

判例研究

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW

2024

Vol.38 No.2 第三十八輯(2)



서울地方辯護士會

SEOUL BAR ASSOCIATION

책머리에

우리나라와 법조계가 겪고 있는 수많은 갈등과 어려움 때문일까요? 그 어느 때보다 시리게만 느껴지던 겨울을 지나 봄을 목전에 두고 있습니다. 2025년은 변화와 성장 그리고 새로운 시작을 상징하는 푸른 뱀의 해(乙巳年)입니다. 변화를 기대하며 저를 믿고 중책을 맡겨 주신 회원 여러분께 다시 한번 깊은 감사의 인사를 드립니다.

어려운 시기 속, 누구보다 냉철하고 공정한 시각으로 사회를 바라봐야 할 엄중한 책무를 지닌 법조인이자 회원 여러분의 대표로서 누구보다 신속하고 책임감 있게 행동하도록 하겠습니다. 앞으로 2년의 임기 동안 “회원들을 진심으로 아끼는 일 잘하는 회장”이라는 평가를 받을 수 있도록 회장으로서의 소명을 다할 것을 약속 드립니다.

새로운 시작의 첫걸음에 맞추어 서울지방법변호사회의 유구한 전통을 자랑하는 판례연구발표회의 「판례연구」 제38집(2)이 발간되었습니다. 제38집(1)에 이어 이번 판례연구 제38집(2)은 2024년도 하반기 발표된 판례연구로 최신 판례들을 중심으로 다양한 판결의 핵심 쟁점을 분석하고, 판례가 사회적, 윤리적 맥락에서 어떤 의미를 갖는지, 법이 단순한 규범을 넘어 사람들의 삶에 미치는 영향을 탐구하고자 하였습니다. 이는 실무에서 마주할 수 있는 다양한 사례들에 대해 더 명확한 이해와 통찰을 얻을 수 있는 중요한 자료가 될 것입니다.

판례연구 발표와 논문 집필을 통해 법조계와 동료 변호사들에게 귀한 지식을 공유해 주신 모든 집필 회원님들께 진심으로 감사의 말씀을 전하며, 모든 회원님들께서 건강하고 평안한 한 해를 보내시기를 간절히 기원합니다.

감사합니다.

2025년 3월
서울지방법변호사회
회장 조 순 열



목 차

《책머리에》	조순열(趙淳烈)
--------------	----------

I

憲法判例研究

- 헌법재판소가 신속한 재판의 침해가능성을 이유로 헌법재판소법 조항을 가처분 형식으로 효력정지시킬 수 있는지의 여부 김정범(金庭範) 11

II

民事判例研究

- 하도급대금의 직접 지급의무와 신탁계약상의 자금집행순서 김용우(金容佑) 37
- 실제 거주여부의 판단기준 김광석(金光錫) 75
- 사해행위취소의 원상회복으로서 대체물반환의무와 전보배상 장재형(張在亨) 88
- 자기앞수표의 이득상환청구권과 체납절차상의 압류절차 장원석(張原碩) 105
- 집합건물에서 신탁회사의 관리비 납부의무 오상민(吳尙珉) 135
- 무단임대 종료 후 유치물을 취득한 소유권자의 유치권소멸청구권 인정 여부 신성민(申成敏) 162



Ⅲ

刑事判例研究

- 선분양·후시공 방식의 분양계약에 대한 방문판매법상 철회권 행사 가능성
..... 박원경(朴杭炅) 185
- 진로 변경을 제한하는 안전표지인 ‘백색실선’이 교통사고처리특례법
제3조 제2항 단서 제1호에서 정하고 있는 ‘통행금지를 내용으로 하는
안전표지’에 해당하는지 여부 윤성식(尹聲植) 227

Ⅳ

行政判例研究

- 협동조합과 운송비용전가 오승원(吳承員) 253



CONTENTS

《Introduction》	Jo Soon Youl
----------------------	--------------

I Constitutional Law

- Whether the Constitutional Court can suspend the effect of a provision of the Constitutional Court Act in the form of an injunction on the grounds of possible infringement on the right to a speedy trial
- Kim Jung Beom 11

II Civil Law

- Direct payment of subcontract prices and the order of disbursement under trust agreements
- Kim Yong Woo 37
- Criteria for determining genuine intent to reside
- Kim Gwang Seok 75
- Obligations to return substitute goods and compensation for transfer as a restoration of revocation of fraudulent act
- Chang Jae Hyung 88
- Claim for repayment of cashier's checks and seizure procedures in training procedures
- Jang Won Seok 105
- The obligation of the trust company to pay management fees in the collective building
- Oh Sang Min 135



- Whether or not the owner who acquires after the termination of the unauthorized lease has the right to demand the extinction of the right of retention Shin Sung Min 162

III

Criminal Law

- Applicability of exercising the right of withdrawal under ACT ON DOOR-TO-DOOR SALES for pre-construction sales(post-construction sales) contracts Park Won Kyoung 185
- Whether the ‘solid white line’, a safety sign that restricts route changes, corresponds to the ‘safety signals for prohibition of traffic’ as defined in Article 3, Paragraph 2, Proviso No. 1 of ACT ON SPECIAL CASES CONCERNING THE SETTLEMENT OF TRAFFIC ACCIDENTS Yun Seong Sig 227

IV

Administrative Law

- Cooperative and Passing along of driving cost Oh Seung Won 253

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW



I

憲法判例研究

Constitutional law

서울지방법원 판례연구 제38집 (2권)



헌법재판소가 신속한 재판의 침해가능성을 이유로 헌법재판소법 조항을 가처분 형식으로 효력정지시킬 수 있는지의 여부

Whether the Constitutional Court can suspend the effect of a provision of the Constitutional Court Act in the form of an injunction on the grounds of possible infringement on the right to a speedy trial.

辯護士 김 정 범

Kim Jung Beom

【사건의 표시】

헌법재판소 2000. 12. 28. 선고 2024헌사471 결정

논문요약

헌법재판소 재판관은 9인으로 구성되는 합의체다. 그중에서 3인은 대통령이, 3인은 국회가, 3인은 대법원장이 지명하고 일정한 절차를 거쳐서 대통령이 임명하게 된다. 지난 10월에 임기를 마친 3인의 헌법재판관은 국회에서 지명했던 것이므로 다시 국회의 지명에 의해서 3인의 헌법재판관이 임명절차가 개시된다. 국회가 지명한 3인의 임기가 종료돼 6인의 재판관 체제가 되더라도 국회가 임명절차를 개시하지 않는 한 재판관 6인 체제의 헌법재판소는 그대로 유지될 수밖에 없다. 한편, 헌법재판소법 제



23조 제1항에서는 ‘심판정족수라는 제목 아래 재판부는 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리한다’고 규정한다. 따라서 6인의 헌법재판관으로는 심리가 불가능하기 때문에 헌법재판소가 사실상 그 기능을 중단하는 현상이 발생한다. 여기서 우리나라 정치권과 법조계에서는 헌법재판소 ‘10월 마비설’에 대한 우려가 제기됐었다. 야당인 더불어민주당이 협조를 하지 않는 이상 헌법재판관의 임명은 사실상 불가능하게 되는 것이고, 이진숙 방송통신위원장 등 탄핵절차가 이어지는 사람들에 대한 탄핵재판이 사실상 중단상태에 이른다. 야당의 이런 대응은 후임 임명이 지연되는 만큼 이 위원장의 직무정지 기간을 최대한 늘릴 수 있기 때문이라는 의문이 제기됐었다.

이에 대하여는 진보·보수 성향을 막론하고 재판관들이 한목소리를 내면서 ‘꼼수’를 막아야 한다는 공감대가 형성돼 헌법재판소법의 효력정지 가처분을 내리는 결단을 가져온 것이다. 이른바 ‘헌재마비설’, ‘식물 헌법재판소’에 대한 우려를 헌법재판관들이 막으려는 노력으로 이번 결정이 이루어진 것이다. 이번 헌법재판소 결정으로 헌법재판소법 제23조 1항의 효력이 본안인 헌법소원 사건의 결정 선고 시까지 임시로 정지되면서, 이진숙 방송통신위원장 탄핵사건 심리는 내달 12일 오후로 정해진 변론기일을 포함해 예정대로 진행된다. 심리가 진행 중인 다른 사건들도 마찬가지다. 이는 헌법재판소법 제23조 2항이 ‘재판부는 종국 심리에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다’고 정하고 있기 때문이다. 법률 위헌 결정, 탄핵 결정, 정당해산 결정, 헌법소원 인용 결정의 경우 6명 이상이 찬성해야 한다. 하지만 이론적으로는 사건에 대한 결정도 가능하다. 만일 심리가 마무리됐는데도 후임자 임명이 늦어진다면 자리를 지키고 있는 6명 전원이 찬성해야만 탄핵 인용을 할 수 있다는 계산이 나온다.

그러나 위와 같은 헌법재판소의 결정은 현실적인 필요성에도 불구하고 많은 문제점을 낳고 있다. 우선 헌법재판관의 지명절차가 지연되는 이유를 특정 정파의 고의적인



지연으로 보고 있다는 전제에서 이번 결정이 이루어졌고, 헌법재판소 재판관들이 심판대리인으로 하여금 재판 지연으로 인한 권리침해를 방지할 방안을 마련해 보라는 권유를 했다는 점이 객관성과 중립성을 위반한 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 또한 법률의 효력을 헌법재판소에서 임시로 정지시키는 것은 또 다른 입법행위다. 더욱이 그러한 절차가 헌법재판소법 등에서 규정하고 있지 않다. 따라서 엄격하게 말하면 3권분립의 원칙에 어긋나는 것이 아닌지에 대한 의문이 제기된다. 또 다른 문제는 헌법재판소의 규정이 의사정족수에 대하여는 규정을 두고 있지만 의결정족수에 대하여는 재판관의 과반수, 또는 6인 재판관의 찬성으로 결의하도록 하고 있어서 이번 헌법재판소의 결정으로 심리를 하고 결정을 할 수 있다는 문제가 있다. 그렇게 되면 탄핵재판이나 법률의 위헌결정 등에는 사실상 재직 중인 재판관 만장일치가 있어야 통과를 할 수 있게 된다. 결국은 헌법재판소의 결정을 왜곡시키는 문제를 낳게 되는 것이다.

그러므로 예비 헌법재판관 제도를 마련하는 등의 헌법재판소법 개정을 통해 재판관의 임명이 늦어지더라도 심리 등을 진행하면서 헌법재판소가 본연의 역할을 할 수 있도록 제도적인 준비를 하는 것이 입법론적으로는 가장 바람직한 것으로 생각된다.

〈주제어〉

재판청구권, 신속한 재판, 헌법재판소법, 법률의 효력정지, 헌법재판과 효력정지
 Right to claim trial, speedy trial, Constitutional Court Act, Suspension of the effect of the law, Constitutional Court and Suspension of Effect



목 차

[사실관계]

[사건의 진행 경위]

[대상판결의 내용]

[연구]

I. 문제의 제기

II. 법률의 효력정지 가처분의 허용성

1. 효력정지 가처분 일반론
2. 법률의 효력정지 가능 여부

III. 재판청구권과 신속한 재판을 받을 권리

1. 재판청구권 일반론
2. 재판의 신속성의 원칙
3. 재판의 신속성의 기준

IV. 대상판결에 대한 평가

1. 헌법재판소 결정의 필요성과 문제점
2. 신속한 재판과 충실한 재판
3. 헌법과 법률에서 정한 재판을 받을 권리의 침해 가능성 여부
4. 다른 가처분에 비하여 효력범위가 광범위
5. 사실상 입법기능, 삼권분립의 원칙에 반할 수 있다.
6. 본안의 위헌성 여부를 고려하는 경우의 문제점
7. 임기만료로 공석이 된 경우에만 적용하는 문제
8. 6인의 재판관 체제에서 의결까지 가능하다면 결정의 정당성에 심각한 문제 초래
9. 입법론 - 직무대행, 예비재판관 제도

IV. 결 론



[사실관계]

신청인은 방송통신위원회 위원장으로 임명되었다. 국회 소추위원은 2024. 7. 31. 헌법재판소에 신청인에 대한 탄핵심판을 청구하였다(2024헌나 1). 그런데 헌법재판소 재판관(이하 ‘재판관’이라 한다) 9명 중 3명의 임기가 2024. 10. 17. 종료된다. 이에 신청인은 2024. 10. 10. 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리한다고 규정한 헌법재판소법 제23조 제1항이 신청인의 재판청구권 등을 침해한다고 주장하며 헌법소원심판을 청구(2024헌마 900)함과 동시에 위 본안 사건의 종국결정 선고 시까지 위 조항의 효력정지를 구하는 이 사건 가처분신청을 하였다.

[사건의 진행 경위]

신청인은 국회로부터 탄핵소추 돼 탄핵재판을 받는 상태에 있었던바, 만일 국회가 선출해서 대통령이 임명한 재판관 3인의 임기가 만료되고 후임 재판관의 선출이 미뤄질 경우 6인의 재판관만으로는 심리를 할 수 없다는 헌법재판소의 규정에 따라 장기간 탄핵재판이 정지된다. 더욱이 신청인에 대한 탄핵소추로 인해서 신청인의 방송통신위원회 직무가 정지되는바, 위와 같은 탄핵재판의 지연으로 인해서 신청인은 회복할 수 없는 손해를 입게 된다. 이에 헌법재판소는 신청인의 재판청구권이 침해되는 상황을 방지할 수 있는 수단을 강구해 보라고 신청인의 대리인에게 요청하였고, 신청인의 대리인은 급하게 6인의 재판관만으로 심리를 할 수 없다는 헌법재판소법 제23조 제1항의 규정이 헌법에서 규정하고 있는 재판청구권(특히 신속하게 재판을 받을 권리)을 침해한다면서 위 법률조항의 위헌을 구하는 헌법소원을 청구하면서 이 사건 효력정지 가처분 신청을 하기에 이른 것이다.

[대상판결의 내용]

헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것) 제23조 제1항 중 헌법재판소 재판관이



임기만료로 퇴직하여 재판관의 공석 상태가 된 경우에 적용되는 부분의 효력은 헌법재판소 2024헌마900 헌법소원심판청구사건의 중국결정 선고 시까지 이를 정지한다고 결정하였다.¹⁾ 헌법재판소가 들고 있는 이유는, “본안심판이 부적법하거나 이유 없음이 명백하지 않고 헌법소원 심판에서 문제 된 ‘공권력 행사 또는 불행사’를 그대로 유지할 경우 발생할 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요와 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있으며, 가처분을 인용한 뒤 중국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익을 비교형량 하여 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 클 경우 가처분을 인용할 수 있다.

헌법재판소법 제23조 제1항이 신청인의 재판청구권 등을 침해하는지 여부는 본안심판에서 심리를 거쳐 판단될 필요가 있고, 3명의 재판관이 2024. 10. 17. 퇴임하면 위 조항에 의한 기본권침해 발생이 현재 확실히 예측된다. 따라서 이 사건 가처분신청은 본안심판이 명백히 부적법하거나 이유 없는 경우에 해당한다고 보기 어렵다. 국회의 탄핵소추 의결을 받은 신청인은 헌법재판소의 탄핵심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지되는데 헌법재판소법 제23조 제1항에 따라 사건을 심리조차 할 수 없다고 한다면 이는 신청인의 신속한 재판을 받을 권리에 대한 과도한 제한이다. 결국 신청인으로서 헌법재판소법 제23조 제1항으로 인하여 회복하기 어려운 중대한 손해를 입을 위험이 있고 3명의 재판관 퇴임이 임박한 만큼 손해를 방지할 긴급한 필요도 인정된다.

가처분을 인용하더라도 이는 의결정족수가 아니라 심리 정족수에 대한 것에 불과하므로 공석인 재판관이 임명되기를 기다려 결정을 할 수도 있다. 다만 보다 신속한 결정을 위하여 후임 재판관이 임명되기 전에 쟁점을 정리하고 증거 조사를 하는 등 사건을 성숙시킬 필요가 있다. 그런데 가처분신청을 기각하면, 그 후 본안심판의 중국결정에서 청구가 인용되더라도 이러한 절차를 제때 진행하지 못하여 신청인의 신속한 재판을 받을 권리 등 기본권은 이미 침해된 이후이므로 이를 회복하기는 매우 어렵다. 임기제하에서 임기만료로 인한 퇴임은 당연히 예상되는 것임에도 재판관 공석의 문제가 반복하여 발생하는 것은 심각한 문제이다. 7명의 심리정족수에 대한 직무대행 제도와 같은 제도적 보완 장치도 전무하다. 결국 이 사건에서 가처분을 인용한 뒤 중국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익보다 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용

1) 헌법재판소 2024. 10. 14. 자 2024헌사1250 결정



되었을 때 발생하게 될 불이익이 더 크다. 다만 이 사건에서는 재판관이 임기만료로 퇴직하여 재판관의 공석 상태가 된 경우가 문제되는 것이고 신청인이 실질적으로 다투고자 하는 바도 이와 같으므로 헌법재판소법 제23조 제1항 중 재판관이 임기만료로 퇴직하여 재판관의 공석 상태가 된 경우에 적용되는 부분에 한하여 그 효력을 정지함이 상당하다.

[연구]

I. 문제의 제기

2024. 10. 17. 헌법재판소 재판관 3인의 임기가 종료됐다. 그런데 우리 헌법재판소법 제23조 제1항에서는 “재판부는 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리한다”고 규정한다. 따라서 6인의 헌법재판관만으로는 심리를 진행할 수 없다. 새로운 재판관이 임명되기까지는 사실상 헌법재판소가 그 기능을 상실하게 된다. 국회가 지명한 3인의 임기가 종료돼 6인의 재판관 체제가 되더라도 국회가 임명절차를 개시하지 않는 한 재판관 6인 체제의 헌법재판소는 그대로 유지될 수밖에 없다. 한편, 헌법재판소법 제23조 제1항에서는 ‘심판정족수라는 제목 아래 재판부는 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리한다’고 규정한다. 따라서 6인의 헌법재판관으로는 심리가 불가능하기 때문에 헌법재판소가 사실상 그 기능을 중단하는 현상이 발생한다. 여기서 우리나라 정치권과 법조계에서는 헌법재판소 ‘10월 마비설’에 대한 우려가 제기 됐다. 야당인 더불어민주당이 협조를 하지 않는 이상 헌법재판관의 임명은 사실상 불가능하게 되는 것이고, 이진숙 방송통신위원장 등 탄핵절차에 이어지는 사람들에 대한 탄핵재판이 사실상 중단상태에 이른다. 야당의 이런 대응은 후임 임명이 지연되는 만큼 이 위원장의 직무정지 기간을 최대한 늘릴 수 있기 때문이라는 의문이 제기 됐다. 이에 대하여는 진보·보수 성향을 막론하고 재판관들이 한목소리를 내면서 ‘꼼수’를 막아야 한다는 공감대가 형성돼 헌법재판소법의 효력정지 가처분을 내리는 결단을 가져온 것이다. 이른바 ‘헌재 마비설’, ‘식물 헌법재판소’에 대한 우려를 헌법재판관들이 막으려는 노력으로 이번 결정이 이루어진 것이다. 이번 헌법재판소 결정으로 헌법재판소법 23조 1항의 효력이 본안인 헌법소원 사건의 결정 선고 시까지 임시로 정지되면서,



이진숙 방송통신 위원장 탄핵 사건 심리는 내달 12일 오후로 정해진 변론기일을 포함해 예정대로 진행된다. 심리가 진행 중인 다른 사건들도 마찬가지다. 이는 헌법재판소법 23조 2항이 ‘재판부는 중구 심리에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다’고 정하고 있기 때문이다. 법률 위헌 결정, 탄핵 결정, 정당해산 결정, 헌법소원 인용 결정의 경우 6명 이상이 찬성해야 한다. 하지만 이론적으로는 사건에 대한 결정도 가능하다. 만일 심리가 마무리됐는데도 후임자 임명이 늦어진다면 자리를 지키고 있는 6명 전원이 찬성해야만 탄핵 인용을 할 수 있다는 계산이 나온다. 그럼에도 불구하고 이종석, 이영진, 김기영 3인의 재판관의 임기가 2024. 10. 17. 종료됨에도 불구하고 후임 재판관 임명을 위한 절차가 개시되지 않고 있었기 때문이다. 그러나 위와 같은 헌법재판소의 결정은 현실적인 필요성에도 불구하고 많은 문제점을 낳고 있다. 우선 법률의 효력을 헌법재판소에서 임시적으로 정지시키는 것은 또 다른 입법행위다. 더욱이 그러한 절차가 헌법재판소법 등에서 규정하고 있지 않다. 따라서 엄격하게 말하면 3권분립의 원칙에 어긋나는 것이 아닌지에 대한 의문이 제기된다. 또 다른 문제는 헌법재판소의 규정이 의사정족수에 대하여는 규정을 두고 있지만 의결정족수에 대하여는 재판관의 과반수, 또는 6인 재판관의 찬성으로 결의하도록 하고 있어서 이번 헌법재판소의 결정으로 심리를 하고 결정을 할 수 있다는 문제가 있다. 그렇게 되면 탄핵재판이나 법률의 위헌결정 등에는 사실상 재직 중인 재판관 만장일치가 있어야 통과를 할 수 있게 된다. 결국은 헌법재판소의 결정을 왜곡시키는 문제를 낳게 되는 것이다. 따라서 이번 헌법재판소의 결정이 이루어진 합리적인 명분에도 불구하고 어떤 문제점은 없는지 면밀한 검토가 필요하다.

II. 법률의 효력정지 가처분의 허용성

1. 효력정지 가처분 일반론

효력정지 가처분은 행정청 등의 특정 조치나 효력을 잠정적으로 정지시키는 법적인 구제수단으로 법원의 결정 형식으로 이루어진다. 본안소송이 진행되는 동안 특정의 행위나 결정의 실행을 일시적으로 정지시키는 것으로 법원이 일정한 결정, 명령, 또는 행위의 효력을 잠정적으로 중지



시키는 것을 말한다. 효력정지 가처분은 본안소송이 끝날 때까지 효력이 발생하는 경우 본안에서 승소하더라도 본래의 목적을 달성하기 어려운 경우에 허용된다. 결국 가처분은 본안결정의 실효성을 확보하고 잠정적인 권리보호를 위해 일정한 사전조치라 필요한 경우에 한해서 허용되는 잠정적인 조치이다. 특히 본안결정이 이루어지기 전에 사실관계가 완결된다면 본안의 결정이 이루어지더라도 본래의 목적을 달성하지 못하기 때문에 회복할 수 없는 손해가 발생하고 궁극에는 본안결정 자체가 무의미하게 된다. 이러한 경우 헌법을 위반한 헌정질서의 침해는 이를 바로 잡을 기회가 없어지게 되는 것이다.

효력정지 가처분의 경우 법률에서 정하고 있는 가처분의 필요성이 인정되는 한 다양한 형식으로 허용될 수 있다. 처분 효력정지는 원칙적으로 당사자 사이에서만 효력이 인정되는 것이며 당해 처분으로 인해 본안 판결 시까지 잠정적으로 당해처분의 효력을 정지시키는 것이다. 우리 헌법재판소법의 경우 모든 심판사건에 적용되는 일반심판절차로서 가처분을 규정하고 있는 독일연방헌법재판소법(제32조)과 달리 정당해산심판(법 제57조)과 권한쟁의심판(법 제65조)에 대해서만 가처분에 관한 명문의 규정을 두고 있다.²⁾ 법 제57조는 “헌법재판소는 정당해산심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 피청구인의 활동을 정지하는 결정을 할 수 있다.”라고, 법 제65조는 “헌법 재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받았을 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 심판 대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

또한 일반적인 가처분은 아니지만 헌법재판소에 일정한 신청을 하는 경우 행정작용이 중지되는 경우가 있다. 즉, 법 제42조 제1항 본문은 “법원이 법률의 위헌 여부 심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부의 결정이 있을 때까지 정지된다.”라고, 법 제50조는 “탄핵 소추의 의결을 받은 사람은 헌법재판소의 심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다.”라고 규정하고 있다. 이는 본래의 가처분은 아니고 법률의 규정을 통해서 청구의 상대방에게 일정한 직무집행을 배제하는 형식이다.

2) 헌법재판소법(제3개정판), 헌법재판소, 2023. 90쪽 이하 참조



법 제40조에 따르면, 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 법에 특별한 규정이 있는(명시적인) 경우를 제외하고는 가처분 신청을 할 수 없느냐의 문제가 발생한다. 그러나 우리 헌법재판소법은 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용하고, 특히 권한쟁의 심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용하되 행정소송법이 민사소송에 관한 법령에 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다. 그렇기 때문에 민사소송법과 마찬가지로 보전의 필요성이 있는 한 다양한 형식의 가처분 신청이 가능하다고 봐야 한다. 헌법재판소도, 헌법재판소법은 명문의 규정을 두고 있지는 않으나, 같은 법 제68조 제1항 헌법소원심판절차에서도 가처분의 필요성이 있을 수 있고 또 이를 허용하지 아니할 상당한 이유를 찾아볼 수 없으므로, 가처분이 허용된다. 가처분의 요건은 헌법소원심판에서 다투어지는 ‘공권력 행사 또는 불행사’의 현상을 그대로 유지시킴으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있어야 한다는 것과 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있어야 한다는 것 등이 된다. 따라서 본안심판이 부적법하거나 이유 없음이 명백하지 않는 한, 위와 같은 가처분의 요건을 갖춘 것으로 인정되면, 가처분을 인용한 뒤 종국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익을 비교형량하여 후자가 전자보다 큰 경우에, 가처분을 인용할 수 있다.

그러므로 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 준용되는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지 규정과 민사소송법 제714조의 가처분규정에 비추어 볼 때, 이와 같은 가처분결정은 헌법소원심판에서 다투어지는 ‘공권력 행사 또는 불행사’의 현상을 그대로 유지시킴으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있어야 하고 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있어야 한다는 것 등이 그 요건이 된다 할 것이므로, 본안심판이 부적법하거나 이유 없음이 명백하지 않는 한, 위와 같은 가처분의 요건을 갖춘 것으로 인정되고, 이에 덧붙여 가처분을 인용한 뒤 종국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익에 대한 비교형량을 하여 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 크다면 가처분을 인용할 수 있는 것이다.³⁾

3) 헌법재판소 1999. 3. 25. 선고 98헌사98 결정



2. 법률의 효력정지 가능 여부

헌법소원이나 위헌법률심판 형태로 법률의 효력을 다투는 경우에도 해당 법률을 일정 기간 효력을 정지시킬 수 있을까? 헌법재판소법에서는 이에 대한 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 우리 헌법재판소의 규정이 특정의 사안에 대해서만 효력정지가처분을 허용하는 것이 아닌 법률의 효력정지 가처분도 허용된다고 봐야 한다. 물론 다른 가처분 형식과 마찬가지로 본안 심판이 부적법하거나 이유 없음이 명백하지 않고, 권한쟁의심판에서 문제 된 피청구인의 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행 등 또는 헌법소원심판에서 문제 된 공권력 행사 또는 불행사를 그대로 유지할 경우 등으로 발생할 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요와 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있으며, 가처분을 인용한 뒤 종국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익을 비교衡量하여 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 클 경우 가처분을 인용할 수 있다.⁴⁾ 결국 가처분의 필요성은 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있어야 인정되고, 본안심판의 결정이 회복하기 어려운 중대한 손해를 방지하기에 적절한 시간 내에 이루어질 것을 기대할 수 없을 때만 인정되며, 법률의 효력이 그대로 발생하는 경우에 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 인정되는 경우에 한한다.

그동안 우리 헌법재판소가 대상판결을 제외하고는 법률의 효력정지 가능성 여부를 명확하게 한 예는 없는 것 같다. 다만 세무대학설치법폐지 법률 위헌확인 사건에 관하여 세무대학설치법 폐지 법률 부칙 제1조 본문 효력정지가처분을 구한 신청인(선정당사자)들의 신청은 이유없으므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 기각 결정한 예,⁵⁾ 뉴스통신진흥에관한법률 제10조 등 위헌확인 심판청구사건에 관하여 뉴스통신진흥에관한법률 제10조, 제19조, 제20조, 제25조, 제26조, 부칙 제4조의 효력정지 가처분을 구한 신청인들의 신청은 이유 없으므로 기각 한

4) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2018헌사213 결정; 2021. 1. 4. 2020헌사1304 결정 ; 2022. 6. 3. 2022헌사448 등 참조.

5) 헌법재판소 2001. 2. 22. 2000헌사535 결정



예,⁶⁾ 그 이외 각하의 예가 있기는 하지만 법률의 효력정지가 허용되지 않는다는 취지로 각하된 것은 아니므로 여기서는 생략하기로 한다.

Ⅲ. 재판청구권과 신속한 재판을 받을 권리

1. 재판청구권 일반론

모든 국민이 법률에 의한 재판을 청구할 수 있는 권리가 재판청구권이다. 우리 헌법에서도 “모든 국민은 헌법과 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 명시하고 있다(헌법 제27조). 또한 일반 국민이 원칙적으로 군법회의의 재판을 받지 않을 권리, 신속한 재판을 받을 권리와 형사피고인의 공개재판을 받을 권리, 무죄추정의 원칙을 규정하고 있다. 헌법 제27조의 규정을 구체적으로 살펴보면, “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다(제1조). 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다(제2조). 모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체 없이 공개재판을 받을 권리를 가진다(제3조). 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다(제4조). 형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다(제5조)”는 내용이다.

재판을 받을 권리는 역사적으로 마그나 카르타(Magna Charta, 1215)를 비롯하여 프랑스인 권선언(1789)·프랑스헌법(1791)·미국수정헌법(1789)과 기타 여러 국가 헌법 및 세계인권규약에도 규정하고 있다. 재판청구권은 은 국가에 대하여 재판을 청구할 수 있는 권리로, 사법권의 독립이 보장된 법원에서 신분이 보장된 자격 있는 법관에 의하여 재판받을 것을 청구하는

6) 헌법재판소 2005. 6. 30. 2004헌사476, 결정



권리이다. 이 권리는 청구권적 기본권으로 분류되고, 국가 내적인 권리이면서 주관적 공권이다. 재판청구권의 주체는 내외국인 모두에게 인정된다. 헌법과 법률에 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리는, 법관의 자격을 가진 자 중에서 소정의 절차를 거쳐 임명된 법관에 의해서 재판을 받을 권리다. 법관은 법원을 구성하고 있으며, 임기·신분보장이 확보된 법원의 구성·관할 및 사무 분배 등에 관한 법률의 규정에 의한 권한이 있으며, 제척(除斥), 기타의 사유로 재판관여가 금지되지 않은 법관에 의한 재판을 받을 권리를 말한다.

재판을 받을 권리의 유형은 민사재판을 받을 권리, 행정재판을 받을 권리, 형사재판을 받을 권리, 헌법재판을 받을 권리 등 법에서 정하고 있는 재판 유형이 있다. 이와 같은 권리 가운데에는 이유 없이 군법회의의 재판을 받지 않을 권리, 신속한 공개재판을 받을 권리, 재판확정 전의 무죄추정권이 있고, 공정한 재판을 받을 권리가 보장되어 있다. 다만, 재판을 받을 권리 가운데에서 일정한 신분을 가진 자가 군법회의의 재판을 받는 경우 군법회의의 심판관의 자격이 문제되거나 헌법에 의하여 합헌이라고 본다. 행정심판에 의한 재결(裁決)·결정도 헌법에 의하여 합헌이다. 또, 통고처분은 그 복종이 임의적이고, 재판절차가 남아 있으므로 합헌이며, 약식명령도 그에 불복할 때 정식재판을 청구할 수 있으므로 합헌이다. 이 밖에 즉결심판도 정식재판을 청구할 수 있고, 법률에 정한 법관에 의한 재판이므로 합헌이다. 헌법과 법률에 의한 일반적인 제한에는 출소기간(出訴期間)과 상고이유 등이 있다(예: 민사사건에서 상고이유를 크게 제한하는 소송 촉진 등에 관한 법률). 예외적인 제한으로는 비상계엄하의 단심제 군법회의, 국가긴급권에 의한 헌법상의 제한 등이 있다.

2. 재판의 신속성의 원칙

앞에서 살펴본 바와 같이 재판청구권은 헌법에서 조장하는 청구권적 기본권이지만 법률의 규정에 의해서 제한받을 수도 있다. 그리고 재판청구권의 핵심 요소 중의 하나가 신속한 재판을 받을 권리다. 16세기 영국 대법관인 프랜시스 베이컨은 ‘사법은 신선했을수록 향기가 높다’는 법언을 남겨 신속한 재판의 중요성을 지적하였다. 대헌장 ‘마그나 카르타’ 제40조에서도 ‘짐은 어느 누구에게도 권리 또는 재판을 팔지 않을 것이며, 어느 누구에게도 이를 거부 또는 지연시



키지 아니한다. Forbade the selling of justice, or its denial or delay’는 존 왕의 다짐이 적혀 있다. 재판 지연의 문제점과 신속한 재판의 필요성이 오래전부터 논의돼 왔음을 알 수 있는 대목이다. 우리 민사소송법 제199조는 “민사 사건의 1·2·3심 재판은 각각 5개월 안에 판결을 선고”하게 돼 있지만 현실은 이와 다르다. 민사 1심 판결까지 규정 이상 지체된 비율은 2019년 51.9% 이후 3년 연속 50%를 넘기고, 2심은 더 심해서 5개월 안에 판결이 안 난 비율이 2012년 78.4%, 2015년 85.4%, 2021년엔 무려 92.4%를 기록했다. 법률의 규정을 지킨 것은 100건 중 7건뿐이다. 그렇다고 해서 모두 신속한 재판의 원칙에 반하는 것으로 보기는 어렵다. 법률의 규정이 절대적인 강행규정은 아니기 때문이다.

재판은 당사자들의 주장과 증거를 통해서 사실관계를 확인하는 것이 기본적인 속성임에도 불구하고 절차가 지연되면 당사자들에게 그만큼 고통을 안겨준다. 원하는 판결을 얻더라도 재판의 지연으로 인해 본래의 목적을 달성할 수 없는 경우도 있기 때문이다. 신속한 재판을 이야기할 때 어느 정도의 기간을 말하는지 정확하게 단정할 수는 없다. 결국은 여러 가지 요소에 의해서 판단할 수밖에 없는 상대적 개념이다. 헌법과 법률에서 정하고 있는 절차에 따라서 재판을 받을 권리가 보장돼야 하고, 당사자가 자신의 주장을 다 하고 증거를 제출할 수 있는 권리가 보장되는 재판이어야 한다. 특히 형사재판의 경우 피고인의 방어권이 충분히 보장돼야 한다. 구속된 상태의 재판은 피고인의 방어권 행사를 어렵게 하는 것이므로 가능한 불구속재판을 받도록 해야 하는 것도 헌법이 구현하는 원칙이다. 탄핵재판의 경우 소추가 이뤄지면 소추 대상자는 현재의 직을 유지할 수 없기 때문에 재판이 지나치게 장기화된다면 결국 탄핵결정에 의하지 않고서도 임기를 채우지 못하는 경우도 발생할 수 있다. 결국 신속한 재판과 법에 따른 충실한 재판을 받을 권리의 보장은 서로 대립하는 개념이기 때문에 신속한 재판을 받을 권리가 어디까지 인지를 명확히 하는 작업도 필요한 것이다.

3. 재판의 신속성의 기준

재판청구권은 모든 국민이 공정하고 신속한 재판을 받을 권리가 있음을 선언하고 있다. 여기서 재판이 신속해야 한다는 것은 법원이 구체적인 사건의 성격 및 내용과 관련하여 일정한 시간



안에 재판하지 않음으로써 적어도 당사자가 요청한 권리구제의 실익이 없어지게 되는 정도의 지연이 일어나지 않는 상태에서 재판을 해야 한다는 것을 뜻한다. 재판의 지연행위는 사실상 청구인들이 권리구제를 받을 기회를 박탈한 것이고, 청구인들의 공정하고 신속한 재판을 받을 권리를 침해한 것이다. 일반적인 사건들과 달리 합리적 이유 없이 오랜 시일 동안 판결을 선고하지 아니함으로써 청구인들을 부당하게 차별하여 청구인들의 평등권을 침해한 것이라 볼 수 있다.

우리 헌법재판소는, 공권력의 불행사에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 직접 도출되는 작위의무나 법률상의 작위의무가 특별히 구체적으로 존재하여 이에 의거하여 기본권의 주체가 그 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 불구하고 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 한하여 허용되므로, 이러한 작위의무가 없는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원은 부적법하다. 법원은 민사소송법 제184조에서 정하는 기간 내에 판결을 선고하도록 노력해야 하겠지만, 이 기간 내에 반드시 판결을 선고해야 할 법률상의 의무가 발생한다고 볼 수 없으며, 헌법 제27조 제3항 제1문에 의거한 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하고, 신속한 재판을 위한 어떤 직접적이고 구체적인 청구권이 이 헌법규정으로부터 직접 발생하지 아니하므로, 보안관찰 처분들의 취소청구에 대해서 법원이 그 처분들의 효력이 만료되기 전까지 신속하게 판결을 선고해야 할 헌법이나 법률상의 작위의무가 존재하지 아니한다.⁷⁾

헌법 제27조 제3항 전문은 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하며, 폭넓은 입법 재량이 허용된다. 다만 신속한 재판을 위해서 적정한 재판기간을 정하는 것은 법률상 쟁점의 난이도, 개별사건의 특수상황, 접수된 사건 양 등 여러 가지 요소를 복합적으로 고려하여 결정되어야 할 사항이므로, 관할 법원에게도 일정 부분 재량권이 부여된다(헌재 1999. 9. 16. 98헌마75 참조). 개별사건의 특수성 및 제반여건을 불문하고 모든 사건에서 반드시 준수하여야 할 재판기간을 미리 예측하여 일률적으로 정해 놓는 것은 적절하지 않을 뿐만 아니라 가능하지도 않다(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마732 참조).⁸⁾ 신속한 재판의 원칙은 미국 수정헌법 제6조에 의해

7) 헌법재판소 1999. 9. 16. 98헌마75 결정

8) 헌법재판소 2023. 3. 23. 2020헌바149 결정



보장되고 있으며 불합리한 정도의 지연을 금지하고 있다.⁹⁾ 여기서 불합리한 정도의 지연을 판단하기 위해서 법원은 지연기간의 정도, 신의성실과 지연의 정당성, 피고인의 신속한 재판을 받을 권리의 주장, 피고가 입을 편견 등을 고려하여 판단한다고 보고 있다.

IV. 대상판결에 대한 평가

1. 헌법재판소 결정의 필요성과 문제점

국민적 염원이 헌법재판관의 결원으로 재판이 지연되는 것을 허용하지 않는 것이므로 명분상으로는 헌법재판소의 결정에 타당한 면이 있다. 국회나 행정부가 자신의 권한 행사를 제때 행사하지 않아서 국민들이 입게 되는 피해는 최소화해야 한다. 국회나 정부가 자신의 권한을 방기하고 있는 경우 이를 통제하는 것이 바람직하다. 더욱이 정파적 이익에 따라서 재판관의 선임을 늦추는 경우 심각한 헌법 공백을 치유할 필요가 있기 때문이다. 재판관 대행제도나 예비재판관 제도를 두거나, 새로운 재판관의 임명 시까지 임기만료된 재판관이 계속해 재판관의 역할을 수행한다는 규정이 없는 한 어떤 형태로든 해결해야 할 문제다. 그럼에도 불구하고 이번 헌법재판소의 결정은 특정 정파가 방송통신위원장에 대한 탄핵심판의 소추로 인해서 직무가 정지되고, 직무정지 기간을 늘리는 수단으로 헌법재판관의 임명절차를 지연시키는 것이 아년가에 대한 의문이 언론을 통해서 보도되었고, 그 과정에서 사실상 헌법재판관들의 요청으로 대리인이 법률의 위헌을 구하는 헌법소원과 가처분 신청이 이루어진 것이다. 중립적이어야 할 헌법재판소가 특정 정치세력의 주관적 의도를 고려해 결정이 이루어진 것을 매우 잘못된 것이다. 재판관의 중립적인 역할이 사실상 무너진 것이다. 그러한 사정 이외에도 위 헌법재판소의 결정은 아래의 문제점을 남긴다.

9) Dillingham v. United States, 423 U.S. 64 (1975)



2. 신속한 재판과 충실한 재판

신속한 재판의 원칙은 역사적으로도 반복되어 온 원칙이다. 그러나 신속한 재판을 위해서 재판이 부실화하거나 졸속으로 이루어져 실체적 진실의 발견이 저해되어서는 곤란하다. 그렇기 때문에 신속한 재판 못지않게 재판의 충실성도 요청된다. 먼저 신속할 재판을 받을 권리 이상으로 충실한 심리를 받을 권리 또한 중요하다. 어느 한쪽을 쉽게 포기할 수 있는 문제는 아니다. 또한 신속한 재판의 경우 신속성을 침해하는 기준을 어떻게 삼을 것인지도 문제가 된다. 예를 들면 1개월 또는 3개월 이내에 재판관이 임명될 여지가 있는 경우에도 곧바로 신속한 재판을 받을 권리가 침해된다고 말할 수 있는지의 의문이다. 결국 위 헌법재판소의 결정은 최소한 임기 만료 후 1개월이나 3개월이 지난 후에는 6인의 재판관만으로도 심리를 진행할 수 있다고 그 한계를 설정했어야 하는 것이다. 재판을 받을 권리는 신속한 재판을 받을 권리도 중요하지만 제대로 심리를 받는 권리도 중요하다. 법에 따라서 합의제 재판을 받을 권리, 법에서 규정하고 있는 법관이나 재판관이 모두 심리에 참여하는 재판을 받을 권리 또한 재판청구권의 한 내용이다. 헌법재판소의 논리라면 법원의 판사가 부족하다는 이유로 합의부 재판에서 2인의 법관만 참여해서 심리를 하는 것도 가능하다는 여지를 남길 수 있다. 당사자들은 신속한 재판 못지않게 자신의 주장을 충분히 펼치고 관련 증거를 제출할 수 있는 기회가 주어지는 법정을 원한다. 더욱이 신속한 재판을 이유로 6인의 재판관에 의해서 심리가 이루어지고 재판결과가 나왔지만 자신이 원하지 않은 결과에 이른 경우 대부분의 당사자들은 헌법과 헌법재판소법에서 9인의 재판관이 관여해 심리를 하고 의결을 하도록 했음에도 불구하고 자신의 사건에 대해서만 6인 체제의 재판이 이루어진 것을 받아들이지 못할 것임이 틀림없다. 그러한 당사자들은 다시 재판청구권의 침해를 이유로 헌법소원을 제기하거나 다른 방법을 찾게 될 것이다. 결국 6인 체제의 헌법재판 심리는 결코 바람직하지도 않고 또 다른 분란을 낳게 되는 모순을 가지게 된다.

3. 헌법과 법률에서 정한 재판을 받을 권리의 침해 가능성 여부

재판은 헌법과 법률에서 정하고 있는 재판관에 의해서 재판이 이루어진다. 법률에서는 관할을 정하고 있고, 그 관할법원에서 재판을 받게 된다. 관할에 위반한 경우 일반적으로 이송을 통해서

관할 있는 법원에서 재판을 받아야 한다. 헌법재판의 겨우 단일한 재판관할이고 심리정족수와 의결정족수에 대해서 법률에서 정하고 있다. 헌법재판소법 제23조 제1항에 의해서 7인 이상의 재판부로 구성된 재판부에서 심리가 이루어져야 하고, 의결정족수의 경우 헌법재판소에서 재판관 과반수 또는 6인 이상의 재판관이 찬성해야 비로소 의결이 이루어진다. 위와 같은 원칙은 일반적으로 절대적인 것이어서 헌법이나 법률의 개정을 통하지 않고 변경될 수 없다. 신속한 재판을 이유로 6인 이하의 헌법재판 심리가 이루어진다면 어느 누구에게는 법률에서 정하지 않은 재판부가 심리하지 못하게 되는 문제가 발생한다. 더욱이 6인의 재판부에서 결론이 이루어지면 6인 이상의 찬성을 요하는 경우 사실상 만장일치로 결론을 내야 하는 것이며, 과반수의 경우에도 사건의 결론에 왜곡이 발생할 수 있음은 틀림없는 사실이다. 결과적으로 재판청구권의 한 요소인 신속한 재판의 원칙을 지키려다 보니 재판청구권 자체를 침해하는 형국에 이를 수도 있다. 꼬리가 몸통을 치는 이상한 결론에 도달하게 되는 것이다. 당사자들이 원하는 재판청구권은 신속한 재판이기도 하지만 합리적인 재판결과이기도 하다. 6인 체제의 심리와 의결이 있을 경우 어느 누구도 합리적인 결론이라고 강변할 수 없게 된다.

4. 다른 가치분에 비하여 효력범위가 광범위

일반적인 효력정지 가치분의 경우 당해 사건에만 적용된다. 그러나 법률이나 시행령의 경우 해당 조항의 효력이 정지될 경우 당해 사건은 물론 다른 사건에까지 광범위한 영향을 미치게 된다. 물론 기술적으로는 당해 사건에 한해서 일정한 본안판단이 나오기까지만 효력을 정지시키는 것도 가능할 수 있다. 그러나 대상판결의 경우에는 본안판단이 이루어지기까지 법률의 효력을 정지시키기 때문에 해당 법률의 적용을 받는 모든 사건의 경우에 해당 법률은 효력이 발생할 수 없어서 이 사건 가치분 결정으로 해당 법률이 일정기간 없는 것과 마찬가지로의 효과를 가져오게 된다. 따라서 가치분에 의한 효력정지는 당사자의 피해를 최소화하기 위한 잠정적인 조치로 그 효과는 당해 사건의 당사자에 한하는 것이 바람직함에도 불구하고 당사자 이외의 사람들에게까지 그 효력이 미쳐 효력정지 가치분이 달성하고자 하는 목적을 벗어나게 되는 것이다. 따라서 법률의 효력정지는 일반 가치분의 효력정지와 다르게 보다 신중한 접근이 필요하다 할 것이다.



5. 사실상 입법기능으로 삼권분립의 원칙에 반할 수 있다.

헌법재판소는 법률을 해석하는 기관에 불과할 뿐 입법행위를 할 수는 없다. 3권분립의 원칙상 헌법이 구현하고자 하는 정신이다. 그러나 위와 같은 결정이 반복되는 경우, 그것도 가처분 형식으로 법률의 효력을 정지시키는 경우에는 형식적으로나 실질적으로 입법행위에 해당되는 것이고, 이는 3권분립의 원칙에도 위반하게 된다. 입법으로 해결해야 할 문제를 형식적인 명분을 내세워 결정의 형식으로 실질적인 입법행위를 하는 것이어서 헌법정신에도 부합하지 않는다. 그렇기 때문에 본안에 대한 조속한 진행으로 합리적인 결과를 내놓는 형식으로 문제를 해결해야 하는 것이다. 대상 결정의 경우에는 일정기간(본안 판결 시까지) 해당 법률조항의 효력을 정지시킴으로써 헌법재판소의 결정으로 사실상 법률조항을 변경하게 된다. 일반적으로 법률의 개정, 변경, 폐지는 입법작용으로 오로지 국회에 그 권한이 있음에도 불구하고 헌법재판소가 국회에 주어진 입법작용을 하게 되는 것이어서 우리 헌법이 지향하고 있는 3권분립의 원칙에도 반하게 되는 것이다. 따라서 법률의 효력정지는 일반적인 효력정지와 달리 그 적용범위가 최소한에 그쳐야 할 것이며, 국회의 입법작용을 침해할 우려가 있기 때문에 효력이 정지되는 범위와 기간을 최소화하는 방향으로 운영돼야 한다.

6. 본안의 위헌성 여부를 고려하는 경우의 문제점

일반적으로 가처분의 경우에는 본안 심판의 승소 가능성이 있느냐 여부는 원칙적으로 고려의 대상이 아니다. 긴급성과 필요성을 이유로 가처분 제도가 이용되는바 본안의 승소 가능성까지 판단하게 된다면 효력정지 가처분이 지나치게 우려될 수도 있기 때문이다. 그렇다고 하더라도 본안판단에서의 승소 가능성에 대한 어느 정도의 개연성은 필요하다고 보는 것이 일반적이다. 본안에서 도무지 받아들이기 어려운 주장을 하는 경우에는 원칙적으로 가처분을 인용하기 어렵다고 봐야 한다. 승소 가능성의 개연성은 재판관마다 달리 평가할 수 있다. 따라서 전임 재판관들이 어느 정도의 개연성을 고려해서 가처분을 인정한 경우 후임 재판관들에게 최소한의 범위 내에서는 영향을 미친다고 봐야 한다. 그렇게 될 경우 후임 재판관들이 전임재판관들과 완전히 독립해서 심리를 하고 결론을 내놓을 수 있는지에 대한 의구심을 갖게 되는 문제점이 있다.



7. 임기만료로 공석이 된 경우에만 적용하는 문제

대상결정의 경우에는 헌법재판관들이 임기만료로 공석이 되는 경우에만 적용하도록 하고 있다. 그러나 임기만료 이외에도 여러 가지 사유들로 인해서 7인 이상의 재판관으로 구성되지 못하는 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우 임기만료로 인한 공석과 임기만료 이외의 사유로 인한 공석을 달리 봐야 할 이유가 없다. 마찬가지로 신속한 재판의 침해가 문제되기 때문이다. 따라서 대상판결의 경우 굳이 임기만료로 인해서 7인 재판관체제가 구성되지 못한 경우에도 같은 원리가 적용되는 것으로 해석해야 하는 것이다. 어쨌든 이 사건 헌법재판소의 결정에도 불구하고 임기만료 이외의 사유로 7인 재판관 체제를 구성하지 못한 경우에도 마찬가지로 신속한 재판의 원칙을 위해서 같은 내용의 가처분 결정이 가능하다고 봐야 한다.

8. 6인의 재판관 체제에서 의결까지 가능하다면 결정의 정당성에 심각한 문제 초래

다음으로 헌법재판소법 제23조 제1항은 심리정족수에 관한 규정이다. 의결정족수에 대한 문제는 다른 측면이다. 6인의 재판관 상태가 상당 기간 진행되는 경우 심리를 계속할 수 있다면 탄핵심판 의결을 하는데도 이를 막을 수 있는 방법이 없다. 6인 이상의 찬성을 요하는 위헌법률 심판이나 탄핵심판 등의 경우에도 6인의 재판관만으로 의결을 할 수 있고, 그 경우에는 사실상 만장일치가 돼야 법률의 위헌성을 선언하거나 탄핵결정을 하게 되는 것이어서 매우 부당한 결론에 이를 수도 있다. 심리가 이루어지지 않았다면 당연히 의결을 하지 못할 터인데 심리가 계속되고 심리가 성숙돼 결론을 내리는 것이 가능하다면 별다른 의문 없이 선고가 가능하기 때문이다. 이 경우에 결론이 내려진다면 자신이 원하는 재판을 받지 못한 당사자들의 경우 다시 재판 청구권을 침해당했다는 헌법적 문제제기를 할 수도 있고 이를 방어할 뚜렷한 논리도 없다. 헌법에서 정하고 있는 재판관이 구성되지도 않은 상태에서 재판을 받았기 때문이다. 심리가 끝났는데도 결원된 재판관 구성을 기다리면서 결론 내리는 것을 기다리는 것도 지나치게 형식적이다. 왜냐하면 심리에 참여하지 않은 재판관에게 결론에는 관여하라는 것이고, 형식적으로만 9인 체제의 결론을 작출하는 것이기 때문이다. 결국 어떤 이유로도 합리적인 설명이 불가능하게 된다.



9. 입법론 - 직무대행, 예비재판관 제도

국민적 염원이 헌법재판관의 결원으로 재판이 지연되는 것을 허용하지 않는 것이므로 명분상으로는 헌법재판소의 결정에 타당한 면이 있다. 국회나 행정부가 자신의 권한 행사를 제때 행사하지 않아서 국민들이 입게 되는 피해는 최소화해야 한다. 국회나 정부가 자신의 권한을 방기하고 있는 경우 이를 통제하는 것이 바람직하다. 더욱이 정파적 이익에 따라서 재판관의 선임을 늦추는 경우 심각한 헌법공백을 치유할 필요가 있기 때문이다. 재판관 대행제도나 예비재판관 제도를 두거나, 새로운 재판관의 임명 시까지 임기만료된 재판관이 계속해 재판관의 역할을 수행한다는 규정이 없는 한 어떤 형태로든 해결해야 할 문제다. 재판관대행제도는 새로운 재판관의 임명 시까지 그동안의 재판관이 업무를 수행하는 것이고, 예비재판관 제도는 재판관 궐위를 대비해 새로운 재판관 임명 시까지 예비재판관이 임무를 수행하게 된다. 어떤 제도이든 헌법에서 근거규정을 뒤야 한다. 특히 예비재판관 제도는 자격, 임명절차 등에 대해서 새로운 규정을 만들어야 하기 때문에 입법론적으로 많은 논란을 낳게 될 것이 틀림없다.

V. 결 론

국회가 자신의 역할을 다하지 않는다면 국정이 혼란되고 마비되는 현상이 발생한다. 기본적으로 법률을 제정하고 행정부를 견제하는 역할이지만 헌법기관의 구성에 있어서도 막대한 권한을 가지고 있다. 특히 헌법재판관 9인의 구성은 국회가 3인을 지명하고 대통령이 임명하는 절차를 거치게 된다. 따라서 정략적인 판단으로 헌법재판관 지명을 늦추는 경우 사실상 헌법재판소의 기능을 마비시키게 된다. 이번처럼 3인의 재판관 임기 종료는 예상되는 상황에서도 후임 재판관 임명을 위한 별다른 절차를 거치지 않는 경우 재판관의 결원으로 인한 헌법재판의 지연은 당연히 예상할 수 있게 된다. 그러한 상황에서 헌법재판관들이 이구동성으로 재판의 지연을 막아야 한다는 일념에서 이번 결정이 이루어졌다.

그럼에도 불구하고 대상 결정은 효력정지 가처분 형식으로 법률의 조항에 대한 효력을 정지



시켜 사실상 헌법재판소가 입법작용을 한 것이어서 3권분립의 원칙에 반하게 되며, 6인 재판관만으로 결론에까지 이른다면 사실상 법에서 정하고 있는 정당한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 된다. 아울러서 효력정지의 가처분이 당사자뿐만 아니라 일반 국민 모두에게 적용되는 것이므로 그 적용범위가 지나치게 광범위하다. 재판관의 직무대행 제도나 예비재판관 제도를 도입하더라도 헌법의 근거가 있어야 하는 것은 물론 해당 제도를 도입하는 법률의 경우에도 기술적인 많은 문제점을 가지고 있다.

결국 대상 결정은 국회가 제대로 역할을 하지 못하는 상황에서 헌법기관인 헌법재판소가 부수적인 조치를 취함으로써 헌법재판소 기능의 마비를 막은 것이다. 그럼에도 불구하고 이번 헌법재판소의 결정은 사실상 입법행위로 국회의 권한을 침해하는 것이다. 이처럼 법률의 효력정지가 본안에 의해서가 아니라 가처분 형식으로 반복된다면 헌법기관인 헌법재판소의 기능 마비를 막는다는 명분에도 불구하고 헌법재판소의 결정이 또 다른 헌법침해를 가져온다는 위험성도 무시할 수 없다. 그렇다고 국회의 결정을 그대로 따르다 보면 정략적인 결정에 의해서 헌법기관의 기능 마비가 반복될 수도 있다. 따라서 헌법재판관의 임기종료가 이루어지면 후임 헌법재판관이 임명되기까지 현재의 재판관이 그 임무를 계속하든지, 아니면 예비헌법재판관 제도를 마련해 헌법재판소의 기능이 마비되지 않도록 하는 입법적인 조치를 마련하는 것이 가장 바람직할 것으로 보인다.

결국 이번 헌법재판소의 결정은 그 필요성과 명분에도 불구하고 여러 가지 문제를 낳을 수 있어서 쉽게 동의하기는 어렵다.



[참고문헌]

양 건, 헌강의(13판), 박영사, 2024.

허 영, 한국헌법론(신14판), 박영사, 2019.

헌법재판소, 헌법실무제요, 2023.

임기영, 형사절차에서 신속한 재판을 받을 권리 : 미국과 캐나다의 연방대법원 판례를 중심으로,
헌법재판소 헌법재판연구원 2021 .

정한중, 신속한 재판을 받을 권리, 형사법 연구 제34권 제4호, 한국형사법학회, 2022.

최광선, 임시의지위를 정하는 가처분과 신속한 재판을 받을 권리, 인권법편론 제26호, 전남대학교
공익인권법센터, 2021.

▶ 발표일시 : 2024. 11. 6.(수) 07시 30분

▶ 사 회 : 오승원 변호사

▶ 참석회원 : 김재승, 김정범, 류원용, 박경춘, 박세웅, 배병호, 서규영, 서장원, 신성민,
신용간, 양호승, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이원용, 이재용,
이정일, 최유선, 홍영호 변호사(총 21명)

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW



II

民事判例研究

Civil Law

서울지방법원 판례연구 제38집 (2권)



하도급대금의 직접 지급의무와 신탁계약상의 자금집행순서

Direct payment of subcontract prices and the order of disbursement under
trust agreements

辯護士 김 용 우

Kim Yong Woo

【사건의 표시】

대법원 2023. 6. 29. 선고 2023다221830 판결

논문요약

건설사업장에서 하도급거래 공정화에 관한 법률 제14조 제1항 또는 건설산업기본법 제34조 제2항에 따른 하도급대금의 직접 지급사유에 해당하면 발주자는 수급사업자(하수급인)에게 하도급대금을 직접 지급하여야 한다. 이러한 점은 PF(Project Financing) 사업장에서 관리형토지신탁계약에 따라 시행사(신탁계약상의 위탁자)로부터 공사도급계약의 발주자의 지위를 승계한 신탁사(신탁계약상의 수탁자)의 경우도 마찬가지다. 그런데 원사업자 내지 수급인(시공사)이 신탁사에게 공사대금의 지급을 구하더라도 신탁사는 신탁계약상의 자금집행순서에 따른 선순위 재원이 부족하다는 이유로 원사업자의 공사대금의 지급 요청을 거절하거나 원사업자에게 추가 담보를 요구할 수도 있다. 하지만 신탁사가 신탁계약의 당사자가 아닌 수급사업자에게도 신탁



계약상의 자금집행순서를 이유로 직접 지급청구를 거절할 수 있는지 여부는 실무상 상당한 문제가 되었고, 대법원은 본 판결에서 신탁사의 손을 들어주며 논란을 일단락 하였다. 다만, 대법원 판결에 의하면 부동산개발에 따른 위험을 수급사업자에게 전가 될 수밖에 없는데, 그러한 결론이 직접 지급청구권의 취지 및 법적성격에 부합하는지 등을 비판적인 시각으로 검토하고자 한다.

〈주제어〉

하도급법, 건설산업기본법, 직접 지급청구권, 관리형토지신탁, 자금집행순서
FAIR TRANSACTIONS IN SUBCONTRACTING ACT, FRAMEWORK ACT
ON THE CONSTRUCTION INDUSTRY, Direct Payment of Subcontract Prices,
Managerial Land Trust, Order of Disbursement

목 차

[사건의 개요]

[사건의 경과]

[대법원 판결이유]

[연구]

I. 문제의 제기

II. 하도급대금의 직접 지급의무의 취지 및 법적 성격

1. 하도급대금의 직접 지급의무의 취지
2. 하도급대금의 직접 지급의무의 법적 성격

III. 자금집행순서로 직접 지급청구권에 대항할 수 있는지 여부



1. 문제점
2. 대상판결 항소심의 논거
3. 하도급대금의 직접 지급의무를 채무인수로 볼 경우
4. 하도급법이 정한 하도급대금의 직접 지급 방법에 반함
5. 관리형토지신탁계약에 따른 시공사인 원사업자의 지위를 협력업체인 수급사업자의 차이
6. 신탁사의 신탁상의 자금집행순서의 제한이 없는 하도급대금 지급 의무가 ‘새로운 부담’인지 여부
7. 직접 지급합의 시에 신탁자금 집행순서에 따라 제한될 수 있음을 명시한 경우
8. 소결

IV. 신탁자금 집행순서의 도래를 조건으로 해석할 수 있는지 여부

1. 대상판결 항소심의 논거
2. 법률행위 해석의 기준은 무엇인지
3. 자금집행순위에 하도급대금의 직접 지급의무에 관한 내용이 포함되어 있는지 여부
4. 민법과 하도급법이 정한 대금의 지급시기
5. 소결

V. 직접 지급합의 외의 사유를 원인으로 한 하도급대금의 직접 지급의무의 경우도 마찬가지인지 여부

VI. 건설산업기본법에 따른 하도급대금의 직접 지급의무도 마찬가지인지 여부

VII. 대상판결에 따른 제도개선의 필요성



[사건의 개요]

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위

(1) 피고는 부동산개발 시행사인 갑 주식회사(이하 ‘시행사’라고만 한다)와 부산광역시 부산진구 일원에 오피스텔 및 근린생활시설을 신축하여 분양하는 사업(이하 ‘이 사건 사업’이라 하고, 이 사건 사업에 따른 공사를 ‘이 사건 공사’라고 한다)에 관한 관리형토지신탁계약(이하 ‘이 사건 신탁계약’이라고 한다)을 체결한 부동산신탁업자이다(이하 피고를 ‘신탁사’라 한다).

(2) 원고는 갑으로부터 이 사건 공사를 수급한 을 주식회사(이하 ‘원사업자’라고 한다)로부터 기계설비공사 부분을 하도급 받은 회사이다(이하 원고를 ‘수급사업자¹⁾’라고만 한다).

나. 시행사, 시공사, 신탁업자 사이의 이 사건 승계계약 체결 등

(1) 시행사는 2017. 3. 15. 원사업자에게 이 사건 공사를 공사대금 54,571,000,000원(부가가치세 포함), 공사기간 2017. 4. 1.부터 2020. 1. 31.까지로 정하여 도급(이하 ‘이 사건 공사계약’이라고 한다)하였다.

[토지신탁 사업약정서]

제3조(용어의 정의) 이 약정 및 토지신탁계약서에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.

1. ‘토지신탁’이라 함은 수탁자(신탁업자)가 시행사(건축주, 사업주체)가 되어 위탁자로부터 수탁받은 토지(신탁설정시 인수하는 건물 및 구축물 포함, 이하 같음)를 개발

1) 하도급법에 의하면 ‘수급사업자’, 건설산업기본법에 의하면 ‘하수급인’으로 정의되는데, 대상판결에서는 하도급법상의 직접 지급청구권이 문제가 되었기에 이하에서는 수급사업자라고만 한다.



하면서 토지신탁계약에서 정하여진 바에 따라 관리 및 분양(처분)하는 범위 내에서 신탁사업의 시행자로서의 지위를 보유하는 업무만을 수행하되, 신탁사업의 수행 상 필요한 자금의 조달 및 시공상의 하자 분쟁, 분양계약과 관련된 분쟁, 민원의 처리와 해결 등에 대하여는 책임을 지지 아니하는 신탁을 말한다.

제13조(공사기성 지급방법) ① 수탁자는 시공사가 행하는 공사에 대하여 제 19조(자금집행순서) 제1항 제4호에서 정한 건축공사대금을 매 2개월 단위로 감리자 확인 및 수탁자의 기성확인 후 기성률에 따라 기성금으로 지급하며, 잔여공사비는 그 당시 현존하는 신탁 재산 범위 내에서 제19조의 자금집행순서 및 기성률에 따라 지급한다.

제19조(자금집행순서)

- ① 수탁자의 조달자금은 다음 각 호의 순서에 따라 집행함을 원칙으로 한다.
1. 국세, 지방세 등 본 사업 관련 제세공과금, 신탁보수, 신탁사무 관리비용(수탁자가 본 사업과 관련하여 부담하는 소송비용, 판결금원 등)
2. 지급기일이 도래한 대출약정상 Tranche A 대출금에 대한 이자(생략)
3. 지급기일이 도래한 대출약정상 Tranche B 대출금에 대한 이자(생략)
4. 지급기일이 도래한 대출약정상 Tranche C 대출금에 대한 이자(생략)
5. 지급기일이 도래한 증도급 대출이자
6. 설계·감리·CM 비용, 분양대행 등 분양경비 및 신탁보수, 분양계약 무효·취소·해제(지)로 인한 분양대금 반환대금(손해배상금 포함)
7. 공사기성금(공사비의 90% 범위 내)
8. 신탁사의 차입금 상환
9. 상환기일이 도래한 대출약정상 Tranche A 대출원금
10. 상환기일이 도래한 대출약정상 Tranche B 대출원금
11. 상환기일이 도래한 대출약정상 Tranche C 대출원금
12. 신탁사업 준공의무 불이행 또는 지연으로 인하여 수탁자가 토지신탁계약상 1 순위 우선수익자, 2순위 우선수익자 및 3순위 우선수익자에게 부담한 손해배상금
13. 미지급 공사비(잔여 건축공사대금)
14. 수익자의 수익금



제20조(자금집행방법) 신탁사업과 관련된 분양수입금 등 모든 자금을 집행하고자 하는 경우, 토지신탁계약에 따르기로 하고, 이와 관련하여 위탁자, 시공사는 동의하고 일체의 이익을 제기하지 아니한다.

제29조(효력) ① 이 약정서는 추후 체결이 예정되어 있는 토지신탁계약서에서 달리 정하지 않는 한 토지신탁계약서와 상호 보완의 효력을 갖되, 토지신탁계약서를 제외하고, 신탁사업과 관련하여 토지신탁계약의 당사자들의 전부 또는 일부 사이에 체결된 어떠한 구두 또는 서면에 의한 합의(공사도급계약을 포함하되, 이에 한정되지 않음)보다 우선하여 적용된다(생략).

② 위탁자 수탁자 시공사가 이 약정의 내용과 다른 내용을 별도로 특약으로 정한 경우에는 그 특약을 이 약정에 우선하여 적용한다.

③ 시공사는 토지신탁계약의 내용에 관하여 인지하고 있으며, 동의한다.

(2) 시행사는 2018. 5. 16. 신탁사와 이 사건 공사현장 토지에 관하여 토지신탁 사업약정(이하 ‘이 사건 신탁약정’이라고 한다)을 체결하였다. 신탁약정 상 시행사는 ‘위탁자 겸 수익자’, 신탁사는 ‘수탁자’, 원사업자는 ‘시공사’에 해당하고, 약정의 주요 내용은 다음과 같다.

(3) 시행사, 원사업자, 신탁사 등은 2018. 5. 16. 이 사건 신탁계약을 체결하였다. 이 사건 신탁계약상 시행사는 ‘위탁자’, 신탁사는 ‘수탁자’, 원사업자는 ‘시공사’에 해당하고, 계약의 주요 내용은 다음과 같다.

[관리형토지신탁 계약서]

제1조(신탁목적) ① 이 신탁의 목적은 위탁자는 신탁토지를 수탁자에게 신탁하고, 수탁자는 이를 인수하여 신탁토지 위에 신탁건물을 건축한 후 토지와 건물을 신탁재산으로 하여 이를 분양(처분)하는 데에 있다.

② 토지신탁계약은 수탁자가 신탁부동산을 신탁재산으로 하여 이를 이 계약서에서 정한 내용에 따라 관리 및 분양(처분)하는 범위 내에서 신탁사업의 시행자로서의 지위를 보유하는 업무만을 수행하되, 신탁사업의 수행 상 필요한 자금의 조달 및 시공 상의 하자 분쟁,



분양계약과 관련된 분쟁, 민원의 처리와 해결 등에 대하여는 책임을 지지 아니하는 관리형토지신탁으로 계약을 체결하는 데 있어 당사자들의 권리와 의무를 규정함에 목적이 있다.

(4) 나아가 시행사, 원사업자, 신탁사는 2018. 5. 16. 이 사건 공사계약에 대한 승계계약을 체결하였는데, 주요 내용은 아래와 같다.

[공사도급계약 승계계약 주요조건]

- 3. 공사기간 : 착공(예정)일 2017. 4. 1. 준공예정일 2020. 3. 14.
- 4. 계약금액 : 일금 사백구십억사천칠십사만육천원정 (₩49,040,746,000.-, 부가가치세 별도)
- 8. 기성부분금 : (2)월에 1회
- 11. 지체상금률 : 1일에 계약금액(부가가치세 포함)의 1,000분의 1
신탁사, 원사업자(이하 ‘시공사’라고 한다), 위탁자 겸 원도급인 시행사(이하 ‘원도급인’이라고 한다)는 당사자간의 합의에 따라 2017. 3. 15.자 ‘원도급인’과 ‘시공사’간의 공사도급계약을 본 계약서와 같이 승계하는 공사도급 승계계약을 체결하고(이하 생략),

[공사도급계약 승계계약 일반조건]

제2조(적용의 원칙) ① 이 계약의 목적이 되는 사업은 신탁사가 토지를 수탁받아 관리형토지 신탁 방식으로 시행하는 사업으로서, 2018. 5. 16. ‘신탁사’와 ‘시공사’, ‘원도급인(시행사)’ 간에 체결된 토지신탁사업약정서(이하 ‘토지신탁사업약정서’라고 한다) 및 2018. 5. 16. ‘신탁사’와 ‘원도급인’간에 체결된 관리형토지신탁계약서(이하 ‘관리형토지신탁계약서’라고 한다)와 이 공사도급 승계계약서가 상충되는 사항이 있을 경우에는 ‘토지신탁사업약정서’ 및 ‘관리형토지신탁계약서’를 우선하여 적용한다.



다. 이 사건 하도급계약 체결

(1) 원사업자는 2018. 11. 7. 수급사업자에게 이 사건 신축공사 중 기계설비·소방공사를 공사 기간 2018. 11. 7.부터 2020. 3. 14.까지, 공사대금 3,876,400,000원(부가가치세 및 건설산업기본법 시행령 제84조에 의한 노무비 포함)으로 정하여 하도급하였다(이하 ‘이 사건 하도급계약’이라고 한다).

(2) 이 사건 하도급계약은 2019. 3. 30. 소방설비공사를 제외한 기계설비공사만 진행하고 공사대금을 2,042,700,000원으로 감축하는 내용으로 변경되었다. 그 후 2020. 3. 13.에는 준공일이 2020. 5. 15.로 연장되어 재차 변경되었으며, 2020. 5. 15.에는 위 공사기간의 준공일을 2020. 6. 30.로 또 다시 연장되어 변경되었다.

라. 이 사건 직불합의 등

수급사업자와 신탁사, 원사업자는 2019. 7. 29. 이 사건 하도급대금을 신탁사가 직접 수급사업자에게 지급하기로 하는 내용의 하도급 대금 직불합의를 하였는데, 그 주요 내용은 아래와 같다(이하 ‘이 사건 직불합의’라고 한다).

[하도급대금 직불(직접 지급) 합의서]

제2조(하도급대금 직접 지급의 범위) ① 신탁사는 원사업자에게 지급할 기성(준공) 금액 범위 내에서 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급할 수 있다. 즉, 본 합의를 통하여 상기공사와 관련하여 신탁사가 부담하게 되는 공사대금의 범위는, 신탁사와 원사업자 사이의 공사도급계약에 따라 신탁사가 원사업자에게 지급해야 할 공사대금 채무의 범위를 초과하지 않는다.

② 신탁사는 원사업자에 대한 아래와 같은 사유가 있는 경우 수급사업자에게도 그 사유로써 대항할 수 있다

2. 신탁사와 원사업자 사이에 원사업자의 지체상금채무가 발생하는 경우 그 지체상금을



신탁사가 지급해야 할 공사대금과 대등액에서 상계할 수 있다고 약정함으로써, 신탁사가 지체상금 상당의 공사대금 지급을 거절할 수 있는 경우

3. 기타 수급사업자의 직접 지급 요청이 있기 전에 신탁사가 원사업자에 대하여 대항할 수 있는 사유

마. 이 사건 승계계약의 최종 변경

이 사건 승계계약은 2020. 6. 17. 최종적으로 변경(제6차)됨으로써 2018. 8.경부터 2020. 6. 17. 까지 6차례에 걸쳐 그 내용이 변경되었는데, 그 주요 내용은 아래와 같다.

[공사도급계약 변경계약서 (6차)]

제1조(공사기간 변경) 신탁사와 시공사는 원계약 주요조건 3. 공사기간을 아래와 같이 변경하기로 한다.

구분	변경 전	변경 후
3. 공사기간	착공(예정일) : 2017. 4. 1. 착공(예정)일 : 2017. 4. 1.	준공예정일 : 2020. 3. 14. 준공예정일 : 2020. 6. 21.

제2조(지체상금) 이 변경계약에도 불구하고, 지체상금과 관련된 산정은 변경 전 공사기간 (2017. 4. 1. ~ 2020. 3. 14.)을 기준으로, '기존계약'에 따라 적용하는 것으로 한다.

바. 신탁사의 공사대금의 지급 및 수급사업자의 유치권포기 확인서의 작성

수급사업자는 2020. 8. 3. 신탁사에게 '이 사건 하도급계약에 의한 공사대금 1,857,000,000원 (부가가치세 별도) 중 1,606,181,818원을 지급받았고, 미지급 공사대금으로 250,818,182원이 남았으며, 기시공분에 대한 유치권 행사를 포기한다.'라는 취지가 담긴 '하도급대금 수령 및 유치권포기 확인서'를 작성·교부하였다.



[사건의 경과]

1. 원고(수급사업자) 및 피고(신탁사)의 주장 요지

대상사건의 3번에 걸친 심급에서 수급사업자는 신탁사에게 이 사건 하도급계약 및 이 사건 직불합의에 따라 신탁사가 수급사업자에게 지급하여야 할 공사대금 중 미지급 공사대금인 275,900,000원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하였고, 신탁사는 이 사건 하도급공사대금이 신탁계약상 집행 순서의 제한을 받아야 한다는 주장(이하 ‘자금집행순서의 주장’이라고 한다), 이 사건 자금집행순서상 지급순서가 도래하였다는 점은 불확정기한이 아닌 조건으로서 수급사업자가 지급순서가 도래하였다는 정지조건이 성취되었다는 점에 대한 입증책임은 수급사업자가 부담한다는 주장(이하 ‘정지조건 불성취의 주장’)을 개진하였다.

가. 제1심(대전지방법원 천안지원 2021. 11. 26. 선고 2020가합105329 판결)

제1심은 수급사업자의 청구를 기각하였다.

자금집행순서의 주장과 관련하여서는, 수급사업자는 이 사건 직불합의에 따른 공사대금의 직접 지급을 구하는 것일 뿐 신탁사에게 이 사건 신탁계약이나 신탁약정에 따른 자금의 집행을 구하는 것이 아니므로 신탁자금집행의 순위와 무관하다는 취지로 주장하였지만, 제1심은 이 사건 직불합의는 하도급법에 규정된 직접 지급청구권에 기초한 것임이 그 문언상 명백하여, 신탁사로서는 원사업자에 대한 대금 지급의무의 범위를 초과하거나 자금 집행 순서를 벗어나서는 직접 지급을 할 의무가 존재하지 않는다고 판시하였다.

정지조건 불성취의 주장과 관련하여서는, 수급사업자가 구하는 이 사건 하도급 공사대금채권은 이 사건 신탁약정서 제19조의 집행순서 중 13순위로 지급될 비용에 해당하는데, 신탁자금 집행순서상 수급사업자의 하도급 대금채권보다 선순위에 해당하는 공동 3순위 우선수익자에 대한 각 대출금이 아직 지급되지 못하고 있는 것으로 보이므로, 수급사업자의 위 채권의 이행기가



도래하였다고 볼 수 없고, 달리 이행기 도래를 인정할 증거가 없다는 점을 이유로 들었다.²⁾

나. 항소심(대전고등법원 2023. 2. 8. 선고 2021나16964 판결)

반면 항소심은 제1심을 취소하고 공사대금 및 지연손해금 지급 판결을 내렸다.

자금집행순서의 주장과 관련하여서는, 12가지의 이유를 설시하면서 이 사건 직불합의 또는 채권양수도계약의 기재에 의하면, 직불합의서상으로도 발주자는 수급인에 대한 대금 지급의무의 범위에서 하도급대금의 직접 지급의무를 부담하고, 자금집행순서에 따라 양수인의 양도대상채권 행사가 제한될 수 있다는 취지가 기재되어 있기는 하나, 아래에서 인정되는 사정에 더하여 하도급 대금 직접 지급제도의 취지, 수탁자 겸 도급인인 신탁사와 시행사 및 수급사업자의 이해관계, 신탁사와 수급사업자의 직접 지급합의와 그 방식, 수급사업자가 직불합의과정에서 인식한 내용과 이를 통하여 달성하려고 하는 목적 및 진정한 의사, 직접 지급의 요청에 따른 법적 효과와 이에 대한 예견가능성 등을 종합적으로 고찰해보면, 설령 신탁사가 원도급인과 원사업자를 상대로 자금집행순서를 들어 대금지급청구에 응하지 아니할 수 있다고 하더라도, 신탁사와 수급사업자 사이의 직불합의시 위와 같은 내용이 수급사업자에게 제시되거나 직불합의서에 명시되지 아니한 이상, 신탁사로서는 수급사업자에게 자금집행순서를 들어 수급사업자의 공사대금채권의 이행기가 도래하지 아니하였다는 주장을 할 수 없다고 봄이 상당하다고 판시하였다.

정지조건 불성취의 주장과 관련하여서도 가정적인 판단을 하였는데, 신탁자금 집행순서상 수급사업자의 하도급대금보다 선순위에 해당하는 3순위 우선수익자들에 대한 각 대출금이고 수급사업자에게 직접 지급의 합의를 하였을 뿐만 아니라, 신탁사의 주장에 따르면 수급사업자는 직접 지급합의에도 불구하고 도급인인 신탁사에게 잔여 공사대금의 지급을 구할 수도 없다는 결론에 이르게 되어 지나치게 부당하므로, 위 특약의 내용을 들어 신탁사가 도급인의 책임을 전혀

2) 제1심에서 신탁사는 ‘이 사건 자금집행순서상 지급순서가 도래하였다는 점은 불확정기한이 아닌 조건’이라는 주장은 명시적으로 하지 않고, 다만, 이행기가 도래하지 않았다고만 주장한 것으로 보인다.



부담하지 않는다는 신탁사의 위 주장 또한 받아들이지 아니하고, 그리고 각 대출금이 아직 상환되지 못하고 있다는 사정이 증명되었다고 보기 어렵고, 설령 그와 같은 사정이 증명되었다고 하더라도, 도급인인 신탁사가 공사도급계약의 목적물을 검사한 후 목적물이 계약 내용대로 완성되었음을 명시적 또는 묵시적으로 시인한 바 있는 이상 신탁사의 공사대금 직불채무의 이행기가 도래하였다고 봄이 상당하다고 판시하였다.

다. 상고심(대법원 2021. 8. 12. 선고 2015다212541 판결)

대법원은 항소심 중 신탁사 패소부분을 파기하고, 대전고등법원에 환송하였다.

자금집행순서의 주장과 관련하여서는 하도급법상 원사업자이자 이 사건 신탁약정, 신탁계약, 승계계약 등을 체결한 당사자인 원사업자가 신탁사 등과 사이에 신탁사업약정 등에 따른 자금집행순서에 따라 공사대금을 청구하기로 합의한 이상 신탁사는 원사업자가 공사대금을 청구할 경우 자금집행순서 약정을 이유로 지급을 거절할 수 있다. 그리고 발주자인 신탁사가 하도급법상 직접 지급의무를 부담하는 공사대금 채권은 동일성을 유지한 채 수급사업자에게 이전되고, 신탁사는 새로운 부담을 지지 않는 범위 내에서 직접 지급의무를 부담하므로, 신탁사는 수급사업자의 직접청구에 대해서도 동일한 사유로 대항할 수 있다고 판시하였다.

정지조건 불성취 주장에 관련하여서는, 이 사건 신탁약에서의 자금집행순서의 성격은 정지조건으로 보는 것이 타당하고, 이 사건에서 자금집행순서상 지급순서가 도래하였다는 정지조건이 성취되었다는 사실은 직접청구권의 효력을 주장하는 수급사업자 측이 부담한다고 보아야 한다고 판시하였다.

[대법원 판결이유]

대법원은, 자금집행순서의 주장과 관련하여서는, 『발주자·원사업자 및 수급사업자 사이에서



발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 합의하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 ‘하도급법’이라 한다) 제14조 제1항, 제2항에 따라 수급사업자의 발주자에 대한 직접 지급청구권이 발생함과 아울러 발주자의 원사업자에 대한 대금지급채무가 하도급대금의 범위 안에서 소멸하는 경우에, 발주자가 직접 지급의무를 부담하게 되는 부분에 해당하는 원사업자의 발주자에 대한 공사대금 채권은 동일성을 유지한 채 수급사업자에게 이전되고, 발주자는 수급사업자의 직접 지급청구권이 발생하기 전에 원사업자에 대하여 대항할 수 있는 사유로써 수급사업자에게 대항할 수 있으나, 수급사업자의 직접 지급청구권이 발생한 후에 원사업자에 대하여 생긴 사유로는 수급사업자에게 대항할 수 없음이 원칙이다(대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다19574 판결, 대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다81224, 81231 판결 등 참조). 하도급법은 발주자에게 도급대금채무를 넘는 새로운 부담을 지우지 아니하는 범위 내에서 수급사업자가 시공한 부분에 상당한 하도급대금채무에 대한 직접 지급의무를 부담하게 함으로써 수급사업자를 원사업자 및 그 일반채권자에 우선하여 보호하려는 것이다. 이러한 입법 취지를 고려하면 특별한 사정이 없는 한 발주자는 하도급법 시행령 제9조 제3항에 따라 원사업자에 대한 대금지급의무를 한도로 하여 하도급대금의 직접 지급의무를 부담한다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다203960 판결, 대법원 2017. 12. 13. 선고 2017다242300 판결 등).』라고 판시한 후 위 자금집행순서의 주장에 대해 위와 같이 판시하였다.

정지조건 불성취 주장과 관련하여서는 『부관이 붙은 법률행위에 있어서 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 상당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 상당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 하고(대법원 2003. 8. 19. 선고 2003다24215 판결, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다89036 판결 참조), 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 당사자 사이에 법률행위의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 당사자의 의사해석이 문제 되는 경우에는 법률행위의 내용, 그러한 법률행위가 이루어진 동기와 경위, 법률행위에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다는 법리를 실시한 뒤(대법원



2011. 12. 27. 선고 2011다5134 판결, 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결 등 참조), 이 사건 신탁약정 등에서는 신탁사는 특별한 사정이 없는 한 자금집행순서에 어긋나게 자금을 집행할 수 없도록 정하고 있다. 그리고 원사업자를 비롯한 이 사건 신탁약정 등의 당사자는 사업진행의 효율성, 사업성패에 대하여 각자 부담가능한 위험의 정도 등을 고려하여 사업 성패에 따른 위험을 일부씩 부담하는 차원에서 자금집행순서에 따라 공사대금을 지급받는 것을 양해하면서 위 계약을 체결하였다고 보이는데, 이러한 자금집행순서 관련 약정의 문언, 동기와 목적 등 제반사정을 고려하면, 이 사건 사업시행에 따른 건물 완공 후 일정 기간이 도과하였다고 하여 집행순서와 상관없이 신탁자금에서 지급받을 수 있다고 보는 것은 신탁약정 등의 당사자들 의사에 부합한다고 볼 수 없고, 선순위 채권에 대한 자금이 집행되지 않은 상태에서는 특별한 사정이 없는 한 후순위 채권을 지급하지 않는다는 취지에서 자금집행순서를 정한 것으로 보아야 하므로, 위 자금집행순서의 성격은 정지조건으로 보는 것이 타당하며, 그러한 정지조건부 법률행위에서 조건이 성취되었다는 사실은 이에 의하여 권리를 취득하고자 하는 측에게 그 증명책임이 있으므로(대법원 1983. 4. 12. 선고 81다카692 판결 등 참조), 이 사건에서 자금집행순서상 지급순서가 도래하였다는 정지조건이 성취되었다는 사실은 직접청구권의 효력을 주장하는 수급사업자 측이 부담한다고 보아야 한다.』라고 판시하였다.

[연구]

I. 문제의 제기

건설사업장에서 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 “하도급법”이라 한다) 제14조 제1항 또는 건설산업기본법 제34조 제2항에 따른 하도급대금의 직접 지급사유에 해당하면 발주자는 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급하여야 한다. 이러한 점은 관리형토지신탁계약³⁾으로 불리는 부동산 신탁계약에 따라 시행사(신탁계약상의 위탁자)로부터 공사도급계약의 발주자의

3) 신탁사가 사업의 시행자(사업주체)가 되지만, 사업비를 위탁자 또는 시공사가 조달하여 사업을 진행하는 신탁계약을 의미한다.



지위를 승계한 신탁사(신탁계약상의 수탁자)의 경우도 마찬가지이다.⁴⁾

신탁계약에는 시행사와 신탁사가 위탁자와 수탁자로서, 대주단(채권자)과 시공사가 우선수익자로서 각각 참여하고 그 계약에서의 분양수익금 등의 자금집행순서를 미리 정하고 있다. 자금집행순서 중 신탁보수, 신탁사무 관리비용, 대출원리금, 보존등기 비용, 대주단의 대출원리금의 상당 부분은 공사대금의 집행보다 선순위에 있다. 따라서 시공사(원사업자)가 신탁사에게 공사대금의 지급을 구하더라도 신탁사는 신탁계약상의 자금집행순서에 따른 선순위 재원이 부족하다는 이유로 시공사의 공사대금의 지급을 거절하거나 시공사에게 추가 담보를 요구할 수도 있다.

그런데 신탁사가 신탁계약의 당사자가 아닌 수급사업자 내지 하수급인, 즉 협력업체에게도 신탁계약상의 자금집행순서를 이유로 직접 지급청구를 거절할 수 있는지 여부는 실무상으로 상당히 문제가 되었다. 특히 프로젝트 파이낸싱(Project Financing) 사업장에서 건설경기가 악화되어 분양에 실패하거나 설령 분양이 되더라도 분양대금이 제대로 납부되지 않는 경우가 늘어나는 상황에서, 신탁사가 수급사업자에게 기존에는 지급하던 기성고를 신탁계약의 선순위 자금의 지급을 지급하기 위한 재원이 부족하다는 이유로 직접 지급을 중단하거나 수급사업자에게 추가 담보를 요구하고 있는 사업장이 늘어나고 있는 상황에 더욱 그러하였다.

만약 신탁사의 자금집행순서의 주장을 인정할 경우 수급사업자로서는 자신이 관여하지 않아 그 내용을 알지 못하는 신탁계약으로 인해 하도급대금 직접 지급권의 행사가 제한될 수 있다. 그 경우 수급사업자로서는 스스로 관여할 수 없는 관리형토지신탁계약이 체결되었다는 이유만으로 그렇지 않은 경우보다 하도급대금의 직접 지급과 관련하여서는 불리한 지위에 놓이게 되는 셈이다. 그렇다고 해서 수급사업자의 신탁사에 대한 직접 지급청구권을 제한 없이 인정할 경우에도 신탁사가 부동산개발사업의 위험을 일방적으로 부담하게 되는데 이 또한 문제가 될 수 있다. 즉, 신탁사로서는 신탁계약상의 자금집행순서를 예정하여 신탁계약을 체결하고 신탁보수를

4) 실무적으로는 기존의 시행사와 수급사업자가 직접 지급합의를 하였다면, 관리형토지신탁계약이 체결된 후 위탁자인 시행사로부터 발주자의 지위를 승계한 신탁사가 수급사업자와 다시 직접 지급합의를 하는 것이 일반적이다.

책정하였을 것인데, 신탁계약에서 정한 자금집행순서와는 관계없이, 수급사업자가 직접 지급을 구하는 하도급대금을 무조건 지급하여야 한다면, 결국 신탁사는 해당 사업장의 신탁계정이 아닌 고유계정으로 공사대금을 지급해야 하는 부담을 안게 된다.

결국 대상판결의 핵심은 이러한 부동산개발에 따른 위험을 수급사업자가 부담할 것인지 아니면 신탁사가 부담할 것인지에 관한 것이고 이에 대해서는 실무상 상당한 혼란이 있었는데, 대법원이 신탁사의 손을 들어주며 논란을 일단락한 것으로 평가할 수 있다.

II. 하도급대금의 직접 지급의무의 취지 및 법적 성격

1. 하도급대금의 직접 지급의무의 취지

헌법재판소는 구 하도급법(1999. 2. 5. 법률 제5816호로 개정된 것) 제1항 및 제2항에 대한 위헌소원에서, 『하도급대금 직접 지급제도가 원사업자의 채권자들 중에서 수급사업자를 우대하게 되는 결과를 가져오는 것은 사실이다. 그러나 일반채권자와 달리 수급사업자는 원사업자의 도급채권 형성에 직접 기여하는 자이고, 이를 발주자와의 관계에서 보면 수급사업자의 원사업자에 대한 하도급대금채권과 발주자의 원사업자에 대한 도급채무는 비록 직접적인 관련이 있는 것은 아니지만 수급사업자의 자재와 비용으로 완성한 완성품에 대한 궁극적인 이익을 발주자가 본다는 점에서 간접적으로 대가적 관계에 있다고 볼 수 있을 정도로 밀접한 상호관련성이 있는 반면, 원사업자의 일반채권자의 채권과 발주자의 원사업자에 대한 도급채무는 아무런 관련이 없으므로, 원사업자의 도급채권에 관한 한 수급사업자와 일반채권자는 다르다고 할 것이다. 따라서, 앞에서 본 바와 같이 수급사업자가 하도급대금을 받지 못하는 경우에는 그 사회적 연쇄 파동이 심각해지는 점 등을 고려하여 입법자가 원사업자가 파산 등의 사유로 하도급대금을 지급할 수 없는 경우에 영세한 하청업자를 보호하기 위하여 원사업자의 도급대금채권에 대하여 수급사업자에게 직접 지급받을 수 있도록 하였다고 하더라도 거기에는 그와 같은 차별을 할 만한 합리적 이유가 있다고 할 것이다. 이 사건 법률조항의 직접 지급제로 인하여 원사업자의 채권자들 중에서 수급사업자를 우대하는 결과를 가져온다고 하더라도 이는 국민경제의 균형발전



이라는 공익실현을 위하여 입법자가 선택한 수단에 의하여 불가피하게 발생하는 것이고, 이 때 원사업자의 다른 채권자들이 입게 되는 불이익은 수급사업자의 시공분에 상당하는 도급대금 채권이 파산재단의 환가금에 포함되지 않는 것에 불과할 뿐이고 발주자에 의하여 하도급대금이 지급된 경우에는 파산재단에 대한 수급사업자의 권리 역시 소멸하는 것이므로 다른 채권자들이 입게 될 불이익이 지나치게 가혹한 정도에 이른 것이라고 볼 수도 없다.』라고 판단한 바 있다(헌법재판소 2003. 5. 15.자 2001헌바98 전원합의체 결정).

2. 하도급대금의 직접 지급의무의 법적성격

하도급법 건설공사의 도급계약은 발주자와 원사업자 사이에, 하도급계약은 원사업자와 수급사업자 사이에 체결되는 것이므로 직접적인 계약관계가 없는 수급사업자가 발주자에게 하도급대금을 청구할 권리는 없다. 그런데 하도급대금의 직접 지급청구권은 계약관계가 없는 수급사업자가 발주자에게 직접 하도급대금을 청구할 수 있는 권리를 인정하게 되는 것으로 계약의 상대적 효력에 대한 예외가 된다.⁵⁾⁶⁾ 그리고 하도급법상 하도급인의 권리에 관한 것은 강행법규적 성질을 가지므로, 당사자의 약정으로 수급사업자의 하도급대금 직접 지급에 관한 권리를 배제할 수 없다고 해석된다.⁷⁾

5) 법률에 의하여 제3자에게도 효력이 미치도록 하는 특별한 경우가 있는데, 가령 전대를 동인의 임대인의 전차인에 대한 직접청구권(민법 제630조), 책임보험에서 피해자의 보험자에 대한 직접청구권(상법 제724조 제1항, 자동차손해배상보장법 제10조), 복위임(민법 제682조 제2항), 순차 도급에서 수급사업자의 근로자가 임금미지급시 귀책사유를 가진 직상수급인에 대한 직접임금지급청구(근로기준법 제43조) 등이 그것이다.

6) 윤재운 건설분쟁관계법, 박영사, 제8판 535면; 이범상 건설관련 소송 I, 법률문화원(2020, 제5판) 535면

7) 김현석, '하수급인의 공사대금 직접청구권과 채권가압류', 민사판례연구27, 박영사, 2005. 2. 해당 논문에서는 프랑스 하도급법률에서는 명문으로 직접청구권의 포기는 무효라고 규정하고 있다고 한다. 전계논문 제21면(PDF 페이지 기준), 이범상, 전제서 I 536면, 이와 달리 하도급법상 다른 규정과 마찬가지로 특별히 이부분에 대한 사법상 효력을 부인한다고 해석하기 어렵다는 견해도 있다. 김성근 건설산업기본법 해설, e-대한경제(2021), 385면. 하급심은 하도급법 제14조 제2항에 따라 수급사업자의 원사업자에 대한 하도급대금채권과 발주자의 원사업자에 대한 도급대금채무가 소멸하도록 규정하고 있음에도 불구하고, 사적 자치의 원칙에 비추어 볼 때, 원사업자의 발주자에 대한 대금지급청구권과 수급사업자의 원사업자에 대한 권리를 유지 시키는 합의까지 하도급법이 금지하는 것은 아니라는 판시를 한 적이 있다(서울중앙지방법원 2019. 10. 17. 선고 2019나28767 판결, 위 판결은 심리불속행기각 판결로 확정되었다).



한편, 하도급법 상의 하도급대금의 직접 지급청구권의 발생으로 원사업자에 대한 발주자의 대금지급채무와 수급사업자에 대한 원사업자의 하도급대금 지급채무는 그 범위에서 소멸하고(하도급법 제14조 제2항⁸⁾) 그 채무는 동일성을 유지하면서 발주자에게 이전된다. 이처럼 발주자가 원사업자의 채무를 인수함으로써 원사업자가 당해 하도급대금의 범위에서 발주자에 대한 채권을 잃게 되는 동시에 수급사업자에 대한 채무를 면제받는다고 본다면, 발주자는 원사업자의 수급사업자에 대한 하도급대금 지급채무를 면책적으로 인수한 것이라고 볼 수 있다.⁹⁾¹⁰⁾

III. 자금집행순서로 직접 지급청구권에 대항할 수 있는지 여부

1. 문제점

신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것이므로(신탁법 제2조), 부동산의 신탁에 있어서 수탁사인 신탁사 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 신탁사에게 완전히 이전된다.¹¹⁾ 그러한 부동산신탁의 한 유형인 관리형토지신탁은 위탁자가 소유한 부동산을 신탁사에 맡기고, 신탁사가 해당 부동산을 관리 및 운영하는 방식인데, 신탁계약에 수반하여 기존에 위탁자가 원사업자(시공사)와 체결한 공사도급계약에 따른 발주자로서의 지위도 함께 이전되게 되고, 위탁자, 원사업자, 수급사업자가 체결한 기존의 직접 지급

8) 제14조(하도급대금의 직접 지급) ② 제1항에 따른 사유가 발생한 경우 원사업자에 대한 발주자의 대금지급채무와 수급사업자에 대한 원사업자의 하도급대금 지급채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다.

9) 이종광, “하도급대금 직접 지급 제도 개선방안.” 건설정책리뷰 2009-01 대한건설정책연구원. 28면. 박수곤/김민지/김태희, “하도급대금의 직접 지급의무에 대한 소고”, 입법과 정책 제9권 제1호, 국회입법조사처(2017.4), 272면, 하급심 판례들은 하도급법 제14조 제1항, 제2항에 따른 합의는 ‘면책적 채무인수’임을 전제로, 이와 다른 합의를 할 수 있다고 판시하고 있는 것으로 보인다.

10) 이와 달리 건설산업기본법에 의한 하도급대금 직접 지급의무의 경우 발주자가 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급한 때에 수급인의 채무가 소멸하는 것으로 규정하고 있으므로 이를 병존적 채무인수로 볼 수 있다(건설산업기본법 제35조 제3항). 같은 취지로는 박수곤 외 전게논문 제268면

11) 대법원 1994. 10. 14. 선고 93다62119 판결 참조 등 참조



합의에 따른 지위 또한 이전한다. 다만, 통상의 경우 수탁자, 원사업자, 수급사업자가 재차 직접 지급합의를 한다.

그런데 신탁계약에는 시행사와 신탁사가 위탁자와 수탁자로서, 대주단(채권자)과 시공사가 우선수익자로서 각각 참여하고 신탁계약에서의 분양수익금 등의 자금집행순서를 미리 정하고 있는데, 수급사업자의 직접 지급청구에 대해서도 위 신탁자금 집행순서를 이유로 대항할 수 있는 지가 문제가 되었다.

2. 대상판결 항소심의 논거

대상판결의 항소심인 대전고등법원은 ‘신탁사가 신탁자금 집행순서로 수급사업자의 직접 지급 청구에 대항할 수 없다.’라고 판시하며, 12가지의 이유를 설시하며 이와 다른 판단을 한 제1심 판결을 취소하였다. 해당 판결 이유를 발췌, 요약하면 다음과 같다.

(1) 하도급법 제14조에서 규정하고 있는 하도급대금의 직접 지급제도의 입법취지는 직접 지급합의 또는 직접 지급요청에 따라 발주자에게 하도급대금의 직접 지급의무를 부담시킴으로써 수급사업자를 수급인과 일반채권자에 우선하여 보호하는 데 있는데, 발주자가 그 지위를 신탁사(수탁자)에게 양도한 이후 신탁사 겸 발주자, 원사업자, 수급사업자 3자간 직불합의의 경우에 수탁자가 위탁자 겸 발주자에게 대항할 수 있는 사유에 대해서까지 수급사업자의 공사대금채권 행사의 조건 또는 제한으로 보는 것은 당초 직불합의 과정에서 수탁자 겸 도급자는 충분히 알고 있었지만 상대방인 수급사업자가 전혀 예견할 수 없었던 사유로 수급사업자의 권리행사를 현저히 제한하는 결과를 가져오므로, 위와 같은 사유를 들어 직접 지급청구를 저지할 수 있는지 여부를 판단함에 있어서는 신중할 필요가 있고, 수급사업자가 이 사건 직불합의에 터잡아 하도급법에 따른 직접 지급청구권을 행사하는 것임에도 원사업자에 대하여 청구하는 것보다 오히려 더 불리한 지위에 놓이게 되는 경우라면 더욱 그러하다.

(2) 수급사업자가 약정 당사자로 포함된 이 사건 승계계약에 수급사업자가 체결과정에 관여하지도 아니한 이 사건 신탁사업약정 및 토지신탁계약에 따라 기성금이나 준공금의 지급이 제한될 수 있음이 별도로 약정된 바 없다.

(3) 원사업자와 수급사업자 사이에 체결된 이 사건 공사에 관한 하도급계약이나 이 사건 직불합의 그 어디에도 위와 같은 신탁자금 집행순서를 하도급대금의 지급조건으로 명시하거나 이 사건 직불합의 당사자들 사이에 합의된 사실이 없으므로, 위 신탁자금 집행순서에 관한 약정의 효력은 원칙적으로 신탁사나 원사업자 등 해당 당사자만을 구속하고 수급사업자들에게는 미치지 않는다고 봄이 계약법의 기본원리에도 부합한다.

(4) 이 사건 공사계약상 공사대금 지급에 관한 규정에 나타나 있지 아니하고, 이 사건 직불합의 당시 명시적으로 하도급대금 직불조건으로 삼은 바도 없는 상태에서, 단지 시행사와 신탁사가 이 사건 신탁사업약정을 하면서 그 신탁자금 집행순서를 정한데 지나지 아니한 규정을 하도급대금의 직접 지급에 대한 대항 사유로 들어, 계약당사자도 아니고 그러한 자금집행순서가 그에 따른 공사대금의 지급조건임을 고지받지도 못한 수급사업자에 대하여 하도급대금의 지급을 거절할 수 있다고 하는 것은 수급사업자 보호라는 하도급대금 직접 지급제도의 취지와도 부합하지 않는다. 더구나 수급사업자가 발주자와 직접 지급에 관한 약정을 할 당시 그에 따른 직접 지급청구권을 제한하는 대항 사유가 존재함을 알았더라면 잔여 공사에 대한 준공요청 및 유치권포기요청에 응하지 아니하였을 것이 충분히 예상되는 경우라면, 최소한 그 대항사유가 발주자와 수급인 사이의 공사도급계약에 명시되어 있거나 또는 계약내용으로부터 예측 가능하여 수급사업자로서도 그 내용을 알았거나 알 수 있는 경우에 한하여 발주자가 수급사업자에게 대항할 수 있다고 봄이 타당하다.

이와 달리 채권의 성립, 존속, 행사를 저지하거나 배척하는 사유를 공사도급계약이 아닌 이 사건 신탁사업약정이나 토지신탁계약과 같은 발주자와 원사업자 사이의 별도 이면계약이나 약정에서 정하더라도 아무런 제한 없이 직접 지급청구권의 행사를 저지할 수 있다면, 수급사업자는 발주자의 공사준공요청과 유치권포기요청에 전혀 응할 이유가 없음에도 공사대금을 전혀 지급받을 수 없는 잔여 공사를 진행하거나 유치권을 포기해 달라는 요청에 응할 수 있고, 이로 인하여 직불약정이 없을 때보다 더 큰 피해를 받을 수 있게 된다. 이는



원사업자와 일반채권자에 우선하여 수급사업자를 보호하고자 하는 직접 지급제도의 취지를 심각하게 훼손하는 결과를 초래하게 되므로 허용할 수 없다.¹²⁾

(5) 발주자 겸 위탁자나 원사업자가 수탁자와 사이에서 부동산개발사업에 따른 위험을 일정 정도 부담하기로 하는 내용의 약정을 한 이후, 발주자와 원사업자가 진행하던 공사가 중단되자 수탁자가 발주자의 지위를 승계하여 잔여 공사를 계속 진행하기로 하고 수급사업자들과 잔여 공사대금에 대한 직접 지급 약정을 한 경우에 당초 원사업자가 부담하기로 한 부동산개발사업에 따른 위험이 온전히 수급사업자에게 전가될 수 있다고 보는 것 또한 하도급대금 직접 지급제도의 취지에 정면으로 반한다.

(6) 신탁사와 시행사가 수급사업자에게 이 사건 토지신탁계약서나 신탁사업약정서를 제공하거나 신탁자금 집행순서에 따른 공사대금 지급조건을 고지하지 아니한 상태에서 이 사건 직불합의에 위 당사자 사이의 계약내용이나 신탁자금 집행순서가 적용된다고 하는 것은 실질적으로 위 하도급법 제3조의4 제2항에서 금지하고 있는 부당한 특약에 법률이 적극적으로 효력을 부여하는 결과가 된다.

(7) 발주자가 해당 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급할 때에는 발주자가 원사업자에게 이미 지급한 하도급금액은 빼고 지급하며(하도급법 제14조 제4항), 또한 발주자는 원사업자에 대한 대금 지급의무의 범위에서 하도급대금의 직접 지급의무를 부담한다(같은 법 시행령 제9조 제3항). 나아가 이 사건 직불합의서 역시 신탁사는 원사업자에게 지급할 기성 금액 범위 내에서 수급사업자에게 하도급대금을 직접 지급할 의무가 있음을 명시하고 있으므로(위 직불합의서 제2조 제1항), 원사업자는 기성률에 따른 기성금을 지급받고 난 후 잔여공사비는 그 당시 현존하는 신탁재산 범위 내에서 신탁사업약정상의 자금집행순서에 따라 지급받을 수 있다.

(8) 결국 발주자인 신탁사가 공사대금의 지급을 미룰 수 있는 잔여 공사대금의 범위를 임의적으로 정한 결과 일정한 수익이 발생하지 않을 경우 그 잔여 공사대금의 전부를 지급하지 않을 수 있도록 한다면, 해당 부분에 대해서는 수급사업자가 부동산개발사업에 따른 위험을 온전히 떠안게 되는 결과가 된다. (중략) 신탁재산이 현존하는 경우라고 하더라도, 공종의 순서 등에 따라서 수탁자인 발주자가 자의적으로 지급하는 공사대금을 제외한

나머지 공사대금에 대해서만 차별적으로 그 지급을 미룰 수 있게 된다면, 사실상 발주자에게는 일부 수급사업자들에게만 공사대금을 전액 지급할 수 있는 권한을 부여하는 셈이 되고, 이때 나머지 수급사업자들은 잔여 공사대금을 언제, 얼마나 지급받게 될 것인지를 전혀 알 수 없는 불안한 지위에 놓이게 된다.

나아가 민법상 공사대금채권의 소멸시효는 3년임에도 불구하고, 미분양이 해소되지 않는 한 준공 이후 3년이 훨씬 경과한 시점까지도 대금지급의 이행기가 도래하지 아니 하였다고 보는 것은, 공사 목적물을 완공하는 과정에서 상당한 비용을 지출한 수급사업자들로 하여금 부동산개발사업에 따른 미분양 위험을 떠안게 하면서도, 그로 인한 부동산개발 이익은 온전히 발주자에게 귀속되게 하는 셈이어서 결국 발주자가 수급사업자의 정당한 이익을 침해하는 것을 용납하는 결과가 된다.

(9) 법정채적으로도, 신탁사가 원사업자, 수급사업자와 사이에 체결된 공사도급계약, 즉 이 사건 승계계약이 아닌 별도 약정인 이 사건 신탁사업약정 및 토지신탁계약에 따른 신탁자금 집행순서를 수급사업자에 대한 하도급대금의 직접 지급조건으로 삼기 위해서는 이 사건 직불합의 당시 그러한 조건을 하도급대금의 직접 지급조건으로 명시하거나 직불합의 당사자인 수급사업자에게 신탁자금 집행순서를 정한 이 사건 신탁사업약정서 및 토지신탁계약서가 제공되는 등 최소한 위와 같은 자금집행순서에 따른 제한이 직불합의에 편입되는 절차를 거치는 것이 바람직하고, 그 과정에서 수급사업자에게 이 사건 신탁사업약정서의 당사자로서의 권한(자금집행내역 등에 대한 조회 등)이 부여되어야 한다. 특히 원사업자의 경우 자금집행순서와 관련하여 수탁자 겸 발주자인 신탁사에게 분양현황 등 관련 사항을 통지받거나 이를 조회할 수 있는 권한 등이 있는 것으로 보이는 반면¹³⁾, 수급사업자는 그러한 사항을 확인할 수 있는 아무런 권한이 없으므로, 신탁사가 위 금원을 지급하기 전까지는 분양현황이나 공사대금의 구체적인 지급시기에 대해서 아무런 정보를 통지받지도 못하고, 이를 조회할 수 있는 권한도 없어 무작정 기다려야 하는 지위에 놓이는 바 이는 수급사업자에게는 지나치게 불리하다. 만약 수급사업자에게 위와 같은 권한이 부여되지도 않는다면, 직접 지급청구권을 행사하는 수급사업자가 공사의 완성뿐만 아니라 이후 자금 집행순서에 따라 하도급 공사대금채권의 이행기가 도래하였다는 점에 관한 사실상의 증명



책임까지도 부담하는 경우에 당초 위탁계약에 따라 선순위 수익권자가 모두 만족하였음을 증명할 수 있을 것을 기대할 수도 없기 때문이다.

(10) 만약 공사도급계약이 아닌 별도의 이면계약 내지 약정에 해당하는 이 사건 신탁사업약정 및 토지신탁계약에서 공사대금의 지급조건을 정하고는 정작 공사도급계약인 이 사건 승계계약에는 그러한 지급조건을 명시하지 아니한 채 단지 신탁사업약정이나 토지신탁계약이 승계계약에 우선 적용된다는 일반 규정만을 두어 계약당사자들 외에는 그 내용을 알 수 없었던 경우에도, 수급사업자에게 그 하도급대금을 직접 지급할 것처럼 직불합의를 하고, 이후 수급사업자의 직접 지급청구권 발생 이전에 공사대금 지급조건에 관한 약정이 있었음을 이유로 하도급대금의 지급을 거절하는 것을 전면적으로 허용한다면, 발주자로서는 수급사업자와 같은 수급사업자들에게 하도급대금의 직접 지급을 미끼로 삼아 잔여 공사를 마치고 유치권을 포기하도록 한 다음, 그 대금을 지급하지 아니하는 편법적인 수단으로 악용될 소지 또한 다분하다. 실제로도 신탁사는 이 사건 공사에 관하여 일부의 수급사업자들에게는 공사대금을 대부분 지급하면서도 다수의 수급사업자들에게 공사대금을 지급하지 않으면서 위와 같은 주장을 하고 있는 바, 이러한 태도는 직불합의 당시의 수급사업자들의 의사에도 배치되는 것으로 보일 뿐만 아니라, 하도급대금 직접 지급제도를 형해화하는 것으로 허용될 수 없다.

(11) 결국 수탁자가 위탁자 겸 발주자에게 그 대금지급과 관련된 순위를 정한 것에 불과한 자금집행순서에 관한 이 사건 신탁사업약정상의 규정을 근거로 수탁자와 발주자의 지위를 겸하는 신탁사가 수탁자의 발주자에 대한 항변 사유를 내세워 공사대금 직불 의무를 부담하는 수급사업자에 대한 항변사유로 삼을 수 있다고 보는 것은, 준공범위 내에서만 공사대금을 지급한다는 발주자 직불의 제한에 더하여 집행순서, 신탁재산의 한도 등과 같은 온갖 제한을 추가함으로써 이를 통해 결과적으로 수급사업자들의 정당한 이익을 제한하고 발주자로서는 그만큼 사업이익을 확보하게 되는 셈이 되어 이를 방지할 필요가 있으므로, 관련 법령의 취지 등을 고려할 때 자금집행순서에 따른 제한은 수급사업자에게 하도급대금의 직접 지급의무를 부담하는 발주자의 대금지급의무와 관련하여 주장할 수 있는 항변의 범위에 포함된다고 볼 수는 없다.



대상판결의 항소심에서 이례적으로 12가지의 상세한 이유를 실시하면서, 신탁사가 신탁계약상의 자금집행순서로 직접 지급청구권에 대항할 수 없다고 본 핵심적인 이유는 ‘당초 수급사업자’가 부담하기로 한 부동산개발사업에 따른 위험이 온전히 수급사업자에게 전가되고, 그로 인하여 수급사업자로서는 신탁계약의 내용에 대해 알거나 해당 진행사항을 전혀 알지 못한 채 불측의 손해를 입게 되어, 하도급대금 직접 지급제도의 취지에 정면으로 반한다.’라는 것이다. 특히 수급사업자로서는 직불합의에 대한 공사대금 직불청구를 함에 있어 직불합의와 공사의 완공에 더하여 ① 잔여 공사도급계약의 공사금액이 잔존할 것, ② 현존하는 신탁재산이 잔존할 것, ③ 신탁자금 집행순서가 도래할 것과 같은 복잡한 요건을 모두 충족하여야 한다는 추가적인 제한을 받게 되는바, 그나마도 자금집행순서 요건이 충족되지 아니한 동안 선순위자의 이자채권이 계속 증가하여 잔여 신탁재산의 전부가 이를 변제하는데 쓰이거나, 신탁사가 임의적으로 선택한 수급사업자에게 잔여 신탁재산이 배분되는 경우라면 결국 신탁사가 공사대금의 지급을 미루는 동안 수급사업자는 오랜 기간 공사대금을 지급받지 못하거나, 나아가 공사대금을 전혀 지급받지 못할 수도 있는 위험에 노출되게 된다는 것이다.

물론 대법원에서 파기환송되기는 하였지만, 항소심의 위와 같은 판단 또한 상당한 일리가 있고 구체적인데, 대법원에서 이와 다른 판단을 하고 항소심을 파기환송을 하면서 이에 대해서는 아무런 판단도 하지 않은 것은 상당히 아쉬운 부분이다.

-
- 12) 만약 발주자와 원사업자 사이에 공사대금 지급청구권의 행사와 관련하여 일정한 제한이 있음에도 불구하고, 이에 대하여 발주자가 수급사업자에게 고지하지도 아니한 채 잔여 공사대금을 직접 지급할 것처럼 직불합의를 체결한 후 잔여공사를 완성하고, 이후 당초 직불합의시 고지한 바도 없고 수급사업자가 예측가능하다고도 볼 수 없는 사유를 들어 직접 지급청구권의 행사를 무조건 저지할 수 있다고 한다면, 이는 발주자에게 공사대금 직접 지급의무를 온전히 면탈할 수 있는 기회를 부여하여 수급사업자의 직접 지급청구권을 사실상 무력화하는 결과를 초래하게 되는 것이어서 이를 무제한적으로 허용할 수는 없다.
 - 13) 신탁자나 시공사는 이 사건 신탁사업약정에 따라 수탁자인 신탁사에게 협력의무(제4조), 자금집행순서 변경(제19조 제2항), 공급계약(제23조의2) 등에 관하여 일정한 권한을 갖고 있고, 이 사건 토지신탁계약에 따라 분양현황 등을 통지받을 수 있는 권한(제11조)도 부여받고 있다.



3. 하도급대금의 직접 지급의무를 채무인수로 볼 경우

한편, 앞서 본 바와 같이 하도급법 제14조 제2항의 해석상 하도급대금의 직접 지급의무를 면책적 채무인수로 볼 경우, 인수인인 신탁사와 원채권자인 시행사(발주자) 관계에서의 항변 사유를 주장할 수 없다는 점도 고려해 보아야 한다.

면책적 채무인수에 관한 민법 제458조는 ‘인수인은 전채무자의 항변할 수 있는 사유로 채권자에게 대항할 수 있다.’라고만 되어 있을 뿐, 인수인과 원채무자 관계에서 나오는 항변사유에 대해서는 언급하지 않지만, 인수인은 자신과 채무자 사이의 법률관계에서 비롯하는 항변사유를 가지고서는 채권자에게 주장할 수 없다고 보는 것이 일반적이고¹⁴⁾, 대법원 또한 “채무인수계약은 구 채무자의 채무의 동일성을 유지하면서 신 채무자가 이를 부담하는 것이므로 특별한 의사 표시가 없으면 채무인수자의 구 채무자에 대한 항변사유로서는 채권자에게 대항할 수는 없다고 해석된다.”라고 판시한 바 있다.¹⁵⁾ 따라서 신탁계약상의 자금집행순서는 면책적 채무인수의 인수인인 신탁사와 원채무자인 발주자(시행사) 사이의 법률관계에서 나오는 항변사유이므로 이를 이유로 하여서는 채권자인 수급사업자에게 대항할 수 없다고 보아야 할 것이다.¹⁶⁾ 한편 하도급 법과는 달리 건설산업기본법 제35조 제3항¹⁷⁾의 해석에 따른 하도급대금의 직접 지급의무는 병존적 채무인수로 보아야 하는데, 그 경우에도 마찬가지로 채권자인 수급사업자에게 대항할 수 없다고 보는 것이 일반적으로 보인다.¹⁸⁾

14) 민법 채권총칙 제3권 주석서, 한국사법행정학회, 676면

15) 대법원 1966. 11. 29. 선고 66다1861 판결 등 참조

16) 다만, 하도급법 시행령 제9조 제3항에서는 ‘발주자는 원사업자에 대한 대금지급의무의 범위에서 직접 지급 의무를 부담한다.’라고 규정하고 있는바, 적어도 그러한 범위 내에서는 면책적 채무인수의 경우와는 달리 규정된 것으로 해석할 여지도 충분히 있어 보인다.

17) 제35조(하도급대금의 직접 지급) ③ 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하여 발주자가 하수급인에게 하도급대금을 직접 지급한 경우에는 발주자의 수급인에 대한 대금 지급채무와 수급인의 하수급인에 대한 하도급대금 지급채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다.

18) 민법 채권총칙 제3권 주석서, 한국사법행정학회, 639면



물론 대법원 판례가 하도급대금의 직접 지급의무를 채무인수로 보고 이에 관한 법률관계를 명백하게 판단한 적은 없는 것으로 보이나, 하도급법 제14조 제2항의 해석상 이를 채무인수로 볼 경우 기존에 대법원의 입장과는 배치되게 된다.

4. 하도급법이 정한 하도급대금 직접 지급 방법에 반함

하도급법 제14조 제1항에 따라 직접 지급의 합의를 한 경우, 하도급대금의 직접 지급 요건을 갖추고, 그 수급사업자가 제조·수리·시공한 분(分)에 대한 하도급대금이 확정된 경우, 발주자는 도급계약의 내용에 따라 수급사업자에게 하도급대금을 지급하여야 한다(하도급법 제9조 제4항¹⁹⁾).

즉, 하도급법에서는 발주자·원사업자 및 수급사업자 간에 직접 지급합의만 하면, 그 지급방법은 법에 따른 방법에 따라 지급하도록 되어 있다. 그런데 법에서는 직접 지급합의 당시에 하도급법에서 예상하지 않은 다른 사유를 원인으로 하도급대금의 직접 지급을 거절할 수 있도록 되어 있는 것인바, 하도급대금의 직접 지급의무를 강행규정으로 해석하는 경우, 자금집행순서의 주장은 강행규정에 반하여 허용될 수 없다고 볼 수 있다. 특히 직접 지급합의를 하면서 신탁자금의 집행순서를 유보하지 않았을 경우에는 더욱 그러하다.

5. 관리형토지신탁계약에 따른 시공사인 원사업자의 지위를 협력업체인 수급사업자의 차이

대상사건과 같은 프로젝트 파이낸싱(Project Financing) 사업장에서 원사업자인 시공사는 신탁계약의 당사자로 참여하면서 신탁계약상 대주단의 제1순위 우선수익권의 다음 순위인 제2순위 수익권을 확보하고, 나아가 이른바 ‘책임준공확약’까지 하는 경우가 많다. 그 경우 시공사인

19) 이와 달리 건설산업기본법 제35조 제2항 제1호에 의하면 “발주자가 하도급대금을 직접 하수급인에게 지급하기로 발주자와 수급인 간 또는 발주자·수급인 및 하수급인이 그 뜻과 지급의 방법·절차를 명백하게 하여 합의한 경우”에 한하여 직접 지급의무가 발생하므로 지급의 방법 및 절차를 명백하지 합의하지 않은 경우에는 직접 지급의무가 발생하지 않는다.



원사업자는 단순한 공사도급계약의 수급인으로서 지위를 넘어서 사실상 부동산 개발사업에 따른 시행이익을 공유하는 지위인바, 그 경우 시공사로서는 당연히 신탁계약에 따른 자금집행순서에 따른 제한을 받아야 하고, 신탁사가 그러한 사유로 시공사의 공사대금 청구에 대항할 수 있음은 당연하다.

그런데, 하지만 원사업자의 협력업체의 지위에 있는 수급사업자는 이와 동일하게 보기는 어렵다. 협력업체인 수급사업자는 하도급계약에 따른 수급인으로서 자신이 시공한 분에 상응한 공사대금을 지급받는 지위에 있을 뿐, 부동산 개발이익에 따른 이익을 향유하는 입장이 아니다. 그런데 대법원의 입장에 따르면 수급사업자로서는 자신의 의사와 무관하게 부동산 개발사업에 참가하여야 하면서도 수급사업자로서는 부동산개발이익에 따른 이익을 향유하지 못한다. 프로젝트 파이낸싱(Project Financing) 사업으로 인한 미분양 위험이 높아질 경우 수급사업자들로 하여금 부동산개발사업에 따른 미분양 위험을 떠안게 하면서도, 그로 인한 부동산개발이익은 귀속 받지 못하는 셈인바, 이는 수급사업자에게 과도하게 불리한 것인바, 부당하다.

6. 신탁사의 신탁상의 자금집행순서의 제한이 없는 하도급대금 지급 의무가 ‘새로운 부담’인지 여부

대법원은, 신탁사의 자금집행순서의 주장을 인정하면서, “하도급법은 발주자에게 도급대금 채무를 넘는 새로운 부담을 지우지 아니하는 범위 내에서 수급사업자가 시공한 부분에 상당한 하도급대금채무에 대한 직접 지급의무를 부담하게 함으로써 수급사업자를 원사업자 및 그 일반 채권자에 우선하여 보호하려는 것이다. 이러한 입법 취지를 고려하면 특별한 사정이 없는 한 발주자는 하도급법 시행령 제9조 제3항에 따라 원사업자에 대한 대금지급의무를 한도로 하여 하도급대금의 직접 지급의무를 부담한다”라는 법리를 실시하였다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다203960 판결, 대법원 2017. 12. 13. 선고 2017다242300 판결 등).²⁰⁾

20) 다만, 발주자는 수급사업자의 직접 지급청구권이 발생한 후에 원사업자에 대하여 생긴 사유로는 수급사업자에게 대항할 수 없다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2013다81224, 81231 판결 등 참조).

하지만, 신탁사의 신탁상의 자금집행순서의 제한이 없는 하도급대금 지급 의무가 ‘새로운 부담’인지에 대해서는 의문이 있다. 대법원은 ‘신탁사가 신탁자금 집행순서에 따라 시공사에게 자금을 지급하는 것’은 기존의 부담이고, ‘자금집행순서의 제한이 없는 수급사업자에게 하도급대금 직접 지급하는 것’은 새로운 부담으로 파악한 것으로 보인다. 하지만 이는 최초 신탁사는 발주자가 아니었고, 관리형 신탁계약에 따라 시행사로부터 발주자의 지위를 승계하였을 뿐이다. 따라서 발주자에게 새로운 부담인지 여부는 최초의 발주자(대상 사건에서는 시행사)를 기준으로 놓고 판단하여야 하는데, 발주자가 수급사업자에게 부담하고 있는 하도급대금 지급 의무는 자금집행순서의 제한이 없는 것이었다. 설령 최초 발주자인 시행사가 프로젝트 파이낸싱(Project Financing)을 염두에 두고 신탁사에게 발주자로서의 지위를 이전할 것을 염두에 두고 있었다고 하더라도, 실제로 그러한 자금을 조달할 수 있는지 여부 등이 확정되지도 않은 상황이었기 때문에 그러한 이유로 발주자의 하도급대금 지급 의무가 제한될 수는 없을 것이다.

7. 직접 지급합의 시에 신탁자금 집행순서에 따라 제한될 수 있음을 명시한 경우

이 사건 직불합의의 경우에는 수급사업자가 이 사건 신탁계약의 적용을 받는다는 내용을 적시하지 않았다. 하지만, 실무적으로는 신탁사와의 직접 지급합의 시에 수급사업자가 관리형 토지신탁계약 또는 더 구체적으로 이에 따른 자금집행순서의 제한을 받는다고 적시할 수 있고, 오히려 그러한 경우가 실무적으로 많을 것이다. 대법판결의 항소심에서도 자금집행순서의 주장은 부당하다고 본 주된 이유를 수급사업자로서는 본인이 관여하지도 않고 그 내용도 알 수 없는 신탁계약에 당초 직불합의 과정에서 수탁자 겸 도급자는 충분히 알고 있었지만 상대방인 수급사업자가 전혀 예견할 수 없었던 사유로 수급사업자의 권리행사를 현저히 제한하는 결과를 가져온다는 점이다. 이와 달리 직접 지급합의시에 신탁사가 수급사업자에게 신탁계약을 제시하여 그에 따라 하도급대금 직접 지급이 제한될 수 있음을 충분히 고지하고 이를 직접 지급합의의 내용으로도 분명히 기재하여 편입한다면 앞선 논의와는 달리 그 경우에는 수급사업자로서는 자금집행순서의 제한을 받아야 한다고 볼 수도 있다.²¹⁾

21) 항소심도 ‘사건 직불합의 당시 그러한 조건을 하도급대금의 직접 지급조건으로 명시하거나 직불합의 당사자인 수급사업자에게 신탁자금 집행순서를 정한 이 사건 신탁사업약정서 및 토지신탁계약서가



다만, 신탁사나 원사업자에 비해 그 경험과 지식이 열위에 있는 수급사업자가 신탁계약에 따른 신탁자금 집행순서의 제한을 충분히 이해하고 이를 토대로 대등한 입장에서 교섭을 할 수 있는지, 그렇지 않다면 이에 대한 제도적인 보완 장치가 충분히 마련되어 있는 것인지 의문스럽다.

8. 소결

대상사건의 항소심 판결이 판시한 이유 외에도 위와 같은 이유로 필자는 신탁사의 자금집행 순서의 주장은 부당하다고 본다. 따라서 이를 배척한 항소심 판단이 타당하고 대법원 판례는 부당하다고 보인다.

IV. 신탁자금 집행순서의 도래를 조건으로 해석할 수 있는지 여부

1. 대상판결 항소심의 논거

한편, 대상판결의 항소심인 대전고등법원은 가정적인 판단²²⁾으로서 수급사업자가 신탁자금 집행순서의 제한을 받을 경우 하도급대금의 직접 지급의무의 이행기가 도래한 것이라고 보아야 한다고 하면서, 신탁사의 정지조건 불성취 주장을 배척하면서 8가지의 이유를 제시하고, 결국 하도급대금 직접 지급채권이 이행기가 도래하였다고 판단하였다. 해당 판결 주요 이유를 발췌, 요약하면 다음과 같다.

제공되는 등 최소한 위와 같은 자금집행순서에 따른 제한이 직불합의에 편입되는 절차를 거치는 것이 바람직하고, 그 과정에서 하수급인에게 이 사건 신탁사업약정서의 당사자로서의 권한(자금집행내역 등에 대한 조회 등)이 부여되어야 한다.’라고 판시한 바 있다.

- 22) 하수급인에게 하도급대금 직접 지급의무를 부담하는 발주자의 대금지급의무와 관련하여 주장할 수 있는 항변의 범위에 포함된다고 볼 수는 없다고 보면, 자금집행순위에 따른 이행기가 도래되었는지 여부는 더 나아가 살펴볼 필요가 없다.



(1) 민법 제665조 제1항은 도급계약에서 보수는 완성된 목적물의 인도와 동시에 지급해야 한다고 정하고 있는 이상, ‘수급사업자의 선순위자에 대한 자금집행이 완료되면’이라는 사유는, 신탁사가 수급사업자의 선순위자에게 자금집행을 완료하지 못하면 수급사업자에게 공사대금을 지급하지 않아도 된다는 정지조건이라기보다는 위 사유가 발생하는 때는 물론이고 상당한 기간 내에 그 사유가 발생하지 않은 때에도 직불합의금을 지급해야 한다는 불확정기한으로 봄이 타당하다.

(2) 수급사업자의 공사대금지급청구권의 이행을 보장하기 위하여 직접 지급청구권을 인정하는 것인데, 이 사건과 같이 신탁계약이 결합되어 있는 경우 신탁계약의 당사자도 아닌 수급사업자가 각종 지급제한 또는 이행기 미도래의 항변에 대해서 효과적으로 대응하기 어려운 상황을 감안하면, 발주자와 수탁자의 지위를 겸하는 신탁사가 당초 하도급공사계약과 관련된 계약의 내용을 구성하지 아니하는 사항, 즉, 이행기 미도래 등의 항변을 주장하려면 당연히 이를 뒷받침하는 주장과 증거에 의하여 이행기가 도래하지 아니하였음을 증명하여야 하고, 이를 명백하게 증명하지 못하는 경우에는 원칙으로 돌아가 신탁사에게 지급의무를 인정할 수밖에 없다.

(3) 한편, 신탁사가 이 사건 사업에 따른 신축건물에 관하여 2020. 6. 19. 사용승인을 받은 후, 이 사건 변론종결일 현재까지 2년 8개월간 미분양분에 대한 환가나 선순위자에 대한 변제가 추가로 이루어진 바 없어 조만간 수급사업자의 자금집행순서가 도래할 것으로 보이지도 않는 상황에서도 무조건 미분양물건의 환가절차를 마칠 때까지 공사대금의 청구를 무기한 유보하기로 약정하였다고 보는 것은 관련 계약이 체결된 경위나 당사자의 의사에 부합한다고 볼 수 없다.

(4) 만약 수급사업자가 선순위자에 대한 변제 등의 조건이 모두 충족될 때까지 일체의 권리행사를 할 수 없다고 본다면, 신탁사가 상당한 기간 동안 미분양물건에 대한 환가를 진행하지 못하여 대출금에 대한 이자가 추가로 발생하게 되는 경우, 신탁사가 최종적으로는 잔여 신탁재산이 이자채권에 충당되었음을 이유로 공사대금의 지급을 거절할 가능성도 적지 않을 것으로 보이는데, 수급사업자가 이와 같이 미분양으로 인한 공사대금 미지급의 위험을 계속 부담하는 것을 정당화할 만한 사유는 상정하기 어렵다.



(5) 민법 제163조 제3호가 공사대금에 관하여 3년의 단기소멸시효 적용 대상으로 정하고 있음에 비추어, 적어도 하수급인의 수급인에 대한 공사대금채권에 관하여 단기소멸시효가 완성될 무렵에는 수급사업자의 선순위자에게 자금집행이 완료되지 아니할 것임이 확정된 것으로 봄이 상당하다(특히 신탁사는 수급사업자가 위 기간 중 일체의 이자나 지연손해금을 청구할 수 없다고 주장하고 있음을 고려하면 더욱 그러하다).

이 부분에 대한 항소심의 판단은 앞선, 자금집행순서의 주장과 그 궤를 같이 한다고 보인다. 즉, 수급사업자는 신탁계약의 당사자가 아님에도 신탁계약에 따른 각종 지급제한 또는 이행기 미도래의 제한을 받는 것은 부당하고, 수급사업자의 자금집행순위가 도래할 것으로 예상될 수 없는 상황에서도 무조건 미분양물 건의 환가절차를 마칠 때까지 공사대금의 청구를 무기한 유보하기로 약정하였다고 보는 것은 관련 계약이 체결된 경위나 당사자의 의사에 부합한다고 볼 수 없다.’라는 것이다.

2. 법률행위 해석의 기준은 무엇인지

대법원과 항소심은 모두 조건과 불확정기한의 구별에 관한 확립된 기존 법리를 실시하고 있다(대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결 참조). 하지만 동일한 법리의 적용에도 불구하고 결과는 전혀 달리하는데, 대법원은, ‘이 사건 신탁약정 등에서는 신탁사는 특별한 사정이 없는 한 자금집행순서에 어긋나게 자금을 집행할 수 없도록 정하고 있다. 그리고 다인 건설을 비롯한 이 사건 신탁약정 등의 당사자는 사업진행의 효율성, 사업성패에 대하여 각자 부담가능한 위험의 정도 등을 고려하여 사업 성패에 따른 위험을 일부씩 부담하는 차원에서 신탁자금 집행순서에 따라 공사대금을 지급받는 것을 양해하면서 위 계약을 체결하였다고 보인다.’라고 판단하였다. 즉, 대법원은 조건과 불확정기한을 구분함에 있어서 기준이 되는 당사자의 의사를 발주자와 원사업자를 기준으로 한 신탁계약을 기준으로 하고 있고, 수급사업자의 의사나 수급사업자가 체결한 직접 지급합의에 대해서는 고려하고 있지 않았다.



반면, 항소심은 ‘수급사업자의 자금집행순위가 도래할 것으로 예상될 수 없는 상황에서도 무조건 미분양물 건의 환가절차를 마칠 때까지 공사대금의 청구를 무기한 유보하기로 약정하였다고 보는 것은 관련 계약이 체결된 경위나 당사자의 의사에 부합한다고 볼 수 없다.’라고 판시하여, (분명하지는 않으나) 그 기준이 되는 의사를 수급사업자를 기준으로 하고, 발주자의 하도급대금 직접 지급 의무를 직접 고려하고 있다.

대사판결은 직접 지급합의에 따른 하도급대금의 직접 지급의무에 관한 사례이므로 법률행위 해석의 기준이 되는 당사자의 의사는 당연히 발주자, 원사업자, 수급사업자가 작성한 ‘직접 지급합의’를 기준으로 보아야 한다. 따라서 이를 기준으로 수급사업자가 신탁자금 집행순서에 따라 제한을 받을 진정한 의사가 있었는지가 고려되어야 할 것이고, 수급사업자가 신탁자금 집행순서의 제한을 받겠다고 명시적으로 밝히지 아니한 이상 함부로 수급사업자의 의사를 추단 하여서는 안 될 것이다.

3. 자금집행순위에 하도급대금의 직접 지급의무에 관한 내용이 포함되어 있는지 여부

이 사건 신탁사업약정 제13조 제1항에서는 ‘수탁자는 시공사가 행하는 공사에 대하여 제19조(신탁자금 집행순서) 제1항 제723)호에서 정한 건축공사대금을 매 2개월 단위로 감리자 확인 및 수탁자의 기성확인 후 기성률에 따라 기성금으로 지급하며, 잔여공사비는 그 당시 현존하는 신탁재산 범위 내에서 제19조 신탁자금 집행순서 및 기성률에 따라 지급한다’라고 규정하고 있고, 이 사건 신탁사업약정 제19조 제1항에서 정한 제7순위에서는 ‘공사기성금(공사비의 90% 범위 내)’, 13순위에서는 ‘미지급 공사비(잔여 건축공사대금)’이라고 기재되어 있었다.

이처럼 이 사건 신탁약정 제13조 제1항에서의 자금집행순위는 원사업자인 시공사에게 지급하는 건축공사대금임을 분명히 하고 있을 뿐, 수급사업자에 대한 건축공사대금에 대해서는 언급이 없다. 엄밀하게 보면 원사업자인 시공사가 아닌 수급사업자에 대한 신탁자금 집행순서에

23) 판결본문에서는 4호라고 기재되어 있는데, 7호의 오키로 보인다.



대한 명시적인 언급은 없다고 보아야 한다. 하도급대금의 직접 지급 청구권의 이행기 도래를 조건으로 볼 수 있을지 의문이다.

4. 민법과 하도급법이 정한 대금의 지급시기

그런데, 민법 제665조 제1항은 도급계약에서 보수는 완성된 목적물의 인도와 동시에 지급해야 한다고 규정하고 있고, 하도급법 제13조 제1항에서는 원칙적으로 원사업자가 수급사업자에게 건설위탁을 하는 경우 인수일로부터 60일 이내의 가능한 짧은 기한으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하여 한다고 규정하고 있다. 위 민법 제665조 제1항²⁴⁾과 하도급법 제13조 제1항은 임의규정²⁵⁾이기는 하나, 직접 지급합의 시 이와 달리 합의한 별도의 내용이 없는 이상, 이러한 내용을 배제한다고 보기 어렵다. 그런데 대상판결에 따르면 수급사업자와의 분명한 합의가 없이 법에서 정한 하도급대금의 지급기한인 60일이 기약 없이 늘어나는 것이므로 부당하다.

5. 소결

결국, 수급사업자의 직접 지급 청구권이 신탁자금 집행순서의 제한을 받는다 하더라도, 직접 지급합의를 기준으로 수급사업자가 신탁자금 집행순서에 따라 제한을 받을 진정한 의사가 있었는 지가 주로 고려되어야 하는 점, 수급사업자가 신탁자금 집행순서의 제한을 받는다고 하더라도 신탁계약에서 하도급대금의 직접 지급의무의 자금집행순위를 별도로 정하지 아니한 이상 하도급대금의 직접 지급의무의 집행순위를 정한 것으로 보기 어렵고, 결국 민법과 하도급법이 정한 바에 따라 이행기의 도래가 결정되어야 하는 점에 비추어 보면, 신탁사가 원사업자의 선순위자에 대한 자금집행을 하였을 때는 물론이고 상당한 기간 내에 그 사유가 발생하지 않은 때에도 직불 합의금을 지급해야 한다는 불확정기한으로 봄이 타당하다.

24) 민법 제665조 제1항의 보수에 관하여는 ‘보수는 약정한 시기에 지급하여야 하며 시기의 약정이 없으면 관습에 의하고 관습이 없으면 약정한 노무를 종료한 후 지체없이 지급하여야 한다.’라는 민법 제656조 제2항을 준용하는 민법 제665조 제2항은 민법 제665조 제1항이 임의규정이라는 점을 분명히 하고 있다.

25) 대법원 2011. 8. 25. 선고 2010다106283 판결 등 참조



V. 직접 지급합의 외의 사유를 원인으로 한 하도급대금의 직접 지급의무의 경우도 마찬가지인지 여부

대상판결은 하도급법 제14조 제1항 제2호에 따라 발주자에게 하도급대금의 직접 지급의무가 발생하는 경우이다. 그런데, 그러한 직접 지급합의 외에도 원사업자의 지급불능의 사유 등의 경우에도 하도급대금의 직접 지급의무가 발생하고, 그 효과도 동일하게 그러한 사유가 발생한 경우 원사업자에 대한 발주자의 대금지급채무와 수급사업자에 대한 원사업자의 하도급대금 지급채무는 그 범위에서 소멸한다(하도급법 제14조 제1항, 제2항).

그런데 대상판결의 논리는 하도급대금의 직접 지급의무가 단지 직접 지급합의로 발생한 것에 국한되지 않는다. 원사업자의 지급정지·파산(제1호), 2회 이상의 하도급대금 미지급하여 발주자에게 하도급대금의 직접 지급의무가 발생한 경우(제3호)도 마찬가지다. 따라서, 원사업자가 파산을 하여 수급사업자가 발주자에게 하도급대금의 직접 지급청구를 하더라도 발주자로서는 신탁자금 집행순서의 제한, 조건 불성취의 주장을 할 수 있는 것인바, 이는 수급사업자에게 너무나 가혹하다.

예를 들어 직접 지급합의의 경우에는 합의과정에서 발주자인 신탁사 또는 원사업자인 시공사가 수급사업자에게 신탁사업약정서나 토지신탁계약서를 제공하는 등 신탁자금 집행순서에 따른 제한을 인식할 수 있는 최소한의 제공되었다고 할 것이다. 하지만, 예컨대 원사업자의 지급불능, 2회 이상의 하도급대금 미지급 사유 등으로 인한 경우는 수급사업자로서는 신탁사업약정서나 토지신탁계약서를 제공받을 수 있는 최소한의 계기조차 부여받지 못한 것이다. 특히, 시공사가 다수의 사업장에서 책임준공확약을 하는 프로젝트 파이낸싱(Project Financing) 사업장에서 원사업자가 지급불능의 사유가 발생하였다면 미분양에 따른 위험이 현실화되어 원사업자의 재무상태가 매우 악화된 경우가 대부분일 것인데, 그러한 경우에도 수급사업자에게 신탁자금 집행순서의 제한을 받고, 조건성취의 입증책임을 추가로 부담하도록 하는 것은 사실상 신탁사인 발주자로 하여금 하도급대금의 직접 지급의무를 거절하고, 미분양에 따른 위험을 수급사업자에게 전가하는 것이나 마찬가지이다.



VI. 건설산업기본법에 따른 하도급대금의 직접 지급의무도 마찬가지인지 여부

대상판결은 하도급법 제14조 제1항에 따른 발주자의 하도급대금의 직접 지급의무에 대하여만 판단하였을 뿐, 건설산업기본법 제35조 제2항에 따른 발주자의 하도급대금의 직접 지급의무에 대해서는 판단하지 아니하였고, 이에 대한 대법원의 명시적인 판단은 없다.

그런데, 건설산업기본법에서 직접 지급합의에 따라 하도급대금의 직접 지급의무가 발생하기 위해서는 ‘발주자가 하도급대금을 직접 하수급인에게 지급하기로 발주자와 수급인 간 또는 발주자·수급인 및 하수급인이 그 뜻과 지급의 방법·절차를 명백하게 하여 합의한 경우’여야 하는바(건설산업기본법 제35조 제2항 제1호26)), 이에 따라 자금집행순서에 대해서도 명백하게 합의를 하여야 하므로, 그 경우에는 직접 지급당시에 명백하게 정한 바에 따라 지급하면 족할 뿐, 반드시 신탁계약에서 정한 신탁자금 집행순서에 제한을 받아야 할 이유가 없다고 볼 여지도 있다.

하지만, 대상판결의 결론을 유지할 경우, 발주자는 원사업자에 대한 대금지급의무의 범위에서 하도급대금 직접 지급 의무를 부담한다는 하도급법 시행령 제9조 제3항은 건설산업기본법의 직접 지급의무에도 준용되는 점(건설산업기본법 제35조 제7항²⁷⁾, 동법 시행규칙 제29조 제4항²⁸⁾), 건설산업기본법에서의 하도급대금 직접 지급의무의 경우에도 수급사업자의 권리를 보호하기 위하여 하도급법에서의 하도급대금의 직접 지급청구와 그 취지를 달리한다고 보기 어려운 점, 주로 중소기업자들이 수급사업자인 하도급거래를 보호하기 위한 하도급법에 따른 하도급대금 직접 지급의무의 경우에도 신탁자금 집행순서의 제한을 받는데, 이와 달리 중견

26) 이와 달리 하도급법 제14조 제1항 제2호에서는 ‘발주자가 하도급대금을 직접 수급사업자에게 지급하기로 발주자·원사업자 및 수급사업자 간에 합의한 때면 하도급대금의 직접 지급의무가 발생하는 바, 하도급대금의 직접 지급의 방법·절차를 명백하게 하여 합의할 필요는 없다.

27) 제35조(하도급대금의 직접 지급) ⑦ 제1항 각 호의 어느 하나, 제2항 제3호 또는 제4호에 따라 하도급대금을 직접 지급하는 경우에 그 지급 방법 및 절차는 국토교통부령으로 정한다.

28) 제29조(하도급대금의 직접지급) ④ 법 제35조 제2항 제3호 또는 제4호에 따라 하도급대금을 직접지급하는 경우에는 「하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령」 제9조를 준용한다. 이 경우 “수급사업자”는 “하수급인”으로, “원사업자”는 “수급인”으로 본다.



기업도 하수급인이 될 수 있어서 보호의 필요성이 상대적으로 낮은 건설산업기본법에 따른 하도급대금의 직접 지급의무의 경우에는 그러한 제한을 받지 않도록 하는 것은 맞지 않는다는 점에 비추어 보면, 건설산업기본법에 따른 하도급대금의 직접 지급의무의 경우에도 신탁자금 집행순서 및 조건성취의 제한을 받는다고 보아야 한다.

VII. 대상판결에 따른 제도개선 의 필요성

수급사업자로서는 관리형토지신탁계약이 체결이 된 프로젝트 파이낸싱 사업장에서 신탁사와 직접 지급합의를 하고, 그러한 직접 지급합의서에 신탁자금 집행순서에 관한 언급이 없다고 하더라도 분양상황에 따라 기성고에 따른 공사대금청구가 거절될 수 있음을 염두에 두어야 한다. 따라서 대상판결의 영향으로 직접 지급합의에 따른 하도급대금의 직접 지급의무는 실질적으로는 수급사업자의 공사대금 회수를 위한 보호장치로서의 의미는 실질적으로 퇴색될 수밖에 없어 보인다.

그런데 하도급법과 건설산업기본법에 따른 시행령과 시행규칙에서는 하도급대금의 직접 지급을 하거나 하도급대금지급관리시스템을 통해 직접 수급사업자액 하급대금을 지급하는 경우 하도급대금 지급보증의 면제사유에 포함하고 있다(하도급법 제13조의2 제1항 단서²⁹⁾, 동법 시행령 제8조 제1항 제3호, 제4호³⁰⁾, 건설산업기본법 제34조 제2항 단서³¹⁾, 건설산업기본법

29) 제13조의2(건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증) ① 건설위탁의 경우 원사업자는 계약체결일부터 30일 이내에 수급사업자에게 다음 각 호의 구분에 따라 해당 금액의 공사대금 지급을 보증(지급수단이 어음인 경우에는 만기일까지를, 어음대체결제수단인 경우에는 하도급대금 상환기일까지를 보증기간으로 한다)하고, 수급사업자는 원사업자에게 계약금액의 100분의 10에 해당하는 금액의 계약이행을 보증 하여야 한다. 다만, 원사업자의 재무구조와 공사의 규모 등을 고려하여 보증이 필요하지 아니하거나 보증이 적합하지 아니하다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

30) 제8조(건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증) ① 법 제13조의2 제1항 각 호 외의 부분 단서에서 “대통령령으로 정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

3. 하도급계약 체결일부터 30일 이내에 법 제14조 제1항 제2호에 따른 합의를 한 경우

4. 하도급대금의 지급을 전자적으로 관리하기 위하여 운영되고 있는 시스템(이하 “하도급대금지급관리 시스템”이라 한다)을 활용하여 발주자가 원사업자 명의의 계좌를 거치지 아니하고 수급사업자에게 하도급대금을 지급하는 경우



시행규칙 제28조 제3항 제5호³²⁾).

이처럼 하도급대금 지급보증 의무의 예외사유 중 하나로 ‘하도급대금의 직접 지급합의’를 포함한 것은 직접 지급합의에 따른 하도급대금의 보호기능이 있다고 보기 때문일 것이다. 하지만 위 대법원 판례에 따라 ‘하도급대금의 직접 지급합의’가 더 이상 하도급대금의 지급을 담보하기 위한 기능을 하지 못한다면 더 이상 하도급대금의 지급보증의 예외사유에 포함시킬 이유가 없다고 할 것이다. 따라서 입법상 재검토하여 하도급대금 직접 지급합의를 하도급대금 지급 보증의 예외사유에서 제외하여 설령 하도급대금의 직접 지급합의를 하였다고 하더라도 하도급대금의 지급보증을 의무화하여 수급사업자로 하여금 하도급대금을 확보할 수 있도록 하는 방향을 재고할 필요가 있다.

-
- 31) 제34조(하도급대금의 지급 등) ② 수급인은 하도급계약을 할 때 하수급인에게 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 적정한 하도급대금의 지급을 보증하는 보증서를 주어야 한다. 다만, 국토교통부령으로 정하는 경우에는 하도급대금 지급보증서를 주지 아니할 수 있다,
- 32) 제28조(하도급대금지급보증서 교부 등) ③법 제34조 제2항 단서에서 “국토교통부령으로 정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우를 말한다.
5. 발주자가 하도급대금을 하수급인에게 직접 지급한다는 뜻과 그 지급의 방법·절차에 관하여 발주자·수급인 및 하수급인이 합의한 경우



[참고문헌]

민법 채권총칙 제3권 주석서, 한국사법행정학회

윤재윤 건설분쟁관계법, 박영사, 제8판 535면; 이범상 건설관련 소송 I, 법률문화원(2020, 제5판)

이범상 건설관련 소송 I, II, 법률문화원(2020, 제5판)

김홍준, 건설재판실무(2021, 제4판)

김성근 건설산업기본법 해설, e-대한경제(2021)

김현석, ‘하수급인의 공사대금 직접청구권과 채권가압류’, 민사판례연구27, 박영사, 2005. 2.

이종광, “하도급대금 직접 지급 제도 개선방안.” 건설정책리뷰 2009-01 대한건설정책연구원.

박수곤/김민지/김태희, “하도급대금의 직접 지급의무에 대한 소고”, 입법과 정책 제9권 제1호, 국회입법조사처(2017.4).

▶ 발표일시 : 2024. 9. 25.(수) 07시 30분

▶ 사 회 : 서규영 변호사

▶ 참석회원 : 김대휘, 김용우, 김재승, 노영실, 배병호, 서규영, 서장원, 신성민, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이석범, 이선희, 이원용, 이재용, 이정일, 최유선, 황대성, 윤아련 변호사(총 21명)



실제 거주의사의 판단기준

Criteria for determining genuine intent to reside

辯護士 김 광 석

Kim Gwang Seok

【사건의 표시】

대상판결 대법원 2023. 12. 7. 선고 2022다279795

논문요약

주택임대차보호법 제6조의3 제1항 제8호에서 “임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우”를 임차인의 계약갱신요구를 거절할 수 있는 사유 중 하나로 들고 있다. 이는 임차인에게 계약갱신요구권을 보장하는 동시에 임대인에게 정당한 사유가 있는 경우 계약갱신을 거절할 수 있도록 함으로써 임차인과 임대인의 이익 사이에 적절한 조화를 도모하고 있다.

임대인이 목적 주택에 실제 거주하려는 점에 대한 증명책임은 임대인에게 있다. 『실제 거주하려는 의사』의 존재는 임대인의 의사가 가공된 것이 아니라 진정하다는 것을 통상적으로 수긍할 수 있을 정도의 사정이 인정된다면 이를 추인할 수 있을 것이다. 이 사건에서 원고가 임대차계약 갱신을 거절할 무렵에 자녀 교육을 위하여 다른 지역에 자녀들과 함께 거주하고 있었는데 자녀들이 전학 또는 이사를 준비하고 있다는 사정도 없고 배우자는 직업상 이유로 다른 아파트에서 거주하고 있었는데 아파트를 처분하지 않고 있다. 지방에 있는 원고 부모가 아파트에 거주하면서 병원진료를 쉽게 받기 위해



서라고도 주장하는데 원고 부모는 인근 병원에 최근 11년 동안 1년에 1~5 차례 가량 통원진료를 받았을 뿐이다. 이런 점을 고려하면 원고와 배우자, 직계존비속에게 임대차계약의 갱신을 거절하고 이 사건 아파트에 실제 거주하려는 사정이 있었다고 보이지 않는다.

〈주제어〉

임차보증금, 임차기간, 임대차계약, 거주, 매도, 갱신, 내용증명, 주택임대차보호, 계약, 만료, 단서, 거절, 인도, 통보, 정기적, 진찰, 부모, 예정, 증명, 부당한, 행사, 소제기, 부적법, 연장, 청구, 준수, 사유, 예외, 객관적, 자료, 용이, 확인, 구체적, 계획, 주관적, 의도, 입증책임, 이사하다, 전학하다

guaranty money for lease, period of lease, lease contract, residence(habitation), sell, renewal, certification of contents, housing lease protection act, contract, expiration, proviso, refusal(rejection), hand over, notice, regular, physical examination, parents, arranged, prove, unjustified, exercise, filing a lawsuit, illegitimate, extention, claim, obedience, cause(reason), exeption, objective, material(data), easy(simple), confirmation, detailed(concrete), plan(scheme), subjective, intention, burden of proof, move house, transfer to another school

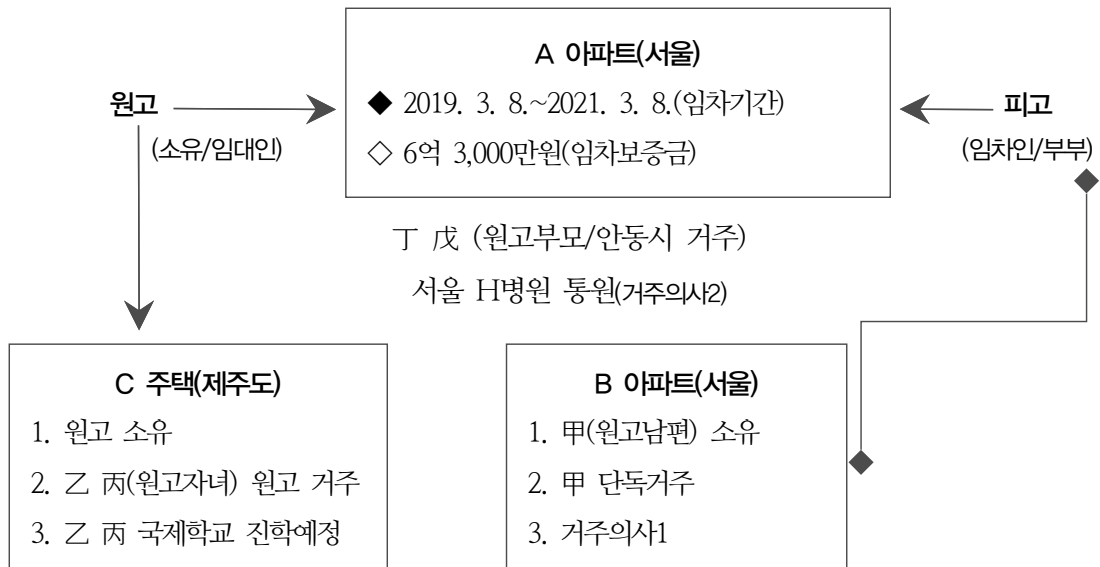
목 차

1. 사건의 기초사실
2. 제1심판결 및 항소심판결의 요지
 - 가. 제1심판결 요지(서울중앙지방법원 2021. 11. 26. 선고 2021가단5046939 판결)-원고승소
 - 나. 항소심판결 요지(서울중앙지방법원 2022. 9. 6. 선고 2021나77014판결)-항소기각



3. 대법원판결의 요지
4. 주택임대차보호법 법률조문
5. 유사취지 및 관련판례
 - 가. 대법원 2023. 12. 21. 선고 2023다263551 판결 [건물인도]
 - 나. 대법원 2024. 1. 11. 선고 2023다258672 판결 [임대차보증금등반환청구의소]
 - 다. 대법원 2022. 12. 1. 선고 2021다266631 판결 [건물인도]
6. 판결에 대한 의견-찬성

1. 사건의 기초사실



가. 원고는 서울 소재 A아파트와 제주도 서귀포시의 C단독주택을 소유하고 있고 원고의 남편 甲은 서울 소재 B아파트를 소유하고 있다. 원고는 자녀인 乙 丙을 제주국제학교에 진학시키기 위해서 乙, 丙과 함께 서귀포시에서 거주하고 있고 甲은 서울에서 경제활동을 하기 위해서 B



아파트에 혼자 거주하고 있다.

나. 원고는 2019. 1. 21. 경 피고부부와 A아파트를 임차보증금 6억3,000만원, 임차기간은 2019. 3. 8.부터 2021. 3. 8. 까지 임대하기로 하는 임대차계약을 체결하였고 2019. 3. 8. 피고 부부는 임차보증금을 지급하고 A아파트에서 거주하기 시작하였다.

다. 그러던 중 甲은 2020. 12. 17. 경 피고부부에게 “코로나로 사업이 어려워져 금전적으로 매우 어렵고 자녀들을 국제학교에 보낼 수도 없게 되어 B아파트를 급매로 팔고 가족 모두 A 아파트로 들어가서 살려고 한다.”고 이야기하면서 이 사건 임대차 계약을 갱신하지 않겠다는 의사를 표시하였다. 피고부부는 2022. 12. 22. 경 내용증명우편을 통하여 원고에게 “주택임대차 보호법 제6조의 3에 따라 계약 갱신을 청구한다.”고 통보하였다. 원고는 2021. 1. 4. 답장을 내용증명우편으로 피고부부에게 보내면서 “임대차계약이 만료하면 본인이 A아파트에 실제 거주할 계획이므로 주택임대차보호법 제6조의 3 제1항 단서에 따라 피고부부의 갱신청구를 거절한다.”고 통보하고 A아파트의 인도를 청구하였다.

2. 제1심판결 및 항소심판결의 요지

가. 제1심판결 요지(서울중앙지방법원 2021. 11. 26. 선고, 2021가단5046939 판결)-원고 승소

1) 원고는 임대차계약 기간 만료 전에는 위와 같이 원고와 그 배우자, 자녀가 A아파트(이하 이 사건 아파트라고 합니다.)에 거주할 예정이라고 피고부부(이하 피고라고만 합니다.)에게 통보하였다가, 이 사건 소장에서는 원고 부모가 경북 안동시에 거주하면서 서울의 H 병원에서 정기적으로 진찰을 받고 있는데 임대차계약이 만료되면 원고의 부모를 서울로 모셔와 이 사건 아파트에 거주할 예정이라고 주장하였고, 2021. 9. 8. 자 준비서면에서는 원고 배우자가 이 사건 아파트에 거주하고 지방에 거주하던 원고 부모가 이 사건 아파트 인근 다른 아파트에 거주하기로 계획하였으나 피고들이 계약갱신을 요구하는 바람에 불가피하게 원고 부모가 이 사건 아파트에 거주하기로 하였다고 주장하였다.

2) 이에 대해서 피고는 “원고가 원고가족 또는 원고의 노부모가 이 사건 아파트에서 거주할



예정임을 증명하지 못하면서 실거주요건 조항을 악용하여 거짓으로 부당하게 갱신거절권을 행사하고 있다고 주장하면서, 원고는 적법한 갱신거절기간 만료일인 2021. 2. 8. 전까지는 이 사건 아파트에서 원고가족이 실거주할 예정이라고만 이야기하다가 이 사건 소를 제기할 때에는 원고의 노부모가 실거주할 예정이라고 주장하기 시작하였으므로 원고의 갱신거절권 행사는 부적법하다. 따라서 이 사건 임대차 계약은 피고들의 2020. 12. 22.자 내용증명에 따라 적법하게 갱신되어 2023. 3. 8.까지로 연장되었다.”라고 하면서 피고들은 원고의 청구에 응할 수 없다고 답변하였다.

3) 제1심은 다음과 같이 원고의 임대차계약 갱신거절 사유는 적법하고 갱신거절 통지기간도 준수하였다고 판단하였다.

(가) 갱신거절사유

(1) 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 본문은 임대인이 정당한 사유 없이 임차인의 계약갱신 요구를 거절하지 못하게 하면서 다만 단서의 각호로써 예외를 두고 있고, 그 중 제8호는 “임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우”를 임대인의 정당한 갱신거절사유로 정하고 있다. 그런데 위 8호 실거주요건 조항은 제1 내지 7호의 경우처럼 객관적인 자료로써 비교적 용이하게 확인할 수 있는 과거의 사실이나 향후의 구체적인 계획에 관한 것이 아니라 임대인의 주관적 의도에서 비롯되는 결과로서 아직 발생하지 않은 장래의 사정에 관한 것이어서 적극적인 입증이 쉽지 않다.

(2) 더욱이 임차인이 임대인의 갱신거절권 행사가 부적법하다고 다투면서 해당 주택에서 전출하지 않겠다는 의사를 강력하게 표시하여 상당 기간 법적 다툼이 진행될 것으로 예상되는 상황이라면, 임대인 입장에서는 그곳에 입주하기 위해 이사일정을 잡거나 자녀들을 전학시키는 등 생활터전을 옮기기 위한 절차를 밟거나 종전에 거주 또는 소유하던 주거에 관한 권리관계를 최종 구상대로 변동시키는 등 구체적이고 확정적인 이주계획을 수립하기도 어렵다.

(3) 법률개정과정을 살펴보면 최초개정안인 주택임대차보호법 일부개정법률안(의안번호 2100285)에는 “임대인이 임차주택에 실거주하여야 할 객관적 사유가 있는 경우”에 계약갱신 요구를 거절할 수 있다는 내용이 포함되어 있었으나, 대안으로 채택된 주택임대차보호법 일부개정법률안(의안번호 2102500)에서는 위 요건을 완화하여 “임대인(임대인의 직계존속·직계



비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우”로 수정·반영되었던 점, 위 갱신거절권 조항에 이어 제6조의3 제5항에서는 임대인이 실거주요건 조항에 해당하는 사유로 계약갱신을 거절하고서도 정당한 사유 없이 제3자에게 해당 주택을 임대한 경우 임차인의 손해를 배상하도록 규정함으로써 사후적으로 임차인을 보호하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 임대인이 갱신거절권을 행사할 당시 또는 그 무렵에 임대인이나 그 직계존·비속이 해당 주택에 실제 거주할 의사가 없었다고 볼 만한 특별한 사정이 드러난 경우가 아닌 한, 통상적으로 납득할 수 있는 실거주요건 조항 해당사유를 원인으로 하는 임대인의 갱신거절은 적법하다고 봄이 타당하다.

(4) 이 사건의 경우, 원고가 당초에는 이 사건 아파트에 원고가족이 들어와 살 것이라고 하였다가 이 사건 소송에서는 원고의 노부모가 거주할 예정이라고 하여 주장을 바꾼 점, 원고의 노부모가 통원을 위하여 안동시에서의 생활을 청산하고 서울로 이주하여야 할 정도의 건강상태라고 보이지는 않는 점, 원고와 자녀들이 제주 생활을 청산하였다거나 청산을 준비중이라는 사실이 드러나지 않은 점, 원고가족은 B아파트를 급매로 처분하려고 한다면서도 시세보다 훨씬 높은 가격에 매물로 내놓았고 현재까지도 이를 처분하지 않은 채 보유하고 있는 점 등을 고려하면 원고가 주장하는 원고 노부모 또는 원고가족의 실거주계획이 과연 진실한 것인지 의문이 전혀 없는 것은 아니고 그 진실성을 확실하게 인정할 수 있는 결정적인 증거가 제출된 것도 아니다.

(5) 원고가 주장하는 실거주계획에는 개연성이 있고, 원고가 가족관계나 부동산 소유현황에 관하여 거짓말을 하면서 실거주요건 조항 해당사유를 억지로 꾸며냈다는가, 이 사건 아파트를 타에 임대하거나 매도하려는 시도를 하는 등 실거주계획과 명백하게 모순되는 행위를 한 사정을 찾을 수 없는 이상 위 실거주계획을 이유로 한 원고의 갱신거절은 적법하다고 봄이 타당하다.

(나) 갱신거절기간준수

(1) 우리사회에서 직계존·비속은 설령 생계를 따로 하고 있다고 하더라도 한가족의 틀에서 경제적인 사안들을 공유하는 경우가 많아 해당 주택에서 임차인 본인이 거주하기로 했다가 그 직계존속 또는 직계비속이 거주하기로 하는 등 가족 내부의 사정에 따라 실거주계획이 변경될 여지가 충분하고 이는 사생활의 영역이므로 임대인의 입장에서는 그러한 구체적인 경위를 임차인에게 설명하기 어려운 사정이 있을 수 있다. 그렇다면 임대인이 갱신거절권 행사 시 가족 내부의 사정을 사전에 모두 예측하고 고려하여 실거주 계획을 오차 없이 설명하게 한다면, 그러한



계획의 사후변동 가능성까지 필수적으로 고지하게 한다든지 추후에 실제로 계획이 변동되었을 때 임차인을 납득시킬 정도로 그 불가피한 사정을 구체적으로 설명하게 하는 것은 자칫 사생활의 지나친 공개를 강요하는 것이 될 수 있어 부당하다.

(2) 임차인이 계약만료 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 이미 임대인의 실거주의사를 통보 받은 상황이라면 그 후 계획이 다소 변경되어 임대인이 아닌 임대인의 직계존·비속이 실거주 하게 되었다고 하여 임차인에게 불측의 손해가 생기는 것도 아니다.

(3) 이 사건의 경우 원고는 이 사건 임대차계약이 끝나기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 전화통화와 내용증명 등을 통하여 피고에게 원고가족의 실거주계획을 이유로 한 갱신거절 의사를 밝혔다. 그렇다면 원고는 이로써 갱신거절권을 적법하게 행사하였다고 인정되고 그 후 실거주 주체가 원고의 직계존속으로 변경된다고 하더라도 위 갱신거절이 돌연 부적법하게 된다고 볼 수는 없다.

나. 항소심판결 요지(서울중앙지방법원 2022. 9. 6. 선고 2021나77014판결)-항소기각

피고는 제1심 판결에 불복하여 항소하였으나 항소심은 제1심 판결이유를 그대로 원용하면서 다른 설시 없이 피고의 항소를 기각하였다.

3. 대법원판결의 요지

가. 2020. 7. 31. 법률 제17470호 개정으로 신설된 주택임대차보호법 제6조의3 제1항은 “제6조에도 불구하고 임대인은 임차인이 제6조 제1항 전단의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다. 다만 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하면서 제8호에서 “임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우”를 임차인의 계약갱신요구를 거절할 수 있는 사유 중 하나로 들고 있다. 이러한 주택임대차보호법 규정의 취지는 임차인의 주거생활 안정을 위하여 임차인에게 계약갱신요구권을 보장하는 동시에 임대인의 재산권을 보호하고 재산권에 대한 과도한 제한을 방지하기 위하여 임대인에게 정당한 사유가 있는 경우 계약갱신을 거절할 수 있도록 함으로써



임차인과 임대인의 이익 사이에 적절한 조화를 도모하고자 함에 있다(대법원 2022. 12. 1. 선고 2021다266631 판결 참조).

나. 임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다. 이하 같다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우에 해당한다는 점에 대한 증명책임은 임대인에게 있다. 『실제 거주하려는 의사』의 존재는 임대인이 단순히 그러한 의사를 표명하였다는 사정이 있다고 하여 곧바로 인정될 수는 없지만 임대인의 내심에 있는 장래에 대한 계획이라는 위 거절사유의 특성을 고려할 때 임대인의 의사가 가공된 것이 아니라 진정하다는 것을 통상적으로 수궁할 수 있을 정도의 사정이 인정된다면 그러한 의사의 존재를 추인할 수 있을 것이다. 이는 임대인의 주거 상황, 임대인이나 그의 가족의 직장이나 학교 등 사회적 환경, 임대인이 실제 거주하려는 의사를 가지게 된 경위, 임대차계약 갱신요구 거절 전후 임대인의 사정, 임대인의 실제 거주 의사와 배치·모순되는 언동의 유무, 이러한 언동으로 계약갱신에 대하여 형성된 임차인의 정당한 신뢰가 훼손될 여지가 있는지 여부, 임대인이 기존 주거지에서 목적 주택으로 이사하기 위한 준비의 유무 및 내용 등 여러 사정을 종합하여 판단할 수 있다.

다. 원고 주장 및 원심 인정에 따르더라도, 원고와 배우자는 이 사건 아파트 말고도 이 사건 아파트 인근에 다른 아파트와 다른 지역에도 주택을 소유하고 있다. 원고가 이 사건 임대차계약의 갱신거절을 할 무렵에 원고는 자녀 교육을 위하여 다른 지역에 있는 주택에 자녀들과 함께 거주하고 있었고 원고 배우자는 직업상 이유로 이 사건 아파트 인근의 다른 아파트에서 거주하고 있었으므로, 원고와 원고 가족에게 이 사건 임대차계약의 갱신을 거절하고 이 사건 아파트에 거주하여야 할 만한 사정이 있었다고 보이지 않는다. 원고와 자녀들이 다른 지역 생활을 청산하거나 이를 위하여 전학 또는 이사를 준비하고 있다는 사정도 없고 B아파트를 급매로 처분하겠다는 원고 배우자는 이를 처분하지 않은 채 여전히 거주하고 있다.

라. 지방에서 이 사건 아파트 인근 병원에 다니면서 진료를 받던 원고 부모가 이 사건 아파트에 거주하면서 병원진료를 쉽게 받기 위해서라고 주장한다. 그런데 원고 부모의 외래진료확인서를 보더라도 원고 부모는 이 사건 아파트 인근 병원에 최근 11년 동안 1년에 1~5 차례 가량 통원 진료를 받았다는 것 외에는 다른 내용이 없다. 원고 부모 거주 지역의 공인중개사가 작성한 사실확인서에는 단순히 원고의 모가 자신이 사는 아파트에 대하여 매매나 전세를 문의하였다는 내용만 기재되어 있을 뿐이어서 이러한 기재만으로 원고 부모가 사는 아파트를 정리하고 이 사건



아파트에 거주하려고 하였음을 인정하기는 어려워 보인다. 더구나 원고가 제출한 인테리어 견적서는 그 내용에 이 사건 아파트 인테리어 목적과 부합한다고 보기 어려운 내용도 있어서 이를 원고 부모가 이 사건 아파트에 거주할 목적에 따라 작성된 것으로 보기에는 의심스러운 면이 있다.

4. 주택임대차보호법 법률조문

제6조의3(계약갱신요구 등)

① 제6조에도 불구하고 임대인은 임차인이 제6조제1항 전단의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 임차인이 2기의 차임액에 해당하는 금액에 이르도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우
2. 임차인이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 임차한 경우
3. 서로 합의하여 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우
4. 임차인이 임대인의 동의 없이 목적 주택의 전부 또는 일부를 전대(轉貸)한 경우
5. 임차인이 임차한 주택의 전부 또는 일부를 고의나 중대한 과실로 파손한 경우
6. 임차한 주택의 전부 또는 일부가 멸실되어 임대차의 목적을 달성하지 못할 경우
7. 임대인이 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유로 목적 주택의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위하여 목적 주택의 점유를 회복할 필요가 있는 경우
 - 가. 임대차계약 체결 당시 공사시기 및 소요기간 등을 포함한 철거 또는 재건축 계획을 임차인에게 구체적으로 고지하고 그 계획에 따르는 경우
 - 나. 건물이 노후·훼손 또는 일부 멸실되는 등 안전사고의 우려가 있는 경우
 - 다. 다른 법령에 따라 철거 또는 재건축이 이루어지는 경우
8. 임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우
9. 그 밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우

② 임차인은 제1항에 따른 계약갱신요구권을 1회에 한하여 행사할 수 있다. 이 경우 갱신



되는 임대차의 존속기간은 2년으로 본다.

③ 갱신되는 임대차는 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 계약된 것으로 본다. 다만, 차임과 보증금은 제7조의 범위에서 증감할 수 있다.

④ 제1항에 따라 갱신되는 임대차의 해지에 관하여는 제6조의2를 준용한다.

⑤ 임대인이 제1항제8호의 사유로 갱신을 거절하였음에도 불구하고 갱신요구가 거절되지 아니하였더라면 갱신되었을 기간이 만료되기 전에 정당한 사유 없이 제3자에게 목적 주택을 임대한 경우 임대인은 갱신거절로 인하여 임차인이 입은 손해를 배상하여야 한다.

⑥ 제5항에 따른 손해배상액은 거절 당시 당사자 간에 손해배상액의 예정에 관한 합의가 이루어지지 않는 한 다음 각 호의 금액 중 큰 금액으로 한다.

1. 갱신거절 당시 월차임(차임 외에 보증금이 있는 경우에는 그 보증금을 제7조의2 각 호 중 낮은 비율에 따라 월 단위의 차임으로 전환한 금액을 포함한다. 이하 “환산월차임”이라 한다)의 3개월분에 해당하는 금액
2. 임대인이 제3자에게 임대하여 얻은 환산월차임과 갱신거절 당시 환산월차임 간 차액의 2년분에 해당하는 금액
3. 제1항제8호의 사유로 인한 갱신거절로 인하여 임차인이 입은 손해액

[본조신설 2020. 7. 31.]

5. 유사취지 및 관련판례

가. 대법원 2023. 12. 21. 선고 2023다263551 판결 [건물인도]

1) 원고의 건물 3층 및 옥상을 임차하고 있는 피고에게 계약갱신 거절사유로 “2층에 거주하고 있는 원고가 불편하여 3층까지 모두 실제로 거주하겠다.”라고 통지한 후 사정변경으로 인하여 “원고 손자가 실제 거주할 것이다”라고 주장하였다.

2) 이와 같은 사정변경이 예외적으로 허용되기 위해서는 ① 원고의 계약갱신 거절사유 통지 당시 밝힌 사유, 즉 “원고 자신의 실제 거주” 사유가 존재하였고, ② 그 이후 예측할 수 없었던 객관적인 사정변경이 발생함으로써 원고가 실제 거주할 수 없게 되었으며, ③ 이로 인하여 불가



피하게 “원고 손자의 실제 거주” 사유가 발생하게 된 것임을 원고가 구체적으로 주장·증명한 경우에 이를 긍정할 여지가 있으나, 원고가 이러한 사정에 관하여 주장·증명한 것으로 보이지도 않는다.

나. 대법원 2024. 1. 11. 선고 2023다258672 판결 [임대차보증금등반환청구의소]

1) 주택임대차보호법 제6조의3 제1항은 “임대인은 임차인이 제6조 제1항 전단의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다.”라고 하여 임차인의 계약갱신요구권을 규정하고, 같은 조 제4항은 “제1항에 따라 갱신되는 임대차의 해지에 관하여는 제6조의2를 준용한다.”라고 규정한다. 한편 주택임대차보호법 제6조의2 제1항은 “제6조 제1항에 따라 계약이 갱신된 경우 같은 조 제2항에도 불구하고 임차인은 언제든지 임대인에게 계약해지를 통지할 수 있다.”라고 규정하고, 제2항은 “제1항에 따른 해지는 임대인이 그 통지를 받은 날부터 3개월이 지나면 그 효력이 발생한다.”라고 규정한다.

2) 이러한 주택임대차보호법 규정을 종합하여 보면 임차인이 주택임대차보호법 제6조의3 제1항에 따라 임대차계약의 갱신을 요구하면 임대인에게 갱신거절 사유가 존재하지 않는 한 임대인에게 갱신갱신요구가 도달한 때 갱신의 효력이 발생한다. 갱신요구에 따라 임대차계약에 갱신의 효력이 발생한 경우 임차인은 제6조의2 제1항에 따라 언제든지 계약의 해지통지를 할 수 있고, 해지통지 후 3개월이 지나면 그 효력이 발생하며, 이는 계약해지의 통지가 갱신된 임대차 계약 기간이 개시되기 전에 임대인에게 도달하였더라도 마찬가지이다.

다. 대법원 2022. 12. 1. 선고 2021다266631 판결 [건물인도]

1) 주택임대차보호법 제6조, 제6조의3 등 관련 규정의 내용과 체계, 입법 취지 등을 종합하여 보면, 임차인이 같은 법 제6조의3 제1항 본문에 따라 계약갱신을 요구하였더라도 임대인으로서 특별한 사정이 없는 한 같은 법 제6조 제1항 전단에서 정한 기간 내라면 제6조의3 제1항 단서 제8호에 따라 임대인이 목적 주택에 실제 거주하려고 한다는 사유를 들어 임차인의 계약갱신요구를 거절할 수 있고 같은 법 제3조 제4항에 의하여 임대인의 지위를 승계한 임차주택의



양수인도 그 주택에 실제 거주하려는 경우 위 갱신거절 기간 내에 위 제8호에 따른 갱신거절 사유를 주장할 수 있다고 보아야 한다.

2) 임대인이 임차인에게 계약갱신거절의사를 통지한 뒤 부동산을 매도하였고 부동산을 매수한 양수인이 임차인에게 임대차계약거절의사를 다시 통지한 경우에도 갱신거절은 적법하다.

6. 판결에 대한 의견-찬성

가. 주택임대차보호법은 주거용 건물의 임대차에 관하여 『민법』에 대한 특례를 규정함으로써 국민 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 합니다. 동법 제6조의 3 계약갱신요구 규정이 입안된 취지는 최소 2년으로 보장한 임차인의 최초 임차기간 만으로는 임차인의 주거생활 안정에 부족하다고 보아 임차인에게 추가로 최소 2년의 임차기간을 보장하는 계약갱신권을 도입한 것으로 볼 수 있습니다.

나. 임차인에게 계약갱신요구권을 인정함으로써 최소 4년간은 목적부동산에 대한 재산권 행사에 장애가 발생하는 임대인의 재산권에 대한 과도한 제한을 방지하기 위하여 임대인에게도 같은 조 단서에 해당하는 정당한 사유가 있는 경우에는 임차인의 계약갱신을 거절할 수 있도록 보장하고 있습니다.

다. 위와 같이 임차인의 계약갱신요구권과 임대인의 갱신거절사유는 임차인과 임대인의 이익 사이에 적절한 조화를 도모하고자 함에 있으나 규정의 입안취지나 조문의 배열방식을 살펴보면 상대적으로 열등한 위치에 있는 임차인의 계약갱신을 우선적으로 보장하는 취지로 해석함이 타당해 보입니다. 그렇다면 단서로 규정하고 있는 계약갱신 거절사유는 임대인의 임차인 및 제3자도 객관적으로 동의할 수 있는 상당한 정도로 신뢰할 수 있는 주장과 증거가 필요하다고 해석하는 것이 보다 합리적이라고 할 것입니다. 따라서 이 사건에서 임대인의 계약갱신 거절사유인 “실제 거주 의사”의 진실성과 객관적 입증이 부족하다고 본 대법원판결의 이유 및 결론은 타당하다고 할 것입니다.

라. 현실적으로 주택임대차보호법 개정 이후 임대인이 계약갱신을 거절하는 중요한 이유가 계약을 갱신하는 경우 적용되는 동법 제7조(차임 등의 증감청구권) “증액청구는 약정한 차임이나 보증금의 20분의 1의 금액을 초과하지 못한다. 다만, 특별시·광역시·특별자치시·도 및 특별



자치도는 관할 구역 내의 지역별 임대차 시장 여건 등을 고려하여 본문의 범위에서 증액청구의 상한을 조례로 달리 정할 수 있다.”는 조항이 우리나라 부동산 전월세 임대보증금 변동폭을 적절하게 반영하지 못하고 소액이라는 점 때문이라고 보입니다.

마. 그렇다면 임대차계약갱신의 경우 임차보증금 등의 증액청구 한도를 민사법정이율의 2년분인 10%나 상사법정이율의 2년분인 12%로 늘리거나, 고액전세의 경우 대부분 전세자금대출을 이용하고 있는 점을 고려하여 이자제한법상 최고이율 한도인 20% 내에서 각 지방자치단체가 그 지역의 전월세 시장상황을 고려해서 조례로 그 상한을 정할 수 있도록 하는 것이 타당하다고 생각합니다.

▶ 발표일시 : 2024. 10. 30.(수) 07시 30분

▶ 사 회 : 신용간 변호사

▶ 참석회원 : 김광석, 김대휘, 김시연, 류원용, 박경춘, 배병호, 서규영, 서장원, 설재욱, 신성민, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이원용, 이재용, 이정일, 조주영, 허익범, 홍영호 변호사(총 22명)



사해행위취소의 원상회복으로서 대체물반환의무와 전보배상

Obligations to return substitute goods and compensation for transfer as a
restoration of revocation of fraudulent act¹⁾

辯護士 장 재 형

Chang Jae Hyung

【사건의 표시】

대법원 2024. 2. 15. 선고 2019다238640 판결

논문요약

선행 판결이 사해행위취소로 원상회복을 함에 원물이 대체물이어서 그 반환이 불가능이라는 이유로 원물반환을 명하였는데, 그 뒤 취소채권자의 수 차 최고에도 불구하고 수익자가 이를 이행하지 않아 취소채권자가 이행지체로 인한 전보배상 또는 이행불능으로 인한 대상청구권에 기한 전보배상을 선택적으로 청구한 사안에서, 대상판결이 원심과 같이 이행지체로 인한 전보배상으로 판단한 것은 타당한 결론이다. 그러나 대상청구의 병합이 아닌 별개의 소로써 집행불능에 따른 손해배상을 구하는 이 사건에서 이를 민법 제395조의 일반적인 이행지체로 인한 전보배상과 달리 취급하여 또다시 강제집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 특별한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용된다는 판지는 그 구체적 기준이나 내용이 없으며, 원상회복에서 대

1) 본 발표원고는 미완성으로 작성 중에 있어 임의로 인용하거나 외부에 원용할 수 없음을 알려 드립니다.



체물의 인도 의무가 가능한 것으로 판단하여 원물반환을 명한 것인데 달리 사정변경이 없는데 새삼 집행불능에 더하여 새로운 특별한 사정을 추가로 요구할 필요성이나 이유도 없으며, 선행 판결 후 사정변경으로 대체물 인도가 불가능하여 이행불능이 된 경우가 아닌 한 다른 경우를 상정하기 어렵다.

사해행위취소로 인한 원상회복의 형태가 선행 판결에서 채무자에의 원물반환으로부터 대상청구에서는 취소채권자에게의 금전 지급으로 된다는 점은 가액배상의 법리에 비추어도 위 해석에 방해되지 않는다.

또한 이는 이행불능의 경우에는 대상청구권을 정면으로 긍정하는 현행 판례의 과감한 태도와도 균형이 맞지 않고, 물건적 청구권의 이행불능에 따른 손해배상청구권을 부정한 판결의 흐름과도 상충될 수 있다.

〈주제어〉

채권자취소, 사해행위, 원상회복, 대체물반환, 이행지체, 전보배상, 대상청구권, 이행불능, 집행불능

Cancellation of creditors, Faudulent act, Restoration of original state, Return of substitute goods, Delayed performance, Compensation for transfer, Right to claim alternative compensation, Inability to perform, Inability to execute

목 차

I. 사실관계와 판결의 요지

1. 사실관계
2. 판결의 요지

II. 하급심판결



Ⅲ. 관련 대법원판결

1. 사해행위의 취소와 원상회복
2. 원물반환과 대상청구
3. 대체물과 원물반환

Ⅳ. 사해행위취소의 효력

1. 상대적 무효설
2. 원물반환과 가액배상
3. 대체물의 인도의무와 전보배상

Ⅴ. 사해행위취소의 원물반환과 이행지체

1. 원물반환과 집행불능
2. 이행불능과 대상청구권
3. 원물반환과 가액배상의 관계

Ⅵ. 평 석

1. 대상판결의 분석
2. 검토와 비판
3. 결 론

Ⅰ. 사실관계와 판결의 요지

1. 사실관계

소외 1 주식회사는 2015. 8. 18. 소외 2 주식회사(2016. 5. 10. 피고에 흡수합병)에 소외 3 주식회사 주식 190만 주(이하 ‘이 사건 주식’이라 한다)를 74억 1,000만 원에 매각하였고, 피고는



2015. 11. 25. 소외 4 주식회사에 이 사건 주식을 68억 4,000만 원(1주당 3,600원)에 매각하였다.

원고는 소외 1 회사에 대한 채권자로서 피고를 상대로 서울남부지방법원 2016가합100806호로 이 사건 주식 매매계약의 취소 및 그 원상회복을 구하는 사해행위취소의 소를 제기하였고, 위 법원은 2016. 11. 17. “피고와 소외 1 회사 사이에 체결된 이 사건 주식매매계약을 1,695,215,862원의 범위 내에서 취소한다. 피고는 소외 1 회사에 1,695,215,862원 상당의 별지 제2목록 기재 주식을 양도하라.”는 판결(이하 ‘선행 판결’이라 하고, 위 사건을 ‘선행 사건’이라 한다)을 선고하였고, 선행 판결은 2016. 12. 10. 확정되었다. 선행 판결의 별지 제2목록은 다음과 같다.

주식명: 주식회사 소외 3회사
주식의 종류: 기명식 보통주
주식수: 1,900,000주
액면총액: 950,000,000원
1주의 액면가액: 500원. 끝.

원고는 2017. 11. 14. 및 2017. 12. 27. 피고에게, 선행 판결에 따라 소외 1 회사에 1,695,215,862원 상당의 소외 3 회사 기명식 보통주를 양도하거나, 2017. 12. 29.까지 원고에게 1,695,215,862원을 지급해 달라는 취지의 내용증명우편을 보냈으나, 피고는 이 사건 변론종결일 현재까지 선행 판결에 따른 의무를 이행하지 않아, 원고가 전보배상이나 대상청구를 구한 사안이다.

2. 판결의 요지

민법 제395조에 따르면, 채무자가 채무의 이행을 지체한 경우에 채권자가 상당한 기간을 정하여 이행을 최고하여도 그 기간 내에 이행하지 않은 경우 채권자는 이행에 갈음한 손해배상청구를 할 수 있다. 이는 대체물 인도 의무를 이행하지 않는 경우에도 마찬가지이다. 그러나 수익자가 사해행위취소 소송의 확정판결에 따른 원상회복으로 대체물 인도 의무를 이행하지 않았다는



이유만으로 취소채권자가 수익자를 상대로 민법 제395조에 따라 이행지체로 인한 전보배상을 구할 수는 없다. 다만 수익자의 대체물 인도 의무에 대한 강제집행이 불가능하거나 현저히 곤란하다고 평가할 수 있는 경우에는 전보배상을 구할 수 있다.

II. 하급심 판결

1. 제1심 판결 : 서울남부지방법원 2018. 9. 13. 선고 2018가합104680 판결

2. 제2심 판결 : 서울고등법원 2019. 5. 9. 선고 2018나2055891 판결[대상청구의소]

취소채권자가 수익자를 상대로 제기한 사해행위취소 및 원상회복 청구의 소에서 사해행위 취소와 함께 수익자로 하여금 채무자에게 동산을 반환하도록 명하는 판결이 확정된 경우에도, 확정된 원상회복청구권의 권리자 역시 취소채권자라고 할 것이다.

원고는 취소채권자로서 수익자인 피고를 상대로 제기한 사해행위취소의 소에서 사해행위취소와 함께 수익자로 하여금 채무자인 소외 1 회사에 1,695,215,862원 상당의 이 사건 주식(즉 ‘이 사건 주식 190만 주 중 1,695,215,862원에 상당하는 부분’이 될 것이다)을 반환하도록 명하는 선행 판결을 받았고, 피고에 2차례에 걸쳐 기한을 정하여 확정된 선행 판결에 따른 채무의 이행을 최고하였음에도 피고가 그 기간 내에 이행하지 아니하였으므로, 민법 제395조에 따라 피고에 대하여 직접 그 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있다.

피고가 양도받은 주권 그 자체를 보유하고 있지 않더라도 피고의 주식반환의무가 불가능하게 되었다고 볼 수 없기 때문에(대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결 참조), 선행 사건에서 원고가 가액배상을 구할 수 없었던 것이지, 원고가 가액배상을 구할 수 있었고 원물반환이 현저히 곤란한데도 이를 감수하면서 원물반환을 청구한 것이 아니다. 나아가 원고가 이 사건에서 사해행위 취소를 전제로 한 가액배상을 구하는 것도 아니다. 따라서 위 판례 법리에 따라 원고에게 권리보호의 이익이 없다거나 원고가 원물반환 청구를 하여 승소 판결을 받았으므로 이 사건 청구가 허용되지 않는다고 볼 수 없다.



III. 관련 대법원판결

1. 사해행위의 취소와 원상회복

가. 원물반환과 원상회복 : 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결[사해행위취소]

민법 제406조 제1항에 따라 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구가 인정되면, 수익자는 원상회복으로서 사해행위의 목적물을 채무자에게 반환할 의무를 지게 되고, 만일 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 원상회복의무의 이행으로서 사해행위 목적물의 가액 상당을 배상하여야 하며,

여기에서 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우라 함은 원물반환이 단순히 절대적·물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활상의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 그 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말하는 것이다 (대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다54978 판결, 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결 등 참조).

나. 원물반환 판결 후 가액배상 청구 : 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다54978 판결[사해행위취소]

사해행위 후 목적물에 관하여 제3자가 저당권이나 지상권 등의 권리를 취득한 경우에는 수익자가 목적물을 저당권 등의 제한이 없는 상태로 회복하여 이전하여 줄 수 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 채권자는 원상회복 방법으로 수익자를 상대로 가액 상당의 배상을 구할 수도 있고, 채무자 앞으로 직접 소유권이전등기절차를 이행할 것을 구할 수도 있다.

이 경우 원상회복청구권은 사실심 변론종결 당시의 채권자의 선택에 따라 원물반환과 가액배상 중 어느 하나로 확정되며, 채권자가 일단 사해행위 취소 및 원상회복으로서 원물반환 청구를 하여 승소 판결이 확정되었다면, 그 후 어떠한 사유로 원물반환의 목적을 달성할 수 없게 되었다고 하더라도 다시 원상회복청구권을 행사하여 가액배상을 청구할 수는 없으므로 그 청구는 권리보호의 이익이 없어 허용되지 않는다.



2. 원물반환과 대상청구

가. 이행불능과 대상청구 : 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다71431 판결[사해행위취소등]

[1] 우리 민법이 이행불능의 효과로서 채권자의 전보배상청구권과 계약해제권 외에 별도로 대상청구권을 규정하고 있지 않으나 해석상 대상청구권을 부정할 이유는 없다.

[2] 신용보증기금이 갑 주식회사를 상대로 제기한 사해행위취소소송에서 원물반환으로 근저당권설정등기의 말소를 구하여 승소판결이 확정되었는데, 그 후 해당 부동산이 관련 경매사건에서 담보권 실행을 위한 경매절차를 통하여 제3자에게 매각된 사안에서,

위와 같이 부동산이 담보권 실행을 위한 경매절차에 의하여 매각됨으로써 확정판결에 기한 갑 회사의 근저당권설정등기 말소등기절차의무가 이행불능된 경우, 신용보증기금은 대상청구권 행사로서 갑 회사가 말소될 근저당권설정등기에 기한 근저당권자로서 지급받은 배당금의 반환을 청구할 수 있다.

나. 예비적 대상청구의 법적 성질 : 대법원 1975. 5. 13. 선고 75다308 판결[동산인도등]

어느 물건의 집행불능에 대비하여 구하는 예비적 대상청구의 성질은 이행지체로 인한 전보배상을 구하는 것이고 “인도불능일 때” 또는 “인도하지 않을 때”라는 문언은 “집행불능의 때”의 의미로 보아야 한다.

3. 대체물과 원물반환 : 대법원 2007.7.12. 선고 2007다18218 판결 【사해행위취소】

사해행위의 목적물이 상장주식인 경우, 수익자 또는 전득자는 대체물인 그 상장법인의 주식 중 원상회복을 할 수량을 다시 취득하여 원물반환의무를 이행할 수 있으므로 양도받은 주권 그 자체를 보유하고 있지 않다는 사실만으로 주식반환의무가 불가능하게 되었다고 할 수 없다.



Ⅳ. 사해행위취소와 원상회복

1. 상대적 무효설

채권자취소권은 형성권이므로 통상의 민법상 취소권과 같이 당연히 형성효를 갖고 소급효가 있으며 물권적 효과까지 있는 것이 원칙이나, 다만 거래 안전을 보호하기 위한 정책적 장치를 둘 것인지, 아니면 채권설 주장과 같이 이는 취득시효처럼 채권적청구권에 불과하고 소급효도 없고 장래에 향해서만 효력이 발생하여 그 효력은 단순히 채권적 효과에 그치므로 선의의 제3자는 당연히 보호되는 것으로 관련 규정을 준용하기만 하면 되는 것인가하는 문제이다.

우선 판례는 사해행위취소의 확정만으로 소유권이전이나 채권양도, 인도 없이 사해행위 당시로 소급하여 채무자가 책임재산을 회복하는 것은 아니라는 입장이다(대법원 2001. 5. 29. 선고 99다9011 판결). 즉 계약 해제의 경우와 같이 물권적 효과를 인정하지 않는다는 견해이다. 따라서 채권자취소의 확정은 물론 이에 따른 말소등기나 인도가 있기 전에 수익자와 한 법률행위는 다른 특별한 사정이 없는 한 유효하다.

그러나 채권자취소권은 형성권의 법리상 기본적으로 소급효의 전제 위에서 그 효력이 논의되는 것이다. 그런데 사해행위 이외의 법률행위나 거래의 취소까지 당연시하는 절대설의 입장은 달리, 통설은 원상회복을 위한 범위 내에서 채무자와 수익자 사이의 법률행위만 취소하는 상대적 무효설을 취하고 있다.

2. 원물반환과 가액배상

가. 원상회복의 방법

사해행위 취소의 효력으로 원상회복되어야 하는데, 원상회복은 당연히 원물반환이 원칙이다. 따라서 부동산의 경우 소유권이전등기나 저당권 등이 말소되어야 하고, 동산의 경우 반환하여야 한다. 그러나 예외적으로 원물반환이 불가능한 경우 가액배상이 허용된다.



원상회복의 방법은 원물반환이 원칙임은 논리상 당연하다. 다만 원물반환과 가액배상이 언제나 분명히 구별되는 것은 아니고, 구분의 기준이 절대적으로 존재하지 않고 상대적으로만 구분된다(대법원 2019. 4. 11. 선고 2018다203715 판결).

원상회복 청구의 상대방은 수익자 또는 전득자가 되고, 이행의 상대방은 채무자에게 하는 것이 원칙이나, 목적물이 동산이거나 현금인 경우에는 채무자의 불 수령의 위험이 있으므로 채권자가 직접 자신에게 이행을 구할 수 있다(대법원 1999. 8. 24. 선고 99다23468, 23475 판결).

원상회복의 범위는 책임재산의 보전을 위하여 필요한 범위 내로 한정되어야 하므로 원래의 책임재산을 초과하는 부분까지 포함된다고 볼 수 없다. 따라서 수익자 등은 사용이익, 임대료 상당액이나 이자를 반환할 필요가 없다.

원물반환에 의한 원상회복이 불가능해지면 그에 같은 대상청구를 긍정하는 것이 판례의 태도이다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다71431 판결). 대상청구는 가액배상 청구와 법률적 성격이 다르므로 원고의 청구원인이 불분명한 경우 석명을 통해 분명히 밝힐 필요가 있다. 위 판례는 가액배상만을 구하는 것이 아니라 대상청구도 함께 구하는 것으로 선해(善解)하고 있다.

나. 예외적 가액배상

원물반환 대신 일탈 재산 상당의 가액을 배상하도록 하여 원상회복하는 방법의 하나가 가액배상이다. 즉 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우, 예컨대 목적물이 멸실되거나 제3자에게 양도되어 경험법칙 또는 거래 상의 관념에 비추어 이를 반환하는 것이 사실상 또는 법률상 불가능해진 경우, 경우에 따라서는 원물반환이 가능하더라도 그러한 반환이 원래의 책임재산을 초과하여 반환하게 되어 공평의 원칙상 타당하지 않은 경우 등이다.

민법 제406조 제1항에 따라 채권자의 사해행위취소 및 원상회복청구가 인정되면, 수익자는 원상회복으로서 사해행위의 목적물을 채무자에게 반환할 의무를 지게 되고, 만일 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 원상회복의무의 이행으로서 사해행위 목적물의 가액 상당을 배상하여야 하며, 여기에서 원물반환이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우라 함은 원물반환이 단순히 절대적·물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활상의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 그 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말하는 것이다(대법원 2007. 7. 12.



선고 2007다18218 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다54978 판결 등 참조).

가액배상의 법적 성질에 관하여, 준부당이득설(부당이득에 의한 악의의 수익자의 반환의무에 준한다), 민법 제204조설(점유자의 회수자에 대한 손해배상채무), 대상청구권설(대상청구의 일종), 원상회복의무설(형평의 견지에서 채권자취소권에 관한 법률에 정한 원상회복의무의 일종) 등이 있는바,¹⁾ 판례는 원상회복의무설을 취하고 있다. 즉 채권자취소권의 행사로 인한 가액배상의 법적 성질은 원상회복의무의 이행으로 형평의 견지에서 원물 반환이 불가능하거나 현저히 곤란하게 되면 성립하고(대법원 1998.5.15. 선고 97다58326 판결), 이에 대한 수익자나 전득자의 고의, 과실을 요하지 않고 변제자가 누구인지도 무관하다(대법원 2001. 6. 12. 선고 99다20612 판결).

판례상 가액배상에 해당되는 구체적인 형태로는 양도 후 근저당권의 변제나 신탁해지 등 공평의 견지, 다른 재산과 혼합되어 특정성을 상실하거나 선의의 전득자에의 이전, 새로운 담보물권의 설정 등 사실상 또는 법률상 불가능한 경우 등이 있다,

부동산의 경우 사해행위취소로 피고가 구체적 반환할 가액배상의 범위는 변론 종결 당시의 시가를 기준으로 산정한다.

다. 선택의 특수한 경우

사해행위 후 목적물에 관하여 제3자가 저당권이나 지상권 등의 권리를 취득한 경우에는 수익자가 목적물을 저당권 등의 제한이 없는 상태로 회복하여 이전하여 줄 수 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 채권자는 원상회복 방법으로 수익자를 상대로 가액 상당의 배상을 구할 수도 있고, 채무자 앞으로 직접 소유권이전등기절차를 이행할 것을 구할 수도 있다. 이 경우 원상회복청구권은 사실심 변론종결 당시의 채권자의 선택에 따라 원물반환과 가액배상 중 어느 하나로 확정된다.

채권자가 일단 사해행위 취소 및 원상회복으로서 원물반환 청구를 하여 승소 판결이 확정되었다면, 그 후 어떠한 사유로 원물반환의 목적을 달성할 수 없게 되었다고 하더라도 다시 원상

1) 편집대표 김용덕, 주석민법 제5판, 채권총칙 (1) (2), 한국사법행정학회, 2020, 510-511면.



회복청구권을 행사하여 가액배상을 청구할 수는 없으므로 그 청구는 권리보호의 이익이 없어 허용되지 않는다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다54978 판결).

3. 대체물의 인도의무와 전보배상

가. 불특정물 인도의무의 불이행과 전보배상

원물반환이 집행불능인 경우 특정물이든 대체물이든 전보배상을 구할 수 있고, 그 법적 성격은 이행지체로 인한 것이라는 것이 대법원 판례의 입장이다(대법원 1975. 5. 13. 선고 75다308 판결).

나. 대상청구의 형태

이러한 물건의 인도청구와 그 대상‘적(的)’ 전보배상은 병합하여 할 수도 있고, 인도승소판결의 집행불능 후 별도로 제기할 수 있다.

병합의 경우 이는 예비적 청구가 아니고 장래 이행의 청구로서, 본래의 급부 확정으로 이행지체의 요건, 즉 최고 등이 별도로 필요 없으며, 손해배상액의 산정은 변론 종결 시를 기준으로 하고 지연손해금은 원칙적으로 부정되며, 집행법상으로는 집행문 부여 시 증명 필요 없고 나아가 손해 범위와 관련한 청구이익의 소나 반대의 추가 신소의 제기는 허용되지 않는다는 것이 일반적인 해석이다.²⁾

즉 선행 소송에서 대상청구를 병합한 경우 집행불능 시에 다시 이행지체를 위한 최고 등의 요건을 갖추 필요는 없다고 해석되고, 또 손해액의 범위에서도 지연손해금과 관련하여 변론 종결 시를 기준으로 한 손해액만 청구할 수 있다고 해석한다. 이는 대상청구가 인정된다고 해서 본래 급부에 관한 의무가 당연히 소멸하는 것은 아니고, 채권자는 본래의 채무의 이행과 대상청구로서 전보배상을 선택적으로 청구할 수 있고, 채무자도 본래의 채무의 이행을 함으로써 대상청구에

2) 김종화, “물의 인도청구와 그 대상적전보배상청구의 병합소송에 대한 실무적고찰”, 사법논집. 제8집, 법원행정처, 1977, 239-259면.



대용할 수 있다고 보아야 하기 때문이다. 판례도 대상청구에서 장래의 집행불능을 현재의 이행지체의 개념에 포괄하고 있다(위 대법원 75도308 판결).

그렇다면 선행 판결 후 대상청구를 별개의 소로써 청구하는 경우에는 병합의 경우와는 달리 선행 판결의 내용에 따라 이행을 최고하고 상당한 기간이 지나서 이행지체가 되어야만 손해배상을 구할 수 있는지, 또 손해의 범위는 후소의 변론 종결 시를 기준으로 산정하고 지연손해금도 당연히 구할 수 있는지 따져 봐야 한다. 만일 이렇게 병합의 경우와 달리 해석해야 한다면 이는 본래의 민법 제395조에 의해 이행지체에 따른 전보배상과 아무런 차이가 없게 된다.

V. 사해행위취소의 원물반환과 이행지체

1. 원물반환과 집행불능

사해행위의 목적물이 상장주식인 경우, 수익자 또는 전득자는 대체물인 그 상장법인의 주식 중 원상회복을 할 수량을 다시 취득하여 원물반환의무를 이행할 수 있으므로 양도받은 주권 그 자체를 보유하고 있지 않다는 사실만으로 주식반환의무가 불가능하게 되었다고 할 수 없다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2007다18218 판결).

즉 상장주식의 경우 현재 소지하고 있지 않더라도 이를 매수하여 반환할 수 있으므로 원상회복의 방법은 원물반환에 해당되고 가액배상은 불가능하다는 것으로 타당한 논리이다.

2. 이행불능과 대상청구권

법에 규정이 없어도 이행불능 시 대상청구권을 인정하는 것이 현재 다수설과 판례의 입장이다. 판례에서 인정하는 경우는 취득시효완성의 경우와 쌍무계약에서 일방 당사자의 이행불능의 경우 등이다.

사해행위취소에 있어서 원물반환이 이행불능이 되는 경우 대상청구권을 인정할 수 있다는 것이 대법원 2010다71431 판결인데, 이에 대해서는 그 귀속 주체가 채무자이므로 취소채권자가 직접



바로 청구를 할 수 없고, 가액배상을 무용화하는 결과가 되고, 취소채권자에게 가액배상보다 지나치게 유리한 결과를 가져 온다는 비판 등이 있다.³⁾

여기에서 이행불능이라 함은 원물반환이 단순히 절대적·물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활상의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 그 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말하는 것이다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다54978 판결, 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결 등 참조).

선행 판결 후 대상청구를 별개의 소로써 청구하는 경우 선행 판결에서 이행 가능한 것으로 판단하여 원물반환을 명하였는데, 그 후 특별한 사정변경이 없는 상황에서 집행불능을 이유로 전보배상을 구하는 경우 이는 집행불능으로 인하여 이행지체에 따른 전보배상으로 규율하여야 되지 이행불능이나 이행지체 중의 이행불능으로 취급할 수 없다.

3. 원물반환과 가액배상의 관계

원상회복으로서 원물반환과 가액배상은 소송물이 동일하다는 견해와 다르다는 견해가 대립되고, 이는 청구취지의 변경에 관한 처분권주의, 기판력의 작용 등 문제가 발생한다.

사해행위취소의 경우 원상회복은 원물반환이 원칙으로 채권자가 임의로 가액배상을 구할 수 없고, 가액배상이 정당한 경우 원물반환을 명할 수 없으나(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다4947 판결) 사실심 변론 종결일을 기준으로 당사자 쌍방이 동의하는 특별한 사정이 있거나(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012다107198 판결, 대법원 2018. 9. 13. 선고 2017다53470 판결), 채권자 스스로 위험이나 불이익을 감수하면서 원물반환을 구할 때(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57139 판결)에는 원물반환을 명할 수 있다.

또한 취소채권자가 원물반환을 구하였으나 심리 결과 불가하여 가액배상을 하여야 하는 경우 청구를 기각할 것이 아니라 원상회복청구의 취지를 넓게 해석하여 청구취지 변경 없이 가액

3) 김대희, “사해행위취소소송에서 명한 원물반환이 이행불능인 경우와 대상청구권 : 대상판결 : 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다71431 판결”, 강원법학 제39권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 230-234면, 김민선·김제완, “채권자취소권에서 원물반환 불능시 가액배상과 대상청구권”, 법학논총 제51집, 숭실대학교 법학연구소, 2012, 57-75면.



배상을 명하여야 한다는 것이 판례의 태도이다(대법원 2001. 6. 12. 선고 99다20612 판결, 대법원 1998. 5. 15. 선고 97다58316 판결).

한편 판례는 동일 소송물설에 입각하여 원물반환 판결 확정 후에는 다시 가액배상을 청구하는 것은 불가하고(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다54978 판결,⁴⁾ 대법원 2018. 12. 28. 선고 2017다265815 판결), 이에 갈음하는 대상청구를 하는 것은 허용한다는 견해다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다71431 판결).

VI. 평 석

1. 대상판결의 분석

대상판결은, 수익자가 사해행위취소 소송의 확정판결에 따른 원상회복으로 대체물 인도 의무를 이행하지 않았다는 이유만으로 취소채권자가 수익자를 상대로 민법 제395조에 따라 이행지체로 인한 전보배상을 구할 수는 없고, 다만 수익자의 대체물 인도 의무에 대한 강제집행이 불가능하거나 현저히 곤란하다고 평가할 수 있는 경우에는 전보배상을 구할 수 있다고 판시하면서

그 이유로, 원상회복은 총채권자를 위해 채무자에게 이루어지는 것이므로 수익자의 원상회복 의무 불이행은 일반적인 채무불이행과 의미가 달라 규범적으로 동등하게 평가할 수 없고, 채권자에게 금전 지급을 구하는 형태의 청구이므로 쉽게 허용할 경우 원물반환의 원칙이나 채권자 평등주의의 원칙이 약화될 우려가 있으므로 가액배상과 마찬가지로 일정한 요건 아래서 제한적으로 허용될 필요가 있으며, 대체물 인도 의무의 집행불능을 이유로 금전 지급을 구하는 경우의 이행지체로 인한 전보배상과 동일한 법리를 적용할 수 있고, 사해행위취소 제도의 책임재산 환원의 요청에 부합하여 전보배상의 형태로 수익자로부터 이익 반환이 필요하다는 것을 들고 있다.

4) 그러나 위 판례는 사해행위 후 목적물에 관하여 제3자가 저당권이나 지상권 등의 권리를 취득한 경우로서 특별한 사정이 없는 한 채권자는 원상회복의 방법으로 가액배상을 구할 수도 있고, 소유권이전등기를 구할 수도 있어 채권자가 변론 종결 당시 원물반환을 선택한 사안임.



2. 검토와 비판

가. 대상판결이 이 사건 청구에 대해 이행불능이나 이에 따른 대상청구권으로 보지 않고, 대체물 인도의 선행 판결의 집행불능으로 인한 대상청구(대상청구권이 아니고 장래의 청구로서 대상청구를 추가적으로 단순 병합하는 것이 가능)로서 이행지체에 따른 전보배상의 청구로 판단한 것은 타당하다.

즉 우선 사해행위취소로 인한 원상회복으로서 원물반환과 가액배상은 동일한 소송물이라는 대전제 위에서 대체물 인도의 원물반환 선행 판결이 집행불능이 됨으로써 이행지체에 따른 전보배상을 청구하는 것이지 가액배상의 청구로 다시 돌아갈 수는 없다고 본 것이다.

다음으로 선행 판결의 변론 종결 후 별다른 사정변경이 없는데 이제와서 이를 이행지체 중의 이행불능으로 보면 선행 판결에서 원물반환이 가능한 것으로 판단한 것과 모순되기 때문에 이행불능에 따른 대상청구 내지 대상청구권으로 볼 수 없다고 판단한 것으로 보인다.

나. 그러나 대상판결이 사해행위취소 제도의 취지를 강조한 나머지 일반적인 이행지체에 따른 전보배상과 차별화하는 논지는 특별한 내용이 없고 이론상 별다른 의미가 없는 것으로 보인다. 이는 선행 소송 시 대상청구를 동시에 병합하여 제기한 경우에 주로 논의될 문제로서 대상청구의 법적 성질, 요건, 범위 등을 본래 급부와 관련하여 사해행위취소 법리에 비추어 민법 제395조의 일반 이행지체와 달리 특별히 규율할 것인가하는 것이다.

즉 대상판결은 사해행위취소로 인한 원물반환 인도 의무의 불이행으로 인한 손해배상청구는 대체물 인도 의무의 집행불능으로 인한 전보배상의 경우와 동일한 법리이나 앞서본 논지에 비추어 본래의 이행지체로 인한 전보배상과는 다르므로 원칙적으로는 불가하나, 강제집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 특별한 사정이 있는 경우에만 제한적으로 허용된다고 하나, 그 구체적 기준이나 내용이 없으며, 원상회복에서 대체물의 인도 의무가 가능한 것으로 판단하여 원물반환을 명한 것인데 달리 사정변경이 없는데 새삼 집행불능에 더하여 새로운 특별한 사정을 추가로 요구할 필요성이나 이유도 없으며, 선행 판결 후 사정변경으로 대체물 인도가 불가능하여 이행불능이 된 경우가 아닌 한 다른 경우를 상정하기 어렵다.

이 사건은 선행 판결 후 사후에 별소로 제기된 대상청구인데, 선행 판결에서 원물반환이 가능



하다고 판단하여 인도를 명한 것을 그 불이행에 대해 이행지체로 인한 전보배상을 구함에 있어서 다시금 집행불능 이상의 특별한 사정이 있어야만 가능하다고 해석하는 것은 앞뒤 모순이거나 잘못된 동의어(同義語) 반복에 불과하다.

또한 이는 이행불능의 경우에는 대상청구권을 정면으로 긍정하는 현행 판례의 과감한 태도 와도 균형이 맞지 않는다. 물건적 청구권의 이행불능에 따른 손해배상청구권을 부정한 판결의 흐름과도 상충될 수 있다(대법원 2012. 5. 17. 선고2010다28604 판결)는 지적도 있다.⁵⁾

3. 결 론

선행 판결이 사해행위취소로 원상회복을 함에 원물이 대체물이어서 그 반환이 불능이 아니라는 이유로 원물반환을 명하였는데, 그 뒤 취소채권자의 수차 최고에도 불구하고 수익자가 이를 이행하지 않아 취소채권자가 이행지체로 인한 전보배상 또는 이행불능으로 인한 대상청구권에 기한 전보배상을 선택적으로 청구한 사안에서, 대상판결이 원심과 같이 이행지체로 인한 전보 배상으로 판단한 것은 타당한 결론이다.

그러나 대상청구의 병합이 아닌 별개의 소로써 집행불능에 따른 손해배상을 구하는 이 사건 에서 이를 민법 제395조의 일반적인 이행지체로 인한 전보배상과 달리 취급하여 또다시 강제집 행이 불가능하거나 현저히 곤란한 특별한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용된다는 판지는 쉽게 납득하기 어렵다.

사해행위취소로 인한 원상회복의 형태가 선행 판결에서 채무자에의 원물반환으로부터 대상 청구에서는 취소채권자에게의 금전 지급으로 된다는 점은 가액배상의 법리에 비추어도 위 해석에 방해되지 않는다.

5) 양창수, “채무자에의 원물 반환을 명하는 사해행위취소판결이 확정된 후 그 현저한 곤란을 이유로 취소채 권자에 대한 전보배상을 명할 수 있는가? : 대법원 2024. 2. 15. 판결 2019다238640 사건(판례공보 2024년 상권, 514면)”, 법률신문 4588호, 법률신문사, 2018. 18-18. : 조용현, “물권적 청구권의 이행불 능으로 인한 전보배상”, 사법발전재단, 2015.에서는 대상판결의 논소에 동조하면서도 민법 제395조의 채무불이행의 전보배상으로 끌어들이 것이 아니라 사해행위취소의 원상회복의 양태로 접근하여야 한 다 고 지적하면서, 명확히 표현하지는 않았으나 기판력이 미치지 않는다는 가제(假題) 위에서 가액배상의 방향을 제시하는 견해이다.



[참고문헌]

〈저 서〉

지원림, 민법강의 제18판, 홍문사, 2021.

김준호, 민법강의 제27판, 법문사, 2021.

편집대표 김용덕, 주석민법 제5판 채권총칙 (1) (2), 한국사법행정학회, 2020, 이시윤, 신민사 소송법 제16판, 박영사, 2023.

이시윤, 민사집행법 제8개정판, 박영사, 2020.

편집대표 민일영, 주석 민사집행법 제4판 (Ⅲ), (Ⅳ) 한국사법행정학회, 2018.

〈논 문〉

김종화, “물의 인도청구와 그 대상적전보배상청구의 병합소송에 대한 실무적고찰”, 사법논집. 제8집, 법원행정처, 1977.

이봉민, “사해행위 취소의 효과로서 대상청구권”, 민사판례연구 제36집, 박영사, 2014.

김민선·김제완, “채권자취소권에서 원물반환 불능시 가액배상과 대상청구권”, 법학논총 제51집, 숭실대학교 법학연구소, 2012.

김대희, “사해행위취소소송에서 명한 원물반환이 이행불능인 경우와 대상청구권 : 대상판결 : 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다71431 판결”, 강원법학 제39권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013.

정상현, “대상청구권의 역사적 의미와 비교법적 고찰 : 로마법, 독일민법, 프랑스민법을 중심으로”, 민사법학 제39-1호, 한국민사법학회, 2007.

양창수, “채무자에의 원물 반환을 명하는 사해행위취소판결이 확정된 후 그 현저한 곤란을 이유로 취소채권자에 대한 전보배상을 명할 수 있는가? : 대법원 2024. 2. 15. 판결 2019다238640 사건(판례공보 2024년 상권, 514면)”, 법률신문 4588호-18, 법률신문사, 2018.

▶ 발표일시 : 2024. 11. 13.(수) 07시 30분

▶ 사 회 : 신성민 변호사

▶ 참석회원 : 김대휘, 김미전, 김재승, 류원용, 서규영, 서장원, 신성민, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이원용, 이재용, 이정일, 장성환, 장재형, 정정주, 허익범, 황대성, 황영준 변호사(총 22명)



자기앞수표의 이득상환청구권과 체납절차상의 압류절차

Claim for repayment of cashier's checks and seizure procedures in training procedures

辯護士 장 원 석

Jang Won Seok

【사건의 표시】

대법원 2023. 11. 30. 선고 2019다203286 판결

논문요약

대상판결은 종래 통설과 판례의 같이, 수표상 이득상환청구권의 법적 성질이 지명채권이며, 수표상 지급제시기간이 경과한 이후 수표상 권리가 소멸하고 즉시 수표상 이득상환청구권이 발생하는 것이며, 수표상 권리가 소멸한 당시의 그 수표소지인이 위 권리를 취득한다는 점을 확인하였다.

또한 대상판결은, 수표상 이득상환청구권을 취득한 자가 수표 그 자체를 양도하는 행위로서 수표금 수령권한과 이득상환청구권 및 양도통지권능을 양수인에게 부여하는 것이라는 종래 전합 판례의 해석을 그대로 답습하여 거래계의 현실과 지명채권의 양도의 법리를 조화롭게 규율하고 있다.

다만, 대상판례는 수표상 이득상환청구권의 양수인과 압류명령집행자가 경합하는 경우에는 다시 원칙으로 돌아가서 엄격하게 ‘확정일자 있는 통지나 승낙을 요구’한다고



판시하여 지명채권양도의 법리에 충실한 모습을 보이는바, 수표를 현금의 대용물로 생각하는 일반인들의 입장을 고려할 때 이러한 법리를 그대로 적용하는 것이 과연 바람직한지 여부를 중심으로 이하 판례평석을 통해 살펴보겠다.

〈주제어〉

수표상 이득상환청구권, 채권양수인과 압류명령집행자 간의 우열

Right to claim repayment of profits on check, The superiority and inferiority between the bond transferee and the executioner of the seizure order

목 차

[사건의 개요]

1. 기초사실
2. 원고의 주장 요지
 - 가. 주위적 청구원인
 - 나. 예비적 청구원인
 - 다. 피고주장의 요지
3. 이득상환청구권의 법리 및 이 사건의 쟁점

[사건의 경과]

1. 1심의 판단
 - 가. 수표의 지급제시기간의 만료일에 관하여
 - 나. 소외 1의 수표 소지 여부에 관하여
 - 다. 피고의 원고에 대한 추심금 지급 의무
 - 라. 소결



2. 2심의 판단 - 서울고등법원 2018. 12. 5. 선고 2017나2067866 판결

가. 관련 법리

나. 피압류채권(이득상환청구권)의 존재 여부에 관한 판단

다. 피고의 이득상환청구권 양도를 이유로 원고에게 대항할 수 있는지 여부

라. 피고의 원고에 대한 추심금 지급의무

3. 결론

[대법원 판결이유] 대법원 2023. 11. 30. 선고 2019다203286 판결

1. 자기앞수표의 이득상환청구권 압류 방식에 관한 상고이유에 대하여

가. 자기앞수표의 이득상환청구권의 법적 성질

나. 체납처분절차상의 압류 및 대위

다. 자기앞수표의 이득상환청구권에 대한 압류절차

라. 소결

2. 자기앞수표의 이득상환청구권 양도 방식에 관한 상고이유

가. 자기앞수표의 이득상환청구권 양도 방식

나. 제3자에 대한 대항요건의 구비 필요성

3. 자기앞수표 이득상환청구권의 압류 절차에 관한 상고이유에 대하여

4. 결론

[연구]

I. 이득상환청구권의 의의 및 성질

1. 이득상환청구권의 의의

가. 의의 및 취지

나. 법적 성질

다. 이득상환청구의 당사자



- 라. 이득상환청구권의 발생요건
- 마. 이득상환청구권의 행사 및 입증책임
- 2. 수표상 이득상환청구권의 법리
 - 가. 문제의 소재
 - 나. 수표상권리의 내용
 - 다. 이득상환청구권의 발생시기
 - 라. 이득상환청구권의 발생요건
 - 마. 이득상환청구권의 양도방법
- II. 대상판결에 대한 평가
 - 1. 대상판례의 쟁점
 - 2. 종래 수표상 이득상환청구권의 법리의 재확인
 - 3. 위 대법원 판례 법리의 적용상의 한계
 - 4. 새로운 징수기법
- III. 결론

[사건의 개요]

1. 기초사실

가. 피고는 소외 1의 의뢰로 2016. 2. 1. 액면금 1억 원인 자기앞수표 9장(이하 ‘제1수표’라고 한다), 2016. 2. 3. 액면금 1,000만 원인 자기앞수표 10장(이하 ‘제2수표’라고 하고, 이를 제1수표와 합하여 ‘이 사건 각 수표’라고 한다)을 발행하였다. 이후 소외 1은 이 사건 각 수표를 계속 소지한 상태였음에도 지급을 위한 제시를 하지 않다가 각 지급제시기간(제1수표: 2016. 2. 11. 까지, 제2수표: 2016. 2. 15.까지)이 경과하였다.



나. ○○지방국세청 소속 공무원은 소외 1이 거둬진 납부독촉에도 불구하고 국세 총 1,478,005,590원(= 종합부동산세 100,237,960원 + 양도소득세 1,377,767,620원, 2016. 5. 24. 기준)을 납부하지 않자 그의 재산을 추적하여 2016. 5. 24.까지도 이 사건 각 수표의 지급제시가 이루어지지 않은 사실을 알게 되었다.

다. △△세무서장은 소외 1이 이 사건 각 수표를 정당하게 소지한 상태에서 각 지급제시기간이 경과함으로써 피고에 대한 이득상환청구권을 취득하였다고 판단한 후 구 국세징수법(2020. 12. 29. 법률 제17758호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국세징수법’이라고 한다) 제41조 제1항을 근거로 피고에게 2016. 5. 27. 제1수표에 관하여, 2016. 6. 2. 제2수표에 관하여 각 이득상환청구권을 압류한다는 뜻이 기재된 채권압류통지서(이하 ‘이 사건 각 압류 통지서’라고 한다)를 송달하면서 이를 자신에게 이행해달라고 요구하였다.

라. 피고는 △△세무서장의 요구에 응하지 않던 중 소외 2가 2016. 6. 20. 제2수표를, 2016. 6. 24. 제1수표 중 5장을, 소외 3이 2016. 6. 27. 제1수표 중 나머지 4장을 제시하면서 수표금 지급을 요구하자 지급요구한 당일 그들에게 각 액면금 상당액을 전액 지급하였다.

○	○	○	○
지급제시기간 만료	확정일자 통지(?)	압류송달	지급요구, 변제
2016. 2.11. / 2016.2.13.		2016.5.27./ 2016.6.2.	2016.6.20. / 6.24,6.27.

2. 원고의 주장 요지

가. 주위적 청구원인

원고는 체납자인 소외 1이 취득한 10억 원의 이득상환청구권에 대하여 압류한 다음 그 뜻을 제3채무자인 피고에게 통지하였으므로 국세징수법 제41조 제2항에 따라 소외 1의 체납액을 한도로 소외 1을 대위하여 피고에게 위 이득상환청구권을 행사할 수 있다.



나. 예비적 청구원인

피고는 원고로부터 두 차례에 걸쳐 2016. 5. 27. 압류통지를 받아 소외 1의 체납액 범위 내에서 위 이득상환청구금액을 원고에게 지급하여야 한다는 점을 알고 있었음에도, 2016. 6. 20.경부터 2016. 6. 27.경까지 소외 2 등이 이 사건 각 수표를 지급제시하자 이들에게 이 사건 각 수표의 액면금을 지급하였으므로, 피고는 원고에게 불법행위로 인한 손해배상책임으로서 위 10억 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 피고주장의 요지

피고는, 자기앞수표의 이득상환청구권은 수표를 교부함으로써 양도되는 것이므로, 이득상환청구권에 대한 압류는 유가증권 압류방식에 따라야 하는데, 이 사건 각 수표에 관한 이득상환청구권을 원고가 압류함에 있어서 수표의 점유를 취득한 바 없으므로 위 압류는 무효라고 주장한다.

설사 이득상환청구권을 압류한다고 하더라도, 수표자체를 제3자에게 양도하는 것만으로도 제3자에 대한 대항요건을 갖춘 것으로 충분하며, 특별히 확정일자있는 통지나 승낙같은 별도의 대항요건을 갖추는 필요는 없다고 주장한다.

3. 이득상환청구권의 법리 및 이 사건의 쟁점

수표에서 생긴 권리가 지급제시기간의 도과 등으로 소멸한 경우, 그 수표의 소지인은 발행인 등에 대하여 이득상환청구권을 행사할 수 있고(수표법 제63조 참조), 이득상환청구권은 지명채권이기는 하나, 은행 기타 금융기관이 발행한 자기앞수표 소지인이 그 제시기간을 도과하여 수표상의 권리가 소멸한 수표를 양도하는 행위는 ‘수표금액의 지급 수령권한’과 아울러 특별한 사정이 없으면 ‘수표상의 권리의 소멸로 인하여 소지인에게 발생한 이득상환청구권’까지도 이를 양도하는 동시에 그에 수반하여 이득을 한 발행은행에 대하여 그 소지인을 대신하여 ‘양도에 관한 통지를 할 수 있는 권능’을 부여하는 것이라고 하여야 한다(대법원 1976. 1. 13. 선고



70다2462 전원합의체 판결 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 원고의 주위적 청구원인과 예비적 청구원인은 모두 소외 1이 이 사건 각 수표의 지급제시기간(2016. 2. 11., 2016. 2. 13.)이 도과할 당시 위 각 수표를 소지함으로써 위 각 수표에 관한 이득상환청구권을 취득하였고, 그 후 원고의 위 이득상환청구권에 대한 압류 통지가 피고에게 도달한 시점(2016.5.27.)까지 소외 1이 위 이득상환청구권을 다른 사람에게 양도하지 않고 여전히 소지하고 있었음을 전제로 하는 것이므로, 원고의 이 사건 청구가 인용되기 위하여는 ‘소외 1이 이 사건 각 수표의 지급제시기간이 도과한 시점부터 원고의 압류 통지가 피고에게 도달한 시점까지 이 사건 각 수표를 소지하고 있었음’이 먼저 증명되어야 한다.

[사건의 경과]

1. 1심의 판단

가. 이 사건 각 수표의 지급제시기간의 만료일에 관하여

국내에서 발행하고 지급할 수표는 10일 내에 지급을 받기 위한 제시를 하여야 하는데(수표법 제29조 제1항 참조), 수표법 제29조 제4항의 규정은 수표가 실제로 발행된 날과 수표에 발행일로 기재된 날이 서로 다른 경우에 그 수표 제시기간을 기산함에 있어서 수표에 기재된 발행일을 기준으로 한다는 원칙을 밝힌 것으로 기간의 계산은 위 수표법 제61조의 일반 원칙적 규정에 따라 수표에 발행일로 기재된 날은 초일로 산입하지 아니하고 그 다음날부터 기산하여야 한다(대법원 1982. 4. 13. 선고 81다1000 판결 참조).

제1수표는 그 발행일이 2016. 2. 1.이고, 제2수표는 그 발행일이 2016. 2. 3.인 사실이 인정되므로, 그 지급제시기간의 만료일은 제1수표의 경우에는 그 발행일 다음날인 2016. 2. 2.부터 기



산하여 10일째인 2016. 2. 11.이고, 제2수표의 경우에는 그 발행일 다음날인 2016. 2. 4.부터 기산하여 10일째인 2016. 2. 13.이다.

나. 소외 1의 이 사건 각 수표 소지 여부에 관하여

(1) 제1수표

제1수표를 그 지급제시기간 만료일인 2016. 2. 11.부터 그에 관한 압류통지가 피고에게 도달한 2016. 5. 27.까지 소지하였는지에 관하여, 소외 1이 위 기간 동안에 제1수표를 소지하고 있었다고 인정하는 것이 타당하다.

(2) 제2수표

소외 1이 제2수표를 그 지급제시기간 만료일인 2016. 2. 13.부터 그에 관한 압류통지가 피고에게 도달한 2016. 6. 2.까지 소지하였는지에 관하여 소외 1이 제2수표를 그 지급제시기간 만료일인 2016. 2. 13.부터 그에 관한 압류통지가 피고에게 도달한 2016. 6. 2.까지 소지하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 그 점을 인정할 증거가 없다.

다. 피고의 원고에 대한 추심금 지급 의무

국세징수법에 의한 채납처분절차에 따라 세무서장에 의하여 채권이 압류된 경우 피압류채권의 채무자는 채권자에게 그 채무를 변제할 수 없고, 한편 국세징수법 제41조 제2항에 의하여 세무서장이 피압류채권의 채무자에게 그 압류통지를 함으로써 채권자를 대위하게 되는 때에는 세무서장은 그 채권의 추심권을 취득한다고 볼 것이므로 피압류채권의 채무자로서는 이행기가 도래한 때에는 대위채권자인 세무서장에게 이를 이행할 의무를 진다고 할 것이다(대법원 1988. 4. 12. 선고 86다카2476 판결 참조).



국세징수법 제52조(채권 압류의 효력 및 추심)

- ① 채권 압류의 효력은 제51조 제1항에 따라 채권 압류 통지서가 제3채무자에게 송달된 때에 발생한다.
- ② 관할 세무서장은 제51조제1항에 따른 통지를 한 경우 체납액을 한도로 하여 체납자인 채권자를 대위(代位)한다.

소외 1은 제1수표의 정당한 소지인으로서 그 지급제시기간의 만료일 다음날인 2016. 2. 12.경 지급제시기간의 도과로 인하여 발행인인 피고에 대한 수표상의 권리를 잃게 되었고, 피고는 위 각 수표금의 지급을 면함으로써 그 각 수표의 액면금에 해당하는 이득을 얻게 되었으므로, 소외 1은 피고에 대하여 제1수표의 액면금 합계 9억 원의 이득상환청구권을 취득하였다고 할 것이다.

한편 원고가 위 이득상환청구권에 대하여 압류를 한 다음 그 뜻을 제3채무자인 피고에게 통지하였고, 위 이득상환청구권에 관하여 2016. 5. 27.까지 △△세무서에 지급해달라는 내용이 포함된 압류통지가 2016. 5. 27.에 피고에게 도달하였음은 앞서 인정한 바와 같으므로, 원고는 국세징수법 제41조 제2항에 따라 체납자인 소외 1을 대위하여 그 체납액을 한도로 피고로부터 위 이득상환청구권을 추심할 수 있다.

라. 소결

원고의 이 사건 주위적 청구 중 제1수표에 관하여는 이유 있으므로 이를 일부 인용하고, 제2수표에 관하여는 소외 1이 각 해당 수표를 그 지급제시기간 만료일인 2016. 2. 13.부터 그에 관한 압류통지가 피고에게 도달한 2016. 6. 2.까지 소지하였다는 점이 증명되지 않았음을 이유로 이를 기각한다.

2. 2심의 판단 - 서울고등법원 2018. 12. 5. 선고 2017나2067866 판결



가. 관련 법리

1) 수표상 이득상환청구권의 양도

수표에서 생긴 권리가 지급제시기간의 도과 등으로 소멸한 경우 그 수표의 소지인은 발행인 등에 대하여 이득상환청구권을 행사할 수 있고(수표법 제63조 참조), 이득상환청구권은 지명채권이기는 하나, 은행 기타 금융기관이 발행한 자기앞수표 소지인이 그 제시기간을 도과하여 수표상의 권리가 소멸한 수표를 양도하는 행위는 수표금액의 지급 수령권한과 아울러 특별한 사정이 없으면 수표상의 권리의 소멸로 인하여 소지인에게 발생한 이득상환청구권까지도 이를 양도하는 동시에 그에 수반하여 이득을 한 발행은행에 대하여 그 소지인을 대신하여 양도에 관한 통지를 할 수 있는 권능을 부여하는 것이라고 하여야 한다(대법원 1976. 1. 13. 선고 70다2462 전원합의체 판결 참조).

2) 채권양수인과 압류명령집행자 간의 우열

민법 제450조에 의하면, 지명채권의 양도는 이를 채무자에게 통지하거나 채무자의 승낙이 없으면 채무자 기타 제3자에 대항하지 못하고 이 통지와 승낙은 확정일자 있는 증서에 의하지 아니하면 채무자 이외의 제3자에게 대항할 수 없다. 그리고 확정일자 있는 채권양도 통지를 한 경우에도 채권양수인과 동일 채권에 대하여 가압류 또는 압류명령을 집행한 자 사이의 우열은 ‘확정일자 있는 채권양도 통지’와 ‘가압류 또는 압류명령의 제3채무자에 대한 도달’의 ‘선후’에 의하여 결정하여야 하고(대법원 1994. 4. 26. 선고 93다24223 전원합의체 판결 등 참조), 채권 양도에 대한 양도통지 또는 채무자의 승낙이 확정일자 있는 증서에 의하여 이루어지지 않는 이상, 채무자는 위와 같은 채권양도와 그에 기한 채무의 변제를 들어서 양도인의 위 채권에 대한 압류채권자에게 대항할 수 없다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다85267 판결 등 참조).

나. 피압류채권(이득상환청구권)의 존재 여부에 관한 판단



1) 증명책임

원고가 체납처분절차에 따라 압류한 소외 1의 채권은 이 사건 각 수표에 관한 이득상환청구권이고, 이러한 이득상환청구권은 수표상의 권리가 소멸할 당시 수표의 소지인에게 발생하는 권리이므로, 소외 1이 이 사건 각 수표에 관한 이득상환청구권을 취득하였다는 점, 즉 이 사건 각 수표의 지급제시기간 만료일에 소외 1이 위 각 수표를 소지하고 있었다는 점은 피압류채권의 존재를 주장하는 원고에게 그 증명책임이 있다.

2) 이 사건 각 수표의 지급제시기간 만료일

국내에서 발행하고 지급할 수표는 10일 내에 지급을 받기 위한 제시를 하여야 하는데(수표법 제29조 제1항 참조), 수표법 제29조 제4항의 규정은 수표가 실제로 발행된 날과 수표에 발행일로 기재된 날이 서로 다른 경우에 그 수표 제시기간을 기산함에 있어서 수표에 기재된 발행일을 기준으로 한다는 원칙을 밝힌 것으로 기간의 계산은 위 수표법 제61조의 일반 원칙적 규정에 따라 수표에 발행일로 기재된 날은 초일로 산입하지 아니하고 그 다음날부터 기산하여야 하고(대법원 1982. 4. 13. 선고 81다1000 판결 참조), 수표법에 규정된 기간의 말일이 법정휴일일 때에는 그 말일 이후의 제1거래일까지 기간을 연장하여야 한다(수표법 제60조 제2항).

앞서 든 증거들에 의하면, 이 사건 각 수표는 국내에서 발행되어 국내에서 지급할 자기앞수표인 사실, 제1수표는 그 발행일이 2016. 2. 1.이고, 제2수표는 그 발행일이 2016. 2. 3.인 사실이 인정되는바, 이 사건 ‘각 수표의 지급제시기간의 만료일’은 제1수표의 경우에는 그 발행일 다음 날인 2016. 2. 2.부터 기산하여 10일째인 2016. 2. 11.이고, 제2수표의 경우에는 그 발행일 다음 날인 2016. 2. 4.부터 기산하여 10일째인 2016. 2. 13. 이후의 제1거래일(2016. 2. 13.은 토요일이다)인 2016. 2. 15.이다.

3) 위 인정사실에 비추어 보면, 이 사건 각 수표의 지급제시기간 만료일(제1수표의 경우에는 2016. 2. 11., 제2수표의 경우에는 2016. 2. 15.) 당시에는 소외 1이 이 사건 각 수표를 소지하



고 있었다고 봄이 타당하므로, 소외 1은 위 각 지급제시기간 만료일에 이 사건 각 수표에 관한 이득상환청구권을 취득하였다고 보아야 한다.

다. 피고가 소외 1의 이득상환청구권 양도를 이유로 원고에게 대항할 수 있는지 여부

1) 압류통지송달과 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 승낙의 선후

소외 1이 이 사건 각 수표에 관하여 이득상환청구권을 취득하였음은 앞에서 본 바와 같고, 위 기초사실에 의하면 소외 1의 위 이득상환청구권을 피압류채권으로 한 원고의 압류통지가 2016. 5. 27. 및 2016. 6. 2. 피고에게 송달되었으므로, 피고가 소외 1로부터 이 사건 각 수표를 양수한 소외 2 또는 소외 3에게 수표금을 지급하였음을 이유로 원고에게 대항할 수 있기 위해서는 위 ‘압류통지가 송달되기 전’에 ‘확정일자 있는 증서에 의한 양도통지 또는 승낙이 있었다’는 점을 피고가 증명하여야 한다.

그런데 원고의 위 압류통지가 피고에게 도달하기 전에 소외 1이 위 이득상환청구권을 위 소외 2나 소외 3에게 양도하고 확정일자 있는 증서에 의한 양도통지나 승낙까지 갖추었다는 점에 관하여 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 피고가 이 사건 각 수표의 소지인인 소외 2 또는 소외 3에게 그 수표금을 지급하였다 하더라도 이를 가지고 압류채권자인 원고에게 대항할 수 없다.

2) 자기앞수표의 이득상환청구권에 대한 압류방식

이에 대하여 피고는, 자기앞수표의 이득상환청구권은 수표를 교부함으로써 양도되는 것이므로, 이득상환청구권에 대한 압류는 유가증권 압류방식에 따라야 하는데, 이 사건 각 수표에 관한 이득상환청구권을 원고가 압류함에 있어서 수표의 점유를 취득한 바 없으므로 위 압류는 무효라고 주장한다.



그러나 이득상환청구권은 지명채권이 지시채권이 아니므로, 이득상환청구권의 양도도 일반적인 지명채권 양도의 방법으로 이루어져야 하고, 다만 수표의 정당한 소지인이 지급제시기간을 초과하여 수표상의 권리가 소멸한 수표를 양도하는 경우 그 양도행위를 수표금액의 수령권한과 아울러 소지인에게 발생한 이득상환청구권까지 양도하는 동시에 소지인을 대신하여 그 양도에 관한 통지를 할 수 있는 권능을 부여하는 행위로 볼 수 있을 뿐이다. 이러한 경우에도 이득상환청구권의 양도로 채무자와 제3자에게 대항할 수 있으려면 양수인이 양도인을 대신하여 양도사실의 통지를 하거나 채무자의 승낙이 있어야만 한다.

따라서 이득상환청구권에 대한 압류는 지명채권에 대한 압류방식으로 하면 족하고, 피고의 주장처럼 유가증권 압류방식으로 하여야 한다고 볼 수 없다.

라. 피고의 원고에 대한 추심금 지급의무

국세징수법에 의한 체납처분절차에 따라 세무서장에 의하여 채권이 압류된 경우 피압류채권의 채무자는 채권자에게 그 채무를 변제할 수 없고, 한편 국세징수법 제41조 제2항에 의하여 세무서장이 피압류채권의 채무자에게 그 압류통지를 함으로써 채권자를 대위하게 되는 때에는 세무서장은 그 채권의 추심권을 취득한다고 볼 것이므로, 피압류채권의 채무자로서는 이행기가 도래한 때에는 대위채권자인 세무서장에게 이를 이행할 의무를 진다(대법원 1988. 4. 12. 선고 86다카2476 판결 참조).

원고가 소외 1의 위 이득상환청구권에 대하여 압류를 한 다음 그 뜻을 제3채무자인 피고에게 통지하면서, 제1수표에 관해서는 2016. 5. 27.까지 그 이득상환채권액을 평택세무서에 지급해 달라고 통지하고, 제2수표에 관해서는 2016. 6. 2.까지 평택세무서에 지급해 달라고 통지한 사실은 기초사실에서 본 바와 같으므로, 원고는 국세징수법 제41조 제2항에 따라 체납자인 소외 1을 대위하여 그 체납액을 한도로 피고로부터 위 이득상환청구권을 추심할 수 있다.



3. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 주위적 청구는 위 인정 범위 이유 없으므로 이를 인용하고, 나머지 주위적 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 한다.

[대법원 판결이유] 대법원 2023. 11. 30. 선고 2019다203286 판결

1. 자기앞수표의 이득상환청구권 압류 방식에 관한 상고이유에 대하여

가. 자기앞수표의 이득상환청구권의 법적 성질

수표상의 권리가 절차의 흠결로 인하여 또는 소멸시효의 완성으로 말미암아 소멸될 당시 수표의 정당한 소지인으로서 그 수표상의 권리를 행사할 수 있었던 사람은 수표법 제63조에 따라 발행인 등에 대하여 그가 받은 이익의 한도에서 상환을 구할 수 있다. 이러한 이득상환청구권은 법률의 직접 규정에 의하여 수표의 효력 소멸 당시 정당한 소지인에게 부여된 지명채권에 속하고 이러한 법리는 그 수표가 은행 등이 자신을 지급인으로 하여 발행한 자기앞수표(수표법 제6조 제3항)의 경우에도 마찬가지이다.

따라서 자기앞수표의 정당한 소지인이 수표법상의 보전절차를 취하지 않고 지급제시기간을 경과하여 수표상의 권리가 소멸됨으로써 수표법 제63조에 따라 취득하게 되는 이득상환청구권(이하 ‘자기앞수표의 이득상환청구권’이라고 한다) 역시 지명채권에 해당한다. 이때 지급제시기간이 경과한 자기앞수표는 이득상환청구권이 화체된 유가증권이 아니라 그 소지자가 이득상환청구권을 취득 또는 양수하였다는 점을 유력하게 뒷받침하는 증거증권으로서의 의미를 갖는다.¹⁾

1) 그러므로 자기앞수표를 소지하지 않은 상태에서 자기앞수표의 이득상환청구권을 행사하고자 하는 사람은 다른 증거에 의하여 자신이 이득상환청구권자임을 증명하여 이득상환청구권을 행사할 수 있다.



나. 체납처분절차상의 압류 및 대위

한편 구 국세징수법에서 정한 체납처분절차에 따라 유가증권을 압류하기 위해서는 세무공무원이 이를 점유하여야 하지만(제38조), 채권을 압류할 때에는 세무서장이 그 뜻을 해당 채권의 채무자에게 통지하여야 하고(제41조 제1항), 그러한 통지를 한 때에 체납액을 한도로 하여 체납자인 채권자를 대위한다(제41조 제2항).

이러한 구 국세징수법 제41조에 의한 채권압류의 효력은 피압류채권의 채권자와 채무자에 대하여 그 채권에 관한 변제, 추심 등 일체의 처분행위를 금지하고 체납자를 대신하여 추심할 수 있게 하는 것이므로, 제3채무자는 피압류채권에 관하여 체납자에게는 변제할 수 없고, 압류채권자에게만 이행할 수 있을 뿐이다(대법원 1988. 4. 12. 선고 86다카2476 판결, 대법원 1999. 5. 14. 선고 99다3686 판결 등 참조).

다. 자기앞수표의 이득상환청구권에 대한 압류절차

그렇다면 세무서장은 구 국세징수법 제41조 제1항에 따라 자기앞수표를 발행한 은행 등에 체납처분에 의하여 압류한다는 뜻을 통지하는 방식으로 자기앞수표의 이득 상환청구권을 압류할 수 있고, 같은 법 제38조에 따라 세무공무원이 그 자기앞수표를 점유하는 방식으로 압류해야 한다고 볼 것은 아니다. 다만, 추심권을 행사하는 압류채권자로서는 체납자가 보유한 자기앞수표의 이득상환청구권을 증명하여야 한다.

라. 소결

원심이 같은 취지에서 원고가 구 국세징수법 제41조 제1항에 따라 피고에게 이 사건 각 압류 통지서를 송달함으로써 소외 1의 피고에 대한 자기앞수표의 이득상환청구권을 적법하게 압류하고 이로써 같은 조 제2항에 따라 이에 대한 추심권능을 취득하였다고 판단하면서, 이와 달리 같은 법 제38조에 따라 세무공무원이 자기앞수표를 점유하였어야 한다는 피고의 주장을 받아들이지 않은 것은 정당하다.



2. 자기앞수표의 이득상환청구권 양도 방식에 관한 상고이유

가. 자기앞수표의 이득상환청구권 양도 방식

자기앞수표의 정당한 소지인이 수표법상의 보전절차를 취하지 않고 지급제시기간을 경과하여 수표상의 권리가 소멸된 자기앞수표를 교부하는 경우, 특별한 사정이 없으면 자기앞수표의 이득상환청구권을 양도함과 동시에 그에 수반하여 이득을 얻은 발행인인 은행 등에 대하여 소지인을 대신해서 그 양도에 관한 통지를 할 수 있는 권능을 부여하는 것으로 볼 수 있다(대법원 1976. 1. 13. 선고 70다2462 전원합의체 판결 등 참조).

나. 제3자에 대한 대항요건의 구비 필요성

이는 자기앞수표의 이득상환청구권이 지명채권에 해당하고 그 양도에 대하여는 민법 제450조에서 정한 대항요건을 갖추 것을 전제로 한 것으로서 자기앞수표의 교부로 이득상환청구권을 양도하고 양도통지 권능을 부여하였다고 볼 수 있는 경우에도 자기앞수표 교부 사실 자체만으로는 당연히 민법 제450조 제2항에서 정한 채무자 이외의 제3자에 대한 대항요건이 갖추어졌다고 볼 수 없고, 그러한 대항요건을 갖추 필요가 없다고 인정되는 것도 아니다.

따라서 자기앞수표의 이득상환청구권 역시 일반 지명채권과 마찬가지로 그 양도에 관하여 양도통지 또는 채무자의 승낙이 확정일자 있는 증서에 의하여 이루어지지 않는 이상, 채무자인 자기앞수표 발행은행 등은 이득상환청구권의 양도, 그에 기한 채무의 변제라는 사정을 들어 양도인의 위 채권에 대한 압류채권자 등 양수인의 지위와 양립할 수 없는 법률상 지위를 취득한 사람에게 대항할 수 없다.

3. 자기앞수표 이득상환청구권의 압류 절차에 관한 상고이유에 대하여

세무공무원이 체납처분으로 체납자의 채권을 압류하고 그 채무자에게 체납자에 대한 채무



이행을 금지하는 통지를 하는 것은 체납처분으로서의 채권 압류의 본질적 내용이므로 이것이 없는 때에는 그 채권압류의 효력이 없다고 할 것이나(대법원 1973. 11. 26. 선고 72마59 판결 참조), 체납자에 대한 채권 압류 통지상의 하자나 그 밖에 압류의 본질적 요소를 이루지 아니하는 사소한 절차상의 잘못을 이유로 하여서는 해당 압류 자체를 무효라고 볼 것은 아니다(대법원 1989. 11. 14. 선고 88다카19033 판결 등 참조).

4. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

[연구]

1. 이득상환청구권의 의의 및 성질

1. 이득상환청구권의 의의

가. 의의 및 취지

이득상환청구권이란 어음상 권리가 상환청구권보전절차의 흠결이나 시효의 완성으로 인하여 소멸한 때에 어음소지인이 발행인, 배서인, 인수인, 지급보증인 등 증권상의 채무자 가운데 실질관계에 이득을 취한 자에 대하여 이득을 상환해줄 것을 청구하는 권리를 말한다(어 제79조, 수 제63조). 어음상 책임이 소멸한 이후에도 어음채무자는 실질관계에서의 실질적인 이익을 계속 보유하는 경우가 있는데, 이는 형평의 관념에 반하는 불공정한 결과이므로 그 이득을 반환시켜 형평을 기하도록 하는 것이 이득상환청구권제도의 취지이다.



나. 법적 성질

(1) 학설의 대립²⁾

① 지명채권설

이 청구권은 어음상 권리는 아니며 다만 실질관계상의 형평을 기하기 위하여 어음법이 특별히 인정한 일종의 지명채권이라고 보는 견해이다(통설).³⁾

② 잔존물설

이 청구권은 어음에서 유래된 것으로서 여전히 어음상 권리로서의 성질이 남아 있는 ‘어음상 권리의 잔존물’이라는 견해이다.⁴⁾

(2) 판례 - 지명채권설

판례는 통설과 같은 입장에서 “① 이득상환청구권은 법률의 직접규정에 의하여 소지인에게 부여된 지명채권이므로 지명채권양도의 방법에 따라 양도할 수 있다”고 하고, ② “이득상환청구권은 지명채권양도의 방법에 의해 양도할 수 있을 뿐이며 어음상의 권리가 소멸된 이후에 어음을 ‘배서양도’하는 것만으로는 이득상환청구권이 양도되지 않는다”고 하여 일관되게 ‘지명채권설’을 취하고 있다.⁵⁾⁶⁾

(3) 검토

이득상환청구권은 어음상 권리가 소멸한 이후에 비로소 인정되는 구제수단이라는 점에서 통설과 판례의 태도인 지명채권설이 타당하다.

2) ‘지명채권설’에 의하면 동 청구권을 주장하려면 채권자가 발생요건을 모두 입증해야 하지만, ‘잔존물설’에 의하면 적법한 권리자로 추정되므로 채무자가 발생요건의 부존재를 입증해야 한다.

3) 이철송(어) 222면, 정찬형(하) 406면, 최기원(하) 459면, 송옥렬 상법강의 678면

4) 정희철(하) 286면

5) 대법원 1972. 5. 9. 70다2994 판결.

6) 대법원 1970. 3. 10. 69다1370 판결.



다. 이득상환청구의 당사자

(1) 어음상 권리 소멸 당시의 어음상 권리자

이득상환청구권의 권리자는 ① 어음상 권리가 소멸할 당시의 ② 정당한 어음상 권리자를 의미한다. 다만 백지어음의 소지인이 보충기간이 경과할 때까지 백지부분을 보충하지 않았다면 소지인은 단 한순간이라도 어음상 권리를 취득했던 적이 없기 때문에 이득상환청구권을 취득하지도 못한다.⁷⁾

(2) 의무자

이득상환청구권의 의무자는 ① 실질관계에서 현실적으로 이득을 취한 ② 어음채무자이다. 어음의 경우에는 발행인, 배서인 및 인수인(어 제79조)이, 그리고 수표의 경우에는 발행인, 배서인 및 지급보증인(수 제63조)이 각각 이득상환의무자가 될 수 있다.

라. 이득상환청구권의 발생요건

(1) 어음상 권리의 존재와 소멸

어음소지인이 완전한 어음상 권리를 보유하고 있다가 이 권리가 소멸되었어야 한다. 어음상 권리의 소멸원인으로는 ① 상환청구권보전절차의 함결과 ② 시효소멸이 있다.

(2) 다른 구제수단의 부존재 - 이득상환청구권의 보충성

(가) 문제점

7) 대법원 1962. 12. 20. 선고62다680판결



어음소지인이 이득상환청구권 외의 다른 구제수단이 없을 때 비로소 이 청구권을 행사 할 수 있다고 보는데, 문제는 다른 구제수단이 없다는 의미를 어떻게 해석할 것인가 하는 점이다.

(나) 학설의 대립

① 제1설

어음소지인이 이득상환청구를 하려는 상대방에 대하여 갖는 어음상 권리가 소멸하기만 하면 이득상환청구권이 발생한다는 견해이다.⁸⁾

② 제2설(통설)

어음소지인이 청구의 상대방뿐만 아니라 모든 어음채무자에 대하여 갖는 어음상 권리가 전부 소멸해야만 이득상환청구권이 발생한다는 견해이다(통설).⁹⁾

③ 제3설

어음소지인이 어음상 권리와 원인관계상 민법상의 권리를 포함하여 어떠한 구제수단도 갖지 아니하는 경우에 한하여 이득상환청구권이 발생한다는 견해이다.

(다) 판례의 태도

판례는 3설의 입장에서, ① 모든 어음채무자에 대한 어음상의 권리가 소멸된 뒤에도 원인채무가 존속하는 경우¹⁰⁾는 물론 ② 어음상의 권리가 소멸된 뒤에 원인채권이 존속하다가 그 원인채권까지 소멸한 경우에도 이득상환청구권은 발생하지 않는다고 한다.¹¹⁾ 나아가 판례는 ③ 원인채권이 먼저 소멸한 뒤에 어음채권이 시효소멸한 경우까지도 이득상환청구권이 발생하지 않는다고 판시한 바 있다.¹²⁾

8) 손주찬(하) 141면

9) 정동윤(하) 141면, 정찬형(하) 408면, 최기원(하) 465면, 송옥렬 상법강의 678면, 최준선(어)227면, 김정호(어) 168면

10) 대법원 1993. 3. 23, 92다50942 판결.

11) 대법원 1977. 2. 22, 77다19 판결. 지급을 위하여 어음을 교부한 경우 어음채무, 원인채무 모두 병존하므로 원인채무가 존속하는 한 이득상환청구권의 성립이 어렵게 된다.

12) 대법원 1992. 3. 31, 91다40443 판결.



(라) 검토

판례의 입장은 어음의 경우 이득상환청구권을 사실상 인정하지 않으므로 부당하다. 동 청구권의 법적 성질 및 어음소지인의 보호 정도를 고려할 때 통설이 타당하다.

(3) 상환의무자의 이득 존재

어음채무자에게 이득이 있어야 한다. 여기서의 이득이란 어음상 권리의 소멸로 인해 단순히 어음채무를 면한 것을 의미하는 것이 아니라 ‘실질관계’에서 현실적으로 취한 재산상의 이익을 말한다. 판례에 따르면 “소지인의 이득상환의무자에 대한 원인채권이 먼저 시효소멸을 한 후 어음상 권리가 소멸하면 채무자가 그로 인한 이득이 없으므로 동 청구권의 성립을 부정한다”는 입장이다.¹³⁾

마. 이득상환청구권의 행사 및 입증책임

(1) 어음의 소지 여부

① ‘잔존물설’에 따르면 이득상환청구권을 행사하기 위해서는 권리자는 어음을 소지하여야 한다고 한다. ② 그러나 통설인 ‘지명채권설’에 따르면 이득상환청구권을 행사할 때 어음을 소지할 필요가 없다. 판례는 이득상환청구권은 지명채권양도의 방법에 의해 양도할 수 있을 뿐이며 어음상의 권리가 소멸된 이후에 어음을 ‘배서양도’하는 것만으로는 이득상환청구권이 양도되지 않는다.¹⁴⁾

(2) 입증책임

① ‘잔존물설’에 의하면 소지인은 적법한 권리자로 추정(어 제16조 제1항 1문)되므로 동 청구

13) 대법원 1999. 3. 31. 91다404443판결. 어음상 권리가 소멸할 때 원인채권이 남아 있으면 구제수단이 부존재하므로, 반대로 원인채권이 먼저 소멸하면 채무자의 이득이 없으므로 동청구권이 인정되지 않는다는 입장이다.

14) 대법원 1970. 3. 10, 69다1370 판결.



권의 행사요건에 대한 부담을 가지지 않는다.

그러나, ② ‘지명채권설’에 따를 경우에는 적법한 권리자로 추정되지 않으므로 증명책임분배의 일반원칙에 의해 청구권자가 권리의 발생요건 전부를 증명해야만 한다.¹⁵⁾

2. 수표상 이득상환청구권의 법리

가. 문제의 소재

수표상의 권리가 절차의 흠결이나 시효의 완성으로 소멸한 때에 수표소지인은 이득상환청구권을 취득하는바(수 제63조) 이득상환청구권의 성립요건과 관련하여 우선 수표상 권리의 내용이 문제되며, 나아가 이득상환청구권의 각 발생요건 및 양도방법 등이 문제된다.

나. 수표상 권리의 내용

(1) 문제점

수표소지인은 지급제시기간(발행일로부터 10일) 내에는 지급인(은행)이 임의로 지급할 때 이를 수령할 수 있는 ‘수표금수령권한’과 지급인이 지급을 거절할 때 발행인에 대해 청구할 수 있는 ‘상환청구권’이 있다. 그러나 지급제시기간 경과 후에는 권리보전절차를 밟지 않은 이상 ‘수표금수령권한’이 있을 뿐이다.¹⁶⁾ 결국 수표소지인이 가지는 권능으로는 지급제시기간 경과 전에는 ㉠ 상환청구권 ㉡ 수표금수령권한이 있지만, ㉢ 지급제시기간 경과 후에는 ‘수표금수령권한’만이 있다.

이러한 권능 중 지급인의 임의의 지급을 수령할 수 있는 권한인 수표금수령권한도 ‘수표상의

15) 대법원 1994. 2. 25. 선고 93다50147 판결

16) 단, 지급보증인 수표라면 소지인은 제시기간 내에 지급보증인에 대해 ‘수표금지급청구권’을 행사할 수도 있는데, 지급보증이란 제시기간 내에 지급되었을 것을 조건으로 하는 수표상의 채무이기 때문에 제시기간 경과 후에는 지급보증인에게도 권리를 행사하지 못한다.



권리'에 포함되는지가 문제된다.

(2) 학설

① 통설(부정설)은 상환청구권만을 수표상의 권리로 보는 반면 ② 소수설(긍정설)은 지급인의 임의의 지급을 수령할 수 있는 권한도 수표상 권리에 포함된다고 한다.

(3) 판례 - 부정설

판례는 “수표법 규정에 의하여 10일 이내에 지급제시가 없을 경우 절차의 흠결에 해당되어 수표상의 권리는 소멸되고, 다만 이득상환청구권만이 있게 된다”고 하여 통설과 같이 부정설의 태도를 취하고 있다.¹⁷⁾

(4) 결론

수표금수령권한은 수표상의 권리가 아니라 지급은행이 임의로 지급하면 수표금을 받을 수 있는 권한에 불과하므로 통설과 판례의 태도인 ‘부정설’이 타당하다.

다. 이득상환청구권의 발생시기

(1) 문제점

수표상 권리의 내용에 따라 이득상환청구권의 발생시기가 어떻게 달라지는지 문제된다.

(2) 학설

1) 해제조건설(통설)

수표금수령권한은 수표상 권리가 아니라고 하면서 지급제시기간이 경과하면 수표상의 권리가 전부 소멸하고, 이때 즉시 이득상환청구권이 발생한다고 한다. 그러나, 지급제시기간이 경과하더라도 발행인이 지급위탁을 취소하지 않는 한 지급인은 수표금을 임의지급할 수 있는데, 만약

17) 대법원 1981. 3. 10, 81다220 판결



임의지급이 된 경우라면 소지인이 이미 발생한 이득상환청구권을 행사할 이유가 없으므로 동 청구권이 소멸한다고 한다. 즉, 통설은 수표금의 유효한 지급을 해제조건으로 하여 이미 발생한 이득상환청구권이 소멸한다는 입장이다. 판례도 같은 태도이다.¹⁸⁾

2) 정지조건설

수표금수령권한도 수표상 권리에 포함된다고 하면서 지급위탁이 취소되어 지급인이 임의의 지급을 할 가능성이 절대로 없어지면, 수표금수령권한이 소멸하고 그때 비로소 모든 수표상의 권리가 소멸한 것이 되어 이득상환청구권이 발생한다고 한다. 지급위탁의 취소를 정지조건으로 이득상환청구권이 발생한다는 점에서 ‘정지조건설’이라 한다.

(3) 결론

통설, 판례인 해제조건설이 타당하므로 지급제시기간이 경과하면 수표상의 권리가 전부 소멸하고, 이때 즉시 이득상환청구권이 발생한다고 한다.

라. 이득상환청구권의 발생요건

동 청구권의 발생요건이 문제되는데 ① 수표상 권리의 소멸과 관련하여 통설, 판례에 따라 지급제시기간이 경과하면 수표상의 권리가 존속했다가 전부 소멸하며, ② 권리수단의 보충성 요건과 관련하여 자기앞수표가 교부된 경우에는 지급에 갈음하여 교부된 것으로 추정되므로 수표상 권리가 소멸되었다는 사정만으로 모든 구제수단이 부존재하게 된다. 또한 ③ 동 수표의 발행은행은 수표금 상당액의 이득을 보유한 것으로 추정된다. 따라서 일반어음, 수표와 달리 자기앞수표는 이득상환청구권의 요건이 거의 자동적으로 충족된다.

마. 이득상환청구권의 양도방법

(1) 문제의 소재

18) 대법원 1964. 12. 15, 64다1030 판결.



수표발행일로부터 10일이 경과한 후에는 자기앞수표¹⁹⁾의 소지인은 이때부터 수표상 권리가 아니라 이득상환청구권을 갖는 자에 불과하며, 이를 타인에게 양도하기 위해서는 이득상환의무자인 지급은행에 대한 통지·승낙을 요하는 것이 원칙이다. 그러나 거래의 실정은 발행일자로 부터 10일이 경과해도 마치 현금과 같이 유통되고 있는데 이를 어떻게 설명할 것인지 문제된다.

(2) 학설

① ‘잔존물설’에 따르면 이득상환청구권도 수표상 권리의 성격을 띠므로 자기앞수표를 타인에게 교부하는 것만으로 양도할 수 있다고 한다.

② ‘지명채권설’에 따르면 양도인이 이득상환의무자인 발행은행에 대하여 민법 제450조에 의해 통지·승낙을 한 때에만 양수인이 대항요건을 구비한다고 본다.

(3) 판례

판례는 1976년 전합판결을 통해 “자기앞수표에서 수표상 권리가 소멸된 후에 수표자체를 양도하는 행위는 ① 수표금수령권한, ② 이득상환청구권, ③ 양도인을 대신하여 발행은행에 이득상환청구권의 양도를 통지할 수 있는 권능까지 3가지 내용의 권능을 양도한 것으로 해석한다”고 판시하였다.

즉 양수인이 발행은행에 대해 수표를 제시하면 위 3가지 권능을 동시에 행사하는 것이 된다. 이는 지명채권설을 유지하면서도 현금처럼 유통되는 자기앞수표의 거래실정을 존중하려는 독특한 해석론으로 보인다.²⁰⁾

(4) 결론

이득상환청구권의 성질과 거래관행을 조화시키기 위해서는 판례의 견해가 타당하다. 다만, 앞에서 본 자기앞수표의 이득상환청구권의 양도법리(1976년 전원합의체 판결)는 수표상 권리가 소멸할 당시에 정당한 소지인이 이득상환청구권을 취득하고 그 이후에 수표가 양도되는 경우에

19) 자기앞수표란 발행인과 지급인이 동일한 경우를 의미한다.

20) 대법원 1976. 1. 13, 70다2462 전합판결. 결과적으로 지급제시기간이후에는 교부만으로 이득상환청구권이 양도된다.



만 적용된다는 점을 유의해야 한다. 즉 “수표상 권리가 소멸할 당시 정당한 소지인이 누구인지 명확하지 않은 경우에는 원칙으로 돌아가 지명채권양도의 법리에 따라야 한다”는 것이 판례의 입장이다.²¹⁾²²⁾

II. 대상판결에 대한 평가

1. 대상판례의 쟁점

대상판례에서는 ① 자기앞수표의 이득상환청구권이 지명채권에 해당되는지 여부 및 양도방법으로 지명채권 양도방법을 갖추어야 하는지 여부, ② 원고가 소외1이 취득한 자기앞수표의 이득상환청구권을 채납처분절차에 따라 압류하기 위해서는 그 채무자인 은행 등에게 압류하였다는 통지를 하는 것으로 충분한지 여부, ③ 그러한 압류 통지 도달 이전에 확정일자 있는 증서에 의하여 소외1이 피고에 대하여 위 이득상환청구권을 乙 등에게 양도하였다고 통지하거나 피고가 이를 승낙하였다는 법리가 필요한지 여부, ④ 피고로서는 소외2 등에 대한 변제로써 원고에게 대항할 수 있는지 여부, ⑤ 압류 절차에도 중대한 별다른 하자가 있는지 여부 등이 쟁점이 되었다.

2. 종래 수표상 이득상환청구권의 법리의 재확인

수표는 발행인이 수표계약에 의하여 은행을 지급인으로 하여 발행할 수 있고(수 제3조), 지급증권으로서 화폐에 갈음하여 유통되고 있는 것이 거래의 실정이다. 이른바 ‘보증수표’라고 불리

21) 대법원 1983. 3. 8, 83다40 판결. 이러한 논리는 선의취득이 부정된다는 논리와 일맥상통한다.

22) 대법원 1981. 3. 10. 선고 81다220 판결. 결국 발행은행이 분실, 도난, 피사취의 신고를 이유로 수표금의 지급을 거절하는 경우 수표소지인이 수표의 유통경로를 입증해야만 발행은행에 대해 이득상환청구권을 행사할 수 있고, 발행은행은 소지인의 주장과 다른 경위로 동 수표가 유통되었음을 주장, 입증해야 한다.



우는 ‘자기앞수표’는 그 현상이 더 강하게 나타나고 있다는 현실을 감안해 볼 때에는 ‘수표법 제29조에서 정한 지급제시기간이 경과하면 수표상의 권리가 소멸한다고 한다’면 커다란 모순이 생길 여지가 있는데, 이에 대해서 종래 대법원 70다2462 전합판결은 독특한 해석론을 실시했는 바, 대상판결 또한 이를 그대로 답습하면서 거래계의 현실과 지명채권의 양도의 법리를 조화롭게 규율한 점은 바람직하다고 볼 수 있다.

3. 위 대법원 판례 법리의 적용상의 한계

대상판례가 수표앞수표에 대한 일반인의 신뢰를 보호하여 지명채권의 양도법리를 수정한 결과, 일반인의 관점에서는 지급제시기간이 경과한 수표에 대하여 여전히 수표라는 기대를 가지게 된 결과, 지명채권의 양도와는 달리 특별히 대항요건을 구비할 필요가 없다는 점은 주지의 사실이다.

그러나 대상판례의 사안처럼 수표상 이득상환청구권의 양수인과 압류명령집행자가 경합하는 상황 특히 조세처분상의 압류와 경합하는 경우에는 다시 원칙으로 돌아가서 엄격하게 ‘확정일자 있는 통지나 승낙을 요구’하는 것은 논리적인 일관성에서 문제가 있다.

즉 대상판례가 거래계의 현실을 반영한다는 취지를 고려하여 수표소지인이 수표상 권리가 소멸된 이후 수표자체를 양도하는데 사실상 별도의 통지나 승낙을 요하지 않으면서, 반면에 압류 집행명령자와 같은 제3자와의 관계에서는 지명채권의 양도의 법리에 충실하게 원칙으로 돌아가서 확정일자 있는 통지나 승낙을 요하는 것은 다소 일관되지 못한 모습이라고 사료된다.

더군다나 수표는 유통성을 특징으로 하는데, 이득상환청구권의 최초소지인 즉 압류채무자 이외에 전전이전된 수표소지인의 경우 이득상환청구권이 제3자에 의해 압류되었다는 사실을 안다는 것은 어려운 것이라고 보인다.



4. 새로운 징수기법

국세징수법상 주식이나 수표 등 유가증권의 압류는 세무공무원이 유가증권을 점유함으로써 하고, 압류의 효력은 세무공무원이 점유한 때에 발생한다(국세징수법 제48조 제1항). 이와 달리 채권의 압류는 제3채무자에 대한 압류통지로서 하고(국세징수법 제51조 제1항), 채권 압류 통지서가 제3채무자에게 송달된 때에 압류의 효력이 발생한다(국세징수법 제52조 제1항).

즉 고의적 체납 및 금융자산 은닉자에 대한 체납처분을 집행함에 있어서 대상판례의 법리를 적용하여 수표자체가 아닌 그 이득상환청구권을 압류함으로써 조세징의를 실현할 수 있는 새로운 징수기법이 될 수 있음은 매우 바람직하다고 볼 수 있다.²³⁾

III. 결 론

대상판결이 종래 통설과 판례의 같이, 수표상 이득상환청구권의 법적 성질이 지명채권이며, 수표상 지급제시기간이 경과한 이후 수표상 권리가 소멸하고 즉시 수표상 이득상환청구권이 발생하는 것이며, 수표상 권리가 소멸한 당시의 그 수표소지인이 위 권리를 취득한다는 점을 확인하였다는 점은 의미가 있다.

또한 대상판결은, 수표상 이득상환청구권을 취득한 자가 수표 그 자체를 양도하는 행위로서 수표금 수령권한과 이득상환청구권 및 양도통지권능을 양수인에게 부여하는 것이라는 종래 전합 판례의 해석을 그대로 답습하여 거래계의 현실과 지명채권의 양도의 법리를 조화롭게 규율한 점은 매우 바람직하다고 볼 수 있다.

23) <http://www.idojung.com/news/articleView.html?idxno=49449> 경기도정신문, 부천시, 새로운 체납 징수 기법 효과 톡톡...2억 7천만원 채권 확보



그러나 대상판례의 사안처럼 수표상 이득상환청구권의 양수인과 압류명령집행자가 경합하는 경우에는 다시 원칙으로 돌아가서 엄격하게 ‘확정일자 있는 통지나 승낙을 요구’한다는 점은 다소 문제가 있다.

즉, 특히나 수표를 현금의 대용물로 생각하는 일반인들의 입장에서는 수표자체를 현실적으로 압류당하는 일이 없는 한 수표의 이득상환청구권을 압류한다는 점을 인식하기 어려우며, 나아가 수표자체를 양도하면서 이를 이득의무자에 확정일자있는 통지나 승낙이 필요하다고 요구하는 것은 논리적인 정합성에서 문제가 있다고 본다. 이에 이득상환청구권의 양도 시 제3자에 대한 대항요건에 대해서도 수표를 현금의 대용물로 생각하는 거래계의 현실을 반영할 새로운 법리의 개발과 연구가 필요하다고 본다.

한편 대상판례는 고의적 체납 및 금융자산 은닉자에 대한 체납처분을 집행함에 있어서 수표가 아닌 이득상환청구권을 압류함으로써 조세정의를 실현할 수 있는 새로운 징수기법이 될 수 있음은 조세행정이라는 측면에서는 매우 고무적이라고 할 수 있다.



[참고문헌]

- 송옥렬, 『상법강의』 제8판, 홍문사, 2018.
이철송, 『회사법강의』 제25판 박영사, 2017.
정동윤, 『상법(상)』 제6판, 법문사, 2012.
정찬형(하), 『상법강의』 24판 박영사 2022.
최기원, 『신회사법론』 14판, 박영사 2020.

- ▶ 발표일시 : 2024. 11. 20.(수) 07시 30분
- ▶ 사 회 : 김재승 변호사
- ▶ 참석회원 : 김재승, 서규영, 서장원, 신성민, 신용간, 심지현, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이재용, 이정일, 장원석, 허익범, 김미전, 황영준
변호사(총 17명)



집합건물에서 신탁회사의 관리비 납부의무

: 최근 하급심 법원과 대법원 판례의 흐름을 중심으로

The obligation of the trust company to pay management fees in the
collective building

辯護士 오 상 민

Oh Sang Min

【사건의 표시】

서울중앙지방법원 2023. 7. 7. 선고 2022나77202 판결

논문요약

수탁자가 자신의 고유계정에서 일시적인 지출을 막기 위한 내부적 구상관계에 대한 약정에 대해 신탁등기의 대항력이라는 막강한 효력까지 부여하여 이를 제3자에게 대항할 수 있다고 해석하는 것은 오히려 신탁등기의 대항력의 취지를 왜곡하는 것이라고 생각한다. 그러므로 추후 신탁등기 대항력에 관한 한 걸음 더 진일보한 대법원 판결이 나오기를 희망한다.

〈주제어〉

신탁, 신탁회사, 관리비, 집합건물, 수탁자, 신탁등기, 대항력

Key words : The Trust, The trust company, Management fees, The collective building, The trustee, Trust registration, the power of opposition



목 차

- I. 서 설
- II. 대법원 2012. 5. 9. 선고 2012다13590 판결에 대한 검토(선행판결)
 - 1. 사실관계
 - 2. 판결내용
 - 3. 판결검토
- III. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결에 대한 검토(후행판결)
 - 1. 사실관계
 - 2. 판결내용
 - 3. 판결검토
- IV. 후행판결 선고 이후 관리비 판결의 동향
 - 1. 하급심 판결의 결론
 - 2. 하급심 판결의 추이
 - 3. 하급심 판결에 대한 비판
- V. 집합건물에서 수탁자의 관리비 납부의무
 - 1. 신탁법상 신탁의 특성
 - 2. 관리비 납부의무가 문제되는 집합건물의 신탁유형
 - 3. 신탁법상 관리비 납부의무의 법적성격
- VI. 신탁등기의 대항력
 - 1. 의 의
 - 2. 신탁등기의 대항력에 관한 대법원의 판단
 - 3. 부동산등기법 제81조
 - 4. 신탁법상 유한책임특약과 유한책임신탁과의 관계
- VII. 결 론



1. 서 설

집합건물을 수탁받은 신탁회사의 관리비 납부의무가 처음 문제 된 사건에서 대법원은 집합건물의 대내외적인 소유권을 이전받은 수탁자인 신탁회사가 관리비 납부의무를 부담하지만, 신탁계약에 위탁자가 관리비 납부의무를 부담하는 것으로 약정하고 이러한 신탁계약의 내용이 부동산등기법상 신탁원부에 기재되어 부동산등기사항증명서(이하 ‘부동산등기부’)에 공시되어 있는 이상 수탁자인 신탁회사는 이로써 제3자에게 대항할 수 있으므로 신탁회사는 관리비 납부의무를 부담하지 않는다고 판시하였다(이하 ‘선행판결’).¹⁾ 이러한 대법원 소부판결의 판단은 그 이후로 계속 이어져 오고 있는데, 2018년 대법원은 집합건물의 공용부분에 대한 관리비 납부의무가 문제 된 사건에서 위탁자의 구분소유권이 수탁자와 제3취득자 앞으로 순차 이전된 경우 각 구분소유권의 특별승계인들인 수탁자와 제3취득자는 특별한 사정이 없는 한 각 종전 구분소유권자들의 공용부분 채납관리비 채무를 중첩적으로 인수하며, 설령 등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 신탁부동산에 대한 관리비 납부의무를 위탁자가 부담한다는 내용이 기재되어 있더라도 제3취득자는 이와 상관없이 종전 구분소유권자들의 소유기간 동안 발생한 공용부분 채납관리비 채무를 인수한다고 판시하여 관리비 납부의무를 부정한 원심판결을 파기 환송하였다(이하 ‘후행판결’).²⁾ 선행판결과 후행판결 모두 대법원 전원합의체 판결이 아닌 소부 판결이며, 특히 후행판결은 판결이유에서 구체적인 이유 설시 없이 종전 구분소유권자들의 공용부분 채납관리비 채무에 대한 중첩적 인수를 인정하여 선행판결의 내용을 뒤집는 것처럼 보일 수 있는 취지의 판시를 하였다. 이러한 후행판결은 대법원 2001. 9. 20 선고 2001다8677 전원합의체 판결에 기인한 것인데 전원합의체 판결은 신탁관계가 적용되지 않는 사건이며, 후행판결은 신탁관계가 적용되는 사건으로 수탁자인 신탁회사가 관리비 납부의무를 부담하지만 신탁계약에 위탁자가 관리비 납부의무를 부담하는 것으로 약정하고 이러한 신탁계약의 내용이 부동산등기법상 신탁원부에 기재되어 부동산등기부에 공시되어 있어 수탁자인 신탁회사가 관리비 납부의무의 면책을 제3자에게 대항할 수 있는 사안이었다는 점이 다른 점이다. 그럼에도 불구하고 후행판결은

1) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2012다13590 판결.

2) 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결.



대법원 전원합의체 판결의 결론을 따르면서도 신탁관계에서의 특수한 사정 즉 신탁원부에 기재된 신탁계약 조항에 대한 신탁등기의 대항력의 문제에 대해서는 아무런 언급이 없었다.

이하에서는 이러한 선행판결과 후행판결의 사실관계를 살펴보고 후행판결 이후 하급심 법원에서의 신탁회사의 관리비 납부의무에 대한 판결의 흐름을 소개하면서 마지막으로 신탁등기의 대항력 문제에 대하여 검토하도록 하겠다.

II. 대법원 2012. 5. 9. 선고 2012다13590 판결에 대한 검토(선행판결)

1. 사실관계

서울 송파구 송파동에 위치한 ‘H레이크빌’(이하 ‘이 사건 건물’)의 입주자대표회의[원고]는 이 사건 건물의 관리주체로서 이 사건 건물 중 1층 101호부터 109호(이하 ‘이 사건 각 상가’)까지를 부동산 담보신탁계약에 의하여 수탁 받아 2007. 9. 19. 소유권이전등기 및 신탁등기를 마친 K부동산신탁(주)[피고]에게 2008년 1월부터 2011년 3월분까지의 체납관리비와 연체료를 청구하였다. 원고가 피고에게 청구한 체납관리비는 원고의 관리규약에 의거하여 일반관리비, 청소비, 오물수거비, 소독비, 승강기유지비, 난방비, 급탕비, 수선유지비 등의 항목으로 구성되어 있다.

2. 판결내용

원심법원은 “원고 입주자대표회의가 집합건물인 이 사건 건물의 관리주체로서 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률에 따라 마련된 이 사건 건물의 관리규약에 따라 이 사건 건물의 입주자에게 관리비를 청구할 수 있지만, 이 사건 부동산 담보신탁계약에 의하면 위탁자가 신탁부동산인 이 사건 각 상가의 관리비를 부담하도록 규정하고 있고, 이 사건 신탁등기 신청서에 첨부된 이 사건 신탁계약서가 이 사건 신탁등기 경로 당시 신탁원부에 포함되어 이 사건 건물의 등기부에



편철되었으므로 신탁부동산에 관하여 이해관계를 맺은 제3자에게 대항할 수 있으므로 피고는 등기된 이 사건 신탁계약에 따라 위탁자가 원고에게 이 사건 각 상가의 관리비 납부의무를 부담한다고 대항할 수 있다.”고 판시하여 원고의 청구를 기각하였고,³⁾ 대법원도 원심법원의 판결을 그대로 인용하여 이 사건 각 상가의 수탁자인 피고 K부동산신탁(주)는 관리비 납부의무를 부담하지 않는다고 판시하였다.

대법원의 판시내용을 자세히 살펴보면 대법원은 “신탁법 제3조(현행 신탁법 제4조⁴⁾) ‘등기 또는 등록하여야 할 재산에 관하여는 신탁은 그 등기 또는 등록을 함으로써 제3자에게 대항할 수 있다.’고 규정하고, 부동산등기법 제123조, 제124조(현행 부동산등기법 제81조)는 신탁의 등기를 신청하는 경우에는 ① 위탁자, 수탁자 및 수익자 등의 성명, 주소, ② 신탁의 목적, ③ 신탁 재산의 관리방법, ④ 신탁종료사유, ⑤ 기타 신탁의 조항을 기재한 서면을 그 신청서에 첨부하도록 하고 있고 그 서면을 신탁원부로 보며, 이러한 신탁원부를 등기부의 일부로 보아 그 기재를 등기로 본다고 규정하고 있다. 따라서 위의 규정에 따라 등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 신탁부동산에 대한 관리비 납부의무를 위탁자가 부담한다는 내용이 기재되어 있다면 수탁자는 이로써 제3자에게 대항할 수 있다.”고 판시하여, 원고의 피고에 대한 체납관리비의 청구를 모두 기각하였다.

3. 판결검토

해당 판결의 사안에서 원고의 관리규약을 살펴보면, “입주자라 함은 이 사건 건물의 구분소유자 또는 그 구분소유자를 대리하는 배우자나 직계존비속을 의미하는데(제2조 제1호), 입주자는 이 사건 건물의 유지·관리를 위하여 필요한 관리비 및 특별수선충당금을 매월 납부하여야 하고

3) 서울고등법원 2012. 1. 13. 선고 2011나59065 판결 : 해당 사건의 제1심 법원은 피고 K부동산신탁(주)가 원고인 이 사건 건물의 입주자대표회의에게 관리비를 지급하여야 할 의무가 있다고 판시하며 원고 승소 판결을 내렸으나, 피고가 신탁계약의 내용과 신탁등기의 대항력을 항변하지 않아 이에 대한 판단이 이루어지지 않았다(서울동부지방법원 2011. 6. 23. 선고 2010가합8738 판결).

4) 현재 신탁법은 2011. 7. 25. 전부 개정되었는데 이하에서 개정 전 신탁법(2011. 7. 25. 법률 제10924호로 전부 개정되기 전의 것)은 ‘구 신탁법’으로 현재 신탁법(2011. 7. 25. 법률 제10924호로 전부 개정된 것)은 ‘현행 신탁법’ 또는 ‘개정 신탁법’으로 지칭하겠다.



(제12조 제3항), 관리비는 일반관리비, 청소비, 오물수거비, 소독비, 승강기유지비, 난방비, 급탕비, 수선유지비⁵⁾의 월별금액의 합계액으로 하며(제33조 제1항), 관리주체는 위에서 정한 것 이외에 어떠한 명목으로도 관리비를 징수할 수 없지만, 인양기, 전기(공동으로 사용되는 시설의 전기를 포함), 수도(공동수도를 포함한다) 또는 가스, TV수신료 등의 사용료와 관리규약에서 정한 보험료를 징수하는 경우에는 그러하지 아니하다(제33조 제2항).”라고 규정하고 있어, 이 사건 건물의 입주자인 구분소유자가 이 사건 건물의 전유부분과 공용부분의 관리비 납부의무를 부담하여야 한다.

그런데 해당 사안에서 피고의 체납관리비는 전유부분과 공용부분에 대하여 모두 발생하였는데 대법원은 신탁법과 부동산등기법상의 신탁등기의 대항력을 이유로 위탁자가 관리비 납부의무를 부담한다는 내용이 신탁계약에 반영되어 있고 이러한 신탁계약의 내용이 신탁원부에 기재되어 부동산등기부에 공시되어 있으므로 피고는 이를 원고에게 대항할 수 있어 전유부분과 공용부분에 대한 구분 없이 일체의 관리비 납부의무를 부담하지 않는다고 판시하였다.

하지만 해당 판결은 신탁법과 부동산등기법상 신탁등기의 대항력의 의미를 지나치게 확장하였다는 비판과 함께 선행판결과 같이 신탁등기의 대항력의 의미를 인정하다고 가정하여도 현행 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’) 제18조와 이를 근거로 전 구분소유자의 특별승계인에게 공용부분의 관리비 납부의무의 승계를 인정한 대법원 전원합의체 판결(대법원 2001. 9. 20. 선고 2001다8677 전원합의체 판결)과의 관계가 여전히 문제로 남게 되었다.

Ⅲ. 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결에 대한 검토(후행판결)

1. 사실관계

서울 중구 을지로에 위치한 ‘이 사건 쇼핑몰’의 관리인 M종합산업주는 2006. 2. 3. 이 사건

5) 관리규약에서 수선유지비는 냉·난방시설의 청소비, 청관제, 방청제 및 오수정화시설의 약품대, 공동 사용하는 TV 공청시설, 위성안테나 시설의 유지비 등을 포함한다고 규정하고 있다.



쇼핑몰의 관리인으로 지정되면서 준공 당시부터 분양이 되지 않아 공실상태로 남아있는 전유부분에 대하여 공용부분 관리비를 지출하였다. 그 후 이 사건 쇼핑몰을 신축하여 분양한 건축주인 B 주식회사는 같은 날 위 이 사건 쇼핑몰을 H자산신탁(주)에 신탁하는 부동산 관리처분신탁계약⁶⁾을 체결하면서, 2006. 2. 6. 이 사건 쇼핑몰에 관하여 집합건물로 구분등기 절차를 마치고 그와 동시에 H자산신탁(주) 앞으로 이 사건 쇼핑몰의 전유부분 1,613개에 대한 소유권이전등기 및 신탁등기를 마쳤다. 그 후 H자산신탁(주)는 B 주식회사로부터 전유부분을 분양받은 구분소유자들에게 각 전유부분에 대한 소유권이전등기를 지속적으로 마쳐주었지만, 747개 전유부분은 2010. 8. 31. 이후에도 계속 미분양상태로 남아있었다. 그런데 채무자 겸 위탁자인 B 주식회사가 2013년경 기한의 이익을 상실함에 따라 채권자 겸 우선수익자는 부동산 관리처분신탁계약에 따라 H자산신탁(주)에게 747개 전유부분에 대한 공매처분을 요청하였고, 이에 따라 매수자들[피고]은 공매절차에서 747개 전유부분을 모두 매수하여 2014. 6. 23. 소유권이전등기를 마쳤다. 그리고 피고들은 2015. 6. 30. 다시 이 사건 747개 전유부분 전부에 대하여 (주)H자산신탁과 부동산 담보신탁계약을 체결하고 같은 날 소유권이전등기 및 신탁등기를 마쳤다. 한편 M종합산업(주)의 채권자들[원고]은 B 주식회사가 2006. 5.경부터 M종합산업(주)에게 납부하여야 할 관리비를 납부하지 않았는데 피고들은 집합건물법 제18조의 전 구분소유자의 특별승계인으로서 B 주식회사의 채납관리비 중 공용부분에 대한 관리비를 승계한다고 주장하며 M종합산업(주)를 대위하여 공용부분에 대한 채납관리비를 청구하였다. 원고가 피고에게 청구한 공용부분의 채납관리비는 원고의 관리규약에 의거하여 시설유지, 보안, 미화 등에 관한 외주용역비, 공용부분에서 발생한 전기 및 수도요금, 공공시설의 수선유지비 등의 항목으로 구성되어 있다.

6) 해당 부동산 관리처분신탁계약의 내용을 살펴보면 현재 근저당권과 유사한 부동산 신탁상품으로 판매되고 있는 부동산 담보신탁계약의 내용과 동일함을 알 수 있다. 부동산 담보신탁의 신탁목적은 우선수익자의 위탁자에 대한 채권을 담보하기 위한 것으로, 통상 부동산 담보신탁의 수탁자는 신탁부동산의 소유권을 취득한 후 우선수익자의 담보가치가 저감되지 않도록 신탁부동산을 보전·관리하고, 위탁자가 기한의 이익을 상실하면 우선수익자의 요청에 따라 신탁부동산을 공매 처분하는데, 이러한 신탁부동산의 보전·관리 및 처분절차에 초점을 맞추어 부동산 신탁업 초기에 부동산 관리처분신탁계약이라는 명칭을 부동산 담보신탁계약과 혼용하여 사용하였다. 따라서 현재 부동산 신탁상품의 한 유형으로 판매되고 있는 부동산 관리신탁과 부동산 처분신탁 상품과는 다른 유형의 상품이다.



2. 판결내용

제1심 법원은 선행판결의 법리에 따라 이 사건 747개 전유부분에 대한 관리비 납부의무는 위탁자인 B 주식회사가 부담한다고 전제한 후, “피고들은 집합건물법 제18조의 ‘전 구분소유자’의 특별승계인으로서 위탁자인 B 주식회사의 체납관리비 중 공용부분에 대한 관리비를 승계한다.”는 원고의 주장에 대해서는 “부동산 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니므로, 이 사건에서 피고들은 H자산신탁(주)로부터 이 사건 747개 전유부분을 매수하여 그 소유권을 취득하였으므로 피고들에 대한 관계에서 위 전유부분에 관하여 집합건물법 제18조 및 이 사건 쇼핑몰 관리규약에서 정한 ‘전 구분소유자’는 H자산신탁(주)일 뿐이고 B 주식회사는 이에 해당하지 않는다고 할 것이다. 또한 B 주식회사는 피고들이 위 전유부분에 관한 소유권을 각 취득하기 이전에 시행사로서 소유권보존등기를 마친 후 H자산신탁(주) 앞으로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었고, 피고들은 H자산신탁(주)로부터 위 전유부분의 소유권을 취득하였으므로 피고들을 위 전유부분에 관한 B 주식회사의 특별승계인이라고 할 수 없고, 나아가 B 주식회사가 위 전유부분의 입주자라고 볼 수도 없다. 즉 피고들은 H자산신탁(주)의 특별승계인이라고 할 것이므로 집합건물법 제18조 및 이 사건 쇼핑몰의 관리규약을 근거로 피고들에게 B 주식회사가 체납한 공용부분의 관리비 채무가 승계된다고 할 수 없다.”고 판시하였다.⁷⁾ 그리고 제2심 법원 역시 제1심 법원의 판결 이유를 그대로 인용하며 원고의 청구를 모두 기각하였다.⁸⁾

7) 서울중앙지방법원 2017. 1. 26. 선고 2016가합529111 판결이며, 판결내용은 판결의 취지를 훼손하지 않는 범위 내에서 논문의 취지에 부합하게 일부 표현을 수정하였다.

8) 서울고등법원 2017. 9. 27. 선고 2017나2016806 판결이며, 항소심에서 원고는 ‘예비적 청구’로 “① 설령 피고들이 B 주식회사가 체납한 공용부분의 관리비 채무를 승계하지 않는다고 하더라도 H자산신탁(주는 이 사건 신탁계약에 따라 관리비 납부의무를 부담하지 않는 것일 뿐 그 의무가 면제된 것은 아니므로 피고들은 H자산신탁(주)의 관리비 채무를 승계하거나, ② 집합건물법 제27조 제1항은 관리단이 그의 재산으로 채무를 전부 변제할 수 없는 경우 구분소유자는 같은 법 제12조의 지분비율에 따라 관리단의 채무를 변제할 책임을 부담한다고 규정하고 있으므로, 이 사건 쇼핑몰 관리단이 관리인인 M종합산업(주)에 대해 관리비 채무를 부담하고 있고 관리단의 재산으로 그 채무를 전부 변제할 수 없으므로 구분소유자인 피고들이 미납 관리비 중 자신들의 전유부분의 면적비율에 따른 부분을 변제할 책임이 있다.”는



그런데 대법원은 이에 대하여 구체적인 이유 설시 없이 “집합건물법 제18조의 입법취지와 공용부분 관리비의 승계 및 신탁의 법리 등에 비추어 보면, 위탁자의 구분소유권에 관하여 신탁을 원인으로 수탁자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다가 신탁계약에 따른 신탁재산의 처분으로 제3취득자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지고 신탁등기는 말소됨으로써, 위탁자의 구분소유권이 수탁자, 제3취득자 앞으로 순차로 이전된 경우, 각 구분소유권의 특별승계인들인 수탁자와 제3취득자는 특별한 사정이 없는 한 각 종전 구분소유권자들의 공용부분 체납관리비채무를 중첩적으로 인수한다고 봄이 타당하다. 또한 등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 신탁부동산에 대한 관리비 납부의무를 위탁자가 부담한다는 내용이 기재되어 있더라도, 제3취득자는 이와 상관없이 종전 구분소유권자들의 소유기간 동안 발생한 공용부분 체납관리비채무를 인수한다고 보아야 한다.”고 판시하며 원심판결을 파기 환송하였다.

3. 판결검토

대법원이 피고들에게 ‘전 구분소유자’의 특별승계인 지위를 인정하여 공용부분에 대한 체납 관리비 채무의 인수를 인정한 점은 결론적으로 타당한 판결이라고 할 수 있지만, 제1심 법원과 제2심 법원에서 일치된 결론이 난 판결을 파기 환송하였을 뿐만 아니라 신탁등기의 대항력에 관하여 기존 선행판결과 상반되는 취지의 판결을 내리면서 논증과정에서 구체적인 판결이유를 설시하지 않았고 신탁등기의 대항력과 관계에 관한 아무런 언급이 없다는 점에서는 다소 아쉬움이 남는 판결이 아닌가라는 생각이 든다.

주장을 추가하였는데, 항소심 법원은 “① 이 사건 신탁계약이 신탁원부에 포함되어 이 사건 쇼펍몰의 등기부에 편철됨으로써 B 주식회사는 관리비의 종국적인 납부의무자가 되고, H자산신탁(주)는 이를 제3자에게 대항할 수 있어 관리비 납부의무를 면하였으므로 피고들이 H자산신탁(주)의 관리비 채무를 승계하였다고 볼 수 없고, ② M종합산업(주)가 2006. 2.경 관리인으로 선임되었지만 2006. 11.경부터 이 사건 쇼펍몰에 대한 관리업무를 수행하지 않았고 피고들은 2014. 6. 23. 747개 전유부분에 대한 소유권이전등기를 마쳤으므로, 피고들은 M종합산업(주)의 관리비 채권이 발생할 수 있는 시기인 2006. 2.경부터 2006. 11.경까지 이 사건 쇼펍몰의 구분소유자가 아니었으므로 구분소유자로 하여금 관리단의 채무에 대해 최종적인 책임을 부담하도록 규정하고 있는 집합건물법의 규정을 근거로 피고들에게 미납 관리비에 대한 책임을 부담하게 할 수는 없다.”고 판시하여 원고의 예비적 청구도 모두 기각하였다.



특히 후행판결에서 대법원은 피고들에게 ‘전 구분소유자’의 특별승계인의 지위를 인정하여 공용부분에 대한 채납관리비 채무의 인수를 인정하면서 “각 구분소유권의 특별승계인들인 수탁자와 제3취득자는 특별한 사정이 없는 한 각 종전 구분소유권자들의 공용부분 채납관리비 채무를 중첩적으로 인수한다고 봄이 타당하다.”라고 판시하여, 신탁법 및 부동산등기법상 신탁등기의 대항력에도 불구하고 수탁자에게 관리비 납부의무를 인정할 것인지 여부 및 수탁자의 관리비 납부의무를 인정한다면 어느 범위까지 인정할 것인지 여부에 대하여 새로운 논란의 여지를 남기고 말았다.

다시 말해 ① 신탁등기의 대항력에도 불구하고 수탁자에게 ‘전 구분소유자’의 특별승계인의 지위를 인정하여 공용부분에 대한 채납관리비 채무의 인수를 인정하는 근거는 무엇인지, ② 또한 수탁자에게 공용부분에 대한 채납관리비 채무의 인수를 인정한다면 신탁기간 중 수탁자에게 전유부분에 대한 관리비 납부의무까지 인정하는 것인지 여부가 새롭게 문제되고 있다.

IV. 후행판결 선고 이후 관리비 판결의 동향

1. 하급심 판결의 결론

후행판결을 근거로 적어도 선행판결에서는 아예 주장할 수 없었던 집합건물 특히 공용부분에 대한 수탁자의 관리비 납부 책임을 주장할 수 있는지 여부가 문제되었다. 이에 대하여 다수의 소송이 제기되었는데 여전히 하급심 법원은 신탁계약에 관리비 납부의무를 위탁자가 부담한다고 규정하고 있고 이러한 신탁계약의 내용이 신탁원부에 반영되어 부동산등기법상 부동산등기부에 등기의 일부로서 기재되어 있다면 이러한 신탁원부의 내용은 제3자에게 대항력을 가지고, 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017다273984 판결(후행판결)은 수탁자로부터 집합건물의 소유권을 취득한 제3취득자가 신탁원부의 내용을 주장하며 대항할 수 없다는 것으로서 대법원 2012. 5. 9. 선고 2012다13590 판결(선행판결)과 그 사실관계를 달리하는 것으로서 이 사건에 적용할 수 없다며 후행판결이 선고된 이후에도 기존 선행판결에 따라 수탁자인 부동산 신탁회사의 관리비 납부의무를 인정하지 않고 있다.



2. 하급심 판결의 추이

하급심 법원의 판결을 검색한 결과 동일한 결론을 내린 판결이 약 10개 정도 존재하는 것으로 확인되고 있다. 그러나 거의 모든 판결이 대법원까지 진행되지 않고 하급심 법원에서 종결 확정되었고 최근 대법원까지 소송이 진행되어 현재 대법원에서 심리 중인 사건이 있는데, “B 관리단”(원고)이 “주식회사 C자산신탁”(피고)에게 제기한 관리비청구소송으로 서울중앙지방법원 2022. 12. 2. 선고 2022가소2054055 판결에서 원고 패소 판결을 받았고, 이에 불복한 원고가 항소하였지만 서울중앙지방법원 2023. 7. 7. 선고 2022나77202 판결에서 다시 원고 항소기각 판결을 받았다. 그러나 이에 또 다시 불복한 원고가 상고하여 현재 대법원에서 상고심(대법원 2023다259651)이 진행 중에 있으며 2023. 11. 25.자로 심리불속행기간을 초과하여 관련 대법원 판결의 결론이 주목받고 있는 상황이다.

3. 하급심 판결에 대한 비판

하급심 판결의 결론에 대하여 수탁자로부터 집합건물의 소유권을 취득한 제3취득자가 신탁원부의 내용을 주장하며 대항할 수 없다면 결국 제3취득자는 수탁자를 대신해 관리비 납부의무를 부담할 수밖에 없고 그렇다면 제3취득자는 (수탁자와 제3취득자 사이에 체결한 매매계약서에 채납관리비 승계의무에 대하여 별도의 약정이 없는 한) 이를 다시 매도인인 수탁자에게 구상할 수 있다는 주장도 가능할 것이며, 수탁자는 또 다시 매수자인 제3취득자에게 신탁원부의 대항력을 주장하며 자신의 구상채무를 부정하는 논리도 가능하다. 그렇다면 이러한 신탁원부의 대항력이란 도대체 어떠한 의미이며 그 법적효력은 어떠한 것인지에 대하여 항을 바꾸어 아래에서 살펴보도록 하겠다.

V. 집합건물에서 수탁자의 관리비 납부의무



1. 신탁법상 신탁의 특성

신탁법상 신탁의 가장 큰 특징은 위탁자가 자신의 재산을 그 명의를 포함하여 수탁자에게 완전히 이전시키는 ‘목적재산의 완전한 이전’을 주요한 특징으로 한다.⁹⁾ 이러한 ‘목적재산의 완전한 이전’을 위하여 신탁법 제31조 본문은 “수탁자는 신탁재산에 대한 권리와 의무의 귀속주체로서 신탁재산의 관리, 처분 등을 하고 신탁목적의 달성을 위하여 필요한 모든 행위를 할 권한이 있다.”고 규정하여 신탁재산의 대내외적인 완전한 권리자가 수탁자임을 간접적으로 밝히고 있다.¹⁰⁾ 또한 대법원도 신탁재산 중 부동산 소유권을 신탁하는 경우 다수의 판례를 통해 “부동산 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전된다.”고 판시하여,¹¹⁾ 신탁재산의 대내외적인 완전한 소유자가 수탁자임을 직접적으로 밝히고 있다.

2. 관리비 납부의무가 문제되는 집합건물의 신탁유형

신탁법 및 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’)상 부동산 신탁의 기본적인 구도는 위탁자가 부동산에 대한 자신의 권리¹²⁾를 대내외적으로 수탁자에게 완전히 이전하고,

9) 아라이 마코토 저 / 안성포 역, 「신탁법」, 전남대학교 출판부, 2011년, 3면은 “신탁법상 신탁의 가장 큰 특징은 위탁자가 자신의 재산을 그 명의를 포함하여 수탁자에게 완전히 이전시킨다는 점(목적재산의 완전한 이전)과 수탁자는 이전받은 목적재산을 수익자를 위하여 관리·처분하여야 한다는 점(관리주체와 수익주체의 분리와 신탁재산의 목적구속성)”이라고 실시하고 있다.

10) 법무부, 「신탁법해설」, 2012년, 250면은 신탁법 제31조의 취지가 “수탁자는 신탁재산의 소유자로서 관리행위, 처분행위, 운용행위, 개발행위 및 그 밖에 신탁의 목적을 달성하기 위하여 필요한 모든 행위를 할 수 있는 권한이 있다는 의미이며, ‘모든 행위’에는 법률행위뿐만 아니라, 소송행위, 사실행위 등도 포함되고, 신탁행위나 법령에 따라 수탁자의 권한으로 명시된 행위뿐만 아니라 해석상 인정되는 묵시적 권한에 따른 행위도 포함된다.”고 서술하여, 수탁자가 신탁재산의 대내외적인 완전한 권리자임을 간접적으로 규정하고 있다.

11) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000마70460 판결 등 다수의 판결.

12) 위탁자는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제103조 제1항 및 부동산등기법 제3조에 의하여 부동산에 관한 권리 중 등기할 수 있는 권리에 한하여 신탁할 수 있으며, 일반적인 경우 부동산의 소유권을 신탁하는 경우가 대부분이다.



권리 이전에 따른 구체적인 법률효과를 위탁자와 수탁자 그리고 수익자 등 신탁관계인 사이에 체결한 신탁계약을 통하여 신탁목적에 맞게 다양하게 발생시키는 것이다. 그래서 다양한 부동산 신탁상품 유형¹³⁾에도 불구하고 부동산 신탁의 기본구도는 위탁자가 부동산에 대한 자신의 권리(정확하게는 부동산등기법상 등기가 가능한 부동산에 대한 권리)를 대내외적으로 수탁자에게 완전히 이전하고 권리이전에 따른 법률효과를 신탁계약이라는 상호간의 약정을 통해 다양하게 규율하는 것이라는 점에서 동일하다.¹⁴⁾

예를 들어 신탁상품의 유형을 불문하고 일단 위탁자가 부동산의 소유권을 신탁하는 경우 ‘일반적인 물건변동을 위한 공시’로서 위탁자로부터 수탁자 앞으로 ‘주등기로서의 소유권이전등기’ 및 ‘신탁재산의 공시’로서 당해 재산이 신탁재산에 속한 것임을 공시하기 위한 ‘부기등기로서의 신탁등기’가 함께 병행될 뿐 구체적인 신탁상품의 명칭은 부동산등기부에 표시되지 않고, 해당 신탁의 목적과 내용은 부동산등기부에 편철된 신탁원부를 통하여 확인할 수 있을 뿐이다.

한편 집합건물의 경우에도 위탁자는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제103조 제1항 및 부동산등기법 제3조에 따른 집합건물에 관한 권리 중 등기할 수 있는 권리에 한하여 이를 수탁자에게 신탁할 수 있는데 집합건물에 대한 수탁자의 관리비 납부의무가 문제되는 경우는 집합건물에 대한 구분소유권을 수탁자에게 신탁하는 경우로 한정된다. 왜냐하면 집합건물의 구분소유자는 집합건물법 및 관리규약에 따라 집합건물의 유지관리에 필요한 관리비를 납부하여야

13) 금융상품으로서 부동산 신탁상품을 취급할 수 있는 신탁회사는 금전 및 부동산(부동산에 관련된 권리를 포함함)을 모두 수탁 받을 수 있는 종합신탁회사와 부동산(부동산에 관련된 권리를 포함함)을 수탁 받을 수 있는 부동산 전업신탁회사로 구분되는데, 부동산 신탁회사가 금융 감독 당국으로부터 설립인가를 받을 당시 취급할 수 있는 부동산 신탁상품으로 인가받은 상품유형으로는 토지신탁, 담보신탁, 처분신탁, 관리신탁, 분양관리신탁의 다섯 가지 유형으로 구분되며, 분양관리신탁은 2001년 동대문 패션상가인 ‘굿모닝시티’ 사기 분양 사건을 계기로 건축물의 분양에 관한 법률이 2004. 10. 22. 처음 제정되었을 당시 추가로 만들어진 신탁상품이다. 물론 이러한 부동산 신탁상품 이외에도 신탁의 유연성으로 인하여 신탁관계인들 사이에 다양한 신탁상품의 설계가 가능하다.

14) 부동산 담보신탁을 변칙담보권으로 파악하는 견해가 있지만 우리나라 법제가 물건법정주의를 채택하는 한 새로운 물권을 창설하는 것은 허용되지 않으며 관습법상으로도 부동산 담보신탁은 변칙담보권으로 인정되지도 않는다. 따라서 부동산 담보신탁은 “부동산을 목적으로 한 권리자가 자신 또는 타인의 채무를 보장하기 위하여 부동산에 관한 자신의 권리를 담보로 제공할 목적으로 설정하는 신탁”이라고 정의하여 특정한 신탁목적이 부여된 신탁계약의 한 유형으로 이해하는 것이 바람직하다.



하며 그 밖의 권리자는 집합건물에 대한 관리비 납부의무를 부담하지 않기 때문이다.¹⁵⁾

따라서 집합건물에서 수탁자의 관리비 납부의무가 문제되는 경우는 위탁자가 부동산에 관한 권리 중에서 집합건물의 구분소유권을 수탁자에게 신탁하는 경우에 한정되며, 집합건물의 구분소유권을 수탁 받은 수탁자는 신탁재산에 대한 대내외적인 완전한 소유자¹⁶⁾로서 관리비 납부의무를 부담하는 것은 지극히 당연하다.

3. 신탁법상 관리비 납부의무의 법적성격

앞서 살펴본 바와 같이 집합건물의 전유부분에 대한 구분소유권을 수탁받은 수탁자는 대내외적인 완전한 구분소유자로서 집합건물의 전유부분 및 공용부분에 대한 관리비 납부의무를 부담한다. 이와 같은 수탁자의 관리비 납부의무는 신탁법상 유한책임신탁이 설정되지 않는 이상 수탁자의 고유재산으로도 변제하여야 하는 무한책임이며,¹⁷⁾ 이러한 권리를 보유한 제3자는 수탁자에 대하여 신탁법상 신탁채권을 보유하게 된다. 이러한 신탁채권은 신탁재산에 대한 강제집행이 금지되는 위탁자에 대한 채권이나 신탁재산의 한도 내로 그 책임이 제한되는 수익채권과 달리 수탁자는 신탁재산에 대한 강제집행을 수인하여야 하며 수탁자 자신의 고유재산으로도 변제할 책임을 부담하는 채권이라는 점이다.

특히 선행판결과 후행판결의 사안과 같이 완성된 건물을 수탁받는 경우 통상 근저당권과 유사한 법률효과를 나타내는 부동산 담보신탁 계약을 많이 체결하는데,¹⁸⁾ 부동산 담보신탁의 경

15) 물론 집합건물의 점유자도 구분소유자와 연대하여 관리비 납부의무를 부담하지만(집합건물법 제42조 제2항), 점유자의 집합건물에 대한 점유권은 자본시장법 제103조 제1항 및 부동산등기법 제3조에 따라 신탁할 수 있는 권리에 해당하지 않는다.

16) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000마70460 판결 등 다수의 판결.

17) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다31883 판결; 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다58054(본소)·2001다58061(반소) 판결에 의하면 “수탁자가 수익자 이외의 제3자 중 신탁재산에 대하여 강제집행을 할 수 있는 채권자에 대하여 부담하는 채무에 관한 이행책임은 신탁재산의 한도 내로 제한되는 것이 아니라 수탁자의 고유재산에 대하여도 미치는 것으로 보아야 한다.”고 판시하여 수탁자의 신탁채권자에 대한 책임은 무한책임이라는 점을 명시적으로 판시하였고, 또한 “신탁관계가 종료하여도 채권자에 대하여 계속 채무를 이행할 책임을 부담한다.” 판시하였다.

18) 후행판결의 경우 부동산 관리처분신탁계약이 체결되었지만 그 내용은 부동산 담보신탁계약과 동일한 내용의 신탁계약이 체결되었음은 각주 6)에서 이미 살펴본 바와 같다.



우 부동산에 대한 권리 이외에 현금성 자산을 수탁 받을 수 없어 관리비 납부의무와 같은 신탁 채무를 수탁자의 고유계정에서 우선 집행하여야 하는 문제점이 있고, 또한 부동산에 대한 사용 수익권한이 근저당권 설정자에게 있는 근저당권의 법리와 동일하게 수탁자는 신탁이라는 구도를 통하여 소유명의만을 보유한 채 신탁부동산을 보전·관리하고 우선수익자는 신탁부동산의 담보가치만을 누릴 뿐 신탁부동산에 대한 실질적인 사용·수익 권한은 위탁자가 가지고 있기 때문에, 신탁부동산에 대한 관리비 납부의무를 위탁자에게 전가하는 조항을 신탁계약에 반드시 삽입하고 있는 것이다.¹⁹⁾

이러한 사정으로 인하여 수탁자로서는 소유자로서 부담해야 하는 책임과 신탁채무를 위탁자 또는 수익자와 같은 신탁관계인에게 이전하거나 그 책임의 범위를 신탁재산의 범위 내로 한정하기 위한 조항(소위 ‘유한책임특약’ 또는 ‘책임한정특약’)을 신탁계약에 필수적으로 삽입하고 있다. 그런데 이러한 신탁계약의 내용이 신탁원부에 기재되어 부동산등기부에 편철되면 신탁법 및 부동산등기법상 제3자에 대한 대항력을 취득하게 되어 신탁채권자에 대한 관계에서 그 효력이 문제된다.

VI. 신탁등기의 대항력

1. 의 의

신탁법상 신탁의 가장 큰 특징은 위탁자가 자신의 재산을 그 명의를 포함하여 수탁자에게 완전히 이전시키는 ‘목적재산의 완전한 이전’을 주요한 특징으로 한다. 이러한 ‘목적재산의 완전한 이전’을 보장하기 위하여 신탁법은 ‘신탁재산의 독립성’을 인정하고 있는데,²⁰⁾ 현행 신탁법은 신탁재산의 독립성을 제도적으로 보장하기 위한 방법의 하나로 제4조에서 ‘신탁의 공시와

19) 현행 신탁법이 시행됨에 따라 금융투자협회 및 모든 부동산 신탁회사가 참여하여 법무법인 세종과 함께 만든 부동산 신탁계약서 모범안의 부동산 담보신탁계약서 내용을 살펴보면 제10조 제1항과 제15조 제1항에 이러한 내용이 반영되어 있다.

20) 대법원 2002. 12. 6. 선고 2002마2754 결정 : 신탁법상 신탁재산은 위탁자의 재산권으로부터 분리될 뿐만 아니라 수탁자의 고유재산으로부터 구별되어 관리되는 독립성을 갖게 되는 것이며, 그 독립성에 의하여 수탁자 고유의 이해관계로부터 분리되므로 수탁자의 일반채권자의 공동담보로 되는 것은 아니다.



대항'이라는 표제 하에 제1항에서 “등기 또는 등록할 수 있는 재산권에 관하여는 신탁의 등기 또는 등록을 함으로써 그 재산이 신탁재산에 속한 것임을 제3자에게 대항할 수 있다.”라는 규정을 두어 신탁등기의 제3자에 대한 대항력을 인정하고 있다.²¹⁾

따라서 신탁법상 신탁등기의 대항력이란 ‘위탁자가 수탁자에게 신탁한 재산의 소유권이 위탁자에게 유보된 것이 아니라 수탁자에게 완전히 이전되어 수탁자가 그 재산의 대내외적인 완전한 소유권을 가지지만, 수탁자의 고유재산과 구별되는 신탁재산임을 제3자에 대하여 대항할 수 있는 효력’을 의미하는 것이다²²⁾. 이러한 신탁등기의 대항력에 대하여 대체로 학설은 3가지 견해로 나뉘어지는데 첫째, 신탁원부에 기입된 신탁계약의 내용은 부동산등기와 마찬가지로 제3자에 대한 대항력이 인정된다는 견해(제1설), 둘째, 신탁원부에 기입된 신탁계약의 내용에 따라 개별적으로 제3자에 대한 대항력 유무를 판단해야 한다는 견해(제2설), 셋째, 신탁등기의 대항력은 수탁자에게 이전된 재산이 신탁재산으로서 신탁법상 신탁재산이 갖는 효력을 부여하여 신탁재산임을 대항하기 위한 것에 불과하다는 견해(제3설)로 구분된다. 제1설은 제3자에 대한 신탁등기의 대항력을 넓게 인정하는 견해이나, 제3설은 신탁된 재산이 신탁법상 신탁재산으로서의 지위와 법적효력을 가지도록 하기 위한 범위에서만 제3자에 대한 대항력을 인정하는 견해이고, 제2설은 신탁계약의 구체적인 내용을 검토하여 민법상의 강행규정에 반하거나, 그 목적이 위법·불능이거나, 탈법을 목적으로 하거나, 기타 강행법규에 위반되는 경우에는 제3자에 대한 대항력을 배제하자는 절충적인 견해이다. 개인적으로는 제3설을 지지하지만 부동산등기법 제81조의 규정이 존재하는 한 해석론적인 관점에서 제2설을 지지한다.

그런데 신탁법 제4조 제1항에서 명시적으로 규정하고 있는 바와 같이 신탁법상 신탁등기는 신탁의 효력발생요건이 아닌 부동산등기부상 신탁의 공시를 통하여 그 재산이 신탁재산이라는 점을 제3자에게 대항할 수 있는 대항요건에 불과하므로 신탁의 효력은 신탁계약 체결 시에 이

21) 신탁법은 신탁재산의 독립성을 보장하기 위한 방법으로 ‘신탁등기의 제3자에 대한 대항력(신탁법 제4조)’ 규정 이외에 ‘신탁재산에 대한 강제집행의 금지(신탁법 제22조)’, ‘수탁자의 사망 및 파산 등과 신탁재산의 구별(신탁법 제23조 및 제24조)’, ‘신탁재산에 대한 상계금지(신탁법 제25조)’, ‘신탁재산에 대한 혼동의 특칙(신탁법 제26조)’ 등과 같은 규정을 두고 있다.

22) 현행 일본 신탁법 제14조도 ‘신탁재산에 속한 재산의 대항요건’이라는 표제 하에 “신탁의 등기 또는 등록을 하지 않으면 당해 재산이 신탁재산에 속한 것을 제3자에게 대항할 수 없다.”고 규정하고 있다(최수정, 「신신탁법」, 진원사, 2007년, 33면).



미 발생하고 다만 신탁의 공시로서 신탁등기가 마쳐지면 그때부터 제3자에게 신탁재산임을 대항할 수 있는 것이다. 그래서 위탁자가 부동산의 소유권을 신탁하는 경우 ‘일반적인 물건변동을 위한 공시’로서 위탁자로부터 수탁자 앞으로 주등기로서의 소유권이전등기 및 이에 대하여 ‘신탁재산의 공시’로서 당해 재산이 신탁재산에 속한 것임을 공시하기 위한 부기등기로서의 신탁등기가 병행되어야 한다.

그런데 대법원은 이러한 신탁등기의 대항력의 의미를 보다 더 확장하여 제1설과 같은 의미로 파악하고 있는데 구체적인 내용은 항을 바꾸어 아래에서 살펴보도록 하겠다.

2. 신탁등기의 대항력에 관한 대법원의 판단

선행판결과 후행판결 이전에 대법원이 신탁등기의 대항력에 관하여 내린 판결의 내용을 살펴보면 단순히 위탁자가 수탁자에게 신탁한 재산이 신탁재산임을 제3자에게 대항할 수 있는 효력의 의미를 넘어 신탁원부에 기재되어 부동산등기부에 편철된 신탁계약 내용 전부에 대하여 대항력을 인정하고 있는 것으로 보인다. 신탁등기의 대항력에 관하여 대법원이 과거에서부터 내린 판결을 간략하게 살펴보면 다음과 같다.

가. 대법원 1975. 12. 23. 선고 74다736 판결

신탁계약에 신탁기간의 만료 기타 사유로 인하여 신탁이 종료할 경우 신탁재산은 수익자에게 귀속하고 신탁재산에 부대하는 채무는 수익자가 변제하여야 한다는 내용이 반영되어 있고 이러한 내용이 신탁원부에 기재되어 부동산등기부에 편철된 경우, 신탁기간 중 수탁자가 임대인의 지위를 승계하고 그 후 임대차계약이 종료되었는데 임대차 계약 종료 이후 신탁계약이 해제되면서 건물의 소유권이 위탁자에게 귀속하면 임차인은 수탁자에게 임차보증금의 반환을 청구할 수 없다고 판시하였다.²³⁾

23) 실제로 해당 대법원 판결의 사실관계를 살펴보면 신탁계약이 중도에 해지된 것이 아니라 해제되어 그 효력이 소급하여 실효되었다는 점에서 애초에 신탁계약을 전제로 수탁자가 임대인의 지위를 승계한 계약 또한 해제된 것으로 보아 수탁자의 임차보증금반환의무 역시 소급하여 소멸한 것으로 보아야 한다. 따라서 애시 당초 신탁등기의 대항력이 문제될 여지가 없는 사례로 판단된다.



나. 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다58054(본소), 2001다58061(반소) 판결

수탁자는 신탁등기의 대항력에 의하여 신탁계약의 종료 또는 해지에 따라 신탁관계를 둘러싼 모든 권리와 의무는 종료되고 상가공급계약에 의하여 발생하는 채무는 수익자가 부담한다고 항변하였지만 신탁원부에 그러한 내용이 반영되어 있지 않다는 이유로 수탁자의 항변을 받아들이지 않았다.²⁴⁾

다. 대법원 2004. 4. 16. 선고 2002다12512 판결

신탁계약에 신탁이 종료될 경우 임대보증금의 상환 채무는 위탁자가 승계하고 수탁자는 그 책임을 면한다는 내용이 반영되어 있고 이러한 내용이 신탁원부에 기재되어 부동산등기부에 편철되었지만 이러한 내용의 신탁계약이 체결되고 신탁원부에 반영되어 부동산등기부에 편철된 시점이 위탁자와 임차인 그리고 수탁자 간에 임대차 계약이 체결된 시점 이후이므로 수탁자는 위 신탁등기를 전제로 하는 신탁원부의 내용으로 임차인에게 대항할 수 없다고 판시하였다.²⁵⁾

상기와 같이 대법원은 신탁등기의 대항력을 원용할 수 있는 범위를 확장하여 당해 재산이 신탁재산이라는 점뿐만 아니라 신탁계약의 개별 내용에 대해서도 신탁원부에 반영되어 부동산등기부에 편철되어있는 이상 대항력을 주장할 수 있다는 전제에 서있는 것으로 보인다. 아마도 대법원이 이러한 입장에 서있는 것은 부동산등기법 제81조 규정에 의한 것으로 판단된다. 이처럼 신탁등기의 대항력에 관한 과거 대법원 판결들의 내용과 그 추이를 살펴보면 신탁등기의 대항력에 관하여 최초로 선고된 대법원 판결(대법원 1975. 12. 23. 선고 74다736 판결)을 최초 판결로

24) 실제로 해당 대법원 판결의 사실관계를 살펴보면 상가공급계약에 신탁 종료 시 채무인수에 대하여 신탁계약에서와 같은 포괄적이며 면책적인 계약인수 조항이 없었을 뿐만 아니라 이에 대하여 채권자인 원고가 동의한 사실도 없어 피고 수탁자의 채무가 면제되었다고 볼 수 없었다. 따라서 애시 당초 신탁등기의 대항력이 문제될 여지가 없는 사례로 판단된다.

25) 실제로 해당 대법원 판결은 신탁등기의 대항력을 인정하면서도 이해관계 있는 제3자가 있는 경우 대항력의 성립시점에 따라 신탁등기의 대항력의 인정여부를 구별하였다는 점에서 의미가 있다.



하여 후속 판결이 내려지고 있었음을 알 수 있다. 그러나 신탁등기의 대항력에 관하여 언급한 최초 대법원 판결에서부터 지금까지의 대법원 판결들의 사실관계를 살펴보면 신탁등기의 대항력으로 해당 사건의 문제를 해결할 필요가 있는 사건이었는지 여부에 대하여 심각한 의문이 드는 사례들이며, 다시 말해서 굳이 신탁등기의 대항력에 대한 판단이 없더라도 민법과 신탁법의 법리에 따라 해결할 수 있는 사건임에도 단순히 신탁계약의 내용이 신탁원부에 기재되어 부동산 등기부에 공시되어 있는지 여부에 따라 신탁관계의 분쟁을 손쉽게 판단하려고 한 것은 아닌가라는 생각이 드는 사례들이다.

그리고 위와 같은 대법원 판결들은 모두 2012. 7. 26. 시행된 개정 신탁법(법률 제10924호)에 ‘유한책임신탁’ 제도가 신설되기 전에 있었던 것이다. 물론 개정 신탁법 시행 이후에도 대법원은 신탁등기의 대항력을 폭넓게 인정하고 있지만 개정 신탁법에 신설된 유한책임신탁 제도에도 불구하고 유한책임특약에 대한 신탁등기의 대항력을 인정한다는 명시적인 판결은 없으며 특히 신탁계약에서 유한책임특약의 내용이 반영된 신탁원부의 내용을 부동산등기법 제81조에 따라 신탁등기의 대항력으로 인정하면서 신탁법 제114조 이하의 유한책임신탁 제도와와의 관계를 고찰한 대법원 판결은 아직도 존재하지 않는다.

3. 부동산등기법 제81조

부동산등기법 제81조 제1항은 등기관이 신탁등기를 할 때 같은 조 제1항 각호에서 규정한 사항을 기록한 신탁원부를 작성하도록 규정하고 있다. 이때 공통적으로 들어가는 신탁원부에 들어가는 사항은 ① 위탁자, 수탁자, 수익자의 성명과 주소(법인은 그 명칭 및 사무소), ② 신탁의 목적, ③ 신탁재산의 관리방법, ④ 신탁종료의 사유, ⑤ 그 밖의 신탁 조항이 있는데 통상 그 밖의 신탁조항에 신탁계약의 내용이 신탁원부에 기재되고 신탁등기가 마쳐진다.

이 때 신탁업계 실무에 의하면 초창기에는 신탁계약의 일부 내용만 요약하여 신탁원부에 기재하였으나 신탁계약의 내용 중 신탁원부에 기재할 내용만 추려내는 것이 현실적으로 어려울 뿐만 아니라 그렇게 할 필요성도 없고 요약으로 인한 해석의 오류를 줄이기 위하여 점차 신탁원부에 별지로 기재한 후 신탁계약서 전체를 첨부하는 형태로 발전되었는데, 이러한 이유로 신탁계약서 전체가 신탁원부에 반영되었고(정확히는 별지 형태로 첨부되었고), 부동산등기법 제91조

제3항에 의해 신탁원부는 등기기록의 일부로 간주되므로 형식 논리적으로는 신탁계약서의 모든 계약 조항이 등기와 동일한 효력을 가지게 되었다.²⁶⁾

그런데 부동산등기법은 본등기에 대하여 ① 순위확정적 효력(부동산등기법 제4조 및 제5조), ② 권리변동적 효력(부동산등기법 제6조), ③ 대항적 효력(부동산등기법 제53조, 제69조, 제70조, 제72조, 제74조, 제75조, 제76조)을 인정하고 있으며, 대법원은 추가적으로 ④ 추정적 효력²⁷⁾을 인정하고 있어 신탁계약의 내용이 신탁원부에 기재되어 부동산등기부에 편철되면 형식적으로는 그 계약내용을 불문하고 이러한 효력이 인정되며, 제3자에 대한 대항력 또한 아무런 제한 없이 인정되는 결론에 이르게 된다.²⁸⁾

그러나 부동산등기법 제81조의 입법취지가 신탁계약에 대하여 계약내용을 불문하고 아무런

26) 김상훈, “신탁공시와 대항력의 범위”, 「상속신탁연구」, 법무법인(유한)바른 상속신탁연구회, 2014년, 149면은 “신탁원부를 등기의 일부로 본다고 하여 신탁원부에 기재된 내용이 모두 대항력을 가진다는 의미로 해석해야 할 필연적인 이유는 없으며, 해당 규정은 신탁법 제75조에서 규정하고 있는 수익자 취소권 규정과 상응하는 것에 불과하다.”고 설명하고 있다. 신탁등기의 대항력의 의미를 축소하려는 취지는 공감하나 부동산등기법상 ‘등기기록의 일부로 본다.’는 규정을 명백한 이유 없이 제한하는 해석으로서 해석의 한계를 넘은 것으로 판단된다.

27) 대법원은 추정적 효력에 대하여 ① 권리귀속의 추정(대법원 1993. 5. 11. 선고 92다46059 판결 등), ② 등기원인의 추정(대법원 1977. 6. 7. 선고 76다3010 판결 등), ③ 각종 약정의 추정(대법원 1991. 10. 11. 선고 91다13700 판결 등), ④ 절차의 적법추정(대법원 1981. 11. 24. 선고 80다3286 전원합의체 판결 등), ⑤ 등기절차의 전제요건의 구비의 추정(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다72029 판결 등)을 인정하고 있다.

28) 과거 일본 부동산등기법도 우리나라 부동산등기법과 같이 “신탁등기를 신청할 때에는 ① 위탁자, 수탁자, 수익자의 성명과 주소(법인은 그 명칭 및 사무소), ② 신탁의 목적, ③ 신탁재산의 관리방법, ④ 신탁종료의 사유, ⑤ 기타 신탁조항이 기재된 서면을 첨부하여야 하고, 이렇게 첨부된 서면을 신탁원부라고 하며, 신탁원부는 등기부의 일부로 간주되고 그 기재사항은 등기로 간주한다.”는 규정을 두고 있었다. 그러나 일본의 현행 부동산등기법 제97조 제1항 제11호는 신탁등기 사항의 하나로 ‘그 밖의 신탁조항’을 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 “등기관은 제1항 각호에 해당하는 사항을 명시하기 위하여 법무성령(부동산등기규칙)으로 정하는 바에 의한 신탁목록을 작성할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그리고 법무성령(부동산등기규칙) 제176조 제1항은 “등기관은 신탁의 등기를 할 때에는 법 제97조 제1항 각호에 해당하는 등기사항을 기록한 신탁목록을 작성하고 해당 목록에 목록 번호를 붙인 후 해당 신탁등기의 말미에 신탁목록 번호를 기록해야 한다.”고 규정하고 있다. 이와 같은 일본의 부동산등기법은 등기관이 우리나라의 ‘신탁원부’에 해당하는 ‘신탁목록’을 작성하고 해당 신탁목록에 ‘그 밖의 신탁조항’을 기재한다는 점에서 우리나라 부동산등기법과 일견 유사하지만, 우리나라 부동산등기법과 다르게 등기관이 ‘신탁목록’을 의무적으로 작성하여야 할 필요성이 없으며, 설령 ‘신탁목록’을 작성하여도 ‘신탁목록’을 “등기 내지 등기기록의 일부로 본다.”는 규정이 없고, ‘신탁목록’의 효력에 대한 별다른 규정이 없다.



제한 없이 제3자에 대한 대항력을 인정하는 것은 아니라고 생각된다. 우선 신탁법은 민법의 특별법이므로 신탁계약의 내용은 반사회질서 법률행위(민법 제103조) 및 불공정한 법률행위(민법 제104조)와 같은 민법의 강행규정에 반해서는 안 되고, 신탁법상 선량한 풍속이나 그 밖의 사회 질서에 위반하는 사항을 목적으로 하거나 그 목적이 위법하거나 불능인 신탁은 무효로 되고(신탁법 제5조 제1항·제2항), 소송을 목적으로 하거나 탈법을 목적으로 하는 신탁은 금지되므로(신탁법 제6조·제7조) 신탁계약의 내용은 이러한 신탁법의 강행규정에 반해서도 아니 된다. 따라서 이 같은 내용이 반영된 신탁계약 조항은 비록 신탁원부에 기재되어 등기가 마쳐져 있어도 해당 조항 자체가 절대적인 무효 내지 금지사유에 해당하므로, 애당초 부동산등기법 제81조에 따른 제3자에 대한 대항력이 인정될 수 없다.

그렇다면 신탁등기의 제3자에 대한 대항력을 규정하고 있는 부동산등기법 제81조도 일정한 제한을 받는다는 전제 하에, 신탁의 당사자들 사이에는 유효할 수 있지만 제3자에 대해서는 그 효력을 주장할 수 없거나 대항력을 부여할 수 없는 조항에 대해서도 이러한 논의를 확장할 수 있을 것이며, 결국 이와 같은 조항들에 대해서는 신탁의 본질과 수탁자의 기본적인 의무 등을 고려하여 해당 약정의 대항력 부여여부를 개별적으로 판단하여야만 할 것이다. 또한 부동산등기법이 제3자에 대한 대항력을 인정하는 각종 규정에서 등기사항으로 열거하고 있는 내용을 살펴 보면 법률행위가 성립하기 위한 성립요건(당사자, 목적, 의사표시 등) 및 각 법률요건을 구성하는 개개의 법률사실이거나 설령 당사자 사이의 개별약정의 경우에도 관련 법률에서 약정에 의한 적용 배제가 가능한 임의규정임을 사전에 규정하고 있는 경우로 한정하고 있다는 점을 알 수 있다.²⁹⁾

그렇다면 부동산등기법 제81조 제1항 제16호의 ‘그 밖의 신탁조항’을 단순히 형식논리에 따라 문리적으로만 해석할 것이 아니라 법률해석의 한계를 벗어나지 않는 합헌적 법률해석의 범위 내에서 논리적, 체계적, 목적론적 해석을 통해 해당 조항의 적용범위를 합리적인 범위 내로 축소시켜야만 한다. 이러한 축소 해석을 통해 제3자에 대한 대항력을 인정하는 부동산등기법의 다른 규정과 제81조 사이의 균형을 맞출 수 있고, 신탁계약의 대항력을 악용하여 신탁의 본질을

29) 매매특약의 등기(부동산등기법 제53조), 지상권의 등기사항(부동산등기법 제69조), 지역권의 등기사항(부동산등기법 제70조), 전세권의 등기사항(부동산등기법 제72조), 임차권의 등기사항(부동산등기법 제74조), 저당권의 등기사항(부동산등기법 제75조), 저당권부 채권에 대한 질권 등의 등기사항(부동산등기법 제76조)이다.

훼손하고 수탁자의 책임을 방기하는 수탁자의 행위를 방지할 수 있기 때문이다.

특히 ‘수탁자의 관리비 지급의무’가 문제가 된 이 사건의 경우, 부동산등기법 제81조 제1항 제16호의 규정을 축소 해석하지 않는다면 수탁자인 신탁회사는 신탁재산의 소유자 및 신탁채무자로서 당연히 부담하여야 하는 책임과 채무마저도 위탁자 또는 수익자 등과 같은 신탁관계인 사이에 전가하는 신탁계약을 신탁원부에 기재하여 등기함으로써 신탁등기의 대항력이라는 이름으로 수탁자의 기본적인 채무마저도 회피하려고 할 것이다. 특히 이러한 부동산 신탁회사의 행위는 자신보다 열후적인 지위에 있는 신탁관계인에게 수탁자의 책임과 채무를 전가하는 형태로 나타나고 있어서 더욱 문제되고 있다.

그러므로 부동산등기법 제81조 제1항 제16호는 ‘신탁법상 신탁행위로 다르게 정할 수 있다고 규정하는 사항’ 또는 ‘신탁행위에 의한 신탁법의 배제를 명확하게 규정하고 있지는 않지만 신탁법의 해석상 임의규정인 경우’에 한하여, 그러한 신탁계약의 내용에 대해서만 제3자에 대한 대항력을 인정할 수 있을 것이다.

4. 신탁법상 유한책임특약과 유한책임신탁과의 관계

앞에서 살펴본 바와 같이 수탁자인 신탁회사는 소유자로서 당연히 부담해야 하는 관리비 납부의무를 신탁관계인 중 하나인 위탁자 또는 수익자에게 전가하는 조항을 삽입한 신탁계약을 체결하고, 이러한 신탁계약의 내용을 신탁원부에 반영하여 부동산등기부의 일부로 인정받아 등기의 효력을 모두 주장함과 동시에, 신탁등기의 대항력을 폭넓게 인정하는 다수의 대법원 판례에 따라 제3자에 대한 대항력까지도 인정받고 있다.

그런데 개정 신탁법은 유한책임신탁 제도를 도입하여 수탁자가 신탁재산의 소유자 및 신탁채무자로서 당연히 부담하여야 하는 책임과 채무를 신탁관계인에게 전가하거나 그 책임을 신탁재산의 범위로 한정하고자 하는 유한책임특약을 신탁계약에 반영하는 경우 양자와의 관계가 문제된다.

우선 유한책임특약의 효력의 문제점을 살펴보면 유한책임특약의 효력이 사적자치의 원칙에 따라 인정된다고 가정하고 앞서 신탁등기의 대항력 특히 제3자에 대한 대항력을 폭넓게 인정하는 견해(제1설)와 결합되면 신탁계약에 유한책임특약을 반영한 후 이를 신탁원부에 기재하여 등기를 할 경우 유한책임특약의 제3자에 대한 대항력이 발생하게 되어 효력에 있어서 수탁자인 신탁회



사는 매우 손쉽게 편법적으로 개정 신탁법에서 신설된 유한책임신탁등기를 한 것과 다를 바 없게 되는 결론에 이르게 된다. 즉 수탁자인 신탁회사는 개정 신탁법에 신설된 유한책임신탁 제도의 번거로운 절차와 책무는 모두 회피하면서 그와 동일한 효력은 모두 누리게 되어 신탁관계인과 신탁채권자의 희생으로 수탁자의 편익만을 취하는 결과를 초래하는 것이다. 바로 이 점이 신탁 등기의 대항력과 유한책임신탁 및 유한책임특약의 내용을 일괄하여 살펴보아야 하는 점이다.

구 신탁법 하에서는 유한책임신탁 제도에 관한 규정이 없었기 때문에 사적자치의 원칙상 유한책임특약의 효력을 인정하는 것이 학설의 견해였다(이에 대한 본격적인 논의가 없었고 소수의 학자들만 이에 대하여 언급을 하고 있었는데 사적자치의 원칙 상 유한책임특약의 효력을 인정하고 있었다). 그런데 개정 신탁법에서 유한책임신탁 제도가 신설된 이후에 유한책임특약의 효력에 대하여 새로운 논의가 나오고 있지는 않고 있는 것이 현실이다.

그런데 신탁법의 개정으로 2012. 7. 26.부터 유한책임신탁 제도가 새롭게 시행되고 있음에도 불구하고, 종전과 같이 신탁계약으로 정한 내용이 무엇이든 신탁원부에 기입하여 등기함으로써 신탁계약의 당사자도 아닌 제3자에 대하여 신탁등기의 대항력이 여전히 인정된다면, 굳이 개정 신탁법에서 유한책임신탁 제도를 도입할 하등의 이유가 없다. 또한 신탁법 개정 법률안 검토보고서 중 유한책임신탁 제도에 대한 검토내용(20면 내지 22면)을 살펴보면 그 동안 실무상 편법적으로 이용되어 왔던 책임재산 한정특약의 문제점(선의의 제3자의 피해, 공시 부재의 문제, 채권자 보호의 미비)을 인식하고 이를 해결하고자 유한책임신탁 제도가 도입된 것이었음을 알 수 있다.³⁰⁾

30) 무궁화신탁법연구회법무법인 광장 신탁법 연구회 공동발간, 「주식신탁법」, 2021년 8월(제3판) 404면 이하의 유한책임신탁의 도입 필요성을 소개하는 부분에서 다음과 같이 설명하고 있다. “(중략) 수탁자가 개인적 책임에서 벗어나기 위해 그 책임을 신탁재산으로 한정하는 특약이 체결되는 예가 있고, 이러한 특약은 구 신탁법의 해석상 허용되는 것이라 보고 있으나 유한책임신탁제도가 도입되면 신탁사무의 처리를 위하여 행한 거래에 대해 일일이 거래상대방과 개별적인 약정을 체결하지 않더라도 거래안전과 신속을 위하여 일률적으로 수탁자의 책임이 제한되어 거래상대방의 보호와 거래 안전에 유리할 것으로 예상되는 점(책임재산 한정특약의 한계) 및 수탁자는 신탁재산을 이용하여 자기의 이익을 도모하는 것이 아니라 신탁재산에 대한 고유의 이해관계를 가지고 있지도 않기 때문에, 수탁자의 일반채권자가 수탁자 명의로 되어있는 신탁재산에 대해 강제집행을 할 수 없는 것과 형평을 맞추기 위해 신탁채권자가 수탁자의 고유재산에 대해 강제집행을 할 수 없다고 하더라도 신탁채권자의 이익을 과도하게 해하는 것이 아니며, 당사자간의 특약과는 달리 유한책임신탁제도는 별도의 채권자 보호절차, 수익자에 대한 배당 등에 관한 규제가 있으므로 채권자 보호에 유리하다는 점(신탁채권자의 보호 강화)이 도입의 필요성으로 제기되었다.”

또한 일본은 우리나라보다 앞선 2006년 신탁법을 전면적으로 개정하였는데, 일본 개정 신탁법에서 “한정책임신탁”(우리나라 신탁법상 “유한책임신탁”과 동일함)을 처음 신설하게 된 배경에 대한 일본 법무성 민사국 참서관실의 “신탁법 개정 요강 시안 보족설명(176면-177면)”의 내용도 이와 동일한 취지이며, 각주 30에서 언급한 내용과 동일하다. 그런데 일본의 개정신탁법은 “한정책임신탁” 제도를 처음 도입하면서(일본 개정신탁법 제232조 이하) 이와 병행하여 그 동안 문제되어 왔던 “한정책임특약”의 효력도 명문으로 인정했으나(일본 개정신탁법 제21조 제2항 제4호), 우리나라 개정 신탁법은 일본의 “한정책임신탁”과 동일한 “유한책임신탁” 제도는 도입한 반면에 일본 개정 신탁법에서 명문으로 허용한 “한정책임특약”의 효력관련 규정은 이를 도입하지 않았다. 즉, 일본과 우리나라의 구 신탁법은 양자 모두 ‘유한책임신탁’ 및 ‘유한책임특약’을 명시적으로 허용하는 조항이 없었는데, 일본의 경우 구 신탁법을 전면 개정하면서 ‘유한책임신탁’ 및 ‘유한책임특약’을 모두 허용하는 조항을 명시적으로 신설한 반면 우리나라의 경우 ‘유한책임신탁’만을 허용하는 조항(신탁법 제114조 이하)을 신설하였다는 근본적인 차이가 있다. 따라서 이러한 우리나라 개정 신탁법 입법자의 입법 의도는 충분히 고려되어야 한다.³¹⁾

31) 유한책임신탁은 유한책임특약과 달리 수탁자에게 다양한 많은 의무를 부과하여 수탁자의 책임과 채무를 제한하려면 그에 상응하는 의무도 이행할 것을 규정하고 있다. 대표적으로 ① 첫째, 현행 신탁법이 ‘유한책임신탁’이라는 제도를 처음으로 신설하면서 등기를 그 성립요건으로 하고(신탁법 제114조), ‘유한책임신탁’의 명칭에는 ‘유한책임신탁’이라는 문자를 반드시 사용하도록 규정하여(신탁법 제115조) 대외적인 표시기능을 강화한 것은 수탁자와 거래하는 거래상대방으로 하여금 수탁자의 책임재산이 신탁재산만으로 한정된다는 점을 예견한 상태에서 거래에 임할 수 있도록 하며, 사전에 등기부를 열람하여 수탁자의 현재 신탁재산의 규모와 장래 신탁재산의 변동에 대한 예견가능성을 확보할 수 있도록 하고, ‘유한책임신탁’의 설정시기를 법적으로 정하여 ‘유한책임신탁’의 성립여부에 대한 확실적인 판단이 가능하도록 하며, 국가로 하여금 회사설립에 준하여 그 법정요건이 구비되었는지 여부를 심사하도록 하여 제3자에 대한 보호기능을 강화하려는데 있고(법무부, 「신탁법해설」, 초판, 2012년, 828면), ② 둘째, ‘유한책임신탁’을 설정한 수탁자는 거래상대방에게 ‘유한책임신탁’이라는 뜻을 명시하고 그 내용을 반드시 서면으로 교부하여야 하며(신탁법 제116조 제1항), 이를 위반한 경우 거래상대방은 그 법률행위를 한 날로부터 3개월 내에 이를 취소할 수 있는데(신탁법 제116조 제2항), 약관의 규제에 관한 법률은 고객이 요구할 경우에만 그 약관의 사본을 교부할 의무를 부과하며(약관의 규제에 관한 법률 제3조 제2항), 이를 위반한 경우 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없는 것과 비교해 보면(약관의 규제에 관한 법률 제3조 제4항), 현행 신탁법이 ‘유한책임신탁’을 설정한 수탁자와 거래하는 제3자를 보다 두텁게 보호하고 있음을 알 수 있으며, ③ 셋째, ‘유한책임신탁’을 설정한 수탁자는 대차대조표, 손익계산서, 이익잉여금 처분계산서 또는 결손금처리계산서, 자본변동표, 신탁의 재산목록과 그 부속명세서 등을



Ⅶ. 결 론

신탁등기의 대항력이란 위탁자가 수탁자에게 신탁한 재산의 소유권이 위탁자에게 유보된 것이 아니라 수탁자에게 완전히 이전되어 수탁자가 그 재산의 대내외적인 소유권을 가지지만 수탁자의 고유재산과 구별되는 신탁재산임을 제3자에 대하여 대항할 수 있는 효력을 의미하는 것일 뿐 그 의미가 확장되어서는 아니 된다. 설령 신탁등기의 대항력의 의미를 대법원과 같이 부동산등기법 제81조를 근거로 확장하더라도 그 의미는 ‘신탁법상 신탁행위로 다르게 정할 수 있다고 규정하는 사항’ 또는 ‘신탁행위에 의한 신탁법의 배제를 명확하게 규정하고 있지는 않지만 신탁법의 해석상 임의규정인 경우’에 한하여, 그러한 신탁계약의 내용에 대해서만 제3자에 대한 대항력을 인정할 수 있을 것이다.

그런 의미에서 후행 판결이 집합건물법 제18조 규정을 강행규정으로 보아 이에 반하는 신탁계약의 내용에 대하여 신탁등기의 대항력을 부정하는 취지의 판결을 내린 것은 일단 결론에 있어서 타당한 판결이라고 생각한다. 다만 구체적인 논증과정이 결여되어 있고 선행판결과의 관계에 대한 상세한 언급이 없는 점은 아쉬운 점으로 남지만, 기존에 신탁등기의 대항력이 적용되는 신탁계약의 내용을 폭넓게 인정한 과거 대법원 판결 및 선행 판결을 감안하면 후행 판결이 소부 판결에 이를 명백하게 뒤집는 판결을 내리기에는 어려움이 있었을 것으로 판단된다. 그럼에도 불구하고 후행 판결 이후의 하급심 판결은 여전히 선행 판결에 따라 후행 판결의 사실관계는

작성하여야 하며(신탁법 제117조 제1항 및 신탁법시행령 제14조 제1항), 일정한 경우 ‘주식회사의 외부감사에 관한 법률’의 예에 따른 회계감사를 받아야 하는데(신탁법 제117조 제2항), 이는 유한책임신탁에 대하여 통상의 신탁과 달리 주식회사와 같은 회계원칙을 적용하고 있는 것이고(김병연, “공동기업 유형으로서의 합자조합과 유한책임신탁”, 법학논총(제33집 제2호), 2013년, 60면), 거래상대방은 신탁이해관계인으로서 수탁자에게 신탁의 재산목록 등 신탁사무의 계산에 관한 장부 및 그 밖의 서류의 열람 또는 복사를 청구할 수 있는데(신탁법 제40조 제2항), 이는 무한책임을 부담하는 통상의 신탁과 달리 ‘유한책임신탁’은 신탁채권자에 대한 책임재산이 신탁재산으로 한정되므로 수탁자의 변제자력을 명확히 산정할 필요가 있고 또 변제를 위하여 일정 수준으로 순자산유지를 하여야 하므로 단순한 물건관리가 아닌 신탁재산에 대한 적절한 평가가 이루어져야 하기 때문이며(법무부, 앞의책, 838면), ④ 넷째, ‘유한책임신탁’에서는 수탁자의 책임재산이 신탁재산으로 한정되므로 ‘유한책임신탁’이 종료한 때에는 상법상 회사에 준하는 청산절차와 같은 별도의 청산절차를 반드시 거치도록 하여 신탁채권자 등 이해관계인을 보호하고 있습니다(신탁법 제132조 내지 제139조).



선행 판결의 사실관계가 달라 적용할 수 없다고 판시하여 신탁등기의 대항력에 대하여 무제한적인 효력을 인정하고 있다.

그러나 신탁계약에서 신탁관계인들 간의 내부적 구상관계의 약정을 통하여 신탁채권자의 수탁자에 대한 채권을 무력화시키는 것은 신탁등기의 대항력이라는 이름으로 악용되어서는 아니 되며, 또한 현행 신탁법이 새롭게 신설한 유한책임신탁의 취지를 형해화시키는 것이다. 그리고 수탁자는 신탁사무의 처리를 위하여 지출한 신탁사무처리비용에 대하여 신탁법상 우선변제권이 인정되며(신탁법 제48조 제1항), 필요할 경우 신탁재산을 임의 매각하여 신탁사무처리비용에 충당할 수 있는 자조매각권도 인정되고(신탁법 제48조 제2항), 수탁자 변경에 따른 신탁 종료 시에는 신탁재산을 유치할 수 있는 권리도 인정된다(신탁법 제54조 제2항).

따라서 수탁자가 자신의 고유계정에서 일시적인 지출을 막기 위한 내부적 구상관계에 대한 약정에 신탁등기의 대항력이라는 막강한 효력까지 부여하여 이를 제3자에게 대항할 수 있다고 해석하는 것은 오히려 신탁등기의 대항력의 취지를 왜곡하는 것이라고 생각한다. 유한책임 신탁과 관련된 2015년부터 2019년까지 유한책임신탁 등기가 설정된 대법원의 등기관련 통계에 의하면 2015년부터 2019년까지 유한책임신탁등기가 설정된 사례는 단 3건(신설등기 2건, 변경등기 1건)에 불과할 정도로 유한책임특약이 신탁등기의 대항력과 결합되거 악용되고 있는 사례를 반증하는 것이라고 생각한다.³²⁾ 그러므로 추후 신탁등기의 대항력에 관한 한 걸음 더 진일보한 대법원 판결이 나오기를 희망한다.

32) 김태진, “유한책임신탁을 왜 선택하지 않는가? - 현황에 대한 비판과 고찰”, 기업법연구 제34권 제4호 (통권 제83호), 2020년 12월, 11면.



[참고문헌]

[단행본]

법무부, 「신탁법해설」, 2012년.

아라이 마코토 저 / 안성포 역, 「신탁법」, 전남대학교 출판부, 2011년.

최수정, 「일본 新신탁법」, 진원사, 2007년.

무궁화신탁법연구회, 법무법인 광장 신탁법 연구회 공동발간, 「주석신탁법」, 2021년 8월(제3판).

[논문]

1. 김병연, “공동기업유형으로서의합자조합과유한책임신탁”, 「법학논총(제33집제2호)」, 2013년.
2. 김상훈, “신탁공시와 대항력의 범위”, 「상속신탁연구」, 법무법인(유한)바른 상속신탁연구회, 2014년.
3. 김태진, “유한책임신탁을 왜 선택하지 않는가? - 현황에 대한 비판과 고찰”, 기업법연구 제 34권 제4호(통권 제83호), 2020년 12월.
4. 오상민, “부동산등기법상 신탁등기의 대항력에 대한 검토”, 「저스티스」(통권 제154호), 한국 법학원, 2016년 6월.

▶ 발표일시 : 2024. 11. 27.(수) 07시 30분

▶ 사 회 : 신용간 변호사

▶ 참석회원 : 김대휘, 김미전, 김재승, 서규영, 서장원, 송달룡, 신성민, 신용간, 엄정숙, 오상민, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이재용, 이정일, 허익범, 홍영호 변호사(총 18명)



무단임대 종료 후 유치물을 취득한 소유권자의 유치권소멸청구권 인정 여부

Whether or not the owner who acquires after the termination of the unauthorized lease has the right to demand the extinction of the right of retention

辯護士 신 성 민

Shin Sung Min

【사건의 표시】

대법원 2023. 8. 31. 선고 2019다295278 판결

논문요약

최근 대법원은 유치권자가 유치물을 채무자의 승낙 없이 무단으로 임대하였음을 이 유로, 무단임대 종료 이후에 유치물의 소유권을 취득한 제3취득자의 소멸청구를 인정 하였다.

아쉽게도 대상판결은 무단임대행위가 종료된 이후 유치물을 취득한 자에게도 동 권리가 인정되는 근거에 대하여 명확하게 설명하지 않았다. 생각건대 이는 양자의 채권채무관계의 존부로 따질 것이 아니라 신소유자가 구소유자의 유치권소멸청구권을 그대로 이전받았다는 점에서 찾아야 타당하다.



유치권자가 일단 선관주의의무를 위반하였다면 이에 대한 제재로 소유자의 취득시기에 상관없이 유치권소멸청구권 행사가 인정되어야 한다는 것이 대법원이 판단한 위 규정의 입법취지이다. 이에 따라 의무위반 유치권자가 유치권을 상실하여 무담보 상태의 채권자가 된다고 하더라도 그의 피담보채권까지 부정되는 것은 아니므로 형평의 원칙상 부당하다고 생각되지는 않는다.

다만 유치물의 소유자는 자신의 절대적 소유권만을 주장하기에 앞서 유치권자에게 피담보채무부터 갚아야 하는 채무자의 지위에 있음을 잊어서는 안 된다. 그럼에도 신 소유자에게 유치권소멸청구권이 인정된다면 유치권자는 현실적으로 더욱 불리해진다. 이와 같은 유치권자의 특수적 지위를 고려할 때, 유치권자에게 자기소유물과 같은 권한을 행사할 수 있도록 보장해주되 이는 유치권자가 보유한 채권의 범위 내에서만 가능하여야 할 것이다.

〈주제어〉

유치권, 유치권자의 선관주의의무, 보존을 위한 사용, 유치권소멸청구권, 유치물의 제3 취득자

The Right of Retention, Duty of Keeping Property with Care of Good Manager, Use for its Preservation, Right to Demand the Extinction of the Right of Retention, Owner who Acquires Retained Article

목 차

I. 서론

II. 대상판결의 분석

1. 기초적 사실관계



2. 소송의 경과
3. 대상판결 검토의 방향

III. 유치권자의 선관주의의무 위반 여부

1. 유치권자의 무단임대행위가 보존에 필요한 사용인지 여부
2. 유치물에 거주한 행위가 보존에 필요한 사용인지 여부
3. 대상판결의 경우

IV. 신소유자의 유치권소멸청권 인정 여부

1. 유치권소멸청구권의 규정 취지
2. 신소유자의 유치권소멸청구권 취득 여부
3. 민법 제324조 입법론

V. 결론

I. 서론

최근 대법원은 2023. 8. 31. 선고 2019다295278 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다)에서, 유치권자가 유치물을 채무자의 승낙 없이 무단으로 임대하였음을 이유로, 무단임대 종료 이후에 유치물의 소유권을 취득한 제3취득자(이하 ‘신소유자’라 한다)의 소멸청구를 인정하였다.

우리 민법 제324조는 제1항에서 “유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 한다”고 규정하고 이어 제2항에서 “유치권자는 채무자의 승낙없이 유치물의 사용, 대여 또는 담보 제공을 하지 못한다.”고 규정하되 다만 유치물의 보존에 필요한 사용은 그러하지 아니하다고 하여 유치물 보존의 방법으로서의 사용은 허용하고 있다. 그리고 제3항에서 전2항의 의무를 위반한



경우에는 채무자가 유치권의 소멸을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

위 조문 해석상 유치권자가 유치물을 무단임대한 경우 보존에 필요한 사용이라는 예외로 인정 받지 못하는 이상 유치물 소유자(필자주 : 조문 상 채무자로 규정되어 있으나 해석상 소유자를 포함하는 개념으로 보는 것에 다툼은 없어 보인다¹⁾)는 유치권소멸청구권을 행사할 수 있다.

무단임대행위가 지속 중인 경우에는 유치물 소유권자, 그 소유권을 취득한 제3취득자 모두에게 소멸청구권이 당연히 인정될 것이다. 대상판결의 의의는 이를 넘어 무단임대행위가 종료된 이후 유치물을 취득한 신소유자에게도 유치권소멸청구권이 인정됨을 명시적으로 설시한 최초의 판례이다.

II. 대상판결의 분석

1. 기초적 사실관계

A주식회사는 주상복합건물을 신축·분양하는 사업을 시행하면서 B 주식회사를 시공사로 선정하고 공사도급계약을 체결하였다. B 주식회사는 18개의 업체에 공정별로 하도급을 주었는데, 피고 1도 B 주식회사로부터 공사를 하도급 받고 공사를 하던 중 2005. 10.경 B 주식회사의 부도로 인하여 피고 1이 공사비를 직접 부담하면서 공사를 지속하였고 2006. 7.경 공사를 모두 마쳤다.

이 사건 부동산에 관하여 2006. 2.경 A 주식회사 앞으로 소유권보존등기가 마쳐졌고, 이후 소외 1, 소외 2, 소외 3 앞으로 차례로 소유권이전등기가 마쳐졌다. 2013. 6. 28. 그 명의로 소유권이전등기를 마친 소외 3은 2018. 5. 21. 원고에게 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐 주었고, 매매 당시 소외 3의 이 사건 부동산 소유기간에 발생한 부당이득반환채권도 원고에게 양도하였다. 소외 3과 원고 사이의 매매계약서에 따르면, ‘현 상태 그대로 매수한다. 유치

1) 강태성, 『물권법』, 대명출판사, 2019, 968면; 이영준, 『물권법』, 박영사, 2009, 789면 등.



권을 주장하는 점유자(필자 주 : 유치권자, 피고)는 매수인(필자 주 : 신소유자, 원고)이 해결한다.’는 내용의 특약사항이 있었다.

피고 1은 2006. 12.경부터 A 주식회사에 대한 공사대금채권에 기한 유치권을 주장하면서 이 사건 부동산을 점유하다가 2007. 10. 4. A 주식회사의 승낙 없이 소외 4에게 이를 임대하였다. 소외 4는 이 사건 부동산에 거주하다가 2012. 2. 3. 피고 1에게 이를 반환하였고, 피고 1은 그때부터 대상판결 선고 시까지 아들(피고 2), 며느리(피고 3)와 함께 이 사건 부동산에 거주하면서 이를 점유·사용하고 있다.

소외 1은 이 사건 부동산 소유자였던 당시, 소외 4를 상대로 부동산 인도소송을 제기하여 2013. 2. 6. ‘소외 4는 소외 1에게 이 사건 부동산을 인도하라’는 내용의 판결을 선고받았다.²⁾ 이에 소외 1은 피고 1에 대하여 이 사건 부동산의 인도를 집행하려 하였으나, 피고 1은 소외 1을 상대로 강제집행을 불허한다는 내용의 제3자 이의의 소를 제기하여 승소하였다.³⁾

2. 소송의 경과

가. 1심법원⁴⁾의 판단

원고는 피고들을 상대로, 피고들은 이 사건 부동산을 점유할 권원이 없으므로 그 소유자인 원고에게 이를 인도하고, 2013. 6. 28.부터 이 사건 부동산의 인도 완료일까지의 차임 상당액을 부당 이득으로 반환하라는 내용의 이 사건 청구를 하였다. 이에 대하여 피고들은 이 사건 부동

2) 부산지방법원 2013. 2. 6. 선고 2012나11089 판결.

3) 부산지방법원 2013. 7. 4. 선고 2013가단14060 판결., 소외 4가 2012. 2. 3. 피고 1에게 이 사건 부동산을 인도하였음은 앞서 본 바와 같으나, 점유이전금지 가처분의 집행 후 점유가 이전되었다 하더라도 가처분 채무자는 여전히 가처분채권자에 대한 관계에 있어서는 점유자의 지위에 있다는 이유로 소외 1 승소판결이 선고되었다.

4) 부산지방법원 2019. 4. 4. 선고 2018가단14379 판결.



산의 점유가 유치권에 기한 정당한 점유라고 주장하였다. 한편, 원고는 이 사건 2018. 11. 27. 자 준비서면의 송달로써 피고 1의 무단 임대를 이유로 민법 제324조 제3항에 기한 유치권소멸청구권을 행사한다는 의사를 표시하였다.

1심법원은 이 사건 부동산과 관련한 채무자는 A 주식회사이며, 피고 1은 A 주식회사에 대한 공사대금채권으로 이 사건 부동산에 관한 과실수취권이 존재하는바 공사대금채권이 모두 변제되었다고 볼 만한 증거도 없으므로 유치권이 소멸되었다거나 부당이득 반환의무가 있다는 등의 원고 주장은 받아들일 수 없다고 판단하였다.

나. 원심법원⁵⁾의 판단

1심판결에 대하여 원고는 피고 1이 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 이 사건 부동산을 소외 4에게 임차하는 처분행위를 하였고, 소외 1이 소외 4를 상대로 이 사건 부동산 인도청구를 한 것은 피고들에 대하여 유치권의 소멸을 청구하는 취지라고 보아야 하고, 원고도 이 사건 인도청구로써 피고들의 유치권 소멸을 구하는 것이므로 유치권이 소멸하였다는 이유로 항소하였다.

원심법원은, ① 부동산 인도청구와 유치권 소멸청구는 법률요건을 달리하는 별개의 청구이므로, 청구의 기반이 되는 일부 사실관계가 동일하다는 것만으로는 하나의 청구가 다른 청구의 의미까지 담고 있다고 볼 수 없고, ② 피고 1이 소외 4에게 이 사건 부동산을 임차한 기간이 종료된 이후 이 사건 부동산을 취득한 원고에게는 위 사유로 인한 유치권소멸청구권이 있다고 볼 수 없으며, ③ 피고들이 이 사건 부동산에 거주하며 이를 사용하는 것은 유치권의 보존에 필요한 사용이므로 피고들에게 과실수취권이 인정되고, 그 사용이익을 피담보채권에 충당하여도 피담보채권이 잔존하므로 원고에게 반환할 부당이득이 없다고 판단하였다.

5) 부산지방법원 2019. 11. 14. 선고 2019나46459 판결.



다. 대법원⁶⁾의 판단

원심판결에 대하여 원고는 채무자와 유치물의 소유자가 다른 경우 유치물의 소유자가 유치권 소멸청구권을 행사할 수 있다는 이유로 상고하였다.

대법원은, 민법 제324조에서 정한 유치권소멸청구는 유치권자의 선량한 관리자의 주의의무 위반에 대한 제재로서 채무자 또는 유치물의 소유자를 보호하기 위한 규정이므로, 특별한 사정이 없는 한 민법 제324조 제2항을 위반한 임대행위가 있는 뒤에 유치물의 소유권을 취득한 제3자도 유치권소멸청구를 할 수 있다는 이유로 원심판결을 일부 파기하고, 사건을 원심법원으로 환송하였다.

3. 대상판결 검토의 방향

과연 유치권소멸청구권을 행사할 수 있었던 구소유자가 이를 행사하지 않은 상태에서 유치물의 소유권이 이전된 경우(소유자가 변경된 경우) 신소유자는 이를 행사할 수 있을 것인가. 대상판결은 민법 제324조가 선관주의의무를 위반한 유치권자에 대한 제재로서 소유자를 보호하기 위한 규정이고 이 사건에서의 위반행위의 정도에 비추어 신소유자에게 유치권자가 더 이상 인도거절권능 행사를 허용할 수 없도록 하는 것이 공평의 원칙에 비추어 타당하다고 판시하였다.

아쉽게도 대상판결은 무단임대행위가 종료된 이후 유치물을 취득한 신소유자에게도 동 권리가 인정되는 근거에 대하여 명확하게 설명하지 않았다. 본 연구에서는 해당 근거에 대해 학설, 관련 판례 등을 통해 논의해 보고자 한다. 더하여 대법원이 향후에도 민법 제324조에 대해 대상판결과 같이 소유자를 보호하는 방향으로 해석한다면 유치권자의 현실적인 권한을 강화하기 위하여 민법 제324조가 어떻게 개정되어야 공평한지에 대한 필자의 의견을 개진하고자 한다.

6) 원심을 비롯하여 유치권자의 과실수취권에 기한 판단 내용은 본 고에서 논의를 생략한다.



III. 유치권자의 선관주의의무 위반 여부

1. 유치권자의 무단임대행위가 보존에 필요한 사용인지 여부

가. 학설의 대립

이에 대해서는 학설이 대립하고 있는바, 다수설은 무단임대행위는 보존행위에 해당하지 않는다는 견해로, 유치권을 행사하면서 유치권자가 유치물을 스스로 또는 점유보조자를 통해 점유·사용하지 않고 이를 제3자에게 임대하거나 사용대차를 통해 점유를 이전해 준 것은 다른 사정을 고려할 필요 없이 유치물의 보존에 필요한 범위를 벗어난 사용행위라고 본다.⁷⁾

이에 따르면, 민법 제324조에서 사용과 대여라는 용어를 분명하게 구분하여 ‘사용’에 한하여 보존에 필요한 행위를 인정하고 있으며, 이미 유치권자의 사용을 인정하여 유치권자가 사용할 수 있는 범위를 넓혀 놓았으므로 소유권자와 유치권자의 적절한 이해조정을 위하여는 보존의 범위는 ‘사용’으로 한정하는 것이 바람직하고, 유치권자는 유치물의 보존에 필요하다면 자신이 직접 유치물을 점유·사용하거나 자신의 점유보조자를 통해 점유·사용하는 것으로 충분하다는 것이다.

반면, 민법 제324조 제2항 단서에서 말하는 ‘사용’은 넓은 개념으로, 보존에 필요한 이상 제1항 본문에서 규정한 ‘대여·담보제공’을 포함하며, ‘보존에 필요한’의 개념도 제한적으로 해석할 것이 아니라 목적물의 성질 및 상태 등에 따라 사회통념에 비추어 구체적으로 판단하여야 한다는 견해도 있다.⁸⁾

7) 권순형, 「유치물의 사용에 관한 법률관계」, 사법논집 54집, 법원도서관, 2012., 26면.

8) 이영준, 앞의 책, 785면.



나. 판례의 태도

대법원의 주류적인 입장은 소유자의 승낙 없이는 유치물을 대여할 권한이 없음을 전제로, 구체적으로 보존에 필요한 대여인지 여부를 추가적으로 검토함이 없이 대여받은 자의 점유를 불법점유라고 판단하고 있다.⁹⁾

다만, “유치권자가 유치물을 다른 사람으로 하여금 사용하게 한 경우에 그것이 유치물의 보존에 필요한 사용에 지나지 아니하는지 여부는 유치권자와 사용자 사이의 관계, 사용자의 구체적인 사용방법, 사용자가 유치권자에게 대가를 지급하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”며 검토기준을 제시한 바 있고,¹⁰⁾ 최근 유치물의 대여행위를 보존에 필요한 사용으로 인정하기도 하였다.¹¹⁾

대법원의 입장은 채무자의 승낙을 받지 않고 유치물을 임대한 경우 추가적인 검토 없이 선관주의의무 위반행위라고 인정하는 주류적인 입장과 유치물의 대여행위에 대하여 구체적인 사실 관계를 기초로 보존에 필요한 경우인지 여부를 검토하는 입장으로 나뉘고 있다.¹²⁾

다. 소결

생각건대, 조문 해석상 무단임대는 소유자의 승낙 없는 대여행위이므로 본문 규정에 해당하여 원칙적으로는 보존에 필요한 사용이 아니다. 또 유치권자 자신이 점유 사용하는 경우와 제3자가 점유 사용하는 경우는 엄연히 다르며 그 선관주의에 대한 인식과 준수 의지도 역시 다를 것으로 보인다. 따라서 필자도 다수설에 찬성한다.

9) 대법원 2004. 2. 13. 선고 2003다56694 판결; 대법원 2005. 2. 23. 선고 2005다57523 판결; 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다9400 판결 등.

10) 대법원 2011. 9. 29. 선고 2011다38707 판결.

11) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2021다274243 판결.

12) 정다운, 「무단임대 종료 후 유치물을 취득한 소유권자의 유치권소멸청구 거부」, 비교사법 제31권 3호(통권 제106호), 2024., 195면.



다만 단서 규정상 보존에 필요한 사용인 경우에는 그 예외가 인정되는바 대법원에서 실시한 위 검토기준에 맞추어 ① 유치권자와 사용자 사이의 관계가 임차인과 전대인처럼 임차목적의 범위 내에서 이루어졌다거나, ② 사용자의 구체적인 사용방법이 유치물의 보존을 해치지 아니 하고, ③ 사용자가 유치권자에게 대가를 지급하여 채무자의 변제에 충당된 경우에 더해 ④ 소유자의 추정적 승낙이 인정될 정도로 무단임대가 정당화되는 경우에만 극히 제한적으로 보존을 위한 사용으로 인정하는 것이 합리적으로 보인다.

2. 유치물에 거주한 행위가 보존에 필요한 사용인지 여부

대상사안에서 피고 1은 유치물을 무단임대한 뒤 다시 반환받아 가족들과 거주하는 방법으로 유치물을 사용하였다. 이와 같은 거주사용행위가 보존에 필요한 사용이 아니라면 채무자의 승낙 없는 사용행위에 해당하여 신소유자가 유치권소멸청구권을 행사함에 지장이 없으므로 항을 달리하여 추가하여 따져보고자 한다.

가. 학설의 대립

다수설¹³⁾은 거주나 사용은 주로 유치권자의 이익을 위한 것이므로 유치물의 보존에 필요한 사용이 아니라고 하면서 유치 방법의 하나로서 종전의 점유상태를 계속하는 데 그쳐야만 보존에 필요한 사용이라고 본다.

반면, 소수설¹⁴⁾은 거주나 사용이 주로 유치권자의 이익을 위한 것이라 하더라도 이를 보존 행위로 보는 데는 지장이 없으며, 적어도 사용이 보존에 보탬이 되는 것이라면 그러한 사용은 보존에 필요한 사용에 포함될 수 있다고 한다. 즉, 그 사용이 유치물의 보존을 위한 최적의 방법

13) 곽윤직/김재형, 『물권법』, 박영사, 2015, 384면; 김용한, 『물권법론』, 박영사, 1996, 482면; 김증한/김학동, 『물권법』, 박영사, 1997, 463면 등.

14) 이영준, 앞의 책, 785면.



이 아니라고 하더라도 보존에 직접적으로 또는 간접적으로라도 도움이 된다면 보존을 위한 사용으로 본다.

나. 판례의 태도

대법원은 유치권자가 종전대로 거주하거나 사용을 계속하는 것을 보존행위라고 보고 있으며, 특히 공사대금채권에 기하여 유치권을 행사하는 자가 스스로 유치물인 주택에 거주하며 사용하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유치물인 주택의 보존에 도움이 되는 행위로서 유치물의 보존에 필요한 사용이라고 판시하고 있다.¹⁵⁾ 유치권자가 유치물을 본점 소재지로 등기하고 사무실로 사용하고 있다고 하여도 그 점만으로 유치물의 보존에 필요한 범위를 넘어 사용하고 있다고 말할 수 없다는 판례도 있다.¹⁶⁾

다. 소결

생각건대, 유치권자가 유치물에 점유 권한만을 행사한다면 채무자, 소유자를 비롯한 타인의 사용·수익·처분을 방지함에 그칠 뿐 그 이상의 효과를 거둘 수가 없다. 채무자로서도 어차피 자신이 소유권을 행사할 수 없다면 ① 유치권자가 자신의 소유권을 해치지 않는 범위 내에서 거주하여 얻은 사용이익을 변제에 우선 충당할 수 있고, ② 유치권자가 유치물을 유지·보수하고(필요비) 관리·개량한다면(유익비) 별도의 관리인을 두지 않아도 되어 오히려 비용을 절감할 수 있는 등 특별히 손해될 것이 없다.

더욱이 유치권자에게는 민법 제322조 제1항에 따라 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있고 동법 제323조에 따라 과실수취권이 있으며, 동법 제325조에 따라 필요비와 유익비의 상환청구권이 인정된다. 유치권자에게 피담보채권을 변제받기 위한 권리가 다양하게

15) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다40684 판결; 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다49117 판결, 대법원 2013. 4. 11. 선고 2011다107009 판결 등.

16) 대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다35593 판결.



상당히 인정되고 있다는 점에 비추어 보존에 필요한 사용의 범위가 어느 정도 인정되어야 하는 것은 관련 조항과의 균형상으로도 타당해 보인다.

3. 대상판결의 경우

대상판결은 기존의 대법원 입장과 같이 피고 1의 무단임대행위는 보존에 필요한 사용이 아니나, 피고들이 부동산에 거주하면서 사용한 부분은 보존에 필요한 사용으로 판단하였다.

피고 1의 무단임대행위는 대법원이 실시한 위 검토기준에 따르면 그 예외가 인정될지 모른다. 그러나 대상사안의 경우 임대가 무려 4년 4개월에 걸쳐 이루어졌으며 무단임대행위 당시 소유자 소외 1이 무단임차인 소외 4에게 인도소송을 제기하여 승소함에 따라 판결선고 당시 점유자인 피고 1에 대하여 이를 집행하려 하자 피고 1은 제3자 이익의 소를 통해 저지하였다. 이러한 일련의 과정을 유치권의 정당한 행사라 보기에 유치권자가 무단임대행위를 한 선행행위에 비추어 보존에 필요한 사용으로 보기에 적절하지 않아 보인다. 따라서 피고 1의 무단임대행위는 선관주의의무 위반행위로, 보존에 필요한 사용에 해당하지 않는다고 생각한다.

한편 대상판결의 유치물은 주거용으로 신축된 부동산이므로 피고 1이 유치물에 거주한 것은 그 용법에 따라 사용한 것으로 채무자의 소유권을 해하지 아니하고 피고들이 계속 거주함으로써 유치물의 주거로서의 기능이 유지될 것이므로 유치물의 보존에 필요한 사용에 해당한다. 따라서 피고들이 부동산에 거주한 행위는 선관주의의무 위반행위도 아니고, 보존에 필요한 사용에 해당한다고 생각한다.

Ⅳ. 신소유자의 유치권소멸청구권 인정 여부

1. 유치권소멸청구권의 규정 취지



가. 국내 판례의 태도

국내에서 유치권소멸청구권의 규정 취지에 대한 논의를 찾기는 어려웠다. 대법원은 “유치권은 점유하는 물건으로써 유치권자의 피담보채권에 대한 우선적 만족을 확보하여 주는 법정담보물권이다. 한편 민법 제324조에서 정한 유치권 소멸청구는 유치권자의 선량한 관리자의 주의의무 위반에 대한 제재로서 채무자 또는 유치물의 소유자를 보호하기 위한 규정이다. 유치권자가 선량한 관리자의 주의의무를 위반한 정도에 비례하여 유치권소멸의 효과를 인정하는 것이 유치권자와 채무자 또는 소유자 사이의 이익 균형을 고려한 합리적인 해석이다.”라고 판시하였다.¹⁷⁾

이를 통해 유치권자의 선관주의의무 위반행위는 유치권의 본래 목적에 배치되는 것으로 조문 상으로도 그 행위로 인하여 손해가 발생하였거나 유치물의 가치가 훼손될 것을 요건으로 하고 있지 않는바 적어도 판례는 민법 제324조의 해석상 유치권자의 의무 위반에 대한 제재적 효과에 더 큰 비중을 두고 있는 것으로 추론할 수 있을 뿐이다.

나. 일본 학계의 논의

사실 우리 민법 제324조는 아래와 같이 일본 민법 제298조와 거의 동일한 편제를 취하고 있다. 우리 민법이 사실상 일본 민법을 계수하였고 법원은 관련 사안에 대한 나름의 해석론을 펼치는 것으로 보이는데 그렇다면 일본에서의 학설 논의를 잠깐이나마 살펴볼 필요가 있다.

일본 민법 제298조 (유치권자에 의한 유치물의 보관 등)

- ① 유치권자는 선량한 관리자의 주의를 가지고 유치물을 점유하여야 한다.
- ② 유치권자는 채무자의 승낙을 얻지 아니하면 유치물을 사용하여 임대하거나 담보에 제공할 수 없다. 다만, 그 물건의 보존에 필요한 사용을 하는 것은 그러하지 아니하다.
- ③ 유치권자가 전 2항의 규정을 위반한 때에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다.

17) 대법원 2022. 6. 16. 선고 2018다301350 판결.



일본 민법상 유치권소멸청구권 규정의 취지에 대하여 살펴보면, 위험을 근거로 소멸청구를 인정하는 견해(이하 ‘위험설’이라 한다)와 제재를 근거로 소멸청구를 인정하는 견해(이하 ‘제재설’이라 한다)로 학설이 나뉘고 있다.

위험설¹⁸⁾은 유치권자가 선관주의의무를 다하지 않고 유치물을 보관하고 있거나 채무자의 승낙 없이 유치물을 제3자에게 임대 또는 담보로 제공하거나, 보존에 필요한 범위를 초과하여 유치물을 사용하는 경우 유치물의 가치가 손실될 위험이 있으므로, 위 규정은 그러한 위험으로부터 채무자를 보호하려는 취지라고 한다. 반면, 제재설¹⁹⁾은 위 규정을 유치권자의 의무 위반에 대한 제재로 해석하는 견해이다.

일본의 판례는 제재설의 입장을 취하고 있다. 이에 따라 “민법 제298조 제3항에 따르면, 유치권자가 동 조 제1항 및 제2항의 규정을 위반했을 때 해당 유치물의 소유자는 해당 위반행위가 종료했는지 또는 이에 의해 손해가 발생하였는지 여부와 상관없이 해당 유치권의 소멸을 청구할 수 있는 것으로 해석하는 것이 상당하다”라고 판시한 바 있다.²⁰⁾

2. 신소유자의 유치권소멸청구권 취득 여부

관련하여 선행연구는 ① ‘신소유자의 소유권 취득 후 선관주의의무 위반행위가 계속되는 경우’와 ‘소유권 취득 전 선관주의의무 위반행위가 종료된 경우’로 나누어 각 경우의 수에 대하여 ‘위험설’과 ‘제재설’로 판단하거나,²¹⁾ ② 대상 판결이 아무런 근거 없이 신소유자에게 유치권소멸청구권을 인정하였는바 민사유치권과 상사유치권의 제척기간을 운운하며 신소유자의 소유권 취득을 원시취득, 승계취득으로 나누어 판단하는 등의 논리를 펼치면서, 두 연구 공히 결론적으로 원심판결이 타당하다는 입장을 취하고 있다.

18) 정다운, 앞의 논문, 198면.

19) 정다운, 앞의 논문, 198면.

20) 最判 昭和38年(1963年) 5月 31日 民集 17卷 4号 570頁.

21) 정다운, 앞의 논문.



본 고에서는 위와 같은 논변을 반복하거나 반박하는 것보다는 대상사안을 그대로 받아들이는 입장에서 대상판결의 판단이 실무적으로 타당한지 살펴보는 방법으로 접근하고자 한다. 필자가 보기에는 비록 대법원이 논거는 구체적으로 실시하지 않았지만 대상사안에서 대립되는 이익을 비교형량하면서 공평타당한 결론을 내기 위해 고민했을 것이라 생각하는데 선행연구는 판단 근거의 구체적인 실시가 없었던 점에만 천착하여 비교법적인 연구로만 논의하거나 근거마련을 위해 원론적으로 탐구하였다는 느낌을 지울 수 없었기 때문이다.

현행법의 해석에 따르면, 유치권자의 보존에 필요한 행위를 넘는 무단임대행위가 있었다면 당시 채무자(소유자)에게는 유치권소멸청구권이 발생함에 이견이 없을 것이다. 대상사안과 같이 무단임대행위가 종료된 이후 유치물의 소유권이 이전된 경우 신소유자에게도 유치권소멸청구권이 인정될 수 있는지 여부는 종전 소유자(구소유자)가 유치권소멸청구권을 행사할 수 있었는지에 따라 결정되어야 한다.

구소유자가 유치권소멸청구권을 행사하지 않고 소유권을 이전하는 경우 신소유자가 유치권자와 아무런 채권·채무관계도 없으므로 신소유자에게 유치권소멸청구권을 행사할 법적 근거가 없다는 주장은 일면에 그친 논리이다. 그렇게 해석해 버리면, 구소유자가 유치권소멸청구권을 행사하지 않고 신소유자에게 소유권을 이전하는 경우 유치권이 소멸당할 위기에 처했던 선관주의의무 위반행위자가 반사적 이익을 얻을 수 있기 때문이다. 유치권소멸청구권을 행사할 수 있었으나 실제로 행사하지 않은 구소유자가 자신의 사정에 따라 소유권을 이전하는 여부에 따라 우연적으로 유치권자의 유치권 존부가 좌우되는 불합리가 발생하는 것이다.

신소유자는 비록 유치권의 제한이 걸린 소유권을 취득하게 되나 구소유자에게 정당한 대가를 지급한 자이다. 이 경우 신소유자는 특별한 사정이 없는 한 구소유자의 모든 권한을 승계하므로 만약 구소유자가 유치권소멸청구권을 가지고 있었다라면 이를 그대로 취득하는 것이다. 구소유자가 신소유자에게 소유권을 이전하면 구소유자는 소유권을 상실하므로 이에 따른 유치권소멸청구권도 상실한다는 주장²²⁾은 구소유자의 소유권이 그대로 신소유자에게 이전된 이후 비로소

22) 정다운, 앞의 논문, 204면.



상실됨을 간과한 형식논리에 빠진 결론이다.

신소유자가 유치권의 제한이 걸린 소유권을 취득할 수밖에 없다면, 그는 유치권자의 선관주의의무 위반행위에 대한 제재로서 인정되는 구소유자의 유치권소멸청구권 역시 승계받아 행사할 수 있다고 보는 것이 공평하다. 승낙을 받아 점유하는 도중에 소유자가 변경되더라도 새로운 소유자에게 다시 승낙을 받을 필요는 없다는 것이 판례의 입장인데,²³⁾ 이는 신소유자가 구소유자에게 미치는 ‘유치권자의 승낙에 따른 효과’를 그대로 승계함을 뜻한다. 그렇다면 반대 해석상 승낙을 받지 않은 무단임대행위에 대해서 구소유자가 행사할 수 있었던 유치권소멸청구권을 신소유자가 그대로 승계한다고 보는 것이 타당하다. 다만 무단임대행위의 종료시점부터 제척기간이 기산되고 이는 소유권이 변동되어도 중단되지 않고 이어진다고 보아야 형성권의 제척기간 법리에 부합할 것이다.

3. 민법 제324조 입법론

가. 선관주의의무에서 자기 재산과 동일한 주의의무로

현행 민법에 따르면, 유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유할 의무를 부담한다(민법 제324조 제1항). 유치권자의 유치물 점유는 어디까지나 채권의 담보를 위한 것으로서, 유치권자는 채무자가 유치물에 관하여 생긴 채권을 변제하면 유치물을 반환할 의무를 부담하므로, 유치권자에게 선관주의의무를 부과하는 것으로 보인다.

여기서 선량한 관리자의 주의란 거래상 당해 경우에서 평균인에게 일반적으로 요구되는 주의를 말한다. 이는 객관적·추상적인 표준에 의해 정해지는 것으로, 행위자의 구체적·주관적 주의 능력에 따른 주의만을 요구하는 경우, 예를 들어 ‘자기 재산과 동일한 주의’(무상수치인, 민법 제695조), ‘자기의 재산에 관한 행위와 동일한 주의’(친권자, 민법 제922조), ‘고유재산에 대하는 것과 동일한 주의’(상속인, 민법 제1022조) 등과 대비되고, 이들보다 한층 높은 정도의 주의를 뜻한다.

23) 대법원 2019. 8. 14. 선고 2019다205329 판결.



그런데 유치권자의 입장에서 채무자의 변제를 마냥 기다릴 수 없는 노릇이고, 채무자의 유치물에 대한 점유권을 제한하는 것은 간접적 강제일 뿐 유치권자가 계속 유치물을 점유하는 이상 채무자는 만연히 변제하지 않을 수 있으므로 현실적으로 유치물이 담보로서의 기능을 제대로 할 수 없다.

이러한 점을 고려해 볼 때, 더욱이 대법원이 향후에도 대상판결과 같이 제재설의 입장에서 채무자를 보호한다면 채무자와 유치권자의 이익 균형상 유치권자의 선관주의의무를 적어도 자기 재산과 동일한 주의의무로 완화시켜 줄 필요가 있다.

나. 사용·수익권한을 소유권을 해치지 아니하는 범위까지 확장

현행 민법에 따르면, 유치권은 목적물의 인도를 거절하여 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 권능에 그치기 때문에 유치권이 있다고 해서 점유하는 목적물을 유치권자의 이익을 위해 이용하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 따라서, 유치물의 승낙 없는 사용은 적법한 유치권 행사라고 볼 수 없고, 유치권자라고 하더라도 부당이득반환의무를 부담한다.

예를 들어 공사대금을 못받아 공사대상 주거용 주택을 점유함에 있어 ① 해당 주택을 사용하지 않고 채무자의 출입을 막는 잠금장치를 걸어두는 경우와 같이 사용 수익 없는 점유는 부당이득반환의무가 없지만, ② 해당 주택을 점유하면서 유치권자가 직접 내지 가족이나 직원을 통해 주택관리 차원에서 거주하는 경우와 같이 보존을 위한 정도의 사용 수익이 수반되는 점유는 부당이득반환의무를 부담하고, ③ 타인에게 임대료를 받고 대여하는 경우와 같이 보존을 넘어선 사용 수익까지 추가된 점유는 부당이득반환의무를 부담함은 물론 유치권소멸청구 사유가 되는 것이다.

그런데 유치권자가 정당한 채권을 변제받지 못하는 가운데 직장과의 거리, 생활지로서의 주변 환경, 같이 사는 가족의 만족도 등의 문제로 유치물에 도저히 거주할 수 없는 상황도 충분히 존재한다. 이 경우 유치권자는 차라리 유치물을 유치물에 거주하고자 하는 타인에게 임대하여



임료를 받거나 전세권을 설정해주어 보증금을 받아 자신의 채권에 충당하는 행위가 정당화될 수 있다. 그렇다고 채무자가 이를 무조건적으로 승낙해 줄 것이라는 보장은 없다.

따라서 위 3. 가.에서 살펴본 것과 동일한 이유로 유치권자의 사용·수익권한을 가급적 최대한 인정해주는 차원에서 이를 보존에 필요한 행위로 한정하지 말고 적어도 채무자의 소유권을 해치지 아니한 범위 내에서라면 채무자의 승낙이 없이도 대여 또는 담보제공할 수 있다고 보는 것이 오히려 공평의 원칙에 부합할 여지가 있다.

다. 현행 조문과 수정대안의 비교

이에 필자는 유치권자의 선관주의의무를 자기 재산과 동일한 주의의무로 완화시키고, 굳이 보존에 필요한 행위의 예외를 둘 필요 없이 유치권자의 유치물 사용·수익 권한 범위를 최대한 확장하되 채무자(소유자)의 소유권을 해치지 아니하는 범위 내로만 제한하기 위하여 아래와 같은 수정대안을 제시하고자 한다.

민법 제324조(유치권자의 선관의무)

- ① 유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 한다.
- ② 유치권자는 채무자의 승낙없이 유치물의 사용, 대여 또는 담보제공을 하지 못한다. 그러나 유치물의 보존에 필요한 사용은 그러하지 아니하다.
- ③ 유치권자가 전2항의 규정에 위반한 때에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다.

필자의 수정대안(유치권자의 주의의무)

- ① 유치권자는 자기 재산과 동일한 주의로 유치물을 점유하여야 한다.
- ② 유치권자는 소유권을 해치지 아니하는 범위 내에서 유치물의 사용, 대여 또는 담보제공을 할 수 있다.
- ③ 유치권자가 전2항의 규정에 위반한 때에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다.



V. 결 론

유치권자의 무단임대행위가 종료된 경우 유치물을 취득한 신소유자가 유치권자에게 유치권 소멸청구권을 행사하는 법적 근거는 양자의 채권·채무관계의 존부로 따질 것이 아니라 신소유자가 구소유자의 유치권소멸청구권을 그대로 이전받았다는 점에서 찾아야 타당하다.

민법 제324조에 따르면, 유치권자가 선관주의의무를 위반하거나 보존에 필요한 행위를 넘어 무단임대를 하는 경우 유치권이 자동으로 상실되는 것이 아니라 구소유자가 유치권소멸청구권을 행사할 수 있을 뿐이다. 즉, 구소유자가 유치권소멸청구권을 행사할지는 전적으로 그의 자유이고 이를 행사하지 않은 채 신소유자에게 소유권을 이전하였다고 해서 유치권소멸청구권이 상실된다고는 볼 수 없다.

유치권자가 일단 선관주의의무를 위반하였다면 이에 대한 제재로 소유자의 취득시기에 상관 없이 유치권소멸청구권 행사가 인정되어야 한다는 것이 대법원이 판단한 위 규정의 입법취지이다. 이에 따라 의무위반 유치권자가 유치권을 상실하여 무담보 상태의 채권자가 된다 하더라도 그의 피담보채권까지 부정되는 것은 아니므로 형평의 원칙상 부당하다고 생각되지는 않는다.

다만 대법원이 앞으로도 위 규정을 유치권보다 소유권을 더 중시하는 방향으로 해석할 때 유치권자가 현실적으로 자신에게 불리하다고 느낄 수 있는 케이스가 있을 수 있다. 이에 필자가 제시한 입법론은 이러한 경우에 대비하고자 유치권자의 현실적 권한 범위를 확대하기 위하여 부득이 고안해 본 것이다.

유치물의 소유자는 자신의 절대적 소유권만을 주장하기에 앞서 유치권자에게 피담보채무부터 갚아야 하는 채무자의 지위에 있음을 잊어서는 안 된다. 그럼에도 신소유자에게 유치권 소멸청구권이 인정된다면 유치권자는 현실적으로 더욱 불리해진다. 이와 같은 유치권자의 특수적 지위를 고려할 때, 유치권자에게 자기소유물과 같은 권한을 행사할 수 있도록 보장해주되 이는 유치권자가 보유한 채권의 범위 내에서만 가능함을 법조문으로 나타내기 위해서는 현행규정보다 수정 대안이 더 적절하지 않을까 싶다.



[참고문헌]

1. 논문

권순형, 「유치물의 사용에 관한 법률관계」, 사법논집 54집, 법원도서관, 2012.

정다운, 「무단임대 종료 후 유치물을 취득한 소유권자의 유치권소멸청구」, 비교사법 제31권 3호 (통권 제106호), 2024.

2. 단행본

강태성, 『물권법』, 대명출판사, 2019.

곽윤직/김재형, 『물권법』, 박영사, 2015.

김용한, 『물권법론』, 박영사, 1996.

김증한/김학동, 『물권법』, 박영사, 1997.

이영준, 『물권법』, 박영사, 2009.

- ▶ 발표일시 : 2024. 12. 4.(수) 07시 30분
- ▶ 사 회 : 서규영 변호사
- ▶ 참석회원 : 김대휘, 김미전, 김재승, 류원용, 서규영, 서장원, 신성민, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이재용, 이정일, 장성환, 홍영호 회원 변호사(총 17명)

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW



III

刑事判例研究

Criminal Law

서울지방법원 판례연구 제38집 (2권)



선분양·후시공 방식의 분양계약에 대한 방문판매법상 철회권 행사 가능성

Applicability of exercising the right of withdrawal under ACT ON
DOOR-TO-DOOR SALES for pre-construction sales(post-construction
sales) contracts

辯護士 박 원 경

Park Won Kyoung

【사건의 표시】

대법원 2007. 10. 11. 선고 2007도4697 판결

논문요약

대상판결은 형사사건이긴 하나, 방문판매등에관한법률의 입법 배경, 전화권유판매 등에 관한 규정이 포함된 경위 및 이유, 방문판매등에관한법률의 각 규정 등에 비추어 볼 때, 전화권유판매에는 ‘전화를 사용하여 소비자의 응답을 유도하고 대화를 함으로써 청약을 유인하여 어떤 장소에서 만나 청약을 받거나 계약을 체결하는 경우’도 포함된다고 판시하였다. 우선, 대상판결은 선분양(후시공) 방식의 부동산 분양계약에 있어서 방문판매법상 방문판매 내지 전화권유판매 규정이 적용될 수 있음을 최초로 판시한 점에서 의미가 있다. 다음으로, 방문판매등에관한법률상 전화권유판매는 전화상이라는 비대면 방식으로 권유 및 판매가 되는 경우만 규정한 것으로 해석될 여지가



있으나, 이 경우 판매원의 적극적 개입성이 방문판매와 다르지 않고, 전화상 권유 후 소비자가 자발적으로 사업장에 방문한 경우 방문판매도 전화권유판매도 아닌 법적 공백이 발생할 수 있기에 이러한 문제점을 해소하는 차원에서도 대상판결은 지극히 타당하다.

다만, 선분양(후시공) 방식의 분양계약에 방문판매법을 적용할 경우 소비자는 철회 기간 내에 철회권을 행사하여 계약의 구속력에서 벗어날 수 있으며 위약금 등 책임이 없이 대금을 환불받을 수 있기에 소비자 보호에는 충실할 수 있으나, 선분양 방식의 특성상 재화의 공급시점까지 2-3년의 장기간이 소요되어 장기간에 걸친 철회권 행사로 인한 분양사의 불측의 손해 내지 거래안전을 해할 우려가 제기된다. 이에 최근 일부 하급심 판결에서는 방문판매법 적용 요건으로서 소비자 및 재화, 권유 등 청약의 유인 요건을 엄격히 해석하여 그 적용을 제한하여야 한다는 견해가 제기되고 있다. 그러나 이와 같은 견해는 방문판매법의 명문규정 및 대상판결의 판례법리에 정면으로 배치되고, 분양사에서는 판촉이익을 위해 적극적인 판촉수단으로서 방문판매법상 방문 판매 내지 전화권유판매의 방법을 이용한 것이기에 그로 인한 소비자의 철회권 행사로 인한 위험을 이미 감수한 것으로 보아야 하지 않을까 생각된다. 또한 소비자의 철회권 행사로 인해 계약이 무효화되더라도 선의든 악의든 제3자를 상정할 수 없는 구조를 감안하면 거래안전을 해할 우려도 그리 크다고 볼 수는 없다.

부동산 경기변동에 따라 주기적으로 발생하는 부동산 분양시장 과열은 무리한 분양 판촉 경쟁으로 이어지게 되고 그 과정에서 소비자는 장기간 투자의 위험을 고려하지 못한 채 성급한 계약체결로 인한 피해를 받을 위험에 도출되게 된다. 이런 측면에서 대상판결은 소비자가 분양계약의 구속력으로부터 벗어날 수 있는 방안으로 방문판매법을 적용할 수 있는 계기를 열었다는 측면에서 현 시점에서도 중요한 의미가 있다고 할 수 있다.



〈주제어〉

분양계약, 선분양·후시공 방식, 방문판매등에관한법률, 전화권유판매, 철회권
Contract to acquire buildings, Pre-construction sales(post-construction sales),
Act on Door-to-Door Sales, Telemarketing, the right of withdrawal

목 차

I. 대상판결의 요지

1. 사실관계
2. 대상판결의 요지
 - 가. 1심 및 항소심 판결의 요지
 - 나. 대상판결의 요지

II. 대상판결에 대한 평석

1. 문제의 제기
2. 방문판매법상 방문판매 등의 요건과 효과
 - 가. 개략적인 입법연혁
 - 나. 방문판매등의 공통요건
 - (1) 소비자 요건
 - (2) 재화등 요건
 - (3) 판매 요건
 - (4) 권유 요건
 - (5) 사업장 요건
 - 다. 방문판매의 요건
 - (1) 판매업자



- (2) 판매의 방법으로서 방문 및 사업장 외의 장소에서의 권유 등
- 라. 전화권유판매의 요건
 - (1) 판매의 방법으로서 전화를 이용한 권유 등
 - (2) 전화상 권유 등 이후 소비자가 직접 방문하여 계약한 경우
- 마. 방문판매등의 요건 충족 시 효과
 - (1) 철회권의 발생
 - (2) 손해배상청구금액의 제한 등
- 3. 선분양·후시공 방식의 분양계약의 경우 방문판매법 적용가능성
 - 가. 부동산 분양계약의 법적 성격 및 특수성
 - 나. 소비자 및 재화등 요건과 관련된 문제
 - (1) 주거용 부동산의 경우
 - (2) 주거 겸용 부동산의 경우
 - (3) 비주거용 부동산의 경우
 - 다. 권유 요건의 문제
 - 라. 철회권 행사기간 및 하자 치유 가능성의 문제
- 4. 대상판결의 의의

I. 대상판결의 요지

1. 사실관계¹⁾

피고인은 공소외인들과 공모하여 부동산매매업 등을 목적으로 하는 회사를 설립하여 운영하

1) 주로 대상판결의 1심과 항소심 판결에서 확인된 사실관계 중 본고의 쟁점과 관련된 부분을 정리한 것이다.



면서 텔레마케터를 고용하여 토지의 개발가능성 및 매도조건, 매도방법, 전화응대 요령 등을 교육하는 한편, 텔레마케터들의 권유로 회사를 방문한 불특정 토지 매수 희망자들에게 당해 토지의 개발가능성 및 판매조건 등을 설명하거나 현장 답사를 시켜 준 다음 계약을 체결하는 업무를, 텔레마케터들은 전화번호부 등을 토대로 무작위로 추출한 불특정 다수에게 지속적으로 전화하여 위와 같이 교육받은 대로 당해 토지에 대해 설명하거나 전화응대 요령에 의해 당해 토지에 대한 구입의사를 불러 일으켜 회사를 방문하도록 하거나 당해 토지의 매수를 권유하는 등의 업무를 각 담당하기로 하되 피고인과 공소외인들 및 계약담당 직원인 텔레마케터들은 판매가액에서 실적에 따른 비율의 수당을 지급하기로 약정함으로써, 토지 가격은 원래 구입한 가격보다 높이 책정될 수 밖에 없고, 토지에 대한 가치가 단기간 변하는 것이 아니어서 통상적인 방법으로는 판매가 되기 어려운 한편, 텔레마케터들이나 임직원들이 실적에 따른 수당을 받기 위해서 고객들에 대해 자신들이 판매할 토지의 개발가능성이나 가치 등에 관해 허위·과장 설명²⁾을 하여 이로 인한 피해자가 양산될 가능성이 높음에도 판매수당 지급이라는 방법을 통해 오히려 임직원들의 매매를 독려한 다음 실제 텔레마케터들을 통해 전화번호부에 기재된 성명불상자들에게 무작위로 전화를 걸어 허위 또는 과장된 사실을 알려 소비자를 유인 또는 거래하였다는 혐의로 방문판매등에관한법률³⁾ 위반죄⁴⁾로 기소되었다.⁵⁾

2) 대상판결에서 구체적인 허위·과장 설명 부분은 “계산관광지 내의 토지는 모두 개인적으로 펜션을 건축할 수 있는 토지이고, 사 두면 몇 배의 이익을 낼 수 있으며, 대지조성공사 후 개별분할 등기가 가능한 토지이다.”라는 부분이다.

3) 이하에서는 ‘방문판매법’으로 약칭한다.

4) 구체적인 적용법조는 아래와 같다.

방문판매법 [시행 2002. 7. 1.] [법률 제66888호, 2002. 3. 30. 전부개정]

제54조 (벌칙) ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제11조 제1항 제1호·제2호 또는 제5호의 규정에 해당하는 금지행위를 한 자

제11조 (금지행위) ①방문판매자등은 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

2. 허위 또는 과장된 사실을 알리거나 기만적 방법을 사용하여 소비자를 유인 또는 거래하거나 청약철회 등 또는 계약의 해지를 방해하는 행위

5) 그 외 죄명은 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세), 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령, 사기), 조세범처벌법위반, 정치자금에관한법률위반 등이 있다.



2. 대상판결의 요지

가. 1심⁶⁾ 및 항소심⁷⁾ 판결의 요지

1심과 항소심에서 일부 피고인은 방문판매법위반 혐의에 대해 공모사실에 대해서만 다투었으나, 1심 및 항소심은 이러한 주장을 받아들이지 않았고, 유죄로 판단하였다.

나. 대상판결의 요지

대상판결에는 구체적인 피고인의 상고이유가 기재되어 있지 않으나, 아래와 같은 판시 취지로 추측할 때, 1심 및 항소심에서 주장하지 않았던 방문판매법상 전화권유판매 규정상 텔레마케터가 전화상으로 권유, 유인 후 사업장으로 ‘직접 방문하여 계약을 체결’한 피해자의 경우 전화권유 판매에 해당될 수 없음을 주장한 것으로 보인다.

이에 대해 대상판결에서는 아래와 같이 판시하며, 피고인의 상고를 배척하였다.

『방문판매 등에 관한 법률의 입법 배경, 같은 법이 2002. 3. 30. 법률 제6688호로 전문 개정되면서 전화권유판매 등에 관한 규정이 포함된 경위 및 이유, 같은 법 제6조⁸⁾, 제7조 제1항,

6) 서울중앙지방법원 2006. 9. 29. 선고 2006고합439, 2006초기2300, 2006고합622(병합), 2006고합647(병합), 206고합766(병합), 2006고합722(병합), 2006고합999(병합) 판결. 항소심에서는 위 사건 외에도 서울중앙지방법원 2006. 5. 26. 선고 2005고합1171, 2006고합201(병합), 2006고합318(병합) 판결이 추가로 병합되어 선고되었으나, 본고의 쟁점과는 관련이 없다.

7) 서울고등법원 2007. 5. 23. 선고 2006노1181, 2006노2407(병합), 2007초기138 판결

8) 제6조(방문판매원등의 명부 비치 등)

- ① 방문판매업자등은 총리령이 정하는 바에 따라 방문판매원등의 명부를 작성하여 사업장에 비치하여야 한다.
- ② 방문판매업자등은 소비자 피해의 방지 또는 구제를 위하여 필요한 경우 소비자로 하여금 방문판매원등의 신원을 확인할 수 있도록 하여야 한다.
- ③ 방문판매자 또는 전화권유판매자(이하 “방문판매자등”이라 한다)가 재화등을 판매하고자 하는 경우에는 소비자에게 미리 해당 방문 또는 전화가 판매의 권유를 위한 것임과 방문판매자등의 성명 또는 명칭, 판매하는 재화등의 종류 및 내용을 밝혀야 한다.



제2항9)의 규정 내용 등에 비추어 볼 때, 같은 법 제2조 제3호, 같은 법 시행규칙 제4조의 전화 권유판매에는 ‘전화를 사용하여 소비자의 응답을 유도하고 대화를 함으로써 청약을 유인하여 어떤 장소에서 만나 청약을 받거나 계약을 체결하는 경우’도 포함된다고 할 것이므로, 이를 다투는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.』

II. 대상판결에 대한 평석

1. 문제의 제기

대상판결은 형사사건이긴 하나, 선분양·후시공 방식의 부동산 분양계약에 있어서 방문판매

9) 제7조(계약체결전의 정보제공 및 계약체결에 따른 계약서 교부의무)

① 방문판매자등은 재화등의 판매에 관한 계약을 체결하기 전에 소비자가 계약의 내용을 이해할 수 있도록 다음 각호의 사항을 설명하여야 한다.

1. 방문판매업자등의 성명(법인인 경우에는 대표자의 성명을 말한다)·상호·주소·전화번호·전자우편주소
 2. 방문판매원등의 성명·주소·전화번호·전자우편주소, 다만, 방문판매업자등이 소비자와 직접 계약을 체결하는 경우는 제외한다.
 3. 재화등의 명칭·종류 및 내용
 4. 재화등의 가격과 그 지급 방법 및 시기
 5. 재화등의 공급 방법 및 시기
 6. 청약의 철회 및 계약의 해제(이하 “청약철회등”이라 한다)의 기한·행사방법·효과에 관한 사항 및 청약철회등의 권리 행사에 필요한 서식
 7. 재화등의 교환·반품·수리보증 및 그 대금 환불의 조건과 절차
 8. 전자매체로 공급이 가능한 재화등의 설치·전송 등과 관련하여 요구되는 기술적 사항
 9. 소비자피해보상·재화등에 대한 불만 및 소비자와 사업자 사이의 분쟁처리에 관한 사항
 10. 거래에 관한 약관
 11. 그 밖에 소비자의 구매 여부 판단에 영향을 주는 거래조건 또는 소비자의 피해구제에 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항
- ② 방문판매자등은 재화등의 판매에 관한 계약을 체결할 때에는 제1항 각호의 사항을 기재한 계약서를 소비자에게 교부하여야 한다.



법상 방문판매 내지 전화권유판매¹⁰⁾ 규정이 적용될 수 있는지에 관해 중요한 판시를 담고 있다. 실제 부동산 분양계약에 있어서 계약상 일반원칙 및 각종 법률상¹¹⁾ 매수인 보호제도에 따라 계약의 구속력을 벗어나거나 피해를 구제받을 수 있는 수단이 인정될 수 있다. 그런데 이와 같은 민법상 취소나 해제 등의 수단은 대부분의 입증책임을 소비자가 부담하고, 이와 같은 입증은 최종 완공되어 입주가 개시될 때에야 가능한 경우가 많다. 계약 초기 단계에서 구제책으로는 부족할 수 밖에 없는 것이다. 하지만 방문판매법상 방문판매 등에 해당할 경우 계약 초기단계에서 철회권을 행사하여 손쉽게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있다는 장점이 있다.

실제 대상판결 이후 한국소비자원 소비자분쟁조정위원회는 2013. 2. 18. 소비자가 사업자의 전화권유 또는 방문판매를 통해 오피스텔 공급계약을 체결했다면 청약철회가 가능하고 사업자는 신청금 전액을 돌려줘야 한다고 조정결정(2012일가193, 사건명 : 오피스텔 공급계약 해제에 따른 신청금 환급 요구)을 한 바가 있다.¹²⁾ 본 조정 결정의 의의에 대해 소비자원에서는 “정보에 어두운 소비자가 전화로 영업사원의 오피스텔 구입 권유를 받고 짧은 시간 안에 계약을 체결하는 특수한 거래 상황에서 소비자의 청약철회권을 인정함으로써 소비자의 권익을 보호함과 동시에 부동산도 방문판매법의 적용 대상이라는 점을 처음으로 확인한 점에서 의미가 있다.”라고 밝히고 있다.¹³⁾ 그 이후 일선 법원에서도 여러 하급심 판결¹⁴⁾을 통해 부동산(오피스텔 등)에 대한 전화 권유판매로 인한 분양계약 철회 및 계약금 반환을 인정하였다.

지난 문재인 정권에서는 부동산 주택시장 과열에 대한 대책으로 분양가 상한제 및 실거주 의무,

10) 이하에서 양자를 모두 포함하는 경우는 방문판매법상 약어와 같이 ‘방문판매 등’라고 한다.

11) 사기, 강박, 착오에 의한 의사표시 취소, 표시광고법상 손해배상청구권 등이 있을 것이다.

12) 한국소비자원 보도자료 2013. 3. 25. “전화권유·방문판매를 통한 부동산 계약, 청약철회 가능”-소비자분쟁조정위원회, 부동산에 대한 청약철회권 첫 인정-해당 사안의 개요는 70대 여성인 A씨가 2012. 7. 31. 사업자의 영업사원으로부터 ‘동탄 신도시·역세권’에 위치한 오피스텔의 분양 신청을 권유하는 전화를 받았고, 그 후 사업자가 보낸 차를 타고 모델하우스를 방문하여 계약서 작성하고 신청금 500만 원을 지불하였으며, 다음날 방문판매법에 따라 청약철회 및 신청금의 환급을 요구한 사건이었다.

13) 한국소비자원, 위 보도자료 참조

14) 대구지방법원 포항지원 2020. 2. 4. 선고 2019가단4793 판결 등



전매제한, 대출규제, 다주택 중과세 등의 정책을 시행하였는데, 이에 대한 반작용으로 위와 같은 여러 규제에서 자유로운 오피스텔, 지식산업센터, 생활숙박시설 등 비주택 수익형 부동산 분양 시장이 과열되게 되었다. 이와 같은 분양시장 과열은 부동산 경기변동에 따라 주기적으로 발생 하는데, 결국 무리한 분양 판촉 경쟁으로 이어지게 되었고, 그 과정에서 소비자는 장기간 투자¹⁵⁾의 위험을 고려하지 못한 채 성급한 계약체결로 인한 피해를 받을 위험에 노출되게 된다. 이런 측면에서 대상판결은 소비자가 분양계약의 구속력으로부터 벗어날 수 있는 방안으로 방문 판매법 적용 가능성에 관하여 중요한 판시를 한 사건이다.

언뜻 총 대금만 수억 원이 넘는 분양계약을 방문판매법상 방문판매 등으로 판매가 되고, 소비자가 구매를 한다는 것이 쉽사리 납득이 되지 않지만, 이는 엄연한 현실이고, 이는 과거¹⁶⁾뿐만 아니라 최근¹⁷⁾에도 반복되는 것이 사실이다.

이하에서는 방문판매법상 방문판매 등의 요건과 그 효과로서 철회권에 관해 살펴보고, 선분양·후시공 방식의 부동산 분양계약에 방문판매법 적용시 발생될 수 있는 법적 문제점에 관해 살펴보기로 한다. 실제 최근 하급심 판결례 중에서는 방문판매법상 방문판매 등의 적용범위와 요건을 엄격히 해석하거나 제한적으로 적용하여야 한다는 전제로 판시를 하기도 하였는데, 그와 같은 견해의 타당성에 관해서도 함께 살펴보기로 한다.

2. 방문판매법상 ‘방문판매 등’의 요건과 효과

가. 개략적인 입법연혁

15) 우리나라에서 건축물이라는 부동산의 거래는 투자목적을 내포하고 있다고 한다(정미애·김진·박용한, “인터넷을 활용한 부동산 거래에 관한 연구”, 한국전자통신학회논문지 제8권 제3호, 2013. 483쪽.

16) <https://www.segye.com/newsView/20130617002604>,
세계일보, 2013. 6. 18. 인터넷판 기사 [“사모님, 좋은 물건 있어요”... ‘떼분양’ 사기 기승]

17) <https://view.asiae.co.kr/article/2024032115355956469>,
아시아경제, 2024. 3. 22. 인터넷판 기사 [카카오톡 채널을 통한 온라인 분양마케팅 인기]



방문판매법은 방문판매, 통신판매 및 다단계판매에 의한 거래를 공정하게 함으로써 소비자등의 권익을 보호하고 건전한 거래질서를 확립하려는 것을 목적으로 1991. 12. 31. 제정¹⁸⁾되어 1992. 7. 1. 시행되었다.¹⁹⁾ 이후 몇 차례 개정을 거쳐 2002. 3. 30. 개정(2002. 7. 1. 시행)을 통해 전화권유판매를 새로이 추가하게 되었다. 당시 도입 이유로는 “전화로 소비자에게 권유하여 계약의 청약을 받거나 계약을 체결하는 방법으로 재화 등을 판매하는 전화권유판매의 경우 그 판매원의 적극적 접근성이 방문판매와 유사하므로 전화권유판매업의 신고, 계약체결에 따른 계약서 교부의무, 청약철회 등에 관한 사항을 방문판매업에 준하여 규정함”이라고 밝히고 있다.²⁰⁾

나. ‘방문판매 등’의 공통요건

먼저, “방문판매”란 재화 또는 용역²¹⁾(일정한 시설을 이용하거나 용역을 제공받을 수 있는 권리를 포함한다. 이하 같다)의 판매(위탁 및 중개를 포함한다. 이하 같다)를 업(業)으로 하는 자(이하 “판매업자”라 한다)가 방문을 하는 방법으로 그의 영업소, 대리점, 그 밖에 총리령으로 정하는 영업 장소(이하 “사업장”이라 한다) 외의 장소에서 소비자에게 권유하여 계약의 청약을 받거나 계약을 체결(사업장 외의 장소에서 권유 등 총리령으로 정하는 방법으로 소비자를 유인하여 사업장에서 계약의 청약을 받거나 계약을 체결하는 경우를 포함한다)하여 재화 또는 용역(이하 “재화등”이라 한다)을 판매하는 것을 말한다(방문판매법²²⁾ 제2조 제1호).

다음으로, “전화권유판매”란 전화를 이용하여 소비자에게 권유를 하거나 전화회신을 유도하는 방법으로 재화등을 판매하는 것을 말한다(제2조 제2호).

18) 방문판매법이 제정되기 이전에는 舊 도소매업진흥법에서 가장 먼저 규율하였으며, 동법에서는 방문시 사전 사전정보제공 및 계약체결시 계약서 교부의무를 규정하고 있었다(舊 동법 제36조, 제37조).

19) 법률 제4881호 제정이유 참조

20) 법률 제6688호 개정이유 및 주요골자 참조. 아울러 통신판매에 관해서는 전자상거래등에서의소비자 보호에관한 법률이 제정됨에 따라 방문판매법에서는 통신판매에 관한 규정을 제외함을 밝히고 있다.

21) 이하에서 재화와 용역을 모두 언급할 때에는 방문판매법 규정과 같이 ‘재화등’으로 약칭한다.

22) 이하에서 방문판매법 조문을 인용할 때 법령은 생략하기로 하고, 조문만 기재한 것은 방문판매법을 말한다.



이와 같은 방문판매법상 방문판매 등의 공통요건으로는 ‘소비자’, ‘재화 및 용역’, ‘권유’, ‘판매’가 있다. 또한 대상판결에서는 전화상 권유 후 사업장에 방문하여 계약을 체결하는 경우도 전화권유판매에 포함시키고 있는바, ‘사업장’에 관한 요건도 공통요건으로 함께 살펴보기로 한다.

(1) ‘소비자’ 요건

방문판매법은 소비자의 권익 보호를 목적으로 하고 있고(제1조²³), 방문판매 등은 해당 판매 행위의 상대방을 소비자로 한정하고 있다. 방문판매법은 이와 같은 소비자의 정의에 관해 별도로 규정하고 있으며, 이러한 소비자에 해당되지 않는 경우 법 적용 대상에서 제외하고 있다(제3조).

방문판매법상 “소비자”란 사업자가 제공하는 재화등을 소비생활을 위하여 사용하거나 이용하는 자 또는 대통령령으로 정하는 자를 말한다(제2조 제12호). 동법 시행규칙에서는 사업자가 제공하는 재화등을 소비생활 외의 목적으로 사용하거나 이용하는 자로서 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자이다(동법 시행규칙 제4조 각호).

1. 재화등을 최종적으로 사용하거나 이용하는 자. 다만, 재화등을 원재료(중간재를 포함한다) 및 자본재로 사용하는 자는 제외한다.
2. 법 제3조제1호 단서²⁴에 해당하는 사업자로서 재화등을 구매하는 자(해당 재화등을 판매한 자에 대한 관계로 한정한다)

23) 제1조(목적) 이 법은 방문판매, 전화권유판매, 다단계판매, 후원방문판매, 계속거래 및 사업권유거래 등에 의한 재화 또는 용역의 공정한 거래에 관한 사항을 규정함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도를 높여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

24) 제3조(적용 범위) 이 법은 다음 각 호의 거래에는 적용하지 아니한다. <개정 2021. 12. 7.>

1. 사업자(다단계판매원, 후원방문판매원 또는 사업권유거래의 상대방은 제외한다. 이하 이 호에서 같다)가 상행위를 목적으로 재화등을 구입하는 거래. 다만, 사업자가 사실상 소비자와 같은 지위에서 다른 소비자와 같은 거래조건으로 거래하는 경우는 제외한다.



3. 다단계판매원 또는 후원방문판매원이 되기 위하여 다단계판매업자 또는 후원방문판매업자로부터 재화등을 최초로 구매하는 자
4. 방문판매업자 또는 전화권유판매업자(이하 “방문판매업자등”이라 한다)와 거래하는 경우의 방문판매원 또는 전화권유판매원(이하 “방문판매원등”이라 한다)
5. 재화등을 농업(축산업을 포함한다) 및 어업 활동을 위하여 구입한 자(「원양산업발전법」 제6조제1항에 따라 해양수산부장관의 허가를 받은 원양어업자는 제외한다)

제1호 및 제2호의 경우 재화등 요건과 관련이 되므로 바로 다음 항목에서 살펴보기로 하고, 제3호는 그 성격상 소비생활이 아닌 재판매 등 사업목적이긴 하나 부당한 유인행위로부터의 구제를 위해 규정한 것으로 보이며, 제4호의 경우에도 마찬가지로 방문판매자등으로부터 구매 후 재판매 목적이긴 하나 방문판매등의 다른 요건이 구비될 경우 보호의 필요성이 인정되기에 규정한 것으로 이해된다.

(2) ‘재화등’ 요건

舊 도소매업진흥법에서는 거래의 목적물에 관해 특정상품²⁵⁾에 한정하였으나, 방문판매법에

25) 舊 동법 시행령 제6조 및 舊 동 시행규칙 제4조 [별표 3.]은 아래와 같다.

[별표 3] <개정 1991.7.29>

방문판매상품 및 통신판매상품(제4조 관련)

1. 전집류도서, 잡지, 교육용 학습지 및 기타 서적물
2. 음 반
3. 라디오카세트녹음기, 텔레비전수상기, 전축, 냉장고, 세탁기 및 냉·난방기
4. 타자기, 복사기, 워드프로세서 및 개인용 컴퓨터(소프트웨어를 포함한다)
5. 바이오담요, 자기목걸이, 자기매트리스 기타 자기치료기, 지압대 용구 및 전기치료기
6. 그릇, 냄비, 솥, 주전자, 보온병 및 기타 부엌용구
7. 전기보온밥통, 믹서, 진공청소기, 전기다리미, 면도기 및 기타 가정용 전기기구
8. 사진기계기구 및 비디오카메라



서는 이에 대한 제한을 두지 않고 있다. 다만, 앞선 소비자 요건과 관련하여 ‘재화’가 소비재에 한정되는지가 문제된다. 방문판매법 시행규칙 제14조 제1호에 의하면, 재화 등을 소비생활 외의 목적으로 최종적으로 사용하거나 이용하는 경우에도 재화 등을 원재료(중간재를 포함) 및 자본재로 사용하는 자는 제외한다고 규정하고 있기 때문이다. 그런데 동법 시행규칙 제4조 제2호 및 동법 제3조 제1호 단서규정을 보면, ‘사업자가 상행위를 목적으로 재화등을 구입하는 거래에 대해 이 법을 적용하지 아니한다’고 규정하면서도, 그 단서에서 ‘사업자가 소비자와 같은 지위에서 다른 소비자와 같은 거래조건으로 거래하는 경우는 제외한다’고 규정하고 있다.

동일한 재화라도 구입한 소비자가 소비생활을 목적으로 최종적으로 사용할 수도 있겠으나, 그와 같은 소비생활을 위한 사용목적이 없이 원재료로서 재가공 판매하여 수익을 얻는 목적일 수도 있다. 예를 들어 마트 등 소매점에서 밀가루를 구입한 소비자가 직접 소비할 수도 있겠으나, 가공하여 빵을 만들어 팔 수도 있을 것이다. 전자의 경우라면 당연히 소비자에 해당될 수 있는데, 후자의 경우라면 최종적으로 사용한 것이지만 가공 판매를 위한 원재료로 사용하는 것이므로 소비자에 해당하지 않게 된다. 하지만 동법 시행규칙 제4조 제2호 및 동법 제3조 제1호 단서에 의하면, 밀가루를 구입할 때 소비목적으로 구입한 다른 소비자와 동일한 거래조건으로 거래한 경우이므로 소비자에 해당될 수 있게 된다. 위와 같은 예는 도매점이 아닌 소매점(마트)

-
9. 망원경, 쌍안경 및 기타 광학기계
 10. 전화기, 인터폰, 팩시밀리 및 휴대용무전기
 11. 정수기
 12. 동물 및 식물의 가공품으로 제조된 식품으로서 식품위생법시행령 제7조제1호 라목 및 머목의 업종에 해당되는 식품
 13. 의복, 침구, 커튼 및 기타 가정용 섬유제품
 14. 낚시도구, 텐트 및 기타 등산용구
 15. 운동용구
 16. 병풍, 회화, 서화, 도자기 및 기타 미술공예품
 17. 시계, 금·은세공품, 진주, 보석 및 기타 귀금속류
 18. 콘도미니엄회원권, 스포츠시설이용권 기타 회원권 및 이용권
 19. 화장품, 비누(약용비누를 포함한다) 및 세제류
 20. 장난감 및 아동용지능개발기구
 21. 약 기



에서 구입을 했기 때문에 더욱 문제가 되는데, 도매점으로부터 구입한 경우에도 동일하게 상정할 수 있지 않을까 생각된다. 예를 들어 도매점에서 같은 밀가루를 구입한 소비자도 소비목적으로 구입하는 것 자체가 불가능하다고 단정할 수는 없기 때문이다. 결국 개별 소비자의 주관적 구매 목적에 따라 판단할 것이 아니라, 해당 재화등의 성격에 따라 객관적으로 판단해야 하지 않나 생각된다.

애초 재화등 자체가 법률상 상행위만을 목적으로 제한된 경우가 있다. 이러한 재화등을 구입한 경우 소비자 요건과 관련하여 문제가 될 수 있다. 구체적으로 부동산 분양에서는 일부 상업용 건물이 이에 해당되는데, 별도로 항목에서 살펴보기로 한다. 특히 부동산 분양계약에서는 실제 분양목적물의 완공 및 공급까지 장기간(최소 2년 이상)이 소요되기에 계약체결 단계에서 주관적인 구매 목적을 가늠하는 것이 결코 쉽지 않고 애매할 수 있기 때문이다.

(3) ‘판매’ 요건

판매의 의미에는 대가를 지급받고 그 소유권을 이전하는 형태만을 의미하는 것인지 아니면 재화에 대한 모든 유상거래, 즉, 임대차까지 포함하는 것인지가 문제된다. 이와 같은 문제는 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률에서 전자상거래의 정의를 ‘전자거래의 방법으로 상행위(商行爲)를 하는 것’으로 명시(위 법 제2조 제1호)함에 반해 방문판매법에서는 단지 ‘판매’라고만 규정하고 있기 때문에 비롯된다.

만일 방문판매법에서도 판매의 개념을 상행위로 규정했다면 당연히 임대차도 포함될 것이다.²⁶⁾ 2002년 개정 방문판매법은 그 이전²⁷⁾ 규정한 ‘유상성’을 삭제하고 판매의 개념에 위탁

26) 상법 제46조(기본적 상행위) 영업으로 하는 다음의 행위를 상행위라 한다. 그러나 오로지 임금을 받을 목적으로 물건을 제조하거나 노무에 종사하는 자의 행위는 그러하지 아니하다. <개정 1995. 12. 29., 2010. 5. 14.>

2. 동산, 부동산, 유가증권 기타의 재산의 임대차

27) 방문판매법 [시행 1999. 5. 24.] [법률 제5982호, 1999. 5. 24., 타법개정]



및 중개를 포함하는 것으로 개정하는데, 판매의 개념에는 당연히 유상성을 전제로 하기에 문제는 없지만, 위탁과 중개는 포함하기 않기에 위와 같이 추가한 것으로 볼 수 있다. 이런 의미에서 재화의 임대차에 대해서는 방문판매법 적용이 되지 않는다는 견해가 있다.²⁸⁾ 위 견해에 의하면, 정수기 임대계약은 임대차이긴 하나, 일정 임대기간 사용 후 무상 이전을 내용으로 하기에 임대차 계약과 증여계약이 결합된 형태이고, 위 증여는 부담부 증여로 볼 수 있는데, 민법상 쌍무계약이 적용되므로 방문판매법이 적용될 수 있다고 설명한다.

방문판매법상 판매의 대상으로서 ‘용역’에는 일정한 시설을 이용하거나 용역을 제공받을 수 있는 권리를 포함한다고 명시하고 있고, 동산에 대한 임대차 역시 용역의 범주로 포섭시킬 수 있지 않나 생각됩니다. 또한 부동산의 경우에도 그 용도에 따라 주거용 시설, 비주거용 시설 등 다양하게 포함된다고 할 것이므로 마찬가지로 볼 수 있다고 보인다.

(4) ‘권유’ 요건

방문판매든 전화권유판매든 재화 등에 대한 판매방식에 있어서 권유를 구성요소로 하고 있다. 방문판매의 경우 사업장 외의 장소에서 권유(대면 방식)를, 전화권유판매의 경우 전화를 이용한 권유(비대면 방식)를 각 요건으로 한다.

사전적 의미로 ‘권유’는 ‘어떤 일 따위를 하도록 권함’을 의미하는데, 재화 등에 대한 구매 내지

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. <개정 1999. 2. 5., 1999. 5. 24.>

1. “방문판매”라 함은 상품의 판매업자(이하 “販賣業者”라 한다) 또는 용역(일정한 施設을 이용하거나 用役의 제공을 받을 수 있는 權利를 포함한다. 이하 같다)을 유상으로 제공하는 것을 업으로 하는 자(이하 “用役業者”라 한다)가 방문의 방법으로 그의 영업소·대리점 기타 총리령이 정하는 영업장소(이하 “事業場”이라 한다)외의 장소에서 소비자에게 권유하여 계약의 청약을 받거나 계약을 체결(事業場외의 場所에서 勸誘등 總理令이 정하는 방법에 의하여 消費者를 誘引하여 事業場에서 契約의 請約을 받거나 契約를 체결하는 경우를 포함한다)하여 상품을 판매하거나 용역을 제공하는 것을 말한다.

28) 고형석, “방문판매의 정의에 관한 연구”-「저스티스」 통권 제130호(2012. 6.) 175-176쪽



구매와 밀접한 관련이 있는 전단계²⁹⁾에 해당하는 행위를 할 의사를 유발시키는 일련의 행위라고 볼 수 있을 것이다.

그런데 애초 구매의사 등이 없었던 경우라면 권유의 여지가 있겠으나, 이미 구매의사가 있는 경우 권유가 성립될 수 있을지가 문제된다. 예를 들어, 소비자가 해당 재화 등에 대한 구매의사가 이미 있었는데, 판매원이 사업장 외의 장소에서 혹은 전화상으로 구매를 권유한 경우 방문판매 등에 해당된다고 볼 수 있을지가 문제된다. 방문판매 등에 해당한다면 소비자는 철회기간 내에 철회권을 행사할 수 있는데, 이러한 철회권은 별다른 제한이 없이 구매계약을 무효화시킬 수 있기에 판매자에게는 불측의 손해가 발생할 수도 있기 때문이다.

구매의사는 추상적으로 해당 재화 등의 종류에 대한 것과 구체적으로 해당 재화 등 자체에 대한 것으로 나뉘 볼 수 있을 것이다. 가령 컴퓨터를 구매하려고 하는 것과 특정 브랜드의 특정 사양의 컴퓨터를 구매하려는 것은 엄연히 다를 수가 있다. 전자의 경우는 당연히 해당 재화 등에 대한 권유가 구성될 수 있을 것으로 보인다. 또한, 후자의 경우에도 실제 해당 재화 등의 구매에 이르는 과정에서 권유는 가능할 수 있지 않을까 싶다. 구체적인 해당 재화 등의 구매의사가 있다고 하더라도 구매시점, 구매장소 내지 판매처에 대한 선택의 여지가 있기에 판매자로부터 해당 재화를 구매하여 달라는 권유는 가능할 수 있기 때문이다.³⁰⁾

29) 계약체결 및 대금지급 등이 구매라고 한다면, 그 직전 단계로서 사업장 방문, 구체적인 구매대상의 선별 및 구매수량의 결정 등이 이에 해당될 수 있을 것이다.

30) 비록 형사판결이긴 하나, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도3934 판결에 의하면, “아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제10조 제2항은 ‘아동·청소년의 성을 사기 위하여 아동·청소년을 유인하거나 성을 팔도록 권유한 자’를 처벌하도록 규정하고 있는데, 위 법률조항의 문언 및 체계, 입법 취지 등에 비추어, 아동·청소년이 이미 성매매 의사를 가지고 있었던 경우에도 그러한 아동·청소년에게 금품이나 그 밖의 재산상 이익, 직무·편의제공 등 대가를 제공하거나 약속하는 등의 방법으로 성을 팔도록 권유하는 행위도 위 규정에서 말하는 ‘성을 팔도록 권유하는 행위’에 포함된다고 보아야 한다.”라고 판시하여 그 사전적 의미를 규범적으로 확장하였는데, 방문판매법도 소비자 보호를 목적으로 하고 있고, 약간이나 막연하게라도 구매관심이 있었던 경우 권유가 구성되지 않는다면 방문판매 등의 요건을 너무 협소하게 해석하게 될 여지가 있다.



(5) ‘사업장’ 요건

사업장 내에서만 소비자에게 권유하여 재화등을 판매하였다면 방문판매법 적용이 될 수 없다. 권유 내지 유인행위는 사업장 외 내지 전화상으로 이루어져야 하는데, 사업장의 요건에 관해 동법 시행규칙 제2조에서는 영업소, 대리점, 지점, 출장소 등 명칭에 관계 없이 다음 각호의 요건을 모두 갖춘 장소로 규정하고 있다.

1. 소유 또는 임차(賃借)하거나 점용허가를 받은 고정된 장소에서 3개월 이상 계속적으로 영업할 것. 다만, 천재지변 등 불가피한 사유로营业을 계속할 수 없는 기간은 산입하지 아니한다.
2. 판매에 필요한 시설을 갖추는 것
3. 영업 중에는 소비자가 자유의사에 따라 출입할 수 있을 것
4. 영업장소 내에서 소비자가 자유의사에 따라 재화 또는 용역(이하 “재화등”이라 한다)을 선택할 수 있는 상태를 유지할 것

제1호와 관련하여 개업한지 3개월이 되지 않은 신규사업자의 경우 사업장 내에서 권유 및 판매행위를 한 경우 위와 같은 사업장 요건이 흠결되어 사업장 외에서의 방문판매에 해당하고 방문판매법상 방문판매업자에 따른 신고의무가 발생하는 등 해석상 문제점을 지적하는 견해도 있다.³¹⁾

제3호 및 제4호는 2012년 개정(2012. 8. 18 시행[총리령 제992호, 2012. 8. 16., 전부개정])을 통해 도입된 것으로서 구매강박이 강한 홍보관·체험관에서의 판매를 사업장 외의 방문판매에 포함시켜 규율하기 위해 추가한 것이라고 한다.³²⁾

31) 고형석, 앞의 글, 179쪽

32) 공정거래위원회, 보도자료 : “홍보관·체험관에서 산 물건도 환불이 가능해집니다”, 2012. 3. 14.



다. 방문판매의 요건

(1) 판매업자

방문판매의 요건에는 재화 등의 판매를 업으로 하는 자(판매업자)를 전제하고 있는 반면, 전화 권유판매는 판매업자를 요건으로 하지 않고 있다. 이하에서 보겠지만, 방문판매법상 소비자의 철회권은 방문판매 또는 전화권유판매의 방법으로 판매시에 발생된다.

엄밀히 보자면, 재화 등의 판매를 업으로 하지 않는 자(가령, 1회성 판매 내지 반복가능성이 없는 경우)가 방문판매의 다른 요건을 구비한 경우에도 소비자는 철회권을 행사할 수 없게 되고, 반면, 그러한 자가 전화권유판매를 한 경우에 소비자는 철회권을 행사할 수 있게 된다는 것이 된다.

(2) 판매의 방법으로서 ‘방문’ 및 ‘사업장 외의 장소에서의 권유 등’

방문판매는 방문의 방법으로 사업장 외의 장소에서 소비자에게 권유하여 계약의 청약을 받거나 체결하여 판매하는 경우 외에도 사업장 외에서 권유 등 아래와 같은 청약의 유인방법³³⁾을 하고 사업장에서 판매행위를 하는 경우도 규정하고 있다.³⁴⁾

1. 사업장 외의 장소에서 권유 등의 방법으로 소비자를 유인하여 함께 사업장으로 이동하는 것
2. 주된 재화등의 판매 목적을 숨기고 다른 재화등의 무료·요금 공급 또는 소득 기회 제공 등의 방법으로 유인하여 소비자가 사업장에 방문하게 하는 것
3. 다른 소비자에 비하여 현저하게 유리한 조건으로 재화등을 판매·공급한다고 권유하여 소비자를 사업장에 방문하도록 하는 것

사업장으로 이동방법에 관해 제1호의 경우 판매원이 권유 등의 방법으로 소비자를 유인하여

33) 동법 시행규칙 제3조 제목 자체가 “청약의 유인방법”이라고 기재되어 있다.

34) 동법 시행규칙 제3조 각호



함께 사업장으로 이동하는 것(동행 방식)인데 반해, 제2호 및 제3호는 판매원이 유인, 권유를 통해 소비자 ‘스스로’ 방문하는 경우(비동행 방식)를 규정하고 있다. 제2호는 허위의 권유 방법을, 제3호는 과장 권유 방식을 규정하고 있다고 볼 수 있다.

참고로 청약의 유인방법으로 동법 시행규칙이 2012. 8. 18. 개정시행(총리령 제992호, 2012. 8. 16., 전부개정)되기 전까지 청약의 유인방법으로는 “소비자와 직접 대면하여 재화등에 관한 정보를 제공하고 소비자의 구매를 유도하는 것”으로만 규정하고 있었다. 이후 위와 같이 3가지로 세분하여 규정하게 되었는데, 앞서 공통요건 중 사업장 요건의 개정취지와 마찬가지로 제2호 및 제3호는 홍보관 등을 고정된 사업장으로 인정하지 않기 위함이라고 한다.³⁵⁾

또한 권유, 유인의 대상에 관해 사업장으로 소비자가 방문하기 전 판매하려는 재화 등에 관해 제2호는 판매목적 자체를 숨기고 다른 재화등의 무료 제공 등의 방법으로 유인할 것을 전제하는 반면, 제1호 및 제3호는 판매하려는 해당 재화 등을 전제하고 있다.

제1호의 경우 판매하려는 해당 재화가 명시되어 있지 않으나, 사업장으로 함께 이동한다는 것은 해당 재화의 판매를 전제하는 장소이기에 당연하다고 볼 수 있다. 가령 판매원이 소비자에게 해당 재화의 판매 외의 사적인 목적(제2호에서 규정하는 사항 외의 것)으로 방문을 유도한 후 방문한 것을 기회로 권유하여 해당 재화를 판매한 경우는 어떻게 보아야 할지 문제된다. 방문판매법에서 규정하는 사업장 자체가 특정 판매목적을 전제하는 점³⁶⁾을 감안하면, 사업장에 방문

35) 고형석, 앞의 글, 188쪽 이하.

36) 제2조(사업장) 「방문판매 등에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제2조제1호에서 “총리령으로 정하는 영업장소”란 영업소, 대리점, 지점, 출장소 등 명칭에 관계없이 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 장소(이하 “사업장”이라 한다)를 말한다.

1. 소유 또는 임차(賃借)하거나 점용허가를 받은 고정된 장소에서 3개월 이상 계속적으로 영업할 것. 다만, 천재지변 등 불가피한 사유로营业을 계속할 수 없는 기간은 산입하지 아니한다.
2. 판매에 필요한 시설을 갖추는 것
3. 영업 중에는 소비자가 자유의사에 따라 출입할 수 있을 것
4. 영업장소 내에서 소비자가 자유의사에 따라 재화 또는 용역(이하 “재화등”이라 한다)을 선택할 수 있는 상태를 유지할 것



만 권유한 경우도 포함된다고 보아야 하지 않을까 생각된다. 실제 사업장 방문이 가지는 판매영업상 중요성³⁷⁾을 감안할 때, 위와 같은 해석이 방문판매법상 실질적인 소비자 보호 취지와 일치한다고 보인다³⁸⁾.

또한 청약은 계약을 체결하자는 제안으로서 그에 상응하는 승낙이 있으면 계약이 바로 성립될 수 있는 구체적·확정적 의사표시이고, 청약의 유인은 상대방으로 하여금 청약을 하도록 유인하는 일체의 행위로 본다³⁹⁾, 사업장으로서의 방문권유도 청약의 유인으로 보아야 할 것이기 때문이다. 앞서와 같이 해당 조문 제목 자체도 ‘청약의 유인방법’으로 명시하고 있다.

라. 전화권유판매의 요건

(1) 판매의 방법으로 ‘전화를 이용한 권유 등’

방문판매법상 전화권유판매는 전화를 이용하여 소비자에게 권유하거나 전화회신을 유도하는 방법으로 재화등을 판매하는 것이라고만 규정하고 있다. 방문판매가 대면방식의 권유 등 청약의 유인을 요건으로 한다면, 전화권유판매는 비대면 방식을 규정하는 것으로 이해된다.

여기서 ‘전화를 이용하여’라는 것은 당연히 전화의 기능을 이용하는 것을 말하는 것으로 해석되고, 전화에는 유, 무선 전화 모두 포함될 것이다. 또한 전화의 기능으로서 무선 전화의 경우에는 통화 뿐만 아니라 문자메시지 기능까지 포함할 것이며, SNS 메신저(대표적으로 카카오톡 메신저)를 통한 문자메시지 역시 전화의 기능으로서 달리 볼 이유는 없다고 보인다. 다만, 최근 스마트폰 등 휴대전화의 기능에는 모바일 인터넷 접속 등도 가능한데, 이러한 기능을 활용하는 것은 전자

37) 분양대행업체에서는 소비자를 분양사무소로 방문시키는 역할과 방문한 소비자와 상담을 통해 계약을 체결하는 역할을 구분하여 담당자를 배치하고 있으며, 전자의 경우 빼끼, 픽업도우미 등으로 칭하고 있다.

38) 최근 대법원 판례에서도 같은 취지로 판시한 바가 있다(본고 각주 60)에서 소개하는 판례 참조)

39) 양창수·김재형 공저, 민법 I 계약법(제2판), 27-28쪽.



상거래법상 전자상거래 내지 통신판매⁴⁰⁾로 보아야 할 것이므로 방문판매법상 전화권유판매에는 포함된다고 보기는 어렵다고 보인다.

전화를 이용하여 소비자에게 권유하는 경우에서 권유의 대상으로 청약의 권유는 당연히 포함될 것이다. 그 외 위와 같은 전화의 기능을 이용하는 것 뿐만 아니라 신문, 광고, 전단지 등을 통해 전화회신을 유도하는 방법 역시 전화권유판매에 포함된다.

즉, 방문판매법상 전화권유판매는 판매자가 소비자에게 통화나 문자메시지를 발신하는 경우 뿐만 아니라 소비자가 전화나 문자메시지를 발신하여 회신받는 경우도 포함하고 있는 것이다.

(2) 전화상 권유 등 이후 ‘소비자가 직접 방문’하여 계약한 경우

방문판매법상 방문판매는 사업장을 전제로 사업장 외에서 대면하여 권유하여 판매하거나 사업장으로 방문을 유인하여 사업장에서 판매하는 경우를 전제하고 있다. 반면, 전화권유판매는 이와 같은 요건이 없다. 즉, 문언상으로 볼 때 비대면 전화상으로 권유 및 이에 따라 전화상 판매만을 규정한 것으로 해석될 여지가 있다.

이미 앞선 대상판결의 요지에서 본 바와 같이 대법원은 전화상 비대면 권유 후 소비자가 직접 방문하여 계약을 체결한 경우 역시 전화권유판매에 포함된다고 판시하였다. 전화권유판매의 범위가 넓어질수록 판매자는 소비자의 강력한 철회권 행사로 인한 불측의 피해를 받을 위험 즉, 거래안전을 해칠 우려가 커지는 것이 사실이다. 그런데 대상판결과 같이 해석하지 않을 경우

40) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. <개정 2012. 6. 1.>

1. “전자상거래”란 전자거래(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조제5호에 따른 전자거래를 말한다. 이하 같다)의 방법으로 상행위(商行為)를 하는 것을 말한다.
2. “통신판매”란 우편·전기통신, 그 밖에 총리령으로 정하는 방법으로 재화 또는 용역(일정한 시설을 이용하거나 용역을 제공받을 수 있는 권리를 포함한다. 이하 같다)의 판매에 관한 정보를 제공하고 소비자의 청약을 받아 재화 또는 용역(이하 “재화등”이라 한다)을 판매하는 것을 말한다. 다만, 「방문판매 등에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 전화권유판매는 통신판매의 범위에서 제외한다.



방문판매와 전화권유판매가 결합된 유형의 판매행위에 대한 법적 공백이 생기게 되고 소비자는 철회권을 행사하지 못한다는 문제가 생기게 된다. 이 부분은 뒤에서 살펴보겠다.

마. ‘방문판매등’의 요건 충족 시 효과

(1) 철회권⁴¹⁾의 발생

(가) 법적 성격

방문판매 등의 방법으로 재화등의 구매에 관한 계약을 체결한 소비자는 철회권 행사기간 내에 그 계약에 관한 청약철회를 할 수 있다(제8조 제1항). 이는 방문판매 또는 전화권유판매의 경우 소비자가 판매자의 설명이나 권유에 현혹되어 충동구매를 할 우려가 있고, 이를 해소하기 위한 것이라고 한다. 이러한 철회권은 ‘계약의 청약은 이를 철회하지 못한다’는 사법상의 대원칙(민법 제527조)의 예외로서 소비자 보호를 위한 특칙이라고 할 수 있다⁴²⁾. 또한 철회권은 그 행사시 일방적 의사표시로 체결한 계약의 효력을 무효화하는 것으로서 형성권적 성격을 갖는다고 할 수 있다.

철회의 의사표시는 판매자 측에 도달되어야 함이 원칙(도달주의)이나, 서면에 의한 행사 시에는 발송한 날에 그 효력이 발생하도록 규정하고 있다(제8조 제4항, 발신주의). 철회권이 행사된 경우 소비자는 이미 공급받은 재화등을 반환하여야 하며, 방문판매자 등은 소비자로부터 재화등을 반환받은 날부터 3영업일 이내에 기지급받은 재화등의 대금을 환급하도록 규정하고 있으며, 대금의 환급지연 시 대통령령이 정하는 이율에 의한 지연이자⁴³⁾를 지급하도록 규정하고 있다.

41) 제7조 이하에서 정확히는 ‘청약의 철회 및 계약의 해제(이하, “청약철회등”이라한다)’라고 규정하고 있다. 여기서 해제는 약정 혹은 민법상의 법정해제권을 말하는 것이 아니라, 방문판매등의 요건 해당시 소비자가 철회기간 내에 무조건적으로 행사할 수 있는 권리를 통칭한 것으로 이해된다. 실제 법 문외한인 일반인 입장에서는 계약의 무효화 및 기지급대금의 환불을 요청하면서 철회 뿐만 아니라 취소, 해제, 해지 등 다양한 용어를 사용하고 있음을 감안한 것으로 이해된다.

42) 권오승·홍명수, 경제법, 제15판, 676쪽

43) 동법 시행령 제13조에 의하면 100분의 15로 정하고 있다.



(제9조 제1항, 제2항).

(나) 행사기간 (특히 기산점의 문제)

방문판매법 제8조 제1항 각호에서는 철회권 행사기간인 14일의 기산점을 규정하고 있는데, 아래와 같다.

1. 제7조 제2항에 따른 계약서를 받은 날부터 14일. 다만, 그 계약서를 받은 날보다 재화 등이 늦게 공급된 경우에는 재화등을 공급받거나 공급이 시작된 날부터 14일
2. 다음 각 목의 어느 하나의 경우에는 방문판매자등의 주소를 안 날 또는 알 수 있었던 날부터 14일
 - 가. 제7조 제2항에 따른 계약서를 받지 아니한 경우
 - 나. 방문판매자등의 주소 등이 적혀 있지 아니한 계약서를 받은 경우
 - 다. 방문판매자등의 주소 변경 등의 사유로 제1호에 따른 기간 이내에 청약철회등을 할 수 없는 경우
3. 제7조 제2항에 따른 계약서에 청약철회등에 관한 사항이 적혀 있지 아니한 경우에는 청약 철회등을 할 수 있음을 안 날 또는 알 수 있었던 날부터 14일
4. 방문판매업자등이 청약철회등을 방해한 경우에는 그 방해 행위가 종료한 날부터 14일

제1호 내지 제3호는 제7조 제2항에 따른 계약서의 수령을 전제하고 있다.⁴⁴⁾ 여기서 제7조 제2항에 따른 계약서는 동조 제1항 각호⁴⁵⁾의 사항이 기재된 계약서를 말한다. 주요 사항은 방문

44) 제2호 나목 역시 방문판매자등의 주소가 기재되지 않은 것으로 나머지 사항은 모두 기재된 것을 전제하고 있으며, 다목의 경우 제7조 제2항의 계약서는 받았으나, 주소변경이 된 것을 전제하고 있다고 해석된다.

45) 제7조 제1항 각호는 아래와 같다.

1. 방문판매업자등의 성명(법인인 경우에는 대표자의 성명을 말한다), 상호, 주소, 전화번호 및 전자우편 주소



판매업자 및 방문판매원의 인적사항과 주소(제1호 및 제2호), 재화등에 관한 사항(제3호 내지 제5호), 청약철회 등의 기간·행사방법 등 환불에 관한 사항(제6호 및 제7호) 등이 있다. 방문판매 등에 해당하여 철회권을 행사하기 위해서는 방문판매자 등에 관한 사항을 알아야 하고, 철회권의 행사가능성 등에 관한 고지가 선행되어야 하기 때문으로 이해된다.

그런데 방문판매자 등이 청약철회에 관한 사항만이 누락된 계약서를 제공한 경우에도 철회권 행사기간이 기산된다고 볼 수 있을지가 문제된다. 실제 방문판매자 등이 신고를 하지 않은 채 방문 판매 등을 한 경우에도 철회권은 판매방법에 관한 요건을 구비한 경우 발생하기에 제7조 제1항 및 제2항에 따른 사항을 설명하지 않았거나, 설명하였다고 하더라도 해당 사항이 기재된 계약서를 제공하지 않는 경우도 발생할 수 있기 때문이다. 이 경우 재화등을 공급받았다면 제3호가 적용될 것이다.

한편 제2호 내지 제4호의 사유에 해당되지 않고, 제1호 본문에도 해당되지 않는 경우에는 제1호 단서에 따라 재화등을 공급(시작)일로부터 기산하게 된다. 대부분 방문판매등은 재화등의 공급에 오랜 시간이 소요되지 않으나, 부동산 분양계약의 경우 시공 및 공급에만 약 2-3년이나 소요되기에 철회권 행사기간이 너무 장기화되어 판매자의 법적 지위가 불안정할 수 있다는 문제가 발생한다. 그렇다고 계약서만 받은 상태에서 아직 완공되어 재화를 공급받지도 못한

-
2. 방문판매원등의 성명, 주소, 전화번호 및 전자우편주소, 다만, 방문판매업자등이 소비자와 직접 계약을 체결하는 경우는 제외한다.
 3. 재화등의 명칭, 종류 및 내용
 4. 재화등의 가격과 그 지급의 방법 및 시기
 5. 재화등을 공급하는 방법 및 시기
 6. 청약의 철회 및 계약의 해제(이하 “청약철회등”이라 한다)의 기한·행사방법·효과에 관한 사항 및 청약철회등의 권리 행사에 필요한 서식으로서 총리령으로 정하는 것
 7. 재화등의 교환·반품·수리보증 및 그 대금 환불의 조건과 절차
 8. 전자매체로 공급할 수 있는 재화등의 설치·전송 등과 관련하여 요구되는 기술적 사항
 9. 소비자피해 보상, 재화등에 대한 불만 및 소비자와 사업자 사이의 분쟁 처리에 관한 사항
 10. 거래에 관한 약관
 11. 그 밖에 소비자의 구매 여부 판단에 영향을 주는 거래조건 또는 소비자피해 구제에 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항



상태로 곧바로 철회기간이 기산된다고 하는 것 역시 소비자에게는 불리할 수 있다는 문제도 있다. 특히 철회권이 일종의 소비자의 변심권(變心權)을 법제화한 것이고, 구체적인 기망이나 착오를 입증하기 보다 손쉽게 일정기간 내에 계약무효 및 환불받을 권리를 보장한 것이라면, 실제 재화 등을 공급받지도 못한 상태에서 14일이라는 짧은 철회기간이 기산된다는 것은 부당할 수도 있기 때문이다.

특히 방문판매법 제8조 제2항에서는 다음 각호에 해당하는 경우에는 철회할 수 없도록 규정하고 있는데, 부동산 분양계약의 경우 아직 재화가 공급되지도 않았기에 이에 해당되기도 어렵다는 문제가 있다.

1. 소비자에게 책임이 있는 사유로 재화등이 멸실되거나 훼손된 경우. 다만, 재화등의 내용을 확인하기 위하여 포장 등을 훼손한 경우는 제외한다.
2. 소비자가 재화등을 사용하거나 일부 소비하여 그 가치가 현저히 낮아진 경우
3. 시간이 지남으로써 다시 판매하기 어려울 정도로 재화등의 가치가 현저히 낮아진 경우
4. 복제할 수 있는 재화등의 포장을 훼손한 경우
5. 그 밖에 거래의 안전을 위하여 대통령령으로 정하는 경우

동법 시행령 제12조(청약철회등의 제한)

법 제8조 제2항 제5호에서 “대통령령으로 정하는 경우”란 소비자의 주문에 의하여 개별적으로 생산되는 재화등에 대한 것으로서 청약의 철회 및 계약의 해제(이하 “청약철회등”이라 한다)를 인정하면 방문판매자 또는 전화권유판매자(이하 “방문판매자등”이라 한다)에게 회복할 수 없는 중대한 피해가 예상되는 경우로서 사전에 해당 거래에 대하여 별도로 그 사실을 고지하고 소비자의 서면(전자문서를 포함한다) 동의를 받은 경우를 말한다.

구체적으로 제1호 내지 제4호는 이미 공급된 재화를 소비자가 책임있는 사유로 멸실 훼손 등을 한 경우이고, 제5호에 따라 시행령에서 정하는 사유는 주문제작되는 재화등을 전제하는데, 부동산



분양계약을 개별적인 주문제작(도급적인 성격)으로 보기는 어렵기 때문이다.

(2) 손해배상청구금액의 제한 등

방문판매법은 소비자에게 책임이 있는 사유로 재화등의 판매에 관한 계약이 해제된 경우 방문판매자등이 소비자에게 청구하는 손해배상금액을 제한하고 있다. 아래와 같은 제10조 제1항의 법문을 보면 방문판매 등의 방법으로 판매한 경우를 상정하고 있지 않으나, 방문판매등을 업으로 하기 위함을 전제하는 ‘방문판매자 등’이라고 명시하는 것으로 보아 방문판매등의 요건도 구비 될 것을 전제하는 것으로 이해된다.⁴⁶⁾ 방문판매법은 방문판매등 특수판매에 대한 소비자 권의 보호가 목적이기 때문이다.

소비자에게 책임이 있는 사유로 계약이 해제된 경우에는 대금을 미지급하는 경우가 대표적인 것인데, 철회권 행사기간이 도과하여 소비자가 철회권을 행사할 수 없는 경우도 포함될 수 있다고 보인다. 또한 계약금만 지급한 상태에서 철회기간이 지나 철회권을 행사할 수 없는 소비자가 임의해제권을 행사하는 것도 스스로의 의사로 변심한 것이므로 소비자에게 책임이 있는 사유 요건에 포섭될 수 있지 않을까 생각된다. 임의해제권 내지 민법상 해약금에 의한 해제권을 행사 할 경우 최소 기지급한 계약금 이상을 해약금 내지 위약금으로 지급하여야 하는데,⁴⁷⁾ 위 규정에 의하면 지급기한을 넘긴 기간 동안의 지연배상금과 실사용액 내지 판매가에서 반환당시의 가액의 차액을 그 상한액으로만 배상하면 족하기 때문이다.

46) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. <개정 2023. 3. 21.>

2. “방문판매자”란 방문판매를 업으로 하기 위하여 방문판매조직을 개설하거나 관리·운영하는 자(이하 “방문판매업자”라 한다)와 방문판매업자를 대신하여 방문판매업무를 수행하는 자(이하 “방문판매원”이라 한다)를 말한다.
4. “전화권유판매자”란 전화권유판매를 업으로 하기 위하여 전화권유판매조직을 개설하거나 관리·운영하는 자(이하 “전화권유판매업자”라 한다)와 전화권유판매업자를 대신하여 전화권유판매업무를 수행하는 자(이하 “전화권유판매원”이라 한다)를 말한다.

47) 예를 들어 계약금 10% 중 일부만 납부하고 계약을 체결하였으나, 임의해제시 위약금은 계약금 10% 상당으로 규정한 경우



제10조(손해배상청구금액의 제한 등)

① 소비자에게 책임이 있는 사유로 재화등의 판매에 관한 계약이 해제된 경우 방문판매자 등이 소비자에게 청구하는 손해배상액은 다음 각 호에서 정한 금액에 대금 미납에 따른 지연배상금을 더한 금액을 초과할 수 없다.

1. 공급한 재화등이 반환된 경우에는 다음 각 목의 금액 중 큰 금액

가. 반환된 재화등의 통상 사용료액 또는 그 사용으로 통상 얻을 수 있는 이익에 상당하는 금액

나. 반환된 재화등의 판매가액에서 그 재화등이 반환된 당시의 가액을 뺀 금액

2. 공급한 재화등이 반환되지 아니한 경우에는 그 재화등의 판매가액에 상당하는 금액

② 공정거래위원회는 방문판매자등과 소비자 간의 손해배상청구에 따른 분쟁을 원활하게 해결하기 위하여 필요한 경우 제1항에 따른 손해배상액의 산정기준을 정하여 고시할 수 있다.

3. 선분양·후시공 방식의 분양계약의 경우 방문판매법 적용가능성

가. 부동산 분양계약의 법적 성격 및 특수성

“분양”이라 함은 분양사업자가 건축하는 건축물⁴⁸⁾의 전부 또는 일부를 2인 이상에게 판매하는 것을 말한다.⁴⁹⁾ 건축물 중 주택에 관해서는 주택법 등에서 자세히 규정하고 있으며, 주택 외의

48) 건축법 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. <개정 2009. 6. 9., 2011. 9. 16., 2012. 1. 17., 2013. 3. 23., 2014. 1. 14., 2014. 5. 28., 2014. 6. 3., 2016. 1. 19., 2016. 2. 3., 2017. 12. 26., 2020. 4. 7.>

2. “건축물”이란 토지에 정착(定着)하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 시설물, 지하나 고가(高架)의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것을 말한다.

49) 건축물의분양에관한법률 제2조 제2호



건축물에 관해서는 건축물의분양에관한법률⁵⁰⁾에서 상세히 규정하고 있다.

여기서 건축물 외에 토지를 분양판매하는 경우에도 방문판매법이 적용될지가 문제 된다. 대상 판결 사안 역시 펜션부지를 분양하여 판매한 것이었다. 그런데 토지의 경우에도 토지구획정리 사업 등을 통해서 가공될 수 있고, 이 역시 건설업자⁵¹⁾에 의하여 이루어진다는 점에서 가공되지 않은 토지를 판매하는 것이 아니라 경지정리 등 가공을 통해 판매하는 경우를 달리 볼 이유는 없다고 보인다.

분양시기에 따라 선분양과 후분양으로 구분할 수 있는데, 실무적으로 가장 문제가 되는 것은 선분양(후시공) 방식이다. 이러한 선분양 방식의 분양계약의 법적 성격에 관해 견해가 대립된다.⁵²⁾ 주로 아파트와 같은 주택용 집합건물의 선분양과 관련하여 하자담보책임 측에서 논의가 되고 있다.

크게 보아 건축물 분양계약이 민법상 매매계약에 해당한다는 입장과 도급계약으로 보아야 한다는 입장으로 나뉜다. 전자의 견해는 분양계약의 당사자들은 건물의 건축보다는 구분소유권의 이전에 중점을 두고 있으며, 건물 완공 후에 분양을 하는 후분양의 경우에는 분양계약의 성격을 매매라고 하면서 선분양의 경우에는 도급이라고 한다면 선분양과 후분양이 명확히 구분되지 않는 경우에는 문제가 발생하고 동일한 계약이 그 성립시기에 따라 성격이 달라지는 것으로 보기는 어렵다고 지적한다. 이에 반해 후자의 견해는 건축물이 완공되기 전 분양계약이 체결되는 경우에는 분양자가 미리 분양대금을 지급받아 건축자금에 충당하는 것을 근거로 든다. 특히 집합 건물의 소유 및 관리에 관한 법률⁵³⁾에서 민법상 도급계약에 관한 하자담보책임을 준용

50) 해당법률은 동대문 굿모닝시티 상가 사건(2001년 분양시작하여 2003년 부도를 맞으며 약 3,400여 명의 수분양자에게 3,700억원의 피해를 입힌 사건)을 계기로 제정되어 2005. 4.부터 시행되고 있다.

51) 건설산업기본법 제2조 제4호에서는 건설공사에 토목공사를 포함하고 있다.

52) 오세문, “수분양자의 법적 권리에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학석사학위논문(2008), 38쪽 이하

53) 이하 ‘집합건물법’이라 약칭한다.



한다⁵⁴⁾는 점을 근거로 든다. 그 외 건축물 분양계약은 단순한 매매나 도급과 같은 전형계약이 아니라 매매와 도급의 특성을 모두 가지는 혼합계약이라는 견해도 있고, 매매와 도급 외에 상권 개발 등에 관한 위임의 요소도 더해진 혼합계약이라는 견해도 있다. 그 외 집합건물법 제9조에서는 매수인으로 지칭하는 점을 감안할 때 매매계약의 일종 내지 매매의 성격이 강한 비전형 계약으로 보아야 한다는 견해도 있다.⁵⁵⁾

위와 같은 분양계약의 여러 법적 성격에도 불구하고 판매로 볼 수 있는 매매의 성격을 배제할 수 없는 점을 감안하면, 분양계약에도 방문판매법의 적용을 배제할 수 없을 것으로 보인다. 다만, 방문판매법 제3조에서는 법 적용 배제사유를 규정하고 있으며, 동조 제3호에서는 ‘개인이 독립된 자격으로 공급하는 재화등의 거래로서 대통령령으로 정하는 거래’를 규정하고 있다. 동법 시행령 제6조에서는 위와 같은 거래로서 ‘방문판매자가 직접 생산한 재화등’(제2호)을 규정하고 있다. 이는 개인이 건축물을 시공하여 직접 방문판매등의 방법으로 1명에게 판매하는 경우를 상정할 수 있을 것이다. 이는 애초 분양의 개념에 포섭될 수 없는 사항으로 보인다.

54) 집합건물법 제9조(담보책임)

① 제1조 또는 제1조의2의 건물을 건축하여 분양한 자(이하 “분양자”라 한다)와 분양자와의 계약에 따라 건물을 건축한 자로서 대통령령으로 정하는 자(이하 “시공자”라 한다)는 구분소유자에 대하여 담보 책임을 진다. 이 경우 그 담보책임에 관하여는 「민법」 제667조 및 제668조를 준용한다. <개정 2012. 12. 18.>

② 제1항에도 불구하고 시공자가 분양자에게 부담하는 담보책임에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있으면 시공자는 그 법률에서 정하는 담보책임의 범위에서 구분소유자에게 제1항의 담보책임을 진다. <신설 2012. 12. 18.>

③ 제1항 및 제2항에 따른 시공자의 담보책임 중 「민법」 제667조제2항에 따른 손해배상책임은 분양자에게 회생절차개시 신청, 파산 신청, 해산, 무자력(無資力) 또는 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우에만 지며, 시공자가 이미 분양자에게 손해배상을 한 경우에는 그 범위에서 구분소유자에 대한 책임을 면(免)한다. <신설 2012. 12. 18.>

④ 분양자와 시공자의 담보책임에 관하여 이 법과 「민법」에 규정된 것보다 매수인에게 불리한 특약은 효력이 없다. <개정 2012. 12. 18.>

[전문개정 2010. 3. 31.]

55) 장보은, “계약의 해소와 부당이득반환의 문제 : 선분양계약에서의 신탁관계를 중심으로-대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결”-「저스티스」 통권 제171호(2019. 4.), 291쪽.



그러나 부동산 특히 선분양 방식의 분양계약에서는 장기 미분양 계약이 아닌 한 계약체결 후 분양목적물인 재화의 공급까지 최소 2년 이상 소요될 수 밖에 없고, 방문판매법이 적용되어 소비자에게 철회권 등이 인정될 경우 분양자의 지위가 너무 불리해질 수 있기 때문에 그 적용을 제한하여야 한다는 견해가 제기된다. 구체적으로 방문판매등의 요건과 그 효과로서 철회권 행사 요건(특히 철회기간)을 엄격히 해석하는 방식으로 제기되는데, 이하에서 살펴보기로 한다.

나. 소비자 및 재화등 요건과 관련된 문제

앞서 본 바와 같이 소비자 및 재화등 요건은 방문판매법 적용 및 방문판매등의 공통요건에 해당한다.

(1) 주거용 부동산의 경우

아파트와 같은 주택의 경우 주거목적의 건축물이므로 방문판매등의 방법으로 구매 시 소비 생활을 위하여 사용하거나 이용하는 자로서 문제가 되지 않는다. 인간의 생존을 위해 필수적인 의식주에서 주거문제를 해결하기 위한 수단으로서 소비생활과 밀접한 관련이 있기 때문이다. 실제 아파트 등 주거시설은 건축물의 내용연수가 있기에 소비생활 목적이라는 소비자 요건 충족이 문제가 되지 않는다.⁵⁶⁾

그런데 아파트 등 주택을 주택임대사업 목적으로 구입한 경우는 어떻게 보아야 할 것인지 문제된다. 주택임대사업자를 낸 경우 직접 주거가 불가능하고 임대만이 가능하고 이럴 경우 세제상의 혜택도 주어지기 때문이다. 또는 별도의 임대사업자를 내진 않았으나, 분양완공 후 입주를 의도한 것이 아니라 분양계약 후 전매차익만을 목적으로 한 경우는 어떻게 보아야 할까. 또한 이미 2주택을 소유하고 그중 하나에 거주하고 있는 상태에서 추가로 주택을 구입한 경우 역시 복잡한 문제가 발생한다. 이와 같이 실제 구매행위 당시에 주관적인 목적을 감안하면 방문

56) 김도년·최명구, “부당한 부동산 거래행위와 매수인의 보호-분양사업자의 건축물 부당매매와 매수인의 방문판매법상 청약철회권 행사를 중심으로”-토지법학 제29-1호(2013. 6. 30), 250쪽



판매법 적용이 매우 불분명해지게 된다. 주택임대사업자를 내고 구입한 경우라고 하더라도 언제든지 해당 임대사업자를 말소하고 세제혜택을 반환하여 주택소유자로서 직접 거주를 할 수도 있고, 전매차익을 목적으로 구입하였더라도 최종적으로는 전매가 되지 않아 직접 거주하게 될 수도 있으며, 2주택자로서 새롭게 주택을 구입한 경우에도 기존 거주 주택에서 새로 구입한 주택으로 이사를 갈 수도 있기 때문이다. 특히 방문판매법 제2조 제12호 소비자의 정의에서 그 전단은 소비생활을 위하여 사용하거나 이용하는 자로서 최종적인 사용, 이용으로 제한하지 않기 때문이다.

이렇듯 재화등의 법적 성격 등을 객관적으로 판단하여 방문판매법상 소비자 요건의 흠결 여부를 판단하여야 하지 않을까 생각된다.

(2) 주거 겸용 부동산의 경우

오피스텔의 경우 건축법상으로는 업무시설(일반업무시설)로 분류되어 있으나⁵⁷⁾, 주택법상으로는 준주택으로 분류되어 주거시설로 이용가능하다.⁵⁸⁾ 즉, 오피스텔은 주거 및 비주거 겸용 부동산이다. 통상 오피스텔을 분양받을 경우 부가가치세 조기환급을 받아 매입대금 조달 등의 목적으로 주택이 아닌 일반임대사업자 등록을 하는 경우가 있다. 그러나 실제 분양계약 후 장기간이 경과되어 완공 후 입주하는 시점에서는 주거용으로 사용할 수도 있는 것이기에 위와 같이 외견상 드러난 구입목적만으로 소비자 요건을 판단하는 것은 무리가 있을 수 있게 된다.

(3) 비주거용 부동산의 경우

앞서 본 바와 같이 주거용 부동산의 경우 소비재로서 방문판매법 적용에 문제가 없으며, 방문

57) 건축법 시행령 [별표 1] 중 14. 업무시설 나. 일반업무시설 2) 오피스텔(업무를 주로 하며, 분양하거나 임대하는 구획 중 일부 구획에서 숙식할 수 있도록 한 건축물로서 국토교통부장관이 고시하는 기준에 적합한 것을 말한다)

58) 주택법 제2조 제4호



판매법상 소비자로 추정되나, 그 외 부동산의 경우 즉, 상업용 건축물의 경우 거주 목적의 구입임을 입증해야 한다고 주장하는 견해가 있다.⁵⁹⁾ 부동산에 ‘거주’하는 것만이 소비생활에 포함된다는 전제로 이해되는데 과연 그럴까 의문이 든다.

방문판매법 시행령 제4조에서는 소비생활 외의 목적으로 사용하거나 이용하는 자로서 소비자에 해당되는 5가지 유형을 명시하고 있다. 그 중 제1호에서는 재화등을 최종적으로 사용하거나 이용하는 자로서 재화등을 원재료(중간재를 포함한다) 및 자본재로 사용하는 자는 제외한다고 규정하고 있다. 예를 들어 비주거용 업무시설(오피스)을 분양받아 주거로는 이용하지 않지만 저술활동을 하는 공간으로 이용할 수도 있을 것이다. 이 경우 해당 재화를 최종적으로 사용하거나 이용하는 자에는 당연히 해당하게 된다. 앞서도 본 바와 같이 분양구입시 부가세 조기환급을 위해 사업자등록을 한 사실만으로 소비자 요건을 함결하진 않을 것이다. 그렇다면 원재료(중간재 포함) 및 자본재로 사용하는 것으로 볼 수 있을까? 저술활동으로 수익이 발생할 수도 있겠지만 그렇지 못할 수도 있으므로 일률적으로 단정하기엔 무리가 있다.

또한 위와 같이 비주거용 부동산임에도 소비자로서 구입한 경우와 사업목적으로 사무실로서 구입한 경우는 어떻게 다를까. 방문판매법 시행령 제4조 제2호에서는 법 제3조 제1호 단서에 해당하는 사업자로서 재화등을 구매하는 자 역시 소비자의 범위에 포함시키고 있다. 법 제3조 제1호 단서는 사업자가 상행위를 목적으로 재화등을 구입하였다고 하더라도 사실상 소비자와 같은 지위에서 다른 소비자와 같은 거래조건으로 거래하는 경우를 말한다. 그렇다면 위와 같이 저술활동을 위해 업무시설을 구입하여 소비자로 취급되는 사람과 사업 목적으로 구입한 사람은 동일한 거래조건으로 구입한 것이 되어 소비자의 요건에 해당되게 된다.

결국 분양하는 부동산의 법적 성격상 최종적으로 사용할 수도 없고, 원재료(중간재) 및 자본재로만 사용할 수 밖에 없는, 즉, 순전히 투자수익만을 목적으로 하는 경우에만 소비자의 요건이 함결된다고 볼 수 밖에 없지 않을까. 이상에서는 업무시설만을 전제로 설명하였으나, 상가나 지식

59) 김도년·최명구, 앞의 글, 250-251쪽



산업센터 등 분양에서도 동일하게 해석할 수 있다고 생각된다. 실제 하급심 판례 중에는 상가, 지식산업센터 등에서도 방문판매법상 철회권 행사를 인정한 예가 다수 있다.⁶⁰⁾ 대상판결 역시 펜션을 건축할 수 있는 토지를 분양한 사안이고, 실제 해당 토지를 분양받은 소비자는 최종적으로 이용하는 것은 맞지만, 펜션을 건축하여 수익을 얻기 위함이므로 해당 토지를 가공을 위한 원재료 내지 중간재로서 구입한 것으로 볼 수 밖에 없어 소비자 요건이 충족된다고 볼 수 있을지 애매할 수 있는 사안이었다.

순수 투자만을 목적으로 한 부동산의 대표적인 예가 숙박시설에 대한 분양계약이다. 수익형 부동산으로서 관광숙박시설(호텔) 내지 생활숙박시설⁶¹⁾을 분양하는 경우가 있는데, 이러한 숙박시설은 건축법상 숙박시설로서 그 용도가 숙박용도로만 제한되고 주거용으로 사용시 건축법상 불법용도변경 등 형사상, 행정상 제재대상이다. 이에 관해 서울중앙지방법원 2018. 1. 16. 선고 2016가단5291957 판결에서는 방문판매법상 소비자의 요건(제2조 제12호, 동법 시행령 제4조 제1호)을 근거로 아래와 같이 판시하여 방문판매법상 철회권 행사주장을 배척하였다.

“원고는 이 사건 호텔에 직접 거주하고 한 것이 아니라 이를 임대하여 발생한 수익금을 지급 받기 위하여 이 사건 분양계약을 체결한 것으로 보이고, 따라서 원고가 이 사건 호텔을 최종적으로 사용하거나 이용할 목적으로 이 사건 분양계약을 체결하였다고 보기 어려우며, ...(중략)... 결국 원고는 방문판매법의 적용을 받는 소비자에 해당하지 아니하므로”

60) 판례연구회에서 본고를 발표한 이후 대법원 2024. 11. 28. 선고 2024다294996 판결에서는 심리불속행 기각을 선고하였는데, 그 원심은 지식산업센터 분양계약이 방문판매법상 전화권유판매에 해당되는지가 쟁점이 된 사건으로서 분양사인 피고는 ① 분양담당직원은 구체적인 분양조건 제시 없이 단지 부동산을 홍보하고 분양사무소로의 내방을 권유했을 뿐이지, 원고에게 청약의 유인을 하지 않았고, ② 방문판매법상 전화권유판매는 거래의 안전을 고려할 때 텔레마케팅으로 한정하여 해석하여야 하며, ③ 방문판매법 시행령 제4조 제1호의 재화는 소비재만을 의미하기에 이 사건 지식산업센터는 소비재가 아닌 재화이므로 방문판매법이 적용되지 않는다고 주장하였으나, 원심은 “방문판매법에서 정한 전화권유판매를 텔레마케팅으로 한정하여 해석한다거나 방문판매법 시행령 제3조 제1호의 재화를 소비재에 한정시켜 해석해야 할 근거는 없으므로”라고 판시하며 피고 주장을 배척하였다.

61) 공중위생관리법 제3조 제1항 전단에 따라 숙박업 신고를 해야 하는 시설로서 국토교통부장관이 정하여 고시하는 요건을 갖춘 시설을 말한다.



해당 판결은 관광숙박시설에 대한 사안인데, 생활숙박시설 역시 동일한 문제가 있을 수 있다. 비록 생활숙박시설은 장기투숙을 전제로 주방시설 등이 구비되어 있어 마치 공동주택과 거의 동일한 외양을 갖추고 있으나 그 본질은 숙박시설임을 감안할 때 방문판매법상 소비자 요건을 갖추었다고 보기는 무리일 것 같다.⁶²⁾

일부 하급심 판결⁶³⁾에서는 민법 제572조가 규정하는 청약의 구속력을 강조하여 방문판매법상 청약철회권이 위와 같은 민법상 원칙에 대한 중대한 예외이므로 소비자 및 재화등의 요건을 엄격히 해석하여야 한다고 주장한다. 구체적으로 재화는 소비재로 소비자는 소비재의 구매자로만 한정하여 해석하여야 한다는 취지이다. 앞서 부동산의 경우 주거용으로만 한정하는 것과 비슷한 맥락이다. 그런데 이와 같은 해석론은 방문판매법의 명문규정에 반하고, 그 적용범위를 너무 좁히는 것이 아닌지 우려된다. 또한 대선판결에서도 토지분양에 대해 전화권유판매를 인정하는 전제에서 판시한 것인데 기존 대법원 판례법리와도 정면으로 배치되는 해석이다.

다. 권유 요건의 문제

위와 같은 하급심 판결⁶⁴⁾은 권유의 해석에 있어서도 마찬가지로 엄격하게 제한하여 텔레마케팅으로 한정하여야 한다고 주장한다. 구체적으로 전화상으로 계약의 청약을 받거나 계약을 체결하는 단계까지 이루어져야 하고, 단순히 전화로 판매권유행위, 즉 청약의 유인만 한 것은 판매에 해당되지 않는다고 한정하여 해석하여야 한다고 주장한다.

이와 같은 해석하지 않을 경우의 문제점에 대해 3가지 예시를 들어 논리전개를 하고 있는데 소개해 본다. ① 제주도에 있는 공인중개사가 이전에 거래를 성사시켜 연락처를 알고 있는 부산의

62) 서울중앙지방법원 2023. 6. 14. 선고 2022나21926 판결은 생활숙박시설에 대한 사안데, 앞서와 같은 이유로 소비자 요건이 흠결되었다고 판단하였다.

63) 수원지방법원 성남지원 2023. 5. 3. 선고 2022가단222811 사건 등

64) 수원지방법원 성남지원 2023. 5. 3. 선고 2022가단222811 사건[그 상급심인 수원고등법원 2024. 2. 1. 선고 2023나16546 판결(별도 상고 없이 확정)취지도 동지]



부동산 투자자에게 전화로 제주도 소재 부동산의 매수를 다시 한 번 권유하는 경우, ② 대전에 있는 자동차 딜러가 지인의 소개로 전주에 거주하는 매수 희망자의 연락처를 알게 된 후 그에게 전화로 신차 구매를 권유하는 것, ③ 서울 청담동에 있는 갤러리의 미술품 중개상이 압구정동에 사는 단골 고객에게 전화로 진귀한 미술 작품의 구입을 권유하는 것을 제시하며 이러한 경우 모두 전화권유판매에 해당한다고 보아야 하고, 나중에 정식으로 만나 실물을 직접 본 후 계약서 까지 작성했더라도 14일 이내에 자유롭게 청약철회를 할 수 있기에 지극히 부당한 결과가 된다는 것이다.

그런데 위와 같은 예시의 적절성에서 의문이 들고, 지극히 부당한 결과가 되는지도 도저히 납득하기 어렵다.

우선 ① 사안의 경우 중개거래로서 방문판매법상 판매에 위탁 및 중개를 포함하고 있긴 하나 공인중개사는 부동산이라는 재화를 직접 판 것이 아니라(매도인의 판매원으로 볼 수도 없다), 매도인과 매수인을 부동산 거래를 중개한 것이기에 부동산이라는 재화를 중개한 것이 아니라, 재화의 판매를 중개한 것으로 보아야 하지 않을까 싶다. 즉, 매수인에게는 중개라는 용역을 판매한 것이지 재화 자체를 판매한 것이 아닌 것이다. 중개라는 용역을 판매하였다고 한다면, 실제 부동산 매매가 된 경우에 중개행위는 종료되는 것이고, 해당 공인중개사는 매수인에게 중개 수수료 청구권을 갖게 된다. 이 경우 소비자는 중개사로부터 중개용역을 모두 제공받은 것으로서 방문판매법 제8조 제2항 제2호(소비자가 재화등을 사용하거나 일부 소비하여 그 가치가 현저히 낮아진 경우)에 해당하여 철회권 행사를 할 수 없게 된다. 즉, 부당한 결과는 존재할 수도 없는 사례이다.

다음으로 ② 사안의 경우 이미 매수를 희망한다고 하여 연락처를 받은 것인지, 단지 지인의 소개를 받은 사람에 대해 연락을 한 것인지가 불분명하나, 전자의 경우라면 이미 구매의사가 있었기에 권유요건을 흠결하게 될 것이고, 후자의 경우 지인의 지인을 통해 전화상 자동차 구매를 권유한 것이므로 전화권유판매 요건에 해당할 수 있고, 철회권을 인정한다고 하여 부당한 결과가 되긴 어렵다. 이렇듯 기존 고객을 통하여 새로운 고객을 유치하는 판촉방식을 MGM마케팅



이라고 하는데, 전형적인 방문판매 내지 전화권유판매의 방식에 해당한다.

마지막으로, ③ 사안의 경우도 중개거래라면 ① 사안과 마찬가지로, 해당 중개상이 위탁 판매를 한 것이라면 전화권유판매로 본다고 하여 부당한 결과가 생길 여지는 없다고 보인다.

해당 하급심 판결에서 주장 논리전개를 위해 나름 적절한 예시로 제시한 것이 위와 같이 적절치 않거나 오히려 모순된다면 최초 주장 자체에 문제가 있기 때문이 아닐까.

라. 철회권 행사기간 및 하자 치유 가능성의 문제

선분양 방식의 분양계약시 분양목적물인 재화가 공급되기까지 2-3년이 소요되므로 소비자의 방문판매법상 철회기간은 공급(시작)일에 해당하는 완공 후 입주사전점검 시작일부터 기산하게 된다. 애초 철회기간은 14일로 짧게 규정되어 있으나, 사실상 부동산 분양계약의 경우에는 2-3년의 기간 동안 소비자의 철회권 행사에 따른 무효화 가능성을 갖게 되고, 거래의 안전에 심각한 문제가 생길 수 있게 된다.

물론, 선분양 방식의 분양계약에 있어서 이례적인 방문판매 등의 방법으로 판촉행위를 한 분양자가 감당해야 할 법적 위험이라고 봄이 마땅할 수도 있다.

이에 대해 일부 견해는 건축물의 분양계약의 경우 계약체결 이후 상당한 기간이 지난 이후에 건축물을 인도받으므로 청약철회 행사기간을 건축물의 등기이전 및 인도시점으로 하기 곤란하며, 분양권리증서가 교부된 시점부터 청약철회권을 행사할 수 있다고 보아야 한다고 주장한다. 그 근거로 분양계약의 경우 입주 청구권 등의 권리를 매매한 것으로 분양계약서의 교부와 더불어 청약철회 기간은 진행된다고 볼 것이기 때문이라는 것이다.⁶⁵⁾ 이러한 견해는 앞서 본 분양 계약의 법적 성격과는 배치된다고 보인다. 또한 방문판매법 자체가 재화와 용역을 대상으로

65) 김도년·최명구, 앞의 글, 254쪽



하는데, 분양계약의 본질이 매매의 성격을 부인할 수 없는 이상 무리한 주장으로 이해된다.

또한 청약철회권의 행사기간을 계약체결시로 보아야 한다는 견해⁶⁶⁾로는 ‘재화가 늦게 공급되는 경우’(제8조 제1항 제1호 단서)에 대해 전화로 판매되는 재화 등은 이를 실물로 보기 전에는 그 실제 상태와 필요성, 오인·경솔한 청약 여부 등을 확실하게 알 수 없으므로 이를 공급받은 후에 청약을 철회할 수 있는 기간을 부여하기 위한 취지로 보인다면, 재화가 동산이 아닌 신축 예정인 건물의 경우에는 분양계약 당시 대략적인 건물의 위치와 구조, 내·외부 인테리어, 조경, 주변환경 등에 관하여 설명을 듣고 조감도, 모델하우스 등을 살펴본 후 확정적인 재화에 관하여 계약을 체결하는 것으로서 그 성질상 완공을 기다리는 것이 ‘재화가 늦게 공급되는 경우’에 해당한다고 보기 어렵다는 것이다.

그런데 청약철회기간은 재화등의 공급을 전제하고 있으며,⁶⁷⁾ 표시 광고 및 계약 내용과 다르게 이행된 경우에는 그 재화등을 공급받은 날부터 3개월 이내에, 그 사실을 알 수 있었던 날부터 30일 이내에 청약철회를 할 수 있도록 규정하고 있다(제8조 제3항). 즉, 다르게 이행된 경우 뿐만 아니라 제대로 이행된 경우에도 방문판매법은 철회기간을 재화등이 공급된 날부터 기산하도록 규정하고 있는데, 이와 같은 명문의 법규정을 해석으로만 배제할 수 있을지 그 타당성이 의문이다. 오히려 방문판매법 규정에도 불구하고 판매자는 방문판매등의 방법으로 판매행위를 하여 이익을 얻은 것인데, 그로 인한 법률적 위험을 거래안전만의 이유로 제한하는 것이 적절한지도 의문이다.

한편 대법원 2023. 6. 15. 선고 2018다287034 판결에서는 아래와 같이 판시하여 소비자의 철회권 행사의 전제로서 철회제한 사유의 존부 및 그러한 제한 사유 표시의무에 대한 입증책임을 사업자에게 부담토록 하고 있다.

66) 수원지방법원 평택지원 2023. 4. 5. 선고 2022가단69702 판결(항소없이 확정)

67) 제8조 뿐만 아니라 제9조에서는 청약 철회시 이미 공급받은 재화를 반환하도록 규정하고 있다.



『전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 ‘전자상거래법’이라 한다) 제17조, 제18조 및 방문판매 등에 관한 법률(이하 ‘방문판매법’이라 한다) 제8조, 제9조는 소비자의 청약철회권에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 소비자는 각 법률에서 정한 청약철회기간 이내에 계약에 관한 청약철회권을 행사할 수 있고, 청약철회권을 행사한 경우에는 소비자는 공급받은 재화 등을 반환하고 사업자는 지급받은 대금을 환급하여야 한다. 다만 법률에서 정한 사유가 있는 경우에는 소비자의 청약철회권 행사가 제한되어 소비자는 사업자의 의사에 반하여 청약철회권을 행사할 수 없다. 그러나 사업자는 법률에서 정한 청약철회권 제한사유를 소비자가 쉽게 알 수 있는 곳에 명확하게 표시하는 등으로 소비자의 청약철회권 행사가 방해받지 않도록 조치하여야 하고, 이를 하지 않은 경우에는 청약철회권 제한사유에 해당하더라도 소비자는 청약철회권을 행사할 수 있다.

전자상거래법과 방문판매법은 소비자가 계약을 체결한 후라도 일정한 기간 내에는 그 의사를 재고하여 아무런 불이익 없이 계약을 처음부터 없었던 것으로 할 수 있도록 청약철회권 규정을 두어 소비자를 보호하고 있다. 소비자는 청약철회권을 행사함으로써 그 계약에서 정한 위약금 등을 부담하지 않고도 체결된 계약을 일방적으로 해소할 수 있고, 이러한 점에서 청약철회권의 행사는 일반적인 계약의 해지와는 구별된다. 소비자에게 청약철회권 행사의 자유는 최대한 보장되어야 하고 그 제한은 예외적으로만 허용되어야 한다. 위 각 법률이 사업자에게 청약철회권 제한사유에 대한 표시의무를 부담시키고 이를 다하지 않는 경우에는 소비자에게 청약철회권 행사를 할 수 있도록 하는 것도 이러한 취지에서라고 할 수 있다. 위와 같은 소비자기본법 및 전자상거래법 등의 입법 취지와 청약철회권 제도의 목적 및 내용을 고려할 때, 소비자의 청약철회권 행사에 대해서 사업자가 이를 부정하고 계약을 유지시키기 위해서는 청약철회권 제한사유가 존재하는지 및 그러한 제한사유 해당 사실에 대한 표시의무를 다하였는지를 모두 증명하여야 한다.』

이에 대해 일부 견해⁶⁸⁾는 분양계약에 따른 철회권 행사기간 등 제한사유에 관해 제대로 고지

68) 서울북부지방법원 2024. 2. 8. 선고 2023가단127119 판결(항소심 진행 중)



되지 않은 사안(계약금 및 중도금 1차까지 지급한 이후 철회권을 행사한 사례)에서 ① 계약 체결 후 2달이 훨씬 지난 시점에 중도금이 납부된 점, ② 민법 제565조 제1항에 의한 계약금 포기 해제가능성을 감안할 때 중도금 납부 이후에도 철회권을 인정하는 것은 다소 부당한 점, ③ 적어도 중도금 납입 이후 철회권 제한 사유 미고지로 인한 하자가 치유된다고 봄이 타당한 점, ④ 여러 이해 당사자들이 존재하는 집합건물의 분양에 있어서 매수인 개인의 변심 등에 의하여 청약철회권 행사를 무제한으로 인정하게 되면 다른 선의의 매수인에게도 피해를 입힐 수 있다고 할 것인 점, ⑤ 계약의 중요사항에 대한 미고지 등이 있을 경우 착오에 의한 계약의 취소를 통하여 매수인의 권리를 보호할 수 있다고 할 것인 점 등을 이유로 원고의 철회권 행사를 배척하였다.

앞선 견해보다 진일보한 취지의 판시로 이해된다. 즉, 철회권 제한사유 미고지 시에도 최소 중도금이 지급되기 전 단계에서는 계약 체결 후 14일이 지났어도 철회권 행사가 가능하다고 보았기 때문이다.

그런데 위 견해 역시 논리적 문제점이 있다. ①과 관련하여 철회권 행사관련 사항이 고지되지 않은 계약을 체결한 것이고, 중도금을 지급하였다고 하더라도 달리 볼 이유가 있는지 마땅치 않다. ②와 관련하여 계약금 몰취 등의 피해를 피하기 위해 방문판매법상 철회권이 존재하는 것이라는 점에서 납득이 어렵다. ③과 관련해서는 중도금 납부 시 수분양자로서는 이행의 착수로 볼 수 있겠지만 이행의 착수가 철회권 사유 미고지로 인한 하자치유의 근거가 되는 것도 이해하기 어렵다. ④와 관련하여 집합건물의 분양이 단체법적 성격이 있다는 전제인데, 그런 논리가 있는 지도 의문이다. 재건축, 재개발과 같이 사업추진 조합과 조합원의 관계라면 모를까. 불특정 다수인을 상대로 한 분양계약에서 단체법적 성격은 있다고 보기 어렵다. ⑤ 철회권 자체가 변심권을 보장하는 것이고, 착오 등 입증의 어려움에서 소비자에게 손쉬운 구제책을 방문판매법에서 규정한 것인데, 선후가 바뀐 근거를 제시하고 있기 때문이다.

그렇다면 부동산 분양계약상 소비자의 철회권과 판매자의 불측의 손해 및 거래안전을 조화할 수 있는 방안이 무엇일까. 굉장히 어려운 문제일 수 밖에 없다. 그런데 현행법상 소비자에게



강력한 철회권이 발생할 수 밖에 없는 방문판매 등의 판매방식을 택한 분양자에게 굳이 불측의 손해우려를 이유로 현행법의 명문규정을 임의로 제한해석하는 것이 적절한가 의문이 든다. 또한 위와 같이 철회권 행사를 제한하는 해석의 근거로 거래의 안전은 소비자와 분양자 사이의 문제일 뿐 선의든 악의든 제3자라는 것이 존재하는지도 의문이다.

4. 대상판결의 의의

대상판결은 전화권유판매에서 소비자를 권유하여 어떤 장소(사업장이든 그 외 장소)이든 유인하여 계약을 체결하는 경우도 포함된다고 하여 전화권유판매의 범위를 확장하였다. 방문판매와의 관계 및 법 적용 공백 가능성을 감안할 때 지극히 타당한 판결이다.

우선, 대상판결에서 근거로 들고 있다시피 전화권유판매는 판매원의 적극적 개입성이 방문판매와 다르지 않다. 또한 제6조는 방문판매든 전화권유판매든 소비자가 사업장에 방문하는 경우를 상정하고 있고, 제7조에서도 일정한 사항이 적힌 계약서의 교부를 전제하고 있다. 즉, 방문판매법은 전화권유판매에서도 방문판매와 마찬가지로 소비자의 사업장 방문을 전제하고 있는 것이다.

무엇보다 대상판결과 같이 해석하지 않을 경우 판매원이 소비자에게 비대면으로 전화상 청약 등을 권유하여 소비자가 스스로 분양사무소를 방문하게 한 경우 사업장 외의 장소에서 권유에 해당되지 않게 되어 방문판매가 될 수 없게 된다. 방문판매법상 사업장 외의 장소에서의 청약의 유인방법은 허위 내지 과장에 의한 권유⁶⁹⁾가 아닌 한 대면하여 권유한 후 함께 사업장으로 이동하는 경우만(동행방식)을 전제하기 때문이다.

그런데 대면 방식으로 사업장 외에서 권유하여 동행 방식으로 사업장으로 이동하든, 비대면 방식(전화)으로 권유하여 비동행 방식(소비자 스스로 방문)으로 방문하든 전화 기능의 특성상

69) 동법 시행규칙 제3조 제2호 및 제3호



판매원의 적극적 개입성이 다르다고 할 수 없기 때문이다. 물론 전화상 권유와 소비자의 사업장 방문 사이에 시간적 근접성 혹은 최소한의 인과관계는 인정되어야 할 것이다.

대상판결 이후 부동산 분양계약에 대한 방문판매법의 적용범위, 철회권 행사요건 등에 관해 여러 해석상 논란이 있고, 대상판결 취지가 문제 있다는 전제에서 그 판시 취지를 축소하려는 여러 견해가 있다. 다만 그와 같은 견해들이 과연 소비자 보호를 목적으로 제정된 방문판매법의 실정법 해석으로 적합한지는 여전히 의문이 든다.

아무튼 대상판결은 부동산의 분양계약에서도 방문판매법이 적용될 수 있는 계기를 열었고, 소비자 보호 측면에서 큰 의미가 있다고 볼 수 있다.



[참고문헌]

1. 단행본

권오승·홍명수, 경제법, 제15판

김홍석·한경수, 개정 방문판매법 해설, 제1판

양창수, 김재형 공저, 민법 I 계약법(제2판)

2. 논문

고형석, “방문판매의 정의에 관한 연구”-「저스티스」 통권 제130호(2012. 6.)

김도년, 최명구, “부당한 부동산 거래행위와 매수인의 보호-분양사업자의 건축물 부당매매와 매수인의 방문판매법상 청약철회권 행사를 중심으로”-토지법학 제29-1호(2013. 6. 30)

오세문, “수분양자의 법적 권리에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학석사학위논문(2008).

장보은, “계약의 해소와 부당이득반환의 문제 : 선분양계약에서의 신탁관계를 중심으로-대법원 2017. 7. 11. 선고 2013다55447 판결”-「저스티스」 통권 제171호(2019. 4.)

정미애·김진·박용한, “인터넷을 활용한 부동산 거래에 관한 연구”, 한국전자통신학회논문지 제8권 제3호, 2013

3. 그 외 문헌

한국소비자원 보도자료(2013. 3. 25.) : “전화권유·방문판매를 통한 부동산 계약, 청약철회 가능”- 소비자분쟁조정위원회, 부동산에 대한 청약철회권 첫 인정-

공정거래위원회 보도자료(2012. 3. 14.) : “홍보관에서 산 물건도 환불이 가능해집니다.”

▶ 발표일시 : 2024. 9. 4.(수) 07시 30분

▶ 사 회 : 김재승 변호사

▶ 참석회원 : 김건우, 김재승, 류원용, 박원경, 배병호, 백가예, 서규영, 서장원, 신성민, 신용간, 엄정숙, 오상민, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이성민, 이재용, 이종걸, 이진수, 장재형, 정정주 변호사 (총 22명)



진로 변경을 제한하는 안전표지인 ‘백색실선’이 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서 제1호에서 정하고 있는 ‘통행금지를 내용으로 하는 안전표지’에 해당하는지 여부

Whether the ‘solid white line’, a safety sign that restricts route changes, corresponds to the ‘safety signals for prohibition of traffic’ as defined in Article 3, Paragraph 2, Proviso No. 1 of ACT ON SPECIAL CASES CONCERNING THE SETTLEMENT OF TRAFFIC ACCIDENTS.

辯護士 윤 성 식

Yun Seong Sig

【사건의 표시】

대법원 2024. 6. 20. 선고 2022도12175 판결

논문요약

본 평석 대상판결은, 피고인이 승용차를 운전하여 진로 변경을 제한하는 안전표지인 백색실선을 침범하여 진로를 변경하던 중, 피고인 후방에서 진행하던 택시가 피고인 승용차와 추돌을 피하기 위해 급정거하였고, 이로 인하여 택시 승객인 피해자가 약 2주간의 치료가 필요한 경추의 염좌 및 긴장 등의 상해를 입었다는 교통사고처리



특례법위반(치상)으로 기소된 사안에서, 도로면의 백색실선이 교통사고처리 특례법 제3조 제2항 단서 제1호에서 정한 ‘통행금지를 내용으로 하는 안전표지’에 해당하지 않고 피고인이 운전한 승용차가 자동차 종합보험에 가입되어 있었다는 이유로 이 사건 공소를 기각한 원심판결을 확정하고, 도로교통법 제14조 제5항에 따라 통행하고 있는 차의 진로 변경을 금지하는 안전표지인 백색실선이 단서 제1호에서 규정하는 ‘통행금지를 내용으로 하는 안전표지’에 해당한다고 판단한 대법원 2004. 4. 28. 선고 2004도1196 판결 등 종전 대법원 판례를 변경한 전원합의체판결로서, 교통사고로 인한 피해의 신속한 회복을 촉진하고 국민생활의 편익을 증진하고자 하는 교통사고처리특례법의 입법취지를 참작하여 형사법의 대원칙인 죄형법정주의 원칙에 따라 단서 제1호에서 규정한 ‘통행금지’의 의미를 엄격하게 해석하여 형사처벌의 범위가 부당하게 확대되지 않도록 종전의 판례를 변경하였다는 데에 큰 의미가 있다.

〈주제어〉

죄형법정주의

principle of legality

목 차

- I. 사건의 개요 - 공소사실
- II. 제1심 및 원심 판결 이유의 요지(공소기각)
- III. 종전 대법원 판결 이유
- IV. 대법원 판결 이유



V. 대법원 판결에 대한 평석

1. 죄형법정주의 취지에 따른 문언해석과 관련하여
2. 진로 변경금지의 백색실선과 통행금지의 안전표지의 평가적 동일성 여부에 관하여
3. 백색실선을 위반하여 차로변경을 하는 경우의 사고 발생의 위험성, 사고결과의 치명성의 정도에 관하여
4. 교통사고처리특례법의 입법취지와 관련하여

VI. 결론

I. 사건의 개요 - 공소사실

피고인은 승용차를 운전하는 사람이다.

피고인은 2021. 7. 9. 16:40경 위 차량을 운전하여 대구 달서구에 있는 한의원 앞 편도 4차로를 1차로(유턴차로)에서 2차로로 진로를 변경하게 되었다. 그곳은 진로 변경을 제한하는 안전표지인 백색실선이 설치된 곳이므로 이러한 경우 운전업무에 종사하는 사람으로서는 차로를 변경하지 아니하고 안전하게 운전하여 사고를 미연에 방지하여야 할 업무상 주의의무가 있었다.

그럼에도 불구하고 피고인은 이를 게을리한 채 1차로(유턴차로)에서 2차로로 백색실선 구간에서 진로를 변경한 과실로 마침 같은 방면 2차로를 따라 진행하던 A 운전의 개인택시가 피고인 차량과 충돌을 피하기 위해 급정지하게 하였다.

결국 피고인은 위와 같은 업무상과실로 위 개인택시 승객인 피해자 B에게 약 2주간의 치료를 요하는 경추의 염좌 및 긴장 등의 상해를 입게 하였다.

II. 제1심 및 원심 판결 이유의 요지(공소기각)



1. 1심 판결 이유(공소기각)

① 교통사고처리특례법 제3조 제2항¹⁾ 단서 제1호(다음부터 ‘단서 제O호’라고 지칭한다)는, “「도로교통법」 제5조에 따른 신호기가 표시하는 신호 또는 교통정리를 하는 경찰공무원등의 신호를 위반하거나 통행금지 또는 일시정지를 내용으로 하는 안전표지가 표시하는 지시를 위반하여 운전한 경우”라고 규정하여, ‘제5조의 신호기 또는 경찰공무원의 신호’를 위반하는 경우와는 달리, ‘안전표지’의 경우는 ‘통행금지 또는 일시정지’를 내용으로 하는 안전표지를 위반하는 경우로 명백히 한정하고 있다. 도로교통법 제5조는 ‘교통안전시설이 표시하는 신호 또는 지시에 따를 의무’를 규정하고, 도로교통법 제4조, 동법 시행규칙 제6조, 제8조는 교통안전시설의 종류로 신호기와 안전표지를 규정하고 있으며, 이 사건에서 문제되는 ‘백색실선’은 안전표지 중 5. 노면 표시에 해당하는데(시행규칙 제8조 별표 6의 503, 506 해당 그림 및 설명은 별지 1 참조), 이는 단지 ‘진로 변경금지’를 의미하는 안전표지이다.

② 문리적 해석상 ‘통행금지’와 ‘진로 변경금지’는 각각 가리키는 의미가 다르다. ‘도로’의 도로 교통법상 정의 및 사전적 의미 그리고 ‘통행’의 사전적 의미를 종합해보면, ‘통행금지’는 ‘어떤 도로를 그 진행방향으로 지나가는 것을 허용하지 아니 한다’는 의미를 가진다. ‘진로 변경금지’란 ‘어떤 도로에서 그 진행방향으로 통행이 허용됨을 전제로, (노면에 백색실선이 그어진) 특정 구간에서는 차로를 변경할 수 없고 차로를 따라 한 줄로 진행하는 방법으로만 통행하여야 한다’는

1) 제3조(처벌의 특례) ② 차의 교통으로 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄(業務上過失致傷罪) 또는 중과실치상죄(重過失致傷罪)와 「도로교통법」 제151조의 죄를 범한 운전자에 대하여는 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소(公訴)를 제기할 수 없다. 다만, 차의 운전자가 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범하고도 피해자를 구호(救護)하는 등 「도로교통법」 제54조제1항에 따른 조치를 하지 아니하고 도주하거나 피해자를 사고 장소로부터 옮겨 유기(遺棄)하고 도주한 경우, 같은 죄를 범하고 「도로교통법」 제44조제2항을 위반하여 음주측정 요구에 따르지 아니한 경우(운전자가 채혈 측정을 요청하거나 동의한 경우는 제외한다)와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로 인하여 같은 죄를 범한 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2016. 1. 27., 2016. 12. 2.>

1. 「도로교통법」 제5조에 따른 신호기가 표시하는 신호 또는 교통정리를 하는 경찰공무원등의 신호를 위반하거나 통행금지 또는 일시정지를 내용으로 하는 안전표지가 표시하는 지시를 위반하여 운전한 경우
2. 「도로교통법」 제13조제3항을 위반하여 중앙선을 침범하거나 같은 법 제62조를 위반하여 횡단, 유턴 또는 후진한 경우(이하 생략)



의미를 가진다고 볼 수 있다. 즉, 백색실선을 위반한 진로 변경행위는 '통행금지'의 위반이 아니라 '통행방법제한'의 위반이다.

③ 만약 백색실선 위반이 단서 제1호의 '통행금지를 내용으로 하는 안전표지'에 포함된다면, 중앙선 침범이 제1호에 포섭됨은 더욱 당연하므로, 애초에 교통사고처리 특례법 입법 시 단서 제1호 외에 단서 제2호2)를 별도로 규정할 아무런 이유가 없었다.

④ 도로교통법은 '통행금지'와 '진로 변경금지'를 별도로 규율하고 있다.

⑤ 1981년 제정된 교통사고처리 특례법의 제정이유는 “자동차의 운전이 국민생활의 기본 요소가 되어가는 현실에 부응하여 교통사고를 일으킨 운전자에 대한 형사처벌 등의 특례를 정함으로써 교통사고로 인한 피해의 신속한 회복을 촉진하고 국민생활의 편익을 증진하려는 것”이다.

⑥ 교통사고처리 특례법과 도로교통법의 문언해석, 규정체계 및 입법취지에 비추어 볼 때 '진로 변경금지'는 '통행금지'에 포함되지 않는다고 해석함이 타당하다. 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 명문규정의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않으므로(대법원 2002. 2. 8. 선고 2001도5410 전원합의체 판결, 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도6365 판결 등 참조), '통행금지'의 문언의 범위를 넘어 모든 지시위반행위로 확장해석하여서는 아니 된다.

2. 원심 판결 이유의 요지(공소기각)

도로교통법은 통행금지(법 제6조)와 진로 변경금지(법 제14조)에서 별도로 규율하고 있고, 그 처벌규정도 법 제156조 제2호, 제1호에서 별도로 규정하고 있다. 따라서 도로교통법상의 각 법률 조문의 문언을 그대로 따른다면, 통행금지와 진로 변경금지는 서로 다른 구성요건을 규정한 것이고, 「진로 변경금지」를 「통행금지」라는 구성요건에 편입을 시켜 해석한다면 문언의 객관적인 의미를 따르지 않는 것으로 죄형법정주의 원칙에 위반된다. 또한 '진로 변경'도 일반적인 용례에 따라 해석을 통하여 '통행'에 포함된다고 할 경우에는 법률에 정해진 의미를 넘는 개념을

2) 각주 3) 참조

조작하여 피고인에게 불리하게 확장해석하는 것으로서 죄형법정주의의 원칙에 어긋난다.

도로교통법 제6조³⁾는 “통행의 금지 및 제한”이라는 제목 하에 제1항, 제2항에서 경찰청장은 필요한 경우에는 구간을 정하여 보행자, 차마 또는 노면전차의 통행을 금지하거나 제한할 수 있도록 하면서도, 도로관리청에 그 사실을 통보하고, 제3항의 경우에는 통행금지·제한 사실을 공고하도록 규정하고 있다. 또한 도로교통법 제6조 제3항의 위임에 따른 도로교통법 시행규칙 제10조는 알림판 또는 신문방송을 통한 공고의 방법을 규정하고 있고, 도로교통법 시행규칙 [별표 8]은 알림판의 규격을 별도로 규정한다(별지 2 참조). 또한 도로교통법 시행규칙 제8조에 따른 [별표 6](이하 ‘[별표 6]’이라 한다)의 일련번호 201 내지 207의 표지판의 경우에는(별지 1 참조), 통행이 금지되는 경우에 따른 안전표지의 디자인, 규격, 설치장소와 설치방법, 보조표지(통행금지구간·기간 및 이유를 명시)를 설치할 것을 규정하고 있다. 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서 제1호의 “도로교통법상 통행금지를 내용으로 하는 안전표지”는 위 [별표 6]의 일련번호 201 내지 207의 통행금지의 안전표지를 위반한 것을 의미하는 것은 명백하다.

하지만 위 단서 제1호의 “도로교통법상 통행금지를 내용으로 하는 안전표지”에 도로교통법 제14조 제5항에서 규정하는 진로 변경을 금지하는 안전표지(백색실선)는 포함되지 않는다고 봄

-
- 3) 제6조(통행의 금지 및 제한) ① 시·도경찰청장은 도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 구간(區間)을 정하여 보행자, 차마 또는 노면전차의 통행을 금지하거나 제한할 수 있다. 이 경우 시·도경찰청장은 보행자, 차마 또는 노면전차의 통행을 금지하거나 제한한 도로의 관리청에 그 사실을 알려야 한다. <개정 2018. 3. 27., 2020. 12. 22.>
- ② 경찰서장은 도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 우선 보행자, 차마 또는 노면전차의 통행을 금지하거나 제한한 후 그 도로관리자와 협의하여 금지 또는 제한의 대상과 구간 및 기간을 정하여 도로의 통행을 금지하거나 제한할 수 있다. <개정 2018. 3. 27.>
- ③ 시·도경찰청장이나 경찰서장은 제1항이나 제2항에 따른 금지 또는 제한을 하려는 경우에는 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 그 사실을 공고하여야 한다. <개정 2013. 3. 23., 2014. 11. 19., 2017. 7. 26., 2020. 12. 22.>
- ④ 경찰공무원은 도로의 파손, 화재의 발생이나 그 밖의 사정으로 인한 도로에서의 위험을 방지하기 위하여 긴급히 조치할 필요가 있을 때에는 필요한 범위에서 보행자, 차마 또는 노면전차의 통행을 일시 금지하거나 제한할 수 있다. <개정 2018. 3. 27.>
- [전문개정 2011. 6. 8.]



이 타당하다. 왜냐하면, 진로 변경을 금지하는 안전표지는 [별표 6]의 노면표시 중의 하나로서 일련번호 506에서 그 디자인과 규격을 정하고 있어 그 체계상 통행금지 안전표지와는 다르다. 도로교통법상 '통행금지'의 안전표지와 '진로 변경금지'의 안전표지는 서로 별개의 안전표지일 뿐만 아니라, 통행금지 안전표지는 도로 관리청에 통보 및 시민들에 대한 공고를 요건으로 설치 되는 것이므로 통행금지 안전표지는 백색실선의 진로 변경금지보다 훨씬 가중된 요건에 의하여 설치되고, 특히 공고를 통하여 미리 시민들에게 경고를 하므로 그 위반행위에 대하여는 교통사고처리특례법으로 처벌하는 것이 정당화 된다고 할 수 있으나, 백색실선의 경우는 그런 공고를 통한 시민들에 대한 경고가 결여되어 있어, 이 점에서도 양자를 동일시하기는 어렵다.

III. 종전 대법원 판결 이유

대법원 2004. 4. 28. 선고 2004도1196 판결[교통사고처리특례법위반·도로교통법위반]은 「교통사고처리특례법 제3조 제2항은, 차의 교통으로 인한 업무상과실치상죄는 원칙으로는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없고, 다만 그 단서에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다는 취지를 규정하면서 그 예외 사유로서 제1호로 “도로교통법 제5조의 규정에 의한 신호기 또는 교통정리를 위한 경찰공무원 등의 신호나 통행의 금지 또는 일시정지를 내용으로 하는 안전표지가 표시하는 지시에 위반하여 운전한 경우”를 규정하고 있고, 한편 도로교통법 제3조 제1항은 “특별시장·광역시장 또는 시장·군수(광역시의 군수를 제외한다. 이하 ‘시장 등’이라 한다)는 도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 신호기 및 안전표지를 설치하고 이를 관리하여야 한다. 다만, 유료도로법 제6조의 규정에 의한 유료도로에서는 그 도로관리자가 시장 등의 지시에 따라 이를 설치·관리하여야 한다”, 같은 법 제4조는 “제3조의 규정에 의한 신호기 및 안전표지의 종류, 만드는 방식, 설치하는 곳 그 밖의 필요한 사항은 행정자치부령으로 정한다”, 같은 법 제13조 제4항은 “차마는 안전표지로서 특별히 진로 변경이 금지된 곳에서는 진로를 변경하여서는 아니된다. 다만 도로의 파손, 도로공사 등으로 인하여 장애물이 있는 때에는 그러하지 아니하다”, 같은 법 제53조는 “고속도로 및 자동차전용도로에서의 자동차 또는 보행자의 통행방법 등은 이 장에



규정이 없는 경우에는 제1장 내지 제4장이 정하는 바에 의한다”, 같은 법 제55조 제1항은 “고속도로의 관리자는 고속도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 신호기 및 안전표지를 설치하고 관리하여야 한다”고 각 규정하고 있으며, 도로교통법시행규칙 제3조 제1항 제5호는 위 안전표지 중의 하나로 노면표지(도로교통의 안전을 위하여 각종 주의, 규제, 지시 등의 내용을 노면에 기호, 문자 또는 선으로 도로사용자에게 알리는 표지)를 규정하고, [별표 1]로 노면표지 중의 하나로 도로교통법 제13조 제4항에 따라 통행하고 있는 차의 진로 변경을 제한하는 표시로서 백색실선(일련번호 604)을 규정하고 있는바, 이와 같은 관계 법령에 비추어 보면, 도로교통법상 안전표지를 설치할 권한이 있는 고속도로 관리자에 의하여 고속도로에 설치된 백색실선은 도로교통법 제13조 제4항에 따라 통행하고 있는 차의 진로 변경을 제한하는 안전표지로서 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서 제1호에서 규정하는 도로교통법 제5조 소정의 안전표지에 해당한다고 봄이 상당하다.」고 판시하였다.

IV. 대법원 판결 이유

진로 변경을 금지하는 안전표지인 백색실선은 단서 제1호에서 정하고 있는 ‘통행금지를 내용으로 하는 안전표지’에 해당하지 않으므로, 이를 침범하여 교통사고를 일으킨 운전자에 대하여는 처벌특례가 적용된다고 보아야 한다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

1. 단서 제1호는 ‘안전표지’ 위반의 경우 ‘통행금지 또는 일시정지’를 내용으로 하는 안전표지를 위반하는 경우로 그 적용 범위를 한정하고 있다. 그런데 도로교통법 시행규칙 제8조 제2항 [별표 6] II. 개별기준 제5호 중 일련번호 506(진로 변경제한선 표시)에 따르면 백색실선은 교차로 또는 횡단보도 등 차의 진로 변경을 금지하는 도로구간에 설치하여 통행하고 있는 차의 진로 변경을 제한하는 것을 표시하는 안전표지이다.

도로교통법 제6조는 시·도경찰청장이나 경찰서장은 각 요건에 따라 보행자, 차마 또는 노면전차의 통행을 금지하거나 제한할 수 있고, 그 경우에는 도로관리청에 그 사실을 알리고 도로관리자와 협의하며, 통행금지·제한 사실을 공고하도록 규정하고 있다. 도로교통법 시행규칙



제10조 제1항 [별표 8]을 비롯하여 같은 규칙 제10조는 그 공고의 구체적인 방법을 규정하고 있으며, 차마의 통행이 금지되는 경우에 관한 안전표지를 만드는 방식, 규격, 설치기준 및 장소, 통행금지구간·기간 및 이유를 명시한 보조표지에 대하여는 도로교통법 시행규칙 제8조 제2항 [별표 6]이 구체적으로 규정하고 있다(위 별표 II. 개별기준 제2호 나목 일련번호 201 내지 207, 210 등). 그런데 진로 변경금지의 경우 그 금지 사실을 도로관리청에 알리거나 공고하도록 하는 등의 규정을 두고 있지 않다. 진로 변경을 금지하는 안전표지인 백색실선은 도로교통법 시행규칙 제8조 제2항 [별표 6]에 안전표지의 하나로 규정되어 있기는 하나, 통행금지 안전표지와 달리 규제표지가 아닌 노면표시 항목(위 별표 II. 개별기준 제5호 중 일련번호 506)에 규정되어 있을 뿐만 아니라, 금지구간·기간 및 이유를 명시한 보조표지에 관한 규정이 존재하지 않으며, '도로표지의 종류', '표시하는 뜻', '설치기준 및 장소'에 '진로 변경을 제한 또는 금지한다'는 취지의 기재가 있을 뿐 '통행을 금지한다'는 취지가 기재되어 있지 않아 일반적인 통행금지 안전표지와는 달리 취급되고 있다.

2. 도로교통법 제6조 제1항은 '도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 필요하다고 인정할 때'에는 '구간을 정하여 통행을 금지하거나 제한'할 수 있도록 규정하는 한편, 통행금지 또는 제한을 위반한 행위를 같은 법 제156조 제2호에 따라 처벌하고 있다. 반면 도로교통법 제14조 제5항 본문은 '안전표지가 설치되어 특별히 진로 변경이 금지된 곳에서는 차마의 진로를 변경하여서는 아니 된다.'고 규정하는 한편, 진로 변경금지나 제한을 위반한 행위를 같은 법 제156조 제1호에 따라 처벌하고 있다. 도로교통법 제156조가 제1호와 제2호의 위반 행위에 대하여 동일한 형을 정하고 있기는 하나, 도로교통법은 통행금지와 진로 변경금지를 구분하여 규율하면서 처벌 체계를 달리하고 있으므로, 통행금지와 진로 변경금지에 관하여 서로 다른 금지규범을 규정한 것으로 보아야 한다. 따라서 진로 변경금지 위반을 통행금지 위반으로 보아 단서 제1호에 해당한다고 보는 것은 문언의 객관적인 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 해석을 하는 것이다.

3. 단서 제1호가 규율하는 것은 크게 신호위반, 통행금지를 내용으로 하는 안전표지 지시위반, 일시정지를 내용으로 하는 안전표지 지시위반의 세 가지이다. 신호위반이나 일시정지 지시위반의 경우에는 도로교통법규의 문언만으로도 비교적 명확하게 그 해당 여부를 알 수 있다. 통행금지의 경우에도, 도로교통법(제15조 제3항)이 직접 정해진 차종 이외의 통행을 금지하고 있는 전용차로



구분선이나, 도로교통법 시행규칙 제8조 제2항 [별표 6] II. 개별기준 제2호 나목 일련번호 201 내지 207, 210, 211 등과 같이 위 별표의 도로표지 도안이나 ‘표시하는 뜻’, ‘설치기준 및 장소’ 등에 ‘통행금지’ 또는 ‘진입금지’라는 문언이 사용된 경우에는 단서 제1호에 포함된다고 볼 수 있다. 반면 이 사건에서 문제가 된 진로 변경제한선과 같이 해당 표지에 위반하여 진로를 변경하는 것 자체는 금지되어 있으나, 진로를 변경한 이후 해당 방향으로의 계속 진행이 가능한 경우 그 위반행위를 ‘통행방법제한’을 위반한 것으로 볼 수는 있어도, 법문언에서 말하는 ‘통행금지위반’으로 볼 수는 없다.

4. 교통사고처리법 제정 당시부터 현재까지 단서 제1호의 문언은 거의 변동이 없다. 그런데 교통사고처리법 제정 당시 시행되고 있던 구 도로교통법 시행규칙(1982. 6. 21. 내무부령 제376호로 개정되기 전의 것)은 노면표시의 하나로 진로 변경제한선을 규정하고 있지 않았다. 그렇다면 입법자는 교통사고처리법을 제정하면서 진로 변경을 금지하는 백색실선을 단서 제1호의 ‘통행금지를 내용으로 하는 안전표지’로 고려하지 않았다고 보는 것이 합리적이다.

5. 진로 변경을 금지하는 안전표지인 백색실선이 설치된 교량이나 터널에서 백색실선을 넘어 앞지르기를 하는 경우에는 별도의 처벌특례 배제사유가 규정되어 있으므로(교통사고처리법 제3조 제2항 단서 제4호4), 백색실선을 ‘통행금지를 내용으로 하는 안전표지’로 보지 않는다고 하여 중대 교통사고의 발생 위험이 크게 증가한다고 보기는 어렵다.

6. 청색실선으로 전용차로가 구분되어 있는 경우, 전용차로 표시에 관한 도로교통법 시행규칙 제8조 제2항 [별표 6] II. 개별기준 제5호 중 일련번호 504에 따르면, 전용차로제가 시행되지 않는 시간대에는 전용차로와 일반차로를 구분하는 청색실선을 위 제5호 중 일련번호 503의 차선 표시로 보게 되므로 이 시간대에는 백색실선과 동일한 의미를 가진다. 그런데 백색실선을 단서 제1호에서 규정하는 ‘통행금지를 내용으로 하는 안전표지’로 볼 경우, 전용차로제가 시행되는 시간대는 물론 전용차로제가 시행되지 않는 시간대에도 일반 차량의 운전자가 청색실선을 넘어 진로를 변경하는 과정에서 교통사고가 발생하면 처벌특례의 적용을 받을 수 없는 문제가 있다.

7. 이와 달리 도로교통법 제14조 제5항에 따라 통행하고 있는 차의 진로 변경을 금지하는 안전

4) 4. 「도로교통법」 제21조 제1항, 제22조, 제23조에 따른 앞지르기의 방법·금지시기·금지장소 또는 끼어들기의 금지를 위반하거나 같은 법 제60조 제2항에 따른 고속도로에서의 앞지르기 방법을 위반하여 운전한 경우



표지인 백색실선이 단서 제1호에서 규정하는 '통행금지를 내용으로 하는 안전표지'에 해당한다고 판단한 대법원 2004. 4. 28. 선고 2004도1196 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하기로 한다.

V. 대법원 판결에 대한 평석

1. 죄형법정주의에 따른 문언해석과 관련하여

죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다. 그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1428 전원합의체 판결, 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도6535 판결 등 참조).

죄형법정주의와 관련한 대법원 판결례는 무수히 많다. 일례로 대법원 2011. 8. 25. 선고 2011도7725 판결[도로교통법위반(무면허운전)]에서도, 원동기장치자전거면허의 효력이 정지된 상태에서 원동기장치자전거를 운전한 행위가 구 도로교통법 제154조 제2호⁵⁾, 제43조의 구성요건에 해당하지 아니한다고 보고, 결국 범죄가 되지 아니한다고 판단하였다. 즉 대법원은「도로교통법 제43조는 무면허운전 등을 금지하면서 “누구든지 제80조의 규정에 의하여 지방경찰청장으로부터 운전면허를 받지 아니하거나 운전면허의 효력이 정지된 경우에는 자동차 등을 운전하여서는 아니된다”고 정하여, 운전자의 금지사항으로 운전면허를 받지 아니한 경우와 운전면허의 효력

5) 당시에는 '제43조를 위반하여 제80조에 따른 원동기장치자전거면허를 받지 아니하고 원동기장치자전거를 운전한 사람'으로 규정하고 있었으나, 구 도로교통법(2020. 3. 25. 시행 법률 제16830호, 2019. 12. 24. 일부 개정되기 전의 것)에 따라 '제43조를 위반하여 제80조에 따른 원동기장치자전거를 운전할 수 있는 운전면허를 받지 아니하거나(원동기장치자전거를 운전할 수 있는 운전면허의 효력이 정지된 경우를 포함한다) 국제운전면허증 중 원동기장치자전거를 운전할 수 있는 것으로 기재된 국제운전면허증을 발급받지 아니하고(운전이 금지된 경우와 유효기간이 지난 경우를 포함한다) 원동기장치자전거를 운전한 사람'으로 개정되었다.



이 정지된 경우를 구별하여 대등하게 나열하고 있다. 그렇다면 ‘운전면허를 받지 아니하고’라는 법률문언의 통상적인 의미에 ‘운전면허를 받았으나 그 후 운전면허의 효력이 정지된 경우’가 당연히 포함된다고는 해석할 수 없다. 그런데 자동차의 무면허운전과 관련하여서는 도로교통법 제152조 제1호 및 제2호가 운전면허의 효력이 정지된 경우도 운전면허를 애초 받지 아니한 경우와 마찬가지로 형사처벌된다는 것을 명문으로 정하고 있는 반면, 원동기장치자전거의 무면허 운전죄에 대하여 규정하는 제154조 제2호는 그 처벌의 대상으로 “제43조의 규정을 위반하여 제80조의 규정에 의한 원동기장치자전거면허를 받지 아니하고 원동기장치자전거를 운전한 사람”을 정하고 있을 뿐이고, 운전면허의 효력이 정지된 상태에서 원동기장치자전거를 운전한 경우에 대하여는 아무런 언급이 없으므로, 형벌법규의 해석에 관한 원칙에 비추어 보면, 원동기장치자전거면허의 효력이 정지된 상태에서 원동기장치자전거를 운전한 행위가 도로교통법 제154조 제2호, 제43조의 구성요건에 해당하지 아니한다」고 본 것이다.

죄형법정주의에 따라 이 사건을 검토하여 보면, 1심이 적절히 지적한 바와 같이 일반인의 관념이나 언어생활의 용법은 물론이고 도로교통법 문언에서도 도로의 진행방향 또는 차선을 완전히 가로지르는 행위에 대하여는 ‘횡단’이라고 표현하고 있고(도로교통법 제10조, 제62조), 도로의 진행방향과 차선을 따라서 진행하다가 차선을 넘어가는 행위에 대하여는 ‘침범’이라고 표현하고 있을 뿐(도로교통법 제30조, 제46조의3) 이를 가리켜 ‘차선을 통행한다’고 표현하지는 않는다. 따라서 이러한 행위까지 ‘통행금지’에 포함하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 해석이라 할 것이므로, 단서 제1호에서 규정한 ‘통행금지’의 의미를 엄격하게 해석하지 않고 ‘진로 변경금지’까지 포함하여 해석하는 것은 형사처벌의 범위가 부당하게 확대되도록 하여 죄형법정주의에 저촉되므로, 위와 같은 취지로 해석한 종전 대법원 판결을 변경한 대상판결은 타당하다.

2. 진로 변경금지의 백색실선과 통행금지의 안전표지의 평가적 동일성 여부에 관하여

원심이 적절히 지적한 바와 같이, 도로교통법령은 ‘통행의 금지 및 제한’과 관련하여서는 필요한 경우 구간을 정하여 보행자, 차마 또는 노면전차의 통행을 금지하거나 제한할 수 있도록



하면서도, 도로관리청에 그 사실을 통보하고, 통행금지·제한 사실을 공고하도록 규정하고 있고 또한 알림판 또는 신문방송을 통한 공고의 방법을 규정하고 있으며, 알림판의 규격을 별도로 규정하고 있고 더욱이 보조표지(통행금지구간·기간 및 이유를 명시)를 설치할 것을 규정하고 있는 반면, 진로 변경을 금지하는 안전표지는 노면표시 중의 하나로서 그 디자인과 규격을 정하고 있어 그 체계상 통행금지 안전표지와는 다르고 또한 통행금지 및 제한 사실을 도로 관리청에 통보하거나, 그 사실을 알림판이나 신문방송 등으로 공고하는 것도 아니며, 보조표지(통행금지구간·기간 및 이유를 명시)에 관한 규정도 없어, 그 실질에서도 많은 차이가 있다.

즉, 도로교통법상 '통행금지'의 안전표지와 '진로 변경금지'의 안전표지는 서로 별개의 안전표지일 뿐만 아니라, 통행금지 안전표지는 도로 관리청에 통보 및 시민들에 대한 공고를 요건으로 설치되는 것이므로 통행금지 안전표지는 백색실선의 진로 변경금지보다 훨씬 가중된 요건에 의하여 설치되고, 특히 공고를 통하여 미리 시민들에게 경고를 하므로 그 위반행위에 대하여는 교통사고처리특례법으로 처벌하는 것이 정당화된다고 할 수 있으나, 백색실선의 경우는 그런 공고를 통한 시민들에 대한 경고가 결여되어 있어, 이 점에서도 양자를 동일시하기는 어렵다. 따라서 이러한 측면에서도 진로 변경금지의 백색실선과 통행금지의 안전표지를 동일하게 평가할 수 없으며 이러한 평가적 비동일성을 판단의 한 근거로 삼은 대상 판결은 타당하다.

3. 백색실선을 위반하여 차로변경을 하는 경우의 사고 발생의 위험성, 사고결과의 치명성의 정도에 관하여

1심이 적절히 지정한 바와 같이, 백색실선을 위반하여 차로변경을 하는 경우의 사고 발생의 위험성, 사고 결과의 치명성이 신호위반, 중앙선 침범, 보도 침범 등 다른 12대 중과실의 경우와 같다고 단정할 수 없다. 백색실선이 그어져 있는 곳이라도 해당 도로를 진행 중인 차들은 같은 방향으로 진행 중이므로 옆 차로의 차량이 방향지시등을 켜고 천천히 진로를 변경한다면 충분히 인지하고 안전거리를 유지하여 사고를 피할 수 있다. 백색실선이 진로 변경금지를 의미한다는 사실은 대다수 운전자들이 인식하고 있고 가급적 준수하려고 노력하나, 그렇다고 하여 신호위반, 중앙선 침범, 보도 침범과 같이 다른 운전자가 절대적으로 준수할 것이라고 신뢰하고 이를 전제로

운전하고 있지는 않다. 백색실선은 횡단보도, 교차로 등의 정지선, 백색실선은 아니지만 청색의 버스전용차선 표시 등 실선으로 진로 변경이 금지된 곳은 흔히 볼 수 있고, 실제로 좁은 도로에서 수 많은 차들이 다니는 도로에서는 백색실선을 어느 정도 지나가지 않고서 진로 변경을 할 수 없는 경우가 허다하다. 이런 현실을 도외시하고 백색실선을 넘어서 발생한 사고를 모두 교통사고 처리특례법으로 처벌하겠다는 것도 타당하지 않은바, 이러한 측면에서도 ‘진로 변경금지’를 의미하는 백색실선을 위반한 경우를 ‘통행금지’를 위반한 경우로 해석하거나 단서 각호와 동일하게 평가할 수 없다.

4. 교통사고처리특례법의 입법취지와 관련하여

1981년 제정된 교통사고처리 특례법의 제정이유는 “자동차의 운전이 국민생활의 기본요소가 되어가는 현실에 부응하여 교통사고를 일으킨 운전자에 대한 형사처벌 등의 특례를 정함으로써 교통사고로 인한 피해의 신속한 회복을 촉진하고 국민생활의 편익을 증진하려는 것”이다. 이 법은 교통사고에 대해서는 원칙적으로 종합보험에 가입하거나 합의된 경우 업무상과실치상죄로 기소할 수 없게 하였고, 다만, 신호위반 등의 일부 경우에만 처벌하도록 규정하였다. 단서 각호를 해석함에 있어서도 이러한 입법취지를 고려하여야 한다. 같은 취지에서 대법원 2011. 12. 13. 선고 2011도7843 판결[교통사고처리특례법위반] 또한, 구 교통사고처리 특례법(2010. 1. 25. 법률 제9941호로 개정되기 전의 것) 제3조 제2항 제2호 전단의 ‘도로교통법 제13조 제3항의 규정에 위반하여 중앙선을 침범한 경우’라고 함은 위 특례법의 입법취지에 비추어 그 교통사고가 중앙선을 침범하여 운전한 행위로 인하여 일어난 경우, 즉 중앙선 침범행위가 교통사고 발생의 직접적인 원인이 된 경우를 말한다 할 것이다. 따라서 중앙선 침범행위가 교통사고 발생의 직접적인 원인이 되었다면 그 사고 장소가 중앙선을 넘어서 반대차로이어야 할 필요는 없으나, 중앙선 침범행위가 교통사고 발생의 직접적인 원인이 아니라면 교통사고가 중앙선 침범운행 중에 일어났다고 하여 모두 이에 포함된다고 할 것은 아니므로(대법원 1991. 1. 11. 선고 90도2000 판결 등 참조), 차로 변경 방법을 위반하여 급격하게 차로를 변경함으로써 같은 진행방향 후행 차량의 진로를 막아선 과실이 직접적인 원인이 되어 발생한 사고의 경우 중앙선 침범행위가 그 직접적인 원인이 되었다고 보기는 어렵다 할 것이어서 그 경우 특례법 제3조 제2항 제2호 전단의 ‘도로



교통법 제13조 제3항의 규정에 위반하여 중앙선을 침범한 경우'의 교통사고에 해당하지 않는다고 판단하였다. 즉, 대법원은 종전부터 원칙적인 비범죄화라는 교통사고처리특례법의 입법취지를 참작하는 취지의 판단을 하였던 것이다.

이 사건에서도 원칙적 비범죄화라는 교통사고처리특례법의 입법취지에 비추어 단서 제1호에서 규정한 '통행금지'의 의미를 엄격하게 해석한 대상판결의 태도는 타당하다고 할 것이다.

VI. 결 론

죄형법정주의는 근대 형법상의 근본원칙으로 범죄와 형벌을 명확하게 제정법에 성문화함으로써 국가권력의 부당한 형벌권 행사로부터 개인의 자유와 권리를 근본적으로 법적 보장하려는 데에 있다. 그리고 그 파생원칙 중 하나가 유추해석 금지의 원칙, 즉 문언해석의 원칙이다.

이러한 죄형법정주의의 정신에 따라 대상판결은, 도로교통법 제14조 제5항에 따라 통행하고 있는 차의 진로 변경을 금지하는 안전표지인 백색실선이 단서 제1호에서 규정하는 '통행금지를 내용으로 하는 안전표지'에 해당한다고 판단한 대법원 2004. 4. 28. 선고 2004도1196 판결 등 종전 대법원 판례를 변경하였다.

대상판결은 교통사고로 인한 피해의 신속한 회복을 촉진하고 국민생활의 편익을 증진하고자 하는 교통사고처리특례법의 입법취지를 고려하고 형사법의 대원칙인 죄형법정주의 원칙에 따라 단서 제1호에서 규정한 '통행금지'의 의미를 엄격하게 해석하여 형사처벌의 범위가 부당하게 확대되지 않도록 종전의 판례를 변경하였다는 데에 큰 의미가 있다.

- ▶ 발표일시 : 2024. 10. 2.(수) 07시 30분
- ▶ 사 회 : 오승원 변호사
- ▶ 참석회원 : 김재승, 김지예, 박세웅, 서규영, 서장원, 신성민, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤성식, 윤찬열, 이남진, 이석범, 이선희, 이재용, 이정일, 허익범, 홍영호 변호사(총 18명)



[별지 1]

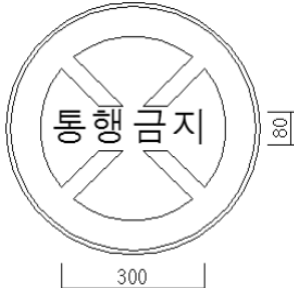
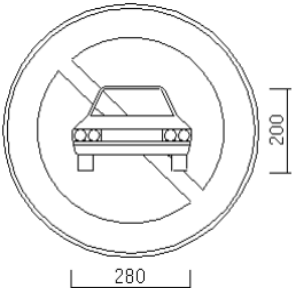
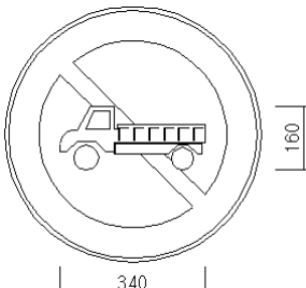
■ 도로교통법 시행규칙 [별표 6] 〈개정 2023. 7. 4.〉

안전표지의 종류, 만드는 방식 및 설치·관리기준

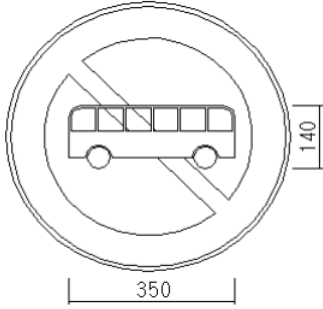
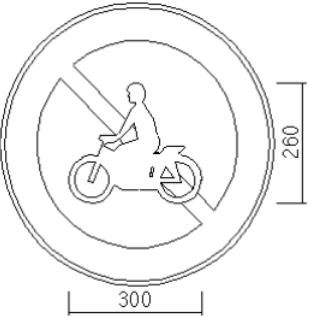
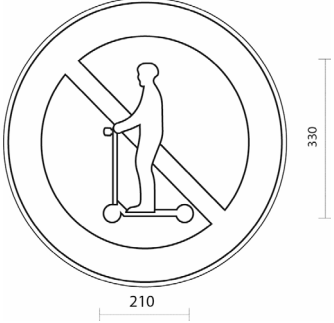
(제8조제2항 및 제11조제1호관련)

1. 규제표지

● 종류별 기준

일련 번호	종류	만드는 방식(단위: 밀리미터)	표시하는 뜻	설치기준 및 장소
201	통행금지 표지		· 보행자 및 차마 등의 통행을 금지하는 것	· 보행자 및 차마 등의 통행을 금지하는 구역, 도로의 구간 또는 장소의 도로의 중앙 또는 우측에 설치 · 통행금지구간·기간 및 이유를 명시한 보조표지를 부착·설치
202	자동차통 행금지표 지		· 자동차의 통행을 금지하는 것	· 자동차의 통행을 금지하는 구역, 도로의 구간 또는 장소의 전면이나 도로의 중앙 또는 우측에 설치 · 통행금지구간·기간 및 이유를 명시한 보조표지를 부착·설치
203	화물자동 차통행금 지표지		· 화물자동차의 통행을 금지하는 것	· 화물자동차의 통행을 금지하는 구역, 도로의 구간 또는 장소의 전면이나 도로의 중앙 또는 우측에 설치 · 필요한 경우 통행금지 구간, 기간, 이유, 차량 총중량 및 차체길이를 명시한 보조표지를 부착·설치



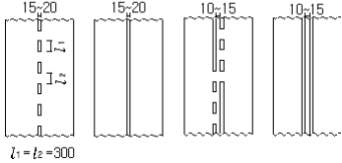
일련 번호	종류	만드는 방식(단위: 밀리미터)	표시하는 뜻	설치기준 및 장소
204	승합자동차통 행금지 표지		· 승합자동차(승 차정원 30명 이상인 것)의 통행을 금지하 는 것	· 승합자동차의 통행을 금지 하는 구역·도로의 구간 또 는 장소의 전면이나 우측에 설치 · 통행금지 구간·기간 및 이 유를 명시한 보조표지를 부 착·설치
205	이륜자 동차및 원동기 장치자 전거통 행금지 표지		· 이륜자동차 및 원동기장치 자 전거의 통행을 금지하는 것	· 이륜자동차 및 원동기장치 자전거의 통행을 금지하는 구역, 도로의 구간 또는 장소 의 전면이나 도로의 중앙 또 는 우측에 설치 · 통행금지 구간·기간 및 이 유를 명시한 보조표지를 부 착·설치
205 의2	개인형 이동장 차통행 금지표 지		· 개인형 이동장 치의 통행을 금 지하는 것	· 개인형 이동장치의 통행을 금지하는 구역, 도로의 구간 또는 장소의 전면이나 도로 의 중앙 또는 우측에 설치 · 통행금지 구간기간 및 이유 를 명시한 보조표지를 부착 · 설치



일련 번호	종류	만드는 방식(단위: 밀리미터)	표시하는 뜻	설치기준 및 장소
206	자동차 · 이륜 자동차 및원동 기장치 자전거 통행금 지표지		· 자동차 · 이륜 자동차 및 원동기장치자전거의 통행을 금지하는 것 · 2개 차종의 통행을 금지할 때에는 해당 차종을 표시한다.	· 자동차 · 이륜자동차 및 원동기장치자전거의 통행을 금지하는 구역, 도로의 구간 또는 장소의 전면이나 도로의 중앙 또는 우측에 설치 · 통행금지구간 · 기간 및 이유를 명시한 보조표지를 부착 · 설치
206 의2	이륜자 동차원 동기장 치자전 거 및 개인형 이동장 치통행 금지표 지		· 이륜자동차·원동기장치자전거 및 개인형 이동장치의 통행을 금지하는 것	· 이륜자동차·원동기장치자전거 및 개인형 이동장치의 통행을 금지하는 구역, 도로의 구간 또는 장소의 전면이나 도로의 중앙 또는 우측에 설치 · 통행금지 구간기간 및 이유를 명시한 보조표지를 부착 · 설치
207	경운기 · 트랙터 및손수 레통행 금지표 지		· 경운기 · 트랙터 및 손수레의 통행을 금지하는 것	· 경운기 · 트랙터 및 손수레의 통행을 금지하는 구역, 도로의 구간 또는 장소의 전면이나 도로의 중앙 또는 우측에 설치 · 통행금지 구간, 기간 및 이유를 명시한 보조표지를 부착 설치



2. 노면표시

일련 번호	종류	만드는 방식 (단위 : 센티미터)	표시하는 뜻	설치기준 및 장소
501	중앙선표 시		· 법 제14조에 따라 도로의 중앙선을 표시하는 것 · 황색실선은 차마가 넘어갈 수 없음을 표시하는 것 · 황색점선은 반대방향의 교통에 주의하면서 일시적으로 반대편 차로로 넘어갈 수 있으나 진행방향 차로로 다시 돌아와야 함을 표시하는 것 · 황색실선과 점선의 복선은 자동차가 점선이 있는 측에서는 반대방향의 교통에 주의하면서 넘어갔다가 다시 돌아올 수 있으나 실선이 있는 쪽에서는 넘어갈 수 없음을 표시하는 것	· 차도 폭 6미터 이상인 도로에 설치하며, 편도 1차로도로의 경우에는 황색실선 또는 점선으로 표시하거나 황색복선 또는 황색실선과 점선을 복선으로 설치 · 중앙분리대가 없는 편도 2차로 이상인 도로의 중앙에 실선의 황색복선을 설치 · 중앙분리대가 없는 고속도로의 중앙에 실선만을 표시할 때에는 황색복선으로 설치



일련 번호	종류	만드는 방식 (단위 : 센티미터)	표시하는 뜻	설치기준 및 장소
502	유턴구역 선표시	30~45 l_2 $l_1 = l_2 = 50$	· 유턴을 허용하는 안전표지가 있는 곳에서 차마가 유턴하는 구역임을 표시하는 것	· 편도 3차로 이상의 도로에서 차마의 유턴이 허용된 구간 또는 장소 내의 필요한 지점에 설치
503	차선표시	10~15 10~15 l_1 l_2 $l_1 = 300 \sim 1,000$ $l_2 = (1.0 \sim 2.0)l_1$	· 법 제14조에 따라 도로구간 내의 차로의 경계를 표시하는 것 · 백색실선은 진로 변경을 제한하는 것 · 백색점선은 동일 방향의 교통에 주 의하면서 진로를 변경할 수 있음을 표시하는 것	· 편도 2차로 이상의 차 도구간 내의 차로 경계 를 표시할 필요가 있는 경우에 설치 · 차로 경계선은 백색실 선 또는 백색점선으로 설치
504	전용차로 표시	15~20 10~15 $l_1 = l_2 = 300$ $l_2 = (1.0 \sim 2.0)l_1$	· 법 제15조에 따라 전용차로의 경계 를 표시하는 것. 다 만, 전용차로제가 시행되지 않는 시 간에는 이를 차선 표시로 본다.	· 편도 3차로 이상의 도 도로에 설치 · 출· 퇴근시간에만 운 영하는 구간은 단선으 로, 그 외의 시간까지 운영하는 구간은 복선 으로 설치



일련 번호	종류	만드는 방식 (단위 : 센티미터)	표시하는 뜻	설치기준 및 장소
			· 청색실선은 차마 가 넘어가서는 안 되는 것임을 표시 하는 것 · 청색점선은 전용 차로를 통행할 수 있는 차마는 넘어 갈 수 있으나, 전용 차로를 통행할 수 없는 차마는 전용 차로 외의 도로 등 으로 진출·진입 하거나 전용차로 의 최초 시작지점 에서 전용차로가 아닌 차로로 진입 하기 위하여 넘어 갈 수 있음을 표시 하는 것 · 청색점선과 실선 의 복선은 차마가 점선이 있는 쪽에 서는 넘어갈 수 있 으나, 실선이 있는 쪽에서는 넘어갈 수 없음을 표시하 는 것	



일련 번호	종류	만드는 방식 (단위 : 센티미터)	표시하는 뜻	설치기준 및 장소
504의 2	노면전차 전용로 표시		· 노면전차만 통행할 수 있는 도로 또는 차로를 표시하는 것	· 노면전차만 통행할 수 있도록 궤도(선로)의 중앙에 노면전차전용 노면표시 설치 · 노면전차 전용차로에는 일반차로와 구분하기 위해 청색 이중실선을 설치하고 전일제로 운영 · 노면전차 전용차로 중 일반차로와 구분하기 위한 연석 등이 설치된 곳에는 청색 이중실선 생략
505	길가장자리 구역선표시		· 법 제2조제11호에 따라 차도와 보도를 구획하는 길가장자리구역을 표시하는 것	· 차도와 보도의 구분이 없는 도로에 있어서 길가장자리 구역을 설치하기 위하여 도로의 외측에 설치
506	진로 변경제한 선표시		· 법 제14조제5항에 따라 통행하고 있는 차의 진로 변경을 제한하는 것	· 교차로 또는 횡단보도 등 차의 진로 변경을 금지하는 도로구간에 백색실선을 설치 · 편도 2차로 이상의 도로에는 정지선으로부터 50미터 이내의 구간에 설치할 수 있다.



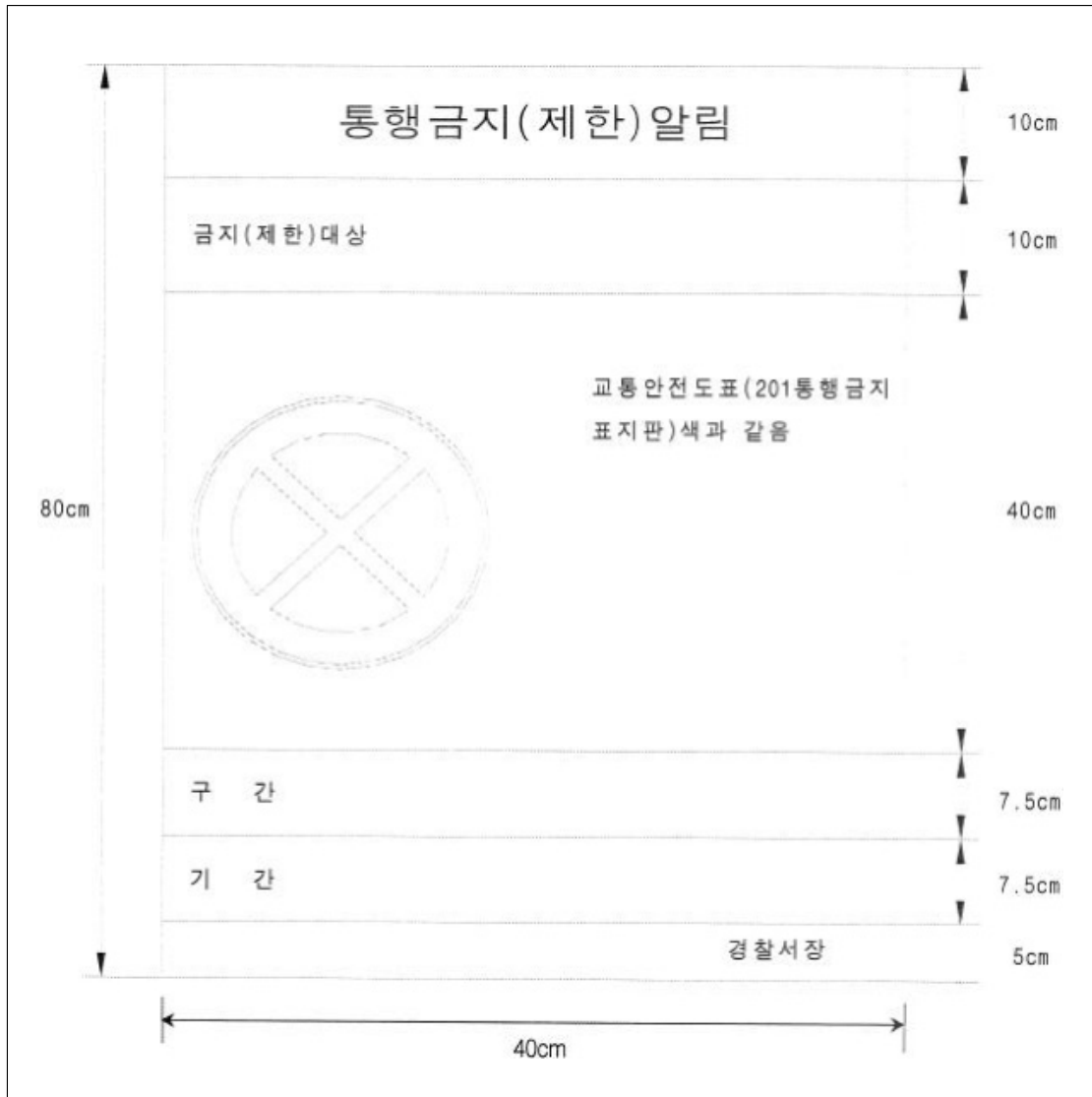
일련 번호	종류	만드는 방식 (단위 : 센티미터)	표시하는 뜻	설치기준 및 장소
507	진로 변경제한 선표시	10~15 10~15 l_1 l_2 10~15 $l_1 = l_2 = 100$	· 차가 점선이 있는 쪽에서는 진로를 변경할 수 있으나, 실선이 있는 쪽에 서는 진로 변경을 제한하는 것	· 도로가 분리·합류되 는 구간 또는 장소 내의 필요한 지점에 설치
508	진로 변경제한 선표시	50 10 l_1 l_2 20 15 $l_1 = 200$ $l_2 = 300$	· 차가 점선이 있는 쪽에서는 진로를 변경 할 수 있으 나, 실선이 있는 쪽 에서는 진로 변경을 제한하는 것	· 고속도로 및 자동차 전용 도로에서 차도의 폭 등을 고려, 특별히 필요하 다고 인정되는 경우 도로 가 분리 또는 합류되는 구간 또는 장소내의 필요 한 지점에 설치



[별지 2]

■ 도로교통법 시행규칙 [별표 8]

통행금지 또는 제한알림판(제10조제1항관련)



(주) 도로의 폭 및 교통여건에 따라 표시판의 크기를 2~4배의 크기로 확대하여 설치할 수 있다.

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW



IV

行政判例研究

Administrative Law

서울지방법원 판례연구 제38집 (2권)



협동조합과 운송비용전가

Cooperative and Passing along of driving cost

변호사 오 승 원

Oh Seung Won

【사건의 표시】

대법원 2024. 2. 29. 선고 2020두54029 판결

논문요약

택시운송사업자는 크게 택시회사와 개인택시로 나뉘어져 있다. 개인택시는 기사개인이 사업주체이므로 운송원가는 기사본인이 책임지고 조달하는 것이 원칙이다. 택시회사의 경우는 종래 거의 대부분 사납금제로 운영되어 왔는데, 사납금제하에서는 회사가 사납금으로 직, 간접비등 차량운송원가를 회수하는 구조이므로, 택시기사들이 납부하는 사납금 안에는 차량구입비(감가상각비), 유류비, 제세공과금등 형식으로는 차량운송원가가 반영되어 있다.

수년전 전액관리제를 정착시키기 위하여 택시운송사업 발전에 관한 법률 제12조 제1항에 의해 택시회사가 기사에게 운송비용을 전가하는 것이 금지하는 규정이 도입되었다. 그런데 위 규정시행이후 협동조합이라는 새로운 사업형태가 도입되어 나날이 확산되고 있는데 협동조합의 경우에도 일반 택시회사와 마찬가지로 운송비용전가 금지 규정이적용되는지, 만약 적용된다면 어떤 경우가 운송비용전가금지에 해당하는지 논란이 벌어지고 있다.



대상판결은 이에 대해 대법원이 최초로 입장을 밝힌 것인데, 본고에서는 대법원판결 이유를 검토하여 협동조합형태로 사업을 영위하는 경우 운송비용전가금지규정이 적용되는지 여부와 만약 그것이 적용될 경우의 합리적인 해석기준을 마련하고자 한다.

〈주제어〉

협동조합, 운송비용, 전가, 택시

Cooperative, Driving cost, Passing along, Taxi

목 차

[사건의 개요]

[사건의 경과]

1. 1심의 판단
2. 2심의 판단
3. 상고심의 결과

[대상판결의 이유]

[연구]

- I. 문제의 제기
- II. 관련규정 및 입법취지
- III 헌법재판소의 결정과 합리적인 해석기준
 1. 헌법재판소의 결정내용
 2. 적용의 범위



3. 합리적인 해석기준

IV. 대상판결에 대한 검토

1. 협동조합에 대한 개괄적 설명
2. 협동조합에 대한 입법적 규율
3. 협동조합형태의 택시운송사업자에 대한 법적인 규율
4. 협동조합과 조합원인 기사들 간의 관계
5. 대상판결의 사안에 대한 구체적 분석
6. 전가로 볼 경우 불이익 및 책임귀속

V. 결 론

[사건의 개요]

원고는 대구에 있는 협동조합으로서 조합원 1인당 출자금 2천만 원씩을 받아 협동조합을 결성하였고,¹⁾ 이를 자금원으로 하여 택시운송사업면허 대수를 몇 개의 택시회사로부터 인수하였다.

조합원들은 납부한 출자금을 외에 각자 차량 및 차량에 부착되어야 할 장비를 자비로 구입하여 조합명의로 등록하였다.

각 조합원들은 자신이 구입하여 조합명의로 등록한 차량을 이용하여 영업을 한 뒤 매출액 중 공통비용을 제외한 돈을 지급받았는데, 그 중 유류비는 각자 실사용액을 공제하였다.

이와 관련하여 대구 서구청장(피고)은 2019. 3. 11. 원고에게 원고가 운수종사자들에게 택시 구입비, 보험료, 유류비등을 부담시켜 택시운송사업의 발전에 관한 법률(이하 ‘택시발전법’이라 한다) 제12조 제1항을 위반(2차)하였다는 이유로 206대 차량에 대하여 90일간의 사업정지처분을 내렸다.

1) 2천만 원의 등기된 출자금으로는 부족하여 추가로 1천만 원을 더 납부하였다고 한다.



[사건의 경과]

원고는 이에 불복하여 행정소송을 제기하였고, 피고는 재판부의 조정권고안을 수용하여 기존 처분을 운송비용전가금지위반(1차)을 이유로 하는 경고처분(이 사건 처분)으로 변경하였다.

원고는 협동조합기본법에 따라 설립된 조합으로, 조합원들은 자신의 비용으로 택시를 운행하면서 수입을 각 조합원들이 가져가기로 하고, 차량 구입비와 보험료, 유류비를 조합원 개인이 부담하기로 하는 내용의 합의에 따라 택시운수종사자들이 위 비용을 부담한 것이므로, 이는 택시발전법 제12조 제1항 소정의 운송비용 전가 금지규정에 위반한 것으로 볼 수 없다는 취지로 주장하였고, 피고는 조합원도 택시운수종사자이므로 운송비용전가금지규정이 적용된다고 주장하였다.

재판결과는 원고 청구 기각으로 확정되었다.

1. 1심의 판단

택시발전법 제12조 제1항은 ‘대통령령으로 정하는 사업구역의 택시운송사업자는 택시의 구입 및 운행에 드는 비용 중 택시 구입비, 유류비 등을 택시운수종사자에게 부담시켜서는 아니 된다.’라고 규정하면서, 같은 항 제1호는 위 택시 구입비에는 ‘신규 차량을 택시운수종사자에게 배차하면서 추가 징수하는 비용을 포함한다.’라고 규정하고 있다. 이는 택시운수사업자가 택시운수종사자에게 차량 운행비용을 전가시키는 행위가 과속, 난폭운전 및 승차거부 등 서비스 저하의 원인으로 작용할 수 있다는 이유에서 2014. 1. 28. 택시발전법 제정 당시부터 마련된 규정으로, 운송비용 전가를 금지하여 택시운수종사자들의 경제적 부담을 완화함으로써 과속운행, 난폭운전 등을 방지하고 승객들의 안전을 제고하기 위한 위 규정의 입법목적에 비추어 보면, 택시운송사업자와 택시운수종사자들 사이의 비용 부담에 대한 합의가 있었다는 이유로 위 규정의 효력을 배제할 수 없다고 봄이 상당하다.

원고 소속 택시운수종사자들이 차량 구입비, 보험료, 유류비, 택시 운행에 필요한 미터기 및 내비게이션 등의 장비 관련 비용을 모두 부담하였던 사실은 다툼이 없으므로 이 사건 처분사유



인 운송비용 전가금지 위반사실은 인정되고, 원고 주장과 같이 원고가 협동조합 행태로 운영되고, 차량 구입비와 유류비 등을 조합원 개인이 부담하기로 하는 합의가 있었다는 사정만으로 이를 달리 볼 것은 아니다.

2. 2심의 판단

원고의 조합원이 협동조합 기본법에 따라 설립된 협동조합의 조합원 지위를 가지고 있다는 점을 감안하더라도, 원고의 조합원은 실질적으로 원고의 택시 운전업무에 종사하여 그 대가를 지급받는 이상 택시발전법 제12조 제1항에서 규정한 택시운수종사자에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 받아들일 수 없다

1) 택시발전법 제2조 제3호에서는 “택시운송사업자”란 택시운송사업면허를 받아 택시운송사업을 경영하는 자를 말한다고 규정하고 있는데, 택시운송사업면허는 조합원이 아닌 원고가 보유하고 있을 뿐이고, 그 택시 또한 모두 원고의 소유로 등록되어 있다.

2) 택시발전법 제2조 제4호에서는 “택시운수종사자”란 여객자동차 운수사업법 제24조에 따른 운전업무 종사자격을 갖추고 택시운수사업의 운전업무에 종사하는 사람을 말한다고 규정하고 있는데, 원고의 조합원들 모두 운전업무 종사자격을 갖추고 원고의 택시 운전업무에 종사하고 있다.

3) 원고는 조합원들에게 적용되는 정관, 약관, 취업규칙, 인사규정, 징계규정을 제정하여 시행하고 있고, 조합원들에게 통일된 운전복을 착용하도록 하고 있으며, 운행일보와 배차일지를 작성하고, 조합 차원에서 안전교육을 실시하기도 하며, 일정한 주유소를 지정하여 LPG 충전을 하고 이를 통해 유가보조금을 지급받도록 하는 등 조합원들의 택시운행을 관리하고 있다.

4) 원고의 조합원들은 각자 원고의 택시를 운행하면서, 원고에게 여객자동차 운수사업법 제21조에 따라 운송수입금의 전액을 근무종료 당일 입금하고 있으며, 원고로부터 매달 그 운행수입에서 4대 보험 회사 부담분, 차량 보험료, 부품비, 사무직원 인건비 등 자신이 부담해야 하는 비용을 ‘운영비’명목으로 공제하고 남은 돈을 ‘정산금’ 명목으로 지급받는바, 이는 택시 운행의 대가로 지급받는 성과급 형태의 초과 운송수입금으로서 임금과 다를 바 없다.

5) 운송비용 전가 금지 등을 규정하고 있는 택시발전법 제12조 제1항의 입법취지에 비추어,



위와 같은 방식으로 택시를 운행하고 그 대가를 지급받는 원고의 조합원에 대하여도 근로조건을 개선하고 경제적 부담을 완화함으로써 과속운행, 난폭운전 등을 방지하고 승객들의 안전을 제고할 필요가 있다고 할 것이므로, 원고의 조합원은 위 규정에서 보호하고자 하는 택시운수종사자에 해당한다고 봄이 타당하다.

6) 한편, 원고의 조합원은 협동조합 기본법에 따라 설립된 원고의 조합원의 지위도 가지고 있기는 하나, 이는 조합원으로서 의결권을 행사하고 조합의 사업수익을 배당받고 그 비용을 부담하는 등 조합관계에 관련된 것일 뿐이고, 조합의 목적사업 수행을 위하여 원고의 택시 운전업무에 종사하여 그 대가를 받는 택시운수종사자로서의 지위와는 구별된다.

3. 상고심의 결과

이에 대해 원고가 상고를 하였으나, 상고기각되었다.

[대상판결의 이유]

택시발전법 제12조 제1항은 택시운송사업자가 택시의 구입 및 운행에 드는 비용인 택시 구입비, 유류비 등을 택시운수종사자에게 부담시키지 않도록 규정하고 있다. 택시발전법 제12조 제1항의 취지는 택시운수종사자가 부당한 경제적 부담을 지지 않도록 함으로써 열악한 근무여건에서 초래되는 과속운행, 난폭운전, 승차거부 등을 미연에 방지하여 승객들이 보다 안전하게 대중교통을 이용할 수 있는 환경을 만들기 위한 것에 있다(헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2016헌마1153 결정 참조).

「협동조합 기본법」(이하 ‘협동조합법’이라 한다)은 자주적·자립적·자치적인 협동조합 활동을 촉진하기 위한 목적 등으로 마련된 법률로 협동조합의 설립·운영 등에 관한 기본적인 사항을 규정하고 있다(제1조). 협동조합은 재화 또는 용역의 구매·생산 등을 협동으로 영위함으로써 조합원의 권익을 향상하기 위한 사업조직이고(제2조 제1호), 이는 협동조합의 설립 목적에 동의하고 그에 따른 의무를 다하고자 하는 조합원들로 구성된다(제15조 제1항, 제20조). 협동조합법



은 협동조합의 설립 목적 달성을 위하여 필요한 사업을 협동조합으로 하여금 자율적으로 정관으로 정하도록 하면서도(제45조 제1항), 협동조합의 사업은 관계 법령에서 정하는 목적·요건·절차·방법 등에 따라 적법하고 타당하게 시행되어야 한다고 규정하고 있다(제45조 제2항).

따라서 협동조합의 설립·운영 등에 관한 기본적인 사항에 대하여 협동조합법에서 정하고 있는 것과는 별개로, 협동조합이 목적사업을 수행하는 과정에서 발생하는 협동조합과 조합원 사이의 법률관계는 해당 목적사업을 규율하는 관계 법령에서 정한 바에 의하여야 할 것이다.

이와 같은 택시발전법, 협동조합법의 규정 내용에다가 택시발전법 제12조 제1항의 입법취지 등을 조합하여 보면, 협동조합법에 따라 설립된 협동조합이 택시운송사업 면허를 받아 택시운송사업을 경영하는 경우, 협동조합은 택시운송사업자로서 택시발전법등 관계 법령에서 정한 택시운송사업자의 의무 사항을 준수하여야 한다.

그렇다면 택시운송사업자인 협동조합이 택시운송사업의 운전업무에 종사하는 조합원에게 택시발전법 제12조 제1항 각 호에서 정한 택시 구입비, 유류비, 세차비 등을 부담시키는 것은 특별한 사정이 없는 한 택시발전법 제12조 제1항 위반행위에 해당한다.

[연구]

I. 문제의 제기

택시운송사업을 하기 위해서는 여객자동차운수사업면허를 받아야 하는데, 면허취득자는 법인 택시와 개인택시로 나뉘어져 있다. 법인택시는 거의 대부분 상법상 회사였으나, 최근 수년간 협동조합 형태로 택시운송사업면허를 받는 경우가 급격히 늘어나고 있다. 개인택시는 택시운전기사(이하 ‘기사’라고 한다) 개인이 사업주체이고 고용, 파용 관계에 놓여 있지도 않으므로 운송원가는 사업주체인 기사 본인이 책임지고 조달하는 것이 원칙이다.

법인택시의 대부분을 차지하던 택시회사의 경우 지난 수십여년간 거의 대부분 사납금제로 운영되어 왔다. 사납금제하에서는 운송수입금 중 일정액을 기준운송수입금(이른바 사납금)으로 회사에 납부하여 회사가 기사에 대한 고정급 및 기타 운영경비에 대한 재원으로 삼고, 기준운송



수입금초과금액(이른바 초과운송수입금)은 기사의 개인 수입으로 하는 방식을 취하고 있었다.

대법원은 초과운송수입금은 근로의 대가인 임금에 해당한다고 보고 있다(대법원 1993. 12. 24. 선고 91다36192 판결등 참조).

사납금제는 기본적으로 회사가 사납금을 통하여 직, 간접비 등 차량운송원가를 회수하는 구조이므로, 기사들이 납부하는 사납금 안에는 차량구입비(감가상각비), 유류비, 제세공과금 등 차량운송원가가 반영되어 있다.

그런데 노사관계의 역학구도에 따라 사납금제를 통하여 기사들에게 과중한 부담을 지워 기사들의 수입이 불안정해지고 과속, 난폭, 합승강요 등 교통질서가 저해되지 않는가 하는 논란이 일어 정부정책이 전액관리제²⁾로 전환되었다.

정부는 전액관리제 방향으로 전환하면서 이를 도모하기 위한 여러 법률규정이 시행되었고, 2020. 1. 1.부터는 시 단위 이상 지역은 전액관리제가 실질적으로 강제되었다.

운송비용 전가금지 규정도 전액관리제를 정착시키기 위해 도입되었는데, 현실에서는 여전히 사납금제를 취하는 경우가 많고 운송비용 전가금지 규정의 실시 시기(특별시 및 광역시의 사업구역은 2016. 10. 1.부터, 그 이외의 사업구역은 2017. 10. 1.부터)와 전액관리제가 실질적으로 강제된 시기(2020. 1. 1.)가 맞지 않아 어떤 경우가 운송비용 전가금지 규정 위반이 되는지 다툼이 벌어지고 있다.³⁾

운송비용 전가금지 규정 시행 이후 기사들이 회사들을 상대로 미지급 임금 청구 또는 부당이득금 반환 청구 등 소송을 제기하는 경우가 많고, 이에 수반하여 과태료나 기타 행정적 제재가 가해지는 수도 있다.

현재 동종유사의 쟁점을 가진 민사, 행정, 과태료 부과 사건 등이 다수 제기되어 전국법원에서 계류 중이다.

이런 상황에 더하여 종래에 볼 수 없었던 협동조합이라는 새로운 택시운송사업주체가 등장하

2) 원래는 기사가 운송수입금전액을 회사에 납부하도록 하는 시스템을 말한다. 그런데 단순히 정부가 단순수납을 넘어서 임금체계에도 간섭하여 문제가 발생하고 있다.

3) 택시회사에 대한 운송비용전가문제에 대하여는 필자가 판례평석을 발표한 바 있다. 자세한 것은 오승원, 유류비의 부담과 운송비용전가, 서울지방법변호사회 판례연구 제36집 1권 pp.233-256 참조



면서, 그 협동조합과 조합원의 관계를 종래의 회사와 피용자인 근로자와 동일시 할 수 없는 문제가 발생하였다.

이에 협동조합과 조합원간에 운송비용전가금지규정이 적용되는지, 만약 적용된다면 택시회사 기사들과 동일한 내용으로 적용되는지 아니면 다른 부분이 있는지 여부가 문제되는데, 이 부분에 관하여 정부는 실질적으로 아무런 지침도 내놓지 못하고 있었다.

그런데 대상판결을 통해 처음으로 대법원이 입장을 밝혔고, 국토교통부나 지방자치단체는 대상판결을 액면 그대로 받아들여 행정지도 및 단속지침으로 삼고 있다.

그러므로 본고에서는 대상판결에 대한 검토를 통하여 이 부분에 대한 올바른 해석론을 정립하고 바람직한 제도적 개선책을 모색해 보고자 한다.

II. 관련규정 및 입법취지

2014. 1. 28. 택시운수종사자의 복지 증진과 국민의 교통편의 제고에 이바지함을 목적으로 하는 택시발전법이 제정되었는데, 위 법 제12조 제1항은 택시운송사업자가 차량 구입 및 운행에 소요되는 제반 경비를 택시운수종사자에게 부담시키는 행위를 금지하였다[부칙(제12378호, 2014. 1. 28.) 제1조에 따라, 위 법 제12조 제1항은 2016. 10. 1.부터는 특별시 및 광역시의 사업구역에 대하여, 2017. 10. 1.부터 그 외의 사업구역에 대하여 시행되었다]. 택시발전법 및 같은 법 시행령 중 이 사건 관련 조항은 다음과 같다.

■ 택시운송사업의 발전에 관한 법률

제1조(목적) 이 법은 택시운송사업의 발전에 관한 사항을 규정함으로써 택시운송사업의 건전한 발전을 도모하여 택시운수종사자의 복지 증진과 국민의 교통편의 제고에 이바지함을 목적으로 한다.

제12조(운송비용 전가 금지 등)

- ① 대통령령으로 정하는 사업구역의 택시운송사업자는 택시의 구입 및 운행에 드는 비용 중 다음 각 호의 비용을 택시운수종사자에게 부담시켜서는 아니 된다.



1. 택시 구입비(신규차량을 택시운수종사자에게 배차하면서 추가 징수하는 비용을 포함한다)
 2. 유류비
 3. 세차비
 4. 택시운송사업자가 차량 내부에 붙이는 장비의 설치비 및 운영비
 5. 그 밖에 택시의 구입 및 운행에 드는 비용으로서 대통령령으로 정하는 비용
- ④ 시·도지사는 1년에 2회 이상 대통령령으로 정하는 바에 따라 택시운송사업자가 제1항 및 제2항을 준수하고 있는지를 조사하고, 그 조사 내용과 조치결과를 국토교통부장관에게 보고하여야 한다.

제18조(택시운송사업면허의 취소 등)

① 국토교통부장관은 택시운송사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 택시운송사업면허를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 사업의 전부 또는 일부를 정지하도록 명하거나 감차 등이 따르는 사업계획 변경을 명할 수 있다.

1. 제12조 제1항 각 호의 비용을 택시운수종사자에게 전가시킨 경우

제23조(과태료)

① 제12조 제1항 각 호의 비용을 택시운수종사자에게 전가시킨 자에게는 1천만 원 이하의 과태료를 부과한다.

부 칙 〈제12378호, 2014. 1. 28〉

제1조(시행일) 이 법은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 제9조 및 제11조는 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행하고, 제12조 제1항 및 제18조 제1항 제1호는 특별시 및 광역시의 사업구역에 대하여는 2016년 10월 1일부터, 그 외의 사업구역에 대하여는 2017년 10월 1일부터 시행한다.

▣ 택시운송사업의 발전에 관한 법률 시행령

제19조(운송비용 전가 금지 등)

① 법 제12조 제1항 각 호 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 사업구역의 택시운송사업자”



란 군 (광역시의 군은 제외한다) 지역을 제외한 사업구역의 일반택시운송사업자를 말한다.

제21조(택시운송사업면허 취소 등의 처분기준)

법 제18조제1항에 따른 택시운송사업면허 취소 등의 처분기준은 별표 2와 같고, 그 처분유형은 다음 각 호의 구분에 따른다.

1. 택시운송사업면허의 취소
2. 사업전부정지: 사업면허 전부의 정지
3. 사업일부정지: 위반행위와 직접 관련된 택시 대수의 2배수(위반행위와 직접 관련된 택시가 없을 때에는 택시의 보유대수가 1대인 경우에는 해당 택시, 그 밖의 경우에는 택시운송사업자가 보유한 택시 중 5대의 택시를 말한다)에 대한 사용정지
4. 운행정지: 위반행위를 한 택시의 사용정지
5. 감차명령: 면허를 받은 택시 중 일부에 대한 감차명령

제25조(과태료의 부과기준)

법 제23조제1항 및 제2항에 따른 과태료의 부과기준은 별표 3과 같다.

[별표 2] 택시운송사업면허 취소 등의 처분 기준(제21조 관련)

구분	위반행위	근거 법조문	처분내용		
			1회 위반	2회 위반	3회 위반 이상
가. 운송 비용 전가	택시운송사업자가 법 제12조 제1항 각 호의 비용을 택시운수종사자에게 전가시킨 경우	법 제18 조 제1항 제1호	경고	사업 일부 정지 90일 (다만 택시 운송사업자가 법 제12조 제1항 각 호의 비용 중 유류비 또는 교통사고처리비를 2회 택시 운수종사자에게 전가시킨 경우에는 120 일로 한다)	감차 명령(다만 택시 운송사업자가 법 제12조 제1항 각 호의 비용 중 유류비 또는 교통사고 처리비를 2회 택시 운수종사자에게 전가시킨 경우에는 사업 면허 취소로 한다)



[별표3] 과태료의 부과기준(제25조 관련)

위반행위	근거 법조문	과태료 금액(만원)		
		1회 위반	2회 위반	3회 위반 이상
가. 법 제12조 제1항 각 호의 비용을 택시 운수종사자에게 전가시킨 경우	법 제23조 제1항	500	1,000	1,000

종래 택시운송사업의 경우, 택시운수종사자가 택시운송사업자에게 운송수입금 중 일부를 사납금으로 납부하고 그 밖의 수익과 비용이 택시운수종사자에 귀속되는 정액사납금제의 형태로 운영되어 왔다. 그런데, 이러한 정액사납금제도는 택시운수종사자의 근로조건 악화와 택시서비스 질의 하락을 초래하였다. 이러한 폐해를 개선하기 위하여 택시운송사업자가 택시운수종사자로부터 운송수입금의 전액을 받아 관리하도록 하는 전액관리제를 1994년 도입하여 1997년부터 시행하였으나(여객자동차 운수사업법 제21조) 법상 운송수입금의 전액 납부의무만 정하고 수익금이나 비용의 배분에 관한 내용을 규제하지 않은 상태에서는 운송비용을 일정부분 택시운수종사자에게 전가하는 영업 방식이 유지되어 택시운수종사자의 근로조건 개선에 한계가 나타났다. 결국 택시운수종사자의 실질적인 근로조건 개선을 위해서는 특단의 조치가 필요하였고, 그 조치로 택시 구입비, 유류비, 세차비, 그리고 그밖에 택시의 구입 및 운행에 드는 비용 등도 택시운수종사자에게 부담시키지 못하도록 하는 이 사건 금지조항을 두기에 이르렀다고 설명되고 있다(헌법재판소 2018. 6. 28. 2016헌마1153결정 참조).

운송비용 전가금지 규정은 종전에 국토교통부훈령⁴⁾으로 전액관리제 위반행위의 하나로 규정 하던 운수종사자에 대한 운송비용 전가행위를 상향 입법하여 법률에서 직접 금지한 것이다.⁵⁾

그런데 택시발전법 제정당시 택시운송사업자는 실질적으로 택시회사와 개인택시 두 종류만 있었고, 협동조합은 존재하지 않았다. 협동조합 택시는 2015년에 처음 등장하였는데, 한동안은

4) 「택시운송수입금전액관리제 시행요령」 제3조 제3호 참조

5) 2014. 1. 28. 법률 제12378호로 제정된 「택시운송사업의 발전에 관한 법률」 입법당시 국회국토교통위원회 검토보고서(의안번호1905577, 정부제출) 참조



확산세가 별로 없었다. 그러다가 최저임금법위반을 회피하기 위한 소정근로시간단축을 무효로 본 대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결이후 택시회사들이 최저임금차액사건으로 소송대란을 겪고 코로나19까지 겹쳐 영업 환경이 급격히 악화되어 사업을 포기하는 회사들이 늘어나게 되었다. 아울러 전액관리제로 인하여 기사들의 실질수입이 하락하고 성실한 근로에 대한 유인이 사라져 택시회사 기사들이 대거 이탈하는 바람에 가동율이 극히 저조해졌다.⁶⁾ 한편으로 개인택시면허를 인수하기 위해서는 대개 1억 원 이상의 목돈이 소요되자 그만한 자금이 없는 기사들은 상대적으로 적은 금액을 재원으로 하여 공동으로 택시회사의 운송사업면허를 인수하여 사실상 개인택시영업을 하는 수단으로 협동조합을 다수 설립하게 되었다.⁷⁾

대법원 전원합의체 판결 이후 우후죽순격으로 택시협동조합이 늘어나고 있는 추세에 있고, 현재 전국적으로 택시협동조합은 200여개 정도 되는 것으로 알려져 있다.

협동조합형태의 택시운송사업주체와 그 내부 구성원간의 관계를 규율할만한 입법은 마련되어 있지 않은 상태이다.

헌법재판소의 위 결정도 택시회사와 피용자인 기사간의 관계를 전제로 나온 것이다.

III. 헌법재판소의 결정 및 합리적인 해석기준

1. 헌법재판소의 결정내용

비록 택시회사와 피용자인 기사 간의 관계에서의 문제된 것이지만 운송비용전가금지규정에 대하여는 지금도 위헌논란이 끊이지 않고 있다.

헌법재판소는 [이 사건 금지조항은 차량수리비, 세차비, 주유비 등의 운송비용을 택시운송사업자가 부담하지 않고 택시운수종사자들에게 부당하게 전가시켜 택시운수종사자들의 경제적 어려움이 더욱 가중되고 있다는 인식하에, 이를 전가하지 못하게 함으로써 택시운수종사자가

6) 2024년 현재 서울의 회사택시 가동율은 36% 정도이다.

7) 서울의 경우 개인택시 면허 값이 1억 2천만원정도인데, 회사택시의 사업면허양수대금은 몇 년전까지 대당 6,000~7,000만원하던 것이 현재는 대당 3천만원대로 하락하였다고 한다. 오마이뉴스 2024.8.22. 기사 참조



부당한 경제적 부담을 지지 않도록 하여, 열악한 근로 여건에서 초래되는 과속운행, 난폭운전, 승차거부 등을 미연에 방지하여 승객들이 보다 안전하게 대중교통을 이용할 수 있는 환경을 만들고자 신설되었다.

이와 같이 택시운수종사자의 생활안정을 통하여 택시이용자에 대한 서비스의 질을 제고한다는 이 사건 금지조항의 입법목적은 정당하다.](목적의 달성)

[이 사건 금지조항의 시행 전까지 유류비, 신차구입비, 세차비, 교통사고 처리비의 상당 부분을 택시운송사업자가 택시운수종사자에게 전가하는 사례들이 확인되어 왔다. 이러한 운송비용을 더 이상 택시운수종사자에게 부담시키지 못하도록 금지하는 것은, 택시운수종사자들의 경제적 부담을 완화하는 효과가 있다.

아울러, 택시운수종사자들의 수입과 관련된 부담은 과속, 난폭 운전 등 무리한 운행을 불려와 교통사고를 유발하는 등 승객의 안전상 문제의 원인이 되었는데, 운송비용 전가 금지를 통하여 택시운수종사자들의 경제적 부담을 완화하고 생활안정을 도모한다면 수입 부담으로 인한 무리한 운행과 승차거부 등의 감소도 기대할 수 있다.

따라서 이 사건 금지조항의 운송비용 전가 금지는 택시운수종사자의 생활안정을 통한 택시이용자에 대한 서비스의 질 제고라는 입법목적의 달성에 적절한 수단이 된다.](수단의 적합성)

[종래 택시운송사업의 경우, 택시운수종사자가 택시운송사업자에게 운송수입금 중 일부를 사납금으로 납부하고 그 밖의 수익과 비용이 택시운수종사자에 귀속되는 정액사납금제의 형태로 운영되어 왔다. 그런데, 이러한 정액사납금제도는 택시운수종사자의 근로조건 악화와 택시서비스 질의 하락을 초래하였다. 이러한 폐해를 개선하기 위하여 택시운송사업자가 택시운수종사자로부터 운송수입금의 전액을 받아 관리하도록 하는 전액관리제를 1994년 도입하여 1997년부터 시행하였으나(여객자동차 운수사업법 제21조) 법상 운송수입금의 전액 납부의무만 정하고 수익금이나 비용의 배분에 관한 내용을 규제하지 않은 상태에서는 운송비용을 일정부분 택시운수종사자에게 전가하는 영업 방식이 유지되어 택시운수종사자의 근로조건 개선에 한계가 나타났다. 결국 택시운수종사자의 실질적인 근로조건 개선을 위해서는 특단의 조치가 필요하였고, 그 조치로 택시 구입비, 유류비, 세차비, 그리고 그밖에 택시의 구입 및 운행에 드는 비용 등도 택시운수종사자에게 부담시키지 못하도록 하는 이 사건 금지조항을 두기에 이른 것이다. 전액관리제 도입만으로 택시운수종사자의 실질적인 근로조건 개선이 이루어지지 못하였던 만큼, 이 사건



운송비용 전가금지 제도의 도입은 불가피하였다고 볼 수 있다.

한편, 운송비용의 전가를 전면적으로 금지하기보다는, 일정한 금액이나 비율 이상의 운송비용을 전가할 수 없도록 하여 과도한 비용 전가만을 금지하는 방법이나, 특정한 예외적인 사유가 있는 경우에 운송비용의 전가를 허용하는 방법 등 덜 침해적인 방법이 있는지 여부가 문제될 수 있다. 그러나 일정한 금액이나 비율의 범위 내에서, 혹은 특정한 예외적인 사유가 있는 경우 운송비용 전가를 허용한다면, 이 사건 금지조항이 목적으로 하는 택시운수종사자의 경제적 부담완화와 대중교통의 안전성 담보라는 목적을 달성하기는 어려울 것이다. 전액관리제를 도입하였으나 위에서 본 바와 같이 다른 제도적 보완 장치가 마련되지 않아 유명무실화되었던 것처럼 이 사건 금지조항에 대한 예외를 인정하게 되면 이 제도 역시 탈법적으로 이용되어 유명무실화될 가능성을 배제할 수 없다. 따라서 이 사건 금지조항에서 택시운송사업자가 운송비용 중 일부를 택시운수종사자에게 전가할 수 있는 예외를 설정하지 않았다고 하여 이를 두고 과도한 제한이라고 보기는 어렵다.](침해의 최소성)

[이 사건 금지조항으로 인하여 택시운송사업자는 그 동안 택시운수종사자에게 전가하였던 운송비용을 직접 부담하여야 하기 때문에 그 만큼 회사 이윤이 감소할 수 있고, 운송비용 관리 등 업무가 가중될 수 있다.

반면 이 사건 금지조항의 시행으로 택시운수종사자의 근로조건이 개선될 수 있고 그동안 수입금에 대한 압박감으로 증대되었던 난폭운전, 교통사고, 승차거부 등의 감소를 기대할 수 있으며, 이를 통해 승객의 안전과 편의 증대 효과가 나타날 수 있다. 또한 교통사고의 감소에 따라 택시운송사업자의 입장에서 사고 관련 보험료와 교통사고 처리비용 감소 등 비용절감 효과를 거둘 수 있다.

이와 같은 택시운수종사자의 생활안정과 승객의 안전 및 편의는 중요한 공익으로서 이 사건 금지조항으로 인하여 택시운송사업자에게 가해지는 직업수행상 불이익보다 크다고 할 것이므로 법익균형성도 인정된다.](법익의 균형성)는 이유로 이 사건 금지조항이 과잉금지원칙에 반하여 직업수행의 자유를 침해한다고 보기 어렵다고 하고 [이 사건 금지조항은 택시업종만을 규제하고 화물자동차나 대중버스 등 다른 운송수단에는 적용되지 않으므로, 동일한 운송업종 내에서 택시운송사업자와 화물자동차, 버스 등 여타 운송사업자를 차별하는 법률인지 여부가 문제될 수 있다.

먼저, 화물차운수사업은 여객이 아닌 화물을 운송하는 것을 목적으로 한다는 점에서 여객 운송을 목적으로 하며 승객의 안전 및 편의와 직결되는 택시운송사업의 영업 내용과 다르므로 화물차운수사업자와 택시운송사업자는 운송비용의 전가 금지 필요성과 관련하여 의미 있는 비교 집단이라고 보기 어렵다.

다음으로, 대중버스의 경우 택시운송사업과 같이 여객 운송을 목적으로 하나, 버스운송사업의 경우 그 사업자가 운송수입금 전액을 관리하는 관리형태가 확립되어 운송비용을 버스운수종사자에게 전가하는 등의 문제가 발생하고 있지 않으며, 서울을 비롯한 광역시에서는 준공영제를 채택하고 있는 등 그 수익금 및 비용의 배분방식이 택시운송사업과 다르다. 따라서, 버스운송사업에 있어서는 운송비용 전가 문제를 규제할 필요성이 없으므로 택시운송사업에 한하여 이 사건 금지조항을 둔 것은 규율의 필요성에 따른 합리적인 차별이어서 평등원칙에 위반되지 아니한다.]라고 하여 평등의 원칙에도 위반하였다고 볼 수 없다는 등의 이유로 헌법소원을 기각하였다.

2. 적용의 범위

앞서 본 바와 같이 택시발전법 제정당시에는 협동조합은 출현하지 않은 상태였고, 단지 택시회사와 개인택시 2가지만 존재하였다. 더구나 운송비용 전가금지 규정은 고용, 피용 관계를 전제로 하는 택시회사를 상정하여 만든 조항이고, 개인택시에는 해당사항이 없다. 개인택시의 경우 사업주체인 기사본인이 운송비용을 부담하는 것은 당연하다.

이런 측면에서 보면, 택시발전법상 운송비용 전가금지 규정이 협동조합에도 그대로 적용된다고 보기는 어렵다.⁸⁾

3. 합리적인 해석기준

가. 택시운송사업의 특성상 기사는 차고지에서 배차를 받은 순간부터 차고지로 차량을 반환

8) 다만 협동조합이 기존 택시회사로부터 면허대수를 양수하는 과정에 기존의 기사들중 일부를 고용승계하는 조건으로 인가를 받는 경우가 있는데, 그 경우 고용승계된 기사들은 조합원이 아닌 피용자 신분이므로, 운송비용전가금지규정이 적용될 수 있다.



할 때까지 대부분의 시간을 사업장 밖에서 보내게 되고, 정해진 노선이 없는 상태에서 스스로 운행여부, 운행시간과 장소를 결정하기 때문에 사용자는 근로자의 근로여부를 실질적으로 지휘·감독할 방법이 없다. 또한 노선버스나 지하철과 같은 다른 대중교통수단은 운전자의 노력이나 역량이 매출액에 거의 영향을 미치지 못하지만, 택시의 경우 기사 개인의 노력이나 역량, 판단이 매출액에 지대한 영향을 미친다.

또한 택시기사는 운전업무뿐만 아니라 수금업무도 수행하고 있다.

택시회사의 지배적인 근로형태가 사납금제인 것은 택시업종의 특성상 기사 개인의 능력이나 성실도에 따라 매출액이 현저하게 차이가 나므로 기사의 성실근무를 유도하고 한편으로 개인의 능력과 성실도에 따른 보상이 직접적으로 연계되도록 하는 것이 가장 공정하는 인식이 바탕에 깔린 것으로 보인다.

나. 정액사납금제가 위와 같은 장점이 있기는 하지만 한편으로 운송수지의 리스크를 1차적으로 기사가 부담하게 하여 택시운수종사자의 근로조건 악화와 택시서비스 질의 하락을 초래하였다는 지적이 있자 정부는 이러한 폐해를 개선하기 위하여 택시운송사업자가 택시운수종사자로부터 운송수입금의 전액을 받아 관리하도록 하는 전액관리제를 1994년 도입하여 1997년부터 시행하였으나(여객자동차 운수사업법 제21조) 법상 운송수입금의 전액 납부의무만 정하고 수익금이나 비용의 배분에 관한 내용을 규제하지 않아 전액관리제가 실질적으로 정착되지 못하였다. 한편 2020. 1. 1.부터 시행된 현행 여객자동차운수사업법 제21조 제1항 및 제26조 제1항에서는 운송사업자와 운수종사자 사이에 서로 운송수입금의 기준액을 설정하여 수수하는 행위를 불허하는 규정을 신설하였으나, 실제 현장에서는 전액관리제를 실시하게 되면 기사들의 실질소득이 대폭 줄어들어 이에 반대하여 무늬만 전액관리제를 실시하는 것처럼 하고 실질적으로는 사납금제를 유지하는 경우가 대부분이다.

또한 전액관리제를 실시하는 경우도 법원은 [기준액 이상을 납입한 운수종사자들에게 성과급을 지급하기로 정하는 것은 기본급여에 더하여 추가수입을 획득할 기회를 제공하는 것이므로, 반대로 기준액을 미납한 운수종사자에게 성과급을 지급하지 않더라도 이는 운수종사자에게 어떤 불이익을 가하거나 기준액 납입을 강제하는 제재행위에 해당한다고 보기 어렵고, 운수종사자가 기본급여외에 성과급을 지급받지 못한다고 하여 운송수입금하락의 위험이나 책임을 떠안는 것



이라고 볼 수 없다. 따라서 기준액 미납을 이유로 운수종사자에게 성과급을 지급하지 않는 행위는 현행법에서 금지하고 있다고 보이지 않는다]라고 판시하고 있으므로(서울행정법원 2021. 10. 14. 선고 2020구합84648판결) 실질적으로는 기준운송수입금을 정할 수밖에 없다.

다만 과거 사납금제하에서는 기준운송수입금 미달금액을 막바로 급여에서 공제하였으나, 전액관리제하에서는 급여에서 공제할 수 있는지 여부가 문제될 뿐이다.

다. 택시회사는 기본적으로 영리법인이므로 자선사업 하듯이 기사들을 위하여 유류비등을 부담해줄 수는 없다. 차량구입비, 유류비, 보험료, 기사 및 사무직종사자 인건비, 사무실 및 차고 유지비, 기타 조세공과금등은 보조금으로 충당되지 않는 한 운송수입금으로 충당할 수밖에 없다. 그 운송수입금은 결국 승객이 납부하는 요금이므로 유류비등 운송비용의 최종적인 경제적 부담의 주체는 승객이다.

이는 마치 아파트 분양가격안에 토지가격, 레미콘, 철근대 등 건설원가가 포함된 것과 동일한 이치이다. 만약 아파트 분양가격안에 토지가격이나 레미콘가격을 붙여 수분양자에게 전가할 수 없도록 하는 법률을 제정한다면 바로 위헌으로 결정될 것이다.

그런데 승객들로부터 받는 운송수입금을 전액 회사가 향유하지 못하고 그 중 일부인 사납금만을 향유하는 사납금제에서는 승객이 운송비용 전부를 최종으로 경제적 부담을 한다는 경제원리가 무너지고 경제적 부담의 왜곡현상이 일어난다.

사납금제하에서 회사는 직접운송비용뿐만 아니라 간접비용도 모두 운송수입금 중 일부인 사납금에만 반영하여 충당할 수밖에 없다.

또한 전액관리제하에서도 기준운송수입금의 역할과 기능이 다소 제한적이지만 여전히 존재하므로 기준운송수입금에 직접 운송원가 및 간접비용이 대부분 반영될 수밖에 없다.

운송비용전가금지규정이 실시되자 대부분의 택시회사들은 유류비 부담이 늘어난 만큼 사납금을 인상하였고, 국토교통부도 아래와 같이 질의 해석을 통해 이는 유류비 전가금지 규정 위반이 아니라고 보았다.



Q2. 운송비용 전가금지 이후 운송비용 상승분에 따른 1일 운송수입금을 인상하는게 법률 위반인지?

A2. 1일 운송수입금 기준액 등을 정하는 것은 노동관계법에 따라 노·사간 협의할 사안으로, 운송비용 전가금지 위반에 해당하지 않음

라. 운송비용 전가금지 규정은 택시회사가 사납금을 통하여만 운송비용을 회수할 수밖에 없는 경제의 기본원리에 배치되는 측면이 있고, 이 규정이 택시운수종사자의 생활안정을 통한 택시 이용자에 대한 서비스의 질 제고라는 입법목적을 달성하기 위하여 도입된 점을 감안하면 운송수입금을 회사와 기사가 어떻게 배분하였느냐가 아니라 운송비용을 운송수입금으로 회수하는 구조를 넘어서 기사 개인에게 경제적으로 부담하도록 하였는지 여부를 가지고 해석의 기준으로 삼는 것이 합리적이라고 판단된다.

마. 다만 최근의 대법원 판결은 국토교통부의 해석을 뒤집고 운송비용 전가금지 규정 실시 이후 택시회사들이 유류비 부담이 늘어나자 사납금을 인상한 것은 운송비용전가로 보는 판결을 하였는데(대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다307003 판결) 이에 의하면 택시회사들은 자신의 매출액으로 운송원가를 회수하는 것이 원천적으로 금지되어 자유민주적 기본질서의 근간을 부정하였다는 지적이 있다.

그 판결 이후에도 국토교통부는 종전의 유권해석을 유지하고 있고 하급심에서는 대법원 판결을 정면으로 부인하는 판결이 선고되고 있으며 그와 같은 입법 및 판결 등을 둘러싸고 국가배상 책임을 묻고 있는 소송도 계류 중이어서 이 부분 논란이 정리되려면 다소 시간이 걸릴 것으로 보인다.

본고에서는 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다307003 판결의 당부는 직접 논하지 않고, 협동조합의 운송비용전가문제에 대해서만 논의를 전개하고자 한다.



IV. 대상판결의 이유에 대한 검토

1. 협동조합에 대한 개괄적 설명⁹⁾

협동조합이란 재화 또는 용역의 구매 생산 판매 제공 등을 협동으로 영위함으로써 조합원들이 권익을 향상하고 지역사회에 공헌하는 상업조직(협동조합기본법 제2조 제1호)이고 공동으로 소유되고 민주적으로 운영되는 사업체를 통하여 공통의 경제적, 사회적, 문화적 필요와 욕구를 충족시키고자 하는 사람들이 자발적으로 결성한 자율적인 조직(국제협동조합연맹(ICA))이며, 이용자가 소유하고 이용자가 통제하며 이용규모를 기준으로 이익을 배분하는 사업체(미국농무성(USDA))로 설명되고 있다.

협동조합을 설립하면 1) 경제주체별 효과로서 원하는 맞춤형 물품(유기농산물 등), 서비스(의료, 돌봄 보육 등)를 저렴하고 안정적으로 구매하여 현익 증가하고 2) 경제·사회적 효과로서 새로운 법인격 도입을 통해 경제 활력을 제고하고 사회서비스 등 기축 복지체계에 민간 참여를 확대하며 3) 기타 민주적 운영(1인1표)에 따른 의사결정의 조합원 참여를 보장하여 구성원의 만족감, 주인 의식 등 제고할 수 있다고 한다.

국제협동조합연맹(ICA)은 1995년 ICA 100주년 총회시 ‘협동조합 정체성에 대한 선언(Statement on the Co-operative Identity)’을 발표하면서 다음과 같이 협동조합의 7대 원칙을 천명하였다.

1) 자발적으로 개방적인 협동조합

- 협동조합은 자발적이며, 모든 사람들에게 성(性)적·사회적·인종적·정치적·종교적 차별 없이 열려있는 조직

2) 조합원에 의한 민주적 관리

9) 본장 1,2항은 <https://www.coop.go.kr/>에서 인용, 정리한 것이다.



- 조합원들은 정책수립과 의사결정에 활발하게 참여하고 선출된 임원들은 조합원에게 책임을 갖고 봉사
- 조합원마다 동등한 투표권(1인 1표)를 가지며, 협동조합연합회도 민주적인 방식으로 조직·운영

3) 조합원의 경제적 참여

- 협동조합의 기본은 공정하게 조성되고 민주적으로 통제
- 자본금의 일부는 조합의 공동재산이며, 출자배당이 있는 경우에 조합원은 출자액에 따라 제한된 배당금을 받음.
- 잉여금은 (1) 협동조합의 발전을 위해 일부는 배당하지 않고 유보금으로 적립 (2) 사업이용 실적에 비례한 편익제공 (3) 여타 협동조합 활동지원 등에 배분

4) 자율과 독립

- 협동조합이 다른 조직과 약정을 맺거나 외부에서 자본을 조달할 때 조합원에 의한 민주적 관리가 보장되고, 협동조합의 자율성이 유지되어야함

5) 교육 훈련 및 정보 제공

- 조합원, 선출된 임원, 경영자, 직원들에게 교육과 훈련을 제공
- 젊은 세대와 여론 지도층에게 협동의 본질과 장점에 대한 정보를 제공

6) 협동조합 간의 협동

- 국내, 국외에서 공통적으로 협력 사업을 전개함으로써 협동조합 운동의 힘을 강화시키고, 조합원에게 효과적으로 봉사

7) 지역사회에 대한 기여

- 조합원의 동의를 토대로 조합이 속한 지역사회의 지속가능한 발전을 위해 노력



2. 협동조합에 대한 입법적 규율

협동조합 기본법(이하 ‘협동조합법’이라 한다)은 2012년 제정 및 시행된 법률로, 이 법 시행 이전에는 협동조합은 농협, 수협 등 특별법과 정부의 정책에 의해 설립이 제한적으로 인정되었으나, 이 법을 통해 농업협동조합법 등 기존 개별법 체제에 포괄되지 못하거나 상법에 의한 회사 설립이 어려운 경우 생산자 또는 소비자 중심의 협동조합을 설립하여 경제적 활동이 가능하게 되었다(2012. 1. 25. 제정 당시 제정·개정이유 참조).

협동조합법은 자주적·자립적·자치적인 협동조합 활동을 촉진하기 위한 목적 등으로 마련된 법률로 협동조합의 설립·운영 등에 관한 기본적인 사항을 규정하고 있다(제1조). 협동조합은 재화 또는 용역의 구매·생산 등을 협동으로 영위함으로써 조합원의 권익을 향상하기 위한 사업 조직이고(제2조 제1호), 이는 협동조합의 설립 목적에 동의하고 그에 따른 의무를 다하고자 하는 조합원들로 구성된다(제15조 제1항, 제20조). 협동조합법은 협동조합의 설립 목적 달성을 위하여 필요한 사업을 협동조합으로 하여금 자율적으로 정관으로 정하도록 하면서도(제45조 제1항), 협동조합의 사업은 관계 법령에서 정하는 목적·요건·절차·방법 등에 따라 적법하고 타당하게 시행되어야 한다고 규정하고 있다(제45조 제2항).

협동조합은 법인격을 가진 주체로 인정되면서, 협동조합법에서 규정한 사항 외에는 상법 제1편 총칙, 제2편 상행위, 제3편 제3장의2 유한책임회사에 관한 규정을 준용하며, 이 경우 상인은 협동조합, 사원은 조합원 등으로 간주하고 있다(제14조 제1항). 조합원은 정관으로 정하는 바에 따라 1좌 이상을 출자할 의무가 있으며(제22조 제1항), 정관의 규정에 따라 탈퇴할 수도 있는데, 탈퇴하는 경우 탈퇴 당시 회계연도의 다음 회계연도부터 정관으로 정하는 바에 따라 그 지분의 환급을 청구할 수 있다(제26조 제1항). 또한 협동조합은 협동조합의 재산으로 그 채무를 다 갚을 수 없는 경우에는 정관으로 정하는 바에 따라 탈퇴 조합원이 분담하여야 할 손실액의 납입을 청구할 수도 있다(제27조).

협동조합은 5인 이상¹⁰⁾의 조합원이 모여서 시·도지사에 신고(사회적 협동조합은 관계부처 인가) 및 설립등기를 거쳐 설립할 수 있고, 금융 및 보험업을 제외¹¹⁾한 경제·사회 모든 영역에서

10) (지역농협) 1,000인, (소비자생협) 300인, (신협, 새마을금고) 100인



설립 가능하며, 조합원 교육·지역사회 기여 등의 의무가 존재한다.

협동조합기본법의 내용을 요약하면 도표 1과 같다.

[도표 1] 협동조합기본법의 내용요약

순번	내용		의의
	요약	상세	
1	1인1표	출자액수에 관계없이 1인 1개의 의결권과 선거권 부여	주식회사(1주 1표)와 다른 민주적 운영방식
2	2개의 법인격	일반협동조합/사회적협동조합	영리·비영리 부분의 정책수요 모두 반영
3	최소설립조합수 3개	3이상의 협동조합이 모여 연합회 설립 가능	협동조합 활성화 촉진
4	자본주의 4.0 (대안적 기업모델)	기존 주식회사, 비영리법인과 달리 소액·소규모 창업, 취약계층 자활을 통한 ‘공생발전’ 모델	양극화 해소·서민경제 활성화의 대안모델
5	최소설립인원 5인	5인 이상 자유롭게 설립가능 (기존 개별법 : 300~1000명)	자발적 소규모 활동 지원
6	기본법 제6조 (협동조합 기본원칙)	조합원을 위한 최대 봉사 자발적 결성·공동소유·민주적운영 투기·일부조합원 이익 추구 금지	협동조합 정신 반영
7	7월 첫 토요일 (“협동조합의 날”)	협동조합의 날(7월 첫 토요일) 협동조합주간(그 전 1주간)	협동조합 활성화 촉진
8	8개 협동조합법의 일반법	기존 8개 법과 독립적인 일반법 - 농협, 수협, 산협, 중기협, 생협, 새마을, 연연초, 산림조합법	협동조합 설립 범위 확대 개별법과 관계 정립

- 11) 주사업 이외의 ‘부수적’ 사업으로 ‘사회적협동조합’은 납입 출자금(소액대출은 2/3) 한도내에서 ‘소액대출’과 ‘상호부조’를 할 수 있으며(법 제94조), ‘(사회적)협동조합연합회’는 회원이 납입한 공제료를 적립금으로 회원의 상호부조를 위한 공제사업을 할 수 있다(법 제80조의2)



일반적 협동조합 외에 사회적 협동조합이 있는데, 양자를 비교하면 아래의 도표와 같다.

[도표 2] 협동조합과 사회적협동조합 비교

구분	협동조합	사회적 협동조합
법인격	• (영리)법인	• 비영리법인
설립	• 시도지사 신고	• 기획재정부(관계부처) 인가
사업	• 업종 및 분야 제한 없음, 금융 및 보험업 제외	• 공익사업 40% 이상 수행 - 지역사회 재생, 주민 권익 증진 등 - 취약계층 사회서비스, 일자리 제공 - 국가·지자체 위탁사업 - 그 밖의 공익증진 사업
법정적립금	• 잉여금의 10/100 이상	• 잉여금의 30/100 이상
배당	• 배당 가능	• 배당 금지
청산	• 정관에 따라 잔여재산 처리	• 비영리법인·국고 등 귀속

3. 협동조합형태의 택시운송사업자에 대한 법적인 규율

택시운송사업을 영위하는 협동조합에 대해 별도의 특별법이 없으므로, 이에 대하여도 그 설립·운영에 관한 사항은 협동조합법에 의하여야 할 것이다.

한편으로 협동조합이 택시운송사업을 수행하는 과정에서 발생하는 협동조합과 조합원 사이의 법률관계는 해당 목적사업을 규율하는 관계 법령에서 정한 바에 의하여야 할 것이다.

대상판결도 원론적으로 이점을 언급하고 있고, 이 부분 설시는 타당하다.

다만 택시운송사업을 규율하는 관련 법령의 모든 내용이 모든 택시운송사업자에게 적용되는 것은 아니다.

택시발전법은 택시운송사업을 일반택시운송사업과 개인택시운송사업으로 나누고 있는데 대상판결의 사안에서 문제가 된 택시발전법상의 운송비용 전가금지 규정은 고용·파용관계를 전제로 만든 조항이므로 택시운송사업주체이자 택시운수종사자인 개인택시에는 적용되지 않는



것으로 보는 것이 상식에 부합한다.

택시발전법 시행령 제19조 제1항도 다음과 같이 규정하고 있다.

제19조(운송비용 전가 금지 등) ① 법 제12조제1항 각 호 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 사업구역의 택시운송사업자”란 군(광역시·시의 군은 제외한다) 지역을 제외한 사업구역의 일반 택시운송사업자를 말한다.

대상판결은 협동조합이 개인택시운송사업자가 아니므로 일반택시운송사업자에 해당한다고 보아 협동조합의 경우도 위 시행령 제19조 제1항에 의해운송비용전가금지규정이 적용된다고 본 것으로 판단된다.

그러나 앞서 본 바와 같이 택시발전법은 협동조합이 생기기 이전에 제정된 법률이고 그 법이 향후 협동조합과 같은 새로운 유형의 택시운송사업자가 출현할 것을 예상하고 망라적으로 만들었다고 보기 어렵다.

오히려 운송비용 전가금지 규정의 입법 연혁이나 입법취지를 볼 때 이는 고용, 피용 관계에 있는 택시회사에서 사업주와 기사인 피용자간의 관계를 규율하기 위해 만든 조항으로 보는 것이 합리적이다.

따라서 협동조합과 조합원인 기사들의 관계가 무엇이고, 그것이 택시회사와 피용자인 기사들 사이의 관계와 어떤 차이가 있는지를 규명하는 것이 선결과제로 보인다.

4. 협동조합과 조합원인 기사들 간의 관계

일반택시운송사업자인 택시회사에서 회사와 기사들 간의 관계는 고용·피용 관계로 이루어지고, 기사들은 근로의무를 지고 회사로부터 근로의 대가로 급여를 지급받는다.

운송비용전가금지규정은 고용·피용 관계에 있는 일반택시운송사업자와 택시운수종사자인 기사들 간의 관계에서 차량수리비, 세차비, 주유비 등의 운송비용을 택시운송사업자가 부담하지 않고 택시운수종사자들에게 부당하게 전가시켜 택시운수종사자들의 경제적 어려움이 더욱 가중되고 있다는 인식하에, 이를 전가하지 못하게 함으로써 택시운수종사자가 부당한 경제적 부담을



지지 않도록 하여, 열악한 근로 여건에서 초래되는 과속운행, 난폭운전, 승차거부 등을 미연에 방지하여 승객들이 보다 안전하게 대중교통을 이용할 수 있는 환경을 만들고자 신설되었다.

이와 같이 고용·비용 관계에 있는 택시운수종사자의 생활안정을 통하여 택시이용자에 대한 서비스의 질을 제고한다는 것이 운송비용전가금지규정의 입법목적이다.

개인택시운송사업자인 기사도 택시운수종사자이지만, 자신이 곧 사업주체이므로 생산원가 중 일부인 운송비용은 기사본인이 경제적으로 부담하는 것은 당연하고 나중에 매출액을 통하거나 개인택시운송사업면허 양도, 양수대금을 통하여 회수하게 된다. 그러므로 개인택시 기사들에게는 운송비용전가규정이 적용되지 않는다.

협동조합택시의 경우 형식상으로는 택시운송사업면허를 받은 주체는 법인인 협동조합이고, 조합원인 기사들은 운수종사자이다. 그러나 다음의 여러 가지 사항을 종합적으로 고려하면 양자의 관계를 고용·비용의 관계라고 보기 어렵고 경제적 실질상으로는 조합원이 사업의 주체에 가깝다.

첫째로 조합원인 기사들은 출자액수에 관계없이 1인 1개의 의결권과 선거권을 부여받는다. 택시회사 기사들의 경우는 주주가 아니므로 회사의 운영에 관하여는 의결권을 행사할 수 없다는 점과는 구별된다.

둘째로 조합원인 기사들은 조합의 경비를 부담할 의무를 부담하고, 잉여금을 배당받으며 탈퇴시 지분환급청구권을 갖는다. 협동조합은 협동조합의 재산으로 그 채무를 다 갚을 수 없는 경우에는 협동조합법 제26조에 따른 지분의 환급분을 계산할 때 정관으로 정하는 바에 따라 탈퇴 조합원이 부담하여야 할 손실액의 납입을 청구할 수 있다.

조합원의 경비부담은 대개 기본회비와 특별회비의 형식으로 이루어지는데 조합원들은 조합이 하는 사업의 손익에 따라 그 경제적 손익을 같이 하게 된다.

특히 운송수입금에서 기본회비와 특별회비 등을 공제하여 조합원들에게 지급하는 것이 보통이다. 운송수입금 및 비용지출이 조합원별로 다른데, 이를 평균화하여 배분할지 아니면 조합원별로 차이를 두는 조합의 규약등에 따라 달라진다. 다만 전체적으로 조합의 사업이 이득을 얻으면 조합원도 함께 이득을 얻고 조합의 사업에서 손실이 나면 함께 손실을 분담하는 것이



기본적인 틀이다. 다만 조합원의 책임은 출자액을 한도로 한다(협동조합법 제22조 제5항).

반면에 택시회사 기사들의 경우는 출자나 경비를 부담할 의무가 없고 퇴사시 회사재산에 대한 자신의 지분을 요구할 수 없으며 회사의 손실을 분담할 의무도 없다.

셋째로 조합원은 당연히 협동조합의 사업을 이용할 수 있고, 조합원이 조합으로부터 개인적으로 경제적 이익을 받는 것을 내용으로 하는 권리가 있다. 조합원은 운송수입금에서 기본 회비 외 특별회비를 공제한 금액을 지급받는데, 협동조합이 등장한 초기에는 조합원에게 지급되는 금액을 근로소득으로 처리하는 경우가 많았지만 현재는 근로자성이 부인되어 조합원들이 사업 소득으로 신고하는 경우가 많다. 그리하여 조합원은 과거에는 4대 보험에 가입하였으나, 현재는 종속적 고용관계에 있지 않다고 보아 근로복지공단에서는 그동안 납부한 고용, 산재보험료를 환급해주고 있는 실정이다. 근로자성이 부인된 조합원들은 조합에서 탈퇴하여도 실업급여를 받을 수 없고, 조합원으로 가입해 있는 동안에는 건강보험과 국민연금¹²⁾ 정도만 납부하고 있다.

실질적으로는 건강보험 1개만 의무가입하다고 보니 조합원들은 최저액으로 기본보수를 책정하고, 나머지 수입금은 사업소득으로 신고하는 경우가 많지만 반드시 그런 것은 아니고 지역 또는 협동조합마다 중구난방인 상태이다.¹³⁾

대부분의 협동조합은 기본보수를 책정한 경우에도 조합원들의 퇴직금을 적립하지 않고, 실제로 퇴직금을 지급하지 않고 있다.

반면에 택시회사 기사들의 경우는 회사로부터 급여를 지급받고, 4대 보험에 가입한다. 퇴직시에는 퇴직금도 지급받는다.

넷째 조합원은 사납금납부의무가 없고 거의 모두 1차제로 일하기 때문에 배차시간이 따로 없고 자유롭게 일할 수 있고, 차량을 개인적인 용도로 사용할 수도 있고 조합원으로서 경비납부의무만을 진다. 휴일 또는 야간에 일할지 여부는 조합원이 스스로 결정하고 휴일 및 야간근로수당이

12) 60세 이상인 조합원들은 국민연금도 납부하지 않고 있고 기사들이 고령화되어 실질적으로는 건강보험 1개지만 의무가입하고 있다.

13) 조합원의 수입전부를 사업소득으로 신고하는 경우도 있고, 근로복지공단으로부터 근로자성을 인정받은 협동조합도 있다.



없고 연차휴일개념도 없다.

반면에 택시회사 기사들의 경우는 배차시간을 준수하여 지정된 차량에서 근무할 의무가 있다. 근로관계 법령에 따라 휴일 및 야간근로 시 보수를 더 받을 수 있고 연차휴일도 인정된다. 과거 사납금제 시절에는 사납금을 납부할 의무가 있고 사납금을 납부하지 않을 경우에는 급여에서 사납금부족액을 공제당할 수 있었다. 사납금을 넘는 운송수입금은 초과운송수입금이라는 명목 하에 기사들이 직접 자신의 소득으로 귀속시킬 수 있었다. 전액관리제가 시행된 이후에는 운송수입금을 전액 회사에 납부할 의무를 진다. 그러나 전액관리제하에서도 기사들의 성과급은 인정되므로 실제로는 기준금을 정해 기준금 이상의 운송수입금을 거둔 기사들에 대하여는 초과운송수입금 중 일정비율을 기사들에게 성과급으로 지급하고 있다.

5. 대상판결의 사안에 대한 구체적 분석

가. 차량구입비

대상판결의 사안에서도 원고조합의 조합원은 출자할 의무를 부담하는데, 출자의 종류는 금전 외에 현물출자도 가능한 것으로 되어 있다(조합정관 제18조 제1항).

조합원이 창립당시 금전으로 출자한 2천만 원으로는 택시회사들로부터 운송사업 면허를 인수하기에도 부족하고 차량을 구입할 재원이 없자 조합원들로 하여금 각자 자신이 운행할 차량을 구입하도록 하여 조합명의로 등록하도록 하였는데, 이는 차량을 현물출자를 한 것으로 이해된다.

차량에 대해 현물출자에 의한 등록을 하기 번거롭고, 현행법상 택시지입제가 금지되므로 조합원이 차량을 실소유하면서 조합명의로 등록하는 것도 금지되므로 그와 같은 방법을 취한 것으로 보인다.¹⁴⁾

차량을 현물 출자한 것으로 본다면, 조합원이 차량구입비(일시불이든 할부금이든)를 부담한

14) 그 대신 원고조합에서는 현물출자서약서를 징구하였는데, 이에 의하면 조합원은 각자 자신이 운행할 차량을 1대씩 현물출자하여야 하고, 택시차량이 만료되거나 조합탈퇴시에는 차량감가상각후 잔존가액(양도 및 폐차, 수출등 가격)으로 현물출자당시의 금액에 갈음하는 것으로 되어 있다.



것은 조합원으로서 출자의무를 이행한 것에 불과하므로 협동조합이 차량구입비를 조합원에게 전가하였다고 볼 수 없다.

이는 협동조합이 조합원으로부터 받은 차량구입비 상당의 출자금을 더 받아 차량을 구입하는 경우와 실질적으로 차이가 없다.

실사 조합원이 개인자금으로 차량을 구입하여 조합명의로 등록한 것이 현물출자에 해당하지 않는다고 하더라도 차량이 없으면 택시운송사업 수행이 불가능하므로 이를 구입하는 비용을 대는 것은 조합원으로서 비용부담에 해당한다.

조합의 비용부담은 궁극적으로 조합원들이 져야하는데, 조합원 총회의 결의로 차종을 통일하지 않고 각자 자신의 취향과 경제적 능력 등에 따라 신차나 중고차, 차종 등을 선택하게 하였다면 문제될 것이 없어 보인다.

나. 유류비, 공제료 등 운행에 소요된 비용

차량운행에 따라 유류비, 공제료, 수리비, 사고처리비 등 소모성비용이 소요되는데, 이 역시 비용에 해당하므로 궁극적으로 조합원들이 부담할 수밖에 없다.

그러한 비용은 평준화하여 동일하게 할 수도 있고, 수익자 부담 또는 원인자 부담의 원칙 등 합리적 기준을 세워 조합원 별로 차등을 둘 수도 있는데, 이는 조합의 비용부담과 관한 자율적인 영역이라고 할 것이다.

협동조합의 운영방식은 공동체적 정신에 입각하여 수익 및 비용 부담을 평준화한 경우와 자본주의 원리에 입각하여 조합원 각자의 기여도 책임을 중시하는 경우가 있는데, 후자 형태의 협동조합이 건설하고 조합원들의 소득도 택시회사에 소속된 기사들 보다 높은 편이다.

그 비결은 각 조합원들이 자신의 개인재산과 마찬가지로 애착을 가지고 자신이 운행하는 차량을 조심스럽게 다루어 훼손 정도가 덜하고 사고율도 적으며 공회전 등을 자제하여 유류비도 아껴 쓰기 때문이다.

한편 택시회사의 경우도 사납금에 이런 비용들이 반영되어 있는데, 행정당국이나 법원은 이를 평준화하면 운송비용전가에 해당하지 않고, 개인별 유류사용액등에 따라 차이를 둘 경우는 운



송비용전가로 보는 경향이 있다.¹⁵⁾ 택시회사에 대한 이런 판결 경향이 협동조합의 사안인 대상 판결의 결론에도 영향을 미친 것이 아닌가 생각된다.

그런데 협동조합의 조합원들이 얻는 소득은 고용·비용 관계에서 얻는 근로소득이라고 보기 어렵고 실질적으로는 사업소득에 가깝다. 사업소득을 얻는 과정에서 발생한 필요경비는 소득을 얻는 자가 부담하는 것이 당연하므로 택시회사에 고용된 기사들과 동일한 잣대로 재단할 수 없다.

6. 전가로 볼 경우 불이익 및 책임귀속

운송비용 전가로 판정될 경우 일반 택시회사는 회사가 과태료나 영업정지등 행정처분을 받게 된다.

협동조합 역시 과태료나 영업정지 등 행정처분을 당하게 되는데, 협동조합에 부과된 과태료는 경비로 결국 조합원들이 부담하게 된다. 협동조합이 영업정지 등 행정처분을 당하면 조합원들이 영업정지처분 기간 동안 운행을 하지 못하여 그로 인한 불이익을 그대로 입게 된다.

결국 협동조합에 대한 불이익 처분이 그대로 조합원인 기사들에게 전가되어 택시운수종사자를 보호하기 위한 입법목적을 달성하기 어렵다.

그리하여 협동조합에 대한 운송비용 전가와 관련된 과태료 이의 사건에서는 대부분 위반사실이 인정되어도 과태료는 부과하지 아니하는 결정이 이루어지고 있다. 원고조합도 대구지방법원 서부지원 2019과50401호 사건에서 과태료를 부과하지 아니하는 결정을 받았다.¹⁶⁾

한편 택시회사의 경우 운송비용 전가로 인정될 경우 기사들이 회사를 상대로 미지급 임금 청구 또는 부당이득금 반환 청구 등 소송을 제기하여 금원을 지급받고 있다.

그런데 조합원이 협동조합을 상대 운송비용 전가를 이유로 유사한 소송을 제기하여 협동조합을 상대로 금원을 지급하라는 판결을 받아 집행을 한 들 그 판결 금원은 조합원 자신이 경비로

15) 개인별로 차이를 둘 경우는 유류사용액등이 기사들의 근로소득에 영향을 줄 수 있다는 이유 때문인데, 그런 이유가 타당한지는 의문이다. 다만 본고에서는 논의가 산만해지는 것을 방지하기 위하여 이 부분에 대해 자세히 언급하지 않고 이 부분은 차회 연구과제로 미룬다.

16) 다만 그 과태료부과에 대한 이의사건에서는 협동조합출범 초기여서 그런지 조합원을 근로자임과 동시에 조합원의 지위를 갖는 것으로 보았다.



부담해야 하므로 실질적으로 금전을 지급받을 수 없다. 퇴사한 조합원이 지분환급금을 받기 전에 그러한 소송을 제기하여 판결을 받을 경우 자신의 지분환급금에서 그 판결금등이 공제될 수 있고, 이미 지분환급금을 받은 조합원들이 그런 소송을 제기하면 남아 있는 조합원들만 불이익을 입게 될 우려가 있다. 경우에 따라서는 탈퇴한 조합원과 잔존 조합원 간에 공연한 갈등이나 분쟁을 야기 시킬 우려가 있다.

이런 측면을 고려하면 민사적으로도 조합원에 대해 운송비용전가를 논하는 것은 매우 부적당하거나 무의미하다.

V. 결 론

대상판결은 택시발전법상 운송비용 전가금지 규정의 연혁이나 입법취지, 적용범위, 협동조합의 출현 시기나 배경을 자세히 살피지 않고 협동조합도 일반택시운송사업자에 해당하고 조합원인 기사도 택시운수종사자라는 단순 논리로 운송비용 전가금지 규정이 조합원인 기사들에게도 적용된다고 판단하고 있다.

그러나 이는 도식적인 결론이고, 택시발전법이 제정될 당시에는 협동조합이 존재하지 않았고, 향후 협동조합이 등장할 것을 예상하지도 않은 채 단지 택시회사에 고용·파용 관계에 있는 기사들을 보호하기 위해 입법된 것임을 간과하고 있다.

또한 조합원은 여러 가지 측면을 종합하면 택시회사에 고용된 근로자 지위를 갖는 기사라고 보기도 어려운데 택시회사 소속 기사들과 동일 내지 유사한 기준을 적용하여 판단하는 것 역시 부당하다.

협동조합에 대한 행정상 불이익 처분은 그대로 조합원인 기사들에게 전가되어 택시운수종사자를 보호하기 위한 입법 목적을 달성하기 어렵고, 민사적으로는 무의미하거나 부적당한 점까지 종합적으로 고려하면 대상판결의 결론은 매우 잘못된 것으로 보인다.

대상판결에서 드러나듯이 협동조합 형태로 택시운송사업을 하는 경우가 비약적으로 늘어나고 있지만, 입법은 전혀 마련되어 있지 않다. 대상판결도 협동조합에 대한 입법이 없는 상태에서 기존에 택시회사를 전제로 만든 조항과 이를 둘러싼 판결 경향에 젖어 무리한 해석론을 전개



하다 보니 불합리한 결과를 초래하고 있다. 변화된 사업 환경과 현실을 제대로 반영하여 이를 규율할 수 있는 입법적인 조치가 시급한 것으로 보인다.

- ▶ 발표일시 : 2024. 10. 23.(수) 07시 30분
- ▶ 사 회 : 김재승 변호사
- ▶ 참석회원 : 김대휘, 김재승, 서규영, 서장원, 신성민, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이수경, 이원용, 이재용, 이정일 변호사(총 15명)

判例研究 · 38(2) 2024

2025년 3월 24일 인 쇄

2025년 3월 24일 발 행

발 행 처 · **서울地方辯護士會**

발 행 인 회장 조 순 열

주 소 서울특별시 서초구 법원로1길 21
(TEL : 02-6200-6200)

인 쇄 처 후 디 자 인
(TEL : 02-2269-5134)

【非賣品】

