

2022년 (사)한국상사법학회 춘계정기학술대회

대주제 : 상사법제의 최근 분야별 쟁점분석

- 일시 : 2022. 4. 29(금) 13:30-17:40
- 장소 : 연세대학교 광복관 별관 101호 국제회의장
- 주최 : (사)한국상사법학회·연세대학교 법학연구원
- 후원 : 네이버

2022년 춘계학술대회 안내

- ◆ **대 주 제** : 상사법제의 최근 분야별 쟁점분석
- ◆ **일 시** : 2022. 4. 29 (금) 13:30~18:20
- ◆ **장 소** : 연세대학교 광복관 별관 101호(국제회의장)
- ◆ **주 최** : (사)한국상사법학회 · 연세대학교 법학연구원
- ◆ **후 원** : 주식회사 네이버
- ◆ **세부일정**
 - 등 록 : 13:30~13:50
 - 개회식 : 13:50~14:00
 - 개회사 : 김효신 한국상사법학회 회장(경북대)
 - 환영사 : 심 영 연세대학교 법학연구원 원장
 - 축 사 : 이기수 한국법학원 원장
- ◆ **학술 프로그램 안내**

사회 : 연구이사 문상일 교수(인천대)

세션	발표자	주제	사회자	토론자1	토론자2
제1세션 14:00-14:50	최은진 입법조사관보 (국회입법조사처)	온라인플랫폼법(안)의 항행과 주요국의 플랫폼 규제 동향	유진희 교수 (고려대)	손창완 교수 (연세대)	이 혁 교수 (강원대)
제2세션 14:50-15:40	송옥렬 교수 (서울대)	기관투자자와 기업지배구조	안강현 교수 (연세대)	이효경 교수 (충남대)	정준혁 교수 (서울대)

coffee break (15:40-16:00)

제3세션 16:00-16:50	박세환 교수 (서울시립대)	온라인플랫폼과 경영간섭	김두진 교수 (부경대)	이호영 교수 (한양대)	노상섭 고문 (김앤장 법률사무소)
제4세션 16:50-17:40	최병규 교수 (건국대)	시행용리스크에 대한 보험법의 대응과 과제	김선정 교수 (동국대 금융보험법연구센터장)	정영진 교수 (인하대)	신현화 변호사 (법무법인 율촌)

[17:40-18:20]

- **연구윤리 교육 및 세미나 개최 (진행:연구이사)**
 - 학회를 위한 연구윤리의 이해와 적용
 - 연구윤리 위반행위의 개념과 유형
 - 올바른 인용과 출처표시
 - 2022년도 상사법연구 표절검사 프로그램 적용방안
- **폐회식 (18:20)**

목 차

제1세션

온라인플랫폼법(안)의 향방과 주요국의 플랫폼 규제 동향 / 1

토론 : 손창완 교수(연세대)
토론 : 이 혁 교수(강원대)

제2세션

기관투자자와 기업지배구조 / 19

토론 : 이효경 교수(충남대)
토론 : 정준혁 교수(서울대)

제3세션

온라인플랫폼과 경영간섭 / 33

토론 : 이호영 교수(한양대)
토론 : 노상섭 고문(김앤장 법률사무소)

제4세션

AI활용리스크에 대한 보험법의 대응과 과제 / 47

토론 : 정영진 교수(인하대)
토론 : 신현화 변호사(법무법인 율촌)

세션 1

온라인플랫폼법(안)의 향방과 주요국의 플랫폼 규제 동향

사회 : 유진희 교수(고려대)

토론 : 손창완 교수(연세대)

토론 : 이 혁 교수(강원대)

온라인플랫폼법(안)의 향방과 주요국의 플랫폼 규제 동향

국회입법조사처
최은진 입법조사관보
(공정거래·소비자보호 담당)



I. 머리말



- 스마트기기의 보편화와 최근 코로나19의 장기화로 경제·산업 등 모든 분야에 디지털화가 보편화된 뉴 노멀(new normal)시대를 맞이하게 되었음 (* 뉴 노멀 : 사회적으로 새로운 기준이나 표준이 보편화되는 현상을 이르는 말로 쓰임)
- 디지털 시장의 지속적이고 폭발적인 발전 양상은 플랫폼이 새로운 시장을 창출하고 기존 시장을 파괴할 수 있는 잠재력을 보여줌
 - 현재 플랫폼은 디지털 경제에서 가장 영향력 있는 행위자 중 하나이며, 거래의 핵심 요소
- 소수 특정 플랫폼의 급속한 시장 독점은 새로운 경쟁법적 이슈를 야기함
 - 예) 소수 특정 플랫폼이 시장지배력을 남용하여 플랫폼에 입점한 중소기업자에게 불공정한 거래조건 부과 및 경제적 이익 취득 등
- 국경을 초월하여 사업 확장이 수월한 플랫폼의 경쟁법적 문제는 글로벌 현안으로 대두되고 있음
 - 유럽 : 전 세계에서 가장 빠르게 소수의 거대 플랫폼(gatekeeper)의 불공정거래행위에 대응하기 위한 법안 마련 중(DMA)
 - 미국 : GAFA(Google/Amazon/Facebook/Apple)등 빅테크(big tech) 사업자를 대상으로 한 '플랫폼 반독점 패키지 5대 법(안)' 마련
 - 우리나라 : 2021월 1월, 「온라인 플랫폼 중개거래의 공정화에 관한 법률」 제정안(정부안) 마련, 국회 정무위원회 계류 중

II. 플랫폼의 영향력 확대와 경쟁법적 검토의 필요성

THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE REPUBLIC OF KOREA

3

1. 빅테크 등 대규모 플랫폼 사업자의 영향력 확대

- 플랫폼 : 통상적으로 '상호의존성을 지닌 생산자와 소비자 그룹을 효율적으로 연결시킴으로써 가치를 창출하는 사업모델'
 - 광고 수익 기반 플랫폼 - 예) Google, Facebook, 네이버 등
 - 거래·매칭메이킹(matching making) 플랫폼 - 예) Amazon, 네이버, Uber, Airbnb 등 공유 플랫폼
 - 운영체제(OS)·앱 마켓(App market) 플랫폼 - 예) iOS Appstore, Android Playstore 등
- 오늘날 시장을 지배하는 사업자 중 상당히 많은 수의 사업자가 플랫폼을 기반으로 하는 사업을 영위하고 있음

〈글로벌 시가총액 상위 10대 기업〉

순위(Rank)	사업자(Company Name)	시가총액(Market Cap)	국가(Country)
1	Apple	\$ 2.640T	USA
2	Saudi Aramco	\$ 2.291T	S.Arabia
3	Microsoft	\$ 2.054T	USA
4	Alphabet(Google)	\$ 1.581T	USA
5	Amazon	\$ 1.468T	USA
6	Tesla	\$ 1.038T	USA
7	Berkshire Hathaway	\$ 742.76B	USA
8	Meta(Facebook)	\$ 526.37B	USA
9	TSMC	\$ 496.17B	Taiwan
10	UnitedHealth	\$ 490.15B	USA

- 자료 : companiesmarketcap.com

II. 플랫폼의 영향력 확대와 경쟁법적 검토의 필요성

THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE REPUBLIC OF KOREA

4

2. 플랫폼의 특성과 경쟁법적 논의의 필요성 - 특성

- 양면시장(two-sided market) 또는 다면시장(multi-sided market)
 - 양면·다면시장의 매개자로서 입점업체와 소비자에게 상품에 대한 선호 및 수요 정보 등을 제공, 입점업체로부터 수수료나 광고비 등을 수취
- 고착효과(lock-in effect) : 간접 네트워크 효과(indirect network effect)
 - 소비자가 다른 서비스로 전환하는데 상당한 전환비용이 소요되어 자신이 많이 이용하는 특정 플랫폼에 고착화 됨
 - 서비스의 가치가 그 서비스를 사용하는 소비자의 수에 영향, 특정 플랫폼을 이용하는 소비자가 많을수록 더 많은 입점업체·소비자를 확보함
- 규모의 경제, 범위의 경제
 - 플랫폼에는 새로운 비즈니스 모델과 알고리즘을 활용한 기능이 탑재되어 있으며, 이 알고리즘은 데이터를 기반으로 한 결정과정을 통해 데이터를 수집하고 처리하도록 설계되어 있음
 - 이러한 플랫폼은 높은 매출비용(sunk cost)을 필요로 하며, 한계비용(marginal cost)이 낮은 특징을 가짐
 - 즉, 데이터를 저장하고 처리하는데 필요한 기술은 초기비용이 많이 소요될 수 있으나, 일단 시스템이 작동하면 추가 데이터와 관련한 한계비용이 낮아져 수집된 데이터는 알고리즘을 개선하여 소비자에게 더 나은 맞춤형 서비스를 제공할 수 있게 됨
- ❖ 이러한 플랫폼의 특징들은 복합적으로 작용하여 거대 플랫폼 사업자들의 출현과 존속을 용이하게 하고 시장지배력을 구축하게 하는 원동력이 되었음

Ⅱ. 플랫폼의 영향력 확대와 경쟁법적 검토의 필요성

THE NATIONAL ASSEMBLY
OF THE REPUBLIC OF KOREA

5

2. 플랫폼의 특성과 경쟁법적 논의의 필요성(계속)

- 플랫폼 사업자가 디지털 경제 전반에 걸쳐 지배력을 가지게 된 현상 자체만으로 경쟁법적 문제가 되는 것은 아님
- 소수의 특정 플랫폼에 대한 쏠림(tipping)이 심한 온라인 거래에서 플랫폼 사업자가 자신의 시장지배력을 남용하여 입점업체에게 불공정한 거래조건을 부과하고, 과도한 경제적 이익을 요구하는 등의 혐의가 경쟁법적 우려를 낳음
 - 예) 플랫폼 사업자가 존속·유지되는데 핵심이 되는 서비스(검색엔진, 운영체제 등)를 제공함에 있어 자사 서비스를 경쟁사업자보다 우대하는 행위
 - 예) 검색결과 노출 순위에서 자사의 서비스(온라인쇼핑, OTA, 부동산 정보제공 등)를 합리적인 근거 없이 경쟁사업자보다 우대하는 행위
- ❖ 결과적으로 거대 플랫폼 사업자의 자사 서비스와 경쟁관계에 있는 사업자는 공정한 경쟁을 통해 소비자의 선택을 기회를 박탈

Ⅲ. 온라인플랫폼법(안)의 향방

THE NATIONAL ASSEMBLY
OF THE REPUBLIC OF KOREA

6

1. 논의배경 - 플랫폼의 불공정거래행위 현실화

- 최근 우리나라 또한 시장과 산업 전반에 걸쳐 플랫폼의 영향력이 확대되면서, 플랫폼 사업자와 입점업체간의 힘의 불균형이 심화
- 공정거래위원회, 중소기업중앙회 등에서 2018-2021년까지 플랫폼 사업자의 불공정거래행위를 경험한 입점업체를 대상으로 실태 조사를 실시하였음
 - 중소기업중앙회, 500개의 숙박업 입점업체 대상, 약 69.4% 불공정거래행위 경험 응답(2021.2.)
 - 공정거래위원회, 각 250개의 앱마켓 / 숙박업 입점업체 대상, 약 40% / 31.2% 불공정거래행위 경험 응답(2021.3.)
 - 중소벤처기업부, 오픈마켓(490개) / 배달앱(164개) / 숙박업(161개) / 부동산업(163개) 대상, 약 41.7% 불공정거래행위 경험 응답(2021.3.)

Ⅲ. 온라인플랫폼법(안)의 향방

1. 논의배경(계속) - 현행법상 한계

- 기존 공정거래법상 규율 체계로는 플랫폼 사업자의 불공정거래행위 등으로부터 중소사업자를 보호하는데 일정한 한계가 있음
- 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”)
 - 온라인 플랫폼에서의 거래 투명성 제고를 위한 계약서 작성 및 교부 의무 등 부재
 - 불공정거래행위 유형 중 ‘거래상 우월적 지위’ 판단기준이 오프라인 거래를 전제로 설정되어 있음
- 「대규모유통업에서의 거래공정화에 관한 법률」(이하 “대규모유통업법”)
 - 대규모유통업법상의 적용범위(소비자가 사용하는 상품을 다수의 사업자로부터 납품 받아 판매하는 자)에 플랫폼에 입점한 사업자와 소비자를 중개하는 업무를 주요 사업으로 하는 플랫폼 사업자를 포함하기에는 한계가 있음
- 규제 부재는 대규모유통업법의 적용을 받는 기존 오프라인 유통업자와 온라인 쇼핑물 사업자 등에게 제재의 비대칭을 가져옴
 - 대규모유통업법 : 유통업 분야의 특성을 고려하여 유형화한 위반행위에 대하여 징벌적 손해배상 부과, 대규모유통업자의 입증 요구
 - 공정거래법 : 부당한 공동행위, 보복조치에 한하여 징벌적 손해배상 부과, 공정위의 사업자의 불공정거래행위에 대한 부당성 입증 요구

Ⅲ. 온라인플랫폼법(안)의 향방

2. 진행 경과 - 현황

- 「온라인 플랫폼 중개거래의 공정화에 관한 법률」 제정안(이하 “온라인 플랫폼법(안)”) 마련, 국회 정무위원회에 제출(2021.1.28.)

〈 현재 국회에 계류 중인 온라인 플랫폼법 관련 입법 발의안〉

상임위원회	제안자	제안일자	의안번호
정무위원회	송갑석의원 등 10인	2020.7.13.	2101835
과학기술방송통신위원회	전혜숙의원 등 12인	2020.12.11.	2106369
정무위원회	김병욱의원 등 12인	2021.1.25.	2107622
정무위원회	민형배의원 등 10인	2021.1.27.	2107703
정무위원회	정부	2021.1.28.	2107743
정무위원회	배진교의원 등 10인	2021.3.8.	2108626
정무위원회	성일종의원 등 11인	2021.3.15.	218802
정무위원회	민병덕의원 등 10인	2021.4.20.	2109598

- 「온라인 플랫폼 이용자 보호에 관한 법률」, (이하 “이용자보호법(안)”)

Ⅲ. 온라인플랫폼법(안)의 항방

2. 진행 경과(계속) - 소관부처 관련 논의

▪ 방통위 소관 제정의 이유

- 플랫폼 사업자의 행위는 '온라인 통신시장'에서 이루어짐
- 통신사업의 규제와 이용자보호에 대해 전문규제기관인 방통위가 주축으로 제도 마련이 필요함
- 앱 마켓을 「전기통신사업법」상 부가통신서비스의 한 유형으로 분류하고 있음
- 방통위는 이미 부가통신서비스에 대한 사전 및 사후규제를 실시하고 있음

▪ 공정위 소관 제정의 이유

- 온라인 플랫폼법(안)의 제정을 통해 해결하고자 하는 문제는 사업자간 거래관계에서 발생하는 힘의 불균형, '거래공정화'
- 현행 공정위 소관 법률에는 하도급·가맹·유통·대리점거래 등 갑을관계 법률에서 '거래상지위 남용행위' 내용 구체화
 - 계약서 필수 기재 및 서면발급, 불공정거래행위 금지, 상생 협약 체결 지원, 거래관행에 관한 실태조사 등
- 온라인 플랫폼법(안)은 그 체계면에서 기존의 거래공정화 법제와 공통점이 있음
- 특정 산업분야에 국한되지 않은 공통의 정책 목표인 공정한 경쟁 및 거래질서의 수립은 경쟁당국이 담당하는 것이 효율적

Ⅲ. 온라인플랫폼법(안)의 항방

2. 진행 경과(계속) - 중복규정 관련 논의

- 플랫폼 3법(온라인 플랫폼법(안), 전자상거래법, 이용자보호법(안))은 법안이 발의된 시점을 기준으로 그 내용이 일부 중복되어 사업자 등이 이중 규제를 받게 될 것이라는 우려가 제기되었음
- 최근 공정위, 과학기술정보통신부, 방통위는 조정 협의를 거쳐 각 법안의 최종안을 마련하였음
- 이용자보호법(안) 최종안
 - 계약 해지·변경 또는 서비스 중지·제한시 사전통지 의무 (삭제) - 온라인 플랫폼법(안)과 중복
 - 서비스 이용 요청을 받은 경우 수락여부 및 불수락 사유 통지의무 (삭제) - 온라인 플랫폼법(안)과 중복
 - 대규모 온라인 플랫폼 사업자의 금지행위(제13조)의 11개 유형 중 온라인 플랫폼법(안)과 중복되는 8개의 유형 (삭제)
 - 온라인 플랫폼 사업자의 금지행위(제15조)의 11개 유형 중 전자상거래법과 중복되는 3개의 유형 (수정)
 - 법 적용대상 사업자의 범위, 실태조사 등의 조항에 공정위와 협의 의무 (신설)

Ⅲ. 온라인플랫폼법(안)의 향방

3. 최종 온라인 플랫폼법(안)의 주요 내용

❖ 목적 및 적용대상 (제1조 및 제2조)

- 공정한 플랫폼 중개거래질서를 확립하여 온라인 플랫폼 중개서비스업자와 온라인 플랫폼 이용사업자가 대등한 지위에서 균형 있게 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함(제1조)
- 온라인 플랫폼 중개서비스
 - 재화·용역에 대한 거래 매개 또는 온라인 플랫폼 이용사업자와의 연결수단
 - 재화·용역에 대한 청약의 접수
 - 해당 온라인 플랫폼 중개사업자의 광고, 결제, 배송지원 및 고객관리 등의 서비스 등이 결합된 서비스
 - 단순히 상품의 정보 등을 제공하는 광고 플랫폼, 개인간 거래를 대상으로 하는 C2C 거래 플랫폼은 적용대상이 아님
- 온라인 플랫폼 이용사업자 : 입점업체
- 온라인 플랫폼 중개사업자 : 온라인 플랫폼 이용사업자와 중개거래계약을 체결하여 온라인 플랫폼 중개서비스를 제공하는 사업자
 - 직전 사업연도에 중개서비스에 따른 총 매출액이 1천억 원 이상인 사업자
 - 소비자에게 판매한 재화·용역의 총 판매금액이 1조 원 이상인 사업자 중에서 과학기술정보통신부장관과 협의하여 대통령령으로 정하는 사업자
 - 국내 입점업체와 국내 소비자의 거래를 중개하는 국내·외 온라인 플랫폼 중개사업자

Ⅲ. 온라인플랫폼법(안)의 향방

3. 최종 온라인 플랫폼법(안)의 주요 내용(계속)

❖ 계약서 기재사항 (제6조)

- 온라인 플랫폼법(안) 제6조(중개거래계약서 기재사항 및 교부 등) 제1항 각호
1. 중개거래계약의 기간, 변경, 갱신 및 해지 등에 관한 사항
 2. 온라인 플랫폼 중개서비스의 내용, 기간 및 대가 등에 관한 사항
 3. 온라인 플랫폼 중개서비스의 개시, 제한, 중지 및 변경 등에 관한 사항
 4. 거래되는 재화 또는 용역의 반품, 교환 및 환불 등에 관한 사항
 5. 거래되는 재화 또는 온라인 플랫폼에 노출되는 주요 순서, 주요 형태, 주요 기준 등에 관해 과학기술정보통신부장관과 협의하여 공정거래위원회 회가 정하는 사항
 6. 거래과정상 발생한 손해의 부담 기준에 관한 사항
 7. 그 밖에 중개거래계약 당사자의 권리·의무에 관한 사항으로서 과학기술정보통신부장관과 협의하여 공정거래위원회가 정하여 고시하는 사항
- 초기 온라인 플랫폼법(안)에서는 '온라인 플랫폼에 노출되는 순서, 형태 및 기준 등에 관한 사항'으로 정하고 있었음
 - 플랫폼 비즈니스의 핵심 영업비밀인 검색 알고리즘의 노출 및 공개 등 우려가 상당하였음

Ⅲ. 온라인플랫폼법(안)의 향방



3. 최종 온라인 플랫폼법(안)의 주요 내용(계속)

❖ 사전통지 의무 및 불공정거래행위의 금지

- 온라인 플랫폼 중개사업자가 '서비스 제한·중지 또는 계약해지·변경'을 하는 경우 입점업체에게 사전통지를 할 의무 부과 (제7조)
- 불공정거래행위의 금지 (제9조)
 - 플랫폼 거래에서 자주 발생하는 공정거래법상 '거래상지위 남용행위' 금지조항을 플랫폼 사업모델의 특성에 맞게 이관하여 규정
 - 동 조항이 금지하고 있는 불공정거래행위는 온라인 플랫폼 중개사업자가 입점업체에 대해 거래상 우월적 지위가 있는 경우에만 적용됨

- 온라인 플랫폼법(안) 제9조(불공정거래행위의 금지) 제1항 각호

1. 온라인 플랫폼 이용사업자가 구입할 의사가 없는 재화 또는 용역을 구입하도록 강제하는 행위 (구입강제)
2. 온라인 플랫폼 이용사업자에게 자기를 위하여 금전·물품·용역, 그 밖의 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위 (경제상 이익제공 강요)
3. 온라인 플랫폼 이용사업자에게 거래과정에서 발생한 손해를 떠넘기는 행위 (부당한 손해전가)
4. 온라인 플랫폼 이용사업자에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위 (불이익제공)
5. 온라인 플랫폼 이용사업자의 경영활동을 간섭하는 행위 (경영간섭)

Ⅲ. 온라인플랫폼법(안)의 향방



3. 최종 온라인 플랫폼법(안)의 주요 내용(계속)

❖ 상생협력 촉진 및 피해구제제도 근거의 마련

- 표준계약서의 마련 및 보급 (제6조 제4항)
 - 공정위가 온라인 플랫폼 중개거래에 관한 표준계약서를 마련하여 그 사용을 권장할 수 있음
- 공정거래협약 체결 (제11조)
 - 공정위가 온라인 플랫폼 중개사업자와 온라인 플랫폼 이용사업자가 온라인 플랫폼 중개거래에 관련 '법령의 준수, 상호지원 및 공동협력을 약속' 하는 협약을 체결하도록 권장할 수 있음
- 공정한 플랫폼 중개거래에 관한 서면실태조사 실시 및 조사결과 공표 (제29조)

❖ 관계부처 협의 의무 도입

- 온라인 플랫폼법(안)은 정부 내 플랫폼 정책의 일관성을 도모하기 위해 필요한 경우 공정위에게 과기부와 방통위와 협의할 의무 부과
 - 규제대상 사업자 규모 기준, 중개계약서 기재사항·교부·서명 등에 관한 사항, 표준계약서의 마련, 서면실태조사 등

Ⅲ. 온라인플랫폼법(안)의 향방

3. 최종 온라인 플랫폼법(안)의 주요 내용(계속)

- 온라인 플랫폼법(안)은 온라인 플랫폼의 특성을 반영한 플랫폼 사업자의 불공정거래행위를 금지하는 별도의 법안을 마련하였다는 점에서 가장 큰 의미가 있음
- 온라인 플랫폼법(안) 최종안에는 온라인 플랫폼 중개사업자의 정략적 기준을 당초 제정안에 비하여 10배 상향하여 불공정거래 행위 가능성이 낮은 소규모 플랫폼을 규율대상에서 제외시켰다는 점에서 스타트업의 혁신 동력을 제고한 점을 엿볼 수 있음
- 그러나 온라인 플랫폼법(안) 상 불공정거래행위 금지의 각호의 내용은 공정거래법의 '거래상지위 남용행위' 금지조항의 유형과 실질적인 차이가 없다는 의견도 존재하고 있음
 - 불공정거래행위 심사지침 : 구입강제, 이익제공 강요, 판매목표강제, 불이익제공, 경영간섭
 - 온라인 플랫폼법(안) 불공정거래행위 구체적 유형 : 구입강제, 이익제공 강요, **부당한 손해전가**, 불이익제공, 경영간섭
 - 기타 공정위 소관 갑을관계 법제가 거래의 특성을 반영한 금지행위를 두고 있다는 점과 분명한 차이가 있음

Ⅳ. 주요국의 플랫폼 규제 동향 - EU

❖ 「디지털 시장법」(Digital Market Act, 이하 "DMA")

- 2020.12.5., EU집행위원회 DMA(안) 초안 발표
- 2022.3.24., EU집행위원회, EU이사회, EU의회 의 잠정적 합의안 마련
- 적용대상 : 게이트키퍼(gatekeeper)
 - EU집행위원회는 '최소 3개 이상의 회원국에서 활동하면서 EU경제권역에서의 최근 3개연도 연매출액이 75억 유로 이상 또는 직전 사업연도 기준 시가총액이 평균 750억 유로 이상인 사업자'를 게이트키퍼로 지정할 수 있음(제3조(1))
 - EU 내에서 월간 활성 최종 이용자 수(end users)가 4,500만 명 이상이고 직전 사업연도 기준 연간 활성 상업적 이용자 수(business users)가 10,000개 이상인 경우 등에는 게이트키퍼로 추정할 수 있음(제3조(2))
 - 다만, SMEs(Small and Medium sized Enterprises, 중소기업)의 경우에는 예외적으로 게이트키퍼에 지정되는 것을 면제하고 있음

IV. 주요국의 플랫폼 규제 동향 - EU

❖ 「디지털 시장법」(Digital Market Act, 이하 "DMA") (계속)

▪ 게이트키퍼의 의무사항과 금지사항

의무사항	<ul style="list-style-type: none"> - 사용자가 구독과 유사한 조건에서 핵심 플랫폼 서비스의 구독을 취소할 권리를 부여할 것 - 운영체제를 설치할 때 가장 중요한 소프트웨어(예: 웹 브라우저 등)를 기본값으로 정하지 않을 것 - 인스턴트 메시지 서비스(instant messaging services)의 기본 기능의 상호운용성을 보장할 것 - 앱 개발자가 스마트 폰의 보조적 기능(예: NFC칩)에 공정하게 접근할 수 있도록 허용할 것 - 판매자가 플랫폼의 마케팅 또는 광고데이터에 접근할 수 있도록 할 것 - EU집행위원회에 기업결합을 통보할 것 (사전신고)
금지사항	<ul style="list-style-type: none"> - 자신의 제품이나 서비스를 다른 제품 또는 서비스보다 유리하게 취급하지 말 것 (자사우대) - 서비스 중에 수집된 데이터를 다른 서비스의 목적으로 재사용하지 말 것 - 상업적 이용자에게 불공정한 조건을 두지 말 것 - 특정 소프트웨어 응용 프로그램을 사전 설치(pre-install) 하도록 하지 말 것 - 앱 개발자가 자신의 앱을 앱스토어에 등록되게 하기 위하여 특정 서비스(예: 결제시스템 등)를 사용하도록 요구하지 말 것

- 자료 : Council of the EU, press release(2022)

IV. 주요국의 플랫폼 규제 동향 - 미국

❖ 5개의 플랫폼 반독점 패키지 법안 - 경쟁정책에 있어 실제적 의미를 가진 법안은 다음 장의 4개의 법안

- 2020.10., 소수의 거대 플랫폼 사업자를 규제하기 위해 5개의 제정안을 포함한 패키지 법안 발의
- 2021.6.25. 법제사법위원회 통과

▪ 적용대상

- 1) 미국 내 이용자(users)가 월 5천만 명 이상이거나, 미국에 기반을 둔 플랫폼 상업적 이용자(business users)가 월 10만 개 이상일 것
- 2) 연 매출액 또는 시가총액이 6천 억 달러일 것
- 3) 연방거래위원회(FTC) 또는 법무부(DOJ)가 서면으로 지정·공표한 온라인 플랫폼 사업자일 것 (**지정 플랫폼, Covered Platform**)
- 현재 이를 모두 충족시키는 사업자는 사실상 Google(Alphabet), Amazon, Facebook(Meta), Apple 등 GAFA로 불리는 4대 빅테크기업
- 한번 지정 플랫폼이 되면 소유나 지배구조의 변경과 상관없이 원칙적으로 10년간 유지됨

IV. 주요국의 플랫폼 규제 동향 - 미국

❖ 5개의 플랫폼 반독점 패키지 법안(계속)

▪ 플랫폼 독점 종식법 (Platform Competition and Opportunity Act)의 금지행위 (사전규제)

- 지정 플랫폼 사업자가 플랫폼을 운영하는 동시에 해당 플랫폼에서 직접 자사 상품·서비스(PB)를 판매하는 행위
- 다른 상업적 이용자에게 자사 상품·서비스를 구매하는 조건으로 플랫폼에 대한 접근을 허용하거나 플랫폼 내 노출에서 우대하는 행위
- 지정 플랫폼 사업자가 플랫폼 외에 다른 사업을 소유·지배(전략적 의사결정에 관여할 수 있는 지분 25% 이상 보유)하면서 자사 상품·서비스를 경쟁사보다 우대하거나 경쟁사에 불이익을 제공할 유인 또는 능력을 보유하는 등 '이해상충'을 야기하는 행위

▪ 온라인 선택과 혁신법 (American Choice and Innovation Online Act)

- 차별적 취급, 데이터 독점, 사업활동 방해(경영간섭) 등 플랫폼을 통한 자사우대나 경쟁사업자에 대한 불이익 제공을 사후적으로 규율하고 있음

IV. 주요국의 플랫폼 규제 동향 - 미국

❖ 5개의 플랫폼 반독점 패키지 법안(계속)

▪ 플랫폼 경쟁과 기회법 (Platform Competition and Opportunity Act)

- 지정 플랫폼 사업자가 거래사업자 또는 거래에 영향을 미치는 사업자의 주식·자산의 일부 또는 전부를 직·간접적으로 취득·인수하는 기업결합을 원칙적으로 금지함
- 다만, 지정 플랫폼 사업자가 '피인수회사가 자신과 실제적 또는 잠재적 경쟁사가 아니라는 점, 당해 기업결합으로 인해 지정 플랫폼 사업자의 시장지배력이 유지 또는 강화되지 않는다는 점' 등 해당 기업결합이 경쟁제한성이 없음을 '명백하고 확실한 증거(clear and convincing evidence)'를 입증하는 경우에는 이를 허용함

▪ 데이터 이동·호환 보장법 (Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Services Switching Act)

- 지정 플랫폼 사업자는 FTC가 설정한 기준에 따라 데이터 이동과 상호호환을 보장하기 위하여 투명하고 제3자 접근이 가능한 인터페이스를 구축하도록 하고 있음
- 지정 플랫폼 사업자는 개인정보보호, 보안, 상호 호환성 보장 외의 목적으로 이용자 데이터를 수집·활용·공유하는 행위를 일체 금지하고 있음

V. 나가며

- 온라인 플랫폼법(안)은 지금까지 1년이 넘는 기간 동안 국회 정무위원회에 계류 중에 있어 입법이 지체되고 있음
- 2022.5.10.부터 시작되는 새 정부의 정책공약에 따르면, 기업 친화적 정책기조에 맞는 디지털 플랫폼 경제의 불공정거래행위 규제 및 소비자 권익 보호를 강화할 것으로 밝혀 그 방향으로 자율규제 원칙을 따를 것이라는 예측이 조명되고 있음
- 이러한 상황에서, 해외 주요국의 규제 강화 흐름을 국내 상황에 직접 적용이 어렵다는 입장이 부각되고 있음
 - 우리나라 플랫폼 사업자의 선두주자라 할 수 있는 네이버(약 49조 2,147억 원), 카카오(약 41조 569억 원)의 시가총액이 아직 글로벌 플랫폼 사업자와 그 규모 면에서 큰 차이가 있음
 - EU나 미국에서 추진되고 있는 온라인 플랫폼 관련 법안들은 극소수 거대 플랫폼(gatekeeper, GAFA)을 타깃으로 하는 규제임
 - 이러한 입장은 새로운 규제를 도입하거나 심사지침을 포함한 법령의 제·개정을 통해 규제를 사실상 강화하려는 시도는 국내 플랫폼 산업의 성장성과 혁신성을 저해할 수 있다는 점에서 바람직한 결과를 가져오기 어렵다는 현실적 고려를 바탕으로 함
- 한편, 최근 온라인 플랫폼 분야의 법 집행사례를 토대로 현행 공정거래법에서 규정하고 있는 경쟁제한행위의 심사기준을 구체화한 「온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적 지위 남용행위 및 불공정거래행위에 대한 심사지침」을 제정·행정예고 하고 있어, 공정거래법을 통해 플랫폼 사업자의 불공정거래행위에 대한 경쟁제한성을 입증하는데 어려움이 있었던 부분을 일부 보완할 수 있을 것으로 예상됨

V. 나가며

- 그럼에도 불구하고, 현재 플랫폼 사업자의 불공정거래행위를 규율한 법령의 부재로 온라인 플랫폼에 입점해 있는 중소기업자들이 어려움을 호소하고 있는 것은 사실임
- 플랫폼 사업자의 혁신 유인을 저해하지 않고 그 플랫폼에 의존하여 경제·소비활동을 영위하는 수많은 입점업체와 소비자의 이익 역시 보호하면서도 합리적이고 효율적인 온라인 플랫폼 규율 방안을 마련하기 위한 다각적인 측면의 논의가 거듭되어야 함
 - 해외 플랫폼 사업자에 대한 우리 경쟁법의 적용도 있을 수 있다는 점에서 세계적인 규제의 방향성과 논의 전개 흐름은 살펴볼 필요가 있음
 - 공정위 : 실태조사·간담회 등을 통해 플랫폼 관련 소관부처, 중소·영세 입점업체, 플랫폼 사업자 등 이해관계자들의 다양한 의견을 수렴하는 과정을 거쳐 그동안의 갈등을 봉합할 수 있도록 더욱 노력해야 할 것임
 - 연구자 : 해외 주요국들이 플랫폼 규제를 통해 추구하고자 하는 목표와 달리 우리나라 플랫폼 산업에서 나타나는 문제의 특징을 선별하고, 이에 적절한 규제의 방향에 대해서 보다 깊은 논의가 지속되어야 함
 - 플랫폼 사업자 : 전 세계적으로 플랫폼 사업자의 불공정거래행위 규제를 강화하는 흐름이 지속되고 있는 상황에서, 스스로 불공정거래행위를 예방하고 중소·영세 입점업체와 상생을 도모하는 내규를 마련하는 등 체계적인 상생경영 시스템을 구축하기 위한 노력을 해야 함

 대한민국 국회 | 내일을 여는 국민의 국회

감사합니다



세션 2

기관투자자와 기업지배구조

사회 : 안강현 교수(연세대)

토론 : 이효경 교수(충남대)

토론 : 정준혁 교수(서울대)

기관투자자와 기업지배구조

송 옥 렬*

〈 목 차 〉

- I. 기관투자자의 인센티브
- II. 헷지펀드 행동주의와 기관투자자의 역할

I. 기관투자자의 인센티브

1. 논의의 흐름

기관투자자에 대한 기대는 회사법 학자들의 꿈에 불과한가?¹⁾ 그럴지도 모른다. 미국의 자본시장에서 차지하는 압도적인 비중과 함께,²⁾ 기관투자자는 쉽게 포트폴리오를 변경하지 않는 장기투자자라는 믿음에 기반하여, Black 교수가 “Agents Watching Agents” 논문³⁾을 출간한 것도 벌써 30여년이 흘렀다. 1980년대 적대적 기업인수의 시대가 지나가고, 1990년대 미국의 회사법학

* 서울대학교 법학전문대학원 osong@snu.ac.kr

- 1) Edward B. Rock, “Institutional Investors in Corporate Governance”, in *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance* (Jeffrey N. Gordon & Wolf-Georg Ringe, ed., 2020), 363면 (“Like poets and revolutionaries, corporate law scholars and policy makers dream.”).
- 2) 미국 자본시장에서 기관투자자의 비중은 1974년 ERISA 입법 이후 급격하게 증가하였다. 1950년에는 전체 주식투자의 6.1%밖에 차지하지 않고 있었으나, 1980년에는 18%, 2009년에는 40.4%로 증가하였다. Rock, 앞의 논문 각주 1, 365면. 그러나 우리나라는 기관투자자의 비중이 아직 높지 않다. 2013년 기준으로 기관투자자는 주식시장에서 16.08%를 차지하는 데 그치고 있으며, 나머지 투자자는 외국인 32.91%, 개인 23.64%, 일반법인 24.09%, 정부 3.29%이다. 그나마 기관투자자 가운데 34.9%가 국민연금이다. 금융투자협회, 주요국 기관투자자 동향 및 주식시장내 역할 (2017), 8면. 일반적으로 국내의 기관투자자의 비중은 16~18% 정도에 머무르는 것으로 알려져 있다. 이렇게 기관투자자의 투자 규모가 작은 것은 영미의 기관투자자에 관한 논의를 국내에 바로 적용하기 어려운 결정적인 이유이기도 하다.
- 3) Bernard S. Black, “Agents Watching Agents: The Promise of Institutional Investor Voice”, 39 *UCLA Law Review* 811 (1992) [이하 “Black, Watching Agents”로 인용함]. 이 논문은 Bernard S. Black, “Shareholder Passivity Reexamined”, 89 *Michigan Law Review* 520 (1990) 논문과 함께 미국에서 1990년대 기관투자자 논의를 열었다고 평가되고 있으며, 기관투자자에 관한 이론적 분석을 함에 있어 가장 먼저 필독해야 하는 논문으로 알려져 있다.

은 대리비용의 또 다른 통제수단으로서 기관투자자의 가능성에 주목하였다.⁴⁾ 그러나 현실은 그런 기대에 미치지 못한 것 같다. 기관투자자의 적극적인 주주제안 활동은 기업가치의 제고와 무관하고,⁵⁾ 미국의 연기금도 CalPERS의 상징적 활동을 제외하면 그렇게 적극적으로 행동하지 않는다.⁶⁾ 이렇게 미국에서 기관투자자에 대한 희망은 백일몽으로 끝나는 것으로 보였고, 2000년대가 시작되면서 미국 학계의 기대는 새롭게 등장한 헷지펀드 행동주의⁷⁾로 이동했다.⁸⁾

그러나 이렇게 사라진 것 같았던 기관투자자에 대한 기대는 2010년대 들어 영국에서 다시 살아났다. 2010년 채택된 기관투자자의 스투어드십 코드는 몇 년도 지나지 않아 세계적으로 유행하고 있다. 특히 이번에는 1990년대와 달리 우리나라도 그 흐름에 동참하고 있다는 점에서 의미가 크다. 우리나라는 2016년 스투어드십 코드를 채택하였고,⁹⁾ 국민연금이 스투어드십 코드에 가입함으로써,¹⁰⁾ 바야흐로 기관투자자의 경영관여 시대가 열렸다. 국민연금은 이후 활발하게 주주

-
- 4) 기관투자자에 대한 부정적 평가도 많이 있었다. 초기에 논쟁을 이끈 중요 저작으로는, John C. Coffee, Jr., "Liquidity versus Control: The Institutional Investor as Corporate Monitor", 91 Columbia Law Review 1277 (1991); Edward B. Rock, "The Logic and (Uncertain) Significance of Institutional Shareholder Activism", 79 Georgetown Law Journal 445 (1991); Roberta Romano, "Public Pension Fund Activism in Corporate Governance Reconsidered", 93 Columbia Law Review 795 (1993). 우리나라에서도 이 시기에 미국의 기관투자자에 대한 논의가 자세하게 소개되었다. 이재원, 대기업의 지배구조에 있어서 기관투자자의 역할에 관한 법적 연구 (서울대학교 법학박사 학위논문, 1997).
- 5) 예를 들어, Stuart L. Gillan & Laura T. Starks, "Corporate Governance Proposals and Shareholder Activism: The Role of Institutional Investors", 57 Journal of Financial Economics 275 (2000); Randall S. Thomas & James F. Cotter, "Shareholder Proposals in the New Millennium: Shareholder Support, Board Response, and Market Reaction", 13 Journal of Corporate Finance 368 (2007).
- 6) Stephen J. Choi & Jill E. Fisch, "On Beyond CalPERS: Survey Evidence on the Developing Role of Public Pension Funds in Corporate Governance", 61 Vanderbilt Law Review 315 (2008). 저자들은 미국에서도 CalPERS 정도가 회사에 적극적 경영관여를 하는 유일한 연기금이라는 점을 밝히고 있다. 대부분의 중소규모 연기금은 대표소송을 하는 정도에 그치면서 ISS 등 의결권자문사의 권고에 지나치게 의존하고 있다고 한다.
- 7) 이 글은 기관투자자 행동주의를 헷지펀드 행동주의와 구분하는 입장에서 출발한다. 양자는 투자의 패턴과 보수의 구조, 경영관여에 대한 인센티브에서 극적으로 차이가 나기 때문이다. 이 글에서 말하는 기관투자자란 광범위한 분산투자를 특징으로 하는 전통적인 은행, 펀드, 보험, 연기금 등의 투자자를 말한다. 그러나 재무이론에서는 기업지배구조의 관점에서 경영관여의 수단, 즉 주주제안, 의결권행사, 직접적인 의사교환 등의 수단이 기업가치의 제고에 어떤 차이가 있는지에 주목하기 때문에, 이런 수단을 공유하는 이상, 기관투자자와 헷지펀드를 명확히 구분하지 않는 경향이 있다. 재무이론의 분석을 정리한 가장 최근의 자료인, Amil Dasgupta, Vyacheslav Fos & Zacharis Sautner, "Institutional Investors and Corporate Governance", ECGI working paper (2020) 논문을 참조하라.
- 8) 헷지펀드 행동주의의 이론적인 근거는, Marcel Kahan & Edward B. Rock, "Hedge Funds in Corporate Governance and Corporate Control", 155 University of Pennsylvania Law Review 1021 (2007); Alon Brav, Wei Jiang, Frank Partnoy & Randall Thomas, "Hedge Fund Activism, Corporate Governance, and Firm Performance", 63 Journal of Finance 1729 (2008). 헷지펀드 행동주의에 대하여 흔히 제기되는 중요한 비판은 회사의 장기적인 가치를 훼손하면서 단기적인 주가상승 이익만을 추구한다는 것인데, 헷지펀드의 경영관여 이후 3~5년의 당해 회사의 경영성과와 주가수익률을 추적한 실증분석 결과는 이런 비판에 근거가 없다는 점을 보이고 있다. 헷지펀드 행동주의는 장기적인 기업가치를 증대시킨다는 것이다. Lucian A. Bebchuk, Alon Brav & Wei Jiang, "The Long-Term Effects of Hedge Fund Activism", 115 Columbia Law Review 1085 (2015).
- 9) 2016. 12. 16. 한국기업지배구조원 스투어드십 코드 제정위원회는 "기관투자자의 수탁자 책임에 관한 원칙"을 공표하였고, 현재 한국기업지배구조원이 이를 권장하고 있다.
- 10) 국민연금은 2018. 7. 스투어드십 코드에 가입하였다. 우리나라 기관투자자의 스투어드십 코드 참여

권을 행사하고 있다.¹¹⁾ 그런데 이런 세계적인 움직임에서 특이하게 발견되는 현상은, 극단적인 분산투자 전략으로 인하여 개별 기업의 지배구조 개선에 대해서는 관여할 인센티브가 결여되어 있다고 믿어졌던 인덱스펀드를 중심으로 경영관여의 움직임이 심화되고 있다는 점이다. BlackRock, State Street, Vanguard 등 세계 3대 인덱스펀드¹²⁾는 의결권의 행사를 위한 별개의 조직을 두고 있으며 이 조직의 보수구조는 펀드의 성과와 연동되지 않는다. 의결권행사에 관한 상세한 가이드라인도 마련하고 있다.¹³⁾ 실제로 2018년 BlackRock 회장이 투자대상 회사의 경영진에게 보내는 서신으로부터 최근의 ESG 열풍이 불기 시작했다는 것은 인덱스펀드의 막강한 영향력을 상징적으로 말해주고 있다.¹⁴⁾

2. 인센티브가 정말 있는가?

이번에도 회사법 학계는 다시 꿈을 꾸는 것일까? 그럴지도 모른다. 아니 개인적으로는 그럴 가능성이 크다고 생각한다. 기관투자자는 적극적으로 경영관여에 나서는 것보다 기껏해야 헷지펀드 행동주의에 호응하는 역할을 하는 것에 그칠 수 있고,¹⁵⁾ 인덱스펀드도 실제로는 투자한 회사들의 지배구조 개선이나 적극적인 커뮤니케이션에는 큰 관심을 두지 않으며,¹⁶⁾ 나아가 일반적으로 경영진에게 우호적인 의결권 행사 패턴을 보인다.¹⁷⁾ 특히 우리나라 기관투자자의 규모나 운영, 투

현황은, <http://sc.cgs.or.kr/participation/investors.jsp> 참조. 2022년 4월 15일 현재, 참여 기관투자자는 연기금 4개, 자산운용사 57개, PEF운용사 57개를 비롯하여 모두 188개사이며, 참여예정 기관투자자도 53개사로 보고되어 있다.

- 11) 문 성, “기관투자자(국민연금)의 주주권 행사와 관련한 자본시장법상 지분공시 제도의 문제점과 개선방안”, 경제법연구 제19권 제3호 (2020), 210-216면은 이를 의결권 행사와 그 이외의 주주활동으로 나누어 정리하고 있다.
- 12) 이들 3개의 인덱스펀드는 흔히 “Big Three”라고 불리며, 2010년대말 현재 S&P 500 회사들의 의결권 있는 발행주식의 25% 정도를 보유하고 있으며, 비슷한 추세로 가면 20년 이내에 이 비율이 40% 정도에 달할 것으로 예상된다. Lucian A. Bebchuk & Scott Hirst, “The Specter of the Giant Three”, 99 Boston University Law Review 721 (2019), 732-740면.
- 13) 예를 들어, BlackRock Investment Stewardship: Proxy Voting Guidelines for U.S. Securities (2022), available at <https://www.blackrock.com/corporate/literature/fact-sheet/blk-responsible-investment-guidelines-us.pdf> (2022. 4. 15. 방문).
- 14) 정준혁, “ESG와 회사법의 과제”, 상사법연구 제40권 제2호 (2021), 17면.
- 15) Ronald J. Gilson & Jeffrey N. Gordon, “The Agency Costs of Agency Capitalism: Activist Investors and the Revaluation of Governance Rights”, 113 Columbia Law Review 863 (2013), 889면 (“Mutual funds and other for-profit investment managers are almost uniformly *reticent*—very rarely proactive but responsive to others’ proposals.”) (강조는 필자).
- 16) 기업지배구조와 관련하여 인덱스펀드의 역할은 이론적으로 크게 기대할 수 없고, 실제로도 의미있는 역할을 하지 않는다는 주장으로는, Lucian A. Bebchuk, Alma Cohen & Scott Hirst, “The Agency Problems of Institutional Investors”, 31 Journal of Economic Perspectives 89 (2017); Lucian Bebchuk & Scott Hirst, “Index Funds and the Future of Corporate Governance: Theory, Evidence, and Policy” 119 Columbia Law Review 2029 (2019); Dorothy S. Lund, “The Case Against Passive Shareholder Voting”, 43 Journal of Corporation Law 493 (2018).
- 17) Davidson Heath, Daniele Macciocchi, Roni Michaely & Matthew C. Ringgenberg, “Do Index Fund Monitor?”, 35 Review of Financial Studies 91 (2022) (인덱스펀드는 중요한 지배구조 쟁점에 대해서 경영진에 우호적이고, 회사에 적극적으로 경영관여를 하지 않으며, 이사회와 독립성과 음의 상관관계를 가짐); Cornelius Schmidt & Rüdiger Fahlenbrach, “Do Exogenous Changes in Passive Institutional Ownership Affect Corporate Governance and Firm Value?”, 124

자행태, 의결권 행사의 관행을 보면, 국민연금을 제외하고는¹⁸⁾ 기관투자자에 대해서 기업 지배구조 개선에 대한 역할을 기대하기 어렵다는, 냉소적인 의견을 가지게 되는 것도 무리가 아니다. 기관투자자가 경영관여에 소극적일 수밖에 없는 이론적인 근거는 수없이 많고,¹⁹⁾ 우리나라의 상황은 이런 근거를 더 강화시키는 방향으로 작동하기 때문에, 우리나라에서 기관투자자의 “수탁자 책임”이라는 연성규범을 가지고 기관투자자의 경영관여를 유도하는 것에는 한계가 있어 보인다.²⁰⁾

결국 문제는 스튜어드십으로 해결하기 어려운 기관투자자의 인센티브가 아닐까 생각한다. 이와 관련하여, 최근 인덱스펀드를 중심으로 다시 불붙기 시작한 기관투자자 역할론에 관한 논의를 검토해 보면, 혹시 인센티브의 문제를 해결할 수 있지 않을까 하는 기대를 하게 된다. BlackRock, State Street, Vanguard 등 인덱스펀드는 그 전략상 포트폴리오의 구성에 있어 자유롭지 않다. 그런데 투자자의 입장에서 보면 인덱스펀드는 시장에 존재하는 다양한 투자기회의 하나일 뿐이다. 다시 말해서, 인덱스펀드의 경쟁자는 다른 인덱스펀드뿐만 아니라 헷지펀드 전략 등 다른 투자전략을 구사하는 다양한 투자기구라는 것이다. 결국 인덱스펀드가 투자자를 유인하기 위해서는 위험을 조정할 수익률에 있어서 이런 투자기구보다 우위에 있어야 하는데, 문제는 다른 투자기구처럼 포트폴리오를 쉽게 변경하지 못한다는 것이다. 이런 상황에서 인덱스펀드가 수익률을 높이려면 결국 포트폴리오를 구성하는 회사 전체의 주가가 높아져야 한다. 인덱스펀드가 개별 회사에 특유한 문제에는 관심을 두지 않지만, 포트폴리오를 구성하는 회사 전체, 즉 자본시장 전체에 체계적인 영향을 미치는 사항에 대해서는 관심을 둘 인센티브가 있다.²¹⁾ 요약하면, 인덱스펀드의 경영참여의 인센티브는 그 투자의 규모와 경직성으로부터 나온다는 것이다.²²⁾

그러나 사실 이것은 30여년 전 Black 교수가 이미 제시한 논리이다.²³⁾ 기관투자자는 경영권

Journal of Financial Economics 285 (2017) (인덱스펀드의 지분이 높은 회사일수록 CEO의 권한이 크고, 독립적인 사외이사의 선임비율이 낮음). 그러나 이와 반대의 실증분석도 있다. Ian R. Appel, Todd A. Gormley & Donald B. Keim, “Passive Investors, Not Passive Owners”, 121 Journal of Financial Economics 111 (2016) (소극적 투자자인 뮤추얼펀드의 지분이 증가할수록 독립적인 사외이사의 비율이 증가하고, 경영권 방어 정관규정이 줄어들고, 복수의결권의 빈도가 낮아짐).

18) 우리나라에서 국민연금을 비롯한 공적 연기금에서 이루어지는 사회적책임투자가 다른 기관투자자에게 잘 확산되지 못하고 있다는 지적은, 장우영, “연기금 기관투자자의 사회적책임투자 한계에 관한 고찰”, 상사법연구 제37권 제2호 (2018), 319면.

19) Black, Watching Agents, 821-827면.

20) 최문희, “스튜어드십 코드와 기관투자자의 경영관여의 몇 가지 논점: EU, 영국, 일본법과의 비교를 통하여”, 금융법연구 제16권 제2호 (2020), 126-128면 (기관투자자의 인센티브 결여 문제를 지적하면서, 장기적으로 경영관여를 하는 기관투자자에 대한 인센티브 부여 방안으로 장기주주에 대한 복수의결권 부여 방안을 제안함).

21) Jill Fisch, Assaf Hamdani & Steven Davidoff Solomon, “The New Titans of Wall Street: A Theoretical Framework for Passive Investors”, 168 University of Pennsylvania Law Review 17 (2019), 26-43면.

22) Marcel Kahan & Edward B. Rock, “Index Funds and Corporate Governance: Let Shareholders Be Shareholders”, 100 Boston University Law Review 1771 (2020), 1777-1779면.

23) Black, Watching Agents, 834-839면. Black 교수는 자본시장 전체에 체계적인 영향을 줄 수 있는 사항으로서, (1) 이사회 구조나 주주총회 결의방법, 포이즌필 또는 반인수 정관규정과 같은 경영권 방어수단의 채택 여부 등 절차적 또는 구조적 사항, (2) 이사의 보수, 사업의 분산, 주주에 대한 이익배분 등 여러 회사에 공통되는 사항, (3) 성과가 저조한 경영진의 교체와 같이 시장에 신호를 줄 수 있는 사항 등이 있다고 보았다.

방어에 대한 정관규정의 채택 등 시장 전체에 쉽게 전파될 수 있는 사안에 대해서는 적극적인 자세를 취할 있다는 것이다. 설득력이 있는 논리이지만, 어디까지나 투자의 규모와 경직성을 전제로 한다. CalPERS 또는 세계 3대 인덱스펀드를 제외하면, 이런 조건을 만족시키는 기관투자자는 별로 없다. 대부분의 기관투자자는, ① 다른 기관투자자의 노력에 편승하려고 하는 무임승차 문제가 있고, ② 최종 결론을 좌우할 정도의 지분을 보유하고 있지 않으며, ③ 펀드매니저는 기업지배구조에 관한 쟁점에 대해서는 전문적 지식이 없는데, 그렇다고 이에 관한 전문가를 고용하지도 않고, ④ 펀드매니저의 수수료 구조 또는 펀드매니저 시장의 경쟁상황에 따라서는 단기간에 걸친 매매를 선호하는 등 단기실적주의 성향을 보이고, ⑤ 자신이 투자하고 있는 회사와 영업적 이해관계가 있거나 계열사 관계에 있는 등 이해상충의 문제가 있고, ⑥ 기존의 경영진에게 우호적인 의사결정을 하는 것으로 알려져 있다. 우리나라의 기관투자자도 마찬가지이다. 이런 인센티브 구조를 가지고 있는 기관투자자가 적극적으로 자신의 비용으로 투자대상 기업에 대한 경영관여를 하는 것은 생각하기 어렵다.

3. 국민연금

결국 우리나라에서 위 인덱스펀드에 관한 논의가 적용될 수 있는 기관투자자는 현재로서는 국민연금을 비롯한 연기금이 유일하다. 국민연금은 2019년 총 3,287건의 의결권 행사 가운데 19%인 625건, 2020년에는 총 3,397건 가운데 16%인 535건에서 반대하였는데,²⁴⁾ 이것은 국민연금의 위탁운용사의 반대 의결권 행사비율이 스투어드십 코드에 가입한 경우 8.6%, 스투어드십 코드에 가입하지 않은 경우 2.8% 정도에 머무르는 것에 비하면²⁵⁾ 상당히 적극적으로 의결권을 행사하고 있다고 평가할 수 있다.²⁶⁾ 최근에는 대표소송 제기의 결정 권한을 수탁자책임 전문위원회로 일원화하는 것을 두고 재계의 강력한 반대하에 논의가 한창이다. 국민연금은 경영관여에 관하여 적절한 인센티브를 가지는가?

국민연금이 국내 자본시장에서 차지하는 투자 규모와 그 경직성의 관점에서 본다면 위 인덱스펀드의 논리가 상당 부분 적용될 수 있다고 보인다. 그러나 국민연금은 수익성의 제고를 통하여 투자자를 유인할 필요가 없다는 점에서 인덱스펀드와 차이가 있다. 투자자를 유인할 필요가 없는 국민연금이 왜 경영관여에 나서는가? 이런 차이는 두 가지 관점에서 긍정적으로 생각해 볼 수 있을 것이다. 첫째는, 국민연금은 투자자를 유인할 필요는 없지만, 그렇다고 수익성의 제고라는 제약조건에서 자유로운 것은 아니라는 해석이다. 수익성은 국민연금의 고갈 시점과 맞물려 있고, 그 결과 수익성이 높아지지 않으면 정치적 부담이 발생한다는 것이다. 따라서 이런 정치적 부담으로부터 국민연금은 투자대상 기업의 지배구조에 관여할 인센티브가 생긴다. 둘째는, 의결권 행사나 대표소송, 다른 방식의 경영관여의 내용이나 수준이 순수하게 경제적 인센티브에 의해서만

24) 2020 국민연금기금 수탁자 책임 활동 보고서, 14면.

25) 윤소정, “국민연금과 위탁 기관투자자 의결권 행사 실태 파악”, KCGS Report (2019). 15면.

26) 그러나 국민연금의 반대 의결권의 행사로 인하여 실제로 안건이 부결된 사례는 거의 없다. 국민연금의 반대로 2014년에 4건, 2015년 5건 등 2018년까지 평균 4.2건이 부결되었는데, 이것은 반대한 사안의 1% 정도에 머무르는 수치이다. 다시 말해서, 국민연금은 실제로 의결권의 행사를 통해 기업에 영향력을 행사하고 싶어하지 않는다는 해석도 가능하다. 문 성, 앞의 논문 각주 11, 212-213면.

결정되지는 않을 것이라는 생각이다. 국민연금은 위와 같은 정치적 부담도 있고, 정부의 영향력으로부터도 완전히 자유로울 수 없다. 이런 요소를 부정적으로 평가하는 견해도 많지만, 경영관여를 일종의 공공재, 즉 무임승차의 문제로 인하여 그 공급이 과소하게 이루어지는 재화의 성격을 가진다고 생각해 보면, 국민연금의 공적 성격으로 인하여 이런 공공재가 충분하게 제공될 수 있다는 이해도 가능하다. 다시 말해서, 국민연금의 이러한 공적 성격이 오히려 위에서 살펴본 기관투자자의 인센티브 문제를 해소할 수 있는 유력한 통로가 될 수 있다는 것이다.

II. 헷지펀드 행동주의와 기관투자자의 역할

1. 변화의 조짐

2022년 3월 주주총회에서 두드러지게 나타난 한 가지 현상이 있다. 바로 행동주의 펀드의 경영관여가 가시적인 성과를 얻었다는 것이다. 이들 행동주의 펀드는 특히 주주환원의 증대에 주안점을 두었는데, 주주환원 수준이 현저하게 낮은 우리나라의 현실에서는 괄목할 만한 변화라 할 수 있다. 얼라인파트너스 자산운용은 의결권을 가진 주식의 60%가 넘는 약 1,400만주의 위임장을 모아, SM 창사 이래 첫 이익배당을 얻어냈다. 차파트너스 자산운용은 사조오양의 감사위원 선임, 토비스의 자사주 소각, 상상인의 첫 분기배당을 이끌어냈다. 안다 자산운용의 요구에 따라 SK케미칼도 587억원의 이익배당을 결의하였고, 500억원 규모의 자기주식 매입 및 소각 계획을 발표하였다. VIP 자산운용이 주주서한을 발송한 아세아, 아세아시멘트는 주주총회 전에 주주친화적 정책을 공시하는 식으로 행동주의 펀드의 요구를 받아들였다.²⁷⁾ 국내 펀드에 의한 헷지펀드 행동주의는 KCGI가 한진칼의 지분을 취득하고 경영권분쟁을 벌인 사례가 있었으나, 이렇게 다양하게 소규모 행동주의 펀드에 의하여 가시적 성과를 얻은 것은 2022년 주주총회가 처음이라고 보인다. 이것은 2020년 상법개정으로 3% 의결권 제한을 수반하는 감사위원 1인의 분리선임이 강제된 것이 중요한 역할을 했다는 해석이 많다.

이런 움직임에서 주목해야 할 것은 많은 기관투자자들이 이런 헷지펀드 행동주의에 찬성하였다는 점이다. 예를 들어, SM와 얼라인파트너스와의 표 대결에서는 100여개의 기관 가운데 90% 정도가 얼라인파트너스를 지지하였다. 이런 현상은 기업지배구조에 있어 기관투자자의 역할에 새로운 가능성을 보여주는데, 미국에서 이미 이론적으로 정리되어 있는 논리이기도 하다. 기관투자자는 자신이 직접 적극적으로 경영관여를 하지는 않지만, 헷지펀드 행동주의가 전개되는 과정에서 자신의 의견을 밝힐 것이 강요되고, 그 결과 기관투자자의 소극성이 일부 극복될 수 있다는 것이다. 기관투자자는 단순히 “합리적 무지(rational apathy)”를 선택하는 것이 아니라, “합리적으로 과묵한(rationally reticent)” 것에 불과하다는 것이다.²⁸⁾ 여기서 합리적 무지란 아예 기업지배구조에 무관심하다는 의미이다. 반면 합리적으로 과묵하다는 것은, 자신이 처음부터 나서서 문

27) 중앙일보 2022. 4. 1. <<http://joongang.co.kr/article/25060237>>

28) Gilson & Gordon, 앞의 논문 각주 15, 889면.

제를 해결할 인센티브는 없지만, 만일 억지로 자신의 의견을 말해야 한다거나 선택을 강요받는다면, 투자자의 이익을 보호하는 방향으로 옳게 판단하여 힘을 보탤 수 있다는 의미이다. 기관투자자의 지지는 헷지펀드 행동주의가 효과적으로 작동되는 것을 보장하는 유력한 메커니즘이 된다.

헷지펀드 행동주의는 우리나라 자본시장에서 주주의 목소리가 반영될 수 있는 거의 유일한 메커니즘으로 보인다. 헷지펀드 행동주의는 본질적으로 기관투자자의 경영관여와 아무 차이가 없다. 기관투자자는 투자대상 기업의 장기적 주주가치의 증대를 위해 경영관여를 하고 행동주의 펀드는 장기적 가치를 훼손하면서 단기적 이익을 추구한다는 식으로 이해하면 안된다는 것이다. 그럼에도 불구하고, 우리나라의 언론이나 심지어 일부 연구자들도 행동주의 펀드에 대해서 상당히 적대적이거나 우려의 시각으로 바라본다. 그러나 자본시장에서 주주의 목소리가 지금보다 더 커져야 한다는 관점에서 본다면, 이런 태도는 자기모순 또는 이율배반이 아닐 수 없다. 투자한 회사에 경영관여를 하는 것에 별 관심이 없고 그럴 인센티브도 없는 기관투자자에게는 수탁자책임에 근거하여 억지로 경영관여를 하라고 하면서, 실제로 경영관여를 하면서 주주환원을 요구하고 주주의 목소리를 내는 행동주의 펀드에 대해서는 우려를 하는 모습이기 때문이다. 기관투자자들이 제대로 경영관여를 한다면, 아마도 그 요구사항은 이번 2022년 주주총회에서 행동주의 펀드들이 요구했던 주주환원의 증가, 경영의 투명성 제고가 될 가능성이 크다. 현재 우리나라 자본시장에서 기관투자자와 행동주의 펀드의 지향점은 동일하다는 것이다. 이런 측면에서 앞으로 행동주의 펀드의 활동이 더 활발해질 필요가 있다.

2. 헷지펀드 행동주의의 옹호

2003년 소버린 펀드가 SK 그룹에 경영관여를 한 이후 20여년간 국내외의 다양한 형태의 행동주의 펀드가 KT&G, 삼성, 현대차, 한진칼 등 재계의 주요 그룹을 상대로 행동주의 전략을 구사하였다. 이런 행동주의 전략에 대한 재계의 대응 또는 언론의 논설에는 일정한 방언논리가 발견된다. 이른바 헷지펀드의 “떡튀” 프레임, 이론적으로 말하자면 단기실적주의(short-termism)가 바로 그것이다.

예를 들어, 2018년 4월 엘리엇 펀드가 현대차의 지배구조 개편안에 반대하는 등 행동주의 전략을 취한 것에 대해서, 재계는 “국내 상장사들이 지속가능성과 장기적인 기업가치 제고를 위해 노력하고 있음에도 불구하고, 일부 행동주의 펀드가 이익배당 확대, 자사주 소각, 사외이사 선임, 집중투표제 도입 등 과거 다른 사례와 비슷하게, 펀드의 단기적 이익을 추구할 목적으로 기업의 경영에 간섭하고 있다”는 진단을 내리고, 그 처방으로 “주요 선진국 수준의 경영권 방어수단, 예를 들어 포이즌필이나 차등의결권의 도입이 시급하다”는 대안을 제시하였다. 케임브리지 대학의 장하준 교수도 “엘리엇이 현대차의 미래와 대한민국의 미래에 무슨 관심이 있겠는가”라고 물으면서, “엘리엇은 주가를 띄운 뒤 차액을 챙겨 나가면 그만이고, 문제는 주식시장의 힘이 커져서 우리나라 전체가 말려드는 점”이라고 진단하고 있다. 그에 대한 처방 역시 차등의결권 같은 경영권 방어수단의 도입이다. 언론에는 이런 내용의 주장이 차고 넘치지만, 과연 이런 주장은 옳은가?

먼저 한 마디로 반박할 수 있는 것부터 보면, 위 논리의 처방 부분은 분명히 잘못되었다. 포이즌필이나 차등의결권을 도입한다고 해서 달라질 것이 전혀 없기 때문이다. 행동주의 펀드는 기업

의 지배권의 취득에는 관심이 없기 때문에, 경영권방어는 논점을 잘못 잡은 것이다. 과거 소버린 이 SK의 14.99% 주식을 취득했던 것은 다소 예외적인 것이고, 그 이후의 헤지펀드는 포이즌필 을 발동시키거나 지배권을 위협할 정도의 지분을 취득하지 않았다. 위 2022년 주주총회에서 등 장한 행동주의 펀드도 마찬가지이다. 엘리엇 펀드 역시 2015년 삼성물산에서는 7.12%를 취득하 였고, 현대차의 경우에도 2%가 되지 않는 지분을 취득한 것으로 알려져 있다. 이런 수준의 지분 을 보유한 헷지펀드에 대해서 경영권방어수단은 아무 의미가 없다. 포이즌필 같은 수단이 처방이 될 수 있는 논리는, “만일 엘리엇의 요구를 들어주지 않으면 엘리엇이 아예 현대차의 주식을 매 집하여 적대적 기업인수에 나설 수 있고, 그 경우 현대차는 방어가 불가능하다”는 것을 생각할 수 있으나, 아직 우리나라에서는 헷지펀드가 행동주의에 실패하여 기업을 인수하고자 나선 사례 가 없다.

그렇다면 그 앞 부분의 진단, 즉 행동주의 펀드는 기업의 장기적인 성장동력을 훼손하면서 단 기적인 이익을 추구한다는 단기실적주의 주장은 어떠한가?

세션 3

온라인플랫폼과 경영간섭

사회 : 김두진 교수(부경대)

토론 : 이호영 교수(한양대)

토론 : 노상섭 고문(김앤장 법률사무소)

2022.4.29. 상사법학회 춘계학술대회 발표자료

온라인 플랫폼과 경영간섭

박 세 환

서울시립대 법전문원 조교수, 법학박사

1

I. 들어가며

1. 연구의 계기: 배달앱의 경영간섭 사건(2020)
 - [최저가보장제] 배달음식점은 전화주문 or 경쟁배달앱을 통해 더 낮게 판매 X ⇒ 가격수정요청·해지
 - [경과] 공정위 경영간섭으로 과징금(4억 6800만)+시정명령 (불복X)/ 중소벤처기업부 의무고발요청 / 공정위 검찰고발 ... ⇒ 형사사건화
 - [법조문 적용 생경] WHY? (公) 플랫폼 MFN 경영간섭 의율 전례 無
 - (법리 간단) 강자인 배달앱이 약자인 배달음식점의 거래조건을 제약 ⇒ 경영간섭 / But 해외 경쟁당국은 반경쟁적인 행위
2. 연구의 초점: 공정거래법 경영간섭의 성립요건과 인정범위를 어떻게 설정?
 - [경영간섭의 유래, 연혁] 일본의 사적독점금지법의 임원선임 간섭
 - [경영간섭 조문, 판례] 공정거래법 불공정거래행위 중 거래상지위남용
 - [불공정거래행위 규제 체계, 법리] 거래조건 제약 경영간섭 확대적용시 문제점 (경쟁제한성판단 X)
 - 1.28 [결론] 경영간섭에서 ‘간섭’의 의미와 범위를 제한해야. 즉, 본래 취지에 따라 경영간섭은 행위자와 거래상대방 간에 수시로 지시·평가·감독이 일어나는 밀접한 관계를 전제로 해야
3. 온라인 플랫폼에 대하여 ‘경영간섭’으로 규제 강화?
 - [심결례] 온라인 플랫폼(배달앱)의 최혜대우를 경영간섭으로 제재
 - [특별법] 온라인 플랫폼 공정한법(안), 불공정거래행위(제9조)에 경영간섭 규정 들어감
 - [심사지침] 온라인 플랫폼 시지남용 및 불공정거래행위 심사지침(안)의 최혜대우 요구 부분에 들어감 (위법성 판단기준, 범위반행위 예시)
 - 1.28 [결론] 온라인 플랫폼의 최혜대우 등 / 최대한 경쟁제한성 검토해야
 - ❖ [발표의 진행] : 경영간섭이란? 규정과 판례 / 경영간섭 성립요건과 인정범위 / 플랫폼의 최혜대우 관련 비교법적 고찰(유럽, 프랑스) / 온플법과 심사지침(안) 검토

2

II-1. 공정거래법상 경영간섭행위 : 규정

- 공정거래법상 불공정거래행위: 거래거절, 차별취급, 경쟁사업자배제, 부당고객유인, **거래상지위남용**, 거래강제, 구속조건부거래, 사업활동방해, 부당지원
 - (거래상지위남용: 불공정성 중심) 구입강제, 이익제공강제, 판매목표강제, **경영간섭**, 불이익제공
- 시행령 [별표2]: 거래상지위남용 중 ‘경영간섭’
 - *« 거래상대방의 임직원을 선임·해임함에 있어 자기의 지시 또는 승인을 얻게 하거나, 거래상대방의 생산품목·시설규모·생산량·거래내용을 제한함으로써 경영활동을 간섭하는 행위 »*
 - 경영에 개입할 정당한 권원 없이 거래상지위 이용하여 부당하게 경영에 간섭
 - (경영간섭의 특징적 요소) 거래상대방의 **자율적인 의사결정권 침해** (판)
- [입법연혁]
 - (공정거래법 불공정거래행위규정) 日本사적독점금지법상 불공정한 거래방법의 금지 벤치마킹
 - (거래상지위남용행위) 역시 위 일본법에서 유래. 日本 구 불공정거래방법 고시는 « 구입강제, 이익제공강요, 불이익한 거래조건의 설정 또는 변경, 기타 불이익제공, **임원선임 간섭** » 유형 규정 159 우리와 매우 비슷
 - So 우리의 경영간섭은 日本사적독점금지법 거래상지위남용 중 ‘**임원선임 간섭**’에서 음: 제조하도급, 기업문화 투영

3

II-2 공정거래법상 경영간섭행위: 판례

- 경영간섭 판례는 많지 않음, 교과서 4개
 - [한국수자원공사: 2004두3304] 공사가 관리하는 **댐의 휴게소, 매점**을 민간업체에 임대. 임차인은 주요 품목에 대해서는 공사와 협의하여 결정된 가격을 가격표시판에 부착하여야, 위반시 계약해지
 - (大) 휴게소, 매점 업체의 너무 비싼 가격책정 방지해서 소비자 보호하기 위함. 운영업체의 자율적인 경영을 다소 제약하였다 하여 경영간섭이라 볼 수 없다고 판시
 - [한국도로공사: 2004두558] 공사가 **고속도로 휴게소** 업체에게 휴게소 상품 및 유류 가격 인하 지시함
 - (大) 인화된 휴게소 상품과 유류 가격이 시중에 비해서 낮지 않은 적정한 가격인 점. 고속도로 휴게시설은 입출입이 제한된 고립된 시장이라는 장소적 특성 있어 공공성 유지 필요. 비록 공사가 휴게소업체에게 가격인하 종용하여 거래내용 제한한 측면이 있더라도 경영간섭은 아님
 - [롯데백화점 2010두8522, 신세계백화점 2010두8578]
 - (大) 백화점이 납품업체의 데이터 시스템에 접속할 권한을 받아 경쟁백화점에 대한 매출 정보를 취득한 행위만으로는 경영간섭이 성립하기 부족하고, 더 나아가 매출정보를 바탕으로 매출대비율을 관리하기 위하여 협력업체에게 판촉행사나 할인행사를 강요하거나 거부시 제재를 가함으로써 의사결정이나 판단에 부당하게 관여하면 경영간섭 성립가능
- cf. 대규모유통업법(제14조) 경영정보제공 요구행위 자체를 금지 / 추가적 강요행위 유무 불問

4

III-1. 경영간섭의 인정요건: 경영간섭행위란?

- 1) 거래상지위, 공정거래저해성
- 2) 경영간섭의 세부 행위유형
 - ① 거래상대방의 **인직원**을 선임·해임함에 있어 자기의 지시 또는 승인을 얻게 하거나, ② 거래상대방의 **생산품목·시설규모·생산량·거래내용**을 제한함으로써 경영활동을 간섭
 - ① **행위**는 거래상대방의 인사권을 빼앗는 기형적인 행위를 통해 지속적으로 상대방의 경영활동에 간섭. 경영활동의 자주성 및 거래질서의 공정성 침해 우려 有
 - 범위반행위 요건과 내용이 명확, 예측가능성 ↑, 적용대상 한정적
 - ↳ 문제 적음
 - ② **행위**는 범위반행위 구체성 ↓, 적용범위 넓음
 - 특히 '거래내용을 제한함으로써 경영활동을 간섭하는 행위' 는 의미가 매우 포괄적, 추상적
 - ↳ 문제 많음. 중점적 검토 要

5

III-2. 경영간섭의 인정요건: 거래내용 제한에 따른 경영간섭

- 私私: 거래내용이 제한되었다고 하여 쉽게 경영간섭 인정해선 곤란 / 즉, 경영간섭이 성립하려면 밀접하게 관리·감독·평가하는 관계를 要
- 1) [넓게 인정시 불합리] **가격 등 거래조건이 일방에게 불리하게 설정되거나 변경된 수 많은 경우가 경영간섭으로 포섭됨** ⇒ 급부 내용이나 조건에 이의제기 or 수정요구하면 경영간섭?
 - So 거래내용 제한 경영간섭은 ① 제조하도급관계에 있는 원사업자와 수급사업자(입법취지), ② 백화점 또는 대형마트와 납품업자, ③ 공급사업자와 대리점, ④ 대형공기업(공사)과 시설 운영사업자 같이 밀접하게 관리·감독·평가하는 관계를 要
 - (예) 수시로 거래상대방의 **이행여부를 확인, 평가하여 보상(보조금 지급, 물량↑, 계약 연장)을 하거나 제재(보조금 미지급, 물량↓, 계약중단)하는 밀접한 관계 要**
- 2) [경영간섭의 특징] 거래상대방의 **자유로운 의사결정권 침해 방지가 중요**
 - 거래관계가 밀접한 관리감독평가가 수반되지 않는 느슨한 관계라면 일방이 타방의 의사결정권을 침해할 여지도 적을 뿐만 아니라 경쟁당국이 의사결정권 제약 이유로 느슨한 관계에 직접 개입할 근거 적음
- 3) [경영간섭 사례 실증 검토] 대법원 판례 거래내용 제한 사례는 백화점과 납품업자, 공기업과 시설 내 매점 운영업자 간 거래 / 공정위 불공정거래행위 심사지침도 공급사업자와 대리점 관계
- **배달앱 사건**: 배달앱과 배달음식점은 음식점 매출 부진시 배달음식점이 프로모션을 하게 하거나 판매실적에 따라 보조금지급하는 관계 X / 배달앱이 음식점의 메뉴구성, 가격, 서비스제공, 맛, 청결 등 평가하여 보상을 주는 관계도 아님 ↳ 거래내용 제한 경영간섭 성립 의문
- ✓ ⇔ (**백화점과 식품관 입점 식당**) 수시로 매출액과 방문자수 확인, 위생점검, 만족도 조사 후 식당과의 거래조건 변경하거나 계약갱신 혹은 종료

6

III-3. 거래내용 제한 경영간섭 확대적용시의 문제점

- 1) 거래내용제한 경영간섭 확대적용의 문제점: 공정거래법과 불공정거래행위 규제체계 흔들림. 즉, 경쟁제한성 판단 요하는 시지남용, 불공정거래행위 규정 대신 간이한 경영간섭 의율可
 - [시지남용] FRAND협약.표준필수특허 관련 켈컴 II 사건(과징금 1조 300억원): 거래상지위 있는 켈컴이 휴대폰 제조 사업자에 대해 경영간섭?
 - [시지남용] 네이버가 부동산정보업체와 계약체결하면서 자신에게 제공한 부동산 매출 정보를 경쟁사에게 제공하지 못하게 함: 네이버가 부동산정보업체에 대해 경영간섭?
 - [불공정거래행위] (끼워팔기) 토지공사가 건설업체에게 아파트 부지 공급하면서 분양이 저조한 비인기지구 매입한 업체에게만 인기지구 토지 매입우선권 부여 / (구속조건부거래) 존재의 약해짐. 개념상 거래내용 제약수반이 多

- 2) 거래내용 제한에 의한 경영간섭을 넓게 인정할만한 특별한 필요도 없음 / 시지남과 불공정거래행위 행위유형이 이미 광범위함
 - (시지남 규정) 소비자 이익저해행위(5호 후단), 기타 사업활동방해 有
 - (불공정거래행위 규정) 거래거절에서 부당지원까지 매우 다양
 - (거래상지위남용행위) 이미 불이익제공이라는 일반 조항 존재 / So 경영간섭 넓힐 실익이 적거나 그럼에도 넓혀서 경영간섭을 일반조항화 한다면 행정청이 거래상지위남용 매개로 사인간 거래에 지나치게 관여하게 될 우려

7

IV-1. 경영간섭을 통한 온라인 플랫폼 규제 강화 흐름 -비교법 고찰 (1)

- 현황 1) 公 배달앱 사업자의 최저가보장을 경영간섭 의율 결정,
 2) 온라인 플랫폼 공정화법(안) 불공정거래행위(제19조)에 경영간섭 조문 삽입,
 3) 온라인 플랫폼에 관한 심사지침에서 경영간섭 사례가 최혜대우 요구행위의 예로서 언급
- ❖ 플랫폼의 독과점지위 고착화, 남용행위 우려 높은 상황에서 경영간섭으로 돌파구 마련?

1) EU, 프랑스, 독일, 미국: 경쟁법에 경영간섭 규정 無

- 다양한 불공정거래행위 규정.판례 있는 프랑스도 無 / (서구) 경쟁당국이 경영간섭 이유로 사적 거래관계에 직접 개입한다는 것은 이해 어려움

2) 해외에서는 온라인 플랫폼의 최혜대우 사건은 경영간섭 말고 어떻게 해결?

- [유럽] 반경쟁적인 행위 틀에서 주시/ 즉, 플랫폼 사이의 가격경쟁 제한 혹은 시장진입 장벽 높일 우려도 있지만, 동시에 무임승차 방지하고 투자.혁신 촉진하는 효율성증대 효과도 고려
- [프랑스, 이태리, 스웨덴 Booking.com사건] 2015년 동의를결로 마무리 (시정안) 가격 최혜대우 조항 수정, 객실이용가능성이나 거래조건 관련 최혜대우 의무 조항 삭제하기로 함
 - (규정) '반경쟁적인 합의'에 해당하거나 '시지남용'에 해당할 가능성 있다고 봄
 - (결과) 호텔은 他호텔예약플랫폼에서 Booking.com보다 낮은가격, 좋은 조건으로 객실판매可, 호텔은 자신의 오프라인 경로(리셉션데스크, 전화 등)로 예약시 더 좋은 조건으로 객실판매可 / But 호텔은 자신의 인터넷 홈페이지를 통해 더 낮게 판매해서는 안 됨
 - (입법, 프랑스 여행법) 온라인 호텔예약플랫폼 최혜대우조항 미기재 간주규정, 동의를결 1달 後
 - (2년뒤 평가) 프랑스와 EU 경쟁당국: 최혜대우 조항들이 수정되고 온라인 플랫폼들간 가격차이 발생했다

8

IV-1. 경영간섭을 통한 온라인 플랫폼 규제 강화 흐름 -비교법 고찰 (2)

- 1) [검토] 유럽에서 온라인 플랫폼과 호텔사이의 최혜대우 약정은 주로 시장에서 경쟁이 제한되는지, 지지남이나 반경쟁적 합의 해당여부를 중심으로 검토됨
 - (사건) 최혜대우 조항이 불공정거래행위와는 전적으로 무관하다거나 적용이 아예 불가능하다는 것은 아님
 - (독일 카르텔칭) 온라인호텔예약사이트HRS와 호텔간 최혜대우 조항: 경쟁제한적 협정(GWB 1조)+지지남(19조)+상대적지배력 및 우월적시장지위의 남용(20조) 위반
 - [프랑스 Expedia사건] 경제부 내 DGCCRF는 Expedia의 '객실가격 최혜대우' 조항과 '마지막 이용 가능 객실 조항'(마지막 객실에 대해서 호텔은 가장 좋은 조건으로 Expedia에게 제공해야 하고, 이 경우에도 호텔은 Expedia에게 수수료 지급해야)은 프랑스 상법 L.442-6(불공정거래)에 반한다고 민사소송제기
 - (파리 항소 법원) 위 2개 조항의 결합·연계로 인하여 상법L.442-6 중 '거래당사자의 권리의무에 있어서 심각한 불균형을 초래하는 내용을 받아들여도록 하는 행위' 위반입(특히 '마지막 이용가능 객실 조항' 수수료수취)
 - But (파기원) 위 2개 조항의 결합·연계와 Expedia의 수수료 수취 이유로 **심각한 불균형 초래 인정 X**
 - ✓ (심각한 불균형 조항의 성격) Expedia(美國)는 프랑스법 적용 피하기 위해 영국법 적용조항 둠. But 파기원은 법관은 적용법 결정시 법사이의 상충문제 고려하지 말고 동 조항 적용하라고 판시. 동조항은 당사자간 무기 대등과 공정 유지위해 매우 중요하고 프랑스 경제적·사회적 질서에 필수불가결함 ⇒ 다국적기업이 계약서에 관한, 적용법, 중재조문을 넣는 방법으로 프랑스 동 조문 회피 不可
- 2) [사건] 우리나라도 플랫폼의 최혜대우는 일차적으로 지지남용이나 경쟁제한성 중심의 불공정거래행위 유형들을 검토하는 것이 바람직
 - 거래상지위남용(경영간섭, 불이익제공)은 효율성 증대효과나 시장에서의 경쟁제한성을 고려하기 곤란. 이를 우선적으로 적극적용함에는 신중할 필요
 - 특히 적용요건이 추상적인 '거래내용 제한 경영간섭' 의울시 글로벌스탠더드 괴리(형사처벌)
 - (참고: 일본) 숙박예약사이트 운영사업자(라쿠텐) 사건에서 일본공취위는 '구속조건부 거래행위'의 성립여부 검토하다가 동의의결 형태로 종료

IV-2. 온라인 플랫폼 공정화법(안)과 경영간섭

- 1) 온라인 플랫폼 공정화법에 대해서는 논의가 분분
 - 미래 예측 어려움: 내용, 적용대상, 타법과의 관계...
- 2) 그런데 온플법(안)은 제9조(불공정거래행위) 제1항 제5호에서

« 온라인 플랫폼 이용사업자의 경영활동을 간섭하는 행위 »라고 규정!

 - (특별법) 경영간섭 규정은 공정거래법상 거래상지위남용 외에도 + 하도급법, 가맹사업법, 대규모유통업법, 대리점법에 이미 존재 中
 - 만약 온라인 플랫폼 공정화법에 경영간섭 규정이 들어간다면?
 - (절차법 측면) 공정거래법과 비교하여 과징금 상한, 벌칙규정(형사) 적용여부, 처분시효 같은 절차법상 차이 발생할 듯
 - (실체법 측면) 거래내용 제한에 의한 경영간섭을 넓게 인정하여서는 곤란하다는 위 주장은 온플법에 있어서도 마찬가지. 경영간섭이 온플법에 삽입되더라도 엄격해석 要(사건)

IV-3. 온라인 플랫폼 시지남용 등 심사지침(안)과 경영간섭

- [온라인 플랫폼 사업자의 시지남용 및 불공정거래행위에 대한 **심사지침(안)**] 2022. 1. 公 행정예고
- (온라인 플랫폼의 경쟁제한 우려에 초점) 멀티호밍제한, 최혜대우요구, 자사우대, 끼워팔기 같은 경쟁 제한행위를 법위반행위유형으로 들고 있음, 부당성 여부는 주로 경쟁제한효과에 기초하여 판단
- 심사지침(안)은 최혜대우도 기본적으로는 **경쟁제한 관점**에서 바라 봄 ⇒ 외국 사례와 비슷
- (평가) 온라인 플랫폼 사업자가 해당 시장에서 자사의 지배력 유지·강화 위해 주로 활용하는 전략임
- (좁은·넓은) 좁은 최혜대우와 넓은 최혜대우를 구분하고 양자의 경쟁제한성 정도를 달리 봄
- (효율성증대 고려) 온라인 플랫폼 사업자의 무임승차 방지 및 투자 촉진 효과 발생 가능성을 인정
- But 심사지침(안)은 최혜대우요구와 관련하여 **경영간섭에 특화된 내용도 뒤에 같이 서술**
- (부조화) 경영간섭은 불공정성에 초점 So 플랫폼 시장의 경쟁제한 관점에서 기술한 부분과 부조화됨
- ✓ (부당성 판단) 불공정거래행위의 부당성 판단시 거래상대방의... 자유로운 의사결정이 저해되었거나 저해될 우려가 있는지 여부를 종합적으로 고려하여 판단한다고 함 ⇒ 경영간섭 임
- ✓ (적용법조) 최혜대우요구는 **시지남용 중 타 사업자의 사업활동 방해, 불공정거래행위 중 거래상지위남용행위 등에** 해당할 수 있다고 함
- ✓ (예시) 배달앱 사업자의 경영간섭 사건을 플랫폼의 최혜대우요구의 예로 제시함
- [최혜대우 관련 심사지침에 대한 평가] 심사지침(안)은 최혜대우에 **경영간섭의 색채를 덧붙임**
- 반경쟁적인 행위와 거래상지위남용행위를 뒤섞음
- 정확한 적용법조와 법위반행위유형이 무엇인지 불분명 (..등)
- 온라인 플랫폼 공평화법(안)이 불공정거래행위 유형을 제9조에서 상술하고 있는데, 온라인 플랫폼 심사지침(안)이 굳이 경영간섭(거래상지위남용)에 관한 내용을 최혜대우 부분에 서술해야 하는지?
- 심사지침(안)은 **경쟁제한성 관점에서 일관성 있게** 온라인 플랫폼의 행위(최혜대우 등)를 바라보는 것이 법체계, 이론에 부합

11

V. 결론-1

- 1) 공정거래법상 경영간섭은 본래 입법취지에 부합하도록 **제한적** 해석되어야
 - (독특한 조항) 연혁(일본 사적독점금지법의 ‘임원선임’ 간섭), 미국 유럽에 없음
 - (부작용) 특히 거래내용 제한 경영간섭 넓게 인정시: 가격 등 거래조건이 일방에게 불리하게 설정되거나 변경된 수많은 경우가 경영간섭으로 포섭됨. 입증도 복잡한 시지남용이나 경쟁제한성과 관련된 불공정거래행위 대신 경영간섭으로 의의 가능
 - 게다가 ‘경영간섭’ 단어 부정적 어감·인식 강함 ⇒ 이미지 훼손, 불법 과대평가
 - (필요성) 공정거래법체계상 경영간섭 넓게 인정할 필요도少
 - (결론) So 경영간섭은 제조하도급관계, 백화점대형마트 납품, 공급사업자와 대리점, 대형공기업과 시설운영사업자와 같이 수시로 계약이행여부 확인, 평가, 보상 or 제재하는 밀접한 관계를 바탕으로 해야
 - 이는 온라인 플랫폼 공평화법에 경영간섭 규정이 들어가더라도 마찬가지임
- 2) 경영간섭 규정의 온라인 플랫폼 사업자에 대한 **다각도 활용에는 신중**해야
 - (활용가능성) 배달앱 사례, 온플법(안), 심사지침(안)으로 보아 경영간섭이 플랫폼 사업자에 대해 다각도로 활용될 가능성도 있어 보임
 - But (사건) 온라인 플랫폼 사업자의 최저가약정 같은 행위에 대해서는 시지남용이나 경쟁제한성을 바탕으로 하는 불공정거래행위 행위 유형을 검토함으로써 경쟁제한성과 효율성에 대한 판단을 하는 것이 순리임
 - 불공정성을 중심으로 하는 거래상지위남용, 특히 경영간섭 적용시에는 경쟁법 글로벌 스탠다드에서 멀어짐 (특히 형사처벌시) ⇒ 유럽은 시지남용과 반경쟁적인 합의 중심으로 사건 처리
 - 심사지침(안)이 반경쟁적인 행위와 경영간섭을 섞은 것은 의문

감사합니다.

12

토론: 온라인 플랫폼과 경영간섭

이 호 영*

- 공정거래법상 거래상 지위 남용의 세부 유형 중 하나인 경영간섭의 범위를 방만하게 확대·적용하는 것에 대한 발표자의 우려에 공감함. 종래 경영간섭에 관한 이론적 논의의 매우 빈약하였고 판례 법리 역시 별 다른 지침을 주지 못함
- 경영간섭은 일본 사적독점금지법상 ‘임원선임에 대한 지시·승인’을 계수하는 과정에서 그 범위를 확대함으로써 편의적인 법 적용의 여지가 생긴 것이라고 할 수 있음. 법 시행령이 열거하고 있는 거래상 지위 남용의 5가지 세부 유형 중 경영간섭은 독특한 지위를 가지고 있고, 나머지 4가지 세부 유형은 그 성격상 모두 거래상 지위를 이용하여 상대방에게 금전적·비금전적 불이익을 초래하는 행위들로서 그 불이익의 내용에 따라 유형화한 것임.
- 공정거래법상 거래상 지위 남용 조항의 전범이라고 할 수 있는 일본 사적독점금지법 제2조 제9항 제5호는 우월적 지위의 남용을 자기의 거래상 지위가 상대방에 우월적인 것을 이용하여, 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 다음의 하나에 해당하는 행위를 하는 것이라고 규정하고, 그 세부 유형으로서 (1) 계속적으로 거래하는 상대방(새롭게 계속적으로 거래하기로 한 상대방을 포함)에 대하여 당해 거래와 관련된 상품 등 이외의 상품 등을 구입하도록 하는 것, (2) 계속적으로 거래하는 상대방에 대하여 자기를 위하여 금전, 역무 기타의 경제상 이익을 제공하도록 하는 것, (3) 거래상 상대방으로부터 거래와 관련된 상품의 수령을 거절하거나, 거래의 상대방으로부터 거래와 관련된 상품을 수령한 후에 당해 상품을 당해 거래의 상대방에 반품하거나, 거래의 상대방에 대하여 거래의 대가의 지불을 거절 또는 그 액수를 감액하거나, 그밖에 거래의 상대방에 불이익이 되도록 거래의 조건을 설정하거나 변경하거나 또는 거래를 실시하는 것 등 3가지를 열거하고 있음. 이와 아울러 일본 공정위가 고시한 일반지정 제13항은 “자기의 거래상 지위가 상대방에게 우월한 것을 이용하여 정상적인

* 한양대학교 법학전문대학원 교수

상관행에 비추어 부당하게 거래상대방인 회사에 대하여 당해 회사의 임원의 선임에 대하여 미리 자기의 지시에 따르게 하거나, 또는 승인을 받게 하는 것이라고 규정하고 있음.¹⁾

- 그런데 우리나라 공정거래법 시행령 [별표 2] 제6호 마목이 규정하고 있는 ‘경영간섭’은 ‘거래상대방의 임직원 선임·해임에 대하여 자신의 지시나 승인을 얻게 하는 행위’와 ‘생산품목·시설규모·생산량·거래내용을 제한하는 행위’ 등 서로 성질이 다른 2가지 유형의 행위 태양을 포함하고 있음. 전자는 거래상대방의 인사권한을 침해하는 행위 중 특정한 행위 태양만을 규정한 것이고, 후자는 인사권한 이외에 다양한 측면의 경영상 중요한 요소에 관한 결정권한을 침해하는 행위를 포괄적으로 규정한 것이라는 점에서 차별적임. 전자는 행위 태양이 특정되어 있어서 별다른 해석의 여지가 없지만 후자는 거래상대방의 경영활동상 중요한 요소에 관한 결정권한을 침해함으로써 경영을 간섭하는 행위를 포괄적으로 규정하고 있어서 그 포섭 범위가 매우 넓다고 할 수 있음. 즉, 우리나라 공정거래법상 경영간섭 조항은 일본 사적독점금지법과는 달리 ‘임원선임에 대한 지시·승인’에 국한하지 않고 널리 임직원의 선임 및 해임에 대한 지시나 승인을 받도록 하는 행위뿐만 아니라, 매우 광범위한 경영상 중요한 요소에 관한 결정권한을 침해하는 행위를 규정하고 있는데, 이는 그 성질상 구입강제나 판매목표강제 등과 본질적인 차이를 인정하기 어려운 것으로서 입법과정에서의 부주의로 인하여 다른 거래상 지위 남용의 세부 유형과 상당한 중첩이 불가피하고 발표자가 지적한 바와 같은 우려를 낳게 되었음.

- 특히 온라인 플랫폼이 그에 입점한 판매업자, 숙박업체, 배달음식점 등과의 거래하면서 소위 ‘최혜대우 조항’(MFN clause)을 포함시킨 행위를 경영간섭으로 의율하는 것과 관련하여 다음과 같은 쟁점을 제기할 수 있음. 첫째, 거래상 지위를 인정하는데 신중해야 할 것임. 법상 거래상 지위를 인정하기 위해서는 전속적 거래관계에 놓여 있거나, 대체거래선이 사실상 존재하지 않거나 또는 계속적 거래관계에서 이미 상당한 관계특유적(relation-specific) 투자가 이루어진 경우라야 하는데, 멀티호밍(multi-homing)이 일반적이고 전환비용이 아주 작은 통상적인 온라인 플랫폼과 입

1) 위 4가지 우월적 지위 남용의 세부 유형은 종전에는 모두 구 일반지정 제14항에서 규정하고 있었으나 2009년 법 개정으로 ‘임원선임에 대한 지시·승인’(제5호)은 일반지정 제13항에 남기고 다른 유형들을 법률 자체에 규정한 것임.

점업체와의 거래관계가 이에 해당하기 어려울 것임. 이와 관련하여 실제 법 집행상 발표자가 말한 “밀접하게 관리·감독·평가하는 관계” 여부를 판단하는 객관적인 기준을 설정하기 어렵지 않을까 의문이 듭니다.

- 둘째, 법집행 기관의 입장에서 규제 필요성이 충분함에도 불구하고 적용 법조가 결여되어 법 적용을 포기하는 것보다는 다소 무리가 따르더라도 법문의 해석상 포섭 가능한 경영간섭 조항을 적용하는 것이 정당하다는 주장도 제기할 수 있음. 실제로 문제가 된 배달앱 사건에서 해당 배달앱 사업자를 시장지배적 사업자로 보기 어렵고, 종래 공정위는 원칙적으로 수직적 합의를 부당한 공동행위로 의율하지 않았으므로 불가피하게 경영간섭 조항을 적용할 수밖에 없었을 것이라고 추측되는데, 이에 관한 발표자의 견해는 어떠신지 알고 싶습니다. 이와 관련하여 일본의 경우에는 아마존 e-Book 사건 및 라쿠텐 사건에서 MFN 조항에 대한 적용 법조로 구속조건부 거래를 제시하였는데, 우리나라의 경우에는 법 시행령이 구속조건부 거래의 세부 유형으로서 배타적 거래행위와 거래지역·상대방제한만을 규정하고 있어서 그와 같은 법 적용도 불가능합니다.
- 셋째, 온라인 플랫폼 공정화법상 불공정거래행위의 유형 중 하나로서 경영간섭을 규정하고 있는데, 발표자가 지적하신 바와 같이 동법은 시장지배적 온라인 플랫폼의 지위남용행위와 같은 경쟁제한 행위가 아닌 입점업체와의 거래관계에서 투명성을 확보하고 상대적인 우월적 지위에 있는 온라인 플랫폼 사업자의 불공정거래행위를 막는 것에 초점을 맞추고 있으므로 경영간섭 조항 자체가 문제라기보다는 동 조항의 법 적용 관행을 잘 형성하는 것이 관건이라고 생각함. 경청해주셔서 감사합니다!!

토론문: 온라인 플랫폼과 경영간섭

노상섭*

1. 총론

- 박세환 교수님께서 온라인 플랫폼 특성과 경영간섭 국내외 법리에 대해서 잘 정리해 주시고 향후 경쟁당국이 지향해야 할 점을 지적해주신 부분은 급변하는 플랫폼 분야의 정책적 방향성에 대해 숙고할 수 있는 좋은 계기가 되었음
- 박 교수님께서 지적해주신 공정거래법상 경영간섭이 제한적으로 해석되어야 하며 온라인 플랫폼 사업자에 대해 폭넓게 과도한 규제를 지양해야 한다고 말씀하신 부분에 대해 대체로 공감하며 몇가지 내용에 대한 정리와 질문을 드리겠음

2. 경영간섭 금지조항의 취지에 부합하는 적용대상 범위 설정

- 박세환 교수님은, 입법연혁적으로 모태가 된 일본 사적독점금지법의 ‘임원선임 간섭’과 달리, 우리나라 공정거래법상 ‘경영간섭’ 금지조항이 ‘거래내용의 제한’까지 포섭할 수 있도록 확장 입법되면서, 사적자치의 적정 경계선 너머까지 불공정거래행위 규율이 과도하게 진입할 우려를 지적하심
 - 발제자는 이러한 우려 해결방안으로, 하도급거래, 대규모유통업자와 납품업자 간 거래, 공급업자와 대리점거래, 대형공기업과 시설 운영사업자 등 단순히 거래상 지위의 격차가 존재하는 사안이 아니라 경영간섭의 원천이 되는 밀접한 관리·감독·평가를 요하는 관계로 한정해 경영간섭 금지조항을 적용하는 안을 제시하심
- 본 토론자는 공정위와 법원의 실무 역시 당사자 간 거래조건의 배분과정에 과도한 정부개입이 이루어지는데 따른 우려를 최소화할 수 있도록 관리·감독·평가가 수반되는 특수한 거래관계에 한정하여 신중한 법 집행을 해 왔다는 점에 공감하면서도, 발표자가 제안하신 경영간섭 금지조항의 적용대상 거래범위를 제한하는 입법의 필요성 역시 대체로 공감하는 바임

* 김앤장 법률사무소 고문

□ 온라인플랫폼에는 다양한 이해관계자로 구성된 생태계가 존재하는데 경쟁당국의 과도한 개입도 문제이지만 중소벤처기업부 등 다른 관계부처의 개입에 대해 어떻게 해석하시는지 견해를 부탁드립니다(규제공유의 시대)

○ 예를들어 소비자후생이나 사회적 후생 측면을 종합적으로 고려하고, 경제분석 등 정치한 분석을 한 후에 경쟁당국이 형사고발 하지 않은 사안에 대해 중소기업의 피해라고 하는 추상적이고 다른 목적 달성을 위해 관련부처가 다른 의견을 제시하는 것에 대한 해법은?

□ 아울러 플랫폼시대를 벗어나서 메타버스 시대로 시장은 빠르게 변화하고 있는데 정부가 플랫폼기업의 일시적인 외관상 불공정해 보이는 지엽적 이슈에 대해 과도한 개입으로 인한 정부실패 가능성에 대한 발표자의 고견을 부탁드립니다

3. 플랫폼 심사지침의 혼선: 경쟁제한성과 불공정성 규율 간의 조화

□ 「온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래에 대한 심사지침」(‘플랫폼 심사지침’)은 최혜대우(MFN), 끼워팔기 등 시지남용 뿐 아니라 불공정거래행위로도 규율될 수 있는 유형에서 플랫폼 산업 고유의 특성을 반영한 위법성 판단 기준을 보완하고 있다는 점에서 긍정적으로 평가됨

□ 다만, 발표자 지적처럼 최혜대우조항이 문제되는 사안에서는 신규 플랫폼에 대한 진입장벽 강화나 이용사업자의 무임승차 방지 등 경쟁에 미치는 긍정적·부정적 효과를 form-based approach 보다는 effects-based 시각으로 접근할 필요가 있음

□ 거래상 우월적지위가 형성되기 용이한 플랫폼사업자와 이용사업자 간 거래관계에서는(경쟁제한성이 문제되는) 배제남용 뿐만 아니라 거래내용 자체의 불공정성이 핵심인 착취남용 역시 발생할 수 있다는 점에서, 심사지침은 규제공백을 우려하는 공정위의 집행방향에 대한 고민을 담은 것으로 이해됨.

○ 다만, 향후 심사지침의 보완을 통해, 배제남용이 보다 문제되는 플랫폼 거래관계와 착취남용이 문제되는 거래관계 사안에 대한 수범자의 이해를 증진시킬 수 있는 보다 구체적인 공정위의 판단기준이 담길 수 있기를 희망함

세션 4

AI활용리스크에 대한 보험법의 대응과 과제

사회 : 김선정 교수(동국대 금융보험법연구센터장)

토론 : 정영진 교수(인하대)

토론 : 신현화 변호사(법무법인 율촌)

AI활용 리스크에 대한 보험법의 대응과 과제

최 병 규*

〈 목 차 〉

- I. 머리말
- II. 인공지능의 법적 책임
- III. 독일의 제조물 책임보험과 논의
- IV. 문제점과 보험법의 대응방안
- V. 맺음말

I. 머리말

시대의 변화에 따라 법률도 적응을 하여야 한다. 최근 4차 산업 혁명을 전환기로 하여 인공지능의 활용이 늘어나고 있다.¹⁾ 이에 따라서 AI에 대한 책임 논의가 뜨겁게 진행되고 있다. 그 밖에도 AI와 공정성 문제, 자율규제의 문제, 윤리적 문제도 중요한 연구 대상이다. 특히 인공지능과 민사법적 책임, 형사법적 책임, 자율주행차와 책임 문제 등에 대하여는 어느 정도 연구가 이루어지고 있다. 입법적으로는 지능형 로봇 개발 및 보급 촉진법이 2008년 제정되었지만 동 법은 지능형 로봇으로 인한 민사법적 책임을 규정하고 있지는 아니하다.²⁾ 우리의 경우 아직 인공지능

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

1) 가령 보험회사들도 'AI휴먼'을 활용한다. 하나손해보험이 국내 보험사 최초로 AI휴먼 기술을 도입했다고 2022년 1월 13일 밝혔다. AI휴먼 기술을 통해 회사내 임직원 교육, GA 설계사 대상 자사 보험상품 홍보 영상 제공, 임직원 공지, 사내 행사 등의 목적으로 적극 활용할 계획이다. 인공지능 전문 기업인 '딥브레인AI'가 보유한 딥러닝 기반의 영상 합성기술을 통해 실제 사람과 유사한 수준으로 AI 휴먼을 구현할 수 있으며, 실시간 대화까지 가능한 대화형 AI 휴먼 영상 제작이 가능하다. 사람이 매번 영상을 직접 촬영할 필요없이 실시간 영상 합성 신기술을 활용해 간단한 텍스트 입력만으로 실제 사람이 말하는 것과 같은 영상 제작이 가능하기 때문에 비용과 시간을 동시에 줄일 수 있다는 장점이 있다. 하나손보는 해당 기술도입으로 인건비 절감은 물론 영상 촬영 및 편집 시간 단축, 홍보 효과에 도움이 될 것으로 기대하고 있다. 보험매일 2022년 1월 13일.

2) 이에 대하여는 특히 조승호, 신인섭, 유주선, 「공학, 철학, 법학의 눈으로 본 인간과 인공지능」, 도서출판 씨어이알, 2018, 280쪽 참조.

활용과 보험법의 대응 논의는 상대적으로 이루어지지 않고 있다. 이에 이 글에서는 인공지능 활용에 따른 보험법적 대응과 과제에 대하여 연구한다. 특히 그 과정에서 독일에서의 제조물책임법제에 대하여도 같이 연구를 진행하고 비교 분석한다.

II. 인공지능의 법적 책임

1. 인공지능의 개념

인공지능이란 인간의 학습능력과 추론능력, 지각능력, 자연언어의 이해능력 등을 컴퓨터 프로그램으로 실현한 기술을 가리킨다. 즉 인간의 지능으로 할 수 있는 사고, 학습, 자기 개발 등을 컴퓨터가 할 수 있도록 하는 방법을 연구하는 컴퓨터 공학 및 정보기술의 한 분야로서, 컴퓨터가 인간의 지능적인 행동을 모방할 수 있도록 하는 것을 인공지능이라고 말하고 있다.³⁾

2. 인공지능으로 인한 민사법적 책임과 윤리

1) 약한 인공지능의 경우 소유자 등의 책임

인공지능을 약한 인공지능과 강한 인공지능으로 구분하여 약한 인공지능의 경우 인공지능의 소유자, 제조자, 프로그램입력자, 판매자에게 책임을 물어야 할 것이다.⁴⁾ 그리고 강한 인공지능의 경우에는 결국은 인공지능에게 법인격을 부여하는 방향으로 나아가야 한다. 전자의 경우 소유자 등이 배상자력이 없을 수 있으므로 다양한, 각종의 책임보험으로 대비하여야 할 것이다.

2) 위험책임규정의 신설 필요성

과실을 전제로 하는 전통적인 불법행위 책임을 인공지능로봇에게 적용하기는 여러 가지 한계가 있다. 또한 민법 제758조의 공작물 소유자 책임을 적용하기에도 적절치 않은 면이 존재한다. 공작물의 개념을 확대하여 자동차, 비행기, 공장의 기계 등을 포함하여 동적인 기업 설비까지도 공작물에 포함하자는 주장⁵⁾이 있다. 그런데 인공지능이 이러한 기업 설비와 동일하게 볼 수 있는지는 문제점이 존재한다.⁶⁾ 제조물책임법에 의한 제조자의 책임도 다양한 면책사유 인정 등으로 한계가 있다. 이러한 측면에서 장기적 안목에서 입법론적으로 인공지능 로봇에 대하여 적용되는

3) 네이버지식백과 인공지능,

<https://terms.naver.com/entry.naver?docId=1136027&cid=40942&categoryId=32845>(2021.3.21. 방문)

4) 이도국, “인공지능(AI)의 민사법적 지위와 책임에 관한 소고,” 『법학논총』 제34권 제4호, 2017, 331쪽.

5) 박준서, 『주석민법 채권각칙(8)』 제4판, 한국사법행정학회, 2004, 468쪽.

6) 이에 대하여는 유주선, “인공지능 의료행위와 법적 책임에 관한 연구,” 『비교사법』 제27권 제4호, 2020, 135쪽 참조.

위험책임을 별도로 규정하는 것을 주장하는 견해⁷⁾가 있다. 하지만 시대변화에 따라서 새롭게 등장하는 새로운 위험요소에 대하여 선불리 위험책임법제를 개편하는 것은 바람직하지 못하다. 따라서 기존의 법률을 통하여 문제를 해결하는 것이 바람직하다. 다만 제조물책임법제에서의 면책 사유를 조정하는 것은 가능하고 또 필요하다고 본다. 이때에는 인공지능 로봇의 특성을 반영한 특화된 내용을 제조물책임 법제의 면책사유 재조정시에 고려를 하여야 한다

3) 법경제학적 대응방안

인공지능 책임 문제에 대하여도 법 경제학적 접근이 필요하다. 이 문제에 대하여, 인공지능으로 인한 책임 문제는 현대 사회의 법의 경제적 분석에 따른, 비용을 최소화할 수 있는 사람, 그러한 위험을 좀 더 많이 분산할 수 있는 사람에게 귀속시키는 것이 합리적이라는 주장이 있다.⁸⁾ 이 때 책임 주체 사이에 자신이 과실 없음을 증명함으로써, 당사자 사이에 구상할 수 있도록 하는 방안을 마련할 것을 주장하고 있다.⁹⁾ 그러한 주장은 타당하다. 하지만 구체적으로 법제에서 구현하는 데에는 여러 가지 장애가 있을 수 밖에 없다. 법경제학적으로 특정인이 위험을 부담하는 것이 옳을지라도 그를 실제 성문법제도에 구현하기는 어려움이 있기 때문이다. 따라서 기존의 법제를 존중하면서도 AI로 인한 책임법제에 적응하기 위한 변모를 시도하는 방향으로 나아가야 한다.

4) 의료 AI와 책임

의료AI의 활용¹⁰⁾은 크게 수술로봇과 재활로봇으로 나누어 볼 수 있다. 현재 수술 로봇의 발전에 따라 의사에게 촉감까지 전달 될 수 있도록 시도하는 중이다. 즉 수술 로봇에 센서를 부착해 어딘가에 닿았을 때 진동을 주거나 소리를 내도록 하는 시도를 하고 있는 것이다. 그리고 수술 후 더 빠른 회복을 할 수 있도록 돕는 차세대 의료 로봇 개발도 진행 중이다. 미세한 움직임이 중요한 인공관절 수술에도 로봇이 많이 사용되고 있다. 재활로봇과 관련하여, 아직은 재활 로봇이 대부분 병원에서 치료용으로 사용되고 있지만 미래엔 일반 가정과 병원에서 같이 쓰이는 형태로 발전할 것이고, 그 과정에서 수집된 데이터로 사용자 맞춤형 기능을 제공하는 재활 로봇이 등장할 것이 전망된다. 로봇수술이나 진단의 경우 다음과 같은 많은 당사자들이 관여된다: ① 환자와 로봇수술 혹은 AI 진단에 관한 의료계약을 체결하는 의료기관개설자, ② 수술 혹은 진단을 수행하는 의사, ③ 수술 혹은 진단에 참여하는 간호사, ④ 수술로봇 혹은 진단 AI 의료기기를 제공

7) 이에 대하여는 서중희, “4차 산업혁명 시대 위험책임의 역할과 한계,” 「사법」 제43호, 2018, 100쪽 참조.

8) 고세일, “인공지능과 불법행위책임 법리,” 「법학연구」 제29권 제2호, 2018, 107쪽.

9) 고세일, 상계논문, 107쪽.

10) 국내 인공지능(AI)을 탑재한 의료기기 시장이 확대하고 있다. 초반에는 일자리를 빼앗길까 우려하던 의사들도 AI를 진료 현장의 든든한 우군으로 받아들이고 있다. 2021년 4월 3일 식품의약품안전처와 의료계에 따르면 국내 개발 AI 기반 의료기기는 2018년 5월 첫 허가 이후 70개 품목이 정식 허가받았다. 종류는 폐 결절 CT(컴퓨터단층촬영) 및 흉부 엑스레이 영상 분석 솔루션부터 초음파 방광 용적 측정 기기까지 다양하다. 업체별로 보면 딥노이드가 가장 많은 15개 품목을 허가받았다. 허리뼈, 뇌, 유방, 폐 촬영 영상 분석 기기와 위 및 대장 내시경의 용기(높게 일어나 들뜬 부분) 영역을 표시하는 제품 등을 보유하고 있다. 연합뉴스 2021년 4월 3일자.

하는 제조업자 혹은 판매업자.¹¹⁾ 이들의 책임관계는 사용자배상책임이나 제조물책임으로 연관되어 있다. 그런데 의료AI를 활용하더라도 특히 진단의 주의의무가 잔존한다고 볼 수 있는 한 진단의 주의의무의 위반가능성은 인정되어야 한다. 따라서 그 위반으로 인한 불법행위책임은 여전히 긍정할 수 있다. 하지만, 진단 AI의 판단 및 진단능력이 정교하게 향상되면 향상될수록 진단의 주의의무는 완화되거나 배제될 수 있고, 그 한도에서 진단의 불법행위책임은 감소 또는 소멸할 가능성이 있다.¹²⁾

5) 인공지능 윤리

최근에 인공지능과 윤리문제에 대한 논의가 뜨겁게 진행되고 있다.¹³⁾ 인공지능윤리란 인공지능을 개발, 운영, 사용함에 있어 개발자와 소비자에게 요구되는 윤리의식을 말한다. 이와 관련하여 로봇3원칙이란 로봇은 인간에게 해를 끼치지 않아야 하고 인간의 명령에 복종해야 하면서 로봇 자신의 존재를 보호하는 로봇 안전 준칙을 의미한다. 1942년 아이작 아시모프(Isaac Asimov)의 공상 과학 소설 '런어라운드(Runaround)'에서 처음 언급되었으며, 로봇이 따라야 할 세 가지 원칙은 다음과 같다. 첫째, 로봇은 인간에게 해를 가하거나, 혹은 행동을 하지 않음으로써 인간에게 해를 끼치지 않는다. 둘째, 로봇은 첫 번째 원칙에 위배되지 않는 한 인간이 내리는 명령에 복종해야 한다. 셋째, 로봇은 첫 번째와 두 번째 원칙을 위배하지 않는 선에서 로봇 자신의 존재를 보호해야 한다.¹⁴⁾ 한편 과학기술정보통신부와 정보통신정책연구원은 2020년 11월 27일 인공지능 시대 바람직한 인공지능 개발·활용 방향을 제시하기 위한 '국가 인공지능 윤리기준(안)'을 발표하였다. 즉 '인간성을 위한 인공지능(AI for Humanity)'을 위해 인공지능 개발에서 활용에 이르는 전 과정에서 고려되어야 할 기준으로 3대 기본원칙이 제시되고 있다. 이는 인간존엄의 원칙, 사회의 공공선(公共善) 원칙, 기술의 합목적성 원칙을 의미한다.¹⁵⁾ 그리고 현 단계에서는 인공지능이 인간에 대하여 갖는 책무성은 인공지능의 설계, 제조, 사용에 책임을 지는 인간에 의하여 설정된 결과로 이해될 수 있다.¹⁶⁾

III. 독일의 제조물 책임보험과 논의

해외에서의 제조물책임에 대한 비교법적 시사점을 얻기 위하여 이곳에서는 독일의 제조물책임

11) 이증기·이재현, “의료 AI에 대한 규제체제와 책임의 귀속 - 진단 AI와 수술로봇을 중심으로 -,” 『홍익법학』 제21권 제4호, 2020, 266쪽.

12) 이증기·이재현, 상계논문, 284쪽.

13) 보험분야에서는 인보험에서의 유전자 차별도 논의되고 있다. 이에 대하여는 이준형, “인보험에서의 유전자 차별, 누가 어떻게 해결할 것인가?” 『생명윤리와 법』, 세창출판사, 2013, 245쪽 참조.

14) 네이버 지식백과 로봇 3원칙[Three Laws of Robotics, -三原則], <https://terms.naver.com/entry.naver?docId=3596817&cid=42346&categoryId=42346>(2021.3.30. 방문).

15) IT조선, 2020년 11월 27일자.

16) 박종보·김휘홍, “인공지능기술의 발전과 법적 대응방향”, 『법학논총』 제34권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2017, 55쪽.

보험의 면책사유를 살펴본다.

1. 독일에서 제조물책임의 면책사유

독일 제조물책임보험은 법률상의 책임을 보험에 의하여 담보하는 것이다.¹⁷⁾ 독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 제1항에서는 책임면제사유로서 이행청구권, 후속손해를 규정하고 있다. 동약관 제6조 제2항에서는 담보위험배제사유로서 시험조항(Erprobungsklausel) 등을 규정하고 있다. 이하에서 살펴본다.

1) 제6조 제1항의 면책사유

독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 제1항에 규정된 책임면제사유로는 이행청구권과 후속손해가 있다.

(1) 이행청구권

이행청구권과 이행을 대체하는 청구권은 책임보험에서 면책사유이다(독일 책임보험 표준약관 제1.2조 제1항 참조). 독일 민법 제326조¹⁸⁾ 제2항 제1문에 의하여, 제조물의 하자로 반대급부청구권이 존재하지 않는다 하더라도, 보상청구권이 계속 존재하면 그 급부는 부보되지 않은 이행손해이다.¹⁹⁾ 독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 제1항 제1호는 부보되지 않은 이행청구권을 구체화하고 있다. 그에 의하면 사후이행을 실행하기 위하여 야기된 손해도 부보되지 않는다. 사후공급이나 새로운 공급을 위한 부수비용도 부보되지 않는다. 이때 주의하여야 하는 것은 제6조 제1항 제1호의 면책사유는 동 약관 제4조의 보상대상의 유보하에 있다는 점이다. 제작물이 전체 제품으로 결합되어 있거나 혼합되어 있는 경우에는 사후가공비용은 약관 제4.2조 제1호에 의하여 보험보상의 대상이 된다. 약관 제4.5조에 의하여 보험계약자에 의하여 제조되거나 공급된 기계에 대한 가공비용, 작업비용은 부보대상이 된다. 지체손해는 부보되지 않는다는 것도 이러한 전제하에서 적용된다.²⁰⁾

정식으로 급부하는 것을 믿고 헛되어 지출한 비용은 부보되지 않는다(독일 제조물책임보험 표

17) Langheid/Wandt, Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 2, München, 2011, S. 483.

18) 독일 민법 제326조(급부의무가 배제되는 경우 반대급부로부터의 해제 및 해지) ① 채무자가 제275조 제1항 내지 제3항에 의하여 급부를 실행할 필요가 없는 경우에는 반대급부청구권은 소멸한다. 일부급부에 대하여는 제441조 제3항이 준용된다. 제1문은 계약제 좇지 아니한 급부의 경우에 채무자가 제275조 제1항 내지 제3항에 의하여 급부를 실행할 필요가 없는 때에는 적용하지 아니한다. ② 채무자가 제275조 제1항 내지 제3항에 의하여 급부를 실행할 필요 없게 하는 사유에 대하여 채권자만이 또는 주로 그가 유책한 경우, 또는 그 사유가 채권자가 수령지체에 빠져 있는 동안 채무자에게 책임 없이 발생한 경우에는, 채무자는 반대급부청구권을 계속 보유한다. 그러나 그가 급부를 면함으로써 인하여 절약한 것 또는 자신의 노동력을 달리 사용함으로써 취득하거나 고의로 취득하지 아니한 것은 공제되도록 하여야 한다.....

19) LG Köln, VersR 2008, S. 1488.

20) Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 30. Aufl., München, 2018, S. 1811.

준약관의 제6조 제1항 제1호 넷째 항목). 보험계약자가 공급한 물건이 하자가 있어 전체 제품이 공급될 수 없는 경우에 광고비용이 그에 해당한다.²¹⁾

(2) 후속손해

독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 제1항 제1호에 의하면 후속손해는 보험자 면책사유로 되어 있다. 후속손해라는 것은 가령 조업중단으로 인한 손해 또는 생산을 못하여 발생한 손해 등을 가리킨다. 이때 독일 제조물책임보험 표준약관의 제4조 제2항 아래에 명시적으로 포함된 것은 제외된다.

2) 제6조 제2항의 면책사유

독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 2항에서는 보증, 권리 하자, 의도적 위반, 시험조항, 항공기, 우주선 위험, 콘체른 조항 및 반품비용을 규정하고 있다.

(1) 보증

독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 제1항 제1호에 의하면 보증이나 기타 계약상의 책임확대는 일부 예외를 제외하고 면책사유로 되어 있다. 보증면책은 보험계약자가 위험이전 이후에 발생한 하자에 대하여 무과실 책임을 인수하는 경우에 적용된다(가령 내구성 보증). 그에 반하여 위험이전시점에 정상작동성이 가능하다는 점에 대한 무과실 책임은 부보대상이다.²²⁾

책임확대에는 계약에 의하여 소멸시효기간을 늘리는 것도 포함된다.²³⁾ 동 조항의 제목이 “보증”으로 되어 있어서 오해의 소지는 있지만 당사자가 계약에 의하여 소멸시효를 늘리는 것에 대해서는 보험자가 보상 책임을 지지 아니한다.

소비자물품판매 이외의 영역에서도 위험이전시점에 하자가 존재한다는 것이 추정된다는 내용의 증명책임에 부담을 주는 합의는 동 조항의 면책사유의 의미에서의 책임확대 조항에 속한다. 보험계약자가 경미한 초안예의 영향에 대해서도 책임을 지기로 하는 내용의 초안책임합의도 마찬가지로 면책사유에 해당한다.²⁴⁾

(2) 권리 하자

공급한 물건이나 용역이 권리의 하자가 있어 지게 된 책임은 면책사유이다(독일 제조물책임보험 표준약관 제6조 제2항 제2호). 가령 특허권, 산업재산권, 저작권 침해로 인한 손해, 경쟁법

21) Littbarski, ProdHaftPflV, Ziffer 6, Rdn. 53.

22) VersR-Hdb/Schneider, § 25, Rdn. 22.

23) Harms, VersR 1994, S. 300.

24) Lenz, PHi 2008, S. 164.

위반의 책임 등이 그에 속한다. 난방유에 경유를 혼합하여 관세청으로부터 압류당할 위협으로 인한 손해도 권리의 하자에 속한다.

(3) 의도적 위반

법률을 의도적으로 위반하거나 행정규정을 의도적으로 위반하는 경우 또는 청약자의 서면 지시 사항 또는 조건을 의도적으로 위반함으로써 인한 손해는 보험보호로부터 면책된다(독일 제조물책임 보험 표준약관 제6조 제2항 제4호).²⁵⁾ 청약자의 지시사항에는 가령 재료의 강도 같은 것이 속한다.²⁶⁾ 보험사가 고의에 의하여 초래된 경우 혹은 보험계약자가 이미 하자를 알고 있는 경우에는 독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 제1항, 제2항도 적용될 수 있다.²⁷⁾

(4) 시험 조항

독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 제2항 제5호에 의하면 물적 손해, 그로부터 발생하는 재산손해 및 약관 제4조에 의한 제조물로 인한 손해 가운데 그 용도 또는 효과가 구체적인 사용 목적과 관련하여 현재의 기술수준으로 충분히 검증되지 아니한 청구권은 면책된다(소위 개발위험의 항변). 그런데 이는 제조된 또는 공급된 제조물이 기능관련이 없거나 지정된 효과와 관계가 없는 경우에는 적용하지 않도록 되어 있다. 독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 제2항 제5호는 새로운 제품에 대해서뿐만 아니라 새로운 용도에 대해서도 적용된다.²⁸⁾ 또한 동 조항은 검증된 제품이라 하더라도 새로운 방법²⁹⁾이나 새로운 재료³⁰⁾에 의하여 제조된 경우에 대해서도 적용된다. 중요한 것은 사용목적에 대해서 시험을 하였느냐이지 실제 사용에 대한 것이 아니다. 빗물 통용 리벳을 제조하여 정상적으로 검사를 거친후 유통시켰는데 그 리벳을 압력통에 사용하는 경우에는 면책사유가 적용되지 않는다.³¹⁾ 제조물이 특별히 목적이 지정되지 않고 유통된 경우에는 그의 전형적인 목적에 따라 판단한다.

독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 제2항 제5호는 물적 손해와 재산손해만을 면책하는 것이지 인적 손해에 대한 보험보호는 유지된다.³²⁾ 동 조항은 면책사유(Ausschluss)이지 숨겨진 책무(verhüllte Obliegenheit)가 아니다.³³⁾³⁴⁾ 또한 동 조항이 약관규제법에 의하여 무효인지 여부는 문제되지 않는다.³⁵⁾

25) Bruck/Möller, Versicherungsvertragsgesetz, Band 4, 9. Aufl., Berlin/Boston, 2013, S. 1048.

26) BGH, NJW-RR 2001, S. 1311.

27) Kettler/Bäcker, PHi 2015, S. 137.

28) Kettler/Waldner, VersR 2004, S. 416.

29) Schwabe, VersR 2002, S. 790.

30) LG Aachen, VersR 1995, S. 287, Fausten, VersR 1996, S. 411.

31) Kettler/Waldner, VersR 2004, S. 417.

32) Schwabe, VersR 2002, S. 789.

33) Fausten, VersR 1996, S. 412, Schwabe, VersR 2002, S. 794, LG Aachen, VersR 1995, S. 287.

34) 독일에서는 책무를 면책사유인 것처럼 포장하는 경우에는 숨겨진 책무로 보아 보험계약자 보호를 위한 제한 장치를 적용하기 때문에 양자를 명확히 구분하는 것이 의미가 있다.

35) VersR-Hdb/Schneider, § 25, Rdn. 61, OLG Bremen, VersR 1999, S. 1103. 반대견해: Koch/Artz, DB 2001, S. 1599.

독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 제2항 제5호의 면책사유는 충분한 시험(hinreichende Erprobung)을 거치지 않은 것을 전제로 한다. 그 자체 시험을 거친 제조물에 대한 새로운 진출 영역(Einsatzgebiet)의 경우에도 충분한 시험을 거친 것으로 긍정할 수 있다. 기준이 되는 것은 그 당시의 기술수준이다. 현재의 기술수준으로 절차, 설비, 및 작동방법을 구비하여 시험한 결과가 구체적인 사용목적에 있어 안전하여야 함을 의미한다. 이때 학문적 수준에 비추어 안전하여야 한다. 실무에서 아직 관철되지 않은 시험방법은 해당되지 않는다. 그리고 반드시 아주 최신 학문·기술수준이어야 하는 것도 아니다.³⁶⁾ 이 때 시험은 안전위험을 제거하는 절차를 전제로 한다. 현존하는 위험이 중요하다. 제품이 알루미늄을 사용하여 만들어지는 경우에 합성수지모델을 사용하여 시험을 하는 것은 충분하지 않은 것이다.³⁷⁾ 그리고 충분하지 않은 시험이 손해발생에 인과관계가 있어야 한다. 최소한 공동원인은 되어야 한다. 보험계약자의 제조품에 충분히 시험되지 않은 부품을 사용하였지만 하자의 원인이 다른 부분에 있는 경우에는 면책사유는 적용되지 않는다.³⁸⁾

(5) 항공기, 우주선 위험

독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 제2항 제6호에 의하여 항공기, 우주선의 조립, 제조, 공급에 의한 청구권은 면책사유이다. 이러한 청구권은 특별약관에 의하여 부보가 가능하기 때문에 제조물책임보험에서는 면책사유로 한 것이다.³⁹⁾

(6) 콘체른 조항

독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 제2항 제7호는 동 약관 제4조에 의한 손해중 보험계약자 또는 그의 사원이 자본다수로 결합되어 있는 콘체른 기업이 주장하는 손해로 인한 청구권은 면책사유로 하고 있다. 이 면책사유는 동 약관 제2.1조에 의한 재산손해에만 적용되는 것이고, 물적 손해는 면책되지 않는다.⁴⁰⁾

(7) 반품비용

독일 제조물책임보험 표준약관의 제6조 제2항 제8호에 의하면 반품요구로 인한 비용은 면책된다. 동 조항은 별도로 존재하는 보험인, 제조물반품비용보험과 구별하기 위한 것이다.⁴¹⁾

2. 독일 법제의 평가

36) BGH, VersR 1991, S. 416.

37) Kettler/Waldner, VersR 2004, S. 417.

38) Kettler/Waldner, VersR 2004, S. 421.

39) Mühlbauer, VersR 2007, S. 184.

40) Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 30. Aufl., München, 2018, S. 1813.

41) Zölch, PHi 2002, S. 168.

독일의 제조물책임보험 표준약관에서는 다양한 면책사유를 규정하고 있다. 우리의 면책사유인 불공급의 항변, 개발위험의 항변, 법령준수의 항변, 설계·지시의 항변⁴²⁾ 등과는 완전히 일치하지는 않는다. 다만 개발위험의 항변에 해당하는 내용을 ‘시험 조항’이라는 이름으로 규정을 한다. 즉 제조물로 인한 손해 가운데 그 용도 또는 효과가 구체적인 사용 목적과 관련하여 현재의 기술수준으로 충분히 검증되지 아니한 청구권은 면책된다는 내용을 규정한다. 새로운 소프트웨어, 기술을 개발할 경우 그에는 결함이 내재되어 있을 수 있는데 그 당시의 과학기술수준으로도 그 결함을 발견할 수 없는 경우에 개발위험의 항변이 적용되게 된다. 우리의 경우는 제조물을 공급할 당시의 법령이 정하는 기준을 준수함으로써 발생한 사실을 증명하는 경우에는 책임이 배제되는데, 독일의 경우에는 법률이나 행정규정을 의도적으로 위반하는 경우는 면책사유로 하고 있다.

IV. 문제점과 보험법의 대응방안

인공지능으로 인한 민사법적인 책임문제를 해결하기 위하여 다양한 의견이 개진되고 있다. 대표적으로 자율주행자동차의 경우를 보면, 향후 자율주행자동차와 관련하여 민사책임은 운전자의 과실 책임에서 제조물 책임과 시스템 관리자에 대한 책임 등으로 대체될 것으로 보인다.⁴³⁾ 이곳에서는 보험에 포커스를 맞추어 인공지능으로 인한 민사책임에 대한 대응방안을 검토한다.

1. 의무보험의 활용

유럽의회의 결의안은 인공지능 자신의 의사결정과 판단으로 야기된 피해에 대하여 실질적인 책임을 질 수 있는 대안으로 의무보험제도를 제시하고 있다.⁴⁴⁾ 이 보험과 관련하여서는 구체적으로 모든 스마트 로봇을 위한 일반 기금을 마련할 것인지, 각각의 로봇 유형에 따른 개별기금을 마련할 것인지를 결정해야 한다. 또한 로봇을 시장에 출시할 때 일회성 비용을 내도록 할 것인지, 로봇의 수명동안 정기적인 기금 마련을 하도록 할 것인지 결정해야 한다. 다른 한편 보험처리가 되지 않는 로봇에 의한 피해의 경우, 보상 펀드를 통하여 손해를 배상하도록 하고 있다.⁴⁵⁾ 이와 같은 맥락에서 인공지능 마크와 공적보험제도를 제언하는 의견⁴⁶⁾도 있다. 즉 국가가 입법에 따라 인공지능을 특화한 보상 구조를 세울 것을 제안하면서, 인공지능제품이라는 목록을 만들고, 그 제품을 시장에 두어, AIS(Artificial Intelligence Safety)마크를 상품으로 첨부시켜, 이러한 제품에서 생긴 손해를 국가가 운영하는 보험제도에 의해 보상하는 것을 제언하는 의견⁴⁷⁾이 있다. 한편 보험가입 의무화 관련하여 안전마크제품의 경우에 보험가입을 의무화하는 것이 바람직하다고

42) 신현운, 「경제법」 제6판, 법문사, 2014, 881쪽.

43) 류병운, “자율주행자동차 사고의 법적 책임,” 「홍익법학」 제19권 제1호, 2018, 31쪽.

44) 김나루, “인공지능으로 인한 법적 문제와 그 대안에 관한 연구,” 「홍익법학」 제19권 제2호, 2018, 356쪽.

45) 김나루, 상계 논문, 356쪽.

46) 변용완·장재욱, “인공지능(Artificial Intelligence) 환경에서 책임분배를 위한 민사책임 원리,”

「스포츠엔터테인먼트와 법」 제23권 제3호, 2020, 151쪽.

47) 변용완·장재욱, 상계 논문, 151쪽.

하면서, 자동차 급발진 사고가 쟁점화 되고 있고, 브레이크 관련 기술 등은 자율주행자동차의 개발과도 연관되어 있으므로 자율주행자동차 상용화 시에 제조물책임보험 가입을 의무화하는 방안이 필요하다는 주장⁴⁸⁾이 존재한다.

2. 제조물책임법 및 동 보험의 적용

1) 제조물책임의 인정

인공지능은 그 자체로서 손해를 발생시키기보다 로봇과 같은 유체물에 내재되어 작동하고 그 결과 타인에게 손해를 야기하므로 대부분의 경우에는 제조물책임의 대상이 된다고 할 수 있다. 그런데 제조업자가 알고리즘에 결함이 없는 인공지능을 개발하였는데 인공지능이 기계학습으로 인하여 처음에 예상할 수 없었던 손해가 발생한 경우에는 제조물책임을 묻기는 어렵다고 보아야 한다.⁴⁹⁾ 제조물책임을 인정하기 위해서는 결함과 손해사이에 인과관계가 있어야 한다. 그 증명을 손해배상을 청구하는 원고가 하여야 하지만 우리 대법원(대법원 2004. 3. 12. 선고 2003다16771 판결⁵⁰⁾)은 그 증명책임을 완화하는 판시를 하고 있다. 구조가 복잡한 인공지능에서는 그 사고와 손해의 원인을 밝히는 일이 어려울 수 밖에 없고 그 증명을 둘러싸고 실제 소송에서는 지난한 싸움이 될 수 밖에 없다.

2) 제조물책임의 면책사유

48) 박시훈 외 2인, 자율주행자동차의 책임 법제 정비, 한국법학원 학술연구부 연구보고서, 2016, 144쪽.

49) 정진명, “인공지능에 대한 민사책임법리,” 『재산법연구』 제34권 제4호, 2018, 152쪽.

50) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2003다16771 판결: “물품을 제조·판매하는 제조업자는 그 제품의 구조·품질·성능 등에 있어서 그 유통 당시의 기술수준과 경제성에 비추어 기대 가능한 범위 내의 안전성과 내구성을 갖춘 제품을 제조·판매하여야 할 책임이 있고, 이러한 안전성과 내구성을 갖추지 못한 결함으로 인하여 소비자에게 손해가 발생한 경우에는 불법행위로 인한 손해배상의무를 부담한다. 고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품의 결함을 이유로 그 제조업자에게 손해배상책임을 지우는 경우 그 제품의 생산과정은 전문가인 제조업자만이 알 수 있어서 그 제품에 어떠한 결함이 존재하였는지, 그 결함으로 인하여 손해가 발생한 것인지 여부는 일반인으로서서는 밝힐 수 없는 특수성이 있어서 소비자 측이 제품의 결함 및 그 결함과 손해의 발생과의 사이의 인과관계를 과학적·기술적으로 입증한다는 것은 지극히 어려우므로 그 제품이 정상적으로 사용되는 상태에서 사고가 발생한 경우 소비자 측에서 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생하였다는 점과 그 사고가 어떤 자의 과실 없는 통상 발생하지 않는다고 하는 사정을 증명하면, 제조업자 측에서 그 사고가 제품의 결함이 아닌 다른 원인으로 말미암아 발생한 것임을 입증하지 못하는 이상 그 제품에게 결함이 존재하며 그 결함으로 말미암아 사고가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다. 급발진사고가 운전자의 액셀러레이터 페달 오조작으로 발생하였다고 할지라도, 만약 제조자가 합리적인 대체설계를 채용하였더라면 급발진사고를 방지하거나 그 위험성을 감소시킬 수 있었음에도 대체설계를 채용하지 아니하여 제조물이 안전하지 않게 된 경우 그 제조물의 설계상의 결함을 인정할 수 있지만, 그러한 결함의 인정 여부는 제품의 특성 및 용도, 제조물에 대한 사용자의 기대의 내용, 예상되는 위험의 내용, 위험에 대한 사용자의 인식, 사용자에 의한 위험회피의 가능성, 대체설계의 가능성 및 경제적 비용, 채택된 설계와 대체설계의 상대적 장단점 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 판단하여야 할 것이다. 제조자가 합리적인 설명·지시·경고 기타의 표시를 하였더라면 당해 제조물에 의하여 발생될 수 있는 피해나 위험을 줄이거나 피할 수 있었음에도 이를 하지 아니한 때에는 표시상의 결함에 의한 제조물책임이 인정될 수 있지만, 그러한 결함 유무를 판단함에 있어서는 제조물의 특성, 통상 사용되는 사용형태, 제조물에 대한 사용자의 기대의 내용, 예상되는 위험의 내용, 위험에 대한 사용자의 인식 및 사용자에 의한 위험회피의 가능성 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다”(밀줄 필자).

AI를 활용하는 경우는 대부분 소프트웨어와 연결되어 있다. 그런데 제조물책임법에서는 개발이익의 항변 등 여러 가지 면책사유를 인정하고 있다. 이미 자율주행차로 인한 사고를 담보하기 위하여 자율주행자동차 제조사에게 제조물책임보험 가입을 강제할 것을 주장하는 견해⁵¹⁾가 있다. 그리고 소프트웨어 결함도 제조물의 결함으로 추가할 것을 제안하는 입장⁵²⁾도 존재한다. 또한 자율주행차에 대한 제조물책임보험 적용과 관련하여 보험요율의 부담을 우려하면서도, 시간이 지남에 따라 빅데이터를 활용하여 보험요율 산정이 가능할 것이라는 의견도 존재한다.⁵³⁾

인공지능 가운데 특히 자율주행자동차를 주목하여 볼 필요가 있다. 자율주행자동차에 대한 보험처리와 관련⁵⁴⁾하여, 자율주행차 시대에도 자동차보험은 여전히 유효할 것이며,⁵⁵⁾ 다만 자동차 보험금을 지급한 보험자의 제조자 또는 그의 보험자에 대한 구상권 행사가 핵심 쟁점으로 부각될 것이다. 자동차제조업자에게 제조물책임보험의 가입을 강제하는 것은 필요하다고 본다. 아직 위험률 적립 및 통계운용을 위하여 시간이 필요한 것은 사실이다. 하지만 초기에는 보험회사들 간에 풀을 구성하여 위험률 문제를 해결하여야 할 것이다. 그리고 특히 유의하여야 할 사항은 제조물책임에서의 면책사유이다. 제조물책임법에서는 네 가지의 면책사유를 규정하고 있다: ① 제조업자가 해당 제조물을 공급하지 아니하였다는 사실, ② 제조업자가 해당 제조물을 공급한 당시의 과학·기술 수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실,⁵⁶⁾ ③ 제조물의 결함이 제조업자가 해당 제조물을 공급한 당시의 법령에서 정하는 기준을 준수함으로써 발생하였다는 사실, ④ 원재료나 부품의 경우에는 그 원재료나 부품을 사용한 제조물 제조업자의 설계 또는 제작에 관한 지시로 인하여 결함이 발생하였다는 사실. 특히 자율주행차의 제작과 관련하여서는 개발위험의 항변, 법령준수의 항변이 성립될 가능성이 높다. 개발위험의 항변이 인정되는 경우 제조업자는 유책성이 없으므로 민법 제750조의 불법행위책임도 면한다. 다만, 제조업자가 인공지능시스템에 대한 관찰의무를 게을리 하면 더 이상 개발위험의 항변을 할 수 없다.⁵⁷⁾

개발위험의 항변을 인정할 경우 제조물책임을 무과실책임으로 하는 이유가 감소하는 것은 사실이다. 그러나 예견할 수 없었던 결함에 대해서까지 제조업자가 책임을 지도록 하면 기술개발의욕이 감퇴되는 문제점도 존재한다.⁵⁸⁾ 이와 같이 현행법상 제조물책임법에서 상당한 면책사유를 규정하고 있어 자율주행차사고시 제조자가 면책될 가능성이 상당히 많이 존재한다. 그렇기 때문에 앞으로 자율주행차가 보편화되면 제조물책임법을 개정하는 것이 필요하다. 그를 통하여 제조

51) 박세민, “레벨 3 자율주행차의 자율주행모드시 사고에 따른 민사상 책임법리의 해석에 대한 연구,” 「기업법연구」 제33권 제1호, 2019, 196쪽.
 52) 이성남, “제4차 산업혁명 기술 발달과 보험법의 대응,” 「보험법연구」 제15권 제2호, 2021, 104쪽.
 53) 임수민, “자율주행자동차 도입 초기의 민사책임법제,” 「보험법연구」 제13권 제1호, 2019, 294쪽.
 54) 자율주행차에 대한 보험처리도 현재로서는 여러 가지 장애가 존재한다. 미국에서도 애리조나·캘리포니아·네바다 등 일부 주에서만 자율주행 관련 규정이 마련되어 있을 정도로 관련 법규 제정이 더디다. 보험 회사들도 자율주행 테스트 모델에만 특약을 걸어 한정된 보상만 해주고 있다. 2018년 3월 애리조나에서 발생한 우버 자율주행차의 대인 사망 사고의 경우 책임 소재를 가리는 데만 1년 6개월이 걸렸다. 소프트웨어 오류인지, 차량 하드웨어 문제인지, 탑승한 관리자의 조작 실수인지 등 기존 사고보다 조사해야 할 사항이 엄청나게 많은 데다 명확한 판단 기준도 없기 때문이다. 조선일보 2021년 4월 6일자.
 55) 김은경, “자율주행자동차 보험의 법적 과제”, 「상사법연구」 제38권 제4호, 2020, 113쪽.
 56) 조승호, 신인섭, 유주선, 전계서, 239쪽.
 57) 정진명, 전계논문, 153쪽.
 58) 신현윤, 전계서, 881쪽.

물책임법상 면책사유를 조정하고 그에 맞추어 제조물책임보험 약관을 수정하여 배상책임 및 보험의 흠결이 없도록 하여야 한다. 이 때 고려할 사항으로서, 자율주행자동차만을 염두에 두고 제조물책임법의 면책사유를 조정하는 것은 계속하여 신기술의 발전으로 법을 개정하여야 하는 문제점이 있다는 점이다. 이 문제는 전자인간 논의의 발전 추이 등을 고려하여 같이 문제를 해결하는 방향으로 대응하여야 한다.⁵⁹⁾

인공지능로봇에 있어서, 하드웨어적인 문제는 제조물책임에 따른 제조자의 책임을 묻는 것이 가능하지만 인공지능 스스로 학습하고 판단한 행위에 대해서는 일률적으로 제조자의 책임을 묻기는 어렵다. 그리하여 이 경우에는 어떠한 요인으로 잘못된 학습을 하게 되었는지를 따져 그 요인을 제공한 자가 있다면 그 자에게 책임을 묻도록 하여야 한다.⁶⁰⁾ 제조물책임법상의 면책사유 등을 고찰하여 보면 AI와 제조물책임 및 제조물책임보험의 대응은 한계가 있고 그에 대한 대응책을 마련하는 것이 필요하다.

3. 기타의 책임보험

기업이 제조물을 제작하는 과정에서 인공지능 로봇을 활용하는 경우 영업배상책임보험, 제조물책임보험을 활용할 수 있다. 일반인이 일상생활에서 인공지능을 활용하는 경우 손해가 발생하였을 때 일상생활배상책임에 의하여 보상을 받는 것을 고려하여야 한다. 일상생활배상책임보험의 경우 직무수행으로 인한 배상책임, 같이 살고 있는 친척에 대한 사고, 자신의 물건이나 빌린 물건에 대한 사고, 정신질환에 의한 배상책임, 폭행·구타로 인한 배상책임 등을 면책사유로 하고 있다. 인공지능으로 인한 사고가 발생한 경우 면책사유에 해당하는지를 면밀히 살펴보아야 한다. 특히 인공지능로봇이 피보험자 자신의 물건일 경우 그 물건 자체에 대한 손해는 면책된다.

V. 맺음말

AI가 그 활용영역을 넓히고 있다. 그에 따라서 각종 피해나 손해가 발생할 수 있다. 가령 공장에서 AI로 인하여 손해가 발생하는 경우, 자율주행자동차가 오작동을 하는 경우 등을 들 수 있다. 또는 투자에 로보바이저를 활용하는데 잘못된 투자권유로 고객에게 피해를 주는 경우도 있다. 그리고 인공지능 법률자문⁶¹⁾이 오류를 일으킴으로써 개인이나 단체가 피해를 입는 경우도 발

59) 최병규, “자율주행차와 보험제도 운용 방안 - 독일의 도로교통법제 상황을 중심으로 -, 「재산법연구」 제36권 제4호, 2020, 356쪽.

60) 신동환, “인공지능로봇과 배상책임에 관한 고찰,” 「안암법학」 제55호, 2018, 61쪽.

61) 대한변호사협회는 2021년 3월 4일 SKT에 ‘Legal AI Agent’ 법률 서비스 관련 요청 사항 및 변호사법 준수 촉구 공문을 발송하였다. SKT가 2021년 1월 19일 특허청에 출원한 상표 ‘Legal AI Agent’ 용도로는 법률문제 자문용, 상담 서비스, 법률 정보 제공 등을 위한 컴퓨터 소프트웨어 등이 포함된 것으로 알려져 있다. 앞서 SKT는 서울지방변호사회(회장 김정욱)에 “인공지능 법률 자문 서비스와 관련한 내용은 사실이 아니며, 변호사법 제34조 제5항에 저촉되지 않는다”고 회신한 바 있다. 변협은 “변호사법에 저촉되지 않는다고 의견을 밝힌 ‘인공지능 기반의 자동검색 기능’ 또한 법률사무의 일부에 포함된다”면서 “변호사법 등에 저촉될 소지가 높고 추후 논란이 될 수 있는 서비스 출시를 준비하는 것에 대해 심각한 우려를 표명한다”고 비판하였다. 변호사법 제3조는 변호사 직무로 당사자와 그 밖의 관계인 위임이나 국가·지방자치단체와 그 밖의 공공기관 위촉 등에 의해 소송에 관한 행위 및

생할 수 있다. 그런데 새롭게 등장하는 새로운 위험요소에 대하여 선불리 위험책임법제를 개편하는 것은 바람직하지 못하다. 오히려 기존의 법률을 통하여 문제를 해결하는 것이 바람직하다. 다만 제조물책임법제에서의 면책사유를 조정하는 것은 가능하고 또 필요하다고 생각한다. AI로 인한 위험을 보험으로 보상할 수 있도록 하기 위해서는 아직은 해결하여야 할 과제들이 많다. 인공지능 마크와 국가에 의한 보험으로 문제를 해결하자는 주장도 있다. 하지만 국가가 그렇게까지 인공지능으로 인한 책임에 대하여 나서기를 기대하기는 어렵다고 본다. 그리고 인공지능이 활용되는 영역은 매우 다양하고 민사적인, 형사적인 책임구도에서도 통일성을 찾기 어렵다. 따라서 각각의 책임보험으로 문제를 해결하여야 한다. 다만 인공지능으로 인한 특수성을 고려하여 보장의 사각지대를 없애기 위해 책임보험의 면책사유를 조정하는 것이 필요하다. 필요할 경우에는 보험료를 조정하여야 할 것이다. 앞으로 인공지능 기술의 진전에 따라 그로 인한 위험을 보험에 의하여 처리하는 방안에 대하여 더욱 정치한 연구와 제도적 뒷받침이 필요하다.

행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률 사무를 규정하고 있다. 법원 판례 자동 검색 등은 전형적인 '법률사무'에 해당한다. 해당 상표는 인공지능 법정 대리인, 법률 대리인으로 해석되므로 그 표현 자체로 오해를 불러일으킬 수 있다는 문제도 있다. 변협은 "일반인들에게는 해당 상표가 사실상 변호사의 법률 서비스로 인식될 소지가 매우 높다"고 지적했다. 대한변협신문 제821호, 2021.3.8., 3면.

참고문헌

- 고세일, “인공지능과 불법행위책임 법리,” 「법학연구」 제29권 제2호, 2018
- 김나루, “인공지능으로 인한 법적 문제와 그 대안에 관한 연구,” 「홍익법학」 제19권 제2호, 2018
- 김은경, “자율주행자동차 보험의 법적 과제,” 「상사법연구」 제38권 제4호, 2020
- 류병운, “자율주행자동차 사고의 법적 책임,” 「홍익법학」 제19권 제1호, 2018
- 박세민, “레벨 3 자율주행차의 자율주행모드시 사고에 따른 민사상 책임법리의 해석에 대한 연구,” 「기업법연구」 제33권 제1호, 2019
- 박시훈 외 2인, 자율주행자동차의 책임 법제 정비, 한국법학원 학술연구부 연구보고서, 2016
- 박종보 · 김휘홍, “인공지능기술의 발전과 법적 대응방향”, 「법학논총」 제34권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2017
- 박준서, 「주석민법 채권각칙(8)」 제4판, 한국사법행정학회, 2004
- 변용완 · 장재욱, “인공지능(Artificial Intelligence) 환경에서 책임분배를 위한 민사책임 원리,” 「스포츠엔터테인먼트와 법」 제23권 제3호, 2020
- 서종희, “4차 산업혁명 시대 위험책임의 역할과 한계,” 「사법」 제43호, 2018
- 신동환, “인공지능로봇과 배상책임에 관한 고찰,” 「안암법학」 제55호, 2018
- 신현윤, 「경제법」 제6판, 법문사, 2014
- 유주선, “인공지능 의료행위와 법적 책임에 관한 연구,” 「비교사법」 제27권 제4호, 2020
- 이도국, “인공지능(AI)의 민사법적 지위와 책임에 관한 소고,” 「법학논총」 제34권 제4호, 2017
- 이성남, “제4차 산업혁명 기술 발달과 보험법의 대응,” 「보험법연구」 제15권 제2호, 2021
- 이준형, “인보험에서의 유전자 차별, 누가 어떻게 해결할 것인가?” 「생명윤리와 법」, 세창출판사, 2013
- 이중기 · 이재현, “의료 AI에 대한 규제체제와 책임의 귀속 - 진단 AI와 수술로봇을 중심으로 -, ” 「홍익법학」 제21권 제4호, 2020
- 임수민, “자율주행자동차 도입 초기의 민사책임법제,” 「보험법연구」 제13권 제1호, 2019
- 조승환, 신인섭, 유주선, 「공학, 철학, 법학의 눈으로 본 인간과 인공지능」, 도서출판 씨어이알, 2018
- 최병규, “자율주행차와 보험제도 운용 방안 - 독일의 도로교통법제 상황을 중심으로 -, ” 「재산법연구」 제36권 제4호, 2020
- Bruck/Möller, Versicherungsvertragsgesetz, Band 4, 9. Aufl., Berlin/Boston, 2013
- Langheid/Wandt, Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 2, München, 2011
- Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 30. Aufl., München, 2018

“AI활용 리스크에 대한 보험법의 대응과 과제”에 대한 토론문

정 영 진*

최병규 교수님의 발표문을 잘 읽었습니다. AI와 보험법에 대한 다양한 쟁점을 소개하고 있어서 공부에 많이 되었습니다. 발표문을 읽고 느낀 바를 논문 순서에 따라 검토하면서 질문을 하도록 하겠습니다.

1. 강한인공지능 관련

발표문에 따르면, “강한 인공지능의 경우에는 결국은 인공지능에게 법인격을 부여하는 방향으로 나아가야 한다.”고 하였습니다. 강한 인공지능의 경우, 과거 여성이나 흑인과 같이, 법인격 부여가 선택이 아니라 강요될 것으로 보입니다. 다만 강한 인공지능을 어떻게 정의하고 있는지 궁금합니다. 참고로, EU의 전문가그룹(High-level Expert Group)은 2018년 AI를 정의하면서 약한(좁은) AI는 하나 또는 몇 개의 특정 분야에서 업무를 수행하지만, 강한(일반) AI는 상식적 추론(common sense reasoning), 자기의식(self-awareness), 자신의 목적을 정하는 능력(the ability to define its own purpose)을 가진 것으로 정의하고 있습니다. 만약 위와 같은 강한 인공지능이 자기의식을 가진 것을 전제로 한다면, 법인격 부여가 문제되는 것이 아니라 인류의 생존이 더 현실적인 문제라는 생각이 듭니다. 왜냐하면 자기의식을 가진 강한 인공지능은 인간이 부여한 목적이 아니라 자기 자신의 보호가 1차적 목표가 될 수 있기 때문입니다. 이에 대한 발표자님의 의견을 듣고 싶습니다.

2. 제조물책임법 관련

제조물책임법은 손해배상책임의 기본요건으로서 과실 대신에 결함(제조상, 설계상, 표시상) 개념을 채택하였는데, 판례는 제조자의 고의 또는 과실을 전제로 하지 않는 엄격책임으로 이해하고 있습니다(2013다26708). 모든 제조물이 위험물이라고 할 수는 없지만 제조물책임법이 민법상 주관적 귀책사유를 요구하지 않고 있다는 점에서 위험책임의 원칙을 채택하고 있다고 평가되고 있습니다.¹⁾

발표문에 따르면, “시대변화에 따라서 새롭게 등장하는 새로운 위험요소에 대하여 선불리 위험 책임 법제를 개편하는 것은 바람직하지 못하다. 따라서 기존의 법률을 통하여 문제를 해결하는 것이 바람직하다. 다만 제조물책임 법제에서의 면책사유를 조정하는 것은 가능하고 또 필요하다

* 인하대학교 법학전문대학원

1) 우리 나라 책임입법은 행위자의 주의의무 위반을 기초로 책임을 부여하는 과실책임과 위험원의 지배를 기초로 책임을 부여하는 위험책임이 있다.

고 본다”라 주장하시고 계십니다. 즉, 인공지능을 규율하기 위한 특별법을 제정하기 보다는 인공지능을 제조물로 보아서 제조물책임법을 수정·보완하여 규율하는 것이 바람직하다는 취지로 보입니다. 향후 제조물책임법을 수정·보완하는데 다음의 점을 검토할 필요가 있다고 생각합니다.

우선, 제조물책임법의 적용을 받기 위해서는 제조물이어야 하는데, “제조물”이란 제조되거나 가공된 동산(다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우 포함)을 말합니다(제2조 제1호). 인공지능이 탑재된 제조물, 예를 들면 자율주행자동차에서 소프트웨어의 하자로 제조물의 결함이 발생한 경우, 제조업자에게 제조물책임법상 책임을 추궁할 수 있지만, 소프트웨어 자체는 동산이 아니므로 소프트웨어사업자에게 직접 제조물책임법상 책임을 추궁할 수 없다는 견해가 유력합니다.²⁾

둘째, 제조물책임법에서 제조물이 결함의 판단시기는 제조업자가 제조물을 제조 및 가공한 후 이를 인도한 시점입니다.³⁾ 그렇다면 소비자가 제조물을 구입한 이후 인공지능이 새로운 데이터를 수집하여 이에 따른 결함이 발생한 경우에는 제조물책임법을 적용하기 어려운 면이 있습니다.

셋째, 보다 근본적으로 소프트웨어의 하자를 피해자가 어떻게 입증하느냐의 문제가 있습니다. 발표문에서 주장한 바와 같이 제조업자가 알고리즘⁴⁾에 결함이 없는 인공지능을 개발하였는데 인공지능이 기계학습으로 인하여 처음에 예상할 수 없었던 손해가 발생한 경우 제조물책임을 묻기 어려울 수 있습니다.

일반적으로 데이터를 컴퓨터에 입력하면 프로그램이 처리하여 결과를 출력합니다. 그런데 기계학습(machine learning)의 경우 데이터를 컴퓨터에 입력하면 프로그램(“메타알고리즘”)이 알고리즘(“모델”)을 내놓습니다. 즉, 사람이 메타프로그램을 작성을 하면 메타프로그램이 데이터를 활용하여 모델을 만드는데, 기계학습의 불투명성은 메타프로그램을 의미하는 것이 아니라 모델을 의미합니다. 데이터가 복잡하고 선택가능한 모델이 광범위한 경우 기계학습 결과 도출되는 모델을 파악하는 것이 어렵고, 이에 따라 그 모델의 하자를 파악하기 어렵습니다.

이와 관련하여 제조업자가 자율주행시스템의 안전성을 확보하기 위하여 소프트웨어 업데이트를 지속적으로 제공할 필요가 있는데, 안전에 영향을 미치는 업데이트가 수행되지 않을 경우 자율주행기능을 제한하여 수동운전 조작으로만 운전할 수 있도록 하는 합리적 대체설계(reasonable alternative design) 방법을 채택하지 않았다면, 설계상의 결함을 인정할 수 있다는 견해⁵⁾도 있습니다.

3. 인공지능과 책임보험 관련

발표문에서 소개한 바와 같이, 유럽의회는 2017년 “로봇공학에 있어서 시민법규칙”(Civil Law

2) 현재 이에 대한 대법원 판결은 없음.

3) 발표문에서 소개한 “대법원 2004. 3. 12. 선고 2003다16771 판결”은 1997. 2. 3. 발생한 **급발진 사고**에 대한 것으로, 2002. 7. 1. 제조물책임법 시행 이후에 공급된 제조물의 결함이 아니므로 제조물책임법이 직접 적용된 사안은 아니다.

4) 알고리즘(algorithm)이란 일정한 유형의 문제(a class of problem)을 해결하기 위한 명령어를 논리적으로 배치 또는 구성한 것으로서, 데이터를 처리하는 규칙을 의미한다. 알고리즘을 컴퓨터가 이해할 수 있도록 프로그래밍 언어를 이용하여 코드(code)로 변환시킨 것이 프로그램이다. 프로그램이 물리적이라면 알고리즘은 논리적이다. 컴퓨터 프로그램은 저작권법에 의하여 보호받지만, 알고리즘은 프로그램의 아이디어(해법)에 해당하므로 저작권법의 보호대상이 아니다(저작권법 제101조 제3호).

5) 권영준·이소은, “자율주행자동차 사고의 민사책임”, 민사법학 제75호 (2016), 468면.

Rules on Robotics)의 제정을 권장하는 결의를 하면서, 의무보험제도를 지능형 로봇에 의한 손해에 대한 책임분배의 복잡성을 해결하는 하나의 방법으로 제안하면서, 로봇의 제조업자 (producers) 또는 소유자(owners)가 보험에 가입하는 것을 권유하고 있습니다.⁶⁾

그런데 자동차손해배상보장법의 경우 의무책임보험제도를 도입하고 있지만 제조물책임법의 경우에는 의무책임보험을 도입하지 않고 있습니다. 자동차 운행 중 위험에 대하여 자동차보유자라는 동질적 위험을 가진 단체(“위험단체”)를 획정하여 그 구성원에게 위험을 분산시키는 것이 정당화될 수 있지만 제조물의 경우 그 위험이 다양하므로 제조업자 전체를 하나의 위험단체로 보아 책임보험의 가입을 강제하는 경우 고위험 제조업자는 이득을 보지만 저위험 제조업자의 경우 손해를 보는 부당한 결과가 발생하기 때문에 결국 제조업체가 개별적으로 책임보험에 가입할 수밖에 없습니다. 인공지능 제조물(예, 로봇)의 경우에도 위험의 정도가 다양하므로⁷⁾ 제조업자가 제조물의 위험을 평가하여 개별적으로 책임보험(Product Liability, PL 보험)에 가입할 수밖에 없습니다. 현재 우리나라의 경우 PL 보험이 임의보험인데, 인공지능 제조물의 경우 책임보험의 가입을 강제할 지는 또 다른 차원의 문제입니다.⁸⁾ 이와 관련하여, 제조업자에게 제조물배상책임보험의 가입을 강제하는 경우, 제조물배상책임보험 보험료를 제품의 가격에 전가시켜 필연적으로 제조물의 판매가격 상승을 유발하고, 그 결과 경제적 약자인 소비자의 입장에서는 공정성의 문제를 일으킬 수 있다는 비판도 있습니다.⁹⁾ 인공지능 제조물의 경우 제조업자에게 책임보험의 가입을 강제하는 방안에 대하여 어떻게 생각하는지요? 끝.

6) **establishing a compulsory insurance scheme** where relevant and necessary for specific categories of robots whereby, similarly to what already happens with cars, **producers, or owners of robots would be required to take out insurance cover** for the damage potentially caused by their robots;

7) 2021년 4월 유럽위원회(European Commission)는 AI Act 제정을 위한 제안(proposal for a regulation on AI Act)을 결의하였는데, 이에 따르면 인공지능 입법에 대하여 “리스크 기반 규제 방법”(risk-based regulatory approach)를 채택하였습니다. 즉, 인공지능 리스크의 유형을 **업종별(sector by sector) 그리고 사안별(case by case)로, ① 허용되지 않은 위험(unacceptable risk), ② 고위험(high risk), ③ 제한된 위험(limited risk), ④ 최소 위험(minimal risk)**로 나누었다. 비례성의 원칙에 따라, 기본권(fundamental rights)과 안전(safety)에 중대한 위협을 가할 개연성이 큰 고위험 인공지능 시스템에 대하여, 리스크 관리 시스템(risk management system), 데이터 가버넌스(data governance, high quality data, garbage in-garbage out), 기술문서 작성(technical documentation), 기록관리(record keeping), 투명성(transparency), 인간에 의한 감독(human oversight), 정확성(accuracy), 견고성(robustness), 사이버보안(cybersecurity) 등의 의무(제9조~제13조)를 부여하고 있다.

8) 제조업자는 임의보험으로 제조물의 결함으로 인해 발생한 제3자에 대한 손해를 보장하는 제조물배상 책임보험(Product Liability, PL 보험)에 가입할 수 있다.

9) David Owen, “Design Defects”, 73 Mo. L. Rev. 291 (2016), pp320-321.

