

■ 목 차

■ 지평지성 소식 ■

- 윤현주 변호사 영입
- 고세훈, 민창욱, 박보영, 엄영신, 이민경, 이승수, 이해원, 허종 변호사 영입
- 법무법인 지평지성, 사무소 이전 인사
- 지평지성, M&A 분야 - 국내 1위, 아시아·태평양 지역 6위
- 지평지성, ALB China Law Awards 2012에서 'Korean Law Firm of the Year - Finalist'에 선정

■ 주요 업무 사례 ■

- (주)한화 무역부문의 분수림 조림사업 계약 체결 관련 자문
- 초음파기기 사용에 관한 한의사들의 헌법소원 사건에서 대한의사협회 등을 대리하여 청구기각 승소
- 최초로 호주기업 'Fast Future Brands'의 한국거래소 상장 관련 자문
- 예금보험공사가 진행하는 고양종합터미널 매각 관련 자문
- MBC를 대리하여 미디어레퍼법 헌법소원
- 경찰공무원을 대리하여 경찰 직급 및 보수체계 관련 헌법소원
- 스타케미칼 전환상환우선주 인수 관련 자문

■ 법률 논단 ■

- [금융] 수족을 둘러싼 오해와 진실
- [금융] 워크아웃채권 매각의 주요 쟁점
- [공정거래] 계열회사에 대한 일감 몰아주기 규제

■ 최신 법령 ■

- [민사] 기술신용보증기금법 일부개정
- [상사] 개정상법상 자기거래의 규제
- [자본시장] 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행규칙 개정
- [금융] 여신전문금융업법 일부개정
- [건설·부동산] 도시개발법 시행령 개정
- [공정거래] 공정거래법 및 과징금 고시 개정
- [지적재산권] 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 개정
- [조세] 상속세 및 증여세법 시행령 등 개정
- [행정] 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 개정
- [형사] 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 개정 외 1

■ 최신 판례 ■

- [민사] 집행문이 잘못 부여된 경우의 구제방법
- [상사] 상장회사 소수주주권의 주식보유기간 요건 반드시 지켜야 하나?
- [건설·부동산] 도시정비사업에서 이전고시의 효력발생 이후, 관리처분계획을 다룰 수 있을까?
- [공정거래] 농약판매시장에서 거래상 지위남용 인정 사례
- [지적재산권] 허가받지 않은 음원서비스 제공의 전송권 침해범위
- [노동] 불법적인 근로자파견에도 직접고용간주규정 적용 외 2
- [조세] 어떤 조세채권이 공익채권이 되나
- [헌법] '건전한 통신윤리의 함양과 표현의 자유
- [행정] 하자보수 거부하면 입찰참가자격 제한된다
- [가사] 상속개시 전 피상속인이 인출한 예금 중 사용처가 불 분명한 금액은 상속받은 것으로 보아 상속세를 부과 하는 상속세법 규정은 합헌이라는 결정례
- [제약·바이오·의료] 한의사의 초음파기기 사용 관련 헌법 소원 사건

■ 단신 ■

- 사무소 이전 기념 행사
- 양영태 대표변호사, 강울리 변호사, 미얀마 네피도에서 열린 '한-미얀마 경제협력 포럼'에 참가
- 양영태 대표변호사, 대한변호사협회 이사로 선임 외 1
- 정재형 변호사, '2012 태국 방콕 기술교류단' 참여 기업과 오찬 간담회 참석
- 김성수 변호사, 8차 의료커뮤니티 모임에서 '의료행위와 한방의료행위의 허용범위'를 주제로 강의 외 1
- 임성택 변호사, SBS 시청자위원회 위원으로 위촉
- 배성진, 배기완 변호사, 삼성화재의 자동차보험 대물 보험금 관련 전문가 세미나에 발표자로 참석

■ 지평지성 소식 ■

윤현주 변호사 영입



(법무법인 지평지성 윤현주 변호사)

지평지성은 4월 2일 윤현주 변호사를 영입하였습니다.

윤현주 변호사는 1992년 서울민사지방법원에서 법관생활을 시작한 이래 서울 서부지원, 춘천지법 강릉지원, 서울고등법원 및 제주지방법원에서 판사와 부장 판사로, 사법연수원에서 교수로 근무하였습니다.

20년 동안 판사로 재직하면서 민사, 형사, 행정사건 등을 재판한 경험을 바탕으로 공정거래사건을 포함한 행정사건 및 민사, 형사 소송 등의 업무 분야에서 법률서비스를 제공하고 있습니다.

■ 지평지성 소식 ■

고세훈 변호사 영입



(법무법인 지평지성 고세훈 변호사)

지평지성은 3월 5일 고세훈 변호사를 영입하였습니다.

고세훈 변호사는 건국대학교 법학전문대학원 제1기 졸업생으로 현재 회사파트에 소속되어 업무를 수행하고 있습니다.

민창욱 변호사 영입



(법무법인 지평지성 민창욱 변호사)

지평지성은 3월 5일 민창욱 변호사를 영입하였습니다.

민창욱 변호사는 서울대학교 법학전문대학원 제1기 졸업생으로 현재 소송파트에 소속되어 업무를 수행하고 있습니다.

박보영 변호사 영입



(법무법인 지평지성 박보영 변호사)

지평지성은 3월 5일 박보영 변호사를 영입하였습니다.

박보영 변호사는 서울대학교 법학전문대학원 제1기 졸업생으로 현재 소송파트에 소속되어 업무를 수행하고 있습니다.

엄영신 변호사 영입



(법무법인 지평지성 엄영신 변호사)

지평지성은 3월 5일 엄영신 변호사를 영입하였습니다.

엄영신 변호사는 서울대학교 법학전문대학원 제1기 졸업생으로 현재 소송파트에 소속되어 업무를 수행하고 있습니다.

이민경 변호사 영입



(법무법인 지평지성 이민경 변호사)

지평지성은 3월 5일 이민경 변호사를 영입하였습니다.

이민경 변호사는 서울대학교 법학전문대학원 제1기 졸업생으로 현재 금융파트에 소속되어 업무를 수행하고 있습니다.

이승수 변호사 영입



(법무법인 지평지성 이승수 변호사)

지평지성은 3월 5일 이승수 변호사를 영입하였습니다.

이승수 변호사는 연세대학교 법학전문대학원 제1기 졸업생으로 현재 회사파트에 소속되어 업무를 수행하고 있습니다.

이해원 변호사 영입



(법무법인 지평지성 이해원 변호사)

지평지성은 3월 5일 이해원 변호사를 영입하였습니다.

이해원 변호사는 연세대학교 법학전문대학원 제1기 졸업생으로 현재 소송파트에 소속되어 업무를 수행하고 있습니다.

허종 변호사 영입



(법무법인 지평지성 허종 변호사)

지평지성은 3월 5일 허종 변호사를 영입하였습니다.

허종 변호사는 서강대학교 법학전문대학원 제1기 졸업생으로 현재 금융파트에 소속되어 업무를 수행하고 있습니다.

■ 지평지성 소식 ■

법무법인 지평지성, 사무소 이전 인사



(사진 : 법무법인 지평지성 본사, KT&G 서대문타워)

저희 법무법인 지평지성이 이번에 사무소를 확대, 이전하여 2012년 3월 19일(월)부터 서대문구 충정로 60에 위치한 'KT&G 서대문타워' 8, 9, 10층에서 업무를 시작하였습니다.

지난 6년간 상공회의소 빌딩에서 고객 여러분들의 성원에 힘입어 나날이

발전한 저희 지평지성은 변호사 규모 확대에 따라 사무소를 확장하여, 더욱 쾌적한 환경에서 고객 여러분들을 모시고, 더욱 충실한 서비스를 제공해 드리고자 사무소를 이전하게 되었습니다.

저희 지평지성은 앞으로도 더욱 정진하여 고객 여러분들에게 실질적인 도움이 되는 최상의 법률서비스를 제공해 드리도록 최선을 다하겠습니다.

그동안 베풀어 주신 관심과 격려에 깊이 감사드리며 변함없는 성원 부탁드립니다.

[이전 내용]

- 새 주소 : 서울 서대문구 충정로 60 KT&G 서대문타워 10층 (우) 120-020
- 대표 전화 : 02-6200-1600 (이전과 동일)
- 대표 팩스 : 02-6200-0800 (이전과 동일)

[약도]



■ 지평지성 소식 ■


지평지성, M&A 분야 - 국내 1위, 아시아·태평양 지역 6위

지평지성이 2012년 1분기 M&A 거래규모 기준 국내 1위(아시아·태평양 지역 6위)에 선정되었습니다.

M&A 전문 평가매체인 Mergermarket(머저마켓) 및 Thomson Reuters(투스 로이터)가 집계한 결과에 따르면, 지평지성은 포스코와 STX를 대리해 호주의 철광석 광산 개발업체인 Roy Hill Holdings Pty Ltd의 지분을 인수하는 거래에 자문을 제공하여 거래규모 기준 국내 1위(아시아·태평양 지역 6위)로 선정되었습니다.

지평지성은 이번 M&A에서 포스코의 주 자문로펌(lead counsel)이 되어 호주 로펌인 Freehills를 현지 로펌으로 활용하며 전체 자문을 주도하였기에 더욱 의미있는 거래로 주목받고 있습니다.

순위	로펌	거래규모(달러 : 백만)
1	Amarchand & Mangaldas & Suresh A Shroff & Co	11,646
2	Luthra & Luthra Law Offices	10,289
3	Jingtian & Gongcheng	9,796
4	Freehills	7,633
5	Latham & Watkins	5,822
6	Jipyong Jisung	3,655
7	Vinson & Elkins	2,896
8	Freshfields Bruckhaus Deringer	2,645
9	Allens Arthur Robinson	2,547
10	Fulbright and Jaworski	2,500
11	Slaughter and May	2,355
12	Gilbert + Tobin	2,337
13	AZB & Partners	2,196
14	Baker & McKenzie	2,173
15	Sullivan & Cromwell	2,103
16	King & Wood Mallesons	1,782
17	Linklaters	1,747
18	Clifford Chance	1,719
19	Jun He Law Offices	1,639
20	Kim & Chang	1,636



Any South Korea Involvement Announced Jan 1 - Mar 30 2012

Legal Advisor	Rank Value per Advisor (US\$m)				# of Deals per Advisor				
	2011 Rank	Rank	Value US\$m	Market Sh (%)	Market Share Ch.	# of Deals	Rank	Market Sh (%)	Change in # of Deals
Jipyong Jisung	1	1	1,773.2	25.3	25.1 ▲	3	5*	1.2	-1 ▼
Kim & Chang	2	2	1,296.2	18.5	-33.7 ▼	11	2	4.5	-21 ▼
Lee & Ko	3	3	714.7	10.2	-27.4 ▼	13	1	5.3	-12 ▼
Bae Kim & Lee	4	4	658.6	9.4	-21.0 ▼	4	4	1.6	-1 ▲
Allen & Overy	5	5	429.9	6.1	6.1 ▲	1	10*	0.4	1 ▲
Baker & McKenzie	6	6	353.5	5.0	4.6 ▲	2	7*	0.8	0 -
Ashurst	7*	7*	329.0	4.7	4.7 ▲	1	10*	0.4	1 ▲
Minter Ellison	7*	7*	329.0	4.7	4.7 ▲	1	10*	0.4	1 ▲
DLA Piper	9*	9*	308.0	4.4	4.0 ▲	1	10*	0.4	-1 ▼
Vinson & Elkins LLP	9*	9*	308.0	4.4	-5.4 ▼	1	10*	0.4	0 -
Shin & Kim	11	11	215.6	3.1	-6.9 ▼	5	3	2.0	-9 ▼
Mori Hamada & Matsumoto	12*	12*	130.7	1.9	1.9 ▲	1	10*	0.4	1 ▲
Nishimura & Asahi	12*	12*	130.7	1.9	1.7 ▲	1	10*	0.4	0 -
Ogasawara Konno & Rokugawa	14	14	117.6	1.7	1.7 ▲	1	10*	0.4	1 ▲
Wachtell Lipton Rosen & Katz	15	15	35.2	0.5	0.5 ▲	1	10*	0.4	1 ▲
Grandall Law Firm	16	16	34.2	0.5	0.5 ▲	1	10*	0.4	1 ▲
Yoon & Yang	17	17	9.7	0.1	-4.3 ▼	1	10*	0.4	-4 ▼
Kim Choi & Lim Co Ltd	18	18	6.2	0.1	-0.3 ▼	3	5*	1.2	-2 ▼
Yulchon	19	19	3.5	0.1	-2.7 ▼	2	7*	0.8	-8 ▼
Nagashima Ohno & Tsunematsu	20	20	3.3	0.1	0.1 ▲	2	7*	0.8	2 ▲
Industry Total			7,022.9	100.0				245	
Industry % Change from Same Period Last Year					-55.4% ▼			-21.7% ▼	
Industry % Change from Last Quarter					-42.7% ▼			-30.2% ▼	

[관련 기사]

- 1분기 M&A 자문 지평지성, 아·태 지역 6위 올라 - 리걸타임즈(2012. 4. 16.)

[담당 변호사]



한승혁 호주변호사 이상희 미국변호사 임주영 호주변호사

■ 지평지성 소식 ■

지평지성, ALB China Law Awards 2012에서 'Korean Law Firm of the Year - Finalist'에 선정

지난 3월 28일 중국 북경에서 개최된 'ALB China Law Awards 2012'에서 지평지성이 'Korean Law Firm of the Year(올해의 한국 로펌)'의 Finalist에 랭크되었습니다.

Thomson Reuters(톰슨 로이터) 산하의 ALB(Asian Legal Business)는 아시아 지역의 법률 시장을 전문으로 다루고 있으며 매년 중국에서 활동하는 금융기관과 법률기관을 대상으로 ALB China Law Awards를 발표하고 있습니다.

지평지성은 2007년 9월 중국 업무에 정통한 한국변호사 최정식 사무소장과 중국과 한국에서 폭넓은 실무경험을 쌓은 경엽동 중국변호사를 비롯한 우수한 중국변호사들을 중심으로 상해 사무소를 설립한 이래 중국 현지 고객들과 밀착하여 업무를 진행해 왔습니다. 그로 인해 해외 업무 분야에서 지속적으로 많은 성과를 내던 중 ALB China Law Awards에서도 좋은 평가를 받게 되었습니다.

[관련 기사]

- [ALB China Law Awards 2012 – finalists : ALB\(Asian Legal Business\)](#)

■ 주요 업무 사례 ■

(주)한화 무역부문의 분수림 조림사업 계약 체결 관련 자문

지평지성은 (주)한화 무역부문이 캄보디아 산림청과 분수림 조림 사업 관련 계약을 체결하는 것과 관련하여 대상 사업 실사와 역외 SPC 설립, 계약 체결 등 포괄적인 법률자문을 제공하였습니다.

(주)한화 무역부문은 캄보디아 크라체 주의 3만4000ha 규모의 조림지를 확보하였으며, 향후 연간 1500~2000ha 조림계획 및 천연목을 생산할 예정에 있습니다.

분수림계약 방식은 정부가 조림지를 제공하고 투자자는 산림을 조성, 생산하여 그 수익을 투자자와 정부가 분배하는 수익분배계약(profit sharing contract) 방식으로 기존의 조림지 확보 방식인 경제적 토지양여권에 비하여 보다 안정적으로 조림지를 확보, 운영하고 캄보디아 정부의 지원을 받을 가능성이 높다는 장점이 있습니다.

(주)한화 무역부문의 이번 사업은 2009년 한국과 캄보디아 양 정부 간에 체결된 양해각서(MOU)를 바탕으로 진행된 사업 중 최초로 결실을 맺은 사례여서 더 큰 의의가 있습니다.

[관련 기사]

- 캄보디아에 '한화숲'...여의도 40배 크기 조림지서 원목 생산 - 매일경제(2012. 4. 16.)
- 한화, 캄보디아서 여의도 40배 규모 조림사업 - 한국일보(2012. 4. 16.)
- 캄보디아에 '한화숲' 만든다 - 헤럴드경제(2012. 4. 16.)

[담당 변호사]



이행규 변호사



김도요 변호사



유정훈 변호사
캄보디아 사무소장



홍진경 미국변호사



반기일 뉴질랜드변호사
라오스 사무소장

■ 주요 업무 사례 ■

초음파기기 사용에 관한 한의사들의 헌법소원 사건에서 대한의사협회 등을 대리하여 청구기각 승소

한의사들의 초음파기기 사용이 무면허의료행위에 해당한다는 검사의 기소유예처분에 대해 한의사들이 처분의 취소를 구한 헌법소원심판청구 사건에서 지평지성이 대한의사협회 등을 대리하여 검사의 처분이 정당하다는 헌법재판소의 청구기각결정을 이끌어내며 승소하였습니다.

헌법재판소는 지난 2월 23일 한의사의 초음파기기 사용에 관한 헌법소원심판청구 사건에서 “한의사들의 초음파기기 사용은 의료법상 한의사에게 면허된 의료행위(한방의료행위)에 해당하지 않으므로 검사의 기소유예처분은 정당하다”는 결정을 내렸습니다.

[관련 기사]

- 한의사가 초음파 사용한다면 ‘불법의료’ – 의협신문(2012. 2. 24.)
- 의협, ‘한의사 초음파 사용 불법’ 헌재 결정 ‘환영’ – 국민일보(2012. 2. 24.)

[담당 변호사]



이공현 대표변호사

김성수 변호사

김영식 변호사

■ 주요 업무 사례 ■

최초로 호주기업 'Fast Future Brands'의 한국거래소 상장 관련 자문

지평지성이 자문을 제공하고 있는 호주 의류기업 Fast Future Brands가 호주기업으로는 최초로 한국거래소 상장예비심사를 통과하였습니다. 외국기업 IPO 시장이 위축되어 있는 상황에서 중국기업과는 다른 호주기업의 한국거래소 상장은 외국기업 IPO 시장의 인식과 저변을 변화시킬 수 있는 중요한 거래가 될 수 있을 것으로 기대를 모으고 있습니다.

[관련 기사]

- 호주 'Fast Future Brands' 거래소 상장예비심사 통과 - 매일경제(2012. 4. 12.)
- 호주 한상기업 FFB 상장예비심사 통과 - 서울경제(2012. 4. 12.)
- 호주 패스트퓨처브랜드 거래소 상장예심 통과 - 뉴스핌(2012. 4. 12.)

[담당 변호사]



이행규 변호사



윤재민 변호사



한승혁 호주변호사



임주영 호주변호사



임승혁 공인회계사

■ 주요 업무 사례 ■

예금보험공사가 진행하는 고양종합터미널 매각 관련 자문

지평지성이 예금보험공사가 진행하는 고양종합터미널의 매각 자문사로 선정되어 자문을 제공하고 있습니다.

고양종합터미널은 시행사인 (주)종합터미널고양이 보유한 연면적 14만6136㎡의 종합쇼핑몰로 매각 예상 금액은 3,000억~5,000억 원대로 추산됩니다.

[관련 기사]

- 수천억 규모 고양터미널 매각, 유통업계 관심 보일까 - 인베스트조선(2012. 3. 16.)
- 고양터미널 매각 주관사 입찰 5곳 참여 - 한국경제(2012. 2. 29.)

[담당 변호사]



강성 대표변호사



신민 변호사



서준희 변호사



이승수 변호사

■ 주요 업무 사례 ■

MBC를 대리하여 미디어랩법 헌법소원

지평지성이 MBC를 대리하여 MBC의 방송광고 판매를 한국방송광고진흥공사에만 위탁하도록 강제 한 「방송광고판매대행 등에 관한 법률」 제5조제2항은 헌법재판소 결정의 기속력에 반하고 직업의 자유, 계약의 자유 등을 침해한다는 이유로 헌법소원심판을 청구하였습니다.

[관련 기사]

- MBC, '미디어랩법' 헌법소원심판 청구 - 연합뉴스(2012. 3. 16.)
- MBC, '미디어랩법' 헌법소원심판 청구 - 아시아경제(2012. 3. 16.)

[담당 변호사]



이공현 대표변호사



박성철 변호사



배기완 변호사

■ 주요 업무 사례 ■

경찰공무원을 대리하여 경찰 직급 및 보수체계 관련 헌법소원

지평지성은 경찰공무원을 대리하여公安직에 비해 기본급을 낮게 책정하고 있는 경찰 계급 및 보수체계가 경찰공무원의 평등권, 공무담임권, 행복추구권을 침해한다는 헌법소원심판을 청구하였습니다.

[관련 기사]

- “봉급 낮게 책정” 현직 경찰, 헌법소원 청구 - 한국경제(2012. 3. 14.)
- “다른 공무원보다 급여 낮다...올려달라” 경찰간부 헌법소원 - 동아일보(2012. 3. 14.)
- 현직 경찰간부 급여체제 개선 위해 헌법소원 청구 - 머니투데이(2012. 3. 14.)

[담당 변호사]



이공현 대표변호사



박성철 변호사



김태형 변호사

■ 주요 업무 사례 ■

스타케미칼 전환상환우선주 인수 관련 자문

지평지성은 국내 사모펀드를 대리하여 스타케미칼 전환상환우선주 인수와 관련하여 자문을 제공하였습니다.

[관련 기사]

- 스타플렉스, 자회사 250억 규모 투자유치 성공 - 아시아경제(2012. 3. 26.)

[담당 변호사]



이행규 변호사



이은영 변호사



이유경 변호사

■ 법률 논단 ■

[금융] 수쿱을 둘러싼 오해와 진실



(법무법인 지평지성 강율리 변호사)

최근 수출입은행이 국내 기관 최초로 이슬람채권인 수쿱(Sukuk)의 발행에 참여하기로 했다는 기사가 보도되면서 수쿱에 대한 시장의 관심이 또다시 높아지고 있습니다. 리먼브라더스 사태로 촉발된 전세계적 금융위기 이후 자본시장에서 유럽과 미국의 영향력이 약화되면서 오일머니에 기초한 자본력으로 무장한 이슬람 금융은 세계시장에서의 영향력이 더욱 커지고 있습니다. 그러한 배경하에 많은 국가들이 이슬람 자금을 자국 내 투자에 유치하고, 이슬람 국가에 투자 진출을 도모하는 등 지대한 관심을 보이고 있습니다.

종교가 개인의 생활뿐만 아니라 상거래 및 금융기관과의 금융거래에까지 막대한 영향을 미치는 이슬람 문화의 특수성 때문에 이슬람 국가의 모든 금융상품 구조는 이슬람학자들로 구성된 샤리아위원회로부터 교리 부합 여부를 평가받도록 되어 있습니다. 샤리아위원회가 제시하는 금융상품의 기본원칙에는, 금전의 대여에 따른 이자의 수취 금지, 도덕적, 사회적, 종교적 판단에 부합되는 거래(술, 담배, 도박, 무기 등에의 투자 금지)일 것, 투기적 목적의 파생상품거래나 우발채무거래의 금지, 금융거래에 참여하는 자의 이익과 손실 공유 등이 있습니다. 이와 같이 이슬람 금융을 통해 조달된 자금은 건전한 용처에 사용되도록 엄격히 통제되고 있습니다.

우리 정부 역시 작년까지 이슬람채권인 수쿱의 발행을 통하여 이슬람 자금을 유치하기 위하여 조세특례제한법의 개정 등 관련 법률을 개정하려는 노력을 해왔습니다. 사실 샤리아에 부합하는 몇 가지 수쿱의 실질을 살펴보면, 일정한 재산을 별도의 특수목적법인(Special Purpose Company)에 매도하여 분리한 다음 그 자산을 기초자산으로 하여 사채를 발행하고 기초자산에서 발생한 매각수익이나 임대료 등으로 사채원리금을 지급하는 자산유동화증권(ABS)이나, 투자자들로부터 자금을 모아 설정한 투자신탁에서 그 자금의 운용으로 인한 수익을 지급하는 수익증권과 매우 유사합니다. 이와 같이 수쿱의 경제적 실질은 사채 또는 수익증권과 크게 다르지 않음에도 불구하고 그 발행 과

정의 거래구조는 실물 거래의 외형을 띄고 있기 때문에, 부가가치세나 취득세, 등록세의 부과는 물론, 법인세, 배당소득세 등의 징수 등 이중과세의 문제까지 대두될 수밖에 없습니다.

수쿱 발행 과정에서 발생하는 과도한 조세는 수쿱의 수익성을 악화시켜 발행을 저해하는 걸림돌이 될 수밖에 없기에, 이러한 문제를 완화하고자 한 것이 작년 2월 발의된 수쿱 관련 조세특례제한법 개정안이었습니다. 사실 위 개정안에서 부여하고자 한 조세 혜택은, 내국법인이 외국법인에 발행하는 외화표시채권에 대해 이자소득에 대한 법인세를 면제하는 기존의 규정을 수쿱에도 동일하게 적용하는 정도였고, 수쿱 발행을 위하여 형식적으로 행하는 자산 매도와 재매도를 일반 실물거래와 달리 보아 부가가치세를 면제하는 정도에 지나지 않았습니다.

그런데 당시의 개정안에는 “내국법인이 이자수수를 제한하는 종교상의 제약을 지키면서”라는 표현이 있어 마치 내국법인이 특정 종교의 교리를 지켜야 하는 것으로 오해를 불러일으킬 소지가 있었고, 수쿱에서 발생한 수익 중 2.5%를 기부하도록 하는 이슬람의 자카트(Zakat) 규정은 수익금 일부가 테러단체로 흘러들어 갈지 모른다는 막연한 불안감에 일부 기독교계의 반발을 증폭시켜 개정안에 대한 강력한 반대 여론이 형성되었습니다. 결국 수쿱에 대해 조세 혜택을 부여하려던 위 개정안은 작년 임시국회를 통과되지 못하였고, 이후 위 개정안을 보완하여 재추진하겠다는 청와대의 발표에도 불구하고 법 개정은 이루어지지 못한 채 지금에 이르고 있습니다.

우리나라의 국제금융시장에서의 경쟁력 강화를 위해서는 다양한 해외자금조달원의 확보를 빼놓을 수 없는데, 자본시장의 큰손으로 떠오른 이슬람 자금의 유치를 포기하는 것은 매우 큰 손실이 아닐 수 없습니다. 영국, 일본, 중국, 싱가포르 등은 이미 수쿱을 수용하고 발행에 적극 참여하고 있는 바, 국제금융시장의 주도권 확보에 있어 출발선부터가 달라지고 있는 셈입니다.

1961년 제정 후 거의 개정되지 않았던 신탁법이 작년 전면 개정되어 올 7월 시행을 앞두고 있습니다. 개정 신탁법 하에서는 위탁자가 신탁 선언에 따라 스스로 수탁자가 될 수 있는 자기신탁이 허용되고, 모든 종류의 신탁에서 수익증권 발행이 가능해지며, 신탁에서도 사채를 발행할 수 있게 됩니다. 개편된 신탁제도는 업계의 요구를 반영한 것에 그치지 않고, 신탁을 금융관계자들뿐만 아니라 일반인들도 적극적으로 이용 가능한 새로운 금융기법으로 격상시키는 역할을 할 것으로 기대되고 있습니다. 신탁의 수익증권과 본질적으로 크게 다르지 않은 수쿱 역시, 그 종교적 색채로 인한 선입견에서 벗어나 현실적으로 이용 가능한 금융상품의 하나로 받아들일 수 있는 유연한 사회분위기와 법률적 토대가 만들어지길 기대해 봅니다.

■ 법률 논단 ■

[금융] 워크아웃채권 매각의 주요 쟁점



(법무법인 지평지성 이승현 변호사)

금융기관이 보유하고 있는 부실채권(NPL: Non Performing Loan)이 늘어나면, 관리비용이 증가하고 유동성이 경색되며 금융중개 기능의 저하현상이 나타나 금융기관의 자산 건전성을 악화시켜, 금융시스템 전체에 대한 신뢰성을 저하시키고, 실물경제에까지 부정적 영향을 미치는 악순환을 초래할 우려가 있어서, 금융기관(특히, 은행)은 부실채권을 매각할 필요성이 있습니다.

부실채권은 그 성격에 따라 담보채권, 무담보채권(출자 전환된 주식 포함), 신용카드채권, 회생채권, 워크아웃채권, PF채권 등으로 분류할 수 있습니다. 그 중에서 최근에 많이 발생하고 있는 워크아웃채권의 매각과 관련하여 매각과정에서 다른 부실채권과는 그 취급을 달리하여야 하는 법률적 쟁점이 발생합니다. 이러한 쟁점은 대부분 워크아웃절차에 내재한 속성에서 기인하므로 워크아웃의 전제가 되는 『기업구조조정촉진법』의 해석과 관련되어 있습니다. 이하에서는 일반적인 부실채권 매각절차와 달리 워크아웃채권 매각과정에서 문제가 되는 쟁점에 대하여 개략적으로 살펴보기로 합니다.

1. 매수인의 확약서

『기업구조조정촉진법』에서는 채권금융기관이 해당 기업에 대하여 보유하고 있는 채권을 채권금융기관 외의 자에게 매각하고자 하는 경우 그로부터 '이 법의 규정을 따른다'는 확약서를 받아 채권금융기관협의회에 제출하여야 하고(제15조제4항), 만약 채권금융기관이 이를 제출하지 아니하는 경우 다른 채권금융기관이 받은 손해를 배상할 책임이 있으며(제21조제1항제2호), 금융위원회는 일정한 기간을 정하여 시정을 요구하고 정당한 사유 없이 위 기간 내에 이행하지 아니하는 경우 채권금융기관 또는 그 임직원에 주의, 경고, 견책 또는 감봉 등을 요구하거나 명할 수 있습니다(제26조).

위와 같이 약속서를 제출하도록 하는 취지는 매도인이 매수인에게 채권을 매각하더라도 매수인이 워크아웃채권과 관련된 매도인의 제반 지위를 승계하도록 함으로써 채권금융기관 공동관리절차가 연속적으로 진행될 수 있도록 하기 위함인 것입니다. 이러한 이유로 신용공여를 할 수 없는 자는 워크아웃채권의 매수인에서 배제하여야 할 것입니다. 또한, 신용공여에 대한 결의가 이루어졌으나 이행되지 아니한 부분에 대한 책임의 소재, 주채권은행의 지위의 이전 가능성 및 단독 워크아웃의 경우에 워크아웃의 지속 여부 등이 약속서와 관련하여 쟁점으로 제기되기도 합니다.

2. 근저당권의 이전

워크아웃은 일시적인 유동성 위기에 있는 기업에 대하여 채무상환유예, 이자 감면 및 추가신용공여를 통하여 해당 기업이 유동성 위기를 극복할 수 있도록 하는 절차이므로 워크아웃채권을 담보하기 위한 근저당권이 있는 경우에는 근저당권의 성질을 유지하면서 채권을 양도할 필요가 있습니다. 근저당권의 성질을 유지하면서 이를 이전하기 위해서는 매도인, 매수인 및 채무자 사이의 3자 합의가 있어야 합니다. 만약, 『자산유동화에 관한 법률』에 따른 유동화를 하기 위해서는 근저당권을 확정하는 절차가 필요하다는 것이 금융감독원의 입장이므로 일반 저당권으로 확정된 이후에 저당권 이전의 절차를 밟아야 할 것입니다.

3. 차주의 매각에 대한 동의서

2항에서 본 바와 같이 워크아웃채권의 매각에 있어서는 근저당권의 이전과 관련하여 차주의 동의가 필수적입니다. 그리고 채권매각과 관련하여 차주의 민원 제기 가능성 등 법적 분쟁의 소지를 최소화하기 위하여 차주로부터 워크아웃채권의 매각에 동의하며 동 채권에 부수하는 담보권 이전 절차에 협력하고 채권매각과 관련한 이의를 제기하지 않겠다는 내용의 동의서를 차주로부터 받아 두는 것이 채권매각절차의 원활한 진행을 위하여 필요합니다.

위에 언급된 쟁점 이외에도, 차주에 대한 워크아웃절차가 종료되고 회생절차로 전이될 가능성이 있는 경우에는 매각절차의 진행 중에 회생신청이 매각에 미치는 영향, 단독 워크아웃절차의 경우에 채권매각이 워크아웃절차에 미치는 영향, 신용보증서를 기초로 하는 채권인 경우 동 채권을 매각 대상 채권에 포함할 것인지 여부 등이 법적 쟁점으로 검토될 필요가 있습니다.

워크아웃채권도 결국 부실채권의 하나의 유형이므로 앞에서 검토한 쟁점 외에도 개별 채권의 특수성에 기인하여 법률적으로 검토되어야 할 쟁점이 추가로 발생할 수 있습니다. 워크아웃채권의 매각에 있어서 법률적 검토는 (1) 매각대상채권을 확정하고 (2) 채권매각의 각 단계에서 발생하는 위험을 미리 확정할 수 있는 판단의 근거를 제공하며 (3) 종국적으로 매각대상채권의 가치 평가에도 긍정적으로 작용을 합니다. 이러한 검토내용은 채권매각절차나 채권매매계약서에 적절히 반영되어 채권매각과 관련한 법률적 분쟁을 최소화할 수 있고, 매도인과 매수인 모두에게 만족스럽게 채권매매절차가 종결될 수 있을 것입니다.

■ 법률 논단 ■

[공정거래] 계열회사에 대한 일감 몰아주기 규제



(법무법인 지평지성 박형삼 변호사)

1. 시장집중을 억제하기 위한 노력

어떤 기업집단이 그 영역이나 규모를 계속 확장해 나가게 되면 그 기업집단이 속한 특정 시장에서 차지하는 비중이 높아지는 시장집중 현상이 나타나게 되고, 국민경제 전체에서의 비중이 높아져 불균형적인 부의 집중과 소유집중으로 이어질 수 있습니다. 이러한 경제력 집중에 대해서는 긍정적인 면과 부정적인 면이 동시에 존재합니다. 규모의 경제를 실현하고 국제경쟁력을 강화하며 첨단기술분야에 대한 투자로 산업구조의 고도화에 기여하는 것은 긍정적 측면입니다. 반면 계열기업의 과도한 확장으로 전문성과 효율성이 떨어지고 영세한 중소기업은 설 자리를 잃게 되며 한계 계열회사의 부실로 인한 기업집단 전체 재무구조의 동반 악화를 초래하여 국민경제에 상당한 타격을 가할 수도 있습니다. 공정거래법은 1987년 법 개정을 통하여 일정규모 이상의 기업집단을 대규모기업집단으로 지정하고 소속 계열회사에 대해서 상호출자를 금지하는 한편 출자총액 한도를 정함으로써 경제력 집중을 억제하는 정책을 강화하였습니다.

최근에는 다양한 계층간 불평등 문제가 사회 전반으로 확산되면서 대기업과 중소기업 간의 잠재적 갈등이 더욱 표면화되고 있습니다. 일찍이 정부에서는 중소기업 고유업종제도 등을 도입해서 대기업의 과다한 사업영역 확장에 대한 직접적인 규제책을 마련하기도 하였으나 규제개혁 차원에서 동제도는 2005년경 폐지되었습니다. 최근 민간기구인 동반성장위원회에서 중소기업 적합업종과 품목을 선정하여 대기업이 중소기업 적합 업종에서의 사업 영위 및 확장을 자제하여 줄 것을 권고하기도 하였으나, 이미 표면화된 갈등 국면을 잠재우지는 못하는 것 같습니다. 올해 예정되어 있는 대통령 선거전에서도 경제력 집중을 억제하기 위한 대책들이 주요 쟁점으로 부상할 가능성이 그 어느 때보다 높습니다.

이러한 상황에서 공정거래위원회는 하도급을 포함한 각종 분야에서 나타나고 있는 힘의 불균형에 따른 경제적 불평등을 바로 잡기 위한 시책들을 계속 발표하면서 적극적인 역할을 자임하고 있습니다. 최근에는 대기업집단의 계열회사에 대한 일감몰아주기 관행을 개선하여 중소기업에게 더 많은 사업기회가 돌아갈 수 있도록 한다는 목적 하에 「대규모 기업집단 소속회사의 거래상대방 선정에 관한 모범기준」(이하 '모범기준')을 제정하기도 하였습니다.

2. 계열회사간 내부거래에 대한 규제

기업집단에 속한 계열회사들 사이에서 서로 거래하는 행위 자체를 금지할 수는 없습니다. 그러나 계열회사라는 이유만으로 다른 경쟁사업자와 차별적인 대우를 할 경우에는 공정한 시장경쟁을 기대하기 어렵습니다. 그래서 공정거래법은 어떠한 계열회사가 특정 계열회사를 경제적으로 지원하거나 비계열회사를 차별 취급하는 등 경쟁제한의 목적이나 경쟁제한의 효과를 가지는 거래에 대해서는 불공정거래행위로서 규제하고 있습니다. 특히 부당내부거래는 계열회사에게 자금·자산·인력이나 상품·용역 등을 정상가격보다 현저히 낮은 가격에 제공함으로써 지원객체가 속한 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 경우에 성립합니다(법 제23조제1항제7호).

이러한 불공정거래행위 외에도 공정거래법은 경제력 집중 억제 시책 중 하나로서 특수관계인을 상대방으로 하거나 특수관계인을 위하여 거래하는 행위로서 그 거래금액이 일정 규모 이상인 거래를 '대규모 내부거래'라고 하여 별도로 규제하고 있습니다. 대규모 내부거래에 대해서는 사전에 이사회 의결을 거쳐 이를 공시하여야 합니다(법 제11조의2). 이를 통해 계열회사간 부당한 내부거래를 사전에 억제하고 대규모 내부거래에 관한 정보를 시장에 제공함으로써 거래를 보다 투명하게 하고자 하는 것입니다. 이러한 대규모 내부거래에 관한 규제는 1999년 12월 법개정을 통하여 처음 도입되었는데, 당초에는 대규모 내부거래의 대상을 대여금 등 자금거래, 주식과 같은 유가증권 거래 및 부동산 또는 무체재산권 등 자산거래에 한정하다가, 2007년 4월 법개정에서 계열회사를 상대방으로 하거나 동 계열회사를 위하여 상품 또는 용역을 거래하는 행위도 포함시켰습니다. 나아가 공정거래법은 이러한 계열회사간 상품이나 용역거래의 현황 등을 매년 공시하도록 함으로써 사후 시장에서의 감시와 점검을 받도록 하고 있습니다(법 제11조의4).

3. 계열회사간 내부거래 현황

공정거래위원회가 기업집단 현황공시 등을 통하여 파악한 바에 의하면 2010년말 기준으로 우리나라 47개 민간 기업집단의 광고·SI·물류·건설 분야에서의 내부거래 규모는 약 27조 원에 이르고, 그 중 10대 그룹의 내부거래 규모가 약 17.5조 원으로서 전체의 약 65%를 차지합니다. 또한 20대 기업집단 소속 광고·SI·물류업체에 대한 실태조사 결과 계열회사간 내부거래 중에서 약 88%가 수의계약 방식으로 체결되었다는 것입니다. 비계열회사와 거래하면서 수의계약을 체결한 비중이 약 41%임을 감안하면 특히 계열회사와 계약을 체결할 때에는 대부분 수의계약 방식을 활용하였다는 것을 알 수 있습니다.

이러한 대기업집단 계열회사 간의 수의계약 체결로 인하여 기업집단에 소속되지 않은 중소기업자는 대기업집단의 일감을 따올 수 있는 기회 자체가 봉쇄되어 역량 있는 중소기업의 성장기회가 제한되는 문제가 있고, 대기업집단에 소속된 수주기업으로서는 계열회사와의 안정된 거래관계를 확보해 둬으로써 스스로 경쟁력을 키우기 위한 노력을 게을리 할 가능성이 높습니다. 대기업집단 수주기업과 중소기업이 공정한 룰에 따라 시장에서 경쟁할 때 각자 고유의 경쟁력을 확보할 수 있고, 발주사 입장에서도 가장 적합한 거래상대방을 선택할 수 있다는 점에 대해서는 모두가 공감할 수 있는 부분입니다. 다만 대기업집단 입장에서도 계열회사들 간 수직계열화를 통하여 효율성을 확보하거나 안정적인 거래관계를 형성할 필요를 부정하기 어렵고, 기업집단의 장기적인 사업계획이나 영업비밀 등이 외부로 노출되지 않도록 할 필요가 있다는 점에서 보면 계열회사간 내부거래를 무조건 금지시키기 보다는 합리적인 기준에서 개선점을 모색해야 할 것입니다.

4. 대규모 기업집단 소속회사의 거래상대방 선정에 관한 모범기준

지난 2012년 4월 1일 공정거래위원회는 대규모 기업집단 계열회사의 일감몰아주기 관행을 개선하고 경쟁입찰을 확대하여 독립 중소기업에게 사업기회가 개방되도록 하기 위해서 「대규모 기업집단 소속 회사의 거래상대방 선정에 관한 모범기준」을 제정하여 대규모 기업집단에 대해 그 채택을 권고하기로 하였습니다.

모범기준은 거래상대방 선정의 3대 기본원칙으로 ① 계열회사 등에 대한 부당지원행위 금지, ② 비계열 독립기업에 대한 사업기회 개방, ③ 거래상대방 선정 과정에서의 절차적 정당성 확보를 제시

하였습니다. 그리고 세부기준으로서 ① 경쟁입찰의 활성화, ② 비계열 독립기업에 대한 직접 발주 확대, ③ 내부거래위원회 등의 구성 및 운영, ④ 관련자료의 보존을 제시하고 있습니다.

최근 공정거래법 시행령 개정을 통하여 대규모 내부거래의 이사회 의결 및 공시 대상인 '대규모 내부거래'를 거래금액이 그 회사의 자본총계 또는 자본금 중 큰 금액의 5% 이상이거나 50억 원 이상인 거래로 하여 그 범위를 대폭 확대하였습니다. 또한 공정거래위원회 고시인 「대규모 내부거래에 대한 이사회 의결 및 공시에 관한 규정」도 최근 개정되어 계열회사와의 상품 또는 용역 거래가 경쟁입찰에 의한 것인지, 수의계약에 의한 것인지도 공시해야 합니다. 이러한 이사회 의결 및 공시 의무 강화는 주주 등 이해관계인에 의한 사회적 감시를 강화하여 계열회사 사이에서도 가장 합리적인 방식과 내용으로 거래가 이루어지도록 하고자 하는데 목적이 있습니다.

모범기준에서 기준의 성격에 대해 스스로 밝히고 있듯이 모범기준은 대규모 기업집단 소속 회사의 거래상대방 선정 및 계약과 관련된 모범적인 행위 및 거래기준을 정하여 권고하는 것이어서 대규모 기업집단 소속 회사가 제시된 기준을 따르지 않는다고 하더라도 그 행위가 바로 공정거래법상 부당지원행위 등의 위법행위를 구성하지는 않을 것입니다. 다만 공정거래위원회가 최근 법령 개정 및 모범기준 제시 등을 통하여 계열회사에 대한 일감 몰아주기에 대해 적극적으로 대처하고 있고, 여론 또한 계열회사들 사이의 내부거래에 대하여 호의적이지 않은 만큼 향후 계열회사와의 수의계약 비중이 높은 기업집단에 대해서는 당국의 감시가 강화되고 직권 조사의 대상이 될 가능성이 높다는 점을 유념해야 하겠습니다.

■ 최신 법령 ■

[민사] 기술신용보증기금법 일부개정

박영주 변호사 | 김영식 변호사

1. 개정 내용

2012년 3월 21일 '기술신용보증기금법'이 법률 제11409호로 일부개정되었습니다. 개정 규정 중 별칙 규정(제51조, 제52조)은 즉시 시행되고, 나머지 개정 규정은 2012년 6월 22일부터 적용됩니다. ① 기술신용보증기금이 기술신용보증관계가 성립한 신기술사업자의 주식, 전환사채, 신주인수권부사채를 인수(보증연계투자)할 수 있는 법적 근거를 신설하고, ② 기술신용보증기금 유사명칭 사용금지 의무를 위반한 자에 대한 벌칙을 500만 원 이하의 벌금에서 1천만 원 이하의 과태료로 전환하는 것(제52조)이 주된 개정 내용입니다. 보증연계투자와 관련하여 개정된 내용을 구체적으로 살펴보면, 보증연계투자의 정의 규정을 신설하였고(제2조제10호), 보증연계 투자업무를 기금의 업무에 포함하면서 이를 업무방법서에 기재하도록 하였으며(제28조제3의2호, 제29조제3의2), 인수 대상 유가증권과 투자 범위 한도 등을 정하고 있습니다(제28조의4, 제31조).

2. 다운로드 : 「기술신용보증기금법」 일부개정(법률 제11409호, 2012. 3. 21. 시행)

■ 최신 법령 ■

[상사] 개정상법상 자기거래의 규제

정철 변호사 | 이경호 변호사

1. 개정 배경

개정상법은 이사가 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하는 경우 이사회 승인을 얻도록 규정하고 있었습니다. 그런데 이사가 본인의 이익을 위하여 이사의 친인척이나 그들이 설립한 개인회사 등을 이용하여 회사와 거래하는 경우와 같이 실질적으로는 이사의 자기거래에 해당하고 회사의 이익을 희생시킬 우려가 있음에도 불구하고 형식상 이에 해당하지 않는 이유로 규율하지 못하는 문제가 있었습니다. 이에 따라 이와 같은 거래를 적절히 통제하기 위하여 자기거래 규제에 관한 상법 제398조가 개정되었습니다.

2. 개정 내용

개정상법 제398조에 의하면, (i) 이사 등이 자기 또는 제3자의 계산으로 회사와 거래를 하기 위해서는 (ii) 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고, (iii) 이사 3분의 2 이상의 수에 의한 이사회 승인을 받아야 하며, (iv) 거래의 내용과 절차의 공정성이 인정되어야 합니다. 이를 구체화하면 다음과 같습니다.

- ① 거래 상대방의 확장 : (i) 이사, 주요주주, (ii) 이사, 주요주주의 배우자 및 직계존비속, (iii) 이사, 주요주주의 배우자의 직계존비속, (iv) 위 (i) 내지 (iii)의 자들이 단독 또는 공동으로 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사 및 그 자회사, (v) 위 (i) 내지 (iii)의 자들이 (iv)의 회사와 합하여 의결권 있는 발행주식총수의 100분의 50 이상을 가진 회사
- ② 이사회 결의 요건의 강화 : 이사 3분의 2 이상의 수에 의한 이사회 사전 승인
- ③ 공정성 요건 명시 : 거래내용의 공정성 및 거래절차의 공정성

3. 쟁점

가. 거래 상대방의 확장

주요주주란 누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 10% 이상을 소유하거나 또는 이사, 집행임원, 감사의 선임과 해임 등 상장회사의 주요경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하는 주주를 의미합니다. 개인주주뿐만 아니라 법인주주도 주요주주에 포함될 수 있으므로 계열회사간의 거래도 개정상법 제398조에 의한 자기거래 규제 대상이 될 수 있습니다.

한편, 외관상으로 볼 때 제3자와 회사 간의 거래이지만, 실질적으로 거래로 인한 이득이 이사 등에 귀속되는 경우를 의미하는 간접거래는 개정상법 하에서도 여전히 규제 대상이 됩니다. 예를 들어 회사가 이사 또는 주요주주의 채권자와 이사 또는 주요주주의 채무에 대한 담보설정계약을 체결하거나 그 채무를 인수하는 것은 간접거래로서 개정상법 제398조 소정의 요건을 갖추어야 합니다.

나. 사후추인

대법원은 개정전상법 제398조의 이사회 승인과 관련하여 “상법 제398조 후문의 반대해석상 이사회의 승인을 얻지 아니하고 회사와 거래를 한 이사의 행위는 일종의 무권대리인의 행위로 볼 수 있고 무권대리인의 행위에 대하여 추인이 가능한 점에 비추어 보면, 상법 제398조 전문이 이사와 회사 사이의 이익상반거래에 대하여 이사회의 사전 승인만을 규정하고 사후 승인을 배제하고 있다고 볼 수는 없다”고 하여 사후 추인이 가능하다는 취지로 판시하였습니다(대법원 2007. 5. 10. 선고 2005다4284 판결).

개정상법은 “미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 한다”고 명시적으로 규정하고 있는데, 개정상법 하에서도 사후추인이 가능할 것인지 여부에 대해서는 논란이 있습니다. 사후추인을 허용하자는 견해는 거래의 공정성이 확보된다면 굳이 이사회의 승인이 중요하지 않다는 입장이고, 이를 금지하자는 견해는 공정성을 실체적으로 판단하기 쉽지 않고 대량 거래에 있어서는 절차적 통제가 더 중요하므로 사후추인을 인정하여 이

사의 자기거래 통제의 핵심인 사전승인의 원칙을 무너뜨리는 것은 바람직하지 않다는 입장으로 볼 수 있습니다.

다만, 사후추인을 받는다 하더라도 이사의 사전고지 의무 위반에 대한 면책을 받을 수는 없다고 판단됩니다. 따라서 이사회에 사후추인을 받는 경우에도 이사는 법령 위반으로 인한 해임 등 고지의무 위반에 대한 책임을 부담하게 될 수 있습니다.

다. 거래의 공정성

거래 내용의 공정성은 객관적으로 보아 회사가 이해충돌 없는 제3자와 동일한 거래를 하였을 것인지에 따라 결정될 수 있습니다. 가격의 적정성이 가장 중요하지만, 가격 이외의 다른 조건들도 중요한 판단기준이 됩니다.

거래 절차의 공정성은 미국의 Weinberger v. UOP 판결에서 판시한 바와 같이, 거래의 시작, 거래 구조 결정, 협상 과정, 이사와 주주의 승인절차 등을 종합적으로 검토하여 판단하여야 합니다. 회사내규에 반하여 부적절하게 수의계약이 체결된 경우나 거래 협상 과정에서 이해관계 있는 이사가 적극적으로 관여한 경우 등에는 거래절차의 공정성이 문제될 수 있습니다.

이사회에 승인을 받았으나 거래가 불공정한 경우의 효과에 대하여 개정상법은 거래의 공정성을 자기거래의 유효요건으로 규정하고 있으므로 이에 위반한 경우 이사회 승인을 결한 경우와 마찬가지로 통설 및 판례의 태도인 상대적 무효설에 의하는 것이 타당하다는 견해가 유력합니다. 즉, 회사와 거래 상대방 사이에는 무효이지만, 자기거래에 관련되는 선의의 제3자와의 사이에서는 유효이고, 회사가 자기거래임을 이유로 무효를 주장하기 위해서는 거래의 불공정성과 이에 대한 제3자의 악의를 입증하여야 합니다.

다만, 이에 대하여는 거래 상대방이 이사가 아닌 주요주주나 그 직계존비속 등인 경우 이사회에 승인이 있었음에도 불구하고 그 거래의 효력을 부인할 수 있도록 하는 것은 지나치다는 비판도 존재하고 있습니다.

4. 다운로드 : 「상법」 일부개정(법률 제10600호, 2012. 4. 15. 시행)

■ 최신 법령 ■

[자본시장] 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행규칙 개정

이은영 변호사

자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법')에 따르면 증권을 모집 또는 매출을 하려는 경우 증권신고서를 제출하여야 하고(자본시장법 제119조), 이러한 증권신고서가 금융위원회에 수리되고 아래와 같이 효력발생기간이 경과하여야 비로소 발행인 또는 인수인은 발행조건이 확정된 투자설명서에 의하여 해당 투자자와 계약 체결이 가능합니다(자본시장법 제119조, 제120조, 제121조). 이와 같은 증권신고서에 효력발생기간을 부여한 취지는 효력발생기간 동안 투자자들이 공시된 증권신고서의 내용을 숙지하도록 하여, 합리적인 투자판단을 할 수 있도록 유도하는 데에 있습니다. 자본시장법은 증권의 종류에 따라 아래와 같이 효력발생기간을 달리 정하고 있습니다.

	주식		채권		환매금지 집합투자증권	기타 증권
	일반공모, 주주우선공모	주주배정, 제3자배정	보증, 담보부, ABS	무보증		
주권상장법인	10일	7일	5일	7일	10일	15일
일반법인	15일					

한편, 증권신고서 효력은 신고 제출일(금융감독원 수리일) 당일은 산입하지 아니하고, 제출 후 자본시장법 시행규칙이 정한 기간이 완전히 경과한 후인 다음날 0시에 효력이 발생합니다. 그리고 기존 자본시장법 시행규칙에 따르면 이 경우 평일은 물론 토요일, 공휴일과 근로자의 날을 모두 산입하여 산정하였습니다(자본시장법 시행규칙 제12조).

그런데 이번 자본시장법 시행규칙 개정을 통하여 증권 발행인의 재무제표에 대한 회계감사인의 감사의견이 적정의견이 아니거나, 사업보고서상 자본금 전액이 잠식된 경우 등 투자위험이 높다고 인정되는 경우 금융위원회가 해당 증권신고의 효력발생시기를 3일 더 늦출 수 있도록 하였습니다.

또한 증권신고의 효력발생기간을 산정함에 있어 토요일, 공휴일과 근로자의 날을 산입하지 아니하여(영업일 만을 기준으로 산정), 투자자가 투자 판단을 할 수 있는 숙려기간을 늘렸습니다(자본시장법 시행규칙 제12조제4항, 제5항).

다운로드 : 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행규칙」 일부개정(총리령 제973호, 2012. 3. 2. 시행)

■ 최신 법령 ■

[금융] 여신전문금융업법 일부개정

이승현 변호사 | 구동균 변호사

1. 개정 이유

현재 신용카드사는 대형할인점이나 백화점에는 낮은 수수료율을 책정하는 반면, 중소상인에게는 높은 수수료율을 책정하여 카드사용 확대에 의한 유통업의 양극화가 심화되고 있는바, 신용카드업자로 하여금 영세한 중소신용카드가맹점에 대하여 금융위원회가 정하는 우대수수료율을 적용하도록 함으로써 중소신용카드가맹점을 보호하는 한편, 카드 이용자의 피해를 예방하기 위하여 여신전문금융회사가 취급하는 상품을 광고하는 경우 광고내용에 포함되어야 할 사항, 금지행위 등을 정하고, 외형확대 위주의 경영에 대한 제한 장치를 마련하기 위하여 총자산이 자기자본의 10배의 범위에서 금융위원회가 정하는 배수에 해당하는 금액을 초과할 수 없도록 하며, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하고자, 여신전문금융업법 일부개정 법률이 2012년 3월 21일 공포되어 2012년 12월 22일 시행될 예정입니다.

2. 주요 내용

개정된 주요 내용은 다음과 같습니다.

- 가. 신용카드업자는 가맹점수수료율을 신용카드가맹점에 알리도록 의무화 함(제18조 제1호)
- 나. 신용카드업자는 대통령령으로 정하는 규모 이하의 영세한 중소신용카드가맹점에 대하여 금융위원회가 정하는 우대수수료율을 적용하도록 함(제18조의3 제3항)
- 다. 대통령령으로 정하는 규모 이상의 대형 신용카드가맹점은 거래상의 우월적 지위를 이용하여 신용카드업자에게 부당하게 낮은 가맹점수수료율을 정할 것을 요구하는 등의 부당행위

를 금지함(제18조의3 제4항)

라. 금융위원회는 가맹점수수료율과 관련하여 신용카드업자와 신용카드가맹점에 대하여 조정하도록 요구하거나 관계기관 통보 등 필요한 조치를 할 수 있도록 함(제18조의4)

마. 여신전문금융회사는 총자산이 자기자본의 10배의 범위에서 금융위원회가 정하는 배수에 해당하는 금액을 초과할 수 없도록 함(제48조)

바. 여신전문금융회사 등이 여신금융상품을 광고하는 경우에는 여신전문금융회사 등의 명칭, 이자율 등 상품의 주요 내용 등이 포함되도록 하고, 사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀리는 방법으로 광고하는 행위 등을 금지함(제50조의9)

3. 다운로드 : 「여신전문금융업법」 일부개정(법률 제11410호, 2012. 12. 22. 시행)

■ 최신 법령 ■

[건설 · 부동산] 도시개발법 시행령 개정

정원 변호사 | 박성철 변호사

1. 개정이유

서로 떨어진 둘 이상의 구역을 묶어서 하나의 도시개발구역으로 지정할 수 있는 결합개발제도를 도입하는 등의 내용으로 「도시개발법」이 개정(법률 제11068호, 2011. 9. 30. 공포, 2012. 4. 1. 시행 및 법률 제11186호, 2012. 1. 17. 공포, 7. 18. 시행)됨에 따라 결합개발을 실시할 수 있는 지역의 대상과 요건을 정하고, 원형지(原形地)의 공급과 개발 절차를 규정하는 등 법률에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 정하는 한편, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것입니다.

2. 주요내용

가. 결합개발 방식 적용 대상 지역 및 결합개발 요건 구체화(안 제5조의2 신설)

도시의 균형적 발전과 도시개발사업의 효율적 추진을 위하여 서로 떨어진 둘 이상의 지역을 연계하여 개발하는 결합개발 방식은 문화재 보호 등의 목적으로 관계 법령에 따라 토지이용이 제한되는 지역 등이 반드시 포함되도록 하되, 소규모의 난개발을 방지하기 위하여 결합개발지역에 반드시 포함되어야 하는 지역의 최소 면적은 1만㎡ 이상으로 합니다.

나. 임대주택 건설용지 등의 조성 또는 공급(안 제43조의3 및 제43조의5 신설)

도시개발로 인하여 철거되는 주택의 세입자 등의 주거안정을 위하여 시행자로 하여금 일정 규모의 임대주택 건설용지 등을 조성하여 공급하도록 하고, 해당 임대주택의 입주자 선정 시 기존 세입자에게 우선권을 부여하도록 합니다.

다. 원형지 공급과 개발 절차 신설(안 제55조의2 신설)

원형지의 난개발을 방지하기 위하여 시행자로 하여금 원형지 공급 승인신청 시 원형지 공급 목적과 개발계획 등에 대한 내용을 지정권자에게 제출하도록 하고, 원형지에 대한 투기를 방지하기 위하여 원형지개발자가 해당 토지를 직접 사용하지 아니하고 재매각하는 것을 일정 기간 제한하도록 합니다.

3. 다운로드 : 「도시개발법 시행령」 일부개정(대통령령 제23685호, 2012. 4. 1. 시행)

■ 최신 법령 ■

[공정거래] 공정거래법 및 과징금 고시 개정

박형삼 변호사 | 이병주 변호사

1. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 개정

사업자단체가 개입된 담합 과징금을 상한 10%로 상향하고, 조사방해의 경우 형사처벌 가능

가. 사업자단체를 통한 공동행위에 참여한 사업자에 대한 과징금 상한을 사업자간 공동행위(제19조)와 동일하게 10%로 상향 조정(제28조) : 이전에는 동일한 부당한 공동행위이더라도 과징금 상한이 사업자간 행위의 경우 10%, 사업자단체를 통한 행위의 경우 5%로 차이가 있었음. 다만, 개정된 법률이 시행되는 2012년 6월 22일 이전에 종료된 행위에 대해서는 이전 법률에 따라 처리

나. 공정위의 처분시효를 7년으로 연장하고, 공정위가 조사개시하는 경우 조사개시일부터 5년 내에는 시정조치나 과징금 처분 가능(제49조제4항) : 개정 전에는 공정위 조사 개시 여부와 관계없이 행위 종료시부터 5년이 지난 경우 시정조치나 과징금 처분이 불가능했음. 다만, 개정된 법률이 시행되는 2012년 6월 22일 이후 제49조제1항 또는 제2항에 따라 최초로 조사되는 사건부터 개정 규정 적용

다. 공정위 조사시 폭언·폭행, 현장진입 지연·저지 등의 조사방해행위를 할 경우 형벌(3년 이하 징역, 2억원 이하 벌금) 부과 가능(제66조) : 개정 전에는 조사방해에 대해 사업자의 경우 최대 2억원, 임직원의 경우 최고 5천만원의 과태료만 부과할 수 있었음

라. 다운로드 : 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 일부개정(법률 제11406호, 2012. 6. 22. 시행)

2. 「과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시」 개정

법 위반행위 후 가격 환원 등 자진시정을 한 사업자의 경우 과징금 최대 50% 감경

가. 위반행위로 인한 가격인상폭만큼 가격을 인하하거나 피해의 원상회복 등 위반행위 효과를 실질적으로 제거하는 경우 최대 50%까지 과징금 감경폭을 확대하고, 위반행위로 인한 가격상승폭의 50% 이상 인하하는 경우 최대 30%까지 과징금 감경

나. 조사방해 행위에 대한 과징금 가중한도를 40%로 확대하고, 조사방해 유형에 따라 가중한도를 40%(자료은닉·폐기, 접근거부 또는 위·변조 행위) 또는 20%(기타 조사방해행위)로 세분화

다. 법위반 행위로 조치 받은 후 3년 이내 동일한 위반행위를 한 상습적 법 위반 사업자의 경우 과징금을 20% 가중

라. 다운로드 : 「과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시」 일부개정(고시 제2012-6호, 2012. 4. 1. 시행)

■ 최신 법령 ■

[지적재산권] 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 개정

최승수 변호사 | 김태형 변호사

1. 개정내용

최근 학교폭력이 다시 사회문제화되고, '멀티방'이라고 불리는 공간이 급속하게 확산되면서 청소년들의 일탈장소로 악용되는 사례가 많아 법개정이 추진되었습니다.

먼저 비디오물시청제공업에 복합영상물제공업(비디오물감상실업을 하면서 부수적으로 게임물을 이용할 수 있는 시설 또는 노래를 할 수 있는 시설을 갖추어 공중에 제공하는 영업)을 포함시켜 '멀티방'에 대한 법적 근거를 마련했습니다. 이에 따라 '멀티방'을 운영하려는 자는 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 시행규칙 별표2에서 정한 시설기준을 갖추어 시장·군수·구청장에게 등록해야 합니다(법 제58조).

예고편 영화나 인터넷을 통해 선정적·폭력적인 내용의 영상이 청소년들에게 여과 없이 노출되는 현상에 대응하기 위한 장치도 마련되었습니다. 구체적으로 대가를 받지 아니하고 정보통신망을 이용하여 공중의 시청에 제공하는 비디오물이더라도 음악영상파일(인터넷 뮤직비디오물)인 경우에는 등급분류를 받도록 하고(제50조제1항제2호 단서 신설), 예고편 영화의 경우 전체관람등급에 더하여 청소년 관람불가 등급을 추가했으며(법 제29조제2항), 영화에 관한 광고(영상물 형태의 광고를 포함한다)나 선전물을 배포·게시하거나 이를 정보통신망을 이용하여 공중의 시청에 제공하고자 하는 자는 미리 영상물등급위원회로부터 청소년에 대한 유해성 여부를 확인받도록 했습니다(법 제32조제1항).

2. 다운로드 : 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 일부개정(법률 제11314호, 2012. 8. 18. 시행)

■ 최신 법령 ■

[조세] 상속세 및 증여세법 시행령 등 개정

조선영 변호사 | 임승혁 회계사

1. 「상속세 및 증여세법 시행령」 개정 - 개정특수관계법인 간의 거래를 통한 이익의 증여의제 기준 마련 등

가. 법률에 특수관계법인 간의 거래를 통한 이익의 증여의제 규정이 신설됨에 따라 정상거래로 보는 비율 등 법률에서 위임된 사항을 구체적으로 규정하였습니다. 법인의 사업연도별 매출거래에서 특수관계법인과 거래비율이 100분의 30을 초과하는 경우에 과세할 수 있도록 하고, 특수관계법인의 범위에 법인의 자회사 등을 제외하였습니다. 또한 과세대상자가 법인에 대해 간접적으로 주식을 보유하고 있는 경우의 주식보유비율의 계산방법 등 그 밖에 증여의제이익의 계산에 필요한 구체적인 사항을 정하였습니다(영 제34조의2 참조).

나. 다운로드 : 「상속세 및 증여세법 시행령」 일부개정(대통령령 제23591호, 2012. 2. 2. 시행)

2. 「소득세법 시행령」 개정 - 과세대상 신종 금융상품의 기준 및 비거주자에 대한 정상가격 기준 마련 등

가. 법률에 신종 금융상품을 과세하는 규정이 신설됨에 따라, 과세대상 신종 금융상품의 구체적인 기준 등 법률에서 위임된 사항을 구체적으로 규정하였습니다. 동일한 금융회사 등을 통하여 이자·배당소득 발생상품의 거래 등과 파생상품 계약이 실질상 하나의 상품과 같이 운용되고, 파생상품이 이자·배당소득 발생상품의 원금 및 이자 등을 기초로 하는 경우 등이 과세대상이 됩니다(영 제26조제5항 및 제26조의3제3항 참조).

나. 거주자의 부당행위계산 부인 기준과의 형평성을 도모하고자, 국내사업장이 없는 비거주자가 특수관계에 있는 비거주자·외국법인에 유가증권 등을 양도하는 경우 정상가격과 거래

가격의 차액이 3억원 이상이거나 정상가격의 100분의 5 이상인 경우에는 해당 정상가격을 수입금액으로 본다는 규정을 마련하였습니다(영 제183조의2제5항 참조).

다. 다운로드 : 「소득세법 시행령」 일부개정(대통령령 제23588호, 2012. 2. 2. 시행)

3. 「법인세법 시행령」 개정 - 합병법인의 합병차익 자본전입시 과세되는 잉여금의 범위 마련 등

가. 이익잉여금 등을 합병 전에 피합병법인이 자본으로 전입하는 경우 합병에 의하여 의제배당으로 과세가 이루어지는 반면, 합병 후 합병법인이 합병차익을 자본으로 전입하는 경우에는 비과세되어 왔는바, 이에 대해서도 의제배당으로 과세되도록 개선함으로써 합병 전후의 과세 형평성을 도모하였습니다(영 제12조 참조).

나. 공익법인의 과다인건비를 제한하고 경영의 투명성을 제고하고자, 수익사업에서 발생한 소득의 100분의 50을 초과하여 고유목적사업준비금으로 손금산입하는 장학법인과 사회복지법인 등 비영리내국법인이 개별 임직원에게 지급하는 총 급여액이 연간 8천만원을 초과하는 경우, 주무관청의 승인을 받은 경우 외에는 고유목적사업준비금의 지출대상에서 제외하는 규정을 신설하였습니다(영 제56조제11항 내지 제14항 참조).

다. 다운로드 : 「법인세법 시행령」 일부개정(대통령령 제23589호, 2012. 2. 2. 시행)

4. 「지방세특례제한법」 개정 - 임대사업자의 취득세·재산세 경감 등

가. 전월세 시장의 안정화를 도모하고자, 임대사업자가 임대를 목적으로 오피스텔을 취득하는 경우 현행 임대주택과 같이 취득세와 재산세를 전용면적에 따라 면제 또는 100분의 50까지 경감하는 규정을 마련하였습니다(제31조제1항, 제3항 참조).

나. 다운로드 : 「지방세특례제한법」 일부개정(법률 제11397호, 2012. 3. 21. 시행)

■ 최신 법령 ■

[행정] 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 개정

정원 변호사 | 박호경 변호사

1. 개정이유

「국가재정법」 제23조에 따른 계속비는 집행에 수년이 걸리는 등 단연도 예산의 집행과정과 다른 점이 있으므로 사업의 총액과 연부액을 명백히 하여 체결하도록 계속비 계약의 방식과 근거를 법률에 명시하는 한편, 현행 시행령 제13조에 따라 업체를 미리 심사하여 적합판정을 받은 업체만 입찰에 참가할 수 있도록 하는 입찰참가사전심사제도는 국민의 자유와 평등을 제한하는 측면이 있으므로 그 근거를 법률에 규정하였습니다.

2. 주요내용

가. 입찰참가사전심사제도(PQ) 규정 신설(안 제7조제2항 신설)

경쟁입찰 시 계약수행능력평가에 필요한 사전심사기준, 사전심사절차 등, 그 밖에 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰 참가자격을 사전심사하고 적격자만을 입찰에 참가하게 할 수 있다고 하여 입찰참가사전심사제도의 근거를 법률에 두었습니다.

나. 계속비 및 장기계속계약(안 제43조 개정)

계속비 사업의 경우 총액과 연부액을 명백히 하여 계속비 계약을 체결하도록 함으로써 계속비 계약의 방식과 근거를 법률에 명시하였습니다. 해마다 예산심사를 받아야 했던 장기계속 공사와 비교하여 계속비 사업은 한 차례 국가 예산심의를 받으면 되기 때문에 계속비 제도가 활성화되고 사업추진의 불확실성이 대폭 감소됩니다.

3. 다운로드 : 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 일부개정(법률 제11377호, 2012. 3. 21. 시행)

■ 최신 법령 ■

[형사] 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 개정

금태섭 변호사 | 장품 변호사

1. 주요 내용

- (1) 기존 학교폭력의 범위를 '학생 간에 발생한' 사건에서 '학생을 대상으로 발생한' 사건으로 확대하여 학교 밖 청소년 등에 의한 학교폭력도 이 법에 따라 지원을 받을 수 있게 하고, 사이버 따돌림을 추가함(제2조제1호).
- (2) 국무총리 소속으로 학교폭력대책위원회를 설치하고, 국무총리와 민간 대표가 공동 위원장이 되며, 이를 지원하기 위한 실무위원회를 설치하도록 함(제7조, 제8조).
- (3) 피해학생에 대한 조치 유형 중에 '전학권고' 규정을 삭제하고, 피해학생에 대한 조치를 자치위원회 요청 7일 이내에 이행하도록 함(현행 제16조제1항제5호 삭제 및 제16조제3항 신설).
- (4) 피해학생의 신속한 치료를 위하여 학교의 장 또는 피해학생의 보호자가 원하는 경우에는 학교안전공제회 또는 시·도교육청이 비용을 부담한 후 구상권을 가해학생 학부모에게 행사할 수 있도록 함(제16조제6항).
- (5) 가해학생에 대해서는 출석정지, 전학 등의 조치를 내릴 것을 의무화하고, 협박 또는 보복 행위에 대해서는 병과하거나 가중 조치 할 수 있도록 함(제17조제1항, 제2항)
- (6) 자치위원회의 처분에 대한 재심청구의 기회를 피해학생까지 확대 함(제17조의2.)

2. 개정 취지

- (1) 기존 학교폭력의 범위를 '학생 간에 발생한' 사건에서 '학생을 대상으로 발생한' 사건으로 확대하여 학교 밖 청소년 등에 의한 학교폭력도 이 법에 따라 지원을 받을 수 있게 하고, '사이버 따돌림'이라는 행위 요건을 추가하였습니다.
- (2) 학교폭력 피해학생을 두텁게 보호하고 치유 부담을 완화하기 위하여 학교폭력의 피해학생의 신속한 치료를 위하여 학교의 장 또는 피해학생의 보호자가 원하는 경우 학교안전공제회 또는 시·도교육청이 비용을 부담한 후 구상권을 행사할 수 있도록 하였습니다.
- (3) 가해학생의 전학 및 퇴학조치에 한정되었던 재심청구를 피해학생에 대해서도 허용하고, 가해학생에 대한 조치를 신속하게 이행함으로써 학교폭력의 재발을 방지하기 위하여 가해학생에 대한 처분을 의무화하였습니다.

3. 다운로드 : 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 일부개정(법률 제11388호, 2012. 4. 1. 시행)

[형사] 공직선거법 개정

1. 주요 내용

- (1) 정보통신망 이용 선거운동 확대
 - 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편·문자메시지 전송에 의한 사전선거운동을 허용하고, 특정 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용 없이 투표참여를 권유하는 행위를 선거운동으로 보지 아니함(제58조제1항제5호 신설, 제59조제2호, 제3호).
 - 후보자도 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자에게 직접 「공직선거법」에 위반되는 게시물 등에 대한 삭제 요청 등을 할 수 있도록 함(제82조의4 제3항).

- 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 문자·음성·화상·동영상 등을 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에 게시하거나 전자우편·문자메시지로 전송하게 하고 그 대가를 제공 또는 그 제공의 의사표시를 하거나 그 제공을 약속한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금으로 처벌하고, 그 대가를 제공받은 자에게는 10배 이상 50배 이하의 과태료를 부과하도록 함(제230조제1항제5호, 제261조제6항제2호).

(2) 선상부재자투표제도 도입

- 대통령선거와 임기만료에 따른 국회의원선거에서 원양어업·외항여객운송사업·외항화물운송사업에 사용되는 대한민국 선박 등에 승선하고 있는 선원이 선거일에 투표소에서 투표할 수 없는 때에는 해당 선박에 설치된 팩시밀리를 이용하여 선상부재자신고 및 선상투표를 할 수 있도록 하고, 이 법 시행 후 최초로 실시하는 임기만료에 따른 대통령 선거부터 적용하도록 함(제38조제2항, 부칙 제2조 신설).

(3) 통합선거인명부 도입 등

- 중앙선거관리위원회는 구·시·군의 장으로부터 선거인명부의 전산자료 복사본을 제출받아 전산조직을 이용하여 하나의 선거인명부(통합선거인명부)를 작성한 후 부재자투표소에서 사용할 수 있도록 함(제158조의3제1항 신설).
- 통합선거인명부를 사용하는 경우 부재자투표기간은 선거일 전 5일부터 2일간으로 하며, 선거인은 누구든지(거소투표대상자, 기관·시설거주자 및 보궐선거 등에 있어서 선거구 밖에 거소를 둔 사람은 제외한다) 부재자신고 없이도 부재자투표기간 중에 부재자투표소에서 투표할 수 있도록 하되, 통합선거인명부를 이용한 부재자투표제도는 2013년 1월 1일부터 시행하도록 함(제158조의3 제2항부터 제9항까지 신설, 제201조제7항, 부칙 제1조 신설).

(4) 재외선거의 공정성 확보

- 외교통상부장관은 국외에서 장기 3년 이상의 형에 해당하는 선거범죄를 범한 혐의를 인정할 만한 상당한 이유가 있으나 중앙선거관리위원회의 조사에 불응하거나 소재가 불명하여 조사를 종결할 수 없는 사람 등에 대하여 중앙선거관리위원회 또는 검사의 요청이 있는 때에 여권의 발급·재발급을 제한하거나 여권의 반납을 명하도록 하고, 여권의 발급·재발급 제한기간 또는 반납된 여권의 보관기간은 해당 선거의 선거일 후 5년 이내로 함(제218조의30 신설).

- 법무부장관은 국외에서 이 법에서 금지하는 행위를 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 외국인에 대하여 입국을 금지할 수 있고, 입국금지기간은 해당 선거 당선인의 임기만료일까지로 함(제218조의31 신설).
- 영사는 법원 또는 검사의 의뢰를 받아 대한민국 재외공관 등에서 선거범죄의 피의자 또는 피의자 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있도록 함(제218조의32 신설).
- 검사 또는 사법경찰관은 재외공관에 출석한 선거범죄의 피의자 또는 피의자 아닌 자를 상대로 인터넷 화상장치를 이용하여 진술을 들을 수 있도록 함(제218조의33 신설).

(5) 여론조사제도 개선

- 누구든지 선거에 관한 여론조사결과를 왜곡하여 공표 또는 보도할 수 없도록 하고, 방송·신문·통신·잡지, 그 밖의 간행물을 경영·관리하는 자 등이 여론조사결과 등과 같은 객관적 자료를 제시하지 아니하고 선거결과를 예측하는 보도를 하는 행위를 금지하며, 위반 시 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금으로 처벌하도록 함(제96조, 제252조제1항).
- 누구든지 선거에 관한 여론조사를 하는 경우에는 피조사자에게 여론조사기관·단체의 명칭, 주소 또는 전화번호와 조사자의 신분을 밝혀야 하고, 선거에 관한 여론조사결과를 공표 또는 보도하는 때에는 표본의 크기(연령대별·성별 표본의 크기를 포함한다), 조사된 연령대별·성별 표본 크기의 오차를 보정한 방법 등을 함께 공표 또는 보도하여야 함(제108조제4항, 제5항).
- 선거에 관한 여론조사결과를 공표 또는 보도하는 경우에는 해당 여론조사를 실시한 기관·단체는 해당 여론조사의 조사설계서·피조사자선정·표본추출·질문지작성·결과분석 등 조사의 신뢰성과 객관성의 입증에 필요한 자료를 자신의 인터넷 홈페이지에 공개하여야 하고, 관할 선거구선거관리위원회로부터 여론조사와 관련된 자료제출의 요구를 받은 때에는 지체 없이 이에 따르도록 함(제108조제6항, 제7항 신설).
- 특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하여 질문하는 방식 등으로 여론조사를 하거나, 여론조사결과 공표·보도시 함께 공표·보도하여야 하는 요소를 같이 공표·보도하지 아니한 경우 벌칙을 현행 '2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금'에서 '3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금'으로 상향 조정함(제256조제1항, 제2항).

- (6) 출구조사 거리제한을 현행 '투표소로부터 100미터 밖'에서 '투표소로부터 50미터 밖'으로 완화함(제167조제2항 및 제241조제1항).

2. 개정 취지

- (1) 「공직선거법」 제93조제1항에 대한 헌법재판소의 한정위헌결정의 취지를 반영하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등의 게시나 전자우편·문자메시지 전송에 의한 사전선거운동을 허용하였습니다.
- (2) 선상에서 장기 기거하는 선원들이 선거권을 행사할 수 있도록 제18대 대통령선거부터 선상부재자투표제도를 도입하였습니다.
- (3) 재외선거의 공정성 확보를 위하여 국외에서 중대한 선거범죄를 행한 자에 대하여 여권의 발급 등을 제한할 수 있도록 하며, 국외에서 공직선거법 위반행위를 한 외국인에 대하여는 입국을 금지할 수 있도록 하고, 재외선거사범 등에 대한 영사조사제도 및 인터넷화상조사 제도를 도입하였습니다.
- (4) 여론조사결과를 왜곡하여 보도하거나 객관적인 근거 없이 선거결과를 예측하는 보도를 하는 경우 처벌규정을 신설하는 등 여론조사의 객관성과 공정성을 강화하였습니다.

3. 다운로드 : 「공직선거법」 일부개정(법률 제11374호, 2012. 2. 29. 시행)

■ 최신 판례 ■

[민사] 집행문이 잘못 부여된 경우의 구제방법

박영주 변호사 | 김영식 변호사

1. 이 사건의 사실관계

(1) 이 사건 토지는 A의 소유였는데, 2007년 8월 16일 이 사건 토지 중 2/5 지분에 관해 2007년 1월 12일 재산분할을 원인으로 하여 B 명의로 소유권일부이전등기(이하 'B 고유지분 등기')가 경료되었습니다. B는 2008년 2월 12일 A를 상대로 이 사건 토지에 관해 공유물분할청구의 소를 제기하였습니다. 2008년 10월 23일 위 소송에서 강제조정결정이 확정되었는데, 강제조정결정의 내용은 다음과 같습니다.

- ① B는 2009년 1월 31일까지 A로부터 이 사건 토지 중 3/5 지분의 소유권이전등기를 경료받음과 동시에 A에게 3,800만 원을 지급한다.
- ② A가 소유권이전등기서류를 B에게 제공하였음에도 B가 위 금원의 지급을 지체할 경우 B는 연 20%의 비율에 의한 지연손해금을 가산하여 지급하고, A는 B로부터 위 금원을 지급받음과 동시에 B에게 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관해 소유권이전등기절차를 이행한다.

(2) 2008년 10월 23일 강제조정결정이 확정되자, 같은 날 B의 소송대리인은 집행문부여신청을 하였습니다. B가 A에게 반대의무(3,800만 원 지급의무)를 이행하지 않았고 재판장의 명령이 없었는데도, 같은 날 법원공무원은 강제조정결정 정본에 집행문을 부여하였습니다. 2009년 11월 11일 B는 강제조정결정에 기해 A의 지분(이 사건 토지 중 3/5 지분)에 관해 B 명의로 A 지분전부이전등기(2008. 10. 23.자 공유물분할 원인. 이하 '이 사건 ①등기')를 경료하였습니다.

(3) C는 2009년 11월 11일 이 사건 토지에 관해 C 자신을 가등기권자로 하는 소유권이전청구권가등기(2009. 11. 4.자 교환예약 원인. 이하 '이 사건 ②등기')를 경료하였고, 11월 27일 위 3/5 지분(이 사건 ①등기에 의해 B 명의로 경료된 A의 지분)에 관해 C 명의로 소유권일부이전등기(이하 '이 사건 ③등기')를 경료하였습니다.

이후 D는 이 사건 토지에 관해 채무자 B, 근저당권자 D인 근저당권설정등기(이하 '이 사건 ④ 등기')를 경료하였습니다. 한편 E는 C의 채권자로서 위 3/5 지분에 관해, 2009년 11월 30일 C 지분 전부이전등기등기청구권가등기(2009. 11. 30.자 매매예약 원인. 이하 '이 사건 ⑤ 등기')를 경료하면서, 같은 날 채무자 C, 근저당권자 E 자신인 지분전부근저당권설정등기(이하 '이 사건 ⑥ 등기')를 경료하였습니다.

(4) B로부터 3,800만 원 및 지연손해금을 받지 못한 채 이 사건 토지의 3/5 지분을 빼앗긴 A는 C, D, E를 상대로 "이 사건 ① 등기는 무효"라고 주장하면서 이 사건 ② 내지 ⑥ 등기의 말소를 구하는 내용의 이 사건 소를 제기하였습니다.

이 사건 소송에서 피고들(C, D, E)은 "등기신청의무를 내용으로 하는 판결 등에 대한 집행문부여 절차에 하자가 있는 경우 집행문부여에 대한 이의신청이나 이의의 소를 통해 집행문의 취소나 그 강제집행의 불허를 구하지 아니하고 바로 원인무효임을 내세워 등기의 말소를 구할 수는 없다"고 주장하였습니다.

2. 반대의무와 상환으로 의사표시를 명하는 판결의 강제집행과 집행문부여

(1) 채권자가 집행기관(집행법원 또는 집행관)에 강제집행을 신청 또는 위임하기 위해서는 원칙적으로 집행문을 첨부, 제출해야 합니다. 집행문은 강제집행의 실시를 위해 채권자의 신청에 의해 부여됩니다. 그러나 모든 강제집행에 있어 집행문의 부여가 필요한 것은 아니며 몇 가지 예외가 있는데, '의사표시의무(예컨대 등기절차이행의무)의 집행'이 그 중 하나입니다.

민사집행법 제263조는 '의사표시의무의 집행'에 관해 규정하고 있는데, 제1항은 "채무자가 권리관계의 성립을 인낙한 때에는 그 조서로, 의사의 진술을 명한 판결이 확정된 때에는 그 판결로 권리관계의 성립을 인낙하거나 의사를 진술한 것으로 본다"고 규정하고 있습니다. 즉 '의사표시를 명하는 재판'의 경우에는 판결이 확정되면 의사의 진술이 있는 것으로 간주되고 이로써 집행이 완료되기 때문에, 원칙적으로 별도의 집행문이 불필요합니다.

(2) 그런데 제263조제2항은 다시 "반대의무가 이행된 뒤에 권리관계의 성립을 인낙하거나 의사를 진술할 것인 경우에는 제30조와 제32조의 규정에 따라 집행문을 내어 준 때에 그 효력이

생긴다"고 규정하고 있습니다. 이것은 '예외의 예외', 즉 '의사표시의무의 집행이지만, 집행문부여가 필요한 경우'를 규정한 것입니다.

민사집행법 제30조제2항 본문은 "판결을 집행하는 데에 조건이 붙어 있어 그 조건이 성취되었음을 채권자가 증명하여야 하는 때에는 이를 증명하는 서류를 제출하여야만 집행문을 내어 준다"고 규정하고 있고, 제32조제1항은 "재판을 집행하는 데에 조건을 붙인 경우에는 집행문은 재판장의 명령이 있어야 내어 준다"고 규정하고 있습니다. 이 사건처럼 판결(또는 확정된 강제조정결정)에서 동시이행을 명한 경우가 바로 '조건이 붙어 있는' 때에 해당합니다.

이와 같이 판결 등의 집행에 '조건'이 붙여진 경우 신청인은 그 조건의 성취를 증명하는 증명서(예컨대 변제영수증)를 제출하여야 합니다. 이 경우 법원사무관 등은 집행문의 부여가 재판장의 명령을 필요로 하는 것인지 여부만을 조사하여 재판장의 명령을 받으면 되고, 조건의 성취 여부를 독자적으로 조사할 필요도, 그럴 권한도 없습니다.

(3) 집행문부여에 대한 이의신청이란 집행문부여가 부적법함을 주장하며 그 취소 그 밖의 시정을 구하는 채무자의 신청을 말합니다(민사집행법 제34조제1항). 이의사유로는 집행문부여기관의 조사사항에 속하는 모든 요건의 흠결을 주장할 수 있습니다. 당연히 '조건'의 불성취도 이의사유에 해당합니다. 채무자는 집행문이 부여된 후 언제든지 이의신청을 할 수 있고, 현실적으로 집행이 개시되어야 신청할 수 있는 것은 아닙니다. 하지만 집행이 완료된 후에는 이의신청을 할 이익이 인정되지 않습니다.

집행문부여에 대한 이의의 소는 채무자가 집행문부여 시에 증명된 조건의 성취 또는 승계 등의 사유를 다투어 집행문부여의 위법을 주장함으로써 강제집행을 저지하기 위한 소입니다. 민사집행법 제45조는 "제30조제2항과 제31조의 경우에 채무자가 집행문부여에 관하여 증명된 사실에 의한 판결의 집행력을 다투거나, 인정된 승계에 의한 판결의 집행력을 다투는 때"라고 규정하고 있습니다.

채무자는 집행문부여에 대한 이의의 소(민사집행법 제45조)를 제기할 수 있는 때에도 집행문부여에 대한 이의신청을 할 수 있는데, 이 경우 채무자는 하나를 선택해 이용할 수도 있고, 양자를 동시에 신청할 수도 있습니다.

3. 대법원 판결의 요지 및 의미

(1) 이 사건의 문제점

이 사건은 “의사표시의무에 동시이행 등의 조건이 붙어 있고 그 조건이 이행되지 않았음에도 집행문이 잘못 부여되어 그에 따른 등기가 경료된 경우”에 해당합니다.

그런데 이 사건과 같이 집행문이 잘못 부여된 경우에 관해 민사집행법은 구제방법으로 ‘집행문 부여에 대한 이의신청’과 ‘집행문부여에 대한 이의의 소’를 규정해 놓고 있습니다. 하지만 이 사건의 경우 이미 집행이 완료(등기가 경료)되었기 때문에, 위와 같은 신청과 소의 제기는 신청의 이익이 없게 된다는 문제점이 있습니다.

결국 이 사건은 ‘조건’의 불이행 사실이 간과됨으로써 집행문이 잘못 부여되어 등기가 이루어진 경우 “그 등기가 유효한지”와 “그에 대한 구제방법은 무엇인지”가 쟁점입니다.

(2) 원심판결(서울고등법원 2011. 7. 13. 선고 2010나120960 판결)은 이 사건에서 다음과 같이 판단하면서 원고(A)의 손을 들어 주었습니다.

B(소외인)가 강제조정결정에 기해 이 사건 토지 중 3/5 지분인 A(원고) 지분에 관해 소유권이전등기절차를 마치기 위하여는 그와 동시이행관계에 있는 자신의 반대의무인 금전지급채무가 이행되었음을 증명하여 집행문을 부여받아야 할 것인데, B의 금전지급채무가 이행되지도 않았음에도 발급된 이 사건 집행문부여는 그 자체가 무효이고 그에 따른 원고의 이 사건 토지 중 3/5 지분의 이전에 관한 의사진술의 효과도 발생하지 않으므로, 결국 강제조정결정에 기하여 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관하여 B 앞으로 경료된 이 사건 ①등기는 원인 없는 등기로서 무효이고, 원인 무효인 이 사건 ①등기를 기초로 마쳐진 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관한 피고들 명의의 이 사건 ② 내지 ⑥등기들도 모두 무효이므로, 피고들(C, D, E)은 원고(A)에게 이 사건 토지 중 3/5 지분에 관해 이 사건 ② 내지 ⑥등기의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다.

(3) 대법원은 “집행권원상의 의사표시를 하여야 하는 채무가 반대급부의 이행 등 조건이 붙은 경우에는 채권자가 그 조건 등의 성취를 증명하여 재판장의 명령에 의하여 집행문을 받아야만

의사표시 의제의 효과가 발생한다. 따라서 반대급부의 이행 등 조건이 성취되지 않았는데도 등기신청의 의사표시를 명하는 판결 등의 집행권원에 집행문이 잘못 부여된 경우에는 그 집행문부여는 무효"라고 한 다음, "이러한 집행문부여로서 강제집행이 종료되고 더 이상의 집행 문제는 남지 않는다는 점을 고려하면 집행문부여에 대한 이의신청이나 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기할 이익이 없으므로, 채무자로서는 집행문부여에 의하여 의제되는 등기신청에 관한 의사표시가 무효라는 것을 주장하거나 그에 기초하여 이루어진 등기의 말소 또는 회복을 구하는 소를 제기하여야 한다"고 판시함으로써, 원심판결이 정당하다고 판단하였습니다.

이 사건 대법원 판결은 "의사표시의무에 동시이행 등의 조건이 붙어 있고 그 조건이 이행되지 않았음에도 집행문이 잘못 부여되어 그에 따른 등기가 경료된 경우 그 등기의 유효 여부 및 구제 방법"에 관해 처음으로 그 입장을 밝힌 데 그 의미가 있습니다.

4. 다운로드 : [대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다73021 판결](#)

■ 최신 판례 ■

[상사] 상장회사 소수주주권의 주식보유기간 요건 반드시 지켜야 하나?

정철 변호사 | 이태현 변호사

1. 사실관계 및 쟁점

최근 상장회사 소수주주가 이사해임을 안건으로 정하여 임시주주총회 소집허가를 신청한 사건에서 상장회사 소수주주권 행사의 주식 보유기간 요건에 대하여 1심과 2심이 그 판단을 달리한 사례가 있어 소개하고자 합니다.

사실관계를 살펴보면, 상장회사 T사의 소수주주 A는 회사 발행주식총수의 4.94%를 보유하고 있는 주주로서 회사에 대하여 이사 해임을 안건으로 하는 임시주주총회소집청구를 하였고 회사가 그에 응하지 않자 법원에 임시주주총회소집허가신청을 한 사안입니다. 위 소수주주는 상장회사 임시주주총회소집을 청구할 수 있는 소수주주의 요건에 관한 상법 제532조의6제1항 소정의 6개월 주식보유기간 요건을 갖추지 못한 상태에서 주식보유기간을 요구하지 않는 상법 제366조의 비상장회사 소수주주권에 근거하여 임시주주총회를 소집하였습니다.

본 사안의 주요 쟁점은 상장회사에 적용되는 소수주주권의 특례규정 제542조의6제1항이 상법 제366조의 적용을 '배제'하는 특별규정에 해당하는지(즉 그 선택적 적용 여부)였습니다.

2. 관련 규정 및 판례의 검토

가. 관련 규정

상법 제366조(소수주주에 의한 소집청구)

- ① 발행주식총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 회의의 목적사항과 소집의 이유를 적은 서면 또는 전자문서를 이사회에 제출하여 임시총회의 소집을 청구할 수 있다.

제13절 상장회사에 대한 특례

상법 제542조의2(적용범위)

- ① 이 절은 대통령령으로 정하는 증권시장(증권의 매매를 위하여 개설된 시장을 말한 다)에 상장된 주권을 발행한 주식회사(이하 "상장회사"라 한다)에 대하여 적용한다. 다만, 집합투자(2인 이상에게 투자권유를 하여 모은 금전이나 그 밖의 재산적 가치가 있는 재산을 취득·처분, 그 밖의 방법으로 운용하고 그 결과를 투자자에게 배분하여 귀속시키는 것을 말한다)를 수행하기 위한 기구로서 대통령령으로 정하는 주식회사는 제외 한다.
- ② 이 절은 이 장 다른 절에 우선하여 적용한다.

제542조의6(소수주주권)

- ① 6개월 전부터 계속하여 상장회사 발행주식총수의 1천분의 15 이상에 해당하는 주식을 보유한 자는 제366조(제542조에서 준용하는 경우를 포함한다) 및 제467조에 따른 주주의 권리를 행사할 수 있다.

나. 1심 법원의 결론

원심 법원은 상장회사의 특례조항과 상법 일반규정의 관계에 대하여 위 특례조항은 상법 일반규정의 특별법으로서 상장회사에게는 상법상 일반규정의 적용은 '배제'되는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 판단하였습니다. 그에 따라 상장회사의 소수주주는 특례규정상 주식보유요건을 충족하여야만 임시주주총회소집청구를 할 수 있다고 판시하였습니다(서울중앙지방법원 2010. 12. 27.자 2010비합512결정).

다. 2심 법원의 결론

2심 판결은 아래와 같은 논거를 들어 상장회사의 주주에게는 상장회사의 특례규정과 상법상 일반규정의 선택적 적용이 가능하다고 보았습니다.

(1) 관련 법규의 개정 연혁과 입법 취지

본 사안에서 문제된 상장회사 주주의 임시주주총회소집청구권에 관한 조항은 1997년 1월 13일 구 증권거래법에서 새로이 도입되었는데 그 취지는 그 지분요건을 낮추고 소유의 개념을 보유까지 넓힘으로써 상장회사 소수주주권을 완화하기 위한 것이었습니다. 다만 그 권리가 남용되는 것을 방지하기 위한 부수적 목적에서 일정 보유기간을 부가하였다는 것입니다. 시행도중 1998년 상법 개정으로 그 지분율 요건이 동일해져 일시적으로 상장회사 특례규정이 더 엄격해지는 결과가 초래되기는 하였으나 결론적으로 자본시장법의 제정 및 상법 개정이 선택적 적용을 배제하기 위한 목적에서 비롯된 것은 아니라고 판단하였습니다.

(2) 적용 배제규정의 표현방식

자본시장법 또는 상법에서 다른 법규정의 적용을 배제할 때에는 해당 개별법 조항을 나열한 후 명시적으로 “적용하지 아니한다”라고 표현하고 있는 점을 논거로 들면서 상법 제542조의2 제2항에서 상장회사에 대한 특례규정의 적용범위에 관하여 일괄하여 상법의 다른 규정에 “우선하여 적용한다”고 규정하고 있더라도, 이는 특례규정과 관련된 모든 경우에 상법 일반규정의 적용을 배제한다는 의미라기보다는 ‘1차적’으로 적용한다는 원론적인 의미의 규정이라고 보았습니다. 따라서 상법 일반규정의 배제 여부는 특례의 각 개별 규정에 따라 달리 판단하여야 할 것이라고 판시하였습니다.

3. 판결의 시사점

본 사안은 그 1심 판결의 내용이 과거 상장회사에 대한 상법의 선택적 적용을 인정한 법원 판례(대법원 2004. 12. 10. 선고 2003다41715 판결)와 배치되었다는 점에서 이슈화되었으나 2심 법원이 위 대법원 판례와 동일한 결론을 취함으로써 현재로서는 선택적 적용 여부에 관한 논란은 일단락되었습니다.

과거에도 일부 하급심 판례는 구 증권거래법과 상법에서 정하고 있는 임시주주총회소집청구권의 지분율 요건이 서로 동일하다는 이유로 구 증권거래법만 적용된다고 판단한 바 있습니다(서울지방법원 2002. 9. 5.자 2002비합23 결정 등). 그러나 현재 소수주주권에 관한 상장회사 특례규정에서 정하고 있는 소수주주권 지분율 요건은 모두 상법 일반 규정 보다는 완화되어 있으므로 선택적 적용이 가능하다고 보는 본 판례나 과거 대법원 판례의 견해가 그대로 유지될

것으로 예상됩니다. 다만 본 사안은 아직 대법원에 계류 중인바, 그 최종 결과를 지켜볼 필요는 있어 보입니다.

4. 다운로드 : 서울고등법원 2011. 4. 1. 선고 2011라123 결정

■ 최신 판례 ■

[건설 · 부동산] 도시정비사업에서 이전고시의 효력발생 이후, 관리처분계획을 다룰 수 있을까?

정원 변호사 | 박성철 변호사

1. 사건의 배경과 쟁점

재개발, 재건축과 같은 도시정비사업이 진행되는 동안 행정청은 여러 처분을 합니다. 정비구역지정, 조합설립인가, 사업시행계획인가, 관리처분계획인가, 이전고시와 같은 처분이 단계별로 내려집니다. 그 때마다 이해관계를 달리하는 이들은 행정소송을 제기해 각 처분에 취소 또는 무효사유가 있다고 다툽니다.

이 사건에서도 관리처분계획에 취소 또는 무효사유가 있는지 논란이 되었습니다. 다만 본건에서는 관리처분계획의 하자를 따지기 전에 이 처분에 대해 소를 제기할 법률상 이익이 있는지부터 문제가 되었습니다. 관리처분계획 후 이미 이전고시의 효력이 발생했기 때문입니다.

이처럼 이전고시의 효력이 발생한 이후에도 관리처분계획의 하자를 다룰 수 있는지가 사건의 쟁점입니다.

2. 대법원 판결의 태도

대법원은 이전고시의 효력이 발생한 이후에는 관리처분계획의 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다고 보았습니다.

“이전고시의 효력 발생으로 이미 대다수 조합원 등에 대하여 획일적·일률적으로 처리된 권리귀속 관계를 모두 무효화시키고 다시 처음부터 관리처분계획을 수립하여 이전고시 절차를 거치도록 하는 것은 정비사업의 공익적·단체법적 성격에 배치된다고 할 것이므로, 이전고시가 그 효력을

발생하게 된 이후에는 조합원 등이 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다고 봄이 타당하다.”

대법원은 종래 환지처분과 분양처분에 관한 판례를 인용하며 논리를 세웠습니다.

「도시 및 주거환경정비법」(이하 ‘도시정비법’) 관련 조문부터 봅니다.

도시정비법 제48조제1항에 의하면, 사업시행자는 분양신청기간이 종료된 때에 분양신청의 현황을 기초로 관리처분계획을 수립하여야 합니다. 관리처분계획의 내용에는 분양설계, 분양대상자의 주소 및 성명, 분양대상자별 분양예정인 대지 또는 건축물의 추산액, 분양대상자별 종전의 토지 또는 건축물의 명세 및 사업시행인가의 고시가 있는 날을 기준으로 한 가격, 정비사업비의 추산액 및 그에 따른 조합원 부담규모 및 부담시기, 분양대상자의 종전의 토지 또는 건축물에 관한 소유권 외의 권리명세, 그 밖에 정비사업과 관련한 권리 등에 대하여 대통령령이 정하는 사항이 포함되어야 합니다.

한편 도시정비법 제54조제1항, 제2항에 의하면, 사업시행자는 준공인가와 공사의 완료에 관한 고시가 있는 때에는 지체 없이 대지확정측량과 토지의 분할절차를 거쳐 관리처분계획에 정한 사항을 분양받을 자에게 통지하고 대지 또는 건축물의 소유권을 이전하여야 합니다. 또한 그 내용을 당해 지방자치단체의 공보에 고시한 후 이를 시장·군수에게 보고하여야 합니다. 나아가 같은 법 제57조제1항에 의하면, 대지 또는 건축물을 분양받은 자가 종전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격과 분양받은 대지 또는 건축물의 가격 사이에 차이가 있는 경우 사업시행자는 이전 고시가 있는 후에 그 차액에 상당하는 금액(이하 청산금)을 분양받은 자로부터 징수하거나 분양받은 자에게 지급하여야 합니다(다만 정관 등에서 분할징수 및 분할지급에 대하여 정하고 있거나 총회의 의결을 거쳐 따로 정한 경우에는 관리처분계획인가 후부터 이전고시일까지 일정기간별로 분할징수하거나 분할지급할 수 있습니다).

또한 도시정비법은 제55조제1항에서 “대지 또는 건축물을 분양받을 자에게 제54조제2항의 규정에 의하여 소유권을 이전한 경우 종전의 토지 또는 건축물에 설정된 지상권·전세권·저당권·임차권·가등기담보권·가압류 등 등기된 권리 및 주택임대차보호법 제3조제1항의 요건을 갖춘 임차권은 소유권을 이전받은 대지 또는 건축물에 설정된 것으로 본다”고 규정합니다. 같은 조 제2항에서는 “제1항의 규정에 의하여 취득하는 대지 또는 건축물 중 토지등소유자에게 분양하는 대

지 또는 건축물은 도시개발법 제40조의 규정에 의하여 행하여진 환지로 보며, 제48조제3항의 규정에 의한 보류지와 일반에게 분양하는 대지 또는 건축물은 도시개발법 제34조의 규정에 의한 보류지 또는 체비지로 본다”고 규정하고 있습니다. 한편, 도시개발법 제40조제4항에 의하면, 시행자는 지정권자에 의한 준공검사를 받은 경우 대통령령으로 정하는 기간에 환지처분을 하여야 합니다.

대법원은 위와 같은 조항을 염두에 두고, 기존 환지처분 및 분양처분에 대한 판례를 검토했습니다.

우선 환지처분은 사업시행자가 환지계획구역의 전부에 대하여 공사를 완료한 후 환지계획에 따라 환지교부 등을 하는 처분으로서 일단 공고되어 효력을 발생하게 된 후에는 일부 토지에 관한 환지지정에 위법이 있더라도 그 사유만으로는 다른 부분에 대한 환지확정처분까지 당연히 무효가 되는 것이 아니므로 환지 전체의 절차를 처음부터 다시 밟지 않는 한 그 일부만을 따로 떼어 환지처분을 변경할 길이 없습니다. 다만 그 환지처분에 위법이 있다면 이를 이유로 하여 민사상의 절차에 따라 권리관계의 존부를 확정하거나 손해배상을 구하는 길이 있을 뿐이므로 그 환지확정 처분의 일부에 대하여 취소 또는 무효확인을 구할 법률상의 이익이 없다는 것이 기존 대법원의 입장입니다(대법원 1985. 4. 23. 선고 84누446판결, 대법원 1990. 9. 25. 선고 88누2557 판결, 대법원 1992. 6. 26. 선고 91누11728판결, 대법원 1993. 5. 27. 선고 92다14878 판결, 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다49459판결 등 참조).

그리고 도시정비법에 통합되면서 폐지된 구 도시재개발법에 규정된 분양처분 역시 재개발구역 안의 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 재개발사업에 의하여 조성되거나 축조되는 대지 또는 건축시설의 위치 및 범위 등을 정하고 그 가격의 차액에 상당하는 금액을 청산하거나 대지 또는 건축시설을 정하지 않고 금전으로 청산하는 공법상 처분으로서(대법원 1995. 6. 30. 선고 95다10570 판결 참조), 일단 공고되어 효력을 발생하게 된 이후에는 그 전체의 절차를 처음부터 다시 밟지 않는 한 그 일부만을 따로 떼어 분양처분을 변경할 길이 없으며 설령 그 분양처분에 위법이 있다 하여 취소 또는 무효확인을 하더라도 다른 토지에 대한 분양처분까지 무효라고는 할 수 없습니다. 분양처분의 위법을 이유로 하여 민사상의 절차에 따라 권리관계의 존부를 확정하거나 손해의 배상을 구하는 길이 있을 뿐이므로 그 분양처분의 일부에 대하여 취소 또는 무효확인을 구할 법률상의 이익이 없습니다(대법원 1991. 10. 8. 선고 90누10032 판결 참조).

나아가 분양처분의 일부 변경을 위한 관리처분계획의 변경은 분양처분이 이루어지기 전에만 가능하므로 분양처분이 효력을 발생한 이후에는 조합원은 관리처분계획의 변경을 구할 수 없고, 재개발조합으로서도 분양처분의 내용을 일부 변경하는 취지로 관리처분계획을 변경할 수 없습니다(대법원 1999. 10. 8. 선고 97누12105 판결, 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000두8073 판결 등 참조).

환지처분이나 분양처분에 관하여 이와 같이 해석하는 것은 이러한 처분이 서로의 이해관계가 맞물려 얽혀 있는 다수의 권리관계를 규율하는 단체법적인 성격을 가지고 있어서 획일적으로 그 권리관계를 확정할 필요가 있는데다가 환지사업이나 도시재개발사업의 공익적 측면을 감안한 데 이유가 있는 것입니다.

이런 맥락에서 대법원은 “앞서 본 도시정비법 및 도시개발법 관련 규정의 내용과 취지, 환지처분 및 구 도시재개발법상 분양처분의 성격과 그 효력 등을 종합하면, 도시정비법상의 이전고시 또한 준공인가의 고시로 사업시행이 완료된 이후에 관리처분계획에서 정한 바에 따라 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물의 위치 및 범위 등을 정하여 그 소유권을 분양받을 자에게 이전하고 그 가격의 차액에 상당하는 금액을 청산하거나 대지 또는 건축물을 정하지 않고 금전적으로 청산하는 공법상 처분으로서 그 법적 성격은 구 도시재개발법상의 분양처분과 본질적으로 다르지 않다. 또한 청산금부과처분은 원칙적으로 이전고시가 효력을 발생한 후에 관리처분계획의 내용 중 일부가 집행되는 것이므로, 정관이나 총회의 의결을 거쳐 따로 정한 경우에는 관리처분계획 후부터 이전고시일까지 청산금을 분할징수 또는 분할지급할 수 있다는 예외적인 사정을 들어 위와 같은 이전고시의 법적 성격을 달리 볼 것은 아니다”라고 판시했습니다.

그런 이유로 “이전고시의 효력 및 그 효력 발생 후 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 있는지 여부 등에 관하여도 도시정비법 관련 규정에 의하여 준용되는 도시개발법에 따른 환지처분과 궤를 같이하여 새겨야 할 것”이라고 보았습니다.

나아가 대법원은 조합원의 단체법적 의사와 정비사업의 공익성을 강조했습니다. 대법원은 “관리처분계획의 내용을 집행하는 이전고시의 효력이 발생하면 조합원 등이 관리처분계획에 따라 분양받을 대지 또는 건축물에 관한 권리귀속이 확정되고 조합원 등은 이를 토대로 다시 새로운 법률관계를 형성하게 된다. 그리하여 이전고시의 효력이 발생한 후에는 관리처분계획이 무효로 확인되어 새로운 관리처분계획을 수립하기 위한 총회의 결의가 필요하게 되더라도 특히 이 사건과 같

은 대단위 아파트 단지의 경우에는 그 총회의 소집통지가 용이하지 아니하고 조합원 등의 적극적인 참여를 기대하기도 어려워 새로운 관리처분계획을 의결하는 것 자체가 현저히 곤란해지고, 또한 이전고시의 효력 발생 후에 관리처분계획이 무효로 확인되어 새로운 관리처분계획이 의결된다면 이전고시의 효력 발생 후 형성된 새로운 법률관계에 터를 잡은 다수의 이해관계인들에게는 예측하지 못한 피해를 가져오게 된다. 뿐만 아니라 관리처분계획은 조합원 등이 공람·의견청취절차를 거쳐 그 내용을 숙지한 상태에서 총회의 의결을 통하여 조합원 등의 권리관계를 정하는 것이고, 행정청도 관리처분계획에 대한 인가·고시를 통하여 이를 관리·감독하고 있다. 따라서 이와 같이 다수의 조합원 등이 관여하고 관련 법령에 정해진 여러 절차를 거쳐 수립된 관리처분계획에 따라 이전고시까지 행해졌음에도, 관리처분계획의 하자를 이유로 다시 처음부터 관리처분계획을 작성하여 이전고시를 거치는 절차를 반복하여야 한다면, 이는 대다수 조합원의 단체법적인 의사와 정비사업의 공익적 성격에도 어긋나는 것이라고 볼 수밖에 없다"고 보았습니다.

또한 "관리처분계획에 대한 인가·고시가 있는 후에 이전고시가 행해지기까지 상당한 기간이 소요되므로 관리처분계획의 하자로 인하여 자신의 권리를 침해당한 조합원 등으로서는 이전고시가 행해지기 전에 그 관리처분계획의 효력을 다툴 수 있는 여지가 있고, 특히 조합원 등이 관리처분계획의 취소 또는 무효확인소송을 제기하여 계속 중인 경우에는 그 관리처분계획에 대하여 행정소송법에 규정된 집행정지결정을 받아 후속 절차인 이전고시까지 나아가지 않도록 할 수도 있다"는 점도 근거로 들었습니다. 조합원 등으로서는 보류지에 관한 권리관계를 다투는 소송이나 청산금부과처분에 관한 항고소송, 무효인 관리처분계획으로 인한 손해배상소송 등과 같은 다른 권리구제수단을 통하여 그 권리를 회복할 수 있다는 것입니다.

대법원은 위와 같은 근거로 이전고시가 그 효력을 발생하게 된 이후에는 조합원 등이 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다고 판시했습니다.

3. 대법원 판결의 의의와 검토

위와 같은 대법원 판결은 이전고시의 효력 발생 이후 관리처분계획인가처분을 다툴 법률상 이익이 없다는 점을 분명히 한 판결로서 의미가 있습니다. 특히 정비사업의 공익적·단체법적 성격을 고려해서 획일적·일률적으로 처리된 관리귀속 관계의 안정을 도모했다는 점에서, 정비사업이 좌초되지 않고 진행되는 데에 기여할 것으로 보입니다. 종래 분양처분, 환지처분에 대한 판례는

있었지만, 이 사건처럼 이전고시의 효력 발생 이후에 관리처분계획을 다룰 수 있는지에 대해서는 논란이 분분했습니다. 하지만 이와 같은 판결로 일응 논란이 종결되었다고 볼 수 있습니다. 적어도 이와 같은 대법원의 입장이 변경되지 않는 한 이전고시 후 관리처분계획인가를 다룰 법률상 이익은 없는 것입니다.

다만, 구체적 타당성을 고려한 예외를 두지 않고 이전고시가 효력을 발생하기만 하면 관리처분계획인가를 다룰 법률상 이익이 없다고 선언하여, 관리처분계획을 다룰 방법을 완전히 봉쇄하는 것이 타당한지 반론이 있을 수는 있습니다. 이 사건에서도 4인의 대법관은 별개의견을 제시하고 있습니다. 대법원의 결론은 아니지만, 도시정비사업에 대한 이해를 높일 수 있다는 점에서 별개의견의 논거로 살펴봅니다.

첫째, 도시정비법에서 정하고 있는 이전고시는 준공인가의 고시에 의하여 사업시행이 완료된 후에 관리처분계획에서 정한 사항 중에서 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물에 관하여 소유권을 분양받을 자에게 이전하는 것을 내용으로 하는 행정처분일 뿐이라는 점을 지적했습니다. 소유권 이전 외의 사항은 이전고시의 대상이 아니라고 보아야 하므로, 설령 이전고시가 있다고 하더라도 소유권의 이전에 관한 사항 외에 관리처분계획에서 정한 사항에 관하여는 영향이 없기 때문에, 결국 이전고시의 효력이 발생했더라도 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구할 이익이 상실된다고 할 수 없다고 비판했습니다.

구 도시재개발법 제38조제3항 본문은 “시행자는 제2항의 규정에 의한 공고가 있을 때에는 지체 없이 확정측량을 하고 토지의 분할절차를 거쳐 관리처분계획대로 분양처분을 하여야 한다”고 규정하고 있었습니다. 그러나 도시정비법에서는 사업시행자가 인가받은 사업시행계획대로 정비사업에 관한 공사를 완료한 때에는 시장·군수의 준공인가를 받아야 하며, 그 준공인가의 고시가 있을 때에는 지체없이 대지확정측량을 하고 토지의 분할절차를 거쳐 관리처분계획에서 정한 사항을 분양을 받을 자에게 통지하고 대지 또는 건축물의 소유권을 이전하여야 하는데, 그 내용을 지방자치단체의 공보에 고시하도록 정하고 있습니다(도시정비법 제52조제3항, 제54조). 그렇기 때문에 도시정비법의 법문상 이전고시는 구 도시재개발법상의 분양처분과 달리 대지 또는 건축물의 소유권의 이전에 관한 사항만을 고시하는 것입니다.

한편 도시정비법은, 토지 등의 소유자 중 분양신청을 하지 아니한 자에 대하여는 분양신청기간 종료일의 다음날부터 150일 이내에, 그리고 관리처분계획에 따라 분양대상에서 제외된 자에 대해

여는 그 관리처분계획의 인가를 받은 날의 다음날부터 150일 이내에 각각 현금(이하 '제47조 청산금')으로 청산하도록 규정하고 있고(도시정비법 제47조), 또한 대지 또는 건축물을 분양받은 자가 종전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격과 분양받은 대지 또는 건축물의 가격 사이에 차이가 있는 경우에는 사업시행자가 이전고시가 있는 후에 그 차액에 상당하는 금액(이하 '제57조 청산금')을 분양받은 자로부터 징수하거나 분양받은 자에게 지급하도록 정하는 한편, 정관 등에서 분할징수 및 분할지급에 대하여 정하고 있거나 총회의 의결을 거쳐 따로 정한 경우에는 관리처분계획인가 후부터 이전고시일까지 일정기간별로 분할징수하거나 분할지급할 수 있도록 규정하고 있습니다(도시정비법 제57조제1항). 따라서 위와 같은 청산금과 관련된 사항들은 이미 정관이나 총회의결 내지는 관리처분계획 등(이하 '정관등')에서 정해질 수 있는 것입니다.

만일 이와 달리 청산금에 관한 사항이 이전고시에 포함되어 이전고시의 효력에 의하여 집행되는 것으로 해석한다면, 이전고시와 무관하게 지급의무가 인정되는 제47조 청산금 및 이전고시에 앞서 분할징수·지급이 이루어질 수 있는 제57조 청산금에 관한 징수와 지급 절차를 설명할 수 없게 됩니다.

실무상으로 보더라도 이전고시의 내용에는 종전 토지 및 환지 확정지의 지번·면적 등과 공동주택 및 근린생활시설의 건축연면적, 분양 대상 권리자의 수 등이 기재되어 있을 뿐이고 청산금에 관한 사항은 포함되어 있지 않습니다. 즉 조합은 각 조합원과의 분양계약을 체결하여 계약금·중도금·잔금 순으로 분담금을 납입하도록 하여 사업비용에 충당함으로써 사실상 청산금 징수 또는 지급절차를 취하고 있으므로 청산금의 징수 또는 지급은 이전고시와 별개의 절차로 이루어지는 것입니다.

둘째, 도시개발법과 도시정비법은 청산금에 대하여 다른 태도를 취하고 있으므로 환지처분에 관한 법리를 이전고시에 그대로 적용할 수 없다고 보았습니다.

도시개발법 제41조제2항에 따르면, 도시개발법의 경우에는 환지처분에서 청산금에 관한 사항을 포함하여 함께 결정하여야 합니다. 그러나 도시정비법에서는 청산금에 관하여 별도의 규정을 두어 이전고시 전에 정관 등에 의하여 제47조 청산금 및 제57조 청산금이 징수 또는 지급될 수 있음을 명확히 규정하고 있습니다. 따라서 청산금에 관하여는 도시개발법에 의한 환지처분과 도시정비법에 의한 이전고시를 동일하게 볼 수 없습니다. 다시 말해, 구 도시재개발법에 규정된 분양처분과 달리, 도시정비법에 규정된 이전고시는 그 법문상 대지 또는 건축물을 이전받을 자에게

그 소유권을 이전하는 처분에 한정되는 것으로 해석하여야 합니다. 결국 이전고시의 성격과 효력을 환지처분 내지 분양처분과 동일하게 새길 수는 없는 것입니다.

셋째, 단계적으로 여러 행정처분이 이루어지는 경우에 중간 단계의 행정처분의 하자를 다루는 소의 이익 및 무효확인소송에서의 소의 이익 등에 대한 그동안의 대법원 판결에 반한다는 이유를 들었습니다.

법원은 근래에 선고된 여러 대법원 판결을 통하여, 하자 있는 행정처분의 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익을 합리적인 범위 내에서 지속적으로 확대해 왔습니다.

예를 들어, 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003두5402, 5419 판결을 보면, 도시개발사업의 시행에 따른 도시계획변경결정처분과 도시개발구역지정처분 및 도시개발사업 실시계획인가처분의 경우에, 그 자체로 위 각 처분의 목적이 종료되지 않고 위 각 처분이 유효하게 존재하는 것을 전제로 하여, 당해 도시개발사업에 따른 일련의 절차 및 처분이 행해지기 때문에 위 각 처분이 취소된다면 그것이 유효하게 존재하는 것을 전제로 하여 이루어진 토지수용이나 환지 등에 따른 각종의 처분이나 공공시설의 귀속 등에 관한 법적 효력은 영향을 받게 되므로, 도시개발사업의 공사 등이 완료되고 원상회복이 사회 통념상 불가능하게 되었다고 위 각 처분의 취소를 구할 법률상 이익은 소멸하지 않는다고 판단하였습니다.

대법원 2007. 7. 19. 선고 2006두19297 전원합의체 판결은, 제소 당시에는 권리보호의 이익을 모두 갖추었는데 제소 후 취소 대상 행정처분이 기간의 경과 등으로 그 효과가 소멸한 때, 즉 제재적 행정처분의 기간 경과, 행정처분 자체의 효력기간 경과 특정기일의 경과 등으로 인하여 그 처분이 취소되어도 원상회복이 불가능하다고 보이는 경우라 하더라도, ① 동일한 소송 당사자 사이에서 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요하다고 판단되는 경우, ② 동일한 행정목적 달성을 위하여 동일한 법률효과를 발생시키기 위하여 선행처분과 후행처분이 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여져 후행처분이 선행처분의 적법함을 전제로 이루어짐에 따라 선행처분의 하자가 후행처분에 승계된다고 볼 수 있어 이미 소를 제기하여 다루고 있는 선행처분의 위법성을 확인하여 줄 필요가 있는 경우(대법원 1993. 2. 6. 선고 92누4567 판결, 대법원 1994. 1. 25. 선고 93누8542 판결 등 참조) 등에는 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제 확대 등의 측

면에서 여전히 그 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보아야 한다고 판시함으로써 법률상 이익의 외연을 넓혀 왔습니다.

특히 대법원 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 전원합의체 판결은, 행정처분의 근거 법률에 의하여 보호되는 직접적·구체적인 이익이 있는 경우에는 행정소송법 제35조에 규정된 '무효확인을 구할 법률상 이익'이 있다고 보아야 하고, 이와 별도로 무효확인소송의 보충성이 요구되지 않으므로, 행정처분의 무효를 전제로 한 이행소송 등과 같이 당해 법률관계에 관한 직접적인 구제수단이 있는지 여부를 따질 필요가 없다고 판단함으로써, 민사소송과 구별되는 행정소송의 특징을 분명히 선언하였습니다.

이에 따라 위 대법원 판결은 무효인 행정처분의 집행이 종료된 경우에 다른 구제방법이 있음을 이유로 소의 이익이 없다는 취지로 판시한 종전의 대법원 판결들을 폐기하는 한편, 행정청의 위법한 처분 등으로 인하여 권리 또는 이익의 침해를 입은 국민에게 무효확인소송의 길을 열어 주는 것이 적절한 구제방안인가라는 목적론적 관점에서 법률상 이익의 문제를 합리적으로 결정하여야 하며, 그 행정처분이 무효라는 판결이 확정되면 행정청이 이에 승복하여 행정처분의 상대방에게 임의로 원상회복할 것이 기대될 뿐만 아니라 행정소송법상 무효확인판결 자체만으로도 판결의 기속력 등에 따른 원상회복이나 결과제거 조치에 의하여 그 실효성 확보가 가능하므로, 무효인 행정처분의 집행이 종료되었다는 사정을 이유로 무효확인소송을 부적법한 것으로 처리함으로써 당사자에게 불편을 가져오고 불합리한 결과를 초래할 수 있는 해석론을 택하여서는 안 된다는 점을 지적했습니다.

그렇다면 이 사건의 경우에도 이전고시의 효력 발생으로 대다수 조합원들의 권리귀속이 확정되어 단체법적 권리관계가 형성된다고 하더라도, 관리처분계획에서 정한 대로 조성된 대지 및 건축물 소유권의 이전고시가 이루어지는 이상, 관리처분계획이 무효인 경우에는 이전고시 역시 무효라고 보아야 할 것입니다.

관리처분계획을 수립하거나 변경하기 위해서는 조합원 총회의 의결을 거쳐야 하고 그 의결정족수는 조합원 총수의 과반수 찬성으로 규정되어 있는데(도시정비법 제24조제3항제10호), 이는 관리처분계획이 조합원, 현금청산대상자 등 정비사업과 관련된 이해관계인들의 최종적인 권리배분 및 비용부담을 결정하는 중요한 행정계획이기 때문입니다.

이에 비하여 이전고시는 위와 같은 조합원 총회의 의결절차 없이 정비사업에 대한 시장·군수의 준공인가·고시와 대지확정측량, 토지의 분할절차를 거쳐 대지 또는 건축물을 분양받을 자에게 소유권을 이전하는 내용을 고시하는 것으로서 관리처분계획에 정한 사항을 그대로 집행하는 행정 처분에 불과합니다.

그렇다면 선행처분인 관리처분계획에 조합원 총회의 의결을 거치지 아니하거나 의결정족수를 충족하지 못한 하자가 있고 그 하자가 중대·명백하여 당연무효인 경우에는 그 관리처분계획이 유효함을 전제로 하여 이루어진 후행처분인 이전고시도 무효라고 보아야 한다는 논리가 성립될 수 있습니다.

다수의견은 소의 이익이 소멸되는 논거로 이전고시의 효력이 발생되어 이미 대다수 조합원 등에 대하여 획일적·일률적으로 처리된 권리귀속 관계를 무효화하고 다시 처음부터 관리처분계획을 수립하여 이전고시 절차를 거치도록 하는 것은 도시정비사업의 공익적·단체법적 성격에 배치된다는 것을 들고 있습니다.

그러나 관리처분계획이 무효로 됨에 따라 새로이 절차를 밟아야 하는 데에 따른 절차적인 번거로움이나 여러 이해관계인들 사이의 이익 조정의 어려움은 도시정비사업이 상당히 진행된 후에 관리처분계획 무효확인소송이 진행되는 경우에는 거의 대부분 발생되며, 이전고시가 이루어졌다고 하여 특별히 더 고려할 필요가 있다고 단정하기 어렵습니다.

또한 다수의견은 대법원 판결들이 환지처분 또는 분양처분이 일단 공고되어 효력을 발생하게 된 후에는 전체의 절차를 처음부터 다시 밟지 않는 한 환지처분 또는 분양처분을 변경할 길이 없고 그 위법을 이유로 하여 민사상 권리관계의 존부를 확정하거나 손해배상을 구하는 길이 있을 뿐이라고 판시하여 왔음을 주된 논거로 들고 있습니다.

그러나 별개의견은 위 대법원 판결들이 도시정비법에 바로 적용될 수 없다고 합니다. 위 대법원 판결들은 환지처분 또는 분양처분의 일부에 대하여 취소 또는 무효확인을 구할 법률상 이익이 없다는 취지로 판단한 것으로서, 환지처분 또는 분양처분의 전제가 되는 환지계획 또는 관리처분계획이 무효인 경우 그 내용에 따라 환지처분 또는 분양처분 전부가 무효가 되는지에 관하여 판시한 것은 아니라는 것입니다.

오히려 대법원은 토지구획정리사업에 따른 환지처분의 경우에도 그 내용이 모두 환지계획에 의하여 미리 결정되는 것이며 환지계획과는 별도의 내용을 가진 환지처분은 있을 수 없다고 하여 환지계획에 의하지 아니하고 환지계획에도 없는 사항을 내용으로 하는 환지처분은 그 효력을 발생할 수 없다고 보았으므로(대법원 1993. 5. 27. 선고 92다14878 판결 등 참조), 이전고시가 이루어졌다는 이유로 무효인 관리처분계획에 의한 이전고시가 유효하다는 해석론을 취할 수는 없다는 것입니다.

결국, 위와 같이 관리처분계획의 무효사유가 이전고시의 효력에 영향을 미칠 수 있다고 보는 이상, 문제의 핵심은 이전고시의 무효 원인인 관리처분계획의 무효를 이전고시에 관한 소송에서만 주장할 수 있도록 제한할 것인지, 아니면 계속 중인 관리처분계획에 관한 무효소송에서도 주장할 수 있도록 할 것인지 여부라는 것이 별개의견의 입장입니다.

그렇다면 선행처분의 하자가 후행처분에 승계된다고 볼 수 있어 이미 소를 제기하여 다투고 있는 선행처분의 위법성을 확인하여 줄 필요가 있는 경우에는 소의 이익이 있다고 인정한 대법원 판례에 의하면 당연히 소의 이익이 긍정되어야 할 것이며, 도시개발사업의 경우에 토지수용이나 환지 등에 따른 각종의 처분이나 공공시설의 귀속 등에 관한 법적 효력이 발생한 후에도 도시개발사업 실시계획인가처분 등의 적법성 및 효력을 다툴 법률상 이익이 소멸하지 아니함을 밝힌 대법원 판례는 이 경우에도 그대로 적용되어야 할 것이라는 결론에 이르게 됩니다.

넷째, 다수의견은 관리처분계획의 하자로 인하여 자신의 권리를 침해당한 조합원 등으로서는 보류지에 관한 권리관계를 다투는 소송이나 청산금 부과처분에 관한 항고소송, 무효인 관리처분계획으로 인한 손해배상소송 등과 같은 다른 권리구제수단을 통하여 그 권리를 회복할 수 있으므로 관리처분계획의 위법 또는 무효를 주장할 수 없다는 것을 들고 있지만 이는 행정처분의 무효를 전제로 한 직접적인 구제수단이 있는지를 따지지 아니하고 그 무효확인을 구할 수 있다는 대법원 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 전원합의체 판결의 취지에 반한다고 지적합니다.

이전고시의 효력을 다투는 소송이나 그밖에 다른 권리구제 소송이 가능하다고 하더라도, 관리처분계획의 효력을 다투는 소송에서 관리처분계획의 무효확인을 받게 되면 이전고시의 효력을 다투는 소송 등에서 바로 그 무효사유를 주장할 수 있어 소송이 간명하게 진행될 수 있는 절차상의 이익이 있을 뿐 아니라, 그 소송 등에 앞서 무효사유를 해소하기 위한 절차가 이루어질 것이므로 하자의 신속한 보완을 통한 분쟁의 해결 및 법률관계의 안정에도 도움이 됩니다.

관리처분계획에 무효사유가 없다면 무효확인소송에서 그러한 판단이 이루어지므로, 그 무효사유 유무에 관한 분쟁은 신속하게 마무리될 수 있을 것이며, 설령 이전고시의 효력을 다투는 소송 등에서 다시 그에 관한 주장이 이루어지더라도 별도의 심리를 거치지 않고 그 주장이 배척될 수 있을 것입니다. 관리처분계획에 대한 무효확인소송이 제기되어 상당히 심리가 이루어지고 그에 관한 결론을 내릴 수 있는 상태에 이르렀음에도, 이전고시가 이루어졌다는 사유로 소의 이익을 부정하여 관리처분계획의 무효사유에 관한 판단을 회피한다면, 이는 무효 주장의 당부와 무관하게 신속한 분쟁해결을 회피하고 불필요하게 소송을 반복하도록 강요하는 것이어서 옳지 않다는 것입니다. 또한 경우에 따라서는, 사업시행자인 조합이 소송 계속 중에 서둘러 이전고시 절차를 밟아 그 소를 부적법한 것으로 만들 수 있으므로, 위법하거나 무효인 관리처분계획을 관철시키기 위한 방법으로 이전고시를 악용할 가능성도 배제할 수 없다고 지적합니다.

다른 소송 방법을 통한 권리구제가 가능하다고 하더라도 그 권리구제가 이미 계속 중인 무효확인 소송에서의 무효사유 등을 원인으로 한다면 계속 중인 무효확인소송에서 그에 관한 판단을 회피할 이유가 없으며, 오히려 이에 관한 적극적인 판단을 통하여 법률관계에 관한 분쟁을 신속하게 해결하려는 위 전원합의체 판결의 취지를 외면하여서는 안 된다고 지적합니다.

다섯째, 다수의견과 같이 이전고시가 이루어졌다는 이유로 관리처분계획의 취소를 구하는 소송에 관한 법률상 이익을 부정하여 소를 각하해 버리면, 관리처분계획이 무효가 아닌 한 불가쟁력이 생기게 되고, 이에 따라 관리처분계획의 위법성을 주장하지 못하고 그 위법성을 이유로 이전고시가 위법하다는 주장도 하지 못하는 결과가 된다고 비판합니다. 이렇게 되면 관리처분계획에 불가쟁력이 생기는 것을 방지하기 위하여 적법하게 취소소송을 제기한 이해관계인의 정당한 절차적인 이익을 박탈하는 것일 뿐 아니라, 관리처분계획 및 이에 터를 잡은 이전고시의 위법성을 그대로 용인해 주는 것이어서 부당한 결과를 초래한다고 지적합니다.

별개의견은 이와 같은 근거를 들어, 이 사건 관리처분계획의 전부 무효를 주장하여 적법하게 소송이 계속된 이상, 사후에 이전고시가 그 효력을 발생하였다고 하더라도 여전히 이 사건 관리처분계획의 전부 또는 일부에 대하여 무효확인을 구할 이익이 있다고 보아야 할 것이라고 보았습니다.

이와 같은 별개의견의 논리도 일응 수긍이 가는 면이 있습니다. 다만 실무에서는 이전고시의 효력이 발생하면 관리처분계획을 다룰 법률상 이익이 없다는 대법원 판례의 태도를 우선 기억해 들

필요가 있을 것입니다. 우리 대법원은 별개의견이 지적하는 개별적·예외적 사유에 비하여 정비 사업의 공익적·단체법적 성격을 더 중요하게 보았다고 평가할 수 있습니다. 실무에서는 이와 같은 대법원 판결의 다수의견이 중요한 기준이 될 것입니다.

4. 다운로드 : [대법원 2012. 3. 22. 선고 2011두6400 판결](#)

■ 최신 판례 ■

[공정거래] 농약판매시장에서 거래상 지위남용 인정 사례

김지홍 변호사 | 이병주 변호사

1. 판결의 취지

농업경제사업뿐만 아니라 신용사업을 영위하는 특수법인이 농약 제조업체들과 농약 완제품 구매계약을 체결하면서 가격차손장려금을 부담시키거나 농약제품을 반품한 것은 거래상 지위를 부당하게 이용하여 거래조건을 설정하고 거래상대방에게 불이익을 준 것으로 공정거래법 제23조제1항제4호에서 금지한 '자기의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위'에 해당한다.

2. 사실관계

농약 완제품의 유통은 크게 2가지 방식으로 이루어지고 있습니다. 농협중앙회를 통한 유통과 일반 시중 판매상(도·소매상)을 통한 유통이 그것입니다. 이 중 농협중앙회를 통한 유통은 전체 농약완제품 유통물량의 약 30~40%를 차지하고 있습니다.

농협중앙회를 통한 농약 완제품의 유통경로는 다음과 같습니다. 먼저 농협중앙회는 매년 12월 경 농약 제조업체들로부터 다음해 구매품목으로 선정되기를 원하는 제품목록과 단가, 장려금 등이 포함된 지원서를 제출 받아 이를 바탕으로 농약 제조업체들과 구체적인 협상을 거쳐 농약 완제품 구매 계약을 체결합니다(이하 '계통구매계약'). 그런 다음 농협중앙회 산하 회원조합(지역조합, 품목조합)은 다음 해 1월 말까지 계통구매계약에 따라 구체적인 농약(이하 '계통구매 농약제품') 물량을 신청하면, 농약 제조업체들이 2월부터 6,7월경까지 신청물량의 80%를 당해 회원조합들에게 직접공급하고, 나머지 물량은 가을용으로 추후 공급하게 됩니다. 그 대금은 농협중앙회가 매년 12월 15일경 농약 제조업체들에게 일괄적으로 정산해 줍니다.

그런데 농협중앙회가 아닌 시중 농약판매상이 계통구매 농약제품을 계통구매계약에서 정한 가격(이하 '계통구매 가격') 이하로 최종소비자인 농민에게 판매하여 농협중앙회의 회원조합도 해당 제품을 구매가격 이하로 판매해야 하는 경우가 발생했습니다. 농협중앙회는 이러한 경우 회원조합에게 당해 회원조합이 실제로 구매한 가격과 판매한 가격과의 차액('가격차손금')을 보전하여 주는 이른바 '가격차손보전제도'를 시행하였습니다.

이와 같은 상황이 발생하자 농협중앙회는 2005년 1월 이후 농약 제조업체와 계통구매계약을 체결할 때에는 '가격차손장려금 조항'과 '반품 조항'을 새로이 삽입하였습니다. '가격차손장려금 조항'은 시중 농약 판매상들이 계통구매 농약제품을 계통구매 가격 이하로 판매하여 당해 제품에서 발생한 가격차손금 총액이 당해 제품의 구매총액의 일정비율을 초과하면 해당 농약 제조업체에게 일정금액을 '가격차손금장려금' 명목으로 부담시키는 규정이었습니니다. '반품 조항'은 계통구매 농약제품이 시중에서 저가로 유통 판매되어 농협중앙회의 회원조합이 당해 제품을 정상적으로 판매하지 못해 재고가 발생하는 경우 당해 농약제품의 제조업체에게 미판매 재고를 반품할 수 있도록 하는 규정이었습니니다. 농협중앙회는 이들 조항을 통해 2005년부터 2008년까지 농약 제조업체들로부터 가격차손장려금으로 약 12억원을 지급받았고, 2006년 약 2,600만원 상당이 농약제품을 반품하였습니다.

공정위는 농협중앙회가 이처럼 농약 제조업체에게 일방적으로 불리한 가격차손장려금을 부담시키고 농약제품을 반품받도록 한 것은 공정거래법 제23조제1항제4호에서 금지하는 '거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위'에 해당한다는 이유로 원고에 대하여 시정 명령 및 과징금 약 45억원을 부과하였습니다.

농협중앙회는 농약 제조업체와의 관계에서 공정거래법 제23조제1항제4호에서 정한 '거래상 지위'를 가지고 있지 않으며, 농약 제조업체와의 협상을 통해 가격차손장려금 및 반품 조항을 거래조건으로 설정했으며 농약 제조업체들이 문제된 조항으로 부담한 금액이 원고와 전체 거래 규모에 비추어 보면 극히 미미하므로 농약 제조업체들이 입은 실질적 불이익이 없다는 점을 들어 공정위의 처분을 다투었습니다. 그러나, 농협중앙회의 주장을 검토한 서울고등법원은 공정위의 손을 들어 주었고, 대법원 또한 서울고등법원 판결에 불복한 농협중앙회의 상고를 심리 불속행 기각함으로써, 농협중앙회의 청구를 받아들이지 않은 서울고등법원 판결이 그대로 확정되었습니다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2011두23054 판결).

3. 판결의 의의

최근 들어 거래상지위 남용이 문제되는 경우가 많아지고 있는데, 이번 판결 또한 거래상지위 남용이 현실에서 어떻게 문제되고 있으며 이에 대한 태도는 어떠한지를 살펴 볼 수 있는 구체적인 사례로서 의미가 있습니다.

먼저 '거래상 지위'와 관련해서는 법원은 ① 농약판매시장에서 농협중앙회의 계통구매의 비중이 전체의 약 30~40%에 달해 농약제조업체들의 농협중앙회에 대한 거래의존도가 매우 높고, 농협중앙회를 제외한 나머지 농약 판매상들이 비교적 소규모로 운영되고 있어 농약 제조업체들로서는 농협중앙회와의 거래가 차단되는 경우 이를 대체할 만한 안정적인 거래선을 확보하는 것이 매우 어렵고, ② 농협중앙회의 2008년 한 해 매출액이 40조가 넘는 등 농협중앙회와 농약제조업체들 간 사업능력에 현저한 차이가 있으며, ③ 농협중앙회가 농약의 최종소비자인 농민을 회원으로 하여 조직된 지역조합과 품목조합을 회원으로 하고 있으므로 농협중앙회가 농약 제조업체들의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있다고 보아 농협중앙회의 농약제조업체들에 대한 거래상 지위를 인정하였습니다.

'거래상지위 남용에 따른 불이익제공'과 관련해서는, 법원은 ① 농협중앙회는 회원조합에 보전해주는 가격차손금을 일부 만회하고 가격경쟁을 방지하여 농약의 시중 판매가격을 계통구매가격 이하로 형성되지 못하게 할 의도나 목적으로 가격차손장려금 및 반품 조항을 거래조건으로 설정한 것으로 보이고, ② 가격차손장려금 및 반품 조항이 농약 제조업체들의 귀책사유를 불문하고 있고 가격차손장려금의 범위 또한 점차 확대되어 왔을 뿐만 아니라 그 금액 확정을 위한 협의절차에 관한 조항도 없어 농약 제조업체들에게 일방적으로 불리하며, 농약 제조업체들은 농협중앙회의 거래상 지위 때문에 어쩔 수 없이 가격차손장려금 및 반품을 수용할 수밖에 없었다는 사정이 보이고, ③ 가격차손장려금 및 반품 조항은 농약 제조업체들로 하여금 농협중앙회의 계통구매가격 인하로 시중 농약 판매상이 재판매할 수 없도록 사실상 판매가격을 강제함으로써 농약 유통경로(농협중앙회를 통한 계통구매와 시중 농약판매상) 간 가격경쟁을 제한하여 최종소비자인 농민들이 계통구매 가격보다 저가로 농약제품을 구입할 수 없도록 하여 소비자후생을 저해한다는 점을 고려하여 농협중앙회가 거래상 지위를 부당하게 이용하여 농약 제조업체들에게 불이익을 제공했다고 판단하였습니다.

이번 판결은 거래상지위 남용과 관련된 이전 판례들과 마찬가지로 거래관계에서 일방 당사자가 우월한 지위에 놓인 경우 당사자간 합의 하에 거래를 했다고 하더라도 해당 거래가 정상적인 거래관행을 벗어나서 공정한 거래를 저해할 우려가 있다면 공정거래법 위반이 될 수 있다는 점을 보여 주고 있습니다.

4. 다운로드 : 서울고등법원 2011. 8. 18. 선고 2010누34707 판결

■ 최신 판례 ■

[지적재산권] 허가받지 않은 음원서비스 제공의 전송권 침해범위

최승수 변호사 | 김태형 변호사

1. 쟁점

가. 저작권침해금지 요청에 따라 추가적인 음원서비스를 제공하지 않았으나 기존에 구입한 이용자들은 그 서비스를 계속 이용할 수 있도록 했다면 전송권 침해가 된다는 사례

나. 인터넷 음악 사이트 가사보기에 작곡자의 이름을 잘못 기재하여도 성명표시권 침해가 된다는 사례

2. 해설

디지털압축파일로 변환한 음악저작물의 음원서비스를 인터넷 음악사이트를 통하여 인터넷 이용자에게 제공하는 회사(피고)가 음원저작권자(원고)의 저작권침해금지요청을 받아 음원서비스(MP3 파일 다운로드 등) 판매를 중단하였더라도, 이미 구입한 이용자들이 계속 이용할 수 있도록 했다면 저작권자의 공중송신권 또는 전송권을 침해한 것이라는 판결이 나왔습니다.

위 사건의 원심은 이미 구입한 MP3 파일, 악보 파일 또는 배경음악 파일을 구입한 이용자가 다시 다운로드 받거나, 배경음악으로 계속 사용하는 경우에 위 이용자를 공중(公衆), 즉 불특정 다수인 또는 특정 다수인이라고 볼 수 없어 전송권 침해에 해당하지 않는다고 판단했습니다.

이에 대하여 대법원은 피고 회사가 운영하는 음악 사이트 서버의 이용자 구매함 또는 보관함에는 구매리스트가 표시되어 있으나 파일 자체는 별도로 구매함 등에 보관되어 있는 것이 아니고, 이용자들이 MP3 파일 등을 다운로드받을 때에는 위 음악사이트에서 음원 DB에 저장된 음원 파일을 보내주는 방식이 사용되고 있으며, 이미 구매한 이용자들이 이용자 보관함 구매리

스트에 있는 악보데이터를 인쇄하고자 할 때에는 이를 위 음악사이트 서버 주소에서 불러와 인쇄하는 방식을 사용하고 있는 사실을 근거로, 이미 서비스를 구입한 이용자들의 범위가 한정되기는 하지만 다수의 사람이 음악사이트에서 음악저작물에 관한 MP3 파일 등을 공통적으로 사용하고 있어 '특정 다수인', 즉 저작권법 제2조 제32호에 규정된 '공중'에 해당한다고 판단하고 원심 판결을 파기했습니다.

또한 대법원은 피고 회사가 MP3 파일 다운로드, 미리듣기 등의 서비스를 제공하면서 작곡자의 성명을 표시하지 않고, 가사보기 서비스에서만 작곡자의 성명을 다른 사람으로 잘못 표시했다면 저작권자의 성명표시권을 침해하는 행위라고 판단했습니다. 원심은 원고 작곡의 곡과 관련된 MP3 파일 다운로드, 미리듣기 등의 서비스에 관하여는 위 피고가 원고의 성명표시권을 침해하였다고 인정하면서도 원고가 위 저작물의 작곡자이지 작사자는 아니므로 가사에 대한 저작권자가 아니라는 이유로 위 피고의 가사보기 서비스에 관하여는 원고의 성명표시권을 침해하지 않는다고 판단하였습니다. 그러나 대법원은 피고 회사가 MP3 파일 다운로드, 미리듣기 등의 서비스를 제공하고, 이용자들은 위 서비스를 통해 음악을 듣고 작사자, 작곡자 등을 알 수 있는 사실, 그런데도 위와 같은 서비스에서는 작곡자의 성명을 표시하지 않고 가사보기 서비스에서만 작곡자의 성명을 잘못 표시하여 이용자들이 위 저작물에 관한 작곡자를 다른 사람으로 오인하도록 하고 있다는 점을 고려하여 원심 판결을 파기했습니다.

3. 다운로드 : 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다57497 판결

■ 최신 판례 ■

[노동] 불법적인 근로자파견에도 직접고용간주규정 적용

김성수 변호사 | 강재영 변호사

1. 판결의 요지

가. 근로자파견관계에 해당하는지 여부는 당사자가 설정한 계약형식이나 명목에 구애받지 않고 계약목적 또는 대상의 특정성, 전문성, 기술성, 계약당사자의 기업으로서 실체 존부와 사업 경영상 독립성, 계약 이행에서 사용사업주의 지휘·명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다.

나. 구 파견근로자보호 등에 관한 법률의 직접고용간주 규정은 구 파견근로자보호 등에 관한 법률 제2조 제1호에서 정의하고 있는 '근로자파견'이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립한다는 의미를 가지므로, 이와 달리 위 규정이 이른바 적법한 근로자파견'의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석하는 것은 그 문언이나 입법 취지 등에 비추어 아무런 근거가 없다.

다. 甲의 파산관재인은 공급자의 대손세액공제에 따른 부가가치세 채권이 재단채권이나 파산채권에 해당하지 않아 파산자가 아닌 파산관재인에 대한 1차 경정부과처분은 당연무효라고 주장하며 2006년 9월 29일 대한민국을 상대로 납부세액의 반환을 구하는 소를 제기하였고, 위 소송에서 甲에게 납부세액 및 환급가산금을 지급하라는 내용의 화해권고결정이 확정되었으며, 대한민국은 위 결정에 따른 금액을 甲에게 모두 지급하였음.

2. 사실관계

원고들은 2005년 2월 23일 경에 참가인 및 협력업체 등을 상대로 부산지방노동위원회 에 이 사건 협력업체들은 경영상의 독립성이 없는 회사들로서 참가인이 실질적인 원고들의 사용자이

고, 참가인이 원고들의 노동조합 활동을 혐오하여 사내 협력업체들로 하여금 원고들을 해고하도록 한 다음 원고들의 노무수령을 거절하는 것은 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다고 주장하면서 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 하였습니다. 이에 대해 위 지방노동위원회는 2005년 7월 19일 참가인이 원고들의 사용자가 아니라는 이유로 참가인에 대한 신청을 모두 각하하였고 이에 원고들이 이에 불복하여 소송을 제기한 사건입니다.

1심 판결 및 2심 판결은 협력업체와 참가인 사이의 업무도급계약이 근로자파견에 해당하지 않으며, 설사 근로자파견에 해당하는 것으로 본다고 하더라도 파견근로자보호법의 규정은 적법한 근로자 파견의 경우에만 적용되는 것이지, 위법한 근로자파견의 경우에는 적용되지 않는 것이라고 판시하며, 원고들의 청구를 모두 기각하였습니다. 이후 대법원은 협력업체와 참가인 사이의 업무도급계약은 근로자파견에 해당하고, 위법한 근로자파견에도 파견근로자보호법이 적용된다고 판시하며 2심 판결을 파기하고 이를 서울고등법원으로 환송시켰고, 이후 환송된 2심 판결은 동일한 취지로 1심 판결을 취소하였습니다. 피고가 이에 불복하여 다시 대법원에 상고하였으나 대법원은 역시 동일한 취지로 피고의 상고를 모두 기각하였습니다.

3. 판결의 의의

2006년 현대자동차 사내하도급 업체로부터 해고당한 원고들이 소를 제기한 이래 6년을 끌어오던 현대자동차 사내하도급 사건에 관해 지난 2012년 2월 23일 대법원 확정판결이 선고되었습니다. 동 판결에서 대법원은 (i) 그 형식이 업무도급 즉 사내하도급으로 되어 있더라도 사실상 도급인이 수급인의 근로자를 지휘·감독하였다는 점이 인정되면 이는 업무도급이 아닌 근로자 파견관계에 해당하고, (ii) 파견근로자보호법이 파견을 허용하지 않는 직접생산공정업무에 관한 파견의 경우에도 직접고용간주 규정이 적용된다는 입장을 최종적으로 확정하였습니다. 이는 도급형식을 취해서 사내하청 노동자들을 비정규직으로 고용하던 관행에 제동을 건 판결로 평가되고 있으며, 조선, 철강, 자동차 등 사내하청 근로자 비율이 높은 업계에 향후 큰 영향을 미칠 것으로 예상됩니다.

4. 다운로드 : [대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결](#)

[노동] 통상임금 산정에 포함되는 상여금

1. 판결의 요지

가. 어떤 임금이 통상임금에 해당하려면 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금에 속하여야 하므로, 정기적·일률적으로 지급되는 것이 아니거나 실제 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라지는 것과 같이 고정적인 임금이 아닌 것은 통상임금에 해당하지 않는다. 여기서 '일률적'으로 지급되는 것이라 함은 '모든 근로자'에게 지급되는 것뿐만 아니라 '일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자'에게 지급되는 것도 포함되고, 여기서 말하는 '일정한 조건'이란 '고정적이고 평균적인 임금'을 산출하려는 통상임금의 개념에 비추어 볼 때 '고정적인 조건'이어야 한다.

나. 피고가 원고들에게 지급해 온 정기상여금은 근로의 대가로서 정기적·일률적으로 지급되는 고정적 임금이라고 봄이 타당하므로 근로기준법상 통상임금에 해당하고, 정기상여금이 처음으로 도입될 당시에는 피고의 경영실적에 따라 지급되는 일시적·비고정적인 성격의 금품이었다거나, 노사 합의에 따라 기존 통상임금 산정 기초임금에서 제외되었다는 사정만으로 통상임금에서 제외된다고 볼 수는 없다.

다. 노사간 합의에 따라 성질상 통상임금에 산입되어야 할 각종 수당을 통상임금에서 제외하기로 하는 합의는 무효이다.

2. 사실관계

피고는 원고들을 비롯한 소속 근로자들에게 매년 2월, 4월, 5월, 6월, 8월, 10월, 12월 말일에 정기상여금을 지급해 왔는데, 피고는 원고들에게 지급하는 위와 같은 정기상여금이 통상임금에 해당하지 않는다고 판단하여 법정수당에 있어서 이를 제외하고 산정하여 지급하여 왔고, 이에 대해 원고들이 정기상여금이 통상임금에 해당한다는 것을 이유로 미지급법정수당을 청구한 사건입니다.

3. 판결의 의의

대법원은 동 판결과 같은 취지로 상여금이 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 근로의 대가로 지급되는 임금의 성질을 가지나 그 지급사유의 발생이 불확정이고 일시적으로 지급되는 것은 임금이라고 볼 수 없다고 판단하고 있습니다(대법원 2005. 9. 9. 선고 2004다41217 판결 등 다수). 또한, 최근 대법원은 상여금(인센티브)의 임금성을 인정하는 2개의 판결을 선고하였습니다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다77514 판결, 2011. 7. 14. 선고 2011다23149 판결). 본 사건에서 문제된 정기상여금은 구체적인 업무성과와 상관이 없이 지급조건을 충족하는 근로자들에게 정기적·일률적으로 일정액이 지급되어 왔다는 점에서 통상임금에 포함되는 정기상여금에 해당한다고 볼 수 있고 따라서 동 판결은 상여금이 통상임금에 포함된다고 판단한 것으로 보입니다.

4. 다운로드 : 인천지방법원 2012. 2. 23 선고 2011가합6096 판결

[노동] 기간제법상 차별금지규정의 시간적 적용범위

1. 판결의 취지

기간제 근로자에 대하여 합리적 이유 없는 불리한 내용의 임금 지급 또는 근로조건 집행 등과 같은 구체적인 차별행위가 기간제법의 차별금지 규정이 시행된 이후 행하여진 경우에는, 그와 같은 구체적인 차별행위의 근거가 되는 취업규칙 작성, 단체협약 내지 근로계약 체결 또는 근로 제공 등이 차별금지 규정 시행 전에 이루어졌다고 하더라도 원칙적으로 차별금지 규정이 적용된다.

2. 사실관계

원고 한국철도공사는 기간제법상 차별금지 규정 시행일 2007년 7월 1일 이후인 2007년 7월

31일 2006년도 경영실적 평가에 따른 성과상여금을 지급하면서 기간제 근로자 甲 등을 지급대상에서 제외하였습니다. 이에 甲 등이 한국철도공사의 성과상여금 차별지급행위는 기간제법상의 차별적 처우에 해당한다는 이유로 노동위원회에 시정신청을 하였고, 노동위원회는 원고의 행위가 차별적 처우에 해당한다는 이유로 시정명령을 하였으며, 이에 대해서 원고가 불복하여 소송을 제기한 사건입니다. 본 사건에서 쟁점이 된 것은 2006년도의 경영실적 평가에 따른 상여금에 대해서 2007년 7월 1일부터 적용되는 기간제법상 차별금지 규정이 적용될 것인지 여부였습니다.

3. 판결의 의의

원심인 서울고등법원은 이 사건 성과상여금이 2006년 1월 1일부터 2006년 12월 31일까지의 근로에 대한 경영실적평가에 따라 지급된 것이라는 이유만으로 이 사건 성과상여금의 미지급에 대하여 위 차별금지 규정이 적용되지 않는다고 판단하였습니다. 이에 대법원은 비록 성과상여금이 2006년도 경영실적 평가에 따른 것이라고 하더라도 2007년 7월 20일 내부 평가를 확정하고 같은 달 23일 '2007년도 경영평가 성과급 지급기준'을 마련하는 등 성과상여금의 지급 여부 및 지급 범위 등 구체적인 내용은 2007년 7월 1일 이후에 확정되었다고 볼 수 있으므로 甲 등을 성과상여금 지급대상에서 배제한 한국철도공사의 처우는 기간제법상 차별금지 규정의 적용대상이 되고, 이와 달리 본 원심판결에는 기간제법 적용대상에 관한 법리오해의 위법이 있다고 하여 원심판결을 파기하였습니다. 본 판결에 의한다면 기간제법 시행일 이전의 사실관계를 근거로 차별행위를 한다고 하더라도 그 차별행위가 기간제법 시행일 이후에 이루어진다면 차별행위에 해당한다는 결론이 되므로 주의를 요한다고 하겠습니다.

4. 다운로드 : 대법원 2012. 1. 27. 선고 2009두13627 판결

■ 최신 판례 ■

[조세] 어떤 조세채권이 공익채권이 되나

박용대 변호사 | 김희석 변호사

1. 판결의 취지

- 가. 조세채권은 국가 또는 지방자치단체의 존립을 위한 재정적 기초가 되므로 국세기본법 제 35조제1항, 구 지방세법 제31조제1항 등은 그 공익목적에 중시하여 조세를 일반채권에 우선하여 징수하도록 규정하고 있으나, 회생절차는 재정적 어려움으로 말미암아 파탄에 직면해 있는 채무자의 효율적인 재건을 도모하고자 마련된 제도로서 여기서까지 조세우선권을 강하게 관철하려다 보면 회생의 목적 자체를 달성하기 어렵게 된다.
- 나. 만일 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법') 제179조제9호의 납부기한을 법정납부기한이 아닌 지정납부기한으로 보게 되면 과세관청이 회생절차개시 전에 도래하는 날을 납부기한으로 정하여 납세고지를 한 경우에는 회생채권이 되고, 납세고지를 할 수 있었음에도 이를 하지 않거나 회생절차개시 후에 도래하는 날을 납부기한으로 정하여 납세고지를 한 경우에는 공익채권이 될 터인데, 이처럼 회생절차에서 과세관청의 의사에 따라 공익채권 해당 여부가 좌우되는 결과를 가져오는 해석은 집단적 이해관계의 합리적 조절이라는 회생절차의 취지에 부합하지 않고, 조세채권이 갖는 공공성을 이유로 정당화되기도 어렵다.
- 다. 따라서 채무자회생법 제179조제9호가 규정하는 납부기한은 원칙적으로 과세관청의 의사에 따라 결정되는 지정납부기한이 아니라 개별 세법이 객관적이고 명확하게 규정하고 있는 법정납부기한을 의미하는 것으로 보아야 한다.

2. 관련 법령

채무자회생법 제118조(회생채권) 다음 각호의 청구권은 회생채권으로 한다.

1. 채무자에 대하여 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권
2. 회생절차개시 후의 이자
3. 회생절차개시 후의 불이행으로 인한 손해배상금 및 위약금
4. 회생절차참가의 비용

채무자회생법 179조(공익채권이 되는 청구권) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 청구권은 공익채권으로 한다.

9. 다음 각목의 조세로서 회생절차개시 당시 아직 납부기한이 도래하지 아니한 것
 - 가. 원천징수하는 조세. 다만, 「법인세법」 제67조(소득처분)의 규정에 의하여 대표자에게 귀속된 것으로 보는 상여에 대한 조세는 원천징수된 것에 한한다.
 - 나. 부가가치세·개별소비세·주세 및 교통·에너지·환경세
 - 다. 본세의 부과징수의 예에 따라 부과징수하는 교육세 및 농어촌특별세
 - 라. 특별징수의무자가 징수하여 납부하여야 하는 지방세

3. 판결의 의의

채무자회생법은 원칙적으로 조세채권을 일반채권과 동등하게 취급하고 있습니다. 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 조세채권을 회생채권에 포함시키되(제118조제1호), 회생채권인 조세채권은 다른 회생채권과 마찬가지로 신고가 필요하고(제156조제1항) 개별적인 권리행사가 금지됨과 아울러 회생계획에 의하여만 변제받을 수 있으며(제131조 본문) 회생계획에서 감면이 이루어질 수도 있습니다(제140조).

다만, 회생절차개시 전에 생긴 조세채권도 회생절차개시 당시 아직 납부기한이 도래하지 않은 원천징수하는 조세, 부가가치세 등에 대하여는 예외적으로 공익채권으로 인정되고 있습니다(제179조 각호). 공익채권인 조세채권은 회생절차에 의하지 않고 수시로 변제받을 수 있고(제180

조제1항) 회생채권과 회생담보권에 우선하여 변제받을 수 있습니다(제180조제2항).

그런데 채무자회생법이 예외적으로 회생절차개시 전에 생긴 조세채권에 대하여 공익채권으로 인정하는 기준인 '납부기한'의 해석과 관련하여 그 동안 논란이 있어 왔습니다. 납부기한을 법정납부기한(개별 세법이 신고납세방식의 조세 등에 관하여 미리 정해 둔 납부기한)으로 해석하면 성립시기에 따라 구분하는 채무자회생법 제118조와 큰 차이가 없어 예외를 둔 취지가 상실되고, 지정납부기한(과세관청이 납세고지를 하면서 지정하는 납부기한)으로 해석하면 과세관청의 의사에 따라 공익채권 해당 여부가 좌우되는 결과가 발생하기 때문입니다.

이번 판결은 위와 같은 논란에 대하여 채무자회생법 제179조제1항제9호에서 규정하는 납부기한은 법정납부기한을 의미하는 것이라고 판단한 점에 의의가 있습니다. 이번 판결을 통하여 채권자·주주·지분권자 등 회생절차에 관여하는 자들의 집단적 이해관계에 대하여 합리적 조정이 필요한 회생절차에서 조세채권에 대한 처리가 좀 더 명확해 질 것으로 기대됩니다.

4. 다운로드 : [대법원 2012. 3. 22. 선고 2010두27523](#)

■ 최신 판례 ■

[헌법] '건전한 통신윤리의 함양'과 표현의 자유

정원 변호사 | 구나영 변호사

1. 사건의 개요

A씨는 D사가 운영하는 인터넷 포털사이트의 블로그에 국내산 시멘트의 유독성에 관한 글을 게시하였습니다. 방송통신심의위원회는 위 게시글에 대한 심의신청이 제기되자, 이를 심의한 후 위 게시글이 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법')」 제44조의7 제1항제2호의 불법정보인 '비방 목적의 명예훼손 정보'에 해당한다는 이유로 D사에 위 게시글을 삭제하라는 시정요구를 하였습니다.

A씨는 시정요구에 대하여 이의신청을 하였으나, 방송통신심의위원회가 이의신청을 기각하였고, A씨는 방송통신심의위원회를 상대로 시정요구의 취소를 구하는 소(서울행정법원 2009구합35924)를 제기하였습니다. 서울행정법원은 A씨의 청구를 인용하여 시정요구를 취소하였습니다.

방송통신위원회는 항소하였고, A씨는 항소심 계속 중 방송통신위원회법 제21조제4호, 정보통신망법 제44조의7제1항제2호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였습니다. 서울고등법원은 그 중 방송통신위원회법 제21조제4호에 대한 제청신청을 받아들여 위헌법률심판제청을 하였습니다.

2. 심판대상 조항

방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(2008. 2. 29. 법률 제8867호로 제정된 것)

제21조(심의위원회의 직무) 심의위원회의 직무는 다음 각 호와 같다.

4. 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구

3. 헌법재판소의 판단

가. 서울고등법원의 위헌제청이유

서울고등법원은 ① 심판대상 조항 중 '건전한 통신윤리'의 의미가 명확하지 않으며, ② 심판대상 조항이 구체적인 범위를 정하지 않고 대통령령에 위임한 것은 포괄위임입법금지원칙 및 법률유보의 원칙에 반하고, ③ '건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서의 정보'라는 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 규제될 필요가 없는 표현까지 규제하게 되어 과잉금지 원칙에 반하기 때문에 심판대상 조항이 위헌이라는 의견을 밝혔습니다.

나. 헌법재판소의 판단

결론적으로, 헌법재판소는 심판대상 조항이 합헌이라고 판단하였습니다.

① 명확성의 원칙 위반 여부

'건전한 통신윤리', '건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서의 정보(이하 '불건전 정보')'라는 개념은 다소 추상적이기는 하나, 정보통신영역의 광범위성과 빠른 변화속도, 다양하고 가변적인 표현형태를 문자화하기에 어려운 점을 감안할 때 함축적인 표현이 불가피하다며 명확성 원칙에 반하지 않는다고 하였습니다.

② 포괄위임금지원칙 위반 여부

시정요구를 불이행하더라도 그에 대한 법적 제재가 경미하므로 형벌법규에 비하여 위임 요건이 완화되는 점, 정보통신에 관한 영역은 시대적·기술적인 변화 상황에 따라 빠른 속도로 변동하고 있고, 인터넷과 스마트폰의 대중화로 하루가 다르게 새로운 정보의 내용과 유통형태가 출현하고 있으므로, 현실의 변화에 대응하여 유연하게 규율하도록 하기 위해서는 광범위하게 대통령령에 위임하여야 할 필요성도 있다는 점을 들어 포괄위임원칙에도 반하지 않는다고 하였습니다.

③ 과잉금지의 원칙 위반 여부

헌법재판소는 심판대상 조항이 명확성의 원칙 및 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다고 판단하였기 때문에 불건전정보 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 인하여 규제되지 않아도 될 표현의 자유까지 규제하게 되는 문제는 발생하지 않는다고 하였습니다. 나아가 전기통신회선을 통해 유통되는 정보, 특히 인터넷을 통해 유통되는 정보는 종전의 고전적인 통신수단과는 비교할 수 없을 정도의 복제성, 확장성, 신속성을 가지고 유통되기 때문에 불법정보에 대하여 신속하게 적절한 조치를 취하여야 하며, 이로 인한 피해가 발생하였을 경우 사후적 회복은 불가능에 가까우므로 불법정보에 대한 심의, 시정요구 제도를 통해 공익을 보호할 필요성이 매우 큰 반면, 불법정보게시자는 해당 게시물을 삭제하라는 시정요구를 받더라도 다른 통신망을 이용하여 동일한 내용의 정보를 게시할 수 있으므로 법익균형성 요건도 충족한다고 보았습니다.

4. 헌법재판소 결정에 대한 고찰

헌법재판소는 “정보통신영역의 빠른 변화속도, 다양하고 새로운 정보의 출현, 전기통신회선을 통해 유통되는 정보의 특성(복제성, 확장성, 신속성)”을 이유로 표현의 자유를 제한하는 입법의 ‘명확성의 원칙’, ‘포괄위임금지의 원칙’의 적용요건을 완화하였습니다.

그러나 표현의 자유를 규제하는 입법의 ‘명확성 원칙’은 특별히 중요한 의미를 갖습니다. 현대 민주사회에서 표현의 자유는 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 자유입니다. 만일 불명확한 규범에 의하여 표현의 자유를 규제함으로써 무엇이 금지되는 표현인지 불명확하게 된다면, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 것입니다. 그로 인하여 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 통하여 민주주의, 국민주권을 실현하게 하는 표현의 자유의 본래적 기능이 상실됩니다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구되는 것입니다(헌법재판소 2002. 6. 27. 자 99헌마 480 결정).

표현의 자유가 가지는 민주주의, 국민주권주의의 실현기능에 비추어 볼 때, “정보통신영역의 빠

른 변화속도, 전기통신회선을 통해 유통되는 정보의 특성"만으로 표현의 자유를 규제하는 입법의 명확성 원칙을 완화하는 것은 다소 근거가 부족해 보입니다. "건전한 통신윤리를 함양하기 위하여" 어떤 표현이든지 시정요구를 할 수 있다고 한다면, 사실상 정보통신망을 이용한 표현의 자유는 심각하게 제한될 우려가 있습니다. 더구나 현대 사회는 정보통신망을 이용한 표현이 다른 매체를 이용한 표현보다도 더 큰 비중을 차지하는 사회입니다. 자칫 정보통신망을 이용한 표현뿐만 아니라 사회 전반적인 표현의 자유를 위축시킬 수도 있습니다.

이 사건 결정에서도 3인의 반대의견은 "'건전한 통신윤리'란 헌법 제21조제4항의 '공중도덕이나 사회윤리', 방송통신위원회법 제18조제1항의 '정보통신에서의 건전한 문화 창달'과 비교하여 볼 때 동어반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 않은 매우 추상적인 개념"이라면서, "어떠한 표현행위가 과연 '건전한 통신윤리'의 함양에 필요한 사항인지 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 행정기관으로서도 그 의미내용을 객관적으로 확정하기 어렵다"고 하였습니다.

당해 사건에서 A씨가 게시한 내용이 '비방 목적의 명예훼손인지'에 대한 판단은 별론으로 하더라도, 심판대상 조항은 판단에 따라서 규제할 필요가 없는 표현까지도 규제하게 될 우려가 있으므로 좀 더 구체적이고 명확하게 입법할 필요가 있습니다.

5. 다운로드 : [헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌가13 결정](#)

■ 최신 판례 ■

[행정] 하자보수 거부하면 입찰참가자격 제한된다

정원 변호사 | 박호경 변호사

1. 사건의 사실관계와 쟁점

(1) A건설은 B교육청으로부터 도급받아 2007년 경남 B군에 있는 C초등학교 인조잔디구장을 건설하였습니다. 그런데 B교육청은 '잔디구장이 평탄하지 않다'는 이유로 보수를 요청하였고, A건설은 잔디구장 하자 원인이 무엇인지 규명하자며 1년 가까이 보수를 지체하였습니다.

이에 경상남도교육감은 B교육청의 의견을 받아 'A건설이 하자 보수요청을 받았음에도 이를 거부하였음'을 이유로 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 '지방계약법')에 근거하여 A건설의 입찰참가자격을 6개월간 제한하였습니다. 이에 A건설은 경상남도교육감을 상대로 부정당업자제재처분취소청구를 하였습니다.

(2) 이 사건에서 구 지방계약법 시행령(2010년 7월 26일 대통령령 제22303호로 개정되기 전의 것) 제92조제1항제6호에서 정한 '계약을 이행하지 아니한 자'에 '하자보수요구에 응하지 아니한 자'도 포함되는지가 문제되었습니다. 1, 2심 법원은 '공사계약을 이행하지 않은 때만 입찰자격을 제한하므로, 하자보수 지체는 계약 불이행이 아니다'는 이유에서 부정당업자제재처분을 취소하였습니다.

(3) 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 '국가계약법') 시행규칙 [별표 2]제8호 나목에 의하면, '계약이행'에는 하자보수의무 이행도 포함된다고 명시되어 있는 반면, 지방계약법 시행규칙에는 이에 관한 규정이 없습니다.

2. 대법원 판결의 태도

대법원은 원심을 뒤집고, 공사계약자로서 하자보수의무를 이행하지 아니한 자도 '계약을 체결한 후 계약이행을 하지 아니한 자'에 해당하므로 입찰자격제한을 받을 수 있다고 하였습니다.

대법원은 '계약이행'이라는 용어의 정의나 포섭의 구체적 범위가 명확히 규정되어 있지 않으므로, 규정의 전반적 체계나 취지, 입법 목적, 관련 규정과의 조화로운 해석 등을 고려하여 해석하여야 한다고 전제한 후, "시행규칙 제76조제1항[별표 2]제8호 나목은 '공사계약의 연대보증인으로서 하자보수를 요구받고도 정당한 이유 없이 이에 불응한 자'를 시행령 제92조제1항제6호의 '계약을 체결한 이후 계약이행을 하지 아니한 자'에 해당하는 자로 규정하면서 그 제재기간은 공사계약의 주채무자에 비해 가볍게 정하고 있어, 하자보수요구에 불응한 공사계약의 주채무자도 위 시행령의 '계약이행을 하지 아니한 자'에 해당함을 당연한 전제로 하고 있다고 보이고, 계약의 이행보증에 관한 시행령 제51조제1항제1호에서는 계약상대자가 부담하는 계약의 이행보증은 당해 공사 계약상의 시공의무이행을 보증하는 것이고 위 시공의무이행에는 하자보수의무이행을 포함한다고 명시하고 있는 점" 등을 종합할 때, 하자보수의무를 이행하지 않는 자도 계약이행을 하지 아니한 자에 포함된다고 판단하였습니다.

3. 대상판결의 의미와 파생할 수 있는 법률적 쟁점들

가. 대상판결의 의미

대법원은 지방계약법 시행령 제92조제1항제6호에서 정한 '계약을 체결한 후 계약을 이행하지 아니한 자'에게는 계약 상 주된 급부를 이행하지 아니한 경우뿐만 아니라 '하자보수의무를 이행하지 아니한' 경우도 포함된다고 보았습니다. 지방계약법 시행규칙 [별표 2]에 의하면, 처분청은 5개월 이상 7개월 미만의 기간 동안 계약자의 입찰참가자격제한을 할 수 있습니다. 대법원은 계약이행의 의미를 넓게 파악함으로써, 공사 완공 이후에도 '계약을 이행하지 아니한 자'에 해당할 수도 있도록 하였습니다.

한편 지방계약법 시행령 제29조제1항제1호에 의하면, 계약이행을 조잡하게 한 자도 하자(보수) 비율에 따라 2년 이하의 기간 동안 참여자격제한을 받을 수 있습니다. 위 규정을 종합하면, 계약자는 공사로 인한 하자과 관련하여 행위책임과 결과책임을 동시에 부담하게 되었습니다. 하자의 비율이 일정 정도를 초과하는 결과가 발생할 경우, 계약이행을 조잡하게 한 경우에 해당하여 참여자격제한을 받는다는 점에서 계약자는 결과책임을 부담합니다. 또한, 하자보수요구에 응하지 아니한 행위 자체가 계약이행거부에 해당하기 때문에, 계약자는 하자보수거부행위에 대한 책임을 부담하게 됩니다.

위 판결로 인하여, 지방계약에서 아래와 같은 법률적 쟁점들이 발생할 수 있습니다. 첫째, 계약자가 하자보수요구에 응하지 않더라도 정당한 사유가 있다면, 계약자에게 입찰참가자격제한을 할 수 없다는 점에서 '정당한 사유'와 같은 제재사유 해석기준이 문제됩니다(제한사유 해석의 문제). 둘째, 처분청이 계약자가 하자보수요구에 응하지 않았다는 사실로 계약자에 대한 부정당업자제재처분을 하였다가, 이후 제기된 취소소송 중 '공사를 조잡하게 하였다는 사유'를 추가·변경할 수 있는지 문제됩니다(제한사유 추가·변경의 문제). 셋째, 처분청이 계약자에 대하여 하자보수요구에 응하지 않았다는 사유로 부정당업자제재처분을 하였는데, 이후 공사를 조잡하게 한 사실이 발견된 경우 재차 부정당업자제재처분을 할 수 있는지 문제됩니다(제한사유 경합의 문제).

나. 제재사유 해석 기준과 '정당한 사유'의 의미

대법원은 원칙적으로 입찰참가자격 제한사유는 엄격하게 해석되어야 한다는 입장에 있습니다. 대법원은 "침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안 되며, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 안 될 것"이라고 하였습니다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791 판결).

대법원은 위와 같은 원칙에 따라 "국가계약법 시행령 제76조제7호에 규정된 '특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자'는 '당해 경쟁입찰에 참가한 사람'으로서 그 입찰에서 특정인이 낙찰되도록 하기 위한 목적으로 담합한 사람을 의미한다고 보아야 하고, 당해 경쟁입찰에 참가하지 아니함으로써 경쟁입찰의 성립 자체를 방해하는 담합행위자는 설사 그 경쟁입찰을 유찰시켜 수의계약이 체결되도록 하기 위한 목적에서 비롯된 것이라 하더라도 위 '계약상대자 또는 입찰자'에 해당한다고 할 수 없다"고 하였습니다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791 판결). 반면 국가계약법의 '공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행'이라는 입법목적에 비추어 제한사유를 넓게 해석한 예도 있습니다. 대법원은 국가계약법 시행령 상 '서류의 위조·변조'에는 타인의 명의를 도용하는 방법으로 위조하여 제출하는 행위는 물론 자신의 명의로 작성하더라도 허위의 내용을 기재한 서류를 작성하여 제출하는 '무형 위조'도 포함된다고 판단하였습니다(대법원 2000. 10. 13. 선고 99두3201 판결).

결국, 입찰참여자자격제한은 형사처벌이 아니기 때문에 '공정 경쟁과 성실한 계약이행'이라는 입법 목적으로 고려하여 제한사유를 해석할 수는 있지만, 침익적 처분임을 고려하여 계약상대방에게 불리한 지나친 유추해석이나 확장해석은 제한됩니다.

이상을 종합할 때, '정당한 사유 없이 계약이행을 하지 아니한 자' 중 '정당한 사유'는 단순히 하자의 존재라는 결과만으로 인정되어서는 안 될 것입니다. 계약자가 객관적 근거 등 정당한 사유에 기초하여 하자가 발생하지 않았다고 판단한 경우, 계약자가 하자보수를 거부하더라도 이는 계약의 적정한 이행이라는 공익을 침해한다고 볼 수 없기 때문입니다. 대상판결에서 '인조구조장의 하자가 원고의 시공상 잘못임을 스스로 인정하였다'는 점을 설시한 것도 이와 같은 맥락으로 볼 수 있습니다.

다. 제한사유 변경과 '공사의 이행을 조잡하게 한 자'

부정당업자제재처분취소소송 중 행정청이 부정당업자제재사유를 변경하는 경우가 있습니다. 하지만 이와 같은 처분사유의 변경은 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서 허용될 수 있습니다. 가령 '정당한 이유 없이 계약을 이행하지 아니한 사실'과 '계약의 이행과 관련하여 관계 공무원에게 뇌물을 준 사실'은 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적으로 동일하지 않습니다. 대법원은 이와 같은 경우에서 사유의 변경을 허용하지 않았습니다(대법원 1999. 3. 9. 선고 98두18565 판결). 반면 처분사유를 '담합을 주도하거나 담합하여 입찰을 방해하였다'에서 '특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자'로 변경하는 경우, 대법원은 같은 행위에 대한 법률적 평가만을 달리하는 것이므로 기본적 사실관계가 변경되지 않았으므로 사유를 변경할 수 있다고 보았습니다(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791 판결).

이상에 비추어 볼 때, 부정당업자제재처분취소소송 중 처분청이 입찰참여자자격제한의 사유를 '공사를 조잡하게 하였다'는 것에서, '하자보수요구에 응하지 아니하였다'는 것으로 사유를 추가·변경하는 것은 허용되기 어려울 것으로 보입니다. '하자보수요구 거부행위'와 '하자발생 비율이 기준치를 초과한 사실'은 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없기 때문입니다.

라. 제한사유의 경합

부정당업자가 수 개의 위반행위를 한 경우 각 행위에 대한 제한기준 중 무거운 제한기준에 따른 제한을 받게 됩니다(지방계약법 시행규칙 제76조제3항, 국가계약법 시행규칙 제76조제3항). 서로 다른 위반행위를 하였는데, 제한의 정도가 상이한 때에는 가장 무거운 기준을 적용하여 하나의 입찰참가자격 제한조치를 부과할 수 있습니다.

문제는 동일한 입찰절차와 관련하여 일정한 위반행위가 있어 이미 일정기간의 입찰참가자격 제한조치가 내려졌는데, 그 후 새로운 위반행위가 발견된 경우 재차 입찰참가자격제한을 할 수 있는지 문제됩니다. 가령 처분청이 계약자에 대하여 하자보수를 거부하였다는 사유로 5개월간 참여자격제한처분을 하였는데, 8개월 참여자격제한 사유에 해당하는 조잡한 계약이행 사실이 발견된 경우, 추가제한을 할 수 있는지 문제됩니다.

이에 대하여 추가제한조치가 불가능하다는 견해¹와 추가로 발견된 위반행위에 대하여 별도의 제한조치를 한 다음 국가계약법(혹은 지방계약법) 시행규칙 제76조제2항, 제4항에 따라 가중·감경하여 집행할 수 있다는 견해²가 있습니다.

지방계약법 시행규칙 제76조제3항의 취지를 비추어 보았을 때, 추가제한이 불가능하다고 보기는 어렵습니다. 수 개의 위반행위에 대하여 동시에 자격제한처분이 내려진 경우와의 형평을 고려하여, 지방계약법 시행규칙 제76조제3항의 예에 따라 추가 자격제한조치를 할 수 있을 것으로 판단됩니다. 위의 예시를 기준으로 하였을 때, 처분청은 무거운 제한기준에 따라 3개월 범위 내에서 추가 참여자격제한처분을 할 수 있을 것으로 보입니다.

4. 다운로드 : [대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두16117 판결](#)

¹ 이동수, 국가계약법제에 관한 행정법상 문제점, 토지공법연구 제13집(2001년), 44쪽

² 박정훈, 부정당업자의 입찰참여자자격제한의 법적 제문제, 서울대학교 법학(2005년), 305쪽

■ 최신 판례 ■

[가사] 상속개시 전 피상속인이 인출한 예금 중 사용처가 불분명한 금액은 상속받은 것으로 보아 상속세를 부과하는 상속세법 규정은 합헌이라는 결정례

최승수 변호사 | 마상미 변호사

1. 사실관계

망 A의 상속인 B는 상속재산을 신고하고 상속세를 납부하였습니다. 그런데 종로세무서장은 상속세 실시조사 시 상속개시 전 2년 이내에 피상속인이 인출한 예금 중 사용처가 불분명한 금액 751,139,000원이 있음을 이유로 구 상속세 및 증여세법 제15조제1항제1호를 적용하여 위 금액을 상속세과세가액에 산입하고 B에게 상속세 365,295,280원을 부과하였습니다.

B는 위 상속세 부과처분에 대한 취소소송(서울행정법원 2010구합11085) 계속 중 상속세 및 증여세법 제15조제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 신청이 기각되자(서울행정법원 2010아1803), 2010년 8월 17일 헌법소원심판을 청구하였습니다.

2. 쟁점

구 상속세 및 증여세법(2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되고, 2010. 1. 1. 법률 제9916호로 개정되기 전의 것) 제15조제1항제1호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)의 위헌 여부(합헌)

제15조(상속개시일전 처분재산 등의 상속추정 등) ① 피상속인이 피상속인의 재산을 처분하였거나 채무를 부담한 경우로서 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 이를 상속받은 것으로 추정하여 제13조의 규정에 의한 상속세과세가액에 산입한다.

1. 피상속인이 재산을 처분하여 받거나 피상속인의 재산에서 인출한 금액이 상속개시일 전 1년 이내에 재산종류별로 계산하여 2억 원 이상인 경우와 상속개시일전 2년 이내에 재산종류별로 계산하여 5억 원 이상인 경우로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 경우

3. 결정 내용

- 이 사건 법률조항의 입법취지는 피상속인이 상속개시 전에 재산을 처분하여 과세자료의 포착이 쉽지 않은 현금 등으로 상속인에게 증여 또는 상속함으로써 상속세를 부당하게 경감하는 행위를 방지하기 위한 것에 있고, 이 사건 법률조항은 이러한 입법목적에 기여하므로 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성이 인정됩니다.
- 상속인은 일반적으로 피상속인과 동일하거나 근접한 생활영역에 있기 때문에 과세관청에 비하여 피상속인의 경제활동을 확인하기 쉽다는 점을 부인하기는 어려운 반면, 과세관청에서 현금이나 현물 등이 상속인에게 상속되었다는 사실을 완벽하게 입증하는 것은 과세행정상 불가능에 가깝습니다. 이러한 현실에서 이 사건 법률조항이 처분재산에 대한 입증책임을 상속인에게 지게 한 것은 불가피한 조치라 할 것입니다. 그리고 이 사건 법률조항이 추정규정인 이상 구체적인 소송과정에서 법원의 판단을 통하여 상속인이 상속하지 아니하였다고 인정되는 경우에는 그 적용이 배제될 수 있으며, 상속인이 입증해야 하는 범위도 상속개시일에 근접한 1년 또는 2년 이내의 2억 원 또는 5억 원 이상의 고액으로 한정되어 있어, 납세자의 기본권 제한을 최소화하기 위한 장치가 마련되어 있습니다. 따라서 이 사건 법률조항은 침해의 최소성 원칙에 위배되지 아니합니다.
- 상속인은 피상속인의 경제활동을 확인하기가 상대적으로 쉽고 상속인이 입증해야 하는 범위도 비교적 제한적이므로 상속인이 지는 입증의 번거로움 내지 재산권에 대한 제한에 비하여 부당한 상속세 회피행위를 방지한다는 공익이 훨씬 크다고 할 것입니다. 따라서 이 사건 법률조항은 법익의 균형성 원칙에 위배되지 아니합니다.

4. 해설

상속세 및 증여세법은 피상속인이 상속개시 전에 재산을 처분하여 과세자료의 포착이 쉽지 않은 현금 등으로 상속인에게 증여 또는 상속함으로써 상속세를 부당하게 경감하는 행위를 방지하기 위해 실제로 상속받지 않았다고 하더라도 상속받은 것으로 추정하여 상속세과세가액에 산입하는 제도를 두고 있습니다(제15조). **피상속인이 재산을 처분하여 받은 금액이나 피상속인의 재산에서 인출한 금액이 재산 종류별 [① 현금·예금 및 유가증권, ② 부동산 및 부동산에 관한 권리,**

③ 기타재산]로 계산하여 상속개시일 전 1년 이내에 2억 원 이상인 경우, 상속개시일 전 2년 이내에 5억 원 이상인 경우로서 용도가 객관적으로 명백하지 아니한 경우에는 상속받은 것으로 추정되어, 상속세 과세가액에 산입됩니다(제15조제1항제1호).

즉 상속인(납세자)가 상속인이 재산을 처분하여 받은 금액이나 피상속인의 재산에서 인출한 금액의 용도를 입증하지 못한 경우에는 상속인이 상속받은 사실이 없는데도 불구하고 상속세를 부담해야 하는 불합리한 측면이 있습니다.

이에 청구인은 위 조항이 청구인의 재산권을 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였으나, **헌법재판소는 위 조항은 상속세 회피행위를 방지하기 위한 목적에서 불가피하게 과세요건사실에 대한 입증책임을 상속인에게 지게 한 것이고 납세자의 기본권 제한을 최소화하기 위한 장치를 마련하고 있으며, 위 조항으로 인한 사익의 제한에 비하여 이 조항이 추구하는 공익이 훨씬 크므로 과잉금지원칙에 위반되지 아니하여 상속인의 재산권을 침해하지 않는다고 판단하였습니다.**

다만 재판관 3인(재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 목영준)은 위 조항이 헌법에 위반된다는 반대의견을 제시하였습니다. 반대의견의 요지는 다음과 같습니다.

- 이 사건 법률조항과 같이 입증책임을 전환하는 대신 구체적인 소송 과정에서 사실상 추정 또는 과세관청의 입증책임을 완화하는 방법으로 충분히 그 입법목적은 달성할 수 있다. 이 사건 법률조항은 과거 금융실명제가 실시되지 않았거나 그 실효성이 보장되지 않았던 시기에 불가피하게 필요성이 인정되었던 조항이므로, 오늘날과 같이 금융실명제가 정착되고 과세관청이 방대한 소득자료 등을 보유하고 있는 상황에서는 더 이상 그 필요성이 인정된다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 침해의 최소성 원칙에 위배된다.
- 처분재산의 용도가 명백하지 아니한 것과 상속받은 사실이 경험칙상 반드시 연관된다고 할 수도 없고, 피상속인의 사망 전 1년 또는 2년 이내에 처분한 재산의 가액이 2억 원 또는 5억 원 이상인 경우라 하여 반드시 상속인의 입증이 용이하다고 할 수도 없다. 그런데 이 사건 법률조항이 포괄적인 입증책임을 전환을 인정한 결과 과세관청과 납세자 모두 입증을 하지 못한 경우에는 상속인이 상속받은 사실이 없는데도 불구하고 상속세를 부담하는 경우가 생기게 되는데, 이러한 경우 상속인의 재산권 침해의 정도가 심히 가혹하다 아니할 수 없다. 우리 세법상 다른 규정이나 외국의 입법례에서도 이 사건 법률조항과 같이 자신의

행위와는 무관한 사항에 대하여 포괄적으로 납세자에게 입증책임을 지우는 규정은 그 유례를 찾아보기 어렵다. 결국 이 사건 법률조항이 달성하려고 하는 공익에 비해 상속인의 재산권 제한의 정도가 아주 심하므로 법익의 균형성 원칙에 반한다.

- 따라서, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되어 상속인의 재산권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

위 조항은 합헌결정에 따라 계속 유효한 효력을 갖습니다. 그러나 재판관 3인의 재산권 침해의 정도가 심히 가혹하다는 반대의견이 있었던 만큼 앞으로 다시 심판의 대상이 될 경우 현재와 다른 결론에 이를 가능성을 배제할 수 없습니다.

5. 다운로드 : 헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2010헌바342 결정

■ 최신 판례 ■

[제약 · 바이오 · 의료] **한의사의 초음파기기 사용 관련 헌법 소원 사건**

김성수 변호사 | 김영식 변호사

1. 사건의 개요

(1) 한의사 A, B는 초음파 골밀도 측정기인 'OsteoImager PLUS'를 사용하여 성장판검사를 시행한 다음 체질개선 한약을 처방하였고, 한의사 C는 목이 아프다고 하는 환자의 상체 전부에 초음파검사를 한 다음 목 뒤쪽에 침구치료 및 부항 등 물리치료를 하고 갑상선결절이라는 병명으로 소견서를 작성해 양방병원에 전원을 의뢰하는 등 환자들에게 초음파 촬영 비용을 별도로 받지 않고 초음파 촬영을 통한 진료행위를 하였습니다.

(2) 부산지방법원 동부지청 검사는 A, B에 대해 "한의사가 사용할 수 없는 초음파 골밀도 측정기를 사용하여 의사가 아니면서도 영리를 목적으로 의료행위를 업으로 하였다"는 피의사실에 대해 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조(부정의료업자), 의료법 제27조를 적용하여 기소유예처분을 하였고, 춘천지방법원 원주지청 검사는 C에 대해 의료법 제27조 위반의 '무면허 의료행위'임을 인정하고, 기소유예처분을 하였습니다. 관련 규정은 다음과 같습니다.

제5조(부정의료업자의 처벌)

「의료법」 제27조를 위반하여 영리를 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우 100만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금을 병과한다.

1. 의사가 아닌 사람이 의료행위를 업(業)으로 한 행위
2. 치과의사가 아닌 사람이 치과의료행위를 업으로 한 행위
3. 한의사가 아닌 사람이 한방의료행위를 업으로 한 행위

제27조(무면허 의료행위 등 금지)

① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 보건복지부령으로 정하는 범위에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인 면허를 가진 자로서 일정 기간 국내에 체류하는 자
2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 의학전문대학원, 치의학전문대학원, 한의학전문대학원, 종합병원 또는 외국 의료원조기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위하여 의료행위를 하는 자
3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

(3) 기소유예처분을 받은 한의사들은 “의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다”고 규정한 의료법 제27조는 포괄위임금지원칙 및 죄형법정주의의 명확성 원칙 등에 위반되고, 기소유예처분은 청구인들의 평등권, 직업의 자유, 행복추구권을 침해하였다”고 주장하면서, 각각 검사를 피청구인으로 하여 “기소유예처분을 취소해 달라”는 취지의 헌법소원심판(2009헌마623, 2010헌마109 각 기소유예처분취소)을 청구하였습니다.

(4) 대한한의사협회는 사건의 초기부터 청구인들의 대리인을 통해 적극적으로 의견을 제출하였고, 대한한의사협회는 영상의학과 전문의, 내과 전문의와 함께 제3자참가(헌법재판소법 제40조제1항, 행정소송법 제16조)를 하였습니다.

(5) 청구인들은 명확성의 원칙, 평등권 등에 관해 헌법소송적 쟁점들을 제기했지만, 실질적인 쟁점은 “한의사가 초음파기기를 사용해 진료행위를 해도 무방한가”, 나아가 “초음파기기를 사용해 진료행위를 하는 것은 의료행위의 고유영역인가, 아니면 한방의료행위의 영역에도 포함될 수 있는가”이었습니다.

2. 청구인들과 대한한의사협회 주장의 요지

청구인들과 대한한의사협회측 주장의 요지는 다음과 같습니다.

(1) 한의사의 초음파기기 사용은 '정보수집'을 위한 것일 뿐, '정보의 해석', 즉 '진단(변증)'에 해당하지 않고, 초음파기기 자체는 다른 방사선기기와 달리 별다른 위험성도 없으므로, 한의사들이 초음파기기를 사용해 '정보수집'을 하는 것을 금지할 이유가 없다.

(2) 한의과대학의 교과과정에는 초음파기기 사용에 필수적인 교과목들(예컨대 발생학, 생리학, 병리학, 방사선과학 등)이 포함되어 있으므로, 한의사자격을 취득한 한의사는 초음파 진단기를 사용할 능력을 충분히 보유하고 있다.

(3) 현행 의료법상 의료행위와 한방의료행위의 구분은 불명확하고, 현행법상 한의사가 초음파기기를 사용하는 것에는 아무런 문제가 없으며, 미국의 초음파 부티크에서는 비의료인들이 초음파기기를 사용하여 자유롭게 태아를 촬영하기도 한다.

3. 한의사의 현대적 의료기기 사용에 관한 선례들

(1) 한의사들이 크게 늘어나면서 한의사들은 지속적으로 의사들의 업무영역에 진입하였고, 이에 따라 여러 사건에서 의료행위와 한방의료행위의 구분이 문제되었습니다. 이는 결국 "의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다"고 규정한 현행 의료법 제27조(구 의료법 제25조)제1항 본문 후단 부분의 효력 및 그에 대한 해석의 문제로 귀결됩니다.

(2) 먼저 서울고등법원은 "한의사가 방사선사로 하여금 전산화단층촬영장치(CT기기)로 촬영하게 하고 이를 이용하여 방사선진단행위를 한 것은 '한방의료행위'에 포함된다고 보기 어려우며, 의료법 제25조에서 정한 '면허된 이외의 의료행위'를 한 경우에 해당한다"고 판시한 바 있습니다(서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결).

또한 서울행정법원은 한의사가 진단용 엑스선 발생기인 'BGM-6'를 사용하여 성장판검사를 실시한 것에 관해 "'한방의료행위'에 포함된다고 보기 어려워 한의사의 면허 범위 외의 의료행위에 해당"한다고 판시하면서 '한방의료행위의 판단기준'에 관해 "구체적 사안에 따라 의료법의 목적, 구체적인 의료행위에 관련된 관계 규정, 구체적인 의료행위의 목적, 태양 등을 감안하여 사회통념에 비추어 판단하여야 할 것으로, 어떠한 진료행위가 의사만이 할 수 있는 의료행위에 해당하는지 아니면 한의사만이 할 수 있는 한방의료행위에 해당하는지 여부는

결국 해당 진료행위가 학문적 원리를 어디에 두고 있는가에 따라 판단하여야 할 것"이라고 판시한 바 있습니다(서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합11945 판결).

한편 최근 부산지방법원은 한의사가 성장클리닉을 운영하면서 골밀도 측정용 초음파 진단기기인 'OsteoImager PLUS'를 사용하여 환자들의 발목 부분을 촬영하게 하고 이를 이용하여 성장판의 개폐 및 그 진행 상태에 관한 진단행위를 한 것에 관해 "한방의료행위에 포함된다고 보기 어려워 면허된 이외의 의료행위를 한 때에 해당한다"고 판시함으로써, 피고인에게 의료법위반죄를 인정하였습니다(부산지방법원 2011. 11. 25. 선고 2011노2012 판결).

4. 대한의사협회 주장 요지

대한의사협회 주장의 요지는 다음과 같습니다.

(1) '진단'에 선행하면서 의료행위와 무관한 '정보수집'이란 있을 수 없고, 환자의 신체상태에 관한 '정보수집' 자체가 이미 '진단'행위의 일부에 해당한다. 이 사건에서 한의사는 초음파기기를 사용해 진료한 다음 '갑상선결절 추정'이라는 소견을 작성하였는데, 이러한 초음파기기 사용은 '의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위'에 해당하며, 그와 무관한 정보수집행위가 아니다. 또한 초음파기기의 사용은 '음양, 오행, 정기, 사기, 기의 흐름, 경혈, 경락 등'의 개념을 기초로 진단, 치료하는 전통적 한의학의 이론에 전혀 부합하지 않는다.

(2) '의학적 용도의 초음파기기 사용이 위험한 것인지'는 방사선의 유무나 방사선량의 정도만을 기준으로 판단할 수 없고, 반드시 '정확한 진단'의 가능성, 즉 '오진' 가능성을 기준으로 판단하여야 한다. 초음파검사에는 해부학적 지식을 기초로 한 의학적 지식이 필수적이고, 확진에 다른 영상의학적 검사들 및 다른 의학적 검사들이 필요한 경우가 대부분이다. 의사들의 경우에도 초음파검사만으로 확진하는 경우 오진 가능성이 높다. 이 사건에서, 성장판검사를 할 수 없는 초음파기기를 사용해 성장판검사를 한 후 한의사가 내린 '진단'은 '오진'이 될 가능성이 매우 높다.

(3) 한의과대학에서 의학과목을 교육하는 것은 한의학이론에 전혀 부합하지 않는다. 또한 한의과대학 교과과정의 경우, 대부분의 교과목은 한의학이론에 기초한 것이고, 대한한의사협회의

주장과 달리 의학과목은 몇 개 없으며, 전문적인 실습이 이루어지지도 않는다. 영상의학 장비를 이용한 의학적 검사에는 고도의 통합적 의학 전문지식과 전문적 수련이 요구되는데, 통상적으로 영상의학적 검사는 영상의학 전문의에 의해 시행되고 있다. 한의사협회측의 주장대로라면 해부학, 생리학, 병리학을 교육받고 있는 약사, 치과의사, 간호사도 초음파기기를 사용할 수 있다는 것이 되는데, 이런 부당한 결론은 대한한의사협회가 면허제도의 의미를 간과하고 의료행위, 한방의료행위, 비의료행위의 구분을 무시하는 것에서 비롯된 것이다.

(4) 보건복지부는 국민건강보험법 제42조제4항에 근거하여 모든 의료행위, 한방의료행위를 대상으로 '그 행위가 건강보험요양급여의 대상인지 여부'를 고시하고 있으며, 따라서 현행 법령상 의료행위와 한방의료행위의 구분은 명확하다. 현행 보건복지부 고시에 의하면 초음파검사는 분명하게 '의료행위' 중 '비급여 항목'에 포함되어 있으며, '한방의료행위'가 아님이 명백하다. 한편 이 사건의 쟁점은 '누구나 초음파기기를 자유롭게 사용해도 무방한가'가 아니라 '진단과 치료를 위한 의료적 용도로 한의사가 초음파기기를 사용해도 되는가'이다. 따라서 미국의 초음파 부티크에서 태아를 기념 촬영하는 행위와 한국의 한의사가 질병의 발생, 정도를 확인하기 위해 초음파기기를 사용하는 행위는 비교의 대상이 될 수 없다.

5. 헌법재판소 결정의 요지

헌법재판소는 대한한의사협회의 주장을 받아들여 청구인들의 청구를 모두 기각하였습니다. 결정의 요지는 다음과 같습니다.

(1) '의료인의 면허된 것 이외의 의료행위'에서의 '의료행위'는 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여서 하는 질병의 예방 또는 치료행위와 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미하는바, 이것이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

또한 의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정들과 한방의료행위에 관련된 법령의 변천과정 등에 비추어 보면, 한방의료행위는 우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다고 볼 수 있으므로 죄형법정주의에서 요구되는 형법법규의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다.

(2) 청구인은 (학문적 목적이 아니라) 환자를 치료할 목적으로, 또는 환자의 질병을 진단할 목적으로 초음파 진단기를 사용한 것이다. 청구인이 초음파 진단기를 사용하여 환자의 병상과 병명을 진단하고 침구치료 등을 한 행위는 의료법상 '의료행위'에 해당한다. 한의사에게 면허된 '의료행위'는 한방의료행위라 할 것인데, 특정 행위가 한방의료행위에 해당하는지 여부는 그 의료행위의 태양 및 목적, 학문적 기초, 전문지식에 대한 교육 정도, 관련 규정 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

(3) 청구인이 초음파 진단기를 사용하여 환자의 병상과 병명을 진단하고 그 결과를 토대로 침술 등 치료행위를 한 것은 한의학적 지식이나 방법에 기초한 것이 아니라 인체에 대한 해부학적 지식을 기초로 한 것이다.

또한 초음파검사는 기본적으로 의사의 진료과목 및 전문의 영역인 영상의학과와 업무영역에 포함되어 있다. 의과대학 및 의학전문대학원에서 행하는 초음파검사 관련 교육이나, 전문의 수련과정 등에서 이루어지는 초음파검사 실습의 실태 등을 보면, 원칙적으로 초음파 진단기를 통해 얻어진 정보를 기초로 진단을 내리는 것은 영상의학과 전문의 또는 의과대학에서 영상의학과 관련 이론 및 실습을 거친 의사의 업무영역에 속한다고 볼 수 있다.

(4) 따라서 청구인의 행위는 의료법상 한의사에게 면허된 의료행위에 해당하지 않는다.

6. 헌법재판소 결정의 의미와 향후 전망

헌법재판소는 지금까지 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며”라고 규정한 의료법 제27조제1항 본문 전단 부분에 관해서만 판단해 왔을 뿐, 후단 부분의 효력과 의미에 관해서는 입장을 밝힐 기회를 갖지 못하였습니다. 이 사건은 헌법재판소가 처음으로 그에 관해 구체적 입장을 밝힌 데 첫 번째 의미가 있습니다.

두 번째로, 헌법재판소는 지금까지 한방의료행위의 개념에 관해 “우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미”한다고 판시해 왔을 뿐, '한방의료행위의 판단기준'에 관해서는 그 입장을 밝힌 적이 없었습니다.

헌법재판소는 이 사건에서 처음으로 “특정 행위가 한방의료행위에 해당하는지 여부는 그 의료행위의 태양 및 목적, 학문적 기초, 전문지식에 대한 교육 정도, 관련 규정 등을 종합적으로 고려하여 판단”해야 한다는 입장을 밝혔습니다.

세 번째로, 이 사건에서 헌법재판소는 초음파기기 사용이 한방의료행위의 범위에 속하지 않음을 명확히 하였습니다. 이러한 판단은 향후 한의사의 현대적 의료기기 사용이 합법적인지 여부에 관한 판단에 있어 중요한 시금석이 될 것으로 보입니다.

다만 이 사건 결정 이후 대한한의사협회는 “작년 7월에 개정된 한의약육성법의 취지에 부합하도록 초음파 진단기 등 현대적 의료기기에 관한 교육의 강화 및 한의약적 활용 등으로 한의약의 현대화·객관화·표준화를 위한 제반 여건 개선에 박차를 가할 것”이라는 내용의 성명을 발표하였습니다. 따라서 이후에도 현대적 의료기기 사용을 둘러싼 의사들과 한의사들의 분쟁은 계속될 것으로 보입니다.

7. 다운로드 : 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌마623, 2010헌마109 결정

■ 단신 ■

사무소 이전 기념 행사

지평지성은 지난 3월 30일 연세대학교 동문회관에서 사무소 이전 기념 행사를 진행하였습니다. 이번 행사는 “새로운 출발, 새로운 도약”이라는 캐치프레이즈 하에 진행되었습니다.

[행사 사진]



법무법인 지평지성 사무소 이전 기념 행사(2012. 3. 30.)

■ 단신 ■

양영태 대표변호사, 강울리 변호사, 미얀마 네피도에서 열린 '한-미얀마 경제협력 포럼'에 참가



(법무법인 지평지성 양영태 대표변호사, 강울리 변호사)

지평지성 양영태 대표변호사와 강울리 변호사는 지난 4월 6일 미얀마 네피도에서 열린 '한-미얀마 경제협력 포럼'에 참가하여 미얀마측 인사들을 만나고, 미얀마 투자 관련 법률 컨설팅을 제공하였습니다.

이번 포럼은 미얀마가 동남아의 신흥시장으로 부상함에 따라 한국과 미얀마의 정부·민간 간 네트워크를 강화하기 위해 개최되었는데, 한국을 대표하는 80여 개 기업과 기관에서 170여 명의 사절단이 참가하였고, 미얀마 측에서도 테인 세인 대통령을 비롯하여 장관급 고위 인사 등 200여 명이 참석하였습니다.

[관련기사]

- 미얀마, 외국인에 5년간 면세...투자레이스 시작됐다 - 매일경제(2012. 4. 4.)
- 미얀마 천지개벽 한국기업이 이끈다 - 매일경제(2012. 4. 4.)
- "미얀마 산업화 큰 역할 기대" - 매일경제(2012. 4. 6.)
- 예정에 없던 대통령 투자강의 ..."삼성전자, 사이버시티 와달라" - 매일경제(2012. 4. 9.)

■ 단신 ■

양영태 대표변호사, 대한변호사협회 이사로 선임



(법무법인 지평지성 양영태 대표변호사)

지평지성 양영태 대표변호사는 지난 2월 24일 대한변호사협회 이사로 선임되었습니다.

임기는 2012년 2월부터 2014년 2월까지입니다.

양영태 대표변호사, 서강대학교 법학전문대학원에서 '한국 로펌의 해외 진출과 해외업무 전문성'을 주제로 강의

지평지성 양영태 대표변호사는 지난 3월 30일 서강대학교 법학전문대학원에서 '한국 로펌의 해외 진출과 해외업무 전문성'을 주제로 강의를 하였습니다.

■ 단신 ■

정재형 변호사, '2012 태국 방콕 기술교류단' 참여 기업과 오찬 간담회 참석



(법무법인 지평지성 정재형 변호사 · 태국 사무소장)

지평지성 정재형 변호사는 지난 3월 27일 인천경제통상진흥원의 '2012 태국 방콕 기술교류단'에 참여한 기업과의 오찬 간담회에 참석하였습니다.

■ 단신 ■

김성수 변호사, 8차 의료커뮤니티 모임에서 '의료행위와 한방 의료행위의 허용범위'를 주제로 강의



(법무법인 지평지성 김성수 변호사)

지평지성 김성수 변호사는 지난 4월 2일 변호사 교육문화회관에서 열린 8차 의료커뮤니티 모임에서 '의료행위와 한방의료행위의 허용범위'를 주제로 강의를 하였습니다.

대한변호사협회 전문연수교육의 일환으로 실시된 이번 강의는 30여 명의 회원 변호사들이 참석하여 열띤 수강과 질의응답으로 진행되었습니다.

김성수 변호사, 경기소방학교에서 주관하는 소방법령 교육과정에서 '법령의 이해'라는 주제로 강의

지평지성 김성수 변호사는 지난 2월 20일 경기소방학교에서 주관하는 소방법령 교육과정에서 '법령의 이해'라는 주제로 강의를 하였습니다.

이번 교육과정은 경기지방공무원인 지방소방사, 지방소방장 등 100여 명을 3회에 나누어 교육하는 과정 중 제1회 교육이었습니다.

■ 단신 ■

임성택 변호사, SBS 시청자위원회 위원으로 위촉



(법무법인 지평지성 임성택 변호사)

지평지성 임성택 변호사는 지난 3월 21일 SBS 시청자위원회 위원으로 위촉되었습니다.

시청자위원회는 방송법에 따른 시청자의 권익을 보호하는 대표적인 제도로서, 시청자의 권익을 대변하고 방송을 감시하는 역할을 하며 방송편성 및 프로그램 내용에 관한 의견제시와 시정요구, 기타 시청자의 권익보호와 침해구제에 관한 업무들을 처리합니다.

■ 단신 ■

배성진, 배기완 변호사, 삼성화재의 자동차보험 대물 보험금 관련 전문가 세미나에 발표자로 참석



(법무법인 지평지성 배성진 변호사, 배기완 변호사)

지평지성의 배성진 변호사와 배기완 변호사가 지난 3월 28일 삼성화재의 자동차보험 대물 보험금 관련 전문가 세미나에 참석하여, '대물 관련 소송 쟁점별 대응방안'을 주제로 발표하였습니다.