한국상사법학회 2019년 하계학술대회
Korea Commercial Law Association

www.korcla.net

경제변혁의 시대를 맞은 상사법의 현안과 과제

○ 일 시 : 2019. 06. 28 (금) ~ 29 (토)
○ 장 소 : 계성원

|주최| 社團法人 韓國商事法學會 Korea Commercial Law Association · KYOBO 교보생명

|후원| KRX 한국거래소 KOREA EXCHANGE · KSD 한국예탁결제원 · NH농협은행 · KOSDAQ 코스닥협회 · 한국선주협회 Korea Shipowners' Association · 생명보험협회 · 삼성생명 SAMSUNG · 손해보험협회

※ 이 발표논문집은 2019년도 정부 재원(교육부)으로 한국연구재단의 지원을 받아 발간되었음.

금융의 모든 순간

NH농협금융

은행의 모든 것을 한번에 편하게!

저와, 한편 하실래요?

은행과 기술이 **NH스마트뱅킹one up**으로
스마트하게 한편이 되었습니다.
은행의 모든 것을 한번에 편하게!
NH스마트뱅킹one up과 함께
더 빠르고 편리해진 금융을 만나세요.

은행을 은행보다 스마트하게
NH스마트뱅킹 one up

개인별 맞춤 서비스
고객의 빅데이터 분석을 통한
개인별 맞춤화면 제공 및
금융상품 추천

키보드뱅킹
문자나 SNS실행 중에도
모바일 키보드를 이용한
계좌송금 가능

AI상담톡
음성 및 텍스트를 활용한 뱅킹서비스
외에도 다양한 금융상담서비스 이용 가능

모바일 OTP
기존 실물 OTP를 대체한
1인 1폰에서만 발급되는 모바일 시스템으로
보안성과 편리성 강화

※기타 자세한 내용은 해당상품약관 및 상품설명서를 참조하시거나 가까운 NH농협은행 영업점 또는 고객행복센터(1661-3000)로 문의하시기 바랍니다.
준법감시인 심의필:2019000001702 (2019.05.15.~2020.05.31.) ※NH농협은행 디지털채널부 개발상품

NH농협은행

대한민국 행복꿈틀

2018년 농가소득 4,207만원 달성!

농가소득 5천만원 시대를 위해 농협이 함께 하겠습니다

농업인이 행복한 국민의 농협 - NH 농협

2019년 한국상사법학회 하계학술대회

◈ 대주제 : **경제변혁의 시대를 맞은 상사법의 현안과 과제**

◈ 일 시 : 2019. 6. 28(금) ~ 6. 29(토)

◈ 장 소 : 천안 교보생명 계성원

◈ 주 최 : 한국상사법학회, 교보생명

◈ 후 원 : 한국거래소, 한국예탁결제원, NH농협은행, 코스닥협회, 한국선주협회, 생명보험협회, 삼성생명, 손해보험협회

등록 및 개회	▣ 등록 2019년 6월 28일(금) (오후 13:00-13:30) ▣ 개회식 (13:30~13:50) ◎ 개회사 : 김순석 한국상사법학회 회장 ◎ 축 사 : 이용구 법무부 법무실장 전체사회 : 김광록 총무이사 학술사회 : 장근영 연구이사

일자	세션	발표자	주제	사회자	토론자1	토론자2
6.28 (금)	기조발제 (13:50-14:20)	김정호 교수 (고려대)	**회사법의 과제**			
	제1주제 (14:20-15:10)	정순섭 교수 (서울대)	**전자증권제도와 상사법상 과제**	홍복기 명예교수 (연세대)	안수현 교수 (한국외국어대)	박철영 본부장 (예탁결제원)
	제2주제 (15:10-16:00)	신석훈 위원 (김장법률사무소)	**최근 ESG (Environment, Social, Governance) 요구 강화에 따른 회사법의 쟁점과 과제**	최준선 명예교수 (성균관대)	육태우 교수 (강원대)	곽관훈 교수 (선문대)
	coffee break (16:00-16:20)					
	제3주제 (16:20-17:10)	이상훈 교수 (경북대)	**삼성물산 합병의 교훈: 국민연금 배임 판결의 회사법적 의미 – 주주의 비례적 이익 관점에서**	송종준 교수 (충북대)	장정애 교수 (아주대)	양기진 교수 (전북대)
	제4주제 (17:10-18:00)	남유선 교수 (국민대)	**금융기관의 지배구조와 자본적정성에 관한 분석 및 현안**	이형규 교수 (한양대)	심영 교수 (연세대)	허충회 부행장 (NH농협은행)

만찬 : 18:30

일자	세션	발표자	주제	사회자	토론자1	토론자2
6.29 (토)	제1세션				학술사회 : 장근영 연구이사	
	제1주제 (09:00-09:50)	맹수석 교수 (충남대)	**기초서류 기재사항 위반에 따른 과징금 제도의 법적 쟁점**	김선정 교수 (동국대)	김선광 교수 (원광대)	임경혜 변호사 (교보생명)
	제2주제 (09:50-10:40)	김은경 교수 (한국외국어대)	**책임보험의 운용에 있어서 한·독 보험계약법상 차이**	서완석 교수 (가천대)	박세민 교수 (고려대)	박영준 교수 (단국대)
	coffee break (10:40-11:00)					
	제3주제 (11:00~11:50)	김인현 교수 (고려대)	**2자 물류회사의 상법 및 해운법상 지위와 개선방안**	정용상 교수 (동국대)	조봉기 상무 (한국선주협회)	이종덕 물류전문가 (고려대 박사과정)
	제2세션				학술사회 : 김광록 총무이사	
	제1주제 (9:00-9:50)	박선종 교수 (숭실대)	**금융소비자 보호법제에 관한 연구 – 분쟁조정의 실효성 제고 방안을 중심으로 –**	김재형 교수 (조선대)	김이수 교수 (부산대)	윤승영 교수 (한국외국어대)
	제2주제 (9:50-10:40)	최수정 위원 (중소기업연구원)	**중소기업 규제형평성 관점에서의 회사법 개선방향**	김한종 교수 (성신여대)	유주선 교수 (강남대)	문준우 교수 (신경대)
	coffee break (10:40-11:00)					
	제3주제 (11:00~11:50)	박준선 교수 (제주대)	**모바일 게임 관련 거래에서의 소비자보호**	정준우 교수 (인하대)	김지환 교수 (경남대)	문상일 교수 (인천대)

조찬: 07:00-08:00, 폐회식: 12:00, 오찬: 12:10-13:00

한국상사법학회 2019년 하계학술대회 (6. 28)

경제변혁의 시대를 맞은 상사법의 현안과 과제

기 조 발 제

회사법의 과제

발제자 : 김정호 교수(고려대학교 법학전문대학원)

회사법의 과제

2019년
한국상사법학회 하계대회 기조발제

천안 계성원

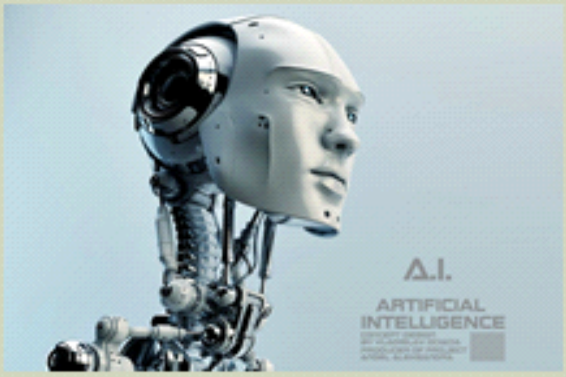
2019. 6. 28. (금)
13 : 50 ~ 14 : 20

발표자 :

고려대학교
법학전문대학원
김정호

I. 들어가며

지식정보화, 인공지능화 및 4차 산업혁명시대의 회사법에는 **어느 정도** 변화가 불가피함. **기술진보의 가속화** 및 **예측불가의 혁신** 등 **경제 펀더멘털의 근본적인 변화가능성**



차 례

- I. 들어가며
- II. 회사법의 과제들
- 1. 회사법의 독립법전화 문제
- 2. 구분입법 및 판례법의 구분화 문제
- 3. 경제민주화법제 대 경영권방어법제
- 4. 신인의무법의 발전방향
- III. 에필로그

COMPANIES ACT OF THE WORLD

가. 회사법의 독립법전화의 문제

- I. 오늘날 세계각국은 **회사법을 독립한 법전으로** 입법함.

  - 미국 각주의 회사법
  - 특히 델라웨어주의 회사법
  - 영국 회사법(2006)
  - 독일 주식법(1937)
  - 일본회사법(2006)
  - 중국회사법(2005) 등

가. 회사법의 독립법전화의 문제

II. 회사법을 독립된 법전으로 편성할 경우 예상되는 변화

1. **상법전 제 3 편 회사들 중심으로** 회사법을 구성하는 것은 필연

2. **독일형 vs. 일본형** : 독일처럼 인적회사들 상법전에 남겨둘지 아니면 일본처럼 회사법전에 인적회사(持分會社)도 포함시킬지의 문제 ;

   사견(私見)으로는 인적회사들 포함하여 모든 법형태들 망라하는 것이 바람직해 보임

3. 기존 상법전상 **여타 편별의 '회사법'에 대한 반영가능성** :

   예컨대 상법총칙의 상호, 상업사용인 및 영업양도 ;
   상행위 부분의 대리상도 회사법전에 반영가능(일본 회사법 참조)

4. 기타 자본시장법상 회사관련 규정 등의 회사법으로의 이동가능성

가. 회사법의 독립법전화의 문제

III. 장점 및 단점

1. **장점** : 역동적인 세계 경제의 흐름에 순응하면서 회사관계를 하나의 법률로 집대성

2. **단점** :

(1) 기존 상법전의 위상문제

(2) 법조문의 변화에 따른 불필요한 혼란 문제 들

나. 구분입법 및 판례법의 구분화

- I. 우리나라 법형태의 현실 및 문제점

- (1) **주식회사 형태의 압도적 비율** ; 전체 법형태 중 적어도 90% 이상이 주식회사

- (2) **만능의 외투** : 국가의 기간산업을 책임지는 대형회사에서 부터 소규모의 가족형 폐쇄회사에 이르기까지 모두 주식회사의 법형태를 선택함.

- (3) **극단적으로 이질적인 사단형과 조합형 회사의 공존**은 한 지붕 두 가족의 모습과 유사하다.

나. 구분입법 및 판례법의 구분화

- II. 구분입법(區分立法)
- 1. 지금까지 다수의 구분입법을 이미 시도함
- (1) 소규모 주식회사의 지배구조 특칙화 (상법 제383조 4항~6항)
- (2) 주식양도의 제한가능성 인정 (상법 제 335 조 제 1 항 단서)
- (3) 상장법인에 대한 **특칙** (상법 제 542 조의 2 내지 542조의 13)
- (4) 지배구조 설계상의 구분화 (상법 제 542 조의 8 제 1 항)
- (5) 자본시장법상 다수의 특칙을 둠
- 예컨대 자본시장법상 합병비율의 산정관련 규정 등

나. 구분입법 및 판례법의 구분화

- 2. 향후의 구분입법 필요성
- (1) 주권발행 : 주권불발행회사에 대해 정관규정으로 이를 허용할 필요성
- (2) 주주간 계약의 성문화 등
- (3) 미국에서와 같이 폐쇄회사법을 별도의 편별로
- 제정하는 방안 등 최근 중소기업을 위한 회사법제정논의 등
- (i) 통합형(뉴욕 형)
- (ii) 분리형 (플로리다 형)
- (iii) 절충형 (델라웨어 형)
- 3. 판례법의 區分化 문제 : 일정 제도와 관련하여서는 회사규모별로 판례법을
- 별도로 형성할 가능성에 대한 논의도 가능

다. 경제민주화법제 vs. 경영권방어법제

- 다. 경제민주화법제 vs. 경영권방어법제
- I. 대립 상황 : 다중대표소송제의 도입, 감사위원의 분리선출,
- 전자투표 및 집중투표제의 의무화 등 지배구조 개선을
- 주장하는 측의 논리 vs.
- 경영의 효율을 중시하며 경영권방어 법제의 구축을
- 요구하는 경제단체 등의 대립된 상황이 이미 십수년을
- 지속함.

다. 경제민주화법제 vs. 경영권방어법제

다. 경제민주화법안 vs. 경영권방어법제

- 2. 경영권방어법제의 개선방향
- (1) 복수의결권주식의 허용문제
- - 북미와 유럽의 다수 기업에서 복수의결권제를 시행하고 있음
- - 최근 Alibaba를 뉴욕증시에 빼앗긴 홍콩증시 역시 이를 허용함. 동 거래소는 2018년 4월 상장규정을 개정하여 innovative company에 대한 차등의결권 주식에 대해 상장을 허용함.
- - 日本의 Cyberdyne社 역시 복수의결권제 시행중
- - 우리나라 역시 수요가 큼(특히 벤쳐기업의 경우)

다. 경제민주화법안 vs. 경영권방어법제

- II. 대립된 양축의 조화가능성
- 1. 경제민주화법안 :
- (1) 상황 : 경제나 기업을 바라보는 시각의 차이로 양축은 평행선을 달리고 있음. 따라서 양축의 조화는 쉽지 않은 과제. 현재는 교착상태라고 보아야 함.
- (2) 이중대표소송의 판례법화 문제 : 대판 2018. 11. 29, 2017 다 35717 판결 등은 이중대표소송의 원고적격을 허용할 수 있는 좋은 기회. 대법원은 이번에도 원고적격을 부정함.

NIKE AS A DUAL CLASS STOCK COMPANY

HERSHEY'S AS A DUAL CLASS STOCK COMPANY

BERNARD ARNAULT OF LOUIS VUITTON
TENURE VOTING

CYBERDYNE
A DUAL CLASS STOCK COMPANY IN JAPAN

- Cyberdyne社는 2004년 쓰쿠바대학의 상카이(上海)교수에 의해 창업되었고 이 회사는 '입는 로봇'(wearing robot) 형태의 특수장비(exo-skeleton suit ; 다음 슬라이드 그림 참조)를 개발, 생산하고 있다.

- 이 회사의 창업자는 1주 10의결권주식을 보유하나 나머지 일반 주주들은 1주 1의결권주식을 보유한다. 그 이유는 특수장비의 위험성 내지 남용가능성 때문이라고 한다.

- 창업자의 뜻대로 회사가 유지되기를 바라는 염원을 복수의결권 주식에 담았다고 할 수 있다. 현재 이 회사의 창업자는 직간접적으로 85.3%의 의결권을 행사한다고 한다.

日本의 CYBERDYNE社

다. 경제민주화법안 VS. 경영권방어법제

- (2) 포이즌필(신주인수선택권)의 경우
- - 차라리 일본식 "신주예약권제"의 도입은 불가한가?
- - Black-Scholes 모델이 밝혀진후 옵션에 대한 가치평가
- 및 회계처리가 가능해 짐.

Theoretical option price = $pN(d_1) - se^{-rt}N(d_2)$

where $d_1 = \dfrac{\ln\left(\frac{p}{s}\right) + \left(r + \frac{v^2}{2}\right)t}{v\sqrt{t}}$

$d_2 = d_1 - v\sqrt{t}$

The variables are:

p = stock price
s = striking price
t = time remaining until expiration, expressed as a percent of a year
r = current risk-free interest rate
v = volatility measured by annual standard deviation
ln = natural logarithm
$N(x)$ = cumulative normal density function

Economists

Fischer Black | Robert C. Merton | Myron Scholes

Although Black's death in 1995 excluded him from the award, Scholes and Merton won the 1997 Nobel Prize in Economics for their work.

다. 경제민주화법안 vs. 경영권방어법제

- <일본식 "신주예약권제의 기능 >
- - 경영권방어 수단으로서 뿐만 아니라 기업금융수단으로서도 기능할 수 있음.
- (i) 자금조달수단으로서의 신주예약권
- (ii) 벤쳐기업에 있어 특히 창업주를 위한 경영권 안정수단
- (iii) 탄력성있는 인수합병의 스킴(scheme) 수단

<사례> ① '월마트' 에 의한 '西友' 의 買收 ;

② Culture Convenience Club에 의한 신세이도(新星堂)의 매수 ;
CCC의 완전자회사인 TSUTAYA와 Shinseido간의 업무 및 자본제휴

③ DeNA와 ngmoco, Inc.간 삼각합병사례 등

라. 이사의 신인의무법의 발전방향

- 이사의 **신인의무법**(law of fiduciary duty)의 발전방향

라. 이사의 신인의무법의 발전방향

- 라. 이사의 신인의무법의 발전방향
- I. 선관주의의무 부분
- (1) 경영판단의 원칙 : 우리 판례는 의사결정의 절차적 측면 뿐만 아니라 결정된 의사의 내용에 대해서도 사후적 판단을 하고 있음
- (2) 향후 절차중심의 접근이 바람직할 것으로 생각됨 ; 기술 혁신의 가속화 및 인공지능시대에는 법관의 해당 영역에 대한 전문성은 더욱 결여될 것으로 전망됨.

라. 이사의 신인의무법의 발전방향

- II. 충실의무의 발전방향
- 1. 충실의무의 새로운 인식필요성 : 충실의무와 주의의무의 차이를 명확히 할 필요성 ; 양 제도의 뿌리가 다름을 인식하여 양자간 독립성을 명확히 함. 특히 판례의 입장인 동질설에 대해서는 인식의 전환이 필요해 보임.
- 2. 2011년 개정된 신탁법의 적용 내지 준용문제 : 주식회사의 이사와 수탁자간 차이를 인식하여 신중한 접근이 필요해 보임. 특히 신탁법 제 43 조 3항 등의 적용에는 신중한 자세가 요구됨.
- 3. 충실의무의 완화현상도 고려할 필요 : 특히 미국법의 발전상황 고려 필요
- (1) 이사에게 기회유용을 허용하는 계약 [s. 122 (17) DGCL]
- (2) 경업금지에 있어 이사와 회사간 이익형량 (s. 5.06 ALI-CORPGOV)
- (3) 자기거래의 완화현상 : 19세기적 경직성(robustness)에서 벗어나 공정하기만 하면 효력을 인정하는 판례법의 발전 등

STANDARDS OF REVIEW

CVS caremark

Business Judgement Rule as standart of liability,

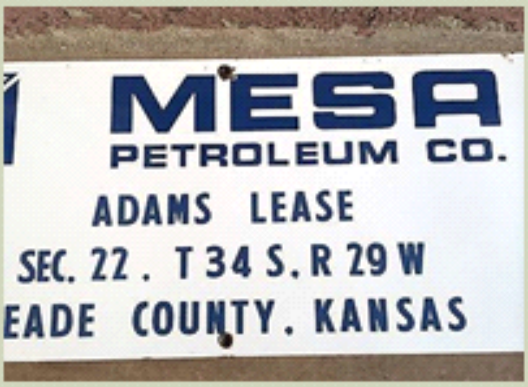
- *Delaware Supreme Court,* **Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.** 188 A2d 125, 130 (Del. 1963)
- Dasar Pemikiran *"What a directors to act with the same amount of care which ordinarily careful and prudent men would use in similar circumstance."*

Entire Fairness Test

- Standard for assessing transactions where the business judgment rule is inapplicable
- Fair dealing and fair price
- Factors considered in assessing entire fairness and good faith of a transaction:
  - Adequacy of consideration
  - Degree to which the Director represented the corporation
  - Disclosure to and knowledge of the full board of directors or shareholders
  - Necessity of the transaction to the corporation

STANDARDS OF REVIEW

UNOCAL 76



라. 이사의 신인의무법의 발전방향

- III. 사법심사기준의 다기한 활용가능성
- 미국 회사법에서 만들어진 사법심사기준(standard of review)들 다양하게 활용할 필요성
- 1. 경영판단기준 vs. 완전한 공정성 기준 : 절차적 공정성을 갖추어
- 이사회승인을 얻은 자기거래에 대해서는 경영판단기준 적용
- 2. 경영권 방어의 적법성 심사기준 : 주요목적기준에서 유노칼 기준으로
- 3. 이사의 보수 부분 ; 합리적 비례관계기준과 낭비기준의
- 적절한 활용 (우리 상법상으로도 집행임원제 시행회사에서는
- 이사회가 집행임원의 보수들 결정 ; 상법 제 408조의 2 제 3 항 6호)

에필로그

기타 기업집단법제의 구축문제, 회사법상 특별이해관계와 관련된 입법적 개선방향 및 회사법의 디지털화 등 회사법의 과제는 여기 저기 산적해 있음

- 열린 마음으로 법제 개선을 향한 비교법적 자세를 견지할 필요가 있어 보임.
- - 경청해 주셔서 감사합니다 -

한국상사법학회 2019년 하계학술대회 (6. 28)

경제변혁의 시대를 맞은 상사법의 현안과 과제

제1주제

전자증권제도와 상사법상 과제

발표자 : 정순섭 교수[서울대학교]
사회자 : 홍복기 교수[연세대학교]
토론자 : 안수현 교수[한국외국어대학교]
토론자 : 박철영 본부장[예탁결재원]

전자증권제도와 상사법상 과제

정순섭*

Ⅰ. 서론

전통적으로 주식이나 사채와 같은 증권은 유가증권법리에 기초하여 실물증권으로 발행되고, 실물증권의 교부를 통하여 유통되어 왔다. 상법상 유가증권법리는 "증서 또는 증권과 권리의 관계를 대상으로, 종이에 법률로 정한 일정한 사항을 기재하고 발행인이 기명날인 또는 서명함으로써 일정한 권리가 그 종이에 화체되었다고 보는 것"을 말한다.[1] 「상법」상 유가증권과 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」("자본시장법")상 증권은 서로 다른 용어로 사용되고 있다. 자본시장법상 증권은 투자의 대상이 되는 것 중 투자성을 비롯한 일정한 법정 요건을 충족하는 것은 말한다. 과거 구 증권거래법[2]은 일본의 구 증권거래법[3]상 용어례에 따라서 증권거래법의 적용대상인 금융상품을 '유가증권'으로 정의해 왔다.[4] 그러나 같은 용어를 사용하다 보니 구 증권거래법상 유가증권의 정의를 논의하면서 상법상 유가증권법리에서 기준을 찾는 혼란이 발생하게 되었다. 자본시장법은 이를 바로잡기 위해 구 증권거래법상 '유가증권'이라는 용어를 '증권'으로 변경한 것이다.[5] 「주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률」("전자증권법")[6]에서 그 적용범위를 정하기 위한 기준으로 사용하고 있는 '증권등'이라는 용어는 자본시장법상 증권에 기초한 것으로서 상법상 유가증권과는 전혀 다른 용어이다.

실물증권의 교부를 통한 증권거래는 거래량의 폭증에 따라 변화가 불가피해진다. 특히 1960년대 이후 미국을 중심으로 증권거래량이 급격히 증가하면서 결제수요를 충족하기 위해 증권거래시간 자체를 줄일 수밖에 없는 이른바 '증권사무위기'(paperwork crisis)가 발생하게 된다.[7] 미국의 증권거래위원회는 이러한 사무위기를 해소하기 위해 결제의 대상인 증권의 실물을 없애는 부동화(immobilization)와 다자간 상계의 개념을 이용하여 결제 횟수 자체를 줄이는 청산제도를 도입하였다. 부동화는 증권을 중앙예탁기관에 집중예탁하고, 예탁자계좌부와 투자자계좌부로 구성되는 계좌부상 계좌간 대체의 방식으로 증권을 거래하는 방식을 말한다. 청산은 동일한 증권을 거래한 다수당사자간의 다자간네팅을 통하여 결제 횟수 자체를 줄이는 과정을 말한다.

부동화단계에서도 주주나 사채권자가 요청하면 주권이나 사채권을 발행해야 하는 원칙에는 변함이 없다. 집중예탁과 계좌간 대체를 전자적 방식으로 이행함으로써 실물증권의 발행을 유지할 근거가 없었다. 전자증권법으로 도입된 무권화(dematerialization)는 증권의 발행과 유통에 대하여 전자등록방식으로 전환함으로써 실물증권에 대한 고려를 완전히 제거한다. 증권의 무권화는 이미 확보된 실무를 법

---

* 서울대학교 법학전문대학원 교수

** 본고는 정순섭, 전자증권법 시행에 따른 상법 정비방안, 법무부 연구보고서, 2018.12.를 수정 보완한 것이다.

1) 유가증권에서 요구하는 권리와 증권의 결합 정도에 대해서는 송옥렬, 「상법강의」(홍문사, 2018), 466면.

2) 구 증권거래법은 1962.1.15. 법률 제972호로 제정되어 1962.4.1. 시행되다가, 2009.2.4. 자본시장법 시행과 함께 폐지된 법률을 말한다.

3) 일본의 구 증권거래법은 1948년 제정되어 시행되다가 2006년 증권거래법 전면개정으로 금융상품거래법으로 제명변경되기 전의 것을 말한다. 이 법은 미국 연방증권법인 1933년 증권법(Securities Act)과 1934년 증권거래소법(Securities Exchange Act)의 강력한 영향 아래 제정되었다. 黒沼悦郎, 「金融商品取引法」(有斐閣, 2016), 1면.

4) 일본의 구 증권거래법은 그 입법모델인 미국의 연방증권법상 적용대상상품인 'securities'를 번역할 용어로 상법상 유가증권을 채택한 것이다.

5) 김건식/정순섭, 「자본시장법」(두성사, 2013), 66면.

6) [시행 미정][법률 제14096호, 2016.3.22., 제정]. 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 4년을 넘지 않는 범위에서 대통령령으로 정하는 날부터 시행한다(부칙 1조). 2019.6.18. 국무회의를 통과한 「주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률 시행령」은 일부조항을 제외하고 그 시행일을 2019.9.16.로 정하고 있다(부칙 1조 본문). 이하 조문 인용은 국무회의를 통과한 시행령을 인용한 것이다.

7) 미국에서의 Paperwork Crisis와 증권결제제도의 발전간의 상관관계에 대해서는 Larry E. Bergmann, "The U.S. View of the Role of Regulation in Market Efficiency" (Speech at the International Securities Settlement Conference, London 10 Feb. 2004). <https://www.sec.gov/news/speech/spch021004leb.htm> (2019.6.21. 방문)

제화하는 의미가 강하다. 그러나 실물증권의 존재를 전제로 하는 기존의 「상법」 및 자본시장법상 주주나 사채권자의 권리행사나 증권거래제도 자체에는 혁신적인 변화의 계기가 된 것은 확실하다.

한편 주식이나 사채 등 증권에 관한 거래가 전자화되어도 상법 특히 회사편의 적용이 없어지는 것은 아니다. 상법은 증권의 발행방식과 무관하게 주주나 사채권자와 발행회사의 법률관계를 규정하는 기술중립적인 법률이다. 앞으로 증권발행제도가 전자등록이 아닌 새로운 방식으로 발전해도 현재의 상법은 그대로 적용되어야 하는 것이 원칙이다. 그럼에도 불구하고 전통적인 상법상 주식이나 사채제도는 유가증권법리를 전제로 구축되어 있으므로 주식이나 사채와 같은 증권에 대한 법리를 증권 실물의 존재를 전제하지 않는 상황을 대상으로 새롭게 정비하는 것은 필요한 작업이라고 할 수 있다. 구체적으로는 실물증권의 존재를 전제로 하던 시대에 구축된 회사법의 규율이 증권거래의 전자화에 따른 거래비용의 절감에 장애가 되는지 여부를 검증하는 작업이 필요하게 된 것이다.[8)]

본고는 전자증권제도가 상법상 실물증권의 발행을 전제로 구축된 주식이나 사채제도와 관련하여 새로이 정비될 필요가 있는 사항을 파악하여 해석론상 그리고 입법론상 개선방안을 제시하는 것을 목적으로 한다. 사채는 「공사채등록법」에 의하여, 그리고 국채는 「국채법」에 의하여 등록방식으로 발행되고 있고, 투자신탁의 수익증권이나 투자회사의 주권과 같은 집합투자증권에 대해서는 실물 발행의 필요성이 없어 불소지제도(상법 358조의2)를 이용하고 있어 전자등록은 주식을 중심으로 논의되어 왔다.[9)] 본고에서도 주식을 중심으로 논의하지만 같은 논의를 사채에 대해서도 적용할 수 있을 것으로 본다. 본고는 첫째, 주주 및 사채권자의 권리 특히 주주총회 등에서 권리를 행사할 자를 정하는 기준과 기명식·무기명식 증권의 구분 가능성, 둘째, 주식 및 사채의 발행 및 유통절차, 셋째, 유치권을 포함한 담보권의 설정과 행사, 넷째, 전자증권법상 주주의 권리행사와 관련한 소유자명세 및 소유자명부제도의 상법상 의의, 다섯째, 상법상 주주명부 및 사채원부제도의 정비방안 등을 검토한다.

Ⅱ. 전자증권제도의 구조와 범위[10)]

1. 의의

전자증권제도는 "실물증권을 발행하지 않고 그 권리를 전자등록부에 등록하는 방식으로 발행되고, 전자등록부상 등록을 통하여 증권에 대한 권리의 이전과 행사가 가능한 제도"를 말한다. 전자증권은 전자증권법에 따라 전자등록방식으로 발행된 증권을 말한다. 전자증권법상 '전자등록'은 "주식등의 종류, 종목, 금액, 권리자 및 권리 내용 등 주식등에 관한 권리의 발생·변경·소멸에 관한 정보를 전자등록계좌부에 전자적 방식으로 기재하는 것"을 말한다(2조 2호).[11)]

전자증권은 전자증권법상 '전자등록주식등'(2조 4호) 또는 '전자등록증권'으로 표현하는 것이 정확하다. 국내에서는 '전자증권'이라는 용어를 일반적으로 사용하고 있다. 학계에서는 '주식등의 전자등록제도'와 '전자증권제도'라는 용어가 함께 사용되고 있지만,[12)] 법제처의 공식약칭은 전자증권법이다. 본고에서

---

8) 加藤貴仁, 「振替株式の株主による権利行使の方法に関する一考察ー特に個別株主通知という仕組みの合理性について」, 神作裕之/資本市場研究会(編), 企業法制の将来展望ー資本市場制度の改革への提言〈2016年度版〉, 2016, 208면

9) 박철영, "전자등록제도 하에서의 사채관리에 관한 검토," 상사법연구 제30권 제2호, 2011, 216면. 등록채도 채권자의 청구에 의하여 실물 채권이 발행될 수 있으나 그 발행청구권도 사채의 발행조건으로 제한되어 왔다.

10) 이 장은 전자증권제도의 구조와 범위라는 제목으로 BFL 20198.7월호에 게재될 예정임을 밝혀 둔다.

11) 전자증권의 발행방식에는 전자등록방식과 전자문서방식이 있을 수 있지만, 전자증권법은 전자등록방식을 채택한 것이다. 전자어음법은 전자문서방식을 채택한 것이다.

12) 김순석, "주식 등의 전자등록제도 도입의 필요성과 법적 검토과제," 상사법연구 제24권 제3호, 2005, 132면(전자증권보다는 전자등록제도가 적합한 용어라고 주장); 김순석, "주식 등의 전자등록제도 도입에 따른 주주 보호 방안," 상사법연구 제22권 제3호, 2003, 279-327면; 김지환, "주식의 전자등록제도에 있어서 주주 보호 방안," 상사법연구 제34권 제1호, 2015, 81-120면; 맹수석, "전자증권제도의 시행과 법적 쟁점의 검토," 경영법률 제28집 제4호, 2018, 1-35면; 문상일, "전자증권제도와 주주총회 활성화 방안-주주총회 전자화 논의를 중심으로," 경영법률 제28집 제4호, 2018, 37-58면; 박철영, "전자등록제도 하에서의 사채관리에 관한 검토," 상사법연구 제30권 제2호, 2011, 215-252면; 손진화, "주식 등의 전자등록제도의 도입방안," 상사법연구 제22권 제3

도 전자증권이라는 용어를 사용한다.

전자증권법은 그 제정이유에서 전자증권제도의 도입효과를 "실물증권 발행비용을 절감할 수 있고 실물증권의 보관·관리에 따른 위험요소가 제거되며 조세회피 및 자금세탁 등 음성적 거래의 원천적 차단을 통해 증권거래 및 보유실명제를 도입하는 효과가 발생함은 물론 발행·유통정보의 신속한 제공을 통해 투자자 보호 및 공정거래 질서 확립에 크게 기여할 것"으로 예상된다고 밝히고 있다.[13] 정부안은 전자증권제도를 통하여 "주식·사채 등의 거래질서를 건전화할 뿐만 아니라 그 권리에 관한 정보를 활용한 핀테크(Fintech) 산업을 활성화하는 데에도 이바지할 수 있도록 하기 위하여" 라고 하여 산업정책적 목적도 밝히고 있다.[14]

회사법은 전통적으로 '실물증권'을 통한 발행을 전제로, 증권의 교부를 통하여 증권을 매매하고, 주주명부 등에의 명의개서와 같은 절차를 통하여 회사에 대한 대항력을 확보하는 등 증권의 발행과 유통, 회사에 대한 권리행사라는 주식회사의 집단적 법률관계를 처리해 왔다. 전자증권제도는 전자등록이라는 새로운 기술적 발전을 기초로 증권의 발행과 유통에 관한 제도적 기초를 완전히 변경하는 과정으로 이해하고, 새로운 기술적 발전을 기초로 새로운 법적 접근방법이 필요하다고 본다.

2. 구조와 적용범위

2.1. 의의

주식회사의 전자등록방식에 의한 증권발행을 가능하게 하기 위해서는 첫째, 상법상 주식회사의 주식이나 채권에 관한 전자등록방식의 발행을 허용하는 법적 근거를 두고, 둘째, 전자증권의 구체적인 법률관계를 규정하는 법적 근거가 필요하다.

첫째, 현행 상법은 주식과 사채, 신주인수권과 그 밖의 유가증권에 대하여 전자등록방식에 의한 발행근거를 두고(356조의2, 420조의4 후단, 478조 3항, 65조 2항), 둘째, 전자증권의 구체적인 법률관계, 즉 전자등록의 절차·방법 및 효과, 전자등록기관에 대한 감독, 그 밖에 주식의 전자등록 등에 필요한 사항은 따로 법률로 정하도록 규정하고 있다(356조의2 4항). 여기서 "따로 법률로 정하도록 규정"한 바에 따라 제정된 법률이 전자증권법이다.

2.2. 상법

2.2.1. 적용대상

상법은 전자증권에 대하여 기존의 유가증권법리가 적용되지 않는다는 전제 아래 주식회사의 전자등록방식에 의한 증권발행에 관한 법적 근거를 규정하고 있다. 상법은 주식(356조의2), 사채(478조 3항), 신주인수권(420조의4)과 그 밖의 유가증권(65조)에 대하여 발행근거를 두고 있지만, 조문체계상 주식의 전자등록에 관한 상법 제356조의2가 기본이 되고 있다.

2.2.2. 임의적 채택방식

상법상 증권의 전자등록은 정관변경을 통하여 발행인 스스로 선택할 수 있는 임의적 채택방식을 규정하고 있다. 주식의 전자등록에 대하여 상법은 주식회사는 주권을 발행하는 대신 정관으로 정하는 바에 따라

호, 2003, 73-119면; 심인숙, "주식 및 사채의 전자등록제 도입에 관한 상법개정안 고찰," 상사법연구 제28권 제3호, 2009, 215-256면; 오길영, "전자등록(電子登錄) 주식(株式)의 보유(保有)에 대한 검토(檢討)," 상사법연구 제27권 제2호, 2008, 165-193면; 정경영, "전자증권의 법적 성질과 전자등록제도에 관한 고찰," 상사법연구 제22권 제3호, 2003, 121-178면; 정완용, "전자증권, 전자어음 및 전자문서 등 관련 제반 법률문제," 법조 제65권 제8호, 2016, 5-9면; 정찬형, "전자증권제도의 도입에 따른 법적 과제," 상사법연구 제22권 제3호, 2003, 11-72면; 조용재, "전자증권제도 도입에 따른 법적 쟁점," 일감부동산법학 제7호, 2012, 153-175면; 최지웅, "전자증권제도의 시행과 주주명부제도 개선과제," 경영법률 제28집 제4호, 2018, 59-96면.

13) 「주식.사채 등의 전자등록에 관한 법률안」(의안번호 : 1918631, 제안일자 : 2016.3.2., 제안자 정무위원장). 국회에 제출되었던 다른 전자증권법안도 거의 동일한 입법이유를 밝히고 있다. 「증권 등의 전자등록에 관한 법률안」(의안번호 : 1912722, 발의연월일 : 2014.11.27, 대표발의 이종걸의원); 「주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률안」(의안번호 : 17348, 제출연월일 : 2015.10.23., 제출자 : 정부).

14) 「주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률안」(의안번호 : 17348, 제출연월일 : 2015.10.23., 제출자 : 정부)

전자등록기관의 전자등록부에 주식을 등록할 수 있다고 하여 발행근거를 두고 있다(356조의2 1항).

여기서 정관으로 전자등록방식의 주식발행을 규정할 때 특정 종류나 종목의 주식으로 한정하여 전자등록방식의 주식발행을 규정할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 전자증권법은 주식의 전자등록을 할 때 발행인은 해당 주식등의 종목별로 전자등록신청서등을 작성하여 전자등록기관에 제출하도록 규정하고 있다(25조 3항 전단). 따라서 법문상으로는 주식회사는 정관에서 주식의 종목별로 전자등록대상을 정할 수 있다는 해석도 가능할 것이다. 그러나 상장회사협회에서 발간하는 2019년 개정 상장회사 표준정관[15]은 주식, 신주인수권, 사채의 전부에 대하여 전자등록방식으로 발행할 것인지 여부를 규정하는 방식을 채택하고 있다. 상장회사 표준정관은 주식 및 신주인수권증서에 표시되어야 할 권리의 전자등록에 대하여는 "이 회사는 주권 및 신주인수권증서를 발행하는 대신 전자등록기관의 전자등록계좌부에 주식 및 신주인수권증서에 표시되어야 할 권리를 전자등록한다"라고(9조), 그리고 사채 및 신주인수권증권에 표시되어야 할 권리의 전자등록에 대하여는 "이 회사는 사채권 및 신주인수권증권을 발행하는 대신 전자등록기관의 전자등록계좌부에 사채 및 신주인수권증권에 표시되어야 할 권리를 전자등록한다"라고(15조의2) 규정하고 있다.[16] 여기서 말하는 사채에 해외에서 발행하는 사채도 포함된다고 볼 것인가. 취지상 국내자본시장에서 발행되는 경우에 한정적으로 적용된다고 보는 것이 타당할 것이다.

전자등록의 효력에 대하여는 전자등록부에 등록된 주식의 양도나 입질은 전자등록부에 등록을 효력발생요건으로 규정하고 있다(356조의2 2항). 상법은 전자등록부에의 등록에 대하여 권리를 적법하게 보유한 것으로 추정하는 권리추정력을 인정하고, 전자증권에 대한 선의취득을 인정한다(356조의2 3항). 그리고 전자등록의 절차·방법 및 효과, 전자등록기관에 대한 감독, 그 밖에 주식의 전자등록 등에 필요한 사항은 전자증권법으로 정한다(356조의2 4항).

2.2.3. 전자증권법

2.2.3.1. 적용대상

전자증권법상 적용대상증권에는 주식, 사채, 국채, 그 밖의 증권·증서 등에 표시되어야 할 권리가 널리 포함된다. 전자증권법은 그 적용대상인 '주식등'을 한정적으로 열거하는 구조를 취하고 있다. 주식등에는 주식, 신탁법상 신탁사채 및 자본시장법상 조건부자본증권을 포함한 사채, 국채, 지방채, 법률에 따라 직접 설립된 법인이 발행하는 채무증권에 표시되어야 할 권리, 신주인수권증서 또는 신주인수권증권에 표시되어야 할 권리, 신탁법상 수익자가 취득하는 수익권, 자본시장법상 투자신탁의 수익권, 「이중상환청구권부 채권 발행에 관한 법률」에 따른 이중상환청구권부 채권, 「한국주택금융공사법」에 따른 주택저당증권 또는 학자금대출증권에 표시되어야 할 권리, 「자산유동화에 관한 법률」에 따른 유동화증권에 표시될 수 있거나 표시되어야 할 권리, 자본시장법상 파생결합증권에 표시될 수 있거나 표시되어야 할 권리로서 시행령으로 정하는 권리,[17] 증권예탁증권에 표시될 수 있거나 표시되어야 할 권리로서 시행령으로 정하는 권리,[18] 외국법인등[19]이 국내에서 발행하는 증권 또는 증서에 표시될 수 있거나 표시되어야 할 권리로서 이상의 증권에 해당하는 권리, 이러한 권리와 비슷한 권리로서 그 권리의

---

15) 한국상장회사협의회, 2019 상장회사 표준정관, 2018.11. 개정 상장회사 표준정관은 전자증권법 시행일부터 시행한다(동 부칙).

16) 상장회사 표준정관은 조건부자본증권에 대해서는 사채로 보아 별도의 규정을 두지 않아도 되지만, 조건부자본증권의 발행근거를 정관에 규정한 경우에는 해당 조문과의 균형을 고려하여 위 조문에 조건부자본증권의 전자등록에 관한 근거규정을 추가할 수 있다고 기재하고 있다. 한국상장회사협의회, 2019 상장회사 표준정관, 2018.11, 25면.

17) 시행령안은 자본시장법시행령 제4조의3제1호에 따른 증권 또는 증서에 표시된 권리와 그 밖에 제1호에 따른 권리와 유사한 것으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 권리를 규정하고 있다(전자증권법 2조1호타목; 시행령 안 2조 1항 1호·2호).

18) 시행령안은 자본시장법 제4조제8항에 따른 증권예탁증권 중 국내에서 발행되는 것에 표시될 수 있거나 표시되어야 할 권리를 규정하고 있다(전자증권법 2조1호파목; 시행령 안 2조 2항).

19) 외국법인등은 외국 정부, 외국 지방자치단체, 외국 공공단체, 외국 법령에 따라 설립된 외국 기업, 조약에 따라 설립된 국제기구, 외국 법령에 따라 설정·감독하거나 관리되고 있는 기금이나 조합, 외국 정부·외국 지방자치단체 또는 외국 공공단체에 의하여 설정·감독하거나 관리되고 있는 기금이나 조합, 조약에 따라 설립된 국제기구에 의하여 설정·감독하거나 관리되고 있는 기금이나 조합을 말한다(자본시장법 9조 16항 1호-6호; 동 시행령 13조 1항,2항).

발생·변경·소멸이 전자등록계좌부에 전자등록되는 데에 적합한 것으로서 시행령으로 정하는 권리[20]가 포함된다(2조 1호).

그러나 자본시장법상 채무증권에 해당하는 기업어음증권은 첫째, 전자증권법상 전자등록대상증권으로 열거되어 있지 않은 점, 둘째, 어음법상 어음은 실물증서에 의한 발행이 전제되어 있는 점, 셋째, 전자어음법상 전자어음은 전자문서방식을 취하고 있는 점(2조 2호) 등을 고려할 때 전자증권제도의 대상으로 하기에 적합하지 않다.

상법은 주식(356조의2), 사채(478조 3항), 신주인수권(420조의4) 이외에 유가증권(65조)에 대하여도 전자등록방식의 발행을 허용하고 있다. 자본시장법상 증권에 해당하지 않는 것으로서 상법상 유가증권에 해당하는 것에 대해서는 전자증권법상 "가목부터 하목까지의 규정에 따른 권리와 비슷한 권리로서 그 권리의 발생·변경·소멸이 전자등록계좌부에 전자등록되는 데에 적합한 것으로서 대통령령으로 정하는 권리"로서 전자증권법시행령에 규정되어야 할 것이다(2조 1호 거목).

2.2.3.2. 신청주의 원칙

전자증권법상 주식 등의 전자등록은 발행인이 전자등록기관에 전자등록을 신청하는 방식으로 이루어진다(24조 1항 본문). 그러나 상장주식등, 투자신탁의 수익권 또는 투자회사의 주식, 그 밖에 권리자 보호 및 건전한 거래질서의 유지를 위하여 신규 전자등록의 신청을 하도록 할 필요가 있는 주식등으로서 시행령으로 정하는 주식등[21]은 전자증권법 시행일에 자동으로 전자증권으로 전환된다(부칙 3조 1항, 25조 1항 각호). 전자등록기관은 신청 대상의 전자등록 적합 여부 등을 심사한다.

2.2.3.3. 전자등록의 거부

전자등록기관은 해당 주식등이 성질상 또는 법령에 따라 양도될 수 없거나 그 양도가 제한되는 경우, 같은 종류의 주식등의 권리자 간에 그 주식등의 권리 내용이 다르거나 그 밖에 해당 주식등의 대체가능성이 없는 경우, 그 밖에 주식등의 신규 전자등록이 부적절한 경우로서 시행령으로 정하는 경우에는 전자등록을 거부할 수 있다(25조 6항 1호 가목-다목).

양도제한 주식 등의 경우 현행 예탁제도 하에서도 예탁의 대상으로 허용되고 있으므로, 전자등록대상으로도 수용될 가능성이 높다고 본다. 현행 한국예탁결제원의 증권등예탁업무규정은 지분증권의 예탁대상증권 지정요건으로서 정관상 양도제한이 없을 것을 원칙으로 하면서(7조 1항 1호 본문) "다만, 그 양도의 제한에 기한이 있는 등 해당 증권의 예탁 및 계좌대체 등의 업무수행에 지장이 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다"고 하여 폭넓게 예외를 인정하고 있다.

3. 참여기관과 법적 구조

3.1. 전자등록기관과 계좌관리기관

3.1.1. 전자등록기관

전자증권법상 전자등록기관은 주식등의 전자등록에 관한 제도의 운영을 위하여 동법상 허가를 받은 자를 말한다(2조 6호). 전자증권법상 전자등록업을 하려는 자는 전자등록업 허가업무 단위의 전부 또는 일부를 선택하여 금융위원회 및 법무부장관으로부터 하나의 전자등록업허가를 받아야 한다(5조 1

---

20) 시행령안은 양도성 예금증서에 표시될 수 있거나 표시되어야 할 권리, 「은행법」 및 「금융지주회사법」에 따른 조건부자본증권에 표시되어야 할 권리, 그 밖에 해당 권리의 유통가능성 및 대체가능성 등을 고려하여 금융위원회가 정하여 고시하는 권리를 규정하고 있다(전자증권법 2조1호거목; 시행령 안 2조 3항 1호-3호).

21) 전자증권법 시행령안은 자본시장법상 조건부자본증권에 표시되어야 할 권리, 상법상 파생결합사채(469조 2항 3호), 「한국주택금융공사법」에 따른 주택저당증권 또는 학자금대출증권에 표시되어야 할 권리, 전자증권법상 등록대상인 파생결합증권에 표시될 수 있거나 표시되어야 할 권리와 증권예탁증권에 표시될 수 있거나 표시되어야 할 권리(전자증권법 2조 1호 차목·타목·파목), 「은행법」 및 「금융지주회사법」에 따른 조건부자본증권에 표시되어야 할 권리, 그 밖에 주식등의 발행 및 유통 구조, 주식등에 대한 권리자의 권리행사 내용과 방법 등을 고려하여 신규 전자등록 신청을 해야 할 필요가 있는 주식등으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 권리를 규정하고 있다(18조 1항 1호-4호). 상법상 파생결합사채는 발행인이 자본시장법상 투자매매업자인 경우에 한정된다.

항). 전자등록업 허가업무 단위는 전자등록의 대상이 되는 주식등의 범위를 구성요소로 하여 시행령으로 정하는 업무 단위를 말한다.

전자증권법은 전자등록기관의 허가요건을 상법상 주식회사일 것, 100억원 이상의 자기자본, 사업계획의 타당성과 건전성, 권리자의 보호가 가능하고 전자등록업을 수행하기에 충분한 인력과 전산설비, 그 밖의 물적 설비의 구비, 정관 및 전자등록업무규정의 적합성과 충분성, 임원 및 대주주의 적격성, 사회적 신용과 이해상충방지체계의 구축 등으로 규정하고 있다(5조 2항). 한국예탁결제원은 전자증권법 공포 후 6개월이 경과한 날 전자등록기관의 허가를 받은 것으로 본다(부칙 8조 1항).

전자등록기관은 발행인관리계좌, 계좌관리기관등 자기계좌, 발행인관리계좌부 등의 작성 및 관리, 주식등의 전자등록, 소유자명세 작성 및 통보, 전자증권의 권리행사 대행, 발행내역공표 등, 고객관리계좌의 개설·폐지 및 관리 등의 업무를 담당한다.

3.1.2. 계좌관리기관

전자증권법상 계좌관리기관은 은행, 보험회사, 증권에 관한 투자매매업자와 투자중개업자, 집합투자재산을 보관·관리하는 신탁업자 및 외국전자등록기관(19조 1호-8호)으로서 고객계좌를 관리하는 자를 말한다(2조 7호). 계좌관리기관은 구체적으로 고객계좌의 개설 및 관리, 고객계좌부의 작성과 관리, 고객계좌부를 통한 주식등의 전자등록업무를 담당한다(20조 1항). 계좌관리기관이 아닌 자는 "전자등록기관에 고객관리계좌, 그 밖에 이와 비슷한 계좌를 개설하여 주식등의 전자등록에 관한 업무"를 할 수 없다(20조 2항).

3.2. 법적 구조

3.2.1. 복층형·개별관리방식

전자증권제도는 전자등록기관과 투자자 사이에 중개기관의 개입단계를 기준으로 다층형과 복층형으로,[22] 전자등록기관이 투자자들의 개별권리상황을 파악할 수 있는지 여부를 기준으로 개별관리형과 통합관리형으로 구분된다. 전자증권법은 아래 〈그림 2-1〉 전자증권제도의 구성에서 보는 바와 같이 중개기관의 개입단계를 기준으로는 전자등록기관과 투자자 사이에 1단계의 중개기관만 존재하는 복층형, 전자등록기관이 개별투자자의 권리상황을 파악할 수 없는 개별관리방식을 채택하고 있다.[23] 전자증권법은 계좌관리기관은 고객계좌부에 전자등록된 전자증권의 총수량 또는 총금액을 관리하기 위하여 전자등록기관에 고객관리계좌를 개설해야 하고, 전자등록기관은 계좌관리기관별로 고객관리계좌부를 작성해야 한다고 하여 복층형과 개별관리방식을 규정하고 있다(22조 3항,4항).

3.2.2. 계좌와 계좌부

3.2.2.1. 의의

전자증권법상 이용되는 계좌는 전자등록계좌부, 발행인관리계좌부, 고객관리계좌부로 구성된다. 전자등록계좌부는 고객계좌부(22조 2항)와 계좌관리기관등 자기계좌부(23조 2항)를 말한다(2조 3호). 전자등록기관은 발행인관리계좌부, 고객관리계좌부, 계좌관리기관등 자기계좌부를, 계좌관리기관은 고객계좌부를 각각 관리한다.

3.2.2.2. 전자등록계좌부

전자등록계좌부는 주식등에 관한 권리의 발생·변경·소멸에 대한 정보를 전자적 방식으로 편성한 장부로서 고객계좌부(22조 2항)와 계좌관리기관등 자기계좌부(23조 2항)를 말한다(2조 3호). 전자등록계좌부에는 주식등에 관한 권리가 전자등록된다. 전자증권법은 전자등록계좌부에는 기재사항을 '전자등록한다'라고, 그리고 아래에서 보는 관리계좌부에는 기재사항을 '기록한다'라고 하여 구별하고 있다.

고객계좌는 전자등록주식등의 권리자가 되려는 자가 계좌관리기관에 개설하는 계좌를 말한다(22조 1항). 고객계좌가 개설된 경우 계좌관리기관은 권리자의 성명 또는 명칭 및 주소, 발행인의 명칭, 전자

22) 허항진, "유가증권의 전자화와 그 법적 과제에 관한 연구," 법학연구 제30집, 2008, 187-194면.
23) 노혁준, 앞의 논문, 1648-1649면.

등록주식등의 종류, 종목 및 종목별 수량 또는 금액, 전자등록주식등에 질권이 설정된 경우에는 그 사실, 전자등록주식등이 신탁재산인 경우에는 그 사실, 전자등록주식등의 처분이 제한되는 경우에는 그에 관한 사항, 그 밖에 고객계좌부에 등록할 필요가 있는 사항으로서 시행령으로 정하는 사항을 전자등록하여 권리자별로 고객계좌부를 작성한다(22조 2항 1호-7호).

계좌관리기관등 자기계좌는 계좌관리기관, 법률에 따라 설립된 기금, 그 밖에 전자등록기관에 주식등을 전자등록할 필요가 있는 자로서 시행령으로 정하는 자가 스스로 전자등록주식등의 권리자가 되려는 경우에 전자등록기관에 개설하는 계좌를 말한다(23조 1항). 계좌관리기관등 자기계좌가 개설된 경우 전자등록기관은 계좌관리기관등의 성명 또는 명칭 및 주소, 발행인의 명칭, 전자등록주식등의 종류, 종목 및 종목별 수량 또는 금액, 전자등록주식등에 질권이 설정된 경우에는 그 사실, 전자등록주식등이 신탁재산인 경우에는 그 사실, 전자등록주식등의 처분이 제한되는 경우에는 그에 관한 사항, 그 밖에 고객계좌부에 등록할 필요가 있는 사항으로서 시행령으로 정하는 사항, 그 밖에 계좌관리기관등 자기계좌부에 등록할 필요가 있는 사항으로서 시행령으로 정하는 사항을 전자등록하여 계좌관리기관등 자기계좌부를 작성해야 한다(23조 2항 1호-3호).

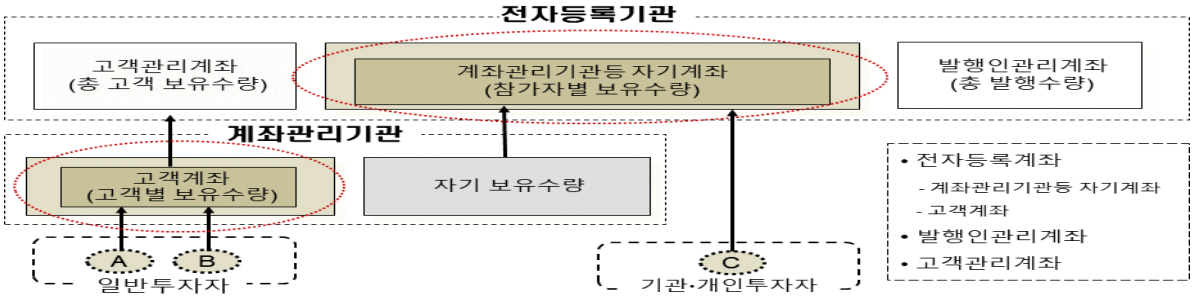
3.2.2.3. 관리계좌부

관리계좌부는 고객관리계좌부와 발행인관리계좌부를 말한다. 관리계좌부는 주식등에 대한 권리를 전자등록하는 것이 아니라 전자등록기관이 고객분과 발행인별 발행내역의 관리를 위하여 개설하는 것이다.

고객관리계좌는 계좌관리기관이 고객계좌부에 전자등록된 전자등록주식등의 총수량 또는 총금액을 관리하기 위하여 전자등록기관에 개설하는 계좌를 말한다(22조 3항). 고객관리계좌가 개설된 경우 전자등록기관은 계좌관리기관의 명칭 및 주소, 전자등록주식등의 종류, 종목 및 종목별 수량 또는 금액, 그 밖에 고객관리계좌부에 등록할 필요가 있는 사항으로서 시행령으로 정하는 사항을 기록하여 계좌관리기관별로 고객관리계좌부를 작성해야 한다(22조 4항 1호-3호).

발행인관리계좌는 발행회사 등[24]이 주식등을 전자등록방식으로 발행하기 위하여 전자등록기관에 개설하는 계좌를 말한다(21조 1항). 발행인관리계좌가 개설된 경우 전자등록기관은 발행인의 명칭 및 사업자등록번호, 그 밖에 발행인을 식별할 수 있는 정보로서 시행령으로 정하는 정보, 전자등록주식등의 종류, 종목 및 종목별 수량 또는 금액, 그 밖에 발행인관리계좌부에 기록할 필요가 있는 사항으로서 시행령으로 정하는 사항을 기록하여 발행인별로 발행인관리계좌부를 작성해야 한다(21조 2항 1호-3호). 여기서 발행인은 발행회사 등에 해당하는 자로서 발행인관리계좌를 개설한 자를 말한다. 발행인관리계좌부에 기록된 전자등록주식등의 종목별 수량 또는 금액이 주주명부, 신탁법이나 자본시장법상 수익자명부, 「국채법」, 「국고금 관리법」 또는 「한국은행 통화안정증권법」에 따른 등록부, 그 밖에 주식등의 권리자에 관한 장부로서 시행령으로 정하는 장부에 기재된 주식등의 종목별 수량 또는 금액과 다른 경우에는 그 장부에 기재된 수량 또는 금액을 기준으로 한다(21조 3항). 발행인은 발행인관리계좌의 기재사항이 변경된 경우에는 지체 없이 그 내용을 전자등록기관에 통지해야 하고, 전자등록기관은 그 통지 내용에 따라 지체 없이 발행인관리계좌부의 기록을 변경해야 한다(21조 4항).

〈그림 2-1〉 전자증권제도의 구성 (자료) 한국예탁결제원



24) 주식등을 전자등록의 방법으로 새로 발행하려는 자, 이미 주권, 그 밖에 시행령으로 정하는 증권 또는 증서가 발행된 주식등의 권리자에게 전자등록의 방법으로 주식등을 보유하게 하거나 취득하게 하려는 자, 그 밖에 제1호 및 제2호에 준하는 자로서 시행령으로 정하는 자.

4. 전자등록의 효력

4.1. 의의

전자등록은 권리추정력, 권리이전의 효력발생요건, 제3자 대항요건, 선의취득 등의 효력을 가지게 된다.

4.2. 권리추정력

전자등록계좌부에 전자등록된 자는 해당 전자증권에 대하여 전자등록된 권리를 적법하게 가지는 것으로 추정한다(35조 1항). 상법도 주식에 대하여 "전자등록부에 주식을 등록한 자는 그 등록된 주식에 대한 권리를 적법하게 보유한 것으로 추정"하는 규정(356조의2 3항)을 두고 신주인수권과 사채, 그 밖의 유가증권에 준용하고 있다.

전자증권법은 전자등록된 자는 전자등록된 권리 그 자체를 가지는 것을 전제로 입법된 것이다. 이 점에서 중개기관에 대한 증권권리(securities entitlement)로 구성하는 미국이나 신탁수익권으로 보는 영국과는 다르다.

4.3. 권리이전의 효력발생요건

전자증권을 양도하거나 질권의 목적으로 하는 경우에는 전자등록계좌부에 전자등록해야 효력이 발생한다(상법 356조의2 2항). 전자증권법은 이를 양도와 입질로 구분하여 규정하고 있다. 전자증권을 양도하는 경우에는 계좌간 대체의 전자등록(30조)을 해야 그 효력이 발생한다(35조 2항). 전자증권을 질권의 목적으로 하는 경우에는 제31조에 따른 질권 설정의 전자등록을 해야 입질의 효력이 발생한다(35조 3항 전단). 이 경우 「상법」 제340조 제1항에 따른 주식의 등록질의 경우 질권자의 성명을 주권에 기재하는 것에 대해서는 그 성명을 전자등록계좌부에 전자등록하는 것으로 갈음한다(35조 3항 후단).

4.4. 제3자 대항요건

전자증권의 신탁은 전자증권이 신탁재산이라는 사실을 전자등록함으로써 제3자에게 대항할 수 있다(35조 4항). 전자증권과 신탁의 관계에 대해서는 아래 제5장 4. 전자증권과 신탁에서 논의한다.

4.5. 선의취득

4.5.1 문제

전자증권에 대해서도 선의취득을 인정할 수 있는가. 전자증권법의 입법을 위한 논의과정에서 전자증권에 대한 선의취득을 인정할 것인지 여부는 전자증권의 유가증권성을 인정할 것인지, 그렇지 않을 경우 선의취득법리를 인정할 수 있는 근거 등을 중심으로 중요한 쟁점이 되었다.[25] 예컨대 계좌관리기관이 고객계좌의 증권을 권리자인 고객의 지시 없이 다른 계좌로 이체한 경우 처리방법이 문제되는 것이다. 만일 수취계좌로부터 지급계좌로의 원상회복이 가능하다면 문제는 상대적으로 쉽게 해결될 수 있다. 그러나 그러한 절차를 위해서는 계좌간 실제 움직인 증권의 흐름을 확인할 수 있어야 한다. 특히 장내증권거래의 경우 거래소나 다자간매매체결회사의 매매체결기능을 통한 매매체결, 청산기관을 통한 다자간 청산, 결제기관을 통한 결제의 3단계를 거치게 되는 현재의 증권거래시스템상 그러한 확인은 현실적으로 불가능하다. 실물증권의 발행을 전제로 하는 예탁제도에서는 동산에 대한 선의취득법리를 적용할 수 있었다. 그러나 실물증권이 존재하지 않는 전자증권제도에서는 동산에 대한 선의취득법리를 적용할 수 없다.

4.5.2 입법적 해결

전자등록제도에서의 전자증권의 법적 성질에 대하여 "종이매체인 실물증권으로부터 전자데이터인 등록계좌부의 기록으로 바뀌는 것에 불과하여 유가증권의 본질은 조금도 변하지 않게 된다"고 보는 견해

25) 김순석, "주식 등의 전자등록제도 도입에 따른 주주 보호방안," 상사법연구 제22권 제3호, 2003, 282-306면; 김순석, "주식 등의 전자등록제도 도입의 필요성과 법적 검토과제," 상사법연구 제24권 제3호, 2005, 136-137면.

도 있다.[26] 그러나 전자등록방식으로 발행된 전자증권에 전통적으로 "종이와 권리의 관계"를 중심으로 형성되어 온 유가증권개념에 기초한 법리의 적용이나 그 유추적용을 위한 시도는 적절하다고 생각되지 않는다.[27]

상법과 전자증권법은 이 문제를 입법적으로 해결하였다. 상법은 전자등록부를 선의로, 중대한 과실 없이 신뢰하고 전자등록에 따라 권리를 취득한 자는 그 권리를 적법하게 취득한다고 규정(상법 356조의2 3항)하고, 이를 신주인수권과 사채, 그 밖의 유가증권에 준용하고 있다. 전자증권법은 선의로 중대한 과실 없이 전자등록계좌부의 권리 내용을 신뢰하고 소유자 또는 질권자로 전자등록된 자는 해당 전자증권에 대한 권리를 적법하게 취득한다고 하여 일반규정을 두고 있다(전자증권법 35조 5항). 전자등록부에 일종의 공신력을 인정한 것으로 볼 수도 있을 것이다.[28]

4.6. 실물증권의 실효

전자증권제도가 시행된 이후 적용대상증권에 대하여 증권이나 증서를 발행하는 것은 무권화의 근본취지에 반하고 시장의 극심한 혼란을 초래할 수 있다. 따라서 발행인은 전자증권에 대해서는 증권 또는 증서를 발행할 수 없다(36조 1항). 이에 위반하여 발행된 증권 또는 증서는 효력이 없다(36조 2항).

그리고 이미 주권등이 발행된 주식등이 신규 전자등록된 경우 그 전자증권에 대한 주권등은 기준일부터 그 효력을 잃는다(36조 3항 본문). 다만, 기준일 당시 「민사소송법」에 따른 공시최고절차가 계속 중이었던 주권등은 그 주권등에 대한 제권판결의 확정, 그 밖에 이와 비슷한 사유가 발생한 날부터 효력을 잃는다(36조 3항 단서).

Ⅲ. 주주 및 사채권자의 권리

1. 주주 및 사채권자의 권리를 행사할 자를 정하는 기준

1.1. 의의

전자증권법상 주주나 사채권자가 가지는 권리는 무엇인가. 전자증권법 제35조는 주주나 사채권자가 발행인에 대하여 개별적, 직접적 권리를 가지는 것을 전제하고 있다. 전자등록계좌부[29]상 중개기관을 통하여 주주나 사채권자가 보유하는 권리를 증권권리(securities entitlement)나 신탁수익권으로 인식하는 미국이나 영국과 달리 증권 그 자체로 인식하는 일본의 법제를 도입한 결과물이다.[30]

"실물 증권의 폐기"라는 의미에서 무권화를 하면서 "다시 증권의 존재 그 자체를 법률상 의제"하는 점에서 매우 독특한 논리구조를 취한 것으로 생각된다. 그러나 국내에서는 미국의 증권권리나 영국의 신탁수익권이 법적 개념으로서는 여전히 생소한 점을 고려할 때 불가피한 측면이 있는 점도 부정할 수 없다.

1.2. 주식 등의 소유권

그러면 주식이나 사채에 대한 권리를 행사할 자를 정하는 기준을 무엇으로 볼 것인가. 이를 위해 전자증권법은 '전자등록주식등의 소유자'(2조 5호) 또는 '해당 주식등의 소유자'나 '소유자가 가진 주식등'(37조 1항 본문)이라고 하여 전자증권에 대한 소유권을 인정하고 있다. 실물 증권이 존재하지 않는

---

26) 허항진, 앞의 논문, 200면.

27) 김지환, 앞의 논문, 83면; 손진화, 앞의 논문, 83면("전자등록부상 권리가 등록된 계좌는 유가증권법정주의에 의한 유가증권인가를 검토할 필요없이 유가증권성이 인정되지 않는다"); 정경영, "전자증권의 법적 성질과 전자등록제도에 관한 고찰," 상사법연구 제22권 제3호, 2003, 121-178면("종이문서증권이나 전자문서증권의 발행이 없다는 점에서 유가증권의 개념을 일탈하고 있다").

28) 정경영, "IT화 관련 회사법 개정의견," 상사법연구 제24권 제2호, 2005, 266면.

29) 전자증권법상 전자등록계좌부는 주식등에 관한 권리의 발생·변경·소멸에 대한 정보를 전자적 방식으로 편성한 장부로서 고객계좌부와 계좌관리기관등 자기계좌부를 말한다(2조 3호 가목,나목).

30) 정순섭 외, 전자증권제도 법제화방안 연구, 2014, 24-30면.

상황에서 주식이나 사채에 대한 소유권을 인정하는 것으로서 "주권이 발행되지 않는 전자증권 방식 하에서 주주가 전자등록된 주식에 대하여 (주권에 대한 소유권에 대응하는) 소유권을 갖도록 하는 것이 타당한지는 논란이 있을 수 있는 부분"[31]이라는 평가를 받고 있다.

전자증권법상 주주나 사채권자로서 권리행사를 위해서는 전자증권에 대한 소유자로 인정되어야 한다. 발행인은 소유자명세의 통지를 받은 경우 통지받은 사항과 통지 연월일을 기재하여 주주명부등을 작성·비치해야 한다(37조 6항). 전자증권의 소유자가 소유자증명서를 발행인이나 그 밖에 시행령으로 정하는 자에게 제출한 경우에는 그 자에 대하여 소유자로서의 권리를 행사할 수 있다(39조 5항). 전자증권의 소유자는 소유내용의 통지를 받은 경우 그 내용에 대하여 해당 전자증권의 발행인등에게 소유자로서의 권리를 행사할 수 있다(40조 4항).

예탁제도에서는 예탁결제원에 혼장임치된 주식 등에 대한 공유지분을 보유한 자를 실질주주 등으로 보아 권리행사를 인정하는 구조이다. 전자증권법상으로는 실물 증권이 존재하지 않으므로 개별 주주 등이 전자등록계좌부상 가지는 권리를 '주식 등에 대한 소유권'으로 인식하고 이를 근거로 상법상 주주 등으로서의 권리행사를 위한 기준으로 삼고 있는 것이다.

1.3. 상법과의 관계

전자증권법은 전자증권에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 동법에서 정하는 바에 따른다고 규정하고 있다(3조). 전자증권법은 상법상 주주 등으로서의 권리를 행사할 자를 정하는 기준을 제시한 것일 뿐이다. 전자등록주식 등의 권리자의 주주 등으로서의 권리행사의 구체적인 내용과 방법은 상법에 따른다.

2. 기명식과 무기명식의 구분

2.1. 의의

전자증권법은 주식이나 사채에 관하여 여전히 기명식과 무기명식의 구분을 규정하고 있다(37조 1항,2항,3항,5항,6항 단서). 전자증권법은 무기명식 주식 등에 대한 특칙을 3가지 규정하고 있다. 첫째, 발행인은 전자등록기관으로부터 소유자명세의 통지를 받은 경우 통지받은 사항과 통지 연월일을 기재하여 주주명부등을 작성·비치해야 한다(37조 6항 본문). 다만, 해당 주식등이 무기명식인 경우에는 주주명부를 작성하지 않는다(37조 6항 단서). 둘째, 조건부자본증권의 전환 등과 관련하여 소유자명세의 작성이 필요한 경우가 있다. 전자증권법은 전자증권으로서 무기명식 주식등의 발행인은 자본시장법 제165조의11에 따른 조건부자본증권이 주식으로 전환되는 경우, 그 밖에 해당 주식등이 다른 주식등으로 전환되는 경우로서 시행령으로 정하는 경우에 소유자명세의 작성이 필요하면 전자등록기관에 소유자명세의 작성을 요청할 수 있다(37조 3항). 셋째, 전자증권법은 전자증권으로의 전환에 관한 특례로서 사채권, 그 밖의 무기명식 증권에 표시된 권리로서 동법 시행 당시 그 사채권등이 한국예탁결제원에 예탁되지 않은 금액 또는 수량에 대해서는 전자증권으로 전환되지 않는다는 특례를 인정하고 있다(부칙 3조 2항 전단). 다만 이 경우 그 사채권등이 「공사채 등록법」에 따라 예탁결제원에 등록된 공사채로서 전자증권법 시행 당시 예탁결제원에 예탁되지 않은 금액 또는 수량에 대해서는 전자증권법 시행 후 해당 공사채에 대하여 시행령으로 정하는 방법 및 절차에 따라 그 소유자의 신청을 받아 전자증권으로 전환된다(부칙 3조 2항 후단).

위 셋째는 전자등록제도 도입 이전에 발행된 무기명식 증권을 대상으로 한 규정이고 위 첫째는 전자등록계좌부와 주주명부의 관계를 어떻게 설정하는지에 따라 필요성이 없는 규정이 될 수도 있다.

2.2. 상법상 무기명식 주식의 폐지

상법은 2014. 5. 20. 개정에서 무기명식 주권의 발행을 폐지하였다. 그 이유로는 첫째, 1963년 시행된 제정 상법에서부터 존재한 무기명주식 제도는, 현재까지 발행 사례도 없어 기업의 자본조달에

31) 노혁준, "전자증권법의 상법상 쟁점에 관한 연구 : 주식관련 법리를 중심으로," 비교사법 제24권 제4호, 2017, 1651면.

기여하지 못하고 있는 점, 둘째, 소유자 파악이 곤란하여 양도세 회피 등 과세사각지대의 발생 우려가 있으며, 조세 및 기업 소유구조의 투명성 결여로 인한 국가의 대외신인도를 저하시키는 원인이 되고 있는 점, 셋째, 프랑스·일본·미국·독일 등 주요 선진국들도 무기명주식 제도를 폐지하는 추세 등으로 더 이상 유지할 실익이 없다고 보인다는 점 등을 들고 있다.[32] 동 개정법률 시행전에 발행된 무기명식의 주권에 관하여는 종전의 규정이 적용된다(부칙 〈법률 제12591호, 2014. 5. 20.〉 2조). 상법상 무기명사채제도는 그대로 유지되고 있다.

2.3. 무기명식 증권의 가능성

전자증권제도에서도 기명식과 무기명식의 구분이 유효한가. 부동화에 기초한 예탁제도는 여전히 실물 증권의 발행을 전제로 하고 있으므로 기명식과 무기명식의 구분이 당연히 가능하다. 그러나 전자등록 그 자체를 발행방식으로 하는 전자등록제도에서는 기명식과 무기명식의 구분은 개념상 존재할 수 없다. 실물 증권 자체가 발행되지 않는 상황에서 증권이나 증서의 권면에 주주나 사채권자의 성명이나 명칭을 기재하지 않는다는 의미에서의 기명과 무기명은 개념상 존재할 수 없기 때문이다.

2.4. 기명식과 무기명식 구분의 폐지

전자등록제도의 제도적 기능으로 첫째, "발행된 증권의 수량 및 내역, 투자자별 보유현황 및 거래내역 등이 전자적으로 기록됨에 따라 증권의 발행·유통현황 파악이 용이"하고, 둘째, "증권의 발행·유통정보 DB화 및 신속한 정보 업데이트가 가능해져 감독당국의 시장 모니터링의 효율성 제고"가 가능하며, 셋째, "증권의 실소유주 확인 및 거래내역 파악이 용이해 짐에 따라 조세회피, 자금세탁 등 음성적 거래 차단 가능"하다는 점이 강조되어 왔다.[33] 결국 "무기명증권도 소유자 본인명의 계좌에 증권을 등록하여야 하므로 사실상 기명증권화"하는 것이다. 따라서 전자등록제도에서 기명식과 무기명식 증권의 구분은 의미가 없다. 상법상 기명식과 무기명식 증권의 구분은 첫째, 전자증권발행회사에 대해서는 전자등록제도 시행 이전에 이미 발행되어 존재하는 경우, 둘째, 예탁제도를 그대로 이용하는 회사, 셋째, 실물 증권을 발행하는 회사를 제외하고는 기명식과 무기명식 증권의 구분은 의미가 없다고 보는 것이 타당하다.

무기명증권제도는 상법상 무기명주식제도가 폐지된 이상 무기명사채에 대해서만 의미가 있다. 그러나 사채에 대해서도 전자등록발행을 할 경우 무기명사채는 존재할 수 없다. 전자증권제도의 적용대상이 아닌 회사에 대해서는 여전히 의미를 가질 수 있을 것이다.

Ⅳ. 증권의 발행과 양도

1. 증권의 발행

1.1. 주식의 일괄전환과 상법상 정관 기재사항

1.1.1. 주식등의 전자등록과 정관변경

상법은 주식회사는 "정관으로 정하는 바에 따라 전자등록기관의 전자등록계좌부에 주식을 등록할 수 있다"고 규정하고 있다(356조의2 1항). 주식회사가 전자등록방식으로 주식을 발행하기 위해서는 정관에 관련사항을 기재해야 한다는 의미이다. 전자증권법은 전자증권으로의 전환에 관한 특례를 두어 동법상 일괄전환의무대상주식등(동법 25조 1항)은 발행인의 신규 전자등록 신청이 없더라도 동법 시행일부터 전자증권으로 전환된다고 규정하고 있다(부칙 3조 1항).

1.1.2. 주식등의 의무전환과 정관변경

이러한 의무전환대상주식등의 발행회사에 대해서는 전자주식의 발행 등에 관한 사항을 기재하기 위

32) 상법 일부개정법률안(의안번호 1910349, 제안일자 : 2014.4.28, 제안자 : 법제사법위원장). 간단한 설명으로 김홍기, 상법강의, 2018, 396-397면.

33) 금융위원회, 전자증권제도 도입 관련 쟁점, 2008.7.11., 5면.

한 정관변경을 요하지 않는다고 볼 것인가. 이러한 발행회사의 정관은 전자증권법 부칙 제3조 제1항에 의하여 자동으로 변경된 것으로 보아야 할 것이다. 기술적으로 이루어지는 정관변경절차는 확인적인 것이라고 볼 것이다. 전자증권법시행령 입법예고안(2019.1.23.)은 이를 반영하여 "이 영 시행 당시 법 부칙 제3조제1항에 따라 전자등록주식등으로 전환되는 주식등(이하 이 조에서 "일괄전자등록전환 주식등"이라 한다)의 발행인의 정관 및 발행과 관련된 계약·약관 등은 해당 일괄전자등록전환 주식등과 해당 정관 및 계약·약관 등에 근거하여 이후 발행되는 주식등을 전자등록한다는 취지로 변경된 것으로 본다"고 하고(5조 1항 전단), "이 경우에도 발행인은 정관 및 발행과 관련된 계약·약관 등을 변경하여야 한다"라고 하여 확인적인 의미를 강조하였다(5조 1항 후단).

그러나 국무회의를 통과한 전자증권법시행령은 "법 제25조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 주식등의 발행인이 이 영 시행 이후 같은 조 제3항 전단에 따라 전자등록기관에 제출하는 전자등록신청서에 그 신청서 제출 당시 해당 주식등의 발행과 관련된 정관이나 계약·약관 또는 이에 준하는 것(이하 이 조에서 "정관등"이라 한다)과 해당 주식등의 전자등록과 관련된 정관등의 개정안을 함께 제출한 경우에는 제19조제2항제1호의 서류를 제출한 것으로 본다"라고 하여 개정안을 제출하면 정관이 변경된 것으로 인정하는 구조로 조문을 변경하였다. 만일 제출된 개정안대로 정관이 변경되지 않은 경우에도 법률상 의무전환규정과 실물증권발행금지 규정의 효과로 의무전환대상회사가 의무전환대상증권을 다시 실물방식으로 발행할 수는 없다.

주식이나 사채를 발행할 때 주식이나 채권의 종류 또는 주주나 채권자의 청구에 따라 개별적으로 주권이나 채권의 발행 여부를 결정할 수 있는지 여부가 문제될 수도 있다. 그러나 무권화라는 발행제도의 변화를 고려할 때 실물증권발행과 전자등록발행을 병행할 수는 없다. 따라서 발행인은 전자증권에 대해서는 증권 또는 증서를 발행할 수 없다(36조 1항). 이에 위반하여 발행된 증권 또는 증서는 효력이 없다(36조 2항).

1.2. 주식의 발행과 전자등록의 효력

1.2.1. 의의

주식의 효력발생시기는 회사설립시 또는 신주납입기일의 다음날이다(172조, 423조 1항, 355조 1항). 주식의 발행과 관련하여 전자등록의 효력이 문제되는 것은 첫째, 회사설립 또는 신주납입기일의 경과로 주식이 발행되었으나 아직 전자등록이 이루어지지 않은 경우와 둘째, 주식이 발행되지 않았으나 전자등록이 이루어진 경우로 나누어 볼 수 있다.[34] 상법상 사채는 사채금액의 납입 후 사채권을 가진다고 본다(478조 1항). 이하 논의는 사채의 경우에도 동일하게 적용될 수 있다.

1.2.2. 회사설립 또는 신주납입기일의 경과로 주식이 발행되었으나 아직 전자등록이 이루어지지 않은 경우

주식의 전자등록은 주권발행을 대신[35]하는 것이지 그 자체 주식의 효력발생요건이라고 할 수 없다. 주식의 발행에 관한 기본법리는 주식이라는 권리가 표시되는 수단의 종류를 불문한다. 종이에 표시되든 전자등록되든 회사설립 또는 주금납입을 통하여 주식으로서의 효력이 발생된다는 기본법리에는 변화가 있을 수 없다.

상법상 주식회사는 전자등록을 할 의무가 있는가. 의무전환대상인 주식이나 사채를 발행한 회사는 물론 이미 전자등록방식으로 증권을 발행한 주식회사는 신주납입기일의 다음날 이후 지체없이 전자등록을 할 의무를 부담한다고 볼 것이다.[36] 이는 실물 증권을 발행하는 경우에 실물 증권을 통한 증권의 양도를 가능하게 하는 것과 같은 의미를 가지는 것이다. 상법 제356조의2에 "회사가 제1항에 따라 전자등록계좌부에 주식을 등록하는 경우에는 회사의 성립 후 또는 신주의 납입기일 후 지체 없이 등록하

34) 노혁준, 앞의 논문, 1661-1662면.

35) 상법 제356조의2(주식의 전자등록) ① 회사는 주권을 발행하는 대신 정관으로 정하는 바에 따라 전자등록기관(유가증권 등의 전자등록 업무를 취급하는 기관을 말한다. 이하 같다)의 전자등록계좌부에 주식을 등록할 수 있다. <개정 2016. 3. 22.>

36) 송옥렬, 앞의 책, 829면("전자등록의 경우에도 주주에게 주식양도의 수단을 제공해야 할 필요가 있으므로, 제335조를 유추하여 회사는 성립 후 또는 신주의 납입기일 후 지체없이 주식을 등록해야 한다고 보아야 한다").

여야 한다"는 내용의 항을 신설하는 것도 고려할 수 있을 것이다.[37] 입법론으로는 발행회사의 이사에게 회사의 성립 후 또는 신주의 납입기일 후 지체 없이 등록을 할 의무를 부과하고 이에 위반할 경우 책임을 묻는 방식과 일정한 요건 아래 주주 등에게 등록신청권을 인정하는 방안을 제시하는 견해가 있다.[38]

그럼에도 신주납입기일의 다음날 이후 지체없이 전자등록을 할 의무를 이행하지 않는 경우에는 "회사성립후 또는 신주의 납입기일후 6월이 경과한 때"에 주권발행전 주식양도가 허용되는 것(335조 3항)과 같이 전자등록없는 증권의 양도를 허용할 것인가. 이 경우 상법 제335조 제3항을 유추적용해야 한다는 견해도 있을 수 있지만, 전자등록을 효력발생요건으로 보는 것이 타당할 것이다.[39] 상법규정을 유추적용하여 6개월 이후에는 지명채권양도방법으로 양도할 수 있도록 허용하는 것은 "실물주권을 전제로 한 법리"로서 "전자등록제도의 통일적 운용이 저해될 수 있"기 때문이다.[40]

현행	개정	비고
제356조의2(주식의 전자등록) ① 회사는 주권을 발행하는 대신 정관으로 정하는 바에 따라 전자등록기관(유가증권 등의 전자등록 업무를 취급하는 기관을 말한다. 이하 같다)의 전자등록계좌부에 주식을 등록할 수 있다. <개정 2016. 3. 22.>	제356조의2(주식의 전자등록) <현행과 같음>	
<신설>	② 회사가 제1항에 따라 전자등록계좌부에 주식을 등록하는 경우에는 회사의 성립 후 또는 신주의 납입기일 후 지체 없이 등록하여야 한다.	

1.2.3. 주식이 발행되지 않았으나 전자등록이 이루어진 경우

1.2.3.1. 전자등록과 주식의 효력발생요건

이 경우도 위 1.2.2.에서와 마찬가지로 회사설립 또는 주금납입을 통하여 주식으로서의 효력이 발생된다는 기본법리에는 변화가 있을 수 없다. 주식 발행 자체가 효력을 가지지 않는다고 보아야 할 것이다. 전자등록을 주식의 효력발생요건이라고 볼 수 없다. 전자증권법은 전자등록계좌부에 전자등록된 자는 해당 전자증권에 대하여 전자등록된 권리를 적법하게 가지는 것으로 '추정'한다고 규정하고 있다(35조 1항).

1.2.3.2. 주식 등의 발행없는 전자등록과 선의취득

그러면 주식이 발행되지 않았으나 전자등록이 이루어진 경우를 전자증권법상 선의취득의 대상에는 포함된다고 볼 것인가. 전자증권법은 "선의로 중대한 과실 없이 전자등록계좌부의 권리 내용을 신뢰하고 소유자 또는 질권자로 전자등록된 자는 해당 전자증권에 대한 권리를 적법하게 취득한다"(35조 5항)고 하여 전자증권에 대한 선의취득을 인정하고 있다. 그러나 전자증권법상 전자주식등에 대한 선의취득은 "전자등록계좌부의 권리 내용을 신뢰하고 소유자 또는 질권자로 전자등록된 자"를 대상으로 하는 것이지 발행의제를 규정한 것은 아니다.[41] 다만 주식이 발행되지 않았으나 전자등록이 이루어진 경우 바로 이

37) 이러한 명문의 규정이 없어도 해석상 같은 취지의 결론을 도출하는 것이 불가능하지는 않을 것이다. 심인숙, 앞의 논문, 226면.
38) 노혁준, 앞의 논문, 1665면 각주50.
39) 노혁준, 앞의 논문, 1664-1665면.
40) 송옥렬, 앞의 책, 829면.
41) "선의취득의 요건은 '전자등록계좌부'의 권리내용을 신뢰하는 것인바, 신주인수인의 신주취득인 경우 아직 신뢰할 전자등록계좌부의 기재가 없었기 때문"이라고 설명한다. 노혁준, 앞의 논문, 1661면.

"전자등록계좌부의 권리 내용을 신뢰하고 소유자 또는 질권자로 전자등록된 자"는 전자증권법상 선의취득조항의 보호대상이 된다.

1.2.3.3. 전자등록과 주권의 발행시기

상법은 주권발행의 시기에 관하여 주권은 회사의 성립후 또는 신주의 납입기일후가 아니면 발행하지 못한다고 규정하고, 이에 위반하여 발행한 주권은 무효로 하고 있다(355조 1항,2항). 그러나 발행한 자에 대한 손해배상의 청구에 영향을 미치지 않는다(355조 2항 단서).

이 조항은 전자등록에도 적용될 수 있는가. 주식의 전자등록이 주권발행을 대신하는 것이므로 회사설립 또는 신주납입기일전에 전자등록을 하면 무효가 되고, 발행인에 대해서는 손해배상을 청구할 수 있는 것으로 해석할 수 있을 것이다.

1.2.3.4. 전자등록과 발행의제

주식이 발행되지 않았으나 전자등록이 이루어진 경우에 대하여 상법상 발행으로의 의제를 인정할 수 있는가. 이상 살펴본 바와 같이 해석론상 발행의제를 인정할 수는 없을 것이다. 입법상 발행의제가 인정되기 위해서는 전자등록기관의 엄격심사, 부실등록에 대한 이사의 자본충실책임 등 보완장치가 선행되어야 한다는 견해가 있다.[42]

1.3. 일부주식등에 대한 전자등록방식의 발행

1.3.1. 의의

일부주식에 대한 전자등록이 가능한가.[43] 이 문제는 다음 두 가지로 나누어 살펴볼 수 있다. 첫째, 종류주식별 다른 취급이다. 예컨대 A 종류주식은 실물발행하고, B 종류주식에 대하여는 전자등록할 수 있는지 여부의 문제이다. 둘째, 동일한 주식에 대한 다른 취급이 가능한지의 문제이다.

1.3.2. 종류주식별 다른 취급

A 종류주식은 실물발행하고, 나머지 종류주식에 대하여는 전자등록할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 일본에서는 전자증권을 발행하고 있는 회사가 다른 종류의 주식을 발행하고 이를 전자증권제도의 등록대상으로 하지 않는 것도 가능하다고 해석하고 있다.[44]

이에 대해 "상법상으로는 허용된다는 해석도 가능"하다고 보면서, "전자증권법에서 이러한 형태를 허용할지에 대해 명문의 규정이 필요할지에 대한 논의가 필요할 것"으로 보는 견해가 있었다.[45] "특히, 종류주식의 경우 향후 자금조달의 다양화차원에서 빈번히 이용될 가능성이 큰 만큼 상법의 특례규정을 특별법에 마련할 실익이 크다"는 것이다.

그러나 실무상 한국상장회사협의회가 작성한 2019 개정 상장회사 표준정관은 주식회사가 발행하는 주식이나 신주인수권 또는 사채의 전부에 대하여 전자등록방식으로 발행할 것인지 여부를 규정하고 있어 주식이나 신주인수권 또는 사채의 일부에 대하여 전자등록방식으로 나머지는 실물증권방식으로 발행하는 것은 불가능하다. 전자증권제도를 도입한 이상 주식등의 종류별로 발행방식을 달리하는 것도 근거는 부족하다고 생각된다.

1.3.3. 동일한 주식내 다른 취급

동일한 종류의 주식에 대하여 일부를 실물발행하고 나머지는 전자등록방식으로 발행하는 것은 거래안전과 혼란을 막기 위해 금지된다고 해석하는 것이 타당하다.[46] 전자증권법상 실물증권의 실효에 관한 규정이 적용되어 발행인은 전자증권에 대해서는 증권 또는 증서를 발행할 수 없고(36조 1항), 이에

---

42) 심인숙, 앞의 논문, 225면.
43) 정순섭 외, 앞의 보고서, 56면, 200-201면.
44) 江頭憲治郎, 株式會社法(第7版), 2017, 191면
45) 정순섭 외, 앞의 보고서, 200-201면.
46) 심인숙, 앞의 논문, 223면.

위반하여 발행된 증권 또는 증서는 효력이 없다(36조 2항). 정관규정으로도 이러한 방식의 발행은 불가능하다고 볼 것이다.

2. 증권의 양도

2.1. 전자증권의 양도와 계좌간대체의 전자등록의 효력

2.1.1. 양도의 성립요건과 대항요건

상법상 주식양도에 관한 전통적인 법리는 주식양도의 성립요건과 회사에 대한 대항요건을 구분한다. 주식양도의 성립요건은 당사자간 양도의 합의와 주권의 교부, 그리고 회사에 대한 대항요건은 명의개서이다(상법 337조 1항). 상법상 사채 이전의 성립요건은 양도의 합의와 사채의 교부, 그리고 회사 기타의 제3자에 대한 대항요건은 취득자의 성명과 주소의 사채원부 기재와 그 성명의 채권 기재이다(479조 1항).

전자증권법상 전자증권의 양도의 성립요건은 당사자간 양도의 합의와 계좌간 대체의 전자등록이다. 여기서 계좌간 대체의 전자등록은 양도의 효력발생요건이다(35조 2항).

2.1.2. 전자등록의 절차

전자증권법상 전자증권의 계좌간 대체의 전자등록은 ① 양도인이 전자등록기관·계좌관리기관을 상대방으로 이전내역을 명시하여 계좌간 대체를 신청하고(30조 1항), ② 전자등록기관·계좌관리기관이 양도인 계좌에 대한 감소 기재와 양수인 계좌에 대한 증가 기재를 하는 방식으로 이루어진다(30조 2항). 여기서 양도에는 특별계좌에 관한 일정한 경우(전자증권법 29조 2항 1호-3호)[47], 상속·합병 등을 원인으로 전자증권의 포괄승계를 받은 자가 자기의 전자등록계좌로 그 전자증권을 이전하는 경우, 그 밖에 계좌간 대체가 필요하다고 인정되는 경우로서 시행령으로 정하는 경우를 포함한다.

2.1.3. 양도의 대항요건으로서의 명의개서

전자등록제도에서 회사에 대한 대항요건으로서의 명의개서제도를 유지할 필요가 있는가. 전자등록계좌부에서 주주나 사채권자와 발행회사간의 모든 권리관계가 정리되도록 일원화하는 것이 합리적일 것이다.

발행회사는 전자등록기관으로부터 소유자명세의 통지를 받은 경우 통지받은 사항과 통지 연월일을 기재하여 주주명부등을 작성·비치해야 한다(전자증권법 37조 6항 본문). 따라서 주주가 개별적으로 명의개서를 신청하는 경우는 존재할 수 없다. 주주가 개별적으로 권리를 행사할 경우에는 소유자증명서나 소유내용통지를 이용하게 될 것이므로 역시 명의개서는 필요없게 된다.

주주명부에의 명의개서를 주식 양도의 대항요건으로 유지하는 것은 어떤 의미를 가지는가. 상법 제337조 제1항은 전자증권을 발행하지 않는 주식회사를 위한 규정으로 유지하면 될 것이다. 상법 제479조 제1항의 사채의 이전에 대해서도 마찬가지로 볼 수 있을 것이다.

---

47) 1. 해당 특별계좌의 명의자가 아닌 자가 주식등이 특별계좌부에 전자등록되기 전에 이미 주식등의 소유자 또는 질권자가 된 경우에 그 자가 발행인에게 그 주식등에 관한 권리가 표시된 주권등을 제출(주권등을 제출할 수 없는 경우에는 해당 주권등에 대한 제권판결의 정본·등본을 제출하는 것을 말한다. 이하 제2호 및 제3호에서 같다)하고 그 주식등을 제30조에 따라 자기 명의의 전자등록계좌로 계좌간 대체의 전자등록을 하려는 경우(해당 주식등에 질권이 설정된 경우에는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로 한정한다)
가. 해당 주식등에 설정된 질권이 말소된 경우
나. 해당 주식등의 질권자가 그 주식등을 특별계좌 외의 소유자 명의의 다른 전자등록계좌로 이전하는 것에 동의한 경우
2. 해당 특별계좌의 명의자인 소유자가 발행인에게 전자등록된 주식등에 관한 권리가 표시된 주권등을 제출하고 그 주식등을 제30조에 따라 특별계좌 외의 자기 명의의 다른 전자등록계좌로 이전하려는 경우(해당 주식등에 질권이 설정된 경우에는 제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로 한정한다)
3. 해당 특별계좌의 명의자인 질권자가 발행인에게 주권등을 제출하고 그 주식등을 제30조에 따라 특별계좌 외의 자기 명의의 전자등록계좌로 이전하려는 경우

현행	개선	비고
전자증권법 제35조(전자등록의 효력) ② 전자등록주식등을 양도하는 경우에는 제30조에 따른 계좌간 대체의 전자등록을 하여야 그 효력이 발생한다.	전자증권법 제35조(전자등록의 효력) ② 전자등록주식등을 양도하는 경우에는 제30조에 따른 계좌간 대체의 전자등록을 하여야 그 효력이 발생한다. 이 경우 「상법」 제337조제1항에 따른 주주명부에의 기재와 「상법」 제479조제1항의 사채원부 및 채권에의 기재를 취득자의 성명을 전자등록계좌부에 전자등록하는 것으로 갈음한다.	

2.2. 발행등록전 주식양도

권리주의 양도에 관한 상법 제319조는 전자증권의 경우에 적용될 수 있는가. 권리주 즉 주식의 인수로 인한 권리의 양도는 회사에 대하여 효력이 없다(상법 319조). 권리주는 회사설립이나 신주납입기일 다음날 이전의 아직 주식으로서 성립되기 전단계에 주식의 인수로 인한 권리를 말한다.

전자등록방식의 증권발행제도에서도 상법상 주권발행전 주식양도와 같은 상황이 발생할 수 있는지 여부가 문제된다. 증권의 전자등록제도에서는 전자등록전 주식양도라고 문제를 재정리할 수 있을 것이다.

주권이 존재하지 않는 전자등록제도에서 주권의 발행 전후를 논의할 이유는 없다. 그러나 주식발행전에 전자등록이 이루어지고 해당 전자등록계좌부의 기재를 신뢰하여 주식거래가 이루어진 경우에는 주권발행전 주식양도와 유사한 상황이 발생할 수 있을 것이다.

상법 제356조의2에 "회사가 제1항에 따라 전자등록계좌부에 주식을 등록하는 경우에는 회사의 성립 후 또는 신주의 납입기일 후 지체 없이 등록하여야 한다"는 내용의 항을 신설하는 것을 전제로 전자등록을 효력발생요건으로 보는 것이 타당할 것이다.

Ⅴ. 전자증권에 대한 담보권

1. 서언

전자증권에 대한 담보권과 관련하여 문제되는 것은 유치권 특히 상사유치권의 성립 여부, 양도담보의 가능성, 특히 담보목적신탁의 활용가능성과 관련하여 전자증권에 대한 신탁의 설정방법 등이 문제될 수 있다. 전자등록제도 하에서 질권에 대해서는 등록질을 활용하면 되고 특별히 추가적으로 논의할 필요가 없을 것으로 본다. 전자증권을 대상으로 소비대차와 상계를 결합한 담보구조[48]를 이용할 수 있는지도 문제될 수 있지만, 역시 특별한 문제는 없을 것으로 본다.

2. 유치권 성립 여부

2.1. 현황

유치권제도는 타인의 소유에 속하는 물건이나 유가증권을 점유하고 있는 채권자가 일정한 요건 하에 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 목적물을 유치함으로써 상대방의 채무이행을 강제하는 법정담보물권을 말한다. 현행법은 민법과 상법에서 각각 민사유치권과 상사유치권을 규정하고 있다. 민법 제320조

48) 정순섭, 은행법, 2017, 439-442면.

제1항은 "타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다"고 규정하고 있다. 상법 제58조 본문은 "상인간의 상행위로 인한 채권이 변제기에 있는 때에는 채권자는 변제를 받을 때까지 그 채무자에 대한 상행위로 인하여 자기가 점유하고 있는 채무자소유의 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있다"고 규정하고 있다.

전자증권에 대하여 유치권제도가 이용될 가능성은 전자등록기관인 예탁결제원과 그 고객인 증권회사 그 밖의 계좌관리기관간, 또는 계좌관리기관인 증권회사 그 밖의 금융회사와 그 고객인 투자자간에 충분히 발생할 수 있다. 고객이 상인에 해당하는지 여부에 따라 민사유치권인지 상사유치권인지만 달라지게 될 것이다.

전자증권에 대한 유치권의 성립 여부를 논의할 때 핵심 쟁점은 첫째, 전자증권이 민법 제320조 제1항과 상법 제58조 본문에서 규정하는 '유가증권'에 해당하는지 여부, 둘째, 전자증권에 대하여 민법 제320조 제1항의 "타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자"와 상법 제58조 본문의 "자기가 점유하고 있는 채무자소유의 물건 또는 유가증권"에서 '점유'의 개념을 적용할 수 있는지 여부의 2가지이다.

2.2. 일본

2.2.1. 문제의 소재

일본에서는 「사채, 주식 등의 대체에 관한 법률」("대체법")에 따라 2009.1.5.부터 상장회사의 주권은 무효가 되고, 권면이 존재하지 않으므로 상장주권에 관하여는 유치권이 성립되지 않는다는 문제가 제기되었다.[49] 주된 쟁점은 대체주식에 관하여 상법 제521조에서 규정하는 "자기의 점유에 속하는"이라는 요건과 "채무자소유의 물건 또는 유가증권"이 충족된다고 해석할 수 있는지 여부이다.[50]

현재 일본에는 긍정설과 부정설이 대립되고 있다.[51] 이하 주로 금융법위원회의 의견서를 중심으로 일본에서의 해석론상 쟁점과 주된 논의시항을 살펴본다.

2.2.2. 해석론

2.2.2.1. 상사유치권의 목적물로서의 유가증권과 전자증권[52]

일본법상 대체주식 등은 무권화되어 물리적 실체가 없으므로, 그에 관한 권리의 귀속은 대체법 제7장의 규정에 따른 "대체계좌부의 기재 또는 기록에 의하여 정하는 것"으로 규정되어 있다(대체법 128조 1항). 민사유치권의 목적물은 타인의 물건이고(민법 295조), 민법상 물건은 유체물이므로(민법 85조), 물건은 동산 또는 부동산을 말하지만, 민법 86조 3항은 무기명채권은 동산으로 본다고 규정하고 있다. 일본 민법상 무기명채권(無記名債權)은 "채권자를 특정할 수 없어 채권의 성립 · 존속 · 행사가 모두 증

---

49) 金融法委員会,「振替株式等と商事留置権の成否について」, 2016.10.

50) 일본 상법 제521조(상인간의 유치권) 상인간에 그 쌍방을 위하여 상행위가 되는 행위로 생긴 채권이 변제기에 있는 때에는 채권자는 그 채권의 변제를 받을 때까지는 그 채무자와의 간에 상행위에 의하여 자기의 점유에 속하는 채무자 소유의 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있다. 다만 당사자의 다른 의사표시가 있는 때는 그러하지 아니하다.

51) 부정적인 견해로, 藤原彰吾,「検討委員会試案の実務影響を考える 債権者代位権」, 金融法務事情 1874号 120면; 片岡宏一郎,「銀行取引約定書の今日的課題 (上) 」, 金融法務事情 1845号, 44면; 小林英治,「口座管理機関の法律関係及び債権回収手段」, 資本市場 311号, 18면; 天野佳洋,「振替証券と銀行の債権保全・回収」,『田原睦夫先生古稀・最高裁判事退官記念 現代民事法の実務と理論(上)』, 782면(金融財政事情研究会), 神作裕之,「電子化された有価証券の担保化ー『支配』による担保化」, 金融法務研究会,『有価証券のペーパレス化等に伴う担保権など金融取引にかかる法的諸問題』, 12면; 木村真也,「投資信託の販売金融機関による相殺の可否および商事留置権の成否」, 岡正晶=林道晴=松下淳一監修『倒産法の最新論点ソリューション』, 107면(弘文堂) 등.
긍정적인 견해로, 森下哲朗,「シンポジウム 決済法制の再検討 証券決済」, 金融法研究 25号, 88면; 森下哲朗,「証券のペーパーレス化と商事留置権」, 金融・商事判例 1317号, 1면; 中野修,「振替投資信託受益権の解約・処分による貸付金債権の回収」, 金融法務事情
1837号, 50면; 福谷賢典,「再生債務者保有の投資信託受益権からの販売銀行の債権回収」, 事業再生と債権管理 134 号, 15면 등.

52) 이하 논의는 金融法委員会,「振替株式等と商事留置権の成否について」, 2016.10, 2-6면.

권을 통하여 이루어지는 것"을 말한다. 따라서 대체주식 등은 무기명채권에는 해당하지 않는다고 보는 것이 문리적으로는 타당하다고 한다.

한편 상사유치권과의 관계에서는 대체주식 등이 상법 521조상 유가증권에 해당하는지 여부가 문제된다. 상법은 유가증권을 정의하고 있지 않지만, 권면의 존재를 전제로 하는 이상 유가증권에 해당하지 않는다는 견해도 존재한다

대체주식등을 목적물로 하여 상사유치권이 성립하는지 여부에 관하여 공간된 판례는 없지만, 은행거래약정서중의 "X가 Y에 대한 채무를 이행하지 않은 경우에는 Y는 그가 점유하고 있는 X의 동산, 어음 그 밖의 유가증권에 관하여도 전항과 같이 취급한다"라는 규정(본건조항)과의 관계에서 법원은 paperless화한 후의 투자신탁수익권도 유가증권에 해당한다고 판단한 사례는 있다.[53] 이에 대해 금융법위원회는 "계약의 해석에 관한 판단이고 수익증권이 발행된 후에 paperless화가 이루어진 사안에 관한 것이고, 이 판례로부터 대체주식 등이 상사유치권과의 관계에서 유가증권에 해당한다는 결론을 도출할 수 있는 것은 아니지만 해당한다고 해석할 여지가 배제되는 것은 아니라고 할 수 있다"고 평가하고 있다.

2.2.2.2. 일본 상법 제521조상 점유의 의의와 대체주식 등[54]

전자증권이 상사유치권의 대상인 유가증권에 해당한다고 해석해도 계좌관리기관이 계좌부상의 대체주식등에 관하여 점유하고 있다고 해석할 수 있는지 여부가 문제된다. 즉 계좌관리기관이 대체절차 등의 계좌의 기록을 하지 않으면 권리의 취득·상실은 있을 수 없으므로 계좌관리기관은 자기가 개설하는 대체계좌부에 기록된 대체주식 등을 사실상 지배하고 있다고 할 수 있고, 계좌관리기관은 대체계좌부상의 대체주식 등에 관하여 (준)점유를 하고 있다고 해석할 수 있는지 여부가 문제된다. 금융법위원회는 "유체물에 관하여 직접점유와 간접점유라는 형태로 복층적으로 점유가 성립할 수 있다면, 유체물이 아닌 권리를 대상으로 하는 준점유의 경우에도 복층적인 (준)점유를 인정할 수 있다고 하면 계좌관리기관 등의 준점유를 인정할 여지가 있다고 하게 될 것"이라고 밝히고 있다.[55]

2.2.2.3. 부정론 또는 신중론의 근거[56]

금융법위원회는 전자증권에 관하여 상사유치권의 성립을 부정하는 견해 또는 신중론의 근거로 상법 521조의 요건을 충족할 수 없다는 근거 이외에 ①paperless화된 증권에 관하여 상사유치권의 성립이

---

53) 名古屋地判 2013.1.25. 判例時報 2182号, 106면(확정)
"본건투자신탁수익권은 투신법 및 금상법에서 유가증권으로 간주되고 있는(투신법2조5항, 금상법2조2항) 외에 본건에서는 투자신탁수익권에 관하여 수익증권이 발행되어 있었지만 paperless화에 의하여 그 증권이 대체계좌부에 의한 장부상의 관리로 변경되고 수익증권이 조재하지 않게 된 것인 바, 종전발행되어 있던 수익증권은 본건조항에서 말하는 유가증권에 해당한다고 해석되는 점, paperless화에 의하여 수익증권의 도난이나 분실의 위험이 감소되는 등 수익자인 X에게도 이익이 있다고 해석되는 점, 종전에 본건조항의 대상이 될 수 있던 투자신탁수익권이 paperless화에 의하여 그 대상에서 제외되어 판매회사인 Y가 그 불이익을 감수해야 한다는 것은 타당하다고 해석하기 어려운 점 등을 고려하면 본건투자신탁수익권은 본건조항에서 말하는 유가증권에 해당한다고 해야 할 것"이라고 판단하였다. 그리고 "확실히 본건투자신탁수익권은 paperless화에 의하여 2007.1월부터 유체물인 수익증권이 존재하지 않게 되었다 해도 본건투자신탁수익권 판매 당시는 수익증권이 발행된 것이고, 동수익증권은 그 당시, 이미 체결되어 있던 본건은행거래약정이 본건조항에서 말하는 유가증권이었ㄷ고 할 수 있고, X에게도 동수익증권이 본건조항에서 말하는 육증권으로서 취급된다고 인식할 수 있었다고 할 수 있어 당초는 당연히 본건조항이 대상이었던 것이 paperless화에 의하여 변용되었다는 경과 등에서 보면 본건조항에서 말하는 유가증권을 민상법상의 유가증권으로 한정해야 할 이유는 없고, 적어도 본건투자신탁수익권은 본건조항에서 말하는 유가증권이라고 해석할 수 있다고 할 것이다"라고 하고 있다.

54) 이하 논의는 金融法委員会,「振替株式等と商事留置権の成否について」, 2016.10, 6-11면.

55) 名古屋地判 平成25・1・25은 "본건해약당시에 본건투자신탁수익권은 수익증권으로부터 대체계좌부에 의한 관리로 이행"하였지만, "Y는 본건해약당시 본건투자신탁수익권의 판매회사로서 자기이름으로 투자신탁에 관한 수익권의 모집의 취급, 일부해약에 관한 사무, 일부해약금상환금의 지급, 수익분배금의 재투자에 관한 사무등을 대행하고, 본건투자신탁수익권의 대체기관・계좌관리기관으로서 대체계좌부의 기록을 통하여 자기이름으로 동권리의 대체업무 등을 하는 것이므로 동권리를 스스로의 사실적지배내에 두고 있다고 할 수 있고, 또한 자기를 위한 의사를 가지고 있다고 할 수 있으므로, Y는 본건투자신탁수익권을 준점유하고 있다고 할 수 있다고 판단하였다.

56) 이하 논의는 金融法委員会,「振替株式等と商事留置権の成否について」, 2016.10, 11-12

인정되고 매수인에 인수될 수 있다고 해석할 경우에는 유통의 원활과 안정성이 저해될 가능성이 있는 점, ②"대체제도상의 권리에 대하여 계좌관리기관이 당해 권리와의 개별적 견련성이 없는 피담보채권에 근거한 상사유치권을 주장하는 것은 채무자의 예상을 넘어, 오히려 상대방에 대하여 담보를 청구하는 것 조차 상대방에 대한 신뢰를 확보하는 이유라고 생각된다"는 점, ③"금융기관인 계좌관리기관이 자기의 채권 및 위험관리에 관하여 채무자가 우연히 계좌관리기관에 가지는 권리를 유치한다는 것은 적절하고 합리적인 위험관리라는 관점에서는 안정성·확실성을 갖추지 못한 것으로 생각된다"는 점, ④ 대체주식등에 관하여는 특유한 집행절차가 정해져 있고(민사집행규칙 150조의3 이하), 유가증권에 대한 동산집행절차에 의할 수 없는 점, ⑤투자신탁수익권과 관련된 것이지만, paperless화전에도 "상사유치권이 실무상 행사되고 있었는지 의문이 남는다"는 점, ⑥투자신탁수익권의 문맥에서, "상사유치권의 성립을 인정하면 판매회사 및 수익자가 주식회사등의 상인인 경우에는 특별히 후하게 보호되고, …당사자가 상인이 아닌 경우에는 판매회사는 보호되지 않게 되어 처리내용으로서도 합리성이 높다고는 할 수 없는" 점, ⑦유가증권이 paperless화되고 증권 즉 유체물이 완전히 소멸하여 더 이상 점유가 없는바, 유가증권이나 점유를 인정하는 것은 종래의 유가증권 개념이나 점유 개념에 큰 영향을 미치게 되어 경우에 따라서는 이를 왜곡할 우려가 있는 점 등을 소개하고 있다.

2.2.2.4. 입법론[57]

금융법위원회는 "상법의 해석으로서 대체주식등에 관하여 계좌관리기관의 상사유치권을 인정하는 해석의 여지가 없는 것은 아니"라고 하면서도 "상사유치권은 성립하지 않는다는 견해 또는 신중론의 근거 중 예컨대 ⑦에 관하여는 그 우려를 불식할 수 없고, 유가증권 또는 점유의 외연을 불명확하게 한다는 점은 중요한 문제"인 점, "특히 도산절차에서 상사유치권의 취급과의 관계에서는 상사유치권의 성립 또는 행사를 널리 인정하는 것에 대해서는 일반적으로 저항이 있을 것이라고 생각"되는 점을 근거로 "상사유치권에 대한 해석론에 의할 것이 아니라, 대체주식등이 상사유치권의 대상이 된다는 취지의 명문 규정을 마련하거나 대체주식등에 대하여 합리적인 범위에서 우선권을 줄 수 있는 약정담보권의 설정이 가능하도록 제도를 창설하는 것이 입법론으로 적절하다"고 결론을 내리고 있다.

2.3. 개선방안

이에 대해 국내에서는 "민사유치권이든 상사유치권이든, (i) 물건 또는 유가증권이어야 하고, (ii) 유치권자가 이를 점유함으로써 유치해야 하는바, 전자등록주식인 경우 이러한 전통적인 유치권의 요건을 갖추기 쉽지 않다"고 하면서 "전자등록주식을 유치권의 대상에 배제하는 것은 형평에도 맞지 않으므로 입법적 보완이 필요하다"는 의견이 있다.[58] 전자증권도 상사유치권의 대상이 된다는 취지의 명문 규정을 두는 방안과 전자증권에 합리적인 범위에서 우선권을 줄 수 있는 약정담보권을 설정하는 방안을 고려할 수 있을 것이다.

3. 양도담보

전자증권법상 전자증권에 대한 양도담보는 허용된다고 볼 것인가. 일본 대체법은 전자증권에 대한 양도담보의 허용을 전제로 양도담보권 설정자와 양도담보권자 중 주주권을 행사할 수 있는 자를 포함한 특별규정을 두고 있다. 전자증권법은 전자등록주식의 양도담보에 대하여도 특별한 규정을 두고 있지 않다.

이에 대하여 일본 대체법의 전자증권에 관한 양도담보의 특칙을 대상으로 "가급적 명의와 실제 소유자를 일치시켜야 한다는 관점에서 볼 때 이러한 특별조항은 오히려 역행하는 측면이 있다"고 하면서, "담보의 목적은 앞서 살펴본 질권설정에 의해 달성할 수 있을 것"이므로 "현행 전자증권법의 태도가 타당하다고 생각한다"는 견해가 있다.[59] 현행 전자증권법이 전자증권에 대한 양도담보를 허용하지 않는다

57) 이하 논의는 金融法委員会,「振替株式等と商事留置権の成否について」, 2016.10, 13-15면.
58) 노혁준, 앞의 논문, 1702면.

고 보는 입장을 전제로 한 것으로 생각된다.

4. 전자증권과 신탁

4.1. 전자증권과 신탁법상 신탁공시

신탁법은 신탁재산에 대하여 다른 정의 없이 '특정의 재산'으로서 영업이나 저작재산권의 일부를 포함하고 담보권도 포함된다고 규정하고 있다(2조). 전자증권도 당연히 신탁법상 신탁재산으로 할 수 있을 것이다.

문제는 신탁의 공시방법이다. 신탁법은 등기 또는 등록할 수 있는 재산권에 관하여는 신탁의 등기 또는 등록을 함으로써 그리고 등기 또는 등록할 수 없는 재산권에 관하여는 다른 재산과 분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다(4조 1항,2항). 신탁법상 주식은 등기 또는 등록할 수 없는 재산권으로 분류되어, 그에 관하여 "다른 재산과 분별하여 관리하는 등의 방법으로 신탁재산임을 표시할 때"에는 「상법」 제352조에 따른 주주명부 및 동법 제352조의2에 따른 전자주주명부에 신탁재산임을 표시하는 방법으로도 할 수 있다고 규정하고 있다(신탁법 4조 4항; 동 시행령 2조 3호).

그러나 전자증권법의 제정으로 주식과 사채를 비롯한 적용대상증권등은 모두 신탁법상 '등기 또는 등록할 수 있는 재산권'이 되었다고 보아야 한다. 따라서 전자증권법의 적용대상인 증권에 대한 신탁공시는 전자증권법상 전자등록계좌부에 신탁재산이라는 사실을 전자등록하는 하는 방식으로 제3자에게 대항할 수 있을 것이다(35조 4항).

4.2. 전자증권과 신탁재산이라는 사실의 표시

이와 관련하여 전자증권법은 전자등록기관이 전자증권에 대하여 신탁재산이라는 사실을 표시하거나 그 표시를 말소할 수 있는 근거를 두고 있다(32조). 자본시장법에서 한국예탁결제원이 예탁자계좌부 또는 투자자계좌부에 신탁재산인 뜻을 기재함으로써 제삼자에게 대항할 수 있다고(311조 3항) 하여 예탁증권 등에 대한 신탁설정을 위한 공시방법(신탁법 4조)의 특칙을 인정하고 있는 것과 같은 취지의 규정이라고 할 수 있다.

자본시장법상 이 규정의 의미에 대하여 대법원은 예탁결제원의 예탁증권등의 보관방법으로 신탁을 활용할 수 있다는 취지이지 증권 등에 관한 신탁적 요소가 있는 모든 계약에 적용될 수 있는 규정이 아니라고 판단하였다(대법원 2010.1.28. 선고 2008다54587 판결).[60] 이 경우의 신탁은 거래구조에 따라 달라질 수 있겠지만, 수탁자는 반드시 예탁결제원이 되는 구조일 것이다.[61]

4.3. 신탁업에의 해당 여부

그러면 자본시장법상 예탁결제원이 예탁증권 등에 대한 신탁설정을 통한 보관을 하는 경우를 신탁업에 해당한다고 볼 수 있는지 여부가 문제된다. 자본시장법상 신탁업은 신탁을 영업으로 하는 것(6조 8항)으로서 신탁의 인수, 즉 수탁자가 되는 것을 영업으로 한다는 의미이다. 예탁결제원이 예탁증권 등에 대한 보관방법의 하나로 신탁설정을 하는 경우를 신탁업에 해당한다고 보는 것은 입법취지상 적절치 않은 것으로 보인다.[62] 전자증권법에서 전자등록기관이 전자증권에 대하여 신탁재산이라는 사실을 표시하거나 그 표시를 말소하는 경우에도 같은 취지로 해석되어야 할 것이다(32조).

---

59) 노혁준, 앞의 논문, 1702-1703면.

60) 내국법인이 기명식 해외전환사채를 영국법을 준거법으로 하여 발행하면서 외국법인을 장래 위 사채를 취득할 사채권자를 위한 수탁자로 선임하여 사채권자 및 사채에 관한 이해관계인들의 권리의무관계에 관하여 규정하는 신탁계약(Trust Deed)을 체결하고, 그에 따라 사채 전액에 관하여 유럽포괄사채권(European Global Certificate)을 발행한 사안에서, 구증거법(2007.8.3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조 제1호로 폐지) 제174조의3[자본시장법 311조에 해당]의 규정은 위 신탁계약 및 사채에 관한 권리의무관계를 해석하는 데 적용될 여지가 없다고 한 사례이다.

61) 김건식/정순섭, 앞의 책, 654-655면.

62) 위의 책, 655면.

Ⅵ. 주주 및 사채권자의 권리행사

1. 권리행사체계

1.1. 전자등록기관을 통한 권리행사와 개별적 권리행사

전자등록제도에서 주주의 권리행사는 전자등록기관을 통한 권리행사와 개별적 권리행사로 구분된다. 전자증권의 권리자는 전자등록기관을 통해 전자증권에 대한 권리를 행사할 수 있다(전자증권법 38조 1항). '권리'는 배당금, 원리금 수령, 전환권·신주인수권행사 등을 포함한다. 계좌관리기관등은 전자등록기관에 직접 권리행사를 신청하고, 투자자는 계좌관리기관을 거쳐 전자등록기관에 신청한다. 전자등록기관을 통해 권리를 행사하려는 전자증권의 권리자는 전자등록기관을 통하여 권리를 행사한다는 뜻과 권리행사의 내용을 구체적으로 밝혀 전자등록기관에 신청해야 한다(전자증권법 38조 2항 전단). 이 경우 고객계좌부에 전자등록된 권리자는 계좌관리기관을 통하여 신청해야 한다(전자증권법 38조 2항 후단). 발행인은 전자등록기관을 통한 권리행사를 위하여 시행령으로 정하는 사항을 지체 없이 전자등록기관에 통지해야 한다(전자증권법 38조 3항). 전자증권의 권리자는 소유자증명서와 소유내용통지를 이용하여 개별적인 권리행사를 할 수도 있다.

1.2. 소유자명세, 소유자증명서, 소유내용의 통지제도

소유자명세는 전자증권의 발행인이 「상법」 제354조제1항(다른 법률에서 준용하는 경우를 포함)에 따라 기준일을 정한 경우에는 전자등록기관이 그 기준일을 기준으로 해당 주식등의 소유자의 성명 및 주소, 소유자가 가진 주식등의 종류·종목·수량 등을 기록한 명세를 말한다(전자증권법 37조 1항 본문). 그 밖에 발행인이 법령 또는 법원의 결정 등에 따라 해당 전자등록주식등의 소유자를 파악하여야 하는 경우, 발행인이 시행령으로 정하는 주기별로 해당 전자등록주식등의 소유자를 파악하려는 경우, 자본시장법 제134조에 따라 공개매수신고서가 제출된 전자등록주식등의 발행인이 그 주식등의 소유상황을 파악하기 위하여 일정한 날을 정하여 전자등록기관에 주주에 관한 사항의 통보를 요청하는 경우, 그 밖에 발행인이 해당 전자등록주식등의 소유자를 파악할 필요가 있는 경우로서 시행령으로 정하는 경우에도 소유자명세를 요청할 수 있다(전자증권법 37조 2항).

개별적인 권리행사를 위해서는 소유자증명서와 소유내용통지를 이용하게 된다. 소유자증명서는 "전자등록주식등의 소유자가 자신의 권리를 행사하기 위하여 해당 전자등록주식등의 전자등록을 증명하는 문서"(전자증권법 39조 1항 전단)로서 소수주주권 등 전자증권에 대한 개별적 권리 행사를 위해 필요하다. 소유내용통지는 "전자등록주식등의 소유자가 자신의 전자등록주식등에 대한 소유 내용을 발행인등에게 통지하여 줄 것을 신청하는 경우에는 시행령으로 정하는 방법에 따라 그 내용을 통지하는 것"(전자증권법 40조 1항 전단)으로서 문서가 없는 점을 제외하면 소유자증명서와 같은 취지의 제도이다. 전자증권에 대한 소유자의 원활한 권리행사를 지원하기 위해 소유자증명서와 함께 도입한 것이다. 소유자증명서와 소유내용통지가 이루어지면 그 발행이나 통지의 기초가 된 전자증권의 처분을 제한하는 전자등록을 해야 하며, 그 증명서의 유효기간이나 그 통지에서 정한 유효기간이 만료된 때에는 그 처분을 제한하는 전자등록을 말소하여야 한다(전자증권법 39조 4항, 40조 3항). 전자증권의 소유자가 소유자증명서를 발행인이나 그 밖에 시행령으로 정하는 자에게 제출한 경우에는 그 자에 대하여, 그리고 소유내용통지의 경우 통지된 내용에 대하여 해당 전자등록주식등의 발행인등에게 소유자로서의 권리를 행사할 수 있다(전자증권법 39조 5항, 40조 4항).

2. 기준일과 소유자증명서 및 소유내용의 통지제도

2.1. 기준일이 설정된 권리와 그 이외의 권리의 구분

전자증권법은 기준일이 설정된 권리와 그 이외의 권리를 나누어 전자에 대해서는 소유자명세를, 그리고 후자의 경우에는 소유자증명서와 소유내용의 통지제도를 이용하도록 규정하고 있다. 예컨대 소수

주주권은 후자에 속하게 될 것이다.

그러나 기준일이 설정된 권리 이외의 권리에 대해서도 일정한 기준일자가 문제되는 경우가 있다. 예컨대 일본에서는 개별주주통지가 필요하게 되는 권리의 범위를 형식적으로 즉 기준일이 설정되어 주주가 집단적으로 권리를 행사하는 경우 이외의 권리를 모두 포함한다고 해석하는 데 부정적인 견해도 있고, 개별주주통지의 대상임이 인정되는 권리라도 개별주주통지에 필요한 시기 즉 대항요건의 충족이 필요하게 되는 시기에 관하여는 권리의 종류에 따라서 다른 점을 제기하는 논의도 있다.[63] 주주제안권에 관하여 주주제안권 행사기한인 주주총회 개최일의 8주간전까지 개별주주통지가 필요하다고 판시한 하급심판결도 있다.[64] 주식매수청구권과 같이 집단적 권리행사에 준하는 권리행사에 대해서는 회사에 권리행사의 요건 확인에 필요한 비용을 회사가 부담하게 하는 것이 합리적이라는 견해도 있다.[65]

<참고> 소유자명세 vs 소유자증명서 vs 소유내용의 통지 비교

구 분	소유자명세	소유자증명서	소유내용의 통지
(1)신청주체	▸ 전자등록 증권의 발행인 ▸ 공개매수대상 전자등록 증권의 발행인	▸ 전자등록 증권의 소유자	▸ 전자등록 증권의 소유자
(2)신청목적	▸ 상법상 기준일 설정, 전자등록 증권의 소유자를 파악할 필요가 있는 경우	▸ 발행인 등에 대한 소유자의 개별적인 권리행사	▸ 발행인 등에 대한 소유자의 개별적인 권리행사
(3)신청대상	▸ 전자등록기관	▸ 전자등록기관(계좌관리기관의 고객인 경우 해당 기관을 경유하여 신청)	▸ 전자등록기관(계좌관리기관의 고객인 경우 해당 기관을 경유하여 신청)
(4)신청효과	▸ 전자등록기관은 발행인 또는 명의개서대행회사에 소유자명세를 통지	▸ 전자등록기관은 증명서 발급 및 발행인에 발급 사실 통지 ▸ 처분제한	▸ 전자등록기관은 발행인에 해당 내용 통지 ▸ 처분제한
(5)권리행사	▸ 집단적 권리행사 ※발행인 등에게 소유자 전체에 대한 명세 제공	▸ 개별적 권리행사	▸ 개별적 권리행사

(자료) 한국예탁결제원

2.2. 기준일이 설정된 권리 이외의 권리

권리자의 증명방법과 관련하여 일괄적으로 기준일이 설정된 권리와 그 이외의 권리로 구분하는 방식의 타당성에 대한 검토가 필요하다. 일본에는 소유자증명서나 소유내용의 통지에 따른 개별 주주의 비용과 회사의 사무처리부담을 고려해야 한다는 견해가 있다.[66]

3. 주주명부열람청구권

상법상 주주는 영업시간 내에 언제든지 주주명부의 열람 또는 등사를 청구할 수 있고(396조 2항), 자본시장법상 실질주주 역시 같은 권리를 가진다(315조 2항). 이는 "주주가 주주권을 효과적으로 행사할 수 있게 함으로써 주주를 보호함과 동시에 회사의 이익을 보호하려는 데"에 목적이 있고, "소수주주들로 하여금 다른 주주들과의 주주권 공동행사나 의결권 대리행사 권유 등을 할 수 있게 하여 지배주주의 주주권 남용을 방지하는 기능"도 담당한다.[67] 자본시장법상 실질주주명부에 대해서도 "상법상 주주명부와 동일한 효력이 있으므로(자본시장법 제316조 제2항), 위와 같은 열람·등사청구권의 인정 여부

63) 加藤貴仁, 앞의 논문, 230면.
64) 大阪地判 2012.2.8. 金判1396号, 56면.
65) 加藤貴仁, 앞의 논문, 231면.
66) 위의 논문, 231면(인용생략).
67) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다235841 판결.

와 필요성 판단에서 주주명부와 달리 취급할 이유가 없다"고 보아 실질주주가 실질주주명부의 열람 또는 등사를 청구하는 경우에도 상법 제396조 제2항이 유추적용되고, 열람 또는 등사청구가 허용되는 범위도 위와 같은 유추적용에 따라 '실질주주명부상의 기재사항 전부'가 아니라 그중 실질주주의 성명 및 주소, 실질주주별 주식의 종류 및 수와 같이 '주주명부의 기재사항'에 해당하는 것에 한정되며, 이러한 범위 내에서 행해지는 실질주주명부의 열람 또는 등사가 개인정보의 수집 또는 제3자 제공을 제한하고 있는 개인정보 보호법에 위반된다고 볼 수 없다는 것이 법원의 입장이다.[68]

전자증권에 대해서는 실질주주명부가 존재하지 않으므로 같은 취지에서 전자등록계좌부에 대하여 주주의 열람등사청구권에 관한 규정의 유추적용을 인정하거나 같은 취지의 규정을 입법할 필요성이 있는가. 기준일의 지정이나 발행인이 법령 또는 법원의 결정 등에 따라 해당 전자등록주식등의 소유자를 파악하여야 하는 경우 또는 발행인이 시행령으로 정하는 주기별로 해당 전자등록주식등의 소유자를 파악하려는 경우 등에는 명의개서가 의무화되어 있는 점에서 실익은 없을 것이라는 견해가 있다.[69] 그러나 기준일 전에 주주현황을 파악하여 위임장권유 등에 사용하고자 할 경우에는 적절한 방법이 없는 것도 사실이다. 이러한 경우에 대비하여 소유자명세, 소유자증명서, 소유내용통지 외에 소수주주의 전자등록기관에 대한 주주명단을 청구할 수 있는 권리를 인정하는 것이 필요하다는 견해도 있다.[70] 타당한 접근이라고 생각한다.

Ⅶ. 상법상 주주명부 및 사채원부제도

1. 주주명부와 사채원부제도의 존속 필요성

1.1. 주주명부

1.1.1. 현황

전자등록제도가 일반화될 경우 주주명부제도는 존재할 필요가 있는가. 현행 상법과 전자증권법은 주주명부와 전자등록계좌부의 관계에 대하여 전자등록계좌부를 주주명부로 간주하는 규정을 두지 않아 이원적 체계를 유지하고 있다. 여기에 주기적으로 발행인이나 그 밖의 이해관계인의 요청에 따라 제공되는 소유자명세, 소유자증명서, 소유내용통지를 통하여 주주명부를 수정·보완하는 구조를 취하고 있다.

1.1.2. 주주명부와 전자등록계좌부의 일체화 논의

1.1.2.1. 일체화 논의

전자증권제도의 도입을 논의하던 비교적 이른 시기부터 국내에는 "이러한 전자등록계좌부는 현행 주주명부나 사채명부의 기능을 대체할 수도 있기 때문에 실물증권의 발행과 주주명부와 사채명부의 존재를 전제로 하는 현행 주주 또는 사채권자 보호제도에 대한 재검토가 필요하다"는 주장이 이루어져 왔다.[71] 또한 실물증권에 대한 점유와 주주명부·채권자명부에의 등재 없이 전자적 등록부에 등록함으로써 권리행사 가능, 주주명부 작성이 간편해짐에 따라 주주내역을 수시로 파악하여 경영에 참고 가능하다는 점도 전자증권제도의 중요한 장점으로 소개되어 왔다.[72]

주주명부제도의 존재이유는 "주식을 발행하는 단계에서나 주식이 양도되는 단계에서나 회사에 대한 관계에서 주주권을 행사할 자를 주주명부의 기재에 따라 획일적으로 확정하기 위한 것"으로서 "다수의 주주와 관련된 단체법적 법률관계를 형식적이고도 획일적인 기준에 의하여 처리해야 할 필요"에 따른 것으로 설명되고 있다.[73] 상법상 주주명부제도는 발행회사 입장에서 형식적·획일적 기준만 제공할 수

68) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다235841 판결.

69) 노혁준, 앞의 논문, 1691면("일단 기준일이 설정되면 소유자명세를 통해 주주명부에 반영되도록 되어 있다는 점을 고려하면 상법상 주주명부열람청구권 이외에 별도의 열람청구권(예컨대 전자등록계좌부 열람청구권)을 추가적으로 부여할 필요가 큰지 의문이 남는다").

70) 加藤貴仁, 앞의 논문, 226면.

71) 김순석, "주식 등의 전자등록제도 도입에 따른 주주 보호방안," 상사법연구 제22권 제3호, 2003, 281면.

72) 금융위원회, 전자증권제도 도입 관련 쟁점, 2008.7.11., 4면.

있으면 그 목적을 달성하는 것이다. 주주는 명의개서를 이용하여 자신의 권리를 주주명부에 표시할 수 있으므로 특별한 문제는 없다.

전자등록제도를 도입하면서 예탁제도에서 유지되던 주주명부와 전자등록계좌부의 관계에 대한 이원적 구조를 유지할 필요가 있는가. 먼저 폐지론은 발행회사가 주주의 인적 사항을 파악하기 위해서는 전자등록기관에 협조를 요청할 수밖에 없는 이상 주주명부의 대항력 개념을 포기하고 전자등록기관으로부터 직접 주주를 확인하도록 제도를 개선하는 것을 전제로 한다.[74] "회사가 관리하는 전자주주명부를 전자등록기관의 전자등록계좌부와 연동시켜놓으면, 주식의 양도가 등록되면서 바로 전자주주명부에도 명의개서가 이루어지는 식으로 운영될 수 있다"는 견해나[75] "회사가 전자등록기관의 전자등록계좌부를 이전받아 전자주주명부로 이용할 수 있고, 이렇게 되면 사실상 전자등록계좌부가 주주명부로서의 기능을 담당하게 된다"는 견해가[76] 대표적이다.

그러나 주주명부 폐지론에 대해서는 모든 주식회사가 전자등록방식을 채택하는 것은 아닌 점과 주주명부는 전자등록기관 등의 전자적 오류로 인한 문제에 대한 대비책으로 기능할 수 있는 점을 문제점으로 드는 견해도 있다.[77] 그리고 주주명부는 회사의 장부로서 자기장부인데 전자등록부는 법률상 근거 없이는 그 내용을 볼 수 없는 타인의 장부"인 점, "주주명부는 주주 및 질권자의 대 회사에 대한 효력임에 대하여 전자등록부는 유통시의 제3자에 대한 효력에 중점을 둔다는 점"과 같은 차이를 강조하면서 약식질과 등록질의 구분을 위해서는 주주명부의 존치가 필요하다는 주장도 있다.[78] 그러나 약식질과 등록질의 구분을 위해서 주주명부의 존치가 필요하다는 주장은 설득력이 약하다.

나아가 개인정보보호를 강조하는 입장에서는 전자등록기관에 주주 등의 정보가 집중되는 것을 우려할 수 있다. 전자등록부에 개별투자자의 권리상황을 포함한 증권에 관한 모든 정보를 기재하는 것이 정보유출의 가능성을 높일 수 있는 점은 부정하기 어려울 것이다. 그러나 정보유출의 위험만으로 새로운 제도의 도입을 막을 이유는 되기 어려울 것이다.

보다 중요한 문제는 전자등록기관이 개별투자자의 권리상황을 실시간으로 파악하는 데 드는 시스템 구축비용이 될 것이다. 구체적으로 누가 어떻게 분담할 것인지는 쉽게 판단할 수 있는 문제가 아니다.

1.1.2.2. 통합관리방식과 개별관리방식

전자증권제도는 전자등록기관이 개별투자자의 권리상황을 파악할 수 있는지 여부를 기준으로 통합관리방식과 개별관리방식으로 구분된다.[79] 전자의 방식에서는 전자등록기관이 계좌관리기관별로 증권의 종목별 합계만을 관리하지만, 후자의 방식에서는 전자등록기관이 개별투자자들의 보유상황을 실시간으로 파악할 수 있게 된다.

전자증권법은 계좌관리기관은 고객계좌부에 전자등록된 전자증권의 총수량 또는 총금액을 관리하기 위하여 전자등록기관에 고객관리계좌를 개설해야 하고, 전자등록기관은 계좌관리기관별로 고객관리계좌부를 작성해야 한다고 하여(22조 3항,4항) 개별관리방식을 채택하고 있다. 따라서 현행법상으로는 전자등록기관이 개별투자자의 권리상황을 파악할 수 없다.

1.1.2.3. 개선방안

1.1.2.3.1. 기본방향

'장기적으로'라는 단서를 붙이기는 했지만, 주주명부제도 및 대항력법리를 폐지하거나 전자등록계좌부를 주주명부로 간주하는 방안을 제안하는 견해가 있다.[80] 기술적으로 가능할 경우 당연히 고려해야 할 방안이라고 생각한다.

---

73) 대법원 2017. 3. 23. 선고 2015다248342 판결.
74) 노혁준, 앞의 논문, 1668면.
75) 송옥렬, 상법강의, 2018, 843면.
76) 송옥렬, 상법강의, 2018, 830면.
77) 노혁준, 앞의 논문, 1668면.
78) 김지환, 앞의 논문, 85면.
79) 노혁준, 앞의 논문, 1648-1649면; 송옥렬, 앞의 책, 830면(통합관리방식을 설명).
80) 노혁준, 앞의 논문, 1669-1670면.

1.1.2.3.2. 고려사항

그러나 이를 위해서는 첫째, 전자등록기관이 개별투자자의 권리상황을 파악할 수 있도록 개별관리방식으로 전환하고, 둘째, 그러한 개별관리방식의 구축 및 운영에 필요한 비용규모와 분담방법에 관한 합의가 필요하다. 현실적으로 전자등록기관이 모든 계좌관리기관과 표준화된 방식의 실시간 계좌관리방식을 도입하는 것이 가능한지 의문이다. 정확하게는 현재의 주주명부제도를 유지하는 것이 그러한 시스템의 구축과 운영에 소요되는 막대한 비용을 부담해야 할 정도의 불편을 발생시킨다고 평가할 수 있는지 생각할 문제이다.

소유자명세, 소유자증명서, 소유내용통지 외에 소수주주의 전자등록기관에 대한 주주명단을 청구할 수 있는 권리를 인정할 경우 주주명부제도는 전자증권발행회사에 대해서는 사실상 의미를 상실하게 될 것이다.[81]

1.2. 사채원부

상법상 사채원부(488조)에 대해서도 위에서 본 주주명부에 관한 논의가 동일하게 적용될 수 있을 것이다.

2. 명의개서대행회사제도의 기능

2.1. 의의

상법상 주식의 이전은 취득자의 성명과 주소를 주주명부에 기재하지 않으면 회사에 대항하지 못한다(상법 337조 1항). 그러나 이 요건을 전자등록계좌부에의 계좌대체로 갈음하게 하자는 본고의 입장[82]에서는 입법이 될 경우 주식의 양도에 관한 당사자의 합의와 전자등록계좌부상 이체기재가 있으면 충분하다.

2.2. 주주명부와 전자등록계좌부를 일체화할 경우

과거 전자등록제도 하에서 명의개서제도 및 명의개서대행회사의 역할에 대하여 첫째, "전자증권제도 하에서는 도입시 실물증권이 폐지되고 명부상의 주주가 실질주주화 되므로 증권발행 및 명의개서대행업무는 발생하지 않으며 발행회사의 Corporate Action 일정관리 및 주주 등에 대한 각종 통지 업무만 존속"하고, 둘째, "따라서 전자증권제도의 적용을 받는 증권의 경우 명의개서대행회사의 업무가 현저히 축소되고, 전자증권제도 적용을 받지 않는 증권에 대해서만 현행 업무 유지"될 것이며, 셋째, "자본시장통합법상 명의개서대행회사 제도는 유지하되, 상장법인은 명의개서대행회사를 의무적으로 선임토록하고 있는 유가증권시장상장규정(제58조) 등은 개정 필요"라는 평가가 이루어졌다.[83] 이러한 평가는 전자등록계좌부를 주주명부로 간주하는 제도를 전제로 한 것이라고 생각된다.

2.3. 명의개서대리인 선임의 강제

상법상 주식회사는 정관이 정하는 바에 의하여 명의개서대리인을 둘 수 있다(337조 2항 전단). 그러나 2019년 개정 상장회사 표준정관은 "주식등의 전자등록을 하는 경우 명의개서대리인 선임이 강제될 예정임에 따라 명의개서대리인을 두지 않는 경우와 관련한 선택규정을 모두 삭제"한다고 설명하고 있다.[84] 현행 한국예탁결제원의 증권등예탁업무규정은 지분증권의 예탁대상증권 지정요건으로서 해당 증권의 발행인이 명의개서대행회사를 선임하였을 것을 규정하고 있다(7조 1항 2호). 상법상 특별한 논의가 필요한 부분은 아니라고 생각된다.

---

81) 加藤貴仁, 앞의 논문, 226면.
82) Ⅳ.2.2.1. 전자증권의 양도와 계좌간대체의 전자등록의 효력.
83) 금융위원회, 전자증권제도 도입 및 운영방안, 2008.7.11., 18면.
84) 한국상장회사협의회, 상장회사표준정관개정내용- 신.구조문대비표 - 2018.11.28.개정

2.4. 명의개서대리인의 기능

현행 전자증권법은 상법상 주주명부제도의 유지를 전제로 하고 있으므로 명의개서대리인제도는 그대로 유지될 것이다. 그러나 자본시장법상 명의개서대행회사의 업무 중 "증권의 배당·이자 및 상환금의 지급을 대행하는 업무"는 그대로 유지될 것이지만, 전자증권을 발행하는 회사에 대한 "증권의 명의개서를 대행하는 업무"(365조 1항)와 "증권의 발행을 대행하는 업무"는 줄어들거나 사라지게 될 가능성이 높다(366조).

Ⅷ. 결론

본고에서는 전자증권제도의 구조와 범위, 주주 및 사채권자의 권리, 증권의 발행과 양도, 전자증권에 대한 담보권, 주주 및 사채권자의 권리행사, 상법상 주주명부 및 사채원부제도를 중심으로 전자증권제도와 상법의 관계를 검토하였다.

먼저 전자증권제도에 대한 법리적 접근을 위한 기본원칙으로서 전자증권제도는 전자등록이라는 새로운 기술적 발전을 기초로 증권의 발행과 유통에 관한 제도적 기초를 완전히 변경하는 과정으로 이해하고, 새로운 기술적 발전을 기초로 새로운 접근방법이 필요하다는 점을 강조하였다.

참고문헌

김건식/정순섭, 자본시장법, 2013

김순석, “주식 등의 전자등록제도 도입의 필요성과 법적 검토과제,” 상사법연구 제24권 제3호, 2005, 113-147면

김순석, “주식 등의 전자등록제도 도입에 따른 주주 보호방안,” 상사법연구 제22권 제3호, 2003, 279-327면

김지환, “주식의 전자등록제도에 있어서 주주 보호 방안,” 상사법연구 제34권 제1호, 2015, 81-120면

맹수석, “전자증권제도의 시행과 법적 쟁점의 검토,” 경영법률 제28집 제4호, 2018, 1-35면

문상일, “전자증권제도와 주주총회 활성화 방안-주주총회 전자화 논의를 중심으로,” 경영법률 제28집 제4호, 2018, 37-58면

박철영, “전자등록제도 하에서의 사채관리에 관한 검토,” 상사법연구 제30권 제2호, 2011, 215-252면

손진화, “주식 등의 전자등록제도의 도입방안,” 상사법연구 제22권 제3호, 2003, 73-119면

심인숙, “주식 및 사채의 전자등록제 도입에 관한 상법개정안 고찰,” 상사법연구 제28권 제3호, 2009, 215-256면

안성포, “일본의 주권불발행제도에 관한 고찰,” 상사법연구 제24권 제2호, 2005, 9-41면

오길영, “전자등록(電子登錄) 주식(株式)의 보유(保有)에 대한 검토(檢討),” 상사법연구 제27권 제2호, 2008, 165-193면

정경영, “IT화 관련 회사법 개정의견,” 상사법연구 제24권 제2호, 2005, 217-276면

정경영, “전자증권의 법적 성질과 전자등록제도에 관한 고찰,” 상사법연구 제22권 제3호, 2003, 121-178면

정순섭, 은행법, 2017, 439-442면.

정찬형, “전자증권제도의 도입에 따른 법적 과제,” 상사법연구 제22권 제3호, 2003, 11-72면

최지웅, “전자증권제도의 시행과 주주명부제도 개선과제,” 경영법률 제28집 제4호, 2018, 59-96면

허항진, “유가증권의 전자화와 그 법적 과제에 관한 연구,” 법학연구 제30집, 2008, 183-209면

加藤貴仁, 「振替株式の株主による權利行使の方法に關する一考察—特に個別株主通知という仕組みの合理性について」, 神作裕之/資本市場研究會(編), 企業法制の將來展望—資本市場制度の改革への提言〈2016年度版〉, 2016, 207-232면

金融法委員會, 「振替株式等と商事留置權の成否について」, 2016.10 〈http://www.flb.gr.jp/jdoc/publication51-j.pdf〉

電子的記錄に基づく權利を巡る法律問題研究會, 「振替証券・電子記錄債權の導入を踏まえた法解釋論の再檢討」, 『金融研究』第34券第3号, 2015, 1-66면

한국상사법학회 2019년 하계학술대회(6. 28)
경제변혁의 시대를 맞은 상사법의 현안과 과제

제2주제

최근 ESG (Environment, Social, Governance) 요구 강화에 따른 회사법의 쟁점과 과제

발표자 : 신석훈 위원[김&장법률사무소]
사회자 : 최준선 교수[성균관대학교]
토론자 : 육태우 교수[강원대학교]
토론자 : 곽관훈 교수[선문대학교]

최근 기관투자자의 ESG (Environment, Social, Governance) 요구 강화에 따른 회사법의 쟁점과 과제

신석훈 (김앤장 법률사무소 위원)[1)]

Ⅰ. 문제제기

20세기 초 벌과 민즈(Berle & Means)[2)]가 주식소유의 광범위한 분산으로 인해 소유자인 주주는 직접 경영을 할 수 없고 주식을 소유하지도 않은 경영자가 경영을 하는 소유와 경영의 분리 문제를 제기한 이후 회사지배구조 연구는 수 십년 동안 소유-경영 분리로 인해 초래되는 대리인 문제를 해결하는데 집중해 왔다. 회사법에서도 경영자의 경영권 남용으로부터 주주를 보호하기 위한 제도 마련에 주력해 왔다. 주주는 법과 제도를 통해 보호해 주어야만 하는 대상이었다.

그러나 1970년 이후 가속화되기 시작한 상장회사 주주의 기관화(Institutionalization) 현상으로 현재의 자본시장 환경과 주주의 지위는 확연히 달라졌다. 주주의 기관화로 인해 보호의 대상으로만 여겨져 왔던 주주가 지배구조에 관여할 수 있는 힘을 가짐에 따라 주주보호가 회사법의 유일한 기능이라는 그 이전까지의 생각이 도전 받으며 지배구조에 대한 주주의 관여가 기업지배구조 논쟁에서 중요한 쟁점으로 부각되기 시작하였다.

특히 2008년 글로벌 금융위기 이후 위기의 원인을 두고 주주들의 권한이 너무 강해졌기 때문이라는 견해와 반대로 주주들이 권한을 적극적으로 행사하지 않았기 때문이라는 견해가 팽팽하게 대립되면서 기관투자자들의 주주관여에 대한 찬반논쟁은 점점 치열하고 복잡한 양상을 띠게 되었다.

전자의 견해에서는 주주들이 지나치게 단기적 이익에 집착한 나머지 회사의 장기적 위험요소를 무시하며 경영하도록 경영자들을 압박한 것이 위기의 원인이었다고 보는 한편, 후자의 견해에서는 단기적 이익 추구에 몰두하고 있는 경영자를 회사의 소유자, 특히 기관투자자들이 제대로 통제하지 못한 것이 위기의 원인이었다고 보고 있는 것이다. 즉 금융위기의 원인을 한쪽에서는 주주가 경영에 너무 관여 했기 때문이라고 보는 반면, 다른 쪽에서는 주주가 경영에 너무 관여를 하지 않았기 때문이라고 보고 있는 것이다.

이러한 견해의 차이는 글로벌 금융위기 이후 확산되고 있는 주주행동주의에 대한 평가에서도 그대로 이어지고 있다. 전자의 견해에서는 기업 지배구조에 주주가 적극적으로 관여하는 주주행동주의에 대해 우려를 하고 있는 반면 후자의 견해에서는 반대로 적극적인 지지를 보내고 있다.

이와 같이 최근 강화되고 있는 주주행동주의에 대해 부정적인 견해와 긍정적인 견해가 팽팽해 대립되고 있는 것 같지만 이러한 논쟁을 자세히 들여다 보면 각각의 견해에서 지적하고 있는 '주주행동주의'가 서로 다른 성격의 주주행동주의라는 사실을 알 수 있다. 주주행동주의의 부정적 측면을 지적하는 견해에서의 주주행동주의는 단기적 이익을 추구하는 행동주의를 의미하는 것이고, 긍정적 측면을 지적하는 견해에서의 주주행동주의는 회사의 장기적 가치를 추구하는 행동주의를 주로 의미하는 것이다.

따라서 양자의 견해가 주주행동주의를 두고 팽팽하게 대립되고 있는 것처럼 보이지만 실질적으로는 '단기적 주주가치 추구를 지양하고, 장기적 기업가치를 지향'하자는 동일한 인식에 기초하고 있다. 본 논문에서는 바로 이러한 인식에 기반을 둔 기관투자자들이 자발적으로 주도하고 있는 행동주의를 'ESG 리스크 관련 행동주의(이하 ESG 행동주의)'라고 부르기로 한다. 기관투자자들이 투자대상 회사에게 회사의 장기적 가치에 영향을 미치는 ESG (Environment, Social, Governance) 관련 리스크를 체계적으로 관리 하도록 요구하고 있다는 의미에서 'ESG 행동주의' 라고 명명한 것이다.

자본시장에서 이러한 'ESG 행동주의'가 제대로 작동하게 된다면 최근 우리나라에서 급증하고 있는 주주행동주의를 두고 벌어지는 찬반논쟁이 건설적인 방향으로 수렴해 나갈 수 있는 계기가 마련 될 것이다. 따라서 이러한 계기가 마련될 수 있도록 ESG행동주의가 기존의 회사지배구조 논쟁 및 회사법상 이사의 신인의무 논의에 어떠한 변화를 초래하게 될 것인지에 관해 살펴보기로 한다.

---

1) 본 발제문은 발제자 개인의 견해이며, 소속기관의 공식적 견해가 아님을 밝혀둡니다.

2) Adolf A. Berle, Jr. & Gardiner C. Means, The Modern Corporation and Private Property, rev. ed., New York: Harcourt, Brace and World, 1932

즉 ESG행동주의는 주주인 기관투자자들이 주도하므로 주주중심주의 회사지배구조 모델을 추구하고 있는 것인지, 아니면 ESG를 중요하게 고려하고 있으므로 이해당사자 중심 회사지배구조 모델을 추구하고 있는 것인지, 이것도 아니면 제3의 새로운 회사지배구조 모델을 추구하고 있는 것인지, 그리고 새로운 회사지배구조 모델을 추구하고 있는 것이라면 이러한 회사지배구조 모델을 회사법에서 수용할 수 있을 것인지 등에 대해 살펴보기로 한다. 이와 같이 회사지배구조와 회사법적 관점에서 ESG행동주의를 살펴봄으로써 현대 사회에서 회사와 관련된 다양한 이해관계인들이 기대하는 다양한 회사의 역할과 기능이 바람직한 방향으로 수렴해 나갈 수 있는 계기를 마련하고자 한다.

Ⅱ. 헤지펀드 행동주의와 스튜어드십 행동주의

1. 헤지펀드 행동주의와 단기실적주의(Short-Termism)

최근 기업 지배구조 개선을 명분으로 한 헤지펀드의 행동주의가 전 세계로 확산되고 있다. 저성장. 저금리라는 거시적 경제환경 변화 속에서, 또한 과거와 같이 정보에만 의존하며 주식 매각전략 등으로 수익을 창출하는 것이 쉽지 않게 된 금융환경 하에서 투자자들은 새로운 투자기회와 수익창출방법을 모색하고 있는 것이다. 단순히 보유한 주식의 의결권 행사에만 머무는 것이 아니라 자신이 투자한 기업의 경영활동과 지배구조 개선을 위해 적극적으로 주주권을 행사하며 직접적으로 기업의 경영사안에 관여하는 주주행동주의(shareholder activism)가 헤지펀드를 중심으로 한 기관투자자들에 의해 확산되고 있다. 그러나 헤지펀드는 일반적인 기관투자자들과는 달리 몇몇 회사의 주식을 집중적으로 보유하고 증권규제와 공시의무 등을 회피하며 법적 규제의 외곽에서 활동하는 경향이 있다.

이러한 헤지펀드 행동주의 확산에 대해 기업의 경영권 안정을 중요시하는 입장에서는 우려를, 주주들의 감시기능을 중요시하는 입장에서는 환영하는 입장을 보이며 찬반논쟁이 지속되고 있다. 헤지펀드 행동주의를 긍정적으로 평가하는 입장에서는 이를 통해 회사지배구조에 대한 주주들의 감시기능이 강화될 수 있다고 보고 있다. 소유와 경영의 분리로 인한 주주 통제권의 약화가 헤지펀드 행동주의를 계기로 개선되고 있으며 궁극적으로 회사의 의사결정 권한은 경영진에서 주주에게로 점차 이전되어야 한다고 주장한다.

그러나 헤지펀드 행동주의가 주주와 경영진간의 대리비용을 줄여주는 측면도 없지 않지만 회사의 지속가능성과 장기적 이익을 선호하는 일반 주주들의 이익을 훼손시킬 수 있다는 우려가 확산되고 있다.[3] 최근의 헤지펀드 행동주의는 경영진에 압력을 가해 고액배당을 끌어내고, 이를 통해 단기주가를 상승시킨 후 보유주식을 매각하여 투자수익을 취득하는 것을 목적으로 하는 경우가 다수이므로 장기적 기업가치 성장에 부정적 영향을 미칠 수 있다는 것이다.[4] 즉 단기수익 창출을 위해 R&D투자를 줄이도록 요구하는 등 장기적 관점에서의 기업이익을 희생시키며 단기실적주의(short-termism)[5] 성향을 가속화 시키고 있다는 것이다.

최근에는 여러 헤지펀드들이 5%이하 지분을 보유하며 공시의무를 회피하고 있다가 별안간 함께 타깃 회사를 공격하는 '울프팩(wolf pack)'전술로 인해 자본시장에서의 공정한 게임의 규칙이 손쉽게 무너지고 있다는 우려도 제기되고 있다.[6] 또한 최첨단 금융기법을 활용해 주식에 비례적으로 연결되어 있는

---

3) Wolf-Georg Ringe, The Deconstruction of Equity: Activist Shareholder, Decoupled Risk, and Corporate Governance, Oxford University Press, (2016) p.101

4) Marcel Kahan, Edward B. Rock, "Hedge funds In Corporate Governance And Corporate Control," 155 University of Pennsylvania Law Review 1021, May (2007). 헤지펀드를 '전형적인 단기 투자자(archetypal short-term investor)'라고 규정하고 있다

5) 단기주의(short-termism)의 의미는 보는 사람에 따라 다양할 수 밖에 없겠지만 일반적으로 전통적인 기관투자자들보다 장래 예상되는 이익을 더 높은 할인율로 할인하는 경향을 의미하는 것으로 사용된다. 이러한 단기적 성향의 투자자들은 배당증가나 자기주식 취득을 당연히 선호하고 그 결과 R&D투자와 같은 장기적 투자를 필연적으로 줄이게 된다. 왜 헤지펀드가 다른 기관투자자들과 달리 더욱 단기이익을 추구하고 있는지에 대해서는 John C. Coffee, "The Wolf at the Door: The Impact of Hedge Fund Activism on Corporate Governance", Annals of Corporate Governance: Vol. 1: No. 1 (2016) p.47 참조.

6) John C. Coffee, "The Wolf at the Door: The Impact of Hedge Fund Activism on Corporate Governance", Annals of Corporate Governance: Vol. 1: No. 1 (2016). 물론 여러 헤지펀드들이 서로 협력해 하나의 그룹으로 행동할 경우 그룹 전체가 5%이상 지분을 보유하게 되면 공시를 해야 한다고 법에는 규정되

'경제적 권리'와 '의결권'을 자유자재로 분리하며 의결권 보유기준에 따라 부과된 공시의무를 회피하는 경우도 늘고 있다.[7)]

헤지펀드 행동주의가 회사의 장기적 성장과 경제전반에 부정적 영향을 미친다는 주장은 경영권방어 수단인 포이즌필(poison pill)을 최초로 설계한 립튼 변호사에 의해 강하게 제기되고 있다.[8)] 립튼 변호사는 주주의 단기주의 요구 압력으로부터 회사를 보호하기 위한 새로운 입법과 규제가 필요하다고 주장하고 있다.[9)]

또한 세계 최대 자산운용사인 Blackrock의 CEO인 Leonard Fink 역시 "회사 경영진은 특정한 시점에 주식을 보유한 주주들에게 신인의무를 부담하는 것이 아니라 '회사'와 회사의 장기적 소유자들에게 신인의무를 부담하고 있는 것이다" 라며 헤지펀드 행동주의를 강하게 비판하였고 이에 대해 대표적인 헤지펀드인 Carl Icahn은 Fink의 견해는 오히려 주주들의 지배구조 개선 압력으로부터 성과가 좋지 않은 경영자들을 보호해 주는 것이나 다름없다고 반박하였다.[10)]

2. 스튜어드십 행동주의와 회사의 지속가능성(Long-Termism)

(1) 스튜어드십 코드 도입의 확산

헤지펀드 행동주의의 긍정적 측면을 강조하는 견해에서는 일반적으로 지배구조 개선을 위한 기관투자자의 적극적 역할을 강조하겠지만, 헤지펀드 행동주의의 단기실적주의를 비판하면서도 지배구조 개선을 위한 기관투자자의 적극적 관여 및 역할을 강조하는 견해가 늘고 있다.

이러한 견해에서는 2008년의 글로벌 금융위기는 주주들의 단기실적주의로 인해 촉발된 측면이 크므로 기관투자자들이 장기적 관점에서 투자 대상회사의 지배구조에 관여할 수 있도록 해 주주들의 단기실적주의를 개선해 나가야 한다는 것이다.[11)]

이러한 견해에 바탕을 두고 글로벌 금융위기 이후 세계 각국에서 회사지배구조 개혁논의가 진행되었고 개혁의 목적은 금융위기의 원인으로 지목되고 있는 경영자의 단기실적주의를 극복하기 위해 기관투자자의 참여(Shareholder Empowerment)를 강화하자는 것이다.[12)] 주주참여란 회사가치 증진과 장기이익 극대화를 위해 경영진을 적극적으로 감시하고 이사회와 지속적으로 대화하며 주주권한을 적극적으로 행사하는 것을 의미한다.

이러한 입장을 가장 잘 보여주는 현상이 영국에서 출발해 전세계적으로 확산되고 있는 스튜어드십 코드(Stewardship Code)다.[13)14)] 스튜어드십의 핵심은 기관투자자들이 회사의 단기이익 취득에만 급급

어 있으나 이러한 규제는 '늑대 떼'에게 큰 문제가 되지 않는다. 그룹(group)에 해당하기 직전의 느슨한 연계(loose association)를 형성해 법적 규제를 쉽게 회피할 수 있기 때문이다. 울프팩 전략은 최근 몇 년 사이 미국에서 급증하고 있다. 2015년에는 포춘 100대 기업중 9개 기업이, 포춘 500대 기업 중 38개 기업이 헤지펀드 공격에 직면했다. 울프팩 공격은 대기업에만 국한되지 않고 있는데 2015년에만 미국 상장회사 중 343개가 공격을 받았고, 2016년 상반기에만 113개 회사가 공격을 받았다고 한다. Zalak Raval, "Is Your Company at Risk of an Activist Attack? Outsmarting Wolf Packs", 4 Emory Corp. Governance and Accountability Rev. Perspectives 1017 (2016) 참조.

7) 예를 들어 5% 이상의 주식에 대한 경제적 권리를 실제 보유하고 있으면서 주식스왑 계약을 통해 의결권이 없는 상태로 만들어 공시의무를 이행하지 않고 있다가 나중에 스왑계약을 해지하고 주식을 실제로 취득한 후 공시의무를 이행하는 경우가 있다. 계약을 통한 주식의 '경제적 권리'과 '의결권' 분리에 대한 문제점 및 시사점에 대해서는 신석훈, "주식의 소유권과 리스크 분리현상" 한국증권법학회 2017년 10월 정기세미나 발표자료 참조.

8) Martin Lipton , Do Activist Hedge Funds Really Create Long-Term Value?, Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, July 22, (2014)

9) Martin Lipton, "Will a New Paradigm for Corporate Governance Bring Peace to the Thirty Years' War", Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation. Oct. 2 (2015),

10) Joel Slawotsky, "Hedge Fund Activism In An Age of Global Collaboration And Financial Innovation: The Need For A Regulatory Update of United States Disclosure Rules" 35 Review of Banking and Financial Law 272, (2015) p.331

11) 글로벌 금융위기 이후 단기실적주의 극복을 위한 정책동향에 대해서는 신석훈, "글로벌 금융위기 이후 회사 소유·지배구조 정책 동향과 시사점", 법학연구(연세대학교 법학연구원) 제26권 제1호 (2016년 3월) 참조

12) Van Campe Frederic, "Corporate goverence in a post-crisis era: is shareholder engagement the answer?", A critical assessment (2012)

13) Iris H-Y Chiu, "Institutional Shareholders As Stewards: Toward A New Conception Of Corporate

할 것이 아니라 회사의 장기적 이익증진을 위해 인내자본(Patient Capital)[15][16]의 성격을 가질 것을 권유하고 있다.[17] 이러한 스튜어드십 코드가 기관투자자의 참여를 통한 기업의 장기적 가치증진이라는 이상적인 목적을 추구하고 있지만 과연 주주참여를 촉진시킬 수 있는지, 더 나아가 회사의 가치를 정말로 향상시킬 수 있을지에 대해 회의적인 견해도 많다.[18]

스튜어드십 코드의 유용성에 대한 이러한 논쟁에도 불구하고 스튜어드십 코드는 정부 또는 준정부기관에 의해 우리나라를 포함해 덴마크, 홍콩, 케냐, 일본, 말레이시아, 대만, 태국 등 전 세계적으로 확산되고 있다.[19]오스트리아, 브라질, 캐나다, 이탈리아, 네델란드, 스위스, 미국 등에서는 기관투자자들이 자발적으로 스튜어드십 코드를 도입하였다.

(2) 기관투자자 주도의 ESG 행동주의 (ESG risk-related activism)

기관투자자들이 자발적으로 스튜어드십 코드를 도입한 나라들 중 미국에서는 BlackRock、Vanguard、SSGA 등 대형 글로벌 자산운용사 중심으로 구성된 Investor Stewardship Group(ISG)에서 가장 늦은 2017년에 이르러서야 스튜어드십 코드(Stewardship Framework) 를 도입하였다.[20] 2008년 글로벌 금융위기 이후 스튜어드십 코드를 도입한 국가들 중 미국이 가장 늦었지만 글로벌 자산운용사들을 중심으로 한 기관투자자들의 자발적 움직임은 이미 금융위기 직후부터 꾸준히 있어왔고 그러한 움직임이 최근 스튜어드십 코드 도입으로 나타난 것이다.

즉 2008년 글로벌 금융위기 직후부터 주주들의 단기실적주의가 위기의 원인이라는 인식이 이미 확산되고 있었고, 또한 기후변화에 대한 우려, 그리고 지난 수 십년 동안 회사지배구조 운영의 이론적 토대를 제공해 온 '주주중심주의'가 급변하는 자본시장 환경하에서 한계에 직면하게 됨에 따라 블랙록, 벵가드, SSGA 등 글로벌 3대 자산운용사를 중심으로 한 기관투자자들이 자발적으로 행동하며 투자 대상

Governance", Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law (2012)

14) 영국 재무보고위원회(FRC)는 기관투자자의 수탁자책임을 강화하는 내용의 스튜어드십코드 개정안을 2019년1월 30일에 공개하고 2019년 3월29일까지 각계의 의견을 수렴한 후 2019년 여름에 최종안을 발표할 예정이다. " FRC suggests significant changes to the Stewardship Code", (2019.2.4). 주요 개정내용은 기관투자자들이 투자판단시 ESG요소를 명시적으로 고려하도록 하고, 기관투자자들이 추구하는 목적과 가치, 그리고 문화가 고객에 대한 수탁자 책임의 충실한 이행에 어떻게 기여하고 있는지를 공시하도록 하는 것이다.

15) '혁신경제'를 주장했던 포터(Michael Porter)는 새경제(new economy)는 장기적 관점에서 기업가치를 평가하는 인내자본(patient capital)이 필요하다고 주장하였다. Michael E. Porter, The Business Council ,National Issues/Government of Canada (1991). 지식과 기술의 사용에 기반을 둔 혁신이 시장경쟁에서 우위를 차지하게 하는 새로운 경제환경 변화 속에서 지식기반 기업과 기술집약적인 기업들의 요구에 부응하기 위한 인내자본이 필요하다는 것이다.

16) 인내자본의 반대인 '참을성 없는 자본(impatient capital)'이란, 외부 제공자에 의한 자본이 단기 시세차익 기회를 찾아 다른 회사를 신속하게 찾아가는 자본을 의미한다. 회사의 경영활동을 압박해 자신들의 경영전략을 따르도록 하기 위해 홍보캠페인을 시도하거나 소송을 제기하거나 위임장 경쟁을 하는 자본인 '주주행동주의 자본(activist investor capital)'도 여기에 속한다. Justice Jack B. Jacobs "Patient Capital": Can Delaware Corporate Law Help Revive It? 68 Washington And Lee Law Review 1645 (2011) Fn3.4

17) Iris H-Y Chiu, "Institutional Shareholders As Stewards: Toward A New Conception Of Corporate Governance", Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law (2012) p.398

18) 스튜어드십 코드가 바람직한 효과를 낳기 위해서는 다양한 유형과 성격을 가진 기관투자자들의 인센티브 구조를 이해해야만 한다. 기관투자자 중에는 공적 연기금, 뮤추얼 펀드, 헤지펀드, 투자은행 등 다양하고 서로 다른 성격의 기관투자자들이 있으며 이들은 서로 다른 법적 형태와 사업모델를 가지고 있다. 그리고 투자전략과 투자기업에 대한 참여 인센티브 등이 모두 다르다. 더 나아가 개별 기관투자자들의 실질적 자산운용과 의결권 행사는 다양한 유형의 자산운용사들에 의해 이루어지는 경우가 많다. 이러한 상황에서 스튜어드십 코드를 통해 기관투자자들의 일반적이고 보편적인 오너십을 요구하는 것은 무리라는 것이다. 자세한 내용은 Mats Lsaksson, Serdar Celik, "Who Cares? Corporate Governance in Today's Equity Markets", OECD Corporate Governance Working Papers No.8 (2013) p. 49 이하 참조

19) 우리나라의 스튜어드십 코드 도입을 정부 및 준정부기관(regulators or quasi-regulators) 에 의해 도입한 다른 나라들과 구분해 Private industry participants, 즉 한국지배구조원 주로도 도입했다고 분류하는 경우가 있지만(Jennifer G. Hill, "Good Activist/Bad Activist: The Rise of International Stewardship Codes", 41 Seattle U. L. Rev. 497, p.508) 스튜어드십 코드 도입이 현 정부의 대선공약이었고, 그 이후 현 정부의 핵심 경제정책 중 하나인 점을 고려해 보면 순수하게 사적기관 주도로 도입되었다고 보는 것은 무리일 것이다.

20) Jennifer G. Hill, "Good Activist/Bad Activist: The Rise of International Stewardship Codes", 41 Seattle U. L. Rev. 497, pp.510-511

회사의 지배구조 개선작업을 선도하기 시작하였다.[21]

이러한 기관투자자들이 특히 주목하기 시작한 것은 투자대상 회사의 지배구조(governance)와 다양한 경영활동과정에서 수반되는 사회적(social) 및 환경적(environment) 이슈와 같은 비재무적 요소들(ESG)이 회사의 재무적 성과에 미치는 영향이다. ESG와 같은 비재무적 요소들과 관련된 위험이 기업의 평판에 부정적 영향을 미칠 가능성이 매우 크다는 사실은 일반적으로 인정되어 왔으나 여기에 그치지 않고 주주들의 이익과 같은 재무적 성과에도 부정적 영향을 미칠 가능성이 점점 커지고 있다.[22] 따라서 ESG 관련 요소들이 기업지배구조에 얼마나 잘 반영되어 있는지를 보며 투자판단을 하는 것은 투자자의 신인의무의 일부로 인식되고 있다.

기관투자자들은 기업들에게 보다 완전한 ESG 정보공시를 요구하고, 이러한 공시를 통해 부족한 부분이 나타나면 기업과 직접 대화하고, 그럼에도 개선되지 않을 경우에는 주주권에 기초해 보다 강력한 추가적인 조치를 취함으로써 자신들의 투자 포트폴리오에 미칠 부정적 영향을 예방 및 완화하는데 자신들의 영향력을 적극 활용하고 있다..[23]

ESG 개념에는 환경, 사회, 지배구조 등과 관련된 다양한 이슈들은 물론 기업의 재무성과와 지속가능성에 영향을 미칠 수 있는 모든 비금융적 요인들이 포함되고 있다.[24] 이러한 ESG 이슈들은 회사의 경영활동에 긍정적 기회(opportunity)를 제공해 주기도 하고 부정적 위험(risk)을 초래하기도 하는데 기관투자자들이 주로 관심을 가지는 것은 부정적인 측면에서의 ESG 리스크이고, 이러한 리스크를 투자대상 기업이 얼마나 잘 공시하고 관리하는지를 집중적으로 보고 있다.

이렇게 투자대상 회사에게 ESG 리스크를 공시하도록 요구하고, 이를 바탕으로 대상 회사의 이사회가 ESG 관련 리스크를 확인, 평가, 모니터링, 관리 등을 하기 위한 체계를 구축하고 있는지 여부를 확인한 후 그렇지 못할 경우 적극적으로 관여(shareholder engagement)하여 개선하도록 요구하고, 이러한 요구가 받아들여지지 않을 경우 주주제안 등과 같은 보다 적극적인 주주권을 행사하는 기관투자자의 행동주의를 'ESG 행동주의(ESG risk-related activism)'이라고 한다.[25][26]

---

21) Martin Lipton, Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, “It's Time to Adopt the New Paradigm”, Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, February 11, 2019. 이러한 글로벌 3대 자산운용사의 투자전략은 많은 기관투자자들에게 영향을 미치며 전 세계 자본시장의 흐름을 선도하고 있다고 해도 과언이 아니다. 2016년 6월말 기준 빅3 자산운용사가 보유한 주식규모는 6.2조달러로 상위 15개 미국 자산운용사의 총 주식 규모 중 56%를 차지하고 있다. 2016년 3월 기준 미국 상장회사 3,900여개 중 BlackRock과 Vanguard는 약 2,000개, 1,750개사에 대해 각각 5% 이상의 지분을 보유하고 있다. 글로벌 상장사로 확장 시 이들은 각각 2,632개, 1,855개 기업에 대해 5% 이상지분 보유하고 있다. 빅3 운용사의 지분율을 모두 합치면 S&P 500 회사의 88%, 전체 미국 상장회사의 43%에 대해 최대주주 지위를 가질 수 있다고 한다. Jan Fichtner, Eelke M. Heemskerk, Javier Garcia-Bernardo, “Hidden power of the Big Three? Passive index funds, re-concentration of corporate ownership, and new financial risk”, Business and Politics, April 2017

22) 미국 CFA Institute에서 '18년 발표한 자료에 따르면 조사대상 기관투자자의 82%가 투자 여부를 판단할 때 대상회사의 ESG정보를 활용하는데, 그 이유는 ESG가 기업의 재무성과에 중요한 영향을 미치기 때문이라고 응답했다. 즉 윤리적 이유 때문에 투자판단 시 대상회사의 ESG정보를 고려하는 것이 아니라 ESG를 잘 관리하고 있는 기업이 재무성과가 좋다고 생각하기 때문이라는 것이다. Amir Amel-Zadeh, George Serafeim, “Why and How Investors Use ESG Information Evidence from a Global Survey”, Financial Analysts Journal, Volume 74, 2018

23) Canadian Coalition for Good Governance (CCGG) , “The Directors' E&S Guidebook-Practical insights and recommendations for effective board oversight and company disclosure of environmental and social (“E&S”) matters” (2018) p.3

24) Virginia Harper Ho, “Risk-Related Activism: The Business Case For Monitoring Nonfinancial Risk”, 41 Journal of Corporation Law 647, Spring, 2016, p.651

25) Virginia Harper Ho, “Risk-Related Activism: The Business Case For Monitoring Nonfinancial Risk”, 41 Journal of Corporation Law 647, Spring, 2016, pp.650-651

26) 대표적인 ESG행동주의 기관투자자인 BlackRock의 Investment Stewardship(2018)에서는 투자대상 회사의 장기적 가치창출을 위해 BlackRock이 추구해 나갈 투자철학과 접근방식을 제시하고 있다. 이를 요약해 보면 다음과 같다. 『BlackRock stewardship의 핵심은 관여(Engagement)이고 이것을 “우리(BlackRock) 또는 상대 회사와 관련이 있는 ESG 이슈에 대한 목적의식 있는 지속적인 대화”로 규정하고 있다. BlackRock이 적극적으로 관여(engagement)하는 경우는 주로 대상회사의 ESG를 평가하기 위한 충분한 정보를 대상회사가 공시하지 않는 경우이다. 투자한 회사가 헤지펀드의 공격을 받았을 경우, BlackRock은 공격측과 방어측의 주장 중 어느 쪽이 ' 장기적 기업가치' 증진에 도움이 되는지를 판단한 후 지지여부를 판단한다. 장기투자자인 BlackRock은 헤지펀드들이 주식을 팔고 떠 난 후에도 계속 주식을 보유하고 있어야 하므로 이들의 요구를 장기적 관점에서 평가할 것

Ⅲ. ESG 행동주의와 회사지배구조

1. 문제제기

세계 최대 규모의 글로벌 자산운용사이면서 대표적인 ESG 행동주의 기관투자자인 BlackRock의 CEO인 Larry Fink는 2018년 1월 자신들이 투자하고 있는 회사의 CEO들에게 보낸 서한에서 자신들은 Friedman의 '주주중심주의(shareholder primacy)' 지배구조를 단호히 거부하고 지속가능성과 이해관계자 중심 지배구조(stakeholder-focused governance)를 추구해 나가겠다고 선언했다.[27] 세계에서 가장 큰 규모의 기관투자자가 지금까지 주주이익을 가장 잘 대변해 왔다는 주주중심주의를 거부하고 이것과 오랜 시간 동안 대립되어온 이해당사자 중심의 지배구조를 추구하겠다는 이러한 선언은 직관적으로 쉽게 이해가 되지 않는다. 특히 ESG 행동주의의 회사법적 쟁점을 검토하고자 하는 본 논문에서는 이러한 선언의 의미를 좀더 명확히 검토해 볼 필요가 있다. 일반적으로 알려진 주주중심 및 이해당사자 중심 지배구조 모델을 전제로 Larry Fink의 서신내용을 이해하려고 할 경우에는 회사법적 쟁점을 검토하는 과정에서 자칫 오해가 초래될 수 있기 때문이다.

이하에서는 ESG 행동주의가 추구하고 있는 회사지배구조 유형 또는 모델이 무엇인지를 검토해 보기로 한다.

2. ESG와 회사지배구조 모델

(1) 갈등 모델

주주중심주의는 노벨 경제학 수상자인 Milton Friedman이 1970년대 뉴욕타임즈에 기고한 '회사의 사회적 책임'에 관한 에세이에서 주주가 회사의 소유자라고 주장하면서부터 본격적으로 확산되기 시작하였다. 「자유 기업과 사적 재산권을 존중하는 체제하에서, 회사의 경영진은 회사의 소유자인 주주의 피용자이다. 따라서 경영자는 자신을 고용한 주주들에게 책임을 부담하고 있다. 여기서의 책임이란 사회의 기본적 규칙에 순응하면서 가능한 한 많은 돈을 벌고자 하는 소유자들의 의도를 존중하며 회사를 운영하는 것이다. 피용자인 경영자들의 행동이 "사회적 책임"에 부합하는 한 주주들의 수입은 줄어들 것이고, 이것은 마치 경영자들이 주주들의 돈을 임의로 사용하는 것과 같다」.[28] 프리드만의 이러한 생각은 회사의 모든 자산은 주주들에게 속한다는 그의 기본적 관점에서 비롯된 것이다.[29]

반면 '이해당사자주의 모델'은 기업의 본질을 사회적 실체의 관점에서 접근한다. 기업의 사회적 책임을 강조하며 공동체와 국가통제를 중요시 하는 진보적 회사법(Progressive Corporate Law)에 기반을 두고 있다.[30] 기업을 주주뿐 아니라 일반 '이해관계자'들의 이익도 배려해야 하는 사회적 실체(entity)로 보며 주주의 이익뿐 아니라 종업원이나 지역사회의 이익 등을 포함한 사회적 실체로써의 회사 자체의 장기적 이익을 위해 회사지배구조가 운영되어야 한다고 본다. 사회적 실체이론에서는 회사의 본질을 사회적국가적공적 차원에서 바라보고 있다.[31] 여기서는 회사의 유일한 목적은 주주의 이익을 극대화하는 것이라는 주주중심주의 모델에 반대하며 기업활동 과정에서 영향을 받는 모든 사회구성원들의 이익도 적극적으로 고려해야 한다고 주장한다.[32]

이다. 즉 명확하고 신뢰할 만한 장기적 경영전략을 제시한 회사가 단기이익을 추구하는 주주들로부터 압력을 받을 경우, BlackRock과 같이 장기적 이익을 추구하는 주주들이 완충역할을 해 줄 수 있으므로 기업들은 장기적 관점에서 지속가능 경영을 추구해 나가야 할 것이다.』

27) Martin Lipton, Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, "BlackRock Supports Stakeholder Governance", Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, January 18, 2018

28) Milton Friedman, The Social Responsibility of Business is To Increase Its Profits, N.Y. Times, Sept. 13, 1970, § 6 (Magazine), pp. 32-33.

29) Ronald Chen & Jon Hanson, "The Illusion of Law: The Legitimating Schemas of Modern Policy and Corporate Law", 103 Michigan Law Review 1, (October 2004), p. 44.

30) Stephen M. Bainbridge, "Community and Statism: A Conservative Contractarian Critique of Progressive Corporate Law Scholarship", 82 Cornell Law Review 856, May (1997)

31) William T. Allen, "Our Schizophrenic Conception of The Business Corporation," 14 Cardozo Law Review 261, November, 1992, p.265.

32) David Millon, Communitarianism in Corporate Law: Foundations and Law Reform Strategies, in

주주중심모델과 사회적 책임모델은 '갈등모델'이라고 볼 수 있다. 갈등모델이란 회사의 이해관계인들 간의 이해상충에 주목하고 만일 회사가 주주의 이익을 위해서만 경영된다면 근로자 등 다른 이해관계인들의 이익에 소홀하게 되어 이들에게 손해가 발생하고, 반대로 사회적 책임을 다하기 위해 주주 이외의 다른 이해관계인들의 이익을 추구하게 되면 주주들의 이익이 훼손된다는 것이다. 회사 이해관계인들간의 관계를 제로섬 게임(zero-sum games)으로 보고 있는 것이다.[33] 따라서 이러한 갈등모델에서는 비재무적 요소인 ESG를 회사의 재무적 가치와 무관한 윤리적, 도덕적, 자선사업 측면에서 접근하게 된다.

(2) 통합모델

최근 주주중심모델이론을 발전적으로 개선하며 기존의 사회적 책임모델을 주주중심모델의 논리 틀 속으로 포섭하려는 통합론적 시도가 활발히 이루어지고 있다. '통합모델' [34] 은 진정으로 모든 주주들의 가치를 증진시키는 방법이 무엇인가라는 의문에서 출발한다. 지금까지 주주가치의 일반적 기준으로 작용해온 '주가'를 상승시키는 것이 과연 진정으로 주주의 이익을 증진시키는 것인가에서부터 논의를 풀어간다. 기존의 주주중심모델에서는 주주가치를 주주의 단기이익 상승에 두고 있었기 때문에 주주가치와 사회적 책임이 상호 충돌하는 것으로 보아 왔다. 그러나 통합모델에서는 진정한 주주가치증진은 주가라는 단기이익 증진에 있는 것이 아니라는 사실을 전제로 진정으로 모든 주주들의 가치를 증진시켜 줄 수 있는 방법과 법적 제도가 무엇인지를 논증해 나간다. 회사의 사회적 책임을 공동체적 관점(communitarian vision)을 전제로 윤리나 도덕적 측면에서 바라보는 것이 아니라 경제적 합리성과 경영 전략적 관점에서 접근 하고 있다.

결국 통합모델에서는 기존의 주주중심주의는 현실을 잘못 진단하고 잘못된 전제하에서 논리를 전개하고 있기 때문에 현실적인 기업활동과 현실적인 주주의 속성을 제대로 포착하지 못하고 있다고 비판한다. 더 나아가 기존의 주주중심모델에 기초해 회사정책을 시행할 경우 오히려 경제 전체의 장기적 성장 동력이 떨 어질 수 있다고 보고 있다.

그러나 통합모델이 기존의 주주중심모델을 전면적으로 반대하는 것은 아니다. 기존의 주주중심모델이 설정하고 있는 기본가정들을 보다 현실적으로 재해석하며, 기존의 모델에서는 논리적으로 포섭될 수 없었던 이해당사자 보호와 사회적 책임 문제를 발전적으로 포섭해 나가고 있다..[35]따라서 통합모델은 주주중심모델에 반대하는 이해당사자 모델과도 다르다. 통합모델은 기존의 이해당사자 모델에서처럼 주주중심모델이 주주 이외의 다른 이해관계인들이나 사회에 해악을 미치고 있다고 보지 않는다. 기존의 주주중심모델이 실질적으로는 주주 자신들의 장기적 이익을 오히려 훼손시킬 수 있다는 사실에 초점이 맞춰져 있다. 즉 어떻게 하는 것이 진정으로 '모든 주주들의 가치'를 지속적으로 증진시키는 방법인지를 모색하는 것이다. 그리고 이러한 장기적 주주가치의 증진이 궁극적으로는 모든 주주뿐만 아니라 회사의 모든 이해관계인들의 이익도 증진시킨 다는 것이다.[36]

Progressive Corporate Law 1, 4-10 (Lawrence E. Mitchell ed. 1995)

33) David Millon, "Shareholder Social Responsibility" 36 Seattle University Law Review 911, (2013) p.919

34) '갈등모델'과 '통합모델'의 분류는 David Millon, "Two Models of Corporate Social Responsibility", 46 Wake Forest Law Review 523 (2011) 에서 분류하고 있는 "Constituency Model"과 "Sustainability Model"을 수정한 것이다.

35) 코넬 대학교 로스쿨의 린 스토웃(LYNN STOUT) 교수는 지금까지 경제학자나 법학자들이 주주중심주의의 핵심으로 여겨온 주주가치(shareholder value)에 대한 일반적인 생각들은 근거 없는 믿음, 즉 '신화(myth)'라고 비판하고 있다. 즉 '주주가치'만을 위해 회사는 운영되어야 한다고 보는 전통적인 주주중심주의 논리인 '첫째, 기업은 주주의 소유물이고 따라서 주주들은 1주1의결권 원칙에 기초해 자신이 보유한 주식 수 만큼만 권한을 행사해야 한다. 둘째, 회사는 주주의 이익을 위해 운영되어야 하고 주주의 이익이란 주가로 표현되는 기업가치의 극대화를 말한다. 셋째, 이러한 기업가치 극대화를 위해서는 적대적 인수.합병이 활성화 되어 무능한 경영자를 해임할 수 있어야 한다. 넷째, 주주가치 극대화는 곧 사회적 이익의 극대화이다' 라는 논리를 법경제학적 방법론에 기초해 조목조목 비판하고 있다. 그러나 이러한 비판은 '회사는 주주의 이익을 위해 운영되어야 한다'라는 주주중심주의의 목적 자체를 비판하기 위함이 아니다. 회사의 주인인 주주들이 자신들의 이익을 위해 대리인인 경영자들에게 '단기 주가' 상승을 요구하고 이러한 요구를 충족시키지 못한 경영자들은 당연히 책임을 져야 하는 식의 전통적인 주주중심주의 시나리오가 오히려 주주 자신들에게도 해롭다는 사실을 분명히 인식시켜 주기 위함이다. 진정으로 주주들의 이익을 위하는 길은 전통적인 주주중심주의 논리가 아니라는 것이다. Lynn Stout, 『The Shareholder Value Myth』, Ingram Pub Services, 2012 참조.

36) Nadelle Grossman, "Turning a Short-Term Fling into a Long-Term Commitment: Board Duties in a New Era," Marquette University Law School Legal Studies Research Paper No.09-22.(2010)

(3) 통합모델과 ESG 행동주의

ESG행동주의는 전통적인 기업의 사회적 책임(CSR)논의와 달리 경제적 합리성과 주주중심주의에 논리적 근거를 두고 있다.[37] 회사가 ESG 이슈를 고려해야 한다는 것은 ESG와 관련된 리스크를 체계적으로 관리해야 한다는 것이고, 이럴 경우 효율적인 리스크 수준에서 주주들에게 수익이 주어지게 된다는 것이다. 즉 비재무적 요소인 ESG 이슈는 재무적 성과에 직간접적으로 영향을 미치는 리스크 요인이고, 이러한 리스크를 체계적으로 잘 관리할 경우 주주들에게 최적의 수익을 가져다 줄 수 있다는 것이다. 이해관계인들의 이익이 주주이익 극대화를 위한 리스크 관리단계에서 고려된다는 것이고 이러한 주주가치는 이해당사자의 이익까지 고려된 '확장된 주주가치'인 것이다.[38][39]

결국 ESG 행동주의는 주주중심주의를 근간으로 하면서 이를 확장해 이해관계인들의 이익까지 고려하는 '확장된 주주가치(Enlightened Shareholder Value)'를 추구하는 것이다.[40]

확장된 주주가치를 추구하는 이러한 ESG행동주의는 단기적 주주가치를 추구하는 헤지펀드 행동주의와는 구별되고 상호 충돌되기도 한다. 그리고 ESG행동주의가 추구하는 회사의 장기적 지속가능성에 대해서는 회사의 경영진들도 당연히 동의할 수 있을 것이다. 경영권 방어수단인 포이즌필을 최초로 만든 립튼 변호사는 회사의 지속가능성 추구라는 공통된 이해관계를 바탕으로 ESG행동주의 기관투자자와 회사가 상호 협력하며 단기이익을 추구하는 헤지펀드의 공격에 대해 건설적인 사적 해결방안(private-sector solution)을 모색해 나가는 새로운 회사지배구조 틀을 New Paradigm이라고 규정하고 있다.[41][42]

Ⅳ. ESG와 회사법

1. ESG와 이사의 신인의무

(1) 회사지배구조 모델과 '회사의 이익'

---

37) Virginia Harper Ho, ""Enlightened Shareholder Value": Corporate Governance Beyond The Shareholder-Stakeholder Divide" Journal of Corporation Law, Fall 2010. p.82

38) Vanessa Velin, "On the Path Toward Enlightened Value Maximization? A Snapshot on Stakeholder theory, Sustainability, and Environmental, Social and Governance Performance". Master Thesis LLM International Business Law 2012-2013 Tilburg University p.20

39) 이와 같이 ESG와 같은 비재무적 요인을 고려해 주주가치를 확정하려는 시도는 과연 어떠한 비재무적 요소가 어느 측면에서 어느 정도까지 재무적 측면에 영향을 주느냐에 대한 끊임없는 논란을 초래할 수 밖에 없을 것이다. ESG 행동주의자들도 단순한 회사의 ESG 정보를 알고 싶어하기 보다는 ESG 이슈가 회사의 전략, 리스크 매니지먼트, 그리고 운영의 맥락과 어떻게 연관되어 있고 이것이 기업의 재무적 성과에 어떠한 영향을 미치는지에 관한 정보를 알고 싶어하는 것이고, 이러한 정보라야 투자결정에 도움이 된다고 생각하고 있다. 따라서 최근 G20 금융안정위원회(FSB)는 Task Force on Climate-related Financial Disclosure(TCFD)를 설립해 기후관련 공시 권고안 발표(2017)하였다. TCFD 공시 프레임워크는 기후변화 관련 리스크를 염두에 두고 개발되었지만 모든 중요한 비즈니스 위험과 다양한 회사 형태에 광범위하게 적용될 수 있어 ESG정보 공시와 관련된 글로벌 기준으로 자리잡고 있다. Canadian Coalition for Good Governance (CCGG) , "The Directors' E&S Guidebook-Practical insights and recommendations for effective board oversight and company disclosure of environmental and social ("E&S") matters" (2018) p.18 이하 참조

40) Virginia Harper Ho, ""Enlightened Shareholder Value": Corporate Governance Beyond The Shareholder-Stakeholder Divide" Journal of Corporation Law, Fall 2010

41) Martin Lipton, Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, "It's Time to Adopt the New Paradigm", Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, February 11, 2019.

42) 립튼 변호사는 New Paradigm하에서 회사의 행동지침을 다음과 같이 제시하고 있다. ①회사의 장기적 전략 목표를 설정하고 이것을 달성하는 과정에서 직면하는 주요 리스크를 어떠한 절차를 통해 관리하는지를 명확히 설명하라 ②경영전략의 설계와 실행에 이사회가 상시적으로 관여하고 있다는 점을 명확히 하라 ③ 성장과 혁신을 위한 재투자가 결실을 맺기 위해서는 장기적 시간이 필요하다는 사실과 이러한 투자가 회사의 장기적 가치창출에 어떻게 기여할 수 있는지를 분명히 설명하라.④'지속가능성'과 'ESG'관련 문제가 전략적 계획에 통합될 수 있도록 하고 이러한 주제에 대해 주주와 소통하라 ⑤ 임원보수체계와 회사전략 Risk Management간 상관관계를 기업의 장기적 성장관점에서 명확히 설명하라. ⑥ 헤지펀드의 공격을 받기 전에 주요 기관투자자들과 상시적으로 소통할 수 있는 수단과 절차를 포함한 절차를 사전에 마련하라. Martin Lipton, Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, "EngagementSucceeding in the New Paradigm for Corporate Governance" J Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, january 23, 2018 참조

우리사회가 직면한 다양한 이슈들에 대해 회사는 어떠한 역할을 해야 하는지에 대한 논의가 최근 지속되고 있다. 회사의 역할과 관련된 이러한 다양한 이슈들의 상당부분은 ESG와 관련된 것들이다. 회사가 ESG 관련 이슈들을 최우선적으로 다뤄야 한다는 요구가 회사와 관련된 다양한 이해관계자들로부터 제기되고 있다. 그러나 회사의 ESG이슈 관리와 여기에 수반되는 이사회의 감독기능을 적절히 수행되는 것이 회사의 장기적 성과를 향상시키는 데 중요한 역할을 한다고 믿고 있는 기관투자자(ESG행동주의)들에 의해 강력히 제기되고 있다.

이러한 기관투자자들의 ESG 요구압력에 회사들은 현재 다양한 반응을 보이고 있다. ESG와 관련된 다양한 쟁점들을 회사 내부정책으로 채택하고 ESG관련 정보들을 성실히 공시함으로써 ESG를 회사 경영의 한 부분으로 받아들이는 기업이 있는가 하면 ESG 이슈에 대해 큰 관심을 두지 않는 기업들도 있다.[43)]

그렇다면 이사들은 기관투자자들이 요구하는 것처럼 ESG 이슈를 고려해 의사결정을 해야만 하는 회사법상 의무를 부담하는가? 이렇게 하지 않았을 경우 주주들은 이사의 주의의무 위반을 이유로 대표소송을 제기할 수 있는가?

현재 우리나라를 포함해 대부분의 나라들에서 이사의 주의의무 대상은 회사의 구성원인 주주 또는 이해관계인이 아니라 독립된 '회사'라고 보는 것이 일반적이고 그 내용은 '회사의 이익 추구'라고 보는 것이 일반적이다.[44)] 그렇다면 '회사의 이익'을 추구해야 할 이사의 의무에 ESG 이슈를 고려할 의무가 포함되어야 하는지가 관건일 것이고, 포함된다면 이사가 ESG이슈를 고려했는지 여부를 판단할 수 있는 기준이 무엇인지가 쟁점이 될 것이다.

이것은 결국 '회사의 이익'에 대한 해석에 관한 문제이고 이러한 해석은 앞에서 살펴본 회사지배구조 모델들 중 어떠한 것을 택할 것인가에 따라 달라질 것이다.

'주주중심주의 모델'에 근거할 경우 회사의 이익은 주주의 이익을 의미하게 된다. 이것은 나름대로 이사에게 명확한 경영판단 기준을 제시해 주는 측면이 있지만 앞에서 살펴본 것처럼 최근 경제환경의 변화로 주주가치의 극대화가 당연히 기업가치의 극대화 및 사회적 이익극대화로 귀결된다는 보장이 없다.

반면 회사의 이익을 사회적, 윤리적 측면까지로 그 외연을 확대해 모든 이해관계인들의 이익을 고려해야 한다고 보는 '이해당사자 모델'에서는 회사이익의 외연을 이렇게 확장하는 것이 바람직 한지 여부에 대한 논쟁은 논외로 하더라도 근본적으로 '두 주인문제(two master problem)'를 초래하게 된다. 즉 경영자가 자신의 사적이익을 추구하면서 이것이 표면적으로 주주의 이익에 부합하지 않으면 근로자의 이익을 위한 것이라고 변명하고, 근로자의 이익에 부합하지 않으면 주주의 이익을 위해 어쩔 수 없었다고 하는 등 경영자에게 변명거리를 만들어 줄 위험이 있다.[45)]

반면 'ESG 통합모델'에서는 기존의 주주중심주의 모델의 기본틀은 유지하면서 기존의 주주중심주의 모델에서 외생변수로 여겨져 왔던 E&S 요소를 ESG 리스크 관리체계수립을 통해 지배구조(G) 체계로 흡수함으로써 주주 이외의 이해관계인들의 이익을 '주주 이익을 위한 리스크 관리' 차원에서 고려하고 있다. 따라서 이사가 추구해야 할 '회사의 이익'은 '장기적 주주가치'를 의미하게 될 것이고, 이러한 의무는 ESG 리스크 관리체계 속에서 이루어지게 될 것이다. 따라서 단순히 분기별 수익이나 주식가격 등과 같은 전통적 기준을 넘어 합리적으로 식별가능하고 계량화할 수 있는 다양한 ESG 이슈가 회사에 미치는 영향을 고려해 경영판단을 해야 할 것이다.[46)][47)]그리고 이러한 경영판단을 하기 위해서는 이사와

---

43) Peter A. Atkins, Marc S. Gerber, Edward B. Micheletti "Social Responsibility and Enlightened shareholder primacy: views from the courtroom and boardroom", Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, February 21, 2019

44) Claire Jeffwitz, Filip Gregor, "Redefining directors' duties in the EU to promote long-termism and sustainability", Frank Bold (2018) p.2

45) Lucian A. Bebchuk, "The Case for Increasing Shareholder Power", 118 Harv. L. Rev. 833 (2005), pp. 910-911.

46) Virginia Harper Ho, ""Enlightened Shareholder Value": Corporate Governance Beyond The Shareholder-Stakeholder Divide" Journal of Corporation Law, Fall 2010 p.99 참조

47) ESG 리스크 관리차원에서의 '장기적 주주이익 극대화' 기준이' 두 주인 문제'를 초래하는 이해당사자 중심 모델 보다는 상대적으로 명확하지만 주주중심 모델에서의 주주이익 극대화 기준보다는 불분명 한 것은 사실이다. 따라서 이사에게 ESG를 추구하도록 회사법에서 선관주의의무를 확대하더라도 사후적으로 이사의 선관주의의무 위반여부를 판단하는 것은 쉽지 않다. 따라서 ESG 관련 정보에 대한 공시를 강화해 관련 정보가 충분히 자본시장에서 공유되며 주가에 반영될 수 있도록 하는 방법이 보다 현실적 일 수 있고, 이러한 차원에서 이미 언급한 바와 같이 기관투자자들이 회사에 대한 ESG 관련 정보, 더 나아가 ESG가 재무적 성과에 미치는 영향까지 공시하라는 요구가 증가하고 있다. 그러나 ESG정보가 재무적 성과에 미치는 영향을 정확히 측정하여 평가할 수 있는 객관적이고 보편적인 방법이 존재하지 않는 상황에서는 객관성이 담보되는 공시정보를 바탕으로 회사와 기관

경영진들에게 경영판단에 대한 폭넓은 재량이 인정되어야 한다.[48]

ESG통합 모델에서는 주주의 이익극대화를 위해 회사의 소유자인 주주가 이사의 재량을 강력히 통제해야 한다고 보는 주주중심주의 모델과 달리 안정된 경영권의 유지와 경영진의 폭넓은 재량이 인정되어야 단기적 이익을 추구하는 일부 주주들에 대항하며 다양한 관점에서 ESG 리스크를 고려해 장기적 주주가치를 추구하는 것이 가능해 진다고 보고 있다.

(2) 회사법상 ESG 수용 가능성

1) 미국[49]

주주자본주의의 원조라는 미국에서 가장 많은 기업들이 법인설립을 하고 있는 델라웨어주법도 오직 또는 주로 주주들의 이익을 위해 경영되어야 한다는 것을 '명시적'으로 요구하고 있지는 않다.[50] 경영진의 의사결정에 관한 구체적 판단기준에 대해서는 침묵한 채 '회사 전체의 이익(the best interests of the company)'을 위해 의사결정을 해야 한다고 규정하고 있을 뿐이다. [51]

그러나 경영진이 주주의 이익을 희생하며 다른 이해관계인들의 이익을 추구하는 것에 대해서는 명시적으로 거부하고 있다.[52] 다만 여기서의 주주이익은 단기적 주가가 아니라 장기적 관점에서의 이익이다. 델라웨어주 법원은 경영진의 판단이 비록 단기적 주가 상승에 부정적인 영향을 준다고 해도 주주들의 장기적 이익을 증진시킬 수 있다는 신념 하에서 행동했다면 경영판단의 원칙에 의해 보호 받을 수 있다고 판시하고 있다.[53]

즉 이사는 주주의 이익을 위해 의사결정을 해야 하고 다른 이해관계인들의 이익은 주주의 이익증진에 도움이 되는 '한도 내'에서 고려해야 하는데 여기서 '한도 내'에 해당하는지 여부는 경영판단의 원칙이 적용되고 있어 이사가 경영판단시 ESG 요소를 고려할 수 있다. 따라서 이사는 경영판단시 ESG 요소를 고려해야 할 의무는 없지만 이를 고려했을 경우에는 경영판단원칙이 폭넓게 적용되어 신인의무 위반에 해당하는 경우는 흔치 않을 것이다.[54]

다만 이사들에게 근로자, 고객, 주주, 그리고 지역사회를 포함하는 회사의 다양한 이해관계인들의 이익을 고려해야 한다는 명시적 의무를 부과하는 연방법(Accountable Capitalism Act)이 2018년 8월 발의된바 있다. Elizabeth Warren 상원의원이 발의한 이 법안의 취지는 기업의 단기이익추구를 부추기는 주주중심주의를 거부하고 장기적 성장을 추구하는 이해당사자 지배구조를 구현하기 위함이다. 이 법안에서는 연간 영업이익 10억달러 이상인 회사는 신설되는 연방회사 관리국으로부터 인가를 받아야 하고, 일정한 의무를 부담하게 된다.[55]

2) 영국

영국에서는 2006년 회사법 개정을 통해 이사들이 주주 이외의 다양한 회사의 이해관계인들의 이익을 고려해야 할 의무를 명시적으로 부과하였다. 미국과 마찬가지로 영국의 기업지배구조도 주주우선주

투자자가 상호 협력적으로 대화해 나가며 장기적 기업가치를 추구해 나가도록 하는 것도 하나의 방법일 것이다.

48) Virginia Harper Ho, ""Enlightened Shareholder Value": Corporate Governance Beyond The Shareholder-Stakeholder Divide" Journal of Corporation Law, Fall 2010 p.96 이하 참조

49) Peter A. Atkins, Marc S. Gerber, Edward B. Micheletti "Social Responsibility and Enlightened shareholder primacy: views from the courtroom and boardroom", Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, February 21, 2019

50) Guhan Subramanian, "The Influence of Antitakeover Statutes on Incorporation Choice: Evidence on the "Race" Debate and Antitakeover Overreaching", 150 U. Pa.L.Rev. 1795, 2002. p. 1801.

51) Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984).

52) Simons v. Cogan, 549 A.2d 300, 303 (Del. 1988)

53) Paramount Comms., Inc. v. Time Inc., 571 A.2d 1140 (Del. 1989).

54) Peter A. Atkins, Marc S. Gerber, Edward B. Micheletti "Social Responsibility and Enlightened shareholder primacy: views from the courtroom and boardroom", Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, February 21, 2019

55) ① 이사들은 근로자, 고객, 주주, 그리고 지역사회를 포함하는 회사의 다양한 이해관계인들의 이익을 고려해야 함 ② 회사의 장기적 이익을 담보하기 위해 이사와 임원이 주식을 취득한 이후 5년 이내에 매각하는 것을 금지 ③ 회사의 모든 이해관계인들에게 이익이 되는 경우에만 정치적 기부를 허용하기 위해 이사의 75%승인이나 주주의 75%승인을 요구 ④ 이사회 구성원의 40% 이상을 근로자가 선출해야 함 ⑤ 이사회 구성원의 40% 이상을 근로자가 선출해야 함

의에 기초해 왔지만 이러한 입법을 통해 주주중심 모델과 이해관계자모델의 요소를 융합한 "확장된 주주가치(enlightened shareholder value)" 지배구조 패러다임을 도입하였다.

영국 회사법 제172조(1)에서는 주식회사의 이사는 어떤 결정이 장기적으로 가져올 수 있는 결과, 피용자의 이익, 공급자, 고객 및 그 밖의 자들과의 사업적 업무관계를 증진시킬 필요성, 회사 운영이 지역사회와 환경에 미치는 영향, 사업활동에 대한 높은 수준의 평판유지, 회사 구성원들 사이에서 공정하게 행동할 필요성 등을 고려하며 회사의 구성원(members) 전체의 이익을 위해 행동해야 한다고 규정하고 있다.

또한 이사 보고서에 포함되는 사업검토보고(business review)에는 환경, 근로자, 사회적 이슈 등에 대한 회사의 정책 관련 정보를 포함하고 있어야 한다고 제417조에서 규정하고 있다. 이 조항은 이사가 제172조에 근거한 의무를 제대로 수행하고 있는지 여부에 대해 주주들이 평가할 수 있도록 하기 위함이다.[56]

제172조에서는 이사가 회사(또는 주주)의 이익과 이해관계자들의 이익을 어떻게 조화시켜야 하는지에 대한 명확한 규범적 기준을 제시해 주지 못하고 있어 이사들이 법이 요구하는 사항들을 손쉽게 충족시킬 수 있다는 비판이 제기되고 있다. 또한 제172조는 이사가 주주(members)의 이익을 촉진시키는 한도 내에서 그 밖의 이해관계인들의 이익을 고려할 것을 요구하고 있어 여전히 주주의 이익을 다른 이해관계인들의 이익보다 우선하고 있다는 비판도 있다.[57] 이와 같이 영국 회사법상의 '확장된 주주가치(ESV)'모델이 기존의 주주중심모델과 크게 다르지 않다는 비판도 있지만, 이사회가 이해관계인들의 이익 관점에서 의사결정을 하도록 요구하고 있고 이러한 이해관계인들에게 미치는 리스크를 공시하도록 요구함으로써 이사가 ESG 요소를 고려하며 주주 및 회사의 장기적 이익극대화를 추구하도록 한다는 점에서 전통적인 주주중심모델과 다르다고 보는 것이 일반적이다.[58]

3) 프랑스

프랑스에서는 지난 200년 동안 프랑스 민법과 상법에서 구체적을 정의되어 있지 않았던 '회사의 목적(corporate purpose)'개념을 구체적으로 정의하고, 이사에게 사회적, 환경적 측면을 고려해 경영 하도록 하기 위한 민법 및 상법개정안이 2019년4월 국회를 최종 통과했다.

이러한 개정은 회사의 모든 이해관계인들의 장기적 이익에 부합하지 않고 단기실적주의에 매몰된 최근 자본시장 환경 개선을 위해 프랑스 정부가 의뢰한 '회사의 목적과 역할' 보고서에 근거해 이루어졌다. 회사의 활동이 사회와 환경에 미치는 영향을 고려하며, 주주 등과 같은 특정 이해관계인이 아닌 '회사 자신의 이익'을 위해 경영 되어야 한다는 점을 명확히 규정할 필요가 있다는 보고서의 제안을 받아들인 것이다. 이러한 제안은 '기업의 성장과 변화를 위한 프랑스 정부 조치'의 일환인 PACTE 법안(projet de loi PACTE)에 포함되었다.

PACTE법 Article 61은 회사의 목적에 관한 규정인 프랑스 Civil Code의 Article 1833을 '회사는 주주 등과 같은 이해관계인 중 일부가 아닌 회사 자체의 이익을 위해 경영 되어야 하고, 회사의 경영활동이 사회적 및 환경적 측면에 미치는 영향이 항상 고려되어야 한다'라고 개정하여 이사와 경영진은 회사의 목적에 부합하고 회사의 사회적 . 환경적 측면이 고려된 경영판단을 해야 한다는 점을 명확히 하였다.

이번 개정으로 지금까지 판례로만 인정되어 오던 '회사의 이익'이라는 개념이 처음으로 성문화 되었지만 과연 '회사의 이익'이 무엇을 의미하는지에 대해서는 명확히 정의하고 있지는 않다. 그러나 이사는 회사의 특정 구성원이나 이해관계인이 아닌 '회사 자체의 이익'을 추구해야 한다는 점을 명확히 했다는 점에서 그 의미가 크다고 보는 것이 일반적이다.

특히 이사가 경영판단을 할 때 사회적, 환경적 이슈들을 명시적으로 고려하도록 한 것은 매우 혁신적이라고 평가되고 있다. 그러나 이사가 사회적, 환경적 이슈를 고려하지 않고 경영판단을 한 것 자체를 제제하기 위한 조항은 없고, 다만 이러한 요소를 고려하지 않은 과실과 이로 인한 손해발생 이라는 일반적 책임요건이 충족되었을 경우에만 책임을 물을 수 있다. [59]

개정된 프랑스 회사법에서는 이사가 주주 이외의 다양한 이해관계인들의 이익을 고려하도록 하고

---

56) Deva, S. "Sustainable Development: What role for the company?" International and Comparative Corporate Law Journal 8, 2011, p.15

57) JL Yap, "Considering the Enlightened Shareholder Value Principle", Company Lawyer 31(2), pp. 35-36 (2010)

58) Virginia Harper Ho, ""Enlightened Shareholder Value": Corporate Governance Beyond The Shareholder-Stakeholder Divide" Journal of Corporation Law, Fall 2010 p.79

59) Jean-Philippe Robe, Bertrand Delaunay, and Benoit Fleury, "French Legislation on Corporate Purpose", Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, June 8, 2019

있어 앞에서 살펴본 영국 회사법상의 '확장된 주주가치 모델'과 유사해 보이지만 프랑스법에서는 영국 회사법과 같이 회사의 구성원(members), 즉 '주주의 이익을 위해' 경영을 해야 한다는 표현이 없으므로 '주주의 이익'과 '회사의 이익'이 충돌할 경우 회사의 이익을 우선시킬 수 있다.[60]

4) 캐나다와 EU에서의 최근 논의

최근 캐나다에서도 이사가 회사의 장기적 이익극대화를 위해 ESG요소를 고려하도록 회사법 을 개정해야 한다는 견해가 주장되고 있다. 이러한 개정을 통해 이사들이 ESG를 고려해 경영판단을 했을 경우 단기이익을 선호하는 주주들로부터 이사의 의무 위반을 이유로 제기될 수 있는 소송의 위험을 제거해 주어 이사들이 자유롭게 회사의 장기이익을 추구해 나갈 수 있도록 해주자는 것이다.[61]

EU차원에서의 회사법 개정이 필요하다는 견해도 제시되고 있다. 2018년 3월, 유럽 위원회(EC)가 기업과 경제의 지속가능성과 장기적 발전을 지원하는 금융시스템을 담보하기 위한 입법개선 사전작업으로 발표한 "지속가능 성장 지원을 위한 금융제도 개선 액션플랜 (Action Plan: Financing Sustainable Growth)"을 계기로 유럽 차원에서 이러한 액션플랜의 취지를 살릴 수 있는 회사법 개정이 필요하다는 주장이 제기되고 있다.[62]

현재에도 다수의 유럽국가들에서 이사는 회사의 장기적 이익을 추구할 의무가 있다고 보는 경우가 많지만 실제로 여기서의 '회사의 이익'을 주주의 이익과 동일하게 해석하는 경우가 많으므로 입법적으로 이사는 회사의 일부 구성원이 아닌 '회사'자체의 이익을 촉진시킬 의무가 있고, 회사가 장기적으로 지속하며 회사의 목적을 실현해 나가는 것이 '회사의 이익'이라는 사실을 명확히 규정하자는 것이다. 그리고 이사가 회사의 지속가능 성장에 영향을 미치는 경제적, 사회적, 그리고 환경적 요인들을 확인하고 관련된 리스크를 완화할 의무가 있다는 사실을 명시적 규정하자는 것이다.[63]

5) 우리나라

우리나라 상법상 이사는 '회사'에 대해 위임관계에 기초한 선량한 관리자의 주의의무를 부담하는 것이지 회사의 구성원인 개별 주주나 채권자 등에게 직접적으로 의무를 부담하는 것이 아니다.[64] 판례 역시 회사를 회사의 구성원들과는 별개의 독립된 법인격으로 보고 있다.[65] 따라서 이사가 E&S를 고려하며 회사의 독립된 이익을 추구할 수 있는 제도적 환경은 갖춰져 있다고 볼 수 있다. 물론 이사에게 E&S요소를 고려하며 회사의 이익을 추구하도록 의무화하고 있지는 않지만 이사가 E&S 요소를 고려하며 회사의 독립된 이익을 위해 경영판단을 하는데 제도적 걸림돌은 없어 보인다.

그러나 우리나라 판례에서의 법인격독립론이 다른 나라들에서 회사를 별도의 독자적인 법인격체로 보려는 취지[66]와 동일한지는 의문이다. 즉 회사의 지속가능한 생존과 성장을 회사의 이익으로 보며 이사가 회사의 장기적 생존에 중요한 영향을 미치는 ESG 리스크 요인들을 확인하고 관리해 나가도록 하기 위해 회사를 별도의 법인격체로 보고 있는 것 같지는 않다.[67]

---

60) Claire Jeffwitz, Filip Gregor, "Redefining directors' duties in the EU to promote long-termism and sustainability", Frank Bold (2018) PP.15-16

61) Janis P. Sarra, Cynthia A. Williams, "Time to Act: Response to Questions Posed by the Expert Panel on Sustainable Finance on Fiduciary Obligation and Effective Climate-Related Financial Disclosures" Mar 2019

62) Claire Jeffwitz, Filip Gregor, "Redefining directors' duties in the EU to promote long-termism and sustainability", Frank Bold (2018)

63) Claire Jeffwitz, Filip Gregor, "Redefining directors' duties in the EU to promote long-termism and sustainability", Frank Bold (2018) 참조

64) 상법 제382조 (이사의 선임, 회사와의 관계 및 사외이사) 및 제399조 (회사에 대한 책임)

65) 83도 2330 판결

66) Claire Jeffwitz, Filip Gregor, "Redefining directors' duties in the EU to promote long-termism and sustainability", Frank Bold (2018) 참조

67) 예를 들어 2004도7027 판결에서 대법원은 법인격독립론을 전제로 "기업인수에 필요한 자금을 마련하기 위하여 그 인수자가 금융기관으로부터 대출을 받고 나중에 피인수 회사의 자산을 담보로 제공하는 방식을 사용하는 경우, 피인수자로서는 주채무가 변제되지 아니할 경우에는 담보로 제공되는 자산을 잃게 되는 위험을 부담하게 되므로 만일 인수자가 피인수회사에 아무런 반대급부를 제공하지 않고 임의로 피인수회사의 재산을 담보로 제공하게 하였다면, 피인수회사에게 그 재산상 손해를 가하였다고 봄이 상당하다" 고 판시하였으나 이러한 담보제공이 있었기 때문에 SPC가 '신한'을 인수할 수 있었고, 이러한 인수가 있었기 때문에 정리절차에 있었던 '신한'이 회생하여 회사의 모든 이해관계인들이 이익을 볼 수 있었다. 따라서 독립적 법인격인 회사자체의 지속가능성 측면

2. ESG 리스크 관리와 이사의 감시의무

(1) 문제제기

ESG와 같은 비재무적 요소가 장기적 주주가치(재무적 이익)에 영향을 미치기 때문에 ESG 이슈가 회사에 초래할 수 있는 리스크를 이사회에서 제대로 통제하지 못한다면 궁극적으로 주주의 이익이 훼손된다는 인식이 기관투자자들 사이에서 확산됨에 따라 ESG와 관련된 리스크 관리는 단순히 경영자의 경영상의 책임문제에 머무는 것이 아니라 이사회의 감시책임에 포함되는 지배구조상의 쟁점이 되고 있다.[68] 전사적 리스크 관리 체계(Enterprise Risk Management framework)등과 같은 내부통제의 국제표준을 제시해 온 COSO에서도 ESG 리스크가 중요해 짐에 따라 이에 대한 기업들의 이해 및 관리에 도움을 주기 위해 새로운 가이드라인을 발표하기도 했다. [69]

이와 같은 상황에서 이사회가 ESG 리스크를 확인, 평가, 모니터링, 관리할 수 있는 ESG 관련 리스크 관리정책을 마련해야 할 회사법상 의무가 존재하는지 여부가 문제되고 있다. 그러나 이사의 감시의무와 관련된 최근 판례동향을 보면 회사법상 이사의 감시의무가 ESG 리스크까지 확대되고 있지는 않는 것 같다.

(2) 이사의 감시의무 관련 판례동향

이사의 감시의무와 관련해 대법원은 '의심할 만한 사유기준'에 의하여 선의, 무과실인 경우와 고의, 과실이 있는 경우로 나누어 고의, 과실이 있으면 책임을 부담시키는 구조로 감시의무 위반여부를 판단해 왔다.[70] 그러나 대우그룹분식회계사건[71]을 통하여 이사의 감시의무를 이사 개인의 주관적인 사유의 문제로 판단하기 보다는 회사의 내부 리스크체계 구축의무 및 그 기능의 확보라는 관점에서 접근하고 있다. 이러한 접근은 미국, 일본의 경우에 비추어 보더라도 전세계적인 기준과 맥을 같이 하는 판결이라고 평가 받고 있다.[72] 이사의 감시의무와 관련된 이러한 접근은 미국 판례법상의 '캐어마크(Caremark) 기준' [73]에 비롯된 것이다.

'캐어마크(Caremark)기준'은 주로 법규위반이나 회계부정과 관련된 사안에서 적용되어 왔다. 그러나 리스크관리 실패와 관련된 씨티그룹 사안에서 미국 델라웨어주 법원은 위법행위에 대해서는 이사가

에서 판단했으면 결과가 달라질 수도 있었을 것이다. 참고로 만일 위 사안을 '이해관계자이익론'의 관점에서 평가해 보면 인수인들이 인수자금 조달을 위해 대상회사에 지나치게 부담을 주는 레버리지를 일으켜 대상회사의 유동성을 심각하게 훼손시킴으로써 기업의 지속가능성에 지장 초래해 대량 정리해고, 청산절차 등을 거치게 되었다면 이사의 책임인정이 인정될 수도 있지만 이사들이 합당한 정보에 기초해 적법한 절차에 따라 회사의 최대이익을 위하여 신의성실에 따라 신중히 판단했다면 적법한 경영판단으로 보호받을 가능성 있다고 보는 견해가 있다. 천경훈, "LBO 판결의 회사법적 의미- 이사는 누구의 이익을 보호해야 하는가? "저스티스 통권 제127호 (2011. 12), 204~246면

68) Wachtell, Lipton, Rosen&Katz , "Risk management and the Board of Directors"(2018.3), "ESG and Sustainability: The Board's Role"(2018.6), Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation

69) "Enterprise Risk Management-Applying enterprise risk management to environmental, social and governance-related risks" , COSO(2018)

70) "업무담당이사의 업무집행이 위법 하다고 의심할만한 사유가 있음에도 불구하고 평이사가 감시의무를 위반하여 이를 방치한 때에는 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다." (대법원1985.6.25.선고84다카1954)

71) "개개의 이사들은 합리적인 정보 및 보고 시스템과 내부통제시스템을 구축하고 그것이 제대로 작동하도록 배려할 의무가 있는 것이므로, 이러한 시스템을 구축하기 위한 노력을 전혀 하지 아니하였거나 이러한 시스템이 구축되었다 하더라도 이를 이용한 회사 운영의 감시ㆍ감독을 의도적으로 외면한 결과 다른 이사의 위법한 업무집행을 지속적으로 방치하였다면 그로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다고 보아야 할 것이다." (대법원 2008.9.11.선고2006다68834)." (2008.9.11.선고2006다68834)

72) 김태진, "이사의 감시의무에 대한 판례의 고찰", 상사법연구 제29권 제1호, 한국상사법학회, 2010. 160면.

73) "이사는 무의도적인 부작위(unconsidered inaction)에 의하여 회사의 활동을 감시하지 못한 경우에도 감시의무 위반의 책임을 질 수 있으며, 위법을 의심할만한 사유가 없는 경우에도 적절한 정보 및 보고 시스템을 갖추도록 노력할 의무가 있다. 다만 합리적인 정보 및 보고 시스템을 보장하려는 시도를 전혀 하지 않은 경우와 같이 이사가 지속적이고 조직적으로 감시의무를 이행하지 않은 경우에만 선의가 결여된 것으로 보아 책임이 인정된다." 김화진, 기업지배구조, 머니투데이 더벨, 2017, 910면 참조

적절한 감시시스템을 갖추도록 노력해야 할 의무가 있지만, 경영 리스크에 대해서도 이사들에게 캐어마크 의무와 유사한 의무가 있는 것은 아니라고 판시함으로써 '법규위반 및 회계부정'과 '경영 리스크 관리'를 다르게 취급하였다.[74][75] 이러한 미국의 판례를 고려해 볼 때 우리나라에서도 ESG 리스크 관리가 이사의 감시책임 대상에 포함되지는 않을 것으로 보인다. [76]

이와 같이 당분간 회사법상 이사의 감시의무의 대상이 '법규위반'이나 '회계부정' 사안을 넘어 '리스크 관리' 사안으로까지 확대되기 쉽지 않은 상황에서 ESG 행동주의 기관투자자들은 주주대표소송이 아닌 의결권 행사나 적극적 관여(engagement)등을 통해 이사가 ESG 리스크를 관리할 시스템을 갖추도록 압력을 가할 수 있다. 즉 ESG 리스크를 제대로 관리하지 못하는 이사의 재선임을 반대하거나 주주제안을 제기하는 등의 방법을 활용해 이사가 ESG 리스크를 체계적으로 관리하도록 할 수 있을 것이다.[77] [78]

Ⅴ. 결론

지난 수 십년 동안 회사지배구조 논쟁의 핵심은 이사는 과연 누구를 위해 경영판단을 해야 할것인가와 관련된 것이었다. 이에 대해 우리나라뿐만 아니라 많은 나라들의 회사법과 판례에서는 명쾌한 답을 주고 있다. 이사는 '회사'의 이익을 위해 경영하라는 것이다. 그러나 '회사의 이익'이 무엇이고 어떻게 극대화해야 하는지를 두고 역시 논란이 끊이지 않고 있다. 여기에 회사의 사회적 기능이 확대되어감에 따라 이사는 회사의 이익뿐만 아니라 사회적 이익도 고려해야 한다는 주장까지 제기되면서 회사지배구조 논쟁은 더욱 복잡한 양상으로 전개되어 왔다.

지금까지는 '주주의 이익'과 '기업의 사회적 책임'은 서로 양립하기 보다는 대립되고 충돌하는 것으로 인식되어 왔다. 마치 기업에게 사회적 책임을 요구하는 것은 자유시장영역에 국가가 개입하는 것으로 인식되어 왔다. 그러나 주주 스스로가 자발적으로 자신이 투자한 회사에 사회적 책임을 요구하면 상황은 달라진다. 국가가 그렇게 하라고 강제한 것도 아니고 그렇게 하도록 유도한 것도 아닌데 기관투자자 스스로 그렇게 한다면 그렇게 하는 것이 기관투자자에게 돈을 맡긴 수탁자들의 이익에 부합하기 때문일 것이다. 이것이 최근 급증하고 있는 'ESG 행동주의'다.

최근 기업의 E&S risk가 단순히 기업의 평판에 영향을 미치는 것을 넘어 주주의 이익 및 기업의 재무적 성과에 영향을 미침에 따라 기관투자자들이 투자 대상 기업의 지배구조(G)시스템 내에서 E&S risk가 잘 관리될 수 있도록 적극적으로 주주권을 행사하고 있는 것이다. 즉 E&S 이슈들을 지배구조의 외생변수가 아닌 장기적 주주가치 향상을 위한 리스크 관리의 한 부분으로 인식하며 지배구조의 내생변수로 보기 시작한 것이다. 따라서 기업의 사회적 책임은 주주의 이익과 충돌하는 것이 아니라 주주이익을 구성하는 하나의 요소로 자리잡게 된다.

그렇다고 회사법에서 이사가 적극적으로 ESG 이슈를 다루도록 의무화 하는 것에는 신중할 필요

---

74) 그러나 양자를 구분하여 경영위험은 이사의 감시의무 대상이 되지 않는다고 보는 법원의 태도에 대해 법률적 위험과 경영위험은 모두 회사 위험으로 근본적으로 다르지 않으므로 준법감시를 위해서 뿐만 아니라 경영 위험에 대해서도 캐어마크 기준에 따라 이사에게 적절한 감시 시스템을 갖추도록 노력하여야 할 의무가 인정되어야 한다는 견해가 있다. 김화진, 기업지배구조, 머니투데이 더벨, 2017, 917면 참조

75) 미국에서 경영 리스크 관리가 회사법상 이사의 감시의무 대상에는 아직 포함되고 있지 않지만 2009년 위임장공시규정(Proxy disclosure rules)을 통해 회사가 리스크 관리와 관련된 이사회의 역할을 설명하도록 요구하고 있고 또한 보수정책과 관행이 리스크 관리와 어떠한 연관성을 가지는지를 공시하도록 요구하고 있다. Virginia Harper Ho, “Risk-Related Activism: The Business Case For Monitoring Nonfinancial Risk”, 41 Journal of Corporation Law 647, Spring, 2016, p.664

76) 미국과 마찬가지로 우리나라에서도 경영 리스크 관리가 회사법상 이사의 감시의무 대상에 아직 포함되고있지는 않지만 2019년부터 일정규모 회사를 대상으로 의무화하고 있는 '기업지배구조 보고서 공시제도'를 통해 리스크 관리 정책을 공시하도록 요구하고 있다. 2019년 기업지배구조 보고서 가이드라인 (세부원칙 3-②) (i)

77) Virginia Harper Ho, “Enlightened Shareholder Value”: Corporate Governance Beyond The Shareholder-Stakeholder Divide” Journal of Corporation Law, Fall 2010. p.93

78) 기관투자자들의 입장에서는 주주대표소송을 포함한 사후적인 구제방법에 의존하기 보다는 회사의 이사들이 효과적인 리스크관리 시스템을 구축하여 효율적인 내부통제 활동을 이행하게 하는 상시적인 요청에 더 관심을 두어야 하고 이사들도 주주들의 그와 같은 요청을 진지하게 접수하여 상시적으로 리스크 관리 시스템을 점검하고 내부통제장치를 개선함으로써 주의의무와 감시의무를 다해야 할 것이라는 견해가 있다. 김화진, 기업지배구조, 머니투데이 더벨, 2017, 920면.

가 있다. 이사가 주주의 이익과 연계되도록 ESG 이슈를 고려했는지 여부를 판단하는 것은 쉽지 않다. 이러한 판단의 모호성으로 인해 ESG 고려의무를 입법화하는 것은 오히려 혼란만 야기할 위험이 있고, 이해당사자 회사지배구조 모델의 문제점으로 지적되는 '두 주인 문제'를 초래해 이사가 자신의 책임을 회피하는 통로만 만들어줄 위험도 없지 않다.

또한 이사가 구체적으로 ESG 이슈를 어떻게 고려하는 것이 가장 바람직한지는 개별기업의 업종과 상황에 따라 다를 수 밖에 없다. 따라서 회사법에서는 적극적으로 이사에게 ESG를 고려할 의무를 부과하기보다는 '이사는 회사의 이익을 추구해야 한다'는 현행 회사법과 판례가 취하고 있는 '법인격독립론'을 회사의 장기적 이익과 지속가능성 확보차원에서 해석하며 적용해 나가는 것이 바람직할 것이다.

다만 어떻게 하는 것이 회사의 지속가능성을 확보하는 것인지에 대한 판단 역시 쉽지 않으므로 사전에 ESG 리스크 관리체계를 내부통제차원에서 효율적으로 구축하여 운영하고 있는 경우에는 경영판단의 원칙을 적용해 사법적 심사를 자제함으로써 기업들이 자발적으로 ESG 리스크 관리체계를 구축해 나가도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이렇게 사법적 심사를 자제하더라도 ESG 행동주의에 의한 시장의 압력은 계속 작용하고 있으므로 회사법은 이러한 시장의 압력이 단기실적주의가 아닌 장기적 지속가능성으로 작동할 있도록 제도개선을 해 나가야 할 것이다.[79]

79) 예를 들어, 현재 우리나라에서는 '집중투표제'가 소수주주권을 강화시켜 경영자와 지배주주를 효율적으로통제할 수 있는 수단으로 인식되며 기업들이 이를 의무적으로 도입하도록 하기 위한 상법개정 논의가 계속되고 있고, 최근 의무화된 기업지배구조 보고서 공시 핵심지표 15개 중 하나로 집중투표제를 채택해 기업들이 준수여부에 대해 O×를 표시하도록 함으로써 간접적으로 도입을 강제하고 있다. 그러나 대표적인 ESG행동주의 기관투자자이면서 글로벌 3대 자산운용사인 BlackRock, Vanguard, SSGA 등은 기업들이 집중투표제를 도입하는 것에 대해 일반적으로 부정적 견해를 가지고 있다. 다수결 원칙은 다수 주주의 지지를 받은 이사선임을 가능하게 하고 이러한 이사들이 책임감 있게 주주의 장기적 가치를 추구해 나갈 수 있도록 해 주는 반면 집중투표제는 그렇지 못하다는 것이 그 이유다. Black's Proxy voting guidelines for U.S. securities(2019), Vanguard's proxy voting guidelines(2019), SSGA's proxy Voting and Engagement Guidelines North America(2019). 이러한 관점에서 보면 회사법에서 집중투표제를 의무화하는 것이 회사가 장기적 지속가능성을 추구하도록 시장의 압력을 강화하는 정책인지 아니면 ESG행동주의와 대립하고 있는 헤지펀드 행동주의에 힘을 실어주는 정책인지 신중하게 고려해 볼 필요가 있을 것이다.

한국상사법학회 2019년 하계학술대회 (6. 28)
경제변혁의 시대를 맞은 상사법의 현안과 과제

제3주제

삼성물산 합병의 교훈: 국민연금 배임 판결의 회사법적 의미 – 주주의 비례적 이익 관점에서

발표자 : 이상훈 교수[경북대학교]
사회자 : 송종준 교수[충북대학교]
토론자 : 장정애 교수[경기대학교]
토론자 : 양기진 교수[전북대학교]

삼성물산 합병의 교훈: 국민연금 배임판결의 회사법적 의미
- 주주의 비례적 이익 관점에서 -

경북대 법학전문대학원 이상훈 교수

I. 들어가며

잘 알려진 바와 같이 2015년 삼성물산(이하 “물산”)과 제일모직(이하 “모직”)의 합병(이하 “본건 합병”) 당시 물산의 주식을 11.21% 보유하고 있던 국민연금공단(이하 “공단”)은 합병비율이 물산 쪽에 불리하였음에도 주총에서 합병에 찬성표를 던짐으로써 공단에 손해를 가하였다는 이유로 이러한 의사결정을 주도한 공단의 기금운용본부장이 업무상배임으로 기소되어 1심(서울중앙지방법원 2017.6.8.선고 2017고합34, 183(병합) 판결)과 2심(서울고등법원 2017.11.14. 선고 2017노1886판결, 이하 “본 판결”)에서 모두 유죄가 선고된 바 있다.

이 글의 제목에 언급한 “국민연금 배임판결”이란 이를 가리키는 것으로, 이 글에서는 1심과 2심 중 2심 판결(이하 “본 판결”이라 한다)의 판시사항, 그 중에서도 배임죄의 핵심 요건이면서 회사법과 공통 관심사인 임무위배 요건과 손해 요건에 국한하여 의미가 있어 보이는 쟁점들을 생각해 보려고 한다. 한편 회사법적 의미는 여러 관점에서 조명될 수 있겠으나 이 글에서는 법인이익-계좌기준[1]에 대한 함의를 주주의 비례적 이익이라는 관점(주주이익 포함기준[2])에서 살펴보려고 한다. 그럼으로써 주주이익 포함기준으로의 전환이 필요함을 보이려고 한다.

II. 판결 사안 - 배임행위의 요지

본 판결의 요지를 이 글에 필요한 범위에서 간략히 살펴본다.

---

1) 법인이익-계좌기준이라 함은, 이사의 선관의무(이른바 “duty of care” 뿐 아니라 “duty of loyalty” 개념의 충실의무를 포함)의 보호 범위를 법인격 단위로 판단한다는 주류 회사법 해석론 및 판례가 채택하고 있는 기준을 가리키는 용어이다. 즉 이사의 선관의무 준수 여부를 회사라는 법인격 즉 법인 계좌(account)에서의 가치 증감으로 판단한다는 기준을 말한다. 보다 구체적으로는 ① 이사가 선관의무를 부담하는 주체에 관한 것으로, 회사와 주주는 법인격이 다른데 법인으로부터만 위임을 받았으므로 이사는 주주가 아닌 법인에 대해서만 선관의무를 부담한다는 것, ② 그리고 위 ①과 연결된 것으로, 법인과 주주는 법인격 즉 계좌(account)가 서로 달라 그 손해 또한 서로 다른 바, 이사의 선관의무는 법인 계좌에서의 손해를 방지해야 할 의무일 뿐 주주 계좌의 손해는 선관의무의 보호대상이 아니라는 내용을 가진다. 이러한 논리는 판례가 오래 전부터 채택하여 왔는데 근자에는 에버랜드 판결(대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결)에 의해 재확인된 바 있고 삼성물산 합병 가처분 및 합병 무효소송의 판결들에서도 거듭 확인되고 있다고 보인다(후술). 주주 계좌에서의 손해는 법인 계좌에서의 손해를 방지함으로써 간접적으로 보호받을 수 있을 뿐, 법인 계좌와 직접 관련이 없는 주주 계좌에서 발생하는 직접 손해(가령 합병비율의 불공정으로 인하여 법인 계좌로의 자산의 입출의 다과와 상관없이 주주 계좌에 발생하는 손해)는 이사의 선관의무의 보호대상이 아니라는 논리로 귀결된다. 가령 합병비율 불공정은 회사의 손해 문제는 아니라는 이유로 합병을 중단시켜 달라는 가처분 신청을 기각한 하급심 판례로 서울민사지방법원 1987. 9. 9. 자 87카37879 결정(권재열, “삼성물산 대 엘리엇 결정-주요 쟁점의 재검토,” 상사판례연구 제28집4권, 상사판례학회 2015.12, 28면)과 삼성물산 합병무효 소송 1심 판결(후술).

2) 주주이익 포함기준은, 법인이익-계좌기준과 대비되는 필자의 입장으로, 이사의 선관의무의 보호대상, 다시 말하면 회사가 보호해야 할 이익에는 법인 계좌의 이익 뿐 아니라 주주 계좌의 이익, 즉 주주들의 비례적 이익 보호도 포함된다고 보는 기준을 말한다. 입법론을 배제하는 것은 아니되 ‘주식회사’(문자 그대로 주식이 모인 사단을 뜻한다)의 개념 상 해석론으로 가능하다고 본다. 한편 기존의 주주이익론, 즉 주주이익극대화가 이사의 의무라거나, 법인에 대한 의무이되 그 의무의 내용이 주주의 이익추구라는 등의 논리는 주주이익 포함기준과는 다르다. 이들은 이해상충 해소법리와 주주이익 침해에 대한 구체적인 구제수단에서 법인이익-계좌기준과 논리구성이나 결론에 차이가 없다고 생각된다, 이에 대하여는 이상훈, “현대차그룹 지배구조 개편안에 대한 논평”, 상사법연구 37권1호, 한국상사법학회 2018, 230~235면 참조.

1. 임무위배

가. 배임죄에서의 임무위배의 의미

배임죄에 있어서의 임무에 위배하는 행위라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 의미(대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결)한다.

나. 본건 임무의 내용

본건 기금운용본부장 겸 투자운용위원회 위원장인 피고인은, 법령에 정한 의결권 행사 기준이 준수되도록 하고, 불공정한 합병비율에 따라 예상되는 주주가치의 훼손을 보전하면서 국민연금공단에 최대한 이익이 되는 조건으로 합병이 성사되도록 당시 공단이 가진 사실상의 캐스팅보트(11.21%의 지분율로, 엘리엇의 반대 등으로 인해 결의 통과를 위해 공단의 찬성이 필수적이었음)를 잘 활용하여 중간배당을 요구하거나 반대 의결로 합병비율의 개선을 요구하는 등으로 필요한 조치를 하고, 투자위원회에서 전문위원회 부의를 포함한 의결권 행사방향을 정함에 있어 보건복지부의 부당한 압력에 영향을 받지 아니하고 각 위원들이 합리적이고 진지한 노력을 기울여 자율적이고 독립적으로 판단할 수 있도록 함으로써 공단의 손해 발생을 막아야 할 업무상 임무가 있다.

다. 본건 임무위배의 내용

(1) 임무위배의 내용

임무위배 공소사실 중 법원이 받아들인 내용은 ①찬성의결을 유도하였다는 점과 ②캐스팅보트 관련 임무를 위배하였다는 점이다. 이 중 ①찬성의결의 유도라 함은 (i)업무상 임무를 위배하여 투자위원회 일부 위원들에게 찬성을 권유하고, (ii)기금운용본부 리서치 팀장으로 하여금 투자위원회 위원들에게 조작된 합병시너지 수치로 설명하도록 하는 등으로 찬성의결을 유도하였다는 것이다. ②캐스팅보트 관련 임무위배라 함은 (i)공정한 절차에 의한 (내부 직원들로 구성된)투자위원회를 거쳐 합병안건에 반대 의결을 하거나 (ii)(외부위원들로 구성된)전문위원회에 부의하는 등으로 합병비율의 개선을 요구할 수 있었음에도, 이를 하지 아니함으로써 공단의 이익을 최대화할 업무상 임무를 위배하였다는 것이다.

(2) “조작된 합병시너지 수치 ”의 의미

위 ①의 (ii)의 조작된 합병시너지 수치라 함은 다음과 같은 사정을 말한다.

- 공단은 물산에 11.21%, 모직에 4.84%를 보유하고 있어 합병비율이 물산에 불리할수록 손해보는 구조임.
- 공단 실무진은 당시 3차에 걸쳐 내부적으로 산정한 합병비율인 0.46과, 물산 측에서 진행하는 합병비율 0.35와의 차액인 1,388억원을 공단의 손실로 인식하고 있었음.
- 이에 피고인이 1,388억 원의 손실을 상쇄시키기 위해 시너지 조작을 지시, 담당 직원(리서치 팀장)이 손실을 상쇄하기 위해서는 2조원의 시너지가 필요하다고 계산함.
- 2조원의 산정근거: 2조원의 시너지가 산출되는 이유나 근거는 없었고 1,388억원 상쇄를 위해 아래 표의 비례 방정식으로 도출해 보니 2조원이라는 수치가 필요하다고 판단하였고, 2조원의 수치가 나오려면 10년간 연평균 성장률 10%가 필요하다고 계산(성장율 5, 10, 15, 20% 중 10%를 선택하여 도출함).

6.7% : 1,388 = 100% : X X = 20,630

- 리서치 팀장은 투자위원회의 의결 당시 위원들에게, 본건 합병비율이 물산측에 불리하지만, 모직에 동일한 금액을 보유하고 있고 2조원의 합병시너지가 발생하므로 합병비율의 불리함으로 인한 손실이 상쇄된다고 단정적으로 설명함(1,388억의 손실 발생을 상쇄한다는 문구는 위원들에 대한 설명자료에 처음에는 넣었다가 실제 배포할 때는 삭제하였고 합병시너지 자료는 단 하루만에 작성되었고 위원들에게 시너지 산출 근거 자료는 제공하지 않았고 구두로만 설명함)
- 투자위원회 위원들의 표결은 찬성8표, 중립1표, 기권3표로 안건이 통과되었는데 당시 찬성표를 던진 위원 중 상당수는 수사기관에서 합병시너지가 조작된 것임을 알았더라면 찬성하지 아니하였을 것이라고 진술하였고 그에 따르면 합병 안건은 찬성이 과반수를 넘지 못하였을 것임.

2. 손해: 캐스팅보터 지위 상실로 인한 손실

피고인은 임무를 위배하여 이재용 등 삼성그룹 대주주에게 가액불상의 재산상 이익을 취득하게 하고 공단에 캐스팅보트의 적극적 활용을 통해 추가적으로 얻을 수 있었던 이익을 상실함으로 인한 가액불상의 손해를 가하였다. 검찰은 손해액을 공단이 파악한 1,388억원(주위적) 내지 최소 50억원 이상(예비적)으로 제시하였으나 법원은 이를 배척하면서, ①적정한 합병비율은 다양한 결론이 나올 수 밖에 없으므로 신중해야 하고 ②여러 기관들이 제시한 적정 합병비율과도 상당한 편차가 있으며 ③기준 시점에 따라 손해액이 달라지는 점 등으로 인해, 캐스팅보트의 적극 활용을 통해 얻을 수 있는 이익 상실의 손해액이 합리적 의심없이 증명되었다고 보기 어렵다는 이유를 제시하였다.

3. 소결

본 판결이 인정한 배임죄의 요지는, 정상적으로 진행할 경우 외부의 전문위원회에 회부되어 부결될 가능성이 높다고 판단한 피고인이, 외부 전문위원회 개최 절차를 배제하고 내부 투자위원회에 회부하면서 위원들에게 조작된 합병시너지 정보를 제공하는 등 찬성토록 유도함으로써, 삼성그룹 대주주에게 가액 불상의 이득을 얻게 하고 공단에게 캐스팅 보터 지위를 이용함으로써 얻을 수 있었던 이익을 상실토록 하는 가액 불상의 손해를 가하였다는 것으로 요약할 수 있다.

III. '캐스팅보트 임무 위배'의 점에 관하여

1. 문제 제기(Policy Question) : '캐스팅보트 논리', 타당한 방향인가?

본 판결의 논리 중 가장 회사법적인 주목을 요한다고 보이는 곳은 '캐스팅보트 임무 위배'라는 부분이다. 주주로서 캐스팅보트의 지위를 활용하지 않은 점을 문제 삼는 이 '캐스팅보트' 논리는 판결 전체를 관통하는 핵심이다. 과연 대규모 상장법인의 비 지배주주에게 이러한 캐스팅보트 지위를 인정하고 그것을 전제로 그 임직원에게 책임을 물어 형사 처벌하는 것이 회사법의 기본 체계에 비추어 적절한 방향이냐는 것이 필자의 근본 의문이다.

적정 합병비율은 회사의 경영진이 챙겨야 하는 것이다. 전문성이나 정보접근성, 업무의 속성에 비추어 그들보다 더 잘 챙길 수 있는 위치에 있는 사람은 찾기 어렵다. 경영진이 책정하여 주총에 회부한 합병비율을 개별 주주가 나서서 이를 의심하고 부정하며 캐스팅보트를 활용하여 경영진과 대립할 책임, 그 대립에 실패할 경우의 법적 리스크도 주주의 몫이라는 것이 본 판결의 회사법적 함의이다. 회사의 이사는 합병비율을 챙길 의무가 없으며 "이사가 그대를 속일지라도" 주주들 개인적으로 각자 알아서 챙기라는 '각자도생(各自圖生)', '주주-이사 간의 동상이몽(同床異夢) 요구'가 본 판결에 담겨 있는 핵심 메시지인 것이다. 그러나 이것은 개별 주주들이 전문성과 정보접근성이 떨어지는 점을 감안하여 소유와 경

영을 분리해 놓은 주식회사의 근본 시스템[1], 경영진의 선의를 믿고 재량에 맡기며 주주가 왈가왈부 할 수 없음이 원칙인 「경영판단의 원칙」[2]에 역행하는 감이 있다. 물론 스튜어드십 코드 등 기관투자자가 경영진의 대리인 문제를 견제하고 적극적으로 의결권을 행사할 책임이 강조되는 것이 최근의 경향이지만,[3] 경영진의 의무이행이 제대로 되지 않을 때 감시하고 촉구하는 수준이 아니라, 경영진에게 의무(=합병비율을 챙길 의무)는 인정하지 않으면서 주주, 그것도 지배주주가 존재하는 회사의 일반주주에게 이를 직접 챙기고 경영진(지배주주)과 대립할 의무까지 요구하며 처벌하는 것이 적절한 방향인지는 의문이다.

2. 법인이익-계좌기준 vs. 주주이익 포함기준

가. 법인이익-계좌기준의 관점: 합병비율 불공정은 주주간 개인법적 문제

본 판결은 공단이 캐스팅보트를 이용하여 협상을 하여야 할 대상을 회사의 경영진(이사진)이 아니라 이재용 등 삼성그룹의 대주주로 보고 있다.[4] 즉 회사법적 기관인 이사는 "pass" 하고 대주주와, 그것도 당해 회사의 대주주가 아닌 그룹의 지배주주와(이재용은 당시 물산의 주주가 아니었다), 협상을 벌여서 스스로 몫을 챙기라는 취지이다. 법인, 법인의 이사와 같은 단체법적인 요소는 뒤로 물리고 주주들 간의 개인적인 문제로, 즉 단체법 문제가 아닌 주주간의 캐스팅보트를 이용한 협상이라는 개인법적 거래의 문제로 파악하고 있는 것이다.

위와 같은 판결의 기저에는 법인이익-계좌기준이 자리하고 있다. 법인이익-계좌기준에 따르면 주주들 간의 문제는 회사의 이사에 의해 '일반적으로' 보호되는 이익이 아니며, 명시적인 규정이 없는 한 주주 각자가 챙겨야 하는 개인법적 문제에 불과하다. 합병비율은 개별 주주의 구체적·경제적 득실에 관한 사항이지 법인 계좌에 관한 사항은 아니므로 단체법적 이슈가 아니다. 합병비율 불공정을 이유로 한 이사의 선관의무 위반 주장에 대해 삼성물산 합병 무효소송(이하 "본건 합병무효 소송") 1심 판결이 내놓은 답변은 이러한 법인이익-계좌기준의 사고방식을 잘 보여준다.

> *--- 이사들은 일반 주주들에 대하여 그들의 기존 주식의 가치를 보존하는 임무를 대행하다거나 주주의 재산보전 행위에 협력하는 자로서 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 볼 수 없으므로(대법원 2004.5.13. 선고 2002도7340판결 참조), 구 삼성물산 이사들이 이 사건 합병과 관련 된 경영판단을 하면서 그 상황에서 합당한 정보를 가지고 적법한 절차에 따라 합병시너지 효과로 인해 구 삼성물산에게 이익이 될 것으로 보고 이 사건 합병을 승인하였다면, **개별 주주의 구체적·경제적 득실을 고려해야 할 의무까지 있다고 보이지 않는 점**[중략]등을 인정할 수 있는 바, 이사건 합병을 승인한 이사회 결의에 구 삼성물산 이사들의 선관주의의무 및 충실의무 위반이 있다고 보기 어렵[다][5]*

본 판결은 합병비율 불공정 문제는 이사에게 의무가 부과되는 단체법 이슈가 아닌, 주주들 간에 개별 협상으로 해결해야 할 개인법적 이슈라는, 법인이익-계좌기준의 관점을 확인한 의미가 있다.[6]

---

1) 이철송, 회사법강의 제26판, 박영사2018, 477~479면
2) 본건 합병 무효소송 1심(서울중앙지방법원 2017. 10. 19. 선고 2016가합510827 판결)에서도(27~28면), 원고는 이사회가 합병의 필요성, 주주들의 이익 등 제반사항을 충분히 고려하지 않았다며 이사회 결의 절차상의 하자를 주장했으나, 법원은 경영판단 사항이라며 달리 법규위반이 없으므로 이유 없는 주장이라고 배척하였다.
3) 장정애, "우리나라 기관투자자의 의결권 행사에 관한 소고", 경영법률 23권 3호, 한국경영법률학회 2013, 71~74면
4) 특검은 캐스팅보트 지위를 활용하지 않은 임무위배의 한 내용으로 중간배당을 요구하지 아니한 점도 공소사실에 포함시켰으나, 법원은 피고인등이 삼성그룹의 대주주인 이재용 등에게 중간배당을 요구하였다가 거절당한 점을 들어, 중간배당을 요구하지 아니하여 업무상 임무를 위배하였다고 보기는 어렵다며 공소사실을 배척하였다(판결문 60면). 나아가 공단이 합병에 반대하였다면 삼성그룹의 대주주로서는 본건 합병을 절실하게 원하는 등으로 합병을 재추진할 가능성이 높다고 판단하였음은 물론(65면), 배임죄의 구성요건인 "이득의 주체"도 "이재용 등 대주주"로 파악하고 있다. 기본적으로 문제의 본질을 주주간의 문제 그룹 대주주와의 협상 문제로 파악하고 있다고 보인다.
5) 서울중앙지방법원 2017. 10. 19. 선고 2016가합510827 판결 제29면
6) 본건 합병무효 소송에서는 주4의 사항 외에도, 원고는 「지배주주의 이해상충 상황에서 이사의 절차적 공정성 담보의무」를 주장하였다. 이에 대해 법원은 이는 한국의 선관의무 및 충실의무와는 별개의 미국 등 외국 이론으로,

나. 주주이익 포함기준의 관점: 합병비율 불공정은 단체법적 문제

주주이익 포함기준의 관점이라면 주주의 비례적 이익을 보호해야 하는 것은 회사의 당연한 의무이다. 그러므로 회사를 상대로 직접 회사법적 추궁을 하면 된다. 지배주주를 상대로 캐스팅보트 운운하며 개인적인 협상을 벌일 필요가 없고 그것을 '의무'라고 설정한 뒤 그렇게 하지 않은 것을 배임이라고 말하기도 어렵다.
캐스팅보트를 활용해서 합병을 부결시킬 의무가 있다는 발상은 불공정에 대한 소송을 통해서는 사전/사후구제가 불가능하다는 점을 암묵적으로 전제한 측면이 있다.[7] 만약 주주의 비례적 이익 기준을 채택하고 있다면, 주주의 비례적 이익이 깨지는 형태로 진행되는 합병은 선관의무에 위반되는 위법한 것이므로 가처분에 의한 중지(합병유지청구권), 사후적으로 이사에 대한 손해배상 책임 추궁, 합병무효의 소[8]를 통해 시정이 가능하다. 주주이익 포함기준의 관점에 의할 경우, 캐스팅보트 논리에 의존할 필요성은 현저히 떨어진다.

3. 캐스팅보트 논리의 한계

가. 「모든 주주에게 적용가능한 단체법 논리」가 아닌 상황논리

캐스팅보트 논리의 전제는 본 사안에서 공단이 11.21%라는 상당량의 지분을 가지고 있다는 점이다. 그렇다면 그 정도에 못 미치는 주주들은 어떻게 되는 것인가? 또 11.21%이지만 엘리엇과 같은 반대파가 등장하지 않아 공단 혼자서는 별로 힘을 쓸 수 있는 상황이 아니었다면 그때는 어떻게 되는 것인가?
판결은 이와 관련하여 두 가지 함의를 갖는다. 첫째, 캐스팅보트가 없는 주주사의 임직원은 아무런 책임을 지지 않을 것이다. 이것은 형사책임 여부가 회사의 소유구조 즉 주식의 소유 분포에 좌우될 것임을 의미한다. 둘째, 캐스팅보트에 미치지 못하는 소량의 주식을 보유한 주주사로서는 합병비율 불공정과 관련해서는 그 내부 임직원에 대해서조차도 법적 대응 수단이 없음을 뜻한다. 본 판결의 캐스팅보트 논리가 모든 주주에게 범용성이 있는 일관된 기준을 제시하는 단체법 논리가 아니라 주식의 소유분포에 좌우되는 상황 논리, 힘 있는 주주를 위한 개인법 논리라는 한계를 보여준다.

나. 「지배주주를 상대로 한 개별 협상의무」는 비현실적이고 위험한 논리

'캐스팅보트' 논리는 일반주주가 지배주주/경영진보다도 합병비율의 적정성에 대해 더욱 정통하고 그 판단도 더 정확함을 전제로 하는 논리인데 그 자체로 회사법이 상정하는 지배구조의 체계, 역할분담 관계와 맞지 않으며, 현실과도 다소 동떨어진 측면이 있다.

제소기간 도과 이후의 새로운 실체법적 주장이라고 보아 이를 배척하였다. 이는 위 주장이 한국법 하에서는 수용이 어려운 별개의 이론, 즉 주주간 이해상충이 상법 제398조(이해상충시 절차적 공정성의무)의 적용대상이 아니라는 점을 전제한 것이기에 법인이익-계좌기준의 논리에 따른 판시라고 보인다. 본 판결에서 대주주와 개별 협상으로 해결토록 하는 것과 앞뒤가 맞는 면이 있다.
한편, 국내에서도 본건 합병에 상법 제398조의 적용가능성을 검토하는 견해(양기진, "삼성물산-엘리엇 공방을 중심으로 본 현행 경영권 방어 법제의 개편 방향", 상사법연구 제34권 제3호, 한국상사법학회 2015.11, 183~186면)가 있다. 위 법원의 판단에서 보듯이 법인이익-계좌기준을 취하는 한 주주간 이해상충 문제인 합병에 상법 제398조는 적용이 어려우며(위 판시에서 보듯이 "그것은 한국의 해석론이 아니라 미국의 해석론이다!") 적용한 들 별 의미가 없다. 이에 관한 상론은, 이상훈, "공정거래법상 동일인(지배주주)의 이해상충과 선관의무의 보호대상・자기거래・특별이해계인 조항의 재해석-삼성SDS 회사분할 사례를 중심으로-", 증권법연구 제17권 제2호 (한국증권법학회 2016.8.30.), 500면.

7) 본건 합병 당시 전술한 본건 합병무효 소송 외에, 주주들이 제기한 가처분소송에서도 모두 주주들이 패소하였다. 법인이익-계좌기준 하에서는 당연했던 것이라고 본다. 주총 소집 통지 및 결의 금지 가처분(서울중앙지방법원 2015. 7. 1.자 2015카합80582 결정; 서울고등법원 2015. 7. 16.자 2015라20485 결정); 주식 처분금지 가처분 사건(서울중앙지방법원 2015. 7. 7.자 2015카합80597 결정; 서울고등법원 2015. 7. 16.자 2015라20503 결정); 합병무효 소송(서울중앙지방법원 2017. 10. 19. 선고 2016가합510827 판결).

8) 합병 전체를 무효로 되돌릴 것이 아니라 불공정한 비율을 시정할 수 있도록 신주를 추가 발행하는 형태의 상대적 무효, 부분 무효 방안이 합리적이다, 이상훈, "'합병비율 불공정'과 구제수단-비판과 대안: 불공정의 재정의(再定義)와 신주의 추가발행-", 증권법연구 18권3호, 한국증권법학회2017.12., 35면.

나아가 지배주주를 상대로 뭔가 협상을 벌여 캐스팅보트를 활용해서 더 받아내야 한다는 발상은 자칫 그린메일과 연결될 수 있는 위험한 사고방식이다. 엘리엇이 합병비율이 불공정하다고 문제 제기하는 것은 "국부를 유출시키는 외국계 헷지펀드의 먹튀"라고 비난하면서,[9] 공단은 당연히 그렇게 해야 하고 그렇게 하지 않으면 오히려 업무상 배임이라고 비난하는 격이 된다.

다.「법인과 주주의 독립과 분리」명제와 모순되는 논리

나아가 캐스팅보트를 활용하지 않은 것이 배임이라는 논리는 법인이익-계좌기준 스스로의 논리와 배치되는 모순이 있다. 본 판결은 당시 대주주가 지배권 확보를 위해 본건 합병을 절실히 원하고 있다는 점, 그렇기 때문에 캐스팅보트 활용이 통하였을 것이라는 논리에 기반하고 있다. 그러나 지배주주와 아무리 협상을 벌인다 할지라도, 합병비율 설정의 회사법적 주체는 이사이므로 이사가 꿈쩍도 하지 않으면 모두 무위로 돌아간다. 다시 말하면 "지배주주가 절실하게 원하는 상황이었으므로 지배주주와 협상을 벌였어야 했다"고 비난하는 것은 지배주주를 움직이면 이사도 움직일 것이라는 점을 묵시적으로 전제하고 있다.
그런데 법인이익-계좌기준은 법인과 주주의 법인격이 다르며, 이사는 주주로부터 독립된 기관으로서 오로지 자신의 독립된 양심에 따라 선관의무를 이행한다는 점을 전제로 하는 논리이다. 만약 이사가 지배주주의 의중에 따라 움직일 것을 예정한다면 법인이익-계좌기준은 정당성의 근거를 잃는다. 법인의 독립성이라는 것은 겉으로 내세우는 명분일 뿐, 사실은 지배주주 앞으로 일반주주의 이익을 빼돌리기(tunnelling) 위한 가림막(corporate veil)에 불과할 것이기 때문이다. 실제로 주주의 이익과 회사의 이익의 분리를 강조하는 주장들은 이사의 독립성, 주주와의 권력분립을 강조하기도 한다.[10] 그 점에서 캐스팅보트 지위를 이용하여 지배주주와 협상을 벌였더라면 합병비율이 증가하였으리라고 전제하고 그 점을 손해로 포착한 것은 법원이 취해 온 법인이익-계좌기준 스스로의 논리체계와 모순된다.

4. 소결

캐스팅보트 논리는 합병비율 불공정 구제수단이 부재한 법인이익-계좌기준 하에서 불가피한 선택이라고 볼 측면이 있다. 그러나 캐스팅보트를 활용하는 것 밖에 달리 대안이 없는 상황으로 만들고 있는 주류 회사법 해석론(법인이익-계좌기준)이 더 본질적인 문제라고 보아야 할 것이다. 주주가 소송 등 정당한 방법으로 문제를 제기하면 회사는 주주의 이익을 챙길 의무가 없으며 경영판단 사항이라는 이유로 이를 받아주지 않으면서 정작 본 사안에서는 주주에게 왜 스스로의 이익을 챙기지 않았느냐고 배임으로 처벌하는 이중적이고 모순적인 태도가 내재해 있다. 캐스팅보트 논리는 합병비율 불공정 문제는 캐스팅보트를 가진 주주의 개인법적 견제가 유일한 수단이라는, 단체법적 문제해결 능력을 상실한 한국 회사법 해석론(=법인이익-계좌기준)의 우울한 단면이다.

IV. 손해 판단과 관련한 몇 가지 논점

1. 합병비율의 차이 1,388억원을 손해로 본 부분

가. '손해'의 논리

9) 본건 합병 당시 엘리엇에게 빗발친 국내 언론의 비난의 주된 요지이다, 가령 머니투데이 2015.6.4. "삼성물산, 11년 전 헤르메스의 악몽…'먹튀' 재연되나"(http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2015060409595638328&outlink=1&ref=http%3A%2F%2Fsearch.naver.com; 2019.6.17. 최종접속). 판결문에 따르면, 피고인도 당시 투자위원회 위원들에게 "합병이 무산되면 헷지펀드한테 국부를 팔아먹은 이완용으로 몰아세우지 않겠느냐. 잘 결정해주었으면 좋겠다"고 함.

10) 예컨대, 송종준, "주주전원동의에 의한 이사의 자기거래의 효력- 대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결-", 법조728호, 법조협회2018.4, 724면; 장덕조, 회사법3판, 법문사 2016, 216~217면(회사의 이익이 주주의 이익과 다르므로 이사회의 권한 사항을 주총 결의 사항으로 할 수 없다고 함) 등.

판결에서는 공단의 손해를 합병비율 차이 1,388억 원으로 설정한 것이 정확한 것인지 다루어지지 않았는데 회사법적 관점, 특히 주주의 비례적 이익 관점에서 이는 흥미로운 검토대상이다.
위 1,388억 원이라는 수치는 실제 진행된 합병비율 0.35와, 공단이 자체적으로 산정한 0.46을 적용하였을 경우 공단이 보유하게 될 주식 평가액의 차이를 말하는 것으로 보인다. 합병비율이 0.46으로 올라가면 물산 주주들이 합병 후 통합 법인에서 차지하게 될 지분율이 28.8%에서 34.7%로 증가하므로[11] 공단의 보유주식의 가치가 상승하였을 것임은 당연하다.

나. 평가방법에 관한 몇 가지 논평

실제 진행된 0.35와, 공단이 자체적으로 산정한 0.46은 서로 다른 방법으로 산정된 수치이다.
0.35는 자본시장법상 법정 산식, 즉 양사의 시장주가로 각기 구해진 1주당 가치 간의 비율이다. 반면 0.46은 판결문에 따르면 물산에 대해서는 PER법(Price Earnings Ratio; 주가수익률법), 모직에 대해서는 EV(Enterprice Value; 기업총가치)/EBITDA(세전이자지급전 이익)법을 사용하여 각각 구한 양사의 1주당 가치 간의 비율이다.
상기 평가방법 관련, 회사법적 관점에서 몇 가지 생각해 볼 점들이 있다.
우선 시장주가라는 것은 기업의 전체 가치를 주식수로 나눈 n분의 1의 '비례적 기업가치'가 아니라 시장에서 유통되는 '당해 주식의 매매가격'이다. 시장에서 유통되는 주식의 매매가격은 주식의 소유분포에 따라 영향을 받기 때문에, 기업의 전체가치를 주식수로 나눈 값과 이론상 같지 않다. 가령 시장에서 유통되는 주식의 가격은 지배권이 없는 일반주주들의 주식에 매겨지는 값이기 때문에 기업의 전체 가치에 비해 일정 부분 할인된 값, 다시 말하면 기업의 전체 가치를 나타내는 주식의 가치 중 지배권가치(control premium)만큼이 차감된 값으로 매겨지며 이러한 할인 현상을 회사법학에서는 "minority discount"[12]라고 부른다.[13] 자본시장법상 법정 산식은 시장 주가로 합병비율을 매기는 방법이므로 기업의 전체 가치가 온전히 평가되지 못한, minority discount가 내장된 가치라는 한계가 있다. 그 점에서 공단이 PER법이나 EV/EBITDA법 등을 사용하여 기업의 전체 가치를 산정하려 하였다는 점은 회사법 관점에서 올바른 방향의 시도라고 평가할 수 있다.
다만 물산에 대해 PER법을 적용한 부분은 몇 가지 짚고 넘어갈 부분이 있다. 우선 PER법은 판결문에 자세한 내용 소개가 없어 알기는 어려우나 통상은 연간 영업이익(또는 당기순이익)에 몇 배의 승수(이른바 multiple 또는 PER이라고 부른다)를 곱하는 방법으로 주당가치를 구하는 방법을 가리킨다.[14] 이 때 몇 배를 곱하는 것이 적정한지가 핵심인데, 이를 다른 기업이나 업종의 PER(=이익과 시장주가와의 관계)과 비교하여 도출하는 논리를 사용할 경우, 그 비교대상인 PER에 이미 시장주가의 요소 즉 minority discount 요소가 반영되는 문제가 있다. 그렇기 때문에 이를 보정하지 않은 채 물산의 가치를 평가하였다면 물산의 가치도 minority discount로 할인된 값이 될 수 있다. 그렇게 되면, 물산은 minority discount가 적용된 PER법으로, 모직은 그렇지 아니한 평가법으로 산정한 것이 되기 때문에[15] 물산 주주들에게 불리할 수 있다.
또 한 가지 언급할 것은 기업특성상 물산에 PER법 적용이 적절한 지에 의문 소지가 있다는 점이다. 당시 물산의 시가총액이 약 8조원 상당인데, 보유재산인 삼성전자 주식의 시가만 약 8조원 상당으로, 물산 자신의 시가총액과 맞먹는 상황이었다. 이것은 삼성전자 주식이 물산의 입장에서는 이렇다 할 수익

---

11) 이상훈(주10), 43면.
12) 국내에서도 "소수자할인"이라는 용어로 번역되어 쓰이고 있다, 예컨대 노혁준, "소수주주 축출제도의 도입에 관한 연구 -도입형태와 가격산정을 중심으로-", 256면; 양기진, "반대주주의 주식매수청구권에 관한 연구", 기업법연구 26권1호(2012.3.), 한국기업법학회, 196면.
13) 이에 관한 자세한 설명으로는 이상훈, "주식매수청구권 논의의 한계와 대안 - 주주의 비례적 이익, 시장가격 기준 논의를 중심으로-", 한국기업법학회 2019년 춘계학술대회 자료집, 4면 이하.
14) 애스워드 다모다란 저 / 정호성 역, 「주식가치 평가를 위한 작은 책」, 부크온 2013, 66~70면
15) 본 사안에서 사용되었다는 EV/EBITDA법의 구체적인 내용이 무엇인지 판결문에 소개되지 않아 자세한 내용은 알기 어려우나, 통상 영업자산의 시장가격(EV)을 영업자산의 현금흐름(EBITDA)로 나눈 값을 의미한다, 위의 책 같은 곳. 영업자산의 시장가격은 주식의 소유분포에 따라 그 가격이 달라질 여지가 없으므로 minority discount는 반영되지 않을 것이다.

을 내지 못하는 무수익자산(그 당시 배당수익률이 높지 않음)으로 공연히 회사의 재산(부채 포함)만 차지하는 상황이기 때문에 시장에서 물산을 디스카운트하는 상황이라고 설명할 수 있다. 회사법적으로 설명한다면 계열사와 지배주주간의 이해상충으로 인하여 계열사가 대가를 받지 못한 채 지배주주의 이익을 위해 비용을 부담하는 배임적 상황에 대한 '코리아디스카운트' 라고 말할 수 있다. 다시 말하면 그룹 계열사가 아니라면 얼마든지 삼성전자 주식을 판다든지 기타 여러 방법으로 그 가치를 활용할 수 있겠지만 물산은 지배주주를 위해 이를 그대로 보유하고 있어야 하므로 주가가 오르더라도 별 이득이 없는 "무보수 창고지기"일 뿐이며 이에 대한 시장의 '벌'이다. 당시 물산은 12.6조원[16]이라는 부채를 안고 있는 상황에서 이처럼 8조원(삼성SDS 주식과 합치면 12조원)이라는 처분불가 무수익자산을 보유하고 있으면 회사의 이익이 적게 잡히는 것은 당연하다. 이자비용을 부담하고 차입한 돈을 영업활동에 쓰지 못하고 무수익자산 보유에 사용하는 셈이기 때문이다. 주식을 팔아서 부채를 변제하는 데 쓴다면 이자비용 절감으로 PER과 ROE(자기자본 수익률)는 급증할 것이다. 다시 말하면 삼성전자 주식 때문에 물산의 주식은 PER법에 의할 경우 저평가 요인이 있었다. 또한 건설업종은 통상 부동산이나 건설중인 자산 등을 많이 보유하는 업종 특성상 PER보다는 보유 순자산의 가치가 중요한 측면이 있는데 이러한 부분이 반영되지 않을 경우 저평가를 유발할 수 있다.

다. 지배권가치(control premium)의 편취 문제

이상에서는 위 0.46이 적정한 합병비율이었다고 보기에 논란 소지가 있어 보이는 점들 일부를 살펴보았는데, 관점을 바꾸어 0.46이 '완벽한' 적정 합병비율이라고 가정해 보자. 그러면 이제 "공단에게 손해가 없다"고 말할 수 있을까? 그렇지 않다는 것이 이 부분의 논지이다.

본건 합병을 보자. 지배주주의 지분율은 모직에 42%, 물산에 1.4%로 양 법인 사이에 엄청난 격차가 있었다. 물산은 그룹 계열사의 보유분까지 합치더라도 그룹의 전체 보유분은 13%에 불과하였고 그룹 계열사라는 것 역시 삼성화재와 삼성SDI 등 상장법인이기 때문에 그 실제 소유는 분산되어 있다.[17] 이 상태에서 합병을 하면 설령 합병비율이 공정하더라도, 즉 0.35가 아니라 '완벽한' 0.46으로 진행하더라도 이재용 등 모직의 지배주주는 통합법인의 지배주주가 된다. 본건의 경우 0.35로 진행한 결과 지배주주의 통합 법인에서의 지분율은 30.4%가 되었는데 만약 0.46으로 진행하였더라도 28%로,[18] 불과 2.4% 포인트 정도 차이가 날 뿐이다.

이것은 ①물산 일반주주들(=그룹의 보유분을 뺀 87% 내지 대주주 보유분을 제외한 98.6%)의 주식에 조금씩 묻어있던 n분의 1씩의 control premium의 상당부분이 이재용 등 지배주주 앞으로 이전, 집적되는 효과가 생겼다는 것, ②웬만한 합병비율 조정으로는 양 법인 사이의 지배주주의 집중도 격차로 인한 지배권 이전에 영향을 주지 못한다는 것을 의미한다. 본건 합병에서는 자본시장법상 계열사간 합병가액을 10%이내에서 할증이 가능하도록 되어 있음에도 할증을 하지 아니한 점이 쟁점으로 다투어지기도 하지만(예컨대 본건 합병무효 소송), 그러한 조정은 합병비율 조정에 불과하기 때문에 설사 그러한 할증을 했더라도 그것만 가지고는 지배권의 이전, 집적 문제가 해결될 수 없음을 뜻한다. 가령 ISS가 제시한 합병비율 0.95(이것은 실제 진행인 0.35 대비 물산의 가치를 세배 가까이 높게 평가한 수치이다)에 의하더라도 지배주주의 통합법인에서의 지분율은 여전히 20%가 넘는다.[19] 이렇게 규모가 커진 통합 법인에서 20%의 지분율을 보유한다면 상당한 control premium을 확보하게 될 것이다.

위와 같은 사실로부터 다음 두가지를 알 수 있다.

첫째, 본건 합병의 본질적인 문제는 합병비율 불공정보다도 지배주주의 지분율이 42%인 회사와 1.4%인 회사를 합병 당사자로 고른 '짝짓기' 그 자체에 있다. 합병비율 불공정은 오히려 부차적이다. 물산에 대한 지배권 확보가 본건 합병의 주목적이라고 본다면 합병비율이 아니라 지배주주의 집중도 격차가 더

16) 본건 합병당시 제일모직이 발행한 투자설명서, 42면.

17) 이하의 지분율 수치는 이상훈, "삼성물산 합병을 통해 바라본 주주이익 보호의 문제점과 개선방향 - 에버랜드의 재림(再臨), 그 극복을 위한 제언-", 「상사법연구」제34권 제3호, 한국상사법학회 2015.11. 119면 이하를 참조하였다.

18) 산정 경위에 대하여는 이상훈(주10), 43면.

19) 산정 경위에 대하여는 위 같은 곳.

본질적이라는 점을 위 수치례를 통해 알 수 있다. 본건 합병의 '아이콘(icon)'은 "0.35"가 아니라 "42:1.4"인 것이다.
둘째, 위와 같은 지배권 취득에 대하여 대가가 지불되지 않았다는 점이다. control premium의 '편취'라고 부르는 이유이다. 통상적인 상황에서 30% 대주주가 출현하려면 공개매수 등을 통하여 일반주주들에게 시장주가를 초과하는 상당한 프리미엄을 지불해야 가능한데, 본건은 자본시장법상의 법정산식에 따른 시장주가만 지불함으로써 프리미엄 대가 지급을 생략하고 '공짜로' 지배권을 취득하였다. '공짜'라는 표현은 지배주주의 지분율이 1.4%에서 30%로 도약(jump)하고 그로 인해 일반주주들의 주식에 분유(分有)되어 있던 지배권가치는 크게 손상되었는데 그러한 control premium의 이전 및 집적으로 인한 지배주주의 이득, 그로 인한 일반주주들의 손실에 대한 대가가 지불되지 않았음을 가리킨다.

라. 지배권 편취 분석의 함의 - 편취의 2단계, 주주이익 포함기준의 필요성

상기 분석이 가지는 회사법적 함의는 다음과 같다. 상대방 법인에 집중도가 매우 큰 지배주주가 존재하는 경우, 일반주주들에 대한 편취는 두 단계로 일어날 수 있다. 1단계 편취는 지배주주와 일반주주간의 이해상충 상황에서 지배주주의 자기거래 성격으로 말미암은 합병비율 불공정, 그로 인한 1주당 기업가치의 편취이다. 2단계 편취는 여기에 집중도가 높은 상대방 법인의 지배주주의 존재 그 자체로 인한 control premium 편취이다. 이러한 상황에서 '캐스팅보트 지위를 적극 활용하여' 합병비율을 올려달라고 해보았자 1단계 편취만 막을 수 있을 뿐, 2단계 편취는 막을 수 없다.
이것이 상기 분석의 첫 번째 함의이다. 본건 공소사실 그리고 공단의 내부 검토 당시 1,388억 원을 손실로 파악한 것은 주주의 비례적 이익 관점에서 보면 위 1단계 편취만 인식한 것이고, 2단계 편취는 고려대상에서 누락한 것이다. 즉 위 1,388억원이라는 수치는 주주로서의 공단이 입은 손실을 과소평가한 금액이다.
요컨대 '캐스팅보트 지위 활용'을 '제대로' 하지 않음으로 인한 손실액을 정확히 논하려면 사실은 합병비율만 논의해서는 부족하고 2단계 편취로 인한 손해까지 논해야 한다. 이 손해를 파악하려면 2단계 편취를 막았더라면 있었을 상태와 그렇지 아니한 현 상태를 비교(차액설)해 보아야 할 것이므로, 2단계 편취를 막을 수 있는 방법이 무엇인지를 논해야 한다. 그 방법은 무엇일까? 가장 손쉬운, 직관적으로 떠오르는 방법은 지배주주가 일반주주들의 주식에 분유되어 있는 control premium을 대가를 지불하고 개인적으로 매수하여 취득한 뒤 합병토록, 거래구조 역시 두 단계로 나누는 것이다. 이러한 점을 생각해보면, 미국에서 합병을 할 때 공개매수 + 합병의 2단계 합병(two-step merger) 방식을 취하는 것은 깊은 회사법적 안목과 고려가 깔려 있는 것임을 알 수 있다. 개념적으로는 이러한 2단계 합병을 하였더라면 형성되었을 공단의 재산 상태와, 그렇지 아니한 채 진행된 본건 합병의 경우 형성되었을 공단의 재산상태의 차액이 2단계 편취로 인한 손해가 될 것이다.
그런데 미국과 달리 법인이익-계좌기준을 취하는 한국에서는 이런 부분을 이슈로 인식하기 어렵다.[20] 위와 같은 2단계 편취 손해 역시 주주이익의 문제이기 때문이다. 한국에서 본건 합병에 관한 많은 논문과 문헌, 본 판결을 포함한 판결들 중 위와 같은 control premium 편취 문제를 언급하는 것을 찾기 어려운 이유도 이와 무관치 않다. 법인이익-계좌기준의 관점에서는 에버랜드(대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결)의 다음 설시에서 보듯이 주주들 간의 프리미엄 배분 문제는 기본적으로 회사법 이슈가 아니며 개인법적 문제에 불과하다.

> *이사가 주식회사의 지배권을 기존 주주의 의사에 반하여 제3자에게 이전하는 것은 기존 주주의 이익을 침해하는 행위일 뿐 지배권의 객체인 주식회사의 이익을 침해하는 것으로 볼 수는 없는데, 주식회사의 이사는 주식회사의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다고 할 수 있지만 주식회사와 별개인 주주들에 대한 관계에서 직접 그들의 사무를 처리하는 자의 지위에 있는 것은 아니고, 더욱이 경영권의 이전은 지배주식을 확보하는 데 따르는 부수적인 효과에 불과한 것이어서, 회사 지분비율의 변화가 기존 주주 자신의 선택에 기인한 것이라면 지배권 이전과 관련하*

20) 이상훈(주19), 127, 140면 이하.

여 이사에게 임무위배가 있다고 할 수 없다.

이상의 분석이 주는 또 한 가지 시사점은, 위와 같은 control premium 편취 문제는 주주이익의 문제지만 회사 차원의 대응이 필요하다는 점이다. 가령 누군가가 공개매수를 통해 지배권을 집적하려고 할 경우, 또는 지배주주가 집중도 격차가 큰 상태에서 집중도가 낮은 분산소유구조의 회사를 합병하려고 들 경우, 회사가 나서서 합병 전에 먼저 공개매수 할 것을 요구한다든지, 대항 공개매수를 하는 등으로 방어행위를 해주지 않으면 일반주주들은 속수무책이 되기 쉽다. 이런 문제를 주주들 간의 개인법상 문제로 바라보고 회사의 경영진이 "강 건너 불구경"이면 일반주주들의 부가 구조적으로 편취되는 현상을 막기 어렵다.[21] 특히 그 거래가 지배주주의 주도로 이루어지는 경우라면 사실은 주주간의 지배권 거래라는 개인법적 문제가 아니라 회사의 인적 물적 자원(resource)이 동원되는 지배주주의 자기거래로서 단체법 문제로 보아야 할 경우가 적지 않다.
미국에서 1980년대~1990년대에 쏟아져 나온 전 세계적으로 유명한 M&A 관련 이사의 신인의무에 대한 판결들은 모두 이러한 상황인식을 배경으로 주주 계좌의 보호를 이사의 의무로 삼는다는 주주이익 포함기준에 입각한 것이다.[22] 한국의 주류 해석론인 법인이익-계좌기준은 주주간 이해상충이 심각한 계열사간 M&A 상황에서 그 동안 지배주주의 부 편취를 조장하고 일반주주의 피해구제를 억압해 온 측면이 있다. 이와 같은 주주간 부의 이전 문제를 해결하는 방법은 일개 주주, 그것도 비 지배주주에게 캐스팅보트 지위가 있다며 견제 및 시정(是正)의 책임을 주주 개인에게 떠넘길 것이 아니라 이를 '회사의 문제', 단체법 문제로 받아들이고 회사의 경영진, 이사들이 나서, 회사 차원에서 대응하는 것이다. 주주이익 포함기준으로의 전환이 필요함은 물론이다.

2. '손해' 인정은 [법인이익-계좌기준 + 법정 산식] 하에서는 모순

본건 합병은 자본시장법상의 법정 합병비율에 따라 진행된 사안이다. 본건 합병에 대한 합병무효 소송 1심 판결, 그 전의 가처분 판결들은 모두 자본시장법상의 합병비율로 진행된 것이기에 합병비율은 '공정'하며 문제가 없다는 취지로 원고 패소판결을 내렸다. 그런데 본 판결은 '불공정한' 합병비율로 진행되어 주주가치 훼손이 예상되는 상황이었다며 배임죄를 인정하고 있다. 이러한 판단은 서로 모순된다.
상장법인 합병은 법정산식으로 합병비율을 정하도록 되어 있고 본건 합병도 그에 따라 진행된 것이다. 그런데도 공단 내부의 판단이 이와 다르다고 해서, 또는 다른 의결권 자문기관이 모두 합병이 손해라며 반대권고를 하였다는 이유로, 합병비율이 부적정하고 공단에게 손해를 가하였다고 볼 수 있느냐는 문제가 있다. 본건 합병무효소송의 법원은, 원고가 본건 배임죄 1심 판결의 내용을 변론에 현출하면서 합병비율이 불공정하다고 주장하였지만 이를 받아들이지 않았다. 다른 의결권 자문기관의 합병비율 산정이 제각각이고 공단의 산정을 믿을 수 없기에 공단이 자체 산정한 합병비율을 기준으로 '손해'를 인정할 수 없다는 것이다. 무효소송 판결 전체를 관통하는 핵심 논지는 "자본시장법상 법정 산식에 의한 것이므로 합병비율을 불공정하다고 볼 수 없다"는 것이다. 그렇기에 「공단이 스스로 산정한 합병비율 또는 다른 기관이 산정한 합병비율이 적정하며 본건 합병은 공단에게 손해」라고 인정할 수 없음은 당연하다.
이러한 본건 합병 무효소송 판결의 논리는 법리상 타당하다고 생각된다. 법인이익-계좌기준 하에서는 자본시장법상 법정 산식을 따른 이상, 경영진에게 왜 주주들을 위해 더 나은 최선의 대안을 추구해주지 않았느냐고 따질 수 없다. 그럴 의무가 없고 자본시장법 준수 의무만 있는 사람들이기 때문이다. 따라서 법정 산식에 의해 진행한 이상, 설령 "재무적으로 완벽한 값은 아니라도" 더 이상 다툴 수 없다(indisputable)는 의미에서 "법적으로는 공정"한 값이다. 이러한 결론이 정의롭고 공평하다는 의미가 아니라 법인이익-계좌기준을 취하는 이상 논리적이고 체계정합적인 태도라는 의미이다. 주주이익 포함기

21) 이러한 경우 생기는 압박(coercion)효과가 법인이익-계좌기준의 문제점에 대하여는 이상훈, "합병의 본질과 선관의무에서의 손해-주주이익론으로의 패러다임 전환을 제안하며", 법조 제644호 , 법조협회 2010.5, 219면 이하.
22) 이상훈, "LBO와배임죄(下) - 손익관계와출자환급적성격및법인이익독립론을중심으로-" 법조 제620호, 법조협회 2008.5, 220면.

준에 의한다면 결론이 달라진다. 주주의 이익을 보호하기 위해 법정 산식의 결과를 회피할 수 있는 적법한 우회수단(본 판결이 제시하고 있는 중간배당이나 다른 타이밍 설정도 그 예의 하나이다)은 얼마든지 마련할 수 있고 또 그렇게 해야 할 회사법상의 의무(선관의무)도 발생하므로 법정산식을 따랐다는 것만으로는 "재무적인 공정"은 물론, "법적인 공정"도 인정되기 어려우며 그것만으로 면책이 될 수 없다. 요컨대 법정 산식에 따른 비율이 불합리하고 그것이 공단에 손해라고 생각하면서 합병에 찬성토록 유도하였더라도, 그것은 법인이익-계좌기준 하에서는 본인의 주관적인 착각일 뿐, '법적으로는' 손해가 될 수 없는 사항을 손해라고 잘못 생각한 것에 불과하다. 마치 형법 교과서에 소개되는, 설탕으로는 살인이 불가함에도 살인의 의도로 커피에 설탕을 탄 행위[23]처럼 애당초 범죄가 될 수 없는 사항을 범죄라고 생각하고 저지른 불능범(형법 제27조)[24]일 뿐이다. 그 점에서 무효소송 법원이 본건 배임죄 1심 판결에도 불구하고 합병비율 불공정을 인정할 수 없다고 판시한 것은, [법인이익계좌기준 + 법정 산식]의 논리체계를 유지하는 한 타당하며, 그와 달리 판단한 본 판결은 문제가 있다고 생각된다. 법인의 입장과 주주의 입장이 다를 수 있다고 보았는지는 모르겠으나 '주식가치 평가의 공정' 개념이 법인이 다르고 주주가 다를 수 있는 것인지, 구체적으로 어떻게 다르다는 것인지, 법정 산식과의 규범적인 조화는 어떻게 이루어 낼 것인지 등에 대한 설명이나 고민의 흔적을 보여주지 못한 아쉬움이 있다.

3. 합병시너지로 합병비율 손해를 상쇄할 수 있는가?

본 판결을 보면 합병시너지 수치를 조작하였다는 부분이 결론 도출에 중요한 역할을 한다. 합병시너지 수치를 근거 없이 2조원이라고 조작하여 1,388억원의 손해를 상쇄할 수 있다고 투자위원회 위원들에 설명함으로써 이를 믿은 위원들이 찬성토록 유도(찬성8, 중립1, 기권3)하였다는 점이 임무위배의 주요 내용을 이룬다.
만약 그것이 조작된 수치가 아니라 실제로 2조원의 시너지가 존재하는 것이 사실이었다고 가정해보자. 그랬으면 '임무위배가 아니게', 결국 '공단에 손해가 없게' 되는 것일까? 그렇게 보기 어렵다는 것이 이 단락의 논지이다.

가. 합병시너지와 합병비율의 관계

시너지(synergy)는 합병 전 두 법인이 독자 존속할 경우의 가치(stand-alone value)에 비하여 합병으로 말미암아 생길 추가적인 이익(post-merger gain)을 말한다. 다시 말하면 '파이(pie) 키우기'에 관한 문제이다. 반면, 합병비율은 두 법인의 기업가치를 합친 다음 그것을 주주들에게 어떻게 배분할 것인가의 배분비율의 문제, '파이 키우기'가 아닌 '파이 나누기'의 문제이다. 다시 말하면 시너지가 생기더라도, 가령 지름 50cm의 파이가 60cm로 커지더라도, 내 몫의 비율(=지분율) 즉 파이를 자르는 각도가 바뀔 일은 아니다. 파이가 커졌더라도 내 몫이 각도 30도 만큼의 몫이었으면 두터워진 바깥 지름 10cm부분까지 30도 각도선으로 잘라야 한다. 바깥 지름이 두터워졌다는 이유로 내 몫의 각도가 20도로 줄어들 수는 없는 노릇이다. 물론 20도로 줄어들더라도 바깥 지름이 늘어나는 바람에 서로 상쇄되어 내 몫의 절대적인 양(=파이의 면적)은 종전과 동일하거나 더 늘어날 수도 있다. 본건에서 리서치 팀장이 "합병비율 손해가 시너지와 상쇄된다"고 말한 부분은 이 점을 가리키는 것이다. 그러나 그렇다고 손해가 아니라고 말할 수는 없다. 내 종전의 몫과 비교하면 손해가 아니지만 '본래 내가 받아야 할 몫'과 비교하면 기회이익 상실이라는 관점에서 손해이다. 게다가 '바깥쪽'(=시너지)이 늘어날지 줄어들지는 알 수 없는 일인데 이러한 불확실한 사항을 반대급부로 하여 자르는 각도(=합병비율)를 희생시키는 것은 확실한 현찰과 불확실한 미래를 교환하는 측면이 없지 않다. 폐쇄회사에서 몇몇 주주들 간에 계약을 기준으로("nego base") 합병비율을 정한다면 실제에서는 이러한 형태의 협상, 즉 "내가 시너지를 가져왔으니 합병비율은 당신이 좀 양보해라"는 식의 거래가 일어날 수도 있을 것이다. 그러나 이것은 한국의 상장법

23) 이용식, 형법총론, 박영사 2018, 126면
24) 형법 제27조(불능범) 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

인 법정 산식에 기한 합병비율 제도의 사고방식과는 맞지 않는다. 이것은 “합병비율 산정할 때 시너지는 고려하지 않는다”, “자본시장법이 합병이사회 결의 전의 주가로 합병비율을 산정토록 한 것은 합병 발표로 인한 시너지에 대한 기대가 주가에 반영되지 않도록 하기 위한 것”이라는 말로 표현되기도 한다. 시너지는 미지의 영역으로 남기고 그에 대한 배분 비율도 현재의 독자 기업 가치의 비율(=합병비율)에 종속시키는 것이 합병비율과 시너지배분에 관한 기본 원칙인 것이다.

그렇다면 투자위원회 위원들로서는, 위와 같은 조작된 시너지 수치 설명을 들었더라도 “그러면 공단에 손해가 없겠군”이라고 판단[25]할 것이 아니라, “시너지가 생긴다는 이유로 합병비율의 불리함을 감수하라는 논리가 말이 되는가?”라고 반문했어야 했다. 좀 더 나아간다면, “본건에서 시너지라는 것도, 물산이 가지고 있는 삼성전자 주식이 본건 합병의 주된 가치(지배권 가치, 그룹의 안정) 창출의 원천이 아닌가, 설령 시너지와 합병비율이 교환대상이라고 접어준다 하더라도 그간 삼성전자 주식 보유비용을 부담하느라 생긴 물산에 대한 저평가가 합병비율에 반영된 만큼, 이제 물산이 그 ‘비용을 청구’할 시점이다. 다시말하면 시너지를 이유로 한 합병비율 양보는 오히려 모직 즉 대주주 쪽에서 더 많이 감수해야 공평한 것이지 물산 쪽이 이를 전액 감수할 것은 아니다” 라고 반문했어야 했다.

이와 같이 본다면 투자위원회 위원들이 합병에 찬성한 것은 그들의 회사법 지식 부족 내지는 전문가 자문절차 누락 등 여하한 사유로건 그들 나름의 (잘못된) 판단에 기인한 것이지, 합병시너지 조작 설명 때문은 아니라고 볼 여지가 있다. 즉 2조원이라는 시너지가 조작된 것이 아니라 실제 존재하는 것이라 할지라도 손해가 없는 것이 아닌데 ‘이제 손해가 없다’고 잘못 생각하였을 뿐이라고 볼 여지가 있다. 법적으로 표현한다면, “임무위배(=조작된 시너지 수치 설명)와 공단의 손해(=합병찬성 결의) 사이에 인과관계가 단절된다” 또는 “시너지 조작 설명으로는 합병 찬성 유도라는 결과 발생이 객관적으로 불가능함에도, 그것을 설명하면 찬성 유도가 가능하리라고 믿고 시도한 ‘실행 수단의 착오’, 즉 불능범에 해당한다”고 볼 여지가 없지 않다. 투자위원회 위원들로서는 당시 분위기 등 제반사정으로 인하여 실제 인식 및 판단 형성의 과정에 시너지 조작 설명이 영향을 미친 인과관계가 인정될 수 있었던 것으로 보이나, 적어도 회사법 관점에서는 위와 같이 달리 볼 여지가 있다(다만 다음 나.항 참조).

나. 법인이익-계좌기준 vs. 주주이익 포함기준

이와 관련하여 한 가지 의문이 든다. 위와 같이 합병비율 손실이 시너지로 상쇄될 수 있다고 설명한 리서치 팀장이나 그것을 지시한 피고인, 이것을 믿고 판단을 내린 투자위원들, 이것을 주된 이유삼아 기소한 특검이나 그것을 수용한 1, 2심 법원, 이에 대해 별다른 문제 제기를 하지 않은 피고인과 그 변호인들....이토록 많은 재무전문가, 법률전문가들이 이에 대해 별다른 문제의식 없이 같은 생각을 하였다는 점이다[26][27]. 필자가 보기에는 기본원칙에 명백히 어긋나는 발상임에도 말이다.

이 많은 사람들이 별다른 문제의식을 느끼지 않도록 만든 것은 아마도 법인이익-계좌기준의 영향이 아닌가 보여진다. 만약 이사가 보호해야 하는 회사의 이익에는 주주 계좌의 비례적 이익도 포함된다고 보는 주주이익 포함기준의 관점을 취한다면, 합병비율은 주주간의 배분비율이고 주주간 비례적 이익은 합병 전후를 통하여 동일하게 유지되어야 하므로 “법인 계좌에서 발생하는 시너지”를 구실삼아 주주간의 배분비율이 달라져도 좋다거나, “합병비율 손실과 시너지 사이에 교환이 가능하다”는 식의 사고방식은 회사법 지식을 모르더라도 당장 뭔가 ‘이상하다’고 느꼈을 가능성이 높다.

하지만 법인이익-계좌기준의 관점에서는, 법인 계좌에 시너지가 생기는 한 주주들의 합병비율, 주주들

---

25) 법원은 찬성한 위원들이 만약 수치가 조작된 것임을 알았더라면 반대 투표를 하였음이 분명하다고 판단하고 있다.

26) 판결문상 변호인들도 이 점에 대해 문제제기를 한 것으로 보이지는 아니한다.

27) 송옥렬, 상법강의 제8판, 홍문사 2017, 1232면은, 합병무효의 소로 합병비율을 다투는 것의 문제점으로, “일부 주주가 합병비율에 불만을 가지고 있다는 이유로 법원이 개입하여 합병을 무효로 만드는 것은 설사 그 합병비율이 법원이 판단하기에 불공정한 경우라 하더라도 전체 주주의 이익에 부합하지 않을 가능성도 있다”고 한다. 그 의미가 명확하지는 않으나 일견 파이를 자르는 각도는 손해를 보더라도 파이의 바깥지름이 늘어나므로 결국엔 전체 주주에게 이익이 될 수도 있다, 따라서 합병비율이 불공정할지라도 이를 되돌리는 것이 전체 주주의 이익에는 오히려 부합하지 않을 수 있다는 취지로도 이해될 수 있어 보인다.

상호간의 배분비율은 주주들의 개인적인 손익 문제일 뿐 원칙적으로(=현저한 불공정으로 무효가 될 정도가 아닌 한) 회사법 이슈가 아니다. 주주 역시 법인이익-계좌기준의 관점으로 생각하면 주주 자신의 손해 여부는 법인과의 관계에서 자신의 종전 투자가치가 그 이상으로 보전되는 지 여부만 중요하다. 법인과의 관계에 국한해서 생각하기 때문에 주주들 간의 부의 이전, 주주들의 비례적 이익 문제는 인식할 수 없다. 그로 인해 남이 얼마나 더 가져가는지는 관심사가 되기 어려운 것이다. 본건 찬성표를 던진 공단의 투자위원들이 그랬던 것처럼 말이다. 가령 "법인 계좌에서 시너지가 생겨서 내 투자지분의 가치가 증가하는 것은 좋다. 하지만, 그런다고 왜 당신이 더 많이 가져가느냐, 왜 당신의 지분율이 더 많이 늘어나고 내 지분율은 감소해야 하느냐, 시너지라는 것도 합병비율대로 공평하게 나누어야지 왜 시너지를 핑계로 합병비율 감축을 정당화하느냐"는 식의, 주주간 비례적 가치의 침해에 관한 문제의식을 쉽게 떠올리기 어렵다.[28)]

이것은 규범적인 '손해' 개념과도 연결될 수 있다. 위와 같은 손해, 즉 "다른 주주가 더 많이 가져감으로 인한 손해"는 법인이익-계좌기준의 세계에서는 적어도 법적인 '손해'는 아니다. 법적으로 구제 받을 수 있는 손해, 소송으로 청구할 수 있는 손해가 아니기 때문이다. 그렇다면 그것은 '사실상의 이익'이 침해된 것일 뿐 '법적인 손해'는 아니다. 그렇다면 이 부분은 '손해'로 고려하지 말아야 하며, 그렇다면 이 부분을 제외한 손해, 다시 말하면 현재의 보유 가치를 기준으로 한 손실만 손해로 인식이 타당할 수 있다. 결국 위 가.항에서 시너지를 조작하여 합병을 유도하였다는 논리를 불능범에 비유한 것은 주주이익 포함기준의 사고방식에서만 일리 있는 내용일 수 있다.

4. 손해 인과관계 - 캐스팅보트 지위를 활용하였더라면 손해를 막을 수 있었는가?

본 판결은 캐스팅보트 지위를 활용하여 추가로 얻을 수 있는 이익을 얻지 못한 것을 배임죄에서의 '손해'로 파악하고 있다. 이는 캐스팅보트 지위를 활용하였더라면 추가로 이익을 얻을 수 있었으리라는 인과관계가 성립되어야 가능한 논리이다.

가. 인과관계 인정의 어려움

'캐스팅보트를 활용'해서 합병비율의 개선을 요구하여도, 지배주주나 이사는 그에 응할 의무(=주주의 비례적 이익 보장 의무)가 없기 때문에 그러한 요구는 무시하면 그만이다. 특히 자본시장법의 법정 산식은 이럴 때 방패로 내세우기 아주 좋은 명분이 된다. 이 문제는 주주의 입장에선 '법적으로 요구'할 수 있는 영역이 아니라 '상대방이 베풀면 좋고 아니면 할 수 없는' 호의(好意)의 영역인 것이다. 이러한 상황에서 "캐스팅보트를 활용하였더라면 손해를 막을 수 있었을 것"이라는 관점의 손해 인과관계가 인정될 수 있는 지는 논란 소지가 상당히 있어 보인다.

공연히 합병반대를 하였다가 합병이 추진되지 않으면 그나마 증가할 수 있었던 투자가치 증분 기회이익(파이의 면적이 종전보다는 커질 기회이익)만 상실한 채 상황이 끝날 수도 있다. 피고인도 이러한 취지를 포함한 주장을 한 것으로 보인다.[29)] 생각건대 법인이익-계좌기준을 취하면서 "캐스팅보트 지위를 활용하였더라면 손해를 막을 수 있었다"는 판결의 논리는 다소 비약이 있어 보인다. 이재용 등 대주주가 지배권 확보를 위해 합병을 절실하게 원하는 등으로 합병을 재추진할 가능성이 높고 합병추진의사가 없다는 회사의 설명만으로 합병재추진의사가 없다고 단정할 수 없다는 것이 판결(65면)의 논리인데 그런 추측성 가정(speculation)만으로 배임죄에서의 손해 인과관계 요건, 하였을 경우와 하지 않았을 경우의 차액으로 판단하는 손해(차액설) 요건이 충족될 수 있는 지는 의문스런 면이 없지 않다.

---

28) 주식매수청구권 가액을 법정산식에 따라 주식의 시장가격으로 정하도록 함으로써 당해 주주의 기존 position만을 비교대상으로 삼고 있는 자본시장법 및 법원의 태도도 같은 문제가 있다. 전체 주주의 비례적 이익을 기준으로 생각하지 못하는 법인이익-계좌기준의 사고방식이기 때문이다. 이에 관한 상론은, 이상훈(주15), 25~26면.

29) 판결문 64면(합병당사회사 경영진이 합병을 재추진할 의사가 없다는 입장을 밝히는 등으로 이 사건 합병이 무산되더라도 합병이 재추진될 가능성이 없었고, 합병이 재추진되더라도 개선된 합병비율로 합병될 것이 명확하지도 아니하였으므로 공단의 기대수익은 존재하지 아니한다고 주장함. 나아가 합병이 부결되면 주가하락으로 손실을 입을 수도 있다고 함).

만약 합병비율 개선 요구를 받아들인다면(0.35→0.46)[30] 지배주주의 입장에선 지배권의 상징적인 지분율 수치인 30%선이 무너지고(30.4%→28%) 금전가치로만 약 4천3백억 원의 손실(순자산가액 기준 5.53조원→5.1조원)이 생긴다.[31] 4천3백억 원은 적은 돈이 아닌데다가 일시적인 가치평가 차이가 아니라 지분율 차이라는 영구적·비가역적 손실이기 때문에 아무리 돈이 많은 대주주라도 선선히 양보하였을 것이라고 단정하긴 쉽지 않아 보인다. 게다가 기업거래는 반드시 합병이 아니라도 비슷한 재무효과를 달성할 수 있는 다른 거래구조나 대안이 다양하게 존재할 수 있기 때문에 반드시 공단의 요구를 들어주기보다는 아예 합병을 추진하지 않거나 다른 대안을 추구했을 가능성도 배제하기 어렵다. 주주이익 포함기준이라면 이와 같이 회사 측에서 다른 대안을 들고 오더라도 그것이 주주의 비례적 이익을 손상시키는 것이라면 그때 가서도 여전히 문제제기를 할 수 있지만 법인이익-계좌기준에 의하면 꼭 그렇지가 않다. 그땐 엘리엇이 없을 수도 있고 그러면 캐스팅보트 지위는 소멸될 수도 있다.

나. 법인이익-계좌기준 vs. 주주이익 포함기준

요컨대 위 판시 결론의 논리구성은, 법인이익-계좌기준 하에서는 다소 무리한 면이 있어 보인다. 캐스팅보트 지위를 활용하여 대주주에게 요구하면 대주주가 움직였을 것이라는 가정인데, 경영진이나 지배주주에게 그러한 요구에 응할 법적 의무(=주주의 비례적 이익 보장 의무)가 없기 때문이다. 상대방에게 아무런 법적 의무가 없고 경영판단의 재량만 가지고 있는데다 법정 산식이라는 '방패'가 존재하는 상황, 즉 법적인 주도권을 상대방이 쥐고 있는 상황에서 "상대방이 아쉬운 상황이니 분명 요구를 들어주었을 것"이라는 가정은 지나치게 추측적이고 낙관적이다.
반면, 주주이익 포함기준을 취한다면 경영진에게 주주의 비례적 이익을 보호할 의무가 있으므로 경영진이 움직였을 가능성은 상당한 정도로 높아질 것이다. 물론 본래 경영진의 의무이므로 개별 주주가 이러한 상황으로 내몰릴 가능성 자체가 줄어들 것이다. 또한 거래구조를 불문하고 주주의 비례적 이익이 침해되는 상황이라면 경영진으로서는 앞으로도 똑 같은 법적 장애(주주의 문제제기)에 봉착할 것이므로 다른 우회 통로로 피해가려는 동기도 줄어들 것이다.

V. 결 론

이상에서 본 판결의 임무위배 요건과 손해 요건에 관한 몇 가지 쟁점들과 그 의미를 살펴보았다.
본 판결은 '캐스팅보트 논리'를 내세워 불공정한 합병비율에 찬성하며 캐스팅보트 지위를 활용하여 추가 이익을 얻어내지 못한 것을 공단에 대한 배임으로 판시하였다. 본 판결은 개별 행위의 비난가능성과 책임추궁의 문제를 넘어 회사법의 전체 기업지배구조 체계를 어떻게 가져가는 것이 합리적인지, 공정한 합병비율 확보를 위하여 회사와 지배주주, 일반주주, 그리고 지배주주가 존재하는 상황에서 일반주주를 대변하는 '스튜어드' 간의 역할분담과 책임을 어떻게 나누어야 할지에 대하여도 많은 정책적 질문과 함의를 던져주고 있다. 지면 관계상 스튜어드십 코드 관련 함의는 다루지는 못하였으나 주주가치 훼손이라는 기준을 제시하고 그에 위반될 경우 형사벌이 가해질 수 있음을 보여준 판결이라는 점에서 스튜어드십 코드 관련해서도 중요하게 고려될 만한 판결이라고 생각된다.[32]
회사법 정책적인 견지에서 본다면, 본 판결은 주주의 이익 증진을 위한 합병비율 확보책임을 주주의 '캐

30) 자본시장법상 법정 산식을 준수하면서 합병비율을 바꾸려면 결국 주가 산정 기준일을 다시 잡아야 할 것이므로, 진행 중이던 당해 합병 안건은 일단은 '물건너 갔다'고 보아야 한다. 그 점에서도 '캐스팅보트 논리'는 현실성 있는 가정은 아니라고 보인다.
31) 이상훈(주10), 43면. 순자산가치 손실은 당시 양사의 순자산 합계 18.2조 원에 지분율을 곱하여 구한 수치이다.
32) 한가지 흥미로운 것은 임무위배도 있고 손해도 있다는 것인데, 그러면 손배청구권자는 누구냐는 것이다. 현재까지 본건과 관련, 민사청구가 제기되지는 않은 것으로 보인다. 국민연금기금 운용자의 의무의 상대방이 누구인지 명확하지 않으며 의무위반에 대한 실효성 확보수단이 분명치 않으므로 연금가입자에 대한 선관의무/충실의무를 명확히 규정하고 상법상 주주대표소송에 상응하는 연금가입자소송제도의 도입 등이 필요하다는 지적으로, 정순섭, "'기관투자자 의결권행사와 기업지배구조 개선과제-국민연금의 의결권행사 독립성과 주주권 강화방안에 대한 법적 검토' 토론문」, 2018 한국상사법학회 하계 학술대회 자료집, 1~2면

스팅보트’ 지위에서 구한 의미가 있다. 그러나 합병비율 확보책임은 회사의 이사에게 주주의 비례적 이익을 보호할 의무를 지움으로써 해결하는 것이 간명하고 사리에 맞는 방향일 것이다.

본 판결에서 또 하나의 핵심은 본건 합병에서 주주가 입은 손해가 무엇인지에 관한 것일 것이다. 평가방법 선택의 차이가 주주 이익에 미치는 영향, 그룹의 지배권 주식 보유에 내포된 회사법적·주식가치 평가 상의 함의, 지배권 편취 문제와 그 누락에 대한 간과, 집중도 격차(42:1.4)의 회사법적 함의, 합병시너지와 합병비율의 관계, 손해 인과관계와 법인이익-계좌기준의 관계 등 여러 가지 면에서 생각해 볼 점을 제공하는 사안이라고 생각된다. 나아가 합병비율의 공정 개념은 법인이익-계좌기준 하에서는 법정산식을 준수한 이상 문제삼기 어렵기에, 본 판결에서 법정 산식을 따른 합병임에도 그것이 불공정 즉 ‘손해’ 요건이 충족된다고 판단한 것은 법인이익-계좌기준과는 모순되며 논의 여지가 상당히 있어 보인다.

이 글에서 다룬 상기 쟁점들은 겉으로는 모두 제각각인 것 같지만 사실은 그 각각이 「법인격 독립, 즉 법인 계좌를 전면에 내세우고 그 배후의 주주간 이해상충과 부의 이전 문제는 무시할 것이냐, 아니면 주주의 비례적 이익을 보장할 것이냐」라는, 커다란 주제의 하부 주제 내지는 변주곡 성격을 갖는다고 생각된다. 법인이익-계좌기준이라고 이름 붙인 현행 주류해석론은 법인격 독립에 기초, 법인과 그 상대방의 대립적 거래관계라는 평면적 관점에 머문 나머지 다양한 이해상충과 부의 이전이 일어나고 있는 단체 내부의 공간을 들여다보는데 실패하고 있다. 회사법 해석론을 법인격 중심의 「2차원 평면이론」으로부터, 그 속의 움직임까지 들여다 볼 수 있는 「3차원 공간이론」으로 변경할 필요가 있다. 주주이익 포함기준으로의 변화를 기대하며 글을 맺는다.

참고문헌

권재열, “삼성물산 대 엘리엇 결정-주요 쟁점의 재검토,” 상사판례연구 제28집4권, 상사판례학회 2015.12.

노혁준, “소수주주 축출제도의 도입에 관한 연구 -도입형태와 가격산정을 중심으로-”, 상사법연구 26권 4호(2008.2.), 한국상사법학회.

송옥렬, 상법강의 제8판, 홍문사 2017

송종준, “주주전원동의에 의한 이사의 자기거래의 효력- 대법원 2017. 8. 18. 선고 2015다5569 판결 -”, 법조728호, 법조협회2018.4.

양기진, “반대주주의 주식매수청구권에 관한 연구”, 기업법연구 26권1호, 한국기업법학회(2012.3.)

-----, “삼성물산-엘리엇 공방을 중심으로 본 현행 경영권 방어 법제의 개편 방향”, 상사법연구 제34권 제3호, 한국상사법학회 2015.11.

이상훈, “삼성물산 합병을 통해 바라본 주주이익 보호의 문제점과 개선방향 – 에버랜드의 재림(再臨), 그 극복을 위한 제언–”, 「상사법연구」 제34권 제3호, 한국상사법학회 2015.11.

------, “‘합병비율 불공정’과 구제수단-비판과 대안: 불공정의 재정의(再定義)와 신주의 추가발행-”, 증권법연구 18권3호, 한국증권법학회2017.12.

------, “현대차그룹 지배구조 개편안에 대한 논평-주주의 비례적 이익 관점에서-”, 상사법연구 37권1호, 한국상사법학회 2018

------, “주식매수청구권 논의의 한계와 대안 - 주주의 비례적 이익, 시장가격 기준 논의를 중심으로-”, 한국기업법학회 2019년 춘계학술대회 자료집

------, “공정거래법상 동일인(지배주주)의 이해상충과 선관의무의 보호대상・자기거래・특별이해계인 조항의 재해석-삼성SDS 회사분할 사례를 중심으로-”, 증권법연구 제17권 제2호 (한국증권법학회 2016.8.30.),

------, “합병의 본질과 선관의무에서의 손해-주주이익론으로의 패러다임 전환을 제안하며”, 법조 제644호 , 법조협회 2010.5

------, “LBO와배임죄(下) - 손익관계와 출자환급적 성격 및 법인이익독립론을 중심으로-” 법조 제620호, 법조협회 2008.5.

이용식, 형법총론, 박영사 2018

이철송, 회사법강의 제26판, 박영사2018

장덕조, 회사법3판, 법문사 2016

장정애, “우리나라 기관투자자의 의결권 행사에 관한 소고”, 경영법률 23권 3호, 한국경영법률학회 2013

애스워드 다모다란 저 / 정호성 역, 「주식가치 평가를 위한 작은 책」, 부크온 2013

한국상사법학회 2019년 하계학술대회 (6. 28)
경제변혁의 시대를 맞은 상사법의 현안과 과제

제4주제

금융기관의 지배구조와 자본적정성에 관한 분석 및 현안

발표자 : 남유선 교수[국민대학교]
사회자 : 이형규 교수[한양대학교]
토론자 : 심 영 교수[연세대학교]
토론자 : 허충회 부행장[NH농협은행]

금융기관의 지배구조와 자본적정성에 관한 분석 및 현안

－은행의 지배구조와 바젤 기준 자본적정성을 중심으로 －

남 유 선 (국민대학교 법과대학 교수)

Ⅰ. 序言

금융기관은 자금의 공급자와 수요자를 연결해주는 본연의 기능을 잘 수행할 수 있도록 건전하고 안정적이어야 한다. 1997년 외환위기는 금융 불안정의 전형적인 형태로 많은 기업이 도산하고 이에 따라 금융기관도 부실화되면서 정부의 대규모 공적자금이 지원되었다. 금융위기는 일단 발생하면 사후적으로 해결하는데 막대한 사회적 비용이 소요되기 때문에 사전적으로 위기발생 요인을 포착하여 대응하는 것이 중요하다. 금융안정을 위해 예금자보호제도, 내부통제체제 확립, 바젤 규제, 지급결제시스템 리스크 축소를 위한 제도 등 다양한 금융규제와 감독제도가 확립되고 발전되어 왔다. 특히, 자본적정성 규제는 금융기관에 손실이 발생하더라도 산업 전반에 금융불안이 파급되는 것을 예방하는 핵심 규제이다.

본 고에서는 먼저 은행의 지배구조 현황과 Global Standard인 바젤 규제방안 내용을 살펴보고, 은행의 지배구조 별 자본 확충 방안에 대한 고찰을 통해 시사점을 도출해보고자 한다.

Ⅱ. 은행의 지배구조 현황

국내은행은 은행법에 근거하여 설립된 일반은행과 개별특별법에 근거하여 설립된 특수 은행으로 구분된다.

1. 일반은행

일반은행은 은행법에 근거하여 설립된 은행으로 영업망, 온라인 특화 서비스 등 운영·조직 형태에 따라 시중은행, 지방은행, 인터넷전문은행, 외국은행의 국내지점으로 분류할 수 있다. 시중은행은 전국적인 점포망을 가지고 있는 상업은행이며, 지방은행은 지역경제발전에 필요한 자금공급을 원활히 하기 위한 목적으로 설립된 은행으로 광역시 등 지방에 설립된 은행이다. 외국은행의 국내지점은 은행법에 설립근거를 두고 있으나 외국환은행으로서 뿐만 아니라 자본금에 해당하는 영업기금을 외국에서 조달하는 등의 특수성으로 인해 외국환관리법의 적용도 받고 있으며, 경제개발에 소요되는 외환의 원활한 공급과 해외금융시장과의 연대강화 및 선진금융기법의 도입 등을 목적으로 국내에 설립된 은행이다. 인터넷전문은행은 오프라인 점포 없이 온라인 네트워크를 통해 금융서비스를 제공하는 은행이다.

주요 일반은행의 지배구조를 살펴보면 2000년대 이후 금융회사들의 금융지주사 설립으로 금융지주사가 은행(자회사)의 발행주식 전부를 소유하고 있는 '완전지주회사' 형태로 운영되고 있으며, 금융지주사는 다양한 주주들로 구성된 주식회사 형태의 지배구조를 나타내고 있다. 금융지주사 별 최대주주는 국민연금공단으로 약 9%대의 지분율을 소유하고 있으며, 이는 주식의 동일인 소유제한 등 은행산업의 특성이 반영된 결과이다.

〈표 1〉 주요 일반은행 지배구조[1](2018년말)

구 분	주주명	비율(%)
신한은행	신한금융지주	100%
KB국민은행	KB금융지주	100%
KEB하나은행	하나금융지주	100%

1) 은행별 경영공시 자료

〈표 2〉 주요 금융지주회사의 최대주주 현황[2](2018년말)

구 분	주주명	비율(%)
신한금융지주	국민연금공단	9.38%
KB금융지주	국민연금공단	9.50%
하나금융지주	국민연금공단	9.68%

2. 특수은행[3]

은행법에 따라 설립하여 업무를 영위하는 일반은행과 달리, 특수은행은 개별특별법에 의거하여 설립·운영한다. 일반은행이 재원, 채산성, 전문성 등의 제약으로 인하여 필요한 자금을 충분히 공급하지 못하는 특정 부문에 대하여 자금을 원활히 공급함으로써 일반은행의 취약점을 보완하고 이를 통하여 국민경제의 균형적 발전을 도모하기 위한 목적으로 설립되었다. 이런 특성 때문에 재원조달 면에서도 민간으로부터의 예금 수입에 주로 의존하는 일반은행과 달리 재정자금과 채권 발행에 많은 부분을 의존하여 왔다.

특수은행의 지배구조를 살펴보면 협동조합이 전액 지분을 출자한 협동조합 형태와 정부가 50%이상 지분을 소유하고 있는 공공기관 형태로 구분된다. 농협은행은 농협금융지주가 100% 지분을 소유하고 있으며, 농협금융지주는 농협중앙회가 100% 지분을 소유하고 있는 구조로 지배구조 상 협동조합 방식이다. 농협은행은 농업협동조합법에 근거하여 설립된 특수은행으로 동법에서 규정하는 농협은행의 사업에는 일반은행 업무 외에도 농어촌자금 등 농업인 및 조합에게 필요한 자금의 대출, 조합 및 중앙회의 사업자금의 대출, 국가나 공공단체의 업무의 대리 등 공공성이 높은 사업을 포함한다. 또한 동법에서 농업금융채권은 그 원리금 상환을 국가가 전액 보증할 수 있음을 규정하고 있는 등 특례를 적용받고 있다.

Ⅲ. Global Standard와 자본적정성

1. 바젤위원회 및 바젤규제 연혁

1974년 6월 독일 헤르슈타트 은행의 파산사건으로 위기감을 느낀 G10 국가의 중앙은행들은 국제 통화금융시장의 불안정성을 막고, 은행 감독에 관한 국가간 협력 증대를 위해 BIS(Bank For International Settlements : 국제결제은행) 산하 기구로 BCBS를 만들었으며 2009년 한국의 금융감독원과 한국은행도 회원으로 가입하였다.

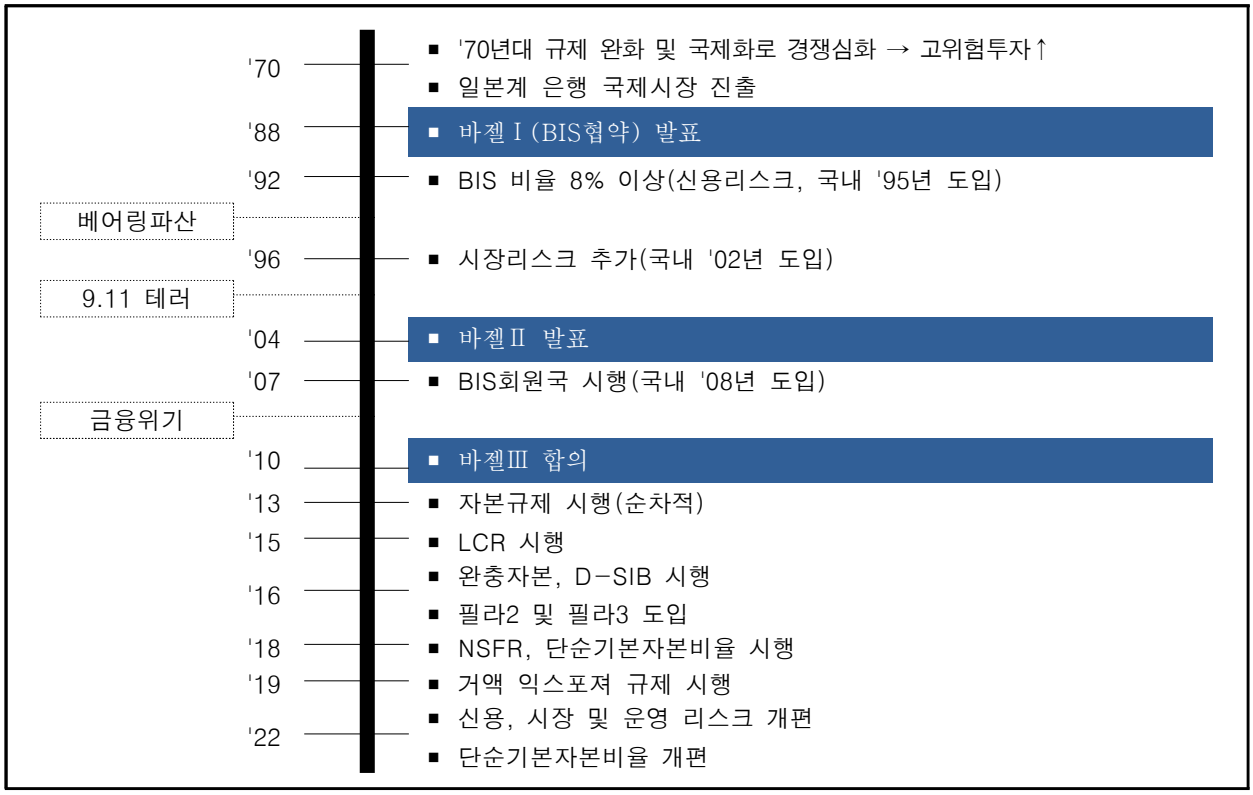
2) 금융지주사별 경영공시 자료

3)

<특수은행 종류>

구 분	설 립 목 적	지배구조 형태
농협은행 (농업협동조합법)	농업인의 지위 향상과 농업의 경쟁력 강화로 국민경제의 균형있는 발전에 이바지	협동조합
수협은행 (수산업협동조합법)	수산물가공업자의 지위 향상과 어업 및 수산물 가공업의 경쟁력 강화로 국민경제의 균형있는 발전에 이바지	
산업은행 (한국산업은행법)	산업의 개발·육성, 및 그 밖의 지속가능한 성장 촉진 등에 필요한 자금 공급·관리	공공기관
수출입은행 (한국수출입은행법)	수출입 등 대외 경제 협력에 필요한 금융을 제공함으로써 국민경제의 건전한 발전 촉진	
기업은행 (중소기업은행법)	중소기업자의 자주적인 경제활동을 원활하게 하고 그 경제적지위의 향상 도모	

<그림 1> 바젤 규제 연혁



2. 바젤 I

(1) 도입배경

1970년대 이후 금리 자유화, 국가 간 자금이동 자유화, 자금조달 및 운용 면에 있어서의 증권화 등 금융규제 완화 및 국제화가 급속히 진전되었다. 이에 따라 은행 간 경쟁이 심화되면서 은행의 수익성이 크게 악화되었고 은행들은 이를 보전하기 위해 고위험·고수익 위주의 자산운용전략을 추구하였다. 또한 1970년대 말부터 일본 은행들이 국제금융시장에서 대출을 급격히 확대하자 미국 및 유럽 은행들과의 경쟁조건 형평성 문제가 제기되었다. 이러한 배경에서 1980년대 중반부터 선진국 감독당국 중심으로 자기자본 적정성에 대한 논의가 시작되었다.

(2) 주요내용

BCBS는 1988년 7월 「바젤Ⅰ BIS협약(자기자본 측정과 기준에 관한 국제적 합의)」을 발표하였으며, 1992년말부터 신용리스크 만을 고려한 BIS총자본비율[4]은 8% 이상, 기본자본비율은 4% 이상으로 의무화하였다. 국내는 1992년 7월 경영지도기준의 하나로 도입, 1993년 말 7.25%, 1995년 말부터 8% 기준을 적용하였다. 바젤Ⅰ은 금융기관의 위험추구 행위를 억제하고 지급불능사태를 방지함으로써 은행제도의 안정성 및 건전성을 강화하는데 크게 기여하였다는 평가를 받고 있다.

이후 BCBS는 1996년 1월 「수정 바젤Ⅰ BIS협약(시장리스크를 감안한 자기자본규제 개정안)」[5]을 통

---

4)

$$\text{BIS비율} = \frac{\text{BIS자기자본}}{\text{신용위험가중자산}} \times 100 \geq 8\%$$

* BIS자기자본 : 기본자본(보통주, 자본준비금, 이익잉여금)과 보완자본(대손충당금, 기한부후순위채무 등)으로 구성

** 신용위험가중자산 : 차주의 위험도를 고려하지 않은 획일적인 가중치 적용(국가/한국은행 0%, 공공기관 10%, 은행 20%, 주택담보 50%, 회사/개인 100%)

해 위험가중 자산에 시장리스크를 추가하였으며 국내는 2002년말 도입, 2002년 1월부터 시행하였다.

3. 바젤Ⅱ

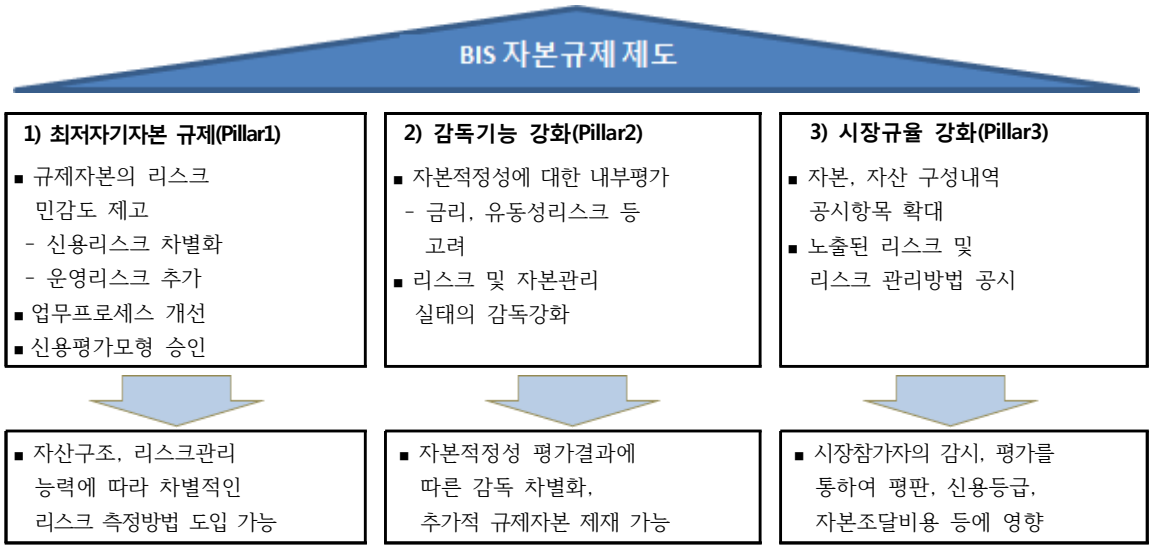
(1) 도입배경

규제완화, 금융공학 발달 등 금융환경의 급격한 변화로 바젤Ⅰ의 유효성이 저하되자 BCBS는 1996년 6월부터 바젤Ⅰ의 문제점을 보완할 새로운 자기자본규제안을 마련하기로 하였고, 그 결과 2004년 6월 바젤Ⅱ를 발표하였으며 국내는 2008년 1월부터 시행하였다.

(2) 주요내용

바젤Ⅱ는 필라1(최저자기자본 규제), 필라2(감독기능 강화) 및 필라3(시장규율 강화)의 3개 축으로 구성하여, 은행의 건전성을 확보하는 데 그치치 않고 감독기관의 점검 강화와 공시범위 확대 등을 통해 은행의 리스크관리를 더욱 체계화하는 기반을 마련하였다.

<그림 2> 바젤Ⅱ 주요 내용



가) 최저자기자본 규제(Pillar1)

최저자기자본 규제에서는 위험가중자산 산정에 이용되는 신용리스크 산출방식을 개선하고 신용과 시장리스크 이외에 운영리스크를 새롭게 추가[6]하였다. 신용리스크 측정 시 차주의 신용도에 따라 위험가중치를 차등화하고 정교한 내부 신용평가모형을 갖춘 은행에 대해서는 리스크 측정과 규제자본 산출에 있어 일정한 재량권을 허용하였다. 또한 담보, 보증 또는 신용파생상품과 같은 신용리스크 경감수단을 바젤Ⅰ보다 폭넓게 인정하였다.

나) 감독기능 강화(Pillar2)

---

5)

$$\text{BIS비율} = \frac{\text{BIS자기자본}}{\text{신용위험가중자산}+\text{시장위험가중자산}} \times 100 \geq 8\%$$

6)

$$\text{BIS비율} = \frac{\text{BIS자기자본}}{\text{신용위험가중자산}+\text{시장위험가중자산}+\text{운영위험가중자산}} \times 100 \geq 8\%$$

감독기능 강화는 은행이 영업상 노출되어 있는 모든 리스크에 대비하여 적정수준의 자기자본을 보유해야할 뿐 아니라, 은행 스스로 보다 우수한 리스크관리 기법을 개발하여 활용하도록 하기 위해 도입하였다. 은행이 자체적으로 리스크를 인식 · 측정 · 관리하는 시스템을 갖추도록 한 후, 감독당국은 그 시스템의 적정성 여부를 점검하고 필요한 경우 적절한 감독조치를 취하는 방식이다. 필라2는 필라1의 신용 · 시장 · 운영리스크에 금리 · 편중리스크, 위기상황분석 등도 감안한다.

다) 시장규율 강화(Pillar3)

시장규율 강화는 은행의 리스크 수준과 자본적정성에 관한 정보를 시장에 공시하도록 의무화하는 것이다. 바젤위원회는 공시를 시장규율 확립에 유효한 수단으로 인식하고 은행의 공시 범위 및 질을 크게 확대하였다. 이를 통해 리스크 수준, 자본적정성 등에 대한 정보공시 범위가 확대되고 정보의 질이 제고되면서 시장참가자들은 은행에 대한 평가 및 투자 판단을 보다 정확히 할 수 있게 되며, 은행은 시장참가자들에 의한 객관적 평가를 위해 건전한 영업활동을 수행하고자 노력하게 하여 감독당국에 의한 규제를 보완하는 역할을 수행하게 된다.

4. 바젤Ⅲ

(1) 도입배경

2008년 서브프라임 사태를 계기로 바젤Ⅱ의 한계가 제기되었다. 바젤Ⅱ는 자본의 손실 흡수 능력과 과도한 외형확대의 통제 및 유동성 리스크에 대한 규제가 미흡했고, 경기순응성 확대 가능성을 가지고 있었다. 이에 따라 은행의 자본과 유동성 규제를 강화할 목적으로 2010년 바젤Ⅲ가 발표되었으며 현재 마무리 단계에 있다.

(2) 주요내용

최소 자기자본규제만을 강조했던 바젤Ⅱ에 비해 바젤Ⅲ는 자기자본, 유동성, 거시건전성 감독 등 전면적 감독 규제 개정을 포함하고 있다.

가) 자본규제 강화

바젤Ⅲ는 금융회사의 외부충격에 대한 손실 흡수 능력을 제고하기 위해 자본의 구성 및 공제항목 등 인정가능 자본 기준을 강화하였다. 바젤Ⅱ 기본자본(Tier1)을 손실흡수력이 가장 높은 보통주자본과 기타 기본자본으로 구분하고, 신종자본증권 기본자본 및 후순위채권 보완자본의 인정범위를 축소 등 자본종류별 인정요건(영구성, 손실흡수능력, 후순위성, 필요시 보통주 전환 성격 의무화 등)을 설정하고 자본공제 항목을 엄격히 규제하였다.

〈표 3〉 바젤 Ⅱ · Ⅲ 자본 적격요건

바젤Ⅱ	바젤Ⅲ	자본 적격요건
기본자본 (Tier1)	보통주자본 (Core Tier1)	· 청산 시 최후순위, 영구성, 청산시를 제외하고는 상환되지 아니할 것 · 납입자본은 손실을 최우선적으로 흡수하고 회계기준 자본으로 분류 · 선순위채권 지급완료 후 배당 등
	기타 기본자본	· 높은 후순위성, 영구성, 배당/이자지급의 임의성 · 부채인 경우 보통주 전환 또는 원금상각 등
보완자본 (Tier2)	보완자본 (Tier2)	· 후순위채권, 최소 5년 이상 발행만기 및 최종 만기도래 5년 전부터 정액상각 · 보완자본의 기본자본 범위 내 자본한도 폐지 등

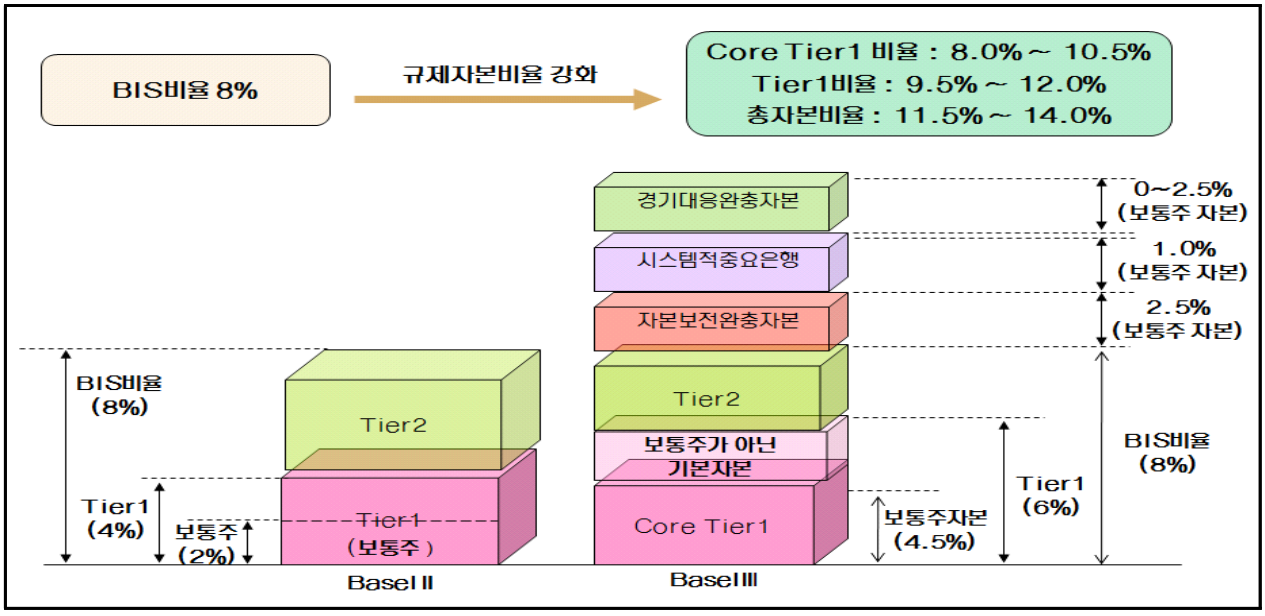
〈그림 3〉 바젤Ⅲ 주요 내용

규제자본 체계 강화	**자본 규제 강화**	■ 보통주 자본 위주로 자본적정성 강화 ■ 완충자본 도입 : 자본보전, 경기대응적
	리스크 인식범위 확대	■ 거래상대방 신용리스크에 대한 자본요건 강화 ■ 트레이딩·파생 및 구조화거래에 대한 위험가중치 상향
	레버리지 비율 도입	■ 레버리지비율 = Tier1자본/총자산 ≥ 3% ■ 과도한 레버리지 축적을 예방하고 단순지표 도입으로 모델리스크에 대한 안정장치 마련
유동성 규제 도입	**유동성 커버리지비율**	■ LCR = 고유동성자산/향후30일순현금유출≥100% ■ 고유동성 자산 보유를 통한 단기 복원력 제고
	순안정자금 조달비율	■ NSFR = 안정자금가용금액/안정자금조달필요금액 ≥ 100% ■ 안정적 자금 조달원 확보를 통한 장기 복원력 제고

■ 규제자본의 질적·양적 강화를 통한 손실흡수능력 제고
■ 레버리지 억제를 통한 미시, 거시적 건전성 제고
■ 유동성 강화를 통한 지불능력 제고

그리고 완충자본을 도입하여 최저자본규제비율 기준인 8% 이외에 자본보전완충자본[7] 2.5%, D-SIB[8] 1%, 경기대응완충자본[9] 2.5%(최대값)를 반영한 최대 14%를 은행이 준수해야 할 규제기준으로 정하고 있다.

〈그림 4〉 바젤Ⅲ 자본 규제 내용



7) 자본보전완충자본 : 이익의 과도한 배분을 제한함으로서 자본의 감소를 방지하여 위기대응력을 강화하기 위해 도입된 규제로 2.5%를 보통주자본으로 추가 적립('16년부터 단계적 도입)
8) D-SIB(국내 시스템적 중요은행, Domestic Systemically Important Banks) : 국내에서 시스템적으로 중요한 은행에 대해 금융시스템 안정을 위해 1%의 추가자본 적립('16년부터 단계적 도입)
9) 경기대응완충자본 : 경기상황에 따라 추가자본 적립을 요구 또는 완화하는 규제로 0~2.5% 범위 내에서 추가자본 적립 ('16년부터 단계적 도입)

나) 단순기본자본비율(레버리지비율) 도입

바젤위원회는 2008년 금융위기 당시 파생 등 난외거래를 통해 과도한 레버리지를 축적했던 금융회사가 양호한 BIS비율을 나타낸 자본규제의 괴리에 착안하여 기존 자본규제와 다른 독립적인 규제비율을 도입하였다. 평상시 은행부문의 레버리지 증가를 제한함으로써 금융시스템 및 실물 경제를 불안정하게 만들어 손실을 초래하는 디레버리징 위험을 완화하고, 단순하고 투명하며 독립적이면서 리스크에 기반하지 않은 보완 수단을 통해 바젤Ⅱ 리스크기반 자본 규제를 보완하여 모델리스크 및 측정오류에 대한 추가적인 안전장치를 마련하기 위하여 단순기본자본비율[10]을 도입하였으며 국내는 2018년부터 시행하였다.

단순기본자본비율 규제를 통해 금융시스템 및 경제전반이 피해를 입지 않도록 은행의 과도한 레버리지를 억제하고, 단순하면서 리스크에 기반을 두지 않은 보완수단(backstop)을 마련함으로써 리스크에 기반을 둔 자본규제를 강화할 수 있게 된 것이다.

단순기본자본비율은 총위험노출액에 대한 자본의 비율로 정의되고 이때 총위험노출액은 위험가중치 적용없이 단순 합산한 난내·파생상품·증권금융거래·난외자산 익스포져, 자본은 BIS기준 기본자본(Tier1)인 양질의 자본이며 최저규제수준은 3%이다.

다) 유동성 규제 강화

글로벌 금융위기의 초기 유동성 경색국면에서 많은 은행들이 충분한 자본을 보유했음에도 불구하고 유동성을 제대로 관리하지 못해 어려움을 경험한 사례를 기반으로 유동성리스크에 대한 두 가지 규제비율을 도입하였다.

첫째, 유동성커버리지비율(LCR : Liquidity Coverage Ratio)[11]은 1개월간 지속되는 심각한 스트레스 상황을 견뎌내기에 충분한 고유동성 자산을 보유토록 함으로써 유동성리스크 관리상 단기 복원력을 확보하기 위한 것으로 은행들로 하여금 제약조건 없이 활용 가능한 고유동성 자산을 충분히 보유토록 함으로써 심각한 단기 유동성위기 상황 시 직면할 수 있는 순현금 유출에 대응하기 위한 지표이다.

둘째, 순안정자금조달비율(NSFR : Net Stable Funding Ratio)[12]은 1년 동안 자산·부채의 안정적인 만기구조를 유지하도록 하기 위해 개발되었으며, 이는 은행들이 은행영업에 필요한 자금을 보다 구조적인 차원에서 안정적인 자금조달원을 통해 확보토록 유도함으로써 장기 복원력을 제고하기 위한 지표이다.

(3) 바젤Ⅲ 자본규제 도입 시기

바젤Ⅲ 도입은 단계적으로 적용하고 있으며, 유형별 적용시기와 수치는 다음과 같다.

(4) 바젤Ⅲ 잔여규제

2017년 12월 BCBS가 최종 승인한 바젤Ⅲ 추가 도입 예정 규제의 주요 내용은 신용리스크 표준방법 및 내부 등급법 개편, 운영리스크 개편, 단순기본자본비율 개선, 자본하한 개편, 시장리스크 전면 개편이며 2022년 도입예정이다.

---

10)

$$\text{단순기본자본비율} = \frac{\text{BIS기준 기본자본(Tier 1)}}{\text{총위험노출액(난내자산+난외자산)}} \geq 3\%$$

11)

$$\text{유동성커버리지비율(LCR : Liquidity Coverage Ratio)} = \frac{\text{고유동성자산}}{\text{30일간 순현금유출액}} \geq 100\%$$

12)

$$\text{순안정자금조달비율(NSFR : Net Stable Funding Ratio)} = \frac{\text{안정자금가용금액}}{\text{안정자금조달필요금액}} \geq 100\%$$

<표 4> 바젤III 도입 시기

구분		'13년	'14년	'15년	'16년	'17년	'18년	'19년
자본규제	보통주자본	3.5	4.0	4.5	4.5	4.5	4.5	4.5
	기본자본	4.5	5.5	6.0	6.0	6.0	6.0	6.0
	자본보전완충자본	관찰기간			0.625	1.25	1.875	2.5
	D-SIB 추가자본	관찰기간			0.250	0.50	0.750	1.0
	경기대응완충자본	관찰기간			금융위원회가 0~2.5%범위에서 결정('18.5월말 현재 0%)			
레버리지	단순기본자본비율	관찰기간('15년부터 공시)					3%	
유동성	LCR	관찰기간		60%	70%	80%	90%	100%
	NSFR	관찰기간						100%

Ⅳ. 은행의 자본 확충 방안

은행은 지주 출자, 주식 발행, 정부 출자, 신종자본증권 발행, 후순위채 발행, 이익잉여금을 통한 무상증자 등의 방법을 통해 자본을 확충할 수 있다.

1. 지주 출자

농협은행을 포함한 일반 시중은행의 경우 발행주식을 100% 소유하고 있는 금융지주의 출자를 통한 자본 증자 방안이 있다. 출자 시 금융지주는 이중레버리지비율[13] 규제를 준수하여 130% 이내로 관리해야 한다. 2018년 12월말 기준 국내 주요 금융지주사의 평균 이중레버리지 비율은 123%에 이르고 있으며, 이는 2012년~2017년 중 금융지주 회사별 최저수준 대비 약 10%p 이상 높은 수준이다. 금융지주의 이중레버리지비율이 상승하고 있는 이유는 핵심 자회사를 중심으로 한 자산 증가세가 지속되고 있고, 자회사 방식의 업무다각화 유인이 확대되면서 지주회사의 재무적 역할이 강화되고 있기 때문으로 풀이된다.

13) 금융지주의 재무안정성을 관리하기 위한 지표로 자회사출자액을 지주 자기자본으로 나눈 값으로 감독당국은 과도한 차입을 통한 외형확장을 방지하기 위해 이중 레버리지 비율을 130% 미만으로 권고하고 있으며, 금융지주 경영실태 평가에 반영

<금융지주사 별 이중레버리지비율(2018년말)>

구 분	농협금융지주	신한금융지주	KB금융지주	하나금융지주
이중레버리지비율	120.62%	119.05%	126.17%	125.61%

자료 : 금융감독원 금융통계정보시스템

<금융감독원 경영실태평가 기준>

구 분	1등급			2등급		
	+	0	-	+	0	-
이중레버리지비율	100%↓	110%↓	120%↓	123%↓	126%↓	130%↓

2. 주식 발행

신규 주식을 발행하여 주식시장을 통해 자본을 조달하는 방법으로 일반 시중은행 경우는 가능하나, 협동조합 방식은 비상장 기업으로 동 방식을 통한 자본조달에 제약이 따른다.

3. 정부 출자

수출입은행, 산업은행 등 정부가 대주주로 있는 은행의 주된 출자 방식으로 현금, 현물 등의 출자를 통해 자본을 조달한다.

4. 신종자본증권 발행

주식과 채권의 성격을 동시에 가지고 있어 하이브리드 증권으로도 불리는 신종자본증권의 만기는 통상 30년 이상이다. 특히 만기 시 재연장이 가능하여 반영구적 자본과 유사한 성격이며, 자기자본비율 산출 시 기본자본(Tier 1)에 해당하기 때문에 보완자본(Tier 2)로만 잡히는 조건부자본증권 보다도 자본구조 강화를 위해 효율적인 방안으로 평가된다.

〈표 5〉 주요은행 신종자본증권 발행내역[14](2017년~2018년) (억원, %)

구 분	발행일	만기일	발행통화	발행금액	발행금리
신한	2017.06.29	영구	KRW	1,300	3.330
	2017.06.29	영구	KRW	700	3.810
	2018.10.15	영구	KRW	2,000	3.700
우리	2017.05.16	영구	KRW	5,627	5.250
	2018.07.26	영구	KRW	4,000	4.400

5. 후순위채권 발행

일반적으로 만기가 5년 이상이며 일반채권보다 후순위 특약 조건의 자본증권으로 회계상으로는 보완자본(Tier 2)에 해당된다. 만기 5년 이상일 경우에는 100% 자기자본으로 인정되며, 잔존만기 5년 이내인 경우에는 바젤3 규제로 발행금액의 20%씩 매년 보완자본에서 차감된다. 조건부 자본증권은 상각형(부실기관으로 지정된 경우 원리금 상각)과 전환형(부실기관으로 지정된 경우 주식으로 전환)으로 구분되며, 은행들은 상각형 조건부자본증권을 발행하여 자본을 확충하고 있다.

6. 이익잉여금 증대

당기순이익 내부 유보하여 이익잉여금 증대 시킴으로써 자본을 확충하는 방식으로 농협은행의 경우 배당성향[15]이 일반 시중은행 대비 높은 협동조합 방식의 구조적 특성으로 인해
동 방식으로 자본을 확충하기 어렵다. 뿐만 아니라 농업지원사업비[16](2018년 2,915억원)를 매년 부담하고 있어 동 방법을 통한 자본확충 방식은 더욱 어렵기만 하다.

한편, 투입 자기자본 대비 당기순이익률 지표인 자기자본순이익률(ROE)[17]는 농협은행의 경우 농업

14) 농협, 국민, KEB하나은행은 발행내역 없음

15)

<2018년 은행별 배당성향>

구 분	농협은행	우리은행	신한은행	국민은행	기업은행
당기순이익	12,181억원	18,109억원	21,166억원	22,393억원	15,110억원
배당성향	49.26%	24.17%	42.0%	29.80%	27.14%

자료 : 은행별 경영공시자료

16) 농업지원사업비는 농협중앙회가 산지유통 활성화등 회원과 농민조합원에 대한 지원 및 지도 사업의 수행에 필요한 재원 마련을 위해 농협은행 등 계열사에 부과하는 비용으로 직전 3개년 평균영업수익에 부과율(2.50%,'18년)을 적용하여 부담

지원사업비 부담 전 9.25%로 타행 대비 우위하나 부담 후 1.30%p 하락한 7.95%로 타행대비 열위하여 농업지원사업비 부담이 상당함을 알 수 있다.

〈표 6〉 주요은행 후순위채권 발행내역(2017년~2018년) (억원, 억불, %)

구 분	발행일	만기일	발행통화	발행금액	발행금리
농협	2018.05.11	2028.05.11	KRW	1,500	3.390
	2018.05.11	2033.05.11	KRW	500	3.580
국민	2018.04.25	2028.04.25	KRW	2,500	3.310
	2018.04.25	2033.04.25	KRW	500	3.500
	2018.11.06	2028.11.06	KRW	3,000	2.960
신한	2017.09.20	2027.09.20	USD	3.5	3.750
	2018.03.15	2028.03.15	KRW	1,500	3.370
	2018.03.15	2033.03.15	KRW	500	3.530
	2018.03.26	2028.03.26	USD	4	4.500
	2018.08.30	2028.08.30	AUD	4	5.000
우리	2017.11.02	2027.11.02	KRW	2,000	3.470
	2018.05.29	2028.05.29	KRW	1,500	3.330
	2018.05.29	2028.05.29	KRW	500	3.570
	2018.08.06	2028.08.06	USD	3	5.125
KEB하나	2018.06.07	2028.06.07	KRW	3,000	3.320

〈표 7〉 신종자본증권과 후순위채권 비교

구 분	신종자본증권	후순위채권
장 점	• 영구채 • 기본자본(Tier 1) 증가 • 자본차감 없음(만기까지 자본인정) • 이자비용 당기손익 미반영	• 다양한 형태의 채권만기로 발행 가능 • 보완자본(Tier 2) 증가 • 상대적으로 낮은 발행금리 • 발행시장 활성(투자자 다수)
단 점	• 높은 발행금리(4% 후반 내외) • 발행시장 미활성(투자자 소수)	• 일정기간 경과 후 자본미인정 (잔존만기 5년미만시 매년 20% 차감) • 이자비용 당기손익 반영
신용평가	• 은행자생등급(AA+)에서 2단계 하향 • 일반은행(선순위 AAA)의 경우 AA−	• 은행자생등급(AA+)에서 1단계 하향 • 일반은행(선순위 AAA)의 경우 AA0

Ⅴ. 지배구조 별 자본 확충 방안

지배구조 형태별로 자본 확충 방안을 살펴보면 시중은행은 대부분의 방안을 활용하여 자본 확충이 가능하며, 특수은행은 정부 출자를 통해 자본 확충이 이루어진다. 그러나 농협은행과 같은 협동조합 형태는 활용 가능한 방안이 제한적이다.

17) <2018년 은행별 자기자본순이익률(ROE)>

구 분	농협은행	우리은행	신한은행	국민은행	기업은행
농업지원사업비 부담 前	9.25%	8.82%	9.33%	8.61%	7.70%
농업지원사업비 부담 後	7.95%				

자료 : 은행별 경영공시자료

〈표 8〉 지배구조 별 자본 확충 방안

구 조	일반은행	특수은행	협동조합형
지주 출자	○		○
주식 발행	○		
정부 출자		○	
신종자본증권 발행	○		○
후순위채권 발행	○		○
이익잉여금 증대	○		

2018년말 농협은행의 총자본비율은 15% 이상으로 주요 일반은행과 유사한 편이나 단순기본자본비율[18]은 4.30%로 은행평균(6.53%) 대비 현저히 낮고, 총자본 중 보완자본 비중은 18.0%로 주요 은행 평균(13.7%) 대비 4.3%p 높다.

이는 협동조합 방식의 지배구조적 특성이 반영된 결과로 자본 확충 방안이 제한된 상황에서 유상증자나 이익잉여금 적립을 통한 기본자본(Tier 1) 확충 대신 보완자본(Tier 2) 성격인 후순위채권 발행 위주로 자본을 확충하였고, 그 결과 단순기본자본비율 지표가 타행 대비 열위하게 된 것이다.

〈표 9〉 2018년말 기준 국내은행의 자본적정성 현황[19](%)

총자본비율	4.0 이상	5.0 이상	6.0 이상	7.0 이상
16.0 이상			광주	씨티, 경남, 부산
15.0 이상	농협	하나, 신한, SC, 우리	국민, 대구	제주
14.0 이상			수협, 전북, 기업	산업, 수출입
13.0 이상			카카오[20]	
13.0 미만			케이뱅크	

단순기본자본비율

〈표 10〉 농협은행과 주요은행 간 자본 격차[21](2018년말)

구 분	농협은행(A)		4대 은행(B)		차 이 (A-B)	
	금 액	비중(%)	금 액	비중(%)	금 액	비중(%p)
총 자 본	16.97	100.0	26.53	100.0	△ 9.56	-
보완자본	3.05	18.0	3.63	13.7	△ 0.58	4.3

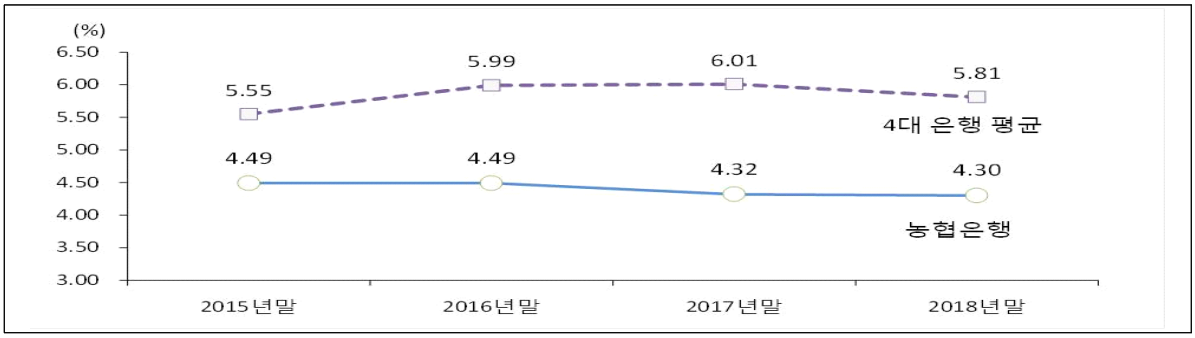
18) 단순기본자본비율은 리스크 특성에 따른 질적 측면을 고려하는 자기자본비율과 달리 양적인 측면만 고려하는 자본비율

19) '19.3월말 은행 및 은행지주회사 BIS기준 자본비율 현황(금융감독원)

20) 케이뱅크 및 카카오뱅크는 바젤Ⅰ을 적용하여 바젤Ⅲ에 대응하는 항목에 기재(바젤Ⅰ 자기자본→바젤Ⅲ 총자본, 바젤Ⅰ

21) 4대 은행 : KB, 신한, 우리, KEB하나

〈그림 5〉 단순기본자본비율 현황[22)]



Ⅵ. 結語

고객에 대한 예금을 기반으로 대출을 해주는 자금 중개기능은 은행업에서 가장 큰 비중을 차지하고 국가경제에 미치는 영향도 크다. 따라서 금융시스템의 안정성을 규제의 최우선 목표로 삼는 것은 바람직하다고 할 수 있다. 이러한 은행의 건전성 규제가 금융시스템 안정성을 높여 금융시장의 선순환적 구조를 정착시키고, 국가경제 발전에 긍정적 영향을 미친 것에 이견은 없을 것이다. 하지만, 금융위기 등을 경험하면서 바젤 규제라 불리우는 은행의 자본적정성 규제가 강화되어 왔고, 이러한 규제는 지배구조 유형에 따라 자본증대 수단에 영향을 주는 것으로 판단된다.

특히, 자본수단이 다양한 일반은행과 정부에서 출자하는 특수은행보다 자본증대 수단이 제한적인 협동조합형 은행에 더 큰 영향을 미칠 수 있을 것이다. 관련 법에서 특정분야에 대하여 지원하도록 명시하고 있는 협동조합 은행은 단순기본자본비율 등 자본적정성 관리를 위한 자본증대가 다른 지배구조 은행 대비 더욱 제한적이라 할 것이다.

따라서 현재 Global Standard 규제로 은행들에게 일률적으로 적용되고 있는 바젤Ⅲ 규제도 은행간 지배구조의 특성을 반영하여 차등적으로 적용하는 것도 검토해 볼 필요가 있을 것이다. 협동조합 은행의 경우 자본 확충 방안이 제한적인 점을 감안하여 정부대행사업 등에 대한 고려 등 지배구조의 특성을 반영할 수 있을 것이다. 규제와 감독 측면에서 지배구조를 감안한 정책적 차별화는 은행의 자본적정성 제고라는 규제 목적 달성과 함께 은행별 특수성에 대한 핵심 고려사항으로 중요하다고 할 것이다.

〈참고 1〉 주요 금융지주회사의 주요주주 현황[23)](2018년말)

구 분	주주명	비율(%)
신한금융지주	국민연금공단	9.38%
	BLACKROCK FUND ADVISORS	6.13%
	신한금융그룹 우리사주조합	4.68%
	BNP PARIBAS SA	3.55%
	CINTIBANK.N,A	3.00%
	THE GOVERNMENT OF SINGAPORE	2.52%
	NORGES BANK	1.70%
	삼성자산운용	1.48%
	VANGUARD TOTAL INTERNATIONAL STOCK INDEX	1.32%
	PEOPLES BANK OF CHINA	1.07%
	LAZARD FUNDS INC	1.06%

22) 4대 은행 : KB, 신한, 우리, KEB하나
23) 은행별 경영공시자료

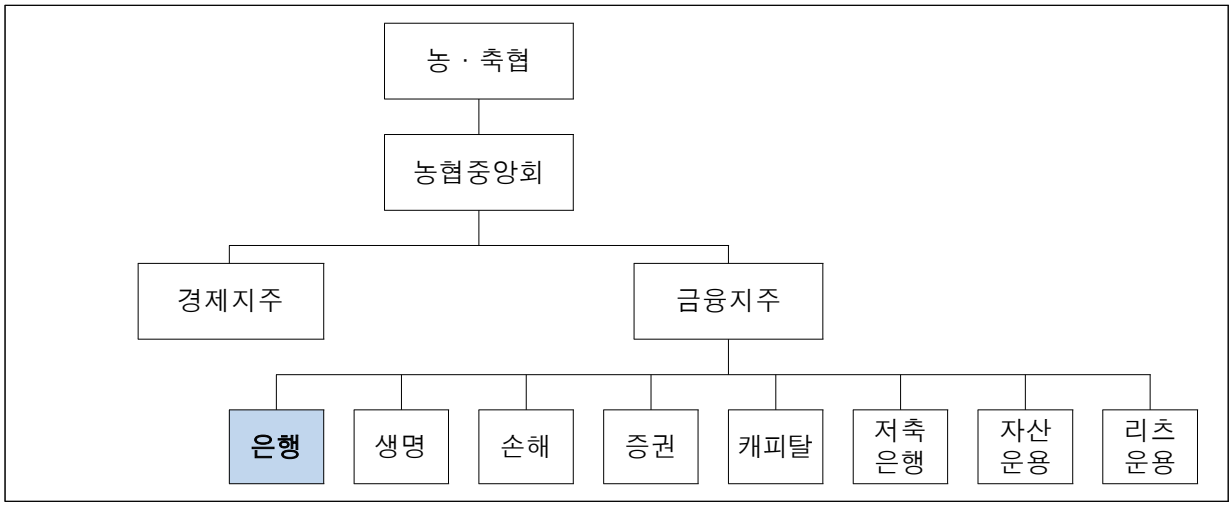
KB금융지주	국민연금공단	9.50%
	JP모건체이스 은행	6.39%
	THE GOVERNMENT OF SINGAPORE	2.51%
	삼성자산운용	1.55%
	EURO-PACIFIC GROWTH FUND	1.46%
	VANGUARD TOTAL INTERNATIONAL STOCK INDEX	1.36%
	ABU DHABI INVESTMENT AUTHORITY	1.10%
	SAUDI ARABIAN MONETARY AGENCY	1.08%
	NORGES BANK	1.06%
	PEOPLES BANK OF CHINA	1.00%
하나금융지주	국민연금공단	9.68%
	CAPITAL GROUP	5.01%
	BLACKROCK FUND ADVISORS	4.91%
	FRANKLIN RESOURCES	4.42%
	THE GOVERNMENT OF SINGAPORE	2.50%
	SK텔레콤	2.03%
	NORGES BANK	1.99%
	VANGUARD TOTAL INTERNATIONAL STOCK INDEX	1.50%
	코오롱인더스트리	1.41%
	PEOPLES BANK OF CHINA	1.19%
	DIMENSIONAL EMERGING MARKETS VALUE FUND	1.16%
	ABU DHABI INVESTMENT AUTHORITY	1.11%

<참고 2> 2018년말 주요 특수은행 주주현황[24)]

구 분	주주명	비율(%)
농협금융지주	농업협동조합중앙회	100%
농협은행	농협금융지주	100%
수협은행	수산업협동조합중앙회	100%
산업은행	기획재정부	91.71%
	국토교통부	7.60%
	해양수산부	0.69%
수출입은행	정부	66.27%
	산업은행	23.87%
	한국은행	9.86%
기업은행	정부	50.9%
	산업은행	8.7%
	수출입은행	2.3%
	기타	38.1%

24) 은행별 경영공시자료, 공공기관 경영정보 공개시스템

〈참고 3〉 농협은행 지배구조 현황



<참고 4> 바젤Ⅰ · Ⅱ · Ⅲ 비교>

<table>
<tr><th colspan="2">구분</th><th>BASEL Ⅰ</th><th>BASEL Ⅱ</th><th>BASEL Ⅲ</th></tr>
<tr><td colspan="2">도입배경</td><td>■ '80년대 금융규제 완화 및 은행 간 경쟁 심화
■ 형평성 및 자본적정성 우려</td><td>■ 파생상품 및 IT발달 등 금융환경변화
■ 신용도 차별화 및 운영리스크 반영 필요</td><td>■ 글로벌 금융위기 교훈
■ 바젤Ⅱ 체제의 한계점 인식</td></tr>
<tr><td colspan="2">적용시기</td><td>■ 신용 : '92년(국내 '95년)
■ 시장 : '97년(국내 '02년)</td><td>■ BIS 회원은행 : '07년(국내 '08년)</td><td>■ '13.12월부터 단계적 적용
– 자본항목 및 신용RWA('13.12.)
– LCR('15년), NSFR('18년)</td></tr>
<tr><td colspan="2">주요내용</td><td>■ 자본적정성에 대한 규제
– 최저규제자본제도(BIS) 도입</td><td>■ 필라 3축 제도 도입
– 규제자본, 감독기능 및 공시 강화
■ 신용도 차등화, 운영리스크 도입</td><td>■ 시스템 안정화 및 은행 복원력 강화
■ 국제적 유동성 규제 도입</td></tr>
<tr><td rowspan="3">규제 대상</td><td>신용 리스크</td><td>■ OECD국가 여부 기준으로 위험도 획일적 적용
<table><tr><th>구분</th><th>OECD</th><th>비OECD</th></tr><tr><td>정부</td><td>0%</td><td>100%</td></tr><tr><td>은행</td><td>20%</td><td>100%</td></tr><tr><td>기업</td><td>100%</td><td>100%</td></tr></table></td><td>■ 은행의 리스크관리수준 인정
– 표준방법과 내부등급법(승인필요)
※ 표준방법 : 외부신용등급 적용 차등화
※ 내부등급법 : 은행이 리스크측정요소 추정 및 자체 리스크관리 시스템을 이용한 위험가중치 함수 적용</td><td>■ 좌동
■ 거래상대방의 부도위험 외에 신용등급 하락 위험 추가 반영
■ 외부신용평가등급에 대한 의존도 축소
– 적격보증인 요건 완화</td></tr>
<tr><td>시장 리스크</td><td>■ 은행의 리스크관리수준 인정
– 표준 및 내부모형(승인 필요)</td><td>좌동</td><td>■ 금융위기상황 반영 sVaR 적용
■ 시장리스크 근본적 재검토 진행</td></tr>
<tr><td>운영 리스크</td><td>–</td><td>■ 은행의 리스크관리수준 인정
– 기초/표준 및 고급(승인필요)</td><td>좌동</td></tr>
</table>

<table>
<tr><th colspan="2">구분</th><th>BASEL Ⅰ</th><th>BASEL Ⅱ</th><th>BASEL Ⅲ</th></tr>
<tr><td rowspan="6">규제대상</td><td>유동성 리스크</td><td>–</td><td>필라2, 3항목</td><td>■ 필라1에 유동성규제 포함
– LCR, NSFR, 모니터링 수단</td></tr>
<tr><td>금리 리스크</td><td>–</td><td>상동</td><td>※ 필라1 적용 여부 논의중</td></tr>
<tr><td>단순 자기자본 비율</td><td>–</td><td>–</td><td>■ 필라1에 단순기본자본비율 규제 포함</td></tr>
<tr><td>규제 자본 관리</td><td>■ 자기자본 : 기본자본(Tier1)과 보완자본(Tier2)</td><td>좌동</td><td>■ 자기자본 계층화
– 보통주자본, 기타기본자본, 보완자본
■ 완충자본제도 도입
– 자본보전, 경기대응, D-SIB</td></tr>
<tr><td>자본 규제 비율</td><td>■ BIS비율 8% 이상
– 자기자본/위험가중자산 (신용, 시장) × 100</td><td>■ BIS비율 8% 이상
– 자기자본/위험가중자산 (신용, 시장, 운영) × 100</td><td>■ 규제비율 계층화 및 완충자본을 보통주자본에 적용
<table><tr><th>구분</th><th>기본</th><th>완충포함</th></tr><tr><td>보통주 자본</td><td>4.5</td><td>8.0~12.0</td></tr><tr><td>기본 자본</td><td>6.0</td><td>9.5~13.5</td></tr><tr><td>BIS 비율</td><td>8.0</td><td>11.5~15.5</td></tr></table></td></tr>
<tr><td>기타 지표</td><td>–</td><td>–</td><td>■ 유동성비율 : 100% 이상
■ 단순기본자본비율 : 3% 이상</td></tr>
<tr><td colspan="2">공시</td><td>■ 리스크 공시 미흡</td><td>■ 리스크관련 공시항목 확대</td><td>좌동</td></tr>
</table>

참고문헌

김성훈 · 이수한, 신BIS기준 자기자본비율 산출기준의 도입과 과제, 정책조사보고서, 2000.2.

문종진외4인, 바젤Ⅱ와 리스크관리, 2007.

_____, 2019 리스크관리 가이드북, 농협은행, 2019.4.

이장영, 바젤Ⅲ와 리스크관리, 2011.9.

이장영, 서브프라임 사태와 금융규제, 감독 강화방안, 주간금융브리프, 한국금융연구원, 2008.4.

송흥선 · 장정모 · 한상범, 글로벌 금융위기 이후 자기자본 규제의 국제적인 변화, 자본시장연구원, 2012.12.

김병덕 · 함준호, 글로벌 금융위기 이후의 금융회사의 건전성 감독 논의와 전망, 금융리포트, 한국금융연구원, 2010.2.

구본성, 금융지주회사의 이중레버리지 비율 추이와 이슈, 한국금융연구원, 2019.1.

_____, 금융회사 지배구조 개선방안, 금융위원회, 2018.3.15.

박일문 · 오보균, KIS 은행분석보고서 2016, 한국신용평가, 2016.6.

_____, 농협의 역할정립 및 제도개선 방안 연구, 한국농촌경제연구원, 2015.12.

김우진, 우리나라 은행산업의 구조평가와 시사점, 한국금융연구원, 2015.6.

임윤상 · 이정연, 레버리지비율 규제의 효과 및 국내도입 방안 연구, 한국은행, 2014.12.

금융감독원 금융통계정보시스템(http://fisis.fss.or.kr)

금융감독원 금융감독법규정보시스템(http://law.fss.or.kr)

공공기관 경영정보 공개시스템(http://www.alio.go.kr)

한국은행(http://www.bok.or.kr)

_____, '19.3월말 은행 및 은행지주회사 BIS기준 자본비율 현황(잠정)(보도자료), 금융감독원, 2019.6.4.

_____, 2018년 NH농협금융지주 현황(경영공시자료), NH농협금융, 2019.3.

_____, 2018년 KB금융지주 현황(경영공시자료), KB금융그룹, 2019.3.

_____, 2018년 신한금융지주회사 현황(경영공시자료), 신한금융지주회사, 2019.3.

_____, 2018년 하나금융지주회사 현황(경영공시자료), 하나금융지주회사, 2019.3.

_____, 2018년 농협은행 현황(경영공시자료), NH농협은행, 2019.3.

_____, 2018년 수협은행 현황(경영공시자료), SH수협은행, 2019.3.

_____, 2018년 기업은행 현황(경영공시자료), IBK기업은행, 2019.3.

_____, 2018년 우리은행 현황(경영공시자료), 우리은행, 2019.5.1.

BCBS, History of the Basel Committee(http://www.bis.org/bcbs/history)

BCBS, International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards, 1998.7.

BCBS, Amendment to the Capital Accord to incorporate market risks, 1996.4.

BCBS, BaselⅡ:Iternational Convergence of Capital Measurement and Capital Standards:a Revised Framework, 2004.6.

BCBS, BaselⅢ:International framework for liquidity risk measurement, standards and monitoring, 2010.12.

BCBS, BaselⅢ:A Global regulatory framework for more resilient banks and banking systems, 2010.12.

BCBS, BaselⅢ:Finalising post-crisis reforms, 2017.07.

BCBS, BaselⅢ monitoring results published by the Basel Committee, 2019.03.

한국상사법학회 2019년 하계학술대회 (6. 29. 제1세션)
경제변혁의 시대를 맞은 상사법의 현안과 과제

제1주제

기초서류 기재사항 위반에 따른 과징금 제도의 법적 쟁점

발표자 : 맹수석 교수[충남대학교]
사회자 : 김선정 교수[동국대학교]
토론자 : 김선광 교수[원광대학교]
토론자 : 임경혜 변호사[교보생명]

기초서류 기재사항 위반에 따른 과징금제도의 법적 쟁점

맹수석(충남대학교 법학전문대학원 교수)

Ⅰ. 문제의 제기

보험사업을 영위하기 위해서는 보험업법에서 정하는 절차에 따라 보험업의 허가를 받아야 하고, 이를 위해서는 신청서에 기초서류 등을 첨부하여 금융위원회에 제출하여야 한다. 보험업법상 보험회사는 취급하려는 보험상품에 관한 기초서류를 작성하여야 하고, 기초서류를 작성하거나 변경하려는 경우 사전에 금융위원회에 신고하여야 한다. 기초서류란 경영하려는 보험업의 보험종목별 사업방법서, 보험약관, 보험료 및 책임준비금의 산출방법서 등 핵심적 사항을 기재한 서류를 말하는데, 이 가운데 보험종목별 사업방법서만을 제출하도록 하고 있다.[1] 기초서류는 실무상 보험상품을 구성하는 서류에 해당하기 때문에, 기초서류에 대한 규제는 보험상품에 대한 규제와 같은 의미로 이해된다. 이와 같이 보험업법은 보험회사로 하여금 취급하려는 보험상품에 관한 기초서류를 작성·신고하도록 함으로써, 기초서류에 대한 규제는 곧 보험상품에 대한 규제로 이어지게 된다.

이와 관련하여 보험상품의 개발에 대해 금융감독당국이 왜 규제하는가에 대해 논란이 있다. 규제필요성을 부정하는 입장에서는 보험상품도 일반 제조상품과 다를 바가 없기 때문에 특별히 보험상품에 대해 별도의 규제 필요성이 없다고 한다. 그러나 일반 제조상품에 대해서도 소비자에 대한 위해성 등의 문제가 있으므로 여러 관련 법률에서 다양한 안전기준에 대한 규제를 가하고 있고, 보험상품의 경우 금융공학적으로 복잡다기하게 설계된 무형의 상품으로 정보의 격차 등으로 인해 소비자가 불측의 손해를 입을 가능성이 상존하기 때문에 금융감독당국의 일정한 규율이 필요하다.[2] 또한 보험상품은 금융상품의 하나에 불과할 뿐인데도 여타의 금융상품에 비해 그 개발에 지나치게 엄격한 규제를 가하고 있다는 견해도 있지만, 보험상품은 장래의 불확실한 사고에 대비하여 대수의 법칙에 의해 산출된 보험료를 기초로 하기 때문에 합리적인 상품개발이 전제되도록 규율할 필요가 있다. 특히 생명보험상품 등은 보장기간을 장기간으로 하고 있기 때문에, 보험상품의 구성은 보험계약자 등에게 매우 중대한 영향을 미치므로 여타의 금융상품에 비해 금융감독당국의 엄격한 규제가 미치게 된다.[3]

보험상품은 금융소비자에 대해 미치는 영향이 크고 위험의 분산 등 여타의 금융상품과 다른 특성을 갖고 있기 때문에, 불가피하게 금융당국의 일정한 규제가 따르게 된다. 다만 변화하는 경제환경에 부응하여 소비자의 요구에 맞는 상품을 개발하고 보험사업자의 경쟁을 촉진하기 위한 측면에서 규제완화가 이루어졌다. 과거 거의 모든 보험상품에 대해 판매전 사전심사의 형태로 규제하던 것을[4] 2003년 이후에는 판매전 신고 또는 판매후 보고 체제로 변경하였다.[5] 즉, 기초서류의 변경을 원칙적으로 금융위원회에 신고하도록 하면서, 일정한 기준에 부합하는 경우에는 그 변경내용을 금융위원회에 제출함으로써 신고에 갈음하도록 하는 선개발 후보고 체계로 규제 방식을 바꾼 것이다. 이와 같이 2011년 이후에는 일정한 기준에 해당하는 기초서류의 작성 또는 변경의 경우에만 신고사항으로 하고, 그 나머지는 보험회사가 자유롭게 할 수 있도록 하고 있다.[6]

기초서류는 보험계약자 등에 대해 미치는 영향이 크기 때문에 보험업법은 그에 관한 일련의 의무를 위반한 경우 과징금 등의 처분을 하고 있다. 그런데 과징금 부과에 있어서 현행 보험업법은 그 금액의 산정시 "연간 수입보험료의 50% 이하"라는 단일 기준을 적용하고 있어, 과징금제도의 실효성 확보 등에 문제가 있다. 왜냐하면 기초서류 위반행위의 경중이나 성격이 다양하고, 위반행위에 대

1) 기초서류는 1962년 보험업법 제정 당시부터 보험업의 허가를 받기 위한 제출서류에 포함되었는데, 2003년 개정시 정관은 기초서류에서 제외되었다.
2) 성대규·안종민, 「한국보험업법」(개정2판), 두남, 2015, 566면; 한기정, 「보험업법」, 박영사, 2019, 874면.
3) 성대규·안종민, 앞의 책, 567면.
4) 1962년 보험업법 제정 당시 기초서류를 변경할 때에는 재무부장관의 인가를 받도록 하였다.
5) 2003년 개정보험업법 이유서 참조.
6) 성대규·안종민, 앞의 책, 566면.

해 과징금을 부과하더라도 필요성이 큰 경우와 그렇지 않은 경우로 구분될 수 있기 때문이다. 예컨대 보험회사가 보험금을 지급하지 않거나 감액 지급하는 경우 등 그 비난 가능성 및 제재의 필요성이 큰 경우도 있지만, 보험회사 업무담당자의 단순 실수로 기초서류 준수의무를 위반한 경우도 있을 수 있다.[7] 또한 금융소비자보호법[8]과 보험업법[9] 등에 징벌적 손해배상제도 도입 관련 법안들이 국회에 발의되어 계류 중인데, 근본적으로 과징금 부과기준이 합리적으로 조정되지 않으면 과징금 부과 자체의 정당성 문제, 과징금 제도의 주된 기능인 위법행위 억제 효과의 저하 문제, 침익적 행위의 구비 요건인 명확성 원칙에 반하는 문제 등이 생길 수 있다.[10]

이하에서는 보험업법상 기초서류에 관한 주요 내용과 쟁점을 살펴본 후, 보험회사가 기초서류 준수의무를 위반한 경우 그에 대해 행정벌의 한 형태로 부과되고 있는 현행 보험업법상의 과징금제도의 내용 및 문제점을 검토해보고, 이에 대한 합리적 개선방안을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 현행 보험업법상 기초서류 관련 주요 내용

1. 기초서류의 작성 및 신고·제출의무

(1) 기초서류의 작성의무

보험회사는 취급하려는 보험상품에 관한 기초서류를 작성하여야 한다(법 제127조 제1항). 보험업법이 보험회사에 대해 기초서류의 작성의무를 지우는 것은 보험제도의 특성상 사고발생의 개연성에 기초하여 정확히 설계되지 않은 채 보험상품이 판매될 경우 자칫 보험회사의 재무건전성은 물론, 보험계약자의 보호에 악영향을 끼칠 수 있기 때문이다.[11]

기초서류의 작성의무는 보험사업에 대한 허가 단계에서부터 보험회사가 부담하는 의무이다. 왜냐하면 보험업을 경영하려는 자는 보험종목별로 금융위원회의 허가를 받아야 하는데(법 제4조), 허가를 받기 위해서는 허가신청서에 보험종목별 사업방법서 등의 기초서류를 제출해야 하기 때문이다(법 제5조 제3호). 물론 기초서류는 보험상품별로 작성해야 하기 때문에 허가 단계뿐만 아니라, 보험사업에 대한 허가를 받아 사업을 영위하는 중에도 새로이 상품을 개발하거나 종래의 기초서류를 변경하는 경우도 이를 작성 또는 변경사항을 반영해야 한다.

(2) 기초서류의 신고·제출의무

보험회사는 기초서류를 작성하거나 변경하려는 경우 그 내용이 일정한 경우에는 미리 금융위원회에 신고하여야 한다(법 제127조 제2항).[12] 즉, 기초서류의 작성 또는 변경 시에 그 내용이 ⅰ) 법령

---

7) 이와 같이 단일 기준을 적용함으로써 연간 수입보험료가 큰 경우에는 과징금이 높게 산정되는 문제가 발생한다. 예컨대 A보험사의 경우 엑셀 오류로 공시기준이율을 소폭(0.1%p~0.5%p) 상향 적용한 사례가 있는데, 보험사가 이득을 취하지도 않고, 계약자도 피해를 입지 않은 경미한 과실임에도 연간 수입보험료가 9천억원이 넘는 규모여서 과징금이 8.2억원으로 결정되었다. 그런데 동일한 위반행위를 작년에 개정된 과징금 제도 적용시 과징금은 207억원까지 증가하게 된다.

8) 박선숙 의원안(2016.10.25), 박용진 의원안(2016.12.27), 최운열 의원안(2017.3.9), 이종걸 의원안(2017.4.7.) 등이 있다.

9) 민병두 의원안(2017.1.25.), 전재수 의원안(2019.3.25.) 등이 있다.

10) 황현아·백영화·권오경, "기초서류 준수의무 위반 시 과징금 부과기준 개선방안", 보험연구원, 2018, 73면.

11) 2010년 보험업법 개정시 보험회사에 대해 기초서류 작성의무와 함께 종래 인가 사항으로 하고 있던 것을 신고사항으로 변경하였는데, 보험회사가 취급 보험상품에 대한 기초서류를 작성하도록 하면서 일정한 상품은 자율상품으로 하여 확인절차 대신 보험회사의 내부통제 절차만 거치면 자율적으로 개발·판매할 수 있도록 한 것이다. 이와 같이 종래 제출상품제도를 소비자 보호에 저해되지 않는 범위 내에서 자율적으로 개발하여 운용하는 자율상품제도로 전환하면서, 신고상품 구분기준을 명확히 설정하기 위한 측면에서 신고사항을 일정한 경우로 제한하면서도 의무화한 것이다(한기정, 앞의 책, 876~878면; 이성남, "2010년 개정 보험업법에 관한 고찰", 「보험법연구」 제4권 제2호(2010), 147면 참조).

12) 그러나 보험회사가 금융기관보험대리점등을 통하여 모집하는 경우에 있어서, 보험회사가 취급하는 보험상품에 관한 기초서류의 기재사항 중 보험요율에 관한 사항만을 금융위원회가 정하여 고시하는 바에 따라 달리 정하는

의 제정·개정에 따라 새로운 보험상품이 도입되거나 보험상품 가입이 의무가 되는 경우, ⅱ) 보험회사가 금융기관보험대리점 등을 통하여 모집하는 경우, ⅲ) 보험계약자 보호 등을 위한 경우[13]에는 미리 금융위원회에 신고[14]하여야 한다.[15]

그러나 보험회사가 금융기관보험대리점 등을 통하여 모집하는 경우로서 조문체제의 변경, 자구수정 등 보험회사가 이미 신고한 기초서류의 내용의 본래 취지를 벗어나지 아니하는 범위에서 기초서류를 변경하는 경우는 사전 신고 사유에서 제외한다(법 제127조 제2항 단서, 시행령 제71조 제1항 단서). 그럼에도 불구하고 금융위원회는 기초서류의 내용이 사전 신고사항에 해당하지 아니하더라도 보험계약자 보호 등을 위하여 필요하다고 인정되면 보험회사에 대하여 기초서류에 관한 자료 제출을 요구할 수 있다(법 제127조 제3항).[16] 즉, 금융위원회는 ⅰ) 보험회사가 이미 신고 또는 판매되지 않는 위험을 보장하거나 새로운 위험구분단위 등을 적용하여 설계하는 경우,[17] ⅱ) 법령에 따라 정부나 지방자치단체가 보험료의 일부를 지원하는 보험의 경우[18]에는 기초서류에 관한 자료 제출을 요구할 수 있다(시행령 제71조 제1항).

보험회사는 기초서류를 신고하는 경우에는 판매개시일 30일[19] 전까지 금융위원회가 정하여 고시하는 보험상품신고서[20]에 ⅰ) 선임계리사가 검증·확인한 기초서류, ⅱ) 보험료, 책임준비금 및 위험률 산출의 변경이 있는 경우에는 그 변경이 적절한지에 대한 보험요율 산출기관 또는 독립계리업자의 검증확인서를 첨부하여 제출하여야 한다(시행령 제71조 제2항).[21]

(3) 기초서류에 대한 확인

금융위원회는 보험회사가 기초서류를 신고할 때 필요하면 금융감독원의 확인을 받도록 할 수 있다(법 제128조 제1항). 금융위원회는 보험회사가 기초서류를 신고하는 경우 보험료 및 책임준비금 산출방법서에 대하여 보험요율 산출기관 또는 대통령령으로 정하는 보험계리업자(이하 "독립계리업자

경우에는 신고 대상에서 제외된다(법 제127조 제2항 단서, 시행령 제71조 제3항).

13) 금융위원회는 보험계약자 보호 등에 필요하다고 인정되면 보험회사로 하여금 매 분기 종료일의 다음 달 말일까지 금융위원회가 정하여 고시하는 바에 따라 분기별 보험상품 판매 목록을 제출하게 할 수 있다(시행령 제71조 제4항). 그리고 보험계약자 보호 등을 위하여 확인이 필요하다고 인정되는 보험상품에 대해서는 그 사유를 적어 서면으로 선임계리사가 검증·확인한 기초서류를 제출하도록 요구할 수 있고(시행령 제71조 제5항), 금융위원회는 확인한 보험상품에 대하여 보험료 및 책임준비금의 적절성 검증이 필요하다고 판단한 경우에는 그 사유를 적어 서면으로 위 제출서류 외에 보험요율 산출기관 또는 독립계리업자의 검증확인서 및 보험상품신고서를 제출하도록 요구할 수 있는데, 이 경우 보험회사는 제출요구일부터 30일 이내에 검증확인서를 제출하여야 한다(시행령 제71조 제6항).

14) 보험회사가 기초서류의 변경을 위하여 기초서류를 신고하면 금융위원회는 이를 심사한 후 수리할 수 있고, '공익 또는 보험계약자의 보호와 보험회사의 건전한 경영을 크게 해칠 우려가 있는 경우' 또는 '관련법규를 위반하거나 보험계약자에게 불리한 내용이 있다고 인정되는 경우'에는 변경을 권고하거나 수리를 거부할 수 있는데(시행령 제71조 제3항, 감독규정 제7-82조 제2항), 이러한 고시조항의 기준을 충족하지 아니하는 상품을 판매함에 있어서 수리가 거부될 경우 보험상품의 판매가 위축될 가능성이 있다 하더라도, 고시조항이 직접적으로 그러한 보험상품의 판매를 금지하는 것이라고 보기는 어렵다(헌법재판소 2012. 3. 29. 자 2009헌마613 결정).

15) 기초서류 작성 또는 변경 신고의 수리는 금융감독원장에게 위탁되어 있다(시행령 [별표8] 제31호).

16) 기초서류에 관한 자료 제출의 요구는 금융감독원장에게 위탁되어 있다(시행령 [별표8] 제32호).

17) 다만, 다른 보험회사가 이미 신고 또는 판매하고 있는 보험상품의 경우는 제외한다.

18) 즉, ⅰ) 「농어업재해보험법」에 따른 농작물재해보험, 임산물재해보험, 가축재해보험, 양식수산물재해보험, ⅱ) 「풍수해보험법」에 따른 풍수해보험, ⅲ) 「농어업인의 안전보험 및 안전재해예방에 관한 법률」에 따른 농업인안전보험 및 어업인안전보험, ⅳ) 그 밖에 보험계약자 보호 등을 위하여 필요한 사항으로 금융위원회가 정하여 고시하는 사항에 해당하는 경우를 말한다(시행령 제71조 제1항 [별표 6]).

19) 보험업법 제127조의2 제1항에 따라 권고받은 사항을 반영하여 신고하는 경우에는 15일을 말한다.

20) "보험상품신고서"란 신고사유, 신고내용 및 위험률에 대한 산출근거 등이 기재된 것으로서 감독원장이 정하는 서류를 말한다(보험업감독규정 제7-53조 제1항).

21) 다만, 다른 법령의 개정에 따라 기초서류의 내용을 변경하는 경우 등 금융위원회가 정하여 고시하는 경우에는 금융위원회가 정하여 고시하는 기한까지 보험상품신고서를 제출할 수 있는데(시행령 제71조 제2항 단서), "금융위원회가 정하여 고시하는 경우"란 법 제127조 제2항 제1호 또는 시행령 별표 6 제2호에 의한 보험상품 및 기업 또는 단체만을 보험계약자로 하는 보험상품(자동차보험, 보증보험 제외)의 기초서류를 신고하는 경우를 말하며, 같은 항 단서에서 "금융위원회가 정하여 고시하는 기한"이란 판매개시일 전을 말한다(보험업감독규정 제7-53조의2).

"라 한다)[22]의 검증확인서를 첨부하도록 할 수 있다(법 제128조 제2항). 기초서류를 신고할 때 금융위원회의 확인 요구에 응하지 않고 신고하면 신고의 효과가 생기지 않는다.

(4) 위반시 효과

기초서류의 신고·제출의무를 이행하지 않고 보험계약이 체결되었다 하더라도 그 보험계약은 사법적으로 유효한 것으로 보아야 할 것이다.[23] 그러나 보험회사가 기초서류의 작성의무를 위반한 경우에는 공법적 측면에서 해당 보험계약의 연간 수입보험료의 100분의 50 이하의 과징금이 부과되고(법 제196조 제1항 제8호), 발기인·설립위원·이사·감사 등에 대해서는 2천만원 이하의 과태료가 부과된다(법 제209조 제4항 제32호).[24]

2. 기초서류의 변경 권고

(1) 내용

금융위원회는 일정한 경우 기초서류의 변경을 권고할 수 있다.[25] 즉, 금융위원회는 ⅰ) 보험회사가 신고한 기초서류의 내용 및 제출한 기초서류에 관한 자료의 내용이 기초서류 작성·변경 원칙(법 제128조의3) 및 ⅱ) 보험요율 산출의 원칙(법 제129조)을 위반하는 경우 신고접수일 또는 제출접수일[26]부터 20일[27] 이내에 그 기초서류의 변경을 권고할 수 있다(법 제127조의2 제1항, 시행령 제71조의2). 이때 변경권고는 그 내용 및 사유가 구체적으로 기재된 문서로 하여야 한다(법 제127조의2 제2항).[28]

개정전 보험업법상 금융위원회는 보험회사의 업무 및 자산상황 그 밖의 사정의 변경으로 인하여 공익 또는 보험계약자의 보호와 보험회사의 건전한 경영을 크게 해할 우려가 있거나 보험회사의 기초서류에 법령을 위반하거나 보험계약자에게 불리한 내용이 있다고 인정하는 경우에는 청문을 거쳐 기초서류의 변경 또는 그 사용의 정지를 명할 수 있었다.[29] 그런데 2010년 개정 시 기초서류의 변경 및 정지명령제도와 별개로 기초서류에 대한 변경권고제도를 신설하면서, 기초서류변경 권고제도의 자의적인 운영을 방지하기 위하여 반드시 문서의 형식으로 운영하도록 한 것이다.[30]

(2) 변경 권고 불이행의 효과

금융위원회의 기초서류 변경 권고에 대해 보험회사가 이를 이행하지 아니한 경우 보험업법상 제재를 가하지는 않고 있다. 변경 권고는 어디까지나 보험회사로 하여금 스스로 기초서류에 대한 변경을 하도록 유도하는 사실행위로서, 강제성이 없기 때문이다.[31] 이와 같이 보험회사가 기초서류 관련

---

22) 독립계리업자란 법 금융위원회에 등록된 법인(5명 이상의 상근 보험계리사를 두고 있는 법인만 해당한다)인 보험계리업자를 말한다(시행령 제71조의3). 다만, 해당 보험회사로부터 보험계리에 관한 업무를 위탁받아 수행 중인 보험계리업자, 대표자가 최근 2년 이내에 해당 보험회사에 고용된 사실이 있는 보험계리업자, 대표자나 그 배우자가 해당 보험회사의 대주주인 보험계리업자, 보험회사의 자회사인 보험계리업자, 보험계리업자 또는 보험계리업자의 대표자가 최근 5년 이내에 보험업법에 기한 제재조치를 받은 사실이 있는 경우 해당 보험계리업자는 제외한다(시행령 제71조의3 단서).

23) 한기정, 앞의 책, 886면.

24) 이처럼 보험회사의 상품개발의 자율성과 신속성을 제고하면서도 새로운 규제제도 하에서 보험계약자를 보호하고 금융감독당국의 신고상품에 대한 감독역량을 집중하기 위한 측면에서 부실상품에 대해서는 금전적 제재를 강화함으로써 감독의 효율성을 높이고자 한 것이다(이성남, 앞의 논문, 149면).

25) 기초서류의 변경 권고 권한은 금융감독원장에게 위탁되어 있다(시행령 [별표8] 제33호).

26) 검증확인서를 제출한 경우에는 검증확인서의 제출일을 말한다.

27) 권고받은 사항에 대하여 다시 변경을 권고하는 경우에는 10일을 말한다.

28) 따라서 문서의 형식이 아닌, 구두로 하는 변경권고는 법적 효력이 생기지 않는다(동지: 한기정, 앞의 책, 890면).

29) 2010년 개정 전 보험업법 제131조 제2항.

30) 이성남, 앞의 논문, 150면.

31) 이와 관련하여 서면에 의한 변경 권고의 경우에는 구속력이 있다는 견해도 있지만(성대규·안종민, 앞의 책, 582면), 변경 권고는 목적달성에 필요한 최소한에 그쳐야 하는 행정지도에 불과하기 때문에 현행법상 보험회사가 금융위원회의 서면에 의한 변경 권고에 따르지 않았다는 이유로 제재 조치를 취할 수는 없다 할 것이다(동지: 한기정, 앞의 책, 890면).

의무를 위반한 경우에 대해 금융위원회가 과징금과 과태료를 부과하는데 비해, 기초서류의 변경 권고를 이행하지 않은 경우에 대해서는 보험업법상의 제재는 없다.

3. 기초서류 기재사항 준수의무

(1) 내용

보험회사는 기초서류에 기재된 사항을 준수하여야 한다(법 제127조의3). 기초서류란 경영하려는 보험업의 보험종목별 사업방법서, 보험약관, 보험료 및 책임준비금의 산출방법서 등을 말하는데, 이러한 기초서류는 보험상품별 핵심적 사항을 기재한 서류로서 보험계약자에게 미치는 영향이 클 뿐만 아니라 보험회사의 재무건전성에도 영향을 주게 된다. 이에 2010년 보험업법 개정 시 기초서류 기재사항의 준수의무 규정을 신설한 것이다.

2010년 개정 전 보험업법은 기초서류에 대한 신고의무만을 부과하고 이를 위반한 경우 과태료에 처할 수 있도록 규정하고 있었지만, 기초서류에 대한 준수의무를 규정하는 조항이 별도로 존재하지 않았다. 이로 인해 기초서류 신고의무 조항을 폭넓게 해석하여 동 규정이 신고의무 뿐만 아니라 기초서류 준수의무도 부과하고 있는 것으로 보아야 한다는 견해도 있었지만, 이는 법치행정의 원칙상 수용하기 곤란하였다. 이에 2010년 개정시 보험회사의 기초서류 준수의무를 부과하고, 기초서류 위반행위에 대해 제재를 가할 수 있도록 함으로써 소비자 보호 및 건전한 보험거래질서의 확립을 기할 수 있게 되었다.[32]

(2) 위반시 효과

보험회사가 기초서류의 작성의무를 위반한 경우에는 해당 보험계약의 연간 수입보험료의 100분의 50 이하의 과징금이 부과되고(법 제196조 제1항 제9호), 보험회사의 발기인·설립위원·이사·감사 등에 대해서는 2천만원 이하의 과태료가 부과된다(법 제209조 제4항 제33호). 그리고 보험회사가 기초서류 준수의무를 위반하여 보험계약자에게 손해가 발생하면 보험계약자에 대해 손해배상책임을 진다 할 것이다.[33]

4. 기초서류 관리기준

(1) 내용

보험회사는 기초서류를 작성하거나 변경할 때 지켜야 할 절차와 기준(이하 "기초서류관리기준"이라 한다)을 정하고, 이를 지켜야 한다(법 제128조의2 제1항). 기초서류관리기준에는 기초서류 작성·변경의 절차 및 기준, 기초서류의 적정성에 대한 내부·외부 검증 절차 및 방법, 기초서류 작성 오류에 대한 통제 및 수정 방법, 기초서류 작성 및 관리과정을 감시·통제·평가하는 방법 및 관련 임직원 또는 선임계리사의 역할과 책임, 그 밖에 기초서류관리기준의 제정·개정 절차 등 대통령령으로 정하는 사항[34]이 포함되어야 한다(법 제128조의2 제2항). 보험회사는 기초서류관리기준을 제정·개정하는 경우에는 금융위원회에 보고하여야 하며, 금융위원회는 해당 기준이나 그 운용이 부당하다고 판단되면 보고일부터 15일 이내에 해당 기준의 변경 또는 업무의 개선을 명할 수 있다(법 제128조의2 제3

32) 특히 기초서류에서 정하고 있는 사항을 위반하여 보험금 수령자에게 지급해야 할 보험금 등을 의도적으로 지급하지 않거나 은닉하는 사례가 종종 지적되었던 바, 이에 대한 제재 규정을 신설함으로써 고의적인 보험금 지급지체 등 기초서류 준수의무 위반(unfair insurance practice)에 대해 업무정지 명령 등 행정처분의 근거를 마련하게 된 것이다(이성남, 앞의 논문, 152~153면).

33) 동지: 한기정, 앞의 책, 899면.

34) "기초서류관리기준의 제정·개정 절차 등 대통령령으로 정하는 사항"이란 기초서류관리기준의 제정 및 개정 절차, 기초서류 작성·변경과 관련한 업무의 분장 및 기초서류 관리책임자에 관한 사항, 임직원의 기초서류관리기준 준수 여부를 확인하는 절차·방법과 그 기준을 위반한 임직원의 처리에 관한 사항, 그 밖에 법령을 준수하고 보험계약자를 보호하기 위하여 기초서류를 작성·변경할 때 따라야 할 사항으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 사항을 말한다(시행령 제71조의4).

항, 시행령 제71조의4 제2항).[35]

(2) 위반시 효과

보험회사가 기초서류의 관리기준을 준수하지 않는 경우 과징금은 부과되지 않지만, 보험회사에 대해서는 1억원 이하의 과태료가 부과된다(법 제209조 제1항 제13호). 그리고 해당 보험회사의 이사·감사 등에 대해서는 2천만원 이하의 과태료가 부과된다(법 제209조 제4항 제34호).

5. 기초서류 작성·변경 원칙

(1) 내용

1) 대원칙

보험회사는 기초서류를 작성·변경할 때 일정한 원칙에 부합하도록 하여야 한다. 즉, 보험회사는 기초서류를 작성·변경할 때 ⅰ) 보험업법 또는 다른 법령에 위반되는 내용을 포함하지 하여야 하고, ⅱ) 정당한 사유 없는 보험계약자의 권리 축소 또는 의무 확대 등 보험계약자에게 불리한 내용을 포함하지 않아야 하며, ⅲ) 그 밖에 보험계약자 보호, 재무건전성 확보 등을 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 금융위원회가 정하는 기준에 적합하게 하여야 한다(법 제128조의3 제1항).[36]

이 밖에도 보험회사가 기초서류를 작성·변경할 때 지켜야 할 사항은 시행령에서 상세히 정하고 있다. 즉, 보험회사는 ⅰ) 보험업법 및 시행령에 따른 생명보험과 손해보험업 겸영 제한에 위배되지 않아야 하고, ⅱ) 보험료, 책임준비금 및 해약환급금을 금융위원회가 정하여 고시하는 기준에 따라 산출·적립하여야 하며, ⅲ) 이 밖에 보험계약자 보호, 재무건전성 확보 등을 위해 필요한 사항으로서 금융위원회가 정하여 고시하는 사항을 지켜야 한다(시행령 제71조의5 별표7).

그리고 일정한 경우에는 보험회사가 기초서류 작성·변경 원칙을 지켜 작성·변경한 것으로 추정하는 규정을 두고 있다. 즉, 보험회사가 기초서류를 작성·변경할 때 그 내용이 법령의 제정·개정에 따라 새로운 보험상품이 도입되거나 보험상품 가입이 의무가 되는 경우 등(법 제127조 제2항 제1~3호)에 해당하지 아니하면 기초서류 작성·변경 원칙을 지켜 작성·변경한 것으로 추정(推定)한다(법 제128조의3 제2항).[37]

2) 세부원칙

① 사업방법서

보험회사는 보험종목별 또는 보험상품별 사업방법서를 작성하려는 경우 사업방법서에 일정한 공통적·필수적 사항을 기재하여야 한다. 즉, 사업방법서에 ⓐ 보험업의 영위 지역, 영위하는 보험종목, 피보험자 또는 보험목적의 범위에 관한 사항, ⓑ 점포, 사무소, 출장소 및 대리점에 관한 사항, ⓒ 보험금액과 보험기간의 제한에 관한 사항, ⓓ 피보험자 또는 보험목적의 선택과 보험계약체결의 절차에 관한 사항, ⓔ 보험료의 수수, 보험금의 지급과 보험료등의 환급에 관한 사항, ⓕ 재보험의 수수에 관한 사항, ⓖ 보험계약에 대한 이익 또는 잉여금의 배당에 관한 사항, ⓗ 약관의 규정에 의한 대출에 관한 사항, ⓘ 보험금액·보험종류 또는 보험기간 등 보험계약의 변경에 관한 사항, ⓙ 위험의

35) 그런데 기초서류관리기준을 변경하라는 명령 기한을 관리기준 보고일을 기준으로 정한 것은 적절하지만, 업무개선에 대한 명령 기한도 동일 기준으로 하고 있는 것은 부적절하기 때문에 업무개선에 대한 명령 기한은 관리기준이 부당하게 운용되는 사실을 안 시점을 기준으로 하는 것이 합리적이라는 견해도 있다(한기정, 앞의 책, 900면).

36) 금융위원회는 보험회사가 신고한 기초서류 및 같은 제출한 기초서류의 내용이 기초서류 관리기준(법 제128조의3) 또는 보험요율 산출의 원칙(법 제129조)를 위반하는 경우에는 신고접수일 또는 제출접수일부터 20일 이내에 그 기초서류의 변경을 권고할 수 있다(시행령 제71조의5).

37) 따라서 기초서류 작성·변경 원칙을 준수하지 않았음을 금융감독당국이 주장하기 위해서는 적극적 반대사실을 입증하여 해야 한다(한기정, 앞의 책, 916면).

상태와 보험목적의 검사에 관한 사항, ⓚ 그 밖에 약관상 보험회사가 정하도록 한 사항을 반드시 기재하여야 한다(보험업감독규정 제7-54조).

생명보험의 사업방법서에는 ⓐ 보험료의 추가납입은 주계약 기본보험료 납입한도의 2배 이내로 하여야 하며, 적립금의 중도인출은 해약환급금의 일정범위내에서 하여야 한다. ⓑ 재무건전성을 해치지 않도록 보험금을 지급하기 위해 필요한 순보험료를 제외한 범위내에서 보험료를 할인할 수 있으며 이 경우 할인요건 및 할인율 등을 구체적으로 명기하여야 한다. ⓒ 제7-66조 제4항에 따라 설계된 보험상품을 판매하기 위해서는 동일한 위험보장에 대하여 제7-66조 제1항에 따라 설계된 보험상품을 동시에 판매하여야 한다. ⓓ 다른 법률과 보험금 지급사유가 연계되는 등 보험금 지급사유가 보험회사의 자체적인 기준이 아닌 경우 향후 법률 개정 등으로 계약유지 필요가 없어지거나 변동될 가능성을 고려하여 계약내용 변경 가능여부, 안내방법 및 계약내용 변경시 보험료와 책임준비금 정산에 관한 사항을 명기하여야 한다(보험업감독규정 제7-55조).

퇴직보험의 사업방법서에는 ⓐ 퇴직보험은 단체 또는 단체의 대표자가 단체의 구성원을 피보험자로 하여 단체의 구성원이 퇴직하는 경우 연금 또는 일시금으로 퇴직금을 수령할 수 있도록 하는 보험으로 근로기준법 제34조의 규정에 의한 요건을 갖추어야 한다. ⓑ 책임준비금이 가입단체의 퇴직급여추계액을 초과하는 때에는 보험계약자에게 반환할 수 있다(보험업감독규정 제7-56조).

손해보험의 사업방법서에는 ⓐ 손해보험회사가 시행령 별표 7 제3호에 따라 보험종목별 또는 손해보험상품(연금저축손해보험상품 및 퇴직보험상품을 포함한다)[38]별 사업방법서를 작성하려는 경우 지켜야 할 사항은 제7-55조 및 제7-56조를 준용한다.[39] ⓑ 장기손해보험의 저축성보험은 보험기간을 15년 이내로 설정하여야 한다. ⓒ 손해보험업의 보험종목 전부를 취급하는 손해보험회사가 영 제15조 제1항 각 호의 보험종목을 취급하는 경우에는 연금 지급기간을 5년 이상 25년 이내의 확정기간으로 설정하여야 한다(보험업감독규정 제7-57조).

제3보험의 사업방법서에는 보험회사가 시행령 별표 7 제3호에 따라 보험종목별 또는 제3보험상품별 사업방법서 작성시 지켜야할 사항은 제7-55조 및 제7-56조를 준용하며, 보장성보험으로 개발하여야 한다(보험업감독규정 제7-58조).[40]

② 약관

보험약관의 필수기재사항으로, 보험회사는 보험약관을 작성하려는 경우 일정한 공통적·필수적 사항을 기재하여야 한다. 즉, ⓐ 보험약관에 보험회사가 보험금을 지급하여야 할 사유, ⓑ 보험계약의 무효 사유, ⓒ 보험회사의 면책사유, ⓓ 보험회사의 의무의 범위 및 그 의무이행의 시기, ⓔ 보험계약자 또는 피보험자가 그 의무를 이행하지 아니한 경우에 받는 손실, ⓕ 보험계약의 전부 또는 일부의 해지의 원인과 해지한 경우의 당사자의 권리의무, ⓖ 보험계약자·피보험자 또는 보험금액을 취득할 자가 이익 또는 잉여금의 배당을 받을 권리가 있는 경우에는 그 범위, ⓗ 적용이율 또는 자산운용 실적에 따라 보험금 등이 변동되는 경우 그 이율 및 실적의 계산 및 공시 방법 등, ⓘ 예금자보호 등 보험계약자 권익보호에 관한 사항을 기재하여야 한다(보험업감독규정 제7-59조).

보험회사는 생명보험상품을 설계하거나 보험약관을 작성하려는 경우 ⓐ 저축성보험의 경우 생존시 지급하는 보험금은 이미 납입한 보험료를 초과하여야 한다.[41] ⓑ 저축성보험의 경우 평균공시이율을 부리이율로 계산한 순보험료식 보험료적립금이 납입완료시점(납입기간이 7년 이상인 경우 7년, 일시납의 경우 15개월)에 이미 납입한 보험료를 초과하여야 한다.[42] ⓒ 순보험료식 보험료적립금을 계산할 때 위험보험료 및 보증수수료 등 위험보장에 필요한 금액과 특별계정 운용수수료는 영(0)으로 한다. ⓓ 변액보험 및 금리연동형보험(연금보험을 제외한다)의 경우 최저사망보험금 등을 설정하여야 한다. ⓔ 중증의 상해, 질병 등으로 위험을 보장하기 어려운 경우 등을 제외하고는 보장하는 위

38) 연금저축손해보험상품 및 퇴직보험상품을 포함한다.
39) 다만, 일반손해보험(자동차보험을 포함한다)은 제외한다.
40) 다만, 보험기간이 1년 이상 15년 이하인 손해보험회사의 상해보험은 저축성보험으로 개발할 수 있다.
41) 다만, 생존연금을 지급하는 연금보험 및 변액보험은 그러하지 아니하다.
42) 다만, 보험기간이 종신인 생존연금 및 연금저축보험은 평균공시이율에 0.25%p를 가산한 부리이율로 계산할 수 있다.

험이 실효성이 있음에도 불구하고 보험계약을 소멸시켜서는 아니 된다. ⓕ 피보험자의 사망을 보장하는 사망보험금이 이미 납입한 보험료의 합계액 이상이어야 한다(보험업감독규정 제7-60조).

손해보험회사가 장기손해보험상품[43]을 설계하려는 경우에 지켜야할 사항은 제7-63조를 준용한다(보험업감독규정 제7-61조).

손해보험회사는 자동차보험상품을 설계하려는 경우 ⓐ 보험기간은 3년 이내로 하고, ⓑ 자동차보험의 위험담보의 범위는 피보험자동차의 소유, 사용, 관리 중 발생한 사고로 인한 제3자에 대한 피보험자의 손해배상책임 담보, 자동차사고로 인한 피보험자의 신체 또는 재물에 대한 보상 담보, 자동차의 소유·사용·관리로 인한 피보험자의 각종 비용 담보 범위를 지켜야 한다(보험업감독규정 제7-62조).

보험회사가 제3보험상품의 보험금 지급사유를 신설 및 변경하려는 경우 ⓐ 약관상 보장하지 아니하는 원인으로 사망시 책임준비금을 지급하고 계약이 소멸하도록 설계할 것, ⓑ 의료기관에 입원 또는 통원을 보장하며 시행령 별표 6 제1호에 해당하는 보험상품을 설계하는 경우 해당 의료기관 또는 대표기관이 포함된 협의기구 등을 통해 보험금 청구시 제출서류, 제공절차 및 보험금 지급사유를 명확히 설정하여야 한다(보험업감독규정 제7-63조 제1항). 그리고 약관상 실제 발생하는 손해(이하 "실손해"라 한다)를 보장하는 경우 ⓐ 실손의료보험은 실손의료보험계약으로만 구성된 보험상품으로 판매하고, 그 보험계약은 주계약과 주계약에서 보장하지 않는 대상을 보장하는 특약으로 구성하여야 하고,[44] ⓑ 주계약으로 체결한 실손의료보험계약[45]의 보험금을 약관에서 보장대상으로 하는 본인부담의료비(공제전)에서 입원,[46] 외래,[47] 처방·조제[48]의 금액을 공제한 금액으로 하여야 하며, ⓒ 특약으로 체결한 실손의료보험계약(노후실손의료보험은 제외한다)의 보험금을 약관에서 보장대상으로 하는 본인부담의료비(공제전)에서 1회당 또는 일당 2만원 또는 보장대상의료비의 30% 중 큰 금액을 공제한 금액으로 하여야 하고,[49] ⓓ 실손의료보험에서 위험구분단위별로 보험료의 변경이 매년 ±25%를 초과하지 않아야 하며,[50] ⓔ 실손의료보험 위험률을 국민건강보험법 및 의료급여법에 근거하여 비용을 산정하는 급여부분과 비급여부분으로 구분하여야 한다.[51] 그리고 ⓕ 노후실손의료보험의 경우 보험가입금액의 한도는 다른 실손의료보험의 입원과 통원(외래 및 처방조제)의 연간 최대 보장금액을 합산한 금액 이하여야 하고, 지급보험금 계산시 약관에서 보장대상으로 하는 본인부담 의료비(공제전)에서 입원은 30만원, 통원은 3만원을 우선 공제한 후 나머지 금액에서 국민건강보험법 및 의료급여법에 근거하여 비용을 산정하는 급여부분(20%이상)과 국민건강보험법 및 의료급여법에서 정하는 비급여부분(30%이상)을 추가로 공제하여야 한다.[52]

ⓖ 실손의료보험은 경험통계 등을 기초로 순보험요율의 적정성을 매년 검증하여야 하고, 보험기

---

43) 연금저축손해보험상품 및 퇴직보험상품을 포함한다.

44) 다만, 단체보험상품 및 여행보험상품의 경우에는 실손의료보험계약을 포함하여 판매할 수 있다.

45) 다음 각 목에서 정하는 공제금액보다 높은 공제금액을 적용하고 65세 이상에서 보험가입이 가능한 실손의료보험(이하 “노후실손의료보험”이라 한다)과 감독원장이 정하는 표준사업방법서에 따른 계약전 알릴의무 사항을 축소한 실손의료보험(이하 “유병력자실손의료보험”이라 한다)은 제외한다. 이하 “기본형 실손의료보험”이라 한다.

46) 보장대상의료비의 10% 또는 20%(단, 공제할 금액이 연간 200만원을 초과하는 때에는 200만원까지 공제한다).

47) 국민건강보험법 제42조 요양기관별 방문 1회당 또는 1일당 1) 의료법 제3조 제2항 제1호에 의한 의원·치과의원·한의원, 의료법 제3조 제2항 제2호에 의한 조산원, 지역보건법 제7조에 의한 보건소, 지역보건법 제8조에 의한 보건의료원, 지역보건법 제10조에 의한 보건지소, 농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법 제15조에 의한 보건진료소 : 1만원 또는 1만원과 보장대상의료비의 20%중 큰 금액, 2) 의료법 제3조의3에 의한 종합병원, 동법 제3조의2에 의한 병원·치과병원·한방병원, 요양병원 : 1만5천원 또는 1만5천원과 보장대상의료비의 20%중 큰 금액, 3) 국민건강보험법 제42조 제2항에 의한 전문요양기관 또는 의료법 제3조의4에 의한 상급종합병원 : 2만원 또는 2만원과 보장대상의료비의 20%중 큰 금액

48) 국민건강보험법 제42조 제1항 제2호에 의한 약국, 동법 제42조 제1항 제3호에 의한 한국희귀의약품센터에서의 처방·조제(의사의 처방전 1건당, 의약분업예외지역에서 약사의 직접조제 1건당) : 8천원 또는 8천원과 보장대상의료비의 20%중 큰 금액

49) 단, 국민건강보험법 제42조의 요양기관이 아닌 해외 소재 의료기관의 의료비는 공제 대상 의료비에서 제외한다.

50) 다만, 보험회사가 제7-16조부터 제7-19조까지에서 정하는 조치를 요구받거나 그러할 가능성이 있다고 인정되는 경우는 그러하지 아니한다.

51) 여행보험은 제외한다.

52) 다만, 입원의 경우 공제할 금액이 연간 500만원을 초과하는 때에는 500만원까지 공제한다.

간 및 보장내용 변경주기를 15년 이내로 하여야 하며, 75세 이상을 보장하는 경우 노후실손의료보험을 해당 시점에 판매 또는 보유하고 있어야 하고, 국민건강보험법 등에서 정하는 비급여부분에 대하여 공제비율이 20%미만인 실손의료보험은 청구된 보험금이 해당 법규의 급여 대상에서 제외되는 비용인지 여부에 대하여 확인할 수 있도록 사업방법서를 작성하여야 한다. ⓗ 실손의료보험을 판매 또는 보유하는 보험회사는 단체보험으로 실손의료보험에 가입되어 있는 자가 중복하여 가입되어 있는 노후실손의료보험, 유병력자실손의료보험, 여행보험 및 단체보험을 제외한 실손의료보험(이하 '개인실손의료보험'이라 한다.)의 보험료 납입 및 보장에 대해 중지, 재개를 신청하는 경우 감독원장이 정하는 바에 따라 이를 중지, 재개하여주는 제도를 운영해야 한다. ⓘ 보험회사는 단체보험으로만 실손의료보험에 가입되어 있는 피보험자 또는 피보험자이었던 자 중 감독원장이 정하는 자가 개인실손의료보험으로 전환을 신청하는 경우 감독원장이 정하는 바에 따라 당해 보험회사가 판매 또는 보유하고 있는 개인실손의료보험으로 전환하여주는 제도를 운영해야 한다(보험업감독규정 제7-63조 제2항).

③ 보험료 및 책임준비금 산출방법서

공통적 필수기재사항으로 보험회사는 보험료 및 책임준비금 산출방법서를 작성하려는 경우 ⓐ 보험료의 계산에 관한 사항,[53] ⓑ 책임준비금의 계산에 관한 사항,[54] ⓒ 해약환급금의 계산에 관한 사항,[55] ⓓ 보험금 및 보험료가 변경되는 경우 그 계산에 관한 사항, ⓔ 보증비용을 부과하는 경우 그 계산에 관한 사항을 기재하여야 한다(보험업감독규정 제7-64조).

생명보험회사는 책임준비금을 산출·적립하려는 경우 ⓐ 보험료적립금은 순보험료식준비금으로 적립하며 회계연도말 보험료적립금은 경과기간 등을 고려하여 감독원장이 정하는 바에 따라 산출하여야 하고, ⓑ 보험료적립금은 연납보험료를 기준으로 하여 산출할 수 있다(보험업감독규정 제7-65조). 그리고 생명보험회사는 해약환급금을 산출·적립하려는 경우 ⓐ 해약환급금은 보험료적립금에서 일정한 방식에 따른 해약공제액을 공제하여 계산한 금액이상으로 산출할 수 있고, ⓑ 해약공제기간은 보험료 납입기간 또는 신계약비 부가기간으로 하되, 보험료 납입기간 또는 신계약비 부가기간이 7년 이상일 때에는 7년으로 한다(보험업감독규정 제7-66조).

(2) 위반시 효과

보험회사가 기초서류의 작성·변경 원칙을 준수하지 않은 경우에는 해당 보험계약의 연간 수입보험료의 100분의 50 이하의 과징금이 부과되고(법 제196조 제1항 제10호), 보험회사의 발기인·설립위원·이사·감사 등에 대해서는 2천만원 이하의 과태료가 부과된다(법 제209조 제4항 제35호).

6. 기초서류의 변경 또는 사용정지 명령권

(1) 내용

보험업법은 보험회사의 기초서류에 법령 위반이 있거나 보험계약자에게 불리한 내용이 있다고 인정되는 경우에[56] 금융위원회는 청문을 거쳐 기초서류의 변경 또는 그 사용의 정지를 명할 수 있다(법 제131조 제2항).[57] 그리고 보험회사가 명령을 받은 경우에는 그 요지를 공고하여야 한다(법 제131조 제5항).[58] 또한 금융위원회는 기초서류의 변경을 명하는 경우 보험계약자·피보험자 또는 보험

53) 보험기간이 3년을 초과하는 등 현금흐름방식을 적용해야 하는 보험계약의 경우(법 제108조제1항제2호의 보험계약은 제외) 최적기초율을 기초로 장래 현금흐름을 고려하여 보험료의 적정성을 분석한 결과를 포함한다.

54) 보험료적립금 산출시에 적용한 이율, 위험률 등에 관한 사항을 포함한다.

55) 해약환급금 계산시에 적용한 이율, 위험률 및 해약공제액 등에 관한 사항을 포함한다.

56) 이 밖에도 보험회사의 업무 및 자산상황, 그 밖의 사정의 변경으로 공익 또는 보험계약자의 보호와 보험회사의 건전한 경영을 크게 해칠 우려가 있는 경우도 함께 규정되어 있다.

57) 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항에 관하여 기초서류의 변경을 명하는 경우에는 청문을 하지 아니할 수 있다(법 제131조 제2항 단서). 여기서 "대통령령으로 정하는 경미한 사항"이란 법령의 개정에 따라 기초서류의 변경이 필요한 사항을 말한다(시행령 제73조 제2항).

금을 취득할 자의 이익을 보호하기 위하여 특히 필요하다고 인정하면 이미 체결된 보험계약에 대하여도 장래에 향하여 그 변경의 효력이 미치게 할 수 있다(법 제131조 제3항). 그러나 금융위원회는 변경명령을 받은 기초서류 때문에 보험계약자·피보험자 또는 보험금을 취득할 자가 부당한 불이익을 받을 것이 명백하다고 인정되는 경우에는 이미 체결된 보험계약에 따라 납입된 보험료의 일부를 되돌려주거나 보험금을 증액하도록 할 수 있다(법 제131조 제4항).

(2) 위반시 효과

금융위원회가 기초서류의 변경 또는 그 사용의 정지를 명한 경우 보험회사는 이를 이행할 의무를 진다.[59] 보험회사가 금융위원회의 기초서류의 변경 또는 사용 정지 명령을 준수하지 않은 경우에는 해당 보험계약의 연간 수입보험료의 100분의 50 이하의 과징금이 부과되고(법 제196조 제1항 제11호), 보험회사에 대해서는 1억원 이하의 과태료가, 그 이사·감사 등에 대해서는 2천만원 이하의 과태료가 부과된다(법 제209조 제1항 제14호, 제4항 제37호).

7. 기초서류 등에 관한 외국의 입법례

(1) 독일

EU 국가[60]에 있어서 보험상품의 개발은 사후공시주의에 기해,[61] 원칙적으로 보험회사 자율로 이루어지고 있지만,[62] 보험계약자 보호 등을 위해 일정한 규제가 가해진다.[63] 독일의 경우 상품인가에 대한 권한을 감독당국이 보유하지 않고, 보험회사로 하여금 책임계리사를 선임하여 자율규제하도록 하고 있다.[64] 독일 보험감독법(Versicherungsaufsichtsgesetz: VAG)은 감독당국의 보험약관 등에 대한 인가제를 폐지하고 자료제출요구권 및 변경명령권 등 사후조치권만을 허용하고 있다.[65] 보험약관 및 보험료 및 책임준비금 산출원칙 등을 포함하는 사업계획서에 대하여 신규보험계약이 체결되기 이전에 수정을 명할 수 있고, 보험계약자 보호를 위해 필요한 경우 체결된 보험계약의 사업계획서의 변경 또는 폐지를 명할 수 있다(VAG §81a). 보험업법을 위반한 경우 벌금(Geldstrafe) 및 과태료(Bußgeld) 규정을 두고 있는데, 보험영업상 질서위반행위(Ordnungswidrigkeiten im Rahmen des Versicherungsbetriiebs)에 대해 유형에 따라 200,000유로, 150,000유로, 100,000유로, 20,000유로를 상한으로 하여 과태료가 부과된다(VAG §144, 144a, 144b, 144c).

---

58) 공고는 전국적으로 배포되는 둘 이상의 일간신문에 각각 1회 이상 하여야 하며, 금융위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 보험계약자 등에게 서면으로 안내하여야 한다(시행령 제73조 제3항).

59) 보험회사가 명령에 따르지 않은 채 보험상품을 판매하더라도 사법상의 효력은 부인되지 않기 때문에 그 계약은 유효하다(한기정, 앞의 책, 896면).

60) 프랑스는 보험사업의 영위에 있어서는 재정경제부장관의 인가를 받도록 하고 있지만, 영업 개시 이후 보험상품을 변경하는 경우에는 사후 보고를 하면 된다. 그리고 보험계약 관련 서류 등이 법규에 위반하는 경우에는 보험자문위원회의 동의를 얻어 철회하거나 정정명령을 할 수 있다(프랑스 보험법 제310-8조).

61) 장경환, "약관규제법상의 행정관청 인가약관 시정요청과 보험업법상의 보험약관의 신고·자율약관화 ",「선진상사법률연구」제64호(2013), 30면.

62) 즉, EU는 1992년의 제3차 생명보험지침(Council Directive 92/96/EEC of 10 November 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct life assurance and amending Directives 79/267/EEC and 90/619/EEC)과 제3차 손해보험지침에서는 회원국들로 하여금 보험상품에 대한 감독당국의 인가 등 사전적 규제를 원칙적으로 금지하고 있다(Council Directive 92/49/EEC of 18 June 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and amending Directives 73/239/EEC and 88/357/EEC). 이러한 원칙은 제2지급여력지침에 그대로 승계되었다(Solvency II Directive, 2009/138/EC). 그러나 EU는 2017. 1. 3. 시행된 금융상품시장규정(Markets in Financial Instruments Regulation: MiFIR)에 금융소비자보호 등을 위해 금융투자상품 등에 대해 금융상품개입제도를 도입하였다(MiFIR Section 40·41)).

63) 생명보험의 경우 보험계리와 관련된 법규 준수 여부를 확인하기 위해 보험료 산출기준 및 보험계약 체결 양식에 대한 자료 제출을 요구할 수 있다(Directive 2002/83/EC Article 34).

64) 장경환, 앞의 논문, 30면.

65) 그러나 연금공제조합 및 사망공제조합에 대해서는 기초서류로서 보통보험약관의 제출의무가 있다(독일 보험감독법 제8조).

(2) 영국

영국은 사후공시주의에 기해 보험회사가 보험상품을 자유롭게 개발할 수 있고, 보험약관 등에 대한 별도의 규제 없이 자율로 심사·판매할 수 있다. 다만, 종래 선임계리사 체제로 보험료 및 책임준비금산출서의 적정성을 검증하던 것을, 2004년 선임계리사는 보험회사 경영진에 대한 보조기능을 담당하는 것으로 하면서 보험계리업무에 대한 책임을 회사 경영진이 부담하도록 책임을 강화하였다.[66] 보험회사에 보험금 청구에 대한 신속·공정 처리 의무를 부과하면서 보험금의 부당한 지급 거절을 금지하고 있는데(The Insurance Conduct of Business Sourcebook §8.1.1), 보험회사가 이를 위반한 경우에는 영업행위감독청(FCA)은 금액의 상한 없이 그에 상응하는 벌금을 부과할 수 있다(The Financial Service and Market Act 2000(이하 "FSMA"라 한다) §206). 최근 영국은 지급보증보험(Payment Protection Insurance: PPI)의 대규모 불완전판매[67] 등을 겪으면서 부가보험상품(Add-on insurance products)[68] 판매 시 소비자 피해가 발생하지 않도록 손해율 공개의 의무화 및 비교공시의 강화 등 다각적인 노력을 기울이고 있다.[69]

(3) 미국

EU 국가와 달리 미국은 주별로 차이는 있지만, 보험료 등에 있어서 사전인가제도(Prior Approval)를 취하는 경우가 많다.[70] 즉, 보험회사가 약관이나 요율을 변경하여 판매하고자 하는 경우 판매하기 일정기간 전에 주 보험감독청으로부터 사전에 인가받도록 하고 있는데,[71] 예컨대 뉴욕주의 경우 생명보험, 연금보험, 상해·건강보험, 각종 손해보험 종목별로 보험약관 등 보험계약서류(Policy Form)에 대해 사전심사를 원칙으로 하면서,[72] 인가의제제도를 인정하고 있다.[73] 그리고 보험계약의 내용에 반드시 포함해야 할 표준조항 등을 의무화하고 있고(뉴욕주 보험법 §3203), 인가약관이라 하더라도 법규위반, 심사내용 위반 등이 발견될 경우 변경을 명하거나 인가 철회를 할 수 있다(뉴욕주 보험법 §3202).

---

66) 성대규·안종민, 앞의 책, 579면.

67) 영국 금융감독청(FSA)은 2006년부터 2010년까지 PPI 불완전판매에 대하여 1,260만 파운드의 과징금을 부과하는 등 제재조치를 단행하였고(FSA, Policy Statement 10/12, "The Assessment and Redress of PPI Complaints", 2010. 8, p.4), 이후 일련의 불완전판매 사태를 겪으며 2012년에는 FCA에 대해 금융상품 개입권한(product intervention rules)을 인정하는 규정을 두기에 이르렀다(FSMA §137D(1)).

68) 부가보험상품은 다른 상품에 부가하여 판매되는 보험상품으로 신용에 부가될 수 있는 지급보증보험이나 카드보호(Card protection), 신원도용 보호(identity theft protection), 여행에 부가될 수 있는 여행자 보험(Travel insurance), 자동차보험에 부가될 수 있는 개인상해보험(Personal accident insurance), 구매한 물품에 대한 보험(Gadget insurance), 주택에 부가되는 주택재해보험(Home emergency insurance) 등 다양한 상품이 존재한다(이규복, "최근 영국의 부가보험상품에 대한 규제강화 논의 및 시사점", 「주간 금융브리프」 24권 12호(2015), 10~11면).

69) Financial Conduct Authority, "Guaranteed Asset Protection insurance: a competition remedy", CP14/29, 2014(https://www.fca.org.uk/publication/consultation/cp14-29.pdf).

70) 미국의 경우 보험사업에 대해서는 1945년 맥카런-퍼거슨법(Macarran-Ferguson Act)에 의해 연방정부 차원이 아니라 개개의 주정부에 의해 감독이 이루어진다(15 U.S.C. §1011).

71) 미국 보험감독관협회(National of Insurance Commssioners: NAIC)는 손해보험의 약관과 요율에 대한 규제가 각주별로 다르기 때문에 각주 보험청이 참고할 수 있는 모델법과 가이드라인을 작성하여 제공하고 있다. 예컨대 2009년의 사전인가 모델법(Property and Casualty Model Rating Law: Prior Approval Version)이 대표적인 예이다(http://www.naic.org/store/free/GDL-1780.pdf.). 이 모델법 이후 현재 각 주에서는 보험요율과 보험계약서의 심사방식으로 인가(prior approval), 판매전 신고(file and use), 판매후 보고(use and file), 탄력적 요율결정(flex rating), 수정 형태의 인가(modified prior approval), 보고 생략(no-filing)의 방식이 사용되고 있다(Angelo Borselli, "Insurance Rates Regulation in Comparison with Open Competition," Connecticut Insurance Law Journal, Vol. 18.1(2011), pp.126~127).

72) 즉, 손해보험의 경우(뉴욕주 보험법 §2307(b)), 생명보험의 경우(뉴욕주 보험법 §3201(b)(1)), 상해·건강보험의 경우(뉴욕주 보험법 §3216(b), §3231(d)) 등이 그 예이다. 화재보험의 경우 1909년 캔자스주가 처음으로 사전인가제도를 도입하여 공정한 차별성·적정성 등의 원칙에 기해 보험약관과 보험요율을 심사하였다(Angelo Borselli, op. cit., p.115).

73) 뉴욕주의 경우 손해보험상품에 대해 사전인가 신청일로부터 주 보험감독청의 인가 거부의 처분 없이 30일이 경과한 경우 사전인가를 받은 것으로 보지만(뉴욕주 보험법 §2307(b)), 생명보험의 경우에는 90일이 경과한 경우 사전인가가 의제된다(뉴욕주 보험법 §3201(b)(6)(A)).

보험법 위반행위에 대한 제재 수단으로는 형사처벌, 인·허가 취소, 민사제재금(Civil Money Penalty) 부과 등이 있다. 민사제재금은 행정법상 의무확보수단으로 행정기관 또는 법원이 민사절차(Civil Procedure)에 의하여 부과하는 금전적 제재방법이다. NAIC는 1990년 보험금 청구에 대한 부당처리 관행에 관한 모델법(Unfair Claims Settlement Practices Act, 이하 "UCSP Act"라 한다)을 제정하였는데, 고의로 보험금 청구권자나 피보험자에게 문제되는 보상 범위와 관련된 사실이나 약관 조항에 대한 허위 사실을 고지하는 경우 등에 대해 민사제재금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다(UCSP Act §4).[74] 뉴욕주도 보험회사에 대해 주 금융청장이 제재를 가할 수 있는데, 보험법 위반의 경우 위반행위에 대하여 각 행위별로 1,000달러 이내의 민사제재금을 부과할 수 있도록 하고 있고(뉴욕주 보험법 §109(c)), 시정·중지명령(Injunction)을 내릴 수 있다(뉴욕주 보험법 §327(a)).

(4) 일본

일본의 경우 보험약관 등에 대해 원칙적으로 사전 인가제를 취하면서도, 규제완화의 추세에서[75] 일정한 보험상품 등 계약자보호에 문제가 없는 경우에는 신고제로 운영하고 있다.[76] 금융청장관은 신고상품 수리 후 일정기간 이내에 신고사항의 변경 및 신고철회명령을 부과할 수 있다.[77] 보험상품의 내용은 사업방법서·보통보험약관·보험료 및 책임준비금 산출방법서에 기재되는데, 보험회사가 보험상품을 판매하고자 하는 경우 원칙적으로 금융청장관의 사전인가를 받아야 한다(일본 보험업법 제123조 제1항). 사업방법서 및 보통보험약관의 인가심사요건은 ① 보험계약자, 피보험자, 보험수익자 등의 보호에 소홀함이 없을 것, ② 보험계약 내용이 특정인을 부당하게 차별하지 않을 것, ③ 보험계약 내용이 공공질서나 선량한 풍속을 해칠 우려가 없을 것, ④ 보험계약 내용이 보험계약자 등에게 명확하고 평이하게 이해될 수 있을 것 등이다. 보험료 및 책임준비금 산출방법서의 인가심사요건은 ① 보험료 및 책임준비금이 보험계리원칙에 따라 합리적이고 타당할 것, ② 보험료가 특정인을 부당하게 차별하지 않을 것 등이다(일본 보험업법 제123조 제1항). 금융청장관은 보험상품 사전인가 신청이 접수된 날로부터 90일 이내에 인가여부를 결정해야 한다(일본 보험업법시행규칙 제246조 제12호).

신고상품이 심사요건에 부합하지 않는 경우 금융청장관은 신고접수일 익일부터 90일이 경과하는 기간(이하 "신고심사기간"이라 한다) 내에 변경명령 또는 신고철회명령을 부과해야 하며(일본 보험업법 제125조 제4항), 신고심사기간이 경과할 때까지 별도의 처분을 하지 않은 경우 신고가 수리된 것으로 본다(일본 보험업법 제125조 제1항). 보험회사가 기초서류를 변경하고자 하는 경우에도 원칙적으로 인가를 받아야 하지만, 보험계약자 보호와 관련이 적은 사항으로서 내각부령으로 정한 사항에 대해서는 신고를 하면 된다(일본 보험업법 제123조).[78] 금융청장관은 보험회사가 고의적으로 보험금을 지급하지 않는 등 보험계약자의 보호를 위해 필요한 경우와 보험회사의 건전·적절한 운영을 확보하기 위한 경우에는 사업방법서·보통보험약관·보험료 및 책임준비금 산출방법서의 기재사항의 변경을 명할 수 있고(일본 보험업법 제131조),[79] 업무의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다(일본 보

74) 개별 위반행위에 대해서는 1,000달러 이하의 민사제재금을 부과하면서, 전체 제재금의 합계는 100,000달러 이하로 정하고 있다. 다만 명백하고 고의적으로 법령을 위반한 경우에는 개별 위반행위에 대한 제재금은 25,000달러, 전체 제재금 합계는 250,000달러 이하로 정하고 있다. 보험회사가 고의로 법령 위반행위를 한 경우에는 인·허가를 취소할 수 있다(UCSP Act §6B).

75) 上原純, "保険業法上の規制緩和-2006年からの10年間-",「保険学雑誌」 第639号(2017), 111면.

76) 保險研究會 編,「保險業法解說」, 大成出版社, 1996, 133면. 일본 보험업법시행규칙 제83조에서 정한하고 있는 보험상품(후생연금기금을 보험계약자로 하는 보험계약, 기업연금연합회를 보험계약자로 하는 보험계약, 국민연금기금을 보험계약자로 하는 보험계약, 연금적립금관리관리운용독립행정법인을 보험계약자로 하는 보험계약, 확정갹출연금보험계약, 규약형확정급부기업연금보험계약, 단체생존보험계약 등)의 경우에는 판매전 신고 절차에 의할 수 있다(일본 보험업법 제123조 제2항).

77) 그리고 금융감독당국은 보험회사의 건전한 운영 및 보험계약자보호를 위해 필요한 경우 기초서류에 대해 변경을 명령할 수 있다(일본 보험업법 제131조).

78) 인가나 신고를 하지 않고 기초서류에서 정한 사항을 변경한 경우에는 100만 엔 이하의 과태료 부과 대상이 된다(일본 보험업법 제333조 제40호, 제41호).

79) 기초서류의 변경명령권은 실체적 감독을 나타내는 것으로, 사정변경에 의해 필요하다고 인정하는 경우도 포함된다(石田満, 「保險業法」, 文眞堂, 2011, 255면).

험업법 제132조).

보험회사가 기초서류에서 정한 사항 중 "중요사항"을 위반한 경우 금융청장관은 보험회사 업무의 전부 또는 일부의 정지, 임원의 해임, 면허의 취소를 할 수 있다(일본 보험업법 제133조 제1호). 기초서류 기재사항 중 "중요사항"인지를 판단하는 기준은 보험계약자 보호에 영향을 미치는지 여부 등이다. 예컨대, 사업방법서에서 정하는 한도를 현저히 초과하는 보험계약을 체결하거나, 산출방법서에서 정하는 보험요율과 다른 요율을 적용하는 경우 등이다.[80]

(5) 각국의 비교

EU의 경우 그동안 보험 관련 지침(Directive) 형태로 보험약관과 보험요율 등 보험상품에 대한 각 회원국 감독당국의 사전 규제를 제한하면서, 보험상품의 개발에 대해 사후공시주의를 취하고 있다. 독일은 감독당국의 보험약관 등에 대한 자료제출요구권 및 변경명령권 등을 허용하고 있고, 사업계획서에 대한 수정 명령권, 사업계획서의 변경 또는 폐지 명령권이 인정된다. 그리고 보험업법을 위반하면 금전제재로서 벌금과 과태료의 제재가 있다. 영국은 보험회사가 보험상품의 개발을 자유롭게 할 수 있고, 보험약관 등에 대한 별도의 규제 없이 자율로 심사·판매할 수 있다. 보험금의 부당한 지급 거절 등을 금지하고 있는데, 보험회사가 이를 위반한 경우에는 그에 상응하는 금액의 벌금이 부과된다.

이에 비해 미국과 일본은 원칙적으로 보험약관 등의 기초서류에 대한 사전인가제도를 취하고 있다. 미국 뉴욕주의 경우 우리나라의 표준약관과 동일한 제도는 없으나, 보험업법상 기초서류 작성·변경 원칙과 유사하게 보험계약의 내용에 반드시 포함해야 할 표준조항 등을 의무화하고 있다. 또한 보험상품 규제의 경우 요율규제와 유사하게 신고제 또는 보고제 등의 규제를 하고 있고, 보험법 위반의 경우 시정·중지명령(Injunction)과 함께 위반행위에 대하여 각 행위별로 민사제재금을 부과하고 있다. 일본의 경우 보험약관 등에 대한 통제는 원칙적으로 사전 인가제이지만, 일정한 보험상품 등 보험계약자보호에 문제가 없는 경우에는 신고제로 운영하고 있다. 보험회사의 불공정행위 등이 있는 경우 사업방법서의 변경명령 또는 업무정지 등 고강도의 행정처분을 부과하고 있다.[81]

Ⅲ. 보험업법상 기초서류 관련 제도의 법적 쟁점

1. 기초서류에 대한 감독처분의 쟁점

(1) 기초서류에 대한 변경권고제도의 문제

기초서류의 변경권고에 대해 보험회사가 이를 따르지 아니한 경우에 대해 보험업법은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 변경권고는 보험회사가 어디까지나 임의로 변경하도록 유도하는 사실행위이므로 강제성이 없지만, 서면에 의한 변경권고에 대해서는 구속력을 인정하는 견해도 있다.[82] 생각건대 기초서류 변경권고의 사유가 기초서류 작성·변경 원칙과 보험요율 산출 원칙을 위반한 경우로 하고 있기 때문에, 보험회사가 변경권고에 응하지 않을 경우 어떠한 제재도 없는 것이 타당한 것인가에 대해 의문이 든다.

기초서류의 변경권고요건으로 기초서류 작성·변경 원칙(법 제128조의3) 및 보험요율 산출 원칙(법 제129조)을 위반한 경우라고 규정하고 있는데, 보험약관의 작성·변경원칙과 보험요율의 산출원칙은 별개의 것이므로 양자 가운데 어느 하나라도 위반하면 변경권고의 대상이 된다고 보아야 할 것이다.

80) 石田満, 앞의 책, 258~259면.

81) 安居孝啓「最新保険業法の解説」(改訂版), 大成出版社, 2010, 437면. 일본 금융청은 메이지야스다(明治安田) 생명에 대해 보험금 미지급 등을 이유로 2005. 3.과 2005. 11.에 각각 2주간의 업무정지명령 및 업무개선명령을 내렸고, 니혼(日本) 생명에 대해서도 2005. 7. 지급심사 관련 체제정비 등 업무개선명령을 내린 바 있다(이홍무, "일본 보험업계 신뢰회복의 해법과 시사점-금융청의 부활과 보험금 미지급에 대한 대응을 중심으로-",「손해보험」제457호(2007), 15~36면 참조).

82) 성대규·안종민, 앞의 책, 582면.

따라서 “제128조의3 또는 제129조를 위반하는 경우”에 기초서류의 변경을 권고할 수 있도록 개정하여야 할 것이다. 또한 기초서류의 변경권고의 대상이 되는 기초서류를 신고상품에 한하고 있으나, 보험회사가 자율적으로 운영하는 보험상품에 대해서도 보험계약자 보호 등의 필요가 있는 경우에는 기초서류 변경권고를 할 수 있도록 하여야 할 것이다.[83]

(2) 기초서류의 변경 또는 사용 정지명령권의 문제

2010년 보험업법 개정 시 종래 기초서류 변경 및 사용정지 명령제도와 별도로 기초서류에 대한 변경권고제도를 신설한 것은 규제완화, 행정수단의 다양화 및 기초서류제도의 탄력적인 운영을 위한 조치라 할 것이다. 그런데 보험업법은 보험회사의 기초서류에 법령 위반이 있거나 보험계약자에게 불리한 내용이 있다고 인정되는 경우 금융위원회는 청문을 거쳐 기초서류의 변경 또는 그 사용의 정지를 명할 수 있다고 규정하고 있다(법 제131조 제2항).[84] 또한 기초서류의 변경을 명함에 있어서 보험계약자 등의 이익을 보호하기 위하여 필요한 경우에는 이미 체결된 보험계약에 대하여도 장래에 향하여 그 변경의 효력이 미치게 하면서, 변경명령을 받은 기초서류로 인해 보험계약자 등이 불이익을 받을 것이 명백하다고 인정되는 경우에는 이미 체결된 보험계약에 따라 납입된 보험료의 일부를 반환해주거나 보험금을 증액하도록 할 수 있다(법 제131조 제3항 및 제4항).

이와 같이 기초서류의 변경 및 사용정지명령은 기초서류의 변경권고에 비해 법적 구속력을 갖는 강력한 행정행위임에도 청문에 대한 규정만 두고 있을 뿐이다. 기초서류의 변경권고의 경우에 서면요건과 변경권고 기한 요건을 법정하고 있는데, 기초서류의 변경 및 사용정지명령의 경우에도 서면에 의해 행사하도록 하면서 변경 기한도 규정할 필요가 있다고 본다.

2. 기초서류 관련 의무 위반에 대한 제재 관련 쟁점

보험사업자가 기초서류 관련 의무를 위반한 경우에는 공법상의 효과로서 과징금과 과태료가 부과된다(법 제196조, 제209조).[85] 과징금(過徵金)은 행정법규 또는 행정상의 의무 위반에 대해 관련 법률에 근거하여 행정기관이 부과하는 행정적 제재금이다. 주로 경제행정법상 의무를 위반한 자가 그 위반행위로 인해 얻은 이익을 박탈함으로써 간접적으로 의무이행을 강제하는 효과를 거두기 위한 측면에서 도입된 것이다.[86] 과징금은 금융관계법의 영역에서 행정청의 금융회사에 대한 금전제재 방법의 하나로 활용되고 있는데, 보험업법 위반이 공정거래법 위반에 해당하는 경우 어느 동일한 행위에 대하여 보험업법 과징금 조항들과 공정거래법 규정을 중첩적으로 적용하여 과징금을 각각 부과할 수 있다.[87] 이러한 점에서 과징금과 과태료는 형벌로서 금전적 처벌인 벌금(罰金)과 다르다.[88]

특히 과징금은 행정상의 의무 위반행위로 인한 부당이득을 환수하는 것에 주된 목적이 있기 때문에, 과징금 산정·부과 시 부당이득의 유무와 규모 등을 고려하게 된다. 다만, 금융관련법령에서는 부당이득이 없더라도 그 위반행위의 경제적 규모에 따라 상응하는 금액으로 제재할 필요가 있는 경우에도 과징금이 활용된다. 예컨대, 은행법, 보험업법 등은 대주주와의 거래 관련 규제 위반이나 신용

83) 이성남, 앞의 논문, 152면.

84) 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항에 관하여 기초서류의 변경을 명하는 경우에는 청문을 하지 아니할 수 있다(법 제131조 제2항 단서).

85) 행정법상 의무 위반에 대해 금전제재의 방법으로 부과되는 과태료(過怠料)는 범죄의 정도에 이르지는 않지만 경미한 행정법규의 위반행위에 대해 행정처분 절차에 의해 부과되는 금전제재이다. 질서벌인 과태료는 간접적으로 행정상의 질서에 장해를 줄 위험성이 있는 정도의 비교적 단순한 의무해태에 대해 부과되는 제재적 성격의 처분으로, 과징금과는 제재 대상인 위반행위의 성격과 정도에 차이가 크다.

86) 김동희, 「행정법II」(제12판), 박영사, 2007, 589면. 일본의 경우 1977. 5. 27. ‘私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律’의 개정시 과징금 제도를 도입하였는데, 우리나라는 1980년 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”이라 한다)에 과징금 제도가 도입되었다.

87) 대법원 2015. 10. 29 선고 2013두23935 판결.

88) 법률이 벌금 등 형사벌과 함께 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이는 이중처벌금지원칙에 반하는 것은 아니다(헌법재판소 2003. 7. 24 자 2001헌가25 결정). 미국 연방대법원도 SEC가 부과하는 민사제재금과 형사벌의 병과에 대해 이중처벌에 해당하지 않아 합헌이라고 보고 있다(John Hudson, Larry Baresel, and Jack Butler Rackley v US, 118 S.Ct. 488, Dec. 10, 1997).

공여 한도 위반에 대해서 그 위반금액 규모에 따라 과징금을 산정·부과하고 있다. 또한 과징금은 행정청의 처분에 의해 부과된다는 점에서 과태료와 동일하나, 과태료가 경미한 질서위반행위에 대해 부과되는 것인 반면 과징금은 상대적으로 영업허가의 취소, 정지에 상응하는 중대한 의무 위반에 대해 부과되는 것이라는 점에서 차이가 있다.

그런데 현실적으로는 경미한 위반행위에 대해서도 과징금이 부과되는 경우도 있어 과태료와 과징금이 엄격히 구별되지 않고 혼용되고 있는 실정이다.[89] 이와 관련하여 보험회사에 대한 제재가 과도하다는 지적이 있다. 기초서류는 보험회사가 작성하여 금융감독당국에 필요한 경우 신고 등을 하는 서류인데, 그 기재사항을 준수하지 않았다 하여 과징금을 부과하는 것이 과도하다는 것이다. 이와 관련하여 적어도 본조를 집행할 경우에는 고의적으로 명백하게 기초서류에 기재된 사항을 위반하여 보험계약자에게 손해를 준 때에만 과징금을 부과하는 방향으로 운용할 필요가 있다는 견해가 있다.[90]

보험업법상 과징금 부과의 근거규정은 보험업법 제196조인데, 과징금 부과 대상 행위 및 각 행위별 과징금 부과의 기준금액 및 부과비율을 정하고 있다. 과징금 부과 시 고려사항, 의견제출 절차, 이의신청 절차, 납부기한·징수·체납 등에 대해서는 은행법 규정이 준용된다(법 제196조 제4항). 과징금의 구체적인 부과 절차 및 산정 기준은 금융위원회고시인「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」(이하 "검사제재규정"이라 한다)에 의하는데, 검사제재규정은 "금융업 관련 법령 및 감독규정에서 업권별·위반행위 유형별로 별도의 기준을 정하는 경우 그 기준에 따른다.'고 정하고 있다.[91] 따라서 2014. 1. 2. 제정된「보험회사의 기초서류 관련 의무 위반에 대한 과징금 부과기준」(이하 "과징금 부과기준"이라 한다)은 '별도의 기준'에 해당하기 때문에, 기초서류 관련 의무 위반에 대해서는 검사제재규정이 적용되는 것이 아니라 과징금 부과기준이 적용된다.

3. 과징금 부과기준(금융위원회 고시)의 내용

(1) 과징금 부과기준의 제정

보험업법을 위반한 경우 구체적인 과징금 액수는 전금융업권에 공통적으로 적용되는 검사제재규정에 따라 산정하였는데, 검사제재규정에서는 위반행위의 중대성, 위반 기간 등에 따른 과징금 조정요건·범위가 제한적으로 규정되어 있어 기초서류 관련 위반행위의 특수성에 기한 과징금 산정이 곤란한 측면이 있었다. 특히 보험상품에 대한 기초서류는 보험영업 전반을 규율하므로 기초서류와 관련한 위반 행태와 위반 기간이 다양하게 나타날 수 있어, 기초서류 관련 위반 행위의 경중, 고의·과실에 따른 조정비율을 세분화하고, 위반 기간의 장단에 따라 과징금의 가중·감경이 필요하다는 지적이 제기되어 왔다. 이에 2014년 금융위원회는 과징금 부과기준을 제정한 후, 2017년 개정·시행하고 있다.[92]

(2) 과징금 부과기준과 산정 내용

1) 과징금 부과 여부 및 부과 금액(과징금 부과기준 2)

과징금 부과 여부 및 부과 금액은 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모를 종합적으로 고려하여 결정한다.[93]

---

89) 황현아·백영화·권오경, 앞의 논문, 15~16면.
90) 성대규·안종민, 앞의 책, 576면.
91) 검사 및 제재규정 별표2. 과징금 부과기준 2. 바.
92) 금융위원회 고시 제2017-36호.
93) 은행법상 과징금을 부과함에 있어 ⅰ) 위반행위의 내용 및 정도, ⅱ) 위반행위의 기간 및 횟수, ⅲ) 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모를 고려하도록 하고 있는데(은행법 제65조의4 제1항), 보험업법은 과징금의 부과 및 징수 절차 등에 관하여는 은행법을 준용하도록 하고 있어(법 제196조 제4항), 과징금 부과기준도 동일한 기준을 따르고 있다.

2) 과징금 산정방식(과징금 부과기준 3)

과징금 부과의 기초가 되는 기준금액을 정한다. 기준금액에 법에서 정한 부과비율을 곱하여 법정부과한도액을 산정한다. 법정부과한도액에 부과기준율을 곱하고, 위반행위의 기간을 고려하여 기본과징금을 산정한다. 위반자에게 가중·감경사유가 있는 경우에는 이에 따라 기본과징금을 추가적으로 조정한다. 그 밖에 위반자의 특수한 사정, 금융시장 및 경제여건 등을 고려하여 최종적으로 부과할 부과과징금을 결정한다.

3) 기준금액과 법정부과한도액의 산정(과징금 부과기준 4)

기준금액은 법정부과한도액 산정의 기초가 되는 금액으로서, "해당 보험계약의 연간 수입보험료"를 말하며, 위반행위가 일정기간 지속된 경우에는 그 기간중 위반금액의 최고액을 기준금액으로 한다. 법정부과한도액은 기준금액에 부과비율 50%(이하 "법정최고부과비율"이라 한다)를 곱한 금액을 말한다.

4) 기본과징금의 산정(과징금 부과기준 6)

위반행위의 경중 및 위반자의 고의·과실 등 주관적 사정을 고려하여 행위의 유형별로 법정부과한도액에 부과기준율을 곱하여 기본과징금을 산정한다.[94)]

구 분	고 의	과 실
매우 중대한 위반행위	법정부과한도액의 100분의 100	법정부과한도액의 100분의 75
중대한 위반행위	법정부과한도액의 100분의 75	법정부과한도액의 100분의 50
중대성이 약한 위반행위	법정부과한도액의 100분의 50	법정부과한도액의 100분의 25

그리고 위반행위의 기간 및 위반행위로 인한 효과의 지속기간에 따라 아래와 같이 기본과징금을 조정한다(1차 조정).

위반행위 등의 기간	산정금액
3년 초과	기본과징금의 100분의 150
2년 초과 3년 이하	기본과징금의 100분의 120
1년 초과 2년 이하	기본과징금의 100분의 110
9개월 초과 1년 이하	기본과징금의 100분의 100
6개월 초과 9개월 이하	기본과징금의 100분의 75
3개월 초과 6개월 이하	기본과징금의 100분의 50
3개월 이하	기본과징금의 100분의 25

5) 기본과징금의 조정(2차 조정)(과징금 부과기준 7)

일반원칙으로서, ⅰ) 기본과징금의 조정은 기본과징금에 각 가중비율을 곱한 금액의 합에서 각 감경비율을 곱한 금액의 합을 차감하여 조정금액을 산정하고 그 금액을 기본과징금에 가감하는 방법으로 한다. ⅱ) 조정금액은 기본과징금의 100분의 50을 초과할 수 없다. ⅲ) 조정후 과징금은 법정부과한도액을 초과할 수 없다.

가중 사유로서, ⅰ) 금융위원회로부터 과징금 부과처분을 받은 날로부터 3년 이내에 다시 법규위

94) **<위반행위 경중의 판단 기준>**

위반내용 및 정도	판단기준
매우 중대한 위반행위	- 보험계약자 등 이해관계자의 이익을 직접적으로 매우 중대하게 침해한 경우 - 보험거래 질서를 심히 문란하게 한 경우 - 법규의 금지사항을 회피하거나 잠탈한 경우 - 위반행위로 인하여 취득한 이익규모가 현저한 경우 - 기초서류의 신고의무를 회피하고자 한 경우 - 보험회사의 재무건전성을 크게 저해하였거나 저해할 것으로 인정되는 경우
중대한 위반행위	- 보험계약자 등 이해관계자에 대한 이익 침해가 중대한 경우 - 매우 중대하거나 중대성이 약한 위반행위에 해당되지 않는 경우
중대성이 약한 위반행위	- 보험계약자 등 이해관계자의 이익 침해가 경미한 경우 - 위반행위로 취득한 이익규모가 미미한 경우 - 보험회사의 재무건전성에 미치는 영향이 미미한 경우

반행위를 한 경우에는 과징금 부과처분 1회당 기본과징금의 100분의 10을 가중할 수 있다.[95] ⅱ) 위반행위로 인하여 취득한 부당이득액을 합리적으로 산정할 수 있고, 그 부당이득액이 기본과징금보다 큰 경우에는 그 초과차액만큼 가중할 수 있다.

감경 사유 및 비율에 있어서, ⅰ) 위반행위를 감독기관이 인지하기 전에 스스로 시정 또는 치유한 경우에는 기본과징금의 100분의 30 이내에서 감경할 수 있다. ⅱ) 위반행위를 감독기관이 인지하기 전에 자진하여 신고하는 등 검사에 적극적으로 협조한 경우에는 기본과징금의 100분의 30 이내에서 감경할 수 있다. ⅲ) 동일 또는 유사한 위반행위의 방지를 위한 자체감사 또는 내부통제 시스템을 갖추어 시행하는 등 상당한 주의 및 감독을 한 것으로 인정되는 경우에는 기본과징금의 100분의 50 이내에서 감경할 수 있다. ⅳ) 공적[96]이 있거나 감독기관으로부터 경영실태평가를 1등급으로 평가받은 경우에는 기본과징금의 100분의 10 이내에서 감경할 수 있다.

6) 부과과징금의 결정(과징금 부과기준 8)

위반자에게 일정한 사정이 있어 과징금 부과가 법위반의 방지 또는 제재목적 달성에 필요한 범위를 벗어나 현저하게 과중하다고 인정되는 경우에는 가중·감경 사유 조정후 과징금의 100분의 50 이내에서 감액할 수 있다.[97] 위반자에게 일정한 사정이 있어 과징금의 징수가 사실상 불가능하다고 인정되는 경우에는 과징금을 부과하지 아니할 수 있다.[98] 그리고 위반행위로 인하여 취득한 부당이득액을 합리적으로 산정할 수 있고 가중·감경 사유 조정후 과징금이 부당이득액의 10배를 초과하는 경우에는 그 초과부분 이내에서 감액할 수 있다.[99] 또한 위반행위로 인한 금융거래자 등의 피해를 배상한 경우에는 그 배상액 범위내에서 과징금을 감액할 수 있다. 동일한 위반행위에 대하여 형벌·과징금·과태료 등 실효성 있는 제재조치를 이미 받은 경우에는 그 제재에 상응하는 과징금을 부과하지 아니할 수 있다.[100] 고의나 중대한 과실이 아닌 사소한 부주의나 오류로 인한 위반행위로서 금융기관 또는 금융소비자에 미치는 영향이 없거나 미미한 경우에는 견책·주의 또는 시정조치 등으로 갈음할 수 있다.

Ⅳ. 기초서류 관련 의무위반에 대한 과징금 부과제도의 개선방안

1. 과징금 부과의 필요성과 확장·유추해석의 제한

앞서 살펴본 보험업법 제127조의3에 따른 기초서류 준수의무 위반시 과장금 부과 제재는 기초서류 작성자인 보험회사에 작성자로서의 엄중한 책임을 부과한 것으로 지극히 당위적인 규정이다. 보험상품에 대한 규제가 2003년 이전에는 인가제도, 2010년 이전에는 사전신고 및 사후 보고제도, 그

95) 그러나 그 가중액의 합은 기본과징금의 100분의 50을 초과할 수 없다.

96) 즉, ⑴ 제재대상 직원이 상훈법에 의하여 훈장 또는 포장을 받은 공적, ⑵ 정부 표창규정에 의하여 장관 이상의 표창을 받은 공적, ⑶ 금융위위원장, 감독원장 또는 한국은행총재의 표창을 받은 공적이 있는 경우를 말한다(금융기관 검사 및 제재에 관한 규정 시행세칙 제50조 제2항).

97) 즉, ⑴ 금융위원회 또는 금융감독원장으로부터 경영개선권고 또는 경영개선요구 조치를 받은 경우, ⑵ 위반자의 자산, 자기자본 등 재무상황에 비추어 위반자가 과징금을 부담할 능력이 현저히 부족하다고 객관적으로 인정되는 경우, ⑶ 기타 위 ⑴ 내지 ⑵에 준하는 특별한 사유가 있어 과징금의 감액이 불가피하다고 인정되는 경우를 말한다.

98) 즉, ⑴ 금융위원회로부터 경영개선명령 조치를 받은 경우 또는 이에 준하는 사유가 발생한 경우, ⑵ 위반자의 지급불능, 지급정지 또는 자본잠식 등의 사유로 위반자가 과징금을 납부할 능력이 없다고 객관적으로 인정되는 경우, ⑶ 금융산업의 전반적인 사정 또는 여건의 변화로 위반자의 과징금 납부가 사실상 불가능하다고 인정되는 경우에는 과징금을 부과하지 않을 수 있다.

99) 다만, 해당 감액사유는 금융위원회가 특별히 인정하는 경우에 한하여 적용하며, 금융감독원장은 금융위원회에 과징금 부과를 건의할 때에 해당 감액 사유를 고려하지 아니한다.

100) 기준금액이 경미하고 위반기간이 5영업일 이내인 경우에는 과징금을 부과하지 아니할 수 있고, 조정후 과징금이 1백만원 이하인 경우에는 과징금을 부과하지 아니할 수 있는데, 부과과징금을 결정함에 있어서 1백만원 단위 미만의 금액은 절사한다.

이후에는 일부 보험상품에 대해서만 사전신고를 하도록 규정하여 사후보고의무도 부과하지 않는 자율제도로 시행하고 있다. 2010년 보험업법 개정으로 보험상품 자유화에 대한 사전규제 대신 사후규제원칙을 적용하고자 기초서류 준수원칙을 정하였다. 따라서 보험회사의 상품판매의 자율성을 보장하고자 사후규제로 전환하면서 작성자인 보험회사에 대해 기초서류 내용 준수의무를 부과하고, 이를 이행하지 아니한 경우에 그에 상응하는 책임 과징금 등을 부과하는 취지는 타당하다고 본다.[101]

그러나 과징금을 부과하는 제도의 취지를 감안할 때 현행 보험업법상 기초서류 관련 의무 위반에 있어서 제재의 명확성, 위반 대상에 대한 유형별 세부 경중 고려, 제재 한도의 적정 기준 설정 등의 측면에서 볼 때 일률적인 기준을 상정하고 있는 것은 논란의 여지가 생길 수 있다. 특히 과징금의 산정기준이 되는 "연간수입보험료"와 같이 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니 될 것이다.[102] 이러한 맥락에서 아래에서는 과징금 부과에 대한 몇 가지 문제점을 지적하고 개선방안을 제시하고자 한다.

2. 과징금 제재기준의 적정성 확보

보험업법은 기초서류 관련 의무 위반에 대한 제재의 한도를 일률적으로 "연간 수입보험료"의 50%를 적용하고 있는데, 그 기준의 적정성 여부가 문제로 된다. 위반 행위에 대한 제재 기준을 매출액 기준으로 삼는 경우는 매출액이 클 경우 사회적인 파장도 크다는 전제 조건과 피해 액수의 정확한 산정이 어려울 경우 일반적으로 사용하는 제재의 산정 기준이 된다. 일반적으로 공정거래법상 판매자가 불공정거래를 통해 부당이익을 얻고 그 피해가 소비자에게 전가되는 경우 등은 매출액 기준으로 과징금을 부과하는 것이 타당하겠지만, 기초서류 위반 유형 중 보험회사에 부당이익이 생기지 않은 사례와 같이 위반금액을 확정적으로 산출할 수 있는 경우에 대해서도 매출(수입보험료) 기준으로 제재를 하는 것이 합리적인 것인지에 대해서는 의문이 남는다.

실무상 유사 또는 동일 보험상품(예컨대 2016년도에 문제가 되었던 보험회사의 자살 재해사망보험금미지급 사례)으로 판매 됨에도 불구하고, 기초서류 위반 보험상품의 연간 수입보험료 기준으로 과징금을 산정하게 되면 대형보험사가 소형보험사 보다 보험판매 실적이 많기 때문에 발생하는 수입보험료를 과징금 산정 기준으로 삼게 되는 불합리한 점도 생길 수 있다. 즉, 대형사인 A생명보험회사와 중소형사인 B생명보험회사의 과징금 부과에 있어서, 위반금액 및 위반건수의 비율이 대형사가 약 10배 정도 많았으나, 과징금은 65배나 많이 부과되고 있다.[103] 또한 보험금 부당삭감 사례의 경우, 삭감 보험금(위반금액)의 규모가 비슷한 대형 A손해보험사가 중소형 B손해보험사 보다 과징금이 약 2.5배 정도 높게 부과되었는데, 이 또한 보험계약의 연간수입보험료 규모의 차이에서 기인한 것으로 보인다.[104]

이러한 점에 비춰볼 때 보험회사의 부당이득이 있는 경우는 부당이득의 환수라는 과징금 제도의 취지에 맞게 과징금을 부과할 필요가 있겠지만, 연간수입보험료 기준으로 과징금을 일괄 부과하는 현행 체계에 대해서는 세밀한 검토가 필요하다고 본다. 따라서 보험회사의 기초서류 준수 위반 사항에 대해 위반 금액의 정확한 산정이 곤란한 경우와 위반 금액의 산정이 명확한 경우를 분리하고, 기

101) 실무상 기초서류 관련 의무위반에 대해 과징금 부과현황을 보면, 제도 도입 직후인 2012년 기초서류 변경의 신고의무 미이행, 기초서류 기재사항 준수의무 위반, 보장성보험의 기초서류 기재사항 준수의무 위반 등을 이유로 H보험회사에 대해 과징금 1억 2천 8백만 원을 부과한 이래, 2014년 공시이율 부적정 산출 등을 이유로 D화재해상보험주식회사에 대해 8억 2천만 원을 부과하였고, 2017년에는 재해사망보험금 부지급 등 기초서류 기재사항 준수의무 위반을 이유로 H생명보험주식회사에 대해 대해서는 3억 95백만 원을, K생명보험주식회사에 대서는 4억 28백만 원을, I생명보험주식회사에 대해서는 4억 45백만 원을, S생명보험주식회사에 대해서는 73억 65백만 원과 8억 94백만 원을 부과하는 등 부과되는 과징금의 액이 상당한 실정이다(과징금 부과현황에 대해서는, 금융감독원 홈페이지「검사결과제재」참조(http://www.fss.or.kr/fss/kr/bsn/announce/openinfo_list.jsp)).

102) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791, 13807 판결; 대법원 2016. 9. 30. 선고 2015두53961 판결; 대법원 2017. 5. 31 선고 2015두47676 판결.

103) 금융감독원 홈페이지「검사결과제재」참조(http://www.fss.or.kr/fss/kr/bsn/announce/openinfo_list.jsp).

104) 금융감독원 홈페이지「검사결과제재」참조(http://www.fss.or.kr/fss/kr/bsn/announce/openinfo_list.jsp).

초서류 위반에 대한 과징금 부과시 위반 금액의 산정이 가능할 경우에는 수입보험료 기준이 아닌 위반 금액(예컨대 보험회사의 자살 재해사망보험금미지급 사례의 경우는 금융감독당국에서 산정한 위반 금액)으로 적용하는 것이 타당할 것으로 보인다. 이와 함께 보험업법령에서는 과징금의 상한 및 기준을 연간수입보험료의 일정 비율 또는 위반금액의 일정 비율을 적용할 수 있도록 규정하고, 세부 내용은 고시를 통해 적용하는 방안을 고려해 볼 수 있다고 본다.

연간수입보험료를 어떻게 산정할 것인가도 문제이다. 예컨대 보험료를 일시납으로 하는 장기보험 상품의 경우 보험료를 보험기간으로 안분할 것인지, 일시납 금액 전부를 기준으로 할 것인지에 대한 명확한 기준이 없다. 또한 주계약과 특약이 동시 설계된 보험상품에 있어서 기초서류 위반행위가 주계약 또는 특약 중 어느 하나에만 관련된 경우 연간수입보험료를 어떻게 산정할 것인지도 문제이다.[105] 따라서 연간 연간수입보험료를 기준으로 과징금을 부과한다 하더라도, 전자와 같은 경우에는 안분 기준이 설정되어야 할 것이고, 후자의 경우에는 기초서류 위반에 해당하는 계약 보험료만을 기준으로 산정할 수 있게 하는 등의 기준 설정이 필요하다고 본다.

3. 과징금의 적용기준의 명확화

기초서류 의무 위반에 대한 제재 형태로 과징금과 과태료의 적용기준의 불명확화의 문제이다. 과징금은 과태료 같은 행정벌의 성격을 가지나 경미한 행정법규의 위반이나 행정질서 위반에 대한 제재적인 성격으로서의 과태료와 달리, 행정법규 또는 행정법상 의무의 위반으로 경제적 이익을 얻은 경우에 부당이익을 박탈하는 일종의 행정상 제재금이다. 그런데 보험회사의 실수로 단순 보장성 보험상품의 보험료 산정시 과소 산정하였을 경우는 보험계약자에게 금전적인 손해가 없고, 보험회사에 이익이 없는 구조임에도 과징금을 부과하는 것은 과징금제도의 취지에 비추어 볼 때 문제가 있다.[106]

일본의 경우는 기초서류 내용 예컨대 산출방법서에서 정하는 보험요율과 다른 요율을 적용하는 경우 등[107]과 같이 '특히 중요한 사항'을 위반한 경우에 대해 영업정지나 임원의 해임 등의 제재를 하고 있는데(일본 보험업법 제133조 제1호), 우리 보험업법은 기초서류 내용 위반이 '특히 중요한 사항'인지 여부를 불문하고 과징금을 부과하고 있다. 따라서 제재 방식이 예측 가능하도록 사안을 구체적으로 분류하여 과징금 적용 유형을 구분할 필요가 있다. 즉, 기초서류 범위가 매우 방대한 점을 감안하여 보험회사가 고의 또는 중대한 과실로 '특히 중요한 사항'을 위반하여 보험계약자에게 손해를 준 때에 엄격하게 과징금을 부과하는 등 기초서류 위반시 과징금 규모를 위법성의 정도, 부당이득의 규모 등에 비례할 수 있도록 제도를 개선하는 것이 합리적일 것이다.

그리고 현재 기초서류 의무 위반에 따른 과징금 부과기준의 모호성의 문제도 있다. 현행 과징금 부과기준은 고의 및 과실로 구분하고 위반행위의 경중을 상중하 수준으로 분류하여 과징금 부과한도액을 설정하고 있다. 이러한 분류 기준으로는 위반 사례가 발생했을 경우 어떤 위반에 해당하는지를 분류함에 있어 논란의 소지가 있다. 따라서 위반행위에 대해 보험료 산출에 대한 위반, 보험금 과소지급 및 부지급 등 약관의 적용에 따른 위반, 상품 구성에 대한 사업방법서 위반 등으로 세분화하고, 이러한 위반행위로 보험회사가 부당이득을 얻었는지, 사안의 중대성이 있는지, 고의 또는 중과실에 해당하는지 등과 같은 세부적인 분류 기준을 사전에 공시하여 제재의 예측성과 명확성을 담보할 필요가 있다.

4. 과징금 부과기준의 형평성 확보

과징금을 부과하는 공정거래법 등 관련 법률과의 부과비율에 따른 형평성 문제이다. 이들 법률은 과징금 부과의 통상적인 비율을 매출액의 2~3% 수준에서 정하고 있는 반면, 보험업법상 기초서류

105) 황현아·백영화·권오경, 앞의 논문, 148면 참조.
106) 물론 보험료의 과소 산출·징수로 인해 재무건전성을 악화할 수 있으므로 이에 대한 규율의 필요성은 있다고 본다(황현아·백영화·권오경, 앞의 논문, 133면).
107) 石田滿, 앞의 책, 255면.

의무 준수 위반은 연간 수입보험료의 50%로 정한 것은 타 법률의 과징금 부과 기준과 비교해 볼 때 과중하다고 본다. 또한 과징금 부과에 대한 적용 기준에 소멸시효 또는 제척기간의 도입을 통해 법적 안정성을 확보할 필요가 있다. 2012년부터 2018년까지 기초서류 준수의무 위반 과징금 사례(위반 유형별 분류 기준)를 분석한 결과 사업방법서 위반이 12건, 약관 위반이 33건, 산출방법서 위반이 6건으로 제재 대상으로 가장 많은 비중을 차지하는 것은 약관 위반의 사례인데, 대부분 보험금 미지급이나 과소지급 위반에 해당하는 것이다.[108)]

약관의 해석에 따른 분쟁은 1차적으로 분쟁의 해결을 통해서 이루어지고, 다툼이 있을 경우 소송 등 정상적인 해결 절차를 통해 판단할 수밖에 없는 특성이 있다.[109)] 물론 보험금의 지급에 있어서 보험회사의 소송의 남발은 규제되어야 하겠지만, 보험회사가 약관을 작성함에 있어 소비자를 기만하는 등의 악의적인 행태가 아닌 경우에는 소송제기 자체를 보험회사가 부당하게 보험금을 미지급한 사례로 단정할 수는 없기 때문에, 보험금의 미지급에 대해 일률적으로 과징금 제재로 다룰 것은 아니라고 본다.

Ⅴ. 맺음말

이상에서 기초서류 준수의무 위반에 따른 제재의 문제점 및 개선방안을 살펴보았다. 기초서류 준수는 보험소비자의 입장에서 보면 보험상품의 복잡성, 보장범위 설명부족, 지급항목의 불명확성, 정보비대칭, 허위과장광고에 대한 피해 등 보험소비자가 입게 될 금전적 피해의 문제가 있기 때문에, 기초서류 작성자인 보험회사로 하여금 엄격한 준수 의무를 부과하는 것이다. 2010년 보험업법 개정을 통해 보험상품의 사전 신고제도에서 보험상품 자유화가 진행되면서 사후규제의 일환으로 기초서류 준수에 대한 책임을 보험회사가 지도록 한 것은 당연하다고 본다.

물론 보험업법에 근거하여 금융위원회 고시인 과징금 부과기준이 2014년 제정된 후 2017년 개정하였지만, 현행 과징금 부과 체제는 위에서 언급한 문제가 있는 것도 부인하기 어렵다. 따라서 보험회사에 대해 기초서류 관련 의무를 지우는 근본적인 이유인 보험계약자 보호와 재무건전성 확보의 측면에서, 고의 또는 중대한 과실에 기한 보험금의 부지급이나 삭감 등과 같은 기초서류 관련 의무 위반 행위에 대해서는 엄격한 규제를 가하되, 그에 직결되지 않는 경우에는 시정명령 등과 같은 제재방안을 활용하는 등 제재의 실효성을 높일 수 있는 방안을 모색해야 할 것이다.

108) 금융감독원 홈페이지「검사결과제재」참조(http://www.fss.or.kr/fss/kr/bsn/announce/openinfo_list.jsp).
109) 황현아·백영화·권오경, 앞의 논문, 144면.

한국상사법학회 2019년 하계학술대회(6. 29. 제1세션)

경제변혁의 시대를 맞은 상사법의 현안과 과제

제2주제

책임보험의 운용에 있어서 한·독 보험계약법상 차이

발표자 : 김은경 교수[한국외국어대학교]
사회자 : 서완석 교수[가천대학교]
토론자 : 박세민 교수[고려대학교]
토론자 : 박영준 교수[단국대학교]

책임보험의 운용에 있어서 한·독 보험계약법상 차이[1)]

김은경[2)]

I. 들어가는 말

책임보험은 보험분야에서 저변이 매우 넓은 보험분야이다. 여타의 보험분야에 비하여 뒤늦은 출발을 한 영역이지만 산업사회에서 발생하는 다양한 사고에 대하여 사고에 따른 배상책임을 담보하는 역할을 하는 등 그 활용도가 매우 높다.

독일에서 책임보험을 바라보는 시각에 따르면 책임보험이 국민경제를 떠받드는 중요한 의미를 내포하는 보험이라는 것을 강조한다. 특히 영업책임보험의 경우에는 기술적, 경제적인 진보에 따라 내재된 위험을 기능적으로 분산시켜주며, 현대 산업사회를 지탱해주는 역할을 한다고 보고 있다. 제조물책임보험이 없었다면 생산분야에서 혁신은 기대하기 어려웠을 것이고 오히려 생산라인이 멈추는 상황도 벌어졌을 것이라고 스스로 판단하고 있다.[3)] 공적인 영역에서의 필요로 인하여 생성되고 발전된 책임보험이 사적영역에 이르기까지 의미를 확대하여 산업이나 영업영역뿐만 아니라, 특히 자유직업을 가진 자들의 배상책임영역에서도 책임보험이 산업사회에서 역할을 해주었다고 보고있다.[4)] 사적인 영역에서 배상책임을 부담할 위험과 관련한 보험의 경우에는 안전에 대한 기본적인 수요를 충족하는 것이 독일에서는 그 무엇보다도 중요한 것으로 작용했다.[5)] 이러한 현상은 우리나라에서도 마찬가지이다. 압축성장을 이루는 과정에서 보험의 역할, 특히 책임보험의 역할은 지대했다.

의무책임보험뿐만 아니라 임의책임보험도 역시 사회보험제도에 대한 의존도를 낮추는 데 중대한 역할을 했는데, 만일 책임보험제도가 그 역할을 해주지 않았고, 가해자가 변제무능력의 경우라면 제3자의 측면에서는 의료보험이나 상해보험에 의존할 수밖에 없었을 것이다.[6)] 그런데 책임보험의 사회적 기능이 강조되면서 책임보험에서 본질적 변화가 이어졌으며 이를 기반으로 한 법리구성도 다양한 방향으로 발전적으로 전개되었다. 소위 보험계약으로 인하여 당사자 관계에 있는 피보험자보호라는 근간에서 계약당사자가 아닌 제3자로서의 지위에서 피해자보호 법리로의 변화는 종래의 책임보험계약의 법리를 재검토하는 이유가 되기도 하였다.

책임보험이라는 제도를 생성시키는 과정에서 착안한 초기 의무보험의 도입을 시작으로 하여, 산업사회가 가지는 다양한 위험에 이 제도를 연계시켜 사회적 제도로 안착시킨 지금에 이르기까지 200여년의 세월이 흘렀다. 그 과정에서 꾸준히 입법기술을 발휘하여 독일은 그들 방식의 책임보험법제 생성해 내어 지금의 보험계약법 체제를 완성했다. 우리는 상법 보험편에 독일을 비롯한 유럽의 법체계뿐만 아니라 활발한 보험시장에 대한 경험측을 가진 미국식의 보험제도에서도 영향을 받아 우리식의 법체계를 만들어 냈다. 그중에서도 상당부분 영향을 받은 독일법체계에서의 책임보험제도와 우리의 그것 사이에는 어떠한 차이가 있는 지를 확인해보는 것이 본 발제의 의도이고 목표이다. 더불어 입법적인 제안이 가능한 부분이 있는 지를 생각해 볼 기회를 가지는 것이다.

II. 책임보험의 본질

1. 연혁

현대적 의미의 책임보험은 19세기 산업화와 밀접하게 관련된다. 업무상 위험과 관련하여 피고용자인

---

1) 본 발제문은 해당 자료에서 적시한 참고문헌의 제시가 온전하지 않는 등 완성된 것이 아니므로 본 발제문의 참고문헌 처리에 각별한 주의를 당부드립니다.
2) 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.
3) ZVersWiss 1988 1,19.
4) RDG 2001 111; RDG 2010 165.
5) Bruck/Moller, VVG. De Gruyter, 2013, Vor 100-112, Rn. 37.
6) Langheid/Wandt/*Schradin*, Betriebswirtschaftslehre der Versicherung, Rn. 1.

노동자를 보호하기 위하여 새로운 의미의 구성요건이 고용인의 입장에서는 보험을 통한 보호라는 제도적 장치를 필요로 했다. 이러한 태동을 시작으로 다른 인적 구성원을 거느리는 조직의 해당 구성원에게도 필요한 것이 되었고 책임보험을 통한 보호의 대상이 불법행위책임뿐만 아니라 계약상 청구권을 대상으로 하는 경우까지 확대되었다.

책임보험이 독자적인 보험영역으로 발전하기 시작한 것은 19세기 후반기에 이르러서야 가능했다. 그러나 제도로 발전하기 직전 단계에서의 사회적 논의는 19세기 초반기에 시작되었고, 프랑스에서 말과 마차에 생긴 손해로 인하여 생긴 자신의 손해와 말과 마차로 인하여 생긴 타인의 손해를 보상하는 것에서 부터였다. 독일에서 독자적인 의미의 책임보험은 1837년 함부르크 의무보험에서 이민자수송과 관련이 있었다. 이민자가 여행이 중단되는 경우에 생기는 이민자의 급식, 숙소 및 계속되는 운송을 통해 생겨나는 비용을 위한 보험을 만들었다. 이민자와 관련해서 이 비용이 생겨나는 한, 선적지의 관할청에 상환청구권이 확보되어야 했다.[7)]

1860년대에 벨기에와 프랑스에서 노동자를 위한 단체상해보험을 취급하는 회사가 생겨났다. 당시 보험계약자는 피용자에게 발생하는 사고로써 그 배상책임여부를 불문하고 해당 위험을 인수해야하는 기업이었다.[8)] 독일의 경우는 이보다 한 단계 더 나아가 1871년 6월에 제정된 제국배상책임법(Reichhaftpflichtgesetz)에 근간을 삼아 책임에 따른 급부의무에 상해보험을 상해보험과 책임보험을 결합한 형태로서 발전되기에 이르렀다. 이 법의 대상이 되는 이들은 기업을 운영하는 고용주였다. 독일의 경우 이 같은 연결고리에 기반하여 책임보험은 피용자의 사고로부터 생긴 타인에 대한 손해배상급부를 담보할 것을 전제로 하는 방식으로 보장되었다. 이 때 보험료 계산은 상해보험의 위험등급체계를 따르는 방식을 선택했다.[9)] 이후 책임보험과 상해보험을 분리하기 위하여 1884년에 상해보험법을 통한 법적 상해보험 도입을 시도하게 되었다. 해당 상해보험은 소위 사회보험적 성격을 가진 것이었다. 상해보험에서 보장하는 것 외 남은 손해배상의 부분에 대하여는 제국배상책임법이 기업에게 부과한 책임문제는 책임보험으로 부보하여 보상을 하도록 하였다. 그 당시부터 인적 손해로 인한 배상청구권을 전적으로 부보하게 하였고 1890년 이래로 물적 손해에까지 이를 확대하게 되었다. 책임보험은 영역에 따라 다음과 같은 연혁적인 발전과정을 거쳤는데 1886년 소규모영업을 하는 기업인, 토지 및 가옥소유자 등을 위한 책임보험이 생겨나고 계속적으로 1887년 의사 및 약사, 1888년 공중접객업자, 1890년 농업종사자, 1891년 마차소유자, 1894년 자전거운전자와 수렵꾼, 1895년에는 공무원을 위한 책임보험으로 확대되었다. 1896년 이후에는 직업책임보험을 도입하는 과정에서 순수 재산적 손해도 역시 부보대상이 되기에 이르렀고 계약에 근거한 법적 배상청구권이 포함되었다.[10)] 이 시기에 매우 빠른 속도로 책임보험영역이 확대되었고 이후 독일보험계약법이 제정된 1908년에 책임보험규정이 편입이 되었다.

2. 본질과 기능

책임보험은 피보험자(가해자)가 보험계약이 아닌 다른 사유로 인하여 제3자(피해자)에게 배상책임을 부담함으로써 입게 되는 손해를 보험자가 보상할 것을 목적으로 하며, 이는 그 자체로 손해보험이다. 책임보험은 상법 제4편 보험편 제2장 손해보험의 개별보험 편에 규정되고 있으므로 손해보험의 한 종류임에는 의심의 여지가 없다. 책임보험에서의 보험사고는 피보험자가 제3자에게 배상책임을 부담하게 되는 사고를 기준으로 한다. 다만 여타의 손해보험이 주로 적극보험인 것과는 달리 책임보험은 피보험자가 제3자에게 법률상(또는 계약상) 배상책임을 부담함으로써 발생한 재산상의 손실을 보상한다는 측면에서 소극보험으로서의 특성을 가지고 있다. 책임보험의 목적은 피보험자가 제3자에 대하여 부담하는 배상책임이고, 이것이 곧 피보험자의 소극재산에 해당하기 때문이다. 책임보험은 피보험자가 현재 보유하고 있는 재산상 이익을 보호하기 위함은 아니고, 적극재산에 부담하는 비용을 조달하는 것을 내용으로 하는 것이다.[11)] 이는 피보험자가 가지고 있는 특정 재산에 직접적으로 발생하는 것을 의미하는 것이 아니라,

7) K. Sieg, Ausstrahlungen 45 f.
8) K. Sieg, Ausstrahlungen 42 f.
9) V. Bar AcP 181 (1981) 289, 299.
10) Bruck/Moller, VVG, De Gryuter, 2013, Vor 100-112, Rn. 27.

피보험자의 재산에 발생하는 간접손해를 그 대상으로 한다.

책임보험은 타인의 생명, 신체 또는 물건이나 재산에 발생한 손해를 자신의 재산으로 배상하는 것인 점으로 인하여 재산보험이라고도 한다. 책임보험에서 손해의 개념은 보험계약법에서 기술하는 보험계약자가 보유한 재산의 범위 내에서 부담하여야 하는 손실과 동등한 것으로써[12], 이는 보험계약자 측에서는 보험자가 자신을 대신해서 이 손해를 부담함으로써 제3자는 자신이 가해자에 대하여 가지는 손해배상 채권의 만족을 얻고 보험계약자는 보험자에 대한 일종의 면책(혹은 면탈)청구권을 향유하는 것이다.[13]

책임보험의 본질에서 드러난 바와 같이 책임보험은 일반적인 손해보험과는 다소 다른 기능을 가지고 있다. 책임보험은 근본적으로 불법행위나 계약위반으로 인하여 손해배상책임을 부담한 피보험자가 보험계약 외적 당사자인 제3자에게 배상책임을 부담함으로써 생기는 자신의 재산상 손실을 전보하기 위하여 보험자에게 그 범위 내에서 보험금청구권을 행사하는 방식으로 운영된 바 있었다. 그러나 피해자인 제3자 보호를 위한 논의가 시작된 1960년 무렵에 근본적으로는 보험자에 대하여 고유의 청구권을 가지고 있지 아니한 제3자에게 논의초기에는 제3자를 위한 계약에 근거하여 보험계약자의 권리승계자(Rechtsnachfolger)로서의 자격이 부여되어 보험자에게 지급청구권을 행사할 수 있었다. 책임보험계약은 제3자 보호효(Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter)를 가지는 계약으로서[14] 특징을 가지기에 이르렀다. 이에 따라 계약당사자가 아님에도 불구하고 보험자에 대하여 직접청구권을 행사할 수 있는 가능성이 열리게 된 것이다. 다만 독일에서는 제3자의 직접청구권을 의무책임보험에 한하여 인정하고 있는 것이 우리나라와는 다른 모습이다. 이상의 논의를 통하여 책임보험은 가해자보호와 피해자보호를 모두 담보하는 기능을 가지고 있다고 평가한다.

3. 책임보험법제의 도입과 그 특이성

(1) 책임보험의 규정방식

책임보험계약의 개념을 규범적으로 정의한 입법례는 확인되지는 아니하나 적어도 책임보험계약의 효과로서 그 주된 내용에 해당하는 계약당사자의 의무 내지 책임에 관하여 규정함으로써 적어도 책임보험의 의미를 이해할 수는 있다. 그러므로 엄격한 의미에서의 책임보험계약의 개념을 어떻게 정의할 것인지에 대한 대하여는 통일된 것이 없고, 다만 책임보험계약의 효과에 의한 보험자의 책임에 관한 규정으로서 간접적으로 책임보험계약의 개념을 알아낼 수 있다. 이 역시 책임보험의 보험사고를 기준으로 그 규정방식은 다음과 같다.

1) 손해사고방식형

일정한 사고로 인하여 피보험자가 제3자에 대하여 책임을 지게 된 때에 보험자가 이를 보상할 것으로 약정하는 것이 소위 책임보험계약의 효과로서 이를 규범적으로 나타내는 것인데, 이는 일종의 손해사고방식형(occurence form)[15]에 해당한다. 독일보험계약법의 입법례가 그러하여 이른바 독일형[16]이라고 할 수 있다. 1908년 구독일보험계약법 제149조(보험급부의 범위)에 따르면 '책임보험의 보험자는 보험기간 중에 발생한 사고에 대한 책임에 근거하여 보험계약자가 제3자에게 행하여야 하는 급부를 보험자는 보상할 의무가 있다.'라고 하였다. 2008년 독일보험계약법도 역시 구독일보험계약법과 동일하게 손해사고방식형을 취하고 있으나 제3자와의 관계에서 보험계약자를 면책하게 하거나 방어의무를 이행하는 것으로 그 구체적인 의무이행방식을 확장시키고 있다. 즉 독일보험계약법 제100조에서 '책임보험의 보

11) Weyers, Versicherungsvertragsgesetz, Luchterhand, 2005, S. 270.
12) Larenz, VersR 1963, S. 1.
13) Eun-Kyung Kim, Die Rechtsstellung des Geschädigten in der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung im deutschen und koreanischen Recht, Dissertation Mannheim Uni. 1999, S. 13.
14) Baumann VersR 2004 944, 946.
15) 미국의 책임보험보통약관이 이 방식에 해당한다.
16) 이에 대한 개념화의 방식을 독일형과 프랑스형으로 제안하는 것은 필자의 분류방식이다.

험자는 보험기간 중에 발생한 사고에 대한 보험계약자의 책임에 의거하여 제3자가 주장한 청구를 면하게 하고, 근거없는 청구를 방어할 의무가 있다.' 고 하여 보험계약자의 책임에 근거하여 보험계약자의 면책청구권을 인정하고 보험자의 방어의무를 명문화하고 있다.

손해사고방식형을 선택한 입법례로는 구독일보험계약법 제149조와 동일한 오스트리아보험계약법(VersVG) 제149조[17], 우리 상법 제719조가 있다.

2) 배상청구방식형

제3자에 대한 피보험자의 책임이 확정되지 않았을지라도 제3자로부터 청구가 있으면 보험자가 그에 대한 책임을 부담하는 방식으로 규정하는 것[18]이 배상청구방식형(claims-made form)으로서 이는 프랑스보험계약법 L. 제124-1조[19], 일본 보험법 제22조 제1항[20]이 입법례이다. 책임보험에서 가해자의 책임을 확정하기에는 시간이나 비용이 많이 소요될 여지가 있기 때문에 피해자를 신속하게 구제하기 위한 측면에서 제3자의 청구를 보험자 급부가 생기는 기준으로 삼고자하는 취지를 중요하게 생각한 방식으로 추측된다.

(2) 책임보험법제의 특이성

책임보험이 일반손해보험과 다른 특징 중 하나가 반드시 제3자가 전제된다는 것이다. 통상의 손해보험은 보험자와 보험계약자(내지 피보험자)와의 관계를 기준으로 하여 당사자간의 계약관계에 그치는 것이다. 책임보험의 경우는 피보험자인 가해자와 제3자인 피해자의 책임관계를 예정하지 아니하면, 즉 가해자의 배상책임을 전제하지 않으면 책임보험의 존재의미는 없다. 그러한 측면에서 가해자의 책임에 대한 보험상 보호범위가 책임보험의 효용성을 판단하는 기준이 되기도 한다.

책임보험은 언급한 바와 같이 제3자를 전제하는 것이어서 3면관계를 구성한다. 보험자와 보험계약자의 보험관계(Versicherungsverhältnis), 피보험자와 피해자의 책임관계(Haftungsverhältnis) 그리고 제3

---

17) § 149
Bei der Haftpflichtversicherung ist der Versicherer verpflichtet, dem Versicherungsnehmer die Leistung zu ersetzen, die dieser auf Grund seiner Verantwortlichkeit für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache an einen Dritten zu bewirken hat.
(책임보험의 보험자는 보험기간 중에 발생한 사고에 대한 책임에 근거하여 보험계약자가 제3자에게 행하여야 하는 급부를 보험자는 보상할 의무가 있다.)

18) 손주찬, 책임보험계약의 문제점, 상사법의 제문제, 박영사, 1983, 305면.

19) Article L124-1
Dans les assurances de responsabilité, l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé.
(책임보험계약의 보험자는 계약에서 정해진 결과로 인하여 피해자인 제3자로부터 보험계약자에 대하여 재판상 또는 재판외의 청구가 있는 경우에만 책임을 진다.)

20) 第二十二条 責任保険契約の被保険者に対して当該責任保険契約の保険事故に係る損害賠償請求権を有する者は、保険給付を請求する権利について先取特権を有する。
2 被保険者は、前項の損害賠償請求権に係る債務について弁済をした金額又は当該損害賠償請求権を有する者の承諾があった金額の限度においてのみ、保険者に対して保険給付を請求する権利を行使することができる。
3 責任保険契約に基づき保険給付を請求する権利は、譲り渡し、質権の目的とし、又は差し押さえることができない。ただし、次に掲げる場合は、この限りでない。
一 第一項の損害賠償請求権を有する者に譲り渡し、又は当該損害賠償請求権に関して差し押さえる場合
二 前項の規定により被保険者が保険給付を請求する権利を行使することができる場合
(제22조 책임보험에 대한 선취특권
① 책임보험계약의 피보험자에 대하여 그 책임보험계약의 보험사고에 관련된 손해배상청구권을 가지는 자는 보험급부를 청구할 권리에 대하여 선취특권을 가진다.
② 피보험자는 전항의 손해배상청구권에 관련된 채무에 대하여 변제 한 금액 또는 그 손해배상청구권을 가지는 자의 승낙이 있은 금액의 한도에서 만 보험자에 대하여 보험급부를 청구할 권리를 행사할 수 있다.
③ 책임보험계약에 근거하여 보험급부를 청구하는 권리는 양도, 질권의 목적으로 하거나 압류할 수 없다. 다만, 다음의 경우는 그러하지 아니하다.
1. 제1항의 손해배상청구권을 가지는 자에게 양도하거나 그 손해배상청구권에 관하여 압류하는 경우
2. 전항에 따라 피보험자가 보험급부를 청구할 권리를 행사할 수 있는 경우)

자와 보험자의 보상관계(Valutaverhältnis, Zuwendungsverhältnis)를 형성한다. 이를 소위 책임보험에서의 3면관계 내지는 3각관계(dreieckige Verhältnissse)라고 한다. 책임보험계약의 법률관계에는 계약당사자가 아님에도 불구하고 피해자인 제3자가 보험금의 지급과 관련하여 이해관계를 가지는 가지는데 법리적으로는 보험계약 외적인 존재인 제3자와 보험계약 당사자인 보험자와 직접적인 관계를 가질 수 있는 구조적 특성이 있다.

1) 상법상 책임보험의 체계

상법 제정 당시인 1963년부터 책임보험에 관한 명문규정을 두고 있다. 제정 당시 이후 두 차례 단행된 상법 보험편 개정에서 책임보험은 개정의 대상이 되었다. 책임보험에 관하여는 상법 제719조에서 제726조로 규정을 두고 있다. 제719조은 손해사고가 발생하고 제3자에게 배상책임을 부담할 보험사고에 근거하여 보험자에게 보상책임이 있음을 정하는 방식으로 따라 책임보험의 의미를 간접적으로 지시하고 있다. 상법 제4편 제5절 책임보험자의 책임이라는 규정에 따른 것이다. 이에 따르면 책임보험계약의 보험자는 피보험자가 보험기간 중의 사고로 인하여 제3자에게 배상할 책임을 진 경우에 이를 보상할 책임이 있다고 하여 책임보험에 관한 손해사고방식형의 입법례에 해당한다.

상법에서는 일부 특수한 책임보험인 영업책임보험과 보관자책임보험에 관한 규정을 제외하면 책임보험을 구체적으로 분류하지 아니한 일반규정을 두고 있다. 매우 단순한 구조이다. 제720조 책임보험에서의 방어비용에 관한 것, 제721조 영업책임보험의 목적, 제722조 피보험자의 배상청구 사실 통지의무, 제723조 피보험자의 변제 등의 통지와 보험금액의 지급, 제724조 보험자와 제3자와의 관계, 제725조는 보관자의 책임보험, 제725조의 2는 수개의 책임보험, 제726조는 재보험에의 준용규정으로 구성되어 있는데 해당 규정들 간의 유기적인 연관관계나 순차적인 조합에 의한 기술방식이 아니다. 책임보험에 관한 일반규정 속에 특별한 의미의 규정이 혼재되어 있어 입법기술적인 면모를 찾아보기 힘들다.

책임보험의 일반규정과 특별규정으로 구성이 되어 이것이 '순차적으로 규정되었었다면' 하는 입법기술상의 아쉬움이 있다. 책임보험을 일반적으로 구분하면 계약체결의 구속성에 따라 임의책임보험과 의무책임보험으로 나누는데, 책임보험의 일반론과 의무책임보험에서의 특수성 및 기타 특수한 책임보험계약을 고려한 입법적인 규정을 가지고 있었다면 책임보험을 산업이나 특수불법행위문제에 적용하는 데에 용이하였을 것으로 본다. 책임보험에서 제3자의 직접청구권 인정등과 관련한 상법 제724조의 규정에 대하여는 후술하도록 한다.

2) 독일 보험계약법상 책임보험 규정의 체계

독일보험계약법은 1908년 제정되어 2008년에 새로운 법체계로 탈바꿈이 되었다. 구 독일보험계약법은 제6장 책임보험 하에 일반규정으로서 제149조에서 제158a조, 의무보험 특별규정으로서 제158b조에서 제158k조를 두어 비교적 상세히 관련사항을 정하고 있었다. 이후 개정된 독일보험계약법에서는 제2편 개별 보험종목 부분 제1장에 책임보험규정을 두고 있다. 해당 장은 제1절에서 통칙(제100조에서 제112조)과 제2절에서 의무책임보험에 관한 규정(제113조에서 제124조)으로 나뉘어 구법과 동일한 입법체계를 가지고 있다. 그래서 일반책임보험과 의무책임보험을 구별하고 그 취지에 부합하는 개별규정을 두고 있다.

우리 상법상 책임보험과 가장 큰 차이점은 우리 상법에 따른 책임보험규정에 따르면 임의책임보험과 의무책임보험을 구분하지 아니하고 모든 책임보험에 제3자의 직접청구권 행사를 인정하는 것인 반면, 독일보험계약법에 따르면 제3자의 보험자에 대한 직접청구권은 의무보험에 한하여 인정한다. 의무보험에 한하여 직접청구권을 인정하는 배경에는 피보험자에게 자신의 책임에 근거하여 면책청구권을 허용하는 것 역시 우리 상법에서는 찾아보기 어려운 대상이다. 이에 대하여는 후술한다.

4. 책임보험에서의 보험사고

위험이 전제되지 아니한 보험은 없고, 특히 위험의 종류에 따라 보험사고를 구분하게 되므로, 특정된 위험을 인수하는 것을 기준으로 보험종목이 정해진다. 상법 제647조에 '보험계약의 당사자가 특별한 위험을 예기하여 보험료의 액을 정한 경우'라는 법문에서 위험을 예기한다는 것은 사고의 가능성을 의미

하는 것으로 볼 때, 보험에서의 '위험'이란 보험사고의 발생가능성을 측정하는 상태 내지는 보험사고의 발생가능성을 의미한다.[21]

책임보험에서의 위험은 보통의 손해보험이 가지는 일반성 내지 보편성과는 다른 특별한 성질을 가진다.[22] 즉 '배상책임을 부담하게 될 개연성'이고, 이 배상책임의 전제조건은 사고를 의미한다. 상법 제719조의 규정에서 지시하는 사고란 배상책임의 전제조건인 사고를 의미하며 더 정확하게는 손해사고를 가리키는 것이다. 그러므로 의무책임보험에서의 보험자의 책임을 발생시키는 조건이 되는 사건인 보험사고가 사회적으로 중대한 의미를 가지기 때문에 가입이 강제되는 방식으로 운용된다. 일반적으로 보험사고는 그 발생가능성 자체를 의미하는 것이 아니고 보험계약에서 정한 특정한 피보험위험이 실현되거나 발현되어 나타나는 것이다. 해당 보험사고를 통하여 보험자의 보험금의 지급책임이 구체화되거나 경우에 따라서는 피해자라고 주장하는 제3자의 배상청구권이 근거가 없음을 방어하기 위하여 지불한 필요비용의 지급책임이 현실화되는 것을 의미한다. 책임보험에서의 방어비용은 보험의 목적에 해당하기 때문이다. 보험사고는 보험계약의 성립당시에 그 발생여부 또는 시기가 확정되었다면 우연성이 결여되는 것이어서 더 이상 보험으로서의 성질을 가지지 않는 것이다. 책임보험의 경우 역시 보험사고는 우연한 것이지만, 피보험이익을 둘러싼 여러 가지 위험이 보험사고가 되기 위해서는 보험계약 당시에 이미 그 사고가 특정되어 있어야 한다.

피보험자인 가해자와 피해자 사이에서 발생한 일정한 손해사고를 보험사고로 볼 것인가 아니면 그 이후 이를 기초로 발생한 일련의 청구권 행사를 보험사고로 할 것인가, 이도 아니면 일정한 채무이행을 한 피보험자의 재산상의 현실적인 손실을 보험사고로 볼 것인지는 분명히 정해져야 할 것이다.[23] 어느 시점을 보험사고로 보는지에 따라 보험자의 보험금 지급 범위가 달라질 수도 있고, 상법 제720조가 말하는 방어비용의 법적 성질도 명확히 결정할 수 있기 때문이다.

책임보험이 피해자를 보호한다는 기능적 내지 정책적 측면을 부각시켜 타인을 위한 보험으로 보는 경향도 있지만, 책임보험은 본질적으로 배상책임으로 인한 재산상의 손실을 보상하거나 손해배상책임을 면하게 하려는 측면에서 피보험자를 위한 보험으로서 그 의미가 있다. 따라서 가해자인 피보험자와 피해자 사이에 발생한 사고, 즉 원인사고는 바로 보험사고가 될 수 없다. 다만 보험사고의 범위를 확정하는 데에 있어서 원인사고인 손해사고에 대해 1차적으로 사실관계를 분석하는 것은 별개의 문제일 뿐이다. 그러므로 원인사고가 손해사고인지의 여부는 명확하게 분석하여야 하고 손해사고가 되는 상황에서 보험자가 원인사고가 무엇이며 어떠한 손해사고로 되었는지를 파악하는 것이 매우 중요하다. 책임보험에서는 손해사고가 발생했다고 해서 이것이 곧 손해발생을 의미하지 않는다. 보통의 보험과는 달리 책임보험은 제3자에 의한 청구로 배상책임을 지게 되는 것을 전제로 하므로 보험사고란 피해자가 피보험자에게 보유하고 있는 배상청구권 행사로 말미암아 피보험자에게 재산상 손실을 가져오는 것을 의미한다.[24] 그러므로 단순히 손해사고가 발생하였다고 하여 책임보험상의 보험사고가 발생하였다고는 볼 수 없다는 것이다. 더욱이 보험사고의 개념은 보험계약 당사자를 중심으로 파악하여야 하므로 원인사고가 발생하고 피해자에게 손해가 발생하였으나 그에 대한 청구가 없으면 피보험자에게 재산상 손실이 발생하지 아니하므로 손해사고와 보험사고는 구별되어야 한다.

제719조에 따르면 보험자의 책임은 보상책임을 의미한다. 즉 책임보험계약의 보험자는 피보험자가 보험기간 중의 사고로 인하여 제3자에게 배상할 책임을 진 경우에 이를 보상할 책임이 있다고 하는데 여

---

21) 정찬형, 상법(하), 박영사, 549면; 양승규, 보험법, 삼지원, 2004, 100면; 정희철, 상법학, 1990, 375면.

22) Edgar Hofmann, Privatv,ersicherungsrecht, Verlag C.H. Beck, 1998, S. 289.

23) 책임보험에서 보험사고에 대한 연구로는 김은경, "상법 제719조에서 "사고"의 개념에 대한 고찰," 「원광법학」 제24권 제1호, 2008, 375쪽 아래 참조.

24) 이와 같은 견해를 배상청구설이라 한다(최기원, 상법학신론, 박영사, 2005, 357-358면; 반면 피보험자가 제3자에 대해 배상책임을 부담하게 되는 원인사고가 발생한 때를 보험사고로 보는 손해사고설(박세민, 보험법, 박영사, 2017, 635면; 이기수 · 최병규 · 김인현, 보험해상법, 박영사, 2015, 257-258면; 양승규, 전게서, 358면; 정희철, 전게서, 455면)과 피보험자가 제3자에게 배상책임을 부담하는 경우로서 채무가 판결이나 화해 등에 의해 확정된 경우를 보험사고로 보는 법률상 책임발생설 내지 책임부담설(채이식, 개정판 상법강의(하), 박영사, 2003, 584면; 손주찬, 상법(하), 박영사, 2002, 641면; 이범찬, 개정상법강의, 국민서관, 1985, 507면) 및 피보험자가 피해자에게 손해배상의무를 이행한 것을 보험사고로 보는 손해배상책임이행설(Kübel, ZfVR, S. 98 in; 고평석, 책임보험계약법론, 삼지원, 1990, 171면.)이 있다.

기에서 배상책임을 부담하게 되는 보험기간 중의 사고가 곧 보험사고에 해당하고, 배상책임을 부담하게 되지는 않았으나 손해사고에 대하여 그것이 피보험자가 배상책임을 부담할 사고에 해당하는 지를 가리는 피보험자의 방어행위도 역시 그로 인하여 발생한 비용을 보험의 목적으로 하는 만큼 손해사고시부터 보험자와 피보험자 그리고 제3자인 피해자 사이에서 이해관계가 생긴다. 다만 손해사고가 발생하였다 하더라도 제3자가 이를 문제삼지 않으면 보험사고로 되지 아니하므로 그 경계가 모호한 경우가 많다. 법문에 명시된 바와 같이 제720조에 따라 피보험자가 지출한 방어비용을 보험의 목적에 포함하는 것은 자명하다. 책임보험에서 방어비용의 지출은 법문에 따라 '제3자의 청구를 방어하기 위한' 것이므로 근본적으로 제3자로부터 배상청구를 요건으로 한다. 실제로 피보험자가 손해배상책임을 지지 않은 경우라 할지라도 그 배상책임이 없음을 확정하는 과정에서나 손해배상책임의 범위가 확정되기 전인 배상책임의 범위를 최소화하는 과정에서 제3자의 청구에 대한 방어는 충분히 있을 수 있고 그로 인해 발생한 방어비용은 보험의 목적이 되는 것이다. 배상청구를 받은 것이 보험사고이고 배상청구에 대하여 방어를 하는 것 역시 보험사고에 해당한다. 이 방어비용을 보험의 목적으로 하는 것은 일종의 특별규정으로 적극적으로 제3자의 청구에 방어하게 함으로써 손해의 범위를 최소화하거나 손해발생을 배제하려는 목적이 내포되어 있다고 본다. 책임보험은 가해자인 피보험자를 배상책임 자체로부터 보호한다는 측면도 물론 있겠지만 피해자의 가해자에 대한 책임추궁에 근거하여 생기는 손해로부터 피보험자를 해방시킨다는 기능도 존재한다. 더욱이 상법 제720조 제3항은 방어비용의 지출이 보험자의 지시에 의한 경우에는 손해액을 가산한 금액과의 합산이 보험금액을 초과하더라도 보험자가 부담하여야 한다고 규정하여 방어비용의 특수한 성질을 드러내고 있다.

책임보험 자체가 다양한 위험에 노출된 산업사회에서 예기치 못하게 발생하는 사건사고에 직면한 가해자와 피해자를 동시에 보호한다는 정책적인 요소를 내포하고 있고, 보험외적 존재인 제3자를 예정하고 있어서 일반 개별보험과는 다른 양태를 띤다. 더욱이 제722조에 따라 피보험자는 제3자로부터 배상청구를 받은 때에는 지체없이 보험자에게 그 통지를 발송하여야 하는 통지의무를 규정함으로써 보험사고의 여부를 판단하는 것으로서의 논거를 뒷받침하고 있다. 이처럼 법규정에 따르면 보험사고는 배상청구를 받은 때를 그 기산점으로 하게 된다. 만일 보험사고의 시점을 손해사고 시점으로 본다면, 가해자인 피보험자가 제3자인 피해자에게 손해사고를 일으킨 후 지체없이 이를 보험자에게 알려야 할 통지의무가 정해졌을 것이다.

보험사고의 개념은 책임보험의 본질을 바탕으로 확정하여야만 논리적인 모순에 빠지지 않으리라 사료된다. 책임보험의 본질은 가해자인 피보험자가 배상책임을 이행함으로써 입은 경제적 손실을 보험자로부터의 보전하기 위한 것으로써 피보험자의 배상책임을 담보하기 위한 것이 핵심이다. 바꾸어 말하자면, 보험자가 책임보험계약을 통해 인수하는 것은 피해자가 받은 손해가 아니고 가해자가 피해자에게 배상책임을 부담함으로 인하여 받은 재산상의 손실 그 자체인 것이다. 그러므로 배상책임을 묻기 위한 제3자의 청구권 행사여부는 책임보험의 보험사고 여부를 가르는 중요한 기점이다. 피해자가 손해배상을 청구하지 않는 한 가해자의 손해배상의무는 잠재적인 단계에 머무는 것이며, 피해자가 청구권을 행사하지 않으면 가해자에게는 해당 건으로 인한 재산상 손실이 발생하지 않은 것이다. 이러한 측면에서 청구권 행사 전에 일어난 원인사고 내지 손해사고 자체는 책임보험의 보험사고는 아니다. 물론 보험사고의 범위를 정하고 그 내용을 확정하는 데에 있어서 자연적인 인과관계 확인을 배제할 수 없으므로 손해사고를 보험사고의 판단자료로 삼는 것은 의문의 여지가 없다. 가해자의 배상책임은 피해자가 손해사고를 당한 순간부터 발생하므로[25], 원칙으로 불법행위를 일으킨, 즉 손해사고를 일으킨 순간에 가해자가 배상책임이 생기는 것이라 할 것이지만, 만일 피해자가 청구권을 행사하지 않는다면 원인사고가 발생하였어도 보험계약상 보험사고는 발생한 것이 아니므로 논리적으로 보험사고의 발생시기는 피해자의 청구권 행사시기로 볼 것이며 배상책임의 범위를 정하는 것은 손해사고시로 다시 소급하여 판단하면 될 것이다.

III. 책임보험에서 3면관계에 따른 제문제

25) 이은영, 채권총론, 박영사, 2001, 337면.

1. 책임보험에서의 통지의무

(1) 상법상 통지의무

보험계약법에서 보험계약자 또는 피보험자(인보험의 경우 보험수익자에 이르기까지)에게 적용되는 통지의무는 위험변경증가의 통지의무와 보험사고 통지의무가 있다. 보험은 위험을 기반으로 하는 것이므로 계약상 예정했던 사고발생 위험의 성상에 변화가 있거나 그 크기가 달라지는 경우에는 보험계약자 등이 이를 알았을 경우 지체없이 보험자에게 알려야 한다(상법 제652조). 보험사고 발생가능성인 위험을 새롭게 산정하여 보험료의 증액과 같은 재조정기회나 해당 위험으로는 보험계약을 유지하기 곤란하다는 전제하에 보험계약을 해지할 기회를 보험자가 가져야 하게 때문이다. 이는 보험계약의 단체성에 기인하는 측면이 크다. 다만 보험계약법상 위험변경증가의 통지의무는 보험자가 상대방에게 강제할 수 있는 성질의 것은 아니므로 통상 간접의무[26]로 판단한다.

또 다른 의미에 있어서 보험계약자 등의 통지의무는 보험사고발생 통지의무이다. 보험계약자 등이 보험사고의 발생을 안 즉시 보험자 또는 보험자의 대리인에게 이 사실을 통지하여야 한다. 이 통지의무는 보험사고의 원인을 조사하거나 손해보험의 경우 손해의 확대를 방지하기 위한 측면에서 매우 중요하다. 이 의무는 보험금청구를 위한 전제조건으로서의 진정의무라는 입장[27]과 설령 보험사고가 발생하였을지라도 보험자가 보험사고 사실을 먼저 알게 되면 통지의무이행여부와 별개로 보험금을 지급하여야 할뿐만 아니라 이 통지의무 이행을 강제할 길이 없으므로 간접의무로 보아야 한다는 견해[28]가 있다.

책임보험 자체에서도 일련의 통지의무를 전제하고 있다. 앞서 언급한 위험변경증가의 통지의무와 보험사고발생 통지의무가 그것이다. 상법 제722조 제1항에 따라 피보험자의 배상청구 사실을 보험자에게 알릴 통지의무가 보험사고 발생 통지의무의 일환이다. 책임보험에서의 보험사고를 피보험자가 배상책임을 부담하게 될 원인사고를 말하는 것인지[29], 제3자가 피보험자에게 사고로 인해 발생한 손해에 대하여 재판상 또는 재판외 손해배상청구를 한 것을 보험사고로 할 것인지[30], 피보험자가 제3자에게 배상책임을 부담하는 것을 보험사고로 할 것인지, 그도 아니면 피해자에게 손해배상의무를 이행한 것을 보험사고로 할 것인지[31]는 앞서 언급한 바와 같이 견해가 나뉜다. 책임보험의 보험사고가 무엇인지에 대하여 상법이 명확하게 정하고 있지 않아서 생기는 견해의 대립이기도 하지만 책임보험이 제3자의 존재를 전제로 하고 제3자와 피보험자 간의 책임관계를 문제삼는 지경에 이르지 않는 경우의 원인사고 자체는 보험사고가 되지 않을 수도 있으므로 보험사고발생시점에 대한 논의가 다양하게 이루어지는 배경이기도 하다. 그러므로 이러한 논의를 배경으로 볼 때. 제722조 제1항에서는 통상적인 취지에서의 보험사고발생 자체에 대한 통지의무와는 별도로 제3자로부터 배상청구를 받은 경우 이를 보험자에게 신속하게 알릴 의무를 피보험자에게 부여하고 있다. 이를 배상청구통지의무라고 한다.[32] 이 통지의무는 특히 가해자를 상대로 제3자인 피해자가 소송을 제기한 경우에 이를 보험자에게 통지하여야 하는 것과 궤를 같이 한다. 보험자가 방어권을 행사할 수 있는 기회를 제공하여야 하기 때문이다. 이때 해당 통지를 게을리하여 생기는 증가된 손해에 대하여는 보험자에게 보상책임이 없다. 그러나 동조 제2항 단서에서 만일 피보험자가 제657조 제1항에 따라 보험사고 발생을 안 때 이를 통지를 한 경우에는 이와는 별개로 제3자로부터 배상청구를 받은 것에 대한 통지를 이행하지 않았다고 하더라도 이를 이유로 보험자가 면책이 되는 것은 아니라고 규정하고 있다. 그러므로 이를 단순히 생각하면 마치 상법 제722조 제2항 단서의 취지에 의해서 제657조 제1항에서 지시한 '보험사고'라는 문언으로 인하여 책임보험의 보험사고가 제657조 제1항에서 말한 보험사고와 동일한 것으로 이해할 여지가 있다는 것이다. 제657조 제1항에서의

---

26) 박세민, 보험법, 박영사, 2017, 324면; 김은경 보험계약법, 보험연수원, 2016, 269면.
27) 박세민, 342면; 김은경, 274면; 장덕조, 보험법, 184면; 정찬형, 582면;
28) 김성태, 318면; 임용수, 보험법, 법률정보센터, 2006, 197면.
29) 정찬형, 677면; 양승규, 360면; 김성태, 법문사, 2001, 591-592면.
30) 김은경, 503면; 최기원 435-436면.
31) 손주찬 641면.; 고평석, 170면; Kisch, Handbuch des Privatversicherungsrechts, Bd.2 1920, S. 113 in 최준선, 281면.
32) 김은경, 521면.

보험사고는 일반적인 경우의 보험사고를 의미하고 책임보험에서는 손해사고로 해석하여야 할 것이다. 이는 원인사고가 발생했으나 제3자가 배상청구를 하지 아니하면 보험사고는 발생하지 않은 것이라고 보는 입장에 따른 것이다. 다만 원인사고를 보험자에게 통지함으로써 이후 제3자의 배상청구에 대한 통지의무를 재차 부과할 경우 이중적인 부담이 될 것이므로 피보험자에게 지나치게 위험부담을 초래하는 결과가 생길 수 있어서 제722조 제2항 단서를 통해서 이중적인 부담이 되지 아니하도록 통지의무를 이행하지 않는 피보험자를 보호하는 취지의 규정을 가지고 있다.

책임보험에서는 또 다른 측면에서의 통지의무로서 피보험자가 제3자에 대하여 변제, 또는 채무의 승인, 화해 또는 재판으로 인하여 채무가 확정되는 등의 사건이 발생하면 피보험자는 이를 보험자에게 지체없이 통지하여야 한다(상법 제723조). 이를 이른바 채무확정통지의무[33]라고 한다. 피보험자에게 이러한 통지의무를 지우는 근거는 피보험자의 책임범위인 채무확정에 따라 보험자의 보상범위가 확정될 수 있기 때문이다. 다만 피보험자의 채무가 보험계약에서 정한 보험금액 범위를 넘는다고 하여 보험자의 보상범위가 확대적용되는 것은 물론 아니다. 피보험자는 보험자의 동의없이 제3자에 대하여 변제를 하거나, 승인 또는 화해를 할 경우 보험자가 면책된다고 하는 내용의 합의를 하더라도 보험자가 면책이 되려면 적어도 변제, 승인 또는 화해 등의 행위가 현저히 부당한 것이어야 한다.[34]

(2) 독일보험계약법상 통지의무

보험사고 통지의무와 관련해서는 독일보험계약법 제30조에 보험사고 발생사실에 대하여 보험계약자는 지체없이 보험자에게 통지하여야 한다. 특히 보험계약에 따른 보험금 지급청구에 대한 권리가 제3자에게 귀속되는 경우에는 제3자도 또한 그 통지의무를 부담하게 된다고 명시하고 있다. 여기서 언급하고 있는 제3자가 책임보험에서의 제3자를 의미하고 있는 것으로 보이지는 않는다. 동법 제30조에서 지시하는 제3자는 계약당사자가 아닌 피보험자 또는 보험수익자를 의미한다고 본다. 오히려 책임보험의 경우는 구독일보험계약법 제153조의 제4항과 동일한 취지인 개정법 제104조[35]에 의해 '손해사고'에 대한 통지의무를 보험계약자 또는 피보험자에게 부과하고 있다. 통지의 대상이 되는 것을 제3자에게 책임을 부담하게 될 여지가 있는 사고라고 하여 책임보험의 보험사고를 특정하기 어려운 것을 감안하여[36] 소위 손해사고가 발생한 때에 이를 통지할 것으로 정한 것으로 파악된다. 해당 통지의무의 이행기한, 즉 제3자에게 피보험자가 책임을 질 여지가 있을 만한 해당 사건이 발생한 때로부터 1주일 내에 이 통지의

33) 박세민, 653면.

34) 이와 동일한 취지의 독일보험계약법은 제105조(보험계약자의 승인)이다. 이에 따르면 보험자의 동의없이 보험계약자가 제3자에게 변제를 하거나 제3자의 청구를 승인할 경우 급부를 이행할 의무가 보험자에게 없다는 합의는 무효가 된다. 제105조에 의하여 보험계약자와 보험자간에 합의하는 것을 무효로 하는 것은 보험계약자와 보험자 사이에서 존재하는 계약자유의 원칙(Grundsatz der Vertragsfreiheit) 내지 사적자치의 원칙(Grundsatz der Privatautonomie)을 제한하는 것(Prölss/Martin, VVG, C.H. Beck, §105 Rn. 3.)이라는 견해도 있으나, 보험계약자를 특별히 보호해야할 필요성이 있는 경우에 한하는 것으로서 대형위험을 담보로 하는 기업보험이나 해상보험에서의 책임보험의 경우에는 이 규정이 적용되지 아니한다. 본 규정과 우리 상법 제723조 제3항의 입장은 다소 다른데 우리의 경우는 현저히 부당한 경우에는 보험자가 면책된다고 해설되므로 보험계약자의 보호에는 독일의 경우보다 취약하다. 우리 상법 제723조 제3항은 구독일보험계약법 제154조 제2항의 취지를 일부 계수한 것으로 보인다. 동 규정은 개정 독일보험계약법 제105조와는 상반대되는 것으로 어떠한 예외없이 승인금지(Anerkennungsverbot) 또는 급부이행금지(Befriedigungsverbot, 변제금지)를 정한 바 있었다.

35) 제104조(보험계약자의 통지의무)
(1) 보험계약자 또는 피보험자는 제3자에게 책임을 부담할 수 있을 사고를 1주일 내에 보험자에게 알려야 한다. 제3자가 보험계약자에 대하여 청구를 한 경우에는 보험계약자는 그 청구 이후 1주일 내에 알릴 의무가 있다.
(2) 보험계약자 또는 피보험자가 제소를 당하거나 소송비용보조 청구의 대상이 되거나 소송고지가 된 때에는 보험계약자는 이를 보험자에게 지체없이 알려야 한다. 청구권에 근거가 되는 손해사고에 대하여 보험계약자에게 조사절차가 개시된 경우에도 마찬가지이다.
(3) 제1항, 제2항에 따른 통지의무 기간의 준수여부는 그 통지를 적시에 발송한 것으로 충분하다.

36) 해당 규정의 입법연혁을 보면 1939년 독일보험계약법 개정에서 책임보험의 특성상 보험사고의 개념을 특정하기 용이하지 아니한 것을 반영하여 책임보험상 보험사고가 될 여지가 있는 사건이 발생하여 이것이 제3자에게 피보험자가 배상책임을 부담할 결과로 된 이후에는 보험자가 손해를 경감하거나 예방하는 것이 용이하지 아니하므로 보험자가 제3자의 청구권을 조사하기 전 가능하면 해당사건에 대하여 인지를 하고자 하는 취지에서 비롯된 것으로 알려져 있다; Motive 639 in Bruck/Möller/*Robert Koch*, a.a.O., § 104, Rn. 1.

무를 부여하고 있는 것 역시 다른 입법례에서 찾아볼 수 없는 것인데 이는 책임보험에서의 손해사고가 보험사고로 확정되기 전에 해당 손해가 확대되는 것을 가능하면 막기 위한 취지에서 비롯된 것으로 보인다. 흥미로운 것 중 하나가 이 의무에 대하여 이행에 대한 기한을 정하고 있다는 측면이다.

책임보험의 경우 피보험자가 관련된 제3자와의 사고가 보험사고로 접수된 뒤에야 보험자가 보험금지급과 관련하여 보험사고를 조사하거나 해당 건에 제3자의 청구권이 보험자에게 행사된 경우에서야 보험사고를 인지하는 것보다는 그보다 앞서서 손해의 확대를 예방하거나 경감할 수 있는 기회를 보험자에게 부여하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 특히 보험계약자의 손해사고통지의무 이행기한을 정함으로써 책임보험의 운용을 실효성있게 확보할 수 있을 것으로 보인다. 특히 정책보험에 해당하는 의무책임보험의 경우에는 이러한 제도가 건강한 보험제도의 확립을 위해 기여를 할 수 있을 것으로 본다.

독일보험계약법 제104조 제2항에서는 제소사실통지의무 내지 소송통지의무를 보험계약자 또는 피보험자에게 부과하고 있다. 제3자가 손해사고를 근거로 제소를 하거나 제3자가 청구권을 행사하는 근거가 된 해당 손해사고에 기인하여 보험계약자에게 조사절차가 개시된 경우에도 이를 지체없이 보험자에게 통지하여야 한다. 이때 통지는 발송주의를 선택하고 있다.

독일보험계약법 제104조 제2항과 같은 취지는 우리나라 자동차보험표준약관(책임보험약관 포함)[37] 제46조에 명시하고 있는 바이다. 이는 제3자로부터 소송이 고지되었음에도 불구하고 이를 통지하지 않음으로 말미암아 보험자가 해당 소송에 관여할 수 있는 기회를 박탈함으로써 손해가 확대되는 것을 저지하기 위한 규정과 취지로 보인다. 해당 규정과 동일한 취지를 인용한 우리 대법원의 판례[38]에 따르면에서도 '피보험자의 소송통지의무를 규정한 자동차보험보통약관 제50조의 취지는, 소송을 제기당한 피보험자가 소송에 적절히 대응하지 않아 부적정한 손해배상액을 명하는 판결을 받은 후 그 판결금액을 보험회사에게 청구할 수 있다고 한다면 이는 실손해를 전보한다는 자동차보험의 본래의 취지에 반하고 보험회사로 하여금 부당한 불이익을 입게 하는 것이므로 그와 같은 폐해를 피하고 후일의 분쟁을 방지하기 위하여 소송이 제기된 때에는 그 소송에서 적정한 배상액이 정해지도록 보험회사에게 직접, 간접으로 소송에 관여할 기회를 주기 위한 것이다. 만약 피보험자가 보험회사에게 피해자 등으로부터 소송을 제기당한 사실을 통지하여 보험회사로 하여금 소송에 실질적으로 관여할 수 있도록 하였거나 소송에서 피해자의 사고 당시의 수입액에 관한 자료를 제출하였다면 판결에서 피해자의 수익상실로 인한 손해액이 과다하게 인용되는 것을 방지할 수 있었음에도 이를 게을리 한 사정이 있다면, 자동차보험보통약관 제50조의 취지로 보아 피보험자의 의무해태로 인하여 적정 손해액 이상으로 판결에서 인용된 손해액에 대하여는 보험회사에게 보상의무가 없다고 봄이 상당하다.'고 하여 보험계약자 등에게 소송통지의무를 부과하는 취지를 적시하고 있다.

2. 책임보험에서 방어의무

(1) 상법상 방어의무 및 방어비용

책임관계를 확정하거나 책임의 범위를 정하는 과정에서 제3자의 청구를 방어하는 것은 피보험자가 하여야 부담하여야 할 부분이다. 이를 피보험자의 방어의무라고 한다. 피보험자의 방어의무 이행으로 인하여 발생한 비용인 방어비용이 책임보험의 보험목적에 포함된다고 상법 제720조 전단을 통해 명문으로 정하고 있다.

책임보험은 피보험자의 배상책임으로 인한 손해를 보험자가 보상하는 것을 목적으로 하는 소극보험이므로 그러한 측면에서 피보험자가 피해자인 제3자에 대한 배상책임의 대상이 되는 소극재산이 된다. 그런데 피보험자가 가해자로서 제3자에게 직접적으로 배상을 함으로써 생기는 재산상의 손실 외에도 제3자의 청구를 막기 위하여 지출한 재판상 또는 재판 외의 필요비용 역시 보험목적에 포함되는 것은 자명하다.

책임보험에서 '제3자의 청구를 방어하기 위한' 목적에 따라 지출한 방어비용의 지출은 근본적으로 제3자로부터 배상청구를 요건으로 한다. 제3자에게 배상청구를 받았으나 실제로 피보험자의 손해배상책임

37) 금융감독원, 보험상품자료, 2018년 5월 29일 시행 자동차표준약관.
38) 대법원 1994. 8. 12. 선고 94다2145 판결.

이 인정되지 않은 경우라 할지라도 그 배상책임없음을 확정하는 과정에서 이를 증명하고 주장하거나 또는 설령 손해배상을 부담하는 결과가 나올지라도 배상책임 범위를 최소화하려는 방어가 있을 수 있기 때문에 피보험자가 제3자의 손해배상청구에 대한 방어로 인해 발생한 방어비용은 보험의 목적에 포함된다. 배상청구를 받은 것 자체가 책임보험사고이고 배상청구에 대하여 방어를 하는 것 역시 일련의 보험사고에 해당한다. 이 방어비용을 보험의 목적으로 하는 것은 적극적으로 제3자의 청구를 방어하게 함으로써 손해의 범위를 최소화하거나 손해발생이 확대되는 것 또는 사고와 손해사이의 인과관계가 없다는 것을 증명하는 것을 통해 손해배상책임을 배제시키려는 것에서 비롯되었다고 판단된다. 상법 제720조 제1항에서 피보험자가 제3자의 청구를 방어하기 위하여 지출한 재판상 또는 재판외의 필요비용인 방어비용이 보험의 목적에 포함되고 이렇게 지출한 방어비용은 보험자가 부담하여야 한다는 것은 피보험자에게 부여된 방어의무가 보험자에게도 동일한 취지로 방어의무가 있다고 볼 근거가 된다. 직접청구권의 성질과 관련하여 피해자의 직접청구권이 일종의 보험자에 대한 손해배상청구권이라고 보는 통설[39]의 견해나 판례[40]에 의한다면 보험자도 역시 방어의무를 가진다고 보아야 할 것이다. 즉 보험자 역시 보험계약 당사자로서 부진정연대채무를 부담하는 자의 지위에서 또는 권리승계자(동시에 의무승계자)[41]로서 피보험자가 부담하는 방어의무를 더불어 부담하는 것으로 보아야 할 것은 자명하다.

책임보험은 가해자인 피보험자를 배상책임 자체로부터 보호한다는 측면도 있겠지만 피해자의 가해자를 향한 책임추궁에 따라 생길 수 있는 손실로부터 피보험자를 해방시킨다는 기능도 존재한다. 그러므로 다양한 방식의 방어가 이루어질 수 있다. 특히 상법 제720조 제3항은 방어비용의 지출이 보험자의 지시에 의한 경우에는 손해액을 가산한 금액과의 합산이 보험금액을 초과하더라도 보험자가 부담하여야 한다고 규정하여 방어비용의 특수한 성질을 드러내고 있다.

(2) 독일보험계약법상 방어의무와 방어비용

손해사고가 발생하면 그 사고자체나 인과관계를 확정하는 과정에서 상대방과 책임소재를 다투어야 한다. 그 과정을 거쳐야 누가 어느 범위 내에서 손해배상책임을 부담하는 지를 정할 수 있기 때문이다. 이때 상대방의 청구에 대하여 요건 등을 다투게 된다. 제3자에 대한 손해배상책임으로 인한 재산상의 손실을 전보하는 책임보험의 경우는 피보험자는 제3자가 행사하는 청구에 대하여 방어를 하게 된다. 책임보험과 관련한 피보험자의 제3자에 대한 방어는 의무의 차원에서 이해할 수 있다.

독일의 경우는 방어의무에 대하여 두 개의 규정을 가지고 있다. 독일보험계약법 제100조는 직접적으로 보험자의 방어의무를 규정한 것이고 제101조는 피보험자가 제3자에 대하여 방어의무를 가지고 있는데 방어과정에서 발생한 비용을 방어비용으로 보고 이를 보험자가 부담하여야 할 의무로서 제시한 것이다. 동법에서는 방어의무를 이행하여야 할 자로 피보험자는 말할 것도 없고 보험자에게도 명시적으로 방어의무가 있음을 정하고 있다. 제3자의 근거없는 주장에 대하여 보험자는 방어의무를 부담하는 것이 그 내용이다. 보험자의 방어의무는 책임보험계약상 주요의무(Hauptpflicht)[42]라고 보고 있다. 책임보험계약에서 보험자의 방어의무를 부수의무가 아닌 주의무로 보는 취지는 독일 민법 제307조 제2항 제1호 및 구독일보험계약법 제149조상 청구권을 방어할 의무로서 해석한 판례[43]에서 비롯된다. 판례의 해당

39) 강재철, "책임보험과 피해자인 제3자", 해상.보험법에 관한 제문제(하), 법원행정처, 1991, 523면; 박세민, 전게서, 660-661면; 이기수 · 최병규 · 김인현, 전게서, 265면; 정찬형, 전게서, 686-687면; 최준선, 전게서, 268면; 정동윤, 전게서, 657면; 임용수, 전게서, 387면; 김성태, 전게서, 623면. 손해배상청구권설을 지지하면서 일부 보관자책임보험(상법 제725조)에서 소유자가 가지는 직접청구권은 그 목적이 손해배상이 아니라 손해보전이므로 보험금청구권과 동일한 것으로 보아야 한다고 주장하기도 한다(김성태, 전게서, 639면); 김동훈, "책임보험에 있어서 피해자의 직접청구권", 오늘의 법률(1998. 11. 15), 3748-3749; 김성태, "직접청구권의 본질", 보험법연구 1, 1995, 183면; 김성태, "직접청구권의 성질과 시효", 민사판례연구(II), 1994, 191-192면; 황경학, "피해자의 직접청구권에 관한 소고", 인천법조 제2집, 1995, 67면.

40) 대법원 2005. 10. 7. 선고 2003 다 6774 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다17544 판결; 대법원 1994. 5. 27. 선고 94다6819 판결; 대법원 1995. 7. 25. 선고 94다52911 판결.

41) 이에 대하여는 후술한다.

42) Bruck/Möller/*Robert Koch*, a.a.O., § 100, Rn. 4.

43) BGH 7.2.2007 VersR 2007 1116 = Rus 2007 191; BGH 30.9. 1992 BGHZ 119 276, 281 = VersR 1992

취지가 개정 보험계약법 제100조[44]에 반영되어 명문화됨으로써 보험자의 방어의무는 하나의 법정의무가 되었다. 해당 의무의 이행과 관련하여 제100조에는 보험자에게 방어의무 외에도 피보험자의 보험자에 대한 면책청구권에 대하여 피보험자의 책임을 면하게 하는 면책의무가 있는 것인데 보험자가 면책하게 할 의무와 방어의무 중 선택권(Wahlrecht)이 있는지에 대하여 법원은 부정하고 있다.[45] 피보험자를 면책하게 한다는 것은 보험금을 지급하겠다는 취지이고 이러한 측면에서 보험자는 면책청구권에 대한 채무자로서의 지위에 있는 것인데, 이는 근본적으로 제3자의 청구가 근거있다는 전제하에 가능한 것이고 보험자의 방어의무는 제3자의 청구가 근거가 없다는 전제하에 부과되는 것이므로 보험자의 자의에 의하여 이를 선택할 권한이 없다는 것이 연방대법원의 판단이다. 두 의무 사이에서 의무에 부합하는 판단이 있어야 하는데 사실상 보험자에게 선택권을 부여하면 보험계약자의 이해에 반하는 상황이 발생할 수 있다는 우려 때문이다.[46]

제3자의 청구에 대한 피보험자가 지출한 방어비용과 관련한 독일보험계약법 제101조[47]는 우리 상법 제720조와 규정의 순서에 차이만 있을 뿐 그 취지가 대동소이하다. 다만 독일보험계약법이 더 확장적인 의미를 내포하고 있다. 원인사고가 보험계약자(피보험자)의 책임의 결과가 되는 경우에 해당하여 형사소송이 진행될 경우 여기에서의 방어행위가 보험자의 지시에 의한 때에도 역시 방어비용은 보험의 목적에 포함하는 것으로 정하고 있다.

피보험자에 발생한 손해사고와 관련하여 제3가 소위 가해자라 지시되는 자에게 근거없이 배상청구를 한다고 판단되는 경우 생기는 보험자에게 방어의무 외에 우리 상법 제720조와 동일한 취지의 피보험자가 지출한 방어비용을 부담할 의무가 보험자에게 있다는 것을 통하여 보험자도 방어의무가 있다고 보아야 할 것인지가 의문이다. 우리 상법 제720조 제1항에서 방어비용을 보험목적으로 규정하고 제3항에서는 보험자의 지시로 피보험자가 방어를 한 경우에는 보험에서 예정한 보험금액을 초과하더라도 방어비용을 지급할 의무가 보험자에게 있음을 정하고 있다. 상법 제720조에서 제시한 방어는 피보험자의 입장에서 하는 것을 관점으로 한 것이다. 그런데 제3자가 보험자에게 직접청구권을 행사하는 경우라면 보험자 스스로가 방어를 해야 하므로 제720조에서 언급한 방어를 보험자도 역시 하여야 하는 것은 분명하다. 제3자의 직접청구권 행사의 상대방이 보험자이기 때문이다. 그런데 독일의 경우는 책임보험에 관한 일반 규정을 제100조에서 제112조 사이에 두고 있고, 제113조에서 제124조는 의무책임보험의 적용에 한정되는 규정이다. 그렇다고 한다면 독일보험계약법 제101조에서 언급한 방어비용의 부담은 비록 보험자가 직접적으로 제3자의 청구에 방어를 할 것은 아니지만 그 비용을 보험목적에 포함시킴으로써 방어비용을 부담할 지위에 있음을 지시하고 있는 것이어서 우리 상법의 해석보다는 좁게 이해할 필요가 있어 보인다. 피보험자의 권리를 보호하기 위하여 지출되는 비용에 해당할 수 있는 보험자의 담보제공 내지는 공탁과 관련해서도 제3자의 청구권이 근거가 있는지 유무를 살펴서 근거가 있다고 판단되면 피보

1504; BGH21.1.1976 VersR 1976 477; BGH 20.2. 1956 NJW 1956 826, 827 = VersR 1956 186.

44) 제100조 (보험자의 급부)
책임보험의 보험자는 보험기간 중에 발생한 사고에 대한, 보험계약자의 책임에 의거하여 제3자가 주장한 청구를 면하게 하고, 근거없는 청구를 방어할 의무가 있다.

45) BGH 20.11.1980 VersR 180, 181; OLG Saarbruecken 29.6.2011 RuS 2012 71,72; LG Duesseldorf 7.4.2006 Schadenpraxis 2007 191,192.

46) Prölss/Martin/*Voit/Knappmann,* § 3 AHB Rn. 2; Bruck/Möller/*Robert Koch*, a.a.O., § 100, Rn. 86; Römer/Lamgheid/*Langheid,* § 100, Rn. 5.

47) 제101조(권리보호의 비용)
(1) 제3자가 행사한 청구를 방어하기 위해 발생한 재판상, 재판외의 비용의 지출이 사정에 비추어 필요한 경우, 이는 보험목적에 포함된다. 제3자에 대한 보험계약자의 책임의 결과가 되는 행위로 인하여 개시된 형사소송상의 방어비용도 이 비용이 보험자의 지시에 따라 지출된 것인 한 이에 포함한다. 보험자는 보험계약자의 청구가 있으면 비용을 선급하여야 한다.
(2) 보험금액이 정하여진 경우 보험자가 권유하여 행하여진 소송에서 발생한 비용 및 제1항 제2문에 의한 방어비용과 보상액이 보험금액을 초과하는 때에도 보험자는 이를 부담하여야 한다. 보험계약자가 보험자의 제3자에 대한 방어를 지체함으로써 변제하여야 하는 이자도 이에 포함된다.
(3) 보험계약자가 담보제공 또는 공탁으로써 재판의 집행을 면할 수 있는 경우, 보험계약자의 청구가 있을 때에는 보험자에 대하여 담보제공 또는 공탁을 행하여야 한다. 이 의무는 보험금액의 한도 내에서 생긴다. 보험자가 제2항에 의하여 보험금액을 초과하여 책임을 지는 경우 그 초과액은 보험금액에 가산된다. 제3자의 청구권이 보험계약자에 대하여 근거가 있는 것이라고 보험자가 인정하는 경우, 보험자는 제1문의 의무로부터 면제된다.

험자가 요구하는 경우에 담보제공의무와 공탁을 할 의무가 발생하는 것이다. 즉 독일보험계약법 제101조 제3항 4문에 따라 보험자에 대하여 보험금액의 한도 내에서 그 담보의 제공 또는 공탁을 청구하는 피보험자에 대한 제3자의 청구권 행사가 근거가 있는 것일 경우에는 보험자의 담보제공이나 공탁의무는 면제가 된다는 것이다. 독일의 경우 보험자의 의무는 제3자의 청구권행사가 근거가 있다고 판단되는 경우에 대하여는 보험자에게 방어 관련한 비용에 대한 어떤 의무가 부여되지 않는다는 것을 전제하고 있다.

3. 피보험자의 보험금지급청구

(1) 상법상 보험금지급청구권

상법 제724조 제1항에 보험사고에 따라 피보험자가 책임을 질 사고로 인하여 생긴 손해에 대하여 제3자에게 배상한 후에는 보험자에게서 보험금액의 전부 또는 일부에 대하여 보험금을 지급한다고 한다. 그러므로 제3자가 피보험자로부터 손해배상을 받기 전에는 보험자는 보험금액의 전부 또는 일부를 피보험자에게 지급하지 못하는 것이다. 이른바 이는 피보험자가 보험사고로 인하여 제3자에게 손해를 배상한 경우에는 보험금액의 범위 내에서 보험금지급청구권의 행사할 수 있다.

피보험자의 손해배상책임은 합의, 변제, 승인, 화해 또는 재판으로 확정된 것이어야 한다.[48] 보험금지급에 있어서 손해보상은 보험계약자 또는 피보험자의 고의에 의한 손해는 배제된다. 책임보험이 피보험자와 제3자인 피해자 사이의 책임관계를 전제하여 생겨난 손해를 전보하는 것이므로 피보험자의 고의성 여부는 중요한 기준이 된다. 보험자면책과 관련하여 상법 제659조 제1항에 따르면 보험사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 생긴 때에는 보험자는 보험금액을 지급할 책임이 없다고 하지만 책임보험의 경우는 보험계약자 또는 피보험자에게 고의가 있는 경우에 한하여 보험금지금의무가 없는 면책사유를 적용하는 것으로 해석한다.[49]

(2) 독일보험계약법상 면책청구권

독일보험계약법은 우리 상법에서는 다소 낯선 피보험자의 면책청구권을 인정하고 있다. 면책청구권이 출연하게 된 배경은 소송법상 분리주의[50]를 선택한 독일이 의무책임보험에 한하여 예외적으로 제3자의 직접청구권을 인정하면서도 동시에 분리주의를 고수하게 됨으로써 생기는 피해자의 지위약화현상을 이론적으로 극복하기 위하여 책임보험상의 피보험자의 보험금지급청구권을 가해자의 배상채무에 대한 면책청구권(내지는 면탈청구권)으로 한 것이다. 그러므로 문언적 표현에 따르면 보험계약자의 면책청구권이지만, 책임관계에 근거하여 부담하게 되는 배상채무로부터 벗어날 수 있도록 해당 채무가 보험자에게 이전되는 형태가 된다. 책임보험에서 피보험자가 보험자에게 재산상의 손실보상을 청구하는 것을 보험금의 지급을 청구하는 것이라기보다는 피해자에 대한 배상책임을 면제해달라고 청구하는 권리라는 측면에서 동법 제100조에서의 면책의 의미는 가해자와 피해자 사이의 배상책임청구에 대한 면책을 의미한다. 이에 따라 가해자와 피해자 사이의 책임관계가 확정된 배경에 피해자의 청구가 근거가 있다고 판단된 때에는 보험자가 배상의무를 넘겨받고 그로 인하여 피보험자는 제3자인 피해자에 대하여 지급의무에서 벗어날 수 있다. 이는 제3자가 보험자를 상대로 배상책임을 물은 것이 아니고 가해자인 피보험자를 상대로 책임관계를 확정한 후 피보험자가 이행하여야할 배상책임을 보험자가 양도받음으로 피보험자를 면책하게 하는 방식을 논리적으로 선택하지만, 현실적으로는 피해자보호를 위하여 보험금을 피해자에게 배타적으로 취득시키는 방식을 취한다.[51] 결국 피해자가 피보험자인 가해자로부터 직접 배상을 받기 이

48) 박세민, 637면; 김은경, 512면; 양승규, 362-363면; 서헌제, 상법강의(하), 법문사, 2007, 203면.
49) 박세민, 637면; 김은경, 512면; 정찬형, 679-680면; 양승규, 364면.
50) 이에 대하여는 제3자의 직접청구권에 관한 부분에서 후술함.
51) 이러한 배타성을 구독일보험계약법 제157조에서 언급한 보험계약자의 면책청구권으로부터 발생하는 별제권이 제3자에게 발생한다로 이해할 수도 있다(유주선, 보험법, 청목출판사, 2013년, 368면).

전에는 피보험자의 권리내용은 보험자에 대한 면책청구권에 지나지 않는다고 보아 진정한 피해자가 아닌 단순한 제3자에게 보험금채권이 유용되는 것을 방지하거나 억지할 수 있다고 보았다.

제3자의 직접청구권을 임의책임보험에서는 인정하지 않기 때문에 동일한 효과를 가지면서도 보험자는 배상책임을 부담할 피보험자의 의무를 면제시키는 방식으로 그 의무를 이전받는 것이다. 이러한 발상이 생겨난 배경에는 보험계약관계도 배상책임관계도 없는 보험자에게 제3자가 배상관계를 다툴 수 있는 법적 근거가 근본적으로 없다는 데에서 출발한 것이다. 보험자와 제3자와의 관계는 대륙법체계에 따르면 보상관계(Zuwendungsverhältnis)에 해당하는 호혜관계(Valutaverhältnis)로 보는 것이 일반적이다.

독일의 경우 보험자가 피보험자를 면책하게 하는 방식은 책임관계에서의 채무자인 피보험자가 제3자에게 배상을 했다는 전제하에 보험금의 지급을 피보험자에게 하는 것과 피해자의 청구권이 보험자에 대하여 구속력이 있다는 전제 하에 피보험자가 해당 지급을 피해자에게 직접 해줄 것을 보험자에게 청구할 수 있다.[52] 종국적으로 보험계약자나 피보험자가 보험금청구권을 피해자인 제3자에게 양도하였거나, 제3자가 피보험자의 청구권을 압류하거나 피보험자의 파산 결과 별제권을 가지는 경우에는 이를 근거로 제3자가 보험자에게 지급청구를 할 수 있다.[53] 피보험자를 면책하게 하는 보험자의 급부와 관련하여 책임보험에 관한 일반규정인 독일보험계약법 제106조[54]을 통하여 이를 구체화하고 있다. 즉 동법 제106조 제1문에 의하여 보험자는 제3자의 청구권이 기판력 있는 판결, 승인 또는 화해를 통하여 확정된 시점으로부터 2주내에 제3자에게 급부를 하여야 한다. 만일 보험계약자가 확정적 효력이 있는 방법으로 제3자에게 이미 이행한 경우 동조 제2문에 따라 보험자는 2주내에 보험계약자에게 보상을 하여야 한다. 이때 피보험자가 지급한 방어비용이 있는 경우 동조 제3문에 의하여 보험자는 관련 계산 내역을 통지한 때로부터 2주 내에 이를 지급하여야 한다. 여기에서 방어비용을 지급한다는 의미는 소위 피보험자의 권리를 보호하기 위하여 지출한 비용을 인수하도록 한다는 취지로서 이는 정당한 청구권 주장에만 해당하는 것이 아니라 보험자가 보험계약자를 책임청구로부터 보호하여야 한다는 의미에서 사무관리 의무로서 제3자의 부당한 청구권을 방어하는 것도 다루고 있는 것이다.[55] 다만 보험자가 보험관계에 따라 자신의 피보험자를 면책하게 할 지위에 있다고 하더라도 보험자는 독일보험계약법 제103조[56]에 따라 고의에 의한 손해는 책임보험의 대상이 되지 않기 때문에 고의에 의한 사고는 보상하지 아니한다.

책임보험의 운용과 관련해서 매우 특이한 규정 중의 하나가 독일보험계약법 제107조[57] 정기금채권에 관한 규정이다. 여기서 정기금채권이라 함은 제3자에게 지급하는 금액을 일시금의 형식이 아닌 연금형식으로 급부하는 채권을 의미한다. 이 규정의 취지는 피해자에 대해 손해배상책임을 지는 피보험자가 그 손해배상액을 분할하여 정기금채권으로 지급하여야 할 경우 해당 금전을 계산하는 방식을 근거로 한다. 그 경우 분할하여 지급하여야 할 금액의 합계액이 보험금액을 초과할 경우에도 보험자의 부담 부분은 보험금액에 한정하게 된다. 이 때 피해 제3자가 다수인 경우, 임의책임보험은 해당 금액을 인원수에 비례하여 지급한다는 취지로 하는 제109조[58]를 적용하고, 의무책임보험의 경우는 다수 청구권자간 순

---

52) Bruck/Möller/*Robert Koch*, a.a.O., § 100, Rn. 84.

53) OLG Köln 29.1.2008 Becks 2008 22056 참조.

54) 제106조(보험급부의 확정기)
보험자는 제3자의 청구권이 기판력 있는 판결, 승인 또는 화해를 통하여 확정된 시점으로부터 2주 내에 제3자의 청구로부터 보험계약자를 면책하게 하여야한다. 보험계약자가 보험자에 대해 확정적 효력이 있는 방법으로 제3자에게 이행한 경우 보험자는 2주 내에 보험계약자에게 보상을 하여야 한다. 보험자는 계산서의 통지 이후 2주 내에 제102조에 의하여 보상하여야 한다.

55) HK-VVG/Schimikowski, § 101, Rdn. 1.; Retter, in: Schwintowski/Brömmelmeyer, Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 2008, § 101, Rdn. 1.

56) 제103조(보험사고의 초래)
보험계약자가 고의로 위법하게 제3자에게 손해를 발생시킨 경우에는 보험자는 급부를 이행할 의무가 없다.

57) 제107조 정기금채권
(1) 보험계약자가 제3자에 대하여 손해액을 분할하여 정기금채권 방식으로 지급할 의무가 있는 경우 보험금액이 그 정기금채권의 합산액에 이르지 못할 때에는 보험자는 단지 그 비율적으로 정기금채무액을 지급할 의무를 진다.
(2) 보험계약자가 법률에 의하여 자신이 부담하는 정기금채무에 대하여 제3자에게 담보를 제공하여야 하는 경우 보험자의 의무는 담보의 제공에 미친다. 이 경우 제1항을 준용한다.

58) 제109조 다수의 피해자
보험계약자가 다수의 피해자에 대하여 책임이 있고 그들의 청구권이 보험금액을 초과하는 경우에는 보험자는 이

위를 정한 동법 제118조[59]를 적용한다. 또한 피보험자가 제3자에 대하여 정기금채권 채무와 관련하여 담보를 제공하여야 할 경우 보험자의 의무가 해당 담보제공의무에도 미치게 된다.

그 외에도 보험관계에서 생성된 피보험자의 면책청구권을 보험계약자가 처분하는 것이 제한되는데 이는 제3자 보호와 관련되기 때문이고, 제3자에 대하여는 효력이 없는 것으로 보는 것이 독일보험계약법 제108조의 취지이다. 더욱이 보험계약자의 채권자가 실행하는 강제집행이나 압류절차의 방법으로 하는 처분 역시 제3자에 대해서는 무효라고 판단한다.

보험상의 급부를 제3자에게 한다는 측면에서 보험자의 급부의무라고 표현하면 간단할 것임에도 이를 보험자의 면책의무라고 하는 것은 근본적으로는 보험자와 계약외적 존재인 제3자인 피해자와 직접적인 법률관계가 없는 문제를 극복하고자 하는 측면도 있다. 그러므로 책임관계에서 비롯된 제3자에 대한 피보험자의 의무를 보험계약적 관계에 있는 자신과 보험계약자 내지 피보험자와의 관계에서 피보험자의 책임을 면하게 하고 그 책임을 보험자가 이행함으로써 계약적 관계나 책임법적 관계에 직접 연관되지 아니함에도 제3자에게 급부를 이행하는 것에 대한 근거를 마련하기 위함이라고 판단된다. 법적인 이치에 부합하는 것이다.

책임보험의 가입의 강제여부를 불문하고 제3자의 직접청구권을 인정하는 우리 상법의 체계 하에서는 피보험자의 면책청구권을 수인하는 방식이 비효율적일 수 있다. 그러나 법리적인 측면에서 보험자와 제3자간 직접적인 견련관계가 있지 아니한 환경에서 이를 구조적으로 연결시키려는 억지스러움보다는 보험자와 피보험자 사이의 계약관계에 기초하여 피보험자의 의무를 보험계약 상대방의 지위에서 이행하는 것이 합리적이다. 물론 이 면책청구권이 인정되기 위해서는 보험자와 피보험자 사이의 보험관계가 유효할 것을 전제하여야 한다.

4. 제3자의 직접청구권

(1) 상법상 직접청구권

1991년 보험법 개정에서 상법 제724조 제2항에 도입된 것이 책임보험에서 보험자에 대한 제3자의 직접청구권이다. 동 제724조 제2항은 책임보험계약 체결의 강제성 여부를 불문하고 모든 책임보험에 인정되는 일반규정이다. 이 규정이 있기 전까지는 자동차손해배상보장법이나 산업재해보상보험법 등과 같은 특별법에 의한 책임보험에서 직접청구권이 인정되었다. 이를 기반으로 판례[60]에 따르면 피해자의 직접청구권은 관련 특별법이나 약관을 통하여 인정되던 것에 불과했으나 1991년 상법 개정으로 보험편에 일반규정으로 편입된 것이다.

고의에 의한 사고에 대하여는 보험자는 면책되는 것이지만 정책적인 필요에 의하여 피보험자의 고의에 의한 사고라 할지라도 보험자의 보상책임이 인정되는 경우가 있는데, 자동차손해배상책임보험에서 대인배상의 경우 제3자가 행사한 직접청구의 경우 보험자는 이에 대하여 지급의무를 부담한다. 다만 이 경

들 청구권을 그 비율에 의하여 이행하여야 한다. 이 때 보험금액이 소진되면 배분에서 제외된 제3자는 보험자가 그의 청구권의 행사를 예측하지 않았거나 예측할 수 없는 한 추후 제108조 제1항의 규정을 주장할 수 없다

59) 제118조 다수의 청구권간의 순위

(1) 동일한 손해사고로 인하여 이행하여야 할 보상청구가 보험금액을 초과할 경우 보험금액은 다음과 같은 순위에 의하고, 만일 순위가 같은 경우에는 금액에 비례하여 배상청구권자에게 지급된다.

1. 피해자가 가해자, 그의 책임보험자로서 다른 보험자, 사회보험자 또는 그 밖의 제3자로부터 손해배상을 받을 수 없는 한 인적손해로 인한 청구권
2. 피해자가 가해자, 그의 책임보험자로서 다른 보험자, 사회보험자 또는 그 밖의 제3자로부터 손해배상을 받을 수 없는 한 자연인 및 사법상의 법인의 그 밖의 손해로 인한 청구권
3. 인적 손해와 기타 손해로 인하여 이전된 청구권
4. 사회보험자에게 이전된 청구권
5. 그 밖의 모든 청구권

(2) 후순위 청구권을 고려한 상황 하에서 보험금액이 남아있지 아니한 때에는 보험자가 청구권을 행사할 것을 고려하지 아니하였고 그것을 고려할 필요도 없었던 때에는 보험금액을 배분할 때 고려되지 않은 선순위청구권자는 추후에 제1항을 원용할 수 없다.

60) 대법원 1988.12.13. 87다카3166.

우 보험자는 피보험자에 대하여 구상권을 청구할 수 있다. 제3자의 직접청구권의 본질을 손해배상금청구권설에 근거한다면 피보험자의 고의를 이유로 제3자에 대하여 지급을 거절할 수는 없을 것이다. 보험자는 피보험자의 채무를 인수한 것이고 이 범위에서는 연대채무자로서의 지위에 있기 때문이다. 직접청구권에 관련하여 근거가 될 만한 개별조항이 부족한 법적 현실에 비추어보면 보험계약 외적인 지위에 있는 피해자에게는 중대한 의미를 지니는 청구권임에는 분명하다. 또한 판례[61]에 따르면 상법 제724조 제2항에 의한 제3자의 직접청구권은 피보험자의 보험금청구권에 우선한다.

(2) 독일보험계약법상 직접청구권

독일보험계약법이 제3자의 직접청구권을 규범적으로 인정하기까지는 오랜 논의과정이 필요하였다. 책임보험에 있어서 보험자와 피해자인 제3자와의 법률관계를 어떻게 처리할 것인가는 판례법을 선택하는 영미법체계[62]와 통합주의[63]를 선택하는 프랑스법체계와는 다른 분리주의(Trennungsprinzip)를 선택하고 있는 독일의 입장에서 제3자의 직접청구권을 입법적으로 일반화하기 용이하지 않았다.[64] 민사법 전반, 특히 소송법에서 견지하던 분리주의를 포기하지 아니하고 예외를 인정하는 방법으로 제3자의 직접청구권을 보험계약법에서 인정한 것이다. 분리주의란 가해자와 피해자의 책임관계(Haftungsverhältnis)와 보험자와 피보험자의 보험관계(Versicherungsverhältnis)를 분리하여 피보험자의 피해자에 대한 책임은 책임소송(Haftungsprozeß)에 따르는 한편, 보험자의 피보험자에 대한 책임은 보상소송(Deckungsprozeß)에 의하는 것이고, 피해자인 제3자와 보험자 사이에는 직접적인 법률관계가 존재하지 않는다는 것을 의미한다.[65]

독일은 분리주의의 예외적인 방법으로 피해자보호를 위한 취지에서 보험자에 대한 직접청구권을 부분적으로 인정하려는 식으로 의무보험에 한정해서 직접청구권을 도입하였다. 다만 이 직접청구권이 보험계약법에 도입되기 이전에 입법적으로 1959년 자동차강제책임보험에 관한 유럽협정(Europäisches Abkommen über die obligatorische Haftpflichtversicherung für Kraftfahrzeug)의 체결이 직접청구권을 인정하게 되는 결정적인 계기가 있었다. 자동차사고로 인하여 손해를 입을 가능성이 있는 협정 당사국 5개국의 시민의 권리를 보호할 의무가 협정당사국인 독일에 부과되었기에, 협약 제6조 제1호 부칙 I에 따른 보험자에 대한 청구권을 국내법에 적용시키지 않을 수 없었다. 이에 1965년 10월 1일자로 발효된 구 의무보험법(Pflichtversicherungsgesetz)[66] 제3조 제1호에 포함시키게 된 것이다.[67] 이에 따라 자동차책임보험의 보험자에 대한 직접청구권이 최초로 인정되었고 자동차사고로 인한 희생자들의 법적 지위가 현격하게 강화될 수 있었다.[68] 이후 제3자의 직접청구권은 구독일보험계약법에 편입이 되었고 최근 개정입법에서는 이전보다 더 명확하게 입법과정을 거쳐 지금의 모습을 갖추었다. 그러나 제3자

61) 대법원 1995.9.26. 선고 94다28093 판결.

62) 영국법에서는 가해자의 권리를 중요시 하는 측면이 강해 피해자가 보험자에 대하여 행사하는 청구권은 피보험자가 행사했을 권리를 대위행사한다는 것으로 인식하여 독일의 분리주의와 유사한 반면, 미국법에 따르면 보험자가 주된 채무자이고 피해자가 이에 대하여 직접소권을 행사할 수 있으며, 그 범위 내에서 소권부인약관은 효력을 가지지 않는 것으로 하여 피해자권리에 대하여 상대적인 독자성을 인정하는 취지에서 프랑스의 통합주의에 근접한 것이다; 고평석, 209면.

63) 책임관계와 보험관계를 엄격하게 분리하지 않고 이 양자 관계가 밀접하게 관계가 있어서 가해자의 피해자에 대한 손해배상과 보험자에 의한 가해자의 손해의 보상은 서로 관계가 있어 보험자와 피해자 사이의 법률관계를 인정하는 것을 말한다. 이에 따르면 피해자의 보험자에 대한 청구권의 인정, 즉 직접청구권의 인정이 실질적으로 인정되는 데에 무리가 없었다; 倉澤康一郎, 責任保險における被害者の直接請求權, 保險契約法の現代的課題, 成文堂, 1978, pp. 14-15.
(창 택 강 일 랑 / 책임 보험 / 피해 자 / 직접 청구권 / 보험계약 법 / 현대적 과제 / 성문 당)

64) Bruck/Möller/*Robert Koch*, a.a.O., Vor § 100, Rn. 99.

65) Bruck/Möller/*Robert Koch*, a.a.O., Vor § 100, Rn. 92 u. 95.

66) Gesetz vom 05.04.1965 (BGBl. I S. 213) zuletzt geändert durch Verordnung vom 06.12.2011 (BGBl. I S. 2628) m.W.v. 01.01.2012

67) Gesetz zu dem Europäischen Übereinkommen vom 20. April 1959 über die obligatorische Haftpflichtversicherung für Kraftfahrzeuge vom 1.April 1965, BGBl. II S. 281.

68) Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die Plfichtversicherung für Kraftfahrzeughalter vom 5. April 1965 BGBl. I S. 213, Art. 1 und 7.

의 직접청구권을 책임보험일반으로 인정하고 있지 아니하는 관계로 독일보험계약법 제2편 개별 보험종목의 제1장 책임보험 제2절 의무보험 규정인 제115조[69]에서 직접청구권을 명문으로 정하고 있다. 동 규정에 따르면 제3자의 직접청구권을 허용하는 것으로 자동차책임보험과 같은 의무보험에서 확대되어 보험계약자의 재산에 대하여 파산절차가 개시되거나 또는 보험계약자의 거주지가 불분명한 경우에만 인정한다.[70] 즉 보험계약자의 재산에 파산절차가 개시되거나 파산재산이 여타의 채무를 이행하기 부족하여 파산청구가 거절되거나 임시파산관재인이 임명된 경우라면 직접청구권이 인정된다. 이는 직업책임보험에서 의미가 있는데 보험계약자가 아닌 피보험 가해자가 파산에 빠진 경우에 특히 그러하다.[71] 제115조 제1항 제3호에 따라 보험계약자의 거주지가 불분명한 경우에 제3자의 직접청구권이 인정되는 것과 관련하여 이 조건이 어느 시점에 수인되는 것인지에 대하여는 의문의 여지가 있는데 이에 대하여는 법문에서도, 심지어 개정위원회의 이유서에서도 분명하게 제시되고 있지 아니하다. 통상적으로 보험계약자의 거주지에 대하여 피해자뿐만 아니라 일반인에게도 알려지지 않은 경우라면 제115조 제1항 제3호에서 말하는 불분명한 경우에 해당한다고 본다.[72]

직접청구권을 통하여 피해자는 보험자가 법적으로 병존적인 채무인수(gesetzlich angeordneter Schuldbeitritt)를 한 것을 근거[73]로 가해자에 대한 손해배상청구권과 함께 변제자력이 있는 더 많은 채무자를 확보할 수 있다. 제3자인 피해자에 대하여 병존적 채무인수로 인한 연대채무관계를 독일보험계약법 제116조[74]를 통해 명문으로 인정하여 피해자 보호를 견지하고 있다. 이에 덧붙여 제3자에 대한 보험자의 급부의무는 다양한 장치를 마련하여 피해자를 보호하는 차원에서 인정되고 있다. 즉 보험계약에 근거하여 보험자가 급부의무를 가지는 범위 내에서, 비록 보험자가 보험계약자에 대하여 급부의무가 없는 경우라 할지라도 또는 보험계약자에 대하여 일부만 부담하는 경우에도 보험자는 제117조[75]에

---

69) 제115조(직접청구권)
(1) 제3자는 보험자에 대하여 손해배상청구권을 다음의 각호의 경우에 주장할 수 있다.
1. 의무보험법에 따라 발생하는 보험상 의무이행을 위한 책임보험의 경우
2. 보험계약자의 재산에 대하여 파산절차가 개시되거나 파산재산의 부족으로 파산청구가 거절되거나 임시파산관재인이 임명된 경우
3. 보험계약자의 거주지가 불분명한 경우
보험계약에 따른 보험자의 급부의무의 범위내에서, 급부의무가 존재하지 않는 경우에는 제117조 제1항 내지 제4항의 범위 내에서 손해배상청구권을 보험자에게 직접 주장할 수 있다. 보험자와 급부의무 있는 보험계약자는 연대채무자로서 책임을 부담한다.
(2) 제1항에 의한 청구권은 배상의무 있는 보험계약자에 대한 손해배상청구권과 같은 소멸시효의 적용을 받는다. 소멸시효기간은 배상의무 있는 보험계약자에 대한 손해배상청구권의 소멸시효가 기산하는 시점에 개시된다. 제3자의 청구권이 보험자에게 신고 된 경우에는 소멸시효기간은 보험자의 결정이 청구권자에게 서면으로 도달된 시점까지 중단된다. 청구권의 보험자에 대한 소멸시효의 정지(Hemmung), 일시정지(Ablaufhemmung) 및 새로운 개시는 배상의무 있는 보험계약자에게도 미치고 그 반대로도 적용된다.
70) 이와 같이 한정하는 것에 대한 비판론으로는 Abram VP 2008, 77, 78 f. 참조.
71) Langheid/Wandt/*Schneider,*, a.a.O.,, § 115, Rn. 16.
72) RGZ 59, 259, 263; BGHZ 149, 311 = NJW 2002, 827 = VersR 2002, 1304.
73) BGHZ 57, 269 = NJW 1972, 387 = VersR 1979, 870.
74) 제116조(연대채무자)
(1) 제115조 제1항 제3문에 의한 연대채무자의 관계에서 보험자가 보험계약으로부터 지급의무가 있는 한 보험자만이 단독으로 의무를 부담한다. 그러한 의무가 존재하지 않는 경우에는 그들 상호관계에서 보험계약자만 의무를 부담한다. 보험자는 상황에 따라 필요한 경우 변제를 청구할 수 있다.
(2) 제1항에 의하여 주어진 청구권의 소멸시효는 제3자의 청구권이 이행된 해의 말부터 개시된다.
75) 제117조 제3자에 대한 급부의무
(1) 보험자가 보험계약자에게 급부의무를 지지 않거나 일부만 지는 경우 제3자와 관련해서 보험자의 의무는 그 범위 내에서는 계속 존속한다.
(2) 보험관계의 부존재 또는 종료를 초래할 사정은 보험자가 이 사정을 이에 관하여 해당관청에 고지한 후 1월을 경과한 때 비로소 제3자에 관하여 효력이 있다. 보험관계가 기간경과로 종료하는 경우도 마찬가지이다. 보험관계의 종료 전에는 기간은 진행되지 아니한다. 손해사고 발생 이전에 법규에 따라 새롭게 체결된 보험계약의 확인증이 해당관청에 도달한 경우에는 제1문, 제2문에 언급된 사정은 제3자의 청구권에 대하여도 대항할 수 있다. 제1문에 따른 통지를 수령할 해당관청이 정해지지 않은 경우에는 본 항은 적용되지 아니한다.
(3) 제1항 및 제2항의 경우에는 보험자는 법에서 정한 최저보험금액 및 그가 인수한 위험의 범위내에서만 급부의무를 진다. 제3자가 다른 보험자 또는 사회보험자로부터 손해의 배상을 받은 경우에는 보험자는 면책된다.
(4) 제1항 또는 제2항에 의한 보험자의 급부의무가 과실에 의한 공무상 직무의무위반으로 인한 배상의무와 경합

따라 제3자가 직접청구권을 행사한 것과 관련하여 보험자의 급부의무는 존속하게 된다.

보험계약자가 계약상 간접의무를 위반하여 보험자의 책임의 전부 또는 일부가 면책이 되는 경우라 할지라도,[76] 보험자는 제3자의 직접청구권의 행사에 대하여 이를 이유로 대항하지 못한다. 그러므로 보험자는 보험계약자와의 계약적인 합의 등을 고려할 필요도 없이 법에서 정하고 있는 최소보험금액의 범위[77]까지는 이행하여야 한다.[78]

독일보험계약법 제115조 제2항 3문은 직접청구권의 시효의 정지에 대한 특별규정을 포함하고 있다. 이 규정은 보험계약 외적인 직접청구권에 대하여 독일보험계약법 제15조[79]의 법적사고를 받아들인 것이다. 민법에 따른 정지에 대한 구성요건과 다르다는 측면에서 제115조 제2항 3문은 특별규정에 해당한다. 직접청구권을 보험자에게 통지한 경우에는 시효는 보험자의 결정이 청구권자에게 텍스트로 도달한 경우까지 정지된다. 여기에서 텍스트로 전달된 경우에서 텍스트는 SNS, 이메일이나 팩스로 보낸 것까지를 포함하므로 이 텍스트에 보험자의 서명이나 날인이 있을 것까지는 요구하는 것은 아니다[80] 정지의 기간은 결과적으로 제115조 제2항 1문에서 언급한 바와 같이 손해배상청구권과 같은 소멸시효인 10년의 기한에 대한 연장을 의미한다.[81] 피해자가 보험자에게 직접청구권을 행사할 것이라는 것을 통지한 경우에 시효가 정지되므로 즉 시효가 정지되기 위한 조건은 보험자에게의 통지인 것이다. 비록 우선적으로 특정의 손해에 대해서만 통지가 된다고 하더라도, 정지의 범위는 기본적으로 피해자의 전체 청구권을 포함하는 것이다.

또한 동법 제115조 제2항 4문에 따라 소멸시효의 정지, 소멸시효 진행의 정지 및 새로운 개시는 보험계약자 또는 피보험자에게 효력이 있고 반대의 경우도 동일하다. 제2항 4문에 따라 보험자에 대한 직접청구권의 소멸시효가 정지되어진다면, 보험계약자에 대한 피해자의 청구권에도 이것이 적용된다. 독일민법 제204조에 따라 보험계약자에 대한 책임청구권(Haftungsanspruch)이 정지된다면 이 정지의 근거가 직접청구권에도 영향을 미친다.[82]

제3자의 직접청구권의 행사와 관련해서 제3자에게도 독일보험계약법 제119조[83]에 따라 일정한 책무가 부여된다. 손해발생으로부터 피해자가 보험계약자에게 청구권을 행사하고자 하거나 또는 보험자에게 직접청구권을 행사하기 위해서는 손해사고 발생사실을 안 후 2주 내에 보험자에게 통지를 해야 한다. 일종의 제3자의 손해사고발생 통지의무(동조 제1항)이다. 그런데 피해를 당한 제3자가 보험계약자에 대

할 경우에 공무상 의무 위반으로 인한 배상의무는 보험자가 급부를 부담할 요건이 존재한다고 하여 보험자에 대한 관계에서 존속한다. 공무원이 사법상 개인적으로 책임을 질 경우에는 제1문은 적용하지 않는다.

(5) 보험자가 제1항 내지 제4항에 따라 제3자에게 보상하고 제116조에 해당하지 않는 경우에는 보험자는 제3자의 보험계약자에 대한 채권을 취득한다. 이 채권의 양도로 제3자가 불리하게 되어서는 아니된다.

(6) 보험자의 재산에 대하여 파산절차가 개시된 경우에는 본법 제16조와는 달리 보험관계는 파산관재인이 이 사정을 해당관청에 통지한 후 1월이 경과한 후에 비로소 종료한다. 이 시점까지는 보험관계가 파산재단에 대하여 유효하게 존속한다. 제1문에 따른 통지를 수령할 해당관청이 정하여지지 않은 경우에는 보험계약자가 파산절차 개시에 대하여 통지를 받은 후 1월이 경과하여야만 보험관계가 종료한다. 그 보험계약자에게의 파산개시의 통지는 텍스트형식으로 하여야 한다.

76) 보험관계에 문제가 있는 경우로 독일에서는 이를 krankes Versicherungsverhältnis라고 한다.

77) 이는 우리의 자동차손해배상보장법의 취지와 동일하다.

78) Langheid/Wandt/*Schneider,,* a.a.O.,, § 115, Rn. 22.

79) 제15조(소멸시효의 정지)

보험계약에 근거하여 청구권의 행사가 보험자에게 통지된 경우에는 보험자의 결정이 청구권자에게 텍스트형식으로 도달되기 전까지 소멸시효는 정지된다.

80) Palandt/Ellenberger, BGB C.H Beck § 126 b Rn. 3.

81) Römer/Langheid/*Langheid,,* a.a.O.,, § 3 PflVG Rn. 16; Feyock/Jacobsen/Lemor, § 115, Rn. 18.

82) BGH VersR 1987, 561, 562 f.

83) 제119조(제3자의 책무)

(1) 제3자는 보험계약자에 대하여 청구권을 주장할 경우에는 제115조 제1항에 따른 청구권 행사의 대상이 되는 손해사고에 대하여 사고가 발생했음을 안 후 2주 내에 보험자에게 텍스트 형식으로 통지하여야 한다. 기간의 준수를 위해서는 적시에 발송하는 것으로 족하다.

(2) 제3자가 보험계약자에 대하여 제소한 때에는 제3자는 이를 지체 없이 보험자에게 텍스트형식으로 통지하여야 한다.

(3) 손해사고의 확정 및 손해액을 정함에 있어서 필요한 경우에는 보험자는 제3자로부터 정보를 요구할 수 있다. 보험자는 제3자에게 타당하다고 인정되는 범위 내에서 증거서류를 요구할 수 있다.

하여 소송상의 청구권을 행사하는 경우에는 앞선 통지의무 이행기간보다 더 신속하게 지체없이 이를 알려야 한다. 이는 제3자의 제소사실통지의무(동조 제2항)가 된다. 그 외에 제3자는 보험자에 협조할 의무가 부과된다. 해당 협조의무는 두 가지 가능성으로 그 양태를 제시하고 있다. 우선 그 첫 번째가 정보제공의무(동조 제3항 제1문)으로 손해사고의 확정 및 손해액을 산정하는 데에 필요한 경우 보험자가 제3자에게 요청한 정보를 제공하는 의무이다. 두 번째는 증거자료제출의무(동항 제2문)이다. 다만 이러한 의무는 보험자가 정보와 증거를 제출할 것을 요구하는 경우에 한하여 제3자는 부담하는 협조사항으로 이는 손해사고와 손해범위를 확정하는 데 정보가 필요한 경우에 한정된다. 제3항에 따른 의무는 보험자의 요청시에 이루어지는 것이므로 앞선 손해사고가 발생한 것을 안 후 2주내에 하는 손해사고발생 통지의무와 소송을 제기한 후 지체없이 하는 제소사실 통지의무와는 그 이행 시기가 다르다.

의무보험에서 직접청구권을 행사하는 제3자에게 부과하는 책무와 관련해서 이를 위반한 경우에 제재가 뒤따른다. 제3자가 책무위반을 한 경우 독일보험계약법 제120조[84]에 따라 의무책임보험에서 제3자의 직접청구권으로 지급받는 보상금액이 제한된다. 독일에서 이와 같이 보험자와 제3자 사이에 보험계약상 법률관계가 아닌 보상관계만이 있음에도 불구하고 이 간접관계에 근거하여 제3자에게 의무를 부여하고 그에 대한 위반의 경우 이를 제재하는 규정을 두는 근거는 다음과 같다. 의무책임보험은 통상적으로 정책보험으로 운용되는 경우가 보통이고 책임보험이 피해자인 제3자를 보호하는 만큼 보험의 단체성을 공정하게 확보하기 위하여 보험사고의 확정이나 손해액의 산정이 그 무엇보다도 중요하다. 그러므로 제3자의 청구권행사에 대하여 보험자에게도 이를 관리할 근거를 제시할 필요가 있다는 것이다. 이에 따라 제3자가 법에서 정한 의무를 위반하는 것은 독일 민법 제254조 제2항에서 정한 공동과책으로 볼 수 있다는 것이다.[85] 독일보험계약법 제82조에 따라 손해보험에서는 피보험자 등은 손해방지의무가 부여되는데 손해가 발생하면 보험계약자와 피보험자는 손해의 방지와 경감하여야 하고 이를 고의로 위반하면 보험자가 면책이 되고 중과실에 의한 위반의 경우 비례보상의 원칙에 따라 보험자의 급부는 감액될 수 있다. 동일한 취지를 직접청구권을 행사하는 제3자에게 보험자는 보상금액을 비례적으로 감액할 수 있다는 것이다. 그러므로 손해방지의무 이행당사자로 제3자를 포함시키는 것이다. 다만 이 때 보험자는 제3자에게 책무위반의 효과를 알려줌으로써 의무책임보험관계에서 제3자의 조력을 적극적으로 이끌어낸다. 제3자의 책무위반의 효과를 알리는 방법은 사전에 명시적으로 텍스트형식을 취함으로써 이로 인한 분쟁을 최소화하는 방식을 취하고 있다.

IV. 맺는 말

제3자에 대한 손해배상책임은 그 원인이 계약에서 근거하든, 법률에 따른 책임이든지 불문하고 이를 책임보험의 대상으로 할 수 있다. 즉 제3자에게 배상책임을 부담할 경우 그로 인한 재산상의 손실을 보험의 목적으로 하는 보험계약을 책임보험이라 한다. 현대사회에서는 다양한 종류의 위험이 생성되어 누구나 자신의 귀책사유로 책임을 부담하게 될 요인이 증대하였다. 더욱이 그 책임이 관련자의 고의나 과실이 없는 경우에도 책임을 부담하여야 할 것으로 책임의 범위가 확대되고 있다. 이러한 사회적 환경은 책임보험에 대한 수요가 증가될 수밖에 없는 원인이 되었다. 책임보험에 대한 수요가 증가하는 양상은 국가마다 대동소이하지만 이를 법적으로 다루는 입법배경과 법체계는 각국마다 다르다.

우리는 보험계약법 체계를 독일과 비교적 유사하게 가지고 있지만 책임보험의 운용방식이나 그 근거에 대하여는 구체적으로 다른 모습을 띤다. 우리 상법 보험편의 책임보험에 관한 규정이 독일보험계약법의 책임보험 규정에 비하여 비교적 단순하다. 그리고 그 규정이 논리적인 순차성을 가지고 있지 아니하고 책임보험의 일반 규정 사이에 특수한 책임보험 규정이 있어서 체계상 혼재된 측면이 있다. 현재로서 해

84) 제120조(제3자의 책무위반)
제3자가 제119조 제2항 또는 제3항에 따른 책무를 책임있는 사유로 위반할 경우 보험자의 책임은 115조 및 제117조에 따라 제3자가 책무를 제대로 이행한 경우에 지급하였을 금액으로 제한된다. 이 경우 보험자는 제3자에게 사전에 명시적으로 텍스트형식으로 이러한 책무위반의 효과를 알려주어야 한다.

85) Römer/Langheid/*Langheid,*, a.a.O.,, § 119 Rn. 8; Langheid/Wandt/*Schneider*, a.a.O.,, § 119 Rn. 25; Bruck/Möller/*Roland Michael Beckmann*, a.a.O., § 119, Rn. 36.

당 규정들의 순서를 재배치하기는 곤란하지만 향후 입법과정에서 이에 대한 고려를 할 필요는 있을 듯하다. 그리고 입법기술상 제724조 제1항(경우에 따라서는 제3항을 포함하여)은 보험자와 피보험자와의 관계를 앞세운 규정이고 동조 제2항과 제4항은 제3자의 직접청구권과 관련된 규정이므로 이를 분리하여 새롭게 배치하고 아래에서 제안하는 보험자에게 직접청구권을 행사하는 제3자의 의무부분을 포함하여 에서 제724조의 2(제3자의 직접청구권) 규정을 신설할 것을 제안한다.

총론적인 제안 외에 다음과 같은 구체적 입법제안을 하고자 한다.

독일보험계약법에서 책임보험 관련한 규정 중 제104조에서 언급한 ①**보험계약자 등의 손해사고발생 통지의무**는 비록 상법 제659조 제1항에 따라 보험사고발생통지의무가 있지만 여기에서의 보험사고가 책임보험에서의 손해사고를 의미하는 것인지에 대하여 의문이 있을 수 있기 때문에 명확하게 책임보험 규정으로 손해사고에 대한 통지의무를 부과하는 취지를 입법화할 필요는 있다고 본다. 책임보험의 경우 제3자가 청구권을 행사한 후, 또는 소송을 제기한 후 이를 사고로서 접수된 이후에야 비로소 보험자가 보험금지급과 관련하여 보험사고를 조사하거나, 이 시점에 보험사고로서 인지하게 된다면 보험자 측에서 그보다 앞서서 손해의 확대를 예방하거나 경감할 수 있는 기회를 실기할 수 있어 이를 합리적으로 다루기 위해서는 손해사고의 통지의무를 부과하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

또한 우리 자동차보험표준약관 등에서도 이미 인정하고 있는 ②**보험계약자 등의 소송통지의무**도 독일 보험계약법 제104조 제2항과 같은 취지에서 상법으로 도입시킬 대상으로 고려해 볼 필요는 있다. 해당 규정에 따르면 제3자로부터 제기된 피보험자에 대한 소송제기 사실을 알리는 **소송통지의무를** 보험계약자 또는 피보험자에게 부과하고 있다. 다만 이는 상법 제722조 제1항에서 말하는 피보험자의 배상청구 사실 통지의무와 동일한 취지로 볼 여지는 있다. 그러나 배상청구의 의미를 확인하는 측면에서 이를 명확하게 하기 위하여 제3자가 손해사고를 근거로 제소를 하거나 여기에 덧붙여 제3자가 청구권을 행사하는 근거가 된 해당 손해사고에 기인하여 보험계약자에게 조사절차가 개시된 경우에도 이를 지체없이 보험자에게 통지하는 것을 책임보험의 의무규정으로서 도입하는 것을 검토해볼 필요가 있다.

마지막으로 제3자의 직접청구권의 행사와 관련해서 제3자에게도 독일보험계약법 제119조[86]에서 일정한 책무를 부여한 것과 같이 제3자에게 일정한 책무를 부과할 필요가 있다. 독일의 경우는 의무보험에서만 이를 인정하고 있지만 우리나라의 경우는 제3자의 직접청구권의 행사를 책임보험 일반에서 인정하기 때문에 일반규정으로 이 취지를 받아들여도 무방할 듯하다. 해당 의무를 제3자에게 부과하는 취지는 책임보험의 특수성에서 비롯된 것으로 본다. 제3자의 협조가 있으면 책임보험사고에서의 손해의 확대를 막을 수 있기 때문이다. 이에 손해발생으로부터 피해자인 제3자가 보험계약자에게 청구권을 행사하고자 하거나 또는 보험자에게 직접청구권을 행사하기 위해서는 손해사고 발생사실을 안 후 2주 내에 보험자에게 통지를 해야 한다. 일종의 ③**제3자의 손해사고발생 통지의무**이다. 이는 규범적인 측면에서 소위 직접청구권을 행사하는 자가 가지는 보험자에 대한 협조의무 차원으로 이해될 수도 있다. 다만 의무보험과 임의보험을 구분하지 아니하고 모든 책임보험에 제3자의 직접청구권을 인정하고 있으므로 앞서 언급한 보험계약자 등의 손해사고발생 통지의무와 제3자의 손해사고발생 통지의무는 중복적인 측면이 있어 보이지만 그 당사자가 다르고 사실 목적도 다르므로 이를 달리 보아 각각 그 의무로서 규정함이 바람직할 것으로 판단된다. 또한 보험자에 대하여 직접청구권을 행사하는 제3자 스스로 동 사건과 관련하여 가해자인 피보험자에게 소송을 제기한 경우에 이를 보험자에게 통지할 의무인 ④**제3자의 제소사실통지의무**를 명문으로 인정하게 되면 제3자가 피보험자에 대한 손해배상청구소송과 보험자에 대한 직접청구권에 따른 보상소송으로 인한 중복적인 문제를 보험자가 확인할 수 있는 여지가 확보될 수 있을 것이다. 그 외 일반적으로 책임보험의 피보험자에게 상법 제724조 제4항에서 보험자의 요구가 있을

---

86) 제119조(제3자의 책무)
(1) 제3자는 보험계약자에 대하여 청구권을 주장할 경우에는 제115조 제1항에 따른 청구권 행사의 대상이 되는 손해사고에 대하여 사고가 발생했음을 안 후 2주 내에 보험자에게 텍스트 형식으로 통지하여야 한다. 기간의 준수를 위해서는 적시에 발송하는 것으로 족하다.
(2) 제3자가 보험계약자에 대하여 제소한 때에는 제3자는 이를 지체 없이 보험자에게 텍스트형식으로 통지하여야 한다.
(3) 손해사고의 확정 및 손해액을 정함에 있어서 필요한 경우에는 보험자는 제3자로부터 정보를 요구할 수 있다. 보험자는 제3자에게 타당하다고 인정되는 범위 내에서 증거서류를 요구할 수 있다.

때에는 필요한 서류·증거의 제출, 증언 또는 증인의 출석에 협조하게 되는 피보험자의 협조의무가 부과되지만, 이를 직접청구권을 행사하는 제3자에게도 확대하여 ⑤**제3자의 협조의무**를 명문화하는 것도 역시 제안한다. 제3자에게 이와 같이 의무를 부과하는 근거는 책임보험의 손해사고가 제때에 보험자에게 알려질 경우 그만큼 손해산정이 엄격해져서 손해의 확대가능성을 억제할 수 있고 제3자와 피보험자가 연대하여 하게 되는 보험사기 가능성을 사전에 막을 수 있기 때문이다. 더욱이 우리나라에서 의무책임보험은 자동차손해배상보장에 관한 법률에 따른 자동차책임보험이나 환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률에 따른 환경책임보험과 같은 정책보험에서 보험사고의 원인과 손해액의 산정 등을 조사하고 관리하기 위해서는 피보험자의 협조가 중요하지만 피해자에 해당하는 제3자의 협조도 매우 중요하다. 이를 원활하게 하기 위해서는 직접청구권을 행사하는 제3자에게 관련 통지의무와 협조의무를 부과하여 이를 이행하도록 하는 법적 장치가 필요하다고 본다. 그러므로 이에 덧붙여 제3자가 해당 의무를 위반한 경우 이것이 중대한 경우 직접청구로 받을 보상금이 제한될 개연성도 명문화하는 것을 조심스럽게 제안하고자 한다.

한국상사법학회 2019년 하계학술대회 (6. 29. 제1세션)
경제변혁의 시대를 맞은 상사법의 현안과 과제

제3주제

2자 물류회사의 상법 및 해운법상 지위와 개선방안

발표자 : 김인현 교수[고려대학교]
사회자 : 정용상 교수[동국대학교]
토론자 : 조봉기 상무[한국선주협회]
토론자 : 이종덕 물류전문가[고려대학교]

2자 물류회사의 법적 지위와 개선방안

김인현 교수/선장 (고려대 법학전문대학원)

I. 의 의

수출품은 공장에서의 생산과 포장, 보관, 통관, 운송이라는 세부과정을 거쳐서 수입자의 수중에 들어오게 된다. 이 중에서 가장 중요한 부분은 해상운송이다. 이것은 운송기간이 길기도 할 뿐만 아니라 위험한 해상구간을 건너야하기 때문에 안전한 운송수단이 절대적으로 필요하기 때문이다. 수출자는 해상운송에 대한 운송계약을 별도로 체결하였다.[1] 그리고 보관과 관련해서는 창고업자와 그리고 포장에 대하여는 포장업자에게 의뢰를 해왔다.[2]

20년 전부터 物流(logistics)라는 개념이 생겨나기 시작했다. 물류는 생산을 마친 다음부터 수입자의 수중에 수출품이 들어오는 모든 수출품의 이동과정을 말하는 것이다. 위에서 말하는 포장, 통관, 보관 그리고 운송이라는 모든 단계가 포함된다.[3] 최근에는 종합물류회사가 해상운송을 포함한 위 모든 공정의 이행을 약속하는 종합물류계약을 체결하게 된다.[4] 이러한 계약구조 하에서는 종합물류계약이 선제하고 하부구조로서 해상운송계약이 존재하는 형식이 된다.[5]

이와 관련하여 수출품을 수출하는 모회사는 2자 물류회사를 만들어 이들로 하여금 위와 같은 종합물류업을 하도록 한다. 이들 2자 물류회사는 자신의 모회사로부터 수출품에 대해 종합물류의 이행을 인수받지만, 운송수단을 가지지 않기 때문에 필연코 이행보조자로서 해상운송인을 사용하게 된다. 이 단계에서 과거 수출업자인 대기업과 직접 운송계약을 체결하였던 해상운송인은 2자 물류회사의 이행보조자의 지위로 전락하게 되고, 과거에 대기업으로부터 직접 수령하였던 운임 전체를 수령하지 못한다. 2자 물류회사가 모회사의 물동을 담보로 하는 운임에 대한 실제운송인과의 협상력으로 인해 전체운임은 계약운송인인 2자 물류회사가 가지고, 자신은 실제운송인으로서 전체운임의 70%정도만 수령하게 된다.[6]

이러한 경향은 해상기업의 매출을 줄어들게 하고, 과거 존재하지도 않았던 2자 물류회사의 수입은 늘어나게 하는 결과를 낳게 하였다. 순수한 토종 해상기업의 매출은 줄어들게 되고, 이들 2자 물류회사에 대한 의존도는 높아지면서 2자 물류업에 대한 경쟁법적 규제가 거론되고 있을 정도로 긴장감이 감돌고 있다.[7][8]

---

1) 무역계약에 따라서 수입자(수하인)이 운송계약을 체결하는 경우도 있다.

2) 계약의 종류에 따라 운송물을 분류하면 개품운송계약과 항해용선계약이 있다. 개품운송계약은 운송물개개에 대한 운송계약이 체결되는 것인 반면 항해용선계약은 선복 자체를 화주가 빌리지만 운송계약의 성질을 가지는 계약이다. 운송물의 종류에 따라서 정기선과 부정기선으로 나눌 수 있다. 정기선운항은 선박의 입출항 일자가 미리 공시되고 확정된 형태의 운항이고 부정기선운항은 그러한 일자가 정하여져있지 않은 경우이다. 전자는 상법상 분류이고 후자는 해운법상 분류에 해당한다. 컨테이너 박스에 넣어져서 운송되는 전자제품, 의류, 약품, 기계류와 같은 것은 정기선운항으로 개품운송계약에 해당한다. 이에 반하여 석탄, 철광석, 옥수수, 밀과 같은 것은 선박한 척의 공간을 빌려서 화주가 운송하는 것으로 항해용선계약이고 부정기선영업에 해당한다. 본 논문에서 논의되는 2자 물류회사의 문제는 개품운송이며 정기선운항에 해당하는 논의이다.

3) 물류(physical distribution)는 物的 流通의 약자이다. 물자를 공급자로부터 수요자에게 물리적으로 이동하는 과정의 활동을 말한다. 일반적으로 수송, 보관, 하역, 포장등 이에 수반되는 정보의 제활동을 포함한다. 森隆行, 現代物流の基礎(同文館出版, 2018), 13면.

4) 물류정책기본법의 정의를 본다(제2조)

1. “물류(物流)”란 재화가 공급자로부터 조달·생산되어 수요자에게 전달되거나 소비자로부터 회수되어 폐기될 때까지 이루어지는 운송·보관·하역(荷役)등과 이에 부가되어 가치를 창출하는 가공·조립·분류·수리·포장·상표부착·판매·정보통신 등을 말한다.
2. “물류사업”이란 화주(貨主)의 수요에 따라 유상(有償)으로 물류활동을 영위하는 것을 업(業)으로 하는 것으로 다음 각 목의 사업을 말한다.
   가. 자동차·철도차량·선박·항공기 또는 파이프라인 등의 운송수단을 통하여 화물을 운송하는 화물운송업
   나. 물류터미널이나 창고 등의 물류시설을 운영하는 물류시설운영업
   다. 화물운송의 주선(周旋), 물류장비의 임대, 물류정보의 처리 또는 물류컨설팅 등의 업무를 하는 물류서비스업
   라. 가목부터 다목까지의 물류사업을 종합적·복합적으로 영위하는 종합물류서비스업

5) 이러한 사정은 법원의 판례에서도 나타난다.

6) 정확한 %는 확인이 필요하다.

2000년도 해운업계의 매출은 17조, 2005년 25조원, 2010년 44조원 그리고 2015년 39조원이었다. 이에 반하여 2자 물류회사인 대기업 물류자회사들은 2000년 3000억원, 2005년 4조원, 2010년 12조원에서 2015년 24조원으로 급성장하였다. 동일 기간 동안 해운업계의 매출은 15년간 2.3배에 그침에 반하여 대기업 물류자회사는 72배(2005년을 기준으로 해도 6배) 성장하였다. 2016년 우리나라 전체 컨테이너 수출입물동량 1,540만TEU중에서 7대 대기업 물류자회사가 차지하는 비중은 27%로서 411만TEU이다. 특히 수출의 경우 42%로서 329만TEU이다. 이러한 통계자료에 의하면 우리나라 수출입 물동량 중에서 27%, 특히 우리 정기 선사들의 비중이 높은 수출의 경우 42%까지 이들 대기업 물류자회사들이 계약운송인이 되어 정기 선사들에게 하청으로 실제운송을 준다는 것을 알 수 있다.

II. 구별개념

1. 해상운송인과 물류회사

해상운송인은 수출자(화주)와 직접 운송계약을 체결한다. 계약의 내용은 순수하게 운송만을 이행하는 것에 지나지 않는다. 그런데, 물류회사는 수출자와 물류계약을 체결하는데, 물류계약에는 운송 뿐 만이 아니라 창고 보관을 포함한 여러 가지 이행해야할 계약이 존재한다.

2. 2자 물류회사와 3자 물류회사(3PL; Third Party Logistics)

물류업을 아래와 같이 분류하는 견해가 있다.

(i) 자가물류업(First Party Logistics) 화주기업이 자신의 물류업무를 자사의 인력, 자비, 시설등 자기자산을 이용하여 물류업무를 직접 수행하는 경우

(ii) 2자물류 또는 자회사물류(Second Party Logistics: 2PL), 화주기업이 자회사나 계열사 등에 위탁하여 물류업무의 전부 또는 일부를 수행하는 것으로서 본질적으로 내부거래임

(iii) 3자물류(Third Party Logistics: 3PL) 화주기업이 그와 특수관계에 있지 아니한 독립된 물류기업에 물류활동의 일부 또는 전부를 위탁하여 수행하는 경우

(iv) 4자물류(Forth Party Logistics: 4PL) 물류기업이 화주기업에게 IT와 컨설팅 등 분야를 제휴하여 통합솔류션을 제공하는 경우[9)]

2자 물류회사는 모회사로부터 수출입품을 인수받는 물류회사를 말한다.[10)] 2자 물류회사가 운송인이 되는 경우, 그 상대 화주는 자신의 모회사가 된다. LG상사의 자회사인 판토스, 삼성전자의 자회사인 삼성로지텍,[11)] 현대자동차의 자회사인 현대글로비스 등이 대표적이다. 이에 반하여 3자 물류회사는 제조업체인 모회사가 별도로 존재하지 않는 경우로, 제3의 수출자로부터 수출입품을 인수받는 물류회사를 말한다. 국내의 경우, (주) 한진과 같은 회사가 대표적이다.[12)13)] (주) 한진은 특별히 모회사가 없고, 어

---

7) 선주협회는 2017.3.7. “해상수송시장의 공정한 경쟁 환경조성을 위한 국회정책세미나”를 국회에서 개최하고, “대기업물류회사는 계열사물량만 처리하고 3자 물량처리는 하지 못하도록 하자”는 법안을 제출하였다. 이에 최준선, “빈대잡자고 초가삼간 태우겠다는 해운법 개정안”, 매일경제 2017.9.13.라는 칼럼에서 이에 반대하는 입장을 표명했고, 김영무, “해운법개정안에 대한 오해와 진실”, 매일경제 2017.10.9.라는 칼럼에서 이에 찬성하는 입장을 표명하였다. 이 법안은 더 이상 진행되지 않고 있다.

8) 5대 물류자회사를 겨냥하고 있다.

9) 한상욱, “국내 제3자 물류업의 활성화 방안에 관한 연구”, Journal of Digital Convergence 제14권 제2호 (2016.2), 133면.

10) 2자 물류 회사와 3자 물류회사는 물류정책기본법에서 정한 개념이다.

11) 삼성로지텍은 삼성전자의 자회사로 국내에서 발생하는 운송, 보관 등에 대한 물류를 수행하고 있고, 이에 반해 삼성SDS는 삼성전자의 관계사로 삼성전자의 해외에서 발생하는 물류를 수행하고 있다.

12) CJ 대한통운은 규모는 작지만 모회사 CJ의 화물을 일정량 운송하므로 2자물류회사로 분류된다. 2016년 기준으로 범한판토스는 69.8%, 현대글로비스는 66.9%, 삼성 SDS는 93.7%, 삼성전자로지텍은 92%, 롯데글로벌로지

떤 수출자이던 물류계약을 체결하게 된다. 이를 3자 물류회사라고 부른다. 해외의 경우, DHL, DSV, FedEx 등이 대표적이다.[14] 현대상선, 고려해운, SM상선등 개품운송을 하는 선박회사도 일종의 3자 물류회사라고 할 수 있다.

두 가지 종류의 회사 모두 물류회사이고 스스로 운송인이 됨에는 문제가 없다. 다만, 2자 물류회사의 경우 자신들은 운송수단이 없기 때문에 반드시 제2의 운송인(실제운송인)이 필요하지만, 3자 물류회사의 경우에는 운송수단을 보유하고 있을 때도 있어서 실제운송인이 필요 없는 경우도 있다.[15]

최근의 경향은 대형 정기선사들이 종합물류회사로 진출하고 있는 것이다. 예를 들면 머스크그룹은 해상운송이 주 업종이지만, 운송주선을 하는 담코(DAMCO)를 두고 있으며, 일본의 ONE도 항공운송을 중심으로 하는 유센로지스틱스(YUSEN Logistics)를 두고 있다.[16]

3. 운송주선인과 물류회사

운송주선인은 상법상 개념이다(상법 제114조).[17] 송하인과 운송인사이를 연결하여주는 역할을 한다. 송하인이 운송주선인에게 운송의 주선을 의뢰하면 운송주선인은 자신의 이름으로 그러나 송하인의 계산으로 운송인과 운송계약을 체결한다.[18] 실제로 운송을 이행하는 자는 운송인이지 운송주선인이 아니다. 운송주선인은 물류정책기본법에 의하면 국제물류주선업자에 해당한다.[19] 반면, 물류회사는 직접 운송을 포함한 물류계약의 당사자로서 운송을 직접 이행할 의무를 부담하는 자이다.

송하인과 운송계약을 체결한 당사자는 물류회사이지 운송주선인이 아니기 때문에 송하인이 채무불이행책임을 물을 수 있는 자는 운송인으로서의 물류회사이다. 송하인은 운송주선인에게 운송주선의 불이행에 대한 책임만 물을 수 있다. 물류회사는 상법의 운송인이므로 정액배상주의, 고가물의 책임, 해상운송인의 경우 포장당 책임 제한의 이익을 주장할 수 있다. 운송주선인은 이러한 이익을 누릴 수 없다.[20]

업체	2015년	2016년	2017년
글로비스	146,712억원	153,406억원	163,583억원
CJ 대한통운	50,558억원	60,819억원	71,104억원
판토스	21,887억원	29,976억원	36,160억원
한진	16,417억원	17,648억원	18,126억원
롯데 글로벌 로지스	165,274억원	163,249억원	17,594억원

스는 9.7% 만큼 모회사의 화물을 운송하였다.

13) 물류정책기본법 제2조 제1항에 의하면 “제3자 물류”란 화주가 그와 대통령령으로 정하는 특수관계에 있지 아니한 물류기업에 물류활동의 일부 또는 전부를 위탁하는 것을 말한다.이러한 정의에 따르면 LG에서 판토스가 아니라 CJ대한통운에 물류활동의 일부를 위탁하면 제3자 물류가 된다. 운송회사 혹은 물류회사의 관점에서 보면 자신이 모회사와 무관하게 독자적인 운송인 혹은 물류회사라면 제3자 물류회사가 된다.

14) 3자 물류회사는 운송수단을 가진 경우와 가지지 않은 경우로 나누어 볼 수 있다.

15) 물류업은 아래와 같이 분류된다.

16) 현대상선은 그러한 물류회사를 두고 있지 않다. 고려해운은 고려종합국제운송(주)를 두고 있다. 이 회사는 국제물류주선업등록을 하고 있다. NVOCC업무, 내륙의 트럭운송, 통관업무, 서류대행업무 등을 한다고 홈페이지에서 밝히고 있다.

17) 상법상 운송주선인은 주선업무 만하는 것으로 규율되어있지만, 실무상 직접운송인이 되기도하고 대리인이 되기도 한다.

18) 이철송, 상법총칙 상행위법(박영사, 2016), 570면.

19) 국제물류주선인은 자기의 이름으로 자기의 계산으로 운송인과 운송계약을 체결한다. 이 점에서 상법상 운송주선인과 다르다. 물류정책기본법 제2조 제1항에 의하면 “국제물류주선업”이란 타인의 수요에 따라 자기의 명의와 계산으로 타인의 물류시설·장비 등을 이용하여 수출입화물의 물류를 주선하는 사업을 말한다. 후자가 정의상 오류가 있는 것이 아닌가 판단된다.

20) 이러한 점을 개선하자는 의견은 김인현, “운송주선인의 다양한 법적 지위에 따른 법률관계”, 안암법학 제26호(2008.4.), 213면 이하가 있다.

III. 2자 물류회사의 법적지위

1. 상법

(1) 운송인으로서의 지위

2자 물류회사는 수출자와 물류계약을 체결하는데, 이에는 운송도 포함된다. 2자 물류회사는 수출자와 물류계약을 통하여 운송인이 된다. 물류회사가 직접운송을 이행하는 경우도 있지만, 정기 선사를 실제운송인으로 활용하는 경우가 대부분이다. 이 경우 물류회사가 송하인이 된다.

우리 상법은 운송인이 됨에 어떠한 제한을 두지 않고 있다. 2자 물류회사가 운송을 인수한 이상 운송인의 지위를 획득하게 된다.[21] 물류회사가 해운법등에서 요구하는 면허취득요건을 갖추지 않았다고 하더라도 이것이 상법상 운송계약의 효력을 무효로하는 것이 아니다.

운송인이 되면 각종 의무와 책임을 부담하고 또한 보호제도의 활용도 가능하게 된다.
해상운송인은 상법 제794조와 제795조의 의무를 부담한다. 운송인은 출항시에 선박이 안전하게 항해할 수 있도록 감항능력주의의무를 다하여야 한다(상법 제794조). 운송인은 또한 운송물에 대한 주의의무를 부담한다(상법 제795조). 운송인이 운송물의 수령, 선적, 보관, 운송, 양륙, 인도 등에 주의의무를 해태하지 아니하였음을 증명하지 않으면 손해배상책임을 부담한다.

물류회사가 계약운송인으로 부담하는 운송구간은 육상-해상-항공 중에서 복수의 구간을 포함하는 복합운송의 경우가 대부분이다. 이 경우 복합운송계약법이 적용되어야 하지만, 우리나라는 아직 복합운송법이 발효되지 않았다. 현재로는 상법 제816가 적용된다. 해상운송구간에서 손해가 발생했다면 해상운송법인 상법 해상편이 적용되고, 육상에서 발생하였다면 육상운송법인 상법 제2편 제9장이 적용된다. 항공운송구간에서 발생하였다면 상법 제6편 항공운송이 적용된다. 결국 해상이 제외된 육상-항공의 복합운송에는 상법상 규율을 받지 않게 된다. 해상운송구간이 적용되는 것이 운송인에게 가장 유리하다.[22]

수출자 혹은 수입자(선하증권 발행시 소지인)는 계약의 당사자인 물류회사에게 손해배상책임을 묻게 된다. 실제운송인에게는 계약상 책임을 물을 수 없다.[23] 계약운송인으로서 물류회사는 실제운송인에게 구상권을 행사할 수 있다.

2자 물류회사는 운송인이기 때문에 상법이 허용하는 각종 면책 등의 혜택을 누린다.[24] 첫째, 항해과실 및 화재면책 및 화재면책의 이익을 향유할 수 있다(상법 제795조 제2항). 항해과실이 인정되면 계약관계에 있는 송하인이나 수하인에게 손해배상책임을 부담하지 않는다. 화재면책의 경우, 운송물의 손해에 대하여 운송인의 주의의무위반이 없어야한다는 점이 항해과실면책의 경우와 다르다.[25]

둘째, 포장당 책임제한의 이익도 누린다. 헤이그 비스비 규칙을 받아들인 우리 상법은 포장당 666.67SDR 혹은 2SDR 중 화주에게 유리한 방향으로 책임제한이 가능하다. 운송인이 선박을 소유하였거나 용선을 하였거나, 자신이 이행보조자와 재운송계약을 체결하였거나 무관하게 운송인으로서 운송계약을 송하인으로부터 인수하였다면 충분하다. 총체적 책임제한제도가 운송인에게 주어지지만, 이 제도는 해상기업의 보호에 초점이 맞추어져있고, 2자 물류회사는 선박을 보유하지 아니한, 해상기업이 아니기 때문에 총체적 책임제한제도의 이익을 누릴 수 없다는 것이 다수입장이다.[26]

셋째, 단기제척기간의 이익도 누린다. 상사시효는 5년이지만, 해상운송과 육상운송의 경우 1년의 제척기간 혹은 소멸시효제도를 운용하고 있다. 이는 운송인을 보호하는 기능을 한다. 복합운송약관에는 9개월의 단기시효를 정하고 있다. 이에 대하여 우리 대법원은 해상운송이라면 무효이지만[27], 육상운송에서는 유효라는 입장이다.[28]

---

21) 김인현, 해상법 제5판(법문사, 2018), 168면.
22) 운송중 손해구간이 불명인 경우 운송구간이 가장 긴 구간에 적용되는 법률이 적용된다.
23) 송하인이나 수하인이 실제운송인에게 불법행위책임을 물을 수 있다.
24) 대법원 2000.3.10.선고 99다5552판결.
25) 김인현, 전게서, 243면.
26) 부정설은 김인현, 전게서, 73면, 최종현, 해상법상론(박영사, 2014), 87면; 이균성, 해상법대계(KMI, 2010), 278면.
27) 대법원 1997.11.29.선고 97다28490판결.

넷째, 공동해손제도의 이익을 향유한다. 선주가 운송인인 경우 기관고장, 화재 등으로 운송물에 손해가 발생한 경우 선장은 공동해손을 선포한다. 손해나 비용을 화주도 일부 부담하게 된다.

(2) 창고업자로서의 지위

종합물류회사로서 물류계약을 체결한 2자 물류회사는 창고업자로서의 지위도 가진다.[29] 수출입화물은 창고에서 보관될 필요가 있고, 2자 물류회사는 창고업자로서의 지위에서 상법 창고업의 규정이 적용된다.
창고업자가 운송인으로부터 임치를 위탁받았는지 아니면 송하인으로부터 임치를 부탁받았는지에 따라 책임관계가 달라진다. 전자의 경우 그는 운송인의 이행보조자로서 소위 히말라야 조항의 이익을 향유받을 수 있다. 후자라면 그러한 이익을 향유할 수 없다.[30]

창고업자는 獨立契約者(independent contractor)로 분류된다.[31] 상법 제798조에 의하면 운송인의 사용인과 대리인만 운송인의 책임제한등의 이익을 향유할 수 있다. 상법으로는 불가하지만 선하증권에 히말라야약관을 넣게 되면 독립계약자인 창고업자도 그 원용이 가능하게 된다.[32] 창고업자와 관련하여 가장 많이 발생하는 법률문제는 창고업자가 선하증권과 상환없이 운송물을 인도하는 사고이다.

창고업자는 우리 상법상 포장당 책임제한제도를 원용할 수 없다.[33] 다만, 운송인의 선하증권에 히말라야약관이 포함되어 있다면 운송인이 누리는 책임제한의 이익을 향유할 수 있다.

실무에서는 종합물류회사들이 창고업을 통하여 벌어들이는 매출이 상당한 것으로 알려져 있다.[34]

(3) 운송주선인으로서의 지위

2자 물류회사는 물류정책기본법에 따라 시도지사에게 국제물류주선업등록을 하고 있고(제43조), 운송주선인으로서 기능하는 경우도 있다. 상법에 의하면 운송주선인은 송하인의 위탁으로 운송인과 접촉하여 자신의 이름으로 그러나 송하인의 계산으로 운송계약을 체결하게 된다.[35] 자신은 송하인으로부터 보수를 받게 된다.[36]

그런데, 운송주선인이라는 상호를 가지지만, 운송인이 되는 경우가 더 많다. 처음부터 운송계약을 체결하는 경우가 있는가 하면, 처음에는 운송주선을 위탁받았다가 선하증권을 발행하여 운송인이 되는 경우도 있다. 2자 물류회사의 경우 전자의 경우가 대부분이다. 후자의 경우에는 주선료와 운임을 동시에 수령하게 된다. 만약 주선인으로서 손해배상책임을 부담하게 되는 경우, 해상운송인과 달리 포장당 책임제한제도, 정액배상주의, 고가물의 책임 등의 보호를 받지 못한다.[37]

만약 종합물가동향류회사가 수출자로 부터 종합물류계약을 인수하였다면, 그 종합물류계약의 일부로써 운송주선인의 업무를 이행해야한다. 그러나, 운송의 주선에 관한 것은 처음부터 종합물류계약으로 운송을 인수하는 것이라면 운송주선업무가 별도로 있을지는 의문이다.

---

28) 육상운송은 소멸시효로 보고 있고, 육상운송법의 소멸시효는 1년인데 9개월은 이보다 줄인 것이므로 소멸시효는 단축할 수 있다고 민법에서 정하고 있으므로(제184조 제2항) 유효하다는 것이 대법원의 입장이다. 대법원 2009.8.20.선고 2008다58978판결.
29) 실무에서 물류업이라고 하면 통상 창고업을 의미하는 것으로 오해한다. 물류센터는 창고를 말한다.
30) 이 경우는 창고업자의 상대방은 송하인등 화주가 되고 송하인이 책임제한등의 이익을 누리는 제도가 없기 때문이다.
31) 독립계약자는 운송인의 의무의 일부를 위탁받아 이행하면서도 운송인의 관리감독을 받지 않는 자를 말한다. 창고업자, 하역회사, 실제운송인 등이 이에 해당한다. 반드시 운송인과 계약을 맺어야한다. 만약, 화주와 계약을 체결하였다면 상법상 독립계약자로서의 지위에 있지 않다.
32) 대법원 2007.4.27.선고 2007다4943판결에서 확립되었다. 동 판결에서 독립계약자에게 포장당 책임제한을 인정하는 것은 상법 제790조 제1항의 강행규정 위반은 아니라고 보았다.
33) 상법상 그러한 제도가 없기 때문이다. 그러나, 독립계약자의 지위를 가질 때에는 히말라야 조항을 원용할 여지가 있다.
34) (주) 한진과 같은 경우 창고업을 크게 하고 있다.
35) 대법원 2003.2.14.선고 2002나39326판결; 상법 제114조 내지 제123조
36) 상법 제119조
37) 상법상 그러한 제도를 허용하는 규정이 없기 때문이다.

(3) 기타 지위

종합물류회사는 운송과 창고 업무 외에도 포장, 통관, 물류컨설팅과 같은 업무도 인수하여 처리한다.[38] 포장이나 통관에 대하여 물류회사는 주의 깊게 이를 잘 처리할 의무를 부담한다. 이는 계약상 의무일 뿐이지 상법에 이에 대한 의무가 종합물류회사에 부과되어있는 것은 아니다. 민법의 수임인의 규정 혹은 도급에 대한 규정이 적용될 수 있을 것이다. 이 경우 상사시효 5년이 적용될 것이다.[39]

이와 관련하여 종합물류업이라는 장을 별도로 만들어야 할 필요가 있는지가 문제가 된다. 종합물류회사가 물류 전체를 통합하여 물류업을 수행하고 그에 대한 급부를 받고 있는데, 해상운송의 경우 포장당 책임제한등의 이익을 누리게 되지만, 창고나 기타 포장 등의 경우에 종합물류회사는 책임제한이 이익을 누리지 못하게 된다. 이러하다면, 송하인측은 운송물에 대한 사고가 포장의 단계에서 발생한 것이라고 강변하게 될 것이다. 많은 분쟁이 발생할 소지가 있다. 종합물류회사가 책임보험에 가입하는 경우에도 어려움이 예상된다.

<주 한진의 물류부분 매출구조>

1. 물류	매출	비중
육운	3,237억원	17.9%
하역	3,711억원	20.5%
해운	336억원	1.9%
창고	2,222억원	12.2%
국제	2,000억원	11.1%
택배	6,099억원	33.6%
<소계>	17,614억원	86.2%
2. 차량종합(렌터카등)	3,056억원	16.9%
3. 연결조정	-544억원	-3.1%
<종합>	18,126억원	100%

기타사항:
- 인력 2,127명
- 네트 워크 13개국(아시아 9, 유럽 3, 미주 1)
- 컨테이너 Depot 5개, 항만터미널 8개 차량 5,230대, 선박 9척, 창고 7개 보유

2. 해운법 및 기타

해운법은 해운산업을 육성하고 해상운송의 질서를 유지하기 위하여 필요한 법률이다. 우리나라에서 해운업을 하기 위해서는 해운업 면허를 받아야 한다. 해운업에는 정기선 해운과 부정기선 해운으로 나누어진다. 제3장에 의하면 정기선 해운을 하는 자는 외항 정기화물운송사업자와 내항 정기화물운송사업자로 분류된다(제3조).

정기선 영업은 선박의 입출항이 정해진 영업을 말한다. 컨테이너 영업이 대표적이다.
우리나라 외항정기운항자로는 현대상선, 고려해운, SM상선, 장금상선, 흥아해운 등이 있다. 이들은 상법에서 말하는 개품운송에 관한 계약을 고객과 체결하는 자들이다. 개개의 물건에 대한 운송을 인수하는 것이다. 이들은 전형적인 해상운송인으로서 상법 제794조 감항능력주의의무와 제795조 운송물에 관한 주의의무를 부담한다.[40] 포장당책임제한의 이익을 향유한다. 단기소멸시효의 이익도 향유한다.

그런데, 2자 물류회사도 개개의 물건의 운송을 인수하는 자로서 외항정기화물운송업자에 해당한다. 그렇

38) 판토스(www.pantos.com), 고려종합국제운송의 홈페이지에서 확인되었다.
39) 2자 물류회사는 제46조의 운송과 창고업 등을 종합적으로 인수하는 당연상인에 해당한다고 볼 수 있다.
40) 이들은 부정기선영업에 적용되는 항해용선계약의 규정이 적용되지 않는다.

기 때문에 포장당 책임제한, 단기소멸시효, 정액배상주의의 이익을 향유한다. 그럼에도 불구하고 우리 해운법은 2자 물류회사를 법 적용대상으로 하고 있지 않다. 해운법에 의한 운송업자는 모두 각각의 등록을 득해야하고(제24조 제2항), 등록기준은 선박의 보유량, 자본금 등 사업의 재정적 기초와 경영형태가 등록기준에 맞아야 한다(제27조). 그럼에도 불구하고 이들 2자 물류회사들은 선박을 전혀 소유하거나 용선하고 있지도 않다.

그렇지만, 이들이 송하인과 운송계약을 체결한 운송인임을 부인할 수는 없다. 그렇다면, 이들도 해운법상의 외항정기화물운송업자로 포섭되어야 할 것이다. 미국의 해운법(Shipping Act)에서는 이러한 자를 NVOCC라고 부르면서 해운법의 적용대상으로 하고 있다.

우리나라 해운법도 무선박 외항정기화물운송업자라는 개념을 도입하여 적어도 2자 물류회사는 모두 운송인으로 인정하고 해운법의 적용을 받도록 해야 한다.

첫째, 해운업은 기존의 해상기업의 고착된 이미지에서 벗어나 종합물류로 범위를 확대할 수 있다. 그간의 해상기업은 반드시 선박을 소유하거나 보유한 사람이 운송업을 하는 것을 말하였다. 그렇지만, 물류라는 개념이 생겨나서 종합물류체계로 변화가 된 이상 해운업은 종합물류업 중에서 운송업을 포섭해야한다.[41]

둘째, 이러한 경우 한국선주협회에서 발표하는 해운산업의 매출액 35조원에서 5조원이 매출이 추가될 수 있다. 종합물류회사의 매출액은 창고업, 운송업, 포장업, 통관업등의 매출이 합쳐진 것이다. 2자 물류회사가 모회사로부터 받은 운임 전액이 해운산업의 매출이 되어야 할 것이다. 현재의 매출액은 2자 물류회사가 모회사로부터 수령한 금액과 자신들이 실제운송인에게 지급한 금액의 차액은 빠져있는 상태이다. 필자의 계산에 의하면 그 차액은 5조원이 된다.

셋째, 해운법의 적용을 받게 되면, 공정거래법의 적용을 일부 면제 받게 된다. 운임을 공개해야하고 이를 지켜야한다. 2자 물류회사에게 톤세제도의 적용을 받게 한다. 그 대신 자신이 모회사로부터 위임받은 수출품의 75%는 국적선사에 배당하도록 의무규정을 둘 수 있을 것이다. 후자의 조건이 충족된 경우에 톤세제도의 적용을 받을 수 있도록 하거나, 의무규정이 없이 50%이상의 물량을 국적선사에 운송의뢰를 하는 경우에 그 이상의 물량에 대하여 톤세제도를 적용하도록 하는 방안도 생각할 수 있다.[42]

3. 경쟁법

해운업 혹은 해상법의 주체와 경쟁법은 세 가지 측면에서 문제가 된다. 첫째 시장지배자적 지위,[43] 둘째 공동행위(cartel),[44] 그리고 셋째 불공정거래행위이다.[45]

2자 물류회사는 불공정거래중 부당지원행위(일감몰아주기)라는 경쟁법상의 문제와 연결되어있다. 모기업(화주기업)은 스스로 물류자회사를 만들어 자신의 물류를 모두 자회사에게 밀어준다. 소위 일감몰아주기이다.

독점규제법 제23조 제1항에 의하면, 사업자는 아래와 같은 부당한 거래행위를 해서는 아니 된다.

41) 해운법에 등록을 하지 않고 국제물류주선업자로서만 등록하고 있으면서도 처음부터 운송인이 된다는 점은 실무와 입법규제의 괴리가 있다. 일치시키기 위하여도 이들이 해운법상 운송인으로 등록할 필요가 있다.

42) 국내 2자 물류회사들은 해외에서 해외로 모회사의 운송물을 운송하는 경우도 많으므로 이것을 고려해야한다.

43) 독점규제법은 시장지배자적 지위를 남용하는 행위를 금지하고자한다(독점규제법 제3조의 2). 여기에는 부당한 가격결정 등이 포함된다. 시장지배자적 지위로 추정되는 것은 (i) 1사업자의 시장점유율이 100분의 50이상, (ii) 3이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75이상, 다만, 이 경우 시장점유율이 100분의 10미만인 자는 제외한다(동 제4조).

44) 공동행위란 사업자가 계약, 협정, 결의 등의 방법으로 다른 사업자와 공동으로 상품 또는 용역의 가격, 거래조건, 거래량, 거래 상대방 또는 거래지역 등을 제한하는 행위를 말한다. 부당하게 경쟁을 제한하는 공동행위를 부당한 공동행위라 부른다. 이기수 유진희, 경제법(세창출판사, 2004), 174면. 독점금지법은 부당한 공동행위를 제한하고자 한다(동 제19조). 가격협정이 대표적이다.

45) 불공정거래행위란 사업자가 단독으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 그러한 우려가 있는 행위를 하도록 하는 것을 말한다(동 제23조). 이기수 유진희, 전게서, 207면. 여기에는 거래거절, 차별적 취급, 경쟁사업자 배제, 부당한 고객유인, 거래강제, 거래상 지위남용, 구속조건부 거래, 사업활동 방해, 부당지원(부당내부거래)가 포함된다.

7. 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위
   가. 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
   나. 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위

공정거래법 법 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 등 금지)는 상호출자 제한기업집단 소속 기업이 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정)이나 특수관계인이 일정 비율(30%) 이상 주식을 보유한 계열회사와 "사업 능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이" 상당한 규모로 거래하는 행위"또는 "사업기회 유용 제공 행위" 등을 금지하고 있다. 그러나, 현재 대기업집단 계열 물류자회사들은 총수일가의 지분이 30%이하라 대부분 규제대상에 해당되지 않는다.[46]

오히려 상속세법이 문제가 되었다.

「상속세 및 증여세법」제45조의3(특수관계법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제)
법인의 사업연도 매출액 중에서 그 법인의 지배주주와 특수관계에 있는 법인에 대한 매출액이 차지하는 비율이 그 법인의 규모 등을 고려하여 일정 비율("정상거래비율")을 초과하는 경우에는 그 법인("수혜법인")의 지배주주와 그 지배주주의 친족이 수혜법인의 발행주식총수 또는 출자총액에 대하여 직/간접으로 보유하는 주식보유비율이 일정 보유비율("한계보유비율")을 초과하는 주주는 이익("증여의제이익")을 각 증여받은 것으로 본다.(정상거래비율 : 30%<상증세법 시행령 제34조의2 제5항>, 한계보유비율 : 3%<같은 조 제7항>)

이 위반을 피하기 위하여 물류자회사들은 분모에 해당하는 자신이 처리하는 물량을 대거 모으기 시작하였다. 분모에 해당하는 물량이 많으면 많을수록 위반의 여지는 적어지게 된다. 이는 결국 시장을 교란하는 결과로 나타났다.[47]

물류자회사는 모회사가 튼튼하다는 점을 기화로 운임을 낮게 책정하여 일반 소형화주들의 화물을 많이 모으게 되었다. 이는 결국 일반 정기 선사들이 가져갈 화물을 물류자회사가 가져가는 격이 되었고, 정기 선사들은 물류자회사에 의존도가 높아지게 되었다.

이를 방지하기 위하여 오히려 자회사는 모회사의 화물만 운송하라는 입법제안이 있었지만,[48] 이는 일감몰아주기를 오히려 인정하는 꼴이 되어 입법화되지 못했다. 이에 이봉의 교수팀은 모회사가 자회사에게 주는 물량을 일정 %로 제한하는 안을 제시한 상태이다. 용역팀은 지금까지는 논의가 지원객체를 중심으로 했다면, 이제는 지원주체인 대규모 기업집단 계열화주가 자신의 물량을 물류자회사에게 몰아주는 정도를 물량몰아주기의 핵심적인 고려요소로 하자고 제안하였다.[49]

---

46) 한국선주협회(책임연구원, 이봉의 교수), 해운-물류업계간 공정거래질서 확립방안, 2018.8. 19면.

47) 법인의 사업연도 매출액 중에서 그 법인의 지배주주와 특수관계에 있는 법인에 대한 매출액이 차지하는 비율이 "정상거래비율"을 초과 (30%)하지 않기 위한 비정상적 매출 발생 개연성. 특수관계 법인 매출액 줄이는 대신, 매출 전체액(분모)을 비정상적으로 증액시키는 방법 도입되었다.

48) 해운법 제31조의2를 신설하여 상호출자제한 기업집단에 속하는 물류자회사의 해운물류주선업무 등 행위를 금지하고 이를 위반하면 1천만원 이하의 벌금에 처하도록하는 것이 개정안의 내용이었다.
제31조의 2(상호출자제한기업집단에 속하는 화물운송사업자의 금지행위)
① 독점규제및공정거래에 관한 법률 제14조 제1항에 따라 지정된 상호출자제한기업집단에 속하는 회사로 통지된 화물운송사업자(국제물류주선업자를 포함한다)는 동일한 기업집단에 속하는 계열회사 이외의 사업자와 해운법에서 정하는 해운중개업, 물류정책기본법에서 정하는 국제물류주선업(외항화물운송사업의 물류주선에 해당한다)등의 계약을 체결하여서는 아니된다.
② 제1항의 적용을 받는 화물운송사업자 중 대통령령으로 정하는 기준을 충족하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다.
③ 제1항의 적용을 받는 화물운송사업자에 대하여는 상속세법 및 증여세법 제45조의3, 제45조의4 및 제45조의5를 적용하지 아니한다.

49) 해운법 제33조의2(특정물류자회사와 거래하는 계열사 화주의 거래비율 제한)

Ⅳ. 개선방안

1. 물류자회사의 이중적 지위를 인정하고 분리하여 규율함

물류자회사는 운송주선인의 기능과 운송인의 기능을 동시에 이행하고 있다. 상법에는 운송주선인이 주선계약을 체결하고 선하증권을 발행하여 운송인이 된다. 그렇지만, 현실에서는 운송주선인이라는 상호 혹은 면허를 받은 자가 바로 직접 송하인과 운송계약을 체결하여 운송인이 되는 경우가 허다하다. 결국 물류자회사는 운송주선인의 기능과 순수한 운송인의 기능을 동시에 이행하는 것으로 이해해야 한다.

그럼에도 불구하고 행정법규는 운송주선인으로서의 면허와 감독은 물류정책기본법에서 다루지만, 운송인과 관련하여서는 공백 상태이다. 따라서, 해운법에서 2자 물류회사의 운송인으로서의 기능에 대한 감독이 필요하다.

2. 상법의 개선사항

(1) 운송인으로서의 지위

상법은 운송인이 되기 위하여 어떠한 제한도 두지 않았기 때문에 2자 물류회사도 충분히 운송인으로 될 수 있기 때문에 추가할 사항은 없다. 다만, 이를 선박소유자책임제한을 향유할 수 있도록 할 것인지가 문제된다. 부정설이 다수 입장이지만 이들을 보호하기 위하여 총체적 책임제한의 이익도 누릴 수 있도록 하는 것이 좋다고 본다.

(2) 송하인 보호의 관점

해상운송에서 화주인 송하인을 보호하는 가장 강력한 수단은 현장의 선박이 담보로서 존재한다는 사실이다. 송하인은 운송인이 적재한 선박을 가압류 혹은 선박우선특권에 기한 임의경매신청을 하여 자신을 보호하게 된다.

그런데, 운송주선인 혹은 2자 물류회사는 무선박운송인이기 때문에 송하인은 운송계약상 채무자인 2자 물류회사의 선박에 대한 가압류를 할 수 없다. 화물이 적재된 선박은 실제운송인의 소유선박이거나 용선된 선박이기 때문에 채무자인 2자 물류회사의 채권을 선박에 행사할 수 없다.[50] 이러한 문제점을 보완하여 송하인을 보호하는 방법은 무엇일까? 2자 물류회사가 상당한 금액의 책임보험에 가입을 해야 할 것이다.[51]

(3) 실제운송인의 보호

계약운송인인 2자 물류회사로부터 운송을 의뢰받은 실제운송인은 운송물손해의 경우에 자신은 불법행위책임을 부담하게 된다. 두 가지 문제에 직면한다. 첫째, 자신도 계약운송인과 같은 포장당 책임제한이 가능한지이다. 우리 상법상 이들은 독립계약자임에도 불구하고 책임제한이 가능하도록 상법이 명문화하고 있다. 둘째, 자신이 불법행위책임을 부담한 경우 과실이 있는 계약운송인에게 구상할 이유가 있는 경우에 자신을 보호하는 수단이 얼마나 있는가이다. 이는 결국 책임보험으로 처리가 가능하다고 생각한다.

---

① 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제14조 제1항에 따라 지정된 상호출자제한 기업집단에 속하는 회사 중 해양수산부장관이 별도로 지정, 고시하는 화주는 대통령령이 정하는 일정비율 이상의 해상컨테이너 화물을 동일한 기업집단 계열 해운중개업자 내지 국제물류주선업자(물류정책기본법 제2조 제11호에 따른다. 이하 같다)에게 위탁하여서는 아니된다.

② 해양수산부장관은 제1항을 위반한 회사에 대하여 당해 행위의 금지, 계약내용의 수정, 영업정지 등 점유율을 인하하기 위하여 필요한 조치 등 기타 시정에 필요한 조치등을 명할 수 있다.

50) 물론 불법행위책임을 근거로 실제운송인이 소유하는 선박이나 당해 선박을 가압류 혹은 임의경매할 수 있다

51) 이들도 소위 P&I보험에서 보험자이자 피보험자의 지위에 있는 선주와 같이 회원으로 가입하게 하면 될 것이다.

우리 상법상 화주보호를 위하여 운송인이 책임보험을 강제로 가입하도록 하는 제도는 없다. 다만, 물류정책기본법에 의하면 국제물류주선업자는 보험의 가입이 강제화 되어있다.[52]

(4) 계약운송인으로서 2자 물류회사의 보호수단

2자 물류회사는 운송수단을 갖지 않은 만큼 자신이 송하인으로부터 인수한 운송계약을 이행할 대상이 필요하고 이는 실제운송인에게서 실행이 된다. 실제운송은 실제운송인이 선임감독한 선장의 지휘 하에서 이루어진다. 운송물에 손상이 발생하면 채무불이행책임을 계약운송인인 2자 물류회사가 부담한다. 그런 다음, 그는 실제운송인에게 구상청구를 하게 된다. 통상 이 때 실제운송인이 손해를 배상하였다면, 그는 그가 가입한 P&I 보험(일종의 책임보험)으로부터 보험금을 지급받게 된다.[53]

3. 해운법상 개선사항

해운법 제2조에 무선박 화물운송사업자에 대한 정의규정을 둔다.

현행 제2조	신설
(신설)	**10. "무선박 외항화물운송사업자(NVOCC)"란 송하인으로부터 운송을 인수하여 외항정기화물운송업자에게 운송을 위탁하는 자를 말한다.** **11. "물류자회사형 무선박 화물운송사업자"란 대량 화주들이 자신들의 화물을 운송하기 위하여 지배하는 무선박운항사업자로서 대통령령에서 정한 자를 말한다.**

제23조(사업의 종류)에 외항 정기화물운송사업, 외항 부정기화물운송사업에 추가하여 "외항 무선박화물운송사업"을 해운 사업의 하나로 추가한다. 제24조(사업의 등록) 제2항에 "외항 무선박화물운송사업"자도 해양수산부장관에게 등록을 하도록 한다.

이들은 제29조에 의하여 운임, 선박배치, 화물의 적재, 그 밖의 운송조건에 관한 계약이나 공동행위를 할 수 있는 한편,[54] 제31조의 금지행위의 적용을 받게 된다. 외항 정기선사와 공정한 경쟁을 담보하고 우리 국적선의 적취율을 높이기 위하여 "무선박화물운송사업자"중에서 물류자회사형인 경우는 자신이 모회사로부터 받는 물량의 일정량은 반드시 외항정기선사와 운송계약을 체결하도록 제31조(외항화물운송사업자의 금지행위)에 규정할 필요가 있는지 경쟁법학자들과의 논의가 필요하다.[55]

4. 채무자회생법

2자 물류회사는 채무자회생법상 자신이 채무자가 되기도 하고 채권자가 되기도 한다. 2자 물류회사가 채무자가 된다는 것은 자신의 채무가 초과되어 회생절차개시신청을 하였다는 의미이다. 이 경우 화주들은 채권자로서 권리행사를 하고자한다. 운임채권은 일반 회생채권에 지나지 않는다.

실제운송인이 회생절차에 들어가면 2자 물류회사는 송하인의 지위에서 실제운송인에 대하여 채권을 가진다. 그의 채권은 일반회생채권으로서 피해를 입게 된다.[56] 물론 회생절차가 개시된 다음에 맺은 운

52) 물류정책기본법 제43조는 시도지사에 국제물류주선업자는 대통령령으로 정하는 기준을 갖추어 등록하도록 하고 있다. 시행령 제30조의 2에 의하면, 이들은 1억원 이상의 이행보증보험에 가입하거나 1억원 이상의 화물배상책임보험에 가입하여야 한다.

53) 이는 일종의 책임보험인데, 제3자인 화주는 실제운송인의 책임보험자에게 직접 청구도 가능하다.

54) 그러나 이런 행위는 정당한 경우에만 허용된다는 한계를 가지고 있다(독점규제법 제58조). 동지, 정진욱, "해운동맹 관련 국제적 규제동향과 우리나라에서의 향후 규제방향 연구", 한국해법학회지 제33권 제2호(2011.11.), 259면.
제58조(법령에 따른 정당한 행위) 이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

55) 김인현, "물류자회사를 진정한 운송인으로 대우하자", 김인현 칼럼(49), 한국해운신문 2018.11.15.자

56) 적하보험에서 처리되어야 할 것이다.

송계약에 따른 손해배상채권 등은 공익채권이 된다.

5. 상법상 종합물류업자를 신설하는 방안

종합물류회사가 인수하는 것은 단순한 운송업만이 아니다. 보관, 통관, 포장 등도 큰 영업의 일부를 구성한다. 이를 종합적으로 규율하는 입법이 필요한지 논의가 필요하다. 물류라는 개념이 해운경영학에서 도입된지 20년이 지났지만 상법에서는 이에 대한 특별한 논의가 없다. 그 이유는 종합물류업의 일부를 구성하는 운송과 창고업은 기존 상법의 규정으로 충분히 해결이 가능하기 때문이다. 다만, 이에서 처리하지 못하는 포장과 통관과 같은 업무는 특별규정으로 처리되지 못하고 있고, 한 사람의 상인이 모두 물류 전체를 인수하고 동일인이 업무를 수행함에도 어떤 영역은 책임제한이 되어 물류회사가 보호되고, 어떤 영역은 보호되지 못하는 경우가 있는 바, 이를 종합적으로 통일적으로 규율하기 위한 하나의 법제도가 필요하다고 생각된다.

6. 종합 물류업 약정상 강행규정적용여부

종합물류회사가 실제운송인과 체결하는 운송계약에는 주로 사고 발생시 실제운송인이 모든 책임을 부담한다는 계약내용이 포함되어있는 바, 이의 법적 효력이 문제된다. 우리 법원은 이러한 경우 실제운송인이 포장당 책임제한, 항해과실면책 등의 조항의 주장을 포기한 것으로 해석한 바 있다.[57)]

V. 결 론

물류회사는 운송, 창고업무를 포함한 종합적인 상품의 흐름을 총괄하는 계약을 체결한다. 거래상 발생하는 법적 문제는 상법상 개별적인 의무에 해당하는 규정을 찾아서 적용하면 될 것이다. 그런 측면에서 물류회사는 상법의 관점에서는 계약운송인이거나 운송주선인, 혹은 창고업자의 지위를 복합적으로 이행하고 있다고 볼 수 있다. 상법의 개별 제도에서 처리되지 않는 통관, 포장, 경영자문 등의 일괄적인 처리를 위하여는 종합물류업이라는 제도를 상법상행위편에 마련할 필요도 있다.

2자 물류회사는 모회사인 수출업자(화주기업)의 정시운송을 보장해주는 장점이 있다. 그렇지만 우리나라에서는 이들이 규모를 키우면서 기존의 해상기업의 영업의 범위를 축소시키는 역기능도 보여준다.[58)]

이들은 운송주선인으로서 등록한 다음, 아무런 규제도 없이 해상운송인이 되어 영업을 행한다. 비록 선박을 보유하고 있지는 않지만, 이들이 외항정기화물운송업자임에는 틀림없다. 화주와 운송계약을 체결한 계약운송인이기 때문이다.

2자 물류회사는 상법상 운송인으로서 포장당 책임제한등의 이익을 누리면서 운송인과 전혀 다름없이 혜택을 보고 있다. 또한 이들은 선박을 소유 혹은 용선하고 있지 않기 때문에 해상기업과 같은 정도의 해상위험에 처하지도 않는다. 이런 측면에서 이들은 지나치게 보호받는 측면이 있다.

이제는 이들도 무선박 외항화물정기운송사업자로 정식으로 해운법의 주체로 포함시키고, 해운회사의 회원사로 받아주어야 한다. 이들은 이제 해운법에 의하여 한편으로는 운임규제를 받으면서도 상법상 각종 보호제도의 혜택도 계속해서 누리도록 해야 한다. 그렇게 함으로써 이들이 DHL, FedEx과 같은 대형 3PL 종합물류회사로 성장할 수 있도록 해야 한다. 한편, 국내 외항정기화물운송업자들도 종합물류회사로 나아가야 국제경쟁력을 가질 것이다.

이런 관점에서 2자 물류회사를 선주협회 안에 포함하여 선주운송인 협회로 개칭하여 같은 식구가 되는 것이 상생하는 좋은 방안이 될 것이라고 본다.

---

57) 대법원 2015.11.17.선고 2013다61343판결; 이에 대한 평석으로는 정영석, “선주책임제한법은 임의법규인가?”, 한국해법학회지 제38권 제2호(2016.11.), 9면.

58) 일본에서는 해상기업도 대형 물류자회사를 가짐으로써 공개적인 경쟁이 되는 구조라고 한다.

참고문헌

김인현, 해상법(법문사, 2018)

이균성, 해상법대계(KMI, 2010)

이철송, 상법총칙 상행위법(박영사, 2016)

최종현, 해상법상론(법문사, 2014)

김인현, “운송주선인의 다양한 법적 지위에 따른 법률관계”, 안암법학 제26호(2008.4.)

김인현, “해운동맹 및 유사체제의 독점금지법 위반 문제”, 해양한국 2006.6.

정진욱, “해운동맹 관련 국제적 규제동향과 우리나라에서의 향후 규제방향 연구”, 한국해법학회지 제33권 제2호(2011.11.)

최세련, “운송주선인의 법적 지위 및 히말라야 약관의 적용 범위”, 한국해법학회지 제30권 제1호(2008.4.)

한상욱, “국내 제3자 물류업의 활성화 방안에 관한 연구”, Journal of Digital Convergence 제14권 제2호(2016.2)

한국선주협회, 해운-물류업계간 공정거래질서 확립방안(2018.8.)

Jan Ramberg, The Law of Freight Forwarding, International Federation of Freight Forwarders Association, 2002

Marian Hoeks, Multimodal Transport Law, Wolters Kluwer, 2010

森隆行, 現代物流の基礎(同文館出版, 2018)

山岸寛, 海上コンテナ 物流論(成山堂書店, 2004)

湯淺和夫외 2, 物流とロジスティクス (アニモ出版, 2011)

한국상사법학회 2019년 하계학술대회 (6. 29. 제2세션)
경제변혁의 시대를 맞은 상사법의 현안과 과제

제1주제

금융소비자 보호법제에 관한 연구
-분쟁조정의 실효성 제고 방안을 중심으로-

발표자 : 박선종 교수[숭실대학교]
사회자 : 김재형 교수[조선대학교]
토론자 : 김이수 교수[부산대학교]
토론자 : 윤승영 교수[한국외국어대학교]

금융소비자 보호법제에 관한 연구
- 영국 FOS의 시사점을 중심으로 -

박 선 종[1)]

I. 서 론

금융상품이 복잡다기하게 발전하면서, 계약당사자인 금융회사와 금융소비자의 정보비대칭은 상당 폭에 달하고 있다. 일부 정보비대칭이 심화된 금융계약은 금융회사의 설명의무가 적절히 이행되지 않는 경우 계약자유의 원칙에 어긋날 우려마저 있다.

금융계약 관련 분쟁발생 시, 소송을 통한 해결을 위해서는 당사자의 주장을 경청할 필요도 크지만, 제3자인 전문기관의 조력을 필요로 하는 경우도 적지 않다. 그 전문기관으로서 금융감독원, 한국거래소 및 금융투자협회 등은 일정 조직을 갖추고 금융분쟁조정에 직접 참여하여 금융회사와 금융소비자 간 정보의 비대칭을 좁히고 계약자유의 원칙을 준수하려는 노력을 하고 있다. 통계자료에 따르면, 금융감독원은 다른 두 기관에 대비하여 분쟁조정 건수에서 우위[2)]를 보였는데, 이는 금융분쟁조정 시장에서 금융소비자가 금융감독원을 상대적으로 더 신뢰하는 것으로 볼 수 있다. 민사소송에서 상당수의 재판부가 판결문을 작성하기에 앞서서 우선 당사자의 화해를 권유하는 경우가 적지 않다. 이러한 측면에서, 전문기관의 분쟁조정 기능이 활성화되어 분쟁당사자의 화해 성립이 증가하는 것은 사회적 비용의 절감 효과를 기대할 수 있을 것이다. 그러나 현재의 국내 전문기관의 금융분쟁조정은 양 당사자의 수락을 전제로만 효과가 있다는 점에서 한계가 있다.

반면 주요 금융선진국의 금융분쟁 조정은 부분적이나마 편면적 구속력을 인정하고 있어 분쟁조정의 실효성 제고에 유리한 것으로 보인다. 더욱이 주요 금융선진국의 편면적 구속력의 인정은 금융소비자 보호에도 상당한 기여를 할 수 있을 것으로 보인다. 한편 이는 현대 사회의 복잡다기하게 발전된 금융계약에 있어서 심각한 정보비대칭의 문제를 부분적이나마 보정할 수 있는 틀로서의 기능도 기대된다.

이 글에서는 전문기관의 금융 분쟁조정 시 편면적 구속력을 도입한 주요국의 제도 중에서도 영국의 FOS제도를 중심으로 분석하여 시사점을 찾아보고자 한다.

II. 금융분쟁과 ADR

1. 금융분쟁과 금융소비자

(1) 금융분쟁의 특성

금융분쟁은 다음과 같은 특성이 있다. ① 금융분쟁에는 전문성이 내재되어 있다. 금융규제완화 · 금융거래의 국제화 · 금융공학의 발달 등으로 복잡다기한 금융상품이 출시되었고 따라서 분쟁의 내용도 더욱 복잡화되어, 분쟁해결에 특별한 전문성을 요하는 경우가 흔하다. ② 금융분쟁은 금액의 크기가 다양하다. 즉, 소액사건에서부터 거액사건에 이르기까지 다양한 금액크기의 분쟁이 발생한다. ③ 금융분쟁은 일반소비자분쟁에 비하여 상대적으로 교섭력 및 정보의 비대칭 문제가 부각된다. 금융상품은 육안으로 식별가능한 일반적인 상품과 달리 복잡다기한 내용으로 구성되는 경우가 흔하므로 정보의 중요성이 더욱 크다. 그러나 현실에서는 금융회사와 금융소비자간 정보의 비대칭은 현저한 차이를 보이는 경우가

1) 숭실대학교 법학과 교수(법학박사/금융법), 동교 법학연구소 금융소비자보호센터장

2) 2013년 기준으로 각 기관의 증권분쟁 조정건수는 금융감독원 412건(81.3%), 한국거래소 92건(18.1%), 금융투자협회 2건(0.4%), 소비자원 1건(0.2%)이었는데, 금융감독원의 조정건수가 압도적으로 많았다. 엄세용, "증권분야 분쟁해결 및 불공정거래 피해구제 개선방안 연구", 「증권법연구」 제16권 제1호, 한국증권법학회, 2015, 235면 <표 4> 참조.

적지 않다.[3] 양자 간 정보의 비대칭은 법원을 통한 소송(특히 민사소송)에도 상당 부분 영향을 미치고 있다. 따라서 금융분쟁에서는 중립적인 금융전문가가 금융소비자에게 조력하여 정보비대칭을 완화할 필요성이 있다.

(2) 금융소비자 피해의 특성

금융소비자는 일관적이고 합리적으로 효용을 극대화하는 경제 주체이기보다는, 정보를 인식하고 활용하는 능력에 한계가 있는 '제한된 합리성(Bounded Rationality)'을 가진 존재로 규정될 수 있다. 제한된 합리성은 경제주체에 대한 합리성에 의문을 제기한 행태과학에서 발전된 개념이다. 행태과학을 금융부문에 적용하여 발전되어 온 행태재무학은 전통적인 접근 방법에서 설명되지 못하는 금융 현상을 주체의 비합리성을 고려함으로써 설명하려는 접근방법이다. 금융소비자들이 제한된 합리성을 갖고 있음을 인식한다면, 금융소비자 보호의 필요성은 합리적인 금융소비자를 전제로 한 경우에 대비하여 더욱 확대될 수밖에 없다.[4]

소비자 피해의 특성은 '피해의 집단성'과 '피해회복의 곤란성'으로 유형화 될 수 있다.[5] 피해의 집단성이란 동종피해가 다발(多發)하는 면을 이르는 것인 바, 금융소비자 피해도 피해의 집단성에 있어 예외가 아니다. KIKO등 금융투자상품에서부터, 즉시연금보험 등 보험상품까지 금융상품계약 전반에 걸쳐 금융소비자의 집단적 피해상황은 다양하게 분포된다. 피해회복의 곤란성은 상당수의 보험계약 소비자 피해와 같이 개별소비자의 소액피해에 머물기 때문에, 개별소비자가 비용을 감안하여 권리행사를 포기하는 경우에서 비롯된다. 그러나KIKO와 같이 새로운 금융상품구조에 대한 법원의 전문성 부족에서 비롯된 경우도 있다.

(3) 금융ADR의 필요성과 국내현황

분쟁해결의 방법은 법원을 통한 소송 이외에도 당사자 상호간의 화해, 제3자에 의한 조정, 중재인에 의한 중재판정 등 이른바 ADR(Alternative Dispute Resolution)이 있다. 인간이 사회를 이루기 시작한 이래로 어느 사회에서나 분쟁이 있었고 분쟁해결제도를 발전시켜왔다. 물론 재판제도가 가장 중요한 것이었지만, ADR도 거의 모든 사회에서 공통적으로 발전해 왔다. ADR은 제3자에 의한 잘잘못의 판정(판단)보다는 분쟁당사자들 사이의 원만한 의견일치(컨센서스)를 도출하는 것에 주력하였다.[6]

분쟁 상대방과의 직접적인 협상은 당사자 간 정보의 비대칭이 협상과정에도 반영되기 때문에, 금융소비자 측에서는 불공평·불투명한 면이 부각되기 쉬우므로, 해결이 난관에 봉착하는 경우가 적지 않다. 반면, ADR은 중립성·공평성을 가진 제3자가 관여하기 때문에 정보의 비대칭이 해소되고 공평한 해결의 가능성이 높아질 수 있다.[7]

ADR이란 형식적으로는 법원에서 행해지는 소송 이외의 분쟁해결제도를 의미하며, 실질적으로는 화해, 조정, 중재 등과 같이 중립적 제3자의 관여 또는 직접 당사자 간의 협상에 의해 이루어지는 분쟁해결제도를 의미한다. EU의 '소비자 ADR 지침'[8] 에서는 'ADR은 간편하고, 신속하며, 저비용의 법원 외 분쟁해결방법'이라고 규정하고 있다.[9] ADR의 장점으로는 일반적으로 소송에 비하여 절차의 간이성 ·

3) 김윤정, "금융 ADR제도의 법제 정비방안", 「법학연구」 제23권 제2호, 충북대 법학연구소, 2012, 386면.
4) 원승연, "금융투자상품시장에서의 금융소비자 보호－제한된 합리성 개념을 중심으로", 「소비자학연구」 제22권 제1호, 한국소비자학회, 2011, 40면.
5) 서희석, "우리나라 집단분쟁조정제도의 현황과 과제", 「비교사법」 제23권 제4호, 한국비교사법학회, 2016, 1440면.
6) 권순일 역, "ADR운동의 전개와 현대적 분석", 「법조」 42권 9호, 법조협회, 1993, 167면.
7) 양만식, "금융 ADR제도에 관한 연구", 「금융법연구」 제10권 제2호, 한국금융법학회, 2013, 35면.
8) DIRECTIVE 2013/11/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2013 (Directive on consumer ADR, 이하 "EU 소비자 ADR지침")
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0011
9) Alternative dispute resolution (ADR) offers a simple, fast and low-cost out-of-court solution to disputes between consumers and traders., EU 소비자 ADR 지침, 前文 (5).

유연성 · 신속성 · 전문성 · 비공개성 · 저비용성 등이 주장된다.[10]

금융 ADR의 장점은 일반적인 ADR의 장점을 모두 포함하고, 이에 추가하여 ① 당사자 간 정보 비대칭의 해소, ② 개별분쟁 해결을 통한 금융질서 전체에 대한 피드백 효과가 주장된다. 이러한 면에서 일반적인 ADR에서는 당사자 간 대등한 입장에서 공격과 방어가 이루어지고 일방 당사자에 대해서 행위규제를 가하는 것이 곤란하지만, 금융 ADR에서는 이러한 행위규제가 가능한 것으로 본다.[11]

금융상품은 구매시점과 소비시점이 일반 제조물의 경우와 달리 시차가 크고 나중에서야 상품의 실제 특질이 결정되기 때문에 금융소비자들로 하여금 구매한 상품과 소비되는 상품 사이에 괴리가 크다고 느끼게 만들기 쉽다. 금융상품 소비의 과정에서 상품이 기대에 못 미치게 되면 소비자는 불만을 제기하게 된다.[12] 소비자가 제기하는 민원은 금융상품이나 서비스의 질에 관한 고객의 소리로서 보다 나은 상품과 서비스를 만드는 것을 촉진할 수 있다. 민원분석을 통해 금융상품에 내재된 결함은 없는지, 판매과정에서 문제는 없는지 점검하고 새로운 금융상품 개발의 아이디어를 얻을 수도 있다.[13] 분쟁이 소송에 의한 해결에만 맡겨지게 되면 흑백을 가리기 위한 정보밖에 나오지 않는 경향이 있다. 그러나 금융 ADR에 의한 해결은 업무를 개선하기 위해 필요한 정보에 그치지 않고, 소비자의 문제제기를 통해서 새로운 상품이나 서비스에 대한 아이디어를 얻는 것이 가능하다.[14]

금융소비자가 금융회사와 직접 다툴 경우, 정보비대칭과 교섭력 열위 등으로 사정으로 난관에 봉착하기 쉽다. 한편, 소송을 통해 분쟁을 해결하기 위해서는 시간과 비용이 많이 소요되며, 금융전문가의 도움을 받기가 용이하지 않다. 그러나, 정부기관에 민원을 접수하는 경우, 금융소비자는 자료수집의 부담을 덜 수 있으며, 금융회사보다 열위의 지위에서 벗어나 다툴 수 있고, 비용이 거의 들지 않고 시간도 절약된다. 이러한 이유로 대부분의 금융소비자들은 공적불만호소행동으로 정부기관에 민원접수를 선호한다.[15] 특히 금융소비자들은 분쟁의 상대방인 금융회사에 배상 등의 요구를 시도하지 않고 바로 정부기관에 민원을 접수하는 경향이 매우 높은데, 2014년의 경우 금융감독원 접수민원 78,631건 중 약 94.7%가 금융회사를 거치지 않고 금융감독원에 바로 접수된 바 있다. 현재 금융민원은 금융회사와 금융감독원에 의해 접수 처리되지만, 금융회사를 거치지 않고 금융감독원에 바로 접수하는 것도 허용되고 있기 때문이다.[16]

2018년 기준 금융감독원에 접수된 금융분쟁은 28,118건 인바, 금융권역별 구성비를 보면, 보험이 25,614건(90.8%)으로 가장 많았고, 은행.중소서민금융 1,960건(6.9%), 금융투자 544건(1.9%)순이었다.

< 표 1> 금융분쟁조정 접수현황 (단위 : 건)

구 분	2016년	2017년	2018년
은행·중소서민	3,002	1,829	1,960
금융투자	719	524	544
보험	21,505	22,852	25,614
합 계	25,226	25,205	28,118

<출처 : 금융감독원 금융소비자보호처 웹싸이트>[17]

10) 김윤정, “금융 ADR제도의 법제 정비방안”, 「법학연구」 제23권 제2호, 충북대 법학연구소, 2012, 385면.
11) 양만식, “금융 ADR제도에 관한 연구”, 「금융법연구」 제10권 제2호, 한국금융법학회, 2013, 37-38면.
12) 노형식·송민규·연태훈·임형준, 「금융소비자보호 효과 제고를 위한 실천과제 : 규제, 사후관리, 역량강화」 한국금융연구원, 2014, 149면.
13) 노형식·송민규·연태훈·임형준, 「금융소비자보호 효과 제고를 위한 실천과제 : 규제, 사후관리, 역량강화」 한국금융연구원, 2014, 149면.
14) 김주석, 앞의 박사논문, 130-131면.
15) 백현진·최현자, “금융소비자 공적불만행동과 피해구제에 관한 연구”, 「금융소비자연구」 제9권 제1호, 한국금융소비자학회, 2019, 7면.
16) 이경주, “금융소비자보호와 금융민원 관리”, 「한국금융소비자학회 학술발표논문집」 2016권 제1호, 2016, 8면.
17) http://consumer.fss.or.kr/fss/consumer/minwonetc/bbs/list.jsp?bbsid=1329181518731&url=/fss/cm/1329181518731 (2019. 6. 19.

금융 소비자 분쟁은 ① 사건 가액은 상대적 고액이지만, 개별 금융소비자의 경우 피해는 소액인 경우가 훈하다는 점, ② 사실관계의 해석이 엇갈릴 수 있다는 점, ③ 해결에 고도의 전문성이 요구된다는 점, ④ 금융회사와 금융소비자 간 정보의 비대칭이 크다는 점 등의 특징이 있다. 이러한 특징을 감안하자면 금융 ADR은 금융소비자 분쟁에 매우 적합한 제도라 할 수 있다.[18)]

2. ADR과 구속력

(1) ADR의 의의 및 도입배경

ADR 운동은 1976년 미국변호사협회(ABA, American Bar Association) 주최로 열린 전국적인 법률가회의에서 태동된 것으로 본다.[19)] 당시 ADR 운동의 주원인은 ① 법원의 사건적체 및 소송지연, ② 급증하는 소송비용(변호사비용), ③ 비효율적인 관료주의 등이 꼽혔다. 미국의 ADR운동은 1990년대 이후 정착되어 성숙된 단계에 들어선 것으로 평가된다. 미국에서는 1990년부터 모든 주정부가 각각의 사정에 맞는 다양한 형태의 ADR 프로그램을 가지게 되었다. 그 중 주목되는 것은 '이웃분쟁해결센터'(Neighborhood Justice Center) 및 '멀티도어 코트하우스'(Multi-door courthouse)이다. 캔자스시티, 애틀랜타 및 로스앤젤레스 등 세 곳에 실험적으로 설치된 이웃분쟁해결센터는 각기 그 조직 및 구성을 달리하였다. 즉 로스앤젤레스에는 지역사회의 자체적인 노력으로, 캔자스시티에는 시정부의 후원으로, 애틀란타에는 관할법원의 후원을 받아 각기 이웃분쟁해결센터를 운영하였다. 그 결과 특히 시정부나 법원의 도움 하에 설치·운영된 경우가 좋은 결과를 거두었다. 멀티도어 코트 하우스는 법원이 소송 이외에 다양한 ADR을 적극 활용함으로써, 사건적체 및 소송지연을 해소하자는데 그 주안점이 있다. 이 제도는 이웃분쟁해결센터와는 달리 기존의 사법구조 내에서 각종의 ADR을 이용할 수 있게 하는 것이 특징이다. 즉, 종래의 법원은 소송에 이르는 단 하나의 '문(door)'만을 가지고 있어서 시민들의 다양한 법적 수요를 충족시키기 어렵기 때문에, 조정, 중재(arbitration) 및 간이심리(mini-trial) 등 다양한 ADR에 이르는 '여러 개의 문(multi-door)'을 가지고 있게 하자는 것이다.

미국에서는 ADR운동의 결과 첫째, 종래의 사법제도 하에서 법의 조력을 받지 못하였던 많은 시민들이 '정의에 대한 접근'이라는 도움을 얻게 되었고, 둘째로 ADR프로그램이 당초의 우려와는 달리 결코 2류의 법적서비스가 아니라는 사실이 밝혀졌으며, 셋째로 많은 ADR전문가가 양성됨으로써 새로운 분쟁해결영역을 개척할 수 있는 토대가 마련되었다고 할 수 있다. 1990년대에는 ADR운동이 영국, 캐나다, 호주, 뉴질랜드, 아일랜드 및 남아프리카 등 영어권 국가 뿐 아니라 프랑스, 스웨덴 등 서유럽 국가와 러시아, 불가리아 등 동유럽 국가, 에쿠아도르, 니카라구아 등 남미국가 및 중국, 스리랑카 등 아시아 국가에 이르기까지 여러 국가에서 각별한 관심을 보여왔다. 우리나라의 경우도 1990년 대 이후 ADR에 대한 관심은 증대되어 왔다.

(2) 국내 ADR제도의 한계

국내에는 '집단분쟁조정제도'를 도입하는 등 소비자보호를 위한 다각도의 ADR제도가 도입되어 있다. 2004년에는 증권의 거래과정에서 발생한 집단적인 피해를 효율적으로 구제하기 위하여 증권관련 집단소송법[20)]을 제정하였고, 2012년 약관규제법 개정 시에는 '집단분쟁조정'시 특례조항(동법 28조의2)[21)]

최종검색).

18) 김주석, 「보험소비자 보호를 위한 정보제공의무와 분쟁처리 법제도 연구」, 고려대 법학박사논문, 2017, 130면; 동지, 김윤정, 앞의 논문 389면.

19) 이하 'ADR의 의의 및 도입배경' 부분은 권순일 역, 앞의 글, 170-183면을 참조하여 정리한 것이다.

20) "증권관련 집단소송법"은 2004. 1. 20. 제정되고 2005. 1. 1. 시행되었으며, 2013년까지 4차례 개정되어 현재에 이르고 있으나 활용도가 상당히 저조한 실정이다.

21) 약관규제법 제28조의2(분쟁조정의 특례) ① 제27조제1항에도 불구하고 공정거래위원회, 고객 또는 사업자는 제28조에 따라 조정이 성립된 사항과 같거나 비슷한 유형의 피해가 다수 고객에게 발생할 가능성이 크다고 판단한 경우로서 대통령령으로 정하는 사건에 대하여는 협의회에 일괄적인 분쟁조정(이하 "집단분쟁조정"

을 도입하였다. 2016년에는 소비자기본법을 일부 개정하여 집단분쟁조정을 의뢰하거나 신청할 수 있는 자에 국가 · 지방자치단체 · 한국소비자원 · 소비자단체 · 사업자 외에 소비자를 추가함(제68조제1항)[22]으로써, 집단분쟁조정제도가 소비자 보호를 보다 두텁게 하고자 시도하였다. 집단분쟁조정제도는 개별법에 따라 설립된 특정 목적의 분쟁조정위원회에 대한 조정(調停)제도의 특례로서 도입되었다. 즉, 기존의 단발형 분쟁조정제도를 발전시켜 같은 원인에 의한 소비자피해가 다수 발생한 경우에 분쟁조정위원회에 집단분쟁조정을 신청하여 분쟁을 일괄적으로 해결하도록 한 것이다. 그러나 실상은 활용도가 미미한 형편이며, 동 제도들은 공통적으로 실효성이 부족한 것으로 보인다.[23]

실효성 부족의 대표적인 이유로 기존의 분쟁조정제도는 양 당사자 모두가 조정결정을 스스로 수락할 경우에만 조정이 성립되는 구조라는 점을 지적할 수 있다. 예컨대, 전문기관이 양 당사자의 정보비대칭성을 감안하여 금융소비자에게 유리한 조정결정을 내리는 경우, 금융회사가 이를 수락하지 않는 한 조정이 성립되지 않고, 이는 동 제도의 실효성이 떨어지는 요인으로 작용한다. 여기서 분쟁조정제도가 실효성을 갖기 위해서는 편면적 구속력의 인정이 필요하다는 주장이 제기되는 것이다.

(3) 편면적 구속력의 필요성과 한계

자본시장법 등에서 도입한 분쟁조정기구 조정의 효력은 구속력이 없다는 점에서 한계가 명확하다. 이러한 한계는 우리 헌법 제27조의 재판청구권에 기인한다. 재판청구권은 헌법 제37조 제2항에 따라 공공복리 등을 위하여 필요한 경우 법률로써 제한이 가능하다.

'편면적 구속력' 제도는 예컨대, 금융회사와 금융소비자의 분쟁에 대한 전문기관의 분쟁조정 결정에 대한 수용의무를 금융회사에만 편면적으로 부과하는 것을 의미한다. 이에 대하여는 자본시장, 보험 시장 등 주로 금융시장의 거래상 발생하는 분쟁조정 시 적용사례에 대한 연구물들이 축적되고 있는데, 그 배경은 금융상품이 복잡다기하게 발전하면서 거래 당사자 인 금융회사와 금융소비자 간 정보비대칭의 확대에서 비롯된 것으로 볼 수 있다.

편면적 구속력 제도는 국내의 금융회사에게는 새로운 규제로 보일 수 있다. 규제란 개인 또는 조직의 자유재량을 규칙(rule)에 의해 제한하는 것인 바, 그 목적은 기본적으로 사회의 공공복리를 달성하기 위한 것이다.[24] 금융규제의 일반적 목적은 금융제도의 안정과 금융소비자 보호로 대별[25]되는 바, 금융소비자 보호의 필요성은 금융회사와 금융소비자간 정보의 비대칭에서 기인하는 바가 크다. 각국의 ADR제도는 주로 규제산업을 대상으로 발전해 온 것으로 보인다.[26] 금융산업은 일반적으로 대표적인 규제산업으로 분류되며, 각국 ADR제도의 활용면에서 상당한 비중을 차지하고 있다.

금융계약상의 분쟁에서 편면적 구속력 제도가 시행되면, 금융소비자의 권익을 보다 두텁게 보호하고 전문기관 분쟁조정제도의 실효성을 제고할 수 있을 것으로 기대 된다. 그러나 편면적 구속력의 인정은 재판청구권(헌법 제27조)과 상충하는 면이 있으므로, 일정금액 범위 이내로 제한하여 재판청구권 제도의 취지를 몰각하지 않는 것이 필요하다. EU 소비자 ADR 지침은 제정의 주된 목적으로 '높은 수준의 소비자 보호 달성'(the achievement of a high level of consumer protection) 및 각 회원국의 재판청구권을 방해하지 않는 범위에서 '강행 규정 입법'에 참여시키는 것[27]을 규정하고 있는 바, 이는 경청할 필요가 있다.

이라 한다)을 의뢰하거나 신청할 수 있다. [본조신설 2012. 2. 17.]

22) 소비자기본법 제68조(분쟁조정의 특례) ①제65조제1항의 규정에 불구하고, 국가·지방자치단체·한국소비자원·소비자단체·소비자 또는 사업자는 소비자의 피해가 다수의 소비자에게 같거나 비슷한 유형으로 발생하는 경우로서 대통령령이 정하는 사건에 대하여는 조정위원회에 일괄적인 분쟁조정(이하 "집단분쟁조정"이라 한다)을 의뢰 또는 신청할 수 있다. <개정 2016. 3. 29.>

23) 서희석, "우리나라 집단분쟁조정제도의 현황과 과제", 「비교사법」 제23권 제4호, 한국비교사법학회, 2016, 1439면.

24) 정찬형·최동준·김용재, 「로스쿨 금융법」,박영사, 2009, 42면.

25) 정찬형·최동준·김용재, 앞의 책, 43면.

26) 양만식, 앞의 글, 38면.

27) EU 소비자 ADR 지침 Article 1. The purpose of this Directive is, through the achievement of a high level of consumer protection, to contribute to the proper functioning of the internal market by ensuring that consumers can, on a voluntary basis, submit complaints against traders to entities

III. 영국의 FOS 및 시사점

1. 영국의 FOS

(1) 설립배경

옴브즈만[28] 제도의 기원은 1809년 스웨덴 의회가 옴브즈만(Justitie Ombudsman)을 창설하여 의회의 기능을 보완하는 역할을 수행하는데서 비롯되었다. 그 후 스웨덴의 옴부즈만은 의회 및 행정부로부터 독립하여 제3자적 입장에서 국민의 고충을 조사·해결하는 기관으로 자리잡게되면서 행정국가화 추세로 민원 증가 및 재판기능의 한계에 직면한 세계 각국의 관심을 끌었고 전파되기에 이르렀다.[29] 옴브즈맨 제도는 영국에서 효율적인 분쟁해결제도로서 자리잡고 있다. 스웨덴의 옴부즈맨은 공적 또는 사적 단체에 대한 민원이나 불평 등을 취급하는 독립된 판정자였으며 주로 행정기관 등 공공기관에 대한 감시자로서 업무를 하였다.[30]

영국에서 금융 옴브즈맨 시스템(financial ombudsman system)이 최초 설립된 것은 1981년 '보험 옴브즈맨'(insurance ombudsman bureau)이고 1986년 '은행 옴브즈맨'(banking ombudsman bureau)이 설립되었다. 이후 금융투자업을 커버하는 다양한 옴브즈맨이 설립되었다. 그러나 1990년 대 후반 BCCI(the Bank of Credit and Commerce International) 파산과 Barings의 몰락 및 연금 불완전 판매 스캔들(pension mis-selling scandal) 업권별 옴브즈맨 시스템의 효용이 의문시 되었다. 이즈음 1997년 당선된 노동당 정부는 영국의 금융개혁입법을 추진하였고, FSMA 2000(the Financial Services and markets Act 2000)이 2001년 12월 1일 발효되었다. FSMA 2000은 종래 9개로 나뉘어 있던 규제기관을 FSA(Financial Services Authority)로 단일화하였다. FSMA 2000은 종전 8개로 분산되어 있던 금융분쟁조정기구(financial dispute resolution schemes)을 폐지하고 FOS를 설립함으로써, 금융분쟁에 관한 무상의 원스톱서비스 체제를 구축하였다.

영국의 FOS(Financial Ombudsman Service)는 1999년 금융 옴브즈맨 제도(financial ombudsman scheme)를 시행하게 위하여 법정단체(statutory body)로서 설립되었다. 이후 세계 최대의 금융 옴브즈맨 서비스 조직으로 성장하였는데, 2008-2009년 기준으로 소속인원 865명과 연간 예산은 6천만 파운드(약 900억원)이 책정되었다. EU 소비자 ADR 지침에서는 ADR기구가 효율적으로 기능하기 위해서는 충분한 인적, 물적 및 재정적 자원을 갖추어야 한다[31]고 규정하고 있는데, FOS는 우리 금융감독원 내 금융소비자보호처와 비교하자면 충분한 인적 자원을 갖춘 것으로 보인다. 이렇게 충분한 인적 자원을 갖춘 FOS는 동년 기준으로 금융소비자로부터 약 80만 건의 분쟁신청을 접수하였으며, 약 11만 5천 건의 분쟁을 해결하였는데, 이는 우리와 비교하면 현저히 높은 효율성[32]을 보이고 있는데, 이에 관하여는 다각적인 연구가 필요하다.

(2) FOS의 설립목적 및 권한

FOS(Financial Ombudsman Service)는 금융분쟁의 해결을 목적으로 설립되었으며, 금융업체 전반

---

offering independent, impartial, transparent, effective, fast and fair alternative dispute resolution procedures. This Directive is without prejudice to national legislation making participation in such procedures mandatory, provided that such legislation does not prevent the parties from exercising their right of access to the judicial system.

28) 옴부즈맨(Ombudsman)은 스웨덴어로 다른 사람의 대리인이라는 뜻이다.

29) 국민고충처리위원회, 「선진옴브즈만 제도 연구자료집-옴브즈만 제도의 세계적 동향-」, 2003, 20면.

30) 이재성, 「금융분쟁 해결제도에 관한 연구」, 중앙대 법학박사논문, 2016, 103면.

31) In order to function efficiently, ADR entities should have sufficient human, material and financial resources at their disposal. EU 소비자 ADR 지침, 前文 (46).

32) 인원대비 분쟁접수건수 기준으로 영국 FOS는 우리 금융소비자보호처 대비 9배를 초과하는 효율성을 보이고 있다.

걸친 관할영역에서 편면적 구속력을 가지는 등, 상당한 권한을 가지고 있다.

"FOS는 금융회사와 금융소비자 간 분쟁을 해결하기 위하여 의회에 의하여 설립되었다. FOS 의 관할권은 은행, 보험, 대부업, 주택담보대출업, 연금 및 금융투자업에 이르기까지 거의 모든 금융업종을 망라하고 있다. FOS는 관할영역에서 발생하는 문제를 바로잡을 권한을 보유하고 있다."[33]

<표 1> FOS와 금융소비자보호처의 비교

설립주최	영국의회	금융감독원(부원장보 전담)
독 립 성	강함	상대적으로 약함
인 원	950명(20189년 기준)	약250명[34](2019년 기준)
민원접수건수	약 100만건	약 2.5만건
인당 민원접수건수	924건	100건
편면적구속력	유	무
문제점 시정권한	유	무

FOS는 금융소비자의 분쟁(consumer financial disputes)을 법원 밖에서 대안적으로 해결하고 있다. FOS가 취급하는 사안은 개인(private individuals) 이나 연 매출 2백만 유로 미만이며 종업원 10인 미만의 영세사기업(private micro-enterprises)이 신청한 것에 국한된다.[35]

옴부즈맨의 결정(determination)에 대하여 피신청 기업이나 신청인 양자 모두 항고(appeal)를 할 수 없다. 신청인이 옴브즈맨의 결정을 수락하는 때에는, 이는 양 당사자 모두에게 구속력을 갖는다. 반대로 수락하지 않는 때에는, 신청인은 피신청 기업을 제소할 수 있다. 즉, 옴브즈맨의 결정은 신청인의 수락 여부를 기준으로, 피신청인에 대하여 편면적 구속력을 갖는다. 옴브즈맨이 신청사안을 신청인에게 유리하게 결정하는 때에는, 금액기준의 상한은 10만 파운드이다.

(3) FOS의 독립성 및 정보공개의무

ADR기구의 독립성과 무결성은, 공정하고 독립적인 결정을 기대하는 시민들의 신뢰를 얻기 위해 매우 중요하다.[36] FOS는 영국정부로부터 재정지원을 받지 않으며. 분쟁조정 신청인에게 비용을 부과하지도 않는다. FOS의 주수입원은 FOS관할권 내의 기업들의 연간 부담금(annual levies)과 개별사안에 대한 기업의 수수료(individual case fees)로 구성된다.

FOS는 독립적으로 운영될 수 있도록 금융당국과 MOU(Memorandum of Understanding)를 체결하였다.[37] FOS의 독립성 요건은 FSMA 2000에 규정하고 있다. FOS는 의회의 감독(overseen)을 받는다. 한편 세부심사(scrutiny)는 FCA(Financial Conduct Authority : 영업행위 감독) 및 독립된 사정인(independent assessor)에게 받으며, 법원의 사법심사(judical review)를 받고, 일반국민에 대하여 정보공개의무(obligation to meet information accessibility by the public)가 있다. FCA는 FOS에 대해 예산 승인권, 규정 승인권, 이사 임명권, 민원현황 및 감독 이슈에 대한 보고요구권 등 감독권한을 보유하며 FOS의 운영(기구 운영 및 분쟁조정 등)에 대해서는 독립성을 보장한다.

---

33) "We were set up by Parliament to sort out complaints between financial businesses and their customers. We can help with most financial services - including banking, insurance, PPI, loans, mortgages, pensions, and investments. If something's gone wrong, we have the power to put it right." https://www.financial-ombudsman.org.uk/default.htm (최종검색일 2019. 6. 17.)

34) 2019년 3월말 기준 금융감독원 전체 임직원 수는 2,219명인 바, 금융소비자보호 업무를 전담하는 임원은 부원장보이다, 현재 부원장보가 9명임을 감안하여 2,219명을 단순히 9로 나눈 값이 추정치 약250명이다.

35) 영국의 옴브즈맨 제도에 관하여는 영국 입법조사처 자료인 Michael Yu, Financial ombudsman system in the United Kingdom, INFORMATION NOTE(IN15/09-10), Research and Library Division, Legislative Council Secretariat, 24 February 2010을 주로 참고하였다.

36) The independence and integrity of ADR entities is crucial in order to gain Union citizens' trust that ADR mechanisms will offer them a fair and independent outcome., EU 소비자 ADR 지침, 前文 (32).

37) 금융소비자보호 정책수립 업무는 FCA에서 수행하고, 금융민원·분쟁처리는 FOS에서 담당하는 대신 효율적 소비자보호를 위해 정보공유 MOU 체결한 것이다.

2. 시사점

(1) FOS 설립 계기 및 독립성

영국에서 FOS의 설립계기는 1990년대 후반 BCCI(Bank of Credit and Commerce International)의 파산, Barings의 몰락, 개인연금불완전판매(pension mis-selling scandal) 사건[38] 등 연쇄적으로 상당한 규모의 금융사고가 발생하면서, 금융당국의 규제의 실효성에 대한 문제의 제기에서 비롯되었다.

우리나라는 1999년 금융기관의 건전성을 확보하고 공정한 시장질서를 확립하며 금융소비자를 보호하기 위하여 금융감독원이 설립되었다.[39] 이후 2008년 KIKO사태, 2010년 옵션쇼크 및 2011년 부산저축은행 불완전판매 사건 등 금융당국의 규제실효성에 관한 문제의 제기가 있었고, 2011년 국무총리실에서 권고한 금융감독혁신방안을 이행하기 위해 금융감독원이 감독과 검사업무에서 금융소비자보호 부문을 분리하여 2012년 5월 금융감독원장 내 준독립기관으로서 금융소비자보호처(이하 "금소처")를 설치하여 금융소비자 피해 구제, 분쟁조정 등의 담당하고 있다.

FOS는 독립적으로 운영될 수 있도록 금융당국과 MOU(Memorandum of Understanding)를 체결하였고, 독립성 요건이 FSMA 2000에 규정되어 있으며, 의회의 감독(overseen)을 받는다. 반면 우리의 금소처는 금융감독원 내의 기관으로서, 처장은 부원장이 맡고 있지만, 처장이 보험부문의 감독기능도 동시에 총괄하고 있으므로, 금융감독원에서 독립된 준독립기관으로 보기는 어렵다.

금소처가 효율성면에서 FOS 대비 현저히 뒤처지는 점이 독립성과 무관한 것인지에 대하여 의문이 든다. 한편, 금소처 설치 이후에도 2013년 동양증권 불완전판매 사태, 2018년 즉시연금 사태 및 삼성바이오 사태 등 금융소비자의 보호 강화가 필요한 사건들은 지속적으로 발생하고 있다. 금소처의 기능의 효율성을 제고시키기 위해서는 독립성의 강화에 대한 면밀한 검토가 필요할 것이다. 특히, 금소처장이 보험감독을 관장하는 현재의 상황은 독립성 부족이라는 측면에서 비판의 소지가 있어 보인다.

한편 EU 소비자 ADR 지침은 '회원국은 ADR 발족 시, 특히 공정성 및 독립성의 원칙 준수를 위하여 전문가 단체 · 업종협회 및 소비자 단체의 대표자를 포함시켜야 한다.'[40]고 규정하고 있는데, 금소처도 독립성 강화와 아울러서 구성원에 전문가 단체 · 업종협회 및 소비자 단체의 대표자를 포함시키는 방안에 대한 검토도 필요할 것으로 본다.

(2) 조정전치주의

EU 소비자 ADR 지침은 '회원국은 소비자가 ADR기구에 민원을 제기하기 이전에, 거래업자와 양자 간 분쟁해결을 시도를 선행하도록 하여 ADR기구의 불필요한 업무부담을 경감시켜야 한다.'[41]고 규정하고 있다.

주요국의 ADR제도 중 영국, 호주 및 일본의 특징은 금융소비자를 보다 더 보호하고 금융회사에게 책임을 크게 지우는 방안을 마련하고 있다는 점이다. 특히, 영구과 호주는 조정절차로 인한 금융분쟁해결에서 금융회사에게 조정안의 편면적 구속력을 부여함으로써 금융분쟁의 책임을 넓게 부담하게 하고, 금융

---

38) In the late 1980s and early 1990s, many pension companies acted against the best interests of their consumers by advising them to switch from occupational pensions into lower-return personal pensions., Michael Yu, Financial ombudsman system in the United Kingdom, INFORMATION NOTE(IN15/09-10), Research and Library Division, Legislative Council Secretariat, 24 February 2010, p.3, footnote 3.

39) 금융감독기구의설치등에관한법률 [시행 1998. 4. 1.] [법률 제5490호, 1997. 12. 31., 제정], 제1조 (목적) 이 법은 금융감독위원회와 금융감독원을 설치하여 건전한 신용질서와 공정한 금융거래관행을 확립하고 예금자 및 투자자등 금융수요자를 보호함으로써 국민경제의 발전에 기여함을 목적으로 한다.

40) Member States should involve the representatives of professional organisations, business associations and consumer organisations when developing ADR, in particular in relation to the principles of impartiality and independence., EU 소비자 ADR 지침, 前文 (51).

41) In order to avoid an unnecessary burden being placed on ADR entities, Member States should encourage consumers to contact the trader in an effort to solve the problem bilaterally before submitting a complaint to an ADR entity. EU 소비자 ADR 지침, 前文 (50).

소비자의 보호를 강화하고 있다. 또한 조정전치주의에 의하여 금융분쟁에 대한 분쟁해결의 신청을 받아 조정으로써 분쟁당사자들의 화해를 이끌어내도록 유도하고, 그 후에 조정안이 받아들여지지 않는다면, 소송으로 해결하도록 하게 하여, 분쟁발생시, 금융소비자에게 소송으로 인한 부담을 지우기보다 우선적으로 금융회사와의 조정을 이끌어 내게 한다. 조정안의 편면적 구속력 부여나 조정전치주의에 의하여 소송으로 바로 들어갈 수 없게 한다는 점은 우리나라의 금융분쟁조정제도의 개선에 큰 시사점을 준다.[42)]

<표 2> 주요국의 ADR제도 비교

비교	영국	호주	일본	미국
근거법률	FSMA 2000	FSRA 2001	금융 ADR, 金融商品取引法	Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, 연방 ADR법
주된 운영주체	FOS(독립법인, 공적기관)	ASIC인증 법인 FOS, CIO, SCT	8개의 지정업계단체	FINRA(증권, 공적기관), 민간기구 (기타분쟁)
재원비용	금융회사부담	금융회사부담	금융상품거래업자, 이용자·금융상품거래업자	금융회사, 소비자 쌍방
자율조정	전치주의	전치주의	-	-
구속력 효력	편면적 구속력 강제집행가능	편면적 구속력	특별조정안	조정(비구속력) 중재(구속력)

출처 : 이재성, 앞의 박사논문, 117면 <표 18> 인용.

(3) 편면적 구속력

금융계약에 관한 분쟁의 해결에서는 법원의 판결을 통한 해결보다는 전문기관에 의한 조정이 금융소비자 보호 측면에서 여러 방면으로 유익할 것으로 생각된다. KIKO소송의 예를 들자면, 전문 금융팀을 갖춘 6대 대형로펌은 사실상 예외 없이 은행과의 업무관계를 우선시하여 피해기업들의 변호를 담당한 사례가 발견되지 않는다. 이러한 사실은 금융에 전문가라 할 수 없는 법원의 KIKO 판결에도 영향을 미치지 않았다고 단정할 수 없다. 금소처의 분쟁조정 기능이 활성화되는 경우, 금소처의 전문성은 금융회사와 금융소비자 간 정보비대칭의 해소에도 큰 도움을 줄 수 있을 것으로 판단된다. 그럼에도 불구하고 금소처 조정결정의 근본적인 한계는 양자 모두에게 구속력이 없는 권고에 불과하다는 점이다. 이는 FOS의 권한과 근본적인 차이점이다. 예컨대, 상인 간의 금융계약이라면 사전에 중재계약을 체결하고, 전문가인 중재인의 구속력 있는 결정에 따라 분쟁을 해결할 수도 있지만, 금융소비자는 이마저도 현실적으로 어렵다.[43)] 편면적 구속력 제도의 도입 외에는 사실상 대안을 찾기 어려운 실정이다. 이러한 점

42) 이재성, 앞의 박사논문, 117면.

43) 분쟁조정 제도와 달리 중재판정은 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다(중재법 제35조)는 점에서 양 당사자에게 강한 구속력을 가진다. 따라서 비용의 절감 및 전문가의 활용 등 소송 이외 분쟁 해결의 일반적 장점의 혜택을 누릴 수 있다. 다만, 중재판정은 양 당사자의 서면 중재합의가 선행(중재법 제8조)되어야 한다. 따라서 교섭력이 대등한 양 당사자 사이에서는 적용가능성 및 타당성이 상당하지만, 교섭력에서 상당한 격차를 보이는 금융회사와 금융소비자 간에는 적용가능성과 타당성이 의문시 될 수 있다.

에서 FOS의 편면적 구속력 제도를 제한적으로라도 도입하는 것에 대한 면밀한 검토가 필요하다.

3. 검토의견

영국의 FOS와 우리의 금소처는 근본적으로 독립성 면에서 구조적인 차이를 보인다. 두 번째 차이는 분쟁해결의 권한 보유여부이다. FOS는 편면적 구속력 제도를 통하여 실질적인 분쟁해결의 권한을 보유하고 있는 반면, 금소처는 단순 결정에 응하도록 권고하는 것에 그치므로, 조정의 실효성이 크게 떨어질 수 밖에 없는 불리한 위치에 있는 것으로 판단된다. 앞에서 살펴본 바, 금소처의 효율성이 FOS에 비하여 현저히 떨어지는 이유는 구조적인 결함에 기인한 바가 큰 것으로 판단된다. FOS는 스스로 다음과 같이 소개하고 있다. " If we decide someone's been treated unfairly, we have legal powers to put things right."[44] 즉, 바로잡아야 할 잘못을 판단하는 것에는 FOS와 금소처 간에 차이가 없을 것이다. 다만, 스스로의 판단을 집행할 수 있는 법적 권한에서 양 기관은 결정적 차이를 보인다. 2018년 FOS를 민원접수는 200만건을 상회했다. 반면, 금소처는 25,000여건에 불과했다. 이러한 현저한 차이를 극복하기 위해서는 금소처에도 FOS에 준하는 법적 권한을 부여해야할 필요가 있다.

IV. 결 론

금융 분쟁의 민원제기자는 정보비대칭으로 인하여 피해를 입은 금융소비자일 뿐, 금융회사가 민원을 제기한다는 것은 상상하기 어렵다. 영국의 FOS가 금융분쟁조정에 있어서 탁월하게 성공적인 이유는 여러 가지가 있겠지만, 대표적인 이유는 독립성과 강제집행권을 보유하고 있다는 점이라고 생각된다. 전문가이자 공정한 조정자가 독립성과 강제집행권 보유했다는 것은, 금융소비자의 신뢰를 얻기에 유리할 수 밖에 없을 것이다. 왜냐하면, 본문에서도 살핀 바와 같이 현실적으로 소송을 통하여 금융분쟁을 해결하는 때에도, 금융소비자가 상대적으로 금융회사에 비하여 불리한 면이 있기 때문이다.

금융분쟁 및 금융소비자 피해의 특성을 감안하면, 금융소비자의 피해에 관해서는, 특히 전문기관의 분쟁조정 기능을 강화할 필요가 있다. 전문기관의 독립성은 공정성 시비를 피할 수 있게 할 것이며, 편면적 구속력의 부여는 금융소비자 입장에서 본인이 이해하고 수락하면 최종적 결론이 도출된다는 점에서 큰 매력으로 느낄 수밖에 없을 것이다.

FOS와의 비교에서 금소처가 상대적으로 비효율적으로 보이는 큰 이유는 독립성 부족과 강제집행권의 결여일 것이다. 금소처를 비효율성을 비난하기에 앞서서 우선 FOS에 준하는 구조적인 개선을 추진하는 것이 필요하다. 만일, 개선 후에도 효율성의 상대적 열위가 유지된다면, 그에 비난은 금소처가 감수할 몫이다.

44) FOS, 홈페이지, https://www.financial-ombudsman.org.uk/about/index.html

참고문헌

국민고충처리위원회, 「선진옴브즈만 제도 연구자료집-옴브즈만 제도의 세계적 동향-」, 2003.

권순일 역, “ADR운동의 전개와 현대적 분석”, 「법조」42권 9호, 법조협회, 1993.

김윤정, “금융 ADR제도의 법제 정비방안”, 「법학연구」제23권 제2호, 충북대 법학연구소, 2012.

김주석, 「보험소비자 보호를 위한 정보제공의무와 분쟁처리 법제도 연구」, 고려대 법학박사논문, 2017.

노형식·송민규·연태훈·임형준, 「금융소비자보호 효과 제고를 위한 실천과제 : 규제, 사후관리, 역량강화」 한국금융연구원, 2014.

백현진·최현자, “금융소비자 공적불만행동과 피해구제에 관한 연구”, 「금융소비자연구」제9권 제1호, 한국금융소비자학회, 2019.

서희석, “우리나라 집단분쟁조정제도의 현황과 과제”, 「비교사법」제23권 제4호, 한국비교사법학회, 2016.

양만식, “금융 ADR제도에 관한 연구”, 「금융법연구」제10권 제2호, 한국금융법학회, 2013.

오성근, “자본시장법상 분쟁해결제도(ADR)의 편면적 구속력 부여에 관한 검토”, 「기업법연구」제25권 제3호, 한국기업법학회, 2011.

엄세용, “증권분야 분쟁해결 및 불공정거래 피해구제 개선방안 연구”, 「증권법연구」 제16

권 제1호, 한국증권법학회, 2015.

원승연, “금융투자상품시장에서의 금융소비자 보호-제한된 합리성 개념을 중심으로”, 「소비자학연구」제22권 제1호, 한국소비자학회, 2011.

이경주, “금융소비자보호와 금융민원 관리”, 「한국금융소비자학회 학술발표논문

집」2016권 제1호, 2016

이재성, 「금융분쟁 해결제도에 관한 연구」, 중앙대 법학박사논문, 2016.

임동진, 「대안적 갈등해결방식(ADR)제도의 운영실태 및 개선방안 연구」, 한국행정연구원, 2012.

정찬형·최동준·김용재, 「로스쿨 금융법」,박영사, 2009.

Michael Yu, Financial ombudsman system in the United Kingdom, INFORMATION NOTE(IN15/09-10), Research and Library Division, Legislative Council Secretariat, 24 February 2010.

한국상사법학회 2019년 하계학술대회(6. 29. 제2세션)
경제변혁의 시대를 맞은 상사법의 현안과 과제

제2주제

중소기업 규제형평성 관점에서의 회사법 개선방향

발표자 : 최수정 박사[중소기업연구원]
사회자 : 김한종 교수[성신여자대학교]
토론자 : 유주선 교수[강남대학교]
토론자 : 문준우 교수[신경대학교]

규제형평성 제고 관점에서의 회사법에 대한 소고

최 수 정*

I. 들어가며

디지털경제 및 4차 산업혁명시대를 맞이하여 전세계적으로 기업의 혁신을 어느 때보다도 강조하고 있다. 스타트업의 경우 창업 이후 지속적 성장이 매우 중요하다. 기업의 혁신을 이끌어내기 위한 제도적 기반으로는 다양한 방안들이 고려될 수 있다. 미국의 Josh Lerner는 「The Architecture of Innovation」에서 혁신을 위한 제도적 기반으로서 벤처기업과 투자가 간에 전환사채 등 투자계약자유의 원칙 , 지적 재산권의 보호 등 계약법적 측면, 실패비용을 최소화하는 파산제도, 외국인 우수 인력을 유입할 수 있는 이민제도, 경쟁기업 취업제한을 금지하는 노동시장의 유연성, 대학과 국책연구기관의 기술이전 역량강화와 인센티브제도 개선, 투자관련 세제 개선, 잡스법(The Jumpstart Our Business Startups Act)과 같은 상장규제 완화와 같은 기업환경의 개선, 자금지원 등 정부의 합리적 지원제도 등을 들고 있다.[1)]

4차 산업혁명시대 더욱 복잡다기한 기업환경은 급속하게 변화하고 있다. 우리나라 기업의 글로벌경쟁력 제고를 저해하기 위한 요소로 신산업분야 기업들은 규제를 가장 손꼽고 있다. 현 시점에서 정부는 혁신성장과 경제활력 제고를 위한 규제혁신의 성과창출이 절실하다는 점을 인식하고 규제샌드박스의 도입 및 성과창출, 포괄적 네거티브 규제로의 규제 패러다임 전화, 규제 입증책임 전환, 규제 차등화 등의 강력한 규제혁신정책을 추진하고 있다. 규제혁신은 급속한 혁신기술의 변화에 잘 대응하여 기업이 경쟁력을 확보할 수 있는 기반을 조성 측면에서 매우 중요하다. 경제활성화 및 혁신성장을 위한 규제혁신정책은 비단 우리나라 뿐만 아니라 전세계적으로 강력하게 추진하고 있다. 4차 산업혁명으로 야기되는 문제들을 해결하기 위하여 세계 각국의 정부는 기업의 혁신을 이끌어내기 위한 기반 구축과 기업의 규모에 맞는 규제부담을 고려하는 규제정책 입안 및 집행을 위해 노력하고 있다.

상법은 2013년 개정 이전까지는 기업법제에서 정부의 규제를 최소화하고 동시에 사단자치에 의한 회사자율을 확대하는 회사제도의 유연화하려는 방향으로 개정되었다.[2)] 소규모회사를 위한 규정 마련 등 시대의 흐름에 맞게 주식회사제도도 변화하고 있다. 과연 4차 산업혁명과 디지털경제라는 커다란 사회 및 경제변화에 대하여 회사법은 어떻게 대처해야 하는가? 본 발제문에서는 "규제차등화" "규제형평성"이라는 관점으로 우리나라 주식회사제도에 대하여 고찰하고자 한다.

II. 회사법 관점에서의 규제형평성 논의

1. 규제형평성과 기업규제

정부는 4차 산업혁명시대를 대비하고 혁신성장을 달성하기 위한 다양한 정부 정책들을 마련하고 있으며, 규제혁신은 신산업분야 성장에 있어 정책의 정당성 및 중요성을 확보하고 있다. 신산업분야의 스타트업, 벤처기업이 주요 구성원임을 고려할 때 중소기업, 특히 소기업에 대한 과중한 부담을 최소화하여 기업의 적극적인 경제활동을 지원하고 시장의 효율성을 높이고자 하는 정부정책은 경제활성화에 효율적 방안으로 인식되어 왔다.

우리 정부도 우리나라 경제의 중요한 비중[3)]을 차지하는 중소기업의 부담을 완화하고자 하는 노력을 지속적으로 하였다. 대표적 예로서 2008년 중소기업규제영향평가제도 도입, 2009년 한시적 규제유예, 2016년「국민부담 경감을 위한 행정규제 업무처리 지침」제정을 통한 소상공인과 중소기업에 대한 규제부담 경감 원칙 도입, 2018년「행정규제기본법」개정을 통한 소상공인 등에 대한 규제 형평 원칙 조항 신설(법 제8조의2) 등을 들 수 있다.

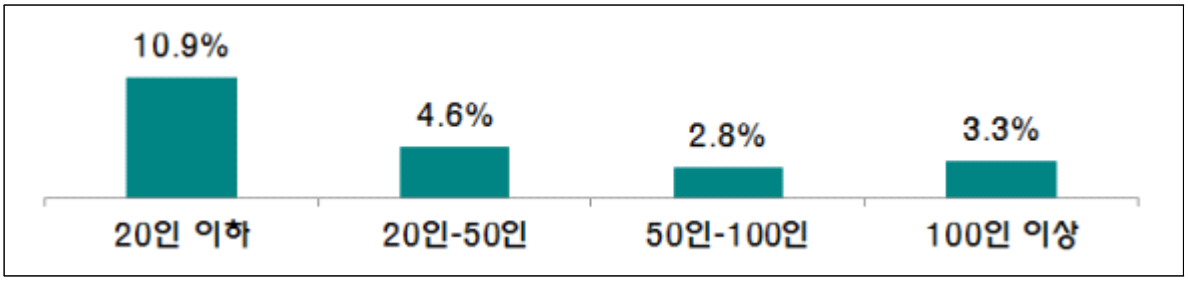
중소기업의 경우 동일한 규제에 대해 규모의 불경제 등으로 인하여 상대적 규제비용 부담 수준이 규모가 큰 대기업에 비해 월등히 높으며 이는 규제형평성 논의에서 중요한 점으로 지적되었다. 기업의 규모에 따라 발생하는 상대적 규제부담을 추정하고자 하

* 중소기업연구원 규제영향평가센터장(연구위원), 법학박사
** 본 발표문은 저자 개인의 생각이며, 소속기관인 중소기업연구원의 공식적 견해가 아님을 밝힙니다.,
1) Josh Lerner, The Architecture of Innovation, Harvard Business Review Press (September 4, 2012).
2) 옥무석, "우리나라 상법에 투영된 기업규제와 회사자율의 이념",「경제법연구」제12권 제2호, 한국경제법학회, 2013, 187면.
3) 2016년 기준으로 중소기업의 수는 우리나라 전체 기업수의 99.9%에 해당하고 종사자수로 살펴볼 때 82.2%에 해당한다. 중소기업중앙회, "2018년 중소기업 위상지표", 2018.12., 2면.

는 해외연구인 Crain&Crain(2010)[4]은 미국 내 기업을 20인 미만(소기업), 20인 이상 500인 미만(중기업), 500인 이상(대기업)으로 나누었을 때, 소기업의 고용인 1인당 규제비용은 중기업에 비해 1.42배, 대기업에 비해 1.36배로 산정하였다.[5]

국내 연구로는 2008년 기업은행 경제연구소가 수행한 조사가 있는데, 이는 1,127개의 중소기업을 대상으로 설문조사 방법을 통해 결과를 도출하였다. 연구에 따르면매출액 대비 규제비용은 고용인원 100인 이상 기업이 3.3%인데 반해, 20인 이하 기업은 10.9%로 3배 이상으로 나타났다.[6]

<기업규모별 매출액 대비 규제비용>



자료: 기업은행 경제연구소(2008.5.)

지난 2018년 10월 18일에 개정된「행정규제기본법」에 근거하여 규제 차등화제도가 시행되었다. 즉 정부는 (행정)규제를 신설·강화할 때 동일한 규제가 피규제자의 규모에 따라 다른 수준의 규제부담으로 적용될 수 있다는 것을 고려하여 정책을 입안해야 한다.[7] 규제차등화는 소상공인·중소기업에 적용되는 규제의 의무적 면제가 아니다. 즉, 규제차등화제도는 규제의 필요성을 인정하는 반면 규제부담 수준에 따라 집행과정에서 형평성을 확보하는 것을 목적로 하고 있다.

상법 특히 회사편은 행정규제기본법상 정부가 관리하는 "행정규제"에는 해당하지 않지만, 실제 현장의 기업들은 규제로 체감하고 있다.[8][9][10] 그 이유로는 회사법률관계에 단체법원리가 지배하고, 이러한 한도에서는 강행법적 성격을 보유하기 때문이라고 생각된다.[11] 본 발표문에서는 규제차등화개념을 차용하여 규모에 따른 제도 준수의 부담이 다르다는 가설하에 상법 회사편을 고찰하고자 한다.

2. 중소기업의 주식회사 선호

상법상 회사의 형태는 합명회사, 합자회사, 주식회사, 유한회사, 유한책임회사 등 5가지 종류가 있지만 중소기업를 포함

4) Crain, Nicole V. and W. Mark Crain, "The Impact of Regulatory Costs on Small Firms", U.S Small Business Administration, Office of Advocacy, 2010.
5) Crain&Crain(2010)은 규제비용을 규제가 발생시킨 시장의 비효율성으로 인해 상실된 가치라고 정의하고 연구를 진행하였다.
6) 기은경제연구소,「중소기업 규제실태와 개선방안」, 2008.
7) Brock & Evans(1985)에 따르면 중소기업 규제 차등화(regulatory tiering)란 규제 대상의 규모 및 특성에 따른 차이가 규제순응비용의 큰 편차를 야기하는 상황에서 특정 산업이나 기업을 대상으로 차등화 된 규제를 적용하는 것을 말한다.
8) OECD 등 해외문헌에서도 이러한 시각을 찾아볼 수 있다. 대표적 예로서, Anita Indira Anand, "VOLUNTARY VS MANDATORY CORPORATE GOVERNANCE 등. 특히 폐지된 주식회사 최저자본금제도는 진입규제의 대표적 사례로서 인용되고 있다.
TOWARDS AN OPTIMAL REGULATORY FRAMEWORK"
9) OECD는 실효성있는 기업지배구조 체계는 모든 시장참여자가 그들이 계약관계를 맺게 될 때 신뢰할 수 있는 건전한 법적·규제 및 기관적 기초에 근거한다고 설명하고 있다.OECD,"Policy Framework for Investment User's Toolkit, at 3.
<http://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/corporategovernance/44931152.pdf>.
10) 또한 세계은행이 매년 발표하고 있는 2014년 기업환경평가(Doing Business)에서도 2009년 상법상 주식회사의 최저자본금규제 폐지 등의 성과를 인정받아 5위라는 좋은 평가를 받았다.
11) 이철송,「회사법강의(제27판)」, 박영사, 2019, 8면. 서울고등법원 2008.4.28., 2007나95965 판결에서는 :일반적으로 주식회사법의 규정은 고도의 강행성을 갖고 있어 외부관계에 관한 규정 뿐 아니라 내부관계에 관한 대부분의 규정도 강행법규로 본다"라고 판시하고 있다.

한 대부분 기업은 주식회사 형태를 선호하는 것으로 아래 통계에서 알 수 있다. 2018년 사법연감에 따르면 법원에 접수된 설립등기 중 주식회사 설립등기가 전체 설립등기 대비 약 92%로 절대적으로 높은 비중을 차지하였다. 최근 5년간 유한책임회사 비중이 0.13%에서 0.32%로 약 2배 이상 증가하였다 하더라도 유의미한 통계로 보기는 어렵다.

이중에서 중소기업이 선호하는 회사형태는 법인세 통계를 통하여 추정할 수 있는데, 2017년 법인세를 신고한 중소기업 중 약 94%를 조금 넘는 비중을 주식회사가 차지하고 있다.

<표 1> 우리나라 상업등기(설립등기) 접수 현황 (단위 : 개, %)

종류 \ 연도	2013	2014	2015	2016	2017
주식회사	72,091 (92.92)	81,043 (93.28)	89,528 (93.06)	90,780 (91.59)	92,770 (91.91)
합명회사	12 (0.02)	7 (0.01)	8 (0.01)	15 (0.02)	19 (0.02)
합자회사	247 (0.32)	155 (0.18)	127 (0.13)	156 (0.16)	177 (0.18)
유한회사	4,820 (6.21)	5,334 (6.14)	6,113 (6.36)	7,536 (7.6)	7,372 (7.30)
유한책임회사	105 (0.13)	85 (0.1)	154 (0.16)	346 (0.35)	328 (0.32)
외국회사	308 (0.4)	255 (0.29)	271 (0.28)	279 (0.28)	267 (0.26)
합계	77,583 (100)	86,879 (100)	96,201 (100)	99,112 (100)	100,933 (100)

* 주: 취하·각하 포함한 총 접수 건수

** 자료: 법원행정처, 사법연감(2014-2018연감), 참조

<표2> 우리나라 중소기업의 법인종류별 법인수 (단위 : 개)

연도 \ 종류	2013	2014	2015	2016	2017
주식회사	396,604	426,400	454,779	491,097	531,678
유한회사	14,850	15,708	16,677	18,283	20,840
합자회사	3,033	3,012	2,943	2,883	2,831
합명회사	417	426	401	400	409
비영리법인	5,723	3,492	4,137	4,580	4,948
외국법인	413	413	388	385	514
합계	421,040	449,451	479,325	517,628	561,220
주식회사 비중	94.20%	94.87%	94.88%	94.87%	94.73%

* 대상년도 법인세를 신고한 중소기업 법인수

** 국세청, 국세통계(2014-2018 통계연보) 참조

<표3>과 <표4>를 살펴보면 미국의 경우에도 중소기업- 종사자수 기준 500명 미만-이 주식회사 형태를 선호하고 있지만 약 66%의 비중을 보이고 있다.[12] 주식회사 비중에서도 S 주식회사(S Corporation)의 비중이 약 46%를 차지하고 있어 규모가 작은 주식회사의 경우 S 주식회사를 선호하고 있음을 알 수 있다. S 주식회사는 세제상 유형의 법인으로 중소기업에 적합한 세제상 기업형태를 새롭게 미국 미국 세법(Internal Revenue Code, 이하 'IRC')이 규정함으로 인하여 생겨났다.[13] S 주식회사는 조합과 주식회사인 C주식회사간의 혼합체라고 보기도 하는데, 주주 자신의 지분에 따른 소득을 기준으로 하여 과세처분을 하고 회사 자체에 대해서는 과세를 하지 않는다.[14]

12) 500인 미만의 기업을 중소기업으 보고, 통계를 추출하였다.

13) 김광록, "미국법상 S 주식회사제도에 관한 소고", 「기업법연구」제26권 제2호, 한국기업법학회, 2012, 103면.

Goldstein(1997)의 설명에 의하면 1996년에 미국에서 시행한 중소기업 보호법이 은행으로 하여금 S Corporation의 역할 및 기능을 강화시켰다.[15] 이외에도 Lutterll(2002)는 1980년대~1990년대부터 2002년까지 S Corporation을 채택한 기업들의 성과를 논의하였으며,[16] Burke(2013)는 조세 문제를 다루며 S Corporation의 이점과 세율 문제 및 고용세 삭감 효과 등을 언급하였다.[17]

<표3> 미국 중소기업의 법인종류별 법인 수(Firms 기준) (단위 : 개)

종류 / 연도	2013	2014	2015	2016
주식회사	3,833,385 (66.44%)	3,810,200 (65.47%)	3,875,455 (65.75%)	3,931,468 (66.09%)
Corporation	1,131,717 (19.61%)	1,003,953 (17.25%)	984,494 (16.70%)	964,033 (16.21%)
S-Corporation	2,701,668 (46.83%)	2,806,247 (48.22%)	2,890,961 (49.05%)	2,967,435 (49.88%)
조합	648,841 (11.24%)	674,071 (11.58%)	690,123 (11.71%)	702,412 (11.81%)
개인기업	853,812 (14.80%)	900,588 (15.48%)	893,189 (15.15%)	877,965 (14.76%)
비영리법인	424,537 (7.36%)	425,350 (7.31%)	426,385 (7.23%)	427,251 (7.18%)
공공기관	1,377 (0.02%)	1,383 (0.02%)	1,352 (0.02%)	1,371 (0.02%)
기타	8,006 (0.14%)	8,252 (0.14%)	8,258 (0.14%)	8,169 (0.14%)
합계	5,769,958	5,819,844	5,894,762	5,948,636
주식회사 비중	66.44%	65.47%	65.75%	66.09%

* 자료: 미국 Census Bureau 통계자료의 Number of Firms 기준

<표4> 미국 중소기업의 법인종류별 법인 수(Establishment 기준) (단위 : 개)

종류 / 연도	2013	2014	2015	2016
주식회사	4,180,348 (66.73%)	4,151,216 (65.82%)	4,213,359 (66.03%)	4,263,521 (66.32%)
Corporation	1,298,338 (20.73%)	1,165,239 (18.48%)	1,143,161 (17.92%)	1,118,361 (17.40%)
S-Corporation	2,882,010 (46.00%)	2,985,977 (47.34%)	3,070,198 (48.11%)	3,145,160 (48.92%)
조합	708,741 (11.31%)	733,616 (11.63%)	750,895 (11.77%)	763,640 (11.88%)
개인기업	860,561 (13.74%)	907,074 (14.38%)	899,564 (14.10%)	884,247 (13.76%)
비영리법인	500,510 (7.99%)	500,567 (7.94%)	501,930 (7.87%)	502,313 (7.81%)
공공기관	1,908 (0.03%)	1,897 (0.03%)	1,867 (0.03%)	1,886 (0.03%)
기타	12,326 (0.20%)	12,605 (0.20%)	12,560 (0.20%)	12,671 (0.20%)
합계	6,264,394	6,306,975	6,380,175	6,428,278
주식회사 비중	66.73%	65.82%	66.03%	66.32%

*자료: 미국 Census Bureau 통계자료의 Number of Establishments 기준

14) 김광록, 앞의 글, 104면.
15) Richard Goldstein, "Banks as S Corporations: The Small Businbess Job Protection Act of 1996". BANKING LAW JOURNAL New Work. July/August, 1997.
16) Kelly Luttrell, " S Corporation Returns 2002 <https://www.irs.gov/pub/irs-soi/02scorp.pdf, 2019.6.19.최종방문>.
17) Karen C. Burke, Passthrough Entities: The Missing Element in Business Tax Reform, 40 PEPP. L. REV. 1329, 1331-1334,1339) (2013).

3. 해외에서의 소규모회사법제 논의

1990년대 금융위기 이후 경제활성화를 위하여 전세계적으로 노력을 하였고, 정책 전반에 대해 중소기업에 대하여 고려요소로서 강조를 하여 왔다. 같은 맥락에서 회사법제에서도 유사한 동향을 발견할 수 있는데, 소규모회사에 적합화된 회사법을 설계하려는 노력이 지속되었다. 기술과 혁신을 바탕으로 한 창업기업에 맞는 소규모, 소자본 창업을 권장하고 경영구조와 소유구조를 일치시켜 의사결정의 신속성을 보장하는 폐쇄적 형태의 회사에 적합한 법제를 고안하고, 대규모 일반기업을 전제로 한 회사법제와는 차별화한테서 찾을 수 있다.[18]

"주식회사"라는 기업 형태는 대규모 대중자본·투자를 유치하여 설립하는 규모가 큰 회사를 일반적 전제로 하므로 이로 인한 강행법규적 성격이 강하며, 운영절차가 복잡하여 이를 소규모의 창업기업, 또는 벤처기업에 법규정 강도를 동일하게 적용할 경우 이를 준수하기 위하여 상대적으로 과도한 비용 부담이 되어 기업의 혁신과 성장을 저해할 수 있으며, 이를 회피하기 위해 실제적으로 탈법행위가 발생할 수 있어, 법제도의 실효성 문제가 발생할 수도 있다.[19]

외국의 회사법제 동향에서도 소규모기업의 수요에 적합한 회사법제를 만들기 위한 각국의 정책적 노력이 보인다. 대표적 사례로 유럽은 2001년 10월 채택된 유럽주식회사법(SE)이 중소기업의 기대를 크게 만족시키지 못하자, 이를 대처하기 위해 유럽차원에서의 새로운 회사형태인 유럽사회사(European Private Company, EPC)[20] 법제 도입에 대한 타당성 검토를 하고 있다. 또한 영국 2006년 회사법 개정에서도 폐쇄회사[21]를 위한 별도의 표준정관을 도입하였다. 영국의 표준정관은 우리나라 상장회사 표준정관과 달리 표준정관을 배제한다는 의사표시를 명시적으로 하지 않는 한 회사의 정관으로 바로 간주된다.[22] 또한 영국 회사법은 연차총회 임의화, 서면결의 요건 완화, 전원동의원칙의 성문법화 포기 등 폐쇄회사를 위한 고려를 개정법에서 하고 있다.[23] 독일에서도「소규모 주식회사와 주식법의 규제 완화에 관한 법률(KonTraG)」이 1994년에 제정되었는데, 이 법은 중소규모회사의 자본관련 문제를 해소하고 "금융시장 독일"의 위상을 제고하기 위해 주식법의 규제를 완화하였다.[24]

Ⅲ. 규제형평성 관점에서 본 현행 상법

1. 현행 상법상 소규모회사에 대한 논의

현행 상법은「중소기업기본법」상 "중소기업"의 개념이 아닌 자본금 규모와 자산규모로 규모에 따른 구분을 하고 있다. 중소기업의 개념에 상응하는 개념으로 상법은 2009년 개정을 통해 자본금 10억 원 미만인 주식회사[25](이하 '소규모회사')에 대해서 특례를 두어 설립과 운영절차 과정에서 발생하는 기업의 규제이행부담을 완화하고 있다.[26] 2009년 개정법은 주식회

---

18) 옥무석, 앞의 글, 190면.

19) 예를 들어 이사회 등 기관의 조직·운영 능력이 없는 소규모회사가 이사의 수나 이사회 운영 등에 관한 법적 요건을 이행하기 위하여 명목만의 이사와 이사회, 감사를 두는 등 변칙적으로 조직을 운영하여 사회적으로 큰 손실을 끼칠 수도 있음. 이철송, 앞의 책, 743면.

20) 2015년 5월 유럽연합 의회는 단일회원국 사적유한책임회사에 대한 지침(안)(DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on single-member private limited liability companies)에 대한 진행 현황을 발표하였다. < http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/Rat-verabschiedete%20Fassung%202015-05-29.pdf, 2019. 5. 19. 최종방문>

21) 공개회사와 폐쇄회사의 개념은 이론상 인정되는 개념이다. 폐쇄회사는 주주 수가 적고 주주의 개성이 중시되는 조합적 성격이 강한 회사를 말한다. 폐쇄회사의 경우 주식회사 규정 적용이 부담될 수도 있어 실무에서 복잡한 절차규정을 무시하는 방식으로 운영되는 경우가 많아 절차위반으로 인한 분쟁이 발생한다. 상법 제335조 제1항에서 정관으로 주식양도를 제한할 수 있다. 김건식 외, 앞의 책, 15면.

22) 윤영신, "영국 회사법 개정 동향",「21세기 회사법 개정의 논리(제2판)」, 서울대학교 금융법센터, 2008, 86면.

23) 윤영신, 앞의 책, 86면.

24) 주요 내용은 주주의 수가 많지 않은 비상장회사인 소주식회사, 1인 주식회사의 설립, 준비금의 적립에 있어서 주주총회 권한의 강화, 주주의 신주인수권 배제에 관한 규정을 내용으로 하고 있다. 최문희, "제5장 독일의 주식회사 관련법 개정 동향",「21세기 회사법 개정의 논리(제2판)」, 서울대학교 금융법센터, 2008, 95, 97-98면.

25) 법률에서 정하고 있는 명칭은 없으며 소규모주식회사라 부르기도 한다.

26) 1998년 개정상법에서 자본이 5억 미만인 주식회사에 대하여 1인 또는 2인의 이사를 둘 수 있는 특례를 도입하였고, 2009년 5월 개정상법에서는 주식회사의 최저자본금을 폐지하고, 소규모회사의 기준을 자본금 10억 원으로 상향하여 그 특례조항을 확대하였다. 이를 우리나라 주식회사의 대부분을 차지하는 소규모주식회사에 관한 회사법 규범을 본격적으로 두는 입법례라고 평하기도 있다. 김성탁, "2009년 개정상법상 '소규모주식회사'의 법적 쟁

사의 최소자본금제도 폐지로 창업비용과 재무부담을 감소시킴으로써 소규모기업이 주식회사제도를 보다 용이하게 활용할 수 있도록 하였다.[27] 또한 2009년 주식회사 최저자본금제도를 폐지하였다. 2009년 개정 이전 주식회사의 최저자본금을 5천만 원으로 규정하였으나,[28] 최저자본금제도가 채권자보호라는 기능을 제대로 수행하지 못하고 주식회사 설립을 저해하는[29] 규제로 인식되었다.[30]

현행 상법의 태도를 살펴보면 주식회사의 규모에 따라 기업지배구조를 다르게 규정하고 있다.[31] 자본금 10억 원 미만인 회사에 대하여 설립과 운영상의 규제[32] 부담을 완화하는 특례를 도입하고 있고, 자본금 1000억 원이 넘는 상장회사, 자산총액 2조원이 초과하는 대규모상장회사에 대해 각각 기업지배구조상 특례를 규정하여 규제를 강화하고 있다.[33]

2009년 개정상법[34]의 주요 내용으로는 자본금을 기준으로 자본금총액 10억 미만인 소규모회사에게 ① 회사 설립단계에서의 발기설립절차의 간소화, ② 경영활동단계에서 주주총회 소집절차상 특례, ③ 기관구성에 있어서의 특례 등이다.[35] 즉, 발기설립의 경우 공증인에 의한 인증면제(법 제292조 단서)와 잔고증명서에 의하여 납입금보관증명서 대체(법 제318조 제3항 단서)가 인정된다.[36] 주주총회 운영상 특례로 주주총회 절차 간소화 소집통지기간의 단축(법 제363조 제4항), 소집절차의 생략과 서면결의(법 제318조 제3항) 등을 마련하고 있다. 또한 기관운영상의 특례로 1인 또는 2인의 이사를 둘 수 있고(제383조 제1항 단서), 감사를 임의기관화하고 있다(제409조 제4항).

2. 현행 상법상 소규모회사 특례의 구체적 내용

점". 「인권과 정의」, 2010. 12., 412면.

27) 2009년 상법상 주식회사의 최저자본금 폐지, 온라인 법인설립시스템(Start-BIZ) 도입 등 법인 설립시 창업절차 간소화 및 창업비용 감소 노력이 인정받아 2014년 세계은행 기업환경평가(Doing Business 2014)에서 좋은 평가를 받았다. 기획재정부 보도자료, "'14년 세계은행 기업환경평가 결과: 우리나라 5위", 2014.10.29. 자세한 내용은 World Bank, Doing Business 2014 참조. 최근 2019년 평가가 발표되었다. <http://www.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-2019, 최근 방문 일시 2019. 5. 19.>

28) 2009년 이전 상법에서 최저자본금제도를 둔 입법목적은 재산적 기초가 부실한 주식회사의 남설을 방지하고 소규모회사가 주식회사 형태를 택하는 것을 방지하기 위함이었다.

29) 이당시 창업자의 대부분이 주식회사 설립에 필요한 5,000만원(최저자본금)을 법인 설립등기에 소요되는 기간(약 2-3일)동안 높은 이자를 지불하고 차입하여 금융기관에 별단예금으로 금융기관에 보관하였다고 한다. 양현봉, "창업절차 간소화 및 비용절감 방안", 「KIET 산업경제」, 2005. 10:, 7면. 이 당시 수행된 실태조사에 따르면 전체 기업 중 약 90.2%가 사채를 일시 차입하고, 법인 설립등기 종료 후 은행에 맡겨둔 차입금을 인출하여 바로 상환하였다고 한다. 양현봉, 앞의 글, 9면.

30) 상법 개정 이전 상법에 대한 특례를 벤처기업과 소상공인 관련법에 도입하여 최저자본금제도 폐지의 테스트베드로서 활용하였다. 1998년 개정「벤처기업육성에 관한 특별조치법」에서는 주식회사인 벤처기업의 설립과 개인기업인 벤처기업의 주식회사로의 전환을 촉진하기 위하여 벤처기업을 주식회사로 설립하는 경우의 최저자본금을 상법에 대한 특례를 두어 2천만 원으로 낮추고, 한국증권업협회에 등록한 벤처기업에 대하여는 상장기업과 동일하게 자기주식의 취득 및 일반 공모에 의한 증자를 허용하였다(법 제10조의2 및 제11조). 법제처 국가법령정보센터 참조.
또한 2009년 개정 이전 구「소기업 및 소상공인 지원을 위한 특별조치법」제8조의2 제1항에서 유한회사인 소기업을 주식회사로 변경하거나, 소기업인 주식회사를 설립하는 경우 소기업의 편의를 위하여 1인 이상의 발기인 및 5천만 원 미만의 자본으로도 설립할 수 있는 특례를 규정하였으나, 2009년 상법 개정으로 최저자본금제도가 폐지되어 본 조항을 삭제하였다. 법제처 국가법령정보센터 참조

31) 정찬형, "주식회사법 개정제안", 「선진상사법률연구」통권 제49호, 2010.1., 10면.

32) 강학상 규제란'바람직한 경제사회질서의 확립을 위해 정부가 개인과 기업의 활동을 제약하는 것'으로 정의할 수 있다. 최병선, 『정부규제론 : 규제와 규제순화의 정치경제』, 법문사, 1992. 상법은「행정규제기본법」상 규제에 해당하지는 않지만 실질적으로 기업의 활동을 제약하는 광의의 규제에 해당한다고 볼 수 있다.

33) 김건식·노혁준·천경훈, 「회사법(제3판)」, 박영사, 2018., 16면.

34) 2009년 국회 법제사법위원회는 "경제 활성화를 위하여 소규모회사의 창업이 용이하도록 회사설립 시 자본금의 규모나 설립형태를 불문하고 정관에 대하여 일률적으로 공증인의 인증을 받게 하던 것을 발기설립 시 정관에 대한 인증의무를 면제하고, 주주총회의 소집절차를 간소화하는 등 창업절차를 간소화하여 전자주주명부, 전자문서에 의한 소수주주의 주주총회소집청구를 인정하여 기업경영의 IT화를 실현하는 등 기업 활동의 편의를 도모"한다는 상법 개정 제안이유를 밝혔다. 국회 의안정보시스템, 상법 일부개정법률안(184076호) 제안이유서 참조.

35) 이러한 상법의 입법태도를 소규모회사제도화의 시작단계라고 말하기도 한다. 김성탁, 앞의 글, 89면.

36) 발기설립 시에 발기인이 발행하는 주식의 총수를 인수한 때에는 지체 없이 각 주식에 대하여 그 인수가액의 전액을 납입하여야 하는데 이를 전액납입주의라 함. 이때 발기인은 납입을 맡을 은행 기타 금융기관과 장소를 정하고 이곳에 납입해야 함. 납입금보관자에게 납입하면 납입보관증명을 발급해 주는데, 이는 납입의 부실을 방지하는 역할을 수행한다. 상법 제318조 제2항에 따라 납입금보관자는 보관을 증명한 금액에 관하여 반환할 책임을 부담한다. 이철송, 앞의 책, 251면.

(1) 설립절차의 간소화

자본금총액 10억 미만인 소규모회사를 발기설립하는 경우 발기인의 기명날인 또는 서명으로 효력이 발생한다(법 제292조 단서).[37] 주식회사 설립 시 원칙적으로 발기인이 정관(원시정관)을 작성하고 기명날인 또는 서명을 한 후 공증인의 인증을 받아야 한다.[38] 주식회사 정관의 효력발생에는 공증인의 인증이 필요하며, 이는 정관의 진정성과 내용의 적법성을 담보하기 위한 것이다.[39] 정관은 실질적으로 회사의 단체법적 법률관계를 규율하는 규범에 해당할 뿐만 아니라 형식적 의의로는 당해 회사의 단체법적 규범을 기재한 서면을 말한다. 정관은 회사의 주요 사항을 공시함으로써 회사설립과 그 운영 과정에서 회사 내부자와 외부자 사이 발생할 수 있는 정보 비대칭 문제를 해소할 수 있다.[40]

소규모회사를 발기설립하는 경우 은행이나 그 밖의 금융기관의 주금납입보관증명서를 잔고증명서로 대체할 수 있다(법 제318조 제3항). 주식회사를 설립할 때 발기인은 납입금을 보관한 은행 또는 기타 금융기관의 납입금보관증명서를 발급받아 설립등기 시 첨부하여야 한다(상법 제318조 제1항·상업등기규칙 제129조 제12호). 그러나 납입금의 안전한 보관을 위하여 발기인이 납입을 맡을 은행 및 기타 금융기관과 납입장소를 지정하여야 한다는 의무는 소규모회사의 경우에도 면제되지 않는다(법 제295조 제1항).

(2) 주주총회 소집절차 및 운용상 특례

소규모회사는 일반 주식회사와 달리 주주총회의 소집통지를 10일 전에 발송할 수 있다(제363조 제3항). 또한 주주 전원의 동의가 있을 경우 소집절차 없이 주주총회를 개최할 수 있고, 서면에 의한 결의로써 주주총회를 갈음할 수 있다(동조 제4항). 주주 보호 차원에서 상법은 주주총회 소집절차를 엄격하게 규정하고 있지만 주주 전원이 총회개최를 동의하는 경우 절차를 복잡하게 만들 실익이 없다는 이유에서이다.[41]

서면결의[42]란 물리적인 주주총회를 개최함이 없이 주주총회의 결의 자체를 서면으로 대신하는 것을 말한다. 원칙적으로 서면결의는 효력이 없지만 자본금 10억 원 미만의 소규모회사는 주주 전원의 동의가 있을 경우 서면에 의한 결의로써 주주총회의 결의를 갈음할 수 있다(제363조 제4항 전단).

또한 소규모회사는 결의의 목적사항에 대해 주주 전원이 서면으로 동의하면 서면결의가 있는 것으로 간주한다(제363조 제4항 후단). 이는 소규모회사의 주주총회 운영비용 부담 완화를 위하여 허용되는 특례이다.[43]

(3) 기관구성 및 운영상의 특례

주식회사는 원래 소유와 경영분리의 원리에 입각하여 주주총회, 이사회, 감사 등 기관의 분화와 기관 간의 견제와 균형을 중시한다.[44] 상법 제383조 제1항에 따라 주식회사는 3명 이상의 이사를 선임하여 이사회를 구성하여야 한다.[45] 다만 소규모회사가 이사를 1명 또는 2명 선임하는 경우 이사회를 구성하지 않아도 되며, 이때 주주총회나 대표이사가 이사회를 대체하게 된다.

자본금총액이 10억 원 미만인 주식회사의 경우 이사를 1인 또는 2인으로 둘 수 있고, 감사를 두지 않을 수 있다(법 제383조

---

37) 모집설립의 경우 소규모회사이더라도 모집주주에 대한 법적 보호가 필요하기 때문에 원시정관의 효력발생요건에 대한 특례를 인정하지 않고 있다. 김성탁, 앞의 논문, 94면.

38) 유한책임회사의 경우 정관에 대한 인증이 필요하지 않지만, 주식회사에 대한 절대적 선호도 때문에 유한책임회사가 소규모주식회사형태의 대안이 될 수 있을지에 대해서 회의적인 의견도 있다. 이철송, 앞의 책, 198면.

39) 설립등기 신청 시 반드시 정관을 첨부하여야 함(상업등기규칙 제129조 제1호).

40) 권재열, 「한국 회사법의 경제학」, 마인드탭, 2017, 100면.

41) 권재열, "1인의 이사를 둔 소규모 주식회사에 관련된 몇가지 법적 쟁점의 검토", 「기업법연구」제29권 제1호, 한국기업법학회, 2015, 26면.

42) 반면 서면투표란 주주총회가 열린 가운데 일부의 주주가 주주총회에 참석하지 않고 서면으로 의결하는 행위를 말한다. 서면투표는 상법 제368조의3 제1항에 따라 정관에 규정을 둔 경우에 한해 실시할 수 있다.

43) 이철송, 앞의 책, 577면.

44) 대자본의 모집을 전제로 한 주식회사에서는 주주의 수가 많고 조직이 방대하므로 주주들이 직접 경영에 참여하는 것이 효율적이지 못하다.

45) 상법은 이사의 정원 상한에 대한 규제는 두고 있지 않으나, 회사 정관으로 이사 수의 상한이나 하한을 규정할 수 있음. 최근 적대적 기업인수 방어 차원에서 이사 수의 상한을 두고 있는 회사들이 증가하고 있는데, 이는 주식을 인수한 회사 외부인 인수인이 이사를 추가로 선임함으로써 이사회의 과반수를 지배하는 것을 방지하기 위함으로 이해됨. 김건식·노혁준·천경훈, 『회사법』, 박영사, 2018, 343면.

제1항 단서·법 제409조 제4항). 주식회사의 경영조직은 대규모 회사에 적합하도록 마련된 제도이므로 중소기업이 주식회사에서 요구하는 의무를 충족하기 위해 과도한 비용부담이 소요될 수 있다. 만약 상법에서 규정된 주식회사 관련 요건을 충족하기 위해 이사의 수나 이사회의 운영 등 법적 요건을 충족시키기 위해 명목상의 이사와 이사회, 감사를 두는 불필요한 사회적 비용 감소를 위해 이사의 수 및 감사에 대한 특례를 두었다.

상법 제383조 제4항은 1인 또는 2인의 이사를 둔 소규모 회사의 경우 특정한 사항에 한 이 사회의 권한을 주주총회의 권한으로 규정하고 있다. 예들 들면 주식양도를 제한할 경우 주식양도의 승인에 관한 사항(제302조 제2항 제5호의2, 제317조 제2항 제3호의2, 제335조 제1항 단서.제2항, 제335조의2 제1항.제3항, 제335조의3 제1항.제2항, 제335조의7 제1항, 제356조 제6호의2), 이사의 경업행위의 승인 개입권의 행사(제397조 제1항.제2항), 회사기회 유용의 승인 (제397조의2 제1항), 이사 등과 회사간의 거래의 승인(제398조), 신주발행사항의 결정(제416조 본문), 무액면주식발행시 자본으로 계상할 총액의 결정(제451조 제2항), 준비금의 자본전입(제461조 제1항 본문.제3항), 중간배당의 결정(제462조의3 제1항, 제464조의2 제1항), 사채의 모집(제469조), 전환사채의 발행(제513조 제2항 본문), 신주인수권부사채의 발행(제516조의2 제2항 본문(준용되는 경우를 포함한다))에서 "이사회"를 "주주총회"로 보아 이사회의 권한사항을 주주총회의 권한사항으로 규정하고 있다.

합병반대주주의 주식매수청구를의 전제적 조건으로 "이사회의 결의가 있는 때"(제522조의3 제1항)를 "제363조 제1항의 규정에 의한 주주총회의 소집통지가 있는 때"로 규정하여 반대주주가 합병반대의사를 밝힐 수 있도록 하 고 있다(제383조 제4항). 자본금 10억 원 미만의 회사의 경우에도 3인 이상의 이사를 선임하면 상법상 원래 규정이 적용되며, 더 이상 특례가 적용되지 않는다.[46]

자본금 10억원 미만의 회사인 경우 감사선임의무가 없다. 소규모회사가 감사를 선임하지 않은 회사의 경우 회사가 이사에 대하여 또는 이사가 그 회사에 대하여 소를 제기하는 경우 회사, 이사 또는 이새관계인은 반드시 법원에 회사를 대표할 자를 선임하여 줄 것을 신청하여야 한다(제409조 제4항, 제5항). 감사를 선임하지 않은 소규모회사의 경우 이사의 직무집행 감사, 이사에 대한 영업에 관한 보고요구 또는 회사업무와 재산상태 조사, 전문가의 도움요청 등은 주주총회가 감사기능을 대체한다(제409조 제6항, 제412조).[47]

무기명식의 채권을 발행할 경우 주주총회일의 3주 전에 사채권자집회를 소집하는 뜻과 회의의 목적사항을 공고하여야 하나, 자본금 총액이 10억 원 미만인 경우 공고기간이 2주로 단축된다.

〈표 5〉 중소기업의 자본금규모별 법인 수 및 비중(1) (위 : 개, %)

연도 / 자본금	2013	2014	2015	2016	2017
5천만 이하	169,624 (40.29)	187,181 (41.65)	205,646 (42.9)	227,707 (43.99)	254,026 (45.26)
1억 이하	66,975 (15.91)	71,552 (15.92)	76,546 (15.97)	82,194 (15.88)	88,246 (15.72)
5억 이하	133,628 (31.74)	139,620 (31.06)	145,448 (30.34)	153,992 (29.75)	162,958 (29.04)
10억 이하	29,976 (7.12)	30,573 (6.8)	30,994 (6.47)	32,160 (6.21)	33,470 (5.96)
50억 이하	18,673 (4.43)	18,517 (4.12)	18,628 (3.89)	19,217 (3.71)	19,908 (3.55)
100억 이하	1,336 (0.32)	1,283 (0.29)	1,320 (0.28)	1,498 (0.29)	1,634 (0.29)
500억 이하	728 (0.17)	643 (0.14)	663 (0.14)	763 (0.15)	873 (0.16)
1000억 이하	66 (0.02)	62 (0.01)	58 (0.01)	68 (0.01)	68 (0.01)
5000억 이하	31 (0.01)	20 (0.01)	22 (0.01)	26 (0.01)	35 (0.01)
5000억 초과	3 (0.001)	-	-	3 (0.001)	2 (0.000)
총합	421,040 (100)	449,451 (100)	479,325 (100)	517,628 (100)	561,220 (100)

*주: 대상년도 법인세를 신고한 중소기업 법인수(회사 종류 불문)
**자료: 국세청, 국세통계 연보, 참조

46) 이철송, 앞의 책, 744면.
47) 김광록, "상법상 소규모 주식회사의 감사제도에 대한 소고", 「상사판례연구」제28집 제2권, 한국상사판례학회, 2015, 198-199면.

〈표 6〉 중소기업의 자본금규모별 법인 수 및 비중(2)　(단위 : 개, %)

연도 / 자본금	2013	2014	2015	2016	2017
5억 원 이하 까지 합 (비중)	370,227 (87.93)	398,353 (88.63)	427,640 (89.22)	463,893 (89.62)	505,230 (90.02)
10억 이하 까지 합 (비중)	400,203 (95.05)	428,926 (95.43)	458,634 (95.68)	496,053 (95.83)	538,230 (95.98)
총합	421,040 (100)	449,451 (100)	479,325 (100)	517,628 (100)	561,220 (100)

*주: 대상년도 법인세를 신고한 중소기업 법인수(회사 종류 불문)
**자료: 국세청, 국세통계 연보, 참조

VI. 나오며

디지털경제 및 4차 산업혁명시대를 맞이하여 기업환경은 그 어느 때보다 복잡하고 급속하게 변화하고 있다. 정부는 이러한 문제를 극복하기 위한 여러 정책을 추진하고 있고, 특히 기업의 규모에 맞는 규제부담을 고려하는 규제정책 입안 및 집행을 위해 노력하고 있다. 신산업분야의 스타트업, 벤처기업이 주요 구성원임을 고려할 때 중소기업, 특히 소기업에 대한 과중한 부담을 최소화하여 기업의 적극적인 경제활동을 지원하고 시장의 효율성을 높이고자 하는 정부정책은 경제활성화에 효율적 방안으로 인식되어 왔다.

지난 2018년 10월부터 규제차등화제도가 시행되었다. 즉 정부는 (행정)규제를 신설·강화할 때 동일한 규제가 피규제자의 규모에 따라 다른 수준의 규제부담으로 적용될 수 있다는 것을 고려하여 정책을 입안해야 한다. 규제차등화는 소상공인·중소기업에 적용되는 규제의 의무적 면제가 아니라, 규제차등화제도는 규제의 필요성을 인정하는 반면 규제부담 수준에 따라 집행과정에서 형평성을 확보하는 것을 목적로 하고 있다.

이러한 맥락에서 본 발제문에서는 우리나라 기업의 대부분이 선호하고 있는 주식회사를 중심으로 상법상 규정을 기업규모에 따른 "차등화", "형평성" 관점에서 논의하였다. 다만, 시간과 제약과 물리적 제약으로 본 연구에서는 기업지배구조 관련 규제부담비용과 기업의 규모와의 상관관계에 대한 실증적 분석을 하지 못하였다. 향후에는 보다 많은 자료와 함께 정치한 경제적 모형을 토대로 심도깊은 분석을 수행하고 논의할 수 있을 것으로 기대한다.

한국상사법학회 2019년 하계학술대회 (6. 29. 제2세션)
경제변혁의 시대를 맞은 상사법의 현안과 과제

제3주제

모바일 게임 관련 거래에서의 소비자보호

발표자 : 박준선 교수[제주대학교]
사회자 : 정준우 교수[인하대학교]
토론자 : 김지환 교수[경남대학교]
토론자 : 문상일 교수[인천대학교]

모바일 게임 관련 거래에서의 소비자보호*

- *FTC v. Amazon.com, Inc.* 사건을 중심으로 -

박준선**

I. 문제의 제기

최근 모바일 게임 관련 소비자 피해가 급증하고 있다. 스마트폰의 발전으로 모바일 결제가 대중화되었고, 청소년들 사이에서도 스마트폰 등 정보통신기기는 이제 선택이 아닌 필수가 되었다. 미성년자의 모바일 게임 이용 사례가 증가함에 따라 미성년자에 의한 모바일게임 아이템 결제 관련 소비자 피해도 급증하고 있다.[1)]

모바일 게임 관련 소비자 피해가 특히 문제되는 이유는 모바일 게임 자체는 무료이더라도 그 안에서 이용할 수 있는 아이템이나 가상 통화는 유료로 운영되기 때문이다. 즉, 무료 아이템이라고 생각하고 구매를 결정한 소비자가 후에 유료로 결제된 사실을 알고 계약의 해제 또는 해지 요청을 하였는데 사업자가 이를 거부하면서 분쟁이 발생하곤 한다.[2)]

2015년부터 2018년까지 한국소비자원에 접수된 미성년자 온라인 구매 관련 소비자피해 건수는 총 127건에 달하며, 매년 증가추세에 있다.[3)] 구체적인 피해 유형으로는 인터넷, 모바일 게임 및 서비스 관련 피해, 여행 및 숙박 서비스, 정보통신기기 및 관련서비스 등이 있지만, 이 중에서 인터넷, 모바일 게임 및 서비스 관련 피해가 다수를 차지한다.

모바일 게임 관련 소비자피해는 우리만의 문제는 아니다.[4)] 미국에서도 모바일 게임 소비자 피해가 사회적 이슈가 되고 있다. 최근 *FTC v Amazon.com, Inc.* 사건[5)] 등 미국에서도 모바일 게임 관련 소비자 분쟁이 다수 발생하였다. 미국 분쟁 사례의 사실관계와 법적 쟁점을 분석하는 것은 향후 우리나라에서 그와 유사한 문제가 발생하였을 때 대응방안을 수립하는 데 중요한 자료가 될 수 있기 때문이다. 따라서 본 연구에서는 미국의 모바일 게임 소비자보호 제도 및 분쟁 사례를 검토하고자 한다. 세부적으로는 *FTC v Amazon.com, Inc.* 사건을 중심으로 사례 분석을 한 다음, 미국 연방거래위원회(Federal Trade Commission, FTC)의 모바일 게임 관련 소비자보호 제도를 비판적으로 검토하고, 이에 대한 개선방안을 제시한다.

II. 사안의 개요 및 소송의 경과

1. 인앱 결제

---

* 본고는 학술대회 발표 목적으로 작성된, 내용·형식면에서 미완성의 초고이므로 학술 인용에 적합하지 않음을 밝힙니다.

** 제주대학교 법학전문대학원 조교수.

1) 한국소비자원, “모바일게임, 부모 동의 없는 미성년자 결제 피해 많아”, 피해예방주의보, 2013. 12. 10., 1면. 인터넷기술의 발달과 모바일 기기의 대중화로 인한 소비자 피해의 문제는 다양하게 나타날 수 있으나(문상일, “숙박앱서비스 시장에서의 소비자보호를 위한 제언”, 국제법무 제8권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2016), 본 연구에서는 모바일 게임 관련 소비자 피해를 중심으로 검토한다.

2) 한국소비자원, “미성년자 온라인 구매 관련 소비자 피해 증가에 주의해야 -부모 동의 없는 게임 아이템 구매로 인한 피해가 가장 많아-”, 보도자료, 2018. 12., 5면.

3) 한국소비자원, 위의 보도자료, 1면; 김상태·허준영, “미성년자 게임결제 관련 분쟁 해결을 위한 법제개선 연구”, 한국게임학회지 제18권 제6호, 한국게임학회, 2018. 12., 122면.

4) 본 연구에서는 미국을 중심으로 논의한다. 독일법을 중심으로 논의한 연구로는 위계찬, “미성년자의 행위능력과 온라인 게임”, 법과 정책연구 제19권 제1호, 한국법정책학회, 2019. 3. 참조.

5) Fed. Trade Comm'n v. Amazon.com, Inc., No. C14-1038-JCC, 2016 WL 10654030 (W.D. Wash. July 22, 2016).

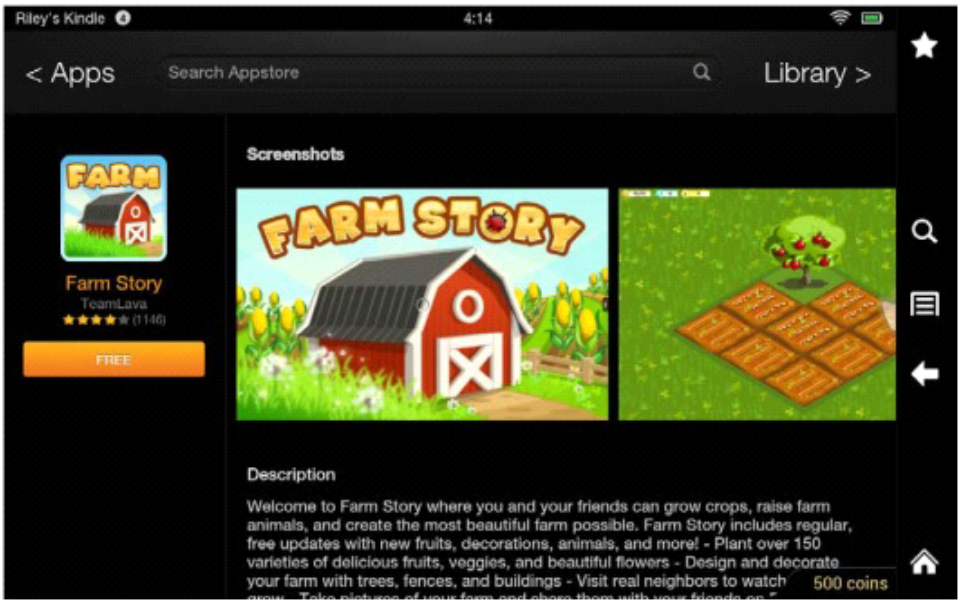
아마존(Amazon.com, Inc.)은 앱스토어(Appstore)를 운영하고 있다.[6] 앱스토어를 통해 고객은 안드로이드 모바일 기기 또는 킨들파이어(Kindle Fire) 태블릿 PC에서 사용할 앱을 열람하고 다운로드할 수 있다. 앱은 다양한 형태를 띠고 있지만, 기본적으로 사용자가 책을 읽고, 게임을 하고, 영화를 스트리밍하고, 날씨를 확인하고, 파일을 정리할 수 있는 기능 등을 포함한다. 앱은 무료인 경우도 있고, 다운로드 및 설치하는 데 비용이 부과되는 경우도 있다. 일부 앱에서는 특정 활동에 대하여 0.99달러에서 99.99달러 사이의 요금이 부과되기도 한다. 이러한 요금 청구를 일컬어 '인앱 결제(in-app purchases, IAPs)'라고 하는데, 아마존은 2011년 11월부터 이 서비스를 시작하였다. 앱 및 인앱 결제 요금은 개별 앱 개발자가 책정하지만, 모든 인앱 판매 수익의 30%는 아마존에서 회수한다. 아동이 주로 이용하는 앱에서도 이러한 인앱 결제 서비스를 제공하는 경우가 종종 있다. 이 경우 '도넛', '별', '금괴' 등 가상 통화를 사용하거나 획득할 것을 권유하는 메시지가 아동 이용자에게 나타날 수 있으나, 실제로 아동이 지불하게 되는 것은 현실의 돈이다.

인앱 결제 서비스 도입 초기에는 다수의 고객들이 인앱 결제 방식을 제대로 이해하지 못하고 있었고, 아마존도 이 사실을 파악하고 있었다. 아마존은 고객이 앱 구입을 고려할 때 비용을 얼마나 지불해야 하는지는 결정에 큰 영향을 미치지는 않는다고 주장하지만, 앱 선택 시 고객이 검색한 내용 상위 5위 안에 '무료'라는 단어가 포함되어 있었다는 점에서 아마존은 고객이 중시하는 요소가 '비용'이라는 점을 이미 알고 있었다.

또한, 아마존은 아동이 인앱 결제를 자주 이용한다는 점도 알고 있었다. 즉, 계정소유자(부모 등)와 앱 사용자(아동 등)가 서로 분리·단절되어 있다는 사실이 아마존사 내부의 인앱 결제 관련 문서에 나타나 있었다.

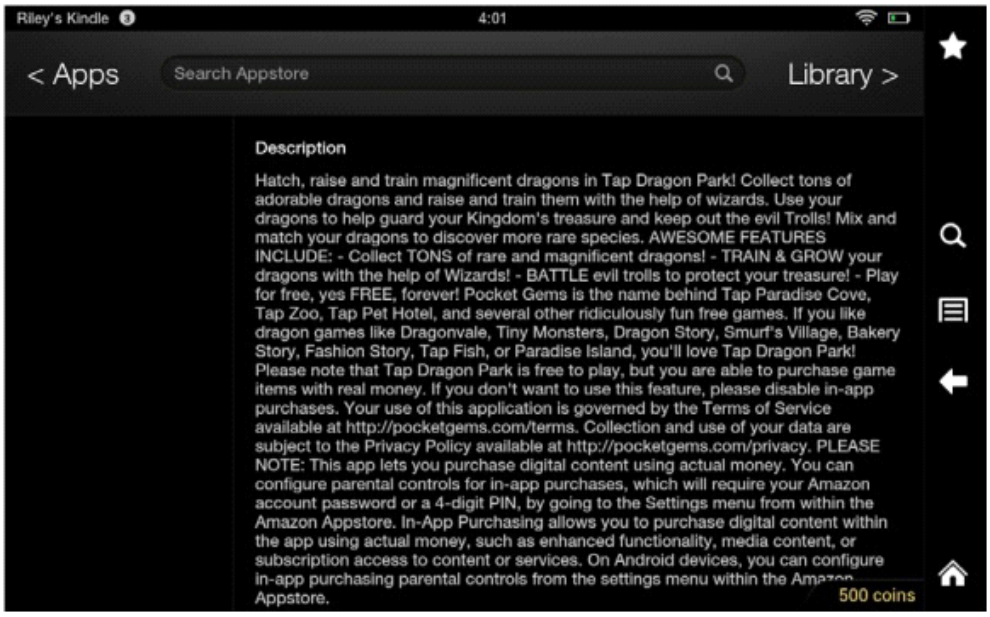
2011년 11월 아마존 앱스토어에 인앱 결제 서비스가 처음 도입되었을 때에는 기본적으로 인앱 결제 완료 전에 계정소유자의 승인이나 비밀번호 입력 등을 요하지 않았다. 고객이 사전에 아동 보호 기능을 활성화한 경우에만 인앱 결제에 핀 코드나 비밀번호 입력을 요구하도록 운영되었다. 따라서 부모가 아동에게 모바일 기기를 건네주어 게임을 하도록 허용한 상황이라면, 그 아동은 부모의 시선을 피해 무엇이든 결제할 수 있었다.

아마존 앱스토어에서 개별 응용 프로그램은 '세부 정보 페이지(detail page)'라고 불리는 화면에서 나타나고, 이 세부 정보 페이지에는 해당 응용 프로그램에 관한 정보가 기재되어 있었다. 2011년 11월 인앱 결제 서비스가 도입되었을 당시의 세부 정보 페이지는 다음과 같다. [그림 1]



6) 이하의 내용은 Fed. Trade Comm'n v. Amazon.com, Inc., No. C14-1038-JCC, 2016 WL 10654030 (W.D. Wash. July 22, 2016) 판결에 관한 내용으로서 "게임산업에 있어서의 미성년자 보호를 위한 환불정책(제도) 연구" 보고서 관련 질의에 대한 답변 내용을 바탕으로 수정·보완하였음.

전체 페이지에서 왼쪽 상단, 그리고 앱 명칭 바로 하단에 위치한 버튼에는 앱 다운로드 비용이 표시되어 있었다. 예컨대, 이 버튼에 '무료('FREE')' 또는 설정 금액을 기재하는 것이 보통이나, 인앱 결제 요금의 존부는 명시되어 있지 않았다. 인앱 결제 관련 내용은 헤더(header) 하단에 위치한 '설명(description)'란에 기재되어 있지만, 사용자가 설명 내용을 쉽게 읽을 수 있게 되어 있지 않고, 스크롤바를 아래로 내려야 하는 등 번거로운 단계를 거쳐야 했다. [그림 2]



'설명'란의 중간 아랫부분에는 경고 문구('PLEASE NOTE')가 표시되어 있는데, 아마존은 2012년 10월 이전부터 이 문구를 기재하여 해당 앱에서 사용자가 실제 금전을 지불하고 디지털 콘텐츠를 구입할 수 있다는 점을 경고하고 있었다. 간혹 이러한 경고 문구가 생략되는 경우도 있었지만, 인앱 결제를 완료한 후에는 전자메일을 통해서 항상 결제 관련 사항을 통보하였다.

2. 승인 없는 인앱 결제로 인한 피해

부모의 승인 없이 아동에 의해 진행된 인앱 결제 대금을 청구 받은 부모들이 아마존에 항의표시를 하였다. 아마존 앱스토어가 인앱 결제 서비스를 도입한지 두 달째 되는 시점부터 아마존 고객센터에는 인앱 결제 환불 요청이 접수되었다. 환불 요청의 근거는 주로 부모 통제 기능에 문제가 발생해서 결국 예상치 못한 결제가 이루어졌다는 것이다.

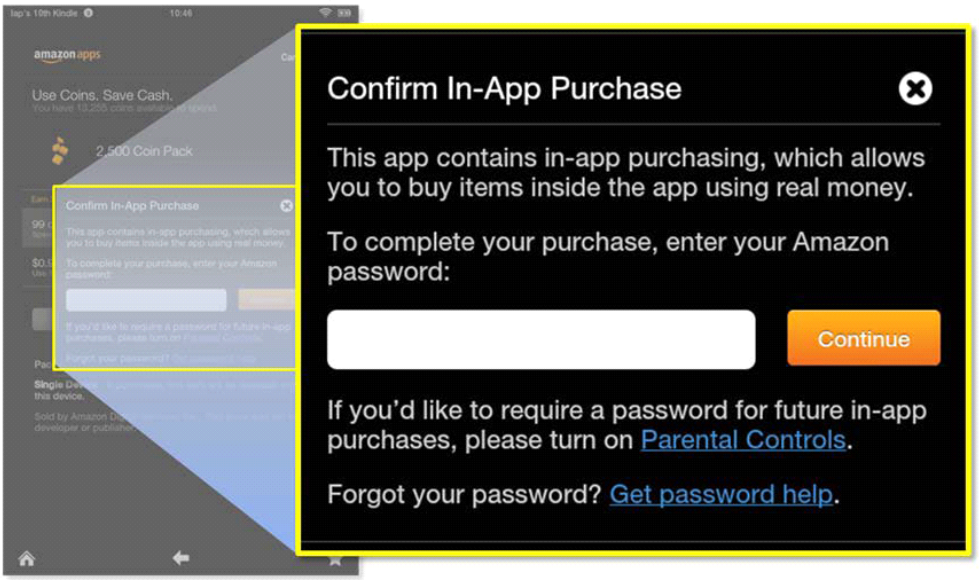
2012년 3월 아마존은 결제 금액이 20달러 이상인 인앱 결제의 경우 화면에 비밀번호 입력창이 나타나도록 하는 기능을 도입하였는데, 이 기능은 20달러 이상에만 적용되므로 20달러 미만의 요금이 부과되는 경우에는 (요금의 총합이 20달러를 초과하는 경우에도) 비밀번호 입력창이 나타나지 않았다.

2012년 8월 연방거래위원회는 아마존의 인앱 결제 사건을 조사하기 시작했고, 이 사실을 아마존에 통지하였다. 2013년 2월 아마존은 비밀번호 입력을 요하는 경우를 확대하여, ① 20달러 이상의 구매가 이루어진 경우, ② 1차 인앱 결제 시도가 있은 후 5분 이내에 2차 인앱 결제를 시도한 경우, ③ 부모 통제 기능이 활성화되어 있는 경우에는 비밀번호를 입력하도록 하였다. 일단 비밀번호가 입력되면, 그 후 60분 동안 인앱 결제 승인이 가능하였다. 그러나 절차가 진행되는 동안 비밀번호를 한 번 입력하면, 그 시간 동안 추가적으로 나타나는 윈도우창에서도 결제가 승인된다는 점에 대한 설명은 나타나지 않았다. 2012년 10월 아마존은 킨들 프리타임(Kindle FreeTime)이라는 소프트웨어를 출시하였다. 소비자(부모)는 이 소프트웨어를 이용해 인앱 결제를 비활성화시키는 등 다양한 방법으로 아동의 기기 사용을 제어할 수 있었다. 그러나 킨들 프리타임은 2012년 9월 이후에 판매된 킨들 파이어(Kindle Fire) 태블릿에

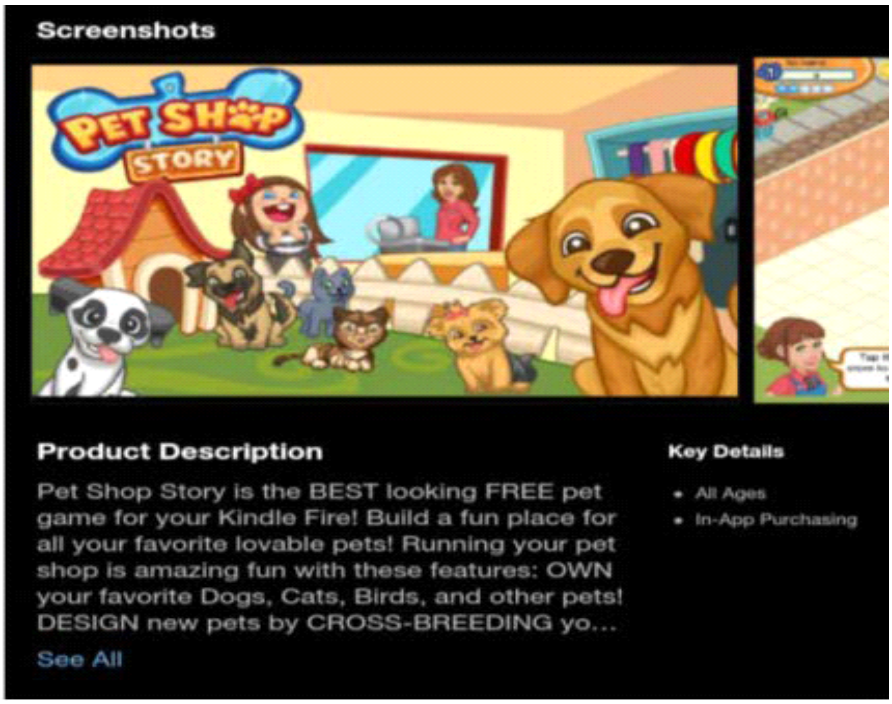
서만 이용이 가능하다는 한계가 있었다.

2013년 3월 아마존은 '수익의 15% 이상을 환불한 앱,' '아동용 앱' 등 '고위험 앱(High-Risk Apps)' 목록을 작성하고, 이러한 앱에서 진행되는 인앱 결제에서는 비밀번호 입력을 요구하였다.

또한, 2013년 5월에는 킨들 파이어 태블릿에서 최초 인앱 결제를 할 때 비밀번호 입력을 요구하는 기능을 추가하였다. 최초 인앱 결제 시 나타나는 비밀번호 입력창의 모습은 다음과 같다. [그림 3]



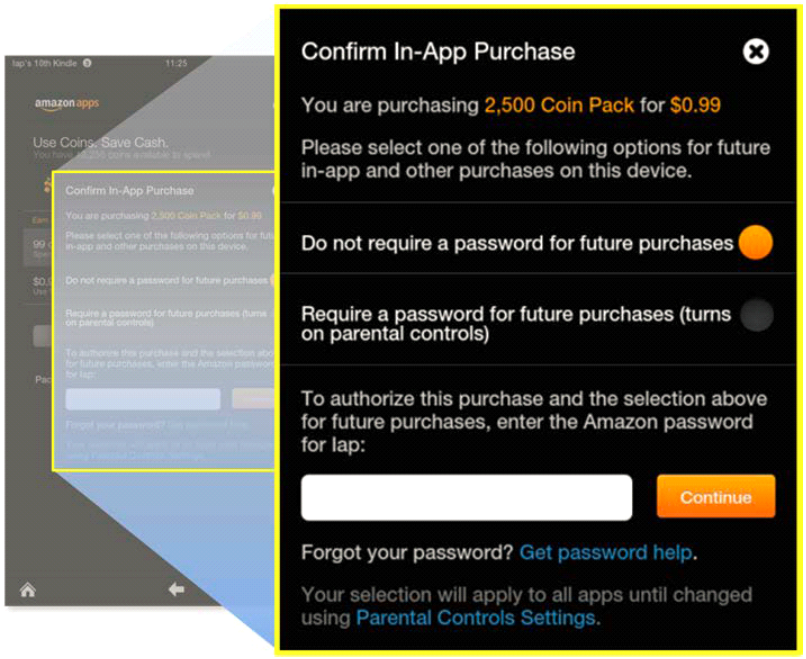
비밀번호 입력창에 비밀번호를 입력하는 것은 '인앱 결제'를 1회 승인하는 것을 의미한다. 2013년 6월 아마존은 앱스토어의 구성을 변경하여 '인앱 결제'라는 단어가 앱 '설명'란에 나타나도록 하였다. [그림 4]



그런데 '설명'란에 추가된 '인앱 결제'라는 단어는 화면의 나머지 글자보다 작고, 글꼴과 색상은 나머

지 글자와 동일하게 표시되었다. 특히, '인앱 결제'라는 단어는 클릭할 수 있는 하이퍼링크(hyperlink)로 되어 있어 사용자가 인앱 결제 요금을 보다 상세히 검토하고자 하면 클릭만 하면 되지만, 해당 글자가 다른 색상으로 표시되거나 밑줄이 그어져 있지는 않았다.

2013년 6월 인앱 결제에 관한 이와 유사한 사건에서 연방거래위원회와 애플(Apple)이 화해하였는데, 이 사건 이후 아마존은 애플의 합의 조건에 맞게 최초 인앱 결제 시 비밀번호 입력창이 화면에 나타나도록 결제 절차를 개선하였다. [그림 5]



현재 소프트웨어 업데이트가 더 이상 제공되지 않는 1 세대 킨들(Kindle) 기기에서는 비밀번호 입력을 통한 승인 절차 없이 $1 이하의 인앱 결제가 가능하다.

3. 연방거래위원회의 제소

2014년 7월 연방거래위원회는 아마존을 상대로 소를 제기하였다.[7] 연방거래위원회의 소장(complaint)에 따르면, 아마존 앱스토어에서는 킨들파이어 등의 모바일 기기에 다운로드할 수 있는 아동용 앱이 많이 있는데, 아마존은 아동이 부모 또는 그 외 계정소유자의 승인 없이 인앱을 통해 결제한 대금을 부모 또는 그 외 계정소유자에게 청구함으로써 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act, FTC Act) 제5조[8]를 위반했다고 주장하였다.

구체적으로는 2011년 11월 아마존이 아마존 앱스토어에 인앱 결제 시스템을 도입했을 때 부모의 동의를 요하는 표시나 비밀번호 입력 절차가 없었기 때문에, 게임을 하는 아동이 앱 속에서 부모의 허락 없이 '코인' 등과 같은 가상 아이템을 무제한으로 구입할 수 있었다. 따라서 아동이 부모의 동의 없이 결제한 대금이 모두 부모에게 청구되었다.

연방거래위원회는 아마존이 게임 상에서 가상화폐의 지급과 실제화폐 지급의 경계를 불분명하게 하여 아동이 가상 아이템 구입을 유인했다고 주장하였다. 예컨대, '아이스에이지 빌리지(Ice Age Village)' 앱에서 아이템을 구매할 때 실제 금전을 지급하지 않고 '코인' 등을 지급할 수 있지만, 실제 금전 지급을

7) F.T.C. v. Amazon.com, Inc., 2014WL 3376877 (W.D.Wash)(Complaint for Permanent Injunction and Other Equitable Relief); Federal Trade Commission, *FTC Alleges Amazon Unlawfully Billed Parents for Millions of Dollars in Children's Unauthorized In-App Charges*, July 10, 2014., https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/07/ftc-alleges-amazon-unlawfully-billed-parents-millions-dollars

8) 15 U.S.C. § 45(n).

요하지 않는 화면과 시각적으로 유사한 화면에서 실제 금전을 지급하고 '코인'을 추가로 구입할 수 있었다. 이와 같이 앱에서 실제 금전을 지급하고 구매할 수 있는 품목의 가액은 최대 99.99달러를 한도로 하였다.

2011년 12월 아마존 내부 커뮤니케이션에서 직원 간 이루어진 대화에 비추어 보면, 아마존 직원들은 비밀번호 입력 없이 무제한으로 인앱 결제를 허용한 것이 문제라는 사실을 인지하고 있었다. 2012년 3월 아마존은 1회 결제 금액이 20달러 이상인 경우에는 계정소유자가 비밀번호를 입력하도록 인앱 결제 절차를 변경하였으나, 결제 금액이 20달러 미만인 경우에는 여전히 부모의 동의 없이 무제한으로 구입할 수 있었다.

2013년 초 아마존은 다시 한번 인앱 결제절차를 개선하여 경우에 따라 결제 시 비밀번호를 입력하도록 하였다. 그러나 아동이 인앱 결제를 할 때 부모의 비밀번호를 입력하도록 하더라도, 부모가 한 번 동의하면 15분에서 1시간가량 비밀번호 입력창이 열려 있고, 그 기간 동안 아동은 추가 동의 없이 무제한으로 결제가 가능하였다. 해당 문제가 최초로 제기된 지 약 2년 6개월 후이자, 연방거래위원회가 아마존에 대하여 소를 제기하기 전인 2014년 6월경, 아마존은 인앱 결제 시스템을 변경하여 새로 출시된 모바일 기기에서 인앱 결제를 할 때에는 계정소유자의 동의를 얻도록 하였다.

부모의 승인 없이 아동이 인앱으로 결제한 금액을 부모들에게 청구하자, 많은 부모가 아마존에 항의하였다. 어떤 고객은 자신의 딸이 동의 없이 인앱 결제를 하여 358.42달러의 피해를 입었다고 아마존에 항의하였고, 어떤 고객은 읽을 수도 없는 아이도 무작위로 버튼을 클릭하여 동의 없는 결제가 이루어질 수 있다고 주장하였다.

아마존에서 정한 정책에서는 모든 인앱 결제가 최종적이며 환불이 불가능하다고 규정하고 있었다. 이처럼 인앱 결제에 대한 환불은 불가하다고 기술하고 있거나, 아니면 환불절차에 대하여 아무런 설명도 하지 않고 있었기 때문에, 이에 대한 예외를 인정받아 회사로부터 결제 대금을 반환받고자 하는 피해 부모로서는 환불 절차를 진행하기가 쉽지 않았다.

이에 따라 연방거래위원회는 아마존을 상대로 연방지방법원(U.S. District Court for the Western District of Washington)에 피해자에 대한 전액환불, 위법하게 취득한 금전적 이익의 환수, 향후 인앱 결제 시 본인의 승인을 요하는 절차의 추가를 구하는 소를 제기하였다.

4. 연방지방법원의 판결

2016년 4월 연방지방법원은 아동의 승인 없는 인앱 결제로 발생한 요금을 그 아동의 부모에게 청구한 사안에서 아마존 측에 책임이 있다고 판시하였다.[9)]

연방지방법원은 인앱 구매로 인하여 무료 앱에서 요금이 청구될 가능성을 회사가 소비자(부모)에게 충분히 알리지 않았고, 아마존은 아동의 인앱 구매로 인해 부모에게 예상치 못한 요금이 청구되자 부모들로부터 많은 항의를 받았다는 점을 언급하면서, 연방거래위원회의 청구를 받아들였다. 아동이 앱에서 게임을 하는 동안 예기치 못한 구매가 이루어지지 않도록 부모에게 충분한 경고 메시지나 보호장치를 제공하지 않은 것에 대하여 아마존 측에 책임이 있다고 본 것이다.

그 후 2017년 4월 아마존은 1심 판결에 대한 항소를 포기하였다. 결국, 이 소송에서 2011년 11월부터 2016년 5월 사이에 이루어진 7천만 달러가 넘는 액수의 거래가 환불 대상이 되었다.[10)] 연방거래위원회는 아마존이 부모의 승인 없이 아동이 결제한 인앱 상품 구매 대금 수백만 달러를 부모들에게 환불할 것이라고 발표하였다.

---

9) F.T.C. v. Amazon.com, Inc., No. C14-1038-JCC, 2016 WL 10654030 (W.D. Wash. July 22, 2016); Federal Trade Commission, *Federal Court Finds Amazon Liable for Billing Parents for Children's Unauthorized In-App Charges*, Aplil 27, 2016., https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/04/federal-court-finds-amazon-liable-billing-parents-childrens.

10) Brad Tuttle, *If Your Kid Bought Something in an App, Amazon May Owe You a Refund*, Money, April 5, 2017, http://time.com/money/4726346/amazon-app-purchases-kids-refund-ftc/.

III. 연방거래위원회법 위반 책임

1. 개관

미국 연방거래위원회는 소비자법 집행에서 가장 중심적인 역할을 하는 정부기관이라 할 수 있다.[11] 그리고 이 기관의 업무와 가장 밀접하게 관련이 있는 법으로는 연방거래위원회법이 있다. 1914년 연방거래위원회법 제정 당시에는 '불공정한 경쟁방법(unfair methods of competition)'에 대한 규제만 규정하고 있었다. 동 법의 '불공정성' 개념을 넓게 인정하여 경쟁법뿐만 아니라 소비자보호법으로도 기능하게 하고자 하는 시도가 있었으나, 연방대법원에서 이를 인정하지 않았다.[12]

이후 미국 의회는 연방거래위원회가 소비자보호만을 위해 경쟁저해성이 없는 경우에도 시정명령을 내릴 수 있도록 동법 개정을 추진하였다.[13] 그 결과 1938년 개정 연방거래위원회법에서는 '불공정한 경쟁방법'뿐만 아니라 '불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행'도 규제 대상으로 규정하였다. 이로써 연방거래위원회법는 경쟁법인 동시에 소비자보호법으로도 기능하게 된 것이다. 다만, 동법 제5조의 '불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행'의 의미가 불명확하다는 문제점이 있어 1994년 개정을 통해 그 의미를 분명히 하였다. 즉, 소비자 스스로는 피해를 합리적으로 피할 수 없고, 이익으로 소비자나 경쟁에 대한 피해를 상쇄하지 못하는 중대한 소비자 피해를 야기하거나 야기할 수 있는 것임을 명시하였다. 또한, 연방거래위원회가 어떤 행위나 관행이 불공정한 것인지 여부를 판단하는 데 있어서 '확립된 공공정책'을 주된 판단의 근거로 삼을 수는 없지만 고려하는 것은 가능하도록 규정하였다.

2. 아동용 무료게임의 연방거래위원회법 제5조 위반 여부

(1) 판단 기준

연방거래위원회법 제5조는 '불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행'을 금지한다.[14] '불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행'이 소비자 스스로는 피해를 합리적으로 피할 수 없고, 이익으로 소비자나 경쟁에 대한 피해를 상쇄하지 못하는 상당한 소비자 피해를 야기하거나 야기할 수 있는 것을 의미한다고 보면, 아동용 앱에서의 인앱 결제가 연방거래위원회법을 위반하였는지를 판단할 때 고려해야 하는 요소는 다음과 같이 정리할 수 있다.[15]

즉, ① 아동용 인앱 결제가 소비자에게 중대한 피해를 초래하거나 초래할 가능성이 있는지(중대한 피해), ② 소비자 스스로 인앱 결제로 인한 피해를 회피하는 것이 합리적으로 가능한지(합리적인 회피가능성), ③ 인앱 결제로 인한 소비자나 경쟁에 대한 피해를 상쇄하는 더 큰 소비자 이익이 존재하는지를 고려해야 한다(비용편익분석).[16] 또한, 연방거래위원회는 연방거래위원회법 위반 여부를 판단할 때 확립된 공공정책(established public policies)을 고려할 수는 있지만, 주된 판단 근거로는 삼을 수 없다.[17]

대상판결에서 아마존은 세 가지 판단기준(three-part test)을 '불공정한 행위'의 충분조건이 아니라 필요조건이라고 보고, 불공정한 행위의 개념을 새롭게 정의해야 한다고 주장하였다. 아마존이 위 세 가지 기준 외에 추가적인 기준을 제시한 것은 아니지만, 자신의 주장을 뒷받침하는 논거로 제3항소법원의 판결을 인용하였다. 이 판결에서 피고는 15 U.S.C. § 45(n)에 따른 추가 조사를 법원에 촉구하고, 행위가 불공정한 것으로 간주되기 위한 추가적 판단기준(예컨대, 부도덕하거나 비윤리적인 행동)을 제시하였

11) 조성국(중앙대학교 산학협력단), 미국의 경쟁/소비자법·제도 및 사건처리절차 연구, 공정거래위원회, 2015.11., 28면.
12) 조성국, 앞의 보고서, 28-29면.
13) 조성국, 앞의 보고서, 29-30면.
14) 15 U.S.C. § 45(a)(1).
15) Erik Allison, *The High Cost of Free-to-Play Games: Consumer Protection in the New Digital Playground*, 70 SMU L. Rev. 449, 465 (2017).
16) 15 U.S.C. § 45(n).
17) *Id.*; Allison, *supra* note 15, 465-466.

는데 법원에서 받아들여지지 않았다.

(2) 세부 기준의 적용

법원은 위 세 가지 기준에 따라 아마존의 행위가 15 U.S.C. § 45(n)의 '불공정한 행위'에 해당하는지 여부를 검토하였다. 즉, 법원은 ① 소비자에게 상당한 피해를 초래하거나 초래할 가능성이 있는지, ② 소비자가 피해를 회피하는 것이 합리적으로 가능한지, ③ 소비자 또는 경쟁에 대한 피해를 상쇄하는 더 큰 소비자 이익이 존재하는지를 판단하기 위해 아마존의 인앱 결제 절차를 검토하였고, 그 결과 법원은 위 세 가지 기준이 모두 충족된 것으로 판단하였다.

1) 중대한 피해

불공정성 심사(unfairness test)의 첫 번째 판단기준은 중대한 피해(substantial harm) 여부이다.[18] 즉, 아동용 인앱 결제가 소비자(부모)와 아동에게 중대한 피해를 초래하거나 초래할 가능성이 있는지를 판단해야 한다. 중대한 피해의 존재를 입증할 때 연방거래위원회는 아동용 앱에서의 인앱 결제가 개별 소비자(부모)와 아동에게 막대한 피해를 주었음을 입증해야 하는 것은 아니다. 어떠한 행위나 관행으로 인해 작은 규모의 손해이지만 다수의 사람들에게 피해를 준다거나 구체적인 손해가 발생할 중대한 위험을 초래하는 경우에는 해당 행위나 관행으로 인해 중대한 피해가 발생한 것으로 볼 수 있다. 중대한 피해를 판단할 때 사업자의 기만행위를 중심으로 살펴보아야 하겠지만, 소비자 피해는 다양한 방식으로 나타날 수 있기 때문에[19] 기만행위의 부재가 소비자 피해 여부 판단에 결정적인 것은 아니다. 또한, 소비자의 인식도 중대한 피해의 구성요건이 아니므로 소비자 스스로 피해를 실제로 인식하고 있을 필요도 없다. 따라서 주 법상 구제[20]에서 발생하는 문제점도 연방거래위원회의 구제에서는 발생하지 않는다.

법원은 그동안 다른 사건에서 승인 없이 이루어진 결제 대금 청구에 대하여 연방거래위원회법 제5조 위반의 중대한 피해를 야기하는 행위에 해당한다고 판시해왔다.[21] 대상판결에서 아마존이 승인 절차 없이 고객에게 청구한 결제 대금, 승인 없이 이루어진 대금 청구에 불만을 제기하는 소비자, 이렇게 지급된 대금의 환불을 요구하는 데 소모된 시간 등은 모두 연방거래위원회법 제5조의 중대한 피해를 구성한다. 아마존은 자사의 환불정책이 관대하므로 소비자에게 피해를 준 바 없다고 주장하였으나, 앱스토어의 디자인과 인앱 결제 절차를 고려해보았을 때 다수의 고객이 현재 자신이 인앱 결제를 진행하고 있다는 사실조차 인식하지 못하고 있었다. 고객서비스에 대한 평판과는 무관하게 디지털 콘텐츠는 환불이 불가하다는 아마존의 정책으로 인해 대부분의 고객이 애초에 환불 시도조차 못한 경우가 많다는 점, 환불 처리를 하는 데 소모한 시간도 고객에게는 추가적인 피해가 될 수 있다는 점에 비추어보면, 대상판결의 경우 인앱 결제로 인한 중대한 피해가 발생하였다고 본다.

2) 합리적인 회피가능성

불공정성 심사의 두 번째 단계는 합리적인 회피가능성(reasonably avoidable)의 존재 여부이다.[22]

---

18) 조성국, 앞의 보고서, 29면.

19) FTC v. Neovi, Inc., 604 F.3d 1150, 1157 (9th Cir. 2010)

20) 주 소비자보호법에 관한 상세한 내용은 이종구, "사업자의 불법행위와 소비자피해에 대한 민사적 구제제도에 관한 연구 -미국의 주소비자보호법을 중심으로-", 2013. 12. 참조.

21) 그러한 예로 Neovi, 604 F.3d. at 1153; FTC v. Ideal Fin. Solutions, Inc., 2014 WL 2565688, at *5 (D. Nev. June 5, 2014); FTC v. Commerce Planet, Inc., 878 F. Supp. 2d 1048, 1078 (C.D. Cal. 2012); FTC v. Inc21.com Corp., 745 F. Supp. 2d 975, 1004 (N.D. Cal. 2010), aff'd, 475 F. App'x 106 (9th Cir. 2012); FTC v. Crescent Publ'g Group, Inc., 129 F. Supp. 2d 311, 322 (S.D.N.Y. 2001); FTC v. J.K. Publications, Inc., 99 F. Supp. 2d 1176, 1191-1192 (C.D. Cal. 2000); FTC v. Willms, 2011 WL4103542, at *9 (W.D. Wash. Sept. 13, 2011); FTC v. Kennedy, 574 F. Supp. 2d 714, 719-720 (S.D. Tex. 2008)를 들 수 있다.

22) 조성국, 앞의 보고서, 29면.

아동용 인앱 결제로 인한 피해를 소비자 스스로 회피하는 것이 합리적으로 가능한지를 판단해야 한다. 즉, 소비자가 충분한 정보에 근거하여 자유롭게 피해를 회피하기로 선택할 수 있다면 연방거래위원회법 제5조의 합리적인 회피가능성이 인정된다. 소비자가 임박한 위해와 그 위해를 피할 수 있는 방법을 합리적으로 예견할 수 있거나, 피해를 경감시킬 수 있는 잠재적 방안을 알고 실행할 수 있다면 합리적인 회피가능성이 인정된다.

대상판결에서 아마존은 부모 통제(parental controls) 기능의 활성화 또는 인앱 결제 전후 환불요청을 함으로써 손해를 경감시킬 수 있었다고 주장하였다. 즉, 아마존은 ① 소비자가 자신의 모바일 장치를 아마존 계정에 최초로 연결할 때에는 비밀번호를 입력해야 했다는 점, ② 앱스토어 이용약관(Terms of Use)에 앤앱 결제에 관한 내용이 기재되어 있었다는 점, ③ 앱 설명 페이지에 인앱 결제에 관한 내용이 포함되어 있었다는 점, ④ 부모 통제 기능을 언제든지 활성화할 수 있었다는 점, ⑤ 불만을 제기한 고객이 인앱 결제 대금을 환불받은 경우가 종종 있었다는 점을 들어 인앱 결제로 인한 소비자 피해는 회피가능하다고 주장했다.

그러나 대상판결에서는 인앱 결제가 도입되었을 당시 대부분의 고객이 인앱 결제가 존재한다는 사실 그 자체를 알지 못하고 있었다. 따라서 소비자가 '무료(FREE)'라는 라벨이 부착된 앱을 사용하는 동안 인앱 결제가 발생할 수 있음을 알았을 것이라고 기대하는 것은 무리이다. 아마존이 주장하는 내용의 상당 부분이 '소비자는 인앱 결제에 익숙하다'는 것을 전제로 하고 있는데, 이 전제 자체에 문제가 있다. 예컨대, 아마존은 '합리적인 고객은 온라인 쇼핑에 익숙하다'고 판시한 판례를 인용하고 있으나, 온라인 쇼핑을 하는 것과 게임에서 가상 아이템을 얻기 위해 실제 통화를 지출하는 것은 완전히 다른 활동이다. 인앱 결제의 가능성을 모르는 소비자가 새로운 기기에 아마존 계정을 연결하기 위해 비밀번호를 입력한 경우, 그 입력 행위를 예기치 못한 결제까지 승인한 것으로 보기는 어렵다. 합리적인 소비자라고 하더라도 앱스토어의 인터페이스(interface)를 변경한 후에야 비로소 인앱 결제와 부모 통제 기능이 연결되어 있다고 생각할 수 있을 것이다.

대상판결에서 아마존은 *Davis v. HSBC Bank Nevada, N.A.* 사건을 자신의 논거로 제시했다. Davis 사건에서 제9항소법원은 신용카드 광고에 '다른 제한이 있을 수 있음'이라는 주의 문구(disclaimer)가 포함되어 있고, 합리적인 소비자라면 그러한 주의 문구를 보고 약관 규정을 찾아볼 것이기 때문에 소비자의 피해는 분명 회피가능하다고 보았다. 법원은 굵고 큰 글자체로 소비자에게 신용카드 이용 약관을 알리고 '아래 주의 사항에 유의하시오'라고 안내하는 결제 절차에 주목하였다. 카드 이용약관을 읽어볼 것을 안내하는 문구는 해당 페이지의 다른 글자보다 두 배 크게 기재되어 있었고, 소비자가 해당 약관에 동의하기 위해 '동의'란에 적극적으로 체크 표시를 하도록 되어 있었다.

그러나 대상판결에서 아마존이 고객에게 발송한 결제 관련 통지는 *Davis v. HSBC Bank Nevada, N.A.* 사건에서 발송된 통지와는 다르다. 대상판결에서 2011년부터 2013년 6월까지 소비자가 앱스토어에서 다운로드하면서 볼 수 있는 인앱 결제 관련 주의 문구는 소비자가 스크롤해야 볼 수 있는 긴 설명글의 하단에, 주변의 다른 내용과 동일한 크기의 글자체와 색상으로 기재되어 있었다.

게다가 인앱 결제 단계에서 비밀번호 입력 절차가 도입되기 전까지는 *Davis v. HSBC Bank Nevada, N.A.* 사건에서의 체크박스와 같은 적극적인 승인 절차가 없었다. 소비자에게 인앱 결제를 승인하는지를 묻는 비밀번호 입력 절차가 도입되더라도 이로써 문제가 완전히 해결되는 것은 아니다. 단 한 번의 비밀번호 입력만으로 특정 시간 내에 이루어지는 다수의 인앱 결제에 대하여 권한이 부여된다는 점이 명시되어 있지 않았다. 앱스토어가 재구성된 2013년 6월에도 인앱 결제를 포함하고 있는 앱이라는 점이 공지가 명확하게 이루어지지 않았다.

그 외에 다음과 같은 측면에서도 합리적 회피가능성에 관한 아마존의 주장은 타당하지 않다. 첫째, 환불 비율이 높다고 하더라도 소비자 피해 전부에 대해 환불이 이루어진 것은 아니다. 예컨대, 인앱 결제 대금의 다수가 2.99달러 이하에 불과한데, 합리적인 소비자라면 이 정도의 소액 환불에 시간을 낭비하려 하지 않을 것이다. 둘째, 인앱 결제에 대해서는 환불이 불가하다는 것이 아마존의 명시적 정책이었기 때문에 다수의 고객이 인앱 결제에서는 환불이 불가하다고 생각했을 것이다. 아마존 웹 사이트에도 인앱 결제의 환불 가능성에 관한 설명은 전혀 없었다. 인앱 결제 후 고객에게 발송된 확인 메일에도 인앱 결제 환불에 관한 내용은 포함되어 있지 않았다. 셋째, 고객이 환불 요청에 소비한 시간도 고객에게는

추가적 피해로 인정될 수 있다. 넷째, 환불을 요청한 고객 중 1,573명에 대해서는 환불이 인정되지 않았다.

요컨대, 대상판결에서는 부모 통제나 비밀번호 잠금 기능 등 소비자(부모)가 승인 없이 이루어진 인앱 결제를 회피할 수 있는 절차가 분명히 존재했지만, 이러한 절차에도 불구하고 회피할 수 없는 위험은 여전히 남아 있었다.[23] 인앱 결제 전에 나타나는 광고나 게임 플레이 화면에 비용의 지급이 게임의 진행에 필수적이라는 점을 알리는 표시는 전혀 없었으므로, 소비자가 인앱 결제 승인 전에 피해를 회피할 수는 없었다고 본다.[24]

3) 비용 편익 분석

불공정성 심사의 두 번째 단계는 비용편익 분석(Cost-Benefit Analysis)이다. 인앱 결제로 인한 피해가 소비자나 경쟁에 대한 상쇄하는 이익(countervailing benefits)을 능가하는지를 판단해야 한다.[25]

대상판결에서 연방거래위원회는 아마존의 인앱 결제 대금 청구 방식이 소비자나 경쟁에 이익이 되지 않는다고 주장하였고, 이에 대해 아마존은 ① 소비자가 모바일 기기를 원활하고 효율적으로 사용하기를 원하므로 비밀번호 입력 절차를 생략하는 것이 오히려 소비자에게 이익이 되고, ② 혁신으로 얻게 되는 일반적인 이익은 소비자에게도 이익이 된다고 반박하였다. 그러나 소비자가 모바일 기기를 원활하고 효율적으로 사용하기를 선호한다는 사실을 인정하더라도, 이용절차를 간소화하는 것과 결제 시 적극적으로 고객의 동의를 얻도록 하는 것이 서로 양립 불가능한 것은 아니다. 또한, 혁신으로 인한 일반적 이익이 소비자에게도 이익이 된다는 주장은 모호하고 뒷받침 근거도 없어서 비용편익 분석에서 쟁점사항이 되지 못한다.

대상판결에서와 같이 어떠한 행위가 소비자 이익 또는 서비스나 경쟁에 대한 이익은 없고, 명백히 부정적인 결과만을 초래하는 경우에는 불공정성 심사에서의 비용편익 요건이 용이하게 충족된다.

IV. 평가 및 결론

1. 연방거래위원회 구제의 문제점

연방거래위원회에 의한 구제에서는 주 법상 구제에서 발생하는 문제는 발생하지 않지만, 대상판결에서의 구제가 인앱 결제 문제를 해결하는 데 가장 효과적인 방안이었는지는 의문이다.[26] 대상판결에서 연방거래위원회가 아마존에 대하여 내린 제재조치를 보면 구체적인 기만행위(예컨대, 인앱 결제 승인 시 비밀번호 입력을 요하지 않는 행위)를 시정하는 데 중점을 두고 있다.[27] 이러한 제재조치는 명령에 의해서 시정될 수 있는 구체적인 거래 행위나 관행에 대한 것이라고 할 수 있으나, 문제는 아동용 무료게임 속에서 발생하는 기만행위는 일반적인 행위나 관행보다 훨씬 은밀하고 폭넓게 발생한다는 점이다.[28]

2. 연방거래위원회 규칙의 제정

---

23) F.T.C. v. Amazon.com, Inc., No. C14-1038-JCC, 2016 WL 10654030 (W.D. Wash. July 22, 2016) at 19-20; Decision and Order at 2, 4-5, Apple, Inc., No. C-4444 (F.T.C. Mar. 25, 2014).

24) Ramin Shokrizade, *The Top F2P Monetization Tricks,* GAMASUTRA (June 26, 2013, 8:16 AM), http://www.gamasutra.com/blogs/RaminShokrizade/20130626/194933/The_Top_F2P_Monetization_Tricks.php; Karan Bhasin, *Freemium vs. Premium: Observations on the Mobile Market's Pricing Model,* IGN.COM (Feb. 10, 2016), http://in.ign.com/mobile/87402/feature/free-to-play-vs-premium-observations-on-the-mobile-markets-prici; Allison, *supra* note 15, 466.

25) 조성국, 앞의 보고서, 29면.

26) Allison, *supra* note 15, at 467-468.

27) Decision and Order at 1, Apple, Inc., No. C-4444 (F.T.C. Mar. 25, 2014); Fed. Trade Comm'n v. Amazon.com, Inc., No. C14-1038-JCC, 2016 WL 10654030 (W.D. Wash. July 22, 2016).

28) Allison, *supra* note 15, at 468.

연방거래위원회는 규칙 제정 권한을 행사하여 무료게임 업계를 규제하는 세부 규칙을 마련할 필요가 있다. 현재 판매되고 있는 무료게임은 강압적 구조를 포함하고 있는 경우가 많으므로, 무료게임 업계를 규제할 때에는 이러한 구조까지 고려하여 신중한 접근이 필요하다. 예컨대, 게임을 다운로드하기 전에 게임 모델을 공개하도록 하고, 게임상 결제와 게임 플레이를 명확히 분리하도록 해야 하며, 아동용 게임에서는 무료게임의 유형을 제한하는 것이 적절하다.[29]

(1) 비용 정보의 공개

우선, 아동용 무료게임 프로그램을 다운로드 하기 전에 소비자가 비용 관련 정보를 쉽게 알 수 있도록 표시의무를 부과해야 한다.[30] 표시 대상 비용 정보에는 ① 게임을 최초로 다운로드하는데 드는 비용, ② 게임을 계속 하기 위해 불가피하게 지불해야 하는 비용, ③ 선택적 인앱 결제 비용 등이 포함되어야 할 것이다.[31] 대상판결에서 이루어진 연방거래위원회의 명령이 정보에 입각한 소비자의 동의에 한 걸음 더 다가간 조치라고 하더라도 이와 같은 표시기준의 정립은 향후 발생 가능한 피해를 방지하기 위해 반드시 필요하다.[32] 표시기준의 적립은 승인 없는 결제로부터 소비자를 보호하기 위해서뿐만 아니라, 게임이 진행되는 동안 아동에게 어떤 유형의 권유가 이루어지는지를 부모에게 알려 주는 기능도 수행하기 때문이다.

(2) 게임 플레이와 인앱 결제의 분리

다음, 게임 속 상점(in-game store)과 게임 인터페이스를 명확하게 분리하고, 인앱 결제가 필요한 품목과 오로지 게임 플레이만을 요하는 품목을 명확하게 구분하도록 해야 한다.[33] 게임에 인앱 결제가 포함되어 있다는 사실을 알게 된 부모는 일반적으로 아동이 인앱 결제로 유인당하지 않도록 하기 위해서 비밀번호 입력을 보류하고 아동에게 해당 상점에 들어가지 못하도록 지도함으로써 사전에 결제를 예방할 수 있다. 그러나 게임 속에서 게임 플레이어가 어떠한 행동을 하려고 하는데 게임 통화가 충분하지 않은 경우 게임이 자연스럽게 상점으로 전환된다면 인앱 결제를 제한하고자 하는 부모의 결정권은 박탈되는 것이다.[34] 부모가 아동에게 그렇게 하지 않도록 지도할 수도 있겠지만 승인을 제외한 모든 결제 절차를 아동 혼자서 진행하도록 유인하는 것은 연방거래위원회법 제5조의 기만행위에 해당한다고 볼 수 있다. 또한 게임에서 단순히 플레이를 하는 것만으로도 목표달성이 가능한 것인지 아니면 인앱 결제를 진행하여야만 목표 달성이 가능한지를 명확하게 밝혀야 한다. 예컨대, 보물찾기(Treasure Hunt) 게임에서 슈퍼 해적(Super Pirate)이 되기 위해서는 은 조각을 찾아야 하는데, 소비자가 보물찾기를 완료하고 은 조각을 찾은 후에도 비용을 지급하고 본인 계정을 업그레이드하지 않으면 슈퍼 해적이 되지 못한다.[35] 보물찾기가 완료되면 게임 화면에 '슈퍼 해적이 되십시오. 지금 계정을 업그레이드하십시오.'라는 메시지가 표시되는데, 이러한 경우에 게임 개발자가 기만행위를 범하게 되는 것을 면하려면 게임 광고에 슈퍼 해적 상태가 프리미엄 기능임을 명시해야 할 것이다.[36]

(3) 인앱 결제 이외의 대안 명시

마지막으로 게임에 비용의 지급이 필요하거나 비용의 지급이 게임에 필수적인 요소라고 소비자가 오해하지 않도록 해야 한다.[37] '대기'라는 선택 항목이 명확하게 드러나지 않으면 아동은 게임을 계속하기

29) *Id.*
30) The OFT's Principles for Online and App-Based Games, OFFICE OF FAIR TRADING, OFT1519, at 3.
31) *Id.*
32) Allison, *supra* note 15, at 469.
33) *The OFT's Principles for Online and App-Based Games, supra* note 30, at 10,
34) *Id.* at 11.
35) *Id.* at 10.
36) Allison, *supra* note 15, at 470.

위해서 게임 통화를 구입해야만 한다고 오인할 수 있다.[38] 또한 일정 시간이 지나면 게임 통화가 다시 자동 생성되는지에 대해서도 결제 시 명확하게 표시하지 않으면, 부모는 자동 생성 사실을 알았더라면 결제하지 않았을 품목에 대해 그 사실을 몰랐기 때문에 결제를 진행할 수도 있다.[39] 무료게임 모델은 부모와 아동 간의 소통의 단절을 교묘하게 이용하는 측면이 있다. 아동이 금전을 계속 지불을 해야 한다고 부모에게 말하는 경우, 이는 게임사가 아동의 판단능력 부족을 이용해서 부모를 기만하는 것이 되거나 아동에게 부모를 의도적으로 기망할 기회를 주는 것이 된다. 특히, 부모가 아동보다 기술적 지식이 부족한 경우에는 이러한 상황이 발생할 가능성이 더욱 높다. 따라서 무료 옵션 등 관련 정보를 분명하게 표시함으로써 이와 같은 문제를 사전에 차단할 필요가 있다.

37) *The OFT's Principles for Online and App-Based Games, supra* note 30, at 12.
38) *Id.*
39) Allison, *supra* note 15, at 470.

준법감시필 2019-0408호

자산가에서 명문家로

자산가는 재력만으로도 만들어지지만,
명문家는 후대까지 이어지는 가치와 철학이 있습니다.

한 번 뿐인 인생, 크게 이루신 富를 뛰어넘어
더 높게 빛나는 가치를 소유하십시오.

대한민국 최초, 한국형 가문관리서비스를
제공하고 있는 삼성패밀리오피스가
대대손손 영속하는 명문家로의
도약을 도와드립니다.

한국형 가문관리의 정석
SAMSUNG FAMILY OFFICE

상속 설계, 금융 투자, 세무 관리,
리스크 관리, 부동산 관리 등
자산의 증식과 효율적 이전을 고민하는
재정적 자산 관리

다양한 가문관리 교육과 체험을 통해
가문의 가치를 높이고
선대의 경험과 지식 승계를 위한
인적 자산 관리

가문의 명성과 품위를 지키고
사회 공헌을 통한
노블레스 오블리주 실현을 돕는
사회적 자산 관리

• 삼성패밀리오피스 서울 Tel. 02-2051-4030 • 삼성패밀리오피스 부산 Tel. 051-630-6620

삼성생명 SAMSUNG

社團法人 韓國商事法學會
Korea Commercial Law Association