

NEWSLETTER

[Insolvency & Corporate Restructuring] - 이영구 변호사 | 이병주 변호사 | 최효종 변호사

기업개선작업에서 상계계약의 방식에 의하여 출자전환이 이루어졌을 경우 채무소멸의 범위 (대법원 2010. 9. 16. 선고 2008다97218 전원합의체 판결)

기업개선작업에서 상계계약의 방식에 의하여 출자전환이 이루어졌을 경우 채무소멸의 범위(대법원 2010. 9. 16. 선고 2008다97218 전원합의체 판결)

1. 들어가며

재정적 파탄에 빠진 기업들이 이용할 수 있는 구 기업구조조정 촉진법(2010. 12. 31. 유효기간 만료로 효력상실) 상의 기업개선 작업절차(이른바 “워크아웃(work-out)절차”) 또는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 “통합도산법”) 상의 회생절차가 개시된 회사의 채권재조정안/회생계획안에서는, 채권자들의 기존채권을 채무자회사 발행의 신주로 전환하는 출자전환(debt-equity swap)의 방식이 널리 사용되고 있습니다. 이는 채권자

의 입장에서는 채권면제를 당하는 것보다는 언젠가는 금전으로 환가할 수 있는 주식을 받는 것이 유리한 점, 채무자의 입장에서는 채무면제를 위한 자금의 현실적 유출이 없고 채무면제이익이 즉시 익금산입되지 않고 법인세 부담이 이연될 수 있다는 점 및 대차대조표상 부채계정의 항목을 자본금 계정으로 이동시킴으로서 재무구조를 개선하는 효과를 기대할 수 있는 점 등에서 양자 모두에게 이익이 될 수 있다는 측면에 근거합니다.

이와 같은 출자전환은 통상 채무자회사의 채권재조정안/회생 계획안 상 ‘신주 1주당 채권액 일정액(예를 들면 5,000원)이 소멸한다’는 취지의 규정에 따라 이루어집니다. 그런데, 이에 따라 채권자와 채무자 상호간에는 소멸되는 채권의 범위가 명백히 정해질 수 있으나, 채무자와 함께 공동의 채무를 부담하는

Contents

법률 정보 01

[Insolvency & Corporate Restructuring]

기업개선작업에서 상계계약의 방식에 의하여 출자전환이 이루어졌을 경우 채무소멸의 범위 01

법률 개정 및 판례 뉴스 04

[Environment, Climate Changes]

온실가스 배출권 거래제도에 관한 법률(안) 입법예고 04

[Pharmaceutical, Medical and Health Care]

제약산업에 있어서의 최저재판매가격유지행위의 위법성 판단 및 부당고객 유인행위의 과징금산정기준 06

[Insurance]

2011. 1. 24 시행보험업법 시행령 개정안 주요 내용 09

[Antitrust]

소위 ‘물량 몰아주기’에 관한 공정거래위원회의 심사기준 개정 10

[Constitution]

“미네르바”법 위헌 결정과 기업법무에서의 시사점 11

[Litigation Cases]

민사판례 12

형사판례 14

주요업무사례 16

다단계판매 관련 시정조치등 취소청구소송 승소 16

무분별한 조상 땅 찾기 운동에 제동 걸리다 17

현물출자 방식 신주발행에 대해 무효판결 17

하루아침에 빈털터리가 된 예금주, 구제받다 18

리먼브라더스 펀드 투자자 집단소송 승소 19

SHIN & KIM 소식 19

자(예를 들면 보증인, 연대채무자, 불가분채무자등)는 직접적으로는 채권재조정안/회생계획안의 효력과 무관함에도 불구하고 이들에 대하여도 역시 해석론적으로 채무가 함께 소멸된다고 볼 수 있는지, 소멸된다고 볼 수 있다면 그 범위는 어느 정도나 되는지의 여부가 치열히 문제되어 왔습니다. 이에 대하여 회생절차에서는 대법원의 확고한 견해가 존재하나(후술합니다), 워크아웃 절차에 대하여는 그동안 명백한 판결이 없다가, 이 사건에서 대법원이 전원합의체 판결로 이 경우의 공동채무자 채무소멸범위를 최종확정하였습니다. 이하에서는 이에 대하여 사실관계 및 쟁점정리 및 법원의 판단내용에 대하여 검토하도록 하겠습니다.

2. 사실관계의 정리요약

- (1) 1995년-1997년 : A회사의 대표이사인 피고의 지시에 따른 A회사의 분식결산, 피고의 부외자금 조성 등 위법행위 발생
- (2) 1996년-1997년 : 원고의 A회사에 대한 CP매입 등 채권발생 원인행위
- (3) 1998. 11. 12 : A회사의 유동성 위기에 따른 워크아웃 절차개시
- (4) 1999. 3. 29. 기업개선작업약정에 따른 출자전환 시행

즉, 출자전환 당시 피고(손해배상의무자)와 A회사는, 원고에 대하여 불법행위 및 채무불이행을 원인으로 한 금전지급 의무를 부담하고 있었고, 위 의무는 법률적으로 '부진정연대관계'에 있었습니다. 한편 A회사는 기업개선작업약정에 따라 채권자인 원고에게 주당 5,000원의 가격에 출자전환을 시행하여 원고에 대한 채무를 면하였습니다.

3. 주요쟁점

- (1) 기업개선작업약정에 따른 출자전환을 상계합의로 볼 수 있는지의 여부
- (2) 상계의 효력이 다른 부진정연대채무자에게도 미치는 지(이른바 절대적효력)의 여부
- (3) 절대적 효력이 미칠 경우 그 효력의 범위

4. 대법원의 판단(전원합의체 다수의견)

(1) 당사자 쌍방이 가지고 있는 같은 종류의 급부를 목적으로 하는 채권을 서로 대등액에서 소멸시키기로 하는 상계계약이 이루어진 경우, 상계계약의 효과로서 각 채권은 당사자들이 그 계약에서 정한 금액만큼 소멸한다. 이러한 법리는 기업개선작업절차에서 채무자인 기업과 채권자인 금융기관 사이에 채무자가 채권자에게 주식을 발행하여 주고 채권자의 신주인수대금 채무와 채무자의 기존 채무를 같은 금액만큼 소멸시키기로 하는 내용의 상계계약 방식에 의하여 이른바 출자전환을 하는 경우에도 마찬가지로 적용되며, 이와 달리 주식의 시가를 평가하여 그 시가 평가액만큼만 기존의 채무가 변제되고 나머지 금액은 면제된 것으로 볼 것은 아니다.

(2) 부진정연대채무자 중 1인이 자신의 채권자에 대한 반대채권으로 상계를 한 경우에도 채권은 변제, 대물변제, 또는 공탁이 행하여진 경우와 동일하게 현실적으로 만족을 얻어 그 목적을 달성하는 것이므로, 그 상계로 인한 채무소멸의 효력은 소멸한 채무 전액에 관하여 다른 부진정연대채무자에 대하여도 미친다고 보아야 한다. 이는 부진정연대채무자 중 1인이 채권자와 상계계약을 체결한 경우에도 마찬가지이다. 나아가 이러한 법리는 채권자가 상계 내지 상계계약이 이루어질 당시 다른 부진정연대채무자의 존재를 알았는지 여부에 의하여 좌우되지 아니한다.

5. 해설

(1) 기업개선작업약정에 따른 출자전환을 상계합의로 볼 수 있는지의 여부

통상 출자전환은 이를 대물변제로 보는 견해(서울고등법원 2002. 1. 18. 선고 2001나43039판결), 현물출자로 보는 견해, 상계계약으로 보는 견해 등이 혼재되어 있으며, 이에 대하여 그 간 대법원의 명시적인 판단은 내려지지 않았습니다. 이 사건에서 대법원은 A회사가 채권자인 원고에게 출자전환 주식을 발행하면서 작성한 주식청약확인서, 출자전환확인서에 '상계', '상계합의'라고 기재되어 있음을 근거로 이 사건 출자전환의 법적성격을 당사자간의 상계합의라고 인정하였으나, 위 대법원 판결이 이를 넘어 일반적인 출자전환 자체의 법적성격을 상계합의로 인정한 것인지의 여부는 다소 불분명합니다.

한편 이 사건에서 신영철 대법관은 이 사건 출자전환의 법적 성격을 상계합의로 보는 데에 반대하면서, 상계합의로 보는 한 후술하듯이 채권자에게 불측의 손해를 주게 되므로, 당사자들의 출자전환 당시 의사를 합리적으로 해석하면 위 출자전환의 법적성격은 상계합의가 아닌, 출자전환주식의 시가상당액 대물변제 및 나머지 잔액의 채무면제로 보아야 한다는 의견을 제시하였습니다(이에 대한 법률적 의미는 후술합니다).

(2) 상계의 효력이 다른 부진정연대채무자에게도 미치는 지(이른바 절대적효력)의 여부

종래 대법원은 부진정연대채무자 상호간에 있어서 변제 등 채권의 목적을 달성시키는 사유는 공동채무자 전원에 대하여 절대적 효력을 인정하였으나, 상계의 경우에는 절대적 효력을 인정하지 아니하였습니다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2005다75002 판결 등). 학설 중에는 이에 찬동하는 견해도 있었으나, 대체적인 견해는 상계역시 채권의 종국적 만족을 가져오기 때문에 채권자의 부당한 이중이득을 피할 필요가 있다는 점에서 상계의 절대적 효력을 인정하여야 한다는 것이었습니다.

그런데 대법원은 이 사건에서 종래의 견해를 변경하여 부진정연대채무자 상호간에 있어서 상계의 절대적 효력을 인정하였습니다. 다만, 이에 대하여는 공동불법행위자의 경우 1인에 의한 상계로 인한 채권전부소멸이 가능하게 되기 때문에 채권자(피해자)의 보호가 미약하여진다는 이유로 판례변경에 반대하는 이흥훈, 전수안 대법관의 반대의견이 있었습니다.

(3) 절대적 효력이 미친다고 본다면 그 범위

통상 work-out 회사나 회생회사의 경우, 회사의 재정적 상황상 발행되는 주식의 거래시가는 발행가(통상 5,000원)에 현저히 미달하는 것이 일반적인 현실입니다. 이와 같은 상황에서 채권자와 출자전환 주채무자 양자간에 있어서는 채무재조정안/회생계획안에 정한 대로 주당 발행가 상당액의 채무액이 소멸되는 것이 명백하겠지만, 직접 출자전환주식을 발행하지 않고 채무재조정안/회생계획안에 채무소멸범위를 정하지도 않은 채무자의 보증인이나 부진정연대채무자와 같은 공동채무자의 경우, 위 주채무자의 출자전환으로 인하여 채권자에 대하여 어느 정도의 채무액이 소멸된다고 보아야 할지가 문제됩니다(

발행가만큼 채권액이 소멸된다고 보면(발행가 전액소멸설) 공동채무자에게 이득이 되고, 전혀 소멸하지 않는다고 보면(불소멸설) 공동채무자에게 불리한 해석이 될 것입니다).

종래 회생절차에서는 일찍부터 이와 같은 문제가 논의되었는데(특히 이는 회생계획은 보증인 등 공동채무자의 권리에 대하여 영향을 미치지 않는다고 규정한 통합도산법 제250조 제2항의 해석과 함께 문제가 되었습니다), 대법원은 채권자와 공동채무자들 간의 이익형량을 적절히 고려하여 발행가 전액소멸설과 불소멸설의 절충안으로, 회생계획에서 정한 출자전환주식 효력발생일의 시가에 상당하는 채권만이 변제된 것으로 보아야 한다고 하는 이른바 시가소멸설을 확고하게 채택하였습니다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2001다64073판결 등).

다만, work-out절차에서는 그간 이 점에 관한 명백한 판단이 없다가, 이 사건에서 비로소 본격적인 논의가 되었습니다. 채권자인 원고는 이 사건에서 work-out절차에서의 출자전환의 법적 성격을 상계합의로 본다고 하더라도 공동채무자에 대하여는 위 회생절차에서의 결론을 준용하여 출자전환주식의 시가상당액만이 채권소멸된다고 보아야 한다고 주장하였고(따라서 발행가에서 시가상당액을 공제한 나머지 채권액을 공동채무자인 피고에게 청구할 수 있음), 신영철 대법관 역시 그와 같은 취지의 의견을 제시하였습니다(다만, 그 법리추론과정은 출자전환의 법적성격을 상계합의가 아닌, 시가상당액의 대물변제 및 잔액채권면제로 구성하였음은 전술하였습니다. 변제의 절대적효력 및 면제의 상대적 효력을 감안한 의견입니다).

그러나 대법원의 다수의견은, 상계의 절대적 효력을 인정할 경우 그 범위제한에 대한 근거규정이 없고, 기업구조조정촉진법에는 회생절차와 같이 회생계획안의 효력을 보증인에게 미치지 않게 한다는 특별규정도 없으므로 위와 같은 원고의 주장을 받아들일 수 없고 출자전환의 법적성격을 상계합의로 인정하는 이상 이 사건에서 A회사의 출자전환으로 인해 그 주당발행가에 상응하는 채권잔액의 변제효과 부진정연대채무자인 피고에도 전액 미친다고 판시하였습니다. 따라서 채권자인 원고는 손해액에 대하여 A회사의 출자전환 주식 수령 이외에 A회사의 대표이사 개인인 피고에 대한 별도의 청구는 할 수 없게 되었습니다.

[Environment, Climate Changes]

- 김현아 변호사 | 정수용 변호사 | 류재욱 변호사

온실가스 배출권 거래제도에 관한 법률(안) 입법예고

우리나라의 온실가스 감축 목표 달성과 관련하여 시장기능을 활용한 효율성을 도모하기 위하여 그 도입이 논의되어 왔던 배출권 거래제도(이하 “배출권 거래제”)와 관련하여 국무총리실이 2010년 11월 17일 온실가스 배출권 거래제도에 관한 법률안(이하 “배출권 거래제 법안”)을 입법예고하였습니다. 배출권 거래제 법안에 대해서는 2010년 12월 7일까지 각계의 의견을 수렴할 예정입니다. 예정대로 배출권 거래제가 도입되는 경우 업계에 미치는 파장이 클 것으로 예상됩니다.

현재 예고된 배출권 거래제 법안에 의할 때, 정부는 과거 온실가스 배출량이 일정량을 초과하는 업체를 배출권 할당대상업체로 지정하고, 지정된 할당대상업체는 정부의 할당계획에 따라 배출권 할당량을 할당받게 되는데, 할당대상업체의 실제 온실가스 배출량이 배출권 할당량을 초과하는 경우 초과 배출량에 비례하는 과징금을 부과받게 됩니다. 단, 배출권 할당대상업체는 배출권 거래제 시장을 통해 배출권을 구입할 수 있고, 실제 온실가스 배출량이 배출권 할당량 미만인 경우에는 여분의 배출권을 판매할 수 있습니다.

1. 입법 경과 및 목표관리제와의 관계

1997년 12월 일본 교토에서 개최된 제3차 유엔기후변화협약(UNFCCC) 당사국총회(COP)에서 선진국의 온실가스 감축목표가 규정된 교토의정서(Kyoto Protocol)가 채택되었습니다. 교토의정서는 온실가스 의무감축국이 온실가스 감축목표를 달성함에 있어 소위 교토메커니즘이라고 불리는 신축성 체계, 즉 배출권거래제, 청정개발체계(CDM) 및 공동이행제도(JI)를 활용하도록 하는 것을 그 핵심으로 하는데, 특히 배출권 거래제로 인하여 온실가스 의무감축국인 EU를 중심으로 탄소시장(carbon market)의 발전을 가져왔습니다.

우리나라는 1993년에 기후변화협약에 가입하였으나 교토의정서 상 온실가스 의무감축국에서 제외되었습니다. 2007년 인도

네시아에서 개최된 제13차 유엔기후변화협약 당사국 총회에서 채택된 발리로드맵(Bali Roadmap)에 따라 2009년 12월 코펜하겐에서 개최된 제15차 유엔기후변화협약 당사국 총회에서 교토의정서 후의 새로운 온실가스 감축체계(소위 포스트 교토체계)를 도출할 예정이었으나 법적 구속력이 없는 코펜하겐 협정(Copenhagen Accord)를 채택하는(take note of) 데 그쳤습니다. 이후에도 포스트 교토체계에 관한 국제적 논의가 지속적으로 이루어지고 있으며, 향후 우리나라 역시 온실가스 의무감축국에 포함될 가능성이 높습니다.

우리나라는 2009년 11월 17일 열린 국무회의에서 2020년까지 국가 온실가스 중기 감축목표를 2005년 대비 4% 수준으로 확정하고, 2010년 1월 13일 온실가스 감축 등 녹색성장을 위한 기본법이자 종합법인 저탄소 녹색성장 기본법(이하 “기본법”)이 공포되어 시행 중입니다. 기본법에 의하면, 우리나라의 온실가스 감축목표 달성을 위하여서는 기본적으로 온실가스·에너지 목표관리제(이하 “목표관리제”)를 실시하되, 총량제한 배출권 거래제 역시 선택적으로 도입할 수 있도록 하고 있습니다. 목표관리제는 에너지목표관리업체(이하 “관리업체”) 별로 온실가스·에너지 감축목표를 설정하고 목표 달성 여부를 평가하여 위반 시에 개선 명령을 부과하고, 개선명령을 위반하는 경우 과태료를 부과하는 제도입니다. 목표관리제는 전통적인 명령통제방식(command and control)의 규제로서, 시장기능을 활용하는 배출권 거래가 동시에 시행되는 경우, 두 제도간의 관계 정립이 문제되었습니다. 현재 배출권 거래제 법안에 의하면 배출권 할당대상업체는 목표관리제 하의 관리업체 중 일부 업체로 규정하고 있으며 배출권 거래제의 적용을 받는 배출권 할당대상업체에 대해서는 목표관리제가 적용되지 않을 것으로 보입니다. 녹색성장위원회의 자료에 의하면, 에너지목표관리업체 중 약 70% 정도가 배출권 거래제의 적용을 받게 될 것으로 예상됩니다. 또한, 부칙 제3조에서는 목표관리제 하에서 목표를 받은 자에 대해서는 배출권을 할당받은 것으로 간주하도록 하는 경과규정을 두고 있어서, 배출권 할당대상업체는 목표관리제 하에서 이미 설정받은 목표를 할당량으로 인정받게 될 것으로 예상됩니다. 다만, 두 제도 사이의 관계 정립과 관련하여서는 좀 더 구체적인 규정이 필요한 상황입니다.

현재 목표관리제는 2012년 본격 시행을 앞두고 각 부문별 관장 기관별로 목표관리제 적용대상인 관리업체를 지정을 마쳐 총

470개의 업체{산업·발전 분야(지식경제부) 374개, 폐기물 분야(환경부) 23개 업체, 건설·교통분야(국토해양부) 46개 업체, 농업·축산·식품분야(농림식품수산부) 27개 업체}가 목표관리제 하의 관리업체로 지정되어 있습니다. 또한, 환경부는 2010년 11월 12일 지정된 관리업체에 대한 목표설정 및 온실가스 배출량 및 에너지 소비량의 산정·보고 및 검증(Monitoring, Reporting and Verification: MRV)을 위한 구체적인 세부기준을 규정한, 방대한 분량의 “목표관리운영지침” 제정안을 입법예고하였습니다.

2. 배출권 거래제 법안의 내용

정부는 온실가스 감축목표를 달성하기 위하여 5년 단위의 배출권 거래제의 계획기간(이하 “계획기간”)에 대한 국가 배출권 할당 계획을 수립하고, 매 계획기간의 시작 전까지 배출권 할당 대상업체(이하 “할당 대상업체”)를 지정합니다. 할당 대상업체는 에너지목표관리업체로 지정된 업체 중 6대 온실가스 배출량이 대통령령으로 정하는 기준량 이상인 업체 및 배출권 거래제에 자발적으로 참여하고자 하는 업체입니다.

정부는 할당 대상업체로부터 배출권 신청을 받아 이를 심사한 후 계획기간의 총 배출권 및 계획기간 내 각 이행연도(1월 1일부터 12월 31일까지)별 배출권을 할당합니다. 배출권의 할당과 관련하여 제1차 계획기간(2013년 1월 1일 ~ 2015년 12월 31일) 중에는 전체 할당량 중 90%를 무상할당으로 하고, 제2차 계획기간(2016년 1월 1일 ~ 2020년 12월 31일) 중에는 제1차 계획기간에 대한 평가를 토대로 무상할당 비율이 대통령령으로 정해지고, 제3차 계획기간(2021년 1월 1일 이후)부터는 모두 경매방식에 의한 유상으로 할당됩니다.

할당 대상업체는 이행연도별로 온실가스 배출량에 해당하는 배출권을 정부에 제출하여야 합니다. 만일 할당 대상업체가 이행연도별 할당 배출권을 초과하여 온실가스를 배출한 경우 배출권 거래소를 통하여 다른 개인 및 법인으로부터 배출권을 구입한 후 이를 정부에 제출하여야 합니다. 반면, 온실가스 배출량에 비하여 배출권을 초과 보유하고 있는 경우 이를 다른 개인 및 법인에 판매할 수도 있습니다. 한편, 배출권을 초과 보유하고 있는 업체의 경우 그 초과분을 계획기간 내의 다음 이행연도에 사용하도록 승인 받을 수 있고(배출권의 이월), 이행

연도 말에 배출량에 상응하는 배출권을 제출할 수 없을 것으로 예상되는 경우 계획기간 내의 다른 이행연도의 배출권을 당해 이행연도에 대한 배출권의 제출을 위해 차입하는 것을 승인 받을 수 있습니다(배출권의 차입).

위와 같은 배출권은 “기후변화에 관한 국제연합 기본협약” 및 “교토의정서”에 의한 의무감축국의 배출권 시장 또는 대한민국과 합의서가 작성된 국가의 배출권 시장에서 역시 거래가 가능합니다. 또한 할당 대상업체가 배출권 거래제가 적용되지 않는 국내의 부분에서 자발적으로 온실가스 감축을 시행할 경우, 정부는 이를 배출권의 제출로 인정할 수 있고(배출권의 상쇄), 배출권 거래제가 시행되기 이전에 실시한 온실가스 배출 감축량에 대해서는 조기 감축실적으로 인정하여 배출권 할당 시에 이를 고려할 수 있습니다(조기 감축실적의 인정).

할당 대상업체가 제출한 배출권이 온실가스 배출량 보다 부족한 경우 그 부족분의 이산화탄소 1톤당 100만원의 범위 내에서 당해 배출권 평균 시장 가격의 5배 이하의 과징금이 부과되고, 배출권의 제출을 하지 않은 자에 대하여는 5,000만원 이하의 과태료가 부과됩니다.

3. 향후 전망 및 과제

배출권 거래제의 도입과 관련하여서는 온실가스 의무감축국인 호주와 일본 등이 온실가스 규제를 오히려 완화하고 있는 상황에서 우리나라 역시 과도한 온실가스 규제를 자제하여야 한다는 주장이 제기되고 있고, 특히 배출권 거래제의 시행으로 비용 부담이 급증할 수 밖에 없는 석유화학·철강·시멘트·제지 등 에너지 다소비 업체들의 강한 반발이 예상됩니다. 특히 이미 시행 중인 목표관리제와 배출권거래제는 여러 가지 면에서 중복되므로 두 제도 사이의 관계를 구체적으로 정리하여 중복 규제를 최소화함으로써 업계의 부담을 최소화하는 노력이 필요할 것입니다. 목표관리제와 배출권 거래제 모두에 있어서 온실가스·에너지 감축목표의 설정(배출권 할당)과 온실가스 배출량의 산정·보고 및 검증(MRV)가 가장 중요한 역할을 하므로, 배출권 거래제 법안뿐만 아니라 환경부의 목표관리운영지침 제정안에 대해서도 관련 업계의 관심과 의견개선 등의 적극적인 참여 및 대처가 필요합니다.

[Pharmaceutical, Medical and Health Care]

- 정환 변호사 | 김린 변호사

제약산업에 있어서의 최저재판매가 격유지행위의 위법성 판단 및 부당 고객유인행위의 과징금산정기준

I. 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9543 판결의 의의

공정거래위원회(“공정위”)는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(“공정거래법”)에 위반한 부당한 고객유인행위, 재판매가격유지행위 등을 하였다는 이유로 A제약회사에 대하여 시정명령 및 과징금부과처분을 하였고, 이에 A제약회사가 법원에 불복하였는데, 대법원은 이 사건에 대한 판결을 통해 (i) 재판매가격유지행위의 위법성 판단기준, (ii) 부당한 고객유인행위에 대한 과징금 산정기준에 관한 의미 있는 판결을 하였습니다.

II. 재판매가격유지행위의 위법성 판단기준

1. 보험의약품에 대한 가격규제를 둘러싼 이해관계 대립

건강보험 적용대상 의약품(“보험의약품”)은, 정부가 요양기관이 실제 보험의약품을 구입한 가격을 기준으로 상환하되, 이 때 상환하는 보험급여의 상한이 정해져 있는 ‘실거래가상환제도’를 통하여 그 가격이 통제되고 있습니다. 이에 지난 10. 1.부터는 요양기관이 보험의약품을 구입할 때 정부가 정한 상한가보다 싸게 구입하면 70%의 차액을 환자와 요양기관에 인센티브 형태로 돌려주기로 하는 내용을 추가한 ‘시장형 실거래가상환제도’가 시행되고 있습니다. 정부는 이러한 제도를 바탕으로 실제 거래되는 의약품의 가격을 조사하여 보험의약품의 상환상한가를 인하하는 근거를 확보하고 궁극적으로 건강보험재정의 안정화를 꾀하고 있습니다.

한편, 제약회사는 자신이 공급하는 보험의약품에 대한 상환상한가의 인하는 곧 자신의 수입이 줄어드는 것을 의미하므로, 제약회사로서는 최대한 현재 인정되고 있는 상한가가 인하되지

않고 그대로 유지되기를 희망합니다. 이러한 점에서 제약회사는 정부와 반대의 이해관계에 가진다고 하겠습니다.

제약회사는 그 수입을 유지하기 위해 자신이 거래하는 도매상과 보험의약품에 대한 도매거래약정을 체결하면서 의약품을 기준가격(상한가에 매우 근접한 가격) 이하로 판매하는 것을 금지하는 약정을 체결하는 경우가 있는데, 위 대법원 판결에서는 제약회사의 이러한 행위가 재판매가격유지행위로 문제되었습니다.

2. 재판매가격유지행위의 의의 및 위법성 판단

재판매가격유지행위(resale price maintenance)란 “사업자가 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 거래상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속 조건을 붙여 거래하는 행위”를 말합니다(공정거래법 제2조 제6호). 이는 제조업자 및 서비스업자와 그 다음 단계 사업자인 대리점, 유통업자 등 간의 수직적 관계에서의 가격제한에 관한 합의라는 점에서 경쟁사업자간 수평적 관계에서의 합의와 구별됩니다. 그러한 이유로 재판매가격유지행위를 ‘수직적 가격제한행위(vertical price restraints)’라고도 부릅니다.

이러한 재판매가격유지행위와 관련하여 공정거래법 제29조 제1항은 “사업자는 재판매가격유지행위를 하여서는 아니 된다”라고 규정하면서 단서에서는 “상품이나 용역을 일정한 가격 이상으로 거래하지 못하도록 하는 최고가격유지행위로서 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다”고만 규정하고 있습니다. 이러한 조문 구조로 인하여, “최고가격유지행위”의 경우 정당한 이유가 있는지 여부를 공정위나 법원이 살펴야 하나, 그 반대인 “최저가격유지행위”는 정당한 이유의 유무를 따지지 않아도 된다는 취지로 해석하여야 하는 것은 아닌지 의문이 제기되어 왔습니다.

본 사건에서 대법원은 이에 대하여, 공정거래법의 입법목적과 재판매가격유지행위를 금지하는 취지에 비추어 최저재판매가격유지행위의 경우에도 정당한 이유가 있으면 예외적으로 허용된다는 입장을 명백히 하였습니다. 나아가 “정당한 이유가 있는지 여부는 ① 관련시장에서 상표 간 경쟁이 활성화되어 있

는지 여부, ② 그 행위로 인하여 유통업자들의 소비자에 대한 가격 이외의 서비스 경쟁이 촉진되는지 여부, ③ 소비자의 상품 선택이 다양화되는지 여부, ④ 신규사업자로 하여금 유통망을 원활히 확보함으로써 관련 상품시장에 쉽게 진입할 수 있도록 하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이며, 이에 관한 증명책임은 관련 규정의 취지상 사업자에게 있다고 보아야 한다”고 판시하였습니다(대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9543판결).

3. 제약회사의 의약품도매상에 대한 최저재판매가격 유지행위의 정당성 유무

위 사건에서 A제약회사는 법원에 ① 도매상들이 국공립병원 입찰과 관련하여 음성적인 마진을 제공함으로써 유통질서를 문란하게 할 가능성이 많고 ② 이러한 행위가 보건당국에 적발될 경우 보험수가의 인하요인이 되는 것을 막고자 함에 있으며, ③ 실거래가상환제도 등 가격에 대한 경쟁이 존재할 수 없는 제약산업의 특수성을 고려하였을 때, 자신의 행위는 정당한 이유가 있다는 취지의 주장을 하였습니다.

이에 대하여 법원은 A제약회사의 행위는 거래 도매상으로 하여금 보험약가(보험상한액)와 아주 비슷한 수준의 재판매가격을 유지하도록 하였고, 그와 같은 행위는 경쟁을 통한 보험약가의 인하를 막는 결과로 이어지며, 그로 인한 부담은 결국 최종 소비자에게 전가되므로 경쟁제한성이 인정되어 정당한 이유가 인정되지 않는 것으로 판시함으로써, 제약회사의 의약품도매상에 대한 최저가격유지행위는 위법하다는 점을 명백히 하였습니다.

III. 부당한 고객유인행위 적발시 부과되는 과징금 산정 기준

1. 하급심의 상반된 입장

공정위는 불공정거래행위에 대하여 위반 사업자가 위반기간 동안 판매 또는 매입한 관련상품의 관련매출액을 기준으로 과징금을 산정합니다(공정거래법 제24조의2, 공정거래법 시행령 제61조 제1항 [별표 2] 제2호 가목 4. 가.)

제약회사의 음성적 리베이트 제공행위 즉, 부당한 고객유인행위에 대하여 부과되는 과징금산정 기준이 되는 관련매출액 산정과 관련하여 종래 하급심에서는 (i) 부당한 고객유인행위와 관련된 전문의약품 전체의 모든 거래처에 대한 매출액을 기준으로 하여야 한다고 판시한 사례(서울고등법원 2008. 11. 5. 선고 2008누2462 판결)와 (ii) 부당한 고객유인행위에 의한 지원행위의 대상이 된 의약품이라고 하더라도 이 사건 지원행위의 직접적인 상대방이 아닌 병·의원에 대한 매출과 관련한 의약품은 관련상품의 범위에 속하지 않는다고 봄이 타당하다는 이유로, 지원행위의 대상이 된 의약품의 전체 매출액을 관련매출액으로 인정한 것은 위법하다고 본 사례(서울고등법원 2008. 11. 20. 선고 2008누2790 판결)가 있어 법원의 입장이 통일되어 있지 않았습니다. 위 견해 중 어느 견해를 취하느냐는 과징금 산정에 있어 상당한 차이를 야기한다는 점에서 대법원이 과연 어느 입장을 취할지에 대하여 관심이 모아져 오고 있었습니다.

2. 대법원의 기준 제시

대법원은 본 사건에서 “이러한 유형의 법 위반행위에서는, ① 판촉계획 및 실제 이루어진 이익제공 행위의 대상·내용·액수·기간·지속성 및 관련성 등에 비추어 본사 차원에서 의약품별 판촉계획을 수립하여 전국적으로 시행한 것으로 볼 수 있는지 여부, ② 이익제공 행위의 구체적인 태양이 다르더라도 의약품 판매 증진을 위한 경제적 이익의 제공이라는 점에서 판촉계획의 실행행위 일부로 볼 수 있는지 여부, ③ 이익제공을 위한 비용이 상품가격에 전가될 우려 및 정도, ④ 판촉계획 및 이익제공 행위 적발의 난이도, ⑤ 법 위반행위 당시의 거래관행 등을 종합적으로 고려하여, 구체적으로 확인된 이익제공 행위가 본사 차원에서 수립된 거래처 일반에 대한 판촉계획의 실행행위로서 이루어진 것으로 볼 수 있으면, 원고의 당해 의약품에 대한 거래처 전체의 매출액을 위반행위로 인하여 영향을 받는 관련상품의 매출액, 즉 관련매출액으로 봄이 상당하다”라고 판시함으로써 하급심의 엇갈린 입장을 최종적으로 정리하였습니다.

이와 같은 대법원의 입장은 본사 차원의 지원행위가 있는 경우에는 특정 병·의원에 대한 특정 의약품 판매증진을 위한 리베이트 제공이 다른 병·의원에 공급하는 당해 의약품의 가격에도 전가될 개연성이 높다는 점을 고려한 것으로서, 반대로 이러

한 가능성이 없다면 문제된 거래처에서 발생한 매출액만이 과징금산정시 고려되어야 한다는 취지로 이해됩니다.

3. 대법원 판결의 영향

이러한 대법원의 판시는 향후 제약회사의 음성적 리베이트 제공에 대하여 공정위의 조사에도 영향을 미칠 것으로 보이는 바, 공정위는 음성적 리베이트 제공행위가 문제된 사건에 있어서 해당 행위가 실적 증대를 노리는 영업사원 개인의 행위인지 혹은 본사 차원의 판촉계획에 의한 것인지 여부에 대하여도 조사를 하게 될 것으로 예상됩니다.

IV. 공정경쟁규약의 중요성과 쌍벌제 시행

이번 대법원은 판결은 위에서 소개한 내용 이외에 제약회사가 제공하는 리베이트가 “부당한” 고객유인에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 한국제약협회(또는 한국다국적의약산업협회)에서 제정한 보험용의약품의 거래에 관한 공정경쟁규약이 중요한 기준이 된다는 점을 확인하였다는 점에서도 의의를 찾을 수 있습니다.

한편, 2010. 11. 28.부터 쌍벌제가 시행되어 제약회사와 병·의원간의 금전, 물품, 편의, 노무, 향응, 그 밖의 경제적 이익의 ‘제공’ 및 ‘수령’이 금지되는데(약사법 제47조 제2항, 의료법 제23조의2 제1항), 보건복지부는 2010. 12. 13. 제공 또는 수령이 허용되는 경제적 이익을 견본품 제공, 학술대회 지원, 임상시험 지원, 제품설명회, 대금결제조건에 따른 비용할인, 시판 후 조사, 기타로 분류하여 각 세부내용을 정한 약사법 및 의료법 시행규칙을 공포하였습니다(약사법 시행규칙 별표5의2, 의료법 시행규칙 별표2의3 참조). 따라서 부당한 고객유인행위와 관련하여 부당하거나 과다한 지원행위인지 여부의 판단과 관련하여서는 약사법 시행규칙 별표5의2에서 정하고 있는 내용도 공정경쟁규약과 더불어 중요한 참고기준이 될 것으로 예상됩니다.

[Insurance]

- 홍세렬 변호사 | 조준 변호사 | 이수현 변호사 | 마이클 장 변호사

2011. 1. 24 시행보험업법 시행령 개정안 주요 내용

2010년 7월 23일 개정된 보험업법의 취지에 따라 개정된 동법 시행령이 금융위원회의 입법예고 절차를 거쳐 위 개정 보험업법과 함께 2011년 1월 24일 시행될 예정입니다.

이와 같은 개정 내용 중 주요내용을 정리하면 다음과 같습니다.

1. 보험판매 권유시 설명의무

기존 보험업법은 보험상품의 판매 권유시의 설명의무에 관해 특별히 규정하고 있지 않았으나, 개정 보험업법은 보험회사 등의 일반보험계약자에 대한 보험판매 권유 시, 주계약 특약별 보험료와 보험금, 보장위험, 보험료납입기간, 보험기간, 보험금 지급제한 조건, 청약의 철회에 관한 사항, 고지의무 위반의 효과, 해약환급금에 관한 사항 등을 설명할 의무를 보험회사 또는 보험모집종사자에게 부과하고 있습니다. 보험회사 등은 위와 같은 설명한 내용을 일반보험계약자가 이해하였음을 서명, 기명 날인, 녹취 등의 방법으로 확인받아야 합니다.

이러한 보험판매 권유시의 설명의무는 자본시장법상 금융투자상품의 투자권유시에 적용되는 설명의무에 대응되는 것으로서 금융기관, 주권상장법인 등의 전문보험계약자를 제외한 일반 보험계약자에 대한 보험판매의 경우에만 적용되게 됩니다.

위의 내용을 위반할 경우, 해당 보험회사에 대해서는 해당 보험계약의 수입보험료의 100분의 20 이하의 범위 내에서의 과징금이 부과될 수 있습니다.

2. 적합성 원칙 적용

기존 보험업법은 보험상품의 판매 권유시의 적합성의 원칙에 관해 규정하고 있지 않았으나, 개정 보험업법은 보험회사 또는

보험모집종사자가 변액보험을 판매하는 경우, 월소득, 월소득 중 보험료가 차지하는 비중, 보험계약의 예상유지기간, 피권유자가 다른 변액보험 상품 또는 집합투자증권 등을 구매한 적이 있는지 여부 등을 파악하여 피권유자에게 적합한 상품을 권유할 의무를 보험회사 등에게 부과하게 됩니다. 보험회사 등은 면담 또는 질문을 통하여 일반보험계약자인 피권유자의 연령, 재산상황, 보험가입의 목적 등을 파악하고 서명, 기명날인, 녹취 등의 방법으로 이에 관한 확인을 받아야 합니다.

이러한 보험판매 권유시의 적합성의 원칙은 자본시장법상 금융투자상품의 투자권유시에 적용되는 적합성의 원칙에 대응되는 것으로서 금융기관, 주권상장법인 등의 전문보험계약자를 제외한 일반보험계약자에 대한 변액보험판매의 경우에만 제한적으로 적용되게 됩니다.

3. 중복보험 체결 확인 의무

상법상으로는 중복보험인지 여부에 관하여 보험계약자가 보험회사에 통지할 의무를 부담하고 있으나, 개정 보험업법 하에서는 보험회사 등이 실손의료보험계약을 모집할 경우 피권유자의 동의를 얻어 동일한 위험을 보장하는 보험계약을 체결하고 있는지 여부를 확인할 의무를 부담합니다. 즉, 실손의료보험의 판매 권유시 피권유자가 이미 다른 실손의료보험계약의 피보험자로 되어 있는 경우, 각 보험회사의 보험금 비례분담 등을 보험계약자에게 안내하고 이를 인지하였음을 서명, 기명날인, 녹취 등의 방법으로 보험계약자로부터 확인하여야 합니다.

또한, 실손의료보험을 체결한 보험회사는 다른 보험회사의 해당 보험계약자에 대한 중복보험 체결 여부의 확인을 위하여, 정보제공에 관한 보험계약자의 동의를 얻어 해당 보험계약자의 신원에 관한 사항, 보험금액 등 계약 내용에 관한 정보를 보험계약 체결 바로 다음 날까지 보험협회에 제공하여야 하고, 위와 같은 방식으로 보험협회에 제공된 정보를 토대로 보험협회는 “실손의료보험계약정보 조회시스템”을 운영하여야 하며, 이 시스템을 통해 개별 보험회사가 중복보험 체결 여부를 확인할 수 있게 됩니다.

4. 허위, 과장광고 규제 강화

개정 보험업법은 보험계약자 보호를 위하여 보험회사 등의 보

험상품 광고시 광고에 반드시 포함되어야 하는 필수포함사항과 보험상품 광고시 해서는 안 되는 금지사항을 규정하고 있습니다.

필수 기재사항으로는 “계약 전 상품설명서와 약관을 읽어볼 것을 권유하는 내용”, “변액보험 관련 원본손실가능성”, “보험회사 및 보험상품 명칭”, “주요 보장내용”, “보험료 보험금 예시” 등이 있으며, 금지사항으로는 “보험금 지급한도, 보험금 지급제한 조건, 면책사항 등을 누락하거나 충분하게 고지하지 아니하여 제한없이 보험금을 수령할 수 있는 것으로 오인하게 하는 행위”, “지급사유가 다른 두 개 이상의 보험금을 단순합산하여 지급될 보험금으로 광고하는 행위”, “모집자격 없는 효소핀 방송의 쇼호스트에 의한 보험광고행위” 등이 이에 해당합니다.

위의 내용을 위반할 경우, 해당 보험회사에 대해서는 해당 보험계약의 수입보험료의 100분의 20 이하의 범위 내에서의 과징금이 부과될 수 있습니다.

5. 신용연계채권 거래 허용

현행 보험업법은 보험회사의 타인의 채무에 대한 보증행위를 원칙적으로 금지하면서 보험업법 등에 의해 허용되는 경우를 예외로 규정하고 있는데, 이번 개정법 시행령은 보험회사에 “신용위험을 이전하고자 하는 자가 신용위험을 인수한 자에게 금전 등의 대가를 지급하고, 신용사건이 발생하면 신용위험을 인수한 자가 신용위험을 이전한 자에게 손실을 보전해주기로 하는 계약에 기초한 파생결합증권”을 매수하는 것을 채무보증금지의 예외로서 허용하고 있습니다.

이에 따라 보험회사는 각종 신용연계채권에 대한 투자를 할 수 있게 되어 보험회사의 자산운용에 있어서의 규제가 완화되었다고 할 수 있을 것입니다.

[Antitrust]

- 임영철 변호사 | 조창영 변호사 | 박주영 미국변호사 | 백대용 변호사

소위 ‘물량 몰아주기’에 관한 공정거래위원회의 심사기준 개정

공정거래위원회는 2010. 12. 22. 부당한 지원행위 심사지침을 개정(2011. 1. 1. 시행)하면서 현저한 규모의 거래로 인한 부당 지원행위(일명 “물량 몰아주기”)에 관한 심사기준을 구체화하였습니다. 먼저 이와 관련된 구체적인 개정내용을 소개하면 다음과 같습니다.

1. 지원행위의 정의에 “현저한 규모로 거래하여 지원주체가 지원객체에게 과다한 경제상 이익을 제공하는 작위 또는 부작위”를 추가함으로써 물량 몰아주기 또한 지원행위에 해당된다는 점을 분명히 하였습니다.

2. 아래와 같이 지원행위 판단의 구체적인 기준과 관련된 내용을 추가하였습니다.

1. 현저한 규모는 “지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원행위 당시의 지원객체의 경제적 상황, 여타 경쟁사업자의 경쟁능력 등을 종합적으로 고려하여 판단”한다.
2. 현저한 규모에 의한 지원행위 여부는 다음과 같은 사항을 고려하여 판단할 수 있다.
 - 거래대상의 특성상 지원객체에 거래물량으로 인한 규모의 경제 등 비용절감효과가 있음에도 불구하고, 동 비용 절감효과가 지원객체에게 과도하게 귀속되는지 여부
 - 지원주체와 지원객체간의 거래물량만으로 지원객체의 사업개시 또는 사업유지를 위한 최소한의 물량을 초과할 정도의 거래규모가 확보되는 등 지원객체의 사업위험이 제거되는지 여부

3. 다만, 위와 같은 지원행위 여부를 판단할 때에는 당해 지원

객체와의 거래에 고유한 특성에 의하여 지원주체에게 비용절감, 품질개선 등 효율성 증대효과가 발생하였는지 여부 등 당해 행위에 정당한 이유가 있는지 여부도 고려하여야 한다.

이와 같이 개정된 부당한 지원행위 심사지침은 공정거래위원회의 사건 심사지침으로서 현저한 규모의 거래로 인한 부당 지원행위와 관련하여 사업자들이 일응 참고할 수 있는 기준이 될 수 있을 것으로 보입니다. 하지만 물량 몰아주기와 관련하여 한가지 주의해야 할 점은 현저한 규모의 거래행위가 있었다고 하더라도 그것만으로는 부당지원행위에 해당된다고 단정할 수 없다는 것입니다. 위 개정안에서도 언급하고 있듯이 계열회사간의 거래에는 거래의 고유한 특성에 의한 비용절감, 품질개선 등의 효율성 증대효과가 수반되는 경우도 있기 때문입니다. 공정거래위원회 또한 현저한 규모에 의한 거래행위, 즉 물량 몰아주기 그 자체만을 이유로 부당한 지원행위에 해당된다고 보고 있지는 않습니다.

이를 좀더 구체적으로 살펴보면 현저한 규모의 거래에 의한 부당지원행위의 성립요건은 A사에 관한 공정거래위원회 의결에 구체화된바 있는데, 위 사건에서 공정거래위원회는 (i) “현저한 규모의 거래”, (ii) 정상적인 가격수준에 비해 “상당히 유리한 조건”의 거래, (iii) 이를 통해 지원객체에게 “과다한 경제상의 이익 제공”이 인정되고 나아가 “공정거래를 저해할 우려”라는 3가지 요건을 충족해야 공정거래법상의 부당지원행위에 해당한다고 판단하였습니다. 한편, 위 사건에서는 A사가 자신들의 광고물량의 대부분을 계열회사에 몰아준 행위도 문제되었는데, 공정거래위원회는 이에 대해 정상적인 가격수준 보다 ‘유리한 조건의 거래’에 해당한다는 증거가 없다는 점을 이유로 부당지원행위에 해당하지 않는다고 판단하였습니다.

서울고등법원 역시, 위 사건의 행정소송에서, “현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위”가 성립하기 위해서는 “현저한 규모의 거래”에 해당함과 동시에 “상당히 유리한 조건의 거래”에도 해당하여야 한다는 것을 전제로, 부당지원행위 성립여부를 판단하였습니다.

그러므로 이와 같은 서울고등법원 판결 및 공정거래위원회 심

결례에 의하면, 현저한 규모의 거래 또는 물량 몰아주기가 공정 거래법상 부당지원행위에 해당하기 위해서는, 원칙적으로 3가지 요건 ① 지원행위가 현저한 규모의 거래라는 점, ② 지원행위가 (정상가격 내지 정상적인 거래조건에 비하여) 상당히 유리한 조건의 거래라는 점, ③ 지원행위로 인하여 지원객체가 속한 시장에서 공정한 거래가 저해될 우려(부당성)가 있다는 점이 모두 충족되어야만 할 것입니다.

[Constitution] - 임병일 변호사 | 전재민 변호사

“미네르바” 법 위헌 결정과 기업법무에서의 시사점

2008년 7월 글로벌 금융위기가 발생하였을 때, “미네르바”라는 필명의 한 인터넷 논객이 크게 화제가 되었다. 그가 다음(Daum)의 ‘아고라’ 경제토론폰방에 우리나라의 외환보유고가 고갈되어 금융기관의 추가 달러 매수를 금지한다는 내용을 게재하였고, 당시의 급박하게 돌아가던 경제상황과 맞물려 그의 글이 널리 인구에 회자되었기 때문이다.

검찰은 “미네르바”가 이러한 글을 인터넷상에 작성, 게시한 것에 대하여 전기통신기본법을 위반한 것으로 판단하여 기소하였으나, 1심 법원에서는 공익을 해할 목적이 없었다는 이유로 무죄판결을 선고하였다. 헌법재판소는 더 나아가 “미네르바”가 위반하였다는 전기통신기본법의 해당 조항(공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자에 대한 처벌조항) 자체를 2010년 12월 28일 위헌으로 결정하였고, 이에 따라 해당 규정은 그 효력을 소급적으로 상실하게 되었다(참고로, 법원의 1심 무죄판결에 대하여 검찰은 항소하였으나, 헌법재판소의 위헌결정이 선고된 직후인 2010년 12월 30일 항소를 취하함으로써 “미네르바”에 대한 무죄판결은 확정되었다).

헌법재판소 위헌결정의 주된 이유는 “공익을 해할 목적”에서 “공익”이라는 개념은 매우 추상적이고 막연하여 어떤 목적의 통신행위가 금지되는지 알 수 없다는 것이다. 즉, 표현의 자유가 규제되거나 형사벌칙이 가해질 수 있는 행위에 대하여는 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한

것인지를 누구나 예견할 수 있어야 하고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확히 규정해야 함에도 불구하고, “공익을 해할 목적으로 공연히 허위의 통신을 한 것”이라고만 규정하고 있다면 국민으로서는 어떤 목적의 통신이 금지되는 것인지 명확히 알 수 없기 때문에, 이처럼 비확정적이고 추상적인 규정만으로는 국민에게 보장된 표현의 자유를 제한할 수 없다는 것이다.

기업법무에 있어서도, 기업의 자유로운 경제활동이나 영리추구를 위한 창의 활동과 이를 공익적 측면에 규제하고자 하는 각종 법령이나 감독기관의 행정조치 사이에 팽팽한 긴장관계가 이루어지는 것은 이제 일상적인 상황이라 할 수 있다. 기업은 이러한 상황에서 현행 법령의 해석을 바탕으로 규제법령이 적용되는지 여부를 검토하고, 그러한 적용을 면하거나 회피하는 방안을 강구하게 되며, 상황에 따라서는 행정청의 규제조치를 사법적 절차를 통해 직접 다투는 방안을 고려하게 된다.

기업이 취하는 일련의 대응조치 중 아직까지 많은 관심을 받지 못하고 있지만 상황에 따라서는 법령 자체를 무효화시킴으로써 가장 강력한 구제절차가 될 수 있는 것이 ‘헌법소송을 통한 규제법령의 합헌성 심사’이다.

기업의 임직원이 법령에 위배되는 행위를 하였을 때 기업에 대하여도 처벌하도록 하는 이른바 “양벌규정”을 두고 있던 11개의 법률이 2010년 10월 28일 헌법재판소에서 무더기 위헌결정을 선고 받은 것도 이러한 헌법소송의 위력을 보여주는 예라고 할 수 있다.

최근, 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용한 것으로 간주하는 구 파견근로자보호 등에 관한 법률상의 ‘고용의제’ 조항에 대하여 헌법소원이 제기되어 있는데, 헌법재판소에서 어떠한 결정이 나올지 귀추를 주목해 볼 필요가 있다.

[Litigation Cases] - 임병일 변호사 | 남성덕 변호사

민사 판례

과세관청이 이의신청 절차에서 과세처분을 직권취소한 경우, 이를 반복하고 종전 과세처분을 되풀이 할 수 없음 (대법원 2010. 9. 30. 선고 2009두1020 판결)

대법원은, 과세처분에 대한 불복절차에서 과세관청이 그 불복 사유가 옳다고 인정하고 이에 따라 필요한 처분을 하였을 경우에는, 불복제도와 이에 따른 시정방법을 인정하고 있는 법 규정들의 취지에 비추어 동일 사항에 관하여 특별한 사유 없이 이를 반복하고 다시 종전의 처분을 되풀이 할 수는 없는 것이므로, 과세처분에 관한 이의신청절차에서 과세관청이 이의신청 사유가 옳다고 인정하여 과세처분을 직권으로 취소한 이상 그 후 특별한 사유 없이 이를 반복하고 종전 처분을 되풀이하는 것은 허용되지 아니한다고 판시하였습니다.

기명주식이 양도된 경우 회사에 대하여 명의개서를 청구할 수 있는 자 (= 양수인) (대법원 2010. 10. 14. 선고 2009다89665 판결)

대법원은 명의개서청구권은 기명주식을 취득한 자가 회사에 대하여 주주권에 기하여 그 기명주식에 관한 자신의 성명, 주소 등을 주주명부에게 기재하여 줄 것을 청구하는 권리로서 기명주식을 취득한 자만이 그 기명주식에 관한 명의개서청구권을 행사할 수 있고, 이러한 법리는 주권이 발행되어 주권의 인도에 의하여 기명주식이 양도되는 경우뿐만 아니라, 회사 성립 후 6월이 경과하도록 주권이 발행되지 아니하여 양도인과 양수인 사이의 의사표시에 의하여 기명주식이 양도되는 경우에도 동일하게 적용된다고 판시하였습니다.

피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 자가 과실상계를 주장할 수 있는지 여부 (대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다48561 판결)

대법원은 피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 자가 과실상계를 주장할 수는 없지만, 불법행위자 중 일부에게 그러한 사유가 있다고 하여 그러한 사유가 없는 다른 불법행위자까지도 과실상계 주장을 할 수 없다고 해석할 것은 아니라고 판시하였습니다. 또한 피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 자가 바로 그 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 감하여 달라고 주장하는 것이 허용되지 아니하는 것은, 그와 같은 고의적 불법행위가 영득행위에 해당하는 경우 과실상계와 같은 책임의 제한을 인정하게 되면 가해자로 하여금 불법행위로 인한 이익을 최종적으로 보유하게 하여 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 가져오기 때문이므로, 고의에 의한 불법행위의 경우에도 위와 같은 결과가 초래되지 않는 경우에는 과실상계나 공평의 원칙에 기한 책임의 제한은 얼마든지 가능하다고 보아야 할 것이라고 판시하였습니다.

수익증권 환매연기의 요건 (= 환매연기사유)의 존재 (대법원 2010. 10. 14. 선고 2008다13043 판결)

대법원은 증권투자신탁 수익증권의 환매연기에 모든 수익자에 대하여 일률적으로 환매연기를 한다는 것을 공시 또는 공표하는 등의 적극적인 환매연기조치가 필요하다고 볼 수는 없고, 투자신탁 약관상 인정되는 환매연기사유가 존재하면 개별 수익자의 환매청구에 응하지 않는 것만으로도 환매연기가 이루어진다고 판시하였습니다.

시도지사는 직행형 시외버스운송사업의 사업계획변경을 인가하면서 고속형 시외버스운송사업에 해당하는 운송 사업을 하게 할 수 없어 (대법원 2010. 11. 11. 선고 2010두4179 판결)

대법원은 고속형 시외버스운송사업(운행거리 100km 이상, 운행구간의 60% 이상 고속국도 운행 등)의 면허권은 국토해양부장관에게 있고, 직행형 시외버스운송사업(운행거리 50km를 기준으로 운행거리 마다 정류소에 정차 등)의 면허권은 시도지사에게 있으므로, 개별 시도지사가 관할 지역의 운송업체에 대하여 직행형 시외버스운송사업의 면허를 부여한 후 실질적으로 고속형 시외버스운송사업에 해당하는 운송사업을 할 수 있도록

록 사업계획변경을 인가하는 것은 시·도지사의 권한을 넘은 위법한 처분이라고 판시하였습니다.

수익증권을 판해하는 은행이 수익증권의 매수를 권유할 때 부담하는 주의의무의 정도 (대법원 2010. 11. 11. 선고 2008다52369 판결)

대법원은, 만기에 원금 손실이 발생할 수 있다는 점만 설명하고 중도환매시 원금 손실이 발생할 수 있다는 점을 따로 설명하지 않은 사안에서, 피고 은행에 대해 고객을 보호해야 할 주의의무 위반으로 인한 불법행위책임을 긍정하고, 다만 원고가 중도환매시 원금 손실이 발생할 수 있음을 알고 난 후에 확대된 손해에 대해서는 주의의무 위반과 손해발생 사이의 인과관계를 부정하였습니다.

행정청의 건축신고 반려행위 또는 수리거부행위는 항고소송의 대상이 됨 (대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결)

대법원은, 건축신고 반려행위가 이루어진 단계에서 당사자로서 하여금 반려행위의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소한 다음 건축행위에 나아가도록 함으로써 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주고, 위법한 건축물의 양산과 그 철거를 둘러싼 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 하는 것이 법치행정의 원리에 부합하므로, 건축신고 반려행위는 항고소송의 대상이 된다고 판시하였습니다.

내규 위반 대출의 경우 직원의 금융기관에 대한 손해배상책임의 성립 여부 및 손해액 확정방법 (대법원 2010. 11. 25. 선고 2007다10627 판결)

대법원은, 금융기관의 직원이 여신업무 내규를 위반하여 대출을 해 준 후 그 채권이 변제기에 변제되지 아니하자 금융기관이 그 채권을 신속하게 회수하기 위하여 이를 경쟁입찰 등의 방법으로 매각하는 경우, 금융기관이 선택한 채권의 매각방법 및 시기가 금융기관에게는 별다른 이익이 되지 아니하면서 직원을 해할 뿐이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 내

규 위반 대출로 인한 금융기관의 손해는 그 매각대가에 의하여 회수되지 아니하는 대출금채권액으로 확정되고, 다만 만일 대출금채권의 매수인이 대출금채권을 행사하거나 담보권을 실행하여 회수한 금액이 대출금채권의 매각대금을 상당히 초과하거나 또는 당해 채권을 다른 채권과 일괄하여 매각하는 방법을 취함에 따라 그 매각대가 산정의 적정성이 문제될 수 있는 등의 사정이 보인다면 직원의 손해배상책임을 제한하는 참작사유로 삼을 수 있다고 판시하였습니다.

주택재개발조합의 조합설립인가처분 후에 조합설립 변경인가처분을 한 경우, 당초 조합설립인가처분이 변경인가처분에 흡수되는지 여부 (대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두4555 판결)

대법원은, 주택재개발조합의 조합설립 변경인가처분이 토지 등 건축물의 매매 등으로 인하여 조합원의 권리가 이전되거나 추가 동의서가 제출되어 동의자 수가 변경되었음을 이유로 하는 것인 경우, 이는 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과한 변경인가처분에 해당하므로, 설권적 처분인 당초 조합설립인가처분은 위 변경인가처분에 흡수된다고 볼 것은 아니라고 판시하였습니다.

회사 분할 또는 분할합병의 경우 새로 설립되는 회사와 존속하는 회사가 연대책임을 부담하는 채무의 범위 (대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다71660 판결)

대법원은, 상법 제530조의9 제1항에 따라 주식회사의 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사와 존속하는 회사가 회사 채권자에게 연대하여 변제할 책임이 있는 분할 또는 분할합병 전의 회사 채무에는, 회사 분할 또는 분할합병의 효력발생 전에 발생하였으나 분할 또는 분할합병 당시에는 아직 그 변제기가 도래하지 아니한 채무도 포함된다고 할 것이고, 나아가 회사 분할 또는 분할합병의 효력발생 전에 아직 발생하지는 아니하였으나 이미 그 성립의 기초가 되는 법률관계는 발생하여 있는 채무도 포함된다고 할 것이라고 판시하였습니다.

부자지간의 부동산 명의이전과 관련하여 이

를 증여로 해석한 사례 (대법원 2010. 12. 23. 선고 2007다22859 판결)

대법원은, 부모가 생전에 자신이 일군 재산을 자식에게 물려준 때에는, 그 후에도 자식의 협조 내지 승낙하에 부모가 여전히 당해 재산에 대한 관리·처분권을 행사하는 경우가 흔히 있을 수 있는 모습이므로, 부모가 자식에게 재산의 명의를 이전하여 준 이후에도 그 재산에 대한 관리·처분권을 계속 행사하였다고 해서 곧바로 이를 증여가 아닌 명의신탁이라고 단정해서는 안 될 것이라고 판시하였습니다.

[Litigation Cases] - 이용성 변호사

형사 판례

공정거래위원회의 전속고발에 ‘고소불가분의 원칙’을 규정하고 있는 형사소송법 제233조를 적용할 수 없어 공정거래위원회의 고발이 없는 회사에 대한 소추 불가능 (2010.9.30. 선고 2008도4762 독점규제및공정거래에관한법률 위반)

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하, ‘법’이라 한다) 제71조 제1항은 ‘법 제66조 제1항 제9호 소정의 부당한 공동행위를 한 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다’고 규정함으로써 그 소추조건을 명시하고 있으나, 형사소송법 제233조에서는 친고죄에 관한 고소의 주관적 불가분원칙을 규정하고 있을 뿐 고발에 대하여 그 주관적 불가분의 원칙에 관한 규정을 두고 있지 않고 또한 위 법에서 형사소송법 제233조를 준용하고 있지도 아니합니다.

그러므로 형사소송법 제233조가 공정거래위원회의 고발에도 유추적용된다고 해석한다면 이는 공정거래위원회의 고발이 없는 행위자에 대해서까지 형사처벌의 범위를 확장하는 것으로서, 결국 피고인에게 불리하게 형벌법규의 문언을 유추해석한 경우에 해당하므로 죄형법정주의에 반하여 허용될 수 없습니다.

가처분의 피신청인이 가처분의 부작위명령을 위반한 경우에는 공무상 표시무효죄 성립하지 아니함 (2010.9.30. 선고 2010도3364 공무상표시무효)

형법 제140조 제1항의 공무상 표시무효죄와 관련하여, 집행관이 법원으로부터 피신청인에 대하여 부작위를 명하는 가처분이 발령되었음을 고시하는 데 그치고 나아가 봉인 또는 물건을 자기의 점유로 옮기는 등의 구체적인 집행행위를 하지 아니하였다면, 단순히 피신청인이 위 가처분의 부작위명령을 위반하였다는 것만으로는 공무상 표시의 효용을 해하는 행위에 해당하지 않습니다.

상호저축은행의 대표이사가 법률이 금지하는 지급보증서를 발행한 경우는 무효이므로 상호저축은행에 대한 업무상배임의 죄책을 지지 않음 (2010.9.30. 선고 2010도6490 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 등)

상호저축은행이 채무를 보증하거나 담보를 제공하는 행위를 금지하는 상호저축은행법 제18조의2 제4호는 효력규정으로서 이에 위배하는 상호저축은행 대표이사 등의 행위는 무효이므로, 그로 인하여 상호저축은행이 민법상 사용자책임 또는 법인의 불법행위책임을 부담하는 등의 특별한 사정이 없는 한 배임죄는 성립하지 않습니다.

행정관청에 출원에 의한 인·허가 처분을 받은에 있어서 그 처분이 담당공무원의 불충분한 심사에 기인한 경우 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립하지 않음 (2010.10.28. 선고 2008도9590 위계에 의한 공무집행방해)

행정관청이 출원에 의한 인·허가처분을 함에 있어서는 그 출원사유가 사실과 부합하지 아니하는 경우가 있음을 전제로 하여 인·허가할 것인지 여부를 심사·결정하는 것이므로, 행정관청이 그러한 사실을 충분히 확인하지 아니한 채 출원자가 제출한 허위의 출원사유나 허위의 소명자료를 가볍게 믿고 인가 또는 허가를 하였다면 이는 행정관청의 불충분한 심사에 기인

한 것이어서 출원자의 위계가 결과 발생의 주된 원인이라 할 수 없어, 위계에 의한 공무집행방해죄를 구성하지 않습니다.

재정신청 대상이 아닌 사실에 대하여 공소제기결정을 하여 본안사건의 절차가 개시된 경우 그 본안사건에서 위와 같은 잘못을 다룰 수 없다 (2010.11.25. 선고 2009도3563 업무상배임)

재정법원이 형사소송법 제262조 제2항 제2호에 위반하여 재정신청의 대상인 고소사실이 아닌 사실에 대하여 공소제기결정을 한 관계로 그에 따른 공소가 제기되어 본안사건의 절차가 개시된 후에는, 다른 특별한 사정이 없는 한 이제 그 본안사건에서 위와 같은 잘못을 다룰 수는 없다고 할 것입니다.

1. 구 증권거래법 제207조의2와 제214조에서 정한 ‘위반행위로 얻은 이익’에 공범의 이익이 포함되며, 입증책임은 검사가 부담
2. 주식을 실질적으로 소유하는 자가 주식의 대량보유에 따른 보유상황 및 변동상황을 보고할 의무가 있다 (2010.12.9. 선고 2009도6411 구 증권거래법위반)

1. 구 증권거래법 제207조의2와 제214조에서 정한 ‘위반행위로 얻은 이익’이라 함은 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 이익을 의미하고, 여기에는 공범에게 귀속된 이익도 포함되며, 그에 관한 입증책임은 검사가 부담함
2. 기업의 주식을 자신의 계산으로 실질적으로 소유하는 자는 그 명의 여하에 관계없이 주식의 대량보유에 따른 보유상황 및 변동상황을 보고할 의무가 있음

착오로 송금되어 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위가 송금인과 송금받은자 사이에 별다른 거래관계가 없는 경우에도 횡령죄에 해당한다 (2010.12.9. 선고 2010도891 횡령(인정된 죄명: 점유이탈물횡령))

어떤 예금계좌에 돈이 착오로 잘못 송금되어 입금된 경우에는

그 예금주와 송금받은자 사이에 신의칙상 보관관계가 성립한다고 할 것이므로, 송금 절차의 착오로 인하여 개인 명의의 은행 계좌에 입금된 돈을 임의로 인출하여 소비한 행위는 횡령죄에 해당하고, 이는 송금인과 송금받은자 사이에 별다른 거래관계가 없다고 하더라도 마찬가지라고 볼 수 있습니다.

[주요업무사례]

다단계판매 관련 시정조치등 취소청구소송 승소

* 담당변호사 - 박정원 변호사 | 최명호 변호사 | 김린 변호사
| 김형수 변호사

C회사는 다단계판매업 등록을 하지 않은 채 ① C회사에 가입한 판매원이 다른 사람을 판매원으로 모집하고 그 다른 판매원이 다시 또 다른 사람을 판매원으로 모집하여, ② C회사가 판매원에게 그 판매원 및 그 판매원이 모집한 다른 판매원(순차 모집된 다른 판매원을 포함함)의 판매실적에 따라 팀 커미션, 멘토 보너스 등을 지급하는 방식으로 화장품을 판매하였는데, 공정거래위원회는 C회사의 위와 같은 판매 형태가 방문판매등에 관한 법률 제2조 제5호에서 정한 다단계판매에 해당한다는 이유로, 의뢰인 회사에 대하여 방문판매법 제13조 제1항, 제42조 제1항, 제2항에 따라 다단계판매행위의 중단 등을 내용으로 하는 시정조치명령을 내렸습니다.

C회사를 대리한 법무법인 세종은 C회사의 판매원들이 소비자로서 C회사 제품을 구매하지 않고 판매원으로 등록하였다는 점에 주목하여, C회사의 판매활동은 방문판매법상 다단계판매행위에 해당되지 않는다고 주장하였으며, 공정거래위원회는 공정거래법 시행령에 의하여 다단계판매원이 되고자 다단계판매업자로부터 재화를 구매한 경우에도 소비자에 해당하므로 C회사의 판매활동은 다단계판매행위에 해당한다고 주장하였습니다. 법무법인 세종은 공정거래위원회가 근거로 든 소비자 개념에 관한 공정거래법 시행령 조항은 그 취지에 비추어 C회사가 다단계판매행위를 하였는지 여부를 판단하는데 고려되어서는 안된다고 법원을 설득하였고, 법원은 법무법인 세종의 주장을 받아들여 C회사에 대하여 승소판결을 선고하였습니다. 본 사건은 방문판매법상 다단계판매행위의 개념에 관한 사례가 많지 않은 상황에서 법원으로부터 방문판매법의 다단계판매행위에 해당되지 않는다고 판단을 받은 새로운 사례라는 점에서 실무적으로 다단계판매에 관한 방문판매법의 적용범위를 확정하는데 큰 의의가 있다고 할 수 있습니다.

무분별한 조상 땅 찾기 운동에 제동 걸리다

* 담당변호사- 이준승 변호사 | 김민경 변호사 | 남성덕 변호사

법무법인 세종은, 일제시대에 작성된 임야조사서만을 근거로 소유권보존등기의 말소를 구하는 무분별한 조상 땅 찾기 운동에 제동을 걸었습니다.

사건이 된 임야는 피고들의 아버지가 일제시대인 1943년 무렵 원고들의 선대로부터 적법하게 매수하여 잣나무 조성림을 가꾸며 잣을 채취하고 선대의 묘소를 이장하였던 곳입니다. 그 후 피고들이 임야를 상속 받아 계속해서 잣을 채취하는 등 근 70년에 이르는 기간 동안 아무 탈 없이 소유권을 행사해 왔습니다. 그러나 1934년 무렵에 작성된 임야조사서에는 원고들의 선대가 사정을 받았다고 기재되어 있고, 이러한 사실을 발견한 원고들은 위 문서를 근거로 피고들 명의의 소유권보존등기를 말소해 달라고 청구하기에 이르렀습니다.

대법원은 임야조사서상 사정 명의자가 부동산을 적법하게 취득한 것이고, 이에 반하는 소유권보존등기는 원인무효라는 입장을 유지하고 있는데, 등기부 등 소유권 이전을 증명할 수 있는 서류가 소실된 경우 적법한 권리승계 사실을 입증하기가 어렵고, 원고들은 이러한 점을 이용하여 이 사건 청구를 한 것입니다.

이에 법무법인 세종은, 피고들의 아버지 및 피고들이 이 사건 임야에 잣나무 조성림을 가꾸며 잣을 채취해 온 사실 등 70년 동안 점유해 왔다는 사실을 근거로 점유취득시효의 완성을 주장하였고, 법원은 이를 받아들여 원고들의 청구를 모두 기각하였습니다.

사정 명의자의 후손들이 조상 땅 찾기 운동이란 이름으로 무분별한 등기말소소송을 제기하고 있는데, 이들 대부분은 사정을 받았다는 사실조차 모르는 경우가 허다하고, 임야조사서를 열람한 일부 브로커들이 개입되어 이러한 소송을 부추기는 경우를 많이 볼 수 있습니다. 본 사안은 시효취득 법리에 따라 이와 같은 부당한 청구를 배척하였다는 점에서 의의를 찾을 수 있습니다.

현물출자 방식 신주발행에 대해 무효판결

* 담당변호사- 이병주 변호사, 조희영 변호사, 최효종 변호사, 김성혁 변호사

경영권 방어를 위한 현물출자도 주주의 신주인수권을 침해하여 위법하다

법무법인 세종은 현물출자 방식의 신주발행에 대해 주주의 신주인수권이 미치지 않는다는 취지의 대법원 판결이 존재함에도 불구하고, 현물출자 방식의 신주발행에 대해 주주의 신주인수권 침해를 이유로 신주발행무효판결을 이끌어내었습니다. 더불어 이번 판결은 앞으로 경영권 방어를 위해 현물출자를 이용하여 몰래 신주발행을 감행하는 행위에 대해 경종을 울린 대표적인 판결이 될 것입니다.

A그룹이 경영악화와 유동성위기를 겪으면서 많은 수의 A그룹 계열사들이 휴면상태에 있거나 법정관리를 받고 있는 상황에서 2008. 12.경부터 A그룹 계열사인 B사의 최대주주인 C사 주식에 대한 매각절차가 진행되어, A그룹은 위 회사는 물론 위 회사가 지배하고 있는 B사의 지배권을 모두 제3자에게 빼앗길 위기에 처하게 되었습니다.

이에 B사의 경영진은 위 회사에 대한 채권자인 C사를 철저히 배제한 채 비밀리에 우호적인 다른 A그룹 계열사들의 B사에 대한 채권을 출자받고, 역시 우호적인 A그룹 계열사인 D사로부터 공유수면매립지(매립율 46.83%)도 출자받아 기존 발행주식 총수보다 많은 수의 신주를 발행하였습니다. 그 결과 C사는 B사의 과반의 최대주주 지위에서 소수주주 지위로 전락하였고, 주주도 아니었던 D사는 전체 주식의 41.15%를 보유한 최대주주가 되어 B사의 지배구조가 변경되었습니다.

이 사실을 뒤늦게 알게 된 C사는, 위 현물출자 방식의 신주발행이 회사의 경영상 필요보다는 B사에 대한 A그룹의 지배권 내지 경영권 유지를 목적으로 감행된 것으로서 상법 제418조 제2항에 위반하여 최대주주인 C사의 신주인수권을 침해하였다는 이유로 위 신주발행의 무효를 구하는 소를 제기하였습니다.

위 소송에서 피고인 B사는 ‘현물출자 방식의 신주발행에 대해서는 주주의 신주인수권이 미치지 않는다’고 판시한 대법원 1989. 3. 14. 선고 88누889 판결을 내세우며 이 사건 신주발행은 현물출자로 이루어졌으므로 애당초 주주의 신주인수권 침해가 문제되지 않는다고 주장하였습니다.

그러나 원고 소송대리인인 법무법인 세종은 위 대법원 판결이 회사의 주주 1인이 현물출자를 하면서 신주 전부를 인수할 당시 나머지 주주들이 신주인수권을 포기한 것이 실질적으로 현물출자를 한 주주에게 신주를 증여한 것으로 간주하여 증여세를 부과할 수 있는지에 관한 사안으로서 경영권 방어를 위한 신주발행으로 의심되는 이 사건에 인용하기에는 부적절한 판결이라고 주장하였고, 또한 현물출자 방식의 신주발행에 주주의 신주인수권이 미치지 않아 상법 제418조 제2항에서 정하는 주주의 신주인수권 배제를 위한 정당화요건이 적용되지 않는다고 한다면 회사의 경영진이 경영권 방어를 위한 수단으로 현물출자를 악용할 가능성이 매우 높다는 점을 강조하였습니다. 이에 재판부는 원고의 주장을 받아들여 현물출자 방식의 신주발행에도 상법 제418조 제2항의 정당화요건이 적용되어야 한다고 판결하면서 위 대법원 판결을 인용한 피고측 주장을 배척하였습니다.

하루아침에 빈털터리가 된 예금주, 구제받다

* 담당변호사- 이덕구 변호사 | 김소연 변호사

인감·비밀번호의 동일성을 확인하였음에도 은행의 책임을 인정한 사례

지역농협에 5억원 가량의 예금을 보유하고 있었던 개인(이하 ‘예금주’)이 예금거래를 하려고 하다가 잔액이 거의 전액 인출되어 있음을 발견하였습니다. 깜짝 놀란 예금주는 경찰에 수사를 의뢰하여 조사를 한 바, 생면부지의 중년여성(이하 ‘범인’)이 예금주의 통장을 위조한 후(위조된 통장에는 표제부만 진정한 통장과 동일하게 위조되어 있었고, 본문의 기장내역은 거짓된 것으로 채워져 있었으며, 아무 정보가 인식되지 않는 자화테이프가 부착되었습니다) 농협중앙회 지점을 방문하여 자화테이

프 재기록 및 통장 이월재발행을 받고 또 다른 지점에 가 예금 대부분을 인출한 것이었습니다.

하루아침에 빈털터리가 된 예금주로부터 위 사건을 의뢰받은 법무법인 세종은, 예금계약의 상대방인 지역농협에 대하여 예금반환청구를, 자화테이프 재기록·통장 이월재발행·예금인출 업무를 수행한 농협중앙회에 대하여 불법행위 손해배상(사용자책임) 청구를 병합하여 소송을 진행하였습니다.

피고가 된 지역농협은 범인이 진정한 인감 및 비밀번호를 제시했다는 점을 들어 채권의 준점유자에 대한 변제로서 유효하게 예금반환채무가 소멸했다고 주장하고, 피고 농협중앙회는 자신의 예금업무방범을 모두 준수하여 업무를 처리하였으므로 어떤 과실도 없었다고 주장하였습니다.

법무법인 세종은 예금거래에 관한 법리 및 사례 연구, 범인에 관한 형사기록 문서송부촉탁신청, 시중 은행에 대한 사실조회, 예금거래의 프로세스 등에 관한 구석명 등 적극적인 변론을 하였습니다. 이에 담당 재판부는 1) 위탁자의 내부업무규정과 달리 고객의 본인 여부 또는 대리권 유무를 확인하지 않은 수탁자의 업무처리, 2) 제반 정황상 매우 의심스러운 특별한 사정이 있는데도 은행직원이 고객이 제시한 통장이 전산화면에 나타난 예금계좌의 실제 정보와 현저히 다름을 간과한 업무처리에는 모두 과실이 있으므로, 비록 인감과 비밀번호의 동일성을 확인하였다고 하더라도 피고 지역농협에 대하여는 채권의 준점유자에 대한 변제 항변을 배척하고 예금주에 대하여 본래의 예금 전액을 반환해야 한다는 판결을 선고하고, 피고 농협중앙회에 대하여는 과실이 인정되긴 하나 예금주가 본래의 예금채권을 모두 보유하므로 손해가 없어 원고 청구를 기각한다는 판결을 선고하였습니다.

결국 위 판결은 예금주인 원고의 청구를 사실상 모두 인용한 것이나 다름없는 것으로서, 법무법인 세종은 억울한 지경에 처한 개인을 구제받도록 함과 동시에, 금융기관이 예금업무 처리에 있어서 준수할 주의의무를 엄중히 확인한 법률적으로 상당의 의미 있는 판결을 받아내는 쾌거를 이뤘습니다.

리먼브라더스 펀드 투자자 집단소송 승소

* 담당변호사- 홍세렬 변호사, 김용호 변호사, 송영곤 변호사, 김주현 변호사, 강현정 변호사

주가연계펀드인 '우리2스타 파생상품 펀드'에 투자하였다가 2008년 미국계 투자은행인 '리먼 브라더스'의 파산으로 인하여 투자금의 손실을 입게 된 투자자들이 수탁회사인 하나은행 등을 상대로 제기한 투자금반환 소송에서 법무법인 세종은 치열한 법리 공방 끝에 투자자들의 청구를 기각한 종전의 원심판결을 확정짓는 판결을 이끌어 냈습니다.

이 사건에서 투자자들은 펀드 투자설명서에 장외파생상품의 거래상대방이 '비엔피 파riba'로 기재되어 있는 점을 근거로, 자산운용회사인 우리자산운용이 투자자들의 사전 동의 없이 이 사건 펀드의 투자대상인 장외파생상품의 거래상대방을 '비엔피 파riba'에서 신용등급이 한 두 단계 낮은 '리먼브라더스'로 변경한 것이 계약의무 위반이라고 주장하였습니다. 또한 수탁회사인 하나은행에 대해서는 수탁회사는 구 간접투자자산운용업법(구 간투법)상 투자신탁재산의 보관 및 관리 업무를 수행하는 자로서 투자설명서, 신탁약관, 법령에 위반되는 자산운용지시에 대해서는 그 철회·변경 또는 시정을 요구하여야 할 의무가 있음에도 하나은행이 위 투자설명서 기재와 달리 장외파생상품의 거래상대방을 변경하라는 우리자산운용의 운용지시를 그대로 이행한 것은 선관의무 위반이라고 주장하였습니다.

이에 대하여 서울고등법원은 투자설명서의 법적 성격에 대하여 "투자설명서의 기재가 당연히 투자신탁계약의 내용으로 편입되는 것은 아니고 그 기재가 개별약정으로서 구속력이 있는 지 여부는 구체적인 내용, 그러한 내용이 기재되게 된 동기와 경우 및 당사자의 진정한 의사를 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 판단하여야 한다"고 전제한 후 "이 사건의 경우 비록 최초 투자설명서에 장외파생상품의 거래상대방이 '비엔피 파riba'로 기재되어 있었으나 투자자들이 위 거래상대방을 계약의 중요한 내용으로 삼으려는 의사를 가지고 이 사건 투자신탁계약을 체결하였다고 볼 수 없다"고 하면서 이후 수탁회사인 하나은행의 동의 하에 투자설명서에 기재

된 장외파생상품의 거래상대방을 ‘리먼브라더스’로 변경한 것은 적법하다고 판시하였습니다. 또한 법원은 “수탁회사의 자산운용지시 등에 대한 감시의무는 구 간투법상 열거된 사항(구 간투법 제132조)에 한정되고 그 판단 근거도 구 간투법에 열거된 법령, 신탁약관, 적법하게 변경된 투자설명서에 한정된다”고 판시함으로써 하나는행이 수탁회사로서 자산운용회사의 운용지시를 이행한 것은 선관주의의무위반이 아니라는 범무법인 세종의 주장을 전부 받아들였습니다.

이 사건은 해당 펀드에 관한 설명 중 신탁약관에 기재되어 있지 않고 투자설명서에만 기재되어 있는 내용에 관하여, 그 투자설명서의 기재가 당연히 투자신탁계약 당사자들을 구속하는 효력을 가지는 것은 아니라는 점에 관한 법원의 입장을 다시 한번 명확히 확인해 준 사례입니다. 나아가 간접투자신탁계약에 있어 그동안 주목할 만한 선례가 없었던 “수탁회사의 선관주의의무의 내용과 범위”에 관하여 법원이 구체적인 입장을 제시했다는 데에 큰 의미가 있습니다.

[기사] 매경이코노미

[Case&Winner] 하이닉스, D램 반도체 가격담합 무혐의 처분 - 국제 현물시세와 납품 평균가 비교 ‘설득력’

D램 반도체. 국내업체와 다국적기업 간 치열한 경쟁을 하는 산업 분야다. 업종 특성상 반도체는 신제품 개발 이후 가격이 시간이 지날수록 떨어진다. 또 재고가 쌓인다 하더라도 컴퓨터 사양이 업그레이드되면 일순간 쓸모없는 제품으로 바뀔 수 있어 업체 입장에서는 생산 즉시 판매를 가장 이상적으로 본다. 하지만 현실은 그렇지 않다.

왜냐하면 다른 경쟁업체들도 그렇게 생각하고 또 그만큼 수요와 공급에 시시각각 변수가 많이 생기기 때문이다. 그러다 보니 업체들마다 경쟁업체들의 가격 책정 방식을 거의 실시간으로 모니터링하고 바로 이를 반영하는 방식을 취할 수밖에 없다.

이런 경우에는 또 각국의 사법부, 경쟁당국으로부터 가격담합 혐의를 받을 수도 있다. 하이닉스가 처한 상황도 이렇다. 미국 법무부(DOJ)는 2002년 6월부터 IBM, 델 등 미국 수요업체들을 대상으로 영업을 하고 있던 D램 제조업체들의 가격담합 여부를 조사했다. 그 과정에서 DOJ는 제조사들이 수요업체들에 납품하는 반도체 가격에 대해 담합 혐의가 있음을 잡아내 각 사업자들을 심리한 후 제재를 가했다. DOJ와 제조업체들 간의 협상은 계속됐고 결과적으로 벌금 부과, 관련 임직원 형사 기소(Plea Agreement) 등으로 사건은 종결됐다. 삼성전자와 하이닉스 역시 이 대상에 올랐다. 삼성전자의 경우 3억달러, 하이닉스의 경우 1억8500만달러의 형사 벌금을 납부하기로 합의했다. 당시 미국기업인 마이크론은 1순위 자진 신고자라는 이유로 미국 DOJ로부터 형사 벌금을 전혀 부과받지 않았다.

한국 공정위 조사 개시, 왜?

문제는 여기서 끝나지 않았다. 미국 법무부의 조치가 한국 산업에도 영향을 끼치는지 여부를 한국 공정위가 검토하기 시작한 것이다. 발단은 A사였다. 마이크론의 선례를 받아들여 미국

에서의 담합 사실을 이유로 한국 공정위에도 자진 신고를 한 것이다.

하이닉스 역시 일부 억울한 점이 있었지만 2순위로 자진 신고를 하면 50% 감면받는다든 법을 고려해 ‘울며 겨자 먹기’ 식으로 자진 신고를 했다. 통상 이렇게 신고가 접수되면 정말 담합을 한 것인지를 공정위가 조사하게 된다. 한국에서도 미국과 같이 담합 조사가 이뤄지게 된 배경이다.

이런 상황에서 다급해진 당시 하이닉스 전략기획실 관계자들이 범무법인 세종을 찾았다. 현재 사장인 권오철 당시 전략기획실 전무를 비롯, 통상팀 관계자들은 비록 2순위로 자진 신고를 하긴 했지만 담합 사실 자체를 인정하기 어렵다는 논리를 폈다. 세종 공정거래팀은 담합 사실 자체가 성립되지 않는다면 1순위든 2순위든 자진 신고를 안 했든 벌금 부과 자체가 무효가 된다는 점에서 신중하게 접근했다.

“관련 자료를 면밀히 검토해 본 결과 미국 법무부의 조사과정 및 벌금 부과에 이해하기 어려운 점이 많았어요. 통상 국제 카르텔 사건과 차별되는 부분이 많아 실제 담합 여부를 단정하기 어려웠을 뿐 아니라 D램시장에서 가격담합이 존재할 수 없거나 설령 존재한다 하더라도 하이닉스는 가담하지 않았을 것으로 보이는 여러 사정들이 있었기 때문이죠. 그런 이유로 하이닉스는 미국 법무부 조사과정에서 적극적으로 혐의사실을 부인하며 대응했지만 당시 회사의 어려운 재무상황과 미국 배심원들의 배타성, 소송 장기화로 인한 과다한 비용 지출 등의 현실적인 어려움이 있었어요. 어쩔 수 없이 미국 법무부와 협상을 통해 이 문제를 해결할 수밖에 없었던 것이죠. 한국 공정위의 조사과정에서도 하이닉스는 마찬가지로 억울함을 호소하는 입장이었는데 그러함에도 국내 다른 사업자가 1순위로 자진 신고를 하는 바람에 하이닉스 또한 어쩔 수 없이 2순위로 자진 신고를 할 수밖에 없었다는 걸 알게 됐죠.”(조창영 변호사)

공정위 주장 반박 논리는?

조 변호사가 말하는 하이닉스의 ‘억울함’은 그런 점에서 신빙성이 전혀 없다고 할 수 없었다. 그렇다면 공정위 주장에 대한 반박 논리가 무엇보다 중요할 터. ‘한국에서도 업체 간 담합 소지가 농후하다’는 공정위 주장의 근거를 한마디로 요약하면 ‘원

마켓 원 프라이스(시장이 하나면 가격 역시 같다)’란 것이었다. 미국에서의 가격담합 사실이 있다면 한국에서 형성되는 가격에도 영향을 미칠 것이란 말이다.

하이닉스와 세종 공정거래팀은 이 논리는 무리가 있다는 입장이었다. 1순위 자진 신고자인 다른 국내 사업자는 공정거래위원회 조사관의 주장을 다투지 않는 입장을 계속 유지했지만 하이닉스의 억울함을 밝히려는 세종과 하이닉스는 이 과정에서 어려운 상황에 봉착했다. 담합 혐의사실을 다투는 듯한 태도를 보인 끝에 과징금 50% 감면 혜택마저 박탈당하게 된 것. 금액으로는 약 92억원에서 감면 혜택을 박탈당한 꼴이 돼 실제 과징금이 부과됐다면 185억원 수준이 될 뻔한 것이다.

그러나 세종 공정거래팀과 하이닉스는 자진 신고자로서의 지위를 포기하고 이 사건의 진실을 밝히는 데 혼신의 노력을 기울이기로 의견을 모았다.

“공정위의 논리를 더 정확하게 설명하면 ‘미국 내 대규모 수요 업체들에 납품한 가격은 국제가격에 직접 영향을 미치고 이는 다시 국내시장에서 유통되는 D램 가격에 연동된다’란 논리였어요. 저희는 이 관계가 성립되지 않는다는 점을 적극 부각시키는데 주력했습니다. 미국의 주요 D램 수요업체들은 장기 계약을 맺고 단일 가격을 설정합니다. 이건 일종의 개별 기업 간 납품 계약이죠. 하지만 반도체시장은 이 시장만 있는 게 아닙니다. 대형 도매시장에서 유통되는 현물시장도 존재하거든요. 공정위가 주목한 건 개별 기업 간 납품 계약 때 맺는 가격이었어요. 아무래도 물량을 대량으로 계약하다 보면 현물시장보다 낮게 가져오게 되고 이는 다시 현물시장의 가격에 영향을 미치지 않겠느냐는 논리였어요. 하지만 실제 저희가 가격 추이를 뽑아 보니 상황은 달랐습니다.”(백대용 변호사)

세종 공정거래팀은 디램익스체인지와 같이 국제현물시장 가격조사기관의 자료를 확보했다. 그리고 하이닉스 등 주요 생산업체들이 대형 업체에 납품(OEM)한 반도체 평균 가격을 비교해봤다.

그랬더니 납품 가격이 낮게 형성되면 여기에 따라 현물시장 가격이 떨어질 것이란 공정위 주장과는 상반되는 결과를 추출할 수 있었다. 실제로 128MB SD램 가격 추이를 보면 2000년 11

월 8일 기준 납품가는 11달러대였으나 같은 시기 현물 가격은 오히려 8달러로 저렴했다. 11월 28일 상황은 더욱 극명하게 갈렸다. 납품가는 12달러로 오히려 올라갔지만 현물가격은 6달러 대로 현격하게 떨어진 것.

기적이 일어났다. 공정거래위원회 전원회의는 D램 담합사건을 면밀히 검토한 후 한국시장에 대한 영향을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 과징금을 부과하지 않고 심의절차를 종료했다.

조창영 변호사는 “다른 국내 사업자가 공정위의 조사내용을 다 투지 않는 입장을 유지했음에도 불구하고 공정위의 결정은 전 문성과 합리성을 보여준 훌륭한 사례”라고 전했다.

[박수호 기자 suhoz@mk.co.kr]

[세종소식]

2010년 IHCF Academy

- 최용원 변호사 -

법무법인 세종의 최용원 변호사는 지난 11월 20일, ‘2010년 인 하우스카운슬포럼 아카데미(IHCF Academy)’에 참석하여 “중국의 최근 법률환경 및 중국 투자시 고려사항(사례를 중심으로)”에 대하여 주제 발표를 하였습니다.

현재 북경사무소 수석대표로 있는 최용원 변호사는 중국과 한국간의 투자 및 M&A 등 중국관련 업무를 수행하고 있으며, 지난 2008년 법무법인 세종이 전경련과 공동으로 주최한 “중국 기업 M&A관련 중국 법제의 기업 활용방안 세미나”에서 중국 법제 및 사례 등에 관하여 발표하기도 하였습니다.

이번 세미나에서도 중국관련 기업 담당자들에게 현지에서의 다양한 업무경험을 토대로 기업경영에 필요한 실제적인 법률 정보를 제공하였다는 평가를 받았습니다.

<행사 개요>

- 행사명 : 2010 IHCF Academy

- 일 시 : 2010. 11. 20.
- 장 소 : 코엑스인터콘티넨탈호텔
- 주 최 : 한국사내변호사협회

한국경쟁법학회 추계학술대회

- 홍탁균 변호사

법무법인 세종의 홍탁균 변호사가 11월 5일 개최된 2010년 한국경쟁법학회 추계학술대회에서 “부당한 공동행위 입증의 문제 - 간접증거의 유형화”라는 제목으로 주제발표를 하였습니다. 홍 변호사는 위 주제발표를 통하여, 간접증거를 통하여 부당공동행위를 입증함에 있어 필요한 각종 증거유형에 대한 유형화 필요성, 유형별 증거의 증명력 준별 등에 대한 국내외 사례나 문헌에 대한 연구결과를 발표하였고, 참석자 및 토론자들도 이에 대하여 열띤 토론을 벌였습니다. 어느 정도의 간접증거를 통하여 부당한 공동행위를 인정할 수 있는지의 문제는 공정거래법을 집행하는 공정위, 검찰, 법원 등 집행당국 뿐만 아니라 부당한 공동행위로 조사를 받는 기업들에게도 실무상 매우 중요한 문제로서, 위 주제발표를 통하여 향후 부당한 공동행위 인정에 대하여 좀더 많은 논의와 엄격하고 일반적인 기준이 형성, 적용될 것으로 예상됩니다.

The 10th Fi-TICK Tax Seminar

- 정인화 회계사, 정종채 변호사

법무법인 세종의 정인화 회계사와 정종채 변호사는 지난 10월 28일~29일, 양일간 개최된 ‘The 10th Fi-TICK Tax Seminar’에서 하기 세션에서 토론자로 참석하였습니다.

100명 이상의 국내외 세무 전문가 및 기업 담당자들이 참가하여 최근의 세무동향 및 이슈에 대하여 발표하고 의견을 교환하는場으로 의미가 있는 상기 세미나에 법무법인 세종은 매년 발표자로 참여하고 있습니다.

정인화 회계사는 법무법인 세종의 Tax 파트에서 국내외 투자 및 M&A, 구조조정, 부동산, 금융거래 등과 관련한 세무자문과

세무조사 및 세무쟁송업무를 수행하고 있으며, 외국인투자유치 지원업무에 대한 공로로 2005년 산업자원부장관 표창을 받기도 하였습니다.

정종채 변호사는 조세, 공정거래 등의 업무를 주로 담당하고 있으며, 서울지방국세청 등의 세무기관에서 활동한 경험을 바탕으로 업무를 수행하며 관련 분야의 논문 발표 및 학회 활동에 활발히 참여하고 있습니다.

- Recent Tax Changes Impacting Financial Services Industry
- Dialogue with Korean Tax and Customs Authorities ; Towards Mutual Understanding and Cooperation
- Taxpayer's Wish List to Improving the Korean Tax System

〈행사 개요〉

- 행사명 : Korea Tax Conference - The 10th Fi-Tick Tax Seminar 2010
- 일 시 : 2010. 10. 28.~ 10. 29.
- 장 소 : 리즈칼튼호텔
- 주 최 : 주한미국상공회의소(AMCHAM),
주한유럽연합상공회의소(EUCCK)
- 후 원 : 법무법인 세종 등 국내 주요 로펌 및
회계법인 8개사

길영민, 신지혜 변호사 영입

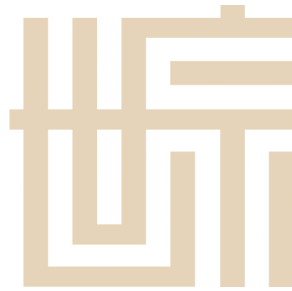
법무법인 세종은 길영민 변호사와 신지혜 변호사를 영입하였습니다. 길영민 변호사(사법연수원 33기)는 법무관 및 지평지성에서 근무한 바 있으며, 주된 업무분야는 금융관련 법규 자문, 자산운용업 관련 업무, IPO, syndicated loan 등의 증권 및 금융 부문입니다. 신지혜 변호사는 (사법연수원 36기) 법무법인 광장 (Lee & Ko)과 예금보험공사에서 근무한 바 있으며, 주된 업무분야는 지적재산권, 미디어 콘텐츠, 방송통신, 엔터테인먼트/스포츠 등입니다.

정이진, 이지연 미국변호사 영입

법무법인 세종은 정이진 (Jeannie Y. Jeong) 미국변호사와, 이지연 미국변호사를 영입하였습니다.. 정이진 변호사의 주된 업무분야는 M&A, 역외투자, 합작투자, 일반 기업자문 및 공정거래 관련 자문업무로 홍콩 Baker & McKenzie에서 근무한 경험이 있으며, 미국 University of California, San Diego 대학 (B.A.)과 미국 University of California, Hastings College of the Law (J.D.)를 수료하였습니다. 이지연 변호사는 미국 Boston University School of Law 졸업하고 주식회사 케이티 (KT Corporation) 사내변호사로 근무한 바 있으며, 주된 업무분야는 국제합작투자, M&A 업무 및 일반 기업법무입니다

김민혁 회계사 영입

법무법인 세종은 김민혁 회계사를 영입하였습니다. 김 회계사는 삼일회계법인에서 공인회계사 업무를 시작하여 회계감사, 일반 컨설팅 업무를 수행한 바 있습니다. 현재 회계법인 세종의 공인회계사로서 주된 업무분야는 기업가치평가, 기업관리업무 대행(Business Process Outsourcing), 회계감사 업무입니다.



The content and opinions expressed within SHIN & KIM's regular newsletter are provided for general informational purposes only and should not be considered as rendering of legal advice for any specific matter.

SHIN&KIM

법무법인 세종

Seoul Office Tel : + 82 2 316 4114 | Fax. +82 2 756 6226 | E-mail. shinkim@shinkim.com | homepage. www.shinkim.com
Ace Tower 6th Floor, 1-170, Soonhwa-dong, Chung-Ku, Seoul 100-172, Korea

Beijing Office Tel : + 86 10 8447 5345 | Fax. +86 10 8447 5349 | E-mail. china@shinkim.com
1008 Air China Plaza, No.36, Xiao Yun Road, Chaoyang District Beijing 100027, P.R China

Shanghai Office Tel : + 86 21 6235 0411 | Fax. +86 21 6235 0415 | E-mail. china@shinkim.com
808 Far-east International Plaza A, 319 Xianxia Road, Changning District Shanghai 200051, P.R. China