

## 01 (지평지성 소식)

- 지평지성 뉴스레터 전면 개편

## 02 (주요 업무 사례)

- 신한베트남은행과 신한비나은행 합병 법률자문
- 큐캐피탈파트너스를 대리하여 해외투자전문 PEF 설립 및 공동투자약정 체결 업무 수행
- 싱가포르 기업과 국내 대기업의 모바일 TCS 설립 자문
- 동양증권증권의 캄보디아 ACLEDA은행 및 ACLEDA증권과의 MOU 체결 자문
- 연세대학교를 대리하여 감사원의 사립대 전면감사 위한 헌법소원 청구
- 주 라오스 대사관을 대리하여 라오스 투자 법률가이드 발간

## 08 (법률 논단)

- 【개정상법】유연한 회사 운영의 기반 제공과 강화된 이사의 책임 도입
- 【사모펀드】한국형 헤지펀드의 출범을 바라보며
- 【건설·부동산】동의율 부족을 조합설립인가무효 사유로 보아야 하는지
- 【공정거래】2011. 12. 공정거래 사건 동의를결제 도입·시행

## 22 (최신법령)

- 【자본시장】단기매매차익의 반환의무 일부 완화 | 비금융주에 대한 공매도 제한 해제
- 【금융】우량상호저축은행에 대한 개별차주 신용공여 한도 완화 조치의 폐지
- 【건설·부동산】결합개발제도 도입 등 도시개발법 개정
- 【공정거래】동의를결제 도입 | 공공분야 입찰에서의 담합사업자에 대한 입찰참가 자격제한 강화 | 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률 제정 및 공포
- 【정보통신】소녀시대 신곡 다운로드 이제 어디서?"
- 【행정】연구비 유용행위에 대한 제재부가금 제도 도입 등
- 【제약·바이오·의료】기등재 약가 일괄 인하와 제약산업 육성
- 【자원·에너지·환경】일반상품거래법 제정안
- 【노동】퇴직금 중간정산 금지 등

## 42 (최신 판례)

- 【회사】반대주주의 주식매수청구권 행사시 매수가격 결정 방법
- 【건설·부동산】집합건물 관리단 집회의 서면결의 요건
- 【공정거래】제약사 부당고객유인행위에 따른 과징금 부과시 관련매출액 산정
- 【정보통신】멜론서비스의 DRM 탑재를 통한 음악파일 재생제한 조치의 위법성
- 【지적재산권】동의보감의 저자 '허준'을 상표로 등록하여 건강보조식품 사업을 할 수 있는지
- 【조세】증액경정처분에 대한 전심절차 경유 필요성

법무법인 지평지성의 Newsletter는 일반적인 법률 정보를 신속하고 정확하게 전달할 목적으로 제공되고 있으며, 이에 수록된 내용은 법무법인 지평지성의 공식적인 견해나 구체적인 사안에 관한 법적 효력을 지닌 법률자문이 아닙니다. 구체적인 내용은 법무법인 지평지성의 변호사 및 전문가와 상담하여 주십시오.

- **【형사】**명의자 승낙을 막연히 예측하면 사문서위조·변조죄
- **【헌법】**재건축조합의 '중요한 회의'가 무엇인지 예측하기 어려워
- **【행정】**정비구역 변경과 기존 추진위원회의 지위
- **【도산】**편파행위의 의미 및 제3자의 행위에 대한 부인권 행사 가부
- **【가사】**유언집행자의 해임 | 민법 제1066조 제1항 위헌소원
- **【계약·바이오·의료】**계약회사에 대한 의약품 하자에 따른 손해배상청구 입증책임 완화
- **【노동】**노조가 자주적으로 사용자로부터 획득한 전임자 급여지급의 경우 타임오프 위반해도 처벌할 수 없다 | 노조의 상급단체 설립, 가입 또는 탈퇴에 관한 사항이 노동조합 규약에 기재되어 있을 때 특별결의를 거쳐야 한다 | 사용자가 해고 사유를 서면으로 통지할 때에는 해고의 사유가 되는 구체적인 사실을 기재해야 한다 | 도급회사가 하도급회사의 근로자를 실질적, 구체적으로 지배 결정할 수 있는 지위에 있으면 단체교섭의 당사자로서 사용자에게 해당한다 | 외국인근로자가 사업장을 3회 초과하여 변경하는 것을 금지하는 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항은 직장 선택의 자유를 침해하여 위헌이다 | 업무상 장애가 아닌 다른 사유로 기존 장애를 갖고 있더라도 업무상 재해로 기존 장애가 심해진 경우 산업재해보상보험법상 장애급여를 청구할 수 있다

## 80 (단신)

- '2011 가을 체육대회' 개최
- '2011 사랑의 연탄 나눔' 참여
- 강성 대표변호사, 한국상장사협의회에서 'M&A 관련 법률 문제'를 주제로 강의 외
- 배성진 변호사, '제3회 한중일 도산법대회'에 참석하여
- 'Labor & Legacy Costs' 세션 발표
- 김성수 변호사, 법관연수회에서 '변호사가 바라본 전자소송'을 주제로 발표 외
- 이행규 변호사, '국제화와 외국상장법인의 법적 문제' 세미나에서 발표 외
- 박형삼, 김지홍 변호사, 'IHCF(In House Counsel Forum)' 세미나에서 발표
- 유정훈 변호사, '캄보디아의 외국인투자 관련 법제' 워크숍에서 종합토론자로 참석
- 권용숙 변호사, 인도네시아 로펌 AHP(자카르타 소재)에 파견
- 류혜정 변호사, 유라시아포럼에 토론자로 참석
- 김희석 변호사, 중부지방국세청 과세품질위원회 위원으로 위촉
- 한승혁 호주변호사, '황해경제자유구역정보'에 '베트남 기업 M&A'를 주제로 칼럼 기고

법무법인 지평지성의 Newsletter는 일반적인 법률 정보를 신속하고 정확하게 전달할 목적으로 제공되고 있으며, 이에 수록된 내용은 법무법인 지평지성의 공식적인 견해나 구체적인 사안에 관한 법적 효력을 지닌 법률자문이 아닙니다. 구체적인 내용은 법무법인 지평지성의 변호사 및 전문가와 상담하여 주십시오.

(지평지성 소식)

## 지평지성 뉴스레터 전면 개편

저희 지평지성은 고객 여러분들에게 보다 향상된 법률서비스를 제공하기 위해 이번 12월호부터 지난 8년간 발행해온 뉴스레터를 전면 개편하여 각 분야별로 보다 풍부하고 깊이 있는 법률 정보를 제공하고자 합니다.

해외업무에 관해서는 내년 1월부터 별도의 '글로벌 비즈니스 뉴스레터'를 발간하여 2개의 뉴스레터가 번갈아 격월로 발행됩니다.

고객 여러분의 많은 관심과 성원 부탁드립니다.

(주요 업무 사례)

## 신한베트남은행과 신한비나은행 합병 법률자문

지평지성은 신한은행의 베트남 현지법인인 통합 '신한베트남은행' 출범에 법률자문을 제공하였습니다.

신한은행은 이번 통합 '신한베트남은행' 출범에 앞서 신한비나은행(옛 조흥비나은행)과 신한베트남은행(옛 통합신한은행 현지법인) 간의 합병에 대해 베트남 현지감독당국인 중앙은행으로부터 양행 합병에 대해 본승인(Final Approval)을 받고, 베트남은행 소유 신한비나은행 지분 50%를 인수하였습니다.

이로써 신한베트남은행은 10억 달러 내외의 자산을 보유한 베트남 내 외국계은행 '빅2'로 도약하게 되었습니다.

### [관련기사]

- 연합뉴스 - 베트남서 통합 '신한베트남은행' 출범(2011. 11. 28.)
- 한국경제 - 베트남 2위 '신한베트남은행' 출범(2011. 11. 28.)

### [담당변호사]



배상근 변호사



정철 변호사



정정태 변호사



임주영 호주변호사

(주요 업무 사례)

## 큐캐피탈파트너스를 대리하여 해외투자전문 PEF 설립 및 공동투자약정 체결 업무 수행

지평지성은 큐캐피탈파트너스를 대리하여 KT&G와 8000억 원 규모의 해외투자전문 PEF 설립 및 공동투자약정 체결 업무에 법률자문을 제공하였습니다.

이에 따라 KT&G와 큐캐피탈파트너스의 해외투자전문 PEF는 각 4000억 원을 한도로 출자해 약정기간 10년 동안 외국기업 발행증권 등에 투자를 할 예정입니다.

### [관련기사]

- 한국경제 - KT&G, 8000억 해외 공동투자약정 체결(2011. 11. 14.)
- 머니투데이 - KT&G-큐캐피탈, 8000억 원 해외투자 공동투자약정(2011. 11. 14.)

### [담당변호사]



이행규 변호사



이은영 변호사



김준환 변호사

(주요 업무 사례)

## 싱가포르 기업과 국내 대기업의 모바일 TCS 설립 자문

지평지성은 싱가포르 업체 Asurion Asia Pacific PTE. LTD.와 국내 대기업을 대리하여 휴대폰 프로텍션 서비스를 제공하는 모바일 TCS 설립 업무의 법률자문을 제공하였습니다.

[담당변호사]



강성 대표변호사



정철 변호사



이병주 변호사



이상희 미국변호사

(주요 업무 사례)

## 동양증권증권의 캄보디아 ACLEDA은행 및 ACLEDA증권과의 MOU 체결 자문

지평지성이 동양증권증권 캄보디아법인을 대리하여 캄보디아 최대 은행인 ACLEDA은행 및 이 은행의 자회사인 ACLEDA증권과의 전략적 업무 제휴에 관한 양해각서(MOU)를 체결하는 업무에 법률자문을 제공하였습니다.

이번 MOU 체결로 동양증권증권 캄보디아법인은 캄보디아 최대 지점망을 보유한 ACLEDA은행, ACLEDA증권과 협력해 캄보디아 현지 고객과 투자자들에게 보다 전문적인 금융서비스를 제공할 예정입니다.

### [관련기사]

- 매일경제 - 동양證, 캄보디아 최대 은행과 MOU 체결(2011. 10. 26.)
- 파이낸셜뉴스 - 동양증권증권, 캄보디아 최대 은행인 ACLEDA Bank와 MOU 체결 (2011. 10. 26.)

### [담당변호사]



양영태 대표변호사



이행규 변호사



유정훈 변호사



반기일 뉴질랜드변호사



(주요 업무 사례)

## 연세대학교를 대리하여 감사원의 사립대 전면감사 위헌 헌법소원 청구

지평지성은 지난 11월 1일, 연세대학교를 대리하여 감사원의 사립대학교 전면 감사는 대학의 자유 등을 침해하여 위헌이라는 헌법소원을 청구하였습니다.

연세대학교 측은 "회계검사뿐 아니라 사립대학 전반에 걸친 직무감찰은 헌법상 근거가 없다"고 지적하였습니다.

### [관련기사]

- 한국경제 - 연세대 "사립대 감사는 위헌"...헌법소원(2011. 11. 1.)
- 뉴시스 - 연세대 "감사원 대학감사, 사립대 가치·자율성 침해"... 헌법소원(2011. 11. 1.)

### [담당변호사]



이공현 대표변호사



임성택 변호사



박성철 변호사



박호경 변호사



구나영 변호사



(주요 업무 사례)

## 주 라오스 대사관을 대리하여 라오스 투자 법률가이드 발간

지평지성은 주 라오스 대사관을 대리하여 라오스 투자 법률가이드를 발간하였습니다.

이번 책자는 한국과 라오스간 교역 및 경제협력이 급속히 증진하면서 라오스의 외국인투자 제도, 기업법 제도 등 현지 여건에 대한 정보를 제공하고자 발간되었습니다.

[담당변호사]



이행규 변호사



반기일 뉴질랜드변호사  
· 라오스 사무소장

(법률 논단)

## 【개정상법】유연한 회사 운영의 기반 제공과 강화된 이사의 책임 도입



(법무법인 지평지성 정철 변호사)

내년 4월 시행될 상법 개정안은 회사법 분야에서 큰 변화를 가져올 전망입니다. 개정내용을 개괄해 보면 기업경영의 투명성과 효율성을 높이기 위한 취지가 두드러져 보입니다. 여기에 정보통신 기술을 기업경영에 도입하기 위한 시도와 국제적 기준에 부합하는 회사법제를 도입하려는 시도가 눈에 띄입니다.

개정상법은 새로운 회사형태를 다양하게 도입하였습니다. 종래 한국 회사법상으로는 4가지의 회사형태가 가능했고, 조합은 민법상 인정되는 경우 이외에 일부 특별법에 의해 인정되고 있었습니다. 그러나 회사법상 4가지의 회사 유형 중에서 주식회사 형태가 압도적인 다수를 차지하고 있었고, 그 외의 회사형태는 찾아보기가 힘들었습니다. 사정이 이렇다 보니 주식형태 이외의 회사 유형을 채택할 경우 이를 의문스럽게 바라보는 시선이 있을 정도라서, 아무리 작은 소규모의 회사라고 하더라도 주식회사의 형태를 취하는 경우가 많았습니다. 개정상법은 민법의 조합과 다른 합자조합(Limited Partnership)을 도입하고, 회사의 유형의 하나로 유한책임회사(Limited Liability Company)를 도입하였습니다. 합자조합은 기존의 민법상 조합과 달리 무한책임조합원 이외에 유한책임을 지는 유한책임조합원을 두어 조합의 형태를 취하면서도 유한책임 원리를 도입하였습니다. 유한책임회사는 회사의 설립, 운영과 기관의 구성 면에서 당사자들의 사적자치에 의해 결정될 수 있는 범위를 넓게 인정하여 유연성을 강조하고 있습니다. 미국에서 조세혜택이 특정한 회사유형의 채택 여부를 결정했던 사례에 비추어 이러한 새로운 유형의 회사에 대해서 일정한 조세혜택이 부여되는가에 따라 향후 다수에 의한 채택 여부가 판가름날 것으로 보입니다.

개정상법은 주식이나 사채 등 증권 발행의 측면에서도 효율성과 유연성을 높이기 위한 장치들을 마련하고 있습니다. 종전의 주식회사에 대해 규정되고 있던 최저자본금제가 폐지되고, 액면금이 없는 무액면주식이 도입되었습니다. 회사 설립단계에서의 유연성이 커질 것이 예상됩니다. 또한 기존상법은 주식회사가 발행할 수 있는 주식을 보통주식과 매우 제한적인

형태의 우선주식만을 인정하고 있었습니다. 자본시장을 통한 다양한 자금조달을 촉진하기 위하여 개정상법은 당사자들의 결정에 따른 다양한 형태의 권리와 의무를 포함하는 주식을 발행할 수 있도록 하고 있습니다. 발행총액이 제한되고, 그 종류도 전환사채와 신주인수권부사채만으로 한정되고 있던 사채제도에도 유연성과 효율성을 높이기 위한 제도가 도입되었습니다. 개정상법은 사채의 발행총액 제한 규정을 폐지하고, 이익배당참가부사채 등 다양한 형태의 사채 발행을 가능하게 하고 있습니다.

자본조달의 유연성과 동전의 양면 관계에 있는 것이 회사의 자본충실 원칙입니다. 기존까지 상법은 자본충실을 회사법 운영의 대원칙으로 두어 이에 반하는 제도를 인정하지 않고, 법원도 이러한 기준에 따라 상법을 해석해 오고 있었습니다. 개정상법은 자본충실을 다소 완화하여 자본조달의 유연성을 꾀하고 있습니다. 이를 위해 주금납입을 채권에 대한 상계로 대체할 수 있는 방안을 인정하고 있습니다. 종전까지 채권에 의한 상계로 주금을 납입하는 것은 별도의 법률에 의하여 출자전환이 예외적으로 인정된 경우 외에는 불가능하였습니다.

개정상법은 기업경영의 투명성을 높이기 위하여 이사의 책임을 강화하였습니다. 회사기회의 유용이라는 개념은 종전까지 상법에서 인정되지 않던 개념이었습니다. 그러나 대기업들을 중심으로 회사의 기회를 이사 또는 이사의 특수관계인들이 유용함으로써 결과적으로 회사에 귀속되어야 할 이익을 다른 개인에게 부여하는 현상이 사회적으로 문제되었습니다. 이에 따라 미국을 중심으로 인정되던 회사기회의 유용금지 원칙을 도입하게 되었습니다. 회사기회의 유용이 가능하려면 이사회 2/3 이상 찬성이 필요하고, 이로 인해 회사에 발생한 손해에 대한 청구도 가능합니다.

기업경영의 투명성을 높이기 위한 또 다른 방안으로 개정상법은 이사의 자기거래 범위에 해당 이사와 회사 사이의 거래만이 아니라 이사와 일정한 관계를 가지는 자들과 회사 사이의 거래까지 포함되도록 하였습니다. 또한 이러한 거래의 승인을 위하여 사전에 이사회에 거래 내용을 밝힐 의무를 부과하고, 승인을 위한 결의요건도 특별결의로 정하였습니다.

상법이 견지해 오던 중요한 원칙으로 앞서 본 자본충실의 원칙 이외에 주주평등의 원칙이 있습니다. 모든 지분권자는 주주로서 평등한 취급을 받아야 한다는 원칙으로서 상법의 태도 및 법원의 해석기준에 있어서 매우 중요한 위치를 차지한 원칙입니다. 이에 따라 상법은 중

래 다수 지분권자가 일방적으로 소수 지분권자의 주식을 매수하도록 하는 것은 허용하지 않았고, 합병과정에서도 주주평등의 원칙을 일관하여 주식교부에 의한 합병만을 인정하여 교부금 합병을 인정하지 않았습니다. 그러나 개정상법은 기업의 효율성 측면에서 완고한 주주평등의 원칙을 다소 완화하고 있는 것으로 보입니다. 개정상법은 95% 이상의 다수 지분권자가 소수 지분권자의 주식을 매도하도록 청구할 수 있도록 허용하고 있습니다. 반대로 소수 지분권자가 95% 이상의 다수 지분권자에게 자신의 주식을 매수하도록 청구할 권리를 부여하여, 소수주주의 자금회수 측면도 고려하고 있습니다. 한편, 개정상법은 합병의 대가로 소멸하는 회사의 주주에게 존속하는 회사의 주식 대신에 금전을 지급할 수 있도록 하여 교부금 합병을 도입하였습니다.

개정상법에 따라 종래에 허용되지 않던 삼각합병도 가능하게 되었습니다. 삼각합병이 가능하기 위해서는 소멸하는 회사의 주주에게 존속하는 회사의 주식 대신 그 모회사의 주식을 합병대가로 교부하는 것이 가능해야 하는데, 개정상법이 이를 인정하고 있습니다. 또한 주주총회의 결의 대신 이사회 결의로 진행이 가능한 소규모 합병의 요건도 종전의 5% 이하의 신주 발행이 되는 경우에서 비율을 10%로 늘려 그 범위를 확대하고 있습니다.

(법률 논단)

## 【사모펀드】한국형 헤지펀드의 출범을 바라보며



(법무법인 지평지성 이형규 변호사)

한국형 헤지펀드가 출시되었습니다. 헤지펀드에 증권대여, 자금지원, 재산의 보관 및 관리 등 종합적인 서비스를 제공할 프라임브로커(prime broker)들도 인가를 마치고 운용사들과 제휴를 마쳤습니다. 금융당국에서 한국형 헤지펀드의 도입을 공식화한 이후 발생한 유럽발 글로벌 경제쇼크와 반월가 시위 등으로 일각에서는 이번에도 도입이 지연되거나 무산되는 것이 아니냐는 시각이 제기되기도 했습니다. 하지만 이러한 우려를 뒤로 하고 헤지펀드 산업이 드디어 한국에 도입되었습니다.

애초 헤지펀드는 2008년 자본시장법 제정을 통해 도입될 예정이었습니다. 하지만 글로벌 금융위기의 발발과 그 원인 중 하나로 헤지펀드의 과도한 레버리지와 파생상품 투자가 지목되고 국내에서도 키코사태가 발생하면서 한국형 헤지펀드의 도입은 사실상 불가능해지는 것처럼 보였습니다. 그러나 이후 한국 경제가 빠르게 회복되었고, 헤지펀드를 운용하고자 하는 금융기관들이 홍콩이나 싱가포르 IB센터를 옮기는 한편 헤지펀드에 투자하고자 하는 국내투자자들이 외국 헤지펀드로 몰리면서 감독당국의 마음이 바빠졌고 한국형 헤지펀드의 도입 논의가 다시 불붙게 되었습니다.

이번에 도입된 한국형 헤지펀드는 그 본산인 미국 뉴욕의 헤지펀드 규제 움직임을 적절히 수용하여 그야말로 '한국형'으로 도입되었습니다. 즉, 헤지펀드를 운용할 수 있는 주체를 최저 자기자본, 운용경험 및 전문인력 요건에 따라 제한하였고, 분기별로 운용전략, 투자대상 자산의 종류, 차입 및 파생상품 현황 등을 감독당국에게 보고하도록 하였습니다. 특히 헤지펀드의 차입한도를 펀드재산의 400%로 제한하고 파생상품 거래에 따른 위험평가액도 펀드재산의 400%로 제한하여 헤지펀드가 잘못되더라도 금융시장에 미칠 부정적인 영향을 최소화했습니다. 또한 헤지펀드 운용사와 프라임브로커 간의 이해상충을 방지하기 위한 Chinese

Wall 규제도 도입되었으며, 헤지펀드를 직접 운용하고자 하는 프라임브로커의 경우 분할 등을 통해 운용부문을 분사하도록 청구지도할 계획입니다.

한국형 헤지펀드의 도입으로 한국 자본시장, 자산운용시장의 판도가 크게 바뀔 것이라는 전망이 우세합니다. 특히 그동안 수수료 수입 등에 의존해 온 증권회사의 경우 프라임브로커 업무 영위를 통해 새로운 수익원을 발굴하고 글로벌 IB로 성장할 수 있는 토대를 마련할 수 있을 것이라는 기대감도 커 보입니다. 그리고 최근 감독당국에서 모범규준을 만들어 초기 시장의 안착을 도모하고 거래비용을 절감시키는 모습은 매우 바람직해 보입니다.

앞으로 한국형 헤지펀드가 그야말로 한국 투자자들의 투자위험을 분산(hedge)시키고 자본시장의 효율을 증대하여 자산을 재분배하는 그 고유의 목적에 부합하는 순기능을 할 수 있기를 기대해 봅니다.

(법률 논단)

## 【건설·부동산】동의율 부족을 조합설립인가무효 사유로 보아야 하는지



(법무법인 지평지성 정원 변호사)

### 1. 동의율 부족에 따른 문제 양상의 변화 : 민사법원 심리 시기로부터 행정법원 심리 시기로 이행

「도시 및 주거환경정비법」(이하 '도시정비법')이 정한 동의율을 갖추어 조합설립인가를 받은 조합이 있습니다. 사업시행인가, 관리처분계획인가까지 받고 철거에 착수하였습니다. 조합원의 90% 이상이 분양신청을 하였습니다. 그런데 일부 조합원이 조합설립인가무효 소송을 제기합니다. 동의서 중 일부에 문제가 있다는 것입니다. 심리결과 법정 동의율에 1% 정도 부족한 것이 드러났습니다. 이 조합의 운명은 어떻게 되는 것이 타당한 것인지 의문이 생깁니다.

2009년 9월 조합설립인가무효 소송은 행정사건으로서 원칙적으로 민사소송으로 다룰 수 없다는 전원합의체 판결(대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 판결 등)이 나오기 전까지 거의 대부분의 조합설립무효확인 사건은 민사법원에서 심리되었습니다. 동의율이 부족하다고 하더라도 변론종결 이전까지만 동의서를 새로 걸으면 원고의 청구가 기각되었습니다. 민사법원에서 조합설립무효를 다루는 것이 법리상 옳다고 볼 수는 없지만 적어도 정상적으로 추진되어온 사업이 원점으로 돌아가는 일은 없었습니다.

하지만 행정법원으로 사건들이 넘어오면서 문제의 양상이 바뀝니다. 행정처분의 위법성 판단 시점은 처분시(處分時)입니다. 사후적으로 동의서를 걸어도 하자를 치유할 수 없는 것이 원칙입니다. 또한 법정 동의율이 부족할 경우 법원에서는 별다른 고민 없이 조합설립인가가 무효라고 판단하였습니다. 동의율이 부족한 경우 하자가 중대할 뿐 아니라 객관적으로 명백하다는 것입니다. 결국 동의율을 훨씬 상회하는 조합원들이 아파트를 분양받겠다고 신청한 사업들조차 갑자기 조합설립무효라는 불의타를 맞고 좌절되는 일이 발생하였습니다.



## 2. 최근의 판례 흐름과 사안의 올바른 해결을 위한 방안

앞에서 제시한 사례는 누가 보더라도 합리적인 결론이라고 보기는 어렵습니다. 이처럼 하자가 있더라도 행정처분 자체의 효력을 소멸시키는 것이 공공복리에 반하는 결과를 초래할 수 있는 사안에 대한 일반적인 해결 방안은 행정소송법에 이미 마련되어 있습니다. 바로 사정판결(事情判決) 제도입니다. 원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각하는 판결을 선고할 수 있는 것입니다(행정소송법 제28조 제1항). 하지만 위 사안에 대하여 사정판결을 할 수 없습니다. 행정소송법은 하자가 취소 사유인 경우에 한정하여 사정판결을 할 수 있도록 정하고 있기 때문입니다. 결국 동의율 부족을 무효 사유로 관념하는 이상 현행 제도 상으로는 합리적인 해결 방안이 도출될 수 없습니다.

그렇다면 동의율이 부족한 사유를 반드시 조합설립인가처분의 무효 사유로 보아야 하는지에 대하여 근본적인 의문을 제기할 필요가 있습니다. 원래 하자의 무효/취소는 상대적인 개념으로서 법원이 다양한 요소를 고려하여 판단할 사항입니다. 법원은 "행정처분이 당연 무효라고 하기 위하여는 처분에 위법사유가 있는 것만으로는 부족하고 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다고 할 것"이라고 판시하고 있습니다(대법원 1997. 6. 19. 선고 95누8669 전원합의체 판결 등). 조합설립인가 후 상당 기간 사업이 추진되어 현 시점에서 사업을 취소하는 것이 공공복리에 반하며, 법정 동의율에 근소하게 부족한 사안이라면 해당 사건의 구체적 사정을 심리하여 법정 동의율에 미치지 못하더라도 그 하자가 무효사유에 해당하지 않는다고 볼 수 있는 예외적인 사례들이 충분히 존재할 수 있다고 생각합니다.

이러한 사고의 변화가 하급심 판결례에서도 나타나고 있습니다. 대표적인 사안은 서울 마포구 Y구역에 관한 사건입니다. 심리결과 유효한 토지등소유자 동의율은 71.79%로 법정 동의율에 3.21% 부족한 것이 드러났습니다. 하지만 서울행정법원은 "법상 요구되는 동의율 75%에서 불과 3.2% 정도 미달한 것에 불과한 점...(중략)...하자를 치유하기 위하여 다시 건축물 철거 및 신축비용 개산액 등이 보다 구체적으로 기재된 토지등소유자 319명의 동의서

(동의율 75.6%)를 피고에게 제출하여 조합설립변경인가까지 받은 점...(중략)...위와 같은 동의율의 하자가 있음에도 이 사건 인가처분을 한 것이 중대하고 명백한 하자로서 당연무효라고 보기는 어렵다"고 판시하였습니다(서울행정법원 2010. 6. 3. 선고 2009구합48777 판결 - 위 사건의 항소심에서는 변경인가를 이유로 각하 판결이 내려졌습니다). 기존과 달리 동의율 부족을 무효 사유로 단정하지 않고 구체적인 심리를 통해 하자의 중대, 명백성을 판시한 점에서 주목할 판결례입니다.

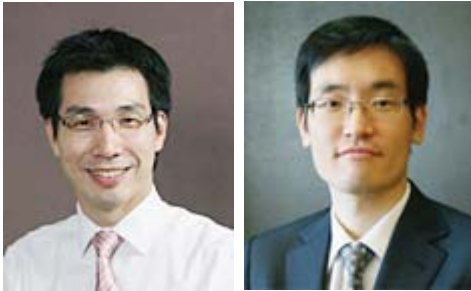
하지만 아직까지 대법원이 위와 같은 변화를 수용할지 단언하기 어렵습니다. 대법원은 최근 동대문구 Y구역에 관한 사건에서 엄격한 입장을 보였습니다. 동의서 1장의 효력 유무에 따라 법정 동의율 충족 여부가 달라지는 사안에서 문제되는 1장의 동의서를 무효라고 판단하면서 사건을 파기환송하였습니다.

### 3. 결론

법정 동의율을 충족하지 못한 하자는 다른 하자들에 비하여 상대적으로 중대한 하자로 볼 수 있습니다. 그러나 동의율을 충족하지 못한 비율이 근소하고, 사업이 상당한 정도로 추진되었으며 추가로 동의서를 받는 등 사업추진이 조합원 다수의 의사에 반하지 않는 등의 사정들이 있다면 동의율 부족의 하자를 무효 사유로 단정할 것이 아니라 구체적인 심리를 통하여 무효에 해당하는 하자인지 취소에 해당하는 하자인지 판별해 내는 섬세한 접근이 요구된다고 생각합니다.

(법률 논단)

## 【공정거래】2011. 12. 공정거래 사건 동의의결제 도입 · 시행



(좌: 법무법인 지평지성 김지홍 변호사, 우: 이병주 변호사)

오랫동안 찬반 논란이 있어왔던 '공정거래 사건에 대한 동의의결제'가 드디어 2011년 12월 2일부로 도입되었습니다.

### '동의의결제'란

'동의의결제'란 미국에서 유래한 제도로 경쟁당국의 조사 과정에서 사업자가 문제된 행위를 시정할 수 있는 방안을 마련하여 경쟁당국에 신청하면, 경쟁당국이 검토한 후 사업자와 협의를 통해 최종 조치방안을 결정하여 사건을 종결시키는 제도를 의미합니다. 다시 말해, 문제된 행위가 위법한지 여부를 최종적으로 판단하지 않은 채 경쟁당국과 사업자가 합의한 시정방안을 부과하는 것으로 조사를 종결짓는 제도입니다.

동의의결제의 도입에 대해서는 그동안 찬반 논란이 뜨거웠습니다. 찬성하는 쪽에서는 i) 경쟁당국의 경우 위법성 여부가 불분명한 경우 사건처리에 드는 비용과 시간을 절약하여 집행의 효율성을 꾀할 수 있고 특히 IT 분야처럼 급격한 기술변화로 인해 시장이 빠르게 변화하는 경우 사건처리의 실효성과 적시성을 확보할 수 있으며, ii) 기업의 경우 기존 경쟁당국의 시정조치에 따른 기업 이미지 손상을 피하고 법적 분쟁에 따른 각종 비용 및 위험을 회피할 수 있고, iii) 소비자의 경우 또한 과징금은 국세로 편입되어 직접적으로 소비자를 구제하기에 한계가 있지만 다양한 내용의 동의를결을 통해 소비자를 실질적으로 구제할 수 있을 것이라고 강조합니다.

반면, 동의를결제의 도입에 반대하는 쪽은 i) 동의를결제는 영미식 당사자주의에 입각한 분쟁해결시스템으로 대륙법계 국가인 우리와 법체계상 맞지 않고, ii) 공정거래위원회는 전속고발권(공정거래법 제71조 제1항)을 비롯해서 이미 재량의 여지가 큰 법 집행을 하고 있는데

여기에 더해 동의의결까지 하게 되면 공정거래위원회가 자의적인 판단에 따라 기업에 면죄부를 줄 우려가 더욱 커진다는 점을 근거로 듭니다.

이 같은 찬반 논의를 떠나 동의의결제는 이미 도입되었고, 공정거래법 집행에 커다란 변화를 가져올 가능성이 높습니다. 따라서 기업들로서도 이 제도의 내용과 장·단점 등에 대하여 충분히 이해하고 활용 혹은 대처할 필요가 있습니다. 이에 이번에 도입된 동의의결제의 내용을 간단히 살펴봅니다.

## 동의의결의 대상

개정법률에 따르면 공정거래위원회의 조사나 심의의 대상이 되는 행위는 원칙적으로 모두 동의의결의 대상이 됩니다(법 제51조의2 제1항). 단 문제된 행위가 ① 법 제19조 제1항에 따른 '담합행위'이거나, ② 법 위반 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정되는 경우 동의의결 대상에서 제외하고 있습니다(법 제51조의2 제1항 제1호 내지 제3호).

'담합행위'와 '현저한 경쟁저해행위'를 동의의결 대상에서 제외한 이유는, 이러한 행위는 위법성이 명백한 만큼 과징금 부과 등의 조치를 해야 할 필요성이 크다는 정책판단에 있습니다.

결국 시장지배적지위 남용행위, 기업결합, 불공정거래행위 등과 같이 다양하고 탄력적인 시정방안이 요구되는 분야에 동의의결이 집중될 것으로 예상되고 있습니다. 한가지 논란의 여지가 있는 것은 '사업자단체의 담합행위'입니다. 당초 개정안에서는 '사업자단체의 담합행위'도 제외 대상에 포함되어 있었는데, 최종 입법시에는 이것이 빠져버렸습니다. 입법 과정만 놓고 보면, 사업자단체 담합의 경우 동의의결이 대상이 될 수 있는 것입니다. 그러나 사업자간 담합이나 사업자단체 담합이나 그 본질적 내용은 동일함에도 이 둘을 달리 취급할 이유가 있는지에 대하여 논란이 예상됩니다.

## 동의를결의 절차

동의를결은 기본적으로 다음과 같은 절차로 진행되게 됩니다.



사업자의 동의를결 신청(①)은, 법문에 신청시기와 관련한 특별한 제한이 없으므로 최종 심결 전에는 언제라도 가능한 것으로 보입니다(법 제51조의2 제1항). 신청시 i) 해당 행위를 특정할 수 있는 사실관계, ii) 해당행위의 중지, 원상회복 등 경쟁질서의 회복이나 거래질서의 적극적 개선을 위해 필요한 시정방안, iii) 소비자, 다른 사업자 등의 피해를 구제하거나 예방하기 위해 필요한 시정방안을 기재한 서면을 제출해야 합니다(법 제51조의2 제2항 제1호 내지 제3호).

공정거래위원회의 동의를결 절차의 개시결정(②)은 신속한 조치의 필요성, 소비자 피해의 직접 보상 필요성 등을 종합적으로 고려하여 이루어집니다(법 제51조의3 제1항). 이에 따라 동의를결 절차가 개시되면 기존의 시정조치 등을 위한 사건처리는 중단되고 동의를결 신청인의 시정방안을 검토하게 되는데 이 과정에서 경우에 따라 신청인과의 협의를 거쳐 시정방안

이 수정(③)될 수도 있습니다(법 제51조의2 제3항). 한편 신청인과 협의에 이르지 못한 경우 공정거래위원회는 동의를결 절차를 종료하고 통상의 시정조치 절차를 개시할 수도 있습니다.

공정거래위원회와 사업자간 협의된 시정방안은, 동의를결을 하기 전 30일 이상의 기간을 정하여 이해관계인(신고인, 경쟁사업자 및 소비자) 등의 의견을 수렴하는 과정(④)을 거쳐야 합니다. 즉, 공정거래위원회는 이해관계인에게 i) 해당 행위의 개요, ii) 관련 법령 조항, iii) 시정방안(시장방안이 수정된 경우 수정된 시정방안), iv) 사업상 또는 사생활의 비밀 보호나 기타 공익상 공개하지 적절치 않은 것을 제외하고, 해당행위와 관련하여 신고인 등 이해관계인의 이해를 돕는 그 밖의 정보를 통지하거나 관보 또는 공정거래위원회의 인터넷 홈페이지에 공고하는 방법 등으로 의견을 제출할 기회를 부여합니다(법 제51조의3 제2항 제1호 내지 제4호). 뿐만 아니라 공정거래위원회는 위 4가지 사항을 관계 행정기관의 장에게 통보하여 의견을 들어야 하는데 검찰총장과는 한발 더 나아가서 협의해야 할 의무가 있습니다(법 제51조의3 제3항).

이와 같이 이해관계인 등의 의견수렴 과정이 끝난 시정방안은 공정거래위원회 전원회의 또는 소회의에 상정되게 되고, 이후 시정방안을 심의·의결을 거쳐 동의를결을 하게 됩니다(⑤). 만약 각 회의에서 시정방안이 승인되지 않을 경우 통상의 시정조치 절차가 재개됩니다.

## 동의를결의 효력

동의를결의 가장 큰 의미이자 효과는 문제된 행위의 위법성에 대하여 판단하지 않는다는 것에 있습니다. 즉, 공정거래위원회의 동의를결은 문제된 행위가 법에 위반된다고 결정한 것이 아니며, 신청인이 이와 같은 동의를결을 받았다고 해서 이러한 사실을 근거로 동의를결의 대상이 된 문제된 행위를 위법하다고 주장할 수 없습니다(법 제51조의2 제4항). 따라서 동의를결에 참여한 사업자를 상대로 손해배상을 구하려는 자는 그 위법성에 대하여 별도로 주장·입증하지 않으면 안 됩니다. 공정거래법 위반 여부에 대한 판단이 대단히 복잡하고 어렵다는 점을 고려하면 이는 사업자들에게 대단히 중요한 유인이 됩니다.



만약 동의를결 사업자가 정당한 이유 없이 상당한 기한 내에 이를 이행하지 않는 경우 공정위는 동의를결이 이행되거나 취소되기 전까지 1일당 200만 원 이하의 이행강제금을 부과할 수 있으며(법 제51조의5 제1항). ① 동의명령의 기초가 된 시장상황 기타 사실관계에 현저한 변경 등으로 시장방안이 적정하지 않거나, ② 신청인이 불완전하거나 부정확한 정보를 제공하였거나 거짓 또는 기타 부정확한 방법으로 인해 동의를결을 받거나, ③ 신청인이 정당한 이유 없이 동의를결을 이행하지 않는 경우에는 아예 동의를결 자체를 취소할 수 있습니다(법 제51조의4 제1항 제1호 내지 제3호).

## 동의를결제 활용에 대한 전망

앞서 살펴본 것처럼 동의를결제는 경쟁당국, 기업 그리고 소비자 모두에게 유익한 점이 있습니다. 특히 공정거래법 위반에 따른 이미지 실추 및 민사소송의 위험을 최소화하고자 하는 기업 입장에서는 문제된 행위가 위법하다는 판단을 받지 않고 경쟁당국과 협의하여 사건을 종결 지을 수 있으므로 동의를결제를 활용할 실익이 큼니다.

다만, 동의를결제가 실제로 활발하게 이용될 것인지는 조금 더 지켜 보아야 할 것으로 보입니다. 왜냐하면 기업이 동의를결로 사건을 마무리 지으려고 할 경우 앞서 절차에서 살펴본 것처럼 문제된 행위와 관련된 각종 정보가 관계 행정기관의 장 및 검찰총장에게 통보되기 때문입니다(법 제51조의3 제3항). 이러한 점은 기업에게 부담으로 작용할 수 밖에 없습니다. 기업 입장에서는 공정거래위원회의 조사를 피하려다가 다른 행정기관 또는 검찰의 조사를 받을 수도 있으므로, 그야말로 흑 떼려다 더 큰 흑을 붙이는 격이 될 수도 있기 때문입니다.

공정거래위원회의 입장에서도 동의를결제를 활용하는데 주저하게 만드는 요소가 존재합니다. 예컨대, 문제된 행위가 담합행위도 아니고, 법 제51조의2 제1항 제2호에 해당하지 않는 사안, 즉 검찰에 고발할 정도로 위반 정도가 중대하지 않다고 판단하여 공정거래위원회가 해당 사안을 사업자와 협의하여 동의를결하는 경우 가정해 봅니다. 그런데 이해관계인 등의 의견수렴 과정 중 검찰은, 문제된 행위의 위반 정도가 공정거래위원회의 판단과는 달리 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 판단할 수 있습니다. 이 경우 검찰은 공정거래위원회에게 문제된 행위의 중대성을 고려하여 해당 사건을 검찰총장에게 고



발해야 할 것을 주장할 수 있습니다(법 제71조 제2항). 나아가 검찰총장은 위와 같이 문제된 행위에 고발요건에 해당하는 사실이 있다는 점을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청하게 될 것입니다(법 제71조 제3항). 공정거래위원회의 전속고발권(법 제71조 제1항)를 둘러싼 양 기관의 힘겨루기를 굳이 떠올리지 않더라도 공정거래위원회로서는 가급적 검찰이 개입되는 이런 상황을 피하고 싶어할 것이라는 점은 충분히 예측할 수 있습니다. 그 결과 공정거래위원회의 입장에서 보면, 효율적이고 신속한 법집행이라는 동의의결제에 대한 유인은 상당히 반감될 것입니다.

이처럼 동의의결제가 얼마만큼 많이 활용될 수 있는지는 좀 더 기다려 보아야 하겠지만, 기업으로서는 공정위 조사에 대응하는데 활용할 수 있는 새로운 수단으로 동의의결제가 있다는 점과 함께 위와 같이 유의해야 할 부분 또한 있다는 점을 명확히 인식할 필요가 있습니다. 지피지기야야 백전백승할 수 있듯이 동의의결제의 여러 측면을 파악하고서야 이를 전략적으로 활용할 것인지 여부를 선택할 수 있을 것이기 때문입니다.

(최신법령)

## 【자본시장】단기매매차익의 반환의무 일부 완화

이행규 변호사 | 이은영 변호사

1. 금융위원회는 2011년 11월 4일 기존 「단기매매차익 반환 등에 관한 규정」, 「증권범죄조사 사무처리 규정」 및 「불공정거래 신고 및 포상 등에 관한 규정」을 통합하여 「단기매매차익 반환 및 불공정거래 조사·신고 등에 관한 규정」을 새로이 제정하였습니다. 이와 같은 규정 제정에 따라 단기매매차익 반환 의무가 일부 완화되었습니다.
2. 단기매매차익 반환 제도란, 임원, 직원 및 주요주주가 해당 주권상장법인의 주식 등을 취득한 날로부터 6개월 이내에 매매하는 경우 이익을 회사에 반환하는 제도를 말합니다. 회사 내부 정보를 이용할 수 있는 자의 거래 행위를 제한함으로써 일반 투자자의 이익을 보호하고 나아가 증권시장의 공평성, 공정성을 확보하는 데에 제도의 취지가 있는데, 이 경우 임직원 및 주요주주가 실제로 내부 정보를 이용하였는지와 관계 없이 차익을 반환하도록 하는 데다가 이에 대한 예외 사유도 제한적으로만 열거되어 있어 현행 규정이 과도하다는 지적이 있었습니다.
3. 새로이 규정이 제정됨에 따라 반환 의무가 있는 직원의 범위가 일부 축소되었고, 증권선물위원회가 미공개중요정보를 이용할 염려가 없다고 의결하는 경우 반환의무를 배제할 수 있도록 예외 사유를 추가하여 규제를 완화한 것으로 평가됩니다. 참고로 2011년 11월 22일 국무회의를 통과한 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 개정안」에서는 직원에 대해서는 단기매매차익 반환의무가 없도록 하고 있습니다.
4. 다운로드 : [「단기매매차익 반환 및 불공정거래 조사·신고 등에 관한 규정」제정\(증권선물위원회고시 제2011-1호, 2011. 11. 7. 시행\)](#)

(최신법령)

## 【자본시장】비금융주에 대한 공매도 제한 해제

이행규 변호사 | 이은영 변호사

1. 금융위원회는 2011년 11월 10일부터 비금융주에 대한 공매도금지를 해제하기로 하였습니다. 이는 지난 2011년 8월 유럽 재정위기가 악화되고 미국 경기가 둔화됨에 따라 한국거래소 상장종목 전체에 대하여 3개월 간 공매도를 전면 금지한 조치를 일부 해제한 것입니다. 다만, 그리스 등의 문제 해결이 지연되는 등 불안 요인이 있어 대내외 변수에 민감한 금융주에 대한 금지조치는 당분간 지속하는 것으로 결의하였습니다.
2. 금융위원회는 과거 2008년 미국 서브프라임 모기지 사태로 인하여 증시가 불안해지자 공매도 확인의무를 강화하고 대차거래시 담보요건을 강화하는 등 제도를 개선하고, 2008년 10월 1일부터 2009년 5월 31일까지 상장종목 전체에 대하여 차입공매도를 금지한 바 있습니다.
3. 다운로드 : [「공매도금지 조치 관련」보도자료\(금융위원회, 2011. 11. 8. 시행\)](#)

## 【금융】우량상호저축은행에 대한 개별차주 신용공여 한도 완화 조치의 폐지

이승현 변호사 | 구동균 변호사

1. 상호저축은행의 영업망을 확대할 수 있도록 하고, 상호저축은행을 이용하는 서민 및 중소기업의 편의를 제고하기 위하여, 영업구역 내의 여신전문출장소 설치기준을 완화하였습니다(제6조의3).

2. 감독당국이 상호저축은행의 대규모 예금인출 발생에 대하여 적기에 대응할 수 있도록 하고, 상호저축은행의 부당한 예금인출을 방지하기 위하여, 상호저축은행에 예금 등의 해지·인출 등에 따른 순지급액이 금융위원회가 정하는 기준을 초과하는 예금인출사태가 발생하는 경우에는 예금인출 및 가용자금 현황을 금융위원회에 보고하도록 하였습니다(제7조 제4항).
3. 지방 상호저축은행의 영업력 확충 등을 위하여, 영업구역이 수도권 외에 있는 상호저축은행에 대해서는 영업구역 내의 개인과 중소기업에 대한 신용공여 유지비율을 완화하였습니다(제8조의2 제1호).
4. 상호저축은행의 과도한 외형 확장을 억제하고 건전한 경영을 유도하기 위하여, 우량 상호저축은행의 개별차주에 대한 신용공여의 한도 완화 조치를 폐지하고, 경제성장, 물가상승률 및 차주별 특성 등을 고려하여 법인에 대한 신용공여의 한도를 증액하며, 개인사업자에 대한 신용공여의 한도를 별도로 정하였습니다(제9조 제1항).
5. 다운로드 : [「상호저축은행법 시행령」 일부개정\(대통령령 제23283호, 2011. 11. 1. 시행\)](#)

## 【건설·부동산】결합개발제도 도입 등 도시개발법 개정

정원 변호사 | 박성철 변호사

### 1. 개정이유

서로 떨어진 둘 이상의 구역을 묶어서 하나의 도시개발구역으로 지정할 수 있는 결합개발제도를 도입했습니다. 세입자 등에게 임대주택을 공급하여 세입자 등을 보호하며, 순환개발방식을 인정하여 원주민의 재정착률을 높일 수 있도록 하였습니다. 저렴한 토지공급을 통한 도시개발사업 활성화를 위하여 원형지 개발방식을 도입하며, 토지소유자뿐만 아니라 건축물 소유자도 입체환지 신청을 할 수 있도록 허용하여 입체환지의 활성화를 도모하고자 하는 취지에서 개정을 했습니다.

### 2. 주요내용

가. 낙후지역에 대한 민간투자를 촉진시키고 지역 특성에 맞는 다양한 도시공간을 창출할 수 있도록 서로 떨어진 둘 이상의 지역을 묶어서 하나의 도시개발구역으로 지정할 수 있는 결합개발제도를 도입했습니다(안 제3조의2 신설).

나. 도시개발사업 시행으로 철거되는 주택 소유자 또는 세입자를 개발구역 내·외의 주택에 임시로 거주하게 하는 순환개발방식을 도입하고, 시행자는 세입자 등의 주거 안정을 위하여 임대주택건설 용지 또는 임대주택을 공급할 수 있도록 했습니다(안 제5조제1항제15호·제16호 및 제21조의2부터 제21조의3까지 신설).

다. 공공시행자가 환지방식의 도시개발사업 시행시 시행규정에 사업관리에 필요한 비용의 책정에 관한 사항을 포함할 수 있도록 했습니다(안 제11조제4항 후단 신설).

라. 도시개발사업으로 인한 분쟁을 합리적으로 조정하기 위하여 도시개발사업분쟁조정위원회를 구성하여 운영하거나 「도시 및 주거환경정비법」에 따라 설치된 도시분쟁조정위원회에서 그 기능을 대신할 수 있도록 했습니다(안 제21조의4 신설).

마. 저렴한 토지공급을 통한 도시개발사업 활성화를 위하여 원형지 개발방식을 도입했습니다(안 제25조의2 신설).

바. 공공시행자가 지역특성화 사업 촉진 등 지역경제 활성화에 필요한 경우 조성토지를 감정가격 이하로 공급할 수 있도록 했습니다(안 제27조제2항).

사. 환지계획의 기준 등을 토지소유자와 임차권자 등에게 알리도록 의무화하고, 규약·정관 또는 시행규정으로 정하는 바에 따라 환지를 정하지 아니할 토지에서 제외할 수 있는 토지의 기준을 명확히 했습니다(안 제29조제3항, 안 제30조제2항 신설).

아. 토지소유자뿐만 아니라 건축물 소유자도 입체환지 신청을 할 수 있도록 허용하고, 입체환지의 신청, 방법 및 절차에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 하여 입체환지의 활성화를 도모하는 한편, 입체환지 대상 주택에 대한 투기를 방지하기 위하여 환지 지정 등의 제한과 1세대 1주택 공급 원칙 등을 명확히 했습니다(안 제32조제1항·제3항·제4항·제5항, 제32조의2 및 제32조의3 신설).

자. 일정 요건을 갖춘 토지는 환지 예정지를 지정하기 전이라도 실시계획 인가 사항의 범위에서 토지를 사용할 수 있도록 하고, 환지 예정지 지정 전까지는 새롭게 조

성되는 토지 또는 건축물을 일반에게 공급 또는 분양할 수 없도록 했습니다(안 제36조의2 신설).

차. 결합개발, 순환개발, 친환경 도시개발 등을 활성화하고 그 실효성을 확보하기 위하여 이 법에서 정하고 있는 규제를 일부 완화하거나 용적률 완화 등의 인센티브를 제공할 수 있는 근거를 마련했습니다(안 제71조의2 신설).

3. 다운로드 : [「도시개발법」일부개정\(법률 제11068호, 2012. 4. 2. 시행\)](#)

## 【공정거래】동의의결제 도입

박형삼 변호사 | 이병주 변호사

1. 동의의결제란, 법 위반 여부가 중대하지 않거나 명백하지 않은 공정거래사건에 한해 사업자가 스스로 소비자 피해구제, 원상회복 등 타당한 시정방안을 제안할 경우 검찰총장과 사전협의, 이해관계인 및 관계기관 등 의견수렴절차 등을 거쳐 위법 여부를 확정하지 않고 사건을 신속하게 종결하는 제도를 말합니다. 이미 미국, EU, 독일, 일본 등 주요 선진국을 비롯한 외국 경쟁당국에서는 도입, 시행하고 있는 제도입니다.
2. 개정 법률에서는 동의의결의 내용 및 절차, 동의의결의 제외사유 및 취소사유, 이행 확보수단 등을 규정하고 있습니다(제51조의2 부터 제51조의5 참조). 동의의결 대상과 관련해서 담합사건의 경우 동의의결 대상에서 제외됩니다.
3. 다운로드 : [「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」일부개정\(법률 제11119호, 2011. 12. 2. 시행\)](#)

(최신법령)

## 【공정거래】공공분야 입찰에서의 담합사업자에 대한 입찰참가자격제한 강화

박형삼 변호사 | 이병주 변호사

1. 상습적인 입찰담합업체에 대한 입찰참가자격제한조치 요청 요건을 하향조정(과거 3년, 벌점 누계 5점 초과 → 과거 5년, 벌점누계 5점 초과)하여 발주기관에 적극적으로 입찰참가자격제한을 요청토록 하였습니다.
2. 입찰 담합을 이유로 공정위로부터 시정명령과 과징금을 부과 받을 경우 2.5점, 고발까지 당할 경우 3점의 벌점을 받습니다. 결국 과거 5년 내 과징금 1회(2.5점), 고발 1회(3점)를 받은 사업자가 다시 입찰담합을 하게 되면 원칙적으로 공정위의 입찰참가자격 제한 요청 대상(지침 4. (2)항)이 됩니다.
3. 공정위가 조달청 등 발주기관에 입찰참가자격 제한 요청을 하면, 발주기관은 최저 6개월에서 최고 2년까지 입찰참가자격 제한조치를 내리게 됩니다(「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」시행령 제74조 제1항, 동법 시행규칙 제76조 제1항 [별표2] 제9호)
4. 다운로드 : [「입찰질서 공정화에 대한 지침」개정\(공정거래위원회 예규 제121호, 2011. 9. 21. 시행\)](#)

## 【공정거래】대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률 제정 및 공포

박형삼 변호사 | 배지영 변호사

1. 제정경과



「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 '공정거래법') 제23조 제2항 및 동법 시행령 제36조 제2항에 따라 공정거래위원회는 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 특정분야에 적용하기 위한 세부기준을 고시할 수 있는바, 공정거래위원회는 그간 대규모소매업 분야와 관련하여 「대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시」(이하 '대규모소매업 고시')를 제정, 운영하고 있었습니다. 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」(이하 '대규모유통업법')은 대규모소매업 고시의 내용을 법률 수준으로 입법화한 것으로서, 대규모유통업체들의 거센 반대에도 불구하고 위 고시 내용보다 납품업자의 이익을 상당히 강화한 것으로 평가되고 있습니다. 신법의 주요내용은 다음과 같습니다.

## 2. 주요내용

### 가. 규제대상

- 대규모유통업법은 (i) 소매업종 매출액 기준으로 1천억원 이상인 자 또는 (ii) 매장 면적 합계가 3천㎡ 이상인 점포를 소매업에 사용하는 자를 '대규모유통업자'로 정의하고 규제대상으로 삼고 있습니다. 대규모유통업법의 소관기관인 공정거래위원회는 보도자료를 통해 백화점, 대형마트(SSM 포함), TV홈쇼핑, 편의점, 대형 서점, 전자전 문점, 인터넷쇼핑몰(오픈마켓 사업자 제외)을 주요한 규제대상으로 보고 있다고 밝히고 있으나, 법 및 시행령(안)으로 입법예고된 내용에는 '소매업'이 무엇인지에 대한 정의가 없어서 규제대상의 범위와 관련하여 적지 않은 논란이 예상됩니다.

- 불공정거래 규제에 관한 일반법인 공정거래법에서 '금융업 또는 보험업'의 의미를 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류의 기준에 따라 정의하고 있는 태도를 고려해 볼 때(공정거래법 제2조 제10호), 대규모유통업법상 소매업 해당여부도 일응 한국표준산업분류상의 기준에 따라 판단하는 방안을 생각해 볼 수 있을 것입니다. 어찌되었든 현재의 법 문언으로는 어떤 기준으로 소매업 해당여부를 판단할 것인지가 불명확합니다.

- 한편, 대규모유통업법은 대규모유통업자에 해당하는 경우라도 납품업자 또는 매장 임차인에 대하여 거래상 우월적 지위에 있다고 인정되지 아니하는 거래는 그 적용 대상에서 제외하고 있습니다(제3조 제1항). 거래상 우월적 지위에 있는지 여부는 유

통시장의 구조, 소비자의 소비실태, 대규모유통업자와 납품업자 등 사이의 사업능력의 격차, 납품업자 등의 대규모유통업자에 대한 거래 의존도, 거래의 대상이 되는 상품의 특성, 기업집단이나 하나의 대규모유통업자가 운영하는 유통업태의 범위 등을 고려하여 판단합니다(제3조 제2항). 그런데, 이러한 법문언만으로는 어떠한 거래가 적용제외 대상에 포함되는지 예측하기가 어렵고, 법에서 특정 기관에 적용제외 대상의 범위를 결정할 권한을 부여하고 있지도 않아 현재로서는 적용제외 대상에 포함되는 거래의 범위를 어떻게 특정할지가 불분명합니다.

## 나. 주요 규제내용

대규모유통업법은 대규모소매점 고시에서 규정하고 있던 불공정거래의 유형을 보다 구체화하고, 일부 불공정거래 유형을 추가하였습니다. 그 주요내용을 다음과 같습니다.

### (1) 서면 교부 및 서류 보존 의무(제6조)

- 대규모유통업자가 서면을 교부하지 않는 경우, 납품업자 등이 대규모유통업자에게 통지하여 계약 내용의 확인을 요청할 수 있고, 대규모유통업자가 이에 대해 15일 내에 회신하지 않으면 확인 통지한 내용대로 계약이 체결된 것으로 추정됩니다(제6조 제4항).
- 계약 종료 후 5년간 각종 서류를 보존할 의무가 부여됩니다(제6조 제8항).

### (2) 유통분야에 있어서의 불공정거래행위를 구체적으로 규정(제7조 내지 제18조)

- 상품대금 감액, 상품수령 지체, 반품, 배타적거래 강요, 경영정보 제공 요구, 경제적 이익 제공 요구, 상품권 구입 요구 등 각종 이익제공강요 등

(3) 월 판매마감일로부터 40일 이내에 해당 월에 판매한 상품대금을 지급하도록 하는 상품판매대금 지급기한 규정을 신설하였습니다(제8조).

### (4) 증명책임의 분배

- 각 규제조항의 구조상 대규모유통업자가 상품대금 감액, 상품 수령지체 등 금지된 행위를 하게 되면, 그 행위의 정당성을 대규모유통업자가 소명하지 않는 한 위법성이 인정되는 형식으로 규정되어 있습니다.

- 이는 위법성에 대한 입증책임을 공정거래위원회가 부담하던 기존 불공정거래행위의 입증책임 분배구조를 상당부분 전환한 것으로서 법 제정 과정에서 크게 논란이 되었던 부분입니다.

## (5) 분쟁조정협의회 설치근거 마련

- 한국공정거래조정원 내에 대규모유통업거래 분쟁조정협의회를 설치하고, 당사자의 조정신청이 있을 경우 대규모유통업법과 관련한 분쟁을 자율적으로 해결하도록 규정하고 있습니다.

- 공정거래위원회는 분쟁조정협의회에서 합의 및 이에 대한 이행이 이루어진 경우에는 특별한 사유가 없으면 시정명령 또는 시정권고를 하지 않도록 정하고 있습니다(제27조 제3항).

3. 다운로드 : [「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」\(법률 제11086호, 2012. 1. 1. 시행\)](#)

## 【정보통신】소녀시대 신곡 다운로드 이제 어디서?

최승수 변호사 | 박영주 변호사 | 최정규 변호사 | 김태형 변호사

2011년 5월 19일 개정된「전기통신사업법」(이하 '통신사업법')은 웹하드, P2P 등 청소년이 많이 이용하는 '특수한 유형의 부가통신사업'(부가통신사업이란 전송이라는 통신서비스에 컴퓨터의 기능을 결합하여 회선교환, 통신속도변환, 매체 변환, 정보의 축적, 가공, 데이터베이스

제공 등 부가가치가 향상된 통신서비스를 제공하는 것을 말합니다)을 등록제로 변경하는 개정안을 마련했습니다(제22조 제2항). 이른 바 '웹하드 등록제'라고 합니다. 구체적으로 개정 통신사업법은 ①「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 '정보통신망법') 제42조, 제42조의 2, 제42조의 3, 제45조 및「저작권법」제104조의 이행을 위한 기술적 조치 실시 계획, ② 업무수행에 필요한 인력 및 물적시설, ③ 재무건전성, ④ 그 밖에 사업계획서 등 대통령령으로 정하는 사항을 등록요건으로 규정했습니다. 또한 구체적인 등록요건을 대

통령령에 위임하고 있었는데, 지난 2011년 11월 20일 특수한 유형의 부가통신사업의 등록 절차 및 요건 등을 구체적으로 정하고, 관련 조문을 정비하는 등 법률에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 정하는 대통령령이 마련되었습니다. 구체적인 내용을 살펴보면 다음과 같습니다.

## 1. 기술적 조치 실시 계획

가. 정보통신망법 제42조에 따른 청소년유해매체물의 표시방법, 제42조의 2에 따른 청소년유해정보의 광고를 청소년에게 전송하는 것을 제한하거나 해당 광고에 청소년이 접근하는 것을 제한하는 기술적 조치, 제44조의 7 제1항 제1호에 따른 유해정보를 인식하고 그 유해정보가 유통되는 것을 방지하는 기술적 조치 및 제45조 제2항에 따른 정보보호 지침 중 기술적 보호조치 기준을 적용할 것

나. 유통되는 콘텐츠에 대하여 정보통신망법 제48조 제2항에 따른 악성프로그램을 판별할 수 있는 기술적 조치를 포함할 것(해당 기술을 사업자의 모든 저장·전송 관련 장비 및 서비스에 적용할 것)

다. 저작권법 시행령 제46조에 따른 기술적 조치를 위해 한국저작권위원회(저작권법 제112조)의 성능 평가를 통과하고 평가 유효기간 내에 있는 기술을 24시간 상시, 사업자의 모든 복제·전송 관련 장비 및 서비스에 적용할 것

라. 저작물 및 정보{특정 목적을 위하여 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리되어 부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료 또는 지식(국가정보화법 제3조 제1호)}가 게시판{정보통신망을 이용하여 일반에게 공개할 목적으로 부호·문자·음성·음향·화상·동영상 등의 정보를 이용자가 게재할 수 있는 컴퓨터 프로그램이나 기술적 장치(정보통신망법 제2조 제1항 제9호)}에 게시되는 경우에 해당 게시물 전송자를 식별·확인할 수 있는 기술적 조치를 적용할 것

마. 저장·전송된 저작물 및 정보에 따른 정보 목록(전송자 식별 정보 포함), 수량, 일시, 대가 등에 관한 기록(서버 로그파일 등)을 2년 이상의 기간을 정하여 유지·보관할 수 있는 기술적 조치를 적용할 것

## 2. 인력 및 물적시설

가. 임원급 또는 부서장급 이상의 저작권 보호 책임자와 청소년 보호 책임자, 정보보호 책임자를 지정 및 공표할 것(각 책임자 겸임가능)

나. 24시간 2명 이상의 불법정보·유해정보, 불법 저작물 유통 모니터링 및 이용자 보호 전담요원을 두고 하루 평균 업로드 또는 공유 계정수 4,000건당 1명의 전담 직원을 추가로 확보할 것

다. 특수한 유형의 부가통신역무를 원활하게 제공하고, 정보통신망법 제42조, 제42조의 2, 제42조의 3, 제45조 및 저작권법 제104조의 이행을 위한 기술적 조치 실시계획을 이행하는 데 필요한 전산설비와 각종 컴퓨터 프로그램을 갖출 것

### 3. 재무건전성

납입금(개인인 경우 영업용자산 평가액) 3억 원 이상일 것

### 4. 사업계획서

인원·시설 등 일반 현황, 사업개요, 사업추진방향(전략), 매출방안, 향후 사업추진계획 등을 포함할 것

### 5. 이용자 보호계획서

가. 다음 내용을 포함하는 이용자 보호계획서를 작성할 것

- ① 1명 이상의 전담직원을 둔 상설 이용자보호기구 설치
- ② 저작권을 위반했을 때 처리 지침 및 권리자 보상 절차 마련 및 이행계획
- ③ 청소년 유해정보 때문에 피해가 발생했을 때 신고 접수 및 처리계획

④ 개인정보보호를 위한 내부관리계획

⑤ 다음 내용을 포함하는 서비스 약관 제정

▶ 이용자 불만형태별 처리절차 및 처리기간 명시

▶ 서비스제공이 불가능한 경우의 처리방안 명시

▶ 복제자·전송자에 대한 제재 규정

▶ 상습적인 침해자 등에 관한 적절한 처리 절차, 제재내용, 소요기간, 제재대상자 자료 보관 방안 등

나. 그 밖에 방송통신위원회가 정하여 고시하는 이용자 보호기준에 적합함을 증명하는 서류를 제출할 것

위와 같은 요건에 따라 등록을 할 때에는 ① 정관(등록하려는 자가 법인인 경우에 한하며, 설립예정법인을 포함) 1부, ② 전기통신사업법 제22조 제2항 제1호부터 제3호까지 등록요건을 갖추었음을 증명할 수 있는 서류 각 1부, ③ 사업계획서 1부, ④ 이용자 보호계획서 1부를 제출해야 합니다. 또한 특수한 유형의 부가통신 사업을 양도하거나 합병할 때에는 양도·양수계약서(혹은 합병계약서) 사본, 등록증 또는 신고필증 각 1부와 함께 위 서류들을 제출해야 합니다.

이미 웹하드, P2P 사업을 운영하고 있던 기존사업자는 개정된 통신사업법이 시행(2011년 11월 20일)된 후 6개월 이내에 등록을 해야 하며, 사업장 소재지에 위치한 각 지방전파관리소 방송통신서비스과에 등록신청을 할 수 있습니다. 등록신청과 관련된 구비서류 사항 등은 방송통신위원회 홈페이지 및 각 지방전파관리소 홈페이지를 통해 안내받을 수 있습니다. 위와 같은 절차를 거쳐 부가통신사업을 등록한 자는 등록한 날로부터 1년 이내에 사업을 시작하여야 하며(통신사업법 제22조 제5항), 이를 위반하여 1년 이내에 사업을 시작하지 아니하면 등록의 전부 또는 일부가 취소되거나 1년 이내의 기간을 정하여 사업의 전부 또는 일부의 정지명령을 받을 수 있습니다(통신사업법 제27조 제2항 제3호).

통신사업법 제22조 제2항에 따른 등록을 하지 않고 부가통신사업을 경영하면 3년 이하의 징역 또는 1억 5,000만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있고(통신사업법 제95조 3의 2), 방송통신위원회로부터 시정명령을 받을 수도 있습니다(통신사업법 제92조 제1항 제1호).<sup>1</sup>

6. 다운로드 : [「전기통신사업법 시행령」개정\(법률 제10656호, 2011. 5. 19. 시행\)](#)

<sup>1</sup> 통신사업법 제92조 제3항은 신고(제22조 제1항)를 하지 않고 부가통신사업을 경영한 자에게 전기통신역무의 제공행위의 중지 또는 전기통신설비의 철거 등의 조치를 명할 수 있다고 규정하면서 제22조 제2항에 따른 등록을 하지 않고 부가통신사업을 경영한 경우에 대해서는 언급하지 않고 있습니다. 등록을 하지 않고 사업을 경영한 자는 3년 이하의 징역 또는 1억 5,000만 원 이하의 벌금으로, 신고를 하지 않고 사업을 경영한 자는 2년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금으로 규율하고 있는 점에 비추어보면, 입법의 오류라고 판단됩니다.

(최신법령)

## 【행정】연구비 유용행위에 대한 제재부가금 제도 도입 등

정원 변호사 | 박호경 변호사

1. 지식경제부의 R&D 사업에 대해 발생하는 연구비 유용행위에 대한 제재가 강화되었습니다. 현재까지는 출연금 유용·횡령에 대해 연구개발 참여제한 및 출연금환수조치를 할 수 있었지만, 영리기관의 참여제한은 실효성이 크지 않았으며, 출연금의 환수 또한 유용금액만 납부하면 된다는 식의 인식이 있었습니다. 연구비 횡령·편취·유용 등의 도덕적 해이를 방지하고자 개정된 산업기술혁신 촉진법이 최근 시행되었습니다.
2. 출연금을 연구용도 외로 사용한 경우에는 그 사용금액의 5배의 범위에서 제재부가금을 부과할 수 있으며(제11조의 2), 시행령에 의하면 사용한 금액에 따라 제재부가금을 차등으로 부과되 위반행위 방법, 위반횟수 및 위반행위 결과 등을 고려하여 제재부가금을 가중하거나 감경할 수 있도록 하였습니다(산업기술혁신 촉진법 시행령 제14조의 4, 별표 참조).
3. 과거「기술개발촉진법」에 따라 운영하던 신기술 인증과 신제품 인증은, 유사 업무를 통합하여 운영할 필요성에 따라 산업기술혁신 촉진법에 따라 운영하게 되었습니다(제15조의 2 참조).
4. 한국산업기술평가관리원에 산업기술혁신을 전문적으로 지원하기 위한 전략기획단을 설치하고, 민간전문가가 참여할 수 있는 기회를 마련하였습니다(제6조 참조).
5. 다운로드 : [「산업기술혁신 촉진법」 일부개정\(법률 제10708호, 2011. 11. 25. 시행\)](#)



(최신법령)

**【제약·바이오·의료】기등재 약가 일괄 인하와 제약산업 육성**

신민 변호사 | 이태현 변호사

## 1. 기등재 약가 일괄 인하 관련 법령

### 가. 개정의 배경

보건복지부는 2011년 8월 12일자 보도자료를 통하여 「약가제도 개편 및 제약산업 선진화 방안」을 발표하고 이를 뒷받침할 법령 개정을 위하여 2011년 11월 1일 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」(이하 '요양급여규칙') 및 「약제의 결정 및 조정기준」(이하 '조정기준')에 대한 개정안을 입법예고하였습니다.

### 나. 개정 법령의 내용

#### (1) 계단식 약가 제도 폐지

기존 계단식 약가제도는 오리지널의 특허기간 만료 후 최초 제네릭 등재 시 오리지널 약가는 최초 약가의 80%로, 제네릭은 등재순서에 따라 일정한 차등을 두고 순차 체감하는 방식이었습니다. 그러나 등재순서에 의한 차별의 합리성이 없고 가격 및 품질 경쟁을 촉진하기 위하여 계단식 약가제도가 2012년 1월 내지 4월부터 폐지될 예정입니다.

#### (2) 최초 제네릭 진입 시 1년간 혜택 부여

다만 신등재약의 경우 제네릭 진입을 촉진하기 위하여 특허만료 후 1년간만 오리지널 약가는 최초 오리지널 약가의 70%로 인하, 제네릭의 가격은 최초 오리지널 약가의 59.5%를 인정합니다.

## (3) 기등재 약가 일괄 인하

변경된 약가 인하제도에 의하면 제네릭 진입시, 모든 등재약(혁신형제약기업 제네릭, 생물의약품, 개량신약 등 일정한 예외인정)의 상한금액을 기준가격의 53.55%로 일괄 인하하게 되고 기등재 약도 역시 보건복지부장관의 재평가를 통하여 위 기준에 따라 일괄 인하됩니다(요양급여규칙 제14조 제3항 제4호, 조정기준 별표 2 제3호 가목, 별표 1 제2호, 제3호 가목). 위 기준가격의 결정기준은 향후 보건복지부장관의 공고에 의할 예정인데 아직 그 구체적인 기준은 나와 있지 않습니다.

## 다. 기등재 약가 일괄 인하의 법적 문제점

기등재 약가 일괄 인하는 외견상 행정입법에 의하여 제약회사의 기존 권리에 불리한 영향을 주는 행위로서 (i) 포괄위임금지의 원칙, (ii) 소급입법 금지의 원칙, (iii) 신뢰보호의 원칙, (iv) 비례의 원칙 등 행정행위 통제기준의 위반 여부가 문제됩니다. 이는 국민 건강 보호, 보건행정의 공공성 확보, 건강보험 재정의 건전화라는 공익과 제약회사의 재산권이라는 사익이 충돌하는 지점으로 향후 다수의 행정소송 제기가 예상되며, 정부와 제약회사간 각 쟁점별 구체적 논증 및 자료를 통한 입증이 법원의 판결절차를 통해 이루어질 것으로 보입니다.

## 2. 제약산업육성 및 지원에 관한 특별법(2012년 3월 31일부터 시행예정)

### 가. 혁신형 제약기업 인증(제7조부터 제9조)

혁신형 제약기업은 제약산업육성·지원위원회의 심의를 거치도록 하고, 인증에 필요한 기준은 대통령령으로 정하도록 하며, 인증의 유효기간은 인증을 받은 날부터 3년으로 하고, 최초 인증 이후 3년마다 재평가를 통하여 인증을 연장할 수 있도록 하였습니다.

### 나. 지원 방안(제14조부터 제17조)

혁신형 제약기업의 신약 연구개발에 대하여 국가연구개발사업 등에 우선 참여하게 하고, 조세를 감면할 수 있으며, 연구·생산시설의 건축지역 선정에 특례를 부여하고 건축시

개발부담금 등 각종 부담금을 면제할 수 있도록 하였습니다.

## 다. 전망

다만 혁신형 제약기업의 기준이나 그 우대조치의 구체적 내용은 아직 하위법령이 제정되어 있지 않아 확인할 수 없습니다. 보건복지부는 혁신형 제약기업에 대한 조세 우대조치, 제약기업 M&A 촉진을 위해 기업인수, 합병, 분할시 법인세, 취득세 감면 등의 조치를 통하여 지원할 예정이라고 하며 보건복지부 추산 약 30개 정도가 혁신형 제약기업으로 인증될 것으로 예상됩니다. 법령 시행 이후 인증절차 및 지원혜택의 구체적인 내용에 대한 법률검토가 필요할 것으로 예상됩니다.

**3. 다운로드** : 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 일부개정(보건복지부령 제83호, 2012. 1. 1. 시행), 「약제의 결정 및 조정기준」 일부개정(보건복지부 고시 2010-79호, 2010. 9. 30. 시행) 「제약산업육성 및 지원에 관한 특별법」 공포(법률 제10519호, 2012. 3. 31. 시행)

(최신 법령)

## **[자원 · 에너지 · 환경] 일반상품거래법 제정안**

김도요 변호사 | 배지영 변호사

우리나라는 원자재 등에 대한 수입의존도가 높은 반면에, 표준화된 거래가 가능하거나 가격 또는 시장정보를 제공할 수 있는 신뢰성 있는 거래시장이 발달되어 있지 않으며, 법정 실물 상품시장 도입에 대한 관련 법·제도 또한 미비한 실정입니다.

이러한 이유로, 우리나라의 금 등 상품시장의 경우 유통체계가 복잡하고 가격, 시장정보 제공 및 품질 규격화가 미흡하여, 거래비용이 높고 불확실성이 커 음성시장이 발달하거나 무자료 거래가 성행하는 등의 많은 부작용이 발생하고 있습니다. 특히, 소비자의 경우 정보 비대칭성으로 인해 적절한 가격과 품질의 상품을 구매하는지 알기 어렵습니다.

이에 정부는 일반상품거래법 제정을 통하여 실물상품시장 도입의 근거를 마련하고, 법정 거래소를 도입하여 해당 상품의 품질관리와 상품업자에 대한 감독을 함으로써 일반상품 거래의 투명화와 활성화를 도모하기 위하여 일반상품거래법안을 마련하고, 2011년 9월 입법예고한 바 있습니다.

### **[주요내용]**

#### **1. 적용범위(안 제2조)**

가. 일반상품거래소에서 취급하게 될 '일반상품'이란 '광산물·에너지에 속하는 물품 및 이를 원료로 하여 제조하거나 가공한 물품 그 밖에 이와 유사한 것'으로 정의합니다.

나. '일반상품시장'이란 일반상품의 매매, 그 밖의 거래를 위하여 설립 또는 지정된 일반상품거래소가 개설하는 시장으로 정의합니다(「자본시장법과 금융투자업에 관한 법률」상 파생결합증권 및 파생상품을 제외하되, 지식경제부와 금융위원회가 협의하여 별도 고시하는 상품은 이 법의 범위에 포함).

## 2. 일반상품업자

가. '일반상품업자'는 일반상품의 매매, 중개·주선 또는 대리, 생산 또는 가공, 그 밖에 이와 유사한 행위를 영업으로 하는 자(실물사업자)와 투자업자 및 겸영금융투자업자 중 지식경제부장관이 지정합니다(안 제5조).

나. 일반상품업자로 지정받은 실물사업자는 광고물에 지정, 모범, 우수 등 표시를 사용할 수 있도록 합니다(안 제6조).

다. 일반상품업자의 영업행위 규칙 및 거래투자권유 준칙과 관련하여 신의성실의무, 명의대여 금지의무, 정보교류 차단의무, 거래투자권유의 적합성 고려의무, 거래투자권유의 설명의무, 손해배상 책임, 부당권유 금지의무 등을 규정하고 있습니다(안 제8조 내지 제19조).

## 3. 일반상품거래소의 설립 및 일반상품시장에서의 매매

가. 일반상품의 공정한 가격형성과 매매의 안정성 및 효율성을 도모하기 위하여 일반상품거래소를 설립하거나 지식경제부 장관이 지정할 수 있도록 하고 있습니다(안 제31조). 다만, 부칙에서는 한국거래소를 금시장에 대한 일반상품거래소로 의제하고 있습니다.

나. 일반상품시장에서 거래되는 상장일반상품의 신뢰를 확보하기 위하여 지식경제부장관이 품질인증기관을 지정하고, 인증기관의 품질인증에 따라 품질인증표시를 하도록 하였습니다(안 제50조, 제52조).

다. 일반상품의 예탁, 보관 및 결제에 관한 업무를 수행하는 예탁결제기관을 설립하거나 지정할 수 있도록 하였습니다(안 제54조). 부칙에서는 한국예탁결제원을 금시장에 대한 예탁결제기관으로 의제하고 있습니다.

## 4. 불공정거래행위 등의 규제

가. 일반상품시장의 보호를 위하여 시세조종행위, 부정거래행위, 업무상 취득정보의 이용 금지 등 불공정거래행위를 금지하고 있으며(안 제66조 내지 제68조), 시세조정과 부정거래행위에 대한 구체적인 손해배상액 정도에 관해서도 규정하고 있습니다(안 제69조).

나. 일정규모 이상의 대량거래의 경우 일반상품시장 이용의무를 부과하여 공정한 거래가 이루어질 수 있도록 유도하고 있습니다(안 제72조).

## 5. 감독 및 처분

가. 건전한 거래질서 유지를 위하여 지식경제부장관이 일반상품업자에 대한 감독과 보고 및 검사를 할 수 있도록 하고 있으며(안 제78조 내지 제80조), 일반상품업자의 부정·위법행위가 있는 경우 지식경제부장관이 일반상품업자 지정의 취소, 업무정리, 계약의 인계명령, 법위반 사실 공표 또는 게시명령, 임직원에 대한 조치를 할 수 있도록 하였습니다(안 제81조).

나. 질서유지, 공익보호를 위하여 과도한 수량의 거래, 부당가격 형성, 시세조종, 거래제한 위반 등이 있는 경우 거래제한, 사업장 출입을 통한 조사 및 결과 공표 등 조치를 할 수 있도록 하였습니다(안 제86조).

다. 불공정행위, 일반상품업 위반, 영업규칙 위반 등이 있는 경우 징역(10년 이하 ~ 1년 이하) 및 벌금(5억원 이하 ~ 3천만원 이하)을 차등적으로 부과하고, 기타 경미한 사항은 과태료(5천만원 이하, 1천만원 이하)를 부과하도록 하였습니다(안 제92조 내지 제98조).

**6. 다운로드 :** [「일반상품거래법」제정안 \(지식경제부 공고 제2011-483호, 2011. 9. 30. 입법예고\)](#)

(최신 법령)

## 【노동】퇴직금 중간정산 금지 등

황인영 변호사 | 이광선 변호사

1. 현행제도에 따르면 근로자의 요구가 있으면 사용자는 근로자가 퇴직하기 전에 근로한 기간에 대하여 퇴직금을 미리 정산하여 지급할 수 있도록 하여 퇴직금을 미리 소진하는 경우가 많아 퇴직급여제도가 노후대비제도로 활용되지 못하는 경우가 발생하는 문제가 있었습니다. 그리고 현행 제도하에서 퇴직금 중간정산은 원칙적으로 근로자의 자발적인 요청이 있어야 유효하지만 회사가 퇴직금 지급에 대한 부담을 덜기 위해 사실상 일방적으로 퇴직금 중간정산을 실시하면서 근로자의 동의를 받는 경우가 많아 퇴직급여제도가 노후대비제도로 정착되지 못하는 경우가 많았습니다. 이에, 개정된 「근로자퇴직급여보장법」에서는 퇴직금을 중간 정산하여 지급하는 것을 주택구입 등 대통령령으로 정하는 사유로 한정하도록 중간정산의 요건을 신설하여 퇴직금이 퇴직 시점까지 노후에 사용할 재원으로 보존되도록 하였습니다.
2. 그 외에도 2012년 7월 26일 이후 새로 설립된 사업의 사용자는 사업 설립 1년 이내에 퇴직연금제도를 설정해야 하고, 확정급여형퇴직연금과 확정기여형퇴직연금제도를 혼합하여 퇴직급여를 설정할 수 있게 되었으며, 확정급여형퇴직연금제도가나 확정기여형퇴직연금제도에 가입한 근로자와 자영업자 등도 개인형퇴직연금제도를 설정하여 스스로의 부담으로 부담금을 납입할 수 있도록 하여 추가적으로 노후재원을 축적할 수 있도록 하였습니다.
3. 다운로드 : [「근로자퇴직급여 보장법」전부개정법률\(법률 제10967호, 2012. 7. 26. 시행\)](#)



(최신 판례)

## 【회사】반대주주의 주식매수청구권 행사시 매수가격 결정 방법

정철 변호사 | 이태현 변호사

### 1. 사실관계 및 쟁점

상장법인 A사의 주주들은 A사와 다른 회사 간의 합병에 반대하여 주식매수청구권을 행사하였습니다. A사는 주주들에게 구 증권거래법(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률)에 따라 산정한 매수가격을 제시하였으나 합의가 이루어지지 않았습니다. 이에 A사의 주주들이 법원에 대하여 매수가격결정을 신청하였습니다. 당시 A사는 회사정리절차 진행 중이었고, 관리종목으로 지정편입되어 있어 주가가 회사의 순자산가치보다 낮게 형성되어 있었습니다. 이러한 상황에서 시장에서 형성되어 있는 주가와 순자산가치 중 어느 기준에 따라 매수가격이 결정되어야 하는지가 쟁점이 되었습니다.

### 2. 매수가격 결정방법에 대한 주요 판시내용

#### 가. 상장법인 매수가격 결정의 원칙

##### (1) 증권시장에서 거래가 형성되어 있는 주식의 경우(원칙)

법원은 원칙적으로 시장주가를 참조하여 매수가격을 산정하여야 합니다. 다만, 어느 시점의 시장주가를 기준으로 할 것인지와 관련하여 반드시 구 증권거래법에서 정하고 있는 방법에만 의하여야 하는 것은 아닙니다. 제도적 취지와 사안의 구체적 사정을 고려하여 그 기준주가의 산정방법을 합리적인 범위 내에서 정할 수 있다고 판시하였습니다.

구체적인 산정 방법으로, ① 이사회결의일 이전의 어느 특정일의 시장주가를 참조하는 방법 ② 일정기간 동안의 시장주가의 평균치를 참조하는 방법 ③ 구 증권거래법에서 정한 산정방법 등을 제시하였습니다.

(2) 상장법인의 객관적 가치를 제대로 반영하지 못하고 있다고 판단되는 경우(예외)

상장주식이 증권시장에서 거래되지 않거나 가격조작 등 부정한 수단에 의하여 시장주가가 영향을 받는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 시장주가를 배제하거나 또는 시장주가와 함께 순자산가치나 수익가치 등 다른 평가요소를 반영하여 공정한 매수가액을 산정할 수도 있습니다.

(3) 예외 인정의 신중성 요구

다만, 단순히 시장주가가 순자산가치나 수익가치에 기초하여 산정된 가격과 다소 차이가 난다는 사정만으로 위 시장주가가 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못한다고 쉽게 단정하여서는 안 된다는 점을 명백히 하였습니다.

나. 원심과 대법원의 견해 차이

(1) 원심

A사는 합병 전까지 회사정리절차 중이라서 주식가격이 저평가되어 있었고, 관리대상종목에 편입됨으로써 주식의 거래에도 제약을 받고 있었던 점을 고려하여 구 증권거래법에 따른 기준가격과 1주당 순자산가치를 산술평균하여 매수가격을 산정하였습니다.

(2) 대법원

회사정리절차 진행 중이라는 사실 및 순자산가치가 시장주가보다 높다는 점만으로 시장주가가 왜곡되었다고 보기 곤란하므로 A사의 시장주가만으로 매수가격을 결정하는 것이 타당하다고 판단하였습니다.

구체적인 논거는 다음과 같습니다.

① 회사정리절차에 들어간 기업의 시장가치를 정상기업에 비하여 낮게 평가하는 것은 기업의 재무상황이 반영된 정상적인 주가반응이라는 점 ② 회사정리절차에 있는 기업은 여전히 회생가능성에 대한 시장의 의구심이 존재하고 정상기업보다 수익창출력이 떨어지는 것이 보통일 것이므로 시장주가가 정상기업에 비해 낮게 형성된다는 점 ③ 주식이

관리종목으로 지정되었더라도 신용거래 대상에서 제외되며 대용증권으로 활용될 수 없을 뿐 객관적 가치를 반영하지 못할 정도의 거래 제약이 있다고 보기 어려운 점

### 3. 판결의 의의

상장법인의 주주가 영업양도, 분할, 합병, 분할합병 등에 반대하여 주식매수청구권을 행사한 경우 그 매수가격결정의 구체적인 기준으로 제시한 판례로서 의의가 있다고 판단됩니다. 상장법인의 주식은 원칙적으로 시가에 의하여야 하지만 개별 사안별로 구체적인 사정을 따져 객관적 가격이 반영되었다고 보기 어려운 사정이 있는 경우에는 예외적으로 시장주가 이외에 순자산가치, 순수익가치 등을 통해 공정한 가치를 산정하여야 한다는 점과 이러한 예외적 상황을 인정하기 위해서는 신중을 기하여야 한다는 점을 유의하여야 할 것입니다. 따라서 상장법인의 주가가 비정상적으로 왜곡된 특수한 사정이 있다면 그러한 사정으로 이익을 받을 자가 그러한 주장과 입증을 하여야 할 것입니다. 나아가 이러한 매수가격결정기준은 충돌하는 주주와 회사 사이의 이해관계를 적절히 조정하는 수단으로 작용할 수 있을 것으로 생각합니다.

### 4. 다운로드 : [대법원 2011. 10. 13. 선고 2008마264](#)

## 【건설·부동산】집합건물 관리단 집회의 서면결의 요건

정원 변호사 | 박성철 변호사

### 1. 판결의 쟁점과 요지

「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 '집합건물법') 제41조 제1항 본문은 "이 법 또는 규약에 따라 관리단 집회에서 결의할 것으로 정한 사항에 관하여 구분소유자의 5분의 4 이상 및 의결권의 5분의 4 이상이 서면으로 합의하면 관리단 집회에서 결의한 것으로 본다"고 규정하고 있습니다. 이와 같은 서면 결의 요건을 해석할 때, 한 사람이

수 개의 구분건물을 소유한 경우 1인의 구분소유자로 보아야 하는지 아니면 수인의 구분소유자로 보아야 하는지가 문제됩니다.

대법원은 "위 법률에서 정한 구분소유자의 서면 결의의 수를 계산할 때 한 사람이 집합건물 내에 수 개의 구분건물을 소유한 경우에도 이를 1인의 구분소유자로 보아야 한다"고 판시하여 수인의 구분소유자로 해석한 원심을 파기했습니다.

## 2. 사실관계

집합건물의 관리단이 제기한 소에 대하여 피고는 관리단 대표자의 대표권이 없기 때문에 소 제기가 부적법하다고 다투었습니다. 피고는, 관리단 규약이 집합건물법 제41조 제1항에 따라 서면 결의로 설정되었는데 구분소유권자의 서면 결의 요건을 충족하지 못하여 규약 자체가 무효라고 주장했습니다. 이처럼 무효인 규약에 근거해 의결권의 과반수 찬성으로 선출된 원고의 대표자는 대표권이 없으므로 그가 원고를 대표하여 제기한 소가 부적법하다는 항변을 했습니다. 그러나 원심은 피고의 본안전 항변을 배척했습니다.

원심은 한 사람이 집합건물 내에 수 개의 구분점포를 소유하고 있는 경우 그 구분소유권의 수대로 구분소유자의 수를 계산하여야 한다고 전제한 후 집합건물인 백화점의 구분소유자 2,284명 중 1,832명(구분소유자의 80.21%), 의결권 45,064,799㎡ 중 40,880,587㎡(의결권의 90.72%)가 각 서면 결의하여 이 사건 관리단 규약을 제정한 사실과 대표자가 규약에 따라 관리단 집회에서 전체 의결권의 과반수 찬성으로 선출된 사실을 인정함 다음, 관리단 규약은 집합건물법 제41조 제1항이 정한 서면 결의의 요건을 충족하여 적법하게 설정되었고, 따라서 대표자 역시 관리단 규약에 따라 적법하게 선출되었다고 판단했습니다. 그러나 대법원은 한 사람이 집합건물 내에 수 개의 구분건물을 소유한 경우 수인의 구분소유자로 볼 수는 없다고 하여 원심을 파기했습니다.

## 3. 판결의 의의

집합건물법은 서면 결의 요건을 정할 때 구분소유자의 5분의 4 이상 및 의결권의 5분의

4 이상이 합의하면 관리단 집회에서 결의한 것으로 본다고 함으로써 '구분소유자의 수'와 '의결권의 수'의 결의 요건을 따로 정했습니다. 집합건물의 인적 측면에서 공동생활관계와 재산적인 면에서 공동소유관계를 함께 고려해 공정하고 원활하게 집합건물을 유지, 관리하려는 데에 입법취지가 있다고 볼 수 있습니다. 만일 수 개의 구분건물을 소유하고 있는 자를 수 개의 구분소유자로 상정하면 의결권에서 반영된 공동소유관계가 인적인 공동생활관계에 중첩적으로 반영되는 문제가 생깁니다. 나아가 위 규정의 문언이 '구분소유자'라고만 정하고 있는 점에 비추어 보면, 여러 개의 구분건물을 소유하고 있더라도 개념상 한 사람인 것이지 수 개의 건물을 소유하고 있다고 해서 여러 사람인 것처럼 의제하는 것은 문언의 한계를 넘어서는 문제가 있습니다. 여러 개의 구분건물을 소유하고 있는 자의 의사를 더 비중 있게 다룬다는 취지는 의결권의 숫자를 정할 때에 이미 반영되므로 구분소유자의 숫자를 정할 때에는 그 사람이 소유한 구분건물의 개수와 무관하게 한 사람으로 보는 대법원 판결이 타당하다고 생각합니다.

한편 현행 집합건물법은 큰 면적을 소유하고 있는 소수의 구분소유자들과 작은 면적을 소유하고 있는 다수의 구분소유자들 사이에 이해가 엇갈리면 이에 대한 해법을 제시하지 못하는 한계가 있습니다. 예를 들어 구분소유자 1명이 전유부분의 99%를 소유하고 있더라도 나머지 1%를 2인의 구분소유자들이 소유하고 있다면 소유권 행사에 상당한 제약이 수반됩니다. 원심 판결은 이러한 문제를 해결하기 위한 새로운 해석론을 시도한 것으로 평가할 수 있습니다. 다만 원심 법원은 법률 문언의 범위를 넘어 새로운 입법에 이르는 잘못을 범하였고 대법원은 이를 지적하여 원심 판결을 파기한 것입니다. 그렇기 때문에 집합건물의 법률관계를 검토할 때에는 이처럼 집합건물법상 구분소유자의 권리에 면적 외에 숫자에 대한 제약이 있다는 점을 주의하여야 합니다.

4. 다운로드 : [대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다65546](#)

(최신 법령)

## 【공정거래】제약사 부당고객유인행위에 따른 과징금 부과시 관련매출액 산정

김지흥 변호사 | 이병주 변호사

### 1. 판결의 취지

가. 제약사가 본사 차원에서 판촉계획을 수립하여 이를 전국적으로 시행하고 그 판촉계획의 실행행위 일부로서 부당한 고객유인행위를 한 것이라면, 비록 특정 의료기관 또는 의사에 대한 부당 고객유인행위 사실만 밝혀졌다고 하더라도, 과징금은 부당고객유인행위 사실이 밝혀지지 않은 해당 의약품의 다른 거래처 매출액까지 모두 포함하여 산정·부과해야 한다.

나. 반면 ① 본사 차원의 판촉계획에 포함되어 있지 않은 의약품으로 ② 적발된 지원행위 기간도 단기간이고, ③ 지원행위가 이루어진 기간이 본사 차원의 지원행위와 3년 정도 시간적 간격이 있는 등 ④ 해당 의약품의 지원행위가 본사 차원에서 거래처 일반을 상대로 수립된 구체적인 판촉계획의 실행행위로 이루어졌음을 보여 주는 증거가 없는 경우에는 부당 지원행위가 이루어진 의료기관 또는 의사에 대한 매출액으로 한정하여 과징금을 산정해야 한다.

### 2. 사실관계

H제약사는 2003년 1월부터 2006년 9월까지 의약품 24개 품목의 신규 처방·판매를 위해 병·의원 및 그 소속의사 등에게 i) 처방·판매에 따른 물품, 현금, 상품권 지원, ii) 골프 등 접대, iii) 할증 제공, iv) 세미나 등 행사경비 지원, v) 연구원 파견 등 인력 지원, vi) 시판후조사(PMS) 시행의 방식으로 각종 지원행위를 하였습니다. 이에 대해 공정거래위원회는 H제약사가 공정거래법 제23조 제1항 제3호에서 금지하는 '부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위' 즉, 부당한 고객유인행위를 하였다는 이유로 시정명령 및 과징금 약 36억 1,600만원을 부과하였습니다. 이러한 과징금은 H제약사의

24개 의약품이 판매된 거래처 전체에 대한 매출액을 기준으로 하여 산정된 것이었습니다.

H제약사는 공정위의 과징금 부과가 과다하다는 이유로 소송을 제기하였습니다. 서울고등법원은 이 부분 공정위의 손을 들어주었으나, 대법원은 위와 같은 이유에서 사건을 다시 서울고등법원으로 돌려보냈고, 대법원의 파기취지에 따라 이루어진 서울고등법원 판결에 대한 상고를 기각함으로써 판결이 확정되었습니다(대법원 2011. 8. 19. 선고 2011두11143 판결).

### 3. 판결의 의의

이번 판결은 과징금 산정의 기초가 되는 관련매출액에 관해 아주 중요한 판단 기준을 제시해 주었다고 할 수 있습니다.

공정위 조사 결과 밝혀진 특정 의료기관에 대한 고객유인행위가 다른 의료기관이나 의사에 대한 매출에 영향을 미치지 않았다면, 그 매출액은 관련매출액에서 제외되는 것이 관련매출액의 정의에 부합합니다. 그러나 대법원은 확인된 이익제공 행위가 본사 차원에서 수립된 거래처 일반에 대한 판촉계획의 실행행위로서 이루어진 것이라면, 이익을 제공받은 거래처에 대한 매출액은 물론 그와 관계없는 동일 제품의 거래처 전체에 대한 매출액을 위반행위로 인해 영향을 받는 관련상품의 매출액, 즉 관련매출액으로 보아 과징금을 산정해야 한다고 본 것입니다. 다시 말해 사업자가 본사 차원에서 판촉계획을 수립하여 그 실행행위로 일부 거래처에 대해 위법한 이익제공행위를 했을 경우, 이러한 이익제공행위를 받지 못한 거래처 또한 이러한 이익제공행위에 영향을 받는 것으로 보고 그에 맞춰 과징금의 액수를 결정하겠다는 것입니다.

향후 부당한 고객유인행위가 아닌 다른 공정거래법 위반행위가 문제된 사안에서도 과징금 산정과 관련하여 대법원이 위와 같이 판시할 것인지는 조금 더 추이를 보아야 할 것이나 중요한 참고가 되겠습니다.

### 4. 다운로드 : [서울고법 2011. 4. 27. 선고 2010누42050](#)



(최신 법령)

## 【정보통신】멜론서비스의 DRM 탑재를 통한 음악파일 재생제한 조치의 위법성

최승수 변호사 | 박영주 변호사 | 최정규 변호사 | 김태형 변호사

### 1. 사실관계

이동통신업체(이하 '갑회사')가 자신의 MP3폰과 자신이 운영하는 온라인 음악사이트의 음악파일에 자체 개발한 DRM(Digital Rights Management)을 탑재하여 자신의 MP3폰을 사용하는 소비자로 하여금 위 음악사이트에서 구매한 음악파일만 재생할 수 있도록 하고, 다른 사이트에서 구매한 음악은 위 음악사이트에 회원으로 가입한 후 별도의 컨버팅 과정 등을 거치도록 한 행위가 공정거래법에 저촉되는지가 문제되었습니다.

### 2. 판단

가. 공정거래법 제3조의 2 제1항 제3호에 규정된 '다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위'에 해당하는지

본래 DRM은 음악저작권을 보호하고 음악파일의 무단복제 등을 방지하기 위하여 필요한 기술이므로 갑회사가 자신의 MP3폰과 음악파일에 DRM을 탑재한 것은 인터넷 음악 서비스 사업자들의 수익과 저작권자의 보호 및 불법 다운로드 방지를 위한 것으로서 정당한 이유가 있다고 보이는 점, 소비자가 갑회사의 음악사이트에서 컨버팅과정을 거치거나 CD굽기를 해야 하는 불편을 겪을 수밖에 없으나 MP3파일 다운로드서비스 사업자들에게 DRM을 표준화할 법적 의무가 없는 이상 위와 같은 불편은 부득이한 것으로 현저한 이익의 침해가 있다고 보이지 않는 점, 갑회사는 보다 낮은 가격에 통합형서비스를 이용하고자 하는 소비자들의 욕구를 충족시키기 위해 월 5,000원 정도를 내면 갑회사가 운영하는 사이트에서 제공되는 모든 곡을 스트리밍하거나 다운로드받을 수 있도록 하는 '월 정액제 임대형 서비스'를 개발하였는데, 이는 소비자에게 불리한 지출을 강요한 것이

아니라는 점 등을 종합하면, 위 행위가 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위에 해당한다 하더라도 그 부당성을 인정할 수는 없다고 판단했습니다.

나. 공정거래법 제3조의 2 제1항 제5호 후단에 규정된 '부당하게 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위'에 해당하는지

소비자가 다른 음악사이트에서 이미 유료로 음악파일을 구입한 경우에 갑회사의 MP3폰에서 작동이 안 되거나 매우 어렵기 때문에 동일한 음악파일을 보유한 소비자라도 갑회사의 MP3폰으로 음악을 듣기 위해서는 추가로 갑회사의 사이트에서 음악파일을 다운로드받고 비용을 지출하게 되는 이중부담을 진다고 볼 여지는 있으나, 일반적으로 음악사이트에 새로 가입하거나 가입사이트를 변경하는 소비자에게 현저한 침해가 있다고 볼 수 없고, 나머지 소비자들에게도 컨버팅을 거치는 것이 단지 불편할 뿐이지 현저한 침해가 있다고 보기 어렵다고 판단했습니다.

3. 다운로드 : [대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832](#)

(최신 법령)

**【지적재산권】동의보감의 저자 '허준'을 상표로 등록하여 건강보조식품 사업을 할 수 있는지**

최승수 변호사 | 박영주 변호사 | 최정규 변호사 | 김태형 변호사

## 1. 사실관계

흑마늘, 도라지, 산삼배양근 등을 주성분으로 하는 건강보조식품 사업을 운영하는 사람이 '허준本家'라고 등록한 상표(이 사건 '등록상표')가 상표법에서 등록을 받을 수 없도록 규정한 상표에 해당하는지가 문제되었습니다(상표법 제7조 제1항은 '국가·인종·민족·공공단체·종교 또는 저명한 고인과의 관계를 허위로 표시하거나 이들을 비방 또는 모욕하거나 이들에 대하여 나쁜 평판을 받게 할 염려가 있는 상표(2호)', '상표 그 자체 또는 상표가 상품에 사용되는 경우 수요자에게 주는 의미와 내용 등이 일반인의 통상적인 도덕관념인 선량한 풍속에 어긋나거나 공공의 질서를 해칠 우려가 있는 상표(4호)'는 상표등록을 받을 수 없도록 규정하고 있습니다). 이 사건 등록상표에 기재된 '허준'은 동의보감의 저자로서 양천허씨 20세손이며, 현재까지 그 후손들이 허준의 업적을 기리기 위해 제사를 봉행해 오고 있고, 양천허씨종중이나 허준기념사업회 등 문중종친들과 단체들이 그의 사상과 정신을 이어받아 한의학발전에 노력하면서 다양한 활동을 전개해오고 있습니다. 반면 이 사건 등록상표를 등록한 사람은 허준의 문중종친들과 아무 관련이 없는 자입니다.

## 2. 판단

특허법원은 이 사건 등록상표에 대해 허준과 本家が 결합된 등록상표는 조선시대 한의학의 최고 권위자이자 한의서 동의보감의 저자로서 저명한 고인인 '허준'의 본가를 의미하는 것으로 인식된다 할 것인데, 위 등록상표의 등록권리자는 '허준'의 본가와 관련이 없으므로 위 등록상표는 **'저명한 고인과의 관계를 허위로 표시한 상표'로서 상표법 제7조 제1항 제2호에 해당한다**라고 판단했습니다. 또한 위 등록상표는 허준의 문중종친들과 관련이 없는 사람을 허준의 문중종친들과 밀접한 관련이 있는 것으로 오인하게 함으로써 **저명한 고인인 허준의 명성을 떨어뜨려 그의 명예를 훼손할 우려가 있어 일반인의**

통상적인 도덕관념인 선량한 풍속에 반할 뿐만 아니라, 위 등록상표를 이용하여 '흑마늘을 주성분으로 하는 건강보조식품 등'을 판매하면 허준의 명성에 편승하여 수요자의 구매를 불공정하게 흡인함으로써 공정하고 신용 있는 상품의 유통질서나 상도덕 등 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있어 상표법 제7조 제1항 제4호에 해당한다고 판단했습니다.

3. 다운로드 : [특허법원 2011. 11. 9. 선고 2011허7577](#)

## 【조세】증액경정처분에 대한 전심절차 경유 필요성

김희석 변호사

### 1. 판결의 취지

가. 과세관청이 과세처분을 한 뒤에 과세표준과 세액을 증액하는 것으로 다시 경정하는 처분을 하는 경우, 그 증액경정처분은 당초 결정된 과세표준과 세액을 그대로 둔 채 탈루된 부분만 추가하는 것이 아니라 증액되는 부분을 포함시켜 전체로서 하나의 과세표준과 세액을 다시 결정하는 것이므로, 당초 결정은 증액경정처분에 흡수됨으로써 독립된 존재가치를 잃게 된다고 보아야 할 것이어서 증액경정처분만이 항고소송의 심판대상이 된다.

나. 과세처분이 있는 후에 증액경정처분이 있으면 당초의 과세처분은 증액경정처분에 흡수되어 독립적인 존재가치를 상실하므로 전심절차의 경유 여부도 그 증액경정처분을 기준으로 판단하여야 할 것이지만, 그 위법사유가 공통된 경우에는 당초의 과세처분에 대하여 적법한 전심절차를 거친 이상 전심기관으로 하여금 기본적 사실관계와 법률문제에 대하여 다시 검토할 수 있는 기회를 부여하였다고 볼 수 있을 뿐만 아니라, 납세의무자에게 굳이 같은 사유로 증액경정처분에 대하여 별도의 전심절차를 거치게 하는 것은 가

혹하므로 납세의무자는 그 증액경정처분에 대하여 다시 전심절차를 거치지 아니하고도 그 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있다.

## 2. 사실관계

회사는 이 사건 신축사업을 추진하던 중, 2000년 5월 19일 ○○건설에게 이 사건 신축사업을 양도대금 83억 원에 양도하였습니다. 피고 세무서장은 이 사건 양도대금 중 28억 원에 대한 회계처리가 부적절하다고 보고 대표이사인 원고에게 상여로 처분한 후, 2007년 4월 4일 2001년 귀속 종합소득세 12억 원을 부과('제1처분')하였습니다. 원고는 제1처분에 대하여 국세심판원에 심판청구하였고, 국세심판원은 이를 기각하였습니다.

다시, 피고 세무서장은 ○○건설이 이 사건 양도대금과 별도로 회사가 하도급업체에게 지급하지 아니한 공사대금 7억 원을 대신 지급하였다는 이유로 회사에 2001년 귀속 법인세를 부과하고 대표이사인 원고에게 상여로 처분한 후, 2007년 5월 1일 동 인정상여에 근거하여 2001년 귀속 종합소득세 3억 원을 부과('제2처분')하였습니다. 한편 원고는 제2처분에 대해서는 전심절차를 경유하지 않았습니다.

(자세한 사실관계는 동 판결의 원심인 서울고등법원 2009. 11. 3. 선고 2009누8931 판결을 참고해 주십시오)

## 3. 판결의 의의

이번 판결은 증액경정처분이 있을 경우에 소송의 대상 및 전심절차 경유의 필요성에 대하여 기존 판례 및 학계에서 논의되던 내용을 정리해 주고 있습니다.

증액경정처분의 성격에 대하여 학계의 다수설과 대법원은 모두 흡수설의 입장에 있습니다. 흡수설에 따르면 증액경정처분(또는 증액재경정처분)은 탈루된 부분만 추가하는 것이 아니라 증액되는 부분을 포함시켜 전체로서 하나의 과세표준과 세액을 다시 결정하는 처분이 됩니다. 이러한 이유로 원처분(제1처분)은 존재가 소멸하여 소송의 대상이 되지 못하고, 납세자는 증액경정처분(제2처분)만을 대상으로 다툴 수 있습니다.

한편, 조세소송은 전심을 필수적으로 경료하여야 하는데, 흡수설에 따르면 증액경정처분(제2처분)에 대하여 다시 전심절차를 경유해야 하는 문제점이 있습니다. 원처분(제1처분)에 대하여 이미 전심절차를 경유하였음에도, 증액경정처분(제2처분)에 대한 전심절차를

다시 경유하도록 한다면 소송경제상 불합리한 측면이 있기 때문입니다. 이번 판결은 이와 같은 경우에 '위법사유의 공통'을 요건으로 하여 증액경정처분(제2처분)에 대해서는 전심절차를 경유할 필요가 없음을 밝힌 점에 의의가 있습니다.

다만 어떤 경우에 위법사유가 공통되는지에 대한 판단은 여전히 어려운 문제로 남습니다. 현실적으로 소송을 진행하는 납세자는 위법사유가 공통된다는 점에 대한 확신이 서지 않는다면 원처분(제1처분)과 증액경정처분(제2처분)이 모두 각하되는 최악의 상황을 피하기 위하여 증액경정처분에 대한 전심절차와 소송절차를 이중으로 진행하는 방법이 안전할 것으로 보입니다.

4. 다운로드 : [대법원 2011. 10. 13. 선고 2009두22270](#)

## 【형사】명의자 승낙을 막연히 예측하면 사문서위조·변조죄

금태섭 변호사 | 장품 변호사

### 1. 사실관계

피고인은 A결혼정보회사에서 근무하다가 B결혼정보회사로 이직한 이후 A회사를 상대로 해고무효의 확인 및 임금의 지급을 구하는 민사소송(반소)을 제기하였습니다. 피고인은 A회사를 그만둔 다음 날인 2006년 1월 26일부터 B회사 출근 전날인 2006년 3월 31일까지는 A회사에서 지급받던 급여 전체를, 그 다음날부터는 70% 상당의 금액을 청구하였고, 이에 대하여 A회사는 피고인이 2006년 2월 중순경부터 이미 B회사에 근무하기 시작하였으며, 피고인이 B회사에 근무할 것을 염두에 두고 A회사를 그만둔 것이기 때문에 부당해고가 아니라는 주장을 펼쳤습니다. 또한 결혼정보회사의 급여는 근무하기 시작한

다음달 말경에 지급하는 것이 관행이므로 피고인이 2006년 4월 25일 B회사에서 급여를 수령한 경우 2006년 3월경부터 B회사에서 근무를 시작한 것으로 보아야 한다고도 주장하였습니다.

그런데 피고인은 S은행 명의 통장의 기장내역 "2006년 4월 26일 B회사, 2,694,180원"중 "B회사"부분을 화이트테이프로 지우고 복사하여 "2006년 4월 26일 2,694,180원"이라는 외관으로 통장사본을 만들었고, 이를 담당변호사에게 전달하여 담당변호사로 하여금 증거로 제출하게 하였습니다. 이러한 통장사본의 제작 및 증거제출행위가 사문서의 변조 및 동행사죄에 해당한다고 하여 기소된 사안입니다.

## 2. 원심의 판결

원심은 피고인의 이러한 통장사본 제작 및 제출행위에 대하여 ① 피고인의 위와 같은 행위는 단순히 입금자가 누군지 알 수 없는 상태를 초래한 것일 뿐인 점, ② 계속하여 기장된 다른 거래의 기장내역과 비교하여 보면 위 공란 부분은 입금자의 명의를 기재되는 부분임을 누구라도 쉽게 알 수 있는 점, ③ 피고인이 가린 부분이 통장의 잔액 부분과 달리 공동명의인인 S은행장에게 중요한 의미가 있는 사항은 아니었던 점 등을 근거로 "공공적 신용을 해할 정도의 새로운 증명력"이 작출되지는 않았으며, 통장사본의 공동명의자인 S은행장의 승낙이 추정된다고 보고 무죄를 선고한 1심 판결을 유지하였습니다.

## 3. 대법원 판결의 요지

그러나 대법원은 유죄 취지로 원심판결을 파기하고 사건을 환송하였습니다.

우선 대법원은 피고인이 언제부터 B회사에서 급여를 받았는지가 중요한 사항이었음에도, 피고인이 B회사에서 받은 급여는 제외한 채 2006년 5월 25일부터 수령한 급여내역을 표로 정리하여 이를 증거로 제출하였다는 점에 주목하였습니다. 즉 2006년 5월 25일경 첫 월급을 받았다는 인상을 풍겼다는 것이었습니다. 또한 소송 진행 중 피고인이 B회사



로부터 2006년 3월경 일정 금액을 지급 받은 사실이 드러나자, 이 금액이 급여가 아니라 일종의 스카우트 비용이었으며, B회사에서는 당월 지급 방식으로 급여를 지급받는다 는 주장을 펼친 점도 고려하였습니다.

그에 따라 피고인이 입금자 명의를 가리고 복사하여 이를 증거로 제출함으로써 "피고인이 2006년 5월 25일부터 B회사에서 급여를 수령하였다"는 새로운 증명력이 작출되어 공공적 신용을 해할 위험성이 있었다"고 볼 수 있고, 통장 명의자인 S은행장이 행위 당시 그 사실을 알았다면 당연히 이를 승낙했을 것으로 추정된다고 볼 수 없으며, "피고인이 위와 같이 관련 민사소송에서 쟁점이 되는 부분을 가리고 복사함으로써 문서내용에 변경을 가하고 이를 민사소송의 증거자료로 제출한 이상 피고인에게 사문서변조 및 변조 사문서행사의 고의가 없었다고 할 수 없다"고 판시하였습니다.

#### 4. 판결의 의의

사문서의 위조·변조죄는 작성권한 없는 자가 타인 명의를 모용하여 문서를 작성하는 경우 성립합니다. 사문서를 작성·수정할 때 명의자의 명시적이거나 묵시적인 승낙이 있었다면 사문서의 위조·변조죄에 해당하지 않으며, 행위 당시의 모든 객관적 사정을 종합하여 명의자가 행위 당시 그 사실을 알았다면 당연히 승낙했을 것이라고 추정되는 경우 역시 사문서의 위조·변조죄가 성립하지 않는다는 것이 판례의 기본적 입장이었습니다(대법원 1993. 3. 9. 선고 92도3101판결, 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002도235판결 등). 그런데 2008년경 "명의자의 명시적인 승낙이나 동의가 없다는 것을 알고 있으면서도 명의자가 문서작성 사실을 알았다면 승낙하였을 것이라고 기대하거나 예측한 것만으로는 그 승낙이 추정된다고 단정할 수 없다"는 판결이 선고되어(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도9987판결), 명의자의 승낙이나 동의를 쉽게 추정하지 않는 방향으로 사문서 위조·변조의 범위가 확대되기 시작하였습니다. 대상판결 역시 이러한 맥락에서 이해할 수 있습니다.

명의자의 승낙이나 기대의 추정은 결국 행위 당시에 존재하는 객관적인 사정을 종합적으로 고려하여 명의자의 관점에서 판단할 수밖에 없습니다. 여기에서 '객관적'인 사정을 명의자의 '주관적'인 관점에서 평가해야 하는 어려움이 발생합니다. 대상판결은 규범적 판단을 통하여 이러한 어려움을 일정 부분 해결하고자 하는 것으로 이해할 수 있습니다.

즉 관련 민사소송에서 주요 쟁점이 된 사안에 대해서 사문서를 증거로 제출하며 일부 내용을 수정한 행위는, 공공적 신용성을 해할 위험성이 있으며, 행위자에게 범죄에 대한 적극적 인식과 의사가 있었다고 평가한 것입니다. 그리고 이러한 사정이 인정되면 명의자가 당연히 승낙했을 것으로 추정할 수는 없다고 하여, 추정의 범위를 일정 정도 제한하고 있습니다.

소송에서 유리한 증거를 적극적으로 제출하고, 불리한 증거를 숨기고자 하는 시도는 비일비재합니다. 또한 불리한 증거를 어쩔 수 없이 제출해야 하는 경우, 일부 범위라도 은폐하고자 하는 유혹을 느낄 수 있습니다. 특히 당사자들에게는 그러한 유혹이 더욱 크게 다가올 것입니다. 소송 진행 과정에서 타인 명의로 된 문서를 선불리 수정하거나 변경하여 새로운 증명력을 작출하는 행위로 나아가지 않도록, 신중한 법적 조언이 요구된다고 하겠습니다.

5. 다운로드 : [대법원 2011. 9. 29. 선고 2010도14587](#)

(최신 법령)

**【헌법】재건축조합의 '중요한 회의'가 무엇인지 예측하기 어려워**

정원 변호사 | 구나영 변호사

## 1. 2010헌가29결정의 취지

### 가. 주문

구 '도시 및 주거환경정비법'(2007. 12. 21. 법률 제8785호로 개정되고, 2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정되기 전의 것) 제86조 제7호의 "제81조 제2항의 규정" 중 '중요한 회의' 부분은 헌법에 위반된다.

### 나. 심판대상 조항

구 도시 및 주거환경정비법(2007. 12. 21. 법률 제8785호로 개정되고, 2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 도시환경정비법')

제86조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

7. 제81조 제2항의 규정을 위반하여 속기록 등을 만들지 아니하거나 청산시까지 보관하지 아니한 추진위원회·조합 또는 정비사업전문관리업자의 임직원

제81조(관련자료의 공개와 보존 등) ② 추진위원회·조합 또는 정비사업전문관리업자는 총회 또는 중요한 회의가 있을 때에는 속기록·녹음 또는 영상자료를 만들어 이를 청산시까지 보관하여야 한다.

### 다. 취지

재건축조합 등이 '중요한 회의'를 하고도 속기록·녹음 또는 영상자료 등을 만들지 않았

을 경우 임직원을 형사처벌하도록 한 심판대상 조항에 대하여, '중요한 회의'의 의미가 불분명하므로 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반한다는 취지의 헌재 결정이 있었습니다.

## 2. 사건의 개요

재건축주택조합의 조합장이었던 A씨는 어느 식당에서 조합의 이사 4명, 감사 2명을 소집하여 시공사(건설회사)에게 과다지급된 공사비 환급을 요구할 것인지를 안건으로 한 긴급 이사회를 개최하였습니다. A씨는 '중요한 회의인 긴급 이사회를 개최하면서도 그 회의 내용에 관한 속기록·녹음 또는 영상자료를 만들지 않았다(구 도시환경정비법 제86조 제7호 위반)'는 이유로 약식 기소되었습니다. 이 사건을 심리하던 법원은 직권으로 구 도시환경정비법 제86조 제7호의 위헌심판을 제청하였습니다.

## 3. 위헌 결정의 구체적 이유

구 도시환경정비법 제86조 제7호의 입법취지는 후일 조합업무와 관련된 분쟁이 발생하였을 경우 사실관계를 명확히 할 증거를 확보하거나 회의에 참석한 사람들의 책임소재를 분명히 하려는 데 있습니다. 헌법재판소는 이러한 입법취지를 고려하더라도, 심판대상 조항은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반하는 조항이라고 판단하였습니다. 처벌법규의 구성요건은 명확하여야 하는데, ① '중요한 회의'라는 문언만으로는 조합의 어떤 회의체기관이 하는 어떤 내용의 회의가 중요한 회의인지 예측할 수 없으며, ② '중요한 회의' 해당 여부가 회의의 안건에 따라 결정되는지, 실제 의결된 내용에 따라 결정되는지조차 예측할 수 없다고 하였습니다. 나아가 ③ 추후 분쟁이 발생하였을 경우를 대비하기 위한 입법취지를 고려하더라도, 회의를 개최할 당시에는 장래 그 내용에 관하여 분쟁이 발생할 것인지 미리 예측하는 것이 불가능하며, ④ 구 도시환경정비법 전체를 유기적·체계적으로 종합하더라도 '중요한 회의'의 해석기준이 없다고 하였습니다.

## 4. 위헌 결정의 의의

현행 도시환경정비법 제86조 제7호, 제81조 제2항 역시 '중요한 회의'의 속기록·녹음 또는 영상자료를 만들어 보관하지 않을 경우 조합의 임원 등에 대한 형사처벌이 가능하도록 규정되어 있습니다. 그러나 구 도시환경정비법 조항에 대한 위헌 결정의 효력이 동

일한 내용의 현행 도시환경정비법 조항에까지 미치는 것은 아닙니다(남북현, 「학교용지부담금 위헌결정의 효과를 둘러싼 몇 가지 소회」, 법률신문(2005. 8. 25.자); 헌법재판소 2001. 4. 26. 자 2000헌가4 결정 참조).

다만, 구법 조항에 대하여 이미 위헌 결정이 있었으나 동일한 내용의 신법 조항에 대하여는 아직 위헌 결정이 없었던 사안에서, 법원이 직권으로 신법의 적용을 배제한 사례가 있습니다(서울행정법원 2005. 6. 9. 선고 2003구합39467 판결). 법원이 헌법재판소에 신법 조항의 위헌심판을 제청할 경우 구법과 동일한 위헌결정을 받을 것이 예상되므로, 당사자의 신속한 권리구제를 위하여 법원에서 직권으로 판단한 것으로 보입니다.

구 도시환경정비법 조항에 대한 위헌결정으로 인하여 현행 도시환경정비법의 동일 조항이 당연히 무효가 되는 것은 아니지만, 헌법재판소의 위헌 결정 취지를 존중할 때 향후 동 조항을 적용하여 형사 처벌하는 것은 쉽지 않을 것으로 생각됩니다. 빠른 입법 개선이 요구되는 상황입니다.

5. 다운로드 : [헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2010헌가29](#)

## 【행정】정비구역 변경과 기존 추진위원회의 지위

정원 변호사 | 박호경 변호사

### 1. 재결의 취지

정비사업의 시행범위가 확대된 경우에 기존의 추진위원회가 변경승인을 받기 위하여 필요한 동의율과 관련하여, 행정청은 기존 구역과 확대편입구역 각각 토지등소유자 과반수 동의를 확보하여야 한다는 조건을 설정하였으나, 도시및주거환경정비법 제13조 제2항, 시행령 제23조 제1항 등을 종합하면, 정비구역 전체의 토지등소유자 과반수 동의를 새로 얻으면 법령상 요건을 충족한다.

아울러 행정청은 원활한 사업시행 및 주민의 권익보호를 위하여 변경승인신청의 종기를 설정하였으나, 도시및주거환경정비법 제13조 제2항에 의하면 시기를 정하고 있을 뿐, 종기에 대해서는 어떠한 제한도 두지 아니하였는 바, 종기를 제한할 근거가 없다. 아울러 변경승인신청 당시 공공관리제가 시행되고 있으나, 공공관리제도의 취지가 사업기간 단축과 사업비를 절감하여 주민들의 재정착 기회를 확대라는 점을 고려하면, 과반수의 동의를 받아야 함에는 변함이 없음에도 180일 기간을 초과하였다는 사유만으로 변경승인신청을 배척할 수 없다.

## 2. 사실관계

청구인은 주택재개발정비사업조합을 설립하기 위하여 추진위원회 설립허가를 받았습니다. 이후 재정비촉진계획 결정고시가 이루어지면서 재개발정비구역의 면적이 2배 이상 확대되었고, 정비구역의 명칭도 변경되었습니다. 종로구청은 기존 추진위원회에 대하여, 180일 이내에 기존 및 확대구역 각각 과반수 동의서를 징구하여야 기존 추진위원회 변경승인을 할 수 있다는 조건을 부과하였습니다. 그러나 기존추진위원회는 약 1년이 지난 이후에 추진위원회변경승인신청을 하였습니다. 종로구청은 변경승인기간을 초과하였고, 이미 공공관리제가 시행되었기 때문에, 기존 추진위원회는 더 이상 추진위원회 변경승인신청을 할 수 없다는 이유에서 승인신청을 거부하였습니다.

## 3. 재결의 의의

정비구역 지정 이후 도시의 종합적이고 효율적 개발을 위하여 정비구역이 확장되는 경우가 있습니다. 기존 정비구역에 이미 설립승인을 받은 재개발정비사업 추진위원회가 있는 경우, 기존 추진위원회의 지위를 어느 정도 보장하여야 하는지 문제됩니다. 확장된 구역 내 토지등소유자의 권리보호와 정비사업의 신속하고 효율적인 진행이라는 이익 사이의 적절한 조화가 필요합니다. 최근 서울특별시행정심판위원회는 행정청이 기존의 추진위원회에 대하여 도시및주거환경정비법에서 정하지 아니한 조건을 부가할 수 없다는 내용의 결정을 하였습니다. 즉, 행정상의 이유만으로 토지등소유자의 동의율 계산 및 변경승인신청기간을 임의로 설정할 수 없음을 명백히 하였습니다. 특히 정비구역변경이

이루어질 경우, 행정청이 법령상 근거가 분명하지 아니한 조건을 부가하고 있는 사례가 다수 발견되는 상황에서 이 결정은 중요한 선례가 될 것으로 예상됩니다.

4. 다운로드 : [서행심 2011. 10. 10. 선고 2011-616](#)

(최신 판례)

## 【도산】편파행위의 의미 및 제 3 자의 행위에 대한 부인권 행사 거부

배성진 변호사 | 서준희 변호사

### 1. 사실관계

레미콘을 제조·판매하는 甲 회사는 예금부족으로 1차 부도가 났습니다. 한편 甲 회사는 乙 회사로부터 레미콘 재료인 세척사를 공급받고 그 대금을 약속어음으로 결제하여 왔는데, 약속어음의 지급기일을 연장 받으면서 乙 회사에 대한 세척사 대금 채무를 담보하기 위하여 거래처들에 대한 레미콘 대금 채권을 양도하고 乙 회사에 일부 내용이 백지로 된 채권양도계약서 및 채권양도통지서를 교부하였습니다. 乙 회사는 세척사 대금을 지급받기 위하여 위 채권양도계약서 및 채권양도통지서의 백지부분을 보충하여 丙 회사 등에게 채권양도통지를 하였는데, 乙 회사가 위와 같이 보충하여 채권양도통지를 한 날 甲 회사는 2차 부도가 났고 영업을 중지하게 되었습니다. 이후 甲 회사는 파산선고를 받았는데, 乙 회사가 丙 회사 등을 상대로 양수금의 지급을 구하는 이 사건 소를 제기하자 甲 회사의 파산관재인은 부인권을 행사하면서 독립당사자참가를 하였습니다.

### 2. 쟁점

가. 편파행위의 의미 및 채무자 아닌 제3자의 행위가 부인권의 대상이 되는지 여부

나. 甲 회사 및 乙 회사의 행위가 사회적 상당성이 인정되는 행위로서 부인권의 대상이 될 수 없는지 여부



다. 수익자인 乙 회사의 선의 여부 및 입증책임의 문제

### 3. 판시사항

가. 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제391조 제1호에서 정한 부인의 대상으로 되는 행위인 '채무자가 파산채권자를 해하는 것을 알고 한 행위'에는 총 채권자의 공동담보가 되는 채무자의 일반재산을 파산재단으로부터 일탈시킴으로써 파산재단을 감소시키는 행위뿐만 아니라, 특정한 채권자에 대한 변제나 담보의 제공과 같이 그 행위가 채무자의 재산관계에 영향을 미쳐 특정한 채권자를 배당에서 유리하게 하고 이로 인하여 파산채권자들 사이의 평등한 배당을 저해하는 이른바 편파행위도 포함됩니다.

나. 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제391조 제1호에 의하면, 부인의 대상은 원칙적으로 채무자의 행위라고 할 것이나, 다만 채무자의 행위가 없었다고 하더라도 예외적으로 채무자와의 통모 등 특별한 사정이 있어서 채권자 또는 제3자의 행위를 채무자의 행위와 동일시할 수 있는 사유가 있는 경우에는 예외적으로 채권자 또는 제3자의 행위도 부인의 대상으로 할 수 있습니다(대법원은 본 사안에 관하여 甲 회사와 乙 회사 사이의 약정은 甲 회사의 乙 회사에 대한 세척사 대금 채무를 담보하기 위하여 甲 회사의 丙 등에 대한 레미콘 대금 채권에 관하여 채권양도를 목적으로 하는 이른바 '예약형 집합채권의 양도담보'에 해당한다고 판시하였습니다. 또한 위 약정은 예약을 일방적으로 완결할 수 있는 예약완결권을 乙 회사에 부여함과 동시에 甲 회사의 대금 채권 중에서 대물변제로서 양도·양수할 대금 채권을 선택할 수 있는 선택권을 乙 회사에 부여하기로 하는 한편 乙 회사가 선택권과 예약완결권을 행사하는 경우 실효성과 편의를 위하여 乙 회사로 하여금 甲 회사를 대리하여 제3채무자들에게 채권양도사실을 통지할 수 있도록 甲 회사가 乙 회사에 대리권을 부여한 계약이고, 이와 같은 예약형 집합채권의 양도담보 계약의 경우, 그로 인한 권리변동의 효력은 약정이 이루어짐으로써 즉시 발생하는 것이 아니라 예약완결권이 행사됨으로써 비로소 발생하는 것이고 이러한 예약완결권의 행사는 채무자 아닌 제3자(乙회사)의 행위이기는 하나 乙회사의 예약완결 의사표시가 실질적으로 甲회사의 행위와 동일시할 만한 특별한 사정이 있었다고 보아 그 행위가 채무자

회생 및 파산에 관한 법률 제391조 제1호에 정한 부인의 대상에 해당한다고 본 원심판단을 수긍하였습니다).

다. 파산절차상 부인의 대상이 되는 행위가 파산채권자에게 유해하다고 하더라도 행위 당시 개별적·구체적 사정에 따라서는 당해 행위가 사회적으로 필요하고 상당하였다거나 불가피하였다고 인정되어 일반 파산채권자가 파산재단의 감소나 불공평을 감수하여야 한다고 볼 수 있는 경우가 있을 수 있고, 그와 같은 예외적인 경우에는 채권자 평등, 채무자 보호와 파산 이해관계의 조정이라는 법의 지도이념이나 정의관념에 비추어 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제391조에서 정한 부인권 행사의 대상이 될 수 없다고 보아야 하며, 여기에서 행위의 상당성 유무는 행위 당시 채무자의 재산 및 영업 상태, 행위의 목적·의도와 동기 등 채무자의 주관적 상태를 고려함은 물론, 변제행위에서는 변제자금의 원천, 채무자와 채권자와의 관계, 채권자가 채무자와 통모하거나 동인에게 변제를 강요하는 등 영향력을 행사하였는지 등을 기준으로 하여 신의칙과 공평의 이념에 비추어 구체적으로 판단하여야 합니다.

라. 甲회사가 예금부족으로 1차 부도가 났는데, 乙회사로부터 세척사를 공급받으면서 대금에 관하여 약속어음을 교부하여 오다가 乙회사로부터 지급기일을 연장받으면서 그에 대한 담보로 甲회사의 거래처 丙 등에 대한 레미콘 대금 채권을 乙회사에 양도하기로 하는 내용의 약정을 체결하였고, 乙회사가 甲회사에 대한 세척사 대금을 지급받기 위하여 위 약정 당시 甲회사로부터 교부받은 채권양도계약서와 채권양도통지서의 백지 부분을 보충하여 丙 등에게 채권양도통지를 하였는데, 乙회사가 예약완결 의사표시를 한 당일 甲회사가 2차 부도가 났으며 당일 영업을 중단하였고 이후 여신거래정지처분을 받은 사안에서, 甲회사가 거액의 약속어음을 결제하지 못하여 부도에 이를 것이 예상되는 상황에서 乙회사에 교부하였다가 지급기일을 연장한 약속어음의 지급기일이 도래하지 않았음에도 채권자 중의 1인인 乙회사와 위 약정을 체결한 행위를 사회적으로 상당하고 불가피하여 일반 파산채권자가 그로 인한 파산재단의 감소나 불공평을 감수하여야 할 경우라고 볼 수 없다고 한 사례입니다.

마. 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제391조 제1호에서 정하는 부인의 대상이 되는 행위라고 하더라도 이로 인하여 이익을 받은 자가 행위 당시 파산채권자를 해하게 되는

사실을 알지 못한 경우에는 부인할 수 없으나, 그와 같은 수익자의 악의는 추정되므로, 수익자 자신이 선의에 대한 증명책임을 부담합니다.

#### 4. 검토

위 대법원 판결을 통하여 ① 부인의 대상이 되는 편파행위의 의미, ② 채무자의 행위 외에 예외적으로 제3자의 행위가 부인의 대상이 될 수 있는 요건, ③ 부인권 행사가 부정되는 "사회적 상당성"의 판단 기준 및 ④ 수익자의 선·악의에 대한 입증책임 등 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따른 부인권 행사요건과 관련한 대법원의 기본적인 입장을 확인할 수 있습니다.

5. 다운로드 : [대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다56637, 56644](#)

#### 【가사】유언집행자의 해임

최승수 변호사 | 마상미 변호사

#### 1. 결정의 요지

지정 또는 선임에 의한 유언집행자에게 임무해태 또는 적당하지 아니한 사유가 있는 때에는 법원은 상속인 기타 이해관계인의 청구에 의하여 유언집행자를 해임할 수가 있으나(민법 제1106조), 유언집행자는 유증의 목적인 재산의 관리 기타 유언의 집행에 필요한 모든 행위를 할 권리의무가 있을 뿐만 아니라(민법 제1101조), 유언의 집행에 필요한 범위 내에서는 상속인과 이해 상반되는 사항에 관하여도 중립적 입장에서 직무를 수행하여야 하므로(대법원 2001. 3. 27. 선고 2000다26920 판결, 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009다20840 판결 등 참조), 유언집행자가 유언의 해석에 관하여 상속인과 의견을 달리한다거나 혹은 유언집행자가 유언의 집행에 방해되는 상태를 야기하고 있는 상속인을 상대로 유언의 충실한 집행을 위하여 자신의 직무권한 범위에서 가압류신청 또는 본안 소송을 제기하고 이로 인해 일부 상속인들과 유언집행자 사이에 갈등이 초래되었다는

사정만으로는 유언집행자의 해임사유인 '적당하지 아니한 사유'가 있다고 할 수 없으며, 일부 상속인에게만 유리하게 편파적인 집행을 하는 등으로 공정한 유언의 실현을 기대하기 어려워 상속인 전원의 신뢰를 얻을 수 없음이 명백하다는 등 유언집행자로서의 임무수행에 적당하지 아니한 구체적 사정이 소명되어야 할 것입니다.

## 2. 해설

A는 유언으로 B를 유언집행자로 지정하였고, 유언에 따른 분배대상 재산에는 부동산과 금융자산이 있었습니다. 상속개시 이후 위 금융자산 대부분이 이미 인출되었음을 알게 된 B는 A의 상속인 C 등에게 기인출된 금원의 반환을 요구하면서 아직 인출되지 않고 남아있던 약 1억 2300만 원을 B의 예금계좌로 이체시켜 보관하였습니다.

원심은 유언의 효력 및 유언철회 여부에 대해 B와 C 등 사이에 분쟁이 있어 왔음에도 B가 C 소유의 집을 가압류하거나 이미 상속재산을 분배받은 망인의 배우자인 F의 위임도 없이 C 등에 대하여 가압류 신청을 하여 상속인들 전원의 신뢰를 얻고 있지는 못한 점, 가사 C 등이 유언공정증서에서 분배대상으로 적시한 예금채권을 인출하여 보관하고 있거나 그 유언의 효력이 기인출된 예금채권에 미친다고 하더라도 그러한 사유만으로 B가 자신의 예금계좌에 보관하고 있는 위 금원의 분배를 거절하는 것은 부당하다고 보이는 점에 비추어 B는 유언집행자로서 적당하지 않은 사유가 있다고 봄이 상당하다고 판단하였습니다.

그러나 대법원은 망인의 유언에 따라 공동상속인들에게 분배되어야 할 금융자산 대부분이 인출되어 C 등이 보관 중이라면 유언집행자인 B로서는 위 유언의 충실한 집행을 위해 자신이 소송당사자가 되어 직접 C 등에게 그 반환을 구하는 소를 제기하거나 가압류 등 보전조치를 취할 권한과 의무가 있다고 할 것이고, 나아가 기인출된 예금채권의 규모와 C 등 각자가 보관 중인 금원의 내역 등이 정확히 파악되지 않고서는 유언의 취지대로 각 수증자들에게 분배 또는 반환받을 액수를 확정할 수 없는 점에 비추어 볼 때, B가 유언집행자의 지위에서 보관 중인 위 예금채권에 대한 C 등의 분배요구를 거절하였다고 하여 이를 임무해태 내지 불공정한 직무수행으로 단정하기도 어렵다고 판단하였습니다.

대법원은 일부 상속인들과 유언집행자 사이에 갈등이 초래되었다는 사정만으로는 유언 집행자를 해임할 수 없고, 일부 상속인에게만 유리하게 편파적인 집행을 하는 등으로 공정한 유언의 실현을 기대하기 어려워 상속인 전원의 신뢰를 얻을 수 없음이 명백하다는 등 유언집행자로서의 임무수행에 적당하지 아니한 구체적 사정이 소명되어야 유언집행자를 해임할 수 있음을 명백히 하였습니다.

3. 다운로드 : [대법원 2011. 10. 27. 선고 2011스108](#)

## [가사]민법 제 1066 조 제 1 항 위헌소원

최승수 변호사 | 마상미 변호사

### 1. 결정의 요지

자필증서에 의한 유언에 있어서 '주소의 자서'를 유효요건으로 규정하고 있는 민법 제 1066조 제1항 중 '주소' 부분은 헌법에 위반되지 않습니다.

이 사건 법률조항은 유언자의 인적 동일성을 명확히 함으로써 유언자의 사망 후 그 진의를 확보하고, 상속재산을 둘러싼 이해 당사자들 사이의 법적 분쟁과 혼란을 예방하여 법적 안정성을 도모하고 상속제도를 건전하게 보호하기 위한 것이므로 그 입법목적은 정당하고, 성명의 자서로 유언자의 인적 동일성이 1차적으로 특정될 것이지만 특히 동명이인의 경우에는 유언자의 주소가 그 인적 동일성을 확인할 수 있는 간편한 수단이 될 수 있을 뿐만 아니라 전문, 성명의 자서에다 주소의 자서까지 요구함으로써 유언자로부터 하려금 보다 신중하고 정확하게 유언의 의사를 표시하도록 하기 위한 것이므로 입법 목적을 달성할 수 있는 적절한 수단입니다.

한편, 자필증서에 의한 유언에서 자서를 요구하는 주소는 유언자의 생활의 근거가 되는 곳이면 되고, 반드시 주민등록법에 의하여 등록된 곳일 필요가 없으므로 자필증서에 의한 유언을 할 정도의 유언자라면 쉽게 이를 기재할 수 있을 뿐만 아니라, 주소의 기재는 반드시 유언전문과 동일한 지면에 하여야 하는 것은 아니며, 유언증서로서의 일체성이

인정되는 이상 주소는 유언증서를 담은 봉투에 기재하여도 무방하므로 유언의 자유에 대한 침해를 최소화할 수 있고, 유언의 요식주의를 취하는 이상, 유언을 하는 자가 당연히 작성할 것이라고 기대되는 '유언의 전문, 유언자의 성명' 등과 같은 최소한의 내용 이외에 다른 형식적인 기재 사항을 요구하는 것은 유언의 요식주의를 관철하기 위한 불가피한 선택이라고 볼 수 있으며, '주소의 자서'는 다른 유효요건과는 다소 다른 측면에서 의연히 유언자의 인적 동일성 내지 유언의 진정성 확인에 기여하는 것이므로 기본권 침해의 최소성 원칙에 위반되지 않을 뿐 아니라 법익균형성의 요건도 갖추고 있습니다.

따라서 이 사건 법률조항은 유언자의 재산권과 일반적 행동자유권을 침해하지 아니합니다.

## 2. 해설

유언은 반드시 민법이 정한 방식에 의하여야만 효력이 발생합니다. 민법이 정한 방식은 자필증서, 녹음, 공정증서, 비밀증서, 구수증서 이상 5가지 입니다. 이중 자필증서에 의한 유언은 전문과 연월일, 주소, 성명을 자서하고 날인하여야 하며, 문자의 삽입, 삭제 또는 변경을 할 때에는 유언자가 이를 자서하고 날인하여야 합니다(민법 제1066조).

그런데 자필증서로 유언을 하면서 주소를 기재하지 않는 경우들이 있는데, 이 경우 판례는 일관되게 주소가 기재되지 않은 자필증서에 의한 유언은 무효라고 판단하고 있습니다. 헌법재판소도 2008. 12. 26. 선고 2007헌바128 결정에서 "유언의 전문, 유언자의 성명 등과 같은 최소한의 내용 이외에 다른 형식적인 기재사항을 요구하는 것은 유언의 요식주의를 관철하기 위한 불가피한 선택에 해당해 헌법에 위반되지 않는다"고 판시한 바 있습니다. 이번 헌법재판소 결정도 이와 동일한 결론을 내렸습니다.

다만 헌법재판관 중 4인은 주소를 반드시 기재하도록 요구하는 것은 불필요하게 중복적인 요건을 과하는 것이고, 주소가 흠결 되어 유언이 무효로 된다면 유언자의 진의가 관철될 여지가 전혀 없어지게 된다고 보아 헌법에 위반된다는 반대의견을 제시하였습니다. 이번에는 위헌결정을 위한 정족수 6인을 채우지 못하였지만, 현재 헌법재판관 8인 중 절반이 위헌의견을 제시한 점에 비추어 향후 다시 위헌소원이 제기된다면 결론이 달라지게 될 여지도 있습니다.

## 3. 다운로드 : [헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2010헌바250](#)



(최신 판례)

**【제약·바이오·의료】제약회사에 대한 의약품 하자에 따른 손해배상청구 입증책임 완화**

신민 변호사 | 서준희 변호사

## 1. 사실관계

피고 주식회사 녹십자홀딩스는 1990년 초반 무렵부터 B형 혈우병 치료제인 핵나인 (Facnyne, 이하 '이 사건 혈액제제'라 합니다)을 제조하여 유통하였는데, 그 무렵 우리나라의 B형 혈우병 환자들에게서 집단적으로 HIV 감염이 확인되었습니다. 원고들은 이 사건 혈액제제에 의하여 HIV 감염이 되었음을 주장하면서 이 사건 소를 제기하였습니다.

## 2. 쟁점

가. 이 사건 혈액제제의 결함과 원고들의 발병 사이에 인과관계 존부

나. 소멸시효의 기산점 및 완성 여부

## 3. 판시사항

가. 바이러스에 감염된 환자가 제약회사를 상대로 바이러스에 오염된 혈액제제를 통하여 감염되었다는 것을 손해배상책임의 원인으로 주장하는 경우, 혈액제제 결함 또는 제약회사 과실과 피해자 감염 사이에 인과관계가 있는지에 관한 증명책임의 정도 및 판단기준

의약품의 제조물책임에서 손해배상책임이 성립하기 위해서는 의약품의 결함 또는 제약회사의 과실과 손해 사이에 인과관계가 있어야 합니다. 그러나 의약품 제조과정은 대개 제약회사 내부자만이 알 수 있을 뿐이고, 의약품 제조행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 일반인들이 의약품의 결함이나 제약회사의 과실을 완벽하게 입증하는 것은 극히 어렵습니다. 따라서 환자인 피해자가 제약회사를 상대로 바이러스에 오염



된 혈액제제를 통하여 감염되었다는 것을 손해배상책임의 원인으로 주장하는 경우, 제약 회사가 제조한 혈액제제를 투여받기 전에는 감염을 의심할 만한 증상이 없었고, 혈액제제를 투여받은 후 바이러스 감염이 확인되었으며, 혈액제제가 바이러스에 오염되었을 상당한 가능성이 있다는 점을 증명하면, 제약회사가 제조한 혈액제제 결함 또는 제약회사 과실과 피해자 감염 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 증명책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 부합합니다. 여기서 바이러스에 오염되었을 상당한 가능성은, 자연과학적으로 명확한 증거가 없더라도 혈액제제의 사용과 감염의 시간적 근접성, 통계적 관련성, 혈액제제의 제조공정, 해당 바이러스 감염의 의학적 특성, 원료 혈액에 대한 바이러스 진단방법의 정확성 정도 등 여러 사정을 고려하여 판단할 수 있습니다. 한편 제약회사는 자신이 제조한 혈액제제에 아무런 결함이 없다는 등 피해자의 감염원인이 자신이 제조한 혈액제제에서 비롯된 것이 아니라는 것을 증명하여 추정을 반복시킬 수 있으나, 단순히 피해자가 감염추정기간 동안 다른 회사가 제조한 혈액제제를 투여 받았거나 수혈을 받은 사정이 있었다는 것만으로는 추정이 반복되지 않습니다.

나. 혈우병 환자인 甲 등이 乙 주식회사가 제조·공급한 혈액제제로 인하여 HIV에 감염되었는지가 문제된 사안에서, 乙 회사가 제조한 혈액제제 결함 또는 乙 회사 과실과 甲 등의 HIV 감염 사이에 인과관계가 추정된다고 한 사례

혈우병 환자인 甲 등이 乙 주식회사가 제조·공급한 혈액제제로 인하여 HIV(인간면역결핍바이러스, Human Immunodeficiency Virus)에 감염되었는지가 문제된 사안에서, 甲 등이 乙 회사가 제조한 혈액제제를 투여받기 전에는 감염을 의심할 만한 증상이 없었고, 乙 회사가 제조한 혈액제제를 투여받은 후 바이러스 감염이 확인되었으며, 혈액제제가 HIV에 오염되었거나 오염되었을 상당한 가능성이 있으므로, 乙 회사가 제조한 혈액제제의 결함 또는 乙 회사의 과실과 甲 등의 HIV 감염 사이에 인과관계가 있다고 추정되고, 감염혈액을 제공하였을 것으로 추정되는 사람이 보유한 HIV의 유전자 정보와 甲 등이 보유한 HIV의 유전자 정보가 정확히 일치하지 않는다거나, 일부 환자들이 HIV 오염 여부를 알 수 없는 외국산 혈액제제 또는 수혈을 받은 사정만으로 위 추정이 반복된다고 할 수 없다고 한 사례입니다.

다. 감염의 잠복기가 길거나 감염 당시에는 장차 병이 어느 단계까지 진행될 것인지 예

측하기 어려운 경우, 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효 기산점 불법행위에 기한 손해배상채권에 있어서 민법 제766조 제2항에 의한 소멸시효의 기산점이 되는 '불법행위를 한 날'이란 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미합니다. 그런데 감염의 잠복기가 길거나, 감염 당시에는 장차 병이 어느 단계까지 진행될 것인지 예측하기 어려운 경우, 손해가 현실화된 시점을 일률적으로 감염일로 보게 되면, 피해자는 감염일 당시에는 장래의 손해 발생 여부가 불확실하여 청구하지 못하고 장래 손해가 발생한 시점에서는 소멸시효가 완성되어 청구하지 못하게 되는 부당한 결과가 초래될 수 있습니다. 따라서 위와 같은 경우에는 감염 자체로 인한 손해 외에 증상의 발현 또는 병의 진행으로 인한 손해가 있을 수 있고, 그러한 손해는 증상이 발현되거나 병이 진행된 시점에 현실적으로 발생한다고 볼 수 있습니다.

#### 4. 해설

민법상 일반 불법행위의 경우 피해자인 청구권자가 손해발생 및 인과관계에 대한 입증 책임을 부담함이 원칙이나, 대법원은 제조물책임 소송, 의료소송, 환경소송과 같은 특수한 영역에 대한 피해자의 입증 책임을 완화하고 있습니다. 본 판결은 의약품으로 인해 발생한 피해에 관하여 제약회사를 상대로 손해배상을 청구하는 사건에 있어서도 "공평·형평의 원칙에 입각한 인과관계의 추정 및 입증책임의 완화"라는 입장을 견지하고 있는 것으로 해석됩니다.

뿐만 아니라 대법원은 민법 제766조 제2항에 의한 소멸시효의 기산점이 되는 '불법행위를 한 날'의 의미에 관하여 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미한다고 해석해 왔는데, 본 판결에서는 감염의 잠복기가 길거나, 감염 당시에는 장차 병이 어느 단계까지 진행될 것인지 예측하기 어려운 경우 감염 자체로 인한 손해 이외에 그 증상의 발현 또는 병의 진행으로 인한 손해에 관하여는 증상이 발현되거나 병이 진행된 시점에 현실적으로 발생하였다고 볼 수 있다고 판시하여, 감염이라는 하나의 가해행위로 인하여 발생하는 손해에 관하여 각기 소멸시효가 진행할 수 있다는 입장을 밝힌 것으로 해석됩니다.

#### 5. 다운로드 : [대법원 2011. 9. 29. 선고 2008다16776](#)

(최신 판례)

**【노동】노조가 자주적으로 사용자로부터 획득한 전임자 급여지급의 경우 타임오프 위반  
해도 처벌할 수 없다**

김성수 변호사 | 이광선 변호사

## 1. 판결의 요지

- 노조법 제24조 제2항과 제81조 제4호가 규정한 노동조합 전임자 급여 지급 금지는 노동조합이 자주성을 상실하여 그 전임자 급여 지급이 사용자의 지배·개입으로 해석될 수 있는 경우에 한하여 적용되는 것이다.
- 따라서 노동조합이 자주성을 잃지 않고 단결과 교섭력과 단체 행동으로 사용자로부터 획득한 전임자 급여 지급에 대해서는 노조법 제24조 제2항과 제81조 제4호가 적용되지 않는다.
- 노조법 부칙 제3조 및 제8조를 해석하면 전임자급여지급 금지규정은 2010. 7. 1. 부터 적용된다.

## 2. 사실관계

산업별 노동조합인 원고는 2010. 6. 29. 00주식회사와 노조전임자에게 급여를 지급한다는 내용의 단체협약을 체결하였고, 이에 대해 피고(중부지방고용노동청장)가 위 단체협약이 노조법에 위반된다는 이유로 시정명령을 하였습니다. 이에 원고가 법원에 피고의 시정명령을 취소해 달라는 소를 제기한 사안입니다.

## 3. 판결의 의의

2010. 1. 1. 개정된 노조법에 들어간 노조전임자 임금지급금지 규정과 타임오프제의 적용과 관련하여 판시한 최초의 판례인 것으로 보입니다. 물론 과거 대법원도 투쟁의 결과로 얻어진 전임자 급여지급은 부당노동행위가 아니라고 판단하기는 하였지만(대법원 1991. 5. 28. 선고 90누6392 판결), 이는 노조전임자 급여지급 금지가 법제화되기 전의

판례입니다. 노조법이 개정된 이후 동 사건에서 법원은 노조법 제24조 제2항과 제81조 제4호가 노동조합이 자주성을 잃지 않고 교섭력과 단체행동으로 사용자에게 획득한 전임자 급여 지급에 대해서도 적용된다면 이는 헌법에 합치되지 않는다는 해석을 하고 있습니다. 나아가 법원은 이 규정을 적용하기 위해 노동조합이 자주성을 상실하였고 이것이 사용자의 지배·개입에 해당한다는 점을 입증할 책임을 그 조항 적용을 주장하는 자에게 있다고 판시하였습니다. 타임오프제도가 시행된 이후 현재 이 사건은 서울고등법원에서 항소심이 진행 중에 있는 바 향후 서울고등법원이 어떤 판단을 내릴지 귀추가 주목됩니다. 특히, 타임오프제도가 시행된 이후 하급심법원에서는 수 차례 타임오프 한도를 초과하여 전임자에게 임금을 지급한 사용자에게 벌금형을 선고하였고, 현재도 여러 건의 형사재판 및 수사가 진행 중에 있어서 위 판결이 추후 타임오프제도에 어떤 영향을 미칠지 주목할 필요가 있습니다.

#### 4. 다운로드 : [인천지법 2011. 9. 8.선고 2010구합4968](#)

**【노동】노조의 상급단체 설립, 가입 또는 탈퇴에 관한 사항이 노동조합 규약에 기재되어 있을 때 특별결의를 거쳐야 한다**

김성수 변호사 | 이광선 변호사

### 1. 판결의 취지

'연합단체의 설립·가입 또는 탈퇴에 관한 사항'이 노동조합의 규약에 기재된 이상 그에 관한 내용을 실질적으로 변경하는 결의는 '규약의 제정·변경에 관한 사항'에 해당하여 노동조합의 특별결의를 요한다고 보는 것이 상당하고, 따라서 이 사건 의결은 노조법 제16조제2항 단서에 규정된 '규약의 제정·변경'에 관한 사항에 해당함에도 출석조합원의 53.02%의 찬성에 그쳐 재적조합원 과반수의 출석조합원 3분의 2이상의 찬성인 의결정족수를 충족하지 못하였으므로 무효라고 봄이 옳다.

### 2. 사실관계

피고 노동조합은 민주노총에 가입되어 있었고, 피고의 조합규약 제5조의1도 '본 조합은 민주노총에 가입한다'라고 규정되어 있었습니다. 이에 피고는 2011. 4. 27. 부터 같은 달 28.까지 '새로운 상급단체 설립가맹 및 민주노총 탈퇴를 안건으로 하여 조합원 총투표를 실시하였는바, 투표결과 조합원 8,639명 중 8,197명(94.88%)이 투표에 참여하여, 4,346명(53.02%)이 찬성하고, 3,822명(46.63%)이 반대한 것으로 집계되어 피고는 이 사건 안건이 가결되었다고 발표하였습니다.

### 3. 판결의 의의

노조법은 '소속된 연합단체가 있는 경우에는 그 명칭'을 노동조합의 규약에 기재하여야 하도록 규정하고(제11조 제5호), '규약의 제정·변경에 관한 사항'은 노동조합의 특별결의(재적조합원의 과반수의 출석과 출석조합원 3분의 2 이상의 찬성) 사항으로 규정하고 있습니다(제16조 제2항). 그런데 한편 노조법은 '연합단체의 설립·가입 또는 탈퇴에 관한 사항'을 총회의 의결사항으로 규정하면서도(제16조 제1항 제6호), 같은 조 제2항에서는 이를 특별결의 대상으로 명시적으로 나열하고 있지는 아니하고 '연합단체의 설립·가입 또는 탈퇴에 관한 사항'은 노동조합의 특별결의가 아닌 일반결의(재적조합원 과반수의 출석과 출석조합원 과반수의 찬성)로 가결여부를 판단할 수 있는 사항으로 볼 수 있을지 문제가 되어 왔습니다. 이에 대해 서울동부지방법원은 상급단체의 변경은 노동조합의 특별결의를 요한다고 판시하였습니다. 현재 이 사건은 서울고등법원에서 항소심이 진행 중에 있습니다.

### 4. 다운로드 : [서울동부지법 2011. 10. 28 선고 2011가합11649](#)

(최신 판례)

**【노동】사용자가 해고사유를 서면으로 통지할 때에는 해고의 사유가 되는 구체적인 사실을 기재해야 한다**

김성수 변호사 | 이광선 변호사

## 1. 판결의 취지

사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고의 사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 하고, 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위내용을 기재하여야 하며 징계대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없다.

## 2. 사실관계

피고 인사소위원회는 2008. 10. 9. 원고에 징계혐의사실에 대하여는 아무런 언급 없이 출석 일시, 출석 목적, 심의내용:사규위반, 관련근거 조항만을 나열한 채 출석요구 통보서를 발송하였고, 원고가 계속 출석하지 아니하자 2008. 10. 20. 원고에 대하여 해고를 결정한 후 2008. 10. 22. 원고에게 "징계사유:사규위반, 심의결과:해고"라고 기재된 심의결과 통보서를 발송하였습니다.

## 3. 판결의 의의

근로기준법 제27조는 '사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 그 효력이 있다'고 규정하고 있습니다. 이는 해고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 함과 아울러, 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지의 규정입니다. 동 판례는 근로기준법 제27조를 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위내용을 기재하여야 한다는 것으로 해석하였다는 점에서 의의가 있는 판결이라고 하겠습니다.

4. 다운로드 : [대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324](#)

(최신 판례)

**【노동】도급회사가 하도급회사의 근로자를 실질적, 구체적으로 지배 결정할 수 있는 지위에 있으면 단체교섭의 당사자로서 사용자에게 해당한다**

김성수 변호사 | 이광선 변호사

## 1. 판결의 취지

단체교섭의 당사자로서의 사용자라 함은 근로계약관계의 당사자로서의 사용자에게 한정하지 않고 비록 근로계약관계의 당사자가 아니라고 하더라도 단체교섭의 대상이 되는 근로조건에 관한 사항의 전부 또는 일부에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있으면 단체교섭의 당사자로서의 사용자에게 해당한다고 볼 것이다.

## 2. 사실관계

채권자는 공공 및 사회서비스 업종에 종사하는 근로자들을 조직대상으로 하여 설립된 전국단위 산업별 노동조합이고, 채무자는 주식회사00과 청소 및 시설관리 도급계약을 체결한 자입니다. 여기서 주식회사00과 근로계약을 체결한 청소용역 근로자들이 채무자 사업장에서 근무하던 도중 그 일부가 채권자 노동조합에 가입하였습니다. 이에 채권자가 수차례에 걸쳐 채무자에게 단체교섭을 요구하였으나 채무자가 이에 응하지 않아 채권자가 가처분을 신청한 사건입니다.

## 3. 판결의 의의

노조법상 부당노동행위의 주체인 사업자 개념에 대해 대법원은 그 동안 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계가 존재하는 경우에만 노조법상 사용자임을 인정하였고, 이에 대해서 학설은 부당노동행위에 대해서 사용자의 개념이 확대될 필요성이 있다는 비판적인 시각이 많았습니다. 이에 지난 2010. 3. 25. 대법원은 최초로 근로계약관계가 없는 원청회사도 하청회사의 간접고용 노동자들에 대하여 근로관계상 여러 이익에 대하여 실질적인 지배력과 영향력이 있다면 노조법상 사용자이므로 부당노동행위의 주체로서 책임을



저야 한다는 것을 명확히 하였습니다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결). 동 판례도 이와 같은 대법원 판결 취지를 이어 받아 도급회사의 사용자성을 인정하였다는 점에서 그 의의가 있다고 하겠습니다.

#### 4. 다운로드 : [대전지법 2011. 10. 6.자 2011카합782](#)

**【노동】외국인근로자가 사업장을 3회 초과하여 변경하는 것을 금지하는 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제 25 조 제 4 항은 직장 선택의 자유를 침해하여 위헌이다**

김성수 변호사 | 이광선 변호사

### 1. 결정의 요지

직업의 자유 중 직장선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이므로, 외국인도 제한적으로라도 직장 선택의 자유를 향유할 수 있다고 보아야 한다.

### 2. 사실관계

외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항은 외국인근로자는 자신이 근로하는 사업장을 3회 초과하여 변경하는 것을 금지하고 있는데, 외국인 근로자인 청구인은 위 법률조항이 자신의 직업선택의 자유, 근로의 권리를 침해한 위헌이라고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였습니다.

### 3. 결정의 의의

동 결정은 외국인 근로자도 직업선택의 자유의 주체가 될 수 있다는 점을 최초로 확인하였다는 점에서 의의가 있다고 하겠습니다. 이에 대해서는 기본권의 주체를 '모든 국민'으로 명시한 우리 헌법의 문언, 기본권 주체에서 외국인을 제외하면서 외국인에 대해서는 국제법과 국제조약으로 법적지위를 보장하기로 결단한 우리 헌법의 제정사적 배경 등을 고려하여 볼 때 외국인은 기본권을 보유할 수 없다는 반대의견이 있었습니다.

참고로 동 사건에서 헌법재판소는 외국인의 기본권 주체성은 인정하는데 그치고, 이 사건 조항의 위헌여부에 대해서는 '외국인근로자의 언어적, 문화적 적응기간의 필요성, 국가안전보장, 질서유지를 위한 외국인근로자에 대한 체계적 관리의 필요성 등에 비추어 보면 이 사건 시행령조항이 합리적인 이유 없이 현저히 자의적이라고 볼 수 없고, 청구인들의 직장 선택의 자유를 침해하지 아니한다'고 결정하였습니다.

4. 다운로드 : [헌법재판소 2011. 9. 29. 자 2007헌마1083](#)

**【노동】업무상 장애가 아닌 다른 사유로 기존 장애를 갖고 있더라도 업무상 재해로 기존 장애가 심해진 경우 산업재해보상보험법상 장애급여를 청구할 수 있다**

김성수 변호사 | 이광선 변호사

## 1. 판결의 취지

산업재해보상보험법 시행령 제53조제4항은 이미 장애가 있는 부위에 업무상 재해로 그 정도가 더 심해진 경우 그 부분에 한하여 장애보상을 한다는 데 그 취지가 있는 바, 이 사건 규정의 문언, 취지 및 그 개정 경과 등에 비추어 보면, 이 사건 규정 중 '이미 장애가 있던 사람'에서 말하는 '장애'란 업무상 재해로 인한 장애 여부를 불문한다고 해석함이 타당하다.

## 2. 사실관계

원고는 업무상 재해가 아닌 다른 사유로 인한 기존 장애를 가지고 있는 자인데, 이후 산업재해보상보험법상 업무상 재해를 입었습니다. 이에 원고는 원고가 산업재해보상보험법상 이미 장애가 있던 사람에 해당하지 않음을 이유로 피고 근로복지공단을 상대로 장애급여지급을 청구하였습니다.

이에 대해 원심인 서울고등법원은 '이미 장애가 있던 사람'에서 말하는 '장애'란 업무상 재해로 인한 장애 여부를 불문한다고 해석함이 타당하므로 업무상 재해가 아닌 다른 사

유로 인한 원고의 기존 장애를 기준으로 원고가 업무상 재해로 입은 부상으로 같은 부위의 장애 정도가 더 심해졌는지 여부, 즉 업무상 재해로 새롭게 장애가 더해진 결과 현존하는 장애의 장애등급이 기존장애의 장애등급보다 중하게 되었는지를 판단하였습니다.

### 3. 판결의 의의

구 산업재해보상보험법 시행령 제31조제4항은 기존 장애와 관련하여 괄호 안에 '업무상 재해 여부를 불문한다'고 명시적으로 규정되어 있었는데 현행 산업재해보상보험법 시행령에는 이와 같은 괄호 부분이 삭제되었습니다. 이에 현행법 하에서는 업무상 재해만 기존 장애로 인정되는지 여부가 문제될 수 있는데, 법원은 이에 대해 개정된 산업재해보상보험법이 그 시행령에 괄호부분을 삭제한 것은 개정된 개정법에 '장애'에 관한 정의 규정을 신설하였기 때문에 삭제한 것에 불과하므로, 개정법 하에서도 기존 장애는 업무상 재해로 인한 장애 여부를 불문한다고 해석하는 것이 타당하다고 판시하였습니다.

### 4. 다운로드 : [대법원 2011. 10. 27. 선고 2011두15640](#)

(단신)

## '2011 가을 체육대회' 개최

지평지성은 지난 10월 22일, 망원유수지 체육공원에서 전체 변호사 및 임직원, 가족들이 함께 참여한 체육대회를 개최하였습니다.

이번 체육대회는 "하나된 우리, 더 높은 도약 지평지성"이라는 캐치프레이즈 아래 다양한 경기진행과 응원전을 펼치며 구성원들 간의 단합을 다졌습니다.

### [행사사진]

- 지평지성 2011 가을 체육대회



(단신)

## '2011 사랑의 연탄 나눔' 참여

지평지성 변호사 및 임직원 30여 명은 지난 11월 26일 '(사)따뜻한 한반도 사랑의 연탄나눔 운동' 주관의 '2011 사랑의 연탄나눔' 행사에 참여하였습니다.

서울 개포동 구룡마을에서 열린 이번 연탄 나눔 행사에 지평지성은 '(사)따뜻한 한반도 사랑의 연탄나눔운동'에 후원 성금을 기부하고, 지역주민 6가구에 총 1,200장의 연탄을 전달하였습니다.

'(사)따뜻한 한반도 사랑의 연탄나눔운동'은 2004년 6월 남과 북의 어려운 이웃에게 사랑의 연탄을 전달하고자 설립되었으며, 지평지성은 2005년부터 '사랑의 연탄 나눔 운동'을 실천하고 있습니다.

### [관련링크]

- (사)따뜻한 한반도 사랑의 연탄나눔운동 - <http://www.lovecoal.org/>

### [행사사진]

- 지평지성 "2011 사랑의 연탄 나눔"





(단신)

## 강성 대표변호사, 한국상장사협의회에서 'M&A 관련 법률 문제'를 주제로 강의 외



(사진 : 법무법인 지평지성 강성 대표변호사)

지평지성 강성 대표변호사는 지난 11월 11일 한국상장사협의회에서 'M&A 관련 법률 문제'를 주제로 강의하였습니다.

지평지성 강성 대표변호사는 지난 11월 21일 2012년도 한국거래소 코스닥 상장폐지실질심사위원으로 위촉되었습니다.

## 배성진 변호사, '제3회 한중일 도산법대회'에 참석하여 'Labor & Legacy Costs' 세션 발표



(사진 : 법무법인 지평지성 배성진 변호사)

지평지성 배성진 변호사는 지난 10월 29일부터 30일까지 일본 동경에서 개최된 '제3회 한중일 도산법대회'에 참석하여, 'Labor & Legacy Costs' 세션의 주제 발표를 하였습니다.

'제4회 한중일 도산법대회'는 2012년 10월 3일부터 4일까지 양일간 한국에서 개최될 예정입니다.

(단신)

## 김성수 변호사, 법관연수회에서 '변호사가 바라본 전자소송'을 주제로 발표 외



(사진 : 법무법인 지평지성 김성수 변호사)

지평지성 김성수 변호사는 지난 12월 5일 법관연수회에서 '변호사가 바라본 전자소송'을 주제로 발표하였습니다.

지평지성 김성수 변호사는 지난 12월 15일 서울대학교 의과대학 동창회관에서 열린 '흡연과 화재' 세미나에 참석하여 '흡연과 화재 소송의 사례'를 주제로 발표하였습니다.

## 이행규 변호사, '국제화와 외국상장법인의 법적 문제' 세미나에서 발표 외



(사진 : 법무법인 지평지성 이행규 변호사)

지평지성 이행규 변호사는 지난 11월 25일 한국외국어대학교에서 열린 '국제화와 외국상장법인의 법적 문제' 세미나에서 '외국기업의 한국거래소 상장의 실무상 쟁점'을 주제로 발표를 하였습니다.

지평지성 이행규 변호사는 지난 12월 12일 중국 북경에서 개최된 '외국기업 상장제도 개선 내용 설명회' 행사에서 '한국 SPC 설립을 통한 한국거래소 상장'을 주제로 발표하였습니다.

KRX 주최로 열린 이번 행사에는 약 120여명의 관계자들이 참석하였습니다.

### [관련기사]

- 한국경제 - 거래소, 중국서 외국기업 상장제도 베이징 설명회 개최



(단신)

## 박형삼, 김지홍 변호사, 'IHCF(In House Counsel Forum)' 세미나에서 발표



(좌: 법무법인 지평지성 박형삼 변호사 · 김지홍 변호사)

지평지성 박형삼, 김지홍 변호사는 지난 11월 5일 IHCF(In House Counsel Forum) 세미나에서 '카르텔의 최근 규제 동향 및 대응 방안'을 주제로 발표하였습니다.

## 유정훈 변호사, '캄보디아의 외국인투자 관련 법제' 워크숍에서 종합토론자로 참석



(사진 : 법무법인 지평지성 유정훈 변호사)

지평지성 유정훈 변호사는 지난 11월 1일 '캄보디아의 외국인투자 관련 법제'를 주제로 열린 워크숍에서 종합토론자로 참석하였습니다.

이번 워크숍은 한국법제연구원 주관으로 프놈펜 썬웨이 호텔(Sunway Hotel)에서 개최되었고, Poly Pagna 캄보디아 왕립법경대학 교수를 비롯하여 한국법제연구원 부연구위원, 캄보디아 학생들이 다수 참석하였습니다.

(단신)

## 권용숙 변호사, 인도네시아 로펌 AHP(자카르타 소재)에 파견



(사진 : 법무법인 지평지성 권용숙 변호사)

지평지성 권용숙 변호사는 지난 10월 19일 인도네시아 업무수행을 위해 제휴 로펌 중 하나인 인도네시아 로펌 AHP(자카르타 소재)에 파견 근무를 나갔습니다.

## 류혜정 변호사, 유라시아포럼에 토론자로 참석



(사진 : 법무법인 지평지성 류혜정 변호사)

지평지성 류혜정 변호사는 지난 10월 18일 '유라시아 시대로 가는 한반도와 러시아의 파트너십'을 주제로 국제한민족재단이 주최하는 제2회 GPEC 유라시아포럼에 토론자로 참석하였습니다.

이번 포럼은 10월 18일(화)부터 19일(수)까지 양일간 제주도 서귀포 하얏트호텔에서 개최되었으며, 러시아 정부 학계 인사들이 다수 참석하였습니다.

### [관련기사]

- [경향신문 - 유라시아 시대 한반도와 러시아...제주서 포럼](#)

(단신)

## 김희석 변호사, 중부지방국세청 과세품질위원회 위원으로 위촉



(사진 : 법무법인 지평지성 김희석 변호사)

지평지성 김희석 변호사가 중부지방국세청 과세품질위원회 위원으로 위촉되었습니다.

과세품질위원회는 잘못된 과세에 대한 원인 분석 및 개선 방안 등에 관한 업무를 논의하며, 변호사 1인, 공인회계사 2인, 세무사 2인으로 구성되어 있습니다.

## 한승혁 호주변호사, '황해경제자유구역정보'에 '베트남 기업 M&A'를 주제로 칼럼 기고



(사진 : 법무법인 지평지성 한승혁 호주변호사)

지평지성 한승혁 호주변호사는 황해경제자유구역청에서 발간한 '황해경제자유구역정보' 2011 가을호에 '베트남 기업 M&A'라는 제목의 칼럼을 기고하였습니다.

### [관련기사]

- '황해경제자유구역정보' 2011 가을호(30-31페이지)