

(사) 한국유통법학회
2015년 춘계학술대회

유통분야 최근 쟁점에 대한 법적 검토

- 일 시 : 2015년 3월 27일(금) 13:30~18:00
- 장 소 : 연세대학교 광복관 국제회의장

주최 : (사)한국유통법학회 · 연세대학교 법학연구원

후원 : 미래창조과학부·산업통상자원부·공정거래위원회

(사)한국유통법학회 2015년 춘계학술대회 일정

《 유통분야 최근 쟁점에 대한 법적 검토 》

- 13:30~14:00** ■ 등 록
- 14:00~14:20** ■ 개회식 사회 문 상 일 교수(인천대, 총무이사)
▶개회사 : 최 영 홍 교수 (고려대학교 법학전문대학원, (사)한국유통법학회장)
▶축 사 : 신 현 윤 교수 (연세대학교 부총장, (사)한국상사법학회장)
▶환영사 : 김 성 수 교수 (연세대학교 법학연구원장)
- 14:20~15:40** ■ 학술대회(제1부) 이 형 유 교수 (한양대학교 법학전문대학원)
- 14:20~15:00 ■ 제1주제 : “해외직구의 법적 쟁점”
발표 : 강 명 수 교수 (제주대학교 법학전문대학원)
토론 : 방 성 현 변호사 (김&장 법률사무소)
- 15:00~15:40 ■ 제2주제 : “단통법의 법적 쟁점”
발표 : 조 동 관 법률조사관 (국회도서관 법률정보실)
토론 : 남 영 준 사무관 (미래창조과학부 통신이용제도과)
- 15:40~16:00** ■ Coffee Break
- 16:00~17:20** ■ 학술대회(제2부) 최 준 선 교수 (성균관대학교 법학전문대학원)
- 16:00~16:40 ■ 제3주제 : “도서정가제와 쟁점 연구”
발표 : 김 봉 철 교수 (한국외국어대학교 국제학부)
토론 : 이 기 종 교수 (숙명여자대학교 법학과)
- 16:40~17:20 ■ 제4주제 : “대형마트 영업제한에 관한 최근 고등법원 판결 연구”
발표 : 이 승 용 변호사 (법무법인 율촌)
토론 : 강 승 준 변호사 (김&장 법률사무소)
- 17:20~18:00** ■ 종합토론
- 18:00** ■ 폐회식 최 영 홍 교수 (고려대, (사)한국유통법학회장)
- 18:30~20:00** ■ 만찬

인사말

(사)한국유통법학회 회원 및 유통산업 관계자 여러분, 안녕하십니까?

긴 겨울이 지나고 어느덧 산하에 봄기운이 완연해졌습니다. 우리 곁을 찾아 온 봄기운처럼 상품과 서비스의 유통도 “오로지 소비자를 향하여” 질곡 없는 흐름을 이어갔으면 합니다. 유통법학회는 실사구시적 입장에서 유통관련 법제를 연구하고 산학 교류를 강화하며 국내 유통법제의 합리화와 국가경제의 발전을 도모하고자 창설되었습니다. 저희 학회는 지난 1년간의 내실 정립기를 거쳐 금년부터는 지향을 같이하는 대학을 순회하며 소통과 교류를 강화해 나가고 있습니다. 이러한 맥락에서 2015년 춘계학술대회는 미래창조과학부, 산업통상자원부, 공정거래위원회의 후원으로 연세대학교 법학연구원과 공동으로 개최하게 되었습니다.

오늘 세미나는 『유통분야 최근 쟁점에 대한 법적 검토』라는 대주제 아래 최근 국민적 관심사인 “해외직구”, “단통법”, “도서정가제”, “대형마트 영업제한”에 관한 소주제들로 마련하였습니다.

바쁘신 와중에도 학술대회의 사회를 맡아주신 최준선, 이형규 전 한국상사법학회 회장님을 비롯하여, 기꺼이 발표와 토론을 수락해 주신 연구자분들께 감사드립니다. 더불어 오늘 학술대회의 축사를 해주실 신현운 연세대학교 부총장님과 세미나의 공동주최를 수락하신 연세대학교 김성수 법학연구원장님 그리고 본 학술대회의 기획과 실무를 맡아 수고해 주신 최병규, 문상일 상임이사님께도 깊이 감사드립니다.

유통산업은 소비자의 선택을 먹고 자랍니다. 그러니 ‘유통업자는 규모를 불문하고, 소비자를 향하고 소비자를 위해야’ 합니다. 이러한 유통의 본질적 속성을 도외시한 채, 소비자인 국민과 주민에게 불편과 불이익을 주는 여하한 행태도 정당화될 수 없습니다. 이 점에서 대·중소 유통기업 관련 사회적 어젠다도 “기업끼리의 상생”이 아닌 “국민과의 상생”으로 그 논의의 패러다임이 바뀌어야 합니다.

오늘 학술대회가 이러한 인식을 확고히 하고 유통산업발전의 기틀을 다지는 뜻깊은 장이 되기를 기대합니다. 감사합니다.

2015. 3. 27.

(사)한국유통법학회 회장 최영홍 근배



목 차

인사말 회장 최 영 홍 / ii

제1주제 해외 직구의 법적 쟁점 강 명 수 / 1

제2주제 단말기유통법의 법적 과제 조 동 관 / 25

제3주제 도서정가제와 쟁점 연구 김 봉 철 / 45

제4주제 대형마트 영업제한에 관한 최근 고등법원 판결 연구 이 승 용 / 63

부 록

■ 사단법인 한국유통법학회 정관 87

■ 사단법인 한국유통법학회 회원 가입 안내 93

해외 직구의 법적 쟁점

강 명 수*

목 차

I. 일반	3
1. 해외 직구의 의의	3
2. 해외 직구의 장단점	4
(1) 장점	4
(2) 단점	5
3. 우리나라 정부의 해외 직구에 관한 태도	6
4. 관세청의 해외 직구 활성화 관련 조치	7
II. 해외 직구 관련 국내 개정법률의 검토	8
1. 일반	8
2. 식품위생법 개정 내용	8
(1) 건강기능식품의 해외 직구 규모	8
(2) 건강기능식품 구매와 신고의무자의 범위	9
(3) 검토	10
3. 전과법 개정	11
(1) 전과법상 전과인증	11
(2) 해외 직구와 전과인증에 관한 법 개정	11
(3) 검토	13
4. 관세법상 관련 개정 내용	14
(1) 해외 직구 물품의 관세환급대상 확대	14
(2) 부정수입 통고처분시 벌금양정의 하한 삭제	15
(3) 일정금액 이상의 해외 신용카드 사용 내역 등의 통보의무 신설	16
(4) 검토	17
III. 해외 직구와 권리 소진의 문제	17
1. 지적재산권과 권리 소진론	17
(1) 권리 소진론 일반	17
(2) 특허독립의 원칙과 국제소진의 인정 여부	18
2. 해외 직구 행위와 특허권 등의 침해 여부	19
(1) 개별 소비자의 직구 행위	19
(2) 국내 구매대행업체의 구매대행 행위	20
IV. 결론	21
<참고 자료>	22

* 제주대학교 법학전문대학원 교수

I. 일반

1. 해외 직구의 의미

해외 직구란 구매 대행을 거치지 않고 해외 온라인 사이트에서 소비자가 직접 구매하는 것 또는 인터넷 쇼핑몰을 통해 '해외에서 직접 구매'하는 소비행위를 의미하는 신조어로서, 직구라고 부르기도 한다. 해외 직구라는 단어는 2010년을 전후하여 널리 퍼진 것으로 알려져 있으며, 생활 속에서 광범위하게 쓰이게 되자 국어사전에도 등재되었다.¹⁾

해외 직구를 하게 되면 국내에서 구입할 때보다 가격이 훨씬 저렴하기 때문에 최근 들어 해외 직구가 증가하고 있다.²⁾ 예를 들어 한 독일 가전 브랜드의 인덕션을 국내에서 구매하는 경우에는 가격이 400만원 상당이나, 직구를 하면 배송료 및 관세까지 포함하여 140만원 정도에 구매가 가능하다고 한다.³⁾ 이와 같이 해외 직구가 활성화된 요인으로는 대한민국 내의 대기업 독점 구조로 인해 소비재 가격이 해외에 비해 지나치게 비싼 것을 비롯, 생활 수준 향상에 따라 다양한 상품들에 대한 소비자들의 욕구가 늘어난 것, 스마트폰 등 간편한 결제 수단의 등장, 대한민국의 웹 호환성 문제로 인한 국내 쇼핑몰 결제의 불편 등이 꼽힌다.⁴⁾

현명한 소비 행태에 대한 관심과 수요가 증가하고 있고, 해외 직구가 가지는 큰 장점들을 고려해 볼 때 해외 직구의 시장 규모는 앞으로도 계속 증가할 것으로 예상된다.⁵⁾ 해외 직구의 시장 규모가 확대되면서 자연스럽게 관련된 제도적 정비에도 관심을 가질 수 밖에 없는데, 아직까지는 그에 관한 연구나 논의가 충분하지 않은 것 같다. 해외 직구를 바라보는 우리나라 정부의 시각은 일단 긍정적인 것 같지만, 국내 사업자들의 보호 및 개별 소비자들의 직구 규모 파악 등의 필요성이 있어 어느 범위에서 이를 규제할 것인지에 대해서는 명확한 기준이 보이지 않는다. 해외 직구와 관련된 법률의 개정에도 있어서도 각 법률의 규제 내용과 관련한 산발적 개정이 되고 있어서 해외 직

1) 위키백과 (<http://ko.wikipedia.org/wiki/%ED%95%B4%EC%99%B8%EC%A7%81%EA%B5%AC> 2015. 3. 16. 방문)

2) 2013년을 기준으로 해외 직구의 시장 규모가 1조원을 넘었다. 2014. 3. 24. 자 부산일보 인터넷 뉴스 (<http://m.busan.com/controller/newsController.jsp?newsId=20140324000187> 2015. 3. 9. 방문)

3) 2014. 3. 24. 자 부산일보 인터넷 뉴스 (<http://m.busan.com/controller/newsController.jsp?newsId=20140324000187> 2015. 3. 9. 방문)

4) 위키백과 (<http://ko.wikipedia.org/wiki/%ED%95%B4%EC%99%B8%EC%A7%81%EA%B5%AC> 2015. 3. 16. 방문)

5) 매경 이코노미와 마크로밀 엠브레인이 해외 직구 경험이 있는 20~49세 남녀 총 510명을 대상으로 실시한 '해외 직구 관련 설문조사' 내용 중 한 대목에서는 앞으로 해외 직구를 계속 하거나 좀 더 늘리겠다 라는 선택지에 무려 97.3%라는 비율이 나왔다. 허강훈(무역관계법 야간분반 국제무역학과 1013723), 「"소비자 합리적 선택 왜 막나" 해외 직구 규제에 소비자 '돌직구'」 자료에서 인용한 것으로서 해당 자료는 https://www.google.co.kr/?gws_rd=ssl#newwindow=1&q=%EB%AC%B4%EC%97%AD%EA%B4%80%EA%B3%84%EB%B2%95+%ED%97%88%EA%B0%95%ED%9B%88에서 검색 가능. 다만 위 자료에는 설문조사의 시기가 나와 있지 않은데, 해외 직구에 관한 2014. 3. 24. 자 부산일보 기사를 인용하고 있는 것으로 보아 2013. 말 또는 2014. 초 경으로 추측된다.

구에 관한 법률적 제정점을 종합적으로 파악하기가 쉽지 않다.

향후 해외 직구에 관한 연구가 보다 활성화되면 해외 직구에 관한 전반적인 법률적 쟁점들을 다룰 수 있겠으나 여기서는 해외 직구 시장이 확대됨에 따라 최근 우리나라에서 개정된 관련 법률들의 내용을 살펴보고, 이에 더하여 지적재산권⁶⁾ 침해와 해외 직구의 문제점을 검토하는 정도로 정리해 보고자 한다.

2. 해외 직구의 장단점

(1) 장점

해외 직구의 첫 번째 장점이라고 하면 소비자의 직접적인 이익을 들 수 있다. 즉, 해외 직구를 통해 국내 소비자들은 동일 제품을 보다 저렴한 가격으로 구입할 수 있고 제품에 따라서는 그 가격의 폭이 크게 나타나기도 한다. 매경 이코노미와 마크로밀 엠브레인이 해외 직구 경험이 있는 20~49세 남녀 총 510명을 대상으로 실시한 ‘해외 직구 관련 설문조사’에서는 직구를 선호하는 이유에 대해서는 대부분 ‘국내보다 저렴한 가격(74.9%)때문’이라고 답했으며, ‘국내에서 판매하지 않는 브랜드의 구매가 가능하기 때문’이란 답변은 14.7%, ‘국내보다 다양한 상품 종류를 구매할 수 있어서’는 7.3%를 차지했다.⁷⁾

미국 유명 쇼핑 사이트와 국내 판매 가격 차이

제품명	국내 가격	해외 가격
닥터드레 비츠 솔로 20 와이드 온 이어 헤드폰	30만 원대	아마존 159.99달러
삼성전자 TV UN60F6300(해외용 모델) 남바 60인치	300만 원대	베스트바이 1397달러
토즈 스웨이드 남성용 드라이빙 슈즈	66만5000원	니만마커스 백화점 445달러

※ TV는 가장 비슷한 사양 제품 국내 제품 가격임



* 위 표는 한국경제메거진, 2015-3-11자 기사에서 인용⁸⁾

다음으로 관련 제품 시장의 경쟁이 촉진되는 이점이 있다. 즉, 해당 제품의 국내 판매를 거의 독점해 오고 있던 내수시장의 유통업체는 가격 경쟁력에서 훨씬 앞선 해외 직구와의 경쟁에서 살아남기 위해 보다 나은 경쟁력을 갖추 수 밖에 없다. 대한민국 내수시장은 소수의 대기업들이 대부

6) 2011년에 「지식재산기본법」이 제정되어 ‘지적재산권’보다는 ‘지식재산권’이라는 용어가 더 적절할 수도 있겠으나, 아직까지 국내에서는 전자의 용어를 폭넓게 사용하고 있으므로 여기에서도 전자를 사용하기로 한다.

7) 허강훈, 앞의 자료.

8) (http://magazine.hankyung.com/money/apps/news?popup=0&nid=02&c1=2003&nkey=2015031000118079562&mode=sub_view 2015. 3. 16. 방문)

분 장악하고 있기 때문에 심지어 같은 제품도 미국 등 해외 시장보다 내수시장에서의 가격이 훨씬 비싼 경우가 많은데 이는 불합리한 유통구조와 대기업의 폭리, 정부의 자국기업 보호 정책 때문이라고 할 수 있다.⁹⁾ 해외 직구가 활성화되면서 이와 같은 내수시장의 독점화는 더 이상 유지되기 어렵고, 자연스럽게 경쟁체제가 자리잡게 될 것이다. “정부는 독점적 수입 업체들로 인해 소비자 부담이 가중되고 있다고 보고 있다”면서 “해외 직구 시장 규모 자체를 키우겠다는 것은 아니지만 수입시장 내 경쟁을 촉진시켜 소비자에게 혜택이 가도록 하기 위해 (해외 직구)관련 애로요인을 제거하겠다”라고 밝힌 기획재정부 담당자의 발언에서도 이러한 취지를 엿볼 수 있다.¹⁰⁾

(2) 단점

해외 직구가 가지고 있는 장점에도 불구하고 그 시장의 무한 확장에는 의문이 생길 수 있는데, 무엇보다도 해외 직구가 늘어나면 국내 내수시장이 침체될 가능성이 높고, 따라서 내수 시장의 활성화를 위해 해외 직구에 대한 규제의 필요성이 제기되기도 한다.¹¹⁾ 물론 현재 내수시장 활성화를 위해 해외 직구를 규제해야 한다는 정부의 공식적인 입장은 확인되지 않고 있고 오히려 해외 직구에 대한 규제를 완화하겠다는 것이 기본적인 태도이지만, 내수시장의 침체를 언제까지 방관할 수 있을지는 여전히 의문으로 남는다.

다음으로 해외 직구가 탈세와 마약 밀수 등 범죄의 수단으로 악용되는 문제가 있기 때문에 이를 규제해야 한다는 주장도 있다.¹²⁾

품목별 직구 불법 반입 적발 실적 (단위:건,억원)

구분	2010년		2011년		2012년		2013년		2014년 8월	
	건수	금액	건수	금액	건수	금액	건수	금액	건수	금액
가방류	23	97	35	50	40	90	71	372	36	434
의류직물류	86	68	55	64	77	48	95	99	50	42
신발류	22	34	22	19	49	38	50	86	34	54
가전제품류	15	4	15	1	22	1	32	10	23	12
마약	151	40	134	110	175	55	202	20	184	487

출처:관세청

9) 허강훈, 앞의 자료.

10) 2014. 3. 25. 자 이데일리 뉴스 (<http://www.edaily.co.kr/news/NewsRead.edy?SCD=JA11&newsid=01154566606026928&DCD=A00101> 2015. 3. 11. 방문)

11) 2014. 3. 25. 자 이데일리 뉴스 기사 - '정부, 내수활성화위해 해외 직구 규제한다' 소문 확산 (<http://www.edaily.co.kr/news/NewsRead.edy?SCD=JA11&newsid=01154566606026928&DCD=A00101&OutLnkChk=Y> 2015. 3. 16. 방문)

12) 위키백과 (<http://ko.wikipedia.org/wiki/%ED%95%B4%EC%99%B8%EC%A7%81%EA%B5%AC> 2015. 3. 16. 방문). 아래의 도표는, 허강훈, 앞의 자료에서 재인용.

특히 식품의약품안전처(이하 '식약처')는 지난 2014년 4월 해외 직배송 쇼핑몰인 '아이허브' 사이트 중 일부 페이지를 유해사이트로 차단한 데 이어, 15일 방송통신위원회에 또 다른 직구 쇼핑몰 3곳('365머슬닷컴'과 '비타리아닷컴', '비타마당닷컴')으로 한국인들이 입소문을 타고 많이 찾는 곳(임)을 추가로 차단 요청하여 논란을 일으킨 바 있다. 당시 식약처는 8일 “유해물질 함유, 허위·과대 광고 등의 문제가 반복·지속되는 해외사이트에 대한 근본적인 접속 차단을 병행 추진하겠다”는 공식 입장을 밝히기도 하였다.¹³⁾

위와 같은 문제 이외에도 제품의 판매자가 해외 거주 사업자이기 때문에 발생할 수 밖에 없는 소비자피해로 특히 AS가 문제되기도 한다. 또한 해외 직구의 경우 통관상 제약이 있게 되는데 국내 개인 소비자들의 경우 이러한 통관상의 제약을 제대로 숙지하지 못하여 법에 저촉되는 문제도 생길 수 있다. 이와 관련하여 관세청은 해외 직구 물건의 환급시 관세를 환급해 주는 제도를 개선하였고, 또한 통관상 제약을 위반한 경우 부과하는 통고처분시 벌금 양정에 있어 그 하한을 삭제하는 등 제도적 개선책을 마련하였는데 그 내용은 후술하기로 한다.

3. 우리나라 정부의 해외 직구에 관한 태도

해외 직구를 바라보는 우리 정부의 기본 입장에 대해 단정할 수는 없지만, “해외 직구가 나쁜 것은 아니라는 것이 기본적인 정부의 견해”라고 하면서 “다만 그동안 관세정책이 기업 간 거래에 초점이 맞춰져 있었던만큼 이에 따른 해외 직구의 부작용을 최소화하도록 할 계획”이라고 밝힌 관세청의 입장을 통해 정부의 기본 방향을 엿볼 수 있다.¹⁴⁾ 앞에서 본 기획재정부의 입장도 이와 궤를 같이 하고 있다.

반면 해외 직구의 시장 규모가 1조원을 넘어가면서 내수시장의 활성화를 위해서는 어느 정도 규제가 필요하다는 입장도 보이고 있는데, 지난 2014년 초 관세청에서는 기존에는 1년간 1만 달러 이상 직구할 경우 관세청에 연 1회 통보하면 족하였던 것을, 분기별 누적 해외 신용카드 사용액이 5천 달러(약 525만 원)를 넘으면 '블랙리스트'에 올라 관세청에 자동으로 통보되는 관세법 개정안을 준비 중이라고 밝혔고,¹⁵⁾ 이에 대해 해외 직구 소비자들의 비판 목소리가 높아지자 관세청은 2014년 3월 20일 개인이 본인 사용 목적으로 반입하는 특정 물품(목록통관 허용물품을 말하며 해당 물품에 대해서는 200달러까지 관세가 면제된다)을 6개에서 10개로 확대하는 등 해외 직구를 지원하는 통관 간소화를 실시하겠다고 하는 등 불만 해소에 나섰지만 일반적인 가전제품 등의 가격이 200달러를 넘는다는 점에서 소비자들의 불만을 완전히 해소하지는 못하였다.¹⁶⁾

13) 2014. 4. 16. 자 허핑턴포스트코리아 기사 참조 (http://www.huffingtonpost.kr/2014/04/16/story_n_5157028.html 2015. 3. 16. 방문)

14) 2014. 3. 25. 이데일리 뉴스 (<http://www.edaily.co.kr/news/NewsRead.edy?SCD=JA11&newsid=01154566606026928&DCD=A00101> 2015. 3. 11. 방문)

15) 해당 개정 내용에 대해서는 뒤에서 살펴본다.

결국 정부는 해외 직구를 긍정적인 면에서 바라보고 관련된 규제를 철폐 또는 완화하려는 기본적인 시각을 가지고 있으면서도, 해외 직구 시장 규모의 확대에 따른 내수시장의 침체, 직구의 규모(품목, 수량, 금액 등)에 대한 관리·통제의 필요성도 함께 가지고 있음을 알 수 있다. 따라서 향후에는 이러한 상반된 기류를 어떻게 잘 조화시켜서 정책에 반영할 것인지가 중요해 질 것으로 예상된다.

4. 관세청의 해외 직구 활성화 관련 조치

지난 2014년 6월 13일 관세청은 해외 직구 활성화를 통한 수입 가격인하 등 소비자 편의를 높이기 위해 전자상거래 관련 고시를 개정하여 16일부터 시행하였는데, 개정된 주요 내용은 다음과 같다.¹⁷⁾

첫째, 6월 16일 반입(신고)되는 물품부터 소액(미화 100불 이하, 단, 미국발 물품은 미화 200불 이하) 해외 직구구매 관련 목록통관¹⁸⁾ 대상을 기존 6개 품목에서 일부 식·의약품¹⁹⁾을 제외한 모든 소비재로 확대 적용한다.

둘째, 그동안 엄격한 요건을 갖춘 일부 업체만 지정되던 특별통관대상업체 지정제를 폐지²⁰⁾하고 신고제로 전환한다.

관세청은 이러한 직구 활성화 조치를 통해 소비자는 식·의약품 등을 제외한 모든 품목에 대하여 목록통관 혜택을 받을 수 있으며, 전자상거래업체는 특별통관대상업체로 신고할 경우 신속 통관 혜택을 받을 수 있게 되었다. 이와 더불어 관세청은 해외 직구 급증에 따라 수요가 많은 관련 통계를 전문 경제연구소 뿐만 아니라 대학생 등 누구나 쉽게 활용할 수 있도록 기존 통계청 ‘e-나라지표(<http://www.index.go.kr>)’에 공개하였던 전자상거래 통계도 16일부터 다음과 같이 확대 공개하기로 하였다.

'14. 6. 16. 이전	'14. 6. 16. 이후
- 일반수입신고된 통계만 제공 - 품목·국가별 통계 4개 항목 제공	- 일반수입신고 및 목록통관 통계도 제공 - 품목·국가별 통계 상위 10개 항목 제공

* e-나라지표 → 부문별지표 → 경제 → 재정 → 관세 → 전자상거래 물품 수입 동향

16) 2014. 3. 24. 자 부산일보 기사 참고 (<http://m.busan.com/controller/newsController.jsp?newsId=20140324000187>
2015. 3. 17. 방문)

17) 관세청 2014. 6. 13. 자 보도자료 참고.

18) 특송업체가 구매자 성명, 주소, 품명 등 통관목록만을 세관장에게 제출하고 별도의 수입신고절차는 생략하는 제도

19) ① 의약품, ② 한약재, ③ 야생동물 관련 제품, ④ 농림축수산물 등 검역대상물품, ⑤ 건강기능식품, ⑥ 지식재산권 위반 의심물품, ⑦ 식품류·과자류, ⑧ 태반함유화장품 등 유해화장품, ⑨ 통관목록 중 품명·규격·수량·가격 등이 부정확하게 기재된 물품, ⑩ 세관장확인대상물품 중 목록통관이 타당하지 아니하다고 세관장이 인정하는 물품.

20) 자본금 1억 원 이상, 개인 인터넷 주소(도메인) 수 제한, 정규 고용직원 3명 이상 등 제한 요건 삭제

II. 해외 직구 관련 국내 개정법률의 검토

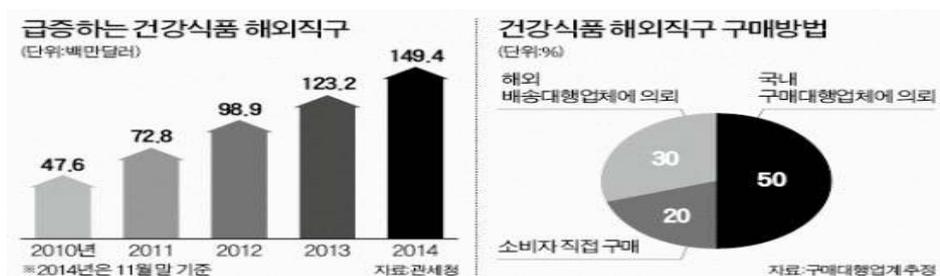
1. 일반

해외 직구에 관한 시장 규모가 커지면서 국내의 관련 법률에서도 일부 법개정이 있었다. 해외 직구를 바라보는 우리나라 정부의 기본 시각에 맞춰서 일응 해외 직구에 대한 규제를 완화하면서도 그에 따른 부작용을 최소화하기 위한 노력으로 보여진다. 하지만 개별 법에서 산발적으로 법 개정이 이루어지다 보니 해외 직구에 관한 전반적인 규제의 정도와 변화 등을 일목요연하게 파악하기가 곤란한 측면이 있는가 하면, 개정법 중에는 해외 직구를 활성화하기 위한 조치가 반영된 것이 있는가 하면 이를 규제하기 위한 규정도 있어서 일관된 정책방향을 찾기도 쉽지 않다. 또한 개정 법률 중 해외 직구에 대한 규제의 측면은 주로 개별 소비자들이 아닌 국내 구매대행업체들에 맞춰져 있는데, 해외 배송대행업체와의 형평성 문제, 영세한 국내 기업의 보호문제 등을 야기하고 있어서 과연 합리적인 개정인지에 대한 의문을 남기고 있다. 이하에서는 해외 직구와 관련된 개정 법률 중 언론보도 등을 통해 특히 관심이 높은 것으로 판단되는 개정 내용들을 주로 살펴보면서 이러한 문제점들을 확인해 보기로 한다.

2. 식품위생법 개정 내용

(1) 건강기능식품의 해외 직구 규모

식품위생법의 적용 대상 중 건강기능식품은 해외 직구 비중이 높은 대표적인 제품으로서 그 규모가 꾸준히 증가하여 2014년 11월 기준으로 해외 직구 구매액은 1억 4940만 달러, 건수는 200만건에 달하여 전체 해외 직구 가운데 금액으로는 17%, 건수로는 23%를 차지했다.²¹⁾ 이러한 건강식품 해외 직구는 해외 배송대행업체를 통한 구매, 국내 구매대행업체를 통한 구매, 그리고 소비자 직접 구매 등의 방법으로 이루어지고 있으며, 이 중 국내 구매대행업체를 통한 구매가 50%를 차지하고 있다.²²⁾



21) 2015. 1. 14. 자 한국경제 (<http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2015011493141#AA.91615> 20.1 2015. 3. 9. 방문)

22) 해당 도표는 한국경제 2015. 1. 14.자 기사에서 인용한 것이다.

(2) 건강기능식품 구매와 신고의무자의 범위

종래 식품위생법에서는 수입 식품등의 신고의무자를 ‘판매를 목적으로 하거나 영업에 사용할 목적으로 식품등²³⁾을 수입하려는 자’로 한정하였는데,²⁴⁾ 2014. 1. 28. 개정법[시행 2015. 1. 28.]에서는 그 이외에도 ‘해외 판매자의 사이버몰(컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화 등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장을 말한다) 등으로부터 식품등의 대신 구매 등을 하는 업자로서 총리령으로 정하는 구매대행자’를 신고의무자로 추가하였다.²⁵⁾ 개정 취지에 대해서는 “최근 인터넷상의 구매대행 사이트를 이용한 수입식품의 구입이 크게 증가하고 있으나, 이 경우 정식으로 수입신고 절차를 거치지 않은 경우가 많아 제품에 대한 안전성이 검증되지 않고 유해물질이 함유될 우려가 있는바, 인터넷을 통하여 구매를 대행하여 식품을 수입하는 경우 식품의약품안전처장에게 신고를 하도록 함으로써 안전성이 검증되지 않은 수입식품으로부터 국민건강을 보호하려는 것”이라고 밝히고 있다.²⁶⁾ 이러한 개정법에 의하면 기존에는 개인 소비 목적으로 건강기능식품을 구매할 경우 별도의 수입신고를 할 필요가 없었던 경우에도, 식품위생법의 적용을 받는 건강기능식품을 구매대행업체를 통해 직구하는 경우 국내 구매대행업체는 반드시 수입식품을 신고해야 한다.

그런데 건강기능식품과 같이 해외 배송대행업체를 통해 구입하는 경우와 국내 구매대행업체를 통해 구매하는 경우가 병존하는 경우, 국내 구매대행업체만 신고의무에 포함되게 되어 형평성에 문제가 있고 국내 구매대행업체는 대부분 영세한 사업자로서 외국의 제조업체로부터 수입신고 관련 서류를 확보하는 것도 용이하지 않아 결국 국내 업체만 피해를 보게 된다는 비판이 있다.²⁷⁾ 즉, 앞서 본 바와 같이 건강기능식품의 경우 국내 구매대행업체를 통한 직구의 비중이 50%에 이르는데 이러한 국내 구매대행업체만 규제의 대상으로 하는 것이 정당한 것인지의 문제, 국내 구매대행업체는 대부분 국내에 기반을 두고 있어 규모도 영세하고 구매대행만 하기 때문에 외국에 있는 건강기능식품 제조업체를 통해 원산지 등 정식 수입신고 서류를 확보하는데 어려움도 있는 점 등을 고려해 볼 때, 개정법은 국내 구매대행업체만을 과도하게 규제하는 문제가 있다는 것이다.

23) 식품, 식품첨가물, 기구 또는 용기·포장을 “식품등”이라 한다. 동법 제3조 제3항.

24) 제19조(수입 식품등의 신고 등) ① 판매를 목적으로 하거나 영업에 사용할 목적으로 식품등을 수입하려는 자는 총리령으로 정하는 바에 따라 식품의약품안전처장에게 신고하여야 한다.

25) 제19조(수입 식품등의 신고 등) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 총리령으로 정하는 바에 따라 식품의약품안전처장에게 신고하여야 한다. <개정 2010.1.18., 2013.3.23., 2014.1.28.>

1. 판매를 목적으로 하거나 영업에 사용할 목적으로 식품등을 수입하려는 자
2. 해외 판매자의 사이버몰(컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화 등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장을 말한다) 등으로부터 식품등의 대신 구매 등을 하는 업자로서 총리령으로 정하는 구매대행자

26) 법제처 사이트 참고 (<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=150747&lsId=&efYd=20150129&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000> 2015. 3. 9. 방문)

27) 2015. 1. 14. 자 한국경제 (<http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2015011493141#AA.91615> 20.1 2015. 3. 9. 방문)

(3) 검토

위와 같은 비판은 충분히 수긍할 바가 있으나, 다만 이를 개선하는 방향에 대해서는 좀 더 논의가 있어야 할 것이다. 일응 해외 구매대행업체에 대해서도 동일한 신고의무를 부과하여 형평성의 논란을 없애거나, 국내 구매대행업체에 대한 규제를 완화 또는 철폐하는 방안 등을 생각해 볼 수 있다. 그런데 전자와 관련하여서는 사업지가 해외에 있다는 점을 고려해 볼 때 해외 배송대행업체에게 동일한 신고의무를 부과할 수 있을 것인지 의문이 들고, 후자와 관련하여서는 개정법의 취지를 고려할 때 기존과 같이 신고의무자에서 삭제하는 것은 타당하지 않아서 결국 그 규제를 완화하는 정도로 가야할 것 같은데, 어떤 내용으로 이를 반영할 것인지는 여전히 불명확하다.

참고로 식품위생법의 위 개정 규정은 2015. 2. 3. 개정법에 의해 2016. 2. 4.부터 삭제되는데, 이는 기존에 「식품위생법」, 「축산물위생관리법」, 「건강기능식품에 관한 법률」에서 일부 조항으로 관리하고 있던 수입식품 안전성 관리를 2015. 2. 3. 제정[시행 2016. 2. 4.]된 「수입식품안전관리 특별법」 28)에서 통합적으로 규제하게 되기 때문이다. 동법 제20조29)가 수입신고에 관해 규정

28) 법제처에서 확인되는 제정이유 및 주요내용은 다음과 같다.

◇ 제정이유 및 주요내용

1995년 세계무역기구(WTO) 출범과 더불어 국가 간 경제의 국경은 갈수록 모호해지고, 자유무역협정(FTA) 체결 등으로 수입물량이 2002년 대비 건수는 연평균 5퍼센트, 물량은 2.8퍼센트씩 증가하여 우리 국민이 섭취하는 식품의 절반 이상이 수입식품을 차지하고 있으며, 앞으로도 더욱 증가할 것으로 예상되고 있음.

그러나, 수입식품 안전에 대한 국민 불안은 여전히 높은 수준으로 나타나고 있음. 최근에는 수입 국자, 밥그릇, 젓가락 등 식기류에서 발암물질 검출, 발기부전치료 유사물질 성분 또는 비만치료제 성분을 인위적으로 첨가한 불법 수입식품 수입, 부패·변질된 수입 농산물 등 수입식품 전반에 대한 불신이 가중되고 있는 상황임.

그러나, 우리나라의 수입식품 안전관리는 「식품위생법」, 「축산물위생관리법」, 「건강기능식품에 관한 법률」의 일부 조항으로 관리하고 있어 수입식품 안전성 관리에 대한 체계적이고 구체적인 제도적 장치가 미흡한 실정이며, 수입식품 안전관리에 대한 세계의 정책 흐름에도 미치지 못하는 상황임.

또한, 수입식품의 안전을 확보하기 위해서는 수입 전(前) 단계의 안전관리 강화와 더불어 통관 단계, 시중 유통 단계의 상호 연계 및 환류 시스템이 중요한데, 이를 반영하기 위해서는 「식품위생법」 등 개별 법률의 전면개정이 필요한 실정임.

따라서, 수입식품 안전 확보를 위해서 해외제조업소 등록, 해외제조업소 현지실사 강화, 영업자 구분 관리 등 다양한 정책 수단을 반영한 「수입식품안전관리 특별법」을 제정하여 수입 품목에 대한 관리뿐만 아니라 수입자 및 해외제조업소를 관리하여 보다 안전한 식품이 수입될 수 있도록 유도하여 수입식품으로 인한 국민 불안을 예방하고 안전한 식품이 수입될 수 있는 환경을 마련하려는 것임.

29) 제20조(수입신고 등) ① 영업자가 판매를 목적으로 하거나 영업상 사용할 목적으로 수입식품등을 수입(수입신고 대행을 포함한다)하려면 해당 수입식품등을 총리령으로 정하는 바에 따라 식품의약품안전처장에게 수입신고를 하여야 한다.

② 제1항에 따라 수입신고를 하려는 자 또는 수입신고를 한 자는 수입식품등의 안전과 품질에 대하여 책임을 지며, 다음 각 호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 수입신고하는 행위

2. 제1항에 따른 신고내용과 다른 용도로 수입식품등을 사용하거나 판매하는 행위. 다만, 「식품위생법」 제37조에 따른 식품제조·가공업 또는 식품첨가물제조업 등록을 하거나 용기·포장류제조업 신고를 한 자 또는 「축산물위생관리법」 제22조에 따른 축산물가공업 및 식육포장처리업 영업허가를 받은 자가 수입식품등을 자사제품의 제조용 원료로 수입신고한 후 총리령으로 정하는 바에 따라 용도변경 승인을 받은 경우는 제외한다.

3. 제21조 제1항에 따른 검사 결과 부적합 처분을 받아 수출국으로 반송되거나 다른 나라로 반출된 수입식품등을 재수입하는 행위

4. 제21조 제1항 후단에 따른 수입신고 조건을 위반하는 행위

5. 「식품위생법」 제7조, 「건강기능식품에 관한 법률」 제14조 및 「축산물 위생관리법」 제4조에 따른 기준

하고 있는데, 제1항에서는 “영업자가 판매를 목적으로 하거나 영업상 사용할 목적으로 수입식품등을 수입(수입신고 대행을 포함한다)하려면 해당 수입식품등을 총리령으로 정하는 바에 따라 식품의약품안전처장에게 수입신고를 하여야 한다”고 하여 식품위생법이 개정되기 전의 수입신고에 관한 규정과 동일한 형태를 취하고 있다. 따라서 2016. 2. 4.부터는 국내 구매대행업체의 신고의무는 더 이상 문제되지 않을 것으로 생각되나,³⁰⁾ 그 이전이라도 국내 구매대행업체의 신고의무에 따른 부담을 완화시켜 줄 방안을 고민해 볼 필요가 있을 것이다.

3. 전파법 개정

(1) 전파법상 전파인증

전파법 제58조의2 제1항에서는 “방송통신기자재와 전자파장해를 주거나 전자파로부터 영향을 받는 기자재(이하 “방송통신기자재등”이라 한다)를 제조 또는 판매하거나 수입하려는 자는 해당 기자재에 대하여 다음 각 호의 기준(이하 “적합성평가기준”이라 한다)에 따라 제2항에 따른 적합인증, 제3항 및 제4항에 따른 적합등록 또는 제7항에 따른 잠정인증(이하 “적합성평가”라 한다)을 받아야 한다”고 하여, 소위 전파인증에 대한 규정을 두고 있다.³¹⁾ 전파인증은 국내 판매를 원하는 방송통신 관련기기가 반드시 받아야 하는 평가로, 기기 간의 전파 혼선을 막고 과다 전자파 노출 피해를 줄이기 위한 규제이다. 스마트폰이나 태블릿PC 등 스마트 기기는 물론, 전화기, 팩스, 컴퓨터, TV, 모니터, MP3 플레이어 등 전파를 이용하는 기기라면 모두 다 받아야 하며 해외 기업뿐만 아니라 국내 기업 역시 관련 제품을 판매하기 위해 전파인증을 거치고 있다.³²⁾

(2) 해외 직구와 전파인증에 관한 법 개정

종래의 전파법에 의하면 전파인증을 받지 않으면 기업은 물론이고 개인의 해외 직구도 금지되

및 규격에 위반되는 수입식품등을 수입신고하는 행위

③ 식품의약품안전처장은 제1항에 따라 수입신고를 받을 때 필요한 조건을 붙일 수 있다.

④ 주문자상표부착수입식품등을 제1항에 따라 수입신고하는 경우에는 식품의약품안전처장이 정하여 고시하는 기준에 따라 설정한 유통기한의 설정사유서를 식품의약품안전처장에게 보고하여야 한다. 보고한 사항 중 총리령으로 정하는 중요한 사항을 변경하는 경우에도 또한 같다.

30) 「수입식품안전관리 특별법」이 수입식품 안전성 관리에 관한 일반법이라는 점에서 이를 단정하기도 어렵다. 즉, 시행령 등을 통해 건강기능식품의 해외 직구 대행업체에 대한 규제를 별도로 마련할 여지도 충분히 있어 보이는 데, 다만 아직까지 시행령이나 시행규칙 등은 제정되지 않고 있다.

31) 제58조의2는 2010. 7. 23. 개정법에서 신설된 규정이지만 기존에 없던 인증제도를 신설한 것은 아니고, 기존에 유선기기에 대하여는 「전기통신기본법」에 따라, 무선기기에 대해서는 동법에 따라 각각 기기별로 마련된 절차에 의하여 인증을 받고 제조 또는 판매하거나 수입하도록 하고 있던 것을 동법에서 통합적으로 규정하게 된 것이다. 2010. 7. 23. 개정법에 관한 법제처의 개정이유 참고.

32) 2014. 9. 12. 자 IT 동아기사 참고 (<http://it.donga.com/19213/> 2015. 3. 11. 방문)

었다. 하지만 개인의 해외 직구에 대한 제한은 과도한 측면이 있었고, 이에 2010. 7. 23. 개정법[시행 2011. 1. 1.] 제58조의3³³⁾에서는 적합성평가의 면제에 관한 규정을 신설하였고, 이에 맞춰 2010. 12. 31. 동법 시행령 제77조의6³⁴⁾에서는 적합성평가의 면제에 관한 기준을 신설하였다. 그 세부적인 기준은 미래창조과학부의 ‘방송통신기자재등의 적합성평가에 관한 고시’³⁵⁾ 제18조³⁶⁾에

33) 제58조의3(적합성평가의 면제) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 대통령령으로 정하는 기자재에 대하여는 적합성평가의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다. <개정 2011.4.7., 2011.8.4., 2013.3.23.>

1. 시험·연구, 기술개발, 전시 등을 위하여 제조하거나 수입하는 경우
2. 국내에서 판매하지 아니하고 수출 전용으로 제조하는 경우
3. 미래창조과학부장관이 제58조의2제7항에 따라 잠정인증을 하는 때 잠정인증을 요청하는 자가 해당 기자재에 대하여 제58조의5에 따른 지정시험기관의 시험 결과를 제출한 경우
4. 다음 각 목에 해당하는 기자재로서 관계 법령에 따라 이 법에 준하는 전자파장해 및 전자파로부터의 보호에 관한 적합성평가를 받은 경우

가. 「산업표준화법」 제15조에 따라 인증을 받은 품목

나. 「전기용품안전 관리법」 제3조에 따른 안전인증, 같은 법 제5조에 따른 안전검사, 같은 법 제11조에 따른 자율안전확인신고등 및 같은 법 제12조에 따른 안전검사

다. 「품질경영 및 공산품안전관리법」에 따라 안전인증을 받은 공산품

라. 「자동차관리법」에 따라 자기인증을 한 자동차

마. 「소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률」에 따라 형식승인을 받은 소방기기

바. 「의료기기법」에 따라 품목류별 또는 품목별 허가를 받거나 신고한 의료기기

② 적합성평가의 면제의 방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[본조신설 2010.7.23.]

34) 시행령 제77조의6(적합성평가의 면제) ① 법 제58조의3제1항에 따른 적합성평가의 면제기준은 다음 각 호의 구분에 따른다. <개정 2013.3.23.>

1. 법 제58조의3제1항제1호 및 제2호의 기자재로서 미래창조과학부장관이 정하여 고시하는 기자재: 전부 면제

2. 법 제58조의3제1항제3호 및 제4호의 기자재로서 미래창조과학부장관이 정하여 고시하는 기자재: 일부 면제

② 제1항에 따른 적합성평가의 면제 절차 및 방법 등에 관하여는 제77조의2제2항부터 제4항까지의 규정을 준용한다.

[본조신설 2010.12.31.]

35) [시행 2011.1.24.] [전파연구소고시 제2011-2호, 2011.1.21., 제정] [시행 2014.11.17.] [국립전파연구원고시 제2014-16호, 2014.11.17., 일부개정]

36) 제18조(적합성평가 면제의 세부범위 등) ① 영 제77조의6 제1항 제1호에 따라 적합성평가의 전부가 면제되는 기자재의 범위와 수량은 다음 각 호와 같다.

1. 시험·연구, 기술개발, 전시 등을 위하여 제조하거나 수입하는 경우로 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기자재
가. 제품 및 방송통신서비스의 시험·연구 또는 기술개발을 위한 목적의 기자재 : 100대 이하(다만, 원장이 인정하는 경우에는 예외로 한다)

나. 판매를 목적으로 하지 않고 전시회, 국제경기대회 진행 등 행사에 사용하기 위한 기자재 : 면제확인 수량

다. 외국의 기술자가 국내산업체 등의 필요에 따라 일정기간 내에 반출하는 조건으로 반입하는 기자재 : 면제확인 수량

라. 적합성평가를 받은 기자재의 유지·보수를 위하여 제조 또는 수입되는 동일한 구성품 또는 부품 : 면제확인 수량

마. 군용으로 사용할 목적으로 제조하거나 수입하는 기자재 : 면제확인 수량

바. 국내에서 사용하지 아니하고 국외에서 사용할 목적으로 제조하거나 수입하는 기자재 : 면제확인 수량

사. 외국에 납품할 목적으로 주문제작하는 선박에 설치하기 위해 수입되는 기자재와 외국으로부터 도입, 임대, 용선 계약한 선박 또는 항공기에 설치된 기자재등과 또는 이를 대체하기 위한 동일기종의 기자재 : 면제확인 수량

아. 판매를 목적으로 하지 아니하고 개인이 사용하기 위하여 반입하는 기자재 : 1대

자. 국가간 상호 인정협정 또는 이에 준하는 협정에 따라 적합성평가를 받은 기자재 : 면제확인 수량

차. 판매를 목적으로 하지 아니하고 본인 자신이 사용하기 위하여 제작 또는 조립하거나 반입하는 아마추어무선국용 무선설비 : 면제확인 수량

카. 판매를 목적으로 하지 아니하고 국내 시장조사를 목적으로 수입하는 견본품용 기자재 : 3대 이하

타. 적합성평가를 받은 컴퓨터 내장구성품(별표2 제6호 다목)으로 조립한 컴퓨터(다만, 별표 6의 소비자 안내문을 표시한 것에 한한다.)

2. 국내에서 판매하지 아니하고 수출 전용으로 제조하는 경우로 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기자재

가. 국내에서 제조하여 외국에 전량 수출할 목적의 기자재

마련되어 있는데, 해외 직구와 관련하여 개인이 사용하는 기자재는 제품당 1대에 한해 전파인증이 면제되도록 하였다. 개정 규정에 의하면 방송통신기자재등의 판매를 중개하는 자의 경우 전파인증이 필요한 반면 개인이 해외 직구를 하는 경우에는 1대에 한하여 전파인증이 면제되는데, 문제는 이러한 개정 제도를 악용하여 판매 중개자들이 개인 구매자들의 명의를 이용하여 전파인증을 받지 않고 대량으로 제품을 구입하는 경우가 발생한다는 것이다.³⁷⁾ 이에 판매중개자 등에 대해서는 예외 없이 전파인증을 받도록 하기 위해 2014. 6. 3. 개정법[시행 2014. 12. 4.] 제58조의2 제10항에서는 “누구든지 적합성평가를 받지 아니한 방송통신기자재등의 판매를 중개(「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」에 따른 통신판매중개자가 자신이 운영하는 사이버몰의 이용만 허락하는 경우는 제외한다. 이하 같다)하거나 구매 대행 또는 수입 행을 하여서는 아니 된다.”는 규정을 신설 하면서, 동법 제84조에서 이를 위반한 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하였다. 이러한 동법 개정에는 ‘해외 직구를 차단해 화웨이, 샤오미 등의 중국발 저가 공세로부터 국내 기업을 보호하려고 한다’는 주장이 제기되기도 하였다.³⁸⁾

(3) 검토

위 규정에서 명시하고 있듯이 적합성 평가를 받지 아니한 모든 경우가 규제 대상이 되는 것은 아니고 방송통신기자재등의 판매를 중개하거나 구매 대행 또는 수입 행을 하는 자에 대해서만 적용이 된다. 따라서 개인이 해외 직구를 통해 아이폰 등의 기자재를 구입하는 것은 허용되며 이를 업으로서 판매 중개 또는 구매 대행 등을 하는 경우에만 그 적용대상이 되는 것이다. 다시 말해 과거에는 개인이든 기업이든 미인증 기기를 반입하는 것 자체가 모두 전파법 위반이었지만 2011년부터는 구매자가 직접 사용하기 위해 반입하는 기기 1대에 한해 전파인증을 면제해 주었는데 이러한 면제 규정은 개정법 하에서도 여전히 유효하다.³⁹⁾

또한 제58조2 제10항 괄호부분에서는 “「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」에 따른 통신판매중개자가 자신이 운영하는 사이버몰의 이용만 허락하는 경우는 제외한다”고 규정하고 있는바, 따라서 G마켓이나 옥션 또는 11번가 등과 같이 판매자와 구매자를 단순히 연결시켜 주는 중개사이트인 오픈마켓에 대해서는 동 규정이 적용되지 않고, 이러한 오픈마켓을 통해 미인증 제품

나. 외국에 재수출할 목적으로 국내 반입하는 기자재 : 면제확인 수량

다. 외국에 수출한 제품으로서 수리 또는 보수를 위하여 반출을 조건으로 국내에 반입되는 기자재 : 면제확인 수량

② 영 제77조의6 제1항 제2호에 따라 적합성평가의 일부를 면제하는 대상기자재와 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 법 제58조의2 제7항에 따라 잠정인증을 받을 때와 법 제58조의2 제8항에 따라 적합성평가를 받을 때의 적합성평가 적용기준이 일부 같은 기자재 : 법 제58조의2 제1항 각 목 어느 하나의 적합성평가기준에 따른 시험
2. 법 제58조의3 제1항 제4호에 해당하는 것으로서 관계법령에 따라 적합성평가를 받을 때의 적합성평가기준이 법 제47조의3의 전자파적합성기준과 동일한 기자재 : 법 제47조의3의 전자파적합성기준에 따른 시험

37) 2014. 9. 12. 자 IT 동아 기사 참고 (<http://it.donga.com/19213/> 2015. 3. 11. 방문)

38) 2014. 9. 12. 자 IT 동아기사 참고 (<http://it.donga.com/19213/> 2015. 3. 11. 방문)

39) 2014. 9. 12. 자 IT 동아기사 참고 (<http://it.donga.com/19213/> 2015. 3. 11. 방문)

이 판매되는 경우에는 실제 판매자만 처벌이 된다.

결국 개정 전과법에 의하면 종래 구매대행자를 통해 전과인증을 받지 않고 기기구입이 가능하였던 것이 더 이상 허용될 수 없게 되어 개인이 직접 해외 직구를 할 수 밖에 없게 되었다. 판매 중개자들이 개인 구매자들의 명의를 이용하여 전과인증을 받지 않고 대량으로 제품을 구입하는 문제를 방지하기 위한 입법적 취지는 이해되지만, 개인 구매자들이 주문이나 배송의 편의 등을 고려하여 판매 중개자들을 통해 제품을 구매하고자 하는 경우도 있을 수 있기 때문에 개정법 규정을 그대로 유지할 것인지는 좀 더 논의가 필요할 것으로 생각된다.

4. 관세법상 관련 개정 내용

(1) 해외 직구 물품의 관세환급대상 확대⁴⁰⁾

관세법 제106조에서는 관세환급에 관한 규정을 두고 있는데, 제1항에서는 “수입신고가 수리된 물품이 계약 내용과 다르고 수입신고 당시의 성질이나 형태가 변경되지 아니한 경우 해당 물품이 수입신고 수리일로부터 1년 이내에 일정한 사유에 해당하면 그 관세를 환급”하도록 하고 있다.⁴¹⁾ 이와 관련하여 기존에는 해외 직구로 수입한 물품을 반품한 경우, 주문내역서 등 증빙을 통해 하자물품 등 계약(주문)내용과 다른 물품이라는 것이 명확히 확인되는 경우에만 수입 시 납부한 관세를 돌려받을 수 있었으나, 2014년 6월 16일부터는 하자 등의 반품 사유 외에 구매취소 등의 사유로 반품하는 경우에도 수입 시 납부한 관세를 돌려받을 수 있도록 환급대상을 확대하였다. 예를 들어, 해외 인터넷사이트에서 230mm 신발을 주문하고 주문내용과 동일한 230mm 제품을 받았으나 신발은 신어본 결과 발에 꼭 맞지 않아 구매를 취소하고 반품하는 경우, 기존에는 배송된 물품이 계약내용과 일치하는 것으로 보아 관세환급을 허용하지 않았으나, 이러한 경우에도 수입 시 납부한 세금을 돌려받을 수 있게 된 것이다. 다만, 이 경우에도 수입신고 당시의 성질과 형태가 변경되지 않아야 하고, 수입신고 수리일로부터 1년 이내에 보세구역에 반입하여 성질과 형태의 변경 여부를 확인하여야 하는 요건은 기존과 동일하게 적용된다.

40) 관세청 2014. 6. 11. 자 보도자료 참고.

41) ① 수입신고가 수리된 물품이 계약 내용과 다르고 수입신고 당시의 성질이나 형태가 변경되지 아니한 경우 해당 물품이 수입신고 수리일로부터 1년 이내에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 관세를 환급한다. <개정 2011.12.31.>

1. 외국으로부터 수입된 물품: 보세구역(제156조제1항에 따라 세관장의 허가를 받았을 때에는 그 허가받은 장소를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에 이를 반입하였다가 다시 수출하였을 것. 이 경우 수출은 수입신고 수리일로부터 1년이 지난 후에도 할 수 있다.

2. 보세공장에서 생산된 물품: 보세공장에 이를 다시 반입하였을 것



(2) 부정수입 통고처분시 벌금양정의 하한 삭제

해외 직구가 빈번해 지면서 수입신고나 목록통관⁴²⁾ 등 관련 규정을 잘 알지 못하여 일반 소비자들도 관세법상 처벌을 받을 가능성이 높아졌다. 관세법 제311조 제1항에서는 관세청장이나 세관장은 관세법을 조사한 결과 범죄의 확증을 얻었을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝히고 벌금에 상당하는 금액 등이나 물품을 납부할 것을 통고할 수 있다는 부정수입 통고처분에 관한 규정을 두고 있다. 그리고 이와 관련하여 관세청에서는 「관세법칙 등 통고처분 양정에 관한 시행세칙」⁴³⁾을 두어 벌칙규정에 해당하는 관세법에 대하여 통고금액의 양정 기준을 정하고 있다. 그런데 종래의 시행세칙 제2조⁴⁴⁾ 제1항에서는 부정수입 통고처분시 벌금양정의 기준에 대해 최저금액을 10만원으로 하는 하한을 두고 있었다. 이에 의하면 예컨대 10만원의 물건을 부정수입하였다면 원칙적으로 물품 원가의 20%에 해당하는 2만원만 내면 되는데, 최저금액이 있어서 결국 10만원을 납부해야 하는 것이다. 마찬가지로 5만원의 물건을 부정수입한 경우에도 10만원의 벌금을 납부해야 하는데, 벌칙 금액보다 벌금액이 더 높게 되는 문제가 제기되었다.⁴⁵⁾

42) 일반수입신고와 달리 목록통관은 자가사용 물품에 대해 별도의 신고 없이 물품을 그대로 들여올 수 있는 것으로서, 송수하인 성명, 전화번호, 주소, 물품명, 가격, 중량이 기재된 송장만으로 통관이 가능한 통관제도이다. 목록통관의 경우 관세나 부가세 등의 세금이 면제되는데, FTA 협상에 따라 미국은 200달러 미만, 유럽은 100달러 미만의 가방, 모자, 액세서리, 의류, 신발, 가구 등의 물품에 대해서 목록통관이 가능하다. 2014. 7. 25. 자 조세일보 (<http://www.joseilbo.co.kr/news/htmls/2014/07/20140725228337.html> 2015. 3. 17. 방문)

43) 제정 2010. 2.26. 관세청훈령 제1317호, 개정 2010.11. 5. 관세청훈령 제1412호, 개정 2011. 8. 1. 관세청훈령 제1443호.

44) 제2조(통고금액 양정) ① 세관장이 관세법에 대하여 통고처분하는 경우 법정벌금 최고형량의 100분의 20에 해당하는 금액을 기준으로 양정한다. 다만, 벌표1에 해당하는 범죄로서 범칙물품의 원가가 법정벌금 최고형량 이하인 때에는 당해 범칙물품원가의 100분의 20을 통고금액으로 하되, 최저금액은 10만원으로 한다.

② 제1항의 규정에도 불구하고 관세법이 벌표2에 해당하는 경우에는 통고금액의 100분의 50 이내에서 당해 비율(2가지 이상의 기준에 해당하는 경우에는 각각의 비율을 합산한다)을 적용하여 양정한다. 다만, 세관장이 부득이한 사유가 있다고 인정하는 때에는 경감 또는 가중 양정하지 아니할 수 있다.

③ 제2항 본문의 규정에 의해 통고금액을 경감 또는 가중하거나, 같은 항 단서에 해당하는 때에는 그 사유를 통고처분확인서 또는 통고처분문답서에 기재하고 관련 자료를 편철한다.

④ 통고금액의 단수계산에 관하여는 「국고금관리법」의 규정을 적용한다.

⑤ 범칙의 정황이 특수하여 이 규정에서 정한 통고금액이 심히 부적당하다고 인정하는 경우에는 관세청장의 승인을 받아 처리할 수 있다.

이에 관세청은 관세청 훈령 제1626호 2014. 7. 29. 개정 시행세칙[시행 2014. 7. 29.]에서 통고처분 벌금상당액 경감·가중기준을 객관적인 기준과 회수(回數)로 개정하고(별표2),⁴⁶⁾ 통고처분 가중기준 중 ‘관세행정 주변 종사자’를 관련 규정에 따라 명확히 규정(별표2)하면서⁴⁷⁾ 부정수입 등 벌금상당액의 ‘최저금액 10만원’(제2조 제1항)을 삭제하였다.

(2) 일정금액 이상의 해외 신용카드 사용 내역 등의 통보의무 신설

기존에는 1년간 1만 달러 이상 직구할 경우 관세청에 연 1회 통보하도록 하였는데, 2014. 1. 1. 개정 관세법[시행 2015. 1. 1.]에서는 신용카드업자 또는 여신전문금융업협회는 분기별 신용카드등의 대외지급(물품구매 내역만 해당한다) 및 외국통화 인출에 관한 자료를 여신전문금융업협회의 장에게 제출하여야 하고, 여신전문금융업협회의 장은 그 분기별 합계액이 5천달러 이상인 경우에는 관세청장에게 각 분기의 다음 달 말일까지 그 대외지급(물품구매 내역만 해당한다) 및 외국통화 인출에 관한 자료를 제출하도록 하였다.

즉, 개정법 제264조의2 제5호에서는 과세자료제출기관으로서 “「여신전문금융업법」에 따른 신용카드업자와 여신전문금융업협회”를 추가하였고, 제264조의3 제1항 제6호에서 과세자료의 범위와 관련하여 “거주자의 「여신전문금융업법」에 따른 신용카드등의 대외지급(물품구매 내역에 한한다) 및 외국에서의 외국통화 인출 실적”을 신설하였다. 그리고 동법 시행령 제263조의2 제1항 및 [별표 3]에서는 ‘과세자료의 범위 및 제출시기 등’과 관련하여 제40호에서 다음과 같이 규정하면서, 여신전문금융업협회의 장은 그 분기별 합계액이 5천달러 이상인 경우에는 관세청장에게 각 분기의 다음 달 말일까지 그 대외지급(물품구매 내역만 해당한다) 및 외국통화 인출에 관한 자료를 제출하도록 한 것이다.

번호	과세자료제출기관	과세자료명	받을 기관	과세자료 제출시기
40	「여신전문금융업법」에 따른 신용카드업자 및 여신전문금융업협회	「외국환거래법」 제3조제1항제14호에 따른 거주자의 「여신전문금융업법」 제2조제5호가목에 따른 신용카드등의 대외지급(물품구매 내역만 해당한다) 및 외국에서의 외국통화 인출에 관한 자료	관세청	매년 1월 31일, 4월 30일, 7월 31일, 10월 31일

45) 2014. 7. 25. 자 조세일보 (<http://www.joseilbo.co.kr/news/htmls/2014/07/20140725228337.html> 2015. 3. 17. 방문)

46) 조사에 적극 협조한자, 관세범죄 검거 및 예방에 적극 협조한자, 증거인멸자 등에 대한 판단기준을 객관화

47) 관세사, 선장·기장, 선사·항공사, 보세구역 운영인, 보세사, 보세운송업자, 화물운송주선업자 등 관세법령에 의거 규정된 세관주변 종사자 범위를 구체적으로 규정

(4) 검토

이상의 해외 직구 관련 관세법 개정 내용들을 보면 일응 해외 직구 활성화를 위한 소비자 보호의 측면이 강조되고 있음을 알 수 있다. 해외 직구 물품의 관세환급대상을 확대한 것이나 부정수입 통고처분시 벌금양정의 하한을 삭제한 것은 거래 현실을 반영한 것으로서 시대의 흐름을 잘 반영한 입법이라 생각된다. 이에 반해 일정금액 이상의 해외 신용카드 사용 내역 등의 통보의무 신설은 비판 여론에서도 알 수 있듯이 해외 직구에 관한 규제를 강화한 것으로서 개별 소비자들의 입장에서 불만이 제기될 수 밖에 없다. 비록 해외 직구의 시장 규모가 커지면서 이에 관한 통관상 관리의 필요성이 있다고 하더라도 개별 소비자들의 자진 신고가 아닌 신용카드업자 등을 통한 자동신고를 의무화하고 그 기간 및 금액도 분기별 합계액이 5천달러 이상으로 한 것은 과도한 규제라고 볼 여지가 있어 보인다. 향후 신고기간을 늘리고 그 기준금액도 증액시킬 필요가 있는데 그 구체적인 기준에 대해서는 추가적인 논의가 필요할 것이다.

Ⅲ. 해외 직구와 권리 소진의 문제

1. 지적재산권⁴⁸⁾과 권리 소진론

(1) 권리 소진론 일반

특허법, 상표법 등 지적재산권법에서는 실시행위의 태양을 규정하고 있다. 예컨대, 특허법 제2조 제3호에서는 물건의 발명인 경우에는 그 물건을 ‘생산·사용·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함)’을 하는 행위를 실시행위로 정의하고 있다. 그리고 이러한 실시태양은 서로 독립적인 것이며 한 단계의 실시행위가 적법하다고 하여 다른 실시행위도 당연히 적법하게 되는 것은 아니라고 하는 것이 소위 ‘실시행위 독립의 원칙’이다.⁴⁹⁾

그런데 실시행위 독립의 원칙을 형식적으로 관철하게 되면, 예컨대 특허권자 갑으로부터 대가를 지급하고 정당하게 물건을 구입한 을이 스스로 그 제품을 사용하는 것은 별론, 제3자인 병에게 판매를 하게 되면 갑의 허락범위(사용행위)를 넘은 새로운 실시행위(양도행위)가 되어 특허권 침해가 될 수도 있다. 하지만 이러한 결론은 상식적으로 타당하지 않기 때문에 미국,⁵⁰⁾ 일본,⁵¹⁾ 우리나라

48) 이하에서는 지적재산권 중 특허권과 상표권을 중심으로 살펴본다.

49) 손경한·박진아, “특허발명의 실시개념에 관한 신고찰”, 법조 54권9호(통권585호), 법조협회(2005. 6.), 72면; 김정완, “특허권의 효력”, 법률행정논총 19집, 전남대학교 법률행정연구소(2000. 1.), 117면.

50) Miller & Davis, Intellectual Property(3rd ed), West Pub(2000), p.139.

등 대부분의 국가에서는 을의 양도행위 등이 특허침해를 구성하지 않는 것으로 본다.⁵²⁾ 그리고 이에 대한 근거가 되는 것이 바로 권리소진론(또는 최초판매의 원칙)인데, 특허권의 소진이란 국내에서 특허권자가 제조하여 적법하게 유통된 제품에 대해서는 특허권이 소멸하여 더 이상 특허권을 주장할 수 없다는 것을 의미한다.⁵³⁾ 권리소진에 대해서는 저작권법 제20조에서 배포권에 한정된 규정⁵⁴⁾을 두고 있는 것 이외에 특허법이나 상표법 등에는 명문 규정이 없고,⁵⁵⁾ 우리 대법원은 특허법에서 이를 명시적으로 판시한 것은 없으나 상표권의 소진에 대해서는 명시적으로 판시한 바 있다.⁵⁶⁾

(2) 특허독립의 원칙과 국제소진의 인정 여부

권리소진이 한 국가내의 행위에 대해 적용됨에는 별다른 이견이 없으나 국제소진도 인정할 것 인지는 특허독립의 원칙과 관련하여 의문이 제기되고 있다. 특허독립의 원칙이란 특허권은 각 국가별로 독립하여 발생하며 특정 국가에서의 특허권은 다른 국가의 특허권과 무관하다는 것을 의미하는데,⁵⁷⁾ 이러한 특허독립의 원칙은 파리조약의 속지주의에서 유래한 것으로 평가된다.⁵⁸⁾ 특허독립의 원칙에 의하면 특허권자 갑이 A국과 B국에 각각 특허권을 가지고 있는 상황에서, A국에서 갑이 을에게 특허제품을 양도한 경우 을이 그 제품을 B국에서 실시하면 갑의 B국 특허권을 침해하는 것이 된다. 만약 특허권의 국제소진을 인정하게 되면 을의 실시행위는 당연히 특허권 침해가 되지 않는데, 국내소진의 경우와 달리 특허독립의 원칙상 국제소진도 인정할 것인지에 대해서는 견해대립이 존재한다.⁵⁹⁾

51) 中山信弘, 「特許法(第二版)」, 弘文堂(2012), 394頁.

52) 우성엽, 「최초판매원칙/소진원칙에 관한 소고」, Law & technology 제7권 제4호, 서울대학교 기술과법센터(2011. 7.), 33면.

53) 윤선희, 「특허권소진의 의의와 그 논거에 관한 연구」, 산업재산권 27호, 한국산업재산권법학회(2008), 136면 참고.

54) 제20조(배포권) 저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물을 배포할 권리를 가진다. 다만, 저작물의 원본이나 그 복제물이 해당 저작재산권자의 허락을 받아 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 경우에는 그러하지 아니하다.

55) 다만, 「반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률」 제9조 제2항에는 “제8조에 따른 배치설계권의 효력은 적법하게 제조된 반도체집적회로등을 인도받은 자가 그 반도체집적회로등에 대하여 영리를 목적으로 제2조 제4호 다목에 규정된 행위를 하는 경우에는 미치지 아니한다.”는 규정이 있다.

56) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002도3445 판결(특별한 사정이 없는 한 상표권자 등이 국내에서 등록상표가 표시된 상품을 양도한 경우에는 당해 상품에 대한 상표권은 그 목적을 달성한 것으로서 소진되고, 그로써 상표권의 효력은 당해 상품을 사용, 양도 또는 대여한 행위 등에는 미치지 않는다고 할 것이나, 원래의 상품과의 동일성을 해할 정도의 가공이나 수선을 하는 경우에는 실질적으로 생산행위를 하는 것과 마찬가지이므로 이러한 경우에는 상표권자의 권리를 침해하는 것으로 보아야 할 것이고, 동일성을 해할 정도의 가공이나 수선으로서 생산행위에 해당하는가의 여부는 당해 상품의 객관적인 성질, 이용형태 및 상표법의 규정취지와 상표의 기능 등을 종합하여 판단하여야 한다).

57) 이우석, 「특허제품의 병행수입에 관한 연구」, 경성법학 18집 1호, 경성대학교 법학연구소(2009. 7.), 6면.

58) 윤선희, 전제논문, 141면.

59) 특허권의 국제소진에 대한 견해대립에 대해서는 우성엽, 전제논문, 59면 참고.

다만 상표법 영역에서는 소위 진정상품병행수입이라는 기준에 따라 국제소진을 인정하고 있는데, 우리 대법원은 이에 대해 “국내에 등록된 상표와 동일·유사한 상표가 부착된 지정상품과 동일·유사한 상품을 수입하는 행위가 그 등록상표권의 침해 등을 구성하지 않는다고 하기 위해서는, 외국의 상표권자 내지 정당한 사용권자가 그 수입된 상품에 상표를 부착하였어야 하고(진정상품), 그 외국 상표권자와 우리나라의 등록상표권자가 법적 또는 경제적으로 밀접한 관계에 있거나 그 밖의 사정에 의하여 위와 같은 수입상품에 부착된 상표가 우리나라의 등록상표와 동일한 출처를 표시하는 것으로 볼 수 있는 경우(출처동일)이어야 한다. 아울러 그 수입된 상품과 우리나라의 상표권자가 등록상표를 부착한 상품 사이에 품질에 있어 실질적인 차이가 없어야 하고(품질동일), 여기에서 품질의 차이란 제품 자체의 성능, 내구성 등의 차이를 의미하는 것이지 그에 부수되는 서비스로서의 고객지원, 무상수리, 부품교체 등의 유무에 따른 차이를 말하는 것이 아니다”라고 판시하고 있다.⁶⁰⁾

2. 해외 직구 행위와 특허권 등의 침해 여부

(1) 개별 소비자의 직구 행위

특허법 제2조 제3호 및 상표법 제2조 제1항 제7호에서는 ‘수입행위’를 특허의 실시 또는 상표의 사용행위(이하 ‘특허의 실시등’이라 함)에 포함시키고 있는바, 따라서 해외 직구를 통해 물건을 구매하는 행위(수입)는 특허의 실시 등에 해당한다. 다만, 특허권의 효력은 업으로서의 실시에 한정되고(특허법 제94조), 상표법상 상표에 해당하기 위해서는 상품을 생산·가공 또는 판매하는 것을 ‘업으로’ 영위하는 자가 사용하는 표장이어야 하는바(상표법 제2조 제1호) 결국 특허권 또는 상표권 침해에 해당하기 위해서는 ‘업으로’ 실시 또는 사용하는 행위이어야 한다. ‘업으로 실시’에는 영리목적이나 계속반복성을 묻지 않기 때문에 협동조합이나 자선단체 등에서 실시하는 것이나⁶¹⁾ 단 한차례의 소규모적인 실시행위도 포함되나, 개인적이거나 가정적인 목적으로 실시하는 행위는 여기에 해당하지 않는다.⁶²⁾ 따라서 개별 소비자들이 자신이 사용할 목적으로 해외 직구를 하는 경우에

60) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2006다40423 판결; 대법원 2002. 9. 24. 선고 99다42322 판결(병행수입 그 자체는 위법성이 없는 정당한 행위로서 상표권 침해 등을 구성하지 아니하므로 병행수입업자가 상표권자의 상표가 부착된 상태에서 상품을 판매하는 행위는 당연히 허용될 것인바, 상표제도는 상표를 보호함으로써 상표 사용자의 업 무상의 신용유지를 도모하여 산업발전에 이바지함과 아울러 수요자의 이익을 보호함을 목적으로 하고(상표법 제1조 참조), 상표는 기본적으로 당해 상표가 부착된 상품의 출처가 특정한 영업주체임을 나타내는 상품출처표시 기능과 이에 수반되는 품질보증기능이 주된 기능이라는 점 등에 비추어 볼 때, 병행수입업자가 위와 같이 소극적으로 상표를 사용하는 것에 그치지 아니하고 나아가 적극적으로 상표권자의 상표를 사용하여 광고·선전행위를 하더라도 그로 인하여 위와 같은 상표의 기능을 훼손할 우려가 없고 국내 일반 수요자들에게 상품의 출처나 품질에 관하여 오인·혼동을 불러일으킬 가능성도 없다면, 이러한 행위는 실질적으로 상표권 침해의 위법성이 있다고 볼 수 없을 것이므로, 상표권자는 상표권에 기하여 그 침해의 금지나 침해행위를 조성한 물건의 폐기 등을 청구할 수 없다고 봄이 상당하다).

61) 송영식·이상정·황종환·이대희·김병일·박영규·신재호, 「지적소유권법(하) 제2판」, 육법사(2013), 53면.

는 국내에 특허권자 또는 상표권자가 있다고 하더라도 권리침해에 해당하지 않게 된다.

(2) 국내 구매대행업체의 구매대행 행위

개별 소비자들의 해외 직구와 달리 국내 구매대행업체가 해외 직구를 구매대행해 주는 것은 ‘업으로서 실시 또는 사용’에 해당하기 때문에 특허권 또는 상표권 침해가 문제될 수 있다. 그 전제는 우리나라에 직구 제품에 관한 특허권자 또는 상표권자(이하 ‘특허권자등’이라 하고, 특허권과 상표권을 포함하여 ‘특허권등’이라 함)가 있는 경우인데, 다음의 3가지로 나누어 살펴볼 필요가 있다.

첫째, 해외 국가에 특허권등이 존재하지 않는 경우이다. 이와 같이 특허권등이 존재하지 않는 국가로부터 제품을 구매하였는데 해당 제품에 대해 국내에 특허권자등이 존재한다면 구매대행업체의 구매행위는 당연히 특허권등의 침해에 해당한다. 그리고 해외 직구 이후에 제3자에게 판매행위를 하게 되면 그 또한 별도의 특허권등 침해를 구성한다.

둘째, 해외 국가에 특허권자등이 존재하며 국내 특허권자등과 아무런 인적 관련⁶³⁾이 없는 경우이다. 비록 해외 국가의 정당한 권리자로부터 구입하였다고 하더라도 특허독립의 원칙에 의해 국내 특허권등에 대한 침해에 해당하여 첫째와 같은 결론에 이르게 된다.

셋째, 해외 국가에 특허권자등이 존재하며 국내 특허권자등과 인적 관련이 있는 경우이다. 앞에서 살펴 본 국제소진이 문제되는 경우인데 문제가 되는 권리가 상표권인 경우에는 진정상품병행수입에 관한 법리에 따라 침해 책임이 부정될 수 있으나,⁶⁴⁾ 문제되는 권리가 특허권인 경우에는 논란의 여지가 있다. 특허권의 국제소진을 인정할 것인지 여부는 정설이 없으며 참고할 만한 판례로 일본의 BBS 판결⁶⁵⁾이 있는데, 이 사건에서 최고재판소는 원심의 판단을 지지하여 원고의 청구를 기

62) 김정완, 진계논문, 114면.

63) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2006다40423 판결에서는 “외국 상표권자와 우리나라의 등록상표권자가 법적 또는 경제적으로 밀접한 관계”라고 표현하고 있다.

64) 진정상품병행수입업자의 행위는 상표권 침해에 해당하지 않지만, 병행수입업자가 적극적으로 상표권자의 상표를 사용하여 광고·선전행위를 한 것이 실질적으로 상표권 침해의 위법성이 있다고 볼 수 없어 상표권 침해가 성립하지 아니한다고 하더라도, 그 사용태양 등에 비추어 영업표지로서의 기능을 갖는 경우에는 일반 수요자들로 하여금 병행수입업자가 외국 본사의 국내 공인 대리점 등으로 오인하게 할 우려가 있으므로, 이러한 사용행위는 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조 제1호 (나)목 소정의 영업주체혼동행위에 해당되어 허용될 수 없다는 것이 판례의 태도이다(대법원 2002. 9. 24. 선고 99다42322 판결). 따라서 병행수입업자의 행위에도 일정한 한계가 있는데, 글의 방향을 고려하여 이에 관한 구체적인 논의는 생략하기로 한다.

65) 最高裁判所 1997. 7. 1, 平成7年(オ) 제1988호.

일본 특허권자가 국외에서 특허제품을 양도하였을 경우에는 곧바로 권리소진과 같이 논할 수는 없다. 즉 특허권자는 특허제품을 양도한 지역이 소재하는 나라에 있어서 반드시 일본에서 가지고 있는 특허권과 동일한 발명의 특허권(이하 ‘대응특허권’이라 한다)을 가지고 있다고 말할 수 없고, 대응특허권을 가지고 있는 경우라도 일본에서 가지고 있는 특허권과 양도지가 소재하는 나라에서 소유하는 대응특허권과는 별개의 권리라고 하는 것에 비추어 본다면 특허권자가 대응특허권에 관계되는 제품을 일본에서의 특허권에 의거하여 권리를 행사하였다 하여도 이것으로써 곧바로 이종의 이득을 얻었다고 말할 수 없다. 그렇기는 하나 오늘날 국제거래에 있어서 광범위하고 진전된 상품의 유통과 특허권자의 권리와 조정의 고려한다면 일본의 특허권자 또는 이와 같다고 인정되는 자가 국외에서 특허제품을 양도하는 경우에 있어서도 특허권자는 양수인에 대하여 당해 제품의 판매처 또는

각하면서도 국내소진과 달리 국제소진의 경우 바로 이중의 이득을 얻은 것이라고 할 수는 없다⁶⁶⁾고 하면서 ‘默示的 合意論’에 근거하여 원고의 특허침해주장을 배척하였다. 특허권의 국제소진에 관한 국내외의 견해대립 및 이러한 일본 판례의 태도 등을 고려해 보면, 결국 국내 구매대행업체의 제품 구입 행위는 상표권 침해에는 해당하지 않으나, 특허권 침해는 여전히 문제될 여지가 있다고 할 것이다.

IV. 결론

해외 직구라는 새로운 구매 형태는 2000년대 들어서 활성화되기 시작한 것인데 시장 규모가 이미 1조원을 넘어선 현재 시점에도 해외 직구에 관한 충분한 논의나 제도적 정비 등이 갖추어져 있다고 보기는 어렵다. 해외 직구가 가지는 가격측면에서의 장점을 고려해 볼 때 이 시장은 앞으로도 계속 성장할 것임이 자명해 보이고 이를 막거나 규제를 강화하는 것은 시대에 역행하는 것으로 생각된다. 따라서 기본적인 방향은 해외 직구에 관한 규제를 완화하고 그 시장을 활성화시키는 것이어야 하며, 우리나라 정부의 기본적인 방향도 이와 같은 것으로 보인다. 다만 해외 직구 시장의 확장으로 인해 국내 내수시장이 침체되고 불법적인 물건의 구매나 수입신고와 같은 통관절차상의 규정 위반 등이 문제될 수 있기 때문에 이 부분을 어떻게 관리·감독할 것인지가 관건이 될 것이다. 우리나라는 문제가 될 만한 개별 법률의 각개 개정을 통해 이에 대비하고 있는데, 이러다보니 각 관련 개정 법률 사이의 일관성이나 정책방향의 통일성 등은 등한시 되고 일반 소비자들도 혼란을 겪게 되는 측면이 있음을 부인할 수 없다. 따라서 해외 직구에 관한 제도 개선이나 법 개정이 필요한 경우에는 관련된 다른 법률과의 정합성도 함께 고려해야 하며, 이를 위해서는 각 분야의 전문가들을 중심으로 한 연구와 논의가 지속될 필요가 있다. 그리고 해외 직구는 지적재산권 영역에 있어 중요한 이슈 중 하나인 국제소진의 문제와도 직접 관련이 되기 때문에 지적재산권에 대한 논의도 함께 다루어질 필요가 있다. 또한 여기서는 다루지 못했으나 해외 직구 시장에서는 국내 업체와 해외 업체가 직접 경쟁관계를 형성한다는 점에서 경쟁법적 쟁점도 발생할 수 있는데, 이 부분에 대한 연구도 병행될 필요가 있을 것이다.

해외 직구에 관한 연구나 논의가 충분하지 못한 상황에서 본 연구를 통해 다룰 수 있었던 이슈의 폭과 깊이가 충분하지 못했다는 아쉬움이 있지만, 관련된 후속연구들에서 보다 심층적으로 보완될 것을 기대하며 그러한 연구들에 있어 하나의 참고가 될 수 있었으면 하는 바람을 가져 본다.

사용지역으로부터 일본을 제외한다는 뜻이 양수인과의 사이에 합의되었을 경우를 제외하고 또는 양수인으로부터 특허제품을 양수한 제3자 또는 그 후의 전득자에 대하여는 양도인과 양수인 사이에 위와 같은 뜻의 합의가 있었다는 사실이 특허제품에 명기된 경우를 제외하고는 특허권을 행사할 수 없다고 해석된다.

66) 특허소진이론은 특허권자가 하나의 특허발명에 대하여 이중의 로열티를 획득하는 것을 방지하기 위한 것으로 해석되고 있다. 정차호, “Quanta v. LGE : 특허소진이론의 재대두”, 지식재산21 106호, 특허청(2009), 43면.

〈참고 자료〉

- 위키백과 (<http://ko.wikipedia.org/wiki/%ED%95%B4%EC%99%B8%EC%A7%81%EA%B5%AC> 2015. 3. 16. 방문)
2014. 3. 24. 자 부산일보 인터넷 뉴스 (http://m.busan.com/controller/newsController.jsp?newsId=2014_03_24000187 2015. 3. 9. 방문)
2014. 3. 25. 자 이데일리 뉴스 ([http://www.edaily.co.kr/news/NewsRead.edy?SCD=JA11&newsid=01154566606026928 &DCD=A00101](http://www.edaily.co.kr/news/NewsRead.edy?SCD=JA11&newsid=01154566606026928&DCD=A00101) 2015. 3. 11. 방문)
2014. 4. 16. 자 허핑턴포스트코리아 기사 (http://www.huffingtonpost.kr/2014/04/16/story_n_5157028.html 2015. 3. 16. 방문)
2014. 7. 25. 자 조세일보 (<http://www.joseilbo.co.kr/news/htmls/2014/07/20140725228337.html> 2015. 3. 17. 방문)
2014. 9. 12. 자 IT 동아 기사 (<http://it.donga.com/19213/> 2015. 3. 11. 방문)
2015. 1. 14. 자 한국경제 (<http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2015011493141#AA.9161520.1> 2015. 3. 9. 방문)
2015. 5. 11. 자 한국경제메거진 기사 (http://magazine.hankyung.com/money/apps/news?popup=0&nid=02&c1=2003&nkey=2015031000118079562&mode=sub_view 2015. 3. 16. 방문)
- 관세청 2014. 6. 11. 자 보도자료
- 관세청 2014. 6. 13. 자 보도자료
- 허강훈(무역관계법 야간분반 국제무역학과 1013723), 「"소비자 합리적 선택 왜 막나" 해외 직구 규제에 소비자 '돌직구'」
- 김정완, “특허권의 효력”, 법률행정논총 19집, 전남대학교 법률행정연구소(2000. 1.)
- 손경한·박진아, “특허발명의 실시개념에 관한 신고찰”, 법조 54권9호(통권585호), 법조협회(2005. 6.)
- 송영식·이상정·황종환·이대희·김병일·박영규·신재호, 「지적소유권법(하) 제2판」, 육법사(2013)
- 우성엽, “최초판매원칙/소진원칙에 관한 소고”, Law & technology 제7권 제4호, 서울대학교 기술과법센터(2011. 7.)
- 윤선희, “특허권소진의 의의와 그 논거에 관한 연구”, 산업재산권 27호, 한국산업재산권법학회(2008)
- 이우석, “특허제품의 병행수입에 관한 연구”, 경성법학 18집 1호, 경성대학교 법학연구소(2009. 7.)

정차호, “ Quanta v. LGE : 특허소진이론의 재대두”, 지식재산21 106호, 특허청(2009)

中山信弘, 「特許法(第二版)」, 弘文堂(2012)

Miller & Davis, Intellectual Property(3rd ed), West Pub(2000)

단말기유통법의 법적 과제*

조 동 관**

목 차

I. 들어가며	27
II. 단말기유통법의 주요 내용	27
1. 지원금 관련 사항	27
(1) 지원금의 차별 지급 금지	27
(2) 지원금의 과다 지급 제한 및 공시	28
(3) 지원금과 연계한 개별계약 차별 제한	29
(4) 지원금을 받지 아니한 이용자에 대한 혜택 제공	29
2. 장려금 관련 사항	29
(1) 장려금 제공시 불공정 행위 금지	29
(2) 장려금 자료 제출 의무	30
III. 단말기유통법과 공정경쟁	30
1. 이동통신시장의 특성	30
(1) 공공재	30
(2) 자연독점	31
(3) 과점적 시장구조 고착화	31
2. 지원금 제한 및 공시와 부당한 공동행위	32
3. 이동통신시장 규제 방법의 이원화	34
IV. 단말기유통법과 영업비밀	36
1. 영업비밀의 개념	36
2. 단말기유통법상의 지원금과 장려금 정보는 영업비밀인가	37
3. 단말기유통법은 영업비밀을 침해하는가	39
V. 단말기유통법과 소비자 보호	40
1. 단말기유통법 개정안과 지원금 분리 공시	40
2. 지원금 분리공시와 기본권의 법률유보(기본권제한) 한계	41
VI. 나아가며	43

* 이 글은 국회 또는 국회도서관의 공식적 입장이 아니며 필자의 개인적 의견임을 알려드립니다.

** 국회도서관 법률정보실 법률조사관

I. 들어가며

이동통신단말장치의 공정하고 투명한 유통 질서를 확립하여 이동통신 산업의 건전한 발전과 이용자의 권익을 보호함으로써 공공복리의 증진에 이바지하기 위한 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」¹⁾(이하 ‘단말기유통법’)이 2014년 10월 1일부터 시행되었다.

단말기유통법은 초기 입법과정에서부터 다양한 찬반론이 전개되었지만, 정작 입법부인 국회에서는 기권 외에 단 한 표의 반대도 없이 압도적인 찬성을 보냈다.²⁾ 즉 입법자는 이동통신사업자의 과도한 보조금 경쟁과 그로 인한 가계통신비 증가가 매우 심각한 수준이며 이를 개선해야 한다는 의지를 분명하게 보여 준 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 시행 6개월에 접어드는 이 법률의 폐지와 개정을 요구하는 여론이 높고³⁾ 국회에서도 이미 다수의 개정안이 제출되어 있다는 사실⁴⁾은 단말기유통법의 문제점 또는 동법이 시행되었음에도 변화하지 않는 이동통신시장의 문제점을 그대로 드러내고 있다.

입법과정에서부터 현재까지 단말기유통법 다양한 견해는 대부분 경제적 분석⁵⁾에 바탕을 둔 것이지만, 이 글에서는 단말기유통법이 내포하고 있는 법적 문제점을 짚어보고 대안을 모색하고자 한다.

II. 단말기유통법의 주요 내용

단말기유통법은 이동통신단말장치의 공정하고 투명한 유통 질서를 확립하기 위하여 다양한 내용을 포괄하고 있지만, 이 글에서는 논의의 주요 사항인 이동통신사업자, 대리점 또는 판매점의 지원금 관련 사항과 이동통신단말장치 제조업자의 장려금에 한하여 그 주요 내용을 살펴본다.

1. 지원금 관련 사항

(1) 지원금의 차별 지급 금지

이동통신사업자, 대리점 또는 판매점은 ①번호이동, 신규가입, 기기변경 등 가입 유형, ②이동통신

1) 법률 제12679호, 2014.5.28. 제정, 시행 2014.10.1.

2) 재석 215인 중 찬성 212인, 기권 3인으로 가결되었다; 제324회국회(임시회) 국회본회의의회록 제2호, 국회사무처 (2014.5.2.), 24면.

3) 홍창의, [기고]단통법이 소비자를 울리고 있다, 경향신문(2015.3.12.); 강동철, 단통법 후 통신요금 늘고 혜택은 줄었다, 조선비즈(2015.3.11.); 이병태, [시론]단통법, 정부 신뢰위기 부른다, 디지털타임즈(2015.2.24.).

4) 현재 국회에는 5개의 개정안이 제출되어 있다; 강희중, 단통법 6개월만에 ‘폐지’ 칼 들어왔다, 아시아경제 (2015.3.13.).

5) 김남수, 단말기유통구조개선법이 소비자후생에 미치는 영향, 소비자정책동향 제52호, 한국소비자원(2014.3.31.), 4-6면 참조.

서비스 요금제, ③이용자의 거주 지역, 나이 또는 신체적 조건을 이유로 부당하게 차별적인 지원금을 지급해서는 안 된다.6) 여기서 ‘지원금’이란 이동통신단말장치 구매가격 할인, 현금 지급, 가입비 보조 등 이동통신단말장치의 구입비용을 지원하기 위하여 이용자에게 제공된 일체의 경제적 이익을 말한다.7) 또한 ‘부당하게 차별적인 지원금’이란 동일한 기간 중에 동일한 이동통신단말장치임에도 불구하고 서로 다른 지원금을 지급하거나 지급하기로 제안하는 경우를 말하며, 그 중에서 미래창조과학부장관이 방송통신위원회와 협의하여 고시하는 이동통신서비스별 요금제에 따른 지급기준에 따라 지원금을 지급하는 경우와 단말기유통법 제4조 제3항 및 제5항8)에 따라 이동통신사업자가 공시한 지원금의 100분의 15의 범위에서 이용자에게 지원금을 추가로 지급하는 경우에는 부당하게 차별적인 지원금에 해당하지 않는다.9) 만일 부당하게 차별적인 지원금이 문제되는 경우에는 방송통신위원회가 사실조사를 한 후에 이동통신사업자, 대리점 또는 판매점의 위반 행위가 인정되면 긴급중지명령10) 또는 시정명령11)을 내리거나 이동통신사업자에게 매출액의 100분의 3 이하에 해당하는 금액을 과징금12) 또는 이동통신사업자, 대리점, 판매점에게 1천만원 이하의 과태료13)를 부과할 수 있다. 더불어 단말기유통법에 따라 시정조치를 명하거나 과징금을 부과한 경우에는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 또는 「전기통신사업법」에 따른 시정조치 또는 과징금의 부과를 할 수 없다.14) 그리고 부당하게 차별적인 지원금을 지급한 자는 3억원 이하의 벌금에 처할 수 있다.15)

(2) 지원금의 과다 지급 제한 및 공시

이동통신사업자는 방송통신위원회가 기준을 정하여 고시한 이동통신단말장치 구매 지원 상한액을 초과하여 지원금을 지급해서는 안 되며, 지원금 지급 내용 및 지급 요건에 대하여 이용자가 알기 쉬운 방식으로 공시해야 하고 공시한 내용과 다르게 지원금을 지급해서는 안 된다. 다만 출시 후 15개월이 경과한 이동통신단말장치는 제외되며, 이동통신사업자가 공시한 지원금의 100분의 15의 범위에서 이용자에게 지원금을 추가로 지급하는 것은 가능하다.16) 만일 지원금의 과다 지급이 문제되는 경우에는 지원금의 차별 지급 금지와 같이 방송통신위원회가 사실조사, 긴급중지 또는 시정 명령, 과징금 또는 과태료 부과를 할 수 있다. 한편 지원금의 과다 지급 제한은 2017년 9월 30

-
- 6) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제3조.
 - 7) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제2조.
 - 8) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제4조.
 - 9) 이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률 시행령 (대통령령 제25619호, 2014.9.24., 제정, 시행 2014.10.1.) 제3조.
 - 10) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제11조.
 - 11) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제13조 및 제14조.
 - 12) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제15조.
 - 13) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제22조.
 - 14) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제17조.
 - 15) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제20조.
 - 16) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제4조.

일까지만 유효한 한시적 규정이다.¹⁷⁾

(3) 지원금과 연계한 개별계약 차별 제한

이동통신사업자, 대리점 또는 판매점은 이용자와 이동통신서비스 이용계약을 하면서 이용약관과 별도로 지원금을 지급하는 조건으로 특정 사용 의무를 부과하고 이를 위반하는 경우에는 위약금을 부과하는 등의 형태로 서비스 가입, 이용 또는 해지를 거부·배제하거나 그 행사를 제한하는 내용의 개별계약을 체결하여서는 안 되며, 만일 그 개별계약을 체결하였다 하여도 법정 무효가 된다.¹⁸⁾ 만일 지원금과 연계한 개별계약이 문제되는 경우에는 지원금의 차별 지급 금지와 같이 방송통신위원회가 사실조사, 긴급중지 또는 시정 명령, 과징금 또는 과태료 부과를 할 수 있다.

(4) 지원금을 받지 아니한 이용자에 대한 혜택 제공

이동통신사업자는 이동통신사업자에게 지원금을 받지 아니하고 이동통신서비스에 가입하려는 이용자(이동통신단말장치를 구입하지 않고 서비스만 이용하는 이용자를 포함한다)에 대하여 미래창조과학부장관이 정하는 기준에 따라 지원금에 상응하는 수준의 요금할인 등의 혜택을 제공하여야 한다.¹⁹⁾ 만일 미래창조과학부장관이 이에 위반한 행위가 있다고 인정하는 경우에는 이동통신사업자, 대리점 또는 판매점에 시정명령을 할 수 있다.²⁰⁾

2. 장려금 관련 사항

(1) 장려금 제공시 불공정 행위 금지

이동통신단말장치 제조업자는 장려금을 제공함에 있어서 이동통신사업자, 대리점 또는 판매점으로 하여금 이용자에게 부당하게 차별적인 지원금을 지급하도록 지시, 강요, 요구, 유도하는 등의 행위를 하여서는 안 된다.²¹⁾ 여기서 ‘장려금’이란 이동통신단말장치 제조업자가 이동통신사업자, 대리점 또는 판매점 등에게 이동통신단말장치 판매에 관하여 제공하는 일체의 경제적 이익 또는 이동통신사업자가 대리점 또는 판매점 등에게 이동통신단말장치 판매에 관하여 제공하는 일체의 경제적 이익을 의미한다.²²⁾ 만일 장려금 제공과 관련된 행위가 문제되는 경우에는 지원금의 차별 지급 금지와 같이

17) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 부칙.

18) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제5조.

19) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제6조.

20) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제14조.

21) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제9조.

22) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제2조.

방송통신위원회가 사실조사, 긴급중지 또는 시정 명령, 과징금 또는 과태료 부과를 할 수 있다. 그리고 장려금 제공과 관련된 불공정 행위를 한 자는 3억원 이하의 벌금에 처할 수 있다.²³⁾

(2) 장려금 자료 제출 의무

이동통신단말장치 제조업자는 대리점 또는 판매점에 직접 지급한 장려금 규모와 이용자가 이동통신사업자를 거치지 아니하고 구입하는 이동통신단말장치의 출고가를 매월 종료 후 45일 이내에 미래창조과학부장관과 방송통신위원회에 각각 제출해야 한다.²⁴⁾ 만일 자료를 제출하지 않거나 거짓의 자료를 제출한 경우에는 미래창조과학부장관이 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.²⁵⁾ 한편 이동통신단말장치 제조업자의 장려금 자료 제출은 2017년 9월 30일까지만 유효한 한시적 규정이다.²⁶⁾ 그리고 미래창조과학부장관과 방송통신위원회는 이동통신단말장치 제조업자로부터 제출받은 장려금 규모에 관한 자료를 단말기유통법의 시행을 위한 목적 외에 제3자에게 제공하거나 일반에 공개할 수 없다.²⁷⁾

이동통신사업자는 대리점 또는 판매점에 지급한 장려금 규모 및 재원을 매월 종료 후 45일 이내에 미래창조과학부장관과 방송통신위원회에 각각 제출해야 한다.²⁸⁾ 만일 자료를 제출하지 않거나 거짓의 자료를 제출한 경우에는 미래창조과학부장관이 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다. 한편 이동통신사업자가 제출하는 장려금 규모 및 재원 등에 대한 자료는 이동통신단말장치 제조업자별로 이동통신사업자에게 지급한 장려금 규모를 알 수 있게 작성되어서는 안 되며,²⁹⁾ 이 규정은 2017년 9월 30일까지만 유효한 한시적 규정도 아니다.

Ⅲ. 단말기유통법과 공정경쟁

1. 이동통신시장³⁰⁾의 특성

(1) 공공재

「전파법」에 따르면 ‘전파’라 함은 인공적인 유도 없이 공간에 퍼져 나가는 전자파로서 국제전기

23) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제20조.

24) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제12조 및 제5조.

25) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제22조.

26) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 부칙.

27) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제12조.

28) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제12조 및 이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률 시행령 (대통령령 제25619호, 2014.9.24., 제정, 시행 2014.10.1.) 제5조.

29) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제12조 제1항 단서.

30) 일반적으로 이동통신단말기 유통시장과 이동통신시장으로 구분할 수 있으나, 우리나라의 경우에는 이동통신사업자가 이동통신단말기의 유통에도 크게 관여하고 있으므로 이 글에서는 이동통신시장에 대해서만 검토한다.

통신연합이 정한 범위의 주파수를 가진 것을 말하고³¹⁾, ‘정부는 한정된 전파자원(電波資源)을 공공 복리의 증진에 최대한 활용하기 위하여 전파자원의 이용촉진에 필요한 시책을 마련하고 시행하여야 한다’고 규정하고 있는 점³²⁾ 등에 비추어 볼 때, 전파는 공공재로서의 성격을 강하게 내포하고 있다. 특히 법원은 이동통신사업자가 전파를 이용할 수 있는 주파수를 할당받아 이용하는 경우에 그 주파수에 대한 배타적 이용권이 있고 그 이용권을 양도하거나 임대할 수 있으므로³³⁾ 그 주파수는 이동통신사업자의 사적 재화라는 주장을 부인하고, 이동통신사업자가 할당받은 주파수 역시 공공재로서의 성격을 배제할 수 없다고 하였다.³⁴⁾

(2) 자연독점

이동통신산업은 소수의 대기업이 독과점적인 구조를 유지할 수밖에 없는 이른바 자연독점(Natural Monopoly) 사업이라는 특성을 가지고 있다.³⁵⁾ 그 이유는 이동통신산업이 거대한 통신망 구축에 막대한 자본이 요구되며 이러한 자본을 동원할 수 있는 주체는 국가와 소수의 대기업 밖에 없기 때문이다. 우리나라도 예외는 아니어서 1984년 한국이동통신 독점체제로 시작하여 1996년부터 신규사업자 진입과 인수합병을 거치면서 2002년 이후에는 SKT, KT, LGU+의 3사간 경쟁체제가 지속되고 있다.³⁶⁾

(3) 과점적 시장구조 고착화

최근 이동통신재판매사업자(MVNO)³⁷⁾가 다수 출현하고 있지만, 이동통신재판매사업자의 시장 점유율은 2014년 6월 기준으로 약 6.3% 밖에 되지 아니할 뿐만 아니라,³⁸⁾ 1위 사업자의 점유율은

31) 「전파법」(법률 제13012호, 2015.1.20.)

제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "전파"란 인공적인 유도(誘導) 없이 공간에 퍼져 나가는 전파로서 국제전기통신연합이 정한 범위의 주파수를 가진 것을 말한다.

32) 「전파법」 제3조.

33) 「전파법」(법률 제13012호, 2015.1.20.)

14조(주파수이용권) ① 제11조에 따라 주파수할당을 받은 자는 해당 주파수를 배타적으로 이용할 수 있는 권리(이하 "주파수이용권"이라 한다)를 가진다.

② 제11조에 따라 주파수할당을 받은 자는 대통령령으로 정하는 기간 이후에는 주파수이용권을 양도하거나 임대할 수 있다. 다만, 주파수할당을 받은 자가 파산하거나 경제적 여건의 급변 등 대통령령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에는 그 기간 전에도 주파수이용권을 양도하거나 임대할 수 있다.

③ 제2항에 따라 주파수이용권을 양수하거나 임차하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 미리 미래창조과학부장관의 승인을 받아야 한다.

34) 서울고등법원 2014.2.6. 선고 2012누31313 판결.

35) 권오승, 정보통신산업과 독과점규제, 법학 제46권 제4호 통권 제137호, 서울대학교법학연구소(2005.12), 199면.

36) 정보통신정책연구원 통신전파연구실 통신정책그룹, 통신시장경쟁상황 평가(2014년도), 정책연구 14-16(2014. 11), 136-137면.

37) 기존의 이동통신사업자의 망을 도매로 구매하여 이동통신서비스를 하는 사업자를 말한다. 2010년 9월 23일부터 도매 제공을 의무화한 「전기통신사업법」이 시행되었다.

2004년 이후 소폭 하락하였지만 매출액 기준으로 보면 여전히 50% 이상을 상회하고 있기 때문에,³⁹⁾ 이동통신재판매사업자의 출현에 의해 고착화된 과점적 시장구조가 해소되었다고 보기 어렵다.⁴⁰⁾

2. 지원금 제한 및 공시와 부당한 공동행위

단말기유통법에 따르면 이동통신사업자는 방송통신위원회가 기준을 정하여 고시한 이동통신단말장치 구매 지원 상한액을 초과하여 지원금을 지급해서는 안 되며, 지원금 지급 내용 및 지급 요건에 대하여 이용자가 알기 쉬운 방식으로 공시해야 하고 공시한 내용과 다르게 지원금을 지급해서는 안 된다. 다만 출시 후 15개월이 경과한 이동통신단말장치는 제외되며, 이동통신사업자가 공시한 지원금의 100분의 15의 범위에서 이용자에게 지원금을 추가로 지급하는 것은 가능하다.⁴¹⁾

단말기유통법의 이행을 위하여 제정된 ‘이동통신단말장치 지원금 상한액에 관한 규정’(방송통신위원회 고시 제2014-9호)은 제2조에서 이동통신사업자가 지급하는 지원금의 상한액을 25만원부터 35만원까지의 범위 내에서 방송통신위원회가 정하도록 하였다. 따라서 이동통신사업자의 지원금은 최대 35만원으로 제한되기 때문에 이동통신시장에서 경쟁제한 효과가 나타나게 된다.

이러한 경쟁제한은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’) 제19조42)에서 부당

38) 2014년 3월 기준으로 이동통신재판매사업자는 28개사이며, 2014년 6월 기준으로 이동통신재판매사업자 가입자 수는 전체 이동전화 가입자 수의 6.3%(3,487,515명)로 점차 증가 추세에 있다. 정보통신정책연구원 통신전파연구실 통신정책그룹, 상기 보고서, 167면.

39) 정보통신정책연구원 통신전파연구실 통신정책그룹, 상기 보고서, 163면.

40) 같은 의견으로 서울고등법원 2014.2.6. 선고 2012누31313 판결.

41) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」

제4조(지원금의 과다 지급 제한 및 공시) ① 방송통신위원회는 가입자 평균 예상 이익, 이동통신단말장치 판매 현황, 통신시장의 경쟁 상황 등을 고려하여 이동통신단말장치 구매 지원 상한액에 대한 기준 및 한도를 정하여 고시한다.

② 이동통신사업자는 제1항에 따라 방송통신위원회가 정하여 고시하는 상한액을 초과하여 지원금을 지급하여서는 아니 된다. 다만, 출시된 지 15개월이 경과한 이동통신단말장치는 제외한다.

③ 이동통신사업자는 이동통신단말장치별 출고가, 지원금액, 출고가에서 지원금액을 차감한 판매가 등 지원금 지급 내용 및 지급 요건에 대하여 이용자가 알기 쉬운 방식으로 공시하여야 한다.

④ 이동통신사업자는 제3항에 따라 공시한 내용과 다르게 지원금을 지급하여서는 아니 된다.

⑤ 대리점 또는 판매점은 제3항에 따라 이동통신사업자가 공시한 지원금의 100분의 15의 범위에서 이용자에게 지원금을 추가로 지급할 수 있다.

42) 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(법률 제13071호, 2015.1.20., 일부개정)

제19조(부당한 공동행위의 금지) ① 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 “부당한 공동행위”라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위
2. 상품 또는 용역의 거래조건이나, 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위
3. 상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위
4. 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위
5. 생산 또는 용역의 거래를 위한 설비의 신설 또는 증설이나 장비의 도입을 방해하거나 제한하는 행위

한 공동행위를 금지하는 취지에 배치될 우려가 있다. 일반적으로 ‘공동행위’라 함은 2 이상의 사업자 간에 계약, 협정, 결의 등의 방법으로 상품 또는 서비스의 가격, 거래조건, 거래량, 거래상대방 또는 거래지역을 제한하는 행위를 말하며, ‘부당한 공동행위’라 함은 시장에서 부당하게 경쟁을 제한하는 공동행위를 의미한다.⁴³⁾ 공정거래법에서 부당한 공동행위를 금지하는 취지는 사업자들의 부당한 공동행위가 인위적으로 가격을 유지하거나 시장을 통제함으로써 경쟁을 통해 확보해야 할 시장의 기능을 마비시키기 때문이다.⁴⁴⁾

우리나라는 단기간에 급속한 경제발전을 하는 과정에서 정부의 강력한 행정지도와 그에 대한 사업자들의 무조건적인 순응이 경제발전에 일정 부분 기여하였지만, 정부 규제에 안주해온 기업들이 다른 사업자와 경쟁하기보다는 행정지도에 따라 동종 사업자간의 조정 혹은 협의 형태의 공동행위를 함으로써 비경쟁적 방식을 선택하였고, 행정지도와 부당한 공동행위가 악순환 되는 관행이 있었다. 예를 들어, 과거 정보통신부는 정치권의 요구에 따라 1999년 말부터 2000년 3월까지 PCS 3사와 3차례의 회의를 통하여 총 5-6% 수준의 요금 인하를 요구하였고, PCS 3사는 인하폭을 최소화하기 위하여 2000년 2월 29일 3사 임원회의, 2000년 3월 24일 3사 합의안교환 등을 통해 별도의 회합을 갖고 정통부의 권고안보다 낮은 수준으로 요금인하(안)을 서로 교환하고 합의하여, 공정거래위원회는 부당한 공동행위로 위법성을 인정한 바 있다.⁴⁵⁾

과거 이동통신시장에서 행정지도와 공정거래법의 소극적 적용이 필요했던 이유는 ‘시장지배적

6. 상품 또는 용역의 생산·거래 시에 그 상품 또는 용역의 종류·규격을 제한하는 행위
7. 영업의 주요부분을 공동으로 수행·관리하거나 수행·관리하기 위한 회사등을 설립하는 행위
8. 입찰 또는 경매에 있어 낙찰자, 경락자(競落者), 투찰(投札)가격, 낙찰가격 또는 경락가격, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 결정하는 행위
9. 제1호부터 제8호까지 외의 행위로서 다른 사업자(그 행위를 한 사업자를 포함한다)의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위
- ②제1항의 규정은 부당한 공동행위가 다음 각호의 1에 해당하는 목적을 위하여 행하여지는 경우로서 대통령령이 정하는 요건에 해당하고 공정거래위원회의 인가를 받은 경우에는 이를 적용하지 아니한다.
 1. 산업합리화
 2. 연구·기술개발
 3. 불황의 극복
 4. 산업구조의 조정
 5. 거래조건의 합리화
 6. 중소기업의 경쟁력향상
- ③제2항의 규정에 의한 인가의 기준·방법·절차 및 인가사항변경등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ④제1항에 규정된 부당한 공동행위를 할 것을 약정하는 계약등은 사업자간에 있어서는 이를 무효로 한다.
- ⑤2 이상의 사업자가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우로서 해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자 간 접촉의 횟수·양태 등 제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때에는 그 사업자들 사이에 공동으로 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정한다.
- ⑥부당한 공동행위에 관한 심사의 기준은 공정거래위원회가 정하여 고시할 수 있다.

43) 신현윤, 「경제법」(제3판), 법문사(2010.9.10.), 230면.

44) 신현윤, 전제서, 233면.

45) 이동통신요금 사건, 공정거래위원회 의결 제2006-253호, 2006.11.2.; 공정거래위원회 홈페이지 정책/제도-경쟁정책-부당공동행위(담합)-행정지도와 부당공동행위 참조(<http://www.ftc.go.kr/policy/compet/collusionUnfair.jsp>, 2015년 3월 20일 방문)

이동통신사업자가 국가독점기업의 승계기업으로 압도적인 시장점유율을 차지하고 있을 뿐만 아니라 경쟁사업자들에 비하여 현저히 낮은 원가구조를 가지고 있기 때문에 자유로운 경쟁을 할 경우에 다른 경쟁사업자는 시장에서 퇴출될 수밖에 없고 결국에는 독점시장으로 될 가능성이 매우 높았기 때문'46)이라는 견해가 있다. 이러한 견해가 내포하는 바는 행정지도의 목적이 유효한 경쟁을 활성화 시켜 시장의 기능을 강화 내지 유지하려는 데에 있음을 미루어 알 수 있다. 따라서 유효한 경쟁이 활성화된 시장에서는 더 이상 행정지도를 유지할 것이 아니라 시장의 기능에 맡겨 놓아야 하는 것이 본래 행정지도의 목적에 순응하는 길이다.

그런데 앞서 살펴본 이동통신시장의 특성에서 알 수 있듯이 단말기유통법이 시행되고 있는 현재에도 이동통신시장은 여전히 독점 체제가 굳건하고 오히려 그 독점적 지위가 고착화되어 가고 있다. 그렇다면 이동통신사업자에 대한 행정지도를 더욱 강화하여야 하는 것인가? 이러한 측면에서 단말기유통법의 지원금 제한과 공시 제도는 행정지도를 법률의 수준으로 끌어올린 것으로 이해된다. 그리고 행정지도에서 발생할 수 있는 법적 문제, 즉 행정지도에 따른 사업자의 부당한 공동행위 발생을 사실상 제거한 것으로 이해된다. 왜냐하면 부당한 공동행위에 해당하기 위해서는 계약, 협정, 결의 등의 합의가 있어야 하는데, 단말기유통법의 지원금 제한과 공시 제도에 따르면 이동통신사업자는 굳이 합의를 하지 않아도 법률 정해져 미리 예측 가능한 범위 내에서 경쟁 사업자의 공시를 보고 지원금 규모를 정할 수 있기 때문이다. 구체적으로는 공정거래법 제19조 제5항에 의한 합의 추정을 할 수 없게 된다.47) 결국 단말기유통법을 통해 시장의 규제 당국은 법적 타당성을 보장받는 강력한 규제 수단을 얻은 것이지만 이에 대한 타당성은 다시 한 번 생각해 보아야 한다. 왜냐하면 단말기유통법을 시행하기 이전에도 최근 몇 년 사이에 공정거래위원회와 방송통신위원회는 이동통신시장의 경쟁을 촉진하기 위하여 강력한 행정력을 발휘했지만48) 큰 실효를 거두지 못한 바 있다.49)

3. 이동통신시장 규제 방법의 이원화

방송, 유선통신, 이동통신 등은 지난 수년간 혁명적인 변화와 융합을 하고 있고, 이러한 기술적 진화에 의해 자연독점으로 설명되어 왔던 이동통신시장의 구조를 새롭게 바라보아야 한다는 시각

46) 권오승, 전제 논문, 212면.

47) 과점적 화장지 공급시장하에서 후발 업체들이 시장점유율이 높은 선발 업체의 화장지의 공장도 가격을 일방적으로 모방한 결과 그 공장도 가격이 동일하게 된 경우, 구 독점규제및공정거래에관한법률(1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것) 제19조 제5항에 따른 부당한 공동행위의 합의 추정이 반복될 뿐만 아니라 후발 업체들 상호간에 부당한 공동행위의 합의를 한 것으로 추정할 수도 없다고 한 사례(대법원 2002.05.28. 선고 2000두1386 판결).

48) 장대호, 임서우, “방통위, 이동통신 3사의 단말기 보조금 지급관련 이용자이익 침해행위 제재”, 방송통신위원회 보도자료(2014.8.21.). 공정거래위원회 전원회의 의결 제2012-122호(2012.7.13. 2011서감2524), 의결 제2012-105호(2012.7.10. 2011서감2521), 의결 제2012-106호(2012.7.10. 2011서감2523) 등.

49) 단말기유통법 시행 이후에 대한 평가는 아직 시행 6개월이 되지 않은 점을 고려할 때 판단하기 이르다고 보인다.

이 있다.⁵⁰⁾ 즉 이동통신시장과 같이 특정한 시장을 향해서만 초점을 두고 있는 규제는 기술의 발전과 더불어 더 이상 어울리지 않는다는 것이다. 필자가 이러한 견해에 주목하는 이유는 최근 우리 이동통신시장에도 혁신적 기술 또는 서비스에 의한 독점적 구조 완화가 차츰 드러나기 시작했다고 보기 때문이다.

우리는 이미 이동통신사업자의 음성서비스 외에 다양한 통신 방법을 경험하고 있다. 예를 들어, Skype, 카카오톡, 트위터, 페이스북 등의 다양한 수단을 사용하여 음성 또는 문자 통신을 하고 있다. 물론 이러한 서비스를 사용하기 위해서는 시장지배적 이동통신사업자의 서비스에 가입하여야 하지만, 이동통신재판매사업자(MVNO)의 활약에 따라 시장의 상황은 변화할 수 있다. 또한 이동통신단말기도 애플과 같은 글로벌 기업의 고품질 제품이나 샤오미와 같은 저가 제품 등과 같이 다양한 이동통신단말기가 유통되고 있으며, 단말기유통법이 시행된 이후에도 고품질의 이동통신단말기를 저렴하게 구매하려는 시장의 수요와 이에 부응하려는 공급을 막을 수 없었다.⁵¹⁾

따라서 ‘우리나라에서 이동통신시장의 구조가 점차 독점적 시장에서 경쟁적인 시장으로 전환되어 가고 있음에도 불구하고, 이동통신시장에 대한 법과 제도는 아직 과거 독점적 구조에 상응하는 규제의 틀을 벗어나지 못하고 있다.’⁵²⁾는 견해를 참고하자면 이동통신시장에 대한 규제 법제도 기술의 발전에 따른 시장의 기능 회복을 중심으로 달라져야 할 것으로 보인다.

이러한 견지에서 이동통신시장에 대한 규제도 경쟁 규제 당국과 전문 규제 당국으로 나누어 규제하는 방안을 생각할 수 있다. 예를 들어, 항공여객운송서비스와 같이 치열한 경쟁 시장에서는 굳이 경쟁 규제 당국이 개입하지 않아도 되며 오히려 항공 안전 등과 같은 전문 규제 당국의 역할이 커지게 된다.⁵³⁾ 같은 취지로 이동통신시장에서도 경쟁이 치열하다면 방송통신위원회나 미래창조과학부와 같은 전문 규제 기관은 각각 통신의 공공성과 통신의 산업적 표준에 대한 규제에 집중하고, 공정거래위원회와 같은 경쟁 당국은 굳이 관여하지 않아도 될 것이다. 반면에 이동통신시장이 현재와 같이 고착화된 과점구조가 지속된다면 공정 경쟁과 같은 시장의 기능 회복과 이동통신요금 인하와 같이 궁극적으로는 소비자 보호에 관한 사항은 공정거래위원회에서 보다 적극적으로 다루는 것이 적절해 보인다.

50) James B. Speta, 권경현 역, 통신에서 반독점과 불공정 경쟁 사이에서 규제 영역의 획정, Law & Technology 제 2권 제2호, 서울대학교 기술과법센터(2006.3), 86면.

51) 장대호, 임서우, “방통위, 단말기 유통법을 위반한 이통 3사에 과징금과 22개 유통점에 과태료 부과 의결”, 방송통신위원회 보도자료(2014.12.4.).

52) 권오승, 전계 논문, 215면.

53) James B. Speta, 권경현 역, 전계 논문, 86면.

IV. 단말기유통법과 영업비밀

1. 영업비밀의 개념

단말기유통법과 관련하여 법적으로 우선하여 검토하여야 할 사항은 ‘영업비밀’에 관한 것이다. 일반적으로 영업비밀의 개념은 경쟁 관계에서 상대방에게 이익이 되지 않도록 비밀로 지켜져야 하는 정보의 총체를 의미하고, 19세기 초 영국의 보통법(Common Law)에서 비롯된 것이라 한다.⁵⁴⁾

한편 1995년 1월 1일, 「세계무역기구 설립을 위한 마라케쉬 협정」(이하 ‘WTO 협정’)⁵⁵⁾이 발효되면서 WTO 체제가 출범하게 되었고, 당시 미국의 강력한 요구로 「무역관련 지식재산권 협정」(이하 ‘TRIPS 협정’)⁵⁶⁾이 WTO 협정의 부속협정의 형식으로 포함되어 WTO 협정과 동일하게 우리나라에서도 효력을 발휘하고 있다. 이와 같은 TRIPS 협정 제7절 제39조⁵⁷⁾ 제1항에서는 ‘불공정경쟁에 대한 효과적 보호를 확보하는 과정에서 회원국은 미공개정보는 제2항에 따라 ... 보호한다’고 규정하여 영업비밀의 의무적 보호를 규정하고 있으며, 동조 제2항은 ‘자연인 및 법인은 합법적으로 자신의 관리 하에 있는 정보가 자신의 동의 없이 공정한 상업적 관행에 반하는 방법으로 타인에게 공개되거나, 타인에 의해 획득 또는 사용되는 것을 금지할 수 있는 가능성을 가진다.’고 규정하고 있다. 여기서 ‘공정한 상업적 관행에 반하는 방법’이란 적어도 계약위반, 신뢰위반 및 위반의 유도 와 같은 행위를 의미하며 이러한 행위가 정보 취득시 연관되어 있음을 알았거나 또는 중대한 과실로 인해 전혀 알지 못했거나 상관없이 제3자에 의한 미공개정보의 취득을 포함한다고 정의하고 있다. 다만 그와 같은 정보는 ①전체로서 또는 그 구성요소의 정밀한 배열 및 조합의 형태로서 당해 정보의 종류를 통상적으로 다루고 있는 업계의 사람들에게 일반적으로 알려져 있지 않거나 쉽게 접근할 수 없다는 의미에서 비밀인 것, ② 비밀이기 때문에 상업적 가치를 갖는 것, ③ 적법하게 동 정보를 관리하고 있는 자에 의해서 비밀로 유지하기 위하여 합리적인 조치의 대상이 되는 것에 해당하는 것이어야 한다고 함으로써 이른바 ‘알려지지 않은 정보(Undisclosed Information)’의 보호를 규정하고 있다.⁵⁸⁾

이와 같은 TRIPS 협정을 이행하기 위하여 우리나라는 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 ‘부정경쟁방지법’)을 제정하고, 동법 제2조 제2호⁵⁹⁾에서 ‘영업비밀’이란 공공연히 알려

54) Deborah E. Bouchoux, *Intellectual property for paralegals: the law of trademarks, copyrights, patents, and trade secrets(3rd ed.)*, Delmar Cengage Learning(2008), pp. 441-442; 노현숙, 영업비밀의 보호근거에 관한 고찰, 강원법학 제38권(II), 강원대학교비교법학연구소(2013.2), 344면 각주 4 재인용.

55) 세계무역기구 설립을 위한 마라케쉬 협정(WTO) [Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (WTO)] (발효일 1995.1.1.)(다자조약, 제1265호, 1994.12.31.).

56) AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS.

57) TRIPS 협정 SECTION 7 Protection of Undisclosed Information Article 39.

58) 박준석, 우리법상 영업비밀보호에 관한 비교론적 고찰, 산업재산권 통권 제38호, 한국산업재산권법학회(2012.8), 4-5면.

져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다(정)고 규정하고 있다. 이러한 부정경쟁방지법의 영업비밀 정의에 관하여 법원은 ‘공연히 알려 있지 아니하다’는 것은 그 정보가 간행물 등의 매체에 실리는 등 불특정 다수인에게 알려져 있지 않기 때문에 보유자를 통하지 아니하고는 그 정보를 통상 입수할 수 없는 것을 말하고, ‘독립된 경제적 가치를 가진다’는 것은 그 정보의 보유자가 그 정보의 사용을 통해 경쟁자에 대하여 경쟁상의 이익을 얻을 수 있거나 또는 그 정보의 취득이나 개발을 위해 상당한 비용이나 노력이 필요하다는 것을 말하며, ‘상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된다’는 것은 그 정보가 비밀이라고 인식될 수 있는 표시를 하거나 고지를 하고, 그 정보에 접근할 수 있는 대상자나 접근 방법을 제한하거나 그 정보에 접근한 자에게 비밀준수의무를 부과하는 등 객관적으로 그 정보가 비밀로 유지·관리되고 있다는 사실이 인식 가능한 상태인 것을 말한다고 하였다.⁶⁰⁾

따라서 ‘영업비밀이란 기업이 시장에서 경쟁상의 우위를 확보하기 위하여 스스로 개발한 생산 및 제조공정, 제조방법 등의 기술정보와 마케팅 전략, 고객리스트, 기업의 기본계획 등의 경영정보를 모두 포괄하는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로서 유지하여 공연히 알려지지 아니하고, 독립된 경제적 가치를 가지는 기술상 및 경영상의 정보를 포괄하는 정보를 영업비밀이라고 볼 수 있다.’⁶¹⁾

2. 단말기유통법상의 지원금과 장려금 정보는 영업비밀인가

기존에 특허법 등의 지식재산권 보장 체제가 있음에도 불구하고 별도로 영업비밀이란 개념을 두어 법적 보호를 하려는 까닭은 특허권 등을 보호받기 어려운 기술적 정보, 경영 정보, 영업상의 아이디어 등도 보호하여 특허법 등을 보완하는 기능을 수행하려는 것이다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 TRIPS 협약과 부정경쟁방지법상에 영업이익의 개념에 관한 규정이 있음에도 불구하고, 영업비밀의 개념은 여전히 모호하고 상당히 광범위하다. 단순한 고객명부와 같은 경영정보에서부터 특허 요건을 충족하는 첨단발명까지 영업비밀의 종류와 내용은 천차만별이며, 영업비밀의 실제 보호기간도 특허권에 비하여 불명확한 부분이 존재한다.⁶²⁾ 마찬가지로 단말기유통법상의 지원금과 장려금 정보에 대해서도 영업비밀에 해당하는지 여부를 판단하는 것은 그리 간단한 문제가 아니다.

59) 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(법률 제13081호, 2015.1.28., 일부개정)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

2. "영업비밀"이란 공공연히 알려지지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다.

60) 대법원 2011.8.25. 선고 2011도139 판결.

61) 노현숙, 전계 논문, 344면; 특허청, 「영업비밀 관리매뉴얼 이론편」(2011), 6면.

62) 박준석, 전계 논문, 12-13면.

단말기유통법상의 ‘지원금’이란 이동통신단말장치 구매가격 할인, 현금 지급, 가입비 보조 등 이동통신단말장치의 구입비용을 지원하기 위하여 이용자에게 제공된 일체의 경제적 이익을 말한다.⁶³⁾ 또한 ‘장려금’이란 이동통신단말장치 제조업자가 이동통신사업자, 대리점 또는 판매점 등에게 이동통신단말장치 판매에 관하여 제공하는 일체의 경제적 이익 또는 이동통신사업자가 대리점 또는 판매점 등에게 이동통신단말장치 판매에 관하여 제공하는 일체의 경제적 이익을 의미한다.⁶⁴⁾ 그러므로 단말기유통법상의 ‘지원금 정보’란 이동통신사업자가 이동통신단말장치의 구입비용을 지원하기 위하여 이용자에게 제공하는 경제적 이익에 관한 정보이고, 단말기유통법상의 ‘장려금 정보’란 이동통신단말장치 제조업자가 이동통신사업자·대리점·판매점 또는 이동통신사업자가 대리점·판매점에 이동통신단말장치의 판매에 관하여 제공하는 경제적 이익에 관한 정보라고 할 수 있다.

이러한 단말기유통법상의 지원금 또는 장려금 정보가 영업비밀에 속하는 것인지 검토하기 위해 앞서 살펴본 영업비밀의 개념에 비추어 보면, 단말기유통법상의 지원금 또는 장려금 정보는 기업이 시장에서 경쟁상의 우위를 확보하기 위하여 스스로 개발한 마케팅 전략 등에 속하는 경영정보이며, 상당한 노력에 의하여 비밀로서 유지하여 공연히 알려져 있지 아니하고, 독립된 경제적 가치를 가지는 경영상의 정보이므로 영업비밀에 속한다고 판단된다. 더불어 일부 학설에 따르면 부정경쟁방지법 정의 규정상의 ‘판매방법’이란 판매와 관련된 유용한 정보를 의미한다⁶⁵⁾는 점에서도 단말기유통법상의 지원금 또는 장려금 정보는 영업비밀에 속한다고 본다.

이와 관련하여 또 한 가지 고려할 사항은 단말기유통법상의 지원금 또는 장려금 정보가 영업비밀에 속하는 것인지에 대한 법원의 태도이다.

단말기유통법상의 장려금 정보에 관련된 사항에 대하여 법원은 ‘판매장려금은 대리점에 대한 판매 유도 성격의 판촉비용의 성격과 정상적인 소비자가격 할인재원 등으로 사용되는 측면이 있는데, 영업비밀에 해당하는 그 모두를 대외적으로 공개하는 것은 다른 경쟁사 등과의 관계에서 원고의 영업활동에 중대한 제약을 초래하고, 또한 공개된 모든 판매장려금이 부풀리기 장려금으로서 오인될 여지가 있어 원고의 신용에 심각한 훼손을 가져올 우려가 있다. 그리고 공개된 장려금은 시장상황에 따라 증감·변동할 가능성이 있는데, 실제 시장에서 공개된 판매장려금과 소비자에게 지급되는 장려금에 차이가 있는 경우 시장 혼란과 소비자의 불신으로 이어질 위험이 있어 이동통신단말장치 제조업자의 위반행위 내용과 정도에 비추어 과중한 측면이 있다’고 판시하였다.⁶⁶⁾

또한 단말기유통법상의 지원금 정보와 관련되는 사항에 대해서 법원은 ‘이동통신서비스의 영업수익, 결합판매 요금수익, 영업비용, 인건비, 경비 등의 세부항목에 관한 내용’은 영업비밀로 인정할 반면, ‘이용약관의 규정, 신규주문대비표, 새로 도입한 요금제, 부가 또는 제휴서비스, 프로모션

63) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제2조 제9호.

64) 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제2조 제10호.

65) 박준석, 전계 논문, 11면.

66) 서울고등법원 2014.2.6. 선고 2012누24346 판결.

등의 특징, 기존 서비스와의 비교, 장점, 타사 요금제와의 비교 설명 등'은 영업비밀에 해당하지 않는다고 판시하였는데, 영업비밀에 해당하지 않는 일부 정보에는 '회선당 유치비용, 가입자 1인당 유치비용'도 포함되어 있었다.⁶⁷⁾ 그런데 영업비밀에 해당하지 않는 일부 정보에 대한 법원의 판단은 이미 상당수의 고객들이 2·3G 서비스에서 LTE 서비스로 이동하고 있는 시점에서 판단 대상 정보가 2·3G 서비스에 관한 것이라는 시기적 고려와 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」⁶⁸⁾이 추구하고 있는 공익적 목적 및 '이동통신서비스의 공공적 성격'을 고려하여 판단 대상 정보가 '영업상 비밀에 해당하지 아니하거나, 영업상 비밀에 해당하는 정보가 일부 포함되어 있다고 하더라도 공개될 경우 참가인들의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있음을 인정하기에 부족'하다는 판단에 따른 것이므로, 이를 두고 법원이 단말기유통법상의 지원금 정보와 관련되는 사항을 영업비밀이 아니라고 부정한 것으로 단정하기는 어렵다.

결국 단말기유통법상의 지원금과 장려금 정보는 영업비밀에 속한다고 판단된다.

3. 단말기유통법은 영업비밀을 침해하는가

영업비밀에 해당하는 것과 영업비밀을 침해하는 것은 그 법적 의미가 다르다. 왜냐하면 우리 부정경쟁방지법은 영업비밀에 대하여 특허권과 같이 일정기간동안 독점권을 부여하는 것이 아니라 일정한 요건하에 타인의 부당한 침해를 제지하는 방법으로 보호하고 있기 때문이다. 즉 부정경쟁방지법 제2조 제3호 및 제10조⁶⁹⁾는 부정한 수단으로 영업비밀 취득을 금지하고 부정한 목적 또는 중대한 과실로 영업비밀을 공개하는 것을 금지하고 있다. 이에 따라 단말기유통법상의 지원금과 장려

67) 서울고등법원 2014.2.6. 선고 2012누31313 판결.

68) 법률 제12844호, 2014.11.19. 타법개정.

69) 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

3. "영업비밀 침해행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

가. 절취(竊取), 기망(欺罔), 협박, 그 밖의 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하는 행위(이하 "부정취득행위"라 한다) 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함한다. 이하 같다)하는 행위

나. 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위

다. 영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위

라. 계약관계 등에 따라 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위

마. 영업비밀이 라목에 따라 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위

바. 영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀이 라목에 따라 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위

제10조(영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권 등) ① 영업비밀의 보유자는 영업비밀 침해행위를 하거나 하려는 자에 대하여 그 행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 경우에는 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

금 정보가 영업비밀에 속한다고 하여도 단말기유통법에 따라 지원금과 장려금 정보를 취득하거나 공개하는 것은 부정한 수단이나 목적 등이 없으므로 부정경쟁방지법에 해당될 여지가 없어진다.

이는 향후 단말기유통법 개정안 마련 시에 고려해야 할 2가지 상반되는 시사점을 준다. 첫째는 단말기유통법상의 지원금과 장려금 정보는 영업비밀에 속하므로 건전한 이동통신사업자의 육성과 경쟁의 촉진을 위하여 정책적으로 보호하는 방안을 생각할 수 있다는 것이고, 둘째는 단말기유통법상의 지원금과 장려금 정보의 공개가 곧바로 부정경쟁방지법상 영업비밀 침해에 해당되는 것은 아니므로 소비자 보호 및 알권리 확보를 위하여 정책적으로 좀 더 넓은 범위에 공개 수준을 정하는 방안을 생각할 수 있다는 것이다. 이에 대한 필자의 견해는 다음의 소비자 보호와 결부하여 언급하기로 한다.

V. 단말기유통법과 소비자 보호

1. 단말기유통법 개정안과 지원금 분리 공시

단말기유통법은 이동통신단말기 지원금이 기본적으로 모든 소비자의 요금 수익을 바탕으로 재원이 마련되나 지원금 지급이 번호이동을 한 일부 소비자 등에게 집중됨으로써 소비자간 후생 배분을 왜곡하고 있고, 동일 단말기 구입자간에도 어느 시기에, 어디에서 구입하느냐에 따라 지원금이 천차만별로 달라 소비자간 차별이 심화되고 있으며, 단말기 가격이 언제 어떻게 변화할지 예측하기 힘든 상황에서 일반적으로 단말기 지원금 지급과 고가 요금제 의무 약정을 강제하고 있어서 소비자는 단말기를 싸게 사기 위해 고가 요금제에 가입해야만 하기 때문에 불필요한 통신 과소비를 하게 경우가 많고, 이러한 이동통신사업자의 과도한 지원금 경쟁 과열은 소비자의 빈번한 단말기 교체로 이어져 가계통신비 증가와 자원 낭비를 심화시키는 문제점이 있다는 점을 그 제정이유에 명시하고 있다.⁷⁰⁾

이와 같이 단말기유통법은 소비자를 보호하여 소비자 후생을 향상하기 위하여 다양한 수단을 포함하고 있는 법률이다. 다만, 이 글에서는 단말기유통법상의 지원금 또는 장려금에 한해서 소비자 보호 문제를 다루려 한다. 그 이유는 2015년 3월 20일 현재 국회에 계류 중인 단말기유통법 개정안이 대부분 지원금 분리 공시를 다루고 있으며,⁷¹⁾ 소비자단체의 단말기유통법 개정안도 지원금

70) 단말기유통법 제정이유(<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=154297&lsId=&efYd=20141001&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>, 2015년 3월 20일 방문).

71) 이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률 일부개정법률안 중 지원금 분리 공시(최민희 의원 등 10인, 의안번호 1912035, 2014.10.14.), 지원금 분리 공시·제조업자별 장려금 공시·지원금 상한 폐지(배덕광 의원 등 10인, 의안번호 1912062, 2014.10.17.), 지원금 분리 공시·지원금 상한 폐지·지원금 및 장려금 차별 금지 폐지(한명숙 의원 등 10인, 의안번호 1912365, 2014.11.7.), 지원금 상한 폐지·지원금 공시 변경 신고(심재철 의원 등 10인, 의안번호 1912380, 2014.11.10.).

분리 공시를 다루고 있기⁷²⁾ 때문이다. 여기서 지원금 분리 공시란 이동통신사업자의 지원금과 이동통신단말장치 제조업자의 지원금을 분리하여 공시하는 것을 의미한다.

2. 지원금 분리공시와 기본권의 법률유보(기본권제한) 한계

우선 지원금 분리 공시에서 문제가 되는 부분은 이동통신단말장치 제조업자의 지원금 혹은 장려금을 공시하는 사항이다. 이 부분에 대해서 이동통신단말장치 제조업자는 영업비밀을 이유로 이를 거부하고 있다.⁷³⁾

반면 공정거래위원회는 ‘이동통신단말장치 제조업자는 이동통신사와 협의하여 소비자에게 지급하는 이동전화 단말기 보조금을 미리 반영하여 이동전화 단말기의 공급가 또는 출고가를 높게 책정하고, 이를 이동통신 서비스에 가입하는 소비자에게 지급하거나 지급하도록 함으로써, 소비자가 이동통신 서비스에 가입할 때 이동전화 단말기를 할인받아 실제보다 저렴하게 구입하는 것처럼 소비자를 오인시켜 자기와 거래하도록 유인하는 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 피심인이 이동전화 단말기 모델별 판매장려금 내역을 <별지 1>의 양식⁷⁴⁾에 따라 피심인의 홈페이지에 매월 공개(단, 공개위치는 홈페이지 내 이동전화 단말기 제품 소개화면과 밀접한 위치이어야 하며 구체적인 공개위치, 글자크기, 공개일정 등은 사전에 공정거래위원회와 협의를 거친 것이어야 한다)하는 경우에는 위 시정명령을 이행한 것으로 본다.’고 의결하였다.⁷⁵⁾

반면 법원은 앞서 영업비밀에 관한 논의에서 살펴본 바와 같이 ‘다른 경쟁사 등과의 관계에서 이동통신단말장치 제조업자의 영업활동에 중대한 제약을 초래’ 및 ‘이동통신단말장치 제조업자의 위반행위 내용과 정도에 비추어 과중한 측면이 있다’고 판시하여 공정거래위원회 공개명령을 취소하였다.⁷⁶⁾ 또한 규제개혁위원회는 방송통신위원회의 분리공시(안)에 대하여 ‘분리공시는 상위법인 단말기유통법의 위임범위를 넘어서는 것으로 판단되고 중요한 사항을 고시에 정하는 것은 규제법 정주의에 비추어도 적절하지 않으므로 이를 삭제토록’ 개선을 권고하였다.⁷⁷⁾ 다만 규제개혁위원회의 개선권고는 분리공시 자체에 대한 검토라기 보다는 위임법률의 한계에 관한 절차적인 사항 위반에 관한 것이므로, 상위법 즉 단말기유통법이 분리공시를 규정한 경우에는 문제가 되지 않으므로 이하 논의에서 제외하기로 한다.

72) 지원금 분리 공시·제조업자별 장려금 감독기관 제출·외국과 국내의 단말기 가격 차별 금지; 최인숙, 심현덕, 참여연대, 통신비 획기적 인하 실현 법안 청원 제출, 참여연대 보도자료(2015.2.11.), 첨부1 단말기유통법 개정안.

73) 서울고등법원 2014.2.6. 선고 2012누24346 판결.

74) 10만원 단위 구간으로 모델별 판매장려금을 공개하도록 하고 있다.

75) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2012-105호(2012.7.10. 2011서감2521).

76) 서울고등법원 2014.2.6. 선고 2012누24346 판결.

77) 지원금 공시 및 게시방법 등에 관한 세부기준 제정안(심사안건1, 의안번호 2014-351), 제344회 규제개혁위원회 개최 결과(2014.9.24.).

공정거래위원회는 소비자 보호를 위하여 사실상⁷⁸⁾ 지원금 분리 공시를 인용한 반면 법원은 우리 「헌법」 제37조 제2항에 근거하는 일반적 원칙인 비례원칙(최소침해의 원칙)에 위배될 여지가 크다는 이유로 이를 부인하고 있다. 그런데 법원의 판단대상이었던 공정거래위원회의 결정과 달리 단말기 유통법 개정안에 따라 지원금 분리 공시가 도입되면 이는 입법자의 결단에 의한 기본권의 법률유보(기본권제한)가 되므로, 이하에서는 법률유보의 한계를 검토할 필요가 있다.⁷⁹⁾

한편 이동통신시장에 대한 규제에서 대표적으로 법률유보의 한계가 검토되는 사항은 「전기통신사업법」 제28조 제2항⁸⁰⁾에 따른 통신요금인가제이다.⁸¹⁾ 사전규제인 통신요금인가제의 정당화 근거에 대해서는 이동통신사업자간의 유효경쟁질서가 파괴되어 사후규제만으로는 이를 회복하기 어려운 경우에는 사전규제가 정당화될 수 있다는 견해⁸²⁾와 우리 「헌법」 제37조 제2항에서 유추되는 목적적합성의 원칙, 비례의 원칙, 보충성의 원칙, 일몰의 원칙에 적합하다면 정당화될 수 있다는 견해⁸³⁾가 있다. 특히 후자는 일단 유효경쟁이 정착되거나 유효경쟁의 추세가 명확하게 나타나는 경우에는 사전규제가 더 이상 다른 이유로 유지되어서는 안 된다고 주장하고 있다.⁸⁴⁾ 후자의 이러한 논리는 단말기유통법 개정안의 지원금 분리 공시를 검토하는 경우에도 적용될 수 있을 것으로 생각한다.

결국 이동통신의 공공재 성격에 관해서만 주안점을 두어 단말기유통법 개정안의 지원금 분리 공시를 도입하는 경우에는 이동통신단말기 제조업자는 이동통신사업자가 아니므로 지원금 분리 공시를 받아들일 수 없으며 「헌법」 제37조 제2항에 근거하는 일반적 원칙인 비례원칙(최소침해의 원칙)에 위배되는 기본권의 법률유보가 된다는 논리가 파생될 수 있다.

78) 공정거래위원회가 의결할 2012년도에는 단말기유통법이 제정되지 않았다.

79) 참고로 단말기유통법에 대해서는 헌법소원이 제출되어 심리중에 있다; 헌법소원(이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률 제4조 제1항 등 위헌확인) 2014. 10. 4. 접수, 사건번호 헌재 2014헌마844. 또한

80) 「전기통신사업법」 (법률 제12761호, 2014.10.15.)

제28조(이용약관의 신고 등) ① 기간통신사업자는 그가 제공하려는 전기통신서비스에 관하여 그 서비스별로 요금 및 이용조건(이하 "이용약관"이라 한다)을 정하여 미래창조과학부장관에게 신고(변경신고를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)하여야 한다.

② 제1항에도 불구하고 사업규모 및 시장점유율 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기간통신사업자의 기간통신서비스의 경우에는 미래창조과학부장관의 인가(변경인가를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 받아야 한다. 다만, 이미 인가받은 이용약관에 포함된 서비스별 요금을 인하하는 때에는 미래창조과학부장관에게 신고하여야 한다.

81) 2010년 「전기통신사업법」 개정 이후에도 새로운 통신서비스를 제공하기 위한 신규요금제 출시의 경우 여전히 이동통신요금인가를 받아야 하는 상황이므로 「전기통신사업법」 제28조 제2항에 따른 통신요금인가제는 소매요금에 대한 규제일 뿐 아니라 시장지배적 사업자에 대한 비대칭 사전규제(ex ante regulation)로서의 성격을 가지며, 기본권인 직업수행(영업)의 자유의 핵심적인 내용에 해당하는 상품 내지 서비스 가격에 대한 자율적 결정권을 제한하는 것이므로, 이를 정당하다고 판단하기 위해서는 「대한민국 헌법」 제37조 제2항에 따른 기본권 제한 원리, 특히 과잉금지의 원칙에 따른 통제 원리가 구체적 통제기준으로 타당하다; 고환경, 통신요금인가제의 정당성 판단 기준과 개선 방안: 이동통신서비스를 중심으로, 경제규제와 법 제7권 제2호(통권 제14호)(2014. 11), 118면.

82) 이원우, 통신시장에 대한 공법적 규제의 구조와 문제점, 행정법연구(2004), 87면 이하.

83) 이봉의, 전기통신사업법상 시장지배적 사업자에 대한 비대칭규제의 문제점과 개선방안, 한국정보법학회(2011), 17면 이하.

84) 이봉의, 전제 논문, 17면 이하.

그러나 입법자가 또 다른 우리 「헌법」상의 가치인 소비자 보호를 실현하기 위하여, ①지원금 분리 공시가 고착화된 독과점 구조 해소라는 목적달성에 효과적인 수단이고(목적적합성의 원칙), ②소비자 보호에 필요 최소한의 범위에 국한하고 있으며(비례의 원칙), ③과열된 지원금 경쟁을 덜 제한하는 사후규제수단이 없고(보충성의 원칙), ④지원금 분리 공시의 목적이 달성되었는지 여부를 수시로 평가하여 그 완화, 폐지가 객관적이고 예측가능 한(일몰의 원칙) 지원금 분리 공시 제도를 도입하여 기본권의 법률유보를 한다면, 우리 법원도 더 이상 「헌법」 제37조 제2항에 근거하는 일반적 원칙인 비례원칙(최소침해의 원칙)에 위배를 논하기 어려울 것으로 보인다.

VI. 나아가며

단말기유통법은 소비자의 후생을 향상시키기 위한 법률이다. 그럼에도 불구하고 이 법이 환영받지 못하는 이유는 그 법률이 소비자의 후생보다는 규제 당국의 존재가치를 높이는 형태로 되어 있어,⁸⁵⁾ 소비자의 후생, 이동통신사업자, 이동통신단말기 제조업자, 대리점, 판매점 모두를 불편하게 만들었기 때문으로 생각된다. 결국 단말기유통법은 개정되어야 할 법률이라 생각되며, 만일 개정을 한다면 소비자 보호를 위하여 한시적인 이동통신단말기 지원금 분리 공시 제도를 도입하는 것 외에 다른 경쟁 제한적인 규제는 모두 삭제하는 것이 바람직해 보인다. 그리고 이동통신시장의 공정경쟁과 소비자 보호의 문제는 공정거래위원회의 적극적인 업무수행에 맡기고, 방송통신위원회와 미래창조과학부는 본래의 전문 규제 기관으로서 통신의 공공성을 유지하고 통신산업의 진흥과 표준화를 위해 전력을 다하는 것이 규제 수범자의 입장에서 좀 더 용이할 것으로 보인다. 이와 관련하여 2014년 10월 31일에 아일랜드는 공정경쟁과 소비자보호 분야를 함께 다루는 「경쟁 및 소비자보호법(2014)」을 제정 및 시행하고 있고,⁸⁶⁾ 프랑스에서도 이동통신사업자의 경쟁 관계는 공정거래위원회(Autorité de la concurrence)와 요금제는 소비법전을 중심으로 한 전자통신·우편규제국(ARCEP)으로 나누어 규제하고 있음을 참고할 수 있을 것이다.⁸⁷⁾

다음으로 단말기유통법의 지원금 또는 장려금 정보는 영업비밀에 속한다. 그러므로 영업비밀을 공시하는 것은 공정한 경쟁 및 시장의 기능 회복에 바람직한 것은 아니며, 영업비밀은 공개한다고

85) ‘규제의 효율성에 대한 사고의 변화는 규제 제도 자체를 새롭게 바라보는 사람들에 의해서 증진되고, 이러한 관심사항의 하나는 전문 규제자가 그들의 관료적 생존을 보장하기 위하여 그들의 권한을 계속해서 행사할 수 있다는 것인데, 비록 창조로 이끌 아무런 경제적 토대가 더 이상 존재하지 않는 경우에도 그러하다. 산업은 영원히 독점으로 잔존할 것이라는 예언에 기초하여 규제를 부과하는 것은 규제기관의 행위 자체를 통하여 이루어지는 자기만족의 예언이 될 수 있다’; Richard A. Posner, *Natural Monopoly and its Regulation*, 21 *Stan. L. Rev.* 548, 636(1969); James B. Speta, 권경현 역, 전계 논문, 91면 각주 38번 재인용.

86) 김성천, [아일랜드] 경쟁 및 소비자보호법(2014) 제정, *글로벌 소비자법제 동향 제1권 제5호(통권 5호)*, 한국소비자원(2014.10.31.), 11-15면.

87) 유현영, 프랑스에서 단말기 유통구조, *국회도서관 의회정보실 국외자료과*(2014.10.21.), 4-5면.

하여 시장의 기능이 경쟁 상태로 회복될 것이라는 보장도 없다.⁸⁸⁾ 특히 이동통신단말기 제조업자의 경우에는 지원금 또는 장려금 공시로 인하여 2012년 3월 15일부터 발효된 '대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(이하 "한·미FTA")'에 따른 '투자자와 국가 간 분쟁해결(Investor-State Dispute Settlement, 이하 "ISD")'이 제기될 위험성도 내포하고 있다.⁸⁹⁾ 그럼에도 불구하고 입법자가 우리 「헌법」상의 주요 가치인 소비자 보호를 실현하기 위하여, 목적적합성의 원칙, 비례의 원칙, 보충성의 원칙일몰의 원칙 등을 충족하는 지원금 분리 공시 제도를 도입한다면 단말기유통법이 목적으로 하고 있는 본래의 취지를 달성하기 위해 한 걸음 더 나아갈 수 있을 것으로 보인다. □

88) 첫째, 단말기 보조금 규제가 단말기 경쟁에 영향을 주지 못한다. 따라서 보조금 금지가 단말기 경쟁을 촉진할 것이라는 주장은 적어도 본 논문에서 다루는 모형으로 볼 때 지지되지 못한다. 둘째, 단말기 보조금을 금지할 때에는 서비스의 규제요금 수준을 낮추거나 서비스 요금 경쟁이 활성화되도록 해야 한다. 그렇지 않다면 보조금 금지는 소비자의 후생 저하를 초래할 것이다. 셋째, 서비스 요금이 경쟁 또는 규제를 통하여 낮아진다고 해도 소비자가 기업보다 높은 할인율을 갖는 한 소비자 후생은 낮아진다. 이것은 소비자의 지불액이 시간적으로 잘못 분배되는 비효율성에 기인한다. 넷째, 보조금을 금지하거나 제한하는 것보다는 분할납부기간을 조정하는 것이 바람직하다. 그것이 반드시 기간을 작게 하는 것이라 단정할 수는 없지만 현재의 서비스요금이 높은 수준인 경우에는 분할납부기간을 작게 하는 것이 단말기 가격경쟁을 촉진할 뿐 아니라 소비자 후생도 증가시킨다; 정인석, 단말기 번들링과 보조금: 단말기 경쟁 효과, 정보통신정책연구 제20권 제2호, 정보통신정책연구원(2013. 6), 99면.

89) 제11.5조의 공정하고 공평한 대우(Fair and Equitable Treatment)가 문제될 것으로 예상된다.

도서정가제와 쟁점 연구

김 봉 철*

목 차

I. 서설	47
II. 한국의 도서정가제	48
1. 도서정가제의 도입배경과 발전	48
2. 출판문화산업진흥법상 도서정가제 규정과 현황	50
III. 외국의 도서정가제 사례	52
1. 개 관	52
2. 프랑스의 도서정가제와 랑법	53
IV. 도서정가제의 평가와 공정거래법적 논점	55
1. 도서정가제에 대한 긍정론과 부정론	55
2. 현행 도서정가제 적용에 따른 시장의 변화 현상	56
3. 도서정가제 관련 공정거래법상 법리와 평가	58
V. 결 어-유통법적 문제점 발견과 제언	60

* 한국외대 국제학부, 법학박사

I. 서설

한국은 세계 7대 출판국으로 성장할 만큼 출판시장이 호황이었던 시기가 있었다. 그러나 1990년대 경제위기 이후, 대형 창고형 할인점에서 제한적으로 이루어진 도서의 할인판매가 학습서, 단행본, 사전 등 출판물 전 분야에 걸쳐 확대되었다. 또한 대형 할인매장과 도서대여점 및 인터넷의 발달로 출현한 인터넷 서점과 전자책의 등장으로, 1999년 기준 발행종류 10.1% 감소, 발행부수 51.8% 감소, 서점수 11% 감소 등 전체적인 출판시장이 침체되었다. 2000년 이후부터는 이러한 상황이 더욱 악화되었다.¹⁾

이와 함께 국내 중소서점은 여러 이유로 경영난을 겪었다. 대형 할인매장과 인터넷 서점의 할인 정책에 중소서점도 할인전략에 가세하는 등, 전반적인 도서가격 할인이 확산되었다. 일부 대형서점은 인터넷 서점과 오프라인 서점을 분리하여 도서의 판매가격을 분리하기도 하였다. 이러한 상황에서 도서정가제 개선논의가 진행되었고, 특히 출판과 서점업계를 중심으로 보다 강력한 도서정가제의 실현이 요구되었다.²⁾ 그러나 이 제도가 서점간의 가격경쟁으로 도서가격이 저렴해지는 가능성을 박탈할 수도 있기 때문에 소비자의 권리를 도외시한다는 비난도 있다.

도서정가제란 모든 서점들이 출판사가 정한 도서의 가격대로 판매하도록 정부가 일괄적으로 강제하는 제도이다. 도서가격의 지나친 인하경쟁으로 도서의 출간이 위축되는 것을 막기 위해서, 출판사가 정한 가격대로 판매하는 것을 허락하거나 이를 보호하는 것이 제도의 기본적인 골격이다. 이미 세계적으로도 여러 형태의 도서정가제가 시도된 바 있다.³⁾ 국내에서 도서정가제 도입 초기에는 신간, 온/오프라인 구매 등의 기준에 따라 다른 할인율이 적용되기도 하였다. 그러나 그동안 도서정가제의 운용에 관한 많은 지적과 평가가 계속되어왔고, 이를 바탕으로 2014년 11월 21일부터 모든 도서가격의 할인율을 고정시키는 개정된 도서정가제가 시행되었다.

아래에서는 도서정가제의 국내 도입과정과 최근 현황, 외국의 사례와 공정거래법적 검토를 통하여, 유통법 차원의 제도보완을 위한 제언을 시도해본다.

-
- 1) 국내 총 서점수는 1997년 5,407개에서 꾸준히 감소하여 2013년 1,625개로 크게 줄었다. 고용 측면에서 서점산업 종사자도 도매업의 경우 2005년 14,600명에서 2010년 11,081명으로 감소하였고, 소매업도 같은 기간 24,977명에서 20,782명으로 축소되었다[문화체육관광부, “개정 도서정가제 바로알기,” 보도자료, 2014. 11. 5].
 - 2) 이혜영, “도서정가제 사례연구: 규제와 소비자 보호의 딜레마-누구를 위하여 좋은 울리나,” 2013년 한국정책학회 동계학술대회, 한국정책학회, 2013, 5면.
 - 3) ‘책은 다르다(Books are different)’라는 표현은 영국에서 도서정가제를 지지하기 위해 처음으로 사용된 표현인데, 이것은 도서가 일반적인 상품과 달리 취급되어야 함을 가장 간명하게 나타낸다[Marja Appelman, “Fixed book price” in Ruth Towse (Ed.), *A Handbook of Cultural Economics*, Edward Elgar Publishing, 2003, Cheltenham UK, p. 237.

II. 한국의 도서정가제

1. 도서정가제의 도입배경과 발전

국내 출판/유통계는 크게 도서정가제와 위탁판매제도의 배경을 갖고 있다. 이는 도서정가제의 개정의 바탕이 되었다. 도서정가제는 도서의 재판매가격 유지계약에 의해 생산자(출판사)와 판매자(서점)간의 거래시 동일한 가격을 유지하는 방법이며, 공정거래법도 예외를 인정하는 제도이다. 그러나 대형 할인점과 인터넷 서점에서의 할인도서 판매가 서점업계의 큰 영역으로 자리를 굳히자 한국서점조합연합회와 한국출판인협회 측에서 문제를 제기하기 시작하였다.⁴⁾

한편, 위탁판매제도는 서점이 출판사로부터 책을 납품받아 판매하고, 판매하지 못한 재고도서는 제작주체인 출판사에 반품이 가능하도록 보장하는 것이다. 따라서 출판사는 출판된 책의 판매에까지도 책임이 있어 책이 반품되는 경우를 고려한 가격을 책정하여야만 한다. 이러한 위탁판매제도는 출판사의 경영에도 큰 부담이 되며, 뿐만 아니라 이러한 유통구조는 궁극적으로 판매 대행업소인 서점이 상품을 제작하는 출판사보다 우월한 입장에 설 수밖에 없는 구조를 갖는다. 위탁판매제도와 더불어 현금결제가 아닌 어음거래가 관행화 된 시점에서 출판사는 이중으로 부담을 지게 되었다.

도서정가제에 관하여 보다 자세히 살펴보면, 이 제도는 서적의 가격거품을 방지하고 건전한 출판유통 질서의 확립을 위하여 1977년부터 출판·서점업계의 자율협약을 바탕으로 시행되었다. 1981년 시행된 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률(공정거래법)’도 도서를 비롯한 저작물의 재판매가격 유지를 예외적으로 허용하였다. 이러한 도서정가제는 다수 중소형 출판사와 서점의 활발한 시장진입과 준립의 바탕이 되었고, 한국은 이를 통해 세계 10위권의 출판대국으로 성장하는 발판을 마련하였다. 독자들 역시 저렴한 전국 균일가에 의해 문화경제적·교육적 혜택을 누릴 수 있었다.

1990년대 중반부터 도서에 대한 가격파괴와 할인형 인터넷서점의 등장으로 인해 도서정가제는 위기에 직면하였다. 기존의 자율협약에 따른 정가판매제도는 할인행위 규제가 어려웠고, 이러한 문제를 해결하기 위해서 도서정가제를 강제하는 법제화가 시도되기도 하였다. 1999년에는 ‘출판 및 인쇄진흥법’을 추진하였으나 공정거래위원회의 반대로, 2000년에는 규제개혁위원회 반대로 무산되었다.⁵⁾ 결국 출판시장 질서의 안정화에 기여할 목적으로 2002년에 제정되고 2003년에 시행된 ‘출판 및 인쇄진흥법’은 도서정가제를 처음으로 법적으로 규정하였고, 이와 연동하여 공정거래법 역시 출판물에 대한 재판매가격유지행위에 대한 예외를 설정하였다.⁶⁾

4) 김광석 외, 『「도서정가제 개정 법률(안)」의 경제성 분석』, 현대경제연구원-한국출판문화산업진흥원, 2013, 24면.

5) 1999년 공정거래법 제29조 및 시행령 제43조에 의한 재판매가격유지조항에서 도서를 예외로 인정한다는 개정과 ‘저작물의 정가유지에 관한 법률(안)’이 제출되어 입법화가 추진되었으나, 당시 공정거래위원회가 반대하면서 이러한 노력이 무산되었다. 법안 상정을 위한 논의 과정에서 특히 문제가 된 부분은 인터넷서점의 할인판매 허용 여부였는데, 당시에 무조건 할인판매를 금지할 경우 인터넷서점의 준립근거가 없어진다는 지적이 있었다.

6) 이 법은 당시 기본적으로 5년 한시법으로 출발하였고, 출판 분야별 정가제 대상이 연차적으로 축소되고, 잡지는

그러나 이 법은 당초 목표와는 전혀 상반된 악법으로 기능하며 출판시장에 극도의 혼란만 가중시켰다는 비판을 받았다.⁷⁾ 이러한 비판에 따라, 2007년에는 법명의 변화와 함께 ‘출판문화산업진흥법’에서 개정이 이루어졌다. 이 개정으로 도서정가제에 관한 기존의 한시적용이 폐지되었으며, 오프라인 서점도 동일하게 10% 할인이 이루어졌다. 이후 2010년에는 법률의 변동없이 시행규칙만 세부적으로 개정되어, 최대 19%까지 할인이 가능해졌다. 2012년에는 다시 법률이 개정되어, 전자출판물에도 도서정가제가 적용되었다.

이후 도서정가제 기준은 여전히 많은 비판의 대상이 되었고, 2013년부터 다시 본격적인 개정논의가 진행되었다. 논의의 주된 내용은 각종 예외의 폐기와 원칙에 가까운 도서정가제의 규범화였다.⁸⁾ 당시 논의는 도서정가제가 입법취지와 다르게 공정거래법 규정에 의해 재판매가격유지 대상 저작물의 종류와 유통범위를 제한하는 모순이 있고, 예외를 지나치게 넓게 인정한다는 비판을 수용한 것이었다.⁹⁾ 이러한 작업은 2014년 마무리되었고, 개정된 출판문화산업진흥법 제22조와 시행령 제15조를 근거로 새로운 도서정가제가 시행되었다.

출판문화산업진흥법(구 출판 및 인쇄진흥법)상 도서정가제의 도입과 변천과정은 다음과 같다.

년도	제정 및 개정 규범	주요 내용
2002	출판 및 인쇄진흥법	- 도서정가제 법제화 - 2년 미만 도서 적용, 온라인서점만 10% 할인 - 5년간 한시적용
2007	출판문화산업진흥법 개정	- 1년 6개월 도서 적용 - 오프라인 서점도 동일하게 10% 할인 - 한시적용 규정 폐지
2010	출판문화산업진흥법 시행규칙 개정	- 10% 기본할인에 더해 간접할인 9%의 추가할인 허용
2012	출판문화산업진흥법 개정	- 전자출판물의 도서정가제 적용으로 종이책과 전자책 모두 도서정가제 시행
2014	출판문화산업진흥법 개정	- 대상범위 예외 폐지와 적용제외 기관 축소 - 15% 이내 할인 제한 - 전면적으로 제도 시행

제외시켰다. 도서 출간 후 1년 이내로 정가제 기간을 한정했을 뿐만 아니라, 출간 1년 미만의 책이라도 인터넷서점에는 10% 할인과 무제한의 마일리지(판매금액 누진 할인)를 허용했다.

- 7) 가격경쟁이 어려운 중소 서점이나 출판사의 고사 행진, 가격 양등과 거품가격에 의한 소비자의 피해, 동네서점 폐업에 따른 사회적 약자들(지방 거주자, 노인, 어린이, 신체 부자유자)의 도서 접근권 제한은 물론, 거시적으로는 미래 경쟁력의 원천인 지식유통의 동맥경화 현상을 초래하였다[사단법인 한국서점조합연합회, http://www.kfoba.or.kr/contents/sub0201_1_3.asp, 검색일 2015. 3. 20].
- 8) 의안 제1903267호, 『출판문화산업 진흥법 일부개정법률안』, 2013. 1. 9.
- 9) 위에서 살펴본 바와 같이, 개정 전의 규정에 따르면 발행일로부터 18개월 미만 도서(신간도서)는 19%까지 할인이 가능하고 발행일로부터 18개월이 경과한 도서(구간도서)와 실용서, 초등학습참고서, 국가기관 등에서 구입하는 도서는 무제한 할인이 가능하였다.

2. 출판문화산업진흥법상 도서정가제 규정과 현황

개정된 도서정가제는 기존의 여러 가지 예외들을 대폭 삭제하면서, 할인을 적용도 되도록 축소 한 것이 특징이다. 이를 위하여 2014년 출판문화산업진흥법 개정으로 제22조(간행물정가표시 및 판매) 제3항의 공정거래법 제29조 제2항과 관련된 부분이 삭제되었다. 또한 같은 조 제4항 제1호와 제4호가 삭제되었으며, 제2호(도서관에 판매하는 간행물) 규정은 일부 개정되었다. 이와 같이 변동된 출판문화산업진흥법 제22조의 규정은 현재 다음과 같다.

제22조(간행물 정가 표시 및 판매) ① 출판사가 판매를 목적으로 간행물을 발행할 때에는 소비자에게 판매하는 가격(이하 "정가"라 한다)을 정하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 간행물에 표시하여야 한다.

② 발행일부터 18개월이 지난 간행물은 대통령령으로 정하는 바에 따라 정가(定價)를 변경할 수 있다. 이 경우 정가표시는 제1항을 준용한다.

③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 전자출판물의 경우에는 출판사가 정가를 서지정보에 명기하고 전자출판물을 판매하는 자는 출판사가 서지정보에 명기한 정가를 구매자가 식별할 수 있도록 판매사이트에 표시하여야 한다.

④ 간행물을 판매하는 자는 이를 정가대로 판매하여야 한다.

⑤ 제4항에도 불구하고 간행물을 판매하는 자는 독서 진흥과 소비자 보호를 위하여 정가의 15퍼센트 이내에서 가격할인과 경제상의 이익을 자유롭게 조합하여 판매할 수 있다. 이 경우 가격할인은 10퍼센트 이내로 하여야 한다.

⑥ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 간행물에 대하여는 제4항 및 제5항을 적용하지 아니한다.

1. 삭제 <2014.5.20>

2. 사회복지시설에 판매하는 간행물

3. 저작권자에게 판매하는 간행물

4. 삭제 <2014.5.20>

5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 간행물

⑦ 제5항에서 "경제상의 이익"이란 간행물의 거래에 부수하여 소비자에게 제공되는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

1. 물품

2. 마일리지(판매가의 일정 비율에 해당하는 점수 등을 말한다)

3. 할인권

4. 상품권

5. 제1호부터 제4호까지에서 규정한 것 외에 소비자가 통상 대가를 지급하지 아니하고는 취득할 수 없는 것이라고 인정되는 것

출판문화산업진흥법 개정으로, 도서정가제는 기존 대상 범위에 포함되지 않았던 실용서와 초등학교 학습 참고서까지 적용되어 예외가 사라졌다. 과거 실용서와 초등학교 학습도서에 대한 예외를 허용하던 시기에는, 인문도서 등을 실용서로 포장하여 예외를 적용받기 위한 편법행위가 있었으나, 그러한 의미가 사라진 것이다. 또한 과거 도서정가제 적용대상 도서가 발행된 후 18개월 이내의 신간도서만으로 한정되었으나, 신간도서가 전체 도서시장에서 차지하는 비중이 크지 않았던 점을 고려하면 이러한 제한은 도서정가제의 효과를 확대하지 못하는 것이었다.¹⁰⁾ 이를 반영하여 신간도서에만 적용하던 제한도 삭제하였다.

또한 발행된 후 18개월이 지나야만 도서의 정가를 변경할 수 있도록 하였다. 묶음상품(세트 도서)은 애초부터 묶음으로 기획되지 않은 낱권의 도서를 임의로 결합하여 판매할 때 상품의 가격은 각 권의 가격의 합과 동일해야 한다. 심지어 흠집이 난 도서인 이른바 ‘리퍼 도서’ 역시 도서정가제의 적용대상에 해당되며, 국제도서전 등의 축제기간에도 할인판매는 제약된다.

적용제의 기관을 대폭 축소할 것도 중요한 변화이다. 기존에는 도서관, 사회복지시설 뿐 아니라, 국가기관, 지방자치단체, 공공단체의 도서실·자료실에 판매하는 도서, 군부대, 교도소 등에 판매하는 도서 등은 도서정가제 적용에서 제외하였다.¹¹⁾ 그러나 2014년 개정으로 사회복지시설만 제도의 예외기관으로 지정되었으며, 공공기관 및 도서관도 예외기관에서 제외되었다. 결과적으로 도서관을 비롯하여 국가, 지방자치단체, 공공기관의 자료실 등에서 구매하는 모든 도서는 도서정가제를 적용하는 것이다.

할인가능성의 범위도 대폭 축소되었다. 기존에는 도서 정가의 10% 이내의 할인에 더하여, 실제 판매가격의 10% 범위 내에서 경품과 마일리지 등 다양한 혜택(경제상의 이익, 즉 간접할인)을 실질적인 할인으로 제공할 수 있었다. 그러나 새로운 기준에 따르면, (직간접의) 어떠한 방식이든 도서 정가의 15% 이내에서만 할인이 제공될 수 있고, 특히 (직접적인) 가격할인은 10% 이내에만 제공할 수 있도록 기준을 강화하였다. 출판문화산업진흥법상 개정된 도서정가제의 내용을 정리하면 아래와 같다.

구분	개정 전	개정 후
대상범위	모든 도서 (실용서, 초등학교 학습참고서 제외)	모든 도서
적용 간행물 발간기간	발간 18개월 이내 간행물 (신간)	발간 기간과 무관한 모든 간행물(신간+구간) 발간 후 18개월 경과한 구간은 재정가 설정(정가변경) 가능

10) 2012년 11월 기준 국내도서 약 43만종 중에서 당시 도서정가제의 적용을 받는 대상은 12.8%에 불과하였다[백원근, “도서정가제는 독서 생태계의 기초를 다진다,” 『인물과 사상』 Vol. 179, 인물과 사상사, 2013, 139면].

11) 따라서 당시 도서관 등은 일반적으로 최저가 경쟁입찰방식으로 도서구매가 이루어졌다.

할인가능 범위	정가의 10% 가격할인+판매가격의 10% 간접할인 가능	정가의 15% 이내에서 자율적으로 가격할인과 간접할인 조합 (단, 가격할인은 10% 이내로 제한)
적용예외 기관	도서관, 사회복지시설, 국가/지방자치단체 등 공공기관	사회복지시설

Ⅲ. 외국의 도서정가제 사례

1. 개 관

도서정가제의 역사는 19세기에 시작되었다. 당시 서유럽의 출판업자와 서적상들은 대중에게 판매하는 도서의 가격을 고정하는 협정을 체결하였다. 1829년 영국의 출판업자들이 처음 소매점의 과도한 할인에 대처하기 위해 도서정가제를 적용한 이후, 덴마크(1837년), 독일(1888년), 프랑스(1889년) 등으로 도서정가제가 확산되었다. 서구유럽에서 이 제도가 출현하게 된 배경은 경쟁으로 인해 고급서적 출간이 위축되는 상황을 배제하기 위함이었다고 한다.

현재도 여러 국가에서는 도서정가제를 출판산업을 보호하는 중요한 수단으로 평가하여 활용하고 있다. 세계 10대 도서 판매 국가 중에서 독일, 일본, 프랑스, 이탈리아, 스페인, 한국에서 도서정가제를 시행하고 있으며, 독일, 프랑스, 스페인, 이탈리아, 네덜란드 등 유럽 국가를 포함한 10개국 정도는 직접적인 법률로서 도서정가제를 시행 중이다. 일본, 노르웨이, 덴마크, 헝가리 등 4개국 정도는 사업자 사이의 협약에 의해 도서정가제가 유지되고 있다고 한다.¹²⁾ 전체적으로 도서정가제는 5~15%, 특별 경우에는 5~20% 사이에서 융통성을 부여하는 것으로 규정하고 있으며, 적용기간은 1~2년으로 한정되어 진행된다.¹³⁾

도서정가제를 실시하는 이러한 국가들의 대체적인 이유는 ‘자국어 출판을 보호하기 위한 장치’로써 도서정가제가 유용하다는 판단에 근거한다. 특히 국가가 주도적으로 문화콘텐츠산업을 육성하는 프랑스와 독일은 전통적으로 다양한 출판진흥제도를 도서정가제와 함께 시스템으로 구축하고 있다.¹⁴⁾ 특히 프랑스는 도서정가제의 근거법인 ‘랑법’ 이외에 최근 ‘반아마존법’까지 제정하여 인터넷 서점의 할인 및 무료배송을 금지시키는 것을 넓은 의미의 도서정가제에 포함시켰다.

벨기에의 경우 1984년 도서정가제를 폐지한 후 독자가 많은 베스트셀러와 여행안내서와 같이

12) 한국출판문화산업진흥원, 『OECD 회원국 도서가격 법제 현황』, 2013, 3면.

13) 이득연, 『도서정가제와 소비자』, 소비자정책동향 56호, 한국소비자원, 2014. 11. 28, 6면.

14) Vanessa Fuhrmans, “In Much of Europe, Book-Pricing Battles Are Banned”, The Wall Street Journal, 2009. 10. 30.

회전이 빠른 책들은 점점 더 잘 팔리고, 회전율이 낮은 도서는 팔리지 않는 현상으로 인해 도서 소매상의 수가 현저히 줄고 반면 대형 서점과 대형 매장에서의 도서판매율이 지배적으로 되었다.

미국과 영국, 캐나다 등 영어권 국가들과 일부 북유럽 국가들은 도서정가제를 시행하지 않는다.¹⁵⁾ 이들 국가들은 출판산업이 매우 작은 상황이거나, 영어를 바탕으로 글로벌 시장을 유지하기 때문에 시장경제의 논리를 따른 것으로, 출판 시장의 효율성을 보다 강조하는 입장이다. 이들은 도서정가제의 ‘고정가격’이라는 개념 자체가 불합리하고 비생산적이며, 자유시장경제의 기본개념에 모순되는 것으로 간주한다. 이러한 결과로 미국과 영국은 상위 20개 정도의 출판사가 전체 시장 매출의 97%를 차지하여, 중소기업체가 위축된 출판생태계를 외면하는 현상이라고 평가되기도 한다. 그러나 가격경쟁이 합법화되므로 도서정가제가 시행되고 있는 프랑스나 독일에 비해 미국과 영국의 도서가격이 낮다.¹⁶⁾

2. 프랑스의 도서정가제와 랑법

프랑스는 1981년에 세계 최초로 도서정가제를 법제화한 이후, 여러 가지 법제의 보완을 통하여 도서정가제를 발전시켰다. 프랑스의 도서정가제의 기초인 랑법은 프랑스의 문화부가 서점들이 대중을 상대로 모든 종류의 책을 공급할 수 있도록 하기 위해 시작한 입법이다. 즉, 서점에 좀 더 많은 이익이 돌아가게 하는 데에 역점을 두었다.

1981년 사회당 집권 당시의 문화부 장관이었던 자크 랑(Jack Lang)이 대형서점으로부터 독립서점을 보호하기 위해 도서정가제법의 초안을 작성하였는데,¹⁷⁾ 랑은 “책을 다른 상품과 달리 취급”한다고 하여, 프랑스 출판시장이 수익논리에만 좌우되지 않는 문화적 색채를 강하게 가진다는 신념을 표현하였다. 이러한 사고가 시장의 논리를 근간으로 하는 경쟁법의 기본원칙에 도서상품에 대한 예외를 설정하는 바탕이 되었다.

전체 10개조로 구성된 랑법의 3가지 목적은, 독자를 위해 동일한 도서가격을 제시하고, 전국적으로 강력한 서점망을 유지하며, 출판의 다양성을 보존하는 것이다. 이러한 랑법에 따라서 프랑스 출판사는 도서의 정가를 정하고, 서점이나 슈퍼마켓 등 소매 유통 업체들은 5%까지만 할인할 수 있다. 이를 통해 대규모 체인점이 소규모 경쟁자들과 공격적인 가격 할인 전쟁을 벌이는 것을 효과적으로 막아냈다. 랑법은 유럽에서도 민간 협정으로만 유지되었던 도서정가제를 세계 최초로 법률로 규정하였다는 점에서 의의를 지니며, 이후 스페인, 포르투갈, 이탈리아, 독일 등지에서도 도서정

15) 2013년 기준으로 OECD 국가에서 20개국만 도서정가제를 시행하지 않는다고 한다.

16) 조성익, “도서정가제와 도서소비자의 편익”, 『KDI Focus』 통권 제48호, KDI, 2014. 11. 14, 6면. 그러나 이러한 영미국가들의 출판과 도서판매시장 역시 전자책 및 인터넷 서점의 확대 등으로 기존 오프라인 서점의 위축현상이 심화되기도 한다[정세일, “2011년 출판 생태계를 관통한 키워드 도서정가제와 전자책”, 한국과학기술정보연구원(KISTI), 『프린팅코리아』 제10권 제12호, 2011, 120면].

17) 법안은 프랑스 의회에서 만장일치로 통과되어 1981년 8월 10일 공포되었다.

가제를 법률로 제정하는데 영향을 주었다.

랑법의 구체적인 내용에 따르면, 도서의 가격표시는 의무사항이며 이 원칙에는 그 책의 종류에 대해서도 예외가 없다. 만일 출판사가 가격 변경을 결정하기 위해서는 소매상에게 이를 충분히 고지해야 하며, 출판사가 초기 판촉가격을 매기기로 결정하면 해당 가격은 추후에 적용되는 일반 판매가격과 같은 조건을 표시된다. 소매상의 경우, 수입업자나 출판업자가 책정한 가격의 95% 내지 100% 이내에서 소매정가를 책정할 수 있으며, 법적으로 허용된 할인율인 5%의 한도 내에서 할인을 적용할 경우 도서에 할인된 가격을 명시해야 하지만 (그 어떠한 경우에도 5% 이상의 할인율은 적용될 수 없다), 매장 내 도서들에 대하여 균일한 할인율을 적용할 경우에는 이를 명시하지 않아도 된다. 하지만 할인을 적용하는 사실은 광고로 미리 공지되어야 하며 일반 도서에 대해서는 일괄적인 가격을 정확히 명시해야 된다.

‘자유가격’ 기간이 없다는 것은 우리나라와 공통된다. 개학이나 학기 말, 또는 도서 관련 축제의 경우에도 5% 이상의 할인은 불가능하며, 연중 어느 기간이나 어느 장소에서도 5% 이상의 할인은 불법이다. 또한 어느 범위의 독자에게도 5% 이상의 ‘동업자 할인’은 법에 근거하여 처벌받게 된다. 온라인 서점의 무료배송에 관하여, 프랑스는 무료 발송 및 포장을 간접할인으로 인정하지만, 이는 랑법이 규정하는 의미의 할인으로 간주하지 않고 소매업자가 자의로 마진을 없애는 경우라 판단하여 허용한다. 한편, 프랑스에서는 교육기관을 위한 도서에 관해서 5% 이상의 할인을 허락한다.¹⁸⁾

프랑스는 랑법 제정 이후에도 여러 법적 보완을 통하여 도서정가제를 공고히 하였다. 예를 들어, 2002년에는 ‘도서관 도서대여 보상과 작가의 사회적 보호에 관한 법’을,¹⁹⁾ 2011년에 전자책에 도서정가제를 적용하는 ‘디지털 서적에 관한 법’이 별도로 제정되었다. 최근에는 이른바 ‘반아마존 법’까지 시행하여 도서정가제를 발전시켰다.

랑법 시행 이후 프랑스 서점업계의 경쟁 방식은 더 이상 가격에 의존하지 않고, 질과 서비스를 통한 경쟁으로 대체되었다. 소매사의 입장에서 매출을 늘리기 위해 신간안내, 광범위한 도서종류 확보, 판촉 활동 등의 서비스와 질을 높일 수밖에 없었고, 결과적으로 질적 경쟁이 가격 경쟁을 대신하는 현상을 가져왔다.²⁰⁾ 이에 따라 프랑스는 전 세계에서 가장 서점 밀집도가 높은 국가가 되었다. 프랑스에는 출판사나 유통업체 또는 체인점과 무관한 최대 800개의 독립서점을 포함하여 3500개의 전통서점들이 존재한다.²¹⁾

18) 랑법 전문과 자세한 내용에 관하여는 [사단법인 한국서점조합연합회 홈페이지(<http://www.kfoba.or.kr>)]를 참고할 것.
19) 이 법 제4조에 따르면, 이 법을 적용하는 도서에 대해서는 최대할인율을 정가의 5%에서 9%로 확대한다. 이러한 할인은 공공기관과 교육/연구기관 등이 판매의 목적이 아니라 자체 사용목적으로 구입하거나 공공도서관이 도서를 구입하는 경우에 적용된다. 이 구입가격에는 도서대여에 대한 보상금이 포함된다.
20) 사단법인 한국서점조합연합회, <http://www.kfoba.or.kr>, 검색일 2015. 3. 20.
21) 프랑스는 랑법을 통하여 입법취지이자 목표였던 ‘도서의 동일한 가격, 도서의 평등 확보, 유통체계의 집중화 방지, 출판물의 창작과 출판의 다양성 보장’ 등을 달성한 것으로 평가된다. 서점경영이 어려우면 세금면제까지 시도하는 방법으로 전통서점들을 보호하겠다는 ‘문화적 예외’ 정책의 또다른 실현이기도 하다.

IV. 도서정가제의 평가와 공정거래법적 논점

1. 도서정가제에 대한 긍정론과 부정론

도서정가제에 관한 평가는 국내외 기존의 많은 연구에서 다양하게 나타나고 있다. 이러한 의견들을 모두 정리하는 것은 어려운 일이지만, 주로 사용되는 논거를 예시로 검토하면 다음과 같다.

우선 긍정적인 면을 강조하는 의견은, ① 도서정가제가 영세한 소규모 서점과 출판사들의 경쟁력을 높여준다고 한다. 도서정가제의 도입 이전에는 도서가격에 대한 과도한 할인경쟁으로 창작자를 포함한 소규모 출판사 또는 서점들이 경쟁력을 잃지만, 도서정가제의 도입으로 서점의 크기나 프랜차이즈에 상관없이 도서판매가격이 평등해지므로 공정한 가격경쟁이 가능해진다고 보는 것이다. 따라서 이러한 논리에 따르면, 도서정가제는 대형과 소형 및 인터넷 서점의 공존이 가능하다고 한다.

② 여러 유형의 서점이 공존한다는 것은 소비자 이익에도 도움이 된다. 우선 많은 서점이 존재한다는 것 자체가 소비자의 도서접근권을 확대하는 기능을 가진다.²²⁾ 또한 소비자는 생활공간 주변에서 멀리 떨어진 서점으로 가지 않아도 되므로 간접비용과 기회비용의 절감을 기대할 수 있다. 게다가 할인판매를 전제로 한 도서가격의 거품이 빠지면서 도서가격의 안정이 이루어지고, 다양한 가격의 도서가 소비자의 선택을 기다릴 수 있다.

③ 도서정가제가 출판되는 도서의 질을 높일 수 있다. 경제학적으로 보았을 때, 출판사의 입장에서 이익이 남는 책을 출판하려고 한다. 만약 할인을 적용에 제한이 없다면 높은 판매율을 자랑하는 저자를 중심으로 출판시장이 형성되고, 신인들의 작품은 출판시장에 진입하기 어려울 것이다. 장기적으로 보았을 때, 도서정가제는 위와 같은 긍정적인 상황 속에서 신인들의 저작활동을 자극하고 출판가능성을 확대하여 다양한 출판물에 의한 문화의 다양성이 확보될 것이다. 출판시장은 도서정가제를 통해 더욱 다양하고 수준 높은 도서를 기대할 수 있다.²³⁾

그러나 도서정가제에 대한 부정적인 시각도 많다. ① 도서정가제는 작은 서점들을 보호하기 위한 제도이지만, 근본적으로 자유경쟁의 원칙에 예외를 설정하여 도서가격에 대한 담합을 허용하는 것이다. 따라서 도서의 평균판매가격이 높아져 소비자의 부담이 커지고 선택권이 제한받을 수도 있다.²⁴⁾ 이러한 현상이 오히려 도서소비의 감소, 출판시장의 위축을 가져올 가능성이 있다. 문화적 가치 보존을 명분으로 하는 도서정가제가 도서가격을 높이고, 비효율적인 기업을 시장에 잔류시키

22) 앞의 이득연, 『도서정가제와 소비자』, 소비자정책동향 56호, 한국소비자원, 2014. 11. 28, 8면.

23) 위의 이득연, 『도서정가제와 소비자』, 소비자정책동향 56호, 한국소비자원, 2014. 11. 28, 8면.

24) 실제로 최근 많은 관심을 받은 도서인 미생9권 세트의 가격이 도서정가제가 전면 시행되기 전날에는 9만 9천원에서 40%가 할인된 5만 9천원에 판매되었지만, 도서정가제가 시행되면서 10%만이 할인된 8만 9천 백원으로 가격이 조정되었다[고동현. “‘도서정가제 전면 시행’ 미생 전집 5만 9천원 -> 8만 9천원으로 경총, 결국 호갱님 인증?”, 아주경제, 2014. 11. 21].

기도 한다.²⁵⁾

② 도서정가제의 애초 목표인 중소상권 보호는 표면적인 이유가 될 수 있다. 과연 도서의 가격을 일률적으로 설정하는 것이 중소서점의 상권보호에 효과적인 것인지 의문이라는 것이다. 오히려 작은 서점들의 몰락이라는 사회적 문제가 대형서점과의 가격경쟁에 기인한 것인지, 아니면 도서의 다양성을 갖추지 못한 이유인지 등에 대한 체계적인 검토가 명확하게 이루어지지 못했다는 비판이 가능하다. 또한 편리한 온라인 구매와 e-book의 발전이 오히려 도서구매에 영향력을 미친 것이 아닌지에 대한 검토도 필요하다.

2. 현행 도서정가제 적용에 따른 시장의 변화 현상

2014년 최종 개정된 도서정가제의 시행에 따른 여러 가지 변화가 나타나고 있다. 이러한 현상은 긍정적인 부분과 부정적인 부분으로 나눌 수 있다. 출판업계는 도서정가제 시행 직전까지 경쟁적인 할인행사를 펼쳤다.²⁶⁾ 일부 대형 온라인 서점에서는 높은 할인율을 이용하기 위해 소비자들이 대거 접속하여 홈페이지가 마비되기도 하였다.²⁷⁾ 일부 전문가들은 도서정가제 시행에도 불구하고 대형서점들의 영업이익이 줄지 않을 것이라 예상하였다.²⁸⁾

긍정적인 면을 살펴보면, 신간도서의 최종 판매가격이 평균적으로 하락하여 도서가격의 거품이 빠져지면서 도서가격의 안정화 조짐이 보이고, 구간이 대부분을 차지하던 베스트셀러 순위가 상당수 신간으로 교체되어, 도서가 가격이 아닌 가치로 평가받는 추세가 자리잡는 것이라고 평가되기도 한다.²⁹⁾ 실제로 2014년 11월 19,456원이던 도서의 평균 정가에 비해서 2015년 2월의 평균 정가는 18,648원으로 대략 4.2% 하락하였다.

지역 중소서점의 매출에 대해서도 긍정적인 효과를 기대하고 있다. 일부 지역서점은 문화체육관광부와 지방자치단체들의 공조로 공공도서관과 학교도서관에 도서를 공급하여 매출증가를 기대하고 있다. 또한 국립중앙도서관의 경우 관내에 지역 서점을 유치하여 시범적으로 운영하는 등 다양한 시도를 하고 있다.³⁰⁾ 서울시 교육청은 ‘지역 중소 서점을 통한 도서구매 활성화 추진 계획’을 내놓았다. 이러한 계획에 따르면, 서울시내 초, 중, 고교 1333곳과 도서관 및 평생학습관 21곳은 1000만원 미만의 도서를 구입 시 동네 서점을 이용한다. 본래 최저가 경쟁으로 입찰이 되던 공공

25) 앞의 조성익, “도서정가제와 도서소비자의 편익”, 『KDI Focus』 통권 제48호, KDI, 2014. 11. 14, 1면.

26) 특히 개정된 도서정가제가 학습서 및 참고서도 포함하기 때문에 당시 교육출판업계는 최고 90%까지의 할인율을 적용하였다.

27) 이러한 대형서점에서의 ‘솔림’현상 때문에 대형서점이 일시적이거나 도서정가제의 혜택을 톡톡히 보았다고 할 수 있다.

28) 김수정, “도서정가제, 대형서점 솔림현상 부채질,” 비즈니스포스트, 2014. 11. 21.

29) 백은영, “도서정가제 시행 100일, 과연 가격 거품 빠졌나,” 『천지일보』, 2015. 3. 4.

30) 문화체육관광부, 『시행 100일 맞은 개정 도서정가제, 일단 연락처 성과』. 보도자료. 2015. 3. 2.

기관의 도서 구매가 같은 가격으로 구입되기 때문에 동네 서점도 대형 서점과 마찬가지로 경쟁력을 가질 것이라는 분석이다.

그러나 부정적인 영향도 있다. 반면에 도서의 할인율에 제약이 생겨서 실제로 도서를 구입하는 소비자는 줄었다. 이러한 결과로 서점에서는 도서이용 후 구매하지 않는 경우가 많아 도서관리에 어려움이 따르고 있다고 한다.³¹⁾ 적용 예외에서 제외된 도서관의 경우에 도서구매에 문제가 발생한다는 의견도 있다. 한국대학도서관연합회에 따르면 도서정가제가 대학도서관의 현실을 감안하지 않아 일선에서 많은 혼란이 생기고 있다고 한다. 또한 교육문화체육관광위원회의 검토보고서에 따르면 국내 대학도서관의 자료구입비는 미국의 21%밖에 되지 않을 정도인데, 도서정가제의 시행으로 대학도서관 간행물 구입이 더욱 급격하게 줄어들 것으로 예상된다.

출판업계도 많은 변화가 있었다. 발행일로부터 18개월 이내의 신간과 구간 모두가 도서정가제의 대상이 되면서, 서점들이 보유한 구간 도서들을 대량으로 반품하기 시작했다. 따라서 이미 구간을 보관하던 창고에 다량의 반품 구간까지 처리해야 하는 출판사는 보관/물류비용을 감당하지 못하는 상황에 이르렀다. 서점들은 재고부담으로 진열도서를 최소화 하려는 반면, 출판사들은 도서 진열과 노출 경쟁으로 광고료를 대폭 상승시켰다. 온라인 서점이나 대형 서점들은 광고료를 통해서 이익을 얻은 바 있다.

개정된 도서정가제 시행 후, 미래엔(구 대한교과서)와 민음사가 운영하는 아동출판브랜드 ‘아이세움’과 ‘비룡소’가 도서정가제 위반 여부에 대한 심의대상이 되었다. 미래엔에서 운영하는 ‘아이세움’은 홈쇼핑에서 어린이용 세트 도서를 독점적인 할인 가격으로 제공했다는 점에서 의혹을 받았고, 민음사의 어린이 출판브랜드인 ‘비룡소’는 본래 운영하던 북클럽 ‘비버’의 멤버를 홈쇼핑을 통해 모집하는 과정에서 경품과 할인된 가격으로 도서를 제공했다는 점에서 도서정가제 위반에 대한 의혹을 받았다.

그러나 도서정가제를 위반하여 적용되는 법적 제재는 100만원 안팎의 과태료 부과에 불과하다. 출판업계는 유통채널별 공급가격을 차별한 사실이 드러나면 출판유통심의위원회를 통해 판매정지 등 제재조치를 할 수 있도록 자율협약을 맺고 있다.³²⁾ 출판유통심의위원회는 2014년 11월 새로운 도서정가제의 시행 이후 한국출판문화산업진흥원 산하에서 운영되어 온 것으로, 2015년 1월 다산북스에 대해 15일간의 판매정지 제재를 내렸다.

위와 같이 도서정가제 시행 이후 서점과 출판업계는 여러 가지 변화를 겪었다. 부정적인 측면에서는, 단기적으로 도서관의 도서구입 총수가 줄어들고 소비자의 이익과 구매를 감소시킬 것이라는 우려가 있다. 그러나 장기적으로는 도서정가제가 과도한 할인경쟁으로 인한 학문과 문예 분야의 도서출간 위축을 방지하고, 저작자의 창작의욕을 고취시키며, 출판시장의 거래질서를 확립하는데 효

31) 이지웅. “도서정가제 시행 100일, ‘사치품’된 책, 도서관 대출 두 배 급증,” 『헤럴드 경제』. 2015. 3. 4.

32) 이재성. “아이세움·비룡소 ‘도서정가제 위반’ 도마에,” 한겨레. 2015. 3. 8.

과적으로 기여할 것이라는 긍정적인 전망도 있다. 그러나 부정적인 효과를 줄이고 긍정적인 효과를 거두기 위해서는 다양한 대책마련과 노력이 필요하다.³³⁾

3. 도서정가제 관련 공정거래법상 법리와 평가

국내의 도서정가제는 1970년대 출판계와 서점계가 합의하여 도입하였고, 1980년 공정거래법 제정과 함께 법적 근거를 가지고 발전하였다. 당시 도서정가제에 관한 법률관계는 이론적으로 출판사와 서점 사이에 재판매가격유지계약을 자발적으로 체결하고, 이를 공정거래법상 금지되는 재판매가격유지행위에 대한 예외로 허용하는 것이었다.³⁴⁾ 그런데 현실적으로는 모든 출판사가 모든 서점과 무수히 많은 그러한 계약들을 체결할 수는 없었기 때문에, 출판사들의 사업자단체인 대한출판문화협회와 서점들의 사업자단체인 전국서점조합협회가 각 사업자들로부터 위임을 받아 양 사업자단체가 재판매가격유지계약인 도서정가제를 체결하고 이를 공정거래법상 허용하는 구조를 가지고 있었다.³⁵⁾

그러나 1994년부터 국내의 대형 할인매장에서 도서할인이 시작되면서, 도서정가제와 공정거래법의 해석관계는 위태로워졌다. 이 시기에 업계는 넓은 범위까지 도서정가제를 강력하게 실행하려고 하였으나, 공정거래위원회의 의견과 일련의 대응이 이를 어렵게 만들었다. 우선, 당시 대형 할인매장에서 일부 출판사의 도서를 할인판매하자 대한출판문화협회가 도서정가제를 근거로 재판매가격유지행위를 추구한 것을 공정거래위원회가 공정거래법 제26조 제1항 제4호에서 금지하는 사업단체의 행위라고 판단한 사건이 있었다. 대한출판문화협회는 공정거래위원회의 시정조치 등에 불복하여 재판을 진행하였는데, 이 사건에서 법원은 공정거래위원회의 의견을 받아들였다.³⁶⁾ 또한 공정거래위원회는 1995년 재판매가격유지행위의 허용대상이 되는 도서의 범위를 축소하려는 시도에 업계가 반발하여 철회하였으나, 결국 1999년 공정거래법 시행령이 개정되어 그 범위가 축소되었다.³⁷⁾

33) 이러한 노력으로, 정부에서는 하위법령의 정비와 홍보자료 및 매뉴얼 개발, 도서관의 도서구입 예산 확대, 소비자 구매감소 방지를 위한 대책 마련, 지역서점의 활용방안 마련 등이 필요하고, 출판계와 서점계에서는 도서 매입율 상향조정, 실용도서/초등학습참고서 가격거품 제거, 구간 도서 가격의 인하와 신간 도서 가격의 합리적 책정 등이 있어야 한다는 의견도 있다[박익순, “도서정가제(출판법) 개정안 국회 통과와 향후 과제”, 한국외국어대학교 글로벌문화콘텐츠연구소, 『문화 더하기 콘텐츠』 4, 2014, 106-111면].

34) 재판매가격유지행위(RPM, Resale Price Maintenance)란, 재판매가격을 미리 정하거나 최저 또는 최고판매가격을 지정하는 행위를 말한다. 이는 동일 브랜드 내 유통점들의 가격경쟁을 원칙적으로 차단함으로써 ‘브랜드 내 경쟁(intra-brand competition)’을 억제시킨다. 따라서 경쟁법 제도를 둔 많은 국가들은, 특히 ‘최저재판매가격유지행위’를 가격카르텔과 마찬가지로 당연위법시하여 금지하고 있고, 한국의 공정거래법 역시 원칙적으로는 이를 금지하고 있다.

35) 심재한, “저작물에 대한 재판매가격유지제도,” 상사법연구 제22권 제2호, 2003, 325면.

36) 대법원 1997. 6. 13, 96누5834.

37) 재판매가격유지행위의 허용대상이 되는 저작물인 도서는 대통령령으로 정하도록 하였으며, 이에 따라 저작권 제2조의 저작물 중에서 담당기관의 장과 협의하여 공정거래위원회가 정하는 출판된 저작물을 의미하였다(시행령 제43조). 1999년 공정거래법 개정 이전까지 저작권법 제2조의 모든 저작물이 허용대상이었으나, 공정거래위원회는 그 범위가 지나치게 넓다고 보아 출판된 저작물에 한정하고자 하였다. 다만 급격한 변화에 따른 혼란을 예방

우리 법원은 당시 도서정가제를 공정거래법상의 금지되는 재판매가격유지행위에 대한 예외로 허용한 이유를, ① 도서와 같은 저작물은 고유한 창작물로서 일반 공산품과는 다른 문화상품적 특성이 있다는 점, ② 다양한 종류의 도서가 전국적으로 광범위하게 보급되는 체제가 유지되어야 한다는 점, ③ 재판매가격유지행위를 허용하지 않는 경우 시장성이 떨어지는 학술서 등은 출판불능에 이른다는 점, ④ 도서정가제는 출판업계의 상관행이 되었다는 점, ⑤ 출판업계는 영세기업의 비중이 높고 신규참여도 활발하여 경쟁적 성격이 다분하므로 재판매가격유지행위(도서정가제)를 인정하더라도 그 폐해가 비교적 크지 않다는 점 등으로 판시하였다.³⁸⁾

이후 2002년 당시 ‘출판 및 인쇄진흥법’을 근거로 도서정가제가 강제적으로 시행되면서, ‘업계의 자발적인 재판매가격유지계약과 공정거래법상 예외적 허용’이라는 위와 같은 해석은 유효하지 않게 되었다. 2014년에는 출판문화진흥법의 개정으로 공정거래법과의 연계규정(제22조 3항)까지 삭제되었다. 이를 근거로 도서정가제가 공정거래법과 완전히 분리되어 도서가 시장논리를 바탕으로 하는 공정거래법의 규제대상에서 벗어나 공공가치를 가진 문화재산으로서의 독자성을 인정받게 되었다는 의견도 있다. 이러한 의견은 주로 도서정가제의 확립에 지금까지 공정거래법이 방해물이 되었다는 사고를 바탕으로 한다.³⁹⁾

그러나 여전히 도서는 문화‘상품’으로서 재화의 판매와 유통의 대상이며, 도서시장은 문화‘산업’의 일정한 분야이다. 도서가 가지는 문화적 특수성과 특별한 보호필요성을 인정한다고 하더라도, 경제적 가치를 무시할 수는 없는 것이다. 따라서 도서정가제는 재판매가격유지행위의 예외로서 평가되어야 하고, 여전히 공정거래법의 규정과 이론에 많은 연관성을 가지고 있는 것이 사실이다. 도서정가제와 관련된 공정거래법 제29조와 시행령 제43조는 다음과 같다.

<p>공정거래법 제29조(재판매가격유지행위의 제한)</p> <p>① 사업자는 재판매가격유지행위를 하여서는 아니된다. 다만, 상품이나 용역을 일정한 가격 이상으로 거래하지 못하도록 하는 최고가격유지행위로서 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 제1항의 규정은 <u>대통령령이 정하는 저작물</u>과 다음 각호의 요건을 갖춘 상품으로서 사업자가 당해상품에 대하여 재판매가격유지행위를 할 수 있도록 공정거래위원회로부터 미리 지정을 받은 경우에는 이를 적용하지 아니한다.</p> <p>1. 당해상품의 품질이 동일하다는 것을 용이하게 식별할 수 있을 것</p>

하기 위하여 도서에 대해서는 2002년 말까지 공정거래위원회의 지정이 없더라도 재판매가격유지행위가 허용되는 경과규정을 두었다. 따라서 2003년부터는 공정거래위원회가 지정하는 출판된 저작물에 대해서만 재판매가격유지행위(도서정가제)가 허용되었다[심재한, “저작물에 대한 재판매가격유지제도,” 상사법연구 제22권 제2호, 2003, 327면].

38) 서울고법 1996. 3. 19, 95구24779.

39) 부길만, “출판문화산업 진흥을 위한 도서정가제의 법제화와 과제,” 한국출판학회연구 제39권 제1호(통권 64호), 한국출판학회, 2013. 6, 153면.

- 2. 당해상품이 일반소비자에 의하여 일상 사용되는 것일 것
- 3. 당해상품에 대하여 자유로운 경쟁이 행하여지고 있을 것
- ③ 사업자가 제2항의 규정에 의한 지정을 받고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 공정거래위원회에 신청하여야 한다.
- ④ 공정거래위원회가 제2항의 규정에 의하여 재판매가격유지행위를 할 수 있는 상품을 지정한 때에는 이를 고시하여야 한다.

공정거래법 시행령 제43조(재판매가격유지행위가 허용되는 저작물)

법 제29조(재판매가격유지행위의 제한) 제2항에서 “대통령령이 정하는 저작물”이라 함은 「저작권법」 제2조(정의)의 저작물중 관계중앙행정기관의 장과의 협의를 거쳐 공정거래위원회가 정하는 출판된 저작물(전자출판물을 포함한다)을 말한다.

V. 결 어-유통법적 문제점 발견과 제언

지금까지의 논의를 바탕으로, 도서정가제에 대해서 출판문화산업진흥법의 규정과 공정거래법의 법리를 바탕으로 현행 도서정가제의 문제발생 가능성과 몇 가지 제언을 하면 다음과 같다.

첫째, 사실 ‘도서정가제’란 용어로 혼용되고 있으나, 출판문화산업진흥법상 도서정가제와 공정거래법상 재판매가격유지행위의 예외는 그 의미가 다르다. 원래 도서정가제는 최종소비자인 독자에게 판매하는 도서가격을 제조업자인 출판사가 소비자에게 일정한 소매가격으로 ‘소비자 가격’을 제시하는 제도이다.⁴⁰⁾ 반면에 재판매가격유지행위는, 권한이 있는 자가 제품의 가격을 적정수준으로 유지하는 행위이다.⁴¹⁾ 공정거래법은 재판매가격유지행위를 원칙적으로 금지하고 있으나, 도서를 포함한 일정한 저작물에 대해서는 예외적으로 이러한 행위를 허용한다. 따라서 출판산업진흥법 제22조의 “간행물 정가 표시 및 판매” 즉 도서정가제는 이 조항에 근거하여, 그리고 도서상품에 대한 공정거래법 제29조의 재판매가격유지행위는 이 조항에 근거하여 별도로 운영되는 것이라는 명확한 구분이 필요하다.

둘째, 배송료와 카드사 제휴할인 등에 관련한 문제이다. 무료배송과 카드사 제휴 할인은 일반적으로 도서정가제의 규율에 적용되지 않는다. 공정거래위원회의 규정에 따르면, 무료배송은 온라인 서점의 속성상 도서거래에 부수하여 제공되는 편의로 취급되며, 경제상의 이익으로 포함되지 않기 때문이다.⁴²⁾ 카드사 제휴할인은 할인분을 카드사가 부담하는 경우 도서정가제를 위반한 것이 아니

40) 이 가격은 독자에게 잠정적인 구매가격이다.

41) 김관보, “재판매가격유지제도(도서정가제)에 관한 신제도론적 고찰, 『국가정책연구』 통권 제19권 제2호, 2면.

42) 문화체육관광부 또한 배송료 등은 타부처에 의해서도 온라인서점의 마케팅 수단으로 인정되었기 때문에 도서정가제의 규정사항에 포함되지 않는다고 보았다.

라는 대법원의 판례를 따르는 것이다. 소비자가 인터넷 서점에서 도서를 구매하면 최대 15%까지 할인된 도서를 무료배송으로 받을 수 있고, 카드제휴사의 추가할인도 가능하다. 이렇게 되면 제휴 할인이 용이한 인터넷 서점, 인터넷 오픈마켓, 대형 서점 등이 중소서점에 비해 유리해지므로, 제도의 취지를 살리기 위한 대책이 마련되어야 한다.

셋째, 일반적으로 제조업체가 유통업체의 가격책정에 하한을 설정하면 재판매가격유지행위에서 공정거래법 위반이다. 도서정가제는 이론적으로 가격하한(price floor) 역할을 하지만, 문화상품의 특수성이 인정되는 도서는 공정거래법상 재판매가격유지행위의 예외적 허용품목이다. 그러나 가격하한이 지정되어있을 경우 가격이 전반적으로 상승하는 등의 부작용이 나타난다.⁴³⁾ 따라서 오히려 ‘경제적 측면, 특히 소비자 편익을 고려하면 도서정가제를 폐지하고, 도서와 서점의 문화적 가치는 시장왜곡을 최소화하는 직접보조를 통해 보존하는 것이 바람직하다’는 의견도 있다.⁴⁴⁾

넷째, 출판문화산업진흥법은 제22조의 도서정가제 외에도 제23조 등에서 ‘간행물의 유통질서를 유지하기 위하여 간행물의 저자, 출판 및 유통에 관련된 자가 간행물의 판매량을 올릴 목적으로 부당하게 구입하거나 그 간행물의 저자 또는 그 출판사와 관련된 자에게 그 간행물을 부당하게 구입하게 하는 행위’ 등을 금지하고 있다. 출판문화산업진흥법은 도서의 유통질서 확립을 위해 다른 규제도 두고 있다. 이와 같은 별도의 유통규제가 같은 법의 도서정가제, 공정거래법상 재판매가격유지행위 규제와 조화되고 시너지효과를 거둘 수 있는 방법이 더욱 연구되어야 한다.

다섯째, 본래의 도서정가제를 원론적으로 관철시킨다면 출판문화산업진흥법 제22조 제4항의 일정한 할인율은 허용되지 말아야 한다. 그럼에도 불구하고 이 규정이 존재하는 이유는, 기존의 시장 상황과 도서의 가격경쟁 가능성을 일부 인정한 것이라고 해석할 수 있다. 따라서 향후 정부는 이러한 예외적인 가격경쟁의 허용이 다른 규범상의 제도들과 충돌하지 않도록, 또는 다른 제도들과 시너지효과를 통해서 출판과 서점의 보호와 관련 산업의 안정을 가져오도록 노력해야 한다. 이를 위해서는 꾸준히 해외입법과 정책활용의 사례들을 살펴보면서 융통성 있게 현재의 제도를 활용해야 한다.

여섯째, 어느 면에서 보면 출판과 도서의 유통은 더 이상 국내문제로 국한되는 것이 아니다. 영어나는 보편적 언어를 바탕으로 전 세계 도서유통에 큰 영향을 주고 있는 영미권은 도서정가제를 실시하지 않으면서도 출판문화산업을 진흥하기 위한 다양한 노력을 하고 있다. 프랑스와 독일이 도서정가제를 사용하면서도 다른 종류의 관련 산업진흥제도를 사용하는 것도 관심가져야 한다. 한편으로는 우리 업계가 이러한 보호장치 또는 출판문화산업진흥책을 사용하는 경우에, 이것이 국제기준의 보조금(Subsidy) 또는 각종 지원 규제에 저촉되어 무역분쟁의 빌미를 제공할 수도 있다는 점

43) 도서정가제의 시행 유무에 따른 해외의 베스트셀러, 성격 등 다량으로 판매되는 도서들의 가격을 비교하면, 도서정가제를 적용한 국가의 도서 가격이 월등히 높다고 한다.

44) 앞의 조성익, “도서정가제와 도서소비자의 편익”, 『KDI Focus』 통권 제48호, KDI, 2014. 11. 14, 5면; 김관보, “재판매가격유지제도(도서정가제)에 관한 신제도론적 고찰, 『국가정책연구』 통권 제19권 제2호, 20면.

을 인식해야 한다. 예를 들어, WTO 보조금협정의 기준이나 한국의 FTA 상대방에 따라서는 이를 문제삼을 여지가 있다. 따라서 필요한 경우, 이에 관하여 우리 정책과 기조를 같이하는 국가들과 국제무대에서 공조를 해야할 수도 있다.

도서정가제는 국내 도입 이후 오랫동안 많은 변화를 거치면서 다듬어진 제도이다. 2014년말 이 제도가 본격적으로 시행되면서, 현재까지 단기적으로 도서가격의 상승과 유통질서의 혼란이 발생하고 있는 상황이다. 앞으로 단기적인 문제해결보다는 장기적인 안목에서 관련 규정과 제도의 효과적인 운영이 이루어져야 할 것이다.

대형마트 영업제한에 관한 최근 고등법원 판결 연구

이 승 용*

목 차

I. 서론	65
II. 대규모점포 등에 대한 규제 개관	66
1. 출점 규제(사전적 규제)	66
2. 영업 규제(사후적 규제)	68
III. 「유통산업발전법」상 영업시간 제한 등 처분에 대한 대형마트 등 운영회사의 대응 경과	69
1. 「유통산업발전법」상 영업시간 제한 등 처분의 근거 규정 도입과 각 지방자치단체장 의 영업시간 제한 등 처분	69
2. 대형마트 등 운영회사의 영업시간 제한 등 처분 취소소송 제기	71
3. 지방자치단체의 조례의 개정 및 지방자치단체의 장의 재처분	71
4. 대형마트 등 운영회사의 재처분에 대한 취소소송 제기	72
IV. 대상판결의 주요 판시 내용 및 관련 법적 쟁점 검토	74
1. 대형마트 등 운영회사들의 항소 이유	74
2. 대상판결의 주요 판시 내용	74
3. 관련 법적 쟁점 등의 검토	77
V. 결어	85

* 법무법인(유한) 율촌 변호사

I. 서론

작년 말 서울고등법원에서 서울특별시 동대문구와 성동구에서 대형마트¹⁾ 또는 준대규모점포(이하 합하여 ‘대형마트 등’이라고 한다)를 운영하는 회사들이 「유통산업발전법」(2012. 6. 1. 법률 제 11461호로 개정되기 전의 것, 이하 대상판결과 관련하여 인용되는 「유통산업발전법」은 달리 표시하지 않는 이상 2012. 6. 1. 법률 제11461호로 개정되기 전의 것을 의미한다) 제12조의2 및 각 지방자치단체 조례에 근거하여 동대문구청장과 성동구청장이 한 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정처분(이하 ‘영업시간 제한 등 처분’이라고 한다)의 취소를 구하는 소송의 항소심 판결(서울고등법원 2014. 12. 12. 선고 2013누29294 판결, 이하 ‘대상판결’이라고 한다)이 선고되었다.

대상판결은, 대형마트 등을 운영하는 회사들이 전국 각지에서 각 지방자치단체의 장을 상대로 영업시간 제한 등 처분 취소소송을 제기하여 모두 패소한 후 항소를 제기한 여러 사건들 중 선도적으로 진행되어 판결이 선고된 사건으로, 대상판결의 원심인 서울행정법원 2013. 9. 24. 선고 2012구합43352 판결과 달리 「유통산업발전법」 제12조의2 및 각 지방자치단체 조례에 근거한 동대문구청장과 성동구청장의 영업시간 제한 등 처분이 위법하다고 판시하면서 이를 모두 취소하는 판결을 선고하였다.

위에서 살핀 바와 같이 대상판결 이전에 전국 각지의 지방법원에서 이루어진 영업시간 제한 등 처분 취소소송에서는 영업시간 제한 등 처분이 모두 적법하다는 판결이 선고된 바 있다는 점에서 대상판결은 판결 선고 후 현재까지도 그 판결의 정당성 등에 대하여 상당한 사회적 논란을 불러일으키고 있다.

이러한 사회적 논란과 상관 없이 대상판결에서는 2012년부터 시작된 영업시간 제한 등 처분 취소소송에 관한 축적된 논의와 더불어 새로운 법적 쟁점에 대한 판단이 이루어져, 법리적인 측면에서 관련 법적 쟁점을 연구해 볼만한 가치가 있다고 생각된다.

따라서, 본고에서는 대상판결의 주요 판시 내용과 법적 쟁점을 중심으로 「유통산업발전법」상 대규모점포 등에 대한 규제 전반과 영업시간 제한 등 처분에 대한 분쟁의 경과 등에 대하여 살펴보고자 한다.

1) 「유통산업발전법」상 대형마트는 대규모점포의 종류 중 하나이다. 대규모점포는 상시 운영되는 면적 합계 3천제곱미터 이상의 매장을 보유한 점포의 집단을 의미하고, 대형마트, 전문점, 백화점, 쇼핑센터, 복합쇼핑몰, 그 밖의 대규모점포 등 6개로 분류된다(현행 「유통산업발전법」 제2조 제3호, [별표] 대규모점포의 종류 참조).

II. 대규모점포 등에 대한 규제 개관

1. 출점 규제(사전적 규제)

(1) 건축허가

대규모점포 등이 입점할 판매시설 용도의 건축물을 신축하기 위하여는 건축허가를 받아야 한다. 이 때, 지방자치단체의 장이 해당 지역이 전통상업보존구역에 해당되어 「유통산업발전법」상 등록이 제한된다거나 심각한 교통장애 발생이 예상된다는 등의 이유로 건축불허가처분을 하는 경우가 있다. 또한, 건축심의 단계에서 주변 재래시장 상인들의 민원 해소를 보완사항으로 하고, 이러한 보완사항 미이행을 이유로 건축허가신청반려처분을 하는 등 우회적인 출점 규제를 하는 경우가 있다.²⁾

그러나, 건축허가권자는 건축물이 건축법, 도시계획법 등의 관계 법규에서 정하는 어떠한 제한에 배치되지 않는 이상 당연히 같은 법조 소정의 건축허가를 하여야 하고, 위 관계 법규에서 정하는 제한사유 이외의 사유를 들어 그 허가신청을 거부할 수는 없다(대법원 1992. 6. 9. 선고 91누 11766 판결). 또한, 건축허가가 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 의한 개발행위를 수반하는 건축허가로서 재량행위에 해당되는 경우라고 하더라도 건축불허가처분이나 건축허가신청반려처분이 비례의 원칙 등에 위배되는 경우에는 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하게 된다.

결국, 건축 관계 법규에서 정하지 않은 「유통산업발전법」상의 등록 제한 사유나 주변 상인들의 민원 제기, 민원 해소 보완사항 불이행 등을 이유로 한 건축불허가처분 내지 건축허가신청반려처분은 위법하다고 할 것이다.

(2) 「유통산업발전법」상 대규모점포 등 등록제도

「유통산업발전법」 제8조는 대규모점포를 개설하거나 전통상업보존구역에 준대규모점포를 개설하는 경우 영업을 시작하기 전에 상권영향평가서 및 지역협력계획서를 첨부하여 지방자치단체의 장에게 등록하도록 규정하고 있고, 등록 사항을 변경하려는 경우에는 변경등록을 하도록 규정하고 있다.

「유통산업발전법」 제8조의 대규모점포 등록제도는 「유통산업발전법」 제정 시부터 도입되었다. 2009년경부터 준대규모점포인 SSM의 대규모 출점이 사회적 문제로 대두되자 2010. 11. 24. 「유통산업발전법」이 개정되어 전통상업보존구역에 준대규모점포를 개설하는 경우에도 등록하도록

2) 의정부지방법원 2013. 6. 25. 선고 2012구합3830 판결, 광주지방법원 2013. 11. 14. 선고 2013구합1058 판결, 대구지방법원 2014. 10. 1. 선고 2014구합21204 판결 등 참조

록 하고, 기습 출점 방지를 위하여 영업 개시 전에 개설등록을 하도록 하였으며, 대규모점포 등의 위치가 전통상업보존구역에 있을 때에는 등록을 제한하거나 조건을 붙일 수 있도록 하였다.

이후 2013. 1. 23. 「유통산업발전법」의 개정으로 등록 요건이 더욱 강화되어 등록 시 상권영향평가서 및 지역협력계획서를 첨부하도록 규정이 개정되었고, 대규모점포 등 개설 시 영업 시작 30일 전까지 개설계획을 예고하도록 하는 내용의 「유통산업발전법」 제8조의2가 신설되었다.

(3) 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」 상 사업조정 제도

「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」(이하 ‘**상생협력법**’이라고 한다) 제32조는 대기업 등이 사업 인수·개시 또는 확장하는 경우 일정한 요건 충족을 전제로 해당 업종의 중소기업자단체가 중소기업청장에게 사업조정을 신청할 수 있도록 규정하고 있다. 중소기업청장은 사업조정 신청을 받은 경우 조정심의회회의 심의를 거쳐 해당 대기업 등에 사업의 인수·개시 또는 확장의 시기를 3년 이내의 기간을 정하여 연기하거나 생산품목 등을 축소할 것을 권고할 수 있고, 권고 불이행시 권고 대상 등 공포, 이행명령 등을 할 수 있다.

주로 2009년경부터 대규모점포 등이 출점하는 경우 지역 중·소상공인 단체들이 상생협력법상의 사업조정을 신청하는 방법으로 대응을 하기 시작하였고, 중소기업청장이나 출점 지역의 지방자치단체의 장³⁾은 사업조정 신청이 있는 경우 대부분 대규모점포 등을 출점하려는 회사와 지역 중·소상공인단체들의 합의에 근거한 자율조정을 유도하였다. 자율조정 시 중·소상공인단체들에 대한 지원 내용 및 규모 등에 있어 합의 도출이 쉽지 않은 경우가 많아 상생협력법상의 사업조정 제도는 대규모점포 등의 출점 시 상당히 강력한 규제로 작용하였다.

2010. 1. 27. 상생협력법이 개정되어 사업조정과 유사한 효과를 가진 제도가 규정되어 있는 등 대통령령으로 정하는 경우 사업조정을 신청할 수 없도록 하는 규정이 신설되었고, 2011. 1. 28. 상생협력법 시행령이 개정되어 ‘유통산업발전법 제8조 제2항(전통상업보존구역에 대규모점포 등이 위치하는 경우)에 따라 등록을 제한하거나 조건을 붙일 수 있는 경우’를 사업조정을 신청할 수 없는 경우로 규정하게 되었다. 따라서, 전통상업보존구역 내 대규모점포 등 출점 시에는 「유통산업발전법」을 통해 그 출점 규제가 이루어질 수 있게 되었으나, 그 밖의 지역에 대규모점포를 출점하는 경우에는 여전히 상생협력법에 따른 사업조정 신청이 가능하도록 되어 있다.

3) 중소기업청장은 2009. 8. 5. 「수·위탁 거래 공정화 및 중소기업 사업영역보호에 관한 운영세칙」 상 도지사에 대한 권한 위임 업종에 ‘음·식료품 위주 종합소매업’을 추가하여 준대규모점포에 대한 사업조정 권한을 관할 시·도지사에게 위임하였다.

2. 영업 규제(사후적 규제)

(1) 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」 및 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 상의 불공정영업행위의 규제

「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」(이하 ‘**대규모유통업법**’이라고 한다)은 2012. 1. 1.부터 시행되어 공정거래위원회의 「대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시」에서 금지하고 있는 행위 유형을 기본으로 하여 거래의 공정화 측면에서 대규모유통업자⁴⁾의 영업행위를 규제하고 있다. 대규모유통업법은 서면교부 의무, 상품대금 감액 금지, 상품의 반품 금지, 판매촉진비의 부당전가 금지, 납품업자등의 종업원 사용 금지, 경영정보 제공 요구 금지, 경제적 이익 제공 요구 금지 등의 영업행위에 대한 규제를 주요 내용으로 하고 있다.

대규모유통업법은 유통업이라는 특수한 영역에서의 특정한 불공정거래행위 유형을 규제하는 법률로서, 대규모유통업법이 적용되지 않는 일반적인 불공정거래행위에 대하여는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘**공정거래법**’이라고 한다)이 적용되므로⁵⁾, 공정거래법상의 불공정거래행위에 관한 규정 또한 여전히 대규모점포 등 영업에 대한 규제로서 작용하고 있다.

(2) 「유통산업발전법」 상 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 규제

현행 「유통산업발전법」 제12조의2는 지방자치단체의 장이 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포등과 중소유통업의 상생발전을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 대형마트 등에 대하여 영업시간 제한을 명하거나 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있도록 규정하고 있고, 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 필요한 사항을 지방자치단체의 조례로 위임하고 있다.

이에 따라 각 지방자치단체는 「유통산업발전법」 규정과 거의 동일한 내용의 조례를 제·개정하고, 이에 근거하여 각 지방자치단체의 장이 영업시간 제한 등 처분을 하고 있다. 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 규제는 객관적인 영업시간 자체를 감축하도록 하는 규제로서 상당히 강력한 영업 규제로 작용하고 있고, 이에 따라 위 규제가 시행된 2012. 1. 17. 이후 대형마트 등의 매출이 역신장하는 현상이 나타나고 있다.

위 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 규제 내용의 도입과 변경, 이에 대한 대형마트 등 운영회

4) 대규모유통업법 제2조 제1호는 소비자가 사용하는 상품을 다수의 사업자로부터 납품받아 판매하는 자로서, 직전 사업연도 소매업종 매출액이 1천억원 이상인 자와 매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상인 점포를 소매업에 사용하는 자를 대규모유통업자로 정하고 있다.

5) 대규모유통업자와 납품업자 사이의 거래에 관하여는 공정거래법 제23조 제1항 제4호와 제5호(배타조건부거래, 거래상지위남용)에 우선하여 대규모유통업법이 적용된다.

사의 대응 등에 관하여는 아래에서 대상판결을 포함한 관련 판결례들을 검토하면서 보다 구체적으로 살피기로 한다.

(3) 「유통산업발전법」 상 변경등록 규제

위 II.1.(2)항에서 살핀 바와 같이, 「유통산업발전법」 제8조는 대형마트 등이 등록한 내용을 변경하려는 경우 변경등록을 하도록 규정하고 있고, 전통상업보존구역에 위치한 경우 대형마트 등이 점포 소재지 변경 또는 매장면적 10% 이상 증가를 사유로 변경등록을 하는 경우에는 등록을 제한하거나 조건을 붙일 수 있도록 하고 있다.

이는, 대규모점포 등의 영업 과정 중 발생하는 영업장소 이전이나 매장면적 증가를 통한 영업확장이 제한될 수 있다는 점에서 영업 규제로 작용하고 있다.

(4) 상생협력법상 중소기업 적합업종 지정 규제

동반성장위원회는 상생협력법 제20조의2에 따라 중소기업 적합업종 지정신청을 받은 경우 해당 업종의 중소기업과 대기업 간 합의를 도출하여 중소기업 적합업종으로 지정·공표하고 있다.

동반성장위원회는 중소기업 적합업종 지정 시 진입자제, 확장자제, 사업축소, 사업이양을 내용으로 하는 권고를 하고 있고, 권고사항을 불이행하거나 중소기업 적합업종 지정 단계에서 중소기업과 대기업 간 합의가 도출되지 않는 경우 중소기업청에 사업조정을 신청할 수 있도록 하고 있어 취급 품목이나 업종 등을 제한하는 사실상의 영업 규제로 작용하고 있다.

III. 「유통산업발전법」 상 영업시간 제한 등 처분에 대한 대형마트 등 운영회사의 대응 경과

1. 「유통산업발전법」 상 영업시간 제한 등 처분의 근거 규정 도입과 각 지방자치단체장의 영업시간 제한 등 처분

(1) 「유통산업발전법」 상 영업시간 제한 등 처분 근거 규정의 신설

2012. 1. 17. 개정된 「유통산업발전법」(2012. 6. 1. 법률 제11461호로 개정되기 전의 것)은 제12조의2를 신설⁶⁾하여, 지방자치단체의 장이 대규모점포 등에 대하여, ① 오전 0시부터 오전 8시까지

6) 「유통산업발전법」(2012. 6. 1. 법률 제11461호로 개정되기 전의 것)

지의 범위에서 영업시간 제한 및 ② 매월 1일 이상 2일 이내의 범위에서 의무휴업을 명할 수 있도록 하고, 이에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정하도록 규정하였다.

(2) 각 지방자치단체의 영업시간 제한 등 관련 조례 제·개정

이와 같은 「유통산업발전법」상 영업시간 제한 등 처분에 관한 규정에 근거하여 각 지방자치단체 의회는 영업시간 제한 등에 관한 조례를 제정하거나 관련 내용을 반영하여 기존 조례를 개정하였다.

영업시간 제한 등에 관한 각 지방자치단체 조례 규정은 거의 대동소이하게 규정되었는데, 당시 각 지방자치단체 조례는 지방자치단체의 장의 영업시간 제한과 의무휴업일 지정 처분을 의무로 규정하였고, 「유통산업발전법」에서 정한 최대한도로 처분을 하도록 규정하고 있었다.

(3) 각 지방자치단체의 장의 영업시간 제한 등 조례의 시행 및 조례 준수에 관한 공문 발송

당시 대부분의 지방자치단체의 장은 지역 내 대규모점포 등에 위 (2)항에서 살핀 내용과 같이 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 관한 조례가 공포되어 시행될 것이니 지정사항 준수에 차질이 없도록 하는 내용을 공문을 발송하여 위 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 규제의 시행을 통지하였다.

제12조의2(대규모점포등에 대한 영업시간의 제한 등) ① 시장·군수·구청장은 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포등과 중소기업의 상생발전을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 대규모점포 중 대통령령으로 정하는 것과 준대규모점포에 대하여 다음 각 호의 영업시간 제한을 명하거나 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있다. 다만, 연간 총매출액 중 「농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률」에 따른 농수산물의 매출액 비중이 51퍼센트 이상인 대규모점포등으로서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 대규모점포등에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 영업시간 제한
2. 의무휴업일 지정

② 시장·군수·구청장은 제1항제1호에 따라 오전 0시부터 오전 8시까지의 범위에서 영업시간을 제한할 수 있다.

③ 시장·군수·구청장은 제1항제2호에 따라 매월 1일 이상 2일 이내의 범위에서 의무휴업일을 지정할 수 있다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.

7) 서울특별시 송파구 전통상업보존구역 지정 및 대규모·준대규모점포의 등록제한 등에 관한 조례(2012. 4. 9. 일부개정, 조례 제1133호)

제18조의2(대규모점포 등에 대한 영업시간의 제한 등) 구청장은 법 시행령 제7조의2에 따라 대형마트로 등록된 것과 준대규모점포에 대하여 다음 각 호와 같이 영업시간 제한과 의무휴업을 명하여야 한다. 다만, 연간 총매출액 중 「농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률」에 따른 농수산물의 매출액 비중이 51퍼센트 이상인 대규모점포 등은 제외한다.

1. 영업시간 제한은 오전 0시부터 오전 8시까지로 한다.

2. 의무휴업일수는 매월 2회로 하며, 의무휴업일은 매월 두 번째 일요일과 네 번째 일요일로 한다.

2. 대형마트 등 운영회사의 영업시간 제한 등 처분 취소소송 제기

(1) 대형마트 등 운영회사의 취소소송 제기 및 주요 주장 내용

대형마트 등 운영회사는 전국 각지에서 각 지방자치단체의 장을 상대로 영업시간 제한 등 처분 취소소송을 제기하였다.

대형마트 등 운영회사는 위 소송에서 ① 지방자치단체의 조례는 무조건 최대한도로 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정을 명하도록 규정하고 있어 지방자치단체의 장에게 영업시간 제한 등 규제의 시행 여부 및 그 구체적 범위 결정에 관한 재량권을 부여하고 있는 「유통산업발전법」 규정에 위반되어 무효이고, ② 권익제한 및 의무부과적 처분을 하면서 행정절차법 제21조(처분의 사전통지), 제22조(의견 청취), 제26조(불복방법 등에 관한 고지)에서 정한 절차를 위반하였으며, ③ 영업시간 제한 등 처분을 함에 있어 재량권을 행사하지 않은 위법이 있다고 주장하였다.

(2) 법원의 판단 - 영업시간 제한 등 처분 취소 판결

당시 전국 각지에서 제기된 영업시간 제한 등 처분 취소소송의 선도 사건에 해당하는 서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11676 판결에서는 원고인 대형마트 등 운영회사가 주장하는 처분의 위법 사유를 모두 인정하여 지방자치단체의 장(서울특별시 강동구청장)의 대형마트 등 운영회사에 대한 영업시간 제한 등 처분을 취소하는 판결을 하였다. 이후 다른 영업시간 제한 등 처분 취소소송에서도 동일한 논리로 영업시간 제한 등 처분을 취소하는 판결이 이어졌다.⁸⁾

위 판결들은 영업시간 제한 등 조례가 영업시간 제한 및 의무휴업 범위의 최대치를 의무적으로 명하도록 강제하고 있어 「유통산업발전법」상 지방자치단체의 장에게 부여된 제도 시행 여부 및 범위에 관한 판단재량을 박탈한 것으로 위법하고, 영업시간 제한 등 처분은 위법한 조례에 근거한 것으로 위법하다고 판시하였다. 이후 일부 지방자치단체의 장은 영업시간 제한 등 처분을 취소하는 판결에 대하여 항소를 하였으나⁹⁾, 모두 항소가 기각되었다.

3. 지방자치단체의 조례의 개정 및 지방자치단체의 장의 재처분

위 2.항에서 살핀 바와 같이 영업시간 제한 등 처분을 취소하는 판결들이 선고되자 각 지방자치

8) 서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11966 판결, 대구지방법원 2012. 10. 5. 선고 2012구합2674 판결, 춘천지방법원 2012. 11. 2. 선고 2012구합1165 판결, 부산지방법원 2012. 11. 8. 선고 2012구합3492 판결, 창원지방법원 2012. 11. 8. 선고 2012구합2045 판결, 청주지방법원 2013. 1. 10. 선고 2012구합1650 판결, 수원지방법원 2013. 1. 23. 선고 2012구합9308 판결, 대전지방법원 2013. 1. 23. 선고 2012구합3110 판결, 부산지방법원 2013. 4. 4. 선고 2012구합5153 판결, 대구지방법원 2013. 4. 12. 선고 2012구합2582 판결 등

9) 서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11676 판결, 서울행정법원 2012. 6. 22. 선고 2012구합11966 판결, 수원지방법원 2013. 1. 23. 선고 2012구합9308 판결 등에 대하여 각 지방자치단체의 장들이 항소를 하였다.

단체는 지방자치단체의 장에게 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 여부 및 범위에 관하여 재량판단을 할 수 있도록 하는 내용으로 관련 조례 규정을 개정하였다. 개정된 조례 규정은 사실상 「유통산업발전법」 제12조의2와 그 내용이 거의 동일하였다.¹⁰⁾

각 지방자치단체의 장은 위와 같이 개정된 조례에 근거하여 행정절차법상 사전 통지 및 의견청취 등 절차를 거쳐 다시 대형마트 등에 대하여 영업시간 제한 등 처분을 하였고, 대부분 종전의 영업시간 제한 등 처분과 동일하게 「유통산업발전법」 및 영업시간 제한 등 조례에서 정한 범위의 최대치에 해당하는 오전 0시부터 오전 8시까지의 영업시간 제한 및 매월 2일(주로 둘째, 넷째 일요일)을 의무휴업일로 지정하는 처분을 하였다.

4. 대형마트 등 운영회사의 재처분에 대한 취소소송 제기

(1) 대형마트 등 운영회사의 재처분에 대한 취소소송 제기 및 주요 주장

대형마트 등 운영회사는 각 지방자치단체의 장이 개정된 조례에 근거하여 오전 0시부터 오전 8시까지의 영업시간 제한 및 매월 2일(주로 둘째, 넷째 일요일)을 의무휴업일로 지정하는 처분을 하자 각 지방자치단체의 장을 상대로 위 처분에 대한 취소소송을 제기하였다.

대형마트 등 운영회사는 위 소송에서 ① 영업시간 제한 등 처분의 근거가 된 조례 규정이 「유통산업발전법」의 위임 취지에 위반되고, ② 조례가 서비스 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Trade in Service, 이하 ‘GATS’라고 한다)에 위반되며, ③ 영업시간 제한 등 처분이 지방자치단체의 장에게 부여된 재량권을 일탈·남용한 처분으로 위법하다고 주장하였다.

(2) 법원의 판단 - 기각 판결

위 (1)항의 영업시간 제한 등 재처분 취소소송의 선도 사건에 해당하는 서울행정법원 2013. 9. 24. 선고 2012구합43352 판결(대상판결의 원심)에서는 다음과 같은 이유로 대형마트 등 운영회사들의 청구를 모두 기각하였다.

10) 서울특별시 송파구 전통상업보존구역 지정 및 대규모·준대규모점포의 등록제한 등에 관한 조례(2012. 10. 18. 일부개정, 조례 제1152호)

제18조의2(대규모점포 등에 대한 영업시간의 제한 등) ① 구청장은 법 시행령 제7조의2에 따라 대형마트로 등록된 것과 준대규모점포에 대하여 다음 각 호와 같이 영업시간 제한과 의무휴업을 명할 수 있다. 다만, 연간 총 매출액 중 「농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률」에 따른 농수산물의 매출액 비중이 51퍼센트 이상인 대규모점포 등은 제외한다.

1. 영업시간 제한은 오전 0시부터 오전 8시까지의 범위 이내

2. 의무휴업일수는 매월 1일 이상 2일 범위 이내

② 구청장은 제1항의 규정에 따른 영업시간 제한과 의무휴업을 명하는 경우 당사자 등에게 행정절차법상의 처분의 사전통지 및 의견제출 기회를 제공하고, 고지하여야 한다.

③ 구청장은 제1항 및 제2항과 관련하여 필요한 구체적 세부사항을 규칙으로 정할 수 있다.

우선, 위임입법의 취지에 반하여 영업시간 제한 등에 관한 조례 규정이 위법하다는 주장에 대하여는, ① 「유통산업발전법」상 이미 지방자치단체의 장의 재량을 상당한 정도로 제한하고 있으므로, 법령에서 정한 그대로의 재량권을 지방자치단체의 장에게 주었다고 하더라도 이를 법령의 취지에 반한다고 볼 수 없고, ② ‘건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포 등과 중소기업의 상생발전을 위하여 필요한 때’라는 영업시간 제한 등 처분의 발동요건이 다소 추상적이고 포괄적인 측면이 있다고 하더라도 자의적으로 법 적용을 할 수 있을 정도로 지나치게 광범위한 재량권을 부여하고 있다고 볼 수 없어 명확성의 원칙에 반한다고 보기 어려우며, ③ 행정절차법에 따라 절차적 참여권을 보장하고 있으므로 개별 조례에 세부적인 절차 규정을 두지 않았다고 하더라도 그와 같은 사정만으로 조례가 위법하다고 볼 수 없다고 판시하였다.

GATS에 위반된다는 주장에 대하여는, GATS 제14조는 일반적인 예외(General Exceptions)로서 자의적이거나 정당화될 수 없는 차별의 수단 또는 서비스 무역에 대한 위장된 제한이 아니라면 일정한 경우에 규제를 시행할 수 있도록 허용하고 있고, 제(b)호에서 ‘인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치’를 허용요건으로 규정하고 있는바, 영업시간 제한 등에 관한 조례 조항이 달성하고자 하는 공익 중 하나가 근로자의 건강권 보호인 점에서 시장접근 제한 조치 금지의 예외사유에 해당한다고 볼 수 있고, 조례의 근거가 된 영업시간 제한 등에 관한 「유통산업발전법」 조항과 GATS 조항 사이에는 「유통산업발전법」 조항이 특별법 우선의 원칙에 따라 그 효력이 우선한다고 봄이 타당하다고 판시하였다.

또한, 재량권을 일탈·남용하였다는 주장에 대하여는, ① 「유통산업발전법」상 영업시간 제한 등 처분으로써 실현하고자 하는 공익은 중요할 뿐만 아니라 달성할 필요성도 크고, ② 영업시간 제한 등 처분이 근로자의 건강권, 대규모점포 등과 중소기업의 상생발전이라는 공익을 달성하는 데에 적절한 방법이라고 할 수 있으며, ③ 영업제한 시간은 오전 0시부터 오전 8시까지로 비교적 소비자들의 구매가 뜸한 시간이므로 대형마트 등의 매출과 이익 감소분은 상대적으로 적을 것으로 보이는 반면, 대형마트 등 소속 근로자는 야간근무를 하지 않을 수 있고, 매월 둘째 주, 넷째 주 일요일이 의무휴업일로 지정됨으로써 대형마트 등의 매출과 이익 감소분이 작지 않을 것으로 보이지만 중소기업자 등의 매출이나 이익증대에는 큰 영향을 미쳐 공익달성에 매우 효과적일 것으로 보이므로, 대형마트 등의 사익을 지나치게 침해하여 현저하게 재량을 벗어났다고 보기 어려우며, ④ 일률적으로 오전 0시부터 오전 8시까지 영업을 제한하고, 매월 둘째 주, 넷째 주 일요일을 의무휴업일로 지정한 것은 인접한 지방자치단체 간에 영업시간 제한 등이 다른 경우 소비자들이 승용차나 대중교통을 이용하여 다른 지방자치단체의 대형마트 등에 쉽게 접근할 수 있어 각 처분의 실효성이 반감되어 공익달성에 어려움이 예상되는 점 등을 고려하면 구체적인 사정에 관하여 이익형량을 하지 않았거나 재량의 범위를 벗어난 것이라고 보기 어렵다고 판시하였다.

위 서울행정법원 2013. 9. 24. 선고 2012구합43352 판결이 선고된 이후, 다른 지역의 영업시간

제한 등 처분 취소소송에서도 동일하게 대형마트 등 운영회사들의 청구를 기각하는 판결이 이어졌고¹¹⁾, 대형마트 등 운영회사들은 이러한 판결들에 항소를 제기하였다.

IV. 대상판결의 주요 판시 내용 및 관련 법적 쟁점 검토

1. 대형마트 등 운영회사들의 항소 이유

대형마트 등 운영회사들은 위 서울행정법원 2013. 9. 24. 선고 2012구합43352 판결에 항소하면서 1심에서 한 주장을 그대로 유지하였고, 영업시간 제한 등에 관한 조례의 GATS 위반과 관련하여서는 한-EU FTA 위반 주장을 추가하였다.

또한, 대형마트 등 운영회사들은 위와 같은 주장에 추가하여 ① 처분의 대상이 된 대규모점포는 「유통산업발전법」에서 정한 대형마트의 요건에 해당되지 않으므로, 영업시간 제한 등 처분은 법령상 처분대상이 아닌 점포에 대하여 이루어진 것으로 위법하고, ② 영업시간 제한 등 처분의 상대방인 대형마트 내 임대매장 운영자에게 행정절차법상 사전통지나 의견제출 기회 등을 부여하지 않은 절차적 위법이 있다는 주장을 하였다.

2. 대상판결의 주요 판시 내용

대상판결은 원심인 서울행정법원 2013. 9. 24. 선고 2012구합43352 판결과 달리 동대문구청장, 성동구청장이 한 영업시간 제한 등 처분이 위법하다고 판시하여 이를 취소하는 판결을 하였다. 다음에서 그 주요 판시 내용을 살펴보기로 한다.

(1) 처분의 대상이 된 대규모점포가 대형마트에 해당되는지 여부

대상판결은 처분 당시 시행되던 「유통산업발전법」 시행령(2012. 5. 1. 대통령령 제23759호로 개정되기 전의 것) [별표 1] 제1호가 대형마트를 ‘제2조에 따른 용역의 제공장소를 제외한 매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상인 점포의 집단으로서 식품·가전 및 생활용품을 중심으로 점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포의 집단’이라고 규정하고 있고, 칙익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석 적용하여야 한다고 판시하면서, 처분의 대상이 된 대규모점포에서 점원이 제품 포장, 가공·손질, 의견 제공, 물건의 계산, 이동 등 구매편의를 도모하기 위하여 소비자들에게 제공하는 행위들에 비추어 볼 때 처분의 대상이 된 대규모점포가 ‘점원의 도움 없이’ 소비자에게

11) 광주지방법원 2014. 1. 9. 선고 2012구합2900 판결, 대구지방법원 2014. 2. 9. 선고 2012구합3868 판결 등 참조

소매하는 점포의 집단이라고 보기 어렵다고 판시하였다. 따라서, 영업시간 제한 등 처분은 처분대상이 아닌 점포에 대하여 이루어진 것으로 위법하다고 판시하였다. 「유통산업발전법」은 대규모점포를 경영하는 회사 또는 그 계열회사가 직영하는 점포를 ‘준대규모점포’로 규정하고 있는바, 대규모점포를 경영하는 회사가 직영하는 것을 처분사유로 한 준대규모점포에 대한 처분도 그 대상을 오인하여 위법하다고 판시하였다.

또한, 「유통산업발전법」의 규정 내용 및 형식에 비추어, 영업시간 제한 등 처분은 ‘대규모점포로 등록된 대규모점포의 매장면적 전체’를 그 처분의 대상으로 하는 대물적 처분으로서 대규모점포내 임대매장도 처분의 대상에 포함될 것으로 보이고, 임대매장은 주로 서비스 용역을 제공하는 것으로 ‘점원의 도움 없이’ 소매한다고 보기 어려워 그 처분이 위법하며, 영업시간 제한 등 처분은 대규모점포 매장 전체를 단일한 처분의 대상으로 한 것으로 임대매장 부분에 대해서만 분리하여 위법하다고 볼 수 없어 그 처분 전체가 위법하다고 판시하였다.

(2) 처분의 절차적 위법성에 대한 판단

대상판결은 영업시간 제한 등 처분 시 대규모점포의 대표자가 아닌 임대매장 운영자에게는 행정절차법상 사전통지나 의견제출의 기회를 부여하지 않았고, 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분은 불가분의 단일한 처분으로 임대매장 운영자에 대해 적법한 절차를 거치지 않았으므로, 처분 전체가 위법하다고 판시하였다.

(3) 조례의 GATS 및 한-EU FTA 위반 여부 판단

대상판결은 영업시간 제한 등 조례의 경우 근로자의 건강권 보호를 목적으로 하는 법률 조항의 위임을 받아 제정된 것으로 GATS 제14조 제(b)호(인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치)에 따른 시장접근 제한조치 금지의 예외사유에 해당된다고 볼 수 있고, 위 조례는 실제 영업시간을 제한할지 여부에 대해서는 행정청에 재량을 부여하고 있으므로, 대규모점포 등 운영회사들이 주장하는 조례의 위법 사유는 행정청의 재량권 행사 여하에 달려 있을 뿐 위 조례 자체가 GATS 및 한-EU FTA에 위배되어 위법하다고 단정할 수 없다고 판시하였다.

(4) 재량권 불행사 또는 해태의 위법성에 대한 판단

대상판결은 ① ‘건전한 유통질서 확립’과 관련하여, 유통질서의 건전 여부나 영업시간 제한 등 처분으로 개선 가능한지 등에 관하여 고려하였다는 사실을 인정할 증거가 없고, ② ‘근로자의 건강권 보호’와 관련하여, 대규모점포 등에서 근무하는 근로자의 수, 연령, 성별, 근로조건, 건강상태에

대해서 구체적으로 조사하거나 검토한 사실을 인정할 증거가 없으며, ③ 대규모점포 등에 납품하는 중소유통업자들의 피해 정도에 대하여 고려한 바가 없는 것으로 보이고, ④ 영업시간 제한 등 처분으로 인하여 침해되는 소비자의 선택권과 관련하여 구체적인 지역 주민들의 생활상의 불이익을 고려하였다는 증거가 없으며, ④ 점포 별로 구체적인 사정(대규모점포인지 준대규모점포인지, 전통상업보존구역 안에 있는지 여부, 지역과 매장면적 등)에 대한 충분한 검토 없이 일률적으로 그 시행범위를 결정한 것으로 보인다는 점 등에 비추어 재량권을 불행사 또는 적어도 해태한 위법이 있다고 판시하였다.

(5) 재량권 행사의 GATS 및 한-EU FTA 위반 여부 판단

대상판결은 영업시간 제한 등 처분이 근로자의 건강권을 보호하기 위한 것이라고 단정하기 어렵고, 오히려 경쟁제한을 위한 위장된 제한의 수단으로 볼 여지가 크다고 판시하였다. 따라서, 영업시간 제한 등 처분이 근로자의 건강권 보호를 위한 조치로서 시장접근 제한조치 금지의 예외사유에 해당한다고 보기는 어렵고, 홈플러스 주식회사 및 홈플러스테스코 주식회사가 운영하는 대규모점포 등에 대한 부분은 GATS 및 한-EU FTA에 위배된다고 판시하였다.

(6) 비례의 원칙 위반 여부

대상판결은 영업시간 제한 등 처분이 비례의 원칙에 위반되는지 여부와 관련하여 대규모점포와 준대규모점포를 구분하여 판시하였다.

우선 대규모점포와 관련하여, 처분의 대상이 된 대규모점포가 처분 당시 오전 0시 이후 영업을 하지 않았음에도 불필요하게 영업시간을 제한하였고, 평일을 휴일로 지정하거나 각 지방자치단체의 사정에 맞게 의무휴업일을 지정할 수 있었음에도, 일률적으로 인접한 지방자치단체와 동일한 날을 의무휴업일로 지정한 것은 상당성을 잃은 조치로 판단된다고 판시하였다.

이러한 판단과 더불어, ① 전통시장 구매환경 등의 개선이 아니라 영업시간을 제한하고 의무휴업일을 지정하여 소비자의 선택권을 가로 막고 저출산 등의 사회적 문제를 도외시 한 채 여성의 사회진출에 어려움을 더하는 방향으로 처분을 한 것이 과연 정당한 이익 형량의 결과라고 할 수 있는지 강한 의문이 있다는 점, ② 대규모점포의 경우 소비 환경을 개선하고 구매의 편의성을 높여 소비자의 효용을 증대시켰다고 평가할 수 있다는 점을 고려할 때, 영업시간 제한 등 처분은 소비자의 선택에 대한 과도한 제한이라고 보이는 점, ③ 대규모점포 납품업자의 피해가 상당할 것으로 보이고, 특히 여성근로자의 일자리 감소로 인한 피해가 매우 클 것으로 예상된다는 점, ④ 보다 신빙성이 높다고 보이는 ‘대형소매점 영업제한의 경제적 효과 분석’(연세대학교 정진욱, 최윤정 교수)에 의할 때 영업시간 제한 등 처분으로 인하여 위와 같은 피해를 상쇄할 만한 전통시장의 보호 효과

가 있는지 의심이 있다는 점 등에 비추어 볼 때, 영업시간 제한 등 처분은 이익형량에 잘못이 있고, 비례의 원칙을 위반하여 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 판시하였다.

준대규모점포와 관련하여서는, 준대규모점포가 접근성이 용이함을 강점으로 내세워 영세 슈퍼마켓 등의 생존을 크게 위협하고 있는 것으로 보이고, 영업시간 제한 등 처분으로 인한 근로자의 일자리 감소 및 납품업체가 입는 피해가 상대적으로 적을 것으로 예상되므로 법익균형성에 어긋났는지 대하여 강한 의문이 있으나, 헌법상 기본권인 영업의 자유를 제한함에 있어 외형적인 양적 제한은 극히 신중한 심사를 요하고, GATS 및 한-EU FTA이 국내법적 효력을 갖게 된 이상 국내 기업의 영업의 자유를 제한함에 있어서도 이를 고려하여 신중히 재량권을 행사할 필요가 있음에도 이를 게을리 하였고, 국내 기업을 역차별하는 결과를 가져올 수 있으므로, 평등원칙의 관점에서 볼 때 영업시간 제한 등 처분을 함에 있어 재량권 행사의 하자가 없었다고 보기 어렵다고 판시하였다.

3. 관련 법적 쟁점 등의 검토

(1) 영업시간 제한 등 처분의 대상이 되는 ‘대형마트’의 해석

대상판결은 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 한다는 전제 하에, 영업시간 제한 등 처분의 대상이 된 대규모점포 및 대규모점포 내 다수의 임대매장서의 점원 역할 등에 비추어 볼 때, 위 처분의 대상이 된 대규모점포가 ‘점원의 도움 없이’ 소매하는 점포의 집단인 「유통산업발전법」상의 대형마트로 볼 수 없다고 판시하였다.

이러한 대상판결의 판시는 누구나 일반적으로 대형마트라고 인식하고 있는 대규모점포 형태에 대하여 「유통산업발전법」상 영업시간 제한 등 처분의 대상이 되는 대형마트가 아니라는 취지로 판시한 것으로, 대상판결 선고 후 특히 이 부분 판시 내용이 사회적으로 가장 논란이 되고 있다. 특히, ‘점원의 도움 없이’ 소매하는 점포의 집단이라는 대형마트의 개념은 이미 2006. 6. 22. 개정된 「유통산업발전법」 시행령 [별표 1]이 개정되면서 최초로 도입되었고¹²⁾, 영업시간 제한 등 처분의 대상이 된 대형마트가 이러한 대규모점포의 종류 구분에 따라 대형마트 업태로 개설등록을 하고 있었으며, 기타 대형마트로서 「유통산업발전법」 법령상의 관련 규제를 받아 왔다는 점에서 선뜻 납득하기 어려운 점이 있는 것도 사실이다.

2006. 6. 22. 개정된 「유통산업발전법」 시행령의 개정이유에, [별표 1]을 개정하여 ‘상품을 통상의 소매가격보다 저렴한 가격으로 계속하여 소매하는 점포의 집단’인 ‘할인점’을 ‘식품·가전 및

12) 이전까지는 「유통산업발전법」 시행령 [별표 1] 대규모점포의 업태로서 대형마트 대신 할인점이 규정되어 있었고, 할인점의 정의도 ‘건축법시행령 별표 1 제3호 나목 내지 마목 및 동표 제4호의 규정에 의한 근린생활시설(이하 “근린생활시설”이라 한다)이 설치되는 장소를 제외한 매장 면적의 합계가 3천제곱미터 이상인 점포의 집단으로서 상품을 통상의 소매가격 보다 저렴한 가격으로 계속하여 소매하는 점포의 집단’이라고 되어 있어 ‘점원의 도움 없이’ 소매하는 점포의 집단이라는 개념 표지가 규정되어 있지 않았다.

생활용품을 중심으로 점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포의 집단'인 '대형마트'로 변경한 취지가 나와 있지 않아 '점원의 도움 없이'라는 개념 표지의 도입 취지가 분명하지는 않다. 추측컨대, 대형마트를 통한 소매가 일반화되면서 '통상의 소매가격보다 저렴한 가격'이라는 개념 표지만으로 대형마트를 다른 대규모점포와 구분 짓기 어려워져 다른 대규모점포 형태와 구별할 개념 표지를 규정할 필요성이 있었고, 이에 따라 개별 점포 별로 배정된 인원이 소비자에게 상품을 소개하고 판매하는 백화점, 쇼핑센터 등과 달리 대형마트의 경우 일반적으로 상품을 소개하고 판매할 목적으로 인원을 매장 내 배치하지 않다는 점에 착안하여 '점원의 도움 없이'라는 개념 표지를 대형마트를 다른 대규모점포와 구별 짓는 개념 표지로 도입한 것으로 생각된다.

결국, 위와 같은 관련 규정의 개정 경과와 기존의 법령 적용의 실상에 비추어 볼 때, 위 2006. 6. 22. 개정된 「유통산업발전법」 시행령 [별표 1] 대규모점포 종류 중 '대형마트'는 우리가 일반적으로 대형마트로 인식하고 있는 대규모점포에 관한 규정이고, 「유통산업발전법」 제12조의2 및 동법 시행령 제7조의2는 일반적으로 대형마트로 인식하고 있는 대규모점포를 영업시간 제한 등 처분의 대상으로 하고자 하는 데 그 입법 취지와 목적이 있는 것으로 해석된다. 그렇다면, 이러한 입법 취지¹³⁾에도 불구하고 실제 대형마트에서의 소매의 행태가 위 「유통산업발전법」 시행령 [별표 1]에서 정한 개념 표지에 부합하지 않는 경우 영업시간 제한 등 처분과 같은 불이익 처분의 위법성 판단과 관련하여 엄격 해석·적용의 원칙이 우선시되어야 하는지가 이 부분 판시의 핵심 쟁점이라고 할 수 있다.

이를 살펴보면, 판례는 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규의 해석에 대하여, “침익적 행정행위의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 그 행정행위의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안되며, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 아니된다”고 판시하고 있고(대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두3388 판결, 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791, 13807 판결 등 참조), 비록 민법 규정의 해석에 관한 사안이기는 하나 일반적인 법률의 해석과 관련하여 판례는, “법 해석은 어디까지나 법적 안정성을 해치지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 방향으로 이루어져야 한다. 이를 위해서는 가능한 한 원칙적으로 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 제정·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위와 같은 타당성 있는 법 해석의 요청에 부응하여야 한다.”고 판시하고 있다(대법원 2014. 12. 11. 선고 2013므4591).

13) 어떤 법률의 시행령의 해석이 문제된 다수의 판례에서 시행령의 입법취지에 관한 판시를 하고 있는바(대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두28632 판결, 대법원 1994. 9. 13. 선고 94누4141 판결 등 참조), 일반적으로 입법취지는 법률 해석과 관련하여 한정하여 사용되기 보다는 대통령령 등을 포함한 법규의 해석과 관련하여 보다 넓은 의미로 사용되고 있는 것으로 보인다.

이러한 법률 또는 법규 해석에 관한 판례의 판시 내용에 비추어 보면, 판례는 일반적인 법률의 해석과 비교하여 침익적 행정행위의 근거가 되는 행정법규의 해석에 있어서는 보다 문언의 통상적인 의미에 충실한 엄격 해석의 원칙의 관점에서 행정법규를 해석하는 입장이므로, 영업시간 제한 등 처분의 대상이 된 대규모점포에서 실제 점원의 도움 아래 소비자의 구매가 이루어지고 있는 현실에 근거하여 그 대규모점포를 ‘점원의 도움 없이’ 소매하는 점포의 집단인 「유통산업발전법」 상의 대형마트로 볼 수 없다고 판시한 대상판결은 일면 타당한 면이 있다고 생각된다.

그러나, 대상판결과 같이 ‘점원의 도움 없이’ 소매하는 점포의 집단이라는 개념 표지의 문언 해석에만 충실하여 일반적으로 대형마트로 인식하고 있는 대규모점포를 「유통산업발전법」 상 대형마트가 아니라고 해석하는 경우, 「유통산업발전법」 상 ‘대형마트’ 개념에 부합하는 대규모점포 자체가 존재하지 않게 되고, 또한, 일반적으로 대형마트로 인식하고 있는 대규모점포를 영업시간 제한 등 처분의 대상으로 하고자 하는 「유통산업발전법」 제12조의2 및 동법 시행령 제7조의2에 대한 목적론적 해석을 전적으로 배제하여 그 입법 취지와 목적을 완전히 몰각시키는 것으로서 타당하지 않은 것으로 생각된다. 또한, ‘점원의 도움 없이’ 소매하는 점포의 집단이라는 개념 표지의 문언 해석에 따라 그 규제 대상의 범위가 아니라 대상 유무 자체가 달라진다는 점에서 이는 확장해석 내지 유추해석 차원의 문제라고 보기도 어렵고, 위와 같은 「유통산업발전법」 제12조의2 및 동법 시행령 제7조의2의 입법 취지와 목적에 비추어 볼 때, 일반적으로 대형마트로 인식하고 있는 대규모점포를 백화점이나 쇼핑센터와 비교하여 ‘주로 점원의 도움 없이’ 소매하는 점포의 집단으로서 「유통산업발전법」 상 대형마트에 해당되는 것으로 해석하더라도 이를 지나친 확장해석이나 유추해석이라고 보기도 어렵다고 생각된다.

한편, 대상판결은 준대규모점포에 대한 처분도 대규모점포를 경영하는 회사가 직영하는 것을 처분사유로 한 것이므로 그 대상을 오인한 것으로 보인다고 판시하였다. 그러나, 위에서 살핀 바와 같이 대상판결에서 영업시간 제한 등 처분의 대상이 된 대규모점포를 「유통산업발전법」 상 대형마트로 볼 수 있고, 또한, 설령 「유통산업발전법」 상 대형마트에 해당되지 않는다고 하더라도 대규모점포의 종류 중 하나인 그 밖의 대규모점포¹⁴⁾에는 해당되는 것으로 볼 수도 있으므로, 처분의 대상을 오인한 것으로 보기는 어렵다고 생각된다.

(2) 임대매장 운영자에 대한 행정절차법상 사전통지 등 절차를 거쳐야 하는지 여부

대상판결은 영업시간 제한 등 처분의 대상이 된 대규모점포 내 임대매장 운영자에게 행정절차법상 사전통지나 의견제출의 기회를 부여하지 않았으므로, 불가분의 단일한 처분인 대규모점포에

14) 대형마트, 전문점, 백화점, 쇼핑센터, 복합쇼핑몰에 해당하지 아니하는 점포의 집단으로서 용역의 제공장소를 제외한 매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상인 점포는 그 밖의 준대규모점포에 해당된다[「유통산업발전법」 시행령(2013. 3. 23. 대통령령 제24442호로 개정되기 전의 것) [별표1] 제6호 참조].

대한 영업시간 제한 등 처분 전체가 위법하다고 판시하였다. 또한, 동일한 논리로 점원의 도움 아래 소비자의 구매가 이루어지는 대규모점포 내 임대매장에 대한 영업시간 제한 등 처분에 처분대상을 오인한 위법이 있어 대규모점포에 대한 영업시간 제한 등 처분 전체가 위법하다고 판시하였다.

우선, 영업시간 제한 등 처분의 법적 성질과 관련하여, 대상판결에서 판시한 바와 같이 「유통산업발전법」 제12조의2는 ‘대규모점포 중 대통령령으로 정하는 것과 준대규모점포’에 대하여 영업시간 제한 등 처분을 할 수 있다고 규정하고 있고, 「유통산업발전법」 시행령 [별표 1]에 의하면 그 영업시간 제한 등 처분의 대상이 되는 대형마트 등은 매장면적, 취급 상품 등의 물건의 객관적인 성질에 기초하여 구별되고 있으므로, 대형마트 등에 대한 영업시간 제한 등 처분은 처분의 대상이 되는 물건의 객관적 사정에 착안하여 행해지는 대물적 처분에 해당되는 것으로 판단된다. 또한, 영업시간 제한 등 처분은 그 문언상 대형마트 등에 해당되는 시설 전부에 그에 따른 효력을 미치는 것이므로, 대형마트 등 내에 위치한 임대매장 또한 영업시간 제한 등 처분에 따라 영업시간이 제한되고 의무휴업일에 휴업을 할 의무를 부담하게 된다.¹⁵⁾

행정절차법 제21조 제1항 및 제22조 제4항은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우 당사자등에게 일정한 사항을 사전에 통지하고, 당사자등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다고 규정하고 있고, 행정절차법 제2조 제4호 가목, 제9조에 의하면, 행정절차법상 ‘당사자등’은 일반적으로 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자로서 자연인, 법인 등을 의미한다. 따라서, 대물적 처분의 경우에는 해당 물건에 대하여 법률상의 이해관계를 가지는 자가 그 처분의 상대가 되는 당사자로서 행정절차법상 당사자등에 해당된다고 판단된다.

임대매장의 운영자는 영업의 주체로서 영업시간 제한 등 처분에 의하여 영업시간을 제한 받고 매월 2일의 휴업 의무를 부담하게 되므로, 점포에 대한 영업시간 제한 등 처분에 의하여 직접 권리가 제한되는 법률상의 이해관계를 가지는 자로서 행정절차법상 당사자등에 해당된다고 보아야 한다. 따라서, 임대매장 운영자에게 행정절차법상의 사전통지나 의견제출의 기회를 부여하지 않고 이루어진 영업시간 제한 등 처분은 위법하다고 할 것이다.

한편, 대상판결은 영업시간 제한 등 처분이 불가분의 단일한 처분이라고 보아 위와 같이 임대매장 운영자에게 적법한 절차를 거치지 않은 것이 처분 전체의 위법사유가 된다고 판시하였다. 이러한 대상판결의 판시 부분과 관련하여 대법원 판례는, “외형상 하나의 행정처분이라 하더라도 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정될 수 있다면 그 일부만의 취소도 가능하다.”는 입장을 보이고 있는바(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두9263 판결, 대법원 2000. 12. 12. 선고 99두12243

15) 「유통산업발전법」 시행령 [별표1]은 대형마트를 ‘(유통산업발전법 시행령) 제2조에 따른 용역제공장소(이하 “용역의 제공장소”라 한다)를 제외한 매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상인 점포의 집단으로서 식품·가전 및 생활용품을 중심으로 점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포의 집단’이라고 규정하고 있으므로, 매장면적 합계에서 제외되는 「유통산업발전법」 시행령 제2조 각호의 근린생활시설, 문화 및 집회시설 등 부분은 영업시간 제한 등 처분의 대상이 되지 않는다.

판결), 결국, 대형마트 1개 점포에 대한 영업시간 제한 등 처분이 매장 별로 가분성을 가지거나 그 처분의 일부를 특정 가능한 것은 아닌지 문제된다.

이를 살펴보면, 임대매장은 대형마트를 운영하는 회사와 그 임대매장 별 영업의 운영 주체가 상호 구분되고, 일반적으로 직영매장 부분과 임대매장 부분이 물리적으로 구분 가능하다는 점에서 1개의 대형마트 전체 점포에 대한 영업시간 제한 등 처분은 가분성이 있거나 그 처분대상의 일부가 특정된다고 볼 여지도 있다고 생각된다.¹⁶⁾ 그러나, 「유통산업발전법」 제2조 제3호는 대형마트를 포함한 대규모점포를 면적 합계가 3천제곱미터 이상인 점포의 집단으로 규정하고 있어 대규모점포를 1개의 물적 집합체로 규율하고 있고, 제12조의2는 대형마트 내 각 매장 운영자가 아니라 물적 집합체인 ‘대형마트’에 대하여 영업시간 제한 등 처분을 할 수 있다고 규정하고 있어 문언상으로도 영업시간 제한 등 처분은 1개의 처분으로 해석되므로, 이를 개별 매장이거나 그 매장의 운영자의 관점에서 분리 가능하다고거나 특정되는 것으로 인정하는 것은 위와 같은 근거 법령의 문언이나 규제 취지에 반한다고 생각된다.

따라서, 1개의 대형마트 전체 점포에 대한 영업시간 제한 등 처분은 불가분의 단일한 처분이라고 생각되고, 영업시간 제한 등 처분 시 그 처분의 상대방인 일부 임대매장 운영자에게 행정절차법상의 사전통지나 의견제출의 기회를 부여하지 않은 경우 대형마트에 대한 영업시간 제한 등 처분 전체가 위법하다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

(3) 재판상 GATS 및 한-EU FTA를 조례 효력이나 조례에 근거한 처분의 위법성 판단의 근거로 삼을 수 있는지 여부

대상판결은 영업시간 제한 등 처분의 근거가 된 조례 규정이 GATS 및 한-EU FTA에 위배된다고 보기 어렵다고 판시하였으나, 피고인 행정청의 재량권 행사가 GATS 및 한-EU FTA에 위배된다고 판시하였다.

이 부분 판시와 관련하여서는, GATS 및 한-EU FTA와 같은 국제조약이 직접효력을 가지는지가 문제되는데, 이러한 국제조약이 직접효력을 가지는지의 문제는 사인(私人)이 국제조약을 원용하여 국내법원에 소를 제기할 수 있는지의 문제를 의미한다고 한다.¹⁷⁾ 또한, 이러한 국제조약의 직접효력 문제는 국내법제로 편입되어 국내법적 지위를 가지는지 여부와는 별개의 문제로 보고 있다. 예를 들면, 미국의 경우 미국 헌법 제6조 제2항에서 조약의 국내법적 지위에 대하여 일원주의(조약이 국내법으로서 편입되지 위하여 별도의 입법이 필요 없는 법제)를 선언하고 있지만, 조약이 직접

16) 대상판결에서 판시하고 있는 바와 같이 대규모점포 개설등록 신청서인 「유통산업발전법」 시행규칙 별지 1호 서식은 운영방식으로서 직영·임대 매장의 면적 및 비율을 각 기재하도록 되어 있다.

17) 장승화, ‘WTO협정에 위반된 지방의회조례의 효력’, 주진열, ‘한국 대법원의 WTO협정 직접효력 부인 - 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두17936 판결을 중심으로’ 참조.

효력을 갖는 것은 조약의 성질이 자기집행적인 경우에 한정되는 것으로 보고 있다고 한다.¹⁸⁾

우선, 이와 관련한 대법원 판례를 살펴보면, 대법원 2005. 9. 9. 선고 2004추10 판결 및 대법원 2008. 12. 24 선고 2004추72 판결은 학교급식을 위하여 우리 농산물을 우선 사용하도록 하는 등을 내용으로 하는 지방자치단체의 조례가 ‘1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정’(General Agreement on Tariffs and Trade 1994, 이하 ‘GATT’)에 위반되어 효력이 없다고 하여, 국제조약을 국내 재판규범으로 인정하고 이에 위반된 국내 법령의 효력을 판단함으로써 직접효력을 인정하는 판시를 한 바 있다. 물론 위 판결들은 사인의 소송이 아니라 지방자치단체의 장이 지방자치법에 근거하여 지방자치단체의 의결에 대한 소를 제기한 사안이라는 특수성이 있다. 한편, 대법원은 그 이후 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두17936 판결에서, 사인에 대하여는 WTO 협정의 직접 효력이 미치지 아니한다고 보아야 한다고 하면서, WTO 협정위반이라는 이유만으로 사인이 직접 국내 법원에 회원국 정부를 상대로 그 처분의 취소를 구하는 소를 제기하거나 WTO 협정 위반을 처분의 독립된 취소사유로 주장할 수 없다고 판시하여 국제조약의 직접효력을 부인하는 취지의 판시를 하였다.

따라서, 위 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두17936 판결의 입장에 의하면 국제조약의 직접효력이 부인되므로, GATS 및 한-EU FTA를 영업시간 제한 등에 관한 조례의 효력이나 그 조례에 근거한 영업시간 제한 등 처분의 위법성 판단의 근거로 삼을 수 없다고 볼 가능성이 있다고 생각된다.

그러나, 위 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두17936 판결이 전원합의체 판결로 정리됨으로써 국제조약의 직접효력을 인정한 대법원 2005. 9. 9. 선고 2004추10 판결 및 대법원 2008. 12. 24 선고 2004추72 판결의 입장이 변경된 것이 아니고, 위 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두17936 판결 또한 WTO 협정에 근거하여 회원국 정부인 대한민국을 상대로 처분의 취소 내지 처분의 근거가 된 규칙의 적법 여부를 다툰 사건이라는 특수성을 가지고 있다. 따라서, 대상판결과 같이 국제조약의 당사자인 한국 정부가 아니라 지방자치단체의 장을 상대로 한 사건으로서 조례의 국제조약 위반 여부보다는 국제조약 내용을 처분의 재량권 일탈·남용 판단에 있어 하나의 사정으로서만 고려하고 있는 대상판결 사건의 경우에는 위 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두17936 판결과 달리 판단될 가능성 또한 있을 것으로 생각된다.

(4) 재량권 불행사 또는 해태의 위법 및 비례의 원칙 위반 여부

대상판결은 피고들이 영업시간 제한 등 처분 시 이익형량을 함에 있어 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락하는 등 재량권을 불행사하거나 또는 해태한 위법이 있다고 판시하였고, 비

18) 장승화, ‘WTO협정에 위반된 지방의회조례의 효력’

례의 원칙 위반 여부와 관련하여서도 관련 법익 사이의 이익형량을 함에 있어 잘못이 있고 비례의 원칙을 위반하여 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 판시하였다.

영업시간 제한 등 처분에 재량권의 불행사·해태 또는 일탈·남용의 위법이 있는지 여부는 결국 영업시간 제한 등 처분으로 달성하고자 하는 공익과 그에 의하여 침해되는 이익 사이의 이익형량의 문제인데, 영업시간 제한 등 처분에 의하여 달성하고자 하는 근로자의 건강권, 중소기업인의 보호 등의 공익과 위 처분에 의하여 침해되는 대형마트 등 운영회사 영업권 등의 사익은 이를 객관적으로 수치화하기 어려울 뿐만 아니라 부수하여 고려할 필요가 있는 소비자의 권리 내지 이익, 대형마트 등 납품업자 등의 이익 등까지 고려한다면 형량이 필요한 이익과 이해관계인이 너무 많아 대상판결에 나타난 제반 사정만을 기초로 재량권 불행사·해태 내지 일탈·남용 여부를 명확히 판단하는 것은 불가능하다고 생각된다. 또한, 이러한 재량권 일탈·남용 여부는 영업시간 제한 등 처분의 근거가 된 「유통산업발전법」 규정이 비례의 원칙에 위반되어 영업의 자유 등을 침해하는 규정으로 헌법에 위반되는지 여부와도 동일한 관점에서 논의되어야 할 문제로 단순히 법리적 관점에서만 접근할 문제도 아니라고 생각된다.

결국, 영업시간 제한 등 처분에 재량권의 불행사·해태 또는 일탈·남용의 위법이 있는지 여부는 대상판결에 대한 상고심의 판단을 기다려 보아야 할 것으로 생각되고, 아울러 상당한 정치적·정책적 논란을 유발하고 있는 영업시간 제한 등 처분의 근거 법률인 「유통산업발전법」 제12조의2에 대한 헌법재판소의 위헌 여부 판단 또한 필요할 것으로 생각된다.¹⁹⁾

영업시간 제한 등 처분에 재량권의 불행사·해태 또는 일탈·남용의 위법의 판단 또는 「유통산업발전법」 제12조의2의 위헌 여부 판단에 있어 대형마트 등 운영회사의 사익 침해와 중소기업인 보호 효과 뿐만 아니라 대상판결에서 판시하고 있는 바와 같이 소비자의 권리 내지 이익 침해, 대형마트 내 임대매장이나 납품업자의 이익 침해, 유통산업에서의 근로자 일자리 감소 효과 등에 대한 충분한 고려와 영업시간 제한 등 처분 시행 이후 실증적 자료의 검토 또한 심도 있게 이루어질 필요가 있다고 생각된다.

(5) 「유통산업발전법」 개정 및 대상판결의 실효성 검토

대상판결의 대상이 된 영업시간 제한 등 처분은 2012. 11.경 이루어진 처분으로 2012. 1. 17. 개정된 「유통산업발전법」(2012. 6. 1. 법률 제11461호로 개정되기 전의 것) 제12조의2에 근거한

19) 「유통산업발전법」 제12조의2 규정과 이에 근거한 지방자치단체 조례 규정에 대한 헌법소원이 수 차례 이루어졌으나, 기본권 침해의 법률효과는 지방자치단체의 장의 처분에 의하여 비로소 발생하는 것이므로 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 없다거나 조례의 개정으로 권리보호의 이익이 없어 부적법하다는 이유로 모두 각하되었다(헌법재판소 2013. 12. 26.자 2012헌마162 결정, 헌법재판소 2013. 12. 26.자 2012헌마196 결정, 헌법재판소 2013. 12. 26.자 2012헌마308 결정). 현재는 영업시간 제한 등 처분의 취소를 다루고 있는 소송절차에서 「유통산업발전법」 제12조의2에 대한 위헌법률심판제청 신청이 이루어진 상황이다.

것이다. 대상판결의 대상이 된 영업시간 제한 등 처분이 이루어진 후 2013. 1. 23. 개정된 「유통산업발전법」(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제12조의2는 영업시간 제한의 범위를 ‘오전 0시부터 오전 8시까지’에서 ‘오전 0시부터 오전 10시까지’로 확대하고, 의무휴업일을 ‘매월 1일 이상 2일 이내의 범위’에서 지정할 수 있도록 한 것에서 매월 공휴일 중 2일을 의무휴업일로 지정하도록 하는 내용으로 개정되었다.²⁰⁾

이러한 「유통산업발전법」 개정에 따라 전국의 지방자치단체들은 개정된 「유통산업발전법」을 반영하여 관련 조례를 개정하였고, 개정된 조례에 근거하여 영업시간 제한 등 처분을 하고 있다. 대상판결에서 문제되고 있는 동대문구와 성동구 또한 위 「유통산업발전법」 개정 내용을 반영하여 조례가 개정되어 있고, 이러한 조례에 근거하여 새로운 영업시간 제한 등 처분하더라도 이는 기존 영업시간 제한 등 처분을 취소한 판결의 기속력에 반하지 않는다(대법원 1998. 1. 7.자 97두 22 결정 참조). 따라서, 상고심에서 대상판결과 동일한 내용으로 판결이 확정된다고 하더라도 지방자치단체의 장은 새로운 영업시간 제한 등 처분을 할 수 있고, 대형마트 등 운영회사는 이에 대하여 다시 취소소송을 제기하여야 한다.

새로운 영업시간 제한 등 처분에 대하여 다시 취소소송을 제기하여야 하는 측면에서 대상판결 및 이에 대한 대법원 판결의 영향이 제한적인 측면도 있지만, 새로운 처분 시 「유통산업발전법」에서 정하고 있는 최대한의 한도로 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정을 하는 경우 대상판결에서 판시한 법률 쟁점이 거의 동일하게 문제될 것으로 예상된다는 점에서 대상판결 및 이에 대한 대법원 판결은 2013. 1. 23. 개정된 「유통산업발전법」(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제12조의2 및 이에 따라 개정된 조례에 근거한 영업시간 제한 등 처분의 위법성 판단에도 상당한 영향을 미칠 것으로 판단된다.

보다 구체적으로 살펴보면, 대상판결의 판시와 동일한 내용으로 대법원 판결이 선고된 후 지방자치단체의 장이 새로운 영업시간 제한 등 처분을 경우, 대상판결에서 문제된 임대매장 운영자에게 사전통지나 의견제출 기회를 부여하지 않은 절차적인 위법 사항은 처분 시 이러한 절차를 거침으

20) 「유통산업발전법」(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것)

제12조의2(대규모점포등에 대한 영업시간의 제한 등) ① 특별자치시장·시장·군수·구청장은 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포등과 중소기업의 상생발전(相生發展)을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 대형마트(대규모점포에 개설된 점포로서 대형마트의 요건을 갖춘 점포를 포함한다)와 준대규모점포에 대하여 다음 각 호의 영업시간 제한을 명하거나 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있다. 다만, 연간 총매출액 중 「농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률」에 따른 농수산물의 매출액 비중이 55퍼센트 이상인 대규모점포등으로서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 대규모점포등에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 영업시간 제한

2. 의무휴업일 지정

② 특별자치시장·시장·군수·구청장은 제1항제1호에 따라 오전 0시부터 오전 10시까지의 범위에서 영업시간을 제한할 수 있다.

③ 특별자치시장·시장·군수·구청장은 제1항제2호에 따라 매월 이들을 의무휴업일로 지정하여야 한다. 이 경우 의무휴업일은 공휴일 중에서 지정하되, 이해당사자와 합의를 거쳐 공휴일이 아닌 날을 의무휴업일로 지정할 수 있다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.

로써 적법성을 확보할 수 있고, 공휴일 중 2일을 의무휴업일로 지정하도록 한 의무휴업일 지정 처분과 관련하여서는 지방자치단체의 장의 재량의 여지가 크지 않아 재량권 일탈·남용이 문제될 소지가 줄어들 것으로 보인다. 그러나, 처분의 대상이 된 대규모점포가 대형마트에 해당되는지 여부, 영업시간 제한 등 조례 및 처분의 GATS 및 한-EU FTA 위반 여부, 비례의 원칙 위반 여부는 새로운 영업시간 제한 등 처분 취소소송에서도 동일하게 문제될 것으로 보이고, 특히 개정된 「유통산업발전법」 상으로도 지방자치단체의 장에게 의무휴업일을 지정할지 여부에 대한 재량권은 여전히 인정된다는 점에서 의무휴업일 지정 처분과 관련하여서도 GATS 및 한-EU FTA 위반 여부, 비례의 원칙 위반 여부는 계속 문제될 것으로 보인다.

V. 결어

대상판결은 지방자치단체의 장의 영업시간 제한 등 처분이 적법하다고 본 원심 및 동일한 내용의 다른 1심 판결들과 달리 대형마트 등에 대한 영업시간 제한 처분이 위법하다고 판시하였다.

이와 같이 대형마트 등 운영회사에게 유리한 판결은 기존에 그래왔듯 대형마트 등에 대한 강화된 규제를 담은 「유통산업발전법」 개정 논의로 이어질 가능성이 크다. 이미 대상판결과 상관없이 전통상업보존구역을 확대하거나 대규모점포 중 전문점에 대하여 영업시간 제한 등 처분을 할 수 있도록 하는 내용의 「유통산업발전법」 개정법률안들이 발의되거나 발의가 예정되어 있다. 그러나, 이와 같이 규제를 강화하는 「유통산업발전법」의 개정은 또 다른 분쟁과 논란을 촉발할 뿐 이 제까지와 같이 중소기업인 보호(이익 증대)라는 공익 달성과 관련하여 가시적이거나 현저한 효과를 거두지 못할 것으로 예상된다.

대상판결의 판시 내용이 법리적인 측면에서 타당한지 여부에 대하여는 대법원의 판단을 기다려 보아야 할 것이고, 법리적인 측면을 떠나 정당하고 공정한 판결인지에 대하여는 의견이 분분할 수 있을 것으로 생각된다. 특히, 대상판결이 영업시간 제한 등 처분의 재량권 일탈·남용과 관련하여 이익형량에 고려하여야 할 제반 사정들을 보다 확대하고 종합적으로 검토함으로써 법리적 관점보다 다분히 정책적인 관점에서 접근하여 판단하는 듯한 인상을 주고 있어 더욱 공정성에 대한 논란이 제기되고 있다고 생각된다.

그러나, 오늘날 유통산업의 규모와 그 이해관계인, 영업시간 제한 등 처분의 광범위한 영향 등을 고려할 때, 대상판결과 같이 소비자의 권리 내지 이익 침해, 대형마트 내 임대매장 운영자나 납품업자의 이익 침해, 유통산업에서의 근로자 일자리 감소 효과 등의 제반 사정까지도 종합적으로 고려하여 이익형량을 한 점은 그 방향에 있어 타당하다고 생각되고, 무엇보다 대형마트 등에 대한 규제를 강화하고 사법적 심사의 여지를 줄이는 방향의 입법만으로 문제를 해결할 수는 없다는 인

식의 시발점이 될 수 있다는 점에서 의의가 있다고 생각된다.

향후 대규모점포등과 중소기업의 상생발전 등의 명목을 내세워 대규모 유통업체에 대한 무조건적인 규제 강화 입법을 추진하기에 앞서 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 규제의 적법성과 실효성 등에 대한 건전한 논의가 이루어져 이를 기초로 영업시간 제한 등 처분의 위법 여부 더 나아가 대규모유통업체 규제의 합리적 기준 설정에 관한 대법원의 현명한 판단이 이어지기를 기대해 본다.

사단법인 한국유통법학회 정관

제정 2013. 9. 14.

제 1 장 총 칙

제1조(명칭) 본회의 명칭은 사단법인 한국유통법학회(Korea Distribution Law Association : KDLA)라 한다.

제2조(사무소) 본회의 주된 사무소는 서울특별시에 두며, 필요시 지부를 둘 수 있다.

제 2 장 목적 및 사업

제3조(목적) 본회는 유통에 관한 국내외 법제를 연구하고 관련 산학간의 교류를 강화함으로써 유통 법제의 합리화와 회원 상호간의 친목을 도모하고 유통인력의 계발 및 유통산업의 발전에 기여함을 목적으로 한다.

제4조(사업) 본회는 그 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 사업을 수행한다.

1. 연구발표회 및 학술강연회의 개최
2. 학회지 기타 도서의 간행, 출판
3. 유통관련 법제와 정책에 관한 관계기관과의 정보교류와 협조 및 의견 제시
4. 회원 상호간 및 유관기관이나 단체와의 친목 도모
5. 그밖에 이사회에서 필요하다고 인정하는 사업

제 3 장 회 원

제5조(회원의 자격) 본회의 회원은 유통관련 법제와 정책을 연구·교육하거나 관련 법률실무에 종사하는 자, 유통기업 및 그 임직원 또는 본회의 목적과 사업에 찬동하는 개인 및 법인으로서의 요건을 갖추어야 한다.

제6조(회원의 구분) 회원은 일반회원, 특별회원 및 법인회원으로 구분한다.

- ① 일반회원은 유통법 및 유통관련 법령의 연구에 종사하는 자로서 이사회에 가입승인을 받은 자로 한다.
- ② 특별회원은 유통기업에 종사하거나 유통에 관한 법률사무에 종사하는 자로서 이사회에 가입승인을 받은 자로 한다.
- ③ 법인회원은 본회의 목적에 찬동하는 법인 또는 단체나 기업으로서 이사회에 승인을 얻은 사회적 실체(entity)로 한다.

제7조(회원의 권리와 의무) 회원은 권리와 의무는 다음과 같다.

- ① 회원은 본회의 운영에 참여할 권리가 있다.
- ② 회원은 회비를 납입하고 본회의 사업에 협력할 의무를 부담한다.
- ③ 회원은 건전한 상식과 예절 및 원만한 품성을 유지하여야 한다.

제8조(회원의 제명) 회원의 제명 사유와 절차는 다음과 같다.

- ① 회원이 제7조 제2항의 의무를 위반하거나 부적절한 언행으로 본회의 명예를 손상하거나 손상할 우려가 있는 경우에는 이사회와 총회의 결의를 거쳐 제명할 수 있다.
- ② 회장은 전항의 이사회 의결일로부터 1월 이내에 총회를 소집하기 어려울 경우에는 곧바로 제명되었음을 선언할 수 있다. 다만, 이 경우 제명된 자는 차기 총회에 제명 안을 상정하여 표결할 것을 요구할 수 있다.

제 4 장 임 원

제9조(임원)

- ① 본회의 운영을 위하여 회장 1인과 약간 명의 부회장, 이사 및 감사를 둔다.
- ② 회장, 부회장, 등기이사 및 감사는 총회에서 선출한다. 다만, 총회는 부회장의 선임을 회장에게 위임할 수 있다.
- ③ 상임이사는 이사 중에서 회장이 임명한다. 회장은 (상임)이사의 임면에 관하여 부회장과 감사에게 의견을 구할 수 있다. 감사는 부회장이나 이사의 비행을 확인한 경우에는 회장에게 그 해임을 건의할 수 있다.
- ④ 직전 회장은 후임 회장의 재직기간 동안 명예회장으로 봉사하며, 회장단 회의나 (상임)이사회에 참석하여 의견을 개진할 수 있다.

제10조(회장) 회장의 업무에 관한 사항은 다음과 같다.

- ① 회장은 본회를 대표하며, 회무를 총괄한다.
- ② 회장은 (상임)이사를 임면하고 (상임)이사회 및 총회의 의장이 된다.
- ③ 회장은 특정한 부회장이나 상임이사에게 업무의 일부를 위임할 수 있다.
- ④ 회장의 유고시에는 등기이사가 직무대행자를 선임한다. 유고사태가 장기화될 경우에는 제9조의 규정에 따라 새로 회장을 선임한다. 이 경우 선임된 회장은 전임자의 잔여 임기 동안 재직한다.

제11조(고문) 본회는 약간 명의 고문을 둘 수 있다.

- ① 회장은 본회발전에 기여할 수 있는 능력과 명망을 갖춘 분을 이사회의 의결을 거쳐 고문으로 위촉한다.
- ② 고문은 위촉한 회장과 동일한 기간 동안 재직한다.
- ③ 제2항의 규정에 불구하고 후임 회장은 해당 인사를 고문으로 재위촉할 수 있다.

제12조(임원의 임기) 임원의 임기는 다음과 같다.

- ① 회장, 부회장, 상임이사 및 등기이사의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.
- ② 감사의 임기는 2년으로 하며, 1회에 한하여 연임할 수 있다.

제13조(감사) 감사의 업무와 권한은 다음과 같다.

- ① 감사는 이사회 및 상임이사회에 참석할 수 있고 본회의 업무와 회계를 감사한다.
- ② 감사는 감사 결과를 총회에 보고한다.
- ③ 감사는 본회의 운영에 중대한 문제가 있는 경우에는 회장에게 총회의 소집을 요구할 수 있다. 이 경우 회장이 1월내에 총회를 소집하지 아니하면 직접 총회를 소집할 수 있다.

제 5 장 총 회

제14조(총회의 구성) 총회의 구분은 다음과 같다.

- ① 총회는 정기총회와 임시총회로 구분하며 회장이 이를 소집한다.
- ② 정기총회는 매년 1회 개최한다.
- ③ 임시총회는 이사회, 정회원 3분의 1이상 또는 감사의 요구가 있을 때에 회장이 소집한다.

- ④ 총회의 소집은 회장이 회의 안건, 개최일시 및 장소를 명기하여 개회 7일 전까지 문서 기타 이에 준하는 방법으로 각 회원에게 통지하여야 한다.

제15조(총회의 정족수)

- ① 총회는 출석회원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 경우에는 의장이 결정한다.
② 제1항의 규정에 의한 의결권은 총회에 참석하는 다른 회원에게 서면으로 위임할 수 있다. 이 경우 위임장을 회의 개시 전까지 회장에게 제출하여야 한다.

제16조(총회의 의결사항) 총회의 의결사항은 다음과 같다.

1. 임원선출에 관한 사항
2. 본회의 해산 및 정관변경에 관한 사항
3. 재산의 처분, 매도, 증여, 담보, 대여, 취득, 기채 등
4. 예산 및 결산의 승인
5. 사업계획의 승인
6. 기타 본회의 운영에 필요한 중요사항

제17조(총회의결 제척사항) 회원이 다음 각 호의 1에 해당된 때에는 그 의결에 참여하지 못한다.

1. 임원의 취임 및 해임에 있어서 그 자신에 관한 사항을 의결할 때
2. 금전이나 재산의 수수를 수반하는 사항으로 회원 자신과 본회의 이해가 상반될 때

제 6 장 이사회

제18조(이사회) 이사회의 구성 및 운영은 다음과 같다.

- ① 이사회는 회장, 부회장, 이사로 구성되며, 본회의 주요 업무를 결정한다.
② 회장은 긴급한 경우를 제외하고는 회의 개시 3일전에 통지하고 이사회를 소집한다. 회장의 유고시에는 부회장 중 1인이 위와 같은 절차에 따라 소집할 수 있다.
③ 이사회는 재적이사 과반수의 출석(중요사항은 3분의 2 출석)으로 개의하고, 출석이사 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 경우에는 의장이 결정한다.
④ 회장은 업무처리의 간이 신속을 위하여 제1항의 이사회 소관사항을 상임이사회에서 결정하게 할 수 있다.

제19조(상임이사회) 상임이사회의 구성 및 운영은 다음과 같다.

- ① 상임이사회는 회장, 부회장 및 상임이사로 구성되며 본회의 상무를 수행한다.
- ② 상임이사회는 필요한 경우 그 업무를 특정한 이사에게 위임할 수 있다.
- ③ 상임이사회는 출석한 자 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 회장이 제18조 제4항에 의해 상임위원회를 소집할 경우, 해당 상임위원회의 소집과 의결방법 및 의결사항에 관하여는 전조의 규정을 준용한다. 이 경우 상임이사회에서 결정한 사항은 이사회에서 결정한 것으로 본다.

제 7 장 재 정

제20조(회계년도) 본회의 사업연도는 매년 1월 1일부터 12월 31일까지로 한다.

제21조(수입) 본회의 수입에 관한 사항은 다음과 같다.

- ① 본회의 운영을 위한 재원은 회원의 입회금, 회비, 찬조금, 기타의 수입으로 한다.
- ② 입회비 및 회비는 이사회에서 정하며, 이 경우 회원별로 차등을 둘 수 있다.

제 8 장 보 칙

제22조(이사회규칙) 이사회는 본 정관규정에 반하지 않는 범위에서 본 회의 운영에 관하여 필요한 규칙을 제정할 수 있다.

제23조(정관변경)

- ① 회장 또는 이사회는 정관의 변경을 발의할 수 있다.
- ② 발의된 정관은 출석회원 3분의 2이상의 찬성으로 변경할 수 있다.
- ③ 정관의 변경은 주무관청에 신고하여 허가를 얻지 아니하면 효력이 없다.

제24조(해산, 잔여재산의 처분) 본 학회의 해산과 잔여재산의 처분은 다음과 같다.

- ① 본 학회는 민법 제77조 및 제78조의 규정에 의하여 해산한다.
- ② 이사 또는 청산인은 본 학회가 해산한 때에는 잔여재산을 총회의 결의와 주무관청의 허가를 얻어 본 학회의 목적에 유사한 목적을 위하여 처분할 수 있다.
- ③ 제2항의 규정에 의하여 처분되지 아니한 재산은 국고에 귀속한다.

제25조(회의록 등)

- ① 총회에 참석한 사원은 각자 의결권을 행사한다.
- ② 위 제1항과 관련된 총회의사록이나 결의서에 관한 공증업무의 효율성을 제고시키기 위하여 회의에 출석한 의결권자 전원은 회의록 공증업무에 관한 권리를 등기이사 전원에게 위임한다.
- ③ 등기이사는 위 제2항에 따른 공증업무를 수행함에 있어서 제1항의 결의사항을 변경 할 수 없다.

제26조(통지) 본회의 운영과 관련된 통지는 그 내용의 진정성과 도달 여부를 확인할 수 있는 한 우편통지 외에 전화나 전송, 기타 전자적 방법으로 할 수 있다.

제27조(산하조직) 본회는 연구분야의 전문화 필요성 등에 따라 산하조직을 둘 수 있다.

제28조(사업보고) 익년도 사업계획서 및 예산서와 당해 연도 사업실적서 및 수지결산서는 회계연도 종료 후 2월 이내에 주무관청에게 보고하여야 한다. 이 경우에 재산목록과 업무현황 및 감사결과보고서도 함께 제출하여야 한다.

부 칙

1. 이 정관은 주무관청의 승인일로부터 시행한다.

● 사단법인 한국유통법학회 회원 가입 안내 ●

1. 본 학회에 가입을 희망하시는 분은 첨부한 <가입신청서>를 작성하여 저희 학회로 송부해 주시길 바랍니다.
2. 본 학회는 정관에 의거 다음과 같은 3종류의 회원제도를 두고 있습니다.
 - ① 일반회원 : 유통법, 공정거래법 및 상거래법의 연구에 종사하는 자로서 이사회에 가입승인을 받은 자
 - ② 특별회원 : 유통기업에 종사하거나 유통에 관한 법률사무에 종사하는 자로서 이사회에 가입승인을 받은 자
 - ③ 법인회원 : 본회의 목적에 찬동하는 법인 또는 단체나 기업으로서 이사회에 승인을 받은 사회적 실체(entity)
3. 가입이 승인된 회원은 다음에 해당하는 **연회비**를 납부하셔야 합니다.
 - ① 일반회원 : 5만원
 - ② 특별회원 : 10만원
 - ③ 법인회원 : a) 대기업(매출 1조 이상) 300만원, b) 대기업이 회원인 협회 300만원
c) 기타 법인회원 200만원
 - ④ 회장, 부회장, 감사 및 이사는 이사회에서 별도로 정하는 금액

■ 아 래 ■

- 입금계좌 : (사)한국유통법학회
하나은행 391-910012-34204
 - 학회사무실 : 서울시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학전문대학원 신법학관 414호(회 장)
인천시 연수구 아카데미로 119 인천대학교 법과대학 522호 문상일교수연구실(총무이사)
 - 전 화 : (총무이사 문상일) Mobile 010-5460-9732/ TEL 032-835-8329
(총무간사 이혁 : Mobile 010-9634-0506, 윤현정 : Mobile 010-9621-7198)
TEL 02-3290-1904
 - Fax : 02-523-0600
 - E-mail : kdla2013@daum.net
 - 홈페이지 : www.distributionlaw.or.kr
- ※ 가입신청서 송부처 : 학회사무실, Fax 또는 E-mail 중 편하신 방법.

(사)한국유통법학회 회장 최영홍

일반회원 가입신청서

성 명	국 문		생년월일	
	영 문		성 별	
근무처	직장명			
	직 위			
	주 소			
	연락처	휴대폰 :	직장	
	E-Mail			
학 력	학 사	취득연도 :	대학교 :	
	석 사	취득연도 :	대학교 :	
	박 사	취득연도 :	대학교 :	
박사학위 논문제목				
주요경력				
관심분야				
기부자 인적사항	※기부금 영수증 필요 여부	필요()		불필요()
	주 소			
<p>본인은 (사)한국유통법학회의 설립취지와 목적에 동의하여 일반회원으로 가입하고자 신청합니다.</p> <p style="text-align: right;">년 월 일</p> <p style="text-align: center; font-size: 1.2em;">(사)한국유통법학회장 귀하</p>				

※ 「기부금 영수증」 상 주민번호를 본인이 직접 기입하시기 바랍니다.

특별회원 가입신청서

성 명	한 글		생년월일	
	영 문		성 별	
근무처	직장명			
	직 위			
	주 소			
	연락처	휴대폰 :	직장 :	
	E-Mail			
학 력	학 사	취득연도 :	대학교 :	
	석 사	취득연도 :	대학교 :	
	박 사	취득연도 :	대학교 :	
박사학위 논문제목				
주요경력				
관심분야				
※기부자 인적사항	※기부금 영수증 필요 여부	필요()		불필요()
	주 소			
<p>본인은 (사)한국유통법학회의 설립취지와 목적에 동의하여 특별회원으로 가입하고자 신청합니다.</p> <p style="text-align: right;">년 월 일</p> <p style="text-align: center; font-weight: bold; font-size: 1.2em;">(사)한국유통법학회장 귀하</p>				

※ 「기부금 영수증」 상 주민번호를 본인이 직접 기입하시기 바랍니다.

법인회원 가입신청서

법 인 명	한 글			
	영 문			
사업자 등록번호				
업 종				
주소(소재지)				
대 표 자	성 명			
	연락처		(Fax)	
	E-Mail			
대 표 참여회원 (복수기재 가능)	성 명			
	직 위			
	연락처	(핸드폰)		(핸드폰)
		(직장)		(직장)
E-Mail				
법인연혁 및 관심분야				

본 _____ 은(는)
 (사)한국유통법학회의 설립취지와 목적에 동의하여
 법인회원으로 가입하고자 신청합니다.

년 월 일

(사)한국유통법학회장 귀하