

이형규 교수 정년기념 학술대회

# 최근 사회 변화에 따른 법학의 과제

2021. 6. 18(금)

한양대학교 제2법학관 2층 국제회의실

※ 코로나 19로 인해 온라인, 오프라인 동시 진행합니다.

- 주최 : 한양법학회, 한양대학교 법학연구소
- 후원 : 한국투자증권



# "최근 사회 변화에 따른 법학의 과제"

## - 이형규 교수 정년기념 학술대회 -

- 일 시** 2021 6. 18(금)
- 장 소** 한양대학교 제2법학관 2층 국제회의실
- 주 최** 한양법학회, 한양대학교 법학연구소
- 후 원** 한국투자증권
- 세부 프로그램**
  - 등록 : 13:00~13:30
  - 개회식 및 기념촬영 : 13:30~14:00

| 세션                         | 발표자                 | 주제  | 사회자               | 토론자                  |
|----------------------------|---------------------|---|-------------------|----------------------|
| 기조발제<br>14:00-14:30        | 이형규 교수<br>(한양대학교)   | 감사·감사위원의 선·해임 시 의결권 제한에 관한 검토             |                   |                      |
| 제1주제<br>14:30-15:10        | 오성근 교수<br>(제주대학교)   | 일본의 개정회사법상<br>사채관리보조자에 관한 검토              | 정준우 교수<br>(인하대학교) | 성희활 교수<br>(인하대학교)    |
|                            |                     |   |                   | 강영기 교수<br>(고려대학교)    |
| 제2주제<br>15:10-15:50        | 김종석 부장판사<br>(대법원)   | 토지공유자와 건물소유자<br>사이 부당이득반환관계               | 박수곤 교수<br>(경희대학교) | 박진근 교수<br>(대전대학교)    |
|                            |                     |   |                   | 양재모 교수<br>(한양사이버대학교) |
| Coffee break (15:50-16:10) |                     |   |                   |                      |
| 제3주제<br>16:10-16:50        | 이부하 교수<br>(영남대학교)   | OTT서비스 등 새로운<br>미디어서비스에 대한 법적 규율          | 남복현 교수<br>(호원대학교) | 차상욱 교수<br>(경북대학교)    |
|                            |                     |   |                   | 강기봉 박사<br>(서강대학교)    |
| 제4주제<br>16:50-17:30        | 이문한 차장검사<br>(법무연수원) | 가짜뉴스 등 허위사실 표현에<br>대한 형사적 규제와<br>그 헌법적 한계 | 강동욱 교수<br>(동국대학교) | 정문식 교수<br>(한양대학교)    |
|                            |                     |   |                   | 안수길 교수<br>(명지대학교)    |
| 폐회식 (17:30-18:00)          |                     |   |                   |                      |

※ 코로나 19로 인해 온라인, 오프라인 동시 진행합니다.



# CONTENTS

최근 사회 변화에 따른 법학의 과제  
- 이형규 교수 정년기념 학술대회 -

## 기조발제

- 감사·감사위원의 선·해임 시 의결권 제한에 관한 검토 ————— 1  
| 이 형 규 교수(한양대학교)

## 제1주제

- 최근 일본의 개정회사법상 사채관리보조자에 관한 검토 ————— 5  
| 오 성 근 교수(제주대학교)

## 제2주제

- 토지 공유지분권자와 건물의 구분소유자 사이 부당이득반환관계 ——— 37  
| 김 종 석 부장판사(대법원)

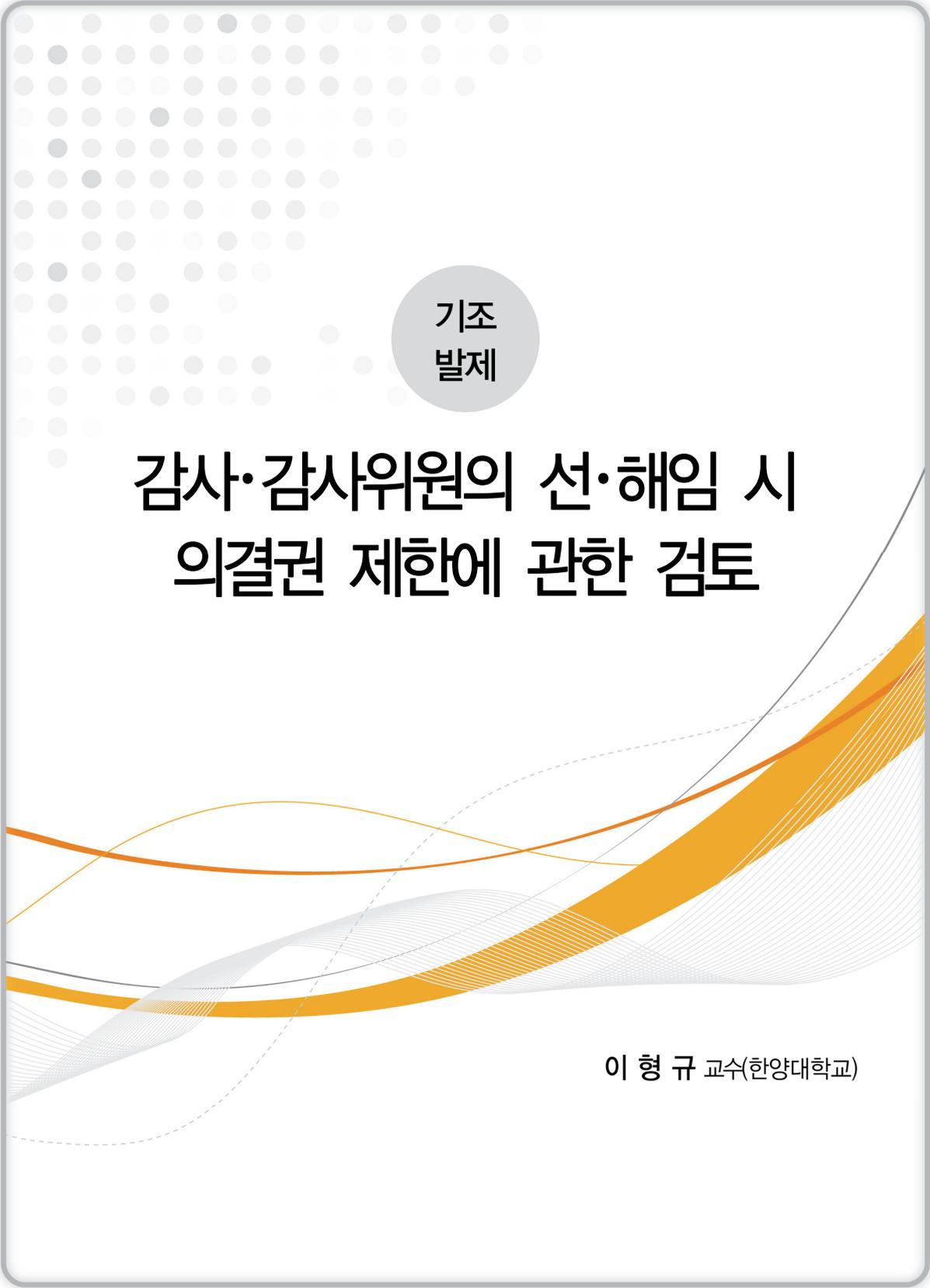
## 제3주제

- OTT서비스 등 새로운 미디어서비스에 대한 법적 규율 ————— 65  
| 이 부 하 교수(영남대학교)

## 제4주제

- 가짜뉴스 등 허위사실 표현에 대한 형사적 규제와 그 헌법적 한계 — 93  
| 이 문 한 차장검사(법무연수원)





기조  
발제

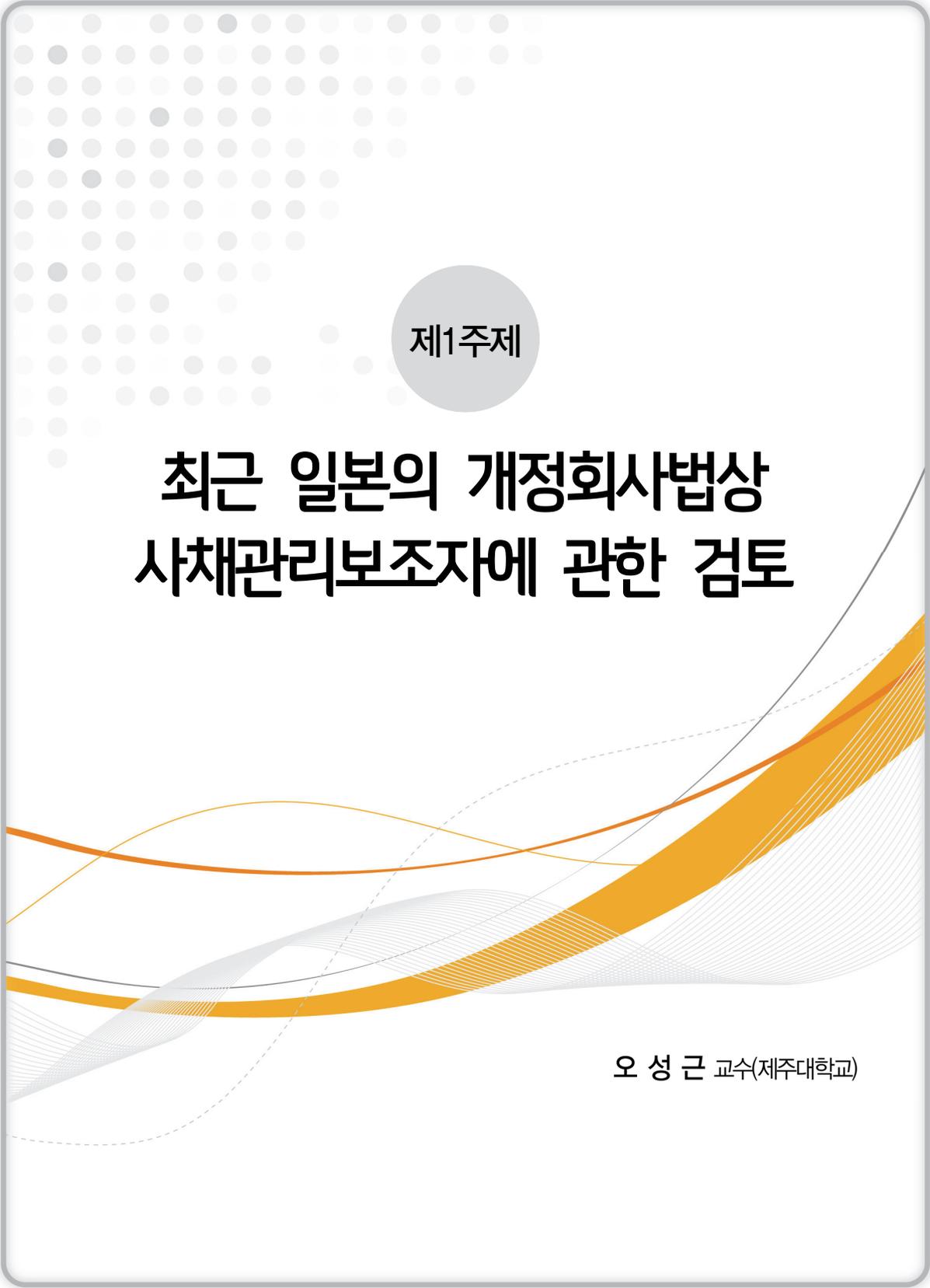
# 감사·감사위원의 선·해임 시 의결권 제한에 관한 검토

이 형 규 교수(한양대학교)









제1주제

# 최근 일본의 개정회사법상 사채관리보조자에 관한 검토

오 성 근 교수(제주대학교)



# 최근 일본의 개정회사법상 사채관리보조자에 관한 검토

오성근 교수(제주대학교)

## I 머리말

일본회사법상 사채관리자제도는 1993년 상법개정시 도입되었다.<sup>1)</sup> 그리하여 일본의 회사법은 회사가 사채를 발행하는 경우에는 원칙적으로 사채관리자를 설치하고, 사채를 관리하여 줄 것을 위탁하도록 하고 있다(동법 제702조 본문). 사채관리자는 법인이어야 하고(동법 제703조·시행규칙 제170조), 사채권자를 위하여 사채의 상환청구, 변제의 수령, 채권의 보존 그 밖에 사채의 관리에 필요한 일체의 행위를 할 수 있다.<sup>2)</sup> 그 목적은 사채권자(debenture holder)의 이익을 보호하는 데에 있다.<sup>3)</sup> 사채권자의 이익을 보호하기 위하여 사채관리자의 설치를 강제한 것은 미국의 1939년 신탁증서법(Trust Indenture Act of 1939)을 모델로 한 것이다.<sup>4)</sup> 그리하여 일본의 회사법은 미국의 1939년 신탁증서법과 같이 사채관리자가 광범위한 재량권을 적절하게 행사할 수 있는 제도적 장치를 갖추어 왔다.

그럼에도 불구하고 실제로는 사채관리자의 의무와 책임이 무거웠기 때문에<sup>5)</sup> 사채관리자가 되고자하는 자가 드물었다. 또한 사채관리자를 두는 때에는 많은 비용이 소요되었다. 이로 인하여 과거와는 달리 최근 대부분의 사채는 일본회사법 제702조 단서의 예외규정을 이용하여 사채관리자를 두지 않은 채 발행되었다.<sup>6)</sup> 그 이유는 일본의 회사가 사채를 발행하는 경우 각 사채의 금액이 1억원 이상이거나 그 밖에 사채관리자를 두지 않더라도 사채권자의 보호를 결할 우려가 없다고 법무성령으로 정하는 경우(동법 제702조·시행세칙 제169조)<sup>7)</sup>

1) 1993년 도입당시에는 ‘사채관리회사’라는 명칭을 사용하였지만, 2005년 개정시 사채관리자로 바뀌었다(神田秀樹, 会社法, 弘文堂, 2020, 343면; 森まどか, 社債権者保護の法理, 中央経済社, 2009, 107면).

2) 河本一浪·川口恭弘, 新·日本の会社法, 商事法務, 2020, 168면; 黒沼悦郎, 会社法, 商事法務, 2020, 291면.

3) 河本一浪·川口恭弘, 상계서, 168면; 江頭憲治郎, 株式会社法, 有斐閣, 2017, 728면

4) 江頭憲治郎, 株式会社法, 有斐閣, 2017, 728면 각주15).

5) 黒沼悦郎, 전계서, 292-293면.

6) 상계서, 293-294면.

7) 이 조문을 본문에서 기술한 바와 이해하기 위하여는 일본회사법 제681조 제1호, 회사법시행규칙

에는 사채관리자를 두지 아니하여도 무방하다는 규정을 활용하고 있기 때문이다. 특히 폐쇄형형태의 대부분의 회사는 사채를 발행하는 경우 자연스럽게 법무성령이 정하는 요건을 충족시킴으로써 사채관리자를 설치하지 아니하는 것이 통상적이다.<sup>8)</sup>

그런데 사채관리자를 설치하지 아니하고 사채를 발행한 경우 발행회사가 채무를 불이행하여 파산절차를 밟게 되는 상황에서는 각 사채권자가 스스로 채권신고를 하여야 하는 등 혼란이 발생하였고,<sup>9)</sup> 나아가 사채권자가 손해를 입는 사례도 나타나게 되었다.<sup>10)</sup> 세부적으로는 파산절차에 있어서의 채권신고를 하는 때에도 개별적인 사채권자를 정리하고, 사채권자를 소집하기 위하여 법원에 허가를 받아야 하며, 법원에 대하여 사채권자집회(meeting of debenture holder) 결의의 인가신청을 하는 등의 업무를 원활히 수행하는데 어려움이 있었다.<sup>11)</sup> 이를 계기로 일본정부와 학계는 사채관리자를 설치하지 않아도 무방한 경우일지라도 제3자가 사채권자를 위하여, 그리고 사채권자보다도 한정된 범위 내에서 사채권자의 사채관리를 보좌하는 일정한 사무를 담당하는 자가 필요하다는 문제의식을 가지게 되었다.<sup>12)</sup> 그리하여 2019년 일본의 개정회사법<sup>13)</sup>에서는 회사가 사채권자를 위하여 사채권자의 사채관리를 보좌하여 줄 것을 제3자에게 위탁할 수 있는 제도로써 사채관리보조자제도를 신설하게 되었다.<sup>14)</sup>

위와 같이 일본회사법상 사채관리자제도는 제3자인 사채관리자가 사채권자를 위하여 사채를 관리하는 제도로써 사채관리자는 사채관리에 필요한 권한을 포괄적으로 가지고 광범위한 재량권을 행사할 수 있는데 이에 비하여 사채관리보조자제도는 사채권자가 스스로 사채를 관리할 것을 전제로 제3자인 사채관리보조자가 사채권자를 위하여 사채관리를 보좌하는 제도이다.

따라서 사채관리보조자는 그 권한과 재량의 범위가 사채관리자 보다는 제한적이다. 그리하여 사채관리보조자가 스스로 광범위한 재량권을 가지고 사채를 관리하는 것이 아니라, ①

제165조를 함께 분석하여야 한다.

8) 江頭憲治郎, 전계서, 728면.

9) 高橋美加·笠原武朗·久保大作久·保田安彦, 会社法, 弘文堂, 2020, 355면; 黒沼悦郎, 전계서, 294면; 河本一浪·川口恭弘, 전계서, 170면.

10) 多賀大輔, “社債の管理などの見直し～中間試案の発表を受けて～”, Anderson Mōri & Tomotsune, 2018. 4, 1면.

11) 多賀大輔, 위의 자료, 1면

12) 法制審議會会社法制(企業統治等関係)部会資料1, 第1回 會議, 2017年4月26日, 4면.

13) 동법은 2021년 6월 11일까지 政令(施行令)에서 정하는 날부터 시행된다.

14) 多賀大輔, 전계 자료, 1면.



사채권자의 파산채권의 신고, ② 사채권자의 청구가 있는 경우 사채권자집회의 소집 등 사채권자에 의한 사채관리가 원활하게 이루어질 수 있도록 보조하는 자이다.<sup>15)</sup> 이하에서는 이러한 사채관리보조자제도 전반에 대하여 고찰하여 보고자 한다.

## II 사채관리보조자의 설치, 자격 및 선임·종임

### 1. 설치

#### 가. 요건

일본의 회사법상 사채관리보조자를 둘 수 있는 것은 사채관리자를 두지 않아도 무방한 동법 제702조 단서규정을 충족하는 경우이다. 즉 일본에서는 ① 회사가 발행하는 각 사채의 금액이 1억원 이상인 때, 또는 ② 동일 종류(일본회사법 제681조 제1호·시행규칙 제165조)의 사채의 총액을 그 종류의 각 사채 금액의 최저액으로 나누어 얻은 수가 50보다 작은 경우(동법 제702조·시행규칙 제169조)에는 사채권자들이 자기의 사채를 관리할 수 있다고 보기 때문에 예외적으로 사채관리자를 설치할 것을 요구하지 않고 있다. 그 이유는 이러한 요건을 충족시키면서 사채를 발행하는 때에는 사채권자가 스스로의 이익을 지킬 수 있을 것으로 보기 때문이다.<sup>16)</sup>

그런데 사채관리보조자의 설치요건과 관련하여 우리나라에서 해석상 주의를 하여야 할 점은 위의 ②의 요건이다. 즉 사채의 종류의 개념에 대하여는 우선적으로 일본회사법 제681조 제1호에서 명시하고 있다. 이에 따르면 “제676조 제3호에서 제8호까지 열거된 사항 기타 사채의 내용을 특정하는 것으로서 法務省令에서 정하는 사항(이하 이 편에서 「종류」라고 한다).”라고 규정하고 있다. 동법 제681조 제1호의 후반부의 위임을 받은 법무성령인 시행규칙 제165조는 ‘사채의 유형’이라는 제목 하에 사채의 이율(제1호), 사채상환의 방법 및 기

15) 法制審議會 「会社法制(企業統治等関係)の見直しに関する中間試案の補足説明」, 2018年 2月 14日, 47面.

16) 黒沼悦郎, 전계서, 291面.

한(제2호), 이자지급의 방법 및 기한(제3호) 등 모두 14가지의 사채의 유형을 열거하고 있다. 예를 들어 이를 풀이하면, 甲이라는 주식회사가 수차례에 걸쳐 이표채와 할인채를 발행한 경우에는 이표채의 형태로 발행한 사채, 할인채의 형태로 발행한 사채를 별도의 유형으로 분류하여 각각의 사채에서 얻은 수가 50보다 작아야 하는 것이다. 즉 동일종류(예: 이표채)별 사채권자의 수가 50인 미만인 경우에 적용되는 것이다.<sup>17)</sup> 예를 들면, 甲주식회사가 수차례 발행한 이표채의 총액이 1000억 원이고, 그 이표채의 각 사채의 최저 금액인 50억 원으로 나눈 결과 이표채의 사채권자의 수는 20인이 되므로 50인 미만이라는 요건을 충족하여 사채관리보조자를 둘 수 있게 되는 것이다.

이 때문에 우리나라의 實務界에서 통상적으로 사용하는 방법, 예를 들면 甲주식회사가 수차례의 사채를 발행한 경우 동일종류의 사채를 발행회차별로 구분하는 관행(예: 甲회사 제1회사 채권, 제2회사채권)과는 다르다는 점에 주의를 요한다. 예를 들면, 甲주식회사의 1회차 채권의 발행금액이 1000억 원이고, 最低引受 금액인 50억 원으로 나눈 결과 사채권자의 수가 50인 미만인 경우를 뜻하는 것이 아니다.

이와 같이 일본의 회사법은 사채의 종류를 우리나라의 실무계의 관행과 달리 발행회차별이 아니라 기능적 측면에 착안하여 분류하고 있다는 점이 특징적이다. 이러한 분류방식은 오래전부터 일본법제의 특징으로서 금융상품거래법상 동일종류의 유가증권을 분류하는 방식과도 유사한 면이 있다.<sup>18)</sup> 그리하여 2019년 개정회사법에서는 위의 ① 또는 ②의 요건을 충족하는 경우에는 사채권자가 스스로 사채를 관리할 것을 전제로 하여 사채관리보조자를 둘 수 있도록 하고 있다(동법 제714조의 2, 제702조의 단서). 그러므로 주로 私募債의 모집에 사채관리보조자제도가 활용될 것으로 추론된다. 이러한 추론은 일본의 금융상품거래법규를 통하여도 도출할 수 있다. 왜냐하면 일본회사법상 사채관리자불설치를 인정하는 요건, 즉 사채관리보조자를 설치할 수 있는 요건은 금융상품거래법상의 私募債의 요건(동법 제2조 제3항·시행령 제1조의 4 내지 제1조의 7, 「금융상품거래법 제2조에 규정한 정의에 관한 내각부령」<sup>19)</sup> 제11조 내지 제13조)과 매우 유사하기 때문이다.<sup>20)</sup> 즉 금융상품거래법상 私募는 ① 50인 미만의 투자자를 대상으로 투자권유를 하거나(少人數私募), 또는 내각부령에서

17) 同旨 江頭憲治郎, 전계서, 728면 각주15); 黒沼悦郎, 전계서, 291면; 高橋美加·笠原武朗·久保大作久·保田安彦, 전계서, 355면.

18) 동법시행령 제1조의 4 제1호ㄱ, 제2호ㄱ및ㄴ그리고ㄷ, 제3호ㄱ및ㄴ, 「금융상품거래법 제2조에 규정한 정의에 관한 내각부령」 제10조의 2 참조.

19) 1993년 대장성령 제14호. 2020년 내각부령 제61호에 의거 개정(시행일: 2021년 1월 1일).

20) 江頭憲治郎, 전계서, 728면 각주15); 神田秀樹, 전계서, 343면.



정하는 적격기관투자가를 대상으로 발행하는 사모, 이른바 프로사모를 뜻하기 때문이다.<sup>21)</sup>

한편 사채에 담보를 설정하는 때에는 담보의 목적인 재산을 갖는 자와 신탁회사와의 사이에서 신탁계약을 체결하여야 하고, 수탁회사가 사채권자를 위하여 사채를 관리하도록 하고 있다(담보부사채신탁법 제2조).<sup>22)</sup> 담보부사채의 관리에 대하여는 수탁회사와 사채관리자가 동일한 권한과 의무를 가지도록 하여(담보부사채신탁법 제35조), 사채권자가 독립적이고 임의적으로 담보부사채를 관리할 것을 상정하지 않고 있다. 이에 대하여 사채관리보조자제도는 사채권자가 스스로 사채관리를 할 것을 전제로 하고 있다. 때문에 담보부사채에 동 제도를 적용하는 것은 적당하지 않다고 보아 담보부사채에 대하여는 사채관리보조자를 둘 수 없다(일본회사법 제714조의 2 단서).

#### 나. 모집사항 등에 관한 개정

일본의 경우 회사가 발행하는 사채를 인수할 자를 모집하고자 하는 때에는 일본회사법 제 676조 각호에서 열거하는 모집사항을 정하여야 한다. 다만, 종래의 일본회사법은 사채관리자를 설치하는 것이 원칙이었으므로(동법 제702조 본문) 사채관리자를 정할 것인지의 여부는 모집사항에 속하지 아니하였다(개정전 제676조).

그러나 사채관리보조자제도가 도입됨에 따라 사채관리자를 두지 아니할 수 있는 때에는 사채관리자 또는 사채관리자보조자를 임의적으로 선택할 수 있게 되었다. 이를 반대로 해석하면, 사채를 발행하는 회사는 사채관리자를 의무적으로 설치하는 형태의 사채를 발행할지 아니면 사채관리자를 의무적으로 설치하지 아니하는 형태의 사채를 발행하고 임의적으로 ① 사채관리자를 정하든지, ② 사채관리보조자를 정하든지, 아니면 ③ 양 형태를 선택하지 아니할 수도 있게 된 것이다.<sup>23)</sup> 이러한 점에서 개정법에서는 양자가 혼동되는 것을 방지하기 위하여 사채관리보조자를 정하는 때에는 사채관리자를 정하지 아니하는 취지 및 사채관리보조자를 정하는 취지를 모집사항으로 기재하도록 하고(동법 제676조 제7호의 2·제8호의 2), 사채인수를 신청하고자 하는 자에게 이를 알리도록 하고 있다(동법 제677조 제1항 제2호).<sup>24)</sup> 그리고 주식회사가 발행하는 신주예약권<sup>25)</sup>을 인수하는 자를 모집하고자 하는 경우, 그 모

21) 松尾直彦, 金融商品取引法, 商事法務, 2021, 132-138面; 日野政晴, 金融商品取引法, 中央経済社, 2008, 126-127面.

22) 상계자료 46面; 竹林俊憲, 一問一答 令和元年改正会社法, 商事法務, 2020, 165面.

23) 日本弁護士連合会, 改正会社法, 弘文堂, 2020, 124面.

24) 竹林俊憲, 전계서, 166面.

집신주예약권이 신주예약권부사채에 부착된 것인 때에도 마찬가지로 사항을 정하여야 한다(동법 제238조 제1항 제6호, 제676조 제7호의 2·제8호의 2).

#### 다. 법적 성질

사채관리보조자를 설치할지의 여부는 사채발행회사가 결정한다(일본회사법 제676조 제8호의 2). 그리고 사채발행회사는 사채관리보조자를 설치할 것을 결정한 때 사채관리보조자가 될 자와 위탁계약을 체결하여야 한다(동조 본문). 이 점은 사채발행회사가 사채관리자에게 일정한 사무를 위탁하는 것(동법 제702조의 본문)과 동일하다.<sup>26)</sup> 사채발행회사와 사채관리회사간에 체결한 위탁계약의 효과는 회사법상의 규율로서 당연히 사채권자 및 전전 유통하는 사채의 양수인에 대하여도 미친다.<sup>27)</sup> 따라서 사채관리보조자의 위탁계약의 효력이 발생하기 위하여 사채권자의 수익의 의사표시(일본민법 제537조 제3항)는 요구되지 않으며, 일본회사법 제676조 및 그 밖의 회사법의 규율에 준거한 위탁계약을 체결하고 사채가 발행됨으로써 당연히 모든 사채권자에게 그 효력이 미친다.

한편 기술한 바와 같이 사채관리자를 정하지 아니하여도 되는 경우(일본회사법 제702조 단서)에 한하여 사채관리보조자를 둘 수 있는데, 그 경우에도 사채발행회사는 임의적으로 사채관리자를 정할 수 있다(동법 제702조). 그리하여 사채관리보조자를 설치한 사채에 대하여 나중에 사채관리자 또는 수탁회사를 정한 때에는 사채권자가 아니라 그 사채관리자 또는 수탁회사가 그 사채를 관리할 것을 상징하는 것이기 때문에 사채관리보조자에 관한 위탁계약을 존속시키는 것은 적당하지 않게 된다. 이러한 점에서 2019년 개정회사법은 사채관리자에 관한 제702조의 규정에 의한 위탁에 관계되는 계약 혹은 신탁회사(trust company)에 관한 담보부사채신탁법 제2조 제1항에 규정하는 신탁계약의 효력이 발생하는 경우에는 사채발행회사와 사채관리보조자가 체결한 위탁계약은 종료되는 것으로 하였다(동법 제714조의 6).<sup>28)</sup>

25) 일본의 신주예약권제도는 2001년 상법개정시 도입된 것으로서 사전에 예정된 가격으로 회사에 대해서 신주발행 또는 자기주식의 이전을 청구할 수 있는 권리로서, 소위 콜옵션에 해당한다. 이에 관한 상세한 내용은 양만식, “일본의 신주예약권제도와 입법적 시사점”, 기업법연구 제25권 제2호, 2011, 60면 이하; 김정호, “일본 회사법상 신주예약권에 관한 연구”, 경영법률 제26집 제2호, 2016, 290면 이하.

26) 日本弁護士連合会, 전거서, 132면; 岩崎友彦·西村修一·濱口耕介, 令和元年改正会社法ポイント解説 Q&A, 日本経済新聞出版社, 2020, 200면.

27) 日本弁護士連合会, 전거서, 132면; 最高裁, 平成 28年 6月2日 判決, 民集 第70卷 第5号, 1157면.



## 라. 재무대리인과의 관계

일본에서는 사채관리자를 설치하지 아니하고 발행한 사채를 사채관리자불설치채권(Fiscal Agency Bond, FA債<sup>29)</sup>)이라고 한다. 즉 사채관리자불설치채권에 대하여는 통상적으로 사채발행액의 지급 또는 그 기간 중의 사무를 집행하는 재무대리인(Fiscal Agency, FA)을 정하기 때문에 이러한 사채를 FA債라고 하는 것이다. 재무대리인은 사채를 발행하는 때에 위탁계약에 의거한 권한을 갖는 법인으로서 발행회사의 대리인 역할을 한다. 재무대리인은 회사법상의 용어는 아니지만, 振替社債<sup>30)</sup>에 대하여는 사채발행자가 해당사채에 관한 발행대리인 및 지급대리인(금융기관)을 증권보관대체결제기구에 신고할 필요가 있기 때문에(증권보관대체결제기구의 「사채 등에 관한 업무규정」 제12조) 관련 발행대리인 및 지급대리인의 지위를 갖는 은행 등을 재무대리인으로 칭하여 지고 있다.<sup>31)</sup>

사채관리보조자제도는 향후 사채시장이 확대될 것이라는 전망하게 도입된 제도이지만, 그 기능상 재무대리인의 지위를 갖고 있는 금융기관이 사채관리보조자의 지위를 가질 가능성이 크다. 왜냐하면 사채관리보조자를 설치한 회사, 즉 사채관리보조자설치회사가 振替社債를 발행하는 경우에도 「사채 등에 관한 업무규정」에 따라 발행대리인 및 지급대리인을 신고하여야 하기 때문이다. 그리하여 금융회사가 사채관리보조자의 지위에 있게 되면, 재무대리인을 설치할 필요성이 적어지기 때문에 그간의 FA債라는 호칭도 변화될 가능성이 있다. 다만, 예정된 바와 같이 변호사 또는 법무법인이 사채관리보조자의 자격을 갖게 되는 때에는 현재와 같이 금융기관이 재무대리인으로서의 역할을 할 가능성이 있다.<sup>32)</sup>

28) 法制審議會 「会社法制(企業統治等関係)の見直しに関する要綱案」, 2019年 1月 16日, 14面.

29) 森まどか, 전게서, 95, 108面; 江頭憲治郎, 전게서, 728面; 河本一浪·川口恭弘, 전게서, 169面.

30) 이는 권면을 발행함이 없이 계좌관리기관 또는 대체결제기관이 관리하는 계좌장부에서 잔고를 기록하여 관리하는 無券面(paperless)의 채권을 뜻한다. 가입자, 즉 사채권자가 사채발행회사에 대하여 권리를 행사하는 경우에는 계좌관리기관 또는 대체결제기관으로부터 증명서를 교부받아 이를 공탁하여 권리행사를 한다. 그리고 사채발행회사의 원리금지급에 대하여는 법률상 규정이 없기 때문에 통상은 계좌관리기관 또는 대체결제기관을 통하여 정보가 발행회사에 통지되고, 발행회사는 이를 근거로 원리금을 지급하게 된다. 이와 같은 振替社債는 債券에 관한 규정을 제외하고는 회사법의 社債에 관한 규정들이 적용된다(神田秀樹, 전게서, 349-350面).

31) 日本弁護士連合会, 전게서, 122面.

32) 상게서, 125面.

## 2. 자격

사채관리보조자는 사채권자를 위하여 파산절차에 참가할 권한(일본회사법 제714조의 4 제1항)과 위탁계약에서 정하는 범위 내에서 사채의 관리에 관한 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한(동조 제2항)을 갖는 자이다. 그러므로 2019년 일본의 개정회사법은 사채권자의 보호의 관점에서 사채보조자의 자격을 해당권한을 적절하게 행사할 수 있을 것으로 기대할 수 있는 자로 한정하고 있다.<sup>33)</sup> 다만, 사채관리보조자는 사채관리자보다도 권한 및 재량의 여지가 한정되어 있기 때문에 그 자격요건을 보다 완화하고 있다. 그리하여 동법은 사채관리자가 될 수 있는 자로서 제703조에서 열거하고 있는 자, 즉 ① 은행, 또는 ② 신탁회사 등이 사채관리보조자가 될 수 있다고 하고, 나아가 법무성령에서 정하는 자 역시 사채관리보조자의 자격이 있는 것으로 하고 있다(동법 제713조의 3).<sup>34)</sup> 그리하여 법무성령에서는 ㉑ 담보부사채신탁법 제3조의 면허를 받은 자, ㉒ 주식회사상공조합중앙금고, ㉓ 농업협동조합법<sup>35)</sup> 제10조 제1항 제2호 및 제3호의 사업을 병행하여 영위하는 농업협동조합 또는 농업협동조합연합회, ㉔ 신용협동조합 또는 중소기업 등 협동조합법<sup>36)</sup> 제9조의 9 제1항 제1호의 사업을 영위하는 협동조합연합회, ㉕ 신용금고 또는 신용금고연합회, ㉖ 노동금고연합회, ㉗ 장기신용은행법<sup>37)</sup> 제2조에서 규정하는 장기신용은행, ㉘ 보험업법<sup>38)</sup> 제2조 제2항에서 규정하는 보험회사, ㉙ 농림중앙금고 등을 명시하고 있다(시행규칙 제170조).

한편 사채관리자는 파산절차에 참가 등을 할 권한 및 위탁계약에서 정하는 범위 내에서 사채와 관련한 채권의 실현을 보전하기 위하여 필요한 재판상 또는 재판외의 모든 할 권한을 갖는 자이기 때문에 법무성령에서는 추가적으로 변호사 및 법무법인도 사채관리보조자의 자격을 가질 수 있도록 조치할 예정이다.<sup>39)</sup> 실무상으로는 금융기관과 변호사가 함께 사채관리보조자가 되어 변제의 수령 등에 대하여는 금융기관이 담당하고, 재판절차에 대하여는 변호사가 담당할 것으로 기대하고 있다.<sup>40)</sup>

33) 竹林俊憲, 전게서, 167面.

34) 제714조의 3(신설) : 사채관리보조자는 제703조 각 호에 열거된 자 또는 그 밖에 법무성령으로 장가 아니면 안 된다.

35) 昭和22年(1947년) 法律 第132号.

36) 昭和24年(1949년) 法律 第181号.

37) 昭和27年(1952년) 法律 第187号.

38) 平成7年(1995년) 法律 第105号.

39) 法制審議會会社法制(企業統治等関係)部会資料25, 第16回 会議, 2018年 8月 29日, 14面; 神田秀樹, 전게서, 344面.



### 3. 특별대리인의 선임

일본회사법에 의하면, 법원은 사채관리자가 설치된 회사에서 사채권자와 사채관리자의 이해가 충돌하는 때에 사채권자집회의 청구가 있고, 사채권자를 위하여 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 필요가 있다는 판단되는 때에는 특별대리인을 선임하여야 한다(동법 제707조). 개정회사법은 사채관리보조자가 설치된 회사에서 사채권자와 사채관리보조자의 이해가 충돌하는 때에는 동일한 규율을 적용하는 것이 타당하다고 판단하여 일본회사법 제707조를 준용하도록 하고 있다. 그리하여 법원은 사채권자와 사채관리보조자의 이해가 충돌하는 때에 사채권자집회의 청구가 있고, 사채권자를 위하여 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 필요가 있다는 판단되는 때에는 특별대리인을 선임하여야 한다(동법 제714조의 7·제707조).

이와 관련하여 사채권자와 사채관리보조자간의 이해가 충돌하는 예가 문제될 수 있다. 일반적으로는 ① 사채관리보조자가 사채권자에게 채무를 부담하고 있는 경우, 예를 들면, 채무불이행에 의거한 손해배상책임을 부담하고 있는 경우, ② 사채발행자가 사채관리보조자에 대한 채권을 가지고, 사채권자의 사채와 관련되는 債權을 보전하려고 하는 경우, ③ 사채권자에 의한 사채와 관련되는 債權의 보전 또는 회수와 사채관리보조자가 사채발행자에 대하여 가지는 채권의 보전 혹은 회수가 경합하는 경우를 들 수 있다.<sup>41)</sup>

사채권자와 사채관리보조자간의 이해가 충돌하는 경우에 선임되는 특별대리인의 자격요건에 대하여는 별도의 규정을 두지 않고 있다. 사채관리자에 대하여는 사채관리자의 자격을 갖고 있는 은행 등이 선임되어 왔기 때문에, 사채관리보조자에 대하여도 크게 다를 바 없을 것으로 예상된다.

한편 특별대리인선임에 관한 제707조는 강행법규이기 때문에 사채계약 또는 사채관리위탁계약 등에 특약을 둬으로써 동조의 적용을 회피하여서는 아니 되는 것으로 해석되고 있다. 따라서 사채관리보조자와의 계약에 있어서도 일본회사법 제707조의 적용을 회피하는 특약은 무효이다.<sup>42)</sup>

40) 竹林俊憲, 전계서, 167面.

41) 岩崎友彦·西村修一·濱口耕介, 전계서, 222面 참조.

42) 상계서, 223面.

## 4. 사채관리보조자의 종임

### 가. 해임

2019년 일본의 개정회사법에 따르면, 법원은 사채관리보조자가 그 의무를 위반하는 때, 그 사무처리에 적임하지 아니한 때 또는 그 밖에 정당한 이유가 있는 때에는 사채발행회사 또는 사채권자집행의 결의에 따라 해당사채관리보조자를 해임할 수 있다(동법 제714조의 7 전단, 제713조). 다만, 법원이 사채관리보조자를 해임하고자 하는 때에는 사채관리보조자의 진술을 듣는 기회를 가져야 한다(동법 제807조 제1항 제2호).

### 나. 사임

사채관리보조자는 사채발행회사 및 사채권자집회의 동의를 얻어 사임할 수 있다. 이 경우 사채관리보조자는 사전에 사무를 승계할 사채관리보조자를 정하여야 한다(일본회사법 제 714조의 7, 제711조 제1항). 다만, 사채관리보조자가 부득이한 사유로 사임하는 때에는 법원의 허가를 얻어 사임할 수 있다(동법 제714조의 7, 제711조 제3항). 그리고 사채관리보조자는 사채발행회사와의 위탁계약에서 정한 사유가 있는 때에는 사채발행회사의 개별적인 동의 없이 사임을 할 수 있다. 다만, 위탁계약에서 사무를 승계할 사채관리보조자에 관한 정함이 없는 때에는 사임을 할 수 없다(동법 제714조의 7, 제711조 제2항).

### 다. 사채관리보조자 사무의 승계

일본에서는 사채관리보조자의 유무가 사채권자의 사채관리방법 등에 영향을 미친다고 보고 있다.<sup>43)</sup> 이 때문에 일본의 개정회사법은 ① 사채관리보조자의 자격(동법 제714조의 3)을 상실한 때, ② 법원의 허가를 얻어서 사임한 때(동법 제714조의 전단, 제711조 제3항), ③ 해임된 때(동법 제714조의 7 전단, 제713조), ④ 사망 또는 해산한 때 중 어느 하나에 해당 하면, 사채발행회사로 하여금 사무를 승계할 사채관리보조자를 정하고, 사채권자를 위하여 사채의 관리의 보조업무를 위탁하도록 정하고 있다(동법 제714조의 7, 제714조 제1항). 그리고 이 경우 사채발행회사는 사채권자집회의 동의를 얻기 위하여 지체 없이 사채권자집회를 소집하고 그 동의를 얻지 못하는 때는 그 동의 대신에 법원의 허가를 신청하여야 한다.<sup>44)</sup>

43) 竹林俊憲, 전거서, 174面.



2명 이상의 사채관리보조자가 있는 경우에도 다른 사채관리보조자의 존재의 여부와 무관하게 사무를 승계할 사채관리보조자를 정하여야 한다. 왜냐하면 복수의 사채관리보조자는 각자가 그 권한에 속하는 행위를 하기 때문이다(동법 제714조의 5 제1항). 이는 사채관리자의 경우 다른 사채관리자가 없는 때에 한하여 동법 제714조 제1항의 규정이 적용되어 사무를 승계하는 사채관리자를 요건으로 하는 것과 다르다.

한편 머리말에서 밝힌 바와 같이 사채관리자는 법인이어야 하지만(동법 제703조·시행규칙 제170조), 사채관리보조자는 자연인도 자격을 가지기 때문에 사망한 경우에도 사무를 승계하도록 정하고 있다.

### III 사채관리보조자의 권한, 의무 및 책임

#### 1. 권한

##### 가. 법정권한

##### (1) 의의

사채관리제도는 제3자인 사채관리자가 사채권자를 위하여 사채관리를 하는 제도이며, 사채관리자는 사채의 관리에 필요한 권한을 포괄적으로 가지고, 그 재량권 역시 광범위하다. 이에 비하여 사채관리보조자제도는 제3자인 사채관리보조자가 사채권자를 위하여 사채권자의 사채관리행위를 보조하는 제도이다. 그 결과 사채관리보조자는 사채권자보다 그 권한과 재량의 범위가 제한적이다. 개정회사법에서는 사채관리자의 권한을 다음과 같이 규율하고 있다.

##### (2) 파산절차 등에 대한 참가권

일본회사법상 사채관리보조자는 ① 파산절차, 재생절차 또는 갱생절차에 참가(제1호), ② 강제집행 또는 담보권의 실행절차에 있어서의 배당요구(제2호), 및 ③ 청산절차에 있어서 제499조 제1항의 기간(2개월) 내에 채권의 신고를 할 권한(제3호)을 갖는다(동법 제714조

44) 전계部会資料25, 19面.

의 4 제1항). 이 가운데 제1호의 참가권은 사채와 관련 있는 채권에 관하여 파산채권자 등으로서 신고 등을 할 권한을 말한다. 사채관리보조자가 제1호 내지 제3호의 권한을 행사하는 데에는 사채권자집회의 결의 또는 위탁계약을 통한 별도의 규정을 요하지 아니한다. 사채관리보조자가 반드시 보유하여야 하는 권한이기 때문이다.

이 권한은 사채를 관리하기 위하여 필요하다는 실무계의 요청이 강하였고, 신고 등이 이미 시작된 파산절차 등의 과정에서 사채권을 확보하는 행위로서 재량의 여지가 거의 없기 때문에 사채관리보조자에게 과도한 부담은 되지 아니한다는 판단하여 사채관리보조자의 권한으로 하였다. 그리고 발행회사와 사채권자 간에 서로 정보를 전달하기로 약정을 경우, 사채관리보조자가 파산시에 파산채권자집회에 출석하고 정보를 수집하는 것도 ‘파산절차참가’로서 인정된다.<sup>45)</sup>

### (3) 위탁계약에서 정하는 범위 내에서 인정되는 권한

이에 해당하는 것으로서는 첫 번째, 사채에 관한 채권의 변제를 받을 권한이 있다(동법 제714조의 4 제2항 제1호). 이 권한은 사채를 관리하는 데 가장 기본적인 권한이므로 사채권자집회의 결의를 요하지 아니한다. 이 권한은 사채를 관리하는 데 가장 기본적인 것인 만큼 법정권한으로 할 수도 있었을 것이다. 그러나 사채발행회사의 입장에서는 채권의 변제를 사채권자에게 직접 할 수도 있고, 또 그것이 사채권자에게 유리한 경우도 있을 수 있다. 이러한 점에서 이 권한에 대하여는 위의 제714조의 4 제1항 제1호 내지 제3호와는 달리 사채관리보조자가 반드시 보유하여야 하는 권한이 아니라 위탁계약에서 정하는 범위 내에서 인정되는 권한으로 하였다.<sup>46)</sup>

두 번째, 사채에 관한 채권의 보전을 실현하기 위하여 필요한 재판상 또는 재판외의 행위를 할 권한<sup>47)</sup>이 있다(동법 제714조의 4 제2항 제2호·제705조 제1항). 이 권한은 상황에 대응하여 행사되어야 하므로 재량의 범위가 넓을 수 있어 이 권한을 갖는 것 자체가 과도한 부담이 될 수 있다. 때문에 이에 대하여는 사채관리보조자가 항상 보유하여야 하는 것은 아니고, 그 행사범위를 한정시킬 필요가 있어 위탁계약으로 정하도록 하고 있다. 그리고 사채관리보조자(또는 특별대리인)가 사채권자를 위하여 재판상 또는 재판외의 행위를 하는 때에

45) 日本弁護士連合会, 전계서, 139面.

46) 상계서, 140面.

47) 다만, 위의 동법 제714조의 4 제1항 제1호 내지 제3호의 권한 및 제714조의 4 제2항 제1호의 행위를 제외한다.



는, 사채관리자에게 적용되는 동법 제708조를 준용하여 개개의 사채권자를 표시할 필요가 없다(동법 제717조의 7 전단). 그 이유는 사채권자는 다수가 항상 변동할 수 있고 ① 무기명사채의 경우는 사채권자를 확정적으로 알기 어려우며, ② 기명사채라고 할지라도 다수의 채권자를 표시하는 것이 번잡하기 때문이다.<sup>48)</sup> 다만, 앞의 ‘제714조의 4 제2항 제2호’에도 불구하고 사채의 전부 대하여 행하는 지급의 청구, 사채의 전부와 관련 있는 채권에 의거한 강제집행, 가압류 또는 가처분, 그 밖에 사채의 전부에 대한 소송행위 혹은 파산절차 등에 속하는 행위를 하고자 하는 때에는 사채권자집회의 결의를 거쳐야 한다(동법 제714조의 4 제3항 제1호). 여기서의 ‘사채의 전부’란 동일 종류의 사채전부를 의미한다. 사채관리자는 공평의무를 부담하므로(동법 제704조 제1항) 사채권자를 불평등하게 취급할 목적으로 동일 종류의 사채임에도 불구하고 일부 사채권자만을 위하여 지급청구 등을 하여서는 아니 된다. 사채관리보조자도 마찬가지로 공평의무를 부담하므로(동법 제714조의 7·제704조 제1항), 동일 종류의 사채임에도 불구하고 사채권자만을 위한 행위를 하여서는 아니 된다.

세 번째, ① 사채의 전부에 대하여 행하는 지급의 유예, 그 채무 혹은 그 채무의 불이행으로 인하여 발생한 책임의 면제 또는 화해(뒤의 ②의 행위를 제외한다.), ② 사채의 전부에 대하여 행하는 소송행위, 파산절차, 재생절차, 갱생절차 또는 특별청산에 관한 절차에 속하는 행위를 할 권한을 갖는다(동법 제714조의 4 제2항 제3호·제706조 제1항).<sup>49)</sup> 이러한 권한들은 사채권의 처분과 연계되는 권한으로써 사채관리보조자가 반드시 행사하여야 하는 것은 아니기 때문에 위탁계약에서 정하는 범위 내에서 행사할 수 있는 권한으로 하였다. 그리고 이러한 행위들을 하는 때에는 사채권자집회의 특별결의를 거쳐야 한다(동법 제714조의 4 제3항 제2호·제2항 제3호, 제724조 제2항 제2호).

네 번째, 사채발행회사가 사채의 총액에 대하여 기한의 이익을 상실<sup>50)</sup>하도록 행위를 할 권한을 갖는다(동법 제714조의 4 제2항 제4호). 그리하여 사채관리보조자는 사채발행회사로 하여금 만기 전에 사채를 상환하도록 요구할 수 있다. 다만, 사채관리보조자가 이 권한을 행사하기 위하여는 사채권자집회를 거쳐야한다(동법 제714조의 4 제3항 제2호·제2항 제4호). 사채발행회사가 기한의 이익을 상실하는 것은 발행회사는 물론 사채권자에게도 중대한 이해가 있으므로 사채권자집회라는 절차를 거치도록 한 것으로 추론된다.

48) 竹林俊憲, 전거서, 171面.

49) 다만, 위의 첫 번째부터 세 번째까지 열거한 동법 제714조의 4 제2항 제1호 및 제2호의 행위를 제외한다.

50) 기한의 이익의 상실의 사유에 대하여는 양창수·김재형, 민법 I 계약법, 박영사, 2020, 409-415면.

### 나. 그 밖의 약정권한

일본에서는 회사법에서 정하는 법정권한 이외의 권한을 계약을 통하여 사채관리자에게 부여할 수 있다고 해석되어 왔다. 사채관리보조자의 권한을 정한 개정회사법의 규정도 앞에서 기술한 '위탁계약에서 정하는 범위 내에서 인정되는 권한'만을 사채관리보조자에게 부여할 수 있는 권한으로서 한정 열거하고 있는 것은 아니고, 위탁계약에 의하여 그 밖의 약정 권한을 부여할 수 있는 것으로 하고 있다.<sup>51)</sup> 즉 위탁계약으로 사채관리보조자에게 부여하는 권한이 제714조의 4 제2항에 열거된 것으로 한정되지는 않는다는 뜻이다. 다만, 법원의 허가를 얻어 사채발행회사의 업무 및 재산상황을 조사할 권한(동법 제705조 제4항, 제706조 제4항), 채권자이의절차상 이의를 제기할 권한(동법 제740조 제2항 본문), 사채발행회사가 사채권자에게 하는 변제, 사채발행회사와 사채권자간의 화해 그 밖에 사채권자에 대하여 또는 사채권자와의 사이에서 이루어진 행위가 현저하게 불공정한 때는 소로써 해당행위의 취소를 청구할 권한(동법 제865조 제1항) 등 제705조 제1항 및 제706조 제1항의 규정 이외의 법률의 규정으로 사채관리자에게 부여되어 있는 권한은, 위탁계약으로도 사채관리보조자에게 부여할 수 없다.<sup>52)</sup>

### 다. 기타

사채관리보조자는 자본금 등의 감소, 조직변경, 회사분할, 합병 등에 대하여 사채발행회사로부터 최고를 받을 권한이 있다(동법 제740조 제3항). 다만, 사채관리보조자는 최고에 대하여 이의를 제기할 수 없다(동조 제2항 본문 참조)

## 2. 의무 및 책임

### 가. 의무

#### (1) 공평·성실의무 및 선관주의의무

사채관리보조자는 공평하고 성실하게 사채관리를 보조하여야 한다. 그리고 사채권자에

51) 法制審議會会社法制(企業統治等関係)部会資料11, 第7回 會議, 2017年 11月 1日, 2-3面.

52) 竹林俊憲, 전게서, 170面.



대하여 선량한 관리자의 주의로서 사채관리를 보조하여야 한다(일본회사법 제714조의 7·제704조). 이는 사채관리자에 관한 제704조의 규정을 사채관리보조자에게 준용함으로써 부담하는 의무이다. 그리고 사채관리보조자는 사채관리보조에 관한 위탁을 받은 이상 위탁자의 신뢰를 저버려서는 아니 된다는 취지에서 이러한 의무들을 명시하였다.<sup>53)</sup>

공평의무란 사채의 관리를 보조를 함에 있어 그 내용이나 수액에 따라 사채권자를 공평하게 취급하여야할 의무를 말한다. 따라서 사채관리보조자는 ① 사채발행회사로부터 원리금의 일부만 변제를 받더라도 이를 채권액에 비례하여 배분하여야 하고,<sup>54)</sup> ② 사채권자들의 권리행사를 불공평하게 관리하여서는 아니 된다.<sup>55)</sup> 따라서 사채관리보조자는 ① 발행회사로부터 원리금의 일부만 변제를 받더라도 이를 채권액에 비례하여 배분하여야 하고, ② 사채권자들의 권리행사를 불공평하게 관리하여서는 아니 된다.<sup>56)</sup>

성실의무란 자기 또는 제3자의 이익과 사채관리자의 이익이 충돌하는 경우 자기 또는 제3자의 이익을 사채권자의 이익보다 우선하지 않고 성실하게 행위하여야할 의무를 말한다.<sup>57)</sup> 성실의무의 전형으로는 사채관리보조자가 사채발행회사에 대하여 채권을 가지고 있다고 할지라도 자기의 채권의 회수를 사채권의 실현에 우선하여서는 아니 되는 의무를 들 수 있다. 다만, 성실의무의 구체적 내용은 위탁의 취지에 비추어 결정될 것인데, 사채관리보조자와 사채관리자에 대한 위탁의 취지는 다르다. 따라서 사채관리자에게는 성실의무위반에 해당하는 행위일지라도 사채관리보조자에게는 의무위반에 해당하지 않는 행위일 수도 것이다.<sup>58)</sup>

사채관리보조자의 선관주의의무와 관련하여 일본의 부회자료 등에서는 구체적인 설명을 찾아보기 힘들다. 다만, 사채관리자의 선관주의의무에 관하여 일본회사법은 사채의 모집사항에 약정사항의 내용을 기재하도록 함으로써(동법 제676조 제12호·시행규칙 제162조 제4호) 선관주의의무의 대상이 되는 사채의 관리에는 약정권한의 행사도 포함되는 것으로 해석되고 있다.<sup>59)</sup> 사채관리보조자의 선관주의의무도 이에 준하는 것으로 추론된다. 그리고 통설적 견해는 선관주의의무가 공평·성실의무와는 다른 것으로 해석하고 있다. 따라서 사채권자와 사채관리보조자 또는 제3자간에서 이익이 충돌하지 아니하는 상황에서도 적절한 시

53) 전계中間試案の補足説明, 48面.

54) 이철송, 회사법, 박영사, 2021. 1058면; 오성근, 회사법, 박영사, 2021. 940면.

55) 오성근, 상계서.

56) 오성근, 상계서.

57) 상계서; 黒沼悦郎, 전계서, 292面; 日本弁護士連合会, 전계서, 150面.

58) 전계中間試案の補足説明, 48面.

59) 黒沼悦郎, 전계서, 292-293面.

기 및 방법을 택하여 사채관리보조자의 권한을 행사하여야 한다고 본다. 그 결과 ① 사채발행자의 업무 및 재산상황을 조사하고 사채에 관한 채권을 보전하기 위하여 필요한 행위를 하였다면 사채권자의 손해를 회피할 수 있었음에도 불구하고 막연히 이러한 행위를 하지 아니한 경우, ② 사채발행자의 경영상태를 적절하게 평가하고, 직접적으로 사채에 관한 기한의 이익을 상실시켰더라면 사채권자의 손해를 회피할 수 있었음에도 불구하고 사채권자집회에서 기한의 이익을 상실시키도록 권고하지 않고, 화해를 권고하는 행위 등은 선관주의의 무위반에 해당한다.<sup>60)</sup>

생각건대, 「중간시안보족설명」에서 알 수 있는 바와 같이 사채관리보조자는 사채권자의 위탁을 받아 사채관리를 보조하는 자이므로 위탁자의 신뢰를 저버리지 않도록 이러한 의무를 부과하는 것으로 보인다. 다만, 사채관리보조자에게 부과되는 공평의무, 성실의무 및 선관주의의무는 사채관리자에게도 동일하게 부과되는 것인데, 사채관리보조자의 재량의 범위는 본래 제한적이고, 그 권한에 대하여는 제714조의 2의 규정에 의한 위탁계약에서 정하는 바에 따라 재량의 범위를 더욱 제한하고 있기 때문에 책임을 추궁당하는 사례도 사채관리자에 비하여 드물 것으로 보인다.

## (2) 사채권자에 대한 정보전달·보고의무

### (가) 취지

사채권자가 사채관리를 원활하게 하기 위하여는 사채발행회사와 사채권자간의 정보전달 및 사채권자간의 정보전달이 중요하다. 본래 사채관리보조자는 선관주의의무를 부담하기 때문에(일본회사법 제714조의 7·제704조 제2항) 사채권자에 대하여 보고의무를 부담하는 것은 당연하므로 별도의 규정을 둘 필요가 없다고 본다. 일본의 회사법개정과정에서도 같은 의견이 있었다.<sup>61)</sup> 그러나 사채권자가 사채발행회사의 신용도 또는 부도 등에 관한 정보를 얻는 것은 사채관리를 위하여 그리고 합리적인 의사결정하는데 중요하다고 사채관리보조자의 정보전달·보고의무를 제도화하였다.

### (나) 주요내용

사채관리보조자의 중요한 직무 중의 하나는 정보전달을 원활하게 하도록 하는 데에 있다.

60) 岩崎友彦·西村修一·濱口耕介, 전거서, 218面.

61) 法制審議會会社法制(企業統治等關係)部會資料15, 第9回 會議 議事録, 2018年 1月 10日, 7面.



일본회사법은 사채관리보조자로 하여금 위탁계약에 따라 사채관리에 관한 사항을 사채권자에게 보고하거나 또는 사채권자가 이를 알 수 있도록 하는 조치를 취하도록 하고 있다(동법 제714조의 4 제4항). 그리고 사채발행회사가 사채권자에게 보고 등을 하여야할 사항은 사채권자와의 계약으로 정하고 규율하는 것이 통상적이다. 또한 사채관리보조자가 사채권자에 대하여 보고 등을 할 적절한 방법은 해당사채가 기명사채인지 아니면 무기명사채인지의 여부에 따라 다를 수밖에 없다. 그리하여 사채관리보조자에게 획일적인 내용의 의무를 부과하는 것은 타당하지 않기 때문에 사채관리보조자가 사채권자에게 하는 보고사항의 범위 및 방법은 위탁계약에 따르도록 하고 있다.

## 나. 책임

### (1) 사채권자에 대한 책임

사채관리자가 회사법 또는 사채권자집회의 결의에 위반하는 행위를 한 때는 사채권자에 대하여 연대하여 그로 인하여 생긴 손해를 연대하여 배상할 책임을 부담한다(일본회사법 제710조 제1항). 일본에서는 사채관리보조자에 대하여도 동일하게 책임을 묻는 것이 합당하다고 보아 이 조항을 사채관리보조자에게 준용하고 있다(동법 제714조의 7·제710조 제1항). 다만, 준용함에 있어서는 제710조 제1항의 ‘사채권자에 대하여 연대하여’라는 내용은 ‘사채권자에 대하여’로 변경하였다. 이는 사채관리보조자가 복수인 경우에도 각자가 그 권한에 속하는 행위를 한다는 점(동법 제714조의 5 제1항)에서, 그 행위로 인하여 발생하는 책임을 당연히 연대하여야 하는 것은 아니기 때문이다. 다만, 예외적으로 사채관리보조자가 사채권자에게 발생한 손해를 배상할 책임을 부담하는 경우 다른 사채관리보조자도 그 손해를 배상할 책임을 지는 때에 해당사채관리보조자들은 상호 연대채무자가 된다(동법 제714조의 5 제2항).

### (2) 이해충돌행위에 대한 책임

일본회사법은 일정한 이해충돌행위의 유형에 관하여는 사채관리자에게 성실의무위반 및 인과관계의 증명책임을 전환시키고 있다. 그리하여 이해충돌행위로 인한 손해배상책임의 요건을 정형화함과 동시에 사채관리자에게 성실의무위반 또는 손해와의 인과관계의 부존재의 증명책임을 지도록 하고 있다(동법 제710조 제2항).<sup>62)</sup> 이를 구체적으로 보면, 사채관리자

는 ① 사채발행회사가 사채의 상환 또는 이자의 지급을 해태하거나, 혹은 ② 사채발행회사에 대한 지급정지조치가 내려진 후 또는 그 3개월 전에 당해사채관리자의 채권과 관련 있는 채무에 대하여 사채발행회사로부터 담보의 공여 혹은 소멸에 관한 행위를 하는 경우 사채권자에게 손해를 배상할 책임을 진다. 즉 사채발행회사가 사채의 상환 등을 해태하였음에도 불구하고 사채관리자가 자기채권에 관하여 담보의 제공 등을 받는 행위를 한 경우 등 4가지의 이해충돌행위를 하는 때 사채관리자는 사채권자에게 손해를 배상할 책임을 지는 것이다. 나아가 사채관리자가 이러한 유형의 이해충돌행위를 하는 때에는 성실의무위반 및 손해와의 인과관계가 존재하지 아니한다는 증명책임을 지도록 하고 있는 것이다(동법 제710조 제2항).

제710조 제2항의 취지에 관하여는 다음과 같이 설명되고 있다. 즉 사채발행회사의 거래은행이 사채관리자가 되는 때에는 사채관리자가 사채발행회사에 대하여 대출채권을 가지고 있거나 가질 수 있는 사례가 예상되므로 사채관리자와 사채권자와의 이익이 충돌할 수 있음을 상정한 것이다.<sup>63)</sup>

입법론으로서 사채관리자와 사채권자의 이익이 충돌되는 때에는 사채관리자의 자격을 상실시키는 것을 고려할 수 있는데, 동법은 거래은행이 사채관리자가 되면, 사채발행회사를 효율적으로 감시할 수 있다는 점을 고려하여 이해충돌행위가 있는 때에도 사채관리자의 지위를 유지시키되, 특별한 이해충돌행위의 유형에 대하여는 성실의무위반 및 손해와의 인과관계가 없음을 증명하는 책임을 전환시켜 피고인 사채관리자로 하여금 그 부존재를 입증하도록 법제화한 것이다.<sup>64)</sup>

이와 관련하여 일본회사법의 개정시의 中間試案前의 부회에서는 사채관리보조자에게도 동일한 규율을 할지의 여부에 관한 논의가 있었다.<sup>65)</sup> 그러나 사채관리보조자는 사채관리자를 두지 아니하여도 무방한 회사에 설치되는 것이고, 사채관리자보다 재량의 범위가 제한적이며 한정된 권한만을 가지고 있기 때문에 ① 중대한 이해충돌행위의 유형을 추출하기 어렵다는 점, ② 제710조 제2항의 규정의 엄격성으로 인하여 사채관리자가 되고자 하는 자를 확보하기 어렵다는 현실을 고려하면, 사채관리보조자가 되고자 하는 자를 쉽게 확보할 수 있도록 하는 관점에서 제710조 제2항을 준용하는 규정은 두지 않는 것으로 하였다(동법 제714조의 7 참조).<sup>66)</sup>

62) 전계中間試案の補足説明, 51面.

63) 法制審議會会社法制(企業統治等関係)部會資料5, 第4回會議, 2017年 7月 26日, 8-9面

64) 상계部會資料.

65) 상계部會資料; 전계部會資料11, 5面;

### (3) 사전면책조항 등의 불허

사채관리보조자는 사채관리자와 마찬가지로 선의이며 중대한 과실이 없는 선관주의의무 위반행위에 관하여 사전에 면책조항을 두거나 약속을 하는 것은 허용되지 아니한다. 그 이유는 ① 사채관리보조자는 반드시 적절하게 사채관리를 보조할 동인을 가지고 있는 것은 아니고, 또 ② 사채발행회사 및 사채관리보조자가 되고자 하는 제3자가 사채권자를 위하여 계약을 체결하는 구조 하에서는 사채발행회사 및 제3자 쌍방이 제3자의 의무가 가벼울수록 좋다는 생각을 할 우려가 있기 때문이다.<sup>67)</sup> 즉 사채관리보조자의 의무위반행위에 대하여 지나치게 광범위한 면책을 인정하는 계약을 체결하고, 그 결과 사채권자의 이익을 해할 우려가 있기 때문인 것으로 해석된다. 그리고 앞의 이유 ①은 의뢰인에 상당하는 사채권자의 이익과 대리인에 상당하는 사채관리보조자의 이익은 항상 일치하는 것이 아니기 때문이다. 이는 의뢰인과 대리인간에서 구조적으로 발생하는 이해대립의 문제로서 일반적으로는 대리인문제(Agency Problem)라고 한다.

## IV 사채관리보조자제도의 운영

### 1. 행위의 방식

사채관리보조자 또는 그 특별대리인은 사채권의 관리를 보조하는 때에 사채권자의 법정 대리인으로서 행위를 하게 된다. 이때 사채권자를 위하여 행하는 재판상 또는 재판 외의 대리행위는 사채권자의 상행위에 해당하지 아니한다. 이 때문에 상법상 非顯名注意가 적용되지 아니하고,<sup>68)</sup> 사채권자를 위하여 행하는 대리행위는 상행위가 아니기 때문에 본인인 사채권자를 위한 행위임을 표시하여야 하는 것이 원칙이다(일본민법 제99조·일본상법 제504조).

그러나 사채권자는 다수로서 항상 변동가능성이 있고, 무기명사채의 경우에는 사채권자를 확정하기 쉽지 않고, 기명사채의 경우에도 다수의 사채권자를 표시하는 것은 번잡하다.

66) 전계中間試案의補足説明, 51-52面; 竹林俊憲, 전계서, 173面 각주2).

67) 전계中間試案의補足説明, 48面; 전계部會資料5, 7面

68) 最高裁, 昭和 51年 2月 26日 判決, 金法 第784号, 33面 참조.

이 때문에 일본회사법은 사채관리자가 사채권자를 위하여 재판상 또는 재판 외의 행위를 하는 때에는 개별의 사채권자를 표시할 필요가 없는 것으로 하고 있다(동법 제708조). 그리고 2019년 개정회사법은 사채관리보조자 또는 그 특별대리인에게도 동조를 준용하도록 하여 사채관리자와 동일하게 규율하고 있다(동법 제714조의 7·제708조). 이와 같이 일본의 개정회사법은 사채관리보조자를 두는 경우 顯名代理로 인하여 발행할 수 있는 문제점을 입법적으로 해결하고 있다고 평가할 수 있다.<sup>69)</sup>

한편 일본의 회사법 제708조는 사채관리자가 사채권자를 위한 재판상 또는 재판 외의 행위를 하는 경우 非顯名注意를 적용하고 있지만, 통설은 이러한 행위의 효력이 귀속되는 사채권자의 범위는 표시될 필요가 있다고 보고 있다. 그 표시는 '甲주식회사 제1회 무담보사채(unsecured debenture)·사채관리자 A'와 같이 回號를 나타냄으로서 족하다고 한다. 따라서 사채관리보조자가 동일한 대리행위를 함으로써 그 효력이 귀속되는 사채권자를 특정하는 방식도 回號를 이용함으로써 가능하다고 보고 있다.<sup>70)</sup>

## 2. 복수의 사채관리보조자가 있는 경우의 특칙

### 가. 배경

사채관리자의 설치와 관련하여 일본의 회사법은 2인 이상을 두는 것으로 하고 있다(동법 제709조). 이는 舊상법 제310조의 규정, 즉 사채모집의 수탁회사는 복수이어도 무방하다는 내용을 사채관리자제도를 창설한 1993년 상법개정시 계승하여 오늘에 이르고 있는 것이다. 구상법 제310조는 사채총액이 거액인 때에는 사채모집을 하는 수탁회사가 불가피하게 복수로 존재한다는 실무계의 상황을 반영한 것이다. 그리하여 2019년 회사법의 개정과정에서도 복수의 사채관리보조자를 설치하는 것을 전제로 하여 그 권한과 책임에 관하여 검토되었다.<sup>71)</sup>

### 나. 위탁계약의 체결방식

사채발행회사는 사채를 발행하고자 하는 경우 2인 이상의 사채관리보조자와 사채관리보

69) 同旨 前記中間試案の補足説明, 51面; 前記部會資料5, 4面.

70) 岩崎友彦·西村修一·濱口耕介, 前記서, 215面.

71) 前記部會資料5, 10-11面; 前記部會資料11, 5-6面; 前記中間試案の補足説明, 51面.



조에 관한 위탁계약을 체결할 수 있다(동법 제714조의 5 제1항). 이때 각각의 사채관리보조자는 사채발행회사와의 사이에 사채관리보조에 필요한 위탁계약을 체결한다. 사채관리보조자의 권한은 제714조의 2 및 제714조의 4 제2항·제4항에 의거 각각의 사채관리보조자와 체결한 위탁계약에 따른다.

#### 다. 권한

##### (1) 사채관리자와의 권한행사방식의 차이

사채관리자가 2인 이상인 경우에 권한의 행사는 공동으로 하여야 한다(동법 제709조 제1항). 이로 인하여 사채관리자가 사채권자를 위하여 사채권의 변제를 수령한 때는 사채권자에게 연대하여 그 변제액을 지급할 의무를 부담한다(동조 제2항). 같은 논리로 사채권자가 회사법 또는 사채권자집회의 결의에 위반한 행위를 하는 때는 사채권자에게 연대하여 손해를 배상할 책임을 진다(동법 제710조 제1항).

일본의 회사법의 개정과정에서는 사채관리보조자에게도 동일한 규율을 할지의 여부가 논의되었다. 그 결과 사채관리보조자가 2인 이상인 경우 그 권한의 행사는 사채관리자와는 달리 각자가 그 권한에 속하는 행위를 하는 것으로 결론지었다.<sup>72)</sup> 그리고 그 뜻은 동법 제714조의 5 제1항을 통하여 밝히고 있다.

##### (2) 주요내용

2인 이상의 사채관리보조자는 각자 그 권한에 속하는 행위를 한다(일본회사법 제714조의 5 제1항). 따라서 다른 사채관리보조자의 행위에 대하여 책임을 부담하지 아니한다. 이와 같이 제도화한 이유는 다음과 같다. 즉 ① 사채관리보조자의 권한은 한정적이고, 재량의 여지도 제한적이므로 그 행사를 다른 사채관리보조자와 공동으로 할 실익이 적다. ② 권한의 행사를 공동으로 하도록 하는 때에는 신속하고 원활한 사무의 수행을 방해할 우려가 있다. ③ 관련권한의 각자 행사를 전제로 하여 위탁계약에 있어서의 일부의 사채관리보조자에게만 일정할 권한을 인정함으로써 사채관리보조자 간에 사무의 분장을 가능하게 한다.<sup>73)</sup> 이 가운데 ③의 논지는 변호사 및 법무법인으로 사채관리보조자의 자격요건을 확대할 경우 변호

72) 전계要綱案, 14面.

73) 전계部会資料11, 6面; 전계中間試案의補足説明, 51面.

사 등에게 어울리는 권한행사는 파산절차에의 참가권한(예: 채권의 신고 등), 집행절차에 있어서의 배당요구, 청산절차에의 참가권한(예: 채권의 신고 등)(동법 제714조의 4 제1항 각호 참조) 기타 소송행위의 수행 등이고, 이에 비하여 2019년 개정 전부터 사채관리자로서의 자격을 가지고 있었던 금융기관은 사채에 관한 채권의 변제를 수령하는 행위(동조 제2항 제1호) 등에 친화성이 있다는 데에 있다. 즉 사채관리보조자의 자격요건을 확대하여 변호사 및 법무법인에 대하여도 부여할 예정이며, 이 경우에는 금융기관이 동일한 사채에 대하여 함께 사채관리보조자가 될 가능성이 높다고 보았기 때문이다.

결국 일본에서는 복수의 사채관리보조자가 설치되는 경우에는 서로 다른 권한을 행사할 수 있다는 판단에서 권한의 각자 행사를 인정하게 되었다.

#### 라. 책임

사채관리보조자가 회사법 또는 사채권자집회의 결의에 위반한 한 때에는 사채권자에 대하여 그로 인하여 생긴 손해를 연대하여 배상할 책임을 부담한다(동법 제714조의 7·제710조 제1항). 다만, 예외적으로 복수의 사채관리보조자의 손해배상채무의 관계를 규율하는 방식은 제714조의 5 제2항에서 정하고 있다. 이에 따르면 복수의 사채관리보조자가 있는 때 어떤 사채관리보조자가 사채권자에게 발생한 손해를 배상할 책임을 부담하는 경우(제714조의 7제710조 제1항) ‘다른 사채관리보조자도 그 손해를 배상하는 책임을 지는 때는 해당사채관리보조자들은 상호 연대채무자가 된다.’고 규정하고 있다.

기술한 바와 같이 2인 이상의 사채관리자를 두는 때에 사채관리보조자간에는 사무의 분장이 인정되므로(동법 제714조의 5 제1항), 어떤 사채관리보조자가 회사법의 규정 또는 사채권자집회의 결의에 위반한 행위를 하더라도 그 사항에 대하여 권한이 없는 다른 사채관리보조자는 그 책임을 부담하지 아니한다. 그렇지 아니하면, 사채관리보조자간의 권한 행사의 독립성 및 사무의 분장을 인정하는 의미가 없어지기 때문이다. 이러한 점에서 제714조의 5 제2항은 ‘다른 사채관리보조자도 그 손해를 배상하는 책임을 지는 때는’이라고 규정을 하여, 어떤 사채관리보조자의 책임을 당연히 다른 사채관리보조자도 연대하여 부담하는 것이 아님을 명시하고 있는 데에 그 의의가 있다. 그리고 동일사안에 관하여 복수의 사채관리보조자가 책임을 부담하는 때에는 이론상 연대채무가 될 가능성이 있지만, 반드시 그러한 것은 아니기 때문에 임원 등의 연대책임에 관한 일본회사법 제430조와 마찬가지로 사채관리보조자에 대하여도 연대책임에 관한 규정을 명시하였다고 볼 수 있다.<sup>74)</sup>



#### 마. 상호감시의무

일본의 회사법이 개정되는 과정에서는 2인 이상의 사채관리보조자가 있는 때 서로간의 사무분장이 인정된다고 하더라도(동법 제714조의 5 제1항) 상호감시의무가 있는지에 대하여 논의되었다. 이에 관하여 일본의 법무성은 상호감시의무는 인정되지 않는다고 답하였다.<sup>75)</sup>

생각건대, 실제적으로도 사채관리보조자간의 사무분장을 인정하면서 사채관리보조자간에 감시의무가 있다는 것은 권한의 각자행사를 규정한 제714조의 5 제1항의 취지와도 양립할 수 없다고 본다. 왜냐하면 사채관리보조자의 권한행사범위는 회사의 이사와는 다르고, 사채 관리의 보조자의 지위에 머무르기 때문에 복수의 사채관리보조자에게 '각자의 권한'이 있다고 규정한 것은 권한이 없는 사항이 존재할 수 있음을 의미하는 것으로써 그 권한이 없는 사항에 대하여 정확하게 파악을 하고 감시할 것으로 기대하기는 어렵기 때문이다.

### 3. 사채권자집회

#### 가. 소집·출석 등

사채관리보조자는 사채권자의 사채관리를 보조하는 자이다. 그러므로 사채관리보조자가 스스로 사채권자집회를 소집할 수 있다고 하면, 그 보조자가 스스로 집회의 목적사항과 집회의 일시 등을 정하여야 한다(일본회사법 제719조 참조). 이러한 사항을 정하는 것은 재량적인 판단을 수반하여야 한다. 그러나 사채관리보조자는 광범위한 재량권을 가지고 사채를 관리하는 사채관리자와는 달리 재량권의 범위가 한정적이다. 이 때문에 일본의 회사법개정 과정에서는 사채관리보조자가 이러한 사항을 정하는 권한을 갖는 것은 합당하지 않다고 판단하였다.<sup>76)</sup> 그리고 그 지위와 권한에 비추어 사채관리보조자가 자발적으로 사채권자집회의 소집권을 행사할 필요성도 높지 않다고 보았다.

이러한 연유로 개정법은 어떤 종류의 사채총액<sup>77)</sup>의 10분의 1이상에 해당하는 사채를 보유한 사채권자로부터 사채권자집회의 소집청구를 받은 경우(동법 제717조 제3항 제1호·제718조 제1항) 및 사임을 함에 있어 사채권자집회의 동의를 얻기 위하여 필요한 경우(동법

74) 竹林俊憲, 전게서, 176面; 日本弁護士連合会, 전게서, 147面.

75) 法制審議會会社法制(企業統治等関係)部会, 第9回 會議 議事録, 2018年 1月 10日, 3-7面.

76) 전계中間試案의補足説明, 52面.

77) 상환된 총액은 제외한다.

제717조 제3항 제2호, 제714조의 7·제711조 제1항)에 한하여 사채권자집회를 소집할 수 있다고 하고 있다. 이때 무기명사채권자가 사채권자집회를 청구하기 위하여는 사채권자임을 나타내는 사채권을 제시하여야 한다(동법 제718조 제4항).

일본회사법의 개정과정에서는 사채총액의 10분의 1에 미달하는 사채를 가진 사채권자가 사채권자집회의 소집을 청구한 때에도 사채관리보조자가 사채권자집회를 소집할 수 있는지에 대하여도 추가적으로 논의되었다. 그러나 사채관리보조자 또는 사채관리자를 두지 아니한 사채의 경우 사채총액의 10분의 1이상에 해당하는 사채를 가진 소수사채권자만이 사채권자집회의 소집을 청구할 수 있도록 한 규정(동법 제718조 제1항)과의 균형을 고려하여 채택되지 아니하였다. 다만, 사채관리보조자는 사채총액의 10분의 1에 미달하는 사채를 가진 일정한 사채권자로부터 사채권자집회 개최의향을 전달받은 경우에는 위탁계약에서 정하는 바에 따라 그 밖의 사채권자들의 의향을 확인할 의무를 부담하는 것으로 정리하였다(동법 제714조의 4 제4항).<sup>78)</sup>

한편 사채관리보조자는 사채관리자와 마찬가지로 사채권자집회의 소집통지를 받고(동법 제720조 제1항), 사채권자집회에 출석할 수 있다. 이 경우 사채관리보조자는 그 대표자 또는 대리인을 사채권자집회에 출석시키거나 또는 서면으로 의견을 진술할 수도 있다(동법 제729조 제1항).

## 나. 결의의 집행

사채관리보조자를 두고 있는 경우 사채관리보조자의 권한에 속하는 행위에 관한 사항을 가결하는 취지의 사채권자집회의 결의가 있었던 때는 사채관리보조자가 그 결의를 집행한다(동법 제737조 제1항 제2호 본문). 다만, 사채권자집회의 결의에 의하여 별도로 그 결의를 집행할 자를 정하고 있는 때는 제외한다(동법 제737조 제1항 단서). 본래 사채관리보조자의 권한에 속하는 행위에 관한 사항 이외의 것일지라도 사채관리보조자가 원칙적으로 집회의 결의를 집행하는 것으로 하는 때에는 사채관리보조자가 위탁계약체결시에 상정하지 아니하였던 사항에 관한 사채권자집회의 결의가 있더라도 사채관리보조자가 집행을 하여야하는 문제가 있을 수 있기 때문에, 명문으로 그 집행의 범위를 한정하였다.<sup>79)</sup>

78) 전계中間試案の補足説明, 53面.

79) 상계자료.



## 다. 결의에 따른 사채권리금의 감면

### (1) 결의요건

사채발행회사가 회생하는 과정을 보면, 사채원리금의 지급채무를 감면하여줄 필요성이 있는 사례가 있다. 그리하여 일본회사법은 사채원리금지급채무에 관하여 ‘和解’를 하는 경우에는 사채권자집회의 특별결의, 즉 의결권자의 의결권총액의 5분의 1이상 그리고 출석한 의결권자의 의결권총액의 3분의 2이상의 의결권을 가진 자의 동의를 얻도록 하고 있다(동법 제724조 제2항). 특별결의에는 정족수제한은 없다. 사채권자집회에 참석하고자 하는 사채권자가 항상 다수인 것은 아니기 때문이다.<sup>80)</sup> 그리고 무기명사채의 경우에는 사채권자를 파악하기가 어렵기 때문에 무기명사채의 사채권자가 의결권을 행사하기 위하여는 社債券을 제시하여야 한다(동법 제723조 제3항).

나아가 일본회사법은 사채권자집회의 결의에 의거 사채전부에 대하여 그 채무의 전부 또는 일부를 감면할 수 있음을 명확히 하고 있다. 이러한 결의 역시 화해의 경우와 마찬가지로 특별결의이다(동법 제706조 제1항 제1호).<sup>81)</sup> 본래 일본민법은 화해를 하기 위하여는 당사자 상호간 양보를 하여야 한다는 요건을 명시하고 있다(일본민법 제696조). 그러나 기업의 회생절차에서는 이러한 요건을 충족시키기 어려운 경우도 있다. 왜냐하면 일본민법 제696조의 요건을 충족시키려면 사채권자전원의 양보를 얻어야 하는데, 이는 현실적으로 쉽지 않기 때문이다. 일본회사법은 이러한 현실을 고려하여 특별결의라는 별도의 규정을 둔 것으로 풀이된다.

### (2) 법원의 인가

위와 같이 일본회사법은 사채원리금 지급채무를 감면하고자 하는 때에는 사채권자집회의 특별결의를 거치도록 하고 있다. 사채권자집회의 결의는 법원의 인가를 받지 아니하면 효력이 발생하지 아니한다(동법 제734조 제1항). 그 취지는 결의의 하자 유무뿐만이 아니라 결의의 타당성에 대하여도 법원의 심사를 받도록 함으로써 사채권자를 보호하고자 하는 데에 있다.<sup>82)</sup> 법원은 사채권자집회의 결의가 현저하게 불공정한 때 또는 그 결의가 사채권자 일

80) 近藤光男·柴田和史·野田 博, 会社法, 有斐閣, 2015, 357면

81) 「会社法制(企業統治等関係)の見直しに関する中間試案」, 2018年 2月 14日, 13面; 전개中間試案의 補足説明, 50面.

82) 黒沼悦郎, 전개, 295面.

반의 이익에 반하는 등의 사유가 있으면 그 결의를 인가하여서는 아니 된다(동법 제733조).<sup>83)</sup> 여기서 ‘결의가 현저하게 불공정한 때’란 결의가 일부의 사채권자에게만 유리한 경우 등을 뜻한다. 그리고 ‘사채권자 일반의 이익에 반하는 때’란 청산가치를 하회할 때까지 사채권자의 債權을 방기하는 것을 말한다.<sup>84)</sup>

따라서 사채권자집회의 결의에 따라 사채전부에 대하여 그 채무의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다고 하더라도 소수파사채권자를 부당하게 대우하여서는 아니 된다.

### 라. 결의의 생략

사채권자집회는 일본회사법에서 규정하는 사항 및 사채권자의 이해에 관한 사항에 대하여 결의를 할 수 있다(동법 제716조). 이 가운데 회사법에서 규정하는 사항에 관한 사채권자집회의 결의는 종래, 사채권자 전원의 동의로 갈음할 수 없다고 해석되어 왔다.<sup>85)</sup> 사채권자집회에 관한 규정은 강행법규라고 보았기 때문이다.

그러나 최근에는 실무계로부터 신속한 의사결정을 위하여 사채권자 전원의 동의가 있는 때에는 사채권자집회의 결의를 생략할 수 있도록 하는 것이 바람직하다는 의견이 제시되어 왔다. 주주총회의 경우에는 주주전원의 서면 또는 전자적 기록에 의하여 동의를 의사표시를 하면, 주주총회의 결의를 생략할 수 있다는 규정이 마련되어 있었다(동법 제319조). 그리하여 일본의 2019년 개정회사법은 사채발행회사, 사채관리자, 사채관리보조자 또는 사채권자가 사채권자집회의 목적사항을 제안한 경우 그 제안에 대하여 의결권을 행사할 수 있는 사채권자 전원이 서면 또는 전자적 기록으로 동의를 의사표시를 하는 때에는 그 제안을 가결하는 취지의 사채권자집회의 결의가 있었던 것으로 간주하고 있다(동법 제735조의 2 제1항). 이 경우에는 법원의 인가를 받지 않더라도 효력이 발생한다(동조 제4항). 사채권자전원의 동의가 있는 때에는 사채권자보호를 결할 우려가 없기 때문이다.<sup>86)</sup>

사채권자 전원동시에 관한 제735조의 2 제1항의 규정을 반대로 해석하면 사채권자 등의 동의에 하자가 있는 때에는 사채권자집회의 결의가 있었던 것으로 간주할 수 없게 된다. 그 결과 소의 이익이 있는 자는 동의를 하자 등을 이유로 그 결의가 성립하지 아니하였음을 주

83) 전계中間試案の補足説明, 55面.

84) 竹林俊憲, 전계서, 179面.

85) 多賀大輔, 전계 자료, 3面; 전계中間試案の補足説明, 55面.

86) 전계部会資料5, 14面; 多賀大輔, 전계 자료, 4面; 전계中間試案の補足説明, 55面.



장할 수 있다고 본다.<sup>87)</sup> 이와 관련하여 개정법의 논의과정에서는 사채권자의 동의를 의사 표시 하자 등에 관하여 사후적 다툼이 예상되는 때에는 사채권자집회 결의의 생략절차를 인정할 수 없기 때문에 사채권자집회를 실제로 개최하도록 하고, 법원의 인가를 받도록 하자는 방안이 제시되었으나,<sup>88)</sup> 반영되지 아니하였다.

한편 사채발행회사는 보유하고 있는 자기사채를 가지고 의결권을 행사할 수 없는데(동법 제723조 제2항), 다른 사채권자 전원의 동의로 사채권자집회의 결의가 있었던 것으로 보는 때에, 그 결의는 그 사채발행회사에 대하여도 효력이 있다(동법 제735조의 2 제1항·제4항 괄호·제734조 제2항).

#### 4. 사채관리보조자의 보수 및 사무처리비용

사채관리보조자에게 지급되어야 하는 보수 그 밖의 사무처리비용 및 그 지출일 이후의 이자와 사무의 처리를 위하여 자기의 과실이 없음에도 불구하고 입은 손해의 배상액은 사채발행회사와의 계약으로 정하는 경우를 제외하고는, 법원의 허가를 얻어서 사채발행회사의 부담으로 처리할 수 있다(일본회사법 제741조 제1항). 그리고 사채관리보조자는 법원에 그 허가를 하여줄 것을 신청할 수 있다(동조 제2항). 또한 사채관리보조자는 제714조의 4 제2항 제1호에 의거 사채와 관련한 채권의 변제를 받은 때에는 그 변제받은 금액을 가지고 사채권자에 앞서 이러한 보수 등에 관한 자기의 채권에 충당할 수 있는 권리를 갖는다(동법 제741조 제3항).

### V 맺음말

일본 국내의 공모사채의 약 75%, 기관투자가를 대상으로 하는 이른바 도매영업을 하는 채권은 약 80%는 사채관리자를 두지 않고, 채권을 발행하고 있다. 이 이유는 사채발행기관이 부도날 위험이 높다는 시각이 존재하고 있기 때문이다. 그 결과 일본의 채권시장은 신용

87) 多賀大輔, 전계 자료, 4면; 전계中間試案の補足説明, 56면.

88) 전계部會資料5, 14면.

도가 높은 기업만이 이용할 수 있는 시장으로 변질되고 있다.<sup>89)</sup> 때문에 일본에서는 신용도가 낮은 기업의 사채발행을 촉진하여 경제불황에 대비할 수 있는 유연한 사채관리제도를 강구할 필요가 있다고 주장되어 왔다.

일본에서 사채관리자를 두지 않고 사채를 발행하는 사례가 많은 이유로는 본문에서 기술한 바와 같이 사채관리자의 설치에 소요되는 고비용을 들 수 있다. 사채관리보조자제도는 사채발행시의 고비용의 문제를 해결하고 사채를 발행하는데 도움을 줄 목적으로 도입하게 되었다. 이와 같이 일본에서는 사채관리보조자제도를 도입함에 따라 신용등급이 낮은 기업들이 채권을 발행할 수 있게 되고, 발행·관리비용도 낮게 조정될 것으로 기대하고 있다. 이는 결국 사채시장이 확대되고 기업자금조달의 선택지가 확대됨을 뜻한다.

그러나 일본의 사채관리보조자제도를 검토한 결과, 개인적으로는 소기의 성과거둘 수 있을 지는 지켜봐야할 것으로 보인다. 일본의 경우 사채관리보조자제도를 도입함으로써 사채의 발행과 관리에 관여할 수 있는 자는 기존의 사채관리인, 재무관리인 및 사채권자보좌인<sup>90)</sup> 등 4개의 주체가 존재하게 되었다. 사채관리보조자에 관한 규정 그 자체가 다소 복잡하여 사채발행회사들이 수월하게 이용할 수 있을지 의문이고, 사채의 발행과 관리에 다수의 주체가 존재한다는 것은 입법취지와는 달리 시간과 비용의 면에서 효과적이지 않을 수도 있기 때문이다. 그리고 사채관리보조자에게 공평의무, 성실의무 및 선관주의의무를 부담시키고 있는 것은 사채관리자의 경우와 마찬가지로 사채관리보조자의 설치에 따르는 비용이 높아질 수 있다. 이는 입법취지에 부합하는 사채관리보조자를 확보하는데 어려움을 겪게 될 요인으로 작용할 수도 있다고 본다. 따라서 향후 우리나라에서 입법적 분석을 할 때에는 일본의 사채시장의 현황과 관련법제의 전후현황을 정확히 파악하고 접근하여야 할 것으로 보인다.

89) 岩崎友彦·西村修一·濱口耕介, 전거서, 205面.

90) 이는 2016년 8월 일본증권업협회가 마련한 제도이다. 사채에 관한 사무절차와 채권의 보전 등에 관한 지원업무를 목적으로 한다. 특히 중요한 업무는 사채의 부도 후의 債權保全 및 회수에 관하여 사채권자를 지원하는 역할을 한다.



## | 참고문헌 |

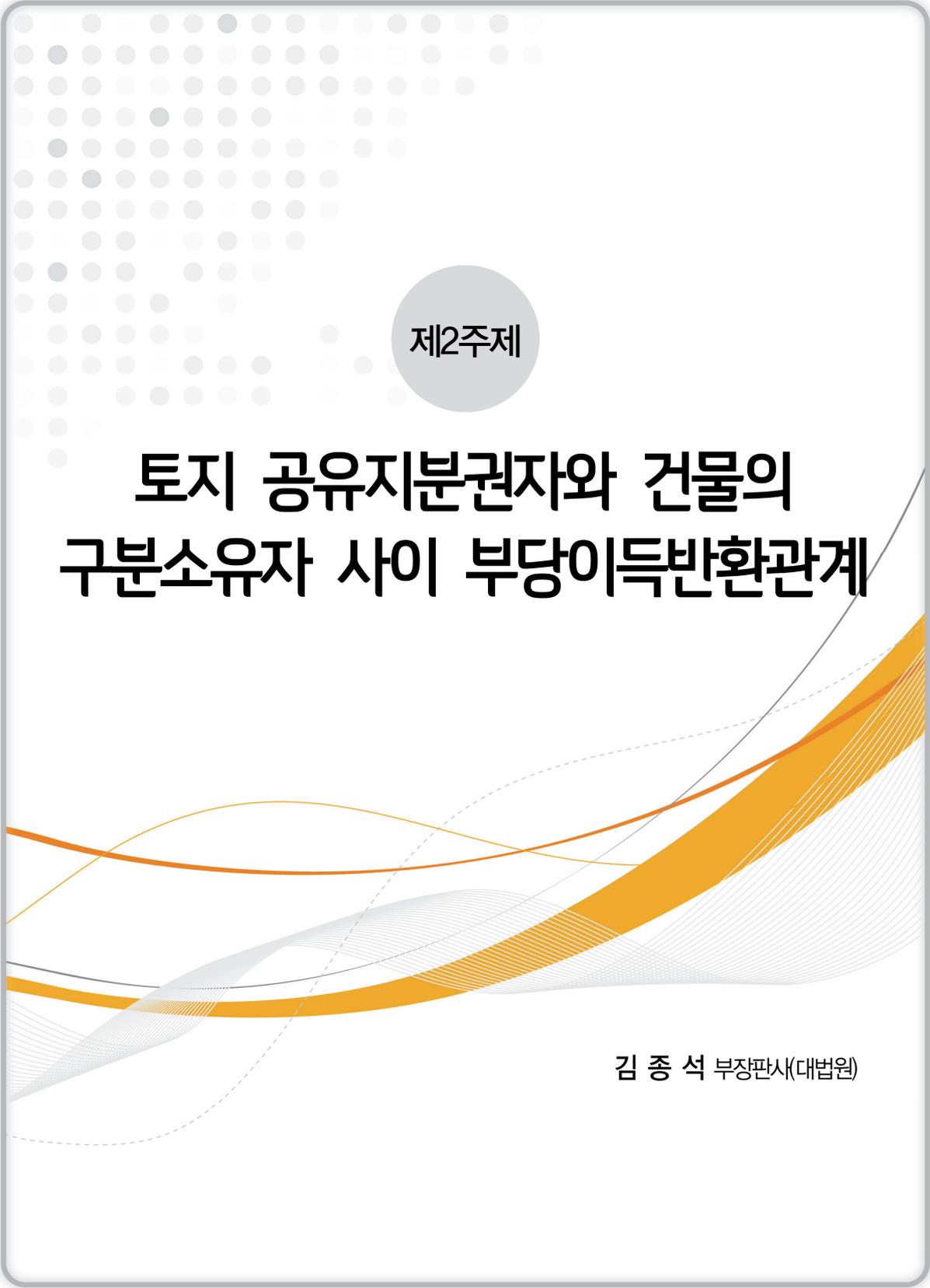
### 1. 국내문헌

김정호, “일본 회사법상 신주예약권에 관한 연구”, 경영법률 제26집 제2호, 2016,  
양만식, “일본의 신주예약권제도와 입법적 시사점”, 기업법연구 제25권 제2호, 2011,  
양창수·김재형, 민법 I 계약법, 박영사, 2020.  
오성근, 회사법, 박영사, 2021.  
이철송, 회사법, 박영사, 2021.

### 2. 외국문헌

江頭憲治郎, 株式会社法, 有斐閣, 2017.  
高橋美加·笠原武朗·久保大作久·保田安彦, 会社法, 弘文堂, 2020.  
近藤光男·柴田和史·野田 博, 会社法, 有斐閣, 2015.  
森まどか, 社債権者保護の法理, 中央経済社, 2009.  
松尾直彦, 金融商品取引法, 商事法務, 2021.  
神田秀樹, 会社法, 弘文堂, 2020.  
岩崎友彦·西村修一·濱口耕介, 令和元年改正会社法ポイント解説Q&A, 日本経済新聞出版社,  
2020.  
日本弁護士連合会, 改正会社法, 弘文堂, 2020.  
日野政晴, 金融商品取引法, 中央経済社, 2008.  
竹林俊憲, 一問一答 令和元年改正会社法, 商事法務, 2020.  
河本一浪·川口恭弘, 新·日本の会社法, 商事法務, 2020.  
黒沼悦郎, 会社法, 商事法務, 2020.  
  
多賀大輔, “社債の管理などの見直し～中間試案の発表を受けて～”, Anderson Mōri &  
Tomotsune, 2018. 4.  
法制審議会会社法制(企業統治等関係)部会資料1, 第1回 会議, 2017年 4月 26日.  
法制審議会会社法制(企業統治等関係)部会資料5, 第4回 会議, 2017年 7月 26日.

- 法制審議會会社法制(企業統治等関係)部会資料11, 第7回 会議, 2017年 11月 1日.
- 法制審議會会社法制(企業統治等関係)部会資料15, 第9回 會議 議事録, 2018年 1月 10日.
- 法制審議會会社法制(企業統治等関係)部会, 第9回 會議 議事録, 2018年 1月 10日.
- 法制審議會会社法制(企業統治等関係)部会資料25, 第16回 會議, 2018年 8月 29日.
- 法制審議會「会社法制(企業統治等関係)の見直しに関する中間試案」, 2018年 2月 14日
- 法制審議會「会社法制(企業統治等関係)の見直しに関する中間試案の補足説明」, 2018年 2月 14日.
- 法制審議會「会社法制(企業統治等関係)の見直しに関する要綱案」, 2019年 1月 16日.



제2주제

# 토지 공유지분권자와 건물의 구분소유자 사이 부당이득반환관계

김 종 석 부장판사(대법원)



# 토지 공유지분권자와 건물의 구분소유자 사이 부당이득반환관계

ㅣ 김 종 석 부장판사(대법원)

## I 문제의 소재

### 1. 집합건물과 대지사용권의 분리처분 금지 규정과 그 예외

집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라 한다) 제20조 제1항은 “구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다.”라고 정하고 제2항은 “구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다. 다만, 규약으로써 달리 정한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 정하여 집합건물에서 대지사용권과 전유부분의 분리처분을 금지하고 있다. 이러한 규정은 전유부분과 대지사용권이 분리처분을 최대한 억제하여 대지사용권 없는 구분소유권의 발생을 방지함으로써 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 데 있다. 따라서 위 규정을 위반한 대지지분의 분리처분 행위는 효력이 없다(대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결 등 참조).

다만, 집합건물법의 분리처분금지 조항에 대해 예외가 인정되는 경우가 있다. 구분소유가 성립하기 전 집합건물의 대지를 처분한 경우(대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다219419, 219426 판결), 구분소유자 아닌 자가 전유부분의 소유와 무관하게 집합건물의 대지에 대하여 권리를 가지고 있는 경우(대법원 2013. 10. 24. 선고 2011다12149, 12156 판결), 집합건물법 제20조가 적용되기 전에 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분한 경우(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다72779, 72786 판결), 집합건물법 제20조 제2항 단서의 예외사유가 있는 경우(규약과 공정증서로 분리처분을 정한 경우) 등이다.

이와 같이 집합건물법상 분리처분금지 규정의 예외가 인정되는 경우 전유부분과 대지지분이 분리처분 되어 전유부분 소유자와 대지 지분 소유자의 구성이 달라지는 경우가 발생한다.

다. 특히 대지 지분권은 가지지만 집합건물의 구분소유권을 가지지 못한 자는 자신의 대지 지분을 사용수익하지 못하는 손해가 발생하고 이에 대해서 집합건물의 구분소유자에게 부당 이득의 반환을 구하는 방법으로 보전받아야 한다. 이러한 관계에서 여러 문제가 발생한다.

## 2. 예시 사안

A, B, C가 공유자로 있는 대지에 A, B 공유의 집합건물을 가정한다. A, B, C는 대지 공유자로 각 1/3의 지분을 가지고 있고, 각 구분소유 면적은 A 소유부분이 2/3, B 소유부분이 1/3에 상당하며 C는 구분소유권이 없어 토지를 사용수익 하지 못하고 있다. 이때 대지 지분권자인 C는 토지를 사용수익 하지 못하므로 자신의 대지 지분에 상당하는 부분을 사용수익 하는 자들에게 부당이득반환청구를 할 수 있다. 부당이득반환의 대상으로 생각할 수 있는 자는 대지 위에 건물을 소유하여 사용수익 하는 A와 B이다. 그렇다면 이들을 상대로 어떤 방법으로 부당이득반환청구를 할 수 있을지 문제된다.

생각할 수 있는 방법은 두 가지이다. 첫째, A와 B 모두를 상대로 각 C 지분에 상당하는 금액에 대해서 부당이득반환을 구하는 방법이다. 즉 A에게 토지 전체 사용수익의 2/9(= 2/3×1/3)를, B에게 토지 전체 사용수익의 1/9(= 1/3×1/3)을 청구하는 것이다. 이로써 C는 자신의 공유지분에 상당하는 토지 전체 사용수익의 1/3 상당을 보전받을 수 있다. 둘째, B는 자신의 대지 지분만큼 건물을 사용수익 하고 있으므로 C는 B에 대해서는 부당이득반환 청구를 하지 않고 자신의 대지 지분보다 초과하여 건물을 사용수익 하는 A에 대해서 대지 지분을 초과하는 부분에 상응하는 금액을 부당이득반환으로 구하는 것이다. 이로써 C는 A로부터 토지 전체 사용수익의 1/3 상당의 금액을 보전 받게 된다. 두 방법으로 C가 반환받을 수 있는 부당이득은 같으나 자신이 소유한 대지지분에 상응하는 건물을 구분소유 하는 B에게 부당이득반환청구를 할 수 있는지 여부에 차이점이 있다.



## II 토지 공유자와 건물소유자 사이 부당이득에 관한 기존 판례의 태도

### 1. 토지 공유자들 사이 부당이득 반환관계의 일반적인 모습

공유자 사이에서 공유물의 사용수익에 관한 구체적인 방법은 공유물의 관리에 관한 사항으로서 민법 제265조가 적용된다. 따라서 공유자의 지분의 과반수로써 결정된다. 공유자 지분의 과반수로 결정된 것이 아니면 공유자는 공유물의 일부라 하더라도 이를 배타적으로 사용 수익할 수 없다. 그러나 공유자의 지분의 과반수로 결정된 것이거나 과반수 공유지분을 가진 자가 단독으로 결정한 관리방법으로 토지 일부를 배타적으로 사용수익 하였다면 이는 민법 제265조에서 정한 관리방법에 부합한다(대법원 1968.11.26. 선고 68다1675 판결 등 참조).

다만 민법 제265조에 부합한 관리방법으로 공유자 중 일부가 공유토지 중 일부를 배타적으로 사용수익 하였다고 하더라도 이러한 토지 사용수익으로 다른 공유자가 토지를 전혀 사용수익을 하지 못하는 상황이 발생하였다면 토지를 배타적으로 사용수익한 공유자는 토지를 사용수익하지 못한 공유자의 공유 지분 비율만큼의 부당이득을 토지를 사용수익하지 못한 공유자에게 반환하여야 한다.<sup>1)</sup> 모든 공유자는 자신의 지분 비율에 따라 공유물을 사용수익할 권리를 가지기 때문이다(민법 제263조). 이와 같이 부당이득반환의무를 지는 공유자에는 토지를 배타적으로 사용수익 하는 비율이 자신의 공유지분과 같거나 적은 경우도 포함된다. 이에 대해서 대법원 1991. 9. 24. 선고 88다카33855 판결은 다음과 같이 판단하였다.

비록 그 특정한 부분이 자기의 지분비율에 상당하는 면적의 범위 내라 할지라도 다른 공유자들 중 지분은 있으나 사용수익은 전혀 하고 있지 아니함으로써 손해를 입고 있는 자에 대하여는 과반수 지분권자를 포함한 모든 사용 수익을 하고 있는 공유자는 그 자의 지분에 상응하는 부당이득을 하고 있다고 보아야 할 것이다(대법원 1991. 9. 24. 선고 88다카33855 판결)

위 선례의 사안에서 원고는 토지에 대하여 1,026/7,228의 지분을 가지고 있었지만 토지

1) 지원림, 민법강의, 홍문사, 2020년, 648쪽

를 사용수익하지 못하였다. 피고 대한민국은 토지 공유자로서 8,000평의 토지를 사용수익하고 있었는데 위 면적은 피고 대한민국의 지분비율보다 적은 면적이었다. 그럼에도 피고 대한민국은 자신이 사용수익 하는 8,000평의 임료상당액 중 원고 지분(1,026/7,228)에 상응하는 금액을 원고에게 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 위 선례는 판단하였다.

대법원 2001. 12. 11. 선고 2000다13948 판결도 같은 취지로 판단하였다. 위 선례는 상가아파트 건물이 건립된 대지의 공유자인 원고들이 상가건물의 구분소유자인 피고에게 대지 점유사용에 관한 부당이득의 반환을 구하는 사안이다. 당시 피고는 자신이 구분소유하는 상가아파트 건물의 면적비율보다 더 많은 대지 지분을 소유하고 있었다. 그런데 선례는 대지 위에 건립된 집합건물을 구분소유하는 것은 그 전유부분 면적만큼 토지를 배타적으로 사용수익 하는 것이라고 전제한 다음 대법원 1991. 9. 24. 선고 88다카33855 판결의 “사용수익 하는 특정 부분의 면적이 자신의 토지 지분비율에 상당하는 면적 범위 내라고 할지라도 부당이득반환의무가 있다”는 법리를 근거로 피고의 원고들에 대한 부당이득반환의무를 인정하였다. 피고의 입장에서 보면 상가아파트 중 자신이 구분소유 하는 면적비율보다 더 많은 면적을 대지 지분으로 소유하면서도 원고에게 대지의 사용수익에 따른 부당이득을 반환하여야 한다는 것은 부당하게 보이는 면이 있다. 한편 원고들의 입장에서 보면 원고들은 대지에 대한 지분을 가지고 있으면서도 대지 위에 건립된 상가아파트 때문에 대지를 지분비율에 따라 사용수익 하는 것을 방해받고 있다. 따라서 상가아파트 구분소유자들을 상대로 부당이득반환을 청구하는 것은 적법하게 자신의 권리를 행사하는 것일 수 있다.

대지 지분권자가 집합건물의 구분소유자를 상대로 부당이득반환청구를 한 다른 선례를 살펴본다. 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다76522, 76539 판결의 사안은 다음과 같다. 소외1은 대지에 대한 지분을 소유하였지만 대지 위에 건립된 집합건물에 대한 구분소유권이 없어서 대지를 사용수익 하지 못하였다. 소외1은 대지 위 집합건물의 구분소유자이자 대지의 지분권자인 원고들을 상대로 대지에 대한 공유물분할 청구를 하였고 이에 원고들은 소외1의 대지 지분을 매수하였다. 이후 원고들은 소외1의 대지 지분에 기하여 피고들을 상대로 부당이득반환청구를 하였는데 피고들은 대지 위 집합건물의 구분소유자로서 피고1은 구분소유 건물 면적비율을 초과하는 대지 지분을 확보하고 있었지만, 피고2, 3은 대지 지분을 소유하지 못하였다. 이에 대해 위 선례는 피고들은 구분건물의 각 소유 부분을 배타적으로 사용수익 하고 있고 이에 대하여 소외1 공유지분에 상응하는 부당이득을 하였으므로 원고들에게 그 부당이득을 반환할 의무가 있다고 판단하였다. 즉, 위 선례는 토지 지분이 없는 피



고2, 3뿐만 아니라 구분소유 건물 면적만큼의 대지 공유지분을 가지고 있는 피고1까지도 부당이득반환의무가 있음을 인정하였다.

이러한 선례들의 태도를 종합하여 보면, 토지의 공유지분권자와 건물의 구분소유자 사이 다음과 같은 부당이득 반환관계를 인정할 수 있을 것으로 보인다. 첫째, 토지의 배타적 사용수익자와 토지 지분권자 사이 부당이득 반환관계는 건물의 구분소유자와 대지의 지분 소유자 사이에도 적용된다. 판례는 건물의 구분소유자를 대지에 대한 ‘배타적 사용수익자’로 보아 집합건물의 구분소유자와 전유부분이 없는 대지의 지분 소유자 사이에서는 토지의 ‘배타적 사용수익’에 관한 부당이득 반환관계의 법리를 그대로 적용하고 있다. 따라서 대지의 지분권자가 집합건물의 전유부분을 소유하지 못한 경우 건물의 구분소유자들에게 자신의 대지 지분 비율만큼의 부당이득반환을 구할 수 있는 것이다. 둘째, 대지 지분 소유자가 부당이득 반환청구를 할 때, 집합건물의 구분소유자가 소유한 대지지분은 고려대상이 되지 않는다. 민법 제263조에 따르면, 공유자는 공유물 전체를 자신의 지분비율에 따라 사용수익 할 수 있도록 하고 있으므로 집합건물이 있는 대지의 지분권자는 대지 전체에 대하여 지분비율에 따라 사용수익 할 수 있고, 배타적으로 사용수익 하는 구분소유자가 있는 경우 구분소유자의 전유면적에 대하여 자신의 지분비율만큼의 부당이득 반환을 구할 수 있는 것이다. 이는 건물의 구분소유자가 자신의 구분소유 건물의 면적비율에 상응하는 대지 지분을 소유하고 있는 경우도 마찬가지다.

앞서 본 예시 사안을 본다. 위와 같은 선례들의 태도에 비추어 보면, A는 대지의 2/3, B는 대지의 1/3을 배타적으로 사용수익하고 있는 것이다. 이들의 사용수익으로 대지에 대한 공유지분이 있지만 사용수익을 하지 못하는 C는 A와 B가 집합건물을 각 구분소유 함으로써 얻은 이익에 대하여 자신의 대지 지분 비율만큼의 부당이득을 구할 수 있다. B가 자신의 구분소유 건물 면적비율만큼 대지 지분을 확보하였지만 그러한 사정이 C의 부당이득반환청구에 영향을 미치지 않는다. 즉 첫 번째 방법에 따라 부당이득을 구하는 것이 판례의 태도에 부합하게 된다.

## 2. 집합건물 구분소유자들 상호간의 부당이득반환청구(이른바 ‘집합건물의 특칙’)

집합건물 구분소유자 상호간에 대지 지분의 다소를 이유로 부당이득반환청구를 하는 경우가 있을 수 있다. 즉 집합건물 전유부분 면적비율보다 많은 대지 지분을 소유한 구분소유

자가 전유부분 면적비율보다 적은 대지 지분을 소유한 구분소유자를 상대로 부족한 대지 지분만큼의 부당이득을 청구하는 경우다. 이에 대해서는 판례는 다음과 같이 판시하면서 이른바 ‘집합건물에서 특칙’의 법리를 선언하였다.

1동의 건물의 구분소유자들이 그 건물의 대지를 공유하고 있는 경우 각 구분소유자는 별도의 규약이 존재하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 대지에 대하여 가지는 공유지분의 비율에 관계없이 그 건물의 대지 전부를 용도에 따라 사용할 수 있는 적법한 권원을 가진다할 것이고, 이러한 법리는 1필의 토지 위에 축조된 수동의 건물의 구분소유자들이 그 토지를 공유하고 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 할 것이다(대법원 1995. 3. 14. 선고 93다60144 판결).

이러한 집합건물에서 특칙의 법리가 선언되게 된 경위에 대해서는 다음과 같이 설명된다.<sup>2)</sup> 즉, 집합건물법상의 대지사용권의 정의규정이나 구분소유관계의 특수성을 고려할 때, 구분소유자가 건물의 대지를 그 지분비율로 사용한다는 것은 이론상으로는 실제적인 면에 있어서나 상정하기는 어려우므로 구분소유자는 대지를 그 용도에 따라 지분비율과는 상관없이 사용할 수 있다고 보는 것이 타당하고, 대지를 공유하는 구분소유자들이 가지는 공유지분의 비율은 각 구분소유자가 건물의 대지를 사용하는 데 있어서는 별다른 의미가 없고, 따라서 구분소유자는 대지사용권을 가지는 이상 그 대지에 대하여 가지는 공유지분의 비율에 관계없이 그 건물의 대지 전부를 용도에 따라 사용할 수 있는 적법한 권원을 갖는다고 보아야 하므로 1동의 건물의 구분소유자들이 그 건물의 대지를 공유하고 있는 경우에 각 구분소유자는 특별한 사정이 없는 한 그 대지에 대하여 가지는 공유지분의 비율에 관계없이 그 건물의 대지 전부를 용도에 따라 사용할 수 있는 적법한 권원을 가진다는 것이다.

위 대법원 1995. 3. 14. 선고 93다60144 판결의 사안은 대지 위에 아파트 1동과 상가건물 1동으로 건축되었는데 원고들이 아파트를 분양받아 아파트와 대지권을 소유하였고, 피고는 상가건물과 그에 대한 대지권을 소유한 상황에서 원고들이 피고가 지분비율을 초과한 대지를 점유사용하였다고 주장하면서 피고에게 그에 상응하는 부당이득반환을 구한 사안이다. 이에 대해서 위 선례는 구분소유자 상호간의 부당이득을 인정하지 않았던 것이다. 위 선례 사안에서 건물 구분소유자 중에 대지 지분을 소유하지 않는 자가 없었다. 즉, 위 선례는 대지 지분권자가 모두 집합건물 구분소유자로 이루어졌을 때에는 각자 자신이 소유하는

2) 김기동, “집합건물의 구분소유자들이 가지는 대지사용권의 내용”, 대법원판례해설 제23호, 법원도서관, 226쪽 이하



대지 지분의 차이를 이유로 다른 구분소유자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 없다고 판단한 것이다.

이와 같은 취지로 다음과 같은 선례가 있다. 대법원 2011. 6. 9. 선고 2008다73755 판결은 4동으로 된 아파트가 2필지 위에 건립되었는데, 원고와 피고는 모두 아파트의 구분소유자로서 원고는 2필지 모두에 대지 지분을 가지고 있었고, 피고는 하나의 필지에만 대지 지분을 가지고 있었는데, 원고가 피고의 대지 지분이 없는 필지에 대한 사용수익은 부당이득이라고 주장하면서 피고에 대해 부당이득반환을 구하는 사안이다. 위 사안도 대법원 1995. 3. 14. 선고 93다60144 판결 사안과 마찬가지로 대지 지분권자가 모두 집합건물 구분소유자로 이루어졌다. 이에 대해서 위 선례는 ‘집합건물의 구분소유자들이 그 부지를 대지사용권의 목적으로 공유하고 있는 경우에 각 구분소유자는 별도의 규약이 존재하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 부지에 대한 공유지분의 비율에 관계없이 부지 전부를 구분소유를 위하여 용도에 따라 사용할 수 있는 적법한 권원을 가진다’는 대법원 1995. 3. 14. 선고 93다60144 판결의 법리를 인용하면서 나아가 ‘집합건물 및 그 부속시설의 부지가 된 토지가 여러 필지인 경우에 그 전부가 일체로서 집합건물을 위한 대지사용권의 목적이 되었다면 구분소유자 중 일부가 위 부지 중 일부 필지에 대하여만 대지권으로서의 공유등기를 가지고 다른 필지에 대하여는 그것이 없다고 하더라도 마찬가지로’라고 덧붙여 판단하였다.

위와 같은 선례들과 다른 취지의 선례가 있다. 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다76522, 76539 판결이다. 위 선례의 사안은 다음과 같다. 집합건물의 구분소유자였던 원고들은 집합건물을 구분소유 하지 않은 채 대지 지분권만 있던 소외1의 대지 지분권을 매수하였다. 그런 다음 소외1의 대지 지분권을 근거로 피고에게 부당이득반환청구를 하였다. 당시 피고는 집합건물 구분소유 면적비율보다 많은 대지 지분을 가지고 있었다. 따라서 피고는 원고들의 위와 같은 청구에 대해 원고들과 피고 사이 지분비율 차이를 근거로 원고들에 대해 부당이득반환청구를 반소로 제기하였다. 이에 대해서 위 선례는 ‘피고가 구분소유하고 있는 대지 지분 비율이 원고들의 대지 지분 비율보다 더 높다고 하더라도 원고들은 지분비율에 관계없이 이 사건 건물의 대지인 이 사건 각 토지 전부를 용도에 따라 사용할 수 있는 적법한 권원을 가지므로, 피고에게 부당이득 반환의무를 부담하지 않는다’고 판단하였다. 원고들과 피고가 모두 건물 구분소유자로서 구분소유자 상호간에 대지 지분비율의 차이로 부당이득 반환청구를 하지 못한다는 취지는 앞의 선례들과 같다. 그러나 위 선례 사안은 집합건물의 구분소유자인 원고들과 피고 외에 구분소유자가 아닌 대지 지분권자인 소외1이 있었다.

원고들은 소외1 지분을 근거로 피고에게 부당이득반환청구를 하였고 위 선례는 이러한 원고들의 청구를 인정하였다. 따라서 위 선례는 앞의 선례들과 달리 집합건물 구분소유자가 아닌 대지 지분권자가 존재하는 상황에서 집합건물 구분소유자들 사이 부당이득 반환청구를 인정하지 않았다는 점에서 특징이 있다.

### 3. '집합건물의 특칙' 법리의 적용범위의 문제

앞서 본 판례의 법리로서 집합건물 구분소유자들 사이에 대지 지분의 다소에 따른 부당이득반환청구를 인정하지 않는 집합건물의 특칙은 집합건물 구분소유자 전원의 공유로 대지에 대한 소유권이 이루어진 경우, 즉 집합건물 구분소유자가 아닌 대지 지분권자가 없는 경우로 한정하는 것이 타당하다. 집합건물 구분소유자와 대지 지분권자가 같다면 구분소유자들의 대지 지분은 구분소유를 위한 권원의 역할을 할 뿐이고, 구분소유자 사이 대지 지분 비율은 그다지 큰 의미를 갖지 않을 것이기 때문이다. 설령 일부 구분소유자가 구분소유 건물 면적비율보다 많은 대지 지분을 가지고 있다고 하더라도 그러한 구분소유자는 집합건물을 구분소유 하면서 사용수익을 하는 이상 구분소유 면적비율보다 많은 부분을 사용수익하지 못하였다는 이유로 자신의 사용수익권이 상실되었다고 인식하지는 않을 것이다. 또한 구분소유자들 사이 대지 지분비율 차이를 이유로 부당이득반환청구를 인정하게 되면 구분소유자들 사이 이해관계가 복잡해져서 다툼이 끊이지 않을 가능성이 매우 높다. 이러한 상황을 방지하기 위해서라도 대지 지분권자에 집합건물 구분소유자가 아닌 자가 없다면 이들 사이에서 부당이득반환청구를 인정하지 않는 것이 타당하다.

그러나 대지 지분권자 중 집합건물 구분소유자가 아닌 자가 있는 경우는 상황이 다르다. 집합건물 구분소유자가 아닌 대지 지분권자는 집합건물의 구분소유로서 대지 지분을 사용수익 하는 자가 아니다. 따라서 이러한 대지 지분권자는 자신의 지분에 대한 사용수익권이 상실되었음을 인식할 것이고, 대지 지분도 구분소유를 위한 권원의 역할을 하는 것이 아니라 할 것이다. 이러한 경우 대지 공유자들의 지분비율은 의미를 갖게 되고 대지 지분권자는 건물 구분소유자에 대하여 부당이득 반환청구를 할 필요성이 있게 된다. 나아가 집합건물 구분소유자가 아닌 자가 대지 지분권자인 경우 나머지 집합건물 구분소유자들 상호간에는 부당이득반환청구를 할 수 있을지도 문제된다.

앞서 든 예시 사안을 다시 한 번 본다. 위 예시 사안은 집합건물 구분소유자가 아닌 대지



지분권자인 C가 존재한다. 따라서 집합건물의 특칙 법리는 적용될 수 없고 집합건물 구분소유자가 아닌 C는 A와 B를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다. 대지 지분권자와 건물의 구분소유자 사이 부당이득 반환관계에 대한 판례의 논리를 적용하면 C는 A와 B에 대하여 이들의 구분소유 건물의 면적비율에 대하여 자신의 대지 지분 비율만큼의 부당이득 반환청구를 할 수 있음은 앞서 검토하였다.

문제는 그 다음에서 발생한다. C는 A에게 토지 전체 사용수익의  $2/9 (= 2/3 \times 1/3)$ 를, B에게 토지 전체 사용수익의  $1/9 (= 1/3 \times 1/3)$ 을 청구하여 자신의 대지 지분에 상응하는 토지 전체 사용수익의  $1/3 (= 2/9 + 1/9)$  상당을 반환받게 되지만, 자신의 구분소유 면적비율만큼의 대지 지분을 소유한 B로서는 대지 지분만큼 대지를 사용수익 하는 것이므로 다른 사람에게 부당이득을 반환할 의무가 없는 것이 마땅한데  $1/9$  상당을 C에게 부당이득으로 지급함으로써 손해를 입게 되는 결과가 발생한다. 이 같이 C에게 부당이득반환의무를 부담하여 손해를 입은 B는 A에게 지분비율 차이에 따른 부당이득반환청구를 하려고 할 것이다. A는 자신의 대지 지분인  $1/3$ 보다 많은  $2/3$  상당을 사용수익하고 있고 그 중  $2/9$ 를 C에게 부당이득으로 반환하였지만  $1/9$  상당은 여전히 대지 지분에 비하여 초과로 사용수익하고 있다고 볼 수 있으므로 이 부분 상당액을 B가 부당이득으로 반환받으면 A와 B 모두 초과이익이나 손해가 없게 되기 때문이다.

만약 위와 같은 경우에 집합건물의 특칙 법리에 근거하여 B가 A에게 지분비율 차이에 따른 부당이득반환청구를 할 수 없다는 결론을 내린다면 이는 민법 제263조 취지와 부합하지는 않을 수 있다. 민법 제263조는 공유자들이 공유물을 자신의 지분비율에 따라 사용수익할 수 있음을 보장하고 있으므로 자신의 지분비율에 상응하는 사용수익을 하지 못하는 상황이 발생하면 부당이득 반환으로 이해관계가 조정되어야 한다. 건물 구분소유자 외에 다른 대지 지분권자가 없는 경우에는 대지 지분이 구분소유의 권원이라는 의미 외에 다른 의미를 갖기 어렵고, 지분비율의 차이가 공유자들의 이해관계에 영향을 미치지 않지만 이러한 관계가 깨어지게 되면 지분비율의 차이는 의미를 달리한다. 앞서 든 예시 사안처럼 집합건물 구분소유자가 아닌 일반 대지 지분권자에게 부당이득을 부담하는 집합건물 구분소유자들은 자신의 대지지분보다 과다한 부당이득을 부담하는 자(B)나 과소하게 부당이득을 부담하는 자(A)가 발생하게 되고 이들 사이에서는 부당이득 반환청구를 인정함으로써 이해관계 조정이 이루어져야 한다. 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다76522, 76539 판결은 이러한 점에서 문제가 있을 수 있다. 원고들이 피고에 대하여 구분소유자가 아닌 소외1 지분을 근거로 하

는 부당이득 반환청구를 인정하면서, 피고의 원고들에 대한 지분비율 차이를 이유로 하는 부당이득 반환청구를 인정하지 않는 것은 피고가 자신의 대지 지분에 상응하는 부분보다 많은 부당이득반환을 부담하게 하는 결과를 가져오게 하였다.

결국 대지 지분권자들이 모두 건물 구분소유자로 이루어진 경우가 아니라면 구분권자들 사이에서도 집합건물의 특칙 법리가 엄격히 적용되기는 어렵고 구분소유자들 사이에서 지분비율 차이에 따른 부당이득 반환청구를 인정할 필요가 있다.

#### 4. 집합건물의 특칙 법리의 한계를 인정한 판례

대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다108210 판결은 1동의 건물의 구분소유자들이 분양받을 당시 대지 지분비율대로 건물의 대지를 공유하고 있다면 구분소유자들 상호 간에는 대지 지분비율의 차이를 이유로 부당이득반환을 구할 수 없다고 하면서 건물의 구분소유자 아닌 자가 경매절차 등에서 그 대지 지분만을 취득하여 대지 지분은 있으나 대지를 전혀 사용 수익 하지 못하고 있는 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 대지 지분권에 기한 부당이득반환청구를 할 수 있다고 판단하였다. 즉 대지에 집합건물 구분소유자 외에 다른 대지 지분권자가 있는 경우에는 원칙적으로 집합건물의 특칙 법리가 적용될 수 없고, 집합건물 구분소유자가 아닌 대지 지분권자는 집합건물 구분소유자들을 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보았다.

대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다108210 판결을 인용한 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다58701 판결은 다음과 같이 판단하였다.

공유자는 공유물 전부를 지분의 비율로 사용·수익할 수 있으며(민법 제263조), 공유물의 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로써 결정된다(민법 제265조). … 한편 1동의 건물의 구분소유자들이 당초 건물을 분양받을 당시 대지 공유지분 비율대로 그 건물의 대지를 공유하고 있는 경우에는 별도의 규약이 존재하는 등의 특별한 사정이 없는 한 각 구분소유자가 그 대지에 대하여 가지는 공유지분의 비율에 관계없이 그 대지 전부를 용도에 따라 사용할 수 있는 적법한 권원이 있으므로, 그 구분소유자들 사이에서는 대지 공유지분 비율의 차이를 이유로 부당이득반환을 구할 수 없다(대법원 1995. 3. 14. 선고 93다60144 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다76522, 76539 판결 등 참조). 그렇지만 그 대지에 관하여 구분소유자 외의 다른 공유자가 있는 경우에는 위에서 본 공유물에 관한 일반 법리에 따라 대지를 사용·수익·관리할 수 있다고 보아야 하므로, 다른 공유자가



자신의 공유지분권에 의한 사용·수익권을 포기하였다거나 그 포기에 관한 특약 등을 승계하였다고 볼 수 있는 사정 등이 있는 경우가 아니라면 구분소유자들이 무상으로 그 대지를 전부 사용·수익할 수 있는 권원을 가진다고 단정할 수 없고 다른 공유자는 그 대지 공유지분권에 기초하여 부당이득의 반환을 청구할 수 있다( 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다108210 판결 등 참조).<sup>3)</sup>

위 선례에서 원고들은 경매절차 등을 통하여 집합건물인 상가의 대지 지분을 취득하였지만 상가 구분소유권을 가지지 않는 자들이고 피고들은 상가의 구분소유자들이다. 이와 같이 상가에 구분소유 없는 대지 지분이 발생한 것은 상가가 집합건물법 시행 전에 신축된 건물로 분리처분 금지 규정의 적용을 받지 않았기 때문이다. 원고들은 피고들을 상대로 원고들을 배제하고 대지를 사용·수익 하고 있다는 이유로 부당이득반환을 구한 사안이다. 이러한 원고들의 청구에 대해서 원심은 대지 지분권이 있는 피고와 대지 지분권이 없는 피고를 구분하여 대지 지분권이 있는 피고에 대해서는 지분과 상관없이 대지 전부를 용도에 따라 사용할 수 있으므로 원고들에게 부당이득 반환의무가 없다고 본 반면, 대지 지분권을 갖지 않은 피고에 대해서는 원고들에게 부당이득 반환의무가 있다고 보아 원고들의 일부승소 판결을 하였다. 이에 대해서 위 선례는 위와 같은 법리를 제시하면서 ‘원심은 피고들이 이 사건 토지에 대한 대지권 및 지분권을 가진 구분소유자라는 이유만으로 이 사건 토지에 대한 공유지분의 비율에 관계없이 이 사건 토지 전부를 사용할 수 있는 적법한 권원을 가진다고 보아, 원고 및 선정자들의 이 사건 부당이득반환청구를 배척하였다. 따라서 이러한 원심은 공유물의 사용·수익권 및 집합건물의 대지사용권 등에 관한 법리를 오해하였다’고 판단하였다.

앞서 본 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다108210 판결과 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다58701 판결을 비교하면 다음과 같은 차이를 알 수 있다. 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다108210 판결에서는 ‘건물의 구분소유자가 아닌 자가 경매절차 등에서 그 대지의 공유지분만을 취득하게 되어 대지에 대한 공유지분은 있으나 대지를 전혀 사용·수익 하지 못하

3) 박종두·박세창, ‘집합건물의 공유대지와 지료의 지급’, 집합건물법학 제10집, 한국집합건물법학회, 55쪽은 구분소유자가 아닌 대지 지분권자라 하더라도 대지가 집합건물의 통상의 사용에 필요한 범위를 초과하는 경우 대지 지분권자는 자신의 대지 사용권을 침해받지 않아서 대지의 분할을 청구하거나 새로운 건물을 신축하여 행사할 수 있으므로 구분소유자들이 사용·수익의 반환의무를 부담하지 않을 수 있다는 취지로 위 선례에 비판적 태도를 보인다. 그러나 ‘건물의 대지’는 집합건물이 소재하고 있는 1필의 토지 전부를 포함하는 것으로 보아야 하고(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009다14333 판결), 대지의 공유자는 대지 전체를 사용·수익할 수 있으므로(민법 제263조) 구분소유자가 아닌 대지지분권자가 구분소유자로부터 대지의 사용·수익의 침해를 받지 않는다고 보는 것은 타당하지 않을 것으로 보인다.

는 경우' 부당이득 반환청구를 인정한다는 취지로 판시한 것에 반하여 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다58701 판결에서는 '대지에 관하여 구분소유자 외에 다른 공유자가 있는 경우' 다른 공유자는 부당이득 반환청구를 할 수 있다고 판시하여 보다 일반적인 판시를 하였다. 또한 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다58701 판결은 '대지에 관하여 구분소유자 이외 다른 공유자가 있는 경우' 집합건물의 특칙 법리의 적용이 배제되고 '공유물에 관한 일반 법리'에 따라야 함을 명확히 하였다.

## 5. 구분소유자에 대한 부당이득 청구방식에 관한 특별한 방법에 관한 판례

위와 같은 판례의 태도를 종합하면 대지 지분권자가 모두 집합건물 구분소유자로 이루어 졌다면 구분소유자 상호 간에는 지분비율의 차이를 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없지만 집합건물 구분소유자가 아닌 대지 지분권자에게는 이러한 집합건물 구분소유자들에 관한 법리인 집합건물의 특칙 법리가 적용되지 않아 구분소유자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다. 대지 지분권자가 부당이득반환청구를 하는 방법은 대지 공유자가 대지를 배타적으로 점유사용 하는 자에 대한 부당이득반환청구 방법이 그대로 적용되어 구분소유자의 구분소유 면적비율에 대하여 자신의 대지 지분만큼의 부당이득을 구하게 된다. 이때 구분소유자가 구분소유 면적비율에 따른 대지 지분권을 확보하고 있더라도 부당이득반환의무를 면하게 되는 것은 아니다. 이후 구분소유자 상호간에는 지분비율 차이에 따른 부당이득반환청구를 하여 각각 구분소유 면적비율에 상응하여 부당이득을 반환받거나 부당이득반환의무를 부담하게 된다.

그러나 이러한 원칙적 모습과 다른 태도를 취하는 선례가 있다. 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다40177 판결 사안에서 화목맨션 아파트는 30채의 아파트로 되었는데 3채의 아파트를 소유한 피고는 대지 지분권을 갖지 않았고 나머지 27채의 소유자들은 대지 지분을 가지고 있었으며 원고들과 소외인들은 대지 지분만 가지고 있었고 구분소유 건물이 없었다. 이에 대하여 위 선례는 다음과 같이 판단하였다.

원심은, ... 화목맨션 아파트 30채의 아파트 소유자들은 각 그 해당 아파트를 소유하고 이를 점유함으로써 위 아파트의 부지인 위 대지 1,560㎡를 공동으로 점유하고 있고, 그들 중 대지권이 있는 위 아파트 27채의 소유자들은 위 대지 1,560㎡ 중 각 해당 아파트의 대지권으로 등기된 지분에 기하여 위 아파트 부지를 정당하게 점유하고 있다고 할 것이



나, 대지권이 없는 위 아파트 3채의 소유자인 피고는 아무런 법률상의 원인 없이 위 아파트 부지를 불법점유하고 있다고 할 것이며, 피고의 위 불법점유로 인하여 피고는 위 대지 1,560㎡ 중 그 소유인 위 아파트 3채의 대지권으로 등기되어야 할 지분에 상응하는 면적에 대한 임료 상당의 부당이득을 얻고 있고, 위 나머지 아파트 27채의 소유자들은 어떠한 이득을 얻거나 손해를 입고 있다고는 할 수 없음에 비하여, 위 대지권미등기지분인 156/1560 지분의 소유자들인 위 소외인들 및 원고들은 동액 상당의 손해를 입고 있다고 할 것이므로, 결국 피고는 위 불법점유로 인하여 위 임료 상당액을 부당이득함과 동시에 위 소외인들 및 원고들에게 동액 상당의 손해를 입히고 있는 셈이라 할 것이니, 다른 특별한 사정이 없는 한 피고는 원고들에게 위 부당이득을 반환할 의무가 있다고 할 것이라고 판단하였다. … 원심의 위와 같은 인정판단은 정당 …

위 선례의 사안은 집합건물 구분소유자가 아닌 대지 지분권자(원고들과 소외인들)가 있는 사안으로 집합건물 구분소유자가 아닌 대지 지분권자가 없는 경우 적용되는 집합건물의 특칙 법리가 적용될 수 없다. 따라서 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다58701 판결에서 판시한 바와 같이 공유물에 관한 일반 법리를 적용하여 부당이득 반환관계를 판단하여야 한다. 그렇다면 소외인과 원고들은 원칙적으로 집합건물 대지 위의 모든 구분소유자들을 상대로 자신의 대지 지분비율에 상응하는 사용수익에 대한 부당이득반환청구를 하여야 한다.

그러나 위 선례는 이와 다른 판단을 하였다. 대지 지분권은 있지만 구분소유자가 아닌 원고들과 소외인들, 대지 지분권과 구분소유권을 모두 가진 아파트 27채 소유자들, 구분소유자이지만 대지 지분권이 없는 피고로 나눈 다음 원고들과 소외인들은 대지 지분을 사용수익하지 못함으로써 손해를 입었고, 피고는 구분소유로 대지 지분을 사용함으로써 이득을 얻었으며 아파트 27채 소유자들은 어떠한 이득을 얻거나 손해를 입고 있다고 할 수 없으므로 부당이득 반환관계는 원고들과 소외인들, 피고 사이에서 발생한다고 판단하였다.

이러한 선례의 태도는 건물 구분소유자와 대지 지분권자 사이 부당이득 반환관계에서 공유물에 관한 일반 법리가 전면적으로 적용되는 것을 배제하고 집합건물에서 새로운 특칙을 정립하려는 취지로 해석할 여지가 있다. 즉, 집합건물 대지에 관하여 대지 지분권자가 구분소유자를 상대로 부당이득반환청구를 하는 경우 집합건물 구분소유자의 대지 지분을 고려하여 ① 집합건물 구분소유자가 집합건물 구분소유 면적비율에 상응하는 대지지분을 가지고 있는 경우 이러한 구분소유자에게는 결과적으로 어떠한 손해나 이익이 없으므로 부당이득 반환의무를 부정하고, ② 건물 구분소유자가 대지 지분을 가지고 있지 않거나 건물 구분소유 면적비율보다 부족한 대지 지분을 가지고 있는 경우에 한하여 부당이득 반환의무를 인정

하려는 취지였다고 해석할 수 있을 것이다.

이러한 선례에 부합하는 견해가 있다.<sup>4)</sup> 위 견해는 대지지분을 대지사용권과 대지사용권이 아닌 토지공유지분으로 구분한 다음 부당이득반환청구권자는 대지사용권이 아닌 토지공유지분의 소유자로, 부당이득반환청구의 상대방은 대지사용권을 갖추지 못한 전유부분 소유자로 한정하여야 한다고 본다. 즉, 수인의 집합건물 구분소유자가 공유의 방식으로 대지를 이용하는 경우 집합건물법상 달리 규정이 없다 하더라도 공유물을 지분 비율로 사용하여야 한다는 민법 규정은 배제되어야 하고 구분소유자는 대지를 그 용도에 따라 지분 비율과는 상관없이 사용할 수 있다고 보는 것이 타당하다는 것이다.

대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다72779, 72786 판결도 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다40177 판결과 같은 취지로 판단하고 있다. 위 선례 사안에서 원고가 소유하는 대지 지분 비율은 75.5%, 원고가 소유하는 구분소유 건물의 전체 면적비율은 71.89%, 피고가 소유하는 대지 지분은 없으며 피고가 소유하는 구분소유 건물의 전체 면적비율은 3.45%, 주식회사 우리은행이 소유하는 대지 지분비율은 24.5%, 주식회사 우리은행이 소유하는 구분소유 건물의 전체 면적비율은 24.66%이었다. 이러한 사안에서 위 선례는 ‘대지사용권이 없는 전유부분의 소유자는 아무런 법률상 원인 없이 전유부분의 대지를 점유하고 있으므로 그 대지 중 그 소유인 전유부분의 대지권으로登記되어야 할 지분에 상응하는 면적에 대한 임료 상당의 부당이득을 얻고 있고, 위 대지권으로登記되어야 할 지분의 소유자는 동액 상당의 손해를 입고 있으므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 대지사용권이 없는 전유부분의 소유자는 위 지분의 소유자에게 위 부당이득을 반환할 의무가 있다’고 하면서 피고의 원고에 대한 부당이득 반환의무를 인정한 원심판단을 수긍하였다. 즉, 위 선례는 원고가 주식회사 우리은행에 대해서 부당이득 반환청구권이 있는지 여부나 주식회사 우리은행이 피고에 대하여 부당이득 반환청구권이 있는지를 고려하지 않고 원고의 초과 대지 지분에 대한 부당이득 반환의무는 피고에게 있다고 하여 피고의 부당이득이 모두 원고에게 귀속하는 취지로 판단하였다.

대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다219419, 219426 판결도 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다40177 판결과 같은 취지로 판단하고 있다. 위 선례도 ‘대지사용권이 없는 전유부분의 소유자는 법률상 원인 없이 전유부분의 대지를 점유하고 있으므로 그 대지 중 자기의 전유부분이 집합건물 전체 전유면적에서 차지하는 비율만큼의 차임에 해당하는 부당이득을 얻고

4) 정다주, ‘집합건물에서 전유부분과 대지사용권 사이의 일체불가분성과 분리처분된 경우의 상호관련성’, 민사판례연구 32권, 박영사, 314쪽.



있고, 대지 지분 소유자는 그에 해당하는 손해를 입고 있다고 볼 수 있다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 대지사용권이 없는 전유부분의 소유자는 위 지분의 소유자에게 위 부당이득을 반환할 의무가 있다'고 판단하면서 하나의 집합건물에 대해서 유일한 구분소유권이 없는 대지 지분권자인 원고가 대지 지분이 없는 구분소유자인 피고들을 상대로 하는 부당이득 반환 청구에 대해 피고들의 부당이득은 원고에게 귀속되어야 한다는 원심의 결론을 수긍하였다. 다만 위 선례는 '그 대지에 관하여 구분소유자 외의 다른 공유자가 있는 경우에는 공유물에 관한 일반 법리에 따라 대지를 사용·수익·관리할 수 있다고 보아야 하므로, 다른 공유자는 그 대지 공유지분권에 기초하여 부당이득의 반환을 청구할 수 있다.'는 공유물에 관한 일반 법리에 관한 판시도 함께 하고 있다는 특징이 있다. 그러나 구분소유자가 아닌 대지 지분권자와 대지 지분권자가 아닌 구분소유자 사이에서만 부당이득 반환관계를 인정한 위 선례의 원심 태도는 공유물에 관한 일반 법리에 부합하지는 않는다.

## 5. 이른바 '상호관련관계'에 관한 법리

판례는 구분소유권이 없는 대지 지분과 대지 지분이 없는 구분소유권 사이 '상호관련성'을 인정하여 이들 사이에서만 부당이득 반환관계가 있다고 보아 구분소유자 전원에 대하여 부당이득 반환관계가 확대되는 것을 제한하려는 시도를 보인다. 다음의 선례를 본다.

신축 당시부터 다세대주택의 각 세대 전부에 대하여 대지권등기를 하고 전유부분과 대지권이 같이 처분되어 옴으로써 각 전유부분과 해당 대지사용권(토지공유지분)이 상호대응 관계를 유지하면서 일체불가분성을 갖고 있는 경우, 대지권의 성립 전에 대지에 관하여 별도등기로 설정되어 있던 근저당권이 실행됨에 따라 대지사용권(토지공유지분)이 전유부분으로부터 분리처분 되었더라도, 경매개시결정부터 경락허가결정에 이르기까지 경매목적물인 토지지분이 특정 전유부분의 대지권에 해당하는 공유지분임이 충분히 공시되었다면, 이로써 대지권을 가지고 있는 구분건물 소유자들과 대지의 공유지분권자 사이에 공유물의 사용에 관한 합의의 일종으로서 구분건물에서 분리된 위 공유지분(위 경매목적물)을 분리되기 전의 전유부분을 위한 사용에 제공하여 상호관련성을 유지하기로 하는 묵시적 합의가 성립하였다고 보아야 한다. 따라서 위와 같이 대지사용권이 분리처분 됨에 따라 대지권 없이 위 공유지분을 전유부분의 대지로 사용해 온 구분건물 소유자는 위 공유지분을 분리취득 한 소유자에게 부당이득으로 위 공유지분에 상응하는 임료 상당액 전부를 지급해야 한다(대법원 2008. 3. 13. 선고 2005다15048 판결).

위 선례는 집합건물의 구분소유자인 피고가 경매절차에서 대지 지분을 상실하였고, 대지 지분을 취득한 원고가 피고를 상대로 부당이득 반환청구를 한 사안이다. 위 선례의 원심은 피고에게 구분소유에 따른 사용수익에서 원고의 대지 지분비율에 한한 금액을 원고에게 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 판단하였으나 위 선례는 이러한 원심 판단을 받아들이지 않고 원고의 대지 지분과 피고의 구분소유 사이에는 상호관련관계가 인정되므로 원고는 피고의 사용수익 전부를 부당이득으로 청구할 수 있다고 판단하였다. 이는 ‘상호관련관계’라는 특별한 사정을 근거로 공유물에 관한 일반 법리의 적용을 배제하려는 시도로 보인다.

대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다294608 판결도 ‘상호관련관계’라는 법리를 적용하여 부당이득 반환관계를 제한하려는 시도를 한 것으로 보인다. 위 선례에서 대상 집합건물은 ‘남대문시장’ 상가 건물로 약 1,690개의 개별점포가 있고, 대지는 198필지로 이루어져 있었다. 위 상가 건물은 258개의 전유부분으로 이뤄졌는데, 258개의 전유부분이 1,690개의 개별 점포로 나뉘어 처분된 것이다. 원고는 상가 건물의 198필지의 대지 중 한 필지의 지분을 매수한 자이고, 피고들은 원고가 매수한 필지 위에 상가를 소유한 자들이지만, 이에 대한 대지사용권은 없었다. 위 선례의 원심은 원고에게 부당이득 반환청구권이 있음을 인정하면서도 ‘피고들이 반환할 부당이득액을 산정하려면 대지권으로登記되어야 할 피고들의 각 지분, 즉 이 사건 상가건물의 전체 전유면적 중에 피고들이 차지하는 전유면적 비율을 계산하지만, 원고가 이를 주장입증을 하지 않았으므로 원고의 부당이득반환 청구를 받아들이기 어렵다’는 이유로 원고 청구를 기각하였고 이에 대하여 위 선례는 ‘집합건물과 대지의 권리관계, 그 점유 및 이용 현황 등에 비추어 전유부분의 소유자가 집합건물의 전체 대지를 전유면적 비율대로 점유하는 것이 아니라 그 전유부분이 위치한 일정 범위의 대지에 한정하여 그와 같은 상황에 있는 다른 전유부분 소유자들과 함께 점유하는 것으로 인정되는 예외적인 경우, 대지사용권 없는 전유부분 소유자는 그 전유부분이 위치한 대지의 소유자에게 그 대지의 임료 상당액 중 그 대지상에 있는 전유부분들의 전체 면적에서 그 전유부분이 차지하는 면적의 비율에 따라 안분한 금액을 부당이득으로 반환할 의무가 있다’고 판단하여 원심의 부당이득 산정방식은 잘못되었다는 취지로 파기하였다.



### III 이른바 ‘온전한 지분권자’는 부당이득반환의무를 부담하는지 여부

#### 1. 문제의 소재

대지사용권은 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위해서 대지에 대하여 가지는 권리를 의미한다(집합건물법 제2조 제6호). 대지사용권은 전세권, 임차권 등 다른 권리가 될 수 있지만 대체로 대지 지분을 소유하는 형태로 이루어진다. 통상적인 구분소유자는 건물 면적비율에 따라 대지 지분을 소유하겠지만 여러 사정으로 건물 면적비율과 다른 대지 지분을 소유하는 경우도 있을 수 있다. 구분소유자가 아닌 대지 지분권자가 없는 경우 구분소유자들은 지분비율의 차이로 부당이득반환을 구할 수 없으므로 대지 지분의 다소가 큰 의미가 되지 않는 것이지만 구분소유자가 아닌 대지 지분권자가 있는 경우 이러한 대지 지분권자에 대하여 부당이득 반환의무를 부담할 수 있게 되므로 대지 지분의 다소는 의미를 가지게 된다.

구분소유자 중 자신의 건물 면적비율에 상응하는 대지 지분을 소유한 자, 이른바 ‘온전한 지분권자’가 있을 수 있다. 이러한 자는 자신의 대지 지분만큼 대지를 사용하는 자이기 때문에 부당하게 대지를 사용수익 하는 자는 아니다. 이러한 자에 대하여 대지 지분권자는 부당이득 반환청구를 할 수 있는지 문제된다. 판례는 앞서 검토한 바와 같이 부당이득 반환청구를 긍정하는 태도의 선례와 부당이득 반환청구를 부정하는 태도의 선례로 나뉘는 것으로 보인다.

다음에서는 이른바 ‘온전한 지분권자’에 대하여 부당이득 반환청구를 할 수 있는지에 관하여 허용하는 견해와 허용하지 않는 견해를 상정하여 검토한다.

#### 2. 부당이득 반환청구를 허용하지 않는 견해

‘온전한 지분권자’, 즉 구분소유자 중 건물 면적비율에 상당하는 대지 지분을 소유하는 구분소유자에 대해서는 부당이득 반환청구를 인정하지 않는 견해이다. 나아가 집합건물 구분소유자 전체에 대하여 부당이득 반환관계를 인정하지 않고 구분소유권이 없는 대지 지분권자와 대지 지분이 없거나 부족한 구분소유자 사이에서만 부당이득 반환관계를 한정하여 인정하는 견해다. ‘불법점유한 자는 등기되어야 할 지분에 상응하는 면적에 대한 임료 상당의

부당이득을 얻고 있다'고 본 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다40177 판결 등은 이러한 견해와 같은 입장을 취한 판결로 볼 수 있다.

‘온전한 지분권자’에 대해서 부당이득 반환의무를 허용해서는 안 된다는 견해는 집합건물 구분소유자와 대지 지분권자 사이 부당이득 반환관계는 민법에서 정하는 공유물에 관한 일반 법리를 그대로 적용할 수 없고 집합건물의 특칙 법리와 같은 특별한 법리가 필요하다는 입장에 있다. 판례는 집합건물의 구분소유자들 사이 대지 사용관계의 특수성을 고려하여 부당이득 반환관계에 관한 특별한 법리를 고안한 것이 집합건물의 특칙 법리이다. 집합건물의 특칙 법리가 대지 지분권자와 집합건물 구분소유자가 일치하는 경우에만 적용될 수 있고 집합건물 구분소유자가 아닌 대지 지분권자가 나타나는 경우 이를 그대로 적용할 수 없음은 앞서 살핀 바와 같다. 따라서 판례는 구분소유자가 아닌 대지 지분권자가 나타나는 경우 공유물에 대한 일반 법리로 회귀하여 부당이득 반환관계를 규율한다. 그러나 집합건물 구분소유자가 있는 대지 사용관계에서 집합건물의 특칙 법리를 그대로 적용할 수 없다고 하더라도 공유물에 관한 일반 법리를 그대로 적용하는 것은 집합건물의 대지 사용관계와 부당이득 반환 관계를 지나치게 복잡하게 할 우려가 있다.<sup>5)</sup> 따라서 집합건물의 특칙 법리를 적용할 수 없는 상황에서 공유물에 관한 일반 법리는 대지 지분이 없거나 건물 면적비율보다 부족한 대지 지분권을 가지는 구분소유자(이른바 ‘부족한 지분권자’)와 구분소유자가 아닌 대지 지분권자 사이에서만 적용되어야 하고 ‘온전한 지분권자’에 대해서는 적용하여서는 안 된다.

판례는 집합건물 구분소유자와 대지 지분권자 사이 부당이득 반환관계를 토지 지분권자와 토지를 배타적으로 사용수익 하는 자 사이의 관계와 같은 관점에서 설명한다. 따라서 집합건물의 구분소유자는 그 건물 면적비율만큼 대지를 배타적으로 사용수익 하고 있으므로 그에 대해서 대지 지분권자에게 부당이득 반환의무가 있다는 논리를 구성하고 있다. 그러나 대지 지분권자와 집합건물 구분소유자 사이 법률관계에 대해서 토지를 배타적 사용수익 하는 자에 대한 부당이득 반환관계에 대한 법리를 그대로 적용해도 되는지 의문이 있을 수 있다. 집합건물의 구분소유자는 실제로 토지 일부를 배타적으로 사용수익 하는 것이 아니라 대지 사용권을 근거로 집합건물을 구분소유 함으로써 대지를 일정비율로 사용하는 자라고 보는 것이 집합건물 구분소유자의 대지사용관계의 실질에 부합할 수 있다. 따라서 집합건물의 구분소유자를 토지의 배타적 사용수익권자와 동일하게 보고 공유물에 관한 일반 법리를

5) 정다주, ‘집합건물에서 전유부분과 대지사용권 사이의 일체불가분성과 분리처분된 경우의 상호관련성’, 민사판례연구 32권, 박영사, 315쪽도 같은 취지로 볼 수 있다.



그대로 적용하는 것은 집합건물의 사용관계에 관한 실질적인 현황에 부합하지 않을 수 있다. 오히려 집합건물의 구분소유자는 건물 면적비율만큼 대지를 배타적으로 사용수익 하는 것이 아니라 건물 면적비율만큼 대지 지분을 사용수익하고 있다고 이론 구성하는 것이 더 논리적일 수 있다. 이와 같이 해석하면 온전한 지분권자는 자신의 대지 지분비율만큼 대지를 사용하는 것이고 다른 대지 지분권자의 대지 지분을 사용수익 하는 것이 아니기 때문에 다른 대지 지분권자 사이에 부당이득 반환관계가 발생하지 않는다.

온전한 지분권자에 대하여 부당이득 반환관계를 허용하지 않는 견해는 대지 지분권자와 집합건물 구분소유자 사이 부당이득 반환관계를 간명하게 처리할 수 있는 장점이 있다. 다수의 구분소유자와 대지 지분권자가 복잡하게 얽혀있는 집합건물 대지의 부당이득 반환관계에서 민법상 공유물에 관한 일반 법리를 그대로 적용하는 것은 매우 복잡한 법률관계를 초래할 수 있다. 공유물에 관한 일반 법리는 토지 공유지분권자는 자신의 지분비율에 따라 모든 토지의 배타적 사용수익자에게 자신의 지분비율만큼의 사용수익에 대하여 부당이득반환을 구할 수 있음을 원칙으로 한다. 판례의 태도처럼 집합건물의 구분소유자를 대지의 배타적 사용수익자로 본다면, 구분소유자가 아닌 대지 지분권자는 집합건물 구분소유자 전원에 대하여 부당이득 반환청구를 하여야만 자신의 손해를 보전할 수 있게 된다. 이와 같이 집합건물 구분소유자가 아닌 대지 지분권자에게 부당이득 반환의무를 부담한 집합건물 구분소유자들도 자신의 지분비율에 따라 대지를 사용수익하려면 다른 집합건물 구분소유자에게도 지분비율의 차이에 따른 부당이득 반환청구를 하여야 한다. 결국 집합건물에 구분소유자가 아닌 대지 지분권자가 있는 경우 대지의 사용수익에 관하여 복잡한 부당이득 반환관계가 연쇄적으로 나타날 가능성이 높다. 그러나 온전한 지분권자에 대하여 부당이득 반환청구를 허용하지 않는다면 부당이득 반환청구 관계를 간명하게 처리할 수 있다. 구분소유자가 아닌 대지 지분권자가 부당이득 반환을 청구하는 범위가 대지 지분이 없는 구분소유자나 건물 면적비율보다 적은 대지 지분을 갖는 구분소유자, 즉 부족한 지분권자로 축소되기 때문이다.

또한 온전한 지분권자에 대하여 부당이득 반환관계를 허용하지 않는 견해는 온전한 지분권자를 보호할 수 있다는 장점도 가진다. 집합건물의 구분소유권을 매수하는 입장에서는 건물 면적비율에 상응하는 대지 지분을 가지고 있는 구분소유권의 경우 건물에 정당한 대지사용권이 있다고 예상할 것이므로 타인으로부터 부당이득 반환의무를 지지 않을 것이라고 기대하고 매수할 것이다. 그런데 대지에 구분소유권이 없는 대지 지분권자가 있다는 이유로 부당이득 반환의무를 지게 된다면 이러한 기대를 침해받게 되어, 구분소유권의 매수인의 지

위를 불안하게 할 수 있다. 이러한 경우에도 온전한 지분권자에 대하여 부당이득 반환의무를 부담하지 않도록 한다면 온전한 지분권자의 이익을 보호할 수 있을 것이다.

다만 온전한 지분권자에 대하여 부당이득 반환관계를 허용하여서는 안 된다는 견해는 민법 제263조로 대표되는 공유물에 관한 일반 법리에 반할 우려가 있다는 것이 단점으로 지적될 수 있다. 앞서 본 것처럼 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다58701 판결 등 판례는 대지 지분권자 중 집합건물 구분소유자가 아닌 자가 있는 경우 공유물에 관한 일반 법리에 따라 부당이득 반환관계를 해결하여야 한다고 명확한 태도를 취하는 것으로 보인다. 그런데 온전한 지분권자에 대하여 부당이득 반환청구를 할 수 없다고 하려면 집합건물 구분소유자와 대지 지분권자 사이의 부당이득 반환관계에 대하여 추가 예외를 인정하는 법리를 확립하여야 할 것이나 이러한 법리를 구성하기 위한 이론적 근거가 충분하지 않다는 비판을 받을 가능성도 있다. 나아가 온전한 지분권자에 대하여 부당이득 반환의무를 부정하여야 한다고 명확한 태도를 보인 판례가 있다고 보기도 어렵다. 앞서 본 것처럼 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다40177 판결과 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다72779, 72786 판결이 온전한 지분권자를 부당이득 반환관계에서 제외하였지만 논리적 근거를 가지고 이러한 결론을 도출한 것인지는 불분명한 면이 존재한다.

나아가 온전한 지분권자에 대해서 부당이득 반환관계를 허용하여서는 안 된다는 견해는 상호관련관계에 따라 부당이득 반환관계를 한정하려고 하는 대법원 2008. 3. 13. 선고 2005다15048 판결과 배치되는 논리일 수 있다. 대법원 2008. 3. 13. 선고 2005다15048 판결은 특정 대지 지분과 특정 구분소유권 사이로 부당이득 반환관계를 한정하기 위해서는 ‘상호관련성을 유지함에 관한 묵시적 합의’가 있어야 함을 요건으로 삼았다. 이러한 논리는 ‘상호관련성을 유지함에 관한 묵시적 합의’와 같은 요건이 없다면 특정 대지 지분과 특정 구분소유권 사이에만 부당이득 반환관계를 한정할 수 없고 공유물에 관한 일반 법리에 따라 구분소유권자 전체로 부당이득 반환관계를 확대하여야 한다고 해석할 수 있다. 그러나 온전한 지분권자에 대한 부당이득 반환청구를 허용하지 않는 입장에서는 ‘상호관련성’의 요건을 충족하지 않더라도 특정 구분소유권과 특정 대지 지분 사이에만 부당이득 반환관계를 한정하는 결과를 도출할 수 있다. 즉, 온전한 지분권자를 부당이득 반환관계에서 제외하면 온전한 지분권자가 아닌 구분소유자와 구분소유자가 아닌 대지 지분권자 사이에서 부당이득 반환관계가 한정되게 되는 데 이러한 부당이득 반환관계를 한정하는데 있어서 ‘상호관련성’이라는 요건이 개입되지 않는 것이다.



### 3. 부당이득 반환청구를 허용하여야 한다는 견해

구분소유자가 아닌 대지 지분권자는 ‘온전한 지분권자’에 대해서도 부당이득 반환청구를 할 수 있다는 견해이다. 구분소유자가 아닌 대지 지분권자 입장에서 집합건물 구분소유자는 대지에 대한 ‘배타적 사용수익자’이다. 따라서 구분소유자들은 건물 면적비율만큼 대지를 배타적으로 사용수익 함으로써 구분소유자가 아닌 대지 지분권자의 지분비율에 상응하는 부당이득을 얻고 있으므로 구분소유자가 아닌 대지 지분권자는 모든 구분소유자를 상대로 부당이득의 반환을 구할 수 있다. 구분소유자가 아닌 대지 지분권자에 대한 부당이득 반환의무를 부담하는 데에는 집합건물 구분소유자의 대지 지분은 고려대상이 되지 않는다. 따라서 온전한 지분권자도 부당이득 반환의무가 있는 것이다. 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다 58701 판결 등에서는 ‘공유물에 관한 일반 법리에 따라 다른 공유자는 그 대지 공유지분권에 기초하여 부당이득의 반환을 청구할 수 있다’는 취지 등의 판시를 하여 이와 같은 태도를 취하고 있다.

온전한 지분권자에 대해서도 부당이득 반환청구를 허용하여야 한다는 견해는 민법 제263조에 근거한 공유물에 관한 일반 법리를 이론적 배경으로 한다. 판례는 대지에 구분소유자가 아닌 대지 지분권자가 있는 경우 집합건물의 특칙 법리가 적용되지 않고 공유물에 관한 일반 법리가 적용됨을 명시적으로 판단하였다.

나아가 집합건물 구분소유자들 사이 부당이득 반환관계의 특별한 법리라 할 수 있는 집합건물의 특칙 법리의 적용범위를 지나치게 확장하여서도 안 된다. 판례는 원칙적으로 집합건물의 특칙 법리를 집합건물 구분소유자와 대지 지분권자가 일치하는 경우로 한정하여 적용하고 있다. 대지 지분권자 중 구분소유자가 아닌 자가 있으면 집합건물 구분소유자들 사이 특수한 관계를 대지 전체에 적용할 수 없으므로 공유물에 관한 일반 법리를 적용해야 한다. 일단 대지 지분권자들 사이에 부당이득 반환관계에 관한 집합건물의 특칙 법리가 적용되지 않으면 공유물에 관한 일반 법리는 모든 대지 지분권자와 집합건물 구분소유자에게 적용되는 것이 타당하다. 공유물에 관한 일반 법리가 모두에게 적용되어야만 비로소 모든 대지 지분권자가 자신의 지분비율에 따라 대지를 사용수익 할 수 있기 때문이다.

집합건물법 관련조항들도 민법 제263조에 근거한 공유물에 관한 일반 법리가 집합건물의 대지사용권에 적용되는 것을 배제하지 않는다. 집합건물법은 민법 제263조에 상응하는 집합건물의 대지 사용관계를 규율하는 조항을 두지 않고 있다. 또한 집합건물의 특칙 법리에

근거가 되었던 집합건물법 제11조<sup>6)</sup>도 집합건물의 공용부분의 사용방법을 규정한 것이지, 대지의 사용과 수익의 범위를 정한 규정은 아니므로 이 조항을 집합건물에서 대지 사용관계에 관한 일반적인 조항으로 보기는 어렵다.<sup>8)</sup> 따라서 집합건물의 대지사용관계에 있어서 민법 제263조를 배제한 법리를 도출하기는 어렵다고 할 것이다.

온전한 지분권자에 대해서도 부당이득 반환청구를 허용하여야 한다는 견해는 판례가 거쳐 온 논리구조에 부합한다는 장점이 있다. 판례는 원칙적으로 집합건물의 구분소유자와 대지 지분권자 사이 부당이득 반환관계는 토지 공유자와 토지를 배타적으로 사용수익 하는 자 사이의 부당이득 반환관계와 같다는 전제에서 대지 지분과 구분소유 면적비율이 같다고 하더라도 부당이득 반환의무를 부담하여야 한다고 보았다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2000다13948 판결 등). 이와 같은 법리에 대해 판례는 집합건물 구분소유자들 사이 대지 지분비율 차이로 부당이득 반환청구를 하는 경우는 부당이득 반환의무를 인정하지 않는 집합건물의 특칙 법리를 고안하였고(대법원 1995. 3. 14. 선고 93다60144 판결 등), 그 후 대지 위에 집합건물 구분소유자 외에 다른 대지 지분권자가 있는 경우에는 집합건물의 특칙 법리가 적용되지 않고 공유물에 관한 일반 법리로 환원한다는 판시를 하고 있다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다108210 판결 등). 이러한 판례의 논리 구조는 온전한 지분권자에게도 부당이득 반환청구를 허용하여야 한다는 견해에 더 부합한다고 할 것이다.

또한 온전한 지분권자에 대해서도 부당이득 반환청구를 허용하여야 한다는 견해는 상호관련관계에 따라 부당이득 반환관계를 한정하려고 하는 대법원 2008. 3. 13. 선고 2005다15048 판결의 법리와 부합한다. 집합건물에서 다수의 구분소유자와 대지 지분권자 사이 부당이득 반환관계가 복잡하게 얽히는 것은 방지하여 특정 대지 지분권자와 특정 구분소유자 사이로 이를 한정하려는 것이 위 선례에서 들고 있는 ‘상호관련관계’의 법리이다. 그런데 온전한 지분권자의 부당이득 반환의무를 인정하지 않는 견해에서는 상호관련관계를 인정하지 않더라도 특정 구분소유자와 특정 대지 지분권자 사이로 부당이득 반환관계를 한정할 수 있지만 온전한 지분권자의 부당이득 반환의무를 인정하는 견해에서는 특정 구분소유자와 특정

6) 집합건물법 제11조(공유자의 사용권)

각 공유자는 공용부분을 그 용도에 따라 사용할 수 있다.

7) 김기동, “집합건물의 구분소유자들이 가지는 대지사용권의 내용”, 대법원판례해설 제23호, 법원도서관, 225쪽에서는 대지를 공유하는 구분소유자의 대지에 대한 권리의무는 기본적으로 공용부분에의 권리의무와 같다는 학설을 기본으로 하여 집합건물법 제11조를 근거로 구분소유자는 대지를 그 용도에 따라 지분비율과는 상관없이 사용할 수 있다는 결론을 도출하고 있다.

8) 박종두박세창, ‘집합건물의 공유대지와 지료의 지급’, 집합건물법학 제10집, 한국집합건물법학회, 59쪽.



대지 지분권자 사이에 '상호관련관계'를 인정하여야만 이들 사이로 부당이득 반환관계가 한정되게 된다. 위와 같이 판례가 '상호관련관계'의 법리를 고안하여 발전시킨 것은 기본적으로 온전한 지분권자도 부당이득 반환의무를 부담하고 있다는 것을 전제로 한 것이라 할 것이다. 즉, 판례는 원칙적으로 집합건물의 모든 구분소유자는 부당이득 반환의무를 부담하여야 하지만, 특정 대지 지분권자와 특정 구분소유자 사이 '상호관련관계'가 인정되는 경우 부당이득 반환관계는 이들 사이에서만 한정되어 인정된다는 태도를 취한 것이라 볼 수 있다.

다만 온전한 지분권자에 대해서도 부당이득 반환청구를 허용하여야 한다는 견해를 따르면 집합건물 구분소유자와 대지 지분권자 사이 부당이득 반환관계가 지나치게 복잡해진다는 단점이 있다. 온전한 지분권자도 부당이득 반환의무를 부담하는 자라는 견해에 따르면, 집합건물의 대지에 구분소유권자가 없는 대지 지분권자가 있으면 모든 구분소유자가 대지 지분권자에 대하여 부당이득 반환의무를 부담하게 되고 이후 구분소유자들 사이에서도 이해관계 조정을 위하여 지분비율의 차이에 따른 부당이득 반환청구가 파생적으로 발생할 수 있다. 그러나 지나치게 복잡해지는 부당이득 반환관계는 '상호관련관계'의 법리로 어느 정도 해결할 수 있는 있을 것이다.

또한 온전한 지분권자에 대해서도 부당이득 반환청구를 허용하여야 한다는 견해에 따르면 온전한 지분권자 보호에 취약할 수밖에 없는 단점도 있다. 온전한 지분권자는 자신의 구분소유 건물 면적비율에 상응하는 대지 지분권을 갖추고 있으므로 타인의 대지를 부당하게 사용수익 하는 것이 아니라고 기대할 것이다. 그러나 대지에 구분소유자가 아닌 대지 지분권자가 있는 경우 이에 대해서 부당이득 반환의무를 부담하여야 한다면 온전한 지분권자는 언제 대지 지분권자로부터 부당이득 반환청구를 당할지 모른다는 불안한 지위에 있게 되는데 이는 온전한 지분권자에게 지나치게 가혹하다고 할 수 있다. 특히 대규모 상가건물처럼 대지 지분권자와 집합건물 구분소유자가 복잡하게 얽힌 경우 이러한 문제는 더 심각할 수 있다. 대규모 상가건물의 경우 구분건물 성립 전부터 분양이 이루어지고, 대지와 구분건물에 담보가 각자 설정되는 등 권리관계가 지나치게 복잡한 경우가 많다. 수천 명의 대지 지분권자와 집합건물 구분소유자가 복잡하게 얽혀있는 경우 구분소유가 없는 대지 지분권자가 있는지 여부를 구분소유자가 파악하기에는 매우 어려울 수 있다. 이러한 상황에서 자신의 소유 건물 면적비율만큼 대지 지분권을 차지한 온전한 지분권자가 파악하기도 어려운 대지 지분권자로부터 부당이득 반환청구를 받는 것을 허용하는 것은 온전한 지분권자의 지위를 지나치게 불완전하게 한다. 특히 이러한 경우 온전한 지분권자는 대지 지분권자에게 부당이

득 반환의무를 부담한 다음 추후 다른 구분소유자를 상대로 자신의 사용수익을 보전받기도 어려울 수 있다.

#### 4. 검토

기존 판례의 태도를 보나 민법 제263조 등 관련 조항을 보더라도 온전한 지분권자에게 부당이득 반환의무를 인정하는 것이 법리적으로 타당한 면이 있다. 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다40177 판결 등은 온전한 지분권자에 대해 부당이득 반환청구를 인정하지 않는 태도를 보이기도 하지만, 어떤 근거로 온전한 지분권자에 대해 부당이득 반환청구를 배제하였는지 명확하지는 않다.

원칙적으로 대지 지분권자의 부당이득 반환청구권은 모든 구분소유자에게 인정하되, 판례가 발전시킨 상호관련관계의 법리에 따라 예외적으로 특정 구분소유자와 특정 대지 지분권자 사이에서만 부당이득 반환관계를 한정하는 것이 집합건물에서 구분소유자와 대지 지분권자 사이 부당이득 반환관계를 규율할 수 있다는 관점도 있을 수 있다.

그러나 집합건물 구분소유자와 대지 지분권자 사이 부당이득 반환관계에 공유물에 관한 일반 법리를 그대로 적용하면서 온전한 지분권자까지 부당이득 반환의무 대상자로 삼는 논리는 유지되기 어려울 것으로 예상된다. 현실적으로 집합건물에서 부당이득 반환관계를 지나치게 복잡하게 할 것이기 때문이다.

어떤 집합건물에서 구분소유자가 아닌 대지 지분권자가 부당이득 반환청구를 할 때 공유물에 관한 일반 법리를 적용하게 되면 대지 지분권자는 구분소유자 전원에 대해서 자신의 지분비율에 한하여 부당이득 반환청구를 할 수밖에 없다. 집합건물이 대규모 건물인 경우 구분소유자도 다수일 것이기 때문에 대지 지분권자가 자신의 사용수익을 보전받으려면 이들 모두를 상대로 청구하여야 하므로 권리 실현이 지나치게 어렵다.

대지 지분권자가 각 구분소유자들로부터 부당이득을 반환받은 후에도 문제다. 온전한 지분권자와 같이 구분소유 건물 면적비율에 상당한 대지 지분권을 가진 구분소유자들은 예상하지 못한 부당이득을 부담하였고 이들은 부족한 지분권자를 찾아 자신의 손해를 보전하려고 할 것인데, 이러한 이해관계 조정은 상당히 복잡한 권리의무관계를 파생시킬 것이기 때문이다. 이 경우에도 집합건물의 특칙을 적용하여 온전한 지분권자든 부족한 지분권자든 구분소유자가 아닌 대지 지분권자에게는 부당이득 반환의무를 부담하였지만 이들 사이에서는



더 이상 부당이득 반환청구를 하여서는 안 된다고 선언하는 것을 가정할 수 있다. 그러나 이는 온전한 지분권자에게 부당할 수 있다. 온전한 지분권자는 자신의 구분소유 건물 대지 사용권을 확보하기 위해 대지 지분권을 소유하였음에도 부족한 지분권자들 때문에 자신도 구분소유자가 아닌 대지 지분권자에게 부당이득을 부담하게 되었기 때문이다.

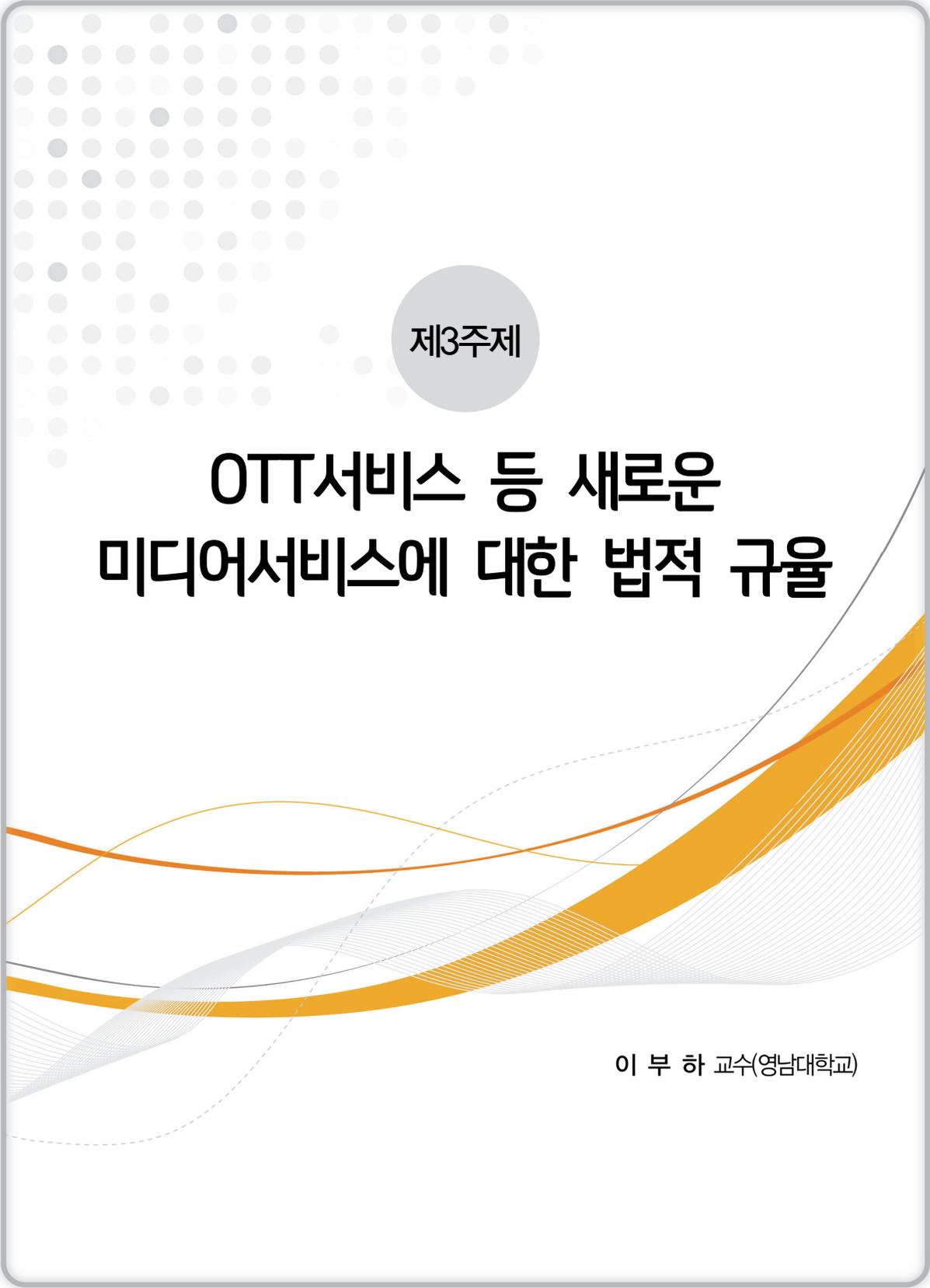
따라서 일단 온전한 지분권자에 대해서는 대지 지분권자의 부당이득 반환청구를 부정하여 집합건물에서 부당이득 반환관계를 단순하게 하는 것이 현실적으로 바람직하다. 이에 대한 이론적 근거를 어떻게 할 것인지 문제가 되는데 결국 집합건물에서 특수성을 근거로 해야 할 것으로 보인다. 대지 지분권자의 부당이득 반환청구권은 침해부당이득으로서 원칙적으로 대지 지분권을 침해한 자들에 대한 관계에서 부당이득 반환청구권이 인정될 것이다. 따라서 대지 지분권자의 부당이득 반환청구권은 대지를 배타적으로 사용수익 한 자 전체에 대하여 발생한다고 할 것이다. 그러나 집합건물과 대지 전체를 두고 보면 일부 구분소유자는 대지 지분권자의 사용수익을 침해하고 있지만 다른 구분소유자로부터 자신의 사용수익을 침해받는 위치에 있기도 하다. 집합건물에서 구분소유자와 대지 지분권자는 이렇게 상호 이득과 손해가 얽히게 되고 이들 관계를 정산하면 결과적으로 이득만 보는 자가 있고 손해만 보게 되는 자가 있을 것이며 손해나 이득이 없는 자도 있게 된다. 이때 이득을 본 자와 손해를 본 자 사이에서 부당이득 반환관계를 인정하게 되면 부당이득 반환관계가 간명해지고 재화의 정당한 귀속이라는 부당이득 반환청구권의 이념에도 부합하게 된다. 이러한 구체적 타당성의 모습과 집합건물에서의 특성을 고려하여 온전한 지분권자에 대하여 부당이득 반환청구권을 부정하는 것이 타당할 것으로 보인다.

#### IV 결론

집합건물에 다수의 구분소유자와 대지 지분권자의 권리관계가 얽히게 되는 경우 사용수익과 관련한 부당이득 반환청구를 인정하는데 상당히 복잡한 문제가 발생할 수 있다. 이러한 문제의 발생을 막기 위해 집합건물법 제20조에서는 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분하지 못하도록 정하고 있다. 집합건물법이 시행되고 상당한 기간이 경과하였으므로 대지 지분과 구분소유권의 분리로 인한 부당이득 반환관계의 문제는 점차 줄어들 것으로 보인

다. 그러나 여전히 대지사용권과 구분소유권이 분리되어 처분될 수 있는 경우가 많고 전통상가 등 오래된 집합건물에서는 여전히 대지 지분과 구분소유권이 분리되어 있는 경우가 많으므로 이러한 부당이득 반환관계의 문제는 소멸되지 않을 것으로 보인다.

집합건물 대지 지분의 사용수익 관계에서도 민법의 공유물에 관한 일반 법리를 엄격하게 적용하면 좋겠지만 그러할 경우 권리구제의 실효성이 현저히 떨어질 수 있다. 따라서 판례가 고안한 집합건물의 특칙 법리처럼 집합건물의 특수한 사정에 맞는 법리의 발전이 필요하다. 이러한 방법으로 이론과 현실의 조화를 이루어야 할 것으로 보인다.



제3주제

# OTT서비스 등 새로운 미디어서비스에 대한 법적 규율

이 부 하 교수(영남대학교)



# OTT서비스 등 새로운 미디어서비스에 대한 법적 규율

이 부 하 교수(영남대학교)

## I 서론

최근 우리 사회의 방송·미디어 시장에는 TV, IPTV, 영화관, OTT 등이 공존하고 있다. 넷플릭스와 유튜브 등 온라인동영상서비스(OTT)<sup>1)</sup>의 출현은 미디어 대혁명(Media Revolution)으로 묘사되기도 한다. 소비자(이용자)는 다양한 콘텐츠나 플랫폼을 선택할 수 있게 되었고, 원하는 시간, 원하는 장소에서 원하는 콘텐츠를 즐길 수 있는 환경이 조성되었다. 방송·미디어 시장에서 OTT서비스 간 패권 경쟁은 점점 치열하게 전개되고 있다. 넷플릭스가 주도하고 있는 OTT시장에 강력한 경쟁자들이 도전장을 내밀고 있다. 각종 캐릭터와 콘텐츠 IP(지식재산권)를 확보하고 있는 디즈니가 새로운 스트리밍서비스 ‘디즈니 플러스’(Disney+)를, 애플이 ‘애플TV’를, 아마존이 ‘프라임 비디오’(Prime Video)를 자본력, 인지도, 콘텐츠 파워 등을 내세워 한국 시장에 진출할 예정이다.<sup>2)</sup>

글로벌 OTT서비스 사업자들의 국내 진출이 본격화되자 국내 업체들도 시장 사수를 위해 변화에 속도를 내고 있다. SK텔레콤(SKT)의 자체 OTT서비스 ‘옥수수’(OKSUSU)와 지상파 방송 3사(KBS, MBC, SBS)가 공동 출자한 콘텐츠연합플랫폼(주)이 운영하는 ‘폭’(POOQ)이 통합하여, 2019년 9월 18일에 웨이브(wavve)라는 새로운 서비스가 출시되었다. 티빙(Tving), U+모바일tv, 시즌(Seezn) 등도 서비스를 제공하고 있다.

넷플릭스와 유튜브 등 온라인동영상서비스(OTT)의 등장은 기존 방송·미디어 법제도로 규율하기 어려운 상황이 되었다. 새로운 미디어 분류체계를 수립하여 정책적 가치와 동시에 경제적·산업적 가치를 구현할 수 있는 방송·미디어의 새로운 법규범이 필요한 시점이 되었다. 본 논문에서는 OTT서비스 시장 현황을 살펴보고, OTT서비스가 방송에 해당되는지 여부를 고찰해 본다(이하 II). 그 다음으로 OTT서비스에 대한 법적 규율에 대한 입법방향을 제시해 본다(이하 III).

1) Over-The-Top의 두문자이다.

2) <https://www.theguru.co.kr/mobile/article.html?no=17944>

## II OTT서비스 시장 현황과 OTT서비스의 방송 여부

### 1. OTT서비스 시장의 현황

#### (1) OTT서비스의 개념 및 구성요소

‘인터넷동영상서비스’(이하 OTT)는 인터넷을 통하여 방송프로그램이나 영화 등 콘텐츠를 제공하는 서비스를 통칭하는 개념으로서, 여기서 Top은 TV에 연결되는 셋톱박스를 의미하며, 현재는 셋톱박스의 유무를 떠나 PC, 스마트폰 등의 단말기뿐만 아니라 기존의 통신사나 방송사가 추가적으로 제공하는 인터넷 기반의 동영상 서비스를 모두 포괄하는 용어다.<sup>3)</sup>

OTT의 국가별 개념을 살펴보면, 국내에서는 ‘범용 인터넷망을 통해 제공되는 동영상서비스로서 현행 방송법 및 IPTV법상 방송(지상파, 종합유선방송, 위성방송, IPTV)에 해당되지 않는 것’으로 정의되고, 미국에서는 ‘인터넷을 통해 소비자들에게 영상 콘텐츠를 제공하는 영상유통사업자’(연방통신위원회, FCC)로 정의하며, 영국에서는 실시간 방송콘텐츠를 제공하는 OTT는 ‘TLCS’<sup>4)</sup>(면허가 필요한 텔레비전 콘텐츠 서비스)로 분류하여, 비실시간 동영상 서비스 중 기존 방송사업자와의 유사성이 높은 동영상을 ‘ODPS’(On Demand Programme Service)로 규정하는 등 국가마다 OTT 개념에 있어서 차이를 보이고 있다.

OTT서비스의 구성요소는 콘텐츠(C)-플랫폼(P)-네트워크(IP망)-기기(D)라는 전형적인 ICT 융합서비스 가치사슬 체계를 형성하고 있다.<sup>5)</sup> 먼저 OTT서비스는 콘텐츠 측면에서 영화, 프로그램뿐만 아니라, 사용자 제작 콘텐츠(User-Generated Contents) 등 주로 상업적 목적의 동영상을 제공하는 서비스다. 다음으로 플랫폼 측면에서 플랫폼 제작, 수집 또는 가공된 동영상 콘텐츠를 IP망을 통해 소비자에게 제공하고 이용료 또는 광고수익을 얻는 사업 형태이다. 네트워크 측면에서 광대역 IP망을 이용하는 것이 일반적이다. 기기는 TV, 셋톱박스, PC 또는 태블릿PC, 스마트폰 등 다양한 형태를 취하고 있다.

3) 권형돈, “헌법상 방송개념과 OTT서비스의 방송법적 규제의 정당성”, 언론과 법 제18권 제1호, 2019. 4, 4면.

4) Television Licensable Content Service

5) 최창현, “C-P-N-D 생태계와 ICCT”, Journal of Digital Convergence 12(3), 2014. 3, 8면.

## (2) 국내 OTT 시장 현황

국내 OTT서비스 사업자를 분류하여 보면, ① 티빙(Tving) 등 방송사업자가 제작한 프로그램을 온라인으로 제공하는 서비스, ② 웨이브(wavve) 등 통신사가 제공하는 서비스, ③ 네이버TV, 카카오TV 등 포털사업자가 제공하는 서비스, ④ 독립 OTT 플랫폼(유튜브, 넷플릭스, 왓챠) 등이 제공하는 서비스 등으로 분류할 수 있다.

플랫폼별 시장 성과를 살펴보면, 2021년 2월 '넷플릭스' 월 사용자 수는 1001만3283명으로 나타났다. 2021년 2월 기준 국내 OTT의 경우, '웨이브' 394만8950명, '티빙' 264만9509명, 'U+모바일tv' 212만6608명, 'Seezn(시즌)' 168만3471명, '왓챠' 138만6303명 순으로 나타났다. 5개 플랫폼 사용자를 모두 합하면 1179만3841명으로 넷플릭스와 비슷한 수준이다.<sup>6)</sup> 사업자/서비스별 매출액에 대한 통계가 부재한 상황이며, 2019년 넷플릭스의 유료결제금액은 216억원이며, 2020년 10월 월간 결제액이 500억원에 해당된다.<sup>7)</sup>

### 【주요 OTT 앱 사용률 비교 및 주요 OTT 앱 1인당 월평균 사용 시간, 일 수 비교】<sup>8)</sup>



6) <http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=212396>

7) [http://it.chosun.com/site/data/html\\_dir/2020/11/10/2020111001155.html](http://it.chosun.com/site/data/html_dir/2020/11/10/2020111001155.html)

8) <http://newconomy.co.kr/View.aspx?No=1531414>

넷플릭스(Netflix)의 로컬사업자 제휴전략을 살펴보면, 2016년 국내 시장에 진출한 넷플릭스(Netflix)는 일차적으로 케이블TV SO 딜라이브와 제휴하였으며, 2018년 5월에는 LG 유플러스의 IPTV (U+TV)와 모바일에 PIP 방식<sup>9)</sup>으로 진출했으며, 론칭 1년만에 가입자수가 200만에 도달하였다. 넷플릭스는 한국형 오리지널 콘텐츠 제작 및 판권 구매에 많은 투자를 해왔다. 2017년 옥자에 600억원, 2018년 미스터선샤인의 총제작비 430억원 중 280억원, 2019년 아스달연대기에 250억원 등이 대표적이다. 한편 초기에는 공동제작 및 건별 투자/구매 중심이었으나, 2019년 말에는 CJ ENM-스튜디오 드래곤 및 Jtbc와 향후 3년간 20여편의 콘텐츠 공급계약을 체결하는 등 방송사/제작사 단위의 장기 계약으로 제휴전략이 변화하고 있다. 2020년에는 넷플릭스의 한국 콘텐츠 관련 업무를 전적으로 지원하는 새 법인 '넷플릭스 엔터테인먼트 Ltd'를 설립하였고, '누적 조회 수 5억' 인기 웹툰을 원작으로 한 넷플릭스 오리지널 드라마 '스위트홈'의 경우, 공개 4주만에 전 세계 2200만명이 넘는 유료 구독자가 시청하였다.<sup>10)</sup>

### (3) 국내 OTT 이용 측면

국내 OTT서비스 사업자들은 기존 레거시 미디어(legacy media),<sup>11)</sup> 순수 OTT사업자(독립형·개방형), 인터넷 포털, 소셜 네트워크 등 다양한 국내·외 사업자가 시장에 진출하고 있다. 국내 OTT 시장에서 유튜브(YouTube), 웨이브(wavve), 넷플릭스(NETFLIX) 순으로 순이용자와 월평균 이용시간이 높은 것으로 나타났다. 2021년 2월 기준 국내 OTT 시장의 경우 '웨이브' 394만8950명, '티빙' 264만9509명, 'U+모바일tv' 212만6608명, 'Seezn(시즌)' 168만3471명, '왓챗' 138만6303명 순으로 나타났다.<sup>12)</sup>

9) PIP(Platform in Platform) 포털 연동 시스템은 SMR이 콘텐츠 관리 시스템(contents management system, CMS)을 구축해 자체 콘텐츠 전송 네트워크(Content Delivery Network, CDN)와 콘텐츠 유통을 위임한 콘텐츠 홀더들로부터 영상과 관련된 메타데이터를 수집하고 이를 포털에 실시간으로 전송하는 시스템이다. 기존 유튜브나 네이버TV캐스트, 다음TV팟에 방송 콘텐츠를 서비스하기 위해선 각 포털에서 제공하는 CMS에 콘텐츠 관련 메타데이터를 입력하고 영상 콘텐츠를 업로드해야 했다. 이 방식은 서비스하는 포털의 개수에 따라 입력 작업도 반복해야 했기 때문에 번거로운 단점이 있었다. PIP 시스템은 중간의 수집 시스템에서 메타데이터와 동영상 콘텐츠를 CDN에 수집한 후 각각의 포털에 정해진 형태의 API를 통해 메타데이터를 전송하고, 동영상 재생 시에는 포털의 플레이어가 PIP 시스템에 있는 콘텐츠 URL을 통해 재생하는 방식이기 때문에 메타데이터 입력이나 콘텐츠 업로드를 한 번만 해도 된다(<http://journal.kobeta.com/>).

10) [https://www.chosun.com/culture-life/culture\\_general/2020/12/20/XGAK6KEBJBDKLRIVB7HCUN3DY/](https://www.chosun.com/culture-life/culture_general/2020/12/20/XGAK6KEBJBDKLRIVB7HCUN3DY/)

11) '레거시 미디어'란 정보화시대 이전에 출시되었거나 개발된 대중매체를 말한다. 예를 들어, 인쇄매체(신문, 잡지 등), 영화, 라디오 방송, 텔레비전 등이다.

12) <http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=212396>



주요 OTT의 앱 사용률은 넷플릭스 72.7%, 왓챠 56.6%, 티빙 53.5%, U+모바일tv 33.6%, 웨이브 33.2%, Seezn 15.3% 순으로 나타났다. 다만 1인당 월평균 사용 시간은 웨이브가 10.2시간으로 우위를 보였고, 넷플릭스가 9.2시간으로 뒤를 이었다. 이어 티빙 7.9시간, 왓챠 5.6시간, Seezn 4.1시간 순이었다.<sup>13)</sup> 국내 OTT 시장 규모는 2014년 1,926억 원에서 연평균 26.3% 성장하여 2020년에는 7,801억원 규모에 달할 것으로 추정된다.

## 2. 방송 개념의 가변성과 OTT서비스가 방송에 해당되는지 여부

### (1) 방송 개념의 개방성·가변성

우리나라 헌법 제21조 제1항에서는 “모든 국민은 언론·출판의 자유 … 를 가진다.”라고 규정하고 있다. 헌법에서 규정하고 있는 언론에는 ‘방송’이 포함된다. 그러나 방송에 OTT서비스가 포함되는지 여부는 법적 해석이 필요하다.

헌법상 ‘방송’ 개념은 개방적이기 때문에, ‘방송’의 구체적인 개념을 파악하기 위해서는 구체적인 헌법해석이 필요하다. 또한 헌법 제21조 제3항에서는 “통신·방송의 시설기준 … 을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.”라고 하여 법률유보 형식으로 되어 있다. 헌법 명문상 명확한 것은, ‘방송’과 ‘통신’을 구별한다는 것이다. 방송은 ‘광범위한 효력’, ‘최신성’, ‘잠재적 영향력’을 가지며,<sup>14)</sup> 국민 의견의 다양성 확보와 공적인 여론 형성을 주도하는 기능을 수행한다는 점에서, 개인적 의사소통인 ‘통신’과 구별된다.<sup>15)</sup>

최근의 영상처럼 OTT서비스 등 새로운 미디어 매체들이 등장하는 경우 이를 방송이나 통신에 포함시킬 것인지 아니면 새로운 개념을 만들어 이를 규율할 것인지가 논의되고 있다. 새롭게 등장한 미디어서비스를 「방송법」상 방송 개념에 끼워 맞추어 해석하는데 한계에 다다른 것 같다. 헌법상 방송 개념은 개방적인 성질을 지니는데 반해, 법률(「방송법」)상 방송 개념은 헌법상 방송 개념과는 달리 한정적으로 규율될 수 있다.<sup>16)</sup>

13) <http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=212396>

14) 이부하, “매체 융합시대에 방송의 자유와 온라인 매체에 의한 방송”, 외법논집 제41권 제4호, 2017. 11, 207-208면.

15) 이부하, “방송·통신 융합시대에 방송법제의 개선”, 법과 정책연구 제17집 제1호, 2017. 3, 7면.

16) 최우정, “헌법상 개념으로서의 방송”, 공법학연구 제5집 제3호, 2004, 271면.

## (2) OTT서비스에 대한 방송통신심의위원회의 심의 가능성

「방송법」상 ‘방송’은 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중에게 전기통신설비에 의하여 송신하는 것으로서 다음 각목의 것을 말한다고 규정하고 있다. 각목으로는 ① 텔레비전방송, ② 라디오방송, ③ 데이터방송, ④ 이동멀티미디어방송이다.

「방송법」 제32조에서는 “방송통신심의위원회는 방송·중계유선방송 및 전광판방송의 내용과 그 밖에 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보중 방송과 유사한 것으로서 대통령령으로 정하는 정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의·의결한다. 이 경우 매체별·채널별 특성을 고려하여야 한다.”고 규정하고 있다.<sup>17)</sup>

「방송법」 제32조의 해석에 의하면, 방송통신심의위원회는 ‘방송법 제2조의 방송(텔레비전 방송, 라디오방송, 데이터방송, 이동멀티미디어방송)과 아울러 ‘중계유선방송’ 및 ‘기타 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보중 방송과 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 정보’에 관한 내용의 공정성 및 공공성을 심의하기 때문에, OTT서비스는 방송과 유사한 것으로 해석할 수 있다.<sup>18)</sup> 미디어사업자 또는 방송사업자가 방송 또는 동영상서비스 등 일정한 프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 공중에 제공하는 OTT서비스는 방송과 유사한 것으로 볼 수 있다.

## (3) OTT서비스가 방송에 해당되는지 여부

특정한 서비스가 인터넷 통신망을 이용하여 동영상 등을 기획·편성 또는 제작하여 공중에 지속적으로 제공한다 하더라도, 「방송법」상 ‘방송’에 해당되지 않게 된다.<sup>19)</sup> 왜냐하면, 「방송법」 제2조 제1호에 열거된 ① 텔레비전 방송, ② 라디오방송, ③ 데이터방송, ④ 이동멀티미디어방송 4가지만 방송에 해당하기 때문이다. 이렇듯 「방송법」상 ‘방송’은 방송주체가 기획·편성 또는 제작하는 형태로 방송내용의 형성에 대한 통제력 확보를 중심적 요소로 본다. 현행법상 OTT서비스는 「방송법」이 아닌 「전기통신사업법」에 의해 규율하고 있다.

첫째, 편성 측면에서의 고찰이다. ‘편성’이란 방송되는 사항의 종류·내용·분량·시각·배열

17) 최우정, “수평적 규제체계에서 방송콘텐츠 규제의 법적 문제점”, 언론과 법 제16권 제3호, 2017. 12, 7면.

18) 지성우, “멀티미디어 시대에 있어 방송개념의 가변성에 관한 연구”, 성균관법학 제17권 제3호, 2005. 12, 129면.

19) 고민수, “방송·통신융합과 입법적 과제”, 공법연구 제34집 제4호 제1권, 2006. 6, 97면.



을 정하는 것을 말한다.<sup>20)</sup> 따라서 ‘방송사업’은 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중에게 제공하는 사업이므로 ‘기획’과 ‘편성’은 방송의 핵심적 구성요소이다. 실제로 OTT서비스는 기획과 편성을 하는 다채널 디지털방송에 가까우며, OTT서비스 사업자는 전송할 프로그램의 종류·내용·분량·시각·배열을 정하고, 이를 사전에 시청자에게 전자 프로그램 안내(Electronic Program Guide)를 통해 방송프로그램 편성표를 공지하기 때문에, OTT서비스 사업자는 기획 및 편성을 스스로 한다.

글로벌 온라인동영상서비스(OTT) 플랫폼인 넷플릭스의 경우에는 자사가 편성한 프로그램을 제공하는 것이 일반적이다. 프랑스에서는 자사 오리지널 시리즈로 구성된 채널인 ‘넷플릭스 다이렉트’(Netflix Direct)를 제공하고 있다. ‘넷플릭스 다이렉트’는 지상파 방송과 같이 시간대별로 편성된 콘텐츠를 실시간 제공하고 있다.<sup>21)</sup>

둘째, ‘공중에게 송신하는 것’의 해석이다. ‘방송’은 공중(불특정 다수)에게 일방적으로 송신(casting)되는 것인 반면, ‘통신’은 특정인에게 송·수신이 가능한 쌍방향적 속성을 지니고 있다. 방송의 자유는 ① 모든 사람이 방송을 수신할 수 있게 하는 ‘기본적 공급’, ② 방송 프로그램의 ‘내용수준 확보’, ③ 다양한 의견들을 중계함으로써 의견의 다양성 보장에 있다.<sup>22)</sup> 반면, 통신의 자유와 관련하여 헌법상 ‘통신’은 ‘비공개를 전제로 하는 쌍방향적인 의사소통’이라 할 수 있다.<sup>23)</sup> 즉, 헌법상 통신의 자유의 보호영역은 개인 간의 비밀스러운 의사소통을 보장하겠다는 취지이다. 방송의 주요 징표로서 ‘공중에게 송신하는 것’의 측면에서, OTT 서비스는 ‘비공개성’과 ‘당사자의 특정성’의 특성을 지닌 ‘통신’과는 거리가 있고, 공중에게 공개적인 프로그램을 송신하기 때문에 ‘방송’에 해당한다고 볼 수 있다.

셋째, ‘개별 수신자’에게 송신하는 것은 방송에 포함된다. 「방송법」상 ‘방송’은 방송 프로그램의 기획·편성 또는 제작과 이를 공중(“시청자”)에게 전기통신설비로 송신하는 것이다. 방송사업자와 개인 간 개별계약을 체결한 시청자의 입장에서 보면, ‘1 대(對) 1’의 관계이지만, 방송사업자의 입장에서 보면 ‘1 대(對) 다(多)’의 관계가 성립된다. OTT서비스 사업자는 개별 계약을 통해 ‘개별 수신자’에게 일정한 프로그램을 송신하는 것이므로, 방송에 해당될 수 있다.

결론적으로 OTT서비스는 자체 프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중에게 온라

20) 방송법 제2조 제15호

21) <https://moneys.mt.co.kr/news/mwView.php?no=2020110914258025685> (검색일: 2021. 4. 28.)

22) BVerfGE 74, 297 (326).

23) 헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652, 661-662.

인을 통해 송신하는 것이므로 방송에 해당할 수 있다고 보여진다. 그러나 「방송법」에서 열거한 ① 텔레비전 방송, ② 라디오방송, ③ 데이터방송, ④ 이동멀티미디어방송에 해당되지 않기 때문에 「방송법」상 방송에 해당되지 않는다. 반면, 헌법적 측면에서 보면, OTT서비스는 ‘광범위한 효력’, ‘최신성’, ‘잠재적 영향력’을 가지며, 국민의 의견의 다양성을 확보하고 공적인 여론형성 기능을 수행하므로 헌법상 방송에 해당될 수 있다.

### III OTT서비스에 대한 법적 규율

#### 1. 현행법에서 방송과 OTT서비스 간 규제 차이

OTT서비스 사업자는 동영상콘텐츠를 인터넷을 통해 제공하기 때문에, 「전기통신사업법」 제22조의 ‘부가통신사업자’이며, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제3조의 ‘정보통신서비스 제공자’로서의 지위를 가지고 있다.<sup>24)</sup>

##### (1) 진입규제, 소유·경영규제

유료방송 플랫폼사업자(IPTV, 종합유선방송사업자와 위성방송사업자)는 과학기술정보통신부장관의 허가<sup>25)</sup>를 받아 시장에 진입하며 주기적으로 재허가를 받아야 한다. 소유규제와 관련하여 뉴스통신을 경영하는 법인은 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업자의 주식 또는 지분 총수의 49% 이상을 소유할 수 없도록 엄격한 규제를 하고 있다.<sup>26)</sup> 일간신문이나 뉴스통신을 경영하는 법인도 종합유선방송사업자 및 위성방송사업자의 주식 또는 지분 총수의 49% 이상을 소유할 수 없다.<sup>27)</sup> 반면, OTT서비스 사업자는 부가통신사업자로 신고만으로 시장 진입이 가능하고, 서비스에 대한 진입규제가 낮으며, 소유규제 대상에서 제외된다.

24) 황성기, “OTT 서비스 규제기준에 관한 연구”, 법학논총 제34집 제1호, 2017. 3, 5면.

25) 인터넷 멀티미디어 방송사업법 제4조.

26) 인터넷 멀티미디어 방송사업법 제8조 제2항

27) 방송법 제8조 제5항



## (2) 점유율 규제

유료방송 플랫폼사업자의 경우, 전체 유료방송시장에서 시장점유율과 관련하여 전체 방송사업자의 매출액 총액 중 차지하는 비율이 33% 이상을 넘지 못하도록 규제하고 있다. 또한 지상파방송사업자가 특정 위성방송사업자의 주식 또는 지분을 33% 이상 소유하지 못하도록 하였다.<sup>28)</sup> 반면, OTT서비스 사업자는 이러한 규제사항이 없다.

## (3) 내용규제

유료방송의 방송채널사용사업자(PP)에 대해서는 방송통신심의위원회가 「방송심의에 관한 규정」에 의거하여 방송 프로그램의 내용을 심의한다. OTT서비스 사업자는 부가통신사업자로서 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에 의해 청소년유해정보, 불법정보에 한정하여 방송통신심의위원회 심의가 이루어진다.

## (4) 편성규제

유료방송 플랫폼사업자의 경우, 공통적으로 의무재송신, 채널변경 승인 등 엄격한 편성규제를 적용받는다. 종합유선방송사업 또는 중계유선방송사업을 허가할 때에는 일정한 방송구역 안에서 사업을 운영하는 권리(“지역사업권”)를 부여할 수 있다.<sup>29)</sup> 반면, OTT서비스 사업자는 이러한 규제사항이 없다.

## (5) 광고규제

유료방송의 방송채널사용사업자(PP)에 대해서는 방송광고 허용 유형을 규정하고 있으며, 광고시간을 제한하는 등 엄격한 규제를 하고 있다.<sup>30)</sup> 반면, OTT서비스 사업자는 이러한 규제사항이 없다.

## (6) 결어

허가제·소유규제·편성규제·내용규제 등이 방송사업자에게 부과되고 있다. 반면, OTT서

28) 방송법 시행령 제4조 제5항

29) 방송법 제12조(지역사업권) 제1항

30) 방송법 제73조(방송광고등) 제1항과 제2항

비스 사업자에게는 허가제·소유규제·편성규제·내용규제 등 지상파 방송사업자와 동등한 규제를 가하기 어려운 상황이다. 개방형 인터넷망을 사용하여 제공하는 OTT서비스(실시간, VOD, VSP)는 부가통신서비스에 해당하여, 방송서비스와는 물론 통신서비스 중에서도 가장 낮은 수준의 규제를 적용받는다. 즉, OTT서비스에는 신고에 의한 진입, 내용심의(청소년유해정보, 불법정보), 광고규제(거짓·과장의 표시·광고, 기만적인 표시·광고, 부당하게 비교하는 표시·광고, 비방적인 표시·광고),<sup>31)</sup> 금지행위, 이용자보호 등의 규제가 적용된다. 반면, 소유/경영규제, 광고시간, 요금규제, 편성규제, 제작물규제, 장애인지원, 자료제출, 재난방송 등은 적용되지 않는다. OTT서비스는 방송과 유사한 서비스임에도 불구하고, 방송법의 적용을 받지 않는다.

## 2. OTT서비스에 대한 법적 규율 방향

### (1) 새로운 미디어서비스에 대한 최소규제

방송에 대해 인쇄매체(신문)와 다른 법적 규제가 적용되는 이유는 방송의 ‘광범위한 효력’과 ‘잠재적 영향력’ 때문이다. 방송의 이러한 효력으로 인해 방송은 다른 언론매체 보다 강한 법적 규제를 받고 있다. 현재까지 OTT서비스가 기존 지상파방송과 동등하게 취급될만한 영향력을 지니거나 기존 방송을 대체할 정도의 효력이 있다고 보기 어렵다. 이에 공영방송 등의 공공성 유지라는 기초와 새로운 미디어서비스의 경제적 이익 추구라는 기초를 양분하여 입법할 필요가 있다.<sup>32)</sup>

물론 새로운 미디어서비스에 대해서도 음란물 규제, 청소년 보호, 불법정보 규제 등의 내용통제뿐만 아니라, 배타적 거래 방지와 시장지배력 남용 관련 공정경쟁 규제는 필요하다. OTT서비스에 대한 법적 규제에 있어서 OTT서비스의 국민 여론형성력과 영향력이 어느 정도인지 파악이 불확실하므로 규제에 있어서 네거티브 방식에 의거하여 미디어시장에서의 부작용을 최소화하는 수준으로 규제할 필요성이 있다.

31) 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제3조

32) 권형돈, “방송법 개정 논의의 헌법적 문제에 대한 소고”, 공법연구 제37집 제1-2호, 2008. 10, 2면.



## (2) 수평적 규제로서 형평성 원리

콘텐츠 계층, 플랫폼 계층, 네트워크 계층으로 분류하여, 콘텐츠 계층에서는 다원성 보장, 문화적 다양성 추구, 소수계층 보호, 제작과 유통 촉진, 지적 재산권 보호 등이 콘텐츠와 관련하여 규율되어야 하며, 음란물 등에 대해서는 내용규제를 해야 한다. 플랫폼 계층에서는 진입·퇴출 등의 규제, 이용자보호, 공정경쟁 등 서비스 제공과 관련한 사항이 주요 규율이 되어야 한다. 네트워크 계층에서는 모든 콘텐츠를 전달하는 물적 토대로서 가치중립적 존재, 기술표준, 상호접속, 요금, 독과점 규제 등이 규율되어야 하며, 보편적 서비스 확대와 개인정보 보호가 주된 규율사항이다.<sup>33)</sup> 네트워크 계층에서 진입규제를 완화하여 방송과 통신의 구별을 없애더라도, 네트워크 계층과 콘텐츠 계층의 성격을 함께 갖고 있는 기존 방송사업자 즉, 지상파방송사업자, 유선방송사업자, 위성방송사업자, IPTV사업자 등에 대해서는 기간통신사업자와 차등을 두고 플랫폼 계층을 별도로 규제해야 한다.<sup>34)</sup>

## (3) 공영방송과 다른 미디어서비스 간 구별

공영방송과 다른 미디어서비스 간 구별을 전제로 하여 입법할 필요가 있다. 공영방송에게는 공익성과 공공성을 유지하도록 하고, 다른 미디어서비스는 규제 완화 측면에서 입법이 이루어져야 한다.

### 1) 공영방송에게 기본적 공급의무의 부과

독일에서는 공영방송에게 기본적 공급의무(Grundversorgung)를 부과하는 독일 기본법 규정에 의거하여 주(州) 통신매체법도 이러한 의무 규정을 두고 있다.<sup>35)</sup> 민영방송 및 지역 방송 그리고 지방방송에 있어서도 다양한 프로그램 공급을 하도록 규정하고 있다.<sup>36)</sup>

공영방송과 동일하게 민영방송도 방송의 기본적 공급의무를 수행해야 한다.<sup>37)</sup> 이러한 방송의 기본적 공급의무는 국민의 '생존배려'의 방송법적 표현이다. 방송의 기본적 공급의무 부과는 국민의 최소한의 정보 접근권 보장을 위해서다. 민영방송은 경제시장에서 재정문제

33) 김국진·김도경, “방송통신융합법 체계와 과제”, Telecommunications Review 제19권 1호, 2009. 2, 33면.

34) 이부하, “방송·통신 융합시대에 방송법제의 개선”, 법과 정책연구 제17집 제1호, 2017. 3, 12면.

35) BVerfGE 74, 297 (340 f.)

36) Hesse, Rundfunkrecht, 5. Kap. Rn. 103.

37) D. Dörr, Wo bleibt die Rundfunkfreiheit, ZUM Sonderheft 2000, S. 666 (668).

로 인하여 방송의 기본적 공급의무를 소홀히 할 가능성이 있다. 따라서 국가는 방송의 기본적인 공급의무를 수행하는 민영방송의 존속과 발전을 위해 TV수신료 징수에 의해 얻는 수입 중 일정부분을 민영방송사에게 지원해야 한다.

우리나라 방송 관련법에도 방송의 '기본적 공급의무'를 규정할 필요가 있다. 디지털미디어 환경에서 공영방송 서비스가 국가의 공공목적 달성과 국민의 기본생활 유지에 필요하고 사회적 공익성 달성을 위한 서비스라고 평가된다면, 인터넷 기반 플랫폼에서도 기본적 공급의무는 보편적 서비스 개념으로 정당화될 수 있다.

### 2) 공영방송에게는 사전 규제 및 구조 규제를 유지

공영방송과 공공서비스방송의 경우에는 방송의 특수성을 반영하여 현재와 같은 '사전 규제와 구조 규제'를 유지하는 방안이다. 공영방송은 국민의 기대와 요구에 맞추어 방송의 공적 가치를 추구하게 하고, 민영 미디어서비스가 제공할 수 없는 서비스나 콘텐츠들을 제공하게 한다.

### 3) 공영방송에게 공공성 책무 법규정화

방송의 공공성은 방송이 지향해야 할 중요한 가치이다. 방송은 한 개인이나 단체가 아닌 일반사회 구성원 전체에 영향을 미치는 것이며, 방송전파의 소유권과 방송활동 주권이 이용자(국민)에게 있기 때문에, 방송의 공공성 책무 유지는 법적으로 중요하다.

공영방송의 정의, 책임과 의무, 역할 등이 법에 구체적이고 명시적으로 규정되어 있지 않아 법제도적으로 문제가 있다. 현행 「방송법」상 방송의 공적책임, 공정성, 공익성 관련 규정은 있으나, 공공성 관련 명시적 규정은 없다. 「방송법」상 공영방송에 대한 정의가 없는 상황에서, KBS·EBS·MBC의 공적 책무 역시 다른 지상파방송사업자와 차별성이 없으며, 추상적이고 선언적이며 구체적이지 못하다. KBS에 대해 공사의 공적책무에 대해 「방송법」상 명시되어 있으나, 그 내용이 추상적이며 공공성 이행을 강제할 법규정이 없다.

## 3. 방송·미디어서비스 법체계 개편

### (1) 방송 개념의 한계

인터넷동영상서비스의 확산으로 전통적인 방송 영역이 해체되고 있다. 위성방송이 등장



하면서 지상파방송만을 의미하는 전통적인 방송 개념은 이미 붕괴되었다. 이러한 이유에서 미국의 경우, MVPD(다채널방송사업)<sup>38)</sup>는 방송이라는 개념이 아닌 ‘서비스’ 개념을 사용하고 있다. 넷플릭스, 유튜브, 웨이브, 티빙 등 OTT서비스의 등장과 함께 전통적인 방송과의 유사성으로 인해 미디어 시장의 산업적·사회적 혼란이 발생하고 있다. 「방송법」상 위성방송, 종합유선방송(SO), 디지털멀티미디어방송(DMB), 데이터방송 등 신규매체 또는 신규서비스의 도입으로 인해 방송의 범위가 확대되어 왔다.

현행 방송의 정의는 기존 지상파방송(free to air)에 초점을 맞춘 개념이다. 인터넷동영상서비스의 등장으로 방송의 정의가 확장되어 새롭게 등장한 미디어서비스를 포섭하기가 어렵게 되었다. 방송통신 융합영역이나 경계영역 서비스가 등장할 때마다 「방송법」상 방송 개념을 개정하여 확장하는 것은 기술의 진화, 산업의 성장, 사회적 현실 등을 고려할 때 입법의 한계를 넘어서는 것이다.

새로운 미디어서비스를 포괄하기 위해서는 새로운 개념 구축이 필요하고, 방송의 범위를 재설정할 필요가 있다. 전통적인 방송이 추구해온 규범과 가치를 어떤 서비스까지 적용할 것인가, 그리고 전통적 방송은 어떤 영역을 유지하고 재구조할 것인가 등에 대한 방향과 연계하여 고려해야 할 것이다.

## (2) 시청각미디어서비스 개념 신설

신규매체 또는 신규서비스가 도입됨에 따라 전통적인 ‘방송’ 개념에서 탈피하여 ‘시청각미디어서비스’라는 개념을 설정해 본다. 기존 방송을 포함하여 방송·통신 융합 환경에 새롭게 등장하는 미디어서비스를 포괄하는 상위개념으로서 ‘시청각미디어서비스’ 개념을 신설하는 것이다. 이 개념 하에 방송·통신 융합 환경에 부합할 수 있도록 ‘방송’ 범위를 재설정하고, 인터넷동영상서비스(OTT서비스)도 그 안에 포함시키는 것이다.

콘텐츠를 편집하여 편성하여 전송하는 인터넷사업자의 미디어서비스를 ‘방송’에 모두 포섭하기는 어렵다. 방송은 실시간성을 기술적 특성으로 중시하지만, 그 특성을 통해 모든 인터넷동영상서비스를 방송에 편입시키는 것은 부적절하다.

38) MVPD(Multichannel Video Program Distribution: 다채널방송사업)란 지상파방송을 제외한 케이블 TV·위성방송·VOD·MMDS/LMDS(무선케이블TV)·IPTV 등 다채널 영상미디어사업을 뜻한다. 1992년 미국 연방통신위원회(FCC)는 이들 신규 영상미디어서비스를 포괄하는 개념으로 MVPD를 도입하고 이를 지상파방송과 구분하였다(출처: 미디어오늘(<http://www.mediatoday.co.kr>))

### (3) 미디어서비스의 분류체계

방송·통신 융합환경에 부합하는 현실반영의 규제체계를 설정하기 위해 미디어서비스 분류체계는 다음의 세 가지 기본방향을 설정하여 개편할 수 있다. ① 동일서비스 동일규제를 위해 기술중립성에 입각하여, ② 규제 목적(경쟁활성화, 사회문화적 공익성, 이용자보호 등)을 설정하고, ③ 규제 비례성(사업자 규모, 영향력)에 부합하는 수평적 서비스 분류체계를 마련하는 것이다.

미디어서비스를 네트워크, 플랫폼, 콘텐츠 계층으로 구분하고, 각 계층 내에서 서비스 특성에 따라 분류한다. 또한 '동영상' 중심인지 아니면 '비동영상' 중심인지에 따라 구분하고, 콘텐츠가 동영상이 주된 서비스인 경우에는 '시청각미디어서비스'로, 콘텐츠가 비동영상이 주된 서비스인 경우에는 '정보사회서비스'로 구분한다. 시청각미디어서비스는 '동영상 콘텐츠' 제공이 주된 서비스이고, 정보사회서비스는 동영상이 보조적인 서비스이다.

편집권은 콘텐츠 소싱 편성에 미치는 사업자의 영향력을 의미하며, 편집권의 유무에 따라 콘텐츠, 플랫폼, 네트워크 계층으로 구분한다. 콘텐츠계층은 개별 콘텐츠 제작, 조달, 편성 단계에서 편집권을 행사하며, 플랫폼계층은 채널구성, VOD 배치 등 패키징 단계에서 편집권을 행사한다. 반면, 네트워크계층에서는 편집권이 없다. 이용자에게 시간적으로 일방향으로 제공되는가, 양방향으로 제공되는가에 따라 '실시간서비스'와 '주문형서비스'로 구분할 수 있다. 실시간서비스는 사업자가 정한 편성시간표에 따라 콘텐츠 제공하는 서비스이고, 주문형서비스는 이용자가 콘텐츠 이용시간을 자율적으로 선택할 수 있는 서비스다.

실시간 서비스 내에서 사업행위(채널편성 vs. 채널구성)와 시장행위(B2B vs. B2C)에 따라 '채널서비스'와 '플랫폼서비스'로 구분한다. 채널서비스는 자체제작, 외주제작, 구매를 통해 확보한 콘텐츠를 시간대 배열로 편성하여 플랫폼사업자에게 유료로 채널상품을 제공하는 서비스이며, 플랫폼서비스는 채널사업자와 계약하여 확보한 다수의 채널을 구성(묶음, 패키징)하여 가입자에게 유료로 제공하는 서비스다.

[시청각미디어서비스 분류체계] 39)

|       |                              | 동영상 중심                        |         | 非동영상 중심 |                              |
|-------|------------------------------|-------------------------------|---------|---------|------------------------------|
|       |                              | 시청각미디어서비스                     |         |         | 정보사회 서비스                     |
|       |                              | 실시간 서비스                       | 주문형 서비스 |         |                              |
| 콘텐츠   | 지상파방송 채널 서비스                 | 시청각미디어채널 서비스 (유료채널, 실시간OTT채널) |         | VOD 서비스 | 인터넷신문, 팟캐스트, 정보CP            |
| 플랫폼   | 지상파방송 플랫폼 서비스                | 시청각미디어플랫폼 서비스 (유료방송, OTT플랫폼)  |         |         | 포털, 카톡, SMS (단문문자서비스) 콘텐츠플랫폼 |
| 네트 워크 | 방송망(지상파, 유료방송) & 통신망(범용인터넷망) |                               |         |         |                              |

지상파방송서비스를 제외한 유료방송과 OTT서비스에 수평적 규제체계를 도입하여 지상파방송의 독자적 규제영역을 유지하면서도 방송서비스와 인터넷을 포함하는 시청각미디어 서비스 시장에 대한 적절한 규제를 도모하는 방안이다.

#### 4. OTT서비스에 대한 법적 규율

##### (1) 유럽연합의 OTT서비스 규제

유럽연합(EU)의 2018년 11월 14일 개정된 시청각미디어서비스지침(AVMSD)<sup>40)</sup>에 의하면, 시청각미디어서비스에는 ‘전통적인 텔레비전’, ‘주문형 비디오’, ‘동영상공유플랫폼’을 포함하고 있다. 동 지침에 의하면, OTT서비스는 시청각미디어서비스에 해당된다.<sup>41)</sup>

동 지침에서는 인터넷 기반의 동영상 공유플랫폼서비스(VSP, Video Sharing Plattform Service)를 신설하고 동 지침의 규제 범위 안에 포함시켰다. 이전까지 동영상 공유플랫폼서

39) 방송제도개선 추진반, 중장기 방송제도개선을 위한 정책제안서, 2020, 90면(B안).

40) Directive (EU) 2018/1808 of the European Parliament and of the Council

41) 권형돈, “헌법상 방송개념과 OTT서비스의 방송법적 규제의 정당성”, 언론과 법 제18권 제1호, 2019. 4, 11면.

비스(VSP)는 정보사회서비스(ISS, information society service)의 일종으로서, 시청각미디어서비스지침(AVMSD)에 의해서가 아닌 전자상거래지침에 의해 규율되었다. 개정된 지침에 의해, 넷플릭스(주문형 동영상 플랫폼), 유튜브(동영상 공유플랫폼), 페이스북, 스냅챗 등 다양한 OTT서비스는 시청각미디어서비스로 분류되어 규제를 받게 되었다.

2018년 개정 시청각미디어서비스지침(AVMSD)은 기존 지침(2010)의 핵심 개념인 ‘시청각미디어서비스’와 ‘프로그램’ 개념을 수정하였고, ‘이용자 제작 동영상’(UGV, user-generated video) 개념을 신설하였다.

첫째, 개정 지침은 ‘시청각미디어서비스’ 개념에 “해당 서비스의 주된 목적과 구분되는 별도의 서비스가 공중에게 정보, 오락, 교육에 관한 프로그램을 제공하는 경우에도 포함한다.”는 규정을 추가하였다.

둘째, 개정 지침은 ‘프로그램’ 개념에서 “텔레비전 방송과 형식과 내용이 유사한 것”(TV-like)이라는 개념을 삭제하고,<sup>42)</sup> 그 대신 “짧은 길이의 동영상”이라는 규정을 추가하였다.

셋째, 개정 지침은 ‘동영상 공유플랫폼서비스’(VSP, Video Sharing Platform Service)라는 개념을 신설하였고 이 서비스는 다음과 같은 특징을 지녔다. (i) 상당한 양의 프로그램 또는 이용자 제작 동영상을 보유하고 있는 서비스로 구성되며, 서비스 사업자는 이에 대한 편집권을 갖지 않음, (ii) 콘텐츠 구성은 hosting, displaying, tagging, sequencing 등 전자적 방식(알고리즘)에 따라 서비스 사업자가 결정함, (iii) 프로그램 또는 이용자 제작 동영상(UGV) 서비스의 주된 목적은 일반 공중에게 정보, 오락, 교육을 제공하는 것임, (iv) 서비스는 전자통신망을 통해 제공되어야 한다.<sup>43)</sup>

넷째, 개정 지침은 ‘이용자 제작 동영상’ 개념을 “개인 또는 다수가 개별 단위로 제작하여 동영상 공유플랫폼에 업로드하거나 동영상 공유플랫폼에 이를 단순히 업로드만 하는 연속적인 동영상”으로 규정하였다.

## (2) 우리나라 법에서 OTT서비스 규제

방송통신심의위원회는 OTT서비스의 내용에 대해 심의하고 있다. 방송통신심의위원회의 직무에 관하여는 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제21조(심의위원회의 직무)

42) “whose form and content is comparable to the form and content of television broadcasting” 문구를 삭제하였다.

43) 홍명수, “OTT 규제에 관한 검토”, 명지법학 제18권 제1호, 2019. 7, 47면.



1호에서 “「방송법」 제32조에 규정된 사항의 심의”를 위원회의 직무로 규정하고 있다. 「방송법」 제32조(방송의 공정성 및 공공성 심의)에서는 “방송통신심의위원회는 방송·중계유선방송 및 전광판방송의 내용과 그 밖에 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보중 방송과 유사한 것으로서 대통령령으로 정하는 정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의·의결한다.”고 규정하고 있다. 「방송법」 제32조에서 “대통령령이 정하는 정보”에 관하여는, 「방송법 시행령」 제21조(방송과 유사한 정보의 심의) 제1항에서는 “법 제32조에서 “대통령령이 정하는 정보”라 함은 방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자가 전기통신회선을 통하여 “방송”, “TV” 또는 “라디오” 등의 명칭을 사용하면서 일정한 편성계획에 따라 유통시키는 정보를 말한다.”고 규정하고 있다. 결국 방송통신심의위원회는 OTT서비스의 내용에 대해 심의할 수 있다.

OTT서비스 사업자는 다음과 같이 구분하여 법적 규율을 적용하는 방안을 제시한다. 첫 번째 부류는 이미 제작된 프로그램을 다시 시청할 수 있는 티빙(Tving), 시즌(Seezn), 카카오TV 등의 시청각미디어서비스는 ‘등록’ 사업자로 분류하여 정보통신망에서 기존 방송사업자의 TV채널을 제공하는 서비스로 정의할 수 있다. 기존에 허가를 받는 방송사업자(지상파 방송사업자, 종합유선방송사업자, 위성방송사업자 등)에게 가해지는 법적 규제를 받지 않게 한다.

두 번째 부류는 자체 프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 제공하는 넷플릭스(Netflix), 왓챠(Watcha), 웨이브(wavve) 등의 시청각미디어서비스는 ‘신고’<sup>44)</sup> 사업자로 분류하여 정보통신망에서 방송프로그램을 판매 또는 공급하는 것을 목적으로 하는 서비스로 정의할 수 있다. 위의 등록 OTT사업자와 동일한 규제를 적용한다.

세 번째 부류는 유튜브(YouTube), 네이버TV는 「전기통신사업법」상의 ‘부가통신사업자’이자 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상의 ‘정보통신서비스 제공자’로 설정하는 방안이다. 이러한 OTT서비스는 개별 이용자와 계약이 존재하지 않고 자신만의 방송 프로그램의 기획·편성 또는 제작이 존재하지 않는다.

전반적으로 OTT서비스에 대해서는 규제 하향화 방향으로 입법함이 타당해 보인다. 즉, OTT서비스 사업자의 유인과 호환성이 높은 규제를 통해 입법하는 것이다. 이용자보호 측면에서 해외 OTT서비스 사업자에 대한 규제 실행력을 높이고, 유료방송시장 규제완화를 통한

44) 자기완결적 신고가 아닌 ‘수리를 요하는 신고’로 함이 적절해 보인다.

규제 하향화를 통해 공정경쟁 환경 구축이 필요하다.

일정 규모 이상의 이용자를 보유한 OTT서비스에 대해서는 이용자 보호를 위한 금지행위 조사 등 자료제출 의무를 부과할 수 있고, OTT서비스 사업자에게 콘텐츠 계층에서의 책임과 네트워크 또는 플랫폼 계층에서의 책임을 별도로 부과할 수 있다. 예컨대, OTT서비스는 배타적 거래, 시장지배력 남용 관련하여 플랫폼 계층으로서 규율하고, 내용심의와 관련하여서 콘텐츠 계층으로서 규율함이 바람직하다.

## IV 결론

OTT서비스는 프로그램을 자체적으로 기획·편성 또는 제작하여 이를 공중에게 온라인을 통해 송신하므로 방송에 해당할 수 있다. 그러나 「방송법」에 열거하고 있는 ① 텔레비전 방송, ② 라디오방송, ③ 데이터방송, ④ 이동멀티미디어방송에 해당되지 않기 때문에 「방송법」상 방송에 해당되지 않는다. 그러나 헌법적 측면에서 보면, OTT서비스는 ‘광범위한 효력’, ‘최신성’, ‘잠재적 영향력’을 가지며, 여론의 다양성을 확보하고 공적인 여론형성 기능을 수행하므로 헌법상 방송에 해당될 수 있다.

OTT 등 새로운 미디어매체 등장에 따라 새로운 미디어매체를 전통적인 ‘방송’에 포섭하기 어려운 상황이 되었다. 방송·통신 융합 환경에 부합하는 광범위한 개념으로서 ‘시청각미디어서비스’ 개념을 상위개념으로 설정하고, 기존 ‘방송’ 범위를 재설정하며 인터넷동영상서비스들도 시청각미디어서비스 하위개념으로 포섭하는 방안을 제시해 본다. 방송은 실시간성을 기술적 특성으로 하지만, 그 특성의 측면을 고려할 때 모든 인터넷동영상서비스를 방송에 편입시키는 것은 적절하지 않다. 따라서 기존 지상파 ‘방송’은 지상파 ‘방송서비스’로 정의하며, 법적으로 방송사업자(법적 책임의 주체)에게 공영방송의 공익성·공공성을 유지하게 하는 방향으로 방송·미디어서비스 체계를 변경하는 것을 제안한다.

OTT서비스 사업자는 다음과 같이 구분하여 법적 규율을 적용하는 방안을 제시한다. 첫 번째 부류는 티빙(Tving), 시즌(Seezn), 카카오TV 등의 시청각미디어서비스는 ‘등록’ 사업자로 분류하여 정보통신망에서 기존 방송사업자의 TV채널을 제공하는 서비스로 정의할 수 있다. 기존에 허가를 받는 방송사업자(지상파방송사업자, 종합유선방송사업자, 위성방송사



업자 등)에게 가해지는 법적 규제를 받지 않게 된다.

두 번째 부류는 넷플릭스(Netflix), 왓챠(Watcha), 웨이브(wavve) 등의 시청각미디어서비스는 '신고'<sup>45)</sup> 사업자로 분류하여 정보통신망에서 방송프로그램을 판매 또는 공급하는 것을 목적으로 하는 서비스로 정의할 수 있다. 위의 등록 OTT사업자와 동일한 규제를 적용한다.

세 번째 부류는 유튜브(YouTube), 네이버TV는 「전기통신사업법」상의 '부가통신사업자'이자 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상의 '정보통신서비스 제공자'로 설정하는 방안이다. 이러한 OTT서비스는 개별 이용자와 계약이 존재하지 않고 자신만의 방송 프로그램의 기획·편성 또는 제작이 존재하지 않는다.

대(大) 기조는 OTT서비스에 대한 규제를 하향화하여 입법하는 것이다. OTT서비스 사업자의 유인과 호환성이 뛰어난 규제를 도입하여 입법함이 바람직하다. 이용자보호 측면에서 해외 OTT서비스 사업자에 대한 규제 실행력을 높이고, 유료방송시장 규제 완화를 통한 규제 하향화를 통해 공정경쟁 환경 구축이 필요하다.

일정 규모 이상의 이용자를 보유한 OTT서비스에 대해서는 이용자 보호를 위한 금지행위 조사 등 자료제출 의무를 부과할 수 있다. OTT서비스 사업자에게 콘텐츠 계층에서의 책임과 네트워크 또는 플랫폼 계층에서의 책임을 별도로 부과할 수 있다. 예컨대, OTT서비스는 배타적 거래, 시장지배력 남용 관련하여 플랫폼 계층으로서 규율하고, 내용심의와 관련하여서 콘텐츠 계층으로서 규율함이 바람직하다.

45) 자기완결적 신고가 아닌 '수리를 요하는 신고'로 함이 적절해 보인다.



제3주제  
토론①

# 「OTT서비스 등 새로운 미디어서비스에 대한 법적 규율」에 대한 토론문

차 상 욱 교수(경북대학교)



## 「OTT서비스 등 새로운 미디어서비스에 대한 법적 규율」에 대한 토론문

■ 차 상 욱 교수(경북대학교)

최근 온라인동영상서비스(Over The Top, 이하 'OTT') 플랫폼이 활성화되고, 이에 따라 주문형비디오(Video On Demand, 이하 'VOD') 서비스의 종류와 이용횟수가 급격히 증가함에 따라 OTT플랫폼을 둘러싼 법적 쟁점이 문제가 되고 있습니다. 이러한 IT와 관련한 미디어기술이 방송·미디어 시장에 미치는 법적 쟁점과 새로운 법규범 형성에 대한 탁견을 보여주시는 이부하 교수님의 발표에 대하여 깊이 감사드립니다.

아래에서는 이교수님의 발제문에 대한 몇 가지 질의를 드리고자 합니다.

### - 아 래 -

1. 교수님께서서는 발제문에서 우선, OTT서비스는 방송법상 열거된 방송의 개념에는 해당하지 않지만, 헌법적 예에서는 방송의 개념에 포섭할 수 있음을 전제로, 기존의 '방송'의 범위를 재설정하여 시청각미디어서비스 개념을 상위개념으로 설정하고 인터넷동영상서비스들도 시청각미디어서비스의 하위개념으로 포섭하는 방안을 제시하고 있습니다.

이러한 주장에 기초하여 OTT서비스 사업자를 다음과 같은 표와 같이 구분하여 법적규율을 하는 방안을 제시하고 있습니다.

〈표 - OTT서비스 사업자의 구분과 법적규율〉

| OTT서비스사업자                                 | 서비스 내용  | 법적 규율    | 비고   |
|---|---|----------|--|
| 티빙(Tving), 시즌(Seezn), 카카오투브 등 :<br>[제1유형] | <ul style="list-style-type: none"> <li>- 정보통신망에서 기존 방송사업자의 TV채널을 제공하는 서비스</li> <li>- 이미 제작된 프로그램을 다시 시청할 수 있는 시청각미디어 서비스</li> </ul> | '등록' 사업자 | 기존에 허가를 받는 방송사업자(지상파방송사업자, 종합유선방송사업자, 위성방송사업자 등)에게 가해지는 법적 규제를 받지 않게 함 |

| OTT서비스사업자   | 서비스 내용   | 법적 규율  | 비고 |
|---|--|--|----|
| 넷플릭스(Netflix),<br>왓챠(Watcha),<br>웨이브(wavve) :<br>[제2유형] | <ul style="list-style-type: none"> <li>- 정보통신망에서 방송프로그램을 판매 또는 공급하는 것을 목적으로 하는 서비스</li> <li>- 자체 프로그램을 기획·편성 또는 제작하여 제공하는 시청각미디어서비스</li> </ul> | ‘신고’ <sup>1)</sup> 사업자   | 上同 |
| 유튜브(YouTube), 네이버 TV 등 :<br>[제3유형]                      | <ul style="list-style-type: none"> <li>- 이 OTT서비스는 개별 이용자와 계약이 존재하지 않고 자신만의 방송프로그램의 기획·편성 또는 제작이 존재하지 않음.</li> </ul>                           | <ul style="list-style-type: none"> <li>- 「전기통신사업법」상의 ‘부가통신사업자’&amp;</li> <li>- 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상의 ‘정보통신서비스 제공자’</li> </ul> | -  |

(질의1) <표- OTT서비스 사업자의 구분과 법적규율>에서 보듯이, 제1유형과 제2유형은 그 법적 규율의 면에서 보면, 기존에 허가를 받는 방송사업자(지상파방송사업자, 종합유선방송사업자, 위성방송사업자 등)에게 가해지는 법적 규제를 받지 않게 점에서 동일한 점에서, 교수님께 제1유형과 제2유형을 구분하는 실익이 무엇인지에 대해서 좀 더 구체적으로 밝혀주시기 바랍니다.

(질의2) 교수님께서 OTT서비스에 대해 서비스의 내용에 따라 세가지 유형별로 구분하여 법적 규율을 하고 있는데, 사업자의 성격을 제1유형은 ‘등록’으로, 제2유형은 ‘신고’로 법적 규율을 가하고, 기존에 방송사업자(지상파방송사업자, 종합유선방송사업자, 위성방송사업자 등)는 ‘허가’로 법적 규율을 가하는 점과 차별을 두고 있는데, 이러한 차별이 갖는 실질적 의미가 무엇인지에 대해, ‘허가’와 ‘등록’ 및 ‘신고’의 성격에 따라서 구체적으로 설명해 주시기 바랍니다.

나아가 세가지 법적 규율의 사각지대 즉 회색지대(gray zone 중간지대) 에 있는 OTT서비스는 어떻게 규율가능한지에 대해서도 교수님의 견해를 밝혀주시기 바랍니다.

1) 자기완결적 신고가 아닌 ‘수리를 요하는 신고’로 함이 적절해 보인다.



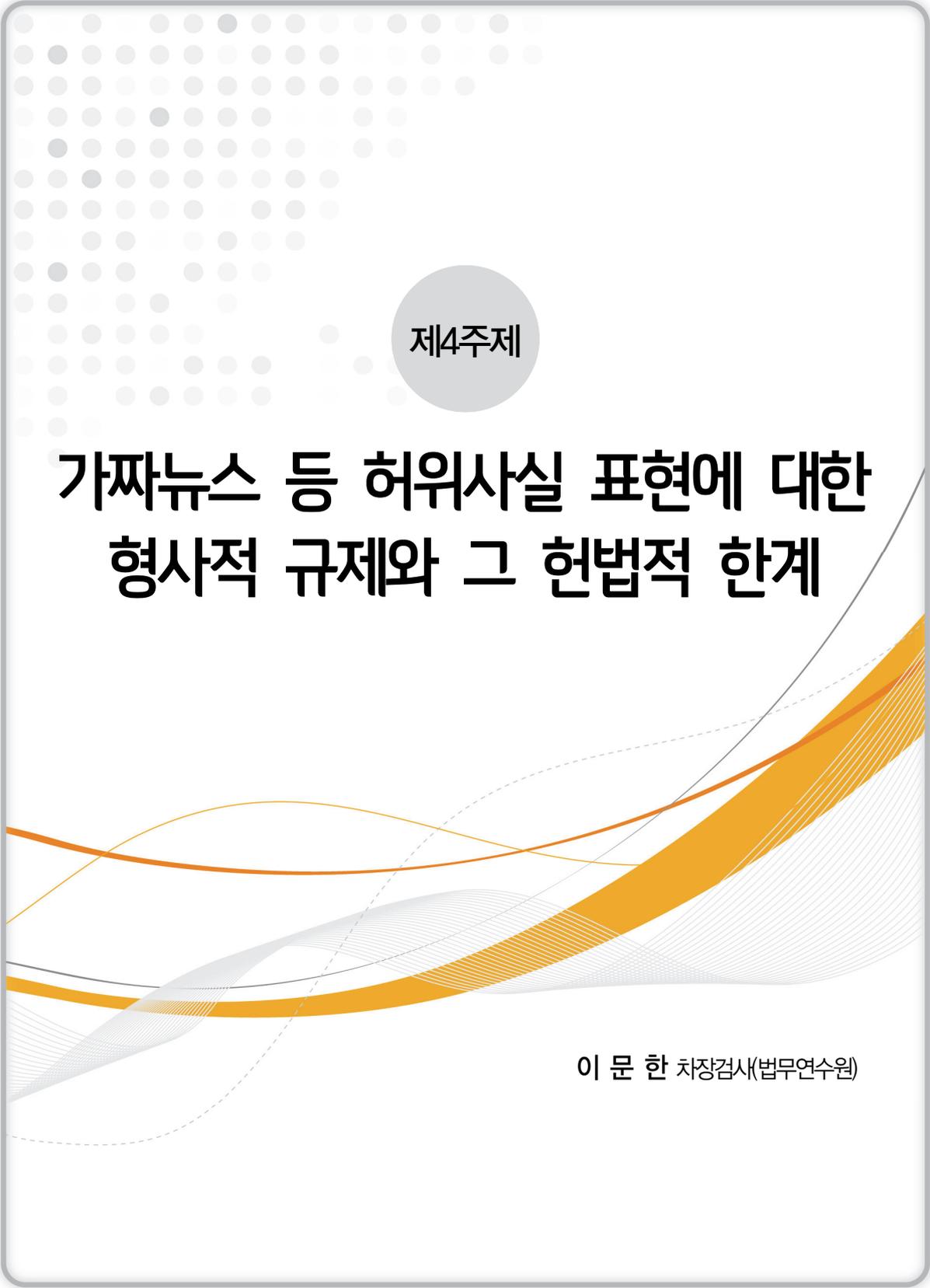
(질의3) OTT서비스에서 제공하는 콘텐츠의 성격에 비추어, 교수님께서서는 주로 방송법과 방송통신위원회법 등을 주된 쟁점으로 삼고 있는데, 이와 관련하여 추가적인 질문을 드립니다.

위 표의 제2유형의 서비스의 경우, 예컨대 넷플릭스(Netflix)의 경우에는 봉준호 감독의 ‘옥자’나 알폰소 쿠아론 감독의 ‘로마’와 같이 일반적인 영화의 형식을 갖춘 콘텐츠라도, 영화 상영관 개봉을 목적으로 하지 않고 바로 넷플릭스에서의 개봉, 전송을 의도하기도 있습니다. 그렇다면, 이 경우 현행 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률(약칭: 영화비디오법) 제2조 제1호2)의 ‘영화’의 정의규정에 부합하지 않게 됩니다. 영화비디오법상 영화란 ‘영화상영관 등의 장소 또는 시설에서 공중에게 관람하게 할 목적으로 제작한 것’을 전제하고 있어, 공개상영을 목적으로 하는 것이기 때문입니다. 그렇다면, 실질상 영화이면서, 영화비디오법상 영화에 해당하지 않음으로써, 발생하는 규제의 사각지대가 발생하는데, 이에 대한 법적 규율에 대해 어떻게 대안을 제시할 수 있는지에 대해서 질의드립니다.

이상과 같이 질의를 마칩니다. 다시 한번 이부하 교수님의 ‘온라인동영상서비스’(Over The Top, 이하 ‘OTT’)에 대한 법적 규율 방안과 관련한 연구 및 발표에 깊이 감사드립니다. ■

2) 제2조 “1. “영화”라 함은 연속적인 영상이 필름 또는 디스크 등의 디지털 매체에 담긴 저작물로서 영화상영관 등의 장소 또는 시설에서 공중(公衆)에게 관람하게 할 목적으로 제작한 것을 말한다.”





제4주제

# 가짜뉴스 등 허위사실 표현에 대한 형사적 규제와 그 헌법적 한계

이 문 한 차장검사(법무연수원)



# 가짜뉴스 등 허위사실 표현에 대한 형사적 규제와 그 헌법적 한계\*

이 문 한 차장검사(법무연수원)

## I 서론

최근 디지털 과학기술의 발전과 인터넷(Internet), 유튜브(YouTube), 사회관계망서비스(SNS) 등을 통한 정보전달 수단이 보급되면서 이를 통한 허위사실 유포, 특히 뉴스형태인 가짜뉴스에 의해 개인의 인격권이나 공공의 이익이 침해되는 사례가 급속히 늘어나 심각한 사회적 문제로 대두되고 있다. 2017년 독일에서는 이에 대한 효과적 대응을 위해 유포자의 형사처벌을 강화하거나, 인터넷 사업자의 책임을 강화하는 등의 법<sup>1)</sup>을 제정하여 시행하기도 하였다. 다른 선진 법제 국가에서도 국가별로 이에 대한 비형사적 또는 형사적 책임을 강화하는 등의 새로운 법제 도입을 추진하고 있는 실정이다.

특히 2020년 우리의 총선, 미국의 대선, 지난 몇 년 간 독일 등 유럽 각국의 선거 과정에서 유포된 가짜뉴스뿐만 아니라, 지난해 발생한 코로나19 바이러스와 관련된 가짜뉴스는 가짜뉴스가 전 세계 각국에 미치는 폐해가 얼마나 큰 것인지를 보여주었다. 따라서, 이러한 가짜뉴스 유포에 대하여는 강력하고 신속한 법적 대응이 필요하다는 것이 선진 각국을 비롯한 우리 정부의 대응 방침이며,<sup>2)</sup> 이에에는 가짜뉴스 유포자에 대한 형사처벌도 포함되어 있다.

그러나 가짜뉴스에 대한 형사처벌의 강화와 관련해서는 한편으로 그러한 강력한 형사적 규제가 헌법상 언론·출판의 자유라는 중요한 헌법상 기본권의 행사를 위축시킨다는 비판이 지속되고 있다. 특히, 이른바 ‘미네르바’ 사건 등과 같이 개인의 명예 등 인격권을 침해하는

\* 본 발제문은 발제자가 2020. 2. 발표한 박사학위논문 ‘가짜뉴스 등 허위사실 표현에 대한 형사적 규제와 그 헌법적 한계(실무 적용사례 분석을 중심으로)’의 내용을 기초로 필요 부분을 요약하고, 최근의 법제 상황과 통계를 새로이 반영한 것입니다.

- 1) 2017. 6. 30. 독일 연방하원은 허위사실 등 위법적 표현을 신속하게 삭제하지 않은 소셜네트워크사업자(페이스북, 구글, 트위터 등, 이하 ‘SNS사업자’라 한다)에게 최대 5,000만 유로의 과태료를 부과할 수 있는 법률인 ‘네트워크법집행법(Netzwerkdurchsetzungsgesetz, 약칭 NetzDG)’을 통과시켜 시행하고 있다.
- 2) 대한민국 정부 블로그, “신종 코로나바이러스감염증 2차 감염 차단하고, 가짜뉴스 엄정 대응하겠습니다.”, 2020. 1. 30, <https://blog.naver.com/hellopolicy/221790119879> (최종접속일 2021. 1. 18.).

것이 아니라 단지 사회질서나 경제질서를 혼란하게 하여 공익을 해하는 허위사실 유포행위를 형사처벌하는 경우에는 그 형사처벌 규정의 합헌성, 처벌의 적정성 등에 대한 헌법적, 형사정책적인 논란과 비판이 더 많이 제기된 바 있다. 최근에는 코로나19와 관련된 가짜뉴스 대응 강화 차원에서 새로운 형사처벌 규정의 도입 등 논의가 다시 활발해지면서 가짜뉴스 등 허위사실 표현<sup>3)</sup>에 대한 형사처벌 강화가 언론·출판의 자유의 과도한 제한이라는 헌법적 논란도 다시 커지고 있는 상황이다.

헌법상 언론·출판의 자유가 자유민주주의 사회에서 매우 중요하고 긍정적인 역할을 하는 것은 당연하다고 할 수 있지만, 악의적인 가짜뉴스와 같이 허위사실을 유포하여 국가적·사회적 혼란을 야기하는 행위는 법률에 따라 제한되어야 한다. 다만, 헌법상 언론·출판의 자유와의 관계에서 그 제한에는 일정한 한계가 있다. 따라서 이와 같은 헌법적 한계에 대한 심층적인 검토를 통해 최소한의 제한이 이루어져야만 가짜뉴스에 대한 형사적 규제에 대한 위헌 논란을 줄일 수 있을 것이다.

따라서, 본 논문에서는 허위사실과 가짜뉴스 등의 개념을 먼저 검토하고, 이에 대한 우리의 법적 규제와 해외의 주요 법제 등을 우선 살펴본다. 또한, 우리 법제상 가짜뉴스 형사처벌 규정 및 가짜뉴스에 적극 대응하기 위한 새로운 입법안에 대하여 헌법상 언론·출판의 자유의 측면에서 합헌성 검토를 거쳐 합리적인 형사적 규제 및 그 대안 등을 제시해 보고자 한다.

## II 허위사실과 ‘가짜뉴스’의 개념

### 1. ‘허위사실’의 개념 및 ‘진실’과의 구별 기준

가짜뉴스(Fake News)도 결국은 뉴스라는 형식을 취하였을 뿐 기본적으로 ‘허위사실’이라는 점에서, 가짜뉴스의 개념과 정의를 검토하기 전에 우선 ‘허위사실’의 개념과 ‘진실’과의 구별 기준 등에 대하여 간략히 살펴볼 필요가 있다.

3) 통상 표현행위는 ‘의견표명’과 ‘사실주장’으로 구분하여 설명하고 있으므로 ‘사실주장’ 중 허위사실에 대하여는 ‘허위사실 주장’이라고 하는 것이 일관성 있으나, 이하에서는 사실에 대하여 이를 ‘주장, 진술, 전달’한다는 포괄적인 개념으로 ‘허위사실 표현’이라고 개념 정의하여 논의를 전개하고자 한다.



일반적으로 사전적 의미의 ‘허위(虛僞)’라고 하면 ‘진실이 아닌 것을 진실인 것처럼 꾸민 것’<sup>4)</sup>을 말하고, 논리학적인 측면에서는 ‘그릇된 사고로 인하여 외관상은 정당하게 보이나 실은 어떤 점에서 논리적 원리나 규칙에 저촉된 것’이다. ‘사실(진실)’은 명사로서 ‘실제로 있었던 일이나 현재에 있는 일’이라는 사전적 의미가 있는 것을 고려하면, ‘허위사실’이란 ‘실제로 있었던 일이나 현재에 있는 일이 아님에도 있었던 일이나 현재 있는 것으로 꾸민 것’이라고 할 수 있다.

우리 법제의 이론이나 실무상 허위와 진실을 구별하여 허위사실에 대하여는 법적으로 다른 평가와 효과를 부여하고 있지만,<sup>5)</sup> 그 구분 기준이 명확하여 허위와 진실의 판단 결과가 항상 정확한 것인가에 대하여는 논란이 있다. 더 나아가, 허위와 진실이 구별하기 어렵다는 이유로 허위의 명백한 개념 정의 및 진실과 다른 법률적 취급에 부정적인 견해도 있다.<sup>6)</sup> 하지만 우리 법제뿐만 아니라 독일<sup>7)</sup> 등 선진법제국가에서도 허위와 진실에 대하여는 그 구분을 전제로 엄연히 다른 평가와 법적 취급을 하고 있다.

물론, 국가별로 허위사실의 표현행위와 진실의 표현행위에 대한 보호와 그 제재의 범위가 다를 수는 있지만, 허위와 진실의 구별이 어렵다는 이유로 그 구분 자체를 부인하면서 다른 평가와 법적 취급을 하는 것이 부당하다는 주장은 지나치다고 판단된다. 신의 영역이 아닌 인간의 합리적 판단과 합의에 의해 만들어진 법과 제도가 시행되는 세상에서 확고부동한 진리의 입증을 요구하며 허위와 진실의 구별을 부정하고 반대한다면 국가와 사회를 유지하는 법과 제도가 제대로 운영될 수 없다.<sup>8)</sup>

다만, 그 구별에 의하여 허위사실의 표현에 대하여 형사적인 처벌이라는 강한 제재가 가해질 경우에는 허위와 진실을 판단함에 있어 좀 더 객관적이고 명백한 기준에 따라 신

---

4) 국립국어원, “표준국어대사전”, <https://stdict.korean.go.kr/main/main.do> (최종접속일 2021. 1. 18.); 네이버, “국어사전”, <https://ko.dict.naver.com/> (최종접속일 2021. 1. 18.).

5) 언론·출판의 자유의 제한과 관련하여 주요 논란이 되는 형사처벌규정으로 형법상 허위사실에 의한 명예훼손죄, 공직선거법상 허위사실공표죄(제250조), 국가보안법상 허위사실유포죄(제4조 제1항, 제5조 제1항, 제7조 제4항) 등도 진실인 사실과 허위사실을 구별하여 허위사실인 경우만 처벌하거나 가중처벌하도록 하고 있다.

6) 박경신, “허위사실유포죄의 위헌성에 대한 비교법적인 분석”, 법학연구 제12집 제1호, 인하대학교 법학연구소(2009), 34면.

7) 대표적으로 독일의 경우 형법 제130조[국민선동죄]에서 공공의 평온을 교란하기 적합한 방법으로 허위사실을 유포하여 명예를 훼손하거나(제1항 제2호), 특정 집단에 대해 허위사실을 유포하여 명예를 훼손하거나(제2항 제1호), 나치를 부인하는 허위사실을 유포하는 행위(제3항) 등 허위사실의 유포행위에 대하여는 진실과 달리 취급하여 형사처벌하는 규정을 두고 있다.

8) 이문환, 가짜뉴스 형사처벌과 언론·출판의 자유, 한국학술정보, 2020, 41면.

중하게 판단하여야 할 것이다. 표현행위가 특정한 사실을 공표하는 경우 그것이 허위인지의 판단이 명백한 경우도 있으나 표현 내용이 길거나 여러 사실을 내포하고 있는 경우 등 허위 여부를 판단하기 어렵거나 복잡한 경우도 있을 수 있다.<sup>9)</sup>

그간의 대법원 판례와 관련 사례 등을 종합하여 허위사실에 해당하는 판단기준을 정립해보면, ① ‘진실에 부합하지 않는 사실’로서 상대방으로 하여금 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 ‘구체성’을 가져야 하며,<sup>10)</sup> ② 표현행위의 일부가 허위라 하더라도 그 일부 허위사실이 전체 표현행위에서 어느 정도의 비중이나 중요성을 차지하고 있는지 여부에 따라 전체 표현행위의 허위 여부를 판단하여야 하고,<sup>11)</sup> ③ 허위 여부를 판단함에 있어서는 단순히 해당 문장 하나만의 표현만을 대상으로 볼 것이 아니라 표현내용의 전체 취지와 문맥 등을 고려하여 그것이 전체적으로 볼 때 허위라고 볼 수 있는지를 신중하게 판단하여야 한다.<sup>12)</sup>

또한, 허위와 진실이 문제된 사실이 ① 객관적 역사적 사실에 관련된 것인지, ② 일반인에게 알려진 공개된 사실에 관련된 것인지, ③ 정보접근이 제한된 분야와 관련된 사실인지, ④ 개인의 사생활 분야에 관련된 사실인지도 그 허위 여부와 허위에 대한 인식 여부를 판단함에 있어 중요한 고려요소가 될 수 있다.<sup>13)</sup>

## 2. ‘허위사실’에 포함되는 ‘가짜뉴스’의 개념

최근 몇 년간 우리나라뿐 아니라 미국, 독일 등의 선거과정에서 허위사실이 기사형식으로 유포되는 가짜뉴스(Fake News)<sup>14)</sup>의 폐해와 심각성이 드러나면서 그와 관련된 법적 규제

9) 헌법재판소도 허위와 진실의 구별이 매우 어렵다는 점을 이유로 허위표현을 형사처벌함에 있어서 그 처벌규정은 명백해야 한다는 입장을 밝힌 바 있다(헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157 결정).

10) 대법원 1998. 9. 22. 선고 98도1992 판결; 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 판결; 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결 등(주로 공직선거법상 허위사실공표죄 사건과 관련하여 “어떤 표현의 허위여부는 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상이나 기준을 종합하여 판단하여야 하며, 진실에 부합하지 않은 사항은 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하다”고 판시하였다).

11) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도26 판결(공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 “중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위사실이라고 볼 수 없다”고 판시하였다).

12) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 판결; 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결 등 참조.

13) 이문한(주 9), 41-42면.

14) 일부 학자들은 가짜뉴스라는 개념 자체를 정의함으로써 허위 콘텐츠에 ‘뉴스’의 합법성을 부여하는 결과가 빚어진다는 이유(임종섭, “언론의 위기와 가짜뉴스 파동 - 뉴스에 가짜는 없다 -”, 관훈



문제가 세계 각국의 관심의 대상이 되고 있다. 가짜뉴스는 이를 논의하고 있는 학자들의 견해나<sup>15)</sup> 가짜뉴스 규제를 위해 지금까지 발의된 관련 법안<sup>16)</sup>의 내용을 종합하면 일반적인 허위사실 표현과는 다른 특별한 공통 개념 요소를 가지고 있다.

가짜뉴스는 아직까지도 논의가 진행 중인 개념으로 명백히 확정된 개념이라고 할 수는 없으나, 현재까지의 논의를 바탕으로 공통적인 요건인 ‘내용의 허위성, 고의성, 일정한 목적, 기사형식’ 등을 추출하여 일응의 개념 정의를 한다면 ‘일정한 정치적·경제적 목적을 달성하기 위하여 허위의 내용을 그것이 허위임을 알면서도 작성하여 유통하는 기사형식의 정보’라고 할 수 있다.<sup>17)</sup>

현대사회에서 스마트폰과 인터넷 등 정보통신기술의 발전으로 인한 뉴스의 생산·유통구조의 변화, 과학기술 비약적 발전에 따른 정보의 정교한 조작 가능성, 지나친 정보 과잉으로 인한 신속한 사실 확인의 어려움, 기존 전통적인 신문, 방송 등 언론기관에 대한 불신, 사회적 갈등과 정치 양극화 등이 가짜뉴스가 확대되고 있는 중요한 이유들이라고 분석된다.<sup>18)</sup>

이러한 가짜뉴스의 대부분은 디지털 형식을 갖추고 있는데, 이는 디지털 미디어 콘텐츠의 특성이 가짜뉴스 생산에 적합한 조건을 가지고 있기 때문이다. 러시아 출신의 디지털 미디어 전문가인 레브마노비치(Lev Manovich) 미국 샌디에고 대학교수는 디지털 미디어 콘텐츠의 특성을 ‘미디어 이동성(Media mobility)’, ‘미디어 모듈성(Media Modularity)’, ‘심층적 재조합 가능성(Deep remixability)’으로 규정한다.<sup>19)</sup>

저널 통권 제142호, 관훈클럽(2017), 88-89면) 또는 가짜뉴스 개념을 정의하면 ‘진짜뉴스’가 무엇인지의 질문의 미궁에 빠질 수 있다는 이유(김익현, “[진단] 가짜뉴스 현상에 대한 두가지 고찰 : 의도된 가짜와 매개된 가짜라는 관점을 중심으로”, 언론중재 제142호, 언론중재위원회(2017), 13-15면)등을 논거로 개념 정의 자체를 반대하고 있으나, 이미 외국과 우리나라에서 Fake News(가짜뉴스)라는 개념으로 논의되고 있으므로 이에 대한 개념 정의를 검토할 필요가 있다.

15) 윤성욱, “가짜뉴스의 개념과 범위에 관한 논의”, 언론과 법 제17권 제1호, 한국언론법학회(2018), 51면 이하; 유의선, “가짜뉴스의 법적규제 - 사회적 법익 보호를 중심으로 -”, 언론과 법 제17권 제2호, 한국언론법학회(2018), 39면 이하; 한갑운·윤종민, “가짜뉴스의 규율방법에 대한 법적 고찰”, 과학기술과 법 제8권 제1호, 충북대학교 법학연구소(2017), 59면 이하; 오일석 외, “가짜뉴스에 대한 규범적 고찰”, 미국헌법연구 제29권 제1호, 미국헌법학회(2018), 157면 이하 등.

16) 20대 국회에서는 이른바 가짜뉴스를 규제하기 위한 법안들은 공직선거법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 등 3개 법안 16개 개정안이 국회에 제출된 바 있으며, 제21대 국회에서는 2020. 12. 현재 4개의 법안이 제출되어 있다.(국회 홈페이지 ‘의안정보시스템’ 확인); 황성기, “가짜뉴스에 대한 법적 규제의 문제”, 관훈저널 통권 제146호, 관훈클럽(2018), 84-85면; 황용석 외, “가짜뉴스 관련 국내 입법안 분석과 그 한계 : 위헌성 여부를 중심으로”, 사회과학연구 제25권 제2호, 동국대학교 사회과학연구원(2018), 101면 이하 등.

17) 김중현, 이른바 ‘가짜뉴스’에 관한 헌법적 연구, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2019, 25면.

18) 위의 각주 18) 책, 8-10면.

19) 오세욱 외, 가짜 뉴스의 현황과 문제점, 한국언론진흥재단, 2017, 18면.

이러한 특성을 바탕으로 가짜뉴스는 지속적으로 장소, 사람, 기기 등으로 이동하면서 새로운 데이터가 축적되고 재조합되면서 빠른 속도로 확대 재생산되어 그 파급효과는 종전의 종이신문 등이 가지고 있던 것과는 비교할 수 없이 커지고 있다. 또한, 그 콘텐츠의 엄청난 분량과 함께 원본의 작성 주체의 확인이 어렵다는 특성도 가지고 있다. 이러한 이유 때문에 특히 정보통신망상의 가짜뉴스에 대하여는 다양한 법적 규제의 필요성이 제기되고 있다.

### III 가짜뉴스 등 허위사실 표현에 대한 현행법상의 법적 규제

#### 1. 가짜뉴스의 법적 규제 필요성과 가능성

가짜뉴스에 대하여는 그 형식이 공신력 있는 언론 기사의 형식을 갖추었다는 점에서 종전의 일반적인 허위사실 유포에 비하여 그 폐해와 영향력이 매우 크다.<sup>20)</sup> 특히, 자유민주주의의 가장 핵심 제도인 선거제도의 공정성을 해하는 가짜뉴스나, 코로나19 관련 가짜뉴스 등과 같이 국민의 생명 및 보건과 직접적인 관련이 있는 경우는 허위사실이 뉴스 형식을 띠고 급속히 전파되면서 선거제도를 훼손하고 국가적 사회적 혼란을 사회혼란을 일으키는 등 심각한 폐해를 일으킨다.

우리 헌법은 제21조 제4항에서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있고, 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 따라서 헌법과 법률에 따라 위와 같은 요건을 갖춘 경우에는 언론·출판의 자유에 대하여 법적규제가 가능하다. 따라서 가짜뉴스의 유포행위도 종전의 허위사실 유포행위를 규제하는 법제들에 의하여 당연히 규제를 받아야 하는 대상에 포함될 수 있다.

20) 김균미, “가짜뉴스와의 전쟁 이길 수 있을까”, 관훈저널 제146호, 관훈클럽(2018), 72-73면; 김해웅 외, “온라인상의 가짜뉴스와 법적제제에 관한 이론적 연구”, 한국IT정책경영학회 논문지 제11권 제2호, 한국IT정책경영학회(2019), 1174면 등.



이와 같은 이유로 가짜뉴스를 포함하여 허위사실 표현에 법적 규제를 가함에 있어, 허위 사실을 표현하는 행위까지도 우리 헌법 제21조의 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함되는지에 관하여는 논란이 있다. 보호영역에 포함된다면 가짜뉴스에 대한 법적 규제를 하는 것은 언론·출판의 자유 제한에 해당되어 여러 가지 헌법상 한계를 가지게 된다.

우선, 보호영역에 포함되지 않는다는 견해는 국민의 의사형성에 도움을 주는 사실의 공표는 그것이 진실임을 전제로 하는 것이고, 허위의 사실은 국민들에게 잘못된 의사·사고·사상을 형성시킬 뿐만 아니라, 사회구성원의 다수 의사를 왜곡시켜 민주주의를 왜곡하므로 보호할 가치가 없다는 주장이다.<sup>21)</sup>

반면, 보호영역에 포함된다는 견해는 허위사실이라는 개념 자체가 명백하지 않고 허위사실의 표현으로 확인된다고 하여도 그 표현이 언제나 타인의 명예나 권리를 침해하는 결과를 가져온다거나, 공중도덕·사회윤리를 침해한다고 볼 수 없으며, 행위자 인격의 발현이나, 행복추구, 국민주권의 실현에 도움이 되지 않는 것이라 단언할 수 없다는 점 등을 근거로 주장한다.<sup>22)</sup> 우리 헌법재판소는 허위사실의 표현도 표현의 자유의 보호영역에 포함된다고 판단한 바 있다.<sup>23)</sup>

기본적으로는 허위사실 표현도 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함된다는 학계의 다수설과 헌법재판소의 결정이 타당하다고 판단된다. 다만, 허위사실 표현이 헌법상 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함된다고 해서 의견표명이나 진실의 주장과 같은 정도의 강한 헌법적 보호가 필요하다고 판단되지는 않는다.

즉, 허위사실 표현의 제한에 대한 합헌성 심사는 의견표명이나 진실한 사실 주장 등에 기본적으로 적용되는 엄격한 심사의 강도보다는 다소 완화된 심사강도에 의해 그 제한의 합헌성 여부를 판단해야 한다. 완화된 심사강도는 경제적 자유에 대한 제한에서 적용되고 있는 합리성 심사 정도로 완화되는 것은 아니라 하더라도 위헌성이 추정될 정도의 엄격한 심사가

21) 문재완, “허위사실 표현과 표현의 자유 : 한국과 미국의 판례 비교를 중심으로”, 공법연구 제39집 제3호, 한국공법학회(2011), 135면; 한수웅, “자유권의 보호범위”, 헌법학연구 제12권 제5호, 한국헌법학회(2006), 64-65면; 한수웅, 헌법학, 제9판, 법문사, 2019, 754면.

22) 헌법학자들의 다수설이다; 박경신, “허위사실유포죄의 위헌성에 대한 비교법적인 분석”, 법학연구 제12집 제1호, 인하대학교 법학연구소(2009), 2면, 34면; 박진애, “표현의 자유의 관점에서 바라본 인터넷에서의 허위사실유포”, 언론과 법 제8권 제1호, 한국언론법학회(2009), 143-148면; 황성기, “헌법적 관점에서 본 미네르바 판결 - 소위 ‘허위사실유포죄’의 헌법적 문제점을 중심으로”, 인권과 정의 통권 제395호, 대한변호사협회(2009), 6면 이하 등.

23) 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157, 2009헌바88 결정(헌집2010, 684-686); 헌법재판관들은 해당 조항의 위헌여부에 대하여는 의견이 나누어졌으나, 허위사실이 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함되는지 여부에 대하여는 포함된다는 점에 의견이 일치하였다.

도에 비해서는 분명 완화된 기준, 즉 중간 정도의 심사강도에 의하여 판단해야 할 것이다. 결국, 가짜뉴스에 대한 법적인 규제도 위와 같은 헌법적 한계 내에서만 가능할 것이다.

## 2. 가짜뉴스 등 허위사실 표현의 현행법상의 규제

우리의 현행 법제상 가짜뉴스 등 허위사실 표현에 대한 규제는 크게 비형사적 규제와 형사적 규제로 나누어 볼 수 있다.

### 가. 비형사적인 규제

가짜뉴스 등을 억제하기 위한 비형사적인 법적 규제로는 ① 언론사와 관련된 허위사실 표현에 대한 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에 의한 규제, ② 정보통신서비스 제공자에 대한 허위사실의 삭제의무 부과 등 정보통신망법상의 규제, ③ 허위사실 표현으로 인해 개인에게 손해를 발생시킨 경우 민사상의 손해배상책임을 부과하는 민법상의 규제 등이 대표적이다.

비형사적 규제가 형사적 규제에 비하여 언론·출판의 자유를 침해하는 정도는 적다고 할 수 있다. 그러나 비형사적 규제는 신속한 강제적 수단을 동원하기 어렵기 때문에 악의적 가짜뉴스의 생산자를 신속히 밝혀내는 것이 쉽지 않고, 그 특성상 대부분 상당한 시간이 걸리며 배상 손해액도 일정한 한도가 있어 피해자에 대한 배상의 측면에서나 가해자에 대한 억제의 측면에서도 한계가 있다.<sup>24)</sup> 이와 관련해서 최근에는 가짜뉴스 유포자에 대하여 형사적 처벌에 가까운 징벌적 손해배상제도를 도입하자는 주장이 제기되어 입법이 추진되고 있는데 이에 대하여는 IV.항에서 상세히 살펴본다.

### 나. 형사적인 규제

가짜뉴스로 인한 폐해가 심각하거나 개인의 기본권에 대한 중대한 침해가 발생할 수 있으므로 각 나라마다 자신들의 역사적, 사회적, 법적 환경에 따라 적절한 형사적 규제를 취하는 나라들이 있고, 우리도 허위사실 표현에 대하여 일정한 경우 형사적인 규제를 하고 있다.

가짜뉴스 등 허위사실 표현에 대하여 적용할 수 있는 현행법상 형사처벌 규정은 다음과 같다.

24) 이문한(주 9), 116-130면.



우선, 형법 제307조와 정보통신망법 제70조의 허위사실 명예훼손죄 규정과 같이 개인의 가짜뉴스로 인해 개인의 인격권이 침해당하는 경우 이를 보호해야 할 필요성이 있는 경우이다.<sup>25)</sup> 자유민주주의 제도는 개인의 존엄과 가치의 존중을 바탕으로 하므로 개인의 인격권이 침해당하는 것을 보호할 필요가 있기 때문이다. 두 번째로, 가짜뉴스 등 허위사실의 유포로 인하여 선거에 있어서 유권자가 잘못된 선택을 하여 선거결과가 왜곡되는 등의 상황이 발생한다면 이는 선거제도에 대한 위협이 되고 정당한 대의민주주의의 실현이 어렵게 되므로 공직선거법은 선거 관련 가짜뉴스 등에 대하여 허위사실공표죄<sup>26)</sup>로 형사처벌하고 있다. 세 번째로는 국가안전 보장을 위해 현행 국가보안법 제4조 제1항 등에서 북한의 지령을 받아 북한을 이롭게 하는 내용의 허위사실유포 행위 등을 형사처벌하고 있다.<sup>27)</sup> 마지막으로, 2020년 제정된 ‘5·18 민주화 운동 등에 관한 특별법’은 5·18 민주화운동에 대한 가짜뉴스 등 허위사실을 유포하는 경우 이를 형사처벌 하도록 하는 형사처벌 규정을 두고 있다.<sup>28)</sup>

위 모든 규정은 결국 인간 존엄성의 기초인 인격권, 대한민국의 자유민주주의 체제와 선거제도 등 중요한 가치를 침해하는 경우에만 형사처벌하는 규정이라고 할 수 있다. 이와 같은 형사처벌 규정의 합헌성 논란에 대하여도 IV.항에서 검토해본다.

#### 다. 새로운 형사적 규제의 시도

지난해 발생한 호흡기 감염병 코로나19로 인해 전 세계가 심각한 경제적 사회적 혼란

- 25) 형법은 제307조 제1항에서 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하여 명예훼손죄의 기본적 구성요건을 두고, 허위사실을 적시한 경우에는 제307조 제2항에서 가중적 구성요건으로 규정하고 있다.; 정보통신망법 제70조(벌칙) ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. ③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.
- 26) 공직선거법은 당선되거나 되게 할 목적으로 후보자에게 유리하도록 허위사실을 공표하는 경우(제250조 제1항), 당선되지 못하게 할 목적으로 후보자에게 불리하도록 허위사실을 공표하는 경우(제250조 제2항), 당내 경선과 관련하여 당선 낙선 목적으로 경선후보자 등에 대해 허위사실을 공표하는 경우(제250조 제3항) 등과 같이 허위사실의 내용 등을 기준으로 구분하여 규정하고 있다.
- 27) 국가보안법은 북한을 이롭게 할 목적으로 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포하는 행위를 처벌하면서, 그 행위의 주체가 반국가단체 구성원 또는 지령을 받은 자(제4조 제1항 제6호), 이적단체 구성원(제7조 제4항), 일반인(제5조 제1항)이나에 따라 각 다른 조항에서 구별하여 규정하고 있다. 법정형에 있어서는 2년 이상의 유기징역으로 차이가 없으며, 일정한 목적을 필요로 하느냐, 예비음모를 처벌하느냐 정도에 차이가 있을 뿐이다.
- 28) 5·18 민주화 운동 등에 관한 특별법 제8조 제1항에서 “5·18 민주화운동에 대한 허위의 사실을 유포한 자는 5년 이하의 징역 또는 천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라는 처벌규정을 두고 있다.

상황에 직면하고 코로나19와 관련된 가짜뉴스가 급속도로 퍼져 나가면서 새로운 형사적 규제에 대한 논의가 다시 제기 되었다. 즉, 코로나19 관련 가짜뉴스와 같이 주로 사회적 혼란을 야기하여 '공공의 이익'을 해하는 가짜뉴스로서 현행법상 처벌이 어려운 가짜뉴스도 적극 처벌할 수 있는 법을 도입해야 한다는 주장이다. 다만, 지금보다도 더 강한 법적 형사적 규제를 가할 경우에는 그러한 규제가 헌법상 언론·출판의 자유를 지나치게 위축시키거나 침해할 우려가 있다는 종전의 헌법적 논란을 가중시키게 될 것이다. 또한, 가짜뉴스라는 개념을 특별한 허위사실과는 구별하여 별도로 법에 규율하여 형사처벌 하는 입법시도에 대하여도 추가적인 논란이 있을 수 있다. 이에 대하여도 IV.항에서 상세히 살펴본다.

### 3. 가짜뉴스에 대한 독일과 미국 등 외국의 법적 규제

최근에 주요 선진 법제 국가들에서도 선거와 관련된 심각한 가짜뉴스나, 코로나19 관련 가짜뉴스 등과 같은 허위사실 유포가 심각한 국가적 사회적 문제로 대두하자, 전통적인 규제 법안뿐만 아니라 이를 더 강력히 규제하기 위한 각종 대책들을 마련하고 있다.

#### 가. 독일

##### (1) 허위사실 표현에 대한 전통적인 법적 규제

독일의 경우는 언론·출판의 자유를 보장하는 이상적인 바이마르 공화국 헌법을 도입하고도 '나치'라는 일당 독재의 지배와 제2차 세계대전, 유태인 학살 등을 역사적으로 경험하면서, 개인의 인격권을 포함한 인간의 존엄과 가치에 대한 중요성을 절실하게 깨달았다. 따라서 이를 위협하는 행위는 기본권이라는 이름으로 무조건 정당화될 수 없으며, 그것이 자유민주주의 체제에서 매우 중요한 역할을 하는 언론·출판의 자유라 하더라도 예외가 될 수 없다는 인식을 기반으로 하고 있다. 이에 독일도 가짜뉴스 등 허위사실 표현으로 인한 다른 기본권 침해행위에 대하여 이를 형사처벌하는 법률을 두고 있다.

우선, 형법 제14장 모욕(Beleidigung)이란 제하에 제185조에서 제200조까지 명예훼손 및 모욕에 관한 죄를 규정하고 있다.<sup>29)</sup> 그중 허위사실에 의한 악의적 명예훼손에 대하여는

29) 제185조는 모욕(Beleidigung), 제186조는 비방(Üble Nachrede, 명예훼손으로 번역하기도 한다.), 제



‘중상죄(Verleumdung)’로 규정하여 독일 형법 제187조에서 2년 이하의 징역형 등에 처하도록 하고 문서 배포 등의 경우에는 가중처벌을 하고 있다.<sup>30)</sup> 또한, 정치인에 대한 비방 및 중상에 대하여는 제188조에서 별도로 규정하여 일반적인 명예훼손보다도 중하게 처벌하고 있다.

명예훼손죄 이외에도 독일은 나치 지배와 유대인 학살이라는 역사적 경험을 바탕으로 허위사실 표현을 처벌하는 별도의 특별한 규정을 형법에 두고 있다. 즉, 형법 제130조에서 국민선동죄를 규정하고 같은 조 제3항<sup>31)</sup>에서 나치 지배하의 범죄행위를 부인하는 허위사실을 주장하는 경우 형사처벌하는 일명 ‘아우슈비츠거짓말(Auschwitzlüge)’ 처벌규정을 두고 있다.<sup>32)</sup> 최근에도 독일 연방헌법재판소가 위 규정으로 처벌받은 당사자가 제기한 헌법소원사건에서 나치범죄 부인과 같은 명백한 허위 주장은 독일기본법상 표현의 자유의 보호영역에 포함되지 않는다는 종전의 판단을 유지하고<sup>33)</sup> 있기는 하지만, 위 조항의 도입 당시부터 표현의 자유 침해 문제점 등이 지적되고 있다.<sup>34)</sup>

187조는 중상(Verleumdung, 약의적 명예훼손으로 번역하기도 한다), 제188조는 정치인에 대한 비방 및 중상(Üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens), 제189조는 死者 명예훼손(Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener), 제193조는 명예훼손 및 모욕의 관한 죄에만 해당되는 별도의 위법성조각사유를 규정하고 있다.

30) 독일 형법 제187조 중상죄(§ 31 StGB.) : Wer wider besseres Wissen in Beziehung auf einen anderen eine unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden geeignet ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe und, wenn die Tat öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) begangen ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft(타인에 대한 관계에서 확실한 인식에 반하여 그 타인을 경멸하거나 세평을 저하시키거나 또는 그의 신용을 위해하기에 적합한 허위의 사실을 주장하거나 유포한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 또한 그 범죄행위가 공연히, 집회에서 또는 문서의 유포를 통하여 범하여진 경우에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다).

31) 독일 형법 제130조 제3항의 보호법익이 무엇인가에 대하여는 독일 내에서도 학계에 논란이 있다. 집단학살에 대한 역사적 진실이라는 주장(Ostendorf, Heribert, “Im Streit: Die strafrechtliche Verfolgung der ‘Auschwitzlüge’”, NJW. 1985. 1062.), 생존자 내지 피해자 가족의 명예라는 주장(Jahn, Joachim, “Strafrechtliche Mittel gegen Rechtsextremismus”, BGB, 1998, S.182, 185.), 공공의 평온과 국가적 폭정에 의해 고통을 겪은 희생자와 관련된 개인의 존엄이라는 주장(Kühl, Kristian/Lackner, Karl, § 130 Volksverhetzung, StGB, 29. Aufl, 2018, Rn. 1.) 등이다.

32) 1994년 법 개정으로 도입된 규정으로 “국가사회주의(나치) 지배하에서 범하여진 국제형법 제6조 제1항에서 규정된 종류의 행위를 공연히 긍정, 부정 또는 폄훼하여 공공의 안전을 위태롭게 한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.”

33) BverfG NJW 2018, 2825, 2858f.

34) Beisel, Daniel, "Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des neuen §130 StGB", NJW, 1995, 997, 1000; Mathias Hellmann/Julia Gärtner, "Neues beim Volksverhetzungstatbestand – Europäische Vorgaben und ihre Umsetzung", NJW, 2011, 961.

위 형사처벌 규정은 2차 세계대전 당시 독일 나치의 유대인 학살을 부인하는 등 역사적 반인도적 범행에 대한 허위사실이나 부인 발언만을 처벌하는 규정으로 넓게 보면 ‘공공의 이익’을 침해하는 허위사실 유포를 형사처벌 하는 규정이라고 볼 수 있다.

## (2) 네트워크법집행법(NetzDG)의 시행 등 새로운 법적 규제의 강화

독일은 가짜뉴스 등 허위사실의 유포에 대응하기 위하여 2017. 6. 30. 독일 연방하원은 위법적 표현을 신속하게 삭제하지 않은 소셜네트워크사업자(페이스북, 구글, 트위터 등)에게 최대 5,000만 유로의 과태료를 부과할 수 있는 법률인 「네트워크법집행법(Netzwerkdurchsetzungsgesetz, 약칭 ‘NetzDG’)」을 통과시켰다. 이 법률상의 규제는 국내 언론에 형사적인 규제인 것처럼 보도된 바 있으나,<sup>35)</sup> 엄밀히 보자면 위반행위에 대하여 「질서위반법(Ordnungswidrigkeitengesetz)」에 따라 과태료(Geldbusse)를 부과하는 것으로서 비형사적 규제에 해당한다.<sup>36)</sup>

법률의 주된 내용은 명예훼손적 허위사실 등 소셜네트워크상의 명백히 위법한 콘텐츠를 24시간 내에 삭제 또는 차단해야 할 의무를 소셜네트워크를 운영하는 사업자에게 부과하는 것이며, 위법성이 명백하지 않은 경우에는 1주일 내에 처리하는 것이 가능하다. 소셜미디어 업체들이 삭제의무 위반을 반복적으로 행할 경우 최대 5,000만 유로의 과태료가 부과될 수 있다.<sup>37)</sup>

다만, 독일의 네트워크법집행법은 사회질서를 혼란케 하는 가짜뉴스 등 허위사실 유포를 처벌하는 새로운 형사처벌 규정을 신설했다기보다는 종전의 형법상 처벌규정에 해당하는 가짜뉴스가 게재된 경우 일정 규모의 정보통신망 서비스 공급자에게 일정한 삭제 의무와 위반 시 과태료 등 규제를 추가한 것이라고 할 수 있다.

35) 김성탁, “독일 벌금 670억 등 ‘가짜뉴스와의 전쟁’”, 중앙일보, 2019. 8. 15, <https://news.joins.com/article/23552909> (최종접속일 2021. 1. 26.); 신상현, “위법한 명예훼손 게시물의 삭제 및 차단 의무에 관한 소셜네트워크 운영자의 형법적 책임 - NetzDG에 대한 비판적 검토 -”, 법학연구 제20집 제3호, 인하대학교 법학연구소(2017), 72면; 질서위반법상 과태료와 관련하여 벌금, 과징금 등으로 번역되기도 하는 행정형벌상 금전적 규제라고 소개하고 있다.

36) 이문한(주 9), 102면.

37) Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz) [제정: 2017. 9. 1.(BGBl. S.3352)]; 오세욱 외(주 20), 92면.



## 나. 미국

### (1) 허위사실 표현에 대한 전통적 법적 규제

미국의 경우 ‘사상의 자유시장론’에 기초한 역사적 배경과 “언론·출판의 자유를 제한하는 법률은 제정할 수 없다”<sup>38)</sup> 미국 연방헌법 수정 제1조의 규정 형식 등에 근거하여 언론·출판의 자유는 헌법상 다른 기본권에 비하여 우월적 지위를 갖는다는 이론이 발전하였다. 따라서 허위사실의 표현이라고 하더라도 이에 대하여 자율적인 정화나 민사상 손해배상을 통한 규제를 원칙으로 하고 형사적 규제에 대하여는 매우 소극적인 법제를 갖추고 있다.<sup>39)</sup>

즉, 연방법상 가짜뉴스 등 허위사실의 표현을 형사적으로 처벌하는 법률은 두고 있지 않으며, 악의적인 허위사실 공표로 인해 피해를 입은 경우 대부분 민사적인 손해배상으로 해결하도록 하고 있다. 현재 일부 주나 카운티에서 허위사실로 인한 명예훼손 행위 등에 대하여 명시적인 형사처벌 규정을 두고 있으나, 그나마도 일부 주에서는 현행 법률에 대하여 위헌이 선고되면서 개정 작업이 진행 중이다.<sup>40)</sup>

미국 연방대법원이 지난 2017년 6월 성범죄자들에게 소셜미디어 사용을 금지한 노스캐롤라이나 주법이 언론의 자유를 보장한 수정헌법 제1조를 위반한 것이라고 판결한 것도 이와 같은 취지라 할 수 있다. 본 판결에서 연방대법원은 “정부는 불법적인 발언을 억제하기 위해 합법적인 발언을 억눌러선 안 된다”고 강조하였다.<sup>41)</sup>

또한, 독일 등 유럽국가에서 형사처벌하고 있는 홀로코스트 부인의 문제는 이른바 ‘증오 표현(hate speech)’, 즉 ‘인종·민족·종교·성별·연령·장애·성적지향 등의 이유로 증오 등을 표명하는 표현’의 문제로 다루어지고 있으며, 이와 같은 표현에 대하여도 ‘명백하고 현존하는 위협’의 원칙 등 상당히 엄격한 기준에 의하여 그 위헌성 여부가 판단되고 있다.<sup>42)</sup>

38) “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

39) 이문한(주 9), 109면.

40) 서울중앙지방검찰청 편, 명예훼손실무연구, 2015, 511면; 한겨레21, “선진국에는 왜 명예훼손죄가 없나”, 2009. 6. 25, [http://h21.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/25248.html](http://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/25248.html) (최종접속일 2021. 1. 26.).

41) 김익현, “성범죄자 폐북 금지, 언론자유 침해일까”, ZDNet Korea, 2017. 6. 20, <https://news.v.daum.net/v/nwBDamsUAJ?f=p> (최종접속일 2021. 1. 26.).

42) 박용숙, “미국에서의 증오표현행위의 규제에 관한 판례경향”, 강원법학 제41권, 강원대학교 비교법학연구소(2014), 469면.

(2) 가짜뉴스 확산에 대한 새로운 법적 대응

미국에서도 가짜뉴스 등 허위사실 표현으로 인한 피해가 점차 늘어나자 단순한 명예훼손을 문제 삼는 민사소송뿐만 아니라 국가의 적극적인 대처가 필요하다는 의견도 대두되고 있으나, 표현의 자유의 중요성을 고려하여 추가적인 법을 통한 제한은 신중한 접근을 하고 있다. 즉, 미국은 최근 가짜뉴스에 대하여도 형사적인 처벌이나 행정적인 규제보다는 교육과 언론사의 팩트체크 등 자율적인 정화를 통한 규제를 원칙적으로 추진하고 있다.

따라서 입법차원에서 대응은 교육을 통해 시민들의 ‘언론문해력(media literacy)’을 향상시켜 시민사회의 자정능력을 확대시키는 방향으로 추진되고 있다.<sup>43)</sup> 2016년 미국 워싱턴 주가 최초로 디지털 기술의 바른 이용 교육인 「디지털 시민의식(digital citizenship)<sup>44)</sup>에 관한 법률」을 제정하였으며,<sup>45)</sup> 이에 따라 주 교육감은 디지털 시민의식, 언론문해력, 인터넷 안전의 지도에 관한 최적 방안을 개발하여 의회에 보고하고 시행하도록 하여 시민들의 자정 능력을 키우도록 하고 있다.<sup>46)</sup> 또한, 민간기구 차원에서 가짜뉴스에 대응하는 노력도 이루어지고 있는데 페이스북, 포드재단, 뉴욕시립대학 저널리즘스쿨 등은 산학 연대를 통한 대응책 마련을 위해 ‘뉴스진실성선언(News Integrity Initiative)<sup>47)</sup>을 결성하여 가짜뉴스 관련 연구와 방지를 위한 각종 프로젝트를 진행하고 있다.<sup>48)</sup> 하지만 아직까지 가짜뉴스를 규제하기 위해 인터넷 서비스 사업자에 대한 별도의 행정적 제재 등 추가 입법이 진행되고 있지는 않다.<sup>49)</sup>

43) 국회도서관, 가짜뉴스에 관한 미국 입법례, 외국법률 이슈브리핑 제42호, 국회도서관(2017), 2면-3면.

44) ‘디지털시민의식’이란 전자문해력(digital literacy), 언론문해력(medial literacy), 윤리, 에티켓, 보안을 포함하여 현행 기술의 이용과 관련된 적절하고, 책임이 있고, 건전한 행위규범을 말하며, 인터넷 안전, 사이버불링 예방 및 대응은 물론 언론에 접근하고 이를 분석, 평가, 생산, 해석하는 능력도 포함한다(RCWA 28A.650.045(1)); 국회도서관, 위의 논문.

45) RCW 28A.650.045.

46) 워싱턴 주에 이어 캘리포니아 주에서도 초등학교생들과 시민들의 언론문해력을 높이는 교육과정을 시행하는 2개의 법안(SB No. 135, Dodd 의원 발의, SB No. 203, Jackson 의원 발의 등)이 발의되었다.

47) The Trust Project 웹사이트, <http://thetrustproject.org/> (최종접속일 2021. 1. 26.); 오세욱 외(주 20), 80면.

48) 오세욱 외(주 20), 94면.

49) 이문한(주 9), 110면.



## IV 가짜뉴스 형사적 규제에 대한 헌법적 검토

### 1. 기존의 형사처벌 규정과 합헌성 논란

#### 가. 형법 및 정보통신망법상 허위사실 명예훼손죄

헌법상 표현의 자유가 보장된다고 하여도 타인의 명예를 훼손하는 행위에 대하여는 우리 헌법 제21조 제4항에서 표현의 자유가 제한될 수 있음을 명확히 규정하고 있다.

이를 근거로 우리 형사법상 가짜뉴스 등 허위사실로 인한 명예훼손 행위에 대하여 처벌하는 규정은 대표적으로 ‘형법’과 ‘정보통신망법’에 규정되어 있다. 우선, 형법은 제307조 제1항에서 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하여 명예훼손죄의 기본적 구성요건을 두고, 허위사실을 적시한 경우에는 제307조 제2항에서 가중적 구성요건으로 규정하고 있다. 또한 제308조에서는 “공연히 허위의 사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손한 자”도 처벌하도록 하고 있으며, 제309조에서는 출판물 등에 의해 명예를 훼손한 경우는 그 전파가능성과 중대성을 고려하여 가중처벌 하도록 하되 “비방의 목적”을 추가 구성요건 요소로 규정하고 있다. 또한, 제310조에서 “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 공공의 이익을 위한” 경우에는 위법성이 조각된다는 규정을 두고 있다.<sup>50)</sup> 소추조건과 관련해서는 제308조 사자명예훼손죄만 친고죄로 하고 나머지는 모두 반의사불벌죄로 규정하고 있다.

형법 이외에도 정보통신망법 제70조에서 사이버 공간에서 명예를 훼손한 경우 처벌하도록 하고 있다.<sup>51)</sup> 정보통신망을 이용하여 ‘비방의 목적’으로 명예를 훼손하는 경우 형사처벌을 하고, 허위사실을 적시한 경우는 가중하도록 규정하고 있다. 형법상 출판물에 의한 명예훼손죄보다도 형량은 중하게 규정되어 있다. 형법상 명예훼손죄와는 다르게 일반적으로 비방의 목적을 요건으로 하고 있으며, 형법과 같은 위법성조각사유 규정은 없다. 과연 ‘비방의 목적’과 같은 추가 요건이 필요한 것인지, 그 구성요건은 명확한 것

50) 구체적인 조문은 각주 26) 참조.

51) 구체적인 조문은 각주 26) 참조.

인지에 대하여는 아래에서 상세히 검토해 보도록 하겠다. 소추조건은 출판물에 의한 명예훼손죄와 같이 반의사불벌죄로 규정하고 있다.

따라서, 가짜뉴스 등 허위사실을 적시하여 타인의 인격권 즉, 명예를 훼손하는 행위에 대하여 법률로써 일정한 형사적인 처벌을 가하는 것에 대하여는 위헌성 논란이 많지는 않으며, 헌법재판소와 대법원도 합헌을 전제로 한 여러 결정과 판결을 통해 명예훼손죄 관련 법리를 형성하고 있다.<sup>52)</sup>

다만, 일부 구성요건상 ‘비방의 목적’ 규정은 명확성의 원칙상 불명확하다는 주장은 있다. ‘비방할 목적’은 공공의 이익을 위하여 ‘비판할 목적’과 명확하게 구별되지 않는 불명확한 개념이라는 것이다. 대법원은 ‘비방할 목적’이 ‘공공의 이익’을 위한 것과는 상반되는 관계에 있으므로 행위자의 주요한 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 비방할 목적이 있다고 보기 어렵다는 해석의 기준을 제시하고 있으나, ‘공공의 이익’이라는 개념 역시 불명확한 표현이어서, ‘비방할 목적’의 의미가 더욱 불명확하고 추상적으로 되고, 따라서 명확성 원칙에 위배된다는 주장이다.<sup>53)</sup> 또한, 피해자의 고소가 없음에도 명예훼손죄로 수사가 이루어질 수 있는 수사기관의 과잉수사를 방지하기 위해 반의사불벌죄가 아닌 친고죄로 개정해야 한다는 주장도 제기되고 있다.

우리 헌법의 핵심 가치 중 하나가 바로 인간의 존엄과 가치이며 이에 바탕을 두고 기본권으로 보호 받는 것이 개인의 인격권이라고 할 수 있다. 언론·출판의 자유가 자유로운 의견 표현을 통해 자신의 인격을 발현하는 수단 중 하나라고 본다면 인격권을 침해하는 명예훼손 행위는 언론·출판의 자유가 제한 될 수밖에 없으며 그것이 명백한 허위사실에 의한 것이라면 더욱 그러하다.

현행 형법과 정보통신망법에 규정된 명예훼손죄는 바로 이러한 개인의 인격권을 보장하기 위한 형사처벌 규정이다. 그러한 점에서는 위에서 살핀 바와 같이 언론·출판의 자유를 제한하는 목적의 정당성과 수단의 적절성, 침해의 최소성, 법익의 균형성이 일응 인정된다고 할 수 있다. 다만, 현행 명예훼손죄 소추조건이 반의사불벌죄로 되어있어 피해자가 국가 권력기관인 경우 수사기관의 자의적인 수사착수와 과도한 수사로 인해 언론·출판의 자유가 위축될 가능성이 있으므로 친고죄로 개정하는 것이 필요하다고 판단된다.

52) 헌법재판소 1999. 6. 24. 선고 97헌마265 결정(헌집 11-1, 768, 777); 대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도 17237 판결.

53) 헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2013헌바105 2015헌바234 결정(헌집 28-1상, 30.) 청구인의 주장.



또한, 현행 명예훼손죄 처벌 규정의 구성요건 체계는 일반적인 명예훼손인지 출판물에 의한 명예훼손인지 등에 따라 ‘비방의 목적’을 요구하는 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하고 있다. 그러나 ‘비방의 목적’은 그 개념 자체가 명확하지 않다는 비판이 있을 뿐만 아니라 같은 명예훼손 행위에 대하여 수단이 달라진다는 이유로 법정형뿐만 아니라 구성요건 요소를 달리한다는 점에서 수범자로 하여금 혼란을 초래하고 법 집행자에게도 법률해석에 있어 자의적 판단이 개입할 소지가 있다. 따라서 출판물을 이용한 경우이든 정보통신망 이용 명예훼손이든 모두 ‘비방의 목적’을 요하지 않는 하나의 구성요건 체계로 통합할 필요가 있다고 판단된다. 그러므로써 언론·출판의 자유를 제한하는 형사처벌 규정을 좀 더 명확히 하고 위헌논란을 불식시킬 수 있을 것이다.

#### 나. 공직선거법상 허위사실공표죄

현행 공직선거법은 제250조에서 ‘허위사실공표죄’를 규정하고 선거와 관련하여 가짜뉴스 등 허위사실을 공표한 경우에 형사처벌을 하도록 하고 있다. 공직선거법은 두 가지 유형<sup>54)</sup>을 규정하고 있는데 첫 번째로, 당선되거나 되게 할 목적으로 후보자에게 유리하도록 허위사실을 공표하는 경우(제250조 제1항), 둘째로, 당선되지 못하게 할 목적으로 후보자에게 불리하도록 허위사실을 공표하는 경우(제250조 제2항)이다. 특히 공직선거법 제250조 제2항은 허위사실 공표행위가 상대후보자에 대한 중상모략, 인신공격 등으로 선거의 공정을 심하게 해치는 것은 물론 더 나아가 사회혼란까지 야기할 위험성이 있는 등 죄질이 매우 나쁘다는 점을 고려하여 본조 제1항보다 무겁게 처벌하도록 규정하고 있다.<sup>55)</sup> 공직선거법의 허위사실공표 처벌규정에 대하여는 그 형사처벌의 정도나 내용을 볼 때 헌법상 표현의 자유를 과도하게 규제하는 위헌적인 규정이라는 논란이 지속적으로 제기되고 있다.

위헌론 주장의 핵심적인 논거는 첫 번째로, 후보자에 대한 허위사실공표 대상 범위가 지나치게 포괄적이고 불명확하여 명확성의 원칙에 반한다는 것과, 두 번째로, 명예훼손죄 등이 성립하는 경우를 제외하고는 일반적인 허위사실유포죄를 처벌하고 있지 않음에도 선거와 관련해서만 이를 처벌할 뿐만 아니라 법정형에 인신구속이 가능한 자유형 처벌규정까지 두고 벌금 100만원 이상이 선고될 경우 당선까지 무효가 되도록 하는 것은 선거과정에서 정치적 표현의 자유의 중요성을 고려할 때 과잉금지원칙에 반한다는 것이다.

54) 구체적인 조문은 각주 27) 참조.

55) 대검찰청, 「공직선거법 벌칙해설」, 제9개정판, 2018., 357면.

또한 낙선목적 허위사실공표죄는 유죄가 인정되면 무조건 당선무효형이 선고될 수밖에 없는 법정형 하한<sup>56)</sup>을 규정하고 있는데, 이는 사법적인 양형고려나 법적효과에 따른 법익 형량을 고려하지 아니하고 일률적으로 당선무효의 양형을 선고하도록 하여 사법권의 독립, 권력분립 원칙과 민주주의 원리에도 위배되는 위헌적 효과를 가져 온다는 주장도 제기되고 있다.<sup>57)</sup>

이에 대하여 합헌론은 공직선거법 제250조의 형사처벌규정은 선거의 자유의 공정이라는 목적을 달성하기 위하여 규정한 것으로, 그 입법취지나 운용상황 등을 고려할 때 비례의 원칙 등을 침해한 위헌적인 규정이라고 볼 수 없다는 것이다.<sup>58)</sup> 우리 헌법재판소는 공직선거법 제250조 제1항 및 제2항과 관련된 헌법소원 등 관련사건에서 합헌이라는 태도를 일관되게 견지하고 있다.<sup>59)</sup>

선거에 있어서 흑색선전으로 인한 피해와 그 영향력은 과거에 비하여는 비교할 수 없을 정도로 커지고 있다. 과거에는 선거법위반 사례는 주로 금품선거로 인한 사례가 다수를 차지하고 있었으나, 최근에는 허위사실 유포 등 흑색선전사범이 다수를 차지하며 그 비율이 늘어나고 있다. 특히 최근 선거들에서도 나타났듯이 후보자들에 대한 악의적인 허위사실과 가짜뉴스의 문제점은 이미 언론에서도 수시로 제기되었다. 또한 인터넷과 사회관계망서비스(SNS)를 이용한 선거운동이 상시화 된 상황에서는 이를 통한 급속한 허위사실 유포는 유권자들의 선택을 왜곡시키고 선거의 결과에 지대한 영향을 미치게 된다. 따라서 공정선거의

56) 공직선거법 제250조 제2항은 낙선목적 허위사실 공표는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있어, 유죄가 인정될 경우 법률상 감경사유가 없는 한量刑감경 등을 하여도 당선무효형인 100만원 이상 선고될 수밖에 없다.

57) 김종철, “공직선거법 제250조 제2항(낙선목적 허위사실 공표죄)과 관련한 대법원 판결에 대한 헌법적 검토 : 소위 ‘정봉주 사건’을 중심으로”, 『법학연구』, 제22권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 202-208면.; 필자는 더 나아가 공직선거법 제250조 제2항은 당선무효를 규정하는 공직선거법 제264조와 결합하여 당선무효의 효과를 발생시킨다는 점에서 선거쟁송에 준하는 제도를 도입한 것으로 볼 수 있다면서, 그렇다면 공직선거법 제223조에서 대통령, 국회의원, 시도지사 등의 선거쟁송을 대법원의 관할로 하고 있음에도 결과적으로는 1심법원인 지방법원에서 대통령, 국회의원 등을 비롯한 모든 선출직 공무원의 당선무효형에 해당하는 양형을 일률적으로 선고할 수 있도록 입법한 것이 되어 선거쟁송제도와 체계적으로 조화를 못하는 문제점이 있다고 지적하고 있다.; 조국, “일부 허위가 포함된 공직 인물 비판의 법적 책임 : 공직선거법상 허위사실공표죄 판례 비판을 중심으로”, 『서울대학교 법학』, 제53권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2012. 9. 199-200면 등.

58) 위헌론과는 달리 본 규정이 합헌이라는 학계의 의견들은 특별히 합헌의 근거를 구체적으로 제시하지 않고 허위사실공표로 인한 선거결과 왜곡 방지와 선거의 공정성 확보를 위해 필요하다는 의견 정도만 밝히고 있는 경우가 대부분이다(문재완, “허위사실 표현과 표현의 자유 : 한국과 미국의 판례 비교를 중심으로”, 『공법연구』, 제39집 제3호, 한국공법학회, 2011. 2. 134-136면; 대검찰청, 『공직선거법 별칙해설』, 제10개정판, 2020., 367면; 정병욱, 『공직선거법』, 박영사, 2006., 494면 등).

59) 헌재 2009. 9. 24. 2008헌바168, 판례집 21-2상, 617.



확보라는 민주주의의 중요한 가치를 보장하기 위해 부득이 공직선거법상의 허위사실공표죄를 두어 형사처벌 하도록 하는 것은 필요하다고 할 것이다.

다만, 공직선거법상 허위사실공표죄의 형사처벌 규정은 선거에서의 공정성을 확보하기 위한 것이며 이를 위해 부득이 선거와 관련된 정치적 표현의 자유가 제한되는 것이다. 특히 선거에 있어 후보자 검증이라는 중요한 정치적 표현의 자유에 대한 제한이므로 그 제한의 사유가 되는 법익과 침해되는 법익 간에 법익의 균형성과 침해의 최소성은 엄격하게 유지되어야 할 필요가 있다.

그런데, 현행 공직선거법상 허위사실공표죄의 경우 벌금 100만원 이상이 선고될 경우 공직선거법 제264조에 의하여 당해 선거에서 당선은 무효가 된다. 특히 법정형 하한이 없는 당선목적 허위사실공표죄와는 달리 낙선목적 허위사실공표죄에 대하여는 벌금형 하한이 500만원으로 규정되어 있기 때문에 사실상 낙선목적 허위사실공표죄로 기소가 되어 유죄가 선고되면 선고유예 등 특별한 경우가 아니면 당선무효형이 선고 될 수밖에 없다. 그러한 점에서 이와 같은 규정은 개인의 형사책임 여부에 연계하여 당선무효의 효과를 부여해 선거결과를 무조건 반복하게 하는 것으로 헌법상 선출직 공직의 파면에 요청되는 법익형량의 기본체계를 일탈한 것이고, 더 나아가 헌법상 선거제도의 본질적 내용을 훼손하는 것이라 위헌이라는 비판을 받고 있다.<sup>60)</sup>

이러한 위헌 논란에 대하여 우리 헌법재판소는 “공직선거법 제250조 제2항이 벌금형의 하한을 500만원으로 규정하여 공소사실이 유죄로 인정될 경우 일반적으로 당선은 무효가 되도록 한 것은, 입법자가 낙선목적 허위사실 유포행위에 대하여 그 범정과 비난가능성의 정도가 높은 점 및 국회의원이 국민의 대표자로서 입법 작용을 담당하는 중요한 기능을 수행하는 것을 고려하여 불법적인 수단을 사용하여 당선된 자는 특단의 사정이 없는 한 당선을 무효로 하도록 하는 입법적 결단을 내린 것이며, 궁극적으로는 불법 선거운동을 자행하여 얻은 이익을 박탈함으로써 공정한 선거의 확립이나 향후 허위사실 유포행위의 자제라는 일반 예방적 효과도 기대할 수 있다.”고 하면서, 공직선거법 제250조 제2항에 해당하는 경우라도 여러 가지 법률상 감경사유나 작량감경 사유가 경합되는 때에는 법원은 100만원 미만의 벌금형을 선고하거나 양형의 조건을 참작하여 형의 선고를 유예할 수도 있으므로 이로써 법원의 양형결정권이나 판단권 또는 법원에 의한 재판을 받을 권리가 침해된다 할 수 없다고 판단하여 위 규정에 대하여 합헌이라는 태도를 보이고 있다.<sup>61)</sup>

60) 김종철, 각주 58) 전계논문, 200면.

그러나 현행 공직선거법 중 낙선목적 허위사실공표죄 법정형 하한 규정과 당선무효형 규정은 사안의 경중에 따른 법관의 양형 재량권을 과도하게 제한하게 되는 문제점이 있다. 즉 당선무효형을 회피하기 위해서는 예외적인 선고형인 선고유예만이 가능하도록 입법적으로 엄격한 한계가 설정되어 있다는 점에서 사법상 법익형량을 통해 당선무효를 회피할 수 있는 판단여지를 지나치게 봉쇄하고 있다는 점에서 위헌적인 요소가 있다고 보아야 한다.<sup>62)</sup> 또한 형사처벌을 수단으로 하여 허위사실공표행위의 억제효과를 넘어서 당선무효라는 부과효과까지 강제함으로써 침해의 최소성 측면에서도 과도한 정치적 표현의 자유 침해라는 결과를 가져온다. 당선목적 허위사실공표죄의 경우 법정형 하한이 없기 때문에 이와 같은 문제가 덜 하기는 하지만 당선무효형인 벌금 100만원 자체가 워낙 낮은 형량이다 보니 허위사실공표죄의 유죄를 인정하면 벌금 100만원 이상을 선고해야 하는 경우가 많아 당선무효와의 연계상 양형에 지나친 부담을 느끼게 된다.

법원이 매우 신중한 법익형량을 통해 범죄인정여부와 양형을 결정한다고 하여도 벌금 100만원 이상을 선고하여 당선무효로 유권자들의 판단을 뒤집기가 부담스러운 사안들에 대하여는 사실인정의 단계에서 엄격한 증거판단을 통해 무죄를 선고하거나, 무리한 법리를 전개하여 범죄의 성립을 인정하지 않고 무죄를 선고하는 사례가 실무에서는 발생하고 있다고 생각된다. 제20대 국회의원 선거의 경우 허위사실공표(당선목적 및 낙선목적 포함)로 기소된 16명의 당선자 중 100만원 이상이 선고되어 당선무효가 된 사람은 한명도 없었고, 그중 6명이 무죄가 선고되어 약 38% 정도가 무죄가 선고되었으며, 1명은 선고유예가 선고되었다.<sup>63)</sup> 이러한 결과는 결국 당선무효형의 선고에 부담을 느껴 나타나는 현상이라고 판단되며 이는 결국 본건 규정의 입법취지도 살리지 못할 뿐만 아니라 극단적인 경우 사실인정의 소극적인 태도나 무리한 법리 전개로 사건의 결론이 왜곡되는 현상까지도 발생할 수 있다.

#### 다. 국가보안법상 허위사실 날조 유포죄

국가보안법은 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포하는 행위를 처벌하면서, 그 행위의 주체가 반국가단체 구성원 또는 지령을 받은 자(제4조 제1항 제6호), 이적단체 구성원(제7조 제4항), 일반인(제5조 제1항)이나에 따라

61) 현재 2009. 9. 24. 2008헌바168, 판례집 21-2상, 624 내지 625면.

62) 같은 취지: 김종철, 각주 58) 전계논문, 200-202면.

63) 중앙선데이 제566호, 20대 국회의원 당선자 선거법 재판현황, 2018. 1. 14.



각 다른 조항에서 구별하여 규정하고 있다. 법정형에 있어서는 2년 이상의 유기징역으로 차이가 없으며, 일정한 목적을 필요로 하느냐, 예비음모를 처벌하느냐 정도에 차이가 있을 뿐이다.

[표 1] 국가보안법상 허위사실 날조·유포죄 조문 비교

|      | 목적수행(제4조제1항)                                | 자진지원(제5조제1항)                          | 찬양고무등(제7조제4항) |
|------|---|---------------------------------------|---------------|
| 행위   | 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 대하여 허위사실을 날조하거나 유포 |                                       |               |
| 법정형  | 2년 이상의 유기징역                                 |                                       |               |
| 주체   | 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자                    | 제한 없음                                 | 이적단체의 구성원     |
| 예비음모 | 처벌  |                                       | 불벌            |
| 목적   | 필요  | 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자를 지원할 목적 필요 | 불요            |

우리는 남북분단이라는 특수한 상황에 처해져 있어 국가보안법이라는 매우 강력한 안보 형사법체계를 갖추고 있다. 하지만, 국가보안법이 과거 군사독재 시절 국민의 기본권을 침해하는 수단으로 남용되면서 이에 대한 위헌논란은 지속적으로 제기되어 왔다. 그간 대법원 판례와 헌법재판소 결정에 의한 합헌적 법률해석을 기반으로 법 개정 등 많은 개선이 있었으나 아직까지도 이에 대한 논란은 현재 진행형이다. 그러한 점에서 국가보안법상의 처벌 규정을 적용할 때에는 항상 그 남용의 위험성을 고려하여 매우 신중하여야 한다.

국가보안법은 허위사실 날조·유포에 대하여도 위와 같이 매우 중한 법정형을 규정하여 처벌하고 있다. 그러나 각 처벌 규정은 행위 주체나 범죄행위의 위험성, 법익침해의 정도를 구별하지 않고 일괄적으로 징역 2년 이상의 법정형을 규정하고 있어 과잉금지원칙에 위반될 수 있는 위헌적 요소를 가지고 있으며, ‘반국가단체 구성원’의 일부 개념은 불명확한 부분도 있다. 따라서 처벌규정의 법정형을 각 개별 죄질에 맞게 조절하고 그 처벌 조항이 남용되지 않도록 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 할 위험성’을 성립요건으로 규정하는 등 처벌규정의 개념 등을 좀 더 명확하고 구체적으로 규정할 필요성이 있다고 판단된다.

### 라. '5·18 민주화 운동 등에 관한 특별법'상 허위사실 유포죄

최근에는 가짜뉴스 등 허위사실 유포가 과거 특정한 역사적 사실에 대한 왜곡과 부인 등으로 나타나면서 사회적 갈등이 심화되는 현상을 보이고 있다. 대표적인 사례가 5·18 민주화 운동과 관련한 역사적 사실 부인, 폄훼 논란이다. 과거에도 5·18 민주화 운동과 관련하여 북한군 개입설 등 이를 부인하는 여러 주장이 있어 왔으나 최근 들어 인터넷(Internet), 유튜브(YouTube) 등을 통해 그러한 주장 등이 확산되었고, 지난 20대 국회 토론회 과정에서 의원들의 논란성 발언으로 인해 사회적인 갈등과 논란이 지속되었다.

이러한 논란 속에서 5·18 민주화 운동에 대한 비방, 왜곡, 부인, 폄훼 등의 행위를 형사 처벌 하자는 의견까지 제시되었고, 최근 제21대 국회에서 5·18 민주화 운동에 대한 허위사실 유포를 형사처벌하는 내용의 「5·18 민주화 운동 등에 관한 특별법」 일부개정 법률안이 통과되어 2021. 1. 5.부터 시행되고 있다.<sup>64)</sup> 그러나 이에 대하여는 제20대 국회에서부터 헌법상 언론·출판의 자유에 대한 지나친 제한이라는 우려도 지속적으로 제기되어 왔다.<sup>65)</sup>

5·18 특별법과 같이 역사적 사실에 대한 부정을 처벌하는 입법례는 앞서 독일의 사례에서 살핀 바와 같이 나치의 유대인 대학살(일명 홀로코스트, 이하 '홀로코스트'라 한다.)과 관련된 것으로 1990년대 후반부 유럽에서부터 시작되었다. 1960년대부터 나치의 유대인 학살 부정을 처벌하는 규정을 두고 있던 독일은 1994년 개정된 독일 형법 제130조 대중선동죄 제3항<sup>66)</sup>에서는 “누구든지 나치의 지배하에 저질러진 국제형법전 제6조 제1항의 범죄를 공공연히 부인하거나, 찬동하거나, 폄하하는 행위로서 공공안전을 교란시킨 자는 5년 이하의 자유형이나 벌금으로 처벌한다.”라고 명시하고 있다. 또한 2002년 집회 및 시위에 관한 법률을 개정하여 동조 제4항에서 나치체제 찬양죄<sup>67)</sup>를 함께 처벌하고 있다.<sup>68)</sup> 오스트리아도 제2차 세계대전 직후부터 나치금지법(Verbotsgesetz)의 제정을 통하여 친나치적 언행을

64) 개정안 제8조 제1항에서 “5·18민주화운동에 대한 허위의 사실을 유포한 자는 5년 이하의 징역 또는 천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라는 처벌규정을 두고 있으며, 2020. 12. 9. 국회 본회의를 통과하여 2021. 1. 5. 공포·시행되고 있다.

65) 장영수, “‘5·18 왜곡처벌법’은 검열보다 나쁜 ‘사전 억제’... 독재적 발상”, 문화일보, 2020. 6. 18, <http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2020061801030242000001> (최종접속일 2021. 2. 6.); 사설, “특하면 역사왜곡처벌법, 자유와 민주 5·18정신 모욕이다.”, MK 뉴스, 2021. 5. 18.(최종 접속일 2021. 5. 25.)

66) § 130 Abs. 3 StGB.

67) BGBl I 2005, S. 969. (Das Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes und Strafgesetzbuches vom).

68) 이소영, “기억의 규제와 ‘규제를 통한 기억하기’?: 홀로코스트 부정(Holocaust denial) 규제 법제와 사회적 기억의 구성”, 법학연구 제21권 제4호, 경상대학교 법학연구소(2013), 415면.



강력하게 처벌하고 있으며, 오스트리아 형법 제283조 선동죄<sup>69)</sup> 적용범위의 확장해석을 통해서도 홀로코스트 부정을 규제해왔다.<sup>70)</sup>

역사적 사실에 대하여 부정하는 허위사실을 유포하는 행위를 형사처벌하는 사례는 매우 제한적이다. 왜냐하면 우리가 알고 있는 역사적 사실은 단순한 사실 그 자체보다는 그 평가와 가치판단이 개입되어 있는 경우가 많기 때문이다. 따라서 역사적 사실에 대한 논쟁은 사상의 자유시장에 맡겨야 하는 것이며 이와 관련한 형사처벌에 대하여는 매우 신중하여야 한다. 그럼에도 불구하고 예외적으로 특정한 역사적 사실을 부정하는 것을 형사처벌하는 경우는 홀로코스트 부정죄와 같이 반드시 절박한 필요성이 있어야 한다. 유럽에서 이를 처벌하는 법률들이 논거로 삼고 있는 주요 근거들은 다음과 같다.<sup>71)</sup>

우선, 역사부정죄의 기본 취지를 고려할 때 기본적으로 ‘역사적 진실의 추구’라는 점에서 그 근거를 찾을 수 있다. 어떤 국가이든 역사적 사실이 왜곡되고 부정당하게 된다면 그 국가의 역사적 정통성이 부인되게 되고 결국 국가적 혼란과 헌정질서 부인으로 이어질 수 있다. 이는 역사적 측면에서 볼 때 국제사회에서도 마찬가지이다. 그러나 이러한 역사적 진실 추구만으로는 특별한 역사적 사건에 대하여만 진실부정을 처벌하는 점에 대한 충분한 근거가 되지는 못한다.

두 번째 중요한 근거는 홀로코스트나 반인륜적 범죄행위를 부정하는 것이 결국 근대 입헌주의 국가와 국제사회가 추구하고 있는 최고의 가치라고 할 수 있는 인간의 존엄성을 침해하는 것이기 때문이다. 이러한 반인륜적인 범죄행위를 부정하는 것은 인간의 존엄성을 말살하는 범죄행위를 용인하고 조장하는 것으로 이어지게 되므로 각 국가, 더 나아가 국제사회는 이러한 역사부정행위를 용인하지 않는 것이다.

세 번째 근거로는 역사부정을 처벌함으로써 반인륜적 범죄행위의 피해자와 그 후손들의 명예를 보호하는 것이다. 주로 역사적으로 자행된 반인륜적 범죄행위는 조직적이고 집단적으로 자행된 것으로 그 피해의 범위가 광범위하고, 직접적인 피해자뿐만 아니라 그 유족들에게까지 장기간에 걸쳐 커다란 상처와 피해를 남긴다. 따라서 그러한 범죄행위를 부인하는 경우 피해자와 유족들의 명예를 훼손하거나 모욕하게 되는데 이를 방지하기 위한 측면도 있

69) § 283 StGB BGBl 1974/60.

70) 오스트리아에서는 1947년 나치즘의 잠재적인 부활을 억제하기 위하여 법적 규제 장치를 마련하였고, 1992년에는 나치의 유대인 학살에 대한 부정이나 심각한 의미축소를 금지하는 법률로 개정하였다[국가사회주의 금지법: National Socialism Prohibition Law(1947, amendments of 1992)].

71) 홍성수, “역사부정죄의 정당성 근거: 한국 역사부정죄 법안에 대한 비판적 검토”, 법학논총 제39집 제1호, 전남대학교 법학연구소(2019), 175-180면.

는 것이다.

네 번째로는 최근의 유럽 각국과 미국 등에서의 혐오 범죄에서 볼 수 있듯이 역사부정이 소수자에 대한 차별과 혐오로 이어진다는 점이다. 홀로코스트 범죄의 부인이 유태인에 대한 혐오와 차별로 이어질 수 있듯이 반인륜범죄의 부정이 그 피해자들이 속한 특정한 집단에 대한 차별과 혐오로 이어지면서 특정 인종, 민족뿐만 아니라 일정한 이념이 다르다는 이유로 혐오와 차별이 행해질 수 있는 것이다. 이는 결국 또 다시 반인륜적 살인이나 대량학살로 이어질 수 있다.

결국 역사부정을 형사처벌하는 것은 단순히 역사적 진실에 반해서가 아니라 그 부정을 통해 인간의 존엄성을 부정하며, 관련 피해자들에게 지속적인 고통을 주고, 더 나아가 특정 집단에 대한 차별과 혐오를 조장하게 된다는 점에서 심각성을 가지는 것이고 과거 문제가 아닌 현재의 문제로 볼 수 있는 것이다.<sup>72)</sup>

따라서, 5·18 특별법도 국회의 입법과정에서 위와 같은 쟁점과 언론·출판의 자유와의 관계를 고려한 충분한 논의와 토론을 거쳐 여야 합의하에 통과되는 것이 바람직하였으나, 사실상 여당 단독으로 통과되어<sup>73)</sup> 현재까지도 지속적인 논란이 되고 있다. 향후 법의 시행 과정에서 위와 같은 논란이 증폭되지 않도록 신중한 적용이 이루어져야 할 것이다.

## 2. 새로운 형사처벌 규정의 도입 추진과 합헌성 논란

현행법상으로는 가짜뉴스 등 허위사실을 유포하여 사회적·경제적 혼란을 야기하는 등 ‘공공의 이익’을 심각하게 침해하는 경우에도 그것이 특별히 개인의 명예를 훼손하거나, 위계에 의해 영업이나 공무가 방해된 경우가 아니라면 이를 처벌할 수 있는 규정이 없다.

하지만, 최근에는 코로나19 등으로 인해 국가적인 위기상황에서 가짜뉴스 등 사회적 혼란을 야기하고 공익을 해하는 허위사실 유포행위가 더 극성을 부리고 있고, 그와 관련된 사회적 피해도 크다는 점에서 앞서 살핀 바와 같은 현행 형사처벌 규정만으로는 효과적인 대응이 부족하므로 더 강력한 대책이 있어야 한다는 주장이 계속해서 제기되고 있는 상황이다.<sup>74)</sup>

72) 위의 논문, 182면.

73) 연합뉴스, “5·18 왜곡처벌법 법사위통과...처벌상한 7년→5년”, 2020. 12. 8, <https://www.yna.co.kr/view/MYH20201208019200038> (최종방문일 2021. 1. 5.).

74) 김완 외, “이총리 ‘가짜뉴스는 공동체 파괴범죄’...혐오처벌법 제정 여론”, 한겨레신문, 2020. 10. 2.



### 가. 구 전기통신기본법상의 허위통신죄 위헌 논란

구 전기통신기본법(1996. 12. 30. 법률 제5219호로 개정된 것) 제47조는 “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년이하의 징역 또는 5천만원이하의 벌금에 처한다.”라는 규정을 두고 있었다. 이 규정을 적용하여 이른바 ‘미네르바’ 사건, 연평도 북한 포격 관련 동원령 발표 허위사실 공표 사건 등이 기소된 바 있다. 미네르바 사건은 경제위기 상황과 관련한 허위사실을 인터넷에 유포하여 국민들의 불안감을 조성하고 사회 경제적 혼란을 초래하는 등 공공의 이익을 해하였다는 이유로, 연평도 포격 관련 허위 동원령 유포 사건은 북한의 도발이라는 국가적 위기 상황에서 허위동원령을 유포하여 국민의 혼란과 사회불안을 유발하였다는 이유로 위 허위통신죄가 적용되었다.

즉, 구 전기통신기본법의 규정은 전형적인 ‘공공의 이익’ 침해 허위사실 표현에 대한 형사처벌 규정으로 대표되는 것이었다. 그러나 위 규정의 ‘허위통신’이 통신을 함에 있어서 인적 사항의 허위만을 의미하는 것인지, 그렇지 않다면 내용상의 허위를 포함하는 것인지, 공익을 해할 목적을 구체적으로 어떻게 판단해야 하는지 등과 관련하여 논란이 있었고, 결국 위 규정에 대하여 명확성의 원칙에 반한다는 이유 등으로 헌법재판소에서 위헌판단을 함으로써 현재 위 규정은 폐지되어 적용되지 않고 있다.<sup>75)</sup>

이미 위헌이 선고되기는 하였으나 위 법률의 위헌 여부에 대한 헌법재판소의 판단 근거와 관련해서는 다음과 같은 점에서 전적으로 동의하기 어렵다.

우선, 첫 번째로, ‘공익’이라는 용어가 사용된 법률은 총 315개, 조문 단위로는 총 823조문에 이르고, ‘공익’ 개념은 우리 헌법과 법률, 학계 및 법실무에서 널리 사용되어 온 개념이다. 전기통신기본법의 목적과 해당 법률조항의 구조에 비추어 보면, ‘공익을 해할 목적’이란 ‘전기통신의 영향력을 이용하여 정당한 사회 질서를 혼란·교란하려는 목적’을 의미함을 일반인도 충분히 예상할 수 있다. 두 번째로, 본 조문상의 ‘허위의 통신’은 그 사전적 의미나 해당 법률조항과 기타 관련규정들을 종합적으로 고려할 때 ‘허위의 사실에 대한 통신’을 포함하는 의미라고 볼 수 있다. 세 번째로, 허위사실로 밝혀진 경우 그리고 그 허위사실의 표현이 공익을 해할 목적으로 이루어진 경우에는 명백하고 현존하는 위험이 발생되었다고 볼

[http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/864203.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/864203.html) (최종접속일 2021. 1. 31.).

75) 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157 결정 참조.

수 있어 언론·출판의 자유에도 불구하고 이를 제재하고 처벌하는 것은 정당하다.<sup>76)</sup>

헌법재판소의 위헌결정으로 인해 정보통신망에서의 허위사실 유포행위에 대한 처벌에 공백이 생기게 되자 이를 보완하기 위한 법 개정안이 제18대 국회에서 6건이 발의되어 논의되었으나, 합의점을 찾지 못하고 제18대 국회 만료로 자동 폐기되고 말았다. 헌법재판소가 명확성의 원칙에 반한다고 판단한 ‘공익’의 개념을 대체하여 구체적인 내용으로 규정하려고 한 개정안이었으나, 모두 통과되지 못하고 폐기되었다. 그 외에도 전기통신기본법의 입법연혁 자체가 현대의 인터넷상 허위내용의 통신을 전제로 제정된 것이 아니라는 점 등을 고려하여 전기통신기본법이 아닌 정보통신망법에 위와 같은 구체적인 허위사실 유포 처벌규정을 포함하는 개정안도 제18대 국회에서 2건이 발의되었으나,<sup>77)</sup> 역시 제18대 국회 회기 만료로 폐기되었다.

결국, 전기통신기본법 제47조 제1항은 헌법재판소의 위헌결정 이후 효력을 상실한 채 대체 보완입법이 이루어지지 않고 있다가 제19대 국회에서 위 조항을 삭제하는 개정안이 발의되어 2015. 11. 30. 국회 본회의에서 통과됨으로써 삭제되었다. 제20대 국회에서는 선거와 관련한 가짜뉴스의 폐해가 심각해지자 종전과 달리 정보통신망법 등을 개정하여 공익을 해하는 가짜뉴스 등을 처벌하는 규정을 보완하자는 논의가 있었으나 입법이 성사되지는 않았다.

## 나. 정보통신망법 등 가짜뉴스 처벌 강화 관련 법안

### (1) 기존의 정보통신망법 개정안과 논란의 검토

구 전기통신법상의 허위통신죄 위헌결정 이후, 앞서 살핀 바와 같이 보완입법과 관련한 논의가 계속되어 왔지만 ‘공공의 이익’을 해하는 허위사실 표현에 대한 형사처벌을 추가하는 입법은 이루어지지 않았다. 추가적인 형사처벌을 찬성하는 입장은 인터넷 등 정보통신망에 의한 허위사실의 유포는 강한 파급력을 가진다는 점, 허위사실을 둘러싼 장시간의 논쟁과 그로 인한 사회적 갈등과 혼란으로 막대한 사회적 비용이 소모될 수 있다는 점 등을 근거로, 일정한 범위의 명백한 허위사실 유포에 대하여는 통상의 표현행위보다 엄격한 규제를

76) 이문한(주 9), 336-337면.

77) 정옥임 의원 대표 발의, “정보통신망법 일부개정법률안”, 1810653, (2011. 1. 19.); 이두아 의원 대표 발의, “정보통신망법 일부개정법률안”, 1810865, (2011. 2. 18.).



할 필요성이 있다고 지적하였다.<sup>78)</sup> 반면에, 처벌을 반대하는 입장은 허위의 사실도 언론·출판의 자유의 범위 내에 있으며, 허위사실의 적시 자체가 범죄의 구성요건이 되는 경우는 예외적인 경우에 한정되고 이러한 경우에는 각 개별 법률을 통해 처벌할 수 있으므로,<sup>79)</sup> 별도로 허위사실 유포행위 자체를 처벌하기 위한 근거를 마련할 필요가 없다고 주장하였다.<sup>80)</sup>

위와 같은 찬반논란 속에 전기통신기본법에 대한 대체 보완입법이 이루어지지 못한 상태에서, 2017년 대선, 2018년 지방선거 등을 거치면서 다시 가짜뉴스 등 허위사실 유포로 인한 피해가 심각해지자<sup>81)</sup> 지난 20대 국회에서 다양한 방법으로 이를 규제하기 위한 정보통신망법 개정이 시도되었다. 총 6개의 정보통신망법 개정안이 발의되어 가짜뉴스의 개념 규정, 가짜뉴스에 대한 삭제조치 부과, 유포자 등에 대한 형사처벌 등의 내용들이 포함되었으나 입법이 이루어지지 못하고 20대 국회 임기만료로 폐기된바 있다.<sup>82)</sup>

그러나 이와 같은 개정안들의 내용에 대하여는 헌법상 언론·출판의 자유를 과도하게 제한하게 된다는 이유로 아래와 같은 비판과 논란이 있었다.

첫 번째로, 처벌되는 ‘가짜뉴스’의 정의가 명확성의 원칙에 부합하는지에 대한 논란이다. 각 법안에서 규정하고 있는 ‘가짜뉴스’의 개념 정의를 보면 ‘거짓이나 왜곡된 사실을 언론보도로 오인하도록 만드는 정보’,<sup>83)</sup> ‘정치적 또는 경제적 이익을 얻기 위해 고의로 허위의 사실을 언론보도로 오인하도록 만드는 정보’<sup>84)</sup> 등으로 정의하고 있다. 하지만 위와 같은 개념

78) 차형근, “인터넷 등을 통한 허위사실 유포행위에 대한 주요 쟁점 검토 : 전기통신기본법 제47조 1항에 대한 헌법재판소의 위헌결정을 중심으로”, 언론중재 제31권 제1호, 언론중재위원회 (2011), 83면 이하.

79) 대부분의 허위사실의 적시 행위 자체가 구체적인 개인이나 공익 자체에 대한 위협을 직접적으로 야기하는 경우로 제한되므로, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상 명예훼손죄, 「형법」상 사기죄나 명예훼손죄, 신용훼손죄나 업무방해죄, 공무집행방해죄, 「공직선거법」 등으로 처벌이 가능하다는 주장이다.

80) 이정훈, “전기통신기본법상 허위통신죄 규정의 연혁 및 의미”, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회(2009), 245면 이하.

81) 선정민, “‘가짜 뉴스’ 등 온라인선거법위반, 지난 대선의 5배”, 조선일보, 2017. 5. 2, 6면.

82) 제20대 국회에서 가짜뉴스 등을 규제하기 위하여 정보통신망법 이외에도 공직선거법 등 다른 법률의 개정안이 발의된 바 있으나, 인터넷, SNS 등 정보통신망을 기반으로 하는 가짜뉴스 확산이 가장 주된 문제이므로 본 논문에서는 정보통신망법에 국한하여서만 검토하였다.

83) 김관영 의원 대표 발의, “정보통신망법 일부개정법률안”, 의안번호 2006708, (2017. 4. 11.); 이은권 의원 대표 발의, “정보통신망법 일부개정법률안”, 의안번호 2008094, (2017. 7. 26.); 송희경 의원 대표 발의, “정보통신망법 일부개정법률안”, 의안번호 2008392, (2017. 8. 4.).

84) 주호영 의원 대표 발의, “정보통신망법 일부개정법률안”, 의안번호 2006804, (2017. 4. 25.); 안호영 의원 대표 발의, “정보통신망법 일부개정법률안”, 의안번호 2007095, (2017. 5. 30.); 이장우 의원

규정들은 그와 같은 정보 유통 등에 형사처벌이라는 규제를 가하기에는 그 개념의 구성요소가 명확하지 못하다는 비판이 있었다. 특히, ‘언론보도’라는 구성요건 자체가 명확한 개념인지, 그 포섭범위가 너무 포괄적이지 않은지 등의 문제가 그것이다.<sup>85)</sup>

두 번째로, 사적 검열에 해당할 수 있다는 논란이 있었다. 가짜뉴스 유통을 매개하는 정보통신서비스사업자에 대한 법적 의무를 강화하고 이에 대한 형사처벌 규정을 두는 경우 정보통신서비스사업자에 대한 영업의 자유까지 제한하게 되고, 형사처벌을 면하기 위하여 과도하게 정보통신망에서의 정보를 통제하고 검열하게 되는 사적 검열의 문제가 발생할 수 있다는 것이다.<sup>86)</sup> 특히, 개정안 중에는 정보통신서비스사업자에게 상시적인 모니터링 의무 등을 부과하고 위반 시 제재나 법적 책임을 부과하고 있는데 이는 사실상 ‘사적 검열’을 강제하는 결과를 가져올 수 있다는 비판도 제기되었다.<sup>87)</sup> 또한, 형사처벌 규정과 관련해서는 그 법정형 등을 고려할 때 과잉금지원칙에 위반된다는 비판도 제기되었다. 결국 위와 같은 논란에 대하여 충분한 논의와 합의점을 찾지 못하고 위 법안들은 제20대 국회 임기 만료로 모두 폐기되었다.

## (2) 제21대 국회의 새로운 입법안 추진과 향후 보완입법의 방향

제20대 국회에서 발의된 법안들이 위와 같은 논란 속에 모두 임기만료로 폐기된 이후, 2020년 코로나19 관련 가짜뉴스가 다시 유행하고 제21대 국회가 출범하자 [표 2]과 같이 정보통신망에서의 가짜뉴스 규제를 위한 2건의 정보통신망법 개정안이 다시 발의되어 있다.<sup>88)</sup>

대표 발의, “정보통신망법 일부개정법률안”, 의안번호 2008920, (2017. 9. 1.).

85) 황성기, “가짜뉴스에 대한 법적 규제의 문제”, 관훈저널 통권 제146호, 관훈클럽(2018), 87면.

86) 최진웅, “제20대 국회의 가짜뉴스 관련 입법안 분석”, 의정연구 제24권 제3호, 한국의회발전연구회(2018), 159면.

87) 황성기, “사적검열에 관한 헌법학적 연구”, 세계헌법연구 제17권 3호, 국제헌법학회 한국학회(2011), 163-191면.

88) 그 외에 가짜뉴스를 규제하기 위한 법안으로 공직선거법 일부개정법률안, 국가정보화기본법 일부개정법률안 등 2건이 더 있으나, 공직선거법은 선거 여론조사 관련이며, 국가정보화기본법은 국가의 정책적 의무를 추상적으로 선언하는 규정의 내용으로 본건 쟁점과는 직접적인 관련이 없어 표에서 제외하였다.



[표 2] 가짜뉴스 관련 정보통신망법 개정안 개요(21대 국회, 2020. 12. 기준)

| 연번 | 의안명<br>(발의자, 의안번호)   | 주요 내용  |
|----|--|--|
| 1  | 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 일부개정법률안(정필모 의원 등 39인, 2100815)<br>2020. 6. 22. 발의 | ① 가짜뉴스를 ‘허위조작정보’란 개념 하에 “정보통신망을 통하여 상업적 또는 정치적으로 정보를 매개로 타자를 속이려는 기만적 의도성을 가진 행위로 수용자가 허구임을 오인하도록 언론보도의 양식을 띤 정보 또는 사실검증이라는 저널리즘의 기능이 배제된 가운데 검증된 사실로 포장하는 행위”로 정의함(안 제2조 제14호)<br>② 정보통신서비스 제공자는 허위조작정보가 게재되었을 경우 지체 없이 삭제하여야 한다고 삭제의무를 규정함(안 제44조의2 제7항)<br>③ 가짜뉴스에 대해서 삭제 또는 반박내용의 게재 요청이 있는 경우 삭제 및 임시조치 등의 필요한 조치를 하지 아니한 자에 대해서 3천만원 이하의 과태료 부과(안 제76조 제1항 제6호 신설) |
| 2  | 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 일부개정법률안(윤영찬 의원 등 34인, 2102291)<br>2020. 7. 22. 발의 | 이용자의 고의 또는 중대한 과실로 법 제44조의7제1항제2호에 따른 정보증거의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보 등으로 손해를 입은 경우 그 손해액의 3배 이내의 손해배상을 청구할 수 있도록 함(안 제44조의11 신설)   |

코로나19등 관련 가짜뉴스 등 폐해가 계속되자 제21대 출범 직후에도 가짜뉴스를 규제하기 위한 추가 법안이 발의되었고, 향후에도 추가적인 법안들이 발의될 것으로 예상된다.

최근 입법안들은 형사처벌 강화보다는 주로 정보통신서비스제공자의 삭제의무 위반에 대한 과태료를 부과하는 방안이 주로 논의되고 있으나, 향후 가짜뉴스의 폐해가 더 심각해진다면 제20대 국회와 같이 형사처벌을 강화하는 입법안도 발의될 것으로 예상된다. 종전의 제20대 국회 법안들에 대한 헌법상의 논란은 제21대 국회에서도 이어질 것으로 보이므로 향후 입법을 추진함에 있어서 제20대 국회 법안에 대하여 제기되었던 문제점을 보완하기 위한 신중하고 면밀한 검토가 필요하다고 생각된다. 또한, 향후 ‘공공의 이익’을 침해하는 가짜뉴스의 형사처벌을 강화하는 방식의 법안이 추진된다면 다음과 같은 점도 추가로 고려해야 할 것이다.

우선, 어떠한 형식의 법률에 규정할 것인가이다.

특별법에 ‘가짜뉴스’ 등의 개념을 규정하고 이를 규제하는 방안은 허위사실 유포 사범 처벌의 통일성과 효율성을 기할 수 있고 사회변화에 따른 신속한 법률 개정이 가능하다는 장점이 있으나, 규정 내용이 많지 않은 점 등을 고려할 때 별도의 특별법 형식은 적절하지 않

다고 판단된다. 최근 독일에서 인터넷 가짜뉴스의 전파를 막기 위해 도입한 「네트워크범죄행법」도 ‘가짜뉴스’를 별도의 법적 개념을 통해 규제하지 않고 형법상의 명확한 범죄유형을 예시하는 형태로 규정하고 있으며, 가짜뉴스 개념을 별도로 규정하여 규제하는 다른 해외 사례도 찾기 어렵다.

외국의 입법례처럼 특정한 유형의 허위사실 유포행위에 대한 처벌규정을 형법에 마련하는 방법도 있겠으나 형법의 규정형식 등을 고려할 때 지나치게 포괄적인 규정이 될 수가 있고,<sup>89)</sup> 최근 허위사실 유포의 폐해가 큰 이유는 주로 정보통신망을 통해 무차별하고 광범위하게 확산·유포되는 점에 있음을 고려할 때 정보통신망법에 규제가 필요한 허위사실 표현행위의 개념 정의와 구체적 행위를 명시하여 규정하는 방식이 현재로서는 가장 합리적이라고 판단된다.

다음으로 법률의 규정 방식을 구체적이고 명확히 해야 한다.

우선 규제 대상자를 명확히 구분하고 그 행위에 맞는 규제를 가하여야 한다. 허위사실 작성자와 단순 유포자를 구별하고, 유포 매개자인 정보통신매체의 책임도 구별하여 각각의 책임에 상응하는 규제를 부과하여야 한다. 규제 대상 허위사실의 규정 내용은 앞서 살핀 바와 같이 ‘국가안보, 국민보건, 국가경제 등 공공의 이익에 중대한 영향을 미치는 사항에 대하여 언론의 형식 등 신뢰성을 갖춘 것으로 포장된 허위사실을 유포하여 심각한 사회혼란이나 갈등을 유발한 경우’ 정도로 한정하여야 할 것이다.

규정형식은 ‘가짜뉴스’라고 개념 정의를 하든 ‘허위조작정보’로 개념 정의를 하든 그 범위를 정확히 확정할 수 있는 명확한 개념을 사용하는 것이 필요할 것이다. 개정안들의 가짜뉴스 개념에 대하여 그 개념요소의 포괄성, 모호성, 추상성 등으로 인해 언론·출판의 자유를 과도하게 침해할 위험성이 있다는 비판이 있었던 만큼 이를 명확하게 규정해야 한다. 이를 위해서 정확한 개념 내에 포함되는 구체적인 내용을 명확하게 개개의 항목으로 예시하는 형식이 명확성의 원칙에는 좀 더 확실하게 부합한다고 할 것이지만,<sup>90)</sup> 입법기술상 지나친 열거식 규정 또한 적절하지 않은 점도 고려하여야 할 것이다.

89) 허위사실 유포행위의 성격이나 결과의 중대성 등을 감안할 때 형법상 ‘공안을 해하는 죄’의 장에 ‘국가안보나 사회질서를 위태롭게 하는 허위사실 유포’ 등의 일반규정 형식으로 규정되는 것이 다른 형법 규정과의 체계에 부합할 것이며, 이는 위헌이 선고된 ‘공익’ 개념보다는 좀 더 구체적이고 명확한 규정이라고 할 수 있으나, 형법의 형식 특성상 구체적인 개별 개념 적시에 한계가 있으므로 포괄적인 규정이라는 논란은 계속될 것으로 보인다. 결국은 입법과정에서 상세히 검토해야 할 사안이라고 판단된다.

90) 구체적 예시로 ‘전쟁·테러 등 국가안보 관련 사항, 경제·보건 등 사회질서 관련 사항 등’.



규제의 효과 측면에서는 악의적 작성·유포자에 대하여는 형사처벌이 가장 강력한 억제 효과가 있을 것이나 그 법정형을 정함에 있어서는 사안의 경중을 고려하여 벌금과 징역형을 구분하여 규정하여야 한다. 직접 작성자나 악의적 유포자가 아닌 단순 유포 매개자 역할을 하는 정보통신서비스사업자와 같은 경우는 사업체의 규모, 영향력 등을 고려하여 허위사실 유포를 감시하고 삭제해야 할 의무를 부과하고 그 의무 위반의 경중에 따라 과태료를 부과하는 형식으로 구별을 두는 것도 필요하다고 판단된다.

다만, 정보통신서비스사업자에게 지나치게 광범위하고 상시적인 모니터링 의무를 부과하는 것은 앞서 살핀 바와 같이 사적 검열 논란이 제기되고 있으므로 신중을 기하여야 한다. 위헌 논란이 제기되고 있는 독일의 네트워크법집행법조차도 불법적인 정보에 대한 일반적이고 상시적인 모니터링 의무를 부과하거나 위반 시 그에 대한 형사적 규제를 가하고 있지 않으며 그러한 입법례도 거의 없다.

결국, 가짜뉴스도 기존의 허위사실 유포의 한 특별한 형태이므로 종전의 허위사실을 규율하는 법제로 규제가 가능하다면 추가적인 법적 규제를 추진하는 것은 신중하여야 한다. 그럼에도 불구하고 폐해가 심각한 뉴스형식의 허위사실유포에 대하여 ‘가짜뉴스’, ‘허위조작정보’ 등의 일정한 개념 정의를 하고 이에 특별한 규제를 가하여야 한다면 어떻게 이를 명확하게 규정하여 필요 최소한의 범위 내에서 규제할 것인지 여부에 대한 심층적인 검토를 거쳐야 할 것이다.

#### 다. 징벌적 손해배상 제도 도입 논의

가짜뉴스 등 허위사실의 보도나 공표 등으로 자신의 명예를 훼손당한 피해자는 가해자를 상대로 민사상 일반불법행위의 규정에 따른 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 명예훼손으로 인한 재산상 손해는 가해행위와 손해발생 사이의 상당인과관계 입증에 곤란한 경우가 많을 뿐만 아니라, 상당인과관계가 인정된다고 하더라도 구체적 손해액의 산정이 곤란한 경우가 많다. 결국 이와 같은 이유 때문에 명예훼손으로 인한 손해배상 사건에서는 실무상 위자료만을 청구하는 사건이 대부분이고 결국 위자료 액수가 명예훼손으로 인한 손해배상 청구소송으로 보전 받는 피해의 대부분이라고 할 수 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 인터넷의 발달로 인해 정보의 전파 속도가 빨라 허위사실 등의 전파의 속도와 범위가 엄청나고 그 피해도 증가하고 있으므로 이와 같은 점을 고려하여 실질적인 손해를 보전 받을 수 있는 방안이 필요하다.

언론중재위원회에서 2019년 언론보도관련 손해배상청구사건 272건을 분석한 통계<sup>91)</sup>에 의하면 원고승소율이 93건(34.2%)에 불과하고 그 인용액은 5백만원 이하가 50건(53.8%)으로 절반 이상을 차지하여 대부분 재산적, 정신적 손해를 보전 받기에는 매우 적은 액수였다. 결국 개인이 민사소송을 통해 보전 받을 수 있는 손해배상액은 받은 피해에 비하여 상당히 적은 금액에 불과하다는 점을 알 수 있다. 또한, 현대 사회에서 개인의 인격권의 중요성은 날로 커지는 반면 정보화의 발달로 허위 언론보도 등으로 인한 피해는 단순히 인과관계로 입증될 수 있는 것 이상이 발생하기도 한다.

2015년에 개인의 신용이나 정보 등에 대한 위변조, 유출 등에 대하여 징벌적 손해배상을 인정하는 법안이 도입된 것을 고려하면, 가짜뉴스 등 허위사실의 유포로 인해 개인의 인격권의 중요 내용인 명예가 훼손된 경우에도 명백한 고의에 의한 경우에는 징벌적 손해배상을 도입하여 피해자의 손해를 보전하고, 허위사실 등을 유포하는 가해자에게 이를 억제할 수 있는 충분한 제재를 가하는 방법도 고려하는 것이 형사적인 처벌을 최소화하는 방법이 될 수 있을 것이다.

우리법제상 징벌적 손해배상제도는 2011년 ‘하도급거래공정화에관한법률’에서 최초로 도입된 이후 2020년까지 총 16개의 개별 법률에서 특정한 요건 하에 인정되고 있을 뿐 허위사실 유포로 인한 명예훼손 등 일반적인 손해배상사건까지 전면 인정되지는 않고 있다. 징벌적 손해배상을 모든 손해배상 소송에 전면 도입하는 내용의 법안이 현재 국회에 제출되어 있으며,<sup>92)</sup> 특히 최근에는 언론사가 비방할 목적으로 거짓 또는 왜곡 보도를 하는 경우 그러한 가짜뉴스 보도에 대한 민사적 책임을 강화하기 위해 징벌적 손해배상 책임을 부과하는 ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 일부개정 법률안’<sup>93)</sup>이 발의 되면서 이에 대한 논의는 더욱 활발해 지고 있다.

이제는 허위사실 유포로 인한 심각한 손해와 그 폐해를 줄이기 위해서는 징벌적 손해배상의 도입도 적극적으로 검토해 볼 필요성이 있다. 물론, 이에 대하여는 이중처벌 금지, 과잉처벌 금지, 적법절차 위반 등에 해당할 수 있어 그 도입에 신중하여야 한다는 우려도 있다.<sup>94)</sup>

91) 언론중재위원회, 「2019년 언론관련 판결 분석」, 2020, 27-28면.

92) 제20대 국회에는 민법의 특례로서 일반적인 징벌배상 책임을 인정하는 ‘징벌적손해배상에관한법률안’ 등이 5건 발의 되어 심의를 거쳤으나 모두 통과되지 못하고 제20대 국회 임기만료로 폐기되었다. 제21대 국회에서는 징벌적 배상에 관한 2개 법안(의안번호 제2101840호, 박주민의원 대표발의; 의안번호 제2103916, 오기형의원 대표발의)이 의원입법으로 발의되어 있다.

93) 의안번호 제2107949호, 2021.2.4. 최강욱 의원 대표 발의.



하지만 미국의 경우에는 이미 징벌적 손해배상이 전면 인정되고 있고, 독일의 경우도 민사소송에 있어 징벌적 손해배상 제도를 전면 도입하고 있지는 않지만 허위사실 보도로 인한 손해배상 소송에서 징벌에 가까운 다액의 손해배상을 명하는 사례가 증가하고 있다. 또한, 최근에는 독일에서 네트워크법집행법(NetzDG)을 도입하여 정보통신서비스사업자에게 징벌적 수준의 과태료까지 부과하는 법안을 시행한 점을 고려한다면, 우리나라도 가짜뉴스 등 허위사실 공표로 인한 심각한 피해를 방지하기 위해서 징벌적 손해배상을 도입하는 방안을 적극적으로 검토해 볼 필요가 있다고 판단된다.<sup>95)</sup> 언론출판의 자유의 제한 정도가 큰 형사적인 규제를 강화하기 보다는 징벌적인 효과를 거둘 수 있는 비형사적 제한부터 단계적으로 강화하는 것이 언론출판의 자유 보호의 측면에서 적절하다고 생각된다.

## V 결론

자유민주주의 정치제도 하에서 헌법상 언론출판의 자유가 가지는 중요성이 아무리 높다고 하여도, 언론출판의 자유라는 명목으로 헌법이 보장하고 있는 다른 기본권을 침해하거나 헌법이 보장하고 있는 핵심적인 가치를 침해하는 경우에는 일정한 제한을 받을 수밖에 없다. 우리 헌법도 제21조 제1항에서 언론출판의 자유를 인정하면서도 제21조 제4항에서 일정한 한계를 명백히 밝히고 있다. 결국 언론출판의 자유도 타인의 인격권을 침해하는 등 일정한 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한의 원칙에 따라 법률로써 제한될 수 있다.

최근 들어 전 세계적으로 심각한 문제로 대두 되고 있는 가짜뉴스 등의 문제는 결국 허위사실 표현에 해당하는 것으로, 허위사실 표현에 대한 법적 규제가 언론출판의 자유 보장과 관련하여 어느 정도까지 가능한가에 대한 헌법적 논란이 가짜뉴스에 대한 법적 규제, 특히

94) 국회법제사법위원회 전문위원 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고(최강욱의원 대표발의, 의안번호 제2107949호) 검토보고서 18면; 국회법제사법위원회 전문위원 징벌적배상법안(박영선의원 대표발의, 의안번호 제2000283호) 검토보고서, 2016. 11., 10면; 법무부 연구용역, 「징벌배상제도의 부작용 방지대책 연구」, 2013 등.

95) 부작용이 우려되는 점에 대하여는 개정안 내용과 같이 손해배상액 상한액을 어느 정도 설정한 징벌배상제도를 도입하여 시행하는 것도 방안이 될 수 있을 것이다.

형사적 규제와 관련하여 지속적으로 제기되고 있다.

개인의 의견을 표명하는 것과 특정한 사실을 공표하는 것 모두 언론·출판의 자유의 내용에 포함되는 것이나, 그 보장이나 제한 정도는 의견표명과 사실적시가 다르고 그 내용의 진위 등에 따라서도 달라진다. 특히, 자신의 주관적 가치 판단을 공표하는 의견표명이나 의견표명과정에서 객관적으로 진실한 사실을 적시하는 경우는 언론·출판의 자유로서 최대한 보장이 되어야 하나, 허위사실을 표현하는 행위는 달리 보아야 한다. 우선, 언론·출판의 자유의 다양한 기능과 중요성을 고려할 때, 허위사실 표현이라 하더라도 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함된다고 보는 것이 기본권 보호에 충실한 해석이 된다.

하지만 허위사실 표현은 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함되는 것이라고 하더라도 달리 취급될 수밖에 없다. 왜냐하면, 허위사실을 공표하는 행위는 비판과 감시, 자유로운 의사형성 등을 통해 민주주의 토대를 형성하는 언론·출판의 자유의 중요 기능을 수행하는데 있어서 의견표명이나 진실을 주장하는 것과는 차이가 있다. 또한, 타인의 명예를 훼손하는 결과를 가져와 오히려 언론·출판의 자유가 보장하려고 하는 개인의 인격권 실현에 도움이 되지 않고 더 나아가 사회적 혼란을 야기할 수도 있다. 이와 같은 이유로 가짜뉴스 등 허위사실 표현행위에 대하여는 헌법과 법률에 의하여 법적 규제가 행해지고 있으며 가장 강력한 제한인 형사처벌까지 이루어지고 있다. 하지만 국가형벌권도 국민으로부터 국가가 부여받은 권한으로 국민의 자유와 권리를 보장하기 위해서는 언론·출판의 자유와 인격권 등 다른 기본권이 충돌하는 경우 각 기본권이 적절한 조화를 이루며 행사될 수 있는 방안을 찾아 필요 최소한으로 행사되어야 한다. 따라서 가짜뉴스 등 허위사실에 대한 형사적 규제도 헌법적인 한계 내에서 합헌적으로 이루어 져야 한다.

독일과 미국 등 선진 법제 국가의 경우도 각 국가의 역사적 배경, 사회적 환경, 헌법의 규정 형식 등에 따라 허위사실 표현에 대한 법적 규제에 차이가 있었고, 그 안에서 합헌적 규제를 위해 각종 제도를 개선하는 노력을 시도하고 있었다. 우리 헌법은 제21조 제1항에서 언론·출판의 자유를 인정하면서도 독일이나 미국과 달리 제21조 제4항에서 일정한 한계를 명백히 밝히고 있다. 그러한 점에서 우리 헌법은 언론·출판의 자유에 대한 우월적 지위를 인정하기 보다는 다른 기본권과 헌법가치들의 조화를 추구하고 있다고 할 수 있다. 그러한 헌법적 배경 하에서 현재 허위사실 표현에 대하여는 다양한 법적 규제가 이루어지고 있다.

대표적인 비형사적 규제로 언론중재법상의 제도, 민법상의 손해배상과 원상회복조치, 정보통신망법상의 임시조치 등이 있다. 이러한 비형사적 규제도 합헌성 논란이 있을 만큼 강



력한 규제효과를 발휘하는 경우도 있으나 급속히 확산되는 가짜뉴스 등 허위사실에 대한 신속한 대응과 억제의 효율성 면에서는 형사적 규제에 비하여 일정한 한계가 있는 편이다. 반면, 형법상 명예훼손죄 처벌 규정, 공직선거법상 허위사실공표죄 등 형사적 규제는 신속한 증거 수집과 차단, 유포자 처벌 등 허위사실 표현 억제의 효율성 측면에서는 비형사적 규제에 비하여 강하다고 할 수 있지만 기본권 침해의 정도가 비형사적 규제에 비하여 크므로 규제의 합헌성 논란도 많다.

허위사실 적시 명예훼손죄는 일부 구성요건요소인 ‘비방의 목적’의 불명확성 문제와 반의사불벌죄 소추조건으로 인한 국가형벌권 남용의 위험성이 있었고, 공직선거법상 허위사실공표죄는 지나치게 높은 법정형 하한 규정으로 인해 사실상 당선무효가 강제되어 과잉금지원칙에 위배되는 문제점이 있었다. 국가보안법상 허위사실 날조·유포죄도 각 다른 범죄 주체의 행위에 대하여 그 위험성을 구분하지 않고 획일적이고 높은 법정형을 규정하여 과잉금지원칙에 위반될 우려가 있었다. 이러한 규정들에 대하여는 합헌적인 방향으로의 개선이 필요하다.

하지만 이와 같은 현행 형사처벌 규정만으로 현재 문제가 되고 있는 가짜뉴스 등 허위사실 표현을 모두 규제할 수는 없다. 특히, 타인의 명예를 훼손하거나, 선거 관련성이 있거나, 북한과 관련되어 있는 허위사실 표현은 아니지만 사회적 혼란을 야기하는 허위사실 표현에 대하여는 현행법으로는 이를 형사처벌 할 수 없는 상황이다. 이를 형사처벌하기 위한 추가적인 입법이 필요한 것인가에 대하여는 학계와 실무에서 많은 논의가 진행되고 있다.

우선은, 추가적인 형사규제 전에 허위사실이 공론의 장에서 충분히 논의되고 검증됨으로써 진실 여부를 밝혀내고 허위는 퇴출될 수 있도록 하는 여건을 조성하여야 할 것이다. 국민들의 주요 관심 사안이 되어 가짜뉴스 등이 자주 유포되는 국가의 정책이나 정치적 사안에 대하여는 해당 정부 기관 등이 상시 모니터링을 하며 신속히 정확한 사실관계를 확인하여 공지할 수 있는 시스템을 갖추어야 한다. 그렇게 함으로써 일반 국민들도 주요 국가 정책이나 현안에 대하여는 관련 정보에 접근하여 정확한 사실관계를 파악할 수 있도록 해야 한다. 또한, 사회질서를 혼란케 하는 중대한 허위사실이 유통되는 경우에는 신속하게 이를 차단하거나 삭제할 수 있도록 하는 방법도 필요하다. 외국의 사례처럼 언론사 등 민간 차원의 자율적인 가짜뉴스 자정활동의 활성화도 필요하다고 판단된다.

그럼에도 현재 전 세계적으로 가짜뉴스 등 허위사실 유포로 인한 피해가 심각하고 선진국에서도 이에 대한 대응 체계를 정비하고 있다. 우리도 가짜뉴스 등 허위사실의 유포로 최근

들어 심각한 사회적 갈등을 겪고 있는 점 등을 고려할 때 가짜뉴스 등 허위사실 표현으로 인한 사회혼란을 방지하기 위한 추가적 보완 입법을 검토할 필요가 있다고 판단된다.

현재 국회에서는 이른바 뉴스형식의 허위사실 유포행위인 ‘가짜뉴스’에 대한 법적 규제를 강화하기 위한 다양한 법안들이 제출되어 심사 중에 있다. ‘가짜뉴스’를 개념적으로 정의하고 이와 관련된 유포행위에 대한 행정적, 형사적, 민사적 규제 등을 도입하는 내용의 법안들이다. 반드시 형사처벌이 아니더라도 다양한 정책 추진과 보완입법이 헌법적 한계 내에서 신중하게 추진되어야 한다고 판단된다.

결국, 허위사실 표현의 형사적 규제에 있어서는 그 규제가 언론·출판의 자유를 지나치게 제한하는 수단으로 활용될 수 있다는 위험성을 항상 인식하고, 헌법적 한계를 넘어서지 않도록 그 법적규제에 대한 통제와 감시가 이루어져야 한다. 허위사실 표현의 형사적 규제도 결국은 헌법이 보장하고 있는 인간의 존엄성, 자유민주적 기본질서 등 헌법의 핵심가치들을 보호하기 위한 것이기 때문이다.



| 참고문헌 |

〈국내 문헌〉

1. 단행본

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.

김옥조, 미디어법, 커뮤니케이션북스, 2005.

김일수·서보학, 형법각론, 제9판, 박영사, 2018.

김종현, 이른바 ‘가짜뉴스’에 관한 헌법적 연구, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2019.

김철수, 헌법학신론, 전정19판 박영사, 2009.

대검찰청, 공직선거법 별칙해설, 제9개정판, 2018.

대검찰청, 국가보안법 해설, 2016.

박용상, 명예훼손법, 현암사, 2008.

법무부, 독일형법, 법무부 형사법제과, 2008.

서울중앙지방법검찰청, 명예훼손실무연구, 2015.

성낙인, 헌법학, 제17판, 법문사, 2017.

양 건, 헌법강의, 제8판, 법문사, 2019.

오세욱 외, 가짜 뉴스 현황과 문제점, 한국언론진흥재단, 2017.

오영근, 형법각론, 제5판, 박영사, 2019.

이문한, 가짜뉴스 형사처벌과 언론출판의 자유, 한국학술정보, 2020.

이부하, 헌법학 (상), 법영사, 2019.

정병욱, 공직선거법, 제4판, 박영사, 2006.

정종섭, 헌법학원론, 제12판, 박영사, 2018.

한수웅, 헌법학, 제9판, 법문사, 2019.

허 영, 한국헌법론, 전정15판, 박영사, 2019.

황교안, 국가보안법, 박영사, 2011.

## 2. 논문

- 김균미, “가짜뉴스와의 전쟁 이길 수 있을까”, 관훈저널 제146호, 관훈클럽(2018).
- 김유향, “허위정보 해외법제 현황 : 독일·프랑스·싱가포르 법률의 주요내용 및 시사점”, 외국입법 동향과 분석 제20호, 국회입법조사처(2019).
- 김익현, “[진단] 가짜뉴스 현상에 대한 두 가지 고찰 - 의도된 가짜와 매개된 가짜라는 관점을 중심으로”, 언론중재 제142호, 언론중재위원회(2017).
- 김재선, “허위정보 규제를 위한 행정법적 대응방안”, 법학논집 제24권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소(2020).
- 김종철, “공직선거법 제250조 제2항(낙선목적 허위사실 공표죄)과 관련한 대법원 판결에 대한 헌법적 검토 : 소위 ‘정봉주 사건’을 중심으로”, 법학연구 제22권 제1호, 연세대학교 법학연구원(2012).
- 김종현, “이른바 ‘가짜뉴스’에 관한 헌법적 연구”, 헌법재판소 헌법재판연구원(2019).
- 김해웅 외, “온라인상의 가짜뉴스와 법적제재에 관한 이론적 연구”, 한국IT정책경영학회 논문지, 제11권 제2호, 한국IT정책경영학회(2019).
- 노희범, “상업광고 규제의 합헌성 심사기준”, 헌법논총 제17집, 헌법재판소(2006).
- 문재완, “허위사실 표현과 표현의 자유 : 한국과 미국의 판례 비교를 중심으로”, 공법연구 제39집 제3호, 한국공법학회(2011).
- 박경신, “허위사실유포죄의 위헌성에 대한 비교법적인 분석”, 법학연구 제12집 제1호, 인하대학교 법학연구소(2009).
- 박용숙, “미국에서의 증오표현행위의 규제에 관한 판례경향”, 강원법학 제41권, 강원대학교 비교법학연구소(2014).
- 박진애, “표현의 자유의 관점에서 바라본 인터넷에서의 허위사실유포”, 언론과 법 제8권 제1호, 한국언론법학회(2009).
- 신상현, “위법한 명예훼손 게시물의 삭제 및 차단 의무에 관한 소셜네트워크 운영자의 형법적 책임 - NetzDG에 대한 비판적 검토 -”, 법학연구 제20집 제3호, 인하대학교 법학연구소(2017).
- 오일석 외, “가짜뉴스에 대한 규범적 고찰”, 미국헌법연구 제29권 제1호, 미국헌법학회(2018).



- 유의선, “가짜뉴스의 법적규제 - 사회적 법익 보호를 중심으로 -”, 언론과 법 제17권 제2호, 한국언론법학회(2018).
- 윤성욱, “가짜뉴스의 개념과 범위에 관한 논의”, 언론과 법 제17권 제1호, 한국언론법학회(2018).
- 이노홍, “상업적 광고규제와 표현의 자유 보호론 재검토”, 홍익법학 제17권 제1호, 홍익대학교 법학연구소(2016).
- 이문한, “가짜뉴스 등 허위사실 표현에 대한 형사적 규제와 그 헌법적 한계 - 실무 적용사례 분석을 중심으로-”, 한양대학교 법학박사학위논문(2020).
- 이소영, “기억의 규제와 ‘규제를 통한 기억하기’?: 홀로코스트 부정(Holocaust denial) 규제 법제와 사회적 기억의 구성”, 법학연구 제21권 제4호, 경상대학교 법학연구소(2013).
- 이승현, “가짜뉴스(fake news) 대응방안으로서 팩트체크 운영현황 - 최근 실시된 공직선거를 중심으로”, 중앙선거관리위원회 선거연수원(2018).
- 이연옥, “英 온라인 피해 백서(The Online Harms White Paper)의 주요 내용과 시사점”, 언론중재 제151호, 언론중재위원회(2019).
- 이정훈, “전기통신기본법상 허위통신죄 규정의 연혁 및 의미”, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회(2009).
- 임종섭, “언론의 위기와 가짜뉴스 파동 - 뉴스에 가짜는 없다 -”, 관훈저널 통권 제142호, 관훈클럽(2017).
- 전종익, “위헌심판의 심사기준 - 선거운동과 표현의 자유를 중심으로 -”, 서울법학 제18권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소(2010).
- 차형근, “인터넷 등을 통한 허위사실 유포행위에 대한 주요 쟁점 검토 : 전기통신기본법 제47조 1항에 대한 헌법재판소의 위헌결정을 중심으로”, 언론중재 제31권 제1호, 언론중재위원회(2011).
- 최진웅, “제20대 국회의 가짜뉴스 관련 입법안 분석”, 의정연구 제24권 제3호, 한국의회발전연구회(2018).
- 한갑운·윤종민, “가짜뉴스의 규율방법에 대한 법적 고찰”, 과학기술과 법 제8권 제1호, 충북대학교 법학연구소(2017).
- 한동훈, “프랑스의 명예훼손 및 모욕관련 법제”, 최신외국법제정보 제8호, 한국법제연구원(2009).

- 한수용, “자유권의 보호범위”, 헌법학연구 제12권 제5호, 한국헌법학회(2006).
- 허순철, “영국 선거법상 허위사실 공표와 표현의 자유”, 공법학연구 제19권 제4호, 한국비교공법학회(2018).
- 홍성수, “역사부정죄의 정당성 근거: 한국 역사부정죄 법안에 대한 비판적 검토”, 법학논총 제39집 제1호, 전남대학교 법학연구소(2019).
- 황성기, “가짜뉴스에 대한 법적 규제의 문제”, 관훈저널 통권 제146호, 관훈클럽(2018).
- , “사적검열에 관한 헌법학적 연구”, 세계헌법연구 제17권 3호, 국제헌법학회 한국학회(2011).
- , “헌법적 관점에서 본 미네르바 판결 - 소위 ‘허위사실유포죄’의 헌법적 문제점을 중심으로”, 인권과 정의 통권 제395호, 대한변호사협회(2009).
- 황용석 외, “가짜뉴스 관련 국내 입법안 분석과 그 한계 : 위헌성 여부를 중심으로”, 사회과학연구 제25권 제2호, 동국대학교 사회과학연구원(2018).

### 3. 기타자료 : 보도자료, 언론보도 등

- 김대근 외, “가짜뉴스 등 허위사실 유포로 인한 사이버상 유권자의사 왜곡 방지에 관한 연구”, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서(2017).
- 김성탁, “독일 벌금 670억 등 ‘가짜뉴스와의 전쟁’”, 중앙일보, 2019. 8. 15, <https://news.joins.com/article/23552909> (최종접속일 2021. 1. 26.).
- 김완 외, “이총리 ‘가짜뉴스는 공동체 파괴범죄’…혐오처벌법 제정 여론”, 한겨레신문, 2020. 10. 2, [http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/864203.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/864203.html) (최종접속일 2021. 1. 31.).
- 김익현, “성범죄자 폐북 금지, 언론자유 침해일까”, ZDNet Korea, 2017. 6. 20, <https://news.v.daum.net/v/nwBDamsUAJ?f=p> (최종접속일 2021. 1. 26.).
- 대한민국 정부 블로그, “신종 코로나바이러스감염증 2차 감염 차단하고, 가짜뉴스 엄정 대응하겠습니다.”, 2020. 1. 30, <https://blog.naver.com/hellopolicy/221790119879> (최종접속일 2021. 1. 18.).
- 방송통신위원회, “페이스북·구글 등 해외 플랫폼 사업자도 코로나19 관련 정확한 정보제공에 적극 동참기로”, 보도자료, 2020. 2. 20.

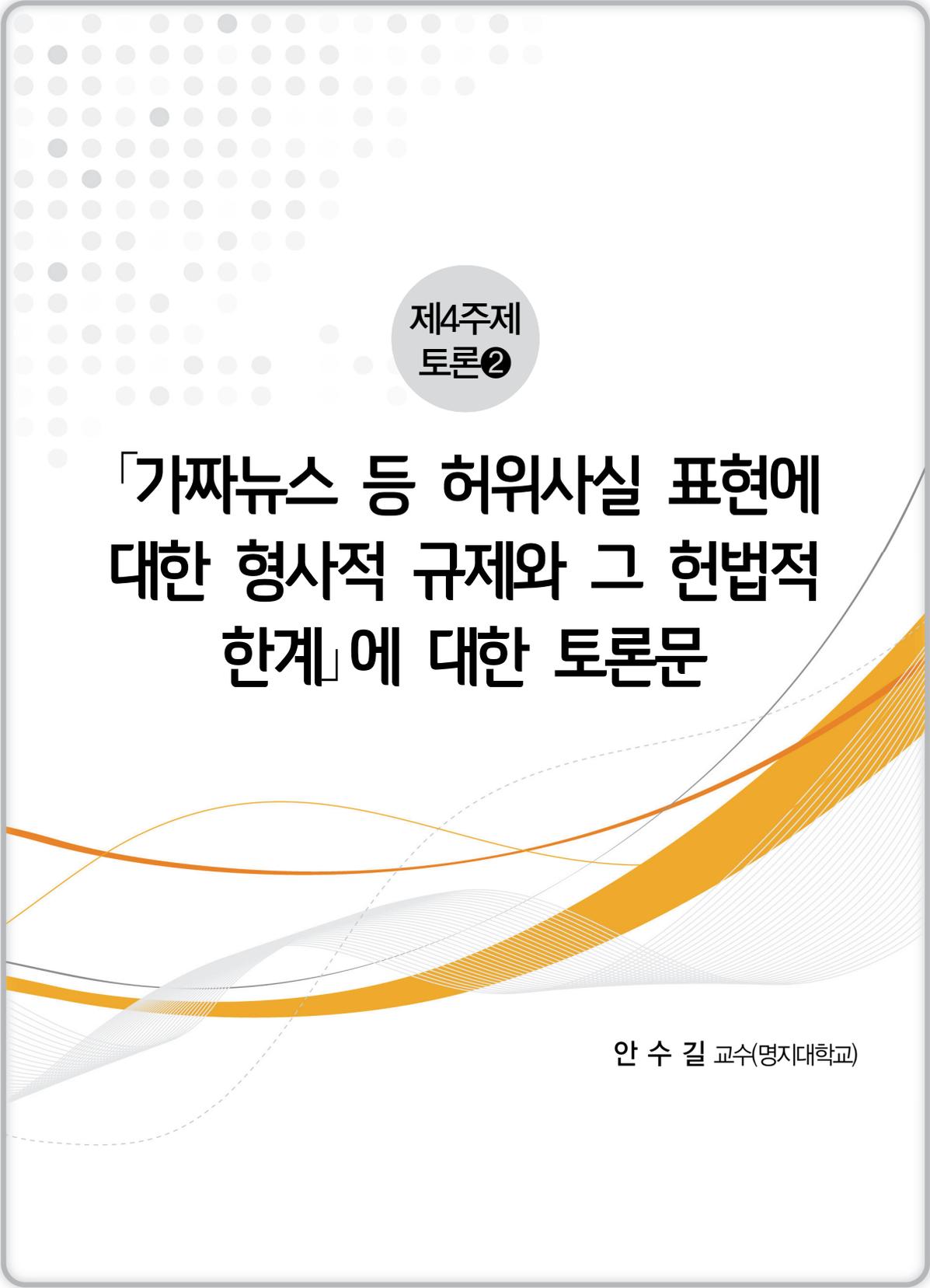


- 선정민, “가짜 뉴스’ 등 온라인선거법위반, 지난 대선의 5배”, 조선일보, 2017. 5. 2.  
 연합뉴스, “5·18 왜곡처벌법 법사위통과…처벌상한 7년→5년”, 2020. 12. 8, <https://www.yna.co.kr/view/MYH20201208019200038> (최종방문일 2021. 1. 5.).  
 장영수, “5·18 왜곡처벌법’은 검열보다 나쁜 ‘사전 억제’… 독재적 발상”, 문화일보, 2020. 6. 18, <http://www.munhwa.com/news/view.html?no=202006180103024200001> (최종접속일 2021. 2. 6.).  
 한겨레21, “선진국에는 왜 명예훼손죄가 없나”, 2009. 6. 25, [http://h21.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/25248.html](http://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/25248.html) (최종접속일 2021. 1. 26.).

#### 〈국외 문헌〉

- Beisel, Daniel, “Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des neuen §130 StGB”, NJW, 1995.  
 Jahn, Joachim, “Strafrechtliche Mittel gegen Rechtsextremismus”, BGB, 1998.  
 Kühl, Kristian/Lackner, Karl, § 130 Volksverhetzung, StGB, 29. Aufl, 2018.  
 Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine, Deutscher. Bundestag: Stenographischer Bericht 227. Sitzung(Plenarprotokoll 12/227), 1984. 5. 18.  
 Mathias Hellmann/Julia Gärtner, “Neues beim Volksverhetzungstatbestand - Europäische Vorgaben und ihre Umsetzung”, NJW, 2011.  
 Ostendorf, Heribert, “Im Streit: Die strafrechtliche Verfolgung der ‘Auschwitzlüe’”, NJW. 1985.  
 Rowbottom, Jacob, Lies, Manipulation and Elections- Controlling False Campaign Statements, Oxford Journal of Legal Studies Vol.32(3)(2012).  
 Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Detlev Sternberg-Lieben/Ulrike Schittenhelm, §130, Strafgesetzbuch, 30. Aufl, 2019, Rn. 1a.





제4주제  
토론②

# 「가짜뉴스 등 허위사실 표현에 대한 형사적 규제와 그 헌법적 한계」에 대한 토론문

안 수 길 교수(명지대학교)



## 「가짜뉴스 등 허위사실 표현에 대한 형사적 규제와 그 헌법적 한계」에 대한 토론문

■ 안 수 길 교수(명지대학교)

1. 이문한 부원장님, 옥고 잘 읽어 보았습니다. 제가 ‘옥고’라는 말을 쓴 것은 인사치레가 아닙니다. 저는 이 부원장님의 발표문에서 균형미를 느꼈습니다.

1.1 이 발표문은 깊고 넓습니다. 넓음과 깊음이라는 두 마리 토끼를 다 잡기란, 특히 시간과 지면의 제약이 큰 학회 발표문에서는, 극히 어렵습니다. 그런데 이 발표문은 다 잡은 것 같습니다. 문제 영역을 망원경으로 관망하고 포착된 개별 문제를 현미경으로 관찰하는 묘기에 감탄했습니다.

1.2 가짜뉴스 같은 허위사실을 어떻게 다뤄야 할지는 법학의 최신 쟁점입니다. 특히 헌법학과 형법학의 골치를 썩입니다. 그런데 이 핫이슈를 다루는 헌법학자와 형법학자의 사이에는 팽팽한 긴장감이 흐릅니다. 이 긴장의 상세한 내용은, 이 자리에 헌법학자 이시자 저의 선배님이신 정문식 교수님도 계시니, 나중에 기회가 되면 따로 몰래 말씀드리겠습니다. 아무튼 이 글에는, 제목에서도 드러나듯이, 헌법과 형법의 관점을 골고루 고려하는 미덕이 있습니다.

1.3 또 이 글은 법해석학과 비교법학을 차별하지 않는 매력을 풍깁니다. 뽀족하게 말하자면, ‘자국법만 깊이’ 연구하는 사람은 국수주의가 섞인 ‘특수성의 함정’에 빠지기 쉽고, ‘외국법도 두루’ 연구하는 사람은 사대주의가 섞인 ‘보편성의 함정’에 빠지기 쉽습니다. 그런데 이 글은 ‘국내법’을 ‘두루’ 다루면서도 ‘외국법’도 ‘깊이’ 다룹니다. 독일법을 조금 안다고 생각하는 저는 이 발표문에서 독일법이 소개된 것을 보고 무언가 꼬투리 잡을 게 없나 하며 발표문을 읽다가 그냥 고개만 끄덕이고 말았습니다.

2. 이문한 부원장님의 발표문은 균형점이 잘 잡혀 있어서 제가 말을 덧붙이기가 조심스럽습니다. 또 독자가 궁금해할 만한 지점에 미리 가서 거기에 답까지 달아 놓았으니 질문을 던지기도 멋쩍습니다. 토론자로서는 최악의 발표자를 만난 셈입니다.

2.1 허위사실을 퍼뜨리는 행위 등을 형벌로 규제하는 것은, 더 나아가 그렇게 규제하자고 마음먹는 그 자체가 이미 개인의 권리이자 국가의 원리인 표현의 자유에 반한다는 지적은 날카로우며 저는 그에 동감합니다. 그러나 이 날카로운 비판을 어떻게 무디게 할지는 발표문에 나와 있기도 하거니와 헌법학자이신 정 교수님께서 우선 답해 주실 사항으로 알고 더 이상 언급하지 않겠습니다.

2.2 허위사실을 퍼뜨리는 행위 등을 규제할 수 있는 법률들을 열거하고 각 법률에 기한 처벌 가능성을 발표문에서 언급하셨는데, 여기에서는 검사로 오래 활동하신 발표자분의 역량이 빛을 발하고 있습니다. 저처럼 이론법학 내지 강단법학의 울타리 안에 있는 사람에게는 참 귀한 자료입니다. 허위사실에 대응하는 현행법을 잘 설명해 주셨고 저는 그에 보충의견이나 반대의견을 낼 입장이 못 됩니다.

3. 이렇듯 저는 이 부원장님께 이의하거나 문의할 것이 사실상 없지만, 그래도 형법학의 눈으로 토론에 임해 달라는 요구에 부응하기 위해 제 소견을 조심스레 적어 보려 합니다.

3.1 가짜뉴스의 생산이나 유포 등이 개인과 사회, 더 나아가 국가에 미치는 해악은 상당합니다.

그런데 해악이 상당하다는 것이 곧바로 형법의 투입을 정당화하는 것은 아닙니다. 가벌성이 곧 당벌성인 것은 아니라는 말입니다. 특정 행위를 형법으로 벌하려 한다면, 적어도 자유민주주의 국가에서는, 그 행위에 의해 침해되거나 위태로워지는 법익이 있어야 합니다. 그러한 법익으로 무엇을 들 수 있겠는지요?



3.2 그러한 법익으로는 우선 개인의 명예를 들 수 있을 것입니다.

3.2.1 그런데 우리나라 현행 형법의 ‘명예에 관한 죄’는 표현의 자유를 과도하게 제약한다는 비판을 받기도 합니다. 따라서 가짜뉴스의 대상이 되는 사람의 명예를 보호하기 위해 ‘명예에 관한 죄’ 조항을 더욱 활발히 적용하려 한다면, 표현의 자유를 더욱 옥죄려 한다는 비난과 마주할 수밖에 없을 겁니다. 이 비난에 어떻게 대응할 수 있을까요?

3.2.2 보호받을 명예의 주체로 인정될 만한 집단을 과연 구체화 낼 수 있을지, 또 어떠한 집단을 그러한 주체로 선정할 것인지도 아주 골치 아픈 문제 같습니다. 예컨대 “트랜스젠더를 포함한 성소수자”라는 집단이 과연 명예의 주체로 인정될 수 있을까요(성소수자에는 어떤 사람들이 포함된다고 해야 할까요)? 인정된다면 성소수자 집단 외에 다른 어떤 집단들을 어떠한 기준을 사용해 그러한 주체로 인정할 수 있을까요?

3.3 또 그러한 법익으로는 주로 공공의 안전, 즉 공안이 언급됩니다. 그런데 공안은 너무나도 막연하고 모호한 개념이어서 형법의 보호대상이 되기 어렵다고 지적하는 학자도 꽤 됩니다. 아울러 공안은 형법이 보호할 ‘대상’인 것이 아니라 형법이 다른 법익들을 보호함으로써 발생하는 ‘결과’라 하면서 결국 공안은 ‘사이비 법익’ 내지 ‘가짜 법익’이라고 단언하는 학자도 있습니다. 이들은 공공의 평온을 위해 가짜뉴스 등을 규제하는 것을 계약으로 볼 것입니다.

4. 가짜뉴스 등 허위사실을 유포하는 행위를 처벌할 수 있는 법률은, 발표자께서 보여 주셨듯이, 꽤 많습니다. 그런데 특정 행위를 처벌하는 데 사용될 법률이 여럿 있다는 것은 사실 바람직하지 않습니다. 형법의 대원칙인 죄형법정주의에 반하고 형법의 범죄예방효과를 낮추며 더 나아가 실무에서도 혼란을 초래하기 쉬워서 그렇습니다. 무엇이 범죄이고 거기에 어떤 형벌이 부과되는지 정하는 법률은 최대한 간명해야 좋다고 하겠습니다.

4.1 이러한 의미에서 여러 형사특별법에 산재한, 유사한 처벌조항들은 ‘형법전’에서 통일성 있게 규정하는 것이 낫다고 보는데, 발표자 분은 어떻게 생각하시는지요?

4.2 만약 형법전이나 기타 형사특별법에서 통일성 있게 규정하겠다면, 그 조문은 어디에 두는 것이 좋을까요? 형법전에 삽입해야 할까요? 아니면 특별법에 두어야 할까요? 형법전에 삽입하겠다면 어느 장에 끼워 넣어야 할지 정해야 할텐데, 그러려면 우선 보호법익이 무엇이나 하는 난제를 푸는 것이 관건이겠습니다. 특별법에 두겠다면, 난맥상을 보이는 우리 형사법의 체계를 더 난잡하게 만든다는 질책을 받을 듯합니다.

두서없이 질문을 드려 송구합니다. 우문현답을 구하며 이만 줄이겠습니다. 그리고 저에게 이렇게 귀한 토론을 할 수 있는 계기를 마련해 주신 이형규 교수님께 깊이 감사드립니다.













이형규 교수 정년기념 학술대회  
최근 사회 변화에 따른 법학의 과제

| 주 최 | 한양법학회·한양대학교 법학연구소

| 후 원 | 한국투자증권

| 편집·인쇄 | 동광문화사 ☎ 02) 503-5165

---