 폭증하면서 문제로 대두 되었다고 볼 수 있다. 반복한다면 규제를 문제로 인식한 것은 양적으로 다양한 정책 tool들이 공급되면서 부터이다. tool들이 너무 많아진 것은 많은 모순과 문제를 사회에 제공하게 되는 일이다. 이러한 문제들은 점점 더 증가하게 될 것으로 보인다. 사회복지적 국가의 추세는 물론이고 현대의 국가들은 과학기술문명의 발전과 더불어 또는 그 밖의 이유들로 인하여, 점점 더 구체적이고 세밀한 영역까지 관여하지 아니하면 국가의 적정한 역할을 할 수 없을 정도에 이르고 있는 것이다. 때문에 법학도 이에 수반하여 역할과 개입의 정도를 점점 더 높여가고 있다.

2. 법학의 대응 노력들

법학 중에서도 특히 행정법 영역에서 이에 대응하는 변화와 노력들을 경주하여 온 것을 소개해 본다. 독일의 신행정법학이 아닐지라도 점점 더 한국의 법학도 공공정책이나 문제해결을 위한 지평을 넓힐 것이 요구되어 왔던 것이다.

가령 한국 행정법학도 방법론적 경직성과 형식성에 따른 문제점을 인식하고, 방법론을 모색하기 위한 여러 가지 학문적 견해들이 제기되어 왔으니 그것을 찾으면 아래와 같다.²¹⁵⁾

먼저 행정법학의 방법론적 반성과 학제적 연구를 통하여 방법론의 전환 및 확대를 해법으로 제시하는 그룹들이 있다.²¹⁶⁾

행정법학도 관련 법규의 검토나 해석에 매몰되어 연구가 제한적으로 운용된다면 그에 따라 구성된 행정법 이론들이 실제 행정과 상당히 괴리될 위험이 적지 아니하다.²¹⁷⁾

해석법학에 정책적 관점을 수용하려면 최근 한국도 활발히 연구가 진행되고 있는 법현

215) 이진수 및 학위논문 1-2쪽.

216) 이진수 2쪽.

217) 김동희, “한국사회의 변화와 행정법학의 과제”, 서울대 법학연구소 『법학』(28권 1호), 1987, 79쪽.(이진수 2쪽)

상에 대한 학제적 연구방법론에 의지하여야 한다.²¹⁸⁾

독일 행정법학이 이미 경험한 위기를 겪고 있는 해석법학으로 말미암아 현실과 괴리되고 그것은 방법론의 문제에 기인하며, 독일은 현실적합적 방법론을 발전시켜 위기를 극복해왔던 것처럼, 한국도 전통적 견해에 매몰되지 말고 사실을 분석하고 효과와 결과를 수미쌍관시키며 여러 학문들 경제학 기타를 포함하여 연구가 이루어져야 한다.²¹⁹⁾

위에 제시된 연구의 방향성들은 법학 연구 대상과 방법을 법규 해석에만 한정하지 말고, 다양한 학문분야의 연구 성과를 활용하는 학제적 연구를 중시하자는 것이다.²²⁰⁾

이 tool을 법제도적 도구라고 본다면, 법제도적 도구들은 무엇보다 합리적이어야 할 텐데, 합리적이라 함은 필요할 때 채택되고 필요없을 때 해소될 수 있는 절차적 보장을 요한다. 이 점에서 다시 법제도적 도구들은 법적 절차적 보장을 필요로 한다.

3. 행정청의 규칙제정

미국의 규제행정법 논의는 행정청의 규칙제정rulemaking과 관련이 깊는데 한국의 법학 체계에는 그다지 큰 영향을 주지 못하였다.²²¹⁾

본래 영국의 영향을 받아 미국은 공리주의²²²⁾적 전통이 강하였는데 이와 관련하여 미국 행정법상 비용-편익분석²²³⁾ 제도가 매우 유효하였다. 공리주의는 자본주의 질서에 기

218) 최승화, “법과 정책에 관한 연구 - 시론적 고찰-”, 서울대 법학연구소 『법학』(26권 4호), 1985, 88쪽.(이진수 2쪽)

219) 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 『행정법연구(통권 제48호)』, 2017.2, 107쪽.(이진수 2쪽)

220) 이진수 위 학위논문 2쪽.

221) 김유환 외 “미국행정법과 한국행정법학의 발전” 41회 행정법학회정기학술대회 자료집 11쪽.

222) 공리주의는 19세기 이래 영국을 중심으로 발달한 윤리적 사상이라고 하는 바, 인간의 윤리적 기초를 개인의 이익과 쾌락의 추구에 놓고, 무엇이 이익인가를 결정하는 것은 개인의 행복이라 하면서, ‘도덕은 최대 다수의 최대 행복을 목적으로 한다(최대 행복의 원리(Greatest Happiness Principle))고 한다. 이는 근대 시민사회의 윤리적 기준이 되었고, 영국 고전파 경제학의 사상적 기초이자 자본주의 질서 구축의 토대가 되었다. 제러미 벤덤(1748-1832)과 존 스튜어트 밀(1806-1873) 등을 대표적 사상가로 한다. 벤덤은 功利의 大小를 立法 및 道徳의 유일한 기준으로 생각했다. 밀은 개인 대신 최대 행복의 원리를 집어넣었다. 위키백과에 따름(<https://ko.wikipedia.org/wiki/공리주의> 2019.6.30. 최종)

223) 비용편익 분석(Cost-Benefit Analysis, B/C 또는 CBA)은 해당 행위가 사회적 후생을 증가시킬 수 있는가를

여한 것이기도 하지만 특히 이 비용편익분석 제도 또한 사회적후생의 증대를 목표로 하는 것이므로, 양자는 상호 길항 작용의 관계에서 있다고 볼 수 있다. 비용편익분석제도는 한국도 이를 행정규제기본법에 규정하고 있으나 실제로는 규제개혁에서 거의 역할을 하지 못하였는데, 이는 계량적 사회과학을 깊이 신뢰하고 사회적통계들이 충실한 미국에서 형성된 관련 이론과 제도는, 제도의 열개만 수입한 한국적 상황에서는 별다른 힘을 발휘하지 못한 것이라고 한다.²²⁴⁾ 그리하여 미국에서는 비용편익분석 등 경제분석이 법적 판단의 대상이 된지 오래이지만 한국은 경제분석과 법적 판단이 친숙하지 못하다.²²⁵⁾

미국이 체계화하고 따라서 미국법의 영향이 강력한 경쟁법 분야에서는 경제분석과 시장조사가 법상 규정되어 있으며 효과적으로 사용되기도 한다.²²⁶⁾ 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」은 그 법 제3조에 ‘독과점적 시장구조의 개선등’이라는 표제하에 시장조사를 하는 법적근거를 두었다. 이 조항은 무려 1996년 12월 30일의 그 법 개정시에 처음 설치되었으나, 실제로 적용한례는 10여년의 숙성을 거친 2008년 인텔에 대한 고액 과징금 사건²²⁷⁾ 및 2009년 쉘컴에 대한 고액 과징금 사건²²⁸⁾에서나 이루어질 수 있었다.²²⁹⁾ 현재 공정거래위원회 조직도상으로도 시장구조개선정책관 하에 시장구조개선과와 경제분석과가 설치되어 있는 것을 볼 수 있다.²³⁰⁾ 다만 공정거래법상 시장구조조사는 비용편익 분석에 관한 것은 아니고 경제적 활동에 대한 법 저촉 여부를 알기 위한 경제분석이다.

판단하기 위한 일관되고 예측가능한 객관적 틀을 제공하고자 하는 것으로서, 각각 비용과 편익 항목의 확인, 비용과 편익의 계량화(quantification)와 그 화폐가치화(valuation), 비용과 편익의 할인, 타당성 여부의 판단 등을 요소로 할 수 있다. 한성민, “비용-편익 분석(Cost-Benefit Analysis)의 이론과 실제”, KDI, ppt 화면중 5쪽, (<https://www.cni.re.kr/common/publicDown.asp?gcd=AC0000018797&seq=1> 2019.6.30. 최종)

224) 김유환 외 “미국행정법과 한국행정법학의 발전” 41회행정법학회정기학술대회 자료집 11쪽.

225) 김유환 외 “미국행정법과 한국행정법학의 발전” 41회행정법학회정기학술대회 자료집 12쪽.

226) 성승제, “독과점 시장구조 개선을 위한 공정거래법상 시장분석”, 『경제법연구』(12권 2호), 한국경제법학회, 2013.12 등 참조.

227) 공정거래위원회 전원의회의 의결 2008-256호, 2008.11.5.,

228) 공정거래위원회 전원의회의 의결 2009-281호, 2009.12.30.

229) 상제는 성승제, “충성할인에 대한 경쟁법적 규제의 검토”, 『경제법연구』(11권 1호), 한국경제법학회, 2012.6. 참조.

230) <http://www.ftc.go.kr/www/contents.do?key=347> (2019.6.30. 최종)

4. 신자유주의와 신공공관리론: 민영화와 민간의 의사결정 참여

신공공관리론(New Public Management)은 자의적이고 불합리한 규제의 철폐와 정책결정 및 집행과정의 개선, 조직운영의 개선을 위한 권한의 하부 이양, 계약제와 실적평가제의 도입, 인사·예산제도의 개방화·자율화, 민간위탁 및 민영화의 호가대, 지방분권화 등을 포함한 정부 개혁 프로그램으로써 구체화된 것이다.²³¹⁾ 정부를 재편하고 새로운 환경에 적응시키기 위한 개선의 흐름이 법학 특히 행정법 영역에도 강하게 밀어닥친 흐름이라고 할 것이다. 이는 특별히 미국에만 국한된 것은 아니지만 개혁의 추동력이나 선도적 모습은 역시 미국에서 시작된 것이라 볼 수 있다.

이렇게 이름 붙여진 신공공관리론은 1980년대 영국과 미국에서 추진되기 시작한 것으로 알려지고 있다. 추진된 배경은 2차세계대전 전후 승전국인 미국과 영국의 혁신이 70년대에 수명을 다 하면서 80년대에는 소위 당시 재팬애즈넘버원²³²⁾이라는 책으로 대변될 수 있듯이, 전후 승전국 영국과 미국은 전후 체제의 효과가 반감하면서 새로운 개선과 개혁을 요하게 된 것이라 할 것이다. 미국과 영국은 초고율 과세를 통하여 전후 문제를 해결하려고 하여왔다. 미국과 영국은 공히 1960년대 초까지 최고소득세율 구간이 무려 90%를 상회하는 초고율 과세를 하였는데, 이는 소위 대륙법 국가라 지칭되어지는 서유럽 국가들과는 전혀 다른 과세율을 운용하였던 것이다. 영국은 1976년 선진국으로서의 최초이자 마지막으로 IMF 구제금융을 받는 굴욕을 당할 때까지 그리고 1979년 마가릿 대처²³³⁾가 총리로 집권하기 직전에 이르기까지 이러한 최고소득세율 90% 초고율 과세를 지속시켰다. 미국은 그보다는 일찍이 60년대 초반부터 다소 낮추어 갔었지만 레이건 대통령²³⁴⁾ 집권 시점까지 최고소득세율 구간이 76%에 달하였다. 과거의 전후체제에서

231) 홍준형, “신공공관리론의 공법적 문제 - 공무원인사제도개혁을 중심으로-”, 『행정법연구』(4호), 행정법리론 실무학회, 1999.4, 17쪽.

232) Ezra F. Vogel(1930.7.11.-) 저 1979년 출간. 보겔은 델라웨어주 출생 유태계 예일대 및 하버드대 교수. 하버드대 사회관계학 박사(1958). (영문위키에 따름. https://en.wikipedia.org/wiki/Ezra_Vogel 2019.6.30. 최종)

233) Margaret Hilda Thatcher(1925 - 2013, 1979-1990 재임) <https://ko.wikipedia.org/wiki/마거릿대처> (2019.6.30. 최종)

234) Ronald Wilson Reagan(1911-2004, 1981-1989 재임) <https://ko.wikipedia.org/wiki/로널드레이건> 2019.6.30. 최종.

미국은 전쟁 중 폭증한 국가채무를 해소하고 물경 2천만에 육박하는 재향군인들에게 무료 대학교육과 저리 주택자금 융자를 통하여 큰 규모의 중산층을 형성하면서 전후 번영을 누려왔었다. 그러나 베트남 전쟁과 민족주의 및 자원민족주의의 대두와 함께 나타난 석유위기는 그러한 호황의 시대를 끝냈으며, 패스트 팔로워인 일본의 추격으로 위기감을 느껴야 하였다.

미국 자본주의 경제체제의 핵심이었던 기업들은 초고세율과 그로인한 수익률 저하 및 소비 저하로 인하여 전반적으로 투자를 유보하고 현금을 사내에 적립한 상태를 이어갔고 갈수록 더 심해졌다.

이 시기 미국 자본주의 체제를 위한 법제도 정비에 대한 내용을 장기간을 관찰한다면, 크게 4가지 대응이 있었다고 본다.

첫째 미국은 조세법 제도를 개선하여 세율을 대폭 인하하였다(그렇지만 여전히 한국의 실효세율보다 훨씬 높은 세율을 갖고 있다).

둘째 법제도를 회사법 상 적대적 M&A를 무제한 허용할 뿐 아니라 적대적 M&A 방어의 방법에 대하여서도 규제를 하지 아니하고 오직 해당 회사의 선택에 맡겼다.

셋째 미국의 중앙은행격인 연방준비제도이사회FRB는 미국 역사상 최고 수준의 높은 물가상승율을 1980년대 초반 주도함으로써 사내유보금의 적립 효과를 감퇴시켰다.

넷째 공법 즉 행정법적으로는 민간참여를 활성화시키는 것이 주된 요소인데 한국에 알려져 있기로는 민영화로 널리 알려진 참여와 협력에 의한 행정법 개혁에 나섰다.

이 중에서 이 글은 행정법적 개혁을 조망하는 중이다. 신공공관리론은 신자유주의에 이론적 기초를 두고 다른 한편 경영이론에서 발전된 이슈와 기법들을 실천수단으로 원용하고 활용하려는 행정개혁론이자 실천이라고 알려져 있으며 때문에 신공공관리론이 규제의 완화 또는 철폐, 민영화 및 민간위탁의 확대를 주장하는 것으로 알려지게 된다.²³⁵⁾

235) 홍준형 외 글(“신공공관리론의 공법적 문제”) 19쪽.

통상 신자유주의(neoliberalism)은 1970년대부터 부각된 자본의 세계화(globalization of capital)로 인해 시작한 경제적 자유주의이며, 자유방임에 기한 자유주의 국가에 의한 사회정책의 필요에도 불구하고 자본주의적 기업에게 자유를 부여하고 사회주의에 대항하려는 사상이라고 알려져 있다.²³⁶⁾ 그러나 전술한 것처럼 신자유주의에는 그보다 더 많은 것이 포함되어 있다. 전후 융성한 번영을 누리게끔 한 국가적 참여는 과도한 조세 세율로 인하여 질식 상태에 들어가게 되었다(영국, 미국). 그것을 개선하고 과도한 관료주의의 변창에 의하여 효율을 저하시킨 행정적 무능을 개선하고자 주민참여와 관여의 법치주의적 전통을 부활시키고자 한 것이었다.

한국의 신자유주의는 허울만 빌린 것으로서 고도성장을 마감한 한국경제에서 수익률이 저하된 대규모기업집단(세칭 재벌) 이익의 대변자 역할을 자임한 측면이 있다는 점에서 제도 개혁과는 거리가 멀다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 통지와 청문

1. 참여와 협력의 구현

신공공관리론의 특징은 “공공부문에 대한 시장중심적 경영방식을 도입하여야 한다는 데 있다”는 주장²³⁷⁾은 일면만 파악한 것이라고 본다. 한국의 주된 인식이 이러하다. 신공공관리론의 특징이나 새로운 행정법학 테제의 핵심은 의사결정에 대한 민간 의사를 반영하는 절차의 확대나 보장에 있다고 보아야 할 것이다. 이 점 클라우스 쾨니히²³⁸⁾가 하였던 비판 즉 ‘주요국가의 행정개혁사례를 비교분석한 후 유럽과 같은 법치국가 규율 행정이 경영행정보다 우월하다고 하면서, 독일 행정의 효과성과 능률성을 자화자찬하면서 일본과 같은 나라의 경쟁력이 주목되는 점 등을 고려해보라는 주장’²³⁹⁾도, 역시 표면상

236) <https://ko.wikipedia.org/wiki/신자유주의> (2019.6.30. 최종)

237) 홍준형 외 글(“신공공관리론의 공법적 문제”) 19쪽.

238) Klaus König(1934.4-) 독일의 행정학자·행정법학자. 슈파이어 대학 교수 등. 독문위키에 따름. https://de.wikipedia.org/wiki/Klaus_König (2019.6.30. 최종)

239) 홍준형 외 글(“신공공관리론의 공법적 문제”) 21쪽.

맥락만을 강조한 것이라 생각된다. 독일이 안주하는 법치주의라는 것은 민간참여의 보장과 확대에는 그리 강력하지 못하다는 점에서 형식적 측면을 부정할 수 없을 것 같다. 다만 독일도 신공공관리 부문의 학설의 소개와 도입이 활발하게 이루어지고 있다는 점이 고려되어야 한다. 우리는 실질적인 참여와 협력을 위한 실질적 법치주의 확대를 도모하려는 신공공관리론의 가치를 평가할 필요가 있다. 말하자면 신자유주의는 단순한 선악의 개념에 들어가는 것이 아니다. 법치주의의 실현을 위한 제도적 수단이라고 보아야 할 것이다.

이를 고려한다면 한국 행정청의 현실은 아이러니하다.

2. 도입된 규제행정청 또는 독립규제위원회의 현실

미국의 협시에 의한 규칙제정의 경우 한국은 학문적으로는 다양하게 포섭하려는 노력이 나타나고 있으나²⁴⁰⁾, 한국의 법제도로 흡수하고자 하는 노력은 단지 포괄적인 형태로 나타났다. “중앙행정기관의 장은 제13조 제5호에 따른 갈등영향분석에 대한 심의결과 갈등의 예방·해결을 위하여 이해관계인·일반시민 또는 전문가 등의 참여가 중요하다고 판단되는 경우에는 이해관계인·일반시민 또는 전문가 등도 참여하는 의사결정방법을 활용할 수 있다.”²⁴¹⁾ 는 규정을 두고 있다. 다만 이는 법률의 형태가 아닌 대통령령의 모습을 띤다.

한국의 규제행정청은 사실상 미국으로부터 배워온 것임에도 불구하고 매우 다른데, 가령 미국의 각종 규제 행정청은 합의제 기관의 성격을 갖는데, 이로부터 말미암아 한국의 신설 행정청들도 위원회 형태의 조직을 취한 경우가 적지 않으며, 예컨대 공정거래위원회, 방송통신위원회, 국민권익위원회, 국가인권위원회 등 다양하다.²⁴²⁾ 위원회라 함은 충분한 독립적 지위를 향유할 수 있어야 한다. 위원회의 독립성은 소속 위원들의 독립성도

240) 김유환 외 41회행정법학회정기학술대회 자료집 주52(최영규, “협상에 의한 규칙제정: 미국 행정입법절차의 한 단면”, 『미국헌법연구』(13호), 미국헌법학회, 2002; 김유환, “미국행정법상 협시에 의한 규칙제정”, 『공법연구』(31집 3호), 한국공법학회, 2003; 박수현, “미국 행정법상의 협상에 의한 규칙제정에 관한 고찰”, 『공법연구』(30집 1호), 한국공법학회, 2002. 등.)

241) 공공기관의 갈등 예방과 해결에 관한 규정 제15조

242) 김유환 외 41회 행정법학회정기학술대회 자료집 15쪽.

보장되어야 배양될 것이다.

첫째 한국의 위원회 명칭의 행정청들은 자칭 독립규제기관이라 하면서도 언필칭 중앙 행정기관²⁴³⁾인데, 이는 스스로 독립기관이 아님을 내포하는 모순적 표현에 해당한다.

둘째 위원 상호간의 평등이 보장되어야 독립성을 갖춘 것일 터임에도, 위원장 부위원장 등 위원 등 위계질서가 부여되거나 또는 상임위원 비상임위원 등 다른 법적 지위로 분류해 놓고 있다.

위와 같은 점 등을 고려한다면 한국의 소위 합의제 행정청 내지 기관들은 위원회로서 작동하기 어려운 법적 지위와 요건들로서 구성되어 있다고 보겠다. 형식적으로는 합의라고 말하지만 위계질서 하에서 진정한 합의가 구동되지 않는다.

3. 실제적효율보다 절차적정당성

위원회라는 명칭의 합의제 행정청은 운영원리와 절차상, 직능분리의 원칙과 일방적 접촉의 금지원칙이 중요한데, 한국에서 이것이 제도화되는 것은 미흡한 상태이며, 이는 『행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률』에서도 다루어지고 있지 않다.²⁴⁴⁾

약칭 행정기관위원회법은 위원회를 가리켜 위원회, 심의회, 협의회 등 명칭을 불문하고 행정기관의 소관 사무에 관하여 자문에 응하거나 조정, 협의, 심의 또는 의결 등을 하기 위한 복수의 구성원으로 이루어진 합의제 기관이라고 말한다.²⁴⁵⁾ 행정기관의 장은 위원회를 공정하고 적정하게 운영함으로써 주요 정책에 관한 이해를 원활하게 조정하고, 관계 행정기관 간의 합의 및 협이가 체계적으로 이루어지도록 하며, 민주적이고 효율적인 행정이 되도록 할 것을 주문하고 있다.²⁴⁶⁾

243) 예컨대 공정거래위원회.

244) 김유환 및 41회행정법학회정기학술대회 자료집 16쪽.

245) 행정기관위원회법 제2조 제1항 전단.

246) 행정기관위원회법 제2조 제1항 후단.

절차적 원칙은 그다지 제시되어 있지 않다. 주문되고 있는 것은 효율성이며, 효율성을 직접 호출하기에 겸연쩍어 민주성을 앞서 내세우고 있는 것 같은 인상을 주는 규정 형식으로 보인다.

4. 적법절차

적법절차는 영미법에서 연원한 것으로 알려져 왔다. 미국은 1791년 연방헌법 수정 제5조에서 누구든 적법절차Due Process of Law에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다는 적법절차를 연방정부의 권력행사를 제한하는 원리로 채택하였다.²⁴⁷⁾ 1868년 수정 제14조는 어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터 생명, 자유 또는 재산을 박탈하지 못한다고 적법절차를 주정부 수준까지 확대 적용하였다.²⁴⁸⁾

한국은 적법절차 원리를 헌법 제12조 제1항과 제3항에 규정을 두었는데 이는 1987년 제9차 헌법개정을 통하여 처음 헌법에 규정된 것이다.²⁴⁹⁾ 적법절차 원리는, 거슬러 올라가면 영국의 대헌장Magna Charta 제39조 규정에 뿌리를 두고, 1628년 권리청원 제4조를 거쳐 미국 연방 수정헌법을 거쳐 일본헌법 제31조로도 계승되어 왔다.²⁵⁰⁾ 한편 독일 헌법의 경우 그 제104조에 적법절차가 규정되었다는 의견에도 불구하고, 법문 표현상 적법절차를 명문화한 것이 아니고, 다만 적법절차의 취지가 간접적으로 규정되었다고 볼 수는 있다고 한다.²⁵¹⁾

적법절차조항이 수정헌법에 규정된 이래 미국 연방대법원은 이에 관한 해석과 적용을 통해 적법절차원리를 발전시켜 왔고, 이를 통해 정부행위를 사법적으로 통제하여 왔다.²⁵²⁾

247) 유희일, “미국 헌법상 적법절차 조항의 한국적 수용”, 『미국헌법연구』(16권 1호), 미국헌법학회, 2005.2, 31쪽.

248) 유희일 윌 글 31쪽.

249) 황의관, “미국행정법상 적법절차원리의 의미와 적용범위에 관한 연구”, 『제41회 한국행정법학회 정기학술대회(비교행정법Ⅱ) 자료집』, 한국행정법학회, 2019.6.28., 23쪽.

250) 임종훈, “한국헌법상의 적법절차원리에 대한 비판적 고찰”, 『헌법학연구』(14권 3호), 2008, 356쪽.

251) 위 임종훈 글 356-357쪽 주3.

252) 위 황의관 글 23쪽.

미국에서 적법절차 원리는 헌법상 문제인 동시에 행정부의 행정작용을 통제하는 주요 원리로 기능하여 왔으며, 이에 따라 적법절차 조항에 대한 연방대법원의 해석은 미국행정 절차법제의 근간을 이루어왔다.²⁵³⁾

적법절차의 원리를 두가지로 분류하는 견해가 일반적이다. 실체적 적법절차substantive due process와 절차적 적법절차procedural due process가 그것인데, 전자는 입법이 내용적 측면에서 공정하고 합리적이어야 하며 정부의 목적에 부합하는 정당성을 갖출 것을 요하는 것이고, 이는 개인의 생명, 자유 또는 재산을 박탈하는 정부행위가 충분한 목적에 따라 정당화될 수 있는지 그리고 그렇지 아니하다면 금지된다는 의미이다.²⁵⁴⁾ 후자 즉 절차적 적법절차는 정부가 개인의 생명, 자유 또는 재산을 박탈하는 행위를 할 때 적절한 절차를 준수하였는지 여부를 묻는 것이다.²⁵⁵⁾

5. 통지와 청문

(1) 절차적 적법절차

절차적 적법절차라는 것은, 정부가 개인의 생명, 자유 또는 재산을 박탈하는 행위를 할 때 통지와 청문과 같은 수정헌법 제5조 및 제14조가 보장하는 최소한의 절차적 요건을 말한다.²⁵⁶⁾

절차적 적법절차를 취급할 때 정부가 개인의 생명, 자유 또는 재산을 박탈하는 행위에 나아가기 전에 어떠한 종류의 통지와 어떠한 형태의 청문을 거쳐야 하는지에 대한 것이란 점을 파악하여야 하며, 그 의사결정과정의 공정성 여부에 초점을 두는 것이며, 적용되는 법률이나 정부행위의 내용상 정당성을 요구하는 것은 아니다.²⁵⁷⁾ 가령 부모의

253) 위 황의관 글 23-24쪽.

254) 위 황의관 글 27쪽.

255) 위 황의관 글 27-28쪽.

256) 위 황의관 글 28쪽.

257) 성기용, “미국헌법상 실체적 적법절차의 법리”, 『미국헌법연구』(18권), 2007, 152쪽.

양육권을 영구적으로 박탈하고자 하는 경우에 대하여, 절차적 적법절차의 측면에서 고려할 것은, 통지와 청문notice and a hearing을 제공하여야 한다는 의미이며, 반면 실제적 적법절차는 정부가 양육권을 박탈함에 있어서 적합한 정당성을 입증할 설득력 있는 논거 compelling reason을 제시하여야 한다는 의미이다.²⁵⁸⁾

(2) 청 문

청문hearing의 기원은 영국의 1215년 Magna Carta²⁵⁹⁾ 로 소급해서 보기도 한다. Magna Carta는 이것에 날인한 존왕 이후 후계 왕들에 의하여서도 인정되면서 뿌리를 내렸다. 1216년에서 1422년에 이르기까지 최소한 55회에 걸쳐 모든 영국 국왕들에 의하여 확인되었으며, 그 이후 법령들에 의해서도 인정받았고, 1628년 권리청원과 1641년 성실법원 철폐법에 이르기까지 복창되고 있다고 한다.²⁶⁰⁾ Magna Carta는 ‘당사자는 청문의 기회를 부여받지 아니하고는 신체의 자유와 재산을 침해당하지 아니한다’ 는 문언에 근거한 사법적 청문 제도가 점차 준사법적 그리고 준입법적 행정작용에 대하여서도 청문이 도입되고 나중에는 의회 입법과정까지 청문이 채택되었다.²⁶¹⁾ 이는 2000년 한국에도 채택된 인사청문회를 포함한 청문제도로 미국 의회에서 활용되어 와서 우리에게도 잘 알려지게 된 것이다.

258) County of Sacramento, 523 U.S. at 846.

259) Magna Carta는 Windsor와 Staines 사이 Runnymede라는 초원에서 失地王 John왕(1167-1216 생존, 1199-1216 재위)이 날인. 존왕은 그의 가문인 앙주 가Angevis 의 현 서프랑스의 광대한 영지를 회복하려고 원정하였으나, 1214년 부빈느 전투에서 프랑스 카페 가의 필리프 2세에게 패하자 국내에 반란이 일어나 London이 점령당한 상태에서 Magna Carta를 받아들일 것을 강요당했다.

John왕의 날인sealed 으로 부여된granted 국왕의 특허장royal charter 라고 한다. 라틴어로 양피지에 씌여있고 (서명signed 이 아닌)날인sealed으로 인증되어 있다. 그 이전에도 수도원, 국왕봉신barons, 자치시boroughs에 자유권을 부여한 특허장이 있었지만, Magna Carta에는 ‘집의 왕국의 모든 자유민all the free men 에게’ 유례없이 광범위한 자유권을 부여하고 있다. 이 현상이 신민뿐만 아니라 국왕도 법률에 기속된다는 봉건적 의미의 법의 지배 Rule of Law 원리를 천명한 증거라는 점에서 중요하다. 모든 권력은 법률로부터 나오고 그가 국왕이든 성직자이든 개인 사인이든 어느 누구도 법률 위에 군림할 수 없다는 이 관념을 법의 지배 또는 법에 따른 통치government according to law 라고 일컫는다. Sir Ivor Jennings 원저/안경환 · 이동민 역, “마그나 카르타와 그 영향”(Magna Carta and Its Influence in the World Today, 1965, Prepared for British Information Services by the Central Office of Information), 『저스티스』(27권 2호), 1994.12., pp.135-137

260) 위 안경환 · 이동민 역, pp.139-140.

261) 권건보/김지훈, 『인사청문회에 대한 비교법적 고찰』, 한국법제연구원, 2012.7, p.28.

Korea
Legislation
Research
Institute

제4장

결론

제4장

결론

: 책임관리적 기능을 위한 독립규제행정청 제언을 덧붙여서

그림자규제는 여러 유형으로 나타나고 있다. 규제라는 형태로 묶인 것을 일괄적으로 조사한 것을 보면 1990년대 후반 1만 1천여 건에서 2010년대 초반 1만 5천여 건으로 집계된 것을 본문 중 소개하였다. 총 건수만 보면 그 사이 한국의 외형적 성장도 상당하였다. 특히 1997년 금융위기 이후 급격한 법령의 변화가 회사를 규율하거나 금융과 관련한 법제도 전반에 걸쳐 법적 수용의 격변도 있었다. 이런 저런 모습들을 본다면 성장과 급변에도 불구하고 규제로 집계된 건수는 의외로 많이 나타나지는 않았다. 특히 한국사회는 관치를 줄이고 민간 자율에 의한 문제 해결을 모색하면서 발전을 이루는 과정을 보여왔다. 이 측면에서 볼 때, 상당한 자율규제로 기인할 만한 규제의 건수가 증대할 것이 예상될 수 있었다. 의외로 규제 건수가 폭증하지 아니한 것은 행정부의 노력도 컸고, 사회 각 부문의 경고도 적절한 역할을 하여 과잉규제를 탈피하여 적정선에서의 규제생산을 지켜온 측면도 있다. 다만 그림자규제에 국한하여 검토한다면, 자율규제가 확대되면 아무래도 그림자규제의 비중과 건수도 증가할 것이 예상된다.

한편 또 다른 측면으로 이 글이 주목한 것은 그림자규제라는 용어가 등장한 배경에도 주목하였다. 그림자규제가 등장한 것은 2013년 전후의 일이었다. 본문에서 살펴보았다시피 그림자규제가 그 시기 등장한 것은 재계단체인 전국경제인연합회 보고서에서 비롯된 것으로서 주목하였다. 그 직전연도에 사단이 벌어진 곳은 금융감독원과 관련된 상당히 강압적인 행정절차의 강요이었다. 본문에서도 적었지만, 실상 금융감독원은 업계자율기관의 형식적 외관을 갖추어 있다. 그러한 제도적 연원은 금융질서가 사적 시장의 질서회복을 통하여 크게는 중앙은행까지도 생성해 낸 영미 금융과 회사제도에서 기원한다. 말하

자면 중앙은행은 정부가 만들어낸 것이 아니었다(영국과 미국에서는). 실제 주식회사법의 많은 신생 제도나 한국이 도입해온 여러 제도들은 성문법에서 기원하는 것이 아니다. 구체적으로 미국 증권거래소에 등록된 회사들(상장회사들)에 대하여, 위탁받은 투자자금을 운용하는 자본단체들이 그들의 운용자금의 안전과 수익성장성을 원하는 시장의 압력에 의하여 채택되기 시작한 것들이다. 그것이 공인받으면 성문법에도 채용되는 순서를 그들 나라에서는 거친다. 이처럼 금융과 회사는 실은 밀접한 관련성이 있을 수밖에 없는 것이다. 그럼에도 한국에서 사실상 금융과 회사는 별개의 제도인 것처럼 운용되어 왔음은, 소위 한국의 오랜 기간 동안 관치 금융의 전통만 하더라도 뚜렷이 인식할 수 있다.

다시 돌아가서 기술하면, 본래 시장자율의 질서회복을 위한 자율규제기관이어야 할 금융감독원은, 본래 관치금융 또는 위로부터의 개혁으로 발전을 시작했다고 통념상 여겨져 왔던 한국에서, 사실상 행정청 역할을 하였던 것이고, 나아가 지시와 감독을 하려고 하였다. 그림자규제란 용어가 홍보되기 직전 수년간에 걸쳐서 그러했던 행위가 알려지게 된 것이다. 물론 그 이전에는 더 하였을 것으로 짐작하기에 충분하다. 그렇게 하려 했던 의도의 배경에는 과도한 이윤의 추구하고 시장기능을 마비시킬 정도로 보험회사의 이윤적 활동이 있었고, 그에 대한 금융소비자들의 민원과 불만이 폭증하였던 전 과정이 존재하였다. 그렇다고 하여 금융감독원의 非자율규제기관적 행위 아니 그것을 넘어선, 월권적이고 강압적인 유형의 행정행위나 전화지시 등의 행정행위적 유형이 적절하다고 할 수는 없겠다 함은 전술한 바이다. 그러나 전술한 경제인단체의 고발의 역할을 한 보고서와 더불어 대대적인 홍보가 있었다. 그로 말미암아 보험회사의 반시장적 행위는 거의 잊혀졌다. 그림자규제라는 용어는 전문가가 아니더라도 누구나 인지할 정도의 친숙. 할 수도 있을 정도로 확산되어 전국민들이 인지하게 되었다.

이러한 그림자규제에 대한 해결을 모색하기 위한 방법론으로서, 이 글은 법치주의의 회복과 민주적질서의 정착을 통한 과정적 해결에 방점을 두고 싶어 하였다. 그리고 그 길은 신공공관리론과 신거버넌스이론에 의한 엄정하고도 활용도 높고 검증될 수 있는 많은 통계자료의 활용을 하는 학문적 전통으로부터 배양된 과학적 신자유주의론에 두어야 한다고 보았다.

그런데 이는 법학과 인접 사회과학과의 잘 유기적으로 조직된 협조관계가 형성되고, 상호 학문간 활용이 자유자재할 정도로 교류가 되어져야 가능하다. 미국의 한 사람의 예를 든다면 루이스 브랜다이스 대법관을 들 수 있다. 그가 한 말은 경제학 그리고 사회학을 공부하지 아니한 변호사는 공공의 적이 되기 쉽다(A lawyer who has not studied economics and sociology is very apt to become a public enemy)는 말을 하였다.²⁶²⁾ 물론 그는 이 말을 이 글의 맥락에서 하였다기보다는, 20세기 초 카르텔 해체에 나서던 미국의 독과점 질서 개선의 목적에서 한 말이다. 미국의 경쟁법적 개발, 적용 및 개선에 대한 것은 가히 법적 혁명에 가깝다고도 볼 수 있다. 그래서 미국에서 독립규제행정청의 발전의 역사를 1887년 설립된 주간통상위원회(ICC, Interstate Commerce Commission)에서 찾으며, 그 이유는 자본주의 경제에서 사기업에 대하여 정부규제를 가한다는 맥락에서 찾을 수 있기 때문이다.²⁶³⁾

한편 법학과 인접한 사회과학의 유기적 연결은 당연히 필요하지만 잘 하자는 정도의 구두선 적 발언으로는 해결되지 아니할 것이다.

이에 대하여 이 글은 독립행정청에 대한 논의가 확대되는 것이 바람직하다는 점을 제안하면서 맺고자 한다. 독립행정청은 한국에서는 헌법상 인정되는 것이 없으므로 인정된다고 할 수는 없을 것 같다. 하지만 그러한 것을 지향하자는 논의는 물론 가능하다. 경성 헌법적 특성이 강한, 한국의 헌법개정절차상 채택되기에는 아마도 지난한 과정과 절차가 필요하다는 점에서, 사실상 불가능하다고도 할 수 있다. 물론 위에 언급한 문헌처럼 반드시 헌법에 규정되어야 하는 것은 아니며, 독립규제행정청이 아닌 집행부행정청처럼 충분히 현재도 한국에 존재하고, 한국 현재 헌법적 질서하에서도 창설할 수 있는 덜 엄격한 행정청이 가능하다고 파악하는 견해도 있다.²⁶⁴⁾

262) 성승제, 『공기업 경쟁 중립성 개선을 위한 법제연구』, 한국법제연구원, 2017.10., 24쪽.

263) 황의관, “미국의 독립규제행정청 개념 및 법적위상에 관한 연구”, 『토지공법연구』 (65집), 한국토지공법학회, 2014.5., 259쪽.

264) 황의관 윗 글 288쪽 참조.

아무튼 대체적으로 한국 문헌들이 파악하는 엄격한 의미의 독립규제행정청이라 할지라도 논의는 할 수 있다. 우리가 논의하는 시기를 생각하면 그렇지만, 장래를 포함한다면 누구도 미래를 장담할 수 없으므로, 논의의 범위는 얼마든지 확대될 수 있다. 잘 알려져 있다시피, 독립행정청을 잘 운용하는 주요선진국 어느 나라던지 초기부터 독립행정청을 완비한 상태로 국가운영이 시작된 국가는 없다. 진통과 논의와 타협을 거쳐 하나씩 둘씩 채용되고, 잘 운용될 절차적 조항들이 늘어나게 된 것이라 할 수 있다. 더하여 행정부 내부의 행정청 제도도 미국식독립규제행정청 범주에 넣을 수 있을 정도로 실질 독립성을 취득하게 하는 운용방식도 가능하다고 할 것이다.

주로 미국의 경쟁당국의 경우에서 관찰되는 것처럼, 경제분석 등 법학 아닌 인접학문들의 통계나 연구를 자유로이 활용하여 행정집행에 나서는 것은 필요하다. 한국에서도 이미 그러한 치밀한 경제분석에 의하여 거대IT다국적기업에 대하여 조 단위의 막대한 과징금을 부과한 개가를 거두기도 하였다.²⁶⁵⁾

요점은 그림자규제라는 것의 해결은, 본문에서 지적한 청문과 통지의 적법절차적 타당성이 부여된 상태하에서 경제분석 등 적절한 증거가 제시되는 엄정한 절차의 수호로서 가능하다고 말하는 것이다.

265) 상세는 성승제, “충성할인에 대한 경쟁법적 규제의 검토”, 『경제법연구』(11권 1호), 한국경제법학회, 2012.6. 참조.

Korea
Legislation
Research
Institute

참고문헌

참고문헌

- 강윤경, “인플루언서”(키워드 경제), 『마이더스』(2019 7호), 연합뉴스 동북아센터, 2019
- 권재열, “미국의 정책금융제도에 관한 서설적 고찰”, 『중앙법학』(제10집 제2호), 중앙법학회, 2008.8.,
- 국무조정실, “2018년 규제정비종합계획 - 혁신과 민생을 중심으로 속도감 있는 규제혁신 추진-”, 2018.2.27.
- 국무조정실, “2019년 규제정비 종합계획(안)”, 2019.1.29
- 국무조정실보도자료, “규제샌드박스 추진상황 및 향후계획”, 국무조정실, 2019.1.10.
- 국무조정실보도자료, “새 정부 규제개혁 추진방향”, 국무조정실, 2017.9.7
- 국무조정실, “규제시스템 개혁방안”, 규제개혁장관회의 보고자료, 2014
- 국회, “인포그래픽으로 보는 역대 법률안 통계”(의안통계), 『국회보』, 2017.1.,
- 규제개혁위원회, “참여정부 규제개혁 추진계획”(국정과제 보고회 자료), 2003.11.13.
- 권건보/김지훈, 『인사청문회에 대한 비교법적 고찰』, 한국법제연구원, 2012.7,
- 김동연, “박근혜 정부의 규제개혁”, 한국경제포럼(7권 1호), 2014
- 김동원/김지연, “디지털시대의 게이트키퍼에 관한 탐색적 연구”, 『문화산업연구』(제17권 제3호), 한국문화산업학회, 2017.9
- 김동희, “한국사회의 변화와 행정법학의 과제”, 서울대 법학연구소 『법학』(28권 1호), 1987,

- 김사승/박한우, “포털뉴스의 저널리즘적 의미에 관한 분석-뉴스 정보원 네트워크 분석을 중심으로- (연구논문)”, 『정보화정책』(제15권 제2호), 한국정보화진흥원, 2008년 여름호
- 김상훈, “민사소송상 무기평등원칙에 관한 소고”, 『연세법학연구』(3권 1호), 연세법학회, 1995.
- 김신/최진식, 『지속적 규제개혁 추진을 위한 규제관리체계 정비방안』, 한국행정연구원, 2009.12.31
- 김유환, “미국행정법과 한국행정법학의 발전”, 『제41회 한국행정법학회 정기학술대회 (비교행정법Ⅱ) 자료집』, 한국행정법학회, 2019.6.28.
- 김유환, “미국행정법상 협의에 의한 규칙제정”, 『공법연구』(31집 3호), 한국공법학회, 2003;
- 김인영, “한국사회와 신뢰: 후쿠야마와 퍼트남 논의의 재검토”, 『세계지역연구논총』(26권 1호), 2008
- 김태운, 『우리나라 규제영향분석 발전방안: 미국 및 우리나라의 사례연구를 토대로』, 한국행정연구원, 2000,
- 김홍범, 『통합금융감독체계의 이론과 실제』, 한국학술진흥재단 연구지원사업, 2003.5.5.
- 금융위원회 금융감독원, “행정지도 등 그림자 규제 개선 방안”, 2015. 9. 18,
- 금융위원회, “보이지 않는 그림자 규제 방지를 위한 『금융규제 운영규정』 개정 시행 - 금융산업의 혁신을 저해하는 행정지도에 대한 사전·사후 관리가 강화됩니다.』, 『보도자료』(2019. 1. 25).
- 금융감독원, “금융감독원, ‘보험민원 감축’을 핵심과제로 선정 추진”, 금융감독원 보도 자료, 2013.4.5.

- 데이비드 랜즈 저/ 안진환·최소영 역, 『국가의 부와 빈곤』(원제: The Wealth and Poverty of Nations, 1999), 한국경제신문, 2009.
- 박균성, 『행정법론(상)』(제12판), 박영사, 2013.2
- 박수지 기자, “보험사, 소송으로 ‘금감원 접수 민원’ 무력화... 3년간 10006건”, 한겨레신문, 2018.10.9.
- 박수현, “미국 행정법상의 협상에 의한 규칙제정에 관한 고찰”, 『공법연구』(30집 1호), 한국공법학회, 2002.
- 박재범 기자/윤선희 기자, “ [국제학술대회 요약(이종화/이창용/홍기석 주제발표, ‘금융위기의 재발-국가간 비교연구 및 한국경제에 대한 시사점’) 구조적취약성 등 위기 초래”, 머니투데이, 2002.10.3.
- 배만섭 기자, “네이버 유통석 이사의 ‘게이트 쉐어링’, 뉴스의 탈미디어”, 2014.3.4.
- 백승재, “자본시장법에 따른 기업감시자책임Gatekeeper liability에 대한 고찰”, 『증권법연구』(제11권 제3호), 2010.12,
- 백정웅, “금융위기 이후 미국 및 EU의 금융규제”, 『중앙법학』(제11집 제3호), 중앙법학회, 2009.10
- 서원우, “행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제”, 『행정법연구』(제7호), 2001.9
- 성기용, “미국헌법상 실체적 적법절차의 법리”, 『미국헌법연구』(18권), 2007
- 성낙인, 『헌법학입문』(5판), 법문사, 2015.7,
- 성승제, “경제조항 개헌론 회고와 경제구조의 향방에 대한 법정정책적 고찰”, 『법과 정책연구』(19집 3호, 통권 55호), 한국법정정책학회, 2019.9

- 성승제, 『공기업 경쟁 중립성 개선을 위한 법제연구』, 한국법제연구원, 2017.10.
- 성승제, 『국제금융위기 대응을 위한 재정안정 방안 연구』(재정법제 연구 10-12-4), 한국법제연구원, 2010.10
- 성승제, “독과점 시장구조 개선을 위한 공정거래법상 시장분석”, 『경제법연구』(12권 2호), 한국경제법학회, 2013.12
- 성승제, 『재정사업에 있어 정책금융의 효율성 제고를 위한 법제개선방안』(연구보고 08-05 / 재정법제연구 08-08), 한국법제연구원, 2008.10.,
- 성승제, “충성할인에 대한 경쟁법적 규제의 검토”, 『경제법연구』(11권 1호), 한국경제법학회, 2012.6.
- 송윤아/마지혜, “보험유사 부가서비스 규제방향: DCDS 운영사례”, KiRi리포트, 2016.11.14.
- 양금승, 『19·20대 국회 신설·강화규제의 입법현황 및 정책과제』(정책연구 2016-23), 한국경제연구원, 2016.12,
- 엄묘섭, “시민사회의 문화와 사회적 신뢰”, 문화와 사회(제3호), 2007
- 윌리엄 길모어 저/이복기 역, 『서양인 교사, 윌리엄 길모어, 서울을 걷다 1894, 14개의 주제로 보는 1894년의 조선』(그들이 본 우리 012), 살림(경기도 파주시), 200
- 유훈, 『행정학원론』, 1996, 법문사
- 유희일, “미국 헌법상 적법절차 조항의 한국적 수용”, 『미국헌법연구』(16권 1호), 미국헌법학회, 2005.2
- 이병기, “보이는 규제와 보이지 않는 규제 -세계은행 기업환경 순위 논란-”(KERI칼럼), 한국경제연구원, 2014.11.10.,

- 이상규, 『영미행정법』, 법문사, 2001
- 이석호, “DCDS(채무면제·유예) 상품의 속성 및 보험업법 적용의 적절성 검토” (금융 포커스), 『주간금융브리프』(17권 45호, 2008.11
- 이세정 외 4인, 『행정규제기본법 개정을 위한 연구』, 국무조정실연구용역/한국법제연구원 수행, 2014.7,
- 이원우, “21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제”, 『행정법연구(통권 제48호)』, 2017.2
- 이원우, “헌법상 경제질서와 공생발전을 위한 경제규제의 근거와 한계”, 『공생발전을 위한 행정법의 대응』, 한국법제연구원/한국행정법학회 행정법분야 연합학술대회 자료집, 2012.12.15.
- 이우영, “입법과정과 입법의 민주적 타당성”, 『서울대학교 법학』(52권 4호), 2011.12
- 이종수 외 13인, 『새 행정학 2.0』, 대영문화사, 2017.7
- 이진수, 『오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 2018.2,
- 임종훈, “한국헌법상의 적법절차원리에 대한 비판적 고찰”, 『헌법학연구』(14권 3호), 2008
- 전국경제인연합회, 『보이지 않는 규제 사례와 개선방안』(규제개혁 시리즈 14-04), 2014.9,
- 장경원, “독일맥주순수령 판결을 통해 본 유럽과 독일의 경제행정법”, 『행정판례연구VII』, 2007
- 장승희, “유교에서 신뢰의 본질과 신뢰교육”, 윤리연구(103권), 2015

- 정경영, “금융감독체계의 문제점과 개편방안”, 금융법연구(9권 2호), 2012
- 정종섭, 『헌법학원론』(8판), 박영사, 2013.3,
- 최영규, “협상에 의한 규칙제정: 미국 행정입법절차의 한 단면”, 『미국헌법연구』(13호), 미국헌법학회, 2002
- 최송화, “법과 정책에 관한 연구 - 시론적 고찰-”, 서울대 법학연구소 『법학』(26권 4호), 1985,
- 프랜시스 후쿠야마 저/구승희 역, 『트러스트』, 한국경제신문사, 1996.
- 허영, 『한국헌법론』(전정15판), 박영사, 2019.2
- 홍준형, “신공공관리론의 공법적 문제 - 공무원인사제도개혁을 중심으로-”, 『행정법 연구』(4호), 행정법이론실무학회, 1999.4,
- 황의관, “미국의 독립규제행정청 개념 및 법적위상에 관한 연구”, 『토지공법연구』(65집), 한국토지공법학회, 2014.5
- 황의관, “미국행정법상 적법절차원리의 의미와 적용범위에 관한 연구”, 『제41회 한국 행정법학회 정기학술대회(비교행정법Ⅱ) 자료집』, 한국행정법학회, 2019.6.28.
- Sir Ivor Jennings 원저/안경환·이동민 역, “마그나 카르타와 그 영향”, 『저스티스』(27권 2호), 1994.12
- 新藤宗幸著, 『行政指導—官庁と業界のあいだ』 岩波新書 218, 岩波書店, 1992
- TAC 公務員講座 編, 行政法 [第10版], TAC出版, 2012

Bruns, A. (2003).“ Gatewatching, Not Gatekeeping: Collaborative Online News.” *Media International Australian*, 107

C. S> Diver, Policymaking Paradigms in Administrative Law 95. *Harvard Law Review*, 1981

Davis, *Administrative Law Treatises*, Vol.1 2nd ed., 197

FSB, *Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation* - Recommendations of the Financial Stability Board, 27 Oct 2011,

GSP WG 2018 Member Survey, *Global Standards and Financial Inclusion: Shadow Banking*, Sep 2018

John C. Coffee, Jr., “The Attorney as Gatekeeper,” Working Paper, No. 221(Columbia Law School, The Center for Law and Economic Studies, April 2003),

J.M. Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money AND Essays In Persuasion*, Classic Books America (New York), printing 2009(originated 1931)),

Magna Carta and Its Influence in the World Today, 1965, Prepared for British Information Services by the Central Office of Information

Mcnamara, Dennis. L. “Syncretic Capoitalism in Korean Textiles: Clientelism, Corporatism, and Contract”, 1997

<http://www.law.go.kr/LSW/admRulLsInfoP.do?admRulSeq=2100000006669>

http://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxMainPrint.do?idx_cd=1088&board_cd=INDX_001

http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1092

<https://ko.wikipedia.org/wiki/맥주순수령>

<https://ko.wikipedia.org/wiki/바이에른공국>

<https://www.thespruceeats.com/what-is-the-reinheitsgebot-1446817>

http://www.boardlife.co.kr/bbs_detail.php?bbs_num=844&tb=board_general&id=

<https://fatpig.tistory.com/entry/독일-맥주순수령Reinheitsgebot의-순기능과-역기능-1-순기능>

<https://fatpig.tistory.com/entry/독일-맥주순수령Reinheitsgebot의-순기능과-역기능-2-역기능>

<https://ko.wikipedia.org/wiki/무굴제국>

https://en.wikipedia.org/wiki/Fran%C3%A7ois_Bernier

<https://en.wikipedia.org/wiki/Gatekeeper>

<http://eprints.qut.edu.au/archive/00000189>

<http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20070828030005>

<http://www.economytalk.kr/news/articleView.html?idxno=120830>

https://en.wikipedia.org/wiki/Robert_M._Haig

<https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=585615&cid=42094&categoryId=42094>

https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_201907241525070038

<https://ko.wikipedia.org/wiki/프랜시스후쿠야마>

<https://www.index.go.kr/unify/idx-info.do?idxCd=4262&clasCd=7>

<http://thel.mt.co.kr/newsView.html?no=2019010309258276211>

http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=405AC000000088&openerCode=1#192

http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=405AC000000088&openerCode=1#189

http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=405AC000000088&openerCode=1#165

http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=405AC000000088&openerCode=1#255

<https://www.meti.go.jp/policy/tsutatsutou>

<https://www.fsa.go.jp/common/law/index.html>

<https://www.jftc.go.jp/hourei.html>

www.law.go.kr

http://likms.assembly.go.kr/bill/info/Summary.do?tabMenuType=billInfo_1

en.wikipedia.org/wiki/kenneth_culp_Davis

<https://ko.wikipedia.org/wiki/관방학>

<https://ko.wikipedia.org/wiki/공리주의>

<https://namu.wiki/w/신공공관리론>

<https://m.blog.naver.com/briankim38/50089314866>

<https://ko.wikipedia.org/wiki/힘>

https://en.wikipedia.org/wiki/John_Maynard_Keynes

<https://ko.wikipedia.org/wiki/물리계>

<https://www.cni.re.kr/common/publicDown.asp?gcd=AC0000018797&seq=1>

<http://www.ftc.go.kr/www/contents.do?key=347>

https://en.wikipedia.org/wiki/Ezra_Vogel

<https://ko.wikipedia.org/wiki/마거릿대처>

<https://ko.wikipedia.org/wiki/로널드레이건>

<https://ko.wikipedia.org/wiki/신자유주의>

https://de.wikipedia.org/wiki/Klaus_König

공정거래위원회 전원회의 의결 2008-256호, 2008.11.5.,

공정거래위원회 전원회의 의결 2009-281호, 2009.12.30.

Korea
Legislation
Research
Institute

부
록

그림자규제 사례모음

부록 목차

1. 금융분야 사례
 - 금융규제 운영규정
 - 금융회사의 핀테크 투자 등에 관한 가이드라인
 - 금융권 개인신용평가 관련 행정지도

2. 행정·기업분야에서의 그림자 규제
 - 상표 소비자 인지도조사 방법 가이드라인
 - 공정 채용 가이드북
 - 부실학술활동 예방을 위한 권고사항 (3번 항목 이동)
 - 공공분야 갑질 근절을 위한 가이드라인
 - 「유선분야 판매점 사전승낙제」 가이드라인
 - 행정·공공기관 민간 클라우드 이용 가이드라인
 - 인터넷쇼핑몰업자의 판매촉진비용 부담전가 행위에 대한 위법성 심사지침

3. 농축업·환경·교육 분야 사례
 - 농축산업 표준근로계약서 가이드라인
 - 농업분야 외국인노동자 근로환경 개선을 위한 업무처리 지침
 - 학교시설 석면 해체·제거 안내서
 - 기업담당자를 위한 제품 환경성 표시 광고 길라잡이 (2번 항목 이동)
 - 환경 관련 표시·광고에 관한 심사지침
 - 대기업 상표관리 정상화를 위한 특허청 상표심사지침 발표 (2번 항목 이동)

부 록

1. 금융분야에 있어 그림자 규제와 관련한 논의

금융분야에 있어 그림자 규제는 행정지도와 감독행정을 포함하는 행위를 포함하는 것으로 금융회사 입장에서 명시적 법규가 아님에도 행정지도와 감독행정 등을 규제로 인식·부담하는 것을 의미한다.²⁶⁶⁾

금융당국은 그림자 규제를 개선하기 위하여 지속적으로 노력해왔다. 예컨대 2007년 제정하여 운영하던 행정지도 운영규칙을 2016년 폐지하고, 2015.12.31. 제정된 금융규제 운영규정을 운영하고 있다.

■ 금융규제 운영규정

제1장 총칙

제1조(목적) 이 훈령은 금융위원회 및 금융유관기관이 금융회사등에 대한 금융규제를 신설·강화하거나 집행할 때 합리성·투명성·책임성을 확보하도록 함으로써 금융 산업에서 경쟁과 혁신을 촉진하는 데에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 훈령에서 사용하는 용어의 뜻은 다음 각 호와 같다.

1. “금융회사등”이란 다음 각 목의 자를 말한다.

가. 「은행법」에 따른 인가를 받아 설립된 은행(같은 법 제59조에 따라 은행으로 보는 자를 포함한다).

나. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 금융투자업자

다. 「보험업법」에 따른 보험회사(같은 법 제4조제6항에 따라 보험회사로 보는 자를 포함한다)

266) 금융위원회, 금융감독원, 행정지도 등 그림자규제 개선방안, 2015.9.18., 1쪽.

- 라. 「상호저축은행법」에 따른 상호저축은행
- 마. 「신용협동조합법」에 따른 신용협동조합
- 바. 「여신전문금융업법」에 따른 여신전문금융회사
- 사. 「금융지주회사법」에 따른 금융지주회사
- 아. 「농업협동조합법」에 따른 조합, 농협은행, 농협생명보험 및 농협손해보험
- 자. 「수산업협동조합법」에 따른 조합 및 수산업협동조합중앙회(신용사업 부문으로 한정한다)
- 차. 가목부터 자목까지에 규정된 자 외의 자로서 관계 법령에 따라 금융위원회(그 소속기관을 포함한다. 이하 같다) 또는 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」에 따른 금융감독원(이하 “금융감독원”이라 한다), 그 밖의 금융유관기관으로부터 검사 또는 조사를 받는 자
- 카. 그 밖에 금융 관련 법령의 적용을 받는 자
2. “금융유관기관”이란 다음 각 목의 법인·단체 또는 그 기관을 말한다.
- 가. 금융감독원
- 나. 「예금자보호법」에 따른 예금보험공사
- 다. 「한국산업은행법」에 따른 한국산업은행
- 라. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 한국거래소
- 마. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 한국예탁결제원
- 바. 「민법」 제32조에 따라 설립된 금융결제원
- 사. 「신용보증기금법」에 따른 신용보증기금
- 아. 「기술신용보증기금법」에 따른 기술신용보증기금
- 자. 「한국주택금융공사법」에 따른 한국주택금융공사
- 차. 「금융회사부실자산 등의 효율적 처리 및 한국자산관리공사의 설립에 관한 법률」에 따른 한국자산관리공사
- 카. 관계 법령에 따라 금융회사등을 감독하거나 검사, 그 밖에 이와 비슷한 행정조사(「행정조사기본법」에 따른 행정조사를 말한다. 이하 이 호에서 같다) 권한을 행사하거나 업무를 하는 법인·단체 또는 그 기관

- 타. 금융위원회나 가목부터 카목까지의 규정에 따른 법인·단체 또는 그 기관으로부터 금융회사등에 대한 감독, 검사, 그 밖에 이와 비슷한 행정조사에 관한 권한이나 업무를 위임·위탁받은 법인·단체 또는 그 기관
- 파. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제286조제1항제1호에 따른 자율규제업무등 금융회사등을 회원으로 하면서 그 금융회사등 간의 합의에 따라 정관, 규칙 또는 규약 등을 정하고 집행하여 금융회사등을 규율하는 업무를 하는 법인 또는 단체
3. “금융규제”란 금융위원회 또는 금융유관기관이 금융회사등의 경영건전성을 확보하고 금융소비자를 보호하는 등 금융행정의 목적을 달성하기 위하여 법률상 금융회사등의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것 또는 법령에서 주어진 권한 또는 기능에 근거하여 사실상 금융회사등의 영업 또는 업무 등에 영향력을 행사하는 것을 말하며, 다음 각 목과 같이 구분한다.
- 가. 명시적 금융규제: 법령등(법률·대통령령·총리령, 그 위임을 받는 고시 등을 말한다. 이하 같다)에서 정하는 금융규제
- 나. 비명시적 금융규제: 법령등에서 정하지 아니한 금융규제로서 다음의 어느 하나에 해당하는 금융규제
- 1) 금융행정지도
 - 2) 금융유관기관의 업무규정, 지침, 업무방법서, 그 밖에 이와 비슷한 것
4. “금융행정지도”란 금융위원회 또는 금융감독원이 금융회사등의 경영건전성을 확보하고 금융소비자를 보호하는 등 금융행정의 목적을 달성하기 위하여 금융회사등의 자발적인 협력에 기초하여 그 금융회사등에 일정한 행위를 하거나 하지 아니하여 줄 것을 요청하는 행위(조문의 형식으로 하는 행위 등 일반적이고 추상적인 형식으로 하는 행위를 포함한다)를 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위는 제외한다.
- 가. 감독행정작용
- 나. 금융회사등의 신청 또는 질의 등에 따라 법령등에 대한 해석이나 그 해석에

- 다른 조치 여부 등에 대하여 회신하여 주는 행위
- 다. 관계 법령에 따른 조치 등이 내려진 경우 그 사실을 알리는 행위 등 금융회사 등에 새로이 그 권리를 제한하거나 의무를 부과하지 아니하는 행위
- 라. 관계 법령에 따른 인가·허가·등록 등의 통보
- 마. 금융 관련 분쟁의 조정
- 바. 가목부터 마목까지에 규정된 행위 외의 행위로서 이와 비슷한 것
5. “감독행정작용”이란 금융위원회 또는 금융감독원이 금융회사등에 법령등을 지킴을 도록 하기 위하여 직권으로 필요한 지침을 개별적이거나 구체적인 형식으로 제시하는 행위를 말한다.

제3조(적용범위) ① 명시적 금융규제, 금융행정지도, 감독행정작용, 그 밖의 금융규제의 원칙 및 절차 등에 관하여 다른 관계 법령등에 특별한 규정이 있거나 다른 법령등과 상충되는 경우를 제외하고는 이 훈령에서 정하는 바에 따른다.

② 이 훈령은 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제14조에 따른 조치를 하는 경우에 대해서는 적용하지 아니한다.

제2장 명시적 금융규제의 원칙 및 절차

제4조(명시적 금융규제의 원칙) ① 명시적 금융규제는 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위에서 합리성·투명성·책임성을 확보할 수 있도록 설정되어야 한다.

② 명시적 금융규제를 신설하거나 강화하려면 다음 각 호의 사항을 검토하여야 한다.

1. 금융회사등이 하는 영업 또는 업무 등을 제한 없이 허용하고 법령등을 위반하거나 건전한 거래질서를 저해하는 등의 행위가 있으면 그 행위를 제재하거나 시정명령을 하는 등의 금융규제 방식이 가능하고 적절한지 여부
2. 금융회사등이 하는 영업 또는 업무 등을 제한하는 경우에도 법령등에 그 제한하는 내용을 구체적으로 열거하고 법령등에 열거되지 아니한 경우에는 모두 허용하는 등의 금융규제 방식이 가능하고 적절한지 여부
3. 서로 다른 금융회사등이 하는 영업 또는 업무 등이 경제적·실질적 측면에서 동일

한 기능을 하면 그 금융회사등 간에 동일한 규제수준의 금융규제가 적용되도록 설정되었는지 여부

4. 금융회사등의 자산·자기자본 등의 규모, 위험관리체계 등을 고려하여 규제수준을 차등화할 수 있는지 여부
5. 해당 금융규제에 관한 국제적 기준 또는 외국의 비슷한 법제도와 비교하여 그 규제수준 등이 합리적으로 설정되었는지 여부

제5조(의견청취) ① 금융위원회는 명시적 금융규제를 신설하거나 강화하려면 공청회, 행정상 입법예고 등의 방법으로 이해관계인·민간단체·전문가 등의 의견을 청취하여야 한다.

② 제1항에 따라 의견을 청취하는 경우에는 「행정규제기본법」 제7조제1항에 따른 규제영향분석서를 인터넷 홈페이지 등에 공개하여야 한다.

제6조(자체규제심사위원회) ① 명시적 금융규제를 신설·강화할 때 「행정규제기본법」 제7조제3항에 따른 자체심사를 하기 위하여 금융위원회에 자체규제심사위원회(이하 이 조 및 제17조에서 “자체규제심사위원회”라 한다)를 둔다.

② 자체규제심사위원회는 당연직 위원과 위촉직 위원으로 구성된다. 이 경우 금융위원회는 전체 위원의 과반수를 위촉직 위원으로 임명하여야 한다.

③ 자체규제심사위원회는 명시적 금융규제의 신설·강화의 필요성을 판단하기 위하여 다음 각 호의 사항을 검토하여야 한다.

1. 「행정규제기본법」 제4조·제5조 및 제6조와 이 훈령 제4조제1항을 지켰는지 여부
2. 제4조제2항 각 호의 사항에 대한 검토 결과
3. 「행정규제기본법」 제7조제1항에 따른 규제영향분석 결과

④ 금융위원회 규제개혁법무담당관은 제3항에 따른 검토 결과를 포함한 자체규제심사위원회 논의 결과를 자체규제심사 의견서에 구체적으로 기재하여 지체 없이 금융규제민원포털(금융위원회와 금융감독원이 금융규제에 관한 정보를 제공하기 위하여 공동으로 구축하여 운영하는 정보처리시스템을 말한다. 이하 같다)을 통하여 공개하

여야 한다. 다만, 개인정보 보호 등을 위하여 필요한 경우로서 금융위원회가 정하여 고시하는 경우에는 그 내용의 전부 또는 일부를 공개하지 아니할 수 있다.

⑤ 제1항부터 제4항까지에 규정된 사항 외에 자체규제심사위원회의 운영에 필요한 사항은 금융위원회가 정하여 고시한다.

제3장 금융행정지도의 원칙·방식 및 절차 등

제7조(금융행정지도의 원칙) ① 금융위원회 및 금융감독원은 금융행정지도를 할 때 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위에서 합리성·투명성·책임성을 확보할 수 있도록 하여야 한다.

② 금융위원회 및 금융감독원이 하는 금융행정지도의 내용은 명확하여야 한다.

③ 금융위원회 및 금융감독원은 금융회사등의 내규·업무방법서, 그 밖에 이와 비슷한 것 또는 제2조제2호파목에 따른 법인 또는 단체의 정관, 규칙 또는 규약 등에 금융행정지도의 내용을 반영할 것을 요구하여서는 아니된다.

④ 금융위원회 및 금융감독원은 금융회사등이 금융행정지도에 따르지 아니하였다는 것만을 이유로 하여 불이익한 조치를 하여서는 아니된다.

⑤ 금융위원회 및 금융감독원은 법령등에서 정하는 경우 외에는 금융행정지도의 방법으로 금융회사등의 인사에 개입하여서는 아니된다.

⑥ 금융위원회 및 금융감독원은 금리·수수료 등 금융회사등이 정하는 금융상품의 가격, 금융회사등의 배당 등에 대한 금융행정지도를 하여서는 아니된다. 다만, 다음 각 호의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 법령등에 따라 금융상품의 가격, 금융회사등의 배당 등에 관한 행정작용을 하는 경우
2. 해당 금융행정지도를 하지 아니하면 금융회사등의 건전성을 현저히 저해하거나 저해할 우려가 있는 경우
3. 금융소비자 보호를 위하여 금융행정지도를 하는 것이 불가피한 경우
4. 제2호 및 제3호와 비슷한 경우로서 금융위원회가 인정하는 경우

⑦ 제6항 단서에 따라 금융행정지도를 하는 경우에는 미리 금융위원회의 의결을 거쳐야 한다. 다만, 같은 항 제1호의 경우는 그러하지 아니하다.

제8조(금융행정지도의 방식) ① 금융위원회 및 금융감독원은 새로 금융행정지도를 하려는 경우 금융행정지도의 상대방인 금융회사등에 다음 각 호의 사항을 밝혀야 한다. 기존의 금융행정지도의 내용을 변경하거나 그 유효기간의 연장을 하려는 경우에도 또한 같다.

1. 금융행정지도인지 감독행정작용인지 여부 및 제12조제1항에 따른 관리번호
2. 해당 금융행정지도의 내용 및 목적
3. 제13조에 따른 금융행정지도의 유효기간
4. 해당 금융행정지도를 담당하는 소속 공무원 또는 직원의 성명 및 직위
5. 해당 금융행정지도와 관련된 법령이 있는 경우 그 법령의 내용
6. 제7조에 따른 금융행정지도의 원칙의 내용
7. 제7조제6항제2호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당하여 금융행정지도를 하는 경우 그 사유

② 금융위원회 및 금융감독원이 제1항에 따라 새로 금융행정지도를 하는 경우 또는 기존의 금융행정지도의 내용을 변경하거나 그 유효기간의 연장을 하는 경우에는 문서(「전자문서 및 전자거래 기본법」에 따른 전자문서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)로 하여야 한다. 이 경우 금융위원회 및 금융감독원의 문서는 「행정업무의 효율적 운영에 관한 규정」 제10조제1항 및 제2항(금융감독원의 경우 그 문서의 결재에 대하여 이와 비슷한 사항을 정한 업무규정을 말한다)에 따라 결재를 한 문서로 하여야 한다.

③ 제2항에도 불구하고 금융위원회 및 금융감독원은 금융행정지도를 문서로 하면 그 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 구두(口頭)로 금융행정지도를 할 수 있다. 이 경우 해당 금융행정지도를 한 후 지체 없이 제8조제1항 각 호의 사항을 적은 문서로 금융행정지도의 상대방인 금융회사등에 그 금융행정지도의 내용을 통지하여야 한다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 위반한 금융행정지도는 효력이 없다.

⑤ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 금융행정지도 업무의 내부위임 등에 관한 구체적 사항은 금융위원회 및 금융감독원이 각각 정한다.

제9조(의견청취) 금융위원회 및 금융감독원은 새로 금융행정지도를 하려는 경우 또는 기존의 금융행정지도의 내용을 변경하거나 그 유효기간의 연장을 하려는 경우 그 내용을 20일 이상 금융규제민원포털을 통하여 공고하고 의견청취를 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 담당 부서는 금융위원회 규제개혁법무담당관(금융감독원의 경우 이와 비슷한 기능을 하는 부서를 말한다)과 협의하여 공고 및 의견청취를 생략하거나 그 기간을 단축할 수 있다.

1. 금융행정지도의 목적을 달성하기 위하여 긴급하다고 인정되는 경우
2. 금융행정지도에 따라 금융회사등에 미치는 효과가 경미한 경우

제9조의2(금융위원회의 사전심의 등) ① 금융위원회는 새로 금융행정지도를 시행하려는 경우 또는 기존 금융행정지도의 내용을 변경하거나 유효기간을 연장하려는 경우에는 다음 각 호의 사항에 대하여 금융위원회에 두는 금융행정지도 심의위원회(이하 “금융위원회 금융행정지도 심의위원회”라 한다)의 심의를 거쳐야 한다.

1. 금융행정지도를 하려는 내용 및 그 사유(기존 금융행정지도의 내용을 변경하거나 그 유효기간을 연장하려는 경우에는 변경 또는 유효기간 연장의 사유를 포함한다)
 2. 제9조에 따라 금융회사등으로부터 의견을 청취한 경우 그 내용 및 해당 금융행정지도에 반영한 결과
 3. 제9조 단서에 따라 공고 및 의견청취를 생략하거나 기간을 단축한 경우 그 사유
 4. 해당 금융행정지도와 관련된 법령등이 있는 경우 그 법령등의 내용
 5. 해당 금융행정지도의 내용이 법령등 또는 이미 공개된 금융정책 등의 내용에 상충되지 않는지 여부에 대한 검토 결과
 6. 제13조에 따른 금융행정지도의 유효기간
 7. 해당 금융행정지도의 내용을 명시적 금융규제로 전환할 것인지 여부에 대한 검토
- ② 금융위원회 금융행정지도 심의위원회는 위원장 1명을 포함한 9명 이내의 위원으

로 구성한다.

③ 금융위원회 금융행정지도 심의위원회의 위원장은 금융위원회 사무처장이 되고, 위원은 다음 각 호의 사람이 된다.

1. 금융위원회 사무처장이 임명하는 금융위원회 국장 4명
2. 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제30조제3항에 따른 금융감독원 부원장보 중 해당 금융행정지도와 관련된 부서의 업무를 관장하는 부원장보 1명
3. 금융 분야 전문지식과 경력을 갖춘 사람 중에서 금융위원회 위원장이 위촉하는 사람 3명

④ 제1항에도 불구하고 금융위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 새로 금융행정지도를 한 이후 또는 기존 금융행정지도의 내용을 변경하거나 유효기간을 연장한 이후 해당 호의 구분에 따라 금융위원회 금융행정지도 심의위원회에 보고하여야 한다.

1. 금융행정지도의 목적을 달성하기 위하여 긴급하다고 인정되는 경우: 새로 금융행정지도를 한 이후 또는 기존 금융행정지도의 내용을 변경하거나 유효기간을 연장한 이후 지체 없이 보고
2. 금융행정지도에 따라 금융회사등에 미치는 효과가 경미한 경우: 매 반기별로 일괄하여 보고

제10조(사전보고) 금융감독원은 새로 금융행정지도를 하려는 경우 또는 기존의 금융행정지도의 내용을 변경하거나 그 유효기간의 연장을 하려는 경우 제9조의2제1항 각 호의 사항에 대하여 미리 금융위원회에 보고하여야 한다. 이 경우 보고의 접수 업무의 내부위임 등에 대해서는 금융위원회가 정한다.

1. 삭제 <2019. 1. 30.>
2. 삭제 <2019. 1. 30.>
3. 삭제 <2019. 1. 30.>
4. 삭제 <2019. 1. 30.>
5. 삭제 <2019. 1. 30.>

제11조(금융감독원의 사전심의 등) ① 금융감독원은 새로 금융행정지도를 하기 전 또는 기존의 금융행정지도의 내용을 변경하거나 그 유효기간의 연장을 하기 전에 제9조의2제1항 각 호의 사항에 대하여 금융감독원에 두는 금융행정지도 심의위원회(이하 “금융감독원 금융행정지도 심의위원회”라 한다)의 심의를 거쳐야 한다. 이 경우 제10조에 따라 보고를 받은 금융위원회가 해당 금융행정지도에 대하여 의견을 제시한 경우에는 그 의견을 심의안건에 첨부하여 심의하여야 한다.

1. 삭제 <2019. 1. 30.>
2. 삭제 <2019. 1. 30.>
3. 삭제 <2019. 1. 30.>
4. 삭제 <2019. 1. 30.>

② 금융감독원 금융행정지도 심의위원회는 위원장 1명을 포함한 9명 이내의 위원으로 구성한다.

③ 금융감독원 금융행정지도 심의위원회의 위원장은 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제30조제3항에 따른 금융감독원 부원장 중 최상위 직급의 부원장이 되고, 위원은 다음 각 호의 사람이 된다.

1. 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제30조제3항에 따른 금융감독원 부원장 중 최상위 직급의 부원장이 임명하는 금융감독원 부원장보 4명
2. 금융위원회 기획조정관 또는 해당 금융행정지도와 관련된 금융위원회 소관 부서의 국장 중에서 금융위원회 사무처장이 지명하는 사람 1명
3. 금융 분야 전문지식과 경력을 갖춘 사람 중에서 금융감독원 원장(이하 “금융감독원장”이라 한다)이 위촉하는 사람 3명

④ 제1항에도 불구하고 금융감독원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 새로 금융행정지도를 한 이후 또는 기존 금융행정지도의 내용을 변경하거나 유효기간을 연장한 이후 해당 호의 구분에 따라 금융감독원 금융행정지도 심의위원회에 보고하여야 한다.

1. 금융행정지도의 목적을 달성하기 위하여 긴급하다고 인정되는 경우: 새로 금융행

정지도를 한 이후 또는 기존 금융행정지도의 내용을 변경하거나 유효기간을 연장한 이후 지체 없이 보고

2. 금융행정지도에 따라 금융회사등에 미치는 효과가 경미한 경우: 매 반기별로 일괄하여 보고

제12조(등록 및 공개) ① 금융위원회 및 금융감독원은 제8조제1항에 따라 금융행정지도를 하거나 같은 조 제3항 후단에 따라 통지하는 경우에는 그 금융행정지도 또는 통지를 하기 전에 미리 그 금융행정지도에 관한 관리번호를 부여하여야 한다. 이 경우 관리번호의 부여 업무는 금융위원회 규제개혁법무담당관(금융감독원의 경우 이와 비슷한 기능을 하는 부서를 말한다)이 담당한다.

② 금융위원회 및 금융감독원은 제1항에 따라 관리번호를 부여한 금융행정지도를 금융규제민원포털을 통하여 등록하여야 한다.

③ 제2항에 따라 등록된 금융행정지도의 내용은 공개되어야 한다. 다만, 개인정보 보호 등을 위하여 필요한 경우로서 금융위원회가 정하여 고시하는 경우에는 그 내용의 전부 또는 일부를 공개하지 아니할 수 있다.

제13조(금융행정지도의 유효기간) ① 금융위원회 및 금융감독원은 새로 금융행정지도를 하거나 기존의 금융행정지도의 내용을 변경하려는 경우 그 금융행정지도의 유효기간을 설정하여야 한다.

② 제1항에 따른 유효기간은 금융행정지도의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 기간으로 설정하되, 다음 각 호의 구분에 따른 기간을 초과할 수 없다. 유효기간을 연장하는 경우에도 또한 같다.

1. 제8조제3항에 따른 금융행정지도: 90일
2. 제11조제3항에 따른 절차를 거쳐 한 금융행정지도: 6개월
3. 정부가 명시적 금융규제를 도입하는 정책을 발표하였으나 관련 법률이 제정·개정되지 아니하여 금융회사등의 경영건전성을 확보하고 금융소비자를 보호하기 위하여 그 법률이 시행되기 전까지 한시적으로 하는 금융행정지도: 2년

4. 그 밖의 금융행정지도: 1년

③ 금융행정지도 유효기간의 연장은 1회에 한정한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 금융행정지도 유효기간을 2회 이상 연장할 수 있다.

1. 명시적 금융규제로 전환하기 위하여 법령등의 제정·개정이 추진 중인 경우
2. 금융소비자 보호 또는 금융회사등의 경영 건전성 확보를 위하여 금융행정지도의 연장이 필요한 경우로서 법령등의 공백을 해소하기 위하여 부득이한 경우

④ 금융위원회 또는 금융감독원이 제3항 단서에 따라 금융행정지도의 유효기간을 2회 이상 연장하려는 경우에는 금융위원회 금융행정지도 심의위원회 또는 금융감독원 금융행정지도 심의위원회의 재적위원 3분의 2 이상의 동의를 받아야 한다. 이 경우 금융위원회 또는 금융감독원은 해당 금융행정지도 유효기간 연장의 필요성과 해당 금융행정지도의 효과에 관한 검토자료를 금융위원회 금융행정지도 심의위원회 또는 금융감독원 금융행정지도 심의위원회에 미리 제출하여야 한다.

⑤ 제3항의 적용을 받지 아니하기 위하여 명시적 금융규제로 전환하여야 할 금융행정지도의 유효기간을 연장하지 아니한 다음 새로 이와 같거나 비슷한 금융행정지도를 하더라도 그 새로운 금융행정지도는 효력이 없다.

제14조(사후관리 및 시정명령) ① 금융감독원은 매년 3월 31일까지 소관 금융행정지도에 관한 현황(제11조제1항에 따라 심의한 사항을 포함한다)을 금융위원회에 보고하여야 한다. 제8조제5항에 따라 금융행정지도 업무의 내부위임을 받은 금융위원회 소속 공무원의 경우에도 또한 같다.

② 금융위원회 규제개혁법무담당관은 제1항에 따른 보고 사항에 대한 의견서를 작성하여야 한다.

③ 금융위원회 규제개혁법무담당관은 제2항에 따른 의견서를 작성할 때 비명시적 금융규제를 명시적 금융규제로 전환할 필요가 있는지 여부를 함께 검토하여야 한다. 이 경우 금융위원회 규제개혁법무담당관은 소관부서의 검토의견을 들어야 하며, 소관부서는 14일 이내에 통보하여야 한다.

④ 금융위원회는 제1항에 따라 금융감독원으로부터 보고를 받은 금융행정지도가 이 훈령에 위반되는지를 검토하고 필요한 경우 금융감독원장에게 시정을 명할 수 있다.

제4장 감독행정작용의 원칙·방식 및 절차 등

제15조 삭제 <2019. 1. 30.>

제16조(감독행정작용의 원칙·방식 및 절차 등) ① 금융감독원은 새로 감독행정작용을 하려는 경우 또는 기존의 감독행정작용을 변경하려는 경우에는 미리 그 내용을 금융위원회에 통보하여야 한다. 이 경우 통보의 접수 업무의 내부위임 등에 대해서는 금융위원회가 정한다.

② 금융위원회 및 금융감독원의 감독행정작용에 관하여는 제7조, 제8조(제1항제3호는 제외한다), 제12조를 준용한다.

③ 금융감독원(감독행정작용 업무의 내부위임을 받은 금융위원회 소속 공무원을 포함한다)은 매년 3월 31일까지 전년도에 실시한 감독행정작용에 관한 현황을 금융위원회에 보고하여야 한다. 이 경우 제14조제2항 및 제3항을 준용한다.

제5장 금융규제의 상시개선체계 등의 마련

제17조(자체규제심사위원회의 점검 등) ① 금융위원회는 「행정규제기본법」 제19조제1항에 따라 선정한 정비 대상 금융규제를 금융규제민원포털 등을 통하여 공개하여야 한다.

② 자체규제심사위원회는 제1항에 따라 공개된 금융규제의 정비 여부 등의 상황을 매년 점검하고, 금융규제민원포털 등을 통하여 그 결과를 공개하여야 한다.

제18조(옴부즈만) ① 금융위원회 및 금융감독원, 그 밖의 금융유관기관이 금융회사등에 하는 감독행정작용이나 금융행정지도, 그 밖의 금융규제에 대한 투명한 감시 및 평가를 통하여 불합리한 관행이나 업무처리 등을 발굴하고 개선 및 시정을 건의하도록

록 하기 위하여 금융위원회에 ombudsman을 둔다.

② ombudsman의 직무는 다음 각 호와 같다.

1. 금융위원회 및 금융감독원의 불합리한 금융행정지도나 감독행정작용 등으로 인한 금융회사등의 고충민원의 처리
2. 직무수행 과정에서 발견된 불합리한 금융행정지도나 감독행정작용 등에 대한 개선 권고나 관련 금융규제의 개선 건의 또는 의견표명
3. 제2호에 따른 개선 권고·건의 또는 의견표명에 대하여 금융위원회 및 금융감독원, 그 밖의 금융유관기관이 하는 조치사항에 대한 감시 및 평가

③ 금융회사등, 그 밖의 이해관계인은 불합리한 금융행정지도나 감독행정작용 등이 있으면 금융위원회, 금융감독원, 그 밖에 금융위원회가 정하는 금융유관기관(이하 이 조에서 “신고 접수기관”이라 한다)에 그 사실을 신고할 수 있다. 이 경우 신고 접수기관은 신고 사실 및 그 밖의 관련 정보 등을 직접 또는 금융위원회나 금융감독원을 통하여 ombudsman에 전달할 수 있다.

④ 제3항에 따라 신고 사실 및 그 밖의 관련 정보 등을 가지는 신고 접수기관과 ombudsman은 제3항에 따라 신고한 금융회사등, 그 밖의 이해관계인(이하 이 조에서 “신고인”이라 한다)의 인적사항, 신고 사실 및 그 밖의 관련 정보 등을 신고인의 동의 없이 공표하거나 다른 사람에게 누설하여서는 아니된다.

⑤ 금융위원회 및 금융감독원의 소속 공무원 또는 임직원은 신고인에게 제3항에 따른 신고를 하지 못하도록 방해하거나 이미 한 신고를 철회하도록 강요하여서는 아니된다.

⑥ 금융위원회와 금융감독원은 신고인에게 제3항에 따른 신고와 관련하여 직접적으로나 간접적으로 불이익한 조치를 하여서는 아니된다.

⑦ 금융위원회 금융소비자국장은 매년 ombudsman의 활동 결과를 그 다음 연도 3월 31일까지 금융위원회에 보고하고, 지체 없이 금융규제민원포털을 통하여 공개하여야 한다. 다만, 개인정보 보호 등을 위하여 필요한 경우로서 금융위원회가 정하여 고시하는 경우에는 그 내용의 전부 또는 일부를 공개하지 아니할 수 있다.

⑧ 제1항부터 제7항까지에 규정된 사항 외에 음부즈만의 구성 및 운영에 필요한 사항은 금융위원회가 정한다.

제19조(금융현장소통반) ① 금융위원회 및 금융감독원은 금융회사등에 대한 방문 등을 통하여 금융현장의 금융규제 집행에 관한 실태를 조사하기 위하여 금융현장소통반(이하 이 조에서 “금융현장소통반”이라 한다)을 공동으로 구성하여 운영할 수 있다.

② 금융위원회는 기획조정관 또는 금융소비자국장에게 금융현장소통반을 운영하게 할 수 있다.

③ 금융현장소통반의 업무는 다음 각 호와 같다.

1. 금융기관에 대한 방문 등을 통한 금융현장의 금융규제 집행에 관한 실태조사 및 그 애로사항의 접수·처리 업무
2. 제1호에 따라 접수하여 처리된 사항에 대한 금융위원회와 금융감독원의 소속 공무원 또는 직원의 이행 실태를 점검하는 업무

제20조(실태평가) ① 금융위원회 기획조정관은 매년 12월 31일까지 외부기관에게 금융위원회 및 금융감독원이 이 훈령을 지키는지 여부 및 금융유관기관의 금융규제 운영의 실태를 평가하도록 하고, 그 평가 결과를 금융위원회에 보고하여야 한다.

② 금융위원회 기획조정관은 제1항에 따른 실태평가를 실시할 때 주요한 금융행정 지도를 선정하여 해당 금융행정지도의 필요성 및 효과성을 검토한 결과를 금융위원회에 함께 보고하여야 한다.

③ 금융위원회는 제1항에 따라 보고된 평가 결과는 지체 없이 금융규제민원포털을 통하여 공개하여야 한다. 다만, 개인정보 보호 등을 위하여 필요한 경우로서 금융위원회가 정하여 고시하는 경우에는 그 내용의 전부 또는 일부를 공개하지 아니할 수 있다.

제21조(교육) ① 금융위원회 및 금융감독원은 소속 공무원 또는 임직원이 이 훈령을 잘 지킬 수 있도록 하기 위하여 필요한 교육계획을 수립·시행하여야 하며, 매년 1회 이상 교육을 하여야 한다.

② 금융위원회 및 금융감독원은 새로 임용된 공무원 또는 새로 채용된 직원에 대해서도 제1항에 따른 교육을 하여야 한다.

제22조(상벌) ① 금융위원회 및 금융감독원은 이 훈령을 잘 지켜서 금융규제의 합리적이고 투명한 운영에 이바지한 소속 공무원 또는 임직원에게 금융위원회 위원장 또는 금융감독원장 명의의 표창 또는 포상을 수여할 수 있다.

② 금융위원회 및 금융감독원은 소속 공무원 또는 임직원이 이 훈령을 위반한 경우 인사상 필요한 조치를 할 수 있다.

제23조(금융유관기관에 대한 준용) 금융위원회는 금융유관기관이 금융회사등에 금융규제를 할 때 합리성·투명성·책임성을 확보할 수 있도록 하기 위하여 금융유관기관에게 명시적 또는 비명시적 금융규제에 대하여 제4조부터 제6조까지 및 제17조에 준하는 조치를 하여 줄 것을 권고할 수 있다.

제24조(재검토기한) 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」에 따라 이 훈령 발령 후의 법령이나 현실 여건의 변화 등을 검토하여 이 훈령의 유지, 폐지, 개정 등의 조치를 하여야 하는 기한은 2019년 1월 1일을 기준으로 매 2년이 되는 시점(매 2년째의 12월 31일까지를 말한다)으로 한다.

부 칙 <제661호, 2015. 12. 31.>

제1조(시행일) 이 훈령은 발령한 날부터 시행한다.

부 칙 <제00734호, 2019. 1. 30.>

제1조(시행일) 이 훈령은 발령한 날부터 시행한다.

금융위원회 행정지도 현황 (시행 중)

제목	소관부서	시행일
겸영신탁회사의 토지신탁 취급제한	자산운용과	2015.09.07.
소규모펀드 정리 활성화 및 소규모펀드 발생 억제를 위한 모범규준	자산운용과	2016.02.05.
투자일임형 ISA제도 운영에 관한 모범규준	자산운용과	2016.02.05.
『전문투자형 사모펀드의 금전 대여 업무』 가이드라인	자산운용과	2016.07.26.
자산운용사의 자기 공모펀드 투자 행정지도	자산운용과	2017.05.10.
공모펀드의 온라인 판매 및 설정 관련 행정지도	자산운용과	2017.07.01.
금융그룹의 감독에 관한 모범규준	감독제도팀	2018.07.02.
가상통화 관련 자금세탁방지 가이드라인	기획협력팀	2018.07.10.
AML/CFT 관련 위험평가 및 위험기반접근법 처리 기준	제도운영과	2018.12.18.
바젤기준 거액익스포저 한도관리 기준	은행과	2019.03.31.
금융권 개인신용평가 관련 행정지도	금융데이터 정책과	2019.05.24.
『가상통화 관련 자금세탁방지 가이드라인』 연장시행	기획협력팀	2019.07.10.
『금융회사의 핀테크 투자 등에 관한 가이드라인』	전자금융과	2019.10.08.
주택담보대출에 대한 리스크 관리 기준	금융정책과	2019.10.14.

금융감독원 행정지도 현황 (시행 중)

제목	소관부서	시행일
상호저축은행의 비업무용 부동산 관련 행정지도	저축은행감독국	2018.12.08.
『가계부채 관리방안(8.25.)』시행을 위한 ‘상호금융 비주택부동산 담보대출 LTV 기준’ 세부 추진방안 행정지도 내용변경 및 유효기간 연장	상호금융감독국	2018.10.31.
보험사기 예방 모범규준 안내	보험사기대응단	2018.11.01.

제목	소관부서	시행일
『건강증진형 보험상품 개발·판매 가이드라인』 안내	보험감독국	2018.12.08.
금리인하요구권 운영 관련 유의사항	저축은행감독국	2018.12.11.
금융상품 통합 비교공시기준	금융소비자보호 총괄국	2019.01.01.
금융소비자보호 모범규준	금융소비자보호 총괄국	2019.01.01.
P2P대출 가이드라인 기간연장 및 일부 개정	IT·핀테크전략국	2019.01.01
파생결합증권 판매시 투자자 숙려제도 및 자가진단표 시행 방안	자본시장감독국	2019.01.02
국세, 지방세, 4대 보험료 카드결제 관련 비정상적인 이익제공 유의사항 안내	여신금융감독국	2019.03.01
비청산 장외파생상품거래 증거금 교환 제도에 대한 가이드라인 변경 및 연장 통보	자본시장감독국	2019.03.01
불법금융행위 예방을 위한 범금융권 공동홍보 협조요청	불법금융대응단	2019.03.17.
『가계부채 종합 관리방안』 시행을 위한 은행 대출구조 개선 촉진 세부 추진방안 행정지도	은행감독국	2019.04.04.
상호금융권 『가계부채 구조개선 촉진』관련 행정지도 변경 및 연장 통보	상호금융감독실	2019.04.04.
가계부채 구조개선 촉진을 위한 세부 추진방안 통보	보험감독국	2019.04.04.
채권추심 및 대출채권 매각 가이드라인	신용정보평가실	2019.04.24.
채무조정 채권의 자산건전성 분류 조정 기준	여신금융감독국, 저축은행감독국, 보험감독국	2019.05.24.
CD시장 활성화를 위한 협조요청	은행감독국	2019.08.21.
개인신용평가 결과에 대한 대응권 운영기준	신용정보평가실	2019.08.26.
대출 연체정보 등록 등에 대한 소비자 안내 가이드라인	신용정보평가실	2019.09.05.
금융그룹감독 보고서식	금융그룹감독실	2019.09.28.
대출모집인 제도 모범규준 유효기간 연장	감독총괄국	2019.10.01.

■ 금융회사의 핀테크 투자 등에 관한 가이드라인

금융위원회 2019.10.08.

1. 관련근거

- 『금융규제 운영규정』 제8조

2. 『금융회사의 핀테크 투자 등에 관한 가이드라인』 행정지도의 제정, 시행을 안내하기 위한 사전예고(‘19.9.4~9.24)를 거쳐 『금융회사의 핀테크 투자 등에 관한 가이드라인』을 아래와 같이 시행하오니 향후 관련업무 수행에 만전을 기하여 주시기 바랍니다.

- 아 래 -

- [관리번호] 제2019-336호

- [지도목적] 금융회사의 핀테크기업에 대한 출자 및 핀테크 업무 수행에 관한 법령 해석의 기준을 제시하고 신속한 핀테크 투자가 이루어질 수 있도록 함으로써 금융산업 및 핀테크 산업의 경쟁과 혁신을 제고

- [지도내용] 붙임 참조

- [유효기간] ‘19.10.8부터 ‘21.10.7까지(2년)

- [담당자] 금융위원회 전자금융과 유원규 사무관

- [관련법령] 『금융산업의 구조개선에 관한 법률』 제24조 등

- [내부경영상항 관련] 해당 없음

제1조(목적) 이 가이드라인은 금융회사의 핀테크기업에 대한 출자 및 핀테크 업무 수행에 관한 법령 해석의 기준을 제시하고 신속한 핀테크 투자가 이루어질 수 있도록 지원함으로써 금융산업 및 핀테크 산업의 경쟁과 혁신을 제고하는 것을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 가이드라인에서 사용하는 용어는 다음과 같다.

1. “금융회사”란 다음 각 목의 자를 말한다.

가. 『은행법』에 따른 인가를 받아 설립된 은행

나. 『자본시장과 금융투자업에 관한 법률』에 따른 금융투자업자 및 종합금융회사

다. 『보험업법』에 따른 보험회사

- 라. 「상호저축은행법」에 따른 상호저축은행
 마. 「여신전문금융업법」에 따른 여신전문금융회사
 바. 「금융지주회사법」에 따른 금융지주회사
 사. 「농업협동조합법」에 따른 농협은행, 농협생명보험 및 농협손해보험
 아. 「수산업협동조합법」에 따른 수협은행
 자. 「한국산업은행법」에 따른 한국산업은행
 차. 「중소기업은행법」에 따른 중소기업은행
2. “핀테크기업”이란 정보통신기술, 그 밖의 디지털 신기술을 활용하여 금융산업 또는 금융소비자에 기여하거나 기여할 것으로 예상되는 사업으로서 금융업무와 관련이 있는 사업이거나 금융회사의 효율적인 업무수행을 위하여 필요한 사업을 하는 기업 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기업을 말한다. 이 경우, 해당 기업이 다른 사업을 겸영하는 경우에 그 기업이 「중소기업기본법」 제2조에서 정하는 중소기업인 때에는 그 기업이 하는 해당 사업이 「중소기업기본법 시행령」 제4조에 따른 주된 업종인 경우를 말하며, 중소기업 외의 기업인 경우에는 그 기업이 하는 해당 사업이 전체 매출 및 자산에서 차지하는 비중이 100분의 75 이상인 경우를 말한다.
- 가. 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류상 금융 및 보험업을 하는 기업
 나. 「은행업 감독규정」 제49조 각 호, 「보험업법 시행령」 제59조제1항 각 호 및 제2항 각 호, 「금융지주회사법 시행령」 제2조제2항 각 호의 업무를 하는 기업
 다. 「전자금융거래법」에 따른 전자금융업자 및 전자금융보조업자
 라. 「금융혁신지원 특별법」에 따른 혁신금융사업자 및 같은 법 제25조에 따라 금융위원회로부터 지정을 받은 지정대리인
 마. 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」에 따른 신용조회회사 등 금융소비자와 관련된 데이터를 수집·분석·제공하거나 그 데이터를 처리하는 사업을 하는 기업
 바. 금융소비자, 그 밖의 이용자들이 금융회사의 개입 없이 자유롭게 금융거래, 그

밖의 상거래를 할 수 있도록 하는 기술적 기반을 구축하고 이를 운영하는 사업을 하는 기업

사. 금융회사의 업무와 관련하여 다음의 사업을 하는 기업

- 1) 금융회사의 업무에 관한 자료처리, 전송프로그램 제공 및 관리
- 2) 금융회사의 업무에 관한 전산시스템 판매 또는 임대
- 3) 금융회사의 업무에 관한 자료를 중계·처리하는 부가통신업무

아. 정보통신기술, 그 밖의 디지털 신기술을 활용하여 금융업무 또는 이와 관련된 업무를 수행하는 과정에서 필요한 서비스를 제공하는 기업으로서 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류상 다음 각각의 업종에 관한 사업을 하는 기업

- 1) 전자카드 제조업
- 2) 시스템 소프트웨어 개발 및 공급업
- 3) 응용 소프트웨어 개발 및 공급업
- 4) 컴퓨터 프로그래밍 서비스업
- 5) 컴퓨터시스템 통합 자문 및 구축 서비스업
- 6) 기타 정보 기술 및 컴퓨터 운영 관련 서비스업
- 7) 자료 처리업
- 8) 포털 및 기타 인터넷 정보 매개 서비스업
- 9) 데이터베이스 및 온라인 정보 제공업
- 10) 1)부터 9)까지 규정 외의 업무로서 기타 정보 서비스업, 기타 분류 안된 금융업, 기타 금융 지원 서비스업

자. 가목부터 아목까지 이외의 자로서 다음 각각의 기술을 보유하거나 활용하는 기업

- 1) 인공지능
- 2) 빅데이터의 분석 및 이용
- 3) 사물인터넷
- 4) 그 밖에 1)부터 3)까지와 유사한 기술로서 금융위원회가 인정하는 기술

카. 그 밖에 정보통신기술, 그 밖의 디지털 신기술을 활용하여 금융산업 또는 금융

소비자에 기여하거나 기여할 것으로 예상되는 사업을 하는 기업으로서 금융위원회가 인정하는 기업

3. “자회사”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 회사를 말한다.

가. 「은행법」 제37조제2항에 따른 자회사등

나. 「보험업법」에 따른 자회사

다. 「금융지주회사법」에 따른 자회사, 손자회사 및 증손회사

제3조 (적용 범위) 금융회사의 핀테크기업에 대한 출자 및 자회사 소유와 관련하여 다른 관계 법령등에 특별한 규정이 있거나 다른 법령등과 상충되는 경우를 제외하고는 이 가이드라인에서 정하는 바에 따른다.

제4조(금융회사의 핀테크기업 출자) 금융회사는 다음 각 호의 법령에 규정된 절차에 따라 핀테크기업에 출자하거나 그 핀테크기업을 자회사로 소유할 수 있다.

1. 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제24조
2. 「은행법」 제37조제2항
3. 「보험업법」 제115조제1항
4. 「금융지주회사법」 제6조의3 및 제16조부터 제19조의2까지
5. 「상호저축은행법」 제18조의2
6. 「중소기업은행법 시행령」 제30조의3
7. 「한국산업은행법 시행령」 제33조

제5조(사전승인 등에 관한 특례) ① 금융회사가 핀테크기업에 출자하거나 그 핀테크기업을 자회사로 소유하기 위하여 미리 금융위원회의 승인을 받아야 하는 경우에는 승인 신청을 하면서 금융위원회에 신속하게 승인을 하여 줄 것을 요청할 수 있다. 다만, 해당 핀테크기업이 「금융규제 운영규정」 제2조제1호가목부터 자목까지의 금융회사등에 해당하는 경우는 그러하지 아니하다.

② 금융위원회는 제1항에 따른 요청이 있는 경우에는 승인 신청일로부터 30일 내에 승인 여부를 회신하여야 한다. 다만, 승인 신청서의 보완이 필요한 경우에는 60일

내에 승인 여부를 회신하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항은 금융회사가 핀테크기업에 출자하거나 자회사로 소유하고자 하여 금융위원회의 사전 신고가 필요한 경우에 그 절차에 준용한다. 이 경우 금융위원회는 제1항 및 제2항의 기간 내에 그 신고의 수리 여부를 회신하여야 한다.

④ 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제24조제1항에 따른 동일계열 금융기관이 핀테크기업에 대한 출자에 관하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 규정에 따라 금융위원회의 승인을 받은 다음, 해당 동일계열 금융기관이 그 핀테크기업에 대한 주식소유비율의 변동에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 규정 중 당초 승인의 근거가 아닌 다른 규정에 따른 승인을 신청하면, 금융위원회는 특별한 사정이 없는 한 14일 내에 그 승인 여부를 회신하여야 한다. 다만, 승인 신청서의 보완이 필요한 경우에는 30일 내에 해당 승인 여부를 회신하여야 한다.

1. 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제24조제1항제1호부터 제4호까지의 규정
2. 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제24조제5항제1호 및 제2호

⑤ 제2항부터 제4항까지의 기간에는 다음 각 호의 기간은 산입하지 아니한다.

1. 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제24조제3항에 따라 핀테크기업 주식을 소유하는 것이 관련 시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는지에 관하여 공정거래위원회와 협의하는 데에 소요되는 기간
2. 「금융지주회사법」 제17조제2항 또는 제18조제2항에 따라 핀테크기업을 금융지주회사의 자회사등으로 편입함으로써 관련 시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는지에 관하여 공정거래위원회와 협의하는데에 소요되는 기간
3. 천재지변, 그 밖의 사유로 승인 여부 또는 신고의 수리 여부를 회신할 수 없는 기간

제6조(경쟁제한성 심사) 금융위원회는 제5조에 따라 금융회사로부터 사전승인이나 신고의 수리를 신속하게 해 줄 것을 요청받으면 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제24조제3항, 「금융지주회사법」 제17조제2항 및 제18조제2항에 따라 핀테크기업 주식의 소유 또는 자회사등의 편입이 관련 시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는지에 관하여 공정거래위원회에 신속하게 심사하여 줄 것을 요청할 수 있다.

제7조(부수업무·부대업무) 금융회사는 고유업무에 딸린 업무로서 제2조제2호 각 목에 따라 핀테크기업이 하는 사업에 대해서는 다음 각 호의 법률 규정에 따라 부수업무 또는 부대업무로 수행할 수 있다. 다만, 금융회사의 경영건전성 또는 금융시장의 안정성을 저해하거나 금융소비자 보호에 지장을 초래하는 등의 경우에는 해당 법령의 제한에 따른다.

1. 「은행법」 제27조의2
2. 「보험업법」 제11조의2
3. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제41조
4. 「상호저축은행법」 제11조제1항제16호
5. 「여신전문금융업법」 제46조제1항제7호 및 제46조의2
6. 「한국산업은행법」 제18조제2항제8호 및 제9호
7. 「중소기업은행법」 제33조제9호 및 제10호

제8조(임직원 제재의 감면에 관한 특례) 금융위원회나 금융감독원으로부터 검사를 받는 금융회사의 임직원이 핀테크기업에 출자하거나 그 핀테크기업을 자회사로 소유하는 업무를 적극적으로 처리한 결과에 대하여 그 임직원의 행위에 고의 또는 중대한 과실이 없는 경우에, 금융위원회 또는 금융감독원은 그 임직원에 대한 제재를 할 때 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」 제23조제1항을 적극적으로 적용하여야 한다. 다만, 해당 임직원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 업무 처리 과정에서 「금융혁신지원 특별법」 제2조제1호의 금융관련법령을 지키지 아니한 경우
2. 업무 처리를 위하여 필수적인 정보를 충분히 수집·검토하지 아니한 경우
3. 부정한 청탁에 의하여 그 업무를 처리한 경우
4. 업무 처리와 관련된 자와 사적인 이해관계가 있는 경우

부 칙

제1조(시행일) 이 가이드라인은 2019년 10월 8일부터 시행한다.

제2조(유효기간) 이 가이드라인은 시행일부터 2년간 효력을 가진다.

[평 가]

이 가이드라인은 금융회사가 핀테크기업과의 협업 증대를 통해 고객들에게 빅데이터 등에 기반한 다양한 맞춤형 서비스의 제공을 가능하도록 하며, 핀테크 기업으로서는 외부 투자 유치를 통해 안정적으로 디지털 신기술을 개발할 수 있게 될 것으로 기대한 것임.

주요 내용은

- ① 금융회사가 출자할 수 있는 핀테크기업을 Negative 방식으로 폭넓게 확대하고 출자신청에 대해서는 30일 이내에 회신을 원칙
- ② 핀테크 업무를 부수업무로 영위할 수 있도록 원칙을 제시
- ③ 핀테크 투자 실패 시에도 고의 중과실이 없는 경우 적극적으로 제재를 감경·면책할 수 있도록 함

■ 금융권 개인신용평가 관련 행정지도

금융위원회 2019.05.24.

1. 관련근거 : 『금융규제 운영규정』제 8 조
2. 『금융권 개인신용평가 관련 행정지도』에 대해 금융행정지도로서 아래와 같이 시행함을 알려드립니다.

- 아 래 -

- [관리번호] 제 2018-004 호
- [지도목적] 개인신용평가와 관련한 원칙, 기준을 설정하여 소비자의 불합리한 피해를 방지하려는 목적
- [지도내용] 붙임 참조
- [유효기간] '19.5.24부터 '20.5.23일까지(1년)
- [담 당 자] 금융위원회 금융데이터정책과 김기훈 사무관
- [관련법령] 해당없음
- [내부경영사항 관련] 해당없음

1 행정지도의 취지

- '19.5.27일부터 대부업 신용정보가 쉐 금융권에 공유되는 등에 따라 소비자의 금융 서비스 이용에 불합리한 피해가 발생하지 않도록 금융회사의 신용평가와 관련한 원칙·기준을 설정

2 행정지도의 내용

- 정확하고 공정한 개인신용평가 체계 마련 및 시행
 - 특정 정보*만으로 합리적인 근거 없이 대출 등 금융서비스 이용을 거절하거나 개

인신용평가 및 금융거래 관계 설정 등에 있어 과도한 불이익을 주는 행위가 발생하지 않도록 할 것

* (예) 대부업 또는 저축은행 이용실적이 있다는 사실 등

- 엄격한 통계분석 등을 거쳐 신용위험도를 정확하고 공정하게 반영할 수 있는 평가 체계를 마련하고, 이에 기초하여 소비자와의 금융거래 관계를 설정·유지할 것
- 개인신용평가 체계의 투명성·책임성 강화
 - 고객이 개인신용평가 결과에 대한 설명을 요구하거나 이의를 제기할 경우 필요한 조치를 충실히 이행할 것
 - ※ 금융당국은 향후 불공정한 신용평가 등으로 금융소비자에게 불합리한 피해가 발생하는지 여부에 대해 중점적으로 점검·관리하고 필요시 관련 법령에 따른 조치를 취할 계획

3

행정지도 유효기간

- 행정지도 유효기간 : '19.5.24부터 '20.5.23까지(12개월)

[평가]

이 행정지도는 대부업 신용정보가 쏠 금융권에 공유되는 등에 따라 소비자의 금융서비스 이용에 불합리한 피해가 발생하지 않도록 금융회사의 신용평가와 관련한 원칙·기준을 설정하기 위한 것임

- 대부업 신용정보의 공유에 따른 결과 과정에 고려되었어야 하는 것임
- 금융회사의 신용평가는 자사의 자율적인 판단에서 이루어져야 하며, 공개된 정보를 최대한 활용하며, 해당 정보들의 가치 평가 역시 자율적으로 판단할 사항임

2. 비금융 분야에서의 그림자 규제

정부는 규제비용총량제의 도입을 골자로 하는 행정규제기본법에 따라 양적 관리에서 질적 관리로 전환하는 시스템 개혁에 노력하고 있다. 다만 정부의 규제개혁은 규제위에 등록된 규제를 대상으로 하기 때문에 행정규제로 인정되지 않는 사실상의 규제가 규제개혁 대상에서 제외되는 경우가 있다. 비록 금융기관의 경우 금융규제 운영규정을 통하여 그림자 규제를 개선하고자 하나, 여전히 실질적으로 국민의 권리를 제한하고 의무를 부과하면서도 규제위에 등록되지 않아 등록·관리되지 않는 사실상의 규제가 존재하며, 이로 인한 피해 발생시에도 구제를 받기 어렵다. 이러한 점에서 아래에서는 비금융 분야에서의 그림자 규제의 사례를 살펴본다.

■ 상표 소비자 인지도조사 방법 가이드라인

특허심판원 2019.04.08.

□ 당사자가 주지·저명 상표 또는 사용에 의한 식별력 등에 대한 입증 자료로 ‘소비자 인지도조사’(설문조사)를 제출할 경우 심판(사)관은 설문조사의 신뢰성 여부를 평가할 때 다음 사항을 고려하여 종합적으로 판단한다.

- 1) 신뢰성 있는 여론조사기관에 의해 검증된 조사방법으로 실시되어야 한다.
 - 여론조사기관의 규모, 여론조사 실시 횟수, 상근 분석전문인력수 등을 고려하여 신뢰성 있는 여론조사기관인지 여부를 판단하되, 각종 제재가 있는 경우 등을 감안한다.
 - 한국갤럽·미디어리서치·리얼미터 등 현재 활동하고 있는 중앙선거여론조사심의위원회 등록기관(약 80여개) 등은 독립된 여론조사기관으로 본다.
- 2) 대상 상표·상품의 소비자를 대표할 수 있는 특성(지역·성별·연령 등)이 반영되어야 한다.

- 상품별로 표본설정이 다를 수 있으므로 상품의 특성이 중요한 경우(예: 여성전용용품이나 특정 질병·질환에 이용되는 의약품 등)에는 그 특성이 반영되어야 한다.
- 3) 조사방법에 있어서도 신뢰도가 높아야 한다.
 - 응답 회수율이 30% 미만인 경우에는 신뢰도가 낮은 것으로 보고, 50% 이상이라면 신뢰도가 높다고 본다.
 - 다만, 30% ~50% 사이의 경우에는 재량이나 판단의 여지가 있다.
 - 응답 표본수는 상품의 종류에 따라 유동적이지만 일반적으로 500명 이하일 경우 신뢰도가 낮고, 1000명 이상일 경우 신뢰도가 높은 것으로 본다.
 - 질문방법은 명확하고 유도적이지 않아야 한다.
 - 하나의 주제에 관한 것으로, 간단·명료한 문장으로 구성되어야 한다.
 - 분명하지 않은 내용을 추정하게 하지 않고, 모든 응답자에게 동일하게 이해되어야 한다.
 - 응답자의 능력과 경험을 벗어나지 않아야 하며, 일반적인 경우를 표현하기 위해 특정한 사례를 사용하거나, 관련 없는 내용을 묻지 말아야 한다.
 - 조사 주제·방법이 검증되지 않은 자체 설문조사는 신뢰도가 부족하다.
 - 판단기준 시점으로부터 상당한 시간이 경과한 후 진행된 설문의 경우 당시 수요자 인식을 반영할 수 없어 신뢰도가 떨어진다.

[평가]

주지·저명 상표 또는 사용에 의한 식별력 등에 대한 입증 자료로 ‘소비자 인지도조사’(설문조사)의 신뢰성을 대한 판단함에 있어 심사관 내지 심판관이 고려할 사항을 제시하고 있음.

- 원칙적으로 조사방법이 공정하면 그 조사결과 역시 신뢰할 수 있는 데도 불구하고, 설문조사기관을 중앙선거여론조사위원회 등록기관(약 80여개) 등을 독립된 여론조사기관으로 제시함으로써 설문 조사기관을 제한하고 있음
- 응답 회수율을 과도하게 설정하고 있으며, 사실상 불가능한 기준임. 오히려 이러한 기준을 충족하는 설문조사는 신뢰성이 의심되는 상황임

- 응답 표본수를 과도하게 설정하고 있음. 통계학상 200명이면 충분하다는 것이 기존 입장이었으나, 500명이하의 응답 표본수는 신뢰성이 낮다고 평가함

이러한 가이드라인의 발표로 주지·저명 상표 또는 사용에 의한 식별력 등에 대한 입증 자료로 당사자가 입증자료를 제출함에 있어서 과도한 비용이 발생하도록 하고 있음

■ 공정 채용 가이드북

인사혁신처. 2018.08.

채용단계별 발생 가능한 편견요소(예시)

구분	채용공고	서류전형	면접시험
학력· 출신학교	지원자격을 특정 학력 이상 또는 이하로 제한	직무에 필수적인 조건이 아님에도 입사지원서에 학력, 출신학교 등을 기재하도록 요구	면접과정에서 직무에 필수적인 조건이 아님에도 학력, 출신학교 등을 질문하는 경우

[평가]

- 각 기관과 직무의 특수성을 고려하지 않고 일률적인 기준을 강요하고 있음
- 연구직 채용 시 학력을 평가 기준으로 활용할 수 없게 됐다.”
- 객관적인 평가 근거로 쓰이던 각종 경력을 확인할 수 없게 되면서 정성 평가가 개입할 여지가 커졌기 때문에 정부가 블라인드 채용 도입 명분으로 든 공정성도 되레 퇴보시킴

■ 부실학술활동 예방을 위한 권고사항

한국연구재단, 2018.10.01.

최근 전 세계적으로 부실하거나 약탈적인 학술지와 학술대회가 급증하여 건전한 학술생태계를 위협하고 있습니다. 이에 한국연구재단은『국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정(제28조)』에 근거하여, 한국연구재단 지원과제의 주관연구기관·협동연구기관·공동연구기관·위탁연구기관(이하 ‘주관연구기관 등’이라 함)과 연구책임자·참여연구원·학생연구원(이하 ‘연구책임자 등’이라 함)이 학술활동과 관련하여 지켜야 할 권고사항을 아래와 같이 안내합니다.

1. 목적

- 본 권고사항은 연구책임자 등이 한국연구재단 지원과제의 연구결과물을 논문으로 발표 시 관련 학계가 신뢰할 수 있는 건전한 학술지(또는 학술대회)에 발표하도록 안내하기 위한 것입니다.

2. 건전한 학술지(또는 학술대회)란?

- 관련 학계가 인정할 수 있는 절차와 방식에 따라 발표할 연구논문이 채택되는 학술지(또는 학술대회)를 의미합니다.
- ※ 참고로 부실하거나 약탈적인 학술지(또는 학술대회)란 관련 학계가 인정하기 어려운 절차에 따라 연구논문의 발표가 채택되는 학술지(또는 학술대회)를 의미합니다. 부실 학술지(또는 학술대회)에 대한 세부적인 특징은 <붙임1> 자료를 참조하시기 바랍니다.

3. 주관연구기관 등이 지켜야 할 사항

- 한국연구재단으로부터 과제를 지원받은 주관연구기관 등은 소속연구자들이 건전한 학술지(또는 학술대회)에 연구논문을 발표하도록 안내하고 권장해야 합니다.

- 이와 관련하여 주관연구기관 등은 자체적으로 부실학술활동 예방가이드를 제작하여 소속 연구자들에게 배포하고 컨설팅을 실시해야 합니다.
 - ※ 주관연구기관 등에서 부실학술활동 예방 가이드를 제작하고자 하는 경우에는 <붙임2> 자료를 참고하시기 바랍니다.
4. 연구책임자 등이 지켜야 할 사항
- 연구책임자 등은 한국연구재단 지원과제의 연구결과를 논문으로 발표할 경우에 관련 학계가 신뢰할 수 있는 건전한 학술지(또는 학술대회)를 활용해야 합니다.
 - 아울러 연구책임자는 참여연구원(학생연구원 포함)들이 연구결과를 논문으로 발표하고자 하는 경우, 해당 학술단체가 관련 학계에서 인정할 수 있는 단체인지 확인하고 컨설팅을 해야 합니다.
 - ※ 참고로 평소에 잘 모르는 학술단체를 활용(참가 또는 논문발표)하고자 하는 경우에는 <붙임3>의 체크리스트를 활용하여 사전에 점검해 보시기를 권고합니다.
5. 권고사항의 실효성 점검
- 한국연구재단은 주관연구기관 등과 연구책임자 등이 본 권고사항을 잘 지키고 있는지 정기적으로 점검하도록 하겠습니다.

붙임1	부실하거나 약탈적인 학술지 및 학술대회의 특징
------------	----------------------------------

□ 부실하거나 약탈적인 학술지

- (출판) 동료심사, 수정 등 일반적인 학술지 출판과정이 생략된다.
 - 동일 논문이 반복해서 출판되거나 타 학술지 논문이 출판된다.
 - 논문 제출과 출판 간의 간격(기간)이 매우 짧다(1개월 이내).
- (양식) 논문 제출 양식(format)이 조악하다.
- (학문범위) 특정분야가 아닌 다양한 학문분야를 다룬다.
- (비용) 홈페이지에 논문 게재료가 명확하게 나와 있지 않고 개인 이메일로 청구된다.
- (광고) 스팸 이메일 형식으로 논문 제출을 독려한다.
- (단체명) 학술지 명칭에 World, International, Global과 같은 형용사가 포함되는 경우가 많다.
 - ※ World, International, Global로 시작하는 저널 중에도 우수 저널이 많이 있으므로 각별한 주의가 필요하다.
- (학회위치) 학회 사무국이 선진국(미국, 유럽, 호주 등) 도시에 있다고 주장한다.
- (영향력지수) 홈페이지에 해당 학술지의 영향력지수(IF)가 높다고 언급한다.
- (주소) 홈페이지에 이메일 주소 외에 일반 주소가 없다.

※ 참고 : Mohammad Hemmat Esfe et al (2015), Fake Journals: Their Features and Some Viable Ways to Distinguishing Them, Sci Eng Ethics (2015) 21:821 - 824

□ 부실하거나 약탈적인 학술대회

- (이메일 계정) gmail, hotmail 등과 같은 상업용 이메일 사용한다.
- (참석) 직접 참석하지 않고도 학회참여증서를 준다고 선전한다.
- (학문범위) 특정분야가 아닌 다양한 학문분야를 다룬다.
- (운영위원) 학회 운영위원에 대한 정보가 명확하지 않다.

- ※ 무단으로 저명한 연구자를 운영위원으로 내세워 다른 연구자들을 현혹한다.
- (학회날짜) 초록 마감일, 논문 제출일, 학회일 등이 자주 변경된다.
- (현혹) 무료 숙박·숙식·항공권 등으로 선전하여 연구자를 현혹한다.
- (학회장소) 관광하기 좋은 장소에서 개최한다.
- (지불방식) 일반적인 학회는 신용카드를 통해 학회비를 지불하는 반면 부실 학회는 현금 송금을 요구한다.
- (명성이용) 해당 학회를 유명 출판사에서 주최한다고 광고한다.
- (학회프로그램) 학회운영 프로그램이 애매하고 토론자나 강연자에 대한 정확한 정보가 없다.
- (초청방식) 일반학회는 연구논문에 대해(e.g. call for papers) 모집하지만 부실학회는 연구자에게 직접 초대 이메일을 보낸다(e.g. You are invited).
- ※ 해당 학회에서 발표하면 SCI급 저널에 게재된다고 광고한다.
- (참석증서) 참가비를 지급 후 학회날짜 전에 학회참석증서 발급한다.
- (강연자 초청옵션) 일반학회는 저명학자를 초청하여 강연을 듣지만 부실학회는 일정 금액을 내면 원하는 강연자를 초청해준다고 약속한다.
- (부실 테스트) AI 등으로 작성한 이상한 논문 초록을 시험 삼아 보내보고 그 논문 초록이 학회에 초청되면 부실학회이다.
- ※ 참고 : Amin Asadi et al (2018), Fake/Bogus Conferences: Their Features and Some Subtle Ways to Differentiate Them from Real Ones, Sci Eng Ethics (2018) 24:779 - 784.

붙임2	부실학술활동 예방 관련 사이트	
	사이트 주소	주요 제공 내용
	https://beallslist.weebly.com/	Beall이 작성한 부실 학술지 리스트(매주 갱신)
	https://predatoryjournals.com	논문심사 없이, 또는 허술한 심사를 통해 연구자들로부터 논문게재료 이윤만 챙기는 “약탈적(Predatory) 출판사의 영리행위 피해를 줄이기 위해, 비올리스트(Beall List)에 기초한 자격미달 학술지목록(블랙리스트)을 제공하는 비영리 웹사이트
	http://thinkchecksubmit.org	연구자가 저널이나 출판사의 지명도를 평가하는데 사용되는 체크리스트 (Think/Check/Submit 캠페인)
	https://thinkcheckattend.org	연구자가 신뢰할 수 있는 학회와 기피해야 할 학회를 구분할 수 있게 가이드라인을 제공(Think/Check/Attend 캠페인)
	https://libguides.caltech.edu/c.php?g=512665&p=3503029	Caltech 도서관에서 제공하는 부실 학술단체와 컨퍼런스 관련 정보
	https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED579189.pdf	캐나다 켈거리대학에서 만든 부실 학술지 및 학술대회 회피 가이드북 (2018년 제작)
	https://www.consumer.ftc.gov/blog/2016/08/academics-and-scientists-beware-predatory-journal-publishers	미국 연방무역위원회(FTC) 성명서 - Academics and scientists: Beware of predatory journal publishers
	https://grants.nih.gov/grants/guide/notice-files/not-od-18-011.html	미국 국립보건원(NIH) 성명서 - Statement on Article Publication Resulting from NIH Funded Research

사이트 주소	주요 제공 내용
http://www.icmje.org/icmje-recommendations.pdf	Recommendations for the Conduct, Reporting, Editing, and Publication of Scholarly Work in Medical Journals (International Committee of Medical Journal Editors)
https://doaj.org/bestpractice	Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing, the joint statement by the Committee on Publication Ethics (COPE), the Directory of Open Access Journals (DOAJ), the Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) and the World Association of Medical Editors (WAME).

< Beall List 활용 시 주의 사항 >

- Beall의 Publisher list 중에 특정출판사가 다수의 학술지를 보유한 경우, 한 두 개가 약탈적 저널임에도 그 출판사가 펴내는 모든 저널이 약탈적이라고 인지할 수 있는 오류가 있다.
- Beall list는 시간적 척도가 없어 언제 특정 저널이 약탈적 저널로 분류되었는지 알기 어려우며 과거에는 동료심사를 거쳤던 저널이 현재에는 약탈적 저널로 분류된 경우가 있어 리스트에 대한 좀 더 명확한 추적이 어렵다.

※참고: VÍT MACHÁČEK & MARTIN SRHOLEC (2017)

붙임3	부실학술활동 예방을 위한 체크리스트(예시)
------------	--------------------------------

논문 투고 시 점검사항

- 영리행위를 주된 목적으로 하여 적절한 동료심사를 운영하지 않고 과장된 정보를 제공하는 부실학술지에 투고하지 않도록 다음 사항을 점검하여 주시기 바랍니다.

- ① 본인 또는 동료가 아는 학술지입니까?
- ② 출판사 연락처 등 관련 정보에 쉽게 접근할 수 있습니까?
- ③ 편집위원에 대하여 알고 있습니까?
- ④ 명확한 동료평가(peer review) 방향을 제시하고 있습니까?
- ⑤ 논문 검색 서비스에서 색인이 가능합니까?

※ 더 상세한 점검을 위해서는 Think/Check/Submit 캠페인(<http://thinkchecksubmit.org>) 사이트를 활용하시기 바랍니다.

학회 참석 시 점검사항

- 영리행위를 주된 목적으로 하여 적절한 동료심사 및 발표과정을 운영하지 않고 과장된 정보를 제공하는 부실학회에 참석하지 않도록 다음 사항을 점검하여 주시기 바랍니다.

- ① 학회 개최장소를 쉽게 확인할 수 있습니까?
- ② 본인 또는 동료가 이 학회에 참석한 적이 있습니까?
- ③ 누가 이 학회를 주관하고 있는지 알고 있습니까?
- ④ 범위와 목적이 관심분야에 적합합니까?
- ⑤ 기조 연설자 및 편집위원들에 대하여 알고 있습니까?

※ 더 상세한 점검을 위해서는 Think/Check/Attend 캠페인(<https://thinkcheckattend.org>) 사이트를 활용하시기 바랍니다.

[평가]

이 권고사항은 한국연구재단의 지원을 받은 연구과제의 연구결과물 발표와 관련하여 연구책임자 등이 신뢰할 수 있는 건전한 학술지(또는 학술대회)에 발표하도록 안내하기 위한 것임

- 연구결과물의 발표는 지원 연구과제의 선정 과정에서 판단할 수 있는 항목이며, 연구결과물 발표 기관의 신뢰성 판단은 한국연구재단의 자체 평가로 충분할 수 있음
- 부실한 학술지 내지 학술대회라도 발표를 하는 이유는 지원 연구과제의 선정 평가에 있어서 외국에서의 발표를 보다 높게 평가하는 경향에 따른 것일 수 있음

■ 공공분야 갑질 근절을 위한 가이드라인

관계부처 합동 2019.02.

[평가]

이 가이드라인은 국정현안점검조정회의(‘18.7.6)를 통해 발표된 「공공분야 갑질 근절 종합대책」에 따라 마련한 것임

- 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」에 위반한 사항으로 형사처벌의 대상이 되어야 할 사항이 갑질로 표현되어 있어 부정행위에 대한 경각심을 저하시킴
- 예컨대 법령등 위반 유형, 사적이익 요구 유형, 기관 이기주의 유형 등에서 제시된 예시의 경우는 형사처벌이 가능한 사안으로 기관 내에서 또는 정부기관과 산하기관 사이에서의 행위라고 보기 어려움
- 이러한 규정 자체가 무의미함

■ 「유선분야 판매점 사전승낙제」 가이드라인

방송통신위원회. 2019.09.01.

I. 목 적

이 가이드라인은 유선통신분야 판매점 사전승낙제 운영에 대한 세부사항을 정함으로써 유선통신시장의 건전한 유통질서 확립을 통한 공정한 경쟁 촉진과 이용자 권익보호 등을 목적으로 한다.

II. 용어의 정의

이 가이드라인에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 이밖에 정의되어 있지 않은 용어에 대해서는 각 해당 법률에 따른다.

1. “유선통신분야 판매점 사전승낙제”란 전기통신사업자가 유선통신서비스 및 결합판매 서비스를 취급하는 판매점의 불·편법 영업행위 및 개인정보유출 등으로 인한 이용자의 피해를 방지하기 위하여 판매점을 대상으로 적격성 여부 등을 심사 후 판매권한을 승낙하는 제도를 말한다.
2. “유선통신서비스”란 「전기통신사업법」 제2조에 따른 기간통신역무 중 시내전화 서비스, 시외전화 서비스, 국제전화 서비스, 인터넷 가입자 접속 서비스, 인터넷전화 서비스를 말한다.
3. “결합판매서비스”란 유선통신서비스와 「전기통신사업법」 제2조에 따른 기간통신역무, 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」 제2조에 따른 인터넷 멀티미디어 방송, 「방송법」 제2조에 따른 방송 중 하나 이상의 서비스를 결합한 것을 말한다.
4. “유선통신사업자”란 유선통신서비스 또는 결합판매서비스를 제공하는 전기통신사업자를 말한다.
5. “대리점”이란 유선통신사업자와의 협정에 따라 유선통신사업자와 이용자 간의 계약

체결 및 변경 등을 대리 또는 위탁받아 처리하는 자를 말한다.

6. “판매점”이란 대리점과의 협정에 따라 유선통신사업자와 이용자 간의 계약 체결 및 변경 등을 복대리 또는 재위탁 받아 처리하는 자와 유선통신서비스 및 결합판매서비스 상품을 취급하거나 중개영업을 하는 자 등을 말한다.
7. “이용자”란 유선통신서비스 또는 결합판매서비스를 제공받기 위하여 유선통신사업자와 유선통신서비스 또는 결합판매서비스의 이용에 관한 계약(대리점, 판매점을 통한 계약을 포함한다. 이하 같다.)을 체결한 자 또는 체결하려는 자를 말한다.

Ⅲ. 적용 대상

이 가이드라인은 유선통신서비스 및 결합판매서비스를 취급하는 유선통신사업자 및 대리점, 판매점을 대상으로 한다.

Ⅳ. 운영기관

유선통신분야 판매점 사전승낙제의 운영을 위하여 유선통신사업자는 객관성 및 공정성 등을 담보할 수 있는 운영 기관을 지정하여 사전승낙 관련 업무를 위탁할 수 있다.

1. (사전승낙제 운영 협의체) 운영기관은 유선분야 판매점 사전승낙제의 원활한 운영과 사업자간 의견조율 및 제도 운영과 관련한 중요사항의 협의를 위해 정부와 관련 사업자가 참여하는 “사전승낙제 운영 협의체(이하 “협의체”라고 함)”를 구성하여 운영한다.
 - o 운영기관은 협의체 운영 규정을 마련하고, 협의체는 운영 규정에 따라 사전승낙 철회 및 제도 개선 등의 업무를 심의·의결한다.
2. (사전승낙 절차 마련) 운영기관은 유선통신사업자의 위임을 받아 사전승낙제 운영에 필요한 절차와 시스템 등을 마련하고 방송통신위원회에 보고 후 시행하여야 한다.
3. (민원관리체계 구축) 운영기관은 유선통신분야 사전승낙과 관련된 민원을 접수·처리할 수 있는 민원 관리체계를 구축·운영하여야 하며, 대리점과 판매점 및 이용자 등을 통해 접수되는 모든 민원은 유선통신사업자와 협의를 통해 처리한다.

4. (사후관리체계 구축) 운영기관은 제도의 실효성 확보를 위해 유선통신사업자와 협조하여 사전승낙 취득 및 미승낙 판매점과 거래하는 대리점에 대한 사후관리 체계를 구축·운영하고, 사전승낙 운영·개선 방안을 지속적으로 협의하여 진행한다.
- 운영기관은 사전승낙제 준수사항을 위반한 판매점에 대해 위반행위 중지 등 시정을 유선통신사업자에 요구할 수 있으며, 유선통신사업자는 위반 정도가 중한 판매점의 사전승낙을 철회 할 수 있다.

V. 유선통신사업자의 준수사항

1. (판매점 사전승낙) 유선통신사업자는 건전하고 투명한 유통질서 확립을 위하여 유선통신서비스 및 결합판매서비스를 취급하는 판매점이 사전승낙을 신청하는 경우 사전승낙을 승인하고 관리하여야 한다.
 - 가. 유선통신서비스 및 결합판매서비스 상품을 취급하는 모든 판매점이 사전 승낙을 받도록 사전승낙의 요건 및 절차 등을 마련하여 시행
 - 나. 사전승낙을 받지 않은 판매점과 거래한 대리점 제재
 - 다. 승낙 및 미승낙 판매점 관리를 위하여 운영기관에서 시행하는 정기적 점검 등 사후관리 협조
2. (이용자 피해예방) 유선통신사업자는 대리점이 개인정보 유출, 허위·과장광고를 통한 이용자 모집 등 불·편법 영업으로 발생하는 이용자 피해예방 의무를 준수하도록 관리하여야 한다.
 - 유선통신사업자는 업무 위탁 등으로 정보주체의 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손되지 아니하도록 수탁 대리점을 교육하고, 처리현황 점검 등 수탁자가 개인정보를 안전하게 처리하는지를 감독하여야 한다.
3. (현황제출) 유선통신사업자는 대리점 및 판매점 현황 자료를 분기마다 방송통신위원회에 제출하여야 한다.

Ⅵ. 대리점의 준수사항

1. (판매점 선임) 대리점은 유선통신사업자의 사전승낙을 받은 판매점을 선임하고, 사전 승낙을 받은 판매점에 한해 거래하여야 하며, 해당 판매점의 사전승낙 취득을 위한 운영기관의 요건 및 절차에 협조 하여야 한다.
2. (허위·과장광고 금지) 대리점은 방송통신 결합판매 허위·과장광고 가이드라인을 준수하여 이용자를 기망하는 허위·과장광고를 해서는 아니 되며, 관련 업무에 대해 복대리 또는 재위탁 받아 처리하는 판매점의 허위과장 광고에 대한 주의의무를 소홀히 하거나 방조해서는 아니 된다.
3. (개인정보보호) 대리점은 이용자의 개인정보와 관련하여 아래 사항을 준수 하여야 한다.
 - 가. “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률” 등 관련 법률에 따라 사전동의 를 받지 아니하거나 사전동의를 받은 범위를 넘은 개인정보의 수집·이용 및 보관 금지
 - 나. 전문상담 등을 위하여 이용자 동의 없이 관련 업체 등 제3자에 개인정보 제공 금지
다. 유선통신서비스 및 결합판매서비스 가입 계약서를 본인 이외에 대리 작성하거나 서명하도록 하는 행위 금지
 - 라. 개인정보의 처리목적 달성 등 그 개인정보가 불필요하게 되었을 때에는 지체 없이 그 개인정보를 파기
 - 마. 업무 위탁 등으로 인하여 정보주체의 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손되지 아니하도록 거래 판매점 등을 교육하고, 처리현황 점검 등 수탁자가 개인정보를 안전하게 처리하는지를 감독
 - 바. 기타 이용자의 개인정보를 이용한 불·편법 영업 행위 등 금지

4. (선임판매점 관리) 대리점은 거래하는 판매점의 사전승낙제 준수 사항에 대하여 관리·감독한다.
5. (불·편법 영업행위 금지) 대리점은 이용자 및 판매점에 금전적·물질적 피해를 주는 불·편법 영업행위를 해서는 아니 된다.

Ⅶ. 판매점의 준수사항

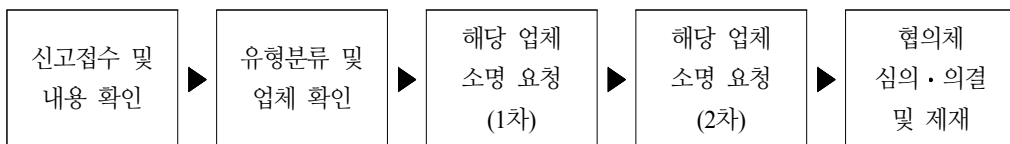
1. (사전승낙 취득) 판매점은 유선통신서비스 및 결합판매서비스 상품을 취급하거나 중개 영업을 하기 위해서는 유선통신사업자의 사전승낙을 받아야 한다.
 - 가. 판매점은 사전승낙을 받아야 하며, 사전승낙 취득을 위한 운영기관의 요건 및 절차에 협조
 - 나. 승낙을 받은 판매점은 사전승낙서를 영업장(매장)내에 이용자가 쉽게 인지할 수 있도록 게시
 - ※ 판매점은 승낙정보(매장명, 대표자명, 사업자등록번호, 주소지 및 연락처 등)가 변경될 경우, 7일 이내 변경사항 신고 및 변경 사전승낙서를 재발급하여 영업장(매장) 내에 게시하여야 함
 - 다. 온라인 판매점은 판매사이트 내에 사전승낙서의 이미지를 모든 페이지에서 상시 확인할 수 있도록 게시
2. (부당한 이용자 차별행위 금지) 판매점은 고객 유치 등을 위하여 이용자에게 경품(현금, 상품권, 물품, 약관 외 요금할인 등)을 제공함에 있어, ‘전기통신사업법 시행령 제42조제1항 별표4 제5호마목’에서 정하는 부당한 이용자 차별행위를 해서는 아니 된다.
3. (허위·과장광고 금지) 판매점은 방송통신 결합판매 허위·과장광고 가이드라인을 준수하여 이용자를 기망하는 허위·과장광고를 해서는 아니 된다.
4. (개인정보보호) 판매점은 이용자의 개인정보와 관련하여 아래 사항을 준수하여야 한다.
 - 가. “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률”에 따른 개인정보보호 등 관련 법률에 따라 사전동의를 받지 아니하거나 사전동의를 받은 범위를 넘은 개인정보의 수집·이용 및 보관 금지

- 나. 전문상담 등을 위하여 이용자 동의 없이 관련 업체 등 제3자에 개인정보 제공 금지
- 다. 유선통신 및 결합판매서비스 가입 계약서를 본인 이외에 대리 작성하거나 서명하도록 하는 행위 금지
- 라. 개인정보의 처리목적 달성 등 그 개인정보가 불필요하게 되었을 때에는 지체 없이 그 개인정보를 파기
- 마. 기타 이용자의 개인정보를 이용한 불·편법 영업 행위 등 금지
5. (불·편법 영업행위 금지) 판매점은 이용자 및 대리점 또는 다른 판매점에게 금전적·물질적 피해를 주는 불·편법 영업행위를 해서는 아니 된다.

Ⅷ. 제재조치 및 재승낙

1. (제재조치) 사전승낙을 받은 판매점이 협의체에서 마련된 제재조치 사항에 해당하는 행위가 신고 및 확인될 경우 해당 내용에 대한 확인 및 소명절차 진행 후 협의체의 심의·의결을 거쳐 제재조치 대상이 될 수 있다.

<판매점 제재 절차>



※ 1차 소명이 미비한 업체를 대상으로 2차 소명을 진행하며, 명확한 소명을 하지 못한 업체를 대상으로 협의체 심의·의결 및 제재 시행

2. (재승낙) 제재조치 등에 따라 사전승낙이 철회된 판매점은 보수교육을 통해 재승낙을 받을 수 있다.
- 가. 사전승낙 철회 판매점은 승낙철회 시점으로부터 2개월 후 보수교육 이수를 통해 재승낙 받을 수 있으며, 재승낙 횟수는 1회로 한정

나. 불·편법 영업 행위 등의 사유로 인해 민·형사소송에 관련된 판매점은 행위의 경중에 따라 재승낙 불가여부 판단

Ⅸ. 시행일 및 재검토

이 가이드라인은 2019년 9월 1일부터 시행하며, 2019년 9월 1일 기준으로 매3년이 되는 시점(매 3년째의 12월 31일까지를 말한다.)마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 취한다.

[평가]

가이드라인이라고 하면서 준수 사항과 준수사항의 위반에 따른 재제조향을 두고 있음

■ 행정 · 공공기관 민간 클라우드 이용 가이드라인

행정안전부 전자정보국 정보자원정책과 2019.07.

1. 목적

- 행정 · 공공기관 등이 민간 클라우드를 안전하고 효율적으로 이용할 수 있도록 절차와 기준을 정함

2. 적용 대상

- 본 가이드라인 적용대상은 전자정부법 제2조에서 정의한 행정기관과 공공기관임

< 전자정부법 제2조(정의) >

2. “행정기관”이란 국회 · 법원 · 헌법재판소 · 중앙선거관리위원회의 행정사무를 처리하는 기관, 중앙행정기관(대통령 소속 기관과 국무총리 소속 기관을 포함한다. 이하 같다) 및 그 소속 기관, 지방자치단체를 말한다. 3. “공공기관”이란 다음 각 목의 기관을 말한다.
 - 가. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 법인 · 단체 또는 기관
 - 나. 「지방공기업법」에 따른 지방공사 및 지방공단
 - 다. 특별법에 따라 설립된 특수법인
 - 라. 「초 · 중등교육법」, 「고등교육법」 및 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교
 - 마. 그 밖에 대통령령으로 정하는 법인 · 단체 또는 기관

< 전자정부법시행령 제3조(공공기관의 범위) >

1. 「정부출연연구기관 등의 설립 · 운영 및 육성에 관한 법률」 제8조 제1항에 따른 연구기관
2. 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립 · 운영 및 육성에 관한 법률」 제8조 제1항에 따른 연구기관

3. 근거

○ 클라우드컴퓨팅법 제12조(국가기관등의 클라우드컴퓨팅 도입 촉진)

- ① 국가기관등은 클라우드컴퓨팅을 도입하도록 노력하여야 한다.
 ② 정부는 「국가정보화 기본법」에 따른 국가정보화 정책이나 사업 추진에 필요한 예산을 편성할 때에는 클라우드컴퓨팅 도입을 우선적으로 고려하여야 한다.

○ 클라우드컴퓨팅법 제20조(공공기관의 클라우드컴퓨팅서비스 이용 촉진)

정부는 공공기관이 업무를 위하여 클라우드컴퓨팅서비스 제공자의 클라우드컴퓨팅서비스를 이용할 수 있도록 노력하여야 한다.

○ 전자정부법 제54조 제2항(정보자원 통합관리)

- ② 행정안전부장관은 행정기관등의 정보자원에 대한 공동이용 및 효율적인 관리를 위하여 정보화 수요를 조사하고, 정보자원의 통합기준 및 원칙 등(이하 “정보자원 통합기준”이라 한다)을 수립하여 정보자원을 통합적으로 구축·관리할 수 있다.

○ 국가정보화기본법 제23조의3(데이터센터의 구축 및 운영 활성화)

- ③ 행정안전부장관은 정부 및 공공 부문의 데이터센터의 구축 및 운영 활성화 시책을 수립·시행하고, 민간 데이터센터를 이용하는 공공기관의 정보통신서비스의 안정성과 신뢰성 등을 높이기 위하여 필요한 지원을 할 수 있다.

4. 용어 정의

- 클라우드컴퓨팅서비스 : 클라우드컴퓨팅법 제2조제3호에 따라 클라우드컴퓨팅*을 활용하여 상용(商用)으로 타인에게 정보통신자원을 제공하는 서비스로서 대통령령으로 정하는 것

* 클라우드컴퓨팅(Cloud Computing) : 집적·공유된 정보통신기기, 정보통신설비, 소프트웨어 등 정보통신자원을 이용자의 요구나 수요 변화에 따라 정보통신망을 통하여 신축적으로 이용할 수 있도록 하는 정보처리체계

클라우드컴퓨팅법 시행령 제3조(클라우드컴퓨팅서비스) 법 제2조제3호에서“대통령령으로 정하는 것”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 서비스를 말한다.

1. 서버, 저장장치, 네트워크 등을 제공하는 서비스
2. 응용프로그램 등 소프트웨어를 제공하는 서비스
3. 응용프로그램 등 소프트웨어의 개발·배포·운영·관리 등을 위한 환경을 제공하는 서비스
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 서비스를 둘 이상 복합하는 서비스

○ 민간 클라우드: 민간 단체 기관이 제공하는 클라우드컴퓨팅서비스

※ 민간 단체 기업에서 제공하는 클라우드컴퓨팅서비스를 공공기관이 자체적으로 구축 관리하는 서버에서 운영 이용하는 경우에는 민간 클라우드 이용으로 보지 않음

○ 클라우드 보안인증: 한국인터넷진흥원장이 클라우드컴퓨팅서비스를 대상으로 클라우드컴퓨팅법 제23조제2항에 따라 과기정통부장관이 고시한 ‘클라우드컴퓨팅서비스 정보보호에 관한 기준’을 만족하는지 여부를 조사 또는 시험 평가하여 인증하는 것

5. 민간 클라우드 이용

이용 대상기관

○ 「전자정부법」제2조에 따른 행정기관 및 공공기관

이용 대상정보

○ 대국민서비스 중 다음의 정보를 처리하는 시스템을 제외하고 모두 민간 클라우드 이용 가능

- (안보) 비밀, 국가안전, 국방, 통일, 외교·통상 등 국가 중대 이익 관련 정보
- (수사·재판) 범죄수사, 진행 중인 재판, 형의 집행, 보안처분 등 관련 정보
- 「개인정보보호법」의 민감정보* 처리 또는 개인정보영향평가 대상**

* 사상·신념, 노조·정당 가입·탈퇴, 건강, 유전정보, 범죄경력정보 등

** 5만명 이상 민감·고유식별정보, 50만명 이상 연계, 100만명 이상 보유시

- 공공기관의 非대국민 서비스(업무시스템 등)는 위의 정보(안보, 민감정보 등)를 처리하는 시스템을 제외하고 민간 클라우드 이용 가능
- 개인정보(민감정보 포함) 처리시스템 중 행사·홍보·연구개발 등에 일시적(3년 이내)으로 필요한 시스템은 민간 클라우드 이용 가능

< 민간 클라우드 이용대상 기관·정보 >

구분	중앙부처	지자체	공공기관
대국민서비스	민간 클라우드 이용 가능		
非대국민 서비스 (업무시스템 등)	전자정부 클라우드 플랫폼 적용 (G-클라우드)	전용 클라우드(권고)	민간 클라우드 이용 가능

- ※ 안보, 수사 관련 정보, 민감정보처리시스템과 개인정보영향평가 대상 시스템은 민간 클라우드 이용 제외
- 안보, 수사, 민감정보 등의 정보를 처리하는 시스템에 민간 클라우드를 활용하고자 하는 기관은 정책협의체*와 사전협의를 통해 가능성 검토
- *정책협의체 : 행정안전부(간사), 과학기술정보통신부, 국가정보원

□ 인증 서비스 및 보안성 검토

- ① 민간 클라우드 컴퓨팅서비스 이용 가능 여부 검토
 - 클라우드 보안인증(IaaS, SaaS)을 받은 서비스만 이용 가능
 - ※ 단, '19년 7월 현재, 미인증된 SaaS를 이용 중인 행정 공공기관은 해당 SaaS를 '20년 12월 말까지 계속 이용 가능

- 한국인터넷진흥원 인증제도 홈페이지(<http://\isms.kisa.or.kr/main/csap/issue/>)에서 인증현황 확인 가능

- ② 정보보호에 관한 사항은 국가정보원에 보안성 검토 요청
 - 국정원의 국가 공공기관 클라우드컴퓨팅 보안 가이드라인 준수
- ③ 국가정보원의 보안성 검토 결과 등을 반영하여 민간 클라우드 이용
 - ※ 자체 보안관제를 수행 중인 이용기관에서는 민간 클라우드를 활용한 서비스에 대해 직접 보안관제를 수행. 불가피한 경우 보안관제 전문업체에 보안관제를 위탁할 수 있으며, 전문업체는 보안관제 결과를 이용기관 및 국가정보원에 제공해야 함

[평가]

이 가이드라인은 공공기관의 정보시스템을 3등급으로 나누고, 낮은 등급의 정보시스템만 민간 클라우드 서비스를 이용하게 해 민간 클라우드 확산의 저해한다는 평가를 받던 기존의 가이드라인을 개정한 것임. 클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률이 민간 클라우드 서비스의 이용범위를 공공기관뿐만 아니라 중앙부처·지방자치단체까지 확대한 것을 반영하였으며, 민간 클라우드 활용이 제한되는 경우는 국가안보, 외교·통일, 수사·재판과 같은 국가 기밀이나 ‘개인정보보호법’의 민감정보를 처리하는 경우 등으로 제한함

- 안보, 수사, 민감정보 등의 정보를 처리하는 시스템에 민간 클라우드를 활용하고자 하는 기관은 정책협의체와 사전협의를 통해 가능성 검토하도록 함으로써 민간 클라우드의 활용이 가능하게 됨
- 한국인터넷진흥원 인증제도를 통한 인증과 국가정보원의 보안성 검토라는 2중의 진입 장벽을 운영하고 있음
- 국가정보원의 보안성 검토는 클라우드컴퓨팅서비스를 공공기관이 자체적으로 구축 관리하는 서버에서 운영 이용하는 경우로 한정할 필요 있음
- 이 가이드라인에서는 클라우드 보안인증을 IaaS뿐만 아니라 SaaS까지 확대하고 있으나, PaaS (Platform-as-a-service, PaaS) 등의 다양한 서비스 형태에 대하여 보다 개방적인 태도가 요구됨

■ 인터넷쇼핑몰업자의 판매촉진비용 부담전가 행위에 대한 위법성 심사지침

공정거래위원회예규 제324호

I. 목 적

이 심사지침은 인터넷쇼핑 거래분야에 대해 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘법’이라 한다)」 제11조(판매촉진비용의 부담전가 금지)를 적용함에 있어 법령의 내용과 그 적용기준을 명확히 규정하고 범위반행위에 해당될 수 있는 사례를 구체적으로 예시함으로써 인터넷쇼핑몰업자 스스로 법령을 준수하도록 유도하고 이를 통해 인터넷쇼핑 거래분야에서 공정한 거래질서를 확립하는 데 그 목적이 있다.

II. 심사지침의 적용범위

이 심사지침은 ‘인터넷쇼핑몰업자’의 ‘판매촉진행사’와 관련된 행위에 대해 적용된다.

1. 인터넷쇼핑몰업자

‘인터넷쇼핑몰업자’는 인터넷홈페이지를 이용하여 소매업을 경영하는 자 중 대규모유통업자에 해당하는 자를 말한다. 법은 소비자가 사용하는 상품을 다수의 사업자로부터 납품받아 판매하는 사업자 중 직전 사업연도의 소매업종 매출액이 1천억 원 이상이거나 소매업에 사용하는 매장면적의 합계가 3천 제곱미터 이상인 자를 ‘대규모유통업자’로 정의하고 있다(법 제2조제1호). 인터넷쇼핑몰업자가 소매업과 통신판매중개업(소위 ‘오픈마켓’)을 겸하여 영업하는 경우, 통신판매중개업을 통해 발생한 매출과 관련된 행위에 대해서는 이 심사지침이 적용되지 아니한다.

2. 판매촉진행사

법은 판매촉진행사를 ‘명칭이나 형식에 상관없이 상품에 대한 수요를 늘려 판매를 증진시킬 목적으로 행하는 모든 행사 또는 활동’으로 정의하고 있다(법 제2조제8호). 대규모모유통업자가 행하는 대부분의 활동이 상품의 판매를 증진시키는 목적과 관련이 있을 것이나, 법 취지를 고려할 때 특별한 사정이 없는 한 판매촉진행사는 대규모모유통업자가 업계 관행상 통상적으로 행하는 상품 판매 및 관리 활동을 의미한다기보다는 평소와 달리 별도의 비용이나 노력을 들여 판매를 증진시킬 목적으로 실시하는 행사 내지 활동을 의미한다고 보아야 할 것이다.

이러한 판매촉진행사의 유형으로는 특정 상품의 가격을 할인하여 판매하는 ‘가격할인 행사’, 행사상품을 구매한 소비자에게 사은품 등 혜택을 제공하는 ‘소비자 혜택제공 행사’, 상품의 홍보를 위하여 광고·이벤트를 진행하는 ‘상품 광고 및 홍보 행사’ 등이 있다.

‘가격할인 행사’와 관련하여 모든 상품 판매가격의 변동이 심사지침의 적용을 받는 판매촉진행사에 해당한다고 보기는 어려울 것이다. 인터넷쇼핑몰업자와 납품업자 간에 체결된 상품공급 기본계약 등의 내용에 따라 상품의 판매가격을 결정할 수 있는 권한이 있는 주체가 여러 가지 요인에 근거하여 대상이나 기간 등에 대해 특정하지 않고 장래에 대하여 상품의 판매가격 자체를 인하한 경우에는 상품의 정상 판매가격 자체를 변경한 것이므로 판매촉진행사에 해당하지 아니할 수 있다. 가격인하가 판매촉진행사에 해당하느냐에 대한 판단은 가격인하의 경위와 목적, 적용대상, 소비자에 대한 홍보 여부 또는 홍보방식 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 이루어져야 할 것이다. 가령 판매기간, 상품수량, 대상 소비자, 결제방법 등과 같은 거래조건의 일부를 한정하여 인하된 가격이 적용된 경우, 그러한 가격인하는 판매촉진행사에 해당될 가능성이 높다. 왜냐하면 이 경우 가격인하의 목적이 소비자 수요촉진과 관련성이 높고, 소비자가 기존(정상) 판매가격과 할인 판매가격을 구분하여 인식할 수 있기 때문이다.

인터넷쇼핑몰업자가 실시하는 행사 또는 활동 중 판매촉진행사에 포함될 수 있는 사항을 예시하면 다음과 같다.

< 판매촉진행사에 포함될 수 있는 행사 또는 활동 (예시) >

- 소비자가 특정 신용카드를 사용하여 상품을 구매하는 경우 일정금액을 할인해 주는 행사
- 할인쿠폰을 발급하고 해당 쿠폰을 보유한 소비자에게 상품판매가의 일정금액을 할인해 주는 행사
- 특정한 날에 한하여 상품을 할인된 가격으로 판매하는 행사
- 특정 신용카드를 사용하여 일시불로 상품을 구매한 소비자에 대해 일정금액을 할인해 주는 행사
- 특정 상품을 구매한 소비자 중 추첨하여 경품을 지급하는 행사
- 특정 상품을 구매한 소비자에게 사은품을 지급하는 행사
- 특정 기간 동안 소비자가 상품을 구매한 금액에 따라 사은품 또는 상품권을 증정하는 행사
- 특정 상품을 구매한 소비자에게 인터넷쇼핑몰에서 사용 가능한 쇼핑 포인트를 지급하는 행사
- 특정 상품을 구매한 소비자에게 해당 상품 1개를 덤으로 증정하는 행사
- 특정 상품을 구매한 소비자에 대해 신용카드 무이자할부 혜택을 제공하는 행사
- 쇼핑몰사이트 화면 중 소비자 접근이 용이한 위치에 특정 상품이나 행사내용을 노출시키는 활동
- 제품의 홍보를 위한 공연 등 이벤트에 우수고객을 초대하는 행사

3. 적용예외

판매촉진행사에 해당되는 모든 행사 또는 활동에 대해 법 제11조제1항 내지 제4항에 규정된 ‘판매촉진비용 부담에 대한 사전 약정 의무’와 ‘판매촉진비용 부담비율 준수 의무’가 적용되는 것은 아니다. 법 제11조제5항에는 이러한 의무가 적용되지 않을 수 있는 적용예외 요건이 규정되어 있다. 구체적으로 법은 납품업자 등이 자발적으로 대규모유통업자에게 요청하여 다른 납품업자 등과 차별화되는 판매촉진행사를 실시하려는 경우에 대규모유통업자는 납품업자 등과 상호 협의하여 판매촉진비용의 분담비율을 정할 수 있다고 규정하고 있다(법 제11조제5항 전단). 이 경우 법 제11조제1항부터 제4항까지의 규정은 적용하지 아니한다(법 제11조제5항 후단).

법 제11조제1항부터 제4항까지가 적용되지 않을 수 있는 예외조항을 규정한 취지는 대규모유통업자의 의사가 개입되지 아니한 상황에서 납품업자 등이 스스로 이익을 얻을 것으로 판단하고 주도적으로 판매촉진행사를 기획하여 진행하는 경우에는 대규모유통업자의 판매촉진행사에 의해 예상하지 못한 비용을 부담할 가능성이 낮다는 점을 고려한 것이다. 납품업자 등을 보호하기 위해 사전에 서면약정을 체결하지 않고 판매촉진비용의 50% 이상을 부담시키는 행위를 원칙적으로 금지한 입법취지에 비추어 볼 때, 예외규정을 광범위하게 적용할 경우 이러한 입법목적을 달성하기 어려우며 자칫 법 제11조제1항부터 제4항의 규정이 형해화(形骸化)될 우려가 있다. 따라서 법 제11조제5항과 같은 예외규정은 그 적용요건을 최대한 엄격하게 제한적으로 해석되어야 할 것이다.

가. ‘자발적으로 요청’하였는지 여부(자발성 요건)

인터넷쇼핑몰업자가 판매촉진행사를 기획하거나 납품업자에게 요청하지 않고, 납품업자가 먼저 스스로 판매촉진행사를 기획하고 실시할 것을 결정한 후 인터넷쇼핑몰업자에게 이러한 의사를 전달하였을 때 ‘자발적으로 요청’한 것으로 인정될 수 있다. 단지 인터넷쇼핑몰업자가 납품업자에게 판매촉진행사에 대한 참여를 직접적으로 강제하지 않았다는 사실만으로는 자발적 요청이 있었다고 할 수 없으며, 납품업자가 판매촉진행사에 참여

할 수밖에 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 등 사실상 참여를 강제한 경우에도 자발성은 부인된다. 따라서, 단순히 납품업자가 인터넷쇼핑몰업자에게 판매촉진행사 실시를 요청한 공문이 있다고 해서 그것만으로 자발적인 요청이 있는 것으로 인정되는 것은 아니다. 실제로는 인터넷쇼핑몰업자가 사전에 행사를 기획하고 실시할 것을 결정한 후, 납품업자에게 공문으로 요청할 것을 지시하거나 강제할 수 있기 때문이다. 결국 자발성은 납품업자가 인터넷쇼핑몰업자의 계획 등과 무관하게 독자적인 판단으로 자신의 필요에 의해 판매촉진행사의 실시를 인터넷쇼핑몰업자에게 요청한 경우에 한해 충족된다고 볼 수 있을 것이다. 이때 납품업자의 요청은 단순히 인터넷쇼핑몰업자에 의해 제시된 여러 사항 중 자신이 원하는 바를 선택하는 소극적 요청이라기보다는, 인터넷쇼핑몰업자의 의사와 상관없이 자신의 상품에 대해 실시하고자 하는 판매촉진행사 관련 내용을 스스로 설정하는 적극적 요청을 의미한다고 보아야 할 것이다.

< 자발성이 인정되지 않을 수 있는 경우(예시) >

- 인터넷쇼핑몰업자가 독자적으로 행사를 기획하여 납품업자에게 참여를 요청한 것에 대해, 개별적으로 참여여부를 답변한 납품업자와 행사를 진행한 경우
- 인터넷쇼핑몰업자가 납품업자와 체결한 사전 약정서에 행사비용을 납품업자가 전부 부담한다는 내용이 포함되었으나, 행사 실시여부를 납품업자가 먼저 기획하고 결정하지 아니한 경우

나. ‘차별화된 행사’에 해당되는지 여부 (차별성 요건)

판매촉진행사의 경위와 목적, 진행과정과 내용 등을 고려할 때, 행사를 진행한 납품업자가 다른 납품업자와 비교하여 뚜렷이 구분된다고 볼 수 있는 특수한 사정이나 성격에 가질 경우 ‘차별화된 행사’로 인정될 수 있다. 단지 납품업자 간 가격할인율에 차이가 있다거나 사은품의 종류가 다르다거나 행사기간이 다르다는 등 일부 형식과 내용에 차이가 있다는 사실만으로는 차별화된 행사로 인정되지 아니하며, 판매촉진행사를 실시하게

된 경위와 진행과정, 행사내용, 행사방법, 행사상품의 품목, 행사시기 및 기간, 관련 상품 소비자들의 특성 및 시장상황, 행사의 효과 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 해당 행사가 다른 납품업자와 구별될 수 있는 경우에 한해 차별화된 행사로 인정된다.

한편, 차별성은 사실상 자발성과 유사하게 해석될 가능성이 있다. 납품업자가 인터넷쇼핑몰업자의 의사와 무관하게 자발적으로 판매촉진행사를 기획하고 실시하는 경우, 그러한 행사는 경위, 목적, 진행과정, 형식, 내용, 효과 등의 측면에서 다른 납품업자와 차별화될 개연성이 크기 때문이다. 가령, 납품업자가 행사 효과가 자신에게만 미칠 것임을 전제로 행사기간, 행사상품 종류 및 수량, 대상 소비자, 행사방식 등 행사를 진행하기 위해 필요한 제반사항을 다른 납품업자나 인터넷쇼핑몰업자와 무관하게 독자적으로 결정하고, 실제 행사가 그러한 결정에 따라 진행되었을 경우에는 차별화된 행사로 인정될 가능성이 크다.

그러나, 납품업자가 요청한 행사라고 하여 반드시 차별화된 행사로 인정되는 것은 아니다. 납품업자가 요청하였다 하더라도 실제 진행과정에서 인터넷쇼핑몰업자의 의사가 개입됨에 따라 당초 납품업자가 독자적으로 기획한 행사의 의도와 특성이 사라지고 다른 납품업자의 행사와 차별성이 없어지는 경우에는 차별화된 행사로 인정되지 아니한다. 가령, 납품업자가 자발적으로 기획한 행사를 요청하였을 때 인터넷쇼핑몰업자는 해당 납품업자에게 다른 납품업자와 공동으로 행사를 실시할 것을 요청하거나 행사기간, 내용 등을 조정하도록 요구할 수 있다. 이러한 조정이 반영된 결과 다른 납품업자와 차별화되지 않는 행사가 진행된 경우에는 비록 납품업자가 조정에 합의한 사실을 인정한다 하더라도 차별화된 행사로 인정되지 않을 수 있다.

< 차별성이 인정되지 않을 수 있는 경우(예시) >

- 인터넷쇼핑몰업자가 납품업자들에게 행사내용을 여러 가지로 제시하면서 참여를 요청한 것에 대해 일부 납품업자가 행사 참여 시기나 내용을 인터넷쇼핑몰업자가 제시한 범위 내에서 선택한 경우
- 인터넷쇼핑몰업자 주도로 동일한 기간 동안 동일한 방식의 행사가 다수의 납품업자 참여로 진행된 경우

다. 적용예외 요건(법 제11조제5항)의 적용례

적용예외 요건 충족여부에 대한 구체적인 판단은 해당 판매촉진행사의 기획주체, 요청 경위, 목적과 내용, 납품업자의 (예상)이익과 비용 등 효과, 비용분담 내역과 협의과정, 납품업자 및 인터넷쇼핑몰업자가 처한 경제적 상황과 관련 상품의 시장현황, 소비자 특성 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 이루어진다.

< 법 제11조제5항의 적용예외 요건이 충족될 수 있는 경우(예시) >

- 납품업자가 다른 브랜드와의 차별화를 위해 자신의 상품이 판매되고 있는 여러 인터넷쇼핑몰에 상품구매 후기를 작성한 고객에게 사은품을 제공하는 내용의 행사를 실시할 것을 스스로 기획하고 그 기간 및 사은품 종류 등 관련사항을 독자적으로 결정하여 진행한 경우
- 납품업자가 자신의 브랜드에 한해 적용되는 정기행사(시즌오프, 브랜드 정기세일, 기획전 등)의 실시를 스스로 기획하고 행사실시와 관련된 사항을 독자적으로 결정하여 진행한 경우
- 납품업자가 자신의 브랜드 관련 기념일을 맞이하여 소비자 판매촉진을 위해 행사실시를 자발적으로 기획하고 구체적 행사내용을 독자적으로 결정하여 진행한 경우
- 납품업자가 자발적으로 다른 브랜드와 차별화된 행사를 기획하여 진행하는 데 있어, 상품관리 지원 프로그램(소위 ‘셀러툴’)을 통해 사은품을 등록하거나 상품 판매가격을 변경하는 등 행사진행을 위한 사항을 적용한 것에 대해 인터넷쇼핑몰업자가 의사결정에 대한 개입 없이 단순히 기본적인 사항(관련법령 위반여부, 필수 상품정보의 누락여부, 가격 또는 카테고리 표기의 오기여부 등)만을 검토한 후 승인조치를 한 경우
- 납품업자가 자발적으로 다른 브랜드와 차별화된 행사를 기획하면서 그 내용을 쇼핑몰 사이트에 광고하기로 결정한 후 광고비 단가표를 참고하여 광고방식, 기간, 내용 등 제반사항을 독자적으로 결정하여 진행한 경우

< 법 제11조제5항의 적용예외 요건이 충족되지 않는 경우(예시) >

- 납품업자가 인터넷쇼핑몰업자에게 발송한 판매촉진행사에 참여하겠다는 공문은 제시되었으나, 납품업자가 판매촉진행사 실시를 먼저 요청하였거나 주도하였다는 객관적 증거가 없고 인터넷쇼핑몰업자가 주도적으로 판매촉진행사를 기획하여 실시한 경우
- 인터넷쇼핑몰업자가 먼저 납품업자에게 행사진행 여부를 문의하고 동의한 납품업자에 대해 행사방식을 안내한 경우
- 납품업자가 인터넷쇼핑몰의 상품관리 시스템 또는 상품관리 지원 프로그램(셀러툴)을 통해 사은품을 등록하거나 상품 판매가격을 변경하였으나, 그 의사결정에 인터넷쇼핑몰업자가 개입한 경우
- 납품업자가 인터넷쇼핑몰업자로부터 제안을 받아 쇼핑몰사이트 광고를 진행한 경우

법 제11조제5항의 예외규정이 적용되지 않는 판매촉진행사임에도 불구하고 인터넷쇼핑몰업자가 법 제11조제1항 내지 제4항에 따른 의무를 다하지 않은 경우에는 법 제11조에 위반된다. 이에 따라 인터넷쇼핑몰업자가 자신의 납품업자와 실시한 판매촉진행사에 대해 판매촉진비용 부담전가 금지 규정을 적용받지 않기 위해서는 법 제11조제5항의 적용예외 요건에 해당한다는 점을 입증해야 할 것이다.

실제 판매촉진비용 부담전가 관련 법 위반여부의 판단에 있어서는, 인터넷쇼핑몰업자가 법 제11조제1항부터 제4항에 따른 의무를 다하지 않았음을 공정거래위원회가 입증하며 이에 대해 인터넷쇼핑몰업자는 해당 판매촉진행사가 법 제11조제5항에서 정한 적용예외 사유에 해당됨을 주장할 수 있다. 이러한 주장을 뒷받침하기 위하여 인터넷쇼핑몰업자는 납품업자가 자발적으로 자신에게 판매촉진행사의 실시를 요청하였다는 점과, 판매촉진행사의 내용이 다른 납품업자와 차별화된다는 점 모두를 입증할 수 있는 객관적 자료를 구비할 필요가 있다. 구체적으로 이러한 자료에는 인터넷쇼핑몰업자의 의사개입 없이 납품업자가 먼저 행사를 진행하기로 결정하고 인터넷쇼핑몰업자에게 행사실시를 요청한 의사표시, 행사와 관련된 제반사항이 납품업자에 의해 독자적으로 결정되었다는 사실, 판매촉진비용의 분담비율 설정 관련 양 당사자 간의 의사소통 내용, 실제 진행된 행사내

용 및 정산결과 등을 객관적으로 알 수 있는 자료 등이 포함된다. 이때 해당 자료에는 납품업자의 서명 등 납품업자가 자신의 진정한 의사를 스스로 표시하였다는 사실을 확인할 수 있는 내용이 있어야 할 것이다.

Ⅲ. 판매촉진비용 부담에 대한 사전 약정 의무

대규모유통업자는 판매촉진비용의 부담 등을 납품업자 등과 약정하지 아니하고는 이를 납품업자 등에게 부담시키는 행위를 하여서는 아니 된다(법 제11조제1항). 이에 따라 인터넷쇼핑몰업자가 판매촉진행사를 실시함에 있어 그 판매촉진비용의 일부를 납품업자에게 부담시키기 위해서는 해당 행사를 실시하기 이전에 납품업자와 판매촉진비용의 부담에 관한 약정을 체결하여야 한다. 약정을 체결함에 있어 인터넷쇼핑몰업자는 법 제11조제1항 및 제2항이 정한 약정의 ‘절차’에 관한 규정과 법 제11조제2항 및 제3항, 시행령 제9조가 정한 약정의 ‘내용’에 관한 규정을 모두 준수하여야 하며, 법 제6조제8항과 시행령 제5조제8호에 따라 약정 서류를 5년간 ‘보존’하여야 한다.

1. 약정 절차

법은 판매촉진행사 약정에 대해 대규모유통업자와 납품업자 등이 각각 서명 또는 기명 날인한 서면으로 이루어져야 하며, 대규모유통업자는 약정과 동시에 약정 서면을 납품업자 등에게 주어야 한다고 규정하고 있다(법 제11조제2항).

이를 준수하기 위해 인터넷쇼핑몰업자는 판매촉진행사를 실시하기 이전에 양 당사자가 서명 또는 기명날인한 약정 서면을 납품업자에게 교부하는 절차를 모두 완료하여야 한다. 이때 해당 절차가 ‘판매촉진행사를 실시하기 이전에’ 완료되었는지에 대한 판단은 ‘판매촉진행사 기간이 시작된 시점’과 ‘납품업자가 판매촉진비용을 부담한 시점’을 비교하여, 둘 중 빠른 시점을 기준으로 이루어져야 할 것이다. 다만, 납품업자의 판매촉진비용 부담 시점을 알 수 없거나 납품업자가 해당 판매촉진행사만을 위해 비용을 부담했다는 사실이 불확실한 경우 등에는 판매촉진행사 기간이 시작된 시점 이전에 약정 절차가 완료되어야 할 것이다.

이는 곧 납품업자와 적법한 약정 절차를 완료하지 아니한 인터넷쇼핑몰업자는 판매촉진행사를 실시하거나 납품업자에게 비용이 발생하도록 할 수 없다는 것을 의미한다. 법이 판매촉진행사 약정 절차를 규정한 취지가 납품업자 등이 판매촉진행사와 관련하여 예측하지 못한 피해를 입는 것을 예방하고, 사후 분쟁이 발생하였을 때 책임소재를 명확히 하는 데 있음을 고려한 것이다.

만일 인터넷쇼핑몰업자가 양 당사자의 서명 또는 기명날인이 이루어지지 않은 서면을 통해 납품업자와 판매촉진행사 약정을 체결하거나, 납품업자에게 약정 서면을 교부하지 않은 경우 법령에 위반될 소지가 있다. 계약 직전에 양 당사자의 서명이 갖추어지지 않은 서면을 일방적으로 교부하는 것만으로는 법의 도입취지에 부합할 정도로 양 당사자 간의 합의사실을 증명하는 서면이 교부되었다고 볼 수 없고, 특히 납품업자 등의 서명 또는 기명날인만이 누락된 서면을 교부한 경우 법이 정한 서면 교부 의무를 위반한 것으로 보아야 할 것이다.

< 법위반에 해당될 수 있는 행위(예시) >

- 인터넷쇼핑몰업자가 납품업자와 사전에 약정을 체결하지 아니하고 1개의 상품 가격에 2개의 상품을 제공하는 1+1 행사를 실시하는 경우
- 인터넷쇼핑몰업자가 즉석쿠폰 행사를 실시함에 있어 행사이전에 개별 납품업자와 합의한 내용을 내부 시스템에 등록하는 절차만을 거치고, 행사를 진행한 이후 시스템을 통해 납품업자의 최종 서명을 받아 해당 판매촉진행사에 소요된 비용을 정산하는 경우
- 인터넷쇼핑몰업자가 상품 홍보를 위한 이벤트 행사를 개최하면서 사전에 법령이 규정한 약정 사항에 대한 합의내용이 모두 포함된 약정 서면을 납품업자에게 교부하였으나 납품업자의 서명이 행사가 시작된 후에 이루어진 경우

- 인터넷쇼핑몰업자가 신용카드 청구할인 행사를 진행하면서 행사이전에 인터넷사이트를 통해 할인비율 및 기간, 판매촉진비용 분담비율 등을 고지하고 참여를 원하는 납품업자에게 인터넷사이트에 접속하여 참여여부를 알리도록 하였을 뿐 서명 절차는 진행하지 않은 경우
- 인터넷쇼핑몰업자가 특정 상품을 구매한 고객에게 사은품을 지급하는 행사를 실시하면서 사전에 인터넷쇼핑몰업자와 납품업자 모두가 행사 약정 서면에 서명을 완료하였으나, 인터넷쇼핑몰업자가 그 서면을 행사진행 중 또는 행사종료 이후에 납품업자에게 교부한 경우

2. 약정 내용

인터넷쇼핑몰업자가 판매촉진행사 실시 이전에 납품업자와 체결한 약정에는 시행령 제9조제1호부터 제5호에 규정된 사항이 포함되어야 한다(법 제11조제1항, 시행령 제9조). 만일 인터넷쇼핑몰업자가 5가지 사항 중 일부 또는 전부를 누락하고 납품업자와 약정을 체결한 경우 법령에 위반될 소지가 있다.

< 범위반에 해당될 수 있는 행위(예시) >

- 인터넷쇼핑몰업자가 특정한 날에 한하여 상품을 할인된 가격으로 판매하는 행사를 실시하기 이전에 납품업자와 판매촉진행사 관련 약정을 체결함에 있어, 약정 서면에 판매가격과 물량에 대한 내용만을 기재하고 법령에 규정된 다른 약정 사항은 모두 누락시킨 경우

한편, 인터넷쇼핑몰업자와 납품업자는 일정기간 동안에 이루어질 것으로 계획된 여러 판매촉진행사를 모아서 일괄적으로 하나의 서면에 의한 사전 약정을 체결할 수 있을 것이다. 이 경우 법정 필수 약정 내용은 각 판매촉진행사별로 구분되어 약정 서면에 구체적으로 기재되어야 한다. 또한 판매촉진행사를 실제 진행하고 그 비용을 정산하는 과정에서

판매촉진비용 부담비율을 준수하였는지 여부에 대한 판단 역시 각각의 판매촉진행사에 대해 별도로 이루어져야 할 것이다. 일괄 약정을 체결하는 주기는 각 판매촉진행사의 실시여부, 내용 및 소요비용 등에 대한 구체적 예측이 가능한 범위(예: 월 1회 등)에서 양 당사자 간의 협의를 통해 결정되어야 할 것이다.

가. 판매촉진행사의 명칭·성격 및 기간(시행령 제9조제1호)

‘판매촉진행사의 명칭’은 인터넷쇼핑몰업자가 행사에 참여하는 납품업자와 협의를 통해 자유롭게 정하되, 이를 약정 서면에 기재할 때는 다른 판매촉진행사와 구별될 수 있는 수준의 구체성은 갖추도록 하여야 한다. ‘판매촉진행사의 성격’의 경우 실시하고자 하는 행사의 일반적인 성격에 대해 양 당사자가 협의하여 정한 사항을 약정하면 되는데, 양 당사자의 예측 가능성과 다른 판매촉진행사와의 구별가능성을 확보하기 위해 상품 가격의 할인 정도, 소비자에게 제공하는 혜택 내용, 상품 광고 및 홍보 방식 등과 관련된 내용이 약정 서면에 기재되어야 할 것이다. 한편, ‘판매촉진행사의 기간’과 관련하여서는 실시하고자 하는 판매촉진행사의 기간이 특정될 수 있는 경우 이를 구체적으로 명시하여야 할 것이다.

나. 판매촉진행사를 통하여 판매할 상품의 품목(시행령 제9조제2호)

인터넷쇼핑몰업자는 납품업자와 ‘판매촉진행사를 통하여 판매할 상품의 품목’을 약정하여야 한다. 법령은 인터넷쇼핑몰업자가 상품의 품목을 어느 정도로 구체화하여 납품업자와 약정하여야 하는지에 대해 별도로 규정하고 있지 않다. 이와 관련하여 법령이 사전 서면 약정 의무를 규정한 취지 중 하나가 양 당사자의 합의 사항대로 행사가 진행되도록 하여 사후에 발생할 수 있는 분쟁을 방지하는 데 있다는 점을 고려할 때, 약정 서면에 기재되는 상품의 품목은 양 당사자가 행사 적용 상품을 분쟁 없이 구별할 수 있을 정도의 구체성은 갖추도록 해야 할 것이다.

다. 판매촉진행사에 소요될 것으로 예상되는 비용의 규모 및 사용내역(시행령 제9조 제3호)

인터넷쇼핑몰업자는 판매촉진비용의 예상 규모와 예상 사용내역에 대하여 납품업자와 약정하여야 한다. 행사를 실시하기 이전의 상황에서 판매촉진비용 규모와 사용내역을 정확히 예상하는 것이 어려울 수 있음에도 불구하고 법령이 이를 약정 사항으로 규정함으로써, 납품업자 등으로 하여금 판매촉진행사에 참여하는 경우 지출하게 될 비용을 사전에 예측할 수 있도록 하고, 아울러 약정 이후에 대규모유통업자가 추가비용을 납품업자 등에게 자의적으로 부담시키는 것을 방지하기 위함에 있다.

따라서 인터넷쇼핑몰업자는 예상되는 모든 비용의 규모와 사용내역을 충실하게 약정하여야 할 것이다. 만일 인터넷쇼핑몰업자가 행사이전에 예상할 수 있는 비용 항목의 규모와 사용내역을 납품업자와 약정하지 않고 판매촉진행사를 진행한 후 납품업자에게 해당 비용을 부담하도록 한 경우, 이는 법령에 위반될 소지가 있다. 또한 인터넷쇼핑몰업자가 예상할 수 있는 비용에 대해 납품업자와 약정하지 않은 결과, 납품업자가 실제 부담한 판매촉진비용이 전체 비용의 100분의 50을 초과하는 경우에도 법령에 위반될 소지가 있다.

라. 해당 판매촉진행사를 통하여 인터넷쇼핑몰업자와 납품업자가 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익의 비율(시행령 제9조제4호)

인터넷쇼핑몰업자는 실시하고자 하는 판매촉진행사의 유형, 성격, 기간과 통상적인 거래관행 등을 고려하였을 때 업계에서 객관적으로 합리적이라고 인정될 수 있는 방법과 범위를 기준으로 판매촉진행사를 통하여 얻을 것으로 예상되는 경제적 이익(이하 ‘예상 이익’이라 한다)의 비율을 산정하여 납품업자와 약정하여야 한다. 예상이익의 비율은 법제11조제3항에 따라 판매촉진행사 약정을 체결한 양 당사자 간의 비용 부담비율 또는 부담액을 결정하는 기준이 된다.

예상이익의 비율 산정이 불가능한 경우에는 인터넷쇼핑몰업자와 납품업자가 판매촉진행사를 통하여 얻게 되는 이익이 같다고 추정하고 약정 서면에 양 당사자의 예상이익이 같은 것으로 기재하여야 한다.

만일 인터넷쇼핑몰업자가 업계의 일반적인 거래관행에 비추어봤을 때 객관적이고 합리적이지 않은 방법을 적용해 납품업자의 예상이익을 지나치게 크게 산정하여 예상이익의 비율을 정하고 그 비율에 따라 판매촉진비용 분담비율 또는 부담액을 정한 결과, 실제로는 납품업자가 판매촉진비용의 100분의 50을 초과하여 부담하게 된 경우 이는 법령에 위반될 수 있다.

마. 판매촉진비용의 분담비율 또는 액수(시행령 제9조제5호)

법 제11조제3항에 따르면 예상이익의 비율에 대한 산정이 가능한 경우, 인터넷쇼핑몰업자는 예상이익의 비율에 따라 양 당사자의 판매촉진비용 분담비율 또는 부담액을 정하여 약정 서면에 기재하여야 한다. 다만, 예상이익의 비율에 대한 산정이 불가능한 경우에는 인터넷쇼핑몰업자와 납품업자의 예상이익이 같은 것으로 추정되므로, 양 당사자가 같은 수준의 판매촉진비용을 부담하는 내용으로 판매촉진비용의 분담비율 또는 부담액이 약정되어야 한다. 한편, 법 제11조제4항에 따라 예상이익의 비율에 대한 산정이 가능한 경우라고 하더라도 납품업자의 판매촉진비용 분담비율은 100분의 50을 초과할 수 없다.

< 범위반에 해당될 수 있는 행위(예시) >

- 인터넷쇼핑몰업자가 쇼핑몰 개설 10주년 기념행사를 실시하면서 판매촉진행사 약정 서면에 납품업자의 판매촉진비용 분담비율을 100분의 80으로 명시한 경우
- 인터넷쇼핑몰업자가 신용카드 무이자할부 행사를 실시하면서 예상이익의 비율에 대한 산정이 곤란하다는 이유로 예상이익의 비율과 판매촉진비용 분담비율을 명시하지 않은 채 납품업자와 판매촉진행사 약정을 체결한 경우
- 인터넷쇼핑몰업자가 여름상품 할인판매 행사를 실시하면서 납품업자로부터 상품 판매금액에 연동되지 않은 고정된 금액을 수수료로 수취하는 거래 특성상 판매촉진행사에 따른 자신의 예상이익이 없다는 이유로 납품업자가 판매촉진비용을 모두 부담한다는 내용의 판매촉진행사 약정을 체결한 경우

3. 약정 서류의 보존

법령은 대규모유통업자가 납품업자 등과의 계약이 끝난 날부터 5년간 대규모유통업자와 납품업자 등 사이의 거래에 관하여 납품업자 등과 체결한 판매촉진행사 약정서, 해당 판매촉진행사의 실시에 관한 서류를 보존하여야 한다고 규정하고 있다(법 제6조제8항, 시행령 제5조제8호). 이때 ‘계약이 끝난 날’의 ‘계약’은 인터넷쇼핑몰업자가 납품업자로부터 상품을 공급받기 위해 체결한 계약(상품공급 기본계약)을 의미한다. 따라서 인터넷쇼핑몰업자가 상품공급 기본계약이 종료된 날로부터 5년이 경과하지 않았음에도 계약기간 중에 실시한 판매촉진행사 약정서를 보존하지 아니한 경우에는 법령에 위반될 소지가 있다. 또한, 서류는 5년간 지속적으로 보존되어야 할 것이다.

IV. 판매촉진비용 부담비율 준수 의무

판매촉진행사에 대한 사전 약정이 법 제11조와 시행령 제9조의 규정에 맞게 이루어졌다고 하더라도 판매촉진행사를 실제 진행하고 그 비용을 정산하는 과정에서 인터넷쇼핑몰업자가 납품업자와 사전에 약정한 사항을 충실히 이행하지 않거나 납품업자에게 100분의 50을 초과한 비율의 판매촉진비용을 부담시키는 경우에는 법령에 위반될 소지가 있다. 이에 따라, 인터넷쇼핑몰업자는 판매촉진행사 실시 이후 실제 발생한 판매촉진비용을 정확하게 산정하여 약정 사항을 이행하되, 결과적으로 납품업자의 판매촉진비용 부담비율이 100분의 50을 초과하지 않도록 하여야 한다.

1. 사전 약정의 이행

대규모유통업자가 사전 약정 없이 납품업자 등에게 판매촉진비용을 부담시키는 행위를 하여서는 아니 된다고 규정한 법 제11조제1항의 취지를 고려할 때, 인터넷쇼핑몰업자는 실제 판매촉진비용을 정산하는 단계에서 납품업자와 약정한 사항을 충실히 이행하여야 한다. 만일 인터넷쇼핑몰업자가 당초 약정사항에 포함되지 않았던 약정 당시 예상하지

못한 비용이 추가로 발생하였다는 이유로 그 일부 또는 전부를 납품업자에게 부담시킨 경우 법령에 위반될 소지가 있다. 또한, 사전 약정은 해당 판매촉진행사로 인해 양 당사자가 실제로 얻은 매출액이나 이익의 크기와 관계없이 이행되어야 한다. 즉, 납품업자가 예상보다 더 높은 비율의 경제적 이익을 실제로 얻었다고 하여, 인터넷쇼핑몰업자가 임의로 사전에 약정한 판매촉진비용 분담비율 수준보다 높은 비율의 판매촉진비용을 납품업자에게 부담시킬 수는 없다.

2. 납품업자의 판매촉진비용 분담비율 상한의 준수

인터넷쇼핑몰업자는 납품업자에게 전체 판매촉진비용의 100분의 50을 초과하여 부담시킬 수 없다. 납품업자 분담비율의 법정 상한 준수 여부에 대한 판단은 정확히 산정된 ‘전체 판매촉진비용’과 ‘납품업자 부담액’을 기준으로 이루어져야 한다. 만일 복수의 판매촉진행사가 진행된 경우 판매촉진비용 분담비율과 관련된 판단은 인터넷쇼핑몰업자와 납품업자가 체결한 각각의 약정 건별로 이루어져야 할 것이다. 다만, 하나의 서면으로 여러 판매촉진행사에 대한 일괄약정을 체결한 경우에는 각 판매촉진행사 건별로 판매촉진비용 분담비율과 관련된 판단이 이루어져야 할 것이다.

가. 판매촉진비용의 산정

판매촉진비용은 해당 판매촉진행사를 진행하면서 소요된 모든 비용을 합산하여 산정한다. 즉, 판매촉진을 위한 활동 과정에서 발생하는 지출과 감소되는 수입을 모두 합산하여 산정하여야 한다. 예를 들어 ‘가격할인 행사’의 경우 판매촉진비용은 행사상품의 기존(정상) 판매가격과 행사(할인) 판매가격 간의 차이에 해당하는 금액에 행사를 통해 소비자에게 판매된 수량을 곱하여 산출된 비용과 광고·홍보비 등 추가로 소요된 비용을 합산하여 산정되어야 한다. 이때 기존(정상) 판매가격이란 할인을 산정의 기준이 되는 가격으로서 해당 판매촉진행사가 이루어지는 기간 동안 소비자가 행사(할인) 판매가격과 구분하여 기존(정상) 판매가격으로 인식하고 있는 가격 수준을 의미한다. 종전 거래가격이나

시가, 또는 행사(할인) 가격이 적용되지 않는 판매분에 적용되는 가격 등이 이에 해당된다.

‘소비자 혜택제공 행사’의 경우에는 그 혜택을 제공하는 데 소요된 금액과 광고·홍보비 등 추가로 소요된 비용을 합산하여 판매촉진비용이 산정되어야 한다. ‘상품 광고 및 홍보 행사’의 판매촉진비용에 대한 산정은 광고 또는 홍보 행사 개최에 소요된 비용을 모두 합산하여 이루어져야 할 것이다.

한편, 하나의 판매촉진행사를 통해 여러 유형의 활동이 함께 이루어진 경우 각 활동별로 소요된 비용을 모두 합산하여 해당 판매촉진행사의 판매촉진비용을 산정해야 한다. 예를 들어, 인터넷쇼핑몰업자가 하나의 판매촉진행사를 통해 신용카드 할부수수료 면제, 일시불로 구매하는 고객에 대한 가격할인, 할인쿠폰 제공, 인터넷쇼핑몰 쇼핑 포인트 지급 활동을 함께 진행한 경우 각각의 비용을 산정하여 합산한 금액이 해당 판매촉진행사의 판매촉진비용이 될 것이다.

나. 납품업자 부담액의 산정

납품업자가 부담한 판매촉진비용은 해당 판매촉진행사를 진행하면서 소요된 납품업자의 모든 부담에 대한 비용을 합산하여 산정한다. 예를 들어 납품업자가 판매촉진행사를 위해 사은품 제작 또는 구입, 광고·홍보비 등으로 별도로 비용을 지출하였거나 인터넷쇼핑몰업자로부터 상품 판매대금의 일부가 공제된 금액을 지급받은 경우 그 지출 비용 또는 공제 금액이 납품업자 부담액에 포함되어야 한다.

특히 ‘가격할인 행사’의 경우, 행사를 이유로 낮은 납품단가가 적용된 때에는 판매촉진비용 부담에 대한 다른 약정사항이 없는 한 기존(정상) 납품단가와 행사(할인) 납품단가 간의 차이에 해당하는 금액에 행사를 통해 소비자에게 판매된 수량을 곱한 값을 근거로 납품업자 부담액이 산정되어야 할 것이다. 또는 행사를 이유로 낮은 판매수수료율이 적용된 때에는 판매촉진비용 부담에 대한 다른 약정사항이 없는 한 행사상품의 기존(정상) 판매가에서 기존(정상) 판매수수료를 제한 값과 행사(할인) 판매가에서 행사(할인) 판매수수료를 제한 값에 행사를 통해 소비자에게 판매된 수량을 곱한 값을 근거로 납품업자

부담액을 산정한다. 다른 행사 유형에 있어서도 이와 같이 납품단가 조정분, 판매가격 및 판매수수료를 조정분이 비용 산정에 고려되어야 할 것이다.

한편, 양 당사자가 상품공급 기본계약 등을 통해 사전에 행사상품에 대해 적용되는 판매수수료를 정상 판매수수료율보다 낮은 수준으로 약정하고 실제 개별 판매촉진행사를 실시하면서 계약서에 명시된 행사 판매수수료율을 적용한 경우, 판매촉진행사별 비용을 정산한 결과 납품업자의 판매촉진비용 부담비율이 50%를 초과하게 된다면 법 위반에 해당될 수 있다. 이때 단순히 사전에 납품업자와 판매수수료율을 약정했다는 이유만으로는 면책되지 아니한다.

판매촉진비용과 마찬가지로 하나의 판매촉진행사를 통해 여러 유형의 활동이 함께 이루어진 경우 각 활동별로 납품업자가 부담한 비용을 모두 합산하여 해당 판매촉진행사의 납품업자 부담액을 산정해야 할 것이다.

< 법위반에 해당될 수 있는 행위(예시) >

- 기존에 1만원의 가격에 판매가 이루어지고 15%의 판매수수료율을 적용하던 상품을 특정한 날에 한하여 9천원의 가격으로 판매하고 12%의 판매수수료율을 적용하여 행사 당일 총 2만개의 상품이 판매된 경우 (단, 행사는 인터넷쇼핑몰업자의 기획을 통해 진행되었으며 양 당사자 모두 다른 판매촉진비용은 부담하지 않음)

- 판매촉진비용 : 2천만원 $[(10,000-9,000) \times 20,000]$

- 납품업자 부담액 : 1,160만원 $[10,000 \times (1-0.15) - 9,000 \times (1-0.12)] \times 20,000$

⇒ 이 경우 납품업자 부담액이 판매촉진비용의 50%를 초과

(※ 행사 판매수수료율을 11%로 적용하는 경우 납품업자 부담액은 판매촉진비용의 50%를 초과하지 않는 980만원임 $[10,000 \times (1-0.15) - 9,000 \times (1-0.12)] \times 20,000$)

- 특정 기간 동안 소비자가 판매가격이 1만원인 상품 2개를 구매하면 1개를 덤으로 제공하는 행사를 진행하면서 납품업자로부터 납품단가 6천원인 상품 총 1만개를 덤으로 납품받아 소비자에게 제공한 경우 (단, 행사는 인터넷쇼핑몰업자의 기획을 통해 진행되었으며 양 당사자 모두 다른 판매촉진비용은 부담하지 않음)

- 판매촉진비용 : 1억원 (10,000×10,000)

- 납품업자 부담액 : 6천만원 (6,000×10,000)

⇒ 이 경우 납품업자 부담액이 판매촉진비용의 50%를 초과

- 행사상품을 구매한 소비자에 대해 신용카드 무이자할부 혜택을 제공하면서 납품업자에게 판매촉진비용인 할부수수료 전부를 부담하도록 한 경우 (단, 행사는 인터넷쇼핑몰업자의 기획을 통해 진행되었으며 양 당사자 모두 다른 판매촉진비용은 부담하지 않음)

V. 재검토 기한

공정거래위원회는 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」에 따라 이 예규에 대하여 2020년 1월 1일을 기준으로 매 3년이 되는 시점(매 3년째의 12월 31일까지를 말한다)마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.

VI. 부칙

이 심사지침은 2020년 1월 1일부터 시행한다.

[평가]

이 가이드라인은 “대규모유통업자는 판매촉진행사를 실시하기 이전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 판매촉진행사에 소요되는 비용(이하 이 조에서 “판매촉진비용”이라 한다)의 부담 등을 납품업자등과 약정하지 아니하고는 이를 납품업자등에게 부담시키는 행위를 하여서는 아니 된다”는 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률 제11조에 근거한 심사지침임. 특히 인터넷 쇼핑물 분야는 다양한 방식의 판매촉진행사가 실시간으로 진행되어 부당한 비용전가 사례가 특히 많은 분야임.

- 자발성 또는 차별성이 인정되는 경우에는 그 적용의 예외를 인정하고 있으나, 사실상 업계 현실을 반영하지 않은 것임
- 판촉비용의 분담비율 또는 액수에 있어 납품업체의 분담비율이 50%를 초과할 수 없도록 함으로써 오히려 분담비율을 최대 50%까지 부과할 수 있는 근거 규정으로 작용함

■ 농축산업 표준근로계약서 가이드라인

고용노동부 국제협력관, 외국인력담당관 2016.11.

II 표준근로계약서 작성 가이드라인

❖ 농축산업 분야 외국인근로자에게 적용할 근로시간, 휴게·휴일 등에 대해 사용자가 지켜야 할 최소한의 노력과 기준을 정함

1

근로시간

- 농축산업의 경우 당사자 간 근로시간을 자유로이 정할 수 있지만 이는 근로계약을 함에 있어 근로시간을 정하지 말라는 의미는 아님
- 사용자는 근로시간을 적정하게 정함으로써 근로자가 일과 생활의 균형을 유지할 수 있게 하여야 함
- 근로시간은 시작하는 시간부터 끝나는 시간까지로 하되 휴게시간을 고려하여 실제 근로시간과 일치하도록 함
 - 특히 소정근로시간, 업무의 시작과 종료 시각, 휴게시간 등을 명확히 기재해야만 추후 당사자 간 분쟁을 방지할 수 있음
- 파종기, 수확기, 거래처 요청 등으로 인해서 일정한 기간 동안 근로시간을 조정해야 할 필요가 있는 경우에는 ‘농번기 근로시간’을 따로 정해두는 것이 바람직함
- 사용자는 휴게시간을 뺀 소정 근로시간이 가급적 1일 9시간(농번기: 10시간), 월 234시간(농번기: 280시간)을 넘지 않도록 노력함
 - 다만, 계절적 영향(혹서기·혹한기, 장마, 태풍 등)을 받는 노지 재배의 경우 업무시간(시업·종업 시각, 근로시간 등) 특정이 곤란하므로 당사자 간 자율적으로 정함

< 예 시 >

- ❖ 외국인근로자가 평소에는 아침 8시부터 저녁 7시까지 일하지만 수확기인 9월 1일부터 9월 30일까지는 밤 9시까지 일해야 하는 경우
 - ▲ 근로시간: 8시 00분~19시 00분, - 월 (234) 시간
 - ▲ 농번기(9월 1일~9월 30일): 8시 00분~21시 00분, - 월 (280) 시간

2**임 금**

- 사용자는 임금을 시간급, 일급, 주급, 월급 등의 방식으로 지급할 수 있으며, 시간급으로 지급하는 경우 그 해의 최저임금(예시: '15년 시간급 5,580원, '16년 시간급 6,030원) 이상을 지급해야 함
 - 시간급 외의 방식으로 임금을 지급하는 경우에도 임금을 근로시간으로 나누었을 때 최저임금 이상이 되어야 함
- '농번기'에는 평소보다 업무량이 많아지고 노동 강도가 높아지게 되므로 사용자는 임금을 더 줄 것인지 고려해야 하며,
 - 근로계약서의 근로시간에서 정한 시간을 넘는 연장근로에 대하여는 사전에 정한 시간급 이상으로 지급하도록 노력함
- 사용자는 '농한기'를 이유로 근로계약서에서 정한 임금을 임의로 삭감할 수 없음

< 예 시 >

- ❖ 상여금 및 수당 없이 월급으로 130만원을 지급하는데, 농번기에는 월급을 150만원 지급하면서 연장근로에 대해 시간에 따라 (현 시간급 최저임금 5,580원에 추가로 일정금액을 더한) 6,500원을 지급하는 경우
 - ▲ []시간급, []일급, [✓]월급: 130만원 (농번기: 150만원)
 - ▲ 상여금 및 수당: []지급(상여금: 원, 수당: 원), [✓]미지급
 - ☐ '근로시간'에서 정한 시간을 넘는 연장근로에 대해 시간당 6,500원을 지급함



유의 사항

- ▶ 임금(상여금 및 수당 포함)은 근로자에게 직접 지급하거나 근로자 명의로 된 예금통장에 입금하여야 하며, 사용자가 근로자 명의로 된 예금통장이나 도장을 관리해서는 안 됨
- ▶ 취업교육비*, 대행 수수료**는 법령에 따라 사용자가 부담해야 하므로 이 비용을 근로자에게 부담하게 해서는 안 됨

* 취업교육비: 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 시행규칙」제11조제4항

** 대행 수수료: 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 제27조의2, 같은 법 시행규칙 제18조의2제4항, 「고용허가제 고용업무 대행기관 운영에 관한 규정」(고용노동부 고시 제2015-38호, 2015.7.22.)

3

휴 게

- 사용자는 근로시간 중의 점심시간, 새참 시간, 낮잠 시간 등을 포함한 휴계시간을 근로자에게 부여하도록 하되,
 - 점심시간은 1시간 내외, 새참 시간과 낮잠 시간 등은 그간 사용자가 관행적으로 부여했던 시간을 휴계시간으로 함
- 휴계시간은 근로자가 자유롭게 사용할 수 있도록 보장해 주어야 하지만 업무 특성, 근무형태 등을 감안하여 당사자 간 협의하여 실시함

< 예 시 >

❖ 근로시간 중 식사시간을 포함하여 (2)시간 ()분을 휴계시간으로 함

- 휴일·휴계시간도 없이 지나치게 장시간 근로를 하게 한다면 오히려 근로자의 생산성을 떨어뜨리게 되므로 적절한 근로시간과 충분한 휴식이 반드시 필요함

4

휴 일

- 사용자는 매주 1회 이상의 정기휴일이 부여될 수 있도록 노력하되, 날짜는 당사자 간 협의하여 조정할 수 있음
- 정기휴일에 관공서의 공휴일을 포함시키는 경우 유·무급 여부를 반드시 기재함으로써 추후 당사자 간 분쟁을 예방할 수 있음

< 예 시 >

- ❖ 매주 1회 정기휴일을 주고 있지만, 농번기에는 월 2회만 휴일을 주는 경우
일요일, []공휴일([]유급,[]무급), []매주 토요일, []격주 토요일, []기타()
- ☞ 정기휴일 실시를 원칙으로 하되 부득이 한 경우 당사자 간 협의하여 날짜를 조정할 수 있음
- ▲ 농번기 (9월 1일~9월 30일)
[]일요일, []공휴일([]유급,[]무급), []매주 토요일, 격주 토요일, []기타()

- ‘농번기’에는 휴일을 따로 정할 수 있으나 평소보다 업무량이 많아 육체적 피로회복과 노동력의 보호를 위해 휴일 부여가 반드시 필요함
- 근로계약서에서 정한 정기휴일에 부득이 하게 일을 시킨 경우 휴일근로에 대한 임금을 사전에 정한 시간급 이상으로 지급하도록 노력함

5

숙식제공

- 사용자는 근로자의 편의를 위해 숙식을 제공할 수 있으며 이 경우 근로자에게 실비를 부담시킬 수 있음

■ **숙식제공의 범위와 근로자의 비용 부담 수준은 사용자와 근로자 간 반드시 협의하여 결정하도록 함**

- 사용자의 숙식제공에 따른 근로자의 비용 부담금액은 숙소 형태와 식사 제공 여부에 따라 달리 정할 수 있음

■ **숙박시설 및 식사 제공에 따른 근로자의 비용 부담 기준의 상한**

- 숙소와 식사를 모두 제공하는 경우

아파트, 단독주택, 연립·다세대 주택 또는 이에 준하는 시설	그 밖의 임시 주거시설
상한액: 월 정액임금*의 20%	상한액: 월 정액임금의 13%

* 상여금, 부정기적으로 지급되는 수당 등을 제외한 금액

- 숙소만 제공하는 경우

아파트, 단독주택, 연립·다세대 주택 또는 이에 준하는 시설	그 밖의 임시 주거시설*
상한액: 월 정액임금의 15%	상한액: 월 정액임금의 8%

* 임시 주거시설의 경우에도 최소한 세면실·화장실을 숙소 또는 주변에 갖추어야 하고 남녀를 같은 방에 거주하게 해서는 안 됨

< 예 시 >

❖ 150만원의 월급을 받는 근로자에게 아파트를 숙소로 제공하는 대가로 월 15만원, 조식·중식·석식에 대한 대가로 월 5만원을 받는 경우

1) 숙박시설 제공

- 숙박시설 제공 여부: 제공, []미제공
 제공 시, 숙박시설의 유형(아파트, []단독주택, []연립·다세대 주택, []아파트 또는·주택에 준하는 시설, []그 밖의 임시 주거시설)
- 숙박비용 근로자 부담 여부: 부담(금액: 월 15만원), []미부담

2) 식사 제공

- 식사 제공 여부: 제공(조식 중식 석식), []미제공
- 식사비용 근로자 부담 여부: 부담(금액: 월 5만원), []미부담

☞ “가이드라인” 적용 시 월 상한금액 30만원(150만원×20%)의 범위에서 근로자에게 숙식비용을 부담케 함

- 매년 실시하는 사업장 지도·점검을 통해 ‘우수 기숙사’를 설치·운영하는 사업장으로 인정받게 되면「신규 외국인력 점수제 배정」시 해당 농축산업 사업장에 3점의 가점을 부여(인정일부터 최대 2년간)

■ 농업분야 외국인노동자 근로환경 개선을 위한 업무처리 지침

고용노동부 외국인력담당관실 2018.3.30.

I. 추진 배경

- 농업분야 외국인근로자의 열악한 주거시설 개선 및 근로조건 보호를 위해 ‘17.12.22. 농업분야 외국인근로자 근로환경 개선방안을 마련
 - 외국인근로자 숙소 기준을 정하고 주거시설 개선에 따른 점수제 개편 내용 등을 새롭게 규정
- 동 개선 방안의 조기 정착으로 외국인근로자의 근로환경이 실질적으로 개선될 수 있도록 세부 업무 처리기준 마련

< 농업분야 외국인근로자 근로환경 개선방안 주요 내용 >

- ▲ 비주거용 숙소(비닐하우스) 제공 시 외국인력 신규 배정 중단
- ▲ 외국인근로자 숙소 기준 마련 및 우수 시설 점수제 항목에 반영
- ▲ 사업주가 고용허가 신청 시 숙소에 관한 정보를 외국인근로자에게 제공
- ▲ 농업분야 표준근로계약 가이드라인 준수 사업장 점수제 인센티브 강화

* 개선방안 중 ①비닐하우스 숙소를 개선하지 않는 경우, ②숙소 정보를 사실과 달리 제공한 경우는 「외국인근로자의 책임이 아닌 사업장 변경사유(고시)」에 반영 시행

II. 업무처리 지침 내용

<1> 숙소 최저기준 준수 이행 지도

비주거용 숙소 제공 시 외국인력 배정 중단

- 비닐하우스*를 외국인근로자 숙소로 제공하는 사업장에 대해 고용허가 시 외국인력 신규 배정 중단

- * 비닐하우스만 있는 숙소(비닐하우스 내 스티로폼·합판 등으로 주거공간을 임시 조성한 시설 포함)를 말하고, 비닐하우스 안에 컨테이너 또는 조립식 패널 등이 설치된 경우는 제외
- 고용허가 신청 시 사업주가 제공한 숙소정보 등을 확인하여 숙소가 비닐하우스인 경우 외국인력 신규 배정 대상에서 제외
- 일반 숙소를 제공하는 것으로 고용허가를 받았으나 비닐하우스를 숙소로 제공하여 거짓으로 고용허가를 받은 사실이 확인된 경우 해당 사업장에 대해 고용허가 취소 및 고용 제한
 - * 고용제한 처분 시 기간은 비닐하우스 숙소를 제공한 날부터 3년의 범위 안에서 제한

□ 주거시설 위반 시 사업장 변경 허용(고시 개정사항)

- ① 기존에 비닐하우스를 숙소로 제공해 온 경우 시정기간(최대 3개월)을 부여하여 자율개선토록 하고, 미 이행시 사업장 변경을 허용
 - 다만, 시정기간은 사업주가 제출한 개선계획을 토대로 필요한 경우 3개월 이상 부여하되, 이유 없이 장기간이 되지 않도록 할 것
 - * 사업주를 대상으로 개선내용 및 기간 등을 반드시 제출하도록 공문으로 시정지시하고, 미 이행 시 외국인근로자 사업장 변경이 가능함을 통지
 - ** 사업주가 3개월 이내에 시정이 불가하여 동 기한 내에 추가 개선계획을 제출하는 경우 완료에 필요하다고 판단되는 기간에 대해 추가 시정기간 부여 가능
- ② 고용허가 신청 시 사업주가 외국인근로자에게 제공한 숙소 정보 중 숙소 유형이 사실과 다른 경우 사업장 변경을 허용
 - 사업주가 제출한 ‘외국인근로자 주거시설표’에 일반 주거시설을 제공한다고 되어 있으나, 확인결과 사실이 아닌 것으로 확인된 경우
 - * 사업주가 고용허가 신청 시 제공한 숙소 정보는 민원제기, 현장모니터링(인력공단) 및 사업장 지도·점검 등 다양한 경로를 통하여 사실 관계 확인

<2> 숙소 등 근로환경 개선을 위한 점수제 개편

□ 가점 항목

- 우수 기숙사로 인정된 사업체에 대해 소수업종은 현행 3점에서 5점으로, 제조업은 현행 0.5점에서 2점으로 확대
- 농축산업에서 별도로 운영 중인 주거환경 우수 사업장에 대한 가점 항목 개선
 - 기존 양질의 주거시설에 대해 부여한 가점(2점)과 임시주거시설 중 화재 및 안전상 조치를 한 경우 부여했던 가점(0.2점)은 폐지
 - 숙소 최저기준 이상의 주거 시설로서 아래 항목을 갖출 경우항목별로 1점 가점(최대 3점)
 - ▲ 수세식 화장실을 설치한 경우, ▲ 숙소 건물 내 샤워실 또는 입식 세면대를 설치한 경우, ▲ 전기안전진단을 받은 경우
 - * 숙소 최저기준을 일부라도 충족하지 못한 경우에는 위 항목을 갖추었다고 해도 가점을 부여할 수 없음에 유의
 - 특히, 아파트, 단독주택, 연립·다세대 주택 및 이에 준하는 시설(고시원, 오피스텔 등)을 제공하는 경우는 별도로 1점을 추가
 - * 주거환경 우수사업장으로 가점을 받은 사실이 허위로 판명될 경우에는 항목별 가점에 0.5점을 더한 1.5점(최대 6점) 감점을 적발 후 1년간 부과

< 외국인근로자 숙소 최저 기준 >

항목	세부 내용
침 실	침실은 성별에 따라 구분하여 배정, 개인당 3.6㎡ 이상 면적 제공
난방시설	보일러(기름, 가스, 전기)를 이용한 바닥난방 시설 설치
화장실·샤워실	화장실 및 샤워실 설치
잠금장치	침실, 화장실·샤워실 별 잠금장치
소화시설	방 별 화재감지기(단독경보형) 설치, 소화기 비치

□ 감점 항목

- 농축산업 분야 외국인근로자 숙소가 ‘숙소 최저기준’에 미달하는 경우 항목별 1점
총 5점까지 부과
 - * 기준 미달 여부는 주거시설표, 사업장 지도·점검 및 외국인근로자 신고 등
다양한 경로를 통해 확인
- 농축산·어업분야 표준근로계약서 작성 가이드라인 미 준수 시 계약 1건당 0.1~
0.5점 감점을 0.2~1점으로 확대
 - * 농축산·어업 표준근로계약서 작성 가이드라인을 적용하여 가점을 받은 사업
장에 대해 준수 여부를 점검하여 준수하지 않은 경우

<3> 시행일자: '18.4.1.

[평가]

농축산업분야는 근로시간, 휴게, 휴일 등 근로기준법상 주요 근로조건 적용이 배제되어 제도적으로 근로조건 보호에 한계가 있음. 숙식비용은 근로조건에 해당하지 않으므로 노사 당사자가 자율 결정할 사항이나, 과도한 비용징수 사례가 빈발하며, 언론, 인권단체 등은 매년 농축산업 종사 외국인근로자의 근로여건 미흡 및 인권침해 등에 대한 개선을 지속 요구됨. 이에 따라, 정부는 농축산업 분야 외국인근로자의 근로조건을 개선하고, 안정적 고용환경 조성을 위해 2015.10. 농축산업분야 표준근로계약서 작성 가이드라인을 마련·시행 중

- 정량적 수치만으로 근로 환경을 평가하며, 기본적으로 외국인근로자의 의사를 반영하지 않음

■ 학교시설 석면 해체 · 제거 안내서

교육부 2019.05

- ‘2018 석면제거 가이드라인’을 개정한 것.
- 2018년부터 엄격해진 교육부 가이드라인으로 인해 공사업체와 지역 교육청이 갈등을 빚는 사례도 발생하면서, 종전에 비하여 퇴보하였다는 언론 평가를 받은 사례
- 면지조사’의 경우 석면의 존재유무는 확인할 수 있으나 분석에 많은 시간이 필요하며 안전성을 확인할 수 있는 기준이 존재하지 않아 현장의 혼란을 불러오는 문제점이 더 커서 전문가들의 의견을 청취한 후 삭제하였다고 해명하나, 안전성을 확인할 수 있는 기준을 두면 해결될 사안임
- 작업 현황을 확인하기 쉽도록 현장에 ‘투명 비닐’을 설치하게 했던 작년 가이드라인과 달리 올해는 불투명 비닐에 ‘확인창’만 달도록 한 점에 대한 비판에 대하여, ‘안내서’에 모든 개구부를 불침투성 재질의 비닐시트를 사용하도록 하여 투명 · 불투명 구분 없이 사용하도록 안내하였다고 해명함. 고용노동부에서 배포한 “석면해체 · 제거 길잡이”에서 비닐시트의 재질을 정의하고 있으며, 비닐시트는 청결하고 불투명한 재질을 권장한다. 라고 명시하고 있는 점에서 발생한 문제임

■ 기업담당자를 위한 제품 환경성 표시 광고 길라잡이

환경부, 한국환경산업기술원

근거법령: 환경성 표시·광고 관리제도에 관한 고시

[환경부고시 제2017-34호, 2017. 2. 15., 제정]

[시행 2019. 1. 22.] [환경부고시 제2019-24호, 2019. 1. 22., 일부개정]

■ 환경 관련 표시 · 광고에 관한 심사지침

제정 2009. 8.12. 공정거래위원회 예규 제9999호

개정 2010.12.31. 공정거래위원회 예규 제086호

개정 2014. 5. 1. 공정거래위원회 예규 제191호

개정 2015.10.23. 공정거래위원회 예규 제235호

개정 2016.12.23. 공정거래위원회 예규 제275호

I. 목적

이 심사지침은 「표시 · 광고의 공정화에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제3조(부당한 표시 · 광고행위의 금지) 및 같은 법 시행령 제3조(부당한 표시 · 광고의 내용)의 규정에 의한 부당한 표시 · 광고를 심사함에 있어서 환경과 관련된 부당한 표시 · 광고에 관한 구체적 심사기준을 제시하는데 그 목적이 있다.

II. 적용범위

이 심사지침은 사업자(사업자단체를 포함한다. 이하 같다)가 자신이나 구성사업자 또는 경쟁사업자에 관하여 환경과 관련된 내용으로 표시 · 광고하거나 사업자 자신 또는 경쟁사업자가 공급하는 상품(용역을 포함한다. 이하 같다)의 원재료, 성분, 품질, 성능, 제조방법, 가격, 보증, 기타의 거래내용이나 거래조건에 관하여 환경과 관련된 내용으로 행하는 표시 · 광고에 적용한다.

III. 용어의 정의

이 심사지침에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “환경 관련 표시·광고”란 사업자에 의해 공급되는 상품이 갖고 있다고 주장되는 환경적 속성 또는 효능에 관한 표시·광고를 말한다.
2. “환경적 속성”이란 상품의 라이프사이클 전체에서 오염물질이나 온실가스 등을 배출하는 정도 및 자원과 에너지를 소비하는 정도 등 환경에 미치는 영향력의 정도를 말한다.
3. “라이프사이클”이란 상품 생산에 필요한 자연자원의 추출, 생산, 유통, 사용 및 폐기에 이르기까지 계속적으로 이어지고 상호 연관된 제 단계를 말한다.
4. “친환경”이란 같은 용도의 다른 제품에 비하여 환경적 속성 또는 효능을 개선한 제품을 말한다.
5. “분해성”이란 상품을 구성하는 한 종류의 물질에 대하여 특정한 조건이 주어질 경우 일정 시간 내에 일정한 한도로 두 가지 이상의 간단한 물질로 변화되는 성질을 말한다.

IV. 일반원칙

1. 사업자 또는 사업자가 공급하는 상품에 대한 환경 관련 표시·광고는 다음과 같은 원칙에 입각하여 위법 여부를 판단한다.
 - 가. 표시·광고의 내용과 표현 및 방법이 사실에 근거하고 명료·정확하여 직접적 또는 간접적으로 소비자를 기만하거나 오인시킬 우려가 없어야 한다. 환경관련 표시·광고의 진실성 여부를 판단할 때에는 문구의 명료성, 도안의 관련성, 색상의 적절성, 문구 및 도안의 상대적인 위치와 크기, 보통의 소비자에게 전달되는 의미 등 표시·광고의 전체를 종합적으로 판단하여야 한다.(진실성)
 - 나. 환경관련 표시·광고가 주장하는 상품의 환경적 속성 또는 효능은 환경에 상당한 정도의 영향을 미친다고 인정되는 사항이 전체적으로 적절한 표현과 수단을 통하여 제시되어야 하며, 소비자가 이를 실제보다 과장되게 인식할 수 있도록 하여서는 아니 된다.(상당성)
- 다. 환경관련 표시·광고는 정확하고 재현 가능한 최신의 객관적·과학적 근거에 바탕하여야 한다. 어떤 상품에 있어 특정 유해물질이 없다고 주장하는 경우 그 특정

유해물질은 일반적으로 인정되는 기준에 비추어 무시될 수 있을 정도로 환경에 미치는 영향이 작거나 없어야 한다.(실증성)

- 라. 환경관련 표시·광고는 상품의 라이프사이클 전체에 걸쳐서 자연환경에 미치는 영향이 고려되어야 한다. 다만, 환경관련 표시·광고가 주장하는 내용이 상품의 라이프사이클 중 일부단계에만 해당되는 경우에는 소비자가 그 사실을 알 수 있도록 표시·광고하여야 한다.(상품의 라이프사이클 고려)
- 마. 환경관련 표시·광고는 그 대상이 제품이나 포장 중 어디에 관한 것인지를 명확히 구별되어야 하며, 만약 그것이 제품이나 포장의 전체가 아닌 일부분에 관한 것일 경우에는 그 일부분이 어디인지를 명확히 하여야 한다. 환경관련 표시·광고가 주장하는 환경적 속성 또는 효능이 제품이나 포장의 사소하고 부수적인 부분을 제외한 나머지 전체에 관한 것이라면 이를 제품 또는 포장의 전체에 관한 것으로 볼 수 있다. 다만, 사소하고 부수적인 부분일지라도 주장되는 환경적 속성 또는 효능을 실질적으로 상당히 제약하는 경우에는 그 사실을 구체적으로 설명하여야 한다.(대상의 특정)
- 바. 환경적 속성 또는 효능을 비교하는 환경관련 표시·광고는 그 비교의 내용, 근거, 비교시점, 비교방법 등 필요한 사항을 사실에 입각하여 명확하게 하여야 한다. 비교의 대상은 동일 또는 유사한 기능을 수행하는 자신의 것 또는 다른 사업자의 것으로 하되 기능의 차이가 있는 경우 이를 밝혀야 한다.(비교광고)
- 사. 일반적이고 광범위한 환경적 속성 또는 효능을 주장하는 환경관련 표시·광고는 표현 그 자체로 해석이 가능한 모든 경우에 항상 사실이어야 하며, 그렇지 않은 경우에는 그 내용을 구체적으로 설명하여야 한다. 표시·광고상의 표현이 여러 가지로 해석될 수 있는 경우에는 보통의 주의력을 가진 소비자 입장에서 해석되는 경우를 일반적인 판단기준으로 한다.(광범위한 환경적 속성 또는 효능)

[참 고]

- ◇ “무공해”등의 절대적 표현은 표현자체에 의하여 그 상품이 모든 경우에 있어 환경오염과 전혀 무관하다고 소비자가 인식할 수 있어, 구체적 설명없이 단순히 “무공해”라고만 표시·광고한 경우 기만적인 표시·광고에 해당할 수 있음
- ◇ “무공해”라는 표현이 “무공해 콩나물” 등과 같이 음식료품이 오염되지 않았다는 뜻으로 사용되는 경우는 환경관련 표시·광고에 해당하지 않는 것이므로 그 표현의 부당성 여부는 법 제3조 및 같은 법 시행령 제3조에 따라 판단하여야 함

2. 이 심사지침은 환경 관련 표시·광고의 부당성 여부를 판단함에 있어 고려되어야 할 대표적인 사항을 중심으로 유형화한 것이므로 이 심사지침에서 명시적으로 열거되지 않은 사항이라고 해서 모두 부당한 표시·광고행위에 해당되지 않는 것은 아니다. 또한, 특정 행위가 이 심사지침에서 제시된 법 위반에 해당될 수 있는 행위(예시)에 해당되더라도 소비자를 오인시킬 우려가 없거나 공정한 거래질서를 저해할 우려가 없는 경우에는 부당한 표시·광고행위에 해당되지 않을 수 있다.

V. 세부심사지침

1. 사업자 자신에 관한 환경관련 표시·광고

사업자가 환경보호를 위한 노력을 하고 있다는 사실을 주장하는 환경관련 표시·광고는 구체적 사실에 근거하여야 한다. 다만, 환경보호와 관련된 캠페인 등 환경보전 의지를 고취시키는 것을 목적으로 하는 것이 명백한 표시·광고의 경우에는 예외로 한다.

<예 시>

- 사업자가 자신에 관하여 “환경을 생각하는 기업”이라고 광고하였으나 자신의 사업상 또는 사업외에 환경관련 단체를 지원하거나 기타 환경보전에 실질적으로 도움이 되는

활동을 한 사실 등 이를 뒷받침할 수 있는 구체적·사실적 근거를 갖추고 있지 않거나, 그러한 근거가 있다 하더라도 그와 같은 사실을 상쇄할 만큼 환경에 유해한 사업상 또는 사업외의 활동을 한 사실이 있다면 이는 허위·과장광고임

2. 특정용어 및 표현의 사용

환경관련 표시·광고에 아래 각 호에 예시된 특정 용어 및 표현이 사용되었을 경우 각 호 본문상에 제시된 내용에 따라 허위·과장성 또는 기만성을 판단한다. 다만, 방송광고 등과 같이 환경관련 주장의 구체적 내용을 밝히는 것이 시간적 또는 공간적 제약이 있는 경우에는 사업자가 자신의 주장내용을 사후에 객관적·구체적으로 입증할 수 있으면 사전적으로 구체적 내용을 밝히지 않았다 하더라도 부당한 표시·광고에는 해당하지 않는다. 그 밖의 유사한 용어 및 표현에 대해서는 각 호에 비추어 적절한 사항을 적용한다.

가. 인체·환경 유해성물질의 함유·배출량 저감 관련 용어 및 표현의 사용

동종의 다른 제품에 비해 인체 또는 환경에 유해한 물질의 함유량이 적다거나 제품사용에 따른 오염물질의 배출량이 상대적으로 적다는 것을 표시·광고하기 위해서 아래와 같은 용어 및 표현 등을 사용하는 경우 이러한 기능 또는 효능을 발휘하는 주성분과 그 함량을 나타내지 않거나 막연히 표현하는 경우 기만적인 표시·광고에 해당할 수 있다.

<관련 용어 및 표현의 예시>

◇ “천연”, “자연”, “무~”, “저~”, “유기농”, “생분해성”, “광분해성”, “쓰레기 감소”, “오존층 보호” 등

<예 시>

- 비닐제품의 포장에 “씩는 비닐”이라고 표시하면서 그 반대편에 상대적으로 눈에 띄기 어려운 글씨로 “상온에 습도 40% 이상인 토양에 매립되는 경우에 한함”이라고 한정하여 표시하는 것은 소비자가 양자를 한 가지 속성에 관한 통일적 표시로 인식하기 곤란하므로 기만적인 표시임
- 휘발유에 관하여 “유해물질 감소, 환경을 쾌적하게”라고 광고하는 경우 비록 휘발유 연소 후 배출되는 배기가스 중의 오염물질이 종전보다 감소한 것이 사실이라 하더라도 휘발유를 사용할수록 대기는 더욱 오염되게 마련이므로 “환경을 쾌적하게” 부분은 거짓광고임
- 인증시험 조건에서만 배출가스 기준을 충족하도록 임의설정된 차량을 판매하면서 국내·외 “배출가스 기준을 충족”하는 “친환경 차량”이면서 동시에 높은 성능·연비를 발휘하는 것처럼 표시·광고하거나, 통상적인 작동상태에서는 배출가스 기준에 미달하는 차량에 대해 임의설정 사실을 숨긴 채 환경 기준을 충족하는 친환경 차량으로 표시·광고하는 것은 거짓·과장 또는 기만적인 표시·광고임

나. 자원·에너지 절약과 사용·저감 관련 용어 및 표현의 사용

동종의 다른 제품에 비해 자원·에너지 투입이 적거나 절약한 제품임을 표시·광고하기 위해서 아래와 같은 용어 및 표현 등을 사용하면서 그 절감량 또는 비율을 나타내지 않거나, 나타내는 경우에도 그 대상이 상품 또는 포장인지 혹은 그중 일부분인지를 구별하여 명시하지 않을 경우에는 기만적인 표시·광고에 해당할 수 있다.

<관련 용어 및 표현의 예시>

◇ “재활용물질 함유”, “재생자원 사용”, “고효율”, “에너지절감”, “에너지절약”, “연비효율적” 등

다. 폐기물 처리와 재활용 관련 용어 및 표현의 사용

- 동종의 다른 제품에 비해 폐기물 처리 시 재활용이 가능한 제품임을 표시·광고하기 위해서 아래와 같은 용어 및 표현 등을 사용하면서 재활용 대상이 상품 또는 포장인지 아니면 그 일부분인지를 따로 표기하지 않을 경우에는 기만적인 표시·광고에 해당할 수 있다.

<관련 용어 및 표현의 예시>

◇ “분리배출”, “재활용가능”, “재활용 대상”, “재사용가능”, “리필가능” 등

<예 시>

- 음료수병에 “재활용가능”이라고 표시한 경우 병뚜껑은 재활용되지 않는 것이라도 보통의 소비자가 뚜껑을 병의 중요한 부분으로 재활용되는 것으로 생각하지는 않을 것이므로 이는 기만적인 표시가 아님
- 포장과 내용물이 모두 재활용되는 상품의 경우 포장과 내용물 각각에 재활용가능 표시를 하여야 한다. 다만, Aluminium foil과 같이 내용물에 표시하기가 어려운 상품은 포장(box)에 내용물의 재활용가능 표시를 하되, 포장과 내용물을 각각 구분하여 표시를 하여야 한다. 그렇지 않을 경우 양자 모두가 재활용되는 것으로 보아야 하며, 이 경우 Aluminium foil과 포장(box)중 어느 하나라도 재활용되지 않는다면 그 같은 주장은 기만적임

라. 포괄적인 속성과 효능 관련 용어 및 표현의 사용

제품에 위 가. 나. 다. 목의 환경적 속성 및 효능이 중복되어 있어서 아래와 같은 포괄적인 용어 및 표현을 사용하여 표시·광고하는 경우에는 가. 나. 다. 호 중 중복되어 있는 각각의 특성들을 표시하는 방법으로 소비자가 그 제품이 가지고 있는 각각의 환경적인

속성 및 효능들을 모두 이해할 수 있도록 하여야 한다. 그렇지 않을 경우에는 기만적인 표시·광고에 해당할 수 있다.

<관련 용어 및 표현의 예시>

◇ “친환경”, “그린”, “웰빙”, “에코” 등

<예 시>

- 어떤 상품에 관하여 구체적 설명없이 단순히 “친환경”, “저공해”라고 광고하는 경우 기만적일 수 있음
- 아파트는 건축, 주거, 철거 등에서 환경에 유해한 요소가 많아 모든 면에서 친환경적 이기는 어렵다는 점에서 사업자가 자신이 주장하는 환경적 속성과 효능이 발휘되는 부문을 특정하지 않거나 근거를 밝히지 않고 단순히 “그린아파트” 또는 “환경친화적 아파트”라고 광고하는 것은 기만적임

3. 환경마크 등의 사용

환경마크는 “법정인증마크”, “업계자율마크”, “기업자가마크”로 구분한다. 업계자율마크와 기업자가마크의 경우 국가인증 마크 또는 국제적 인증마크와 유사하게 도안 또는 표기하면서 인증기관 등을 밝히지 않는 경우에는 기만적인 표시·광고에 해당할 수 있다. 각 유형별로 기만성의 판단기준은 다음과 같다.

가. 법정인증마크

법령에 근거하여 인증하는 환경마크를 의미하며, 표시 방식은 관련 인증기관에서 제시하고 있는 방식을 따른다.

[참고]

◇ 유형: 환경부(한국환경산업기술원)의 환경마크, 환경성적표지마크, 탄소성적표지마크, GR마크, 산업통상자원부(에너지관리공단)의 에너지소비효율등급마크, 에너지절약마크 등

<예시>

- 환경부의 “환경마크”는 도안 하단에 환경표지 인증서 상에 명시되어 있는 인증사유를 표시하여야 하며, 도안 상단에는 “친환경000”의 형태로 친환경 상품임을 표시해야 한다.

나. 업계자율마크

법적 근거없이 업계 자체적으로 평가절차와 인증과정을 거쳐 성능, 품질 등의 우수성을 인정받은 상품에 붙는 마크를 의미한다. 이와 같은 마크 사용시 국가인증 마크 등과 유사하게 도안 또는 표기하면서 인증기관 등을 밝히지 않는 경우에는 기만적인 표시·광고에 해당할 수 있다.

[참고]

◇ 유형: 한국표준협회의 로하스마크, 한국농림협회의 웰빙마크, 한국의류시험연구원의 Eco-Quality(EQ)마크 등

<예시>

- 한국표준협회의 로하스인증을 받아 마크를 사용하는 경우 “업계자율마크”라는 용어 또는 인증 단체명을 같이 명기하지 않을 경우 기만적일 수 있음

다. 기업자가마크

사업자의 자발적 의사에 따라 상품의 품질, 성능 등 자사상품의 우수성을 부각하기 위하여 자체 디자인한 도안이나 마크를 의미한다. 이와 같은 마크 사용시 “법정인증마크” 또는 “업계자율마크”와 유사하게 도안 또는 표기하면서 “기업자가마크”임을 밝히지 않는 경우에는 기만적인 표시·광고에 해당할 수 있다.

<예시>

- 기업이 자체 고안한 도안이나 마크 사용시 “기업자가마크”라는 용어를 같이 명기하지 않는 경우 기만적인 표시·광고에 해당할 수 있음

4. 표시·광고의 방법

가. 허가, 인증, 여론조사결과, 언론보도 등의 인용

국가 또는 공공기관이나 국제환경표준규격(ISO14000) 인증기관 기타 환경관련 단체로부터 받은 허가, 인증 기타 수상경력이나, 여론 또는 통계 등 조사기관의 조사결과, 신문·방송·잡지 등 언론의 보도, 기타 사업자 자신 또는 제3자가 보증하거나 보험 등에 가입한 내용 등에 관하여 그 인증 등의 주체, 성격, 효력, 범위 등의 면에서 사실과 다르거나 과장하여 표시·광고하는 행위를 하여서는 아니된다.

<예 시>

- 국제표준화기구(ISO)가 정한 환경경영체제 국제규격(ISO 14001)초안에 근거하여 시범인증을 받은 사실을 가지고 이를 마치 정식인증을 받은 것처럼 광고하는 것은 과장 광고임

나. 실험기관의 실험결과 인용

상품의 환경적 속성 또는 환경적 효능에 관한 실험결과를 표시·광고에 사용할 때에는

그 신뢰성이 보장되도록 「소비자기본법」 제28조제2항 및 동 법 시행령 제22조에 규정된 시험·검사기관, 대학교내연구소, 기타 실험전담인원 5명 이상인 공신력 있는 실험기관의 것만을 사실대로 인용하여야 하며, 위의 기관 외의 실험기관의 실험결과는 신뢰성을 인정할 만한 특별한 사유가 없는 한 표시·광고에 인용하여서는 아니 된다. 외국 실험기관의 실험결과를 인용하는 경우에는 위의 기준에 준하는 기관이 수행하거나 인정한 것에 한하여 인용할 수 있으며 해당 표시·광고에 대해 외국 실험기관의 성격, 규모, 신뢰성 등에 관하여 구체적으로 밝힘으로써 소비자가 그 실험기관에 관하여 오인하지 않도록 하여야 한다.

다. 증언식 광고

환경관련 표시·광고에 상품 등의 환경적 속성 또는 효능에 관한 증언 또는 설명 등을 포함하는 경우 그 증언 또는 설명 등은 표시·광고 내용에 관하여 객관적이고 전체적인 판단을 할 수 있다고 인정되는 자가 자신의 독자적 판단에 따라서 한 것이어야 하며, 당해 상품 등을 실제로 이용해 본 사실이 없는 자의 이러한 증언 또는 설명 등을 표시·광고에 포함할 경우 거짓의 표시·광고가 될 수 있다.

Ⅵ. 재검토기한

공정거래위원회는 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」에 따라 이 예규에 대하여 2017년 1월 1일을 기준으로 매 3년이 되는 시점(매 3년째의 12월 31일까지를 말한다)마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.

부칙 <제275호, 2016.12.23.>

이 예규는 2016년 12월 23일부터 시행한다.

[평가]

■ 대기업 상표관리 정상화를 위한 특허청 상표심사지침 발표

특허청 2014.11.21.

특허청(청장 김영민)은 대기업집단 상표에 대한 심사지침을 발표하고 대기업집단의 비정상적 상표관리 관행을 적극 개선해 나가겠다고 밝혔다.

상표법상 타인이 먼저 등록한 상표와 유사한 상표는 유사한 업종에 등록할 수 없다. 그룹 계열사 간이라도 법인격이 다르면 상표법상 타인에 해당하고 따라서 유사한 업종에 유사한 상표를 사용할 수 없는 것이 원칙이다.

그러나 실제로는 수많은 대기업 계열사들이 그룹명칭을 포함한 상표를 사용하고 있다. 대부분은 지주회사에서 상표권을 등록하고 계열사에 라이선싱을 준 경우지만 계열사가 직접 그룹 명칭에 대한 상표권을 보유하고 있는 경우도 적지 않다.

이런 경우 몇 가지 문제가 발생한다. 첫째, 계열사가 직접 그룹명칭에 대한 상표권을 보유할 경우 인수합병 등으로 계열 관계가 변경된 이후에도 그룹명칭을 계속 상표로 사용할 수 있어서 소비자들의 오인혼동이 발생할 수 있다. 대기업집단의 계열사로 인식하고 소비자들이 선택하지만 실제로는 전혀 관련이 없는 회사일 수 있다. 실제 롯데관광은 롯데그룹과 현재 계열관계가 아니지만 계속해서 롯데라는 상표를 사용하고 있다.

둘째, 수십개의 계열사가 그룹명칭에 대한 상표권을 획득하여 사용함에 따라 장기적으로는 브랜드 희석화 및 상표가치 하락이 우려된다. 예를 들면 범 현대家 8개 그룹(현대차그룹·현대중공업그룹·현대그룹·현대백화점그룹·현대해상화재보험그룹·현대산업개발그룹·KCC·한라) 중 ‘현대’라는 이름을 사용하고 있는 곳은 총 6개로 이들의 100여개 계열사가 현대라는 상표를 사용하고 있다. 이런 추세로 계속 나가다 보면 곧 ‘현대’라는 상표는 아무나 써도 되는 것이 되고 결국 브랜드 가치 희석화로 치명적인 손상이 올 수 있다. “롯데” 그룹 역시 74개 계열사 중 12개 계열사에 상표권이 분산되는 등 상표

관리에 어려움을 겪고 있다. 일본에서 주식회사 롯데가 “롯데” 상표권을 일원화하여 관리하고 있는 사례와 대비되는 바다.

셋째, 더 나아가 이러한 실정은 대기업 상표권 분쟁의 단초가 되고 있다. “대성그룹”에서 분리된 “주식회사 대성합동지주”와 “대성홀딩스 주식회사”는 경쟁적으로 “대성”이라는 상표를 특허청에 출원하여 등록받은 후, 상대방을 향해 상표 사용금지 가처분 신청을 제기하는 등 14년째 법적 공방을 지속하고 있다.

넷째, 신생기업이 대기업집단 그룹명칭을 상표로 사용하여 중소기업과 경쟁하는 것은 부정경쟁에 해당할 수 있다. 인지도 높은 그룹명칭을 상표에 사용하는 경우 상대적으로 단기간에 시장 점유율을 확대할 수 있는데, 심지어 그에 대한 사용료까지 지불하지 않는다면 중소기업 입장에서는 매우 불리한 위치에서 경쟁할 수밖에 없기 때문이다.

더욱이 이러한 문제점들은 재벌그룹의 2세, 3세 경영과 함께 지배구조가 복잡해지면서 더욱 가속화될 것이어서 정책적 결단이 필요한 상황이다. 다행히 삼성, 에스케이, 엘지, 신세계, 지에스 등 많은 대기업집단들은 이러한 문제를 인식하고 상표권 일원화를 위한 노력을 기하고 있다. 하지만 아직도 일부 그룹들의 경우 상표권 일원화가 요원한 실정이다.

이러한 문제점들을 극복하고자 특허청은 대기업 상표심사지침을 발표하고, 앞으로 대기업 그룹명칭이 들어간 상표는 하나의 상표관리회사 또는 지주회사가 일괄적으로 관리하면서 출원해야만 등록받을 수 있다는 방침을 밝혔다. 다만, 이미 등록받아 사용 중인 상표와 동일성이 인정되는 상표는 법적 안정성을 고려하여 계속 등록을 허용할 예정이다.

예를들면 롯데제과, 롯데호텔, 롯데푸드 등 여러 계열사를 가진 롯데그룹이 ‘롯데항공’이라는 회사를 설립한 경우 롯데그룹 계열사의 상표권이 하나의 지주회사로 일원화되어 있고 그 지주회사 이름으로 상표가 출원되지 않으면 ‘롯데항공’은 상표등록을 받을 수 없게 된다. 다만, 롯데그룹의 각 계열사가 종전에 각자의 명의로 등록받아 사용하고 있던 상표(예시: 롯데제과, 롯데푸드)와 동일성이 인정되는 상표(예시: 롯데제과 머핀, 롯데푸드 치킨)를 출원하는 경우 법적 안정성을 고려해 등록해주기로 했다,

박성준 상표디자인심사국장은 이번 심사지침을 확정하기 위해 지난 1년간 대기업 등록 상표에 대해 철저한 실태조사를 실시하고, 3차례에 걸쳐 기업 간담회를 개최했다고 밝히고, 기업에서 상표권을 당장 한군데로 모으기가 쉽지는 않겠지만 장기적인 안목에서 특허청의 취지를 이해하고 효율적으로 상표관리가 이루어질 수 있도록 협조를 당부했다.

아울러 기업이 상표권을 일원화 하는데 있어 부당한 세금추징, 불공정행위로 적발되는 등 피해를 입지 않도록 국세청이나 공정위와도 적극적인 정책공조를 펼쳐나갈 계획이라고 밝혔다.

[평가]

- 대기업집단 상표에 대한 심사지침을 발표한다고 하였으나, 그 구체적인 내용을 파악할 수 없는 경우
- 계열사 분리등으로 인한 상표권의 회수 등은 당사자의 문제이지, 이것이 심사 단계에서의 판단 문제가 아님에도 불구하고, 대기업집단의 상표 관리에 대하여 심사지침을 통하여 심사단계에서 판단하겠다는 특허청의 개입으로 판단됨

연구보고 19-09

그림자규제 법제 개선방안 연구
- 그림자규제의 책임관리를 위한
법제 개선방안 연구 -

2019년 10월 28일 인쇄
2019년 10월 31일 발행

발행인 | 김계홍

발행처 | 한국법제연구원
세종특별자치시 국책연구원로 15
(반곡동, 한국법제연구원)
전화 : (044)861-0300

등록번호 | 1981.8.11. 제2014-000009호

홈페이지 | <http://www.klri.re.kr>

값 9,000원

1. 본원의 승인없이 전재 또는 역재를 금함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN : 978-89-6684-983-3 93360

성승제(책임)

학 력

한양대학교 일반대학원 법학박사
(현) 한국법제연구원 연구위원

연구실적 및 논문

공기업 경쟁중립성 개선을 위한 법제연구, 한국법제연구원, 2017
국가재정법 해설서 발간, 한국법제연구원 정책연구보고서, 2016
신기술기반 전자금융 안전성 확보를 위한 법제 연구, 한국법제연구원, 2015
총부채 관리 재정운용과 법정책, 행정법학(9호), 한국행정법학회, 2015

KLRI KOREA LEGISLATION
RESEARCH INSTITUTE



ISBN 978-89-6684-983-3

값 9,000원