

www.koreanbar.or.kr

사내변호사 업무편람

on  Korean Bar Association  Korean Bar Association  Korean Bar Association  Korean Bar Association



대한변호사협회
Korean Bar Association

발간사

기업을 성공적으로 경영하기 위해서 법을 잘 아는 것이 무엇보다 중요해진 ‘준법 경영’의 시대입니다. 국내의 많은 기업에서도 ‘준법경영을 통한 지속가능한 발전’이 중요한 화두가 되었으며, 준법지원에 기초한 기업법무의 중요성과 튼튼한 컴플라이언스 구축을 위한 사내변호사의 역할이 갈수록 커지고 있습니다.

과거에는 기업이 법을 위반하더라도 제재 수위가 높지 않았고, 사내변호사의 수나 역할도 제한적이었습니다. 하지만 기업을 바라보는 사회적 분위기가 달라지면서, 기업들의 법 위반은 더 이상 쉽게 용납되지 않는 추세입니다. 이에 따라 기업들도 법률 리스크 관리에 나서기 시작했고, 사내변호사는 기업 위험 예방에 대한 적격자로 주목받고 있습니다.

그러나 급속도로 증가한 사내변호사가 기업 내 업무지침 내지 관행만으로 다양한 문제를 해결하기에는 한계가 있었고, 회사와의 관계나 사내변호사의 개념, 역할이나 자세, 사내 자문 등 관련 사안에 대한 명확한 기준이 되거나, 이를 정리할 내용이 없어 사내변호사로서의 기업 내 업무에 어려움을 겪고 있었던 것도 사실입니다.

이에 대한변호사협회는 기업 내 사내변호사 실무에 관한 기준을 마련하고, 이미 새로운 영역에 진출한 선배 사내변호사들의 업무 핵심 사항을 정리하여 전달할 필요가 있다는 판단 하에 ‘사내변호사 업무편람’을 기획·발간한 바 있습니다. 사내변호사의 개념과 범위, 관련 규정을 정리하고, 대·중소기업과 로펌, 개인법률 사무소에서 근무하는 집필자들의 계약서 작성 방법과 리서치 방법 등을 소개한 본 업무편람은 다수의 사내변호사들로부터 긍정적인 평가를 받았습니다.

금년 새롭게 개정되는 ‘사내변호사 업무편람’은 개인정보보호법, 지식재산권법, 공정거래법, 외국환거래법, 기업 조세 및 회계 등 기업운영과 관련된 이론 사항을 보완하였습니다. 그와 더불어 보전처분, 형사절차, 공정거래 및 압수수색 절차 대응 등 기업 내 현장업무에 바로 활용할 수 있는 유용한 실무 지식도 함께 소개하였습니다. 이론과 실무지식을 두루 아우르는 본 업무편람은 신규 진출한 사내변호사나 참고할 만한 문헌이 부족한 기존 사내변호사들에게 큰 도움이 될 것이라 기대합니다.

끝으로 『사내변호사 업무편람』의 제작을 위해 시간을 쪼개어 원고를 집필한 저자들과 사내변호사특별위원회를 통해 다양한 의견을 보내주신 여러 위원께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 앞으로도 대한변호사협회는 사내변호사 여러분의 활동이 보다 다양한 영역에서 활발하게 펼쳐질 수 있도록 전문적인 역량 강화와 권익보호를 위해 지속적으로 노력하겠습니다. 감사합니다.

2019년 12월 30일

대한변호사협회 협회장 이 찬 희

목차

제1장

사내변호사의 개념과 역할 개관

| | |
|-----------------------------------|----|
| I. 사내변호사(in-house counsel)의 정의 | 3 |
| 1. 최협의의 사내변호사(=통상적인 정의) | 3 |
| 2. 협의의 사내변호사 | 4 |
| 3. 광의의 사내변호사 | 4 |
| II. 사내변호사에 대한 여타의 정의 | 5 |
| 1. 변호사 아닌 자에 의하여 고용되었는지 여부에 따른 정의 | 5 |
| 2. 겸직허가를 기준으로 하는 정의 | 5 |
| 3. 고문변호사나 자문변호사와의 구별 | 5 |
| III. 연 혁 | 7 |
| 1. 초창기 | 7 |
| 2. 성장기 | 7 |
| 3. 사내변호사 단체의 설립 | 10 |
| 4. 사내변호사에 대한 수요 정체 | 11 |
| IV. 사내변호사의 개념적 특징 | 11 |
| V. 사내변호사 관련 규정 | 12 |
| 1. 사내변호사의 겸직허가 | 12 |
| 2. 사내변호사의 2중적 지위와 규범 | 14 |
| VI. 사내변호사의 역할 | 16 |
| 1. 개 요 | 16 |
| 2. 비용관리자(Cost Manager)라기 보다 | |

| | |
|-----------------------------------|----|
| 위험관리자(Risk Manager)로서 역할 | 17 |
| 3. 외부변호사와의 협업자로서의 역할 | 19 |
| 4. 내부통제제도의 운영자로서의 역할 | 20 |
| 5. 사내변호사의 비상사태/위기에 대한 대응 | 21 |
| 6. 고위경영진에 대한 조언자로서의 역할 | 23 |
| 7. 자료보존 및 관리 | 23 |
| 8. 내부 규정 제·개정 및 적용 | 23 |
| 9. 입법 활동에의 참여 | 25 |
| 10. 전문부서에서의 역할 | 26 |
| 11. 사내자문의 수행: 의견서와 보고서의 작성시 유의사항 | 31 |
| 12. 기타 사내변호사의 역할들 | 32 |
| Ⅶ. 사내변호사의 업무처리에 대한 몇 가지 생각 | 35 |
| 1. 사내변호사의 경력 관리 | 35 |
| 2. 사내변호사가 되는 길 | 36 |
| 3. 사내변호사의 업무처리 자세 | 39 |
| Ⅷ. 사내변호사의 미래 | 43 |
| 1. 변수(變數)들 | 43 |
| 2. 사내변호사 직역에 대한 전망 | 47 |

제2장

변호사법의 사내변호사 적용례

| | |
|---------------------------|----|
| I. 개관 | 55 |
| II. 사내변호사 관련 주요 변호사법 질의회신 | 55 |
| 1. 사내변호사의 제3자 소송수임 가부 | 55 |

| | |
|--|----|
| 2. 변호사시험 합격 후 실무연수 중인 자의 중재대리 가부 | 56 |
| 3. 사내변호사의 계열사 사내변호사의 겸직 관련 | 57 |
| 4. 사내변호사 보수의 소송비용 산입 | 60 |
| 5. 사내변호사의 국선변호 수행 허용 여부 | 61 |
| 6. 사내변호사의 회사사건 수행의 범위 | 61 |
| 7. 사내변호사 입사시 소속 지방회를 변경해야 하는지 여부 | 62 |
| 8. 휴업한 사내변호사가 사용자인의 지위에서 사용자계열사의 법률업무를 취급할 수 있는지 여부 | 63 |
| 9. 사내변호사의 성공보수약정 및 보수의 회사 귀속 관련 | 65 |
| 10. 사내변호사의 겸직 범위 | 66 |
| 11. 사내변호사 또는 어쑤변호사가 개업변호사에게 사건을 소개하고 사건 상담 등 협업에 대한 자문료를 받는 행위가 변호사법 위반인지 여부 | 67 |
| 12. 사내변호사의 겸직 관련 | 69 |
| 13. 준법지원인의 겸직 가능여부 | 70 |

제3장

주요 업무

| | |
|--------------------------------|----|
| 제1절 계약서의 작성과 검토 | 75 |
| I. 계약서 작성 및 검토를 위한 준비단계 | 75 |
| 1. 계약서 작성 및 검토를 위한 사전 준비 | 75 |
| 2. 계약서 작성 및 체결 절차 | 76 |
| 3. 계약서 문구 수정보다 중요한 계약협상 | 78 |
| 4. 우리 회사에 맞는 표준계약서 구비 필요성 | 80 |
| II. 계약서 조항별 문구 검토 단계 | 81 |

| | |
|--------------------------|-----|
| 1. 제목 조항 | 81 |
| 2. 서문 및 전문조항 | 82 |
| 3. 정의 조항 | 83 |
| 4. 계약기간 조항 | 84 |
| 5. 완전계약 조항 | 86 |
| 6. 위약금 조항 | 87 |
| 7. 손해배상 조항 | 89 |
| 8. 연체료, 지체상금 조항 | 90 |
| 9. 권리양도 금지조항 | 92 |
| 10. 해제, 해지조항 | 93 |
| 11. 계약 임의변경금지 조항 | 95 |
| 12. 부속협약서와의 효력우열 정리조항 | 96 |
| 13. 당사자표시, 서명·날인조항 | 97 |
| | |
| Ⅲ. 영문 계약서의 작성과 검토 | 99 |
| | |
| 제2절 송무관리시 유의사항 | 119 |
| | |
| I. 민사소송 실무 | 119 |
| 1. 소송의 준비 | 119 |
| 2. 소송의 진행(외부 변호사 선임의 경우) | 122 |
| 3. 1심 판결 선고 결과에 따른 대응 | 126 |
| 4. 상소심 특성 | 128 |
| | |
| II. 보전처분 실무 | 129 |
| 1. 보전처분의 필요성 | 129 |
| 2. 보전처분의 준비 | 129 |
| 3. 보전처분 절차에서 유의할 점 | 130 |

| | |
|--|-----|
| 4. 가압류, 가처분결정 송달을 받을 경우의 대응 | 132 |
| 5. 공탁금 회수 - 현금공탁한 경우 - 사건 종결 후 권리행사최고신청 | 133 |
| Ⅲ. 형사절차 실무 | 133 |
| 1. 들어가며 | 133 |
| 2. 형사절차와 다른 민사 및 행정절차의 차이점 | 133 |
| 3. 수사절차 | 134 |
| 4. 수사 일반론 | 136 |
| 5. 형사절차 중 공판단계의 고찰 | 147 |
| Ⅳ. 회사법 관련 보전처분 실무 | 153 |
| 1. 회사법 관련 보전처분의 의의 및 특성 | 153 |
| 2. 회사가처분에 있어서 신청인 적격의 문제 | 156 |
| 3. 가처분결정의 효력 - 대세적 효력의 인정 여부 | 158 |
| 4. 주식관련 가처분 | 159 |
| 5. 주주총회 관련 가처분 | 161 |
| 6. 이사 직무집행 관련 가처분 | 162 |
| 7. 장부 등의 열람등사 관련 가처분 | 169 |
| 제3절 국제 분쟁(소송·중재)시 유의사항 | 172 |
| 1. 국제 소송·중재·분쟁 처리를 위한 사전 준비 | 172 |
| 2. 국제 분쟁의 해결 | 176 |
| 3. 결 어 | 180 |
| 제4절 행정기관 조사 대응시 유의사항 | 181 |
| Ⅰ. 공정거래 조사 대응 | 181 |

| | |
|-----------------------------|-----|
| II. 압수수색절차 대응실무 | 188 |
| 1. 들어가며 | 188 |
| 2. 수사기관의 압수수색절차 | 188 |
| 3. 공정거래위원회의 현장조사에 대한 대응매뉴얼 | 196 |
| III. 세무조사와 조세불복절차 | 200 |
| 1. 세무조사의 정의와 구별 개념 | 200 |
| 2. 세무조사의 법적 근거와 분류 | 201 |
| 3. 세무조사의 관할 | 203 |
| 5. 세무조사의 시작·진행·종결 | 205 |
| 6. 과세전적부심사 | 212 |
| 7. 조세범칙조사 | 214 |
| 8. 위법한 세무조사에 대한 불복 | 218 |
| 9. 과세관청의 처분에 대한 불복절차 | 222 |
| 제5절 공정거래법 리스크 유형 정리 | 229 |
| 제6절 인사 노무 관리 | 243 |
| I. 개론 | 243 |
| 1. 서론 | 243 |
| 2. 노동법의 특수성 | 244 |
| 3. 근로관계의 법원(法源)간 효력(유리의 원칙) | 246 |
| 4. 근로기준법 등 적용범위 | 247 |
| II. 개별적 근로관계 | 248 |
| 1. 서론 | 248 |
| 2. 채용 | 248 |

| | |
|--------------------------|-----|
| 3. 근로계약 | 249 |
| 4. 취업규칙 | 251 |
| 5. 징계 및 해고시 유의사항 | 253 |
| 6. 퇴직시 유의사항 | 254 |
| Ⅲ. 집단적 노사관계 | 255 |
| 1. 서론 | 255 |
| 2. 노동조합 설립 및 조직변경 | 255 |
| 3. 노동조합의 조합활동 | 256 |
| 4. 단체협약 | 259 |
| 5. 단체교섭 | 260 |
| 6. 쟁의행위 | 262 |
| 7. 부당노동행위 | 265 |
| Ⅳ. M&A와 노동 문제 | 269 |
| 1. 서론 | 269 |
| 2. 합병 | 270 |
| 3. 분할 | 271 |
| 4. 영업양도 | 273 |
| Ⅴ. 노동 분쟁 절차 | 275 |
| 1. 개별적 근로관계 분쟁 절차 | 275 |
| 2. 집단적 노사관계 분쟁 절차 | 276 |
| 3. 진정고소고발 절차 | 277 |
| Ⅵ. 기타 | 279 |
| 1. 참고서적, 자료 찾기 | 279 |
| 2. 고용노동부 업무편람(지침) | 279 |

| | |
|-----------------------------|-----|
| 제7절 개인정보보호 | 281 |
| 1. 개인정보보호 법제 | 281 |
| 2. 개인정보 및 개인정보처리자의 정의 | 283 |
| 3. 개인정보의 처리 | 286 |
| 4. 개인정보의 안전한 관리와 정보주체의 권리보장 | 292 |
| 5. 개인정보의 유출과 책임 | 295 |
| 제8절 지적재산권 관리 및 분쟁 대응 | 299 |
| I. 지식재산권 관리 | 299 |
| 1. 지식재산권의 개요 | 299 |
| 2. 직무발명과 업무상 저작물 | 301 |
| 3. 특허정보의 활용 및 관리 | 304 |
| 4. 의견 대응 전략 | 308 |
| 5. 출원 관련 각종 제도의 활용 | 311 |
| 6. 지재권 해외 출원 | 313 |
| 7. 지식재산권 라이선스 계약 | 316 |
| 8. 저작권 등록 | 318 |
| II. 지식재산권 분쟁 대응 | 320 |
| 1. 특허권 분쟁 대응 | 320 |
| 2. 저작권 분쟁 대응 | 329 |
| 제9절 외국환거래법/관세법 | 332 |
| 1. 개요 | 332 |
| 2. 관세법의 성격 | 333 |
| 3. 수출입 통관 절차 및 업무별 오류 유형 | 334 |
| 4. 관세평가 | 341 |

| | |
|----------------------------------|-----|
| 5. 세관 기업심사 | 351 |
| 6. 외국환거래법 (관세청장 수행 업무) | 353 |
| 제10절 기업 조세 및 회계 개관 | 361 |
| 1. 조세의 분류 및 관련 법령 | 361 |
| 2. 세법의 기본 원칙 | 362 |
| 3. 법인세 납세의무자, 과세소득 및 납세의무의 성립·확정 | 366 |
| 4. 기업회계, 세무회계 및 법인세의 계산 구조 | 367 |
| 5. 세무조정의 주요 쟁점 | 371 |
| 6. 과세표준 및 산출세액 계산 | 387 |
| 7. 납부할 세액의 계산과 세액공제 | 387 |
| 8. 법인의 원천징수의무 | 394 |
| 9. 기업구조조정의 과세 문제 | 400 |
| 제11절 준법경영 지원(Compliance) | 405 |
| 1. 준법경영의 중요성 | 405 |
| 2. 준법지원인 제도 | 406 |
| 3. 주기적인 자체 실사(Due Diligence)의 실시 | 410 |
| 4. 계약관리 시스템의 구축 | 413 |
| 5. 공정거래 관련 법령 준수를 위한 장치 마련 | 416 |
| 6. 외부기관 조사 대응체계 구축 | 421 |
| 7. 주요 입법 내용의 분석 | 422 |
| 8. 맺는 말 | 423 |

| | |
|------------------------------------|-----|
| 제12절 준법지원시스템의 구축과 준법지원인의 역할 | 426 |
| I. 서론 | 426 |
| II. 내부통제와 준법지원 제도 | 426 |
| 1. 내부통제의 의미 | 426 |
| 2. 내부통제의 필요성 | 427 |
| 3. 내부통제의 수단과 현황 | 427 |
| 4. 강력한 내부통제시스템의 효과 | 429 |
| 5. 한국에서의 준법지원제도의 시작 | 430 |
| 6. 준법지원제도의 효과 | 431 |
| III. 준법지원인의 제도와 의의 | 432 |
| 1. 준법지원제도의 의의 | 432 |
| 2. 준법지원인의 지위 | 433 |
| 3. 준법감시인과 준법지원인 비교 | 433 |
| 4. 사내 유사조직의 기능비교 | 435 |
| IV. 준법지원인의 역할과 의무 | 436 |
| 1. 준법지원인의 책임과 권한 | 436 |
| 2. 준법지원인의 선임 방식 | 437 |
| 3. 각 기관에 따른 준법지원인의 역할 | 438 |
| 4. 준법지원인의 역할과 임무 | 439 |
| 5. 준법지원인 도입의 효과 | 439 |
| 6. 준법지원인 미도입시 책임 | 442 |
| 7. 준법지원인과 준법지원업무의 현실 | 442 |
| 8. 현행 준법지원제도의 개선과 강화 | 444 |

| | |
|----------------------------|-----|
| V. 사내변호사와 준법경영 | 446 |
| 1. 사내변호사의 역할 | 446 |
| 2. 사내변호사와 타 부서와의 관계 | 447 |
| 3. 사내변호사를 통한 준법경영의 전제조건 | 447 |
| VI. 내부통제 취약사례와 해결 방안 | 448 |
| 1. 내부통제의 실패 및 부정 발생의 주요 원인 | 448 |
| 2. 내부통제 취약점에 대한 해소 방안 | 451 |
| 3. 내부 감사기능의 확충 | 452 |
| 4. 보론 – 부정발생의 원인 및 해소방안 | 453 |
| VII. 결론 | 456 |

제1장

사내변호사의 개념과 역할 개관



제1장 사내변호사의 개념과 역할 개관

최 승 재(대한변협 법제연구원장 · 최신법률사무소 대표변호사)

I. 사내변호사(in-house counsel)의 정의

1. 최협의의 사내변호사(=통상적인 정의)¹⁾

사내변호사란 변호사가 기업에 취업하여 일하는 경우를 말한다.²⁾ 예를 들어 삼성이나 엘지 등과 같은 민간 기업에 취업하여 근무하는 변호사들을 사내변호사라고 한다. 통상적인 정의로 협의의 사내변호사 개념이다. 그 외의 일체의 변호사의 경영이나 고용형태는 법무법인에 취업하는 경우(outside counsel)³⁾를 포함해서 모두 사내변호사에서 제외하는 개념으로 최협의이다.

미국에서 사용되는 사내변호사의 가장 기본적 정의는 회사에 취업한 변호사를 말한다.⁴⁾ 피고용인이라는 점에서는 일반 종업원과 같이 회사의 기본적인 방침과 지시를 준수하면서, 다른 한편으로는 변호사라는 고유의 직무 특성에 따라 변호사에 대한 규제 법령 또한 준수하여야 한다.

-
- 1) 이 장에서 변호사라 함은 사법시험에 합격하여 사법연수원의 과정을 마치거나 변호사시험에 합격하고, 대한변호사협회에 등록된 자를 말한다. 다만 휴업회원인지, 개업중인 회원인지 여부는 불문한다.
 - 2) 여기서 기업이라고 표현하는 것은 협의나 광의와 달리 영리성을 가지고, 공무원으로 근무하는 경우가 아닌 대표적인 형태라는 의미에서 기업이라는 명칭을 사용하였음.
 - 3) John Dzienkowski, "EVOLVING ISSUES FOR CORPORATE LAWYERS AND IN-HOUSE COUNSEL", University of Texas School of Law(2003) pp. 3-4.
 - 4) 고용 기업의 형태는 주로 회사, 그것도 중대형 회사이지만 비법인 기업, 조합, 비영리법인, 때로는 정부도 포함한다.



2. 협의의 사내변호사

비영리단체에 취업하는 사내변호사 등 여러가지 형태의 사내변호사가 증가하고 있어 이런 경우도 사내변호사로 포섭하여야 할 필요가 있다. 이를 위해서 국가, 공공기관 및 법무법인이 아닌 단체(영리, 비영리 불문)에 속하여 그 단체를 위하여 소송수행, 법률자문 및 임직원으로서의 역할을 수행하고 단체로부터 일정한 급여를 지급받는 변호사를 포섭하게 되면, 공무원으로 근무하거나 법무법인 소속으로 구성원이 되거나 소속 변호사로 고용되어 있는 변호사를 제외한 나머지를 사내변호사로 정의하는 것이다.

3. 광의의 사내변호사

법무법인 소속으로 구성원이 되거나 소속변호사로 고용되어 있는 변호사를 제외한 나머지로써 국가, 공공기관 및 민간 기업이나 단체(영리, 비영리 불문)에 근무하는 자를 사내변호사로 정의하는 것이 광의의 사내변호사 개념이다. 이 경우에는 법무법인 소속으로 구성원이 되거나 소속변호사로 고용되어 있는 변호사를 제외한 조직에 소속된 일체의 변호사가 사내변호사로 정의된다. 이를 조직 내 변호사라고 부를 수 있다. 사내변호사의 개념은 변호사법 등에서 명문으로 법률상 정의되지 않은 발전도상의 개념으로 여러 가지 방식이나 관점에 의한 개념정의가 가능하다. 일본에서 사용하는 것과 같은 “조직 내 변호사”라는 개념으로 정의하게 되면 전통적인 개인 개업 형태의 변호사도 아니고 법무법인이나 법무법인(유한) 등 변호사법의 변호사조직에 소속된 변호사도 아닌 모든 변호사들이 사내변호사로 정의되게 된다.

그렇다면, 개인 개업변호사, 합동법률사무소를 포함한 로펌에 근무하지 않는 여타의 변호사들을 광의의 사내변호사로 정의하게 된다. 다만 규율은 다양한 사내변호사의 업무형태에 맞추어 필요에 따라 개별적으로 취급하면 족하다고 본다. 이는 대한변호사협회 2014년 개정 윤리장전 제51조 [사내변호사의 독립성]에서 “정부, 공공기관, 비영리 단체, 기업, 기타 각종의 조직 또는 단체 등(단, 법무법인 등은 제외한다. 이하 ‘단체 등’이라 한다)에서 임원 또는 직원으로서 법률사무 등에 종사하는 변호사(이하 ‘사내변호사’라 한다)”라고 규정하는 것과 같은 태도라고 생각된다.

Ⅱ. 사내변호사에 대한 여타의 정의

1. 변호사 아닌 자에 의하여 고용되었는지 여부에 따른 정의

변호사가 변호사를 고용하는 경우를 제외한 나머지의 변호사의 업무형태를 가지고 있는 변호사를 사내변호사로 정의하는 방식이 있다. 이렇게 사내변호사를 정의하면, 로펌⁵⁾에서 근무하는 변호사나 합동사무소에서 근무하는 변호사 정도를 제외하면, 사내 변호사는 잔여개념으로 정의될 것이다. 이렇게 사내변호사를 정의하면, 기업에서 근무하는 변호사, 정부에서 근무하는 변호사 등 모두가 사내변호사에 포함될 것이다.

2. 겸직허가를 기준으로 하는 정의

겸직허가를 받은 자가 사내변호사라고 정의하는 방식이 있을 수 있다고 본다. 기업의 경우 사내변호사는 겸직허가라는 형식으로 기업에 피용인으로 근무하고 있다. 이와 같이 정의하면 매우 형식적으로 사내변호사와 그렇지 않은 자를 구별할 수 있다는 장점이 있다. 즉, 다시 말해 사내변호사란 대한변호사협회 규정 등에 의하여 사내변호사로 겸직허가를 받은 변호사를 말한다고 정의하는 것이다. 그런데 이렇게 규정을 하게 되면 겸직허가를 받지 않아도 되는 비영리기관에 취업하여 일하는 경우에는 사내변호사가 아닌 것으로 판단될 것이다.

3. 고문변호사나 자문변호사와의 구별

전통적으로 기업에 고문변호사로 계약관계를 맺고 정기 또는 부정기적으로 자문을 제공하는 변호사들이 있어 왔다. 이런 변호사는 고문변호사 또는 자문변호사라고 칭해졌

5) 우리 변호사법은 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합 등의 형식을 규정하고 있다. 그러나 이러한 조직 형태를 국한하지 않고 다양한 형태와 조직구조를 취하는 법률사무소들을 일반적으로 칭하기 위하여 본 연구에서는 필요에 따라서 법률용어는 아니지만 모든 형태의 법률사무소를 통칭하여 “로펌”이라는 용어를 사용한다. 같은 방식의 사용례로 강희철, “전문자격사 동업 논의의 현황”, 대한변호사협회 2012. 4. 9. 변호사와 관련 전문자격사 간 동업허용 여부에 대한 공청회 자료 (2012). 최승재, “한국형 MDP의 도입 방향” 인권과 정의 통권412호 (2010년 12월) 48-84면이 있다.



다. 이러한 고문 또는 자문변호사는 사내변호사와 구별되는 개념이다.⁶⁾ 고문변호사는 고문 또는 자문계약을 체결하고, 기업에서 요청하는 자문을 처리한다. 통상의 경우 기업과의 계약은 일정한 금액의 고문료를 제공하고, 어느 정도의 자문은 고문료 외에 추가적인 비용을 제공하지 않고 처리하여 주고, 일정한 시간 이상의 자문이나 소송의 진행은 별건으로 하여 진행하는 경우가 많다. 고문변호사는 사내변호사와 같이 고용되는 관계에 있지 않고, 고용 외의 계약관계에 의하여 특정한 기업이나 정부, 지방자치단체 등의 의뢰인의 업무를 지속적으로 처리하여 주는 관계에 있다는 점에서 구별된다.

과거 대한변호사협회의 법제위원회의 변호사법검토소위원회에 고문변호사나 자문변호사와 관련하여 질의되는 대부분의 내용은 고문변호사나 자문변호사가 고문이나 자문을 하고 있는 회사를 상대로 하여 소송을 진행하는 것이 가능한가 하는 것이었다. 이에 대해서 대한변호사협회 법제위원회는 사건의 구체성을 중시하여 자문을 제공한 내용이 구체적인 사건성을 가지고 있는 경우에는 이러한 자문을 제공한 이후에 자문기업 등을 상대로 하여 소송을 대리하는 행위는 변호사법 제31조를 위반하는 행위로 이해하고, 만일 이러한 구체적인 사건성을 결한 경우에는 비록 자문이나 고문을 하였다고 하더라도 자문기업 등을 상대로 한 소송을 대리할 수 있다고 보고 있다. 만일 이와 같이 보지 않으면 현실적으로 국내의 기업들이 몇 개 되지 않는 소수의 국내 주요 법무법인들과 자문계약을 하는 경우에는 이러한 주요 법무법인들은 현실적으로 거의 사건을 수임할 수 없게 되는 문제가 발생하기 때문에 이렇게 해석하는 것은 구체적인 타당성면에서도 수긍할 수 있는 결론이라고 판단된다. 다만 이에 대해서는 변호사법 제31조가 말하는 “사건”이라는 단어의 의미 및 자문을 한 기업을 상대로 소송을 제기하는 것은 변호사의 품위유지의무나 비밀유지의무에 반하는 것이 아닌가 하는 반론이 있다. 그러나 법무법인 중심의 대형화가 진행되지 않았던, 1인 성주(城主) 변호사 시대에는 기업들이 현실적으로 이렇게 행동하는 것은 불가능했지만 현재는 전략적으로 주요 법무법인들을 소위 신인의무에 의한 배제(fiduciary out)를 하는 것이 가능하므로 이러한 해석을 따르는 것은 가능하지 않다고 본다. 다만 만일 기업의 자문변호사가 자문기업을 상대로 소송을 제기하거나 상대방 당사자를 대리하게 되는 경우, 대부분의 경우에 기업과의 자문계약서에 기재되어 있을 이러한 행위를 금지하는 조항에 의하여 계약의 종료사유가 될 것이므로 더 이상 자문계약관계를 유지하기는 어려울 것이다.

6) 배기석, “기업법무 변호사의 윤리”, 부산대학교 법학연구 48권2호 (2008) 379면.

Ⅲ. 연 혁

1. 초창기

국내에서 초기에는 변호사업무를 수행할 수 없는 법과대학 졸업생 출신을 중심으로 한 변호사 아닌 직원들이 법무업무를 수행하였었다. 이후 1970년대 말에 사내변호사들이 등장한다.

1970년대와 같은 우리나라 사내변호사의 역사의 초기에도 선구자적인 해안을 가지고 사내변호사로서 국내기업에서 근무한 선배 변호사들이 있었다는 점은 주목할 만한 점이다. 그러나 일반적으로 국내변호사들의 경우에는 사내변호사로서 기업에서의 변호사 생활에 대하여 매력을 가지고 있지 못했던 것으로 보인다. 최소한 사법시험 합격자수 300명 시대까지는 판사나 검사로 임용되어 소위 재조(在曹)에서 법조인 생활을 시작하거나, 변호사로 시작하더라도 금전적인 면에서 사내변호사로 시작하는 것에 비하여 월등한 상황에서 굳이 사내변호사로 생활을 시작할 동기가 그리 많지 않았던 것이다. 그러다 보니 회사에서 근무하다 미국에 가서 LL.M.(법학석사)이나 J.D.(Juris Doctor) 학위를 받고, 미국변호사의 자격을 취득하여 돌아와서 기업 내 법무업무를 수행하는 경우가 있었다. 국내에서 변호사업무를 수행할 수 없던 미국변호사 자격 취득자들이 기업 등에 취업하는 것은 국내 시장으로 진입하는 좋은 통로가 되었다.

2. 성장기

가. 1997년 외환위기 이후 : 사내변호사의 증가

1997년 외환위기를 겪으면서, 법원이나 검찰 출신 변호사들이 주요 대기업에 취업하는 것이 본격화되었다. 한편 1999년 삼성그룹에서 사법연수원 출신을 사내변호사로 공개채용 하기 시작한 이후 2000년에 들어서면서 상시적으로 변호사를 채용하였다.⁷⁾

7) “정부기관과 대기업 금융회사들의 변호사 영입이 크게 확산되고 있다. 종래에도 이른바 “내부 변호사” 채용이 없었던 것은 아니나 최근 들어서는 법적 판단과 대응을 필요로 하는 사안이 급증하면서 이런 추세를 더욱 부채질 하고 있다.”라고 보도하면서, 사내변호사 채용에 대해서 다룬 신문기사 (“정부기관, 대기업 변호사 영입 크게 확산”, 한국경제신문 2000. 2. 6. 자).



1980년대에도 삼성그룹, 대우그룹 등이 사내에 변호사들을 채용한 기록을 찾아 볼 수 있지만, 이 시대의 사내변호사는 그 수나 역할에서 매우 제한적이었다.

국내 사내변호사의 수와 역할은 한국 경제의 성장과 궤를 같이 하는 것이므로 1990년대 후반에 이르르면 법률가의 역할이 1970년대나 1980년대보다 더 커졌고, 한편으로는 규제의 증가로 인하여 법률가에 대한 수요가 증가하였다.

기업체의 사내변호사를 보면, 삼성그룹은 1999년 공채 1기 변호사들인 사법연수원 28기들이 2015년 현재 17년 차가 되었다. 이 시기는 한편으로 바로 사법연수원을 마치고 사내변호사가 된 경우도 있었고, 법원이나 검찰에서의 유입도 지속적인 증가세를 이루어 각 기업들에 두 갈래의 흐름을 형성하기 시작한 시기이다. 한 가지 특징적인 점은 시간의 경과에 따라 사내변호사 수가 증가하면서 경력 있는 사내변호사가 다른 회사로 이동하는 현상이 점차 증가하고 있다는 점과 정부 내의 사내변호사 수도 비록 느리지만 증가하고 있다는 점이다. 그리고 기업체 법무부서 취업은 여전히 외국변호사 자격취득자가 국내에 진입하는 좋은 통로가 되고 있다. 다만 미국변호사 자격취득자의 경우 처음에는 LL.M.만으로도 족하였지만 점차 한국에 유입되는 J.D.(Juris Doctor)출신이 증가하고 법률적인 수요가 복잡해지면서 J.D.가 기본적인 학력 수준으로 요구되는 추세로 진행되어 가고 있다.

정부부처와 공공기관의 경우도 사내변호사가 계속 늘어나고 있다. 하지만 정부부처에서 오래 근무하여 사내변호사로서 정부 고위직에 있는 경우는 찾아보기 쉽지 않다. 사내변호사들이 정부부처와 공공기관에 고위직에 이를 때까지 장기간 근무하지 못하는 것은 단순히 경제적인 이유에서만 비롯된 것은 아니라고 본다. 정부 내 사내변호사들의 역할이 법무부서에 제한되어 있으며, 정책부서를 포함한 다양한 부서에서 일을 하고 있지 못하다 보니 승진 등에 한계가 있고 선배들로부터 배울 수 있는 기회가 부족하다는 점 등의 문제에 대해서도 고려가 있어야 장기간 정부의 변호사로 일을 하는 경우가 증가할 것이다.

향후 배출되는 변호사들 다수가 정부부처와 공공기관에서 변호사로서의 일을 시작할 것으로 보이므로 이를 잘 포용하면 정부 내의 법률업무 역량을 강화할 수 있는 계기가 될 것이다.⁸⁾

8) 2012년 로스쿨 졸업생이 변호사시험을 합격한 후 법조에 진입하면서, 신입변호사를 6급으로 채용하는 정부기관들이 있다. “감사원은 변호사를 대상으로 6급 감사주사 2명을 모집한다고 지난 9일 밝혔다. 1

나. 사내변호사 채용원인

사내변호사 채용이 초기에는 외부변호사와의 업무 협조의 원활화, 국내외의 규제 및 소송 증가에 따른 대응에서 시작하였다. 이후 변호사 수의 증가에 따른 변호사 고용비용의 감소로 사내변호사의 고용이 증가하였다.

사내변호사의 채용원인을 논리적으로 나누어 보면 다음과 같은 방식으로 설명할 수 있다.

첫째, 법률사무의 적절한 수행을 위해 사내변호사를 고용하는 경우이다. 변호사가 아닌 법무업무를 담당하는 직원만으로는 경제규모가 커지고, 사업이 글로벌해지며, 동시에 규제가 증가함에 따라 점차 복잡해지는 법무업무에 적절하게 대응하는 것이 어려워지게 됨에 따라 법률사무의 적절한 수행을 위해 사내변호사를 고용하게 되는 것이다.

둘째, 법률비용의 절감을 위하여 변호사를 고용하는 것을 볼 수 있다. 이것은 수익·비용의 관점에서 변호사를 채용하는 것이다. 외부에 비용을 들여서 소송을 하여야 할 사건들이 많은데, 만일 이러한 사건들이 정형적이며 반복적이거나 난이도가 그리 높지 않은 경우에는 법률서비스의 내부화(internalization of legal service)를 통한 대응이 비용을 절감할 수 있다고 보는 경우도 있었다. 예를 들어 보험회사의 경우에 이러한 소액 또는 소송물가액은 큰 경우라도 그 난이도가 높지 않은 경우라면 변호사 채용을 고려할 수 있을 것이다. 그러나 우리나라의 경우에는 사내변호사의 소송사건 수입제한으로 인해 이러한 변호사 채용은 합리적이라고 보기 어렵다.

셋째, 정보의 외부 유출로 인한 위험을 줄이기 위한 관점에서 정보 흐름의 통제자로서 변호사를 채용하는 것을 생각해 볼 수 있다. 이러한 관점에서의 변호사 운용은 이미 고려되고 있다.

넷째, 사업의 동반자로서의 사내변호사의 운용이 궁극적인 방향이라고 생각되는바, 기업의 의사 결정이나 중요한 협상 과정에 동석하여 법률적인 사항에 대하여 이를 사업상의 쟁점들과 연계하여 협의하는 경우이다.

년 이상의 법조 경력을 가진 변호사는 종전과 같이 5급 부감사관으로 4명을 뽑는다. 변호사 6급 공채는 국민권익위원회와 국가인권위원회에 이어 세 번째다. 감사원은 그동안 변호사를 5급 부감사관으로 채용해 왔다. 감사원 관계자는 6급으로 채용하게 된 것은 수요와 공급의 원칙에 따른 것이 아니겠느냐고 말했다.”는 취지의 신문기사로 법률신문 2012. 4. 12. 자.



3. 사내변호사 단체의 설립

2000년대 후반만 하더라도 사내변호사들의 모임은 우리 사내변호사의 역사가 일천하였고 구심점을 찾지 못했기 때문에 없었다고 해도 과언이 아니었다. 대규모 기업집단 소속 변호사들의 경우에는 내부에서 자체 교육이 이루어지고 내부에서 상호 교류를 할 수 있지만 그렇지 않은 경우에는 사내변호사들은 매우 외로운 존재였다. 그리고 다른 회사에 근무하는 사내변호사와의 교류는 개인적인 차원에 그치는 상황이었다. 그러나 점차 사내변호사가 근무하는 회사가 증가함에 따라 사내변호사간의 교류 및 역할 정립을 위한 장(場)을 마련하는 것은 매우 중요한 과제가 되었다.

2000년 초에 IBM 등 외국계 회사에 근무하고 있는 외국변호사 자격취득자를 중심으로 In-house Counsel Forum(인하우스카운슬포럼)이 만들어 졌는데, 한국사내변호사도 회원으로 활동하고 있다. 하지만, 한국사내변호사를 위한 공식적인 조직은 2009년까지 만들어지지 않고 있었다. 그러던 중 2009년 4월 24일 서울지방변호사회에서 사내변호사특별위원회가 출범하였다. 처음에는 금융분과를 비롯하여 분과별 모임으로 시작하였으나, 이후 강남과 강북지회로 개편하였다. 2006년부터 사내변호사의 자생적 조직으로 출범한 여의도 사내변호사회도 조직화를 선언하고 2009년 4월 서울지방변호사회의 사내변호사특별위원회에 속하지 않은 독립된 단체로서 출범하였다. 그러던 중 사내변호사들의 수가 급증하고, 법률시장개방흐름에 따른 외국변호사 자격취득자들과 국내변호사들 간의 문제점, 계약직 사내변호사의 직업불안정성, 사내변호사의 열악한 지위와 처우를 개선하는 동시에, 준법경영의 첨병으로서 사내변호사들에 대한 교육 및 훈련과 정보교류의 필요성을 느껴 강남, 강북의 사내변호사회들과 함께 여의도 사내변호사회가 하나의 사내변호사 단체를 구성하기로 하였다. 그 후 사내변호사들의 처우와 현황, 앞으로의 방향, 조직의 형태, 회원의 범위와 구성, 재정, 단체명, 임원의 구성 등에 대해 설문조사를 하고, 이를 취합하였다. 이러한 절차를 거쳐 2011년 11월 2일 ‘한국사내변호사회’가 설립되고, 2012년 2월에 법무부 산하 사단법인으로 인가받음으로써, 당시 1,000명이 넘는 회원을 가진 한국사내변호사를 대표하는 조직으로 자리매김하였다. 한국사내변호사회는 법제처, 대한상사중재원과 협의하여 불편법령의 개선, 제도개선 법률개정안 제출, 준법지원인 제도 및 사내변호사제도에 대한 의견서 제출 등 한국의 사내변호사제도의 발전을 위한 노력을 경주하였다. 이처럼 한국사내변호사회와 인하우스카운슬 포럼은 한국의 대표 사내변호사단체로 자리매김을 하고 있다.

4. 사내변호사에 대한 수요 정체

한국 법조계는 2009년 법학전문대학원의 도입으로 인한 변호사 수의 급격한 증가로 커다란 변혁기를 맞고 있다. 2012년 처음으로 법학전문대학원을 졸업한 변호사가 배출된 이래 폭발적인 변호사 수 증가시대를 맞이하고 있는 한국 법조는 2018년 현재 한국의 법조시장이 4조원이 안되는 정도의 크지 않은 시장규모가 정체되어 있는 상황이기 때문에 급격한 변호사 숫자의 증가는 변호사의 공급과잉으로 연결되고 있다. 2014년 이후 연도별 변호사 수 추이를 보면 다음과 같다.

| 연도 | 개업변호사 수 | 등록변호사 수 |
|------|---------|---------|
| 2014 | 15,952 | 18,708 |
| 2015 | 17,424 | 20,531 |
| 2016 | 18,850 | 22,318 |
| 2017 | 20,182 | 24,015 |

이런 변호사의 공급과잉은 전체적으로 사내변호사의 처우 및 역할에도 영향을 미치고 있다. 처우의 면에서 사내변호사가 입사하는 당시의 직급이 낮아지고 급여 등의 근로조건도 낮아질 수밖에 없다. 그리고 주요 회사들은 신진변호사를 바로 영입하여 교육을 시키는 대신 즉전력이 될 수 있는 경력직 변호사를 채용하는 방향으로의 대응이 이루어지고 있다.

IV. 사내변호사의 개념적 특징

사내변호사를 정의하기 위해서는 다음과 같은 사내변호사의 개념적 특징을 고려할 필요가 있다.

첫째, 사내변호사는 주로 하나의 고객(즉, 회사)만을 가지고 있으며, 외부변호사는 다양한 복수의 고객을 위해서 일할 수 있다. 달리 말하면 사내변호사는 단일의 고정된 의뢰인이 있는 것이고, 외부변호사는 복수의 잠재적 또는 현재적인 유동성을 가진 의뢰



인이 있다.

둘째, 사내변호사는 조직 내에 취업한 변호사이다. 즉, 복수의 의뢰인을 위해 일하는 외부변호사와는 달리 사내변호사는 단일한 의뢰인을 위해 일한다. 한편, 사내변호사들은 법적 결정뿐만 아니라 사업적 결정에 참여하기도 한다. 이와 같은 조직과 근로관계를 이루고 있는 변호사는 사내변호사의 역할에 대해서, 일본의 하시하라 변호사는 사내변호사의 역할을 본래업무, 관련업무, 출판집필강연으로 나누면서 본래업무가 사내변호사에게 가장 중요한 업무로서 사내변호사는 회사업무에 관한 업법과 거래법에 이에 대해서 정통하여야 한다고 설명하고 있다. 관련업무로 전문성을 높이는 일을 하는 것이 필요하다고 한다. 이를 관련업무에 대한 것으로 분류하고 있는 바, 이를 위하여 전문적인 서적의 집필에 참가하거나 연구회에서 발표를 하는 것이 관련업무로 보고 있다.⁹⁾

셋째, 사내변호사들은 외부변호사보다 고객에 대해서 더 많은 정보를 가지고 있다. 사업자에 대한 대외적으로 공개하기 어려운 정보도 가지고 있다. 이러한 점으로 인하여 비밀유지의무가 지켜지지 않았을 경우 외부변호사의 경우보다 더 큰 문제가 야기될 수 있다. 사내변호사는 통상적으로 변호사법상의 비밀유지의무 외에 취업규칙이나 복무 규정 등에 의한 비밀유지의무를 추가적으로 부담한다.

V. 사내변호사 관련 규정

1. 사내변호사의 겸직허가

사내변호사를 그렇지 않은 변호사와 구별하는 실익은 변호사법은 사내변호사를 규정하고 있지 않기 때문에 겸직허가에 대한 제38조를 제외하고는 별다른 실익은 없고, 변호사회의 규정상으로는 서울지방변호사회의 경우 현재 실무상 사내변호사와 그렇지 않은 변호사를 구별하는 것은 사내변호사의 경우에는 송무 목적으로 겸직을 할 수 없다는 제한을 받아서 연간 10건 이상의 사건을 수임할 수 없다는 점에 있었다. 또 2014년 개정된 변호사윤리장전에 의하면 사내변호사에게도 일정한 의무가 부과되기는 하였으

9) 芦原 一郎, 社内弁護士という選択, 法曹人の新しいフィールド自由と正義 Vol.65 No.4 p 71.

나 신설된 사내변호사에 대한 규정의 적용도 사내변호사와 그렇지 않은 변호사의 구별에 있어서 의미를 가지게 되었다.

변호사는 비변호사에게 고용되어 법률사무에 종사할 수 없다는 것이 현행 변호사법의 태도이다. 사실 사내변호사는 존재자체가 전통적인 자유전문직으로서의 변호사라는 관점에서 보면 비변호사의 변호사 고용과 관련된 문제가 있을 수 있다. 현행 변호사법이 금지하는 비변호사의 변호사 고용은 지방변호사회의 겸직허가라는 방식으로 우회되고 있다. 변호사가 고용된 것은 아니고, 자신은 스스로 변호사의 자격으로 협회에 등록을 하고, 변호사 사무실을 열어서 운용을 하면서, 영리기관에 겸직을 할 수 있고, 이 경우에는 겸직허가를 받으면 되는 것으로 하여 사내변호사가 허용되는 것이 현재의 이해이다.

그러나 변호사법 제34조의 법문을 엄격하게 새기면 사내변호사는 영리기업에 취업하려면 반드시 휴업을 하여야 한다는 해석도 있을 수 있다. 그리고 휴업을 하게 되면 변호사의 자격은 유지하고, 다만 변호사의 업무를 쉬는 것이라는 휴업의 속성을 감안하면 소송의 대리를 포함한 변호사의 업무는 할 수 없고, 다만 법률적인 지식이 있는 전문가로서 직무를 수행할 수 있다고 해석하는 것이다.

그러나 만일 이와 같이 변호사법을 해석하게 되면 사내변호사의 경우에는 변호사로서의 직무를 수행하지 못하게 되면 변호사를 채용하고자 하는 기업의 입장에서는 변호사 업무를 하지 못하는 법률전문가를 채용하게 되는 것이다. 그 결과 변호사를 채용할 유인이 현저하게 떨어지게 될 것이므로 이러한 점에서 변호사의 신규직역으로 이해되는 사내변호사의 직역에 변호사가 진출하는 것이 제한될 것이라는 우려가 있었다.

그 결과 절충적으로 제시된 대안이 사내변호사가 된다고 하더라도 겸직허가만 받으면 되지, 반드시 휴업을 할 필요는 없다고 결론을 내리게 되었던 것으로 보인다. 그런데 이렇게 운용을 하게 되면, 결국 소송업무를 전문으로 하는 사내변호사가 등장하게 될 우려가 있었다. 실제로 이런 문제가 현실화되면서, 사내변호사로 인해서 변호사들의 사건수임이 감소하게 된다는 비판이 생겼다. 그 결과 이 문제를 해소하기 위해서 사내변호사의 수임건수 제한의 문제가 발생하였다.

사내변호사의 대부분이 소속되어 있는 서울지방변호사회가 소송 사건의 수임 건수를 최대 연간 10건으로 제한하면서,¹⁰⁾ 이 문제는 잠정적으로 미봉되었다. 겸직허가와

10) 예를 들어 서울지방변호사회의 「겸직허가및신고지침(2016. 4. 5. 개정)」 제6조가 이와 같이 규정하고 있다.

제6조(송무목적인 경우의 겸직허가 취소기준) ① 규정 제16조 제1항 제5호의 겸직허가 취소기준은 다음



관련된 문제를 포함한 사내변호사와 관련된 제반 쟁점들은 향후에도 연구과제이다.

2. 사내변호사의 2중적 지위와 규범

가. 사내변호사와 당사자 간의 법률관계

사내변호사는 변호사로서의 지위를 갖지만, 다른 한편으로는 대부분 근로자로서의 지위도 가진다. 그런데 사내변호사의 근로자성은 현행 변호사법 위반이 아니라고 하더라도 전통적인 변호사제도 자체에 대한 인식과는 상충되는 면이 있을 수 있다. 독일법에서는 전통적으로 변호사를 전문자유직업종사자로 인식하고 있었다. 그리고 이러한 전통은 일본과 우리나라의 변호사법에서 모두 발견되는 점이라고 할 수 있다. 이러한 점에서 변호사에게 요구되는 가장 중요한 덕목은 독립성(獨立性)이라고 할 수 있다. 변호사는 자신의 의뢰인을 위하여 일을 하는 자이지만 독립성을 가지고 있다.

그런데 근로자는 속성상 독립성을 가지지 않는다. 고용주와 근로자는 지시를 하고 이에 따르는 것을 계약의 주된 내용으로 한다. 그것이 고용관계의 본질적인 내용이다. 고용계약 관계에 있는 피용자(근로자)가 만일 고용주의 명령이나 지시에 대해서 그때그때 판단하여 이를 수행할지 여부를 결정하거나 아무런 명령이나 지시를 받지 않고 독자적으로 업무를 수행한다면, 이는 위임이나 최소한 도급의 성격을 가지게 될 것이다.

변호사와 당사자(의뢰인) 간의 법률관계에 대해서는 위임계약관계 내지 준위임계약 관계이다.¹¹⁾ 이에 대해서는 변호사의 직무활동의 내용에 따라서는 위임계약, 도급계약, 고용계약의 혼합계약으로 보는 견해가 있다.¹²⁾ 만일 일을 완성해야 보수를 받는 계약이

각호의 사유를 종합적으로 고려하여 판단한다.

1. 검직허가를 받은 회원이 당해 회사의 **송무사건을 연간 10건을 초과**하여 수임 또는 처리하였는지 여부
 2. 검직의 형태 및 업무내용
 3. 당해 회사의 목적사업
 4. 당해회사가 연간 소송당사자가 된 송무사건의 수
 5. 본회 소속 회원의 연 평균 수임사건수
- ② 동일한 회사에 2인 이상의 회원이 검직허가를 받은 경우에는 검직허가를 받은 회원들이 처리한 송무사건 수를 합산하여 제1항의 기준에 의하여 판단한다.
- ③ <삭제>(2013. 3. 15. 삭제)
- 11) 大判昭 5. 3. 4. 新聞 3126戶 10面.
- 12) 小林, 前掲書, 78面.

라면 도급계약의 성격을 가질 수 있을 것이나 다수설이 위임계약이라고 보는 이유는 변호사는 독립성을 유지하여야 하는 것이 업의 본질이기 때문이다. 변호사의 수입계약은 로마법 시대부터 위임계약의 일종으로 이해되어 왔고, 이러한 위임계약의 수입인은 위임인의 이익을 위해서 일을 하는 자이지만 자신의 판단에 따라 위임사무를 처리한다. 그러나 고용관계는 그러한 자율성이 기본적으로 허용되지 않는다.

사내변호사의 법률관계에 대해서는 외형에 중점을 두어서 살펴보면, 대부분 고용계약이라고 보는 것이 타당할 것이다. 그러나 사내변호사의 독립성을 강조하는 견해를 취하면, 고용계약과 위임계약의 혼합계약이라고 이론구성하는 것도 가능하다고 본다.¹³⁾ 사내변호사의 업무형태는 기본적으로 전문성에 기초하여 고용관계에 있지만, 여전히 자신의 전문성을 바탕으로 독립적으로 업무를 수행하도록 사회적으로 요구받고 있다는 점이 달라지는 것은 아니므로 고용계약과 위임계약의 혼합계약이라고 보는 것이 타당하다고 본다. 2014년 개정 윤리장전 제52조 [사내변호사의 충실의무]는 “사내변호사는 변호사윤리의 범위 안에서 그가 속한 단체 등의 이익을 위하여 성실히 업무를 수행한다.”라고 하여 변호사로서 변호사윤리의 준수를 요구하면서도 근로자로서 그가 속한 단체 등의 이익을 위하여 성실히 업무를 수행하도록 하는 양자의 지위에서의 의무이행을 모두 요구하고 있다.

나. 사내변호사의 독립성

변호사법 제2조(변호사의 지위)는 “변호사는 공공성을 지닌 법률 전문직으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 수행한다.”라고 규정하여 변호사의 독립성을 규정하고 있다. 사내변호사의 변호사로서의 지위와 근로자로서의 지위라는 이중적 지위(Doppelfunktion)를 어떻게 조화롭게 해석할 것인가의 문제는 결국 사내변호사와 관련된 일련의 규범정립과 관련된 문제의 가장 중요한 출발점이다. 특히 사내변호사의 업무가 근로자의 속성을 가지고 있는

13) 일본의 경우 일본의 조직내변호사협회 이사장이었던 우메다 야스히로(梅田康宏) 변호사(당시 NHK 사내변호사)는 법률문화에 2004년 기고한 글에서 당시 미국의 경우 100만의 변호사 중에서 기업내변호사가 8만 명이고, 행정부 내(연방정부 및 주정부 포함) 변호사가 12만인데 반하여 2만 2천명의 일본 변호사 중에서 기업내 변호사가 200명이고 정부내 변호사가 중앙관청의 51명과 지방자치단체에 16명 뿐이라고 하면서 일본과 같은 대륙법계 국가들은 변호사의 독립성(弁護士の独立性)을 조직내에 속박되지 않는 독립을 의미하는 것이라는 생각을 가지고 있어서 이와 같은 사내변호사가 발전하지 않게 된다는 진단을 한 바 있다. (<http://www.lec-jp.com/h-bunka/item/serial/01.html> 2018. 5. 31. 최종 접속)



업무의 경우에는 변호사의 독립적인 자유직업으로서의 속성에 기초한 권리를 주장하기 어려울 것인 반면 변호사로서의 속성을 가진 업무의 경우에는 사내변호사라는 이유로 권리를 제한하여서는 안 될 것이다. 따라서 사내변호사가 변호사로서의 권리를 향유하려면 독립성의 유지라는 것은 사내변호사가 변호사로서 가져야 할 기본적인 요구이다.

2014년 개정 윤리장전에 사내변호사의 독립성에 대한 규정을 명문으로 두었다. 2014년 개정 윤리장전 제51조 [사내변호사의 독립성]는 “정부, 공공기관, 비영리단체, 기업, 기타 각종의 조직 또는 단체 등(단, 법무법인 등은 제외한다. 이하 ‘단체 등’이라 한다)에서 임원 또는 직원으로서 법률사무 등에 종사하는 변호사(이하 ‘사내변호사’라 한다)는 그 직무를 수행함에 있어 독립성의 유지가 변호사로서 준수해야 하는 기본 윤리임을 명심하고, 자신의 직업적 양심과 전문적 판단에 따라 업무를 성실히 수행한다.”고 하여 독립성을 명문으로 규정하고 있다.

VI. 사내변호사의 역할¹⁴⁾

1. 개요

사내변호사는 외부변호사보다 역할이 광범위하고 책임도 크다. 각종 내부규범이나 계약서의 작성, 소송수행과 같은 전형적인 변호사의 영역과 준법감시, 각종 사업전략의 법률적 관점에서의 조언 및 의견제시, 전략적인 법률정보 수집 및 분석, 대응 활동 등 다양한 형태의 활동이 위험의 예방, 대응 및 준법감시활동과 관련하여 이루어지고 있다. 회사마다 요구하는 정도가 다르며, 당해 사내변호사가 특허법무조직에 속해있는 경우와 특정한 사업부서에 속해 있는 경우 등에 따라서 업무의 형태는 다양할 수밖에 없다.

외부변호사의 업무범위 및 책임이 의뢰 받은 자문사항 또는 송무에 한정된다면, 사내 변호사는 회사에 소속되어 회사가 직면하는 모든 법률적 쟁점들은 물론, 그 외의 사항들 까지도 관여할 수 있기 때문이다. 사내변호사는 회사마다의 사정과 개인의 역량에 따라

14) 이 부분은 원래 초판에서 최승재(대한변협 법제연구원장·최신법률사무소 대표변호사)와 백승재(전 한국사내변호사회 회장)이 공동집필한 부분으로서 공동저자였던 백변호사의 동의하에 필자가 개정판을 맡아서 단독으로 개정하였음을 밝힙니다.

맡은 업무가 다르다. 때문에 일반적으로 수행하는 업무에 대해 개괄적으로 적어보았다. 다만, 사내변호사의 업무가 이보다 좁은 회사라면 적극적으로 업무범위를 넓히려고 노력해야 한다. 역할과 업무범위가 늘어나야 지위가 향상될 수 있다. 회사는 절대 발전하지 않는 사람에게는 돈을 쓰지 않는다.

기업 등에서 사내변호사로 일하다 보면 사내변호사가 ‘안 된다’는 이야기를 하는 경우가 종종 발생하므로 이런 점으로 해서 사내변호사에 대한 부정적 인식 중 하나가 소위 ‘딴지를 거는 사람’이라는 것이다. 이는 사내변호사가 개입하면 업무를 추진하는 과정에서 방해가 될 지도 모른다는 인식에 기인하고 있다. 그로 인해 법률적 쟁점이 없다고 보이는 사안에 대해서는 사내변호사에게 자문을 구하지 않거나, 구하더라도 법률적 쟁점에 한하여 자문해줄 것을 요구하곤 한다.

하지만 사내변호사는 이와 같은 ‘딴지를 거는 사람’이 아니라, 회사의 내부 통제 체도를 설계하고, 운영하는 등 ‘비즈니스의 조력자’로서의 역할을 하고 있다. 즉, 회사의 업무를 진행하는데 있어 준법측면을 사전에 검토하고 법률적 쟁점의 발생을 제어하도록 하는 내부 통제 시스템의 입안자이자 운영자로서의 역할을 수행한다. 구체적으로는 비상장회사의 감사, 상장회사의 상근감사나 감사위원, 금융회사의 준법감시인과 협력하여 이들 부서 업무의 일부를 수행한다. 그리고 사내변호사도 개인적으로 역량을 강화하여 단순히 안 된다고 아니라 어떻게 법적으로 문제가 안 되면서 되는 방안을 제공할 수 있을까(solution provider)에 대한 고민도 많이 하여야 한다.

아래에서는 이와 같은 사내변호사의 역할을 나누어 설명하기로 한다.

2. 비용관리자(Cost Manager)라기 보다 위험관리자(Risk Manager)로서 역할

가. 위험관리자로서의 사내변호사

사내변호사는 외부변호사의 선정과 위임 및 감독, 소송절차의 감독, 특별 프로젝트 수행 등 회사의 비용을 효율적으로 관리하는 업무도 수행한다. 하지만 사내변호사의 보다 본질적인 역할은 회사를 둘러싼 모든 위험을 관리하는 것이다. 기업이 처하고 있는 환경은 여러 가지 위기 요인들이 존재한다. 이러한 위기 요인으로는 재무적인 위험(financial risk), 국가 내재적인 위험(country risk), 전체적으로 현재하는 시장에



서의 시장위험(market risk), 생산 공장이나 사업을 수행하고 지정하는 위치에 따른 위험(geographic risk) 등과 같은 비법률적인 위험과 이러한 위험들과 같이 맞물려 있는 법률적인 위험들이 있다. 이러한 위험은 화재나 지진의 발생과 같은 예견하기 어려운 위험이 있는 반면, 예견 가능한 위험도 있다. 사내변호사는 이러한 복합적 위험을 법률적인 관점에서 해석하고 예측하며, 최소화하는 역할을 수행한다. 따라서 사내변호사는 단순한 법률리스크뿐만 아니라 복합적인 리스크 관리능력의 배양이 필요하다. 그런 관점에서 법무실장(General Counsel)¹⁵⁾은 사내에서 이러한 법률적인 위험관리자로서의 변호사를 대표하는 지위에 있는 자라고 할 수 있다. 이러한 법무실장의 지위는 사내에서 변호사의 역할이 단순한 수익-비용 관리 차원인가, 아니면 사업의 동반자적인 지위에 있는가에 따라 달라질 것이다.

나. 비용관리

법무부서에서 발생하는 내·외부 비용에 대해 관리하는 업무도 한다. 기업은 함부로 쓰는 비용에 대해 문제를 삼을 수 있다는 점을 반드시 인식해야 한다. 반드시 사용하는 용처와 금액의 합리성에 대한 증빙을 갖추도록 해야 하고, 어떻게 하면 비용을 절감할 수 있는지에 대해 고민해야 할 것이다.

다. 평판 관리의 중요성

위험 중에서도 특히 점차 회사의 평판(reputation)이 회사의 중요자산의 하나로 인식 되는 경향을 보임에 따라 평판위험(reputation risk)의 관리가 중요해지고 있다. 사내변호사로서는 회사의 영업활동이 관련법규에 적합한지만 볼게 아니라, 회사의 평판이나 명성에 악영향을 미칠 수 있는 부분은 없는지를 윤리적 관점에서도 함께 고려해야 한다. 대기업의 경우 미디어 대응만을 전문으로 하는 부서가 있다. 이러한 부서는 회사에서 발생하는 불미스런 문제가 있을 때 어떻게 대응해야 할지에 대해 매번 미디어 플랜(media plan)을 수립하고 회사의 평판과 명성을 유지하기 위해 노력한다. 사내변호사는

15) CLO(Chief Legal Officer)와의 구별을 위하여 수석변호사라고 번역하거나 General Counsel이라고 원문으로 표시한다.

이러한 부서와 함께 미디어 대응 계획(왜곡된 사실관계가 발생하지 않도록 정리하고, 회사는 어떠한 입장이며, 어떠한 향후 계획을 가지고 있는지에 대한 계획)을 수립하고 누가 어떠한 방법으로 미디어 대응을 할지에 대해 계획을 세우는 업무를 하기도 한다. 이러한 부서가 없는 회사의 경우 사내변호사는 회사의 불미스러운 사태가 발생한 경우 적극적으로 미디어 플랜의 수립필요성을 역설하고 회사의 평판과 명성을 유지하도록 하여야 한다. 이 또한 중요한 사내변호사의 역할이다.

이와 관련하여, 광고나 마케팅, 세일즈 관련 자료를 검토하여 법규위반, 프라이버시 침해의 소지가 있는지, 혹은 회사의 명성이나 평판에 위해를 가할 수 있는 부분은 없는지, 회사의 정책에 반하는 부분은 없는지 여부를 검토하는 업무를 한다.

3. 외부변호사와의 협업자로서의 역할

사내변호사들의 가장 중요한 역할 중 하나는 외부변호사들의 선택과 관리이다. 사내변호사들이 독자적으로 회사의 모든 법적인 문제들을 해결하기란 참으로 어려운 일이다. 소송부터 계약, 고용, 보험 등 회사들이 당면하게 되는 법적인 문제는 참으로 다양하기 때문에 사내변호사가 한 명인 경우는 물론이고 여러 명 있는 경우에도 필요한 전문지식을 다 보유하고 있는 경우는 없을 수 있기 때문이다. 따라서 외부변호사들의 전문성과 적합성을 상대적으로 잘 파악하고, 외부변호사가 제대로 일하고 있는지, 또는 외부변호사들이 요구하는 수입료가 적정한지도 잘 판단해야 한다.

현대 기업은 점차 외부 환경에서 법률의 준수가 강조되고 거래의 과정에서 발생하는 법률적인 위험(risk)에 많이 노출되고 있으며, 이러한 위험을 내부적으로 통제하기 위하여 필요한 조직을 운용하여야 할 필요성이 증대되고 있다. 이러한 위험을 전문가에 의한 통제가 가능하도록 하기 위하여 변호사를 채용할 필요성은 향후 더욱 증가할 것이다. 외부변호사와의 협업에 대한 문제는 별도의 항목에서 설명한다.



4. 내부통제제도의 운영자로서의 역할¹⁶⁾

미국의 경우 Sarbanes-Oxley Act에 의하여 사내변호사의 부담이 증가하고 있고, 이러한 부담으로 인하여 사내변호사의 준법 통제는 일상적인 업무로 바뀌었다고 한다.¹⁷⁾ 비상장회사 회사의 감사, 상장회사의 상근감사나 감사위원, 금융회사의 준법감시인 모두 변호사의 자격이 요구되지 않고 있다. 사내변호사는 이들과 협력하여 또는 이들 부서의 일부로 일을 하여야 한다. 내부통제시스템의 원활한 운용을 위해서 내부회계관리제도 등과 합하여 복잡한 현재의 내부통제 제도를 정리하여 복잡한 구조가 아닌 단순한 통제구조로 가는 것이 통제의 효율화를 위하여 바람직하다.¹⁸⁾

영업 관행(Business Practice) 및 법률적 윤리준수 감독관련 기능은 유수의 글로벌 외국회사의 경우 특히 강조된다. 외국의 경우 임직원의 부정이 적발되면 거액 손해배상 소송에 말려 회사가 위태로울 수 있기 때문에, 금융권뿐 아니라 1000대 기업의 75%가 자체적으로 컴플라이언스 제도를 두고 임직원의 부정을 예방하고 있다.

외국에서 강조되는 사내변호사의 준법통제(compliance) 기능에 대해서 우리나라도 2000년 10월부터 은행 증권 보험 투신 중금 등 모든 금융기관에 대해 준법감시인 설치를 의무화했으며, 또한 신용금고의 준법감시인(Compliance Officer) 제도도 2001년 하반기부터 의무화되었는데, 임직원들이 자산관리, 위험관리, 고객관리 등에 있어 규정을 준수하는지 점검하고 직원의 불공정행위를 감시한다. 금융기관 외에 일반기업도 점차 준법감시 및 내부통제시스템 구축에 대해 신경을 쓰고 있는 상황이다. 특히 최근 절대적 양벌규정에 대해 헌법재판소에서 위헌결정을 내림에 따라 관련 법령이 개정되고, 기업도 양벌규정에 따라 형사처벌을 받지 않으려면 위법행위를 방지하기 위한 선임 및 관리 감독의무를 다했는지 여부가 중요한 요소가 되었다. 사내변호사도 컴플라이언스 팀

16) 사내변호사의 내부통제 관련 역할에 대해서, 최승재, “상장기업 불공정거래 예방 및 내부통제체계 확립을 위한 제언”, 한국거래소 상장기업 컴플라이언스 세미나 2017. 4. 19. 발표자료 및 최승재, “상장법인의 불공정거래 예방을 위한 내부통제체계 확립방안”, KRX Market 2017년 가을호 참조. 이 자료에는 내부통제와 관련된 10가지 방안 등 실천적인 방안들을 제시하였고, 이를 기초로 코리안리 등 기업들에서 직원들의 컴플라이언스 강연도 하였기 때문에 참고가 될 것으로 본다.

17) Paul D. Boynton, *In-House Lawyers Face Daunting Task of Making SOX Procedures Actually Work*, NEW ENGLAND IN-HOUSE (October 2004).

18) 최승재, “회사 내 내부통제기관의 재구성 과 대안적 설계”, 상사판례연구 제22집 제3권 (2009년 9월) 27-61면.

(Compliance Team)에 속해서 이러한 업무를 하는 경우가 많다.

최근에는 고객정보의 보호 및 프라이버시 관련 법규준수를 검토하는 것은 매우 중요한 임무이다. 그러나 이점은 현업과의 협업이 중요하다. 개인정보 보호에 대한 문제는 별도의 항목에서 설명한다.

한편 2012년 4월부터 2011년 상법 개정으로 시행령에서 규정하는 상장회사들의 경우도 도입이 의무화된 준법지원인 제도로 인하여 준법감시(compliance) 업무는 사내변호사의 업무로 관념적으로 정착이 되는 계기가 될 수 있을 것으로 기대한다.¹⁹⁾ 준법지원에 대한 문제는 별도의 항목에서 설명한다.

5. 사내변호사의 비상사태 / 위기에 대한 대응

가. 개 요

사내변호사는 회사에 위기 상황이 발생하였을 시, 회사 구성원이자 객관적인 법률 전문가의 지위에서 법적 리스크는 물론 그 외의 발생 가능한 위험을 줄이기 위한 최선의 노력을 다하여야 한다. 사내변호사에게는 조직을 위한 커뮤니케이션을 확보하여 피해를 최소화하고 고객의 신뢰를 지켜야할 의무가 있다.

사내변호사가 위기관리업무를 직접적으로 맡는 경우는 많지 않다. 하지만, 최고 경영자(Top Management)가 되든지 최고경영자와 지근거리에서 업무를 할수록 위기관리능력은 매우 필요한 능력이 된다.

위기관리능력이란 조직이 위기에서 최대한 빨리 그리고 피해를 최소화하며 빠져나가기 위한 시스템이자 프로세스이다. 조직의 위상과 신뢰를 대중이나 이해관계자들에게 줄 수 있는 대안을 마련함으로써 위기를 미리 예방하거나 위기의 위협정도를 원천적으로 감소시켜줄 수 있고, 많은 경우 조직이 대응할 수 있는 시간을 벌어준다.

이때 사내변호사는 내부 시스템이나 정책에 의해 위기의 문제를 해소해 나가는 과정에

19) 상법상 준법지원인에 대해서는 최승재, “기업법무와 compliance-개정상법의 준법지원인 제도를 포함하여-”, 대한변호사협회 2012. 3. 17. 강의자료 참조. 한편 준법지원인의 입법에 대한 기초연구로는 최승재[책임연구원] 외, “상장회사의 준법지원인제도 입법화에 대한 연구”, 한국법경제학회 (2009.10.) 참조.



서 투자자, 임직원, 미디어, 감독당국, 소비자, 일반 대중 등과 의사소통을 통해 위기 해결의 시간을 단축시킨다든지, 의견을 수렴한다든지 하는 보조적 역할에서 실제 위기를 벗어나게 하는 핵심적 역할까지 다양하게 참여하기도 한다.

나. 위기관리의 범위와 절차

사내변호사가 대응해야 할 위기 상황은 사람 또는 자연 재해로 인하여 회사의 직원, 자산, 회사의 명성 및 회사 운영의 지속성에 막대한 영향력을 미치거나 미칠 수 있는 잠재성을 가진 사건을 말한다.

이 같은 상황 발생 시 단계적으로 대응하여야 할 절차별 예시는 다음과 같다. 단, 회사의 목적, 규모, 인적 구성원에 따라 달라질 수 있을 것이다.



6. 고위경영진에 대한 조언자로서의 역할

사내변호사는 경영진에게 각각의 상황에 따라 발생하는 법률적 리스크를 분석하고 예측하여 조언하는 역할을 수행한다. 국내에서는 아직까지 법률적 쟁점이 있는 사안에 대해서만 사내변호사에게 조언을 구하는 양상을 보이나, 미국 등 사내변호사 제도가 정착된 곳에서는 회사가 거래계약 등을 체결하기 위해 협상을 할 때에도 사내변호사가 나서서 한다. 국내 현황을 고려할 때, 미국 정도는 아니더라도 사내변호사가 사업전략회의나 대외적 협상 등에 보다 적극적으로 목소리를 낼 필요가 있을 것이다.

7. 자료보존 및 관리

사내변호사가 업무영역을 넓힐 수 있는 부분이 자료보존 및 관리업무이다. 예컨대, 사내변호사가 관리해야 하는 자료보존의 범위와 영역이 넓을수록 관여하는 업무의 범위는 늘어난다. 또한 자료를 어떻게 관리하느냐에 따라 회사의 업무성과와 효율이 늘어난다. 때문에 자료보존 및 관리업무를 귀찮아 할 것이 아니라, 회사가 사내변호사에게 주는 천금의 기회라고 생각해야 한다. 오히려 회사의 문서나 자료관리가 허술하다고 생각되면, 적극적으로 개선방안을 수립하여 회사에 제안하는 등의 방법으로 회사에 자신의 관리 능력을 보여주어야 한다.

8. 내부 규정 제·개정 및 적용

가. 각종 사내 규정과 관련된 사내변호사의 역할

취업규칙, 급여규칙, 징계 규정 등 사내변호사가 회사 규정의 제정 및 개정에 있어 검토하여야 할 부분은 많다. 다만 모든 규정을 기업의 법무실에서 검토하는 것은 현실적으로 어려운 면이 있으므로 현업에서 문제되는 부분 위주로 검토를 하되 중요한 규칙의 경우 외부 로펌의 리뷰를 통한 위험관리가 필요하다. 또한 법 개정 및 대법원 판례 취지 변경을 항시 유의하여, 회사의 정관이나 취업규칙 등에 반영할 필요가 있다.



나. 취업 규칙 관련 제정 및 개정

사내변호사는 취업 규칙의 작성 및 변경 업무를 수행한다. 이 같은 업무에 있어 근로기준법 상의 내용 상, 절차 상 정당성을 확보하여야 하며, 근로자의 권익을 존중하는 범위 내에서 회사 측의 이익을 도모할 수 있는 최선의 지점을 찾아야 한다.

다. 징계 규칙의 적용

회사 직원의 징계사유 및 징계절차에 관하여 의견을 도출함에 있어, 근로자에 대한 징계가 정당인지 여부를 판단함에 있어 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여야 한다. 만약 부당한 징계로 인정될 시, 회사가 불필요한 법적 쟁송 절차에 휘말리게 될 수 있음을 숙지하여야 한다.

라. 회사내부조사 업무

회사내부에서 부정혐의가 발생하거나 내부고발이 있을 경우, 대개 감사부서에서 내부조사업무를 수행하곤 한다. 하지만 사내변호사가 투입되어 조사업무를 함께 수행하는 경우도 있다. 이때 중요한 것은 객관적 자세와 전문가적 의심을 갖고 부정혐의사실을 조사해야 한다. 하지만, 내부조사가 끝난 후에도 관계가 유지될 수 있도록 상대방을 존중해주는 태도를 견지해야 한다.

마. 외부변호사의 선정 및 협업 절차에 관한 규정

사내변호사의 주요 역할 중 하나는 외부변호사를 어떻게 관리하여 회사에 유리한 결과를 가져오는 것에 있다. 개인의 친소에 따른 외부변호사 선정이 아닌 공정하고 투명한 외부변호사 선정 업무처리 지침을 제정할 필요가 있다. 소송대리인 선임절차, 법률 자문 계약, 소송 경과 관리 등에 대한 규정을 신설하고, 사건 종결 후 이에 대한 평가 절차에 대한 지침 역시 마련함이 타당하다²⁰⁾.

20) 국민권익위원회는 2013. 1. 31. 공공기관 소송수행 변호사 선정과 관련하여 “소송수행 변호사 위촉시 공모방식 도입, 퇴직공직자 등에 대한 특혜성 소송사건 몰아주기 방지, 징계전력 변호사 위촉제한 등

바. 사내 교육

(1) 회사 직원에 대한 교육

사내변호사는 회사 임직원들에게 법률적 문제나 내부지침에 대해 교육과 훈련을 시키는 업무를 수행하기도 한다. 이 또한 사내변호사의 업무영역을 넓히고 회사의 전체 수준을 높이는 중요한 계기가 되므로 적극적으로 임해야 할 필요가 있다. 회사 직원에 대한 사내 교육은 현업의 사람들과 의사소통을 하며 법무실의 위치를 제고할 수 있는 좋은 기회이다. 현재 맡은 업무와 관련하여 어떤 분야의 교육을 받기를 원하는지, 교육의 수준은 어느 정도로 원하는지, 선호하는 교육 방식은 무엇인지에 대하여 사전에 확인하여 되도록 현업에서 실용적으로 바로 활용할 수 있는 교육 자료 위주로 진행할 필요가 있다. 따라서 강의안은 회사에서 실제 발생한 또는 발생할 가능성이 있는 사례를 가지고 케이스를 만드는 것이 가장 바람직하다.

(2) 사내변호사에 대한 교육

사내변호사에 대한 지속적인 교육을 통해 법조인으로서의 전문성을 더욱 강화하는 것 역시 필요하다. 회사 내에서 자체적인 교육 프로그램을 개발하는 것도 한 방안이며, 한국 사내변호사회나 학술기관, 세미나와 같은 외부 단체의 도움을 받는 것도 한 방안이다. 이를 위해서는 예산 확보가 선행되어야 하며, 이 같은 예산이 기업의 미래에 대한 투자임을 경영진에게 주지시킬 필요가 있다.

9. 입법 활동에의 참여

유관기관의 법령 및 감독규정의 제·개정 현황에 대해 유의하여, 관련 내부통제규정도 함께 갱신작업을 한다. 뿐만 아니라, 적극적으로 사내변호사는 업계의 문제점과 현안에 대해 감독기관 등 유관기관과 소통하며 법령 제·개정안을 제안하기도 한다. 이와 같은 적극적 태도가 사내변호사의 업무영역을 넓히고 역할을 인정받는 길이기도 하다.

청렴성 검증 강화 등”에 대한 제도개선을 발표한 바 있다.



한편으로는 입법부는 변호사가 일하여야 할 가장 중요한 직역이고 실제 미국에서도 유수의 로스쿨 졸업후에 선호되는 직장의 하나이므로 향후 국회의원이나 지자체 의회의 의원으로 진출하여 직접 입법을 하거나 보좌관 등으로 입법에 관여하는 등의 기능을 하는 사내변호사의 증가가 예상되므로 이런 변화에 대응하여 사내변호사가 입법에 관심을 가지고 역량을 강화하는 것이 필요하다.

10. 전문부서에서의 역할

가. 개관

사내변호사가 기업이나 중앙정부 또는 지방자치단체 등에서 근무하는 경우 특정한 분야의 전문성이 요구되는 경우가 있다. 기업의 경우에는 대표적인 부서가 특허부서이다. 특허부서는 역사적으로 국내변호사의 진출이 적었고 주로 연구자로 입사하였다가 특허부서로 전입하거나 변리사가 채용되어 근무하는 경우가 많았다. 이런 전문적인 영역에서 사내변호사로 근무하는 것은 사내변호사가 누릴 수 있는 메리트의 하나이므로 사내변호사의 역할의 하나로 특허부서를 예를 들어 설명하고자 한다.

나. 특허부서에서의 사내변호사로서의 역할

(1) 기업이 특허부서를 따로 두어야 할 필요성

사실 특허법도 법인지라 사내법무팀에서 특허를 다루는 것도 아무런 문제가 없다고 본다. 그러나 많은 국내 대기업들은 법무부서, 특허부서, 컴플라이언스 부서를 나누고 있다. 각 기업마다 역사나 문화가 다르기 때문에 일률적으로 옳고 그름을 논할 것은 아니다.

만일 사내특허조직을 구성한다면 그 실익은 여러 가지가 있다. 중소기업의 경우에는 외부 법무법인이나 특허법인을 통하여 업무를 아웃소싱할 수도 있다. 하지만 사내특허조직은 일정한 규모를 넘어선 기업의 경우에는 구성의 필요성이 생긴다. 회사의 사정에 따라서 별도의 조직으로 구성할 수도 있고, 경우에 따라서는 기존 부서(가령, 기획조정실, 법무부서 등)의 하위조직으로 구성할 수도 있다.

법무법인이나 특허법인의 경우 개별 변호사나 변리사가 발생시켜야 할 일정 규모의 수익이 있다. 특정한 회사가 줄 수 있는 일의 규모가 일정 이상이 되는 경우에는 특정 변호사나 변리사가 그 회사의 일을 전담할 수도 있고, 경우에 따라서는 대형 고객(Client)의 경우 수인의 변호사나 변리사를 특정 회사의 업무를 담당하도록 하거나 회사전체가 특정 고객만을 위하여 일할 수도 있다. 결국 구성의 필요성은 전문화에 있고, 규모가 작은 회사일수록 역설적으로 사내특허조직이 필요하다.

왜냐하면 그래야 전담인력을 통해서 자사기술을 이해하고, 발명을 좋은 특허가 될 수 있도록 하는 역할을 할 수 있기 때문이다. 실제 출원은 담당하는 외부 변리사가 하고, 소송은 담당하는 외부변호사가 한다고 하더라도 이들과 회사와의 사이에서 가교 역할을 할 수 있는 사내에 당해 회사의 기술분야에 대한 전문성을 가지고 있는 담당자가 있어야 효율적인 출원 및 소송의 수행이 가능하다.

그럼 대기업의 경우에는 사내특허조직이 불필요한가? 대기업들의 경우에는 일정한 일거리만 확보된다면 또는 경우에 따라서는 장래의 관계를 위해서 외부 법무법인이나 특허법인들이 기꺼이 전담변호사나 변리사를 배정할 의사를 가지고 있으므로 전담인력의 면에서는 불필요하다고 볼 수도 있다.

하지만 이 역시도 그렇지 않다. 특허업무를 사내업무와 법무법인의 업무로 통관하여 보면, 사내에서 수행되어야 할 고유업무로 출원전략을 수립하고, 특허포트폴리오의 운영전략을 수립하고, 외부변호사나 변리사를 어떻게 운용할지에 대한 전략 및 회사내부 인력과 외부인력과의 연결하는 업무를 수행할 인력은 여전히 필요하다. 이 인력은 단순히 메시지를 전달하는 사자(使者)가 아니라 통로에서 내부영역, 외부영역을 구별하고, 그 가운데에서 부가가치를 창출하는 역할을 하여야 한다. 따라서 회사의 규모가 커지면 커질수록 이러한 업무의 내용은 복잡해지고, 난이도가 높아지므로 더욱 유능한 사내변호사나 변리사의 충원이 필요해진다.

결국 어느 경우든 기업규모에 따라 구성의 방식이 달라질 뿐 사내특허조직의 구성이 필요하다.

(2) 사내특허조직의 구성

사내특허조직은 구성에 있어서 부서 간 통합적 교류가 가능하도록 구성되어야 한다.



사내특허조직은 기술담당과 법률담당으로 구성되어야 할 것이다. 예를 들어 LCD 장비업체라고 하면, 장비제조부서 출신, 개발부서출신의 엔지니어 및 엔지니어링을 전공한 영업부서출신까지도 같이 조직 내에 있는 것이 필요하다. 이들이 기술적인 부분을 담당하고, 법률적인 부분은 변호사나 변리사가 담당하도록 할 것이다. 국내 및 해외기업의 사례 등에 비춰보면 이때 기술담당자들에게 일정한 연한이 지나 역량을 인정받으면 법률적인 교육을 받을 수 있는 기회를 부여함으로써 부서내부의 통합이 이루어질 수 있도록 하는 것이 필요하다.

(3) 사내특허조직의 운용 주체로서의 사내변호사

출원업무와 관련하여 사내특허조직에서는 사내직무발명과 관련된 규정의 제정, 제정된 규정의 운용 및 출원전략의 수립, 발명자의 최초 발명면담에서부터 출원여부의 결정과 출원 이후 절차의 진행, 등록된 특허포트폴리오의 운영전략에 이르기까지의 전과정을 관장한다. 이 과정에서 지속적으로 외부변리사와의 소통이 이루어져야 하는 바, 이때 고려요소는 외부변리사를 법인단위로 운용할 것인가 아니면 변리사 단위로 운용할 것인가이다. 이는 회사의 사정과 특허법인의 사정을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 사항으로 하나의 결론은 없다.

특허소송관련 업무에 대해서는 통상 특허라이센스업무와 같이 맞물려서 움직여야 하므로 조직의 구성 및 운용을 통합적으로 하는 것이 타당하다. 특허소송은 경고장의 송부 내지 수령, 특허협상의 요구 등에서 시작하여 결렬된 협상의 결과로 진행되는 경우가 많기 때문이다. 물론 특허소송 중의 일부는 처음부터 기습적인 소장 제출-통상가처분신청-을 통하여 시작되는 경우도 있다. 이러한 경우에도 소송진행과정에서 지속적으로 협상가능성을 같이 열어두어야 하기 때문에 소송을 담당하는 구성원과 라이선스를 담당하는 구성원은 밀접하게 업무를 수행할 수 있어야 한다. 이 과정에서 출원을 담당하는 구성원도 우리 측이 사용할 수 있는 특허포트폴리오의 내용을 정확하게 파악하여 대응할 수 있도록 하기 위하여 밀접하게 업무를 수행해야 한다.

(4) 사내변호사의 사내특허조직의 역할

(가) 특허질의 관리

사내특허조직의 첫 번째 과업은 특허질의 관리이다. 많은 특허를 출원하고 등록시키는 것은 중요한 과업이지만, 그것보다 더 중요한 것이 특허의 질을 관리하여 양질의 특허포트폴리오를 구성하고 운영하는 것이다. 특허는 그 자체로도 유지료가 필요한 것이므로 출원단계에서 특허질의 관리가 제대로 이루어지지 않으면 특허를 많은 비용을 들여서 출원하고도 유지료 부담 때문에 포기하여야 하는 경우도 발생할 수 있다.

이를 위해서 이미 많은 기업들은 특허의 등급을 매겨서 높은 등급의 특허에 대해서는 많은 발명보상금을 발명자에게 지급하는 방법으로 높은 등급의 특허가 많이 나오도록 독려하는 시스템을 가지고 있다. 하지만 만일 높은 등급의 특허를 건수로 할당하는 경우 특허부서의 입장에서도 만일 이 등급이 나오지 않으면 내부적으로 비난을 받을 수 있으므로 상대적인 평가에 그치게 되고, 높은 질의 특허가 나오지 않을 가능성도 있다. 더하여 특허포트폴리오에서 상용화 가능성과 여타 다른 목적을 가지고 있는 특허 등으로 지속적으로 변화하는 사업환경에 따라 관리를 하면서 특정 목적의 특허가 그 임무를 수행할 수 있도록 하는 작업(특허 포트폴리오 재구축(restructuring))을 계속적으로 수행해야 한다. 이를 위해 그룹 간 협의체(cross functional committee)가 활성화되어 이를 통해 조직 내부에서의 공감대에 기초한 특허포트폴리오 운용이 가능하게 된다.

(나) 법무부서를 포함한 관련 부서와의 원활한 소통

특허조직은 그 자체가 독자적으로 가지는 의의도 있지만 기본은 영업조직을 지원하는 조직이다. 따라서 기업의 경우 영업조직과의 방향성을 조율(align)하는 것이 매우 중요하다. 특히 법무부서와 특허부서가 분리되어 있는 경우 이들 부서 간에 긴장관계가 있을 수 있다. 이런 점을 감안하여 특허부서에 관여하는 사내변호사는 회사 내 다른 내부조직과의 소통, 특히 법무부서와의 소통과 유기적인 협력을 도모하여야 한다.

이러한 목적을 위해서 앞서 언급한 그룹 간 협의체가 필요할 수 있지만, 이 이상으로 중요한 것이 상시적인 소통이다. 협의체를 만들 경우 정작 공식적인 협의체에서의 모든 의사결정과 토의과정은 구성원들에게 상당한 부담을 주게 됨으로 솔직한 목표의 공유가



어려운 경우가 종종 있다.

따라서 내부조직에서의 소통을 위해서 비공식적인 채널을 통한 소통의 중요성을 간과해서는 안 된다. 가장 중요한 방법 중 하나가 조직 내의 여러 부서에서 근무하다가 특허부서에서 근무하게 된 직원들을 순환시킴으로써 조직구성원들과의 관계를 통한 내부 네트워크를 구축하게 되면 자연스럽게 이러한 네트워크를 통하여 소통이 이루어질 수 있게 된다.

(다) 외부변호사나 변리사와의 원활한 업무협조

외부변호사와 변리사와의 효율적인 소통을 위해서는 내부의 사내변호사의 역량이 외부변호사의 역량과 같거나 그 이상이어야 한다. 그렇지 않으면 자칫 회의를 주선하고, 외부의 메시지를 전달하는 정도에 그치게 되어 별다른 가치를 추가하지 못하게 되고, 이는 결국 내부와 외부의 단절을 발생시키게 되어 오히려 소통의 왜곡을 가지고 올 수 있기 때문이다.

사내특허조직에서 요구되는 사내변호사는 단순한 중개자가 아니라, 특허의 출원관련 문제이건, 특허 라이선스 및 소송의 문제이건 법률전문가로서의 변호사는 기술적인 문제와 법률적인 문제를 종합하고 이를 구성하여 양측을 조율할 수 있어야 한다. 변호사에게 이 업무는 쉽지 않은 요구이지만, 특허조직의 사내변호사는 대신 외부법무법인의 변호사들과 달리 여러 기술 분야를 알아야 하는 것이 아니고, 한 특정 분야의 기술에 대해서 상당한 전문성을 가질 수 있으면 되기 때문에 이 점은 외부법무법인의 변호사보다 상대적으로 용이하다. 그리고 출원이나 소송업무를 하다보면 내부적인 전략적인 의사결정이 필요한 경우 및 단계가 있다. 이러한 단계를 외부전문가에게 미루려고 하면 전체적인 방향성이 지나치게 위험회피적으로 진행될 수 있다. 낮은 직급의 사내변호사에게 요구할 수 있는 업무는 아니지만 직급이 높아질수록 이러한 결정에 대한 요구가 증가한다.

(라) 특허소송의 수행

삼성과 애플이 미국 법원을 포함하여 전세계적으로 특허침해소송 재판에서 팽팽한 소송전을 펼치고 있어 특허소송에서의 특허법무부서의 역할이 부각되고 있다. 대규모

상장회사뿐만 아니라 소규모 회사까지도 이제 특허소송에서 자유로울 수 있는 회사는 거의 없다고 보아도 무방하다. 법무부서에서 특허소송을 진행하더라도 특허부서의 지원이 있어야 하는 것이므로 특허소송에서의 역할은 특허법무부서의 핵심역할의 하나이다.

11. 사내자문의 수행: 의견서와 보고서의 작성시 유의사항

사내변호사로서 위의 업무와 역할을 수행함에 있어서 기본적으로 항상 발생하게 되는 것이 의견서와 보고서를 작성하는 것이다. 이런 의견서와 보고서의 작성은 사내라는 특징으로 인해서 반드시 법률사무소의 의견서와 같은 공식적이고 양식에 갖춘 것이 중요한 경우보다는 내부 확인목적으로 이메일 등으로 이루어지는 경우도 많다.

의견서와 보고서를 양식에 갖추어서 작성하는 것은 이미 법무팀 내부에 양식에 있으면 그 양식을 사용하면 되고, 만일 없거나 새로 처음으로 사내변호사가 되어 작성하여야 하는 경우에는 기존에 법률사무소에서 받은 의견서 양식 등을 참고하면 될 것이고 법률적인 면에서는 이미 충분한 트레이닝을 받고 변호사가 된 것이므로 개별적인 역량과 전문성을 키우는 것 외에 별다른 유의사항이 별도로 있다고 생각되지는 않는다.

그러나 양식을 갖추어 작성하는 경우가 아닌 경우를 더 유의하여야 한다. 변호사의 의견은 아무리 이메일로 서로 주고, 받는 것이라고 하더라도 법률전문가의 의견이므로 그 의견에 대해서는 전문가로서의 무게가 실린다. 이런 점에서 이메일로 쓰는 의견이나 보고라고 하더라도 가볍게 보아서 안되며 그 내용을 공식적인 보고서처럼 철저히 감수하여 전송버튼을 눌러야 한다. 특히 오늘날처럼 모바일 디바이스를 통해서 업무처리가 이루어지는 경우에는 자칫 가벼운 마음으로 보낸 의견이 큰 문제를 야기할 수 있다. 위험을 관리하고 내부통제를 해야 할 사내변호사가 위험의 원천이 되어서는 안된다는 점을 명심하여야 한다.



12. 기타 사내변호사의 역할들

가. 자회사 조사권

상법 제412조의5에 따라 감사에게는 자회사에 대한 조사권이 있다. 이 경우 자회사에 대한 영업보고 요구 또는 조사가 모회사에 대한 감사를 위해 필요하다는 점에 대하여 소명이 있었는지 여부가 빈번히 문제된다.

나. 압수수색 관련 유의 사항

회사 측에 대해 영장에 의한 정당한 압수수색이 있을 경우 이를 방해하면 공무 집행 방해죄가 문제될 수 있다. 다만 실무 상 영장에 기재된 범위를 벗어난 압수수색, 영장을 제시하지 않은 압수·수색(형사소송법 상 제118조), 야간 집행의 제한(형사소송법 제 125조), 영장의 집행과 책임자의 참여(형사소송법 제123조), 영장에 의하지 아니한 압수(형사소송법 제218조) 등이 문제되는 경우가 많으며 사내변호사로서는 이 같은 문제에 대해 적극적인 의견을 개진할 수 있어야 한다.

다. 공정거래법상 부당지원행위 여부 검토

공정거래법은 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하는 행위를 금지하고 있다(공정거래법 제23조 제1항 제7호). 위와 같은 부당지원행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, ① 지원행위성(지원주체가 지원객체에게 자금·자산·인력·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 유리한 거래조건으로 거래하여 지원 객체에게 경제적 이득 제공), ② 부당성(지원행위로 인하여 지원객체가 속한 시장의 경쟁이나 공정한 거래가 저해될 우려가 있다는 점)등을 고려하여야 한다. 종전 공정거래법에서는 ‘지원행위의 현저성’까지 요구하였으나 2014. 2. 14.부터 시행되는 개정 공정거래법에서는 ‘지원행위의 상당성’만 있어도 부당지원행위로 인정될 수 있도록 하여, 그 규제의 정도가 한층 강화되므로, 가능하면 시장에서 형성되어 있는 해당 용역의 대가와 본 건 용역계약 상 용역의 대가 사이에 차이가 크지 않도록 유의할 필요가 있다.

라. 업무상 배임의 고의와 경영 판단의 원칙

배임죄가 경제범죄의 일반조항으로 기능하고 있는 현실에서, 사내변호사는 업무상 배임죄(경우에 따라서는 특정경제범죄가중처벌법상 배임죄)를 항상 유념하여 업무를 처리하여야 한다. 원래 이 이론은 이사의 손해배상책임과 관련하여 발전한 이론이다. 대법원은 금융기관 임원의 경우, “금융기관의 임원은 소속 금융기관에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 지므로, 그 의무를 충실히 한 때에야 임원으로서의 임무를 다한 것으로 된다고 할 것이지만, 금융기관이 그 임원을 상대로 대출과 관련된 임무 해태를 내세워 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 물음에 있어서는 임원이 한 대출이 결과적으로 회수곤란 또는 회수불능으로 되었다고 하더라도 그것만으로 바로 대출결정을 내린 임원에게 그러한 미회수금 손해 등의 결과가 전혀 발생하지 않도록 하여야 할 책임을 물어 그러한 대출결정을 내린 임원의 판단이 선량한 관리자로서의 주의의무 내지 충실의무를 위반한 것이라고 단정할 수 없고, 대출과 관련된 경영판단을 함에 있어서 통상의 합리적인 금융기관 임원으로서 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적합한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 대출심사를 한 것이라면 그 의사결정과정에서 현저한 불합리가 없는 한 그 임원의 경영판단은 허용되는 재량의 범위 내의 것으로서 회사에 대한 선량한 관리자의 주의의무 내지 충실의무를 다한 것으로 볼 것이며, 금융기관의 임원이 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무에 위반하여 자신의 임무를 해태하였는지의 여부는 그 대출결정에 통상의 대출담당임원으로서 간과해서는 안 될 잘못이 있는지의 여부를 대출의 조건과 내용, 규모, 변제계획, 담보의 유무와 내용, 채무자의 재산 및 경영상황, 성장가능성 등 여러 가지 사항에 비추어 종합적으로 판정해야 할 것이다”²¹⁾이라고 하였다.

하지만 우리나라에서는 형사사건에서도 이 이론이 적용되고 있다. 대법원은 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이라고 하면서도, “기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된

21) 대법원 2002. 3. 15. 선고 2000다9086 판결.



정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업가 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다.”고 판단하여 경영판단의 원칙이 업무상 배임죄의 고의를 조각할 수 있다는 판시를 한 바 있다.²²⁾

사내 변호사는 중요한 결정을 내리고자 하는 경영자에게 경영의사결정에 이르게 된 경위·동기 및 판단 대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 이익 및 손해발생의 개연성 등에 대한 경영의사결정과정에서 충분한 논의가 이루어지도록 하여 경영진이 배임죄로 처벌되거나, 손해배상책임을 부담하지 않도록 업무를 처리하여야 한다.

22) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결. 이 판결에 대한 평식으로 최승재, “경영판단의 항변과 기업경영진의 배임죄의 성부(대법원 2004. 7.22 선고 2002도4229 판결)”, 법률신문 2004. 10. 21.자.

XII. 사내변호사의 업무처리에 대한 몇 가지 생각²³⁾

1. 사내변호사의 경력 관리

우리나라의 경우 외국과 달리 사내변호사 중에서 변호사 자격 취득 후 곧바로 기업 등에 취업한 경우가 많다. 이들은 주로 계약서 검토, 법률자문, 소송관리 등 법률서비스 관리업무에 종사하고 있어 비용부서(Cost center)의 역할을 하고 있다고 볼 수 있다. 변호사로서 첫 직장을 시작하는 경우가 많기 때문에 직급이 높지 않고 경영진에 대한 직접적인 조언을 하는 경우는 많지 않다.

기업의 법무실에서 근무하다가 외국에서 로스쿨 등을 졸업하고 그 나라 변호사자격을 취득한 자들로서 한국에서 사내변호사처럼 기업내 법무업무를 수행한 분들이 많다. 이러한 외국변호사 자격취득자들은 한국에 사내변호사라는 개념이 생소할 때부터 진출하여 어학실력과 외국경험을 바탕으로 높은 직급과 연봉으로 법무업무를 담당하곤 했다. 이들은 외국어 실력과 외국법 전문지식을 활용하여 국제거래나 관련계약업무 등에 많이 투입되는데, 리더십을 인정받은 외국변호사 자격취득자의 경우 영업이나 조직관리 등 법무업무와는 무관하게 경영에 참여하는 사례도 많아지고 있다. 다만 현재 외국변호사 자격취득자로서 기업내 법무업무를 수행하는 사람들은 한국변호사들의 사내변호사 진출이 늘어남에 따라, 과거와는 달리 직급이나 대우가 하향화 되고 있기도 하다. 또한 업무영역 또한 해외업무에 국한되는 경향도 보이고 있다. 대기업이나 다국적기업의 경우 외국변호사 자격취득자들이 고위직인 경우에는 한국사내변호사와 경쟁관계에 있는 경우도 있다. 그러나 우리 사내변호사도 어느 정도 자리를 잡고, 고위직으로도 승진한 경우가 생김에 따라 국내 법무는 한국변호사가 해외 법무는 외국변호사 자격취득자가 수행하는 등으로 분화되는 분위기이다. 하지만, 점차 한국변호사도 외국어 실력이 출중한 재원들이 사내변호사로 근무하는 경우가 많아짐에 따라 해외지사에 파견되거나, 해외지역의 법률문제를 총괄하는 책임자가 되는 등 다양한 루트를 개척중에 있다. 앞으

23) 이 부분은 원래 초판에서 최승재(대한변협 법제연구원장·최신법률사무소 대표변호사)와 백승재(전 한국사내변호사회 회장)이 공동집필한 부분으로서 공동저자였던 백변호사의 동의하에 필자가 개정판을 맡아서 단독으로 개정하였음을 밝힙니다.



로는 법무업무이외에도 영업이나 기획, 더 나아가 재무를 총괄하는 경영관리본부에서도 사내변호사가 활약할 뿐만 아니라 사장 등 최고 책임자가 되는 경우가 많아지기를 기대한다.

2. 사내변호사가 되는 길

가. 사내변호사 채용루트

사내변호사가 되는 방법으로 회사가 채용공고를 내고 이에 따라 채용되는 방식이 일반적이다. 그러나, 사내변호사의 경우 회사의 법무업무에 대한 특별한 수요로 인해 채용되기 때문에 헤드헌터가 중간에 개입하는 경우도 있다. 특히 대기업이나 금융계의 경우 많은데 대개 다른 회사에 근무하던 중 전직을 권유받거나 이직의사를 갖고 헤드헌터를 통해 전직하는 경우도 있다. 한편으로는 법률사무소를 운영하거나 로펌 등에서 근무하던 중 사내변호사가 되는 경우인데, 이 경우에는 법률사무소를 운영하거나 로펌 등에서 근무하던 중 알게 된 회사에서 사내변호사로 전직을 권유하여 이뤄지는 경우가 많다. 하지만, 법률사무소나 로펌 등에서 겪는 의뢰인이나 재판으로부터의 스트레스 혹은 영업에 대한 스트레스, 혹은 자신의 다른 이상실현 내지 적성분야를 찾아 스스로 사내변호사가 되는 경우도 상당히 있다. 그리고 현업(법원, 검찰, 정부기관 등)에서 근무하다가 사내변호사가 되는 경우도 있다. 이 경우 회사 사정과 현업에서의 지위가 고려되어 직급과 역할이 주어진다.

나. 어떤 변호사가 사내변호사로 채용되는가?

기업은 필요로 하는 역량을 충분히 갖춘 변호사들이 있다면 얼마든지 유능한 변호사들을 영입하려고 할 것이다.²⁴⁾ 우리 기업의 국내외적 역할과 위상에 비하여 상대적으로 약소한 변호사 채용 규모는 그동안 변호사들의 높은 몸값 때문이기도 하지만, 기업이 필요로 하는 역량을 갖춘 변호사들이 많지 않았다는 사실에도 기인하고 있음을 부인하기

24) 이와 관련하여 사내변호사에 대해서 윤정민, 임윤경, 정미주 공저의 「사내변호사 리얼스토리」라는 책이 이해에 도움이 될 것으로 보인다. 이 책의 사내변호사로 입사하기 편을 보면 변호사의 시각에서 기업을 선택하는 기준에 대한 나름의 생각을 기술하고 있다.

어렵다²⁵⁾.

이런 점에서 기업의 수요를 충족시켜 줄 수 있는 법률교육이 급선무이다. 그러나 현실은 사법연수원이나 로스쿨에서 사내변호사로서 특화된 교육과정이 이루어지지만, 아직 어떠한 변호사도 사내변호사로서의 훈련을 받아본 적이 없다는 것이다. 대한변협을 포함한 변호사 단체들은 지속적으로 사내변호사 교육을 강화하고 있지만 이 역시도 변호사가 되고 난 뒤의 교육이라 로스쿨에서의 사내변호사 교육 강화는 로스쿨의 역량강화라는 면에서도 특성화라는 면에서도 중요하고 필요하다. 향후 사내변호사를 중점으로 두는 로스쿨이 등장하기를 기대한다.

회사에서는 사내변호사에게 조직에 대한 적응력과 변호사로서의 전문성, 직장인으로서의 성실성을 요구한다. 이를 테스트하기 위해, 소위 스펙도 보긴 하지만, 이는 어디까지나 참고자료이고 중요한 것은 자기소개서와 면접이다. 자기소개서는 자신을 알릴 수 있는 최초의 정보이므로, 매우 논리적이고 성실하며 창의적으로 기재해야 한다. 최근의 변호사 취업시장의 어려움을 반영하듯, 금융회사와 대기업의 경우 100대 1이라는 이야기도 가끔 듣는다. 물론 대부분 허수다. 왜냐하면, 변호사들이 모든 기관에 지원서를 넣다 보니 발생하는 허수인 것이다. 지원서와 자기소개서를 보면 알 수 있다. 소위 스펙이 좋은 변호사들의 경우 지원회사에 대한 정보도 하나 기재하지 않고, 왜 자신이 그 회사에 적합한 인재인지? 그 회사에 입사해서 자신이 어떠한 역할을 할 수 있는지에 대해서 하나도 기재하지 않은 지원서도 꽤 되기 때문이다. 하지만 동료로서 사내변호사를 뽑아야 하는 입장에선 너무 스펙만 좋고 회사에 대한 이해도가 없는 자기소개서는 꺼려지게 된다. 회사와 조직에 적응을 잘 할 수 있을까 하는 우려 때문이다.

사내변호사로 일단 취업을 하게 되면, 그 조직에 장기근무를 하여야 하며, 만일 회사와 맞지 않는 부분이 있어 그전에 나오게 되더라도 반드시 좋은 인상을 남기고 나올 수 있도록 노력해야 한다. 그래야 다음에도 사내변호사를 채용하려 할 것이기 때문이다. 또한 면접도 매우 중요하다. 결국 조직원을 뽑는 만큼 조직적응력, 성실성, 그리고 전문성을 봐야 하기 때문이다. 변호사쯤 되면 스펙으로 사람을 고를 수는 없다. 때문에 미리 주관식 문제를 정해진 시간(하루나 이틀) 내에 제출하도록 하는 것도 방법이다. 허수는 필기시험에 응하려 하지 않기 때문에 필기시험에 응하느냐를 보고, 성실성과 논리력을

25) 자세한 것은 성희황, 전계 논문, 21면 참조



보기 위해 얼마나 성실하게 적어내느냐를 본다. 답도 없는 필기시험이므로 얼마나 시간 안에 성실하게 써내는가가 관건이다. 오로지 필기시험의 목적은 허수를 가려 면접 볼 사람을 추리기 위해서다. 필자의 경우 절대 연수원 성적을 가지고 사람을 판단하지 않는다. 연수원이나 로스쿨 성적은 단순한 참고사항이다. 연수원이나 로스쿨생 정도라면 얼마나 치열하게 공부해야 하는지 잘 알고 있을 뿐만 아니라 그 성적의 차이라는 것도 백지장차이라는 것을 잘 알고 있기 때문이고, 비록 연수원이나 로스쿨 성적은 좋지 않더라도 실력이 뛰어난 사람이 많다는 것을 경험적으로 잘 알고 있기 때문이다.

면접은 참으로 중요하기에 절대 늦어서는 안 된다. 성실한 사람을 뽑으려는데 그 중요한 면접에서 시간도 맞추지 못한다면 일단 성실성에 대해 큰 의심이 갈 것이다. 또한 자신감과 적극성도 함께 고려된다. 아무리 어려운 질문이 있더라도 그 질문은 예상치 못한 상황에서 어떻게 대처하는지를 보기 위해서 내는 문제다. 정답이란 건 면접관도 갖고 있지 않다. 그저 지원자가 어떻게 위기상황을 논리적으로 대처하는지 보기 위함이다. 필자의 경우 면접시에 전문성을 보기 위해 법률문제를 내본다. 대개 처음 보는 문제일 것이다. 이처럼 처음 보는 문제에 어떻게 논리적 체계를 가지고 접근하는지를 본다. 답이 틀려도 상관없다. 그저 지원자의 논리적 전개력과 성실성, 그리고 위기대응능력을 보기 위함이다.

그리고 꼼꼼함과 열정을 함께 가지고 있다는 점을 보여줘야 한다. 즉, 업무에 있어서는 꼼꼼하고, 삶에 있어서는 열정이 있어야 할 것이다. 꼼꼼함을 확인하는 방법으로는 자신이 한 업무 중 꼼꼼히 수행해서 성공한 사례를 봐야한다. 그리고 다양한 사회활동과 봉사활동, 지도자 역할경력 등은 분명 열정과 함께 조직 적응력을 보여주는 중요한 Factor일 것이다. 따라서 반드시 면접 시에는 자신이 어떠한 단체에서 어떠한 위치로 어떠한 일을 했는지도 봐야 할 것이다.

한편, 사내변호사로서 지원하는 기업에서 본인의 최종목표가 무엇인지를 미리 생각해 두어야 한다. 이러한 과정을 통해 본인의 목표를 분명히 하는 기회를 가진다. 또한 자신의 장점과 단점을 분명히 알고 정리해 두어야 한다. 그래서 자신의 단점을 어떠한 노력을 통해 장점으로 승화시키고 있는지를 보여주어야 한다.

3. 사내변호사의 업무처리 자세

가. 수용적인 자세와 배우려는 태도

사내변호사는 회사라는 조직에서 사내변호사로서 근무하는 순간 조직에 적응하고 전문가로서 인정받을 수 있도록 준비가 되어 있어야 한다. 하지만, 사법연수원과 로스쿨에서 사내변호사를 위한 교육과 훈련은 미비한 상태이다. 때문에 항상 사내변호사가 되면 바로 선배와 동료들로부터 배우려는 수용적인 자세와 태도가 중요하다. 이러한 자세는 연차가 올라가도 마찬가지로 중요한 태도이다. 수용적 태도와 배우려는 자세가 없는 사람은 아무리 객관적 실력이 뛰어나도 주변사람들이 마음으로부터 그 실력을 인정해 주지 않는다. 때문에 내가 옳다고 생각해도 생각처럼 이뤄지지 않고, 고독하며 허망하다고 느낀다. 회사와 조직으로부터 인정받지 못한다고 생각하니, 그 어떠한 일도 필요최소한 범위에서 수동적으로 하게 되고, 직장을 옮길 생각을 하게 된다. 따라서, 객관적 실력향상 만큼 어떻게 하면 조직에 잘 적응하면서 전문가로 실력을 인정받을 수 있겠는가를 스스로 고민하고 노력해야 한다. 대개 다른 사람은 그렇게 생각하지 않는데 본인이 생각하기에 옳다고 생각했던 일들은 나중에 가면 다른 사람들의 입장을 이해하게 되면서 반드시 옳은 것만은 아니라는 생각이 들게 된다. 나는 항상 다 맞다는 생각을 버리고, 나는 늘 배우겠다는 자세와 그 어떤 분의 가르침도 수용하겠다는 태도라면 조직 내에서 반드시 성공할 것이다. 시니어 변호사가 주니어 변호사에 대한 평을 하면서, 제일 힘든 후배변호사는 뭔가 일을 시킬 때 늘 일일이 설명하고 이해시키고, 설득해야 하는 변호사라고 한다. 또한 자신의 실수와 잘못을 인정하지 않고 변명으로 일관하는 변호사라고 한다. 잘못을 수용한다고 해서 내가 틀린 것이 아니다. 수용하는 자세로 이미 그 실력을 인정받기 위해 기초를 다진 것이다.

나. 다른 사람의 마음을 헤아리는 태도

대개 회사에서 사내변호사에 대한 불평이 있을 때 빠지지 않는 것이 변호사는 좀 위험발생 측면만 강조한다는 것이다. 물론 위험감수적 경향이 강한 영업부서입장에서 위험회피적 임무를 띤 사내변호사를 이해 못할 수도 있다. 하지만, 아무리 살펴봐도 부정적인 결론이라면, 이를 잘 전달해서 상대방을 납득시키는 자세가 중요하다. 즉,



부정적인 결론일수록 공개적인 자리나 공식서류, 이메일을 통해 전달하는 것도 자제해야 한다. 부정적인 결론과 의사는 이러한 견해를 표명한 사내변호사에 대한 부정적인 인식을 가져오기 때문이다. 따라서 구두로 이러한 결론이 나왔는데, 함께 대안을 찾아보자는 표시만 해도 상대는 사내변호사를 적이 아닌 친구로 인식하게 된다. 따라서 어떻게 다른 사람의 마음에 상처를 주지 않을지를 고민해야 하는 것이다.

다. 적극적이고 긍정적인 태도

사내변호사 중에 자신에게 주어진 일만 하는 사람도 있다. 보수적 경향 때문이기도 하다. 하지만, 이런 사람은 변호사로서 고용한 회사입장에서는 가치가 별로 없는 사람이다. 변호사라는 창의적인 대안을 제시할 수 있는 사람을 회사는 원하기 때문이다. 따라서 적극적이고 긍정적인 태도로 사안을 대해야 한다. 이는 아이디어도 필요하기 때문에 혼자만 해결하기는 힘들다. 때문에 동종업계 혹은 주변에 아는 사내변호사와 교감하는 노력을 가지면서 함께 헤쳐나아가야 한다. 그러므로 뒤에 좀 더 기술하겠으나 향후 사내변호사회(KICA)와 같은 단체에 가입하여 정보교류와 실력배양에 힘써야 하며, 그렇다면 회사 내에서 충분히 인정받고, 기업에 가치(value)를 제공하는 사람으로서 자리매김할 수 있을 것이다.

라. 변호사로서의 의무준수

앞에서도 언급한 바 있지만, 변호사법 제38조에 의하면 사내변호사가 되어서도 변호사업무를 하려면, 각 지방변호사회에 겸직허가신청을 하여 겸직허가를 받아야 한다. 변호사자격 있는 자가 변호사업무를 하는 것은 여러 가지 장점이 있다. 우선 변호사로서 소송을 포함한 법률사무를 할 수 있기 때문에 회사입장에서 보더라도 변호사를 채용한 목적에 부합하는 것이다.

또한 변호사로 등록된 상태이기 때문에, 계속하여 각종 변호사단체의 회보 등을 통해 변호사업계에서 회자되는 문제에 대한 지식과 정보에 노출되어 있기에 변호사로서 인정받을 수 있다. 이는 회사에서 요구하는 다른 업계(특히 변호사업계)의 정보에 대해 끊임없이 제공 받을 수 있다는 점에서 장점이 된다. 그리고 변호사로서 선거권과 피선거권을 가지고 업계의 현안에 대해 목소리를 낼 수 있다. 이는 2년에 한 번씩 돌아오는

선거를 통해 변호사로서 자신의 의사를 표시할 수 있다는 점에서 반드시 행사해야 할 의무이자 권리이다.

검직허가신청을 할 때도 마찬가지 이지만, 일단 검직허가를 받아 변호사등록이 완료 되면 월회비를 지방변호사회에 내야 한다. 한편, 변호사등록비 및 입회비, 검직허가신청비, 월회비는 회사가 부담하도록 요청해봐야 한다. 대개의 회사는 등록비(일부만 부담하는 경우도 있다)와 월회비를 지급하고 있다. 회사로서는 변호사업무를 할 수 있는 변호사 임직원이 필요하기 때문에 사내변호사로서는 이를 요구할 수 있는 것이다. 권리 위에 잡자는 자는 보호받지 못한다.

또한, 대한변호사협회에 등록하고, 개업신고를 한 사내변호사는 변호사법 제85조에 따라 연수주기(2년) 내, 전문연수 14시간, 윤리연수 2시간 총 16시간을 이수하여야 한다(변호사연수 규칙 제7조, 제8조 참조).

오늘날 성공하는 전문가가 되기 위해서는 단순히 Specialist 또는 Generalist가 되는 것으로는 부족하고 Special Generalist, General Specialist가 되어야 한다는 이야기가 있다. 사내변호사로서 업무를 수행하다가 기업의 CEO까지 성공한 사례들이 있는만큼 과정의 선점과 적극성, 선택, 열정과 도전, 리더십이 필요하다.

마. 시간관리와 신뢰확보(Time&Trust)

사내변호사는 기업의 적극적 일원으로서 행동하며 기업의 내외부 이익의 보호에 법률을 수단으로 활용하는 기업가역할을 하기도 한다. 이러한 사내변호사는 경영진과 밀접하게 연결되어 있고 전략적 의사결정의 전과정에 참여하게 되므로 경영진만큼이나 철저히 시간관리를 해야 한다. 경영진에게 보고하는 시간도 적절한 타이밍에 해야만 효과적인 조언이나 의사결정을 내릴 수 있기 때문이다.

또한, 사내변호사에 있어 신뢰확보를 위해선 비밀유지와 전문성이 정말 중요하다. 언제 무슨 말을 하여도 비밀이 유지될 것이라는 믿음과 항상 최선을 다해서 가장 좋은 의견을 줄 수 있을 것 같다는 믿음은 사내변호사로 하여금 조직에서 굳건히 자리 잡도록 만든다. 한편, 회사에 손해를 끼치거나 회사를 불안하게 하는 직원(아무리 정당한 일이라도)이나 회사보다 개인의 이익을 우선시 하는 직원은 회사나 조직 내 누구로부터도 신임 받지 못한다.



바. 대안제시를 통한 가치증대(Value)

(1) 태도(Attitude—회사의 정책과 위험감내수준에 대한 정확한 이해와 인지)

회사는 위험감수적 의사결정을 하고, 사내변호사는 법조인으로서 위험회피적 의사결정을 해야 할 경우가 많기 때문이다. 그러다 보면, 위험감수적 의사결정과 위험회피적 법률조언이 충돌하는 경우가 발생하곤 한다. 이때마다 원칙을 내세워 바른 판단을 하는 것도 중요하지만 사전에 회사가 어느 정도의 위험감수 의사가 있는지 위험회피결정 시 어느 정도 열려있는지 파악하고 입장과 태도를 견지하는 것도 중요한 것이다.

(2) 조직의 목표와 구성원들의 필요를 파악(Need)

한국에서 사내변호사에 대한 인식은 과거에는 전문가로서 독립적인 지위에서 의견을 제시하는 전형적인 조언자였다. 현재는 직원의 입장에서 법률문제와 관련한 회사의 비용을 절감하고 외부변호사의 법률서비스의 품질을 판단하는 역할도 하고 있으며, 회사에 충실한 직원으로서 법무업무 담당자로서의 역할을 한다고 할 수 있으므로 조직의 목표와 구성원들의 필요를 파악하여 그에 따른 적절한 업무를 수행하여야 한다.

(3) 법령/규정 및 정부정책의 변화와 시장 트렌드를 파악하고 전문분야 학문적 소양 계속 (Development)

사내변호사로서 업무에 임하기 위해서는 유관기관의 법령 및 감독규정의 제·개정 현황에 대해 유의하여, 관련 내부통제규정도 함께 갱신작업을 해야만 한다. 뿐만 아니라, 적극적으로 사내변호사는 업계의 문제점과 현안에 대해 감독기관 등 유관기관과 소통하며 법령 제·개정안을 제안함으로써 사내변호사의 업무영역을 넓히고 역할을 인정 받을 수 있게 되는 것이다.

VIII. 사내변호사의 미래

1. 변수(變數)들

가. 법학전문대학원(로스쿨)의 설립과 변호사 수의 급증

대한변호사협회에 등록하고 개업신고를 한 변호사 수는 2001년 말 4,618명(준회원²⁶⁾ 518명을 포함한 등록회원 수는 5,136명), 2007년 말 8,143명이었으나, 2010년 말 10,263명으로 1만 명을 넘은 후 2011년 말 10,976명, 2012년 말 12,532명, 2013년 말 14,242명, 2014년 말 15,954명으로 급속히 증가하여 왔다²⁷⁾. 특히 로스쿨 1기가 제1회 변호사시험에 합격한 2012년에는 개업변호사 수가 전년도의 개업변호사 수에 비해 1,556명이 증가하고, 제2회 변호사시험 합격자가 배출된 2013년에는 1,710명, 제3회 변호사시험 합격자가 배출된 2014년에는 1,712명이 증가하여, 로스쿨 도입으로 인한 영향을 짐작하게 한다.

2012년에는 제1회 변호사시험 합격자 1,451명과 제41기 사법연수원 수료자 1,030명, 합계 2,481명의 신규법조인이 배출되었다. 2013년에는 제2회 변호사시험 합격자 1,538명과 제42기 사법연수원 수료자 826명, 합계 2,364명이 배출되었고, 2014년에는 제3회 변호사시험 합격자 1,550명과 제43기 사법연수원 수료자 786명, 합계 2,336명이 배출되었다. 2012년부터 2014년까지 3년 동안 배출된 신규법조인 수(7,181명)가 2011년 말 개업중이던 변호사 수(10,976명)의 65%에 이르는 전대미문(前代未聞)의 상황이 발생하고 있다. 그리고 2014년 이후에도 당연히 이런 현상은 지속적으로 가중되고 있다.

한편 신규변호사의 서울집중현상도 계속되고 있다. 2014년 12월 31일 현재 서울지방변호사회 소속변호사는 13,876명(개업회원 11,700명, 준회원 2,176명)에 이른다. 대한변협 등록회원 또는 개업회원의 약 74%가 서울지방변호사회 소속이다. 다음 관점에서

26) 준회원은 대한변호사협회에 변호사로 등록한 후 개업신고를 하지 않았거나 휴업신고를 한 변호사를 말한다.

27) 등록회원 수는 2007년 말 9,280명(준회원 1,137명), 2010년 말 11,802명(준회원 1,539명), 2011년 말 12,607명(준회원 1,631명), 2012년 말 14,534명(준회원 2,002명), 2013년 말 16,604명(준회원 2,362명), 2014년 말 18,708명(준회원 2,754명)이다. 자료출처는 대한변호사협회 회원과이다.



출신 별로 2014년 이후 시험별 등록자 수를 보면²⁸⁾, 다음과 같이 변호사시험 출신이 주를 이루고 있어 향후 전체 변호사의 구성에 변호사시험 비율은 기존에 누적된 사법시험 출신을 감안하더라도 누적된 인원이 변호사시험 출신의 증가율과 비교하여 보면 많지 않아 대부분을 이룰 것으로 본다.

| 연도 | 연수원 | 변호사시험 | 군법무관 | 기타 |
|------|-----|-------|------|----|
| 2014 | 711 | 1,433 | 2 | 1 |
| 2015 | 555 | 1,331 | 2 | - |
| 2016 | 472 | 1,365 | 2 | - |
| 2017 | 396 | 1,380 | 1 | - |

2014년 이후 연령별 등록변호사 수(2018. 5. 8. 기준)²⁹⁾를 보면, 다음과 같이 30대가 최고 많은 수를 이루고 있음을 알 수 있는데 이런 점도 변호사시험 출신의 증가와 밀접한 관련이 있을 것으로 보이며 이는 향후 변호사사회의 인구구성에 대한 이해를 함에 있어 중요할 것으로 본다.

| 20대 | 30대 | 40대 | 50대 | 60대 | 70대 | 80대 | 90대 | 100대 | 총계 |
|-----|--------|-------|-------|-------|-----|-----|-----|------|--------|
| 763 | 10,098 | 7,152 | 3,910 | 1,627 | 659 | 299 | 85 | 34 | 24,627 |

한편 2014년 이후 지방회별 개업변호사 수를 보면 서울지방변호사회가 주를 이루는 것을 알 수 있다. 그 절대적인 수에서는 압도적이다.

| 지방회 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|------|--------|--------|--------|--------|
| 서울 | 11,700 | 12,750 | 13,779 | 14,791 |
| 경기북부 | 280 | 319 | 332 | 350 |
| 인천 | 441 | 478 | 527 | 569 |
| 경기중앙 | 769 | 808 | 875 | 906 |
| 강원 | 132 | 139 | 149 | 162 |

28) 시험별 등록변호사 수의 연도별 추이 자료는 대한변협의 회원프로그램으로 추출이 되지 않아 아래와 같이 연도별 등록현황이다.

29) 연령별 등록변호사 수의 연도별 추이 자료는 협회의 회원프로그램으로 추출이 되지 않아 아래와 같이 2018. 5. 8. 기준 연령별 변호사 수입이다.

| 지방회 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|-----|------|------|------|------|
| 충북 | 146 | 158 | 170 | 173 |
| 대전 | 400 | 433 | 450 | 497 |
| 대구 | 501 | 538 | 572 | 606 |
| 부산 | 574 | 648 | 716 | 776 |
| 울산 | 153 | 169 | 189 | 191 |
| 경남 | 256 | 276 | 301 | 321 |
| 광주 | 339 | 403 | 443 | 469 |
| 전북 | 204 | 230 | 255 | 268 |
| 제주 | 57 | 75 | 92 | 103 |

한국의 법조시장은 증가하는 변호사를 흡수할 정도의 여력이 되지 않고 있다. 이 상황에서도 사내변호사 수는 다소 증감은 있지만 전체적인 경향성으로 늘고 있는 상황이라고 볼 수 있다(자료출처: 서울지방변호사회).

| 연도 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|---------|------|------|-------|-------|-------|-------|------|
| 사내변호사 수 | 870 | 810 | 1,621 | 1,804 | 1,778 | 2,431 | 미확인 |

나. 사내변호사 양성을 위한 사법연수원 및 로스쿨 교육과의 연계

현재 한국 사내변호사 제도는 다음 단계로의 전환점에 있다고 본다. 수요와 공급의 양면을 모두 고려하여 개선점을 제시하여야 할 상황이다. 최근 배출되고 있는 변호사들은 기존의 변호사들보다 훨씬 직종의 선택에 있어서 적극적이고, 사내변호사에 대한 거부감이 적다. 왜냐하면 로스쿨 뿐만 아니라 사법시험에 합격하고 사법연수원에서 교육받고 있는 경우에도 수료 후 기업에서 변호사로 일하고 싶다는 생각을 가진 경우가 상당히 많아졌다. 이들의 사내변호사 진출로 인하여 사내변호사는 양적으로 팽창하고 있다.

사내변호사 수의 양적인 증가는 각 기업들에 변호사가 없는 경우가 거의 없는 상황을 만들고 있다. 그렇게 되면 대부분의 기업들이 동료 간의 압박(peer pressure)에 의하여 사내변호사를 채용하려고 할 것이다. 이러한 영향은 기존에 사내변호사 채용에 소극적이



었던 기업들에게도 사내변호사 채용을 시작하거나, 늘리게 되는 계기가 되리라고 본다. 그렇게 되면 로펌들로서도 기존에 사내변호사가 아닌 일반 직원들을 상대로 하던 비즈니스 방식에서 변호사를 상대로 하는 비즈니스를 하여야 하므로, 의견을 제시하는 수준이 종전 수준 이상으로 높아져야 함은 물론(전문성의 강화), 비즈니스에 대한 이해를 높이기 위한 산업별 역량을 강화시킬 필요성이 있다고 본다. 한편 대한변호사협회도 사내변호사의 수적인 증가에도 불구하고 이들에 대한 적절한 규율이 부재할 경우 엔론 사태에서 보는 것과 같이 내부적인 규율의 부재를 외부에 의한 법률제정으로 보완되는 상황을 올 수 있으므로 사내변호사의 현황을 정확하게 파악하고, 이들에 대한 자율적인 규율체계에 대해 고려하고 있다.

사내변호사 공급 면에서 사법연수원과 로스쿨이 제대로 기능할 수 있도록 하는 연계가 필요하다. 이는 사법연수원과 로스쿨, 로펌, 기업 삼자 모두의 공동 노력으로 이루어질 수 있다. 유능한 사내변호사를 제대로 양성하는 것은 매우 어렵고 시간이 걸리는 작업이고, 제대로 양성된 사내변호사는 우리 공동체의 귀한 자원이다. 유능한 사내변호사가 되려면, 법률적인 지식 외에 자신이 속한 산업분야의 전문적인 식견을 동시에 구비하여야 한다. 사내변호사는 법률과 산업의 양자를 같이 볼 수 있는 두 개의 눈을 가져야 하고, 로펌과의 조율을 원활하게 할 수 있어야 하며, 정부, 소비자 등 사회 각 이해관계자들의 관점을 동시에 조율할 수 있는 역량을 갖추어야 하기 때문이다. 이런 변호사를 키우는 것이 쉬운 일이 아니다.

이와 함께 사내변호사로 진출을 한 이후에도 지속적인 직무연수의 일환으로 사내변호사에 적합한 교육을 받도록 제도적 보완과 함께 자발적인 노력을 하여야 한다. 개인적인 역할도 중요하지만 한국사내변호사회와 같은 조직의 관점에서의 노력도 병행되어야 하는바, 이런 점에서 변호사단체나 로펌 등과 공동으로 또는 단독으로 지속적으로 아카데미를 개최하고 이를 통해서 전문성을 높이는 활동이 이루어지고 있다. 이런 활동에 사내변호사가 적극적으로 참여하는 것이 좋고, 고용주인 기업의 입장에서도 근시안적으로 볼 것이 아니라 장기적인 관점에서 사내변호사의 성장과 전문성 강화를 지원하는 것이 바람직하다고 본다.

2. 사내변호사 직역에 대한 전망

가. 비용절감 목적 채용 수요의 정체되고 있다.

기업들이 외부의 전문성을 갖춘 법무법인 등에서 일하는 외부변호사로부터 법률자문을 얻어서 업무에 수행하면 되지 굳이 회사 내부에 변호사를 고용할 필요가 있는가에 대해서는 연혁적으로 논란이 있었다. 그럼에도 불구하고, 사내변호사를 고용하는 것은 나름의 이유가 있다.³⁰⁾ 예를 들어 외부변호사에게 자문을 구하면 100만원이 들 것을 사내변호사를 100만원에 고용해서 자문을 받아서 50만원에 해결할 수 있고, 양자의 자문내용이 대체가능하다면 비용절감을 위해서 사내변호사를 고용할 수요가 발생하는 것이다.

연혁적으로 보면, 이런 비용요인이 가장 초보적인 사내변호사에 대한 수요였다. 법률적인 수요의 증가로 인해 사내변호사가 경제적으로 회사의 법무비용을 줄여줄 수 있다. 비슷한 종류나 내용의 일을 반복적으로 하는 경우에 특별히 사내변호사가 비용 대비 효과적(cost effective)일 수 있다. 미국은 법이 전문화 그리고 세분화된 나라이다. 회사가 중요한 결정을 내리거나 계약을 체결할 때 법적인 검토를 하는 것이 생활화되어 있다. 그래서 변호사들로부터 자문을 받아야 하는데, 사내변호사가 없으면 외부변호사에게 의뢰해서 자문을 받는다. 외부변호사에게 의뢰할 사건들이 많아지게 되면 자문료 또한 상당한 수준에 이르게 된다.³¹⁾

미국의 경우를 보면, 1970년대 지속적인 법률의 제정 및 개정으로 인하여 이에 대한 법률 서비스 수요가 증가함에 따라 외부의 대형로펌의 법률서비스를 매번 이용하기에는 법적 서비스의 비용이 경영진의 입장에서는 부담으로 작용하기 시작했다. 이미 1970년대에 이르러 미국의 대형로펌들이 법률서비스에 대하여 청구하는 비용이 지속적으로 상승하여 외부 법률자문으로 모든 법률서비스 수요를 충족하기는 어렵게 되었다. 미국의 경우 1970년대 초반부터 법적 서비스가 증가하기 시작하자, 경영자들은 비용부담을

30) 이 부분의 상세는 최승재, “사내변호사회 현황에 대한 소고”, 인터넷 법률신문 2004. 11. 15.자, 최승재, “사내법무조직 운용에 대한 단상”, 법률신문 2007. 12. 6.자. 및 “사내 특허조직의 운용과 사내변호사의 역할”, 법률신문 2009. 1. 8.자. 참고.

31) 정동수, “미국의 in-house counsel(사내변호사) 제도 : 변호사의 기업경영시대 열렸다”. 시민과 변호사, 서울지방변호사회(2005) 40면.



줄이기 위한 목적으로 사내변호사들을 고용하기 시작하였다. 그리고 사내변호사들은 계약협상, 임대주선, 각종 서면의 작성 및 검토 등과 같은 일상적으로 반복되는 기업 내 법률수요에 충족시키는 역할을 수행하게 되었다. 이러한 수요만으로 사내변호사의 존재를 설명하는 것은 충분하지 않지만 비용절감이 사내변호사에 대한 초기 수요 증가의 중요한 원인이었음은 부인할 수 없다.

하지만 이러한 수요의 증가에 따라 사내변호사들의 보수도 상승하였다. 이에 따라 사내변호사의 연봉과 외부변호사의 연봉은 점차 비슷해지기 시작하였다. 보수가 비슷해지고 더 쉽고 편한 일을 한다는 점에서 실력 있는 변호사들이 사내변호사로 유입하게 된다.³²⁾ 이런 과정을 거쳐 어느 수준에서 다시 사내변호사와 외부변호사간의 균형점이 생기게 된다.³³⁾

향후에도 비용관점에서의 사내변호사의 증가는 여전히 요구될 것이다. 그러나 외부변호사의 수입료가 지속적으로 감소하고 있다는 사정을 감안하면, 2018년 현재는 정확한 통계는 알 수 없으나 변호사의 지속적으로 공급으로 사내변호사의 급여 수준을 감안하면 비용관점에서의 사내변호사의 증가는 정체되고 있다고 본다.

나. 산업적 관점에서의 법률수요의 증가와 채용 가능성 증가

사내변호사가 소송비용을 줄이기 위해서 채용되는 것에서 점차 사내변호사만이 할 수 있는 독특한 산업적인 수요를 충족하기 위한 방향으로 채용되는 경우가 증가할 것으로 전망된다. 왜냐하면 대부분의 사내변호사가 근무하는 직장인 기업들이 점차 복잡한 법률적인 환경에 놓이고 있기 때문이다. 이러한 법률적인 수요의 증가는 규제의 복잡화와 다양한 법률수요의 증가를 바탕으로 사내변호사의 수요를 증가시키는 요인으로 작동할 것이다. 만일 법률적인 수요가 일정 규모 이하라면 이러한 수요에 대응하기 위하여 별도의 인력을 채용하여 배치하는 것은 비용의 관점에서 불합리하다. 그러므로 사내변호사를 채용하는 것은 일정한 수준 이상의 법률적인 수요가 존재한다는 것을 의미할 것이다.

32) *Ibid*, pp.3.

33) 최승재, “사내법무조직 운용에 대한 단상”, 법률신문 2007. 12. 6.자. 및 “사내 특허조직의 운용과 사내변호사의 역할”, 법률신문 2009. 1. 8.자. 참고.

기업의 내부에는 사내의 변호사와 기업의 관점에서 일정 부분 대체 가능한 인력집단이 존재한다. 예를 들어 법대를 졸업하였으나 사법시험에는 합격하지 못했고, 그럼에도 경험을 통하여 외부 로펌과 여러 가지 업무를 수행하는 과정에서 상당한 지식을 가지게 된 그룹이 존재한다. 물론 법대를 졸업하지 않았지만 업무 과정에서 여러 가지 법률지식을 가지게 된 그룹도 이러한 집단에 포함할 수 있을 것이다. 그렇다면 이들의 존재에도 불구하고 내부에 변호사를 채용하는 것은 이들로는 수요가 충족되지 않는 그 무언가가 있는 것으로 볼 수 있다.

그 대표적인 수요가 바로 사내변호사가 개별적인 산업에서의 특성을 파악하고 이에 대응한 기민한 법률적인 조언을 제공하는 것이다. 이와 같은 산업에 특화된 법률수요를 제공하는 것과 같은 법률수요가 증가하면서 사내변호사에 대한 요구가 지속적으로 발생할 것이다. 특히 법률수요의 전문화 및 복잡화에 따른 상시 자문이 필요해지고 있다. 사내변호사는 사내에 상근하기 때문에 경영자들이 손쉽게 시간에 구애받지 않고 자문을 구할 수 있다. 특별히 사내변호사를 경영에도 참여하도록 한 경우에는 경영팀의 일원으로 중요한 의사결정을 하는 과정에서 계속적으로 자문을 받을 수 있다. 외부변호사에 비해 회사 내의 사정도 더 자세히 알고 있기 때문에 이를 내부정보까지 고려하여 자문을 할 수 있다. 외부변호사들에게 자문을 받을 때는 상황설명을 해야 하는데, 이러한 필요가 없어진다. 또 외부변호사들은 나만이 고객이 아니고 여러 고객들을 상대로 하기 때문에 내가 필요할 때 즉시 자문을 받을 수 있다는 보장이 없다.

기업의 법률수요가 점차 신속하게 처리되어야 하며, 비밀정보에 대하여 내부적으로 이를 처리하여야 할 필요가 증대되고 있다. 또 내부화된 조직에 의하여, 외부와의 정보교환을 하나의 단일한 창구를 가지고 조정하여, 그 채널의 복잡화, 교차 접촉에 따른 정보교환 사이의 ‘잡음’을 줄이기 위하여 내부에 변호사를 채용하여 운용한다고 설명할 수 있다. 즉, 기업은 점차 외부 환경에서 법률의 준수가 강조되고, 거래의 과정에서 발생하는 법률적인 위험에 많이 노출되어, 이러한 위험을 내부적으로 통제하기 위하여 필요한 조직을 운용하여야 할 필요성이 증대됨에 따라, 이러한 위험을 전문가 집단에 의한 통제가 가능하도록 할 목적으로 변호사를 채용하여 사내에서 운용할 필요성이 증가한다.

기업에서의 법률적인 수요의 전문화는 변호사 수요를 증가시킨다. 변호사가 아닌 직원들이 단순히 경험만으로 일을 처리하기에는 어려운 부분들이 생기게 되면, 기업들은



이러한 법률 수요를 내부적으로 해결하기 위하여 점차 사내에 변호사를 채용할 필요가 생긴다. 이런 점에서의 사내변호사 채용은 증가하고 이를 위해서 관련 분야에서 로펌에서 근무하여 전문성을 가지고 있는 변호사를 채용하여 스스로 변호사 양성시스템이 부족한 기업의 입장에서 이런 수요를 충족하는 사례가 증가하고 있는 것으로 보인다. 이 관점에서의 채용은 현실적으로 변호사 경력이 3-5년 정도인 때에 다수 이루어지는 것으로 보이나 반드시 이 시점에 국한되는 것은 아니고 부서장이 아니라면 10년 정도 내외의 경력에서도 이루어지는 것으로 본다.

다. 소결 ; 인식과 역할의 변화

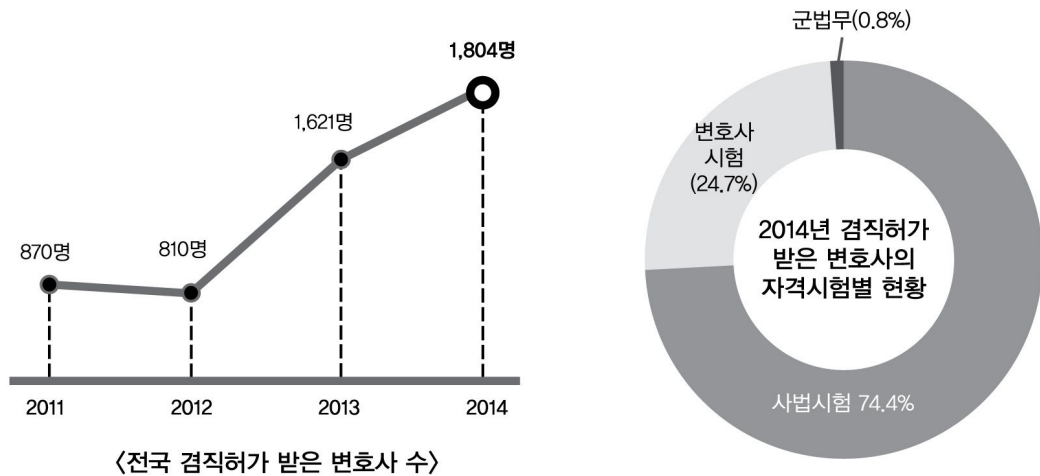
변호사에 대한 장기적인 전망과 사내변호사에 대한 전망은 서로 연계될 수밖에 없다. 사내변호사는 변호사 처우의 변화에 연동하여 영향을 받을 수 밖에 없다. 사내변호사는 2010년 정도만 해도 상장기업의 10%도 안 되는 기업이 사내변호사를 채용하고 있으며 그나마 채용하는 곳도 대기업, 외국계 회사, 금융권이 대부분이었다. 1,800개가량 되는 상장회사 중 약 170개의 기업에서 600여명 정도의 한국 사내변호사를 채용 중이었던 것으로 파악되었다. 상장기업 중에서도 변호사 아닌 직원이 법무업무를 담당하거나, 법무실 없이 총무팀, 경영관리팀에서 법무업무를 맡는 경우도 많다. 사내변호사가 법무업무에 대한 전문성이 없는 곳에서 고용되는 경우, 법무업무를 변호사 아닌 사람으로부터 트레이닝 받아 수행해야 하는 어려움도 있다. 그 결과 사내변호사의 업무가 단순한 계약서 검토, 소송관련 자문에만 국한되기도 한다. 한국에서는 변호사 아닌 사람이 법무책임자인 경우, 신규 채용된 변호사를 경쟁자로 간주하여 업무처리 기회의 제공이나 노하우 전수에 있어서 제한을 두는 경우도 종종 있었다.

그러나 이후 사내변호사의 수가 1000명을 넘어가고 기업들의 사내변호사에 대한 인식도 바뀌면서 법무업무를 책임자가 변호사인 경우 법무실은 조직적이고 전문적으로 운영되는 경향이 있는데 이는 변호사의 전문성이 존중 받기 때문이다. 이제 한국에서도 법무 업무의 중요성이 알려졌기 때문에 주요한 기업이나 단체에서는 변호사의 중요성을 실감하고 있다. 점점 사내변호사의 수요가 늘고 있고, 오랫동안 근무하는 변호사들이 늘어나면서 한국의 사내변호사 제도는 성공적으로 정착하고 있다고 본다. 2018년 현재 사내변호사의 수는 법률신문의 기사에 의하면 3000명에 육박하는 수준이라고 한다.

이 수는 한국사내변호사회 회원의 숫자에 비회원인 사내변호사수를 더한 것으로, 한국사내변호사회 회원의 숫자는 “2011년 527명이던 회원이 2013년 1130명, 2014년 1390명, 2015년 1539명, 2016년 1723명으로 증가했다. 이 같은 추세라면 올 연말에는 2000여명이 훌쩍 넘을 것으로 예상된다.”³⁴⁾고 한다.

예를 들어 이제는 삼성그룹의 경우 2018년 현재 사내변호사 수가 580명에 이르러 변호사 수만 보면 김앤장법률사무소가 800여명인 것과 비교하여 400명 수준의 법무법인 광장보다 오히려 더 커진 수준에 이르렀다.³⁵⁾ 이제 사내변호사의 수적 증가는 정착기라고 보아도 틀림이 없다고 본다.

그 결과 한국에서 사내변호사에 대한 인식은 과거에는 전문가로서 독립적인 지위에서 의견을 제시하는 전형적인 조언자였다. 현재는 직원의 입장에서 법률문제와 관련한 회사의 비용을 절감하고 외부변호사의 법률서비스의 품질을 판단하는 역할을 하고 있다. 회사에 충실한 직원으로서 법무업무 담당자로서의 역할을 한다고 할 수 있다. 사법연수원 출신 사내변호사 중 초창기 멤버들이 성장하여 의사결정 담당자로 진입하여 회사의 CEO가 되거나, 임원진으로 활약하고 있다. 외국변호사 자격취득자 출신 사내변호사들이 이미 법무업무를 넘어서 경영에도 관여하는 경향을 볼 때 향후 한국의 사내변호사는 법무업무를 넘어 더 많은 역할을 수행할 것으로 기대된다.



34) <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=139736&kind=AE07> (2018. 1. 29. 자 법률신문 인용)

35) <http://www.ajunews.com/view/20180209174246070> (2018. 2. 10. 최종접속).



사내변호사는 변호사로서의, 그리고 근로자로서의 이중적 지위를 가진다. 이러한 지위에 대한 인식과 이를 뒷받침하는 규범의 정비가 필요하다. 2014년 윤리규정의 개정으로 사내변호사에 대한 조문을 추가한 것은 그런 점에서 부족하지만 의의가 있다. 사내변호사라 하더라도 변호사라는 점이 달라지는 것은 아니므로 변호사로서의 모든 법적·윤리적 의무를 부담하면서, 변호사로서의 권리와 자격을 누릴 수 있는 것이다. 한편으로 사내변호사는 근로자이다. 이처럼 사내변호사의 이중적 지위를 인정함으로써 나타나는 문제는, 기존의 변호사가 의뢰인과의 위임관계를 바탕으로 향유하던 독립성을 사내변호사의 직역에서 어떻게 보장할 것인가의 점이다. 사내변호사의 업무형태는 기본적으로 고용관계에 있지만, 여전히 자신의 전문성을 바탕으로 독립적으로 업무를 수행한다는 점에서 독립성이 전적으로 훼손되는 것으로 보기 어렵다. 즉, 사내변호사는 고용관계와 위임관계의 중간적 성격을 지닌 지위를 갖는 것으로 볼 수 있다. 이러한 사내변호사의 이중적 지위를 기초로 사내변호사에 관한 일련의 규범을 정비할 필요가 있다.

규범적인 측면을 떠나 보다 현실적인 측면에서 접근하면, 사내변호사의 수요는 늘었다고 하더라도 전체적인 변호사의 공급이 과잉이라면 처음 입사하는 사내변호사 지위는 하락하는 경향을 띠게 될 것이다. 90년대의 사법연수원 수료자가 사내변호사가 되었을 경우 이사 대우를 받았음에 비하여 2000년대 초반에는 부장 대우로 그 지위가 낮아졌으며 현재에는 과장이나 대리 대우, 일부 기업에서는 단순히 자격수당만 더 인정하고 사원으로서의 지위만 인정하는 등 그 지위가 많이 낮아진 상황이다. 지위의 하락은 급여나 복리후생 수준의 하락을 가져왔다. 한편으로 사내변호사의 역사가 20년이 다 되어 가면서, 사내변호사 중에는 직장에서 능력을 인정받아 고위 임원으로 승진하는 경우가 늘어나고 있다. 향후 사내변호사의 역할은 확대될 것이고, 그 수도 증가할 것이므로 이들의 지위나 역할에 대한 법제적인 정비를 통해서 사내변호사의 역할을 통한 우리 법조의 재도약을 고려할 시점이다.

제2장

변호사법의 사내변호사 적용례



제2장 변호사법의 사내변호사 적용례

곽정민 변호사(전 대한변협 제2법제이사 · 법무법인(유한) 총정)

I. 개관

이 장에서는 변호사법의 사내변호사 적용례와 관련하여, 특히 회원들의 관심이 집중되고 있는 수임 및 겸직 제한에 따른 변호사법 위반 여부와 관련된 내용을 위주로 다루되, 수임 가부 및 겸직 제한 이슈가 주로 문제된 구체적인 사례에 관한 대한변호사협회의 최근 질의회신 내용을 중심으로 살펴보기로 한다.

II. 사내변호사 관련 주요 변호사법 질의회신

1. 사내변호사의 제3자 소송수임 가부

겸직허가를 얻어 A회사의 사내변호사로 근무하고 있는 변호사로서 A회사의 B회사에 대한 대여금청구소송 및 A회사 대표이사 개인이 B회사에 대하여 갖는 구상금청구소송을 맡아 수행하고 있는 변호사가, A회사의 대표이사가 대표이사를 겸하게 된 B회사가 고소인이 되어 B회사의 이사였던 乙을 상대로 제기하는 영업재산 횡령고소사건의 고소대리인이 되거나, 乙을 만나서 영업재산의 반환을 최고하는 행위를 하는 것 및 B사와 거래하던 세무법인 등을 방문해서 재무제표, 회계장부 등을 열람 교부받는 것이 금지되는지 여부가 문제되었던 사안이다.

사내변호사는 개업변호사의 지위와 사용인의 지위 두 가지를 겸하고 있다고 보는 것이 대한변호사협회 법제위원회의 해석론이다.³⁶⁾ 사내변호사가 개업변호사의 지위에

36) 2013. 5. 15. 대한변협 법제위원회와 사내변호사특위 연석회의 결과이기도 하다.



서 독립하여 사건을 수행하는 것에는 아무런 제한이 없으나, 사용자인 회사의 지시에 따라 제3자의 법률사무를 취급하는 것은 변호사법 제34조, 제109조에 따라 허용되지 않는다³⁷⁾. 따라서 위 사안에서 A회사의 사내변호사가 A회사의 지시에 따라 별개의 법인격주체인 B회사의 고소사건 대리인이 되거나, B회사의 자금을 횡령한 乙을 만나서 영업재산의 반환을 최고하는 행위 및 B회사와 거래하던 세무법인을 방문하여 재무제표, 회계장부 등을 열람하거나 자료를 교부받는 것은 모두 허용되지 않는다.

2. 변호사시험 합격 후 실무연수 중인 자의 중재대리 가부

변호사시험에 합격하여 대한변협의 실무연수를 받고 있는 자가 기업의 사내변호사로 채용되어 대한상사중재원에 제기되어 있는 사용자기업의 중재대리 업무를 수행할 수 있는지 여부가 문제된 사안이다.

37) 변호사법 제34조(변호사가 아닌 자와의 동업 금지 등)

- ① 누구든지 법률사건이나 법률사무의 수임에 관하여 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.
 1. 사전에 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받기로 약속하고 당사자 또는 그 밖의 관계인을 특정한 변호사나 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인하는 행위
 2. 당사자 또는 그 밖의 관계인을 특정한 변호사나 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인한 후 그 대가로 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 요구하는 행위
- ② 변호사나 그 사무직원은 법률사건이나 법률사무의 수임에 관하여 소개·알선 또는 유인의 대가로 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 제공하거나 제공하기로 약속하여서는 아니 된다.
- ③ 변호사나 그 사무직원은 제109조 제1호, 제111조 또는 제112조 제1호에 규정된 자로부터 법률사건이나 법률사무의 수임을 알선 받거나 이러한 자에게 자기의 명의를 이용하게 하여서는 아니 된다.
- ④ 변호사가 아닌 자는 변호사를 고용하여 법률사무소를 개설·운영하여서는 아니 된다.
- ⑤ 변호사가 아닌 자는 변호사가 아니면 할 수 없는 업무를 통하여 보수나 그 밖의 이익을 분배받아서는 아니 된다.

제109조(벌칙)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 벌금과 징역은 병과(併科)할 수 있다.

1. 변호사가 아니면서 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 다음 각 목의 사건에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률관계 문서 작성, 그 밖의 법률사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선한 자
 - 가. 소송 사건, 비송 사건, 가사 조정 또는 심판 사건
 - 나. 행정심판 또는 심사의 청구나 이의신청, 그 밖에 행정기관에 대한 불복신청 사건
 - 다. 수사기관에서 취급 중인 수사 사건
 - 라. 법령에 따라 설치된 조사기관에서 취급 중인 조사 사건
 - 마. 그 밖에 일반의 법률사건
2. 제33조 또는 제34조(제57조, 제58조의16 또는 제58조의30에 따라 준용되는 경우를 포함한다)를 위반한 자

아직 변호사법이 정한 실무수습을 마치지 않은 변호사는 단독으로 변호사의 지위에서 중재대리 업무를 수행할 수 없다. 실무수습 중인 변호사는 변호사법상 단독으로 법률사건을 수임할 수 없는데³⁸⁾, 중재사건을 대리하는 것은 중재사건의 수임을 전제로 하는 것이고 중재사건의 수임은 법률사건의 수임에 해당하기 때문이다³⁹⁾. 다만, 당해 중재절차가 중재당사자의 사용자 등에게 중재사건의 “수행”을 허용하고 있다면, 독립한 변호사가 아닌 자신을 고용한 기업의 사용자 지위에서 중재사건을 수행할 수 있으며, 이 경우 변호사자격을 가진 자라 하더라도 사용인의 지위에서 중재사건을 수행하는 자는 “변호사”임을 표방할 수는 없음을 유념해야 한다.

3. 사내변호사의 계열사 사내변호사의 겸직 관련

사내변호사가 (겸직허가 신청을 전제로) 계열사인 타 회사의 사내변호사를 겸직할 수 있는지 여부가 문제된 사안이다.

변호사의 개업은 변호사로서의 업무를 개시하기 위한 요건이므로 사내변호사가 소속 회사에서 변호사의 업무를 수행하려면 반드시 ‘개업신고’ 및 ‘겸직허가’를 받아야 한

38) 변호사법 제21조의2(법률사무소 개설 요건 등)

① 제4조 제3호에 따른 변호사는 통산(通算)하여 6개월 이상 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관 등(이하 “법률사무중사기관”이라 한다)에서 법률사무에 종사하거나 연수(제6호에 한정한다)를 마치지 아니하면 단독으로 법률사무소를 개설하거나 법무법인, 법무법인(유한) 및 법무조합의 구성원이 될 수 없다. 다만, 제3호 및 제4호는 통산하여 5년 이상 「법원조직법」 제42조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 직에 있었던 자 1명 이상이 재직하는 기관 중 법무부장관이 법률사무에 종사가 가능하다고 지정한 곳에 한정한다.

1. 국회, 법원, 헌법재판소, 검찰청
2. 「법률구조법」에 따른 대한법률구조공단, 「정부법무공단법」에 따른 정부법무공단
3. 법무법인, 법무법인(유한), 법무조합, 법률사무소
4. 국가기관, 지방자치단체와 그 밖의 법인, 기관 또는 단체
5. 국제기구, 국제법인, 국제기관 또는 국제단체 중에서 법무부장관이 법률사무에 종사가 가능하다고 지정한 곳
6. 대한변호사협회

제31조의2(변호사시험합격자의 수임제한)

① 제4조제3호에 따른 변호사는 법률사무중사기관에서 통산하여 6개월 이상 법률사무에 종사하거나 연수를 마치지 아니하면 사건을 단독 또는 공동으로 수임[제50조제1항, 제58조의16 또는 제58조의30에 따라 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 담당변호사로 지정하는 경우를 포함한다]할 수 없다.

39) 이와 관련하여 설령 대한상사중재원 규칙 등에서 변호사 아닌 자에 의한 중재대리를 허용하는 듯한 내용을 규정하고 있더라도 급여 기타 명목 여하를 불문하고 대가를 받고 타인의 법률사건인 중재사건을 수임하여 이를 수행하는 것은 변호사법을 위반하는 것이 된다.



다⁴⁰⁾. 이 때 변호사법상 ‘개업’은 ‘휴업’의 반대되는 개념으로 ‘법률사무소 개설’이라는 장소적 개념과 혼용하여 사용되기도 한다. 현행 실무상 사내변호사로 업무를 수행하려면 현재 근무하는 곳에 법률사무소를 개설하여 개업신고를 하고 소속 지방변호사회의 겸직허가를 받고 있는데, 특별히 사업자등록을 요구하고 있지는 않다. 사내변호사도

40) 변호사법

제7조 (자격등록)

① 변호사로서 개업을 하려면 대한변호사협회에 등록을 하여야 한다.

제15조 (개업신고 등)

변호사가 개업하거나 법률사무소를 이전한 경우에는 지체 없이 소속 지방변호사회와 대한변호사협회에 신고하여야 한다.

제21조 (법률사무소)

① 변호사는 법률사무소를 개설할 수 있다.

③ 변호사는 어떠한 명목으로도 둘 이상의 법률사무소를 둘 수 없다. 다만, 사무공간의 부족 등 부득이한 사유가 있어 대한변호사협회가 정하는 바에 따라 인접한 장소에 별도의 사무실을 두고 변호사가 주재(駐在)하는 경우에는 본래의 법률사무소와 함께 하나의 사무소로 본다.

제34조(변호사가 아닌 자와의 동업 금지 등)

① 누구든지 법률사건이나 법률사무의 수임에 관하여 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 사전에 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받기로 약속하고 당사자 또는 그 밖의 관계인을 특정한 변호사나 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인하는 행위
2. 당사자 또는 그 밖의 관계인을 특정한 변호사나 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인한 후 그 대가로 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 요구하는 행위
- ② 변호사나 그 사무직원은 법률사건이나 법률사무의 수임에 관하여 소개·알선 또는 유인의 대가로 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 제공하거나 제공하기로 약속하여서는 아니 된다.
- ③ 변호사나 그 사무직원은 제109조 제1호, 제111조 또는 제112조 제1호에 규정된 자로부터 법률사건이나 법률사무의 수임을 알선 받거나 이러한 자에게 자기의 명의를 이용하게 하여서는 아니 된다.
- ④ 변호사가 아닌 자는 변호사를 고용하여 법률사무소를 개설·운영하여서는 아니 된다.
- ⑤ 변호사가 아닌 자는 변호사가 아니면 할 수 없는 업무를 통하여 보수나 그 밖의 이익을 분배받아서서는 아니 된다.

제38조 (겸직 제한)

- ① 변호사는 보수를 받는 공무원을 겸할 수 없다. 다만, 국회의원이거나 지방의회 의원 또는 상시 근무가 필요 없는 공무원이 되거나 공공기관에서 위촉한 업무를 수행하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 변호사는 소속 지방변호사회의 허가 없이 다음 각 호의 행위를 할 수 없다. 다만, 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 되거나 소속 변호사가 되는 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 상업이나 그 밖에 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나 이를 경영하는 자의 사용인이 되는 것
 2. 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 되는 것
- ③ 변호사가 휴업한 경우에는 제1항과 제2항을 적용하지 아니한다.

변호사 윤리규약

제6조 [겸직 제한]

- ① 변호사는 보수를 받는 공무원을 겸하지 아니한다. 다만, 법령이 허용하는 경우와 공공기관에서 위촉한 업무를 행하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 변호사는 소속 지방변호사회의 허가 없이 상업 기타 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나, 이를 경영하는 자의 사용인이 되거나, 또는 영리법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 될 수 없다.
- ③ 제1항 및 제2항의 규정은 변호사가 휴업한 때에는 이를 적용하지 아니한다.

개업변호사로서의 권리와 의무를 가지므로 공공성을 가진 법률전문직으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 수행하여야 하고, 이를 위반하는 경우에는 소속지방변호사회는 겸직허가를 하지 아니하거나 취소할 수 있다⁴¹⁾.

만약 사내변호사가 소속 지방변호사회의 겸직허가를 받는다면, 계열사를 포함한 여러 회사에 동시에 사내변호사로 근무할 수 있다. 다만, 사내변호사는 그가 속한 단체 등의 이익을 위해 성실히 임해야 하므로 각 소속 회사에 대한 충실의무가 상호 충돌될 여지는

41) [참고] 서울지방변호사회 겸직허가 및 신고규정 (2016.5.8.시행)

제2조(겸직허가) 회원은 다음 각호에 해당하는 경우 이 회의 허가를 받아야 한다.

1. 영리를 목적으로 하는 업무를 영위하고자 할 때
2. 영리를 목적으로 하는 자 또는 법인의 사용인이 되고자 할 때
3. 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원 또는 이사(사외이사 포함)가 되고자 할 때

제8조(겸직허가의 기준)

회장은 회원의 겸직허가신청에 대하여 다음 각 호에 해당하는 경우에 이를 허가하지 않을 수 있으며, 구체적인 심사기준은 지침으로 정한다.(2016. 4. 19. 변경)

1. 겸직하고자 하는 업무가 변호사법 제1조에 따른 사명에 반하는 경우
2. 겸직하고자 하는 업무가 변호사의 직무독립성과 자율성에 반하는 경우
3. 겸직하고자 하는 업무가 변호사의 품위를 손상하는 경우
4. 겸직하고자 하는 업무가 공직자윤리법 제17조 등에 따른 취업제한대상에 해당하는 경우
5. 겸직하고자 하는 업무가 겸직허가신청인이 재직할 국가, 지방자치단체와 그 밖의 공공기관에서 취급하였거나 취급하게 된 법률사건·법률사무와 밀접한 관련성이 인정되는 경우. 다만 취급한 경우는 겸직허가 신청일 전 5년 이내인 경우에 한한다.

제9조(허가의 조건) 겸직허가에는 조건 또는 기간 등의 부관을 붙일 수 있다.

[참고] 겸직허가 및 신고지침 (2016.5.8. 시행)

제5조(겸직허가의 구체적 기준)

① 겸직허가신청에 대하여 규정 제8조를 기준으로 심사하고 다음각호에 해당하는 경우에는 허가하지 아니한다.

1. 복수사무소의 설치금지에 위반할 우려가 있는 경우
2. 변호사 직위의 부당 이용 우려가 있는 경우
3. 명의대여 우려가 있는 경우
4. 변호사 아닌 자의 변호사업무 행위를 조장할 우려가 있는 경우
5. 기타 변호사법 또는 변호사윤리 위반 우려가 있는 경우
6. 변호사법 제34조에 위반하여 변호사 아닌 자와 제휴·동업하는 것으로 판단될 때
7. 송무업무를 주목적으로 하는 것이 명백한 경우

제6조(송무목적의 겸직허가 취소기준)

① 규정 제16조 제1항 제5호의 겸직허가 취소기준은 다음 각호의 사유를 종합적으로 고려하여 판단한다.

1. 겸직허가를 받은 회원이 당해 회사의 송무사건을 연간 10건을 초과하여 수임 또는 처리하였는지 여부
2. 겸직의 형태 및 업무내용
3. 당해 회사의 목적사업
4. 당해회사가 연간 소송당사자가 된 송무사건의 수
5. 본회 소속 회원의 연 평균 수임사건수



있다⁴²⁾.

4. 사내변호사 보수의 소송비용 산입

사내변호사가 소속 회사로부터 수입한 사건에서 승소하여 소송비용액확정결정신청을 하고자 하는 경우, 사내변호사가 위 사건의 수입과 관련하여 별도의 보수 계약을 체결하는 것이 가능한지, 그에 따라 보수액을 소송비용에 산입하는 것이 가능한지 여부가 문제되었다.

사내변호사는 고용계약을 체결하고 있는 회사에 고용된 피용자로서 고용계약에 따른 보수액을 수령하게 되나, 다른 한편 변호사로서의 지위도 가지고 있으므로 변호사로서 별도의 수입계약을 체결할 수 있다. 다만, 이 경우에는 변호사로서 독립적으로 업무를 수행하여야 하며, 근로자로서 지시 및 감독을 받으면서 행동하는 것은 허용되지 않는다. 가령 서울회의 경우처럼 근로자로서 10건의 사건을 수입할 수 있다면 근로계약의 내용을 살펴보아야 하는데, 만약 근로계약에서 소송을 수행하는 경우 별도의 보수를 지급하겠다는 취지의 약정을 체결하였다면 이를 금지할 이유가 없을 것이다.

한편, 변호사의 수입료를 소송비용액에 포함하기 위해서는 민사소송법 제110조 제2항⁴³⁾에 따라 비용액을 소명하는 데 필요한 서면을 제출해야 하는데, 위와 같이 근로계약에서 소송을 수행하는 경우 별도의 보수를 지급하겠다는 취지의 약정을 체결하였다면 이를 소명함으로써 사내변호사의 보수액을 소송비용에 산입할 수 있다. 이와 반대로 근로계약에서 소송을 수행하는 경우 별도의 보수를 지급하겠다는 취지의 약정을 체결하

42) 변호사 윤리규약 제51조[사내변호사의 독립성]

정부, 공공기관, 비영리단체, 기업, 기타 각종의 조직 또는 단체 등(단, 법무법인 등은 제외한다. 이하 '단체 등'이라 한다)에서 임원 또는 직원으로서 법률사무 등에 종사하는 변호사(이하 '사내변호사'라 한다)는 그 직무를 수행함에 있어 독립성의 유지가 변호사로서 준수해야 하는 기본 윤리임을 명심하고, 자신의 직업적 양심과 전문적 판단에 따라 업무를 성실히 수행한다.

제52조[사내변호사의 충실의무]

사내변호사는 변호사윤리의 범위 안에서 그가 속한 단체 등의 이익을 위하여 성실히 업무를 수행한다.

43) 민사소송법 제110조(소송비용액의 확정결정)

- ① 소송비용의 부담을 정하는 재판에서 그 액수가 정하여지지 아니한 경우에 제1심 법원은 그 재판이 확정되거나, 소송비용부담의 재판이 집행력을 갖게 된 후에 당사자의 신청을 받아 결정으로 그 소송비용액을 확정한다.
- ② 제1항의 확정결정을 신청할 때에는 비용계산서, 그 등본과 비용액을 소명하는 데 필요한 서면을 제출하여야 한다.

지 않았다면(무보수인 경우), 앞서 본 민사소송법 제110조 제2항에 따라 소명의 대상이 된 사내변호사의 보수액이 존재하지 아니하므로 소송비용에 산입할 것이 없다.

5. 사내변호사의 국선변호 수행 허용 여부

대학교 법무감사실에서 감사팀장으로 근무하는 사내변호사 지위에 있는 자가 국선변호 활동 및 법원의 소송구조 변호사로 업무를 수행할 수 있는지 여부가 문제되었다.

사내변호사는 개업변호사로서의 지위를 가지고 있다고 보는 것이 현재 대한변호사협회 법제위원회의 해석론이므로 사내변호사라 하더라도 개업변호사의 지위에서 국선변호나 소송구조 변호사로 직무를 수행하는 것은 허용될 수 있다(사용자와의 관계에서 충실의무나 업무전담의무 해태 문제는 논외로 함). 다만, 국선변호나 소송구조 변호사로서의 직무 수행 역시 송무사건의 수행에 해당하므로 소속 지방변호사회의 겸직허가 조건을 준수하여야 한다.

6. 사내변호사의 회사사건 수행의 범위

A회사의 사내변호사가 A회사 뿐만 아니라 그와 위탁관계, 모자관계, 계열사관계 등 관련 회사와 동시에 근로관계 등을 체결하고 있다면, A회사와 그 관련회사의 업무를 공동으로 처리할 수 있는지 여부가 문제된 사안이다.

사내변호사는 사용인으로서의 지위와 개업변호사로서의 지위를 함께 가지고 있으므로 사내변호사라 하더라도 개업변호사의 지위에서 소송을 수행할 수 있으나(사용자와의 관계에서 충실의무나 업무전담의무 해태 문제는 논외로 함), 개업변호사의 독립적 지위에서 사건을 수임하는 것이 아니라 사용자의 지시에 따라 제3자(자회사 등 포함)의 소송을 수행하는 것은 변호사법 제34조, 제109조⁴⁴⁾를 위반하는 것으로 금지되고, 사용

44) 변호사법 제34조(변호사가 아닌 자와의 동업 금지 등)

① 누구든지 법률사건이나 법률사무의 수임에 관하여 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 사전에 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받기로 약속하고 당사자 또는 그 밖의 관계인을 특정한 변호사나 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인하는 행위
2. 당사자 또는 그 밖의 관계인을 특정한 변호사나 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인한 후 그 대가로 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 요구하는 행위



자의 소송을 대리하여 수행하는 데에는 겸직허가의 조건을 준수하여야 한다.

요컨대, 몇 개의 회사와 사용인의 지위를 가지는 개업변호사로서 명백히 독립하여 사건을 수행하는 것인지(제한 없음), 아니면 사용인의 지위에서 사건을 수행하는 것인지(겸직허가의 조건 준수 필요) 또는 사용자의 지시에 따라 사건을 수행하는 것인지(사건 수입 금지) 등에 따라 사건을 수행할 수 있는지 여부는 달라진다.

7. 사내변호사 입사시 소속 지방회를 변경해야 하는지 여부

가령 서울지방변호사회 관할로 개업신고를 하고 변호사업무를 하던 중 서울회 관할이 아닌 지역에 소재한 회사의 사내변호사로 입사하는 경우 소속 지방회를 회사 소재지 관할로 옮겨야 하는지 여부가 문제된다.

현재 개업변호사로 있는 자가 사내변호사로 입사하는 경우는 종전 개설한 법률사무소를 입사하는 사용자회사의 주소지로 이전하는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 볼 수 있다. 종전에 개설한 법률사무소를 입사하는 사용자회사의 주소지로 이전하는 경우에는 법률사무소는 소속하고자 하는 지방변호사회의 관할지역 내에 소재하여야 하므

- ② 변호사나 그 사무직원은 법률사건이나 법률사무의 수입에 관하여 소개·알선 또는 유인의 대가로 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 제공하거나 제공하기로 약속하여서는 아니 된다.
- ③ 변호사나 그 사무직원은 제109조제1호, 제111조 또는 제112조제1호에 규정된 자로부터 법률사건이나 법률사무의 수입을 알선 받거나 이러한 자에게 자기의 명의를 이용하게 하여서는 아니 된다.
- ④ 변호사가 아닌 자는 변호사를 고용하여 법률사무소를 개설·운영하여서는 아니 된다.
- ⑤ 변호사가 아닌 자는 변호사가 아니면 할 수 없는 업무를 통하여 보수나 그 밖의 이익을 분배받아서서는 아니 된다.

제109조(벌칙)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 벌금과 징역은 병과(併科)할 수 있다.

1. 변호사가 아니면서 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 다음 각 목의 사건에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률관계 문서 작성, 그 밖의 법률사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선한 자
 - 가. 소송 사건, 비송 사건, 가사 조정 또는 심판 사건
 - 나. 행정심판 또는 심사의 청구나 이익신청, 그 밖에 행정기관에 대한 불복신청 사건
 - 다. 수사기관에서 취급 중인 수사 사건
 - 라. 법령에 따라 설치된 조사기관에서 취급 중인 조사 사건
 - 마. 그 밖에 일반의 법률사건
2. 제33조 또는 제34조(제57조, 제58조의16 또는 제58조의30에 따라 준용되는 경우를 포함한다)를 위반한 자

로⁴⁵⁾ 사용자회사의 주소지 관할 지방변호사회로 소속을 변경하여야 한다. 그러나 사내 변호사로 입사하더라도 이와 별개로 종전 사무소에서 개업변호사의 지위를 그대로 유지하는 경우에는 소속회를 변경할 필요가 없다.

8. 휴업한 사내변호사가 사용인의 지위에서 사용자계열사의 법률업무를 취급할 수 있는지 여부

모회사의 사내변호사가 휴업신고를 한 후 순수한 피용자 지위에서 재적전출 형태로 계열회사에 근무하면서 계약서 검토 등의 법률업무(직접 소송수행은 하지 않음)를 수행할 수 있는지 여부의 문제이다.

변호사법 제34조 제1항 각 호는 누구든지 법률사무의 수임을 특정한 변호사에게 소개·알선·유인하여 이익을 수령·약속·요구하는 행위를 금지하고 있으며, 제109조는 비변호사가 이익의 수령·약속·요구를 하고 법률사무 취급행위를 알선하거나 제34조를 위반한 사람에 대하여 형벌을 부과하도록 정하고 있다⁴⁶⁾. 따라서 모회사가 사내변호사

45) 변호사법 제21조(법률사무소)

- ① 변호사는 법률사무소를 개설할 수 있다.
- ② 변호사의 법률사무소는 소속 지방변호사회의 지역에 두어야 한다.
- ③ 변호사는 어떠한 명목으로도 둘 이상의 법률사무소를 둘 수 없다. 다만, 사무공간의 부족 등 부득이한 사유가 있어 대한변호사협회가 정하는 바에 따라 인접한 장소에 별도의 사무실을 두고 변호사가 주재(駐在)하는 경우에는 본래의 법률사무소와 함께 하나의 사무소로 본다.

46) 변호사법

제34조(변호사가 아닌 자와의 동업 금지 등)

- ① 누구든지 법률사건이나 법률사무의 수임에 관하여 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.
 1. 사전에 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받기로 약속하고 당사자 또는 그 밖의 관계인을 특정한 변호사나 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인하는 행위
 2. 당사자 또는 그 밖의 관계인을 특정한 변호사나 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인한 후 그 대가로 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 요구하는 행위
- ② 변호사나 그 사무직원은 법률사건이나 법률사무의 수임에 관하여 소개·알선 또는 유인의 대가로 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 제공하거나 제공하기로 약속하여서는 아니 된다.
- ③ 변호사나 그 사무직원은 제109조 제1호, 제111조 또는 제112조 제1호에 규정된 자로부터 법률사건이나 법률사무의 수임을 알선 받거나 이러한 자에게 자기의 명의를 이용하게 하여서는 아니 된다.
- ④ 변호사가 아닌 자는 변호사를 고용하여 법률사무소를 개설·운영하여서는 아니 된다.
- ⑤ 변호사가 아닌 자는 변호사가 아니면 할 수 없는 업무를 통하여 보수나 그 밖의 이익을 분배 받아서는 아니 된다.

제109조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 벌금과 징역은 병과(併科)할 수 있다.

1. 변호사가 아니면서 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게



를 자회사로 재적전출시키는 것이 변호사법에서 금지하는 법률사무의 알선행위에 해당하는 것이 아닌지 의문이 있을 수 있다.

그러나 위 변호사법 규정들은 타인의 법률사무의 수임을 중개하는 이른바, 법조 브로커의 행위를 금지하는 것이고, 변호사로서의 지위와 사용인으로서의 지위를 모두 가지는 사내변호사에 있어서는 변호사로서의 지위와 관련해서만 위 규정이 적용되며 사용인으로서의 지위와는 무관하다.

재적전출은 모회사의 사용인인 사내변호사를 병렬적 근로계약을 통해 자회사의 사용인의 지위를 부여하는 것으로 사내변호사의 이중적 지위 중 사용인으로서의 지위와 관련된다. 특히 사내변호사가 휴업을 한 경우에는 대한변호사협회 회칙 제10조에서 휴업신고를 한 변호사에 대하여는 회원의 권리·의무와 변호사의 지도·감독에 관한 규정을 적용하지 아니한다고 정하고 있음에 비추어⁴⁷⁾, 휴업신고한 경우는 사용인으로서의 지위가 더욱 강해진다고 볼 수 있다. 따라서 모회사의 사용인인 사내변호사의 자회사로의 재적전출은 변호사법상 금지되는 수임행위의 알선으로 볼 수 없다.

위 사안은 다음의 사안과는 구별되어야 한다. 즉, 위에서 살펴본 사내변호사가 자회사와 고용계약을 체결하고 사용인의 지위에서 업무를 처리하는 경우와 달리, 사내변호사가 직원의 신분을 유지하면서 다른 회사와 고문계약을 체결하여 해당 회사의 고문변호사 업무를 담당하거나 모회사가 자회사와 용역위탁계약을 체결하면서 모회사 법무팀의 변호사가 자회사의 법률사무에 관하여 업무지원을 하는 등의 행위는, 변호사법 제34조, 제109조에서 금지하는 제3자의 법률사무를 처리하는 경우에 해당하므로 허용되지 않는

이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 다음 각 목의 사건에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률관계 문서 작성, 그 밖의 법률사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선한 자

가. 소송 사건, 비송 사건, 가사 조정 또는 심판 사건

나. 행정심판 또는 심사의 청구나 이의신청, 그 밖에 행정기관에 대한 불복신청 사건

다. 수사기관에서 취급 중인 수사 사건

라. 법령에 따라 설치된 조사기관에서 취급 중인 조사 사건

마. 그 밖에 일반의 법률사건

2. 제33조 또는 제34조(제57조, 제58조의16 또는 제58조의30에 따라 준용되는 경우를 포함한다)를 위반한 자

47) 대한변호사협회 회칙

제10조[준회원]

① 개업신고를 하지 않았거나 휴업신고를 한 변호사는 이 회의 준회원이 된다.

② 준회원에 대하여는 회원의 권리·의무와 변호사의 지도·감독에 관한 규정을 적용하지 아니한다.

다는 점을 유념해야 한다.

그렇다면, 휴업한 사내변호사의 직무수행은 일반적인 개업변호사와 어떻게 다를까? 변호사법 제7조 제1항 및 제112조 제4호에 의하면, 대한변호사협회에 변호사등록을 하지 아니하고 변호사의 직무를 수행하면 형사처벌을 받을 수 있다. 따라서 변호사로서의 직무를 수행하고자 하는 경우에는 개업 의사와는 무관하게 대한변호사협회에 등록을 하여야 한다. 사내변호사의 경우 변호사 등록 후 변호사법 제38조 제2항에 의한 겸직허가를 받거나 휴업신고(동조 제3항)를 하여야 한다. 다만, 휴업신고를 한 경우에는 사용자로서의 업무수행을 하게 되고 변호사임을 표시하는 등의 외관형성에는 제약을 받게 된다.

9. 사내변호사의 성공보수약정 및 보수의 회사 귀속 관련

사내변호사가 소속회사의 소송사건을 수임하면서 착수금 없이 승소판결에 따라 소송비용회수절차를 통해서 회수하는 소송비용을 성공보수로 약정하거나, 소송비용회수절차를 통해 회수한 변호사비용의 일부를 소속회사에 반환 또는 기부하기로 약정하는 것이 변호사법에 위반되는지 여부가 문제된다.

한편, 사내변호사가 별도의 보수계약을 체결하지 않은 경우 변호사보수를 소송비용에 산입할 수 있는지 여부도 함께 살펴볼 필요가 있다.

우선, 일반론으로 소송비용액의 확정결정에 대해 살펴보면, 민사소송법 제110조 제1항은 “소송비용의 부담을 정하는 재판에서 그 액수가 정하여지지 아니한 경우에 제1심 법원은 그 재판이 확정되거나, 소송비용부담의 재판이 집행력을 갖게 된 후에 당사자의 신청을 받아 결정으로 그 소송비용액을 확정한다.”고 규정하고, 동조 제2항은 “제1항의 확정결정을 신청할 때에는 비용계산서, 그 등본과 비용액을 소명하는 데 필요한 서류를 제출하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 변호사의 수입료를 소송비용액에 포함시키기 위해서는 일반 변호사이건, 사내변호사이건 비용액을 소명하는 데 필요한 서류를 제출하여야 한다(민사소송법 제11조 제2항).

다음으로, 사내변호사가 소속회사의 소송사건을 수임하면서 소송비용회수절차를 통해 회수하는 소송비용을 성공보수로 약정하는 것이 가능한지 여부를 본다. 사용자와 사내변호사 사이의 계약관계의 구체적 사정을 종합적으로 살펴보아야 하는 노동관계법



령 위반 여부는 별론으로, 근로자의 지위와 독립된 변호사의 지위를 함께 가지고 있는 사내변호사가 독립된 변호사의 지위에서 수임사건의 소송비용액확정절차를 통해 회수하는 소송비용을 성공보수로 약정하는 것은, 과다보수 등 변호사법이나 회칙에서 금지하고 있는 내용의 보수약정이 아닌 이상 무방하고, 그와 같은 보수약정이 가능한 이상 변호사법상 문제는 발생하지 않는다. 따라서 이 경우 민사소송법 제11조 제2항에 따라 별도의 보수약정에 관한 서류를 제출하여 대법원규칙에 정한 범위 내에서 소송비용의 일부인 변호사보수를 지급받을 수 있다.

그러나 사내변호사가 회수한 변호사비용의 일부를 회사에 반환하기로 약정하거나 기부하기로 약정하는 위임계약을 체결하는 것은, 변호사와 비변호사의 보수분배에 해당하거나, 실질적으로 임금채권과의 상계를 목적으로 하는 행위라고 봄이 상당하므로 사용자의 채권으로 근로자에 대한 임금채권과 상계를 금지하는 대법원 판례의 태도⁴⁸⁾에 비추어 허용되지 않는다.

한편, 사내변호사가 별도의 보수약정을 체결하지 않은 경우에는 민사소송법 제11조 제2항에 따라 비용액을 소명하는 데 필요한 서면을 제출할 수 없는 경우에 해당한다. 따라서 승소하였더라도 회사는 상대방에 대하여 변호사보수에 해당하는 소송비용을 청구할 수 없다.

10. 사내변호사의 겸직 범위

A회사의 사내변호사로 있으면서 다른 B회사(영리법인)의 감사 또는 등기이사 내지 임직원을 겸직할 수 있는지 여부가 문제된다.

먼저 감사의 경우를 살펴보면, 변호사의 겸직제한을 규정한 변호사법 제38조 및 변호사윤리규약 제6조⁴⁹⁾에는 ‘감사’를 규정하고 있지 아니하므로 A회사의 사내변호사

48) 대법원은, “근로자에 대한 임금은 직접 근로자에게 전액을 지급하여야 하는 것이므로 초과 지급된 임금의 반환채권을 제외하고는 사용자가 근로자에 대하여 가지는 대출금이나 불법행위를 원인으로 한 채권으로써 근로자의 임금채권과 상계를 하지 못한다고 함이 대법원의 확립된 입장이므로(대법원 1998. 6. 26. 선고 97다14200 판결, 1995. 12. 21. 선고 94다26721 전원합의체 판결 등 참조), 피고인이 이 사건 근로자들에 대하여 그 주장하는 바와 같은 반대채권을 가지고 있다는 사정은 피고인의 근로자들에 대한 임금 및 퇴직금 부지급에 따른 근로기준법위반행위를 정당화 할 수 있는 사유가 될 수 없다고 할 것이어서, 이 부분 논지 역시 이유가 없다.”(대법원 1999. 07. 13. 선고 99도2168 판결) 고 판시한 바 있다.

로 있으면서 다른 B회사(영리법인)의 감사를 겸직할 수 있다.

다음으로 등기이사 내지 임직원의 경우를 보면 A회사의 사내변호사로 있으면서 다른 B회사(영리법인)의 등기이사나 임직원을 겸직할 수 있고, 다만 이 경우 소속지방변호사회로부터 겸직허가를 받아야 하며(변호사법 제38조 제2항, 변호사윤리규약 제6조), 또한 A회사와의 관계에서 해당 사내변호사는 충실의무를 준수하여야 한다(변호사윤리규약 제52조⁵⁰⁾).

참고로, 서울지방변호사회의 ‘겸직허가및신고지침’ 제2조 제2항에 의하면, ‘사용인’은 등기임원을 제외한 실질적인 지배종속관계의 고용관계를 말하고 명칭·계약형식·보수의 유무는 불문한다.

11. 사내변호사 또는 어썸변호사가 개업변호사에게 사건을 소개하고 사건 상담 등 협업에 대한 자문료를 받는 행위가 변호사법 위반인지 여부

사내변호사 또는 어썸변호사(법무법인 등 법률사무소에서 월급을 받고 근무하는 변호

49) 변호사법

제38조(겸직 제한)

- ① 변호사는 보수를 받는 공무원을 겸할 수 없다. 다만, 국회의원이거나 지방의회 의원 또는 상시 근무가 필요 없는 공무원이 되거나 공공기관에서 위촉한 업무를 수행하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 변호사는 소속 지방변호사회의 허가 없이 다음 각 호의 행위를 할 수 없다. 다만, 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 되거나 소속 변호사가 되는 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 상업이나 그 밖에 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나 이를 경영하는 자의 사용인이 되는 것
 2. 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 되는 것
- ③ 변호사가 휴업한 경우에는 제1항과 제2항을 적용하지 아니한다.

변호사윤리규약

제3조(회칙 준수 등)

변호사는 법령과 대한변호사협회 및 소속 지방변호사회의 회칙·규칙·규정 등을 준수하고, 그 구성과 활동에 적극 참여한다.

제6조[겸직 제한]

- ① 변호사는 보수를 받는 공무원을 겸하지 아니한다. 다만, 법령이 허용하는 경우와 공공기관에서 위촉한 업무를 행하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 변호사는 소속 지방변호사회의 허가 없이 상업 기타 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나, 이를 경영하는 자의 사용인이 되거나, 또는 영리법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 될 수 없다.
- ③ 제1항 및 제2항의 규정은 변호사가 휴업한 때에는 이를 적용하지 아니한다.

50) 변호사윤리규약

제52조[사내변호사의 충실의무]

사내변호사는 변호사윤리의 범위 안에서 그가 속한 단체 등의 이익을 위하여 성실히 업무를 수행한다.



사)가 ‘사건 상담, 법적 쟁점 파악’을 하여 다른 개업변호사에게 사건을 소개하고 이후 사건을 소개받은 다른 개업변호사가 송무를 수행하는 방식으로 협업을 하면서 수임료를 받은 개업변호사로부터 ‘사건 상담, 법적 쟁점 파악’에 대한 ‘자문료’를 지급받는 경우, 이 행위가 사건 소개 등에 따른 대가로 금전 기타 이익을 받는 행위를 금지하는 변호사법 제34조⁵¹⁾에 위배되는지 여부의 문제이다.

변호사법 제34조 제1항은 금지되는 소개·알선·유인 등 행위의 주체를 “누구든지”라고 규정하고 있고 수범자의 범위에서 변호사를 제외하고 있지 않다. 따라서 사내변호사나 어쏘변호사 내지 일반 개업변호사를 불문하고 변호사가 금품 등의 이익을 받는 것을 대가로 하여 법률사건이나 법률사무에 관하여 당사자나 그 밖의 관계인을 특정한 변호사에게 소개하여서는 안 되며, 이와 같은 행위는 변호사법 제34조 제1항 및 변호사윤리규약 제9조⁵²⁾에 위반된다.

이 경우 단순한 사건의 소개와 그에 대한 대가로서 소개료를 수수하는 것이 아니라, 사내변호사 등 본인이 직접 수임하여 수행할 수 없는 사건에 대해 ‘협업으로’ 사건 상담, 법적 쟁점 파악 등을 하고 이에 대하여 변호사로서 ‘자문료’를 받는 것은 가능하지 않은지 의문이 들 수 있다.

그러나 그 사무 수행의 양태가 의뢰인을 개업변호사에게 소개하기 이전의 단계에서 행하는 것으로서, 일단 소개가 있는 후에는 사건의 수행을 개업변호사가 전담하는 구조인 이상, ‘협업’이나 ‘사건 상담, 법적 쟁점 파악’은 그 용어에도 불구하고 실제로는 상담의 대상이 된 분쟁이 과연 법적 분쟁에 해당하는지, 어떠한 법적 문제를 담고 있는지, 법적 절차 내에서 해결 가능한 것인지, 해결이 가능하다면 비용·실력·경험 등의

51) 변호사법

제34조(변호사가 아닌 자와의 동업 금지 등)

① 누구든지 법률사건이나 법률사무의 수임에 관하여 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 사전에 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받기로 약속하고 당사자 또는 그 밖의 관계인을 특정한 변호사나 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인하는 행위
2. 당사자 또는 그 밖의 관계인을 특정한 변호사나 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인한 후 그 대가로 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 요구하는 행위

② 변호사나 그 사무직원은 법률사건이나 법률사무의 수임에 관하여 소개·알선 또는 유인의 대가로 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 제공하거나 제공하기로 약속하여서는 아니 된다.

52) 변호사윤리규약

제9조(부당한 사건 유치 금지 등)

② 변호사는 어떠한 경우를 막론하고 사건의 소개·알선 또는 유인과 관련하여 소개비 기타 이와 유사한 금품이나 이익을 제공하지 아니한다.

면에서 그 사건을 위임할 만한 적당한 변호사가 누구인지 등에 대해 의뢰인과 상담하고 조사·연구를 한 다음 의뢰인에게 필요한 조언을 하고 그 상담과 조사 결과를 위임 대상 변호사에게 전달하는 행위를 가리키는 것으로 해석되고, 만약 그러하다면 위와 같은 행위는 용어에도 불구하고 실질적으로는 소개행위를 하기 위한 준비단계에서의 보조적 행위이거나 소개행위에 따르는 부수적 행위로 보이고, 따라서 이는 소개행위에 불가분적으로 포섭되는 것으로 봄이 상당하다.

설령 소개행위와 이를 위한 준비행위를 구분할 수 있다고 하더라도 사실관계가 위와 같은 이상, 여기에서의 자문료에는 그 중 일부라 하더라도 분명 의뢰인의 소개에 대한 대가가 포함되어 있음을 부정할 수 없으므로 범위만 여부를 따지는 데 있어서는 불가분적으로 소개에 대한 대가의 성격을 가지는 것으로 평가할 수밖에 없다. 그 대가에 대해 ‘소개료’가 아닌 ‘자문료’ 등 다른 명칭을 붙인다 하더라도 실질적으로 변호사법 제34조 제1항에서 말하는 의뢰인을 타에 소개하고 그 행위에 대한 대가로 금품을 받은 경우에 해당하는 이상, 결론이 달라지는 것은 아니다.

만약 사내변호사 등의 위와 같은 소개 및 자문료 수수가 변호사법에 위반되지 않으려면, 어떻게 해야 할까? 위에서 살펴본 바와 같은 정도의 소개행위를 넘어 개업변호사가 의뢰인으로부터 사건을 수임한 후에도 사내변호사 등이 ① 의뢰인으로부터 사건을 별도로 수임하여(사내변호사의 경우에는 등록과 개업신고가 되어 있어야 하고, 법무법인 등 소속 어쑤변호사의 경우에는 소속 법무법인 등의 명의로 계산으로 수임하여야 함) 개업변호사와 공동으로 해당 사건에 관하여 변호사로서의 법률사무를 수행하거나, ② 개업변호사로부터 별도로 의뢰를 받아 해당 사건에 관하여 개업변호사에게 법적 조언을 하거나 기타 개업변호사의 자문에 응하여 법률사무를 처리하여야 한다.

12. 사내변호사의 겸직 관련

하나의 회사가 아니라 여러 회사에 동시에 사내변호사로 재직하며 급여 수령이 가능한지 여부와, 이 경우 개별 회사의 주소지가 다를 경우(예컨대, 서울과 지방에 분산되어 있는 경우) 개업신고지가 여러 곳이 되는 것인지 여부가 문제된다.

소속 지방변호사회의 겸직허가를 받는다면, 여러 회사에 동시에 사내변호사로 재직하며 급여 수령이 가능하다⁵³⁾. 다만, 변호사 윤리규약 제52조에 따라 여러 회사에 소속된



사내변호사의 경우 변호사윤리 범위 안에서 그가 속한 단체 등의 이익을 위해 성실히 임해야 하므로 각 소속 회사에 대한 충실의무가 상호 충돌될 여지가 있다⁵⁴⁾.

이 경우 개업신고지는 어떻게 처리해야 할까? 변호사법 제21조 제3항에 따라 변호사는 어떠한 명목으로도 둘 이상의 법률사무소를 둘 수 없다⁵⁵⁾. 따라서 이미 법률사무소를 개설한 이상 다른 개별 회사의 주소지에 별도의 개업신고를 할 수 없다. 그리고 각 소속 회사에 대해서는 소속 지방변호사회로부터 겸직 허가를 받아야 한다.

13. 준법지원인의 겸직 가능여부

변호사가 준법지원인이 되고자 하는 경우 2 이상의 법인의 준법지원인이 될 수 있는지

53) 제38조 (겸직 제한)

① 변호사는 보수를 받는 공무원을 겸할 수 없다. 다만, 국회의원이거나 지방의회 의원 또는 상시 근무가 필요 없는 공무원이 되거나 공공기관에서 위촉한 업무를 수행하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 변호사는 소속 지방변호사회의 허가 없이 다음 각 호의 행위를 할 수 없다. 다만, 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 되거나 소속 변호사가 되는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 상업이나 그 밖에 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나 이를 경영하는 자의 사용인이 되는 것
2. 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 되는 것

변호사 윤리규약

제3조 [회칙 준수 등]

변호사는 법령과 대한변호사협회 및 소속 지방변호사회의 회칙·규칙·규정 등을 준수하고, 그 구성과 활동에 적극 참여한다.

제6조 [겸직 제한]

① 변호사는 보수를 받는 공무원을 겸하지 아니한다. 다만, 법령이 허용하는 경우와 공공기관에서 위촉한 업무를 행하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 변호사는 소속 지방변호사회의 허가 없이 상업 기타 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나, 이를 경영하는 자의 사용인이 되거나, 또는 영리법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 될 수 없다.

③ 제1항 및 제2항의 규정은 변호사가 휴업한 때에는 이를 적용하지 아니한다.

54) 변호사 윤리규약

제51조[사내변호사의 독립성]

정부, 공공기관, 비영리단체, 기업, 기타 각종의 조직 또는 단체 등(단, 법무법인 등은 제외한다. 이하 '단체 등'이라 한다)에서 임원 또는 직원으로서 법률사무 등에 종사하는 변호사(이하 '사내변호사'라 한다)는 그 직무를 수행함에 있어 독립성의 유지가 변호사로서 준수해야 하는 기본 윤리임을 명심하고, 자신의 직업적 양심과 전문적 판단에 따라 업무를 성실히 수행한다.

제52조[사내변호사의 충실의무]

사내변호사는 변호사윤리의 범위 안에서 그가 속한 단체 등의 이익을 위하여 성실히 업무를 수행한다.

55) 변호사법

제21조 (법률사무소)

③ 변호사는 어떠한 명목으로도 둘 이상의 법률사무소를 둘 수 없다. 다만, 사무공간의 부족 등 부득이한 사유가 있어 대한변호사협회가 정하는 바에 따라 인접한 장소에 별도의 사무실을 두고 변호사가 주재(駐在)하는 경우에는 본래의 법률사무소와 함께 하나의 사무소로 본다.

여부의 문제이다.

준법지원인은 상법상 일정규모(최근 사업연도 말 현재의 자산총액 규모 5천억 원) 이상의 상장회사가 법령을 준수하고 회사경영을 적정하게 하기 위하여 준법통제기준의 준수 업무를 담당하는 자로서, 이사회 결의를 통해 임기 3년의 상근으로 업무를 담당한다⁵⁶⁾. 준법지원인의 자격이 변호사에 한정되지는 않기 때문에 반드시 사내변호사 중에서만 준법지원인으로 임명되는 것은 아니지만, 통상 변호사 자격을 가진 준법지원인이 라면 사내변호사의 지위를 동시에 지니고 있다고 할 수 있다. 따라서 사내변호사의 지위를 가지는 준법지원인은 사내변호사로서의 지위와 준법지원인의 지위를 모두 가진다.

준법지원인은 소속 회사의 준법통제업무를 실무적으로 총괄하는 역할을 수행하기 위하여 소속 회사의 상근의무 및 선관주의의무를 부담하고 있으므로 다른 회사의 준법지원인을 겸직하는 것은 변호사법이 아닌 상법상의 문제로서 준법지원인제도의 취지상 허용되지 않는다고 봄이 상당하다.

56) 상법

제542조의13 (준법통제기준 및 준법지원인)

① 자산 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 상장회사는 법령을 준수하고 회사경영을 적정하게 하기 위하여 임직원이 그 직무를 수행할 때 따라야 할 준법통제에 관한 기준 및 절차(이하 “준법통제기준”이라 한다)를 마련하여야 한다.

② 제1항의 상장회사는 준법통제기준의 준수에 관한 업무를 담당하는 사람(이하 “준법지원인”이라 한다)을 1명 이상 두어야 한다.

③ 준법지원인은 준법통제기준의 준수여부를 점검하여 그 결과를 이사회에 보고하여야 한다.

④ 제1항의 상장회사는 준법지원인을 임명하려면 이사회 결의를 거쳐야 한다.

⑤ 준법지원인은 다음 각 호의 사람 중에서 임명하여야 한다.

1. 변호사 자격을 가진 사람

2. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교에서 법률학을 가르치는 조교수 이상의 직에 5년 이상 근무한 사람

3. 그 밖에 법률적 지식과 경험이 풍부한 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람

⑥ 준법지원인의 임기는 3년으로 하고, 준법지원인은 상근으로 한다.

⑦ 준법지원인은 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 수행하여야 한다.

상법 시행령

제39조(준법통제기준 및 준법지원인 제도의 적용범위)

법 제542조의13제1항에서 “대통령령으로 정하는 상장회사”란 최근 사업연도 말 현재의 자산총액이 5천억 원 이상인 회사를 말한다. 다만, 다른 법률에 따라 내부통제기준 및 준법감시인을 두어야 하는 상장회사는 제외한다.

제3장
주요 업무



제1절 계약서의 작성과 검토

신영욱 변호사(오멜버니&마이어스)
 김용상 외국법자문사(오멜버니&마이어스)
 조우성 변호사(공동법률사무소 머스트노우)

I. 계약서 작성 및 검토를 위한 준비단계

1. 계약서 작성 및 검토를 위한 사전 준비

가. 계약 당사자에 대한 확인

해당 부서로부터 계약의 당사자가 누구인지 확인한다. 당사자 중 법인이 있으면 대법원인터넷등기소 사이트(www.iros.go.kr)에서 법인등기부등본을 발급받아 당사자의 명칭, 주소, 대표이사 명칭을 확인하고, 회생절차 등이 개시되어 있지 않은지 등을 확인한다.

나. 계약의 개략적인 조건 확인

기준에 체결했던 계약서들을 참고하여, 계약서의 기본조건을 확인하고, 실무 부서로부터 본 건 계약서에서는 이러한 조건들이 어떻게 규정되어야 하는지를 사전에 파악할 필요가 있다.

다. 법적 검토

계약의 목적이나 기본조건들이 관련법상 가능한 것인지를 확인하여야 한다. 불능인 계약을 체결한 경우 계약체결상의 과실책임 등이 문제될 수 있다.



라. 당사자들 간의 관계(특히 협상력의 우위관계) 파악

자신이 속한 회사가 협상력이 약하거나, 회사 영업목적상 신속하게 계약이 체결되어야 하거나 또는 당사자들 간에 좋은 관계를 유지하면서 계약이 체결되어야 하는지에 따라 자신이 속한 회사 측에 유리한 조건을 어떠한 강도로 제시할지, 전략상 얼마나 양보할지 등을 판단하여야 한다. 무조건 유리한 계약조건만 넣으려고 할 경우 ‘계약파괴자(Deal Breaker)’라는 비난을 받을 수 있다.

2. 계약서 작성 및 체결 절차

가. 원인 거래에 대한 협의 및 중요한 계약조건에 대한 구두협상 단계

이 단계는 주로 현업 담당자에 의해 진행된다. 하지만 이 단계부터 사내변호사가 어느 정도 개입해서 협상에 대한 진행을 살펴두는 것이 바람직하다.

나. 의향서, 양해각서, Term Sheet의 작성단계

협의 진행 중간에 법적 구속력 없이 당사자의 의향이 서로 교환하는 단계에서 체결되는 것을 의향서(LOI ; Letter of Intent) 또는 양해각서(MOU ; Memorandum of Understanding)라 한다. 이 단계 이후에는 향후 체결될 계약의 주요조건을 상당 부분 규정하는 Term Sheet이 체결된다. LOI, MOU는 일반적으로 법적 구속력이 없다고 취급되나 반드시 그렇지 않다. 그 내용에서 권리와 의무를 규정하고 위반시 손해배상 조항이 있다면 법적 구속력이 없다고 단정할 수 없다는 점을 유의해야 한다. 비교적 간단한 거래라면, 이러한 의향서, 양해각서, Term Sheet을 체결하지 않고 바로 본계약 체결로 진행될 것이다.

다. 계약서 작성 및 협상단계

계약서 초안을 작성해서 상대방에게 보내면 상대방이 수정안을 작성하여 다시 보내온다. 이와 같이 수정안을 교환하다가, 대면협상을 하는 경우가 많다.

라. 계약서 체결 직전 단계

- (1) 계약서 체결은 사안별로 체결권한이 다를 수 있으므로 체결 전에 권한 있는 자의 승인을 받아야 한다.
- (2) 상장회사 또는 공정거래법상 사전에 공시대상인지 여부를 확인해서 이를 시행할 수 있게 조치하여야 하며, 외국환거래법 등 다른 관련법상 계약 체결 전에 필요한 절차가 있는지 확인하여야 한다.
- (3) 경우에 따라서는 해당 계약 체결이 다른 계약의 해지사유 등으로 규정되어 있을 수 있으므로(예를 들어, 대출계약서상에 “금융기관의 사전 서면동의 없이 영업양도를 하여서는 아니 된다”고 규정되어 있는데, 이를 확인하지 않고 영업양수도 계약을 체결한다면 기한이익 상실 사유가 되어 회사가 낭패를 볼 수 있다), 실무부서에게 그러한 내용이 있는지 여부도 확인할 필요가 있다.

마. 계약서 체결단계

- (1) 계약서 체결 시에는, 당사자임을 확인하기 위해서, 법인의 경우에는 법인등기부등본과 법인인감증명서를 상대방에게 제공하며, 개인의 경우에는 신분증 사본과 개인인감증명서를 제공한다.
- (2) 법상 기명날인이 아닌 서명도 유효하지만 향후 분쟁의 소지를 줄이기 위해서는 인감도장을 날인하고 위 서류들을 징구하는 것이 안전하다. 다만, 외국회사나 외국인과의 거래에서는 인감도장이 없으므로 서명으로 하되, 중요한 계약이면서 당사자들이 면전에서 직접 서명하는 경우가 아니면 서명의 진정성을 확인하기 위하여 그 회사의 변호사나 준법감시인의 확인서를 받거나 서명공증을 요구할 수도 있다. 당사자(회사의 경우에는 대표이사, 개인의 경우에는 해당 개인)가 직접 서명 또는 기명날인을 하는 경우가 아니면 위임장과 위임을 받은 자의 신분증 사본도 징구하여야 한다.
- (3) 이사회 결의를 요하는 계약의 경우에는 계약 체결을 승인하는 이사회 의사록 사본도 상호 교환하여야 한다. 한편, 중요한 계약의 경우에는 각 사의 대표이사가 참석하여 서명식을 거행하는 경우도 있으므로, 사내변호사는 그러한 부분까지도 관심을 기울일 필요가 있다.



3. 계약서 문구 수정보다 중요한 계약협상

가. 계약은 협상의 산물

사내변호사는 계약이야말로 협상의 산물임을 명심해야 한다. 보통 현업에서 계약협상을 주도하지만, 사내변호사는 계약협상 진행시 중요한 가이드라인을 제시할 수 있어야 한다.

나. 풍부한 협상은 쟁점만들기를 통해 가능해진다

풍부한 협상(Rich Negotiation)을 하려면 쟁점을 만들어야 한다(Issue Making). 계약서 조항은 여러 가지 내용으로 구성되어 있다. 따라서 협상이 가능한 모든 조항을 논의의 대상으로 삼고서 우리의 입장을 주장할 필요가 있다.

다. 사례분석 : 납품계약에서의 이슈메이킹

납품계약의 경우 다음과 같은 조항들에 대해서 논의의 대상으로 삼을 수 있다.

- (1) 계약기간 : 상대방이 제시한 계약기간을 좀 더 늘여달라고 제안.
- (2) 결제조건 : 상대방이 납품 후 60일을 제시하면 납품 후 45일을 제안.
- (3) 인도(delivery)조건 : 상대방은 자신의 요청에 따른 인도조건을 요구할 경우, 시기별 제한(한달에 1회) 또는 장소별 제한(대구 공장)을 제안.
- (4) AS조건 : 상대방이 제시한 기간을 줄이겠다고 제안(2년→1년)
- (5) 위약금조건 : 우리 회사에게만 부담시킬 경우 상호부담으로 수정제안.
- (6) 지체상금조건 : 지체일수당 계약금액의 3/1,000로 제시한 경우 1.5/1,000 로 수정제안.

이처럼 상대방이 제시한 계약 조건 전반에 대해서 우리 회사의 입장을 반영한 수정조건을 제시할 수 있어야 한다.

■ Tip : 계약협상 중 보고서 작성의 중요성

“계약서에 없는 내용에 대해서는 전혀 책임지지 않아도 되죠? 계약서에 적혀 있는 내용만 책임지는 것이 맞죠?”라는 질문을 흔히 듣게 된다. 민법에는 ‘낙성계약(諾成契約)의 원칙’이 있어, 굳이 계약서를 작성하지 않아도 계약 쌍방의 ‘의사표시의 합치’만으로 계약은 성립한다고 본다. 따라서 계약서에 명시하지 않더라도 계약 협상 중에 특정한 사항에 대해 상호 충분히 합의가 이루어졌다면 그 부분에 대해서는 서로를 구속하게 된다. 다만 문제는 계약서에 명시적으로 표시가 안되어 있기에, 상대방은 나중에 자기들에게 불리하다고 판단하면 “우리는 그런 합의한 적이 없습니다. 합의를 했다면 계약서에 당연히 표시를 했을 테죠.”라며 구두합의한 내용을 부인한다. 이럴 경우 중요한 계약 협상 회의 내용을 아주 자세하게 적은 ‘내부보고서’가 있다면 상대방의 그러한 부인이 인정되지 않을 수 있다.

예를 들어 C사와 D사가 계약에 관한 협상을 진행하면서 특정 사안에 대해 합의를 했고, C사 담당 직원은 그 합의 내용을 아주 자세하게 기재해서 내부적으로 보고하고 결재를 받아 두었다. 그런데 그 후 양사가 체결한 계약서에는 그 합의 내용이 누락되었고, 시간이 흐른 후 바로 그 부분이 문제가 되었다.

그 합의 내용이 인정되면 불리해지는 D사는 당연히 그런 합의가 없었다는 점, 그리고 계약서에도 그 내용이 명시되어 있지 않다는 점을 강력하게 주장한다. 그러자 C사는 계약서에는 명시되어 있지 않지만 당시 구체적인 합의가 있었다는 점을 내부 보고서를 증거로 제출한다. 과연 법원은 어떻게 판단할까?

물론 C사의 보고서가 C사 내부분건이긴 하지만 그 내용이 아주 구체적이라면 법원은 C사의 주장을 믿어 줄 가능성이 크다. D사로서는 계속 “그런 합의가 없었습니다!”라고 주장할 테지만 C사 보고서 내용을 구체적으로 반박하지 못하면 판사로서는 D사가 공색한 핑계를 대는 것으로 생각할 수 있다.

이런 이유로 인해 계약 협상을 할 때에는 중간 중간 합의된 내용에 대해서 내부 보고서를 작성해서 잘 정리해 둘 필요가 있다. 이때는 회의를 시작한 시간과 마친 시간, 회의 장소, 회의에 참석한 사람들의 명단을 자세하게 적어두어야 한다.

결국 이처럼 말로 약속한 것도 나중에 상대방이 그 사정을 잘 입증할 경우 하게 되면 약속을 지켜야 하며, 만약 그 약속을 지키지 못할 경우에는 ‘계약불이행’의 문제가 발생할 수 있으므로, 현업 담당자는 계약을 따내기 위해 너무 핑크빛 약속을 많이 남발하면 안 된다는 점도 주지시켜야 한다.



4. 우리 회사에 맞는 표준계약서 구비 필요성

가. 표준계약서 무용론(?)

표준계약서가 필요하다는 것은 알면서도, 어차피 우리 회사는 ‘을’ 입장에서 계약하는 경우가 많아 ‘갑’이 제시하는 계약서 초안에 그저 따라갈 수밖에 없기에 표준계약서를 구비하는 것이 쓸모가 없으리라는 우려를 제기하는 예가 있다. 하지만 그렇지 않다.

나. 상대방 계약서의 수준 파악이 가능

‘우리 회사가 ‘을’ 입장에 있을 경우 ‘을’에게 유리한 표준 납품계약서를 마련하고 있다면, 계약 협상 중인 상대방(납품받는 측, 갑)이 계약서 초안을 보내왔을 때 우리 회사의 표준계약서와 비교해 볼 수 있다. 막상 이렇게 비교해보면 상대방이 개별 조항에서 얼마나 가혹하게 규정을 했는지 판단이 가능하다. 하지만 표준계약서와 같은 비교 기준이 없으면 상대방이 제공하는 계약서가 어느 정도 수준인지 가늠하기가 어렵다.

다. 상대방이 초안을 준비하지 못한 경우 우리 표준계약서 제시

상대방(갑)이 계약서 초안을 준비하지 못한 경우 우리 회사 표준계약서를 논의용으로 제시함으로써 유리한 입장에서 협상을 진행할 수 있는 이점도 있다.

■ Tip : 계약서를 유리하게 써놓은 갑의 고민

‘갑’은 계약서를 작성할 때 자신에게 유리한 문구를 최대한 많이 집어 넣으려고 한다. 예를 들어, ‘갑’이 자신의 권리를 확보하기 위해 아래와 같은 조항을 넣었다고 치자. “제7조 : ‘갑’은 본 계약상의 이행을 담보하기 위해 ‘을’과의 관계에서 제소전화해절차를 밟을 수 있으며, ‘을’은 이 절차에 적극 협조해야 한다.

제10조 : ‘갑’은 ‘을’에게 본 계약과 관련한 보고를 1달에 1회 정도 요구해서 받을 수 있으며, ‘을’은 이를 거부하지 못한다.

제13조 : ‘갑’은 ‘을’이 본 계약상의 의무를 위반한 경우 즉시 이 사실을 통보하고 시정을 요구할 수 있으며, 이러한 시정 요구가 제대로 받아들여지지 않을 경우 즉각 계약을 해제할 수 있다.

그런데 ‘을’이 제대로 계약이행을 하지 못하여, 결국은 법적인 절차에까지 휘말렸다. 문제는 엉뚱한 곳에서 발생한다.

‘갑’의 담당자가 사전에 자신의 권리인 ‘제소전화해신청도 안 해놓았는가’(제7조), 보고를 1달에 1번은 최소한 받을 수 있었는데 ‘갑’이 이를 등한히 해서 ‘을’을 제대로 감시하지 않았으며(제10조), ‘을’에게 즉시시정을 요구할 수 있는데 이를 하지 않고 태만히 있었다는(제13조) 정황이 발견되면, ‘갑’ 담당자는 내부적으로 문책을 당하거나 ‘갑’이 공기업의 경우라면 감사원의 감사지적, 심하면 회사에 손해를 끼친 금액을 물어내야 하는 변상책임 까지 지는 경우가 있다.

‘갑’에게 유리하게 한답시고 ‘이것도 할 수 있고 저것도 할 수 있고’라고 적어 놓은 권리 규정이, 나중에는 ‘왜 권리 위에 잠자면서 제대로 체크하지 않았소?’라는 질책의 빌미를 주게 되는 것이다. 너무 많은 권리를 계약서에서 보장받는 것이 부메랑이 되어 돌아오는 결과를 초래할 수도 있다.

II. 계약서 조항별 문구 검토 단계

1. 제목 조항

가. 기본법리

- (1) 계약서 내용에 대한 구체적인 해석은 제목에 의해 결정되는 것이 아니라 당해 계약서에 규정된 구체적인 조문들에 의해 결정된다.
- (2) 오늘날의 계약유형은 단순하게 하나의 유형만이 존재하는 것이 아니라 다양한 계약 유형이 혼합되어 나타나는 경우가 많으므로 어느 하나의 법적 계약 유형만으로 제목을 정하기가 어려운 경우가 많다. 이때는 법적인 개념을 제목에 넣는 것보다는 단순히 ‘계약서’로 표기하는 것이 낫다.
- (3) 계약서와 약정서는 사실상 같은 의미이다. 그런데도 약정서가 계약서보다는 약한 의미의 문서인 것으로 잘못 이해하는 경우가 있다.



나. 일반적 기재례

‘임대차계약서’

‘공동개발 및 제조를 위한 약정서’

다. 주의점(체크포인트)

- (1) 복합적인 성격의 계약서인데 굳이 “○○계약서”라는 식으로 법률적 개념을 제목에 특정하지는 않는지 확인.
- (2) 약정서와 계약서가 같은 의미인데도 서로 다른 의미로 착각하지는 않는지 확인.

2. 서문 및 전문조항

가. 기본법리

- (1) 계약서 제목 바로 다음에 나오는 부분으로 본격적인 조문 구성에 앞서서 간략하게 계약의 당사자를 표시하고, 계약의 명칭 및 계약체결일을 기재하는 부분을 통상 ‘서문’이라고 한다.
- (2) 전문규정을 통해 계약의 당사자를 간략하게 파악할 수 있으며, 제목에 계약의 명칭이 불분명한 경우 전체적인 계약의 형태를 확인할 수 있고, 나아가 계약을 체결하게 된 동기 등도 나타낼 수 있다. 특히 계약을 체결하게 된 동기를 나타낼 수 있다면, 추후 ‘동기의 착오’에 따른 계약의 취소 등을 주장할 여지가 생기게 된다.
- (3) 서문이나 전문은 법적 의무가 규정되어 있는 조항이 아니라 사실(Fact)이 기재되어 있는 부분이다. 따라서 법적 의무를 규정하고자 하는 경우에는 반드시 계약서 본문 조항 내에 기재를 하여야 한다.

나. 일반적 기재례

- (1) ‘갑’은 2007. 8. 1. ‘을’에게 금 2억 원을 변제기를 2008. 7. 31.로 하여 대여하였으

나 ‘을’은 위 금액을 변제기에 변제하지 못하였다.

- (2) ‘갑’은 당초 약정에 따르면 ‘을’ 소유 부동산에 설정한 근저당권에 기해 경매를 실행할 수 있다.
- (3) 그러나 ‘을’은 자신이 출원한 제00000호 특허가 6개월 이내 등록될 것이 확실하다는 점을 설명하여, ‘갑’은 위 특허에 대한 권리를 담보로 받기로 하고 변제기를 유예하고자 한다. 이에 당사자들은 아래와 같이 본 계약을 체결한다.

다. 주의점(체크포인트)

거래상대방이 귀사와의 계약 체결을 위해서 여러 가지 배경 설명을 하는 경우, 그러한 설명들을 ‘전문’의 형태로 계약서에 포함시킬 필요는 없는지 확인.

3. 정의 조항

가. 기본법리

- (1) 계약서에 사용되는 용어 중 해석에 이견(異見)이 발생할 우려가 있는 용어에 대해서 적어도 본 계약서에는 어떤 의미를 갖는 것인지 명확해 규정해 두는 조항이다. 가급적 계약서 첫머리에 이에 관한 구체적인 정의를 해 두는 것이 필요하다.
- (2) ‘정의’ 규정은 계약서 문안을 모두 완성한 후 계약서를 몇 번 읽어보면서 뜻을 가늠해 본 다음 제일 마지막에 애매한 개념들을 뽑아내어 정리하는 것이 일반적이다.
- (3) 예를 들어 “‘미실현 이익’에 대해서는 추후 당사자 간의 협의에 따라 개념을 규정하기로 한다.”라고 규정하는 것은 바람직하지 않다. 어차피 ‘정의’ 조항은 추후 분쟁이 생길 것을 예방하기 위해 만드는 것인데, “추후 협의를 통해 확정한다”는 문구를 쓰게 되면 또 다른 분쟁이 발생할 여지를 남겨두는 결과가 된다.

나. 일반적 기재례

- (1) “용역”이라 함은 “계약특수조건”의 “용역”의 범위 정해진 업무를 수행하고 이에 따라 산출되는 “산출물”을 “갑”에게 제출하는 것을 말한다.



- (2) “산출물”이라 함은 “을”이 “갑”에게 제공하는 “용역”의 수행 과정에서 산출되는 결과물로서 “계약특수조건”에 산출물로 명시된 것을 말한다.
- (3) “지적재산권”이라 함은 “을”이 “갑”에게 제공한 “용역”의 결과로 산출된 “산출물”과 이에 부수하여 “을”이 “갑”에게 제출하는 자료 등에 대한 특허권, 저작권, 디자인권, 실용신안권, 상표권, 서비스표권 등의 권리를 말한다.
- (4) “기밀정보”라 함은 “갑”과 “을”이 각각 기밀로 관리하는 정보로서 인사, 재무, 조직, 사업, 경영 등에 관한 정보와 “산출물”에 관한 정보 및 소스코드, 개인정보 등과 같이 법령에 의하여 기밀로 다루어져야 할 정보를 말하며, 이에 한정되지 않는다.

다. 주의점(체크포인트)

- (1) 모호한 개념이 계약서에 사용되고 있음에도 ‘정의 규정’을 따로 두지 않고 있는지 확인.
- (2) 특정개념에 대해서 “추후 당사자 간 협의로 정한다”는 문구가 사용되고 있는지는 않는지 확인.

4. 계약기간 조항

가. 기본법리

- (1) 계약기간을 단기간으로 할 것인지 장기간으로 할 것인지, 자동갱신 조항을 넣을 것인지 등 계약기간 조항에 대해서도 각자의 입장이 첨예하게 대립된다.
- (2) 계약기간이 만료되는 경우 연장 여부에 대하여 계약서에 규정하는 방법은 자동연장 되도록 하거나 또는 자동종료가 되도록 하는 방법이 있을 수 있다. 실무에서 어느 방식을 취할지는 거래 상황이 자신에게 유리한 계약이라면 자동연장이 되는 방식으로 취하는 것이 바람직하며, 자신에게 불리한 계약이라면 자동종료 또는 일정한 합의를 거친 후에 재계약하는 방식을 취하는 것이 바람직하다.
- (3) ‘동일한 조건으로 1년간 연장된다’는 문구를 많이 쓰는데, ‘단가’나 ‘로열티 rate’ 처

럼 수치화되어 있는 부분은 물가상승분 등을 감안하여 조절될 여지도 있음에도 불구하고 자칫 잘못하면 동일한 조건으로 연장되어 나중에 재협의를 힘들어질 수도 있다. 따라서 이 부분에 대해서는 별도의 합의를 거쳐야만 확정되는 것으로 정할 필요가 있다.

“② 본 계약 기간 만료의 1개월 전까지 ‘갑’ 또는 ‘을’이 갱신 거절의 의사표시를 하지 않을 때는 본 계약은 목적물의 단가 및 로열티 rate를 제외한 나머지 부분에 한해서는 동일 조건 하에 1년간 갱신되는 것으로 한다. 목적물의 단가 및 로열티 rate에 대해서는 별도 합의를 거쳐야만 확정되는 것으로 한다.”

(4) 일정한 의무는 계약기간 종료 후에도 계속 존재함을 명시할 필요가 있다.

(예) 잔존의무

‘갑’과 ‘을’은 본 계약이 기간만료 혹은 중도 해제·해지로 인해 종료되더라도 계약 만료 후 ()년 간은 다음 각 호에 관한 의무를 진다.

1. 제12조에 정하는 하자담보책임에 관한 사항
2. 제13조에 정하는 제조물책임에 관한 사항
3. 제15조에 정하는 비밀유지의무에 관한 사항

(5) 계약기간 연장과 관련하여 우리가 ‘을’일 경우, ‘갑’에 대해 우선협상권을 부여해 줄 것을 요청할 수 있으며, 아래 ‘연장협상’ 조항은 이 때 사용할 수 있는 조항이다.

1. ‘갑’은 본 계약의 만료일 60일 전부터 30일 전까지 계약의 연장에 대하여 ‘을’과 협상을 하며, 동 기간 동안 ‘갑’은 제3자와 사이에 본 계약과 관련한 어떠한 협상 및 접촉을 할 수 없다.
2. 제1항의 기간 동안 협상이 결렬될 경우, ‘갑’은 제1항의 협상기간 동안 ‘을’이 제시하였던 조건을 하회하는 조건을 제시한 제3자와 계약을 할 경우, ‘을’에게 금 ()원의 위약금을 지급하여야 한다.

나. 일반적 기재례

- (1) 계약기간이 길수록 유리한 경우(예를 들어, 계속적 공급을 하고 싶은 납품처)
“본 계약의 유효기간은 계약일로부터 1년간으로 한다. 단, 계약 만료일 1개월 전까지 당사자 일방으로부터 반대의 의사표시가 없을 경우 본 계약은 동일한



조건으로 1년간 자동 연장되는 것으로 한다. 연장기간의 만료시도 이와 같다.”

(2) 계약 종료 후 연장을 원하지 않는 ‘갑’의 입장인 경우

“본 계약의 유효기간은 계약일로부터 1년간으로 한다. 단, 계약 만료일 1개월 전까지 당사자들 간에 계약 갱신의 합의가 없는 경우 본 계약은 기간 만료로 종료하는 것으로 한다.

다. 주의점(체크포인트)

- (1) 계약기간 만료로 인해 자동 종료인지 자동 연장인지를 파악하고 우리 회사의 입장에 부합하는지 확인.
- (2) “동일한 조건으로 1년간 연장된다”는 조항이 있는지, 그리고 그 조항으로 인해 예측하지 못한 손해가 발생할 여지가 없는지 확인.
- (3) ‘을’로서 계약할 경우 ‘계약기간 연장에 관한 우선권 조항’을 삽입할 필요는 없는지 확인.

5. 완전계약 조항

가. 기본 법리

- (1) 계약 협상 시 구두로 논의되어 계약서에 반영되지 않은 내용은 상대방을 구속하지 않다는 점을 명시한 조항이다.
- (2) 계약에 이르기까지 많은 논의가 진행된 경우, 계약서가 그 논의 내용 전부를 포함하지 않을 수 있다. 이 때 계약서에 반영이 되지 않은 양자 간의 구두합의 내용을 어떻게 처리할 것인가의 문제가 발생한다. 이를 미연에 방지하기 위해 서면계약서에 완전계약 조항을 두는 것이 유리하다.

나. 일반적 기재례

본 계약 이전에 ‘갑’과 ‘을’ 간에 체결되었던 서면 혹은 구두계약은 모두 본 계약으로 대체되며, 본 계약의 내용과 상이한 것이 있는 경우에는 본 계약의 내용이 우선한다.

다. 주의점(체크포인트)

계약서에 완전계약조항 자체가 누락되지는 않았는지 확인.

6. 위약금 조항

가. 기본법리

- (1) 계약 진행 중 일방당사자의 채무불이행이 있으면 상대방은 이에 따른 손해배상을 청구할 수 있는데, 이때 청구하는 측에서는 구체적인 손해액을 입증해야 한다. 하지만 그 입증이 실무상 쉽지 않다.
- (2) 이를 해결하기 위해 채무불이행이 있을 경우 그 사실만으로 일정한 금액을 손해배상액으로 정하기로 미리 약정하는데, 이를 ‘손해배상액의 예정조항’ 또는 ‘위약금 조항’이라 한다.
- (3) 손해배상액을 미리 예정해 놓으면 손해의 발생을 증명할 필요 없이 채무불이행의 사실만 증명하면 곧 예정된 배상액을 청구할 수 있다. 실제 손해액이 예정된 배상액보다 많더라도 채권자는 예정된 배상액을 청구할 수 있을 뿐이다. 따라서 정해진 위약금 이상을 청구하기 위해서는 ‘위약금 규정’에 더하여 ‘단서 규정’을 두어 실제 손해액이 위약금을 초과할 경우, 그 초과 손해액에 대해서도 손해배상을 청구할 수 있다는 조항을 두는 것이 바람직하다.

(기재례)

계약당사자 중 일방이 본 계약을 위반한 경우 금 ()원을 위약금으로 하기로 한다. 단, 계약 위반으로 인해 발생한 손해액이 위 위약금을 초과할 경우, 당사자는 그 초과액까지 입증하여 이를 상대방에게 청구할 수 있다.

- (4) 예정된 배상액이 부당히 과다할 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다(민법 제398조 2항). 따라서 위약사유가 발생해도, 실제 손해가 위약금에 훨씬 미치지 못할 경우에는 감액을 법원에 주장할 수 있다. 실무상으로는, ‘아니라고 판단될 때’에는 빨리 계약을 파기하는 것이 오히려 위약금 액수를 줄이는 결과가 된다. 계속 질질 끌면 상대방의 손해가 더 커지게 되고, 결국 감액도 받지 못하게 될



수 있다.

(5) 위약금과 위약벌의 차이

위약벌은 절대로 계약을 위반하지 말 것을 담보 받을 때 약속하는 것으로서, 계약을 위반하면 그에 대한 penalty로 청구하는 금액을 말한다. 위약금과는 달리 원칙적으로 감액되기 어렵다. 그렇다고 하여 위약벌이 절대적으로 감액되지 않는 것은 아니며 의무의 강제에 의하여 얻어지는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거워 그 일부 또는 전부가 공서약속에 반하여 무효로 해석될 경우에는 감액도 가능할 것이다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결 등). 위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다(민법 제398조 제4항). 당사자가 위약벌의 목적으로 약정한 경우에는 반증을 들어 이 추정을 깨뜨릴 수 있으며, 이 경우에는 위에서 본 것과 같이 공서양속에 반하는 경우가 아닌 한, 법원이 감액하지 못한다. 결국, 단순한 위약금 규정만 있는 경우 이는 손해배상액의 예정으로 추정되므로, 위약벌로서의 성격을 보유하기를 원한다면 계약서에 그 위약금의 실질이 위약벌임을 명시할 필요가 있다.

[기재례]

“계약당사자 중 일방이 본 비밀유지계약을 위반한 경우에는 위약벌로 금 10,000,000원을 상대방에게 지급하여야 한다.”

나. 일반적 기재례

계약 당사자 중 일방이 제12조의 비밀유지의무를 위반한 경우, 금 1천만 원을 손해배상금으로 지급하기로 한다.

다. 주의점(체크포인트)

- (1) 계약서상 막연히 “일체의 손해를 배상한다”라고 되어 있는 부분에 대해서, 손해액 수를 특정하여 위약금으로 정할 수 있지 않은지 확인.
- (2) 위약금 조항을 넣더라도 나중에 실제 손해액수가 위약금을 초과할 경우를 대비해서 “단, 계약위반으로 인해 발생한 손해액이 위 위약금을 초과할 경우, 당사자는 그 초과액까지 입증하여 이를 상대방에게 청구할 수 있다”라는 조항을 삽입할

필요가 있는지 확인.

- (3) 상대방이 우리에게 ‘위약벌’ 책임을 지우고 있지는 않은지 확인.

7. 손해배상 조항

가. 기본법리

- (1) 실무상 손해배상 조항을 작성하면서 “일체의 손해를 배상한다” 또는 “인적, 물적, 직접, 간접 손해를 배상한다”라고 규정하는 경우가 많다. 이렇게 해두면 실제 우리에게 발생한 일체의 손해를 다 배상받으리라는 기대를 하는데 실상은 그렇지 않다.
- (2) 법상 의미 있는 손해구분은 ‘통상손해’와 ‘특별손해’인데, 원칙적으로 채무불이행으로 인한 손해배상은 통상손해가 그 한도이며, 예외적으로 특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다(민법 제393조).
- (3) 실무상 손해배상을 두텁게 인정받으려면 특별손해 범위를 얼마나 보장받느냐가 중요하다. 결국 계약 체결 시 ‘특별손해(확대손해)’가 발생할 가능성이 있다면 그러한 특별사정을 계약서에 명기해 두는 것이 필요하다.

나. 일반적 기재례

특별손해를 청구하기 위한 ‘특별사정’ 삽입례

- (1) ‘을’은 자신이 공급하는 기자재의 하자로 인해 ‘갑’의 운전기가 운전 중단될 경우, ‘갑’에게 발생하는 손해가 1일 기준 약 2,000만 원에 상당하다는 점을 충분히 인지한다.
- (2) 따라서 만약 ‘을’이 공급한 기자재의 하자로 인해 ‘갑’에게 손해가 발생할 경우 위 제1항의 내용을 감안하여 ‘갑’에게 발생한 손해를 배상하여야 한다.



다. 주의점(체크포인트)

단순히 “일체의 손해를 배상한다”라고만 되어 있을 경우, 특별한 사정을 추가할 만한 여지는 없는지 체크.

■ Tip : 계약협상의 부당파기에 따른 손해배상책임

▷ 질문

우리 회사는 업계의 대기업이라고 할 수 있는 A사와 6개월 가까이 계약체결 협상을 해왔는데, A사는 마치 계약이 될 것처럼 기대를 주면서 우리에게 온갖 요구를 다해왔음, 우리는 그 요구에 맞추느라 고생을 했는데, 최근 뚜렷한 이유 없이 우리 회사와 계약을 체결할 수 없다고 하면서 일방적인 협상 거절 통보를 해왔음. 이 경우 구제받을 수 있는 방법은 없는 것인지.

▷ 답변

실무상 많이 발생하는 문제이며, 특히 ‘갑’의 횡포로 이런 문제가 주로 비롯된다. 계약이 체결되려는 중간에 결렬된 것은, 아직 계약이 체결되기 전이어서 계약책임은 아니므로 그 책임을 묻기가 애매할 수 있다. 그러나 우리 대법원은 이를 불법행위 책임으로 구성하고 있다.

즉 대법원 2001. 6. 15. 선고 99다40418 판결에 따르면, “어느 일방이 교섭단계에서 계약이 확실하게 체결되리라는 정당한 기대 내지 신뢰를 부여하여 상대방이 그 신뢰에 따라 행동하였음에도 상당한 이유 없이 계약의 체결을 거부하여 손해를 입혔다면 이는 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약자유 원칙의 한계를 넘는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다.”고 판시하고 있다. 따라서 ‘갑’의 입장에 있는 회사도, 계약협상을 장기간 진행하다가 일방적으로 중단하더라도 아무런 책임이 없다는 것으로 오해하여서는 안 된다.

8. 연체료, 지체상금 조항

가. 기본법리

- (1) 계약 당사자 중 일방이 금전지급의무나 물품공급의무를 부담하고 있을 경우, 그 이행지체 시에 일정한 페널티를 부과하는 조항이 필요하다.

- (2) 금전지급의무를 규정할 경우 미지급시 지연이자를 부과하는 조항을 두어야 한다. 이러한 지연이자 조항이 없으면 계약의 이행이 계속 지연되어도 위반 당사자는 연 5푼(민사이자) 혹은 연 6푼(상사이자)의 이자 책임만 부담하면 되는 결과가 된다.
- (3) 물품납품의무를 규정할 경우 계약에서는 물품이 약정된 일자보다 늦게 공급되는 경우를 대비한 지체상금 규정을 반드시 두어야 한다. 보통 1일당 계약금액의 1/1000 ~ 2/1000 내에서 정하게 된다.
- (4) 단, 물품을 공급하는 쪽이라면, 이러한 지체상금의 상한선을 두어야 한다. 그렇지 않을 경우 지체상금 액수가 본래 물품대금 액수만큼 증가될 위험성도 있다. “단, 위 지체상금은 계약금액 총액의 ()%를 넘지 못한다”와 같은 방식으로 규정한다.

나. 일반적 기재례

- (1) 연체료(지연이자) 조항

‘을’은 매년 3, 6, 9, 12월 월말에 전 3개월 매출액의 2%에 해당하는 금액을 로열티 명목으로 ‘갑’에게 지급하여야 한다. ‘을’이 만약 위 지급기일을 지키지 못할 경우 미지급금액에 대하여 미지급기간 동안 연 20%에 상당하는 지연이자를 가산하여 지급하여야 한다.
- (2) 지체상금 조항

‘을’이 본 계약상의 공급의무를 지체하는 경우 지체일수 당 계약금액의 1.5/1000의 지체상금을 배상하여야 한다.

다. 주의점(체크포인트)

- (1) 금전을 지급받는 입장일 경우, 연체료 조항이 있는지 확인.
- (2) 물품을 공급받는 입장일 경우, 지체상금 규정이 있는지 체크. 단 물품을 공급해야 하는 입장일 경우, 상대방이 제기한 지체상금 규정에 대해 일정한 상한선을 설정할 필요 없는지 확인.



9. 권리양도 금지조항

가. 기본법리

- (1) 계약 도중 일방 당사자가 계약상의 권리를 제3자에게 넘겨버리는 경우(채권양도), 상대방은 영똥한 사람에게 채무를 이행해야 하는 골치 아픈 일이 생길 수가 있다. 우리는 ‘특정한 당사자’와 계약을 했는데, 이처럼 권리와 의무를 넘겨 버리면 영똥한 사람과 또 다른 법률관계가 발생할 수 있으므로 이를 미연에 방지하기 위한 조항으로서, 일반적으로 널리 쓰인다.
- (2) 한편, 권리양도 금지조항이 있다고 하여도 계약상의 의무는 계약의 당사자들 간에만 효력을 미치므로, 당연히 권리를 양수한 제3자에게 위 위반의 효력이 미친다고 판단하여서는 아니 된다. 즉, 어느 일방 당사자가 위 조항을 위반한다고 하여도 계약을 위반한 계약당사자에 대하여 손해배상청구를 하는 것이 일반적인 구제책이며, 위 제3자에 대하여는 불법행위가 성립되지 않는 한 직접 법적 책임을 묻는 것은 어렵다.

나. 일반적 기재례

‘갑’은 이 계약상의 어떠한 권리 또는 의무도 ‘을’의 사전 서면동의 없이는 직접 또는 간접으로 제3자에게 양도할 수 없다. ‘을’의 사전 서면동의 없이 이루어진 권리와 의무의 양도는 무효이며 일체의 효력이 없는 것으로 한다.

다. 주의점(체크포인트)

권리양도금지조항이 누락되지 않았는지 체크

10. 해제, 해지조항

가. 기본법리

- (1) 원칙적으로는 어느 경우에 계약해제나 해지권을 행사할 수 있는지 계약서상에 어떻게 규정되었느냐에 따라 결론이 달라진다(즉, 당사자 쌍방이 정하기 나름이다). 사유를 크게 나누어보면 (i) 당사자들 간의 합의에 의한 해제(지), (ii) 당사자 일방의 계약 위반 시 해제(지), (iii) 일정 기한의 도과에 따른 해제(지), (iv) 당사자 일방의 파산, 회생절차, 해산 등의 사유 발생에 따른 해제(지), (v) 불가항력이 상당기간(예를 들어, 6개월) 지속되어 계약의 목적을 달성하기 어려운 경우 등 당사자 쌍방의 귀책사유 없이 계약목적 달성이 불가능한 경우의 해제(지)가 있다.
- (2) 일반적으로 위 사유 중에서 위 (i), (iv) 및 (v)는 일반적으로 상호 계약해제(지)로 인한 손해배상책임을 부담하지 않고, 나머지의 경우에는 누구의 귀책으로 인한 계약 해제(지)인지에 따라 손해배상책임을 부담하며 그러한 내용이 대부분 해제(지)의 효과로 규정된다.
- (3) ‘보전처분’을 별도의 최고 없이 계약해제·해지의 사유로 규정한 경우의 문제점 별도의 최고 없이 계약을 해지할 수 있는 사유 중의 하나로서, 계약당사자 일방의 재산에 대하여 보전처분이 이루어진 경우를 규정하고 있는 계약이 상당히 많다. 그러나 이는 계약상의 지위를 대단히 불안정하게 할 위험이 있다. 우리나라의 경우 보전처분이 대단히 빈번하게 일어나며, 보전처분 결정 역시 쌍방의 주장을 경청하는 변론절차가 아닌 일방의 주장만으로 판단하는 약식절차를 통해 이루어 지므로 부지불식간에 보전처분을 당할 수도 있다는 점에서, 보전처분을 계약의 해지사유로 규정하는 것은 신중히 고려할 사항이라 판단된다. 부득이 이를 계약의 해지사유로 넣어야 하는 경우에는 “보전처분을 일정기간(예를 들어, 60일) 이내에 해소하지 못하는 경우”나 “보전처분으로 인해 계약의 목적을 달성하기 어려운 경우(가령, 계약의 목적물 자체에 보전처분이 내려진 경우, 계약 당사자의 신용력에 중대한 부정적 영향을 주는 보전처분이 내려진 경우 등)”에 비로소 해지사유가 되도록 규정할 필요가 있다.



나. 일반적 기재례

(1) 당사자 일방의 계약 위반 시 해제(지)하는 조항의 예

(가) 계약해제나 해지가 되어도 불리하지 않은 당사자이거나 보다 명확한 해제나 해지사유를 규정하고자 하는 경우에는, “당사자 일방(이하 ‘귀책당사자’)이 계약을 위반하고 상대방 당사자로부터 시정요구를 받았음에도 그러한 시정요구를 받은 날로부터 [30]일 내에 이를 시정하지 못하는 경우, 상대방 당사자는 귀책당사자에 대한 서면통지로서 본 계약을 해제할 수 있다”고 규정한다.

(나) 계약의 해제나 해지를 가급적 희망하지 않는 경우에는 좀 더 주관적인 요소들을 섞는 방법을 취할 수 있다. 즉, “당사자 일방(이하 ‘귀책당사자’)이 계약상 중대항의무를 위반하고 상대방 당사자로부터 시정요구를 받았음에도 불구하고 그러한 시정요구를 받은 날로부터 [30]일 이내에 이를 시정하지 못하여 상대방 당사자가 계약의 목적을 달성하기 불가능한 경우, 상대방 당사자는 귀책당사자에 대한 서면통지로서 본 계약을 해제할 수 있다”고 규정할 수 있다.

(다) 계약 해제를 극단적으로 쉽게 할 수 있도록 위와 같은 치유기간을 부여함이 없이 “본 계약서 내용상의 의무 중 어느 하나라도 위반하는 경우에는 별도의 최고 없이 바로 본 계약을 해제할 수 있다”는 조항을 규정할 수도 있다. 이 조항은 본 계약이 약관에 해당되고 약관의 규제에 관한 법률상 불공정 약관조항에 해당되는 등 특별한 사정이 존재하지 않는 한 당사자를 구속한다고 판단된다. 따라서 이 경우 해지를 당하는 당사자로서는 대단히 불안한 법적 지위에 놓이게 될 수 있으므로 이러한 조항을 상대방이 제시할 경우에는 위 첫 번째나 두 번째 방식 또는 이를 적절히 가미한 수정안을 제시하는 것이 바람직하다.

(라) 또한, 계약상의 중대항의무 위반을 계약 해제나 해지의 사유로 규정하는 경우, 어떤 것이 중대항의무인지 당사자 간에 논쟁의 여지가 발생할 수 있으므로 가능하면 특정할 필요가 있다(예컨대, “... 계약당사자 중 일방이 본 계약상의 제4조, 제8조, 제9조를 위반하는 경우에는 ...”의 방식).

(2) 최고 없이 해제(지)하는 조항의 예

‘을’이 다음의 하나에 해당되는 경우 ‘갑’은 별도의 최고 없이 이 계약을 해지할 수 있다.

(가) ‘을’에 대하여 회생절차개시신청, 파산신청 또는 기타 이에 준하는 절차가 개시되는 경우

(나) ‘을’ 소유의 중요재산에 대하여 체납처분, 보전처분 또는 강제집행절차가 개시되거나 기타 이에 준하는 사유가 발생한 경우

☞ 일반적으로 많이 쓰이는 방식이다. 계약의 해제(지)를 원하지 않는 당사자는, 위 (가)의 경우에는 “신청”시로 하지 않고 “결정”시로 수정할 수 있고, 위 (나)의 경우에는 “... 사유가 발생하고도 [60]일 이내에 이를 해소하지 못하는 경우”로 수정할 수 있다.

다. 주의점(체크포인트)

- (1) 너무 쉽게 해제(지)조항이 구성되어 있지는 않은지 확인.
- (2) 해제(지) 사유에 논란이 있을 수도 있는데 일방이 최고 없이 바로 해제(지)할 수 있도록 되어 있지 않은지 확인.

11. 계약 임의변경금지 조항

가. 기본법리

- (1) 계약서 내용과 다른 업무 관행이 형성되더라도 당사자 간의 계약 내용은 변경되지 않고 계약상의 의무를 면제받거나 권리의 포기로 간주되지 않는다는 내용을 명시하는 조항이다.
- (2) 계약을 체결한 후에 구체적인 이행을 하다 보면, 계약에 나와 있는 내용대로 정확하게 이행을 하지 못한 상황에서 서로 묵인하고 넘어갈 때가 있다. 이러한 경우, 나중에는 그러한 계약위반 사항이 정례화되어 그것이 원칙인 양 취급될 수도 있는바, 이를 미연에 방지하기 위해서 설사 계약과 다른 몇 차례의 행위(관행)가 있다 하더라도 그것으로 인해 계약의 내용이 바뀌지는 않는다는 점을 명시할 필요가 있다.



나. 일반적 기재례

본 계약상 변경이나 개정이나 추가는 서면으로 작성하여 각 당사자의 적법하게 권한을 위임받은 대표자의 서명을 받지 아니하는 한 무효이며 설령 이와는 다른 계약 관행이 당사자 사이에 형성되더라도 이는 각 당사자들에게 구속력이 없다.

다. 주의점(체크포인트)

계약 임의변경금지 조항이 누락된 바 없는지 체크

12. 부속협약서와의 효력우열 정리조항

가. 기본법리

- (1) 기본계약서에 더하여 부속협약서가 체결될 경우, 효력의 우열(優劣)을 정해두는 조항을 의미한다.
- (2) 기본계약서에는 당사자 간의 기본적인 법률관계를 설정한 다음 부속합의서를 통해 세부적인 사항을 구체적으로 규율하는 등의 목적으로 작성된다. 따라서 기본계약서 및 부속합의서도 명칭과 상관없이 당사자 간의 계약서로서 당사자 상호간에 법적 구속력을 가진다. 통상 이를 명확하게 하기 위하여 부속합의서가 기본계약에 편입된다는 점을 명시하는 규정을 둔다.
‘갑’과 ‘을’ 간의 부속합의서는 ‘갑’과 ‘을’이 상호 서명·날인함과 동시에 ‘갑’과 ‘을’ 간의 기본계약서로 편입된다.

나. 일반적 기재례

“기본계약서와 부속합의서 각 조항을 해석함에 있어 상호 불일치하는 경우가 발생할 때에는 부속합의서(또는 기본계약서)의 내용을 우선하도록 한다.”

다. 주의점(체크포인트)

부속협약서를 체결해야 할 가능성이 있는 계약인 경우, 효력우열 정리조항이 누락되지 않았는지 확인

13. 당사자표시, 서명·날인조항

가. 기본법리

- (1) 회사의 경우 반드시 회사명, 대표자, 대표자의 이름 세 가지 요소를 갖추어서 서명·날인을 해야 한다. 예컨대 “○○주식회사 대표이사 조우성(인)”의 형식을 갖추어야 회사의 행위로 인정된다.
- (2) 만약 “○○주식회사” 또는 “○○주식회사 조우성(인)” 또는 “대표이사 조우성(인)”의 형식으로 서명·날인한다면 이는 회사의 행위로 인정되지 않기 때문에 회사에 채무의 이행을 청구할 수 없다.
- (3) 계약서에 기재할 사항이 많아서 한 장이 넘어가는 경우 여러 장의 용지 사이에 간인을 하는 것이 일반적이다(다만 간인이 없더라도 계약이 무효인 것은 아니다). 간인은 당사자 쌍방은 물론 입회인이나 중개인, 보조인 등이 있을 때에는 그 사람의 날인도 받을 수 있다. 한편, 외국회사가 당사자인 경우에는 도장이 없으므로 계약서 하단의 왼쪽 또는 오른쪽 귀퉁이에 약자(Initial)를 서명하게 하는 경우가 있고, 계약서의 양이 상당하고 로펌이 자문을 하는 경우에는 로펌의 천공을 찍고 간인을 생략하기도 한다.
- (4) 내국인이나 내국법인의 경우에는 서명을 하는 경우보다는 인감도장을 찍고 인감증명서를 첨부시키는 것이 향후 문서의 진정 성립을 인정하는데 간편하다. 외국인이나 외국법인의 경우에는 부득이 서명을 하여야 하는데, 중요한 계약의 경우에는 서명하는 사람이 당해 회사를 대표하는 것인지 해당 사람의 서명인지를 확인할 수 있는 서명공증서를 요구하기도 한다. 신뢰가 가지 않는 개인이 당사자인 경우에는 당사자의 표시는 가능하면 자필로 쓰도록 하고, 인감도장(인감증명서 징구)을 찍게 하여야 한다. 만약 이러한 개인이 인감을 날인할 수 없는 때에는 무인(손도장)이라도 추가로 받아두는 것이 좋다.



나. 일반적 기재례

(갑) 우성건설 주식회사
서울 강남구 역삼동 657-15
대표이사 조 우 성 (인)

(을) 김 갑 동 (인)
서울 강남구 대치동 111
주민등록번호: 701010-1087654

Ⅲ. 영문 계약서의 작성과 검토

여기서는 간단한 라이선스 계약서를 예로 들어 설명하는 방법으로 영문 계약서의 작성과 검토 요령을 설명하고자 한다.

아래 계약서는 영문 계약서의 전반적 이해를 돕기 위한 견본에 불과하고, 설명의 편의를 위해 많은 내용들을 생략하거나 변경하였다.

[표지]⁵⁷⁾ 58)

PATENT LICENSE AGREEMENT⁵⁹⁾

BY AND AMONG

[PARTY NAME]

and

[PARTY NAME]

Dated as of [_____], 2018

[목차]

PATENT AND KNOW-HOW LICENSE AGREEMENT⁶⁰⁾⁶¹⁾

⁶²⁾This patent license agreement (“Agreement”), dated as of [DATE], ⁶³⁾ is⁶⁴⁾

57) 짧은 계약서에서는 필요가 없지만 긴 계약서에서는 계약서 본문 앞에 표지와 목차를 추가하면 계약서를 이용하기에 편리함을 줄 수 있다. 별지 목록, 정의 조항 목록을 추가하기로 한다.

58) 표지에는 보통 계약서의 명칭, 당사자, 체결 일자가 들어간다.

59) 표지의 계약서 명칭은 전부 영문 대문자로 쓰는 것이 관행이다.

60) 계약서 본문은 계약서의 명칭으로 시작하고, 전부 영문 대문자로 쓰는 것이 보통이다.

61) 계약서의 명칭은 계약서의 유형에 따라 짧고 간략하게 붙인다. 흔히 쓰는 계약서의 이름으로는 (patent 또는 trademark) license agreement, employment agreement, option agreement, (asset 또는 stock) purchase agreement, shareholder agreement, distribution agreement를 들 수 있다.

62) 계약서의 도입부: 도입부는 계약서의 이름, 당사자, 체결일을 흔히 포함한다.

63) 계약 체결일을 도입부 또는 서명란에 표시하는데, 서로 불일치를 초래할 수도 있으므로 두 군데 중복해서 표시하는 것은 바람직하지 않다.

- 보통은 당사자들이 실제 서명을 한 날을 계약 체결일로 하는데 초안 작성을 할 때 실제 서명이 언제 이루어질지 알 수 없으므로 연도만 적고 날짜 또는 월과 날짜를 비워 두었다가 실제 서명을 할 때 손으로 적어 넣기도 한다.

- 계약 당사자들이 서명한 날이 서로 다르다면 마지막 당사자가 서명한 날이 계약 체결일자 효력 발생일이 된다. 만약 효력 발생일을 계약 체결일과 다르게 하려면 효력 발생일을 정하는 별도의 조항을



by and between⁶⁵⁾ [LICENSOR NAME], a [COUNTRY/STATE OF ORGANIZATION] [TYPE OF LEGAL ENTITY]⁶⁶⁾ ("Licensor")⁶⁷⁾, and [LICENSEE], a [COUNTRY/STATE OF ORGANIZATION] [TYPE OF LEGAL ENTITY] ("Licensee").

RECITALS⁶⁸⁾

WHEREAS, ⁶⁹⁾ Licensor is the owner of and has the right to license to Licensee

둘 수 있지만 혼동이나 불일치가 발생하지 않도록 각별히 주의하여야 한다.

- 체결일 앞에 며칠을 ‘기준으로’라는 의미에서 as of를 붙이기도 하지만 사용할 때는 그 의미와 효력은 무엇인지 면밀히 검토하고, 사용에 주의할 필요가 있다. 계약은 당사자들이 서명을 마친 때에 성립을 하는데 as of 뒤에 나오는 날짜와 실제 서명한 날이 같으면 as of는 큰 의미가 없을 것이다. as of 뒤에 나오는 날짜가 실제 서명한 날보다 앞서 있으면 계약이 소급해서 효력을 갖게 하려는 의도일 것이다. 뒤에 온다면 계약이 장래의 일정한 시점에 효력을 발생시키려는 정지 조건부 계약을 체결하려는 의도일 것이다. 어느 경우든 계약의 성립 시점과 효력 발생 시점이 달라 혼동과 모순이 발생할 수 있으므로 그러한 의도가 있다면 as of의 의미를 계약 해석에 맡기는 대신에 계약서 본문에서 소급효, 효력 발생 시점, 정지 조건, 기한을 구체적이고 명확하게 정하는 것을 고려해 보아야 한다.
- 날짜는 미국식으로 October 8, 2018, 또는 영국식으로 8 October, 2012 로 표시하면 충분하다. this 8th day of October, 2018로 표시하여 격식을 차리기로 하나 반드시 그렇게 표시할 필요는 없다. 10/8/2018 같이 숫자로만 쓰면 미국식으로 10월 8일인지, 영국식으로 8월 10일인지 알기 어려우므로 그 같은 표현은 쓰지 말아야 한다.

64) 도입부의 동사로 is, is dated, is made, is entered into, made and entered into를 쓰기도 한다.

65) by and between 말고 between, among을 쓰기도 한다.

66) 당사자가 회사나 법인이라면 회사 이름 뒤에 법인이 설립된 나라나 주(州)와 회사 형태를 같이 표시해 준다. 대표적인 회사 형태로는 corporation, limited liability company, partnership, limited liability partnership이 있다. 당사자가 개인이라면 이름 뒤에 an individual을 더해서 개인임을 표시한다.

67) 많은 계약서들이 도입부의 당사자 표시 뒤에 당사자 이름을 짧게 줄인 약칭을 괄호 안에 넣어 정의한다. 약칭은 seller, purchaser, licensor, licensee, parent, sub, target, stockholder 같은 보통 명사를 쓰기도 하고, 당사자 이름 가운데 대표적인 단어 한두 개를 뽑거나, 첫 글자를 모아서 만들기도 한다.

- 약칭은 보통 첫 알파벳을 대문자로 적고(첫 글자들의 모음일 때는 모두 대문자), 따옴표와 괄호 안에 넣고, 굵은 글씨로 강조하는 방법으로 표시해서 정의한다.

- 보통명사를 약칭으로 쓸 때는 정관사 the를 붙이기도 하고 안 붙이기도 하는데, the를 붙일 때는 앞 괄호와 앞 따옴표 사이에 the를 넣어 준다.

- 예: ABC TECHNOLOGIES, INC., a California corporation (the "Parent"), DEF SOFTWARE, INC., a Korean company (the "Sub"), and DAVID BAKER, an individual (the "Shareholder") (collectively "ABC Parties")

68) Recitals는 계약 체결의 배경을 담고 있다. 모든 계약서에 recitals를 넣을 필요는 없다.

- recitals에는 흔히 계약 체결의 배경(당사자가 영위하는 사업 내용, 당사자들 사이의 분쟁이나 거래 관계), 계약을 통해 달성하려는 목적, 그 계약과 연관해서 동시에 이루어지는 계약이나 거래를 설명하고는 한다.

- 제목으로 recitals 대신에 WITNESSETH 또는 BACKGROUND를 쓰기도 한다. WITNESSETH는 witness의 고어인데 This agreement witnesseth that . . . ,를 줄인 표현이고, take notice of, is evidence, show, record라는 뜻이라고 한다. 계약서에 평이한 현대어를 쓰는 경향이 강해지고 있어 어려운 고어체 법률용어인 WITNESSETH를 고집할 필요는 없다.

- Recitals에 당사사의 권리, 의무를 규정하지 않도록 주의해야 한다.

69) Recitals 본문의 각 단락을 WHEREAS로 시작하기로 한다. 이는 whereas, taking into consideration

the Licensed Patents (as defined below)

⁷⁰⁾NOW, THEREFORE, in consideration of the mutual covenants, terms, and conditions set forth herein, and for other good and valuable consideration, the receipt and sufficiency of which are hereby acknowledged, the parties agree as follows:

Article I DEFINITION

1. Definitions. For purposes of this Agreement, the following terms shall have the following meanings:

"Action"⁷¹⁾ has the meaning set forth in Section 16.1.⁷²⁾

"Licensed Patent(s)" means⁷³⁾ the patents and patent applications listed in Schedule [NUMBER].

ARTICLE II. GRANT

2. Grant.⁷⁴⁾⁷⁵⁾

2.1 Patent License. Subject to the terms and conditions of this Agreement, Licensors hereby grants⁷⁶⁾ ⁷⁷⁾ Licensee during the Term a nontransferable[

the fact that, in view of the fact that, seeing that의 의미를 가진다고 한다.

70) 한국 계약서에서 “당사자들은 아래와 같이 합의한다”라고 표현하는 부분에 대응하는 표현이다.

- 예시된 문장은 계약 성립을 위해서는 흔히 약인으로 번역하는 consideration이 필요하다는 common law 계약법 이론에 따라 약인이 있음을 표시하려는 전통적 표현법이다.
- Consideration은 필요 없다고 하는 최근 법 이론을 철저히 따른다면 The parties therefore agree as follows같은 간단한 표현으로 충분하다.

71) 정의되는 용어를 계약서 전체에서 첫 글자를 대문자로 쓰는 것이 관행이다. 정의 조항에서는 정의되는 용어를 큰따옴표(“”) 안에 넣고 굵은 글씨로 써서 강조를 하는 것 역시 관행이다. 하지만 일반 조항에서는 따옴표에 넣거나 굵은 글씨로 하지 않고 첫 글자만 대문자로 쓴다.

72) 용어의 정의가 계약서 본문에서 이루어지는 경우에는 정의 조항에서 그 용어를 나열하고 정의가 이루어진 조항 번호를 인용을 하는 방법으로 정의 조항에 규정을 한다.

계약서를 수정하는 과정에서 조항 번호가 변경될 수 있으므로 계약서를 완성한 뒤에는 반드시 조항 번호가 일치하는지를 확인하여야 한다.

73) 정의 조항의 동사는 ‘mean(s)’를 쓴다.

74) Grant 조항과 같이 계약의 주된 권리 의무를 규정한 조항을 operational clause라고 한다.

75) 라이선스가 허용되는 행위의 종류, 기간, 지리적 범위, 허락의 성격 등을 명확하게 규정하여야 한다.

76) hereby grants 라는 표현을 씀으로써 별도 이행 행위를 필요로 하지 않고 계약 체결 즉시 라이선스



nonsublicensable [exclusive/non-exclusive]⁷⁸⁾ right and license under the Licensed Patents to make, [have made,] use, offer to sell, sell, and import⁷⁹⁾ Licensed Product in the [Field of Use] in the Territory.

가 발생한다. 한국법 개념으로 준물권행위에 해당한다.

‘agree(s) to grant’ 또는 ‘shoulds grant’ 같은 표현을 쓰면 즉시가 아니라 장래에 라이선스를 주기로 하는 함의로 해석되므로 명백히 구분하여야 한다.

77) 특허 라이선스 부여는 licensor가 licensee를 상대로 그 특허에 기해서 특허 침해 소송을 제기하지 못하도록 하는 효과를 그 내용으로 한다. 특허 라이선스가 어떤 기술을 실시할 수 있는 권리를 주는 것은 아니다. 기술을 실시할 수 있는 권리를 주기 위해서는 노하우, 영업비밀 같은 기술을 사용하도록 허락하는 별도 합의가 있어야 하고, 이 같은 합의를 특허 라이선스와 함께 계약서 하나에 담을 수 있다.

78) Sole, exclusive와 non-exclusive의 구별: 독점적(exclusive) 라이선스는 오로지 한 licensee에게만 라이선스를 부여하고, 그 licensee는 다른 모든 사람을 배제할 수 있는 권리를 갖고, 특허권자라도 특허를 실시할 수 없다.

독점적 라이선스를 주면서 특허권자도 계속 특허를 실시할 수 있도록 유보할 수 있는데, 그 같은 뜻을 표현하는 방법은 크게 세 가지가 있다. (1) exclusive 대신에 sole을 쓰는 방법(sole 자체가 그 의미를 담고 있다), (2) ‘exclusive (except as to the licensor)’ 같이 exclusive의 의미를 한정하는 방법, (3) 별도의 문장이나 조항으로 명백히 하는 방법이 있다. Sole을 쓰면 계약서를 간소하게 할 수 있다는 장점이 있지만 sole이 그러한 의미라는 점을 전문가가 아니면 알기 어렵고, 이 부분이 중요한 조항이라는 점에서는 별도 문장이나 조항으로 명백히 하는 것이 바람직하다.

독점적 라이선스를 이용 분야(field of use, 제품의 종류, 기술의 실시 방법, 시장이 이용분야가 될 수 있는데 예를 들어 의약 물질 특허 라이선스를 질병 종류, 인간/동물 대상, 치료/진단, 알약/물약/주사약으로 나누어 줄 수 있다), 지리적 영역(국가, 지역), 권리의 종류(예를 들어 제조(make)는 비독점, 판매(sale)는 독점)로 나누어 부분적으로 줄 수도 있다.

79) 라이선스가 허용하는 행위의 범위를 명확히 규정하여야 하는데, 그러기 위해서는 먼저 licensee가 어떤 이용 행위나 사업을 하는지에 관한 이해가 전제되어야 한다. 예를 들어 licensee가 제조만 하는지, 아니면 제조와 판매를 같이 하는지를 살펴 보아야 한다.

행위의 범위를 규정하는 출발점은 특허법에서 규정된 권리의 범위인데, 특허권의 범위는 나라마다 다를 수 있으므로 확인이 필요하다. 미국 특허법에는 making, using, offering for sale, selling 네 가지이지만, 한국 특허법에는 생산, 사용, 양도, 대여, 수입, 양도 또는 대여의 청약(양도 또는 대여를 위한 전시를 포함)으로 다르다.

법률상 규정된 권리 전부를 라이선스 줄 수도 있지만 일부만 라이선스를 줄 수 있다. 제외되는 권리가 있다면 이 점도 명확히 하여야 한다.

경우에 따라서는 법률에 명문의 규정이 없는 행위도 넣기도 하는데, 그 대표적인 예가 have made이다. 별도의 배제 규정이 없다면 make 권리에는 licensee가 제3자를 이용해서 자신을 위해서 make하도록 하는 권리, 즉 위탁생산이 포함된다고 하는 미국 판례 있으나 많은 라이선스 계약에서 위탁생산이 포함됨을 명백히 하기 위해서 have made 표현을 추가하고 있다. 위탁 생산을 금지하려면 ‘but not have made’ 같은 문구를 넣는다. 그 밖에도 ‘have used,’ ‘have sold,’ ‘have offered for sale,’ ‘have imported’ 같은 표현을 넣기도 한다. 제3자 위탁은 제3자에게 독립한 라이선스를 주는 sublicensing 과는 다르다.

3. Sublicensing.⁸⁰⁾

Sublicense Grant. Subject to the terms and conditions of this Agreement, Licensor hereby grants to Licensee the right to sublicense all or any of its licensed rights to and under the Licensed Patents.

4. Improvements.

5. Royalties.

6. Records and Audit.

7. Enforcement of Licensed Patents and Third-Party Infringement Claims.

ARTICLE III. REPRESENTATIONS AND WARRANTIES OF LICENSOR⁸¹⁾

80) sublicense(재실시권)를 허용할 경우 그 뜻을 계약서에 명백히 두어야 한다. 별도의 허용 규정이 없는 이상 sublicense는 금지된다고 하는 미국 법원 판례가 있기 때문이다.

licensee는 제한 없이 자유로이 sublicense할 수 있기를 원하지만(그 경우 아래와 같은 표현을 쓸 수 있다 “The granting of sublicenses shall be at Licensee's sole and exclusive discretion and Licensee shall have the sole and exclusive power to determine the identity of any sublicensee, the applicable licensee fees or royalty rates, if any, and other terms and conditions of the sublicense”), licensor는 그 범위를 제한하고 licensee가 sublicensee의 행위에 책임을 부담하기를 원한다. 예를 들면 아래와 같은 제한을 둘 수 있다.

- sublicense는 원 license의 범위를 초과할 수 없다 (no sublicense may exceed the scope of rights granted to Licensee under this Agreement)
- sublicensee의 권리는 원 license가 소멸하면 자동 소멸한다 (in the event of expiration or termination of this Agreement, all sublicense rights will terminate automatically effective as of the expiration or termination date of this Agreement).
- sublicense는 서면 계약에 의해야 한다(Licensee shall require all sublicensees to agree in writing to be bound by the applicable terms and conditions of this Agreement)
- Sublicense를 licensor에게 통보하여야 한다 (Licensee shall deliver to Licensor a true, complete, and correct copy of each sublicense agreement). 더 나아가 licensor의 사전 동의를 얻도록 할 수도 있다.
- licensee가 sublicensee의 행위에 책임을 지도록 한다 (Licensee shall remain primarily liable to Licensor for all of Licensee's duties and obligations contained in this Agreement. Any act or omission of a Sublicensee that would be a breach of this Agreement if committed or omitted by Licensee will be a breach by Licensee.)
- licensee로 하여금 sublicense의 사용료(sublicense royalty)를 licensor에게 직접 지급하도록 한다. 그밖에 재사용허락의 범위, 사용료, 1차 사용용권자의 책임 범위, 자료 보관 및 제출 의무, 통지에 관한 사항을 자세히 정할 필요가 있다.

81) Representations and warranties는 진술과 보증으로 번역을 한다. 계약의 한 당사자가 다른 당사자에게 어느 시점을 기준으로 사실 관계를 기술하는 조항이다. 그 내용이 허위인 경우에는 진술 보증을 제공한 당사자가 계약 위반 책임을 지고, 계약을 해지 당할 수 있다. 있는 그대로 사실을 객관적으로 기술하는 조항이라기 보다는 사실을 확인, 보증하면서, 당사자 사이에 위험 부담을 조절하는 기능도 한다. 진술과 보증 조항은 면책 조항(indemnification), 계약 해지, 손해배상 조항들과 연관하여 협



8. Licensor represents and warrants to Licensee as follows:

8.1 Organization, qualification, authority, binding effect.⁸²⁾

(a) Licensor is duly organized and validly existing corporation in good standing under the laws of [COUNTRY or STATE] and is duly qualified and authorized to do business and is in good standing in all jurisdictions where it is required to be so qualified and where the failure to be so qualified would reasonably be expected to have a Material Adverse Effect.⁸³⁾

(b) Licensor has the corporate power and authority to (a) own Licensed Patents; and (b) execute, deliver and perform this Agreement;

(c) Licensor has taken all necessary action to authorize the execution, delivery and performance of this Agreement;

(d) Licensor has duly executed and delivered this Agreement;

(e) The execution, delivery and performance by Licensor of this Agreement will not (i) contravene any applicable provision of any law, statute, rule or regulation, or any order, writ, injunction or decree of any court or governmental instrumentality, (ii) conflict with or result in any breach of any agreement to which Licensor is a party or (iii) violate any provisions of Licensor's certificate of Incorporation or By-laws;

(f) the execution of this Agreement by its representative whose signature

상, 작성, 검토하여야 한다.

82) 아래 (a)부터 (g)까지 진술-보증은 특허 라이선스 계약에 특이한 진술-보증은 아니고, 계약이 유효하게 성립하고 실행, 강제할 수 있다는 일반적인 내용으로 다른 계약 유형에도 거의 동일하게 들어간다. 이 진술-보증은 거의 논란이나 협상 없이 받아들일 수 있는 수준이다.

83) 이 조항은 당사자인 회사가 정식으로 설립되어, 존속되어 있다는 점을 확인하는 진술-보증으로, 회사가 당사자인 계약에는 대부분 들어간다. 미국에서 회사는 연방이 아니라 주에 설립되어 주 정부에 등록을 한다.

good standing은 주 정부(대개 the secretary of state)로부터 받은 good standing certificate으로 확인을 할 수 있다. good standing은 보통 주 정부에 정기적으로 납부하는 등록세를 모두 납부했고, 정기 보고 의무도 마쳤음을 의미한다.

'duly qualified and authorized ...' 이하는 설립된 주가 아닌 다른 주에 필요한 사업자 등록을 하였음을 확인하는 진술-보증이다. 등록이 누락된 주가 그 회사에 중대한 부정적 영향을 미치지 않는 경우까지 진술-보증 위반 책임을 지우는 것은 불합리할 수 있으므로 그러한 경우를 제외하기 위해 'Material Adverse Effect' 부분을 포함하는 것이 보통이다.

is set forth at the end hereof has been duly authorized by all necessary corporate action of the party; and

(g) This Agreement constitute the legal, valid and binding obligation of Licensor enforceable against Licensor, in accordance with its terms.

8.2 Licensed Patents and License.⁸⁴⁾ 85)

(a) The patents and patent applications are all the patents and patent applications owned by Licensor, or in which Licensor has a licensable interest, that are necessary or useful for Licensee to make, have made, use, offer to sell, sell, and import the Licensed Products [in the Field of Use] in the Territory;

(b) it is the legal and beneficial owner of the entire right, title, and interest in and to the Licensed Patents[, and is the record owner of all patent applications and issued patents that are Licensed Patents;

ARTICLE IV. REPRESENTATIONS AND WARRANTIES OF LICENSEE

84) 아래는 특허 라이선스 계약에 특유하게 들어갈 수 있는 진술-보증이다. 당사자 사이 이해관계가 첨예하게 충돌하여, 치열한 협상이 예상되는 부분이다.

보통 licensee는 특허가 유효하고, 다른 특허 침해가 없음 등에 관해서 조건이나 유보 없이 licensor가 절대적 진술-보증을 포괄적으로 제공하기를 원한다.

반대로 licensor는 가능하면 좁고 제한적인 진술-보증만 주기를 원할 것이다. licensor라면 자신이 라이선스 대상 특허를 보유하고 있고, 라이선스를 줄 수 있는 권리가 있다는 수준인 아래 (a) (b) (c) 정도 진술-보증만 주고 싶어할 것이다.

더 나아가 licensee는 특허가 유효하고 강제 가능하다, Licensee의 실시행위가 제3자의 특허나 다른 지식 재산권을 침해하지 않는다는 진술-보증까지도 요구하겠지만 licensor는 거부하는 것이 보통이다. licensor가 이런 진술보증을 할지는 결국 협상력에 달려 있다.

Licensor로는 추가 진술 보증을 주더라도 그 범위를 제한하거나, 단서를 달려고 할 것이다. 예를 들어 중대한 사안(material), 현재 알고 있는 범위(to its knowledge)로 한정을 하거나, 지역, 시간, 기술 영역에서 제한을 둘 수 있다. 또 구제 수단, 손해배상 범위에서 제한을 두기도 한다.

85) 지적 재산권 보유자가 아무런 진술-보증도 하지 않는 경우도 있는데, 이때는 지적 재산권의 모든 하자에 대한 위험을 licensee가 부담한다. 흔히 현상태 그대로 거래한다는 의미에서 'as is'라고 한다. 아무런 진술-보증도 하지 않는다면 예를 들면 다음과 같은 조항을 넣을 수 있다.

The Licensed Patents are licensed by the Licensor strictly on an "as is" basis and without any warranties of any kind, express or implied, as to title, non-infringement, performance, accuracy, or completeness. To the maximum extent permitted by applicable law, Licensor disclaim any and all warranties other than those expressly set forth herein, including, without limitation, disclaiming any and all implied warranties of merchantability, fitness for a particular purpose and non-infringement.



9. Licensee represents and warrants to Licensee as follows:⁸⁶⁾

9.1 Organization, qualification, authority, binding effect.⁸⁷⁾

ARTICLE V. COVENANTS

10. Patent Prosecution and Maintenance.⁸⁸⁾ For each patent application and patent under the Licensed Patents, Licensor shall:

10.1 prepare, file, and prosecute such patent application:

10.2 maintain such patent;

10.3 pay all fees and expenses associated with its activities.

11. Records.

11.1 Records Licensee shall keep records of its sales of Licensed Products reasonably necessary for the calculation of payments to be made to Licensor hereunder.

11.2 Audit.⁸⁹⁾

86) Licensee의 진술보증은 보통 간단하다. 진술보증 내용도 라이선스 계약에 특유한 진술보증보다 모든 계약에 공통되는 내용이 대부분이다.

87) Organization, qualification, authority, binding effect에 관해서 licensee는 licensor와 거의 같은 내용과 수준으로 진술보증을 한다.

88) Licensor로 하여금 지속적, 적극적으로 특허권을 유지, 관리할 의무를 부과하는 조항이다. Licensor로부터 특허침해 소송을 당하지 않고 기술 실시를 할 수 있는 자유를 얻는 것에 주된 목적이 있는 비독점적 라이선스에서는 이러한 유지, 관리 의무 조항이 중요성이 크지 않다. 기술을 활용해서 이윤을 얻을 목적으로 하는 라이선스에서는 특허권의 유지, 관리가 중요한 의미를 가진다. 경우에 따라서 licensor에게 맡기는 대신에 licensee가 자신의 비용과 노력으로 특허권의 유지, 관리할 수 있는 권리나 선택권을 가진다고 규정하기도 한다. licensee가 특허권을 유지, 관리할 수 있는 권리를 가지는 경우에 생기는 새로운 문제를 고려할 필요가 있다. licensor와 licensee 사이에 이해관계 충돌할 수 있으므로 이를 해결하는 장치, 비밀유지, 변호사-의뢰인 간 비밀유지 특권 유지를 위한 조항이 필요할 수 있다.

89) Licensee의 기록 보존 의무와 함께 licensor가 licensee의 로열티 계산이 정확한 자료에 의해서 이루어졌는지를 licensor가 직접 확인, 검증할 수 있는 감사권을 보장하는 경우가 많다.

기록 보존 의무와 감사권 조항을 둔다면 licensee로서는 일상 사업활동에 주는 지장과 영향을 최소화 하기 위해서 일정한 제한을 둘 필요가 있다. 그 예는 아래와 같다.

- 감사를 실시할 수 있는 기간이나 횟수를 제한다.
- 일정 기간 사전 서면 통보 후에 감사를 실시하도록 한다(upon reasonable [seven (7)] Business Days' prior written notice to Licensee).
- 감사는 licensee가 동의한 외부 공인회계사가 실시하도록 한다(independent Certified Public Accountant acceptable to Licensee).
- 모든 감사 비용은 licensor의 부담으로 한다(at its own expense).

(a) Licensor, at its own expense, may, for a period of one year after receiving any Payment Statement from Licensee, nominate an independent Certified Public Accountant acceptable to Licensee (the “Auditor”), who will have access to Licensee’s sales and records for the Licensed Products upon reasonable [but not less than seven (7) Business Days’ prior written] notice to Licensee and during Licensee’s normal business hours solely for the purpose of verifying the Earned Royalty payments made under this Agreement.

12. Third-Party Infringement.

12.1 A party receiving notice of alleged infringement of any Licensed Patent, or having a declaratory judgment action alleging invalidity or noninfringement of any Licensed Patent brought against it, shall promptly provide written notice to the other party of the alleged infringement or declaratory judgment action, as applicable.

12.2 Licensor shall bring suit or defend a declaratory judgment action and control the conduct thereof, including settlement, to stop infringement of any Licensed Patent.⁹⁰⁾

- 감사를 실시하는 인원이 licensee의 사업장에 머물 수 있는 시간을 제한한다(during Licensee’s normal business hours).

90) 제3자가 대상 특허를 침해할 경우 대응하는 방법은 당사자들이 특허권에 대해 가지는 이해관계의 성격과 강도, 당사자의 협상력에 따라 다양하게 정할 수 있다. 우선 특허 침해를 발견하면 바로 상대방에게 통보하도록 하는 의무를 부과하는 조항을 두는 것이 보통이다.

더 나아가 특허 침해자에 대한 소송을 누가 누구의 비용으로 제기하고 누가 결정권을 가지는지는 큰 협상의 대상이고, 그에 관한 상세한 규정을 둘 필요가 있는데, 특별한 사정이 없다면 licensor가 침해에 대응할 권한을 가진다고 규정하는 것이 보통이다. Licensee가 특허와 특허 침해에 관해 큰 이해관계를 가지고 큰 협상력까지 가진다면 licensee가 자기 비용으로 침해자에게 소송을 제기할 수 있고, 소송을 제기할지나 소송 수행 방법, 침해자와 화해를 포함한 소송 종결에 관한 결정 권한을 가지게 할 수 있다. 소송 관리권을 licensee가 가진다면 소송 비용도 licensee가 부담하는 것이 보통이지만 판결 또는 화해를 통해서 손해배상을 받는다면 그 배상금에서 자신이 입은 손해는 물론이고 변호사 비용을 포함한 소송 비용을 우선 변상 받거나, 더 나아가 그 배상금 전체 또는 일부를 licensee에게 귀속시킨다는 합의를 할 수 있다. 미국법에서는 배타적 이용권을 가진 licensee는 자기 이름으로 특허침해 소송을 제기할 수 있는 자격이 있다 (Keranos, LLC v. Silicon Storage Tech., Inc., 797 F.3d 1025, 1038 (Fed. Cir. 2015)). 제3자의 특허 침해로 licensee가 손해를 입거나 licensee가 소송을 제기하는 경우 licensee 입장에서는 그 기간 동안에는 특허 사용료 지급을 전부 또는 일부 거부할 수 있도록 하는 조항을 요구해 볼 수도 있다.

어느 한 쪽에 소송 제기 권한을 가질 경우 그것이 의무인지 아니면 자유 선택에 맡길 것인지도 명확히 할 필요가 있다. 또 소송 제기 권한을 가지지 않는 다른 상대방에게 소송 제기를 요구할 권리를



ARTICLE VI. INDEMNIFICATION AND REMEDIES

13. Indemnification.⁹¹⁾

13.1 Licensee Indemnification. Licensee⁹²⁾ shall indemnify, defend, and hold harmless⁹³⁾ Licensor and its officers, directors, employees, agents, successors, and assigns⁹⁴⁾ against all Losses arising out of or resulting from any third party claim, suit, action, or other proceeding related to or arising out of or resulting from (a) Licensee's breach of any representation, warranty, covenant, or obligation under this Agreement, or (b) use by Licensee of Licensed Patents.

줄 수도 있다.

91) Indemnification은 흔히 손해 보상 또는 면책 조항으로 번역을 하는데, 어느 것이나 영문 계약에서 쓰이는 의미를 충분히 전달하기에는 부족해 보인다. 풀어서 설명하자면 indemnification 조항은 한 계약 당사자가 다른 당사자로 인하여 손해를 입었을 때, 특히 제3자에게 책임을 부담하는 경우에 이를 보상해 주어야 하는 계약상 의무를 정하는 규정이다. 라이선스를 받은 제품이 제3자의 특허를 침해하여 licensee가 제3자에게 특허 침해 책임을 부담하는 경우 licensee가 licensor에게 보상을 받을 권리를 규정하거나, 라이선스를 받은 제품의 하자가 생겨서 licensor가 소비자에게 배상 책임을 부담하는 경우 licensor가 licensee에게 보상을 받을 권리를 규정하는 조항이 라이선스 계약에서 흔히 볼 수 있는 indemnification 조항이다.

92) Indemnification을 주는 자가 licensee 와 licensor와 가운데 어느 쪽인지를 명확히 하여야 한다.

93) Indemnification의 범위는 손해 보상(indemnify)과 소송 대응(defend)을 보통 포함한다. 관용적으로 들어가는 hold harmless라는 문구는 독자적 의미는 없고 손해 배상(indemnify)과 같은 의미라도 보아도 무방하다.

소송 대응(defend)은 indemnification을 받는 자가 제3자로부터 책임을 묻는 소송을 당했을 때 indemnification을 주는 자가 소송 비용을 보상해야 해야 한다는 의미인데, 그 구체적인 보상 범위와 방법에 관해서는 쟁점이 많이 있고 치열한 협상이 벌어질 수 있다.

(1) indemnification을 받는 자가 먼저 소송 비용을 지출하고 사후에 소송 비용을 청구할 수 있는지 아니면 예상되는 소송 비용 선납을 요구할 수 있는지

(2) 보상해야 하는 소송 비용의 범위는 어디까지인지, 특히 변호사 비용도 포함하는지

(3) indemnification을 주는 자에게 소송 비용 지출에 대한 사전 승인, 변호사 선임에 대한 승인, 추천권 같은 사전 통제 권한을 줄 것인지

(4) indemnification을 주는 자에게 소송 수행권까지 줄 것인지(소송 비용을 부담하고 소송 결과에 따라서 보상을 해 주어야 하는 indemnification을 주는 자로서는 indemnification 받는 자가 성실하게 최선을 다해서 소송을 수행할지에 대한 우려가 있으므로 소송 수행을 자신이 하는 것이 유리할 수 있고 소송 수행권을 달라고 요구하는 경우가 많다. 또 제3자가 특허 침해 소송을 제기하였을 때는 특허권자인 licensor가 대상 특허와 관련 기술에 관한 더 많은 자료와 지식을 가지고 있으므로 licensor가 소송을 수행하기에 더 적당할 수도 있다)

(5) 소송 상대방과 화해할 결정권은 누가 가지는지(반면에 결정권을 가지지 않는 당사자에게 사전 고지를 받을 권리, 의견을 제시할 권리, 화해 조건에 동의할 수 있는 권리 같은 어느 정도 관여를 허용할 것인지)

94) Indemnification을 받는 자에 임원, 직원, 대리인 등이 책임을 지게 되는 경우를 대비하여 그들까지 포함하기도 한다.

ARTICLE VII. TERMS AND TERMINATION

14. Term and Termination.

14.1 Term. This Agreement is effective as of the Effective Date and will be effective for an initial period of one (1) year. The Agreement will automatically renew for successive one (1) year terms on its anniversary date unless (i) either Party gives a written notice for termination to the other Party thirty (30) days prior to the end of any one year period or (ii) the Agreement is earlier terminated in accordance with its terms.

14.2 Termination for Cause. Licensor shall have the right to terminate this Agreement immediately by giving written notice to Licensee if:

- (a) Licensee fails to pay any amount due under this Agreement on the due date for payment;
- (b) Licensee materially breaches this Agreement;
- (c) Licensee (i) is dissolved or liquidated; (ii) becomes insolvent; or (iii) files bankruptcy; or
- (d) Licensee undergoes a Change of Control.

14.3 Effect of Termination. Within [thirty (30) Business Days after termination or expiration of this Agreement, Licensee shall: (a) submit a Payment Statement to Licensor, and any payments due Licensor [and invoiced by Licensor] shall become immediately payable with submission of the final Payment Statement; (b) immediately cease all activities concerning, including all practice and use of, the Licensed Patents ; and (c) within [NUMBER IN WORDS] ([NUMBER]) Business Days after termination or expiration: (i) return to Licensor all documents and tangible materials (and any copies) containing, reflecting, incorporating, or based on [Licensor's] Confidential Information; (ii) permanently erase such Confidential Information from its computer systems; and (iii) certify in writing to Licensor that it has complied with the requirements of this Section 17.3(c).



Article VIII. Miscellaneous ⁹⁵⁾

15. Miscellaneous.

15.1 Force Majeure.⁹⁶⁾ Neither party shall be in default hereunder by reason of any failure or delay in the performance of its obligations hereunder, except for Licensee's payment obligations, where such failure or delay is due to [any cause beyond its reasonable control, including]⁹⁷⁾ strikes, labor disputes,⁹⁸⁾ civil disturbances, riot, rebellion, invasion, epidemic, hostilities, war, terrorist attack, embargo, natural disaster, acts of God, earthquake, hurricanes, flood, adverse weather conditions not reasonably anticipated, ⁹⁹⁾ fire, sabotage, fluctuations or non-availability of electrical power, heat, light, air conditioning, or Licensee equipment,¹⁰⁰⁾ loss and destruction of property, or any other circumstances or causes beyond such party's reasonable control.¹⁰¹⁾

- 95) 아래 Miscellaneous장 아래에 들어가는 조항들 가운데 governing law, submission to jurisdiction, waiver of jury trial, equitable relief, attorneys' fees 같은 조항들은 계약당사자의 권리와 의무에 지대한 영향을 미칠 수 있으므로 상세히 살펴 보고 협상을 통해서 유리하게 규정할 필요가 있다.
한편 Miscellaneous 아래의 많은 조항들, 예를 들어 No Public Statements, Notices, Interpretation, Headings, Entire Agreement, Assignment, No Third Party Beneficiary, Amendment, Severability 조항은 계약서에 관행으로 들어가는 규정이어서 보통은 협상하거나 수정할 필요가 거의 없다.
- 96) 불가항력 조항이다. 불가항력 조항은 계약 당사자가 통제, 관리할 수 없는 영역에서 발생한 사유로 인해서 한 계약당사자의 의무 이행이 불가능할 때 그 의무자의 책임을 면제해 주는 조항이다.
불가항력 조항을 정의할 때는 그 사유가 진정으로 예측이나 통제가 불가능한지를 잘 따져 보고, 예측 가능하거나 상대방이 적극 예방이나 대체하는 방법을 찾을 수 있는 경우라면 사유에서 제외하도록 협상하여야 한다.
- 97) 불가항력 사유를 정의하는 방법으로 한정적 열거 방식과 개방적 예시 방식이 있다. 대괄호 안에 있는 "any cause beyond its reasonable control, including"부분을 포함하면 불가항력 사유를 열거된 사유로 한정하지 않고 당사자의 영향력 밖에 있는 모든 사유를 포함하는 개방적 예시 방식을 취하는 것이 된다. 불가항력 사유를 포괄적으로 정의하면 대개 지적 재산권을 제공할 의무를 면제받을 수 있는 licensor 에게 유리하다.
- 98) 책임 면제를 받는 당사자의 상대방(licensee)로서는 파업, 노동쟁의를 불가항력 사유로 하더라도 그것이 책임 면제를 받는 당사자 자신의 근로자의 노동쟁의가 있는 경우, 또는 책임 면제를 받는 당사자가 성실히 교섭에 임하지 않음으로써 파업, 노동쟁의가 발생한 경우에는 책임 면제를 받을 수 없도록 할 필요가 있다.
- 99) 지진, 홍수, 태풍 같은 천재지변은 전형적인 불가항력 사유이다.
- 100) 전기, 물의 공급 중단 또는 부족도 불가항력 사유로 들어가기도 한다. 정전이 발생할 수 있다는 점은 예상할 수 있고, 정전에 대비해서 비상 발전기를 설치하여 예방이나 대응을 할 수 있고, 그런 조치를 취할 의무도 있다고 볼 여지도 있으므로 포함하는 것에 동의할지에 계약 유형이나 상황에 따라 신중할 필요가 있다. 냉난방의 중단, 부족, 그밖의 다른 사유들도 개별적으로 불가항력 사유로 포함할지를 잘 고려해 보아야 한다.
- 101) 수용(taking, expropriation, eminent domain), 정부의 조치, 입법, 규제 변화, 또는 정책 변경

15.2 Further Assurances. Each party shall upon the reasonable request of the other party, execute such documents and take such further actions as may be reasonably necessary to give full effect to the terms of this Agreement.¹⁰²⁾

15.3 Independent Contractors.

15.4 Headings. The headings in this Agreement are for reference only and shall not affect the interpretation of this Agreement.¹⁰³⁾

15.5 Entire Agreement.¹⁰⁴⁾ This Agreement, together with all Schedules, [NAME OF DOCUMENTS] and any other documents incorporated herein by reference,¹⁰⁵⁾ constitutes the sole and entire agreement of the parties to this Agreement with respect to the subject matter contained herein, and supersedes all prior and contemporaneous understandings, agreements, representations, and warranties,¹⁰⁶⁾ both written and oral, with respect to such subject matter.

(action or failure to take action by any governmental authority, including the adoption or change in any rule or regulation lawfully imposed by such governmental authority)을 포함하기도 한다.

- 102) 추가 보장(further assurance) 조항은 계약서에 구체적으로 열거되어 있지 않더라도 계약 이행을 위해서 필요하고 과도한 부담 없이 이행할 수 있으며 합리적 수준에서 기대되는 행동이라면 이를 이행할 포괄적 의무를 부과하는 조항이다. 예를 들면 계약서에 열거되어 있지는 않지만 이 같은 계약을 이행할 때 통상 예상할 수 있는 서류에 서명하는 것이 필요하다면 계약서에 열거되어 있지 않다는 이유로 이행을 거부할 수 없고 제공해야 한다. 그렇다고 이 조항이 만병통치약은 아니다. 비용이나 이익 배분과 같이 당사자의 경제적 이해 관계에 상당한 영향을 미치는 사항을 추가 보장 조항에 의존해서 해결하기를 기대하기는 어렵다.
- 103) 각 조항의 제목과 그 내용이 서로 모순될 때 제목은 해석에 영향을 미치지 않는다는 점을 확실히 하는 조항이다. 당사자들은 조항 제목을 붙일 때 긴 계약서에서 조문을 찾기 좋도록 참고로 할 목적이지만 계약 내용에 영향을 미칠 의도는 없는 것이 보통이다. 이 같은 headings 조항이 없더라도 법원은 조항 제목에 큰 의미를 두지 않는 것이 보통이다. 아무리 headings 조항이 있더라도 혼란과 분쟁을 막기 위해 계약서를 작성, 검토하는 단계에서는 제목과 내용이 모순되지 않도록 주의를 기울일 필요가 있다. 예를 들면 “배심원 재판의 포기(Waiver of Jury Trial)”라고 제목을 붙여 놓고는 내용에서는 배심원 재판을 받기로 한다고 모순되게 규정한다면 혼란과 분쟁을 피하기 어렵다.
- 104) 이 조항은 “merger” 또는 “integration”으로 제목을 붙이기도 한다. 이 계약서는 당사자들 사이에 형성된 모든 상호 이해, 합의 전체를 담고 있고, 이 계약서 외에서 구두 또는 서면으로 이루어진 어떤 약속, 이면 합의, 진술, 보증도 효력을 가지지 않는다는 내용을 이 조항은 담고 있다. 하지만 실제 분쟁이 생겼을 때 법원에 따라서는 구체적인 사정에 따라서 이 계약서에 담기지 않은 합의의 효력을 인정하기도 하므로, 표준 조항을 그대로 넣을 것이 아니라 최대한 개별 사안에 맞게 이 조항을 수정해서 구체적으로 규정할 필요가 있다.
- 105) 당사자 사이에 여러 계약이 체결된 경우 그 계약서들을 모두 열거할 필요가 있다. 회사들이 공동 사업을 하기 위해 license agreement와 함께 joint development agreement, joint venture agreement도 체결을 한다면 이 같은 계약서들을 열거해서 entire agreement 조항의 적용을 받지 않는다는 점을 분명히 할 필요가 있다.



[In the event of any conflict between the terms and provisions of this Agreement and those of any Schedule or other document, the following order of precedence shall govern: (a) first, this Agreement, excluding its Schedules; (b) second, the Schedules to this Agreement as of the Effective Date; and (c) third, any other documents incorporated herein by reference.]¹⁰⁷⁾

15.6 Assignment.

15.7 No Third Party Beneficiaries.

15.8 Amendment; Waiver.

15.9 Severability.

15.10 Governing Law; Submission to Jurisdiction. ¹⁰⁸⁾

(a) This Agreement and all matters arising out of or relating to this Agreement are governed by the laws of [COUNTRY OR STATE],¹⁰⁹⁾ without regard to the

106) 진술, 보증도 entire agreement 조항에 포섭시킬지 신중한 고려와 협상이 필요하다. 예를 들어 매매 계약의 매수자로서는 계약서 상의 진술-보증에 포함되지 않은 협상 과정에서 매도인이 제공한 자료나 진술(사업 전망이나 목적물의 가치에 관한 장밋빛 약속)에 근거해서 계약 위반, 사기 주장을 할 여지를 남겨 두는 것이 유리할 수 있으므로 그럴 경우 위 예문에서 ‘representation, warranties’ 부분을 삭제하거나, 일부 사항을 적용에서 제외할 수 있다.

107) 여러 계약서 사이에 충돌이 발생할 경우 우선 순위를 정하는 합의이다.

108) 재판관할권(jurisdiction)과 준거법(choice of law), 중재 조항 (arbitration clause)은 분쟁이 발생하였을 경우 무척 중요한 사안이 된다. 때때로 관할지와 준거법에 대한 명확한 규정이 없거나 둘 중 하나만 정해져 있어, 본안(merits)에 대해 다루기 전 별도의 절차를 거쳐야 하는 불편이 초래될 수 있다. 따라서 관할지와 준거법에 대한 규정을 모두 정하여 놓는 것이 불확실성 해소 차원에서 도움이 된다. 최근 미국 법원들은 중재 조항을 우호적으로 해석하여 중재 조항이 있는 계약 분쟁의 경우 소송이 아닌 중재로 해결하는 것을 선호하는 경향을 보이고도 있다. 하지만 중재를 승소하여도 집행을 하기 위해서는 법원에서 인증을 받아야 하는 등 별도 절차가 필요할 수 있다. 중재와 소송 어느 하나가 모든 상황에 유리하다고 할 수 없으니 둘의 장단점을 고려하여 특정 계약에 적합한 것을 선택하여야 한다.

109) 당사자의 준거법을 합의하면 계약의 유효성, 해석, 효과, 이행은 그 합의된 준거법에 따라서 이루어지게 된다. 그러나 모든 경우에 합의된 준거법이 적용되는 것은 아니다.

- 절차법: 소송 절차, 증거의 수집 같은 분쟁해결 절차에 대해서는 그 재판이 이루어지는 장소의 법이 적용된다.
- 소멸시효: 해당 쟁점이 실체법인지 아니면 절차법인지의 문제가 언제나 분명한 것은 아니다. 예를 들어 소멸시효를 어떤 나라는 실체법으로 보는 반면에(권리의 절대적 소멸로 보는 입장), 어떤 나라는 절차법으로 보기도 한다(권리를 소송에서 주장할 수 없을 뿐이라는 입장).
- 강행법규: 재판이 이루어지는 국가의 강행규정에 따라 당사자들이 합의한 준거법이 아니라 재판이 이루어지는 국가의 강행규정이 적용될 수 있다. 약자인 소비자나 근로자 보호를 위한 규정들도 준거법에 우선해서 적용될 수 있다.
- 순수한 자국민들간의 계약: 순수한 자국민들 간의 계약에 외국법을 적용하기로 합의한 경우 국가에 따라서는 외국법을 준거법으로 적용하기를 거부하는 경우가 있다.

conflict of laws provisions¹¹⁰⁾ thereof to the extent such principles or rules would require or permit the application of the laws of any jurisdiction other than those of the State of [COUNTRY OR STATE].¹¹¹⁾ 112)

(b) Any action, suit, or other proceeding arising out of or related to this Agreement shall be brought and determined exclusively¹¹³⁾ in the court of [CITY] within [COUNTRY],¹¹⁴⁾ and each party irrevocably submits to the exclusive

- 계약에 근거하지 않은 청구: 계약과 관련이 있지만 계약에 근거하지 않은 청구, 예를 들면 계약 이행과 관련하여 발생한 불법행위에 기한 손해배상 청구, 부당이득 청구에는 합의된 준거법이 아니라 해당 불법행위나 부당이득이 발생한 국가의 법이 준거법이 될 수 있다. 계약과 관련이 있는 비계약상 청구에도 같은 준거법이 적용되기 원한다면 준거법 규정에 “including non-contractual claims” 또는 “and all matters arising out of or relating to this Agreement” 같은 문구를 추가해서 비계약상 청구에도 합의된 준거법을 적용하기로 합의했음을 분명히 해야 한다.
 - 권리의무의 종류에 따른 제약: 부동산, 지적재산, 회사의 내부 관계, 소비자나 노동 관계에 관해서는 부동산의 소재지, 지적 재산권의 등록지, 회사의 설립지, 소비자나 근로자의 주소지의 법이 준거법에 우선해서 적용될 수 있다.
- 110) 예를 들어 A국가 기업과 B 국가 기업이 C 국가에서 이행이 주로 이루어지는 계약을 체결하면서 중립적인 나라의 법을 준거법으로 하자는 의도에서 D 국가의 법을 준거법으로 했다고 가정하자. 그때 D 국가의 섭외사법이 계약의 준거법은 그 계약 이행과 관련성이 가장 높은 장소의 법을 준거법으로 한다고 규정하고 있다면, 당사자는 그 계약에 D국가의 법을 적용하고자 의도를 하였지만 D 국가의 섭외사법에 따라 C국가의 법이 준거법으로 적용되는 경우가 생겨날 수 있다. 이러한 의도하지 않은 결과를 피하기 위하여 그 나라의 섭외사법은 적용하지 않는다는 의미에서 “without regard to the conflict of laws provisions” 부분을 추가하는 경우가 많다.
- 111) 준거법 합의가 없는 경우에는 재판이 이루어지는 국가의 섭외사법에 따라서 준거법을 결정한다. 섭외사법의 내용은 나라마다 다르지만 보통 계약 전체에서 유추할 수 있는 당사자가 희망하는 나라의 법, 거래 대상이 위치한 장소, 당사자가 소재한 국가, 계약의 협상이나 체결이 이루어진 장소, 거래의 내용 등을 참작하여 준거법을 결정한다. 이러한 불확실성을 피하려면 계약서에서 준거법을 정해두는 것이 좋다.
- 112) 준거법을 결정할 때는 다음과 같은 다양한 요소들을 종합적으로 검토해서 정할 필요가 있다.
- 그 나라의 성문법과 판례법이 관련 분야에서 충분히 발전, 성숙되어 있어서 예측 가능성이 있고, 유리한 결과를 예상할 수 있는지. 많은 국제 상거래 계약이 미국 뉴욕법을, 회사 인수합병 계약이 미국 델라웨어법을, 해상 운송계약이 영국법을 따르는 이유는 그 분야의 법이 발전되어 있고 예측 가능성이 높기 때문이다.
 - 그 나라의 강행법규가 합의된 계약 내용을 무효로 할 수 있는 위험성이 있는지
 - 유사한 계약이나 업계의 관행
 - 계약의 이행이 이루어지는 장소, 또는 계약 대상물이 위치한 장소
- 113) 관할법원을 선택적 관할 (non-exclusive jurisdiction)으로 할 수도 있다. 선택적 관할로 하면 소송을 제기할 법원의 선택에서 탄력성이 있다는 장점이 있는 반면에 불확실성이 늘어나는 단점이 있다.
- 114) 엄밀히 보자면 관할권(jurisdiction) 조항에서 재판 관할권(jurisdiction)과 관할 법원(venue)을 구분하여야 한다. 재판 관할권은 어느 나라(미국의 경우 주)가 재판을 할 수 있는 권한을 가지느냐는 문제이고, 관할 법원은 그 나라 안에 있는 여러 법원들 가운데 어느 법원에 재판을 제기할 수 있는냐는 문제이다. 예를 들어 ‘대한민국 부산지방법원’에 소송을 제기할 수 있다고 규정했다면 대한민국이 jurisdiction이고, 부산지방법원이 venue이다.



jurisdiction of such courts in any such suit, action, or proceeding. ¹¹⁵⁾

Arbitration. All disputes arising out of or in connection with this agreement shall be finally settled by the arbitration under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce.¹¹⁶⁾ The number of arbitrators shall be [one/three]. The seat, or legal place, of arbitration shall be [COUNTRY]. The place of arbitration shall be [CITY]. The language to be used in the arbitral proceedings shall be [LANGUAGE].

15.11 WAIVER OF JURY TRIAL. ¹¹⁷⁾ EACH PARTY IRREVOCABLY AND UNCONDITIONALLY WAIVES ANY RIGHT IT MAY HAVE TO A TRIAL BY JURY FOR ANY LEGAL ACTION ARISING OUT OF OR RELATING TO THIS AGREEMENT OR THE TRANSACTIONS CONTEMPLATED HEREBY.

15.12 Equitable Relief.

15.13 Attorneys' Fees.

15.14 Counterparts. This Agreement may be executed in counterparts, each of which shall be deemed an original, but all of which together shall be deemed

115) 관할법원을 준거법과 다르게 정할 수도 있다. 그 경우에는 관할법원의 법관이 그 준거법을 잘 아는 변호사나 학자의 의견을 들어서 준거법을 해석하고 적용하게 된다. 이 경우 관할법원 법관은 준거법 국가의 법률가가 아니기 때문에 그 나라 법률가와와는 다르게 해석, 적용을 할 위험성도 있다.

116) 법원의 재판을 받지 않고 중재로 분쟁을 해결하기로 하고 중재 규정을 둘 수 있다. 중재 규정을 둘 때에는 다음 사항을 명확하게 규정할 필요가 있다.

- 중재의 대상이 되는 분쟁의 종류나 성격: 예를 들어 계약에 기한 분쟁으로 한정할 것인지, 계약과 관련된 모든 분쟁을 포함할 것인지
- 중재 기관: 전세계에는 많은 중재기관과 중재규칙들이 있고 이 가운데 하나를 선택해야 한다. 대표적인 중재기관으로는 International Chamber of Commerce가 있다.
- Seat과 place: 중재의 seat은 중재에 관한 분쟁(중재 재판구 구성, 중재 회부가 가능한지, 보전처분, 집행)을 해결할 국가를 말한다. Place는 중재가 열리는 물리적 장소를 말한다.
- 언어

117) 배심원의 판단을 받을 수 있는 기회가 권리로서 보장되어 있는 미국 법원을 관할법원으로 정하는 경우에 볼 수 있는 조항이다. 일반인으로 구성되는 배심원은 사실 관계 쟁점을 판단하고, 판사는 법률 쟁점만 판단한다. 배심 재판은 시간과 비용이 많이 들고 법률에 문외한인 일반인의 판단을 받는다는 단점이 있다. 특히 분쟁에서 배심원들이 기술을 잘 모고 잘못된 판단을 내릴 위험성이 있기 때문에 많은 licensee는 배심원 재판을 피하고 싶어한다. 특허권자들은 대개 특허 침해가 인정될 경우 배심원들이 더 큰 손해배상액을 인정하는 경향이 있다고 믿고 배심원 재판을 원하는 때가 많다. 미국법은 일반적으로 배심 재판을 받을 권리를 포기하는 조항은 뚜렷하고 명백하게 작성되어 있을 것을 요건으로 하고 있다. 명백성 요건을 충족하기 위해서 많은 계약서들이 배심 재판 포기 조항을 전부 대문자 또는 굵은 글씨로 한다.

to be one and the same agreement. A signed copy of this Agreement delivered by facsimile[, e-mail, or other means of electronic transmission (to which assigned PDF copy is attached)] shall be deemed to have the same legal effect as delivery of an original signed copy of this Agreement.

[signature page follows]

IN WITNESS WHEREOF, the parties hereto have caused this Agreement to be executed as of the date first written above by their respective officers thereunto duly authorized.

[LICENSOR]

By _____
Name:
Title:

[LICENSEE]

By _____
Name:
Title:



[Schedule [NUMBER]]¹¹⁸⁾
[FIELD OF USE]
[ATTACHMENT TEXT].
Schedule [NUMBER]
LICENSED PATENTS
[ATTACHMENT TEXT].
[Schedule [NUMBER]
LICENSED PRODUCTS]
[ATTACHMENT TEXT].
[Schedule [NUMBER]
MINIMUM ROYALTY]
[ATTACHMENT TEXT].
[Schedule [NUMBER]
TERRITORY]
[ATTACHMENT TEXT].
[Schedule [NUMBER]
BEST EFFORTS PLAN]

118) 아래는 특허 라이선스 계약 뒤에 흔히 들어가는 첨부 목록들이다.

[참고]

계약 유형별로 확인해야 할 주요 조항 목록

매매계약 (Sales Contracts)

- Price: 가격 (할인, 설치 및 배송 비용 등 포함)
- Price adjustments 가격 조정 (장기 계약일 때 가격 변동 요인을 반영하여 가격을 조정 할 수 있는지)
- Tax responsibilities: 세금을 낼 의무
- Payment and credit terms: 매매대금 지불 및 신용거래에 대한 책임과 조건
- Warranties, disclaimers and limitation of liability: 보증기간 및 내용 또한 기타 계약상 책임에 관한 규정. 매매대금이 지불되고 계약이 완료된 후에도 계속되는 권리 의무 관계를 규정하기 때문에 더욱 중요하다 할 수 있음

고용계약 (Employment Agreements)

- Scope of Employment: 피고용인의 업무 내역
- Compensation: 연봉, 보너스, 연금, 보험 등 일체
- Termination: 임의 해지가 가능한 고용(at will employment)을 포함하여 고용계약의 종료에 대한 규정 필요
- Non-competition: 피고용인이 경쟁사를 창업하거나 취업하는 것에 대한 제한. 합리적인 선의 제한만 가능
- Assignment: 피고용인의 업무결과물의 소유권 및 지적재산권 등을 고용주에게 귀속시키는 조항
- Confidentiality: 비밀 유지 조항. 고용기간 중 획득한 기밀에 대해서는 더 이상 기밀의 가치가 없어지기 전까지는 영속적으로 비밀유지 의무가 부과될 수 있음



임대계약 (Lease Agreements)

- Duration: 임대기간 시작일과 종료일 명시
- Rent amount, payment procedures, grace period, late fees: 임대 비용, 지불 절차 및 연체료가 부과되지 않는 일정 기간 등 명시
- Security deposit: 보증금. 해당 지역의 법규에 따라 보증금 액수가 제한되는 경우가 있음
- Maintenance: 임대기간 중 유지 보수에 대한 책무
- List of Amenities and fixtures: 임대 대상물에 포함되어 있는 정착물 목록
- Renewal and notice period: 임대 기간 갱신 관련 조항
- Early termination: 임대기간 종료 전 계약을 종료할 수 있는 조건 명시

비밀유지계약 (Non-Disclosure Agreements “NDA”)

- Definition of Confidential Information - 비밀유지의 대상이 되는 정보의 양식, 범주 등 규정
- Terms and duration - NDA 유지 기간
- Use of Confidential Information - 비밀유지의 대상이 되는 정보의 제한적 사용 허가. 주로 “solely for the purpose of”라는 구절 뒤에 명시됨.
- Compelled Disclosure/Legal Obligation to Disclose - 비밀유지 대상 정보를 공개해야만 하는 법적인 의무가 부과될 경우, 그 의무로 인해 정보를 공개하는 것은 NDA의 위반이 아니라는 점 명시
- Return/Destruction of Confidential Information - NDA 종료시 비밀유지 대상 정보를 반환하거나 파기하는 절차와 방법 등에 관한 규정
- Remedies - NDA가 위반되었을 경우 구제책
- No Binding Agreement for Transaction: NDA는 주로 별도의 거래를 위한 due diligence를 위해 체결되는 경우가 대부분. 비록 NDA가 체결되었더라도 underlying transaction에 대해서는 어떠한 권리나 의무가 발생하지 않는다는 점을 명확하게 하기 위한 규정

제2절 송무관리시 유의사항

이동국 변호사(법무법인(유한) 동인)

박 혁 변호사(법무법인(유한) 동인)

이숙미 변호사(법무법인 세종)

I. 민사소송 실무

1. 소송의 준비

가. 원고인 경우

(1) 소송진행 결정

- (가) 분쟁상황 발생시 사실관계 조사, 자료 수집
- (나) 수입제안 및 의견서 수렴 - 정리된 사실관계 및 자료 제공 필수
- (다) 소송진행 결정
 - ① 소송의 필요 여부 - 내용증명, 변호사 의견서로 상대방과 협의가능한지 검토
 - ② 금전청구, 이행청구 등 청구의 형태 검토 - 승소가능 여부 및 승소가능 금액, 상대방 압박을 위한 전술적 청구 필요 여부 검토, 청구금액이 클 경우 인지대 고려하여 일부 청구 고려

(2) 변호사 위임계약 체결

- (가) 변호사 결정을 위해 고려할 사항
 - ① 변호사의 전문성이나 업계에 대한 이해와 적극성 ② 사안에 대한 접근방법의 타당성 ③ 파트너변호사의 관여 여부 ④ 파트너변호사가 수인인 경우 각 역할
- (나) 수입조건의 결정
 - ① lump sum vs time charge



② lump sum의 경우

- i) 착수금과 성공보수의 배분을 적절히(회사는 성공보수가 높고 착수금이 적은 것을, 변호사는 착수금이 높은 것을 원함)
- ii) 성공보수 : 판결시 vs 확정시 vs 회수시(회사는 판결확정, 금전회수의 결과에 따라 지급하기를, 변호사는 판결시를 원함, 확정시나 회수시를 조건으로 할 경우 보수액은 높아지는 경향)
- iii) 심급별로 위임계약하는 것이 통상적, 확정이나 회수를 성공조건으로 하는 경우 전체 심급을 대상으로 위임(상소심의 착수금은 별도 협의)

③ time charge의 경우

- i) 성공보수를 별도로 추가할 수도 있음
- ii) 소송업무, 회의에 관여하는 변호사 수를 제한, 매달의 timesheet 보고하게 하여 과잉청구 제한
- iii) 청구할 수 있는 최대한도(cap)를 정하기도 함

④ 수입조건은 협의를 통해 다른 형태나 조건으로 가능(실비 외 출장비 지급, 일정 기간 이상 경과시 추가지급조건 등)

(다) 수입조건 확정시 위임계약서, 위임장 작성(보통은 변호사가 제공)

(3) 소장 작성

(가) 키포프 미팅 - 사실관계 확인, 청구취지/일부 청구 여부 확인, 컨택트 포인트(변호사측-회사측) 결정, 타임라인 설정

(나) 사실관계 파악 및 제출할 증거의 정리(변호사 업무)를 위한 협력(전화나 회의를 통한 설명)

(다) 주장이나 증거로 제출시 유불리 여부, 초기에 제출할지 여부 협의

(라) 작성된 소장 초안의 검토(첨부할 증거와 함께) 후 의견 제시- 이메일이나 전화 혹은 회의를 통해

(마) 수정 의견을 반영한 추가 소장 수정 과정

(바) 소장 최종본 제공 및 확정 의견 제시

나. 피고인 경우

(1) 소장 송달받은 후 필요한 조치

- (가) 송달일시 확인(법원 서류 등 공적 서류는 접수절차 및 담당자 정해 놓을 필요)
- (나) 답변서 제출기한 확인 - 가급적 변호사 위임계약 전까지라도 추가 서류 송달, 변론기일 지정, 무변론선고기일 지정을 사내변호사가 체크해야 함
<http://www.scourt.go.kr/portal/information/events/search/search.jsp>
 사건번호와 당사자명 입력하여 사건진행 상황 확인

(2) 소장 검토

- (가) 사내변호사가 소장 및 첨부 서증 검토
- (나) 직접 대응 여부 검토
 - ① 사내변호사 출석 가능한 경우(민사소송규칙 제15조 단독사건 소송대리허가, 겸직허가된 경우 겸직허가 건 수 내)
 - ② 소가의 규모, 사건이 미치는 영향, 난이도 고려
- (다) 외부 변호사의 의견서/수임제안서 수렴 후 외부 위임 여부 결론

(3) 답변서 작성

다. 제3자인 경우

(1) 소송고지된 경우

- (가) 소송고지서와 함께 송달된 기록 검토
- (나) 어느 일방에 보조참가할지 여부 결정 - 보조참가하여 바로 승소시키는 것이 이익인 경우, 해당 당사자가 불리하게 소송진행할 우려가 있는 경우

(2) 독립당사자참가, 소송인수방식에 의한 참가 등 검토



2. 소송의 진행(외부 변호사 선임의 경우)

가. 소송 착수 후 선고까지 진행과정에서의 담당 변호사와의 협업 과정

(1) 외부 변호사와의 커뮤니케이션

- (가) 외부 변호사 → 사내 변호사 : 소장, 답변서 접수사실 통지, 지정된 기일 통지, 기일변경신청 통지, 상대방 접수한 서면의 공유, 사실조회 회신서 공유
- (나) 사내 변호사 → 외부 변호사 : 접수할 준비서면과 증거에 대한 확인 및 수정요구와 컨펌, 상대방 준비서면에 대한 의견 제시, 기일 진행에 대한 협의

(2) 주의점(체크포인트)

- (가) 로펌은 파트너와 소속변호사 몇 명이 함께 업무를 진행, 기업은 사내변호사 외에 현업 직원들도 관여하므로 양측의 컨택트 포인트는 일원화시킬 필요(보통은 주로 업무 수행하는 소속변호사와 사내 변호사가 컨택트포인트가 됨)
- (나) 법원에 접수할 준비서면, 각종 신청서와 증거는 기업의 컨펌 과정을 거친 후 제출하도록 해야 함(급한 경우 제외하고는 컨펌없이 제출금지)
- (다) 기일변경신청 여부 혹은 상대방의 기일변경신청에 대한 동의 여부에 대하여는 협의를 거치는 것이 원칙
- (라) 회의 소집의 필요 여부 검토 : ① 상대방이 제출하는 준비서면에 의한 주장 혹은 증거와 관련하여 새로운 상황이 발생하여 대책을 협의해야 하거나 ② 사실관계에 대하여 담당변호사의 추가적인 이해가 필요한 경우, ③ 전화나 이메일을 미팅보다 우선순위로, ④ 사내변호사만이 참가하는 회의를 현업까지 참가하는 회의보다 우선순위로, ⑤ 수입조건이 타임차지인 경우 회사의 입장에서 비용을 고려, 타임차지가 아닌 경우에는 외부 변호사의 시간낭비가 안 되도록 고려
- (마) 변론기일 전, 변론기일 진행 후 : ① 변론기일 전에 제출한 준비서면과 증거신청에 대하여 협의된 경우라면 담당변호사에 별도 연락 불필요 ② 증거 신청 여부를 결정해야 하거나 법원의 석명준비명령 등으로 인해 답변할 것이 있는 경우에는 법정에서의 진술방향과 관련한 사전 협의 필요 ③ 변론기일 진행 후 담당변

호사의 구두 혹은 문서에 의한 기일보고(가급적 문서에 의한 기일보고를 받되 급한 경우에는 우선 구두로 확인 필요) ④ 변론기일 경과 내용에 따라 다음 기일의 진행 방향 협의가 필요한 경우 - 추가적으로 해명하거나 추가할 주장, 새로운 증거신청 여부, 재판부의 석명 혹은 상대방의 구석명에 따른 답변 여부와 그 방향 협의

- (바) 변론기일에 사내 변호사 출석 필요 여부 : ① 기일마다 출석하는 것은 현실적이지 않음, 다만 중요사건인 경우에는 가급적 매 기일마다 출석하여 메모 ② 증인신문이나 법정 PT 등 법정에서의 변론이나 증거 제출이 현저하여 사후적인 기일보고만으로는 부족한 경우에는 출석 필요 ③ 첫 변론기일, 재판부가 바뀐 후 첫 기일, 결심이 예정되어 있는 기일에는 재판부의 심증을 확인할 목적으로 출석 필요

나. 증거제출의 준비

- (1) 실무부서에서 오고간 메일, 문자와 카카오톡 대화, 회의록과 공문, 결재서류들을 모두 수집 → 외부 변호사에게 사실관계 확인하고 증거가치 판단하도록 할 자료로 정리 → 외부 변호사에 송부 : 업무상 비밀인 경우에도 가급적 담당변호사는 사실관계를 알아야 변론에 유용
- (2) 업무상 비밀인 경우 외부로의 반출 제한을 담당변호사에 명시
- (3) 업무상 비밀이나 증거제출시 오히려 불리할 수 있는 자료로 증거제출을 하지 않아야 할 자료인 경우 담당변호사에 미리 고지
- (4) 담당변호사가 법원에 증거제출서류 만든 후 컨펌 요청시 한 번 더 제출시 비밀 유출이나 오히려 불리할 수 있는지 체크하여 최종 제출 여부 확정
- (5) 시스템이 미비한 회사의 경우 관련 자료가 모여 있지 않은 경우가 많고, 현업무서는 무엇이 증거가 될 수 있는지 모르는 경우가 많으므로 사내변호사가 증거 수집을 위해 진두지휘할 필요
- (6) 관련 증거가 없거나 부족할 경우 담당자의 확인서, 인증진술서, 증언이 필요할 수 있으므로 이를 위해 진술서 작성 혹은 증언 가능한 자 리스트 정리하는 것이 유용



다. 사실관계의 추가확인과 상대방 주장에 대한 반박

상대방의 새로운 주장, 제출하는 증거와 관련하여 필요한 경우 현업부서와 협의하여

- ① 그 의미(당시의 스토리)를 확인하고, ② 반박할 관련 자료가 있는지 여부 확인하여
- ③ 담당변호사에 제공

라. 증인 섭외 및 증언 준비, 사실조회, 감정 및 문서제출명령

(1) 증언

(가) 증인의 선정 및 증인 섭외

- ① 실제 담당했던 자를 위주로 선정, 같은 편이라고 허위로 말을 만들어 내지 않도록 유의(신빙성을 잃을 위험)
- ② 재판장신문이나 반대신문에 노출될 경우 불리한 진술을 할 우려 없는지 검토, 우호증인의 불리한 증언은 회복불가능
- ③ 회사 직원이 아닌 자, 전문가의 경우 별도 섭외 필요, 특히 후자의 경우 사내변호사 혹은 외부 변호사 협업으로 진행될 수도 있음

(나) 증인신문 준비

- ① 주신문사항을 만들기 위해 증인이 알고 있는 사실관계 확인하는 과정
- ② 반대신문이나 재판장신문에 노출될 경우의 위험 최소화
- ③ 반대신문 준비 : 사내변호사, 현업부서, 외부 변호사 협업을 통해 반대신문사항 작성 및 컨펌 과정
- ④ 증인에 제시해야 할 필요성으로 서증을 제출해야 할 수도 있음, 전자소송인 경우 제시하려면 미리 제출해야 하는 점 유의

(다) 증인신문 이후 대책 마련

우호증인의 불리한 진술, 반대증인의 증언 관련하여 주장, 증거 보완책을 마련 - 외부 변호사와 협의

(2) 사실조회, 감정신청

(가) 관공서나 전문기관에 대한 사실조회 필요 여부, 각종 감정신청 필요 여부를

외부 변호사와 협의

- (나) 기술적이거나 전문적인 분야여서 관련 자료를 입수하기 어려운 경우 관련 협회나 전문가, 문헌 체크하여 외부 변호사에 알려주는 것이 도움이 됨
- (다) 감정신청의 경우 감정대상에 따라 많은 감정료를 예납해야 할 수도 있으므로 회사에서 부담 가능한지, 어느 정도의 금액이 들지에 대하여 확인 필요, 경우에 따라서는 일단 감정신청을 하여 감정인후보로부터 예상감정료를 받아 본 후에 계속 진행할 지를 결정해야 할 수도 있음.
- (라) 특수분야 감정인 경우 회사에서 미리 감정가능한 기관을 섭외하여 감정인을 특정하여 신청할 수도 있음

(3) 문서제출명령

- (가) 상대방측이 문서를 가지고 있는 경우 이를 확보하여 입증하기 위한 방법 - 상대방이 소지하고 있는 점 소명해야 하므로 소명할 방법을 미리 강구할 필요
- (나) ① 민사소송법 제344조 제1항 각호의 요건 중 어느 하나에 해당하는지 검토,
② 민사소송법 제344조 제2항은 일반적 문서제출의무를 명시하고 있으므로 이 조항을 주장할지도 검토 필요
- (다) 문서제출명령이 발부된 경우와 구분 : 문서제출명령신청이 이루어진 후 법원에서 명령을 바로 채택하지 않고 구석명의 형태로 송달하는 경우, 문서제출명령을 정식으로 발하지 않고 법정에서 임의의 제출을 요구하는 경우 - 아직 정식으로 문서제출명령이 발부된 것 아닌 점

마. 조정 회부에 대한 대응, 조정기일의 출석

- (1) 조정전담부, 조정위원회, 외부 조정기관에 조정회부되는 다양한 경우가 있음
- (2) 조정에 회부된 경우 조정 여부, 조정의 방향에 대하여 외부 변호사에게 위임하는 경우도 예외적으로 있지만 보통은 회사가 권한을 유보함
- (3) 원활한 대화를 위해 현업부서 담당자와 사내변호사가 조정기일에 출석할 수도
- (4) 어떤 경우든 조정에 대한 최종권한은 회사에서 유보하는 것으로 할 필요 - 임의조정시 조정 문구나 포기의 범위 등 관련하여 회사에 불리하게 성립하는 것을 방지할



- 기회를 잃게 됨, 상호 조정안이 접근되더라도 화해권고결정이나 조정에 갈음하는 결정을 받아 이의신청 기한을 갖는 것이 안전함
- (5) 조정기일에서의 발언은 변론으로 현출된 것이 아니지만 실제로는 다시 변론으로 돌아간 경우 상대방에 의해 악용당할 수도 있는 점 유의
- (6) 담당 재판부가 조정기일을 여는 경우 사건의 방향에 대한 재판부의 의견은 종국적 결정은 아니지만, 경청하여 변론시 고려할 필요, 다만 조정기술상 양측에 각 불리한 점을 지적하게 됨

3. 1심 판결 선고 결과에 따른 대응

가. 항소 여부의 검토

- (1) 선고기일에 선고내용 확인 - 사내변호사가 직접, 혹은 외부 변호사 통해
- (2) 전부 혹은 일부 패소시 대응이 필요하므로 판결문을 신속히 입수
- (3) ① 입수된 판결문에 대한 자체 검토 ② 패소판결 이유 및 항소심에서의 대응방향에 대한 담당 변호사의 의견서(구두 혹은 서면) ③ 필요한 경우 다른 외부 변호사의 검토와 의견서(수임제안서) 수집
- (4) 항소 여부 검토
 - ① 승소가능성, ② 인지대와 변호사비용 등 비용, ③ 소송을 유지하는 것으로 인한 전술적 유용성 고려 ④ 항소 후 청구취지 확장의 필요성 있는지 여부 고려 ⑤ 상대방 항소 후 부대항소할 것인지 여부도 고려(상대방 항소취하지 부대항소 유지 안 되는 점)
- (5) 항소심 변호사 선임
 - ① 항소장 접수는 원심변호사를 통해 진행하여 항소심 변호사 선임에 시간적 여유를 들 필요
 - ② 항소심 변호사 교체 여부 결정
 - ③ 항소심 재판부 배당 후 항소심 변호사 선임 여부 결정하는 것도 고려 가능
- (6) 항소 후 항소이유서 제출 - 준비명령을 통해 항소이유서 제출기한을 명시한 서면이 송달됨, 항소심에서 항소이유서는 제출기한 미준수시 항소가 부적법하게 되는

요건은 아니지만 재판부가 독촉을 할 수는 있음

나. 승소시 가집행

- (1) 승소한 당사자는 판결 주문에 기재된 가집행명령에 따라 바로 강제집행 가능
- (2) 집행문발급신청
- (3) 부동산에 대한 강제경매, 예금채권 등 채권에 대한 압류 및 추심명령 혹은 전부명령
- (4) 가압류와 같은 담보공탁금 납부의 부담 없음
- (5) 가집행 여부 결정시 고려사항 - 소송 중 이자의 증가, 집행가능 재산의 산일 가능성, 가집행(가능성)을 통한 협상가능 여부

다. 패소시 가집행 대비

- (1) 패소한 당사자로서는 상대방이 가집행하려고 집행문발급신청을 할 때 비로소 알 수 있게 되므로 패소선고 후 바로 집행에 대비할 필요
- (2) 항소장 접수 및 강제집행정지신청(항소가 요건이므로 항소장 접수증을 소명자료로 첨부)
- (3) 법원의 담보제공명령 - 통상적으로 패소금액 전부의 현금공탁을 명함
- (4) 담보공탁 후 법원의 강제집행정지결정
- (5) 강제집행정지결정문 첨부하여 집행법원에 집행정지신청
- (6) 강제집행정지신청 이후 집행법원에서 집행정지결정이 나올 때까지 며칠이 걸리는 관계로 가집행에 의한 채권 압류 및 추심명령시 추심까지 완료되는 경우가 발생, 집행정지되더라도 기압류된 부분의 압류집행의 효력은 유효함
- (7) 강제집행정지를 위한 공탁금은 사건이 최종 종국되어야 권리행사최고를 거쳐 환급 가능해지므로 장기간 묶일 수 있는 점 고려
- (8) 1심 강제집행정지를 위한 공탁금 외에 2심 강제집행정지를 위한 공탁금이 추가발생할 수도 있음
- (9) 패소 후 상소심에서의 이자 증가를 대비하여 변제 혹은 변제공탁 - 상대방으로부터의 회수가능성 고려



4. 상소심 특성

가. 항소심

- (1) 1심에 대한 속심이므로 주장, 입증의 추가 가능
- (2) 1심에서 이미 한 입증(사실조회신청 등)을 반복하거나 증인의 추가신청은 사실상 제약됨
- (3) 법원의 항소심 사후심화 정책으로 인하여 증거신청이 더 제한될 수 있는 점 고려 필요
- (4) 항소심 재판부는 조정을 시도하려는 경향이 있으며, 당사자(특히 패소당사자)로서도 여러 사정을 고려하여 조정을 고려하게 됨

나. 상고심

- (1) 상고심은 법률심이므로 추가적인 주장, 증거제출 불가
- (2) 상고이유서에는 상고심절차에 관한 특례법에 정한 심리불속행 사유(동법 제4조)가 없어야 함
- (3) 상고이유서 제출기한 : 기록접수통지 후 20일 이내
- (4) 상고이유서 제출 이후 대법원 재판부 배당됨
- (5) 상고이유서에 기재하지 아니한 주장은 판단대상이 아님, 직권조사사항인 경우에 한하여 추가 주장 가능

다. 파기환송심

- (1) 파기환송 후 항소심에서 종전 대리관계는 부활하므로 신규위임계약을 체결할 것인지 여부 협의
- (2) 상고심 판결의 취지 및 기속력에 따라 조정가능성이 높아지는 단계이고, 재판부도 조정을 하려는 경향이 강하므로 회사로서는 조정 여부 및 방향에 대하여 미리 검토 필요

II. 보전처분 실무

1. 보전처분의 필요성

본안소송 승소 후 강제집행이나 이행을 확보하기 위함

2. 보전처분의 준비

가. 강제집행 가능성과 경제적 가치가 있는 재산의 확인

- (가) 채무자 명의의 재산을 대상으로 함이 원칙
- (나) 사해행위취소 요건, 채권자대위권(특히 무자력) 소명 가능한 경우에 한하여 제3자 명의의 재산을 대상으로 한 가압류나 가처분 가능
- (다) 선행 가압류, 가처분이나 가등기, 저당권설정이 있는 경우 경제적 가치가 적은 점을 고려할 필요

나. 가처분 진행 여부의 검토

- (1) 가압류(경매를 전제) vs 가처분(임시적 고정)
- (2) 점유이전금지, 처분금지가처분 여부
 - (가) 명도소송/소유권이전청구 진행 중 점유자/소유자의 변경을 방지
 - (나) 가처분 해 놓지 않아 소송수계나 승계집행문으로 대응불가능한 경우 신소 제기를 해야 하는 문제 발생
- (3) 임시의 지위를 정하는 가처분 여부
 - (가) 임시의 지위를 정하는 가처분결정에 의하여 사실상 종국적으로 분쟁의 목적이 달성되는 효과가 있어 본안소송 이상의 중요성을 가짐 - 변호사 선정 및 보수조건 협의시 고려해야 함
 - (나) 다양한 임시의 지위를 정하는 가처분
 - 공매절차중지가처분, 계약해지효력정지, 해고, 징계, 전직 등 효력정지, 단체



교섭응낙, 쟁의행위 금지, 접근금지, 출입금지, 업무방해금지, 시위금지, 경업 금지, 통행방해금지, 분양금지, 보험금지급금지, 유언효력정지, 통화옵션계약(KIKO) 효력정지, 연예인 전속계약 효력정지 - 창의력이 필요

‘가처분의 본안화’ : 회사 기타 단체 관련 분쟁(이사직무집행정지가처분+주총 소집허가신청, 주주총회 개최금지, 총화·이사회결의 효력정지, 의결권행사금지, 주주지위확인, 신주·전환사채 발행금지, 회계장부·주주명부 열람등사, 이사의 위법행위유지 등), 지적재산권 관련 분쟁(상표사용금지가처분) 등

(다) 임시의 지위를 정하는 가처분을 할 것인지, 가압류나 처분금지가처분을 할 것인지 결정 - ex) 보호예수된 주식 : 명의개서금지가처분 vs 처분금지가처분

3. 보전처분 절차에서 유의할 점

가. 가압류, 다툼의 대상에 관한 가처분

- (1) 서면심리, 심문불요
- (2) 담보제공명령

1) 일응의 기준이므로 피보전권리의 소명정도, 보전의 필요성에 따라 현금공탁범위 달라질 수 있음

가압류 부동산, 자동차 청구금액의 1/10

유체동산 청구금액의 4/5 (절반 현금)

채권 청구금액의 2/5

(임금, 영업자예금 : 절반 현금)

처분금지가처분 부동산 목적물가액의 1/10

유체동산 목적물가액의 1/3

채권 목적물가액의 1/5

점유이전금지가처분 부동산 목적물가액의 1/20

유체동산 목적물가액의 1/5

단행가처분의 담보 : 5,000~1억 기준 감경가중

- 2) 담보공탁과 해방공탁금 구분 - 가압류해방공탁금제도는 가처분에 적용불가 (2000마282)
 - 3) 신속한 가압류를 위하여 선담보제공하는 경우도 있음
 - 4) 담보액이 부담될 경우에는 일부 청구금액으로 하는 방법 고려
- (3) 채권가압류시 제3채무자 진술최고신청 함께 해야

나. 임시의 지위를 정하기 위한 가처분

- (1) 신청인적격, 피신청인 적격 검토 : 직무집행정지신청의 피신청인은 이사(본안 피고는 회사), 상법상 결의취소, 이사해임, 위법행위유지청구를 위한 가처분신청의 신청인적격은 이사, 주주 등으로 한정
- (2) 해임청구가 법률에 근거규정이 없는 민사상 단체는 해임청구소송을 본안으로 한 직무집행정지 불가
- (3) 심문기일 필수 - 채무자의 송달가능한 장소 미리 확인, 신속이 필요한 사정을 호소하여 심문기일이 바로 잡히도록 요청, 특별송달/공시송달 활용
- (4) 현상유지적 가처분이 아닌 만족적 가처분(본안 청구취지와 같은 신청취지)은 피보전권리에 대한 고도의 소명을 요함
- (5) 보전의 필요성 인정도 까다로움 - 불인정 유형 : 실질적 금전적 전보 가능한 경우, 신청인의 이익보다 피신청인의 불이익 현저히 강한 경우, 장기간 현상방치 혹은 이를 기초로 새로운 법률관계 형성, 침해상태가 이미 종결/향후 발생가능성 낮음, 직무집행정지가처분에서 피신청인이 다시 새로 선임될 개연성
- (6) 서면공방 및 심문기일 속행도 있을 수 있으나 가처분으로서의 특성상 사실조회, 감정신청과 같이 기일이 걸리는 증거조사절차는 제한됨
- (7) 총회개최금지가처분과 같이 일정이 정해진 상태에서 급박한 가처분사건의 경우 신청 후 며칠 사이에 심문기일이 지정될 수도 있으므로 촉박한 심문기일에 대비할 필요
- (8) 심문기일 자체는 마치더라도 심문종결일을 따로 두어 주장이나 소명자료를 추가적으로 낼 수 있도록 함이 통상적
- (9) 결정일을 따로 지정하는 것이 아니므로 수시로 결정 여부 확인 필요



다. 패소시 대응

- (1) 채권자로서 기각된 경우 - 항고, 재항고
- (2) 채무자로서 패소한 경우 - 이의신청, 항고, 재항고
- (3) 집행정지신청 : 가처분이의신청(만족적 가처분, 민사집행법 309조)이나 즉시항고 시 별도의 집행정지신청 필요, 가압류취소결정에 대한 즉시항고시에도 집행정지신청 가능

라. 보전처분에 대한 이의, 취소신청

- (1) 이의 혹은 취소신청 여부 결정 : 이의는 피보전권리/보전의 필요성을 이반적으로 다시 심리하므로 취소신청 사유가 없거나 미흡한 경우 선택
- (2) 취소사유 제한적 : 제소명령에 따른 소장접수증명원 첨부 소제기신고 기간 도과, 본안소송의 승소(미확정 1심 승소판결은 판결이유 및 상급심에서의 번복가능성 고려)

4. 가압류, 가처분결정 송달을 받을 경우의 대응

- 가. 송달일의 체크 : 항고기간 등 불변기간의 기산일
- 나. 법원에서 사건기록 복사하여 피보전권리와 보전의 필요성 사유, 가압류신청진술서 기재사항의 허위 여부 검토
- 다. 이의신청 혹은 취소사유 검토
- 라. 본안제소명령 신청 여부 : 상대방이 즉시 본안 소송하기 곤란한 사정이 있는 경우, 분쟁의 장기화를 원치 않고 본안소송을 통해 판단을 받아야 하는데 채무자가 본안소송 제기하기에 적절치 않은 경우
- 라. 집행을 조기에 중단시킬 방법의 모색
 - (1) 채무자 회사 해방공탁 가능 여부 확인, 해방공탁금액은 가압류결정문을 통해 확인
 - (2) 신속한 이의신청 혹은 취소신청
 - (3) 채권자와의 협의 가능 여부 확인

5. 공탁금 회수 - 현금공탁한 경우 - 사건 종결 후 권리행사최고신청

Ⅲ. 형사절차 실무

1. 들어가며

형사절차 실무라 함은 크게 두 파트로 대별된다. 그 하나는 수사파트이고 다른 하나는 소송파트이다.

민사나 행정소송과는 달리 형사파트에서는 수사파트가 매우 중요하다.

그 이유는 민사나 행정소송은 소장이 접수된 후 비로소 주장, 입증 등의 소송자료가 법원에 제출되지만, 형사소송은 이미 수사단계에서 당사자에 대한 모든 입증자료가 완비되어 있고 검사의 기소 후의 형사소송절차는 사실상 이미 완비된 검찰측의 소송자료의 위법과 신빙성에 대한 검증이 거의 대부분이기 때문이다.

그런 이유로 수사단계에서 어떻게 대응할 것인가는 기업의 실무를 담당하는 사내변호사의 입장에서 매우 중요하다.

이하에서는 형사절차와 다른 민사 및 행정절차의 차이점을 설명하고 나아가 수사파트와 소송파트로 나누어 실무적 관점에서 그 내용을 설명하고 더불어 관련 법률이나 대법원 판례 등을 설명하기로 한다.

2. 형사절차와 다른 민사 및 행정절차의 차이점

가. 규율원칙의 차이

민사소송은 당사자주의 변론주의를 채택하여 그 주장과 입증의 책임을 소송당사자에게 맡기지만, 형사소송은 원칙적으로 직권주의를 채택하여 기록에 나타난 사실에 근거하여 당사자의 주장과 입증을 고려하여 심리하되 사실의 판단과 입증의 주된 책임을 법원에게 맡기고 있다. 그러므로 형사소송에서는 법원은 당사자의 자백에 구속되지



않으며 당사자가 주장하지 않은 사실이나 당사자가 제출하지 않은 증거에 대해서도 필요하다고 판단되면 직권으로 조사하고 판단할 수 있다.

나. 형사소송절차의 규율원칙

위와 같은 규율원칙은 곧 형사절차의 대원칙으로서

- 1) 실체진실주의 : 형사소송의 절차는 객관적인 진실, 사안의 진상을 밝히기 위해 존재하여야 함
- 2) 적정절차의 원리 : 형사소송절차는 범죄로부터 형벌의 확정에 이르는 전 공적인 과정이 공정한 법률절차에 의하여야 함
- 3) 신속한 재판의 원리 : 형사소송절차가 신속하게 진행되어야 함

과 같은 3가지의 원리를 낳게 된다.

3. 수사절차

가. 개관

1) 단계별 고찰

수사절차는 그 수사의 진행단계에 따라 경찰단계와 검찰단계로 나뉘게 되고, 수사권 조정과정이 아직 법제화되지 않은 현 단계에서는 여전히 모든 사건에 대한 수사종결권은 검찰이 갖고 있기에 수사의 최종처분은 검사에게 일임되어 있다.

그러므로 경찰은 자신에게 고소된 사건 혹은 자신이 인지한 사건이라도 모든 형사사건은 검찰로 송치하여야 하며 다만 검사에게 검사가 최종 처분할 처분 내용에 대해 의견을 개진할 수 있을 뿐이다.

2) 최종처분에 따른 고찰

검사의 수사 종결이후의 최종처분은 크게 1) 기소처분과 2) 불기소처분으로 구별되고 1) 위 기소처분은 다시 ① 구약식처분과 ② 구공판처분으로 나뉘게 되며 ② 구공판처

분도 i) 구속 구공판과 ii) 불구속 구공판 으로 나뉘게 된다.

기소된 이후 구약식 처분과 구공판 처분은 수사단계라고 할 수 없으나, 불기소처분이 후의 항고절차는 사실상의 수사절차라고 볼 수 있으므로, 이하에서 간략하게 논한다.

3) 항고절차

고소인과 고발인은 검사의 불기소처분에 불복하고자 하는 경우, 고등검찰청에 항고할 수 있다. 항고를 접수한 고등검찰청은 3가지 결정을 하게 되는데 ① 직접 사건을 재기하여 공소를 제기할 수 있고 ② 혹은 수사가 아직 미진하다고 여겨지는 경우 재기수사명령을 내려 원 처분을 한 검찰청으로 하여금 다시 수사를 진행하도록 할 수 있고 ③ 항고를 기각할 수 있다.

위 항고기각결정에 대해서는 고소인과 일부 고발인(형사소송법 제 260조 제1항)은 항고기각결정에 대해 다시 이를 고등법원에 재정신청할 수 있다.

고등법원은 재정신청을 인용하거나 기각할 수 있는데, 만일 인용하게 되면 기소가 강제되어 기소와 동일한 효과를 가져오게 된다.

여기에서 중요한 점이 두 가지가 있는데, 그 하나는 항고기각에 대해 사실상 재정신청 외에 별도로 재항고절차가 존재한다는 점이다. 이는 현행법령상 사실상 허용되지 않는 대검찰청에 대한 재항고절차를 이용하는 것이다.

법령상 허용되지 않는 재항고절차가 의미있는 이유는 검찰이 처분청과 감독청의 관계에 따른 일반적인 행정기관적 성격을 갖고 있기 때문이다.

즉, 감독청인 대검찰청은 처분청이자 피감독청인 지방검찰청 검사의 업무에 관하여 지휘감독할 권한이 있고 지방검찰청 검사가 수사를 미진하게 하였다고 판단되는 경우 해당 사건에 대해 재기후 사건을 다시 수사하도록 하명할 권한을 보유하고 있다.

그런 연유로 비록 법령상 재항고가 허용되지 않지만 당사자는 진정의 의미로서 원처분청 검사의 수사가 미진하다는 점을 대검찰청에 재항고할 수 있고 대검찰청은 형식상은 진정이지만 사실상 재항고로서의 기능을 수행하고 있다.

다음으로 고등검찰청의 항고기각결정에 대해 재정신청을 할 것인지 아니면 재정신청을 할 것인지의 판단기준이다.

이 경우 역시 행정부와 사법부의 기능을 이해하면 쉽게 그 답을 알 수 있다. 사법부인



고등법원은 행정청인 지방검찰청의 수사에 대해 미진하니 수사를 다시 진행하여 죄가 인정되는지 그렇지 않은지를 판단하라는 재기수사명령을 내릴 수 없고 다만 수사기록만으로 공소제기여부를 판단하여야 한다.

그러므로 수사가 완결되었기에 수사기록 자체만으로도 기소할 수 있다고 여겨짐에도 불구하고 검사가 법리상 죄가 안된다고 판단하여 불기소처분 및 항고기각결정이 된 사건에 대해서는 재정신청이 의미가 있으나, 수사기록 자체만으로 죄가 인정되는지 그렇지 않은지 여부를 판단할 수 없고 더 수사가 진행되어야 죄의 인부여부를 판단할 수 있는 경우에는 대검찰청에서 수사미진을 이유로 재기수사명령을 해 달라고 재항고(형식상은 진정)하는 것이 더 효과가 있다 여겨진다.

불기소처분을 받은 고소인 혹은 고발인의 입장에서는 어떻게 하든지 재기수사가 이루어지도록 하는 것은 매우 중요한 내용이고, 고등검찰청에서 재기수사명령이 내려지도록 하기 위해서는 고등검찰청 검사에게 수사의 미진내용과 처분의 부당성을 상세하게 변론하는 것이 매우 중요하다.

4. 수사 일반론

가. 수사의 의의

수사란 수사기관이 범죄의 혐의여부를 밝히고 공소의 제기유지여부를 결정하기 위해 범인을 확보하고 증거를 수집 보전하는 일체의 행위를 의미하며 강제력을 동원하는 강제수사와 피혐의자의 동의하에 진행되는 임의수사가 있다.

나. 수사기관

현행 형사소송법상 수사기관은 검사와 사법경찰관리 및 특수한 분야의 수사담당자(산림보호, 환경단속 공무원등)인 특별사법경찰관리가 있다.

다. 수사의 개시

1) 정식 수사 개시 전의 내사

정식으로 수사가 진행되기 전이라 할지라도 수사기관은 소위 내사를 할 수 있다. 내사는 수사기관이 혐의를 확신하기 이전 내사의 필요성이 있다고 인정되는 경우에 수행하는 수사기관의 행위인데, 사실상 그 행위의 행태를 보면 내사행위와 수사행위의 차이점은 없다고 판단된다.

실무상으로는 진정사건, 금융정보분석원 수사의뢰 사건, 경찰 혹은 검찰의 자체 범죄정보분석에 의한 내사사건 등이 내사사건의 전형이라 하겠다. 실무상으로는 아직 수사가 개시되기 전에는 진정0호, 내사0호 등으로 분류한다.

형식상으로는 아직 정식의 수사가 진행되지 않았다고 생각하여 피혐의자들은 안심하는 경우가 많은데 실질적으로는 위와 같은 내사가 일반인의 진정에 의한 경우도 있으나 수사기관 자체의 범죄정보 혹은 금융정보분석원 혹은 다른 행정기관의 수사의뢰와 같은 경우의 내사사건은 매우 신빙성도 높고 수사기관의 강한 수사의지가 반영될 가능성이 높기 때문에 기업에서 실무를 담당하는 사내변호사의 경우 매우 주의를 기울일 필요가 있다.

위와 같은 내사사건이 언제 정식 사건이 되는가 하는 것은 오로지 수사기관이 자체적으로 판단하는 것으로서 정식사건화 한 경우에는 당해 수사기관은 정식사건번호를 부여하게 되는데 이를 소위 ‘입건’이라 한다.

2) 수사의 개시

위와 같은 내사의 단계를 넘어 정식으로 사건이 시작되는 것을 수사의 개시라고 하는데 수사의 개시는 고소, 고발, 현행범체포, 변사체검시, 불심검문, 기사, 풍설, 자수, 진정, 범죄신고, 인지 등 여러 가지 사유로 인해 범죄혐의를 수사할 필요가 있다고 판단되는 경우 수사기관은 수사를 개시할 수 있다.

이와 같은 수사의 개시는 크게 일반인의 요청으로 수사가 개시되는 경우와 수사기관의 자체판단에 의해 수사가 개시되는 경우로 나뉘어지게 되고 이 경우 수사의 진행상황도 매우 달라지게 된다.



그러므로 사내변호사로서 형사절차를 다루게 된다면 수사가 어떻게 개시된 것인지 아는 것은 향후 형사절차를 대응함에 있어 매우 중요하며 그 중요성은 이 글로 다시 그 중요성을 강조하지 않더라도 마찬가지이다.

일반적으로 고소 고발사건은 소위 민생사건(업, 폭, 절)에 집중되는 것이 당연하다. 이러한 고소고발사건은 상대적으로 강력사건이나 특수사건 공안사건에 비해 그 수사의 중요성이나 사회적 파급력이 약할 수밖에 없고 때문에 강력, 특수, 공안사건은 고소고발과 무관하게 매우 중요하게 수사를 진행할 수밖에 없고

그 혐의를 밝히기 위해 수사기관의 모든 수사역량을 집중하는 것이 당연하다.

현실적으로도 소위 공·특·강의 3대 사안의 경우 수사력이 탁월한 수사관을 배치하고 있고, 수사역량 역시 지휘부에서 최대한 발휘되도록 돕는 것이 실무관행이다.

반면 업·폭·절과 같은 민생사건의 경우, 상대적으로 수사력이나 혹은 수사역량의 집중에 있어 공·특·강에 비해 뒤쳐지는 것은 어쩔 수 없는 수사현실인 것이다.

그러므로 사내변호사의 입장에서 기업이 만일 공·특·강에 관련되는 사건의 피 혐의자로 수사 혹은 내사를 받고 있다고 판단되는 경우 최선의 노력을 경주하여야 할 것이고, 반면 기업이 만일 일반 민생사건과 관련되는 사건의 고소인으로 수사를 의뢰하였다고 한다면 자신이 수사관이 되었다는 심정으로 모든 입증자료를 마련하여 수사기관에 제공하여야 하는 것이다.

그런데 업·폭·절 사건에 있어 수사기관이 수사역량을 집중하여 수사를 진행하는 경우가 있다. 이런 경우는 해당 수사기관이 고소인 고발인과 결탁되어 수사가 진행되는 경우가 대부분으로서 이 경우에도 해당 사건의 용의자라면 최선의 노력을 경주하여 사건에 대응하여야 한다.

3) 일반인의 요청에 의한 수사의 개시

위 수사의 개시사유로는 고소와 고발이 있다. 고소인은 피해자가 하는 것이고 고발인은 피해자가 아니더라도 범죄를 발견한 일반인이라면 누구나 할 수 있다.

그런데 이러한 고소 혹은 고발은 그 자체로서 일정한 소송법적 효과를 가져오는 경우가 있다.

특히 친고죄의 경우 고소인은 고소할 수 있는 기간이 법정되어 있는데 그 기간은

6개월로서 범인을 알게 된 날로부터 6개월 이내에 고소하여야 검사는 해당 범죄를 공소 제기할 수 있다.

아울러 필요적 고발죄도 있는데 예를 들면 과세관청의 고발이 있어야 검사가 비로소 수사에 착수할 수 있는 조세범과 같은 범죄가 그와 같다. 관세법위반, 조세범처벌법위반, 공정거래법위반죄 등과 관련하여 해당 조문이 있는 만큼 사내변호사라면 해당 조문을 반드시 숙지하여야 한다.

고소는 피해자와 그 법정대리인이 할 수 있고 그 방식은 구술 또는 서면으로 가능하지만, 실무적으로는 거의 대부분 서면으로 한다.

고소와 관련하여 특히 유의해야 하는 점은 무고의 위험이다. 무고죄에 대해서는 위증죄와 더불어 사법기능을 해하는 범죄로서 엄단하는 것이 현 사법부의 태도이다.

일반인은 무고죄의 심각성을 모르는 채 고소장을 작성하는 경우가 많은데 특히 사내변호사의 입장에서는 변호사이기에 무고의 위험이 있는 고소장을 작성할 가능성은 높지 않겠지만 가급적 형사전문 변호사의 자문을 얻어 고소장을 작성하는 것이 만일의 위험을 방지하는 가장 좋은 방법이다.

고발은 고소권자와 범인 이외의 사람이 수사기관에 대해 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시를 하는 것으로서 이 역시 구술 혹은 서면으로 할 수 있으나 대부분 서면으로 하는 것이 실무이다.

4) 수사기관의 자체 판단에 의한 수사의 개시

앞서 서술한 일반인의 요청에 의한 수사의 개시와 달리 수사기관 자체의 판단에 의해 수사가 개시되는 경우가 있다. 특히 이러한 수사의 전형을 인지(認知)라고 하는데 이는 수사기관이 스스로 범죄를 발견하게 되었다는 의사표시를 대내외적으로 하는 것이다.

앞서 서술한 바와 같이 인지 대상이 되는 기업의 경우 사내변호사는 수사기관이 모든 수사역량을 집중하여 수사할 수 있다는 점을 명심하고 이에 철저히 대비하는 것이 중요하다.

인지수사를 당하게 되는 기업의 경우 수사 한 건으로 회사의 존망이 좌지우지 되는 경우가 허다하기 때문에 더더욱 그러하다.



라. 수사의 방법

수사에는 피혐의자의 동의를 얻어 수사가 진행되는 임의수사와 피의자의 동의 없이 강제력을 동원하여 수사가 진행되는 강제수사가 있다.

이하에서는 먼저 임의수사를 논하고 다음으로 강제수사를 논한다.

1) 임의수사

- 가) 임의동행 - 이는 피의자의 동의를 얻어 피의자를 수사할 장소에까지 데리고 가는 수사기관의 행위이다. 그러나 동의를 받았다고 하더라도 포승 수갑 등의 물리적 강제가 행사되는 경우는 불법체포이다.
- 나) 보호실 유치 - 이는 수사기관 내에 있는 감금기관에 임시로 피의자를 유치하는 행위이다 이러한 행위는 피의자의 동의를 받았다고 하더라도 강제수사로서 불법 감금이다.
- 다) 거짓말탐지기 조사 - 거짓말탐지기 조사는 피의자의 동의가 있는 경우 수행되는 임의수사방법이다. 참고로 대법원은 거짓말탐지기 조사결과에 대해 증거능력을 인정하지 않고 있다. 그러나 실무적으로는 당사자의 고의 여부를 판단함에 있어 자주 사용되는 조사기법이다.
- 라) 승낙수색, 검증 - 피의자의 동의를 얻어 수색하거나 검증하는 행위는 임의수사로서 허용되고 있는 수사방법이다.
- 마) 마취분석, 감청 - 피의자의 동의를 얻더라도 마취분석은 허용될 수 없고 나아가 피의자 동의 없는 감청은 개인정보의 침해로서 엄중 금지되는 수사방법이다. 다만 감청이라 할지라도 수사기법상 대화대상자의 일부의 동의를 얻는 경우 임의수사로서 허용되고 있다.
- 바) 피의자 신문 - 임의수사로서 가장 중요한 수사방법이 바로 피의자신문이다. 피의자신문조서는 전문증거로서 원칙적으로 증거능력이 없지만 형사소송법은 예외적으로 검사와 사법경찰관에 한하여 일정한 요건 (진술거부권 고지, 변호인 참여보장, 진술의 임의성과 특신상태의 인정)을 만족하고 있는 경우에 한하여 그 증거능력을 인정하고 있다. - 이 부분은 후술하는 증거능력 부분 참조

- 사) 참고인 조사 - 이 역시 임의수사로서 매우 중요한 수사방법이다. 참고인신문조서 역시 진술인이 법정에서 해당 조서의 진정성립을 인정하거나 피고인이 동의하는 경우에 한하여 증거능력이 부여된다.
- 아) 사실 조회 - 수사기관이 다른 행정기관 혹은 국가기관 등에 사실을 확인하기 위해 조회하는 것으로서 허용되는 임의수사방법이다.

2) 강제수사

- 가) 대인적 강제수사 - 사람의 신체에 대한 강제력을 행사하여 수사를 진행하는 방법으로서 체포 혹은 구속이 그것이다. 이는 다시 영장에 의하지 않은 강제수사가 있고 영장에 의한 강제수사가 있다.

(1) 영장에 의하지 않은 강제수사

- (가) 긴급체포 - 장기 3년 이상의 범죄를 저지른 증거인멸 도주우려 있는 자로서 체포영장 발부 여유 없는 경우, 수사기관은 일단 피의자를 긴급체포 할 수 있다 이 경우 수사기관은 긴급체포 후 48시간 내에 사후구속영장을 반드시 청구해야하며 영장을 발부받지 못하는 경우 해당 피의자를 석방하여야 한다. 과거에는 긴급체포가 남발되어 조금이라도 범죄혐의가 있다고 판단되는 경우 수사기관은 일단 피의자를 48시간 유치하는 것이 허용되었으나 최근 인권의 신장과 더불어 수사기관의 긴급체포는 매우 엄중한 요건하에 예외적으로만 허용되고 있고, 실무적으로는 검찰의 경우 긴급체포방식의 수사를 거의 하지 않고 있고 경찰의 경우에도 강력범과 같은 매우 예외적인 경우에 한하여 긴급체포의 수사방식을 사용하고 있다.

- (나) 현행범체포 - 누구든지 수사기관이 아니라 하더라도 범죄를 저지른 것이 명백한 현행범인 혹은 현행범죄 직후의 자의 경우 해당 피의자를 체포할 수 있다. 이 경우에도 48시간 내에 사후구속영장이 청구되어야 하고 영장이 발부되지 않는 경우 해당 피의자를 석방하여야 한다.

(2) 영장에 의한 강제수사

- (가) 체포영장에 의한 강제수사 - 죄를 범하였다고 인정되는 자가 수사기관의 소환에 정당한 이유 없이 불응하거나 불응할 우려 있는 경우, 수사기관은



검사가 청구하고 법관이 발부한 체포영장에 의해 해당 피의자를 체포할 수 있다.

최근 검찰에서는 구속이 아닌 체포의 형식으로 일단 수사를 진행하여야겠다고 판단하는 경우 긴급체포가 아닌 체포영장에 의한 강제수사를 선호하고 있다.

이 경우에도 반드시 48시간 내에 사후구속영장이 청구되어야 한다.

(나) 구속영장에 의한 강제수사

범죄의 혐의가 있는 증거인멸 및 도주우려 있는 자에 대해 검사의 청구에 의해 법관이 발부하는 영장에 의거 해당 피의자를 구속한 후 수사를 진행하는 강제수사방식이다.

○ 구속전 피의자심문제도 (영장실질심사제도)

사후구속영장청구이든 사전구속영장청구이든 영장이 청구된 피의자는 영장이 발부되기 전 법관에 의한 심문을 받기를 원한다고 의사를 표시할 수 있고 이 경우 해당 피의자에 대해서는 법관은 반드시 필요적으로 심문 후 영장을 발부할 것인지 여부를 결정하여야 하며 이와 같은 제도를 구속전 피의자심문제도 혹은 영장실질심사제도라 한다.

해당 피의자는 위 심문을 받기를 원하지 않는다고도 의사표시 하는 경우가 있는데 이 경우에는 법관은 심문 없이 기록만으로 피의자에 대한 구속영장의 발부를 결정할 수 있다.

해당 절차의 진행방식은 다음과 같다.

- ① 심문기일의 지정과 통지 → ② 피의자의 인치 → ③ 심문기일에서의 심문실시(피의자의 출석 확인, 법관의 심문, 검사와 변호인의 의견진술) → ④ 영장의 발부 혹은 기각

나) 대물적 강제수사

(1) 영장에 의한 대물적 강제수사

수사기관은 피의자의 동의가 없음에도 불구하고 영장에 의해 압수·수색·검증을 할 수 있다 여기서 압수란 물건의 점유를 취득하는 강제처분을 의미하

고 수색이란 압수할 물건, 체포할 사람을 발견하기 위해 일정한 장소나 신체를 탐지하는 것을 의미하며 검증이란 수사기관이 신체, 물건 등을 감각기관을 통해 인식하기 위해 행하는 수사방식을 의미한다.

(2) 영장에 의하지 않은 강제적인 압수·수색·검증

수사기관은 예외적으로 당사자의 동의나 영장이 없더라도 강제적인 압수수색 검증을 행할 수 있는바 그 경우는 ① 검사 또는 사법경찰관리가 피의자를 체포하거나 구속하기 위해 피의자를 수색하는 행위 ② 수사기관이 피의자를 체포하거나 구속하는 경우 그 자리에서 압수 수색 검증행위를 하는 것이다. (단 이 경우 사후에 압수수색검증영장을 청구하여야 한다)

3) 체포·구속된 피의자 석방제도

가) 체포·구속적부심사제도

이는 체포 구속된 피의자에 대해 그 체포 구속의 적법 타당성을 심사하는 제도이다.

나) 보석

이는 보증금의 납입을 조건으로 구속된 피의자에 대해 구속의 집행을 정지하는 제도 (보증금납입조건부 피의자 석방제도)이다

다) 구속취소제도

이는 검사가 해당 피의자에 대해 벌금구형하거나 기타 증거인멸 및 도주우려 없다고 판단하는 경우 피의자의 구속을 취소하는 제도이다. 예를 들면 피해자와 합의되는 경우 검찰단계에서 기소전 피의자의 구속을 취소하고 신병을 석방하기도 한다.

실무적으로는 가)와 다)가 많이 활용된다.

라) 구속집행정지제도 - 질병 등 상당한 이유가 있는 경우 피의자나 피고인에 대해 구속의 집행을 정지하는 제도



마. 변호인의 피의자신문참여

1) 법적 근거

현행 형사소송법 제243조의 2, 검찰사건사무규칙 제9조의 2, 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정 제21조에 의하면 변호인은 피의자가 수사기관으로부터 신문받는 경우 그 신문에 참여할 수 있도록 규정하고 있다.

2) 참여 절차 개요

가) 변호인은 참여전 참여 신청서와 변호인선임계를 미리 준비하여 제출하여야 한다.

(검찰사건사무규칙 제9조의2 제2항 등, 신청서는 통상의 경우 사법경찰 또는 검사 앞에서 작성하는 것도 가능하다),

나) 신문시 유의사항

(1) 변호인이 피의자신문 참여시 변호인은 부당하게 신문에 개입할 수 없고, 피의자를 대신하여 답할 수 없으며, 녹음, 기록할 수 없다. (위 규칙 제9조의 2 제4항 등)

(2) 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있고, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있으며, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다(형사소송법 제243조의 2 제3항)

(3) 피의자신문조서에는 참여한 변호인도 서명날인하고(동조 제4항), 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문참여에 관한 사항을 그 조서에 기재하여야 한다(동조 제5항)

(4) 검사 등은 변호인이 참여 신청을 하더라도 변호인이 상당한 시간 내에 출석을 하지 않는 경우 참여 없이 피의자를 신문할 수 있고(위 규칙 제9조의2 제3항), 검사 등은 정당한 사유가 있는 경우에 변호인의 수사참여를 제한 할 수 있는데(위 규칙 동 제1항), 변호인은 그 제한 등에 불복하는 경우, 법원에 준항고하여 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다(형소법 제417조)

다) 피의자신문참여의 중요성

피의자신문참여는 백분 그 필요성을 강조하더라도 족하지 않다. 그 이유는 결국 사건의 기소여부는 피의자신문에서 결정되기 때문이며, 이 경우 피의자는 수사

기관의 수사의지, 수사기관이 파악하고 있는 쟁점, 수사기관이 중요하게 여기고 있는 객관적 사정, 수사기관이 수집한 증거 등에 대한 판단이 변호인보다는 낮을 수 있고, 위 참여의 경우 숙련된 형사전문 변호인은 피의자 신문참여를 통해 실질적인 도움을 피의자에게 줄 수 있기 때문이다.

바. 수사의 종결

앞서 항고절차 등을 논하기 위해 수사의 일반론에서 수사의 종결에 대해 일부 미리 다룬 바 있으나 본 항에서 상세하게 논한다.

1) 공소의 제기

검사는 수사를 마친 후 해당 피의자에게 범죄의 혐의가 있고 그 혐의를 입증할 증거가 충분하다고 판단되는 경우 법원에 대해 해당 피의자에 대한 재판을 구한다.

이 기소행위에는 두 가지 종류가 있는데 ① 그 중 하나는 구약식으로서, 이는 검사가 판사에게 오로지 기록만으로 해당 피의자에 대한 형사절차를 간소한 형식으로 진행하여 달라는 청구이다 (이 경우 벌금을 구형하는 경우로 한정한다)

이 경우 사건을 담당하게 되는 약식담당판사는 사건을 기록만으로 판단하여 검사의 벌금 구형과 그 구형금이 적정하다고 판단되면 약식명령결정을 하게 되고 해당 피고인의 정식재판청구 혹은 담당판사의 통상재판회부결정이 없는 한 동 약식명령결정으로 확정판결과 동일한 효과가 부여된다.

그리고 ② 나머지 하나는 구공판으로서 이는 검사가 판사에게 정식으로 해당 피고인에 대한 재판절차를 진행하여 피고인에게 적정한 형을 선고하여 달라는 청구이다(이 경우 피의자가 구속상태인지 여부에 따라 구속구공판 혹은 불구속 구공판이라 한다)

2) 불기소처분

검사는 수사를 마친 후 해당 피의자에게 범죄의 혐의가 없다고 판단되거나 혐의를 입증할 증거가 없다고 판단되는 경우 혹은 법률의 규정 등으로 기소할 수 없거나 혐의가 인정되더라도 기소의 필요성이 없다고 여겨지는 경우 불기소처분을 할 수 있다.



- 가) 무혐의 : 해당 피의자에게 범죄의 혐의가 없다고 판단되거나 혐의를 입증할 증거가 부족하거나 없다고 판단되는 경우 무혐의결정을 한다.
- 나) 죄안됨 : 해당 피의자가 형사미성년자와 같이 책임조각사유등이 있는 경우 검사는 죄안됨 결정을 한다.
- 다) 공소권 없음 : 해당 피의자에게 친족상도례에 해당되는 사유 등의 형면제사유나 사망과 같은 공소제기가 불가능한 사유가 있는 경우 검사는 공소권 없음 결정을 한다.
- 라) 기소유예 : 죄가 인정되나 해당 피의자에 대해 공소를 제기하는 것이 적정하다고 여겨지지 않는 경우 검사는 기소를 유예할 수 있다.
- 마) 기소중지 : 피의자나 중요참고인의 소재불명을 이유로 최종처분이 불가능한 경우 검사는 수사를 잠정적으로 중지하는 기소중지 혹은 참고인중지 결정을 할 수 있다.
- 바) 각하 : 고소 고발사건의 경우 고소 고발자체에 의하더라도 수사 개시할 가치 없음이 명백한 경우 검사는 각하 결정을 할 수 있다.

사. 기소후의 수사

1) 피고인신문

원칙적으로 기소된 이후 다시 피고인을 신문한 후 이를 법원에 증거로 제출하는 것은 가능하다.

2) 압수수색검증

그러나 기소된 이후 피고인으로부터 임의제출물을 압수하거나 피고인에 대해 구속 영장을 집행하는 경우 외에는 이는 법원의 고유 권한이기에 원칙적으로 불가능하다.

3) 증언한 참고인에 대한 조사

이미 증언한 참고인에 대한 새로운 신문조서는 증거능력이 부인된다.

5. 형사절차 중 공판단계의 고찰

가. 법원의 관할

1). 관할

관할에는 토지관할과 사물관할이 있다. 즉 법원이 피고인을 재판하기 위해서는 ① 토지관할로서 범죄지 및 피고인의 주소지, 거소지, 현재지를 관할하는 법원이어야 하고 ② 사물관할로서 단기1년 이상의 징역형이 법정형이 되는 사건은 합의부에서 관할하며 그 외는 단독판사가 관할한다.

2) 심급

○ 지법 단독 (1심) → 지법 합의 (2심) → 대법원 (3심)

○ 지법 합의 (1심) → 고법 합의 (2심) → 대법원 (3심)

참고로 1심과 2심은 사실심으로서 양형까지 심리할 수 있으나 3심은 법률심으로서 오로지 원심의 법률위반여부만 심리한다.

나. 공판 일반론

1) 공소장일본주의

검사가 공소를 제기하는 경우 피고인에 대한 법관의 예단 방지를 위해 공소장만 법원에 제출하는 것을 공소장 일본주의라고 한다. 다만 앞서 언급한 약식청구와 공판기 일전의 증거보전절차의 경우는 예외로 한다.

2) 공소제기의 효과

공소가 제기되면 1) 소송이 법원으로 이관되고 해당 사건의 지배권자가 검찰에서 법원으로 변경된다. 2) 더불어 이중기소가 금지되고, 공소시효가 정지된다.

이와 관련한 공소불가분의 원칙 (불고불리의 원칙)은 반드시 이해해두어야 하는데 이는 '공소사실은 역사적인 한 사건에 대해 제기하는 것으로서 단일하고 동일한 사건의



범위라면 그중 일부에 대한 공소제기는 그 전부에 대해 효력을 갖는다.’는 원칙으로서
동 원칙은 이중기소금지의 범위 및 기판력의 범위의 기준이 되기도 하다.

※ 배심원제도의 도입 (국민의형사재판참여에관한법률)

위 국민의형사재판참여에관한법률에 의하면 중죄에 한하여 피고인이 원하는 경우
배심원이 있는 상황에서 재판이 진행될 수 있는데 이 경우 배심원은 소정의
절차를 거쳐 선임되어 재판에 참여한 후 사실의 인정 법령적용과 양형의 의견을
제시할 수 있다.

다. 공판

1) 공판심리의 대상

판례에 의하면 공소장에 기재된 공소사실 + 공소사실과 동일성이 인정되는 사실이
공판심리의 대상이 된다. 이때 공소사실과 동일성이 인정되는 사실이란사실의 기초가
되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하여야 한다는 것을 의미한다.

2) 공판절차

가) 공판준비절차

- (1) 기일전 절차 - 공소장부분 송달, 공판기일의 지정, 피고인 소송대리인 소환과
같은 절차가 수행된다
- (2) 공판전 준비절차
 - ① 의의 : 1회공판기일전 쟁점과 증거의 정리 절차, 필요적변호절차
 - ② 대상 : 국민참여재판, 다쟁점사건, 다증거사건, 증거개시요청사건
 - ③ 방법 : 주장과 입증계획에 관한 서면제출 혹은 의견진술

나) 공판절차

(1) 모두절차

이는 공판에 들어가기 전 진술거부권의 고지, 인정신문, 검사의 모두진술,

피고인의 모두진술, 재판장의 쟁점정리 및 당사자의 증거에 대한 진술 등을 의미한다.

(2) 사실심리절차

(가) 증거조사절차

증거조사는 ① 증거신청 ② 증거채부결정 ③ 증거조사의 3단계로 이루어진다. 대표적인 증거조사의 방식 중의 하나는 증인신문이다. 변호인은 증인신문을 원하는 경우 증인의 성명, 주소, 입증취지 등을 특정하여 신청서를 법원에 제출하여야 하고, 법원은 해당 증인의 신문이 필요하다고 판단하는 경우 증거조사를 하기로 결정하지만 신문이 필요없다고 판단하면 증거로 채택하지 않는다는 결정을 한다. 증거조사하기로 결정이 된 경우 지정된 기일에 증인을 신문하되 통상 신청한 당사자, 반대당사자, 법원의 순으로 진행된다.

그 외 서류, 물건 등도 증거로서 제출되는데 이를 서증 혹은 물증이라 한다. 서류와 물건의 경우 당사자가 제출하며 상대방에게 증거채부의 의견을 들은 후 증거조사대상으로 결정하고 증거조사방식은 낭독 혹은 제시, 해당 증거의 입증취지 등의 설명이다.

○ 조서 (피의자신문조서, 참고인진술조서)

사실상 형사공판절차의 백미는 피의자신문조서 혹은 참고인진술조서의 신빙성과 진정 성립에 있다고 하여도 과언이 아니다. 왜냐하면 검찰에서 자백하는 경우 피고인이 법원에서 부인하는 경우는 별로 없고, 검찰에서 자백하는 피의자신문조서가 증거로서 인정되는 경우 법원은 피고인이 법정에서 부인하더라도 유죄의 증거로 검사작성의 피의자신문조서를 사용할 수 있기 때문에 위 수사기관이 작성한 조서의 중요성은 백번 강조하여도 부족하다. 결국 형사소송법과 판례는 이 자백이 기재된 피의자신문조서의 취득방식과 이를 증거로서 그 자격을 인정할 것인지 여부에 집중할 수밖에 없었고 이에 대해서는 증거파트에서 상세하게 언급한다.

위 조서는 통상의 서증이라기보다 증거서류라고 부르며 당사자가 제출한 후 반대당사자의 증거채부의 의견제시 및 증거조사여부의 결정 그리고 증거



능력이 인정되는 경우 당사자의 낭독, 설명 등의 방식으로 증거조사가 이루어진다.

(나) 피고인신문절차

위 증거조사절차가 종결된 후 피고인신문절차를 진행할 수 있다

(다) 최종변론과 최후진술

사실심리의 마지막 단계로서 검사의 구형, 변호인의 최종의견진술, 피고인의 최후진술의 순으로 공판이 진행된다.

(3) 판결선고절차

사실심리절차가 마무리되면 통상 3-4주 후 해당 사건에 대한 판결이 선고되는데 판결선고기일은 그보다 앞당겨지거나 늦추어질 수도 있다.

라. 증거

1) 증거의 의의와 종류 및 증거능력 등 : 증거란 사실인정의 근거자료이다

가) 증거종류

증거에는 (1) 인증 - 증언, 피고인의 진술, 감정인의 감정 (2) 물증 - 물건의 존재나 상태의 형상 (3) 서증이 있다 그리고 다시 서증은 ① 공판조서, 진단서, 수사기관 등이 작성한 서면의 내용이 증거인 증거서류가 있고 ② 계약서 등 서류의 존재나 상태가 증거인 증거물인 서류가 있다.

나) 증거능력과 증명력

(1) 증거능력이란 증거로 사용될 수 있는 자격을 의미하고 (2) 증명력이란 증거의 가치로서 판사의 심증의 대상이 되는 증거력을 의미한다.

2) 증거관련 제반 법칙

가) 자백배제법칙

이는 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 장기화, 기망, 이익의 약속, 기타 임의성이 의심이 있는 경우에 이를 유죄입증의 자료로 삼지 못한다는 원칙이다. 수사기관이 진술거부권을 고지하지 않거나, 변호인선임권, 접견교통권의 침해에 의한 자백의 경우 이를 유죄입증의 자료로 삼지 못한다.

나) 자백보강법칙

이는 피고인의 자백만으로는 피고인을 유죄로 인정하지 못하며 이를 보강할 증거가 있어야 한다는 원칙이다. 특히 자백은 다른 형태의 자백으로 보강하지 못한다는 것이 원칙이다. 이때 보강증거는 진실성을 담보할 수준이면 족하며 정황증거라하여도 무관하다. 참고로 공범자의 자백은 보강증거이다

다) 위법수집증거 배제 법칙

이는 적법한 절차를 지키지 아니하고 수집한 증거는 증거로 사용하지 못한다는 원칙이다. 영장에 의하지 아니하거나 영장범위를 넘어선 강제처분에 의해 수집된 증거의 증거능력이 배제된다는 원칙이다.

라) 전문법칙과 그 예외

- (1) 의의 : 전문증거란 사실을 경험자가 직접 법원에 보고하지 않고 간접적인 형태로 보고되는 증거 (전문진술, 진술서, 진술녹취서)인데 전문법칙이란 전문증거는 반대신문권과 증거의 신용성이 보장되어 있지 않으며 직접주의에 위배되므로 증거능력을 배제한다는 법칙이다.

(2) 예외

그런데 형사소송법은 원칙적으로 금지하고 있는 전문증거 중 일정 증거를 증거로 인정하고 있고 아이러니하게도 해당 증거가 사실상 형사소송법상 가장 중요한 증거로 사용되고 있다. 이하에서 논한다.

- ① 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인이나 피고인 아닌자의 진술기재조서
- ② 검사 작성 피의자 신문조서
검사가 작성한 피의자 신문조서의 경우 i) 임의성 + ii) 적법절차 준수(기명 날인, 변호인참여, 수사과정기록) + iii) 실질적 진정성립 (만일 부인시 영상녹화물등에 의해 입증) + iv) 특신상태의 경우 증거능력을 인정한다.
- ③ 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 경우 i) 임의성 + ii) 적법절차 준수 + iii) 내용인정 (조서의 성립+내용의 진실)의 경우 증거능력을 인정한다.
- ④ 진술조서의 경우 i) 적법절차 준수 + ii) 원 진술자의 공판정에서의 진술(실질적 진정성립) + iii) 원 진술자에 대한 반대신문권 보장 + iv) 특신상태의 경우 증거능력을 인정한다.



(3) 예외의 예외

만일 당사자가 법정에서 위 전문증거에 대해 증거로 사용함에 동의한다면 증거능력이 부여된다.

마. 재판

재판에는 유죄, 무죄, 공소기각의 결정, 공소기각의 판결, 면소 판결 등이 있는바 유죄 무죄는 생략하고 이하에서는 나머지를 간략하게 설명한다.

1) 공소기각의 결정

이는 공소의 취소, 피고인의 사망, 공소장기재사실 자체의 무혐의, 관할의 경합으로 인한 재판 불가의 경우 법관이 결정으로 선고하는 재판이다.

2) 공소기각의 판결

이는 재판권의 흠결, 공소제기의 절차의 법률규정위반, 중복기소, 친고죄기소시 고소취소, 반의사불벌죄에 있어서의 처불불원의사표시 등이 존재하는 경우 법관이 공소시각의 판결로서 선고하는 재판이다.

3) 면소판결

이는 확정판결로 인해 기판력이 인정되는 경우, 사면, 공소시효완성, 법령개폐로 인한 형의 폐지 시에 법관이 선고하는 판결이다.

실체의 재판에는 형식적 확정력과 내용적 확정력 및 일사부재리의 원칙(소위 기판력)이 부여된다. 상세한 내용은 생략한다.

바. 상소 및 기타 절차

1) 불이익 변경금지의 원칙

이는 피고인만의 이익을 위해 피고인만이 상소한 경우 그 상소된 사건에 대해서는

원심보다 중한 형을 선고하지 못한다는 원칙으로서 검사가 같이 상소한 경우는 적용되지 않는다.

2) 재심절차

허위증거에 의해 확정판결이 내려진 경우, 판결이 내려진 이후 무고죄가 확정되는 경우, 새로운 명백한 무죄의 증거 발견 시 재심이 이루어질 수 있다.

3) 즉결심판

즉결심판이란 20만원 이하의 벌금, 구류, 과료의 형을 선고할 경우 경찰서장이 기소하여 판사가 심판하는 절차이다.

4) 배상명령

이는 피해자의 신청에 의해 형사소송에서 민사상 손해배상사건을 같이 처리하는 절차이다.

IV. 회사법 관련 보전처분 실무

1. 회사법 관련 보전처분의 의의 및 특성

가. 회사법상의 소송을 본안으로 하는 임시의 지위를 정하는 가처분

보전처분 중 가처분은 민사집행법 제300조 제1항에서 규정하고 있는 계쟁물에 관한 가처분, 제2항에서 규정하고 있는 임시의 지위를 정하는 가처분이 있다.

임시의 지위를 정하는 가처분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하는 것인데, 회사법 관련 가처분은 회사법상의 소송(주식발행과 관련한 소송, 주주총회 관련 소송, 이사의 지위 및 직무집행 관련 소송, 회사의 서류에 대한 접근 관련 소송,



조직개편에 관련 소송 등)을 본안으로 하는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하는 가처분이다. 법률상의 용어는 아니나 일반적으로 회사가처분이라는 용어를 많이 사용하고 있다. 이하에서는 편의상 ‘회사가처분’이라는 용어를 사용하도록 한다.

나. 회사가처분의 특성

(1) 가처분의 본안화 현상

회사가처분은 보전처분임에도 불구하고, 보전처분의 일반적인 특징인 밀행성, 잠정성, 부수성 등은 찾기 어렵다. 임시의 지위를 정하는 가처분이기 때문에 필요적 심문을 거치게 되어 밀행성이 없다. 또한 회사가처분 결정에 의해 일단 그 효력이 발생하면 사후적인 회복이 사실상 불가능하여 잠정적 처분성을 찾기 어렵고, 이에 불복이 무의미한 단심화 경향이 두드러진다. 이러한 점에서 본안대체화 현상이 현저하고 부수성을 찾기도 어렵다.

(2) 가처분결정의 적시성

회사법상의 행위들은 대부분 순서가 있고, 효력발생시점이 정해져 있다. 이사 선임 안건이 상정될 정기주주총회를 예로 들면, 약 2개월만에 주주명부 폐쇄, 주주명부 열람, 주주제안, 이사회 결의, 의결권대리행사권유, 주주총회 소집통지, 주주총회결의 순서로 일련의 행위들이 이루어지고, 주주총회 일자를 정점으로 개별 회사법적 행위단계에 맞춘 가처분 운용이 필요하다. 시기를 놓친 가처분 결정은 실익이 없어서 보전의 필요성이 없게 된다.

(3) 가처분의 수단적 기능, 전략적 설계

회사가처분은 개개의 고유한 의미가 있기도 하지만 보다 큰 목적을 달성하기 위한 수단으로 사용되는 측면이 크다. 회사법상의 소수주주권 자체가 경영감독, 주식가치 보전, 경영권 확보라는 목적 아래 행사되는 것이 일반적이기 때문이다. 예를 들어 회계장부열람등사가처분은 추후 이사에 대한 책임추궁의 수단으로 사용되고, 주주명부열람등사가처분은 경영권 확보를 위해 우호주주를 규합하기 위한 수단으로 사용된다. 이에 가처분신청을 하기 전에 목적을 정확하게 인식하고, 그 수단이 되는 일련의 가처분을

전략적으로 설계·운용할 필요가 있다.

(4) 동일한 재판부에서 반복적인 심리를 받게 됨

회사소송은 대부분 본점소재지 관할이 전속관할이므로, 회사가처분 또한 본점소재지 관할에서 이루어진다. 회사가처분은 법원의 사무분담상 신청합의부 사건인데, 각 지방 법원의 신청합의부는 1, 2개에 불과하여 특정 회사의 회사가처분 사건은 거의 동일한 재판부가 심리를 하게 된다. 지방법원 중 규모가 가장 큰 서울중앙지방법원의 경우에도 신청합의부는 민사 50부, 51부 2개에 불과하고, 회사가처분의 경우 대부분 민사 50부에 배당된다.

경영권 분쟁 상황에서는 어느 일방이 확실한 주도권을 잡기 전까지는 여러 가처분 소송이 동시다발적으로 제기될 가능성이 있다. 주주명부열람등사가처분, 의안상정 또는 의안상정금지가처분, 주주총회개최금지가처분, 의결권행사 또는 행사금지가처분, 주주총회효력정지가처분, 직무집행정지가처분, 회계장부열람등사가처분 등이 짧은 기간 내에 제기될 수 있다. 즉, 동일한 재판부에서 반복적인 심리를 받을 가능성이 매우 높기 때문에 첫 번째 심리 사건에서 사실관계의 충실한 설명, 정당성 부각이 필요하다.

(5) 필요적 심문

회사가처분은 임시의 지위를 정하는 가처분이기 때문에 필요적 심문을 거친다. 가처분결정의 적시성이 중요하므로, 일단 심문기일의 지정이 신속하게 이루어지도록 할 필요가 있다. 이에 소규모 지방법원의 경우 신청합의 사건의 심문기일이 자주 열리지 않기 때문에 적극적으로 심문기일 지정신청을 하고, 재판부 실무관에게 연락하여 D-day를 알려줄 필요가 있다.

(6) 증거방법 - 소명

회사가처분소송은 보전소송이므로 증거방법은 ‘소명’에 의하고 즉시성이 없는 소명방법(문서송부촉탁신청, 문서제출명령신청, 증인신청, 사실조회신청 등)은 채택되지 않는다. 회사가처분의 본안화 특성상 경영권 분쟁이 있는 경우 가처분 결정으로 지배권의 향방이 결정되는 경우가 많다. 그만큼 법원도 신중한 결정을 하므로 피보전권리의 소명에 있어서 다른 가처분보다 고도의 소명을 필요로 한다.



2. 회사가처분에 있어서 신청인 적격의 문제

가. 주주지위 문제

주주지위에서 가처분신청을 하는 경우, 주주지위의 소명이 중요하다. 신청인적격이 없는 경우 가처분신청은 각하된다. 주식의 경우 명의신탁이 법률로 금지되어 있지 않아 타인의 명의를 빌려 주식을 인수하거나 양수하고 그 타인을 주주명부에 주주로 기재한 경우가 흔히 있는데, 이때 누가 주주권을 행사할 수 있는지가 문제되어 왔다. 대법원이 기존에는 실질설(실질적인 주식인수인을 주주로 보는 견해)의 입장에 있었는데, 아래와 같이 최근 형식설(명의상의 주식인수인을 주주로 보는 견해)로 변경되었다. 이에 주주명부에 주주로 기재되어 있지 않은 경우 소수주주권을 행사할 수 없으므로 명의개서청구를 먼저 하여야 한다.

대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 전원합의체 판결

주주명부에 적법하게 주주로 기재되어 있는 자는 회사에 대한 관계에서 그 주식에 관한 의결권 등 주주권을 행사할 수 있고, 회사 역시 주주명부상 주주 외에 실제 주식을 인수하거나 양수하고자 하였던 자가 따로 존재한다는 사실을 알았든 몰랐든 간에 주주명부상 주주의 주주권 행사를 부인할 수 없으며, 주주명부에 기재를 마치지 아니한 자의 주주권 행사를 인정할 수도 없다.

나. 단독주주권, 소수주주권의 요건

회사법상 주주권은 아래와 같이 단독주주권, 소수주주권으로 분류할 수 있다.

- ① 단독주주권 : 지분율과 무관하게 주주라면 누구나 청구할 수 있는 원칙적인 형태
- ② 소수주주권 : 발행주식 총수 중 의결권 있는 주식을 일정비율 이상을 보유한 주주에게 부여하는 권리. 다만, 상장회사의 경우 소수주주권의 지분비율 요건을 완화하는 대신 주식보유기간요건(6개월)을 규정하고 있다.

| 주주권 | 지분율 (상법일반규정) | 지분율 (상장회사 특례규정) |
|------------|--------------------|--------------------|
| 주주제안권 | 3% (362의 2) | 1%(542의 6 2항)* |
| 대표소송 | 1% (403조) | 0.01% (542의6 6항) |
| 집중투표청구 | 3% (382조의2) | 0.5% (542의6 3항)* |
| 이사 등 해임청구 | 3% (385조 2항, 415조) | 0.5% (542의6 3항)* |
| 청산인 해임청구 | 3% (539조 2항) | 0.5% (542의6 3항)* |
| 유지청구 | 1% (402조) | 0.05% (542의 6 4항)* |
| 회계장부열람 | 3% (466조) | 0.1% (542의6 1항) |
| 주주총회 소집청구 | 3% (366조) | 0.1% (542의6 4항)* |
| 총회검사인 선임청구 | 1% (367조 2항) | - |
| 업무검사권 | 3% (467조) | 1.5% (542의6 1항) |
| 해산판결청구 | 10% (520조) | - |

* 최근사업연도말 자본금이 1천억원 이상인 상장회사는 더 완화됨(상법 시행령 32조)

소수주주권의 행사와 관련하여, 상장회사 특례 규정상의 보유요건(6개월간 계속 보유)과 상법 일반 규정상의 보유요건 중 어느 하나만 충족해도 행사가능한지가 쟁점이 되어 왔다(특칙설 v. 병존설). 대법원(2004. 12. 10. 선고 2003다41715판결)이 병존설을 취함으로써 일단 논란에 종지부를 찍었는데, 구 증권거래법상의 상장회사 특례규정이 상법에 편입되면서, 상법 제542조의2 제4항에서 “이 절은 이 장 다른 절에 우선하여 적용한다”고 규정하여 다시 논란이 되었다. 하급심 판결의 입장이 엇갈리고 있는 상황에서 대법원 판결은 아직 없다. 하급심 판결의 동향을 보면, 아래와 같이 특칙설에서 병존설로 변화되었다가 최근 다시 특칙설의 입장을 취하고 있다.

- ◎ 인천지방법원 2010. 3. 4.자 2010카합159 판결 [특칙설]
- ◎ 서울중앙지방법원 2011. 1. 13.자 2010카합3874 결정 [특칙설] → 서울고등법원 2011. 4. 1.자 2011라123 결정 [병존설]
- ◎ 서울중앙지방법원 2015. 7. 1.자 2015카합80582결정(엘리엇 v. 삼성물산 사건) [특칙설] → 서울고등법원 2015. 7. 16.자 2015라20485결정 [명시적 판단은 없었으나 1심 결론 유지]



◎ 의정부지방법원 고양지원 2018. 7. 18.자 2018카합5077 결정 [특칙설]

상장회사 특례규정이 특칙으로 적용되는 경우 소수주주권 행사에 있어서 6개월 계속 보유요건이 중요하고, 자본시장법상 주식대량보유보고의무(5%룰)와 함께 경영권 방어에 있어서 매우 중요한 쟁점으로 작용하게 된다.

3. 가처분결정의 효력 - 대세적 효력의 인정 여부

가처분신청을 인용하는 결정의 경우 당사자 이외의 자에게도 효력이 미치는지, 가처분결정에 위반한 행위는 유효한지가 문제된다.

이사의 직무집행정지 및 직무대행자선임가처분 사건의 경우 대세적 효력이 있다는 것이 확립된 대법원 판례이다. 이사의 직무집행정지 및 직무대행자선임가처분의 경우 피신청인(채무자)이 해당 이사이고, 회사는 가처분 사건의 당사자가 아님에도 불구하고 대세적 효력을 인정하고 있는 것이다.

대법원 1992. 5. 12. 선고 92다5638 판결

대표이사의 직무집행정지 및 직무대행자 선임의 가처분이 이루어진 이상, 그 후 대표이사가 해임되고 새로운 대표이사가 선임되었다 하더라도 가처분결정이 취소되지 아니하는 한 직무대행자의 권한은 유효하게 존속하는 반면 새로이 선임된 대표이사는 그 선임결의의 적법 여부에 관계없이 대표이사로서의 권한을 가지지 못한다 할 것이고, 한편 위 가처분은 그 성질상 당사자 사이에서 뿐만 아니라 제3자에게도 효력이 미치므로, 새로이 선임된 대표이사가 위 가처분에 반하여 회사 대표자의 자격에서 한 법률행위는 결국 제 3자에 대한 관계에서도 무효이고(당원 1991.12.24. 선고 91다4355 판결 참조), 이때 위 가처분에 위반하여 대표권 없는 대표이사와 법률행위를 한 거래상대방은 자신이 선의였음을 들어 위 법률행위의 유효를 주장할 수는 없다고 할 것이다.

신주발행금지가처분 결정에 위반한 신주발행의 경우도 절대적 무효라는 것이 통설과 실무례이다.

의결권행사금지가처분의 경우 직접적인 판례는 없으나, 의결권행사금지가처분과 동일한 효력이 있는 강제조정 결정에 위반한 의결권 행사가 문제된 사안에서, 대법원은

가처분의 본안소송에서 가처분의 피보전권리가 없음이 확정됨으로써 그 가처분이 실질적으로 무효임이 밝혀진 이상 위 강제조정 결정에 위반하는 의결권 행사는 결국 가처분의 피보전권리를 침해한 것이 아니어서 유효하다고 판단하였다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다3920 판결). 가처분명령에 위반하여 개최되었다는 사유만으로 주주총회 결의가 무효 또는 취소라고 보기 어렵다고 판단한 사례도 있다(대법원 1999. 10. 8. 선고 98다38760 판결).

4. 주식관련 가처분

가. 신주발행의 효력을 다투는 가처분의 종류

- (1) 납입기일 이전 - 신주발행금지 가처분
- (2) 납입기일 이후 - 의결권행사금지가처분, 주권상장금지가처분

나. 신주발행금지 가처분

- (1) 피보전권리 - 신주발행유지청구권 (상법 제424조)
- (2) 가처분신청시기

신주발행금지 가처분신청은 사전적 구제수단이므로 신주발행의 효력이 발생하는 납입기일 다음날 이후에는 할 수 없다(심문기일 지정, 법원의 심리기간을 고려할 때 납입기일까지 어느 정도 여유가 있을 필요가 있다). 제3자 배정 신주발행의 개연성이 인정되는 경우라도 이사회결의가 없는 경우 유지청구의 대상이 존재하지 않으므로 보전의 필요성이 인정될 수 없다.

- (3) 가처분결정의 적시성

상장회사의 일반공모증자의 경우 청약이 이루어지면 대규모 불특정 이해관계자들이 생기기 때문에 청약일 전일까지 결정을 받을 필요가 있다. 실제 신주발행금지가처분 사건이 계류되어 있는 경우 실무상 청약을 받을 수 없기 때문에, 회사측에서도 신속한 심리를 촉구할 필요가 있다.

- (4) 신주발행금지가처분의 판단요소

주주배정 신주발행의 경우 원칙적으로 위법 또는 불공정한 신주발행이라고 보기



어렵다. 제3자 배정방식 신주발행의 경우, 경영상 필요가 있어야 하고, 정관상 발행목적에 부합해야 한다. 다만, 경영권분쟁상황에서 제3자 배정신주발행의 경우 경영상 필요가 인정되기 어렵고, 기존 경영진 또는 지배주주의 경영권 방어 목적을 위한 것으로 사실상 추정되기 때문에 해당 신주발행은 위법·당한 신주발행으로 보고 있다.

나. 의결권행사금지 가처분

(1) 피보전권리

주발행무효청구권, 주주총회결의하자청구권이 있다. 자본시장법상의 주식대량 보유상황등의 보고의무 위반, 주식의 공개매수 의무 위반, 상호주 보유의 경우 등 법률상 의결권이 제한되는 경우가 있는데, 의결권 제한 없이 주주총회결의를 하는 경우 주주총회결의 취소사유에 해당하므로 주주총회결의하자청구권을 피보전권리로 하여 의결권행사금지가처분을 할 수 있다.

(2) 주주지위에 대한 다툼이 있는 경우

신청인이 실질주주임을 주장하면서 형식주주에 대하여 의결권행사금지가처분을 구하는 경우 받아들여지지 않는다.

(3) 의결권행사금지가처분 결정을 위반한 경우의 효력

직접적인 판례는 없으나, 의결권행사금지가처분과 동일한 효력이 있는 강제조정 결정에 위반하는 의결권행사로 주주총회 결의에 가결정족수 미달의 하자여부가 문제된 사안에서, 가처분의 본안소송에서 그 가처분이 실질적으로 무효임이 밝혀진 이상 위 강제조정결정에 위반하는 의결권 행사는 결국 가처분의 피보전권리를 침해한 것이 아니어서 유효하다고 판단하였다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다 3920 판결).

다. 주식상장금지가처분

(1) 피보전권리

신주발행무효소송 청구권

(2) 회사를 채무자로 하여 주권발행 및 상장금지가처분 결정을 하면 명의개서대리인

및 한국거래소에도 효력이 미친다.

- (3) 보전의 필요성 - 등기실무, 유가증권상장규정상 명의개서대리인이 주권발행을 해주지 않는다거나 한국거래소가 상장을 해주지 않는다고 하더라도 법적으로 금지되는 것은 아니므로 주권발행과 상장금지를 할 보전의 필요성이 있다.

5. 주주총회 관련 가처분

가. 주주총회 개최금지가처분

- (1) 일반적인 주주총회 개최금지의 가부
 개최예정인 주주총회를 특정하지 않고, 주주총회의 개최를 일반적으로 금지하는 가처분은 허용되지 않는다.
- (2) 주주총회의 소집절차 위반의 경우
 주주총회 소집권한 없는 자가 주주총회를 소집하는 경우, 주주총회 소집통지기간을 위반한 경우 해당 주주총회결의 전체가 취소사유에 해당하므로 주주총회개최금지가처분이 가능하다.

나. 주주총회 결의금지 가처분

- (1) 피보전권리
 주주총회 안건이 법령 또는 정관에 위반한 경우, 주주제안권을 침해한 경우 등 주주총회결의를 하게 되면 해당 결의에 취소, 부존재, 무효사유가 발생하는 경우 주주총회결의금지가처분이 가능하다.
 하급심 판결 중에는 주주총회 소집통지 및 공고기간을 준수할 수 없어서 의안상정 가처분의 보전의 필요성이 없었던 사안에서 주주총회결의금지 가처분을 인용한 사례가 있다(대전지방법원 논산지원 2008. 3. 7.자 2008카합29 결정)
- (2) 효력
 주주총회결의금지가처분 결정에는 대세효가 있다. 이에 가처분에 위반한 총회결의는 추후 이의신청으로 가처분이 취소되어도 소급하여 유효로 되지 않는다.



다. 의안상정가처분

(1) 피보전권리

주주제안권, 이사회가 소수주주의 정당한 주주제안을 거부하는 경우 당해 주주는 회사를 상대로 주주제안 내용을 의제 또는 의안으로 상정할 것을 구하는 가처분이다.

(2) 보전의 필요성 관련

의안상정가처분결정이 있어도 해당 의안을 상정하여 주주총회결의를 하기 위해서는 주주총회 소집통지기간을 준수해야 하므로, 주주총회 소집통지기간을 준수할 수 있는 경우에 한하여 허용되고, 그렇지 않으면 보전의 필요성이 없어 기각된다.

(3) 피신청인 적격

안건상정가처분의 본안소송은 회사가 소집한 당해 주주총회의 효력을 다투는 소 또는 회사에 대하여 의안상정을 구하는 소가 되므로, 가처분 사건의 채무자는 주주제안을 의안으로 상정하는 것에 반대한 개별이사가 아니라 회사가 된다.

6. 이사 직무집행 관련 가처분

가. 종류

이사의 직무집행 관련 가처분은 이사의 직무집행정지가처분, 이사의 위법행위금지가처분이 있다. 이사의 직무집행정지가처분의 경우 (i) 이사선임결의의 효력을 다투는 소를 본안으로 하는 경우와 (ii) 이사해임의 소를 본안으로 하는 경우로 구분된다.

나. 직무집행정지가처분

(1) 이사선임결의의 효력을 다투는 소송을 본안으로 하는 경우

(가) 본안소송

이사선임결의는 주주총회에서 이루어지므로 본안소송은 상법 제376조의 주주총회결의취소의 소, 상법 제380조의 주주총회결의 무효 및 부존재확인 소가 된다. 대표이사가 직무집행정지가처분의 대상인 경우 대표이사를 선임한 이사회결의의 효력을 다투는 소도 직무집행정지가처분의 본안소송이 될 수 있다.

한편, 이사선임결의에 하자가 있는 경우, 그 보전처분은 대상 이사에 대한 직무 집행정지가처분이고, 주주총회결의효력정지가처분은 허용되지 않는다는 점을 주의해야 한다.

| 본안소송 | 보전처분 |
|---------------------------------|-------------------|
| 이사선임 관련 주주총회결의취소·무효·부존재확인 소송 | 주주총회결의효력정지가처분 [X] |
| | 직무집행정지가처분 [O] |

(나) 당사자

- ① 신청인 - 본안소송이 이사선임결의취소의 소인 경우 주주, 이사 또는 감사가 신청인이 될 수 있고(상법 제376조 제1항), 이사선임결의무효 또는 부존재확인 소인 경우 상법이 제소권자를 제한하고 있지 않으므로 소의 이익이 있는 자는 누구나 신청인이 될 수 있다.
- ② 피신청인 - 신청인의 주장에 의해 지위가 다투어지는 자이다. 이사선임결의의 효력을 다투는 본안소송은 모두 회사가 피고가 되는데, 이사직무집행정지가 처분 사건에서는 회사가 피신청인이 될 수 없다는 것이 판례이다.¹¹⁹⁾ 이로 인해 본안소송의 피고와 가처분사건의 피신청인이 달라지게 된다.

본안소송의 피고(회사) ≠ 가처분소송의 피신청인(대상 이사)

- (다) 대상 이사가 퇴임이사가 된 경우 직무집행정지가처분이 허용되는지 여부
- 이사선임에 법적 하자가 있는 이사가 사임을 하고 퇴임이사가 된 경우 직무집행정지가처분 신청이 허용되는지에 대한 논의가 있다. 상법 제386조 제1항, 제2항에 따라 퇴임이사를 상대로는 해임사유의 존재나 임기만료·사임 등을 이유로 그 직무집행의 정지를 구하는 가처분 신청은 허용되지 않고, 일시 이사 선임을 청구할 수 있을 뿐이라는 대법원 판례가 있고¹²⁰⁾. 위 대법원 판례를 근거로 하급심 판결 중에 직무집행정지가처분신청이 허용되지 않는다고 판단한 사례가 있다¹²¹⁾. 그러나 위 대법원 판례 사안은 이사해임소송을 본안으로 하는 경우로

119) 대법원 1982. 2. 9. 선고 80다2424 판결; 대법원 1997. 7. 25. 선고 96다15916 판결

120) 대법원 2009. 10. 29. 자 2009마1311결정



서 이사선임결의의 효력이 문제되는 경우에 적용할 수 있는 사례가 아니다. 최근 하급심 판결은 상법 제386조 제1항의 퇴임이사 규정은 하자 있는 주주총회 결의에 의하여 선임된 이사에 대하여는 적용되지 않는다고 판시하였다¹²²⁾. 즉, 하자 있는 결의로 선임된 이사가 퇴임한 경우라고 하더라도 직무집행정지가 처분 신청이 허용된다는 것이다.

(라) 보전의 필요성

신청인이 본안에 승소하여 적법한 선임결의가 있을 경우 피신청인이 다시 이사로 선임될 개연성이 있는지의 여부도 가처분의 필요성 여부 판단에 참작하여야 한다. 판례 중에는 이사의 선임결의에 하자가 있기는 하나, 발행주식의 60% 이상을 소유한 대주주에 의해 선임된 이사에 대해서는 직무집행정지가 처분을 할 필요성이 없다고 판단한 사례가 있다¹²³⁾.

(2) 이사해임소송을 본안으로 하는 경우

(가) 본안소송

이사해임소송은 이사가 그 직무에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반한 중대한 사실이 있음에도 주주총회에서 그 해임을 부결한 때, 총회의 결의가 있는 날로부터 1월 내에 제기하는 소송이다(상법 제385조 제2항).

이사해임소송을 본안으로 하는 직무집행정지가 처분 신청은 반드시 본안의 소가 제기되었음을 전제로 하지는 않으나, 상법 제385조 제2항이 해임의 소를 제기하기 위한 절차를 별도로 규정하고 있는 것을 감안해서 특별히 급박한 사정이 없는 한 해임의 소를 제기할 수 있을 정도의 절차적 흔적이 소명되어야 한다는 것이 판례이다¹²⁴⁾. 따라서 이사 해임을 안건으로 한 임시주주총회의 소집을 법원에 신청하거나 주주제안을 하는 등의 절차를 거쳤다는 소명이 필요하다. 이사해임소송은 제소기간이 1월 내이므로, 가처분신청 사건의 진행 중 또는 가처분결정 후 제소기간이 도과하는 경우가 있을 수 있으니 주의해야 한다.

121) 수원지방법원 성남지원 2014. 3. 27.자 2014카합6000014 결정
122) 인천지방법원 부천지원 2014. 8. 16.자 2014카합1059 결정
123) 대법원 1991. 3. 5.자 90마818 결정
124) 대법원 1997. 1. 10자 95마837 결정

(나) 당사자

- ① 신청인 - 발행주식총수의 3% 이상을 가진 주주. 신청 당시는 물론 가처분 결정이 발령될 때까지 유지해야 한다.
- ② 피신청인 - 이사 해임의 소는 회사와 이사의 위임관계의 해소를 구하는 형성의 소로서 회사와 이사를 공동피고로 해야 하는데, 직무집행정지가처분에서는 해임청구의 대상인 이사만이 피신청인이 될 수 있고, 회사는 피신청인이 될 수 없다. 이로 인해 본안소송의 피고와 가처분사건의 피신청인이 달라지게 된다.

본안소송의 피고(회사+대상 이사) ≠ 가처분소송의 피신청인(대상 이사)

(다) 해임사유

해임사유는 이사직무에 관한 부정행위 또는 법령·정관에 위반한 중대한 사실이고, 임무해태는 해당하지 않는다. 해임사유는 이사 재임중에 있으면 족하고, 해임청구시에 반드시 존재할 필요는 없다.

- (라) 대상 이사가 퇴임이사가 된 경우 직무집행정지가처분이 허용되는지 여부
이사선임결의의 하자를 원인으로 하는 경우와 달리, 이사해임사유를 원인으로 하는 경우 대상 이사가 퇴임이사가 된 경우 직무집행정지가처분은 허용되지 않고, 법원에 일시이사선임을 청구할 수 있을 뿐이다.

(마) 보전의 필요성

이사선임결의하자소송을 본안으로 하는 경우와 달리, 피신청인이 다시 이사로 선임될 것이 명백한 경우는 고려대상이 아니다. 하급심 판례 중에는 신청인이 1인 주주로서 이사가 위법행위를 저질렀는지 여부를 불문하고 이사를 해임할 수 있는 경우¹²⁵⁾, 당해 이사의 임기가 임박하였거나 이미 사임한 이사를 상대로 하는 경우¹²⁶⁾에는 보전의 필요성을 인정하지 않았다.

125) 서울중앙지방법원 2007. 12. 24.자 2007카합3433 결정; 같은 법원 2008. 6. 13.자 2008카합1237결정

126) 서울중앙지방법원 2007. 1. 18.자 2006카합4126 결정; 같은 법원 2008. 3. 24.자 2008카합574 결정



다. 직무대행자의 선임

(1) 직무대행자선임을 하는 경우

법원은 이사의 직무집행정지가처분과 함께 직무대행자를 선임할 수 있다(상법 제 407조 제1항). 이것도 가처분의 내용으로서 하는 것이다. 직무집행정지결정이 이루어지는 경우 상법 제407조 제1항에 따라 그 부수적 처분¹²⁷⁾으로 직무대행자를 선임하는 것이다. 따라서 직무집행정지를 하지 않고 직무대행자만 선임할 수는 없다.

직무대행자는 이사의 직무집행정지로 인한 회사운영의 공백을 메우기 위해 선임하는 것이므로 그러한 필요가 있지 않는 한 반드시 선임하여야 하는 것은 아니다. 즉, 정관에 위반하여 이사의 정원을 초과하여 선임된 이사의 직무집행을 정지하거나 대표이사가 2인 이상인 회사에서 대표이사 1인의 직무집행정지를 명하는 경우 등과 같이 직무대행자를 선임할 필요가 없는 경우가 있으므로 직무집행정지와 동시에 직무대행자를 선임해야 하는 것은 아니다.

한편, 정관에 직무대행에 관한 규정이 있고, 이사선임결의에 하자가 있어서 해당이사에 대한 직무집행정지가처분을 하는 경우 직무대행자선임을 하지 않는다. 회사나 단체가 통상의 이사결원 및 후임이사 미선임을 대비하여 둔 직무대행규정에 따라 조직을 운영하도록 하는 것이 타당하기 때문이다.

(2) 직무대행자의 선정

가처분신청서에 직무대행자를 지정하여 신청하는 경우가 많으나 당사자에게는 지정권이 없어 법원이 자유재량에 의하여 적당한 자를 선임할 수 있고, 법원의 결정에 불복할 수 없다¹²⁸⁾. 법원에서는 당사자의 의견, 회사의 구체적인 사정 등을 참작하여 직무대행자를 선정한다. 신청인이 최대 주주이거나 이사로 적법하게 선임되었음에도 등기가 경료되지 못하였다는 사정이 소명되는 경우 신청인을 직무대행자로 선임하기도 하는데, 다툼이 있는 경우 대체로 중립적인 변호사를 선임하는 것이 일반적이다.

127) 부수적 처분은 가처분 자체의 목적달성을 위하여 반드시 필요한 것은 아니나 가처분집행으로 인하여 피신청인 등에게 생길 수 있는 영향을 감안하여 가처분의 내용에 부수적으로 명해지는 처분을 말한다. 법원실무제요, 앞의 책, 130면

128) 대법원 1979. 7. 19.자 79마198 결정; 대법원 1985. 5. 28.자 85그50 결정

(3) 직무대행자의 권한 범위

직무대행자는 임시의 지위이므로 가치분명령에 다른 정함이 없는 한 회사의 상무에 속하지 아니한 행위는 법원의 허가를 얻은 때에 한해 할 수 있다(상법 제408조). 직무대행자의 상무의 행위의 허가신청은 비송사건절차법이 적용된다(비송사건절차법 제85조), 관할 법원에 대해 논란이 있으나, 가치분 법원에 신청하는 것이 실무이다.

(4) 직무대행자의 보수

직무대행자에 대한 보수는 직무대행자를 선임하는 가치분 결정에서 정하는 것이 일반적이지만 직무대행자 선임 이후에 별도로 하는 경우도 있다. 실무상으로는 보정 명령의 형식으로 가치분 결정전에 신청인에게 보수 상당액을 법원보관금으로 예납할 것을 명령하고 신청인이 이를 예납하면 직무대행자선임 결정을 한다. 직무대행자의 보수는 회사의 규모 등을 고려하여 결정하는데 보통 월 300만원에서 700만원 수준으로 결정된다. 보수예납을 하지 않아 직무대행자가 사임하고, 새로운 직무대행자가 선임되는 경우 본안소송절차의 중단 등으로 인해 소송이 지연될 수 있으므로 주의할 필요가 있다.

라. 직무집행정지가처분 및 직무대행자선임결정의 효력

대표이사 직무집행정지가처분 결정은 대세적 효력이 있고, 그 가치분결정에 위반하여 행해진 행위는 가치분채권자는 물론 제3자에 대한 관계에서도 절대적으로 무효이다. 판례는 대세효가 있는 주식회사 이사 등의 선임결의취소, 무효 및 부존재확인 소를 본안으로 하는 경우에는 그 대세적 효력에 관한 규정(상법 제190조, 376조, 380조)이 준용되므로 이사만을 채무자로 한 가치분의 효력이 회사에 미치고, 법원의 직무집행정지가처분결정에 의해 회사를 대표할 권한이 정지된 이사가 대표이사가 그 정지기간 중에 체결한 계약은 절대적으로 무효이고, 그 후 가치분신청의 취하에 의하여 보전집행이 취소되었다 하더라도 집행의 효력은 장래를 향하여 소멸할 뿐 소급적으로 소멸하는 것은 아니라 할 것이므로 가치분신청이 취하되었다 하여 무효인 계약이 유효하게 되지는 않는다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008다4537 판결)고 판시한 바 있다.



마. 이사의 행위금지 가처분

상법 제402조의 위법행위유지청구권을 본안으로 하여 직무집행정지가처분을 구할 수는 없고, 특정한 위법행위만을 금지한다는 취지로 이사의 행위금지가처분을 할 수 있다.

바. 이사지위확인가처분

회사가 주주총회에서 선임된 이사 또는 감사의 임용계약 체결을 거부하거나 그 지위를 다투는 경우 이사지위확인가처분을 할 수 있을 것이다.

대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 전원합의체 판결

상법은 제382조 제1항, 제409조 제1항에서 이사감사의 선임에 관하여 ‘이사감사는 주주총회에서 선임한다’고 규정하고 있는데, 위 조항의 취지는 원칙적으로 소유와 경영이 분리되는 주식회사의 특수성을 고려하여 주주가 회사의 경영에 관여하는 유일한 통로인 주주총회에 이사감사의 선임 권한을 전속적으로 부여하기 위한 데에 있다.

그럼에도 불구하고 이사감사의 지위가 주주총회의 선임결의와 별도로 대표이사와의 임용계약이 체결되어야만 비로소 인정된다고 보는 것은, 이사감사의 선임을 주주총회의 전속적 권한으로 규정하여 주주들의 단체적 의사결정 사항으로 정한 상법의 취지에 배치된다. 또한 상법상 대표이사는 회사를 대표하며, 회사의 영업에 관한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있으나(제389조 제3항, 제209조 제1항), 이사감사의 선임이 여기에 속하지 아니함은 법문상 분명하다. 그러므로 이사감사의 지위는 주주총회의 선임결의가 있고 선임된 사람의 동의가 있으면 취득된다고 보는 것이 옳다.

다만, 민사집행법 제306조에서는 등기된 임원에 대하여 직무집행을 정지하거나 직무대행자를 선임하는 가처분을 하는 경우 법원사무관 등이 등기를 촉탁하도록 규정하고 있는데, 등기 선례에 따르면 위 규정이 이사등 지위확인 가처분에는 적용되지 않는다고 보고 있다(상업등기선례 제2-88호). 위 전원합의체 판결에 따라 위와 같은 등기선례가 변경될 가능성이 있으나, 이사지위확인가처분결정을 받더라도 등기상 공시방법이 없다는 문제가 있다.

7. 장부 등의 열람등사 관련 가치분

가. 주주명부 열람등사 가치분

(1) 정당한 사유의 필요 여부

주주에게는 주주명부의 열람 및 등사청구권이 있으므로(상법 제396조), 실무상 신청인이 주주라는 사실만 인정되면 쉽게 인용된다. 상법상 규정은 없지만, 회사가 목적이 정당하지 않음을 주장·입증하는 경우에는 이를 거부할 수 있다(대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다37193 판결). 그러나 특정주주가 실명으로 주식을 보유하는지 확인하기 위한 경우나 주주에 관한 신상정보를 영리활동으로 이용한다는 등의 명백한 부정한 목적이 없는 한 기각된 사례는 없다.

(2) 개인정보보호법과의 관계

개인정보보호법상 개인정보처리자는 수집한 개인정보를 목적외 이용제공할 수 없으나, 다른 법률에 규정이 있는 경우 해당정보를 제공할 수 있도록 규정하고 있다(개인정보보호법 제18조 제2항 제2호, 제19조 제2호). 이에 상법상 주주명부 열람등사는 개인정보보호법 위반에 해당하지 않는다. 한편, 개인정보주체(주주)의 명시적인 반대가 있다고 하더라도 회사는 열람등사를 거부할 수 없다. 이에 주주명부열람등사 가치분사건에서 회사가 주주들의 열람등사반대 확인서를 제출하더라도 가치분결정을 저지하기 어렵다.

(3) 실질주주명부의 열람·등사청구

실질주주명부의 열람등사청구에도 상법 제396조 제2항이 유추적용된다. 다만, 열람등사 허용범위는 ‘실질주주명부상의 기재사항 전부’가 아니라 실질주주의 성명 및 주소, 실질주주별 주식의 종류 및 수와 같이 ‘주주명부의 기재사항’에 해당하는 것에 한정된다(대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다235841 판결, 2017. 11. 14. 선고 2015다246780 판결). 위 대법원 사례에서 전자우편주소는 열람등사대상이 아니라고 판단하였다.



(4) 주주명부열람등사거부의 효과

손해배상책임은 물을 수 있으나, 총회의 소집이나 결의방법과 무관하므로 결의취소 사유는 아니다(서울고등법원 2006. 4. 12. 선고 2005나74384 판결)

나. 회계장부 등 열람등사 가처분

(1) 회계장부 등 열람등사 청구의 사유

회계장부 등 열람등사 청구를 위해서는 이유를 붙인 서면으로 해야 하는데, 그 이유는 구체적으로 기재해야 한다. 구체성의 기재 정도와 관련하여 회사의 어떤 행위가 위법 또는 부당한 행위에 해당하는지에 대하여 청구이유의 기재를 통해 파악할 수 있을 정도는 되어야 하고, 그 행위가 위법 또는 부당한 행위가 사실인지 모른다는 최소한의 합리적인 의심이 생기는 정도의 사실관계는 확인 또는 소명되어야 한다. 회사의 위법행위가 합리적으로 의심된다고 하여 모든 회계장부 등을 열람등사할 수 있는 것은 아니고, 청구사유와 실질적으로 관련된 회계장부 등만 열람등사할 수 있다.

(2) 회계장부, 회계서류의 의미

회계장부는 상법에서 말하는 상업장부(상법 제29조)로 일기장, 분개장, 원장, 전표 등이 있다. 회계서류는 회계장부를 작성하는 재료가 된 서류 기타 회계장부를 실질적으로 보충하는 것으로 볼 수 있는 서류로 계약서, 영수증, 대금청구서, 급여대장, 입금표 등을 들 수 있다.

서울고등법원 2016. 1. 18.자 2015라20032 결정

내부 품의서와 주식가치 내지 기업가치를 평가한 서류(기업가치평가보고서, 감정평가서 등)는 회계상 거래의 직접적인 근거 사실 자체가 기재된 것이 아니라 그와 같은 사실 또는 회계상 거래가 발생한 과정과 원인 등이 기재된 것으로 업무 수행의 정당성, 적법성을 판명하게 하는 자료이므로 위와 같은 서류는 상법 제466조에서 정하는 회계장부 등 열람등사청구권의 대상에 포함된다고 볼 수 없다.

회계장부 열람등사가처분신청을 하면서 열람등사 대상 서류에 이사회 의사록을 포함시키는 경우가 자주 있는데, 이사회 의사록은 비송사건절차에 의하여 열람등사가 가능한

서류이다(상법 제391조의 3 제4항, 비송사건절차법 제72조 제1항). 따라서 회계장부 열람등사가처분신청을 하면서 이사회이사록을 포함시키면 이사회이사록 부분은 기각될 수밖에 없다.



제3절 국제 분쟁(소송·중재)시 유의사항

이성재 변호사(포스코 인터내셔널)

1. 국제 소송·중재·분쟁 처리를 위한 사전 준비

가. 국제분쟁의 의의

회사에서는 세계 각국의 회사와 다양한 국제 거래를 하기 때문에 크고 작은 각종 분쟁이 늘 발생한다. 이러한 국제적인 분쟁이라함은 회사가 외국의 회사를 상대방으로 분쟁을 제기하는 경우, 외국의 회사가 회사를 상대로 분쟁을 제기하는 경우, 또는 외국의 제3자간의 분쟁에 대하여 회사가 직·간접적으로 이해관계를 가지는 경우로 넓게 생각해 볼 수 있다.

국제적인 분쟁의 해결방법으로써 그 구체적인 유형은 크게 회사가 외국법원에 소송을 제기하거나 중재기관에 중재 신청을 하거나 제소 당하는 경우, 각종 이행청구서(Demand Letter) 등의 공문 발송 내지 수령을 통해 소송이나 중재가 아닌 협의로 인한 조정, 합의 등을 하는 경우로 나누어 볼 수 있다.

나. 분쟁의 원인 사실 관계에 대한 확인

(1) 사실관계의 정확한 파악의 중요성

분쟁을 인지한 시점에는 가장 우선적이고 중요하게 여겨야 할 점은 분쟁과 관련된 사실관계의 정확한 파악이 이루어 져야 하겠다. 정확한 사실관계의 파악은 분쟁의 대응에 있어서 소송이나 중재의 제기 및 응소의 판단, 승소가능성등의 정확한 분석을 통하여 화해, 조정 등의 조기 종결을 할 것인지, 법적 절차를 진행할 것인지를 판단하는 기초가 되며, 실제 법적 절차 진행에서 중요한 입증방법 등의 대응의 기초가 된다. 그러므로 정확한 사실관계의 확실한 장악은 아무리 강조해도 지나치지 않다.

사실관계의 파악을 위해서는 해당 분쟁에 관하여 직접적으로 회사의 권리의무 관계를

발생, 변경, 소멸 시키는 법률행위를 하거나 분쟁의 원인, 진행경과 또는 결과와 직접적으로 관련된 영업부서 내지 해외 지사로부터 관련 자료 및 정보를 제공 받아야 한다. 관련 자료 및 정보 중에는 가장 중요한 것으로 계약서, 계약체결을 위한 교섭단계에서 상대방과 교신한 이메일, 메신저, 회의록 등에 대한 확인이 필요하다. 아울러 금전 관련 분쟁의 경우에는 선적서류(선하증권, 창고증권), 기타 대금결제 서류(Nego 서류) 등의 확인이 이루어져야 한다.

다만 회사의 각 영업부서들은 사실관계에 있어서 영업적 판단하에 사실관계의 축소, 확대, 누락 보고가 있을 가능성을 늘 유념하고, 사내변호사로서는 분쟁의 유형을 파악한 후 영업 담당자로부터 관계 서류 및 자료를 빠짐없이 파악하여 해당 분쟁에 관한 사실관계의 정확한 파악을 해야만 한다. 그러므로 실제 필요한 경우 해외 출장, 임직원 인터뷰 등을 통해서 사실관계의 완벽한 장악이 필요하다. 이러한 사실관계 장악의 중요성에 대해서 강조한 사례를 아래와 같이 나누어 보고자 한다.

사실관계는 법률 적용의 기초라고 할 수 있다. 기초인 사실관계가 정확하지 않으면 법률 적용도 엉터리가 될 가능성이 많다. 고객이 많은 비용을 변호사에게 지급을 하고 자문 또는 소송을 의뢰하는데, 변호사가 엉터리이거나 부정확한 사실을 기초로 변론을 하고 협상을 진행한다면 그것만큼 비효율적인 것이 있을까 싶다. 그래도 변호사들은 사실관계를 해결하는 것이 자신의 역할이라고 생각하지 않기 때문에, 대체적으로는 고객에서 사실관계의 재확인을 요청하는 선에서 노력해 보고, 이 선에서 사실확인을 마무리하게 된다. 즉, 고객이 알려준 사실대로 진행했으니, 나의 책임은 아니라는 생각을 하게 되는 것이다. 나는 사실관계를 파악하기 위한 목적으로 해외 출장을 여러 차례 다녔다. 이런 과정을 통해서 법률가의 역할은 실제적으로는 마치 탐정처럼 사실관계를 정확하게 파악하는 것이라는 것을 깨닫게 되었다. 한번은 파푸아 뉴기니의 수도인 포트 모레스비 인근 해역에서 한국 선박이 침몰하였다. 이 선박의 침몰에 대하여 고의 침몰인지 아닌지가 한국 법원에서 쟁점이 되었다. 보험회사인 고객은 나에게 고의 침몰임을 뒷받침하는 각종 자료를 제공하였으나, 내가 보기에 이 자료들이 고의성을 판단하기에 충분한 자료들이 아니었다. 고객로서는 내게 제공해 줄 수 있는 자료를 다 제공해 준 것이기 때문에, 더 이상 내게 줄 자료가 없었다. 이런 불충분한 자료를 가지고서 우리가 옳다고 우길 것인가 아니면, 보다 더 정확한 증거를 확보할 것인지를 고민이 되었다. 나는 증거를 더 수집해 보자고 고객을 설득한 후, 비행기를 타고 호주를 경유하여 포트 모레스비를 가게 되었다. 포트 모레스비는 치안이 별로 좋지 않는 곳이었지만, 진실을 발견한다는 일념하에 열심히 현장을 돌아다녔다. 마치 탐정이나 수사관처럼 현장을 관찰하고, 주변을 탐문하고, 사고 당시의 상황을



파악할 수 있는 객관적 정보들을 수집하였던 것이다. 이렇게 해서 수집된 정보와 자료들을 정리해 보니, 한국에서 고객이 알려준 사실관계와는 비교할 수 없는 새로운 차원의 사실관계가 그려지게 되었다. 나는 이런 경험들을 하면서 변호사에게 제공된 사실관계, 그리고 변호사가 이해하고 있는 사실관계가 영터리일 가능성이 크다는 것을 절실히 깨닫게 되었다. 정리하면, 변호사는 법을 적용하는 전문가인 것 같지만, 실제로는 법 적용에 앞서 정확한 사실관계 파악을 임무로 삼는 전문가라고 할 수 있다. 사실관계를 장악하게 되면, 그 후 법의 적용은 상대적으로 쉬워진다. 사실관계가 흔들리면, 주장도 흔들리고 법적용도 어렵게 된다. 젊은 변호사들이 이 점을 유념하면 많은 도움이 될 것이다.

성공변호사 45가지 팁 중에서, 김재현 변호사(법무법인 천고 대표변호사), 법률신문사

(2) 사실관계 정리표 또는 사건기록목록(: Fact Log) 활용

실무적으로는 보다 정확한 사실관계 파악을 위하여 영업부서에게 사실관계 정리표 내지 사건기록목록(: Fact Log) 등의 작성을 요청 또는 직접 작성해 볼 수 있다. 사실관계 정리표라 함은 엑셀 파일 등의 양식으로 목록을 작성하여 분쟁의 원인이 되는 거래의 교섭부터 실제 문제가 되는 사실관계를 일시를 기준으로 관련 자료와 함께 정리하는 것이다. 이러한 사실관계 정리표의 작성시 장점으로는 첫째로는 시간순서대로 정리하는 점에서 정확한 사실관계 및 관련자료의 누락을 방지할 수 있겠다. 둘째로는 분쟁 해결에 관한 회사의 경영상의 판단을 위한 각종 보고서 작성에도 미리 관련 사실관계를 일괄되게 정리함으로써 보고의 누락을 방지할 수 있는 점을 들 수 있다. 셋째로는 추후 소송, 중재 대리인을 통한 사건 수행 등에서 사실관계의 설명 및 입증방법의 전달 등을 체계적이고 효율적으로 진행할 수 있겠다. 사실관계 정리표의 예시는 다음과 같다.

| 순번 | 문서명 | 일시 | 발신 | 수신 | 분류 | 내용 | 영업이슈 | 법적이슈 | 문서첨부 |
|----|---------------------|-------------|----|----|------|----------------|------------|-----------|------------------------|
| 1 | 계약서 | 2018. #.# | A | B | 계약서류 | Sales Contract | | L/C지급 | 계약서 첨부 ¹²⁹⁾ |
| 2 | 이메일 ¹³⁰⁾ | 2018. #. #. | B | A | 이메일 | 하자 (Claim 제기) | 하역시 물품 손망실 | Incoterms | 이메일 첨부 |

129) 엑셀파일에 계약 문서를 첨부하여 링크하여 클릭시 바로 열람이 가능하도록 정리하는 것을 권한다.

130) 국제 거래에 있어서는 과거에는 계약 교섭이나 계약서의 송수신이 팩스 등으로 이루어 졌으나 최근에는 대부분 이메일로 이루어지는 점에서 이메일 교신 내용이 중요한 입증방법으로 사용되고 있으므로 관련 이메일 자료의 수시 보존과 작성 및 송수신에 유의를 하여야 한다.

다. 초기 대응 계획 또는 방안의 수립

(1) 대응 방안의 설정

전항과 같이 분쟁에 대한 사실관계를 파악하여 정리한 후에는 분쟁에 대한 법률검토를 통하여 대략적인 대응 방안을 수립해야 한다. 이 경우 거래의 기초가 되는 계약서를 기준으로 준거법, 분쟁해결방법(Dispute Resolution) 조항, 계약위반, 계약해제 조항의 파악을 통하여 우선 계약 법리에 기초한 법률 검토를 진행하고 각 준거법에 따라 쟁점의 정확한 법률 검토가 필요할 수 있으므로 초기 단계에서부터 준거법 국가의 법률 전문가의 의견 구득하여 대응 방안을 설정해 볼 수 있겠다.

(2) 대응 계획(: Action Plan)의 정리

전항의 사실관계 정리표와 같이 초기에 일반적인 계약상 법리 검토가 진행된 경우, 대응 방안 등의 계획을 수립하여 정리하는 것도 참고할 만하다. 이러한 대응 계획표의 작성은 특히 다수 당사자간의 분쟁인 경우에 많은 도움이 된다. 이러한 경우, 일반적인 체크리스트 (예: 답변서 제출(응소)기한, 보전조치(가압류 등) 요부 등)을 정하고 이에 맞추어 분쟁 해결을 위한 대응 방안을 정리해 볼 수 있다. 이러한 표의 정리를 통하여 대응을 위해 필요한 절차의 누락 내지 오류가 없도록 방지할 수 있고 대략적인 시간 계획(Time line)에 맞추어 대응을 해 볼 수 있다. 대응 계획의 예시는 다음과 같다.

| 구분 | 통지일정 | 법적조치일정 | 기타 |
|-----------------------------|----------------|--------------|--|
| 이행청구서 발송 (Demand Letter) | 2018. #. #. 예정 | -#. #.자 발송완료 | - #. #자 회신 |
| 현지변호사 선임 | | | 3개 로펌 견적 후, ~점을 고려하여 ###를 선임, Engagement 계약 체결 |
| 가압류 조치 | | | 인지대, 예상소요기간 |
| 현지 소장 제출 | | | 현지법원 관할 |
| 판결 후 집행 | | | |



2. 국제 분쟁의 해결

가. 준거법 및 분쟁해결방법(관할)의 확인

분쟁의 발생을 인지하여 사전 대응 준비를 통해 사실관계를 확인 후 본격적으로 대응을 하여야 하는 바, 중요하게 확인해야 할 점은 준거법과 분쟁해결 조항을 들 수 있다. 계약의 성립을 다투거나 계약상 준거법의 정함이 없는 경우에는 국제적인 물품매매계약이라면 국제 물품 매매 계약에 관한 유엔 협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG) 또는 국제사법에 기한 준거법의 확인이 필요하다. 준거법의 확인 후에는 준거법 국가의 변호사의 법률의견을 구득하여 분쟁의 쟁점을 도출하는 것이 필요하다. 아울러, 소송 제기 또는 중재 신청을 받은 경우에는 해당 소 제기 또는 중재 신청이 분쟁해결방법 조항상 관할 위반은 아닌지 등을 확인하여 초기에 분쟁을 해결해 볼 수 있겠다.

나. 소송비용 담보제공 신청

국제분쟁의 해결방법 중 외국인 또는 외국회사인 원고가 국내 회사를 상대로 국내 법원에 소 제기를 한 경우에는 피고 회사는 원고에 대하여 소송비용의 담보를 제공할 것을 신청할 수 있다. (민사소송법 제117조 제1항¹³¹⁾) 해외의 원고가 국내에서 소송을 제기하는 경우에 그 소가가 적은 경우는 드물며, 소송비용의 담보는 1심에서 3심까지의 소송비용을 모두 담보로 제공해야 하므로 원고가 제공해야 할 담보액수가 상당한 경우가 일반적이며 이 경우 담보 제공 의무에 의하여 소송이 조기에 종결되는 경우도 적지 않다. 한편, 반대의 경우 즉 원고인 국내회사가 외국회사인 피고를 상대로 소 제기를 할 경우 원고가 피고에게 소송비용의 담보 제공 신청을 하는 것은 허용되지 않는다.¹³²⁾

131) 제117조(담보제공의무) ① 원고가 대한민국에 주소·사무소와 영업소를 두지 아니한 때 또는 소장·준비서면, 그 밖의 소송기록에 의하여 청구가 이유 없음이 명백한 때 등 소송비용에 대한 담보제공이 필요하다고 판단되는 경우에 피고의 신청이 있으면 법원은 원고에게 소송비용에 대한 담보를 제공하도록 명하여야 한다. 담보가 부족한 경우에도 또한 같다. <개정 2010. 7. 23.> ② 제1항의 경우에 법원은 직권으로 원고에게 소송비용에 대한 담보를 제공하도록 명할 수 있다. <신설 2010. 7. 23.> ③ 청구의 일부에 대하여 다툼이 없는 경우에는 그 액수가 담보로 충분하면 제1항의 규정을 적용하지 아니한다. <개정 2010. 7. 23.>

132) [결정요지] 민사소송법 제117조 제1항은 “원고가 대한민국에 주소·사무소와 영업소를 두지 아니한 때

(대법원 2017. 9. 14. 자 2017카담507 결정 참조)

다. 중재합의의 항변

국제거래계약의 대부분의 경우, 준거법과 함께 분쟁해결방법을 기재하며 절차의 공정성, 효율성, 집행가능성 등을 고려하여 대개의 경우 국제중재(International Arbitration)를 통하여 분쟁을 해결하는 합의를 하게 된다. 이에 상대방이 중재합의를 무시하고 국내나 상대방 국가의 법원에 소 제기시에는 우선적으로 중재합의의 항변을 해야 하며, 우리나라의 경우와 같이 대개의 국가에서는 중재합의의 존재를 무시하고 제기한 소송에 대해서는 적법하지 않은 소 제기에 해당하여 각하로 분쟁을 조기에 해결할 수 있겠다. (예, 중재법 제9조¹³³) 미국에서는 소송금지 가처분(Anti-suit Injunction) 등의 보전 조치를 우선적으로 고려해 볼 수 있겠다.

라. 현지 법률대리인(변호사)의 선임

(1) 현지 법률대리인의 선임

국제분쟁을 해결하는 점에 있어서 현지의 법률대리인을 선임하여 준거법에 기하여 분쟁에 대한 정확한 검토를 거쳐 정확하고 적절하게 대응해야 한다. 국제분쟁 해결을 위하여 가장 권장할 수 있는 점은 사내 변호사가 직접 의사소통을 통하여 사실관계의 설명, 기타 입증방법의 전달, 추후 진행 경과의 확인 및 중요한 사항의 결정 등에서 직접 진행하는 것이 필요하다. 이에 영어 실력을 기본적으로 갖추는 것을 권면한다.

또는 소장·준비서면, 그 밖의 소송기록에 의하여 청구가 이유 없음이 명백한 때 등 소송비용에 대한 담보제공이 필요하다고 판단되는 경우에 피고의 신청이 있으면 법원은 원고에게 소송비용에 대한 담보를 제공하도록 명하여야 한다. 담보가 부족한 경우에도 또한 같다.”라고 규정하고 있다. 따라서 소송비용의 담보제공 신청권은 피고에게 있을 뿐 원고가 위와 같은 담보제공 신청을 할 수는 없고, 이는 상소심 절차에서도 동일하게 적용되므로, 원고가 본안소송의 항소심에서 승소하여 피고가 그에 대한 상고를 제기함에 따라 원고가 피상고인으로 되었다고 하여 원고에게 소송비용 담보제공 신청권이 인정되는 것은 아니다.

- 133) 제9조(중재합의와 법원에의 제소) ① 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변(抗辯)을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하(却下)하여야 한다. 다만, 중재합의가 없거나 무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우에는 그러하지 아니하다. ② 피고는 제1항의 항변을 본안(本案)에 관한 최초의 변론을 할 때까지 하여야 한다. ③ 제1항의 소가 법원에 계속(繫屬) 중인 경우에도 중재판정부는 중재절차를 개시 또는 진행하거나 중재판정을 내릴 수 있다. [전문개정 2010. 3. 31.]



이는 아래의 국내 법무법인을 통하여 현지 법무법인을 선임하는 절차와 비교하였을 때, 의사소통의 정확성·신속성, 경제성 등에서 강점을 가진다.

이에 반하여, 영어 등의 의사소통이 어려운 경우에는 국내 법무법인 등을 통하여 간접적으로 선임하는 방법이 있다. 국내 법무법인은 해외 유수의 로펌 등과 업무제휴를 하고 있기에 각 국에 적합한 법률 대리인과의 네트워크를 통하여 적절한 법률대리인을 선임하여 분쟁에 대응을 할 수 있다. 이때에 사내 변호사는 국내 담당 변호사와 수월하게 의사소통하고 분쟁 해결을 진행해 볼 수 있다.

(2) 법률대리인의 직접 선임 시 절차

가) 법률대리인과의 연락

직접 현지의 법률대리인에게 연락을 하여 선임해야 할 경우에는, 크게 두 가지 방법으로 그 정보를 얻을 수 있다. 우선 국내 법무법인에 문의하여 국내 법무법인의 네트워크를 통해 소개를 받는 방법이 있다. 이는 국내 법무법인으로부터 여러 협업을 통해 그 업무능력을 어느 정도 인정받은 것으로 볼 수 있다. 아울러 선임 여부를 위한 연락을 할 경우, 현지 법률대리인 역시 자연스럽게 연락에 응하고 업무 협의를 쉽게 진행해볼 수 있다. 아울러, 국내 외국법자문사로 진출한 글로벌 법무법인은 전 세계적으로 분사무소를 운영하고 있으므로 이들을 통해 연락을 하는 방법도 고려할 만하겠다.

직접 현지 법률대리인을 선임하는 두 번째 방법은, 각종 변호사 정보 사이트를 활용하는 것이다.

예를 들어, 베트남 기업과의 매매계약 관련 국제분쟁 건에 있어서 베트남 법률대리인을 검색하기 위해서는 Chambers and Partners라는 사이트에 접속을 한 후, ① 추천 변호사 찾기(Find our recommended experts) → ② 지역설정(Guides: 아시아 선택) → ③ 상세 국가 설정(Locations: 베트남 선택) → ④ 상세 분야 설정(International Trade: 국제거래 선택)을 하게 되면, 1그룹에서 3그룹(Band 1 ~ 3) 까지 법무법인에 대한 소개, 구성원, 주요 고객사, 사례 등을 소개하고 있으며 전화번호 내지 이메일, 홈페이지 등의 정보를 얻을 수 있다.

아래는 대표적인 위 예와 같은 국제적인 변호사 소개 사이트 일부를 소개 드린다.

| 사이트 명 | 인터넷 주소 |
|----------------------------------|---|
| Chambers and Partners | https://www.chambersandpartners.com/ |
| The Legal 500 | https://www.legal500.com |
| IFLR1000 | https://www.iflr1000.com/ |
| Who' s who Legal | http://whoswholegal.com/ |
| Asian Legal Business (아시아 지역) | https://www.legalbusinessonline.com |

나) 최초 확인 사항 (Conflict Check: 이해상충의 확인)

직접 현지 법률대리인 선임 시에 우선적으로 이해상충의 확인을 해야 한다. 상대방, 쟁점, 준거법, 분쟁해결방법 등 상세 사실관계를 제외한 일정 핵심 정보를 전달하여, 상대방과의 이해상충 여부를 우선적으로 확인해야 구체적인 업무의 범위 및 초기 검토 등을 진행해볼 수 있다.

최초 연락으로써 이해상충의 확인 이메일의 작성 예는 다음과 같다.

[예시]

Dear AAA,

By way of introduction, I am BBB at the Legal Division of CCC, South Korea.

Currently, CCC is experiencing a dispute with the company in USA, **상대방 회사명** and we are seriously considering commencing legal action against **상대방 회사명** at the applicable court in New York. Therefore, it would be thankful if you can run the conflict check in order to confirm your firm' s viability to represent our company. Given no conflicts are found, I would like to explain the relevant facts of the matter. I am also grateful if you can check your availability for the conference on the dates above.

Should you have any question as to the above, please do not hesitate to contact me.

Thanks.

Best,

BBB



다) 구체적인 업무범위의 확정 및 보수 협의

위와 같이 이해상충 여부를 확인 후, 상충되지 않는 경우라면 현지 법률대리인에게 사실관계 및 각종 입증 방법을 전달하고 초기 검토를 통하여 업무범위, 소송의 방법, 기간, 비용, 집행의 실효성 등을 확인하여야 한다. 이에 대한 확인을 마친 후, 관련 사항들에 대한 업무 범위 및 보수 등을 정하여 위임계약서(Engagement agreement or Legal service agreement)를 체결한다. 이때에 각종 이메일 교신 및 연락을 통하여 의사소통의 정도 및 업무의 신속성, 적극성, 전문성 등을 미리 파악해 볼 수 있겠다.

보수의 정함에 있어서는 외국의 경우 대개 시간당 보수를 기본으로 하여 진행한다. 이러한 경우에 따라서는 분쟁에 대한 법적 다툼이 장기화 된다면, 과도한 보수가 발생할 수 있으므로 시간당 보수에 상한액(Cap)을 설정하는 것도 고려해 볼 수 있다.

마. 원활한 경과 확인 및 의사소통

현지 법률대리인까지 선임이 되어 분쟁을 진행하는 경우에 사내변호사는 해당 분쟁의 진행 경과를 확인하고 중간에 발생할 수 있는 판단사항, 예를 들면 상대방의 소송 제기에 대해 반소의 청구 여부 등 관련 모든 경과를 수시로 확인하고 이를 정리하여 영업부서에 정확하게 전달해야 한다.

그 과정에서 사내 변호사 자신이 절차 진행에 의문을 가지고 재차 확인하여야 하며, 해당 국가 법상 우리나라의 법리와 다른 차이로 당초 예상과 다르게 진행되는 경우에는 직접 현지 법 상의 명확한 근거 나 법리를 확인해두어야 추후 분쟁처리 과정 및 결과에 대한 소명이 필요한 경우에 대비하여 그 근거를 마련해 둘 수 있다.

3. 결 어

국제분쟁은 준거법과 분쟁해결 방법이 거래 별로 국내 분쟁과 상이할 수 있겠지만, 결국 분쟁은 사실관계를 누가 가장 정확하게 장악하는 것이 그 시작과 끝이라고 할 수 있겠다. 아울러, 사내변호사는 이러한 정확한 사실관계를 가지고 다양한 현지 법률대리인과의 긴밀하며 원활한 협력을 통하여 신속, 정확하며 가장 효율적인 분쟁의 해결방안을 진행해야 하겠다.

제4절 행정기관 조사 대응시 유의사항

류윤교 변호사(현대모비스)

박 혁 변호사(법무법인(유한) 동인)

김범준 재판연구관(대법원)

I. 공정거래 조사 대응

공정위 개요 및 소관법령

공정거래위원회 개요

- 경쟁정책 수립·운영 및 공정거래 관련 사건을 심의·의결하는 합의제 준사법기관
- 위원장 1명, 부위원장 1명, 상임위원 3명, 비상임위원 4명으로 구성
- 본청(세종) 및 5개 지방사무소(서울, 부산, 대구, 광주, 대전), 전 구성원 약 650여 명

공정거래위원회 소관 법령

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> ▪ 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 ▪ 하도급거래 공정화에 관한 법률 ▪ 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률 ▪ 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 ▪ 대리점거래의 공정화에 관한 법률 | <ul style="list-style-type: none"> ▪ 약관의 규제에 관한 법률 ▪ 표시·광고의 공정화에 관한 법률 ▪ 할부거래에 관한 법률 ▪ 방문판매 등에 관한 법률 ▪ 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 ▪ 소비자기본법 |
|--|---|



공정거래법상 조사 쟁점 및 대상

| 규정 | 쟁점 | 조사대상 |
|----------------|--|-----------------------|
| 시지남용 | ▷ 가격의 부당 결정, 유지, 변경 ▷ 공급조절 ▷ 경쟁사업자 배제 | 기획, 영업 |
| 경제력집중 | ▷ 허위공시 | 기획, 재무, IR |
| 부당공동행위 | ▷ 가격, 거래조건 등 제한 ▷ 입찰담합 | 영업 |
| 불공정거래행위 | ▷ 신고내용에 따른 행위유형 검토 | 영업, 구매 |
| 부당지원 (사익편취) | ▷ 상당히 유리한 거래조건 및 통행세 ▷ 동일인 및 친족 지분 상장 30% | 기획, 재무, 영업, 구매, 기획 |

※ 최근 조사 관행상 법무/공정거래 부서 또한 조사 대상이 될 수 있음

하도급법상 조사 쟁점 및 대상

| 규정 | 쟁점 | 조사대상 |
|------------------|--|-------------|
| 서면미교부 | ▷ 위탁작업 시작 전 법정기재사항 적은 계약서 교부 ▷ 정액과징금 부과 가능 | 구매 |
| 부당특약 | ▷ 원사업자 부담비용의 전가 등 | 구매 |
| 대금결정, 지급 및 감액 | ▷ 부당하게 낮은 단가 결정(입찰 후 추가 협의 등) ▷ 소급감액, 60일 이내 미지급 | 구매, 재무 |
| 기술자료 요구 및 유용 | ▷ 요구목적 등 기재된 서면에 의한 기술자료 요구 ▷ 기술자료 유용 및 제공 금지(기술자료의 범위 廣) | 구매, 품질, R&D |
| 경영간섭 | ▷ 구속조건부 거래 ▷ 원가자료 등 경영상 정보 요구 | 구매, 재무 |

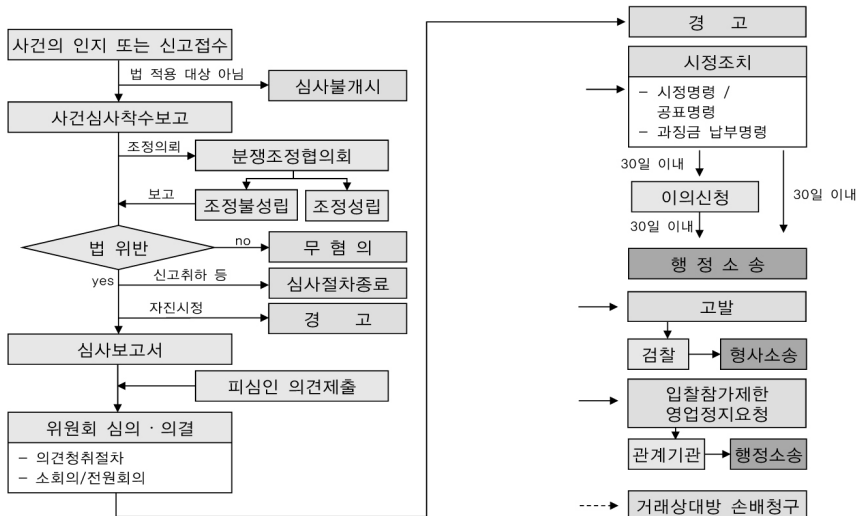
※ 최근 조사 관행상 법무/공정거래 부서 또한 조사 대상이 될 수 있음

대규모유통업법/ 가맹사업법/ 대리점법상 조사 쟁점 및 대상

| 법령 | 쟁점 | 조사대상 |
|---------|---|----------------------|
| 대규모유통업법 | <ul style="list-style-type: none"> ▷ 서면교부의무 ▷ 반품, 판촉, 장려금(경제적 이익제공 요구) ▷ 판촉, 매장설비비용 전가 ▷ 판촉사원 사용 등 | 구매(MD), 재무 |
| 가맹사업법 | <ul style="list-style-type: none"> ▷ 정보공개서 제공 및 계약서 교부 ▷ 점포환경 개선 요구 ▷ 거래상지위남용(필수물품) ▷ 영업시간 제한(편의점 관련) ▷ 영업지역 설정 및 침해 | 기획, 영업, 구매, 영업점 관리부서 |
| 대리점법 | <ul style="list-style-type: none"> ▷ 구입강제, 판매목표강제 | 기획, 영업, 영업점 관리부서 |

※ 최근 조사 관행상 법무/공정거래 부서 또한 조사 대상이 될 수 있음

공정거래위원회 사건 진행절차





공정위 현장조사 단계별 절차

1. 조사 개시

- ▷ 회사의 사업장 등에 방문하여 조사공문 및 조사권한을 표시하는 증표를 회사 관계인에게 제시
- ▷ 임원, 담당자 등에게 조사목적을 설명하고 협조 요청 (자료 삭제, 은닉, 폐기 등의 금지를 고지하는 자료보존요청서 교부)
- ▷ 조사관들이 사용할 회의실 및 노트북 등 제공 요구
- ▷ 조사대상회사 조직도 제공 요구, 각 조직 및 조직구성원의 역할에 대한 설명 요구

공정위 현장조사 단계별 절차

2. 조사대상자에 대한 조사 및 자료제출 요구 단계

- ▷ 사전에 분담한 역할에 따른 조사 수행
- ▷ 조사팀에 포렌직 전문가가 직접 참여하여 포렌직 장비를 활용해 하드디스크 등에 대한 이미징 작업을 진행하는 경우도 있음
- ▷ 조사과정에서 필요한 자료 제공을 요청
 - 자료제출명령서 사용하는 경우 많음
- ▷ 담당자 등을 “조사실”로 불러 진술을 청취
 - 확인서 징구시 변호인 입회 가능
- ▷ 현장조사가 마무리 되기 전에 “조사실”을 비울 때에는 조사실을 봉인
 - 불필요한 오해 방지를 위해 조사실 관리 유의

공정위 현장조사 단계별 절차

3. 현장조사 종료단계 및 향후 절차

- ▷ 제출된 자료 확인(회사 명판 및 인감 날인)
 - 회사에 제출자료 목록 교부 (즉시 교부가 원칙이나 통상 1주일 이내 교부)
 - 제출한 자료 사본 교부
- ▷ 조사기간 내 작성이 불가능하여 제출이 안된 자료에 대한 제출기한 협의
- ▷ 혐의사항 확인 과정에서 관련 담당자 등을 공정위 소재 “조사실”로 출석시켜 진술조사 실시 가능

공정위 현장조사시 대응방안

1. 대응 원칙

- ▷ 현장조사 시 공문 제시 이후 전산자료 삭제 등 금지
- ▷ 조사진행절차를 전반적으로 관리하기 위하여 전담 담당자를 지정
- ▷ 회의실, 전용복사기 등을 준비하여 조사가 원만히 이루어질 수 있도록 협조
- ▷ PC 조사의 경우, 조사협조가 원칙이며 PC 열람은 특별한 사정이 없는 한 허용하여 조사방해 혐의 피할 것
다만, PC 사용자 출장/부재시 조사시점 협의 가능



공정위 현장조사시 대응방안

2. 자료제출 및 진술조사 등 대응

- ▷ 자료제출에 최대한 협조가 원칙, 제출기한 부족시 그 사정 제시하여 협의하고 불필요한 증물은 자제할 것
- ▷ 진술 조사시 필요한 경우 변호사(사내 / 외부 변호사)의 입회를 요구(조사절차규칙)
- ▷ 진술시 자신의 담당 직무와 관련된 질문에 대해서만 답변하면 됨

3. 조사종료 후 조치

- ▷ 조사공무원에게 넘겨주거나 영치된 모든 자료, 문서를 취합하여 분류 및 정리
- ▷ 영치자료 및 추가요청자료 검토, 분석 및 대응
- ▷ 사건진행 추이 파악 후 중간 소명서 제출

공정위 현장조사시 대응방안

4. 공정위 조사권한의 내용 및 한계

- ▷ 기본적으로 공정위 조사는 압수, 수색 등 강제 조사가 아닌 임의 조사임
 - 회사 및 임직원이 조사를 거부할 경우, 영장 등을 통해 강제할 방법은 없음
 - 조사 방해가 될 경우, 형사 처벌 이슈 발생 가능성은 있음
 - 조사의 목적 범위를 넘어서는 자료나 문서의 제출 등을 요구할 수 없음
 - 법 시행에 필요한 최소한의 범위 안에서 조사 수행(공정거래법 제50조의2)
 - 개인적인 자료(개인 휴대폰 內 연락 내용 등)의 제출은 거부 가능
 - 단, 업무 책상 위에 놓인 달력, 업무 수첩의 제출, 회사 이메일 열람은 거부 불가

공정위 현장조사시 대응방안

5. 조사불응 관련 유의사항

▷ 조사방해에 유의

- 조사개시 후 자료를 은닉, 삭제, 폐기하는 행위는 조사방해에 해당
- 자료제출 이후 조사가능성을 인지하고 조사개시 이전에 진행한 조직적 자료 삭제행위는 조사방해로 제재 받을 가능성 있음
- 조사공무원과의 불필요한 언쟁, 몸 싸움은 조사방해에 해당할 가능성이 높음

▷ 조사 거부·방해 행위에 대해 과태료 처분을 하였으나 공정거래법 개정으로 '17. 7. 19.부터는 형벌을 부과할 수 있고, '17. 10. 19.부터 자료제출 명령을 거부하는 사업자에 대해 이행강제금 부과 가능

공정위 현장조사시 대응방안

6. 조사불응에 대한 제재

| 유형 | 현행 및 향후 제재 |
|--------------------------------|---|
| 현장조사 시 폭언·폭행 등 | 3년 이하 징역 또는 2억원 이하 벌금 |
| 현장조사 시 자료 은닉·폐기, 접근거부 또는 위조·변조 | 2년 이하 징역 또는 1.5억원 이하 벌금 |
| 자료·물건 미제출 및 허위 제출 | 2년 이하 징역 또는 1.5억원 이하 벌금 매 1일당 1일 평균매출액의 3/1,000의 범위內 이행강제금 부과 |



II. 압수수색절차 대응실무

1. 들어가며

사내변호사의 입장에서 행정기관 특히 수사기관이 압수수색을 하는 경우 이에 대해 여하하게 대응할 것인지에 대한 실무매뉴얼이 존재하지 않는 작금의 상황에서 이에 대해 조금이라도 도움을 드리고자 본 실무 매뉴얼을 작성해보았다.

2. 수사기관의 압수수색절차

가. 대물적 강제수사

수사기관의 대물적 강제수사는 크게 영장에 의한 압수수색과 영장에 의하지 않은 압수수색이 있다.

1) 영장에 의한 압수수색

수사기관은 피의자의 동의가 없음에도 불구하고 영장에 의해 압수·수색을 할 수 있다. 여기에서 압수란 물건의 점유를 취득하는 강제처분을 의미하고 수색이란 압수할 물건, 체포할 사람을 발견하기 위해 일정한 장소나 신체를 탐지하는 것을 의미한다.

2) 영장에 의하지 않은 강제적인 압수·수색

수사기관은 예외적으로 당사자의 동의나 영장이 없더라도 강제적인 압수수색검증을 행할 수 있는바 그 경우는 ① 검사 또는 사법경찰관리가 피의자를 체포하거나 구속하기 위해 피의자를 수색하는 행위 ② 수사기관이 피의자를 체포하거나 구속하는 경우 그 자리에서 압수 수색 행위를 하는 것이다(단 이 경우 사후에 압수수색검증영장을 청구하여야 한다).

나. 임의적 압수수색

피의자의 동의를 얻어 임의로 증거물을 제출하거나 수색하는 행위는 임의수사로서 허용되고 있는 수사방법이다.

이하에서는 임의적 압수수색과 영장에 의하지 않은 강제적 압수수색보다는 영장에 의한 강제적 압수수색절차 그것도 법원이 아닌 수사기관에 의한 압수수색절차만을 논하고자 한다.

다. 압수수색영장의 신청, 청구, 발부

1) 신청, 청구, 발부

현행 형사소송법 제215조에 의하면 압수수색영장의 신청은 경찰이, 청구는 검사, 발부는 법관이 하도록 정하여져 있다.

절차적으로는 반드시 검사의 청구와 법관의 발부가 요구되는 것이기에 경찰의 경우 검사의 청구라는 중간절차를 거쳐야 법관으로부터 영장을 발부받아 원하는 압수수색을 할 수 있다 하겠다.

2) 압수수색영장의 발부 조건

현행 형사소송법 제215조에 의하면 압수수색영장이 발부되기 위한 조건으로서 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 소명자료를 요구하고 있다.

즉, 범죄를 입증할 입증자료까지는 아니더라도 최소한 일반인의 판단으로 죄를 범하였다고 의심이 들 수 있는 소명자료가 있어야 압수수색을 할 수 있는 것이고 그 범위도 해당 범죄와의 관련성으로 국한하고 있다.

관련 형사소송법 제215조 조문은 이하와 같다.

- ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.
- ② 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게



신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는
검증을 할 수 있다.

3) 법관이 발부하는 압수수색영장에 반드시 기재되어야 하는 내용

현행 형사소송규칙 제 107조와 동 조에 의해 원용되는 제 95조에 의하면 압수수색영장
에는 1) 피의자의 성명 주민등록번호 등, 직업, 주거 2) 피의자에게 변호인이 있는
때에는 그 성명 3) 죄명 및 범죄사실의 요지 4) 7일을 넘는 유효기간을 필요로 하는
때에는 그 취지 및 사유 5) 여러 통의 영장을 청구하는 때에는 그 취지 및 사유 6)
압수할 물건, 수색 또는 검증할 장소, 신체나 물건 7) 압수, 수색 또는 검증의 사유
8) 일출전 또는 일몰후에 압수, 수색 또는 검증을 할 필요가 있는 때에는 그 취지 및
사유 (기타 특수한 경우는 생략)를 기재하도록 하고 있다.

라. 압수수색영장의 집행

1) 압수수색영장의 집행기관

압수수색영장은 검사의 지휘에 의거 사법경찰관리가 집행하도록 규정하고 있다.

○ 형사소송법 제115조(영장의 집행) ①압수·수색영장은 검사의 지휘에 의하여
사법경찰관리가 집행한다.

2) 압수수색영장의 제시

발부된 압수수색영장은 수사기관이 이를 집행할 수 있는데, 이 경우 반드시 집행하
기 전 이를 제시하여야 한다. 현행 형사소송법 제 118조는 이를 명문화하고 있다.

○ 형사소송법 제118조(영장의 제시) 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시
제시하여야 한다.

3) 압수수색영장의 집행방법

가) 집행을 위해 가능한 처분 - 타인의 출입금지

압수수색영장을 집행하는 경우 수사기관은 타인의 출입을 금지할 수 있고,

타인의 출입 금지처분에도 불구하고 강제로 출입하는 경우 퇴거하게 할 수 있다.

- 형사소송법 제 119조(집행 중의 출입금지) ① 압수·수색영장의 집행 중에는 타인의 출입을 금지할 수 있다. ② 전항의 규정에 위배한 자에게는 퇴거하게 하거나 집행종료 시까지 간수자를 붙일 수 있다.

나) 집행을 위해 가능한 처분 - 건정을 열거나 개봉하는 처분

압수수색영장을 집행하는 경우 수사기관은 건정을 열거나 개봉할 수 있고 기타 필요한 처분을 할 수 있다.

- 형사소송법 제120조(집행과 필요한 처분) ① 압수·수색영장의 집행에 있어서는 건정을 열거나 개봉 기타 필요한 처분을 할 수 있다.

다) 집행을 위해 가능한 처분 - 일시 폐쇄조치

압수수색영장을 집행하는 경우 수사기관은 영장의 집행을 중지하는 경우 필요한 때에는 집행의 종료 시까지 그 장소를 폐쇄할 수 있다.

- 형사소송법 제127조(집행중지와 필요한 처분) 압수·수색영장의 집행을 중지한 경우에 필요한 때에는 집행이 종료될 때까지 그 장소를 폐쇄하거나 간수자를 둘 수 있다.

4) 야간 압수수색영장 집행의 제한

영장에 야간집행이 가능하다는 기재가 없는 한 야간에도 공중이 출입하는 장소이 외에는 야간에는 원칙적으로 압수수색영장의 집행을 할 수 없다.

- 형사소송법 제125조(야간집행의 제한) 일출 전, 일몰 후에는 압수·수색영장에 야간집행을 할 수 있다는 기재가 없으면 그 영장을 집행하기 위하여 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선차 내에 들어가지 못한다.



○ 형사소송법 제126조(야간집행제한의 예외) 다음 장소에서 압수·수색영장을 집행함에는 전조의 제한을 받지 아니한다.

1. 도박 기타 풍속을 해하는 행위에 상용된다고 인정하는 장소
2. 여관, 음식점 기타 야간에 공중이 출입할 수 있는 장소. 단, 공개한 시간 내에 한한다.

마. 압수수색영장집행시 피 집행자에게 인정되는 권리

1) 참여권

현행 형사소송법에 의하면 피의자 또는 변호인은 압수수색영장에 참여할 수 있다. 참여권을 보장하는 이유는 영장집행의 공정한 절차를 보장하기 위한 것으로 보이므로 만일 공정한 집행이 아니라고 여겨지는 경우 집행기관에게 공정한 집행을 요구할 수 있다고 보여진다.

○ 형사소송법 제121조(영장집행과 당사자의 참여) 검사, 피고인 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다.

2) 필수적 참여권

특히 일정 가옥이나 건조물을 수색하여 일정 증거물을 압수하는 절차를 하고자 하는 경우 반드시 해당 건조물의 주거주 혹은 이에 준하는 자를 참여하도록 하고 있고, 만일 해당인의 참여가 불가능한 경우 인거인 혹은 지방공공단체의 직원을 참여하게 하여야 한다.

○ 형사소송법 제123조(영장의 집행과 책임자의 참여) ②전항에 규정한 이외의 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선차 내에서 압수·수색영장을 집행함에는 주거주, 간수자 또는 이에 준하는 자를 참여하게 하여야 한다.

③전항의 자를 참여하게 하지 못할 때에는 인거인 또는 지방공공단체의 직원을 참여하게 하여야 한다.

3) 참여 관련 피통지권

아울러 위 가항기재 피의자 혹은 변호인의 참여권을 보장하기 위해 급속을 요하는 경우외에는 당사자에게 반드시 참여하도록 미리 통지하도록 규정하고 있다.

- 형사소송법 제122조(영장집행과 참여권자에의 통지) 압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 단, 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다.

특히 일정 가옥이나 건조물을 수색하여 일정 증거물을 압수하는 절차를 하고자 하는 경우 반드시 해당 건조물의 주거주 혹은 이에 준하는 자를 참여하도록 하고 있고, 만일 해당인의 참여가 불가능한 경우 인거인 혹은 지방공공단체의 직원을 참여하게 하여야 한다.

- 형사소송법 제123조(영장의 집행과 책임자의 참여) ②전항에 규정한 이외의 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선차 내에서 압수·수색영장을 집행함에는 주거주, 간수자 또는 이에 준하는 자를 참여하게 하여야 한다.
- ③ 전항의 자를 참여하게 하지 못할 때에는 인거인 또는 지방공공단체의 직원을 참여하게 하여야 한다.

4) 비밀유지권

또한 영장의 집행기관은 압수수색영장의 집행시 타인의 비밀과 명예를 지키기 위해 노력하여야 할 의무가 있다 하겠다.

- 형사소송법 제116조 압수·수색영장의 집행에 있어서는 타인의 비밀을 보지하여야 하며 처분받은 자의 명예를 해하지 아니하도록 주의하여야 한다.

5) 압수목록의 피교부권

아울러 압수가 이루어진 경우 수사기관은 압수목록을 작성하여 소유자 등에게 교부하여야 하고 만일 압수하려 한 물건이 없어 그대로 돌아가게 되는 경우 수색하였으나 압수할 물건이 없었다는 취지의 증명서를 참여자 등에게 교부하여야 한다.



- 형사소송법 제129조(압수목록의 교부) 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다.

바. 위 제반 규정과 관련된 실무에서의 대응

1) 압수수색영장발부전의 대응

압수수색영장이 발부되기 위해서는 반드시 해당 압수물(증거물)이 있는 장소가 어디인지 또 해당 압수물을 누가 관리 및 점유하고 있는지 등을 탐문할 수밖에 없고 이러한 수사기관의 탐문활동은 내사활동을 통해 기업체에서 알 수 없게 이루어지기도 하지만, 수사과정에서도 이루어지기도 한다.

또한 압수수색영장이 발부되기 위해서는 범죄의 혐의에 대한 최소한의 소명이 필요하고 그렇다면 영장 발부 전 참고인 혹은 피의자에 대한 조사가 이루어지는 것은 어느 정도 필수적인 일이라 할 수 있다.

결국 기업체 임직원 중 누군가가 내사 혹은 수사를 받았다고 한다면 무슨 혐의로 수사를 받은 것인지, 조사 과정에서 수사관이 주요 증거물의 관리자나 현존장소에 대해 관심을 보인다면 사내변호사라면 압수수색의 가능성에 대해 열린 시각으로 바라 볼 필요가 있다.

2) 압수수색진행과정에 있어서의 대응

가) 압수수색을 진행함에 있어서 유의할 사항

- ① 수사기관의 실무상 압수수색은 그 신속성과 기밀성이 생명이다. 만일 압수수색 영장이 발부되었다는 사실을 피 압수수색자가 미리 알게 되었다고 한다면 그 압수수색의 실효성은 거의 없을 것이다.

그런 이유로 통상 미리 압수수색영장의 집행사실을 피의자에게 미리 알리는 경우는 거의 없다고 보면 된다. 하지만 압수수색영장의 집행에 이르러서는 피의자 또는 변호인은 해당 영장의 집행에 참여할 권리가 보장되어 있다.

때문에 위 압수수색에 있어 형사사건 전문가가 참여한다면 기업에 유리할 것인데, 다만 수사기관의 실무상 피압수수색 기업체의 사내변호사는 변호인이라기보다 임직원으로 보는 것이 현실이고, 따라서 압수수색절차에 있어 어느 정도의

공정성을 확보하기 위해서는 가급적 선임한 변호인을 압수수색에 참여하도록 하는 것이 좋다(평소 기업체의 고문변호사를 선임해두고 혹 압수수색이 있는 경우 바로 집행에 참여하도록 미리 약정해 두면 유익하리라 여겨진다).

- ② 압수수색 시 반드시 압수수색영장을 제시하도록 되어 있다. 이 경우 그 제시의 정도에 대해 논란이 있는바, 영장의 내용까지 제시되어야 한다고 봄이 상당하므로 가급적 수사기관에게 압수수색영장의 복사를 요청하고, 만일 복사를 해주지 않는 경우라면 해당 압수수색 기재된 내용 중 ① 죄명 및 범죄사실의 요지 ② 압수할 물건, 수색 또는 검증할 장소, 신체나 물건 의 경우는 반드시 제시 받고 이를 촬영 혹은 기재해 두는 것이 좋다.

이는 통상 내사의 경우 무슨 이유로 압수수색을 당하는지에 대해 모르는 상황에서 범죄사실의 요지를 통해 피혐의사실을 미리 이해하여 대응할 수 있고 더불어 압수물로 한정된 물건 외에는 수사기관이 압수할 수 없는 이상 압수물로 기재된 물건이외에 대해 압수하려 하는 경우 이를 거부하여야 하기 때문이다.

- ③ 압수수색 시 수사기관에 대한 유형력의 행사

압수수색 시 정당한 집행을 하는 수사기관에 대해 유형력을 행사하는 경우에는 공무집행방해죄가 성립된다. 따라서 수사기관에 대해 폭행 등의 유형력의 행사를 하여서는 안된다.

그러나 반면 수사기관의 집행 행위 즉 수색에 적극적으로 협조하지 않는다 하여 그것이 별도의 범죄가 되거나 공무집행방해행위가 되는 것은 아니다. 수색의 주체는 수사기관이지 피 참여자가 아니기 때문이다.

- ④ 전자정보에 대한 협조의 판단

다만 전자정보에 대해서는 주의할 점이 있다. 현행 형사소송법은 압수의 목적물이 디스크, 등의 정보저장매체의 경우 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받도록 하고 있는데 만일 정보의 범위를 정할 수 없거나 복제 받을 수 없거나 나아가 피 압수자 등이 협조하지 않는 경우 혹은 전자정보의 삭제 폐기 정황이 발견되는 경우에는 해당 정보저장매체를 통째로 압수할 수 있도록 규정하고 있다.

- 형사소송법 제106조(압수) 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 "정보저장매체등"이라 한다)인 경우



에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체 등을 압수할 수 있다.

- ⑤ 또한 압수 후 압수수색영장상의 압수할 수 있는 물건과 실제 압수한 물건의 차이를 확인하기 위해서는 압수목록을 교부받는 것은 반드시 필요한 행위이고, 이중 압수집행이 인정되지 않는 이상 압수물이 없었다 하더라도 수색증명서는 반드시 교부받아 두어야 한다.

나) 위법하게 수집된 증거의 증거능력

형사소송의 대원칙에 의하면 위법하게 수집된 증거의 경우 그 증거능력이 부정된다. 따라서 위 압수수색절차의 집행과정에서 위법성이 인정된다면 해당 집행의 결과 수사기관이 압수한 증거는 증거능력이 없다. 예를 들어 압수수색영장에 기재되지 아니한 물건을 압수하여 증거로 제출하는 경우 증거능력이 없다 하겠고(대법원 2008도 763판결), 피의자나 변호인의 참여요청에도 불구하고 참여시키지 않은채 집행하는 경우 해당 압수물 역시 증거능력이 없다.

아울러 압수수색장소(공부상의 피의자의 주소)와 실제 증거물이 존재하는 곳(피의자의 실 거주지)이 다르다 할지라도 당사자의 동의가 없다면 압수수색은 위법한 것으로서 이 경우 압수수색에 의해 확보된 증거물은 위법 수집증거라 하겠다.

3. 공정거래위원회의 현장조사에 대한 대응매뉴얼

가. 개관

행정청으로서 검찰청 외에 사실상 공정거래위원회, 국세청 행정기관이 현장조사를 하는 경우가 있고 이 경우 이에 대해 여하하게 대응할 것인지가 중요하다. 여기에서는 다른 행정기관 보다는 공정거래위원회의 현장조사에 대한 대응 방식을 간략하게 언급하고, 다른 행정청에 대해서는 다음 기회에 논하기로 한다.

나. 공정거래위원회의 현장조사의 법적 근거

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 공정거래법이라 함) 제49조(위반행위의 인지·신고등) ①항의 규정 즉 '공정거래위원회는 이 법의 규정에 위반한 혐의가 있다고 인정할 때에는 직권으로 필요한 조사를 할 수 있다' 와 제55조의2(사건처리절차등)에 의하면 동 법의 규정에 위반하는 사건의 처리절차등에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회가 정하여 고시하도록 규정하고 있고 다시 동 위임법률에 의해 공정거래위원회조사 절차에 관한 규칙이 고시되어 있는바, 이하에서는 특히 현장조사와 관련하여 이를 논한다.

다. 현장조사에 대한 대응 방법

1) 현장조사에 관한 기본 법령 고찰

현장조사는 형사소송법상의 강제처분이 아니기에 영장이 제시될 필요도 없고, 공정위 직원이 강제적 대물처분을 할 수도 없다.

그러나 공정위 직원에게 법령상 인정된 권한을 살펴보면

- ① 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원에 대하여 원가 및 경영상황에 관한 보고, 기타 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 영치를 할 수 있고
- ② 공정거래위원회는 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 그 소속공무원으로 하여금 사업자 또는 사업자단체의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및 경영상황, 장부·서류, 전산자료·음성녹음자료·화상자료 그 밖에 대통령령이 정하는 자료나 물건을 조사하게 할 수 있으며, 대통령령이 정하는 바에 의하여 지정된 장소에서 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 진술을 듣게 할 수 있고
- ③ 제2항의 규정에 의하여 조사를 하는 공무원은 대통령령이 정하는 바에 따라 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원에 대하여 조사에 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 영치를 할 수 있다.」고 규정하고 있는 한편 (공정거래법 제 50조)

공정거래법 제 57조 제9호와 제10호에 의하면 위 필요한 자료나 물건을 제출하지 아니하거나 거짓의 보고 또는 자료나 물건을 제출한 자 혹은 현장조사 시 자료의 은닉·폐기, 접근거부 또는 위조·변조 등을 통하여 조사를 거부·방해 또는 기피한



자에 대해서는 징역 혹은 벌금형의 막대한 불이익을 부과하고 있다. 그러므로 해당 공정거래법위반 사건에 대한 현장조사에 있어 ‘법관이 발부한 영장이 없으므로 출입할 수 없다’, ‘관련 자료를 제출할 수 없다’는 식으로 대응하는 것은 적절해보이지 않는다.

2) 대응 매뉴얼

가) 현장조사 공무원이 도착하는 경우 즉시 기업 고문변호사에게 연락하여 참여하도록 하는 것이 좋겠다(공정거래위원회조사절차에 관한 규칙 제13조 참조).

나) 신분증 및 공문 확인 : 공정거래위원회조사절차에 관한 규칙 제6조와 제7조에 의하면 조사 공무원은 신분증을 제시하고 조사 공문 등을 교부하도록 규정하고 있으므로 신분증을 확인하고 조사 공문을 수령한다.

○ 공정거래위원회조사절차에 관한 규칙 제 6조 ① 조사공무원은 현장조사를 개시하기 이전에 피조사업체의 임직원에게 다음 각 호의 사항을 기재한 조사공문을 교부하여야 하며, 이와 함께 조사 공문의 내용 및 피조사업체의 권리에 대하여 상세히 설명하여야 한다. 1. 조사기간 2. 조사목적 3. 조사대상 4. 조사방법 5. 조사를 거부·방해 또는 기피하는 경우 공정거래위원회 소관 법률상의 제재내용 6. 제1호 내지 제4호의 범위를 벗어난 조사에 대해서는 거부할 수 있다는 내용 7. 조사단계에서 피조사업체가 공정거래위원회 또는 그 소속 공무원에게 조사와 관련된 의견을 제시하거나 진술할 수 있다는 내용

② 제1항에 따라 조사공문에 기재되는 조사목적에는 관련 법 조항과 범위반협의를 함께 기재하여야 하고 조사대상에는 피조사업체의 명칭과 소재지를 특정하여 구체적으로 기재하여야 한다.

③ 조사공무원은 피조사업체의 조사대상 부서 책임자 또는 이에 준하는 임직원에게 별지 제1호 서식에 따른 전산 및 비전산 자료 보존요청서를 교부하고, 피조사업체 직원들이 그 내용을 준수할 수 있도록 적절한 지시를 해줄 것을 요청할 수 있다.

다) 기 현장조사대응팀의 사전 구성 및 매뉴얼에 따른 대응

- ① 현장조사에 대응하기 위해 조사공무원 당 동반 직원 1-2인을 배속하게 하고 다시 해당 직원으로부터 조사 내용을 총괄 수집 확인하고 해당 내용을 경영진에 보고하여 즉응 대응할 수 있는 대응팀장 및 팀원을 평소에 구성해 둘 필요가 있다.
- ② 아울러 현장조사 시 서류 등을 제출하는 행위와 더불어 관련 직원에 대한 조사가 이루어질 수 있으므로 조사를 행할 수 있는 방실을 제공하는 한편, 그 조사에 대해 즉응 대응할 수 있는 별도의 대응회의실을 마련할 필요가 있다.
- ③ 아울러 위 ①,②를 확인하는 한편 위 조사공문 등을 통해 조사를 받을 수 있는 부서의 임직원을 확인하여 위 현장조사(신문)에 대응할 수 있도록 필요한 조치를 해야 한다.
- ④ 현장 조사에서 증거서류나 자료 파기는 하지 않아야 한다.
- ⑤ 공정위 직원이 제출받아 복사한 서류 혹은 영치한 서류가 무엇인지 반드시 확인하여야 하고 더불어 조사한 직원들의 문답 내용도 기억이 희미해지기 전 확인해두어야 한다.
- ⑥ 업무관련 서류, 영업관련 제반 서류 (매출 매입 전표, 세금계산서 등) 사내 전산시스템 서버, PC 노트북 등 저장 매체와 이메일, 기타 회사 업무관련 서류 등이 조사의 대상이 되며 특히 포렌식 담당 공무원이 대동하여 디지털 증거의 수집절차가 이루어 질 수 있는바, 조사 공무원에게 자료를 넘겨주기 전에 먼저 내용을 확인 하고, 조사 공문상의 조사범위에 해당하지 않는 경우, 자료제출에 대한 반대의사를 밝혀야 한다.

라) 조사 완료 후의 대응

조사 완료 후 향후 여하하게 대응할 것인지 확인하기 위해 사내변호사는 조사된 모든 내용과 제출된 모든 자료를 취합하고 대응방법에 대해 경영진에게 보고하거나 숙의하여야 한다. 더불어 추가로 요청될 조사나 제출자료에 대해서도 검토하여야 한다.



Ⅲ. 세무조사와 조세불복절차

1. 세무조사의 정의와 구별 개념

가. 정의

세무조사란, 각 세법에 규정하는 질문조사권 또는 질문검사권에 근거하여 조사공무원이 납세자의 국세에 관한 정확한 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하기 위하여 조사계획에 의해 세무조사 사전통지 또는 세무조사 통지를 실시한 후 납세자 또는 납세자와 거래가 있다고 인정되는 자 등을 상대로 질문하고, 장부·서류·물건 등을 검사·조사하거나 그 제출을 명하는 행위를 말한다(조사사무처리규정 제3조 제1호).

나. 세무조사와 현장확인의 차이점

(1) 현장확인의 개념

현장확인이란, 각 세법에 규정하는 질문조사권 또는 질문검사권에 따라 세원관리, 과세자료 처리 또는 세무조사 증거자료 수집 등 다음의 어느 하나에서 예시하는 업무 등을 처리하기 위하여 납세자 또는 그 납세자와 거래가 있다고 인정되는 자 등을 상대로 세무조사에 의하지 아니하고 현장확인 계획에 따라 현장출장하여 사실관계를 확인하는 행위를 뜻한다(조사사무처리규정 제3조 제2호).

- ① 자료상혐의자료, 위장가공자료, 조세범칙조사 파생자료로서 단순사실 확인만으로 처리할 수 있는 업무
- ② 위장가맹점 확인 및 신용카드 고액매출자료 등 변칙거래 혐의 자료의 처리를 위한 현장출장·확인업무
- ③ 세무조사 과정에서 납세자의 거래처 또는 거래상대방에 대한 거래사실 등 사실관계 여부 확인업무
- ④ 민원처리 등을 위한 현장출장·확인이나 탈세제보자료, 과세자료 등의 처리를 위한 일회성 확인업무

- ⑤ 사업자에 대한 사업장현황 확인이나 기장확인 업무
- ⑥ 거래사실 확인 등을 위한 계좌 등 금융거래 확인업무

(2) 현장확인이 세무조사인지 여부

과세관청이 ‘현장확인’ 절차에서 사실관계를 확인하였다더라도 납세자 및 납세자와 거래가 있다고 인정되는 자 등에게 질문에 대답하고 검사를 받도록 하는 등 영업의 자유 등에 영향을 미친 경우에는 ‘세무조사’에 해당하여 재조사 금지 규정(국세기본법 제81조의4 제2항)이 적용된다(대법원 2017. 3. 16. 선고 2014두8360 판결).

[대법원 2017. 3. 16. 선고 2014두8360 판결]

세무공무원의 조사행위가 실질적으로 납세자 등으로 하여금 질문에 대답하고 검사를 수인하도록 함으로써 납세자의 영업의 자유 등에 영향을 미치는 경우에는 국세청 훈령인 구 조사사무처리규정(2010. 3. 30. 국세청 훈령 제1838호로 개정되기 전의 것)에서 정한 ‘현지확인’의 절차에 따른 것이라고 하더라도 그것은 재조사가 금지되는 ‘세무조사’에 해당한다고 보아야 한다. 그러나 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증 등을 위한 과세관청의 모든 조사행위가 재조사가 금지되는 세무조사에 해당한다고 볼 경우에는 과세관청으로서 단순한 사실관계의 확인만으로 충분한 사안에서 언제나 정식의 세무조사에 착수할 수밖에 없고 납세자 등으로서도 불필요하게 정식의 세무조사에 응하여야 하므로, 납세자 등이 대답하거나 수인할 의무가 없고 납세자의 영업의 자유 등을 침해하거나 세무조사권이 남용될 염려가 없는 조사행위까지 재조사가 금지되는 ‘세무조사’에 해당한다고 볼 것은 아니다.

2. 세무조사의 법적 근거와 분류

가. 법적 근거

세무조사의 법적 근거로는 국세기본법 및 각 개별세법(예컨대 법인세법 제122조, 소득세법 제170조, 부가가치세법 제74조 등)에 규정된 질문검사권 또는 질문조사권 등이 있다.



나. 분류

(1) 일반조사와 조세범칙조사

일반조사는 특정납세자의 과세표준 또는 세액의 결정 또는 경정을 목적으로 조사대상 세목에 대한 과세요건 또는 신고사항의 적정 여부를 검증하는 일반적인 세무조사를 말하는 반면(조사사무처리규정 제3조 제18호), 조세범칙조사는 조사공무원이 조세범 처벌법 제3조부터 제14조까지의 죄에 해당하는 위반행위 등을 확정하기 위하여 조세범칙사건에 대하여 행하는 조사활동을 뜻한다(조사사무처리규정 제3조 제19호).

(2) 통합조사와 세목별조사

통합조사는 납세자의 편의와 조사의 효율성을 제고하기 위하여 조사대상으로 선정된 과세기간에 대하여 그 납세자의 사업과 관련하여 신고·납부의무가 있는 세목을 함께 조사하는 것을 말하는 반면(조사사무처리규정 제3조 제22호), 세목별조사는 국세기본법 제81조의11 제2항 각 호의 사유에 따라 특정 세목만을 대상으로 실시하는 세무조사를 의미한다(조사사무처리규정 제3조 제23호).

세무조사는 원칙적으로 통합조사 방식으로 하여야 한다(국세기본법 제81조의11 제1항).

(3) 전부조사와 부분조사

전부조사는 조사대상 과세기간의 신고사항에 대한 적정 여부를 전반적으로 검증하는 세무조사를 말한다(조사사무처리규정 제3조 제24호). 이때에는 납세자가 비치·기장하고 있는 장부 및 그와 관련된 증빙서류 조사와 그 장부의 진실성 여부를 검증하기 위한 실물조사, 생산수율 검토, 각종 현황조사, 거래처 조사 또는 거래처 현장확인 및 금융거래 현장확인 등으로 조사를 실시한다(조사사무처리규정 제17조 제1호).

부분조사는 국세기본법 제81조의11 제1항 및 제2항에 따른 통합조사 또는 세목별조사에 의하지 아니하고 특정 사업장, 특정 항목·부분 또는 거래 일부 등에 한정하여 적정 여부를 검증하는 세무조사를 뜻한다(조사사무처리규정 제3조 제25호). 이때에는 세금 탈루혐의가 있는 특정 사업장, 특정 항목·부분 또는 거래의 일부에 대해 장부 및 증빙서류 조사, 장부의 진실성 여부를 검증하기 위한 실물조사, 생산수율 검토, 각종 현황조사, 거래처 조사 또는 거래처 현장확인 및 금융거래 현장확인 등을 할 수 있다(조사사무처리

규정 제17조 제2호).

3. 세무조사의 관할

가. 원칙적 관할

세무조사는 원칙적으로 납세지를 관할하는 세무서장 또는 지방국세청장이 담당한다(국세기본법 제81조의6 제1항).

나. 예외

(1) 관할의 조정

다음의 사유에 해당하는 경우에는 국세청장(같은 지방국세청내 소관 세무서 관할 조정의 경우에는 지방국세청장)이 그 관할을 조정할 수 있다(조사사무처리규정 제5조 제2항).

- ① 납세자가 사업을 실질적으로 관리하는 장소의 소재지와 납세지가 관할을 달리하는 경우
- ② 일정한 지역에서 주로 사업을 하는 납세자에 대하여 공정한 세무조사를 실시할 필요가 있는 등 납세지 관할 세무서장 또는 지방국세청장이 세무조사를 수행하는 것이 부적절하다고 판단되는 경우
- ③ 세무조사 대상 납세자와 출자관계에 있는 자, 거래가 있는 자 또는 특수관계인에 해당하는 자 등에 대한 세무조사가 필요한 경우
- ④ 세무관서별 업무량과 세무조사 인력 등을 고려하여 관할을 조정할 필요가 있다고 판단되는 경우
- ⑤ 조세불복 청구의 결정에 따라 재조사를 하는 경우

조사대상자의 업종과 규모 및 세금탈루혐의 규모, 조사의 난이도 등을 감안하여 조사 관할의 조정이 필요하다고 인정되는 경우에는 세무서장은 지방국세청장에게, 지방국세청장은 세무서장에게 각각 조사관할의 상향 또는 하향 조정을 요청하거나 위임할 수 있다(조사사무처리규정 제5조 제3항).



(2) 교차 세무조사

납세지 관할 지방국세청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 국세청장에게 교차 세무조사를 신청할 수 있고(조사사무처리규정 제5조의2, 제5조의3), 국세청장은 신청 사유 등을 감안하여 교차 세무조사 대상자의 조사관할 지방국세청을 공정하고 합리적으로 배정하여야 한다(조사사무처리규정 제5조의4).

국세기본법 시행령 제63조의3 제1호에 따라 납세자가 사업을 실질적으로 관리하는 장소의 소재지와 납세지가 관할을 달리하는 경우

국세기본법 시행령 제63조의3 제2호에 따라 일정한 지역에서 주로 사업을 하는 납세자에 대하여 공정한 세무조사를 실시할 필요가 있는 경우 등 납세지 관할 지방국세청장이 세무조사를 수행하는 것이 부적절하다고 판단되는 경우

국세기본법 시행령 제63조의3 제4호에 따라 세무관서별 업무량과 세무조사 인력 등을 고려하여 관할을 조정할 필요가 있다고 판단되는 경우

4. 세무조사 대상자의 선정

가. 납세자의 성실성 추정

세무공무원은 납세자가 성실하며 납세자가 제출한 신고서 등이 진실한 것으로 추정하여야 한다(국세기본법 제81조의3).

나. 정기선정

정기선정은 신고내용의 적정 여부를 검증하기 위하여 국세기본법 제81조의6 제2항에서 정한 다음의 사유 범위에서 신고성실도 평가결과, 미조사연도수 등을 기준으로 지방국세청장 또는 세무서장이 일괄하여 조사 대상자를 선정하는 것을 말한다(국세기본법 제81조의6 제2항).

국세청장이 납세자의 신고 내용에 대하여 과세자료, 세무정보 및 주식회사의 외부감사에 관한 법률에 따른 감사의견, 외부감사 실시내용 등 회계성실도 자료 등을 고려하여 정기적으로 성실도를 분석한 결과 불성실 혐의가 있다고 인정하는 경우

최근 4과세기간 이상 같은 세목의 세무조사를 받지 아니한 납세자에 대하여 업종,

규모, 경제력 집중 등을 고려하여 신고 내용이 적정한지를 검증할 필요가 있는 경우
무작위추출방식으로 표본조사를 하려는 경우

다. 비정기선정

비정기선정은 공평과세와 세법질서의 확립을 위하여 국세기본법 제81조의6 제3항에
서 정한 다음 사유의 범위에서 지방국세청장과 세무서장이 조사 대상자를 선정하는
것을 말한다(국세기본법 제81조의6 제3항).

납세자가 세법에서 정하는 신고, 성실신고확인서의 제출, 세금계산서 또는 계산서의
작성·교부·제출, 지급명세서의 작성·제출 등의 납세협력의무를 이행하지 아니한
경우

무자료거래, 위장·가공거래 등 거래 내용이 사실과 다른 혐의가 있는 경우

납세자에 대한 구체적인 탈세 제보가 있는 경우

신고 내용에 탈루나 오류의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료가 있는 경우

납세자가 세무공무원에게 직무와 관련하여 금품을 제공하거나 금품제공을 알선한
경우

5. 세무조사의 시작·진행·종결

가. 사전통지의 원칙과 예외

(1) 원칙

세무공무원은 조사를 받을 납세자에게 조사를 시작하기 15일 전에 조사대상 세목,
조사기간 및 조사 사유 등을 통지하여야 한다(국세기본법 제81조의7 제1항).

(2) 예외

조세범 처벌절차법에 따른 조세범칙조사와 사전통지를 하면 증거인멸 등으로 조사
목적 달성을 수 없다고 인정되는 경우에는 예외적으로 사전통지를 하지 않을 수 있다
(국세기본법 제81조의7 제1항). 이 경우에는 세무조사를 개시할 때 사전통지사항, 사전



통지를 하지 아니한 사유 등이 포함된 세무조사통지서를 납세자에게 교부하여야 한다(국세기본법 제81조의7 제4항).

(3) 세무조사의 연기신청

사전통지를 받은 납세자가 다음의 사유로 조사를 받기 곤란한 경우에는 관할 세무관서의 장에게 조사 연기를 신청할 수 있고(국세기본법 제81조의7 제2항), 연기신청을 받은 관할 세무관서의 장은 연기신청 승인 여부를 결정하고 그 결과를 조사 개시 전까지 통지하여야 한다(국세기본법 제81조의7 제3항).

- ① 화재, 그 밖의 재해로 사업상 심각한 어려움이 있을 때
- ② 납세자 또는 납세관리인의 질병, 장기출장 등으로 세무조사가 곤란하다고 판단될 때
- ③ 권한 있는 기관에 장부, 증거서류가 압수되거나 영치되었을 때
- ④ 위에 준하는 사유가 있을 때

관할 세무관서의 장은 세무조사 연기기간이 종료된 때에는 특별한 사유가 없으면 지체없이 조사를 시작하여야 한다. 다만, 연기기간이 종료되기 전이라도 연기사유가 소멸되었거나 증거인멸 우려 또는 조세채권 조기 확보 등 긴급히 조사를 실시하여야 될 사유가 발생한 때에는 세무조사를 시작할 수 있다(조사사무처리규정 제22조 제4항).

나. 세무대리인의 선임 및 배제

(1) 세무대리인의 선임

납세자는 세무조사를 받는 경우에 변호사, 공인회계사, 세무사로 하여금 조사에 참여하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다(국세기본법 제81조의5). 조사공무원은 제1항에 따라 세무대리인이 조사에 참여하거나 의견을 진술하게 하고자 하는 경우에는 해당 세무대리인으로부터 그 권한이 있음을 증명하는 위임장을 제출받아 조사관서장에게 보고하여야 한다(조사사무처리규정 제28조 제2항).

(2) 세무대리인의 배제 사유

조사공무원은 위임장을 제출하지 아니한 세무대리인에 대해서는 세무조사 과정에서

의 입회·의견진술을 거부하고(조사사무처리규정 제28조 제3항), 조사국장 또는 세무서장에게 보고하여야 한다(조사사무처리규정 제28조 제5항). 세무대리인이 조력의 범위를 넘어 조사를 방해하거나 늦추려는 경우, 거짓으로 진술하는 경우 또는 납세자가 직접 진술할 필요가 있는 경우 등에는 납세자가 직접 의견을 진술하도록 요구할 수 있다(조사사무처리규정 제28조 제4항).

다. 세무조사의 기간과 범위

(1) 세무조사 기간과 연장

세무공무원은 조사대상 세목·업종·규모, 조사 난이도 등을 고려하여 세무조사 기간이 최소한이 되도록 하여야 한다. 다만, 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 세무조사 기간을 연장할 수 있다(국세기본법 제81조의8 제1항).

납세자가 장부·서류 등을 은닉하거나 제출을 지연하거나 거부하는 등 조사를 기피하는 행위가 명백한 경우

거래처 조사, 거래처 현지확인 또는 금융거래 현지확인이 필요한 경우

세금탈루 혐의가 포착되거나 조사 과정에서 조사유형이 조세범 처벌절차법에 따른 조세범칙조사로 전환되는 경우

천재지변이나 노동쟁의로 조사가 중단되는 경우

납세자보호관 또는 담당관(이하 “납세자보호관 등”)이 세금탈루혐의와 관련하여 추가적인 사실 확인이 필요하다고 인정하는 경우

세무조사 대상자가 세금탈루혐의에 대한 해명 등을 위하여 세무조사 기간의 연장을 신청한 경우로서 납세자보호관 등이 이를 인정하는 경우

(2) 조사범위와 확대

세무공무원은 조사 진행 중 세무조사의 범위를 확대할 수 없다(국세기본법 제81조의9 제1항 본문). 다만 다음의 사유 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 세무조사 범위를 확대할 수 있으며(국세기본법 제81조의9 제1항 단서, 국세기본법 시행령 제63조의10), 이 경우에는 그 사유와 범위를 납세자에게 문서로 통지하여야 한다(국세기본법 제81조의9 제2항).



- ① 다른 과세기간·세목 또는 항목에 대한 구체적인 세금탈루 증거자료가 확인되어 다른 과세기간·세목 또는 항목에 대한 조사가 필요한 경우
- ② 조사 과정에서 조세범 처벌절차법 제2조 제3호에 따른 조세범칙조사로 전환하는 경우
- ③ 명백한 세금탈루 혐의 또는 세법 적용의 착오 등이 있는 조사대상 과세기간의 특정 항목이 다른 과세기간에도 있어 동일하거나 유사한 세금탈루 혐의 또는 세법 적용 착오 등이 있을 것으로 의심되어 다른 과세기간의 그 항목에 대한 조사가 필요한 경우

라. 장부·서류 등의 제출 요구 및 일시보관

(1) 제출 요구

세무공무원은 세무조사를 하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 장부 등의 제출을 요구하여야 하며, 조사대상 세목 및 과세기간의 과세표준과 세액의 계산과 관련 없는 장부 등의 제출을 요구해서는 아니 된다(국세기본법 제81조의4 제3항).

(2) 납세자 동의와 일시 보관

세무공무원은 세무조사의 목적으로 납세자의 장부 등을 세무관서에 임의로 보관할 수 없다(국세기본법 제81조의10 제1항).

다만 세무공무원은 다음의 사유 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 조사 목적에 필요한 최소한의 범위에서 납세자, 소지자 또는 보관자 등 정당한 권한이 있는 자가 임의로 제출한 장부 등을 납세자의 동의를 받아 세무관서에 일시 보관할 수 있고(국세기본법 제81조의10 제2항), 이때 납세자로부터 일시 보관 동의를 받으면서 납세자에게 일시 보관증을 교부하여야 한다(국세기본법 제81조의10 제3항).

- ① 납세자가 세법에서 정하는 신고, 성실신고확인서의 제출, 세금계산서 또는 계산서의 작성·교부·제출, 지급명세서의 작성·제출 등의 납세협력의무를 이행하지 아니한 경우
- ② 무자료거래, 위장·가공거래 등 거래 내용이 사실과 다른 혐의가 있는 경우
- ③ 납세자에 대한 구체적인 탈세 제보가 있는 경우

- ④ 신고 내용에 탈루나 오류의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료가 있는 경우
- ⑤ 납세자가 세무공무원에게 직무와 관련하여 금품을 제공하거나 금품제공을 알선한 경우

(3) 납세자의 반환 요청과 보관 기간의 연장

납세자가 일시 보관 중인 장부 등의 반환을 요청하면, 세무공무원은 세무조사에 지장이 없다고 판단될 때에는 즉시 반환하여야 하고, 그 밖의 경우에는 반환 요청일부터 14일 이내에 장부 등을 반환하여야 한다(국세기본법 제81조의10 제4항, 제5항).

이때 세무공무원은 장부 등의 사본을 보관할 수 있고, 그 사본이 원본과 동일하다는 점을 확인하는 납세자의 서명 또는 날인을 요구할 수 있다(국세기본법 제81조의10 제6항).

다만, 조사 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우 세무공무원은 납세자보호위원회의 심의를 거쳐 한 차례만 14일 이내의 범위에서 보관 기간을 연장할 수 있다(국세기본법 제81조의10 제4항 단서).

마. 세무조사의 중지

(1) 조사관서의 세무조사 중지 및 중지 사유

세무공무원은 다음의 사유 중 어느 하나에 해당하여 세무조사를 진행하기 어려운 경우에는 세무조사를 중지할 수 있다(국세기본법 제81조의8 제4항, 국세기본법 시행령 제63조의9).

- ① 화재 또는 그 밖의 재해로 사업상 심각한 어려움이 있거나 납세자 또는 납세관리인의 질병이나 장기출장 등으로 세무조사가 곤란하다고 판단되거나 권한 있는 기관에 장부와 증거서류가 압수되거나 영치되었거나 그 밖에 이에 준하는 사유가 있어 납세자가 조사중지를 신청한 경우
- ② 국외자료의 수집·제출 또는 상호합의절차 개시에 따라 외국 과세기관과의 협의가 필요한 경우
- ③ 납세자의 소재 불명 또는 해외 출국, 납세자의 장부·서류 등의 은닉 또는 제출의 지연·거부, 노동 쟁의의 발생 등의 사유가 있어서 세무조사를 정상적으로 진행하기 어려운 경우



- ④ 위법·부당한 세무조사 및 세무조사 중 세무공무원의 위법·부당한 행위에 따라 납세자보호관 등이 세무조사의 일시중지를 요청하는 경우

(2) 납세자의 세무조사 중지 신청

납세자는 세무조사 중지 사유가 있을 경우 조사관서장에게 세무조사 중지 신청을 할 수 있고, 조사관서장은 그 내용을 검토하여 중지 여부를 통지하여야 한다(조사사무처리규정 제37조 제2항).

(3) 세무조사 중지의 효과

중지기간은 세무조사 기간 및 세무조사 연장기간에 산입하지 아니한다(국세기본법 제81조의8 제4항).

세무공무원은 세무조사의 중지기간 중에는 납세자에 대하여 국세의 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하기 위한 질문을 하거나 장부 등의 검사·조사 또는 그 제출을 요구할 수 없다(국세기본법 제81조의8 제5항).

(4) 세무조사의 재개

세무공무원은 세무조사의 중지 사유가 소멸하게 되면 즉시 조사를 재개하여야 한다. 다만, 조세채권의 확보 등 긴급히 조사를 재개하여야 할 필요가 있는 경우에는 세무조사를 재개할 수 있다(국세기본법 제81조의8 제6항).

바. 조사유형의 전환

(1) 전환 사유

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있을 때에는 조사유형을 전환할 수 있다(조사사무처리규정 제42조 제1항).

- ① 부분조사 또는 세목별조사 과정에서 발견된 세금탈루 행위가 과세기간의 전반적인 사항 또는 다른 세목에 관련되는 때
- ② 전부조사 과정에서 전반적인 사항에 대한 조사보다는 특정 항목 등에 대하여 정밀조사하는 것이 효율적이라고 판단되는 때

- ③ 일반세무조사 과정에서 조세범 처벌법 제3조 내지 제14조까지의 죄에 혐의를 입증할 필요가 있어 조세범칙조사를 할 필요가 있다고 판단되는 때

(2) 전환 절차

부분조사 또는 세목별조사에서 전반적인 사항 또는 다른 세목을 조사할 때에는 납세자 보호담당관 또는 납세자보호위원회의 승인을 받아야 한다. 조세범칙조사로 전환하는 과정에서 조사범위를 확대하거나 조세범칙조사 과정에서 조사범위를 확대하는 경우에는 조세범칙조사심의위원회의 승인을 받아야 한다(조사사무처리규정 제42조 제2항).

전부조사 과정에서 정밀조사를 할 때에는 조사관서장의 승인을 받은 후, 해당 납세자에게 통지하여야 한다(조사사무처리규정 제42조 제3항).

일반세무조사에서 조세범칙조사로 전환할 때에는 범칙위원회의 심의 또는 조사관서장의 승인을 받은 후, 해당 납세자에게 통지하여야 한다(조사사무처리규정 제42조 제4항).

사. 질문·조사에 대한 거짓진술 또는 거부·기피

관할 세무서장은 세법의 질문·조사권 규정에 따른 세무공무원의 질문에 대하여 거짓으로 진술을 하거나 그 직무집행을 거부 또는 기피한 자에게 2,000만원 이하의 과태료를 부과한다(국세기본법 제81조의12).

아. 세무조사의 결과 통지

세무공무원은 세무조사를 마친 날부터 20일 이내에 다음의 사항이 포함된 조사결과를 납세자에게 설명하고, 이를 서면으로 통지하여야 한다(국세기본법 제81조의12).

- ① 세무조사 내용
- ② 결정 또는 경정할 과세표준, 세액 및 산출근거
- ③ 세무조사 대상 세목 및 과세기간
- ④ 과세표준 및 세액을 결정 또는 경정하는 경우 그 사유
- ⑤ 관할세무서장이 해당 국세의 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하여 통지하기 전까지 수정신고가 가능하다는 사실
- ⑥ 과세전적부심사를 청구할 수 있다는 사실



6. 과세전적부심사

가. 정의

과세전적부심사란, 세무조사 결과 통지 또는 과세예고 통지를 받은 자가 통지 내용에 따른 결정·경정이 있기 전에 통지 내용의 적법성에 관하여 세무서장, 지방국세청장, 국세청장에게 심사를 청구하는 사전적 권리구제 절차를 말한다(국세기본법 제81조의15 제1항).

나. 청구권자 및 청구기간

세무조사 결과 통지 또는 과세예고 통지를 받은 납세자가 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 청구할 수 있다(국세기본법 제81조의15 제1항).

납세자는 과세전적부심사를 청구하지 아니하고 통지를 한 세무서장이나 지방국세청장에게 통지받은 내용의 전부 또는 일부에 대하여 과세표준 및 세액을 조기에 결정하거나 경정결정해 줄 것을 신청할 수 있다. 이 경우 해당 세무서장이나 지방국세청장은 신청받은 내용대로 즉시 결정이나 경정결정을 하여야 한다(국세기본법 제81조의15 제7항).

다. 심사기관

과세전적부심사의 심사기관은 원칙적으로 세무서장 또는 지방국세청장이나, 다음 사유 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 국세청장에게 과세전적부심사를 청구할 수 있다(국세기본법 제81조의15 제1항).

- ① 법령과 관련하여 국세청장의 유권해석을 변경하여야 하거나 새로운 해석이 필요한 경우
- ② 국세청장의 훈령·예규·고시 등과 관련하여 새로운 해석이 필요한 경우
- ③ 세무서 또는 지방국세청에 대한 국세청장의 업무감사 결과(현지에서 시정조치하는 경우를 포함한다)에 따라 세무서장 또는 지방국세청장이 하는 과세예고 통지에 관한 경우
- ④ 과세전적부심사 청구금액이 10억원 이상인 경우
- ⑤ 감사원법 제33조에 따른 시정요구에 따라 세무서장 또는 지방국세청장이 과세처분

하면서 시정 요구 전에 과세처분 대상자가 감사원의 지적사항에 대한 소명안내를 받지 못한 경우

라. 청구 제외 사유

다음 사유 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 과세전적부심사를 청구할 수 없다(국세기본법 제81조의15 제2항).

- ① 국세징수법 제14조에 규정된 납기전징수의 사유가 있거나 세법에서 규정하는 수시부과의 사유가 있는 경우
- ② 조세법 처벌법 위반으로 고발 또는 통고처분하는 경우
- ③ 세무조사 결과 통지 및 과세예고 통지를 하는 날부터 국세부과 제척기간의 만료일까지의 기간이 3개월 이하인 경우
- ④ 국제조세조정에 관한 법률에 따라 조세조약을 체결한 상대국이 상호합의 절차의 개시를 요청한 경우
- ⑤ 재조사 결정에 따라 조사를 하는 경우

마. 청구 효력

과세전적부심사 청구를 받은 세무서장·지방국세청장 또는 국세청장은 그 청구부분에 대하여 결정이 있을 때까지 과세표준 및 세액의 결정이나 경정결정을 유보하여야 한다(국세기본법 시행령 제63조의14 제4항).

바. 국세심사위원회의 심사 및 결정

세무서장, 지방국세청장 또는 국세청장은 각각 국세심사위원회의 심사를 거쳐 청구이유에 대한 채택 여부를 결정하고, 그 결과를 청구를 받은 날부터 30일 이내에 청구인에게 통지하여야 한다(국세기본법 제81조의15 제3항, 제4항).



7. 조세범칙조사

가. 조세범칙행위, 조세범칙사건 및 조세범칙조사

조세범칙행위란 조세범 처벌법 제3조부터 제14조까지의 죄에 해당하는 위반행위를 말하고(조세범 처벌절차법 제2조 제1호), 조세범칙사건은 조세범칙행위의 혐의가 있는 사건을 뜻한다(조세범 처벌절차법 제2조 제2호).

조세범칙조사는 세무공무원이 조세범칙행위 등을 확정하기 위하여 조세범칙사건에 대하여 행하는 조사활동이다(조세범 처벌절차법 제2조 제3호). 여기서 말하는 세무공무원이란, 세무에 종사하는 공무원으로서 소속 지방국세청장의 제청으로 해당 지방국세청의 소재지 또는 해당 세무서의 소재지를 관할하는 지방검찰청의 검사장이 지명하는 공무원을 의미한다(조세범 처벌절차법 제2조 제4호).

나. 조세범칙조사심의위원회

조세범칙조사심의위원회는 지방국세청장을 위원장으로 하여 20명 이내의 위원으로 구성되며, 다음의 사항을 심의한다(조세범 처벌절차법 제5조).

- ① 조세범칙사건에 대한 조세범칙조사의 실시
- ② 조세범 처벌절차법 제14조 제1항에 따른 조세범칙처분의 결정
- ③ 조세범칙조사의 기간 연장 및 조사범위 확대
- ④ 조세범 처벌법 제18조에 따른 양벌규정의 적용

조세범칙조사심의위원회의 회의는 구성원 3분의2 이상의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하며(조세범 처벌절차법 시행령 제4조 제6항), 회의는 원칙적으로 공개하지 아니한다(조세범 처벌절차법 시행령 제4조 제7항).

다. 조세범칙조사 대상의 선정

지방국세청장 또는 세무서장은 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 조세범칙조사를 실시하여야 한다(조세범 처벌절차법 제7조 제1항, 조세범 처벌절차법 시행령 제6조).

- ① 조세범칙행위의 혐의가 있는 자(이하 "조세범칙행위 혐의자")를 처벌하기 위하여 증거수집 등이 필요한 경우
- ② 연간 조세포탈 혐의금액 등이 다음의 어느 하나에 해당하는 경우
 - i) 연간 조세포탈 혐의금액 또는 연간 조세포탈 혐의비율이 다음 표의 구분에 따른 연간 조세포탈 혐의금액 또는 연간 조세포탈 혐의비율 이상인 경우

| 연간 신고수입금액 | 연간 조세포탈 혐의금액 | 연간 조세포탈 혐의비율 |
|---------------------|--------------|--------------|
| 가. 100억원 이상 | 20억원 이상 | 15% 이상 |
| 나. 50억원 이상 100억원 미만 | 15억원 이상 | 20% 이상 |
| 다. 20억원 이상 50억원 미만 | 10억원 이상 | 25% 이상 |
| 라. 20억원 미만 | 5억원 이상 | |

- ii) 조세포탈 예상세액이 연간 5억원 이상인 경우

라. 조세범칙행위 혐의자 등에 대한 심문·압수·수색

(1) 심문

세무공무원은 조세범칙조사를 하기 위하여 필요한 경우에는 조세범칙행위 혐의자 또는 참고인을 심문할 수 있다(조세범 처벌절차법 제8조).

세무공무원은 조세범칙행위 혐의자 등을 심문하기 전에 다음의 사항을 알려 주고, 진술을 거부할 권리와 변호사 등의 조력을 받을 권리를 행사할 것인지의 여부를 질문하여야 한다(조사사무처리규정 제87조의2 제1항, 제2항).

- ① 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 아니할 수 있다는 것
- ② 진술을 하지 아니하더라도 불이익을 받지 아니한다는 것
- ③ 진술을 거부할 권리를 포기하고 행한 진술은 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있다는 것
- ④ 심문을 받을 때 변호사, 공인회계사, 세무사 등(이하 "변호사 등")의 조력을 받을 수 있다는 것



세무공무원은 심문할 때 조서에 그 경위를 기록하여 심문을 받은 사람에게 확인하게 한 후 그와 함께 서명날인을 하여야 한다. 이 경우 서명날인을 하지 아니하거나 할 수 없을 때에는 그 사유를 조서에 기록하여야 한다(조세범 처벌절차법 제11조).

(2) 압수·수색

세무공무원은 근무지 관할 검사에게 신청하여 검사의 청구에 따라 관할 지방법원판사가 발부한 압수·수색영장으로 조세범칙행위 혐의자 또는 참고인을 심문하거나 압수 또는 수색할 수 있다(조세범 처벌절차법 제7조, 제8조).

압수 또는 수색을 할 때에는 조세범칙행위 혐의자, 조세범칙행위와 관련된 물건의 소유자 또는 소지자, 변호사 등 조세범칙행위 혐의자의 대리인, 동거인이나 사용인 등 사리를 분별할 수 있는 성년, 관할 시·군·구의 공무원 또는 경찰공무원이 참여하여야 한다(조세범 처벌절차법 제8조).

다음 사유 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 조세범칙행위 혐의자 등에게 그 사유를 알리고 영장 없이 압수 또는 수색할 수 있다(조세범 처벌절차법 제9조 제1항 단서).

- ① 조세범칙행위가 진행 중인 경우
- ② 조세범칙행위 혐의자가 도주하거나 증거를 인멸할 우려가 있어 압수·수색영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 경우

이때에는 영장 없이 압수 또는 수색한 때부터 48시간 이내에 관할 지방법원판사에게 압수·수색영장을 청구하여야 하며, 영장을 발부받지 못 한 경우에는 즉시 압수한 물건을 압수당한 자에게 반환하여야 한다(조세범 처벌절차법 제9조 제2항, 제3항).

압수·수색 및 압수·수색영장에 관하여는 형사소송법을 준용한다(조세범 처벌절차법 제10조).

마. 조세범칙처분

(1) 통고처분

지방국세청장 또는 세무서장은 조세범칙행위의 확증을 얻었을 때에는 조세범칙행위자 및 양벌규정에 따른 법인 또는 개인 별로 그 이유를 구체적으로 밝히고, 다음 각

호에 해당하는 금액이나 물품을 납부할 것을 통고하여야 하며(조세법 처벌절차법 제14조 제1항), 이때 공소시효의 진행이 중단된다(조세법 처벌절차법 제16조).

- ① 벌금에 해당하는 금액
- ② 몰수 또는 몰취에 해당하는 물품
- ③ 추징금에 해당하는 금액

통고처분을 받은 자가 통고대로 이행하였을 때에는 동일한 사건에 대하여 다시 조세법 칙조사를 받거나 처벌받지 아니한다(조세법 처벌절차법 제14조 제3항).

(2) 고발

지방국세청장 또는 세무서장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 통고처분을 거치지 아니하고 그 대상자를 고발하여야 한다(조세법 처벌절차법 제17조).

- ① 정상(情狀)에 따라 징역형에 처할 것으로 판단되는 경우
- ② 통고처분대로 이행할 자금이나 납부 능력이 없다고 인정되는 경우
- ③ 거소가 분명하지 아니하거나 서류의 수령을 거부하여 통고처분을 할 수 없는 경우
- ④ 도주하거나 증거를 인멸할 우려가 있는 경우
- ⑤ 통고처분을 받은 자가 통고서를 송달받은 날부터 15일 이내에 통고대로 이행하지 아니하는 경우
- ⑥ 도주하거나 증거를 인멸할 우려가 있는 경우. 다만 15일이 지났더라도 고발되기 전에 통고대로 이행하였을 때에는 그러하지 아니하다.

(3) 무혐의

지방국세청장 또는 세무서장은 조세법칙조사를 하여 조세법칙행위의 확증을 갖지 못하였을 때에는 그 뜻을 조세법칙행위 혐의자에게 통지하고 물건을 압수하였을 때에는 그 해제를 명하여야 한다(조세법 처벌절차법 제19조).



8. 위법한 세무조사에 대한 불복

가. 세무조사결정의 처분성

세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용이므로 항고소송의 대상이 되는 처분이다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두 23617 판결).

[대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두23617 판결]

부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다.

나. 세무조사권의 남용 금지

세무공무원은 적정하고 공평한 과세를 실현하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 세무조사를 하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용해서는 아니 된다(국세기본법 제81조의4 제1항).

세무조사권의 남용 금지 규정은 구체적인 법규적 효력을 가지므로, 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증이 아닌 부정한 목적을 위하여 행하여진 세무조사는 위법하며, 이에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분 역시 위법하다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2016두47659 판결).

[대법원 2016. 12. 15. 선고 2016두47659 판결]

국세기본법은 제81조의4 제1항에서 “세무공무원은 적정하고 공평한 과세를 실현하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 세무조사를 하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용해서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 이 조항은 세무조사의 적법 요건으로 객관적 필요성, 최소성, 권한 남용의 금지 등을 규정하고 있는데, 이는 법치국가원리를 조세절차법의 영역에서도 관철하기 위한 것으로서 그 자체로서 구체적인 법규적 효력을 가진다. 따라서 세무조사가 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증이라는 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 것이라면 이는 세무조사에 중대한 위법사유가 있는 경우에 해당하고 이러한 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분 역시 위법하다. 세무조사가 국가의 과세권을 실현하기 위한 행정조사의 일종으로서 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증 등을 위하여 필요불가결하며, 종국적으로는 조세의 탈루를 막고 납세자의 성실한 신고를 담보하는 중요한 기능을 수행하더라도 만약 남용이나 오용을 막지 못한다면 납세자의 영업활동 및 사생활의 평온이나 재산권을 침해하고 나아가 과세권의 중립성과 공공성 및 윤리성을 의심받는 결과가 발생할 것이기 때문이다.

다. 선정 사유 없는 세무조사 대상자 선정

선정 사유 없는 세무조사 대상자를 선정하여 과세자료를 수집하고 그에 기하여 과세처분을 하는 것은 적법절차의 원칙, 국세기본법 제81조의3 제1항(납세자의 성실성 추정), 국세기본법 제81조의6(세무조사 대상자 선정)을 위반한 것이어서, 특별한 사정이 없는 한 그 과세처분은 위법하다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두911 판결).

[대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두911 판결]

세무조사대상의 기준과 선정방식에 관한 구 국세기본법(2006. 12. 30. 법률 제8139호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국세기본법’이라 한다) 제81조의5가 도입된 배경과 취지, 구 국세기본법 제81조의5가 포함된 제7장의2에 관한 구 국세기본법과 개별 세법의 관계 등을 종합하여 보면, 구 국세기본법 제81조의5가 마련된 이후에는 개별 세법이 정한 질문·조사권은 구 국세기본법 제81조의5가 정한 요건과 한계 내에서만 허용된다. 또한 구 국세기본법 제81조의5가 정한 세무조사대상 선정사유가 없음에도 세무조사대상으로 선정하여 과세자료를 수집하고 그에 기하여 과세처분을 하는 것은 적법절차의 원칙을 어기고 구 국세기본법 제81조의5와 제81조의3 제1항을 위반한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 과세처분은 위법하다.



라. 재조사 금지

세무공무원은 다음의 어느 하나에 해당하는 경우가 아니면 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 재조사를 할 수 없다(국세기본법 제81조의4 제2항).

- ① 조세탈루의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료가 있는 경우
- ② 거래상대방에 대한 조사가 필요한 경우
- ③ 2개 이상의 과세기간과 관련하여 잘못이 있는 경우
- ④ 국세심사·심판, 이의신청, 과세전적부심사 등의 재조사 결정에 따라 조사를 하는 경우(결정서 주문에 기재된 범위의 조사에 한정한다)
- ⑤ 납세자가 세무공무원에게 직무와 관련하여 금품을 제공하거나 금품제공을 알선한 경우
- ⑥ 부분조사를 실시한 후 해당 조사에 포함되지 아니한 부분에 대하여 조사하는 경우
- ⑦ 부동산투기, 매점매석, 무자료거래 등 경제질서 교란 등을 통한 세금탈루 혐의가 있는 자에 대하여 일제조사를 하는 경우
- ⑧ 각종 과세자료의 처리를 위한 재조사나 국세환급금의 결정을 위한 확인조사 등을 하는 경우
- ⑨ 조세범 처벌절차법 제2조 제1호에 따른 조세범칙행위의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료가 있는 경우. 다만, 처음의 세무조사에서 해당 자료에 대하여 조세범 처벌절차법 제5조 제1항 제1호에 따라 조세범칙조사심의위원회가 조세범칙조사의 실시에 관한 심의를 한 결과 조세범칙행위의 혐의가 없다고 의결한 경우에는 조세범칙행위의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료로 인정하지 아니한다.

[대법원 2010. 12. 23. 선고 2008두10461 판결]

구 국세기본법(2002. 12. 18. 법률 제6782호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제81조의3은 “세무공무원은 조세탈루의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료가 있는 경우, 거래상대방에 대한 조사가 필요한 경우, 2이상의 사업연도와 관련하여 잘못이 있는 경우 기타 이와 유사한 경우로서 대통령령이 정하는 경우를 제외하고는 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 재경정·재조사를 할 수 없다.”고 규정하고 있다.

세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위

안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위협마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 또한 납세자의 성실성 추정이 배제되어 우선적 세무조사의 대상이 되는 경우로서 구 국세기본법 시행령(1998. 2. 24. 대통령령 제15686호로 개정되기 전의 것) 제63조의4 제1항에서 규정하고 있는 ‘납세자에 대한 구체적인 탈세제보가 있는 경우’, ‘신고내용에 탈루나 오류의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료가 있는 경우’ 등 보다는 재조사가 예외적으로 허용되는 경우를 엄격히 제한하여 해석하는 것이 규정체계상 합리적인 점, 재조사를 금지하는 입법 취지에는 납세자의 실질적인 권익보호뿐만 아니라 세무조사 기술의 선진화도 포함되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 구 국세기본법 제81조의3에서 재조사가 예외적으로 허용되는 경우의 하나로 규정하고 있는 ‘조세탈루의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료가 있는 경우’라 함은 조세의 탈루사실이 확인될 상당한 정도의 개연성이 객관성과 합리성이 뒷받침되는 자료에 의하여 인정되는 경우로 엄격히 제한되어야 한다. 따라서 객관성과 합리성이 뒷받침되지 않는 한 탈세제보가 구체적이라는 사정만으로는 여기에 해당한다고 보기 어렵다.

[대법원 2015. 5. 28. 선고 2014두43257 판결]

구 국세기본법(2013. 1. 1. 법률 제11604호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제81조의4는 제1항에서 “세무공무원은 적정하고 공평한 과세를 실현하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 세무조사를 하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용해서는 아니 된다.”고 규정하는 한편, 제2항에서 “세무공무원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우가 아니면 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 재조사를 할 수 없다.”고 규정하면서, 그 각 호에서 재조사가 허용되는 경우로 ‘조세탈루의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료가 있는 경우’(제1호), ‘거래상대방에 대한 조사가 필요한 경우’(제2호), ‘2개 이상의 사업연도와 관련하여 잘못이 있는 경우’(제3호), 이의신청이나 심사청구 또는 심판청구가 이유 있다고 인정되어 필요한 처분의 결정을 하여 그 결정에 따라 조사를 하는 경우(제4호), ‘그 밖에 제1호부터 제4호까지와 유사한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우’(제5호)를 들고 있고, 그 위임에 따른 구 국세기본법 시행령(2014. 2. 21. 대통령령 제25201호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제63조의2 제2호 전단은 예외적으로 허용되는 재조사의 하나로 ‘각종 과세자료의 처리를 위한 재조사’를 규정하고 있다.

이러한 규정들의 문언과 체계를 바탕으로, 같은 세목 및 과세기간에 대한 거듭된 세무조사는 납세자의 영업의 자유나 법적 안정성을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 세무조사권의 남용으로 이어질 우려가 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를



제외하고는 금지할 필요가 있는 점, 구 국세기본법 시행령 제63조의2의 규정에 따라 재조사가 허용되는 경우는 구 국세기본법 제81조의4 제2항 제1호 내지 제4호에서 규정한 재조사가 예외적으로 허용되는 경우와 유사한 경우로 한정되므로 그 허용 사유 및 범위를 엄격하게 해석함이 타당한 점 등을 종합하여 보면, 구 국세기본법 시행령 제63조의2 제2호 전단에 정한 ‘각종 과세자료의 처리를 위한 재조사’ 에서의 ‘각종 과세자료’ 란 세무조사권을 남용하거나 자의적으로 행사할 우려가 없는 과세관청 외의 기관이 그 직무상 목적을 위하여 작성하거나 취득하여 과세관청에 제공한 자료로서 국세의 부과·징수와 납세의 관리에 필요한 자료를 의미하고, 이러한 자료에는 과세관청이 종전 세무조사에서 작성하거나 취득한 과세자료는 포함되지 아니한다고 해석함이 타당하다.

9. 과세관청의 처분에 대한 불복절차

가. 개관

세무조사 결과 또는 과세전적부심사 결과에 따라 과세표준과 세액을 결정 또는 경정할 경우, 관할 세무서장은 납세자에게 부과처분 또는 징수처분을 하게 된다. 물론 과세관청은 세무조사를 거치지 않더라도 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하여 납세자에게 부과처분 또는 징수처분을 할 수 있다. 그 밖에 실무에서 자주 문제되는 과세관청의 납세자에 대한 처분으로는 소득금액변동통지와 경정청구거부처분 등이 있다.

이들 처분에 대한 불복은 국세기본법 제55조 이하의 규정을 따르는데, 심사청구 또는 심판청구에 관하여는 행정심판법 제15조, 제16조, 제20조부터 제22조까지, 제29조, 제36조 제1항, 제39조, 제40조, 제42조 및 제51조가 준용된다(국세기본법 제56조 제1항).

국세기본법이 정한 조세불복절차는 크게 이의신청, 심사청구, 심판청구로 나뉜다. 위 조세불복절차 중 심사청구 또는 심판청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니하면 과세관청의 처분에 대한 행정소송을 제기할 수 없다(필요적 전치주의, 국세기본법 제56조 제2항). 아래에서는 먼저 실무에서 자주 활용되는 심판청구 절차를 살펴본 후, 조세행정소송의 주요 내용을 정리한다.

나. 조세심판청구 절차

(1) 조세심판원의 구성

조세심판청구란, 위법 또는 부당한 처분을 받거나 필요한 처분을 받지 못하여 권리나 이익을 침해당한 자가 조세심판원에 그 처분의 취소 또는 변경이나 필요한 처분을 청구하여 권리구제를 받는 제도를 말한다.

조세심판원은 국무총리 소속으로 그 권한에 속하는 사무를 독립적으로 수행한다(국세기본법 제67조 제1항, 제2항). 조세심판원에는 원장과 조세심판관을 두되, 조세심판관은 다시 상임조세심판관과 비상임조세심판관으로 구성된다(국세기본법 제67조 제3항). 심판조사관은 심판청구사건에 대한 조사사무를 담당한다(국세기본법 제67조 제8항).

(2) 심판청구 기간과 접수 절차

심판청구는 해당 처분이 있음을 안 날(처분의 통지를 받은 때에는 그 받은 날)부터 90일 이내에 제기하여야 한다(국세기본법 제68조 제1항). 이의신청을 거친 후 심판청구를 하려면 이의신청에 대한 결정의 통지를 받은 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다(국세기본법 제68조 제2항, 제61조 제2항).

심판청구의 접수는 불복의 사유를 갖추어 그 처분을 하였거나 하였어야 할 세무서장을 거쳐 조세심판원장에게 하여야 한다(국세기본법 제69조 제1항). 심판청구인이 세무서장을 거치지 않고 직접 조세심판원장에게 심판청구서를 제출한 경우, 조세심판원장은 그 심판청구서의 부분을 관할 세무서장에게 송부하고, 그 뜻을 심판청구인에게 통지한다(국세기본법 시행령 제55조 제2항).

(3) 조사·심리·결정과 조세심판관회의

조세심판관은 심판청구에 관한 조사와 심리를 위하여 필요한 경우 심판청구인, 처분청, 관계인 또는 참고인에게 질문하거나 장부와 서류 등의 제출 요구 또는 검사 등을 할 수 있다(국세기본법 제76조 제1항). 심판청구인이 이에 대하여 정당한 사유 없이 응하지 아니하여 심판청구의 전부 또는 일부에 대하여 심판하는 것이 현저히 곤란하다고 인정할 때에는 그 부분에 관한 심판청구인의 주장을 인용하지 아니할 수 있다(국세기본법 제76조 제4항). 조세심판관은 심판청구에 관한 조사 및 심리의 결과와 과세의 형평을



고려하여 자유심증으로 사실을 판단한다(국세기본법 제77조).

조세심판사건은 조세심판관회의의 심리를 거쳐 결정한다(국세기본법 제78조 제1항). 조세심판관회의는 주심조세심판관 1명과 배석조세심판관 2명 이상으로 구성되며, 담당 조세심판관 3분의2 이상의 출석으로 개의하여 출석조세심판관 과반수의 찬성으로 의결한다(국세기본법 제72조 제1항 및 제3항). 조세심판관회의는 원칙적으로 공개되지 않는다(국세기본법 제72조 제4항).

조세심판관회의의 의결이 다음의 어느 하나에 해당하여 조세심판원장이 필요하다고 인정하는 경우에는 조세심판관합동회의가 심리를 거쳐 결정한다(국세기본법 제78조 제2항). 이때 조세심판관합동회의는 조세심판원장, 상임조세심판관 모두, 상임조세심판관과 같은 수 이상으로 조세심판원장이 지정하는 비상임조세심판관으로 구성한다(국세기본법 제78조 제3항).

- ① 해당 심판청구사건에 관하여 세법의 해석이 쟁점이 되는 경우로서 이에 관하여 종전의 조세심판원 결정이 없는 경우
- ② 종전에 조세심판원에서 한 세법의 해석·적용을 변경하는 경우
- ③ 조세심판관회의 간에 결정의 일관성을 유지하기 위한 경우
- ④ 해당 심판청구사건에 대한 결정이 다수의 납세자에게 동일하게 적용되는 등 국세행정에 중대한 영향을 미칠 것으로 예상되어 국세청장이 조세심판원장에게 조세심판관합동회의에서 심리하여 줄 것을 요청하는 경우
- ⑤ 그 밖에 해당 심판청구사건에 대한 결정이 국세행정이나 납세자의 권리·의무에 중대한 영향을 미칠 것으로 예상되는 경우

(4) 심판청구인의 관계 서류 열람 및 의견진술권

심판청구인은 조세심판원에 심판청구와 관계되는 서류를 열람할 수 있도록 요구할 수 있고, 조세심판원은 그 서류를 열람 또는 복사하게 하거나 그 등본 또는 초본이 원본과 다르지 않음을 확인하여야 한다(국세기본법 제58조, 국세기본법 시행령 제46조).

또한 심판청구인은 조세심판관회의 또는 조세심판관합동회의에서 의견진술을 할 수 있고, 이를 위해서는 의견진술 신청서를 조세심판원에 제출하여야 한다(국세기본법 제58조, 국세기본법 시행령 제47조).

(5) 조세심판원 결정의 종류와 효력

조세심판원 결정은 크게 각하, 기각, 취소·경정 또는 필요한 처분의 결정으로 나뉜다(국세기본법 제81조, 제65조 제1항). 각하 결정은 심판청구기간이 지나 청구를 하는 등 심판청구의 적법 요건을 갖추지 못한 경우에 이루어지고, 심판청구의 이유가 없다고 인정될 때에는 기각 결정을 한다. 심판청구가 이유 있다고 인정되면, 조세심판원은 청구의 대상이 된 처분의 취소·경정 결정을 하거나 필요한 처분의 결정을 한다.

조세심판원의 결정은 관계 행정청을 기속하며, 해당 행정청은 결정의 취지에 따라 즉시 필요한 처분을 하여야 한다(국세기본법 제80조).

(6) 재조사 결정

재조사 결정이란, 조세심판원이 취소·경정 또는 필요한 처분을 하기 위하여 사실관계 확인 등 추가적으로 조사가 필요한 경우 처분청으로 하여금 이를 재조사하여 그 결과에 따라 취소·경정하거나 필요한 처분을 하도록 하는 내용의 결정을 말한다(국세기본법 제81조, 제65조 제1항 제3호 단서). 재조사 결정이 있는 경우 처분청은 재조사 결정일로부터 60일 이내에 결정서 주문에 기재된 범위에 한정하여 조사하고, 그 결과에 따라 취소·경정하거나 필요한 처분을 하여야 한다(국세기본법 제81조, 제65조 제5항).

재조사 결정에 따른 처분청의 처분에 대해서는 해당 재조사 결정을 한 재결청에 대하여 심사청구 또는 심판청구를 할 수 있다(국세기본법 제55조 제5항). 또한 재조사 결정에 따른 처분청의 처분에 대하여 행정소송을 제기할 때에는 국세기본법에 따른 심사청구 또는 심판청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니할 수 있다(국세기본법 제56조 제2항 단서).

다. 조세행정소송 절차**(1) 개관**

납세자가 과세관청의 처분에 대하여 심판청구 등에서 구제 받지 못하였을 경우에는 행정소송법에서 정한 대로 조세행정소송을 진행할 수 있다. 즉, 과세관청의 처분에 대한 법원 단계의 구제 절차는 원칙적으로 행정소송법을 따른다. 다만 조세법률관계의 특성으로 인하여 일반행정소송과 구별되는 조세행정소송 고유의 특징이 존재하는데, 아래에서는 이들 내용을 중심으로 설명한다.



(2) 제소기간

조세행정소송은 국세기본법에 따른 심사청구 또는 심판청구에 대한 결정의 통지를 받은 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만 심사청구 또는 심판청구에 따른 결정기간(90일)에 결정 통지를 받지 못한 경우에는 결정의 통지를 받기 전이라도 그 결정기간이 지난 날부터 행정소송을 제기할 수 있다(국세기본법 제56조 제3항).

재조사 결정이 이루어진 경우에 대한 제소기간은 다시 두 가지로 나뉜다.

먼저 국세기본법에 따른 심사청구 또는 심판청구를 거치지 아니하는 경우에는, 재조사 후 행한 처분청의 처분의 결과 통지를 받은 날부터 90일 이내에 조세행정소송을 제기하여야 한다. 다만 재조사 결정에 따른 처분기간에 처분 결과 통지를 받지 못하였다면, 처분기간이 지난 날부터 행정소송을 제기할 수 있다(국세기본법 제56조 제4항 제1호).

국세기본법에 따른 심사청구 또는 심판청구를 거쳐 제기하는 경우에는 재조사 후 행한 처분청의 처분에 대하여 제기한 심사청구 또는 심판청구에 대한 결정의 통지를 받은 날부터 90일 이내에 조세행정소송을 제기하여야 한다. 다만 심사청구 또는 심판청구의 결정기간(90일)에 결정의 통지를 받지 못하였다면, 그 결정기간이 지난 날부터 행정소송을 제기할 수 있다(국세기본법 제56조 제4항 제2호).

(3) 소송물과 심판의 범위

과세관청의 처분에 대한 취소소송은 해당 처분의 위법성 일반을 소송물로 하고, 심리의 대상은 과세표준 및 세액의 객관적 존부이다(대법원 1987. 11. 10. 선고 86누491 판결 등). 이처럼 과세처분에 의하여 확정된 세액이 세법에 의하여 객관적으로 인정되는 정당한 세액을 초과하는지 여부를 조세행정소송의 심판대상으로 보는 입장을 ‘총액주의’라고 부른다.

[대법원 1995. 1. 20. 선고 94누11835 판결]

과세처분의 취소를 구하는 소송에 있어서 하나의 과세처분에 대하여 그 일부에 대한 과세권만 없을 뿐 나머지 부분에 대하여는 적법한 과세권이 있고 그 과세표준 및 세율적용이 가능한 경우에는 법원은 그에 따라 정당한 세액을 심리 확정 후 이를 초과하는 부분만을 취소할 것이지 그 과세처분 전부를 취소할 수는 없다.

[대법원 2006. 6. 15. 선고 2004두3823 판결]

과세처분의 취소를 구하는 소송에서 그 과세처분의 위법 여부는 그 과세처분에 의하여 인정된 세액이 정당한 세액을 초과하는지 여부에 의하여 판단하여야 할 것이므로, 과세관청이 과세표준과 세액의 산출·결정과정에서 잘못을 저질러 과세처분이 위법한 경우라도 그와 같이 하여 부과지된 세액이 정당한 산출 세액의 범위를 넘지 아니하고 잘못된 방식이 과세단위와 처분사유의 범위를 달리하는 정도의 것이 아니라면 정당세액 범위 내의 부과지처분이 위법하다 하여 이를 취소할 것은 아니다.

(4) 입증책임

과세원인 및 과세표준 금액 등 과세요건이 되는 사실의 존재에 대한 입증책임은 원칙적으로 과세관청에게 있다(대법원 1981. 5. 26. 선고 80누521 판결 등). 그러나 구체적인 소송과정에서 경험칙에 비추어 과세요건사실을 추정할만한 간접적인 사실이 밝혀지면, 납세자가 문제된 사실이 경험칙 적용의 대상 적격이 되지 못하는 사정을 입증하지 않는 한 당해 과세처분이 과세요건을 충족시키지 못한 위법한 처분이라고 단정할 수 없다(대법원 1987. 12. 22. 선고 87누811 판결 등).

그 밖에 세법은 상속세 및 증여세법 제45조의2(명의신탁재산의 증여의제)와 같은 법률상 의제 규정과 상속세 및 증여세법 제44조(배우자 등에게 양도한 재산의 증여 추정)와 같은 법률상 추정 규정을 두고 있다.

(5) 경정청구거부처분에 대한 취소소송

조세행정소송 실무에서는 경정청구거부처분에 대한 취소소송 역시 자주 문제된다. 최초신고 및 수정신고한 과세표준 및 세액이 세법에 따라 신고하여야 할 과세표준 및 세액을 초과하거나 과세표준신고서에 기재된 결손금액 또는 환급세액이 세법에 따라 신고하여야 할 결손금액 또는 환급세액에 미치지 못할 경우, 과세표준신고서를 법정신고기한까지 제출한 자는 과세표준 및 세액의 결정 또는 경정을 법정신고기한이 지난 후 5년 이내에 관할 세무서장에게 청구할 수 있다(국세기본법 제45조의2 제1항). 또한 과세표준신고서를 법정신고기한까지 제출한 자 또는 국세의 과세표준 및 세액의 결정을 받은 자는 국세기본법 제45조의2 제2항의 사유(예컨대 과세표준 및 세액의 계산 근거가 된 거래 또는 행위 등이 그에 관한 소송에 대한 판결에 의하여 다른 것으로 확정되었을



때)가 발생한 것을 안 날부터 3개월 이내에 결정 또는 경정을 청구할 수 있다(국세기본법 제45조의2 제2항).

위와 같은 경정청구를 받은 세무서장은 2개월 이내에 과세표준 및 세액을 결정 또는 경정하거나 결정 또는 경정하여야 할 이유가 없다는 뜻을 경정청구권자에게 통지하여야 한다(국세기본법 제45조의2 제3항). 세무서장이 결정 또는 경정하여야 할 이유가 없다는 취지의 경정청구거부처분을 하면, 경정청구권자는 경정청구거부처분에 대하여 심사청구 또는 심판청구를 거쳐 취소소송을 제기할 수 있다. 경정청구권자가 2개월 이내에 아무런 통지를 받지 못한 경우에는 통지를 받기 전이라도 그 2개월이 되는 날의 다음 날부터 심사청구 또는 심판청구를 할 수 있다(국세기본법 제45조의2 제3항 단서).

경정청구거부처분에 대한 취소소송에서도 과세처분에 대한 취소소송과 마찬가지로, 거부처분의 위법성 일반을 소송물로 한다.

[대법원 2004. 8. 16. 선고 2002두9261 판결]

감액경정청구를 받은 과세관청으로서 과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액이 세법에 의하여 신고하여야 할 객관적으로 정당한 과세표준 및 세액을 초과하는지 여부에 대하여 조사·확인할 의무가 있다 할 것이므로, 통상의 과세처분 취소소송에서와 마찬가지로 감액경정청구에 대한 거부처분 취소소송 역시 그 거부처분의 실제적·절차적 위법사유를 취소 원인으로 하는 것으로서 그 심판의 대상은 과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액의 객관적인 존부라 할 것이고, 그 과세표준 및 세액의 인정이 위법이라고 내세우는 개개의 위법사유는 자기의 청구가 정당하다고 주장하는 공격방어방법에 불과한 것이므로, 감액경정청구를 함에 있어 개개의 위법 사유에 대하여 모두 주장하여야 하는 것은 아니고, 감액경정청구 당시 주장하지 아니하였던 사항도 그 거부처분 취소소송에서 새로이 주장할 수 있다.

제5절 공정거래법 리스크 유형 정리

류윤교 변호사(현대모비스)

공정거래법의 규제체계 및 주요 리스크 유형

제1장 총칙: 목적, 정의, 역외적용

제2장 시장지배적지위의 남용금지(제3조의2)

제3장 기업결합의 제한(제7조) 및 경제력집중의 억제(제8조 이하)

제4장 부당한 공동행위의 금지(제19조)

제5장 불공정거래행위(23조) 및 부당한 이익제공의 금지(23조의2)

※ 불공정거래행위에서 파생된 특별법 : 하도급법, 대규모유통업법, 대리점법 등

제6장 사업자단체금지행위

제7장 재판매가격유지행위의 제한

제8장 국제계약의 체결제한(2016년 삭제)

제9장 전담기구

제9장의2 한국공정거래조정원의 설립 및 분쟁조정

제10장 조사 등의 절차

제10장의2 과징금 부과 및 징수 등

제11장 손해배상

제12장 적용제외

제13장 보칙 및 제14장 벌칙

[공정거래법 관련 주요 리스크]

1. 시지남용 리스크
2. 부당한 공동행위(담합) 리스크
3. 불공정거래행위 리스크
4. 하도급법 등 특별법 위반 리스크
5. 부당지원 리스크

▣ 시장지배적 지위의 남용

시장지배적 지위 남용 행위의 성립요건

1. '시장지배적사업자'에 해당할 것

▷ 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자 (공정거래법 제2조 제7호)

▷ 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모(법 제2조 7호 후단), 경쟁사업자간의 공동행위 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재, 시장봉쇄력, 자금력 등을 종합적으로 고려하여 시장지배적사업자 여부 판단(시장지배적 지위 남용행위 심사기준 III)

▷ 시장지배적사업자의 추정기준

- 단독 사업자 시장점유율 50% 이상
- 3개 사업자 시장점유율 합계 75% 이상(단, 10% 미만 사업자 제외)

2. 공정거래법 제3조의2 각 호의 '남용행위'를 할 것

3. '부당성'이 인정될 것



▣ 시장지배적 지위의 남용

시장지배적 지위 남용 행위의 유형

- ▶ 시장지배적사업자는 공정거래법에 명시된 남용행위를 할 수 없음(공정거래법 제3조의2)
 1. 상품의 가격이나 용역의 대가를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위 (**가격남용**)
 2. 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위 (**출고조절**)
 3. 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위 (**사업활동방해**)
 4. 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위 (**신규진입제한**)
 5. 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위해 거래하거나 소비자 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위 (**경쟁사업자 배제 및 소비자이익 저해**)
- ▶ 남용행위의 유형 및 기준에 대한 구체적 내용은 시행령 제5조, 심사기준에 규정

[참고 : 남용행위의 두 가지 범주]

- **착취 남용**: 이미 확보된 시장지배력을 행사하여 거래상대방이나 소비자이익 침해하는 행위
 - 부당성 판단 기준: 과도한 독점이윤 실현 여부(가격남용, 출고조절, 소비자 이익 저해)
- **배제 남용**: 경쟁사업자를 배제하여 시장지배력을 확보, 유지, 강화하는 행위
 - 부당성 판단 기준: 경쟁제한성 여부 (사업활동방해, 신규진입제한, 경쟁사업자 배제)
- ※ 우리나라와 EU를 포함한 많은 나라에서는 착취남용을 규제하는 반면, 미국 및 일본의 경쟁법은 배제남용만 규제하고 착취남용을 규제하지 않음

▣ 부당한 공동행위

부당한 공동행위의 개념 및 성립요건

1. 부당한 공동행위의 개념

부당한 공동행위 = 담합 = 카르텔(cartel)

2. 부당한 공동행위의 성립요건

- ▷ 주체 : 둘 이상의 사업자
 - (단, 둘 이상의 사업자라도 사실상 하나의 사업자 사이에는 부당한 공동행위 성립 없음)
- ▷ 합의 : 사업자간의 공동의 의사
- ▷ 경쟁제한성 : 일정한 거래분야의 경쟁이 감소하여 사업자의 의사에 따라 가격, 수량, 거래조건 등의 결정에 영향 미칠 우려
 - 가격담합, 물량담합, 입찰담합 등의 경우, 경쟁제한성 상대적으로 쉽게 인정

[참고] 합의에는 묵시적 합의 포함

“공정거래법 제19조 제1항은 ‘부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의’를 금지하고 있는데, 그 합의에는 명시적 합의뿐 아니라 묵시적인 합의도 포함된다”(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두4104 판결).

▣ 부당한 공동행위

부당한 공동행위의 유형

부당한 경쟁제한을 위해 사업자간에 공동으로 특정한 행위(법 제19조 제1항 각 호의 행위)를 할 것을 합의하는 것

- 가격의 결정·유지·변경
- 거래조건 등의 결정
- 상품생산 등의 제한
- 거래지역·거래상대방 제한
- 설비시설 등의 방해·제한
- 상품 또는 용역의 종류·규격 제한
- 영업의 주요부문을 공동으로 수행·관리하거나 수행·관리하기 위한 회사 등 설립
- 입찰 또는 경매 담합
- 기타 다른 사업자의 사업활동 방해나 제한

[참고] 카르텔의 유형(경성 카르텔 V. 연성 카르텔)

- 경성카르텔(가격인상, 생산량 조절, 입찰담합, 거래지역·거래상대방 할당 등) → 그 성격상 경쟁제한 효과만 발생시키므로 특별한 사정이 없는 한 구체적인 시장상황에 대한 심사 없이 위법으로 판단(당연위법원칙, *per se illegal*)
 - 연성카르텔(공동생산, 공동연구·개발, 공동구매, 공동마케팅 등)
→ 시장상황, 경쟁제한 효과, 효율성증대 효과 등 판단 후 개별적으로 위법여부 판단 (합리원칙, *rule of reason*)
- ※ 우리나라 공정거래법에는 위와 같은 구분이 명시되어 있지 않음(공정위의 "심사기준"에는 있으나, 법규성은 인정되지 않음)

▣ 불공정 거래행위

불공정 거래행위의 개념 및 유형

불공정 거래행위란 사업자가 직접 또는 계열회사나 다른 사업자로 하여금 다음 각 호의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나 하도록 하는 행위를 말함

1. 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위
2. 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위
3. 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위
4. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위
5. 거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위
6. 부당지원 행위 (부당지원 받는 행위)
7. 기타 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위

법23조 제3항은 불공정거래행위의 유형 및 기준을 대통령령으로 정하도록 규정하고, 이에 따라 시행령 제36조 제1항 관련 [별표1]은 세부적인 불공정거래행위의 유형과 기준을 규정



▣ 불공정 거래행위

법 제23조 제1항 및 시행령 제36조 제1항 규정내용

| 금지행위 유형 | 내용 | 시행령 | 위법성 판단기준 | 비고 | |
|---------|-------------|---|--|----------------|---|
| 1호 전단 | 거래거절 | 부당하게 거래를 거절하는 행위 | 공동거래거절 기타거래거절 | 경쟁제한성 | |
| 1호 후단 | 차별적 취급 | 부당하게 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위 | 가격차별 거래조건차별 계열회사차별 집단적 차별 | 경쟁제한성 | 계열회사를 위한 차별행위는 위법성 판단시 경쟁력 집중 우려도 함께 고려 |
| 2호 | 경쟁사업자 배제 | 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위 | 부당염매 부당고가매입 | 경쟁제한성 | |
| 3호 전단 | 부당한 고객유인 | 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위 | 부당이익제공 위계 기타고객유인 | 경쟁수단의 불공정성 | |
| 3호 후단 | 거래감제 | 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 강제하는 행위 | 끼워팔기 사유편매 기타거래감제 | 경쟁수단의 불공정성 | 끼워팔기는 위법성 판단시 경쟁제한성도 함께 고려 |
| 4호 | 거래상 지위남용 | 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위 | 구입강제 이의제공강요 판매목표강제 불이익제공 경영간섭 | 거래내용의 불공정성 | |
| 5호 전단 | 구속조건부 거래 | 거래상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위 | 배타조건부거래 거래지역상대방제한 | 경쟁제한성 | |
| 5호 후단 | 사업활동 방해 | 부당하게 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위 | 기술부당이용 인력부당유인·채용 거래처이전방해 기타사업활동방해 | 경쟁수단의 불공정성 | |
| 7호 | 자금·자산·인력 지원 | 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 자금금 등을 제공 또는 현저히 유리한 조건으로 거래하여 지원하는 행위 | 자금/자산 지원 인력지원 | 경쟁제한성 경쟁력집중 | |

▣ 불공정 거래행위

성립요건 중 공정거래저해성과 부당성의 기본 개념

법 제23조 제1항은 불공정거래행위를 “공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”로 규정, 동 조항 각 호는 당해 행위가 부당성 요건을 규정하고 있어 공정거래저해성 또는 부당성의 의미에 관하여 논란 有

- 공정거래저해성 : 경쟁제한성보다 넓은 개념이라는 데에 대체로 의견이 일치되며 불공정성을 포함하는 개념으로 봄.
 - ▷ 경쟁제한성 → 당해 행위로 인해 관련시장의 경쟁이 제한될 우려가 있는 경우
 - ▷ 불공정성 → 상대방과의 경쟁수단 또는 거래내용 자체가 정당하지 않는 경우
- 부당성 : ‘공정거래저해성’과 동일한 개념

[참고] ‘정당한 이유 없이’ 와의 구별

법 제23조 제1항 각 호는 제8호를 제외한 모든 유형에 대하여 ‘부당성’을 위법요건으로 한데 반해, 시행령 제36조 제1항 관련 [별표1]은 3가지 행위유형, 즉 공동의 거래거절, 계열사를 위한 차별취급, 계속 거래상의 부당염매 등에 대해서는 법률상의 표현과는 달리 ‘정당한 이유 없이’라고 규정하고 있음.

이에 대해 ‘합리의 원칙’과 ‘당연위법원칙’으로 설명하는 견해도 있으나, 법에서 불공정거래행위의 기준으로 부당성을 설정하여 이를 하위법령에 위임하였고, 시행령에서는 부당성의 정도와 종류에 따른 행위를 유형별로 규정한 것에 불과한 것으로 이해(서울고법 2002. 10. 10. 선고 2001누16073)함이 타당함

▣ 불공정 거래행위

불공정 거래행위의 안전지대

1. 안전지대의 개념

사업자의 시장점유율 등에 비추어 공정거래저해성이 미미할 것으로 인정되는 경우 불공정거래행위의 외형에 해당되더라도 공정거래저해성이 없는 것으로 보아 심사를 면제

2. 안전지대는 경쟁제한성 위주로 심사하는 불공정거래행위 유형에 대해서 적용됨

- ▷ 공동의 거래거절, 집단적 차별 행위를 공동으로 한 사업자들의 경우
 - 시장점유율 합계가 10% 미만인 경우, 경쟁제한성이 미미하므로 원칙적으로 심사면제
 - 시장점유율 산정이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우, 연간매출액 합계액이 20억 원 미만인 경우 심사면제
- ▷ 기타의 거래거절, 가격차별, 거래조건차별, 부당염매, 부당고가매입, 배타조건부거래, 거래지역/거래대방 제한 행위를 한 사업자의 경우
 - 시장점유율이 10% 미만인 경우 심사면제
 - 시장점유율 산정이 어렵거나 곤란한 경우, 연간매출액이 20억 원 미만인 경우 심사면제
- ▷ 불공정성(unfairness) 위주로 심사하는 행위유형에 대해서는 안전지대가 적용되지 않음

▣ 불공정 거래행위

불공정 거래행위의 유형 상세 : 거래거절(§23①1호 전단)

1. 공동의 거래거절

정당한 이유없이 자기와 경쟁관계에 있는 다른 사업자와 공동으로 특정사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 지속적인 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위

2. 기타의 거래거절

부당하게 특정사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 지속적인 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위

[예시]

화장품 제조업자가 온라인 화장품 쇼핑몰을 운영하는 사업자에게 가격을 할인하여 판매한다는 이유로 제품공급요청을 거절

새롭게 시장에 진입한 계열회사와의 거래를 위해 계약기간이 종료되지 않았음에도 불합리한 이유를 들어 기존 거래처와의 거래를 거절하는 경우



▣ 불공정 거래행위

불공정 거래행위의 유형 상세 : 차별적 취급 (§23①1호 후단)

1. 가격 차별

부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 거래하는 행위

2. 거래조건 차별

부당하게 특정사업자에 대하여 수량/품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리하거나 불리한 취급을 하는 행위

3. 계열회사를 위한 차별 (차별적 취급 행위 유형의 상당수 비율 차지)

정당한 이유없이 자기의 계열회사를 유리하게 하기 위하여 가격/수량/품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리하거나 불리하게 하는 행위

4. 집단적 차별

집단으로 특정사업자를 부당하게 차별적으로 취급하여 그 사업자의 사업활동을 현저하게 유리하거나 불리하게 하는 행위

▣ 불공정 거래행위

불공정 거래행위의 유형 상세 : 경쟁사업자 배제 (§23①2호)

1. 부당 염매(predatory pricing) : 2001년 이후 규제 사례 없음

자기의 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 정당한 이유없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하거나 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위

2. 부당고가 매입

부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 높은 대가로 구입하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위

[예시]

합리적 이유 없이 제품의 생산·판매에 필수적인 요소를 통상거래가격에 비하여 높은 대가로 매점하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자가 시장에서 배제될 수 있을 정도로 사업활동을 곤란하게 하는 행위

신규로 시장에 진입하려는 사업자를 저지하기 위한 목적으로 그 사업자가 필요로 하는 상품 또는 용역을 통상 거래가격 보다 높은 가격으로 매점함으로써 사실상 진입을 곤란하게 하는 행위

▣ 불공정 거래행위

불공정 거래행위의 유형 상세 : 부당고객유인(§23①3호 전단)

1. 부당한 이익에 의한 고객유인

정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과도한 이익을 제공 또는 제공할 제의를 하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위

[예시]

계약사들이 의약품 판매의 증진을 위해 병·의원 등에게 현금 및 상품권, 골프채, 홈씨어터 제공, 원룸 보증금 대납, 제품설명회 비용, 해외학회 참가비용 지원 등 다양한 수단을 이용하여 경제적 이익을 제공하는 행위

2. 기타의 부당한 고객유인

경쟁사업자와 그 고객의 거래에 대하여 계약성립의 저지, 계약불이행의 유인 등의 방법으로 거래를 부당하게 방해함으로써 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위

[예시]

경쟁사업자와 고객간의 거래를 방해하기 위한 목적으로 경쟁사업자와 고객간 계약의 성립을 저지하거나 계약 해지를 유도하는 행위

합리적 이유 없이 자신의 시장지위를 이용하여 판매업자에 대해 경쟁사업자의 제품을 매장내의 외진 곳에 진열하도록 강요하는 행위

▣ 불공정 거래행위

불공정 거래행위의 유형 상세 : 거래강제(§23①3호 후단)

1. 끼워 팔기

거래상대방에 대하여 자기의 상품 또는 용역을 공급하면서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 다른 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위

[예시]

예식장을 운영하는 사업자가 웨딩드레스나 사진촬영을 조건으로 예식장을 대여하는 행위
특허권 등 지적재산권자가 라이선스 계약을 체결하면서 다른 상품이나 용역의 구입을 강제하는 행위
인기상품을 판매하면서 인기 없는 것을 함께 구입하도록 하거나, 신제품을 판매하면서 재고품을 함께 구입하도록 강제하는 행위

2. 사원 판매

부당하게 자기 또는 계열회사의 임직원으로 하여금 자기 또는 계열회사의 상품이나 용역을 구입 또는 판매하도록 강제하는 행위

3. 기타의 거래강제

정상적인 거래관행에 비추어 부당한 조건 등 불이익을 거래상대방에게 제시하여 자기 또는 자기가 지정하는 사업자와 거래하도록 강제하는 행위



▣ 불공정 거래행위

불공정 거래행위의 유형 상세 : 거래상지위남용(§23④4호)

1. 구입 강제

거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역을 구입하도록 강제하는 행위

[예시]

신제품을 출시하면서 대리점에게 재고품 구입을 강요하는 행위
계속적 거래관계에 있는 판매업자에게 주문하지도 않은 상품을 임의로 공급하고 반품을 허용하지 않는 행위
자신과 지속적 거래관계에 있는 사업자에 대해 자기가 지정하는 물품·용역을 구입하도록 강요하는 행위

2. 이익제공 강요

거래상대방에게 자기를 위하여 금전, 물품, 용역 기타의 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위

[예시]

사업자가 상품(원재료 포함) 또는 용역 공급업체에 대해 거래와 무관한 기부금 또는 협찬금이나 기타
금품·향응 등을 요구하는 행위

3. 판매목표 강제

자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 거래상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위

[예시]

대리점에게 판매목표를 설정하고 미달성시 공급중단 등 제재를 가하는 행위

▣ 불공정 거래행위

불공정 거래행위의 유형 상세 : 거래상지위남용(§23④4호)

4. 불이익 제공

위 3가지 행위 외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위

[예시]

원가 계산상의 착오로 인한 경우 '갑'이 해당 계약금액을 무조건 환수/ 감액할 수 있다는 조건을 설정
계약서에 규정되어 있는 수수료율, 지급대가 수준 등을 일방적으로 거래 상대방에게 불리하게 변경하는 행위
계약기간 중에 자기의 점포 장기임차인에게 광고선전비의 부과기준을 일방적으로 상향조정하는 행위
사업자가 자기의 귀책사유로 이행지체가 발생한 경우에도 상당기간 지연이자를 지급하지 않아
거래상대방이 사실상 수령을 포기하게 한 경우

5. 경영 간섭

거래상대방이 임직원을 선임, 해임함에 있어 자기의 지시 또는 승인을 얻게 하거나 거래상대방의 생산품목, 시설규모, 생산량, 거래내용을 제한함으로써 경영활동을 간섭하는 행위

[예시]

대리점의 거래처 또는 판매내역 등을 조사하거나 제품광고시 자기와 사전 합의하도록 요구하는 행위
상가를 임대하거나 대리점계약을 체결하면서 당초 계약내용과 달리 취급 품목이나 가격, 요금 등에 관하여
지도를 하거나 자신의 허가나 승인을 받도록 하는 행위

▣ 불공정 거래행위

불공정 거래행위의 유형 상세 : 구속조건부거래(§23④5호 전단)

1. 배타조건부 거래

부당하게 거래상대방이 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 아니하는 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위

2. 거래 지역/상대방의 제한

상품 또는 용역을 거래함에 있어서 그 거래상대방의 거래지역 또는 거래상대방을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위

[예시]

제조업자가 대리점마다 영업구역을 지정 또는 할당하고, 그 구역 밖에서의 판촉 내지 판매활동을 금지하면서 이를 위반할 경우 계약해지를 할 수 있도록 하는 경우

제조업자가 재판매가격유지의 실효성 제고를 위해 도매업자에 대해 그 판매선인 소매업자를 한정하여 지정하고 소매업자에 대해서는 특정 도매업자에게서만 매입하도록 하는 행위

시장점유율이 상당한 제조업자가 대리점을 가정용과 업소용으로 엄격히 구분하고 이를 어길 경우에 대리점 계약을 해지할 수 있도록 하는 행위

▣ 불공정 거래행위

불공정 거래행위의 유형 상세 : 사업활동 방해(§23④5호 후단)

1. 기술의 부당 이용

다른 사업자의 기술을 부당하게 이용하여 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위

2. 인력의 부당유인채용

다른 사업자의 인력을 부당하게 유인·채용하여 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위

3. 거래처 이전 방해

다른 사업자의 거래처 이전을 부당하게 방해하여 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위

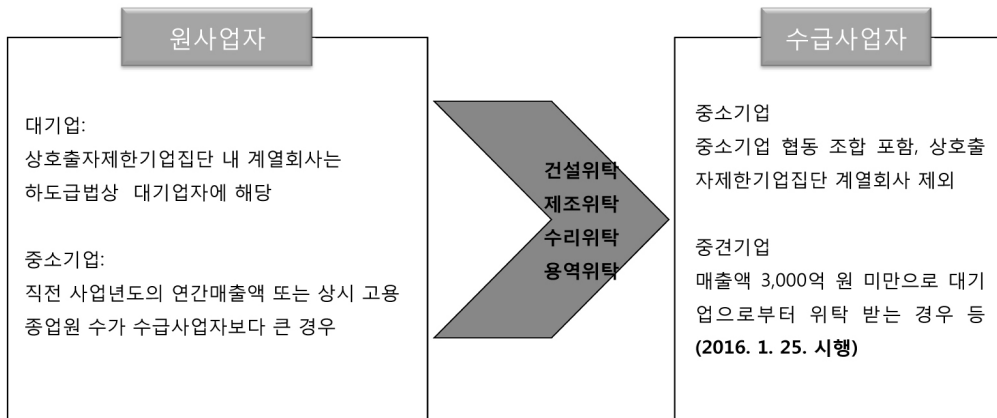
4. 기타의 사업활동 방해

위 3가지 이외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위



▣ 불공정거래행위에서 파생된 특별법 ① : 하도급법

하도급법 적용대상 사업자



▣ 불공정거래행위에서 파생된 특별법 ① : 하도급법

거래 단계별 원사업자의 의무 및 금지 사항

| 하도급계약 체결단계 | 하도급계약 이행단계 | 하도급대금 지급단계 |
|---|---|---|
| <p>서면의 교부 및 보존 의무</p> <p>부당 하도급대금 결정 금지</p> | <p>부당 위탁취소 및 수령거부 금지</p> <p>물품 등의 구매강제 금지</p> <p>내국신용장 개설 의무</p> <p>검사 및 검사결과 통보의무</p> <p>부당반품의 금지</p> <p>부당감액의 금지</p> <p>경제적 이익의 부당요구 금지</p> <p>부당한 경영간섭의 금지</p> <p>건설 하도급 계약이행</p> <p>기술자료 제공 요구 금지</p> <p>보복조치의 금지, 탈법행위의 금지</p> | <p>선금금 지급 의무</p> <p>하도급대금 지급 의무</p> <p>관세 등 환급액 지급 의무</p> <p>하도급 대금의 조정의무</p> <p>부당 대물변제의 금지</p> <p>구매대금의 부당결제 청구금지</p> |

※ 하도급법 위반시 ①상습 법위반자 명단 공표(3회이상 위반, 벌점 4점), ②입찰참가 제한(벌점 10점/3년), ③영업정지 요청(벌점 15점/3년), ④과징금 ⑤벌금 등의 제재를 받을 수 있음

▣ 불공정거래행위에서 파생된 특별법 ② : 대규모유통업법

대규모유통업법 개요 및 적용 대상 사업자

1. 개요

대규모 유통업자(백화점, 할인점, TV홈쇼핑, 인터넷쇼핑몰(오픈마켓 제외) 등)가 납품업자와의 거래에서 지켜야 할 공정거래 원칙에 관한 법

2. 적용 대상자

소매업종 매출액 1,000억원 이상 또는 매장면적 3,000㎡ 이상인 점포를 영업을 사용하는 대규모 유통업자

주요 내용

계약추정제도

납품업자의 계약확인 통지에 대해 15일내 미회신시 통지한 내용대로의 계약의 존재를 추정불공정

거래행위 유형의 구체화·명확화

①상품대금 감액, ②상품수령 지체, ③반품, ④배타적 거래 강요, ⑤경영정보 제공 요구, ⑥경제적 이익 제공 요구, ⑦상품권 구입 요구 등

※ 입증책임 전환 : 위 유형 중 ④, ⑤를 제외한 나머지 행위는 대규모유통업자가 당해 행위의 정당성을 소명해야 함

▣ 불공정거래행위에서 파생된 특별법 ③ : 대리점거래의 공정화에 관한 법률

대리점법 개요 및 적용범위

1. 대리점 거래 : 일정기간 지속적, 반복적으로 진행되는 재판매 또는 위탁판매

2. 거래 당사자

- 공급업자: 생산 또는 구매한 상품·용역을 대리점에게 공급하는 사업자
- 대리점: 공급업자로부터 상품·용역을 공급받아 불특정다수의 소매업자 또는 소비자에게 재판매 또는 위탁판매 하는 사업자

3. 적용 범위

- 재판매 또는 위탁판매 유형에 모두 적용
- 적용제외 대상: 공급업자가 중소기업인 경우 혹은 대리점이 중소기업이 아닌 경우, 공급업자가 거래상 우월적 지위를 가지고 있지 않은 경우, 가맹사업거래, 대규모유통업자와 납품업자 사이의 거래

4. 공정거래법과 대리점법의 적용 관계

- 대리점법 우선 적용: 거래상 지위남용행위 유형 (구입강제/이익제공강요/불이익제공 등)
- 공정거래법 우선 적용: 기타 불공정거래행위 유형(구속조건부거래, 거래거절 등)
- 대리점법에만 있는 금지 유형: 주문내역의 확인요청 거부/회피 금지, 보복조치 금지



▣ 불공정거래행위에서 파생된 특별법 ③ : 대리점거래의 공정화에 관한 법률

대리점법 주요 내용

- 대리점거래 계약서의 작성 의무를 부과하고, 계약서에 포함되어야 할 사항을 규정하며, 공급업자에게 계약서 보관 의무를 부여 (제5조)
- 공급업자가 자신의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 물품 등의 구입을 강제하거나, 대리점이 공급업자를 위하여 금전·물품 등 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위를 금지 (제6조 및 제7조)
- 공급업자가 대리점에게 거래 관련 목표를 제시하고 달성을 강제하거나 (제8조), 대리점에게 불이익이 되도록 거래조건 설정 행위를 금지하며 (제9조), 대리점의 경영활동 간섭행위를 금지 (제10조)
- 공급업자는 대리점의 주문내용 확인요청에 대하여 이를 거부하거나 회피하여서는 아니되며 (제11조), 대리점에게 분쟁조정 신청 등을 이유로 거래의 정지 또는 물량의 축소 등의 불이익을 주는 행위 금지 (제12조)
- 공급업자가 제6조 또는 제7조의 불공정거래행위를 하여 대리점에게 손해를 입힌 경우 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 지도록 함 (제34조)

▣ 부당지원 행위

부당지원 행위 개요

1. 부당지원행위 개념

특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금, 대여금, 인력, 부동산, 유가증권, 상품·용역, 무체재산권 등을 제공하거나 상당히 유리한 조건으로 거래하여,

또는 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하여,

부당하게 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위(법 제23조 제1항 제7호)

2. 위법성 요건

① 지원의도를 가진 ② 지원행위가 존재(지원주체와 지원객체간 이루어진 경제적 급부와 정상가격의 차이가 존재)하고, 지원행위가 지원객체에게 ③ 상당히 유리 해야 하며, 지원행위가 ④ 경쟁저해성 또는 경제력 집중을 불러일으켜야 함

[참고]

부당지원행위는 일반적으로 계열회사를 지원하는 행위를 규제하며, 지원 주체와 지원 객체간 100% 모자회사 관계가 있는 경우에도 성립함

▣ 부당지원 행위

부당지원 행위에 대한 규제 강화

- ▶ 2013. 8. 13. 공정거래법 개정을 통해 부당지원행위 요건 완화, 처벌대상 확대, 통행세 규정 등 신설
→ 공포 후 6개월(2014. 2. 14.)부터 시행
- ▶ 법 시행 당시 계속 중인 거래에 대하여는 법 시행일로부터 1년간 종전 규정 적용

| | 개정 전 | 개정 후 |
|----------|--|---|
| 위법성 요건 | 현저히 유리한 조건 | 상당히 유리한 조건 |
| 책임 주체 | 지원주체만 제재 | 지원주체, 지원객체 모두 제재 (단, 지원객체는 형사처벌 불가) |
| 통행세 규제 | 명문 규정 없음 | 규정 신설 |
| 대주주 이익제공 | 명문 규정 없음 | 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 금지 규정 신설 |
| 제재수준 | 매출액 없는 경우 과징금 상한 5억 원 2년 이하 징역/1억 5천만 원 이하 벌금 | 매출액 없는 경우 과징금 상한 20억 원 3년 이하 징역/2억 원 이하 벌금 |

▣ 부당지원 행위

기타 사항

통행세 거래

다른 사업자와 직접 상품, 용역을 거래하면 상당히 유리함에도 거래상 실질적 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위

위법성 요건인 '상당히 유리한 조건의 거래' 여부의 판단기준

실제가격과 정상가격의 차이, 지원성 거래규모, 지원금액, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려

부당지원 행위의 안전지대

- 실제가격과 정상가격의 차이가 정상가격의 7% 미만으로서, 지원금액이 1억 원 미만
- 지원금액이 1천만 원 이하로서 공정거래 저해성이 크지 않은 경우

대법원은 '지원의도'를 부당지원행위 성립의 한 요건으로 이해

지원주체가 자신의 이익을 위한 영업활동의 결과 반사적으로 지원객체에게 유리한 결과가 귀속된 것만으로는 위법하지 않고, 지원행위의 동기와 목적, 그 효과의 귀속주체, 거래의 관행, 당시 지원객체의 상황 등을 고려하여 지원주체의 주된 의도가 경쟁제한과 기업집단의 경제력 집중 강화인 경우에 한하여 위법성 인정



▣ 특수관계인에 대한 부당한 이익제공

특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 개념 (법 제23조의2)

- 1) 상호출자제한기업집단에 속하는 회사(주체)는 특수관계인이나 특수관계인이 30%(비상장 법인인 경우 20%) 이상의 주식을 보유한 계열회사(객체)와
 - ① 상당히 유리한 조건의 거래
 - ② 상당한 이익이 될 사업기회의 제공
 - ③ 특수관계인과 현금 기타 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래
 - ④ 사업능력, 거래조건 등에 대한 합리적 고려나 타 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위가 금지됨
(단, ④의 경우 효율성증대, 보안성, 긴급성 등의 예외 사유 인정: 시행령 별표 1의4)
- 2) 이는 동일인이 자연인인 기업집단에 대하여만 적용됨
- 3) 위 지원책제도 당해 거래를 하거나 사업기회를 제공받는 행위가 금지됨

▣ 특수관계인에 대한 부당한 이익제공

특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 세부기준(시행령 별표1의3, 1의4)

| 금지유형 | 적용기준 | 적용제외 |
|-------------------------------|--|--|
| 상당히 유리한 조건의 거래 | 자금·자산·상품·용역·인력 등을 정상가격 보다 상당히 높거나 낮은 대가로 제공 | 정상가격과 차이가 7% 미만이고 연간 거래금액이 50억원(상품·용역의 경우 200억원) 미만의 경우 |
| 사업기회 제공 | 회사가 직접 또는 지배하고 있는 회사를 통해 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회로서 회사가 수행하거나 수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회를 제공 | 당해 사업기회를 수행할 능력이 없거나 사업기회 제공에 대한 정당한 대가를 지급받았거나 다른 회사가 합리적 사유로 사업기회를 거부한 경우 |
| 현금, 그 밖의 금융상품의 상당히 유리한 조건의 거래 | 특수관계인과 현금, 그 밖의 금융상품을 정상적인 거래에서 적용되는 대가보다 상당히 낮거나 높은 대가로 제공하거나 거래 | 정상가격과 차이가 7% 미만이고 연간거래금액이 50억원 미만의 경우 |
| 합리적 고려나 비교과정 없는 상당한 규모의 거래 | 거래의 의사결정에 필요한 정보(사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격, 거래 규모 및 시기 또는 거래 조건 등)를 충분히 수집·조사하고 이에 대해 객관적·합리적으로 검토하거나 다른 사업자와 비교·평가하는 등 통상적으로 행하여지거나 행하여질 것으로 기대되는 거래상대방의 적합한 선정과정 없이 상당한 규모로 거래하는 행위 | 상품·용역의 연간 거래 총액이 거래상대방 매출액의 12%미만이고 200억원 미만인 경우 또는 효율성이나 보안성 또는 긴급성 등 거래목적 달성을 위해 불가피한 경우 |

제6절 인사 노무 관리

이광선 변호사(법무법인(유한) 지평)

I. 개론

1. 서론

기업에서 노동 관련 분쟁이 발생할 경우 적용되는 법률은 크게 「근로기준법」과 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노동조합법’)이다. 개별적 근로관계 즉, 사용자와 개별 근로자 간에 적용되는 법률이 근로기준법이고, 집단적 노사관계 즉, 사용자와 노동조합 간에 적용되는 법률이 노동조합법이다.

그 외에도 직장 내 성희롱이나 성 차별 문제는 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 ‘남녀고용평등법’), 산업재해 문제는 「산업재해보상보험법」(이하 ‘산재법’)과 「산업안전보건법」(이하 ‘산안법’), 기간제 근로자와 단시간 근로자 문제는 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’), 파견근로자 문제는 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’), 최저임금 문제는 「최저임금법」, 채용절차와 관련한 문제는 「채용절차의 공정화에 관한 법률」, 노사협의회 문제는 「근로자 참여 및 협력증진에 관한 법률」(이하 ‘근참법’)이 적용된다. 본 고에서는 노동 문제에 적용되는 법률을 통틀어 편의상 노동법이라 한다.

아래에서는 노동법의 특수성에 대해 살펴보고, 가장 많이 문제되는 개별적 근로관계와 집단적 노사관계와 관련하여 사내변호사가 주의할 사항에 대해 살펴보고, 기업에서 M&A가 있을 때 문제되는 노동 이슈, 기타 참고자료나 노동분쟁 절차 등에 대해 살펴본다.



2. 노동법의 특수성

가. 강행적 효력

근로기준법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효가 된다(근로기준법 제15조 제1항). 예컨대, 사용자와 근로자가 합의하여 퇴직금을 받지 않기로 하였거나 연장근로수당을 통상임금의 150%가 아닌 120%만 받기로 하였더라도, 모두 근로기준법에서 정한 기준에 미치지 못하므로 무효가 된다. 그래서 무효가 된 부분은 근로기준법에서 정한 기준에 따르게 된다(근로기준법 제15조 제2항).

나. 판례법

노동법이 모든 내용을 규정하고 있지 않아 노동관계에서 상당히 많은 부분은 판례에 의해 규율되고 있다. 따라서 노동 문제가 있고 이에 대한 해석이 필요할 경우에는 법률을 찾아 보아야 하지만, 법률이 해석을 제공하기 보다는 대부분 판례가 해석의 기준이 된다. 그러므로 노동 분야는 다양한 판례를 많이 알고 있어야 보다 정확한 법률적 판단이 가능하다.

예컨대, 근로기준법에서는 통상임금 개념을 정의하고 있지 않고 시행령에서 그 개념을 정의하고 있으나,¹³⁴⁾ 실무에서는 분기나 반기에 지급하는 상여금이 통상임금에 포함될 수 있는지, 재직자에게만 지급하는 경우에도 통상임금이 되는지 등 수많은 논란이 있었다. 그래서 대법원 전원합의체 판결이 통상임금의 개념을 정의하면서 소정근로의 대가로 지급되는 정기적일률적고정적으로 지급되는 임금이라고 하면서 ‘1임금산정기간’ 내에 지급되는지 여부는 판단기준이 아니라고 하여 분기나 반기에 지급되는 상여금도 포함된다고 보았으며 재직자에게만 지급되는 임금은 고정성이 없어 통상임금이 아니라고 판단했다.¹³⁵⁾

또한, 구 근로기준법(법률 제15513호로 개정되기 전의 것)은 휴일 근로에 대해 통상임

134) 법과 이 영에서 “통상임금”이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정(所定)근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액을 말한다(근로기준법 시행령 제6조 제1항).

135) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결

금의 50%를 할증하도록 규정하고 있는데(제56조), 휴일에 8시간 이내 근로에 대해서 휴일근로수당(50%) 외에 연장근로수당(50%)을 중복해서 지급해야 하는지¹³⁶⁾에 대해 규정이 없어 논란이 계속 되었다. 최근 대법원 전원합의체 판결은 휴일에 8시간 이내 근로를 한 경우에는 휴일근로수당 외에 별도로 연장근로수당을 지급할 필요가 없다고 판단했다.¹³⁷⁾

다. 판례와 법률의 신속한 변경

노동 분야는 법률과 판례가 상당히 신속하게 변경되고 있으므로, 판례 뿐 아니라 법률도 변경된 내용을 알고 있어야 한다.

예컨대, 최근에도 근로기준법이 개정되어 상당한 분량의 내용이 변경되었다. 예컨대, 1주 개념을 7일로 정의함으로써 1주 최대 근로시간 한도가 52시간으로 제한되었을 뿐 아니라 1년 미만 근무한 자도 1개월당 1일의 연차유급휴가를 부여하였다. 남녀고용평등법도 개정이 되어 직장 내 성희롱과 관련하여 사용자의 조치의무가 상당히 강화되었다. 산재법도 개정이 되어 통상적인 경로와 방법으로 출퇴근하는 중 발생한 사고도 업무상 재해에 포함되었다. 최근 최저임금법도 개정이 되어 매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금을 최저임금에 포함함으로써 상여금, 복리후생수당도 최저임금에 포함되었고,¹³⁸⁾ 최저임금 산입범위 변경을 위해 취업규칙을 변경할 때에는 취업규칙불이익 변경절차를 거치지 않아도 되도록 명시적 특례 조항을 두었다.

판례 역시 새롭게 선고되고 있으므로 이에 대한 숙지가 필요하다. 위에서 설명한 바와 같이, 최근에도 전원합의체 판결을 통해 휴일에 8시간 미만 근로에 대해서는 중복 할증을 지급할 필요가 없다고 했고,¹³⁹⁾ 통상임금의 개념을 새롭게 정의했다.¹⁴⁰⁾

136) 휴일에 8시간을 초과하여 근로한 경우(예: 일요일에 9시간 근로) 8시간을 초과한 1시간 근로에 대해서는 휴일근로수당(50%) 외에 연장근로수당(50%)까지 지급해야 함에는 이견이 없다.

137) 대법원 2018. 6. 21. 선고 2011다112391 전원합의체 판결

138) 상여금과 복리후생 수당은 기간에 따라 최저임금에 산입되는 범위가 달라지도록 규정되었고, 2024년 이후에는 전액이 최저임금에 포함되게 된다.

139) 대법원 2018. 6. 21. 선고 2011다112391 전원합의체 판결

140) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결



라. 행정해석과 판례

일반적으로 행정해석은 판례에 부합하는 해석을 한다. 그런데 노동법 관련 행정해석은 명시적인 판례와 배치되는 경우가 있어 주의를 요한다. 예컨대, 시간급 최저임금액을 산정하는 방법은 월급을 1개월의 소정 근로시간 수로 나누는데, 행정해석은 소정 근로시간에 주휴수당을 포함하고 있고, 판례¹⁴¹⁾는 주휴수당을 제외하고 있다. 또한, 근로기준법 적용이 유예된 사업장이라도 상시 근로자수가 증가하여 적용기준에 해당하면 개정 근로기준법이 적용된다고 하면서도, 상시 근로자수가 감소하여 적용 예외에 해당하더라도 법적 안정성을 고려하여 개정 근로기준법을 계속 적용한다고 해석하고 있다.¹⁴²⁾ 그러나 이러한 행정해석은 기존 근로기준법 시행령의 상시 근로자수 산정기준 방법¹⁴³⁾ (법 적용 사유 발생일 전 1개월 기준)에 반하고 판례¹⁴⁴⁾와도 반하는 해석이다.

이러한 경우 판례가 당연히 행정해석보다 우위에 있지만, 사내변호사는 단순히 판례를 따르라고 의견을 줄 것이 아니라 종국적으로는 판례의 견해에 따라야 하겠지만, 근로감독관의 점검 등이 있을 경우에는 행정해석에 따라 판단할 것이므로, 이에 대비할 필요도 있음을 자문할 필요가 있다.

3. 근로관계의 법원(法源)간 효력(유리의 원칙)

근로조건 등을 규정하는 방법으로는 근로계약, 취업규칙, 단체협약이 있다. 그런데 근로조건이나 근로관계를 규율하는 내용이 각각 다를 경우 어떤 것을 우선해야 하는지 문제가 된다. 예를 들어, 단체협약에서 정한 근로조건이 근로계약에서 정한 것과 차이가 발생하는 경우 등이다.

근로기준법에서는 취업규칙은 단체협약의 내용과 어긋나서는 안된다고 규정하고 있으므로 단체협약이 취업규칙보다 상위이고, 근로계약의 내용이 취업규칙보다 미달해서는 안된다고 규정하고 있으므로(제97조) 취업규칙이 근로계약보다 상위이다. 노동조

141) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2006다64245 판결

142) 고용노동부, '개정 근로기준 설명자료', 2018. 5., 57-58면; 고용노동부, '노동시간 단축 가이드', 2018, 74-75면

143) 법 적용 사유 발생일 전 1개월 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동 일수로 나누어 산정

144) 서울고등법원 2018. 6. 26. 선고 2017자2043532 판결

합법에서도 단체협약에서 정한 근로조건 등을 위반하는 취업규칙과 근로계약의 내용은 무효로 한다고 규정하고 있다(제33조).

근로기준법 제96조(단체협약의 준수)

① 취업규칙은 법령이나 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋나서는 아니 된다.

근로기준법 제97조(위반의 효력)

취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 한다. 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다.

노동조합법 제33조(기준의 효력)

① 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.

그러므로 근로관계를 규율하는 여러 법원(法源)을 상위부터 나열하면 아래와 같다.

헌법 → 근로기준법 등 성문법령 → 단체협약 → 취업규칙 → 근로계약

다만, 근로계약의 내용이 취업규칙이나 단체협약의 내용보다 근로자에게 유리한 경우에는 일반적으로 ‘유리의 원칙’이라고 해서 근로자에게 유리한 내용을 우선 적용한다. 그러나 취업규칙의 내용이 단체협약 내용보다 상회(근로자에게 유리)할 경우에는 유리의 원칙을 적용하는지에 대해서는 견해가 나누어 지므로 유의할 필요가 있다.¹⁴⁵⁾

4. 근로기준법 등 적용범위

근로기준법은 상시 근로자수¹⁴⁶⁾에 따라 적용되는 규정이 다르므로, 상시 근로자수별로 적용되는 규정과 그렇지 않는 규정을 확인해야 한다.

상시 근로자수가 5인 미만 사업장은 근로기준법 내용 중 일부 규정만 적용된다(법

145) 본고에서 해당 내용을 명시하기에는 너무 전문적인 내용이 될 수 있어서 생략한다(구체적인 내용이 필요하면 저자가 ‘노동법률 16년 5월호’에 기고한 ‘취업규칙과 단체협약과의 관계’를 참조하시기 바란다).

146) 상시 근로자수는 해당 사업(장)에서 법 적용사유(근로시간 적용 등) 발생일 전 1개월 동안 사용한 근로자의 연인원을 산정기간 중의 가동일수로 나누어 산정한다(근로기준법 시행령 제7조의2 제1항).



제11조 제2항, 시행령 제7조, 별표1). 즉, 시행령 별표 1에서 해당 사업장에 적용되는 근로기준법 내용을 명시하고 있다. 예컨대, 해고의 정당한 이유(제23조 제1항), 경영상 이유에 의한 해고(제24조), 구제신청(제28조), 연장근로 제한(제53조) 등 일부 규정이 적용되지 않으므로, 해고시 정당한 이유가 없더라도 해고가 가능하게 된다.

상시 근로자수가 10인 미만 사업장에는 취업규칙 작성·변경 신고 규정(제93조 제1항)이 적용되지 않으므로, 취업규칙을 작성하더라도 신고할 필요가 없다.

상시 근로자수가 30인 미만 사업장에는 노사협의회 규정이 적용되지 않아 노사협의회를 설치하지 않아도 된다(근참법 제4조 제1항).

다만, 외국법인의 한국사무소의 상시 근로자 수가 5인 미만이라도, 해외법인이 한국사무소의 근로자 채용, 해고 등을 결정할 권한을 갖고 있다면, 해외법인 근로자수를 포함하여 상시 근로자수를 산정한다는 노동위원회 결정이 있으므로 주의가 필요하다.¹⁴⁷⁾

II. 개별적 근로관계

1. 서론

근로기준법의 기본적인 내용은 교과서나 근로기준법 주해에 상세하게 설명되어 있으므로 생략을 하고, 아래에서는 근로자의 채용부터 퇴사하기까지의 절차에서 유의할 사항에 대해 살펴본다.

2. 채용

최근 「채용절차의 공정화에 관한 법률」(이하 ‘채용절차법’)이 제정되어 허위채용 금지, 채용심사 비용 부담 금지, 채용서류 반환 등을 규정하고 있으므로 이에 대한 숙지가 필요하다.

147) 중앙노동위원회 2013. 7. 31. 판정 2013부해417

구인자는 채용을 가장하여 아이디어를 수집하거나 사업장 홍보 목적으로 거짓 채용광고를 해서 안되고,¹⁴⁸⁾ 정당한 사유없이 채용광고의 내용을 구직자에게 불리하게 변경해서도 안된다. 구인자는 구직자를 채용한 후 정당한 사유 없이 채용광고에서 제시한 근로조건을 구직자에게 불리하게 변경해서도 안되며, 구직자에게 채용서류 및 이와 관련한 지적재산권을 자신에게 귀속하도록 강요해서도 안된다(법 제4조).

구인자는 구직자의 채용 여부가 확정된 이후 구직자(확정된 채용대상자 제외)가 채용서류의 반환을 청구하는 경우 본인임을 확인한 후 반환청구일로부터 14일 이내에 구직자에게 해당 채용서류를 발송하거나 전달해야 한다(법 제11조, 시행령 제2조). 다만, 홈페이지 또는 전자우편으로 제출된 경우나 구직자가 구인자의 요구없이 자발적으로 제출한 경우에는 반환의무가 없다. 반환을 청구할 수 있는 날은 채용 여부가 확정된 날로부터 14일에서 180일 기간 중에 구인자가 채용서류의 반환을 청구할 수 있는 기간을 정해 채용 여부가 확정되기 전까지 구직자에게 통보해야 한다(시행령 제4조).

구인자는 반환 청구기간이 지난 경우 및 채용서류를 반환하지 않은 경우에는 개인정보 보호법에 따라 채용서류를 파기해야 한다(법 제11조 제4항).

3. 근로계약

‘임금(구성항목, 계산방법, 지급방법), 소정근로시간, 주휴일, 연차유급휴가’에 대해서는 ‘서면’으로 명시하여 교부해야 하고, 취업장소와 담당업무 기타 근로조건 등은 명시를 해야 하지만 서면으로 명시할 필요는 없다(근로기준법 제7조). 그러나 추후 발생할 분쟁을 예방하기 위해서는 서면으로 명시하는 것이 좋다. 다만, 모든 근로조건을 근로계약서에 명시할 필요는 없고, 위와 같이 명시해야 할 사항은 ‘구체적인 사항은 취업규칙에서 정하는 바에 의한다’는 방식으로 명시하는 것도 가능하다.

다만, 기간제·단시간 근로자와의 근로계약시 ‘서면’ 명시사항은 일반 근로자와 달라 ‘취업장소 및 종사 업무, 근로일 및 근로일별 근무시간(단시간 근로자에 한정)’을 서면으로 명시해야 한다(기간제법 제17조).

근로기준법에서는 ‘근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상을 예정하는 계약

148) 위반시 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다(법 제16조).



체결을 금지'하고 있지만(제20조), 이는 근로계약 불이행에 대한 위약예정 금지이므로 근로자가 불법행위를 한 것이나 해외연수와 관련한 위약예정은 가능하다.

사용자가 근로자를 해외연수나 국내연수를 보내주면서 의무재직기간을 두고 위반시 연수비를 반환하는 약정을 체결하는 것도 가능하지만, 연수비가 아닌 임금을 반환하도록 하는 약정은 무효이고,¹⁴⁹⁾ 해외연수가 순수한 연수가 아니라 업무수행과 관련된 것이라면 반환을 제한하기도 한다.¹⁵⁰⁾

한편, 근로계약을 체결할 때 시용(試用) 기간을 두는 경우가 많은데, 시용기간을 두기 위해서는 근로계약서에 명시를 해야 한다. 시용기간이 종료 후 본 계약 체결을 거부하는 것도 해고에 해당하지만, 판례는 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하고 평가하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때, 사용자가 시용기간 만료 시 본 근로계약 체결을 거부하는 것은 일반적인 해고보다 넓게 인정될 수 있으나, 그 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당성이 있어야 한다고 판시하고 있다.¹⁵¹⁾

시용 기간 후에도 정식 채용을 해야 할지 명확하지 않을 경우 시용기간을 연장하는 경우가 있다. 그런데 사용자가 일방적으로 시용기간을 연장하는 것이 가능한지가 문제된다. 판례는 “시용기간의 연장은 근로자의 법적 지위에 중대한 영향을 미치고 근로계약의 중요한 일부를 이루는 사항이므로 최소한 근로자가 동의하거나 근로자에게 통보되어야 효력이 있다”고 판시하였다.¹⁵²⁾ 최근 중앙노동위원회는 시용기간 연장에 대해 근로자의 동의나 합의가 없었고 사용자의 귀책사유로 시용기간 종료에 대해 통지도 없었던 사안에서 시용관계 후 정식 채용되었다고 판단하였다.¹⁵³⁾ 따라서 시용기간을 연장하기 위해서는 취업규칙이나 근로계약서에 시용기간 연장에 대한 근거를 남겨두고 근로자의 동의를 받거나 최소한 시용기간이 종료하기 전에 합리적인 근거를 제시하면서 시용기간의 연장에 대해 통보를 해야 할 필요가 있다.

한편, 대법원은 시용관계에서 본 근로계약 체결을 거부하는 경우에도 해당 근로자로 하여금 그 거부사유를 파악하여 대처할 수 있도록 구체적·실질적 거부사유를 서면으로

149) 대법원 1996.12.6, 선고 95다24944-24951 판결, 대법원 1996.12.20, 선고 95다52222 판결

150) 대법원 2003. 10. 23, 선고 2003다7388 판결

151) 대법원 2015. 11. 27, 선고 2015두48136 판결; 대법원 2006. 2. 24, 선고 2002다62432 판결

152) 서울행정법원 2006. 9. 26, 선고 2006구합520665 판결

153) 중앙노동위원회 2015. 9. 9, 판정 2015부해587

통지해야 한다고 판단하여 근로기준법 제27조 제1항이 시용관계에도 적용된다고 보았다.¹⁵⁴⁾ 따라서 시용 후 본 계약 체결 거부시에도 해고와 동일하게 해고의 사유와 해고시기를 서면으로 명시해야 함을 유의해야 한다. 다만, 시용기간 만료시 본계약 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서 일반 징계와는 성질을 달리하므로 시용계약 종료 통보를 하면서 취업규칙이나 단체협약에 따른 징계위원회의 의결을 거치지 않더라도 적법하다.¹⁵⁵⁾

헌법재판소는 6개월 미만의 월급근로자의 경우 해고예고(제26조)가 적용되지 않는다는 근로기준법 제35조 제3호를 위헌으로 판단하였다.¹⁵⁶⁾ 그러나 여전히 3개월 미만 수습(시용) 중인 근로자의 경우에는 해고예고를 하지 않아도 되지만(근로기준법 제35조 제5호, 시행령 제16조), 3개월을 초과하는 시용기간 후에 본 계약 체결을 거부할 경우에는 해고예고를 하거나 해고예고수당을 지급해야 함을 유의할 필요가 있다.

한편, 3개월 미만의 수습 근로자에게는 시간급 최저임금의 90%를 시간급 최저임금으로 할 수 있도록 최저임금법에서 적용예외를 두고 있다(최저임금법 제5조 제2항 제1호, 시행령 제3조 제1항). 다만, 이 경우에도 1년 이상의 기간을 정하여 근로계약을 체결한 수습근로자의 경우에만 최저임금법의 예외가 적용된다.

4. 취업규칙

취업규칙이란 근로계약 관계에 적용되는 근로조건이나 복무규율 등에 대하여 사용자가 일방적으로 작성하여 근로자들에게 공통적으로 적용하는 규칙으로 그 명칭을 불문한다.

취업규칙은 반드시 기재해야 할 필수적 기재사항과 그 밖에 사용자가 임의로 기재할 수 있는 임의적 기재사항이 있다. 필수적 기재사항은 근로기준법 제93조에서 12개 항목을 규정하고 있다. 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 취업규칙을 작성하여 고용노동부장관에게 신고를 해야 하고, 불이행시 과태료가 부과된다.

취업규칙을 작성할 때에는 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있으면 그 노동조합,

154) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48136 판결

155) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012두26548 판결; 서울고등법원 2006. 2. 14. 선고 2004누23638 판결(상고심 확정)

156) 헌법재판소 2015. 12. 23.자 2014헌바3 결정



없으면 근로자 과반수(이하 ‘근로자 집단’)의 의견을 들어야 하고, 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경할 때에는 근로자 집단의 동의를 받아야 한다.¹⁵⁷⁾

취업규칙의 불이익한 변경이란 사용자가 종래의 취업규칙을 개정하거나 새로운 취업규칙을 만들어 근로조건이나 복무규정에 관하여 근로자의 기득권을 침해하거나 근로자에게 저하된 근로조건이나 강화된 복무규정을 일방적으로 부과하는 것을 의미한다.¹⁵⁸⁾

집단적 동의 방법으로, 노동조합의 동의는 단체협약 또는 규약 등에서 조합장의 대표권이 제한되었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 조합장이 노동조합을 대표하여 동의하면 된다.

과반수 노동조합이 없는 경우에는 ‘회의 방식’에 의한 근로자 과반수의 동의가 있어야 한다. 여기서 ‘회의 방식’이란 반드시 한 사업(장)의 모든 근로자가 일시에 한 자리에 집합해서 회의를 하는 방식만이 아니라 기구별 또는 단위부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간에 의견을 교환하여 찬반 의견을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다.¹⁵⁹⁾ 찬반의견 집약방법은 무기명·비밀투표 외에도 기명투표, 거수 등의 방식도 가능하고, 사용자가 작성한 회람에 의한 개별적 서명 방식도 유효하다.¹⁶⁰⁾ 최근 판례는 회의 방식에 의한 근로자 과반수 동의를 엄격하게 해석하여, 평균 인원이 4.2명 정도인 부서별 의견교환 방식에 의한 과반수 동의의 효력을 무효로 판단한 바 있으므로 주의가 필요하다.¹⁶¹⁾

참고로, 판례는 취업규칙을 불이익하게 변경할 때 근로자 집단의 동의를 받지 않은 경우에도 사회통념상 합리성이 있는 경우에는 변경된 취업규칙의 효력을 인정하고 있다.¹⁶²⁾ ‘사회통념상 합리성’ 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로

157) 의견청취 의무를 위반하더라도 취업규칙의 효력에는 영향이 없다. 하지만, 동의의무를 위반하여 취업규칙을 불이익하게 변경한 경우에는 변경된 취업규칙은 무효가 되지만, 변경 후 입사한 자에 대해서는 효력이 있다(대법원 2003. 12. 18. 선고 2002다2843 판결).

158) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다57362 판결 등

159) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다71832 판결

160) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다71832 판결

161) 서울고등법원 2016. 1. 13. 선고 2015나2049413 판결(심리불속행 기각 판결로 확정)

162) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다21494 판결, 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005다59062 판결 등

고려하여 판단한다. 그러나 사회통념상 합리성을 인정한 경우는 매우 드물므로, 취업규칙 불이익 변경시에는 근로자 집단의 동의를 받는 것이 바람직하다.

5. 징계 및 해고시 유의사항

징계를 할 경우 절차상, 내용상 정당성이 있어야 한다.

우선 징계와 관련하여 취업규칙, 단체협약 등에서 절차를 정하고 있다면 그 절차에 따라야 한다. 징계 전에 징계대상자에게 징계위원회에 출석해 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하고 있으면 그 절차를 준수해야 한다. 이 때 징계위원회 소집통지 내용은 징계사유가 무엇인지 알 수 있을 정도로 내용을 적시해야 하고, 지나치게 촉박하게 이루어진 통보는 사전통보의 취지를 몰각하여 징계가 무효가 될 수 있으며, 징계대상자가 구속 중이라고 하더라도 서면 또는 대리인을 통한 소명이 가능하므로 사전통보를 결할 경우 무효가 될 수 있음을 유의해야 한다(징계절차의 적법성에 관한 입증책임은 사용자에게 있다).

징계 해고를 할 때에는 더욱 주의가 필요하다. 해고를 하려면 30일 전에 해고예고를 하거나 30일분 이상의 통상임금을 지급해야 한다(근로기준법 제26조). 또한, 해고사유 및 해고시기는 반드시 ‘서면’¹⁶³⁾으로 징계대상자에게 통지해야 하고, 다만 사전에 해고예고를 하면서 해고사유와 해고시기를 명시하여 서면으로 한 경우에는 생략할 수 있다(근로기준법 제27조).

해고 사유를 서면으로 통지할 때에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위내용을 기재하여야 하며 징계대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결). 예를 들어, 해고통지서에 ‘근무성적 및 근무태도 불량, 지시불이행 등’으로만 기재하였을 뿐 구체적인 사실관계(언제부터 언제까지 근무성적이 어느 정도로 불량했는지, 어떤 태도가 근무태도 불량에 포함되는지, 언제 어떤 행위가 지시불이행에 해당하는지)가 기재되어 있지 않으면 해고사유의 서면통지 의무를 위반한 것이 된다.¹⁶⁴⁾

163) 대법원은 예외적으로 이메일이 서면에 의한 해고통지의 역할과 기능을 충분히 수행하고 있다면 근로기준법 제27조의 입법취지를 해치지 않는 범위 내에서 해고통지로서 유효하다고 본 경우가 있다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41401 판결).



징계와 해고 사유는 취업규칙, 단체협약 등에 기재된 사유가 있어야 한다. 근로자가 취업규칙 위반행위를 할 때의 취업규칙과 사용자가 징계처분을 할 때의 취업규칙이 다를 경우에는 징계사유의 해당성 여부는 행위 당시에 시행되고 있던 취업규칙에 따라야 하고, 징계절차는 처분시 시행되는 취업규칙을 따라야 한다.¹⁶⁵⁾

노동법에서는 해고 사유를 제한적으로 규정하고 있다. 근로기준법은 정당한 이유 없는 해고를 금지(제23조), 고용노동부 장관이나 근로감독관에게 신고 또는 통보한 것을 이유로 한 해고도 금지하고 있다(제104조 제2항). 남녀고용평등법은 직장 내 성희롱 피해자 또는 피해를 입었다고 주장하는 근로자 및 신고자에 대한 해고를 금지하고(제14조 제6항), 육아휴직육아기근로시간 단축, 가족돌봄유학 등을 이유로 해고를 금지하고 있다(제19조 제3항, 제19조의2 제5항, 제22조의2 제4항). 노동조합법도 근로자가 정당한 단체행위에 참가 또는 노동위원회에 사용자를 신고하거나 그에 관한 증언 등을 이유로 해고를 금지하고 있다(제81조 제5항). 기간제법도 기간제 근로자 등이 사용자의 부당한 초과근로요구 거부, 차별적 처우 신청, 노동위원회에 참석 등을 이유로 불리한 처우를 금지하고 있다(제16조).

징계 해고가 정당하기 위해서는 징계사유가 존재해야 하고, 그 비리행위가 사회통념상 근로계약을 유지할 수 없을 정도가 되어야 한다.¹⁶⁶⁾ 따라서 징계해고의 정당성이 있기 위해서는 징계사유의 존재, 징계해고가 재량권을 일탈남용하지 않아야 한다. 참고로, 징계사유의 정당성에 대한 입증책임 역시 사용자에게 있다.¹⁶⁷⁾

6. 퇴직시 유의사항

퇴직의 효력발생시기는 근로자가 사직서 제출 후 사용자가 수리하면 수리한 때, 사직서를 수리하지 않은 경우에는 사직서를 제출한 당기(그 달) 후의 1임금지급기(그 다음 달)가 경과하면 효력이 발생한다(민법 제660조 제3항 참조).

근로자가 사직서를 제출하고도 퇴직의사를 철회하는 경우가 발생하기도 한다. 근로자

164) 서울고등법원 2012. 9. 28. 선고 2011나73719 판결

165) 대법원 1994. 9. 30. 선고 94나21337 판결

166) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91누5884 판결 등 다수

167) 대법원 1996.9.10. 선고 95누16738 판결

가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 그에 대한 사용자의 승낙의사가 형성되어 그 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전에는 그 의사표시를 철회할 수 있고, 다만 근로자의 사직 의사표시 철회가 사용자에게 예측할 수 없는 손해를 주는 등 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 철회가 허용되지 않는다. 또한, 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 볼 것인바, 이와 같은 경우에는 근로계약의 해지를 통고하는 사직의 의사표시가 사용자에게 도달한 이상 근로자로서는 사용자의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 이전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다.¹⁶⁸⁾

Ⅲ. 집단적 노사관계

1. 서론

노동조합이 있는 회사에서 근무하는 사내변호사는 노동조합법에 대해 숙지를 할 필요가 있다. 아래에서는 노사관계에서 주로 발생하는 사항에 대해 살펴본다.

2. 노동조합 설립 및 조직변경

가. 노동조합 설립

노동조합은 설립신고서를 행정관청에 제출하고, 신고증을 교부받으면 설립신고서가 접수된 때 설립된 것으로 본다(노동조합법 제12조 제4항).

행정관청은 노동조합에 신고증을 교부하거나 신고증 교부의 철회를 통보한 때에는 지체없이 그 사실을 관할 노동위원회와 해당 사업의 사용자나 사용자단체에게 통보해야 한다(시행령 제9조 제3항).

¹⁶⁸⁾ 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결



나. 노동조합 조직변경

노동조합법은 노동조합의 조직형태 변경을 총회의 의결사항으로 규정하고, 조직형태 변경과 관련한 사항은 재적조합원 과반수 출석과 출석조합원 3분의 2이상의 찬성이 있어야 한다고 규정하고 있다(제16조).

과거 판례는 조직형태 변경 결의를 할 수 있는 노동조합은 기업별 단위노조 또는 이에 준하는 경우, 즉 산업별·지역별·직종별 단위노조의 지부 또는 분회로서 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립한 단체로서 활동을 하면서 그 조직이나 조합원에 고유한 사항에 대해 독자적인 단체교섭 및 단체협약 체결 능력을 가지고 있어 기업별 단위노조에 준하여 볼 수 있는 경우에만 가능하다고 판단하였다.

그런데 최근 전원합의체 판결은 산별노조 하부조직이 ① 독자적으로 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결할 능력까지 보유한 기업별 노동조합에 준하는 지위를 가진 경우 뿐 아니라 ② 단체교섭이나 단체협약 체결 능력은 갖추지 못했더라도 독자적인 규약·집행기관을 가지고 독립한 단체로 활동하여 법인 아닌 사단인 근로자단체에 준하는 지위를 가진 경우도 산별노조 지부가 기업별 노조 지부로 조직형태를 변경할 수 있다고 판단하여 조직형태 변경의 주체를 확대하였다.¹⁶⁹⁾

3. 노동조합의 조합활동

가. 근무시간 중 노조활동

근무시간 중 조합활동은 취업규칙·단체협약 등에서 정하고 있거나 관행이 있거나 사용자의 동의가 있으면 가능하지만, 그렇지 않을 경우 원칙적으로 허용되지 않는다는 것이 다수 판례의 태도이다.

다만, 일부 판례는 근무시간 중 조합활동의 경우에도 특별한 경우 이를 인정하고 있다. 즉, 임시총회가 근무시간 중 개최되었더라도, 수회에 걸쳐 사용자에게 임시총회 개최사실을 서면통보하여 사용자가 대비할 수 있었고, 주야 교대근무로 인해 전체 조합원이 참여하기 위해서는 근무시간에 소집될 특별한 사정이 있는 경우에는 근무시간

169) 대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96120 전원합의체 판결

중 임시총회 개최를 정당하다고 판단하였다.¹⁷⁰⁾ 또한, 레미콘 운전기사와 같이 작업종료시간을 맞출 수 없는 특수성이 있으면서 단체협약에서도 취업시간 중의 조합활동을 허용하는 경우, 총회가 근무시간 중 개최된 사유만으로 정당하지 않은 조합활동으로 볼 수 없다는 판례도 있다.¹⁷¹⁾

하급심 판결은 노조 유인물을 갖고 출근한 후 회의실, 휴게실로 사용되는 장소에 유인물을 비치하고 근무하고 있던 근로자 1명에게 유인물을 나눠준 행위도 회사의 시설관리권을 침해하지 않고 근무 중인 근로자의 업무를 방해했다고 보기 어려워 징계사유에 해당하지 않는다고 판단하였다.¹⁷²⁾

나. 유인물 배포, 현수막 게시 등 홍보활동

노조의 홍보활동은 원칙적으로 사용자의 시설관리권을 침해하지 않고 타인의 신용이나 명예를 훼손하지 않는 범위에서 이루어져야 한다. 판례는 홍보물 부착장소가 정해져 있음에도 임의의 곳에 벽보 등을 부착하는 행위는 정당성이 없다고 판단하였다.¹⁷³⁾

판례는 벽보부착 행위보다 유인물 배포의 경우 일시적·잠정적 행위이고 기업의 물적 시설을 침해하지 않으므로 보다 넓게 조합활동의 자유를 인정하고 있는 경향이다. 또한, 유인물 배포가 허가제를 채택하고 있더라도 그 배포행위가 정당한지는 허가 여부만을 가지고 판단하지 않고, 유인물의 내용, 매수, 배포시기, 대상, 방법, 이로 인한 기업이나 업무에의 영향 등을 종합해서 판단하고 있다.¹⁷⁴⁾

하급심 판결들은 회사로부터 허가를 받지 않고 노조 관련 유인물을 배포한 것은 징계 사유로 볼 여지가 있으나 일일이 회사의 승인을 받기 어렵다는 점, 업무에 별다른 지장이 없다는 점, 유인물 내용이 명백히 허위이거나 명예훼손 정도에 이르지 않았다는 점 등을 이유로 정당한 노조 활동에 속한다고 보아 그 정당성을 넓게 인정하는 경향으로 보인다.¹⁷⁵⁾ 또한, 휴게시간 중 유인물 배포행위는 허가를 받지 않았더라도 정당한 조합

170) 대법원 1994. 2. 22. 선고 93도613 판결

171) 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누5496 판결

172) 서울행정법원 2014. 3. 6. 선고 2012구합27541 판결. 해당 판결이 명시적으로 근무시간 중 사용자의 승인 없는 노조활동을 허용한 것이라고 보기는 명확하지 않지만 출근 후에 사업장 내에서 유인물을 배포한 것에 대한 것이므로 유의할 필요가 있다.

173) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6151 판결

174) 대법원 1996. 9. 24. 선고 95다11504 판결

175) 부산고등법원 2014. 2. 11. 선고 2013나2146 판결(상고기각으로 확정됨); 서울행정법원 2014. 3.



활동으로 인정하고 있다.¹⁷⁶⁾

다. 투쟁복·리본 등 착용

사용자는 원칙적으로 직장내 질서유지, 근무분위기 조성 등을 위해 취업규칙 등에 근거하여 근로자의 복장을 규제할 수 있다. 따라서 투쟁복·리본 등의 착용이 정당한 조합활동인지 여부는 사업의 특성에 따라 달라질 수 있다.

판례는 사업의 특성상 병원사업과 같이 취업규칙 등에 복장을 엄격하게 관리하는 경우 근무시간 중 지정된 근무복을 입지 않은 것이 징계사유에 해당할 수 있다.¹⁷⁷⁾ 따라서 복장이 엄격하지 않은 사업의 경우 투쟁복·리본 등을 착용하였다도 사업의 정상적 운영을 저해하지 않는 한 정당한 조합활동으로 볼 수 있을 것이다. 노조지시에 따라 노조 조끼를 착용한 대형마트에 근무하는 조합원들의 사업장 출입을 금지한 것을 부당노동행위로 보아 정당한 조합활동으로 인정한 노동위원회 결정도 있다.¹⁷⁸⁾

라. 근로자가 아닌 자의 사업장 출입

원칙적으로 사업장 내에서의 조합활동은 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약을 따라야 하고, 사용자는 업무상 필요성에 따라 사업장 출입을 제한할 수 있다.

한편, 해고의 효력을 다투고 있는 자는 재심결정 전까지는 근로자가 아닌 자로 해석할 수 없으므로(노동조합법 제2조 제4호 라목 단서) 노조사무실 외에 사업장에 출입할 수 있는지가 문제된다. 노동조합법 제2조 제4호 라목 단서는 노조 조합원의 지위와 관련해서만 적용이 되어야 하므로, 해고의 효력을 다투는 자는 일반 사업장에 출입할 수는 없을 것이다. 하지만 유인물 배포행위는 노조활동에 포함되므로, 해고의 효력을 다투는 자는 적법한 유인물 배포를 위해서라면 그 한도에서 사업장에 출입하는 것도 허용될 가능성이 있다.

20. 선고 2013구합9373 판결

176) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91누4164 판결; 서울행정법원 2013. 10. 10. 선고 2012구합21062 판결

177) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6151 판결

178) 부산지노위 2005. 9. 15. 판정 2005부노54

하급심 판례에서도 조합원들과 함께 해고의 효력을 다투는 자가 사업장에 출입하여 유인물 배포를 한 것도 적법한 유인물 배포행위라고 보았다.¹⁷⁹⁾ 또한, 해당 하급심 판례는 다수의 근로자가 비근로자와 함께 사업장에서 유인물을 배포한 행위와 관련하여, 비근로자는 유인물 배포를 도운 것일 뿐 주도한 것이 아니므로 이것만으로 근로자의 유인물 배포행위가 정당성을 잃지 않는다고 판단하였다.

4. 단체협약

가. 단체협약 적용 관계

비조합원이라고 하더라도 단체협약 존속기간 중 조합에 가입하면 가입시부터 단체협약의 적용을 받게 된다.

그러나 단체협약의 적용을 받는 근로자란, 단체협약에서 당해 조합원을 단체협약의 적용대상으로 예정하고 있어 협약의 적용이 예상되는 사람을 가리키는 것이므로,¹⁸⁰⁾ 단체협약의 적용이 예정되지 않았던 근로자가 단체협약 체결 이후 노동조합에 가입하였다고 하여 당연히 단체협약이 적용되는 것은 아니다.

복수노조 하에서는 기존 노조를 탈퇴하여 다른 노조에 가입한 조합원에 대해, 새로 가입한 노조의 단체협약이 곧바로 적용되는지 여부가 문제되고 있다. 고용노동부는 해당 단체협약 체결 당시 단체협약의 적용이 예상되지 않는 근로자들에 대해서까지 당연히 적용되지 않기 때문에, 단체협약 체결 이후 다른 노조에서 탈퇴하여 신규로 가입한 경우 신규로 가입한 노조의 단체협약을 곧바로 적용받는 것은 아니며, 그 노조가 단체협약을 갱신했을 경우야 비로소 새로 가입한 노조의 단체협약이 적용된다고 한다. 다만 기존 노조를 탈퇴한 후 새로 가입한 노조의 단체협약을 적용 받기까지는 기존 단체협약(이전에 소속한 노조의 단체협약을 말함)에 따른 근로조건(규범적 부분)은 근로계약의 내용으로 계속 적용된다고 할 것이다.¹⁸¹⁾

179) 서울행정법원 2014. 3. 20. 선고 2013구합9373 판결

180) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다76713 판결

181) 노사관계법제과-2085, 2012. 7. 12.; 고용노동부, 복수노조 세부지도방안, 2011. 7., 15면.



나. 단체협약의 조합가입범위

단체협약에서 노사간 합의로 조합원 가입자격을 제한하는 것이 유효한지가 문제인데, 판례는 단체협약에서 노사간의 상호 협의에 의하여 규약상 노동조합의 조직 대상이 되는 근로자의 범위와는 별도로 조합원이 될 수 없는 자를 특별히 규정하는 것은, 일정 범위의 근로자들에 대하여 위 단체협약의 적용을 배제하고자 하는 취지 즉, 단체협약의 적용범위를 규정한 것으로 해석하고 있다.¹⁸²⁾ 이와 같이 단체협약상의 조합가입 범위는 단체협약의 적용범위를 정한 것이므로, 노동조합은 단체협약에 비조합원의 범위를 정한 것을 이유로 규약상 조직범위에 포함되는 근로자의 가입을 거부할 수 없을 것이다.¹⁸³⁾

다. 단체협약을 비조합원에게 적용하기로 한 합의

행정해석은 “노사가 체결한 단체협약은 노동조합법 제35조에 따라 일반적 구속력의 요건에 해당되는 것은 별론으로 하고, 단체협약의 내용 중 ‘근로조건에 관한 규범조항’을 비조합원에게 적용하기로 정하였더라도 이러한 노사간 협정은 제3자의 권리·의무를 정한 것으로서 그 효력이 인정되지 않는다”는 입장이다.¹⁸⁴⁾

따라서 일반적 구속력의 적용범위에 해당하지도 않는 비조합원(예를 들어 단체협약상 조합가입 범위는 팀장급 미만으로 되어 있는 경우에는 팀장급 이상의 직원이 이에 해당된다)에 대해서도 단체협약이 적용된다는 노사합의가 있다고 하더라도 팀장급 이상 직원들에게 당연히 단체협약이 적용되는 것은 아니다.

5. 단체교섭

가. 단체교섭 대상

판례는 노동조합의 구성원인 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항이 단체교섭 사항에

182) 대법원 2004. 1. 29. 선고 2001다5142 판결

183) 노조 01254-455, 2000. 5. 31.

184) 노사관계법제과-2975, 2007. 9. 13.

해당한다고 판단하고 있다.¹⁸⁵⁾

그러나 정리해고나 사업조직의 통폐합, 공기업의 민영화 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다.¹⁸⁶⁾ 다만, 판례는 정리해고에 관하여 노조와 사전 합의를 하도록 규정한 단체협약의 조항의 해석과 관련하여, 정리해고의 실시 여부가 비록 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사정이라는 점만으로 사전 ‘합의’를 사전 ‘협약’으로 해석할 수 없다고 하여 그 유효성을 인정하고 있다.¹⁸⁷⁾

나. 교섭창구단일화 절차

노동조합은 단체협약이 있는 경우 그 유효기간 만료일 이전 3개월이 되는 시점부터 사용자에게 노조 명칭, 교섭 요구한 날 현재의 조합원 수 등을 기재하여 서면을 제출하여 교섭을 요구할 수 있다(노동조합법 시행령 제14조의2).

사용자는 교섭요구가 있으면 노동조합법 시행령에서 규정하는 방법으로 공고 등을 통해 교섭대표노동조합을 확정해야 한다.

한편, 사업(장)에 단수노조가 교섭창구단일화절차를 거친 경우 교섭대표 노동조합의 지위를 가지는지 문제가 된다. 최근 대법원은 단수노조 사업장에서 사용자가 단수노조를 교섭요구노동조합으로 확정 공고한 이후 노동조합법에서 정한 교섭창구단일화 절차가 진행되었다고 볼 수 없으므로 단수노조의 경우 교섭대표노조로서의 지위가 인정되지 않는다고 판단하였다.¹⁸⁸⁾

또한, 단수노조의 경우에 교섭요구가 있으면, 사용자는 교섭요구 사실을 요구해야 하는지가 문제된다. 하급심 판례 중에는 교섭요구 사실 공고제도가 복수노조가 있을 때만 적용된다고 한다면, 복수노조의 존재가 명확하지 않은 상태에서 그에 관한 사용자

185) 대법원 2003.12.26. 선고 2003두8906판결.

186) 대법원 2006.5.12. 선고 2002도3450판결, 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005두3608 판결

187) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결. 다만, 위 판결에서는 비록 단체협약에 이처럼 사전합의조항을 두고 있다고 하더라도 사용자의 인사권이 어떠한 경우라도 노동조합의 동의나 합의가 있어야만 행사할 수 있는 것은 아니고, 노동조합이 사전합의권을 남용하거나 스스로 사전합의권의 행사를 포기하였다고 인정되는 경우에는 사용자가 이러한 합의 없이 한 인사처분도 유효하다고 보아야 한다고 판단하였다.

188) 대법원은 1심(서울행정법원 2015. 7. 23. 선고 2015구합50146 판결), 2심 판결(서울고등법원 2016. 1. 22. 선고 2015누54690 판결)을 그대로 인정하여 심리불속행 기각판결을 하였다.



의 주관적인 인식에 따라 교섭요구 사실 공고 여부가 좌우될 수 있게 되어 집단적 노동관계의 법적 안정성이 현저히 침해될 우려가 있고, 경우에 따라서는 사용자가 이를 악의적으로 이용할 여지도 있다는 것을 근거로 교섭요구 사실을 공고해야 한다고 판단한 사례가 있다.¹⁸⁹⁾ 그러나 단수노조가 교섭창구단일화 절차를 거쳐도 교섭대표노조 지위를 갖지 못한다는 대법원 판결이 선고된 이상 사업장에 단수노조가 있을 때 교섭창구단일화 절차를 거쳐야 할 필요는 없다고 판단된다.

6. 쟁의행위

가. 쟁의행위 정당성 한계

근로자의 쟁의행위가 정당하기 위해서는 우선 절차적으로 적법해야 한다. 노동조합법은 쟁의행위가 발생한 때 근로자는 사용자에게 서면으로 통보할 것을 요구하고, 조정절차를 거치도록 규정하고 있다(노동조합법 제45조). 그러나 판례는 서면통보를 위반하더라도 별척이 없고, 서면통보가 노동쟁의의 효력요건은 아니라고 판단하고 있으므로,¹⁹⁰⁾ 서면통보를 위반하더라도 근로자의 쟁의행위가 위법하게 된다고 보기는 어렵다.

또한, 판례는 조정절차를 거치지 않은 쟁의행위라고 하더라도 무조건 정당성이 결여된 것으로 볼 것이 아니라, 그 위반행위로 말미암아 사회·경제적 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않는 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래할 우려가 있는지 등에 따라 정당성 유무를 판단해야 한다고 하면서, 해당 사건에서는 업무방해죄에 해당하지 않는다고 판단하였다.¹⁹¹⁾ 그러나 조정 전치 규정을 위반할 경우 형사책임을 부담하므로(노동조합법 제91조), 위 판례와 같이 업무방해죄에 해당하는지 여부는 별도로 하더라도 위법한 쟁의행위로서 징계대상이 되고 민사상 손해배상의 책임을 부담한다고 보는 것이 타당할 것이다. 참고로, 판례 역시 노동위원회의 조정을 거치지 않은 안전운전투쟁에 대해 여러 사정을 종합하여 쟁의행위가 위법하다고 판단하였다.¹⁹²⁾

189) 서울고등법원 2014. 3. 19. 선고 2013누16175 판결(이 판결은 상고하지 않아 확정되었다)

190) 광주지방법원 2010. 11. 17. 2010노2360 판결

191) 대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4812 판결

192) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2011도468 판결. 다만, 위 판결에서는 해당 쟁의행위가 노동위원회 조정을 거치지 않은 점 외에도 목적의 정당성이 인정되지 않는 등 다른 문제점들이 존재했었고, 그 쟁의행위가 위법하지만 업무방해죄는 성립하지 않는다고 판단했다.

절차적 정당성과 관련하여, 쟁의행위를 하기 위해서는 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수 찬성이 있어야 한다(노동조합법 제41조 제1항). 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 과반수 찬성이라는 절차를 위반한 쟁의행위는 원칙적으로 위법하고, 이와 같은 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 없는 한 위법하다.¹⁹³⁾

한편, 쟁의행위의 실제적 정당성과 관련하여 쟁의행위의 목적에 대해서는 논란이 많은 지점이다. 원칙적으로 쟁의행위는 근로자의 근로조건, 경제적·사회적 지위향상을 위해 노·사간의 자치적인 교섭을 조성하는 것을 그 목적으로 해야 한다.¹⁹⁴⁾ 따라서 경영권·인사권의 본질적 사항인 경영상 해고, 사업조직통합, 합병·분할, 영업양도 등은 쟁의행위의 목적이 될 수 없다.¹⁹⁵⁾ 판례도 공공기관 선진화 정책 반대 등 구조조정 실시 그 자체를 저지하는데 주목적이 있었던 쟁의행위는 위법하고,¹⁹⁶⁾ 구내식당 외주화 반대·정원 감축 철회 등 사용자의 경영권에 속하는 사항을 주장하면서 정상적인 열차운영을 방해하여 지연운행케 한 행위는 정당한 쟁의행위로 볼 수 없다고 판단하였다.¹⁹⁷⁾

나. 쟁의행위 유형

쟁의행위의 유형은 파업, 태업, 보이콧, 준법투쟁, 직장점거, 직장폐쇄 등이 있다.

태업이란 형식적으로 근로를 제공하지만 불성실하게 근로함으로써 작업능률을 저하시키는 행위 즉, 근로를 불완전하게 제공하는 행위를 말한다. 최근 판례는 태업의 경우 근로제공이 일부 정지되는 것이므로 무노동무임금 원칙이 적용되어 사용자가 태업기간에 상응하는 임금을 삭감할 수 있다고 판단하였다.¹⁹⁸⁾

보이콧(불매운동)이란 사용자 또는 그와 거래관계에 있는 제3자에 대해 상품구입 또는 시설·서비스이용을 집단적으로 거부하거나 근로계약체결을 거부할 것을 호소하는 쟁의행위이다. 판례는 사용자의 매장에서 쇼핑 중인 고객에게 사용자의 물건을 구매하지 말라고 한 행위에 대해 법원은 업무방해라고 판단한 바 있다.¹⁹⁹⁾

193) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 판결

194) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 판결; 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013도875 판결 등

195) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도687 판결

196) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013도875 판결; 서울행정법원 2013. 6. 4. 선고 2012구합35726 판결

197) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2011도468 판결

198) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다39946 판결

199) 서울고등법원 2004. 1. 15. 선고 2002누11976 판결



준법투쟁이란 법령, 단체협약, 취업규칙 및 근로계약을 평소보다 엄격히 지킴으로써 업무의 능력이나 실적을 떨어뜨려 자신의 주장을 받아들이도록 사용자에게 압력을 가하는 집단행동을 말한다. 구체적으로 연장근로 거부, 집단휴가사용, 안전보건투쟁 등이 있다. 최근 대법원 판결(형사)는 업무관련 규정을 지나치게 철저히 준수하는 방법으로 열차가 10분에서 46분간 지연 운행되도록 한 행위를 쟁의행위로 판단하였다.²⁰⁰⁾

직장점거는 근로자들이 파업을 하면서 사용자의 의사에 반해 사업장, 공장 등 회사 내에서 퇴거하지 않고 장시간 체류하는 보조적 쟁의행위이다. 판례는 직장점거와 관련하여 그 점거의 범위가 직장 또는 사업장시설의 일부분이고 사용자 측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않는 병존적인 점거에 지나지 않을 때에는 정당한 쟁의행위이지만, 직장 또는 사업장시설을 전면적·배타적으로 점거하여 조합원 이외의 자의 출입을 저지하거나 사용자 측의 관리지배를 배제하여 업무의 중단 또는 혼란을 야기케 하는 것과 같은 행위는 위법하다고 판단한다.²⁰¹⁾ 하지만 노동조합법은 생산시설이나 주요업무시설의 점거를 금지하고 있으므로(노동조합법 제42조 제1항), 생산시설이나 주요업무시설의 경우에는 부분적·병존적 점거라도 정당성을 인정받기 어려울 것이다.²⁰²⁾ 판례는 사용자가 제3자와 공동으로 관리·사용하는 공간을 사용자에게 대한 쟁의행위를 이유로 관리자의 의사에 반하여 침입한 경우(부분적·병존적 점거일지라도) 제3자의 명시적 또는 추정적 승낙이 없는 이상 위 제3자에게까지 이를 정당행위라고 하여 주거침입의 위법성이 조각된다고 볼 수 없다고 판시하였다.²⁰³⁾

직장폐쇄란 근로자들의 쟁의행위에 대항하여 근로자의 노무 제공을 거부하고 임금을 지급하지 않음으로써 근로자에게 압박을 가하려는 사용자측의 쟁의행위이다. 직장폐쇄는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 가능하고, 미리 행정관청 및 노동위원회에 각각 신고해야 한다(노동조합법 제46조). 직장폐쇄는 근로자의 쟁의행위로 인해 노사간에 힘의 균형이 깨어져 사용자가 현저히 불리한 압박을 받아 이를 대항하기 위한 방어수단으로서 상당성이 인정되어야 정당하다.²⁰⁴⁾ 최근 대법원은 직장폐쇄의 개시 자체는 정당하더라도 어느 시점 이후에 근로자가 쟁의행위를 중단하고 진정으로 업무에

200) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2011도468 판결

201) 대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도5204 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도9963 판결

202) 고용노동부, 집단적 노사관계 업무매뉴얼, 270쪽

203) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도5008 판결

204) 대법원 2000. 5. 26. 선고 98다34331 판결, 전주지방법원 2013. 8. 21. 선고 2012가합5734 판결

복귀할 의사를 표시한 이후에도 직장폐쇄를 계속 유지한 것을 위법하다고 판단했다.²⁰⁵⁾

다. 쟁의행위와 가처분

사용자측 가처분의 유형으로는 쟁의행위금지가처분,²⁰⁶⁾ 영업방해금지가처분, 시설물침해금지가처분, 영업장출입금지가처분 등 다양한 형태가 있을 수 있다. 근로자측 가처분의 유형으로는 대체인력투입금지가처분, 직장폐쇄해제가처분, 단체교섭응낙가처분, 조합원지위확인가처분 등이 있을 수 있다.

쟁의행위에 대한 가처분은 민사집행법에 따른 임시의 지위를 정하는 가처분이므로 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위한 것이라는 보전의 필요성이 고도로 소명된 경우만 가능하다.²⁰⁷⁾

단체협약 유효기간 중에 쟁의행위를 하지 않을 소위 ‘평화의무’ 조항이 있는데, 이를 위반하여 쟁의행위를 한 경우 이를 이유로 쟁의행위금지 가처분을 구할 수 있는지가 문제된다. ‘평화의무’를 위반하였다고 해서 쟁의행위의 정당성이 상실되는 것이 아니므로 이를 이유로 한 가처분은 허용되지 않는다는 것이 다수의 견해로 보인다. 하지만 평화의무 위반의 쟁의행위는 사용자로서 더욱 예측하기 어렵고 불측의 손해가 더 커질 수 있으며, 단체협약에 평화의무가 명시된 경우에는 단체협약(양 당사자의 약정)을 근거로 쟁의행위가처분을 인정하는 것이 타당하다고 판단된다.

7. 부당노동행위

노동조합법은 사용자가 근로자나 노동조합에 대해 ① 불이익취급(1호, 5호), ② 비열계약(2호), ③ 단체교섭 거부(3호), ④ 지배·개입 및 운영비 원조(4호) 등을 ‘부당노동행위’로 규정하여 위반시 형사책임을 부여하고 있다(제81조, 제90조).

사용자의 행위가 부당노동행위에 해당한다는 점은 이를 주장하는 근로자나 노조가 입증할 책임이 있는데,²⁰⁸⁾ 이를 입증하는 것이 쉽지는 않다. 따라서 부당노동행위에

205) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2013다101425 판결

206) 가처분의 명칭은 쟁의행위금지가처분이지만 구체적인 내용은 신청취지에 따라 쟁의행위 전체의 중단을 구하거나 쟁의행위 중 특정 행위의 중단을 구하는 것으로 나뉘질 수 있다.

207) 민사집행법 제300조 제2항



해당하지는 여부와 관련하여 논쟁이 많이 되고 있고, 유사한 사실관계에서도 그 결과가 달라지는 경우가 많이 있다.

가. 불이익 취급행위

노조 가입이나 조직 기타 노조 업무를 위한 정당한 행위, 정당한 단체행위 참가 등을 이유로 해고 기타 불이익을 주는 행위를 부당노동행위(불이익취급)로 금지하고 있다(노동조합법 제81조 제1호, 제5호).

특정 근로자가 파업에 참가하였거나 노조활동에 적극적이라는 이유로 해당 근로자에게 연장근로 등을 거부하는 것은 경제적, 업무상 불이익을 주는 행위로서 부당노동행위에 해당할 것이다.²⁰⁹⁾ 하급심 판례는 노조가 ‘게릴라성 파업’을 실시한 것에 대해 생산차질을 우려하여 파업당일과 파업일에 이은 주말에 한시적으로 노조 조합원들에게 연장근로와 휴일근로를 못하도록 하고 대체인력(사무직근로자)을 투입해 생산일정을 맞춘 것은 불이익 취급이 아니라고 판단하였다.²¹⁰⁾ 반면, 그 사안에서 게릴라성 파업을 하여 체육대회에 불참한 노조 조합원들에 대해 무단결근 처리하면서 주휴·연월차수당을 지급하지 않은 것에 대해서는 불이익 취급의 부당노동행위라고 판단하였다.²¹¹⁾ 특히, 무단결근 처리에 따라 징계사유가 적치됨으로써 이를 근거로 한 징계 위험성이 증가한 점도 그 이유로 삼았다는 점을 유의할 필요가 있다.

나. 불공정 고용계약(비열계약)²¹²⁾

(i) 어느 노조에 가입하지 않을 것 또는 (ii) 탈퇴를 고용조건으로 하거나 (iii) 특정 노조의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위를 부당노동행위(불공정 고용계약)로 금지하고 있다(노동조합법 제81조 제2호). 직원을 채용하면서 노조에 가입하지 않을 것을 조건으로 하거나 기존 노조에서 탈퇴할 것을 요구하는 경우가 전형적인 예이다.

208) 대법원 1996. 9. 10. 선고 95누16738 판결

209) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도388 판결

210) 서울고등법원 2014. 9. 5. 선고 2 2013누25988 판결

211) 원심판결(서울행정법원 2013. 8. 13. 선고 2012구합28131 판결)에서는 체육대회에 불참한 조합원들에 무단결근 처리한 것이 부당노동행위가 아니라고 판단하였으나, 항소심에서 변경되었다.

212) Yellow Dog Contract(황견계약)라고 부르기도 한다.

다만, 노조가 당해 사업장 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 그 노조의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약(Union Shop)의 체결을 허용하여, 유니온숍 조항이 있을 때 근로자가 그 노조에서 탈퇴할 경우 회사가 해고해야 한다(제81조 제2호 단서). 다만, 3분의2를 대표하고 있는 노조를 탈퇴하여 새 노조를 조직하거나 다른 노조에 가입한 것을 이유로 불이익을 주지 못하도록 하고 있어서, 유니온숍 조항은 복수노조 허용 이후 실효성을 많이 상실했다.

다. 단체교섭 거부 및 해태

사용자가 정당한 이유없이 교섭을 거부하거나 해태하는 행위를 부당노동행위(단체교섭거부)로 금지하고 있다(노동조합법 제81조 제3호). 사용자는 단체교섭에 성실히 임할 의무를 부담하지만 반드시 단체교섭을 타결해야 하는 것은 아니므로, 정당한 이유가 있는 단체교섭 거부는 부당노동행위에 해당하지 않는다. 단체교섭에 대한 사용자의 거부나 해태에 정당한 이유가 있는지 여부는 노동조합측의 교섭권자, 노동조합측이 요구하는 교섭시간, 교섭장소, 교섭사항 및 그의 교섭태도 등을 종합하여 사회통념상 사용자에게 단체교섭의무를 이행할 것을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라 판단하여야 한다.²¹³⁾ 하급심 판례는 교섭창구 단일화 절차는 노동조합의 사용자에게 단체교섭 요구로부터 시작하게 되므로 복수노조가 존재하는 사업장의 사용자가 교섭대표노동조합과의 단체협약 체결 또는 단체교섭을 거부하거나 해태하는 행위뿐 아니라 교섭대표노동조합을 정하기 위한 교섭창구 단일화 절차를 거부하거나 해태하는 행위 역시 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.²¹⁴⁾

조합원이 사용자 또는 이익대표자에 해당한다는 이유로 단체교섭에 응하지 않은 경우에는 구체적인 사실관계에 따라 사용자의 부당노동행위를 인정한 경우²¹⁵⁾와 부정확한 경우²¹⁶⁾가 나누어 지고 있으므로 유의할 필요가 있다. 노조의 교섭위원 중 해고자가 1명 포함된 것만으로는 교섭거부에 정당한 이유가 있다고 보기 어려울 것이지만,²¹⁷⁾

213) 대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결

214) 서울행정법원 2014. 5. 29. 선고 2013구합51725 판결

215) 청주지방법원 2013. 6. 7. 자 2013카합20 결정

216) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012두18141 판결

217) 노동조합과-975, 2008. 5. 14.



해고된 자가 노조대표자로 선출되어 교섭을 요구하는 경우에는 단체교섭 체결권한이 노조 대표자에게 있으므로 교섭 및 체결권한이 없는 자의 교섭요구를 거부하는 것은 정당한 이유가 인정될 것으로 보인다.²¹⁸⁾

라. 지배개입 및 경비원조

노조를 조직·운영하는 것을 지배 또는 개입하는 행위와 전임자에게 급여를 지원하거나 노조운영비를 원조하는 행위를 부당노동행위(지배·개입, 경비원조)로 금지하고 있다(노동조합법 제81조제 4호). 지배·개입 유형의 부당노동행위와 관련해서는 사용자의 언론자유와 충돌하는 경향이 많다. 즉, 사용자는 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통해 의견을 표명할 수 있는 언론의 자유를 가지는 것은 당연하지만, 그 상황, 장소, 내용, 방법, 노조 운영이나 활동에 미친 영향 등을 종합하여 노조 조직·운영을 지배하거나 개입하는 의사가 인정되면 부당노동행위가 된다.²¹⁹⁾ 대법원은 이를 보다 명확히 하여 ‘사용자가 노조활동에 대해 단순히 비판적 견해를 표명하거나 근로자를 상대로 집단 설명회를 개최하여 회사의 입장을 설명하고 파업이 예정된 상황이라도 파업의 정당성·적법성 여부 및 파업이 회사나 근로자에게 미치는 영향 등을 설명하는 행위는 거기에 (i) 징계 등 불이익의 위협 또는 이익제공의 약속 등이 포함되어 있거나 (ii) 다른 지배·개입의 정황 등 (iii) 노조의 자주성을 해칠 요소가 연관되어 있지 않는 한 쉽게 사용자에게 부당노동행위 의사를 인정해서는 안된다’고 판단하였다.²²⁰⁾

최근 헌법재판소는 노동조합법 제81조 제4호 중 ‘노동조합의 운영비를 원조하는 행위’에 관한 부분은 노동조합의 자주성이 저해되거나 저해될 위험이 현저하지 않은 경우까지 일체의 운영비 원조행위를 금지하여 단체교섭권을 침해하므로 헌법에 합치되지 않는다고 결정했다.²²¹⁾ 최근 대법원은 근로시간 면제자가 면제받은 근로시간이 동일한 호봉의 근로자들이 제공하는 근로시간보다 많고, 지급받은 급여 및 상여의 합계액이 평균 급여 및 상여의 합계액을 초과하는 경우, 근로시간 면제자에 대한 급여 지급이 과다하여 부당노동행위에 해당한다고 판단했다.²²²⁾

218) 노동조합과-1632, 2008. 7. 18.

219) 대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결

220) 대법원 2013. 1. 10. 선고 2011도15497 판결

221) 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2012헌바90 결정

IV. M&A와 노동 문제

1. 서론

가. 실사 단계에서 주요 쟁점사항

법률실사 과정에서 주로 검토하게 되는 주요 쟁점사항은 노동조합 유무, 단체협약에서 M&A 관련 조항 존재 유무, M&A 관련 위로금 주장 여부 등이다.

노동조합이 존재할 경우 M&A 자체에 대해 부정적 입장을 밝히면서 법률실사 자체를 방해하는 등으로 인해 거래가 원활하지 못하는 경우가 많다.

또한, 단체협약에 M&A와 관련하여 노동조합과 합의나 협의를 거치도록 규정한 조항이 있는지를 살펴야 한다.

단체협약에 M&A에 관한 “합의”조항이 있다면 사전에 노동조합과 성실한 합의를 해야 하나, 만약 노동조합이 정당한 이유 없이 합의를 거부하는 경우라면 합의가 없더라도 우선 M&A를 단행해볼 수 있을 것이다. 다만 이 경우 노동조합의 가처분 제기 가능성²²³⁾에 유의하여야 한다.

그 외에도 노동 관련 법령 위반 여부 검토(근로기준법, 노동조합법, 근참법, 산재법, 산업법 등), 임금각종 수당퇴직금 등으로 인해 추가 금전 부담 여부 검토(통상임금, 연장근로수당 등), 하도급(하청) 업체가 있을 경우 불법과건 여부 검토 등을 해야 한다.

나. 협상 및 본 계약 체결 단계

협상 및 본 계약 체결 단계에서는 근로 관계 승계 범위나 구조조정 방안, 노동조합의

222) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2018두33050 판결

223) •분할, 합병, 사업부 공장별 전부 또는 일부 분할매각금지에 관한 단체협약 조항을 근거로 하여 사업부 분할 매각 금지에 관한 노동조합의 가처분을 받아들이고, 다만 그 가처분의 효력기간을 제한한 사례가 있다(2017. 4. 12.자 대구지방법원 서부지원 2017카합5024 결정). •외환은행과 그 주주인 하나금융지주, 노동조합 간의 합의서에 합병 등이 있을 경우 노사간에 “협의”하도록 하는 내용의 조항을 둔 사례에서 위 합의서의 효력에 근거하여 합병 금지에 관한 노동조합의 가처분을 받아들인 사례가 있다(서울중앙지방법원 2015. 2. 4. 자 2015카합80051 결정). 이에 관하여 외환은행과 하나금융지주가 가처분의신청을 하였고 이의신청이 인용되어 가처분 결정은 취소되었다(서울중앙지방법원 2015. 6. 26.자 2015카합80225 결정)



반대나 파업 등에 대응방안, 실사 단계에서 확인된 문제점을 확약(Covenant), 선행조건(Conditions Precedent), 진술 및 보장(Reps and Warranties)²²⁴⁾으로 계약에 반영하고 계약서 문언으로 반영하기 적절치 않은 경우 가격조정 협상을 진행한다.

최근 M&A와 관련한 위로금 이슈가 많이 문제되는데, 위로금을 누가 지급할지(매도인, 매수인, 대상회사 등), 지급규모, 지급방법(현금, 우리사주주식 등) 등이다. 그리고 지급주체에 따라 세금, 업무상 배임 등의 이슈가 문제될 수도 있다.

2. 합병

합병은 2개 이상의 회사가 그 중 1개 회사(존속회사)를 제외하고 소멸하거나(흡수합병) 전부 소멸하고 새로운 회사를 설립(신설합병)하는 형태이다.

상법은 “합병 후 존속한 회사 또는 합병으로 인하여 설립된 회사는 합병으로 인하여 소멸된 회사의 권리의무를 승계한다”(제235조, 제530조)라고 규정하고 있다. 그런데 노동 이슈에 대해서는 어떤 규정이 적용되는지 분명하지 않다.

가. 합병과 개별적 근로관계

판례는 개별적 근로관계에서도 권리의무가 포괄적으로 승계된다고 본다.²²⁵⁾

합병으로 인해 취업규칙도 승계되는지가 문제되는데, 합병은 권리의무를 포괄적으로 승계하므로 취업규칙 역시 승계된다고 본다. 이로 인해 합병 초기에는 기존에 소속된 집단별로 각 취업규칙이 존재하여 근로조건에 있어서 차이가 발생하므로, 합병 이후에는 전체 근로자에게 적용될 새로운 취업규칙을 작성할 필요가 있다.

224) 진술보장의 사례는 “대상회사의 임직원에 대한 임금, 퇴직금(중간정산하여 지급된 퇴직금 포함), 법정수당 등 보수의 지급은 관련 법률에 따라 적법하게 이루어졌고, 그에 관한 채무는 재무제표에 적절히 반영되어 있으며, 미지급되거나 재무제표에 반영되지 않은 보수 또는 보수 지급 약정은 존재하지 아니한다. 대상회사는 관련 법률에 따라 적법한 퇴직급여 제도를 설정하고 유지하여 왔다. 대상회사는 본 계약 체결일 현재의 대표이사, 이사 또는 감사에 대하여 내부규정에 근거한 퇴직금 외에 본건 거래로 인한 사직과 관련한 특별한 금원의 지급의무를 부담하지 아니한다. 대상회사에 현재 종결 또는 해결되지 아니한 인사 및 노무 관련 소송은 없으며, 별첨에 기재된 사항을 제외하고 매도인이 알고 있는 한 인사 및 노무 관련 소송이나 분쟁이 발생할 우려도 없다” 등이 있다.

225) 대법원 1994. 3. 8. 선고 93다1589 판결, 대법원 2001. 4. 24. 선고 99다9370 판결

나. 합병과 집단적 노사관계

행정해석은 합병으로 인해 노동조합의 지위도 포괄승계된 조합원들의 근로관계와 함께 합병회사에 그대로 승계된다고 본다.²²⁶⁾

단체협약도 승계되는지가 문제되는데, 피합병회사의 단체협약이 그 유효기간까지 존속한다.²²⁷⁾ 다만, 단체협약 유효기간 중이라도 합병 후 중대한 사정변경으로 단체협약 갱신 필요가 있어서 노사 당사자가 합의한 경우에는 새로운 단체협약을 체결할 수 있다.²²⁸⁾

합병의 경우에는 권리의무가 그대로 포괄승계되어 근로조건이 저하되지 않으므로 합병을 이유로 쟁의행위를 할 경우에는 그 정당성이 인정되기 어려울 것이다.²²⁹⁾

3. 분할

분할이란 하나의 회사의 영업이 둘 이상의 회사로 분리되면서 그 영업에 관하여 발생한 권리의무를 신설회사 또는 승계회사에 승계시키는 것을 목적으로 하는 회사의 행위를 말한다. 수개의 사업을 영위하는 회사가 각 영업 및 조직을 분리하여 경영의 효율화를 도모하거나, 위험도가 높은·낮은 사업부문을 분리하여 각 사업 특유의 위험을 분리하여 관리하기 위한 목적에서 이루어진다.

분할의 일반적 효과는 분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 존속하는 회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서 또는 분할합병계약서가 정하는 방법에 따라 승계한다(상법 제530조의10).²³⁰⁾

226) 기업 합병시 존속회사는 소멸회사의 권리의무를 포괄적으로 승계하게 되는 것이므로 노동관계법상 발생하는 노사간의 권리의무도 포괄적으로 승계된다고 보아야 할 것임. 귀 질의내용과 같이 노동조합이 조직되어 있지 아니한 “갑”기업이 “을”기업을 흡수합병하는 경우에 달리 볼 사정이 없는 한 “을”기업에 조직된 노동조합은 합병이후에도 계속 존속한다고 보아야 할 것이며 단체협약도 그 유효기간 동안 효력이 지속된다고 보아야 할 것임(1998. 6. 30., 노조01254-396)

227) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다23185 판결, 2000. 2. 14. 노조 01254-116

228) 2000. 2. 14. 노조 01254-116

229) 경영주체의 기업의 인수, 합병, 휴·폐업 및 일부 부서 폐지결정 등은 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 단체교섭의 대상이 될 수 없고 그 실시 자체를 반대하기 위한 쟁의행위는 정당하지 않다(대법원 1994. 3. 25. 선고 93다 30242 판결, 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도11030 판결)

230) 회사의 분할이 있는 경우에는 분할계획서에 정한 바에 따라 피분할회사의 권리의무는 사법상의 관계나



그러나 상법 기타 노동법령은 개별적·집단적 노사관계가 어떻게 변동되는지에 관하여 구체적인 규정을 두고 있지 않다.

가. 분할과 개별적 근로관계

학설은 당연승계설(상법에 의해 개별 근로자의 동의여부를 불문하고 근로계약관계가 당연 승계), 동의권설(민법 제657조 제1항[사용자는 근로자의 동의 없이 그 권리를 제3자에게 양도하지 못한다]을 근거로 개별근로자들의 동의가 있어야 승계 가능), 거부권설(개별근로자들의 동의 여부를 불문하고 근로계약관계가 원칙적으로 분할회사로 승계되나 거부권을 행사한 근로자의 근로계약관계는 존속회사에 존속)로 나뉘어져 있다.

과거 판례는 근로자의 동의가 있는 경우에만 승계된다는 판례²³¹⁾와 원칙적으로 승계되나 근로자에게 거부할 권리가 인정되며, 이러한 거부권 행사를 위한 상당기간을 부여해야 한다는 판례²³²⁾ 등 개별 사건별로 다른 입장을 취해 왔다.

그런데 대법원은 회사분할에 의한 근로관계의 승계는 원칙적으로 근로자의 동의가 없더라도 신설회사로 승계가 되고, 예외적으로 특별한 사정(해고 제한을 회피하면서 근로자를 해고하기 위한 방편으로 분할이 이용되는 경우)이 있는 경우에는 근로자가 승계에 대해 반대할 수 있다고 판시하였다(즉, 원칙적 당연승계설, 예외적 거부권설).²³³⁾

분할의 경우도 포괄승계 법리가 적용되므로 피분할회사의 취업규칙은 분할회사로 당연 승계된다 할 것이다.

나. 분할과 집단적 노사관계

분할되는 사업부에 독립된 노동조합 또는 노동조합 지부가 설립되어 있으면 승계되고, 피분할회사의 노동조합이 분할되는 사업부 소속 근로자로만 구성되는 특별한 사정이 없다면 원칙적으로 피분할회사의 노동조합은 분할회사로 승계되지 않고 조합원 자격도 유지 되지 않을 것이다.

공법상의 관계를 불문하고 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것을 제외하고는 분할로 인하여 설립되는 회사에게 포괄승계됨 (대법원 2011. 8. 25. 선고 2010다44002 판결)

231) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006다66968 판결

232) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두9796 판결

233) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4282 판결

단체협약의 경우 최근 회사분할에 따른 단체협약의 승계 여부가 쟁점이 된 가치분 결정이 있었다. 즉, 단체협약은 사용자와 노동조합에 일신전속적 성격이 강하므로, 분할계획서에서 단체협약이 승계됨을 명시하지 않는 이상 분할신설회사에 승계되지 않는다고 판단했다.²³⁴⁾

4. 영업양도

영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말한다.

상법은 영업양도와 관련해서 제41조부터 제45조까지 영업양도인의 경업금지 의무, 상호속용 영업양수인의 책임 등 내용을 규정하고 있다.

가. 자산양수도와의 구별

실무에서는 자산양수도과 영업양수도를 구별해야 하는 경우가 많다. 왜냐하면 영업양수도의 경우에는 기존 근로관계가 양수인에게 포괄승계되지만 자산양수도의 경우에는 그렇지 않기 때문이다. 영업양수도과 자산양수도를 구분하는 기준은 (i) 사업목적의 변화 여부, (ii) 기존 근로자의 승계 방식(포괄승계, 퇴사 후 재입사, 공개채용, 기존 근로조건 유지 등), (iii) 핵심 인력 승계 여부, (iv) 생산제품의 동일성, (v) 인수한 자산을 바탕으로 기존 근로자를 투입할 경우 곧바로 동일 제품 생산 가능 여부, (vi) 기타 자산의 승계 방식(영업권, 특허권, 기존 계약, 고객, 계약에 명시되지 않은 자산, 부수적 자산, 부채의 인수 여부) 등이다.²³⁵⁾

234) A노동조합은 B사에서 분할설립된 3개 회사를 상대로, 위 분할된 회사들이 A노동조합과 B사 사이의 기존 단체협약을 그대로 승계함을 전제로 단체협약상 지위보전 가치분을 구함. 법원은 ① 상법 제 530조의9에 따라 연대책임이 인정되는 채무는 금전채무일 것을 전제로 하므로 단체협약상의 의무는 이에 해당되지 않으며, ② 단체협약은 회사의 규모, 조직형태 등에 따라 영향을 받아 사용자와 노동조합에 일신전속적인 성격이 강하므로, 회사의 분할계획서에 단체협약이 승계됨을 명시하지 않는 이상 분할신설회사에 승계되지 않으며, ③ 회사의 분할은 영업양도의 성질을 달리하는 점을 근거로 신청을 기각함(서울중앙지법 2017. 9. 11. 2017카합80551 결정).

235) 대표적인 판례가 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결(영업양수도 부정), 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결(영업양수도 인정)이다.



나. 영업양도와 개별적 근로관계

영업양도는 포괄승계가 원칙이므로 개별적 근로관계도 포괄승계되는 원칙이다.²³⁶⁾

개별 근로자가 영업양도의 경우 근로관계 승계를 거부할 수 있는지가 문제된다. 판례는 근로자가 반대의 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 양도기업에 잔류하거나 양도기업과 양수기업 모두에서 퇴직할 수도 있다고 판단하고 있다.²³⁷⁾ 다만, 분할에 대한 대법원 판결²³⁸⁾이 영업양도에 어떻게 영향을 미칠지 주목할 필요 있다.

다. 영업양도와 집단적 노사관계

영업 전부 양도시 노동조합도 승계된다. 따라서 양수인의 사업장에 노동조합이 복수로 존재하게 되고, 이에 따라 교섭창구를 단일화하여 새로운 단체협약이 체결되거나 그 밖에 양수인과 복수 노동조합 사이의 자율적 조정으로 새로운 단체협약이 체결될 수도 있다. 판례는 영업 전부 양도시 단체협약도 승계된다고 본다.²³⁹⁾

영업 일부만이 양도되는 경우, (i) 양도되는 영업부문에 독립된 노동조합 또는 노동조합 지부가 설립되어 있거나, (ii) 노동조합이 양도되는 영업부문의 소속 근로자로만 구성되는 특별한 사정이 없다면 노동조합은 양수회사로 승계되지 않을 것이라는 견해가 있으나, 판례는 발견되지 않는다. 영업 일부 양도시 양수인에게 단체협약이 승계되지 않으나, 단체협약 중 근로조건에 해당하는 부분은 개별적 근로관계로서의 효력(단체협약 규범적 부분)은 유지된다는 것이 다수 견해이다.

236) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결 참조

237) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결

238) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4282 판결

239) 일반적으로 근로자를 그대로 승계하는 영업양도의 경우에 있어서도 특별한 사정이 없는 한 종전의 단체협약도 잠정적으로 승계되어 존속하는 것이라고 보아야 한다(대법원 1989. 5. 23. 선고 88누4508 판결).

V. 노동 분쟁 절차

1. 개별적 근로관계 분쟁 절차

개별적 근로관계에서 사용자와 근로자 간에 발생하는 분쟁은 징계, 해고, 전보발령 등 인사조치, 임금 등 금전문제 등이다. 이에 대해 다투는 절차는 크게 법원과 노동위원회를 통한 방법이 있다. 그리고 형사절차인 고소고발과 진정절차에 대해 살펴본다.

가. 노동위원회를 통한 구제

사용자로부터 정당한 이유없이 해고·휴직·정직·전직·감봉 기타 징벌(이하 ‘부당해고 등’)을 당한 근로자는 관할 지방노동위원회에 부당해고 등의 구제신청을 할 수 있다. 구제신청은 부당해고 등이 있었던 날로부터 3개월 이내에만 가능하다(근로기준법 제28조). 근로자가 노동위원회에 구제신청을 하면, 서면 공방을 거쳐 심문회의(통상 1회)를 하고 심문회의 당일 저녁 8시에 결과에 대해 각 당사자에게 알려준다(판정서는 심문회의 있는 날로부터 1개월 이내에 제공된다). 심문회의는 원칙적으로 사건 접수일로부터 60일 이내에 열리게 되므로, 신속하게 종결되는 효과가 있다.²⁴⁰⁾ 노동위원회는 사용자가 구제명령을 이행하지 않으면 이행강제금을 부과하는데, 보통 1년에 2회씩 총 4회까지 부과를 한다(근로기준법 제33조).

지방노동위원회의 판정에 대해 불복하는 자는 판정서를 송달받은 날로부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있다. 중앙노동위원회 절차도 원칙적으로는 지방노동위원회와 동일하게 이루어진다.

중앙노동위원회의 판정에 대해 불복하는 자는 판정서를 송달받은 날로부터 15일 이내에 서울행정법원에 행정소송을 제기할 수 있다. 따라서 근로자가 부당해고 등에 대해 노동위원회를 통해 구제신청을 할 경우 사실상 5심(지방노동위원회, 중앙노동위원회, 서울행정법원, 서울고등법원, 대법원)으로 이루어진다.

240) 심문회의는 결정을 내리는 3인의 공익위원과 결정 권한은 없지만 근로자와 사용자에게 심문회의에서 각각 유리하고 불리한 발언을 이끄는 역할을 하는 사용자 위원과 근로자 위원 각 1명이 참석한다. 통상 심문회의는 1시간 정도 이루어지는데, 공익위원과 사용자위원 및 근로자위원이 심문을 하는데, 재판 과정과 달리 상당히 구두답변을 많이 하게 되므로 철저한 준비가 필요하다.



나. 법원을 통한 구제

사용자로부터 부당해고 등을 당한 근로자는 노동위원회가 아닌 법원에 곧바로 소송을 제기할 수도 있다. 예컨대, 부당해고를 당한 경우 근로자는 관할 지방법원에 부당해고무효확인 소송 또는/및 부당해고효력정지가처분을 제기할 수 있다.

또한, 근로자는 노동위원회에 구제신청을 하면서 동시에 또는 중앙노동위원회 재심판정 이후에 부당해고 등에 대해 소송을 제기하는 경우도 있다. 이런 경우 서울행정법원에서는 중앙노동위원회의 재심판정에 대해 판단을 하면서 동시에 부당해고무효확인 소송이 지방법원에서 진행되게 된다.

그 외에도 근로자는 임금체불 등에 대해 지방노동청에 진정을 제기하거나 형사고소를 할 수도 있다.

2. 집단적 노사관계 분쟁 절차

가. 노동위원회

사용자의 부당노동행위로 인해 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 구제신청을 할 수 있다. 구제 신청은 부당노동행위가 있는 날(계속하는 행위는 그 종료일)부터 3월 이내에 해야 한다(노동조합법 제82조).

또한, 교섭대표노동조합과 사용자가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합 또는 그 조합원에게 합리적 이유 없이 차별을 하는 경우, 차별 행위가 있는 날로부터 3개월 이내에 교섭창구단일화 절차에 참여한 노동조합은 노동위원회에 ‘공정대표의무 위반 시정신청’을 할 수 있다(노동조합법 제29조의4).

그 외에도 교섭창구단일화 절차 과정에서 교섭요구 사실, 조합원 수 등에 이의가 있는 경우 노동위원회에 이의신청을 할 수 있다.

나. 법원

부당노동행위로 해고를 당한 근로자는 법원에 해고무효확인 소송을 제기하면서 부당노동행위를 주장하여 권리구제를 받을 수 있다. 다만, 근로자가 해고 등의 불이익 처분이

부당노동행위에 해당한다고 주장하여 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하여 그 구제절차가 진행 중에 자신이 별도로 사용자를 상대로 제기한 ‘해고 등 무효확인소송’에서 청구기각 판결이 확정된 경우에는 사용자의 근로자에 대한 불이익 처분이 정당한 것으로 인정되었으므로, 노동위원회에 대한 구제신청은 구제이익이 소멸한다.²⁴¹⁾

또한, 노동조합은 사용자가 단체교섭을 제대로 응하지 않는 경우 단체교섭응낙가처분을 제기할 수 있다.

반면, 사용자도 노동조합의 불법 쟁의행위에 대해 각종 가처분을 제기할 수 있다. 예컨대, 노동조합이 생산시설을 불법적으로 점거한 것에 대해 업무방해금지가처분, 당해 기업과 무관한 상급단체 관련자가 사업장에 출입하는 것에 대해 출입금지가처분, 노동조합의 무분별한 명예훼손 행위에 대해 비방행위중지가처분(집회금지가처분), 불법쟁의행위에 대해 쟁의행위 금지 가처분 등을 제기할 수 있다. 그 외에도 불법행위에 대해 손해배상 청구소송도 가능하다.

3. 진정고소고발 절차

가. 진정 사건의 경우

진정이란, 근로자가 사업주의 근로기준법 위반사항을 근로감독관에게 알리고 관련조치를 취해줄 것을 요구하는 행위이다. 근로감독관은 노동관계법령 위반의 죄에 관하여 사법경찰관의 자격으로 근로자의 진정사건에 대해 근로자와 사용자를 조사한다(근로기준법 제105조).

근로자가 노동청에 진정을 제기하면 담당 근로감독관은 진정인(근로자)과 피진정인(사용자)에게 출석요구를 하게 되고, 양 당사자의 출석 하에 사실관계를 조사한다. 피의자신문 등 당사자의 출석이 불가피한 경우를 제외하고는 대리인의 출석을 허용하며, 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 통상 1회의 출석으로 관련 업무를 마무리한다(근로감독관집무규정 제8조 제3항, 제7항).

근로감독관은 진정사건의 조사결과 법 위반사실이 확인되면 근로감독관 직무규정 별표 3, 4²⁴²⁾의 위반사항 조치기준에 따라 처리한다. 예컨대, 체불임금 사건의 경우

241) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6151 판결



근로감독관은 사용자에게 임금대장 등 관련자료 제출을 요구하여 미지급된 임금이 있는지 여부 및 그 액수를 확인한 후, 연장·야간·휴일근로수당 미지급 사실이 확인되면, 14일 이내 지급할 것을 명한다. 사용자가 이를 기한 내에 시정하지 않으면 범죄로 인지하여 기소의견으로 검찰에 송치한다.

진정사건은 접수한 날로부터 25일 이내에 처리하는 것이 원칙이다(근로감독관 집무규정 제42조).

나. 고소·고발 사건의 경우

고소·고발 사건의 경우 조사절차는 대부분 진정사건과 동일하나 일부 중요한 차이점이 있다.

진정의 경우 피진정인(대표이사)이 대리인(회사 임원, 담당 관리직원 등)을 통해 대리인조사를 받게 하는 것도 가능하지만 고소·고발의 경우에는 피고소인에 대한 직접조사가 원칙이다.

고소·고발이 접수되면 진정이 제기된 경우와 달리 민원사무처리부뿐만 아니라 범죄사건부에도 그 사실을 기재하며, 감독관은 범인과 범죄사실을 수사하고 그에 관한 증거를 수집해야 할 의무가 있다. 고소·고발사건은 접수일로부터 2개월 이내에 수사를 완료하여 검찰에 송치하여야 하고, 그 기간 내에 수사 완료가 불가능하면 검사로부터 수사기간의 연장 지휘를 받아야 한다(근로감독관 집무규정 제42조). 즉, 고소·고발 사건의 경우 감독관은 사용자가 위법사황을 시정하였다고 하더라도 임의로 내사종결할 수 없다.

242) 별표 3은 개별근로관계법 위반사항 조치이고, 별표 4는 집단노소관계법 위반사항 조치기준이다.

Ⅵ. 기타

1. 참고서적, 자료 찾기

근로기준법과 관련하여 참고할 대표적인 서적은 노동법실무연구회가 발간한 ‘근로기준법 주해’(I, II, III)이고,²⁴³⁾ 노동조합법과 관련하여 참고할 대표적인 서적도 노동법실무연구회가 발간한 ‘노동조합 및 노동관계조정법 주해’(I, II, III)이다.²⁴⁴⁾ 위 두 주해서는 근로기준법과 노동조합법의 거의 유일한 주석서로서 아주 상세하고 상당히 수준 높은 내용이 담긴 실무서이다. 다만, 발간된 시기가 오래 되어서, 변경된 법률과 판례가 반영이 되어 있지 않으므로 유의해야 한다.

이 주해서보다 좀 더 쉽고 일반적으로 작성된 교과서는 김형배 교수가 작성한 ‘노동법’, 임종률 교수가 집필한 ‘노동법’, 하갑래 교수가 집필한 ‘근로기준법’, ‘집단적 노동관계법’ 등이 있다.

그리고 행정해석과 최근 노동 판례가 가장 잘 정리된 웹사이트는 이레이버(elabor.co.kr)이다. 유료회원 가입이 필요하지만, 제대로 노동업무를 하기 위해서는 이레이버를 이용하는 것이 사실상 필수적이다. 그리고 중앙경제가 매월 발간하는 ‘노동법률’ 역시 최신 판례부터 실무자들의 다양한 칼럼들이 있어서 업무에 상당한 도움이 될 것이다.

2. 고용노동부 업무편람(지침)

고용노동부가 업무편람(지침)들을 많이 작성하는데, 그 성격은 행정해석 정도가 될 것이다. 이 업무편람들은 대부분 기존 판례와 행정해석을 요약 정리하고 있어서 실무에 도움이 된다.

다만, 최근 고용노동부가 발간한 ‘공정인사지침’, ‘취업규칙 해석 및 운영지침’은 모두

243) 박영사, 2012년판

244) 박영사, 2015년판



폐기한 상태이다.

고용노동부가 발간한 지침 중 참고할 만한 목록은 아래와 같다.

- 근로시간: 노동시간단축가이드(2018. 6.), 개정 근로기준법 설명자료(2018), 유연 근로시간제 가이드(2018. 6.), 체계적인 유연근무제 도입 운영을 위한 매뉴얼(2018)
- 직장 내 성희롱 예방, 대응 매뉴얼(2017. 11.)
- 집단적 노사관계 업무매뉴얼(2016. 9.)
- 사업(사업장) 단위 복수노조 업무매뉴얼(2010. 11.)
- 근로감독관 직무규정(2018. 7.)
- 노동조합 및 노동관계조정법 질의회시 모음집(2013. 2.)
- 노사협의회 운영매뉴얼(2011. 6.)

고용노동부가 작성한 업무편람은 아래 사이트에서 확인할 수 있다.

<http://www.moel.go.kr/local/seoul/info/policydata/list.do>

제7절 개인정보보호

윤종수 변호사(법무법인(유한) 광장)

1. 개인정보보호 법제

가. 개관

- (1) 국내 개인정보보호 법제는 일반법인 개인정보보호법과 특별법이라 할 수 있는 다수의 개별법들이 존재한다. 일반적으로는 일반법이 먼저 입법된 후 특정 영역의 특수한 사정을 고려해서 이를 보완하는 개별법이 입법되는 것이 보통인데, 국내의 개인정보보호 법제는 일반법이 존재하지 않은 상태에서 각 개별법들이 먼저 입법되고 뒤늦게 일반법인 개인정보보호법이 입법 시행됨으로써 각 법률 상호간의 체계적 부정합성과 중복 규제의 문제점이 지적되어 왔다.
- (2) 게다가 국내 개인정보보호 법제는 상대적으로 엄격한 규제 틀을 갖고 있는 것으로 평가되고, 위반 행위에 대해 민사·행정 책임뿐만 아니라 광범위한 형사책임을 규정하고 있으며, 대규모 개인정보유출 사태가 반복되면서 그 정도가 강화되고 있어 특별한 주의가 필요하다.
- (3) 따라서 수범자인 기업은 해당 사업영역과 관련된 적용 법률이 무엇인지 파악하고, 각 법률규정의 체계적인 해석과 그에 따른 컴플라이언스 체계를 마련할 필요가 있다. 본 편람에서는 개인정보보호법을 기본으로 기술하되 특별히 언급할 만한 규정이 있는 경우 타 법률의 내용을 부기하였다.²⁴⁵⁾

245) 이하 ‘법’이라고만 기재한 경우는 개인정보보호법을 의미한다.



나. 주요 법률

(1) 개인정보보호법 ²⁴⁶⁾

2011년에 제정된 개인정보보호에 관한 일반법으로서 민간, 공공 부문 등 모든 개인정보처리자와 정보주체에 적용된다. 본 법에 의하여 개인정보보호에 관한 사항을 심의·의결하는 개인정보보호위원회가 설립되었고, 행정안전부가 집행을 담당하고 있다.

(2) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’)²⁴⁷⁾

정보통신서비스제공자(전기통신사업법 제2조제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자)의 이용자의 개인정보에 대한 처리에 적용된다. 방송통신위원회가 감독기관이다.

(3) 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률(이하 ‘신용정보법’)²⁴⁸⁾

신용정보회사 등(신용정보회사, 신용정보집중기관 및 신용정보제공·이용자)의 개인신용정보(신용정보 중 개인의 신용도와 신용거래능력 등을 판단할 때 필요한 개인정보로서 동법 시행령 제2조에서 정하는 정보를 말한다)에 대한 처리에 적용된다. 감독기관은 금융위원회이다.

(4) 기타

위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률, 통계법, 공공기관의 정보공개에 관한 법률, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률, 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률, 전자금융거래법, 통신비밀보호법 등이 있다.

다. 법률의 적용 기준

(1) 개인정보보호에 관하여는 일반법인 개인정보보호법이 적용됨을 원칙으로 하나

246) 개인정보보호법 해설서 참조

https://www.privacy.go.kr/cmm/fms/FileDown.do?attachFileId=FILE_000000000827606&fileSn=0&nttId=7603&toolVer=&toolCntKey_1=

247) 온라인 개인정보처리 가이드라인 참조

<http://www.kcc.go.kr/download.do?fileSeq=47077>

248) 금융분야 개인정보보호 가이드라인 참조

http://www.fss.or.kr/download_bbs?bbsid=1384406016259&fidx=1488176549074

개별법에 개인정보보호법의 내용과 다른 특별한 규정이 있는 경우에는 해당 법률의 규정이 우선 적용된다(법 제6조).

- (2) 특별한 규정의 존재 여부는 개별법의 목적, 취지 등을 전반적으로 고려해서 개인정보보호법의 적용을 배제한 의도가 분명하다고 인정되는 경우 또는 개인정보보호법의 규정을 그대로 적용할 경우 개별법과 사이에 모순이 발생하거나 불합리한 상황 또는 왜곡된 결과가 발생하는 경우 개별법 규정이 적용된다.

2. 개인정보 및 개인정보처리자의 정의

가. 개인정보

(1) 살아있는 개인에 관한 정보

- (가) 살아있는 자연인에 관한 정보만 해당한다. 따라서 법인의 정보나 개인사업자의 사업체의 운영과 관련한 정보는 원칙적으로 개인정보에 해당하지 않으나, 법인의 임원이나 직원의 정보들은 경우에 따라서는 개인정보에 해당할 수 있다.
- (나) 정보의 형태나 내용은 아무런 제한이 없다. 정보주체와 관련이 있는 한 객관적 사실 뿐만 아니라 그에 대한 주관적 평가도 포함되고, 개인의 내밀한 영역에 속하는 정보 외에 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다.

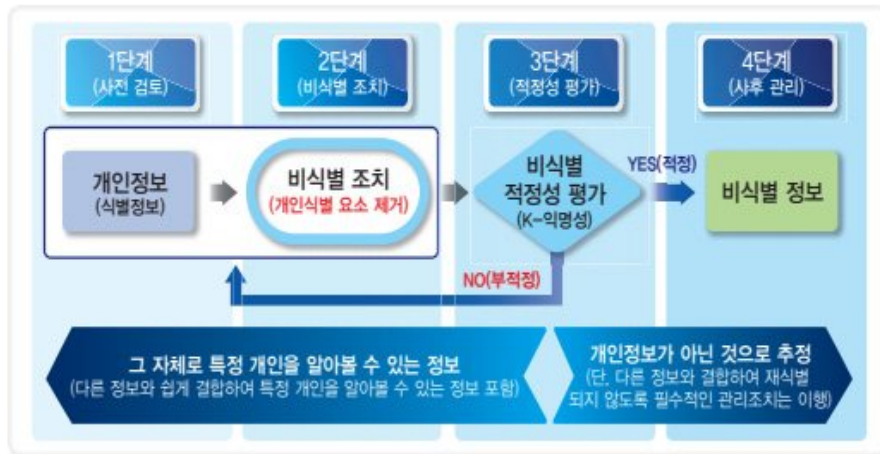
(2) 식별정보

- (가) 개인을 알아 볼 수 있는 개인식별성이 있는 정보이어야 한다. 신용정보법에서 정의하는 개인신용정보에는 식별성에 관한 언급이 없으나 역시 개인을 알아 볼 수 있을 것을 전제로 하고 있다고 해석된다.
- (나) 개인식별성이란 해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 '다른 정보와 쉽게 결합하여 알아 볼 수 있는 것'을 포함하므로 식별된(identified) 정보뿐만 아니라 식별가능성 있는(identifiable) 정보도 포함된다.
- (다) 쉽게 결합할 수 있다는 것은 결합에 필요한 정보에 합법적으로 접근하여 입수할 수 있고, 현재의 기술수준을 고려하여 비합리적인 비용이나 노력 없이 결합이

가능한 경우를 의미한다.

(3) 비식별 조치 가이드라인

- (가) 국무조정실, 행정자치부, 방송통신위원회, 금융위원회, 미래창조과학부, 보건복지부는 2016. 6. 30. ‘개인정보 비식별 조치 가이드라인’을 발표한 바 있다.²⁴⁹⁾ 사업자의 경우 개인정보보호 뿐만 아니라 개인정보 활용의 필요성이 클 수밖에 없는데, 이를 뒷받침하기 위하여 개인정보처리자가 개인정보를 비식별 조치하여 이용 또는 제공하려고 할 경우 준수하여야 하는 기준을 정하고 있다.
- (나) 개인을 식별할 수 있는 요소를 전부 또는 일부를 삭제하거나 대체하는 등의 비식별 조치(가명처리, 총계처리, 데이터삭제, 데이터범주화, 데이트 마스킹)를 한 후, 비식별조치 적정성 평가단에 의한 평가를 거치도록 하였다.



[그림 1] 비식별 조치 및 사후 관리절차

- (다) 비식별 처리된 정보집합물 간의 결합·분석은 동일한 알고리즘을 적용하여

249) 자세한 내용은 아래 링크 참조
https://www.privacy.go.kr/cmm/fms/FileDown.do?atchFileId=FILE_000000000821178&fileSn=1&nttId=7187&toolVer=&toolCntKey_1=

산출한 식별자를 임시대체키로 사용하여 지정된 전문기관에서 수행한 후 결합 DB를 필요한 기업에게 제공한다.

- (라) 개인정보처리의 적법성을 일응 뒷받침하나 가이드라인이라는 형식의 한계상 확실한 법적 효력을 담보하지 못하는 데다가, 정보결합물의 무단 결합을 이유로 시민단체의 고발이 있는 등 가이드라인의 법적 근거에 대한 의문이 제기된 바 있으므로 가이드라인의 적용에 신중을 기할 필요가 있다.

나. 개인정보처리자

- (1) 개인정보보호법은 ‘업무를 목적’으로 ‘개인정보파일을 운영’하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 법인, 단체 또는 개인 등에 적용된다.
- (2) ‘업무’라 함은 직업상 또는 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무나 사업의 일체를 의미하는 것으로 사적인 친분관계를 위한 연락처 정보의 저장 등은 업무에 해당하지 않으나, 보수의 유무나 영리 여부와는 관계가 없으며 단 1회의 행위라도 계속 반복의 의사가 있으면 업무로 볼 수 있다. 영리 목적에 한정하는 정보통신망법이나 신용정보를 영업에 이용하는 경우에 한하는 신용정보법과 다르다.
- (3) 개인정보파일은 개인정보를 쉽게 검색할 수 있도록 일정한 규칙에 따라 체계적으로 배열하거나 구성한 개인정보의 집합물(법 제2조 제4호)로서, 수기문서자료의 경우는 체계적인 검색·열람을 위한 색인이 되어 있는 경우에 개인정보파일에 해당한다. 일회적인 문서작성행위는 개인정보파일을 운영하기 위한 것이 아니므로 개인정보처리자에 해당하지 않는다.
- (4) 개인정보처리자의 지휘 감독을 받아 개인정보를 처리하는 자는 ‘개인정보취급자’에 해당한다.



3. 개인정보의 처리

가. 처리의 의미

- (1) 개인정보의 ‘처리’에는 개인정보의 수집, 생성에서부터 연계, 연동, 기록, 저장, 보유, 가공, 편집, 검색, 출력, 정정, 복구, 이용, 제공, 공개, 파기, 그 밖에 이와 유사한 행위가 모두 포함된다.
- (2) 우편배달, 전송 등 다른 사람이 처리하는 정보를 단순히 전달하는 행위는 처리로 보지 않는다. 다만 신용정보법은 신용정보의 배달, 우송, 전송 등의 방법을 통한 제공도 처리의 개념에 포함하고 있다(신용정보법 제2조 제13호).

나. 동의에 의한 수집·이용, 제3자 제공

개인정보처리의 대부분이 동의에 기반을 두고 있으나, 최근 형식적인 동의에 대한 비판이 거세지면서 동의의 원칙과 방식을 제대로 준수했는지를 엄격하게 살펴보는 경향이 있으므로 주의가 필요하다.

(1) 개인정보의 수집·이용

- (가) 개인정보처리자는 정보주체의 자발적인 승낙의 의사표시인 동의를 받아 그 목적에 필요한 최소한의 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집목적 범위에서 이용할 수 있다(법 제15조 제1항, 제16조 제1항).
- (나) 동의를 받을 때에는 동의의 내용과 의미를 명확히 할 수 있도록 ① 개인정보의 수집·이용목적, ② 수집하고자 하는 개인정보의 항목, ③ 개인정보의 보유 및 이용기간, ④ 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우 그 불이익의 내용을 알려야 한다(법 제15조 제2항).

(2) 개인정보의 제3자 제공

(가) 개인정보의 제3자 제공의 의미

- ① 개인정보의 제공이란 개인정보처리자 외의 제3자에게 개인정보의 지배·관리

권이 이전되는 것으로 그러한 이전 없이 개인정보처리자 내부에서 사용하는 이용과 구분된다. 제3자에게 DB 접속을 허용하여 열람하게 하는 것도 제공에 해당한다.

- ② ‘제공’은 제공받는 자의 업무를 처리할 목적 및 이익을 위해서 개인정보가 이전된다는 점에서, 개인정보처리자의 업무를 처리할 목적으로 개인정보가 제3자(수탁자)에게 이전되는 ‘업무위탁’과 구분된다. 업무위탁에 의한 개인정보처리는 법에서 정한 사항을 포함한 문서에 의하고 동의나 고지를 하면 충분하고 정보주체의 동의는 필요 없다(법 제26조). 정보통신망법은 정보통신서비스의 제공에 관한 계약을 이행하고 이용자 편의 증진 등을 위하여 필요한 경우를 제외하고는 모두 이용자의 동의를 받도록 요구하고 있다(정보통신망법 제25조).
- ③ 영업의 양도·합병 역시 제3자에게 개인정보가 이전되지만 포괄적 이전이라는 점에서 제공에 관한 규정이 적용되지 않는다.

(나) 동의 시 사전고지 내용

개인정보처리자가 제3자 제공에 대한 동의를 받을 때에는 미리 ① 개인정보를 제공받는 자의 성명(법인 또는 단체인 경우에는 그 명칭), ② 제공받는 자의 개인정보 이용 목적, ③ 제공하는 개인정보의 항목, ④ 제공받는 자의 개인정보 보유 및 이용 기간, ⑤ 동의 거부권이 존재하다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 내용을 알려주어야 한다. 제공받는 자, 목적, 항목 등이 특정되어야 하므로 포괄적인 고지는 충분하지 않다.

(다) 개인정보의 국외 제공과 이전

- ① 개인정보 국외 제공의 경우에는 동의를 받아야 하고, 법을 위반하는 내용으로 개인정보의 국외 이전에 관한 계약을 체결하여서는 아니 된다.
- ② 개인정보의 국외 이전에는 처리위탁도 포함되나 처리위탁을 위한 요건의 이행 외에 따로 정보주체의 동의를 받을 필요는 없다. 정보통신망법은 정보통신서비스의 제공에 관한 계약을 이행하고 이용자 편의 증진 등을 위하여 필요한 경우를 제외하고 개인정보 국외 이전시 이전의 형태를 불문하고(제공, 위탁, 보관등) 모두 이용자의 동의를 받도록 요구하고 있다.



(3) 동의를 받을 때 주의해야 할 사항

(가) 동의의 기본 원칙 (법 제22조)

① 포괄동의의 금지

각각의 동의 사항을 구분하여 정보주체가 이를 명확하게 인지할 수 있도록 알리고 각각 동의를 받아야 한다.

② 동의가 필요한 사항과 동의 없이 처리 가능한 사항의 구분

정보주체의 동의가 필요 없는 개인정보와 동의가 필요한 개인정보를 구분하고, 동의가 필요한 개인정보에 대해서 동의를 얻고자 하는 때에는 동의가 필요없지만 처리하게 되는 개인정보에 대해서도 알려야 한다.

③ 마케팅 광고에 대한 동의 (제3항)

상품의 판매권유 또는 홍보를 목적으로 개인정보처리에 대한 동의를 받을 때에는 그러한 사실을 다른 동의와 구분하여 정보주체가 명확하게 인지할 수 있게 알린 후 동의를 받아야 한다.

④ 재화, 서비스 등의 제공 거부 금지 (제4항)

선택정보의 처리에 대한 동의, 직접 마케팅에 대한 동의, 목적 외 이용·제공에 대한 동의(제18조제2항제1호)를 거부하였다는 이유로 개인정보처리자는 재화 또는 본질적인 서비스의 제공을 거부하지 못한다. 또한 개인정보 수집에 동의하지 않는다는 이유로 재화 또는 본질적인 서비스의 제공을 거부하는 것도 금지된다(제16조제2항). 그러나 합리적인 사유에 근거를 둔 거부는 가능하다.

⑤ 법정대리인의 동의 (제5항)

만 14세미만의 아동의 경우 법정대리인으로부터 동의를 받아야 한다. 법정대리인의 동의를 받기 위하여 필요한 이름, 연락처 등 최소한의 정보는 법정대리인의 동의 없이 아동으로부터 수집할 수 있다.

(나) 동의를 받는 방법 (개인정보보호법 시행령 제17조 제1항)

① 정보주체의 동의는 특정한 방법에 제한되지 않으나 실제 정보주체의 동의 사실이 명확히 확인될 수 있어야 한다. 거부 의사 없으면 동의로 간주한다는 동의 방법은 부적절하다.

② 동의 내용이 적힌 서면을 정보주체에게 전달하여 정보주체의 서명 또는 날인을 받는 방법, 전화로 동의를 받는 방법, 인터넷 홈페이지 등을 통해 동의 여부를

표시하도록 하는 방법, 전자우편을 발송하여 정보주체로부터 동의의 의사표시가 적힌 전자우편을 받는 방법, 기타 이에 준하는 방법이 있다.

- ③ 구체적인 동의서 작성과 관련하여 ‘개인정보 수집·제공 동의서 작성 가이드라인’²⁵⁰⁾을 참조.

다. 동의를 요하지 않는 수집·이용, 제3자 제공

다음과 같은 경우에는 동의 없이 개인정보의 수집·이용 또는 제3자 제공이 가능하다.

〈표 1〉 동의에 의하지 않는 개인정보의 처리

| | 수집 및 그 수집 목적의 범위 내에서의 이용·제공 | 목적 외 이용, 제공 (정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해하지 않는 범위 내에서) |
|---|-----------------------------|--|
| 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우 | 가능 | 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우만 가능 |
| 공공기관 등이 법령등에서 정하는 소관업무의 수행을 위하여 불가피한 경우 | 가능 | 개인정보보호위원회의 심의·의결을 거친 경우로서 공공기관에 한정 |
| 정보주체와의 계약의 체결 및 이행을 위하여 불가피하게 수반되는 경우 | 수집·이용만 가능 | 불가능 |
| 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우 | 가능 | 가능 |
| 개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백히 정보주체의 권리보다 우선하는 경우 | 수집·이용만 가능 | 불가능 |
| 통계, 학술연구목적으로 특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 개인정보의 제공 | 해당 없음 | 공공기관에 한정 |
| 국제협정 이행에 필요 | 해당 없음 | 공공기관에 한정 |
| 범죄 수사와 공소의 제기 및 유지 | 해당 없음 | 공공기관에 한정 |
| 법원의 재판업무 수행에 필요 | 해당 없음 | 공공기관에 한정 |
| 형, 감호 집행에 필요 | 해당 없음 | 공공기관에 한정 |

250) https://www.privacy.go.kr/cmm/fms/FileDown.do?atchFileId=FILE_000000000831518&fileSn=0&nttId=8389&toolVer=&toolCntKey_1=



라. 특례 규정

(1) 민감정보의 처리 (법 제23조)

- (가) 민감정보란 ① 사상·신념, ② 노동조합·정당의 가입·탈퇴, ③ 정치적 견해, ④ 건강, 성생활 등에 관한 정보, ⑤ 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령이 정하는 정보(유전정보, 범죄경력에 관한 정보)를 의미한다.
- (나) 민감정보는 원칙적으로 처리가 금지되고, 단 ① 별도로 정부주체의 동의를 받은 경우와 ② 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우(법정서식에 기재사항이 있는 경우도 포함)에 한하여 예외적으로 허용된다. 신용정보법은 신용정보제공·이용자의 정치적사상 등에 대한 수집·조사를 절대적으로 금지하고 있다(신용정보법 제16조).

(2) 고유식별정보의 처리 (법 제24조)

- (가) 고유식별정보란 개인을 고유하게 구별하기 위하여 부여된 식별정보로서 주민등록번호, 여권번호, 운전면허번호, 외국인등록번호가 이에 해당한다.
- (나) 고유식별정보는 원칙적으로 처리가 금지되고, 단 주민등록번호를 제외한 나머지 고유식별정보는 ① 별도로 정부주체의 동의를 받은 경우와 ② 법령에서 고유식별정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우(법정서식에 기재사항이 있는 경우도 포함)에 한하여 예외적으로 허용된다.

(3) 주민등록번호의 처리 (법 제24조의2)

- (가) 고유식별정보 중 주민등록번호와 관련하여서는 2013. 8. 6. 법의 개정(2014. 8. 7. 시행)에 따라 원칙적으로 처리가 금지되어 정보주체의 동의가 있어도 불가능하다.
- (나) 다만 ① 법률·대통령령·국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 및 감사원규칙에서 구체적으로 주민등록번호의 처리를 요구하거나 허용한 경우, ② 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을

- 위하여 명백히 필요하다고 인정되는 경우, ③ 위에 준하여 주민등록번호 처리가 불가피한 경우로서 안전행정부령으로 정하는 경우에만 예외적으로 허용된다.
- (다) 주민등록번호를 전자적인 방법으로 보관하는 개인정보처리자는 주민등록번호가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손되지 아니하도록 암호화 조치를 통하여 안전하게 보관하여야 한다.
- (라) 정보통신망법은 법령에서 허용하거나 방송통신위원회 고시에 따라 주민등록번호를 수집·이용할 수 있는 경우에도 주민등록번호를 사용하지 않고 본인을 확인할 수 있는 방법을 제공하여야 한다(정보통신망법 제23조의2)

마. 개인정보의 파기 (법 제21조)

(1) 파기시기

- (가) 개인정보처리자는 개인정보가 불필요하게 되었을 때에는 지체 없이 해당 개인정보를 파기해야 한다. 표준지침은 정당한 사유가 없는 한 5일 이내에 파기하는 것으로 규정하고 있다.
- (나) “개인정보가 불필요하게 되었을 때”란 보유기간의 경과, 개인정보의 처리목적 이 달성, 사업이 종료된 경우 등이 포함된다.

(2) 파기방법

- (가) 개인정보를 파기할 때에는 다시 복구하거나 재생할 수 없는 형태로 완벽하게 파기하여야 한다.
- (나) 하드디스크, USB메모리 등의 매체에 전자적 파일로 기록된 경우는 기술적, 물리적으로 복원이 불가능한 방법으로 영구히 삭제하여야 하고, 인쇄물, 서명 등의 기록매체는 물리적으로 파쇄하거나 소각하여야 한다.

(3) 예외

- (가) 다른 법령에 따라 보존해야 하는 경우에는 예외적으로 개인정보를 파기하지 않아도 된다. 개인정보의 보존을 규정하고 있는 법령으로는 전자상거래 등에



서의 소비자보호에 관한 법률, 통신비밀보호법 등이 있다.

(나) 법령에 따라 보존해야 하는 경우에는 해당 개인정보 또는 개인정보파일을 다른 개인정보와 물리적 또는 기술적 방법으로 분리하여서 저장·관리하여야 한다.

4. 개인정보의 안전한 관리와 정보주체의 권리보장

가. 개인정보처리방침의 수립 및 공개

(1) 개인정보처리자는 개인정보처리에 관한 내부방침을 작성하여 이를 공개하여야 한다. 개인정보처리방침은 관련 법상 의무 이행에 관한 개인정보처리자의 약속이므로 개인정보 처리방침의 내용과 개인정보처리자와 정보주체 간에 체결한 계약의 내용이 다른 경우에는 정보주체에게 유리한 것이 적용된다.

(2) 필수적 기재사항

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. 개인정보의 처리 목적 2. 개인정보의 처리 및 보유 기간 3. 개인정보의 제3자 제공에 관한 사항(해당되는 경우에만 정한다) 4. 개인정보처리의 위탁에 관한 사항(해당되는 경우에만 정한다) 5. 정보주체와 법정대리인의 권리·의무 및 그 행사방법에 관한 사항 6. 제31조에 따른 개인정보 보호책임자의 성명 또는 개인정보보호업무 및 관련 고충사항을 처리하는 부서의 명칭과 전화번호 등 연락처 7. 인터넷 접속정보파일 등 개인정보를 자동으로 수집하는 장치의 설치·운영 및 그 거부에 관한 사항 (해당하는 경우에만 정한다) 8. 처리하는 개인정보의 항목 9. 개인정보의 파기에 관한 사항 10. 제30조에 따른 개인정보의 안전성 확보 조치에 관한 사항 |
|---|

나. 안전조치의무의 이행

(1) 개인정보처리자는 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손되지 아니하도록 안전성 확보에 필요한 기술적·관리적 및 물리적 조치를 하여야 한다(법 제29조). 안전조치의무의 이행 여부는 손해배상책임의 유무와 그 정도를 결정하는데 있어 가장 핵심적인 기준이 된다.

(2) 안전조치의무의 내용

1. 개인정보의 안전한 처리를 위한 내부 관리계획의 수립·시행
2. 개인정보에 대한 접근 통제 및 접근 권한의 제한 조치
3. 개인정보를 안전하게 저장·전송할 수 있는 암호화 기술의 적용 또는 이에 상응하는 조치
4. 개인정보 침해사고 발생에 대응하기 위한 접속기록의 보관 및 위조·변조 방지를 위한 조치
5. 개인정보에 대한 보안프로그램의 설치 및 갱신
6. 개인정보의 안전한 보관을 위한 보관시설의 마련 또는 잠금장치의 설치 등 물리적 조치

- ① 제1호는 관리적 조치의무, 제2호 내지 제5호는 기술적 조치의무, 제6호는 물리적 조치의무에 해당한다고 할 수 있다.
- ② ‘개인정보의 안전성 확보조치 기준(행정자치부고시 제20117-1호로 2017. 7. 26. 일부개정)’이 안전성 확보조치의 세부적인 기준을 정하고 있다. 정보통신망법은 ‘개인정보의 기술적·관리적 보호조치 기준(방송통신위원회고시 제2015-3호로 2015. 5. 19. 일부개정)’으로, 신용정보법은 ‘신용정보업감독규정(금융위원회 고시 제2016-40호로 2016. 10. 20. 일부개정)’ 제20조에서 각 기술적·관리적 보호조치의 세부적인 기준을 규정하고 있다.
- ③ 개인정보처리자는 그 유형 및 개인정보 보유량에 따라 안전조치기준을 차등하여 적용하게 되므로 유의할 필요가 있다.



다. 개인정보 보호책임자의 지정

(1) 개인정보 보호책임자

- ① 개인정보 보호책임자는 조직 내에서 개인정보처리에 관한 업무를 총괄하는 자이다. 사업주 또는 대표자, 임원(임원이 없는 경우에는 개인정보처리 관련 업무를 담당하는 부서의 장)이 개인정보 보호책임자로 지정될 수 있다. 신용정보법에 의하여 신용정보 관리·보호인이 지정되었을 경우에는 개인정보 보호책임자를 지정하지 않아도 된다.
- ② 개인정보처리자의 성명, 부서, 전화번호 등 연락처를 개인정보처리방침에 공개하여야 한다.

(2) 개인정보 보호책임자의 업무

1. 개인정보보호 계획의 수립 및 시행
2. 개인정보 처리 실태 및 관행의 정기적인 조사 및 개선
3. 개인정보 처리와 관련한 불만의 처리 및 피해 구제
4. 개인정보 유출 및 오용·남용 방지를 위한 내부통제시스템의 구축
5. 개인정보보호 교육 계획의 수립 및 시행
6. 개인정보파일의 보호 및 관리·감독
7. 법 제30조에 따른 개인정보 처리방침의 수립·변경 및 시행
8. 개인정보보호 관련 자료의 관리
9. 처리목적이 달성되거나 보유기간이 경과한 개인정보의 파기

라. 정보주체의 권리보장

(1) 정보주체의 권리

- ① 개인정보 열람 요구권
개인정보자기결정권의 가장 핵심적인 권리로서 개인정보처리자가 자신에 관하여 어떤 정보를 보유하고 어떻게 활용하고 있는지 확인할 수 있는 권리이다.

② 개인정보 정정·삭제 요구권

개인정보처리자가 보유하고 있는 잘못된 개인정보에 대해 정정하거나 삭제를 요구할 수 있는 권리이다.

③ 개인정보 처리정지 요구권

개인정보처리에 대해서 정지를 요구할 수 있는 권리로서 동의한 정보처리를 정지시키기 위한 동의철회권보다 넓은 개념이다. 처리정지의 이유를 밝힐 필요는 없다.

(2) 절차적 보장

① 개인정보처리자는 정보주체가 열람 등의 권리를 행사할 수 있는 구체적인 방법과 절차를 마련하고 이를 정보주체가 알 수 있도록 공개하여야 한다.

② 정보주체로부터 위와 같은 요구를 받은 경우 법이 정하는 거절 등의 사유(법 제35조 제4항, 법 제36조 제1항 단서, 법 제37조 제2항 단서)가 없는 한 그에 응하여야 한다.

③ 정보주체가 열람 등 요구에 대한 거절 등 조치에 대하여 불복이 있는 경우 이의를 제기할 수 있는 절차를 마련하고 안내하여야 한다.

5. 개인정보의 유출과 책임

가. 개인정보의 유출

(1) 개인정보의 유출 또는 누출이라 함은 단지 제3자에 의한 열람, 이용가능성의 존재만으로는 부족하고 정보의 물리적인 이동 등 개인정보처리자나 정보주체의 개인정보의 관리·통제권의 범위를 벗어났다고 평가될 만한 어느 정도의 실질적인 위험성이 인정되는 경우로 해석된다.

(2) 개인정보 유출의 경우 단일의 침해행위에 의하여 많게는 수천만 명까지 거대 다수의 피해자가 일시에 발생하게 되고, 유출된 개인정보를 활용할 경우 2차적 피해가 발생할 수 있다는 점에서 그에 대한 책임을 부담하는 사업자에게 치명적인 타격을 가할 수 있으므로 철저한 대비가 필요하다.



나. 개인정보의 유출로 인한 책임

(1) 손해배상책임

① 채무불이행책임과 불법행위책임

- 개인정보유출로 인하여 손해를 입게 된 개인정보주체는 개인정보처리자 가 계약상의 의무를 위반하여 손해를 가한 경우에는 채무불이행에 기한 손해배상 책임을 물을 수 있는 한편, 그와 별도로 불법행위에 기한 손해배상책임도 물을 수 있다.
- 개인정보보호법은 제39조 제1항 본문에서 불법행위에 관한 특칙규정을 두고 있고, 정보통신망법은 제32조에서, 신용정보법은 제43조에서 각각 유사한 규정을 두고 있다.

② 입증책임의 전환

개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다(법 제39조 제1항 단서). 정보통신망법 제32조 단서, 신용정보법 제43조 제1항 단서 역시 같은 취지로 입증책임을 전환하고 있다.

③ 주의의무위반의 판단

- 여러 사정을 종합하여 사회통념상 합리적으로 기대 가능한 정도의 보호조치를 다하였는지 여부를 기준으로 하되, 관련 법령, 특히 앞서 본 각 감독 관청의 고시가 규정하고 있는 안전조치들이 개인정보처리자에게 기대 가능한 유력한 보호조치를 판단함에 있어 중요한 기준이 된다.
- 다만 최근 개정된 ‘개인정보의 안전성 확보조치 기준’에서 위 기준이 최소한의 기준임을 명시한 것에서 알 수 있듯이, 위 각 고시가 규정하고 있는 안전조치들이 기준들이 주의의무의 이행을 위한 충분조건이라고 하기는 어려우므로 기술의 발달 속도에 맞추어 시스템의 보안 수준을 보완하고 기술 개선을 해나가는 등 기대가능성 있는 주의의무를 기울여야 할 필요가 있음에 유의하여야 한다.

④ 개인정보 처리위탁과 위탁자의 책임

- 개인정보보호법과 정보통신망법은 개인정보의 처리위탁에 의한 수탁자는 개인정보처리자의 관리·감독을 받도록 하고, 수탁자가 위탁받은 업무와 관련하여 개인정보를 처리하는 과정에서 법을 위반하여 발생한 손해배상책임에 대하

여는 수탁자를 개인정보처리자의 소속 직원으로 간주함으로써 민법상의 사용자책임과 같은 책임을 부과하고 있다. 신용정보법은 수탁자와 연대하여 손해배상책임을 지는 것으로 규정하고 있다.

- 내부 관리에 비해 상대적으로 수탁자에 대한 관리·감독이 소홀한 경우가 많아 유출사고가 자주 발생하므로 특별히 주의를 기울일 필요가 있다.

⑤ 손해배상책임의 범위

- 개인정보 유출로 인한 손해는 대개 정신적 손해로 인정되는 경우가 대부분이고 경우에 따라서는 추가적인 재산적 손해의 인정도 가능하나 특별손해에 해당하는 경우에는 예견가능성이 인정되는 경우에만 손해배상책임이 인정된다.
- 통상적인 손해액 외에, 개인정보처리자의 고의 또는 과실로 인하여 손해가 발생한 경우 손해액의 증명 필요 없이 변론 전체의 취지와 증거조사를 고려하여 300만 원의 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있는 법정손해배상제도와 개인정보처리자의 고의 또는 중대한 과실로 인한 경우에는 손해액의 3배까지 배상액을 올릴 수 있는 징벌적 손해배상제도가 마련되어 있다.

(2) 형사책임

안전성 확보에 필요한 조치를 하지 아니하여 개인정보가 유출 된 경우 형사책임을 부과하고 있다(제73조 제1호).

(3) 행정책임

개인정보의 유출에 따른 행정상의 책임으로는 과태료 외에 과징금부과가 있다. 주민등록번호의 유출 등에 한하여 5억원 이하의 과징금을 부과하는 개인정보보호법(제34조의2)과 달리 정보통신망법 제64조의3은 이용자의 개인정보를 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손한 경우로서 동법 제28조제1항 제2호부터 제5호까지의 조치를 하지 아니한 경우에는 방송통신위원회가 정보통신서비스 제공자 등에게 위반행위와 관련한 매출액의 100분의 3 이하에 해당하는 금액을 과징금으로 부과할 수 있도록 하고 있다.



다. 개인정보의 유출통지

- (1) 주의의무 위반의 판단과 관련해서 사전적인 안전조치 뿐만 아니라 유출후의 사후 조치 역시 중요한 의미를 갖는다.
- (2) 개인정보처리자는 개인정보가 유출되었음을 알게 되었을 때에는 지체 없이 해당 정보주체에게 유출된 개인정보의 항목 등 법 제34조가 규정하는 사항을 통지하여야 한다.
- (3) 정보통신망법은 개인정보 누출 등의 통지와 신고는 정당한 사유 없이 그 사실을 안 때부터 24시간을 경과하여 이루어져서는 안된다고 규정하여 누출 통지와 신고 의무를 강화한 바 있다(동법 제27조의 3)
- (4) 이러한 통지 내지 신고 의무는 의무 위반 시 그 자체로도 제재를 받지만 개인정보처리자의 주의의무 위반 여부와 손해의 범위를 판단함에 있어서 주요한 고려사항이 되므로 반드시 준수해야 한다.

제8절 지적재산권 관리 및 분쟁 대응

한상훈 변호사(PDnlaw 변호사 한상훈 법률사무소)

I. 지식재산권 관리

1. 지식재산권의 개요

가. 지식재산권의 의의

지식재산 기본법 제3조 제1호 및 제3호에 따르면, 지식재산권이란 법령 또는 조약 등에 따라 인정되거나 보호되는 인간의 창조적 활동 또는 경험 등에 의하여 창출되거나 발견된 지식·정보·기술, 사상이나 감정의 표현, 영업이나 물건의 표시, 생물의 품종이나 유전자원(遺傳資源), 그 밖에 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 것에 대한 권리이며, 이러한 지식재산권의 종류에는 발명에 관한 특허권, 고안에 관한 실용신안권, 디자인에 관한 디자인권, 상표·서비스표에 관한 상표권·서비스표권, 창작물에 관한 저작권, 종자에 관한 품종보호권, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호법에 관한 법률로써 보호되는 이익에 관한 권리 및 반도체집적회로의 배치설계에 관한 배치설계권 등과 경제·사회 또는 문화의 변화나 과학기술의 발전에 따라 새로운 분야에서 출현하고 논의되는 유전자원, 전통지식, 전통문화표현물 내지 무형문화유산, 지리적 표시 및 퍼블리시티권(right of publicity) 등의 신지식재산이 있다.²⁵¹⁾

나. 각 지식재산권법의 비교

우리나라를 비롯한 대다수의 국가들은 지식재산권에 관련된 다수의 조약²⁵²⁾에 가입

251) 산업재산권법의 이해, 법무법인(유) 화우 총서 6편, 3면 참조.

252) 무역관련 지적재산에 관한 협정(WTO/TRIPS, Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), 공업소유권의 보호를 위한 파리협약(Paris Convention), 특허협력조약(Patent Cooperation Treaty), 베른협약(Berne Convention), 세계지식재산기구 설립 협약(Convention Establishing the



하고 있어 자국법에 이를 반영하고 있는 바, 지식재산권법에 관한 각국 법령의 내용은 대체적으로 유사하다. 다만, 각 계약국의 법령은 자국의 영역 내에서만 효력이 있음을 의미하는 속지주의(territorial limits, 屬地主義)를 기본으로 한다.

지식재산권에 관한 국내법으로는 특허법, 실용신안법, 상표법, 디자인보호법, 발명진흥법, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률, 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률, 저작권법, 콘텐츠산업 진흥법, 종자산업법, 농수산물 품질 관리법, 불공정무역행위 조사 및 산업피해구제에 관한 법률, 관세법 등이 있다. 이중 실무에서 가장 문제되는 법률은 아래 표²⁵³⁾ 기재와 같다.

| | 법의 목적 | 보호 대상 | 보호 요건 | 보호기간 |
|----------------|---|--|----------------------------------|-------------------------------------|
| 특허법 (실용신안법) | 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지 | 발명(자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작) | 산업상 이용가능성, 신규성, 진보성 | 설정등록이 있는 날부터 출원일 후 20년(10년)이 되는 날까지 |
| 디자인보호법 | 디자인의 창작을 정리하여 산업발전에 이바지함 | 디자인(물품의 형상·모양·색채 또는 이들을 결합한 것) | 공업상 이용가능성, 신규성, 창작비용이성 | 설정등록이 있는 날부터 15년 |
| 상표법 | 산업발전에 이바지함과 아울러 수요자의 이익을 보호 | 상표와 서비스표(상품을 생산·가공 또는 판매하는 것을 업으로 영위하는 자가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 것) | 식별력, 상표등록을 받을 수 없는 상표가 아닐 것 | 설정등록이 있는 날부터 10년 및 10년씩 갱신 가능 |
| 부정경쟁방지법 | 건전한 거래질서를 유지 | 국내에 널리 인식된 표지, 영업비밀 | 주지 저명성, 비공지성, 독립된 경제적 가치성, 비밀관리성 | 보호요건을 충족시키는 기간 |
| 식물신품종보호법 | 종자산업의 발전을 도모하고 농업·임업 및 수산업 생산의 안정에 이바지함 | 종자(증식용·재배용 또는 양식용으로 쓰이는 씨앗·버섯종균·영양체 또는 포자) | 신규성, 구별성, 균일성, 안정성 | 설정등록된 날부터 20년, 과수와 임목의 경우에는 25년 |

World Intellectual Property Organization), 표장의 국제 등록에 관한 마드리드 협정에 대한 의정서(Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks) 등

253) 산업재산권법의 이해, 법무법인(유) 화우 총서 6편, 5면 참조.

| | 법의 목적 | 보호 대상 | 보호 요건 | 보호기간 |
|------|-------------------|--|-------|-----------------------|
| 저작권법 | 문화 및 관련 산업의 향상 발전 | 저작물(인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물), 컴퓨터프로그램저작물, 편집 저작물, 데이터베이스 등 | 창작성 | 저작자의 생존하는 동안과 사망후 70년 |

상기 지식재산법 중 특허청에 그 권리를 등록하고 산업상 활용되는 특허, 상표 등을 중심으로 하고 저작권 등록에 관한 사항을 추가하는 방식으로 지재권 관리의 실무상 주요 사항을 살펴보겠다.

2. 직무발명과 업무상 저작물

가. 직무발명

발명진흥법 제2조 제2호에 따르면, 직무발명이란 종업원²⁵⁴⁾, 법인의 임원 또는 공무원이 그 직무²⁵⁵⁾에 관하여 발명한 것이 성질상 사용자²⁵⁶⁾·법인 또는 국가나 지방자치단체의 업무범위²⁵⁷⁾에 속하고 그 발명을 하게 된 행위가 종업원 등의 현재 또는 과거의 직무²⁵⁸⁾에 속하는 발명을 말한다. 직무발명은 발명진흥법상의 개념으로서, 특허법상 보호되는 ‘발명’, 실용신안법상 보호 대상인 ‘고안’ 및 디자인보호법상 보호되는 ‘창작’을 포괄한다(이하 ‘특허 등’으로 통칭). 직무발명제도는 종업원이 개발한 직무발명을 기업이 승계·소유하도록 하고, 종업원에게는 직무발명에 대한 정당한 보상을 해주는 제도를 말한다.²⁵⁹⁾ ²⁶⁰⁾

254) 종업원: 고용계약에 의해 타인의 사업에 종사하는 자로 종업원, 법인의 임원, 공무원을 지칭한다. 상근 또는 비상근 여부와 무관하며 촉탁직원이나 임시직원도 포함한다. 다만 고용관계는 반드시 있어야 한다.

255) 직무: 사용자의 요구에 응해 업무수행을 담당하는 직책

256) 사용자: 타인을 고용하는 개인, 법인, 국가나 지방자치단체를 지칭한다.

257) 업무범위: 사용자가 수행하는 사업범위를 의미하며 법인의 경우 사업범위는 정관을 기초로 해석

258) 종업원의 직무: 발명의 의도 여부와 관계없이 직무발명의 성립은 인정되나 발명을 하는 것이 종업원의 직무가 아닌 경우에는 직무발명이 아니다. 현재 또는 과거의 직무: 종업원의 직무는 현재의 직무뿐만 아니라 해당 기업 내에서 과거에 수행한 직무도 포함

259) 발명진흥법 제15조 제1항: 종업원 등은 직무발명에 대하여 특허 등을 받을 수 있는 권리나 특허권 등을 계약이나 근무규정에 따라 사용자 등에게 승계하거나 전용실시권을 설정한 경우에는 정당한 보상을 받을 권리를 가진다.



직무발명은 원칙적으로 그 직무발명에 대하여 특허 등을 받을 수 있는 권리가 발명자인 종업원에게 귀속되며, 사용자는 종업원의 특허권에 대해 통상실시권을 가진다(발명진흥법 제 10조 제1항). 그러나 사용자는 미리 계약이나 근무규정²⁶¹⁾을 이용하여 직무발명에 대한 종업원의 특허를 받을 수 있는 권리나 특허권을 승계하거나 전용실시권을 설정받을 수 있다(발명진흥법 제10조 제3항). 사용자가 종업원의 직무발명에 대한 특허를 받을 수 있는 권리를 승계하거나 전용실시권을 설정받고자 하는 경우 그 종업원에게 정당한 보상을 해야 하는데, 정당한 보상인지 여부는 그 발명에 의하여 사용자가 얻을 이익²⁶²⁾과 그 발명의 완성에 사용자와 종업원이 공헌한 정도를 고려하여 판단한다. 직무발명보상금청구권은 일반채권과 마찬가지로 10년간 행사하지 않으면 소멸시효가 완성하고, 기산점은 일반적으로 사용자가 직무발명에 대한 특허를 받을 권리를 종업원에게서 승계한 시점으로 보아야 하나, 회사의 근무규칙 등에 직무발명보상금 지급시기를 정하고 있는 경우에는 그 시기가 도래할 때까지 보상금청구권 행사에 법률상 장애가

- 260) (기사) 삼성전자 연구원, 회사 상대로 2억 원 특허 보상청구 소송 제기(조선비즈 2017.12.29)
 삼성전자 연구원이 회사를 상대로 자신이 발명한 특허에 대해 정당한 보상을 해주지 않았다며 소송을 제기했다. 업계에 따르면 삼성전자 DMC 연구소 표준연구팀, 차세대사업팀 등에 근무하는 모 연구원은 삼성전자 이력으로 총 1654건의 특허를 발명했다. 그러나 자신이 발명한 특허 3건에 대해 삼성전자가 정당한 보상을 하지 않아 지난해 말 삼성전자를 상대로 2억여 원을 청구하는 소송을 냈다. 삼성전자는 이와 관련 재판 과정에서 “해당 연구원이 특허 발명의 가치를 지나치게 과장하고 있으며, 삼성전자가 특허소송이나 협상에서 전략상 표준특허로 주장한 적은 있으나 소송에서 명시적으로 표준특허에 해당한다는 취지의 판결을 받은 바는 없다”고 주장한 것으로 알려졌다.
- 261) 대법원 2012.11.15. 선고 2012도6676 판결. 계약이나 근무규정이 종업원 등의 직무발명 이외의 발명에 대해서까지 사용자 등에게 양도하거나 전용실시권의 설정을 한다는 취지의 조항을 포함하고 있는 경우에 그 계약이나 근무규정 전체가 무효가 되는 것은 아니고, 직무발명에 관한 부분은 유효하다고 해석해야 하고, 계약이나 근무규정 속에 대가에 관한 조항이 없는 경우에도 그 계약이나 근무규정 자체는 유효하되 종업원 등은 사용자 등에 대하여 정당한 보상을 받을 권리를 가진다고 해석해야 할 것이나, 직무발명에 대한 특허 등을 받을 수 있는 권리나 특허권 등의 승계 또는 전용실시권 설정과 위 정당한 보상금의 지급이 동시이행의 관계에 있는 것은 아니며, 직무발명이 제3자와 공동으로 행하여진 경우에는 사용자 등은 그 발명에 대한 종업원 등의 권리를 승계하기만 하면 공유자인 제3자의 동의 없이도 그 발명에 대하여 종업원 등이 가지는 권리의 지분을 갖는다고 하였다.
- 262) 대법원 2011.7.28. 선고 2009다75178 판결. 사용자가 얻을 이익은 수익·비용의 정산 결과와 관계없이 직무발명 자체에 의한 이익이 있다면 사용자가 얻을 이익이 있는 것이고, 또한 사용자가 제조·판매하고 있는 제품이 직무발명의 권리범위에 포함되지 않더라도 그것이 직무발명 실시제품의 수요를 대체할 수 있는 제품으로서 사용자가 직무발명에 대한 특허권에 기해 경쟁회사로 하여금 직무발명을 실시할 수 없게 함으로써 매출이 증가하였다면, 그로 인한 이익을 직무발명에 의한 사용자의 이익으로 평가할 수 있다고 보았다. 나아가 대법원 2017.1.25. 선고 2014다220347 판결은 단지 직무발명에 대한 특허에 무효사유가 있다는 사정만으로는 특허권에 따른 독점적·배타적 이익을 일률적으로 부정하여 직무발명보상금의 지급을 면할 수는 없고, 이러한 무효사유는 특허권으로 인한 독점적·배타적 이익을 산정할 때 참작요소로 고려할 수 있을 뿐이라고 하였다.

있으므로 근무규칙 등에 정하여진 지급시기가 소멸시효의 기산점이 된다²⁶³⁾.

다음으로 업무 결과물의 보상이라는 측면에서 유사한 제도인 저작권법상 업무상 저작물에 대하여 살펴보도록 하겠다.

나. 업무상 저작물

저작권법 제2조(정의)에 따르면 저작물은 저작자의 창작물이고 창작자가 권리를 가지는 것이 원칙이다. 업무상 저작물은 그 예외로 저작권법 제9조는 “법인 등의 명의로 공표되는 업무상 저작물의 저작자는 계약 또는 근무규칙 등 다른 정함이 없는 때에는 그 법인 등이 된다. 다만, 컴퓨터프로그램 저작물의 경우 공표될 것을 요하지 아니한다”고 규정한다. 이는 직무발명이 종업원주의에 기반하여 발명의 장려차원에서 창작자의 인센티브를 고려하고 사용자의 공헌도와 이해관계를 고려하여 보완하는 체제로 되어있는 것과 다르다.

저작권법 제2조 제31호 및 판례 등에 따라 업무상 저작물의 성립 요건을 보면, 첫째, 법인이나 단체 그 밖의 사용자(이하 ‘법인 등’)에 의하여 기획된 저작물이어야 한다. 판례에 따르면, 법인 등의 기획에 대하여 사용자가 저작물의 작성에 대해 기획하고 그 직원 등에게 지시하는 등의 방법으로 저작물을 작성하게 하였다면 족하고 반드시 사용자가 개별적이고 구체적인 저작물의 작성에 대하여 적극적이고 능동적으로 기획했을 것을 요하지는 않다. 둘째, 법인 등의 업무에 종사하는 사람에 의해 작성되어야 한다. 문언상 업무에 종사하는 사람이라고만 되어 있으므로 반드시 고용관계 여부에 의할 것은 아니고, 실질적으로 지휘·감독의 사용관계에 있는지를 고려하여 판단해야 한다는 것이 판례의 기본적인 입장이다. 사용관계를 넓게 해석하더라도 일반적인 위탁 또는 도급 계약의 경우는 업무상 저작으로 보지 않는 것이 일반적이다²⁶⁴⁾. 이 경우 저작자는 위탁한 사람이 아닌 직접 저작물을 작성한 사람이다. 다만 저작권을 위탁 또는 도급자가 가진다는 내용으로 계약을 한 것은 저작권을 위탁인 또는 도급인에게 양도한 것으로 보아야 할 것이다. 셋째, 업무상 작성했어야 한다. 종업원이 작성했다고 하더라도 그 저작물이 업무의 범위에 있지 않다면 업무상 저작물은 아니다. 직원이

263) 대법원 2011.7.28. 선고 2009다75178 판결

264) 일본, 미국 판례의 경우 위탁 및 도급계약의 경우도 업무상 저작으로 인정하고 있다.



업무상 요구되는 저작물을 작성하지 않았다면 그가 업무상 습득한 기술과 경험을 활용했다고 하더라도 저작권법상 업무상 저작물이라고는 볼 수 없는 것이다. 넷째, 법인 등의 이름으로 공표되어야 한다. 창작한 직원의 이름으로 공표되었다면 법인이 그 저작물의 저작자가 되지 않는다. 직원의 이름과 함께 법인의 이름이 표시되더라도 법인은 저작자라고 할 수 없으며, 다만 직원의 이름이 저작물 작성의 업무 분담을 밝히기 위해 표시된 것에 그친다면 법인이 저작권자이다. 다섯째, 계약 또는 근무규칙 등에 다른 정함이 없어야 하므로, 업무상 저작물에 해당하더라도 창작한 직원을 저작자로 한다거나 공동 저작권을 설정하는 계약 등이 있으면 직원도 저작자가 된다.

3. 특허정보의 활용 및 관리

가. 특허정보검색방법

기업에서 특허 또는 실용신안, 상표 등을 출원할 경우 선행기술 또는 기존의 상표를 각종 특허검색 정보원을 활용하여 검색할 필요가 있다. 먼저 검색어 선정에 있어, 주제어 검색에서 불필요한 검색결과를 배제하면서 검색대상을 좁혀가는 방법을 사용한다. 핵심 특허²⁶⁵⁾, 핵심 연구자, 기업에서 시작하여 검색대상을 확대시키는 것이 바람직하다. 적절한 연산자(예: and, not, or, *)를 사용하여 검색의 노력 및 시간을 절감하는 것이 좋다. 동일한 단어이지만 국가별로 철자가 다른 경우가 존재하기 때문에 이에 유의하고 특정 개념이 하나의 단어로만 사용되지 않기 때문에 유사한 단어를 검색어로 설정하여야 한다.

265) 현병환·윤진효·서정해, 신연구개발 기획론, 경문사, 2006, 핵심특허의 조사방법(예시)

- 전방인용도가 크면 그만큼 중요한 특허일 가능성이 있다.
- 후방인용도가 크면 그만큼 성숙된 분야의 특허발명으로 신뢰성이 높은 특허일 수 있다.
- 과학기술 논문인용이 많으면 그만큼 과학적으로 뒷받침되는 발명일 수 있다.
- 국제출원이 되어 있으면 가치가 큰 기술일 가능성이 있다.
- 특허 연차등록갱신(Renewal)이 되어 있으면 높은 품질의 특허일 가능성이 있다.
- 독립청구항 수가 많고 청구항이 광범위하면 강한 특허가 될 확률이 높다
- Nature지, Science지, 언론 등에서 주목한 기사와 특허는 가치가 높을 가능성이 있다.
- 우수한 연구자가 발명한 특허는 중요한 특허일 가능성이 있다.
- 특허침해 또는 무효청구소송이 제기되면 중요한 특허일 가능성이 있다.
- 발명인이 여러 명이면 질이 좋은 특허일 가능성이 있다.

특허검색정보원으로 활용 가능한 곳은 아래와 같다.²⁶⁶⁾

활용가능한 특허검색 정보원

| 국내 | 국외 |
|--|---|
| KIPO(한국특허청) KIPRIS(한국특허정보원) WIPS(세계지식재산정보검색) Patyellow(특허전문포털) PATpen(특허법령판례센터) INAS(윈스랩) | Espacenet(유럽특허청) USPTO(미국특허청) J-Plat Pat(일본특허청) Aureka(MicroPatent) Dialoweb(다이얼로그웹) Delphion(델피온) Scopus(스코퍼스) |

나. 특허분석

대상기술과 관련된 특허 분석을 통하여 기술의 현황, R&D동향을 파악하고 이를 기초로 기업의 성과창출, IP확보 및 특허포트폴리오 구축 전략을 수립할 필요가 있다. 특허분석의 항목²⁶⁷⁾은 국가별·기술별 특허동향 분석, 출원인별 특허동향 분석, 출원인별 역점분야 및 공백기술 분석, 핵심특허 분석, 핵심 출원인 분석, 권리분석 등이다.

- 특허분석의 항목·내용

| 항목 | 내용 |
|---------------------|---|
| 국가별·기술별 특허동향 분석 | <ul style="list-style-type: none"> · 국가별·연도별 동향분석(특허 점유일 및 건수 추이) · 국가별 기술 분야의 위치(포트폴리오) · 국가별·기술분야별 출원동향 분석 |
| 출원인별 특허동향 분석 | <ul style="list-style-type: none"> · 기술 혁신 리더도출 및 현황 분석 · 국가별 기술개발 주제, 국가별 특허출원 순위 |
| 출원인별 역점분야 및 공백기술 분석 | <ul style="list-style-type: none"> · 국가의 출원인별 역점분야 및 공백기술 분석 · 출원인 분포, 출원 건수 |
| 핵심특허 분석 | <ul style="list-style-type: none"> · 기술분야에서 영향력 높은 핵심특허 발굴 · 핵심특허의 기술요지와 변화추이 분석 · IP확보 방향성을 위한 시사점 |

266) 연구자를 위한 지식재산 지침서, 국가지식재산위원회 편, 22면 참조

267) 기초연구의 Seeds와 Needs를 연결하는 성과영구 구현 및 활용 전략, 교육과학기술부·한국연구재단, 2010, 20면 참조



| 항목 | 내용 |
|----------|--|
| 핵심출원인 분석 | <ul style="list-style-type: none"> · 기술 분야의 핵심출원인 조사(특허출원 현황) · 핵심출원인별 특허의 전반적인 추이 분석 · 핵심출원인별 기술동향 분석 · 핵심출원인별 인용관계로 살펴본 경쟁사 분석 |
| 권리 분석 | <ul style="list-style-type: none"> · 기술의 요소 및 전반적 기술특징 조사 · 유사성이 높은 선행특허 조사 · 선행특허와 대상기술 간 유사점과 차이점 심층 분석 · IP확보 방향성 검토 |

특허분석을 위한 절차로 중요한 것이 특허맵(Patent Map)의 작성이다. 특허맵은 대상을 명확하게 지정한 후 대상과 관련된 특허정보를 가공하여 분석결과를 그래프 등으로 시각화한 것이다. 특허맵은 출원된 특허자료, 기술 동향, 출원인 동향 등을 그래프를 통해 시각적으로 제시하여 복잡한 기술·권리관계를 쉽게 이해하도록 도와준다.²⁶⁸⁾ 특허담당자의 경우, 한국특허정보원의 e특허나라²⁶⁹⁾와 같은 특허맵 제공사이트에서 이용 가능한 특허맵이 있는지 확인하고 참고할 필요가 있다. 유사한 선행특허가 존재하는지 확인하고 그 중 관련성이 높은 특허에 대해서는 대응방안을 수립하는 것이 바람직하다.

- 특허맵의 활용목적과 용도²⁷⁰⁾

| 구분 | 용도 |
|-----------------------|---|
| 기술개발전략수립 (Techno Map) | R&D 동향 파악, 공백 기술 파악, 중요특허 파악, 기술분야의 체계파악 |
| 경영전략수립 (Manage Map) | 시장동향 및 상품의 변화와 흐름 파악, 신규 사업방향 및 가능성 파악, 사업화 과정에서 주의를 요하는 권리파악 |
| 특허전략수립 (Claim Map) | 정보제공, 이익신청 및 무효심판 등의 자료, 강력한 특허권 취득을 위한 명세서 작성 |

268) 한국특허정보원 홈페이지 (<http://www.kipris.or.kr>)

269) <http://www.patentmap.or.kr>

270) 특허청, 과학기술자를 위한 특허정보 핸드북, 2005, 28면 참조

효율적인 특허분석을 위해선 무엇보다도 정보수집이 중요하다.

- 특허관련 정보수집을 위한 국내외 관련 웹사이트²⁷¹⁾

| 국가 | 명칭 | URL | 특징 |
|--------------|----------|---|---|
| 한국 | 특허판례DB | http://www.kiprc.re.kr/library/c0.lawdb.asp | 한국판례 |
| | 국내판례검색 | http://www.patpen.co.kr | 유료 |
| | 특허청도서관 | http://www.kiprc.re.kr/library/c0.lawdb.asp | 특허청 도서관 |
| | 지재권법령 | http://www.kiprc.re.kr/library/c0.lawdb.asp | 한국지재법 |
| | 국외관련기관 | http://www.kiprc.re.kr/library/c0.lawdb.asp | 국외 특허관련기관 |
| | KIPRIS | http://www.kipris.or.kr | 특허검색 |
| | 미국 | USPTO산하 기술평가예측(TAF) | http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/tafp.html |
| GPO | | http://www.access.gpo.gov | 미국정부 간행물 |
| DELPHION | | http://www.delphion.com | 미국특허진행상태 |
| 법률검색 | | http://www.kluesterlaw.com | 특허 관련 |
| 일본 | | 지적재산연구소 | http://www.iip.or.jp |
| | 지재권판례 | http://courtdomino2.courts.go.jp/chizai.nsf | |
| | 일본발명협회 | http://www.jiii.or.jp | |
| | 일본지적재산협회 | http://www.jipa.or.jp | |
| | 일본특허검색 | https://www.j-platpat.inpit.go.jp | |
| | 세계 | 전세계특허법 | http://www.clea.wipo.int |
| CHI RESEARCH | | http://www.chiresearch.com | 특허분석전문기술감정 |
| DERWENT | | http://www.derwent.co.uk | 과학특허기술정보 |
| DIALOG | | http://dialog.krinfo.com | |
| 특허출원과정 | | http://sunsite.unc.edu/patents/intropal.html | 출원과정 정보제공 |
| 유럽특허검색 | | https://worldwide.espacenet.com | |

271) 한국전자산업진흥협회 국제특허분쟁 표준 Manual (2004), 222면 참조



4. 의견 대응 전략

가. 거절이유

특허 및 상표 출원 및 심사청구가 실시되면, 특허청에서는 당해 출원이 등록받을 수 있는지에 대한 전반적인 심사를 수행하는데 만약 등록받을 수 없다는 이유가 발견되면 이 거절이유를 ‘의견제출통지서’로 통지한다. 특허청의 ‘의견제출통지서’에 대해서 당해 출원에 관한 기술의 사업방향, 특허의 필요성 등을 고려하여 대응방향을 설정해야 할 것이다. 먼저 특허 출원의 거절 이유는 아래와 같다.

- 특허출원의 거절이유²⁷²⁾(특허법 제62조)

| 특허법 조문 | 판단 대상 |
|---|---------------------------------|
| 제25조(외국인의 권리능력) | 외국인의 권리항유요건 충족 여부 |
| 제29조제1항본문(성립성) | 발명에 해당하는지 여부, 산업상 이용가능성 여부 |
| 제29조제1항제1호(신규성) | 출원전 국내외 공지공용기술인지 여부 |
| 제29조제1항제2호(신규성) | 출원전 간행물과 동일한지 여부 |
| 제29조제2항(진보성) | 출원전 공지기술로부터 용이하게 발명할 수 있는지 |
| 제29조제3항, 제4항(확대된 선출원주의) ²⁷³⁾ | 출원전 출원되고 출원후 공개된 타출원과의 동일성 여부 |
| 제31조(식물특허발명) | 무성반복생식 변종식물 여부(2006.9.30.이전 출원) |
| 제32조(특허받을 수 없는 발명) | 공서양속 및 공중위생을 해하는지 여부 |
| 제33조 제1항(특허받을 수 있는 자) | 정당권리자인지 여부 |
| 제36조(선원) | 두 출원간 청구범위가 동일한지 여부 |
| 제42조제3항(상세한 설명 기재요건) | 상세한 설명의 기재불비 |
| 제42조제4항(청구범위 기재요건) | 청구범위의 기재불비 |
| 제42조제8항(청구범위 기재방법) | 청구범위의 형식적 기재불비 |
| 제44조(공동출원) | 공유자 전원의 출원인지 여부 |
| 제45조(1특허출원의 범위) | 단일성 충족 여부 |
| 제47조제2항(특허출원의 보정) | 신규사항 추가, 보정의 적법여부 |
| 제52조제1항(분할출원) | 분할출원범위(2006.10.1. 이후 출원) |
| 제53조제1항(변경출원) | 변경출원범위(2006.10.1. 이후 출원) |
| 조약 | 조약의 규정에 위반된 경우 |

272) 특허청 홈페이지

273) 특허출원한 발명이, 당해 특허출원일 전에 출원되어 당해 특허출원일 후에 공개되는 타인의 특허출원의 명세서에 기재된 발명과 동일한 발명에 대해서는 특허를 받을 수 없도록 하는 특허요건

나. 진보성의 판단

출원에 대한 특허청 심사관의 거절이유로는 일반적으로 상세한 설명이나 청구항 부분의 기재불비가 다수이다. 이와 더불어 가장 중요한²⁷⁴⁾ 특허요건이라고 볼 수 있는 진보성²⁷⁵⁾의 판단 기준에 대하여 대법원 판례 및 특허청 심사기준을 중심으로 살펴보겠다.

대법원 판례를 유형별로 분류²⁷⁶⁾하면, ‘증진된 작용효과’를 기준으로 판단한 사례²⁷⁷⁾, ‘각별한 곤란성’과 ‘새로운 상승효과’를 기준으로 판단한 사례²⁷⁸⁾, ‘목적, 구성, 효과의 차이’를 기준으로 판단한 사례²⁷⁹⁾, ‘암시, 동기, 기술수준 등’을 기준으로 판단한 사례²⁸⁰⁾ 등으로 나누어 볼 수 있다. 특허청에서 발간한 『특허·실용신안 심사기준』(2014.6.30. 특허청 예규 제76호, 이하 ‘특실심사기준’)에 따르면 진보성 판단의 기본원칙은 아래와 같다.

- 274) 이헌, “발명의 진보성 판단에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 2016, 2면 참조
우리나라에서 심사되는 특허출원의 약 64%, 실용신안출원의 약 79%에서 진보성 결여가 거절이유로 제시되었고, 특허심판원에서 무효로 심결된 사건의 약 70%가 진보성 결여 때문이었으며, 특허법원에서 사건의 약 89%에서 진보성 유무가 쟁점으로 되었다고 한다.
- 275) 발명이 특허를 얻기 위한 적극적 요건으로는 1)발명일 것 2) 산업상 이용가능성이 있을 것 3)신규성이 있을 것 4)진보성이 있을 것 등이 있다. 이중 진보성(inventive step)이 있는 발명이란 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 특허출원시의 공지발명으로부터 용이하게 발명할 수 없는 정도의 창작의 난이도를 갖춘 발명을 말한다. (특허법 제29조 제2항)
- 276) 광부규, 『특허의 진보성 판단기준에 관한 고찰』, 변호사 49집, 서울지방변호사회, 41-44면 참조
- 277) 대법원 1995.12.26. 선고 94후1411 판결. 출원된 기술에 공지된 선행기술로부터 예측되는 효과 이상의 보다 나은 새로운 작용효과가 있는 것으로 인정되어 출원된 기술이 선행기술보다 현저하게 향상된 것으로 판단되는 때에는 기술의 진보발전을 도모하는 특허제도의 목적에 비추어 그 발명이 속하는 기술의 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 용이하게 발명할 수 없는 것으로서 진보성이 있는 것으로 보아야 한다 라고 판시하였다
- 278) 대법원 1987.2.10. 선고 86후27 판결. 본원발명이 그 특허출원 전에 이미 공지된 간행물의 인식내용 및 공지된 기술을 종합한 데에 그 특징이 있다고 하더라도 이를 종합하는 데 각별한 곤란성이 있거나, 이로 인한 작용효과도 이들 공지된 선행기술로부터 예측되는 효과 이상의 새로운 상승효과가 있다고 볼 수도 없다면 결국 본원발명은 그 구성 및 작용효과면에서 진보성이 있는 발명이라고 인정되지 아니한다. 고 판시하였다.
- 279) 대법원 1995.10.13. 선고 94후944 판결. 대법원 2005.1.28. 선고 2003후175 판결 등
- 280) 대법원 2007.9.6. 선고 2005후3284 판결. 여러 선행기술문헌을 인용하여 특허발명의 진보성을 판단함에 있어서는 그 인용되는 기술을 조합 또는 결합하면 당해 특허발명에 이를 수 있다는 암시·동기 등이 선행기술문헌에 제시되어 있거나, 그렇지 않더라도 당해 특허발명의 출원 당시의 기술수준, 기술상식, 해당 기술분야의 기본적 과제, 발전경향, 해당 업계의 요구 등에 비추어 보아 그 기술분야에 통상의 지식을 가진 자가 용이하게 그와 같은 결합에 이를 수 있다고 인정할 수 있는 경우에는 당해 특허발명의 진보성은 부정된다고 하였다.



- 진보성 판단의 기본원칙

- (1) 진보성 심사는 특허출원전에 통상의 기술자가 『청구항에 기재된 발명』을 특허법 제29조제1항 각호의 1에 규정된 발명(이하 ‘인용발명’이라 한다)에 의하여 용이하게 발명할 수 있는가에 대한 판단이다. 특허출원전에 통상의 기술자가 『청구항에 기재된 발명』을 인용발명에 의하여 용이하게 발명할 수 있는 경우에는 그 발명은 진보성이 없다
- (2) 특허청구범위에 청구항이 2이상 있는 경우에는 청구항마다 진보성 유무를 판단한다.
- (3) 신규성과 진보성은 별개의 거절이유로서 진보성 판단에 앞서 신규성 판단이 선행되어야 하나, 심사절차의 간소화 및 출원인의 대응 용이성을 위해 신규성이 없다고 판단되는 발명에 대해서 진보성도 없다는 거절이유를 함께 통지할 수 있다.
- (4) 마퀴시 타입(Markush Type)²⁸¹⁾의 청구항 등 1개의 청구항에 2이상의 발명이 기재된 청구항(복수의 청구항이나 구성요소를 선택적으로 인용하는 경우 포함)에 대해 일부 발명에 대해서만 신규성 또는 진보성이 없다는 거절이유를 통지하는 경우에는 해당 거절이유가 있는 방법을 구체적으로 지적하여야 한다.

특실심사기준에 따르면, 심사관은 출원 당시에 통상의 기술자가 직면하고 있던 기술 수준 전체를 생각하도록 노력하는 동시에 발명의 상세한 설명 및 도면을 감안하고 출원인이 제출한 의견을 참작하여 출원발명의 목적, 기술적 구성, 작용효과를 종합적으로 검토하되, 기술적 구성의 곤란성을 중심으로 목적의 특이성 및 효과의 현저성을 참작하여 종합적으로 진보성이 부정되는지 여부를 판단한다. 진보성이 부정되는지 여부는 통상의 기술자의 입장에서 1) 인용발명의 내용에 청구항에 기재된 발명에 이를 수 있는 동기가 있는지 또는 2) 인용발명과 청구항에 기재된 발명의 차이가 통상의 기술자가 가지는 통상의 창작능력 발휘에 해당하는지 여부를 주요 관점으로 하여 3) 인용발명에 비해 더 나은 효과가 있는지를 참작하여 판단한다.²⁸²⁾

281) 청구항 형식의 하나, ~에 있어서, ~상기 요소 A는 a,b,c,d,e,f,g 중의 어느 것으로 선택되는 것을 특징으로 하는 화합물’ 등과 같이 기재되는 방식.

282) 실용신안 출원에서 진보성 판단의 예를 들면, 출원고안은 방한모자의 전체적인 형상을 동물 형상으로 하여 독특한 패션을 창출함과 아울러 착용자의 머리와 귀뿐만 아니라, 목, 볼, 입 주위를 모두 보호할 수 있도록 한 동물형 방한모자에 관한 것이고, 인용고안 1은 동물이 머리 형상으로 형성된 동물형 방한모자에 관한 것이며, 인용고안2는 악천후에 눈을 제외한 나머지 얼굴부를 가림으로써 안면을 보호하는 마스크 후드에 관한 것이다. 이 경우 인용고안들의 기술분야가 출원발명과 동일하거나 매우 인접하고, 출원고안의 기술적 과제와 그 해결수단은 인용고안들 각각에 모두 제시되어 있다고 할 수 있으므로, 인용고안들을 결합하는 것에 기술적 곤란성이 없는 경우로 볼 수 있어 출원고안은

5. 출원 관련 각종 제도의 활용

가. 거절결정불복심판(특허법 제132조의3)

거절결정불복심판은 특허출원에 대하여 거절결정을 받은 자가 이에 불복하여 그 거절결정처분을 취소하여 줄 것을 요구하는 심판이다. 거절결정불복심판은 거절결정등본을 송달받은 날부터 30일 이내에 청구할 수 있으며 이 기간은 청구 또는 직권으로 1회에 한하여 30일 이내에서 연장할 수 있다. 공동출원의 경우에는 전원이 절차를 밟아야 하는데, 일부만이 심판을 청구한 경우, 청구인의 동의하에 나머지 출원인의 추가가 가능하다(동법 제140의2 제2항)

나. 재심사청구제도

특허거절결정을 받은 출원인이 소정의 기간 내에 명세서 또는 도면에 대한 보정서를 제출함과 동시에 재심사를 청구함으로써 심사관에게 다시 심사를 받을 수 있도록 하는 제도이다. 재심사청구는 특허거절결정등본을 송달받은 날부터 30일(동법 제15조 제1항)에 따라 연장된 경우에는 연장된 기간)이내에 하여야 한다. 다만, 재심사에 따른 특허거절결정이 있거나 거절결정불복심판을 청구한 경우에는 재심사청구를 할 수 없다(동법 제67의2 제1항). 재심사 청구가 있는 경우 특허출원에 대하여 종전에 이루어진 특허거절결정은 취소된 것으로 보며(동법 제67조의2 제2항), 재심사청구시의 보정을 인정 또는 각하한 후 재심사 절차가 진행된다.

다. 분할출원(특허법 제52조)

분할출원이란 하나의 특허출원에 2 이상의 발명이 포함되어 있는 경우 그 중 일부 발명을 별개의 특허출원으로 분리하여 새로이 출원하는 것을 말한다. 적법한 분할출원은 원출원일까지 출원일의 소급효가 부여되므로 분할출원은 원출원과의 관계에 있어서 일정한 법정 요건²⁸³⁾을 갖추어야 한다. 그 절차로 법정기간²⁸⁴⁾(동법 제52조 제1항)내에

통상의 기술자가 인용고안들로부터 극히 용이하게 고안할 수 있는 것이다.(2007허3028)
283) 1. 분할출원시 원출원의 계속성이 유지되고 있어야 한다.



특허청 소정양식의 분할출원서를 작성하여 제출하여야 하며, 원출원에 포함된 2이상의 발명 중 하나의 발명에 대하여 새로운 출원서를 제출해야 한다. 그리고 원출원에 대해서는 분할 대상 발명이 특허청구범위에 기재되어 있는 경우에는 원출원의 특허청구범위에서 그 발명을 삭제하는 보정을 하여 보정서를 제출해야 한다. 분할출원은 특허출원범위에 위반되어 거절이유통지를 받은 경우 당해 거절이유를 해소하려는 목적으로, 또는 명세서 중의 일부 발명을 개별발명으로 특허를 받고자 하는 경우에 활용하는 제도이다.

라. 변경출원(특허법 제53조)

변경출원이란 최초 출원의 동일성을 유지하면서 그 출원의 형식을 변경하는 것으로 예를 들면, 특허출원인이 그 특허출원을 실용신안등록출원으로 변경하는 것이다. 가능시기는 특허출원에 관하여 최초의 거절결정등록등본을 송달받은 날로부터 30일이 경과하기 전까지이다. 원출원의 출원 시의 명세서 및 도면의 전부 또는 일부에 대한 변경출원이 가능한데, 원출원의 출원 시의 명세서 및 도면의 범위를 벗어나는 발명에 대한 기재에 대해 심사관은 거절 이유를 통지하게 된다. 변경출원의 실익은 실용신안법상 진보성의 경우 특허법상 진보성에 비해 그 요구 수준이 낮으므로 진보성 흠결에 대한 거절이유를 극복하기 위해 실용신안으로의 변경출원을 도모할 수 있다는 점이다. 다만, 실용신안법상의 보호 대상은 물품의 형상·구조·조합에 관한 고안으로 한정되므로 물품에 관한 특허 출원을 한 경우라야 변경출원 제도를 활용할 수 있겠다.

마. 우선심사 신청

소정의 법정사유에 해당되는 경우²⁸⁵⁾에 우선심사를 신청하면 우선심사 신청일로부터 대략 2~3개월 정도 경과 후에 심사결과를 통보받게 된다. 이 제도의 실익은 첫째,

2. 원출원인과 분할출원인 간의 동일성이 있어야 한다.
3. 분할전 원출원 명세서에 기재된 발명과 분할출원발명간의 동일성이 있어야 한다.
4. 분할후 원출원발명과 분할출원발명간의 동일성이 없어야 한다.
5. 분할할 수 있는 때 또는 시기에 분할해야 한다.

284) 가능시기는 원출원의 보정기간 내, 거절결정 등본송달일로부터 30일 이내, 특허권이 실정등록 기간 내이며 원출원이 계속중인 경우에만 가능하다.

285) 특허법 제61조 제1호 출원공개 후 정당한 권원이 없는 자가 업으로서 실시하고 있는 경우, 제2호 대통령령 및 타법이 정하는 특허출원으로서 긴급처리가 필요하다고 인정되는 경우

발명의 개량 및 보완을 통해 특허권 획득이 가능하다는 점이다. 우선심사를 신청한 경우, 심사결과를 통보받은 시점이 선출원일로부터 1년이 경과되지 않은 상태이므로 개량발명에 대한 국내 우선권 주장출원을 할 수 있으며, 선출원일로부터 1년이 경과된 경우라 하더라도 기본 발명의 공개가 되기 전까지는 개량 발명에 대한 출원을 통해 특허를 획득할 수 있다. 두 번째 실익은 해외 출원 여부를 신속하게 결정할 수 있다는 점이다. 국내 특허출원에 기초하여 외국으로 특허출원을 하는 경우에는 국내 출원일로부터 1년 이내에 조약 우선권을 수반하는 출원을 하여야 한다. 만약 출원인이 우선심사를 통해 국내 출원일로부터 1년 이내에 국내에서의 특허 등록을 받게 되면, 이에 기초하여 해당 발명에 대한 외국 시장으로의 진출 및 그에 필요한 외국에서의 특허출원을 결정할 수 있게 된다. 그리고 국가간 심사 하이웨이 제도를 통해 대한민국 특허청장과 우선심사에 관한 합의가 되어 있는 국가에서 우선심사가 가능하게 된다. 세 번째, 출원인은 우선심사를 통해 조기에 특허가능여부를 타진하고, 특허를 받을 수 없는 것으로 판단되는 경우 출원공개 전 출원의 취하, 포기 등의 조치를 통해 출원발명이 무의미하게 공개되는 것을 방지할 수 있다.

6. 지재권 해외 출원

가. 특허 해외 출원 방식

특허의 해외 출원 방식은 파리 조약²⁸⁶⁾에 의한 개별국 출원과 특허 협력 조약²⁸⁷⁾ (Patent Cooperation Treaty)에 의한 국제출원으로 나누어 볼 수 있다. 먼저 특허협력 조약에 의한 국제특허출원제도(이하, PCT 출원)의 장점으로는 출원절차가 간편하다는 점을 들 수 있다. 동일발명을 다수국에 출원하고자 하는 각 국가에 대한 개별적 출원보다

286) 1883년 산업재산권의 국제적 보호를 위하여 파리에서 조인된 동맹조약으로 파리조약에 의한 우선권 제도는 파리조약 동맹국의 제1국에 최선의 정규출원을 한 자 또는 그 승계인이 우선기간 내에 다른 동맹국에 동일한 발명을 출원하여 우선권을 주장할 경우 특허요건 등의 규정을 적용함에 있어서 제1국 출원일을 기준으로 취급하여 주는 제도이다.

287) 발명의 국제적 보호를 위하여 파리 조약에 근거하여 1970년 워싱턴에서 조인되고 198년 1월 24일 발효된 조약이다. 하나의 발명을 다수국에 출원하는 경우 그 출원을 용이하게 함으로써 출원인의 노력과 비용을 경감시키고 각국 특허청의 심사부담도 경감시키려는 취지로 조인된 조약이다. 국제출원에 의하여 국제출원일이 인정되면 특허를 받고자 하는 지정국에 실제로 출원한 것과 같은 효과가 발생된다.



PCT에 의한 국제출원의 절차가 간편한데, 하나의 언어로 작성된 출원서를 하나의 관청에 제출하면, 국내단계 진입시점²⁸⁸⁾까지 여러 개의 외국출원을 대체할 수 있는 실익이 있다. 또한 PCT 출원 후 국내단계 진입 시점까지 기간의 이익을 가질 수 있어 각 지정국에서의 출원진행여부를 검토할 수 있고, 국제단계에서의 보정을 통해 이후 번역문의 제출을 전제로 지정국 전체에 보정의 효과를 거둘 수 있다. 그리고 국제조사 및 국제예비심사로 특허등록 가능성을 미리 판단할 수 있으므로 국내 단계 진입여부를 결정할 수 있어 무모한 해외출원을 방지할 수 있다. PCT 출원의 단점을 살펴보면, PCT출원비용은 통상의 국내출원비용보다 출원인에게 많은 부담이 되며, 국내단계 진입 시 각 지정국에서의 비용 또한 문제가 된다. 그리고 국제출원의 절차의 복잡성 및 국제출원이 각 지정국의 국내단계에서 진입하였을 때 그 지정국의 국내단계의 절차의 복잡성이 문제된다. 통상적으로 국제조사보고서나 국제예비심사보고서가 나온 후 국내단계로 진입하므로 특허권의 조기취득이 곤란하다는 문제점도 있다. 권리존속기간에 있어서도 특허권의 기산일이 출원일인 국가가 대부분이고 특허권의 조기취득이 곤란하므로 실질적으로 특허권의 존속기간이 단축된다는 문제가 있다.

일반적으로 PCT출원은 국내출원에 기초하여 조약에 의한 우선권²⁸⁹⁾을 주장하며 1년 이내에 PCT출원을 하는 형태로 진행된다²⁹⁰⁾. PCT출원과 개별국 출원이 각각 유리한 경우를 대별하면 아래와 같다.

- 제도의 선택기준

| PCT출원이 유리한 경우 | 개별국 출원이 유리한 경우 |
|-----------------------------|-----------------------|
| 해외 출원국가가 결정되지 않은 경우 | 해외출원 국가가 명확한 경우 |
| 해외 출원국가가 3~5개국 이상인 경우 | 해외 특허 등록이 신속히 요구되는 경우 |
| 해외 출원 비용의 집행을 유예할 필요가 있는 경우 | |
| 국제조사를 통해 해외 등록 가능성을 타진하는 경우 | |

288) PCT 출원은 각 국가의 국내단계 진입을 위한 중간 단계 절차이므로 지정국가의 국내 진입은 개별적으로 진행한다.

289) 조약에 의하여 대한민국 국민에게 우선권을 인정하는 당사국(파리협약에 의한 동맹국, TRIPS 협정에 의한 회원국 및 양자간 조약에 의한 조약당사국) 국민이 그 당사국 또는 다른 당사국에 특허출원을 한 후 1년 이내에 동일발명에 대하여 대한민국에 특허출원하여 우선권을 주장하는 경우에 그 당사국에 출원한 날을 대한민국에 특허출원한 날로 보는 출원을 말한다.

시에 대한민국을 지정국에서²⁹⁰⁾ 자기지정의 경우에 선출원이 취하간주되므로(특허법 제55조, 제56조) PCT출원 배제하는 것을 고려하고, 개량발명(라이선스 계약 후에 특허권자 또는 실시권자가 개량)을 포함하여 PCT출원을 하는 경우에는 대한민국을 지정국에 포함시킨다.

해외 특허출원 기한은, 우선권의 이익을 향유하려는 경우 국내출원일로부터 12개월 이내에 제2국 출원을 하거나 PCT출원을 완료해야 한다. 우선권의 이익을 포기한 경우 국내출원일로부터 1년 6개월 또는 등록공고일 중 먼저 만료되는 날까지이므로 국내출원일로부터 12개월 내지 1년 6개월 사이에 국내특허결정이 내려진 경우에는 등록료를 납부하기 전에 해외출원 진행여부를 확인하여야 한다.

나. 상표 해외 출원

상표의 해외출원은 개별국 출원과 유럽상표출원²⁹¹⁾, 2003년 4월 10일부터 시행된 마드리드 의정서에 의한 국제출원²⁹²⁾ 등의 제도를 활용할 수 있다.

개별국 출원의 경우 우선권기간이 국내 출원일로부터 6월이라는 점을 제외하고 특허의 개별국 출원과 내용이 동일하다. 마드리드 의정서에 의한 상표등록출원제도는 본국 관청(ex. 특허청)에서의 상표등록 또는 상표출원을 기초로 해당 표장을 국제출원서 상에서 지정한 국가들에서 보호받을 수 있는 제도이다. 마드리드 의정서에 의한 국제출원은 절차를 간소화할 수 있고, 개별국 출원에 비해 비용 절감 효과가 있으며, 사후 지정국의 추가가 가능하다는 장점이 있다. 다만 PCT출원과 달리 자기지정²⁹³⁾이 불가능하기 때문에 본국관청에 기초등록이나 기초출원이 존재하여야 하는 단점이 있으므로 기본출원이 등록된 후 진행하는 것이 바람직하다.

덧붙여 중소기업의 글로벌 경쟁력 강화 및 해외출원 촉진을 위한 해외출원 보조금 제도를 간단히 소개하면, 이는 중소기업기본법 제2조 해당 기업에게 특허, 실용신안, 상표, 디자인의 해외출원에 소요되는 비용의 일부와 국내외 대리인 비용, 번역료, 관납료 등(등록료, 연차료, 성공보수료 등 출원단계 이후에 소요되는 비용은 제외)을 지원하는 제도²⁹⁴⁾이다. 이외에도 서울산업진흥원 지식재산센터 등 공공기관 및 지방자치단체

291) 유럽공동체(EU) 각국에서 상표권 효력을 발할 수 있는 하나의 상표등록절차로 25개 회원 국가에 상표등록을 하는 절차를 하나의 절차로 진행할 수 있다.

292) 체약국의 본국에 출원 또는 등록되어 있는 국내출원 또는 국내등록을 기초로 하여 본국관청을 경유하여 보호받고자 하는 체약국을 지정하여 WIPO(세계지식재산권기구)의 국제사무국에 국제출원을 하고, 동 사무국이 유지, 관리하는 국제 등록부에 그 상표가 국제 등록되면 지정국의 관청이 일정기간 내에 거절의 통보를 하지 않는 한, 모든 지정국에서 국제등록과 동일한 효과를 발생하는 것으로 하는 상표의 국제 등록제도

293) PCT 자기지정출원은 PCT에 의한 출원을 하면서 일국에 출원되어 있는 선출원에 기초한 우선권주장을 하고 당해 선출원이 출원되어 있는 국가를 지정하여 출원하는 것이다.



에서 해외출원에 대한 지원 정책을 마련하고 있으므로 참조하기 바란다.

7. 지식재산권 라이선스 계약

가. 기술라이선스계약²⁹⁵⁾

기술라이선스의 대상으로는, 이미 특허받은 발명 이외에도 특허가 부여되기 전 출원 공개(특허법 제64조)가 이루어진 이후 특허 전에 이를 실시한 제3자에 대한 실시료 청구(특허법 제65조), 영업비밀, 컴퓨터 소프트웨어 저작권 등이 있다. 기술라이선스는 실시권허락자(licensor)의 자사 특허권의 경제적 활용, 대상기술의 개발, 권리화에 들어간 비용의 조기회수, 특허제품의 제조위탁에 수반하는 특허라이선스, 합작회사에의 기술라이선스 등의 관리를 목적으로 한다. 한편 실시권자(licensee) 입장에서는 자사개발이 곤란한 기술의 획득, 개발리스크 회피, 개발을 위한 투자와 시간의 절약, 타사권리 침해를 회피하거나 타사와의 침해분쟁을 해결하는 수단으로 기술라이선스계약을 활용한다.

상호라이선스는 실시권허락자, 실시권자 모두의 필요를 위해 존재하는 계약으로 상호 실시계약²⁹⁶⁾(Cross License), Patent Pool²⁹⁷⁾ 등의 형태가 있다. 기술라이선스의 종류로는 분야를 한정한 라이선스(Field of Use License), 개량발명실시허락(Grantback License)²⁹⁸⁾, 재실시(Sub License) 등이 있다. 덧붙여, 독점배타성을 속성으로 하는 일반특허와 달리 표준의 실시를 위해 널리 보급하는 것을 목적으로 하는 표준특허²⁹⁹⁾가

294) 한국발명진흥회 홈페이지 참조 2018 해외 권리화 지원사업 공고

http://www.kipa.org/_custom/kipa/_common/board/download.jsp?attach_no=17180

295) 최선집, 국제영문계약의 전략적 이해, 이지출판, 2017, pp. 255-261 참조

296) 상호실시권(cross license)둘 이상의 당사자가 자기가 보유하고 있는 특허를 서로 라이선스하는 계약. 특정 산업재산권에 대해 실시권자 간에 상호 교환사용이 필요하다고 인정되는 경우 상호 실시권을 허여하며, 이때 산업재산권의 경제적 가치가 동등할 경우에는 상호 무상으로 사용하게 되지만, 어느 한쪽의 산업재산권의 경제적 가치가 더 높을 경우에는 가치가 낮은 쪽에서 그 차액만큼 보상해주고 실시권을 허여받는 것이 일반적이다.

297) 어떤 기술에 관하여 특허를 갖고 있는 복수의 특허권자가 당해 특허를 일정한 조직체에 집중하여 당해 조직체를 통하여 patent pool의 구성원 등에 일괄하여 라이선스하는 구조

298) 실시권자가 연구개발력이 있는 경우, 허락특허의 주위에 개량기술특허를 출원, 취득하고, 허락특허의 유효이용을 위하여 실시권자의 개량기술 특허가 실시권허락자에 필요불가결한 경우 체결.

299) 표준특허는 과거 필수특허로 불리기도 하였다. 우리 공정거래위원회는 『지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침』(개정 2016.3.23. 공정거래위원회 예규 제247호) I.3.(가).(6)에서 “표준필수특허”란

있다.

기술라이선스계약은 주로 용어의 정의, 실시계약의 대상과 범위, 실시허락자(특허권자)의 의무, 실시권자의 의무, 권리의 유지, 상표 등의 사용, 계약상 권리의무의 이전, 계약의 변경, 계약의 해지, 계약기간, 비밀유지조항, 지재권 권리 조항, 준거법, 중재조항, 재판관할 등을 규정하고 있다. 특허라이선스 실시권 계약의 경우 계약완료 후 발생하는 재고 등의 판매권 등을 규정한 사후 조항을 두는 문제, 개량발명의 범위와 기여도의 산정 방식 그리고 독점규제 및 공정거래에 관한 법률이 금하는 부당한 거래제한이나 불공정한 거래행위에 해당하는 조항 여부를 면밀히 살펴야 한다.

나. 상표라이선스계약

특히 라이선스를 하게 되는 경우, 실시권 허락자 자신의 실시와 사업, 제3자에의 라이선스가 모두 제한되는 것이므로 비독점적 성격이 강하다. 이에 비하여 상표 라이선스 자체는 독점적 라이선스의 성격이 강하다. 이것은 당해 라이선스 대상으로 되는 나라 또는 상품 등에 관하여 상표사용권자(licensee) 이외에 상표사용권 허락자(licensor) 자신 또는 제3자도 동일 상표의 상품을 제조, 판매하게 되면, 같은 상표가 부착된 상품 등은 언제나 동등한 품질이라고 하는 품질보증기능의 확보가 곤란하고 수요자로서는 혼란이 생길 가능성이 크기 때문이다³⁰⁰⁾. 같은 경우 상표사용권자 입장에서 굳이 해당 상표 사용 계약을 맺을 동인을 찾지 않으려 할 것이다.

상표라이선스 계약의 특이점으로는 라이선스 후에도 상표의 품질보증기능을 유지하기 위하여 적절한 품질관리를 할 필요가 있으므로 품질관리(Quality Control)에 관한 조항, 상표권자에 의한 상표의 사용 관리 및 감독 규정, 필요에 따라선 상표사용권자가 상표권 관리의 위임을 받아 상표권 침해에 대한 소송 수행 및 관련 기관에 침해 신고 등의 의무를 규정하기도 한다.

표준기술을 구현하는 상품을 생산하거나 서비스를 공급하기 위해서는 필수적으로 실시허락을 받아야 하는 특허로서, 실시자에게 공정하고 합리적이며 비차별적인(FRAND: Fair Reasonable And Non-Discriminatory) 조건으로 실시허락할 것이라는 자발적인 확약이 요청되는 특허라고 정의하고 있다.

나지원, FRAND 확약의 효력과 표준특허권 행사의 한계, 경인문화사(2018), 23면 참조

300) 최선집, 국제영문계약의 전략적 이해, 이지출판(2017), 303면 참조



8. 저작권 등록

가. 저작권 및 저작인접권 등록

저작권은 공공기관에 등록하지 않아도 저작인격권, 저작재산권 등의 권리에 대한 법적 보호를 받을 수 있다. 다만, 저작권의 내용 및 권리변동에 대한 사항을 한국저작권위원회 저작권등록부에 등재하고 일반에게 공개, 열람 가능하도록 공시할 경우 다음과 같은 법률적 이익이 발생한다.

- 저작권 등록의 효력³⁰¹⁾

| 구분 | 내용 |
|--------------------|--|
| 창작연월일 추정 | 프로그램을 등록하면 등록된 창작 연월일에 당해 프로그램이 창작된 것으로 추정함(저작권법 제53조) |
| 제3자에 대한 대항력 | 프로그램저작권 이전, 질권의 설정, 처분제한 등을 등록함으로써 권리변동 사항을 명확히 하여 제3자에 대한 대항효과가 있음(법 제54조) |
| 손해배상 청구 | 등록된 저작권을 침해받은 저작권자는 저작권법에서 정한 일정 금액(저작물마다 1천만 원, 영리 목적의 고의적인 침해의 경우 5천만 원 이하)을 손해액으로 청구할 수 있음(법 제125조의2 제3항) |
| 보호기간의 연장 | 무명 또는 널리 알려지지 않은 이명으로 공표된 저작물의 경우 저작자의 실명을 등록하면 저작물의 보호기간이 공표 후 70년에서 저작자 사후 70년으로 연장됨(법 제40조 제1항) |
| 침해물품 통관보류 신청자격의 취득 | 저작권을 등록하는 경우 등록된 저작물을 침해하는 물품의 수출 또는 수입의 통관 보류를 신청할 수 있음(관세법 제235조 제7항) |

저작권 등록은 저작자인 개인이 신청하는 것이 원칙이다. 다만, 예외적으로 법원 등 기관이 법령에 근거하여 등록을 신청할 수 있다. 그리고 저작권 등록은 ‘1저작물 1등록’을 원칙으로 하므로 저작권 등록 신청은 1편의 시, 1편의 소설, 1컷의 사진처럼 저작물마다 하여야 한다. 저작권의 등록은 저작자나 상속인 등이 할 수 있다. 그러나 저작재산권의 양도 등 권리변동에 관한 등록은 양도인과 양수인이 공동으로 신청하여야 하며, 양도인의 등록승낙서가 있으면 양수인이 단독으로 등록할 수 있다. 저작권을 등록하기 위해서는 저작권 등록신청서, 저작물 명세서, 복제물, 등록세 영수증, 등록사

301) <http://www.cros.or.kr> 한국저작권위원회-저작권등록

유를 증명할 수 있는 서류, 수수료를 준비하여야 한다.

저작인접권³⁰²⁾ 등록은 실연자, 음반제작자, 방송사업자 등이 실연·고정·음반·방송에 관한 일반적 사항(저작인접권자 성명, 방송일시 등)과 권리변동에 관한 사항(양도, 처분 제한, 질권설정 등)을 저작인접권등록부에 등재하고 일반 국민에게 공개·열람하도록 한국저작권위원회를 통해 공시하는 제도이다. 보호기간은 실연의 경우 실연을 한 때로부터 70년간 보호되고, 음반은 음반을 발행한 때로부터 70년간 보호되며, 방송은 방송을 한 때로부터 50년간 보호된다. 저작인접권을 등록했을 경우 추정력, 대항력 등 저작권 등록과 동일한 효력을 갖는다.

나. 컴퓨터 프로그램 저작물 등록

컴퓨터 프로그램 저작물은 특정한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터 등 정보처리 능력을 가진 장치 내에서 직접 또는 간접으로 사용되는 일련의 지시·명령으로 표현된 창작물³⁰³⁾을 일컫는다(저작권법 제2조(정의) 제16호). 컴퓨터 프로그램 저작물의 등록업무는 과거 컴퓨터프로그램보호위원회에서 수행하였으나, 2009.7. 이후 한국저작권위원회와 통합되면서 컴퓨터프로그램 저작물의 등록업무도 한국저작권위원회에서 수행하고 있다.³⁰⁴⁾

다. 저작권 인증

저작권법상 ‘인증’은 저작물 등의 이용허락 등을 위하여 권리자임을 증명하는 것(저작권법 제2조 제33호)이며, 저작권 인증은 저작권법에 의해 보호되는 권리에 대한 인증(권

302) 저작인접권자의 권리

| | |
|-------|--|
| 실연자 | 성명표시권, 동일성유지권, 복제권, 배포권, 대여권, 공연권, 방송권, 전송권, 판매용음반 방송보상청구권, 디지털음성송신보상청구권, 판매용음반보상청구권 |
| 음반제작자 | 복제권, 배포권, 대여권, 전송권, 판매용음반 방송보상청구권, 디지털음성송신보상청구권, 판매용음반 공연보상청구권 |
| 방송사업자 | 복제권, 동시중계방송권, 공연권(방송의 시청과 관련하여 입장료를 받는 경우에 한) |

303) 글자체파일(서체파일)의 경우 컴퓨터 프로그램 저작물에 해당한다. 대법원 2001.6.29. 선고 99다23246 판결. 글자체파일(서체파일)은 저작권법상 명시적인 규정은 없으나 글자체를 컴퓨터를 통해 이용할 수 있도록 만든 프로그램으로서 프로그램저작물로 보호될 수 있다.

304) <http://www.cros.or.kr> 한국저작권위원회-저작권등록



리인증)과 권리자로부터 받은 이용허락에 대한 인증을 말한다. 저작권인증은 해외 콘텐츠시장에서 국내 저작물의 안전한 거래 및 경쟁력 강화를 위한 제도로 해외에서의 권리 행사를 위한 인증신청을 할 수 있다. 단, 저작인접물에 대해서는 국내에서의 권리 행사를 위한 인증신청도 부분적으로 인정하며, 외국저작물은 인증업무 범위에서 제외된다. 또한 중국내 권리에 대해서는 한국저작권위원회가 중국국가관권국으로부터 해외저작권인증기구로 비준받음에 따라³⁰⁵⁾ 한국저작권위원회 북경사무소를 통해 중국 관련 업무를 지원 및 연계하여 운영하고 있다. 중국인증서는 한국저작권위원회 북경사무소를 통해 현지 발급받을 수 있다.³⁰⁶⁾³⁰⁷⁾

II. 지식재산권 분쟁 대응

1. 특허권 분쟁 대응³⁰⁸⁾

가. 특허권 침해

특허권의 침해란 특허권 실시에 정당한 권한이 없는 자가 타인의 특허권의 보호대상인 특허발명을 업으로서 실시하는 것을 말한다. 특허권 침해가 성립하기 위해서는 1) 유효한 특허권 내지 전용실시권³⁰⁹⁾의 존재, 2)침해의 혐의를 받는 물건 또는 방법이 특허발명의 보호범위에 해당하는 것이어야 하며, 3)침해의 혐의를 받는 자에게 특허발명의 실시에 관한 정당한 권한이 없을 것을 요하며 4)업으로서 실시하는 행위이어야 한다(특허법 제94조). 2)와 관련하여 특허발명의 보호범위는 특허청구범위에 기재된 사항에

305) 근거법령: 중국의 ‘해외저작권인증기구 중국내 상주대표기구 설립 관리방법’, 국권련[1996]35호

306) 2016년 기준 웹드라마, 영화, 음원 등 5,100여건의 저작물에 대한 저작권 인증서가 발급됨

307) 오상훈, 블록체인 기술을 활용한 저작권 신 서비스 모델 연구, 한국저작권위원회(2018) pp. 14-15 참조

308) 대표적인 산업재산권인 특허권을 중심으로 서술하였다.

309) 전용실시권과 독점적 통상실시권: 독점적 통상실시권은 독점적인 실시권이 약속되어 있을 뿐, 배타적 독점권은 일체 부여되어 있지 않다. 반면 전용실시권은 설정행위로 정한 범위에 대해서 특허권자가 본래 가지고 있는 권리와 실질적으로 변함이 없는 배타적 독점권을 수반한 실시권이다. 따라서 전용실시권자는 설정행위로 정한 범위 내에서 권리침해에 대한 금지청구권과 손해배상청구권을 행사할 수 있고 제3자에게 실시권을 허락할 수 있는 권리도 가지고 있다.

의하여 정하여진다(특허법 제97조). 대비되는 발명이 특허발명의 보호범위³¹⁰⁾에 속한다고 하기 위해서는 구성요소완비의 원칙³¹¹⁾에 의하여 특허발명의 특허청구범위에 기재된 각 구성요소와 그 구성요소간의 유기적 결합관계가 그 대비되는 발명에 그대로 포함되어 있어야 한다.³¹²⁾

- 특허침해와 확인사항³¹³⁾

· 침해물 또는 제조방법이 특허청구 범위에 기재된 기술적 범위에 속하는지 여부를 확인하여야 한다. 청구범위를 확인하는 것이 원칙이나 명세서와 도면의 기술범위 전체를 확인하는 것이 바람직하다. / 장치나 물건의 경우는 특허청구 범위의 구조·구성부분에 속하는지 여부 및 작용효과나 기술적 목적 등도 확인하여야 한다. / 특허권 실시의 권한을 갖거나 또는 예외에 해당하는 경우가 아니어야 한다.

특허 침해의 유형은 문언침해³¹⁴⁾, 균등침해³¹⁵⁾, 이용침해³¹⁶⁾, 선택침해³¹⁷⁾, 생략침해

310) 특허권의 보호범위 판단은 특허청구범위의 문언 내용을 중심으로 한다. 대법원 2011.8.25. 선고2010후3639 판결. 특허권의 권리범위 내지 실질적 보호범위는 특허출원서에 첨부한 명세서의 청구범위에 기재된 사항에 의하여 정하여지는 것이 원칙이고, 다만 그 기재만으로 특허의 기술적 구성을 알 수 없거나 알 수 있더라도 기술적 범위를 확정할 수 없는 경우에는 명세서의 다른 기재에 의한 보충을 할 수 있는데, 이 경우에도 명세서의 다른 기재에 의하여 특허범위의 확장해석이 허용되지 아니함은 물론 청구범위의 기재만으로 기술적 범위가 명백한 경우에 명세서의 다른 기재에 의하여 청구범위의 기재를 제한 해석할 수 없다고 판시한다.

311) 특허권의 보호범위는 구성요소완비의 원칙(all element rule)으로부터 출발한다. 특허청구범위는 복수의 기술 구성요소로 이루어져있고 발명은 모든 구성요소가 유기적 일체로 이루어진 것이므로 특허의 침해는 침해자가 특허청구범위의 모든 구성요소를 실시하는 경우에만 성립하고, 그 중 일부만을 실시하는 행위는 원칙적으로 침해를 구성하지 않는다.

312) 대법원 2001.12.24. 선고 99다31513 판결. 특허발명과 대비되는 (가)호 고안이 특허발명의 청구항에 기재된 필수적 구성요소 중의 일부만을 갖추고 있고 나머지 구성요소가 결여된 경우에는 원칙적으로 그 (가)호 고안은 특허발명의 권리 범위에 속하지 아니한다고 보았다.

313) 연구자를 위한 지식재산지침서, 국가지식재산위원회, 2017, 122면 참조

314) 문언침해: 특허청구범위의 문언해석에 의하여 특정된 특허발명의 구성요소를 그대로 사용하는 것을 말한다

315) 균등침해: 균등론에 의한 침해를 문언침해와 대비하여 균등침해라 한다. 균등론이란 침해기술의 구성요소의 일부가 특허발명에 대응되는 구성요소와 문언상으로는 동일하지 않더라도 실질적으로 균등하다고 볼 수 있는 경우에는 특허권의 권리범위를 확장하여 침해를 인정한다는 이론이다. 대법원도 균등침해를 인정하며 다음과 같이 요건을 실시한다. 1) 양 발명에서 과제의 해결원리가 동일하고 2) 침해발명의 구성요소의 치환에도 불구하고 달성하려는 목적과 효과가 동일하며 3) 그러한 치환이 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 기술자가 용이하게 생각할 수 있을 정도로 자명한 경우 4) 통상의 기술자가 공지된 기술과 동일한 기술 또는 공지기술로부터 용이하게 발명할 수 있었던 기술에 해당하거나 5) 치환된 구성이 당해 특허발명의 특허청구범위에서 의식적으로 제외된 것이라는 등의 사정이 없는 한 실질적으로 동일한 것으로 보아 성립한다.(대법원 2012.6.14. 2012후443) 예를 들면, a+b+c로 구성된 특허발명의 구성요소를 일부 변경한 a+b+c'의 구성요소를 가진 침해품이 있을 경우, c와 c'가 동일하지 않아서 문언침해에는 해당하지 않지만, c의 c'로 치환해서 특허발명과 실질적으로 동일한 작용효과를 내고 치환하는 것이 통상의 기술자에게 용이하며 특허발명과 침해품의 과제



해³¹⁸⁾, 불완전이용침해³¹⁹⁾, 간접침해³²⁰⁾로 구분할 수 있다. 이중 간접침해는 원칙적으로 침해로 보기 어려운 침해행위의 전 단계의 일정한 행위유형들을 특허침해행위로 간주하는 것이다. 특허법은 물건의 발명인 경우에는 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위를, 특허가 방법의 발명인 경우에는 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위를 침해행위로 간주하고 있다(특허법 제127조)³²¹⁾.

나. 특허분쟁의 예방

먼저 특허분쟁을 예방하기 위하여 업계 동향이나 경쟁사의 사업동향을 파악하는 것이 중요하다. 이를 위하여 먼저 관련기술의 선 특허 출원 또는 등록 여부를 확인하는 작업, 특허조사를 해야 할 것이다. 이때 쟁점이 되는 특허들에 대해서는 특허출원 경과가 모두 기록된 심사포대³²²⁾를 특허청 홈페이지 등을 통해 입수·검토하여야 한다. 이 과정에서 심사관의 거절이유를 확인하고 심사관이 제시한 선행기술을 파악한 다음, 심사관이 거절한 이유와 선행기술에 대하여 특허 출원인이 어떤 대응을 했는지, 그 대응한 이유는 무엇인지 등을 파악하는 것이 중요하다.³²³⁾

해결원리가 동일하다면 균등침해가 인정된다.

- 316) 이용침해: 제3자가 자신의 발명을 실시하는 과정에서 타인의 특허권을 침해하는 것을 말한다.
- 317) 선택침해: 선행 특허발명의 특허청구범위가 상위개념으로 구성되어 있을 경우 개념상 그 특허청구범위에 속하는 하위개념을 택하여 실시하는 것을 말한다.
- 318) 생략침해: 등록발명의 특허청구범위에 기재된 구성요소 가운데 비교적 중요성이 낮은 일부 구성요소를 생략하여 실시함으로써 등록발명의 작용효과보다 열악 하거나 동일한 효과를 얻는 것을 말한다.
- 319) 불완전 이용침해: 생략발명에 새로운 구성요소를 추가하여 실시하는 것을 말한다.
- 320) 간접침해: 복수의 구성요소로 이루어진 결합발명에서 그 일부 구성요소만을 제조판매하는 것은 원칙상 특허침해가 아니지만, 그 일부의 요소가 당해 특허발명 실시에만 사용될 뿐 다른 용도가 존재하지 않는 경우에는 이를 간접침해로 규정하여 보호하고 있다.
- 321) 대법원 2002.11.8. 선고 2000다27602 판결. 특허발명의 대상이거나 그와 관련된 물건을 사용함에 따라 마모되거나 소진되어 자주 교체해 주어야 하는 소모부품일지라도 특허발명의 본질적인 구성요소에 해당하고 다른 용도로는 사용되지 아니하며 일반적으로 널리 쉽게 구할 수 없는 물품으로서 당해 발명에 관한 물건의 구입시에 이미 그러한 교체가 예정되어 있었고 특허권자측에 의하여 그러한 부품이 따로 제조·판매되고 있다면, 그러한 물건은 특허권에 대한 이른바 간접침해에서 말하는 '특허 물건의 생산에만 사용하는 물건'에 해당하고, 위 '특허 물건의 생산에만 사용하는 물건'에 해당하는 점은 특허권자가 주장 입증하여야 한다고 판시하였다.
- 322) 특허출원시 그 출원에 대하여 생성되는 파일. 전자 출원 방식 이전에 큰 봉투에 담아 관리함.
- 323) 심사포대는 모두 검토할 필요는 없지만, 적어도 자진보정서와 그 이유, 거절이유통지서, 보정서,답변

경쟁 기업이 이미 특허를 받은 기술의 경우, 그 권리를 양도받거나 라이선스를 취득하지, 제품 설계를 변경하는 회피설계³²⁴⁾를 할 수 있는지 등을 검토해야 할 것이다. 그리고 적극적인 특허출원 전략을 마련하는 것이 중요한데, 특허를 받을 수 있는 기술인지 확신이 없더라도 경쟁사의 특허출원을 방지하기 위하여 방어 출원을 할 필요도 있다. 특허출원은 일정기간이 지나면 원칙적으로 모두 공개되며, 일단 공개되면 자신이 특허를 받지 못하더라도 타기업의 특허출원을 예방할 수 있기 때문이다. 이러한 방어출원 이외에도 기본특허에 따른 실시형태나 응용기술까지도 권리화해 두어 관리할 수 있도록 관련 특허를 출원하거나 실시권 계약을 체결해두는 것도 바람직한 예방책이 된다.

다. 경고장 단계에서의 대응

특허발명에 대하여 침해당 한 특허권자는 먼저 경고장 발송을 통해 침해자에게 침해사실을 알리고 향후 침해에 대한 소송을 제기할 수 있음을 고지하게 된다.³²⁵⁾ 경고장 발송은 본안 소송 제기 전 상대방의 대응 전략을 알기 위한 목적으로도 활용된다. 즉 상대방이 경고장을 받은 후 자신의 실시행위가 특허권의 침해됨을 인정하고 불실시에 대한 합의, 특허권에 대한 실시권 결정이나 특허권 매입 등과 같이 원만한 분쟁의 해결을 원한다면 본안소송을 진행할 필요가 없게 된다.³²⁶⁾ 경고장을 보내기 전 주의 사항은 아래와 같다.

서, 심사관 면담 기록서, 그리고 선행기술은 매우 정밀하게 검토할 필요가 있다. 특허청, 한국지식재산보호협회, 지재권분쟁대응 어렵지 않아요 현진문화사2013, 165면 참조

324) 회피설계란 해당 제품의 기능 및 성능에는 거의 영향을 주지 않으면서도 당해 문체특허의 권리범위에서는 벗어나서 침해가 되지 않는 것을 말한다.

325) 경고장 작성시 침해된 기술이 출원중인 경우는 특허법 제65조제2항의 '보상금청구권'에 관한 규정이 적용된다. 이 조항이 적용되기 위해서는 다음과 같은 요건이 충족되어야 한다. 1) 해당 출원이 공개되어 있어야 하므로, 아직 공개 전이라면 조기공개신청을 하고 공개 후 경고장을 보내야 된다 2) 등록이 된다는 것을 전제로 청구할 수 있기 때문에 일단 현 단계에서는 경고만을 할 수 있을 뿐이고, 3) 등록 후에 출원 중 침해행위에 대하여 보상금청구를 할 수 있다.

326) 오성환, 실무에서 바로 쓰는 특허분쟁 지침서(, 박영사,2016, 188면 참조



- 경고장 발송 전 주의사항³²⁷⁾

- 특허침해 증거 확보 - 침해가 문제되는 제품 및 제품에 대한 정보를 미리 입수한다.
- 침해제품의 정보 분석 - 침해제품은 최소한 2개 이상으로 구입한다. 1개의 침해제품은 특허발명과 침해제품의 각각 구성을 일대일로 비교분석을 위해 침해제품을 분해한다. 또 1개의 침해제품은 소송이 제기되었을 때 제시하여 실제 작동 모습 등을 시연할 수 있도록 보존한다. 침해제품에 대해서 사진 및 동영상 촬영을 한다.
- 침해회사의 정보수집 - 침해자의 본사 주소, 대표자 성명, 자금력, 특허 대응 이력, 관련시장 중첩 여부 등 파악
- 경고방법 결정 - 경고장 발송의 실익 탐구, 직접 소송 제기 고려, 침해자 거래처 경고를 통해 간접 압박 여부
- 특허침해가 아님에도 침해라고 허위사실을 유포한 경우 업무방해죄가 성립될 수 있음

경고장에는 특허권자와 특허권에 대한 소개, 침해제품을 적시한 특허권 침해 주장, 계속 침해할 경우 민형사상 소송 제기, 권리자의 요구사항 등을 기재한다. 경고장 샘플³²⁸⁾을 아래에 첨부한다.

경고장

발신인 법무법인 **
 서울 강남구 **
 담당변호사 ***
 관련회사 ****

수신인 주식회사 ***
 경기도 **
 대표이사 ****

제목: 특허권 침해사실 통보와 침해중지 요청 및 이에 대한 답변 요구

1. 귀사의 사업이 날로 번창하시길 진심으로 기원합니다.
2. 본인(**)은 “****” 이란 발명의 명칭으로 20-년-월-일자로 특허출원을 하여 20-년-월-일자로 등록을 받았습니다. 이와 같은 등록사실은 첨부 1 특허등록원부를 통하여 확인할 수 있습니다. 상기 이권 등록특허(등록번호 10-****)****의 특허청구범위 제1항은 “**** 더 크게 형성되는 것(이하 ‘자전거’ 라 한다)을 특징으로 하는 ****” 이라고 기재되어 있습니다. 이와 같은 기재사실은 첨부 2.등록특허공보를 통하여 확인할 수 있습니다.
3. 위 사실을 기초로 하여 본인은 귀사에서 본인의 특허권과 동일한 자전거(첨부3)를 ****로부터 구입을 하여 본인의 특허권을 침해하는 물품을 사용하고 있다는 사실 및 본인의 특허권이 침해당하고 있다는 사실을 확인하고 이를 매우 유감스럽게 생각하며 이와 같이 경고장을 보내는 바입니다.

327) 오성환, 앞의 책, pp. 189-190면 참조

328) 특허청, 스타트업을 위한 지식재산 관리 매뉴얼, 2015, pp. 158-159

따라서 본인은 본인의 특허권에 대한 귀사의 침해행위에 대해 곧바로 법에 따른 자위적 조치를 취하기에 앞서 귀사에서 본인의 특허품인 자전거를 사용하고 제조 및 판매하고 있는 ***은 본인의 특허권을 침해하는 것임을 알리고 귀사가 스스로 이와 같은 침해행위를 중지함과 동시에 본인의 요구에 따를 것을 요청하는 바입니다.

4. 본인의 특허권에 해당하는 물품인 자전거를 제조 및 판매하는 귀사의 실시 행위는 특허권 침해의 성립요건인 1) 특허발명의 실시 2) 보호범위 내의 실기 3) 업으로 실시 4) 정당한 권원이 없는 실시에 해당하므로 현재 본인의 특허권을 침해하고 있습니다.
5. 따라서 귀사에서 이미 잘 알고 계시는 바와 같이, 민사상 구제수단으로 특허법 제126조 제1항에서는 “특허권자 또는 전용실시권자는 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다” 라고 규정되어 있고 동법 동조 제2항에는 “특허권자 또는 전용실시권자가 제1항의 규정에 의한 청구를 할 때에는 침해행위를 조성한 물건의 폐기, 침해행위에 제공된 설비의 제거 기타 침해의 예방에 필요한 행위를 청구할 수 있다” 라고 규정되어 있어 본인은 침해금지청구권을 행사할 수가 있으며, 손해배상청구권을 행사할 수가 있습니다. 또한 귀사의 본인의 특허권을 침해한 물품을 제조 및 판매로 인한 부당이익의 반환을 청구하는 부당이익반환청구권을 행사할 수 있습니다. 그리고 형사적 구제수단으로 특허법 제225조 “특허권자 또는 전용실시권자는 고의로 특허권을 침해한 자에 대하여 침해죄로 고소할 수 있으며, 침해한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다” 라고 규정되어 있어 귀사의 침해행위는 고의가 입증되므로 침해죄가 성립될 수 있고, 따라서 본인은 귀사를 고소할 수 있음을 알려드립니다. 또한 특허법 제231조 몰수규정에 따라 귀사의 침해품을 몰수할 수가 있습니다.
6. 따라서 본인의 특허권의 침해중지 요청에도 불구하고 본 경고를 무시하고 계속적인 침해의 사정이 이루어지지 않고 계속적으로 침해를 할 경우 상기 민사적 구제 및 형사적 구제수단을 적극적으로 이용하여 법률이 허용하는 범위 내에서 강력하게 대처할 것임을 경고하는 바이며 이하 다음과 같은 이행을 촉구하는 바입니다.

- 다음 -

- (1) 이 경고장을 받는 즉시 본인의 특허권을 침해하는 물품의 제작 및 판매 등 일체의 실시행위를 즉각 중지하여 주시기 바랍니다.
- (2) 귀사가 본인의 특허권을 침해하는 물품을 공급한 업체(주소, 연락처, 대표자명 포함), 공급량, 공급기간 및 공급단가 일체의 정보를 문서화하여 본인에게 20-년 -월 -일까지 송부하여 주시기 바랍니다.
- (3) 본인의 특허권을 침해하는 물품으로서 금일 현재 귀하가 보유하고 있거나 시중에 배포되어 있는 물품을 20-년 -월 -일까지 모두 수거하여 본인의 입회 하에 폐기하여 주시기 바랍니다.
- (4) 차후로는 본인의 특허권에 대한 침해행위를 절대로 자행하지 않겠다는 취지의 각서를 작성하여 20-년 -월 -일까지 본인에게 도달되도록 송부하여 주시기 바랍니다.
- (5) 귀사의 현재에 이르기까지의 본인의 등록특허를 실시함에 따른 손해배상액(또는 합의금)을 본인과 협의하여 주시기 바랍니다.

- 첨부자료 -

첨부1. 특허등록원부(등록번호10-*****) 사본 1부

첨부2. 등록특허공보 사본 1부

첨부3. 귀사가 구입하여 사용하는 본인의 특허권을 침해한 자전거의 사진, 끝.

20-년 -월 -일

발신인 법무법인 **

담당변호사 ***



자사가 상품개발 또는 특허출원을 위해 선행기술조사를 한 경우라 하더라도 특허 침해 경고를 받을 수 있다. 경고장을 받았을 경우에는 경고장 내용의 사실관계를 검토하고 동시에 상대방의 의향을 파악할 필요가 있다. 상대방이 보낸 경고장을 잘 검토하여 침해주장 이유나 근거가 명확하게 제시되어 있지 않은 경우에 상대방에게 보다 명확한 근거 자료를 요구하여 합당한 범위 내에서 심리적 부담을 주도록 한다. 만일 경고자의 주장이 사실과 부합한다면, 자사의 현재 실시 제품이나 영업상 실시 방법이 경고자 특허발명의 보호범위에 해당하는지 그 침해 여부를 판단하여야 한다. 또한 상대방 특허에 대해 무효 항변³²⁹⁾을 할 수 있는지 여부를 살펴보는 것도 효과적 대응 방안이다. 경고장 내용을 검토할 때에는 특허권자가 라이선스 계약을 체결하고 하는 것인지, 시장 진입 자체를 막으려는 건지, 협상을 할 의도인지 소송 제기를 할 것인지 등을 종합적으로 면밀히 살펴보아야 한다. 이러한 대응을 위하여 사내에 특허대응팀을 구성하기도 한다³³⁰⁾. 분쟁진행 상황을 파악하여 팀원의 업무를 관리하는 리더, 처리절차와 기한관리, 증거서류 등을 처리하는 절차와 문서 담당, 자사제품의 기술정보를 대리인에게 정확히 전달할 수 있는 기술담당으로 역할을 분담하여 구성한다.

경고장 회신 시 유의할 사항은 아래와 같다.

- 경고장 회신 시 유의 사항 ³³¹⁾

| 항목 | 유의사항 |
|-----------|---|
| 회신기간 | 경고장에 대해 응답하지 않으면 추후 소송에서 불성실한 태도로 비춰질 수 있으므로 적당한 시기를 봐서 잠정적 회신하고 시간을 확보 |
| 회신 서명자 선택 | 사장이 직접 회신에 서명할 필요 없으며 담당자가 서명하여도 무방 사장이 직접 회신한 경우 추후 소송에서의 증언능력, 재판 절차에 있어 상대방이 증인신문을 청구해 올 때 이를 거부하기가 곤란하기 때문 |
| 회신은 간략하게 | 성실하게 대응한 기록을 남기기 위해 필요한 사항만을 냉정하고 간결하게 서술 불필요한 언행이나 자인은 금물 |

329) 등록된 특허에 대한 일반적인 무효사유는 신규성과 진보성의 결여가 대표적이다(특허법 제29조, 제42조 제3항 명세서 기재요건), 이외 기타 무효 항변 사유는 다음과 같다.

| 종류 | 내용 |
|------------|---------------------------------------|
| 금반언 | 권리자의 권리 불행사 언동을 믿은 실시자를 보호하는 원칙 |
| 선발명의 항변 | 등록된 특허와 동일한 발명이 이미 타인에 의해 이루어졌다는 항변 |
| 부제소 특약의 활용 | 상대방으로부터 제소하지 않겠다는 특약을 받음으로써 분쟁을 미연 방지 |

330) 특허청, 지적권분쟁대응 매뉴얼, 2012, 51면 참조

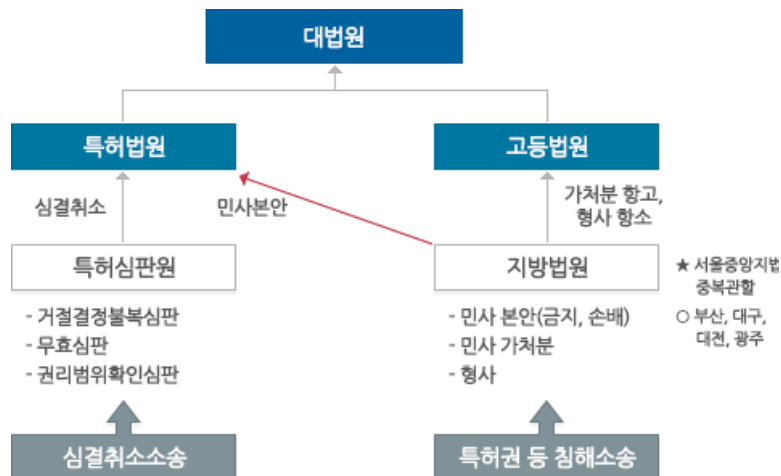
331) 한국전자산업진흥회, 국제특허분쟁대응 표준 매뉴얼, 2004 참조

| 항목 | 유의사항 |
|------------------------|---|
| 장래 의무 부담행위 서술금지 | 일시적인 도피를 위한 장래의무 부담행위를 서술하는 것은 절대 금기 사항이다 (예: 기간을 스스로 한정하여 검토서 작성하는 것, 제품샘플의 공여 등) |
| 침해관계의 설명과 그 근거자료의 제시요구 | 권리자의 공격을 제어하기 위해서는 부담을 주는 일이 가장 효과적이다. 특히 외국 기업들이 우리 기업의 대응능력이 미숙한 점을 이용하여 쉬운 방법으로 이득을 얻으려는 의도로 행해지는 무분별한 경고장 남발을 미연 방지 |
| 회신내용 | 잠정적 회신(경고장 수령 확인, 성실한 검토 약속, 검토시 자료 입수에 상당 기간 소요 통보, 호의적 해결 희망 암시) 실질적 회신(문제해결 가능성이 없을 때) |
| 관련서류 복사본 송부 | 추후 소송 자료로 제출할 것임과 우수한 대리인이 있다는 사실을 주지시킬 필요가 있다 |

라. 특허분쟁의 해결을 위한 제도

국내 특허 소송 관련 법원 구조의 특징을 살펴보면, 특허법원은 특허심판원의 심결에 대한 취소소송과 특허권·실용신안권·상표권·디자인권 등의 민사소송 1심 판결에 대한 항소사건을 관할한다. 특허법원이 심결취소소송 및 특허권 등 침해사건 항소심을 관할하는 반면, 특허심판원은 특허·실용신안·디자인·상표의 발생·변경·소멸 및 그 권리범위에 관한 분쟁을 해결하기 위한 특별행정심판을 하고 있다.

- 국내특허쟁송제도³³²⁾



332) 특허법원 홈페이지 참조



먼저 민사적 구제수단으로 특허권자와 전용실시권자는 권한 없이 특허발명을 업으로 실시하는 자에게 침해금지 및 예방청구권(특허법 제126조), 침해조성물 폐기·제거청구권(동법 제126조), 신용회복조치청구권(동법 제131조), 손해배상청구권(동법 제128조) 및 부당이득반환청구권(민법 제741조)을 행사할 수 있다. 또한 특허권자는 자신의 특허권이 침해되고 있음을 이유로 침해금지명령을 발해줄 것을 법원에 청구할 수 있는 가처분제도를 활용할 수 있다. 실무상 자주 활용되고 있는 가처분의 요건은 다음과 같다. 이러한 요건들에 대한 입증책임은 가처분 신청권자가 부담한다.

- 가처분의 요건³³³⁾

| 요건 | 주요내용 |
|----------------------|---|
| 본안의 승소가능성 | 당해 특허의 특허청구범위에 피고의 문제되는 행위가 포함되며, 당 특허를 침해하였는지 여부 및 당해 특허의 유효성 문제이다. 이의 입증책임은 가처분 신청자(원고)에게 있다. |
| 회복할 수 없는 손해의 염려 | 금전적인 배상이 적당치 않거나 완전한 전보배상이 불가능한 손해를 말함. 본안에서의 승소가능성이 충분히 입증된 경우에는 보통 추정된다. |
| 특허권자와 침해피의자의 이익형량 고려 | 가처분이 기각될 때 특허권자의 손해가 인용시의 침해피의자의 손해를 초과하거나 적어도 적지 않아야 한다라는 요건을 말하며 이는 법관의 재량사항이다. 실제적으로 대부분 형량의 결과가 피고측에 일방적으로 기울지 않는 한, 가처분을 인정하는 것이 법원의 태도이다. |
| 공익에 반하지 않을 것 | 특허침해 제품의 생산 및 판매를 금지함으로써 소비자의 선택권을 제한하고 생필품인 경우에는 공공의 부담 등의 공익을 주장할 수 있으나, 특허권 보호의 공익이 상기와 같은 잠재적인 공익보다 우월하므로 당해 요건이 문제되는 경우는 드물다. |
| 담보의 제공 | 피고의 손해를 담보하기 위해 요구됨 |

특허법은 특허권자의 손해입증의 편의를 위하여 침해자의 양도수량에 권리자의 이익률을 곱한 금액, 침해자의 이익 또는 통상 받을 수 있는 실시료를 손해로 추정하는 규정을 두고 있으며(특허법 제128조 제1항 내지 제3항), 손해액 계산 또는 침해 증명에 필요한 서류를 포함한 자료의 제출 명령제도가 있다(특허법 제132조). 나아가 손해액 산정을 위해 법원이 감정을 명한 경우 당사자는 감정인에게 감정인에게 필요한 사항을 설명할 의무를 부담한다(법 제128조의2). 특허권 또는 전용실시권 침해행위에 대하여는 과실이 있는 것으로 추정된다(특허법 제130조). 특허권 침해주장에 대한 항변으로는

333) 특허청, 스타트업을 위한 지식재산 관리 매뉴얼, 2015, 71면 참조

실시제품이 특허발명의 보호범위에 속하지 아니한다는 항변 이외에 특허권 소진³³⁴, 자유실시기술³³⁵, 권리남용 항변 등이 있다. 형사적 구제수단을 살펴보면, 특허권 침해죄(특허법 제225조)는 특허권 또는 전용실시권을 고의로 침해한 자에 적용되는 친고죄이며 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있다. 그리고 몰수조항(동법 제231조) 및 양벌 조항(동법 제230조) 등이 있다.

이외 특허권 분쟁 해결을 위하여 중재기관인 대한상사중재원(<http://www.kcab.or.kr>, 02-551-2020)에 중재를 신청하거나 산업재산권분쟁조정위원회(<http://www.kipo.go.kr/adr>, 1670-9779)에 특허권 등 산업재산권에 관한 분쟁 조정³³⁶을 신청할 수 있다. 그리고 한국지식재산보호원(<http://www.koipa.re.kr>)에 특허권 등 지식재산권 침해를 신고하고 보호를 요청할 수 있다³³⁷.

2. 저작권 분쟁 대응

일반적으로 자신의 저작물에 무단 복제 등의 침해를 당한 저작권자는 침해자에게 경고장을 발송하면서 침해금지 및 손해배상을 요구한다. 만약 단순히 침해 금지가 목적이라면 침해 사실 발견 즉시 경고장을 발송하면 되겠지만 손해배상이 목적이라면 상대방의 계속된 침해로 손해가 발생하고 소송을 통해 입증³³⁸할 수 있는 수준의 증거가 수집된 시점에 경고장 또는 소송 제기를 하는 것이 바람직할 것이다. 합의를 할 경우

334) 특허권의 소진(doctrine of patent exhaustion)이란 적법하게 양도된 특허발명제품의 계속적인 양도나 사용 등에 대해서는 특허권을 행사할 수 없다는 이론이다. 이는 특허권자에게 특허발명에 대한 정당한 대가를 확보하는 기회가 이미 보장되었고 시장에서 상품의 자유로운 유통을 확보하기 위함이다. 정상조, 박준석, 지적재산권법, 홍문사, 2011, 172면 참조

335) 자유실시기술의 항변이란 특허의 침해자 또는 등록특허의 권리범위확인 대상이 된 실시자가, 자신은 등록된 특허발명을 실시하는 것이 아니라 그 특허발명의 출원 이전에 공지되어 누구나 자유로이 실시할 수 있는 영역에 속하는 기술을 실시하고 있는 것에 불과하므로 침해를 구성하거나 특허발명의 권리범위에 속하지 않는다고 주장하는 것이다.

336) 산업재산권 분쟁조정 신청자격: 산업재산권자, 실시권자, 사용권자, 직무발명자, 권리실시에 이해관계가 있는 자/ 신청대상: 산업재산권의 침해로 인하여 발생된 분쟁, 산업재산권의 양도 또는 실시에 관련된 분쟁, 직무발명보상에 관련된 분쟁, 기타 산업재산권에 관련된 분쟁, 단 산업재산권의 무효 및 취소 여부와 권리범위 확인 등에 관한 판단만을 요구하는 사항은 제외

337) 한국지식재산보호원은 최근 문제되고 있는 해외 상표브로커 대규모 공동대응 지원사업을 시행하고 있다. (<http://www.ip-vavi.or.kr> 참조)

338) 손해액은 저작권 권리가 침해되어 하므로 모니터링을 통한 채증 수단 도입, 침해저작물의 추적이 가능한 홀로그램 증지, 워터마크 등 침해사실과 수량을 입증할 수단을 확보해야 한다.



형사고소 단계에서 합의하는 것이 손해액 보상액의 측면에서 유리하다. 일반적으로 민사소송에서 인정되는 손해액은 실제 손해액에 한정되므로, 형사고소 중 합의를 하게 되면 형사고소를 하지 않거나 취하하는 대가로 침해액의 70~100%에 달하는 합의금을 손해배상액과 별도로 받을 수 있기 때문이다. 한편 저작권 침해가 확실하고 기업이미지와 불법복제 만연 방지, 경쟁사 응징 등의 목적이 있다면 경고장 발송을 생략하고 바로 판매금지처분 민사소송과 형사고소를 제기하는 것이 침해자에 대한 가장 효과적인 대응이 될 것이다.³³⁹⁾ 저작물을 무단 이용한 기업 입장에서는 일단 저작권 침해를 이유로 소송을 제기 당하거나 경고장을 받게 될 경우, 상대 저작물의 저작권성이 충족되지 않거나 그 침해 성립여부가 확실하지 않다면 다투볼 여지가 있겠으나, 내부 판단으로도 저작권 침해가 확실하다면 상대방이 본격적으로 고소에 들어가기 전에 경고장상에서 요구하는 금액에서 적절히 감액하여 합의하는 것이 바람직할 것이다. 기업의 경우 저작권 침해 분쟁에서 유의할 점은 양벌규정(저작권법 제141조)이다. 직원들에 의해 주로 발생하는 저작권 침해에 의해 법인도 동일한 액수의 벌금을 내게 되기 때문에, 평소 법인이 직원을 상대로 타인의 저작권을 침해하지 않도록 교육, 검사 등을 통하여 충분히 노력하였다는 증거가 있어야 한다. 신규 직원을 대상으로 타인의 지식재산권을 무단으로 사용하거나 불법 저작물을 이용하지 않겠다는 서약서를 받는 것은 물론, 정기적으로 지식재산권 보호 등에 관한 교육을 수행하고, 전체 직원들이 사용하는 PC 및 자료들에 대한 정기적인 보안 검사를 통해 불법 저작물 사용을 하지 않도록 해야 한다.³⁴⁰⁾

저작권 분쟁이 발생할 경우 소송 이외에도 한국저작권위원회의 조정제도(저작권법 제113조 제1호)를 활용할 수 있다.³⁴¹⁾ 조정 기일은 법원의 심리와 유사하게 진행되며 성립된 조정조서는 법원의 확정 판결과 동일한 효력을 가지며 불이행시 그 조서를 바탕으로 집행 법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 덧붙여 한국저작권 위원회는 저작권 전문 기관으로서 저작권 분쟁의 해결을 위해 서울중앙지방법원과는 2013년 3월부터, 서울남부지방법원과는 2014년 9월부터 연계하여 ‘법원 연계형 조정’을 수행하고 있다.

339) 권단, 임수정, 저작권 비즈니스 전략, 2017, BOOKK, pp. 116-117 참조

340) 권단, 임수정, 앞의 책, 118면 참조

341) 저작권분쟁조정 대상: 저작재산권 및 저작인격권에 대한 분쟁. 1) 인쇄, 복사, 녹음, 녹화 등의 방법으로 복제한 경우, 2) 상연, 연주, 가창, 연설, 상영 등의 방법으로 일반 공중에게 공연한 경우 3) 유선 또는 무선 통신의 방법으로 방송한 경우 4) 인터넷 상에서 전송한 경우.

저작권분쟁 조정 신청: <https://www.copyright.or.kr/kcc/adr/application/application-guide/index.do>

저작권 보호와 관련하여 한국저작권보호원(<http://www.kcopa.or.kr>) 에서 제공하는 온라인상 저작권 침해에 대한 보호신청제도³⁴²⁾ 및 온라인저작권침해 방식을 위해 침해사이트 접속차단 등을 신청할 수 있다. 그리고 저작권자의 이용 허락 없이 제작한 복제물을 외국에서 수입하여 판매하는 침해자들에 대한 대책으로 세관 조치를 활용하는 것을 고려할 수 있다. ‘지식재산권 보호를 위한 수출입통관 사무처리에 관한 고시’ 제14조에 따라 저작권자는 저작권자임을 증빙하는 서류를 첨부하여 저작권 침해 의심 물품의 통관을 보류할 것을 세관장에게 요청할 수 있고, 일정한 담보를 제공하면 일정기간 동안 통관보류를 시킬 수 있다. 통관보류 후 법원에 가처분신청을 하여 결정을 받으면 효과적으로 불법 복제품의 국내 유통을 방지할 수 있다³⁴³⁾.

- 인터넷 링크와 관련한 최근 판결

해외에 서버를 두고 있는 해외 동영상 공유 사이트의 운영자를 상대로 국내 주요 방송사가 제기한 손해배상청구 소송에서 인터넷 링크 중 단순 링크가 아닌 임베디드 링크³⁴⁴⁾를 통한 공중송신권 침해에 사이트 운영자의 방조책임이 인정된 바 있다(대법원 2017. 9. 7. 선고 2017다222757 판결). 기존 판례는 단순 링크의 경우 저작물 등의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여 저작권 침해가 성립되지 않는다고 보았으나³⁴⁵⁾ 이번 판결로 임베디드 링크에 대한 사이트 운영자에 대한 방조책임이 최초로 인정되었다.

342) 일반적으로 대형 포털 사이트의 경우 자체적으로 온라인 저작권 침해 신고를 접수하고 있다. 국내 사이트의 경우 저작권자는 한국저작권보호원 등의 공공기관에 신고하고 보호를 문의할 수 있다. 해외에 서버를 두고 있는 해외사이트의 경우 해당사이트의 온라인 신고 체계에 직접 신고하거나 한국 저작권보호원, 방송통신심의위원회를 통해 간접적으로 사이트 접속 차단 등의 조치를 취할 수 있다.

343) 권단, 임수정, 앞의 책, 122면 참조

344) 임베디드 링크: 링크된 정보를 호출하기 위해 이용자가 클릭을 할 필요 없이 링크 제공 정보를 포함한 웹페이지에 접속하면 자동으로 링크된 정보가 바로 재생되는 방식의 링크

345) 대법원 2015.3.12. 선고 2012도13748 판결 인터넷링크(Internet link)는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결된다 하더라도 링크를 하는 행위는 저작권법이 규정하는 복제, 공중송신 및 전송에 해당하지 아니하고, 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자에게서 이용 허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷 이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 등의 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹페이지 등에 직접 연결된다고 하더라도 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없으므로, 이러한 링크행위만으로는 저작재산권 침해행위의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다.



제9절 외국환거래법/관세법

김현진 변호사(법무법인 세종)

1. 개요

관세청은 전통적으로 관세법 제1조³⁴⁶⁾에 따라 수입물품에 대한 관세 및 내국세를 부과·징수하고, 수출입물품에 대한 효율적인 통관관리로 밀수 및 부정수출입 행위를 단속하여 왔다. 그런데, 근래에는 FTA 체결 등 관세행정의 환경변화에 따라 대외무역법 및 관련 외환거래 위반사항 등까지 종합적으로 단속하는 방향으로 역량을 집중시키고 있다. 관세청은 사회안전, 국민건강, 환경보호 기능 및 대외거래 경제질서 확립 등을 목표로 내세우고 있고, 나름 그 정당성을 인정받고 있다.

위와 같은 환경 등의 변화에 따라 기업 입장에서는 수출입물품에 대한 납부 세금의 적정성 확인 뿐 아니라, 수입물품이 FTA 체결국가의 원산지가 맞는지, 대외무역 거래에 수반되는 외환 거래의 외국환거래법상 신고 대상인지 및 의료기기법, 수입식품안전관리 특별법, 전파법 등 수출입거래와 관련하여 다른 법령에서 요구하고 있는 요건 등에 대해서도 그 허가·승인·표시 또는 그 밖의 조건을 갖춘 것임을 반드시 확인하여야 한다.

본서 후반에서는 특히, 외국환을 규율하는 법령인 외국환거래법상 관세청장 및 세관장이 갖고 있는 무역거래 관련 외환검사 및 외환조사 권한과 그 절차에 대하여 설명하고, 관세청의 외국환 관련 주요 검토사항 등에 대하여 설명하고자 한다.

346) 이 법은 관세의 부과·징수 및 수출입 물품의 통관을 적정하게 하고, 관세 수입을 확보함으로써 국민 경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

2. 관세법의 성격

가. 조세법적인 성격

관세법은 조세법의 하나로서 내국세법의 체계와는 달리 단행 독립세법전 체제로서 관세 과세가격과 관세의 부과·징수, 관세율, 감면, 환급 및 이를 위한 절차들 뿐만 아니라, 관세 징수의 안정적인 확보를 위하여 해당 규정들에 대한 규제 및 처벌 등에 대한 모든 규정 들을 관세법 하나에 모두 담고 있다.

또한, 내국세는 국세기본법을 모든 내국세에 대한 기본법으로 가지고 있으나, 관세법은 일부 준용조항을 제외하고는 국세기본법을 적용하지 않고, 관세법 별도의 관세에 관한 기본적인 사항 및 공통적인 사항을 규정하고 있다.

나. 국제협약 및 타 법령과의 관계

관세법은 국제무역을 증진하고, 나아가 국제적으로 통일된 제도를 규정하여 거래당사자 및 세관 공무원에게 제도의 확실성을 부여하기 위하여 국제적 규정을 수용하고, 이를 관세법 전반에 반영하였다.

또한, 관세법 제4조는 수입물품에 대하여 세관장이 부과·징수하는 부가가치세, 지방소비세, 담배소비세 등 내국세 등에 대해서는 국세기본법 등 내국세법의 규정과 상충될 경우 관세법을 우선하여 적용하도록 규정하고 있어 특별법적인 성격도 가지고 있다.

다. 형사법 및 쟁송 절차법적 성격

관세법은 내국세 분야의 처벌 벌규(조세범처벌법, 형법 및 형사소송법)와 별도로 관세징수 및 통관의 적정성을 확보하기 위하여 관세법의 처벌 법규를 동 법 제11장(벌칙) 및 제12장(조사와 처분)에 규정하고 있고, 제5장(납세자의 권리 및 불복절차)에서는 관세행정처분에 의해 권리나 이익을 침해당한 자가 피해를 구제받을 수 있도록 쟁송 절차에 관해서도 규정하고 있다.



3. 수출입 통관 절차 및 업무별 오류 유형

가. 수입

(1) 정의

- ① 수입이란 외국물품을 우리나라에 반입(보세구역을 경유하는 것은 보세구역으로 부터 반입하는 것을 말한다)하거나
- ② 우리나라에서 소비 또는 사용하는 것(우리나라의 운송수단 안에서의 소비 또는 사용을 포함하며, 제239조 각 호의 어느 하나에 해당하는 소비 또는 사용은 제외한다)을 말한다.

(2) 절차

수입통관 절차는 수입자가 우리나라에 수입될 물품을 선박(항공기)이 ① 출항하기 전, ② 입항 후 물품이 보세구역에 도착하기 전, ③ 보세구역에 장치한 후) 중에 선택하여 세관장에게 수입신고하고, 세관장은 수입신고가 관세법 및 기타 법령에 따라 적법하게 이루어진 경우에 이를 신고수리하고 신고인에게 수입신고필증을 교부하여 수입물품이 반출될 수 있도록 하는 일련의 과정을 말한다.

- ① 물품반입 : 외국에서 도착한 수입물품을 보세구역에 장치
- ② 요건구비 : 해당 수입물품이 통관요건, 세율 및 감면 추천 대상에 해당되는지를 확인하여 수입신고 전에 추천기관³⁴⁷⁾으로부터 관련 서류 구비
- ③ 수입신고 : 관세사(화주)가 수입신고서를 작성하여 통관시스템에 전송
- ④ 신고서 처리 : 세관직원은 물품검사, 서류제출심사, 전산화면심사를 하고, 해당 결과를 통관시스템에 등록
- ⑤ 관세 등 납부(다만, 사후납부 요건에 해당하는 수입화주는 신고수리 후 15일 이내에 세금 납부)

347) 수입과 관련하여 개별 법령에서 정한 의무사항(검사·검역·추천·허가·확인) 등을 수행하고 수입요건 구비서류를 발행해주는 기관 (예, 국립전파연구원장, 지방식품의약품안전청장, 경찰청장 등)

- ⑥ 신고수리 : 세금이 수납되었거나 담보가 설정(사후납부)된 경우 자동 수리
- ⑦ 물품반출 : 수입화주는 신고수리가 완료되면 보세구역에서 물품 반출

(3) 수입 신고시 주요 오류 사항

- ① 수입물품 과세가격³⁴⁸⁾ 신고방법 적용 오류(제1방법 적용 오류)
 - 수입물품이 우리나라에 수출하기 위하여 판매된 물품이 아닌 경우 (무상으로 수입하는 물품, 위탁판매 수입물품 등)
 - 당해 수입물품의 처분 또는 사용에 제한이 있는 경우 (특정용도 사용 또는 특정인에게 판매 등)
 - 금액으로 계산할 수 없는 조건 또는 사정에 의한 영향을 받은 경우 (다른 물품을 사는 조건으로 수입물품의 가격을 결정한 경우 등)
 - 수입 후의 전매·처분·사용에 따른 수익의 일부가 판매자에게 귀속되는 경우 (다만, 귀속금액을 객관적이고 수량화할 수 있는 자료가 있어서 조정할 수 있는 경우에는 제외한다)
 - 구매자와 판매자간의 특수관계³⁴⁹⁾가 해당 수입물품의 가격에 영향을 미친 경우
- ② 수입물품의 과세가격 신고누락 유형
 - 당해 수입물품의 대가로서 구매자가 실제로 지급하였거나 지급하여야 할 가격의 일부 금액 누락 (당해 수입물품의 대가와 판매자의 채무를 상계하는 경우, 해당 상계 금액 신고 누락)
 - 당해 수입물품을 구매 또는 판매함에 있어서 구매자가 부담하는 수수료와 증개료 누락 (구매수수료 제외)
 - 구매자가 당해 수입물품의 생산 및 수출거래를 위하여 물품 및 용역을 지원한 금액(생산지원비용) 신고 누락
 - 수입물품에 관련되고, 당해 물품의 거래조건으로 구매자가 지급하는 특허권·실용신안권·디자인권·상표권 및 이와 유사한 권리를 사용하는 대가(권리사용료)의

348) 관세법 제30조(과세가격 결정의 원칙) 제1항 규정에 의거 수입물품의 과세가격은 우리나라에 수출하기 위하여 판매되는 물품에 대하여 구매자가 실제로 지급하였거나 지급하여야 할 가격에 다음 각 호의 금액을 더하여 조정한 거래가격으로 한다. (제1방법)

349) 동법 시행령 제23조(특수관계의 범위 등)에서는 특수관계의 범위를 규정하고 있음



신고 누락

- 수입항까지의 운임·보험료와 그 밖에 구매자가 부담하는 운송과 관련된 비용(수출국의 물품검사비, 체선료, 유류할증료 등) 누락
- ③ FTA, 원산지, 품목분류 및 통관 적법성 등 적용 오류
 - FTA 협정세율 적용을 위한 법적 요건(직접운송원칙, 원산지결정기준, 인증수출자 등)을 충족하지 못한 경우임에도 FTA 협정세율 적용
 - 수입물품의 HSK 코드(후술함)에 따라 관세율 및 수입 요건 등이 결정됨에도 불구하고, 수출자가 잘못 부여한 품목분류를 확인 없이 그대로 신고하여 해당 요건을 구비하지 않고 수입하거나 관세율을 다르게 적용한 경우
 - 감면 신청 및 추천서 제출 등 수입신고 수리 전까지 이행하여야 하는 절차 등을 이행하지 못하여 특혜를 받지 못하는 경우
 - 대외무역법 제33조 및 대외무역관리규정 별표8에 의거 수입 신고하기 전에 원산지 표시를 하여야 하는 물품을 표시하지 않거나 원산지를 허위로 표시하거나 오인하게 표시하는 경우

나. 수출

(1) 정의

수출은 내국물품을 외국으로 반출하는 것을 의미하며, 이와 유사한 개념인 반송은 외국으로부터 우리나라에 반입된 물품을 수입신고를 하지 아니하고 외국으로 되돌려 보내는 것을 말한다.

(2) 절차

수출통관 절차는 수출하고자 하는 물품을 세관에 수출신고를 한 후, 신고수리를 받아 물품을 우리나라와 외국 간을 왕래하는 운송수단에 적재하기까지의 절차를 말한다.

- ① 수출신고 : 해당 물품의 관할세관장에게 수출신고(EDI 또는 인터넷)
- ② 우범물품선별시스템(C/S) : 수출물품은 검사생략이 원칙이나, 우범기준에 따른 전산 선별 발취검사 등 필요한 경우 예외적으로 검사를 실시하며, 이 때 주로

부정수출이나 원산지 표시위반 지식재산권 위반 여부 등을 확인

- ③ 운송 및 적재 : 수출신고가 수리된 물품은 수출신고일로부터 30일 이내에 운송수단에 적재하여야 함.

(3) 수출 신고시 주요 검토 사항

① 세관장 확인대상 품목 해당 여부 확인

- 관세법 제226조(허가·승인 등의 증명 및 확인) 제2항 및 같은 법 시행령 제233조(구비조건의 확인)에 의한 세관장확인대상 수출입 품목은 허가·승인·표시·기타 조건(수출입요건) 구비 여부를 세관장이 확인하고 있음

② 지식재산권 침해 물품 여부 확인

- 관세법 제235조(지식재산권 보호)에 의거 세관은 산업발전을 저해하고 소비자를 기만하여 국제적으로 금지되고 있는 불공정 무역행위인 상표권 등 지재권 침해물품의 수출입을 제한하고 있음.

③ 원산지 확인

- 수출물품은 원산지표시의무가 없음. 다만, 해당 물품 수입국의 원산지 표시 규정에 따라 표시할 경우, 수입한 물품을 우리나라에서 단순가공하거나 중계무역·반송절차로 재수출하는 경우에는 우리나라를 원산지로 표시할 수 없음.

다. 관세환급

(1) 정의

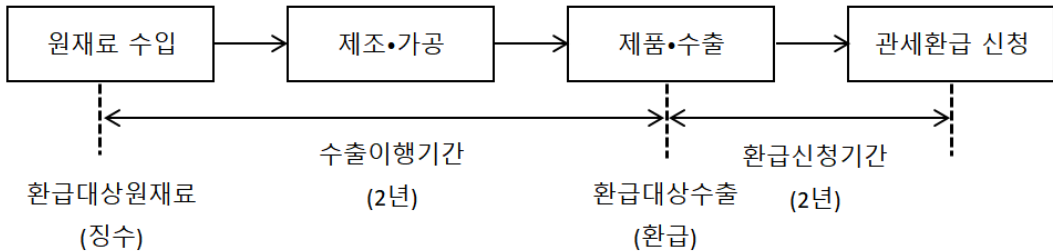
관세환급은 세관에서 징수한 관세 등을 법률에서 규정하고 있는 특정한 요건을 충족하였을 경우 그 전부 또는 일부를 되돌려주는 것을 말하며, “관세법에 따른 환급(관세법 제106조³⁵⁰⁾ 및 제106조의2³⁵¹⁾)”과 “수출용원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특례법(“환급특례법)에 따른 환급”으로 구분된다.

350) 관세법 제106조(계약 내용과 다른 물품 등에 대한 관세 환급)

351) 관세법 제106조의2(수입한 상태 그대로 수출되는 자가사용물품에 대한 관세 환급)



(2) 관세환급 요건



- ① 관세 등을 납부한 수입 원재료가 환급대상원재료에 해당되고(환급특례법 제3조)
- ② 수출이행기간(2년 또는 3년) 이내에(환급특례법 제9조)
- ③ 환급대상수출(환급특례법 제4조)에 제공하여야 하며
- ④ 수출신고수리일 등 법령에서 규정한 날로부터 2년 이내에 환급을 신청하여야 한다.

(3) 환급 신청시 주요 검토 사항

- ① 국내에서 생산된 원재료와 수입된 원재료가 수출물품의 생산과정에서 구분되지 아니하고 사용되는 경우, 해당 수입된 원재료가 환급특례법 제3조 제2항³⁵²⁾(대체 환급)에 의거 환급대상원재료에 해당되는지 여부
- ② 부당환급 또는 과다환급을 예방하기 위한 수출확인서류, 소요량계산서 및 납부세액 증명서류의 품명·규격·수량이 정확히 일치하는지 여부
- ③ 소요량³⁵³⁾ 산정방법의 적정성 및 부산물³⁵⁴⁾에 해당하는 원재료의 양이 소요량에서 제외되었는지 여부

352) “대체환급”이란 국내에서 생산된 원재료와 수입된 원재료가 동일한 질과 특성을 갖고 있어 상호 대체 사용이 가능하여 수출물품의 생산과정에서 이를 구분하지 아니하고 사용되는 경우에는 수출용원재료가 사용된 것으로 본다.

353) “소요량”이란 수출물품을 생산(수출물품의 가공·조립·수리·재생 또는 개조하는 것을 포함한다)하는데 소요되는 원재료의 양으로서 생산과정에서 정상적으로 발생하는 손모량을 포함하는 것을 말한다.

354) “부산물”이란 수출물품 생산과정 중에 수출물품 이외에 부수적으로 발생하는 경제적인 가치를 가진 물품으로서 판매되거나 자가 사용되는 물품으로 소요량에서 제외되며 관세환급 대상에 해당되지 않는다.

라. 기타 사항

(1) 감면

해외임가공 물품, 환경오염방지 물품 및 재수입면세 등 관세에 관한 법률 또는 조약에 의하여 관세의 감면을 받고자 할 때는, 당해물품의 수입신고 수리 전(징수한 금액 부족시의 추징은 납부고지를 받은 날로부터 5일 이내, 수입신고 수리 전까지 제출하지 못했으나 해당 물품이 보세구역에서 반출되지 아니한 경우는 수입신고 수리일부부터 15일 이내)에 관세감면신청서를 세관장에게 제출하여야 한다.

(2) 품목분류

① HS³⁵⁵⁾ 코드란?

- HS는 수출입 물품에 대해 HS협약에 의해 부여되는 상품분류 코드로서 6자리까지는 국제적으로 공통으로 사용하는 코드이며, 7자리부터는 각 나라에서 6단위 소호의 범위 내에서 이를 세분하여 10자리까지 사용할 수 있다. 우리나라에서는 10자리까지 사용하며 이를 HSK(HS of Korea)라고 하고, EU는 8자리, 일본은 9자리를 사용하고 있다.
- 일반적으로 “품목(1부~15부)”은 관세율 적용이 편리하도록 원재료, 중간재, 완제품 순으로 가공도를 기준으로 하고 있으며, “상품(16부~21부)”은 성분 여하를 불문하고 구조, 용도, 주기능별로 동일한 부 또는 류에 따라 분류하도록 하였다.

② 품목분류 정의

- “품목분류”란 전 세계에서 거래되는 각종 물품을 세계관세기구(WCO)가 정한 국제통일상품분류체계(HS)에 의거 하나의 품목번호에 분류하는 것이며, 수입물품에 대한 관세는 해당 품목번호마다 적용되는 관세율이 미리 정해져 있으므로, 정확한 품목 분류가 선행되어야 납부할 관세액이 결정된다.
- 또한 FTA 협정에서는 HS에 따라 수출입물품의 원산지 결정기준이 결정되므로 원산지 판정에 있어서도 절대적인 역할을 하고 있어 물품별 올바른 품목분류는 중요하다.

355) Harmonized Commodity Description and Coding System



③ 품목분류 분쟁 해결

- HS 계약 국가 및 무역당사자들은 해당 물품에 대한 품목분류에 따라 관세율 및 물품에 대한 규제 법령이 결정되고, 이에 따라 무역관리를 하여야 하므로 해당 결과에 따라 상호 이해상충이 발생할 수 있다.
- HS 협약 제10조에서는 당사국 간의 협상에 의하여 해결할 수 없을 때에는 분쟁 당사국에 의하여 WCO 사무국(HS위원회)에 상정되며, 이를 통해서도 분쟁이 해결되지 않으면 WCO 이사회³⁵⁶⁾에서 최종 결정하여 해당 국가들에 권고³⁵⁷⁾를 한다.

(3) 수출입요건 확인

- ① 관세법 제226조에 따라 세관장은 수출입 신고 자료의 심사과정에서 법령이 정하는 바에 의하여 수출입물품에 대한 허가, 승인, 표시, 기타조건(수출입요건)구비 여부를 확인하여야 하고, 해당 수출입물품에 대하여는 그 물품과 확인방법, 확인절차, 그 밖에 확인에 필요한 사항을 공고하여야 한다.
- ② 원산지 표시에 대해서는 대외무역법령에 ‘원산지 판정 기준’, ‘원산지 표시대상 물품’ 및 ‘위반시의 벌칙’ 등에 관한 규정을 두고 있고, 관세법령에서는 통관시의 원산지 및 그 표시의 확인 및 시중 유통 과정에서의 단속 등에 관한 규정을 두고 운영하고 있다.
- ③ 관세청장은 지식재산권을 침해하는 물품을 효율적으로 단속하기 위하여 지식재산권의 권리보호 신고에 관한 업무를 (사)무역관련 지식재산권보호협회에 위탁하여 신고를 받도록 하고 있으며, 해당 권리보호 신고를 하지 않은 경우는 세관의 적극적인 보호를 받기 어려우며 진정상품이라면 권리자와 병행수입자 구별 없이 통관을 허용하고 있다.

356) 이사회는 총회로서 WCO 가맹국의 관세행정기관의 최고책임자로 구성되었으며, 최고의 의사결정기관이다.

357) HS협약 제10조 제4항에 의거 분쟁당사국은 HS위원회 또는 이사회의 권고가 구속력을 갖는다는 것에 사전 합의를 한 것이므로 해당 권고를 따라야 한다.

4. 관세평가

가. 관세와 관세평가

- (1) 관세(Customs Duty)의 정의에 대해서는 1999년 6월 세계관세기구(WCO)에서 채택한 “세관절차의 간소화 및 조화에 관한 국제협약”의 일반부속서 제2장 E8/F11에서 “관세영역에 반입 또는 반출될 때 부담하는 관세율표상에 규정된 조세를 의미한다.”라고 규정하고 있다.
- (2) 관세법 제15조에서는 관세의 과세표준을 “수입물품의 가격 또는 수량”이라고 규정하고 있으나, 우리나라는 수량을 과세표준으로 하는 경우가 극히 드물어서 일반적으로 관세의 과세표준은 수입물품의 과세가격을 의미한다.
- (3) 결국, 관세평가란 “수입물품에 부과할 관세의 과세가격을 결정하는 것”을 말하며, 우리나라 관세법에서는 제30조(과세가격 결정의 원칙)부터 제35조(합리적 기준에 의한 과세가격 결정)에서 제1방법부터 제6방법까지를 규정하고 있다. 이는 현재 국제적인 관세평가에 관한 통일된 원칙인 ‘1994년도 관세와 무역에 관한 일반협정 제7조의 이행에 관한 협정’ 즉, ‘WTO관세평가협정’을 수용한 것이다.

나. WTO 관세평가협정 체제하에서의 과세가격 결정 원칙

(1) 관세과세가격 결정의 기본원칙(제1방법)

- ① WTO관세평가협정 제1조 제1항에서는 관세평가의 기본원칙에 대해 “관세평가의 기초는 최대한 평가대상 물품의 거래가격이어야 한다³⁵⁸⁾.”라고 규정하고 있으며, 이는 무역 당사자간의 상관행을 최대한 존중하여야 한다는 것을 의미한다.
- ② 현행 관세평가체계에서 개별 선적된 물품의 가격은 그 자체의 가격에 따라 평가(제1방법)되는 것이며, 거래수량 및 시기, 상업적 수준, 거래당사자간의 사업상 친분의 정도, 시장에서의 지위 등에 따라 싼 가격으로 수입했더라도 상관없다.

358) ...the basis for valuation of goods for customs purposes should, to the greatest extent possible, be the transaction value of the goods being valued....



- ③ 우리나라 관세법 제30조 제1항에서는 “수입물품의 과세가격은 우리나라에 수출하기 위하여 판매되는 물품에 대하여 구매자가 실제로 지급하였거나 지급하여야 할 가격에 다음 각 호의 금액을 더하여 조정한 거래가격으로 한다.”라고 규정하고 있어 WTO관세평가협정의 원칙과 철학을 그대로 수용하고 있다. 이러한 내용을 정리하면 다음과 같이 요약할 수 있다.

| |
|-------------------------------|
| 과세가격 = 거래가격 = 실제지급금액 + 가산조정비용 |
|-------------------------------|

- ④ 앞서 설명 드린 수입물품의 과세가격 평가는 구매자와 판매자간의 거래가격을 기초로 함을 원칙으로 하고 있으므로 납세의무자(수입자)가 세관에 제출하는 가격신고 및 각종 과세자료를 기초로 과세가격을 결정하게 된다. 따라서 해당 자료의 신뢰성이 매우 중요하며, 그 신뢰성에 대한 판단기준으로서 “일반적으로 인정된 회계원칙(Generally Accepted Accounting Principles : GAAP)”이 적용되고, 세관당국은 GAAP에 일치되게 작성된 자료에 대해서는 회계처리방법을 이유로 해당 자료를 배제할 수 없고 그대로 활용하여야 한다.

(2) 기타의 과세가격 결정방법(제2방법 내지 제6방법)

- ① 수입물품의 과세가격 결정은 무역 거래 당사자간 합의에 따라 결정된 가격을 존중함을 원칙으로 하고 있으나, 해당 가격이 아래 사항들에 의하여 왜곡된 경우에는 제1방법에 의한 관세평가를 하지 아니하고 제2방법 이하의 대체방법으로 평가를 하도록 하고 있다.
 - 우리나라에 수출 판매된 물품이 아닌 경우
 - 수입물품의 처분 또는 사용에 제한이 있는 경우
 - 해당 물품에 대한 거래의 성립 또는 가격의 결정이 금액으로 계산할 수 없는 조건 또는 사정이 있는 경우
 - 해당 물품을 수입한 후에 전매·처분 또는 사용하여 생긴 수익의 일부가 판매자에게 직접 또는 간접으로 귀속되는 경우
 - 구매자와 판매자 간에 특수관계가 있어 그 특수관계가 해당 물품의 가격에 영향을 미친 경우

② 동종·동질 또는 유사물품의 거래가격을 기초로 한 관세평가(제2, 3방법)

동 방법을 적용하기 위해서는 다음 요건을 갖추어야 한다.

- 동종·동질 또는 유사물품의 거래가격이 종전에 과세가격으로 채택된 경험/실적이 있는 가격이어야 한다.
- 동종·동질 또는 유사물품이 당해 수입물품과 동일한 생산국에서 생산된 물품이어야 한다.
- 동종·동질 또는 유사물품이 당해 수입물품의 수출일과 동시에 또는 거의 동시에 우리나라에 수입된 물품이어야 한다.
- 거래단계, 거래수량, 운송거리, 운송형태 등에 있어서 당해 수입물품의 그것들과 동일한 것이어야 한다. 만약 양자 간에 차이가 있는 경우에는 객관적이고 계량화할 수 있는 자료에 근거하여 그러한 가격 차이를 합리적으로 조정할 수 있어야 한다.
- 동종·동질 또는 유사물품이 우리나라에서 개발된 기술, 설계, 고안, 공예 및 의장을 사용하여 생산한 것이 아니어야 한다.

③ 국내판매가격을 기초로 한 관세평가(제4방법)

- 수입물품의 가격에 다음 항목들의 비용이 순차적으로 가산되어 최종적으로 국내 판매가격을 형성하게 된다.
 - a. 수출자(제조자)의 제조원가
 - b. 수출자의 이윤 및 일반경비(매출총이익)
 - c. 수입항까지의 운송비용
 - d. 국내 판매와 관련된 수수료, 이윤 및 일반경비
 - e. 수입항 도착후 국내에서 발생된 운임, 보험료 및 기타 관련 비용
 - f. 국내에서 추가 가공 후 판매되는 경우, 국내가공에 따른 부가가치
 - g. 국내에서 납부하는 조세 기타 공과금
- 개념적으로 제1방법은 상기 a, b 및 c의 가격이 합쳐진 가격이 될 것이고, 만약 이 3개 가격 중 누락된 가격이 있으면 이를 조정한 가격으로 과세가격을 결정하는 것이며, 제4방법은 수입물품이 우리나라에서 판매된 가격에서 수입 후 국내판매가 될 때까지 더해진 부가가치에 해당하는 비용 또는 금액을 공제하는 방법으로 과세가격을 결정하는 방법이므로 국내판매가격에서 상기 d, e, f, g를 공제한



가격이 과세가격이 되는 것이다(역산가격방법 또는 공제방법).

- 동 방법에서 가장 중요한 사항은 첫째, 과세가격 결정의 기초가 되는 국내판매가격을 어떤 가격으로 할 것인가, 둘째, 국내판매가격에서 공제하는 통상의 이윤 및 일반경비 등 어떤 비용 요소를 공제할 것인가, 셋째, 수입 후 추가가공을 거쳐서 판매되는 물품에 대해서는 어떤 단계의 국내판매가격에서 어느 정도까지의 비용을 공제할 것인가이다.
- 제4방법에서 사용하는 국내판매가격은 해당 물품, 동종·동류 물품 또는 유사 물품이 수입된 것과 동일한 상태로 해당 물품의 수입신고일 또는 수입신고일과 거의 동시에 특수관계가 없는 자에게 가장 많은 수량으로 국내에서 판매되는 단위가격을 기초로 하여 산출한 금액을 말한다. (관세법 제33조 제1항 제1호)
- 통상적으로 부가되는 이윤 및 일반경비는 관세평가분류원장이 선정하여 통보해 준 비교대상업체 등의 내용을 참고하여 세관장이 동종·동류 비율(매출총이익율) 등과 함께 산출하는데, 제4방법을 적용할 때에는 납세의무자가 제출한 이윤 및 일반경비의 비율(실현비율)이 동종·동류 비율의 100분의 110 이하인 경우에는 실현비율을 그 외의 경우는 동종·동류 비율을 적용하여 산출한 이윤 및 일반경비를 사용한다. 세관장으로부터 통보 받은 동종·동류 비율이 불합리하다고 판단될 때에는 통보받은 날부터 30일 이내에 해당 세관장에게 이의를 제기할 수 있다.

④ 산정가격을 기초로 한 관세평가(제5방법)

- 산정가격방법은 해당 수입물품의 생산에 사용된 원자재 비용 및 조립 기타 가공에 소요되는 비용 또는 그 가격, 수출국내 생산자의 통상의 이윤 및 일반경비 및 수입항까지의 운임, 보험료 및 운송관련 비용 등을 합산하여 산정하는 가격을 기초로 과세가격을 결정하는 방법이다.
- 산정가격에 관한 대부분의 정보 및 자료가 수입국 세관당국의 관할권 밖에 있고, 수출자에게 관련 자료제출을 요구할 수도 없으며, 해당 수출자가 관련 자료를 제출한다고 하더라도 제출된 자료의 신뢰성 등을 확인할 수 있는 방안이 없어 현실에서는 거의 사용하지 않는 방법이다.
- 다만, 수출자와 수입자가 특수관계에 있거나 생산자가 원가 계산서 등 관련 자료를 수입국의 관세당국에 제출하고 필요한 경우 이를 확인할 수 있도록 편의를 제공할 경우에 한하여 제한적으로 사용되는 경우가 있다.

⑤ 합리적 기준에 의한 관세평가(제6방법)

- 수입물품에 대하여 제1방법 내지 제5방법으로 과세가격을 결정할 수 없을 경우에는 관세평가에 관한 기본원칙에 부합되는 합리적인 기준에 의하여 수입국내에서 입수 가능한 자료를 기초로 과세가격을 결정한다.
- 합리적 기준은 추상적이고 포괄적일 수밖에 없는 한계가 있어 관련 법령에서 명시적으로 정하고 있는 제1방법 내지 제5방법의 신축적 방법을 최우선으로 적용하고, 그래도 과세가격을 결정할 수 없는 경우에는 관세법 시행령 제29조 제2항에서 규정하고 있는 사용할 수 없는 가격(우리나라에서 생산된 물품의 국내판매가격 등)이 아닌 범위 내에서는 어떤 기준이든 합리적인 기준을 적용하여 과세가격을 산출하면 된다.
- 특히 기본적으로 변질·손상물품, 임차물품, 중고물품 등 제1방법 내지 제5방법을 적용할 수 없는 물품들에 대해서는 평가기준을 표준화할 필요성이 있어, 수입물품 과세가격 결정에 관한 고시 제5장에서 특수물품에 대한 과세가격 결정방법을 별도로 규정하고 있다.

(3) 평가방법의 적용순위

- ① 관세평가를 위한 제1차적인 평가방법은 관세평가협정 제1조에 규정된 제1방법이며, 제1방법에 규정된 조건이 충족되는 경우에는 반드시 제1방법에 따라 과세가격을 결정하여야 한다.
- ② 제1방법으로 과세가격을 결정할 수 없으면 제2방법 이하 방법을 순차적으로 적용하여야 하며, 다만 수입자의 요청에 따라 제5방법을 제4방법보다 우선하여 적용할 수 있다.

다. 실제로 지급하였거나 지급하여야 할 가격(Price Actually Paid or Payable)

(1) 실제지급가격의 정의

실제지급가격이란 거래당사자간의 합의에 의하여 수입물품에 대한 대가로서 판매자에게 직접 지급하거나 또는 수입물품의 거래조건으로 판매자에게 또는 판매자의 이익을 위하여 지급했거나 지급하여야 할 총금액을 말한다.



(2) 실제지급가격의 관세평가

- ① 수입물품에 대한 관세평가에서 당해 물품이 수출판매 된 물품이라는 것이 확인되면, 수입자가 신고한 가격이 실제지급가격에 해당하는지를 확인하여야 한다.
- ② 실제지급가격에는 판매자에게 물품의 대가로서 직접 지급하는 금액뿐만 아니라 물품의 대가 일부를 판매자가 아닌 제3자에게 지급하거나, 물품 대가가 아닌 다른 명목으로 별도 지급하는 금액이 있다면 해당 간접지급 금액도 실제지급가격에 포함하여야 한다.
- ③ 실제지급가격에 가산되어야 하는 간접지급 금액
 - 해당 수입물품의 대가와 판매자의 채무를 상계하는 금액
 - 구매자가 판매자의 채무를 변제하는 금액 (제3자 지급)
 - 수입물품의 대가의 일부를 제3자에게 지급 (우회 지급)
 - 판매자 또는 제3자에게 지급하는 하자보증 비용 또는 동 하자비용을 대신하여 금액 할인을 해주면 해당 할인 금액. 단, 구매자가 자신의 부담으로 스스로 행한 활동에 대한 비용은 간접지급 금액으로 간주되지 않는다.
 - 외국 훈련비(교육비)가 수입물품의 거래조건인 경우에는 해당 금액
 - 판매자의 요청에 의거 수입물품의 거래조건으로 구매자가 판매자 또는 제3자에게 지급하는 보증 확인수수료
 - 판매자로부터 구매자에게 전가된 “의무” 또는 “대가”가 객관적이고 수량화할 수 있는 자료에 따라 금액으로 계산할 수 있는 비용, 단, 계산할 수 없으면 제2방법 이하 대체평가 방법 적용
- ④ 구매자가 지급하였거나 지급할 총금액에 “공제요소”에 해당하는 금액이 포함되어 있고, 이를 명백히 구분할 수 있는 경우에는 해당 금액을 공제하고 남은 금액이 실제지급가격이 된다.

일반적인 무역 관행상 수입물품의 소유권은 수입항에 도착한 이후부터 구매자에게 이전되고, 이후 모든 행위를 구매자가 수행하므로 관련하여 지급하는 금액은 판매자에게 지급하는 금액에 포함되지 않는다. 그러나 대형 Plant 설비 등 "Turn-Key(완성품 인도 또는 일괄수주계약)" 방식으로 수입하는 물품에 대해서는 공제요소에 해당하는

금액이 구매자가 판매자에게 지급하는 금액에 포함될 수 있으므로 수입물품에 대한 가격이 과다하게 신고가 되지 않도록 유의하여야 한다.

공제요소는 관세법 제30조 제2항 각 호에서 다음과 같이 규정하고 있다.

- 수입 후에 하는 해당 수입물품의 건설, 설치, 조립, 정비, 유지 또는 해당 수입물품에 관한 기술지원에 필요한 비용
- 수입항에 도착한 후 해당 수입물품을 운송하는 데에 필요한 운임, 보험료와 그 밖에 운송과 관련된 비용
- 우리나라에서 해당 수입물품에 부과된 관세 등의 세금과 그 밖의 공과금
- 연불조건의 수입인 경우에는 해당 수입물품에 대한 연불이자

라. 거래가격의 조정(가산요소)

(1) 일반사항

- ① 관세평가협정 제1조에서는 수입물품의 과세가격은 원칙적으로 제1방법을 적용하여 결정하도록 하고 있는바, 관세 산출 목적을 위하여 가격의 일부를 구성하는 것으로 간주되는 특정의 요소(“가산요소”)가 구매자가 부담하면서 실제지급가격에 포함되어 있지 않다면 실제지급가격을 조정하여야 한다.
- ② 거래가격을 조정할 때는 객관적이고 수량화할 수 있는 자료에 근거하여야 하며, 협정 제8조 제4항 및 관세법 제30조 제1항 각 호에 규정된 경우를 제외하고는 어떠한 금액도 가산할 수는 없다.
 - 객관적이고 수량화할 수 있는 자료는 실제의 시장이나 상거래에서 얻어지는 통상적인 자료 또는 “일반적으로 인정되는 회계원칙(GAAP)”에 따라 작성된 자료 등 국가나 사회 일반적으로 인정되는 방법으로 작성된 자료로서 제3자의 입장에서 인식과 이해를 같이할 수 있는 방법으로 작성된 자료를 말한다.
 - 구매자의 회계장부가 GAAP를 사용하지 않거나 장부의 제시를 거부하여 객관적이고 수량화할 수 있는 가산요소를 세관당국이 확인할 수 없는 경우에는 거래가격의 적용을 배제하고 제2방법 이하의 방법을 적용하여야 한다.



(2) 가산요소

① 구매자가 부담하는 수수료 및 중개료(구매수수료 제외)

대리인에게 지급하고 있는 수수료가 구매수수료에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 다음 사항을 점검하여야 한다.

- 대리인의 지위가 관세법 및 협정에 정의된 “구매대리인”의 정의에 부합하는가?
- 대리인의 수행 활동이 일반적인 “구매대리 용역범위”에 해당하는가?
- 구매대리인의 서비스와 관련하여 지급된 수수료가 적정한가?

② 해당 수입물품과 동일체로 취급되는 용기³⁵⁹⁾의 비용과 해당 수입물품의 포장에 드는 노무비와 자재비로서 구매자가 부담하는 비용

- 수입자가 임대 또는 자기 소유의 용기를 사용하는 경우에는 물품과 함께 판매되는 것이 아니므로 동일체로 볼 수 없어, 용기의 사용에 대한 비용(임차료 등)은 용기의 비용이 아니라 운송관련 비용으로 과세가격에 포함된다.
- 수출자에게 용기를 되돌려 주어야 하고, 구매자가 용기의 사용에 따른 비용을 별도로 부담한다면 해당 비용은 과세가격에 가산하여야 한다.
- 통상의 포장 비용은 당해 물품에 대한 대가에 포함되어 있으나, 국내 구매자가 특별한 목적으로 별도의 포장을 하기 위하여 직접 또는 수출자를 통하여 포장 전문업체에게 비용을 지급하였다면, 동 소요비용은 과세가격에 가산하여야 한다.

③ 구매자가 해당 수입물품의 생산 및 수출거래를 위하여 무료 또는 인하된 가격으로 직·간접적인 생산지원을 하였으면 해당 생산 지원 비용

- 생산지원비 가산을 위한 전제조건
 - a. 실제지급가격에 생산지원비가 포함되어 있지 않아야 한다.
 - b. 물품 및 용역이 무료 또는 인하된 가격으로 구매자에 의해 직접 또는 간접으로 제공되어야 하고, 수입물품의 생산 및 수출판매에 사용되어야 한다.
 - c. 생산지원 물품 및 용역이 협정 제8조 제1항 (나)호 및 관세법시행령 제18조에서 규정하고 있는 유형 중의 하나에 해당되어야 한다.
 - d. 생산지원비용은 객관적이고 수량화할 수 있는 자료들에 근거하여 산출되어야

359) 사진기케이스·악기케이스·총케이스·제도기케이스·목걸이케이스 및 유사한 용기 등 특별한 형태를 가졌거나 특정한 물품 또는 물품의 세트를 수용할 수 있도록 특별한 모양으로 되어 있거나 알맞게 제조되어 있으며 장기간 사용에 적합하고 당해 내용물과 함께 정상적으로 판매되는 종류의 물품을 말한다.

하며, 당해 수입물품에 적절하게 배분되어야 한다.

- 구매자가 제공한 생산지원이 특수관계가 아닌 제3자에게 취득한 것이면 해당 취득비용을, 임차하여 제공한 것이면 해당 임차료를 가산하면 된다. 또는 구매자가 생산하였거나 특수관계자가 생산한 제품을 구매하여 지원한 경우에는 생산하는데 투입된 비용을 파악하여 가산하여야 한다. 또한, 이러한 생산지원 비용은 수출물품 생산지까지의 운송비용을 포함하여야 한다.
- 생산지원으로 생산되는 물품 중 일부분만이 수입되거나 여러 종류의 수입물품이 관련되는 경우에는 생산지원을 통하여 생산된 총수량에서 당해 수입물품이 차지하는 비율을 계산하여 산출된 금액을 당해 수입물품의 신고가격에 가산하면 된다. 만약 납세의무자인 수입자가 생산지원비용에 대한 관세를 일시에 납부하고자 하면 그 전액을 최초로 선적되는 생산물품의 신고가격에 일괄하여 가산할 수 있다.

④ 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권 및 이와 유사한 권리를 사용하는 대가로 지급하는 비용 (권리사용료)

- 관세 목적상 권리사용료의 지급의 대상이 되는 권리의 개념에 대하여 협정에서는 특별한 언급이 없는 반면, 관세법시행령 제19조 제2항에서는 “재현생산권³⁶⁰⁾을 제외한 특허권·실용신안권·디자인권·상표권 및 이와 유사한 권리³⁶¹⁾를 사용하는 대가”라고 정의하고 있다.
- 모든 권리사용료가 실제지급가격에 가산되는 것은 아니며, 당해 물품에 관련되고 (related to the goods being valued) 동시에 당해 물품의 거래조건으로(as a condition of sale of the goods being valued) 지급되는 경우에만 가산된다.
- 수입물품과 관련되는 권리사용료에 대하여 관세법시행령 제19조 제3항에서는 각각의 권리별로 구분하여 규정하고 있으며, 같은 조 제5항에서는 거래조건(판매조건)으로 지급된 경우에 대하여 규정하고 있다. 특히, 일반적으로 수입물품의 거래조건으로 권리사용료를 지급한다는 것은 권리사용료를 지급하지 않고는

360) 특정한 고안이나 창안이 구현되어 있는 수입물품을 이용하여 우리나라에서 그 고안이나 창안을 다른 물품에 재현하는 권리를 사용하는 대가

361) 저작권 등의 법적 권리 및 법적 권리에는 속하지 아니하지만 경제적 가치를 가지는 것으로서 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법·판매방법 기타 사업 활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보 등 (관세법시행령 제19조 제1항)



당해 수입물품을 판매자와 합의한 가격, 인도방법, 대금지급조건 등으로 구입할 수 있는지 여부에 따라 판단한다.

- 권리사용료가 거래조건으로 판매되었는지 여부는 판매 계약과 라이선스 계약 사이의 관계와 다른 적절한 정보를 포함한 물품의 판매 및 수입을 둘러싼 모든 사실들의 검토에 의존하여야 하며, 다음 사항들이 주요하게 고려할 수 있는 요인들이다.
 - a. 판매계약 또는 관련 문서에 권리사용료를 언급한 조항이 있다.
 - b. 로열티 또는 라이선스 계약에 물품의 판매에 대하여 언급한 조항이 있다.
 - c. 판매계약, 로열티 또는 라이선스 계약의 조건에 따라 구매자가 권리사용료를 권리허여자에게 지급하지 않으면 계약 위반으로 판매계약이 종료될 수 있다. 이는 권리사용료 지급과 평가대상물품의 판매 간에 관련이 있음을 나타낸다.
 - d. 로열티 또는 라이선스 계약에 만일 권리사용료가 지급되지 않는다면 제조자는 권리허여자의 지적재산권이 체화된 물품을 제조하여 수입자에게 판매하는 것이 금지되는 것을 나타내는 조건이 있다.
 - e. 로열티 또는 라이선스 계약이 권리허여자에게 품질관리를 넘어서는 생산 또는 제조자와 수입자간의 판매(수입국으로의 수출을 위한 판매)를 관리할 수 있도록 허용하는 조건을 포함한다.

⑤ 사후귀속이익

- 관세의 과세가격은 구매자가 지급했거나 지급하여야 할 총 지급금액을 말하므로, 당해 수입물품의 수입후의 전매·처분 또는 사용에 따른 수익금 중 판매자에게 직접 또는 간접으로 귀속되는 금액(사후귀속이익)이 있으면 실제지급가격에 당연히 가산하여야 한다.
- 사후귀속이익이 과세되기 위해서는 당해 수입물품과 직접적인 관련이 있어야 하며, 결과적으로 해당 금액이 판매자에게 귀속되어야 한다.
- 배당금은 수입물품과 관련이 없으므로 사후귀속으로 간주할 수는 없고, 구매자가 판매자가 아닌 제3자에게 당해 수입과 관련하여 별도로 지급하는 금액이 있을 경우, 실제지급가격에 포함되는 간접지급액으로 볼 수 없으면, 판매자에게 귀속되는 금액이 아니므로 사후귀속이익으로 과세할 수는 없다.

- ⑥ 수입항까지의 운임·보험료 및 그 밖에 운송과 관련된 비용
- 운임 및 기타 운송관련비용은 당해 수입물품이 수입항에 도착하여 본선하역준비가 완료될 때까지 수입자가 부담하는 비용을 말한다.
 - 보험료는 당해 수입물품에 대하여 실제로 보험에 부보된 경우에만 과세되며, 보험료명세서 또는 이에 갈음할 수 있는 서류를 기초로 계산된 금액을 가산 신고하면 된다.

5. 세관 기업심사

가. 개념

기업심사란 관세법 제110조 제2항 제2호에 따라 관세의 과세표준과 세액의 결정 또는 경정 등 신고세액의 정확성을 포함한 수출입통관 전반의 적법성에 대하여 납세자를 방문 또는 서면으로 조사하는 것을 말하며, 관세조사를 실무적으로 기업심사라 한다.

기업심사는 관세법 제110조의3 제1항에 따른 정기 법인심사(4~6년)와 같은 조 제2항에 따른 수시 기획심사로 구분할 수 있으며, 기획심사는 특정 품목 또는 거래형태로 수출입하거나 특정산업에 속하는 기업에 대하여 특정 분야 위주의 신고 세액 정확성 및 통관적법성 여부에 대하여 서면 또는 실지 심사 하는 것을 말한다.

나. 주요 검토 사항

(1) 과세가격 및 세율에 관한 사항

- ① 간접지급 비용이 있는 경우, 해당 금액에 실제로 신고가 되었는지
- ② 구매품의서, 외화지급금액 및 무역 관련 서류를 비교하여 신고사항과 실제지급 비용이 일치하는지
- ③ 해외시장자료, 타사 신고자료 및 인터넷 가격정보 등에 비추어 신고가격이 시장 가격과 현저한 차이가 있을 경우, 해당 차이가 적절한지
- ④ 구매자가 국내 마케팅을 수행하거나 별도의 마케팅 비용을 부담하는 조건으로 수입물품의 거래가격 할인을 받았는지



- ⑤ 구매자가 판매자에게 물품을 수출한 실적이 있거나 물품 대금과는 별도로 송금한 금액이 있을 경우, 생산지원비용에 해당하는지
 - ⑥ 특정한 조건(광고비 지출요구, 판촉활동 강화, 하자 보증 요구 등)을 이유로 가격 할인이 있었는지
 - ⑦ 거래당사자간에 특수관계에 있고, 구매자의 영업이익율을 맞추기 위하여 수입가격을 조정하였는지 등
- (2) 수출입에 관한 허가·승인·추천 등의 요건의 구비 여부에 관한 사항
- (3) 수출입 신고물품에 대한 품명·규격·수량·중량 등 수출입신고의 적정성에 관한 사항
- (4) 관세환급(소요량 계산 포함)에 관한 사항
- ① 제조공정의 변경으로 단위실량이 감소하였으나 변경전 제조사양서의 실량으로 환급하였는지
 - ② 손모량이 포함된 소요량으로 소요량 계산을 하였는지
 - ③ 단위실량의 측정, 기재, 단위환산 등의 착오가 있는지
 - ④ 제조사양서로 산정된 소요량이 실제 사용된 원재료의 양보다 많은지
 - ⑤ 손모율이 상이한 원재료 및 제품의 규격을 통합하여 소요량 산정을 하였는지
 - ⑥ 경제적 가치가 있는 부산물이 발생하였으나 소요량 산정함에 있어 공제하지 않았거나 계산에 착오가 없는지
 - ⑦ 부산물을 발생시킨 원재료가 특정화되지 않을 경우 모든 원재료에 대해 부산물공제비율을 적용하였는지
- (5) 관세감면 및 사후관리에 관한 사항
- (6) 개별소비세 등 내국세에 대한 신고 및 납부에 관한 사항
- (7) 원산지 또는 협정관세 적용 및 증명서류에 관한 사항
- ① 원산지증명서의 수입자와 수입신고서의 수입자가 일치하는지

- ② 기관발급인 경우, 협정에서 정하고 있는 기관에서 발급하였는지
- ③ 원산지증명서의 유효기간이 경과하지 않았는지
- ④ 원산지증명서가 협정에서 정하고 있는 서식에 따라 작성되었는지
- ⑤ 수출자의 인증수출자 인증번호가 유효한지

(8) 지식재산권 침해 및 원산지표시에 관한 사항

(9) 보세구역 관련 업무수행의 적법성 여부에 관한 사항

(10) 그 밖에 통관, 외환거래 및 수출입 물품과 관련한 관련법령 위반 사항

6. 외국환거래법 (관세청장 수행 업무)

기획재정부장관은 외국환거래법 제20조 제3항 및 제6항에 의거 한국은행총재, 금융감독원장 및 관세청장에게 외환검사 업무를 수행하도록 하고 있으나, 현실적으로 수많은 기업을 대상으로 외환검사를 정기적으로 실시할 수 있는 조직과 인력을 가지고 있는 외환당국은 관세청이 유일하다.

특히, 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 제6조 제14호에 의거 사법경찰관리로 지명된 세관공무원은 외국환거래법 제17조(지급수단 등의 수출입 신고) 위반사범, 수출입거래³⁶²⁾ 및 이와 직접 관련된 용역 및 자본거래³⁶³⁾에 관한 외국환거래법 위반사범에 대하여는 검사의 지휘를 받아 수사를 행하는 형사소송법상 수사기관이 되기도 한다.

또한, 관세청장은 한국은행으로부터 외국환 거래, 지급, 수령, 자금의 이동 등에 관한 자료를, 국세청으로부터는 납세자들의 세적 관련자료 등을 정기적으로 통보 받고 있어 관세청은 수출입 통관자료와의 연계 분석을 통하여 가장 효율적으로 외국환거래를

362) 외국환거래규정 제1-2조 제12호에 의거 대외무역법시행령 제2조에서 정의하고 있는 수출입 거래를 말한다.

363) 수출입거래와 관련된 거래 또는 대체송금을 목적으로 법 제16조 제3호 및 제4호의 방법으로 지급하거나 수령하는 경우로 한정한다



모니터링 할 수 있는 기관이라고 할 수 있다.

이로 인해 관세청장에게 위탁된 외환검사의 범위 확대 및 금융감독원장과의 공동검사 요구권 부여 등 관세청장에게 부여된 외국환거래에 대한 검사 권한은 지속적으로 확대되고 있다.

가. 외환검사 및 외환조사

(1) 외환검사

① 외환검사의 의의

외국환거래법의 적용을 받는 외국환취급기관 등 거래당사자 또는 관계인의 업무에 대하여 외국환거래법규나 지시 등에 위배되었는지 여부를 확인·조사하는 일련의 행위를 말한다.

② 외환검사의 범위

기획재정부장관으로부터 관세청장에게 위탁된 외환검사의 범위는

- 개항장에 설치된 환전영업자³⁶⁴⁾의 업무
- 수출입 거래
- 수출입 거래와 직접 관련된 용역거래

외국환거래규정에서 정한 기술원조, 항만작업, 대리업무, 은행업무, 보험, 보관, 운수, 노무 등 용역의 국경을 넘은 이동, 국내에서의 소비, 상업적 해외주재에 의한 제공, 외국으로의 이동에 의한 제공

- 수출입 거래와 직접 관련된 자본거래

실물자본거래(기계류, 설비 등의 국제간의 거래) 및 수출입거래와 직접 관련되어 발생한 보험, 금융대출 등의 금융자본거래

(2) 외환 조사

사법경찰관리인 세관공무원이 외환검사를 실시하던 중 위법한 사실을 확인하였을 때, 검사의 지휘에 받아서 해당 외국환거래 범죄사실을 조사하는 것을 말한다.

364) 환전영업등록신청서를 한국은행총재에게 제출하고 환전 업무를 하는 자 중 “선(기)용품 및 용역 공급등의 등록에 관한 고시” 제4조에 따라 사업장을 관할하는 세관장에게 등록하고 개항장에 설치한 환전영업자

일반적으로 기업이 세관의 외환조사팀에서 공문을 받게 되면 이는 외환 조사가 아닌 외환검사를 실시한다는 통보이며, 검사 과정에서 명백하게 외국환거래법 제27조 내지 제29조의 벌칙에 해당하는 위반사항을 적발하여 범칙조사가 필요한 경우에는 세관장 및 관장청장에게 보고하고 범칙조사로 전환하여 외환조사를 실시한다.

나. 외환 당국의 사전 분석 내용(8가지)에 의한 발생가능 사유

세관에서 수출입실적과 외환 지급 및 영수실적을 비교하여 정보 분석을 실시하면 다음과 같이 8가지 유형이 도출된다. 이에 회사에서는 각 유형별로 발생 가능한 사유에 대하여 수시로 확인하고 외국환거래법 위반사항이 발생하지 않도록 사전에 유의하여야 한다.

(1) 수입신고액 > 외환지급액 (미지급)

- ① 수입대금을 통해 거래당사자가 아닌 국내 제3자 등에게 지급
- ② 환치기 계좌를 이용한 대금 지급
- ③ 불법휴대반출자금으로 해외에서 직접 지급
- ④ 단순 수입대금 미지급

(2) 수입신고액 < 외환지급액 (과지급)

- ① 해외공급자와의 수입거래에서 물품 영수 전 수입대금 사전 지급
- ② 해외 특수관계자의 현지금융(차입금) 혹은 수입부도대금을 대신 지급
- ③ 세관 수입시 저가신고 후 추가로 지급해야할 차액 대금 송금
- ④ 해외 현지법인 지원 자금 등을 수입대금 명목으로 송금
- ⑤ 허위 선적서류, 계약서, 송품장 등을 이용하여 실제 물품 이동 없이 대금만 지급

(3) 수출신고액 > 외환영수액 (미영수)

- ① 수출부도 후 미상환
- ② 본지사간 수출거래 등에서 물품 선적 후 수출대금 사후 영수



- ③ 고의부도 혹은 수출채권 해외 현지 회수 등 방법으로 수출채권 미반입
- ④ 상대편 수출상 대신 국내업체 등 제3자로부터 수출대금 영수
- ⑤ 결제방법 및 USANCE 기간에 따른 단순 수출대금 미회수

(4) 수출신고액 < 외환영수액 (과영수)

- ① 해외 특수관계자 등을 통해 타사 보유 자본 혹은 현지금융을 불법 차입
- ② 해외거래 상대방으로부터 수출대금을 먼저 영수

(5) 미지급, 미영수

수출입 거래상대방과 채권 및 채무를 상계 처리

(6) 과지급, 미영수

- ① 해외 특수관계자 등과의 무역거래를 가장한 불법 금전 지원 혹은 대출
- ② 중계무역 등을 위해 해외현지생산비용 지급 후 현지에서 생산되어 제3 국으로 수출된 물품대금 등 미회수

(7) 미지급, 과영수

- ① 중계무역 등으로 발생한 제3국 수출대금 사후 회수
- ② 해외 특수관계자 등과의 무역거래를 위장하여 해외 타사 보유자본 및 현지 금융 차입

(8) 과지급, 미영수

중계무역 등 특정거래형태 무역 발생시 국내에서 지급한(과지급) 원자재, 임가공비 등을 이용하여 해외 현지에서 생산된 완제품을 제3국 수출 후 수출대금은 국내로 바로 회수(과영수)

다. 주요 검토 사항

(1) 수입 대금의 적법 지급 여부 검사

- ① 저가 수입신고의 경우, 필연적으로 차액대금 지급을 위해 외화환전, 차명송금, 환차기 계좌 입금 등 이면결제가 수반됨.
- ② 선급금, 수수료, 임차료, 생산지원비 등 수입물품 가산요소를 신고누락 하여 관세 등을 탈루하였는지 여부
- ③ 당해 수출입 거래와 관련 없는 중개수수료, 대리점수수료, 클레임, 판매장려금 등을 차기 수입물품 가격과 상계 처리하였는지 여부
- ④ 재산국외도피 및 불법자금 유출 또는 유입수단으로 사용하기 위하여 거래당사자가 아닌 제3자에게 해당 수입대금을 지급하였는지 여부

(2) 수출채권 적법 회수 여부의 검사

- ① 수출채권을 장기간 미회수 상태로 유지하거나 변칙 회계처리 또는 해외에서 회수하여 자금을 유용하였는지 여부
- ② 고의로 수출부도 후 현지법인을 임의로 청산하거나 제3자에게 매각하고 해외에서 자금을 유용하였는지 여부
- ③ 국내·외 금리차별 이용한 국제금융차입, 허위매출실적 제고(분식회계), 외화 유출 수단으로 본지사간 중계무역 등 경상거래를 가장하였는지 여부

(3) 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 등 타 법률 위반 여부 조사

- ① 외국환거래법 등의 법령을 위반하여 국내재산을 해외에 몰래 이동시키거나 국내로 반입해야 할 재산을 국외에서 몰래 은닉 또는 처분하여 도피시켰을 때에는 특정경제범죄 가중처벌에 등에 관한 법률 제4조에 의거 재산국외도피의 죄에 해당되는지 여부
- ② 범죄 수익 등을 제3자의 차명계좌에 은닉하거나 취득 사실을 가장한 행위가 있을 경우, 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제3조에 의거 범죄수익 등의 은닉·가장죄에 해당하는지 여부



라. 외환검사 결과 처리

(1) 범칙 조사 전환

- ① 외환검사 과정에서 위법한 사실을 발견하였으면 범칙 조사로 전환
- ② 외국환거래법 위반 외에도 관세탈루 사실이 발견되었을 경우에는 심사부서에 통보하여 과세가격 가산요소에 해당하는지 검토하도록 심사의뢰 조치하거나 탈루 관세액을 경정 고지한다.

(2) 검사 결과 처분

- ① 외국환거래법 제32조(과태료)에 해당하는 사실을 적발한 경우에는 과태료를 부과·징수한다.
- ② 외국환거래법 제12조 및 제19조 위반사실이 확인되어 행정제재가 필요한 경우에는 기획재정부장관(관세청장)에게 보고한다.
- ③ 검사결과 무혐의로 확정된 경우에는 10일내에 검사대상자에게 검사결과를 서면으로 통보한다.

마. 외국환거래법 주요 신고 사항

(1) 외국환거래법 제16조(지급 또는 수령의 방법의 신고)

- ① 거주자가 수출입, 용역거래, 자본거래 등 대외거래를 함에 있어서 상계 등의 방법으로 채권·채무를 소멸시키거나 상쇄시키는 방법으로 결제하는 경우에는 외국환은행의 장에게 신고하여야 한다. 단, 다국적 기업의 상계센터를 통하여 상계하거나 다자간 상계를 하는 경우에는 한국은행총재에게 신고하여야 한다. (상계 거래)
- ② 거주자가 계약건당 미화 5만 불을 초과하는 본지사간이 아닌 수출거래로서 수출대금을 물품의 선적 전 1년을 초과하여 수령하고자 하거나 계약건당 미화 2만 불을 초과하는 수입대금을 선적서류 또는 물품의 수령 전 1년을 초과하여 송금방식에 의하여 지급하고자 하는 경우에는 한국은행총재에게 신고하여야 한다. (기간 초과 거래)

- ③ 거주자가 미화 3천 불을 초과하고 미화 1만 불 이내의 금액을 제3자와 지급 등을 하려는 경우에는 외국환은행의 장에게, 1만 불을 초과하는 금액에 대해서는 한국은행총재에게 신고하여야 한다. (제3자 지급 거래)
- ④ 거주자가 외국환은행을 통하지 아니하고 지급 등을 하고자 하는 경우(물품 또는 용역의 제공, 권리의 이전 등으로 비거주자와의 채권·채무를 결제하는 경우를 포함)에는 한국은행총재에게 신고하여야 한다. (외국환은행을 통하지 않은 거래)

(2) 외국환거래법 제18조(자본거래의 신고 등)

- ① 거주자가 해외에서 비거주자와 외화예금거래를 하고자 하는 경우에는 지정거래 외국환은행의 장에게 신고하여야 한다. 다만, 미화 5만 불을 초과하여 국내에서 송금한 자금으로 예치하고자 하는 경우에는 한국은행총재에게 신고하여야 한다.
- ② 거주자가 비거주자로부터 외화자금을 차입하고자 하는 경우에는 지정거래외국환은행의 장에게 신고하여야 한다. 다만, 미화 3천만 불을 초과하는 경우에는 지정거래외국환은행을 경유하여 기획재정부장관에게 신고하여야 한다.
- ③ 거주자의 현지법인이 외국의 시설대여회사로부터 인정된 사업수행에 필요한 시설재를 임차함에 있어서 당해 현지법인이 부담하는 채무의 이행을 당해 거주자 또는 계약관계에 있는 거주자가 보증하는 경우에는 외국환은행의 장에게 신고하여야 한다.
- ④ 거주자가 비거주자와 대외지급수단 및 채권의 매매계약에 따른 채권의 발생 등에 관한 거래를 하고자 하는 경우에는 한국은행총재에게 신고하여야 한다.
- ⑤ 거주자간 또는 거주자와 비거주자간 파생상품³⁶⁵⁾거래를 하고자 하는 경우에는 거주자가 한국은행총재에게 신고하여야 한다.
- ⑥ 거주자가 현지금융을 받는데 다른 거주자가 보증 등을 하는 경우에는 다른 거주자가 현지금융을 받는 거주자의 지정거래외국환은행에 신고하여야 한다. 다만, 외화증권발행방식에 의하여 미화 3천만 불을 초과하는 경우에는 지정거래외국환은행을 경유하여 기획재정부장관에게 신고하여야 한다.

365) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제5조에 따른 파생상품(선도, 옵션, 스왑)과 같은 법 시행령 제 5조 및 외국환거래규정 제1-2조에서 규정하는 파생상품을 말한다.



- ⑦ 현지법인 등이 현지금융을 받는데 외국환은행의 보증이 있는 경우에는 그 현지법인 등을 설치한 거주자가 지정거래외국환은행의 장에게 신고하여야 한다.
- ⑧ 거주자가 해외직접투자를 하고자 하는 경우에는 외국환거래규정 제9-5조 각호에서 정한 외국환은행의 장에게 신고하여야 하며, 신고내용 변경 시에는 신고기관에 변경신고를, 해외직접투자사업의 청산 시에는 해당 신고기관에 보고하여야 한다.
- ⑨ 해외사무소의 설치비 및 유지활동비는 지정거래외국환은행을 통하여 지급하여야 하며, 해외사무소의 확장에 따른 경비를 지급하고자 하는 경우에는 지정거래외국환은행의 장에게 신고하여야 한다.
- ⑩ 해외지점이 부동산 및 증권에 관한 거래 또는 행위를 하고자 하거나 비거주자에 대한 상환기한이 1년을 초과하는 대부를 받고자 하는 경우에는 한국은행총재에게 신고하여 수리를 받아야 한다.

제10절 기업 조세 및 회계 개관

김범준 재판연구원(대법원)

1. 조세의 분류 및 관련 법령³⁶⁶⁾

조세는 크게 국가가 과세권자인 국세 및 지방자치단체가 과세권자인 지방세로 나뉜다.

국세는 다시 소득세, 법인세, 상속세, 증여세, 종합부동산세, 부가가치세, 개별소비세, 교통·에너지·환경세, 주세, 인지세, 증권거래세, 교육세, 농어촌특별세, 관세 등의 세목으로 이루어진다. 이 가운데 관세를 제외한 나머지 세목은 「국세기본법」 및 해당 세목에 관한 법률(예컨대 「법인세법」)에 따르고, 관세는 「관세법」에서 정한다.

지방세는 다시 보통세와 목적세로 나뉜다. 보통세에는 취득세, 등록면허세, 레저세, 담배소비세, 지방소비세, 주민세, 지방소득세, 재산세, 자동차세가 있다. 목적세는 지역자원시설세와 지방교육세로 이루어진다. 지방세는 「지방세기본법」 및 「지방세법」에 따른다.

국세 및 지방세에 대한 특례는 「조세특례제한법」 및 「지방세특례제한법」에 규정되어 있다.

한편 세법을 위반한 자에 대한 형벌 및 과태료 등에 관한 사항과 이에 대한 조사 및 처벌 절차는 「조세범처벌법」 및 「조세범처벌절차법」에서 정한다.

366) 위에서 보듯이 조세는 많은 세목으로 구성되어 있다. 아래에서는 사내 변호사 실무에서 자주 문제되는 법인세를 중심으로 살펴본다.



2. 세법의 기본 원칙

가. 조세법률주의

(1) 헌법 제38조와 제59조

| |
|---|
| <p>제38조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다. 제59조 조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.</p> |
|---|

(2) 조세법률주의의 구체적 내용

[대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두747 판결]

헌법 제38조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의무를 진다”고 규정하고, 제59조는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 규정함으로써 조세법률주의를 채택하고 있는바, 이러한 조세법률주의 원칙은 과세요건 등은 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로써 규정하여야 하고, 그 법률의 집행에 있어서도 이를 엄격하게 해석·적용하여야 하며, 행정편의적인 확장해석이나 유추적용은 허용되지 않음을 의미하므로, 법률의 위임이 없이 명령 또는 규칙 등의 행정입법으로 과세요건 등에 관한 사항을 규정하거나 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정을 마련하는 것은 조세법률주의 원칙에 위반된다.

[대법원 2008. 4. 24. 선고 2006두187 판결]

조세법률주의의 원칙상 조세법규의 해석은 특별한 사정이 없는 한 법문대로 해석하여야 하고 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 않지만, 법규 상호간의 해석을 통하여 그 의미를 명백히 할 필요가 있는 경우에는 조세법률주의가 지향하는 법적 안정성 및 예측가능성을 해치지 않는 범위 내에서 입법 취지 및 목적 등을 고려한 합목적적인 해석을 하는 것은 허용된다 할 것이다.

나. 실질과세원칙

(1) 국세기본법 제14조

- ① 과세의 대상이 되는 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 귀속이 명의(名義)일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있을 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용한다.
- ② 세법 중 과세표준의 계산에 관한 규정은 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 명칭이나 형식에 관계없이 그 실질 내용에 따라 적용한다.
- ③ 제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 이 법 또는 세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적 실질 내용에 따라 당사자가 직접 거래를 한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것으로 보아 이 법 또는 세법을 적용한다.

(2) 실질과세원칙과 조세법률주의의 관계 및 실질귀속자의 판단 기준

[대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 판결]

구 국세기본법(2007. 12. 31. 법률 제8830호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제14조 제1항은 '과세의 대상이 되는 소득·수익·재산·행위 또는 거래의 귀속이 명의일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있는 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용한다'고 규정하고, 제2항은 '세법 중 과세표준의 계산에 관한 규정은 소득·수익·재산·행위 또는 거래의 명칭이나 형식에 불구하고 그 실질내용에 따라 적용한다'고 규정하고 있다.

위 규정이 천명하고 있는 실질과세의 원칙은 헌법상의 기본이념인 평등의 원칙을 조세법률관계에 구현하기 위한 실천적 원리로서, 조세의 부담을 회피할 목적으로 과세요건사실에 관하여 실질과 괴리되는 비합리적인 형식이나 외관을 취하는 경우에 그 형식이나 외관에 불구하고 실질에 따라 담세력이 있는 곳에 과세함으로써 부당한 조세회피행위를 규제하고 과세의 형평을 제고하여 조세정의를 실현하고자 하는 데 주된 목적이 있다. 이는 조세법의 기본원리인 조세법률주의와 대립관계에 있는 것이 아니라 조세법규를 다양하게 변화하는 경제생활관계에 적용함에 있어 예측가능성과 법적 안정성이 훼손되지 않는 범위 내에서 합목적적이고 탄력적으로 해석함으로써 조세법률주의의 형해화를 막고 실효성을 확보한다는 점에서 조세법률주의와 상호보완적이고 불가분적인 관계에 있다고 할 것이다.

이러한 실질과세의 원칙 중 구 국세기본법 제14조 제1항이 규정하고 있는 실질귀속자



과세의 원칙은 소득이나 수익, 재산, 거래 등의 과세대상에 관하여 그 귀속 명의와 달리 실질적으로 귀속되는 자가 따로 있는 경우에는 형식이나 외관을 이유로 그 귀속 명의를 납세의무자로 삼을 것이 아니라 실질적으로 귀속되는 자를 납세의무자로 삼겠다는 것이고, 이러한 원칙은 구 지방세법 제82조에 의하여 지방세에 관한 법률관계에도 준용된다. 따라서 구 지방세법 제105조 제6항을 적용함에 있어서도, 당해 주식이나 지분의 귀속 명의자는 이를 지배·관리할 능력이 없고 그 명의자에 대한 지배권 등을 통하여 실질적으로 이를 지배·관리하는 자가 따로 있으며, 그와 같은 명의와 실질의 괴리가 위 규정의 적용을 회피할 목적에서 비롯된 경우에는, 당해 주식이나 지분은 실질적으로 이를 지배·관리하는 자에게 귀속된 것으로 보아 그를 납세의무자로 삼아야 할 것이다. 그리고 그 경우에 해당하는지는 당해 주식이나 지분의 취득 경위와 목적, 취득자금의 출처, 그 관리와 처분과정, 귀속명의자의 능력과 그에 대한 지배관계 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

다. 신의성실의 원칙

(1) 국세기본법 제15조

납세자가 그 의무를 이행할 때에는 신의에 따라 성실하게 하여야 한다. 세무공무원이 직무를 수행할 때에도 또한 같다.

(2) 과세관청에 대하여 신의칙 적용이 문제된 사례

[대법원 1990. 10. 10. 선고 88누5280 판결]

세무서 직원들이 이 사건 골절치료기구의 수입판매업자인 원고들에게 명시적으로 위 물품이 부가가치세 면제대상이라는 세무지도를 하였고, 원고들로서는 위와 같은 세무지도를 믿고 그 이후의 국내거래에 있어서 부가가치세를 대행징수하지 아니하였으며, 그와 같이 믿게 된 데에 원고들에게 어떤 귀책사유가 있다고 볼 수 없다면, 이 사건 부가가치세 면세여부에 관한 과세관청의 공적인 견해표명이 있었다고 보아야 할 것이므로, 그 후 과세관청인 피고가 위 골절치료기구의 수입시에는 부가가치세가 면제되지만 수입판매자가 수입한 후 재차 국내 의료기관에 판매공급하는 경우에는 부가가치세가 면제되지 아니한다는 이유로 면세로 처리한 과세기간에 대한 부가가치세액을 증액결정한 이 사건 과세처분은 신의성실의 원칙에 위반되는 행위로서 위법하다.

(3) 납세자에 대하여 신의칙 적용이 문제된 사례

[대법원 2015. 1. 15. 선고 2012두4111 판결]

구 법인세법 제34조 제1항에 따른 대손충당금은 법인이 결산에 반영하여야만 손금으로 보는 결산조정사항에 해당하므로, 법인이 어떠한 채권에 관하여 대손사유가 현실로 발생하였을 때에 비로소 손금으로 인식할 것인지 아니면 추정손실에 따라 대손충당금을 설정하는 방법으로 대손사유가 현실화되기 전에 미리 손금으로 인식할 것인지 여부는 그 법인의 선택에 달려 있다. 따라서 여신전문금융회사인 법인이 대손충당금의 설정을 강제한 관련 규정을 위반하여 대손충당금을 설정하지 아니한 경우라고 하더라도 실제로 대손충당금을 설정하지 아니한 이상 실질과세의 원칙을 들어 손금이 발생한 것으로 볼 수는 없다. 또한 여신전문금융회사인 피합병법인이 결산 이전에 대손충당금을 설정하는 회계 처리를 하였더라도 그것이 아직 결산에 반영되지 아니한 상태에서 환입이 이루어졌다면 피합병법인의 손금으로 인식될 수 없으므로, 여신전문금융회사의 금전채권을 합병으로 취득하는 합병법인은 구 법인세법 시행령 제72조 제1항 제3호 단서에 따라 그 채권을 대손충당금이 설정되지 아니한 장부가액으로 승계할 뿐이다. 설령 피합병법인이 대손충당금을 설정하여 결산에 반영하였더라면 손금으로 인식되어 이월결손금이 발생하고, 구 법인세법 제45조 제1항 제2호에 따라 그 이월결손금을 승계하지 못하는 합병법인이 이를 회피하고자 피합병법인으로 하여금 결산 이전에 대손충당금을 설정하지 아니하게 함으로써 여신전문금융회사의 금전채권을 장부가액으로 승계한 후에 비로소 자신이 대손충당금을 설정하여 합병법인의 손금으로 인식하더라도, 이를 위법행위로서 소득신고에 오류·탈루가 있는 경우에 해당한다거나 신의칙에 반하는 행위에 해당한다고 할 수 없다.

라. 소급과세 금지 및 비과세관행

(1) 국세기본법 제18조 제2항 및 제3항

- ② 국세를 납부할 의무(세법에 징수의무자가 따로 규정되어 있는 국세의 경우에는 이를 징수하여 납부할 의무, 이하 같다)가 성립한 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래에 대해서는 그 성립 후의 새로운 세법에 따라 소급하여 과세하지 아니한다.
- ③ 세법의 해석이나 국세행정의 관행이 일반적으로 납세자에게 받아들여진 후에는 그 해석이나 관행에 의한 행위 또는 계산은 정당한 것으로 보며, 새로운 해석이나 관행에 의하여 소급하여 과세되지 아니한다.



(2) 소급과세 금지 및 비과세관행을 근거로 과세처분을 취소한 사례

[대법원 2010. 4. 15. 선고 2007두19294 판결]

- [1] 조세법률관계에서 과세관청의 행위에 대하여 구 국세기본법(2010. 1. 1. 법률 제 9911호로 개정되기 전의 것) 제15조, 제18조 제3항의 규정이 정하는 신의칙 내지 비과세의 관행이 성립되었다고 하려면 장기간에 걸쳐 어떤 사항에 대하여 과세하지 아니하였다는 객관적 사실이 존재할 뿐만 아니라 과세관청 자신이 그 사항에 대하여 과세할 수 있음을 알면서도 어떤 특별한 사정에 의하여 과세하지 않는다는 의사가 있고 이와 같은 의사가 대외적으로 명시적 또는 묵시적으로 표시될 것임을 요한다고 해석되며, 같은 법 제18조 제3항 규정에서의 ‘일반적으로 납세자에게 받아들여진 세법의 해석 또는 국세행정의 관행’ 이란 비록 잘못된 해석 또는 관행이라도 특정납세자가 아닌 불특정한 일반납세자에게 상당한 것으로 이의 없이 받아들여져 납세자가 그와 같은 해석 또는 관행을 신뢰하는 것이 무리가 아니라고 인정될 정도에 이른 것을 말한다.
- [2] 국내회사가 국내사업장이 없는 외국법인과의 공급계약에 따라 그 법인이 지정하는 자에게 서비스를 제공하고 그 대가를 그 법인에게 지급하여야 할 금액에서 차감하는 방식으로 지급받는 거래에 대하여 과세관청이 부가가치세 부과처분을 한 사안에서, 국내사업장이 없는 ‘외국법인 등이 지정한 자에게’ 국내에서 용역 등을 제공하는 경우도 영세율 적용대상으로 규정한 국세청 부가가치세법 기본통칙 11-26-3은 각 구 부가가치세법 시행령(2000. 12. 29. 대통령령 제17041호로 개정되기 전의 것 및 2001. 12. 31. 대통령령 제17460호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항 제1호의 취지 등에 부합하는 해석으로 볼 수 있어, 그 거래는 외화획득 거래로서 영세율이 적용되어 온 과세관행에 포섭될 수 있으므로, 위 부과처분은 신의칙 내지 새로운 해석에 의한 소급과세금지의 원칙에 반하여 위법하다고 한 사례.

3. 법인세 납세의무자, 과세소득 및 납세의무의 성립·확정

가. 납세의무자와 과세소득

법인세법의 납세의무자는 내국법인과 국내원천소득이 있는 외국법인이다(법인세법 제2조 제1항).

내국법인 중 영리법인은 국내외 원천소득, 토지 등 양도소득, 청산소득, 미환류소득에 대하여 납세의무를 부담하는 반면, 비영리법인의 과세소득은 법인세법 제3조 제3항

각 호의 수익사업에서 생긴 소득과 토지 등 양도소득으로 이루어진다(법인세법 제3조 제1항, 제3항).

영리법인인 외국법인의 과세소득은 법인세법 제93조의 국내원천소득과 토지 등 양도 소득인 반면, 비영리법인인 외국법인은 법인세법 제93조의 국내원천소득 중 수익사업에서 생기는 소득과 토지 등 양도소득에 대하여 납세의무를 진다(법인세법 제3조 제1항, 제4항).

나. 납세의무의 성립 및 확정

법인세 납세의무는 사업연도가 끝나는 때와 해산을 하는 때에 성립한다(국세기본법 제21조 제1항 제1호). 다만 원천징수하는 법인세는 소득금액 또는 수입금액을 지급하는 때 성립한다(국세기본법 제21조 제2항).

법인세 납세의무는 법인세 과세표준과 세액을 신고할 때 또는 과세관청이 법인세의 과세표준과 세액을 결정하는 때 확정된다(국세기본법 시행령 제10조의2 제1호, 제2호).

4. 기업회계, 세무회계 및 법인세의 계산 구조

가. 기업회계와 기업회계기준

「기업회계」는 기업 외부의 이해관계자가 합리적인 의사 결정을 할 수 있도록 해당 기업에 관한 유용한 정보를 인식·식별·제공하는 과정을 말하며, 기업회계를 처리하는 과정에서 지켜야 할 규범을「기업회계기준」이라고 한다.

주식회사의 외부감사에 관한 법률(이하 ‘외감법’)은 회계처리기준을 ①「국제회계기준 위원회(International Accounting Standards Board)의「국제회계기준(International Financial Reporting Standards, 이하 ‘IFRS’)」과 ②「그 밖에 외감법에 따라 정한 회계처리기준」두 가지로 나누었다. 주권상장법인과 금융기관은 국제회계기준을 따라야 한다.

한국회계연구원은 국제회계기준에 따라 제정한 기업회계기준을「한국채택국제회계기준(K-IFRS)」또는「기업회계기준서」로, 외감법에서 말하는「그 밖에 외감법에 따라 정한 회계처리기준」을「일반기업회계기준」으로 부른다.



나. 기업회계기준과 세법의 관계

(1) 국세기본법 제20조

세무공무원이 국세의 과세표준을 조사·결정할 때에는 해당 납세의무자가 계속하여 적용하고 있는 기업회계의 기준 또는 관행으로서 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 것은 존중하여야 한다. 다만, 세법에 특별한 규정이 있는 것은 그러하지 아니하다.

(2) 법인세법 제43조

내국법인의 각 사업연도의 소득금액을 계산할 때 그 법인이 익금과 손금의 귀속사업연도와 자산·부채의 취득 및 평가에 관하여 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 기업회계기준을 적용하거나 관행(慣行)을 계속 적용하여 온 경우에는 이 법 및 「조세특례제한법」에서 달리 규정하고 있는 경우를 제외하고는 그 기업회계의 기준 또는 관행에 따른다.

(3) 법인세법 제60조 제1항 및 제2항

- ① 납세의무가 있는 내국법인은 각 사업연도의 종료일이 속하는 달의 말일부터 3개월 이내에 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 사업연도의 소득에 대한 법인세의 과세표준과 세액을 납세지 관할 세무서장에게 신고하여야 한다.
- ② 제1항에 따른 신고를 할 때에는 그 신고서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여야 한다.
 - 1. 기업회계기준을 준용하여 작성한 개별 내국법인의 재무상태표·포괄손익계산서 및 이익잉여금처분계산서(또는 결손금처리계산서)
 - 2. 대통령령으로 정하는 바에 따라 작성한 세무조정계산서(이하 "세무조정계산서"라 한다)

다. 법인세의 계산 구조 및 세무조정

(1) 익금, 손금 및 각 사업연도 소득

어느 사업연도의 법인세를 산출하기 위해서는, 먼저 각 사업연도 소득을 계산하여야 한다. 법인세법상 각 사업연도 소득은 해당 사업연도의「익금」총액에서「손금」총액을 공제한 금액을 뜻한다(법인세법 제14조 제1항).

여기서 말하는 익금이란, 자본 또는 출자의 납입 및 법인세법에서 정하는 것을 제외하고 해당 법인의 순자산(純資産)을 증가시키는 거래로 인하여 발생하는 수익의 금액을 말한다(법인세법 제15조 제1항). 또한 손금이란, 자본 또는 출자의 환급, 잉여금의 처분

및 법인세법에서 규정하는 것을 제외하고 해당 법인의 순자산을 감소시키는 거래로 인하여 발생하는 손비(損費)의 금액을 뜻한다(법인세법 제19조 제1항).

(2) 법인세의 계산과 세무조정

위에서 보듯이 법인세법상 과세소득은 해당 사업연도에 순자산을 증가시킨 수익 금액의 총액(익금)에서 순자산을 감소시킨 비용의 총액(손금)을 차감한 것이다. 이와 같은 법인세법상 익금 및 손금 개념은 기본적으로 기업회계에서 말하는 수입 및 지출과 비슷하다. 다만 법인세법의 익금 및 손금의 범위는 기업회계의 수입 및 지출의 범위와 똑같지는 않는데, 이는 법인세법 고유의 법리와 조세정책적 이유를 반영한 것이다.

그리하여 법인세법은 각 사업연도 소득을 계산할 때 기업회계기준에 따라 산출한 당기순이익을 출발점으로 삼되 일정한 조정 과정을 거치도록 정하고 있다. 즉, 기업회계상 당기순이익에 법인세법상 각종 소득조정 항목을 거쳐 각 사업연도 소득에 이르게 되는데, 이러한 절차를 「세무조정」이라고 부른다.

대표적인 세무조정 대상으로는 기업회계상 수입이 아니나 법인세법에서는 익금에 산입하는 항목(익금산입 항목), 기업회계상 수입이나 법인세법에서 익금에 산입하지 않는 항목(익금불산입 항목), 기업회계상 지출이 아니나 법인세법에서 손금에 산입하는 항목(손금산입 항목), 기업회계상 지출이나 법인세법에서 손금에 산입하지 않는 항목(손금불산입 항목) 등이 있다. 또한 법인세법상 익금 및 손금의 귀속시키는 기업회계의 수입 및 지출의 인식 시점과 다르므로, 이러한 차이 역시 세무조정 과정에서 반영된다.

위와 같이 세무조정을 거친 후에는 다시 과세표준 계산, 산출세액 계산, 납부할 세액의 계산이라는 과정을 밟아야 한다. 구체적으로는 ① 당기순손익에 법인세법상 소득조정을 거쳐 각 사업연도 소득금액을 정하고, ② 각 사업연도 소득금액에서 이월결손금 등을 차감하여 과세표준을 계산한 다음, ③ 과세표준에 세율을 곱하여 산출세액을 도출한 후, ④ 산출세액에 세액감면 등을 적용하여 납부세액에 이르게 된다. 이와 같은 법인세의 계산 과정을 정리하면 다음과 같다.



[법인세의 계산 과정]

| 계산 구조 | |
|------------------|---|
| ① 각 사업연도 소득금액 계산 | 결산서상 당기순이익 (+) 익금산입·손금불산입 (-) <u>손금산입·익금불산입</u> (=) 차가감소득금액 (+) 기부금한도초과액 (-) <u>기부금등한도초과이월액·손금산입</u> <u>(=) 각 사업연도 소득금액</u> |
| ② 과세표준 계산 | (=) 각 사업연도 소득금액 (-) 이월 결손금 (-) 비과세 소득 (-) 소득공제 <u>(=) 법인세 과세표준</u> |
| ③ 산출세액 계산 | (=) 법인세 과세표준 (×) 세율 <u>(=) 산출세액</u> |
| ④ 납부할 세액의 계산 | (=) 산출세액 (-) 감면세액 (-) 세액공제 (+) 가산세 등 <u>(+) 공제감면분 추가납부세액</u> (=) 총부담세액 <u>(-) 기납부세액</u> <u>(=) 자진납부세액</u> |

5. 세무조정의 주요 쟁점

가. 익금산입 · 익금불산입

(1) 익금의 요건

법인의 순자산을 증가시키는 거래로 인하여 발생한 수익은 법인세법에서 달리 정하지 않는 한 익금에 해당한다. 따라서 영업 수익과 영업 외 수익은 물론, 부수수익, 적법하지 않은 원인행위에서 발생한 수익 등이 모두 익금에 포함된다.

[대법원 1994. 12. 27. 선고 94누5823 판결]

어떤 소득이 과세소득이 되는지 여부는 이를 경제적인 측면에서 보아 현실적으로 이득을 지배관리하면서 이를 향수하고 있어 담세력이 있는 것으로 판단되면 족하고 그 소득을 얻게 된 원인관계에 대한 법률적 평가가 반드시 적법하고 유효한 것이어야 하는 것은 아니라고 할 것이므로, 법인이 밀수금괴를 매입하여 판매한 행위를 영업활동으로 보아 행한 과세처분은 적법하다.

[대법원 1990. 9. 28. 선고 90누2222 판결]

법인의 소득은 그 성질이 부수수익이나, 기타소득이나를 따질 것도 없이 모두 과세대상으로서 그 과세표준금액은 전체 수입금액에서 손금(비용)을 공제하는 방법으로 결정되고, 가령 그 성질이 소득세법상의 기타 소득에 해당하더라도 그 소득에 관하여는 기타 소득에 관한 규정이 적용될 이유도 근거도 없다.

(2) 주요 익금산입 항목

익금산입 항목에 관한 법인세법 제15조 및 법인세법 시행령 제11조는 예시적 규정이다. 대표적인 익금산입 항목을 몇 가지 살펴보면, 다음과 같다.

특수관계인인 개인으로부터 유가증권을 시가보다 낮은 가액을 매입한 경우 시가와 그 매입가액의 차액(법인세법 제15조 제2항 제1호)

일정한 요건을 갖춘 의제배당(법인세법 제16조 제1항 제1호 내지 제6호)

자기주식 처분손익(법인세법 시행령 제11조 제2호의2)



법인세법 제42조 제1항 각 호에 따른 평가로 인하여 발생한 자산 평가차익(법인세법 제18조 제1호 단서)

채무의 면제 또는 소멸로 인하여 생기는 부채의 감소액(법인세법 시행령 제11조 제6호)

(3) 주요 익금불산입 항목

대표적인 익금불산입 항목은 다음과 같다.

- ① 주식발행액면초과액, 주식의 포괄적 교환차액, 주식의 포괄적 이전차익, 감자차익, 합병차익, 분할차익에 따른 수익(법인세법 제17조 제1항)
- ② 자산의 평가이익(법인세법 제18조 제2호)
- ③ 국세 또는 지방세의 과오납금의 환급금에 대한 이자(법인세법 제18조 제4호)
- ④ 부가가치세의 매출세액(법인세법 제18조 제5호)
- ⑤ 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 따른 지주회사 등에 해당하는 내국법인이 일정한 요건을 갖춘 내국법인인 자회사로부터 받는 수입배당금액 중 일정한 요건을 충족하는 금액(법인세법 제18조의2)
- ⑥ 내국법인이 출자한 다른 내국법인으로부터 받은 수입배당금액 중 일정한 요건을 충족하는 금액(법인세법 제18조의3)

나. 손금산입 · 손금불산입

(1) 손금의 요건

손금의 범위는 법인세법 및 다른 법률에서 달리 정하는 것을 제외하고는 그 법인의 사업과 관련하여 발생하거나 지출된 손실 또는 비용으로서 일반적으로 인정되는 통상적인 것이거나 수익과 직접 관련된 것으로 한다(법인세법 제19조 제2항). 따라서 사업관련성, 통상성, 수익 관련성의 요건을 갖춘 법인의 비용은 원칙적으로 법인세법상 손금으로 인정된다.

[대법원 2009. 11. 12. 선고 2007두12422 판결]

법인세법 제19조 제2항은 원칙적으로 “손비는 그 법인의 사업과 관련하여 발생하거나 지출된 손실 또는 비용으로서 일반적으로 용인되는 통상적인 것이거나 수익과 직접 관련된 것으로 한다.” 고 규정하고 있다. 여기에서 말하는 ‘일반적으로 용인되는 통상적’인 비용이라 함은 납세의무자와 같은 종류의 사업을 영위하는 다른 법인도 동일한 상황 아래에서는 지출하였을 것으로 인정되는 비용을 의미하고, 그러한 비용에 해당하는지 여부는 지출의 경위와 목적, 형태, 액수, 효과 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 하는데, 특별한 사정이 없는 한 사회질서를 위반하여 지출된 비용은 여기에서 제외된다.

(2) 주요 손금산입 항목

손금산입 항목에 관한 법인세법 시행령 제19조는 예시적 규정이다. 대표적인 손금산입 항목을 몇 가지 살펴보면, 다음과 같다.

- ① 판매부대비용(법인세법 시행령 제19조 제1호의2)
- ② 인건비(법인세법 시행령 제19조 제3호)
- ③ 제세공과금(법인세법 시행령 제19조 제10호)
- ④ 법인세법 제42조 제2항 및 제3항에 따른 평가로 인하여 발생한 자산 평가손실(법인세법 제22조 단서)
- ⑤ 보험사업을 경영하는 내국법인이 각 사업연도에 보험업법 등에 따라 계상한 책임준비금과 비상위험준비금 중 일정한 범위의 금액(법인세법 제30조)
- ⑥ 내국법인이 각 사업연도에 임원이나 사용인의 퇴직급여에 충당하기 위하여 계상한 퇴직급여충당금 중 일정한 범위의 금액(법인세법 제33조)
- ⑦ 내국법인이 각 사업연도에 외상매출금·대여금, 그 밖에 이에 준하는 채권의 대손(貸損)에 충당하기 위하여 계상한 대손충당금 중 일정한 범위의 금액(법인세법 제34조)

(3) 주요 손금불산입 항목

대표적인 손금불산입 항목은 다음과 같다.



- ① 채무보증으로 인하여 발생한 구상채권 등에 관한 대손금(법인세법 제19조의2)
- ② 잉여금의 처분을 손비로 계상한 금액과 주식할인발행차금(법인세법 제20조)
- ③ 내국법인이 보유하고 있는 채권 중 채무자의 파산 등 일정한 사유로 회수할 수 없는 채권의 금액(법인세법 제21조의2)
- ④ 내국법인이 보유하는 자산의 평가손실(법인세법 제22조)
- ⑤ 고정자산에 대한 감가상각비로서 법인세법 시행령 제26조의 상각범위액을 넘는 부분(법인세법 제23조)
- ⑥ 내국법인이 각 사업연도에 지출한 일정 요건을 갖춘 기부금 중 손금산입한도액을 초과하는 금액과 지정기부금 이외의 기부금(법인세법 제24조)
- ⑦ 내국법인이 각 사업연도에 지출한 접대비 중 일정 범위를 초과하는 금액(법인세법 제25조)
- ⑧ 인건비, 복리후생비, 교육·훈련비 등으로서 과다하거나 부당하다고 인정되는 금액 (법인세법 제26조)
- ⑨ 법인의 업무와 직접 관련이 없다고 인정되는 부동산 등을 취득·관리함으로써 생기는 비용과 법인의 업무와 직접 관련이 없다고 인정되는 지출금액(법인세법 제27조)

다. 손금산입 여부가 자주 다투어지는 비용

(1) 위법비용

사회질서를 위반하여 지출된 비용은 특별한 사정이 없는 한「일반적으로 용인되는 통상적 비용」으로 인정되지 않으므로, 손금에서 제외된다.

[대법원 2009. 11. 12. 선고 2007두12422 판결]

법인세법 제19조 제2항은 원칙적으로 “손비는 그 법인의 사업과 관련하여 발생하거나 지출된 손실 또는 비용으로서 일반적으로 용인되는 통상적인 것이거나 수익과 직접 관련된 것으로 한다.”고 규정하고 있다. 여기에서 말하는 ‘일반적으로 용인되는 통상적’인 비용이라 함은 납세의무자와 같은 종류의 사업을 영위하는 다른 법인도 동일한 상황 아래에서는 지출하였을 것으로 인정되는 비용을 의미하고, 그러한 비용에 해당하는지 여부는 지출의 경위와 목적, 형태, 액수, 효과 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 하는데, 특별한 사정이 없는 한 사회질서를 위반하여 지출된 비용은 여기에서 제외된다.

[대법원 2015. 1. 15. 선고 2012두7608 판결]

의약품 도매상이 약국 등 개설자에게 금전을 제공하는 것이 약사법 등 관계 법령에 따라 금지된 행위가 아니라고 하여 곧바로 사회질서에 위반하여 지출된 비용이 아니라고 단정할 수는 없고, 그것이 사회질서에 위반하여 지출된 비용에 해당하는지 여부는 그러한 지출을 허용하는 경우 야기되는 부작용, 그리고 국민의 보건과 직결되는 의약품의 공정한 유통과 거래에 미칠 영향, 이에 대한 사회적 비난의 정도, 규제의 필요성과 향후 법령상 금지될 가능성, 상관행과 선량한 풍속 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다.

(중략) 의약품 도매상이 약국 등 개설자에게 의약품 판매촉진의 목적으로 이른바 ‘리베이트’ 라고 불리는 금전을 지급하는 것은 약사법 등 관계 법령이 이를 명시적으로 금지하고 있지 않더라도 사회질서에 위반하여 지출된 것에 해당하여 그 비용은 손금에 산입할 수 없다고 보아야 할 것이다.

[대법원 2017. 10. 26. 선고 2017두51310 판결]

원고가 동종 업체들에게 지출한 이 사건 지급금은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항 제8호에 위반하여 다른 사업자와 공동으로 부당하게 입찰에서의 자유로운 경쟁을 제한하기 위하여 지출된 담합금에 해당하므로 그 지출 자체가 사회질서에 반하는 것으로서 법인세법 제19조 제2항에서 말하는 ‘일반적으로 용인되는 통상적인 비용이나 수익과 직접 관련된 비용’에 해당한다고 볼 수 없고, 따라서 이를 손금에 산입할 수 없다고 보아야 한다.

(2) 보수·상여금·퇴직급여

보수와 상여금 등 임직원에게 대한 인건비는 법인에 대한 근로제공의 대가이므로, 원칙적으로 법인의 손금에 해당한다(법인세법 시행령 제19조 제3호). 그러나 근로제공의 대가를 넘는 과도한 인건비 또는 이익처분에 의한 상여금 등은 과다경비로서 손금불산입되며(법인세법 제26조 제1호), 법인세법 시행령 제43조 각 호에 따라 손금불산입되는 보수와 상여금은 아래와 같다.

- ① 법인이 그 임원 또는 사용인에게 이익처분에 의하여 지급하는 상여금과 합명회사 또는 합자회사의 노무출자사원에게 지급하는 보수(제1호)
- ② 법인이 임원에게 지급하는 상여금 중 정관·주주총회·사원총회 또는 이사회회의 결의



에 의하여 결정된 급여지급기준에 의하여 지급하는 금액을 초과하여 지급한 경우 그 초과금액(제2호)

- ③ 법인이 지배주주 등(특수관계에 있는 자 포함)인 임원 또는 사용인에게 정당한 사유 없이 동일직위에 있는 지배주주 등 외의 임원 또는 사용인에게 지급하는 금액을 초과하여 보수를 지급한 경우 그 초과금액(제3호)

대법원 2017. 9. 21. 선고 2015두60884 판결은 법인에 유보된 이익을 분여하기 위하여 보수 형식으로 지급한 경우 이익처분으로 손금불산입되는 상여금과 동일하다고 보아 손금산입을 허용하지 않았다.

[대법원 2017. 9. 21. 선고 2015두60884 판결]

법인이 임원에게 직무집행의 대가로서 지급하는 보수는 법인의 사업수행을 위하여 지출하는 비용으로서 원칙적으로 손금산입의 대상이 된다. 하지만 구 법인세법(2010. 12. 30. 법률 제10423호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제19조 제1항, 제20조 제1호, 제26조 제1호, 법인세법 시행령 제43조 제1항의 문언과 법인의 소득을 부당하게 감소시키는 것을 방지하기 위한 구 법인세법 제26조, 법인세법 시행령 제43조의 입법 취지 등에 비추어 보면, 법인이 지배주주인 임원(그와 특수관계에 있는 임원을 포함한다)에게 보수를 지급하였더라도, 보수가 법인의 영업이익에서 차지하는 비중과 규모, 해당 법인 내 다른 임원들 또는 동종업계 임원들의 보수와의 현저한 격차 유무, 정기적·계속적으로 지급될 가능성, 보수의 증감 추이 및 법인의 영업이익 변동과의 연관성, 다른 주주들에 대한 배당금 지급 여부, 법인의 소득을 부당하게 감소시키려는 주관적 의도 등 제반 사정을 종합적으로 고려할 때, 해당 보수가 임원의 직무집행에 대한 정상적인 대가라기보다는 주로 법인에 유보된 이익을 분여하기 위하여 대외적으로 보수의 형식을 취한 것에 불과하다면, 이는 이익처분으로서 손금불산입 대상이 되는 상여금과 실질이 동일하므로 법인세법 시행령 제43조에 따라 손금에 산입할 수 없다고 보아야 한다.

또한 증명의 어려움이나 공평의 관념 등에 비추어, 위와 같은 사정이 상당한 정도로 증명된 경우에는 보수금 전체를 손금불산입의 대상으로 보아야 하고, 보수금에 직무집행의 대가가 일부 포함되어 있어 그 부분이 손금산입의 대상이 된다는 점은 보수금 산정 경위나 구성내역 등에 관한 구체적인 자료를 제출하기 용이한 납세의무자가 이를 증명할 필요가 있다.

퇴직급여 역시 근로제공의 대가이므로, 임직원이 현실적으로 퇴직할 때 지급되는 이상 손금산입된다(법인세법 시행령 제44조 제1항). 그러나 근로제공의 대가를 넘는 과도한 퇴직급여를 막기 위하여 정관 또는 퇴직급여지급규정에 정하여진 금액을 넘는 퇴직급여는 손금불산입된다(법인세법 시행령 제44조 제4항).

대법원 2016. 2. 18. 선고 2015두50153 판결은 퇴직급여의 형식을 빌려 특정 임원에게 법인 자금을 분여하는 경우 법인세법 시행령 제44조 제4항 제2호에 따라 산정된 금액을 넘는 부분에 대해서 손금불산입하도록 판시하였다.

[대법원 2016. 2. 18. 선고 2015두50153 판결]

구 법인세법(2010. 12. 30. 법률 제10423호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1호, 구 법인세법 시행령(2011. 3. 31. 대통령령 제22812호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제44조 제4항, 제5항이나 관련 규정들의 문언과 법인의 소득을 부당하게 감소시키는 것을 방지하기 위한 입법 취지 등에 비추어 보면, 임원에게 지급할 퇴직급여의 금액 또는 계산 기준을 정한 정관이나 정관에서 위임된 퇴직급여 지급규정(이하 통틀어 ‘임원 퇴직급여 규정’이라 한다)에 따라 지급된 임원 퇴직급여는 전액이 손금에 산입되는 것이 원칙이나, 임원 퇴직급여 규정이 근로 등의 대가로서 퇴직급여를 지급하려는 것이 아니라 퇴직급여의 형식을 빌려 특정 임원에게 법인의 자금을 분여하기 위한 일시적인 방편으로 마련된 것이라면, 이는 구 법인세법 시행령 제44조 제4항 제1호 또는 제5항에서 정한 임원 퇴직급여 규정에 해당하지 아니한다. 따라서 임원 퇴직급여 규정이 종전보다 퇴직급여를 급격하게 인상하여 지급하는 내용으로 제정 또는 개정되고, 제정 또는 개정에 영향을 미칠 수 있는 지위에 있거나 그와 밀접한 관계에 있는 사람이 퇴직임원으로서 급격하게 인상된 퇴직급여를 지급받게 되며, 그에 따라 지급되는 퇴직급여액이 퇴직임원의 근속기간이나 근무내용 또는 다른 비슷한 규모의 법인에서 지급되는 퇴직급여액 등에 비추어 볼 때 도저히 재직기간 중의 근로나 공헌에 대한 대가라고 보기 어려운 과도한 금액이고, 규정 자체나 법인의 재무상황 또는 사업전망 등에 비추어 그 이후에는 더 이상 그러한 퇴직급여가 지급될 수 없을 것으로 인정되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는, 퇴직급여 규정은 실질적으로 근로의 대가로서 퇴직급여를 지급하기 위한 것이 아니라 퇴직급여의 형식을 빌려 임원에게 법인의 자금을 분여하기 위한 일시적 방편에 불과하므로, 이 경우에는 구 법인세법 시행령 제44조 제4항 제2호에 따라 산정되는 금액을 넘는 부분은 퇴직급여로 손금에 산입될 수 없다.



(3) 접대비와 판매부대비용·광고선전비

접대비란 접대비 및 교제비·사례금 기타 명목 여하에 불구하고 이에 유사한 성질의 비용으로서 법인이 업무와 관련하여 지출한 금액을 말한다(법인세법 제25조 제5항). 한편 대법원 1987. 4. 14. 선고 86누378 판결 등은 접대비를 「법인이 사업을 위하여 지출한 비용 가운데 지출의 상대방이 사업에 관계있는 자들이고 지출의 목적이 접대 등의 행위에 의하여 사업관계자들과의 사이에 친목을 두텁게 하여 거래관계의 원활한 진행을 도모함에 있는 것」으로 정의하였다.

위와 같은 접대비의 개념에 비추어 볼 때, 접대비는 원칙적으로 손금 요건을 갖춘 비용이다. 그러나 법인세법 제25조 제1항은 조세정책적 이유로 접대비를 일정한 한도액 범위 내에서만 손금으로 인정한다.

이처럼 일정 한도를 넘는 접대비는 손금불산입되는 반면, 판매부대비용과 광고선전비 등은 원칙적으로 전액 손금산입될 수 있다. 그리하여 어느 비용이 접대비 또는 판매부대비용·광고선전비인지 여부가 법인세 실무에서 자주 문제된다. 대법원은 양자의 구별기준에 관하여 다음과 같이 판시하였다.

[대법원 2010. 6. 24. 선고 2007두18000 판결]

법인이 사업을 위하여 지출한 비용 가운데 상대방이 사업에 관련 있는 자들이고 지출의 목적이 접대 등의 행위에 의하여 사업관계자들과의 사이에 친목을 두텁게 하여 거래관계의 원활한 진행을 도모하는 데 있다면 접대비라고 할 것이지만, 이와 달리 지출의 상대방이 불특정다수인이고 지출의 목적이 법인의 이미지를 개선하여 구매의욕을 자극하는 데 있다면 광고선전비라고 할 것이다. (중략) 기록에 의하면, 원고는 다수의 내방객 등에게 각종 선물을 지급하였는데 그 내방객 등이 누구인지를 특정할 자료가 없어 그들이 원고와 거래관계를 맺고 있는 특정인들이라고 보기 어렵고, 따라서 그들에게 선물을 지급한 것도 그들과의 거래관계를 원활하게 하기 위한 것이었다기보다는 대외적으로 원고를 홍보하여 원고의 이미지를 개선하기 위한 것이었다고 봄이 상당하므로, 그 선물비는 접대비가 아니라 광고선전비에 해당한다고 보아야 한다(다만 상패 제작비는 그 성질상 특정인을 위해 지출된 것으로서 접대비로 보아야 할 것이다).

[대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두10389 판결]

법인이 사업을 위하여 지출한 비용 가운데 상대방이 사업에 관련 있는 자들이고 지출의 목적이 접대 등의 행위에 의하여 사업관계자들과 사이의 친목을 두텁게 하여 거래관계의 원활한 진행을 도모하는 데 있는 것이라면, 그 비용은 구 법인세법(2000. 12. 29. 법률 제6293호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제25조 또는 구 법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 1997 사업연도나 1998 사업연도에 적용될 법령은 ‘법’과 ‘영’ 등으로 구분하여 괄호 안에 표시한다) 제18조의2에서 말하는 접대비라고 할 것이나, 그 지출경위나 성질, 액수 등을 건전한 사회통념이나 상관행에 비추어 볼 때 상품 또는 제품의 판매에 직접 관련하여 정상적으로 소요되는 비용으로 인정되는 것이라면, 이는 구 법인세법 제19조 제2항(법 제9조 제3항), 구 법인세법 시행령(2009. 2. 4. 대통령령 제21302호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제19조 제1호[구 법인세법 시행령(1998. 12. 31. 대통령령 제15970호로 전문 개정되기 전의 것) 제12조 제2항 제2호]에서 손비로 인정하는 판매부대비비용에 해당한다. (중략) 원심은 그 채용 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고가 공통영업비, 회의비, 행사비, 자료수집비, 판촉물제작비 및 소모품비 등의 명목으로 손금계상한 합계 16억 여 원 가운데 판촉물제작비 196,691,918원은 원고 발행의 월간지 등의 판매와 관련하여 지급하는 사은품 및 답례품 등의 증정에 따른 지출액으로서 판매부대비비용에 해당하고, 위 판촉물제작비 196,691,918원과 소모품비 중 경조화환비 380,000원을 제외한 나머지 금액은 지출대상이 거래처 등 특정인에게 한정되고 지출내용 또한 주로 식비 및 숙박비 등이므로 접대비에 해당한다고 판단하였다. 앞서 본 법리 및 관계 법령과 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 옳고, 각 상고이유의 주장과 같은 법인세법상 판매부대비비용 등에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

라. 손익의 귀속시기

(1) 법인세법 제40조 제1항

법인세법은 각 사업연도마다 소득을 계산하여 과세하는 기간과세 방식을 따르고 있으므로, 익금 및 손금의 귀속시기는 각 사업연도 소득 및 법인세를 결정하는 중요한 요소이다.

법인세법 제40조 제1항은 내국법인의 익금과 손금의 귀속사업연도를「그 익금과 손금이 확정되는 날이 속하는 사업연도」로 정하고 있는데, 이를「권리의무확정주의」라고 부른다.



[법인세법 제40조 제1항]

① 내국법인의 각 사업연도의 익금과 손금의 귀속사업연도는 그 익금과 손금이 확정된 날이 속하는 사업연도로 한다.

[대법원 2017. 3. 22. 선고 2016두51511 판결]

법인세법은 손익이 권리의무의 확정시에 실현되는 것으로 보는 권리의무확정주의를 채택하여 손익의 귀속시기를 명확하게 규정하고 있다. 이는 납세자의 과세소득을 획일적으로 파악하여 법적 안정성을 도모하고 과세의 공평을 기함과 동시에 납세자의 자의를 배제하기 위한 것이다.

(2) 권리의무확정주의의 구체적 내용

권리의무확정주의에 따르면, 수익이 현실적으로 실현되지 않았더라도 수익에 대한 권리가 실현 가능성이 상당히 높은 정도로 성숙·확정된 시점에 수익의 귀속시기가 결정된다. 그러므로 권리의무의 확정 시점은 일률적으로 정할 수 없고, 각 권리의 성질과 내용, 여러 가지 법률상 또는 사실상 조건을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 11. 25. 선고 2003두14802 판결).

권리의무확정주의에 따른 각 거래 유형의 손익 귀속시기는 법인세법 제40조 제2항 및 법인세법 시행령 제68조에 정하여져 있다. 몇 가지 사례를 정리하면 다음과 같다.

- ① 상품(부동산을 제외한다)·제품 또는 기타 생산품의 판매 : 그 상품 등을 인도한 날(법인세법 시행령 제68조 제1항 제1호)
- ② 상품 등 외의 자산의 양도 : 그 대금을 청산한 날. 다만, 대금을 청산하기 전에 소유권 등의 이전등기(등록을 포함한다)를 하거나 당해 자산을 인도하거나 상대방이 당해 자산을 사용수익하는 경우에는 그 이전등기일(등록일을 포함한다)·인도일 또는 사용수익일중 빠른 날로 한다(법인세법 시행령 제68조 제1항 제3호)
- ③ 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제8조의2 제4항 제1호에 따른 증권시장에서 같은 법 제393조제1항에 따른 증권시장업무규정에 따라 보통거래방식으로 한 유가증권의 매매 : 매매계약을 체결한 날(법인세법 시행령 제68조 제1항 제5호)
- ④ 법인이 장기할부조건으로 자산을 판매하거나 양도한 경우로서 판매 또는 양도한

자산의 인도일이 속하는 사업연도의 결산을 확정함에 있어서 해당 사업연도에 회수하였거나 회수할 금액과 이에 대응하는 비용을 각각 수익과 비용으로 계상한 경우에는 그 장기할부조건에 따라 각 사업연도에 회수하였거나 회수할 금액과 이에 대응하는 비용을 각각 해당 사업연도의 익금과 손금에 산입한다(법인세법 시행령 제68조 제2항)

그러나 위와 같은 법인세법 규정만으로는 현대 사회의 모든 거래 유형을 규정할 수 없으므로, 권리의무확정주의에 반하지 않는 한 일반적으로 공정타당한 회계관행으로 받아들여지는 기업회계기준에 따라 손익의 귀속시기를 정할 수 있다(법인세법 제43조).

따라서 기업회계기준상의 손익의 귀속에 관한 규정이 세법의 개별 규정에 명시되어 있지 않다는 이유만으로 곧바로 권리의무확정주의에 반한다고 단정할 수는 없고, 특정 기업회계기준의 도입 경위와 성격, 관련된 과세실무 관행과 합리성, 수익비용대응 등 일반적인 회계원칙과의 관계, 과세소득의 자의적 조작 가능성, 연관된 세법 규정의 내용과 체계 등을 종합적으로 고려하여, 구 법인세법 제43조에 따라 내국법인의 각 사업연도 소득금액계산에 적용될 수 있는「기업회계의 기준이나 관행」에 해당하는지를 판단하여야 한다(대법원 2017. 12. 22. 선고 2014두44847 판결).

[대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두13931 판결]

생명보험업을 영위하는 내국법인이 구 보험업법(2008. 2. 29. 법률 제8863호로 개정되기 전의 것) 및 그 순차 위임에 따른 구 보험업감독업무시행세칙(2006. 2. 24. 개정되기 전의 것, 이하 ‘시행세칙’이라 한다) 제4-3조의2 제1호에 의하여 적립한 ‘개별추산액’ 상당의 지급준비금뿐만 아니라 제2호에 의하여 적립한 ‘미보고 발생손해액’ 상당의 지급준비금도 다른 책임준비금과 합하여 구 법인세법 시행령(2009. 12. 29. 대통령령 제21911호로 개정되기 전의 것) 제57조 제1항 제1호의 금액과 제2호 단서의 금액을 합한 금액 범위 안에서 당해 사업연도의 소득금액계산을 할 때 손금에 산입할 수 있고, 여기서 제2호 단서가 규정하는 ‘보험계약상의 보험금’이란 당해 사업연도 종료일 현재 보험사고가 발생한 것으로 보고되었으나 아직 지급하여야 할 보험금이 확정되지 아니한 보험계약상의 보험금과 보험사고가 발생하였으나 아직 보고되지 아니한 것으로 추정되는 보험계약상의 보험금 상당액을 합한 금액을 의미한다고 보아야 한다. 이와 달리 ‘보험계약상의 보험금’이 당해 사업연도 종료일 현재 보험사고가 발생한 것으로 보고되었으나 아직 지급하여야 할 보험금이 확정되지 아니한 보험계약상의 보험금



만을 의미한다거나 이를 전제로 하여 제2호 단서규정을 시행세칙 제4-3조의2 제2호에 의하여 적용한 미보고 발생손해액 상당의 지급준비금은 아예 손금에 산입할 수 없다는 취지로 해석할 것은 아니다.

마. 부당행위계산부인

(1) 개념

내국법인이 특수관계인과의 거래로 인하여 법인세 부담을 부당하게 감소시킨 행위 또는 소득금액 계산을 하였다고 인정되는 경우, 과세관청은 그 행위 또는 소득금액 계산에 관계없이 그 법인의 각 사업연도 소득금액을 계산할 수 있다(법인세법 제52조). 즉, 과세관청은 내국법인의 법인세를 부당하게 감소시켰다고 인정되는 내국법인과 특수관계인 간 거래를 부인하고 법인세법에서 정한 방법에 의하여 객관적이고 타당한 소득이 있는 것으로 의제할 수 있는데(대법원 2013. 9. 27. 선고 2013두10335 판결), 이와 같은 법인세법상 조세회피방지규정을「부당행위계산부인」이라고 부른다.

[대법원 2013. 9. 27. 선고 2013두10335 판결]

법인세법 제52조가 정하는 부당행위계산 부인이란 법인이 특수관계에 있는 자와 거래할 때 정상적인 경제인의 합리적인 방법에 의하지 아니하고 법인세법 시행령 제88조 제1항 각 호에 열거된 여러 거래형태를 빙자하여 남용함으로써 조세부담을 부당하게 회피하거나 경감시킨 경우에 과세권자가 이를 부인하고 법령에서 정한 방법에 의하여 객관적이고 타당하다고 보이는 소득이 있는 것으로 의제하는 제도로서, 경제인의 관점에서 볼 때 부자연스럽고 불합리한 행위 또는 계산을 함으로써 경제적 합리성을 무시하였다고 인정되는 경우에 한하여 적용되는 것이다.

아래에서 부당행위계산부인의 적용 요건을 개략적으로 정리한다.

(2) 특수관계인

특수관계인의 범위는 법인세법 시행령 제87조에 규정되어 있으며, 다음의 어느 하나의 관계에 있는 자를 말한다.

- ① 임원의 임면권의 행사, 사업방침의 결정 등 당해 법인의 경영에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있다고 인정되는 자(상법 제401조의2 제1항의 규정에 의하여 이사로 보는 자를 포함한다)와 그 친족
- ② 주주 등(소액주주 등을 제외한다)과 그 친족
- ③ 법인의 임원·사용인 또는 주주 등의 사용인(주주 등이 영리법인인 경우에는 그 임원을, 비영리법인인 경우에는 그 이사 및 설립자를 말한다)이나 사용인 외의 자로서 법인 또는 주주 등의 금전 기타 자산에 의하여 생계를 유지하는 자와 이들과 생계를 함께 하는 친족
- ④ 해당 법인이 직접 또는 그와 위 ① 내지 ③까지의 관계에 있는 자를 통하여 어느 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 경우 그 법인
- ⑤ 해당 법인이 직접 또는 그와 ① 내지 ④까지의 관계에 있는 자를 통하여 어느 법인의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있는 경우 그 법인
- ⑥ 당해 법인에 100분의 30 이상을 출자하고 있는 법인에 100분의 30 이상을 출자하고 있는 법인이나 개인
- ⑦ 당해 법인이 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 의한 기업집단에 속하는 법인인 경우 그 기업집단에 소속된 다른 계열회사 및 그 계열회사의 임원

(3) 행위 또는 계산의 부당성

앞서 보았듯이 부당행위계산부인은 경제인의 관점에서 볼 때 부자연스럽고 불합리한 행위 또는 계산을 세법상 부인하는 것이므로, 행위 또는 계산의 부당성 여부는 결국 경제적 합리성 여부의 문제로 귀결된다.

한편 부당성 또는 경제적 합리성 여부는 건전한 사회 통념, 상거래 관행, 특수관계인이 아닌 자 간의 정상적 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 가격(즉, 시가)을 기준으로 판단한다(법인세법 제52조 제2항).



[대법원 2004. 9. 23. 선고 2002두1588 판결]

경제적 합리성의 유무에 대한 판단은 당해 거래행위의 제반 사정을 구체적으로 고려하여 과연 그 거래행위가 건전한 사회통념이나 상관행에 비추어 경제적 합리성을 결한 비정상적인 것인지의 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 한편 구 법인세법시행령 제46조 제2항 제4호는 구 법인세법 제20조가 규정하고 있는 부당행위계산 부인 대상의 하나로 출자자 등 특수관계에 있는 자에게 자산을 시가에 미달하게 양도한 때를 들고 있고, 위 규정에서 시가라 함은 일반적이고 정상적인 거래에 의하여 형성된 객관적인 교환가치를 의미한다.

경제적 합리성이 인정된 사례와 부정된 사례를 소개하면, 아래와 같다.

[대법원 2011. 3. 24. 선고 2008두9577 판결]

갑 주식회사와 을 주식회사가 작성한 LCD사업 합작 양해각서에 따라 병 주식회사가 갑 회사 등에게서 LCD사업을 인수하였고, 갑 회사 및 을 회사가 '갑 회사가 특수관계자 정 등에게서 병 회사 발행주식을 인수하여 병 회사를 갑 회사의 자회사로 만들고, 을 회사는 병 회사 발행주식 50%를 이전받는 대가로 갑 회사에 16억 달러를 지급' 하는 내용의 합작관련 협약을 체결하여, 갑 회사가 정 등에게서 병 회사 발행주식을 매수하였는데, 이에 대해 과세관청이 병 회사의 위 주식 매수를 구 법인세법 시행령 제88조 제1항 제1호에서 정한 고가매입으로 보아 부당행위계산 부인에 따라 과다계산액을 익금산입하면서 갑 회사에 소득금액변동통지 처분을 한 사안에서, 갑 회사가 정 등에게서 양수한 주식 거래가액이 병 회사의 객관적인 기업가치를 적정하게 반영한다고 볼 수 없어 이를 주식 시가로 볼 수 없고, 정 등이 위 협약 체결과 병 회사가 자신들의 주식을 매수하는데 주도적인 영향력을 행사할 수 있는 위치에 있었던 점 등을 보면, 위 주식 매수는 경제적 합리성이 결여된 비정상적인 행위로서 구 법인세법 제52조에서 정한 부당행위계산 부인 대상에 해당한다고 본 원심판단을 수긍한 사례

(4) 부당한 행위 또는 계산의 형태

부당행위계산부인이 적용되는 거래의 유형은 법인세법 시행령 제88조 각 호에 다음과 같이 규정되어 있다.

- ① 자산을 시가보다 높은 가액으로 매입 또는 현물출자받았거나 그 자산을 과대상각한 경우(제1호)

- ② 무수익 자산을 매입 또는 현물출자받았거나 그 자산에 대한 비용을 부담한 경우(제2호)
- ③ 자산을 무상 또는 시가보다 낮은 가액으로 양도 또는 현물출자한 경우(제3호)
- ④ 특수관계인인 법인 간 합병(분할합병을 포함한다)·분할에 있어서 불공정한 비율로 합병·분할하여 합병·분할에 따른 양도손익을 감소시킨 경우. 다만, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제165조의4에 따라 합병(분할합병을 포함한다)·분할하는 경우는 제외한다(제3호의2)
- ⑤ 불량자산을 차환하거나 불량채권을 양수한 경우(제4호)
- ⑥ 출연금을 대신 부담한 경우(제5호)
- ⑦ 금전, 그 밖의 자산 또는 용역을 무상 또는 시가보다 낮은 이율·요율이나 임대료로 대부하거나 제공한 경우. 다만 법인세법 시행령 제19조 제19호의2 각 목 외의 부분에 해당하는 주식매수선택권 등의 행사 또는 지급에 따라 금전을 제공하는 경우와 주주 등이나 출연자가 아닌 임원(소액주주 등인 임원을 포함한다) 및 사용인에게 사택을 제공하는 경우는 제외한다(제6호)
- ⑧ 금전, 그 밖의 자산 또는 용역을 시가보다 높은 이율·요율이나 임차료로 차용하거나 제공받은 경우(제7호)
- ⑨ 기업회계기준에 따른 선도거래, 선물, 스왑, 옵션, 그 밖에 이와 유사한 거래 또는 계약에 근거한 권리를 행사하지 아니하거나 그 행사기간을 조정하는 등의 방법으로 이익을 분여하는 경우(제7호의2)
- ⑩ 특수관계인인 법인간의 합병(분할합병을 포함한다)에 있어서 주식 등을 시가보다 높거나 낮게 평가하여 불공정한 비율로 합병한 경우와 법인의 자본(출자액을 포함한다)을 증가시키는 거래에 있어서 신주(전환사채·신주인수권부사채 또는 교환사채 등을 포함한다)를 배정·인수받을 수 있는 권리의 전부 또는 일부를 포기(그 포기한 신주가 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제9조제7항에 따른 모집방법으로 지정되는 경우를 제외한다)하거나 신주를 시가보다 높은 가액으로 인수하는 경우로 인하여 주주 등인 법인이 특수관계인인 다른 주주 등에게 이익을 분여한 경우(제8호)
- ⑪ 증자·감자, 합병(분할합병을 포함한다)·분할, 상속세 및 증여세법 제40조 제1항에 따른 전환사채 등에 의한 주식의 전환·인수·교환 등 법인의 자본(출자액을 포함한다)



다)을 증가시키거나 감소시키는 거래를 통하여 법인의 이익을 분여하였다고 인정되는 경우(제8호의2)

⑫ 그 밖에 위에 준하는 행위 또는 계산 및 그 외에 법인의 이익을 분여하였다고 인정되는 경우(제9호)

[대법원 2003. 6. 13. 선고 2001두9394 판결]

구 법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문 개정되기 전의 것) 제20조에서 부당행위계산 부인 규정을 둔 취지는 법인과 특수관계 있는 자와의 거래가 시행령 제46조 제2항 각 호에 정한 제반 거래형태를 빙자하여 남용함으로써 경제적 합리성을 무시하였다고 인정되어 조세법적인 측면에서 부당한 것이라고 보일 때 과세권자가 객관적으로 타당하다고 인정되는 소득이 있었던 것으로 의제하여 과세함으로써 과세의 공평을 기하고 조세회피행위를 방지하고자 하는 것인바, 시행령 제46조 제2항이 조세의 부담을 부당하게 감소시키는 것으로 인정되는 경우에 관하여 제1호 내지 제8호에서는 개별적·구체적인 행위유형을 규정하고, 그 제9호에서는 ‘기타 출자자 등에게 법인의 이익을 분여하였다고 인정되는 것이 있을 때’ 라고 하여 개괄적인 행위유형을 규정하고 있으므로 법인의 행위, 계산이 위 각 호의 어느 하나에 해당하면 이를 부당행위계산이라고 할 것이며, 여기서 제9호의 의미는 제1호 내지 제8호에서 정한 거래행위 이외에 이에 준하는 행위로 출자자 등에게 이익분여가 인정되는 경우를 의미한다 할 것이고, 나아가 어떤 자산의 양도가 제4호 소정의 저가양도에 해당하지 아니하는 경우에도 자산의 양도를 수반하는 일련의 행위로 보아 당해 자산을 특수관계자에게 이전할 당시에 그로 인한 장래의 기대이익이 어느 정도 확정되어 있었다고 인정될 수 있는 경우에는 그 일련의 행위를 제9호 소정의 이익분여행위에 해당한다고 할 수 있는 것이다

(5) 부당한 행위 또는 계산의 부인 효과

부당행위계산에 해당하는 경우 과세관청은 시가와의 차액 등을 익금에 산입하여 해당 법인의 각 사업연도 소득을 계산한다(법인세법 시행령 제89조 제5항). 또한 부당행위계산의 부인으로 발생한 소득은 아래 「8.라. 소득처분에 따른 원천징수의무」에서 설명하듯이 귀속자를 기준으로 소득처분을 하고, 이때 법인에게 원천징수의무가 발생할 수 있다.

6. 과세표준 및 산출세액 계산

앞에서 설명한 과정을 거쳐 각 사업연도 소득이 산출되면, 각 사업연도 소득에서 다시 ① 각 사업연도의 개시일 전 10년 이내에 개시한 사업연도에서 발생한 결손금(법인세법 제13조), ② 공익신탁법에 따른 공익신탁의 신탁재산에서 생기는 소득(법인세법 제51조), ③ 유동화전문회사 등에게 인정되는 배당소득공제(법인세법 제51조의2) 등을 차감하여 과세표준을 결정한다(법인세법 제13조).

위와 같이 계산한 과세표준에 법인세법 제55조의 누진세율을 적용하면, 산출세액이 나온다.

7. 납부할 세액의 계산과 세액공제

가. 개관

납부할 세액은 산출세액에서 각종 세액공제 항목을 차감하여 계산한다. 세액공제 항목으로는 외국납부세액공제, 재해손실세액공제, 사실과 다른 회계처리의 경정에 따른 세액공제, 조세특례제한법에 따른 각종 세액공제³⁶⁷⁾ 등이 있다.

아래에서는 외국납부세액공제 및 사실과 다른 회계처리의 경정에 따른 세액공제를 위주로 살펴본다.

나. 외국납부세액공제

(1) 외국납부세액에 대한 이중과세 방지 방법

내국법인이 다른 나라에 지점을 둘 경우 그 지점에서 발생한 소득은 소재지국의 세법에 따라 법인세를 신고납부하여야 한다. 또한 설령 다른 나라에 지점이 없더라도, 내국법인이 얻은 국외원천소득은 원천지국의 세법에 따라 법인세가 원천징수된다.

367) 예컨대 중소기업 등 투자 세액공제(조세특례제한법 제5조), 연구 및 인력개발을 위한 실비투자에 대한 세액공제(조세특례제한법 제11조), 생산성향상시설 투자 등에 대한 세액공제(조세특례제한법 제24조) 등.



한편 위와 같은 해외 지점의 소득 또는 국외원천소득 역시 내국법인의 과세소득이므로, 법인세법에 따른 과세표준에 포함된다. 그 결과 내국법인이 외국에서 신고납부한 해외 지점 소득 또는 원천징수된 국외원천소득에 대해서는 소재지국(또는 원천지국)과 우리나라에서 이중과세될 수 있다.

이러한 이중과세를 방지하기 위하여 법인세법은 내국법인으로 하여금 ① 외국납부세액을 해당 사업연도의 법인세액에서 일정 비율로 공제하는 방법(법인세법 제57조 제1항 제1호) 및 ② 외국법인세액을 각 사업연도 소득에서 손금에 산입하는 방법(법인세법 제57조 제1항 제2호) 중 하나를 선택할 수 있도록 정하였다(법인세법 제57조 제1항).

납세자 입장에서는 대개 ① 세액공제방법이 ② 손금산입방법보다 유리하여 실무에서 자주 활용되므로, 아래에서는 외국납부세액공제를 중심으로 살펴본다.

(2) 직접외국납부세액공제

내국법인이 다른 나라에 납부하였거나 납부할 법인세액은 일정한 한도에서 세액공제될 수 있다. 여기서 말하는 공제한도는 내국법인의 산출세액에 국외원천소득이 해당 사업연도의 과세표준에서 차지하는 비율을 곱하여 산출한 금액을 말한다(법인세법 제57조 제1항 제1호). 내국법인의 국외사업장이 2개 이상의 국가에 있는 경우에는 국가별로 구분하여 공제한도를 계산한다(법인세법 시행령 제94조 제7항).

외국납부세액이 공제한도를 초과하는 경우 그 초과하는 금액은 해당 사업연도의 다음 사업연도 개시일부터 5년 이내에 끝나는 각 사업연도에 이월하여 그 이월된 사업연도의 공제한도 범위에서 공제받을 수 있다(법인세법 제57조 제2항).

(3) 간접외국납부세액공제

내국법인의 각 사업연도 소득에 외국 자회사로부터 받는 수입배당금액이 포함되어 있는 경우 외국 자회사의 소득에 대하여 부과된 외국법인세액 중 수입배당금액에 대응하는 일정 한도의 금액은 내국법인의 외국납부세액으로 공제될 수 있다(법인세법 제57조 제4항, 법인세법 시행령 제94조 제8항).

(4) 간주외국납부세액공제

국외원천소득이 있는 내국법인이 조세조약의 상대국에서 해당 국외원천소득에 대하

여 법인세를 감면받은 세액 상당액은 그 조세조약으로 정하는 범위에서 외국법인세액으로 공제될 수 있다(법인세법 제57조 제3항, 법인세법 시행령 제94조 제8항).

다. 사실과 다른 회계처리의 경정에 따른 세액공제

(1) 「사실과 다른 회계처리」의 개념

법인세법 제58조의3에서 말하는 「사실과 다른 회계처리」란 이른바 분식회계(粉飾會計)를 뜻한다. 분식회계란 기업이 재정상태나 경영 실적을 실제보다 좋아 보이게 할 목적으로 부당한 방법으로 자산이나 이익을 부풀려 계산하는 회계를 말한다.

기업이 분식회계를 하는 전형적인 방법으로는 ① 자산·매출의 과대계상, ② 부채 과소계상 또는 누락, ③ 자산·부채의 과대 또는 과소 평가, ④ 회계추정의 변경 등이 있다.

(2) 분식회계로 인한 민사 책임

분식회계로 인한 민사 책임의 핵심은, 투자자가 분식회계를 믿고 투자를 하였다가 손해를 입은 경우 기업 임원이나 감사인 등이 투자자 등에 대하여 손해배상책임을 지도록 함에 있다. 분식회계로 인한 민사 책임 중 몇 가지를 요약하면 다음과 같다.

[분식회계로 인한 몇 가지 민사 책임]

| | |
|---|--|
| 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제162조 (거짓의 기재 등에 의한 배상책임) | <p>① 제159조 제1항의 사업보고서·반기보고서·분기보고서·주요사항보고서(이하 “사업보고서등”이라 한다) 및 그 첨부서류(회계감사인의 감사보고서는 제외한다) 중 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항이 기재 또는 표시되지 아니함으로써 사업보고서 제출대상법인이 발행한 증권(그 증권과 관련된 증권에 탁증권, 그 밖에 대통령령으로 정하는 증권을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 취득자 또는 처분자가 손해를 입은 경우에는 다음 각 호의 자는 그 손해에 관하여 배상의 책임을 진다. 다만, 배상의 책임을 질 자가 상당한 주의를 하였음에도 불구하고 이를 알 수 없었음을 증명하거나 그 증권의 취득자 또는 처분자가 그 취득 또는 처분을 할 때에 그 사실을 안 경우에는 배상의 책임을 지지 아니한다.</p> |
|---|--|



| | |
|---|---|
| | <ol style="list-style-type: none"> 1. 그 사업보고서등의 제출인과 제출당시의 그 사업보고서 제출대상 법인의 이사 2. 상법 제401조의2 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 그 사업보고서 등의 작성을 지시하거나 집행한 자 3. 그 사업보고서 등의 기재사항 및 그 첨부서류가 진실 또는 정확하다고 증명하여 서명한 공인회계사·감정인 또는 신용평가를 전문으로 하는 자 등(그 소속단체를 포함한다) 대통령령으로 정하는 자 4. 그 사업보고서 등의 기재사항 및 그 첨부서류에 자기의 평가·분석·확인 의견이 기재되는 것에 대하여 동의하고 그 기재내용을 확인한 자 |
| <p>상법 제401조 (제3자에 대한 책임)</p> | <p>① 이사가 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리한 때에는 그 이사는 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.</p> <p>② 제399조 제2항, 제3항의 규정은 전항의 경우에 준용한다.</p> |
| <p>민법 제750조 (불법행위의 내용)</p> | <p>고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.</p> |
| <p>주식회사 등의 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제31조 (손해배상책임)</p> | <p>② 감사인이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 적지 아니하거나 거짓으로 적음으로써 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를 발생하게 한 경우에는 그 감사인은 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 연결재무제표에 대한 감사보고서에 중요한 사항을 적지 아니하거나 거짓으로 적은 책임이 종속회사 또는 관계회사의 감사인에게 있는 경우에는 해당 감사인은 이를 믿고 이용한 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있다.</p> <p>④ 감사인이 회사 또는 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 해당 회사의 이사 또는 감사(감사위원회가 설치된 경우에는 감사위원회의 위원을 말한다. 이하 이 항에서 같다)도 그 책임이 있으면 그 감사인과 해당 회사의 이사 및 감사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 손해를 배상할 책임이 있는 자가 고의가 없는 경우에 그 자는 법원이 귀책사유에 따라 정하는 책임비율에 따라 손해를 배상할 책임이 있다.</p> |

(3) 분식회계로 인한 형사 책임

분식회계 자체로 인한 형사 책임 규정으로는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제444조 제13호와 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제39조 등이 있다.

한편 분식회계를 이용하여 새로운 범죄를 범한 경우에는 그에 관한 형사처벌 규정이 추가로 적용된다. 예컨대 분식회계를 활용하여 대출을 받은 경우에는 형법의 사기죄가, 위법배당을 한 경우에는 상법상 위법배당죄가, 중요 사항에 관하여 부실하게 기재된 주식청약서 등을 행사한 때에는 상법상 부실문서행사죄가 성립할 수 있다. 물론 분식회계를 하면서 회사 재산 또는 재산상 이익을 취득한 경우에는 횡령 또는 배임죄가 인정될 수 있다. 분식회계로 인한 형사 책임 중 몇 가지를 요약하면 다음과 같다.

[분식회계로 인한 몇 가지 형사 책임]

| | |
|---|--|
| <p style="text-align: center;">자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제444조 제13호(벌칙)</p> | <p>다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>13. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 서류 중 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 중요사항을 기재 또는 표시하지 아니한 자 및 그 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항의 기재 또는 표시가 누락되어 있는 사실을 알고도 제119조 제5항 또는 제159조 제7항(제160조 후단 또는 제161조 제1항 각 호 외의 부분 후단에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 서명을 한 자와 그 사실을 알고도 이를 진실 또는 정확하다고 증명하여 그 뜻을 기재한 공인회계사·감정인 또는 신용평가를 전문으로 하는 자</p> <p>가. 제119조에 따른 증권신고서 또는 일괄신고추가서류</p> <p>나. 제122조에 따른 정정신고서</p> <p>다. 제123조에 따른 투자설명서(집합투자증권의 경우 제124조 제2항 제3호에 따른 간이투자설명서를 포함한다)</p> <p>라. 제159조에 따른 사업보고서</p> <p>마. 제160조에 따른 반기보고서 또는 분기보고서</p> <p>바. 제161조에 따른 주요사항보고서</p> <p>사. 제164조 제2항에 따른 정정명령에 따라 제출하는 사업보고서등</p> |
| <p style="text-align: center;">주식회사 등의 외부감사에 관한</p> | <p>① 상법 제401조의2 제1항 및 제635조 제1항에 규정된 자나 그 밖에 회사의 회계업무를 담당하는 자가 제5조에 따른 회계처리기준</p> |



| | |
|---|---|
| <p>법률 제39조 (벌칙)</p> | <p>을 위반하여 거짓으로 재무제표를 작성·공시하거나 감사인 또는 그에 소속된 공인회계사가 감사보고서에 기재하여야 할 사항을 기재하지 아니하거나 거짓으로 기재한 경우에는 10년 이하의 징역 또는 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 2배 이상 5배 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>② 제1항에도 불구하고 제5조에 따른 회계처리기준을 위반하여 회사의 재무제표상 손익 또는 자기자본 금액이 자산총액의 일정 비중에 해당하는 금액만큼 변경되는 경우에는 다음 각 호에 따라 각각 가중할 수 있다. 다만, 자산총액의 100분의 5에 해당하는 금액이 500억원 이상인 경우에만 적용한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 재무제표상 변경된 금액이 자산총액의 100분의 10 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. 2. 재무제표상 변경된 금액이 자산총액의 100분의 5 이상으로서 제1호에 해당하지 아니하는 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다. |
| <p>상법 제625조 제3호(회사재산을 위태롭게 하는 죄)</p> | <p>제622조 제1항에 규정된 자, 감사인, 제298조 제3항·제299조의 2·제310조 제3항 또는 제313조 제2항의 공증인(인가공증인의 공증담당변호사를 포함한다. 이하 이 장에서 같다)이나 제299조의 2, 제310조 제3항 또는 제422조 제1항의 감정인이 다음의 행위를 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. 법령 또는 정관에 위반하여 이익배당을 한 때 |
| <p>상법 제627조 제1항 (부실문서행사죄)</p> | <p>① 제622조 제1항에 제기한 자, 외국회사의 대표자, 주식 또는 사채의 모집의 위탁을 받은 자가 주식 또는 사채를 모집함에 있어서 중요한 사항에 관하여 부실한 기재가 있는 주식청약서, 사채청약서, 사업계획서, 주식 또는 사채의 모집에 관한 광고 기타의 문서를 행사한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>② 주식 또는 사채를 매출하는 자가 그 매출에 관한 문서로서 중요한 사항에 관하여 부실한 기재가 있는 것을 행사한 때에도 제1항과 같다.</p> |

(4) 분식회계와 법인세 환급 - 경정청구와 세액공제

분식회계가 이루어지면 기업회계상 수익이 과대계상되므로, 각 사업연도 소득 역시 커지게 된다. 그 결과 기업이 분식회계를 한 경우에는 분식회계를 하지 않았을 경우보다 더 많은 법인세를 신고납부하게 되고, 일종의 가공소득에 대하여 법인세를 납부하는 결과가 일어난다.

그리하여 분식회계가 적발된 기업들은 대개 국세기본법 제45조의2에 따라 과다납부된 법인세를 환급해 달라는 취지로 감액경정청구를 한다. 이와 같은 납세자의 감액경정청구는 신의성실의 원칙에 반하지 않으므로, 과세관청은 분식회계로 인하여 과다납부한 법인세를 환급해 주어야 한다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2005두6300 판결).

[대법원 2006. 1. 26. 선고 2005두6300 판결]

납세의무자에게 신의성실의 원칙을 적용하기 위해서는 객관적으로 모순되는 행태가 존재하고, 그 행태가 납세의무자의 심한 배신행위에 기인하였으며, 그에 기하여 야기된 과세관청의 신뢰가 보호받을 가치가 있는 것이어야 할 것인바(대법원 1999. 11. 26. 선고 98두17968 판결 참조), 조세법률주의에 의하여 합법성이 강하게 작용하는 조세 실체법에 대한 신의성실의 원칙 적용은 합법성을 희생하여서라도 구체적 신뢰보호의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 허용된다고 할 것이고, 과세관청은 실지조사권을 가지고 있을 뿐만 아니라 경우에 따라서 그 실질을 조사하여 과세하여야 할 의무가 있으며, 과세처분의 적법성에 대한 입증책임도 부담하고 있는 점 등에 비추어 보면, 납세의무자가 자산을 과대계상하거나 부채를 과소계상하는 등의 방법으로 분식결산을 하고 이에 따라 과다하게 법인세를 신고, 납부하였다가 그 과다납부한 세액에 대하여 취소소송을 제기하여 다투는 사정만으로 신의성실의 원칙에 위반될 정도로 심한 배신행위를 하였다고 볼 수는 없는 것이고, 과세관청이 분식결산에 따른 법인세 신고를 그대로 믿고 과세하였다고 하더라도 이를 보호받을 가치가 있는 신뢰라고 할 수도 없다.

과세관청이 납세자의 경정청구에 따라 감액경정을 할 때에는 과다납부한 세액을 환급하는 대신에, 경정일이 속하는 사업연도부터 각 사업연도의 법인세액에서 과다납부한 세액을 공제한다. 이때 각 사업연도별로 공제하는 금액은 과다납부한 세액의 100분의 20을 한도로 하고, 공제 후 남아 있는 과다납부 세액은 이후 사업연도에 이월공제한다(법인세법 제58조의3).



8. 법인의 원천징수의무

가. 개관

법인은 법인세 납세의무자일 뿐 아니라, 법인이 제3자(거주자, 비거주자, 내국법인, 외국법인 등)에게 지급하는 소득의 원천징수의무자이기도 하다. 예컨대 법인이 임직원에게 급여를 지급하거나(소득세법 제127조 제1항 제4호) 국내사업장이 없는 외국법인에게 국내원천소득을 지급할 경우(법인세법 제98조 제1항), 급여에 대한 소득세와 국내원천소득에 대한 법인세를 원천징수하여야 한다.

아래에서는 먼저 원천징수의무의 성립·확정, 종류, 법률관계를 정리한 후, 법인의 원천징수 실무에서 자주 문제되는 소득처분에 따른 원천징수의무 및 국내원천소득에 대한 원천징수의무를 중심으로 살펴본다.

나. 원천징수의무의 성립·확정과 종류

(1) 원천징수의무의 성립·확정 시기

원천징수하는 소득세와 법인세는 원천징수의무자가 소득 수령자(원천징수대상자)에게 소득금액 또는 수입금액을 지급할 때 그 납세의무가 성립하고(국세기본법 제21조 제2항 제1호), 특별한 절차 없이 그 세액이 확정된다(국세기본법 제22조 제2항 제3호).

그러므로 원천징수의무자가 원천징수대상자에게 해당 소득을 지급할 때 소득세 또는 법인세를 원천징수하여야 한다. 또한 세법은 소득을 현실적으로 지급하지 않았더라도 지급한 것으로 보아 원천징수하도록 정하기도 한다. 예컨대 소득세법 제131조와 제135조는 각각 이자소득·배당소득과 근로소득에 대하여 지급시기를 의제하여 원천징수시기를 정하고 있다.

(2) 원천징수의무의 종류

「완납적 원천징수」란 원천징수대상자의 신고납부 절차 없이 원천징수의무자의 원천징수대상자에 대한 원천징수 자체로 해당 소득에 대한 납세의무가 종결되는 경우의 원천징수를 말한다. 완납적 원천징수 대상으로는 분리과세되는 이자·배당소득(소득세법 제14조 제3항 제3호) 등이 있다.

「예납적 원천징수」란 원천징수의무자의 원천징수만으로 해당 소득에 대한 납세의무가 종결되지 않고 원천징수대상자의 신고납부 또는 과세관청의 결정·경정 절차를 거쳐야 하는 경우의 원천징수를 뜻한다. 예납적 원천징수의 대표적인 사례로는 근로자에게 매달 지급하는 근로소득이 있다(소득세법 제14조 제2항, 제20조, 제127조 제1항 제4호).

다. 원천징수의 구체적 법률관계

(1) 원천징수의무자와 과세관청의 법률관계

원천징수의무자는 원천징수대상 소득에 대하여 소득세 또는 법인세를 원천징수하여 과세관청에 납부하여야 한다. 원천징수의무자가 원천징수대상 소득에 대하여 원천징수를 하지 않을 경우, 과세관청은 원천징수의무자에게 징수처분 및 가산세부과처분을 할 수 있다.

원천징수의무자의 과세관청에 대한 원천징수의무는 원천징수대상자의 납세의무를 전제한다. 따라서 원천징수대상자가 지급받은 소득이 애당초 납세의무 대상이 아니거나 원천징수대상자가 해당 소득에 대한 세금을 직접 납부하였다면, 원천징수의무자의 원천징수의무는 소멸한다.

만약 원천징수의무자가 처음부터 원천징수대상이 아닌 소득에 대하여 잘못 징수·납부하였거나 원천징수대상인 소득에 대하여 정당세액보다 많이 징수·납부하였다면, 원천징수의무자는 과세관청에게 해당 세액의 환급을 청구할 수 있다.

(2) 원천징수대상자와 과세관청의 법률관계

원천징수의무자가 원천징수를 하지 않아 과세관청이 원천징수의무자에게 징수처분을 할 경우, 원천징수대상자는 징수처분에 대하여 항고소송을 할 수 없다. 원천징수의무자가 해당 소득에 대하여 원천징수를 하였으나 과세관청에게 납부하지 않은 경우, 원천징수대상자는 원천징수된 세액 범위 내에서 면책되므로 과세관청은 원천징수대상자에게 해당 세액을 부과할 수 없다(대법원 2007. 9. 7. 선고 2005두5666 판결).

완납적 원천징수에서 원천징수의무자가 원천징수를 누락한 경우, 과세관청은 원천징수대상자에게 부과처분을 할 수 없다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2015두52050 판결). 반면 예납적 원천징수의 경우 원천징수의무자가 원천징수를 하지 않았다면, 과세관청은



원천징수대상자에게 부과처분을 할 수 있다(대법원 1981. 9. 22. 선고 79누347 판결).

(3) 원천징수의무자와 원천징수대상자의 법률관계

원천징수의무자가 원천징수대상자로부터 원천징수대상이 아닌 소득에 대하여 원천징수세액을 징수·납부하였거나 징수하여야 할 세액을 초과하여 징수·납부하였다면, 이로 인한 환급청구권은 원천징수대상자가 아닌 원천징수의무자에게 귀속된다. 이때 원천징수의무자는 원천징수대상자에 대한 관계에서 법률상 원인 없이 이익을 얻었으므로, 원천징수대상자는 원천징수의무자에 대하여 환급청구권 상당액을 부당이득으로 구상할 수 있다(대법원 2003. 3. 14. 선고 2002다68294 판결).

원천징수의무자가 원천징수대상자로부터 원천징수를 하지 않은 채 과세관청에 원천징수세액을 납부한 경우, 원천징수의무자는 원천징수대상자에게 민사소송으로 구상청구를 할 수 있다(대법원 2008. 9. 18. 선고 2006다49789 판결).

라. 소득처분에 따른 원천징수의무

(1) 소득처분의 정의

기업회계상 당기순이익을 토대로 세무조정을 하면서 익금에 산입한 금액은 그 귀속자에 따라 상여, 배당, 기타 사외유출, 사내유보 등으로 처분하는데, 이러한 과정을「소득처분」이라고 한다(법인세법 제67조). 법인세법이 소득처분을 하도록 정한 까닭은, 세무조정 과정에서 익금에 산입한 금액이 법인 내부에 있을 경우에는 세무상 순자산을 정확히 측정하고, 법인 외부로 유출된 경우에는 소득귀속자를 찾아 과세하기 위함이다.

소득처분의 대상은 세무조정에 의하여 익금산입된 금액, 매출누락 등 누락된 익금, 가공계상된 비용, 부당행위계산부인에 의하여 익금산입된 금액 등이다.

(2) 소득처분에 따른 소득귀속과 원천징수의무

소득처분에서 원천징수의무가 문제되는 경우는 소득처분의 대상인 익금산입액 등이 법인 밖으로 빠져 나가 사외유출된 때이다. 매출사실이 있음에도 불구하고 매출액이 장부에 기재되지 않거나 가공비용이 장부에 계상된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 매출누락액 또는 가공비용액이 사외유출된 것으로 본다(대법원 1999. 12. 24. 선고

98두16437 판결).

사외유출의 경우 귀속자가 누구인지에 따라 소득처분 내용이 달라진다. 먼저 귀속자가 분명한다면, 귀속자가 누구인지에 따라 구체적인 소득처분 내용이 결정된다. 구체적으로는 주주 등인 경우에는 배당, 임원 또는 사용인인 경우에는 상여, 귀속자가 법인이거나 개인사업소득자인 경우에는 기타사외유출, 귀속자가 그 외의 자인 경우에는 기타소득으로 처분한다(법인세법 시행령 제106조 제1항). 이때 법인은 기타사외유출의 경우를 제외하고 각 귀속자에게 배당, 상여, 기타소득을 지급한 것으로 보아서 원천징수를 하여야 한다. 다음으로 귀속자가 불분명한 경우에는 법인의 대표자에게 귀속되었다고 보아 상여를 지급한 것으로 본다(법인세법 시행령 제106조 제1항 제1호 단서).

한편 법인이 거주자 또는 비거주자에게 배당소득, 근로소득(상여), 기타소득을 지급할 때에는 해당 소득에 대하여 원천징수하여 과세관청에게 납부하여야 한다(소득세법 제127조 제1항, 제128조). 따라서 법인이 귀속자에게 배당, 상여, 기타소득으로 소득처분을 할 때에도 이에 맞게 원천징수하여야 한다.

(3) 지급시기의 의제와 소득금액변동통지

원천징수의무는 소득을 지급한 시점에 발생하는 반면, 소득처분에서 사외유출이 일어난 경우에는 언제 배당, 상여, 기타소득 등이 지급되었는지 정확히 파악하기 어렵다. 그리하여 세법은 배당 등의 지급시기를 의제하는 규정을 따로 두고 있다.

먼저 법인이 사외유출을 반영하여 법인세 과세표준을 신고하는 경우에는 해당 법인의 법인세 과세표준 신고일 또는 수정신고일에 배당 등을 지급한 것으로 본다(소득세법 제131조 제2항 제2호, 제135조 제4항, 제145조의2).

다음으로 과세관청이 사외유출을 파악하여 법인세 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하면서 배당 등을 소득처분할 경우, 세무서장 또는 지방국세청장은 결정일 또는 경정일로부터 15일 이내에 법인에게 소득금액변동통지를 통지하여야 한다(소득세법 시행령 제192조 제1항 본문). 소득금액변동통지에는 소득 종류, 사업연도, 귀속연도, 소득금액, 소득자의 인적사항 등이 기재된다(소득세법 시행령 제192조 제1항, 소득세법 시행규칙 제100조 제24호). 이때에는 해당 법인이 소득금액변동통지서를 받은 날에 배당 등을 지급한 것으로 본다(소득세법 제131조 제2항 제1호, 제135조 제4항, 제145조의2). 법인이 소득금액변동통지를 수령하고서도 원천징수를 하지 않는다면, 과세관청



은 법인에게 징수처분을 하게 된다.

(4) 임직원의 횡령과 소득처분

법인의 임원 또는 사용인이 매출액 또는 가공계상된 비용을 횡령한 경우, 대법원 판례는 소득처분 여부에 관하여 다음과 같이 두 가지 경우로 나누어 판시하였다.

먼저 법인의 실질적 경영자인 대표이사 등이 법인의 자금을 유용한 경우, 대법원은 위와 같은 유용행위가 애당초 회수를 전제로 하여 이루어지지 않았으므로 그 금액에 대한 지출 자체로서 이미 사외유출에 해당한다고 본다. 이때 그 유용 당시부터 회수를 전제하지 않은 것으로 볼 수 없는 특별한 사정에 대하여는 횡령의 주체인 대표이사 등의 법인 내에서의 실질적인 지위 및 법인에 대한 지배 정도, 횡령행위에 이르게 된 경위 및 횡령 이후의 법인의 조치 등을 통하여 그 대표이사 등의 의사를 법인의 의사와 동일시하거나 대표이사 등과 법인의 경제적 이해관계가 사실상 일치하는 것으로 보기 어려운 경우인지 등 여러 사정을 종합하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2017. 9. 7. 선고 2016두57298 판결).

다음으로 법인의 피용자의 지위에 있는 자가 법인의 업무와는 무관하게 개인적 이익을 위해 법인의 자금을 횡령하는 등 불법행위를 함으로써 법인이 그 자에 대하여 그로 인한 손해배상채권 등을 취득하는 경우, 대법원은 그 금원 상당액이 곧바로 사외유출된 것으로 볼 수는 없다고 한다. 그리하여 해당 법인이나 그 실질적 경영자 등의 사전 또는 사후의 묵인, 채권회수포기 등 법인이 그에 대한 손해배상채권을 회수하지 않겠다는 의사를 객관적으로 나타낸 것으로 볼 수 있는 등의 사정이 있는 경우에만 사외유출로 보아 이를 그 자에 대한 상여로서 소득처분할 수 있으며, 대표이사의 직위에 있는 자일지라도 그 실질상 피용자의 지위에 있는 경우에는 이와 마찬가지로 보아야 한다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2002두9254 판결).

마. 외국법인 등에 대한 원천징수의무

(1) 비거주자 또는 외국법인에 대한 과세방법

비거주자 또는 외국법인(이하 '외국법인 등')은 국내원천소득에 대해서만 납세의무를 부담하는데(소득세법 제2조 제1항 제1호, 법인세법 제2조 제1항 제1호), 구체적인 과세

방법은 기본적으로 국내사업장의 보유 여부에 따라 달라진다.³⁶⁸⁾ 만약 외국법인 등이 국내사업장을 가진다면, 국내원천소득에 대한 법인세를 신고납부하여야 한다(소득세법 제124조, 법인세법 제97조 제1항). 반대로 국내사업장이 없다면, 외국법인 등에게 국내원천소득을 지급하는 자는 국내원천소득을 지급할 때 비거주자의 소득세 또는 외국법인의 법인세를 원천징수하여야 한다(소득세법 제156조 제1항, 법인세법 제98조 제1항).³⁶⁹⁾ 아래에서는 국내사업장이 없는 외국법인을 중심으로 내국법인이 지급하는 국내원천소득에 대한 원천징수의무를 살펴본다.³⁷⁰⁾

(2) 원천징수대상인 국내원천소득의 종류와 원천징수세율

법인세법 제93조는 외국법인의 과세대상인 국내원천소득으로 이자소득, 배당소득, 부동산소득, 선박 등 임대소득, 사업소득, 인적용역소득, 부동산 등 양도소득, 사용료소득, 유가증권양도소득, 기타소득 등을 열거하였다.

위 각 소득 종류 별 원천징수세율은 법인세법 제98조 제1항에 정해져 있다.

(3) 조세조약상 면제 또는 제한세율 적용을 위한 원천징수절차

우리나라는 많은 나라와 조세조약을 체결하여 소득 종류 별로 원천지국의 과세를 면제하거나 조세조약상 제한세율(조세조약에서 원천지국 세법보다 낮게 정한 세율)을 적용하도록 하였다. 외국법인이 국내원천소득에 대한 원천징수 과정에서 조세조약상 면제 또는 제한세율을 적용 받기 위해서는 법인세법의 원천징수절차 규정을 따라야 한다.

법인세법 제98조의4는 조세조약상 비과세 또는 면제 적용에 관한 원천징수절차를, 법인세법 제98조의6은 조세조약상 제한세율 적용을 위한 원천징수절차를 각 정하고 있다. 양자의 내용은 거의 동일하므로, 아래에서는 법인세법 제98조의6을 기준으로 설명한다.

368) 외국법인의 부동산소득 및 부동산 등 양도소득처럼 국내사업장의 존재 여부와 관계없이 신고납부의 무가 인정되는 국내원천소득도 있으나(법인세법 제91조, 제97조), 여기에서는 설명의 편의상 국내사업장을 위주로 설명한다.

369) 국내사업장의 존재 여부는 소득세법 제94조 및 법인세법 제94조의 판단 기준에 따른다.

370) 이하에서 설명할 내용은 국내사업장이 없는 거주자에게도 동일하게 적용된다.



국내원천소득의 실질귀속자인 외국법인이 국내원천소득의 지급 및 원천징수 과정에서 조세조약상 제한세율을 적용 받기 위해서는, 제한세율 적용 신청서를 원천징수의무자에게 제출하여야 한다(법인세법 제98조의6 제1항, 법인세법 시행령 제138조의7 제1항). 만약 국내원천소득의 수령자가 펀드 등 국외투자기구라면, 국외투자기구가 실질귀속자로부터 제한세율 적용신청서를 제출 받아 국외투자기구 신고서와 함께 원천징수의무자에게 제출하여야 한다(법인세법 제98조의6 제2항, 법인세법 시행령 제138조의7 제3항 본문). 다만 국외투자기구가 일정한 요건을 갖춘 국외공모집합투자기구인 경우에는 국가별 실질귀속자의 수 및 총투자금액 명세를 국외투자기구 신고서에 첨부하여 제출하여야 한다(법인세법 시행령 제138조의7 제3항 단서).

원천징수의무자가 위와 같은 서류를 제출받지 못하거나 제출된 서류를 통해서는 실질귀속자를 파악할 수 없는 등의 사유가 있으면, 원천징수의무자는 조세조약상 제한세율이 아니라 법인세법 제98조 제1항의 세율에 따라 원천징수하여야 한다(법인세법 제98조의6 제3항). 이처럼 제한세율을 적용받지 못한 실질귀속자가 제한세율을 적용받으려는 경우에는 실질귀속자 또는 원천징수의무자가 원천징수된 날이 속하는 달의 말일부터 5년 이내에 경정청구를 하여야 한다(법인세법 제98조의6 제4항).

9. 기업구조조정의 과세 문제

가. 개관

기업구조조정은 대개 합병, 분할, 현물출자, 사업용 고정자산의 교환, 주식의 포괄적 교환이전 등의 방식으로 이루어진다. 우리 세법은 원칙적으로 위와 같은 기업구조조정을 미실현이득의 과세 계기로 보아 관련 당사자에 대하여 과세하되, 일정한 요건을 갖춘 경우에는 과세를 이연하고 있다.

예컨대 현행 법인세법 제44조와 제45조는 합병을 적격 합병과 비적격 합병으로 나누어 달리 취급한다. 즉, 적격 합병에서는 합병 과정에서 피합병법인의 자산을 장부가액으로 승계하도록 함으로써 과세를 이연하는 반면, 비적격 합병에서는 시가평가를 거쳐 미실현이득을 과세한다. 다른 유형의 기업구조조정에서도 이와 비슷한 과세 방식에 따르고 있다. 법인세법 제46조 내지 제47조(분할), 법인세법 제47조의2(현물출자),

법인세법 제50조(사업용 고정자산의 교환), 조세특례제한법 제38조(주식의 포괄적 교환·이전) 등이 대표적인 예이다.

아래에서는 설명의 편의상 합병을 중심으로 구체적인 과세 문제를 살펴보기로 하며, 나머지 유형의 기업구조조정에 관한 과세 문제는 관련 법령을 참고하기 바란다.

나. 합병의 과세 문제

(1) 적격 합병의 판단 기준

적격 합병 또는 비적격 합병에 관한 판단 기준은 법인세법 제44조 제2항 및 법인세법 시행령 제80조의2에서 정하고 있다.

법인세법 제44조 제2항 각 호에서 정한 아래의 요건을 모두 갖춘 합병은「적격 합병」에 해당하고, 그렇지 않은 합병을「비적격 합병」이라 부른다. 아래의 요건은 각각 합병 과정에서 사업목적의 합병, 지분의 연속성, 사업의 계속성, 고용 승계를 갖추도록 요구하는 것이다.

합병등기일 현재 1년 이상 사업을 계속하던 내국법인 간의 합병일 것. 다만 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령 제6조 제4항 제14호에 따른 기업인수목적회사에 대해서는 특례가 인정된다(제1호)

피합병법인의 주주 등이 합병으로 인하여 받은 합병대가의 총합계액 중 합병법인의 주식 등의 가액이 100분의 80 이상이거나 합병법인의 모회사의 주식 등의 가액이 100분의 80 이상인 경우로서 그 주식 등이 법인세법 시행령 제80조의2에 따라 배정되고, 법인세법 시행령 제80조의2에서 정하는 피합병법인의 주주 등이 합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지 그 주식 등을 보유할 것(제2호)

합병법인이 합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지 피합병법인으로부터 승계 받은 사업을 계속할 것(제3호)

합병등기일 1개월 전 당시 피합병법인에 종사하는 법인세법 시행령 제80조의2에서 정하는 근로자 중 합병법인이 승계한 근로자의 비율이 100분의 80 이상이고, 합병등기일이 속하는 사업연도의 종료일까지 그 비율을 유지할 것(제4호)

한편 법인세법 시행령 제80조의2에서 정하는 부득이한 사유로 인하여 위 제2호 내지 제4호 요건을 갖추지 못한 경우에도 적격 합병으로 인정될 수 있다(법인세법 제44조



제2항 단서).

(2) 피합병병인에 대한 과세

비적격 합병으로 피합병병인이 해산되면, 피합병법인의 자산이 합병법인에게 양도된 것으로 본다. 그리하여 피합병법인은 합병등기일이 속하는 사업연도의 소득금액을 계산할 때, 양도손익을 익금 또는 손금에 산입하여야 한다. 여기서 말하는 양도손익은 피합병법인이 합병법인으로부터 받은 양도가액에서 피합병법인의 합병등기일 현재의 순자산 장부가액을 뺀 금액을 말한다(법인세법 제44조 제1항).

적격 합병의 경우에는 피합병법인이 받은 양도가액을 피합병법인의 합병등기일 현재의 순자산 장부가액으로 보아 양도손익이 없는 것으로 할 수 있다(법인세법 제44조 제2항). 그 결과 합병법인이 피합병법인의 자산을 나중에 처분할 때까지 피합병법인 자산의 양도손익에 대한 과세가 이연되었다가, 그 처분 시점에 처분가액에서 피합병법인의 장부가액을 차감함으로써 양도손익을 계산하여 과세가 이루어진다.

그 밖에 내국법인이 발행주식총수 또는 출자총액을 소유하고 있는 다른 법인을 합병하거나 그 다른 법인에 합병되는 경우 및 동일한 내국법인이 발행주식총수 또는 출자총액을 소유하고 있는 서로 다른 법인 간에 합병하는 경우에는 적격 합병 요건에 관계없이 양도손익이 없는 것으로 할 수 있다(법인세법 제44조 제3항).

(3) 피합병법인의 주주에 대한 과세

피합병법인의 주주는 합병대가로 합병 후 존속하거나 설립된 법인으로부터 주식 및 금전(합병교부금)을 받는다. 비적격 합병에서 위 주식 및 금전의 가액 중 피합병법인 주식의 취득가액을 넘는 부분은 주주의 의제배당으로 과세된다(소득세법 제17조 제2항 제4호, 법인세법 제16조 제1항 제5호).

반면 적격 합병 요건 중 법인세법 제44조 제2항 제1호(사업 목적의 합병) 및 제2호(지분의 연속성)의 요건을 갖추거나 법인세법 제44조 제3항에 해당하는 합병(완전지배관계에 있는 법인 사이의 합병 및 완전자회사 사이의 합병)의 경우에는 위 주식 및 합병교부금의 가액을 피합병법인 주식의 취득가액으로 한다(소득세법 시행령 제27조 제1항 제1호 나목 본문). 이때에는 피합병법인의 주주에게 의제배당 과세가 이루어지지 않는다. 다만 합병으로 주식 등 외에 금전 등을 함께 받고 해당 주식 등의 시가가 피합병법인의

주식 등의 취득가액보다 작은 경우에는 시가로 한다(소득세법 시행령 제27조 제1항 제1호 나목 단서).

(4) 합병법인에 대한 과세

비적격 합병에서 합병법인이 피합병법인의 자산을 승계하면, 합병등기일 현재의 시가로 양도 받은 것으로 본다(법인세법 제44조의2 제1항). 이때 합병법인이 피합병법인에게 지급한 양도가액이 피합병법인의 순자산시가(합병등기일 현재)보다 적은 경우에는 그 차액(합병매수차익)을 세무조정계산서에 계상하고 합병등기일부 5년간 균등하게 나누어 익금산입한다(법인세법 제44조의2 제2항). 반대로 위 양도가액이 피합병법인의 순자산시가(합병등기일 현재)를 초과하고 합병법인이 피합병법인의 상호, 거래관계, 그 밖의 영업상 비밀 등에 대하여 사업상 가치가 있다고 보아 대가를 지급한 경우에는, 그 차액(합병매수차손)을 세무조정계산서에 계상하고 합병등기일부 5년간 균등하게 나누어 손금산입한다(법인세법 제44조의2 제3항).

적격 합병에서도 피합병법인으로부터 합병법인에게 양도된 자산 및 부채는 일단 합병등기일 현재의 시가로 계상된다(법인세법 시행령 제80조의4 제1항). 다만 합병등기일 현재의 시가에서 장부가액을 뺀 금액이 0보다 큰 경우 그 차액을 합병법인의 익금으로 산입한 다음, 다시 동일한 금액을「자산조정계정」이라는 이름으로 손금에 산입한다(이와 반대로 위 차액이 0보다 작을 경우에는 먼저 손금에 산입한 후 자산조정계정이라는 이름으로 익금에 산입한다, 법인세법 시행령 제80조의4 제1항). 결국 이때에는 합병매수손익이 발생하지 않으며, 합병법인은 피합병법인의 자산을 장부가액으로 승계한 셈이 된다(법인세법 제44조의3 제1항).

위와 같이 자산조정계정으로 손금산입된 금액은 해당 자산의 감가상각 시점에 감가상각비와 상계하거나 처분 시점에 익금산입함으로써 합병법인의 과세에 반영된다(이와 반대로 자산조정계정으로 익금산입된 금액은 감가상각 시점에 감가상각비에 가산되거나 처분 시점에 손금산입된다, 법인세법 시행령 제80조의4 제1항 각 호). 달리 말하면 적격 합병의 경우에는 합병매수손익이 자산조정계정을 통하여 과세이연되는 것이다.

(5) 이월결손금 및 세무조정사항의 승계

피합병법인의 이월결손금과 세무조정사항은 적격합병의 경우에만 합병법인에게 승



계되고(법인세법 제44조의3 제2항), 승계 이후에는 합병법인이 피합병법인으로부터 승계받은 사업에서 발생한 소득 범위에서 공제되거나 적용된다(법인세법 제45조 제2항, 제4항). 합병법인의 결손금은 피합병법인으로부터 승계받은 사업에서 발생한 소득금액의 범위에서는 공제할 수 없다(법인세법 제45조 제1항).

제11절 준법경영 지원(Compliance)

김병주 변호사(법무법인(유한) 동인)

1. 준법경영의 중요성

- ① 2016년 7월 유럽연합(EU) 집행위원회가 유럽 내 5개 트럭 생산업체에 대하여 가격담합 혐의로 역대 최대규모인 29억 유로(약 3조 6,500억 원)의 과징금을 부과하기로 결정하였다³⁷¹⁾.
- ② 독일의 자동차기업 폭스바겐(Volkswagen)은 배기가스 조작사건인 이른바 ‘디젤 스캔들’로 인하여 2017년 미국에서 차량 환매와 수리비용, 벌금 등으로 300억 달러(약 34조 원)을 지불한 데 이어서, 2018년 6월 독일 검찰이 부과한 10억 유로(약 1조 2,700억 원)의 벌금을 수용하기로 밝혔다³⁷²⁾.
- ③ 세계 최대 차량 호출서비스 기업 우버(Uber)는 음주운전 전력이 있는 기사를 고용한 사실이 적발돼 2017년 11월 미국 콜로라도 주 교통당국으로부터 890만 달러(약 98억 원)의 벌금을 부과받았다³⁷³⁾.

준법경영의 중요성을 웅변으로 보여주는 사례들이다. 즉 이제 기업이 준법경영을 제대로 하지 않을 경우 그 동안 임직원들이 각자 맡은 분야에서 각고의 노력을 기울여 쌓아놓은 이익을 고스란히 천문학적인 벌금이나 배상금 등으로 납부해야 할 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 임직원들이 징역형 등의 형사처벌까지 받아야 하고 나아가 기업의 존속 자체까지 위협을 받게 될 수도 있다.

따라서, 이제 기업에 있어서 준법경영의 중요성과 그 필수성은 더 이상 구구절절한 설명의 필요가 없다고 할 것이다. 이하에서는 준법경영과 관련한 연혁이나 중요성 등의 이론적 설명보다는, 구체적인 준법경영 지원의 수단이 될 수 있는 여러 제도적 장치들을

371) 2016. 7. 19.자 연합뉴스 “EU, 가격담합 5개 유럽 트럭 생산업체에 3조 6천억 원 과징금” 기사 참조

372) 2017. 6. 14.자 서울경제 “獨, 폭스바겐 벌금 10억 유로 내라” 기사 참조

373) 2017. 11. 21.자 연합뉴스 “우버, 음주운전 전력 있는 기사 고용으로 98억원 벌금” 기사 참조



살펴봄으로써, 준법경영이 이루어질 수 있도록 핵심적인 지원을 하게 되는 사내변호사의 입장에서 해당 기업의 상황에 맞추어 해당 제도들을 채택할 것인지 여부를 고려해 볼 수 있도록 하고자 한다.

2. 준법지원인 제도

가. 의 의

준법통제기준 및 준법지원인 제도는 2011년 상법 개정을 통하여 도입된 제도로서, 최근 사업연도 말 현재의 자산총액이 5천억 원³⁷⁴⁾ 이상인 상장회사는, 법령을 준수하고 회사 경영을 적정하게 하기 위하여 임직원이 그 직무를 수행할 때 따라야 하는 준법통제에 관한 기준 및 절차인 준법통제기준을 마련하여야 하고, 준법통제기준의 준수에 관한 업무를 담당하는 사람인 준법지원인을 1명 이상 두어야 한다(상법 제542조의13, 상법 시행령 제39조).

보험회사 등의 금융기관에는 이미 2000년대 초반부터 “내부통제기준”과 “준법감시인”이라는 명칭 하에 유사한 제도가 도입된 바 있었는데³⁷⁵⁾ 2011년 상법 개정에 의하여 일정 규모 이상의 상장회사로 확대된 것이다.

나. 준법지원인의 자격, 임면, 임기

준법지원인은 ① 변호사 자격을 가진 사람, ② 대학 등에서 법률학을 가르치는 조교수 이상의 직에 5년 이상 근무한 사람, ③ 상장회사에서 감사·감사위원·준법감시인 또는 이와 관련된 법무부서에서 근무한 경력이 합산하여 10년 이상인 사람, ④ 법률학 석사학위 이상의 학위를 취득한 사람으로서 상장회사에서 감사·감사위원·준법감시인 또는 이와 관련된 법무부서에서 근무한 경력이 합산하여 10년 이상인 사람 중에서 임명하여야 한다(상법 제542조의13 제5항, 상법 시행령 제41조).

374) 2013. 12. 31.까지는 자산총액 1조 원 이상인 상장회사에 적용되다가 그 이후 자산총액 5천억 원 이상인 상장회사로 확대되었다(상법 시행령(대통령령 제23720호) 부칙 제5조).

375) 예를 들어, 보험회사의 경우 2000. 4. 22.부터 시행된 보험업법 개정법률(법률 제6175호)에 의하여 내부통제기준과 준법감시인 제도가 도입되었다.

준법지원인은 이사회 결의를 거쳐서 임면된다(상법 제542조의13 제4항). 상법은 준법지원인의 임면에 관한 이사회의 결의요건에 대한 규정은 따로 두고 있지 않으므로, 상법 제390조 제1항이 규정하는 이사회의 일반적 결의요건인 이사 과반수의 출석과 출석이사의 과반수 찬성으로 결의를 하여야 할 것이다. 한편 회사가 마련하여야 할 준법통제기준의 내용 중에도 준법지원인의 임면 절차에 관한 사항을 규정하여야 한다(상법 시행령 제40조 제1항 제2호).

준법지원의 임기는 3년이다(상법 제542조의13 제6항). 준법지원인의 임기와 관련하여 특이한 사항은 다른 법률의 규정이 준법지원인의 임기를 3년보다 단기로 정하고 있는 경우에도 상법 제542조의13 제6항의 규정이 다른 법률에 우선하여 적용되도록 함으로써, 준법지원인의 임기 3년을 매우 강하게 보장하고 있다는 점이다(상법 제542조의13 제11항).

다. 준법지원인의 지위와 직무

(1) 지위의 독립성

상법은 준법지원인이 그 직무를 독립적으로 수행할 수 있도록 보장할 의무를 회사에게 부과하고, 그 임직원에게는 준법지원인이 그 직무를 수행할 때 자료나 정보의 제출을 요구하는 경우 이에 성실하게 응하여야 할 의무를 부과하고 있다(상법 제542조의13 제9항). 준법통제기준에도 준법지원인의 독립적 직무수행의 보장에 관한 사항을 규정하여야 한다(상법 시행령 제40조 제1항 제3호).

(2) 인사상 불이익 금지

회사는 준법지원인이었던 사람에 대하여 그 직무수행과 관련된 사유로 부당한 인사상의 불이익을 주어서는 아니 될 의무를 부담한다(상법 제542조의13 제10항). 이는 준법지원인이 준법지원인으로서의 임기가 종료된 후 일반 임직원의 신분으로 전환될 경우 부당한 대우를 받지 않도록 배려한 것이다.³⁷⁶⁾

376) 다만 이 조항에 대하여 “임기 만료 후의 신분은 새로운 고용 또는 위임계약에서 정해질 것이므로 이 조문은 회사에 대해 특별한 의무를 과하는 규정으로 풀이할 수는 없다. 무의미한 규정이다.”라는 비판이 제기된다(이철송, 회사법강의 제24판, 864면 참조).



(3) 준법지원인의 직무

준법지원인은 회사와 그 임직원들이 준법통제기준을 준수하는지 여부를 점검하여 그 결과를 이사회에 보고하는 것이 그 기본적인 직무이다(상법 제542조의13 제3항).

구체적으로는 임직원이 업무수행과정에서 준수해야 할 법규 및 법적 절차 등 준법통제기준의 내용에 관하여 임직원을 교육하고, 준법통제기준 준수 여부를 확인하여 이를 위반하여 업무를 집행한 임직원을 규정에 따라 처리하는 등이 직무의 주요 내용이 될 것이다(상법 시행령 제40조 제1항 참조).

라. 준법지원인의 의무

(1) 선관주의의무

준법지원인은 선량한 관리자의 주의로 그 직무를 수행하여야 한다(상법 제542조의13 제7항). 이에 따라 회사와 준법지원인의 관계는 회사와 이사의 관계와 마찬가지로 위임 관계인 것으로 이해될 수 있다.

(2) 비밀유지의무

준법지원인은 재임 중 뿐만 아니라 퇴임 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 비밀을 누설하여서는 아니 되는 것으로 규정하여(상법 제542조의13), 강한 비밀유지의무를 부과하고 있다. 물론 변호사인 준법지원인은 변호사법 제26조에 의하여 동일한 의무를 부과받고 있지만, 준법지원인의 자격은 변호사에 국한되지 않으므로 위 조항은 변호사가 아닌 준법지원인에게도 적용된다는 점에서 그 의의가 있다.

(3) 영업 업무 등을 담당하지 않을 부작위의무

준법지원인은 자신의 업무 수행에 영향을 줄 수 있는 영업 관련 업무를 담당해서는 아니 된다(상법 시행령 제42조). 위 조항은 한편으로는 준법지원인이 영업 관련 업무를 담당하지 않아야 할 부작위의무를 부과하는 것이기는 하지만 다른 한편으로는 준법지원인으로서의 고유한 업무를 충실히 수행하도록 하기 위한 제도적 장치로서의 측면도 있다고 할 것이다.

(4) 상근의무

상법 제542조의13 제5항은 준법지원인은 상근으로 하도록 규정하고 있다. 이 조항은 준법지원인을 두어야 하는 회사로 하여금 준법지원인을 상근하는 자로 임명하도록 하는 의무를 지움과 동시에 준법지원인 스스로도 회사에 상근할 의무를 지우는 조항으로 이해할 수 있다.

따라서, 이 조항에 의하여 회사의 외부에서 법률사무소를 운영하는 변호사 등이 회사의 준법지원인이 되는 것은 사실상 방지될 것이므로, 결국 준법지원인은 회사의 사내변호사 중에서 선임하는 것이 가장 바람직하다는 함의를 가지고 있다고 볼 수 있다.

마. 제도의 현황과 향후 전망

대한변호사협회가 금융감독원이 공시한 각 기업의 2017년 보고서를 기준으로 조사한 바에 의하면, 준법지원인 선임의무가 있는 기업들 중 41%(121개사)가 아직 준법지원인을 선임하지 않고 있다고 한다.³⁷⁷⁾ 이는 준법지원인을 선임하지 않은 기업에 대한 벌칙 등이 규정되어 있지 않은 것에도 상당한 원인이 있다고 볼 수 있다.

그렇지만, 향후 시간이 지남에 따라, 이사의 손해배상책임이 문제되는 사안 등에 있어서 준법지원인을 선임한 기업과 그렇지 않은 기업은 책임 유무나 배상액에 있어서 상당한 차이가 나타나는 상황의 발생 등으로 인하여, 준법지원인 선임은 더욱 확대될 수밖에 없을 것이 예상된다.

나아가, 대한변호사협회가 준법지원인 선임대상 기업을 계속적으로 확대하여 중국에는 모든 상장회사가 그 선임대상이 되도록 하는 노력을 기울이고 있는 점 등을 고려하면, 현재 준법지원인 선임대상 기업이 아니라고 하더라도 적어도 상장회사의 사내변호사라면 준법지원인 제도의 내용을 숙지하여 경영진에게 선제적으로 준법지원인 제도를 갖추도록 하는 방안을 제안해 보는 것도 고려해 볼만하다고 할 수 있겠다.

377) 파이낸셜 뉴스, 2017. 10. 31.자 “준법지원인 선임 확대해야” 참조



3. 주기적인 자체 실사(Due Diligence)의 실시

가. 의의 및 필요성

주식 양수도, 영업 양수도, 합병 등과 같은 M&A를 진행함에 있어서 필수적인 절차가 실사(Due Diligence)이다. 이는 주로 인수인 입장에서 인수대상 회사에 특별한 문제점이 없는지 여부를 점검하여, 심각한 문제점이 있다고 판단될 경우 인수 자체를 포기할 수도 있고, 인수 후 상당한 손해를 발생시킬 가능성이 있는 사항이 존재한다고 판단될 경우 이를 인수가격에 반영하거나 향후 손해가 현실화될 경우 상대방으로 하여금 인수인을 면책(Indemnification)시키도록 요구할 권리를 계약서에 규정하는 등의 조치를 강구하게 하는 것이다.

그런데, 인수대상 회사의 입장에서 보면, 이러한 실사를 받는 과정에서 평소 일상적인 회사 운영에 있어서는 별달리 문제로 인식되지 않았던 사항들이 향후 심각한 문제로 작용할 수 있다는 점을 깨닫게 된다.

이러한 점에 착안하여 보면, 실제 회사에서 M&A가 진행되지 않더라도 주기적으로 이러한 실사를 진행하여 잠재적인 법적 위험의 유무를 점검하여 보는 것은, 향후 그러한 잠재적인 법적 위험이 현실화되는 것을 미연에 방지할 수 있는 유용한 수단이 될 수 있다고 본다.

나. 주요 실사항목

(1) 회사 제규정의 점검

회사에는 정관, 이사회규정, 취업규칙 등의 다양한 규정들이 존재하고, 이들은 상법, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률, 근로기준법 등 관련법령의 내용을 반영하는 경우가 많다. 그런데 관련법령의 내용들이 변경되었음에도 회사의 규정들은 이를 반영하지 못한 경우가 많이 발생한다. 따라서 주기적으로 회사의 규정들을 점검하여 관련법령과 배치되는 사항이 있는지 살펴보고 있다면 걱정된 내용으로 이를 수정하는 절차를 취하여야 할 것이다.

그 외에도 회사의 규정들이 관련법령의 내용과 배치되는 것은 아니지만, 회사의 상황

과 외부적인 여건에 비추어 개정할 필요가 있는 내용이 존재한다고 판단되면 경영진에 개정을 건의하는 것이 필요하다.

(2) 각종 신고/등록/등기 등의 사항 점검

회사가 속한 업종에 따라 각종 법령에 의해 일정한 사항을 신고하거나 등록하여야 하고 그러한 사항들은 주기적으로 갱신하여야 하는 경우도 있다. 따라서 그러한 신고나 등록 및 그에 대한 갱신 등이 제대로 이행되고 있는지를 주기적으로 점검할 필요가 있다.

또한, 상법에 따른 등기가 제대로 이루어지고 있는지도 점검할 필요가 있다. 정기주주 총회 결의에 따라 이사 등이 신규로 선임될 경우 그에 따른 등기가 지연되는 경우는 별로 없으나, 대표이사의 주소 변경과 같이 등기사항에 대한 변경이 발생한 경우 변경등기를 해야 하는 것에 대해서는 종종 누락이 발생하여 과태료 부과 등의 벌칙을 받는 경우가 있으므로 그러한 점에 대해서도 점검을 할 필요가 있다.

(3) 잠재적 분쟁 여부 점검

임직원들로 하여금 외부로부터 claim이 제기된 바 있으면 이를 밝히도록 하거나 외부로부터 수신된 우편물, 전자우편 등을 직접 살펴보아서 향후 소송 등의 분쟁으로 확대될 수 있는 사항이 있는지 여부를 미리 점검할 필요가 있다.

점검 결과 제3자의 claim 내용이 상당히 근거가 있는 것이라고 판단되면 적절히 합의를 하도록 하여 더 이상 분쟁이 확대되지 않도록 해야 할 것이고, 그 claim의 내용이 별다른 근거가 없는 것이라고 판단되면 강경하게 대응하도록 하는 등의 조치를 취하도록 하여야 할 것이다.

(4) 불필요한 자료의 정리

회사의 임직원들은 업무 과정에서 생성된 각종 자료들을 출력하거나 컴퓨터 파일 등의 형태로 보관을 하고 있는데, 현재로서는 전혀 보관의 필요가 없는 자료들을 보관하고 있는 경우도 상당히 많다. 이러한 문서들이 외부 기관의 조사 등에 의해 외부로 알려짐으로 인해 회사가 상당히 곤경을 겪게 되는 경우가 종종 발생하고는 한다.

특히 회사의 전체적인 방침과는 다르게 검토과정에서 아이디어 차원에서 잠시 검토한



내용의 문서가 외부 기관에 노출되는 경우, 회사는 오해에서 비롯된 불필요한 수사 등에 직면할 수도 있고, 그러한 오해를 해소하려면 상당한 비용과 노력을 허비하게 될 수도 한다.

따라서, 주기적으로 임직원들이 보관하는 자료들을 살펴보고 현재 상황에서 불필요한 자료들은 과감하게 폐기 등을 하도록 지도하여야 할 것이다. 만약 임직원들이 개인적으로 향후의 업무 처리에 대한 참고 등을 위해 꼭 필요하다고 주장하는 자료라면, 컴퓨터 파일을 별도의 저장장치에 담아서 가정에 보관하도록 하도록 하는 등의 방법을 안내하여야 할 것이다.

(5) 소프트웨어 사용 관련 점검

임직원들이 업무 과정에서 사용하는 각종 컴퓨터 소프트웨어들이 제3자의 저작권 등을 침해하는 바가 없는지 여부도 주기적으로 점검할 필요가 있다. 임직원들이 개인적으로 다운로드받아 사용하는 소프트웨어라고 하더라도, 해당 소프트웨어의 저작권자는 해당 임직원 개인은 물론 회사에 대해서도 민법 제756조의 사용자책임을 추궁할 여지가 있는데, 이와 같이 회사가 주기적으로 임직원들의 소프트웨어 불법사용 여부를 점검한다는 점은 사용자책임 여부를 추궁받음에 있어서 “사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의”를 하였다는 항변의 매우 유용한 근거로 작용할 수 있는 것이다.

한편 회사가 저작권자로부터 정식으로 사용 허가를 받아 사용하는 소프트웨어인 경우에도, 그 사용권 계약의 내용 중에서는 해당 소프트웨어를 사용할 수 있는 임직원의 수 등에 대한 제약이 있을 수 있고, 그러한 제약에 어긋나게 사용하는 바가 있으면 계약 위반 여부 등의 문제가 발생할 수 있으므로, 회사가 정식으로 사용 허가를 받아 사용하는 소프트웨어에 대한 주기적인 점검 역시 필요하다.

(6) 기타

그 외에 M&A에 있어서 일반적으로 실사가 행하여지는 분야인 환경, 노동, 조세 등의 분야에서 향후 문제가 발생할 수 있는 사항이 있는지 여부를 주기적으로 점검할 필요가 있을 것이다.

다. 실사 주기 등

주기적인 실사가 상당히 유용하기는 하지만, 이에 대응하여 자료 제공, 질문에 대한 답변 등을 준비해야 하는 현업부서 임직원으로서 본래의 업무에 상당한 지장을 받을 수도 있으므로, 이를 지나치게 자주 실시하기는 어렵고 회사의 사정에 따라 3~5년 단위로 실시하는 것이 적당하다고 본다.

또한, 회사에 여러 사업부가 있다면 매년 각 사업부별로 순차적으로 실사를 행하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.

라. 외부 로펌에 의뢰할 것인지 여부

사내변호사가 있는 경우라도 주기적인 실사의 진행은 가급적 외부 로펌에 의뢰하여 진행하는 것이 바람직하다고 본다. 사내변호사는 회사 사정을 잘 아는 장점은 있지만 현업부서 임직원들과 친밀한 관계에 있는 등의 이유로 객관적인 입장에서 실사를 진행하기 곤란할 수도 있고, 실사 업무는 일시적으로 상당한 숫자의 인원이 투입되어야 하므로 사내변호사만으로는 업무량의 감당이 힘들 것이기 때문이다. 물론 실사 진행 과정에서 외부 로펌의 변호사와 사내변호사가 긴밀하게 협력하여야 하는 것은 당연하다.

한편, 실사를 외부 로펌에 의뢰할 경우 회사로서는 비용 부담이 될 수가 있지만, 회계 분야의 경우 매년 외부감사인의 감사를 받아야 하는 점을 비교사례로 들면서, 법적인 분야에서도 주기적으로 이러한 실사가 꼭 필요하고 향후 큰 법적 문제가 발생하는 것을 미연에 방지함으로써 오히려 회사의 비용 절감에 도움이 될 수 있다는 점을 경영진에게 적극적으로 설득할 필요가 있다.

4. 계약관리 시스템의 구축

가. 계약관리의 중요성

甲 회사가 제조하는 제품에 대하여 시장의 수요가 넘침에 따라 그 제품의 다량 생산을 위한 원료 확보가 중요해지자, 甲 회사의 구매 담당자는 원료 공급을 담당하는 乙 회사에 게 향후 장기간 동안 매년 일정 물량의 원료 구매를 보장하는 내용이 포함된 계약서에



서명하였는데, 그 후 甲 회사의 제품에 대한 수요가 급격히 축소되는 상황이 발생하였음에도 甲 회사는 불필요한 원료를 계속 구매하여야 함으로 말미암아 거액의 손실을 보게 되는 사례를 상정할 수 있는데, 이는 계약의 중요성을 여실히 보여줄 수 있는 사례이다³⁷⁸⁾.

이와 같이, 잘못된 계약 하나로 인해 기업에 엄청난 손실을 가져다 줄 수 있으므로, 회사가 체결하는 모든 계약은 사내변호사 등 법무 담당자의 검토가 완료된 후 회사의 날인이나 서명이 이루어지도록 하는 시스템을 구축하는 것이 필요하다.

나. 계약관리 시스템 구축 시 유의사항

회사에 실질적으로 도움이 되는 계약관리 시스템을 구축하기 위해서는, 우선 사전에 회사가 체결하는 계약의 유형, 내용, 업계에 있어서 회사의 지위 등을 잘 분석할 필요가 있다.

또한, 계약관리가 중요하기는 하지만 그렇다고 하여 회사가 마련한 표준양식에 의하여 체결되는 계약, 매년 동일한 내용으로 반복적으로 체결되는 계약 등과 같이 정형적이고 위험성이 거의 없는 계약을 체결함에 있어서도 법무 담당자의 장시간 검토를 거치도록 하는 것은 오히려 신속한 거래를 방해하여 회사의 경쟁력을 약화시킬 수도 있다. 따라서, 그러한 계약들에 대하여는 일반적인 검토 절차가 아닌 법무 담당자의 간단한 확인 등에 의하여 곧바로 계약이 체결될 수 있는 신속처리 절차(Fast Track)를 마련하는 것이 필요하다.

한편, 처음부터 완벽한 계약관리 시스템을 마련하는 것은 불가능하다고 보아야 하므로, 어느 정도의 사전 분석이 완료된 이후에는 일단 시스템을 운영하면서 그 과정에서 자연스럽게 밝혀지는 미흡한 사항들을 계속하여 보완해 나가는 방법으로 진행함이 합리적일 것이다.

다. 계약관리 시스템의 운영방식

계약관리 시스템은 각 회사의 업종, 규모, 기타 여러 사정들에 따라 그 태양을 달리할

378) 해당 계약 조항을 경험 많은 법무 담당자가 검토하였더라면, 물량 보장 조항의 위험성을 지적하여 해당 조항을 구속력 있는 보장이 아닌 예상물량으로 규정하도록 하는 등의 방안을 제시하였을 것이다.

것이지만 대략 다음과 같은 방식으로 운영된다고 볼 수 있다.

현업 담당자가 상대방 기업과 계약 체결을 위한 주요 조건들에 개략적인 합의를 한 다음, 스스로 작성한 계약서 초안³⁷⁹⁾이나 상대방 기업이 마련한 계약서 초안을 계약 관리 시스템을 통해 법무부서에 검토를 의뢰한다. 의뢰를 받은 법무부서의 책임자는 의뢰된 계약서 초안을 개략적으로 살펴서 그 중요성 등을 판단하여 법무부서 내에서 적절한 담당자를 지정한다. 이때 해당 계약의 중요성에 따라 법무부서 담당자의 검토 후 법무부서 책임자의 결재를 거쳐서 현업부서로 회신이 되도록 할 것인지 아니면 그러한 결재 없이 곧바로 법무부서 담당자의 검토만으로 회신이 되도록 할 것인지를 선택적으로 정할 수 있는 장치를 마련해 두면 검토의 효율성이 증대될 수 있을 것이다. 현업부서 담당자가 이와 같이 검토 완료된³⁸⁰⁾ 계약서를 인장을 관리하는 부서에 제출하면 해당 부서의 담당자는 해당 계약서가 법무부서의 검토를 거친 것인지를 확인한 후 날인을 한다.

날인이 완료된 계약서는 계약관리 시스템에 등재되어 사후관리 되도록 한다. 사후관리의 예로는, 기간이 1년인 계약으로서 이를 갱신하려면 계약 만료 30일 전까지 통지를 하도록 하는 조항이 있을 경우 법무부서의 담당자는 적절한 시점(예컨대 계약 만료 60일 전)에 현업부서 담당자에게 알려서 계약 갱신 여부를 결정하도록 하는 것과 같은 사항을 들 수 있다.

379) 계약서 초안을 법무부서가 작성해야 하는지 아니면 현업부서가 작성해야 하는지 논란이 될 수 있고 각 회사의 사정에 따라 다르겠지만, 중요한 M&A 거래와 같이 법무부서가 비교적 초기 단계부터 관여하는 경우에는 법무부서가 초안을 마련하는 것이 바람직한 반면, 현업부서가 법무부서의 개입 없이 일상적인 영업과정에서 진행한 거래와 관련하여 체결하는 계약과 같은 경우는 해당 거래와 관련한 중요사항을 많이 알고 있는 현업부서가 계약서 초안을 작성하도록 하는 것이 바람직하다고 본다. 물론 법적 지식이 많이 없는 현업부서 담당자가 계약서 초안을 작성하는 것에는 상당한 어려움이 있을 수 있겠지만 계약관리 시스템 내에 다수의 샘플 계약서를 마련하여 두면 그러한 어려움을 상당한 정도로 감소시킬 수 있을 것이다.

380) 법무부서에서 1차 검토한 계약서를 현업부서 담당자가 계약 상대방에게 전달한 후 계약 상대방의 수정 요청이 있을 수 있고, 그 경우 현업부서 담당자는 그러한 수정 요청을 수용하여도 무방한지 여부 등에 대하여 다시 법무부서에 2차 검토를 요청하는 등 계약에 따라서는 법무부서의 검토를 여러 차례 거치게 되는 경우도 있을 수 있다.



5. 공정거래 관련 법령 준수를 위한 장치 마련

가. 공정거래 관련 법령의 개관

오늘날 업종을 불문하고 대부분의 기업에 대하여 가장 큰 영향을 미치는 법률로는 단연 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”), 하도급거래 공정화에 관한 법률 등 소위 경제검찰이라 불리는 공정거래위원회 소관의 법령들이라고 할 수 있다.³⁸¹⁾ 그 중 가장 대표적인 공정거래법의 경우 법률 및 시행령 이외에 약 50개에 이르는 고시·지침도 마련되어 있다.³⁸²⁾

이와 같은 공정거래법과 그 시행령 및 그에 따른 고시·지침들은 한데 어우러져, 시장지배적 지위의 남용 금지, 기업결합에 대한 규제, 지주회사 설립 관련 규제, 상호출자 및 순환출자의 금지, 금융회사 또는 보험회사의 의결권 제한, 대규모내부거래에 대한 이사회결의 및 공시, 부당한 공동행위의 금지, 불공정거래행위 및 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지, 재판매가격유지행위의 제한 등의 각 분야별로 그야말로 작은 단추 하나 빠져나가기 어려운 촘촘한 규제의 그물망을 형성하고 있다.

또한 공정거래법은 실제적인 규제 내용 그 자체도 매우 방대하고 세부적일 뿐만 아니라, 위반행위에 대한 시정명령(제16조 등), 과징금(제17조 등), 형벌(제66조 등)과 같은 다른 법률도 규정하고 있는 통상적인 제재수단뿐만 아니라, 시정조치 미이행에 대한 이행강제금(제17조의3), 주식처분명령을 받은 주식의 의결권 행사 금지(제18조), 자진신고자에 대한 감면(제22조의2)³⁸³⁾, 보복조치의 금지(제23조의3), 금융기관의 특정점포의 장에 대한 금융거래 정보의 제출 요구권(제50조 제5항), 위반행위에 대한 시정권고(제51조), 동의의결(제51조의2), 위반행위 제보에 대한 포상금(제64조의2) 등과 같이 그 규제 내용의 실현을 위한 각종 제도들을 완비하고 있다. 그 외에 공정거래위원회의 전속고발권(제71조), 공정거래위원회 처분에 대한 서울고등법원의 제1심 전속관할(제54조) 등도 매우 특이한 제도라고 할 수 있다.

381) 그 외에 공정거래위원회 소관 법률로 약관의 규제에 관한 법률, 표시광고의 공정화에 관한 법률, 할부거래에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률, 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 대리점거래의 공정화에 관한 법률 등이 있다.

382) 공정거래위원회 홈페이지 참조

383) 이른바 Leniency라 불리는 제도이다.

나. 공정거래 관련 법령 준수의 중요성

공정거래법 위반이 적발될 경우 우선 시정명령, 과징금, 형사고발 등의 제재를 받게 되는데 그 제재 강도는 시간이 갈수록 계속 높아지고 있다. 공정거래위원회는 2016년 특허권을 남용한 미국 기업 쉐컴에 대하여 1조원이라는 사상 최대의 과징금을 부과하였고, 서울중앙지방법검찰청은 공정거래조사부까지 설치하여 공정거래 관련 법령 위반 사건을 전담하여 수사하고 있다.

또한, 공정거래 분야는 국제협력이 잘 이루어지는 분야로서(공정거래법 제36조의2 참조), 국제적으로 활발한 영업을 하는 기업의 경우 동일한 사안에 대하여 미국, EU, 중국, 일본 등 다양한 국가의 경쟁당국으로부터 동시다발적인 제재를 당할 수 있다.

그 외에 공정거래법을 위반한 기업은 부정당업자로서 국가와 지방자치단체가 실시하는 입찰 참가자격의 제한을 받을 수 있고(국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항 제5호, 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제31조 제1항 및 시행령 제92조 제1항 제3호), 담합 등과 같은 사건의 경우 공정거래위원회의 제재 이후에는 민사소송에 의해 거액의 손해배상을 해야 할 수도 있다.³⁸⁴⁾

나아가, 공정거래 관련 법령을 위반하여 공정거래위원회의 처분 등을 받은 사실이 언론보도 등으로 밝혀지면, 해당 기업은 매우 부도덕한 기업으로 인식될 수 있고 소비자들에 의해 해당 기업 제품 불매운동 등과 같은 사회적인 제재까지 당할 수 있어 막대한 영업상 손해도 입을 수 있다.

따라서, 이제는 기업이 공정거래 관련 법령을 위반할 경우, 자진신고자에 대한 감면 등의 제도로 인해 이를 감추는 것 자체도 매우 어렵고, 위반행위에 대해서는 실로 다양한 유형의 제재가 뒤따르게 되므로 기업활동에 있어서는 공정거래 관련 법령 위반이 발생하지 않도록 하는 다양한 장치를 마련할 필요가 있는 것이다. 이하에서는 그 중 몇 가지를 예시적으로 살펴본다.

384) 군납유류 담합으로 정유사들은 2007년 공정거래위원회로부터 1901억 원의 과징금을 부과받았고, 이후 국가가 제기한 민사소송의 파기환송심에서 1355억 원의 배상을 내용으로 하는 화해권고결정을 수용하여 사건을 종결한 바 있다.



다. 담합 발생 방지를 위한 장치 마련

공정거래 관련 위법행위 중에서도 적발될 경우 회사와 임직원들에게 가장 큰 피해를 입힐 수 있는 것 중의 하나가 담합(부당한 공동행위)이다. 그런데 회사 전체적인 입장에서는 담합을 금지하고 있다고 하더라도, 실적 압박을 받은 개별 임직원들 입장에서는 담합의 유혹을 쉽게 뿌리치지 못하는 경우가 있으므로, 회사로서는 담합이 발생하지 않도록 하는 여러 가지 장치를 마련할 필요가 있다.

그러한 장치들의 예로는, 담합 적발 시 강력한 징계의 경고, 경쟁사 임직원들과 접촉 시 사전 신고 의무의 부과³⁸⁵⁾, 경쟁업체로의 이메일 발송의 차단 등을 들 수 있다. 한편, 담합 사실이 포착되었을 경우에는 경쟁사보다 조금이라도 빨리 자진신고를 하여 최대한 과징금 감면 등의 조치를 받아야 하므로, 담합 사실 고지에 따른 징계 경감 등의 제도도 함께 마련해 두어야 할 것이다.

라. 계열사 간 거래에 대한 검토를 위한 장치 마련

공정거래법은 계열사 간 거래에 대한 다양한 규제를 마련하고 있다. 우선 계열회사 등의 특수관계인을 위한 부당한 지원행위를 하지 않아야 한다(제23조 제1항 제7호)³⁸⁶⁾. 그리고, 공시대상기업집단³⁸⁷⁾에 속하는 회사들의 경우 50억 원 이상(또는 자본총계나 자본금 중 큰 금액의 5/100 이상)인 자금, 유가증권, 자산에 관한 거래행위(즉, 대규모내부거래행위)를 할 경우 미리 이사회 결의 및 공시를 거쳐야 하고(제11조의2), 소위 일감 몰아주기에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다(제23조의2 제1항 제4호).

따라서, 계열사 간 거래가 부당지원행위나 일감 몰아주기에 해당하지 않도록, 계열회사가 포함되지 않은 복수의 후보자로 하여금 거래조건을 제시하도록 하고 그러한 거래조건을 비교하여 본 결과 계열회사인 후보자가 제시한 거래조건이 가장 유리하여 계열회사와 거래하게 되었다는 것과 같은 검토 내용을 마련하여 두는 등의 조치를 하여

385) 업무상 꼭 필요한 외부 회의 등이어서 부득이하게 경쟁사 임직원 접촉을 해야 하는 경우라면, 향후 담합 여부가 문제될 경우 담합 사실이 없었음을 입증할 수 있도록 회의 내용 녹취 등의 조치를 취해야 한다.

386) 이러한 부당지원행위는, 법률의 문언상으로는 지원을 받는 상대방이 계열회사 등의 특수관계인이 아닌 경우에도 규제대상이 되지만, 실제상으로는 거의 특수관계인 사이의 지원행위만이 문제가 된다.

387) 회사들의 직전 사업연도의 대차대조표상의 자산총액의 합계가 5조원 이상인 기업집단을 말한다.

야 한다.

대규모내부거래행위에 대하여는 이사회 결의나 공시가 누락되지 않도록 임직원들에 대한 지속적인 교육·지도를 하는 것이 필요하다. 또한, 회사의 사정상 대규모내부거래행위는 빈번하게 발생함에 비하여 이사회 개최는 수시로 하기 어렵다면 보통 내부거래위원회로 칭하여지는 상법 제393조의2에 따른 이사회 내 위원회를 설치하여³⁸⁸⁾ 대규모내부거래를 심의·의결하도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있다.

마. 하도급거래에 대한 체크리스트 등의 마련

수급사업자에게 제조위탁, 용역위탁 등을 함에 있어서는 공정거래법 이외에 하도급거래 공정화에 관한 법률에 의해서도 여러 가지 규제가 적용되므로, 하도급 거래 관련 규제 위반이 발생되지 않도록 하는 장치도 구비하여야 한다.

계약서 검토 의뢰 등의 형태로 하도급거래와 관련한 사항에 대해 법무부서가 관여할 수 있게 되면 그 검토과정에서 법률 위반 위험을 상당히 방지할 수 있지만, 법무부서가 관여하지 않은 상황에서 하도급거래가 발생할 수도 있으므로, 그러한 경우를 대비하여 하도급거래가 많은 부서의 임직원들을 대상으로 수시로 법령의 내용에 대한 교육을 실시하고, 스스로 하도급거래와 관련한 유의사항을 점검해 볼 수 있도록 체크리스트도 마련하여 배포할 필요가 있다. 체크리스트의 주요 내용으로는, 위 법률의 주요 사항을 반영하여, 업무 시작 전 하도급계약의 주요 내용이 기재된 서면을 교부하였는지 여부(제3조), 원사업자가 부담하여야 할 비용을 수급사업자에게 부담시키는 바가 없는지 여부(제3조의4), 일률적인 비율로 단가를 인하하는 등 하도급대금이 부당하게 결정된 바가 없는지 여부(제4조), 업무 수행에 필요한 물품 등을 원사업자가 지정하는 것으로 매입하도록 강제한 바가 없는지 여부(제5조), 수급사업자의 귀책사유가 없음에도 부당하게 위탁을 취소하는 것이 아닌지 여부(제8조), 수급사업자의 납품에 대하여 10일 이내에 검사 결과를 서면으로 통지하였는지 여부(제9조), 수급사업자의 기술자료를 제공하도록 요구하였는지 여부(제12조의3) 등에 관한 사항들이 포함되어야 할 것이다.

388) 사외이사가 3인 이상 포함되고 사외이사의 수가 위원총수의 2/3 이상이 되도록 구성하여야 한다(공정거래법 제11조의2 제5항).



바. 표시·광고에 대한 사전 검토

소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고 행위로서 거짓·과장의 표시·광고, 기만적인 표시·광고, 부당하게 비교하는 표시·광고, 비방적인 표시·광고는 금지된다(표시·광고의 공정화에 관한 법률 제3조). 이와 같이 금지되는 표시·광고가 행하여질 경우 공정거래위원회로부터 과징금 등의 제재를 받게 될 뿐만 아니라, 기업 이미지에도 상당한 악영향을 미치게 되므로 그러한 표시·광고가 행하여지지 않도록 사전에 제품에 표시되는 문구와 광고가 법무부서에 의한 검토 완료 이후에만 진행될 수 있도록 하는 체계를 구축해 두어야 한다.

영업부서에서는 실적 등을 이유로 흔히 과장적인 표현이 심한 표시·광고나 정확한 데이터에 의하지 않은 표시·광고를 하려는 유혹이 있으므로, 법무부서는 정확한 사실관계를 확인 후 표시·광고(안)에 대한 승인 여부를 결정해야 한다. 예를 들어, “유해 물질 99% 차단” 등과 같은 문구를 사용하려면 반드시 그러한 효과가 나타난다는 객관적인 실험 자료를 확인한 후 승인을 해야 하는 것이다.

사. 공정거래 자율준수프로그램의 운영

공정거래위원회는 “공정거래 자율준수프로그램 운영 및 유인 부여 등에 관한 규정”이라는 예규를 마련하여, 공정거래 자율준수프로그램을 도입하여 이를 모범적으로 운영한 기업에 대해서는 일정한 혜택을 부여하고 있으므로 이러한 프로그램을 도입하여 운영함이 바람직하다.

공정거래 자율준수프로그램을 도입한 것으로 인정받으려면, ① 최고경영자의 자율준수에 대한 의지와 방침 천명, ② 프로그램 운영을 담당하는 자율준수관리자 임명, ③ 자율준수편람의 제작·배포, ④ 지속적이고 체계적인 자율준수교육 실시, ④ 내부감독체계 구축, ⑤ 공정거래 관련 법규 위반 임직원에게 대한 제재 등의 요건을 갖추어야 한다.

공정거래 자율준수프로그램을 도입한 기업이 공정거래위원회에 등급평가를 요청하면, 공정거래위원회가 지정하는 기관이 평가를 하여 AAA(최우수)부터 D(매우 취약)까지 8등급(AAA, AA, A, BBB, BB, B, C, D)으로 구분된 평가등급을 받게 된다.

등급평가에서 A 이상을 받게 되면, 해당 기업이 공정거래위원회로부터 시정명령을 받은 사실의 공표를 명령받게 될 경우 간행물 공표에 대한 공표크기와 매체수를 1회에

한하여 하향조정받을 수 있고, 1년간³⁸⁹⁾ 공정거래위원회의 직권조사를 면제받게 된다.

6. 외부기관 조사 대응체계 구축

가. 외부기관 조사 대응의 중요성

기업활동을 하다가 보면 여러 외부기관으로부터 조사를 받게 되는 일이 발생한다. 수사기관에 의한 압수·수색을 비롯하여 공정거래위원회 등에 의한 현장조사 등이 그 예이다.

대부분의 회사 임직원들은 이러한 조사가 있을 경우, 당황한 나머지 피조사자에게 정당하게 부여된 권리를 제대로 행사하지 못하거나, 회사를 위하는 마음의 정도가 지나쳐서 조사기관의 정당한 요청에 불응하거나 조사를 방해함으로써, 공무집행방해나 조사 방해라는 2차적인 문제를 발생시키기도 한다.

따라서, 외부기관의 조사에 정당하게 대응할 수 있는 체계를 사전에 구축하여 두는 것이 매우 중요하다.

나. 외부조사에 있어서의 사내변호사의 중요성

현실적으로 회사의 일반적인 임직원들은 외부기관의 조사에 있어서 어느 정도까지 정당한 권리를 행사할 수 있는지를 판단하기 어려우므로, 외부기관의 조사가 있는 경우 즉시 사내변호사에게 연락을 취하여 사내변호사가 곧바로 조사에 대응할 수 있도록 하는 것이 가장 핵심적인 요소라고 할 수 있다.

이와 같이 사내변호사가 곧바로 외부기관의 조사에 대응할 수 있도록 하기 위해서는, 어느 한 명의 사내변호사가 외부 출장 등의 사유로 즉시 대응이 어려울 때 다른 사내변호사나 법무 담당자가 즉시 대응할 수 있도록 복수의 담당자를 지정해 두어야 할 것이다.

389) 평가등급이 AA인 경우에는 직권조사 면제기간이 1년 6개월로 늘어나고, AAA인 경우에는 그 기간이 2년으로 된다.



다. 조사 대응의 구체적인 모습

외부기관의 조사자가 회사에 와서 조사를 하려는 경우, 연락을 받은 사내변호사는 우선 압수·수색영장이나 현장조사서 제시를 요청하여 조사의 목적과 범위를 명확히 확인하여, 조사와 무관한 부서와 장소에 대하여 조사가 이루어지지 않도록 해야 한다.

그리고, 외부기관의 조사가 법적인 제한을 벗어나려는 경우 그에 대하여는 정당한 권리를 주장하여 대응하여야 한다. 예를 들어, 타인의 주거 등에서 압수·수색영장을 집행함에 있어서는 반드시 주거주 등을 참여하게 하여야 하므로(형사소송법 제123조 제2항), 조사자가 회사의 문서 창고 등에 혼자 들어가서 서류를 조사하려는 경우 이를 거부할 수 있다.

다만, 외부기관의 조사는 기본적으로는 법적인 근거를 가지고 행하여지는 것이므로, 그 조사 범위를 크게 벗어나지 않는 한 가급적이면 조사에 협력적인 모습을 보이는 것이 바람직할 것이다.

한편, 외부기관 조사에 대한 대응에 있어서 무엇보다 중요한 것 중 하나는 조사방해라는 불필요한 문제가 발생하지 않도록 하는 것이다. 간혹 외부기관의 조사가 있을 경우 회사 임직원이 불필요하게 서류 파기 등의 행동을 하는 사례가 있는데, 이는 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금에 처하여질 수 있는 행위이고(예를 들어 공정거래법 제67조 제10호), 최근 공정거래위원회 등은 이러한 조사방해 행위에 대하여 매우 엄격하게 처벌해야 한다는 입장을 보이고 있으므로, 이러한 문제가 발생하지 않도록 임직원들을 적절히 계도하여야 한다.

7. 주요 입법 내용의 분석

가. 의의 및 중요성

회사 운영에 영향을 미치는 법령의 숫자는 상당하고 상법과 같은 기본적인 법령 이외에는 그 개정 빈도도 높은 편이다. 또한 법률 및 시행령과 시행규칙 이외에도 정부의 각 부처가 마련하는 고시, 예규 등도 분야에 따라서는 회사 운영에 큰 영향을 미치는데 이들 고시, 예규 등은 그 개정 절차가 비교적 복잡하지 않으므로 개정 빈도가 법령보다

더욱 높다고 할 수 있다.

따라서, 이와 같이 빈번하게 개정되는 법령, 고시, 예규 등의 내용을 즉시성 있게 파악하여 두지 않으면 위법임을 인식하지 못한 상황에서 회사 운영과 관련하여 위법사항이 발생할 수 있으므로, 주요 입법의 내용에 대해서는 즉시 파악하여 회사의 관련 부서에 전파할 수 있는 체계를 마련하여 둘 필요가 있다.

나. 방법론

주요 입법 사례를 누락하지 않고 파악하려면 사내변호사 또는 법무부서의 임직원 중 이를 전담하는 담당자를 지정하여 두는 것이 바람직하다고 본다.

그런데, 이와 같이 담당자를 지정하여 두더라도 그 담당자가 매일매일 쏟아지기도 하는 모든 입법사항을 정리하여 분석하는 것은 현실적으로도 어려울 뿐만 아니라, 별로 효율적이지도 않을 것이다. 따라서, 우선 회사 운영에 직접적으로 관련되는 법령과 고시, 예규 등을 파악하여 이들의 개정 추이를 계속 파악해 나가는 것이 가장 중요하고, 조금씩 그 범위를 넓혀서 회사 운영에 영향을 미칠 수 있는 그 밖의 법령과 고시, 예규 등의 개정 사항을 정리하는 것이 좋을 것이다.

한편, 회사 운영과 관련하여 큰 영향을 미칠 수 있는 법령의 개정 등에 대해서는, 입법예고 과정이나 공청회 등을 통하여 적극적으로 의견을 개진함으로써 회사에 가장 유리한 방향으로 법령이 개정될 수 있도록 하는 활동도 병행하면 더욱 바람직하다.

8. 맺는 말

기업 활동 중에 법령 위반이 발생할 경우 그로 인해 해당 기업이 받게 되는 손해와 불이익은 심대하고 이러한 경향은 시간이 지날수록 더욱 강하여지고 있다. 그러므로, 법령 위반이 발생하지 않도록 하는 예방적 차원의 Compliance 업무의 중요성은 날이 갈수록 중요해지고 있고, 각 기업에서도 전통적인 법무라고 할 수 있는 송무, 자문 이외에 이러한 Compliance 업무가 법무의 중요한 한 축으로 자리매김하고 있다. 그에 따라 지금까지 살펴본 몇 가지 Compliance 제도 이외에 점차 세분화되고 다양한 유형의 Compliance 제도들이 도입될 것으로 본다.



이와 같은 경향 속에서 한 가지 유의할 점은 다른 회사들이 도입하고 있는 Compliance 제도라고 하더라도, 맹목적으로 이를 추종하여 도입할 필요는 없다는 점이다. 회사의 목적에 대하여는 많은 철학적 논쟁이 있지만 사업이 번창하고 그에 따라 많은 이윤을 획득하는 것이 가장 중요한 목적 중의 하나라는 점은 부인하기 어렵다. 따라서, 좋은 Compliance 제도를 도입하였지만 이로 인해 사업활동이 심각하게 위축된다면 이는 본말이 전도된 것이라고 할 수 있다.

결국, Compliance 제도를 도입함에 있어서도 균형 감각을 유지하여 회사에 심각하고 현실적인 해악이 될 수 있는 위법행위를 방지할 수 있는 제도부터 순차적으로 도입하여야 할 것이다.

참고로, 미국 법무성(Department of Justice)이 발간한 해외부패방지법에 대한 안내서(A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act)에 의하면, 어느 기업의 임직원이 외국 공무원에게 뇌물을 제공한 경우, 미국 사법당국은 이에 대한 기소를 할 것인지 여부와 처벌 수위를 결정함에 있어서 해당 기업이 Compliance Program을 실질적으로 가동하고 있는지를 중요한 판단요소로 삼고 있는데, 다음과 같은 사항들을 효과적인 Compliance Program의 중요한 요소(Hallmarks of Effective Compliance Programs)로 보고 있다. 이러한 사항들은 각 회사들이 Compliance Program을 구축하는데 있어서 좋은 참고사항이 될 것으로 판단되므로 이를 소개하면서 글을 마치고자 한다.

- ① 고위 경영진의 확고한 의지 및 명확히 규정된 반부패정책(Commitment from Senior Management and a Clearly Articulated Policy Against Corruption)
- ② 명확한 행동강령과 준법 정책 및 절차(Code of Conduct and Compliance Policies and Procedures)
- ③ 감독을 위한 독립적 권한과 자원(Oversight, Autonomy, and Resources)
- ④ 위험 평가(Risk Assessment)
- ⑤ 주기적인 교육 및 지속적인 안내(Training and Continuing Advice)
- ⑥ 유인책 및 징계조치의 마련(Incentives and Disciplinary Measures)
- ⑦ 대리인 등의 제3자에 의한 뇌물 지급 여부에 대한 실사(Third-Party Due Diligence and Payments)

- ⑧ 비밀유지가 되는 보고 및 내부조사 절차의 확립(Confidential Reporting and Internal Investigation)
- ⑨ 지속적인 제도 개선: 주기적인 점검 및 평가(Continuous Improvement: Periodic Testing and Review)



제12절 준법지원시스템의 구축과 준법지원인의 역할

백승재 변호사(변호사 백승재 법률사무소)

I. 서론

준법지원제도가 기업에게 끼치는 영향은 이미 전 세계적으로 충분히 확인되었다. 2010년 5월 ACFE(Association of Certified Fraud Examiners)가 발표한 보고서에 따르면 전세계적으로 기업들이 회사 임직원들의 부정행위 (Corruption)³⁹⁰으로 인하여 연 매출의 약 5%를 손해보고 있는 것으로 밝혀졌으며, 이는 대략 997조원에 육박하는 어마어마한 금액이다³⁹¹. 한편, 준법지원제도가 미비한 아시아의 경우 부정행위가 모든 위법행위 신고의 51%를 차지하는 반면, 이러한 준법지원제도가 상당히 정착되어있는 미국에서는 절반에 불과한 바³⁹², 이를 통해 준법지원제도가 부정행위를 예방하고 기업의 장기적 안정성 및 시장의 신뢰 확보에 중요한 역할을 한다는 것을 알 수 있다.

II. 내부통제와 준법지원 제도

1. 내부통제의 의미

내부통제는 주로 사업운영의 실효성(Effectiveness) 및 효율성(Efficiency), 재무보고의 신뢰성(Reliability), 그리고 법규준수(Compliance)를 달성하기 위한 일련의 경영 활동에 대한 통제절차³⁹³를 뜻한다. 한마디로 “기업 내부의 의사결정과 업무집행에

390) 여기서 Corruption은 횡령, 배임, 절도, 과잉청구, 업무수행상 법규위반 벌금 등을 포괄하는 개념이다.

391) 김기현 ‘임직원 부정으로 사라지는 ‘매출 5%의 손실’ 중앙일보 2016. 4. 26. 자

392) ACFE “2010 Global Fraud Study - The Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse” 2010, 5.

393) 정준우 외 5인 ‘준법지원인제도와 준법경영의 활성화 방안’ 한국법정책학회 2014. 10. 자

대한 적절한 통제”를 내부통제라고 칭한다. 내부통제는 크게 운영통제(Operational Control), 회계통제(Accounting Control), 그리고 법규통제(Compliance Control)로 나뉘고, 이 내부통제는 합리적 확신(Reasonable Assurance)을 제공하기 위하여 조직의 이사회, 경영진 및 기타 구성원에 의해 지속적으로 실행되는 과정이 필요하다. 내부통제는 기업 내의 성과 측정 및 업무 프로세스 평가, 위험 관리 등으로 이루어지는데, 이를 통하여 조직목표의 효율적 달성과 예측 불가능한 리스크의 회피 및 예방이 가능하고, 임직원의 위법 부당행위 등을 신속하게 포착하여 대응조치를 마련하는 것이 용이해진다. 하지만 내부통제 자체가 매우 포괄적이고 개념적인 틀(Comprehensive and Conceptual Framework)이기 때문에, 추상적인 제도를 그 의도에 맞게 효과적으로 운용하기란 매우 어려운 문제이다³⁹⁴).

2. 내부통제의 필요성

먼저 내부통제의 필요성을 보자면, 기업지배구조(Corporate Governance)상 기업의 소유와 경영이 분리되고, 기업 내 지배권이 주주에서 임원에게 동태적으로 이전함에 따라 임원에 대한 주주의 감시감독의 필요성이 증대된다. 또한 임원의 경영 및 정보독점, 실적주의로 인한 공시의무위반 또는 기타 법률 위반으로 인하여 주주이익의 극대화보다는 대리인인 임원의 이익을 우선시하는 ‘대리인 위험(Agency Risk)’이 증가함에 따라 기업의 내부통제는 그 위험을 사전에 방지하고 이사회가 경영 집중 원칙 아래 감시의무(Caremark Duty)를 이행토록 하는 중요한 역할을 한다. 이처럼 내부통제는 기업운영에 국한하지 않고 사업운영, 회계재무보고, 법률 등의 측면에서도 그 필요성이 강조된다.

3. 내부통제의 수단과 현황

현재 주요 기업들의 내부통제 제도에는 크게 상근감사제도와 준법감시인(지원인)제도, 위험관리제도 그리고 내부회계관리제도가 존재한다. 특히 현행 상법 제542조의10 제1항 및 상법시행령 제15조 제1항에 따라 총 자산 1천억 원 이상 2조원 미만의 상장회사

394) 이종운 ‘자체감사기구의 내부통제 자체평가시스템 구축 및 운영’ 국립중앙도서관 연구논문 2014년 자 170면



의 경우에는 상근감사를 반드시 선임하여야 하고, 2조원 이상의 상장 기업은 감사위원회를 반드시 설치하여야 한다³⁹⁵). 한편 ‘준법감시인제도’와 ‘위험관리제도’, ‘내부회계관리제도’는 상법에 명시되어 있지는 않지만, 기업들이 흔히 내부통제제도를 위해 이용하는 제도이다. 준법감시(지원)인 제도는 흔히 준법감시부서 및 컴플라이언스 부서가 담당하고, 위험관리제도는 리스크 관리부서, 내부회계관리제도는 대개 회계부서나 전반적 내부회계관리 담당부서가 관리한다. 기업들은 이러한 제도들을 통해 부실감사 및 분식 회계를 방지하고 운영 리스크와 법적 리스크를 통제하려는 목적을 가지고 있다.



이러한 내부통제는 사업운영의 효율성과 재무보고의 신뢰성, 그리고 법규준수 및 적법성을 제고하기 위하여 이루어진다. 특히 내부통제는 “사업운영의 효율성” 측면에 있어 법, 회계, 자금, 정치 등 기업 경영상 존재할 수 있는 모든 리스크를 방지하는 데에 용이하고, 대외적 관련성과 전문성에 따른 자율판단 영역 등의 리스크 관리를 수월하게 한다. 사전예방적 통제수단으로는 (금융기관의 경우) 준법감시인제도가 있고, 사후적 통제수단으로는 자본시장의 통제, 즉 주주총회가 임무를 해태한 임원을 해임시키는 방법이 있다.

또한 “재무보고의 신뢰성”에 있어서도 회사와 이해관계자 간 신뢰 향상에 도움이 되며, 이는 회사로 하여금 감독관의 공적규제로부터 좀 더 자유로울 수 있게 해준다. 사전예방적 통제수단으로 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」 제2조의2는 직전 사업연도 말의 자산총액 1천억 이상의 주권상장법인은 내부회계관리제도와 자체 규정, 조직

395) 전삼현 ‘상근감사제도의 본질과 과제’ 한국경제연구원 2010. 4. 2. 자 1면

및 지정된 상근이사 1명을 반드시 두도록 하고 있다. 동법 제2조의3은 감사인은 내부회계관리제도의 운영 실태에 따른 검토결과와 종합 의견을 감사보고서에 표명해야 한다³⁹⁶⁾고 명시하고 있기 때문에, 내부통제와 그에 따른 내부회계관리제도는 명시된 법에 따라 이루어져야 한다. 또한 2018년 11월 1일에 전면 시행되는 개정법 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」 제2조의3에 따르면 감사인은 감사 보고서에 반드시 의견 표명을 하여야 한다. 재무보고의 신뢰성 확보를 위한 사후적 통제수단으로는 외부감사인, 감사, 감사위원회를 두는 방법이 있다.

| 대상 | 사전예방적 통제 | 사후적 통제 |
|------------|----------------------------|--------------------|
| 사업운영의 효율성 | 준법감시인(금융기관) | 자본시장(주주총회) |
| 재무보고의 신뢰성 | 내부회계관리제도 | 외부감사인 감사, 감사위원회 |
| 법규준수 및 적법성 | 준법지원인(일반기업) 준법감시인(금융기관) | 감사, 감사위원회 사외이사 |

한편 기업 내에서는 “법규준수 및 적법성” 통제를 위한 사전예방적 통제수단으로는 주로 ‘상근감사’ 및 ‘준법감시(지원)인’이 대표적인 법규준수의 감독 역할을 수행하는데, 타인의 돈을 빌려서 운영하는 금융기관은 준법감시인이, 그 외에 일반 기업은 준법지원인이 존재한다. 사후적 통제는 감사, 감사위원회, 사외이사가 수행한다.

4. 강력한 내부통제시스템의 효과

강력한 내부통제시스템을 구축한 기업들은 대체로 조직의 목적과 목표의 달성을 이루는 데에 유리하고, 기업의 장기적인 이익목표를 추구하게 되며, 신뢰도 높은 재무제표와 경영보고서를 작성하고 유지할 수 있다. 또한 법령 및 기업의 경영정책과 계획, 내규, 절차를 준수함으로써 더욱 청렴한 기업이 되는데 이바지하고, 예기치 않은 손실이나 기업 공신력 저해의 위험이 사전 예방으로 인해 대폭 감소하게 된다. 즉 효과적인

396) 국가정보법령센터 ‘주식회사의 외부감사에 관한 법률’ 2016. 5. 29. 개정안



내부통제와 컴플라이언스는 손실을 예방하거나 위험을 조기에 발견하게 되어 손실을 최소화한다. 하지만 효과적이지 못한 내부통제는 오히려 기업의 지속가능성에 대해 부정적인 영향을 끼칠 수 있고, 사회적 비용과 경제적 비용을 초래함으로써 예산을 낭비하게 되어 오히려 장기적 손실을 야기할 수 있다. 구체적으로 살펴보면, 내부통제의 실패는 높은 확률로 국가기관에 의한 감독의 실패로 이어진다. 정부기관에 의한 감독은 기업 내부에 의한 통제에 많은 부분 의존하기 때문에 내부통제의 실패는 정부기관의 감독실패를 연쇄적으로 야기한다. 이에 따라 불완전한 정보가 시장으로 흘러들어가 회사의 수익성에 대한 지표 등에 왜곡이 생기고 이는 합리적인 선택과 의사 결정에 장애가 된다. 결국 효율적 자원배분이 일어나지 않는 시장실패로까지 이어지며 이는 지속가능했던 회사가 낮은 수익성으로 사라지고 그에 투자한 자들이 손실을 입는 등의 사회적 비용을 초래한다.

이러한 내부통제 실패는 준법지원(감시)제도의 미비가 근본적인 원인이며, 준법지원(감시)제도의 태생적인 한계와 미흡한 법제 및 감독지원이 중요한 요인으로 꼽힌다. 현재 우리나라의 법상 내부통제제도는 내부통제기준과 준법지원(감시)인 제도를 말한다. 여기서 내부통제기준의 범위는 법규준수와 위험관리까지 포함한 내부통제 전반을 포함한다. 이는 결국 국가가 기업에게로 감독비용을 전가한 것이며, 준법지원(감시)의 본질은 사실상 외부통제의 내재화 및 강제화라고 볼 수 있다. 그렇다면 관련법규와 감독기관은 기업이 부담하는 내부통제에 대한 백업을 해야 할 책임이 있음에도 불구하고, 이를 효율적으로 구축 및 운영하지 않고 어떠한 규제나 감독을 하지 않음으로서 사실상 방치하였으므로 근본책임은 감독기관에게 있다고 볼 수 있다. 그러나 그 외에도 회사가 내부통제 및 컴플라이언스 시스템 구축을 비용증가 측면에서만 바라볼 뿐, 실질적인 투자나 운영을 지원하지 않은 점도 주요 실패 요소이므로, 기업에게도 내부통제 실패의 이차적인 책임이 있다 할 것이다.

5. 한국에서의 준법지원제도의 시작

준법지원제도(Compliance Program), 혹은 준법통제란 공정하고 투명한 업무수행을 도모하고 회사의 건전한 발전과 고객의 신뢰를 확보하기 위하여 회사가 사업 운영상 준수해야 하는 제반 법규를 체계적으로 파악하고 임직원의 법규준수 여부를 자체적으로

점검하여, 위법행위를 사전적으로 예방하고 각종 법적 위험에 체계적으로 대응하기 위해 채택하는, 일체의 정책수립 및 통제활동 과정을 말한다³⁹⁷⁾. 흔히 ‘컴플라이언스’라는 단어로 통용해서 쓰기도 하는데, 이는 1997년 외환위기 이후 준법감시인 제도가 입법화되면서 영미권을 중심으로 사용되던 컴플라이언스라는 용어가 자연스럽게 준법감시라는 용어로 정착된 것으로 보인다³⁹⁸⁾.

6. 준법지원제도의 효과

2003년 The Economist Intelligence Unit과 PWC는 160개의 금융기관 최고 경영진들을 대상으로 ‘준법지원(Compliance)가 위험관리 측면에서 각각의 위험에 대하여 얼마나 효과적인가?’라는 국제 설문조사를 시행하였다. 설문 결과 감독규제위험, 평판위험, 신용위험, 운영위험과 같은 컴플라이언스에 관련된 리스크에 있어 ‘매우 효과적이다’와 ‘효과적이다’가 나머지 응답에 비해 압도적으로 많은 비율을 차지하였다³⁹⁹⁾. 즉, 준법지원(Compliance) 시스템은 법규준수 관련 위험관리에 있어 효과적인 수단이라고 할 수 있을 것이다.

| 위험의 구분 | 매우 효과적 | 효과적 | 보통 | 다소 없음 | 효과 없음 |
|----------|--------|-----|-----|-------|-------|
| 감독규제위험 | 40% | 36% | 18% | 4% | 1% |
| 평판위험 | 26% | 41% | 24% | 8% | 1% |
| 신용위험 | 19% | 38% | 26% | 11% | 6% |
| 운영위험 | 14% | 46% | 31% | 6% | 3% |
| 시장위험 | 13% | 36% | 27% | 18% | 6% |
| 정차외부적 위험 | 5% | 25% | 38% | 22% | 10% |

397) 상장회사 준법통계기준표준모델 제정위원회 ‘상장회사 표준준법통계기준’ 2012. 4. 3. 자

398) 최승재 “기업법무와 compliance -개정상법의 준법지원인 제도를 중심으로” 3면

399) 2003 The Economist Intelligence Unit and PriceWaterHouseCoopers International Survey



Ⅲ. 준법지원인의 제도와 의의

1. 준법지원제도의 의의

준법지원인 제도는 본래 기업내부의 의사결정 및 업무집행에 관하여 법률전문가가 상시적으로 법적 위험을 진단하며 관리하는 것을 의미한다. 준법지원인 제도 하에서 기업은 기업경영에 따른 분쟁을 사전에 예방하며, 기업의 국제경쟁력을 강화하고, 윤리경영을 실천할 수 있다. 한편 상장회사 표준준법통제기준에 의하면 ‘준법통제’란 회사가 사업운영상 준수해야 하는 제반 법규를 체계적으로 파악하며, 임직원의 법규준수 여부를 자체적으로 점검하여 위법행위를 사전적으로 예방하고, 법적 위험에 체계적으로 대응하기 위해 채택하는 제도이다⁴⁰⁰⁾. 이 제도를 통하여 기업경영 투명성을 제고함으로써 주주들을 보호하고 자본시장의 건전화에 이바지하게 된다. 또한 국제적 기준에 맞춘 준법지원인 제도를 채택한 기업은 이를 채택하지 않은 기업에 비해 더욱 경쟁력이 강화될 수 있다. 준법지원인 제도로 법적 분쟁을 사전 예방하면 불필요한 법률 비용을 절감할 수 있으며, 준법정신에 입각한 윤리경영을 실천한다는 이미지를 통해 홍보효과를 노려볼 수도 있을 것이다.

LG그룹의 경우 구본무 전 회장이 준법지원인제도가 도입되기도 전인 1995년부터 ‘정도경영’을 선언하며 윤리경영의 기반을 마련하였다⁴⁰¹⁾. 이 과정에서 전 구본무 회장은 대학생이 선정한 ‘사회공헌 및 윤리경영을 가장 잘 실천하는 기업가’로 선정되었으며⁴⁰²⁾, LG그룹에 대한 주주들과 고객들의 신뢰가 향상되었다. 정도경영 또는 윤리경영을 추구하는 것이 기업 가치 상승에 긍정적인 영향을 미친 것이다.

현재 세계 1,000대 기업 중 약 75%가 준법지원(감시)인 제도를 설치하고 있으며, 대표적으로 독일과 일본, 미국에서 서로 다른 방식으로 준법지원제도를 구축하고 있다. 독일은 독일주식법 제 91조 2항을 통해 이사회로 하여금 내부감시장치 설치와 위험사전 식별조치 마련을 의무화 하고 있고, 일본은 회사법 제348조 3항 4호에 기업 내부통제

400) 상장회사 준법통제기준표준모델 제정위원회 ‘상장회사 표준준법통제기준’ 2012. 4. 3. 개정안

401) 광정수 ‘별세한 LG 구본무 회장은 5대재벌 중 유일하게 사법처리를 받지 않았다’ 허프포스트 2018. 5. 20. 자

402) 이일호 ‘구본무 LG 회장, 대학생이 뽑은 사회공헌·윤리경영 가장 잘하는 기업가’ 인사이드코리아 2018. 5. 21. 자

프로그램 및 준법지원인제도의 도입을 명시하고 있다. 한편 미국은 모범회사법(Model Business Corporation Act)에 준법통제시스템도 포함한 내부통제시스템의 구축을 의무화하고 있다.

▶ **준법지원 제도의 입법례**

- 독일주식법(제91조 제2항) - 이사회는 내부감시장치설치 및 위험사전식별조치의무
- 일본회사법(제348조 제3항 제4호) - 기업 내부통제 프로그램 및 준법지원인제도 도입
- 미국모범회사법(제8조 제1항) - 내부통제시스템 구축의무(준법통제 포함)

2. 준법지원인의 지위

상법 제542조의 13에서 ‘준법지원인’이란 준법통제기준의 준수에 관한 업무를 담당하는 사람을 의미하는 것으로 규정한다. 준법지원인은 ‘이사회에 보고’로 임명되고, 준법통제기준의 준수여부를 점검한 결과를 ‘이사회에 보고’하는 역할을 담당한다. 2014년부터는 자산총액 5천억 이상 상장회사들도 의무적으로 준법지원인을 채용해야 하므로 더욱 많은 회사들이 이 제도에 동참하여야 한다. 그런데 2015년 4월 기준 304개의 대상기업 중 124개사(40.4%)만이, 1년 뒤 2016년 6월 기준으로도 311개의 기업 중 183개사(58.8%)만이 실제로 준법지원인을 선임한 것으로 나타났다. 이는 준법지원인 제도가 그 의도와는 달리 제대로 정착되지 않고 있다는 것이므로, 준법지원인 제도의 홍보와 준수 의무화를 위한 후속 대책 마련이 요구된다.

3. 준법감시인과 준법지원인 비교

현재 준법지원인제도는 두 종류의 전문가로 구성되어 있다. ‘준법감시인’은 금융회사 임직원이 고객재산의 선량한 관리자로서 직무를 수행하고 제반법규를 준수하는지 감독하기 위하여 준법감시체제를 사전에 마련하고 그 점검결과를 감사위원회에 보고한다⁴⁰³⁾. 준법감시인 제도는 타인의 돈으로 사업을 운영하는 금융기관을 대상으로 하는

403) 성희환 ‘상장법인에 대한 내부통제와 준법지원인 제도의 도입타당성 고찰’ 인하대학교 법학연구 2009. 8. 31. 자 186면



데, 이는 금융기관의 위험부담이 상대적으로 일반기업에 비해 더 크고, 대체적으로 부실경영의 사회적 영향이 크지 않은 일반기업들과 달리, 금융권 회사들의 부실경영이 드러나면 다른 기업들까지 차례로 부도에 빠지는 상황으로 이어지는 등 사회적으로 더 큰 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 금융기관 외의 일반 기업들은 ‘준법지원인’을 선임하여야 하며, 감시보다는 사전에 법적 분쟁을 예방하도록 지원하는 것이 준법지원인의 주된 역할이다.

| 구 분 | 준법감시인 | 준법지원인 |
|------|---|--|
| 의 의 | <ul style="list-style-type: none"> 금융회사의 임직원의 직무수행 시 내부통제기준의 준수여부를 점검하고, 동 기준을 위반하는 경우 이를 조사하여 감사(감사위원회)에 보고하는 자 | <ul style="list-style-type: none"> 법령을 준수하고 회사경영을 적정하게 하기 위하여 임직원이 그 직무수행 시 따라야 할 준법통제에 관한 기준 준수에 관한 업무를 담당하는 자 |
| 도입근거 | <ul style="list-style-type: none"> 금융관련법률: 자본시장법 제28조, 은행법 제23조의3, 부동산투자회사법 제47조, 여신전문금융업법 제50조의6, 신용협동조합법 제76조의3, 농업협동조합법 제125조의4, 보험업법 제17조, 상호저축은행법 제22조의3, 새마을금고법 제52조의4, 한국투자공사법 제26조 | <ul style="list-style-type: none"> 상법 제542조의 13 및 공공기관의 운영에 관한 법률 제37조의 2 |
| 대상회사 | <ul style="list-style-type: none"> 은행, 금융투자업자, 보험, 상호저축은행 등 | <ul style="list-style-type: none"> 준법감시인을 둔 금융회사를 제외한 자산총액 5천억원 이상인 상장회사 |
| 임 면 | <ul style="list-style-type: none"> 대표이사의 추천, 이사회 결의 | <ul style="list-style-type: none"> 이사회 결의 |
| 임 기 | <ul style="list-style-type: none"> 임기 규정 없음 | <ul style="list-style-type: none"> 임기 3년 |

| 구 분 | 준법감시인 | 준법지원인 |
|-----|--|---|
| 자 격 | <ul style="list-style-type: none"> • 금융기관에서 합산 10년 이상의 근무경력이 있는 자, • 금융분야의 석사학위 이상 소지자로서 대학 등에서 5년 이상의 근무 • 변호사나 공인회계사의 자격을 가진 자로서 관련 업무에 5년 이상 경력 • 기획재정부, 금융위원회, 금감원 등 금융 관련 법제업무기관에서 5년 이상 경력자 중 퇴직후 5년 경과한 경우 • 최근 5년간 금융관련 법령위반으로 금융위원회나 금융감독원 원장으로부터 문책경고 또는 견책요구 이상의 조치를 받은 사실이 없는 자 | <ul style="list-style-type: none"> • 변호사 • 법학 조교수 이상 5년 이상 경력자 • 법학 석사학위 이상의 소지자로서 상장회사에서 준법감시, 감사 등의 부서에 5년 이상 경력자 • 상장회사에서 준법감시, 감사 등의 부서에 10년 이상 경력자 |
| 업 무 | <ul style="list-style-type: none"> • 내부통제기준 준수 여부 점검, 조사 | <ul style="list-style-type: none"> • 준법통제기준 준수 여부 점검, 조사 |
| 보 고 | <ul style="list-style-type: none"> • 감사 또는 감사위원회 | <ul style="list-style-type: none"> • 이사회 |
| 의 무 | <ul style="list-style-type: none"> • 선량한 관리자로서 직무수행의무 • 감사 또는 감사위원회에 임직원의 내부통제기준 준수 여부 보고의무 • 직무 성질상 업무수행에 영향을 줄 수 있는 영업관련 업무수행 금지의무 | <ul style="list-style-type: none"> • 선량한 관리자로서 직무수행의무 • 이사회에 임직원의 준법통제기준 준수 여부 보고의무 • 직무 성질상 업무수행에 영향을 줄 수 있는 영업관련 업무수행 금지의무 • 회사의 영업상 비밀누설금지 의무 |

변호사 및 법학 조교수 등 법조인만 가능한 준법지원인에 비하여, 준법감시인은 금융기관에서 10년 이상 일한 경력이 있고, 금융 분야에 석사학위 이상을 소지하고 있거나, 변호사나 공인회계사 자격증을 가진 후 관련 업무를 5년 이상 근무한 자로 그 자격요건이 매우 완화되어 있다. 또한 이사회에 감독사항을 보고하는 준법지원인과 달리, 준법감시인은 감사인이나 감사 위원회에 보고해야 하는 차이점이 있다.

4. 사내 유사조직의 기능비교

준법지원시스템이 도입되더라도 그 시스템을 어느 부서 산하에 편제할 것인지 혹은 독립적으로 운영할 것인지는 기업의 재량이다. 일반적으로 기업은 독자적인 컴플라이언스 부서를 설립하거나, 또는 감사실, 감사위원회, 법무부서, 리스크 관리부서에 준법지원시스템을 도입한다. 같은 시스템일지라도 편제 조직에 따라 그 용도와 운영이 달라질 수 있다.



| 컴플라이언스부서 | 감사실 | 감사위원회 | 법무부서 | 리스크 관리부서 |
|---|---|---|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> 기업과 최고경영자가 위험을 피하기 위하여 도입한 최고경영자 및 이사회 보좌기관 회사의 업무집행기능인 컴플라이언스를 담당 정책 및 절차의 채택, 교육, 연수 등 사전적인 프로그램 운영을 통하여 규정위반을 예방 | <ul style="list-style-type: none"> 회사의 경영진을 감독하기 위하여 관계법령에 따라 강제적으로 도입한 감독기관 경영감사기능을 담당. 단, 최근에는 경영컨설팅까지 그 범위를 넓히고 있음 위법행위의 시우적발 또는 감독에 중점 | <ul style="list-style-type: none"> 외국의 경우 주로 회계감사기능을 담당 우리나라의 경우에는 회계감사기능 이외에 경영진에 대한 업무감독까지 담당 | <ul style="list-style-type: none"> 일반부서에 대한 법률지원 및 자문업무에 있어 준법감시인을 보조 법률관련 업무에 관한 전반적인 상황을 정기 또는 수시로 준법감시인에게 보고 금융감독원은 필요한 경우 법률담당부서를 준법감시인의 보조조직으로 둘 수 있도록 시도하고 있음 | <ul style="list-style-type: none"> 준법감시인은 “자신의 운용 또는 업무영위과정에서 발생하는 위험관리에 관한 사항”을 포함한 내부통제기준의 준수 여부를 점검할 권한있음. 따라서 리스크관리부서는 리스크관리업무에 관한 전반적인 상황을 정기 또는 수시로 준법감시인에게 보고함 |

IV. 준법지원인의 역할과 의무

1. 준법지원인의 책임과 권한

준법지원인의 책임은 크게 네 가지로 나눌 수 있다. 준법지원인은 먼저 상근의무가 있는데, 이는 상법 제542조의13 제6항에 명시되어 있는 내용이다. 이로써 준법지원인은 회사의 압력에서 벗어나 조금 더 독립적이고 자율적으로 활동할 수 있고, 회사의 규제나 통제로부터 보다 자유로울 수 있다.

준법지원인은 또한 선관주의, 즉 선량한 관리자의 주의를 다하여 그 직무를 수행해야 한다. 이 역시도 상법 제 542조의13 7항 및 은행법 시행령 제 17조의3 4항 그리고 자본시장법 28조 5항에 명시되어 있는 내용이다. 준법지원인은 회사 내 발생한 문제 상황을 방지할 경우 자신의 선관주의 의무를 다하지 않았으므로 그에 대해 처벌을 받을 수 있다.

나아가 준법지원인은 준법감시 직무 외의 겸직이 제한되는데, 이는 준법지원인에게 있어 준법감시의 책임이 다른 업무상 책임과 상충관계에 놓이는 상황을 방지하기 위한 것이다⁴⁰⁴). 하지만 이에 관하여 기준이 매우 불분명하기 때문에, 해석 및 경영방침은 기업마다 다르다.

이 이외에도 준법지원인은 상법상 비밀유지 의무가 있다. 상법 제542조의13 제8항에 따라 준법지원인은 재임 중은 물론 퇴임 후에도 직무상 알게 된 영업상 비밀을 누설해서는 안된다⁴⁰⁵). 이는 상법 외에 상장회사 표준준법통제기준 전문 제10조 제3항에도 '준법지원인은 재임 시 뿐만 아니라 퇴임한 후에도 직무상 알게 된 회사의 영업상 기밀을 누설하여서는 안된다'고 명확하게 규정되어 있다.

준법지원인의 권한과 관련해서는 독립성의 보장이 핵심적인 내용이다. 이사회의 결정에 의해서만 준법지원인의 임면이 결정되고, 임기는 강행규정에 의하여 3년으로 보장된다. 또한 준법지원인이 직무를 수행하면서 자료나 정보제출을 요구할 경우 임직원은 성실하게 협조하여야 하며, 직무수행과 관련하여 인사상 불이익을 주는 것이 금지되어 있어 준법지원인의 인사상 신분이 보장된다.

2. 준법지원인의 선임 방식

한편 준법지원인이 회사로부터 독립적인 지위에 있어야 보다 청렴한 직무수행이 가능하므로, 상법에서도 이를 매우 중요하게 다룬다. 준법지원인은 이사회의 투표를 통해서 임면이 가능하고(상법 제542조의13 4항), 임기는 최대 3년으로 보장되어 있다. 이 외에 준법지원인의 요청이 있는 경우 임직원은 성실히 협조하여야 하며, 이는 준법지원인이 직무 수행 과정에서 자료나 정보제출을 요구할 경우 임직원이 성실히 응해야 한다는 의미이다(상법 제542조의13 9항). 또한 준법지원인의 인사 상 신분보장도 상법에 명시되어 있는데, 상장회사는 준법지원인이었던 사람에 대하여 그 직무를 수행함에 관련한 사유로 부당한 인사상의 불이익을 주어서는 안 된다(상법 제542조의13 10항).

404) 정준우 '준법지원인제도와 준법경영의 활성화 방안' 한국법정책학회 2014. 10. 자 127면

405) 김재호 '준법지원인에 관한 실무적 이해' 한국상장회사협의회 2011. 12. 자 95면



3. 각 기관에 따른 준법지원인의 역할

상법에서 준법지원인의 책임과 선정방식, 대략적인 역할은 명확하게 규정해놓은 반면, 준법지원인의 구체적인 역할은 기업에 대한 직접적 간섭을 최소화하고 사내 가이드라인에 따르도록 하여 일부 변동이 가능하도록 하였다. 하지만 각 기관들의 준법통제기준에 대한 내용은 모든 기업에 대하여 획일적으로 규정하고 있다.

대표이사는 컴플라이언스 제도를 위한 준법통제기준과 준법통제체제를 구축함으로써 임직원들이 기업 내 준법통제기준에 협조하는 환경을 조성하고, 운용과정에서 각 기준을 정비하고 작동상황을 감독할 책임이 있다. 한편 이사회는 그 외의 준법통제기준과 가이드라인 같은 사내 준법지원기준에 관한 중요한 사항들을 결정하고 준수의무를 강화하는 역할을 수행한다. Deloitte의 조사에 의하면 미국의 경우 2015년 기준 미국 기업의 57%에서 CCO(Chief Compliance Officer)가 CEO 및 이사회에 직접 보고하고, 기업 전략 수립에 중요한 도움을 제공하는 등 그 역할이 확대되고 있다⁴⁰⁶⁾. 일본의 지방법원도 비슷한 입장에서, 일본 고베제강소에 대한 고베 지방법원의 판결문(神戸地裁 神戸製鋼 株主代表訴訟 平成 14年(2002) 4月 5日 宣告)을 통해 내부통제시스템이 구축되지 않은 상황에서 이루어진 회사 내 위법행위는 이사회에게 책임이 있다고 판시하면서, 이사회 및 대표이사에게 내부통제시스템의 구축과 운영의무가 있다고 선고한 바 있다⁴⁰⁷⁾.

이 외에 법규위반에 대한 사전예방적 통제기관인 준법지원인은 사후적발적 임무도 갖고 있는 감사인과의 겸직이 불가하며, 준법지원팀을 감사팀 하에 편제하는 것 역시 금지된다. 이로서 준법지원부서는 이사회의 직접적인 영향을 받으면서도 감사실과 분리된다. 준법지원인 개개인의 자격은 기업의 자율적 판단에 맡기지만, 업무담당자는 상법에 명시되어 있는 대로 외국변호사를 포함한 변호사로 한정되어 있다.

406) 광배성, 최용혁 ‘규제 준수도 경쟁력, Compliance Industry의 성장’ 2015. 12. 30. 자 1면

407) 성희환 ‘상장법인에 대한 내부통제와 준법지원인 제도의 도입타당성 고찰’ 인하대학교 법학연구 2009. 8. 31. 자 207면

4. 준법지원인의 역할과 임무

준법지원인은 대체로 준법통제업무를 실무적으로 통괄하는 지위에 있으며, 세부적으로는 사내 임직원을 대상으로 준법에 관한 교육과 훈련 프로그램 등을 시행하고, 준법통제기준의 준수여부에 대한 정기 및 수시 점검보고를 이사회에 제출해야 한다. 또한 임직원의 준법정신을 강조하거나, 위법판단 사항의 중지를 요구하고, 개선 방안 마련을 촉구하는 등 위법행위에 대한 즉각적인 시정요구를 요청해야 하며, 사내 준법통제기준을 위반한 임직원의 제재 또한 요구할 수 있다. 이 밖에도 준법통제업무와 관련한 이사회에 출석하여 사내 준법통제 현황을 보고하고 의견을 진술할 권한을 가지며, 준법업무 보조 조직의 통솔 및 관련 부서 직원 인사제청의 권한까지 갖고 있다. 이러한 준법지원인의 임무는 법무부 및 상장회사협의회가 배포하는 상장회사 표준준법통제기준에 명시되어 있다(<http://www.klca.or.kr/index.asp?MenuIndex=D&SubIndex=1&rNo=35>).

준법지원인의 임무

- 준법에 관한 교육과 훈련 프로그램 시행
- 준법통제기준의 준수여부에 대한 정기 및 수시점검 보고
- 임직원에 대한 준법요구 및 위법판단 사항에 대한 중지, 개선 또는 시정요구
- 준법통제기준 위반 임직원 제재 요청
- 준법통제업무관련 이사회 등 출석 및 의견진술
- 준법업무 보조 조직의 통솔 및 관련 부서 직원 인사제청
- 법무부 · 상장회사협의회 상장회사 표준준법통제기준 마련

5. 준법지원인 도입의 효과

준법지원인제도의 도입은 내부통제에 대한 회사의 자율권을 침해하고, 회사의 경제적 부담이 증가하며, 기존 사외이사 및 감사제도와 중복의 소지가 있다는 의견도 존재하지만, 이를 인식한 정부 및 입법부에서 그에 따른 보상을 법제화하였다.



먼저 행정책임에 대한 보상이 마련되어 있다. 우리나라는 2001년 공정거래법상 공정거래자율준수 프로그램(Compliance Program)에서 준법지원인제도를 도입, 운영하고 있는 회사에 한하여 행정상 책임에 대한 과징금을 감경하고, 법원의 공표명령 하향조정 및 직권조사도 면제될 수 있도록 하였다. 또한 자율준수관리인을 임명한 상장회사들의 경우 상장폐지실질심사에서 이를 긍정적 요소로 고려되기도 한다. 미국의 경우 환경청(Environmental Protection Agency: EPA)에서 포착한 환경법 위반행위에 대해 내부통제를 통한 적발 및 교정이 이루어졌을 경우 민사제재금을 경감하거나 형사기소하지 않도록 권유하고 있고, 평등고용위원회(Equal Employment Opportunity Commission: EEOC)의 위원회 가이드를 벗어난 성희롱이나 고용차별에 대해 적절한 내부통제시스템이 있는 경우 적극적 항변을 인정한다.

준법지원인제도를 운영 중인 기업은 행정책임 외에도 형사책임이 감면된다. 상법 제634조의3에 따라 이해관계자 신용공여 등으로 인한 양벌규정을 적용하는 경우, 준법지원인을 임명한 상장회사는 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리 하지 아니하였다면 책임을 면한다⁴⁰⁸⁾. 이를 입증하기 위해서는 준법지원인의 선임·감독의무 이행 및 준법통제시스템의 구축과 효율적 운영도 입증해야한다. 미국은 1977년 해외부패방지법(Foreign Corrupt Practices Act: FCPA) 및 1991년 개정 미국연방양형지침(Federal Sentencing Guidelines)에서 기업에게 형사적 인센티브를 제공하고 있다. 기업의 형사책임을 가중 또는 감경할 때 고려하는 유책지수(Culpability Score)는 0점부터 10점까지 점수를 부과하는데, 효과적인 준법감시 및 윤리 프로그램이 구축 및 운용되고 있는 경우 유책지수에서 3점을 제하하도록 한다. 미국 연방 법무부도 소위‘톰슨 메모(Thompson Memo)’에 따라 기업에 대한 기소여부를 결정할 때 기업이 위반행위를 신속하고 자발적으로 공개하고 검찰의 조사에 성실히 응했는지 여부와 더불어 준법감시 프로그램의 존재와 그 효과 등을 종합 고려하고 있다.

기업의 내부통제에 대한 민사적 인센티브라 함은 회사나 이사의 책임을 묻는 민사소송에서 회사의 효과적인 내부통제시스템이 있을 경우 법원이 이를 신뢰하여 책임을 감면해주는 것을 뜻한다⁴⁰⁹⁾.

408) ‘특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률 위반(횡령)·상법위반·공전자기록등불실기재·불실기재공전자기록 등행사·증권거래법 위반’(대법원 2013. 5. 9. 선고 2011도15854 판결)

409) 성희환 ‘상장법인에 대한 내부통제와 준법지원인 제도의 도입타당성 고찰’ 인하대학교 법학연구 2009. 8. 31. 자 206면

구체적으로는 준법통제시스템이 확충된 회사 내 이사의 책임을 감면해주는데, 이러한 이사책임 감면의 가이드라인이 된 사건이 1996년 미국 텔라웨어법원의 Caremark Case이다. 의료서비스회사의 일부직원이 병원과 의사에 대해 리베이트를 하여 2억 5천 달러를 벌금으로 물게 되자, 주주들이 이사진에게 책임을 묻는 주주대표소송을 제기한 사건이다. 이사의 책임과 관련하여, 판례는 ‘잘못을 의심할 사유가 없는 경우에도 이사는 잘못을 적발하고 예방하기 위한 준법프로그램을 구축할 의무를 부담하며 이사가 그와 같은 의무를 위반할 경우에는 임직원의 위법행위로 야기된 회사의 손해에 대하여 배상책임을 부담할 수도 있다.’고 판시하였다.⁴¹⁰⁾ 이 판결에서 ① 규제사항에 대한 준수정책을 포함한 행동강령 구비, ② 종업원 행동강령의 준수여부 검토, ③ 규제대상 활동 검토승인할 임원의 지정, ④ 준법감시 임원 지정, ⑤ 사업과 윤리정책의 준수를 위한 내부감사계획의 수립, ⑥ 준법감시 문제에 대한 지속적인 훈련 등 이사의 책임이 감면되기 위해 요구되는 준법통제시스템의 수준을 시사하고 있다. 국내 케이스로는 2004년 동방페레그린 사건이 대표적이다. 위 사건에서 기업 내 이사의 책임에 관하여 ‘회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축 여부 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있다⁴¹¹⁾.’고 판시하였다. 또한 2008년 대우증권 분식회계 사건에서 이사의 감시의무에 관하여 대법원은 ‘합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려해야할 의무⁴¹²⁾’라고 구체화하였다. 이 외에도 일본의 2000년 대화은행 판결(大和銀行大阪地判 平成 12年 9月 20日 宣告)에서 회사종업원이 직무수행에 있어서 법령준수를 하도록 하는 체제를 확립하고 회사경영 상 리스크관리 체제를 운영 및 정비할 책임은 이사에게 있고, 이를 이행하지 않은 경우 이사의 손해배상책임이 인정된다고 보았다⁴¹³⁾.

410) 정봉진 ‘이사의 준법감시의무위반책임에 관한 미국법 연구’ 인권과 정의 2008, vol. no. 387, 통권 387호

411) 대법원 2004. 12. 10. 선고 2002다60647 판결

412) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다68636 판결

413) 石井 小比賀 ‘取締役の会社に対する責任 (代表訴訟)’



6. 준법지원인 미도입시 책임

아직까지 준법지원인제도 미도입에 대한 책임을 묻는 명시적인 상법규정은 없다. 다만 상법 제399조에서 이사가 고의 또는 과실로 정관 또는 법령을 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우 그 이사는 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있고(제1항), 그 임무위배나 임무해태가 이사회 결의에 의한 경우 그 결의안에 찬성하거나 또는 이의를 제기하지 않은 이사 역시 손해배상 책임을 진다(제2항, 제3항). 또한 준법지원인제도 도입의무가 있는 회사가 이를 도입하지 않은 경우 법령에 위반한 행위이므로, 그로 인한 손해 발생 시 회사에 불법행위 책임을 물을 수 있을 것이다(민법 제750조). 다만 준법지원인제도가 도입되었으나 효율적으로 운영되지 않는 경우, 편견을 배제하고 경영판단의 원칙에 입각하여 합리성보다는 완화된 상당성을 기준으로 판단함으로써, 이사의 위험부담에 대한 책임을 감면해 줄 것을 권하고 있다.

7. 준법지원인과 준법지원업무의 현실

준법감시인은 업무 특성상 경영진과 마찰을 빚을 가능성이 크고, 이로 인하여 인사상 불이익을 받을 우려가 존재한다. 따라서 이를 이유로 준법감시 업무를 소홀히 하지 않도록 준법감시인의 독립적 지위를 보장하는 것이 중요하며, 이는 곧 준법지원제도의 성공과 실패를 좌우하게 된다. 그러나 우리나라는 아직까지 준법지원인 혹은 준법감시인에 대한 독립성 보장이 미미한 실정이다. 독립성 확보 실패는 통제환경의 한계에 기인하는데, 이는 기업에게 큰 악재로 다가올 수 있다. 실제 금융안정기관(Financial Stability Board: FSB)에서 2009년 금융 위기의 원인을 분석한 결과, 리스크를 제대로 분석하고 평가하기 꺼려하는 이사진의 분위기와 리스크를 독립적으로 관리, 통제하지 않는 상황이 금융권을 최악의 사태로 이끈 것으로 나타났다⁴¹⁴. 이사회에 적극적인 협조 없이는 준법지원인제도가 사내에 정착하는 데 많은 어려움을 겪게 되고, 결국 기업에게 부정적인 결과로 이어지게 된다.

414) 추부금 ‘내부통제 통합보증을 위한 Combined Assurance Model’ 2013. 8. 자 1면

또한 준법감시(지원)인의 전문성을 확보하는 것 역시 쉽지 않은 실정이다. 준법감시(지원)인은 리스크 관리와 재무보고 통제의 매우 포괄적인 업무를 동시에 수행하는데, 성격이 다른 두 영역에 대하여 각각 고도의 전문성과 관련 법규에 대한 이해도를 갖추기란 현실적으로 어렵기 때문이다. 또한 준법지원인 및 준법감시인을 이 분야 직무경력이 있는 전문가를 임면할 것인지 혹은 포괄적인 업무를 다룰 수 있는 전문가를 임면할 것인지, 준법지원부서를 모두 변호사로만 선임할 것인지 혹은 몇몇 구성원은 각각 다른 분야의 전문가로 구성할 것인지도 중요한 결정사항이다.

앞서 말했다시피, 준법감시부서와 기존 감사팀 및 내부통제부서 등 다른 부서들과의 업무범위 설정도 기업 내부의 자율적인 조정을 통해 이루어져야 한다. 미국의 경우 상근감사 제도가 없기 때문에 준법지원인제도 도입이 용이한 반면, 우리나라 기업들은 이미 감사 및 감사위원회 제도를 갖추고 있어 준법지원 업무와 겹칠 소지가 크다⁴¹⁵⁾. 따라서 준법지원인의 업무와 감사(위원회)의 업무 분담이 제대로 이루어지지 않을 경우 일부 부서는 존재감이 없어질 확률이 높고, 문제상황이 발생했을 때 어느 부서가 책임을 져야하는지도 모호해질 수 있다. 한편 준법관리 부서 직원들의 경력개발은 어떻게 이루어질지, 독립적으로 역할을 수행해야 하는 준법지원인의 특성 상 직원들도 기업 내 전문가로 인식될 수 있을지도 중요한 고려사항이다. 하지만 아직 이러한 사항들에 관하여 제대로 된 의견 조율이나 대책 마련이 이루어지지 않고 있다.

이 밖에도 준법지원인의 책임과 해임 가능 여부에 대한 공식적인 법제도 현재 존재하지 않다. 이는 기업에 자율성을 부여하려는 취지이나, 한편으로는 준법지원인의 최소한의 책임도 규정하지 않아 해임이나 손해배상 청구 가능여부마저 불명확하게 남겨져 있다⁴¹⁶⁾. 기업 경영진에 대한 견제는 기업의 투명성과 공정성 확보를 위해 중요한 부분이지만, 준법지원인의 책임 역시 최소한이나마 법제화가 이루어져야 보다 효율적인 운용이 가능할 것이다.

또한 직원 개인의 측면에서 보았을 때, 준법지원(감시)업무 경험이 향후 해당분야의 전문 경력으로 인정받을 수 있는지의 문제도 남아있다. 기업 유형에는 사람을 ‘키우는’ 회사와 ‘키우지 않는’ 회사로 나뉘고, 그 안에서도 사람을 ‘키우는’ 준법지원(감시)인과 ‘키우지 않는’ 준법지원(감시)인으로 나뉠 것인바, 이처럼 회사 자체의 문화나 상급자의

415) 윤성승 ‘개정 상법상 준법지원인 제도의 문제점’ 한국기업지배구조원 기업지배구조리뷰 2012. 1. 자 64면

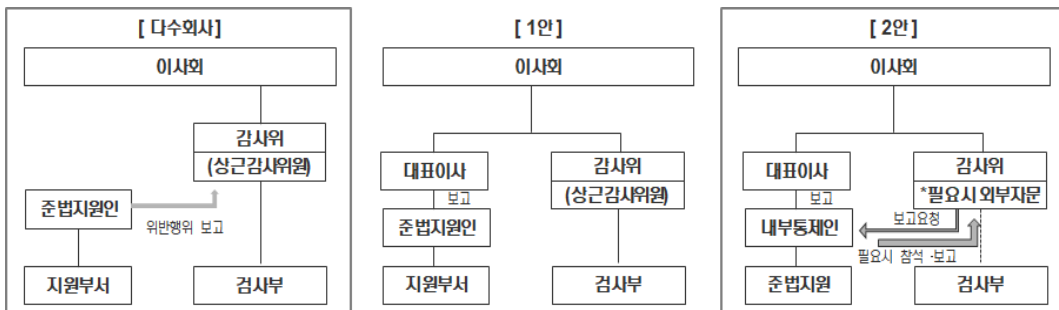
416) 윤성승 ‘개정 상법상 준법지원인 제도의 문제점’ 한국기업지배구조원 기업지배구조리뷰 2012. 1. 자 66면



성향에 따라 준법지원(감시)업무에 투입된 직원의 경력개발 가능성 및 전문가로서 인정 받을 수 있는지의 여부가 좌우될 수 있다.

8. 현행 준법지원제도의 개선과 강화

결국 준법지원제도에 관한 논의는 내부통제 관련 부서와의 자원 배분 문제로 귀결된다. 준법지원 담당 부서와 내부통제 담당 부서의 책임 및 권한을 체계적, 효율적으로 분리 조정하고, 준법지원업무와 내부통제업무의 연계성을 강화하여야 한다. 이는 준법지원인과 감사실, 상근 감사위원들의 기능적 중복을 방지하고, 업무분담을 통해 내부통제의 역할을 명확히 하며, 각각의 권한을 강화시켜 보다 효율적으로 감시·보고가 이루어지게끔 하려는 취지이다. 현재 대부분 기업들의 준법지원제도 시행현황을 살펴보면, 준법지원인은 독립적으로 운영되고 있기는 하나, 직접 이사회에 위반행위를 보고하는 것이 아니라 일단 감사위원회에 보고한 뒤 감사위원회가 이사회에 보고하는 방식을 채택하고 있다. 이는 위반행위를 발견한 시점으로부터 이사회가 열리기까지 장기간이 소요되는 구조로서, 준법감시가 매우 비효율적이고 느린 프로세스로 이루어지고 있음을 의미한다. 또한 현행 체계는 결국 유사업무를 담당하고 있는 감사실과도 업무가 중복되어 매우 비효율적인 운영방식이라고 보여 진다.



현행 준법지원제도의 개선방안으로서 먼저 감사위원회를 유지하되 준법지원인이 대표이사 또는 이사회에게 직접 보고하여 좀 더 신속하고 효율적으로 업무를 수행할 수 있도록 하고, 모범규준을 통해 감사(위원회)와 준법지원 담당 부서의 기능적 중복을 해소하는 방안이 있다(1안). 다만 대표이사의 권한 및 영향력 확대로 준법지원 담당

부서가 사실상 대표이사의 직속 기관화되어 준법감시의 기본 요소인 독립성이 약화될 우려가 존재한다.

또다른 개선방안은 준법지원 담당 부서를 내부통제 담당 부서 산하에 두고, 내부통제인이 대표이사에게 보고하되 필요한 경우 전원 사외이사로 이루어진 감사위원회에도 보고하게끔 하는 것이다(2안). 이 방안은 대표이사의 권한을 크게 강화하지 않으면서도 감사위원회의 준법감시인에 대한 보고 및 해임요구가 가능해지기 때문에, 감사위원회의 권한이 커지게 된다. 각 방안의 장단점을 비교하여 현행 준법감시제도를 적절히 개선해 나간다면, 부서 간 기능적 중복을 막고 보다 신속·정확한 감사보고가 이루어져 기업의 준법지원제도와 건전한 경영방식에 긍정적 영향을 미칠 수 있을 것이다.

이 외에도 ‘징계양정기준과 감사조치결과의 공개’를 통해 준법지원제도 및 내부통제 시스템을 강화할 수 있다. 제재양정기준이란 제재행위의 위험성 및 부당함, 그리고 유형에 따라 제재를 어떻게 달리할 것인지에 대한 규정을 말한다. 이처럼 고의 또는 과실의 여부, 법령 위반 여부, 충실의무 위반 여부 등의 정도에 따라 해임권고에서부터 주의적경고까지의 제재에 대한 기준을 마련하고 공개하는 것이다. 기획재정부에 따르면 기업 내 일상감사는 ‘일상 업무가 적법 및 타당한지를 사전에 감독하는 것’⁴¹⁷⁾, 이를 제대로 수행하지 않거나 공개하지 않을 경우 임직원 사이에서도 준법정신 및 내부통제 시스템에 대한 인식이 약화되어 준법지원 자체의 본질이 위협받게 된다. 반대로 회사의 징계양정기준과 감사조치 결과를 공개하면, 임직원들이 내부통제시스템 강화에 대한 최고경영진의 진정성을 공유할 수 있으며, 최고경영진에게도 예외가 없다는 상징성을 부여하여 컴플라이언스 제도를 확충하는 데 크게 이바지할 것으로 보인다. 징계양정기준과 감사조치결과 내역과 함께 퇴사자 인터뷰나 내부제보 처리 및 조치내역도 공개하고, 내부감사와 컴플라이언스 부서 간 정보 공유가 원활하게 이루어지게끔 경영진이 충분히 지원한다면, 기업 내 컴플라이언스 제도가 제대로 정착하는 데 큰 도움이 될 것이다.

417) 김세중, 이경근 ‘자체감사기구의 일상감사가 내부통제 강화에 미치는 영향에 관한 연구’ 감사원 감사 논집 제28호 2016. 11. 8.자 42면



| 유형 | 위험·부당의 정도 | 비위의 도가 극심하고 고의 또는 중과실이 있는 경우 | 비위의 도가 심하거나 중과실이 있는 경우 | 비위의 도가 경하거나 경과실이 있는 경우 |
|--|-----------|------------------------------|------------------------|-------------------------|
| 법령, 관계규정 또는 감독기관의 명령, 처분, 지시 등의 위반 | | 해임권고(면직) | 해임권고(면직) ~ 문책경고(감봉) | 주의적경고(견책) |
| 횡령, 배임, 절도, 업무와 관련한 금품수수 등 범죄 행위 | | ” | 해임권고(면직) ~ 직무정지(정직) | 문책경고(감봉) ~ 주의적경고(견책) |
| 당해 금융기관에 금전적 손해를 초래하거나 사회적 물의를 일으키는 행위 | | ” | 해임권고(면직) ~ 문책경고(감봉) | 주의적경고(견책) |
| 당해 금융기관의 정관 또는 내규를 위반하거나 총실의무 위반 | | ” | ” | ” |
| 직무태만 | | ” | 직무정지(정직) ~ 문책경고(감봉) | ” |
| 기타 위법 | | ” | ” | ” |

V. 사내변호사와 준법경영

1. 사내변호사의 역할

기존 사내변호사는 단순한 계약서 검토 및 법률자문 업무만을 담당했었으나, 점차 사내변호사가 확충되면서 기업 내 업무프로세스의 문제점을 법리적으로 검토하여 위험을

예방하는 역할도 수행하고 있다. 이는 경영판단과 다소 상이한 양상을 보이는데, 경영판단은 위험 감수적, 즉 리스크 테이킹(Risk-Taking)적 관점이지만, 법적판단은 최대한 위험을 피할 수 있는 위험 회피적(Risk-Adverse) 관점에 따른다. 이처럼 서로 다른 양상을 띠는 법적판단과 경영판단을 조화롭게 유지시키는 것이 준법경영(Compliance Program)이다. 준법경영은 준법판단이 경영판단과 조화를 이룰 수 있도록 경영진이 전폭적으로 지원하는 것을 의미하는데, 이를 수행하는 역할로는 내부통제제도의 하나인 준법지원인보다 경영활동을 지원하는 사내변호사가 더 적합하다고 여겨진다.

2. 사내변호사와 타 부서와의 관계

사내변호사와 법무담당 부서는 본래 준법지원도 병행하면서 법률 자문의 역할을 수행하였다. 하지만 미국 최악의 분식업무회계 사건인 엔론사태(Enron Scandal) 이후로 준법지원부서와 법무부서의 완전 분리를 권장하여, 사내변호사는 준법지원 부서에게 법률 자문을 제공하고 준법지원부서는 위법행위를 예방하는 준법감시 업무를 전담하게 되었다. 준법지원부서와 감사실 역시 완전분리 운영이 바람직하므로, 감사부서는 회계 감사를 중심으로 사후 적발 및 처벌업무를 관장하는 반면, 준법지원부서는 법적 리스크에 관련된 모든 영역에 관여하면서 사전예방과 개선 위주로 업무를 수행한다. 또한 경영진에 대한 견제가 본질적인 역할인 감사부서와 달리, 준법지원부서는 경영진의 업무와 의사결정을 보좌하는 것이 중요하다.

3. 사내변호사를 통한 준법경영의 전제조건

사내변호사가 기업 내 준법경영에 이바지하기 위해서는 우선 사내변호사는 독립적 위상이 확립되어야 한다. 사내변호사는 임직원들이 준법경영을 실천하는지 확인하고 보고하는 ‘경찰형 사내변호사’ 역할을 수행하는 것은 가급적 지양해야 하며, 또한 경찰적 역할로 인해 포럼쇼핑(가장 유리한 판단을 받을 수 있는 내부통제 담당부서를 자의적으로 선택하는 것)이 일어나지 않도록 주의해야 한다. 사내변호사의 역할 수행에 있어서도 기업 내 의사결정자 및 타 부서가 인식하는 사내변호사의 독립적 위상이 확립되어야만



사내변호사가 보다 자율적이고 효과적으로 임무를 수행할 수 있을 것이다. 이 확고한 지위는 결국 경영진의 최고 의사결정에 적극적인 피드백을 제공하고, 기업의 내·외부 이익 보호에 관하여 법률을 수단으로 활용할 수 있음에 기업가 역할을 수행할 수 있어야 준법경영에 도움이 된다.

VI. 내부통제 취약사례와 해결 방안

1. 내부통제의 실패 및 부정 발생의 주요 원인

내부통제 실패의 원인은 준법지원제도의 실패 원인과 크게 다르지 않다. 일반적으로 내부통제란 일반 직원부터 대표이사과 이사회까지 모두가 각자 성실히 자신의 의무를 다할 때 제대로 작동하게 된다. 특히 대표이사가 내부통제의 중요성을 인식하고 내부통제시스템을 효과적으로 운영할 때 비로소 직원들의 내부통제 의지가 확고해지는데, 현재 우리나라에서는 대표이사의 의지나 지원이 부족하기 때문에 내부통제시스템이 효과적으로 작동하지 못하고 있는 실정이다⁴¹⁸⁾. 이사진의 의지 부족에 대한 대표적인 원인으로는 조직의 목표 달성에 대한 압력이 있다. 성과우선주의인 대한민국 기업들은 준법정신보다는 목표를 달성하기 위해 어떤 수단을 사용해도 된다는 정신이 만연해 있다. 단기 이득을 추구하는 습관에서 비롯한 결정들과 업무와 내부통제를 분리해서 생각하는 사고방식은 기업 내 내부통제 약화로 이어진다.

실제로 모태 건설은 2017년 부정 회계로 인한 과징금 32억 원과 더불어, 건설 수주와 관련한 담합으로 인한 공정거래법 위반에 따른 과징금 300억여 원이 부과되었다. 이처럼 건설기업의 윤리의식 부족은 곧 건설업계에 대한 신뢰도 하락으로 이어진다. 현재 2014년부터 2016년까지 건설업계에서 총 102건의 ‘부당한 공동행위’가 적발되어 총 1조 1223억원의 과징금이 부과된 바 있다. 윤리경영으로 주주들의 지지를 받던 P건설 역시 대구지하철 3호선 건설 수주 입찰 과정에서 담합이 적발되어 공정위로부터 53억여 원의 과징금을 부과받았으며, 불복 소송에도 패소하였다. 부정 금품 수수 및 개인적인

418) 이시연 '금융사 내부통제, 제도적 보완 시급하다' 한국경제 2016. 8. 22. 자

이득 추구도 내부통제 약화의 주요 원인으로 꼽히는데, 이 역시 준법정신 부족이 낳은 결과라고 할 수 있다. 이러한 행위가 지속되면 다른 임직원들의 잘못된 관행적 위법행위를 부정적으로 생각하지 않게 되고, 결국 ‘법대로 하는 것이 아무 도움이 안 된다’는 사고방식으로 이어져 내부통제 및 준법지원제도를 약화시킨다.

외국사례 중에서는 폭스바겐이 대표적이다. 폭스바겐은 2015년 이른바 ‘디젤스캔들’로 인하여 전 세계적으로 유명한 브랜드 이미지가 나락으로 떨어진 이력이 있다. 폭스바겐은 하이브리드 및 전기차가 유행하자, ‘클린 디젤’을 내세워 자신들의 디젤 차량도 이산화탄소 배출이 적다는 것을 어필하면서 신차를 광고했는데, 이를 입증하기 위해 자신들이 직접 실험한 데이터를 이용했다. 하지만 그들이 이용한 데이터는 사실 배출가스를 조작한 결과치였고, 약 1100만대의 폭스바겐 디젤 차량에 설치된 배출가스 정보 소프트웨어가 조작되었음이 밝혀졌다⁴¹⁹⁾. 결국 대대적인 폭스바겐 리콜사태가 벌어졌고, 폭스바겐의 주가와 다른 독일제 차량들에 대한 신뢰도가 추락하고 말았다. 눈앞의 이익만을 노리다가 거대한 손실을 면치 못하게 된 것이다.

이처럼 경영진이 준법정신을 적극적으로 지원하기보다는 과도한 위험으로 치부하면서, 위험을 회피하려 하지 않고 오히려 내부통제 담당부서의 예산을 삭감하는 정책을 펴면 임직원들도 컴플라이언스의 중요성을 충분히 인식하지 못하게 된다. 일회성 윤리나 컴플라이언스 이벤트에 머물지 않고 컴플라이언스 담당부서에 대한 인적·물적 지원을 확충하는 것은 준법경영을 제고할 것이지만, 반대의 경우는 장기적으로 회사에게 부정적인 결과를 초래할 것이다.

반면 경영진의 철저한 준법정신과 윤리경영에 대한 실천 의지가 제대로 드러난 사례도 있다. 1982년 존슨&존슨(Johnson&Johnson)이 생산한 타이레놀 병에 독극물이 투여되어 8명이 사망하는 전대미문의 기업범죄가 이루어졌는데, 이를 수습하는 데에는 약 2억4천만 달러의 비용이 예상되었다. 그럼에도 회사 고위 경영진은 지체 없이 모든 타이레놀 제품을 수거한 후 폐기하였으며, 동시에 제조정의 모든 경영 프로세스를 언론에 공개하였다. 이후 존슨&존슨은 타이레놀 재출시를 감행하였는데, 소비자들의 반응이 오히려 더욱 뜨거워져 높은 호응을 얻었다. 이처럼 경영진의 윤리정신과 실천 의지 그리고 효율적인 내부통제시스템의 운영은 소비자의 신뢰 구축에 긍정적인 영향을 미칠

419) Danny Hakim, Aaron Kessler As Volkswagen Pushed to Be No. 1, Ambitions Fueled a Scandal The New York Times 2015. 9. 26. 자



수 있다.

한편 사내제도 상 문제점도 내부통제 실패를 유도한다. 앞서 언급했듯이 사내 통제 환경이 내부통제 실패의 주요 원인 중 하나인 바, 부정에 대비한 내부고발제도 구축, 준법경영 역량 확보를 위한 인력 및 조직 구성, 구성원의 전문성 확보를 위한 인력 개발 등 준법기반구축에 대한 경영진의 지원도 신경써야할 문제이다. 결국 통제 환경 약화에 있어서 경영진과 임직원의 내부통제의 중요성에 대한 인식 부족 혹은 무관심이 결정적, 근본적인 원인인 것이다.

위험평가 부재 또는 약화도 중요한 문제로 거론되는데, 위험을 식별하고 평가하는 공식적인 위험관리 프로세스가 없거나 효과적으로 운영되지 않을 경우 부정을 저지할 수 있는 환경이 조성되고, 리스크의 지속적 관리체계가 부재한 경우 문제제기 자체가 없어 임직원들의 부정이 지속되게 한다. 이처럼 비경상적이고 특별한 거래의 처리와 관련된 위험평가 기능의 취약은 개인적인 부정 청탁 및 부정 금품 수수를 방지하게 되는 주요 요인으로서 내부통제를 점점 약화시킨다. ACFE가 2008년 발표한 보고에 따르면 부정활동 적발의 66%는 우연 또는 내부고발로 이루어진다⁴²⁰⁾.

그 밖에 통제활동도 내부통제의 취약 사례에 포함된다. 회계감사와 준법지원과 같이 양립할 수 없는 업무에 대한 적절한 분장이 미비하거나 거래의 검토, 모니터링 및 감독 절차가 부재 또는 취약한 경우 내부통제 약화의 주요 원인이 된다. 자금 거래 역시 적절한 감사가 이루어져야 하는데, 경영자 및 특수 관계자와의 자금거래에 대한 통제절차가 미비하거나 자금 입출금 통제가 부재 또는 취약한 경우, 외부보관 재고자산에 대한 물리적 보호와 주기적 실사에 대한 통제활동이 취약한 경우 등 자금 문제에 있어 내부통제가 제대로 이루어지지 않으면 부정거래가 일어나기 쉬운 환경이 조성된다. 인력 문제 및 인프라 부족도 고려해야할 사항이다. 기업 내 내부통제 자체평가자의 전문성 및 경험 부족, 부정방지 프로그램의 미흡, 공시작성 프로세스 및 관련 통제 미비, 장부마감절차 및 관련 통제에 대한 문서화 미비 등으로 인하여 전문성이 부족하거나, 혹은 용역대행업체의 내부통제제도에 대한 검토절차 미비 등 정확성이 떨어지는데도 법적문제에 대해 안일한 태도를 보이는 것은 내부통제를 취약하게 한다. 이를 방지하기 위해서 기업은 외부감사 및 부정부패를 담당하는 핫라인을 신설하거나, 좀 더 구체적

420) ACFE '2008 ACFE Report to the Nation on Occupational Fraud and Abuse' 2008

이고 꼼꼼한 윤리경영지침서를 배포하기도 한다⁴²¹⁾.

하지만 앞서 말한 취약 사례들의 공통점인 정보 및 의사소통 부족은 기업이 개선해야 할 가장 큰 숙제이다. 장부마감절차에 대한 공식적 의사소통절차 미비, IT시스템 통제의 중요성이 커지는 데에 비하여 부족한 IT 관련 투자, 중요회계 기초자료 작성 시스템 구축 미비와 재무자료 작성에 사용되는 엑셀 등의 EUC(End-User Computing)에 대한 통제 부족이 대표적이다. 한편 의사소통 부족은 모니터링의 부재 및 취약으로도 이어지는데, 회계결산절차와 관련된 모니터링 통제의 취약, 이사회와 감사위원회의 위험과 통제에 대한 이해 부족 그리고 내부감사 및 이사회 기능 미비가 이에 해당한다.

2. 내부통제 취약점에 대한 해소 방안

내부통제 취약점에 대한 해소 방안으로서 가장 근본적이며 중요하게 거론되는 것은 내부통제에 대한 임직원들의 인식 전환이다. 제도적으로는 준법경영으로 시장의 신뢰를 획득하고 기업가치가 상승하게 되면 임직원들의 신뢰를 구축하여 내부통제를 강화할 수 있으며, 내부통제에 있어서 임직원들의 적극적인 참여를 중시함으로써 보수적이고 폐쇄적인 기업문화를 좀 더 건전한 통제문화로 자리매김할 수 있게 도모하여야 한다. 이 밖에도 전문 인력 양성, 충분한 예산 확보를 통해 최고경영자의 내부통제제도에 대한 확고한 의지를 대내외적으로 표출하여 임직원의 신뢰를 바탕으로 점차 기업분위기를 바꾸어나가야 한다.

둘째로, 내부통제 관련 인프라에 대한 투자가 이루어져야 한다. 기업으로서는 준법지원전문 인력의 양성, IT 시스템 보완 등을 통하여 컴플라이언스 부서의 능력을 배양하는 것이 매우 중요하다. 이러한 내부통제 관련 인프라 구축을 위해서 기업 내 '3차 방어선 모델' 구축을 권장하고 있는데, 3차 방어선 모델이란 회사 내 보다 효율적이고 체계적인 내부통제시스템 구축을 위해 마련된 것이다. 2013년 내부감사기관회(The Institute of Internal Auditors: IIA)에서 제시한 방어선 모델은 내부통제체계 하 실무 일선에 있는 현업부서, 통제부서 및 내부감사부서 간의 역할과 책임을 간명하게 정의하여 아직 까지도 가장 실용적인 방법론으로 인정받고 있다⁴²²⁾. 이는 운영관리 및 역할에 대한

421) ACFE '2014 ACFE Report to the Nation on Occupational Fraud and Abuse' 2014

422) 김유정 '감사위원회 및 감사의 역할_2) 내부통제 및 부정위험 감독' 삼정KPMG 2016. 9. 26. 1면



이해, 지배구조 공개 규정 준수 기능, 감사인과 이사회에 대한 객관적 정보 제공, 그리고 이사회에 투명한 지배구조 공개 및 관리책임 인식을 통하여 사내 내부구조 인프라를 구축하고자 하는 이론이다.

| 3차 방어선 모델(Three Lines of Defense) 주요내용 | |
|--|--|
| 1차 방어선(1st line of defense) | 현업을 수행하는 사업부문 |
| 2차 방어선(2st line of defense) | 리스크 관리, 컴플라이언스(준법), 내부회계 관리, 재무, 인사 등의 업무를 담당하는 감독조직 |
| 3차 방어선(3st line of defense) | 독립적·객관적으로 이사회, 감사위원회 등 지배기구에 보고를 행하는 내부감사 기능 |

정부의 정책적 지원 역시 내부통제기반 구축 및 운용에 큰 도움이 된다. 내부통제제도 구축이 단기적으로는 경제적 부담으로 작용하여 기업입장에서는 꺼려질 수 있지만, 앞서 언급했듯이 연간 수익의 5%를 부정부패로 낭비하기보다는 좀 더 장기적인 관점에서 사회적 비용을 절감하는 취지로 투자하는 것이 바람직할 것이다. 이를 보조하기 위한 정부의 컨설팅 비용 등 인건비 지원 또는 구축비용에 대한 세액공제제도도 그 도입을 검토 중에 있다.

3. 내부 감사기능의 확충

이사회와 감사의 기능을 강화하는 것은 내부통제에 매우 효과적이다. 대체로 내부통제의 중요한 목적은 경영진과 임원의 부정 발견에 있는데, 사실상 내부통제의 감독자가 회사의 고위층이기 때문에 내부통제시스템의 유명무실화되는 문제가 발생한다. 이사회 및 감사기능의 확충은 내부통제시스템에 커다란 개혁을 가져다 줄 수 있고, 더불어 조직의 형식과 실질에 있어서 감사기능이 독립성을 갖춘 통제 역할을 수행할 수 있도록 기업 내 적극적인 지원이 요구된다.

기업의 내부감사 기능은 지속적으로 변화를 거듭해왔으며, 내부통제실, 경영진단실, 윤리경영실 등 다양한 명칭으로 운영되고 있다. 과거 감사팀은 부정이나 오류를 찾아내는 경찰적 역할만을 수행하였으나, 최근에는 실행중인 업무 프로세스를 심층적으로

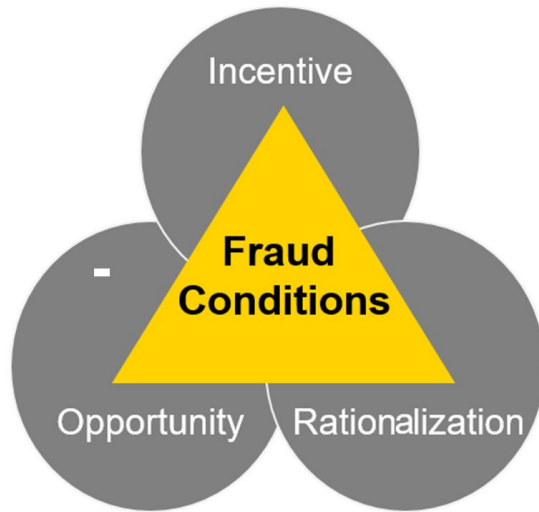
검토하여 위험을 예방하는 역할도 수행하고 있다. 하지만 변화가 있다고 하여 감사팀의 본질적인 경찰기능이 그 역할에서 제외되었다고 볼 수는 없다. 경찰기능은 감사팀의 기본적인 역할이기 때문에 여전히 중요성을 배제할 수 없고, 단지 최고경영자의 주요 경영현안에 대하여 진단한 후 개선방안을 제시하거나 부가가치를 창출할 수 있는 방향을 제안하는 내부 컨설턴트의 역할이 추가된 것이다.

내부감사 기능의 변화는 조직 정비의 필요성으로 이어진다. 아직 내부감사는 그 중요성에 비하여 독립적인 역할을 부여받지 못하는 경우가 많다. 그러나 내부 감사의 독립성과 객관성은 내부감사 활동의 신뢰성 제고를 위한 최우선 요소이므로, 내부감사담당자들에 대한 체계적이고 지속적인 교육이 요구되며, 특히 내부감사 실무자들을 대상으로 한 IT교육의 필요성이 강조된다. 대부분의 거래가 IT를 통해 이루어지는 상황에서 업무 프로세스의 투명성 제고 및 실시간 모니터링이 가능한 IT는 현 비즈니스에서 매우 중요하기 때문이다. 또한 내부통제는 기업 내부 전반에 적용시켜야 하므로 프레임워크에 기반을 두어야 한다는 부수적인 이유도 고려할 수 있다.⁴²³⁾

4. 토론 - 부정발생의 원인 및 해소방안

부정 발생의 위험요소는 Cressy의 'Fraud Triangle'에 의해 설명될 수 있다. 부정은 개인적인 욕구나 주위의 기대와 같은 동기(Incentive), 산업별·직무별 특성상의 기회(Opportunity), 사회적 건전성이나 개인의 도덕성의 기준을 거친 자기합리화(Rationalization)의 세 가지 조건 아래에서 발생한다. 예를 들어 회사 내에서 해고가 증가하거나 주가가 하락하는 등 부정행위를 할 내부적 또는 외부적 압력이 증가하고, 회사의 내부통제 조직에 대한 다운사이징이나 예산 축소에 의해 부정을 저지를 수 있는 기회가 늘어나며, 이에 더하여 직원들이 부적절한 행동에 대한 합리화까지 익숙해진다면 부정이 발생할 완벽한 환경이 조성되는 것이다.

423) 조희준 'IFRS와 내부통제' 라이지움 감사자료 제125호 2010. 5. 14면



구체적으로 재무보고부정이 일어나는 과정을 'Fraud Triangle'을 활용하여 설명할 수 있다. 동기 측면에서 보자면, 재무 안정성 및 수익성이 경제, 산업 또는 기업의 경영환경에 의하여 위협받는 상황에서 부정행위를 저지를 동기가 강화된다. 치열한 경쟁이나 시장 포화, 기술과 제품의 진부화, 금리 등의 급속한 변화가 대표적인 예이다. 기업의 재무성과에 따라 경영진 또는 이사회 멤버들의 개인 재산이 손실된다면 이 역시 부정행위의 강력한 동인이 된다. 경영진이 기업에 대하여 상당한 지분을 보유하고 있고 급여, 스톡옵션, 성과급 등의 상당부분이 주가, 경영성과, 재무상태 또는 현금흐름과 연계되어 있다면 경영진은 재무보고에 있어 부정을 저지를 가능성이 높아질 수 있다.

기회의 측면에서는, 우선 산업 또는 기업 운영 성향에 따라 재무제표 부정을 행할 수 있는 기회가 제공된다. 일반적으로 보기 어려울 정도로 심각한 관계회사 거래 또는 비감사기업과의 거래가 일어나거나, 재무적 능력 또는 강력한 시장지배력을 이용한 고객 또는 공급자와의 거래조건이 지배될 수 있다면 결과적으로 부적절하거나 비정상적인 거래를 초래할 가능성이 높아진다. 거래의 실질을 이해하기 어려운, 심각한 정도의 파생 및 헷징 거래가 빈번하게 일어난다면 이 역시 재무보고부정이 일어날 수 있는 기회를 제공한다. 이 외에도 경영진이 운영에 있어 비효과적인 감독체제를 갖고 있거나, 회사의 조직구조가 복잡하고 불안정한 경우, 그리고 내부통제 요소가 취약하다면 구성원이 재무보고부정을 행할 기회에 더 많이 노출될 수밖에 없다.

마지막으로 자기합리화는 부정을 저지르는 개인의 사고과정에서 일어나는 것이므로 관련된 위험요소가 외견상으로 명확하게 관찰되지는 않으나, 부정의 잠재적 위험이 파악될 수 있는 상황적인 요소가 있다. 기업이 추구하는 윤리적 가치에 대한 커뮤니케이션이 부족하거나 아예 적절치 않은 윤리적 기준이 전달되고 있다면 개인의 자기합리화가 더욱 쉽게 일어날 수 있다. 또한 경영진이 주가 또는 이익추세에 대하여 지나친 관심을 갖고 있거나, 애널리스트, 채권기관 및 기타 제3의 기관 등에게 비현실적인 예상 실적을 제시한다거나, 비정상적인 수단을 통해 이익 축소 또는 탈세 방안에 대한 관심을 갖는다면 이는 재무보고부정에 있어 자기합리화가 더욱 쉽게 일어날 것이라는 강력한 신호이다. 마찬가지로 경영진과 감사인 간의 관계가 마찰이 일어나는 상황이 빈번하게 관찰된다면 부정의 잠재적 위험을 파악할 필요성이 크다고 할 수 있다.

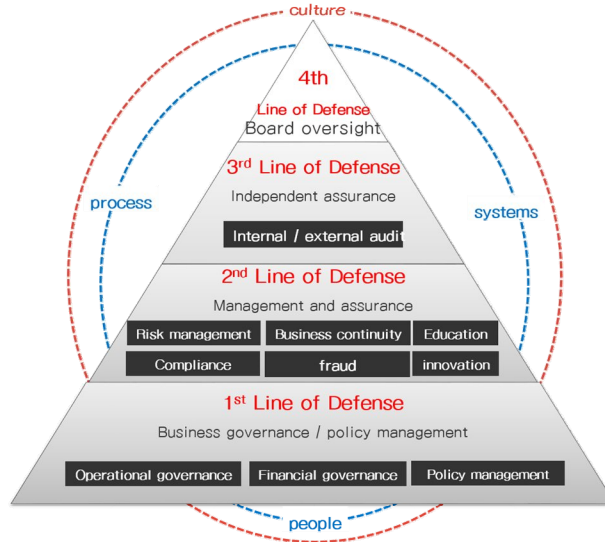
기업 내에서 일어날 수 있는 또 다른 대표적인 부정행위로 자산유용이 있다. 우선 동기 측면에서 보면, 임직원의 개인적인 금전적 압박 또는 과도한 채무가 주요 동기가 될 수 있다. 이러한 동기와 함께 해당 임직원이 현금 또는 가치 있는 재산(예를 들어 재고, 고객정보 등)에 대한 접근권한을 보유한 경우 자산유용의 동기가 커진다. 임직원이 기업에 대하여 불만이 있는 경우 역시 그렇다. 해고통보를 받았거나, 만족스럽지 않은 급여통보, 기대에 못 미치는 승진 등의 요소가 주요원인이 될 수 있다.

기회 측면에서 보면, 자산의 특성 또는 상황에 따라 자산유용의 위험이 증가하기도 한다. 거액의 현금 또는 실물, 크기가 작지만 가치가 높은 재고자산, 다이아몬드, 컴퓨터 칩, 무기명채권군 등과 같이 현금화가 용이한 자산, 크기가 작고 시장성이 높거나 소유자를 확인하기 어려운 고정자산을 보관 또는 처리하는 경우 이를 불법적으로 유용할 기회가 늘어난다. 자산에 대한 취약한 내부통제 역시 중요한 요인이다. 적절치 않은 업무 분장(Segregation of duties) 또는 독립적인 확인절차 부재, 직원의 빈번한 교체, 중요 자산에 대한 접근이 허용될 직원 채용 시 사전 스크리닝 부재, 주요 자산에 대한 물리적 통제 부재, 컴퓨터 시스템, 기록 등에 대한 부적절한 접근 통제 등이 심화될수록 자산유용의 기회가 증가한다.

자기합리화가 이루어져 부정의 잠재적 위험을 알려주는 신호로는 우선 자산유용의 위험 축소 및 모니터링 필요성을 경시하는 태도에서 찾을 수 있다. 통제를 무시하고 (Overriding), 발견된 통제취약에 대한 개선에 대하여 무관심하거나, 중요 업무를 수행하는 직원이 회사에 대해 불쾌함 또는 불만족을 심하게 표현하는 경우 자산유용에 있어



서 자기합리화가 이뤄질 위험이 크다고 볼 수 있다. 갑작스러운 생활패턴 변경도 하나의 신호이다. 급여로 기대하기 어려운 사치스러운 생활을 하거나 갑작스럽게 생활수준이 변화한다면 부정 발생 여부를 파악하기 위해 더욱 눈여겨 살펴보아야 할 것이다.



부정행위를 방지하기 위해 기업이 채택할 수 있는 방안으로 3단계 방어라인을 보강한 ‘4단계 방어라인’이 제시된다. 1단계는 조직의 운영을 지속적으로 관리하고 각 부서의 역할을 명확하게 이해하는 것이다. 2단계는 지배구조를 공개하고 규정을 준수하는 기능을 마련하는 것이다. 3단계는 감사인이 독립적 시각에서 객관적인 정보를 이사회에 제공함으로써 이루어진다. 4단계는 이사회가 투명한 지배구조 공개에 대해 관리책임을 인식함으로써 마련된다. 이 4단계의 방어라인을 구축하는 데에는 과정, 시스템, 사람이 주축이 되고, 넓게는 기업 자체의 문화 역시 중요한 역할을 담당한다.

VII. 결론

내부통제란 결국 경영활동과 분리된 것이 아니며, 궁극적 목표로서 기업가치와 주주 가치를 제고하는 과정이다. 또한 효과적인 내부통제를 지속적, 효과적으로 유지하고 개선하기 위해서는 최고경영진의 지속적인 개선의지 및 지원이 전제되어야 하며, 내부

통제와 리스크 관리체계의 통합이 이루어져야 한다. 내부통제는 손해 보는 결정이 아니라, 이미 드러났거나 혹은 아직 내재되어 있는 각종의 리스크를 체계적으로 관리하기 위한 효과적인 도구이며, 내부통제의 역할과 책임은 특정부서에만 한정된 것이 아니라 전 조직원이 참여하는 거대한 프로세스로서 구축해나가야 한다. 효과적이고 체계적인 내부통제 정립을 위해 내부통제 및 리스크에 대한 관점이 공유되어야 하고, 내부통제가 규제 준수 차원에서 벗어나 실질적인 관리도구로 활용되어야만 그 본질을 제대로 발휘할 수 있을 것이다.

내부통제기능 및 준법지원인제도의 기능에 대한 관심은 어느 때보다 커지고 있다. 그 동안의 감사 및 준법정신에 대한 무지 또는 부정적 인식은 주요한 회계부정 사건 이후로 점차 사라지고 있으며, 오히려 내부감사와 내부통제제도의 필요성이 강력하게 대두되고 있다. 앞서 살펴본대로 아직까지 감사는 과거의 관련자료 정보를 수집, 분석, 검토하여 문제의 원인을 규명하고 대안을 제시하는 것에 집중하고 있다. 그러나 현대적인 감사 및 내부통제 시스템은 과거의 문제에 대한 원인을 찾는 것만이 아닌, 미래에 발생 가능한 상황을 사전에 미리 예방하고 교정하여 그에 따른 부정적인 리스크를 효과적으로 줄이는 데 중점을 두어야 한다⁴²⁴⁾.

한편 아직까지 내부통제시스템 제도의 확립과 공정거래 컴플라이언스 및 준법지원인 제도 도입의 가치에 대해 제대로 인지하지 못한 임직원 및 경영진들이 다수 존재한다. 그나마 현재 컴플라이언스제도가 제대로 확립되어 있는 미국에서도 Deloitte와 컴플라이언스워크의 보고서에 따르면 70%의 회사만 준법지원(감시) 시스템을 도입하였고, 이중 3분의 1만이 자사가 적절한 측정 기준을 가졌다고 밝혔다⁴²⁵⁾. 현재까지도 기업 임직원의 약 25%가 조직 내의 뇌물수수, 부정부패 사례를 알게 되더라도 보고하지 않으며, 조직의 약 40%가 윤리지침서가 직원들의 행동에 크게 영향을 주지 않는다⁴²⁶⁾라고 답했다. 이러한 응답들로 유추하여 볼 때, 아직 미적발된 뇌물 수수 및 부정부패는 적발된 것보다 더 많을 것으로 전망되며, 이는 곧 기업에게 어마어마한 금액의 손실로

424) 이종운 '자체감사기구의 내부통제 자체평가시스템 구축 및 운영' 국립중앙도서관 연구논문 2014년 자 191면

425) Hui chen, Eugene Soltes '준법 감시 프로그램이 효과 없는 이유' 하버드비즈니스리뷰코리아 2018. 3-4월 합본

426) EY 'Fraud and Corruption - Driving Away Talent?: Asia-Pacific Fraud Survey 2015' 2015. 7. 23. 자



이어질 것으로 보인다. 하지만 제대로 구축된 내부통제시스템과 즉각적인 내부감사제도, 혹은 적극적인 교육을 통한 부정부패 신고 시스템은 윤리경영, 더 나아가 기업경영에 있어서 비용 감축 및 고객과 주주들의 신뢰도 구축을 바탕으로 기업의 수입 향상 및 주가 상승에 크게 이바지할 것으로 기대된다.

이 책에 실린 내용은 각 집필지의 개인적 견해로서 대한변호사협회의 공식 견해는 아님을 밝힙니다.

사내변호사 업무편람

| | |
|-----|---|
| 인 쇄 | 2019년 12월 일 |
| 발 행 | 2019년 12월 일 |
| 발행인 | 이 찬 희 |
| 발행처 | 대한변호사협회 서울시 강남구 테헤란로 124, 18층 전화 : 02)3476-4000 |
| 인쇄처 | 삼영문화사 전화 : 02)2264-5850 |

비매품임.
본 책에 게재된 글을 사용할 때에는 대한변호사협회와 상의하여 주십시오.