

■ 목 차

■ 지평지성 소식 ■

- 부산 사무소 개소 및 영입인사.....1
- 미얀마 현지 자문업무 개시.....3
- '미얀마, 태국 투자 법제 세미나' 오는 7월 3일 상공회의소에서 개최.....5
- '기업법제의 위헌성과 헌법소송 세미나' 개최.....7
- 2012년 제2회 공익강연 개최.....10

■ 주요 업무 사례 ■

- 미래에셋증권 및 한국지역난방공사를 대리하여 폐열 발전 사업 자문.....11
- 라오스 증권거래법 제정 자문.....12
- 미국 반도체 회사인 Q사의 국내 F사 주식 인수 거래 자문.....13

■ 법률 논단 ■

- [동산채권담보] 동산채권 등의 담보에 관한 법률의 도입과 주요 문제.....14
- [보험] 실화책임법 개정 이후 공작물책임과 실화책임의 관계.....17
- [자원·에너지·환경] 온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률에 대한 주요 이슈.....25

■ 최신 법령 ■

- [상사] 개정상법상 사채의 종류.....30
- [금융] 전자단기사채등의 발행 및 유통에 관한 법률 제정.....34
- [건설·부동산] 건설산업기본법.....36
- [지적재산권] 중소소프트웨어사업자의 국가기관 발주사업에 대한 참여지원 확대.....38
- [지적재산권-해외] 불법 정보기술을 바탕으로 만든 제품을 미국에 수출할 경우 낭패 보게 된다.....40
- [자원·에너지·환경] 온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률제정.....44

■ 최신 판례 ■

- [금융] 착오송금과 은행의 상계권 행사.....50
- [건설·부동산] 공사도급계약 수급인의 보증인 책임범위에 선급금반환채무도 포함되는가.....53
- [지적재산권] 저작권법이 보호하는 기술적 보호조치의 범위.....56
- [노동] 교섭창구단일화제도는 소수노조의 근로3권을 침해하는 제도가아니다 외 3.....60
- [조세] 분쟁 중인 토지가 수용된 경우 양도소득세는 언제 내야 하나.....68
- [계약·바이오·의료] 전원 조치 전후의 의료과실이 경합하는 경우 손해배상책임.....71
- [가사] 이혼시 양육권자는 모(母)로, 친권자는 부(父)로 정하는 것이 가능한지.....74
- [형사] 변호인 법률의견서의 증거능력.....77

■ 단신 ■

- 양영태 대표변호사, '리얼 미안마' 특강에서 미안마 투자 관련 법제를 주제로 강연.....79
- 김성수 변호사, 2012년 대한신경정신의학회 전공의 심포지엄에서 강의 외 3.....80
- 이근동 변호사, 행정안전부 공무원노사관계 컨설팅위원으로 위촉.....82
- 박용대 변호사, 서울대 금융법무과정에서 '주주의 의결권과 신주발행무효의 소'라는 주제로 강의.....83
- 배성진 변호사, '연소피해에 대한 법률상 손해배상책임' 세미나에 발제자로 참석.....84
- 김도요 변호사, Bonn Climate Change Conference에 정부대표단 일원으로 참석.....85
- 이광선 변호사, 경영자총연합회에서 '근로계약 기본이론 및 쟁점사항 연구'라는 주제로 강의.....86
- 김희석 변호사, 국세청 소송수행자를 대상으로 최근 주요 판결에 대하여 강의.....87
- 박성철 변호사, '리트윗의 자유를 허하라(선거법은 어떻게 우리를 범죄자로 만들었나)' 공동 발간.....88
- 배지영 변호사, 한국 이슬람 법학회 초대 회장으로 선임.....89

■ 지평지성 소식 ■

부산 사무소 개소 및 영입인사

법무법인 지평지성은 전국적인 법률서비스를 제공하고자 노력하여 왔으며, 그 결실의 하나로 순천 사무소 이후 부산 사무소를 개설하게 되었습니다.

법무법인 지평지성은 부산 지역에서 변호사로 활동해온 이상근, 신승기 변호사를 영입하여, 부산 지역의 고객들에게 종합적이고, 전국적인 법률서비스를 제공하고, 서울 고객들에게 부산 지역 법률문제에 관한 법률서비스를 제공하고자 부산 사무소를 열게 되었습니다.

부산 사무소와 서울 본사가 유기적으로 협력하여, 부산 지역 고객들에게 경남 지역 뿐만 아니라 서울 등 전국 각지에서 진행되는 소송업무를 처리해 드리고, 기업자문, 국제계약, M&A, 금융·증권, 지적재산권, 건설·부동산, 도산, 공정거래, 노동, 조세, 자원·에너지·환경, 해상·보험 등 전문적인 자문을 제공해 드리고자 합니다.

더하여, 법무법인 지평지성은 부산 지역에 지사와 공장을 두고 있거나 경남 지역에서 법률문제가 발생하는 서울 고객들에게 현지에서 밀착된 법률서비스를 제공해 드릴 수 있게 되었습니다.

저희 법무법인 지평지성이 성심을 다하여 부산 지역 기업 및 개인 고객 여러분들과 서울 고객들의 권익을 옹호하고 비즈니스의 성공에 일조하고자 하오니 많은 관심과 성원 부탁드립니다.

감사합니다.

이상근 변호사 영입

(법무법인 지평지성 이상근 변호사)



지평지성은 2012년 6월 1일자로 이상근 변호사를 영입하였습니다.

이상근 변호사는 1998년 창원지방법원에서 법관생활을 시작한 이래 부산지방법원, 창원지법 거창지원, 창원지법 합천군법원 및 부산고등법원에서 판사로 근무하였습니다.

판사로 재직하면서 민사, 형사, 행정, 파산사건 등을 재판한 경험을 바탕으로 고객의 믿음을 최고의 가치로 여기고 행정, 민사, 형사 소송 등의 업무 분야에서 법률서비스를 제공하고 있습니다.

신승기 변호사 영입

(법무법인 지평지성 신승기 변호사)



지평지성은 2012년 6월 1일자로 신승기 변호사를 영입하였습니다.

신승기 변호사는 1998년 대구지방검찰청에서 검사생활을 시작한 이래 창원지방검찰청 거창지원, 부산지방검찰청 동부지청, 서울지방검찰청 서부지청 및 부산지방검찰청 특수부에서 검사로 근무하였습니다.

검사로 재직하면서의 경험을 바탕으로 행정, 민사, 형사 소송 등의 업무 분야에서 법률서비스를 제공하고 있습니다.

■ 지평지성 소식 ■

미얀마 현지 자문업무 개시

법무법인 지평지성이 한국 로펌 최초로 미얀마 현지에서 자문업무를 시작하였습니다.

지평지성은 유정훈 한국변호사를 양곤에 파견하여 미얀마 제휴로펌 NK Legal 등과 함께 법률자문업무를 시작하였습니다.

지평지성은 본사 미얀마팀이 서울에서, 유정훈 변호사가 현지에서 법률자문 및 투자컨설팅을 하게 됩니다.

최근들어 미얀마의 개방이 가속화됨에 따라 우리 기업들의 미얀마 진출도 늘어나고 있습니다. 그러나 미얀마 법제가 불명확하여 어려움을 겪고 있는데, 저희 지평지성이 서울과 현지에서 동시에 자문을 제공함으로써 우리 기업들의 미얀마 진출에 도움을 드리고자 합니다.

미얀마 진출을 추진 중인 고객 여러분들의 많은 관심과 성원 부탁드립니다.

감사합니다.

[컨택]

- 미얀마 : 유정훈 변호사(yoojh@jipyong.com)
- 한국 : 정철 변호사(cjeong@jipyong.com) | 강율리 변호사(ylkang@jipyong.com)

[지평지성 미얀마팀]



양영태 대표변호사



정철 변호사



강울리 변호사



류혜정 변호사



유정훈 변호사

[관련 기사]

- 지평지성 한국 로펌 최초로 미얀마 진출 - 매일경제(2012. 5. 17)
- 지평지성, 국내 최초 미얀마 자문업무 시작 - 서울경제(2012. 5. 17)
- 법무법인 지평지성, 한국 로펌 최초 서울, 미얀마 현지에서 동시 자문 - 파이낸셜뉴스(2012. 5. 17)
- 법무법인 지평지성, 미얀마 현지 자문업무 개시 - 아시아경제(2012. 5. 17)

■ 지평지성 소식 ■

'미얀마, 태국 투자 법제 세미나' 오는 7월 3일 상공회의소에서 개최

중국 및 동남아 지역에 8개의 해외사무소를 두고 해외투자업무의 선두를 달려온 법무법인 지평지성이 오는 7월 3일 대한상공회의소 중회의실A에서 '미얀마, 태국 투자 법제 세미나'를 개최합니다.

아시아의 마지막 황금시장인 미얀마에 대한 관심이 어느 때보다도 높습니다. 그러나 미얀마의 불안전하고 불명확한 법률과 거래 관행들은 미얀마 투자를 어렵게 하고 있습니다. 성공적인 미얀마 투자를 위해서는 미얀마 법제의 특성과 현실을 바르게 이해하는 것이 중요합니다.

한국투자자들로부터 상대적으로 외면받아오던 태국이 성장가능성과 아세안경제공동체(AEC) 출범에 따른 전략적 역할에 주목하여 새롭게 부각되고 있습니다. 그러나 우리에게 태국의 투자 법제와 시장 환경은 잘 알려져 있지 않습니다.

이에 한국 로펌으로서 유일하게 미얀마와 태국에 사무소를 두고 있는 저희 지평지성은 그 동안 축적된 노하우와 경험을 함께 나누고자 이번 세미나를 준비하게 되었습니다.

[프로그램]

| 시 간 | 내 용 | 연 사 |
|-------------|--|--------------------------|
| 2:00 ~ 2:20 | 세미나 참가 등록 | |
| 2:20 ~ 2:30 | 세미나 개최 인사말 | 사회: 김상준 변호사 양영태 대표변호사 |
| 2:30 ~ 3:30 | 제1부 미얀마 투자 법제 | |
| | 1세션 미얀마 투자 법제 개관 | 발표: 정 철 변호사 |
| | 2세션 미얀마 진출시 유의점과 효율적 방안 | 발표: 유정훈 변호사 |
| | 법무법인 지평지성 해외업무 및 미얀마팀, 태국팀 소개 | |
| 3:30 ~ 3:45 | Coffee Break | |
| 3:45 ~ 4:30 | 제2부 태국 투자 법제 | |
| | 1세션 태국 투자 법제 개관 | 발표: 정재형 변호사 |
| | 2세션 아세안경제공동체(AEC) 출범과 태국의 지역운영본부(ROH) 설립 및 혜택 | 발표: 정재형 변호사 |
| 4:30 ~ 5:00 | 제3부 질의 응답 | 사회: 김상준 변호사 |
| 5:00 | 폐 회 | |

[세미나 신청하기]

- 미얀마, 태국 투자 법제 세미나

■ 지평지성 소식 ■

'기업법제의 위헌성과 헌법소송 세미나' 개최



지평지성은 6월 18일 대한상공회의소에서 관련 업계 기업, 협회 등 관계자 130여명을 모시고 '기업법제의 위헌성과 헌법소송 세미나'를 성황리에 개최하였습니다.

국내 로펌이 기업규제와 헌법소송 이슈를 정면으로 제기하는 것은 처음 있는 일이며, 로스쿨과 로펌이 실무 현안을 놓고 머리를 맞대고 토론했다는 점에서도 큰 의미가 있었습니다.

이번 세미나는 총 2부로, 발표와 토론 형식으로 진행되었습니다. 1부에서는 헌법연구관을 지낸 서울대 전종익 교수가, 2부에서는 건설부동산 전문변호사로 활동하는 지평지성 정원 변호사가 발제를 맡았으며, 김윤상 부장검사(법무부 상사법무과장), 황인학 박사(한국경제연구원 기업정책연구실장), 김상준 변호사(법무법인 지평지성), 김종보 교수(서울대 법학전문대학원), 이복우 입법조사관(국회 국토해양위원회)이 토론자로 참석하여 심도있는 토론이 이어졌습니다.

지평지성은 이번 세미나에 참석하여 주신 고객 여러분들께 깊은 감사의 인사를 드립니다. 앞으로도 지평지성은 경제법제의 위헌적 한계를 지적하고 극복하는 방법을 찾아, 고객 여러분의 성공적 업무수행에 도움을 드릴 수 있도록 최선의 노력을 다하겠습니다.

[관련 기사]

- 기업법제의 위헌성과 헌법소송 세미나 - 조선일보(2012. 6. 12.)
- 지평지성 '기업법제의 위헌성과 헌법소송' 세미나 - 헤럴드경제(2012. 6. 12.)
- 지평지성, 서울대 로스쿨과 '기업법제의 위헌성과 헌법소송' 세미나 - 아시아투데이(2012. 6. 12.)
- 지평지성 18일 대한상공회의소서 '기업법제의 위헌성과 헌법소송' 세미나 개최 - 법률신문(2012. 6. 13.)
- 부동산 관련 법률 곳곳에 '위헌 요소'...손질 필요 - 한국경제(2012. 6. 20.)
- 지평지성 세미나 "건설부동산 법제 위헌성 극복해야" - 국토일보(2012. 6. 19.)

[행사 사진]



개회사를 하고 있는 서울대 성낙인 교수(좌)와 사회를 맡은 지평지성 박성철 변호사(우)



1부 발표를 하고 있는 전종익 교수(좌)와 2부 발표를 하고 있는 지평지성 정원 변호사(우)

■ 지평지성 소식 ■

2012년 제2회 공익강연 개최

지평지성은 지난 5월 24일 정문태 국제분쟁 전문기자를 모시고 '버마(미얀마)' 를 주제로 공익강연을 개최했습니다.

정문태 기자는 우리나라 최초의 국제분쟁 전문기자로 버마를 비롯해서 아시아 태평양 지역과 아프리카, 동유럽 등 세계 40여개 분쟁지역을 다니며 역사의 현장을 취재해 왔습니다.

정문태 기자는 이날 강연에서 버마 정치와 반독재 민주화 운동의 역사, 그리고 변하고 있는 버마의 정치적 상황과 한계에 대해 우려와 기대의 목소리를 생생하고 현장감 있게 전해주었습니다.

[관련 사진]



(사진 : 정문태 기자)

■ 주요 업무 사례 ■

미래에셋증권 및 한국지역난방공사를 대리하여 폐열 발전 사업 자문

지평지성은 금융주선기관인 미래에셋증권과 한국지역난방공사를 대리하여 저탄소 녹색성장 모범 사업으로 평가받는 폐열 발전 사업 관련 자문을 제공하고 있습니다.

[관련 기사]

- 시멘트 공장서 전기 만든다... 쌍용 가세 '본격화' - 머니투데이(2012. 5. 30.)
- 쌍용양회, 폐열이용 발전소 건립 추진 - 노컷뉴스(2012. 6. 8.)

[담당 변호사]



이행규 변호사



이승현 변호사



구동균 변호사



허종 변호사

■ 주요 업무 사례 ■

라오스 증권거래법 제정 자문

지평지성이 한국 법무부가 용역 발주한 라오스 증권거래법 제정과 관련하여 자문을 맡아 작업을 진행하고 있습니다. 라오스는 올해 증권거래법 제정을 통해 자본시장 활성화를 위한 법적 토대를 구축할 예정으로 있습니다.

[관련 기사]

- 지평지성, 라오스 증권거래법 제정 자문 - 머니투데이(2012. 5. 22.)

[담당 변호사]



이행규 변호사



이은영 변호사



반기일 뉴질랜드변호사
라오스 사무소장

■ 주요 업무 사례 ■

미국 반도체 회사인 Q사의 국내 F사 주식 인수 거래 자문

지평지성이 미국 반도체 회사인 Q사의 국내 F사 주식 인수 거래에 자문을 제공하였습니다.

[담당 변호사]



정철 변호사



배지영 변호사



강재영 변호사



이상희 미국변호사



임승혁 회계사

■ 법률 논단 ■

[동산채권담보] 동산채권 등의 담보에 관한 법률의 도입과 주요 문제



(법무법인 지평지성 강율리 변호사)

2012년 6월 11일부터 「동산채권 등의 담보에 관한 법률」(이하 '동산채권담보법')이 시행되고 있습니다.

그동안 기업에서는 금융기관으로부터 담보부 차입거래를 하면서 원자재, 재고품 등의 동산이나 장래 매출채권 등 다양한 자산을 담보로 이용하고자 하는 수요가 많았습니다. 그러나 동산의 담보방법으로 설정되는 질권은 채권자의 점유가 요건이어서 담보 제공 후 해당 동산을 계속 이용하고자 하는 채무자의 needs에 맞지 않고, 양도담보의 경우 그 공시방법이 불완전하여 담보권자를 충분히 보호하지 못하고 있었습니다. 또한 매출채권을 담보로 설정하고자 할 경우, 민법이 요구하는 대항요건인 '확정일자 있는 채무자에 대한 통지 또는 채무자의 승낙'은 다수 채무자를 대상으로 하는 채권의 경우 절차가 복잡하고 시간, 비용이 많이 소요되는 문제가 있을 뿐 아니라, 담보권이 설정되었음을 제3자에게 적극적으로 공시하는 방법으로는 효과적이지 않았습니다.

이에 국제 금융거래의 증가, UN 담보법제 통일노력 등 대외적 요인과 원자재, 재고품이나 매출채권 등을 보다 적극적으로 담보로 활용할 수 있도록 제도 개선에 대한 경제계와 학계의 요구에 따라 제정된 것이 동산채권담보법입니다. 그 주요내용과 특히 참고하여야 할 점은 다음과 같습니다.

1. 기본적으로 동산과 채권에 대한 담보권 설정을 등기를 통해 공시할 수 있도록 한 제도입니다. 동산의 경우 담보등기부에 등기함으로써 담보권이 '성립'되는 것에 비해, 채권담보권은 담보등기부에 등기함으로써 제3채무자(담보된 채권의 채무자)를 제외한 나머지 제3자에게 대항할 수 있는 '대항요건'을 갖추게 됩니다.

2. 부동산등기의 경우 해당 부동산에 대하여 등기부가 마련되는 물적편성주의를 따르는데 비하여, 동산채권담보법에 따른 담보등기부는 인적편성주의를 따릅니다. 즉 담보설정자별로 등기사항이 저장되므로 담보권설정자 명의로 등기부가 먼저 마련되어야 하고, 이를 위하여 담보권설정자는 상호등기를 하여야 합니다.
3. 담보대상자산이 될 수 있는 동산에는 집합동산이나 장래 취득할 동산도 담보등기가 가능하며, 자동차나 항공기의 경우 해당 특별법(자동차저당법, 항공기저당법)에 따라 등기, 등록이 되기 전에는 본법에 따라 담보등기를 할 수 있습니다. 채권의 경우, 집합채권 및 장래 발생할 채권도 특정이 가능하고 금전 지급을 목적으로 하는 채권이면 담보등기의 목적이 될 수 있습니다.
4. 동산채권담보법에도 불구하고, 동산과 채권에 대하여 기존에 민법에 따라 인정되어 온 양도담보, 질권 등의 담보제도는 그대로 유효하게 존속합니다. 그리고 다수 권리자 사이에 그 우선순위는 설정의 순위에 따릅니다. 예를 들어 채권 질권 설정에 대한 확정일자 있는 통지가 있고, 다른 제3의 담보권자에 의해 채권담보등기가 경로되어 있는 경우 그 권리의 우선순위는 확정일자와 등기의 시간적 선후에 따라 결정됩니다.

이번에 제정된 동산채권담보권과 관련하여 투자자의 입장에서 특히 유의할 점은 다음과 같습니다.

1. 동산채권담보법은 자본시장법상 증권에 대하여는 적용이 없습니다. 따라서 주식(주권 발행 전의 주식 포함)이나 사채 등에 대한 담보권 설정시에는 기존 민법과 상법의 절차에 따라야 합니다.
2. 동산담보권을 설정하려는 자가 담보권설정약정을 할 때에는 담보목적물의 소유 여부 및 담보목적물에 관한 다른 권리의 존재 여부에 대하여 담보권을 취득하려는 상대방에게 명시할 의무를 부담하도록 하고 있습니다. 그러나 담보권설정자가 명시적 의무를 이행한 상태에서 담보등기가 이루어지더라도, 담보등기 자체가 담보권설정자의 담보목적물 소유권을 공시해 주는 것은 아닙니다. 따라서 담보권설정자가 목적물에 대한 소유권을 보유하고 있는지 여부에 대해 충분한 조사가 필요합니다.
3. 동산채권담보법에 따라 담보등기된 동산이나 채권에 대하여 담보권 자체의 선의취득은 인정되지 않습니다. 다만 대상 물건인 동산에 대하여는 민법의 원칙에 따라 선의취득이 인정될 수 있습니다. 예를 들어 일정한 장소에 있는 재고품들에 대해 담보권설정자가 동산담보권을 설정한 후 그 중 하나의 재고품을 무단으로 선의의 제3자에게 양도(점유이전)한 경우, 민법상 선의취득 요건을 충족하는 제3자는 해

당 재고품에 대한 소유권을 취득할 수 있고 이로써 담보권자에게 대항할 수 있게 됩니다. 그러나 재고자산에 대해 담보권을 설정할 권원이 없는 자(즉 소유권이 없는 자)가 재고자산 전체에 대하여 동산채권담보법에 따라 담보등기를 경료해 주었다 하더라도 그 담보등기를 선의로 경료받은 자는 그 자체만으로 담보권을 선의취득할 수는 없습니다. 담보등기의 공신력이 인정되지 않기 때문입니다.

4. 담보권이 설정된 동산은 사적 실행이 가능합니다. 다만 후순위권리자가 사적 실행을 하려는 경우 선순위권리자의 동의가 있어야 하며, 후순위권리자가 선순위권리자의 사적 실행에 반대하는 경우에는 청산금을 지급받기 전까지 후순위권리자의 경매 청구가 가능합니다.
5. 채권담보권의 경우 채무자에 대한 대항요건을 갖추는 방법은 민법과 차이가 있습니다. 즉 민법에 따르면 지명채권의 경우 채무자에 대한 통지나 채무자로부터의 승낙을 받아 채권질권의 대항요건을 갖추는 것과 달리, 담보권자나 담보권설정자가 담보권이 설정된 등기사항증명서를 채무자에게 건네 주는 방법으로 채무자에 대한 대항요건을 갖추게 됩니다(이와 다른 형식의 통지는 대항요건으로 허용되지 않는다는 점에 주의할 필요가 있습니다).

향후 업계에서 동산채권담보법을 이용하는 대출거래가 활성화되길 기대해 봅니다.

■ 법률 논단 ■

[보험] 실화책임법 개정 이후 공작물책임과 실화책임의 관계



(법무법인 지평지성 배성진 변호사)

1. 서론

화재 사고의 경우 다른 사고와 달리 화재 현장이 소멸되어 원인 조사의 단서가 대부분 소멸되는 특성이 있습니다. 이러한 이유로 소방서, 경찰서 및 국립과학수사연구원 등 조사기관도 화재 원인을 정확히 밝혀내기 어려우며, 단락흔의 존재 등 간접사실을 통해 화재 원인을 '추정'하거나 그마저도 불가능하여 '원인 미상'의 결론을 내리는 경우가 많습니다.

화재 사고는 통상 광범위한 피해를 야기하고 그러한 피해의 정도가 피해자의 입장에서는 치명적인 경우가 많습니다. 이처럼 큰 피해가 발생한 경우에도 화재 원인이 정확히 규명되지 않았다는 이유로 손해배상청구가 불가능하다면 이는 피해자에게 너무도 가혹한 일이 될 것입니다. 반면 원인이 정확히 밝혀지지 않은 화재 사고와 관련하여 화재가 발생한 장소 또는 물건을 점유하거나 소유하는 사람에게 손해배상책임을 묻는 것 역시 조심스러운 일이 아닐 수 없습니다. 화재 사고로 인한 손해의 배상의무자와 책임의 범위를 판단하는 일은 위와 같이 서로 상반되는 이해관계를 조화시키는 매우 어려운 작업이며, 하나의 사고에 대한 법원의 결론이 하급심과 상급심 사이에, 또는 복수의 재판부 사이에서 엇갈리는 경우가 많은 현실은 어찌 보면 자연스러운 일이라 하겠습니다.

화재 사고의 피해자 또는 피해자에게 보험금을 지급한 보험자는 가해자의 손해배상책임을 추궁함에 있어 무과실책임 또는 위험책임의 성격을 가지고 있어 입증의 부담이 비교적 가벼운 '공작물책임'(민법 제758조)을 청구원인으로 주장하는 경우가 많습니다. 한편 우리나라는

실화자에게 중대한 과실이 있는 경우에만 손해배상책임을 물을 수 있도록 한 「실화책임에 관한 법률」(이하 '실화책임법')을 가지고 있었기 때문에, 실화책임법이 정한 불법행위책임과 공작물책임 등 특수불법행위책임의 관계가 매우 중요한 법률적 쟁점이 되어 왔습니다. 그러나 실화책임법에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정으로 실화책임법이 개정됨으로써, 실화책임과 공작물책임의 관계에 관한 기존의 논의는 변경이 불가피하게 되었으므로, 구 실화책임법에 대한 헌법불합치결정 및 개정법의 취지를 살펴보고(아래 2항) 실화책임법 개정 이후 실화책임과 공작물책임의 관계에 관해 간략히 검토해 보도록 하겠습니다(아래 3항).

2. 실화책임법의 개정 경위 및 내용

가. 실화책임법의 개정 내용

구 실화책임법은 실화로 인한 연소피해의 경우 실화자에게 중대한 과실이 있는 경우에만 손해배상책임을 지도록 하고 있었습니다. 구 실화책임법에 대해서는 헌법재판소가 헌법불합치 결정을 하였고(헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌가25 결정) 이에 따라 실화책임법이 개정되었습니다(2009. 5. 8. 법률 제96548호로 개정·시행).

구 실화책임법 및 현행 실화책임법의 규정 내용은 다음과 같습니다.

| 구 실화책임법 | 현행 실화책임법 |
|---|---|
| <p>민법 제750조의 규정은 실화의 경우에는 중대한 과실이 있을 때에 한하여 이를 적용한다.</p> | <p>제1조(목적) 이 법은 실화의 특수성을 고려하여 실화자에게 중대한 과실이 없는 경우 그 손해배상액의 경감에 관한 민법 제765조의 특례를 정함을 목적으로 한다.</p> <p>제2조(적용범위) 이 법은 실화로 인하여 화재가 발생한 경우 연소로 인한 부분에 대한 손해배상청구에 한하여</p> |

적용한다.

제3조(손해배상액의 경감)

- ① 실화가 중대한 과실로 인한 것이 아닌 경우 그로 인한 손해의 배상의무자는 법원에 손해배상액의 경감을 청구할 수 있다.
- ② 법원은 제1항의 청구가 있을 경우에는 다음 각 호의 사정을 고려하여 그 손해배상액을 경감 할 수 있다.
 1. 화재의 원인과 규모
 2. 피해의 대상과 정도
 3. 연소 및 피해 확대의 원인
 4. 피해 확대를 방지하기 위한 실화자의 노력
 5. 배상의무자 및 피해자의 경제상태
 6. 그 밖에 손해배상액을 결정할 때 고려할 사정

나. 헌법재판소 헌법불합치 결정의 취지

헌법재판소의 결정 취지는 다음과 같습니다.

다. 실화책임법의 합리성·제한최소성·법익균형성

실화책임법은 ... 경과실로 인한 화재의 경우에 실화자의 손해배상책임을 감면하여 조절하는 방법을 택하지 아니하고, 실화자의 배상책임을 전부 부정하고 실화피해자의 손해배상청구권을 부정하는 방법을 채택하였다.

화재피해의 특수성을 고려하여 과실 정도가 가벼운 실화자를 가혹한 배상책임으로부터 구제할 필요가 있다고 하더라도, 그러한 입법목적을 달성하기 위하여 실화책임법이 채택한 방법은 입법목적의 달성에 필요한 정도를 벗어나 실화자의 보호에만 치중하고 실화피해자의 보호를 외면한 것이어서 합리적이라고 보기 어렵다.

우선, 실화 및 연소의 피해에 대하여, 발화과정이나 연소과정에 과실이 있는 자는 다소간의 원인을 제공하였다고 할 수 있지만, 실화피해자에게는 책임질 사유가 없는 게 보통이다.

그러므로 실화 및 연소의 피해에 대하여 실화자의 책임을 전부 부정하고 그 손실을 전부 피해자에게 부담시키는 것은 합리성과 구체적 타당성을 인정하기 어렵다. ...

그리고 실화 및 연소로 인한 피해가 예상외로 확대되어 그에 대한 배상책임을 전부 실화자에게 지우는 것이 가혹한 경우에는 민법 제765조에 의하여 구체적인 사정에 맞추어 실화자의 배상책임을 경감시킴으로써 실화자의 가혹한 부담을 합리적으로 조정할 수 있다. 이처럼 합리적인 제도가 있음에도 불구하고 경과실로 인한 화재의 경우에 실화자의 책임을 전부 부정하고 그 손실을 전부 피해자에게 부담시키는 것은 실화피해자의 손해배상청구권을 입법목적상 필요한 최소한도를 벗어나 지나치게 많이 제한하는 것이다.

게다가 ... 여러 가지 사항을 전혀 고려하지 아니한 채, 일률적으로 실화자의 손해배상책임과 피해자의 손해배상청구권을 부정하는 것은, 일방적으로 실화자만 보호하고 실화피해자의 보호를 외면한 것으로서 실화자 보호의 필요성과 실화피해자 보호의 필요성을 균형 있게 조화시킨 것이라고 보기 어렵다.

라. 소결(실화책임법의 위헌성을 해소하는 방법)

실화책임법은 실화자를 의외의 가혹한 배상책임으로부터 구제한다는 입법 목적을 달성하기 위하여 실화피해자의 손해배상청구권을 필요 이상으로 제한하고 법익균형의 원칙에도 위배되므로, 기본권 제한입법의 한계를 일탈하여 헌법 제23조 제1항, 제37조 제2항에 위반된다고 할 것이다.

대법원은 실화책임법이 발화점과 불가분의 일체를 이루는 직접화재에는 적용되지 않고 그로부터 연소한 부분에만 적용되며(대법원 1983. 12. 13. 선고 82다카1038 판결), 가스 폭발사고에는 적용되지 않고(대법원 1994. 6. 10. 선고 93다58813 판결), 공작물의 하자로 인하여 발생한 화재에는 적용되지 아니하며(대법원 1999. 2. 23. 선고 97다12082 판결), 채무불이행으로 인한 화재에도 적용되지 아니한다(대법원 1967. 10. 23. 선고 67다1919 판결, 대법원 1980. 11. 25. 선고 80다508 판결, 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다43590 판결)고 해석함으로써, 실화책임법의 적용 범위를 축소시키고 있다. 그러나 대법원의 그러한 노력에 의하여 실화책임법의 위헌성이 완전히 해소된다고 보기 어렵다. 따라서 실화책임법에 대한 위헌 선언은 피할 수 없다.

3. 공작물책임과 실화책임의 관계

가. 구 실화책임법 적용시의 대법원 판례

구 실화책임법 시절의 대법원은 실화책임법은 실화로 인하여 일단 화재가 발생한 경우에는 부근 가옥 기타 물건에 연소함으로써 그 피해가 예상외로 확대되어 실화자의 책임이 과다하게 되는 점을 고려하여 그 책임을 제한함으로써 실화자를 지나치게 가혹한 부담으로부터 구제하고자 하는 데 그 입법취지가 있고, 이러한 입법취지에 비추어 **이 법률은 발화점과 불가분의 일체를 이루는 물건의 소실, 즉 직접화재에는 적용되지 아니하고, 그로부터 연소한 부분에만 적용되는 것으로 해석함이 상당하다**(대법원 2002. 12. 10. 선고 2001다9298 판결), 민법 제758조 제1항은 무과실책임을 인정한 것이고 구 실화책임법은 실화로 인하여 일단 화재가 발생한 경우에 그 책임을 중대한 과실로 인한 경우에 한정하는 것이므로, **공작물 자체의 설치 보존상의 하자에 의하여 직접 발생한 화재로 인한 손해배상책임에 관하여는 민법 제758조 제1항이 적용되고, 그 화재로부터 연소한 부분에 대한 손해배상책임에 대하여는 구 실화책임법을 적용하여야 한다**(대법원 1994. 3. 22. 선고 93다56404 판결, 대법원 2000. 1. 14. 선고 99다39548 판결 등)는 법리를 밝혀 왔습니다.

이러한 '직접화재-연소부분 구별설'의 입장에 의하더라도 '직접화재'와 '연소피해'를 구별하는 객관적 기준은 마련되어 있지 않았으며, 대법원은 직접화재의 범위를 대폭 확장함으로써 피해자의 보호를 도모하는 입장을 보였습니다.

나. 현행 실화책임법 하에서의 해석

현행 실화책임법 시행 이후 공작물책임과 실화책임의 관계를 정면으로 판단한 대법원 판결은 나오지 않았습니다.

실화책임법 개정 이후에도 과거 판례를 반복하는 하급심 판결도 있으나, 다음과 같은 이유로 공작물의 설치·보존의 하자로 인한 화재의 경우 직접화재와 연소부분을 구별함이 없이 모두 민법 제758조 제1항이 적용된다는 판결이 대세를 이루고 있는 것으로 보입니다(서울고등법원 2011. 7. 21. 선고 2010나82402 판결).¹

- ① 구 실화책임법은 책임의 근거 규정에 가까운 형식을 가지고 있다. 즉 중대한 과실이 있는 경우에 한하여 배상책임의 근거 규정인 민법 제750조를 적용하도록 하고 있다. 이에 반하여 현행 실화책임법은 책임의 경감에 관한 규정만을 두고 있을 뿐 그 책임근거를 밝히지 않고 있다. 따라서 어떠한 불법행위에 대하여 현행 실화책임법을 적용하여 책임을 경감하는 것은 몰라도 책임을 부담하게 할 수는 없게 되었다.
- ② 현행 실화책임법은 민법 제765조의 특례임을 밝히고 있는데, 민법 제765조는 민법 제5장의 규정에 의한 배상의무자에 대하여 적용되는 규정이다. 민법 제758조 제1항에 의한 배상의무자 역시 위 민법 제765조에서 그 대상으로 하고 있는 민법 제5장의 규정에 의한 배상의무자이고, 달리 공작물책임을 부담하는 배상의무자에 대하여 민법 제765조의 규정을 배제할 근거를 찾을 수 없다.
- ③ 구 실화책임법 아래에서 공작물 하자로 인한 화재의 경우 공작물책임(민법 제758조 제1항)과 구 실화책임법에 따른 책임(민법 제750조)은 선택적으로 적용할 수밖에 없었다. 그런데 공작물책임을 피해자의 보호를 위한 규정인 반면, 구 실화책임법은 실화자의 보호를 위한 규정이므로 어느 법이 적용되느냐에 따라 피해자와 실화자의 이해관계는 극명하게 엇갈리게 된다. 이러한 상황에서 쌍방의 이해관계를 합리적으로 조정하는 방안이 필요하였고, 앞서 본 바와 같이 직접화재와 연소부분 구별에 따라 이를 각 적용하는 해석론이 등장하였다.

¹ 서울고등법원 2010. 7. 16. 선고 2009나63924 판결, 서울중앙지방법원 2012. 3. 20. 선고 2011가합68475 판결도 같은 취지임.

그러나 **직접화재와 연소부분을 구별하는 명확한 기준을 설정하기 어렵고**(예를 들면 종래 대법원 판결은 '공작물의 설치·보존상의 하자에 의하여 직접 발생한 화재라 함은 반드시 그 공작물 자체에 일어난 화재를 가리키는 것은 아니다'라고 하면서 화재가 발생한 차량이 건물 안으로 운행하여 들어가 발생한 화재를 직접화재로 보고 있다(대법원 1998. 3. 13. 선고 97다34112 판결)), **연소에 따른 손해가 공작물의 하자와 상당인과관계가 있음에도 이를 부정하여야 할 이론적 근거를 찾기도 곤란하며, 최근에는 화재에 관한 고도의 위험성을 가진 공작물이 다수 설치되고 있음에도 연소에 대한 배상책임을 일률적으로 제한하는 것은 피해자 보호에 미흡한 측면이 있다는 점 등을 종합하여 보면, 위 해석론은 다소 불완전한 기준이었음을 부정할 수 없다.**

그런데 **현행 실화책임법 아래에서는 이와 같은 선택적 적용을 고민할 필요가 없다.** 즉 공작물책임은 피해자 보호를 위한 책임근거로서, 현행 실화책임법은 실화자를 위한 책임감경 조항으로서 중첩적으로 적용할 수 있는 것이다. 이와 같은 중첩적인 적용을 통하여 실화자와 피해자의 이해관계를 합리적으로 조절할 수 있으며, 이는 종전의 직접화재와 연소부분 구별에 의한 획일적 기준보다 관계 당사자의 이해관계를 더 폭넓게 반영할 수 있는 유연한 기준으로 판단된다.

- ④ 이 사건 헌법재판소 결정은 실화자의 배상책임을 합리적으로 경감하는 방법이 존재함에도 일률적으로 실화자의 손해배상책임과 피해자의 손해배상청구권을 부정하는 것은 위헌이라는 취지이다. 종래의 해석론에 따라 화재로 인한 연소 피해에 관하여 공작물책임을 부정하고 민법 제750조에 의한 책임만을 부담하게 한다면 일반적으로 화재 원인에 대한 명확한 입증이 곤란한 점 등을 고려할 때 피해자에게만 과중한 입증책임을 부담하게 하는 것으로 이 사건 헌법재판소 결정에서 요구하는 실화자 보호의 필요성과 피해자 보호의 필요성의 균형을 무너뜨릴 우려가 있다.

위 하급심 판결의 해석론은 이론적으로도 정당하다고 생각되며, 공작물의 하자로 발생한 손해에 관한 책임을 합리적으로 분배하여 손해배상법의 이념을 달성하는 데에도 훨씬 유용한 기준을 제시하고 있다고 볼 수 있습니다. 따라서 현행 실화책임법 하에서는 직접손해와 연소부분을 가리지 않고 공작물책임법을 적용하되 실화책임법을 적용하여 가해자의 책임을 합리적인 수준으로 제한하는 방향으로 법리가 확립될 것으로 예상됩니다.

■ 법률 논단 ■

[자원 · 에너지 · 환경] 온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률에 대한 주요 이슈



(법무법인 지평지성 김도요 변호사)

정부는 국가 온실가스 총 배출량을 2020년까지 BAU 대비 30% 감축하기로 한 중기목표에 맞추어, 저탄소녹색성장기본법에 따른 목표관리제의 도입과 아울러 온실가스 배출권 거래제의 도입을 의욕적으로 추진하였습니다. 「온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률」(이하 '배출권 거래제법')이 다년간의 진통 끝에 2012년 5월 14일에 공포되었고, 그 시행도 6개월 후인 2012년 11월 15일로 예정되어 있습니다(다만, 최초 계획기간은 2015년부터 개시될 것입니다).

배출권 거래제와 관련해서는 과연 오염권과 유사한 배출권을 할당하는 것이 옳은 접근인지에 대한 철학적 문제, 탄소세 등의 정책보다 효율적일 것인지에 대한 경제학적 문제, 할당 및 측정 · 보고 · 검증(MRV)과 관련된 각종 과학적 · 기술적 문제, 배출권 거래소의 설립 및 운영, 상쇄, 국내외적 연계 등과 관련된 법적 · 제도적 문제 등 다양한 이슈 및 논쟁이 존재하고 있습니다. 특히 규제대상이 한정적인 산성비 대응 프로그램에서 성공을 거두었던 것과는 달리, 오염원이 분산되어 있고 광범위한 온실가스 배출을 통제하기 위하여 배출권 거래제가 효과를 거둘 수 있는지에 대한 회의도 어느 정도 설득력 있는 것이 사실입니다. 다만, 2020년까지의 중기목표의 달성과 2020년 이후 출범할 것으로 예상되는 하나의 국제적 기후변화대응체제 등을 대비한다면, 배출권 거래제가 온실가스 감축을 위한 성공적인 체제로 자리매김할 수 있도록 민관이 모두 노력하여야 함은 자명합니다.

온실가스의 감축을 위해서는 에너지 정책 및 산업 정책, 조세 정책 등을 망라한 종합적인 대응이 필요하고, 배출권 거래제 이외에도 전반적인 정책 조율이 필요한 것이 분명하지만, 배출권 거래제법도 도입됨에 따라 그 거래를 활성화하고 예측가능하게 하기 위해서, 직접적으로 관련된 법령의 정비

우선적으로 필요합니다. 특히 배출권의 법적 성격과 관련하여 전통적으로 논의되어 왔던 부분과 관련하여 실무적으로 접근하여 관련법을 개정하거나, 배출권 거래제법에 명확하게 규정하는 것이 필요합니다.

1. 자본시장법 등 금융관련 규제 적용 여부 및 도산절차에서의 배출권 등 관련 계약 취급 문제

「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 '자본시장법')에 따르면, 기초자산은 자연적·환경적·경제적 현상 등에 속하는 위험으로서 합리적이고 적절한 방법에 의하여 가격·이자율·지표·단위의 산출이나 평가가 가능한 것(제4조 제10항 제3호 및 제5호)을 포함하고 있습니다. 이론이 없는 것은 아니나, 구 증권거래법 개정 및 자본시장법 제정과 관련되어 이미 배출권과 같은 것을 기초자산에 포함시키도록 논의되었던 점 및 현재 노르드폴, 블루넥스트, 유럽에너지 거래소, 시카고 기후거래소, 시카고 기후선물 거래소 등에서 배출권을 거래하고, 다양한 가격 지표 들을 만들어 내고 있는 점을 감안할 때, 배출권 거래제가 시행되면, 배출권이나 상쇄 단위(Credit) 파생상품의 기초자산으로 해석하는 것이 타당하다고 판단됩니다. 시장에서는 이미 국외 거래소의 가격지표를 기초로 상쇄 단위를 거래하는 경우가 많은데, 이러한 거래를 선도 거래 유사한 파생상품 거래로 취급하는 경우, 그 회계처리나 외국환거래신고 등과 관련하여 복잡한 절차를 요구할 가능성이 많습니다.

이러한 논의는 채무자의 파산 및 회생에 관한 법률에 따라 회생절차에 들어간 기업이 보유하고 있는 배출권이나 상쇄 단위 등과 관련된 거래에 지급결제제도의 특칙(제120조)이 적용될 수 있을지와도 관련되어 있습니다.

이와 같은 문제의 해결은 배출권이나 상쇄 단위에 대한 추상적인 법률논의보다는 규제가 중복되지 않고, 배출권 거래가 활성화될 수 있도록 입법적으로 해결하는 것이 바람직합니다. 유럽의 경우 오스트리아 체코, 핀란드, 프랑스, 독일, 이탈리아, 폴란드, 포르투갈, 스페인에서는 배출권을 '상품(commodity)'으로 분류하고 있어, 증권이나 파생상품과 같은 일반 금융투자상품보다는 규제를 덜 받도록 하고 있는 반면, 스웨덴에서는 배출권이 금융감독원(Financial Service

Authority)에 의하여 감독을 받는 금융투자상품으로 간주되고 있습니다. 영국이나 핀란드에서는 배출권의 현물(spot) 거래만을 위해서는 금융감독원의 승인을 필요로 하지는 않지만, 파생상품 거래는 특정된 투자의 분류에 포함되고, 그에 따른 금융규제를 받을 수도 있도록 하고 있습니다.

2. 회계원칙의 통일 문제

배출권의 회계처리와 관련해서도 배출권이나 구입한 상쇄 단위를 무형자산 또는 금융자산으로 인식할지, 일정한 총당금이나 이연대변항목(deferred credit)으로 인식하여야 할지, 배출권이나 상쇄 단위의 가치를 (특히 무상할당과 관련하여) 어떻게 인식할지 등과 관련하여 복잡한 문제가 있습니다. 국제회계보고해석위원회(International Financial Reporting Interpretations Committee, IFRIC)는 2004년에 배출권거래와 관련한 회계기준에 대한 지침을 발표한 바 있으나(속칭 IFRIC3) 추후 이를 철회하였고, FASB와 IASB 등이 공동으로 배출권의 회계처리 방침에 대하여 논의한 바 있으나, 2010년 11월 이후에는 답보되어 있는 상태입니다.

회계기준 등은 기업의 가치평가나 공시 등과 관련하여 지대한 영향을 미칠 수 있기 때문에, 배출권거래제의 1차 계획기간 전에는 국제적 동향 등을 고려하여 회계원칙을 확정할 필요가 있을 것입니다.

3. 담보설정의 문제

배출권 거래제가 시행되면, 배출권 또는 상쇄 단위 등이 일정한 재산적 가치가 있는 재화로서 기능할 수 있으므로, 이를 담보로 제공할 유인이 높아집니다. 통상 자본시장법 등 금융관련법이나 도산법 등에 따른 취급과 담보제공이 가능한지 여부는 그 성질상 일관성을 유지하는 경우가 많습니다.

실무적으로 담보권 설정 가능여부는 그 등록부에 담보권자를 명시할 수 있는지가 중요한 요소로 작용합니다. 영국, 스웨덴, 오스트리아, 핀란드 등에서는 등록부의 표준 양식에 추가 지명 대표자를 기재하게 함으로써, 담보권자가 그 이전 등을 통제할 수 있도록 하고 있습니다. 우리나라에서도 배출권 등록부와 상쇄 등록부 등에 이러한 기능을 명기할지 고려하여야 합니다.

4. 부가가치세 등 조세 문제

현재 부가가치세법에서 과세대상이 되는 재화나 용역의 범위가 폭넓게 규제되어 있으므로, 배출권이나 상쇄 단위의 거래에 대하여 부가가치세법이나 조세특례제한법 등에 따른 별도의 규정이 없으면, 부가가치세가 부과될 것으로 보입니다. 유럽에서는 유상할당의 경우에도 부가가치세를 부과하는 경우가 있고(덴마크, 이탈리아, 헝가리, 폴란드, 슬로베니아, 스페인), 국내거래에는 부가가치세를 부과되, 국제거래에는 부과하지 않는 경우도 있으며(슬로바키아, 리투아니아), 모두 부가가치세를 부과하는 경우도 있습니다.

특히 EU의 경우에는 배출권이나 상쇄단위의 국제거래와 관련하여 양수인의 배출권거래계좌가 있는 국가에서 부가세를 징수할 수 있는 역부과규칙(reverse charging rule)을 임시적으로 채택하고 있습니다. 배출권 거래제도의 국제 연계 등을 고려하고 있는 경우, 해당 국가의 세제 등도 고려하여 부가가치세와 관련된 규제를 마련할 필요가 있을 것입니다. 아울러 배출권의 거래와 관련하여 외국에서는 각 국의 부가가치세 제도가 다르다는 사실을 악용해 부가가치세는 납부하지 않는 사례도 빈번한데, 이러한 부분에 대한 대책도 필요합니다.

이 밖에도 외국기업이 등록부에 계좌를 가짐으로써 고정사업장이 창출되는지, 초과 배출 등으로 인한 벌금 납부의 경우에 법인세 산정시 공제항목으로 인식할 수 있는지 등의 기타 조세문제도 정비될 필요가 있을 것입니다.

현재 배출권 거래제법에서는 할당, MRV, 상쇄, 국제 연계 등과 관련하여 다양한 사항들을 시행령에 위임하고 있고, 시행령은 올해 말까지는 입안될 것으로 알려져 있습니다. 배출권 거래제가 성공하려면, 그 제도설계가 UNFCCC 및 교토의정서 2차 공약기간 등의 규정 동향 등과 일관성이 있어야 하는 것은 물론입니다. 아울러 앞서 논의한 관련 규정의 정비를 포함하여, 다양한 법적, 기술적 후속작업들을 주의깊게 진행하여야 할 것입니다. 예를 들면, 상쇄 등과 관련해서도 CER 등 교토 메커니즘을 시행령에 포함시킬 것을 예정하고 있다면, 국내 상쇄 등록부 및 등록부와 국제등록부(International Transaction Log)와의 연계 등 물리적 시간과 자금을 요하는 등 사전준비가 필요할 것입니다. 무엇보다도, 선진국에 비하여 무역의존도가 높고 탄소 집약도가 높은 제조업 비중이 높은 경제 구조를 지니고 있는 우리나라로서는, 탄소 누출을 막기 위한 정책을 마련하기 위하여 정부의 적극적인 고려와 각 업종별, 산업별 연구 및 대응이 시급할 것입니다.

■ 최신 법령 ■

[상사] 개정상법상 사채의 종류

정철 변호사 | 이경호 변호사

1. 개정 배경

사채(社債)란 주식회사가 불특정다수인으로부터 자금을 조달할 목적으로 집단적·정형적으로 부담하는, 액면가로 단위화된 채무를 의미합니다. 개정상법은 일반사채 이외에 특수한 사채로서는 전환사채와 신주인수권부사채만을 규정하고 있었고, 법무부와 실무계에서는 법상 근거 규정이 있는 사채만 발행이 가능하다는 입장을 취하고 있었습니다.

이와 같이 사채의 종류와 발행방법을 제한하여 사채제도를 비탄력적으로 해석·운용한 결과, 자본시장에서의 시장환경 변화에 따른 다양한 증권의 발행에 장애가 된다는 비판이 많았습니다. 이에 따라 개정상법은 제469조 제2항을 신설하여 다양한 종류의 사채를 발행할 수 있는 근거를 두었습니다.

2. 개정상법상 발행 가능한 사채의 종류

가. 이익참가부사채

이익참가부사채란 사채권자가 이익배당에 참가할 수 있는 사채를 의미합니다(상법 제469조 제2항 제1호, 상법 시행령 제21조). 채권자가 사채발행회사의 이익배당에 참가하게 되면 법리적으로는 주주들의 이익배당에 대한 권리가 제약되는 결과가 되므로, 상법상 명

시적 규정이 없으면 주주의 이익보호 차원에서 발행이 금지된다고 해석될 가능성이 있어 이러한 문제를 해결하기 위해서 명시적 규정을 둔 것입니다.

「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 '자본시장법')상의 이익참가부사채는 사채의 이율에 따른 이자를 받는 것을 요건으로 하고 있으나(자본시장법 제165조의11, 동법 시행령 제176조의12), 개정상법에서는 이러한 요건을 규정하고 있지 않아 비상장회사의 이익참가부사채 발행 범위가 더 넓은 것으로 해석됩니다.

나. 교환사채

교환사채란 사채권자에게 교환청구권이 부여된 사채, 즉 사채권자가 회사가 소유하는 주식이나 그 밖의 다른 유가증권으로 교환을 청구할 수 있는 사채를 의미합니다(상법 제469조 제2항 제2호, 상법 시행령 제22조 제1항). 자본시장법상 교환사채는 교환 대상이 상장증권으로 한정되어 있으나(자본시장법 시행령 제176조의13 제1항), 상법 시행령에서는 이와 같은 제한이 없어 비상장증권도 교환의 대상이 될 수 있습니다.

한편, 상법 시행령은 주주 외의 자에게 발행회사의 자기주식으로 교환할 수 있는 사채를 발행하는 경우에는 그 상대방에 대하여 정관에 규정이 없으면 이사회가 결정하도록 하는 규정을 두고 있습니다(상법 시행령 제22조 제2항).

다. 상환사채

상환사채란 회사가 그 선택에 따라 소유하는 주식이나 그 밖의 유가증권으로 상환할 수 있는 사채를 의미합니다(상법 제469조 제2항 제2호, 상법 시행령 제23조 제1항). 상환사채를 발행하는 경우 회사는 자신의 선택 또는 일정한 조건의 성취나 기한의 도래에 따라 주식이나 증권으로 사채의 원리금을 상환할 수 있습니다.

상환사채의 방식에 의하지 않더라도 회사는 주식이나 기타 유가증권을 변제하는 대물변제의 예약, 또는 이와 유사한 옵션 계약을 체결할 수도 있습니다. 따라서 상환사채에 관한 명시적 규정이 없더라도 이를 발행하는데 어려움은 없을 것입니다. 다만 회사가 옵션을 가지는 사채의 발행이 허용됨을 명시적으로 밝히고 투자자를 보호한다는 취지에서 본 규정을 둔 의의를 찾을 수 있습니다.

상법 시행령은 교환사채와 마찬가지로 주주 외의 자에게 발행회사의 자기주식으로 상환할 수 있는 사채를 발행하는 경우에는 그 상대방에 대하여 정관에 규정이 없으면 이사회가 결정하도록 하는 규정을 두고 있습니다(상법 시행령 제23조 제2항).

라. 파생결합사채

파생결합사채란 유가증권이나 통화 또는 그 밖에 대통령령으로 정하는 자산이나 지표 등의 변동과 연계하여 미리 정하여진 방법에 따라 상환 또는 지급금액이 결정되는 사채를 의미합니다(상법 제469조 제2항 제3호). 여기서 대통령령으로 정하는 자산이나 지표란 기초자산의 가격·이자율·지표·단위 또는 이를 기초로 하는 지수를 의미합니다(상법 시행령 제20조, 자본시장법 제4조 제7항).

개정상법에서는 자본시장법과 달리 기초자산에 대한 제한, 파생상품의 거래구조나 거래장소에 대한 제한을 하지 않음으로써 다양한 종류의 사채가 발행될 수 있는 근거를 넓게 인정하고, 사채의 구조나 발행 조건을 고안할 때 광범위한 재량을 부여한 것으로 해석됩니다.

마. 그 밖의 사채

개정상법은 제469조 제2항에서 회사가 발행할 수 있는 사채는 “다음 각 호의 사채를 포함한다”고 규정하고 있어 문언상 법에 열거된 사채 이외의 발행 가능성을 열어 두고 있습니다. 이러한 문언에 근거하여 사채의 종류에 관한 동 규정은 예시규정이라고 해석하

는 것이 통상적인 견해입니다. 이에 따르면 주식회사는 상법이 규정하고 있는 이익참가
부사채, 교환사채, 상환사채 및 파생결합사채 이외에도 다양한 종류의 사채를 발행할 수
있습니다.¹

3. 다운로드 : 「상법」 타법개정(법률 제10366호, 2012. 6. 11. 시행)

¹ 다만, 개정상법 제469조제3항은 제2항에 따라 발행하는 사채의 내용 및 발행방법 등 발행에 필요한 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있는데, 상법 시행령은 이익참가부사채, 교환사채, 상환사채 및 파생결합사채 이외에 회사가 발행할 수 있는 다른 종류의 사채에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니합니다. 이를 근거로 상법 시행령에서 사채의 내용 및 발행방법을 규정하고 있지 않은 사채는 발행할 수 없다는 논란이 재현될 수 있다는 견해도 존재합니다.

■ 최신 법령 ■

[금융] 전자단기사채등의 발행 및 유통에 관한 법률 제정

이승현 변호사 | 구동균 변호사

1. 제정 이유

현재 기업들의 단기자금 조달은 주로 기업어음을 통하여 이루어지고 있으나, 기업어음은 「어음법」상 약속어음으로서 실물발행이 강제되고 분할유통이 불가능함에 따라 기업어음 유통시장의 발전 및 기업어음 발행정보의 투명성 제고에 한계가 있습니다. 이에 따라 기업금융시장의 균형적인 발전과 단기자금시장 활성화 및 투명성 제고를 위하여, 기업어음의 단기자금조달이라는 경제적 목적은 유지하면서 현재 기업어음이 갖고 있는 문제점을 보완할 수 있는 전자단기사채제도를 도입하기 위해 동법이 2011년 7월 14일 제정되었고, 2013년 1월 15일 시행 예정입니다.

2. 주요 내용

동법의 주요내용은 다음과 같습니다.

가. 전자단기사채제도의 운영 주체 및 전자단기사채 관리체계(제4조부터 제6조까지)

전자단기사채제도는 한국예탁결제원 및 계좌관리기관이 제도의 운영 주체가 되며, 전자단기사채의 발행인 또는 권리자는 제도의 운영 주체에 계좌를 개설하여 전자단기사채를 발행하거나 권리를 취득하게 됨.

나. 전자단기사채등의 발행, 유통 및 말소 절차(제8조부터 제12조까지)

전자단기사채를 발행하려는 자는 전자단기사채의 발행·인수 내용을 한국예탁결제원에 통지하여 계좌등록의 방식으로 발행하도록 하며, 전자단기사채의 권리 이전, 질권 설정, 말소 등은 권리자가 해당 전자단기사채가 등록된 기관에 신청하여 계좌 등록을 통하여 처리하도록 함.

다. 전자단기사채에 대한 권리 행사 방법(제15조부터 제17조까지)

권리자는 한국예탁결제원을 통하여 전자단기사채등에 대한 권리를 행사할 수 있으며, 자신이 계좌를 개설한 기관에 채권자증명서의 발행 등을 신청하여 전자단기사채의 발행인 등에 대하여 채권자로서의 권리를 행사할 수 있도록 함.

라. 전자단기사채 권리자 보호(제21조 및 제22조)

한국예탁결제원 및 계좌관리기관의 정보시스템에 거짓 정보를 입력하는 등의 행위를 금지하고, 한국예탁결제원 및 계좌관리기관의 임직원이 직무상 취득한 정보를 이용하는 행위를 금지함.

3. 다운로드 : 「전자단기사채등의 발행 및 유통에 관한 법률」개정(법률 제10855호, 2013. 1. 15. 시행 예정)

■ 최신 법령 ■

[건설 · 부동산] 건설산업기본법

정원 변호사 | 박성철 변호사

1. 개정이유

부실 건설업자 등에 대한 제재를 강화하기 위하여 거짓신고로 등록이 말소된 자에 대한 등록 결격기간을 연장하고, 건설업자에 대한 실태조사를 강화하며, 건설업계의 동반성장을 위하여 하수급인에 대한 선급금 지급기한을 신설하고, 공사의 검사·인도에 대한 수급인의 의무를 강화하며, 부당한 특약의 유형을 확대하는 등 하도급자 보호 수단을 강화하는 한편, 그밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것입니다.

2. 주요내용

가. 부실 및 부적격 건설업자에 대한 제재 강화(안 제13조 제1항 제3호 나목 신설, 안 제49조 제2항 제2호 및 제83조)

건설업 등록기준에 관한 사항을 거짓으로 신고하여 건설업 등록이 말소된 자에 대한 등록 결격기간을 1년 6개월에서 2년 6개월로 연장하고, 국토해양부장관 등은 건설업 등록기준 적격 여부 확인을 위하여 전문경영진단기관으로 하여금 건설업자의 재무관리상태를 진단할 수 있도록 하며, 건설업 등록 후 휴업상태에 있으면서 등록기준에 미달한 사실이 있는 경우 등을 등록말소 사유로 추가하여 건설업계의 건전성을 도모함.

나. 행정처분의 실효성 확보를 위한 제도 개선(안 제17조 제1항 제2호 및 제85조의2 제1항)

법인 합병을 통한 행정처분 회피 등을 방지하기 위하여 건설업자인 법인 간 합병도 신고대상으로 추가하고, 폐업 후 재등록한 경우 폐업 이전의 건설업자의 지위가 승계되는 경우를 명확하게 규정하기 위하여 말소 당시의 업종과 동일한 업종 또는 업무내용이 중복되는 다른 업종의 건설업을 재등록하는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우로 한정함.

다. 하수급인 보호장치의 강화(안 제34조 제4항, 제37조 제1항, 제38조 제2항 및 제99조 제2호)

대기업과 중소기업의 동반성장을 위하여 선급금도 준공금·기성금의 경우와 마찬가지로 수령일부터 15일 이내에 하수급인에게 지급하도록 하여 지연지급으로 인한 피해를 예방하도록 하고, 하도급공사의 준공 또는 기성 통지를 받은 경우 수급인이 10일 이내에 검사 결과를 하수급인에게 서면으로 통지하도록 하며, 하수급인의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 부당특약의 유형으로 하도급대금의 지급 및 건설업자의 손해배상책임에 관한 사항 등을 추가하고, 하도급인에게 도급계약을 교부하지 아니한 건설업자에 대하여 과태료를 부과하도록 함.

3. 다운로드 : 「건설산업기본법」 일부개정(법률 제11466호, 2012. 12. 2. 시행)

■ 최신 법령 ■

[지적재산권] 중소기업의 국가기관 발주사업에 대한 참여지원 확대

최승수 변호사 | 김태형 변호사

1. 개정내용 및 평가

- (1) 국가기관이 발주하는 소프트웨어산업에 대한 중소기업의 참여기회 확대를 내용으로 한 「소프트웨어산업 진흥법」(이하 '개정안')이 2012년 5월 23일 개정되어, 2012년 11월 24일부터 시행됩니다. 기존 법에서도 “중소소프트웨어사업자의 사업참여 지원”이란 표제로 대기업의 사업참여를 제한하는 방안을 마련해 두었으나 이번 개정을 통해 그 내용이 보다 구체화되었습니다.

자세히 살펴보면, 기존 법은 “지식경제부장관은 국가기관 등이 발주하는 정보시스템 구축사업에 중소기업의 참여를 확대하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 정보시스템 구축사업의 성격을 고려하여 대기업인 소프트웨어 사업자가 참여할 수 있는 사업금액의 하한을 정하여 이를 고시하고 국가기관 등의 장에게 그 적용을 요청할 수 있다”라고 규정하고 있었습니다. 이번 개정안은 하한의 근거가 되는 사업금액을 “둘 이상의 소프트웨어 사업을 일괄발주하는 경우에는 각 사업의 금액”으로 구체적으로 규정하여 대기업이 일괄발주하는 방식으로 종전규정의 취지를 잠탈하는 문제를 방지했습니다. 또한 “요청할 수 있다”를 “요청하여야 한다”라고 규정하여 지식경제부장관의 의무를 보다 분명히 했습니다(제24조의2 제2항). 나아가 지식경제부장관으로 하여금 사업금액에 관계없이 상호출자제한기업집단에 속하는 회사의 사업참여를 제한할 수 있는 규정을 마련했습니다(제24조의2 제3항).

- (2) 다만, ① 대기업인 소프트웨어사업자 자신이 구축한 소프트웨어사업의 유지 및 보수에 관한 사업, ② 소프트웨어사업자를 선정하지 못하여 다시 발주하는 사업, ③ 국방·외교·치안·전력(電力), 그 밖에 국가안보 등과 관련된 사업으로서 대기업인 소프트웨어사업자의 참여가 불가피하다고 지식경제부장관이 인정하여 고시하는 사업에 대해서는 예외를 인정했습니다.
- (3) 이번 개정안으로 중소기업의 참여기회가 확대될 것으로 기대할 수 있으나, 실제 어느 정도 영향이 있을지 장담할 수는 없습니다. 법령의 규정에 따라 대기업의 참여가 원천적으로 배제되는 것은 아니기 때문입니다. 다만 개정안은 국가기관 등의 장이 대기업의 참여제한조항을 적용하지 아니한 경우에는 지식경제부장관에게 그 사유를 지체없이 통지하도록 정하고, 지식경제부장관으로 하여금 그 사유가 부적절하다고 인정하는 경우에 그 적용을 권고하도록 강제하고 있습니다(제24조의2 제4항).

2. 다운로드 : 「소프트웨어산업 진흥법」 일부개정(법률 제11436호, 2012. 11. 24. 시행)

■ 최신 법령 ■

[지적재산권-해외] 불법 정보기술을 바탕으로 만든 제품을 미국에 수출할 경우 낭패 보게 된다

최승수 변호사 | 김태형 변호사

1. 워싱턴 주 등 새로운 부정경쟁방지법 시행

작년 7월 22일 미국 워싱턴 주는 워싱턴 주 내에서 판매한 제품이 권리자 허락 없이 정보기술을 이용하여 제조, 배급, 판매된 제품인 경우에 부정경쟁행위로 보아 제재를 가할 수 있는 새로운 부정경쟁행위법을 통과시켰습니다. 신법에 따르면 경쟁 제품 제조업자나 주 검찰총장은 불법 정보기술을 이용하여 만든 제품을 제조하여 워싱턴 주 내에 판매하도록 한 제조업자나 판매자를 상대로 부정경쟁행위 소송을 제기할 수 있게 되었습니다.

이와 비슷한 내용의 법이 이미 루이지애나 주에서도 통과되었고, 다른 주에서도 통과될 예정이라고 합니다. 따라서 한국 등 외국에서 미국에 제품을 수출할 경우 그 제품을 구성하는 요소인 정보기술이 권리자 허락 없이 불법적으로 이용된 경우 제품 압류, 손해배상 등 소송을 당하고 향후 미국시장에 진출하는데 큰 어려움을 겪게 될 가능성이 매우 높아진 것입니다.

2. 새로운 부정경쟁방지법의 골자

가. 누가 소송의 상대방이 되는가

새로운 부정경쟁방지법에 따르면 2개 유형의 피고가 소송대상이 됩니다.

첫째, 워싱턴주 내에서 판매되거나 판매청약된 제품의 제조업자입니다. 이 유형의 제조업자에 대한 소송은 두 가지 요건이 충족되어야 하는데, (1) 해당 제품의 제조, 배급, 마케팅 또는 판매에 있어서 불법 정보기술을 이용하였고, (2) 그 제품이 정품 정보기술을 이용하여 제조, 배급, 마케팅 또는 판매된 경쟁제품과 경쟁관계에 있을 것이라는 요건이 필요합니다. 일단 위 2가지 요건이 충족되면 그 불법 정보기술을 이용한 제품이 미국에서 제조되었든 외국에서 제조되었든, 그리고 불법정보기술 이용이 미국에서 일어났는지 여부는 전혀 문제되지 않는다는 것입니다.

둘째, 워싱턴 주 내에서 위와 같은 부정경쟁행위 대상 제품을 판매하거나 판매를 청약한 제3자입니다. 불법 정보기술을 이용하여 제품을 제조한 제조업자뿐만 아니라, 판매업자도 소송대상이 된 것입니다. 외국에 거주하는 제조업자를 상대로 소송이 여의치 않을 경우 경쟁제품 제조업자는 불법제품 제조업자와 직접적 계약관계에 있는 판매업자를 상대로 소를 제기하는 방안을 선택할 수도 있는 것입니다. 만약 미국 판매업자가 소송에 패소한 경우 판매업자는 외국의 제조업자를 상대로 계약상 책임 또는 불법행위 책임을 추궁하게 될 것입니다.

나. 누가 소송을 제기할 수 있는가

신법에 따르면 경쟁제품 제조업자와 주 검찰 총장이 침해소송을 제기할 수 있게 됩니다.

첫째, 워싱턴 주에서 판매되거나 판매청약된 경쟁제품의 제조업자입니다.

즉, 경쟁제품 제조업자는 침해제품이 워싱턴주에서 판매 또는 판매청약됨으로써 손해를 입었다는 점을 주장하면 소송을 제기할 수 있게 됩니다. 특이한 점은 침해를 주장하는 제조업자가 반드시 워싱턴 주에 사업기반을 가지고 있을 필요가 없다는 점입니다. 극단적으로 한국의 제조업자가 중국 제조업자를 상대로 워싱턴주에 침해소송을 제기할 수도 있게 되는 것입니다. 또는 일본의 제조업자가 한국 제조업자를 상대로 워싱턴주 법원에 소 제기도 가능하게 되는 것입니다.

둘째, 워싱턴 주 검찰총장도 소송을 제기할 수 있습니다.

다. 권리자의 침해 통지 필요

다만, 소송이 시작되기 전에 불법 정보기술의 소유자가 피고를 상대로 해당 제품이 불법적으로 정보기술을 이용한 것이라는 점 등에 관한 내용을 담은 서면통지를 보내고, 이에 대하여 상대방이 (1) 피고가 해당 정보기술의 이용이 권리침해에 해당하지 않는다는 점을 입증하지 못하거나, (2) 정보기술의 정당한 소유자로부터 통지를 받았음에도 불구하고 90일 이내에 판매 등을 중단하지 아니한 경우에 한하여 소송이 제기될 수 있습니다.

결국 해당 정보기술의 권리자가 침해 제품 제조업자 또는 판매자를 상대로 서면통지를 보내는 것이 선행되어야 합니다.

라. 소송의 유형

법원은 피고에게 침해제품을 압류하는 한편 판매를 금지하는 명령을 내릴 수도 있고, 실제 손해액과 법정손해액(해당 정보기술 소매가격 이하) 중 선택하여 손해배상을 명할 수 있습니다. 나아가 피고의 정보기술이용이 고의적인 경우 위 손해배상액은 3배로 가중됩니다.

3. 시사점

워싱턴 주를 비롯한 미국의 여러 주에 만연히 불법 IT를 이용하여 만든 제품을 수출하여 판매한 경우에는, 경쟁관계를 입증한 전세계 모든 제조업자가 그 침해제품을 제조, 수출한 제조업자 또는 이를 미국 내에서 판매한 판매자를 상대로 미국 주법원에 침해소송을 제기할 수 있게 됩니다.

따라서 미국에 제품을 수출하는 제조업자는 위와 같은 소송의 위험에서 벗어나기 위해서는 제품 제조 및 판매 비즈니스 전 과정에서 이용된 IT 기술이 정당한 라이선스를 받고 이용된 것인지 철저히 사전에 점검하는 과정이 필수적으로 요청됩니다. 자칫 사소한 실수로 인해 경쟁업체 등으로부터 침해소송을 당하게 되면, 해당 제품의 압류, 손해배상 등에 그치는 것이 아니라, 거래관계에 있는 미국 내 거래선으로부터의 신뢰에 결정적인 타격을 받아 미국시장을 잃게 될 가능성도 있기 때문입니다. 미국 비즈니스를 하는 기업으로서는 반드시 염두에 두어야 할 법률이라 할 것입니다.

■ 최신 법령 ■

[자원 · 에너지 · 환경] 온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률 제정

김도요 변호사 | 배지영 변호사

2012년 5월 2일 제305회 국회(임시회) 본회의에서 그간 도입여부를 놓고 찬반논란이 거셌던 「온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률안」이 통과되어, 5월 14일 공포되었습니다. 이 법률은 국가가 국가 온실가스 감축을 위해 온실가스 배출업체에 대해서 배출권을 할당하고, 할당받은 업체는 할당된 범위에서 온실가스를 배출해야 한다는 의무를 부과하며, 할당량에 미달하게 온실가스를 배출한 기업이 그 미달량만큼의 배출권을 거래할 수 있도록 하는 것을 주된 내용으로 하고 있습니다. 법률의 주요 내용은 다음과 같습니다.

1. 규제되는 온실가스의 범위

현재 「저탄소 녹색성장 기본법」에 따라 정해진 이산화탄소(CO₂), 메탄(CH₄), 아산화질소(N₂O), 수소불화탄소(HFCs), 과불화탄소(PFCs), 육불화황(SF₆)과 동일함. 현재 교토의정서 2차 공약기간과 관련하여 유력하게 논의되고 있는 삼불화질소(NF₃)는 「저탄소 녹색성장 기본법」이나 이 법률이 개정되지 않는 한, 포함되지 않음.

이산화탄소 상당량톤은 배출권의 거래와 관련해서만 대통령령에 위임되어 있어, 할당 및 MRV 등에 있어서 상당량톤을 정할 수 있는 위임규정이 필요할 것으로 보임. 현재 목표관리제는 교토의정서와 같이 IPCC 2차 보고서의 100년을 기준으로 산정되어 있음.

2. 배출권 할당대상 및 할당(제2장)

가. 배출권의 할당대상업체 (제5조, 제6조, 제8조 내지 제10조)

- (1) 「저탄소 녹색성장 기본법」에 따른 관리업체(이하 “관리업체”) 중 최근 3년간 온실가스 배출량의 연평균 총량이 125,000 이산화탄소 상당량톤 이상인 업체이거나, 25,000 이산화탄소 상당량톤 이상인 사업장의 해당 업체. 즉 기업 단위의 배출량이나 개별 사업장의 배출량 기준을 모두 규제하고 있음.
- (2) 관리업체에 대하여는 선택적 진입권(Opt In)이 인정됨.
- (3) 배출권할당위원회가 할당대상이 되는 부분 및 업종에 관한 사항, 부분별, 업종별, 이행년도별 배출권의 할당기준 및 할당량에 관한 사항을 할당계획에 포함하여 매 계획기간 시작 6개월 전까지 수립하고, 주무관청이 매 계획기간 시작 5개월 전까지 지정, 고시하여야 함.
- (4) 신규진입자에 대하여는 계획기간 중이라도 할당량을 고시할 수 있음.

나. 배출권 할당의 주무부처 및 기관, 계획기간(제2조, 제5조, 제6조, 제12조, 부칙 제2조)

- (1) 할당계획, 시장안정화 조치, 인증, 상쇄, 시장연계 등 주요 사항은 배출권할당위원회에서 결정. 기획재정부장관이 위원장으로, 교육과학기술부, 농림수산식품부, 지식경제부, 환경부, 국토해양부, 국무총리실, 금융위원회 등과 다른 전문위원 등이 참여할 수 있음.
- (2) 개별적 할당은 기업이 제출한 할당신청서를 바탕으로 각 주무관청이 할당계획에 따라 하여야 할 것임.
- (3) 계획기간은 5년이되, 보고, 검증, 인증 및 그에 따른 배출권의 제출이 일어나는 이행연도는 1년으로 설정. 다만, 1차 계획기간은 2015년부터 3년간, 2차 계획기간은 2018년부터 3년간으로 설정.
- (4) 1차 계획기간 및 2차 계획기간 중에는 무상할당비율이 100분의 95 이상이어야 함.

다. 배출권의 할당(제12조부터 제15조)

- (1) 주무관청은 국가 배출권 할당계획에 따라 할당 대상업체에 해당 계획기간의 총 배출권과 이행연도별 배출권을 할당하도록 하고, 무상으로 할당하는 배출권의 비율은 대통령령으로 정함.
- (2) 무역집약도가 높거나 온실가스 감축으로 인한 생산비용이 대통령령으로 정하는 기준 이상으로 발생하는 업종에 속하는 할당대상업체에 대해서는 배출권의 전부를 무상으로 할당할 수 있도록 하는 규정을 두어 탄소누출(Carbon Leakage)에 대비.
- (3) 조기감축실적은 외부전문기관의 검증을 받은 온실가스 감축량에 한정. 다만, 수량 등을 대통령령으로 제한할 수 있음. 현재 목표관리제에서는 지경부 K-CER 감축사업, 에너지 목표관리 시범사업, 환경부 온실가스 배출권 거래제 시범사업, 국토해양부 에너지 목표관리제 시범사업 등에 조기 행동을 한정하고 있음. 배출권 거래제 도입시 목표관리제 및 그 이전의 감축 실적이 어떻게 반영될지 주목이 필요.

라. 배출권 할당의 조정 및 취소(제16조 및 제17조)

- (1) 할당계획 변경으로 배출허용총량이 증가하거나, 계획기간 중 시설의 신설·증설, 생산품목의 변경 등의 경우 주무관청은 직권으로 또는 업체의 신청에 따라 배출권을 추가 할당하거나 이행연도별 할당량을 조정할 수 있음.
- (2) 할당계획 변경으로 배출허용총량이 감소되거나 할당 대상업체가 전체 시설을 폐쇄한 경우 등은 주무관청이 할당된 배출권을 취소할 수 있음.

3. 배출권의 거래(제4장)

- (1) 할당받은 배출권을 거래할 수 있되, 상쇄단위가 배출권으로 전환되지 않는 한, 상쇄단

- 위가 배출권 거래소를 통해 거래될 수 있는지는 불분명함(제19조)
- (2) 할당받은 관리업체에 거래참여자를 한정하고 있지는 않고, 거래계정을 등록하면 거래할 수 있는 것으로 규정. 다만, 외국법인이나 개인은 대통령령이 정하는 경우에만 등록할 수 있도록 하고 있고, 거래 관련 세부 사항이 대통령령에 위임되어 있음(제19조, 제20조).
 - (3) 배출권 거래에 따른 배출권 이전의 효력은 배출권등록부에 거래 내용을 등록한 때에 발생함(제21조 내지 제23조).
 - (4) 배출권의 공정한 가격 형성과 안정적 거래를 위하여 배출권 거래소를 지정하거나 설치할 수 있도록 하고, 배출권 거래소에서의 정보이용금지 및 부정거래행위에 관하여는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」의 관련 규정을 준용함.
 - (5) 주무관청은 거래시장 안정화를 위하여 일정한 경우 시장에 개입할 수 있는 권한이 있음.

4. 온실가스 배출량의 보고·검증 및 인증, 제출(제24조 내지 26조)

- (1) 할당 대상업체는 매 이행연도가 종료하면 3개월 이내에 해당 이행연도의 실제 온실가스 배출량을 외부 전문 검증기관의 검증을 거쳐 주무관청에 보고하고, 주무관청은 그 적합성 여부를 평가하여 해당 이행연도의 실제 온실가스 배출량을 인증함.
- (2) 할당 대상업체는 매 이행연도 종료일부턴 6개월 이내에 실제 인증받은 온실가스 배출량에 해당하는 배출권을 주무관청에 제출함.

5. 배출권의 예치, 이월·차입 및 상쇄(제28조부터 제31조까지)

가. 배출권의 예치, 이월, 차입(제28조)

- (1) 주무관청에 제출하고 남은 배출권 등 보유하고 있는 배출권은 주무관청의 승인을 받아 다음 이행연도로 예치할 수 있을 뿐 아니라 다음 계획기간의 최초 이행연도로 이월할 수 있음.
- (2) 특정 이행연도에 제출할 배출권이 부족한 경우에는 특정 사유가 있는 경우에만 주무관청의 승인을 받아 다음 이행연도의 배출권을 차입할 수 있음.

나. 배출권의 상쇄(제29조부터 제31조)

- (1) 할당 대상업체가 국제적 기준에 부합하는 방식으로 외부사업에서 온실가스를 감축한 경우 그 감축량에 대해서는 주무관청의 인증절차를 거쳐 배출권으로 전환할 수 있음.
- (2) 외부사업온실가스 감축량은 (i) UNFCCC 및 관련 의정서에 따른 온실가스 감축사업 등 대통령령으로 정하는 사업을 통하여 발생한 온실가스 감축량 또는 (ii) 국내외 부분에서 국제적 기준에 부합하는 MRV가 가능한 방식으로 실시한 온실가스 감축사업 등을 통한 감축량으로 넓게 규정되어 있으나, 대통령령으로 그 기준과 절차를 제한하고, 주무관청의 인증을 받은 것에 한정하는 방식으로 통제
- (3) 배출권 등록부와 별도로 상쇄등록부를 별도로 관리

6. 과징금의 부과(제33조)

- 할당 대상업체가 할당받은 온실가스 배출량을 초과하여 온실가스를 배출한 경우에는 그 초과한 온실가스 배출량에 대하여 이산화탄소 1톤당 10만원의 범위 내에서 해당 이행연도의 배출권 평균 시장가격의 3배 이하의 과징금을 부과할 수 있음.

7. 금융·세제상의 지원(제35조)

- 배출권거래제 도입으로 인한 기업의 경쟁력 감소를 방지하기 위하여 정부는 온실가스 감축설비를 설치하는 사업 등에 대해서는 금융·세제상의 지원을 하거나 보조금을 지급할 수 있음.

8. 다운로드 : 「온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률」(법률 11419호, 2012. 5. 14 공포)

■ 최신 판례 ■

[금융] 착오송금과 은행의 상계권 행사

이행규 변호사 | 유정한 변호사

1. 사실관계

M사는 2010년 6월 1일 거래처인 C사의 계좌로 물품대금을 송금하려고 했으나, 착오로 상호가 동일한 C'사의 계좌(계좌개설은행 : 甲은행)로 해당 대금을 인터넷뱅킹 방식으로 송금했습니다. C'사는 2008년 12월 31일에 이미 부도로 폐업한 회사로서, 甲은행은 C'사의 甲은행에 대한 예금채권에 대하여 압류를 한 상태였습니다. 한편 위와 같이 C'사의 계좌에 물품대금이 (착오로) 입금되자, 甲은행은 2010년 6월 4일 C'사 및 甲은행 사이의 은행여신거래기본약관 및 여신(대출)거래약정에 따라 C'사에 대하여 가지고 있는 대출금채권으로 C'사의 甲은행에 대한 위 예금채권을 상계하였고, 그 결과 C'사의 계좌 잔액은 0원이 되었습니다.

그러자 M사는 甲은행이 법률상 원인 없이 착오송금액을 부당이득한 것이므로 甲은행은 M사에게 이를 반환할 의무가 있다고 주장하면서 소를 제기하였습니다.

2. 원심의 판단

원심법원은, ① M사의 손해(착오송금액) 및 甲은행의 이익(본건 상계를 함으로써 사실상 지급을 기대할 수 없어 경제적 가치가 없는 C'사에 대한 대출금채권을 변제받은 것)은 상당인과관계가 있으므로 M사는 甲은행에 대하여 해당 착오송금액 상당의 부당이득반환청구권을 가지고, ② 甲은행은 인터넷뱅킹 운영으로 인한 예금자들의 피해를 최소화할 의무가 있는 공적인 기능

을 담당하고 있으면서도 착오송금이라는 우연한 사정을 기화로 하여 그 지급을 기대할 수 없어 사실상 경제적 가치가 없는 대출금채권을 변제받으려는 것은 신의칙에 위반하는 권리남용이라고 판시하면서, 甲은행은 M사에게 위 착오송금액을 반환할 의무가 있다고 판시했습니다 (인천지방법원 2011. 9. 23. 선고 2011나2036 판결 참조).

3. 대법원의 판단

대법원은 착오송금의 법리에 관한 기존의 입장을 유지하면서 원심판결을 파기 환송하였습니다. 즉, 예금거래기본약관에 따라 송금의뢰인이 수취인의 예금계좌에 자금이체를 하여 예금원장에 입금의 기록이 된 때에는 특별한 사정이 없는 한 송금의뢰인과 수취인 사이에 자금이체의 원인인 법률관계가 존재하는지 여부에 관계없이 수취인과 수취은행 사이에 위 입금액 상당의 예금계약이 성립하고 수취인이 수취은행에 대하여 위 입금액 상당의 예금채권을 취득하며, 이때 송금의뢰인과 수취인 사이에 계좌이체의 원인이 되는 법률관계가 존재하지 않음에도 불구하고 계좌이체에 의하여 수취인이 계좌이체 금액 상당의 예금채권을 취득한 경우에는, 송금의뢰인은 수취인에 대하여 위 금액 상당의 부당이득반환청구권을 가지게 되지만, 수취은행은 이익을 얻은 것이 없으므로 수취은행에 대하여는 부당이득반환청구권을 취득하지 아니한다고 하면서(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다51239 판결 참조), 본 사안에서도 甲은행이 C사에 대한 대출금채권으로 행한 상계로 인하여 부당한 이익을 얻었다고 볼 수 없다고 판시했습니다.

4. 참고 판례

앞서 살펴본 바와 같이 대법원은 착오송금의 기본법리에 관한 기존 입장을 유지하고 있으나, 예외적으로 은행의 상계권 행사가 권리남용에 해당한다고 판단한 사안도 있습니다. 즉, 대법원은 송금의뢰인이 착오송금임을 이유로 거래은행을 통하여 혹은 수취은행에 직접 송금액을 반환을 요청하고 수취인도 송금의뢰인의 착오송금에 의하여 수취인의 계좌에 금원이 입금된

사실을 인정하고 그 반환을 승낙하고 있는 경우, 수취은행이 수취인에 대한 대출채권 등을 자동채권으로 하여 수취인의 계좌에 착오로 입금된 금원 상당의 예금채권과 상계하는 것은, 수취은행이 선의인 상태에서 수취인의 예금채권을 담보로 대출을 하여 그 자동채권을 취득한 것이거나 그 예금채권이 이미 제3자에 의하여 압류되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공공성을 지닌 자금이체시스템의 운영자가 그 이용자인 송금의뢰인의 실수를 기화로 그의 희생 하에 당초 기대하지 않았던 채권회수의 이익을 취하는 행위로서 상계제도의 목적이나 기능을 일탈하고 법적으로 보호받을 만한 가치가 없으므로, 송금의뢰인에 대한 관계에서 신의칙에 반하거나 상계에 관한 권리를 남용하는 것이라고 판시한 바 있습니다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다66088 판결 참조).

5. 다운로드 : [대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다89040 판결](#)

■ 최신 판례 ■

[건설·부동산] 공사도급계약 수급인의 보증인 책임범위에 선급금반환채무도 포함되는가

정원 변호사 | 박성철 변호사

1. 사안의 배경과 쟁점

A회사는 수급인으로서 도급인인 B회사와 공사도급계약을 체결했습니다. 도급계약서 6조에는 도급인인 B회사는 수급인인 A회사와 계약체결 후, 15일 이내에 선급금을 지급한다는 내용이 포함되어 있었습니다. C회사는 위 도급계약서에 수급인인 A회사의 보증인으로 기명·날인했습니다.

도급계약서에 따르면, 수급인인 A회사가 선급금을 받고자 하는 경우에는 보증보험증권을 B회사에 제출하도록 규정되어 있었습니다. 이에 A회사는 D회사와 선급금보증계약을 체결하고 보증증권을 발급받아 B회사에 제출하고 선급금을 지급받았습니다. 이후 A회사의 부도로 기계설비공사가 중단되자, D회사는 도급인인 B회사에 보험금으로 선급금 중 기성금을 공제한 금원을 지급했습니다.

이 때 C회사가 보증한 범위에 선급금 반환채무도 포함되는지가 사건의 쟁점입니다. D회사가 C회사에게 선급금 반환을 청구할 수 있는지 문제됩니다.

2. 대상 판결의 의미

선급금 반환의무는 '수급인'의 채무불이행에 따른 계약해제로 인하여 발생하는 원상회복의무의 일종입니다(대법원 1996. 3. 22. 선고 94다54702 판결 등 참조). 보증인은 특별한 사정이 없는 한 채무자가 채무불이행으로 인하여 부담하여야 할 손해배상채무와 원상회복의무에 관하여도 보증책임을 집니다(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다38250판결 등 참조). 따라서 민간공사 도급계약에서 '수급인'의 '보증인'은 특별한 사정이 없다면 선급금 반환의무에 대하여도 보증책임을 지게 됩니다.

물론 민간공사 도급계약 연대보증인의 보증책임을 각종 보증서의 구비 여부, 도급계약의 내용, 보증경위 등을 참작하여 개별적으로 구체적인 사안에 따라 법률행위의 해석에 의하여 판단되어야 하는 것이지만, 특별한 약정이 없다면 수급인의 책임과 마찬가지로 금전채무보증과 시공보증을 포함한다고 보아야 할 것입니다(대법원 1999. 10. 8. 선고 99다20773 판결, 대법원 2005. 3. 25. 선고 2003다55134 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 수급인의 보증인인 C회사가 선급금 부분에 대하여 책임이 없다는 등의 단서 조항이 없이 수급인에게 선급금을 지급한다는 내용이 기재된 도급계약서에 수급인의 보증인으로 기명·날인하였고, A회사가 B회사에 부담하는 채무는 상행위로 인한 채무이므로 보증인은 연대하여 변제할 책임이 있습니다(상법 제47조, 제57조 제2항). 더하여 위 보증에 관한 일반 법리에 비추어 살펴보면, C회사는 선급금 반환채무까지 포함하여 연대보증한 것으로 보아야 한다는 것이 대법원의 태도입니다.

한편, 수급인이 도급계약에 따라 도급인에게 부담하는 선급금 반환채무의 이행을 보증한 보증보험자와 주계약상의 보증인은 채권자인 도급인에 대한 관계에서 채무자인 수급인의 선급금 반환채무 이행에 관하여 공동보증인의 관계에 있다고 보아야 할 것입니다. 그렇다면 그들 중 어느 일방이 변제 기타 자기의 출재로 채무를 소멸하게 하였다면 그들 사이에 구상에 관한 특별한 약정이 없다고 하더라도 민법 제448조에 의하여 상대방에 대하여 구상권을 행사할 수 있습니다(대법원 2008. 6. 19. 선고 2005다37154 전원합의체 판결, 대법원 1997. 6. 27. 선고 97다14576

판결 등 참조). 따라서 선급 보증보험계약에 따라 B회사에 선급금 반환채무를 이행한 D회사는 C회사에 대하여 구상권을 행사할 수 있게 됩니다.

그런데 원심은, 하도급계약서에 C회사가 수급인의 보증인으로만 기재되어 있을 뿐 연대보증인 등으로는 되어 있지 않다거나, B회사가 선급금에 관하여 D회사의 이행보증 보험증권을 제출 받았거나, B회사의 담당직원이 시공보증의 의미로 C회사가 수급보증을 하였다고 진술하였다는 등의 사정을 들어, C회사가 선급금 반환채무에 관하여 연대보증채무를 부담하지 않는다고 보았습니다. 그러나 이와 같은 이유를 들어 D회사가 C회사에게 구상할 수 없다고 판단한 원심판결은 건설공사도급계약에 있어서 연대보증인의 책임에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있습니다. 따라서 이 사건에서 대법원은 원심 판결을 파기하고 환송했습니다.

3. 다운로드 : [대법원 2012. 5. 24. 선고 2011다109586 판결](#)

■ 최신 판례 ■

[지적재산권] 저작권법이 보호하는 기술적 보호조치의 범위

최승수 변호사 | 김태형 변호사

1. 사안의 개요 및 의미

컴퓨터프로그램 개발자인 피고인들이 구 컴퓨터프로그램법이 금지하고 있는 '기술적 보호조치를 무력화하는 행위'로 기소된 사건에서, 법원이 "단순히 컴퓨터프로그램저작물에 대한 접근만을 통제하는 기술은 기술적 보호조치에 해당하지 않는다"고 판단하고 무죄를 선고한 사건입니다. 컴퓨터프로그램법은 2009년 7월 23일 폐지되었지만, 기술적 보호조치를 제거·변경하거나 우회하는 등의 방법으로 무력화하는 행위를 금지하는 규정은 개정된 저작권법 제104조의 2에 그대로 남아 있으므로, 위 판례에서 실시한 '기술적 보호조치'의 범위와 논증과정이 저작권법을 해석하는 지침이 될 수 있습니다.

2. 사실관계

대리운전업을 하는 피해자 회사(이하 '피해 회사')는 대리운전을 희망하는 운전자들의 정보를 수집하여 대리운전기사에게 전달해 주는 배차 프로그램(I-Driver, 이하 '기존 프로그램')을 개발하여 사용하고 있었습니다. 컴퓨터프로그램을 개발하는 피고인들 역시 AiCall(이하 '후속 프로그램')이라는 배차 프로그램을 개발했는데, 위 프로그램을 이용한 대리운전기사는 기존 프로그램이 수집한 정보를 이용하면서 좀 더 빨리 대리운전 희망자에 대한 정보를 제공받을 수 있었습니다.

기존 프로그램의 기능 및 작동방법은 다음과 같습니다. 먼저, ① 운전자가 대리운전회사에 대리운전을 요청하는 전화를 걸면, ② 위 회사의 콜센터 직원이 출발지·도착지·고객의 전화번호 등 배차정보를 회사 컴퓨터에 입력하고, ③ 위와 같이 입력된 정보는 피해 회사의 데이터베이스로 전송되며, ④ 피해 회사는 위 정보를 처리하여 기존 프로그램을 실행하고 있는 대리운전기사의 PDA화면에 오더리스트(order list)를 보내고, ⑤ 대리운전기사는 위 PDA의 오더리스트를 보면서 자신이 대리운전할 수 있는 곳을 포인트로 터치하여 배차를 하게 됩니다.

반면 후속 프로그램을 이용하는 대리운전기사는 미리 검색조건을 설정해 두고 기존프로그램과 함께 구동시키는 방법으로 PDA의 화면을 따로 터치하지 않더라도 자동클릭으로 배차신청을 마칠 수 있게 됩니다. 오더리스트를 확인한 후 PDA화면을 터치해야 하는 대리운전기사보다 훨씬 먼저 배차신청을 할 수 있게 되는 것입니다.

이에 피해 회사는 후속 프로그램에 의한 피해를 막기 위해 ① 기존 프로그램과 후속 프로그램이 동시에 실행되면 기존프로그램이 바로 종료되도록 하는 조치, ② PDA가 부팅될 때 자동 실행되는 기본프로그램(전화기 프로그램, 익스플로어, 파일탐색기, 메모장 등) 이외에는 기존프로그램에서 다른 프로그램이 동시에 구동되지 않도록 하는 조치, ③ 대리운전기사가 실제 PDA화면을 물리적으로 터치하였을 경우에만 기존 프로그램이 작동하도록 하는 조치를 취했습니다(이하 '이 사건 조치들').²

그러자 피고인들은 후속 프로그램의 실행파일명을 변경하는 것과 같은 방법으로 위와 같은 조치들을 무력화시켰습니다. 이에 검찰은 피해 회사의 이 사건 조치들은 구 컴퓨터프로그램보호법 제30조 제1항이 정한 '기술적 보호조치'에 해당한다고 판단하고, 위 조치들을 무력화시킨 혐의로 피고인들을 기소했습니다.

² ③의 기술적 조치에 관해서, 1심에서는 피해 회사가 그와 같은 기술적 조치를 했다는 사실이 인정되지 않는다고 판단했으나, 항소심과 상고심이 위 쟁점에 관해서도 가정적 판단을 했으므로 위와 같은 사실이 인정된다는 전제로 논의를 전개하겠습니다.

3. 법원의 판단

- (1) 1심 법원은 피고인들에게 무죄를 선고했고, 검사는 “기술적 보호조치는 포괄적인 개념으로 기술적인 진보를 포섭해 나가야 하므로 저작물의 접근을 효과적으로 통제하는 기술적 조치도 위 개념에 포함된다고 해석해야 한다”고 주장하면서, 피고인들의 행위 때문에 기존 프로그램이 후속 프로그램의 동시 실행을 감지하지 못했다면 피고인들이 피해 회사의 기술적 보호조치를 무력화한 것이라고 항소했습니다.
- (2) 항소심 법원은 ① 구 컴퓨터프로그램보호법 제2조 제9호는 기술적 보호조치를 “이 법에 의한 권리를 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작권을 보호하는 조치”라고 정의함으로써 권리통제에 대한 기술적 보호조치를 전제로 하고 있는 점, ② 제한적 열거주의를 취하는 저작권법의 특성상 우리 법에서 명시적으로 저작권자의 접근권을 인정하지 않는 한, 저작물에 접근하는 것 자체가 저작권침해를 가져온다고 할 수 없는 점, ③ 저작권자가 접근통제 기술적 보호조치를 취한다고 해도 그것은 사실상의 이익보호수단에 불과한 것이지, 그 자체가 법적으로 보호받아야 할 권리보호 수단은 아닌 점, ④ 기술적 보호조치는 기술적 특징으로 인하여 저작권이 제한되는 영역, 즉 일반이용자들의 자유로운 이용영역까지도 제한하기 때문에 저작권자와 이용자들 간의 이해관계의 충돌과 조절이 필요한 점, ⑤ 형사처벌 규정은 엄격하고 좁게 해석해야 하는 점, ⑥ 기술적 보호조치를 넓게 해석하면 저작권자의 권리 독점을 지나치게 강화시킬 여지가 있다는 점 등을 고려하여, ‘저작물에 접근을 통제하는 조치’는 기술적 보호조치에 포함되지 않는다고 판단했습니다.
- (3) 대법원 또한 기술적 보호조치를 “컴퓨터프로그램저작물에 관한 식별번호·고유번호 입력, 암호화 및 기타 법에 의한 권리를 보호하는 핵심기술 또는 장치 등을 통하여 프로그램저작자에게 부여된 공표권, 성명표시권, 동일성 유지권과 프로그램을 복제·개작·번역·배

포·발행 및 전송할 권리 등 프로그램저작권에 대한 침해를 효과적으로 방지하는 조치”라고 설명하고, 단순히 프로그램에 대한 접근만을 통제하는 기술적 조치는 기술적 보호조치에 포함되지 않는다고 판단했습니다.

또한 위와 같은 전제에서 대법원은 이 사건 조치들이 모두 프로그램에 대한 접근을 허용하지 않는 접근통제조치에 해당될 뿐 프로그램의 저작권에 대한 침해를 효과적으로 방지하기 위한 조치로 보기 어려우므로 기술적 보호조치에 해당한다고 볼 수 없다고 판단했습니다.

4. 다운로드 : [대법원 2012. 2. 23. 선고 2010도1422 판결](#)
[수원지방법원 2010. 1. 11. 선고 2009노3689 판결](#)

■ 최신 판례 ■

[노동] 교섭창구단일화제도는 소수노조의 근로3권을 침해하는 제도가 아니다

김성수 변호사 | 강재영 변호사

1. 판결의 요지

- 노조법상의 교섭창구단일화 제도는 근로조건의 결정권이 있는 사업 또는 사업장 단위에서 복수 노동조합과 사용자 사이의 교섭절차를 일원화하여 효율적이고 안정적인 교섭체계를 구축하고, 소속 노동조합과 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일하기 위한 것으로, 교섭대표노동조합이 되지 못한 소수 노동조합의 단체교섭권을 제한하고 있지만, 소수 노동조합도 교섭대표노동조합을 정하는 절차에 참여하게 하여 교섭대표노동조합이 사용자와 대등한 입장에 설 수 있는 기반이 되도록 하고 있으며, 그러한 실질적 대등성의 토대 위에서 이뤄낸 결과를 함께 향유하는 주체가 될 수 있도록 하고 있으므로 노사대등의 원리 하에 적절한 근로조건의 구현이라는 단체교섭권의 실질적인 보장을 위한 불가피한 제도라고 볼 수 있다.
- 하나의 사업장에 둘 이상의 협약이 체결·적용됨으로써 동일한 직업적 이해관계를 갖는 근로자 사이에 근로조건의 차이가 발생할 수 있음은 물론, 복수의 노동조합이 유리한 단체협약 체결을 위해 서로 경쟁하는 경우 그 세력다툼이나 분열로 교섭력을 현저히 약화시킬 우려도 있으므로 자율교섭제도가 교섭창구단일화제도보다 단체교섭권을 덜 침해하는 제도라고 단언할 수 없다.
- 결론적으로 교섭창구단일화제도가 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 단체교섭권을 침해한다고 볼 수 없다.

2. 사실관계

청구인들은 노조법에 근거하여 설립된 단위노동조합, 산업별 단위노동조합, 산업별연합단체, 총연합단체 및 그 소속조합원들로, 2010년 1월 교섭창구단일화제도가 도입되자, 동 제도가 소수노조의 노동3권, 특히 단체교섭권과 단체행동권을 심각하게 침해하여 위헌이라고 주장하며 헌법소원을 제기한 사건입니다.

3. 판결의 의의

고용노동부 발표에 의하면, 2011년 7월 1일부터 복수노조 설립이 허용된 후 신규 설립된 노동조합의 약 85%가 기존 양대 노총이 아닌 독립노조로 설립신고를 하였고, 상급단체를 선택한 노조는 약 15%에 불과하며, 약 90% 이상의 사업장이 교섭창구단일화를 이행하고 있는 등 교섭창구단일화 절차가 순조롭게 운영되고 있다고 발표한 바 있습니다(2011년 10월 11일). 다만, 노동계에서는 교섭창구 단일화강제 제도는 소수노조의 노동3권을 심각하게 침해하여 위헌이라고 주장하며 한국노총은 지난 2011년 6월 24일 헌법재판소에 교섭창구단일화 제도에 대해 헌법소원을 청구했으며, 국회에는 교섭창구단일화 제도 자체를 삭제하는 내용의 노조법 개정안이 계류 중에 있는 등 교섭창구단일화 제도가 완전히 안착되었다고 보기는 어려운 상황이었습니다. 이에 헌법재판소는 위 결정을 통해 한국노총 등이 제기한 헌법소원에 대해 교섭창구단일화제도가 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였는데, 향후 동 결정을 계기로 교섭창구단일화 제도가 안정적으로 시행될 수 있을지 귀추를 주목할 필요가 있을 것입니다.

4. 다운로드 : [헌법재판소 2012. 4. 24. 자 2011헌마338 결정](#)

[노동] 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 정기상여금도 통상임금에 포함될 수 있다

1. 판결의 요지

- 통상임금은 근로자에게 소정근로 또는 총 근로의 대상으로서 정기적·일률적으로 지급하기로 정해진 고정적 임금을 말하므로, 근로자의 실제 근무성적에 따라 지급액이 달라지는 항목의 임금은 고정적인 임금이라 할 수 없어 통상임금에 해당하지 아니하나, 근로자에 대한 임금이 1개월을 초과하는 기간마다 지급되는 것이라도 그것이 정기적·일률적으로 지급되는 것이면 통상임금에 포함될 수 있다.
- 이 사건 단체협약의 취지가 재직기간에 비례하여 중도 퇴직자에게도 상여금을 지급하겠다는 것이라면, 이 사건 상여금은 그 지급여부 및 지급액이 근로자의 실제 근무성적 등에 따라 좌우되는 것이라 할 수 없고, 오히려 그 금액이 확정된 것이어서 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금인 통상임금에 해당한다고 볼 여지가 있다.

2. 사실관계

단체협약에 정기상여금에 관하여 '상여금은 만근 기본급 기준으로 6개월 이상 근무시 350%, 3년 이상 근무시 550%, 8년 이상 근무시 650%, 12년 이상 근무시 750%를 지급'하되, '상여금 지급은 분기별로 지급하며 매 분기 말까지 재직한 자로 하고, 퇴직자에 대하여는 월별로 계산 지급한다'는 규정이 있는 경우 위 정기상여금을 통상임금으로 볼 수 있는지가 문제되었습니다. 항소심인 서울고등법원은 위 정기상여금을 근로자의 실제 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라진다고 보아 통상임금에 포함되지 않는다고 판단하였고, 이에 대해 대상판결은 위 정기상여금은 그 금액이 확정된 것이어서 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금인 통상임금에 해당한다고 볼 여지가 있다고 하면서 항소심 판결을 파기 환송하였습니다.

3. 판결의 의의

상여금은 (i) 근로자 개개인의 업무성과에 따라 개별 근로자 별로 달리 지급되는 인센티브적 성격을 가진 상여금과 (ii) 업무성과와는 상관이 없이 정기적, 일률적으로 지급되는 상여금으로 구분할 수 있고, 대법원은 전자는 통상임금에 해당하지 않고, 후자는 통상임금에 해당한다는 입장입니다. 이와 관련하여 기업들이 일정한 기간을 실제로 근무한 자를 상대로 지급하는 정기 상여금의 경우 이를 근로자 개개인의 업무성과에 따른 인센티브적 상여금으로 볼 것인지, 아니면 정기적·일률적으로 지급되는 통상임금에 포함되는 상여금으로 볼 것인지 문제되어 왔고, 이에 대해 대법원은 “일정 기간 실제로 근무한 근로자에게 연 4회 지급하는 상여금은 그 지급 여부 및 지급액이 조합 소속 임·직원들의 실제의 근무성적에 따라 좌우되게 되어 그것이 고정적인 임금이라고 할 수 없으므로 통상임금에 속하지 않는다”는 입장이었습니다(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결 등 다수). 또한, 고용노동부 예규 “통상임금산정지침”(노동부예규 제602호, 2009. 9. 25. 일부개정) 제3조 제1항은 “통상임금의 산정기초가 되는 임금은 기본급과 정기적·일률적으로 1임금산정기간에 지급하기로 정하여진 고정급 임금으로 한다”고 하여 1임금지급기를 통상임금 판단의 기준 중 하나로 규정하고 있습니다.

위와 같은 판례 및 예규에 따라 기업들 중에는 분기별 실제 근무한 자를 상대로 한 정기상여금은 통상임금에 해당하지 않는 것으로 하여 시간 외 수당 및 연차휴가수당 등을 계산하는 기업이 많았습니다.

대상판결은 ‘상여금 지급은 분기별로 지급하며 매 분기 말까지 재직한 자로 하고, 퇴직자에 대하여는 월별로 계산 지급한다’는 단협상의 규정을 근거로 동 정기상여금이 통상임금에 해당한다고 볼 여지가 있다고 결론 내리고 있는 바, 동 판결이 기존의 대법원 입장을 변경한 것인지는 확실하지 않으나, 적어도 정기상여금을 통상임금에 포함시키지 않아왔던 기존 기업들의 관행은 어느 정도 수정이 불가피할 것으로 예상됩니다.

대법원은 지난 2011년도에 '평균임금' 산정과 관련하여 업무성과에 따라 정기적, 계속적으로 지급되는 인센티브(성과급)이 평균임금에 해당한다고 판시한 바 있는데, 동 판결은 통상임금에 관하여도 같은 취지의 결론을 내리고 있다는데 그 의의가 있다고 하겠습니다. 또한, 대상판결은 지난 호 뉴스레터에서 소개시켜 드린 '인천지법 2012. 2. 23 선고 2011가합6096 판결'(정기상여금이 통상임금에 해당한다)과 유사한 취지로 판단되며 향후 파기환송 받은 항소심의 판결의 결과에 주목할 필요가 있겠습니다.

4. 다운로드 : 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결

[노동] 임금지급에 갈음하여 이루어진 채권양도는 임금의 지급을 위한 것으로 효력을 가질 수 있다

1. 판결의 요지

- 사용자가 근로자의 임금 지급에 갈음하여 사용자가 제3자에 대하여 가지는 채권을 근로자에게 양도하기로 하는 약정은 전부 무효임이 원칙이다. 다만 당사자 쌍방이 위와 같은 무효를 알았더라면 임금의 지급에 갈음하는 것이 아니라 지급을 위하여 채권을 양도하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 무효행위 전환의 법리(민법 제138조)에 따라 그 채권양도 약정은 '임금의 지급을 위하여 한 것'으로서 효력을 가질 수 있다.

2. 사실관계

원고가 피고 회사를 퇴사하면서 임금 및 퇴직금의 지급에 갈음하여 피고 회사의 제3자에 대한 공사대금채권을 양수받았는데, 원고는 위 공사대금채권을 통해 일부 임금 및 퇴직금을 지급받았고, 나머지 임금 및 퇴직금에 관해 피고 회사를 상대로 그 지급을 청구한 사건입니다.

3. 판결의 의의

임금은 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 합니다(근로기준법 제43조 제1항). 따라서 임금 지급에 갈음하여 사용자가 근로자에게 채권을 양도한다고 하더라도 그러한 약정은 강행법규에 위반되어 무효가 되는 것입니다. 다만, 대상판결은 이러한 약정이라도 임금의 지급을 위하여 한 것으로서 효력을 가질 수 있다고 판시하였는바, 이에 따르면 채권양도 약정에 따라 근로자가 양도받은 채권으로 채권만족을 얻은 부분은 적법하게 됩니다. 즉, 사용자는 채권양도 약정이 무효임을 근거로 근로자를 상대로 근로자가 양도대상 채권으로 만족을 얻은 부분의 반환을 청구할 수 없습니다. 나아가 대상판결은 양도대상 채권으로 만족을 얻지 못한 부분에 대해 근로자는 회사를 상대로 추가로 청구를 할 수 있다고 결론 내리고 있습니다. 대상판결은 임금채권의 지급에 갈음한 채권양도의 효력에 관하여 이를 확실히 하였다는 점에서 의의가 있다고 할 것입니다.

4. 다운로드 : [대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다101308 판결](#)

[노동] 2010년 1월 1일 이후 단체교섭을 개시한 노조는 교섭 창구단일화 절차를 거쳐야 한다

1. 판결의 요지

- 노조법 부칙 제4조의 '이 법 시행일'은 2010년 1월 1일로 봄이 상당하다.

노조법 부칙 제4조(교섭 중인 노동조합에 관한 경과조치) 이 법 시행일 당시 단체 교섭 중인 노동조합은 이 법에 따른 교섭대표노동조합으로 본다.

- 채권자는 빨라야 2010년 3월부터 채무자와 단체교섭을 개시하였으므로 노조법 부칙 제4조의 적용을 받지 않고, 따라서 2011년 7월 1일 이후 채무자에 설립된 새로운 노동조합과 교섭창구 단일 절차를 거쳐 단체교섭을 요구해야 한다.

2. 사실관계

채권자인 전국금속노동조합은 채무자 회사의 근로자를 조직대상으로 하는 지회를 두고 있었습니다. 채권자 지회는 2010년 3월경부터 채무자를 상대로 단체교섭을 진행하였는데, 2010년 7월부터 채무자는 채권자의 단체교섭 요구에 응하지 않았고 이에 채권자가 채무자를 상대로 단체교섭응낙가처분을 신청한 사건입니다.

3. 판결의 의의

노조법 부칙 제4조는 "이 법 시행일 당시 단체교섭 중인 노동조합은 이 법에 따른 교섭대표노동조합으로 본다"고 규정하고 있는 바, 여기서 '이 법 시행일'이 개정 노조법의 시행일인 2010년 1월 1일인지 아니면 개정 노조법 부칙 제1조 단서에 따라 교섭창구 단일화 제도가 시행되는 2011년 7월 1일인지가 다투어진 사안입니다. 이에 대해 1심 서울중앙지방법원은 '이 법 시행일'을 2011년 7월 1일로 보았지만, 대상판결은 다음과 같은 이유로 '이 법 시행일'이 2010년 1월 1일을 의미한다고 판단하였습니다.

법률해석은 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하여야 한다.

‘이 법 시행일’을 2010년 1월 1일로 보게 될 경우 2010년 1월 1일 이후 단체교섭을 개시한 노동조합은 2011년 6월 30일까지 단체교섭권을 행사하였다가 2011년 7월 1일 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 교섭대표노동조합 등이 되어 단체교섭권을 행사할 수 있고, 2011년 7월 1일 이후 신설되는 노동조합도 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 단체교섭권을 행사할 수 있어 교섭창구 단일화 제도의 원칙적 모습이 실현될 수 있다.

‘이 법 시행일’을 2011년 7월 1일로 해석하는 경우 2011년 7월 1일부터 교섭대표노동조합으로 간주되는 효과를 얻기 위해 2011년 7월 1일이 임박할수록 기존 노동조합은 단체협상에 소극적이 되고, 노동조합이 존재하지 않는 기업의 경우 사용자에게 친밀한 노동조합을 설립하여 교섭창구 단일화 제도의 적용을 회피하기 위한 시도가 늘어나는 등의 문제점이 발생한다.

4. 다운로드 : [서울고등법원 2012. 5. 17. 선고 2011라1502 결정](#)

■ 최신 판례 ■

[조세] 분쟁 중인 토지가 수용된 경우 양도소득세는 언제 내야 하나

김희석 변호사

1. 판결의 취지

수용대상 토지에 대한 소유권 분쟁으로 수용보상금이 공탁된 경우 공탁금에 대한 권리는 소유권 분쟁에 대한 소송의 판결이 확정된 때에 비로소 그 실현 가능성에 있어 상당히 높은 정도로 성숙·확정되었다고 할 것이므로 양도소득이 귀속된 시기는 수용보상금의 공탁일이 아닌 소유권 분쟁의 판결 확정일이다.

2. 사실관계

A종중은 연안이씨 참의공 이OO을 중시조로 하는 종중이고, B종중은 원고의 하위 종중입니다. 한국토지공사는 A종중 소유의 이 사건 토지를 수용하고 수용보상금을 지급하려고 하였으나, B종중은 이 사건 토지가 자신의 소유라고 주장하면서 위 수용보상금에 대하여 채권 추심 및 처분금지 가처분 결정을 받았습니다.

이러한 경위로 한국토지공사는 2004년 12월 2일 수용보상금을 공탁하고, 같은 달 16일 이 사건 토지에 대한 소유권이전등기를 마쳤습니다. 그리고 A종중은 이 사건 토지의 소유권을 둘러싼 B종중과 계속된 분쟁 끝에 2010년 5월 13일 대법원 확정 판결로 수용보상금을 받을 수 있게 되었습니다.

그런데 과세관청은 이 사건 토지에 대한 A종중의 양도소득은 수용보상금이 공탁된 2004년 12월 4일 발생하였다고 보고, 2008년 11월 21일 A종중에 대하여 양도소득세 및 신고·납부불성실 가산세를 부과하는 처분을 하였습니다.

3. 판결의 의의

종중 소유의 토지가 수용될 경우에 수용된 토지의 소유권에 대하여 다툼이 있는 경우가 흔히 있습니다. 수용보상금은 생각보다 큰 반면에, 종중 소유의 토지는 대부분 명의신탁이 되어 있고 대중중과 소중중의 중첩적 구조로 인하여 소유관계가 분명하지 않은 경우가 많기 때문입니다. 이러한 경우에 사업시행자는 수용보상금을 공탁하고 토지의 소유권을 취득하나, 가처분 등 분쟁관계로 인하여 토지의 소유자는 수년간의 법정 다툼이 마무리된 이후에야 보상금을 수령할 수 있습니다.

한편, 소득세법 제98조는 자산의 양도시기에 대하여 대금을 청산한 날로 규정합니다. 즉 매매 대금의 잔금을 지급한 날에 양도가 있고, 이 날을 기준으로 양도인은 양도소득세를 신고·납부하여야 한다는 것이 소득세법의 입장입니다. 그런데 이와 같은 소득세법의 규정을 이 사건에 일률적으로 적용하면 심히 부당한 결과를 야기합니다. 이 사건에서 A종중은 토지의 소유권에 대한 다툼이 마무리된 2010년 5월에야 비로소 수용보상금(소득)을 받을 수 있었는데, 동 소득에 대한 세금은 수용보상금에 대한 공탁이 이루어진 2004년 12월 4일을 기준으로 납부해야 하기 때문입니다.

대법원은 이전부터 이 사건과 같이 소득의 법률상 귀속시기와 현실적 귀속시기의 차이로 말미암아 현저히 불합리한 결과가 발생할 경우에는 '소득의 성숙이론'을 적용하여 억울한 납세자를 구제하여 왔습니다. 소득이 발생하였다고 하기 위해서는 법률상 성립하는 것에 그치지 않고 그 실현의 가능성에 있어 상당히 높은 정도로 성숙·확정되어야 한다는 것입니다. 이번 판결은 양도소득에 대하여 가처분 등이 경로되어 납세자가 실제로 양도소득을 수령하지 못한 경우에도, 대법원이 소득의 성숙이론을 적용하여 실제로 소득의 수령이 가능한 때를 소득의 귀속시기로 인정한 점에 의의가 있다고 하겠습니다. 다만 소득의 성숙이론은 대법원이 소득의 귀속

시기에 대한 세법의 규정을 예외적으로 완화할 경우에 적용하는 이론이므로 일반적으로 적용되는 논리가 아니라는 점에 유의할 필요가 있습니다.

4. 다운로드 : [대법원 2012. 5. 9. 선고 2010두22597 판결](#)

■ 최신 판례 ■

[제약 · 바이오 · 의료] 전원 조치 전후의 의료과실이 경합하는 경우 손해배상책임

신민 변호사 | 서준희 변호사

1. 사실관계

의사 甲은 A를 수술하는 과정에서 적정량을 넘는 과다한 양의 마취제를 투여하였는데, 수술을 시작한 지 7분여 만에 A의 호흡이 정지되었음. A는 乙 병원의 응급실로 이송되었고, 乙 병원의 의료진은 전원 된 직후 별다른 의학적 근거 없이 수액을 과다하게 투여하였음. 이후 A는 호흡 곤란이 심해지다가 의식을 회복하지 못하고 저산소성 뇌손상으로 식물인간의 상태로 있다가 사망하였음.

2. 쟁점

- 가. 의료사고에 있어서 인과관계의 입증책임 완화
- 나. 전원 조치 전후의 의료진의 과실이 경합한 경우 전원 조치 전 의료진의 손해배상 범위

3. 판시사항

- 가. 판결요지

- (1) 의료소송에서 피해자 측이 의료상 과실 있는 행위를 증명하고 행위와 결과 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정할 수 있는지 여부(적극)
- (2) 의사 甲이 A를 수술하는 과정에서 A의 호흡이 정지되어 乙 병원으로 이송하였으나 A가 저산소성 뇌손상으로 사망한 사안에서, 甲의 마취제 과다 투여 등 과실과 A의 뇌손상 및 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 추정되고, 乙 병원 의료진의 과실도 A의 뇌손상 및 사망의 원인이 되었다라도 甲의 행위와 乙 병원 의료진의 행위는 공동불법행위 관계에 있다는 이유로, 甲에게 손해배상책임을 인정한 원심판단을 수긍한 사례

나. 판결이유

- (1) 의료행위상 주의의무 위반으로 인한 손해배상청구에서 피해자 측이 일련의 의료행위 과정에서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실 있는 행위를 증명하고 행위와 결과 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에는 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 증명책임을 완화하여야 한다.
- (2) 의사 甲이 A를 수술하는 과정에서 A의 호흡이 정지되어 乙 병원으로 이송하였으나 A가 저산소성 뇌손상으로 사망한 사안에서, 甲에게 마취수술 과정에서 마취제를 과다하게 투여하고 호흡관리를 제대로 하지 못하는 등의 과실이 있고, 마취수술 당시 A에게 뇌손상을 일으킬만한 다른 원인이 없었으므로, 특별한 사정이 없는 한 甲의 과실과 A의 뇌손상, 나아가 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 추정되고, 한편 乙 병원 의료진의 수액 과다투여 등 과실도 A의 뇌손상 및 사망의 원인이 되었고, A가 사망까지 이르게 된 데에는 乙 병원 의료진의 과실이 기여한 바가 훨씬 더 크다고 볼 여지가 있으나, A의 뇌손상으로 인한 사망이 오로지 乙 병원 의료진의 과실만으로 발생하였다고 볼 수는 없으므로, 甲의 행위와 乙 병원 의료진의 행위는 각기 독

립하여 불법행위의 요건을 갖추고 있으면서 객관적으로 관련되고 공동하여 위법하게 A에게 손해를 가한 것으로 공동불법행위 관계에 있다는 이유로, 甲에게 A의 사망 손해 전부에 대한 손해배상책임을 인정한 원심판단을 수긍한 사례.

4. 해설

- 가. 대법원은 종래부터 의료소송에 있어서 인과관계 입증책임을 위와 같이 완화하여 판단하였고, 이 판결 역시 그러한 입장을 재확인하였음.
- 나. 전원 조치 전후에 치료에 관여한 의사들의 과실이 경합하여 환자에게 손해가 발생한 경우 전원 조치 후의 의료과실로 인하여 전원 조치 전의 의료과실과 환자의 손해 사이에 인과관계가 단절되는지 문제되는데, 대법원은 본 사안의 경우 손해(뇌손상)가 전원 조치 후 의료진의 과실만으로 발생하였다고 보기 어렵다는 이유로 전원 조치 전후의 의료진들이 공동불법행위자 관계에 있다고 보아 전원 조치 전의 의료진에게 환자의 손해 전부에 대하여 손해배상책임을 인정하였다는 점에 의의가 있음.

5. 다운로드 : [대법원 2012. 2. 17. 선고 2009다82275, 82282 판결](#)

■ 최신 판례 ■

[가사] 이혼시 양육권자는 모(母)로, 친권자는 부(父)로 정하는 것이 가능한지

최승수 변호사 | 마상미 변호사

1. 사안의 쟁점

이혼 청구를 할 때에는 일반적으로 친권 및 양육자 지정청구를 함께 하는데, 본 사안에서는 법원에서 양육자는 부모 중 일방으로 정하고, 친권자는 부모 공동 또는 양육자가 아닌 자로 다르게 정할 수 있는지 문제되었습니다.

2. 판시내용

- (1) 자의 양육을 포함한 친권은 부모의 권리이자 의무로서 미성년인 자의 복지에 직접적인 영향을 미친다. 그러므로 부모가 이혼하는 경우에 부모 중에서 미성년인 자의 친권을 가지는 사람 및 양육자를 정함에 있어서는, 미성년인 자의 성별과 연령, 그에 대한 부모의 애정과 양육의사의 유무는 물론, 양육에 필요한 경제적 능력의 유무, 부 또는 모와 미성년인 자 사이의 친밀도, 미성년인 자의 의사 등의 모든 요소를 종합적으로 고려하여 미성년인 자의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 판단하여야 한다.
- (2) 민법 제837조¹, 제909조 제4항², 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나목의 3) 및 5)³ 등이 부부의 이혼 후 그 자의 친권자와 그 양육에 관한 사항을 각기 다른 조항에서 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이혼 후 부모와 자녀의 관계에 있어서 친권과 양육권이 항상 같은 사

람에게 돌아가야 하는 것은 아니며, 이혼 후 자에 대한 양육권이 부모 중 어느 일방에, 친권이 다른 일방에 또는 부모에 공동으로 귀속되는 것으로 정하는 것은, 비록 신중한 판단이 필요하다고 하더라도, 일정한 기준을 충족하는 한 허용된다고 할 것이다.

3. 해설

이혼 사건에서 자녀에 대한 친권자 및 양육권자를 결정할 때에 보통 부모 중 일방에게 친권 및 양육권이 함께 귀속되는 것으로 정하는 경우가 대부분입니다. 그런데 **최근에는 부모 모두를 공동 친권자로, 양육권은 부모 중 일방으로 정하는 경우도 종종 있습니다.** 본 판결은 이와 같이 정하는 것은 비록 신중한 판단이 필요하다고 하더라도, 허용될 수 있음을 밝히고 있습니다.

친권은 그 내용상 자녀를 보호, 양육할 권리의무와 자녀의 법률행위대리를 비롯한 재산관리를 할 권리의무의 두 가지로 대별할 수 있고, 이들은 일체로서 부모가 공동으로 행사하는 것이 원칙입니다. 그러나 이혼 등의 경우에는 위 두가지 권리의무를 분리하여 그 귀속이나 내용을 달리 정하는 것이 오히려 자녀의 복리나 이익 및 부모 양쪽의 애정의 만족, 원만한 친족관계의 유지를 위하여 바람직할 수도 있습니다.

일반적으로 친권이라고 할 때에는 양육권과 재산관리권을 포괄하는 개념이지만, 친권자와 양육권자가 분리될 때 친권자는 양육권에 관한 권한 행사를 할 수 없습니다. 예를 들어 아버지를 친권자로, 어머니를 양육자로 지정한 경우, 양육자로 지정된 어머니는 자녀의 양육·교육에 필요한 거소지정, 부당하게 자녀를 억류하는 사람에 대한 인도청구, 방해배제청구 등의 권한이 있으므로, 친권의 내용 중 이와 배치되는 권한은 제한되며, 친권자가 임의로 이를 변경할 수 없습니다. 그러나 양육 이외의 친권의 내용은 아버지가 행사하므로, 자녀에 대한 법정대리권이나 자녀의 법률행위에 대한 동의권은 친권자인 아버지만 가지게 됩니다.

4. 다운로드 : 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011므4719 판결

1 민법 제837조 (이혼과 자의 양육책임)

- ① 당사자는 그 자의 양육에 관한 사항을 협의에 의하여 정한다.
- ② 제1항의 협의는 다음의 사항을 포함하여야 한다.
 1. 양육자의 결정
 2. 양육비용의 부담
 3. 면접교섭권의 행사 여부 및 그 방법
- ③ 제1항에 따른 협의가 자(子)의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 그 자(子)의 의사(意思)·연령과 부모의 재산상황, 그 밖의 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정한다.
- ④ 양육에 관한 사항의 협의가 이루어지지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 이에 관하여 결정한다. 이 경우 가정법원은 제3항의 사정을 참작하여야 한다.
- ⑤ 가정법원은 자(子)의 복리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 부·모·자(子) 및 검사의 청구 또는 직권으로 자(子)의 양육에 관한 사항을 변경하거나 다른 적당한 처분을 할 수 있다
- ⑥ 제3항부터 제5항까지의 규정은 양육에 관한 사항 외에는 부모의 권리의무에 변경을 가져오지 아니한다.

2 민법 제909조 (친권자)

- ① 부모는 미성년자인 자의 친권자가 된다. 양자의 경우에는 양부모(양부모)가 친권자가 된다.
- ② 친권은 부모가 혼인중인 때에는 부모가 공동으로 이를 행사한다. 그러나 부모의 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다.
- ③ 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 이를 행사한다.
- ④ 혼인외의 자가 인지된 경우와 부모가 이혼하는 경우에는 부모의 협의로 친권자를 정하여야 하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 친권자를 지정하여야 한다. 다만, 부모의 협의가 자(子)의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 친권자를 정한다.
- ⑤ 가정법원은 혼인의 취소, 재판상 이혼 또는 인지청구의 소의 경우에는 직권으로 친권자를 정한다.
- ⑥ 가정법원은 자의 복리를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 자의 4촌 이내의 친족의 청구에 의하여 정하여진 친권자를 다른 일방으로 변경할 수 있다.

3 가사소송법 제2조 (가정법원의 관장 사항)

- ① 다음 각 호의 사항(이하 '가사사건'이라 한다)에 대한 심리와 재판은 가정법원의 전속관할로 한다.
 2. 가사비송사건
 - 나. 마류 사건
 - 3) 「민법」 제837조 및 제837조의2 (같은 법 제843조에 따라 위 각 조항이 준용되는 경우 및 혼인의 취소 또는 인지를 원인으로 하는 경우를 포함한다)에 따른 자녀의 양육에 관한 처분과 그 변경, 면접교섭권(면접교섭권)의 제한 또는 배제
 - 5) 「민법」 제909조제4항 및 제6항(혼인의 취소를 원인으로 하는 경우를 포함한다)에 따른 친권자의 지정과 변경

■ 최신 판례 ■

[형사] 변호인 법률의견서의 증거능력

금태섭 변호사 | 장품 변호사

1. 사실관계

압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건을 진술증거로 사용하는 경우 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용됩니다. 따라서 형사소송법에 따라 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있습니다(대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결, 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257판결 등 참조).

이 사건에서 피고인 회사는 법무법인 소속 변호사로부터 법률의견서를 받았고, 이 법률의견서가 피고인 회사의 피의사실에 관한 증거로 제출되었습니다. 그런데 검찰이 이 법률의견서를 취득한 경위가 문제되었습니다.

이 법률의견서는 변호사가 작성하고 전자우편으로 피고인 회사 측에 전송한 전자문서를 검사 가 컴퓨터와 디지털 저장매체의 압수를 통하여 취득한 다음 이를 출력하여 증거로 신청한 서류입니다. 피고인 회사는 증거사용에 동의하지 않았고, 변호사는 원심 공판기일에 출석하여 타인의 비밀에 관하여 변호사로서 알게 된 사실임을 소명하고 증언을 거부하였습니다.

이 법률의견서가 형사소송법 제313조 제1항에 규정된 '피고인 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류'에 해당한다면, 전문증거법칙에 따라 공판준비기일이나 공판기일에서 작성자 또는 진술자가 그 성립의 진정함을 증명해야 합니다.

2. 판시사항

대법원은 전원합의체 판결로 이 법률의견서가 “압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건으로서 그 실질에 있어서 형사소송법 제313조 제1항에 규정된 ‘피고인 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류’에 해당한다”고 하였습니다. 따라서 공판준비 또는 공판기일에서 작성자 또는 진술자인 변호사의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되지 아니하였으므로 증거능력을 인정하지 않았습니다.

이에 대하여 소수의견은 이 법률의견서를 형사소송법 제313조 제1항에서 정한 전문증거에 해당한다지 않는다고 판단하였습니다. 전문증거는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술서(형사소송법 제310조의2), 원진술의 내용이 된 사실 자체의 존부가 요증사실을 이루는 증거를 의미합니다. 그런데 법률의견서는 요증사실을 체험한 내용과 관계없이 단지 자기의 의견을 표명하는 것에 불과하므로, 전문증거법칙에 의하여 그 증거능력을 제한할 수 없다는 것이었습니다. 설령 이 법률의견서가 형사소송법 제313조 제1항의 전문증거에 해당한다고 보더라도, 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에는 그 서류의 작성자 또는 원진술자가 법정에 출석하여 증언거부권을 행사한 경우도 포함된다고 하여, 여전히 증거능력이 인정될 수 있다고 보았습니다.

3. 판결의 의미

변호인의 법률의견서는 사실관계를 바탕으로 법적 의견을 개진한 서류라는 점에서 타인의 진술을 기재한 전문증거로 볼 수도 있고, 의견을 표명한 서류 정도로 이해할 수도 있습니다. 대법원은 법률의견서의 성격을 전문증거로 이해하여, 전문증거가 인정될 수 있는 예외를 엄격하게 해석해야 한다고 보았습니다. 공판중심주의와 직접심리주의 이념에 충실한 판결로 이해되며, 진술에 관한 증거가 제출될 경우 전문법칙을 엄격히 따져볼 필요가 있겠습니다.

4. 다운로드 : 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 판결

■ 단신 ■

양영태 대표변호사, '리얼 미얀마' 특강에서 미얀마 투자 관련 법제를 주제로 강연



(법무법인 지평지성 양영태 대표변호사)

지평지성 양영태 대표변호사는 지난 5월 29일 매일경제신문과 중소기업중앙회의 주최로 중소기업중앙회에서 열린 '리얼 미얀마' 특강에서 미얀마 투자 관련 법제를 주제로 강연을 진행하였습니다.

[관련기사]

- '리얼 미얀마' 에 쏠린 기업들 눈·눈·눈 - 매일경제(2012. 5. 29.)

■ 단신 ■

김성수 변호사, 2012년 대한신경정신의학회 전공의 심포지엄에서 강의



(법무법인 지평지성 김성수 변호사)

지평지성 김성수 변호사는 지난 6월 21일 경주 힐튼호텔에서 개최된 대한신경정신의학회 4년차 전공의 심포지엄에 참석하여, "정신과 관련 의료사고 및 소송의 개관"이라는 주제로 강의를 진행하였습니다..

김성수 변호사, 대한금연학회 2012년 춘계학술대회에서 "담배판매의 자유와 규제에 관한 국제규범 : FTA와 FCTC"라는 주제로 발표

지평지성 김성수 변호사는 지난 6월 16일 서울성모병원 대강당에서 개최된 대한금연학회 2012년 춘계학술대회에서 "담배판매의 자유와 규제에 관한 국제규범 : FTA와 FCTC"라는 주제로 발표를 하였습니다.

김성수 변호사, 금연의 날 행사에서 금연유공자 표창

지평지성 김성수 변호사는 지난 5월 31일 보건복지부와 세계보건기구가 공동주최한 금연의 날 행사에서 보건복지부장관으로부터 금연유공자 표창을 받았습니다.

김성수 변호사는 2010년부터 한국금연운동협의회(대표 서홍관) 이사 겸 법사위원장으로 선임되어 금연운동과 관련된 입법 및 사법 활동에 적극 참여한 공로로 이번 표창을 받게 되었습니다.

김성수 변호사, 한국의료분쟁조정중재원의 비상임 감정위원으로 위촉

지평지성 김성수 변호사는 지난 4월 20일 한국의료분쟁조정중재원의 비상임 감정위원으로 위촉되었습니다.

한국의료분쟁조정중재원(원장 추호경)은 조정과 중재를 통한 의료분쟁의 신속하고 공정한 해결을 목적으로 제정된 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」에 따라 지난 4월 8일에 개원하였습니다.

감정위원은 의사, 법률가 등으로 구성되며 의료과실의 유무 및 인과관계 판정에 대한 전문가 의견을 제공합니다.

■ 단신 ■

이근동 변호사, 행정안전부 공무원노사관계 컨설팅위원으로 위촉



(법무법인 지평지성 이근동 변호사)

지평지성 이근동 변호사는 지난 4월 20일 행정안전부 공무원노사관계 컨설팅 위원으로 위촉되었습니다.

공무원노사관계 컨설팅위원은 노사분야에 정통한 교수, 연구원, 변호사와 현장 경험이 풍부한 민간전문가, 각급 행정기관 소속 공인노무사 등으로 구성되며, 각급 행정기관이 당면하고 있는 전반적인 노사문제에 대한 진단과 해결, 선진 노사문화 구축을 위한 상생·협력 방안 등 실질적 문제 해결을 위한 컨설팅을 제공합니다.

■ 단신 ■

박용대 변호사, 서울대 금융법무과정에서 '주주의 의결권과 신주 발행무효의 소'라는 주제로 강의



(법무법인 지평지성 박용대 변호사)

지평지성 박용대 변호사는 지난 5월 17일 서울대학교 법과대학원 금융법무과정 (5기, '회사소송의 이론과 실무')에서 '주주의 의결권과 신주발행무효의 소'라는 주제로 강의를 진행하였습니다.

■ 단신 ■

배성진 변호사, '연소피해에 대한 법률상 손해배상책임' 세미나에 발제자로 참석



(법무법인 지평지성 배성진 변호사)

지평지성 배성진 변호사는 2012년 6월 15일 삼성화재에서 개최된 '연소피해에 대한 법률상 손해배상책임' 세미나에 참석하여 '공작물책임과 실화책임'을 주제로 발표를 하였습니다.

위 세미나에는 삼성화재 송무팀, 손사파트 담당자들 및 20여명의 외부 변호사들이 참석하였습니다.

■ 단신 ■

김도요 변호사, Bonn Climate Change Conference에 정부대표단 일원으로 참석



(법무법인 지평지성 김도요 변호사)

지평지성 김도요 변호사는 2012년 5월 17일부터 5월 23일까지 열린 Bonn Climate Change Conference에 정부대표단 일원으로 참석하였습니다.

[관련기사]

- [Bonn Climate Change Conference - May 2012](#)

■ 단신 ■

이광선 변호사, 경영자총연합회에서 '근로계약 기본이론 및 쟁점 사항 연구'라는 주제로 강의

(법무법인 지평지성 이광선 변호사)



지평지성 이광선 변호사는 지난 4월 24일 경영자총연합회에서 주최한 노동법 관련 교육 프로그램에서 기업의 인사·노무·총무 및 관계부서 담당자들을 대상으로 '근로계약 기본이론 및 쟁점사항 연구'라는 주제로 강의를 진행하였습니다.

■ 단신 ■

김희석 변호사, 국세청 소송수행자를 대상으로 최근 주요 판결에 대하여 강의



(법무법인 지평지성 김희석 변호사)

지평지성 김희석 변호사는 지난 5월 9일부터 10일까지 수원 국세공무원교육원에서 국세청 소송수행자를 대상으로 최근 주요 판결에 대한 강의를 진행하였습니다.

■ 단신 ■

박성철 변호사, '리트윗의 자유를 허하라(선거법은 어떻게 우리를 범죄자로 만들었나)' 공동 발간



(법무법인 지평지성 박성철 변호사)

지평지성 박성철 변호사가 공직선거법의 내용과 구조를 소개하면서 현재 논란이 되고 있는 쟁점을 분석하고 앞으로 극복해야 할 과제를 밝힌 '리트윗의 자유를 허하라(선거법은 어떻게 우리를 범죄자로 만들었나)'를 공동 발간하였습니다.

[관련기사]

- 선거법은 '재갈'법이 아니다 - 한겨레(2012. 4. 6.)
- 리트윗의 자유를 허하라 - 대한변협신문(2012. 5. 7.)

■ 단신 ■

배지영 변호사, 한국 이슬람 법학회 초대 회장으로 선임



(법무법인 지평지성 배지영 변호사)

지평지성 배지영 변호사는 한국 이슬람 법학회의 초대 회장으로 선임되었습니다.

한국 이슬람 법학회는 지난 6월 2일 서울 밀레니엄힐튼호텔에서 주한 쿠웨이트 및 아랍에미리트 대사, 현직 판검사, 외교통상부 실무진 등이 참석한 가운데 창립식을 갖고 발족하였습니다.

한국 이슬람 법학회는 이슬람 국가의 실정법을 연구하고 중동에 진출한 한국 기업 관련 법률 문제를 연구하며, 재한국 이슬람 국가 국민을 위한 법률 지원 등의 업무를 진행할 예정입니다.

[관련기사]

- 한국이슬람법학회 2일 출범 - 머니투데이(2012. 5. 31.)