

ISSN 1975-4507

判例研究

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW

2022

Vol.36 No.1 第三十六輯(1)



서울地方辯護士會
SEOUL BAR ASSOCIATION

책머리에

바람이 쌀쌀해지는 가을이 찾아왔습니다.

서울지방법변호사회 회장으로 직무를 시작한 첫날이 엇그제 같은데, 눈 깜짝할 사이 시간이 흘러 어느덧 임기의 막바지를 바라보고 있습니다. 남은 임기 동안에도 회원님들의 고충에 귀 기울이고, 도움을 드리기 위해 최선을 다하겠습니다.

2022년 상반기 판례연구발표회의 결과물인 『판례연구 제36집(1)』이 발간됩니다. 회원 여러분이 흥미를 가질만한 ‘주거침입죄에 대한 대법원 판례 변경’ 및 ‘개정 주택 임대차보호법’ 등의 최신 판례도 소개하고 있어, 업무에 유용하게 참고하실 수 있으리라 생각합니다.

1100여 회를 넘겨 꾸준히 진행되고 있는 판례연구발표회는 역사가 깊은 우리 회의 대표적인 연구모임입니다. 이 오래된 전통이 지금까지 이어질 수 있던 것은 바쁜 업무에도 불구하고, 아침 일찍 판례연구회에 참석하여 자리를 빛내주시고, 귀한 지식을 나누어주신 회원님들의 덕분입니다.

코로나19로 인한 제한이 하나 둘 풀리며 이전의 일상을 조금씩 회복해가고 있습니다. 그 사이 사라진 것들과, 여전히 남아있는 것들을 하나씩 살펴보면, 예전에는 당연했던 소소한 일상의 소중함을 새삼 되돌아보게 됩니다. 길고 긴 코로나19 시국에도 흔들림 없이, 판례연구발표회라는 소중한 일상의 한 부분을 지켜주신 회원 여러분께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

2022년 11월
서울지방법변호사회
회장 김 정 욱

목 차

《책머리에》	김정욱(金正煜)
--------------	----------

I

刑事判例研究

- 주거침입죄에 대한 대법원 판례 변경의 의미와 평가 김정범(金廷範) 11
- 공소사실의 동일성 판단과 행위형법의 원칙 조용익(趙庸義) 31

II

民事判例研究

- 상가건물 임대차보호법 제10조의4의 적용 범위 및
동조 제2항 제3호 해석론 김용우(金容佑) 45
- 인격권으로서 초상권과 초상영리권 혹은 퍼블리시티권 정호정(鄭湖靜) 75
- 국민건강보험공단의 치료비 대위청구 시 과실상계의 방식 김광석(金光錫) 100
- 명의수탁자가 부동산을 매도하거나 근저당권을 설정할 경우
명의수탁자는 신탁자에게 부당이득반환해야 김정범(金廷範) 114
- 부대체적 작위의무에 대한 간접강제결정과 집행문 장재형(張在亨) 130
- 개정 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 8호 ‘임대인이 목적 주택에 실제
거주하려는 경우’의 해석 관련한 지방법원의 판단 기준 엄정숙(嚴貞淑) 152
- 보험금청구권의 소멸시효 기간과 기산점 유중원(柳重遠) 174



III

家事判例研究

- 조부모의 손자녀 입양 허부 및 입양허가 판단 기준 조현욱(趙賢旭) 207

IV

노동判例研究

- 유류비의 부담과 운송비용 전가 오승원(吳承員) 233

V

行政判例研究

- 미등록특히 사용료소득의 원천별 안분 채용현(蔡龍鉉) 259
- 학생운동선수의 학교폭력과 징계 김용수(金容秀) 287
- 공공조달계약의 법적 성질과 쟁송형태 김경선(金檠宣) 321

CONTENTS

《 Introduction 》	Kim Jung Wook
------------------------	---------------

I

Criminal Law

- The meaning and evaluation of the Supreme Court case change for housing invasion Kim Jung Beom 11
- The unity and identity of count : The Act Requirement Jo Yong Eui 31

II

Civil Law

- A Study on the Commercial Building Lease Protection Act related to the Scope of Implication of Article 10-4 and the Interpretation of Article 10-4 (2), 3. Kim Yong Woo 45
- Portrait Rights as Personal Rights and For-profit Portrait Rights or Right of Publicity Jeong Ho Jeong 75
- The comparative negligence method when National Health Insurance Corporation make an substitute request for the paid medical expenses Kim Gwang Seok 100
- If a trustee sells real estate or sets up a mortgage, the name trustee must return to the trustee unfairly Kim Jung Beom 114
- Indirect Compulsory Performance about Unsubstitutive Obligation of Debtor by its Nature & Conditional Execution Clause Chang Jae Hyung 130
- Article 6-3 of the Amended Housing Lease Protection Act, Article 6-3 (1) proviso 8, 'Criteria for judgment of the district court related to the interpretation of the case where the lessor actually intends to reside in the target house Eom Jeong Suk 152



- On the starting point of reckoning of extinctive prescription of insurance claim Yoo Jung Won 174

III Family Law

- Can grandparents adopt a grandchild?
What is the evaluation standard of adoption permission?
..... Cho Hyun Wook 207

IV Labor Law

- Burden of fuel cost and passing along of driving cost Oh Seung Won 233

V Administrative Law

- Division of unregistered patent royalties income by source
..... Chae Yong Hyeon 259
- School Violence and Discipline of Student Athletes Kim Yong Soo 287
- A study on the legal nature and litigation types of public procurement contract Kim Kyung Sun 321

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW



I

刑事判例研究

Criminal Law

서울지방법원 판례연구 제36집 (1권)



주거침입죄에 대한 대법원 판례 변경의 의미와 평가

The meaning and evaluation of the Supreme Court case change for housing invasion

辯護士 김 정 범

Kim Jung Beom

【사건의 표시】

대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결, 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도 12630 전원합의체 판결, 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도6085 전원합의체 판결

논문요약

주거침입죄의 성립과 관련하여 보호법익을 어떻게 볼 것이냐의 논쟁이 전개돼 왔다. 주거침입죄의 보호법익에 대하여는 크게 주거권설과 사실상 평온설이 대립돼 왔다. 주거권설은 일정한 장소에 머물면서 자신의 자유로운 결정에 의해서 인간답게 살 수 있는 권리를 말한다. 사실상의 평온은 일정한 장소에 머물면서 생활하는 과정에 사생활이 보호되고, 다른 사람에 의해서 주거의 평온히 깨지지 않는 것을 말한다. 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 있는 경우에도 마찬가지로 주거침입죄가 성립한다. 행위자의 신체의 전부가 범행의 목적인 타인의 주거 안으로 들어가야만 성립하는 것이 아니라 신체의 일부만 타인의 주거 안으로 들어갔다고 하더라도 거주자가 누리는 사실상의 주거의 평온을 해할 수 있는 정도에 이르렀다면 범죄구성요건을 충족하는 것이라고 보아야 하고, 따라서 주거침입죄의 범의는 반드시 신체의 전부가 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있어야



만 하는 것이 아니라 신체의 일부라도 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있으면 족하다고 보는 것도 사실상 평온설의 입장이다. 간통 등의 불법행위를 목적으로 배우자가 없는 틈을 이용해서 다른 배우자와 함께 집에 들어가는 것도 배우자가 그와 같은 불법행위 목적으로 주거에 들어가는 것을 허용하지 않았을 것이라는 이유로 마찬가지로 주거침입죄의 성립을 인정했었다. 그러나 주거에 들어가는 목적이 무엇이나에 따라서 주거침입죄의 성립 여부가 달라지는 것은 단순히 사실상의 평온설만으로 해석하기 어렵다. 결국 과거 대법원의 판결은 지나치게 주관적인 해석이고, 주거권자의 의사에 따라서 죄의 성립 여부가 결정돼 객관적 획일적이지 않아 죄형법정주의에 반할 우려가 있다. 또한 추후에 주거권자의 의사가 변경됨으로써 주거침입죄가 되는 경우도 발생하게 된다. 그렇기 때문에 침입에 해당하는지의 여부를 중심으로 해서 주거침입죄가 성립되는지 여부를 객관적으로, 그리고 획일적으로 해석하고, 주거권자의 의사에 반하는 경우에는 퇴거를 요구할 수 있으므로 이 경우 퇴거에 불응하는 경우 퇴거불응죄로 처벌하면 객관적인 해석이 가능할 것으로 생각된다.

〈주제어〉

주거침입, 주거침입목적, 간통목적주거침입, 주거권, 사실상평온

housebreaking, violation of domicile, housing invasion, housing rights, actually serenity

목 차

[사실관계]

[사건의 진행과정]

[대상판결의 내용]



[연구]

I. 문제의 제기

II. 주거침입죄의 일반론

1. 주거침입죄의 보호범의
2. 주거침입죄의 대상(객체)
3. 주거침입죄의 행위태양

III. 대상판결들에 대한 평가

1. 침입의 방법과 주거침입
2. 주거권자의 추정적 의사와 주거침입
3. 주거권의 범위와 주거침입
4. 다른 주거권자의 명시적 의사에 반하는 경우와 주거침입
5. 주거권의 충돌과 주거침입

IV. 결 론

[사실관계]

대법원 판례에 나타난 세 가지 사례를 보자.

- ① 피고인은 피해자의 아내와 내연관계에 있는 사람으로서 피해자의 일시 부재중 피해자의 아내로부터 출입 동의를 받고 피해자와 그 아내의 공동주거에 3차례 들어가 피해자의 아내와 부정(不貞)한 행위를 하였다는 이유로 주거침입죄로 기소당했다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결 사례).



② 피고인 A는 자신의 부인과 가정불화로 이 사건 아파트에서 나갔다가 약 한 달 후 그의 부모들과 함께 이 사건 아파트에 방문하였다. 그러나 당시 집을 보고 있던 처제가 출입문을 열어주는 것을 거절하자 A와 그의 부모는 출입문 걸쇠를 내려치고 문고리를 흔들어 출입문 걸쇠가 떨어져 나가게 하였고, 피고인들은 아파트에 들어갔다. 이에 대하여 검사는 공동재물손괴와 공동주거침입 등으로 기소하였다(대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도6085 전원합의체 판결 사례).

③ 피고인들은 자신들과 기자가 대화하는 장면을 기자와 식당주인 몰래 촬영하기 위해 카메라를 설치하려고 음식점에 들어가 주거에 침입하였다는 이유로 주거침입죄로 기소됐다(2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결 사례).

[사건의 진행과정]

2020도12630 사건의 경우 제1심(울산지법)은 유죄(징역 6월 및 집행유예 2년)를 선고하였으나 원심 재판부는 피고인이 위 주거에 들어갈 당시 피해자의 치료부터 승낙을 받았기 때문에 피고인이 위 주거의 사실상 평온상태를 해할 수 있는 행위태양으로 들어간 것이 아니어서 주거에 침입한 것으로 볼 수 없다는 이유를 들어 무죄를 선고하였다. 이에 대하여 검사가 상고한 사건이다. 2020도6085 사건에서는 제1심(서울동부지법) 공동주거침입 부분에 대하여 유죄를 선고하였으나 원심 폭력행위처벌법위반(공동주거침입)부분에 대하여 무죄를 선고하였고, 이에 대하여 검사가 상고하였다. 2017도18272 사건은 제1심판결에서 피고인들이 음식점 영업주 몰래 카메라를 설치할 목적으로 음식점에 들어간 것은 영업주의 추정적 의사에 반한다는 이유로 유죄를 선고하였다. 그러나 원심은 피고인들은 이 사건 각 음식점 영업주의 승낙을 받아 음식점에 들어갔고, 피고인들이 영업주 몰래 카메라를 설치할 목적이 있었다는 사정만으로 피고인들의 출입행위가 영업주의 의사에 반한다고 보기 어렵다면서 주거침입죄에 대한 무죄를 선고하였다.



[대상판결의 내용]

1. 남편 없을 때 내연녀 집에서 불륜 저지른 상대남에 대한 주거침입죄 성립 여부(대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결)

(1) 다수의견(9명) : 피고인을 주거침입죄로 처벌할 수 없음

외부인이 공동거주자의 일부가 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어간 경우라면 그것이 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다. 주거침입죄의 보호법익은 사적 생활관계에 있어서 사실상 누리고 있는 주거의 평온, 즉 ‘사실상 주거의 평온’으로서, 주거를 점유할 법적 권한이 없더라도 사실상의 권한이 있는 거주자가 주거에서 누리는 사실적 지배·관리관계가 평온하게 유지되는 상태를 말한다. 주거침입죄의 구성요건적 행위인 ‘침입’은 주거침입죄의 보호법익과의 관계에서 해석하여야 하므로, 침입이란 거주자가 주거에서 누리는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것을 의미하고, 침입에 해당하는지 여부는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단함이 원칙임. 단순히 주거에 들어가는 행위 자체가 거주자의 의사에 반한다는 거주자의 주관적 사정만으로 바로 침입에 해당한다고 볼 수는 없다. 외부인이 공동거주자의 일부가 부재중에 주거 내에 현재하는 거주자의 현실적인 승낙을 받아 통상적인 출입방법에 따라 공동주거에 들어간 경우 그것이 부재중인 다른 거주자의 추정적 의사에 반하더라도, 이는 사실상의 평온상태를 해치는 행위태양으로 주거에 들어간 것이라고 볼 수 없기 때문에 주거침입죄에서 규정하고 있는 침입행위에 해당하지 않으므로 주거침입죄가 성립하지 않는다.

(2) 별개의견 1(1명) : 피고인을 주거침입죄로 처벌할 수 없음

주거침입죄의 보호법익은 헌법상 주거의 자유에 기초한 주거권이고, 주거침입죄에서 말하는 ‘침입’은 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것을 의미한다. 동등한 권한이 있는 공동



거주자 중 한 사람의 승낙을 받고 주거에 출입한 경우, 어느 한쪽의 의사나 권리를 우선시킬 수 없으므로 원칙적으로 주거침입죄가 성립하지 않는다. 주거침입죄는 목적범이 아니고, 혼외성관계는 형사처벌의 대상이 아니기 때문에, 이러한 목적의 유무에 따라 주거침입죄의 성립이 좌우된다고 볼 수 없다.

(3) 별개의견 2(1명) : 피고인을 주거침입죄로 처벌할 수 없음

‘입’의 의미를 직접 보호법익과 관련시켜 파악하거나 보호법익을 구성요건적 행위의 내용으로 보는 것은 타당하지 않음. 이는 침입의 의미를 추상적이고 불명확하게 하여 일반 국민 등에게 혼란을 줄 우려가 있다. 공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인의 출입행위는 그 출입 승낙을 한 공동거주자가 통상적으로 공동주거를 이용하는 행위 또는 이에 수반되는 행위임. 다른 거주자는 외부인의 출입이 그 의사에 반하더라도 공동주거의 특성에 비추어 이를 용인해야 한다. 따라서 외부인이 공동거주자 중 1인의 승낙을 받아 공동주거에 출입하였다면 그것이 다른 거주자의 의사에 반하더라도 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄가 성립하지 않는다.

(4) 반대의견(2명) : 피고인을 주거침입죄로 처벌할 수 있음 ⇨ 파기환송

주거침입죄의 보호법익인 ‘사실상의 평온’은 법익의 귀속주체인 거주자의 주거에 대한 출입 통제가 자유롭게 유지되는 상태를 말함. 이러한 출입 통제는 거주자의 의사 및 의사표명을 통하여 이루어진다. 따라서 주거의 침입은 종전의 판례와 같이 거주자의 의사에 반하여 주거에 들어가는 것이라고 해석하여야 하고, 이와 달리 침입의 의미나 판단기준을 변경할 이유가 없다. 공동주거의 경우에도 공동거주자 각자가 개별적으로 외부인의 출입을 통제할 수 있으므로, 공동거주자 중 부재중인 거주자도 독자적으로 외부인의 출입을 통제할 수 있고, 그에 관한 보호법익이 침해된 경우 주거침입죄가 성립한다. 외부인이 다른 거주자의 승낙을 받아 주거에 들어갔더라도, 부재중인 거주자가 그의 출입을 거부하였을 것임이 명백하다면, 부재중인 거주자의 주거에 대한 사실상 평온이 침해된 것이므로 주거침입죄가 성립한다. 이 사건에서 피고인이 피해자의 처와 간통할 목적으로 아파트에 출입한 것은, 부재중인 피해자의 의사에 명백히 반하



므로 주거침입죄가 성립한다.

2. 아내가 문을 열어주지 않아 남편과 함께 잠금장치 부수고 집에 들어간 경우 주거침입 여부(대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도6085 전원합의체 판결)

(1) 다수의견(9명) : 폭력행위처벌법위반(공동주거침입죄)로 처벌할 수 없음

공동거주자 중 한 사람이 그의 출입을 정당한 이유 없이 금지한 다른 공동거주자의 사실상 평온을 해치면서 공동주거에 들어가더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다. 주거침입죄는 타인이 거주하는 주거 등에 침입하여야 성립하므로 행위자 자신이 단독 또는 공동으로 거주하는 주거 등에 임의로 출입하더라도 주거침입죄가 성립하지 않음. 다만 공동거주자의 경우라도 그가 공동생활관계에서 이탈한 경우 등 특별한 사정이 있는 경우에는 주거침입죄가 성립할 수 있다. 따라서 공동거주자 상호간에는 특별한 사정이 없는 한 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 자유로이 출입하고 이를 이용하는 것을 금지할 수 없다. 공동거주자 중 한 사람이 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것을 금지한 경우, 다른 공동거주자가 이에 대항하여 공동생활의 장소에 들어갔더라도 이는 사전 양해된 공동주거의 취지에 맞추어 공동생활의 장소를 이용하기 위한 방편에 불과할 뿐, 그의 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 주거의 평온이라는 법익을 침해하는 행위라고는 볼 수 없으므로 주거침입죄는 성립하지 않는다. 설령 그 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 과정에서 다소간의 물리력을 행사하여 그 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤더라도 주거침입죄는 성립하지 않는다.

공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인의 공동생활의 장소 출입이 이를 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소를 이용하는 행위로 볼 수 있는 경우에는 다른 공동거주자의 사실상 평온을 해치면서 공동주거에 들어가더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다. 공동거주자 중 한 사람이 법률적인 근거 기타 정당한 이유 없이 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 출입하는 것을 금지하고, 이에 대항하여 다른 공동거주자가 공동생활의 장소에 들어가는 과정



에서 그의 출입을 금지한 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다. 공동거주자의 승낙을 받아 공동생활의 장소에 함께 들어간 외부인의 출입 및 이용행위가 전체적으로 그의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소의 출입 및 이용행위의 일환이자 이에 수반되는 행위로 평가할 수 있는 경우라면, 이를 금지하는 공동거주자의 사실상 평온상태를 해쳤음에도 불구하고 그 외부인에 대하여도 역시 주거침입죄가 성립하지 않는다고 봄이 타당하다.

(2) 별개의견(1명) : 폭력행위처벌법위반(공동주거침입죄)로 처벌할 수 없음

피고인들에 대하여 각 주거침입죄가 성립하는지를 판단함에 있어 피고인들에 대하여 출입금지의 의사를 표시한 피해자 등의 진정한 의사를 해석하여야 한다. 피해자 등은 피고인1과 갑과의 부부관계가 파탄되어 피고인1이 공동거주자의 지위를 상실하였고, 갑의 승낙 없이 아파트에 출입할 수 없다는 전제에서 출입을 금지한 것이라고 봄이 상당하다. 그런데 피고인1은 갑과의 부부관계가 파탄되었거나 공동거주자 지위를 상실하였다 볼 수 없고, 사정이 이와 같다면 피해자 등의 진정한 의사는 피고인들의 아파트 출입을 금지하지 않았을 것으로 보아야 한다. 따라서 피고인들의 아파트 출입은 피해자 등의 의사에 반한다고 볼 수 없으므로 주거침입죄가 성립하지 않는다.

(3) 반대의견(3명) : 폭력행위처벌법위반(공동주거침입죄)로 처벌할 수 있음

공동주거는 공동거주자 중 한 사람의 주거지인 동시에 다른 공동거주자의 주거지이기도 하다. 공동주거자 일방이 그의 출입을 금지한 다른 거주자의 평온상태를 해치는 행위태양으로 공동주거에 들어간 경우, 이는 공동주거를 이용하는 보편적인 형태라고 볼 수 없음. 다른 공동거주자에 대한 관계에서 공동주거의 이용행위의 한계를 벗어난 침입행위에 해당한다. 또한 공동생활관계가 해소되는 과정에서 발생하는 폭력에 대해서는 적극적으로 대처하여 구성원들의 평온과 안전을 보호하는 방향으로 주거침입죄의 해석이 이루어져야 한다. 외부인이 주거 내에 현재하는 공동거주자의 출입금지를 폭력적인 방법으로 제압한 경우 공동거주자 중 한 사람의



승낙을 받았다는 이유로 주거침입죄의 성립을 부정할 수 없다. 피고인1의 아파트 출입행위는 객관적·외형적으로 드러난 행위태양에 비추어 보더라도 피해자 을의 사실상의 평온상태를 명백히 해치고, 공동거주자의 이용범위를 벗어난 것임. 당시 피해자 을이 위 피고인의 출입을 제지한 데에는 정당한 이유가 있다. 따라서 피고인1이 공동거주자의 지위에서 이탈하지 않았다는 사정만으로 주거침입죄의 성립을 부정할 수 없다. 피고인2, 3 역시 피해자 을에 대하여 폭력적인 방법을 사용하여 아파트에 출입하였으므로, 피해자 을의 사실상의 평온상태를 명백히 해친 것이고, 공동거주자인 피고인1이 출입을 승낙하였다고 하여 주거침입죄 성립을 부정할 수 없다.

3. 누구나 들어갈 수 있는 공중의 장소에 촬영이나 녹음을 목적으로 들어간 경우 주거 침입죄가 성립할까(대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결)

(1) 다수의견(11명) : 피고인들을 주거침입죄로 처벌할 수 없음

주거침입죄에서 침입에 해당하는지는 출입 당시 객관적·외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단하여야 하고, 이에 해당하는지는 주거 등의 형태와 용도·성질, 외부인에 대한 출입의 통제·관리 방식과 상태, 행위자의 출입 경위와 방법 등을 종합적으로 고려하여야 한다. 거주자의 승낙을 받아 주거에 들어갔으나 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되는 경우에도 위와 같은 사정을 종합적으로 고려하여 사실상의 평온상태가 침해되었는지에 따라 주거침입죄의 성립 여부를 판단하여야 한다. 일반인의 출입이 허용된 음식점에 영업주의 승낙을 받아 통상적인 출입방법으로 들어갔다면 설령 영업주가 실제 출입 목적을 알았더라면 출입을 승낙하지 않았을 것이라는 사정이 인정되더라도 사실상의 평온상태가 침해되었다고 평가할 수 없으므로 주거침입죄가 성립하지 않는다.

(2) 별개의견(2명), 김재형, 안철상 대법관 다수의견과 근거는 다르나, 이 사건에 관한 판단의 결론은 같음 : 피고인들을 주거침입죄로 처벌할 수 없음

‘사실상의 평온상태를 해치는 모습’이라는 의미는 추상적이고 불명확하여 다양한 해석이

가능하다. 사실상의 평온상태가 침해되었는지에 따라 침입 여부를 판단하더라도 거주자에 의사에 반하는지를 가장 기본적이고 중요한 요소로 삼아 주거침입죄의 성립 여부를 판단하여야 한다. 이 사건에서 피고인들이 영업주의 현실적인 승낙을 받아 음식점에 들어갔으므로 기본적으로 영업주의 의사에 반하지 않을 뿐만 아니라, 사실상의 평온상태가 침해되었다고 볼 수 없다. 따라서 피고인들에 대해서는 주거침입죄가 성립하지 않는다.

[연구]

1. 문제의 제기

가. 최근 대법원이 주거침입죄에 대한 3개의 전원합의체 판결을 내놓았다. 위 판결들은 과거의 판결을 변경하는 것으로 그동안 논란이 돼 왔던 주거침입죄의 보호법익이 무엇인냐의 문제와 관련된 논쟁들이다. 그동안 주거권을 보호하려는 주거권설과 사적생활관계에서 주거의 사실상의 평온을 보호하려는데 주거침입죄의 보호법익이 있다는 학설의 대립이 있었다. 우리 판례와 다수설은 사실상의 평온설을 따르고 있었다. 그렇다고 해서 주거권설의 입장을 완전히 무시하지 않는 입장이었다. 위 판결들은 거주자의 의사를 중심으로 주거침입죄의 유무죄를 판단하는 것으로 폭력적인 방법이 아니라 평온한 방법으로 타인의 주거에 들어간 경우에는 거주자의 추정적 의사에 반하는 경우에는 주거침입죄의 성립을 인정하는 것이다. 따라서 주거침입죄의 성립 여부가 거주자의 주관적 의사에 따르게 돼 객관적이고 획일적인 해석이 불가능하게 돼 법적인정성을 침해할 우려가 있다는 점이 지적돼 왔다. 또한 주거침입죄의 행위태양과 관련해 침입으로 볼 수 없는 경우에도 주거권자의 의사에 반하는 경우 사실상 주거의 평온을 해하는 것으로 추단해 사실상 주거권설의 입장을 받아들이는 듯한 해석도 함으로써 통일적인 해석이 불가능한 상황이었다. 그러다가 이번 전원합의체 판결을 통해서 과거의 판례들을 변경함으로써 주거침입죄의 성립 여부와 관련해 침입의 의미를 객관화시키려는 판결을 내놓은 것이다.

나. 위 사례들에 대하여 과거의 판례는 ①의 경우 ‘동거자중의 1인이 부재중인 경우라도 주거의 지배관리관계가 외관상 존재하는 상태로 인정되는 한 위 법리에는 영향이 없다고 볼 것이니 남



편이 일시 부재중 간통의 목적하에 그 처의 승낙을 얻어 주거에 들어간 경우라도 남편의 주거에 대한 지배관리관계는 여전히 존속한다고 봄이 옳고 사회통념상 간통의 목적으로 주거에 들어오는 것은 남편의 의사에 반한다고 보여지므로 처의 승낙이 있었다 하더라도 남편의 주거의 사실상의 평온은 깨어졌다 할 것이므로 이러한 경우에는 주거침입죄가 성립한다¹⁾’는 이유로, ②의 경우 유사한 사건과 관련한 대법원 판례는 없기 때문에 이번 전원합의체 변경을 통해서 과거의 판례를 변경하지는 않았지만 ‘외부인이 주거 내에 현재하는 공동주거자의 출입금지를 폭력적인 방법으로 제압한 경우 공동주거자 중 한 사람의 승낙을 받았다는 이유로 주거침입죄의 성립을 부정할 수 없다’²⁾는 이유로, ③의 경우 ‘일반인의 출입이 허용된 음식점이라 하더라도, 영업주의 명시적 또는 추정적 의사에 반하여 들어간 것이라면 주거침입죄가 성립되는바, 기관장들의 조찬모임에서의 대화내용을 도청하기 위한 도청장치를 설치할 목적으로 손님을 가장하여 그 조찬모임 장소인 음식점에 들어간 경우에는 영업주가 그 출입을 허용하지 않았을 것으로 보는 것이 경험칙에 부합하므로, 그와 같은 행위는 주거침입죄가 성립한다’³⁾는 이유로 모두 유죄판결을 받았었다.

II. 주거침입죄의 일반론

1. 주거침입죄의 보호법익

보호법익은 자기의 주거공간 내에서 타인의 출입이나 체류여부를 결정할 수 있는 권리인 주거권을 보호하려는 주거권설과, 주거를 지배하고 있는 공동생활자 모두의 사실상 평온이라고 하는 사실상의 평온설의 대립이 있다. 주거침입죄의 보호법익에 대하여 ‘주거권설’과 ‘사실상 평온설’이 대립하고 있는데, 주거권설은 자신이 생활하는 주거공간에 타인의 출입이나 체류 여

1) 대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결

2) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도6085 전원합의체 판결의 반대의견 참조

3) 대법원 1997. 3. 28. 선고 95도2674 판결

부를 결정할 권리를 보호하려는 것으로 독일에서 채택하고 있고, 사실상 평온설은 주거의 공동 생활자 전원의 주거에 관한 사실상 지배관계의 평온이 침해된 경우에만 주거침입죄의 성립을 인정하는 것으로 우리 판례와 다수설이 따르고 있다. 주거권설은 주거 내에서의 평온한 생활을 보장하기 위하여 주거권자의 의사결정과 신체활동의 자유를 보장할 필요가 있다는 것이다. 또한 우리 헌법에서 주거권은 보장받고 있으므로 주거침입은 헌법에서 보장하고 있는 주거권자의 권리를 형법에 의해서 보장하려는 것이라고 주장한다. 사실상 주거의 평온설은 주거의 공동 생활자들의 주거에 관한 사실상의 지배관계의 평온을 유지하려는 입장으로 주거의 평온상태를 침해하는 것이 주거침입죄라고 설명하는 입장이다. 주거권의 존재여부와 관련 없이 주거에 대한 사실상 지배권을 행사하고 있는 경우에도 주거침입죄가 성립할 수 있다. 가족이나 또는 가족의 구성원은 아니지만 사실상 주거를 관리하고 있는 자가 있는 경우 승낙을 얻지 않고 들어가는 경우 주거침입죄가 성립된다. 주거침입죄의 보호법익이 무엇이나에 따라서 가족 구성원 일부의 의사에 반해서, 또는 사실상 주거를 지배하는 자의 의사에 반해서 타인의 주거에 들어가는 경우 주거침입죄가 성립되는지의 여부를 달리하게 된다. 주거권설의 입장에서는 거주권자의 의사에 반하느냐의 여부를 중심으로 주거침입죄 성립 여부가 결정되며, 사실상의 평온설 입장에서는 행위태양인 침입의 개념을 중심으로 주거에 들어가는 방법이 무엇이나에 따라서 주거침입죄가 성립되는 것이다. 물론 사실상의 평온설 입장에서도 침입의 방법이 평화로운 형식이었더라도 주거권자의 진정한 의사가 무엇이나에 따라서 주거침입죄가 성립될 수도 있다. 침입의 목적이 불법이거나 부당한 경우에는 침입의 방법 여부를 떠나 주거침입죄가 성립될 수 있는 것으로 과거 우리 판례의 입장이었다.

2. 주거침입죄의 대상(객체)

주거침입죄(住居侵入罪)는 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 등 일정한 장소의 평온과 안전을 침해하는 것을 내용으로 하는 범죄이다(형법 제319조 제1항). 주거란 사람이 음식을 먹고 잠을 자는 등의 활동을 하는 장소로 주택이나 선박, 차량 등을 불문하고 사람이 거주하는 곳을 말한다. 주거침입죄는 정당한 이유 없이 다른 사람의 주거에 들어가는 것을 방지하기 위한 것이다. 주택에 따른 정원이나 숙박업소의 방이나 사무실, 공장 등이 주거침입의 대상이다.



주거의 사용은 일시적, 계속적임을 불문한다(예: 일정기간 동안만 사는 별장). 주거의 설비, 구조 여하를 불문하므로 천막집, 판자집, 토굴 등도 주거에 해당한다. 정원, 계단복도, 지하실 등 주거 자체를 위한 건물 이외에 그 부속물도 주거에 포함된다. 부동산 이외의 동산도 주거가 될 수 있다. 주거용 차량이 여기에 해당한다. 다만 일반 자동차는 주거침입죄의 대상으로 보기 어렵다. 침입 당시에 주거에 사람이 현존할 것을 요하지 않으므로 휴가 중 또는 부재중인 사무실도 포함된다. 건조물에 대한 소유관계나 적법여부를 따지지 않는다. 따라서 셋방이나 무허가 주택도 주거침입죄에서 보호하려는 주거에 해당한다. 공동주거는 공동생활에서 이탈한 후에는 타인의 주거가 되므로 가출한 자녀나 이혼한 배우자는 타인의 주거가 된다. 흥가라고 해도 주인이 있는 집은 주거로 보기 때문에 함부로 침입하면 주거침입죄가 된다. 지붕과 문짝, 창문이 없고 담장과 일부 벽체가 붕괴된 철거 대상 건물로서 사실상 기거·취침에 사용할 수 없는 상태의 것이라면 주거 또는 건조물이 아닌 물건으로 보므로 주거나 건조물침입죄도 성립하지 않게 된다.⁴⁾

3. 주거침입죄의 행위태양

침입은 주거권자 또는 주거에 대한 사실상의 지배자의 명시적 또는 추정적 의사에 반해서 주거에 들어가는 것을 말한다. 사실상의 평온을 해치는 행위태양으로 주거에 들어가는 것이다. 대법원은 출입 당시 객관적 외형적으로 드러난 행위 태양을 기준으로 판단하는 것이 원칙이고, 거주자의 의사에 반하는지는 사실상의 평온을 해치는 행위태양으로 들어갔는지 평가할 때 고려할 요소 중 하나로 보고 있다. 결론은 침입행위에 해당하는지는 거주자의 의사에 반하는지가 아니라 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양인지에 따라 판단되어야 한다는 것이다.⁵⁾ 이른바, 초원복집 사건에서 대법원은 일반인의 출입이 허용된 식당이나 음식점이라도, 영업주의 명시적 또는 추정적 의사에 반하여 들어간 것이라면 주거침입죄가 성립된다고 판시한 바 있다.⁶⁾ 이 대법원 판례에 따라 형사실무는 범죄 목적(예를 들면 시험 등에서 부정행위를 할 목적으로 시험장에

4) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013도3950 판결

5) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결, 대법원 2022. 3. 24. 선고 2017도18272 전원합의체 판결

6) 대법원 1997. 3. 28. 선고 95도2674 판결



입실하였다면)으로 주거, 건조물 등에 들어간 경우에는 그 장소가 일반에 공개된 장소라고 해도 주거침입죄가 별개로 성립하는 것으로 보고 있다. 범죄목적임을 알았다면 영업주(관리자)가 당연히 입장을 승낙하지 아니하였을 것이기 때문이다. 그러나 아래에서 설명할 2017도18272 전원합의체 판결로 앞으로는 침입의 의미에 대한 해석이 달라질 것으로 보인다. 과거에는 공동 주거자가 여러 명이 존재하고, 이 가운데 일부의 허락은 받았으나 다른 구성원의 허락을 얻는 것이 불가능한 경우에는 비록 그 구성원이 침입 당시에는 부재한 상황이었다고 하더라도 주거침입죄가 성립된다고 보았다. 남편이 출근하고 없는 집에 방문하여 남아있던 아내와 간통을 한 남자의 경우, 간통죄는 물론이고 주거침입죄의 대상으로 처벌할 수 있다는 판례⁷⁾가 있었지만, 2021년 9월 9일 대법원은 거주자 중 어느 한 사람의 승낙을 받아 통상적인 방법으로 들어간 경우에는 부재자의 추정적 의사에 반하더라도 주거침입이 성립하지 않는다고 판례를 변경하였다.⁸⁾ 침입 행위가 몸 전체가 들어가야 하느냐 아니면 신체의 일부만 들어간 경우에도 침입죄가 성립될 것이냐도 문제가 될 수 있다. 강간범이 강간을 하기 위해서 피해자의 방 안으로 창문을 열고 들어가고자 하다가, 창문에 들이 밀은 상황에서 피해자가 잠에서 깨어난 것을 보고 도주한 사건에서 주거침입죄의 기수냐 미수냐가 쟁점이 되었다. 이에 대하여 우리 대법원 ‘주거침입죄는 주거자의 사적 생활관계의 안정과 평온을 도모하기 위한 것이기 때문에, 신체의 일부만 침입한 경우라도 주거의 평온을 해쳤다면 주거침입죄의 기수로 처벌된다’⁹⁾고 보고 있다.

III. 대상판결들에 대한 평가

1. 침입의 방법과 주거침입

가. 2020도12630 전원합의체 판결과 2017도18272 전원합의체 판결의 경우 피고인이 주거에 들어가는 과정에서 폭력을 행사하지는 않았고, 비교적 평온한 방법으로 출입하였다. 다만 주거

7) 대법원 1984. 6. 28. 선고 83도685 판결

8) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결

9) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94도2561 판결



권자 일부의 의사에 반하거나 주거권자를 속이고 출입하는 경우에 해당한다. 과거의 대법원 판례는 위와 같은 경우 주거침입죄의 보호법익을 사실상의 평온을 침해하는 것을 방지하기 위한 것으로 보면서 위 사례의 경우에는 남편의 추정적 의사에 반하는 것이어서, 또는 거주권자의 의사에 반하는 것이어서 그의 평온상태를 침해하는 것으로 봐 유죄를 인정했었다. 사실 보호법익을 뭐로 보든 주거침입죄의 성립 여부에 대한 찬반론이 가능하다. 다만 우리 다수학자들의 견해는 사실상의 평온설을 취하면서도 주거침입죄의 성립을 부정하는 입장이고, 주거권설의 입장에서는 주거침입을 인정하는 것이 일반적이다.¹⁰⁾ 왜냐하면 사실상의 평온설 입장에서는 주거권자의 평온상태를 침해한 것으로 보기는 어렵기 때문이다. 사실상의 평온설 입장은 평온한 상태가 침해됐느냐의 여부를, 주거권설의 입장에서는 주거권자의 의사를 중심으로 해석하는 것이 논리의 일관성을 유지할 수 있다. 그럼에도 불구하고 우리 대법원 판례는 사실상의 평온설을 취하면서도 침입의 방법에 의해서 평온상태가 침해됐느냐의 여부는 크게 고려하지 않으면서 오히려 주거권자의 진정한 의사가 무엇이나를 따지는 입장이었다. 그렇기 때문에 과거 대법원 판례가 주거침입죄의 보호법익에 대하여 사실상의 평온설을 따르고 있다고 해석하는데 무리가 있었다.

2. 주거권자의 추정적 의사와 주거침입

과거 대법원 판례의 입장에서는 집에 있지 않은 주거권자인 남편의 추정적인 의사에 따라서 주거침입죄가 성립할 수도, 성립하지 않을 수도 있게 된다. 이번 대법원 전원합의체 판결은 주거침입죄의 보호법익을 그대로 사실상의 평온설 입장을 따르면서도 다른 주거권자의 추정적인 의사라는 주관적 기준이 아니라 침입이라는 것이 어떤 의미인가에 따른 객관적 기준을 제시하여 주거침입죄의 성립 여부에 좀 더 객관적으로 다가서려는 입장이다. 주거권자인 추정적 의사를 기준으로 주거침입죄의 성립 여부를 판단하는 경우 범죄의 성립 여부가 주거권자의 주관적인 의사에 따라 달라진다. 그만큼 범죄의 불안정한 지위에 있게 된다는 뜻이다. 그래서 대법원은 판례의 변경을 통해서 침입의 개념을 객관적으로 판단하려는 것이다. 그렇지만 여전히 획일적 기준을 제시하지는 못한 상태에서 그때그때 상황에 따라서 판단을 달리할 수밖에 없는 것이다.

10) 이재상, 형법각론, 233쪽, 박영사, 2012



그런 의미에서 ‘공동거주자 중 한 사람의 승낙을 받은 외부인의 출입행위는 그 출입 승낙을 한 공동거주자가 통상적으로 공동주거를 이용하는 행위 또는 이에 수반되는 행위이므로 다른 거주자는 외부인의 출입이 그의 의사에 반하더라도 공동주거의 특성에 비추어 이를 용인해야 한다’는 별개의견¹¹⁾이 오히려 획일적 기준을 제시하였다고 볼 수 있다. 위와 같은 별개의견에 의해서 주거침입죄의 성립 여부를 판단할 경우 ‘타인이 공동거주자 중 1인의 동의를 받고 공동주거에 들어갔으나, 그것이 다른 거주자의 명시적 의사에 반하는 경우’ 주거침입죄가 성립하지 않는다는 변경된 대법원 판례¹²⁾의 입장과 궤를 같이하는 것이어서 일관성을 유지하게 되는 것이다.

3. 주거권의 범위와 주거침입

공동주거의 경우 주거권의 범위에 따라서 주거침입죄가 어떻게 성립되는지 검토돼야 한다. 2020도12630 전원합의체 판결의 경우에도 대법원은, 공동거주자의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 주거침입죄가 성립하지 않고, 공동거주자 중 한 사람이 다른 공동거주자의 출입을 정당한 이유 없이 금지한 경우에는 이에 대항하여 공동주거에 들어가는 과정에서 출입을 금지한 공동거주자의 사실상의 평온상태를 해쳤다고 하더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판단하였다. 아울러 위와 같은 경우 공동거주자로부터 승낙을 받은 외부인의 공동주거 출입행위가 그의 출입을 승낙한 공동거주자의 통상적인 공동생활 장소를 이용하는 행위로 볼 수 있는 경우에는 그의 출입을 승낙한 공동거주자와 마찬가지로 다른 공동거주자의 사실상 평온을 해치면서 공동주거에 들어가더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판단하였다. 이 판결은 공동주거관계의 취지와 특성, 공동거주자 상호간에 용인한 의사, 공동주거관계에서의 사회적 한계 등을 고려하여 주거침입죄의 성립 여부를 판단하였다는 점에서 의의가 있다. 과거의 판례가 확대되는 경우 공동주거권자가 다른 주거권자의 동의를 얻지 않고 주거 내에서 불법행위를 저지른 경우에는 마찬가지로 주거침입죄가 성립될 여지도 있다. 자신이 주거권자인데도 불구하고 주거침입

11) 안철상 대법관의 별개의견으로 ‘침입’의 의미를 직접 보호법익과 관련시켜 파악하거나 보호법익을 구성요건적 행위의 내용으로 보는 것은 타당하지 않으며, 이는 침입의 의미를 추상적이고 불명확하게 하여 일반 국민 등에게 혼란을 줄 우려가 있다는 이유를 들고 있다.

12) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도6085 전원합의체 판결



죄가 성립될 수도 있다는 모순을 해결하기 위해서는 주거의 침입방법이라는 객관성을 기준으로 주거침입죄의 성립 여부를 따져봐야 한다. 주거권자는 자유롭게 자신의 주거에 출입할 수 있고, 공동주거권자 또한 제한된 주거권의 범위 내에서 자유로운 출입이 보장돼야 하기 때문이다.

4. 다른 주거권자의 명시적 의사에 반하는 경우와 주거침입

다음으로 ‘타인이 공동거주자 중 1인의 동의를 받고 공동주거에 들어갔으나, 그것이 다른 거주자의 명시적 의사에 반하는 경우 주거침입죄가 성립하는지 여부’에 관한 것이다. 종전 대법원 판례에 의하든, 아니면 변경된 판결((대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결)에 의하든 위 사안의 경우 주거침입죄의 성립을 인정할 수밖에 없다. 전형적으로 주거의 평온을 침해한 것이고, 객관적으로 보더라도 다른 주거권자의 의사에 반하여 침입한 것이기 때문이다. 그래서 들고 나온 것이 공동주거권자의 주거권 범위를 가지고 이론구성을 한 것이다. 우선 공동 주거권자의 1인은 다른 주거권자가 반대하더라도 자신의 주거사용권을 위해서 자유롭게 드나들 수 있어야 하는 것이고, 그 경우 어떤 이유로도 주거침입죄라고 할 수는 없게 된다. 마찬가지로 공동주거권자 1인의 동의를 얻거나, 또는 그와 함께 주거에 들어가는 경우에도 다른 공동주거권자가 명시적으로든 추정적으로든 반대의사를 표했다고 하더라도 마찬가지로 주거침입죄가 성립하지 않는다고 봐야 한다. 주거권자의 1인은 그 주거를 통상적인 방법으로 사용하는 한 어떠한 제한도 받지 않아야 한다. 다른 사람과 함께 들어가는 경우가 그 중의 하나다. 공동으로 주거를 이용하는 관계에 있는 사람들은 서로 상대방의 주거이용권을 보장해야 한다는 제한을 받게 된다. 정당한 이유 없이 이를 방해해서는 안되며, 정당한 이유를 위해서는 법원에 출입금지 가처분, 또는 접근금지 가처분 등의 방법으로 그 출입을 제한 할 수 있게 된다. 법원의 판결이나 법률의 규정에 의하지 않고 그 출입을 막을 수는 없는 것이다.

5. 주거권의 충돌과 주거침입

대법원 판결은 주거침입죄의 보호법익을 주거권의 침해를 방지하기 위한 것으로 보는데서 출발한다. 사실상의 평온설을 고집할 경우 위 대법원 판결에 대한 합리적인 해석이 불가능하다.

또한 소수의견의 경우에는 공동거주자 일방이 그의 출입을 금지한 다른 거주자의 평온상태를 해치는 행위태양으로 공동주거에 들어간 경우, 이는 공동주거를 이용하는 보편적인 형태라고 볼 수 없고, 또한 공동생활관계가 해소되는 과정에서 발생하는 폭력에 대해서는 적극적으로 대처하여 구성원들의 평온과 안전을 보호하는 방향으로 주거침입죄의 해석이 이루어져야 한다는 점을 이유로 주거침입죄의 성립을 인정해야 한다고 주장한다. 그러나 공동주거권자의 경우에는 어느 누구도 상대방에 대하여 우월적인 지위를 갖는다고 보기 어렵다. 먼저 집에 들어와 있다는 이유 등으로 상대방의 출입을 막으면서 폭력이 아니라 법률적 수단에 의해서 출입을 하라고 강요하는 것은 다른 주거권자의 권리를 도외시한 것으로 허용될 수 없다. 또한 일반적으로 출입이 불가능할 경우 걸쇠를 파손하든지, 아니면 열쇠 수리공을 불러서 강제로 개문하는 경우는 흔히 있게 되는 일이다. 따라서 정당한 주거권자라면 다른 일방이 출입을 막더라도 그러한 방법으로 출입이 허용돼야 하는 것이다. 물론 주거권자와 함께 그와 같은 방법으로 출입을 하더라도 마찬가지로 주거침입죄의 죄를 물을 수 없어야 한다. 주거권자는 권한이 있다는 이유로 주거침입죄를 부정하면서 함께 출입한 사람의 경우에만 주거침입죄의 책임을 묻게 된다면 주거권자에게도 같은 책임을 묻는 것과 크게 다르지 않게 된다. 따라서 대법원 다수의견이 타당하다고 봐야 하는 까닭이다.

IV. 결 론

주거침입죄의 성립과 관련하여 보호법익을 어떻게 볼 것이냐의 논쟁이 전개돼 왔다. 주거침입죄의 보호법익에 대하여는 크게 주거권설과 사실상 평온설이 대립돼 왔다. 주거권설은 일정한 장소에 머물면서 자신의 자유로운 결정에 의해서 인간답게 살 수 있는 권리를 말한다. 사실상의 평온은 일정한 장소에 머물면서 생활하는 과정에 사생활이 보호되고, 다른 사람에 의해서 주거의 평온이 깨지지 않는 것을 말한다. 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 있는 경우에도 마찬가지로 주거침입죄가 성립한다. 행위자의 신체의 전부나 범행의 목적인 타인의 주거 안으로 들어가야만 성립하는 것이 아니라 신체의 일부만 타인의 주거 안으로 들어갔다고 하더라도 거주자가 누리는 사실상의 주거의 평온을 해할 수 있는



정도에 이르렀다면 범죄구성요건을 충족하는 것이라고 보아야 하고, 따라서 주거침입죄의 범의는 반드시 신체의 전부가 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있어야만 하는 것이 아니라 신체의 일부라도 타인의 주거 안으로 들어간다는 인식이 있으면 족하다고 보는 것도 사실상 평온설의 입장이다. 간통 등의 불법행위를 목적으로 배우자가 없는 틈을 이용해서 다른 배우자와 함께 집에 들어가는 것도 배우자가 그와 같은 불법행위 목적으로 주거에 들어가는 것을 허용하지 않았을 것이라는 이유로 마찬가지로 주거침입죄의 성립을 인정했었다. 그러나 주거에 들어가는 목적이 무엇이나에 따라서 주거침입죄의 성립 여부가 달라지는 것은 단순히 사실상의 평온설만으로 해석하기 어렵다. 결국 과거 대법원의 판결은 지나치게 주관적인 해석이고, 주거권자의 의사에 따라서 죄의 성립 여부가 결정돼 객관적 확실적이지 않아 죄형법정주의에 반할 우려가 있다. 또한 추후에 주거권자의 의사가 변경됨으로써 주거침입죄가 되는 경우도 발생하게 된다. 그렇기 때문에 침입에 해당하는지의 여부를 중심으로 해서 주거침입죄가 성립되는지 여부를 객관적으로, 그리고 확실적으로 해석하고, 주거권자의 의사에 반하는 경우에는 퇴거를 요구할 수 있으므로 이 경우 퇴거에 불응하는 경우 퇴거불응죄로 처벌하면 객관적인 해석이 가능할 것으로 생각된다.



[참고문헌]

이재상, 형법각론, 박영사, 2012.

정영일, 형법개론, 박영사, 2009.

류부곤, 공동주거에 대한 주거침입죄의 성립 여부, 형사법연구 33권 3호, 한국형사법학회, 2021.

박원경, 공동주거자 중 1인의 승낙과 주거침입죄의 성립 여부, 판례연구 35집, 서울지방변호사회, 2021.

이승준, 주거침입죄 관련 판례 흐름의 비판적 검토, 법학연구 30권 2호, 충북대학교, 2020 .

이주원, 2021년 분야별 중요판례분석^⑩ 형법각칙<법률신문 4969호>, 법률신문사, 2022.

최준혁, 주거침입죄에 있어서의 침입 행위의 의미와 공동주거자의 허락이 대립하는 경우와 관련하여, 일감법학, 건국대학교 법학연구소, 2020.

▶ 발표일시 : 2022. 04. 13.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 김재승 회원

▶ 참석회원 : 김재승, 김정범, 김지예, 서규영, 서장원, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이재용, 장재형, 허익범 변호사(총 14명)



공소사실의 동일성 판단과 행위형법의 원칙

The unity and identity of count : The Act Requirement

辯護士 조 용 의¹⁾

Jo Yong Eui

【사건의 표시】

대법원 2021. 9. 16. 선고 2021도7771 판결, 서울중앙지방법원 2021. 6. 10. 선고 2021노253 판결, 서울중앙지방법원 2021. 1. 27. 선고 2020고단604-1(분리) 판결

논문요약

실체적 경합범으로 되는 정범에 대하여, 비록 정범의 그 수 개 범죄 전부에 대한 방조의 고의가 인정되는 자라고 하더라도, 방조 행위가 실재하지 아니하는 한, 그 자는 종범으로 될 수 없다. 따라서, 정범이 실체적 경합범이라고 하더라도, 그 정범의 종범에 관하여 한 차례의 방조 행위만이 포착되는 경우라면, 이미 그 방조 행위를 이유로 재판 중인 그 종범에 대하여는 다시 재판할 수 없다. 그럼에도 불구하고, 대상판결은, 이른바 보이스피싱 사기 범죄에 대한 형사 처벌의 필요성에만 매몰된 나머지, 규범적 요소를 매개로 하여, 실재하지 아니하는 종범의 행위를 실체적 경합관계에 있는 정범의 행위와 동일한 것으로 평가한 결과, 행위형법의 원칙은 물각한 채, 이중처벌에 나아가고야 말았다. 본고는, 공소사실의 동일성 판단 등에 관하여, 대상판결의 위법을 드러내고자 한다.

1) 법률사무소 변호 대표 변호사.



〈주제어〉

행위형법의 원칙, 공소사실의 동일성, 규범적 요소, 이중처벌, 보이스피싱

The Act Requirement, The unity and identity of count, Normatives Element,
Double punishment, Voice phishing

목 차

[사건 개요]

[사건 경과]

[연구]

I. 문제

1. 공소사실 정리
2. 동일한 공소사실 | A, B에 한하여
3. 대상판결의 판단

II. 행위형법의 원칙과 규범적 요소

1. 행위 동일성에 관한 법원의 태도
2. 대상판결의 위법
 - 가. 규범적 요소의 한계
 - 나. 행위형법 원칙 위반
 - (1) 행위자 형법
 - (2) 중범 규정의 형해화

III. 결론

[참고문헌]



[사건 개요]

A와 B는, C와 D가 보이스피싱 사기 범죄에 이용할 프로그램(이하 ‘프로그램’이라고 한다.)을 개발하는데 투자하고, C의 부탁을 받아 프로그램이 정상 작동하는지 확인하여 주었다. C는 중국에서 활동하는 성명불상의 서로 다른 보이스피싱 사기 범죄 조직 조직원들에게 프로그램을 공급하였다.

A, B, C, D는, 프로그램을 개발하고, 프로그램을 중국 불상지에서 활동하는 성명불상의 보이스피싱 사기 범죄 조직원에게 전달하였다는 이유로, 사기방조죄(대상판결) 혐의로 기소되었다.

그런데, A, B, C, D에 관하여, A, B, C, D가, 프로그램을 개발하고, 프로그램을 중국 연태시에서 활동하는 보이스피싱 사기 범죄 총책에게 전달하였다는 이유로, 사기방조죄(이하 ‘비교판결’이라고 한다.) 혐의 등에 관한 재판이 같은 법원 항소심 계속 중이었다.

대상판결 사건에 관하여, B, C, D는 형의 가중을 피하려는 목적 등에서 자백하였고, A는 이 중기소 등을 이유로 공소기각 등을 주장하였다.²⁾

[사건 경과]

제1심 재판부는, (B, C, D) 변호인단의 요청에 따라, B, C, D와 A의 변론을 분리하여, B, C, D에게 유죄를 분리 선고하였고, 그 판결이 항소심에서 확정되었다.

이중기소를 이유로 하는 공소기각 판결 등을 주장한 A에 관하여, 대법원은 A의 주장을 배척한 원심 판결을 유지함으로써, A에 대한 유죄 판결이 확정되었다.³⁾

2) 발표자는, 대상판결 사건 및 비교판결 사건에 관하여, 피고인 A를 변호하였다.

3) 한편, 비교판결 사건에 관하여, A, B, C, D는 모두 유죄 판결이 상고심에서 확정되었다.



[연구]

1. 문 제

1. 공소사실 정리

대상판결 사건 공소사실과 비교판결 사건 공소사실 등에서 확인되는 피고인들의 범행을 한데 모아 정돈하여 본다.

A와 B는, 소프트웨어 개발자인 C의 권유로, 프로그램 개발에 필요한 자금을 투자하고, 그 범죄 수익을 분배 받기로 하여, C에게 1,000만 원을 교부하였다.

C는, 프로그램 개발자 D의 도움을 받아 프로그램을 개발한 뒤, QA(Quality Assurance)의 일환으로서, A와 B에게 정상 작동 여부 등의 확인을 요청하였다. A와 B는 C의 요청에 따라 프로그램의 정상 작동 여부 등을 확인하여 주었다.

C는, 일시를 달리하여, 중국 연태시를 근거지로 하여 활동하던 보이스피싱 사기 범죄 총책 E(비교판결 사건에서의 프로그램 공급처) 및 중국 불상지에서 활동하는 성명불상의 보이스피싱 사기 범죄 조직원(대상판결 사건에서의 프로그램 공급처)에게 프로그램을 공급하였고, D는 C를 도와 공급된 프로그램의 유지 및 보수 업무를 담당하였다.

요컨대, 프로그램 개발에 관하여, A와 B의 구성요건적 행위로서 포착되는 것은 투자 및 프로그램 정상 작동 여부 등 확인뿐이고, 프로그램 개발 이후의 프로그램 공급 등 범행 일체는 C와 D에 의하여 이루어졌다.



2. 동일한 공소사실 | A, B에 한하여

A와 B의 행위에 관하여, A와 B는 프로그램 공급 등에는 관여한 사실이 없으므로, 대상판결 사건과 비교판결 사건에서 공통되는 것은 프로그램 개발 투자 등에 한하고, 공급처를 달리하는 서로 다른 프로그램 공급 행위 등의 주체는 C 등이 된다.

비유컨대, A'(A에 대응한다.)가, C'(C 등에 대응한다.)가 연쇄적으로 사람(보이스피싱 사기 범죄 피해자에 대응한다.)을 살해하려는 정을 알면서, 방조의 고의로서 한 차례 C'에게 칼을 만들어 주었고, 실제 C'가 그 칼을 사용하여 연쇄적으로 사람을 살해한 경우, 그 칼을 사용한 서로 다른 살인 사건에서 공통되는 A'의 행위는 칼 제조 행위 등에 한하고, 피해자를 달리하는 서로 다른 살해 행위의 주체는 C' 등이 되는 것과 같다.

다시 비유컨대, A"가, 무기 공급책 C"가 여러 강력 범죄 조직(보이스피싱 사기 범죄 조직원에 대응한다.)에게 무기를 공급할 것이라는 정을 알면서, 방조의 고의로서 한 차례 C"에게 무기를 제조하여 주었고, 실제 C"가 여러 강력 범죄 조직에게 그 무기를 공급한 경우, 그 무기를 사용한 서로 다른 강력 사건에서 공통되는 A"의 행위는 무기 제조 행위 등에 한하고, 피해자를 달리하는 서로 다른 강력 범죄의 주체는 서로 다른 강력 범죄 조직원이 되는 것과 같다.

따라서, 공급처와 일시 등을 달리하여 프로그램을 각 공급 등 하였던 C 등의 행위는 서로 기본적인 사실관계를 달리하는 것이나, A와 B의 프로그램 개발 투자 행위 등은 기본적인 사실관계가 서로 동일한 것이므로, 대상판결과 비교판결의 각 공소사실 중 A와 B에 관한 부분은 서로 동일하다.

3. 대상판결의 판단

대상판결은, 비록 대상판결 사건과 비교판결 사건 공소사실에서 A와 B의 행위는 서로 공통되는 것이라고 하더라도, 규범적 요소들을 아울러 고려하여 볼 때, 정범의 실행행위가 서로



다르므로⁴⁾ 대상판결 사건과 비교판결 사건의 공소사실 중 A5)에 관한 부분이 서로 동일하다고 볼 수 없다고 한다.

II. 행위형법의 원칙과 규범적 요소

1. 행위 동일성에 관한 법원의 태도

먼저, 본고가 드러내고자 하는 대상판결의 위법에 관하여, 그 대상이 되지 아니하는 C와 D에 관한 부분을 본다.

법원은, 서로 다른 행위 사이의 밀접도가 높거나 또는 서로 다른 행위의 동일성을 인정하여야 할 합목적적 고려 등이 높게 요구되는 경우라고 하더라도, 서로 다른 행위의 동일성을 인정하지 않는 태도로 일관하여 왔다.⁶⁾

4) 원심은 “정범의 기망행위로 인하여 침해된 각 피해법익이 서로 독립적이므로, 각 피해자별로 독립한 사기죄가 성립하고, 이는 서로 실체적 경합범 관계에 있다. 따라서 피고인의 방조행위 역시 피해자별로 성립하는 별개의 사기죄를 방조한 것으로 실체적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.”라고 한다.

5) B는 자백하였으므로, 대상판결의 판단은 A에 관한 부분에 한한다. 법원이, 공소사실 동일 여부 등에 관하여, 직권으로 B에 대하여까지 판단하였어야 한다는 점은, 대상판결이 공소사실 동일성에 관한 법원의 법리 오해 등에 의한 것이므로, 따로 문제 삼지 않는다.

6) 우리 법원은 의심의 여지가 없을 정도로 수 개의 죄에 해당 하는 행위가 완전히 동일한 경우에만 ‘1개의 행위’임을 인정해 온 것으로 보인다. 달리 말하면, 우리 판례에서 ‘행위의 부분적 동일성’은 인정될 여지가 없었다고 해도 과언이 아니다. 따라서 일부 학설에서 주장되는 ‘행위 간 밀접성’ 또는 ‘합목적적 고려’에 따른 행위동일성을 인정하는 것은 상상하기 어려웠다. 이에 따라 상상적 경합을 상대적으로 넓게 인정하는 독일과 달리 상상적 경합에 해당하는 수 죄를 소송법적 측면에서 분해하여 기판력의 범위를 제한할 필요가 크지 않았던 것이다. 조성훈, 공소사실의 동일성과 죄수 판단의 관계 : 판례에서 규범적 요소의 역할을 중심으로, 비교형사법연구 제21권 제3호 (2019. 10), 242면.



대상판결은, C와 D에 관한 공소사실 중, 비록 (C와 D가) A와 B로부터 프로그램 개발비를 투자 받은 행위 등 비교판결 사건 공소사실과 공통되는 부분이 있다고 하더라도, C와 D를 경합범으로 의율하였다. 법원이 지금까지 일관하여 온 태도 등에 비추어 볼 때, 대상판결의 이 부분 판단은 수긍할 수 있다.

부연컨대, C와 D는, 서로 다른 정범에 대한 서로 다른 사기 방조 행위 등을 이유로 하여 경합범으로 의율된 것이므로, 특별히 여기에 공소사실의 동일성 판단 문제가 제기될 여지는 없다.

2. 대상판결의 위법

다음으로, A와 B에 관하여 본다.

가. 규범적 요소의 한계

법원은, 공소사실의 동일성 판단에 관하여, 기본적 사실관계와 더불어 규범적 요소를 아울러 고려하여야 한다고 판시하여 왔고, 대상판결도 그 판시에 따라 이루어졌다.

규범적 요소를 공소사실 동일성 판단 기준으로 삼는 것이 타당한 것인지, 규범적 요소가 구체적으로 작용하는 모습은 어떠한지 등에 관하여 논의가 계속 중이나, 견해를 불문하고, 행위형법의 원칙에 따라 기본적 사실관계의 한 내용으로서 행위의 실재를 전제하고 있다는 사실에 대하여는 이견이 있을 수 없다 할 것이다.

부연컨대, 규범적 요소는, 형사소송이념의 구체적 실현에 관한 통시적 요청을 탄력적으로 수용하기 위하여 도입된 것으로 보아야 하고, 여기에 법원이 (기본적 사실관계와 구별하여) 규범적 요소를 이루는 내용의 하나로서 피해법익 등을 들고 있는 점 등까지 더하여 보면, 마땅하게도 행위형법의 원칙은 규범적 요소의 한계로서 작동하고 있기도 하다.



나. 행위형법 원칙 위반

(1) 행위자 형법

그렇다면, (서로 다른 정범에 대한 별개의 방조 행위가 실재하는 C, D와는 달리) 대상판결 사건과 비교판결 사건 공소사실에서 공통되는 프로그램 개발 투자 행위 등 외 종범으로서의 구성요건적 행위가 실재하지 아니하는 A와 B에 대하여는 규범적 요소를 논할 이유가 없다.

그런데, 대상판결은, 규범적 요소를 매개로 하여, 실재하지 아니하는 종범의 행위를 정범의 행위와 동일한 것으로 평가함으로써 마치 종범의 행위가 실재하는 것과 같은 부당한 결론을 도출하였다.

앞선 비유를 다시 들어보건대, 대상판결의 논리를 따르자면, A"의 무기를 사용하여 강력 범죄를 한 차례 저지른 어떤 범죄자는 그 한 차례의 범죄에 대한 죄책만을 부담하지만, A"는, A"가 제작한 무기를 사용하여 강력 범죄를 저지른 서로 다른 범죄자가 적발될 때마다 실제적 경합범으로서의 죄책을 부담하게 되므로, 하나의 방조 행위를 이유로 하여, 서로 다른 각 정범보다 중한 처벌을 받을 수 있는 위험에 노출된다.

나아가, A"는, 하나의 방조 행위를 이유로 하여, 일시를 달리하여 서로 다른 강력 범죄자에게 A"의 무기를 여러 차례 공급한 C"와 동일한 법적 평가를 받게 되는 것이기도 하므로, 위 내용 등에 비추어 볼 때, 대상판결은 행위형법의 원칙을 위반한 채 이른바 행위자 형법으로 회귀한 셈이어서, 받아들일 수 없다.

(2) 종범 규정의 형해화

비록 A"의 방조 행위가 한 차례라고 하더라도, 당해 범죄에서 차지하는 A" 방조 행위의 역할 등에 비추어, 대상판결의 결론을 수긍할 수 있다는 취지의 의견에 대하여 본다.



앞선 비유를 다시 들어보건대, 대상판결의 논리를 따르자면, 살인방조 행위로서 포착되는 A'의 행위는 칼을 만들어 C에게 건넨 것뿐이므로, 비록 C가 그 칼을 사용하여 연쇄적으로 사람을 살해하였다고 하더라도, A'는 오직 하나의 방조 행위에 대한 죄책만을 부담하여야만 한다.

부연컨대, 대상판결의 논리를 따르자면, C의 연쇄적 살해 행위가 있을 때마다 빠짐없이 다시 칼을 연마하여 준 경우와 C의 연쇄적 살해 행위 가운데 일부에 대하여 다시 칼을 연마하여 준 경우 등과 단 한 차례 칼을 제조하여 건네준 경우에 대한 서로 다른 법적 평가의 객관적 기준을 떠올릴 수 없다.

달리 말하여, 경우에 따라, A'와 C의 관계를 공동정범으로 평가할 것인지, A'의 각 방조 행위가 서로 실체적 경합범 관계에 있는 것으로 평가할 것인지 등의 문제는 자연히(또는 마땅히) 제기될 수는 있을지언정, 종범의 행위를 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행과 동일한 것으로 평가하거나 또는 하나의 방조 행위를 수 개의 각 방조 행위가 있는 것과 동일한 것으로 평가할 수는 없는 것이다.

같은 견지에서, 경우에 따라, 강력 범죄 조직원의 범죄에 대한 A"의 기능적 행위지배를 인정할 수 있는 경우 A"는 그 조직원과 공동정범으로 되는 것이고, 그렇지 아니한 경우라면, A"는 각 방조 행위에 대하여 실체적 경합범 관계에 있거나 또는 하나의 방조 행위에 대한 죄책만을 부담하는 것일 뿐이다.

이와 달리, 만약 대상판결의 논리를 따르자면, 정범과 종범 등의 구성요건적 행위는 구별될 수 없고, 구별하여야 할 실익도 없다. 실제로, 대상판결은, 서로 다른 방조자는 정범에 대하여 각 종범으로 될 수 있을지언정, 종범 간 공동정범 관계는 성립되지 아니하는 것임에도 불구하고, A가 사기방조죄의 공동정범이라고 하여, 공동정범과 종범을 구별하지 못하였는데,⁷⁾ 이러한 사

7) 대상판결 사건 관하여, 검사는, 죄명을 사기방조로 하면서도, 적용법조는 형법 제347조 제1항, 제30조, 제32조, 제37조, 제38조로 기재하였고, 발표자는 검사가 A를 사기방조죄 혐의로 기소한 것인지 또는 사기죄의 공동정범 혐의로 기소하였다는 것인지 검사에 대하여 석명을 구하였는데, 검사는 사기방조죄의



실에서도 대상판결의 중대한 위법을 확인할 수 있다.⁸⁾

III. 결 론

행위의 실재는 범죄를 논함에 있어 논리필연적으로 전제된다. 어떤 범죄에 대한 형사처벌 요구도가 매우 높다는 사실상의 이유를 이른바 규범적 요소의 내용으로 삼아 행위 없는 자에 대하여 까지 처벌을 확장하는 것은 용납될 수 없다.

만약, 대상판결이 나름의 이유를 들어 형사이념의 구체적 실현의 한 방법으로서 행위 없는 자에 대하여 까지 처벌을 확장하려고 하였다면, 대상판결은 적어도 그 법적 근거에 대하여 판시하였어야 한다. 대상판결은, 어떠한 이유에서, 실체적 경합범으로 되는 정범과 그 정범에 대하여 하나의 방조 행위만이 포착되는 종범을 동일하게 평가하였는지에 관하여 완전히 침묵하였다.

심지어 대상판결은 ‘종범의 정범’이라는 해괴한 개념 표지를 들어 검사의 이중기소 등 위법을 끌어안는 기이한 태도를 보이기에까지 하였다. 사실상의 필요 등을 이유로 제한 없이 처벌을 확장하려는 시도로, 받아들이기 어렵다.

공동정범으로 기소하였다는 점을 분명히 하였고, 제1심 재판부도 그 점에 아무런 법률상 장애가 없다는 취지의 입장을 분명히 하기도 하였다.

- 8) 나아가, 대상판결 제1심 재판부는, A가 ‘프로그램의 개발·유통·유지 및 보수 행위 등에 기능적 행위지 배로 공동가공 하였다’고 하면서도 동시에 ‘초기 자본을 투자한 이후로는 수동적인 위치에 있었고, 프로그램의 유통·유지 및 보수 등의 실무에는 거의 관여하지 아니하였다’라고 하여, 서로 모순되는 내용으로서, A는 사기방조죄의 공동정범이라고 한다.



[참고문헌]

조성훈, 공소사실의 동일성과 죄수 판단의 관계 : 판례에서 규범적 요소의 역할을 중심으로, 한국
비교형사법학회, 비교형사법연구 제21권 제3호 (2019.10).

홍승희, 공소사실 동일성판단에서 규범적 요소의 의미, 형사법연구 제26호 특집호 (2006).

- ▶ 발표일시 : 2022. 05. 25.(수) 07 : 30
- ▶ 사 회 : 신용간 회원
- ▶ 참석회원 : 김시연, 김재승, 서규영, 서장원, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진,
이선희, 이영실, 이재용, 이지윤, 정태용, 조용의, 최수진 변호사(총 16명)

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW



II

民事判例研究

Civil Law

서울지방법원 판례연구 제36집 (1권)



상가건물 임대차보호법 제10조의4의 적용 범위 및 동조 제2항 제3호 해석론

A Study on the Commercial Building Lease Protection Act related to the
Scope of Implication of Article 10-4 and the Interpretation of
Article 10-4 (2). 3.

辯護士 김 용 우

Kim Yong Woo

【사건의 표시】

대법원 2019. 5. 16 선고 2017다225312, 225329 판결, 대법원 2021. 11. 25 선고 2019다
285257 판결

논문요약

2015. 5. 13. 상가건물 임대차보호법에 임차인의 권리금 회수기회 보호 등에 관한 규정들이 신설되었다. 이에 따라 임차인은 예외적인 상황이 없는 한 임대차기간이 종료된 후에도 신규임차인을 통해 권리금을 회수할 수 있게 되었지만, 반대로 임대인은 기존임차인이 주선한 신규임차인과의 임대차계약 체결을 강제당하는 결과가 되었다. 게다가 2018. 10. 16. 상가건물 임대차보호법 개정으로 임대차계약갱신요구권의 행사기간이 10년으로 늘어나면서, 임대인으로서의 일단 임대차계약 체결을 체결하면 최장 20년간 한 임차인의 영향을 받게 되는 셈인데, 그것이 임대인의 재산권 행사에 대한 과도한 제한인지 여부가 문제가 된다. 대상사건의 상고심은 임대인의 권리금



회수기회 보호 의무가 임차인의 계약갱신요구권의 행사기간에 제한되는지 여부에 대해 소극적으로 판시하였는바, 이에 대해 검토한다.

한편, 대상사건의 재상고심은 상가건물 임대차보호법 제10조의4 제2항 제3호 법문의 ‘임대차 목적물인 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니한 경우’에 대한 주체 및 규정이 적용되기 위한 임대차종료 시점의 상황에 대하여, ‘임대인’설을 취하면서 ‘임대인이 실제로 1년 6개월간 상가건물을 미사용’이라는 실행 요건 외에도 ‘임대인이 기존임차인과의 임대차종료 시점에 해당 사유를 원인으로 신규임차인과의 임대차계약 체결을 거절’하여야 하는 고지요건을 추가로 요구하고 있다. 하지만 그러한 고지요건은 법문에는 부재하고, 이에 의할 경우 위 규정이 적용되기 위한 임대차종료 시점의 상황을 상정하기 어려운 문제 등이 있다. 특히 대법원의 입장에 따르면 임대인이 철거 및 재건축을 원인으로 신규임차인과의 임대차계약 체결을 거절한 경우에도 동 규정이 적용될 것인지에 대해 혼란이 있고, 이에 대한 대법원의 입장 또한 일관되어 보이지 않는바, 비판적으로 검토해 보고자 한다.

〈주제어〉

상가건물 임대차보호법, 권리금 회수기회 보호, 계약갱신요구권, 철거, 재건축
Commercial Building Lease Protection Act, Protection of Opportunity of Collecting
Premiums, Lessee's Right to Request Renewal of the Contract, Demolition,
Rebuilding



목 차

[사건의 개요]

[사건의 경과]

[대법원 판결 이유]

1. 상고심 판결의 주요 요지(대법원 2019. 5. 16 선고 2017다225312, 2017다225329 판결)
2. 재상고심 판결의 주요 요지(대법원 2021. 11. 25 선고 2019다285257 판결)

[연구]

I. 서설

II. 법 제10조의4의 적용 범위

1. 문제의 제기
2. 학설
3. 하급심의 판단
 - 가. 부정설
 - 나. 긍정설
4. 대법원의 판단
5. 검토

III. 법 제10조의4 제2항 제3호의 해석론

1. 문제의 제기



2. 법 제10조의4 제2항 제3호의 주체

가. 학설

나. 하급심의 판단

(1) 임차인설

(2) 임대인설

다. 대법원의 판단

3. 법 제10조의4 제2항 제3호의 적용되기 위한 임대차 종료 시점의 상황

가. 신규임차인과 계약 체결 거절 방식에는 제한이 없다는 견해

나. 해당 사유를 고지하여야 한다는 견해(대법원)

4. 검토

IV. 재건축을 원인으로 한 법 제10조의4 제2항 제3호의 적용 여부

[참고문헌]

[사건의 개요]

1. 임대차계약의 체결

원고는 2010. 10. 1. 피고와 사이에, 원고가 피고로부터 피고 소유의 건물 중 일부인 이 사건 상가를 임대차보증금 70,000,000원, 월 차임 2,350,000원, 임대차기간 2010. 10. 8.부터 2012. 10. 7.까지로 정하여 임차하는 내용의 임대차계약을 체결하고, 그 무렵 피고에게 임대차보증금 70,000,000원을 지급하고 피고로부터 이 사건 상가를 인도받아 음식점을 운영하여왔다.



2. 임대차계약의 갱신

원고와 피고는 2012. 10. 7. 위 임대차계약의 차임을 월 2,550,000원으로, 계약 기간을 2014. 10. 7.까지로 변경하는 외에는 동일한 조건으로 임대차계약을 갱신하였고, 2014. 10.경 구두로 동일한 조건으로 1년간 임대차계약을 갱신하였다.

3. 원고의 권리금계약 체결 및 피고의 임대차계약 체결 거절

원고는 임대차계약의 기간이 만료되기 전인 2015. 7. 16.경 신규임차인과 사이에, 원고가 신규임차인에게 이 사건 상가에서의 영업시설, 비품 일체를 권리금 145,000,000원에 양도하기로 하는 권리금계약을 체결하고, 피고에게 신규임차인과 새로운 임대차계약을 체결하여 줄 것을 요청하였다. 그러나 피고는 노후화된 건물을 재건축 또는 대수선을 할 계획을 가지고 있다는 등의 이유로 신규임차인과 새로운 임대차계약을 체결하지 않았다.

4. 원고의 차임 지급 내역

원고는 2016. 6. 30.경 이 사건 상가에서 있던 원고의 물건들을 모두 꺼내어 이 사건 상가에서 퇴거하고, 피고에게 2016. 7. 7.까지의 차임을 지급하였다. 피고는 임대차계약 종료 후 원고로부터 위와 같이 이 사건 상가를 인도받은 다음부터 2019. 9. 4.까지 이 사건 상가를 영리 목적으로 사용하고 있지 아니하다.

[사건의 경과]

1. 제1심(서울남부지방법원 2016. 10. 13 선고 2016가합104853, 2016가합104860 판결)

원고는 피고에게 권리금 회수 방해로 인한 손해배상청구를 청구¹⁾하였는데, 피고는 권리금 회수 방해로 인한 손해배상청구에 대해, ‘상가건물 임대차보호법(이하 ‘법’이라고만 한다) 제10



조의4 제1항 제4호에서 규정하고 있는 신규임차인과의 권리금계약 체결 거절의 정당한 사유에 해당한다.’고 항변하였다. 제1심은, 원고는 2015. 7. 16. 신규임차인과 신규임차인이 이 사건 상가에 관한 신규임차인이 됨을 전제로 하는 ‘상가건물 임대차 권리금계약서’를 체결하였고 피고에게 신규임차인과의 권리금계약 체결에 협조를 구하는 취지의 내용증명우편을 발송한 사실이 인정되기는 하지만, 위 내용증명에는 ‘신규임차인이 되려는 신규임차인의 보증금 및 차임을 지급할 자력 또는 그 밖에 임차인으로서의 의무를 이행할 의사 및 능력’에 관한 정보를 전혀 제시하지 아니하였고, 원고가 이를 피고에게 별도로 고지한 바도 없으며, 신규임차인은 이 사건 상가에서 영업을 하기 위한 구체적인 계획을 세우거나 피고와 임대차계약의 조건을 모색하기 위한 노력을 전혀 하지 않은 점 등의 사정과 법 제10조의4 제5항의 규정에 비추어 보면, ‘피고가 원고가 주선한 신규임차인과의 임대차계약 체결을 거절한 것은 정당한 사유로 신규임차인과의 임대차계약 체결을 거절한 것이라고 봄이 상당하다.’고 판시한 후 원고의 청구를 기각하였다.

2. 항소심(서울고등법원 2017. 4. 12 선고 2016나2074621, 2016나2074638 판결)

항소심 또한 원고의 권리금 회수 방해로 원인으로 한 손해배상청구를 기각하였다. 다만 ‘법 제10조의4 제1항 본문은 법 제10조 제2항의 기간 내에서 상가에 투입한 자본과 영업이익을 회수하려는 경우에 적용되는 것으로 해석하여야 한다.’는 제1심과는 다른 이유를 제시하였는데, 이 사건의 경우 원고가 2010. 10. 8. 이 사건 임대차계약을 체결하고 2회의 갱신을 거쳐 2015. 10. 7. 임대차계약 기간의 만료를 앞두고 있어 신규임차인과 권리금계약을 체결한 2015. 7. 16. 당시에는 법 제10조 제2항에 의하여 더이상 피고에 대하여 임대차계약의 갱신을 요구할 수 없었던 상황이었기 때문에, 결국 ‘피고가 법 제10조의4 제1항에 의하여 원고의 권리금 회수기회 보호의무를 부담하는 경우에 해당하지 않는다.’고 판시하였다.

-
- 1) 원고는 제1심에서 보증금반환청구와 권리금 회수 방해로 인한 손해배상청구를 병합하여 본소청구를 하고, 피고는 인도청구와 차임 상당의 부당이득금 청구를 병합하여 반소청구를 하였는데, 제1심에서는 본소 중 보증금반환청구, 반소 중 차임 상당 부당이득금 청구가 일부 인용되고, 본소 중 권리금 회수 방해로 인한 손해배상청구와 반소 중 인도청구를 기각되었다.



3. 상고심(대법원 2019. 5. 16 선고 2017다225312, 2017다225329 판결)

상고심은 항소심과는 달리, ‘법 제10조 제2항에 따라 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년을 초과하여 임차인이 계약갱신요구권을 행사할 수 없는 경우에도 임대인은 같은 법 제10조의4 제1항에 따른 권리금 회수기회 보호의무를 부담함’에도 항소심 판결은 ‘임대인이 위 보호의무를 부담하지 않는 것으로 판단하였다.’는 법리 오해를 이유로 권리금 회수 방해로 인한 손해배상청구 부분을 파기하여 환송하였다.

4. 파기환송심(서울고등법원 2019. 10. 16 선고 2019나2022195, 2019나2022201 판결)

파기환송심에서 임대인인 피고는 ‘신규임차인과의 임대차계약 체결 거절에 정당한 사유가 있다.’고 항변하면서, 법 제10조의4 제2항 제3호의 사유를 추가하였다. 법 제10조의4 제2항 제3호는 ‘임대차 목적물인 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니한 경우’를 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절할 수 있는 정당한 사유로 규정하고 있는데, 피고는 이 사건 상가를 원고로부터 인도받은 이후부터 3년이 넘는 기간 동안 이 사건 상가를 영리목적으로 사용하지 아니하였기 때문에 위 규정상의 정당한 사유에 해당한다는 취지이다.

이에 대해 파기환송심은 법 제10조의4 제2항 제3호는 ‘임대인이 임대차 종료 후 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니하는 경우’라고 해석하였고, 이 사건에서는 임대인인 피고가 임대차기간이 종료된 후 실제로 1년 6개월 이상 이 사건 상가를 영리 목적으로 사용하지 아니하였으므로, ‘피고의 신규임차인과의 임대차계약 체결 거절에는 법 제10조의4 제2항 제3호에서의 정당한 사유가 있다.’고 하였다.

5. 재상고심(대법원 2021. 11. 25 선고 2019다285257 판결)

재상고심은, 법 제10조의4 제2항 제3호의 의미에 대해서는 파기환송심과 동일하게, ‘임대인

이 임대차 종료 후 임대차 목적물인 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니하는 경우를 의미한다.’고 판시하였다. 다만, 대법원은 법 제10조의4 제2항 제3호에 따른 법 제10조의4 제1항 제4호에 따른 정당한 사유가 있다고 보기 위해서는, ‘임대인이 임대차 종료 시 그러한 사유를 들어 임차인이 주선한 자와 신규 임대차계약 체결을 거절하고, 실제로도 1년 6개월 동안 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않아야 하고, 위와 달리 임대인이 다른 사유로 신규 임대차계약 체결을 거절한 후 사후적으로 1년 6개월 동안 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않았다는 사정만으로는 위 조항에 따른 정당한 사유로 인정 할 수 없다.’고 판시하였는데, 이 사건에서는 임대인이 1년 6개월 이상 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않을 것임을 이유로 임대차계약 체결을 거절하였다는 사정이 없으므로 법 제10조의4 제2항 제3호에 따른 정당한 사유가 있다고 볼 수 없다고 판시하였다

[대법원 판결 이유]

1. 상고심 판결의 주요 요지(대법원 2019. 5. 16 선고 2017다225312, 2017다225329 판결)

대법원이 이 사건 상고심에서, “법 제10조의4의 문언과 내용, 입법 취지에 비추어 보면, 법 제10조 제2항에 따라 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년을 초과하여 임차인이 계약갱신요구권을 행사할 수 없는 경우에도 임대인은 같은 법 제10조의4 제1항에 따른 권리금 회수기회 보호의무를 부담한다고 보아야 한다.”고 판시하며 설시한 구체적인 이유는 다음과 같다.

(1) 법 제10조의4는 임차인의 계약갱신요구권 행사기간의 만료를 권리금 회수기회 보호의무의 예외 사유로 정하고 있지 않다. 법 제10조 제2항은 “임차인의 계약갱신요구권은 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년을 초과하지 아니하는 범위에서만 행사할 수 있다.”라고 하여 계약갱신요구권 행사기간을 제한하고 있는데, 제10조의4는 제10조 제2항을 권리금 회수기회 보호의무의 예외 사유로 정하지 않고, 계약갱신거절에 관한 제10조 제1항 각호 또는 제10조의4 제2항 각호에서 정한 ‘정당한



사유'가 있는 경우를 그 예외 사유로 정하고 있다. 따라서 전체 임대차기간이 5년을 초과하는지 여부와 무관하게 제10조의4에서 정한 요건을 충족하면 임대인이 권리금 회수기회 보호의무를 부담한다고 보는 것이 법 문언에 충실한 해석이다.

(2) 법은 2015. 5. 13. 개정되어 권리금 관련 조항(제10조의3 내지 제10조의7)이 신설되었다. 종래 규정만으로는 임차인이 투자한 비용이나 영업활동으로 형성된 지명도나 신용 등 경제적 이익이 임대인의 갱신거절에 의해 침해되는 것을 충분히 방지할 수 없었기 때문이다. 즉, 임대인은 새로운 임대차계약을 체결하면서 직접 권리금을 받는 등 임차인이 형성한 영업적 가치를 아무런 대가나 제한 없이 이용할 수 있게 되지만 임차인은 다시 시설비를 투자하고 신용확보와 지명도 형성을 위하여 상당기간 영업손실을 감당하여야 하는 문제점을 해결하기 위한 것이다. 그런데 임대인이 같은 법 제10조 제1항 각호의 갱신거절사유가 있어 계약갱신을 거절하는 경우에는 임대인에게 권리금 회수기회 보호의무가 없으므로, 법 개정을 통하여 보호하려는 '임대인의 갱신거절에 의해 임차인의 이익이 침해되는 경우'란 결국 같은 법 제10조 제2항에 따라 전체 임대차기간이 5년을 경과하여 임차인이 더 이상 계약갱신요구권을 행사할 수 없는 경우가 가장 전형적이다. 신설 조항의 입법과정에서 임대인의 권리금 회수기회 보호의무를 계약갱신요구권의 행사기간 범위로 제한하고자 하였다고 볼 만한 사정이 없는 점, 오히려 상가임차인이 같은 법 제10조 제2항에 따라 상가 임대차계약의 갱신을 요구하지 못하더라도 권리금 회수를 보장할 필요가 있는 점 등에 비추어 보더라도 이러한 경우를 권리금 회수기회 보호의무의 예외 사유로 인정할 필요성을 찾기 어렵다.

(3) 법 제10조 제1항에서 정한 임차인의 계약갱신요구권은 임차인이 임대차기간이 만료되기 6개월 전부터 1개월 전까지 사이에 계약의 갱신을 요구하면 그 단서에서 정하는 사유가 없는 한 임대인이 그 갱신을 거절할 수 없도록 하여 상가임차인에게 최소한의 영업기간을 보장하기 위해서 임차인의 주도로 임대차계약의 갱신을 달성하

려는 것이다(대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다64307 판결 등 참조). 반면, 같은 법 제10조의4는 임대차계약이 종료된 경우에도 상가임차인이 일정한 범위 내에서 영업상 유·무형의 재산적 가치를 회수할 수 있도록 보장하기 위해 임대인에게 권리금 회수기회 보호의무를 부과하는 것으로서, 두 조항의 입법 취지와 내용이 다르다.

(4) 법 제10조 제1항 단서 각호에서 정한 갱신거절사유는, 임차인의 차임연체(제1호), 부정한 방법에 의한 임차(제2호), 무단 전대(제4호), 고의·중과실에 의한 임차 목적물 파손(제5호), 현저한 의무 위반(제8호) 등 전형적인 임차인의 채무불이행 또는 신뢰파괴 사유에 관한 것이거나 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공하여(제3호) 권리금 회수를 보장할 필요가 없는 경우이다. 그 외에는 임차건물의 멸실로 임대차 목적 달성이 불가능하거나(제6호), 임대인이 임대차계약 시 미리 임차인에게 철거·재건축계획을 고지하였거나 안전사고의 우려나 법령에 의하여 상가건물의 철거·재건축이 이루어지는 경우(제7호)로서 상가건물의 멸실 등으로 임차인이 형성한 영업의 재산적 가치가 사라지게 되어 임차인이 권리금 회수를 기대하기 어려운 경우 등이다. 위와 같은 갱신거절사유의 내용을 살펴볼 때 상가건물의 전체 임대차기간이 5년이 지난 경우를 그와 같이 보기는 어렵다. 전체 임대차기간이 5년이 지나도 임차인이 형성한 고객, 거래처, 신용 등 재산적 가치는 여전히 유지되어 임차인의 권리금 회수를 보장할 필요성이 있기 때문이다.

(5) 이러한 해석이 임대인의 상가건물에 대한 사용수익권을 과도하게 제한한다고 볼 수도 없다. 법 제10조의4 제2항은, 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자가 보증금이나 차임을 지급할 자력이 없는 경우(제1호), 신규임차인이 되려는 자가 임차인의 의무를 위반할 우려가 있거나 그 밖에 임대차를 유지하기 어려운 상당한 이유가 있는 경우(제2호), 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니한 경우(제3호) 등 임대인으로 하여금 임차인이 주선한 신규임차인과 임대차계약을 체결하도록 강제하는 것이 부당한 경우에는 임대인이 그 계약 체결을 거절할 수 있도록 하여 임대인



의 재산권 행사를 보호하기 위한 규정을 마련하여 두고 있다. 또한 임대인은 신규임차인에게 시세에 비추어 현저히 고액의 차임과 보증금이 아니라면 새로운 조건을 내용으로 하는 임대차계약의 체결을 요구할 수 있고, 신규임차인이 3기의 차임액 이상 차임을 연체하는 등 같은 법 제10조 제1항 각호의 사유가 발생한 경우에는 언제든지 임대차계약을 해지하거나 계약갱신을 거절할 수 있고 이러한 경우 권리금 회수기회 보호의무를 부담하지 않기 때문이다.

2. 재상고심 판결의 주요 요지(대법원 2021. 11. 25 선고 2019다285257 판결)

대법원은 이 사건 재상고심에서, “법 제10조의4 제2항 제3호에서 정하는 ‘임대차 목적물인 상가건물을 1년 6개월 이상 영리 목적으로 사용하지 아니한 경우’는 임대인이 임대차 종료 후 임대차 목적물인 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니하는 경우를 의미하고, 법 제10조의4 제2항 제3호에 따른 정당한 사유가 있다고 보기 위해서는 임대인이 임대차 종료 시 그러한 사유를 들어 임차인이 주선한 자와 신규 임대차계약 체결을 거절하고, 실제로도 1년 6개월 동안 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않아야 하며, 그렇지 않고 임대인이 다른 사유로 신규 임대차계약 체결을 거절한 후 사후적으로 1년 6개월 동안 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않았다는 사정만으로는 위 조항에 따른 정당한 사유로 인정할 수 없다.”고 판시하였는데, 구체적인 이유는 다음과 같다.

(1) 법 제10조의4 제2항 제3호의 문언만 놓고 보면 상가건물 사용의 주체가 누구인지, 즉 ‘임대인이 임대차 종료 후 상가건물을 사용하지 않는 경우’를 의미하는지 아니면 ‘임차인이 임대차기간 동안 상가건물을 사용하지 않은 경우’를 의미하는지가 명확하지 않다. 이처럼 법 문언이 명확하지 않은 경우에는 법 제10조의4 제2항 제3호의 입

법 취지와 연혁, 권리금 조항의 내용과 전체적인 체계 등을 종합하여 그 의미를 해석하여야 한다.

(2) 2015. 5. 13. 법 개정으로 권리금 관련 조항(제10조의3 내지 제10조의7)이 신설되었다. 이는 종래규정만으로는 임차인이 투자한 비용이나 영업활동으로 형성된 지명도나 신용 등 경제적 이익이 임대인에 의해 침해되는 것을 충분히 방지하지 못하였던 문제점을 해결하기 위한 것이다. 권리금 관련 조항의 신설로 임차인은 자신이 주선한 신규임차인으로부터 권리금을 지급받는 방법으로 자신이 형성한 영업이익 등을 회수할 수 있는 반면, 임대인은 원하는 임차인과 계약을 체결하거나 스스로 상가건물을 활용할 자유를 제한받게 되었다. 이에 제10조의4 제1항은 ‘정당한 사유’가 있는 경우에는 임대인이 임차인이 주선한 자와의 신규 임대차계약 체결을 거절할 수 있도록 하여, 임차인의 이익 보호와 임대인의 재산권 보장 사이의 조화를 꾀하고 있다. 법 제10조의4 제2항 제3호는 ‘정당한 사유’의 예시조항 중 하나인데, 임대인이 임차인의 권리금을 가로챌 의도가 없이 건물을 비영리목적으로 활용하는 것까지 제한하는 것은 임대인의 재산권에 대한 과도한 제한이 될 수 있으므로, 임대인이 장기간 건물을 비영리목적으로 사용하여 임차인의 영업이익을 활용할 우려가 없는 경우에는 신규 임대차계약 체결을 거절할 수 있도록 하기 위하여 입안되었다. 당초 법률안(의안번호 1912371)의 문언은 “임대차 목적물인 상가건물을 1년 이상 영리목적으로 제공하지 않는 경우”로 되어 있었는데, 국회의 법률안 심사 과정에서 임차인 보호를 위하여 기간을 1년 6개월로 늘리고, 임대인이 상가건물을 타에 제공하는 것뿐 아니라 스스로 사용하는 경우도 포함하기 위하여 ‘제공하지 않는 경우’를 ‘사용하지 아니한 경우’로 수정하였다. 이러한 입법 취지와 연혁을 고려하면, 법 제10조의4 제2항 제3호는 임대인이 임대차 종료 후 상가건물을 1년 6개월 이상 사용하지 않는 경우를 의미한다고 보는 것이 타당하다.



(3) 법 제10조의4 제1항 제4호의 반대해석상 임대인은 ‘정당한 사유’가 있는 경우에는 임차인이 주선한 자와의 신규 임대차계약 체결을 거절할 수 있다. 이처럼 ‘정당한 사유’는 임대인이 신규 임대차계약 체결을 거절하기 위한 사유이므로, 임대인이 향후 1년 6개월 이상 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않으려고 할 경우에 그러한 사유로 신규 임대차계약 체결을 거절하였어야 한다. 임대인이 다른 정당하지 않은 사유로 신규 임대차계약 체결을 거절하였다면 권리금 회수 방해행위에 대하여 임차인에 대한 손해배상책임을 지는데, 이처럼 손해배상책임이 발생한 후 사후적으로 1년 6개월 이상 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않았다고 하여 임대인의 방해행위가 정당해지거나 이미 발생한 손해배상책임이 소멸한다고 볼 근거가 없다.

(4) 위 (2)항의 입법 연혁에서 본 것처럼 법 제10조의4 제2항 제3호는 임대인이 권리금 회수기회 보호의무를 면하기 위하여 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않아야 할 최소한의 기간을 정한 것이다. 그 문언도 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 ‘사용하지 않으려고 할 경우’라고 하지 않고 ‘사용하지 아니한 경우’라고 정한다. 임대인이 1년 6개월 이상 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않을 계획만 있으면 그 후 실제로 그러하였는지 묻지 않고 권리금 회수기회 보호의무를 부담하지 않는다고 하면, 임대인이 계획을 변경하여 임차인이 형성한 영업이익이 잔존하는 기간 내에 건물을 재임대한 경우 임대인이 그 가치를 취득할 수 있게 되므로 법 제10조의4 제2항 제3호의 입법취지에 반한다. 따라서 임대인이 법 제10조의4 제2항 제3호에서 정하는 사유를 들어 신규 임대차계약 체결을 거절하였더라도 1년 6개월 이내에 상가건물을 영리목적으로 사용한 경우에는 법 제10조의4 제3항에 따른 손해배상책임을 부담한다고 보아야 한다.

(5) 법 제10조의4 제2항 제3호를 임대인을 주체로 하여 해석할 경우 임대인이 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 않겠다는 사유를 들어 신규 임대차계

약 체결을 거절하면 임차인은 권리금을 지급받지 못하게 된다. 그러나 이는 앞서 본 것처럼 입법 과정에서 임대인의 재산권과의 조화를 위하여 예정한 것이고, 임대인이 1년 6개월 이내에 상가건물을 실제로 영리목적으로 사용하였거나 사용하려 한 경우에는 법 제10조의4 제2항 제3호에 따른 정당한 사유를 부정하는 등 구체적 사안에서 ‘정당한 사유’에 관한 판단을 통해 합리적인 결론을 도모할 수 있다. 따라서 법 제10조의4 제2항 제3호를 위와 같이 해석한다고 하여 임차인의 권리금 회수기회가 과도하게 침해된다고 할 수 없다.

[연구]

1. 서 설

이 사건은 이미 2019년에 대법원에서 파기환송되어서 재상고되었다가 재파기환송된 사건으로 현재까지 6번, 만약 다시 재재상고될 경우 무려 7번의 재판을 받게 되는 드문 경우이다. 그리고 상고심에서는 법 제10조의4의 적용범위에 대한 대법원 판결(대법원 2019. 5. 16 선고 2017다225312, 2017다225329 판결)이, 재상고심에서는 동조 제2항 제3호의 해석에 관한 대법원 판결(대법원 2021. 11. 25 선고 2019다285257 판결)이 각각 선고됨으로써, 권리금에 관한 기존 논의를 진일보시켰다고 감히 평가할 수 있을 것이다(물론 이와 별개로 한 사건으로 수많은 소송비용을 들여가며 다수의 재판을 해야만 하는 당사자들에게는 깊은 유감을 표한다). 이하에서는 문제가 된 이 사건 상고심에서의 ‘법 제10조의4 제1조항의 적용 범위’와 재상고심에서 판단된 ‘법 제10조의4 제2항 제3호의 해석론’의 각 쟁점에 대해 검토하되, 상고심에 대해서는 현행법 해석상으로는 기본적으로는 찬동하되 임대인의 재산권 행사에 과도한 제한이 될 수 있다는 측면에서 개정이 필요하다는 취지에서, 재상고심에 대해서는 비판적인 취지에서 각각 검토한다.



II. 법 제10조의4의 적용 범위

1. 문제의 제기

임차인의 권리금 회수기회 보호 등을 규정하는 법 제10조의4는 2015. 5. 13. 법률 제13284호로 개정되면서 신설된 조항으로 임차인이 투자한 비용이나 영업활동의 결과로 형성된 지명도나 신용 등의 경제적 이익이 임대인의 계약해지 및 갱신거절에 의해 침해되는 것을 방지하기 위한 목적이다. 그런데 법 제10조의4 제1항 단서는, ‘임대인은 법 제10조 제1항 각 호에서 정한 임차인의 계약갱신 요구를 거절할 수 있는 사유가 있는 경우에는 권리금 회수기회를 보호할 의무를 부담하지 않는 것’으로 정하고 있는데, 같은 법의 입법 취지 및 권리금 회수기회 보호 조항의 신설 취지에 비추어 볼 때, ‘법 제10조 제2항에 따른 계약갱신 요구기간이 경과한 후에도 임대인이 법 제10조의4에 따른 권리금 회수기회 의무를 부담하는지’ 여부가 상고심에서 문제가 되었다.

2. 학 설

가. 부정설은, 임차인이 이미 안정적인 영업기간을 보장받은 것은 권리금 회수에 충분한 경제적 배려를 한 것이므로 그 기간이 경과한 경우는 권리금 상당의 위험은 스스로 부담해야 한다는 점²⁾과 동법 제10조 제2항의 계약갱신요구권 행사기간을 권리금 회수보호기간으로 유추적용하는 것이 합리적이라는 점, 특정기간 발생분만 보호하는 것은 권리금 본질에 반한다는 점³⁾을 근거로 하고 있다.⁴⁾

2) 정수경, “상가건물임차인의 권리보호에 관한 사례연구”, 재산법연구 제34권 제1호, 한국재산법학회, 2017, 220면.

3) 노한장, “계약 기간 5년 보장 후 권리금 보호여부에 관한 연구”, 부동산학보 제74권, 한국부동산학회, 2018, 28면.

4) 전장현, “상가권리금의 회수보호기간에 관한 개선방안”, 부동산학보 제73집, 한국부동산학회, 2018, 95면.



나. 긍정설은, 권리금 회수기회의 보호는 상임법 개정의 취지, 상임법에 대한 문리적 해석결과 임대차계약이 경과 후 임대인은 계약을 갱신해 주어야 할 의무가 없으므로 그 이후에 적용할 필요가 있고, 입법목적, 기간보장과 권리금 회수 기회의 관계를 살펴더라도 인정하는 것이 타당하다는 점⁵⁾, 임대인의 계약 갱신거절사유가 존재하더라도 사적자치의 원칙상 임차인이 권리금을 회수하는 것은 금지되지 않는다는 점⁶⁾을 근거로 한다.

3. 하급심의 판단⁷⁾

상고심 전까지의 하급심은 일관되지 않았다.

가. 부정설

이 사건 항소심을 비롯한 하급심들은 ‘임대인이 임차인의 계약갱신요구를 거절할 수 있거나 임차인이 임대인에게 계약갱신 요구권을 행사할 수 없는 경우에는 법 제10조의4 제1항이 적용되지 않는다.’고 판시하였는데, 이에 대한 근거로는 주로 같은 점을 근거로 설시하였다.⁸⁾

5) 김현선, “상가건물임대차보호법상 권리금 법제화에 대한 소고”, 안암법학, 안암법학회, 2015, 제48권, 226면, 김영두, “권리금 회수기회 보호와 영업보상 및 임대차기간보장의 관계”, 법조 통권 제725호, 법조협회, 2017, 65면.

6) 조장우, “상가건물임대차보호법상 권리금 규정의 배경과 해석”, 법학논문집, 법학연구원, 2016. 4., 제40집 1호, 80면.

7) 이에 대해서는 온주 상가건물임대차보호법 제10조의4 (권리금 회수기회 보호 등) 제14면 이하를 참고하였다(집필대표 황진구, 집필위원 박영호).

8) 수원지방법원 성남지원 2017. 6. 14. 선고 2016가단214710 판결, 부산지방법원 2017. 4. 27. 선고 2016가단308223 판결, 수원지방법원 안산지원 2017. 5. 16. 선고 2016가단67250 판결, 부산지방법원 2017. 4. 27. 선고 2016가단308223 판결, 대구지방법원 김천지원 2017. 4. 21. 선고 2016가합15641 판결, 제주지방법원 2016. 7. 22. 선고 2016가단50343 판결, 대전지방법원 천안지원 2016. 9. 6. 선고 2015가단14989 판결, 대전지방법원 2016. 9. 27. 선고 2015가단25171 판결, 의정부지방법원 고양지원 2016. 11. 4. 선고 2015가합75889, 2016가합70140 판결, 서울중앙지방법원 2017. 1. 13. 선고 2016가단5146866 판결, 대구지방법원 2017. 1. 17. 선고 2015가단118134 판결 등



(1) 2015. 5. 13. 법률 제13284호로 개정된 법이 임차인의 권리금 회수 보호 등 규정을 둔 것은 임대인의 임대차계약 갱신을 유도함으로써 임차인이 형성한 영업의 가치를 보호함과 동시에 임차인의 투자 자본 회수 및 영업처분 기회를 보호하기 위함이라 할 것인 점,

(2) 법 제10조 제1항, 제2항의 규정의 전체적인 취지상 법이 예정한 임차인의 영업이익의 보호를 위한 최대한의 기간은 5년(현행 10년)이라고 보아야 할 것이고, 신설된 법 제10조의4 역시 임차인의 영업이익의 보호를 위한 규정으로서 그 기간을 당초에 규정되어 있던 법 제10조 제1, 2항과 달리 볼 근거가 없는 점,

(3) ‘임차인이 계약갱신요구권이 있음에도 불구하고 임대인이 법 제10조 제1항 각 호의 사유를 들어 갱신요구를 거절할 수 있는 경우’와 ‘임차인이 5년(현행 10년)의 임대차기간을 채워 더 이상 계약갱신요구권을 가지고 있지 않은 경우’ 중 후자를 전자보다 더 두텁게 보호하여 줄 합리적인 근거를 찾기도 어려운 점,

(4) 임차인이 임대차계약의 갱신을 통하여 5년의 기간을 보장받은 경우 임대인은 임차인에 대하여 더 이상 계약갱신을 하여 줄 의무가 없음에도 불구하고, 위 경우에도 법 제10조의4 제1항 본문이 적용된다고 보아, 임차인이 주선한 신규임차인과의 계약 체결을 정당한 사유 없이는 거절할 수 없다고 한다면, 임대인으로서의 사실상 법 제10조 제2항이 정한 계약갱신 의무를 면할 수 있는 자유를 행사할 수 없는 결과가 되어, 임대인의 사용, 수익권한의 과도한 제한을 막기 위하여 법 제10조 제2항을 둔 취지가 몰각되는 점, 부정설에 의하면 권리금 보장이라는 입법취지의 실현이 불충분하게 됨

나. 긍정설

반면, ‘임차인이 임대차갱신을 요구할 수 있는 기간이 경과한 후에도 임대인은 임차인의 권리금 회수기회 보호의무를 부담한다.’고 판시한 하급심 판례는 그 근거로서, 법 제10조의4의 의미와 내용의 명확성, 법 제10조의4의 제정 과정에서 법 제10조의4를 법 제10조 제2항이 규정한



임차인의 계약갱신 요구권과 결부시키고자 한 논의는 관찰되지 않는 점, 계약갱신 요구권을 규정한 법 제10조 제1항과 권리금 회수기회 보호 등을 위한 법 제10조의4는 입법취지가 다르다는 점, 긍정설에 의하더라도 임대인의 사용·수익권한의 과도한 제한을 초래하지 않는 점, 임대인이 권리금 회수기회 보호의무로부터 면제하는 예외 규정은 엄격하게 해석해야 한다는 점 등을 실시하고 있다.⁹⁾

4. 대법원의 판단

대법원은 상고심에서, 계약갱신요구권 행사 기간이 지난 경우에도 임대인이 임차인에 대하여 권리금 회수기회 보호의무가 있음을 분명히 하면서 구체적인 근거로는 [대법원 판결 이유] 중 1. 상고심 판결의 주요 요지에서 살펴본 바와 같이, 법 문언의 해석, 권리금 관련 조항이 신설 입법과정에서 임대인의 권리금 회수기회 보호의무를 계약갱신요구권의 행사기간 범위로 제한하고자 하였다고 볼 만한 사정이 없고 상가 임대차계약의 갱신을 요구하지 못하더라도 권리금 회수를 보장할 필요가 있는 점, 법 제10조 제1항의 입법목적과 법 제10조의4의 입법 취지와 내용이 다르다는 점, 임대차기간이 5년이 지나도 임차인이 형성한 고객, 거래처, 신용 등 재산적 가치는 여전히 유지되어 임차인의 권리금 회수를 보장할 필요성이 있다는 점, 긍정설에 의하더라도 법 제10조의4 제2항에 따라 임대인으로 하여금 임차인이 주선했던 신규임차인과 임대차계약을 체결하도록 강제하는 것이 부당한 경우에는 임대인이 그 계약 체결을 거절할 수 있고, 임대인은 신규임차인에게 시세에 비추어 현저히 고액의 차임과 보증금이 아니라면 새로운 조건을 내용으로 하는 임대차계약의 체결을 요구할 수 있으며, 신규임차인이 3기의 차임액 이상 차임을 연체하는 등 같은 법 제10조 제1항 각호의 사유가 발생한 경우에는 언제든지 임대차계약을 해지하거나 계약갱신을 거절할 수 있는 등 임대인의 재산권 행사를 보호할 수 있다는 점을 실시하였다.

9) 대전지방법원 2017. 5. 19. 선고 2016나108951 판결, 서울동부지방법원 2017. 4. 28. 선고 2015가단126870 판결



5. 검토

(1) 현행 법 제10조의4를 해석·적용함에 있어 법 제10조 제2항을 적용할 수 있다는 별도의 규정이 없는 이상, 법 제10조의 2를 적용할 수 없고 그러한 점에서 법 제10조 제2항에 따른 계약갱신 요구기간(10년)이 경과한 후에도 임대인은 법 제10조의4에 따른 권리금 회수기회 의무를 부담한다는 상고심의 결론은 찬동한다. 보다 상세한 이유를 설시한 대전지방법원 2017. 5. 19. 선고 2016나108951 판결 이유 외에도 법 제10조의3 제1항¹⁰⁾에서는 권리금을 ‘유형·무형의 재산적 가치의 양도 또는 이용대가’로 정의하고 있을 뿐 기간에 대한 제한을 두고 있지 않은 현행 법제 하에서는 권리금이 유형·무형의 재산적 가치가 임대차기간 동안에만 유지된다고 해석하기는 어려울 것이다.

(2) 다만, 이러한 법 해석상의 불가피성에도 불구하고 계약갱신 요구기간이 경과한 후에도 임대인에게 권리금 회수기회 보호의무를 인정하는 것이 바람직한지에 대해서는 의문이 있다. 2018. 10. 16. 법 개정으로 임차인이 계약갱신을 요구할 수 있는 기간은 5년에서 10년으로 늘어났다. 따라서 법이 적용되는 상가건물 임차인은 10년의 기간을 임대차기간을 보장받고, 10년 후에도 권리금 회수기회까지 보장되는 것이고, 반대로 임대인의 입장에서는 특별한 사정이 없는 한 기존임차인에게 10년 그 임차인이 주선한 신규임차인에게 10년 동안 임대차계약을 체결하여야 하는데, 이는 임대인의 재산권 행사에 과도한 제한이 될 수 있다.

(3) 그리고, 법 제10조 제1항 단서상의 갱신거절사유가 있는 전형적인 임차인의 채무불이행 또는 신뢰파괴 등 권리금 회수를 보장할 필요가 없는 경우(제1호 내지 제5호, 제8호)뿐만 아니라 임차건물의 멸실로 임대차 목적 달성이 불가능하거나(제6호) 상가건물의 철거·재건축이 이루어지는 경우와 같이 임차인이 형성한 영업의 재산적 가치가 사라지게 되어 권리금 회수를 기

10) 법 제10조의3(권리금의 정의 등) ① 권리금이란 임대차 목적물인 상가건물에서 영업을 하는 자 또는 영업을 하려는 자가 영업시설·비품, 거래처, 신용, 영업상의 노하우, 상가건물의 위치에 따른 영업상의 이점 등 유형·무형의 재산적 가치의 양도 또는 이용대가로서 임대인, 임차인에게 보증금과 차임 이외에 지급하는 금전 등의 대가를 말한다.



대하기 어려운 경우(제7호)를 포함하고 있다. 그런데 제6호의 차임건물의 멸실로 임대차 목적 달성이 불가능한 경우나 안전사고의 우려나 법령에 의하여 상가건물의 철거·재건축이 이루어지는 경우는 임차인에게 귀책이 없거나 임차인이 예상할 수 없다 하더라도 권리금 회수가 보장되지 않는다. 하지만 법상 보장된 10년의 기간은 임차인으로서 충분히 예상할 수 있는 것임에도 그 기간이 경과한 후에도 권리금 회수를 보장하는 것은 균형에 맞지 아니한다.¹¹⁾

(4) 결국 권리금 회수기회 보호의무의 시간적 제한을 두는 입법으로 해결될 수밖에 없을 것이다. 그 방법에 대해서는 임대인이 부담하는 권리금 회수기회 보호의무의 시간적 제한을 계약갱신요구권의 행사기간에 관한 규정을 준용하는 방안¹²⁾ 또는 권리금 회수기회 보호의무는 계약갱신요구권 기간만료 후의 문제이므로 이를 그대로 준용하기는 어렵고, 결국 이와는 별도로 시간적 제한을 마련하여 예측 가능성을 높이는 방안¹³⁾이 논의되고 있다.

III. 법 제10조의4 제2항 제3호의 해석론

1. 문제의 제기

임대인은 임대차기간이 끝나기 3개월 전부터 임대차 종료 시까지 ‘정당한 사유’ 없이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약 체결을 거절함으로써 임차인이 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 지급받는 것을 방해하여서는 아니 되고(제10조의4 제1항 제4호), 임대인이 이러한 의무를 위반하여 임차인에게 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임

11) 항소심 역시, ‘법 제10조 제1항 단서 각 호의 갱신거절사유가 있는 경우보다 전체 임대차기간이 5년(현행 10년)을 초과하여 처음부터 임차인이 계약갱신 요구권을 행사할 수 없는 경우(법 제10조 제2항 참조)에 임차인을 더 두텁게 보호해야 할 합리적 근거가 없다.’는 점을 지적한 바 있다.

12) 김 웅, “권리금 회수기회 보호의 시간적 한계: 대전지방법원 2017. 5. 19. 선고 2016나108951 판결”, 고려법학 제87호, 고려대학교 법학연구원, 2017, 86면.

13) 김상현, 앞의 논문, 257면



이 있다(동조 제3항). 법은 임대인의 임대차계약 체결 거절에 ‘정당한 사유’로 인정되는 경우 중 하나로 ‘임대차 목적물인 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니한 경우’(동조 제2항 제3호)를 열거하고 있는데, 문언만 보면 상가건물 사용의 주체가 누구인지, 즉 ‘임대인이 임대차 종료 후 상가건물을 사용하지 않는 경우’를 의미하는지 아니면 ‘임차인이 임대차기간 동안 상가건물을 사용하지 않은 경우’를 의미하는지 불분명하다. 만약 그 주체를 임대인으로 해석한다면, 위 규정이 적용되는 시점은 기존임차인과의 임대차 종료 시로부터 1년 6개월이 이미 경과한 때인데 동 규정의 실효성이 문제가 될 수 있다. 또한 위 조항이 적용되기 위한 임대차 종료 시점의 상황은 어떠해야 하는지도 문제가 된다.

2. 법 제10조의4 제2항 제3호의 주체

가. 학설

법 제10조의4 제2항 제3호의 주체를 임차인으로 보는 견해(이하 ‘임차인설’이라 한다)는 법 문 상 ‘사용하지 아니한’은 과거의 상황을 규정하는 것이고, 동 규정은 임차인이 임대차한 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 않는 경우, 임대인이 임차인이 주선한 자와 임대차계약을 거부할 수 있도록 하기 위한 취지라고 한다.¹⁴⁾

반면 법 제10조의4 제2항 제3호의 주체를 임대인으로 보는 견해(이하 ‘임대인설’이라 한다)는, 입법과정에서 행위의 주체를 임대인으로 상정하여 논의하였고, 동 규정은 임대인이 임대료를 받지 않고 임대점포를 1년 6개월 이상을 비워두거나 비영리로 사용하면 권리금 회수기회 보호 책임에서 벗어날 수 있는 출구전략이 필요하다는 취지¹⁵⁾로서 임대인이 계약종료 후에 직접 비영리목적으로 사용하는 경우를 의미한다고 하거나,¹⁶⁾ 동 규정의 해석상, 주체는 임대인과 임차인

14) 이근영·김상진, “개정 상가건물임대차보호법상 권리금 규정의 해석론과 문제점의 개선방안에 관한 소고”, 법학연구 제24권 제4호, 경성대학교 법학연구소, 2016, 187면.

15) 「제332회 국회 제1차 법안심사 제1소위 회의록」, 37면 참조; 「상가 권리금 회수기회 보장 등 임차인 보호를 위한 상가건물임대차보호법 개정방안연구」, 법무부, 2014, 68면 참조.



양자 모두 가능하나 법 취지상 임대인에 국한된다고 한다.¹⁷⁾

나. 하급심의 판단

(1) 임차인설

서울북부지방법원 2020. 12. 24. 선고 2020나31911 사건에서 하급심은, 『법 제10조의4 제2항 제3호는 과거 의미하는 문언으로 표현되어 있고, 법 제10조의4 제1항 본문 제4호, 제2항의 문언에 따르면 ‘미사용’은 임대인이 그 계약 체결을 거절하는 시점에서 확정되어야 하는데 그 시점은 임대차 종료 시까지라는 점에서 ‘임대차 종료 이후에 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니하는 경우’로 해석하는 것은 문리적 해석의 한계를 넘어선 과다한 확장해석으로 보이는 점, 임대인설에 의하면, 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인과 계약 체결을 거절할 당시에는 법 제10조의4 제2항 제3호에 해당하는지 여부 판단이 아예 불가능하고 임대차 종료 시로부터 1년 6개월이 경과하여야 비로소 판단이 가능해지는 불합리가 발생하며, 실질적으로는 법 제10조의4 제2항 제3호의 성취 여부, 즉 신규임차인과의 계약 체결 거절이 정당한지 여부가 임대인이 향후 1년 6개월 이내에 그 상가건물을 영리목적으로 사용할지 말지 전적인 자유의지에 따른 미래의 선택에 따라 달라지는 불합리한 결과가 발생되고, 법 제10조의4 제3항은 임차인의 손해배상청구권 소멸시효기간을 ‘임대차가 종료한 날부터 3년’으로 정하고 있는데, 임대인이 위 조항의 정당한 사유를 주장하면서 신규임차인과 계약 체결을 거절하고서 1년 6개월 이내에 임대차목적물을 영리목적으로 사용한 것이 사후에 확인될 경우 실질적으로는 그 시효기간이 사실상 1년 6개월로 단축되는 결과가 될 뿐 아니라, 임차인으로 하여금 사후적으로 사실상 정당한 사유의 부존재를 입증하여야 하는 부담을 지우는 결과가 되어 부당하다는 점』을 설시하면서 ‘법 제10조의4 제2항 제3호에서의 미사용의 주체는 임차인을 의미한다. ‘고 판시하였다.

16) 김영두, “권리금 회수기회 보호에 관한 고찰”, 법조 통권 제707호, 법조협회, 2015, 44-145면; 김남근, “권리금 회수 기회보호 거절에 대한 정당성 판단기준”, 인권과 정의 통권 제455호, 대한변호사협회, 2016, 134면.

17) 김상현, “상가권리금 회수기회 보호의무의 기간 제한에 관한 소고”, 2019, 247면, 248면



(2) 임대인설

서울고등법원 2019. 10. 16 선고 2019나2022195, 2019나2022201 사건(파기환송심)과 서울 서부지방법원 2019. 2. 15. 선고 2018가단205479 사건에서 하급심은, 『법 제10조의4 권리금 회수기회 보호조항의 개정이유는 임차인에게는 권리금 회수기회를 보장하고, 임대인에게는 정당한 사유 없이 임대차계약의 체결을 방해할 수 없도록 방해금지의무를 부과하는 등 권리금에 관한 법적근거를 마련하기 위한 것이고, 법 제10조의4 제2항 제3호는 임차인이 임대차기간 동안의 영업활동을 통하여 형성한 지명도나 신용 등 영업적 가치가 여전히 잔존하는 기간, 즉 임대차기간 종료 후 1년 6개월 이상의 기간 동안, 임대인이 이러한 영업적 가치를 이용하지 아니하는 경우, 즉 새로운 임대차계약을 체결하거나 자신이 임차인이 형성한 영업적 가치를 이용하면서 영업을 하지 않는 경우에는 권리금 회수기회 보호 조항의 입법목적에 반하지 않는다고 보아 예외를 인정한 것이므로, 법 제10조의4 제2항 제3호의 주체는 임대인을 의미한다.』 고 판시하였다.¹⁸⁾

다. 대법원의 판단

재상고심에서 대법원은, 파기환송심과 동일하게, ‘임대인이 임대차 종료 후 임대차 목적물인 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니하는 경우’를 의미한다고 보며 임대인 설을 취하였는데, 그 근거로는 법 제10조의4 제2항 제3호의 당초 법률안(의안번호 1912371호)의 문언은 ‘임대차 목적물인 상가건물을 1년 이상 영리목적으로 제공하지 않는 경우’로 되어 있었는데, 국회의 법률안 심사 과정에서 임차인 보호를 위하여 기간을 1년 6개월로 늘리고, 임대인이 상가건물을 타에 제공하는 것뿐 아니라 스스로 사용하는 경우도 포함하기 위하여 ‘제공하지 않는 경우’를 ‘사용하지 아니한 경우’로 수정한 입법 취지와 연혁을 들고 있다. 다만 법 제10조의4 제2항 제3호를 임대인을 주체로 하여 해석할 경우 임대인이 상가건물을 1년 6개월 이상

18) 다만 법 제10조의4 제2항 제3호는 임대인이 영리목적으로 사용하지 않겠다고 주장할 경우 임차인으로서는 권리금을 회수하지 못하게 되는 등의 문제점을 내포하고 있기는 하다. 그러나 이는 국회의 법 개정을 통해 시정해야 할 일이지, 법원이 법률해석으로 바로잡을 것은 아니라고 덧붙였다.

영리목적으로 사용하지 않겠다는 사유를 들어 신규 임대차계약 체결을 거절하면 임차인은 권리금을 지급받지 못하게 되는데, 이는 입법 과정에서 임대인의 재산권과의 조화를 위하여 예정한 것이고, 임대인이 1년 6개월 이내에 상가건물을 실제로 영리목적으로 사용하였거나 사용하려 한 경우에는 법 제10조의4 제2항 제3호에 따른 정당한 사유를 부정하는 등 구체적 사안에서 ‘정당한 사유’에 관한 판단을 통해 합리적인 결론을 도모할 수 있기에 법 제10조의4 제2항 제3호의 주체를 임대인으로 해석한다고 하여 임차인의 권리금 회수기회가 과도하게 침해된다고 할 수 없다는 점을 추가로 설시하였다.

3. 법 제10조의4 제2항 제3호가 적용되기 위한 임대차 종료 시점의 상황

임차인설에 의하면, 이 사건 임대차가 종료되는 시점까지 임차인이 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 않아야 함은 분명하다. 다만 임대인설에 의할 경우, 법 제10조의4 제2항 제3호는 임대차가 종료된 후 1년 6개월 후의 시점까지 임대인이 사용하지 않는 상황이므로, 정작 임대차 종료된 시점, 즉 ‘임대인이 임차인이 주선한 신규임차인과 계약 체결을 거절할 때 향후 1년 6개월 동안 사용하지 않겠다는 사유를 고지하여야 하는지’에 대해서는 다시 견해가 나뉠 수 있고 파기환송심과 재상고심도 이에 대한 입장을 달리하였다.

가. 신규임차인과 계약 체결 거절 방식에는 제한이 없다는 견해(파기환송심)

이 사건의 파기환송심은 임대인이 임대차 종료 후 1년 6개월까지 실제로 상가건물을 사용하지 않았다면 임대차 종료 시점의 상황은 전혀 제한이 없다고 한다. 이 사건에서도 임대인이 임대차 종료 시점에 갱신거절을 하며 임차인에게 고지한 이유는 ‘노후화된 건물을 재건축 또는 대수선할 계획’이지,¹⁹⁾ ‘1년 6개월 동안 영리목적으로의 비사용’은 아니었지만, 실제로 임대인이 임대차 종료 후 1년 6개월 동안 상가건물이 영리목적으로 사용하지 않는 이상 법 제10조의4

19) 다만 IV.에서 설시하는 것처럼, ‘재건축 또는 대수선’하기 위한 기간이 법 제10조의4 제2항 제3호에 포함되는지에 대해서는 논란이 있다.



제2항 제3호를 적용하여 임차인의 손해배상청구를 기각하였다.

나. 해당 사유를 고지하여야 한다는 견해(재상고심²⁰⁾)

이 사건 재상고심에서 대법원은, ‘법 제10조의4 제2항 제3호에 따른 정당한 사유가 있다고 보기 위해서는 임대인이 임대차 종료 시 그러한 사유를 들어 임차인이 주선한 자와 신규 임대차 계약 체결을 거절하고, 실제로도 1년 6개월 동안 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않아야 한다.’고 판시하였다. 설시한 근거로는, 법 제10조의4 제1항 제4호의 ‘정당한 사유’는 임대인이 신규 임대차계약 체결을 거절하기 위한 사유이므로, 임대인이 향후 1년 6개월 이상 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않으려고 할 경우에 그러한 사유로 신규 임대차계약 체결을 거절하였어야 하고, 임대인이 다른 정당하지 않은 사유로 신규 임대차계약 체결을 거절하였다면 권리금 회수 방해에 해당하여 임차인에 대한 손해배상책임을 지는데, 이처럼 손해배상책임이 발생한 후 사후적으로 1년 6개월 이상 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않았다고 하여 임대인의 방해가 정당해지거나 이미 발생한 손해배상책임이 소멸한다고 볼 근거가 없다는 점을 들고 있다.²¹⁾

20) 서울서부지방법원 2019. 2. 15. 선고 2018가단205479 판결에서도, ‘법 제10조의4 제2항 제3호는 임대인이 영리목적으로 사용하지 않겠다고 주장할 경우 임차인으로서의 권리금을 회수하지 못하게 되는 등의 문제점을 내포하고 있기는 하다’라고 판시한 점에 비추어 보면 같은 취지로 보인다. 다만 위 사건 사실관계를 보면, 임대인이 임차인에게 상가건물을 ‘당분간 임대하지 않고 비워둘 예정’이라는 취지로 내용증명우편을 보냈다면 해당 조항을 적용하여 권리금 회수방해를 원인으로 한 손해배상청구를 기각하였는데, 그러한 경우에도 법 제10조의4 제2항 제3호가 적용될 수 있는지 다소 의문이다.

21) 대법원 그 외에도 ‘임대인이 1년 6개월 이상 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않을 계획만 있으면 그 후 실제로 그러하였는지 묻지 않고 권리금 회수기회 보호의무를 부담하지 않는다고 하면, 임대인이 계획을 변경하여 임차인이 형성한 영업이익이 잔존하는 기간 내에 건물을 재임대한 경우 임대인이 그 가치를 취득할 수 있게 되므로 법 제10조의4 제2항 제3호의 입법 취지에 반하므로 임대인이 법 제10조의4 제2항 제3호에서 정하는 사유를 들어 신규 임대차계약 체결을 거절하였더라도 1년 6개월 이내에 상가건물을 영리목적으로 사용한 경우에는 법 제10조의4 제3항에 따른 손해배상책임을 부담한다고 보아야 한다는 점’을 이유로 설시하고 있다. 하지만 법 제10조의4 제2항 제3호가 적용되기 위해서는 실제로 임대인이 임대차 종료 후 1년 6개월간 상가건물을 사용하지 않아야 하는 것은 분명한 바, 이 점이 임대차종료 시점에 실제로 그러한 사유가 고지되어야 하는지에 대한 이유가 될 수는 없어 보인다.

4. 검토

가. 임대인설은, 법 제10조의4 제2항 제3호 문언이 불분명하고, 법 제10조의4 제2항 제3호의 주체를 임차인으로 해석할 경우를 상정할 수 없고 그 경우에는 임차인의 권리금을 보호할 여지가 없기에, 법 제10조의4 제2항 제3호의 주체를 임대인으로 볼 수밖에 없는 불가피한 측면이 있다고 한다.²²⁾ 하지만 이는 아래와 같은 이유로 정당화될 수는 없다.

1) 먼저 ‘법 제10조의4 제2항 제3호가 불분명하다.’는 점에 대해 본다. 임대인설은 법 제10조의4 제2항 제3호의 주체에 대한 언급이 없음을 지적한다. 하지만 법 제10조의4 제1항의 문언은 ‘임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 임대차 종료 시까지’의 시점의 임대인의 권리금 회수기회를 보호 의무를 규정하여 임대차 종료 시점을 기준으로 과거형으로 되어 있다. 따라서 임대차종료 시점, 즉 ‘임대인이 임차인이 주선한 신규임차인과 계약 체결을 거절할 때’까지 상가건물을 사용한 주체는 임차인이자 임대인이 아니다. 따라서 전체적인 해석상 법 제10조의4 제2항 제3호의 주체는 당연히 임차인이다. 법문상 사용 주체에 대한 직접적인 언급이 없다는 이유로 법 제10조의4 제2항 제3호의 주체가 불분명하다고 보기는 어렵다.

2) 다음으로 임대인설은, ‘임차인설에 의하면, 임차인이 임차보증금이나 차임을 지급하면서 임차기간 동안 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니하는 경우를 사실상 상정하기 어렵고, 임차인이 상가건물을 임차기간 동안 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니할 경우 임대차 종료 시 기존임차인이 받아 갈 권리금이 발생할 여지가 많지 않다’는 점을 지적한다. 물론 임차인이 ‘임차보증금이나 차임을 계속 지급하면서 임대차기간 동안 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니하는 경우’가 흔한 것은 아님은 분명하나 그렇다고 하여 상정하기 어려운 정도는 아니다. 예를 들어, 최근 Covid-19로 인한 비상상황으로 인한

22) 법 제10조의4 제2항 제3호의 당초 문언은 ‘제공하지 않는 경우’를 ‘사용하지 아니한 경우’로 수정된 입법 취지와 연혁 또한 무리한 해석의 정당화되기에는 부족해 보인다. 입법 과정에서 ‘제공’에서 ‘사용’으로 문언이 변경된 것이 오히려 법 제10조의4 제2항 제3호의 주체를 임대인에서 임차인으로 변경하려는 취지로 볼 여지도 있다.



급격한 매출감소로 임차인이 막대한 유지비를 감수하며 영업을 계속하는 것보다 차라리 상가건물을 비워두는 것이 경제적으로 이익이 되는 경우도 있다. ‘임차인이 상가건물을 임차기간 동안 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니할 경우 임대차 종료 시 기존임차인이 받아 갈 권리가 발생할 여지가 많지 않다’는 점도 법 제10조의4 제2항 제3호의 주체를 임대인으로 볼 이유가 될 수 없다. 이 경우는 임차인이 스스로 영업을 포기한 경우이기 때문에 임대인의 권리금 회수기회 보호의무가 면제되는 상황이라고 보는 것이 맞을 것이다.

나. 임대인설은 법 제10조의4 제2항 제3호가 적용되기 위한 임대차 종료 시점의 상황을 상정하기 어렵다는 난점이 있다. 이 사건 상고심인 대법원은 임대인설에 따르더라도, ‘임대차 종료 시 그러한 사유를 들어 임차인이 주선한 자와 신규 임대차계약 체결을 거절하고, 실제로도 1년 6개월 동안 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않아야 한다.’는 요건을 추가로 요구하는 무리한 해석을 하고 있지만 그러한 요건은 법문에 전혀 없다는 점에서, 법 해석이 아니라 사실상 법창조에 가깝다. 대조적으로 법 제10조 제1항 제7호는, ‘임대인이 목적 건물의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위한 경우에는 임대차 갱신 요구 시에 그 계획을 구체적으로 고지하고 실제로 그 계획에 따른 경우에 한하여 임차인의 갱신요구를 거절할 수 있다.’고 되어 있어서 ‘고지’와 ‘실행’이라는 두 가지 요건을 요구하고 있다. 하지만 법 제10조의4 제2항 제3호의 법문에서의 ‘그런 사유를 들어 임차인이 주선한 자와 신규 임대차계약 체결을 거절할 것’이라는 ‘고지’의 요건은 부재하다. 법문에 없는 요건을 새롭게 창조할 수는 없다. 굳이 법 제10조의4 제2항 제3호의 주체를 임대인으로 보아야 한다면, 오히려 추가 요건을 요구하지 않는 파기환송심의 입장이 오히려 법문에 더 충실한 해석으로 보인다.

다. 임대인설은 임대차 종료 시에 임대인이 법 제10조의4 제2항 제3호를 위반하였는지 판단 자체가 불가하다는 점에서도 상당한 난점이 있다. 임대차종료 시점에 실제로 그러한 사유를 고지하였는지 여부를 불문하고 임대인이 실제로 법 제10조의4 제2항 제3호에 따라 면책되기 위해서는 ‘임대인이 임대차 종료 후 1년 6개월까지 상가건물을 사용하지 않는다.’는 조건이 성취되어야 한다. 즉 임대차 종료 시점에는 법 제10조의4 제2항 제3호의 위반여부를 판단할 수 없다는 점에서 법적 안정성을 해한다. 뿐만 아니라 법 제10조의4 제3항의 법문 상 임대인의 권리



금 회수기회 보호 의무 위반으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효기간을 ‘임대차가 종료한 날부터 3년’으로 정하고 있는데, 임대인이 임대차 종료 시점부터 1년 6개월이 경과하기 전에 임대차목적물을 영리목적으로 사용하여 비로소 손해배상청구권이 발생한 경우에도 소멸시효의 기산점을 기존의 임대차가 종료한 날을 기준으로 하여야 하는지에 대한 새로운 논란이 발생하게 된다.²³⁾

라. 임대인설은 임대인으로 하여금 임차인의 권리금 회수를 면탈할 수 있는 기회를 제공할 수 있다는 측면에서도 바람직하지 않다. 임대인설에 의하면, 임대인은 계약종료 후 1년 6개월 동안 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않아 발생하는 손해와 그 기간이 경과한 후에 차임 등을 인상하고 권리금을 수취하여 얻을 수 있는 이익을 비교하여 후자가 더 큰 경우에는 상가건물을 사용하지 않을 가능성이 매우 크고²⁴⁾ 임차인이 임대인에게 권리금 회수기회 방해에 따른 손해배상청구의 제기 또는 인용 여부는 임대차계약이 종료된 후 1년 6개월이 지나서야 결정될 것인데, 이때 동 규정의 실효성이 있는지 의문이다.²⁵⁾

IV. 재건축을 원인으로 한 법 제10조의4 제2항 제3호의 적용 여부

이 사건 임대인은 노후화된 건물을 재건축하거나 대수선할 계획을 가지고 있다는 등의 이유로 소외인과의 임대차계약 체결에 응하지 아니하였는데, 대법원은 이 경우에는 법 제10조의4 제2항 제3호가 적용되지 않는다고 보았다. 그런데 최근 대법원은, ‘임대인이 임대차계약 종료 무렵 상가건물의 임박한 재건축 계획을 이유로 임차인이 주선하는 신규임차인과의 임대차계약을 상가건물 철거 전까지의 기간으로 제한하여 체결할 의사를 밝혀 신규 임대차계약 체결이 무산된 경우에도 법 제10조의4 제2항 제3호가 적용된다.’고 판시하였다(대법원 2022. 1. 14 선고

23) 서울북부지방법원 2020. 12. 24. 선고 2020나31911 손해배상 사건의 판결 이유 또한 같은 취지다.

24) 김안수, “상가권리금 법제의 개선방안”, 이주법학 제11권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2017, 43-44면 참조

25) 김상헌 앞의 논문, 249면



2021다272346 판결). 그 전까지의 하급심은 대체적으로 법 제10조의4 제2항 제3호는 ‘임대차 목적물이 그대로 존치됨을 전제로 하는 것이지 철거 후 재건축으로 인해 어쩔 수 없이 사용할 수 없는 경우에 관한 규정이 아닌 것이기에 재건축을 원인으로 신규임차인인과의 임대차계약 체결을 거절한 경우에는 적용될 수 없다.’고 판시하였다.²⁶⁾ 그런데 대법원은 두 사건 모두 재건축을 원인으로 신규임차인인과의 임대차계약 체결을 거절하였던 유사한 사실관계에도 불구하고 법 제10조의4 제2항 제3호의 적용여부를 달리하였다. 사실관계를 비교해 보면 2021다272346 사건에서, ‘임대인은 임박한 재건축 계획을 고지하였고 이로 인해 신규임차인과의 임대차계약 체결이 결렬되었으며 실제로도 철거 및 재건축이 실행되었음’에 반하여, 이 사건은, ‘임대인은 노후화된 건물을 재건축하거나 대수선할 계획을 가지고 있다는 등의 이유로 소외인과의 임대차계약 체결에 응하지 않은 점²⁷⁾’에서만 사실관계의 차이가 있을 뿐, 모두 재건축을 원인을 신규임차인과의 임대차계약 체결이 결렬된 경우이지만, 대법원의 결론은 상반된다. 하지만 그 원인이 무엇인지 분명하지 않기에 실무상으로도 상당한 혼선이 발생할 것으로 보인다. 애당초 이러한 논란이 발생한 근원적인 이유 또한 대법원이 임대인설을 취하면서도 법문에는 없는 고지요건을 추가하였기 때문으로 보이는데, 임차인설에 의하면 이러한 논란 자체가 발생할 여지가 없었을 것이고 그러한 점에 비추어 보더라도 임차인설이 보다 타당하다고 본다.

26) 서울중앙지방법원 2020. 8. 25. 선고 2019가단5317324 판결, 서울중앙지방법원 2020. 9. 18. 선고 2020가합521657 판결).

27) 2019다285257 사건 판결문에서는 실제로는 철거 내지 재건축이 이루어졌다는 점은 확인되지 않는다.



[참고문헌]

- 정수경, “상가건물임차인의 권리보호에 관한 사례연구”, 재산법연구 제34권 제1호, 한국재산법학회, 2017.
- 노한장, “계약 기간 5년 보장 후 권리금 보호여부에 관한 연구”, 부동산학보 제74권, 한국부동산학회, 2018.
- 전장현, “상가권리금의 회수보호기간에 관한 개선방안”, 부동산학보 제73집, 한국부동산학회, 2018.
- 김현선, “상가건물임대차보호법상 권리금 법제화에 대한 소고”, 안암법학, 안암법학회, 2015, 제48권.
- 김영두, “권리금 회수기회 보호와 영업보상 및 임대차기간보장의 관계”, 법조 통권 제725호, 법조협회, 2017.
- 조장우, “상가건물임대차보호법상 권리금 규정의 배경과 해석”, 법학논문집, 법학연구원, 2016.4, 제40집1호.
- 온주, “상가건물임대차보호법” 집필대표 황진구, 집필위원 박영호.
- 김웅, “권리금 회수기회 보호의 시간적 한계: 대전지방법원 2017. 5. 19. 선고 2016나108951 판결”, 고려법학 제87호, 고려대학교 법학연구원, 2017.
- 이근영·김상진, “개정 상가건물임대차보호법상 권리금 규정의 해석론과 문제점의 개선방안에 관한 소고”, 법학연구 제24권 제4호, 경상대학교 법학연구소, 2016.
- 제332회 국회 제1차 법안심사 제1소위 회의록
- 법무부, “상가 권리금 회수기회 보장 등 임차인 보호를 위한 상가건물임대차보호법 개정방안 연구”, 2014.
- 김영두, “권리금 회수기회 보호에 관한 고찰”, 법조 통권 제707호, 법조협회, 2015.
- 김남근, “권리금 회수 기회보호 거절에 대한 정당성 판단기준”, 인권과 정의 통권 제455호, 대한변호사협회, 2016.
- 김상헌, “상가권리금 회수기회 보호의무의 기간 제한에 관한 소고”, 2019.

▶ 발표일시 : 2022. 03. 23.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 서규영 회원

▶ 참석회원 : 김웅우, 김재승, 서규영, 서장원, 엄정숙, 오승원, 이남진, 이선희, 이영재, 이재용, 장권수, 정세형, 허익범 변호사(총 13명)



인격권으로서 초상권과 초상영리권 혹은 퍼블리시티권

Portrait Rights as Personal Rights and For-profit Portrait Rights or Right of Publicity

辯護士 정 호 정

Jeong Ho Jeong

【사건의 표시】

대법원 2021. 7. 21. 선고 2021다219116 판결

논문요약

판례는 초상권을 헌법 제10조에 기초하여 인정되는 개별적 인격권의 하나로 보는 동시에 초상에 대한 재산적 권리를 보호할 필요성에 주목하여 초상권이 초상영리권을 포함한다고 설시하여 그 재산권성도 일부 인정하여 왔다.

그러나 엔터테인먼트 사업의 발달 등으로 초상이 창출하는 경제적 부가가치가 날로 증가하면서 초상의 경제적 이용에 대한 권리를 초상권의 테두리에 내에서 보호하는 것으로는 족하지 않다는 문제의식이 대두되었으며, 우리나라에서도 미국 판례가 인정해온 퍼블리시티권을 도입하여야 한다는 논의가 힘을 얻게 되었다.

그러나 대법원은 아직 퍼블리시티권 개념을 인정한 적이 없으며, 종전의 초상권 법리 내에서 초상의 경제적 가치를 보호하려는 태도를 유지하고 있다. 대상판결도 마찬가지 태도를 취하고 있다. 그뿐 아니라 대상판결은 초상권 법리를 구사함에 있어 인격권으로서의 초상권과 초상영리권을 명확히 구분하고 있지도 않다.



인격권으로서의 초상권과 재산권성을 띄는 초상영리권 내지 퍼블리시티권은 그 권리 근거 및 양도성과 상속성, 권리 침해의 태양과 구제 수단이 상이하므로 이론적, 실천적으로 구분할 필요가 있고, 이를 뭉뚱그려 초상권으로 다루는 것은 불필요한 혼란을 초래할 소지가 있다.

실제로 대상판결의 일부 설시는 초상영리권 내지 퍼블리시티권 침해가 문제 된 당해 사안에서는 적합하지만 인격권으로서 초상권에 적용하기에는 적절치 않은 것으로 보임에도, 대상판결은 이를 초상권 일반에 적용되는 법리인 양 실시하고 있다.

이런 점에서, 대상판결의 결론의 타당성은 차치하고, 대상판결이 사안을 초상영리권 혹은 퍼블리시티권 침해가 문제된 사안으로 명확히 하지 않은 것은 아쉬운 대목으로, 향후 초상권과 초상영리권 혹은 퍼블리시티권 침해 사건에서는 좀 더 정치한 법리 구사가 이루어지기를 기대해본다.

〈주제어〉

초상, 초상권, 인격권, 초상영리권, 퍼블리시티권

Portrait, Portrait Right, Personal Right, For-profit Portrait Right, Right of Publicity

목 차

[사건의 개요]

[사건의 경과]

[대법원 판결 이유]

[연구]



I. 문제의 제기

II. 초상권 및 퍼블리시티권의 개념

III. 초상권과 퍼블리시티권의 연혁과 실정법상 근거

IV. 초상권과 퍼블리시티권의 차이와 구별 실익

1. 권리 근거
2. 양도 가능성
3. 상속 가능성
4. 침해 양태
5. 구제 수단

V. 대상판결의 검토

[참고문헌]

[사건의 개요]

원고는 2016. 6.경 목걸이, 귀걸이 등 장신구의 온라인 판매업을 영위하는 피고와 사이에, 원고를 모델로 하고 피고를 촬영자로 하는 촬영계약(이하 ‘이 사건 촬영계약’이라고 한다)을 체결하였다. 원고는 2016. 7. 29.부터 2017. 6. 1.까지 9회에 걸쳐 피고가 판매하는 장신구들 목, 귀, 손, 팔 등에 착용하여 장신구가 부각될 수 있는 자세를 취한 상반신 사진들을 촬영하였고 피고로부터 모두 405만 원을 받았다. 촬영한 사진들 중 원고가 이 사건에서 초상권 침해를 주장하는 사진(이하 ‘이 사건 사진’이라고 한다)만 1,000장을 상회하는데, 대부분 원고의 얼굴을



포함하고 있거나 피사체가 원고임을 식별할 수 있다.

이 사건 촬영계약은 촬영한 사진의 저작권 및 사용권이 피고에게 있고 피고가 해당 상품의 촬영본을 인터넷에 게시, 인쇄, 전시 및 출판할 수 있다고 정하고 있으나, 촬영한 사진의 사용 기간에 대하여는 정하고 있지 않다.

한편 이 사건 촬영계약은 이 사건 사진의 초상권은 원고에게 있다고 명시하고 있고, 촬영본의 제3자에 대한 상업적인 제공 및 2차 가공은 불가능하며 상업적 활용 및 제3자에 대한 제공이 필요할 경우 원고와 피고가 상호 협의하여야 한다고 정하고 있다.

원고는 2017. 6. 22. 연예매니지먼트 회사와 연예인 전속계약을 체결하였고, 2018. 11. 28. 피고에게 이 사건 촬영계약의 해지를 통보하는 한편 이 사건 사진에 대한 사용 허락을 철회한다고 밝히면서 이 사건 사진사용의 중지를 요청하였다.

[사건의 경과]

1. 1심 판결

1심은 1차적으로 이 사건 촬영계약서의 표제(‘촬영계약서’)와 규정 내용 및 피고가 지급한 촬영 대가에 비추어서 원고가 피고에게 기간 제한 없이 이 사건 사진을 피고 상품의 광고에 사용할 권한을 주었다고 보기 어렵다고 판단하였다. 나아가 설사 피고에게 이 사건 사진의 상업적 사용권한이 인정된다고 하더라도, 일반적으로 광고 모델 사진의 사용기간을 무제한으로 정하는 경우는 이례적이고, 오히려 6개월 내지 1년으로 정하는 경우가 통상적인데, 이 사건의 경우 마지막 사진 촬영일로부터 변론 종결일 현재까지 2년 10개월 가량이 지났으므로 이미 통상적인 광고 모델 사진의 사용기간은 도과되었다는 이유로 피고의 이 사건 사진사용은 원고가 허용한 범위를 벗어나 원고의 초상권을 침해하는 행위라고 보아 원고의 사진사용 중지 및 예방청구를 인용하였다.



II. 2심 판결

2심은 1심과 달리 이 사건 촬영계약서의 규정 내용, 피고가 사진 촬영에 투입한 비용, 이 사건 사진의 초점, 온라인 쇼핑몰 운영업체와 모텔 간 제품 착용 사진 촬영의 거래 관행상 당사자가 이 사건 촬영계약 시 상호 인지하였을 것으로 보이는 사정, 촬영계약 당시 원고가 모텔로 활동하며 피고와 동종 제품을 판매하는 업체와 사진촬영에 참여한 사실, 전속적 성격을 가진 광고모델계약과 달리 이 사건 촬영계약의 경우 원고가 다른 업체와 촬영하는 것을 제한하고 있지 않은 등 피고가 원고에게 지급한 촬영료와 해당 상품 판매기간 동안 이 사건 사진을 사용함에 따른 이익이 균형을 이루는 것으로 보이고 특별히 원고에게 불리하거나 이례적으로 적은 비용을 지급받은 것으로 보이지 않는 점, 원고가 마지막 촬영일로부터 1년 가까이 지나서 피고에게 사진의 삭제를 요청하였고, 그 근거로 사진 사용에 상호 합의가 없다거나 사용기간을 도과하였음을 지적하지 않았으며, 오히려 피고가 사진사용을 용인하고 있었음을 전제로 피고가 이 사건 사진을 쇼핑몰에 게재한 것과 원고가 새롭게 진행하려는 광고계약이 충돌하여 삭제를 요청하게 된 것이라고 설명하였던 점 등을 종합해보면, 원고는 피고가 해당 상품 판매 기간 동안 이 사건 사진을 상업적으로 활용할 것을 예견하고 있었다고 넉넉히 추단된다고 보아, 원고의 사진사용 중지 및 예방청구 및 손해배상청구¹⁾를 기각하였다.

III. 대법판결

대법원은 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하였다.

[대법원 판결 이유]

대법원은 다음과 같은 이유로 원심의 판단은 수긍하기 어렵다고 보았다.

1) 원고는 2심에서 초상권 침해의 불법행위에 따른 손해배상 청구를 추가하였다.

가. 사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데, 이러한 초상권은 헌법 제10조에 의하여 헌법적으로도 보장되고 있는 권리이다. 따라서 타인의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징이 나타나는 사진을 촬영하거나 공표하고자 하는 사람은 피촬영자로부터 촬영에 관한 동의를 받고 사진을 촬영하여야 하고, 사진촬영에 관한 동의를 받았다 하더라도 사진촬영에 동의하게 된 동기 및 경위, 사진의 공표에 의하여 달성하려는 목적, 거래관행, 당사자의 지식, 경험 및 경제적 지위, 수수된 급부가 균형을 유지하고 있는지 여부, 사진촬영 당시 당해 공표방법이 예견 가능하였는지 및 그러한 공표방법을 알았다더라면 당사자가 사진촬영에 관한 동의 당시 다른 내용의 약정을 하였을 것이라고 예상되는지 여부 등 여러 사정을 종합하여 볼 때 사진촬영에 관한 동의 당시에 피촬영자가 사회 일반의 상식과 거래의 통념상 허용하였다고 보이는 범위를 벗어나 이를 공표하고자 하는 경우에는 그에 관하여도 피촬영자의 동의를 받아야 한다. 그리고 이 경우 피촬영자로부터 사진촬영에 관한 동의를 받았다는 점이나, 촬영된 사진의 공표가 사진촬영에 관한 동의 당시에 피촬영자가 허용한 범위 내의 것이라는 점에 관한 증명책임은 그 촬영자나 공표자에게 있다(대법원 2013. 2. 14. 선고 2010다103185 판결 등 참조).

한편 계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 객관적인 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 하나, 그 문언의 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 문언의 내용, 계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 당사자가 계약으로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 계약 내용을 합리적으로 해석하여야 한다. 특히 한쪽 당사자가 주장하는 약정의 내용이 상대방에게 권리를 포기하는 것과 같은 중대한 불이익을 부과하는 경우에는 그 약정의 의미를 엄격하게 해석하여야 한다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다238540 판결, 대법원 2017. 7. 18. 선고 2016다254740 판결 등 참조).



나. 앞서 본 사실관계를 위 법리에 비추어 보면 아래와 같이 판단할 수 있다.

1) 이 사건 촬영계약 문언의 내용과 체계, 계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 피고가 영위하는 사업, 원고와 피고가 계약으로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 촬영된 이 사건 사진의 내용과 구도, 원고가 피고로부터 대가를 수령한 점과 그 대가의 규모 및 거래의 관행 등을 종합하여 보면, 원고가 피고에게 이 사건 사진을 피고가 판매하는 상품을 광고하는 목적을 위하여 상업적으로 사용하는 것에는 동의하였다고 볼 수 있다.

2) 그러나 피고가 제출한 증거와 이유로 든 사정만으로, 이 사건 사진의 촬영자이자 공표자인 피고가 원고로부터 이 사건 사진에 포함된 상품을 판매하는 동안이면 기간의 제한 없이 이 사건 사진을 사용할 수 있는 권한을 부여받았다고 보기는 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

가) 피고가 주장하는 바와 같이 이 사건 촬영계약의 내용이 피고가 그의 의사결정에 따라 이 사건 사진에 포함된 상품을 판매하는 동안이면 기간의 제한 없이 피고에게 이 사건 사진의 사용권을 부여하는 내용이라고 해석하는 것은 이 사건 사진의 광범위한 유포 가능성에 비추어 원고의 이 사건 사진에 관한 초상권을 사실상 박탈하여 원고에게 중대한 불이익을 부과하는 경우에 해당하므로, 이에 관한 명시적 약정 내지 그에 준하는 사정의 증명이 있어야 이를 인정할 수 있을 것이다.

나) 그런데 이 사건 촬영계약에서 이 사건 사진의 저작권 및 사용권이 피고에게 귀속된다고 하는 한편, 사용방법을 촬영본의 인터넷 게시, 인화, 전시·출판으로 구체화하면서도, 사용 기간에 대하여는 아무런 내용을 두고 있지 않다. 원심이 설시한 바와 같이 피고가 원고에게 이 사건 사진이 피고 상품의 판매를 위해서 사용된다는 점을 고지한 것으로 볼 수 있다 하더라도 더 나아가 그 기간의 제한 없이 무한정 이를 사용할 수 있다는 사정까지 고지한 것으로 볼 수는 없고 달리 그와 같이 볼 만한 사정은 발견되지 않는다.

다) 사진의 피사체가 인격적 존재인 경우 사진은 촬영자의 저작권의 대상이 됨과 동시에 피사

체의 인격적 법익 즉 초상권의 대상이 되는데, 이 사건 촬영계약은 초상권이 원고에게 있음을 명시적으로 확인하고 있다. 따라서 원고가 위 계약 당시 피고의 일방적인 선택에 따라서는 피고가 이 사건 사진을 기간의 제한 없이 사용할 가능성이 있다는 점을 예견할 수 있었다고도 단정하기 어렵다.

라) 원고는 피고로부터 이 사건 촬영의 대가로 1회 45만 원씩 총 9회에 걸쳐 모두 405만 원을 받았고, 그 과정에서 피고가 상당한 금액의 촬영 비용을 사용한 바가 있다는 사정을 고려하더라도, 이 사건 사진의 자유로운 유포로 인하여 초상권의 행사에 현저한 제약을 받게 되는 당사자인 원고가 촬영에 응한 동기 및 경위, 경험과 지식, 경제적 지위, 원고가 촬영한 사진의 공표 범위와 사용 목적 및 원고의 식별 정도, 사진의 내용과 양, 촬영의 난이도 및 촬영 기간, 이 사건 사진이 기간 제한 없이 무제한 사용된다는 사정을 알았더라면 원고가 다른 내용의 약정을 하였을 것으로 예상되는지 여부, 사진에 나오는 상품 유형의 일반적인 판매수명 기간(사진모델 교환 기간)에 관한 거래관행 등의 사정까지 종합하여 보면, 그 사용 기간에 대한 명백한 합의가 존재하지 않는 이 사건 사진의 사용 기간은 위 각 사정을 반영하여 거래상 상당한 범위 내로 한정된다고 보는 것이 합리적이다.

다. 그러므로 원심으로서 원고가 이 사건 사진의 사용을 허용하였다고 볼 수 있는 합리적인 기간을 심리·판단하여 이를 바탕으로 이 사건 사진사용이 원고의 초상권을 침해하는지 여부를 판단하였어야 한다.

그럼에도 판시와 같은 이유만으로 원고가 피고에게 피고가 상품을 판매하는 동안이라면 기간의 제한 없이 이 사건 사진을 사용하는 것을 허용하였음을 전제로 이 사건 사진사용의 전부가 원고의 초상권을 침해한 것이 아니라고 본 원심의 판단에는 초상권 및 계약의 해석에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.



[연구]

1. 문제의 제기

초상권은 국가마다 상이한 연원에 기초하여 인정된다. 우리 대법원은 독일 등 대륙법계 국가의 예를 따라 초상권을 헌법 제10조에서 유래하는 인격권의 일부로 보고 있다. 다만 그 내용에는 초상의 경제적 이익에 대한 권리가 포함된다고 보아 재산권으로서 성격 역시 인정하고 있다.

그럼에도 불구하고 초상권의 본질을 인격권으로 보는 이상 양도성과 상속성이 제한되는 등으로 초상의 경제적 활용가능성에 일정한 제약이 따르게 되므로, 우리나라도 미국에서부터 인정된 재산권으로서 퍼블리시티권의 개념을 받아들여 초상 등의 상업적 이용에 관한 권리를 더욱 두텁게 보호하여야 한다는 주장이 제기되어 왔으며, 일부 하급심 판결이 이를 받아들이기도 했다.

반면 대법원은 아직 퍼블리시티권 개념을 인정한 적이 없으며, 초상권 법리는 수십 년간 크게 변화가 없다. 더구나 인격권으로서 초상권이 문제될 때나 재산권으로서 초상권이 문제될 때나 관련 법리를 구분하고 있지도 않다. 대상판결은 대법원 2013. 2. 14. 선고 2010다103185 판결에서 실시한 초상권 법리를 그대로 원용하며 판결하였는데, 2010다103185 판결은 인격권으로서 초상권 침해가 문제된 사안인 반면 대상판결은 초상의 경제적 권리 침해가 문제된 사안이다.

이처럼 대법원이 당해 사안에서 문제된 초상권의 법적 성격과 무관하게 고수하고 있는 초상권 관련 법리가 초상에 대한 인격적 권리 침해 사안과 경제적 권리 침해 사안에서 과연 동일하게 적용될 수 있는 것인가. 각 권리의 상이한 본질을 생각해볼 때 의문스러운 것이 사실이다.

본고에서는 이와 같은 의문에 기초해 대상판결의 초상권 관련 법리가 상이한 성격의 초상권 침해 사건에 적용하기에도 타당한지 살핀다. 이를 통해 향후 초상권 관련 법리를 좀 더 정치하게 발전시켜 가는데 작은 실마리라도 제공할 수 있게 되기를 기대한다.

II. 초상권 및 초상영리권, 퍼블리시티권의 개념

초상은 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 알 수 있는 신체적 특징을 의미한다. 초상권은 사람이 자신의 초상에 대하여 가지는 일체의 이익을 내용으로 하는 권리이다.²⁾ 주류적인 판례는 초상권을 사람의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 공표되지 아니하며 영리적으로 이용되지 않을 권리를 말한다고 정의하며³⁾ 초상권의 개념을 분설하여 ‘촬영·작성거절권’, ‘공표거절권’, ‘초상영리권’으로 구분해왔다.⁴⁾

촬영·작성거절권은 초상을 함부로 촬영당하거나 작성되지 아니할 권리이다. 공표거절권은 촬영된 사진 또는 작성된 초상이 함부로 공표 또는 복제되지 아니할 권리이다. 즉, 촬영·작성거절권과 공표거절권은 주체의 인격적 이익에 관한 권리이다. 반면 초상영리권은 초상이 함부로 광고 등에 영리적으로 이용되지 아니할 권리로, 주체의 경제적 이익에 관한 권리이다.

한편 퍼블리시티권은 ‘초상은 물론 음성, 동작, 서명, 실연 스타일 등 그 사람의 인격적 징표를 포괄하여 이것이 상업적으로 이용되는 경우를 보호하고자 하는 권리’⁵⁾이다. 초상만을 대상으로 하는 것이 아니라 널리 인격적 징표를 대상으로 한다는 점에서 퍼블리시티권은 초상영리권보다 폭넓은 개념이나, 퍼블리시티권이 초상을 대상으로 하는 경우 초상영리권과 다르지 않다.⁶⁾⁷⁾

2) 이승선, “초상의 상업적 사용과 퍼블리시티권에 관한 연구”, 『한국광고홍보학보』 제8-1호, p.220.

3) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결.

4) 우리나라에서는 서울고등법원 1996. 6. 18. 선고 96나282 판결(임수경 사건)에서 최초로 일본 판례의 예에 따라 초상권을 ‘촬영·작성 거절권’, ‘공표거절권’, ‘초상영리권’으로 분류하기 시작하였다. 이 사건은 방송사가 웨딩드레스 값이 지나치게 높다는 주제로 보도를 하면서 원고의 결혼식에서 촬영한 얼굴을 노출시킨 것이 문제되었다. 홍승기, 퍼블리시티권에 관한 국내 실태 조사, 한국저작권위원회, 2012, p.65

5) 홍승기, “퍼블리시티권에 관한 국내 실태 조사”, 한국저작권위원회, 2012, p.5

6) 서울고등법원 2001. 10. 24. 선고 2001나30680 판결은 초상영리권이 퍼블리시티권에 해당한다고 판시하였고, 서울동부지방법원 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결은 “퍼블리시티권의 대상이 초상일 경우 초상권 중 재산권으로서의 초상권과 동일한 권리가 된다.”라고 판시하였다.

7) 이하에서는 초상영리권과 퍼블리시티권을 퍼블리시티권으로 통칭한다.



초상권 내에 초상영리권이 포함된다고 보는 종전 판례의 초상권 개념을 고수하면 퍼블리시티권도 초상권의 한 내용에 불과하다고 볼 여지가 있다. 반면에 퍼블리시티권을 인격권으로서 초상권과는 독립된 별개의 권리라고 보는 입장도 있으며,⁸⁾ 퍼블리시티권 개념을 수용한 하급심 판결들에서도 같은 취지로 판시한 바 있다.⁹⁾ 이 같은 입장은 결국은 종전 초상권 개념의 일부를 구성하던 초상영리권을 더는 초상권의 일부로 보지 않고 독립된 재산권으로서 초상에 관한 퍼블리시티권과 동일시하는 견해로 볼 수 있다.

생각건대, 퍼블리시티권의 본질은 재산권이고, 퍼블리시티권은 인격 그 자체가 아니라 인격 표지로부터 창출되는 경제적 이익을 대상으로 하므로 일신전속성을 고집할 이유가 없으므로, 퍼블리시티권은 인격권으로서 초상권과는 독립된 별개의 권리로 인정함이 타당하다고 본다.

III. 초상권과 퍼블리시티권의 연혁과 실정법상 근거

초상권은 국가마다 상이한 방법으로 보호되어 왔다. 미국에서는 초상권이 프라이버시권의 일부로 이해되어 온 반면 독일 등 대륙법계 국가에서는 인격권의 일부로 이해되어 입법상 독립된 권리로 보호를 받아왔으며¹⁰⁾ 일본에서는 인격권에 포함된 권리로 보호받고 있다.¹¹⁾ 우리나라

8) 박준석, “빅 데이터 보호와 유명인의 퍼블리시티 보호를 인정한 새로운 부정경쟁방지법에 관한 소고”, 『법률신문』, 2021. 11. 25.

9) 일반적으로 성명, 초상 등이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 상업적으로 사용·통제하거나 배타적으로 지배하는 권리라고 설명되는 퍼블리시티권(right of publicity)은 일찍이 광고산업이 발달한 미국에서 판례와 각 주의 성문법에 의하여 보호되기 시작하였으며, 일본과 우리나라에서도 이러한 권리를 인정한 하급심 판결을 다수 찾을 수 있는바, 비록 퍼블리시티권의 양도 및 상속성, 보호대상과 존속기간, 구제수단 등을 구체적으로 규정한 우리나라의 실정법이나 확립된 관습법이 존재하지는 않으나, 앞서 인정한 사실에 비추어 볼 때, 원고의 성명, 초상 등에 대하여 형성된 경제적 가치가 이미 광고업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있는 이상 이를 침해하는 행위는 원고 본인에 대한 관계에서는 명백히 민법상의 불법행위를 구성한다고 볼 것이고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 원고가 자신의 성명, 초상 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하다고 할 것이며, 이는 원고의 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 원고의 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 할 것(이다)(서울중앙지방법원 2007. 11. 28. 선고 2007가합2393 판결).

라는 초상권에 관한 일반적 보호 규정은 존재하지 아니하지만 판례가 그 보호를 인정해 왔다. 판례는 헌법 제10조 제1문의 일반적 인격권에 개별적 인격권으로서 초상권이 포함된다고 보아 초상권을 헌법적 권리로 인정하였다.¹²⁾

초상권이 법적 권리로 승인되면서 초상권을 언급한 개별 법규들도 생겨났다. 언론중재법은 언론권을 침해하여서는 아니 된다고 규정하고 있다(제5조¹³⁾). 대중문화예술산업발전법은 대중문화예술용역과 관련하여 계약 체결 시 당사자는 초상권 귀속에 관한 사항을 계약서에 명시하여야 한다고 규정하고 있다(제7조¹⁴⁾). 외국인보호규칙(법무부령 제1022호)은 보호시설과 인원에 대

10) 강남진, “인격권에 관한 연구”, 『민사법연구』, 1994, p.82

11) 이승선, “초상의 상업적 사용과 퍼블리시티권에 관한 연구”, 『한국광고홍보학보』 제8-1호, p.224-225

12) 초창기 판결은, 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상의 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다고 규정하고 있는 민법 제750조 제1항도 초상권의 인정 근거가 될 수 있다고 판시하였다(서울지방법원 1997. 8. 7. 선고 97가합8022 판결).

13) 제5조(언론등에 의한 피해구제의 원칙) ① 언론, 인터넷뉴스서비스 및 인터넷 멀티미디어 방송(이하 “언론등”이라 한다)은 타인의 생명, 자유, 신체, 건강, 명예, 사생활의 비밀과 자유, 초상(肖像), 성명, 음성, 대화, 저작물 및 사적(私的) 문서, 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리(이하 “인격권”이라 한다)를 침해하여서는 아니 되며, 언론등이 타인의 인격권을 침해한 경우에는 이 법에서 정한 절차에 따라 그 피해를 신속하게 구제하여야 한다. (언론중재법은 그 문언상 ‘초상’을 인격적 가치의 일부로 열거하면서 초상에 관한 권리를 인격권의 일부로 서술하고 있음을 알 수 있다.)

14) 제7조(대중문화예술용역 관련 계약) 과태료

① 대중문화예술용역과 관련된 계약의 당사자는 대등한 입장에서 공정하게 계약을 체결하고, 신의에 따라 성실하게 계약을 이행하여야 한다.

② 제1항에 따른 계약의 당사자는 다음 각 호의 사항을 계약서에 명시하여야 하며, 서명 또는 기명·날인한 계약서를 서로 주고받아야 한다.

1. 계약 기간·갱신·변경 및 해제에 관한 사항
2. 계약 당사자의 권한 및 의무에 관한 사항
3. 대중문화예술용역의 범위 및 매체에 관한 사항
4. 대중문화예술인의 인성교육 및 정신건강 지원에 관한 사항
5. 상표권, 초상권, 콘텐츠 귀속에 관한 사항
6. 수익의 분배에 관한 사항
7. 분쟁해결에 관한 사항
8. 아동·청소년 대중문화예술인 보호에 관한 사항
9. 부속 합의에 관한 사항



한 안전대책 등은 보호외국인의 사생활, 초상권 등의 침해가 없는 필요 최소한의 범위에서 설치되거나 운영·시행되어야 한다고 규정하고 있다(제37조 제5항). 경찰수사사건등의 공보에 관한 규칙 및 해양경찰청 수사사건등의 공보에 관한 규칙은 (해양)경찰관서의 장은 수사사건 등의 공보 과정에서 사건 관계인의 얼굴이 공개되지 않도록 유의하여야 한다고 규정하고 있다(제14조15)).

한편 퍼블리시티권은 미국에서부터 인정된 개념이다. 우리나라에서는 1990년대에 하급심 판례에서 그 용어를 처음 사용한 이래¹⁶⁾ 최근까지도 여러 하급심 판결이 퍼블리시티권 개념을 인정해 왔다.¹⁷⁾ 이들 판결은 대체로 퍼블리시티권이 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 인격권과는 독립된 별개의 재산권이라고 파악한다.

그러나 공정거래위원회가 제정한 대중문화예술인 표준전속계약서에서 퍼블리시티권 조항이 존재하는 것 외에(제9조 제1항18)) 달리 퍼블리시티권이라는 용어를 사용한 실정법상 규정은

-
- ③ 제8조에 따른 표준계약서를 사용하는 경우에는 제1항 및 제2항에 따라 계약을 체결한 것으로 본다.
- 15) 그 밖에도 화재증거물수집관리규칙, 형사사건 공개금지 등에 관한 규정, 고위공직자범죄수사처 사건공부 준칙, 군 수사절차상 인권보호 등에 관한 훈령, 해양경찰 인권보호 직무규칙 등에서 초상권 보호를 명시적으로 규정하고 있다.
- 16) 물리학자 이휘소 박사의 유족이 이휘소 박사를 모델로 하는 ‘소설 이휘소’ 및 ‘무궁화 꽃이 피었습니다’에 대한 출판금지가처분을 신청한 사건에서 서울지방법원은 “퍼블리시티권이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등의 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용하는 권리(right of commercial appropriation)라고 할 수 있(다)”고 판시하였다. 다만, 위 사건에서는 상업적인 이용이라고 인정되지 않아 퍼블리시티권의 침해가 인정되지는 않았다(서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결).
- 17) 서울지방법원 94가합13831, 서울지방법원 97가합5560, 서울고등법원 99나26339, 서울지방법원 99가합83250, 서울고등법원 2001나30680 판결, 서울동부지방법원 2006가합6780 판결, 서울중앙지방법원 2007가합2393 판결 등
- 18) 제37조(안전대책)
- ① 청장 등은 보호시설의 안전과 질서를 유지하고 긴급사태에 효율적으로 대처할 수 있도록 보호시설과 인원에 대한 적절한 안전대책을 마련하여 시행하여야 한다. [개정 2018.5.15 제927호(출입국·외국인청 등 설치에 따른 국적법 시행규칙 등)]
 - ② 청장 등은 예산의 범위에서 제1항에 따라 안전대책에 필요한 시설을 설치하여야 하며 영상정보 처리기기 등의 장비를 설치할 수 있다. [개정 2018.5.15 제927호(출입국·외국인청 등 설치에 따른 국적법 시행규칙 등)]



존재하지 않는다. 이런 이유로 서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 판결, 서울중앙지방법원 2002가단25409 판결 등 일부 하급심 판결은 퍼블리시티권의 인정 필요성은 인정하면서도 성문법주의 국가인 우리나라에서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 물권적 성격을 갖는 재산권을 창설할 수 없다며 퍼블리시티권이라는 권리 개념을 인정할 수 없다고 보기도 하였다.¹⁹⁾ 퍼블리시티권 개념을 인정한 대법원 판결도 아직 존재하지 않는다.

이런 상황에서 퍼블리시티권에 관한 입법 시도가 몇 차례 있었으나, 학계와 사회에서 그 보호 필요성과 보호 방법 등에 대해 다양한 입장이 대립하면서 입법이 지연되었다. 그러다 최근 “유명인의 성명, 초상 등 해당 인물을 식별할 수 있는 표지를 무단 사용하는 행위”를 부정경쟁행위의 일유형으로 신설하는(제2조 제1호 타.목) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다) 일부개정안이 통과되어 2022. 6. 8. 시행을 앞두고 되면서 퍼블리시티권 보호에 관한 분명한 실정법상 근거가 생겨나게 되었다.²⁰⁾

③ 청장 등은 담당공무원으로 하여금 보호시설의 안전과 질서유지에 반하는 보호외국인의 말·행동·증거물 등에 대하여 비디오테이프에 녹화하거나 사진으로 찍어서 보존하게 할 수 있다. [개정 2018.5.15 제927호(출입국·외국인청 등 설치에 따른 국적법 시행규칙 등)]

④ 청장 등은 영상정보 처리기기에 의하여 녹화된 영상물의 내용이 보호외국인의 처우와 관리를 위하여 중요하다고 인정되는 경우 해당 녹화 부분이 멸실·훼손되지 않도록 적절한 조치를 하여야 한다. [개정 2018.5.15 제927호(출입국·외국인청 등 설치에 따른 국적법 시행규칙 등)]

⑤ 제1항부터 제3항까지의 규정은 보호외국인의 사생활, 초상권 등의 침해가 없는 필요 최소한의 범위에서 설치되거나 운영·시행되어야 한다.

19) 해당 판결들이 초상영리권까지 부정한 것인지 아니면 초상영리권은 인정할 수 있지만 초상권과 구별되는 새로운 권리인 퍼블리시티권은 인정할 수 없다는 입장인지는 분명치 않다. 그런데 후자라고 한다면, 판례는 이미 초상영리권의 재산권성을 인정하면서도 한편으로는 침해 예방 및 금지 청구를 인정하는 등 물권 침해에 준하는 구제수단을 인정해왔다는 점에서 과연 초상영리권은 인정하면서 물권법정주의를 이유로 퍼블리시티권은 부인하는 것이 타당한지는 생각해 볼 문제이다.

20) 대법원에서는 2020. 3. 26. 유명 아이돌 그룹 BTS의 이름, 사진 등을 무단 사용하여 화보집을 제작, 판매하는 행위가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 카.목 위반에 해당한다고 판시하였다(대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정). 다만 부정경쟁방지법 제2조 제1호 카.목은 유형화된 부정경쟁행위에 해당하지 않으나 부정경쟁행위로 볼 필요가 있는 행위에 대한 보충적 일반조항이어서 위 판결로는 퍼블리시티권이 현행법상 인정되는 권리로 승인된 것인지 불분명하였다.



Ⅳ. 초상권과 퍼블리시티권의 차이와 구별 실익

1. 권리 근거

우리 판례는 초상권의 근거를 독일 등 대륙법계 국가들과 마찬가지로 헌법 제10조 제1문에서 찾아 초상권을 개별적 인격권의 하나로 보면서도, 초상권의 개념에 있어서는 ‘영리적으로 이용되지 않을 권리’라는 재산적 이익까지 포함하는 개념이라고 실시하며 개념 범위를 넓혀 왔다.²¹⁾ 일찍이 초상권의 재산적 보호 필요성을 인식하고 폭넓은 정의를 채택한 것으로 볼 수 있다. 그러나 일신전속성을 핵심 징표로 하는 인격권으로부터 인격적 징표가 거래대상이 될 수 있다는 것을 전제로 재산상 이익을 보호하고자 하는 퍼블리시티권의 개념이 포함된다는 것은 매끄럽지 않은 측면이 있다.

이런 가운데 퍼블리시티권의 입법을 둘러싼 여러 논의 끝에 부정경쟁방지법에서 명시적인 보호규정이 마련되었다. 부정경쟁방지법은 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호(商號) 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 하는 법으로서²²⁾ 거래질서를 보호함으로써 그 속에서 행위하는 사경제주체들의 재산상 이익을 더불어 보호하는 법이다. 그렇다면 이제 더는 초상에 관한 영리적 이용에 관한 권리를 헌법 제10조 제1문의 인격권으로부터 도출하여야 할 불가피한 이유도 없다고 할 것이다. 부정경쟁방지법이라는 독자적인 법적 근거를 갖게 되면서 퍼블리시티권은 인격권으로서 초상권으로부터 독립된 하나의 재산권으로 우리 법체계 내 자리하게 되었다고 보아야 한다.

21) 이경률, 박현우, “상업사진의 초상권 침해와 구제방안에 관한 연구”, 『한국사진학회지』, 2010. p.248

22) 부정경쟁방지법 제1조



2. 양도 가능성

인격권은 일신전속성을 본질로 하므로 인격권으로서 초상권은 양도가 불가능하며 이에 대해서는 논란의 여지가 없다. 반면 퍼블리시티권은 양도 가능성에 대해 의견이 대립한다. 일부 학설은 퍼블리시티권을 인격권으로서 초상권의 일부로 이해하는 전제에서 퍼블리시티권은 본인과 불가분의 일체를 이루기 때문에 통상적인 재산권과 달리 제3자에게 양도할 수 없다고 본다. 배우 등이 신인시절 경제적으로 어려운 상태에서 퍼블리시티권을 양도하였다가 유명해질 경우 양도인에게는 엄청난 손해가, 양수인에게는 엄청난 이득이 발생하므로 퍼블리시티권 양도는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다는 견해도 있다.²³⁾

퍼블리시티권이 양도를 긍정하는 쪽에서는 퍼블리시티권의 재산권성에 주목한다. 나아가 퍼블리시티권의 양도가 인격권의 본질을 해하는 경우는 여전히 양도되지 않고 남아있는 인격권에 기한 통제가 가능하므로 퍼블리시티권 양도가 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는다고 본다. 미국의 판례와 학설은 대체로 퍼블리시티권의 양도성을 인정하고 있다.²⁴⁾ 우리나라에서도 하급심 판결은 퍼블리시티권을 제3자에게 양도하거나 권리행사를 포괄적으로 또는 개별적으로 위임할 수 있다고 설시한 사례가 있다(서울동부지법 2016. 4. 27. 선고 2013가합18880).²⁵⁾ 지적재산권법 중 상표법에서는 명문으로 당사자가 동의하면 성명·초상이 상표권으로 거래상 취급될 수 있음을 인정하고 있기도 하다.

퍼블리시티권이 초상 등 인격적 표지의 재산적 가치를 활용하기 위해 초상권 및 프라이버시권과 구별하여 창안한 개념이라는 점에서 그 양도성을 부인하는 것은 퍼블리시티권 인정의 근

23) 송영식, 지적소유권법(하), 육법사, 2008, p.586-587

24) 양준호, “퍼블리시티권의 인정실익과 한계에 관한 연구”, 2012, p.49-51

25) “퍼블리시티권은 대상은 ‘인격 그 자체’가 아니라 ‘인격의 발현으로 인하여 생성된 경제적 이익’이며 퍼블리시티권은 독립한 재산권이므로, 제3자에게 양도하거나 권리행사를 포괄적·개별적으로 위임할 수 있다. 현실적으로도 퍼블리시티권의 귀속주체가 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에게 양도하거나, 제3자로 하여금 전속적으로 이용하게 하는 것이 필요하고 적절한 경우가 발생한다.”



본 목적에 부합하지 않는 측면이 있다. 나아가 앞서 보았듯 퍼블리시티권의 근거규정이 별도로 마련되면서 재산권으로서 그 법적 성격이 선명해진 만큼 퍼블리시티권의 양도성을 인정할 당위성은 더욱 커졌다고 보인다.

3. 상속 가능성

퍼블리시티권의 상속성은 조금 더 논쟁적이다. 퍼블리시티권의 재산권성을 인정할지라도 퍼블리시티권은 본인의 인격으로부터 파생하는 권리로서 본인과 불가분 관계에 있으므로 본인의 사망으로 함께 소멸한다고 보아야 하고, 상속성 인정으로 유족이 얻는 이익보다는 유명인의 초상 등을 자유로이 이용하여 얻는 공익이 더 중요하다는 것이 퍼블리시티권의 상속권을 부인하는 쪽의 논거이다.²⁶⁾

퍼블리시티권이 상속성을 긍정하는 쪽에서는 퍼블리시티권은 양도 가능한 독립한 재산권이므로 본인의 사망에도 불구하고 소멸하지 않고 상속인에게 상속된다고 본다. 생존 중 처분할 수 있는 재산에 대하여 유언에 의한 상속을 허용하지 않을 수 없고, 퍼블리시티권의 상속성을 인정하지 않으면 권리자의 사망으로 생전부터 사용승낙을 받고 이용하던 자의 이익이 훼손될 수 있다는 것도 긍정설의 논거이다.²⁷⁾ 미국의 최근 논의와 판례도 상속성을 인정하는 추세이다.²⁸⁾

우리 판례는 이른바 제임스 딘 사건에서는 상속성을 부정하였으나,²⁹⁾ 그보다 최근인 이효석 사건에서는 상속성을 인정하였다.³⁰⁾ 권리자는 사후에 그 권리를 자신의 상속인에게 남기기를

26) 권상로, “퍼블리시티권의 양도성과 상속성에 관한 연구”, 『한국콘텐츠학회 2009 춘계종합학술대회』, p.535

27) 유충호, “퍼블리시티권의 법적 쟁점과 보호방안에 관한 고찰”, 『법학논문집』 제39집 제2호(중앙대학교 법학연구원), 2015, p.118

28) 권태상, “미국법상 퍼블리시티권”, 『비교사법』 제23권 1호(통권72호), 2016, p.90

29) 미국의 유명 배우 제임스 딘의 유족이 우리나라 회사를 상대로 제임스 딘의 성명과 초상에 대한 금지청구와 손해배상을 청구한 사건(서울서부지방법원 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판결)

30) 소설가 이효석의 상속인이 무단으로 이효석의 초상과 ‘메밀꽃 필 무렵’이라는 이효석의 작품명을 게재해 상품권을 판매한 사건에서 법원은 “퍼블리시티권은 인격권보다는 재산권에 가까운 점, 퍼블리시티권에



기대할 것이며, 퍼블리시티권보다 인격적 요소가 적은 저작권이나 상표권도 사후 보호규정을 가진다는 점도 상속성을 긍정하는 논거이다.³¹⁾

퍼블리시티권은 재산권의 일종이므로 원칙적으로 상속성을 부인하기 어렵고, 유명인의 초상 등에 관한 공익적 이용은 저작권법상 저작재산권의 보호기간³²⁾과 마찬가지로 본인 사망 후 존속기간을 설정함으로써 달성 가능하므로 퍼블리시티권의 상속성을 인정함이 상당하다고 본다.

4. 침해 양태

인격권으로서 초상권의 침해로 본인이 입는 손해는 정신적 손해에 국한된다고 볼 수 있으므로 그 침해의 회복은 위자료 배상에 의하여야 한다.

반면 재산권의 일종인 퍼블리시티권 침해로 인한 손해는 경제적 손해일 것으로, 타인의 불법행위로 인하여 재산권이 침해된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보고 재산적 손해의 배상만으로는 회복할 수 없는 정신적 손해가 있는 경우에 한하여 위자료를 인정해온 판례 법리에 따를 때³³⁾ 재산손해에 대한 배상 외 위자료 배상은 원칙적으로 부정함이 상당하다. 하급심 판례도 같은 태도이다.³⁴⁾

관하여는 그 성질상 민법상의 명예훼손이나 프라이버시에 대한 권리를 유추 적용하는 것보다는 상표법이나 저작권법의 규정을 유추 적용함이 상당한데 이러한 상표권이나 저작권은 상속 가능한 점, 상속성을 부정하는 경우 사망이라는 우연적 요소에 의하여 그 재산적 가치가 크게 좌우되므로 부당한 결과를 가져올 우려가 큰 점 등에 비추어 상속성을 인정함이 상당하다.”고 실시하였다(서울동부지방법원 2006 12. 21. 선고 2006가합6780).

31) 양준호, 전제논문, 2012, p.55

32) 저작권법 제39조는 저작재산권은 저작자가 생존하는 동안과 사망 후 70년간 존속한다고 보호기간을 정하고 있다.

33) 대법원 2003. 7. 25. 선고 2003다22912 판결 등

34) 서울중앙지법 2007. 11. 28. 선고 2007가합2393 판결은 유명 스포츠 선수의 성명권, 초상권은 일반인들의 그것과 달리 재산권인 퍼블리시티권으로 특별히 보호받으므로 타인의 불법행위로 그 초상권 등이 침해된 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 재산상 손해 외에 정신적 손해가 발생한다고 보기 어렵다고



반면 서울고등법원 2015. 6. 19. 선고 2014나2028495 판결은 현행법상 퍼블리시티권을 인정할 수 없다고 판시하며 재산상 손해에 대한 배상이 아닌 위자료 배상을 명하였는데 위자료의 수액에 있어서는 1심이 퍼블리시티권을 인정하며 배상을 명한 금액과 동일 금액으로 인정한 바 있다.³⁵⁾ 퍼블리시티권을 인정하기 어렵다고 보는 전제하에서 타당한 결론을 내리기 위한 부득이한 판결이었다고 이해되나, 위자료라는 형식과 재산상 손해액 배상이라는 실질 간 괴리가 있다고 보지 않을 수 없다.

사건의 본질이 퍼블리시티권 침해인 경우에는 원칙적으로 언제나 재산 손실액이 적정 배상액이 될 것이라는 점에서 매번 이를 실질과 어긋나는 위자료 명목으로 배상하도록 한다는 것은 논리적으로 문제가 있다. 특히 재산권으로서 퍼블리시티권의 속성이 분명해진 현재로서는 침해되는 권리 및 그로 인한 손해의 유형 및 손해액을 좀 더 명확히 구분하는 태도가 필요하다고 보인다.

5. 구제 수단

초상권 침해에 대한 구제수단으로는 침해행위의 금지청구와 손해배상 청구가 있다. 판례가 인격권 침해 시 소유권 침해에 준하여 방해배제와 예방청구권을 인정하므로³⁶⁾ 인격권인 초상권 침해 시에도 금지청구가 가능하다고 보는 것이 통설과 판례의 입장이다. 또한 민법 제750조 및 제751조를 근거로 초상권 침해로 인한 불법행위 손해배상청구권이 인정된다고 본다.

퍼블리시티권 침해에 대한 구제방안으로 거론되는 수단도 침해행위의 금지청구와 손해배상 청구로, 손해배상 청구의 내용을 차치하고 보면, 초상권 침해에 대한 구제방안과 크게 다르지 않다. 판례에서 언급된 경우는 매우 드무나 부당이득 반환이 추가로 거론될 뿐이다.

판시하였다.

35) 1심은 광고료 상당인 3,000만 원을 손해배상액의 인정 기초로 삼았는데 서울고등법원도 동액을 위자료로 인정하였다.

36) 대판 1996. 4. 12, 93다40614, 40621



초상 등 인격적 표지의 재산적 이익을 인격권에 의하여 보호하고자 하는 입장에서는 인격권 침해 시 방해배제와 예방청구권을 인정하므로 초상 등의 상업적 무단이용에 대해서도 당연히 같은 권리가 인정된다고 본다.³⁷⁾ 한편 인격권으로서 초상권과 분리된 독립적인 권리로서 퍼블리시티권을 인정하는 입장에서도 퍼블리시티권은 무체재산권과 유사한 성격을 가지고 있다는 점을 들어 마찬가지로 금지청구가 허용된다고 본다.³⁸⁾ 민법 제750조 및 제751조를 근거로 불법행위 손해배상 청구가 인정된다고 보는 것은 초상권과 동일하다. 다만 퍼블리시티권에 관하여는 법리구성과 관계없이 재산적 손해의 배상청구를 인정한다. 퍼블리시티권을 독립된 재산권으로 인정하는 입장에서는 당연한 권리라고 보며, 인격권에 포함된 권리로 보는 입장에서도 인격권의 재산적 요소가 침해되었다고 법리 구성한다.³⁹⁾ 동일성 표지의 무단이용은 본인의 동일성 표지 이용권한을 법적 원인 없이 침해하는 것으로서 침해자는 그로 인하여 이익을 얻는 반면, 피해자 본인은 이를 이용하여 얻을 수 있었을 재산적 이익을 상실하므로, 침해자는 피해자 본인에게 부당이득반환의무를 부담한다는 견해도 있다.⁴⁰⁾ 다만 하급심 판결에서는 코미디언의 얼굴을 형상화한 캐릭터를 무단으로 인터넷 콘텐츠화하여 수익을 얻은 사건에서 원고의 손해배상청구는 인용하였으나 부당이득반환청구는 기각하였다.⁴¹⁾

개정 부정경쟁방지법에 따르면 퍼블리시티권 침해가 부정경쟁행위로 인정되는 경우 금지청구와 손해배상이라는 민사적 구제조치는 물론 행정조치·시정권고 등 행정적 구제조치가 인정된다. 이로써 퍼블리시티권 침해 시의 구제수단이 입법으로 명확해졌을 뿐 아니라 초상권 침해만으로는 인정되지 않는 추가적인 구제수단이 인정되었다는 점에서 양자의 구별실익이 증대되었다고 평가할 수 있다.

37) 김영훈, “하급심 판결례의 퍼블리시티권의 인정에 대한 비판적 고찰”, 『사법논집』, 2007, p.377

38) 이한주, “퍼블리시티권에 관하여”, 『사법논집』, 2004, p.573

39) 엄동섭, “퍼블리시티(Publicity)권”, 『서강법학연구』 제6권, 2004, p.176

40) 한위수, “퍼블리시티권-성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리-의 침해와 민사책임”, p.570

41) 서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324



V. 대상판결의 검토

대상판결은 초상권이 헌법 제10조에 의하여 보장되는 권리로서 그 내용이 ‘촬영·작성거절권’, ‘공표거절권’, ‘초상영리권’으로 구성된다는 점, 타인의 초상을 촬영하거나 공표하고자 하는 사람은 피촬영자로부터 촬영에 관한 동의를 받고 사진을 촬영하여야 하고, 사진촬영에 관한 동의를 받았다 하더라도 사진촬영에 관한 동의 당시에 피촬영자가 사회 일반의 상식과 거래의 통념상 허용하였다고 보이는 범위를 벗어나 이를 공표하고자 하는 경우에는 그에 관하여도 피촬영자의 동의를 받아야 하며, 이 경우 동의의 존재나 허용 범위에 대해서는 촬영자가 입증하여야 한다는 점 등 종래 대법원 2013. 2. 14. 선고 2010다103185 판결에서 인정한 초상권 법리를 충실히 좇아 판시하였다.

그러나 본 사안이 위 대법원 2010다103185 판결의 법리를 그대로 좇아 실시하기에 적절한 사안이었는지에 대해서는 고민이 필요해 보인다. 대법원 2010다103185 판결은 모델 A가 사진 촬영가 B와 구두 계약을 맺고 누드 촬영회에서 4시간 동안 모델을 서기로 하였는데 후에 B가 A의 누드사진 1장을 회원가입 절차만 거치면 누구나 사진을 열람할 수 있는 자신의 협회 인터넷 사이트에 게시하고, 다른 사진 1장을 협회와 무관한 다른 포털 사이트 게시판에 올려 A가 B에게 사진들의 삭제를 요구하였음에도 B가 상당기간 그 삭제를 거절함으로써 A의 초상권 침해가 문제된 사건으로, 인격권으로서 초상권의 침해가 문제된 사안이었다.

항소심 판결 또한 해당 사진의 노출 정도에 비추어 불특정 다수인에게 공표될 경우 아무리 전문모델이라고 해도 주관적으로 성적 수치심을 느끼기에 충분하다는 점을 근거로 불법행위의 성립을 인정하였다는 점에서, A의 초상권 침해 주장을 인격권 침해 주장으로 받아들이고 그 같은 관점에서 침해 여부를 심사하였음을 알 수 있다. 상고심도 위 항소심 판시가 정당하다고 보았다.

반면 대상판결은 피고가 모델인 원고와 계약에 기해 사진을 촬영하였다는 점에서는 유사하나 원고가 피고에게 사진사용의 중단을 요청한 계기는 연예매니지먼트 회사와의 연예인 전속계약

체결에 있었다. 항소심이 인정한 사실까지 더해 살펴보면, 원고는 마지막 촬영일로부터 1년 가까이 지나 피고에게 사진 삭제를 요청하였는데 그 사유는 피고가 사진을 쇼핑물에 게재한 것과 원고가 새롭게 진행하려는 광고계약이 충돌한다는 데 있었다. 이 같은 사실관계에 비추어 대상 판결에서 문제된 초상권 침해는 인격권으로서 초상권 침해가 아닌 퍼블리시티권 침해라고 봄이 상당하다.

그럼에도 대상판결은 본 사안에 적용할 법리를 설시함에 있어 대법원 2010다103185 판결과 최소한의 차별성도 두지 않았다. 이는 향후 대상판결의 법리를 좇은 판결들이 자칫 초상권과 퍼블리시티권이 갖는 상이한 본질과 특성 및 효과를 간과하는 단초가 될 수 있다고 보인다.

가령, 대상판결은 피고 주장처럼 이 사건 촬영계약의 내용이 피고가 이 사건 사진에 포함된 상품을 판매하는 동안이면 기간의 제한 없이 피고에게 이 사건 사진의 사용권을 부여하는 내용이라고 해석하는 것은 이 사건 사진의 광범위한 유포 가능성에 비추어 원고의 이 사건 사진에 관한 초상권을 사실상 박탈하는 경우에 해당하므로, 이에 관한 명시적 약정 내지 그에 준하는 사정의 증거가 있어야 이를 인정할 수 있다고 설시하였다. 이 같은 설시를 퍼블리시티권의 관점에서 보면 타당하다고 볼 수 있으나 인격권으로서 초상권 내지 그 같은 초상권의 한 내용인 초상영리권의 관점에서 보면 수긍하기 어려운 지점이 있다.

위 설시 부분을 반대해석하면 당사자의 명시적 약정 내지 그에 준하는 사정이 있으면 초상권의 사실상 박탈에 이르는 사용권한 부여도 인정될 수 있다는 것인데, 양도성과 상속성을 지니는 재산권인 퍼블리시티권과 달리 양도성과 상속성을 인정하지 않는 인격권으로서의 초상권 내지 그 일부 내용인 초상영리권을 당사자의 합의로 사실상 박탈에 준하는 정도로 사용권을 제한할 수 있는지 의문이기 때문이다. 본인과의 불가분성으로 인해 양도성이 제한된다면 같은 논리로 초상권의 사실상 박탈에 준하는 사용권 부여는 당사자 간 합의로도 인정하기 어렵다는 반론이 가능하다. 따라서 대상판결의 위 판시는 그 문언과는 달리 초상권 일반에 대한 판시라고 받아들여져서는 안될 것이며 실질은 본 사안에서 문제된 퍼블리시티권에 한정된 판시라고 받아들이는 것이 합당하다.



다행히 대상판결은 본 사안을 당사자의 의사해석의 문제로 풀어내었으므로 위와 같은 법리 설시가 본 사안의 결론에 미친 영향은 제한적이다. 결과적으로 대상판결은 여러 사정을 종합할 때 원고가 피고에게 피고가 주장하는 것과 같은 광범위한 사용기간을 부여하는데 동의를 하였다고 볼 수 없다고 판단하였다. 사실인정의 문제이기는 하나 판례가 익히 실시해온 것처럼 초상을 촬영한 자가 촬영 및 공표에 대한 피촬영자 동의의 존재와 범위를 입증하여야 한다는 법리에 비추어 계약서 문언상 사용기간이 명확히 정해져 있지 않은 상태에서 촬영자가 기타 증거방법을 통하여 그 주장의 사용기간에 대한 입증에 실패한 이상 그로 인한 불이익을 원칙적으로 촬영자에게 귀속시킨 것은 타당하다고 본다.

다만 대상판결은 원고가 피고가 주장하는 것과 같은 사용 기간을 부여하는 데 동의한 적이 없다고 판단한 데서 그치지 않고, 사용 기간에 대한 명백한 합의가 존재하지 않는 이 사건 사진의 사용 기간은 거래상 상당한 범위 내로 한정된다고 보는 것이 합리적이므로 법원이 원고가 이 사건 사진의 사용을 허용하였다고 볼 수 있는 합리적인 기간을 심리·판단하여 이를 바탕으로 이 사건 사진사용이 원고의 초상권을 침해하는지 여부를 판단하여야 한다고 실시하였다. 이 같은 실시도 퍼블리시티권에 관한 판시로 볼 때에는 일응 설득력이 있지만 인격권으로서 초상권에 관한 판시로 받아들이기에는 불합리한 측면이 있다.

재산권인 퍼블리시티권 사용 계약은 기본적으로 경제상의 이해 조절을 목적으로 하므로 계약 중 사용 기간에 대한 공백이 존재할 때 법원이 제반 사정을 토대로 당사자의 의사를 합리적으로 보충해석하여 이해관계를 조율하여 주는 방식으로 분쟁을 종결짓는 것에 크게 무리가 있다고 보기 어렵다. 그러나 인격권으로서 초상권이 문제되는 경우에도 동일한 방식으로 접근하는 것이 반드시 타당하다고 보기는 어렵다.

논의를 위해 앞서 본 대법원 2010다103185 판결의 사안을 변형하여 모델 A가 누드 촬영회에서 누드 촬영을 하는 데만 동의한 것이 아니라 B가 그 누드사진을 포털 사이트 게시판에 게재하는 방식으로 사용하도록 허용하는 계약을 하면서 그 사용기간을 명확히 정하지 않았다고 가정해 보자. 그 경우 모델 A가 누드모델 활동에 대한 신념의 변화로 위와 같은 초상의 사용

으로부터 극심한 수치심을 느끼게 되었다는 이유로 사진게재를 즉시 중단해달라고 요청하였을 때에도 법원이 적정 사용 기간을 설정하여 일정 시점까지는 사진게재가 허용된다고 봄이 과연 정당한가.

자신의 초상권을 경제행위의 대상으로 삼아 대가를 수수한 자를 계약준수 원칙에 종속시키는 것은 일반적으로 타당하다고 할 것이나, 그런 점을 감안해도 초상권과 같은 고도의 인격적 법익의 경우 재산권과 같이 상호 양보를 통해 조율하는 방식으로는 그 일부조차 보호되지 않는 경우가 발생할 수 있는 점, 인격은 정체되어 있는 것이 아니라 동적인 발전 과정에 있는 것으로 사람은 종종 스스로도 예기치 못하게 신념 등 내적 관점의 변화를 겪을 수 있는 점,⁴²⁾ 기본권 충돌의 해결이론에서 일반적으로 생명권과 인격권은 재산권에 우선한다는 점⁴³⁾을 감안할 때, 앞서 든 사례에서와 같이 내적 신념의 변화로 인격권으로서 초상권의 침해를 주장하는 경우 객관적으로 합리적인 사용 기간에 대해 심사할 것이 아니라 즉시 사용중지를 허용하여야 하는 경우도 있을 것이다.

결론적으로, 대상판결은 퍼블리시티권이 문제된 사안이었으므로 그 사안의 맥락 안에서 대상 판결의 실시들에 어떠한 오류가 있었다고 보기는 어려우며, 그 결론 또한 타당하였다고 본다. 다만, 그간 판례가 초상권이라는 용어로 인격권으로서 초상권과 초상영리권, 즉 퍼블리시티권을 아울러 통칭하여 온 맥락 속에서 대상판결을 살펴보면, 그 실시가 자칫 인격권으로서 초상권에도 공통으로 적용될 수 있는 것인 양 오해를 불러일으킬 수 있어 문제될 소지가 있다. 향후로 초상에 대한 권의 침해가 문제된 사안을 다룸에 있어서는 침해된 권리가 인격권으로서 초상권과 초상영리권 내지 퍼블리시티권 중 무엇인지를 명확히 한 후 그에 맞는 정당한 법리를 구사하기를 기대해본다.

42) 손연원, “초상권 침해에 대한 동의 한계”, 『언론중재위원회』

43) 임지봉, “집회의 자유와 재산권 충돌에서 우리 헌법이 보호하고자 하는 가치”, 『서강법학』 제12권 제1호, 2010, p.109-110



[참고문헌]

- 이승선, “초상의 상업적 사용과 퍼블리시티권에 관한 연구”, 『한국광고홍보학보』 제8-1호, p.220.
- 홍승기, “퍼블리시티권에 관한 국내 실태 조사”, 한국저작권위원회, 2012, p.5.
- 박준석, “빅 데이터 보호와 유명인의 퍼블리시티 보호를 인정한 새로운 부정경쟁방지법에 관한 소고”, 『법률신문』, 2021. 11. 25.
- 감수천, “초상권에 대한 새로운 인식과 법리 전개”, 『연구논문』, 2006, p.212-214.
- 강남진, “인격권에 관한 연구”, 『민사법연구』, 1994, p.82.
- 이승선, “초상의 상업적 사용과 퍼블리시티권에 관한 연구”, 『한국광고홍보학보』 제8-1호, p.224-225.
- 이경률, 박현우, “상업사진의 초상권 침해와 구제방안에 관한 연구”, 『한국사진학회지』, 2010. p.248.
- 송영식, 지적소유권법(하), 육법사, 2008, p.586-587.
- 양준호, “퍼블리시티권의 인정실익과 한계에 관한 연구”, 2012, p.49-51.
- 권상로, “퍼블리시티권의 양도성과 상속성에 관한 연구”, 『한국콘텐츠학회 2009 춘계종합학술대회』, p.535 .
- 유충호, “퍼블리시티권의 법적 쟁점과 보호방안에 관한 고찰”, 『법학논문집』 제39집 제2호 (중앙대학교 법학연구원), 2015, p.118.
- 권태상, “미국법상 퍼블리시티권”, 『비교사법』 제23권 1호(통권72호), 2016, p.90.
- 김영훈, “하급심 판결례의 퍼블리시티권의 인정에 대한 비판적 고찰”, 『사법논집』, 2007, p.377.
- 이한주, “퍼블리시티권에 관하여”, 『사법논집』, 2004, p.573.
- 엄동섭, “퍼블리시티(Publicity)권”, 『서강법학연구』 제6권, 2004, p.176.
- 한위수, “퍼블리시티권-성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리-의 침해와 민사책임”, p.570.
- 손연원, “초상권 침해에 대한 동의 한계”, 『언론중재위원회』.
- 임지봉, “집회의 자유와 재산권 충돌에서 우리 헌법이 보호하고자 하는 가치”, 『서강법학』 제12권 제1호, 2010, p.109-110.

▶ 발표일시 : 2022. 03. 30.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 오승원 회원

▶ 참석회원 : 김대휘, 김재승, 서규영, 서장원, 신용간, 오승원, 이남진, 이선희, 정세형, 정호정, 최규호 변호사(총 11명)



국민건강보험공단의 치료비 대위청구 시 과실상계의 방식

The comparative negligence method when National Health Insurance Corporation make an substitute request for the paid medical expenses

辯護士 김 광 석

Kim Gwang Seok

【사건의 표시】

대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 보험금 등 청구의 소 판결

논문요약

국민건강보험공단이 불법행위의 피해자에게 보험급여를 한 다음 국민건강보험법 제58조 제1항에 따라 피해자의 가해자에 대한 기왕치료비 손해배상채권을 대위하는 경우 그 대위의 범위가 ① 가해자의 손해배상액을 한도로 공단이 부담한 보험급여 비용(이하 ‘공단부담금’이라 한다) 전액인지 아니면 ② 그중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액으로 제한되고 나머지 금액(공단부담금 중 피해자의 과실비율에 해당하는 금액)에 대해서는 피해자를 대위할 수 없는지에 대해서는 종전부터 의견이 나뉘어 왔다.

대법원은 이번 전원합의체 판결의 다수의견으로 ②의 견해를 취하면서 건강보험 공단의 보험급여 후에도 피해자의 과실비율에 따른 손해는 여전히 손해 전부를 전보



받지 못한 피해자를 위해 공단이 최종적으로 부담한다고 판시하였다.

한편 이에 대해서는 위 법조항에 따라 공단이 피해자의 손해배상채권을 대위하는 범위를 ‘공단부담금 전액’으로 보고, 피해자의 전체 기왕치료비에서 과실상계를 한 다음 공단부담금 전액을 공제하여 온 종전 대법원 판례의 법리가 타당하다는 소수의 견이 있었다.

〈주제어〉

교통사고, 보험회사, 치료비, 일실수입, 과실, 국민건강보험공단, 가해자, 피해자, 과실상계, 부담, 손해배상액, 공제, 대위, 수급권자, 제3자, 질병, 부상, 사회보장, 이익형량, 경합, 지급의무, 부당이득, 책임비율, 보험급여, 보험료, 국고, 사회보험, 보호의무, 형평, 재산권, 소득재분배, 손해전보, 대위범위, 무자력, 한정된 자원, 이중배상, 구상금, 요양기관

traffic accident, insurance company, medical expenses, lost income, negligence, National Health Insurance Corporation, the perpetrator, the victim, comparative negligence, burden, amount of compensation for damage, deduction, substitute, qualified recipient, third party, disease, injury, social security, balancing conflicting interests, interplead, payment obligation, unjust enrichment, liability ratio, insurance benefit, insurance premium, state coffers, social insurance, responsibility for protection, equilibrium, property rights, redistribution of income, damage indemnity, scope of an substitute request, insolvency, limited resources, double indemnity, demand amount for reimbursement, sanatorium



목 차

I. 사건의 요지

II. 원심 판결 (서울중앙지방법원 2018. 10. 23. 선고 2017나60279 판결)의 요지

III. 대법원 판결의 요지

1. 공단지급액 선공제 후 과실상계 (다수의견 - 기존 판례변경)
2. 과실상계 후 공단부담금 공제 (소수의견 - 기존 판례유지)

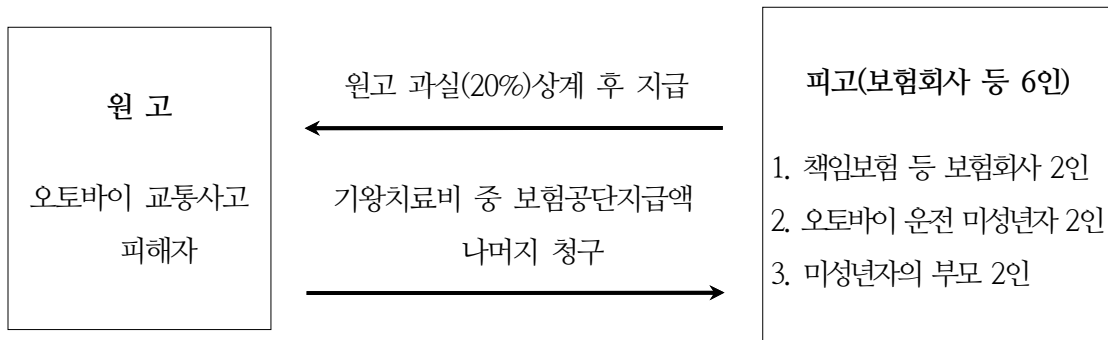
IV. 구체적 사건에서 적용예시

1. 변경된 판례에 따른 당사자들의 청구금액 및 부담액
2. 기존 판례에 따른 당사자들의 청구금액 및 부담액

V. 관련 법률 조항

VI. 결 어

I. 사건의 요지





- 가. 원고는 미성년자인 피고 E가 운전하는 무보험 오토바이의 충격으로 사지가 마비되는 중상을 입는 교통사고(이하 ‘이 사건 교통사고’라고 한다)의 피해자이다.
- 나. 피고는 모두 6인이었는데 정부보장사업을 하는 보험회사, 무보험자동차상해보험을 지급하는 보험회사, 오토바이 운전자와 대여자 및 오토바이 운전자의 부모이다.
- 다. 원고는 피고들을 상대로 무보험차 상해보험금 및 원고의 기왕치료비 등 적극적 손해, 일실수입 및 위자료를 청구하였다.

II. 원심 판결(서울중앙지방법원 2018. 10. 23. 선고 2017나60279 판결)의 요지

가. 이 사건 제1심 및 원심 판결에서 교통사고 발생에 기여한 원고의 과실은 20%로 인정되었다.

나. 원고의 청구 중, 대법원 판결에서 쟁점이 된 부분은 “원고가 피고들에게 추가로 청구할 수 있는 기왕치료비 채권액이 ① 원고의 전체 기왕치료비 37,460,205원 중 공단부담금 22,521,023원을 제외한 나머지 금14,939,182원에서 원고의 과실비율인 20%의 금액을 상제한 금11,951,345원인지, ② 위 전체치료비 중 원고 과실비율인 20%를 상제한 29,968,164원에서 공단부담금 22,521,023원을 공제한 금7,447,141원인가?” 하는 부분이었다.

다. 원심은 “국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 제3자에 대해서 손해배상 청구를 할 경우 그 손해 발생에 피해자의 과실이 경합된 때에는 먼저 전체 치료비에서 과실상계를 한 다음 거기에서 공단이 부담한 비용전액을 공제하여야 하고, 그 공제되는 보험급여에 대하여는 다시 과실상계를 할 수 없으며, 공단이 불법행위로 인한 피해자에게 보험급여를 한 후 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권을 대위하는 경우 그 대위의 범위는 손해배상액을 한도로 한 공단부담금 전액이라는 판례(대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다50149 판결)”의 취지대로 ②와 같이 원고의 기왕치료비 전액에서 먼저 원고의 과실비율에 따른 금원을 상제하고 국민건강보험 공단이 지급한 치료비를 전액 공제한 나머지 금원인 금7,447,141원이 원고가 피고들에게 추가로 청구할 수 있는 치료비로 인정하였다.

III. 대법원 판결의 요지

1. 공단지급액 선공제 후 과실상계(다수의견 - 기존 판례변경)

가. 국민건강보험공단(이하 ‘공단’이라고 한다)의 손해배상청구권 대위를 인정한 국민건강보험법 제58조의 문언과 입법 취지, 국민건강보험제도의 목적과 사회보장적 성격, 불법행위가 없었을 경우 보험급여 수급권자가 누릴 수 있는 법적 지위와의 균형이나 이익형량, 보험급여 수급권의 성격 등을 종합하여 보면, 공단이 불법행위의 피해자에게 보험급여를 한 다음 국민건강보험법 제58조 제1항에 따라 피해자의 가해자에 대한 기왕치료비 손해배상채권을 대위하는 경우 그 대위의 범위는, 가해자의 손해배상액을 한도로 공단이 부담한 보험급여비용(이하 ‘공단 부담금’이라 한다) 전액이 아니라 그중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액으로 제한되고 나머지 금액(공단부담금 중 피해자의 과실비율에 해당하는 금액)에 대해서는 피해자를 대위할 수 없으며 이는 보험급여 후에도 여전히 손해를 전보받지 못한 피해자를 위해 공단이 최종적으로 부담한다고 보아야 한다.

나. 이와 같이 본다면 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 경우 그 손해 발생에 피해자의 과실이 경합된 때에는, 기왕치료비와 관련한 피해자의 손해배상채권액은 전체 기왕치료비 손해액에서 먼저 공단부담금을 공제한 다음 과실상계를 하는 ‘공제 후 과실상계’ 방식으로 산정하여야 한다.

다. 나아가 이러한 법리는 보험급여 수급권자가 가해자 등 제3자로부터 보험급여 항목과 관련된 재산상 손해배상을 모두 받음으로써 공단이 보험급여 지급의무를 면하게 되는 범위(국민건강보험법 제58조 제2항)에 대해서도 동일하게 적용되므로, 이때 공단이 보험급여 지급의무를 면함으로써 부담하지 않게 되는 비용의 범위는 가해자의 행위를 원인으로 지급 사유가 발생한 금액, 즉 공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액으로 한정되고, 나머지 부분(공단부담금 중 피해자의 과실비율에 해당하는 금액)은 여전히 공단이 부담한다고 보아야 한다. 따라서 제3자의 손해배상 후 피해자가 보험급여를 받았다면 공단이 국민건강보험법 제57조에 따라 피



해자에게 부당이득으로 징수할 수 있는 범위도 공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액으로 한정된다.

라. 국민건강보험법 제58조 제1항은 공단이 제3자의 행위로 보험급여사유가 생겨 수급권자에게 보험급여를 한 경우 ‘보험급여에 들어간 비용 한도에서’ 공단이 가해자인 제3자에게 손해배상을 청구할 권리를 얻는다고 규정하여, 그 문언상 공단이 대위할 수 있는 손해배상채권의 한도를 정하고 있을 뿐 구체적으로 대위할 수 있는 범위를 특정하고 있지 않다. 마찬가지로 같은 조 제2항도 수급권자가 제3자로부터 이미 손해배상을 받은 경우 ‘그 배상액 한도에서’ 보험급여를 하지 않는다고 정하고 있을 뿐 구체적으로 공단이 보험급여를 하지 않을 수 있는 금액의 범위를 특정하고 있지 않다.

마. 국민건강보험법은 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건 향상과 사회보장 증진에 이바지함을 목적으로 한다(제1조). 국민건강보험제도는 보험가입자가 납부하는 보험료와 국고 지원을 재원으로 하여, 국민에게 발생하는 질병·부상 등 사회적 위험을 보험방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 사회보험제도로(사회보장기본법 제3조 제1호, 제2호), 국가가 헌법상 국민의 보건에 관한 보호의무를 실현하기 위하여 마련한 사회보장의 일환이다. 국민건강보험법에 따른 보험급여는 국가가 보험자의 입장에서 보험가입자와 피부양자 등 보험급여 수급권자에게 필요한 치료비의 전부 또는 일부를 부담하여 수급권자에게 발생한 손해를 직접 전보하는 성격을 가진다.

바. 불법행위가 없었을 경우 수급권자가 누릴 수 있는 보험급여 이익과 그에 따른 법적 지위와의 균형이나 수급권자와 공단 사이의 형평을 고려하면 공단의 대위범위를 합리적으로 제한하는 ‘공제 후 과실상계’ 방식이 타당하다. 국민건강보험법은 보험급여 수급권자의 과실 있는 행위로 보험급여사유가 발생한 경우라도 그 행위가 고의나 중대한 과실에 기인하는 등 예외적인 경우가 아닌 한 보험급여를 하도록 함으로써(제53조 제1항) 공단의 부담으로 수급권자에게 발생한 손해를 전보한다. 따라서 사고가 제3자의 관여 없이 수급권자의 전적인 과실로 일어난 경우에도 수급권자는 보험급여 수령의 이익을 온전히 누릴 수 있고, 그 결과 공단이 부담하는 공단부담금만큼은 치료비 손해를 전보 받을 수 있다. 그렇다면 손해가 제3자의 불법행위와 수급

권자의 과실이 경합하여 발생한 경우에도, ‘공단부담금 중 적어도 수급권자의 과실비율에 해당하는 금액’만큼은 보험자인 공단이 수급권자를 위해 본래 부담해야 할 비용으로서 수급권자가 정당하게 누릴 수 있는 보험 이익이라고 보는 것이 합리적이다. 공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액은 본래 가해자가 부담해야 할 부분을 공단이 대신 지급한 것과 같으므로 그 부분은 공단이 피해자를 대위하여 가해자에게 구상할 수 있다고 볼 수 있지만, 이를 넘어 종전 대법원 판례와 같이 공단부담금 중 피해자의 과실비율에 해당하는 금액까지 공단이 대위할 수 있다고 보는 것은, 실질적으로 공단이 피해자를 위해 본래 부담했어야 할 부분을 피해자에게 떠넘기는 결과가 된다. 따라서 국민건강보험법 제58조에 따른 공단의 대위범위는 공단부담금 전액이 아니라 그중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액으로 한정되고, 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권액을 산정할 때에도 먼저 전체 치료비에서 공단부담금을 공제한 다음 과실상계를 하는 ‘공제 후 과실상계’ 방식에 따르는 것이 타당하다.

사. 국민건강보험법에 따른 보험급여 수급권이 재산권으로써 보험가입자가 납입한 보험료의 대가적 성질과 사회보험의 성격을 함께 지니는 점에 비추어 보아도 ‘공제 후 과실상계’ 방식에 의하는 것이 타당하다.

(1) 건강보험 재정은 일부 국고의 지원을 받지만 대부분은 보험가입자가 납부하는 보험료로 형성되고[국고 지원은 보험료 예상 수입액의 14%, 국민건강증진기금의 한시적 지원은 보험료 예상 수입액의 6%로 한정된다. 국민건강보험법 제108조, 국민건강증진법 부칙(법률 제6619호, 2002. 1. 19.) 제2항 참조], 건강보험 가입자가 보험료를 체납하면 공단이 보험급여를 실시하지 않을 수 있다(국민건강보험법 제53조 제3항). 이와 같이 국민건강보험법에 따른 보험급여 수급권은 보험가입자가 납부한 보험료에 대한 반대급부의 성격을 지니고, 보험사고로 초래되는 보험가입자의 재산상의 부담을 전보하여 주는 경제적 유용성도 지니므로 재산권의 성격을 갖는다(헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2002헌바1 전원재판부 결정 등 참조).

(2) 한편 건강보험제도는 사회보험으로서 소득재분배 기능도 수행한다. 국민건강보험법은 보험 가입을 강제하고, 보험사고 발생률이나 보험급여의 다과 등에 따라 개인별로 보험료에 차등을 두지 않고 보험가입자의 경제적 능력에 비례하여 보험료를 정하며, 보험가입자가 납부한 보



험료에 비례하여 보험급여를 지급하지 않는다(헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 전원재판부 결정, 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌마801 전원재판부 결정 등 참조). 앞서 본 것처럼 보험재정이 일부 국고의 지원을 받는 점까지 고려하면, 보험급여가 보험료와 단순 대가 관계에 있다고 보기는 어렵다.

(3) 국민건강보험법 제58조에 따라 공단이 피해자를 대위할 수 있는 범위를 정할 때에는, 위와 같이 보험급여 수급권이 갖는 다양한 성격을 두루 고려해야 한다. 종전 대법원 판결과 같이 공단의 대위범위를 수급권자에게 가장 불리하게 해석하는 것은, 보험가입자의 재산권인 건강보험 수급권을 과도하게 제한하여 부당하다. 이러한 보험급여 수급권의 다양한 성격을 고려하면, 공단이 피해자를 대위할 수 있는 범위는 공단부담금 중 가해자의 책임비율 부분으로 제한하고, 공단부담금 중 피해자의 과실비율 부분만큼은 피해자가 보험급여 이익을 누릴 수 있다고 보는 것이 공평의 원칙에 부합하고 충돌하는 이해관계를 가장 조화롭게 해결하는 방법이다.

아. 이와 달리 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 제3자에 대하여 손해배상청구를 할 경우 그 손해 발생에 피해자의 과실이 경합된 때에는 먼저 전체 치료비에서 과실상계를 한 다음 거기에서 공단이 부담한 비용 전액을 공제하여야 하고, 그 공제되는 보험급여에 대하여는 다시 과실상계를 할 수 없으며, 공단이 불법행위로 인한 피해자에게 보험급여를 한 후 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권을 대위하는 경우 그 대위의 범위는 손해배상액을 한도로 한 공단부담금 전액이라고 판단한 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다50149 판결을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 모두 변경하기로 한다. 같은 취지에서 국민건강보험법상 보험급여 수급권자가 가해자 등 제3자로부터 보험급여 항목과 관련된 재산상 손해배상을 모두 받음으로써 공단이 보험급여 지급의무를 면하게 되었음에도 수급권자가 보험급여를 받았고, 공단이 보험급여와 관련하여 비용을 부담한 경우 공단이 국민건강보험법 제57조에 따라 부당이득으로 징수할 수 있는 범위는, 수급권자가 제3자로부터 배상받을 수 있는 손해배상액을 한도로 한 공단부담금 전액이고, 공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 부분으로 제한되지 않는다고 판단한 대법원 2016. 12. 29. 선고 2014두40340 판결을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 모두 변경하기로 한다.



2. 과실상계 후 공단부담금 공제(소수의견 - 기존 판례유지)

가. 국민건강보험법 제58조 제1항에 따라 공단이 피해자의 손해배상채권을 대위하는 범위를 ‘공단부담금 전액’으로 보고, 그에 따라 피해자의 가해자에 대한 기왕치료비 손해배상액을 산정할 때 먼저 전체 기왕치료비에서 과실상계를 한 다음 공단부담금 전액을 공제하여 온 종전 대법원 판례의 법리는 타당하므로 유지되어야 한다.

나. 공단의 대위범위를 ‘손해배상액을 한도로 공단이 부담한 비용 전액’으로 보는 것이 국민건강보험법 제58조의 문언에 가장 부합하는 자연스러운 해석이다.

다. 국민건강보험법 제58조 제1항은 제3자의 불법행위를 원인으로 피해자에게 보험급여를 한 공단은 ‘급여에 들어간 비용’을 한도로 피해자의 제3자에 대한 손해배상채권을 얻는다고 정하고 있을 뿐 ‘급여에 들어간 비용 중 피해자의 과실비율에 해당하는 부분’을 대위의 범위에서 제외하고 있지 않다. 마찬가지로 제58조 제2항은 보험급여를 받은 사람이 제3자로부터 이미 손해배상을 받은 경우에는 공단은 그 ‘배상액’ 한도에서 보험급여를 하지 아니한다고 정하고 있을 뿐 ‘보험급여 중 피해자의 과실비율에 해당하는 부분’을 공단이 보험급여 지급의무를 면하게 되는 범위에서 제외하고 있지 않다. 따라서 국민건강보험법 제58조 제1항에 따른 공단의 대위범위는 가해자의 손해배상액을 한도로 급여에 들어간 비용 전액이고, 이와 같이 대위로 이전하는 범위만큼 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권이 감축된다고 보는 것이 법 문언에 따른 자연스러운 해석이다.

라. 국민건강보험법에 따른 건강보험은 사회보장보험제도로써 신속하고 안정적이며 보편적인 보험급여를 통해 수급권자를 보호하는 것을 주된 목적으로 한다. 사보험과 같이 피해자의 손해를 전보해 주는 것이 건강보험의 주된 기능이라고 볼 수 없다.

마. 국민건강보험제도는 국민에게 발생하는 질병·부상 등 사회적 위험을 보험 가입과 보험료 납부가 강제되는 보험 방식으로 대처하는 사회보험제도로써, 국가가 사회보장 등 정책 수행을 목적으로 운용하는 보험이다. 이 점에서 영리를 목적으로 사적 주체가 운용하는 사보험과는 그



기능이나 취지에 근본적인 차이가 있다. 국민건강보험법은 수급권자의 과실 있는 행위로 보험 급여사유가 발생한 경우라도 수급권자에게 고의·중과실이 있는 등 예외적인 경우가 아닌 한 보험급여를 하도록 정한다(제53조 제1항). 그에 따라 수급권자의 과실이 커서 가해자로부터 받을 수 있는 손해배상액이 적은 경우, 가해자를 알 수 없거나 가해자가 무자력이어서 수급권자가 현실적인 손해배상을 받기 어려운 경우, 가해자가 손해배상을 지체하는 경우 등에도 먼저 공단의 부담으로 수급권자가 일정한 수준의 치료를 받을 수 있도록 함으로써 수급권자를 보호한다. 이를 위하여 보험급여의 대상, 내용과 실시 기준을 법으로 정하여 한정된 재원으로 모든 수급권자에게 보편적으로 최적의 보험급여가 이루어질 수 있도록 한다. 이러한 점이 사회보험으로써 국민건강보험제도가 갖는 주된 기능이라고 볼 수 있다.

바. 국민건강보험법 제58조가 공단에 대위를 인정한 취지에 비추어 보더라도, 공단이 공단부담금 전액에 대해서 피해자를 대위할 수 있다고 보는 종전 대법원 판례가 타당하다. 국민건강보험법 제58조가 공단의 대위를 인정한 취지는 피해자가 보험급여와 손해배상을 이중으로 받는 것을 방지하고 가해자의 손해배상책임의 면탈을 방지함으로써 보험재정 확보를 꾀하려는 데에 있다(대법원 2016. 12. 29. 선고 2014두40340 판결 등 참조). 이러한 취지를 고려하면 동일한 사유에 대한 공단의 보험급여와 가해자의 손해배상은 상호보완관계에 있고 공단이 지급한 비용만큼은 공단이 가해자를 대신하여 지급한 것이므로, 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권은 그만큼 공단으로 이전된다고 보아야 한다.

사. 종전 대법원 판례에 따르면 피해자가 불법행위가 개입되지 않은 경우보다 더 불리한 지위에 놓이게 되는 등의 부당한 결과는 발생하지 않는다. 다수의견은 공단의 대위범위를 공단 부담금 전액이라고 하면, 사고가 피해자의 전적인 과실로 일어난 경우에 비해 제3자의 불법행위가 개입된 경우 피해자의 지위가 불합리하게 불리해진다고 한다. 그러나 피해자 혼자만의 과실로 사고가 발생한 경우에도 보험급여를 하는 것은, 앞서 본 것처럼 손해 발생의 책임 유무를 불문하고 신속하고 안정적인 보험급여를 제공하여 국민건강보험의 사회보장적 기능을 수행하기 위함이다. 제3자의 불법행위가 개입된 경우에도 피해자가 가해자의 손해배상에 앞서 우선적으로 보험급여를 받는 이상 피해자 혼자만의 과실로 사고가 발생한 경우와 마찬가지로 ‘신속하고



안정적으로 치료를 받는 이익'을 제공받고, 나아가 가해자가 불명이거나 무자력이어서 피해자가 손해배상을 받을 수 없는 경우에는 공단이 그 위험을 부담하는 이익도 얻게 된다. 종전 대법원 판례에 의하더라도 피해자는 자신에게 과실이 있는 부분에 대해서만 손해를 부담하고 이를 넘어 가해자에게 책임 있는 부분까지 손해를 추가로 부담하게 되는 것은 아니다. 이러한 점에 비추어 보면, 공단의 대위 결과 피해자가 최종적으로 부담하게 되는 손해가 피해자의 100% 과실로 인한 경우와 비율적으로 비례하지 않는다고 하여, 피해자가 불법행위가 개입되지 않은 경우보다 더 불리한 지위에 놓이게 된다고 볼 수는 없다.

IV. 구체적 사건에서 적용예시

[기왕치료비 1,000만 원/ 피해자 과실 20%/ 건보공단 지급액 400만 원 사례를 기준으로]

1. 변경된 판례에 따른 당사자들의 청구금액 및 부담액

사건 당사자	청구액/ 구상액/ 부담액, 단위 만원
피해자	$400 + \{600 \times (1 - 0.2)\} = 880(+80^{\text{※추가회수금액}})$
건강보험공단	$400 \times (1 - 0.2) = 320(-80^{\text{※미회수금액}})$
가해자	$\{600 \times (1 - 0.2)\} + \{400 \times (1 - 0.2)\} = 800$

2. 기존 판례에 따른 당사자들의 청구금액 및 부담액

사건 당사자	청구액/ 구상액/ 부담액, 단위 만원
피해자	$400 + \{1,000 \times (1 - 0.2) - 400\} = 800$
건강보험공단	$400(0^{\text{※미회수금액}})$
가해자	$\{1,000 \times (1 - 0.2) - 400\} + 400 = 800$



V. 관련 법률조항

1. 국민건강보험법

제58조(구상권) ① 공단은 제3자의 행위로 보험급여사유가 생겨 가입자 또는 피부양자에게 보험급여를 한 경우에는 그 급여에 들어간 비용 한도에서 그 제3자에게 손해배상을 청구할 권리를 얻는다.

② 제1항에 따라 보험급여를 받은 사람이 제3자로부터 이미 손해배상을 받은 경우에는 공단은 그 배상액 한도에서 보험급여를 하지 아니한다.

제53조(급여의 제한) ① 공단은 보험급여를 받을 수 있는 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 보험급여를 하지 아니한다.

1. 고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위에 그 원인이 있거나 고의로 사고를 일으킨 경우
2. 고의 또는 중대한 과실로 공단이나 요양기관의 요양에 관한 지시에 따르지 아니한 경우
3. 고의 또는 중대한 과실로 제55조에 따른 문서와 그 밖의 물건의 제출을 거부하거나 질문 또는 진단을 기피한 경우
4. 업무 또는 공무로 생긴 질병·부상·재해로 다른 법령에 따른 보험급여나 보상(報償) 또는 보상(補償)을 받게 되는 경우

제57조(부당이득의 징수) ① 공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람·준요양기관 및 보조기기 판매업자나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 그 보험급여나 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다. <개정 2020. 12. 29.>

② 공단은 제1항에 따라 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여 비용을 받은 요양기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 요양기관을 개설한 자에게 그 요양기관과 연대하여 같은 항에 따른 징수금을 납부하게 할 수 있다. <신설 2013. 5. 22., 2020. 12. 29.>

1. 「의료법」 제33조제2항을 위반하여 의료기관을 개설할 수 없는 자가 의료인의 면허나 의료법인 등의 명의를 대여받아 개설·운영하는 의료기관
2. 「약사법」 제20조제1항을 위반하여 약국을 개설할 수 없는 자가 약사 등의 면허를 대여받아 개설·운영하는 약국



3. 「의료법」 제4조제2항 또는 제33조제8항을 위반하여 개설·운영하는 의료기관
4. 「약사법」 제21조제1항을 위반하여 개설·운영하는 약국
- ③ 사용자나 가입자의 거짓 보고나 거짓 증명(제12조제5항을 위반하여 건강보험증이나 신분 증명서를 양도·대여하여 다른 사람이 보험급여를 받게 하는 것을 포함한다), 요양기관의 거짓 진단 또는 준요양기관이나 보조기기를 판매한 자의 속임수 및 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여가 실시된 경우 공단은 이들에게 보험급여를 받은 사람과 연대하여 제1항에 따른 징수금을 내게 할 수 있다. <개정 2013. 5. 22., 2018. 12. 11., 2020. 12. 29.>
- ④ 공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람과 같은 세대에 속한 가입자(속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람이 피부양자인 경우에는 그 직장 가입자를 말한다)에게 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람과 연대하여 제1항에 따른 징수금을 내게 할 수 있다. <개정 2013. 5. 22.>
- ⑤ 요양기관이 가입자나 피부양자로부터 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 요양급여비용을 받은 경우 공단은 해당 요양기관으로부터 이를 징수하여 가입자나 피부양자에게 지체 없이 지급하여야 한다. 이 경우 공단은 가입자나 피부양자에게 지급하여야 하는 금액을 그 가입자 및 피부양자가 내야 하는 보험료등과 상계할 수 있다. <개정 2013. 5. 22.>

2. 사회보장기본법

제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. <개정 2021. 6. 8.>

1. “사회보장”이란 출산, 양육, 실업, 노령, 장애, 질병, 빈곤 및 사망 등의 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 국민 삶의 질을 향상시키는 데 필요한 소득·서비스를 보장하는 사회보험, 공공부조, 사회서비스를 말한다.
2. “사회보험”이란 국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도를 말한다.



VI. 결 어

- 가. 이 사건 대법원 판결의 쟁점은 국민건강보험공단(이하 ‘공단’이라고 한다)이 피해자에게 보험급여를 지급한 후 실제 가해자에 대해서 구상을 하는 경우 피해자의 과실비율에 해당하는 부분을 누가 부담하는 문제로 귀착이 된다.
- 나. 즉 ① 이 사건 판결의 다수의견에 따르면 공단의 보험급여 중 피해자의 과실에 해당하는 부분은 공단의 부담이 되어 피해자가 최종적으로 보유할 수 있게 되고 ② 기존 판결 및 이 사건 판결의 소수의견에 따르면 공단의 보험급여 중 피해자의 과실부분은 피해자의 최종적 부담이 되고 공단은 피해자의 과실부분까지 가해자에게 구상할 수 있게 된다.
- 다. 피해자의 부상이 자신의 과실로 발생한 경우, 공단이 최종적인 보험급여의 책임을 부담한다는 면을 고려한다면 이 사건 판결의 다수의견과 같이 공단의 보험급여 중 피해자의 과실에 해당하는 부분은 공단의 부담이 되고, 그 부분에 대한 보험급여는 피해자가 최종적으로 보유할 수 있는 것이 타당하다고 할 것이다. 따라서 다수의견의 견해에 동의한다.
- 라. 다만 이 경우 공단의 구상금청구를 다루는 하급심 재판에서 피해자의 과실비율을 산정하게 됨으로써 재판이 다소 복잡해지는 문제점이 발생할 수 있다는 것은 충분히 고려하여야 할 점이다. 이는 다수의견의 보충의견에서도 지적한 바 있다.

▶ 발표일시 : 2022. 04. 06.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 신성민 회원

▶ 참석회원 : 김광석, 김대휘, 김재승, 김지예, 김홍경, 서규영, 서장원, 신성민, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이재용, 장재형, 정태용
변호사(총 17명)



명의수탁자가 부동산을 매도하거나 근저당권을 설정할 경우 명의수탁자는 신탁자에게 부당이득반환해야

If a trustee sells real estate or sets up a mortgage,
the name trustee must return to the trustee unfairly

辯護士 김 정 범

Kim Jung Beom

【사건의 표시】

대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결

논문요약

부동산실명제를 실현하기 위하여 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률이 1995년 7월 1일부터 시행되고 있다. 위 법은 주택이나 토지 등을 실제 소유자 이름으로만 등기를 하게 하는 법률이다. 이 제도는 부동산의 흐름을 한눈에 파악되도록 거래관계를 투명하게 하고 탈세를 막겠다는 취지로 만들었다. 제도의 실현을 위하여 다른 사람의 이름으로 등기를 하면 효력을 인정하지 않음은 물론, 형사처벌도 받게 되고, 과태료 처분도 받게 된다. 따라서 부동산실명법을 적용함에 있어서는 위 제도적 취지를 고려해서 적용하고 해석이 이루어져야 한다. 부동산실명법의 해석에 있어서 기본적인 구조는 명의신탁약정은 무효이고, 신탁재산을 제3자에게 처분하면 제3자가 확정적으로 소유권을 취득하게 된다. 수탁자가 자신에게 등기명의가 있는 점을 이용해 이를



처분한 경우 신탁자와의 법률관계는 형사문제와 민사문제가 발생하게 된다. 형사상으로는 자신에게 등기된 점을 기화로 처분하였기 때문에 보관자의 지위에서 횡령죄의 책임을 물어야 하는 것이 아닌지 논의가 됐다. 과거의 판례는 보관자의 지위를 인정해 횡령죄의 책임을 인정했었다. 그러다가 대법원이 전원합의체 판결을 통해서 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신탁관계를 인정할 수도 없다는 이유로 횡령죄의 성립을 부정하게 된 것이다. 그러나 신탁재산을 처분한 수탁자에게 횡령죄의 책임을 묻지 못한다고 하더라도 수탁자가 확정적으로 소유권을 취득하고, 또한 처분에 따른 민사상의 책임을 면하게 된다는 논리는 아니다. 위와 같은 논리가 성립하기 위해서는 명의신탁 재산에 대한 소유권이 수탁자에게 확정적으로 이전된다는 법리가 먼저 만들어져야 한다. 그렇기 때문에 명의신탁이 무효여서 수탁자는 신탁자에게 신탁재산을 반환해야 한다면 그에 대응하여 신탁재산을 처분한 경우 부당이득반환의무를 인정하는 것이 부당이득 제도의 취지와 법리구성의 간편성, 그리고 신탁재산을 그대로 가지고 있는 경우와의 형평성을 비교해 보더라도 바람직하다고 생각된다.

〈주제어〉

명의신탁 명의수탁자처분행위 명의수탁자부당이득 명의수탁자형사처벌

nominal trust, nominal trust disposition, trustee unfairly, trustee criminal punishment



목 차

[사건의 개요]

[사건의 경과]

[대상판결의 내용]

[연구]

I. 문제의 제기

II. 명의신탁 관련 법률문제

1. 명의신탁의 기본적 법률관계
2. 명의수탁자의 신탁재산 처분과 업무상횡령죄
3. 명의신탁약정과 불법원인급여

III. 대상판결의 평가

1. 개설
2. 부당이득의 요건과 관련하여
3. 신탁자와 수탁자의 법률관계
4. 명의신탁을 무효로 하는 법규정과 모순되는지의 여부
5. 수탁자의 처분으로 실제로 손해를 입은 자가 누구인지
6. 부당이득의 제도적 취지와 관련하여

IV. 결 론



[사건의 개요]

A(원고)는 B(제3자)로부터 부동산을 매수하여 아들인 C(피고)에게 소유명의를 이전하였다. 소유명의를 가지고 있던 C는 은행으로부터 5억 원을 빌리면서 위 부동산에 근저당권을 설정하였다. 그런데 아버지와 아들 사이에 다툼이 생겨 명의신탁된 부동산을 돌려받기 위하여 원고는 피고를 상대로, 매도인인 제3자(B)를 대위하여 진정 명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행 청구 및 근저당권의 피담보채무 상당액인 5억 원에 대하여 부당이득반환 청구를 구하는 소송을 제기하였다. 위 사례와 같이 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 부동산을 매도하거나 근저당권을 설정하는 등과 같이 처분하였을 경우, 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다는 것이 그동안의 대법원 판례였다.¹⁾ 위 판결은 ‘3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 명의신탁 부동산을 임의로 처분하거나 강제수용이나 공공용지 협의취득 등을 원인으로 제3취득자 명의로 이전등기가 마쳐진 경우, 특별한 사정이 없는 한 제3취득자는 유효하게 소유권을 취득하게 되므로(법 제4조 제3항), 그로 인하여 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되고 그 결과 명의신탁자는 명의신탁 부동산의 소유권을 이전받을 권리를 상실하는 손해를 입게 되는 반면, 명의수탁자는 명의신탁 부동산의 처분대금이나 보상금을 취득하는 이익을 얻게 되므로, 명의수탁자는 명의신탁자에게 그 이익을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.’²⁾ 이러한 법리는 3자간 등기명의신탁에서 명의신탁 부동산에 관하여 경매를 원인으로 제3취득자 명의로 이전등기가 마쳐진 경우에도 마찬가지로 적용된다’는 것이다. 그런데 명의신탁 재산을 처분한 수탁자의 형사처벌과 관련하여 대법원이 판례변경을 통해서 잇달아 무죄를 선고하자 민사판결에도 영향을 미치는 것이 아니냐는 관심이 증폭되는 가운데 대법원이 위 전원합의체 판결을 선고한 것이다.

1) 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다203811, 203828 판결

2) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193, 49209 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다207235 판결 등 참조



[사건의 경과]

1심 재판부는 원고의 청구를 모두 기각하였고, 항소심을 담당한 고등법원 재판부는 3자간 등기명의신탁을 인정하면서 피고에 대한 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차 이행청구를 인정하였지만, 피고가 근저당권을 설정함으로써 발생한 5억 원의 손해는 부동산 소유자인 매도인(B)에게 귀속한다고 보아, 원고의 피고에 대한 부당이득반환청구 부분을 기각하였다. 이에 대하여 원고와 피고가 모두 대법원에 상고를 제기하였다.

[대소판결의 내용]

가. 다수의견(7명) : 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 직접 부당이득반환을 청구할 수 있음(기존 판례 유지 ⇒ 파기환송)

명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 인정한 현재 판례는 타당하므로 그대로 유지되어야 한다. 3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자가 부동산을 처분하여 제3자로 소유명의가 이전되면 제3자는 부동산의 소유권을 유효하게 취득한다. 이때 명의신탁자, 명의수탁자, 매도인 사이에 계약상 또는 법률상 권리의무의 변동이 발생하는데, 이를 부당이득반환을 통하여 조정할 때는 공평·정의의 이념이라는 부당이득반환 제도의 취지를 고려해야 한다. 명의수탁자는 부동산 매매계약의 당사자나 부동산의 소유자가 아니어서 부동산을 처분해 받은 대금을 정당한 권리자에게 반환해야 한다. 명의신탁자는 매매대금을 지급하였음에도 명의수탁자가 부동산을 처분하는 바람에 이를 이전받을 권리를 상실하는 손해를 입었다. 그러나 명의신탁자가 매도인에게 매매대금의 반환을 구하거나 이행불능에 따른 손해배상청구를 하는 것은 신의칙상 허용될 수 없고, 매도인은 명의신탁자로부터 받은 매매대금을 그대로 보유하므로 경제적 손실을 입지 않았다. 이러한 사정을 고려하면 명의수탁자가 부동산을 처분함으로써 얻은 이익은 사회통념상 명의신탁자가 입은 손해로 인한 것이므로 명의수탁자는 명의신탁자에게 이를 반환하여야 한다.



나. 반대의견(5명) : 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 직접 부당이득반환을 청구할 수 없음(기존 판례 변경 ⇒ 상고기각)

명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다는 현재의 판례는 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’) 시행 후에는 더 이상 유지할 수 없으므로 변경되어야 한다. 부동산실명법은 명의신탁약정이 무효이고, 명의수탁자 명의의 소유권 이전등기도 무효라고 정하고 있다. 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 직접적인 법률관계가 없다. 명의수탁자가 부동산을 처분하였다는 사정으로 명의신탁자가 명의수탁 자에게 직접 권리행사를 할 수 있도록 한다면, 명의신탁을 유효하게 보는 효과를 낳는다. 명의수탁자의 부동산 처분으로 손해를 입은 사람은 부동산의 소유자인 매도인이지만 명의신탁자가 아니다. 명의수탁자에 대한 부당이득반환청구권은 매도인에게 인정되어야 한다. 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 부당이득반환관계를 직접적으로 인정할 법률상 원인 없는 급부나 비용지출, 배타적인 권리의 침해 등의 법률관계가 없다. 그런데도 공평·정의를 이념만으로 부당이득반환청구권을 인정하는 것은 부당이득반환청구권의 성립요건을 불분명하게 하고 부당이득반환청구권이 성립할 수 있는 범위를 지나치게 확장한다. 부동산실명법 시행으로 명의신탁약정이 무효가 되면서 대법원은 부동산실명법 시행 전에 이루어진 명의신탁의 유효함을 전제로 하였던 판시들을 부동산실명법의 법리에 부합하게 차례로 변경하였다. 이는 명의수탁자의 부동산 처분으로 명의신탁자, 명의수탁자와 매도인 사이의 이해관계를 조정하는 데에도 일관되게 적용되어야 한다.

[연구]

1. 문제의 제기

대법원이 명의신탁 재산을 수탁자가 처분한 경우 횡령죄 등 형사처벌의 대상이 된다는 과거의 판례를 변경해 전원합의체 판결을 통해서 “명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 소유권이전등기말소의무를 부담하게 되나, 위 소유권이전등기는 처음부터 원인무효여서 명의수탁자는 명의신탁자가 소유권에 기한 방해배제청구로 말소를 구하는 것에 대하여 상대방으로서 응할 처지에



있음에 불과하다. 명의수탁자가 제3자와 한 처분행위가 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 유효하게 될 가능성이 있다고 하더라도 이는 거래 상대방인 제3자를 보호하기 위하여 명의신탁약정의 무효에 대한 예외를 설정한 취지일 뿐 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위 처분행위를 유효하게 만드는 어떠한 위탁관계가 존재함을 전제한 것이라고는 볼 수 없다. 따라서 말소등기 의무의 존재나 명의수탁자에 의한 유효한 처분가능성을 들어 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수도 없다. 그러므로 부동산실명법을 위반한 양자간 명의신탁의 경우 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다.”면서 횡령죄의 성립을 부정하는 판결을 내놓았다. 그 판결에 대해서도 소수의견은 여전히 횡령죄의 성립을 인정해야 한다는 입장을 보이고 있다.³⁾ 그렇기 때문에 위와 같은 형사판례의 변경에 따라서 명의신탁재산을 처분하는 등의 방법으로 재산적 이익을 취한 명의수탁자가 부당이득을 반환해야 한다는 기존의 판례도 변경되는 것이 아닌지 귀추가 주목되었다. 그런데 대법원은 전원합의체 판결(대상판결)을 통해서 여전히 기존의 판결을 그대로 유지한 것이다. 여기에서는 대상판결의 내용을 소개하고 다수의견과 반대의견의 타당성을 검토하기로 한다.

II. 명의신탁 관련 법률문제

1. 명의신탁의 기본적 법률관계

명의신탁은 내부관계에서는 신탁자가 소유권 등의 모든 권한을 갖지만 외형적(등기부상)으로 수탁자에게 소유권이 이전되는 법률형식을 말한다. 명의신탁이 성립되기 위해서는 등기·등록에 의하여 공시되는 재화여야 하므로 부동산과 선박, 자동차 등 등기 또는 등록에 의하여 권리관계가 나타나는 경우 명의신탁이 가능하다. 동산의 경우 점유에 의하여 권리관계가 나타나므로 명의신탁 여부는 문제되지 않고 선의취득의 문제가 발생할 뿐이다. 또한 소유권 이외 용익

3) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체 판결



물권이나 담보물권도 명의신탁의 대상이 된다. 명의신탁이 성립하려면 신탁자와 수탁자 사이에 명의신탁관계를 설정한다는 합의가 있어야 한다. 그 합의는 명시적으로는 물론 묵시적으로도 가능하다. 그러나 명의신탁 관계는 당사자 사이의 내부관계에서는 신탁자가 소유권을 보유하되 외부관계에서는 수탁자가 완전한 소유자로서 행세하기로 약정함으로써 성립하는 것이지⁴⁾ 명의 신탁 목적물이 반드시 신탁자의 자금으로 취득되어야만 성립하는 것은 아니라고 할 것이다.⁵⁾ 또한 명의신탁이 되기 위해서는 수탁자 명의로 등기 또는 등록이 이루어져야 한다. 본등기 이외에 가등기도 가능하다.⁶⁾

2. 명의수탁자의 신탁재산 처분과 업무상횡령죄

명의신탁된 부동산의 수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하는 경우 횡령죄가 성립될까? 이에 대하여 우리 대법원은 “부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)은 부동산에 관한 소유권과 그 밖의 물권을 실체적 권리관계와 일치하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산 거래의 정상화와 부동산 가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있다(제1조). 부동산실명법에 의하면, 누구든지 부동산에 관한 물권을 명 의신탁약정에 따라 명의수탁자의 명의로 등기하여서는 아니 되고(제3조 제1항), 명의신탁약정과 그에 따른 등기로 이루어진 부동산에 관한 물권변동은 무효가 되며(제4조 제1항, 제2항 본문), 명의신탁약정에 따른 명 의수탁자 명의의 등기를 금지하도록 규정한 부동산실명법 제3조 제1항을 위반한 경우 명의신탁자와 명 의수탁자 쌍방은 형사처벌된다(제7조). 이러한 부동산실명법의 명의신탁관계에 대한 규율 내용 및 태도 등에 비추어 보면, 부동산실명법을 위반하여 명 의신탁자가 그 소유인 부동산의 등기명의를 명 의수탁자에게 이전하는 이른바 양자간 명의신탁 의 경우, 계약인 명의신탁약정과 그에 부수한 위임약정, 명의신탁약정을 전제로 한 명의신탁 부

4) 대법원 1995. 5. 26. 선고 95다7666 판결

5) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007다69148, 69155 판결

6) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92다10173, 10180 판결

동산 및 그 처분대금 반환약정은 모두 무효이다. 나아가 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 무효인 명의신탁약정 등에 기초하여 존재한다고 주장될 수 있는 사실상의 위탁관계라는 것은 부동산실명법에 반하여 범죄를 구성하는 불법적인 관계에 지나지 아니할 뿐 이를 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이라고 할 수 없다. 명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 소유권이전등기말소 의무를 부담하게 되나, 위 소유권이전등기는 처음부터 원인무효여서 명의수탁자는 명의신탁자가 소유권에 기한 방해배제청구로 말소를 구하는 것에 대하여 상대방으로서 응할 처지에 있음에 불과하다. 명의수탁자가 제3자와 한 처분행위가 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 유효하게 될 가능성이 있다고 하더라도 이는 거래 상대방인 제3자를 보호하기 위하여 명의신탁약정의 무효에 대한 예외를 설정한 취지일 뿐 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위 처분행위를 유효하게 만드는 어떠한 위탁관계가 존재함을 전제할 것이라고는 볼 수 없다. 따라서 말소등기 의무의 존재나 명의수탁자에 의한 유효한 처분가능성을 들어 명의수탁자가 명의신탁자에 대한 관계에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수도 없다. 그러므로 부동산실명법을 위반한 양자간 명의신탁의 경우 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다”⁷⁾고 보고 있다. 위 판결은 부동산실명법을 위반한 이른바 양자간 명의신탁의 경우로써, 중간생략등기형 명의신탁에 관해서는 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체판결로 횡령죄의 성립을 인정하지 않았었다. 즉, ‘명의신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 이른바 중간생략등기형 명의신탁을 한 경우, 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계를 인정할 수도 없다. 따라서 명의수탁자가 명의신탁자의 재물을 보관하는 자라고 할 수 없으므로, 명의수탁자가 신탁받은 부동산을 임의로 처분하여도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄가 성립하지 아니한다’⁸⁾는 것이다.

7) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체 판결

8) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결



3. 명의신탁약정과 불법원인급여

부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 마친 명의신탁등기가 불법원인급여에 해당하는지가 문제된다. 부동산실명법 규정의 문언, 내용, 체계와 입법 목적 등을 종합하면, 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁약정에 따라 명의수탁자 명의로 등기를 하였다는 이유만으로 그것이 당연히 불법원인급여에 해당한다고 단정할 수는 없다. 이는 농지법에 따른 제한을 회피하고자 명의신탁을 한 경우에도 마찬가지로 보고 있다.⁹⁾ 그 이유는 명의신탁에 대하여 불법원인급여 규정을 적용한다면 재화 귀속에 관한 정의 관념에 반하는 불합리한 결과를 가져올 뿐만 아니라 판례의 태도나 부동산실명법 규정에도 합치되지 않는다. 뇌물제공 목적의 금전 교부 또는 성매매 관련 선불금 지급과 같이 불법원인급여에 해당하는 전형적인 사례에서는 급여자의 급여가 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 반하여 그 반환청구를 거부해야 한다는 데에 우리 사회 구성원 모두가 인식을 같이 하고 있다. 이러한 경우에는 법원이 그 반환청구를 받아들이지 않는 것이 관련 법규범의 목적에도 부합한다. 그러나 명의신탁자를 형사처벌하거나 명의신탁자에게 과징금을 부과하는 등 법률 규정에 따라 제재하는 것을 넘어, 부동산실명법에서 명의신탁을 금지하고 있다는 이유만으로 명의신탁자로부터 부동산에 관한 권리까지 박탈하는 것은 일반 국민의 법감정에 맞지 않는다. 민법 제746조 단서는 ‘불법원인이 수익자에게만 있는 때’에는 불법의 원인으로 급여한 재산이라 하더라도 급여자가 반환을 청구할 수 있다고 정하고 있다. 선량한 풍속 그 밖의 사회질서를 위반하는 법률행위에 관해 불법원인급여 규정이 적용되는 경우에도 수익자에게만 불법원인이 있다면, 수익자와 동일하게 급여자를 보호하지 않는 것은 법적 정의감에 반하기 때문이다. 나아가 수익자의 불법성이 급여자의 불법성보다 현저히 커서 급여자의 반환청구를 허용하지 않는 것이 오히려 공평과 신의칙에 반하는 경우에는 민법 제746조 본문의 적용을 배제함으로써 급여자의 반환청구를 허용하고 있다. 이는 불법원인급여 제도 자체에 내재하고 있는 모순을 극복하는 방향으로 민법 제746조를 해석·적용한 것이다. 부동산실명법을 위반하여 무효인 명의신탁등기가 불법원인급여인지를 판단하기 위해서는 부동산실명법의 규정과 그 규범 목적을 고려하여 판단해야 한다. 입법자는 신탁부동산의 소유권이

9) 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결

명의신탁자에게 귀속됨을 전제로 규정함으로써, 민법 제103조와 제746조의 관계를 부동산실명법 자체에서 명확하게 해결하고 있는 것이다. 이러한 입법 체계에 비추어 볼 때 부동산실명법에서 금지한 명의신탁에 관하여 반사회적인지 아닌지를 구분하여 불법원인급여의 적용을 달리 하려는 시도는 바람직하지 않다는 것이다.

III. 대상판결의 평가

1. 개설

대법원은 3자간 등기명의신탁(중간생략등기형 명의신탁)에서 명의수탁자가 부동산을 매도하거나 근저당권을 설정하는 등과 같이 처분하였을 경우, 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다는 기존 판례를 확인하면서 그대로 유지한 것이다. 명의신탁 재산을 수탁자가 처분한 경우 횡령죄 등 형사처벌의 대상이 되는지에 대하여 대법원은 전원합의체 판결을 통해서 횡령죄의 성립을 부정하는 판결을 내놓았다. 그 판결에 대해서도 소수의견은 횡령죄의 성립을 인정해야 한다는 입장을 보이고 있다. 그러한 판례변경에 따라서 명의신탁 재산을 처분하는 등의 방법으로 재산적 이익을 취한 명의수탁자가 부당이득을 반환해야 한다는 기존의 판례도 변경되는 것이 아닌지 귀추가 주목됐었는데 대법원이 기존의 판례를 그대로 유지한 것이다.

2. 부당이득의 요건과 관련하여

부당이득은 법률상 원인 없이 타인의 재산이나 노무로 인하여 얻은 이득을 말한다. 부당이득으로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 이를 반환할 의무가 있다(민법 제741조). 부당이득은 급부부당이득과 비급부부당이득이 있다. 급부부당이득은 법률행위나 계약을 원인으로 급부가 행해졌으나 그 법률행위 등이 무효, 소멸되는 경우 급부행위로 인해 발생한 이익을 말한다. 비급부부당이득은 수익자가 손실자의 급부에 의하지 아니하고 손실자의 희생으로 법률상 원인 없



이 얻은 재화의 증가를 말한다. 명의신탁 관련 부당이득은 급부부당이득에 해당한다. 급부부당이득에 대한 반환청구권이 성립하기 위해서는 수익자가 이득을 얻어야 하며, 수익자가 얻은 이득은 손실자의 급부로 인한 것이어야 하고, 수익자가 법률상 원인 없이 수익을 얻었어야 하며, 부당이득반환청구권의 배제사유가 없어야 한다. 부당이득반환청구권의 배제사유는 비채변제(기한 전의 변제, 도의관념에 적합한 변제, 타인의 채무변제를 포함), 불법원인급여 등이 여기에 해당한다. 위와 같은 부당이득의 요건과 관련해 살펴보면 명의수탁자의 임의적인 처분행위는 수탁자가 이득을 얻은 행위이고, 수탁자의 이득은 신탁자의 급부에 의한 것이며, 수탁자가 얻은 이익은 법률상 원인 없이 이루어진 것이고, 수탁자나 신탁자에게 부당이득반환청구의 배제사유가 존재하지 아니하므로 수탁자에게 부당이득반환의무를 인정하는 것이 타당하다.

3. 신탁자와 수탁자의 법률관계

부당이득반환청구권이 성립하기 위해서는 반대의견은 명의수탁자 명의의 소유권 이전등기도 무효라고 정하고 있고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 직접적인 법률관계가 없다는 점을 근거로 부당이득반환을 부정한다. 우선 신탁자와 수탁자 사이에 직접적인 법률관계가 없다는 주장은 타당하지 않다. 왜냐하면 신탁자와 수탁자 사이에는 명의신탁약정에 대한 합의가 존재하기 때문이다. 다만 그러한 합의가 무효이기 때문에 원래의 상태로 되돌려야 한다는 것이다. 양자간 명의신탁에서는 신탁자에게, 3자간 명의신탁(중간생략등기형 명의신탁)의 경우에는 매도인에게 소유권을 이전해야 한다. 그러므로 무효이기 때문에, 그리고 직접적인 법률관계가 없기 때문에 부당이득반환의 대상이 되는 것이다. 명의신탁이 유효여서 직접적인 법률관계가 있다면 곧바로 채무불이행에 의한 손해배상의 가능하고, 형사상으로도 횡령죄의 처벌이 가능하게 되는 것이다. 명의신탁이 무효라는 이유로 신탁자가 수탁자 또는 매도인을 상대로 소유권 회복을 위한 이전등기나 말소등기를 구할 수 없고, 종국적으로 신탁자에게 소유권이 귀속된다는 전제가 아닌 한 수탁자가 재산을 처분한 경우나 그렇지 않고 여전히 소유하고 있는 경우나 마찬가지로 취급해야 하는 것이다. 그렇지 않다면 수탁자가 소유권을 그대로 가지고 있는 경우에 비하여 명의신탁 재산을 처분한 수탁자를 더 두텁게 보호하는 모순이 발생하는 셈이다. 바꿔말하면 신탁재산을 처분한 비도덕적 행위가 보다 보호받는 모양새를 갖게 되는 것이다.



4. 명의신탁을 무효로 하는 법규정과 모순되는지의 여부

신탁자에게 부당이득반환청구를 명의신탁을 유효하게 보는 효과를 낳는다는 반대의견에도 동의하기 어렵다. 일단 부당이득반환청구는 법률관계가 유효하다는 것을 전제로 하는 것이 아니라 법률상 원인 없이 이익을 얻었느냐 여부의 판단에 따라서 반환청구를 인정하는 것이다. 앞서 말한 바와 같이 법률관계가 유효하다면 유효한 법률관계에 따라서 채무불이행이나 불법행위에 기한 손해배상 등 권리의무 관계가 성립될 것이므로 굳이 부당이득반환을 언급할 필요도 없게 된다. 부당이득의 반환청구를 허용하느냐의 문제는 명의신탁의 법률관계를 유효로 해석하는 경우에는 무의미한 논쟁이다. 명의신탁을 무효로 보기 때문에 그 이후의 법률관계를 어떻게 정리할 것이냐의 문제다. 명의신탁이 무효라고 해서 더 이상 법이 개입하지 않거나, 재판을 통해서 어떠한 권리도 주장할 수 없다는 논지는 민법에서 부당이득제도를 도입한 취지와 모순된다. 왜냐하면 부당이득 제도는 법률관계가 무효나 취소, 또는 불성립의 경우 당사자 사이의 후속하는 법률관계를 정리하는 데 필요하고, 공평의 관념상 어떻게 이해를 조정하는 것이 보다 합리적인가의 문제를 해결하기 위해서 필요한 제도다. 결국 명의신탁약정이 무효라고 해서 수탁자가 최종적으로 소유권을 취득하게 된다는 법리를 구성하지 않는 한 부당이득반환을 통해서 신탁자와 수탁자 사이의 이해를 조정하는 것은 불가피한 것이다.

5. 수탁자의 처분으로 실제로 손해를 입은 자가 누구인지

명의수탁자의 부동산 처분으로 손해를 입은 사람은 매도인이지만 명의신탁자가 아니므로 부당이득반환청구권은 매도인에게 인정되어야 한다는 소수의견은 논리모순이다. 우선 매도인은 매매대금을 모두 지급받았고, 소유권을 이전한 것이므로 법률적으로나 사실적으로 손해를 입은 바가 없다. 매도인은 이미 부동산을 처분하면서 대금을 지급받은 것이므로 더 이상 명의신탁 재산에 대하여 더 이상 이해관계를 갖지 않는다. 또한 자신이 수탁자에게 이전등기를 마친 다음에는 신탁자나 수탁자와의 사이에 법률관계가 남아 있지도 않다. 그럼에도 불구하고 매도인이 손해를 입었다는 것은 어떠한 유형의 손해인지 설명하기 어렵다. 만일 소수의견과 같이 매도인에게 부당이득을 인정한다면 1차로 매도인이 수탁자로부터 반환을 받고, 다시 신탁자에게 반환



해야 하는 법률구조가 형성된다. 더욱이 신탁자는 수탁자가 소유권 등을 그대로 유지하고 있는 경우에는 그 반환을 통해서 자신이 매도인에게 지급한 매매대금 등의 손해를 만회할 수 있다. 그런데 수탁자의 처분을 신탁자의 그러한 지위가 위험에 빠진 것이므로 손해를 입은 자가 매도인에게 실질적으로 매매대금을 지급한 신탁자임은 분명하다. 더욱이 소수의견은 지나치게 매도인을 손해를 입은자로 인위적인 해석을 하면서 법률관계를 복잡하게 만드는 우를 범한 것이다. 결국 부당이득의 취지에 따라 공평의 관념을 실현하기 위해서는 처음부터 신탁자에게 부당이득 반환 청구권을 인정하는 것이 훨씬 간명하다.

6. 부당이득의 제도적 취지와 관련하여

명의신탁자와 명의수탁자 사이에는 부당이득반환 관계를 직접적으로 인정할 법률상 원인 없는 급부나 비용지출, 배타적인 권리의 침해 등의 법률관계가 없는데도 공평·정의의 이념만으로 부당이득반환청구권을 인정하는 것은 부당이득반환의 법리에도 반한다는 소수의견의 견해도 동의하기 어렵다. 우선 부당이득의 법리는 공평과 정의관념을 반영해서 법리가 형성된 것이다. 또한 원인이 없기 때문에 법률관계가 형성되지 못하였고, 그래서 부당이득을 반환하는 권리를 인정해 주는 것이다.

수탁자는 자신에게 등기가 돼 있는 점을 이용하여, 더욱이 위 등기는 공신력이 인정되기 때문에 처분을 하더라도 제3자가 안전하게 소유권을 취득한다는 점을 이용해 제3자에게 매도 등의 처분행위를 하고 경제적 이익을 얻은 자이다. 명의신탁이 무효이기 때문에 법리상 부당이득반환청구가 불가능하다면 수탁자는 소유권을 유지하지 않고 이를 처분함으로써 확정적으로 자신의 이익을 취하도록 방치하게 된다. 수탁자가 신탁재산을 처분하고 확정적으로 이익을 얻는 것이야말로 공평의 관념과 정의관념에 반하는 것이며 그러한 처분행위를 부추기는 결과를 가져온다. 그러므로 명의신탁 부동산을 처분한 경우 신탁자가 처분행위를 한 수탁자에 대하여 부당이득반환청구권을 갖는 것이 부당이득 제도의 취지를 구현하는 것이다.



IV. 결 론

부동산실명제를 실현하기 위하여 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률이 1995년 7월 1일부터 시행되고 있다. 위 법은 주택이나 토지 등을 실제 소유자 이름으로만 등기를 하게 하는 법률이다. 이 제도는 부동산의 흐름을 한눈에 파악되도록 거래관계를 투명하게 하고 탈세를 막겠다는 취지로 만들었다. 제도의 실현을 위하여 다른 사람의 이름으로 등기를 하면 효력을 인정하지 않음은 물론, 형사처벌도 받게 되고, 과태료 처분도 받게 된다. 따라서 부동산실명법을 적용함에 있어서는 위 제도적 취지를 고려해서 적용하고 해석이 이루어져야 한다. 부동산실명법의 해석에 있어서 기본적인 구조는 명의신탁약정은 무효이고, 신탁재산을 제3자에게 처분하면 제3자가 확정적으로 소유권을 취득하게 된다. 수탁자가 자신에게 등기명의가 있는 점을 이용해 이를 처분한 경우 신탁자와의 법률관계는 형사문제와 민사문제가 발생하게 된다. 형사상으로는 자신에게 등기된 점을 기화로 처분하였기 때문에 보관자의 지위에서 횡령죄의 책임을 물어야 하는 것이 아닌지 논의가 됐다. 과거의 판례는 보관자의 지위를 인정해 횡령죄의 책임을 인정했었다. 그러다가 대법원이 전원합의체 판결을 통해서 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신탁관계를 인정할 수도 없다는 이유로 횡령죄의 성립을 부정하게 된 것이다. 그러나 신탁재산을 처분한 수탁자에게 횡령죄의 책임을 묻지 못한다고 하더라도 수탁자가 확정적으로 소유권을 취득하고, 또한 처분에 따른 민사상의 책임을 면하게 된다는 논리는 아니다. 위와 같은 논리가 성립하기 위해서는 명의신탁 재산에 대한 소유권이 수탁자에게 확정적으로 이전된다는 법리가 먼저 만들어져야 한다. 그렇기 때문에 명의신탁이 무효여서 수탁자는 신탁자에게 신탁재산을 반환해야 한다면 그에 대응하여 신탁재산을 처분한 경우 부당이득반환의무를 인정하는 것이 부당이득 제도의 취지와 법리구성의 간편성, 그리고 신탁재산을 그대로 가지고 있는 경우와의 형평성을 비교해 보더라도 바람직하다고 생각된다.



[참고문헌]

- 권오곤, 명의신탁, 민법주해 제V권 물권(2), 박영사, 1992.
- 권영준, 3자간 등기명의신탁과 부당이득, 법학63권 1호, 서울대법학연구소, 2022.
- 김종석, 3자간 등기명의신탁관계에서 부당이득반환관계, 사법 59호, 사법발전재단, 2022.
- 김 송, 3자간 등기명의신탁에서 수탁자의 신탁부동산 처분에 대한 수탁자의 부당이득반환의무, 법학연구 33권 1호, 충남대학교 법학연구소, 2022.
- 이상근, 부동산실명법 시행 후의 명의신탁 법리, 홍익법학 제22권, 홍익대학교, 2021.
- 이성진, 3자간 등기명의신탁과 부당이득반환청구권, 민사법의 이론과 실무 25권 1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2022.
- 이주원, 2021년 분야별 중요판례분석^⑩ 형법각칙<법률신문 4969호>, 법률신문사, 2022.

- ▶ 발표일시 : 2022. 04. 27.(수) 07 : 30
- ▶ 사 회 : 서규영 회원
- ▶ 참석회원 : 김재승, 김정범, 서규영, 서장원, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이재용, 정태용, 홍영호 변호사(총 13명)



부대체적 작위의무에 대한 간접강제결정과 집행문

Indirect Compulsory Performance about Unsubstitutive Obligation of Debtor by its Nature & Conditional Execution Clause

辯護士 장 재 형

Chang Jae Hyung

【사건의 표시】

대법원 2021. 6. 24. 선고 2016다268695 판결, 집행문부여에 대한 이의

논문요약

대상판결은 간접강제결정의 문언상 채권자가 특정 장부 또는 서류의 열람·등사를 요구할 경우에 한하여 채무자가 이를 허용할 의무를 부담하는 것이지 채권자의 요구가 없어도 먼저 채권자에게 특정 장부 또는 서류를 제공할 의무를 부담하는 것은 아니므로, 그러한 간접강제결정에서 명한 배상금 지급의무는 그 발생 여부나 시기 및 범위가 불확정적이라고 봄이 타당하다고 판시하면서 그 채무이행을 다투는 채무자의 집행문부여 이의의 소를 적법한 것으로 판단하였다.

그런데 판결이나 가처분결정 등 원래의 집행권원에는 채무자가 이행하여야 할 채무 또는 위반하여서는 안 되는 의무가 특정되어 있고, 그 의무가 부작위의무나 부대체적 작위의무의 경우 강제집행의 법리상 직접강제를 할 수 없어 배상금의 제재로써 심리적 강제를 통한 집행방법이 바로 간접강제이다.



간접강제결정은 비록 독립된 집행권원이나 그 집행문 발부에 다시 채권자가 채무자의 채무불이행이나 의무위반을 증명하여야 하는 ‘조건’으로 해석할 수 없다. 본래의 집행권원을 무시하고 다시 강제집행 단계에서 또다시 채무불이행을 주장, 증명하게 하는 것은 잘못이다. 따라서 단순집행문을 부여하여야 하고, 다만 재판장의 명령 전에 채무자의 심문 제도를 적극 활용하거나 채무자에게 이를 통보하여 다룰 기회를 주는 방식의 보완은 몰라도, 이를 채권자가 증명하여야 하는 조건으로 보는 것은 강제집행 단계에서의 체계이나 논리상 이해하기 어렵다. 채권자는 채무불이행의 내용과 위반일수나 횟수, 배상금의 금액도 주장할 필요가 없는 것이 원칙이다.

채무를 이행하였는데도 채권자가 부당하게 강제집행을 하려는 경우에는 채무자로서는 집행문의 부여 단계에서 항변하거나, 이행을 증명하여 강제집행의 정지나 청구이의의 소를 제기하여 막을 수 있다.

대사판결은 간접배상금의 전형적인 집행에 있어 채권자를 추가로 불리한 위치에 두는 것으로서 논리상은 물론 실무상으로도 곤란한 결론으로 판단된다.

〈주제어〉

강제집행, 간접강제, 부대체적 작위의무, 집행권원, 집행문, 조건성취 집행문, 집행문 부여, 집행문부여 이의

Compulsory Execution, Indirect Compulsory Performance, Unsubstitutive Obligation of Debtor by its Nature of Compulsory Performance, Executive Title, Execution Clause, Conditional Execution Clause, Grant of Execution Clause, Objection against Grant of Execution Clause



목 차

I. 사실관계와 판결의 요지

1. 사실관계
2. 판결의 요지

II. 하급심판결

III. 관련 대법원 판결

IV. 강제집행과 집행문

1. 강제집행 일반론
2. 집행문의 종류와 발부
3. 채무자의 구제

V. 간접강제결정과 집행문

1. 간접강제 일반론
2. 간접강제결정에 대한 집행문과 조건

VI. 평석

1. 대상판결의 분석
2. 대상판결의 비판
3. 결론



I. 사실관계와 판결의 요지

1. 사실관계

가. 가처분결정과 간접강제

피고(채권자)가 원고(채무자)를 상대로 회계장부 등 열람·등사 가처분신청을 하여, “원고는 이 결정 송달일로부터 공휴일을 제외한 30일 동안 피고에게 이 결정 별지 목록 제1 내지 제7항, 제9항 기재 장부 및 서류를 열람·등사하는 것을 허용하여야 한다. 원고가 위 명령에 위반하는 경우, 피고에게 각 위반행위 1일당 1,000,000원을 지급하라.”라는 내용의 가처분결정이 내려졌고, 피고는 원고가 이 사건 가처분결정을 위반하여 피고의 이 사건 장부 및 서류에 대한 열람·등사 요청을 거부하였다는 이유로 이 사건 가처분결정에 대한 집행문을 부여하였는데, 원고는 위 의무를 위반하지 않았다는 등의 이유로 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기한 사안.

나. 재판의 진행 경과

피고는 원고의 열람등사 거부를 이유로 집행문부여신청을 하여 단순집행문을 받았고, 위 30일이 지난 다음에도 여전히 원고의 위반상태가 계속된다고 주장하면서 집행채권을 11억 원으로 하여 원고의 제3채무자에 대한 채권에 압류 및 전부명령을 받았는데, 원고는 피고를 상대로 열람등사 허용의무를 위반하지 않았다는 등의 이유로 ‘집행문부여에 대한 이의의 소’를 제기하였고,¹⁾ 조건성취 집행문이 아니므로 집행문부여 이의의 소가 부적법성 하다는 피고의 본안전 항변을 배척하고, 본안에서는 이행기간 내에 일부 서류에 대한 원고의 의무위반을 인정하고 그 부분에 관한 원고의 청구를 배척하였는바, 이에 대한 쌍방의 항소와 상고는 결국 모두 기각되었다

1) 원고는 청구이의의 소도 제기하였으나, 집행문부여 요건인 조건의 성취 여부는 집행문 관련 불복 절차로 해야 하고, 이는 집행권원의 청구권에 관한 이의를 사유로 한 것이 아니라는 이유로 패소되었고 그 뒤 항소 취하로 확정.

(원심이 일부 서류에 관한 한 원고의 의무위반을 인정하면서도 30일 동안의 배상금을 초과하는 부분에 대하여 강제집행을 불허하는 취지의 원고 청구 부분은 그대로 인용하자 이에 피고가 상고하였으나 결국 받아들여지지 않았다).

이 사건에서 회계장부 등 열람등사와 같이 부대체적 작위채무의 이행을 명하는 가처분의 간접강제결정에 부여되는 집행문이 단순집행문인지 또는 조건성취 집행문인지가 논란되면서, 이 사건 집행문부여에 대한 이의의 소의 적법 여부가 문제되었다.

2. 판결의 요지

[1] 민사집행법 제45조, 제30조 제2항, 제31조에 의하면, 집행문부여에 대한 이의의 소는 판결을 집행하는 데에 조건이 붙어 있어 그 조건이 성취되었음을 채권자가 증명하여야 하는 때에 이를 증명하는 서류를 제출하여 집행문을 내어 준 경우와 판결에 표시된 채권자의 승계인을 위하여 내어 주거나, 판결에 표시된 채무자의 승계인에 대한 집행을 위하여 집행문을 내어 준 경우에, 채무자가 집행문부여에 관하여 증명된 사실에 의한 판결의 집행력을 다투거나 인정된 승계에 의한 판결의 집행력을 다투는 때에 제기할 수 있다.

[2] 채권자가 부대체적 작위채무에 대한 간접강제결정을 집행권원으로 하여 강제집행을 하기 위해서는 집행문을 받아야 한다.

부대체적 작위채무로서 장부 또는 서류의 열람·등사를 허용할 것을 명하는 집행권원에 대한 간접강제결정의 주문에서 채무자가 열람·등사 허용의무를 위반하는 경우 민사집행법 제261조 제1항의 배상금을 지급하도록 명하였다면, 그 문언상 채무자는 채권자가 특정 장부 또는 서류의 열람·등사를 요구할 경우에 한하여 이를 허용할 의무를 부담하는 것이지 채권자의 요구가 없어도 먼저 채권자에게 특정 장부 또는 서류를 제공할 의무를 부담하는 것은 아니다. 따라서 그러한 간접강제결정에서 명한 배상금 지급의무는 그 발생 여부나 시기 및 범위가 불확정적이라고 봄이 타당하므로, 그 간접강제결정은 이를 집행하는 데 민사집행법 제30조 제2항의 조건이 붙어 있다고 보아야 한다. 채권자가 그 조건이 성취되었음을 증명하기 위해서는 채무자에게



특정 장부 또는 서류의 열람·등사를 요구한 사실, 그 특정 장부 또는 서류가 본래의 집행권원에서 열람·등사의 허용을 명한 장부 또는 서류에 해당한다는 사실 등을 증명하여야 한다. 이 경우 집행문은 민사집행법 제32조 제1항에 따라 재판장의 명령에 의해 부여하되 강제집행을 할 수 있는 범위를 집행문에 기재하여야 한다.

[3], [4] 생략

II. 하급심판결

1. 제1심판결 : 광주지방법원 2015. 10. 15. 선고 2014가합61397 판결

- 1) 피신청인은 이 사건 가처분결정 송달일로부터 공휴일을 제외한 30일 동안 피신청인의 본점 및 영업소에서 신청인 또는 그 대리인에게 별지 목록 제1 내지 7, 9항 기재 장부 및 서류를 열람·등사(사진촬영 및 컴퓨터 파일의 형태로 보관하고 있는 경우에는 그 파일의 복사를 포함한다)하는 것을 허용하여야 한다.
- 2) 신청인은 제1항 기재 열람·등사를 함에 있어서 변호사, 공인회계사 기타 보조자를 동반할 수 있다.
- 3) 피신청인이 제1항 기재 명령에 위반하는 경우, 신청인에게 각 위반행위 1일당 1,000,000원을 지급하라.
- 4) 5)는 생략

2. 제2심판결 : 광주고등법원 2016. 10. 28. 선고 2015나15084 판결

30일 동안의 배상금을 초과하는 부분에 대하여만 강제집행을 불허하는 취지의 원고 청구 부분을 원심을 그대로 인용하여 쌍방 항소 기각



III. 관련 대법원 판결

1. 간접강제결정에 기한 강제집행과 집행문 : 대법원 2008. 12. 24.자2008마1608 결정 [채권압류 및 전부명령]

부대체적 작위채무의 이행을 명하는 가처분결정과 함께 그 의무위반에 대한 간접강제결정이 동시에 이루어진 경우에는 간접강제결정 자체가 독립된 집행권원이 되고 간접강제결정에 기초하여 배상금을 현실적으로 집행하는 절차는 간접강제절차와 독립된 별개의 금전채권에 기초한 집행절차이므로, 그 간접강제결정에 기한 강제집행을 반드시 가처분결정이 송달된 날로부터 2주 이내에 할 필요는 없다. 다만, 그 집행을 위해서는 당해 간접강제결정의 정본에 집행문을 받아야 한다.

2-1. 부작위채무에 대한 간접강제결정과 집행문 : 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다 92916 판결[청구이의]

채권자가 부작위채무에 대한 간접강제결정을 집행권원으로 하여 강제집행을 하기 위하여는 집행문을 받아야 하는데, 채무자의 부작위의무 위반은 부작위채무에 대한 간접강제결정의 집행을 위한 조건에 해당하므로 민사집행법 제30조 제2항에 의하여 채권자가 조건의 성취를 증명하여야 집행문을 받을 수 있다.

2-2. 부대체적 작위의무에 대한 간접강제결정과 집행문 : 대법원 2022. 2. 11. 선고 2020다229987 판결[집행문부여의 소]

부대체적 작위채무에 대한 간접강제결정의 경우, 그 주문의 형식과 내용에 비추어 간접강제 결정에서 명한 배상금 지급의무의 발생 여부나 발생 시기 및 범위를 확정할 수 있다면 간접강제 결정을 집행하기 위한 조건이 붙어 있다고 볼 수 없으므로, 민사집행법 제30조 제2항에 따른 조



건의 성취를 증명할 필요 없이 집행문을 부여받을 수 있다. 반면 그러한 간접강제결정에서 명한 배상금 지급의무의 발생 여부나 시기 및 범위가 불확정적인 것이라면 간접강제결정을 집행하는 데에 민사집행법 제30조 제2항의 조건이 붙어 있다고 보아야 하므로, 민사집행법 제30조 제2항에 따라 그 조건이 성취되었음을 증명하여야 집행문을 부여받을 수 있다.

3-1. 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기하는 경우 : 대법원 2016. 8. 18. 선고 2014다 225038 판결[제3자의의]

집행문부여에 대한 이의의 소는 판결을 집행하는 데에 조건이 붙어 있어 그 조건이 성취되었음을 채권자가 증명하여야 하는 때에 이를 증명하는 서류를 제출하여 집행문을 내어 준 경우(민사집행법 제30조 제2항)와 판결에 표시된 채권자의 승계인을 위하여 내어 주거나 판결에 표시된 채무자의 승계인에 대한 집행을 위하여 집행문을 내어 준 경우(같은 법 제31조 제1항)에, 채무자가 집행문부여에 관하여 증명된 사실에 의한 판결의 집행력을 다투거나 인정된 승계에 의한 판결의 집행력을 다투는 때에 제기할 수 있다(같은 법 제45조).

3-2. 집행문부여의 소에서의 청구이의의 소의 이의사유 주장 불가 : 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다93087 판결[승계인에 대한 집행문부여]

민사집행법 제33조에 규정된 집행문부여의 소는 채권자가 집행문을 부여받기 위하여 증명서로써 증명하여야 할 사항에 대하여 그 증명을 할 수 없는 경우에 증명방법의 제한을 받지 않고 그러한 사유에 터 잡은 집행력이 현존하고 있다는 점을 주장·증명하여 판결로써 집행문을 부여받기 위한 소이고, 민사집행법 제44조에 규정된 청구이의의 소는 채무자가 집행권원에 표시되어 있는 청구권에 관하여 생긴 이의를 내세워 집행권원이 가지는 집행력을 배제하는 소이다. 위와 같이 민사집행법이 집행문부여의 소와 청구이의의 소를 각각 인정한 취지에 비추어 보면 집행문부여의 소의 심리 대상은 조건 성취 또는 승계 사실을 비롯하여 집행문부여 요건에 한하는 것으로 보아야 한다. 따라서 채무자가 민사집행법 제44조에 규정된 청구에 관한 이의의 소의 이의사유를 집행문부여의 소에서 주장하는 것은 허용되지 아니한다.



3-3. 청구이의의 소에서 집행문부여 이의사유 주장 불가 : 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다92916 판결[청구이의]

집행문부여 요건인 조건의 성취 여부는 집행문부여와 관련된 집행문부여의 소 또는 집행문부여에 대한 이의의 소에서 주장·심리되어야 할 사항이지, 집행권원에 표시되어있는 청구권에 관하여 생긴 이의를 내세워 집행권원이 가지는 집행력의 배제를 구하는 청구이의의 소에서 심리되어야 할 사항은 아니다. 따라서 부작위채무에 대한 간접강제결정의 집행력 배제를 구하는 청구이의의 소에서 채무자에게 부작위의무 위반이 없었다는 주장을 청구이의사유로 내세울 수 없다.

IV. 강제집행과 집행문

1. 강제집행 일반론

가. 집행권원과 집행문

- 1) 강제집행의 요건으로서 집행권원이 존재하여야 하는데, 실무상 집행권원의 대표적인 것으로는 확정판결, 가집행선고부 판결, 확정 지급명령, 집행증서, 화해조서와 조정조서, 가압류·가처분명령 등이 있는데, 강제집행의 경우 위와 같은 집행권원의 존재가 선결적으로 필수이다.
- 2) 집행문이란 집행권원에 집행력이 현존하는 사실과 집행력이 미치는 주관적, 객관적 범위를 공증하기 위해 집행문부여 기관이 집행권원의 정본의 끝에 덧붙여 적는 공증문언을 말한다. 집행문이 붙은 집행권원의 정본을 집행력 있는 정본(집행정본)이라 한다. 집행문이 없는 상태에서 행해진 강제집행은 절대 무효라는 것이 현재 판례의 입장이다(대법원 1978. 6. 27. 선고 78다4467 판결).
- 3) 강제집행의 경우 집행권원에는 원칙적으로 집행문이 필요한데, 예외로 가압류·가처분명령, 지급명령, 이행권고결정, 배상명령, 의사의 진술을 명하는 판결 등은 집행문이 필요 없다.



그러나 이때에도 집행에 조건이 붙여진 경우나, 당사자의 승계가 이루어진 경우에는 집행문이 필요하다.

나. 집행문부여와 강제집행 개시요건

1) 집행문부여와 요건 조사

집행문은 집행채권자가 서면 또는 말로 신청하면 집행문부여 기관은 일반적으로 집행권원이 유효하게 존재하고, 집행력이 현존하는지(판결의 확정이나, 가집행선고의 유무나 취소, 무효), 집행권원의 내용이 집행에 적합한지를 조사한다. 사망자를 상대로 한 판결이나 무권대리인에 의해 작성된 집행증서는 당연히무효이므로 집행력이 없어 집행문을 부여할 수 없다(대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다93087 판결).

2) 강제집행 개시요건

집행문부여 요건과, 집행기관이 현실로 집행을 개시함에 있어서 그 존재나 부존재가 필요한 집행 개시요건과는 구별하여야 한다. 집행개시를 위해 조사하여야 할 적극적인 요건으로는 집행권원의 송달이나(그 하자는 무효), 집행문 및 증명서의 송달의 일반적 요건과, 이행기의 도래, 담보제공 증명서의 제출과 등본의 송달, 반대의무의 이행(제공), 대상청구에서 본래의 청구권의 집행불능 등이 있다. 소극적 요건으로는 집행 장애사유의 부존재(회생, 개인회생과 파산 등 도산절차의 개시), 집행정지 또는 취소의 서면 제출, 집행채권 자체의 압류, 가압류 등이 있다.

2. 집행문의 종류와 발부

가. 단순집행문의 발부

집행채권자가 집행문을 신청하여 집행문부여 기관이 조사한 결과 집행권원이 유효하게 존재하고, 집행력이 현존하며(판결의 확정이나, 가집행선고의 유무나 취소, 무효), 집행권원의 내용



이 집행에 적합하고 달리 조건 등 특별한 사정이 없으면 집행문을 발부한다. 일반적으로 이를 단순집행문이라 한다.

나. 조건성취 집행문과 승계집행문

집행권원의 집행에 조건이 걸려 있는 경우 즉, 집행권원에서 조건이 성취되었을 때에 내어 주는 집행문이다. 여기서 ‘조건’이란 민법상의 개념보다는 넓은 것으로서 불확정 기한, 채권자의 최고, 선택권의 행사, 그 밖의 즉시의 집행을 저지할 수 있는 모든 사실을 포함한다. 이러한 의미의 조건에는 정지조건의 성취, 불확정 기한의 이행판결에서 그 기한의 도래, 선이행 판결에서 반대의무의 이행 등이 이루어졌음을 말하는데, 이의 증명책임 있는 채권자가 증명한 경우에 내어 주는 집행문이다(법 제30조 제2항), 집행문부여 기관은 그 조건이 성취되었는지를 조사하여야 한다. 이론상 이러한 집행문을 조건성취 집행문 또는 보충집행문이라 한다.

그러나 담보의 제공, 확정기한의 도래, 동시이행 관계의 반대의무 등은 집행개시의 요건으로 집행기관의 소관이지 집행문부여 기관이 관할할 사항인 조건성취집행문의 요건이 아니다(법 제40조, 제41조). 예외로 의사표시가 반대의무와 동시이행 관계가 있는 때에는 반대의무의 이행이 집행문부여의 요건이 된다.

한편 승계가 있거나 집행권원의 효력이 확장되는 경우 등 집행당사자 적격에 따라 발부하는 승계집행문이 있는데, 승계사실의 증명책임은 승계를 주장하는 채권자가 진다(대법원 2016. 6. 28. 선고 2015다52190 판결). 승계가 법원에 명백한 사실이거나 승계사실을 증명서로 증명한 때에 한하여 내어 주는 집행문이다(제31조 제2항). 승계는 포괄승계이든 특정승계이든 가리지 않고 대위변제자도 이에 해당하고, 기판력의 범위와 일치하므로 기판력의 승계인에 해당하면 그 대상이 된다. 명의전환집행문이다.

그 외 집행문을 다시, 또는 여러 통 내어 주는 경우도 있다(민사집행법법 제35조, 제38조).

다. 실권약관과 증명책임의 문제

이른바 실권약관(과태약관)이 붙어 있는 경우, 예컨대 할부금의 지급을 2회 게을리하면 기한의 이익을 상실하고 나머지 채무를 즉시 지급한다거나, 임차인이 임대료를 2회 체납하면 임대



목적물을 즉시 임대인에게 명도한다는 내용의 조항이 기재된 경우, 채무자가 채무를 변제하여 연체가 없다는 사실을 증명하여야 하고 채권자가 채무자의 채무불이행을 증명할 책임은 없으므로 조건성취집행문이 아니라 단순집행문이 된다는 것이 통설의 입장이다. 이에 대한 채무자의 구제는 민사집행법 제49조 제4호에 의하여 집행정지를 구하거나 청구이의의 소를 제기하여 집행을 막을 것이다.

이에 대하여 채무불이행은 그러하나 계약해지 등 사실은 채권자가 증명하여야 한다거나, 아니면 채무불이행의 증명책임의 원칙에 돌아가 채권자가 이를 증명하여야 한다, 즉, 단순집행문이 아니라 집행을 조건이 되어 그 성취를 따져야 하는 조건성취 집행문이라는 주장도 있다.

라. 집행문의 발부 절차

집행문의 부여기관은 판결의 경우 법원사무관이고, 집행증서의 경우에는 공증인 등이다. 그런데 단순집행문이 아니고 특별한 집행문의 경우, 즉, 위의 조건성취 집행문, 승계집행문, 재도(再度)나 수 통(數桶)의 집행문의 경우 재판장이나 사법보좌관의 명령에 따라 발부하게 된다(법 제32조 제1항, 제35조 제1항, 사법보좌관규칙 제2조 제1항 제4호).

3. 채무자의 구제

가. 집행문부여 이의의 소

집행문부여에 대한 이의의 소는 채무자가 집행문부여 시에 증명된 조건의 성취 또는 당사자의 승계라는 사유를 다투어 집행문부여의 위법을 주장함으로써 강제집행을 막기 위한 소로(법 제43조), 채권자의 집행문부여의 소에 대응하는 것이다. 그 이의사유로는 조건의 불성취와 당사자에 관한 승계의 부존재로서(대법원 2016. 8. 18. 선고 2014다225038 판결), 부여 요건의 모든 하자에 대해 다룰 수 있는 이의신청과 구별된다(법 제45조 단서).

위 하자와 동시에 집행문부여에 관한 다른 형식적 요건의 흠도 아울러 주장할 수 있다는 것이 통설이나, 판례는 이를 부정하고 있고(대법원 2016. 8. 18. 선고 225038 판결), 청구이의의 이의사유는 주장할 수 없는 것으로 해석된다(집행문부여의 소에 관한 대법원 2012. 4. 13. 선고



2011다93087 판결 유추).

해제조건의 성취는 집행문부여 이의의 소가 아니라 청구이의의 소에 의해야 한다. 즉, 채권자가 해제조건 불성취를 증명하지 않아도 되고, 오히려 채무자가 해제조건의 성취를 들어 청구이의의 소로 주장할 사유이다.

나. 청구이의의 소

채무자가 집행권원의 내용인 사법상의 청구권이 현재의 실체상태와 일치하지 않는 것을 주장하여 그 집행권원이 가지는 집행력의 배제를 구하는 소가 청구에 관한 이의의 소이다(법 제44조, 제57조, 제58조 제3항, 제59조 제3항). 그 이의이유는 집행권원에 표시된 청구권의 전부 또는 일부를 소멸하게 하거나, 영구적 또는 일시적으로 그 효력을 잃게 하는 사유로서, 대부분 이행소송에서의 항변인 청구권의 멸각, 저지 사유나 발생 장애 사유이다. 집행증서와 같이 기판력이 없는 경우에는 청구권의 불성립이나 무효도 이의이유가 된다. 그러나 집행권원에 표시된 청구권과 집행권원은 구별하여야 한다. 따라서 집행권원에 관한 형식상 이의, 즉, 집행권원의 성립절차의 불비, 집행권원의 부존재·무효 또는 집행권원의 내용의 불명확 등은 청구이의의 소로써 주장할 수 없다. 다만 집행증서가 무효인 경우에는 집행문부여 이의와 청구이의의 소가 모두 허용된다(대법원 1989. 12. 12. 선고 87다카3125 판결, 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다52489 판결, 대법원 1998. 8. 31.자 98마1535, 1536 결정).

또한 청구이의의 소는 유효한 집행권원의 존재를 전제로 하므로 집행권원 자체를 다투거나 그 폐기를 위해 소를 제기하는 것은 안 된다.

청구이의의 소에서 집행문부여 이의사유 즉, 조건 성취나 승계의 유무는 주장할 수 없다는 것이 소권경합설에 기한 대법원판례의 입장이다(대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다92916 판결).

다. 간접강제결정의 집행문부여에 관한 불복의 방법

간접강제결정의 집행문의 발부에서 채무자의 의무위반이나 채무불이행을 집행을 조건으로 해석하면 그 조건 불성취를 이유로 불복하려면 집행문부여 이의의 소로써 불복하여야 하나, 반



대로 이를 조건으로 보지 않으면 위 하자는 집행권원인 간접강제결정의 집행력에 관한 하자를 이유로 그 실효를 주장하는 청구이의의 소로써 다투어야 한다.

라. 판결(또는 가처분결정)과 동시에 간접강제결정을 인용하는 경우 불복 방법

참고로 집행권원인 간접강제결정 자체에 대한 불복은 민사집행법상 원칙적으로 즉시항고가 가능하나(법 제261조 제2항), 위 결정이 본안판결이나 가처분결정과 동시에 내려지는 경우에는 논란이 있다.

먼저 가처분의 경우 간접강제결정에 대한 불복은, 견해의 대립이 있으나 다수설과 판례는 가처분의 불복 수단인 이의신청은 불가하고 원래의 집행법상의 즉시항고로 다룰 수 있다는 입장으로, 이에 의하면 민사소송법상의 즉시항고와는 달리 10일 이내에 항고이유서 제출이 강제되고, 집행정지의 효력이 없다.

판결의 경우 다른 견해도 있으나 가처분결정의 경우와는 달리 집행법상의 즉시항고로는 불가하고 재판의 형식에 따라 상소에 의하여야 한다는 것이 현재 판례의 입장이다(대법원 93다 40614, 40621 판결), 이에 따라 상소가 된 경우 본안에 대한 부분과 간접강제 부분에 대한 부분이 뒤섞여 있고, 특히 가집행선고부 판결의 경우 실무상 상소의 경우 거의 받아 주는 집행정지 결정의 경우 간접강제부분도 확정되지 않는 것으로 해석할 여지가 있어 법률심인 상고심까지 감안하면 자칫 상소심의 결과 시까지 간접강제의 집행이 지연되는 문제가 발생할 수 있다.

V. 간접강제결정과 집행문

1. 간접강제 일반론

가. 간접강제의 의의와 규정

채무의 성질이 간접강제를 할 수 있는 경우 집행법원이 채무불이행에 대한 금전적 제재를 고지함으로써 채무자로 하여금 그 제재를 면하기 위해 채무를 스스로 이행하도록 하는 집행방법



이다(민사집행법 제261조). 즉, 간접강제는 부작위의무나 부대체적 작위의무의 경우 직접강제를 할 수 없어 배상금의 제재로써 심리적 강제를 통한 집행방법이다.

간접강제의 보충성의 확장에 관한 논의도 있으나, 통설에 의하면 민사집행법은 채무의 종류에 따라 배타적, 병렬적 분류하여 강제집행의 방법을 정한 것으로 본다. 즉, 비금전채무 중 주는 채무는 직접 강제가 원칙이고, 하는 채무 중 작위채무의 경우 대체적 작위의무는 대체집행, 부대체적 작위의무는 간접강제로, 부작위채무의 경우에는 위반상태의 제거는 대체집행, 부작위채무 자체는 간접강제, 의사표시는 특별절차에 의한다고 한다.

나. 부작위채무와 부대체적 작위의무의 간접강제

하급심판결 등에 나타난 실무상 사례를 보면 부작위채무로는 물건 등 재산권, 인격권, 지적재산권에 따른 금지청구, 상법상 영업양도이나 부정경쟁행위로서 경업금지청구, 환경침해나 시설관리권에 따른 금지청구, 단체적 법률관계에 따른 업무집행금지청구, 예외적으로 일반 불법행위에 대한 금지청구까지 있다. 한편 부대체적 작위의무의 예로서는 회사의 장부 열람 및 등사의 무, 정정보도 및 반론보도청구, 절차이행의무, 명의(권한)변경의무, 정보제공의무, 어음발행의무 등이 있다.

2. 간접강제결정에 대한 집행문과 조건

간접강제결정은 독립된 집행권원이므로 그 집행에 있어서는 반드시 집행문이 필요하다(대법원 2008. 12. 24.자 2008마1608 결정).²⁾ 간접강제의 이러한 예고결정은 뒤이은 간접강제 배상금에 관한 금전집행절차와는 별개이다.

2) 종래 실무에서 판결이나 가처분결정에서 간접강제를 동시에 결정하는 경우 이러한 간접강제결정 자체에 대한 집행문의 존재를 하급심에서 확실히 인지하고 있는지도 의문이고, 판결의 경우 확정되거나 가집행 선고가 있어야 집행권원으로서 집행력을 갖게 되고 집행문의 부여가 가능한데, 부작위채무나 부대체적 작위의무를 명한 부분에 가집행을 선고할 수 있는지도 의문이 있을 수 있으나, 하급심판결에서는 이를 의식하지 않는 경우가 허다하고, 또한 그 집행문부여 시 채무자의 심문이 반드시 수반되는 것은 아니므로 별도 집행 시보다 채무자에게 일응 불리하다.



그런데 이러한 간접강제결정에 대한 집행문이 조건성취 집행문인가, 단순집행문인가에 대해서 논란의 여지가 많다. 종래 다수설과 판례는 부작위채무의 경우는 채무자의 의무 위반사실을 채권자가 증명하여야 하는 조건이나, 부대체적 작위의무의 경우는 이를 부정하고 채무자가 채무 이행 사실을 항변하여야 하므로 단순집행문이라는 입장이다.

가. 부작위채무의 경우

종래 다수설과 판례는 부작위채무에 대한 간접강제결정에 따른 집행문의 경우 채무자의 의무 위반이 있어야 집행문부여를 신청할 수 있으므로 이는 조건에 해당하여 채권자가 이를 주장, 증명하여야 하는 것이므로 단순집행문이 아니라 조건성취 집행문으로 보아야 한다고 주장한다.

즉, 판례는 채권자가 부작위채무에 대한 간접강제결정을 집행권원으로 하여 강제집행을 하기 위하여는 집행문을 받아야 하는데, 채무자의 부작위의무 위반은 부작위채무에 대한 간접강제결정의 집행을 위한 조건에 해당하므로 민사집행법 제30조 제2항에 의하여 채권자가 조건의 성취를 증명하여야 집행문을 받을 수 있다. 그리고 집행문부여 요건인 조건의 성취 여부는 집행문부여와 관련된 집행문부여의 소 또는 집행문부여에 대한 이의의 소에서 주장·심리되어야 할 사항이지, 집행권원에 표시되어 있는 청구권에 관하여 생긴 이의를 내세워 집행권원이 가지는 집행력의 배제를 구하는 청구이의의 소에서 심리되어야 할 사항은 아니므로 부작위채무에 대한 간접강제결정의 집행력 배제를 구하는 청구이의의 소에서 채무자에게 부작위의무 위반이 없었다는 주장을 청구이의사유로 내세울 수 없다는 입장이다[대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다 92916 판결(청구이의)].

반대로 이를 조건성취 집행문이 아닌 단순집행문으로 보게 되면 청구이의의 소로써 다룰 수 있는 것이다.

나. 대체적 작위의무의 경우

종래 다수설과 판례는 부작위채무의 경우와는 달리 부대체적 작위의무의 경우에는 채권자가 채무자의 채무불이행을 증명할 수 없는 것이므로, 이 경우에는 조건이 없어 단순집행문을 발부

한다는 입장이다. 일본의 통설과 판례의 입장이기도 하다.

이에 대해 간접강제결정문의 형식적인 주문례와 채무불이행의 일반론에 입각하여 부작위채무의 경우에까지도 채무자의 채무불이행을 채권자가 주장, 증명하여야 하는 조건으로 보고 조건성취 집행문으로 주장하는 견해도 있다.

대상판결은 이에 대해 「부대체적 작위채무로서 장부 또는 서류의 열람·등사를 허용할 것을 명하는 집행권원에 대한 간접강제결정의 주문에서 채무자가 열람·등사 허용의무를 위반하는 경우 민사집행법 제261조 제1항의 배상금을 지급하도록 명하였다면, 그 문언상 채무자는 채권자가 특정 장부 또는 서류의 열람·등사를 요구할 경우에 한하여 이를 허용할 의무를 부담하는 것이지 채권자의 요구가 없어도 먼저 채권자에게 특정 장부 또는 서류를 제공할 의무를 부담하는 것은 아니다. 따라서 그러한 간접강제결정에서 명한 배상금 지급의무는 그 발생 여부나 시기 및 범위가 불확정적이라고 봄이 타당하므로, 그 간접강제결정은 이를 집행하는 데 민사집행법 제30조 제2항의 조건이 붙어 있다고 보아야 한다. 채권자가 그 조건이 성취되었음을 증명하기 위해서는 채무자에게 특정 장부 또는 서류의 열람·등사를 요구한 사실, 그 특정 장부 또는 서류가 본래의 집행권원에서 열람·등사의 허용을 명한 장부 또는 서류에 해당한다는 사실 등을 증명하여야 한다. 이 경우 집행문은 민사집행법 제32조 제1항에 따라 재판장의 명령에 의해 부여하되 강제집행을 할 수 있는 범위를 집행문에 기재하여야 한다.」고 판시하였다.

그 뒤 이에 따르는 판결로서 대법원 2022. 2. 11. 선고 2020다229987 판결[집행문부여의 소]이 있는 바, 부대체적 작위채무에 대한 간접강제결정의 경우 조건 해당 여부를 일률적으로 단정하지 않고 경우를 나누어, 「그 주문의 형식과 내용에 비추어 간접강제결정에서 명한 배상금 지급의무의 발생 여부나 발생 시기 및 범위를 확정할 수 있다면 간접강제결정을 집행하기 위한 조건이 붙어 있다고 볼 수 없으므로, 민사집행법 제30조 제2항에 따른 조건의 성취를 증명할 필요 없이 집행문을 부여받을 수 있다. 반면 그러한 간접강제결정에서 명한 배상금 지급의무의 발생 여부나 시기 및 범위가 불확정적인 것이라면 간접강제결정을 집행하는 데에 민사집행법 제30조 제2항의 조건이 붙어 있다고 보아야 하므로, 민사집행법 제30조 제2항에 따라 그 조건이 성취되었음을 증명하여야 집행문을 부여받을 수 있다.」고 판시하여 한걸음 더 진보하였다.

이에 적극 찬성하여 「대상판결이 모든 부대체적 작위채무위반에 대비한 간접강제결정의 집행에 관하여 작위채무의 불이행이 ‘조건’에 해당한다고 판단한 것은 아니다. 회계장부 열람·등



사허용 의무와 유사한 성격을 갖는 부대체적 작위채무(단체교섭응낙의무, 근로제공수령의무 등) 위반에 대비한 간접강제결정의 집행에 한정된다. 그 구별은 간접강제결정으로 명한 의무의 내용 등 주문에서 정한 사항을 바탕으로 결정해야 한다. 부대체적 작위채무라도 채무자가 채권자의 요구나 협력이 없이 독자적으로 채무를 이행할 수 있는 경우에는 여전히 ‘단순집행문’이 부여될 것이다(컴퓨터에 설정한 비밀번호의 해제 의무에 관한 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012다26398 판결은 채무자가 작위의무를 이행한 경우 ‘청구이익의 소’를 통해서 집행력의 배제를 구해야 한다.」고 하였다는 견해도 있다.

VI. 평 석

1. 대상판결의 분석

대상판결의 사안은 간접배상금의 집행에 대한 다툼으로 간접강제결정의 이행기간과 그 기간 경과 후의 채무불이행에 관한 해석을 내용으로 하나, 채무자가 불복한 형태가 청구이익의 소가 아니라 집행문부여 이익의 소이어서 과연 부대체적 작위의무에 대한 간접강제결정에 관한 집행문에 있어서 채무자의 채무불이행을 조건으로 하는 것인가 아니면 단순집행문인가 하는 점이 법적 쟁점이 되었던 것이다.

대상판결은 이에 대해 채권자의 신청이나 행위가 필요한 경우로 보고 이를 채권자가 증명하여야 하는 조건으로 해석하여 조건 성취에 관한 다툼인 집행문부여 이익의 소인 이 사건 소가 적법하다고 판시한 것이다.

종래 부작위채무에 대한 간접강제결정의 집행문은 채무자의 의무 위반을 채권자가 증명하여야 한다고 판시한 판결이 있었으나, 부대체적 작위의무에 관한 판결은 없었는데, 대상판결이 이에 관한 최초의 판결이 되었다. 그러나 대상판결은 간접강제결정의 문언상 채권자가 특정 장부 또는 서류의 열람·등사를 요구할 경우에 한하여 채무자가 이를 허용할 의무를 부담하는 것이지 채권자의 요구가 없어도 먼저 채권자에게 특정 장부 또는 서류를 제공할 의무를 부담하는 것은 아니므로, 그러한 간접강제결정에서 명한 배상금 지급의무는 그 발생 여부나 시기 및 범위가 불

확정적이라고 봄이 타당하다고 판시함으로써 마치 채권자의 채무불이행 증명으로서 일반적인 것으로 판단한 뉘앙스를 보였다. 그 뒤를 이어 대법원 2022. 2. 11. 선고 2020다229987 판결에서도 간접강제결정의 주문의 형식과 내용에 비추어 간접강제결정에서 명한 배상금 지급의무의 발생 여부나 발생 시기 및 범위를 확정할 수 있는지를 그 판단 기준을 제시하면서, 단체교섭 창구단일화 협력의무의 경우 이를 조건으로 인정하였다.

2. 대상판결의 비판

간접강제결정은 독립된 집행권원이라 하지만 애오라지 강제집행방법의 하나이다.

강제집행이란, 집행권원이 있는데도 채무자가 이를 이행하지 않는 경우 채권자의 신청에 의해 국가권력에 의한 집행을 구하는 절차로서 이는 성립된 집행권원의 실현 절차이다. 집행권원이란, 즉 확정판결, 가집행선고부 판결, 확정된 지급명령, 집행증서, 화해조서나 조정조서 등은 모두 채권자의 청구에 의해 이루어지는 권리의 확정이다. 그런데 그 집행권원이 확정되었는데도 채무자가 임의로 이를 이행하지 않아 끝내 강제 집행까지하는 마당에 직접강제이든 간접강제이든 다시금 채권자에게 채무자의 채무불이행을 증명하게 하는 것은 곤란하다. 실권약관(과태약관)의 경우 이렇게 해석하는 것이 다수의 견해이다. 간접집행결정의 집행문으로써 간접배상금의 집행에 따른 금전집행절차는 이와는 별개로서 혼동하여서는 안된다.

조건집행문에서의 조건이 민법상의 엄격한 ‘조건’이 아니고 넓은 의미에서의 조건으로 해석하더라도 이는 정지조건이나 불확정기한, 선이행 등의 경우와 같은 별개의 채권자의 의무가 있는 경우를 의미하는 것으로 국한하여 해석하여야 하지 일반적인 채무불이행의 경우 채권자에게 다시금 채무자의 불이행을 증명하게 하는 악순환의 고리가 되어서는 안된다. 담보 제공의 경우는 집행문부여의 조건도 아니고 강제집행개시에서의 요건인 점과 비교할 필요도 있다. 채무자는 이미 이행 명령을 받은 상태이므로 강제집행을 피하기 위해서는 채무를 이행하면 되고, 채무를 이행하였는데도 채권자가 부당하게 강제집행을 하려는 경우에는 집행문의 부여 단계에서 항변하거나, 이행을 증명하여(법 제49조 제4호)³⁾ 강제집행의 정지나 청구이의의 소를 제기하여 막을

3) 4. 집행할 판결이 있는 뒤에 채권자가 변제를 받았거나, 의무이행을 미루도록 승낙한 취지를 적은 증서



수 있다.

이러한 결론은 집행권원의 채무가 부대체적 작위의무인 경우는 당연하고, 이를 다시 채권자의 행위가 있어야 채무자가 이행하는 것으로 경우를 따로 나누어서 조건으로 해석하는 것도 잘못이다. 판결이나 가처분결정 등 본래의 집행권원에는 채무자가 이행하여야 할 채무 또는 위반하여서는 안 되는 의무가 특정되어 있고, 간접강제결정은 그 채무불이행이나 의무 위반에 대하여 이를 강제하는 강제집행의 절차이고, 간접강제는 부작위의무나 부대체적 작위의무의 경우 직접강제를 할 수 없어 배상금의 제재로써 심리적 강제를 통한 집행방법인 것이다.

나아가 부작위채무의 경우에도 원래의 집행권원에 부작위채무의 내용이 명시되어 있으므로, 채무자가 이를 어겨 이에 따른 간접강제의 방법으로 강제집행을 하려는 단계에서 다시금 채권자에게 채무자의 의무 위반사실을 증명하게 하는 ‘조건’으로 해석하는 종래의 다수설과 판례의 견해도 반대이다.

채권자는 이미 성립한 권리의 확정을 독립된 집행권원인 간접강제결정에 기하여 집행 신청을 하면 족하고 그 내용 - 지급의무발생 사실, 그 시기, 배상금의 범위도 주장할 필요가 없는 것인데, 집행권원에 따른 채무를 이행하지 않거나 위반한 채무자의 채무불이행을 구체적으로 다시 채권자에게 증명하게 하는 것은 받아들일 수 없다. 단순집행문을 부여함에 있어 정책적으로 채권자에게 채무불이행의 내용과 위반일수나 횟수, 배상금의 금액을 주장하게 하고 재판장의 명령 전에 채무자의 심문 제도를 적극 활용하거나 채무자에게 이를 통보하여 다룰 기회를 주는 방식의 보완은 몰라도, 이를 채권자가 증명하여야 하는 조건으로 보는 것은 강제집행 단계에서의 체계나 논리상 이해하기 어렵다.

3. 결론

이상과 같은 강제집행법상의 체계나 간접강제의 취지에 비추어 논리상 대상판결의 견해에 찬성할 수 없다.



[참고문헌]

1. 단행본

- 이시윤, 『신민사집행법』(제8개정판), 박영사, 2020.
 편집대표 민일영, 주석 민사집행법(Ⅱ), (VI)한국사법행정학회, 2018.
 민사집행법연구 제7권, 한국사법행정학회, 2011.
 민사집행법연구 제17권, 한국사법행정학회, 2022.
 이시윤, 『신민사소송법』(제14판), 박영사, 2021.
 지원림, 『민법강의』(제18판), 홍문사, 2021.
 김준호, 민법강의』(제27판), 법문사, 2021.

2. 논 문

- 오홍록, 「간접강제에 대한 몇 가지 검토 - 집행문부여 절차, 청구이익의 소를 중심으로」, 민사 판례연구 37권, 박영사, 2015.
 이민령, 「가처분과 동시에 이루어진 간접강제의 법적 성격과 불복방법」, 사법 47호, 사법발전 재단, 2019.
 이민령, 「간접강제결정의 집행문부여절차에서 작위·부작위의무 위반사실의 집행문부여 조건 해당여부」, 민사집행법연구 : 한국민사집행법학회지 제17권, 한국사법행정학회, 2021.
 민동근, 「부대체적 작위의무와 간접강제결정에 관한 약간의 문제」, 재판자료 제141집: 민사집행법 실무연구(V), 법원도서관, 2021.
 양진수, 「부대체적 작위의무에 관한 가처분결정이 정한 의무이행 기간 경과 후 그 가처분결정에 기초하여 발령된 간접강제결정의 효력과 채무자의 구제수단」, 대법원판례해설 제111호, 법원도서관, 2017.
 조병구, 「간접강제 배상금의 법적 성질과 실무상 제 문제」, 재판자료 제131집 : 민사집행법 실무연구(IV), 법원도서관, 2016.



- 문영화, 「회계장부 등의 열람 및 등사의 허용을 명하는 가처분의 집행기간」, 법조 통권733호, 법조협회, 2019.
- 김시원, 「본안판결에서의 간접강제결정에 관한 검토」, 사법논집 제68집, 사법발전재단, 2019.
- 권창영, 「민사보전상의 간접강제제도」, 사법논집 제50집, 법원도서관, 2011.
- 한 승, 「가처분과 간접강제」, 21세기 민사집행의 현황과 과제 : 김능환 대법관 화갑기념 민사집행법 실무연구 III, 사법발전재단, 2011.
- 손홍수, 「부작위를 명하는 가처분 결정의 집행기간」, 21세기 민사집행의 현황과 과제 : 김능환 대법관 화갑기념 민사집행법 실무연구 III, 사법발전재단, 2011.
- 유아람, 「간접강제의 법리와 실무상 문제」, 민사집행법연구 : 한국민사집행법학회지 제17권, 한국사법행정학회, 2011.
- 이인수, 「회계장부열람 · 등사가처분과 간접강제」, 사법논집 제67집, 법원도서관, 2018.
- 문영화, 「회계장부 등의 열람 및 등사의 허용을 명하는 가처분의 집행기간」, 법조 통권733호, 법조협회, 2019.

▶ 발표일시 : 2022. 05. 04.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 오승원 회원

▶ 참석회원 : 강양희, 김경수, 김시연, 김재승, 서규영, 서장원, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이재용, 장재형, 정태용, 최수진 변호사(총 15명)



개정 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 8호 ‘임대인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우’의 해석 관련한 지방법원의 판단 기준

Article 6-3 of the Amended Housing Lease Protection Act, Article 6-3 (1)
proviso 8, ‘Criteria for judgment of the district court related to the
interpretation of the case where the lessor actually intends to reside in the
target house

辯護士 엄 정 숙

Eom Jeong Suk

【사건의 표시】

서울남부지방법원 2020가단283343, 수원지방법원 2020가단569230, 서울동부지방법원 2021
가단131712, 서울동부지방법원 2021가단150515] 지방법원 판결

논문요약

주택임대차보호법 제6조의3 제1항(임대인은 임차인이 제6조 제1항 전단의 기간
이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다)은 2020. 7. 31.부터
시행된 법령과 관련하여 주택임대차에 대한 임대인과 임차인 간 법률적 분쟁에서 중요한
이슈가 되었다.



분쟁의 핵심 원인은 임대인 측의 목적 주택에 실거주를 이유로 한 해지조항 때문이다. 즉 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 8호가 정한 사유(임대인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우)의 조문에는 임대인이 목적 부동산에 '실제 거주하려는 경우'에는 계약갱신을 거절할 수 있음을 명시하고 있을 뿐, 살펴볼 구체적 판시내용과 같은 '임차인에게 임대차기간 만료 후 임대인이 목적 주택에 거주할 예정이 아니라는 신뢰가 형성된 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우' 요건을 요구하고 있지 않다.

그럼에도 과연 주택임대차보호법에서 규정하지 않는 내용까지 법원의 판단(유권 해석)으로 권리의무 관계를 확정하는 것이 바람직한 것인지 여부와 임대차 관계에서 임대인의 지위를 지나치게 제약하여 사적 재산권의 침해·헌법 질서에 위배되는 소지는 없는 것인지에 대한 검토가 필요하다.

아래 살펴볼 구체적 판시 내용은 모두 공통적으로 임대인이 임차인에게 실거주를 이유로 한 해지통보를 했다는 점이다. 그럼에도 불구하고 이러한 임대인의 실거주를 이유로 한 해지통보는 법에서 보호하고자 했던 진정한 의미의 실거주가 아니라는 이유로 보호받지 못한 사례와 실거주를 이유로 한 해지통보는 유효하다는 입장에서 보호를 받은 사례로 나뉜다.

보다 근본적으로는 법문에 보호받을 수 있는 임대인의 실거주를 이유로 한 해지통보 사유는 어떤 경우인지 예측가능성을 확보할 수 있도록 보다 더 구체적이고 예측 가능한 조항들을 법문에 명확히 기재하여야 할 것이다. 당사자들 간 보호받을 수 있는 해지통보로서 임대인의 실거주라는 사유라는 부분이 '보호받을 수 있는 경우'와 '그렇지 않은 경우'로 나뉘는 기준조차 명확하지 않아 개인들 간 임대차 관계에서 지속적으로 소송을 촉발하고 법적 안정성을 해치는 면이 있다.



〈주제어〉

주택임대차보호법상 정당한 거절사유, 갱신요구권, 실거주 해지통보, 실제 거주하려는 경우, 편면적 강행규정

Reasonable reasons for refusal under the Housing Lease Protection Act, Renewal request right, Notification of termination of actual residence, Single-sided mandatory regulations

목 차

1. 서울남부지방법원 2020가단283343 건물명도 사건

[외국에서 주로 생활하던 중 국내 학술연구 목적으로 귀국하기 위해 실거주 목적 해지통보를 한 사안]

[사건 개요]

[관련 법령]

[판결의 주요 요지]

[연구]

I. 문제의 제기

II. 법원 판단의 해석 및 문제점

III. 판례의 검토의견

2. 수원지방법원 2020가단569230 건물인도 사건

[임대인(매도인)이 매도 당시 매수인의 실거주 목적임을 세입자에게 통보한 사건]



[사건 개요]

[관련 법령]

[판결의 주요 요지]

[연구]

I. 법원의 판단과 문제의 제기

II. 검토의견

III. 편면적 강행규정 주택임대차보호법 제10조의 해석 문제

3. 서울동부지방법원 2021가단131712 건물명도 사건

[증액 협상을 시도했으나 임차인이 전혀 인상의지가 없자, 실거주를 이유로 해지통보를 한 사안]

[사건 개요]

[관련 법령]

[판결의 주요 요지]

[연구]

I. 법원의 판단과 이에 대한 문제의 제기

II. 검토의견



4. 서울동부지방법원 2021가단150515 건물명도 사건

[계약만료일 2개월 전에 임차인에게 갱신 여부를 물었으나, 실거주로 계획변경하여 해지통보한 사건]

[사건 개요]

[관련 법령]

[판결의 주요 요지]

[2021가단131712 건물인도 판결과 비교 분석]

5. 하급심 판단에 비추어 본 실거주 목적 해지 사유의 정당성 요건

6. 결론



1. 서울남부지방법원 2020가단283343 건물명도 사건

[외국에서 주로 생활하던 중 국내 학술연구 목적으로 귀국하기 위해 실거주 목적 해지통보를 한 사안]

[사건 개요]

가. 원고와 피고는 형제지간이고, 원고는 이 사건 부동산을 부친으로부터 증여받은 것이었다.

나. 원고는 독일 유학을 간 후 주로 독일에서 거주했고, 이 사건 부동산은 동생인 피고에게 임대차계약의 방식으로 피고가 점유하고 있었다.

다. 원고는 부동산을 매도하려고 했고, 2020. 8. 경 매도하려면 공실이어야 한다는 이유로 피고에게 퇴거를 요청하기도 했다.

라. 2020. 9. 11. 계약갱신통지를 하자 다음날 9. 12. 비로소 원고는 이 사건 부동산에 실거주하겠다는 취지의 통지를 했다.

이 경우 원고의 실거주 목적 해지통지는 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 8호가 정한 사유(임대인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우)에 의해 보호되는가가 쟁점이 된 사안이다.

서울남부지방법원의 1심 법원의 판단 「원고는 피고로부터 갱신청구를 받기 전까지는 실거주임을 이유로 해지를 요청한 적이 없다」는 이유와 원고 부부의 지위와 직업, 국내외 활동의 내용 및 성격 등 원고가 주장하는 사정을 고려하더라도 법이 보호하는 사유가 있다고 보기 어렵다고 판단하여 원고청구를 기각했다.



[관련 법령]

주택임대차보호법 제6조의3(계약갱신 요구 등) ① 제6조에도 불구하고 임대인은 임차인이 제6조 제1항 전단의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

8. 임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우

[판결의 주요 요지]

주택임대차보호법 제6조의3 제1항(임대인은 임차인이 제6조 제1항 전단의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못한다)은 2020. 7. 31.부터 시행되었고, 그 당시 존속 중인 임대차에 대하여도 적용된다. 한편 임대인은 ‘임대인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우’ 임차인의 갱신요구를 거절할 수 있는데, 위와 같은 사유는 그 사유 자체가 아직 발생하지 아니한 장래의 상황에 관한 임대인의 주관적 의도를 그 내용으로 하고 있어 이를 제한 없이 인정한다면, 설령 사후적인 손해배상의무 규정이 있다고 하더라도 위 사유로 인한 거절이 남용되어 사실상 계약갱신요구권의 의미가 없어질 우려가 있다. 주거권 강화를 위한 개정 주택임대차보호법의 입법 취지를 고려하면, 적어도 임차인에게 임대차기간 만료 후 임대인이 목적 주택에 거주할 예정이 아니라는 신뢰가 형성된 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 임대인이 임차인에게 그러한 신뢰와 달리 실제 거주할 예정이라고만 하면 언제든지 계약갱신을 거절할 수 있다고 보기는 어렵다.

[연구]

1. 문제의 제기

주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 8호가 정한 사유(임대인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우)의 조문에는 임대인이 목적 부동산에 ‘실제 거주하려는 경우’에는 계약갱신을 거절



할 수 있음을 명시하고 있을 뿐, 판례와 같은 '임차인에게 임대차기간 만료 후 임대인이 목적 주택에 거주할 예정이 아니라는 신뢰가 형성된 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우' 요건을 요구하고 있지 않다.

그럼에도 과연 법에서 규정하지 않는 내용까지 법원의 판단(유권해석)으로 권리의무 관계를 확정하는 것이 바람직한 것인지 여부와 임대차 관계에서 임대인의 지위를 지나치게 제약하여 사적 재산권의 침해·헌법 질서에 위배되는 소지는 없는 것인지에 대한 검토가 필요하다.

II. 법원 판단의 해석 및 문제점

법률규정은 비교적 단순한 내용으로 '임대인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우'로 규정하고 있다.

이에 법원은 단순히 적용할 경우에는 이 규정의 남용으로 임차인의 갱신요구권의 행사가 사실상 차단될 우려가 있다는 이유로 추가적인 요건을 요구한다. 추가적인 요건은 「임차인에게 임대차기간 만료 후 임대인이 목적 주택에 거주할 예정이 아니라는 신뢰가 형성된 경우와 같이 특별한 사정」인데, 이 내용을 더 구체화하면 다음과 같다.

- ① 임차인이 갱신요구권을 행사하기 이전 과거에 임대인이 목적물 매매를 목적으로 임차인에게 퇴거 요청을 했던 사정이 있는 경우
- ② 임차인이 갱신요구권을 행사하자 비로소 실거주를 이유로 한 해지통지를 하는 경우
- ③ 나아가 임대인의 지위와 직업, 국내외 활동의 내용 및 성격 등 내용이 외국에서 주로 활동했던 사정이 있는 경우

III. 판례의 검토의견

1. 법 조문의 지나친 확대해석으로 법적 안정성 파괴



- 가. 일반인의 예측가능성을 보장할 수 없어 임대차 관계에서 법률관계 해석에 심각한 혼란을 초래한다.
- 나. 일반인은 법률전문가가 아니므로, 법의 입법 취지까지 염두에 두어 법을 해석하는 것은 불가하다. 그럼에도 입법의 취지를 반영하여 임대인 측의 실거주를 이유로 한 해지 사유를 보호하기보다는 임차인 측의 갱신요구권을 보호해야 한다는 해석을 하므로, 어느 경우에는 실제 거주를 이유로 한 해지통지가 유효한 것인지, 일일이 개별적이고 구체적인 사정에 따라 그 유효성 여부를 판단 받을 수밖에 없는 처지에 놓이게 된다.

2. 임대인의 중도 계획변경 등으로 인한 임대인 측 사정변경을 인정받지 못함

- 가. 임대인은 사적 재산의 소유권 행사에 있어 적어도 권리관계가 최종 확정되기 이전에는 얼마든지 자유로운 의사결정의 자유가 있어야 한다.
- 나. 판례의 해석에 따르면, 이러한 계획변경의 자유를 전혀 인정받을 수 없게 된다. 예를 들면, 계약만기 6개월에 이른 시점에는 매도할 계획이었으나, 다시 계획이 변경되어 실제 거주해야 할 사정이 발생했다면, 이 경우에 보호 받을 수 있는 방법은 없다는 결론에 이른다.

3. 법적 분쟁의 만연한 현상 초래

- 가. ‘실제 거주하려는 경우’의 해석을 그 사유 자체에 한정하지 않고, 진정한 의미에서 실제 거주하려는 경우로 한정해석을 하거나, 실제 거주하려는 경우의 법적 의미에 대해 법원의 해석으로 그 의미를 확대하는 경우에는 개인들 간의 권리의무 관계 확정이 불가능해 진다. 이렇게 되면 실거주와 관련된 모든 분쟁은 법정 분쟁으로 이어지고 법원의 유권적 해석을 받아야 만 분쟁이 종결될 가능성이 많다.
- 나. 법이 도입된 후 10개월가량 흐른 현 시점에서 임대인과 임차인 간 실제 거주하려는 목적의 해지통보가 유효한지를 놓고 끊임없는 분쟁이 이어지고 있는 현상을 쉽게 관찰할 수 있다. 특히 임대인은 실제 거주하려는 경우로 인해 해지통보를 해 놓고도 이것이 유효한지



다시 한번 소송을 통해 권리관계를 확인받아야 하는 상황에 놓여있다. 임차인 입장에서는 해지통보를 받고도 임대인의 해지통보 사유를 쉽게 신뢰할 수 없고, 인도소송절차를 통해 판단 받기 전까지는 기존과 같이 점유하면서 사용 수익하는 것에 문제가 없음으로 인해, 장기간의 시간을 벌 수 있기 때문에 임대인이 차라리 명도소송을 제기하기를 바라는 입장이다.

2. 수원지방법원 2020가단569230 건물인도 사건¹⁾

[임대인(매도인)이 매도 당시 매수인의 실거주 목적임을 세입자에게 통보한 사건]

[사건 개요]

가. 임대인은 기존 임차인이 있는 건물을 매도할 계획이었다.

나. 목적물 매매계약을 체결하기 전 기존 임차인에게 계속 거주할 것인지 확인한 결과 기존 임차인은 다른데 이사 갈 집을 알아보겠다고 했다.

다. 이에 기존 임대인은 매수인에게 이를 알린 뒤 매매계약을 체결한 상태였다.

1) 2021나89299 건물명도 항소심 판단이 최근 나왔다. 결론은 원고(새로운 매수인) 측 실거주 목적 해지통보는 유효한 것으로 원심판단은 변경됐다. 근거는 ① 임차 주택의 양수인이 임대차계약에 따른 종전 임대인의 권리·의무 일체를 승계하는 경우에 달리 볼 근거가 없다는 점 ② 임차인 갱신요구권 행사 후의 승계임대인이라고 하여 제8호의 사유만 명문의 근거 없이 그 적용을 배제할수 없다 ③ '임대차목적물의 매도'와 '소유권이전등기 전 갱신요구권 행사'라는 사유에 의하여 전·후 소유자 중 누구도 행사할 수 없는 상태로 소멸하게 되는 바, 이를 인정한다면 임차인의 갱신요구권이 행사된 상태에서는 실거주 목적으로 임차 주택을 매수하려는 사람에게 이를 매도하는 것이 사실상 불가능하게 되어 임차 주택 소유자의 처분권이 부당하게 제한되는 결과가 초래될 수 있다는 것으로 판시했다.



라. 매수인인 원고는 매매계약을 체결할 당시 기존 임차인이 나가겠다는 의사를 전달 받은 상태에서 실거주를 위해 매입을 했다.

마. 그런데 매매계약 체결 후 임차인은 기존 태도를 변개하여 다시 갱신청구권을 행사 하겠다고 한다.

바. 이로 인해 임대인의 지위를 승계한 상태에서 매수인은 실거주 목적의 해지통보를 했으나, 임차인은 전세 갱신청구권을 행사하면서 계약해지로 인한 건물 인도 의무가 이행되지 않아 건물소송을 제기했다.

[관련 법령]

원고의 실거주 목적 해지통지는 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 8호가 정한 사유 (임대인이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우)에 의해 보호하는가가 쟁점이 된 사안

[판결의 주요 요지]

수원지방법원의 1심 법원은 피고(임차인)가 계약갱신요구권을 행사하지 아니하기로 전 임대인 내지 원고들과 합의하였는지 여부에 대해 판단하면서, 소극적 입장을 취했다.

“피고가 자신이 계약갱신요구권을 취득하여 행사할 수 있음을 인지하고도 계약만료일에 퇴거 하기로 상대방과 합의하여 원고들에게 신뢰를 부여하였다고 보기 부족하다.”, “또한 갱신요구권을 행사하지 아니하기로 하는 사전 약정은 임차인에게 불리한 약정으로 주택임대차보호법 제10조에 의해 효력이 없다”고 판단



원고들이 피고의 갱신요구권을 거절할 수 있는지 여부 - 소극적 입장을 보이며, 대항력 있는 임차인의 경우 양수인에게 종전 임대차계약의 효력을 주장할 수 있었고, 임차인의 주거권 보장, 계약갱신요구권은 임차인의 주거권을 더욱 강화하기 위해 도입, 갱신요구권은 형성권이다. 임대인의 실제 거주 사유는 임차인 측에서 예측하기 어려운 임대인의 주관적 사유이고 목적물이 매도되어 새로운 임대인이 실제 거주하는 경우는 더욱 그러함. 주거권 강화를 위한 갱신조항의 도입 취지 등.

임차인이 자신의 갱신요구권 행사 이후 임차목적물이 양도되어 그 양수인이 실제 거주를 이유로 이를 거절할 수 있다고 할 경우에는 주거권 강화를 위한 주택임대차보호법의 개정 사유가 퇴색되게 되는 점 등에 비추어 실제 거주를 이유로 갱신거절 가능 여부는 임차인의 계약갱신을 요구할 당시의 임대인을 기준으로 봄이 상당하다 할 것이다.

최근 2022. 4. 28. 항소심 판결에서는 위위 같은 1심 판단을 취소했다(수원지방법원 2021나 89299 건물인도).

[연구]

1. 법원의 판단과 문제의 제기

1. 1심 법원은 피고가 갱신요구권을 취득하여 행사할 수 있음을 인지하고도 계약만료일에 퇴거하기로 상대방과 합의하여 원고들에게 신뢰를 부여했다고 보기 어렵다는 이유와 갱신요구권은 형성권이라는 이유로 원고의 실거주목적의 갱신거절권을 인정하지 않았다.

2. 나아가 설령 당사자 간에 갱신요구권을 행사하지 아니하기로 하는 사전 약정은 임차인에게 불리한 약정으로 주택임대차보호법 제10조에 의해 효력이 없다는 판단을 했다.



3. 건물의 소유권이 양도되는 과정에서 임차인이 갱신요구권을 행사할 당시 양도인을 기준으로 갱신거절 사유가 있어야 한다는 것을 논거로 삼고 있다.

II. 검토의견

통상적인 거래 관계에서, 세입자에게 계속 거주할 것인지를 묻는 과정에서 의사확인의 수준을 현실과 맞지 않을 수준으로, 지나치게 높여 놓아 현실적으로는 합의에 이르는 데에 이를 때까지 높은 합의 수준을 요구한다는 것이 현실과는 동떨어진 판단이다. 당사자들은 간단한 의사확인 정도를 거쳐 신규세입자를 받거나 매도를 계획하는 것이 일반의 모습이다.

또 갱신요구권을 행사하지 않기로 하는 약정에 대한 1심 법원 판단 역시 임차인에게 불리한 약정으로 효력이 없다는 판단을 받게 될 상황에서 임대인은 굳이 합의서 형식으로 받아놓을 실익이 전혀 없는 것이다. 결국은 임차인은 갱신요구권을 어떠한 경우에도 보호받아야 한다는 입장에 서게 되니, 임대인의 실거주 이유로 한 해지통보는 크게 축소되는 경향이 강하게 나타날 수밖에 없다.

건물의 소유권이 양도되는 경우 갱신요구권을 행사할 당시의 임대인 즉 매도인을 기준으로 갱신의 거부 사유가 있는지를 판단해야 한다는 해석 논리는 법 규정에도 없는 임차인 위주의 해석이다.

기존 임대인은 매도할 자이므로, 갱신 거부 사유가 존재하지 않는 것이고, 임차인이 갱신요구권을 이미 행사한 상태인 경우에는 실거주 목적으로 매입하는 자의 입장은 실거주 목적의 해지통보를 하지 못한다는 결론에 이르게 되어, 양도인도 양수인도 어느 쪽이든 실거주 목적의 갱신거부권을 행사할 수 없다는 결론에 이르게 되어 모순적 결과에 이르게 된다(항소심 판단이유).



III. 편면적 강행규정 주택임대차보호법 제10조의 해석 문제

위 규정은 과거 법이 도입될 당시의 임차인들의 열악한 상황을 보호하고, 주거안정을 기하기 위해 임차인을 보호하기 위해 도입된 것이다.

그러나 현 시대에도 과연 임차인 보호를 위한 편면적 강행규정이 필요한지 검토를 해야 할 시점이다.

법이 최초 도입된 1980년 ~ 90년대로 부터 30년이 흐른 시점인 2022년 임차인들이 사회적 약자의 지위에만 있지 않고 직장과의 거리 기타 사정으로 인해 임대인이면서 동시에 여러 가지 사정에 의해 다시 임차인이 된 경우가 많다.

대부분은 임대인과 관계에서 일방적으로 보호받아야 할 약자의 지위에 있기 보다는 임차인의 현실적인 필요에 의해 임차인의 지위를 선택한 경우가 많다.

특히 서울 지역의 임차인은 비록 전세권자로 있지만, 지방 수준에서는 고가의 주택을 마련할 만큼의 고액의 전세보증금을 가지고 임차인이 되기로 스스로 선택한 자들이다. 이런 자들을 사회적으로 보호받아야 할 약자로 보기는 더욱 어려운 점을 감안해 본다면, 편면적 강행규정을 계속 유지하거나 강화하는 방향은 바람직하지 않은 것으로 보인다.

어느 한 편의 지위만을 강화하고 보호하기보다는, 임대인과 임차인 모두의 지위 강화 및 공평을 도모하기 위해, 계약의 구속력과 신뢰를 기반으로 한 계약의 이행의 면을 강조할 필요성이 있다. 계약의 구속력을 강화하는 편이 편면적 강행규정으로 한쪽 편만을 과잉보호함으로써 얻게 되는 이익보다 훨씬 사회 질서를 유지하기 바람직한 방향이라 할 것이다. 임대인과 임차인 양자의 권리관계의 공평과 공정을 도모하여 자신이 계약한 대로 효력이 발생하도록 하는 입법 방향이 더 바람직하며, 소송분쟁을 줄일 수 있다고 본다.

3. 서울동부지방법원 2021가단131712 건물명도 사건

[증액 협상을 시도했으나 임차인이 전혀 인상의지가 없자, 실거주를 이유로 해지통보를 한 사인]



[사건 개요]

가. 임대인은 계약만료일이 다가오자 임차인에게 갱신 여부를 확인하기 위해 전화했다. 이때 임차인은 임대인에게 “임대인이 들어와서 살 것인지?”를 묻자 임대인은 “아니다”라고 답변했다.

나. 임차인은 임대인에게 “10개월 정도만 같은 조건으로 연장해 달라. 그 이후에는 계속 거주할 것인지 이사갈 것인지를 결정하겠다.”라고 요청하자 임대인은 “처와 상의한 후 연락 주겠다”라고 답변했다.

다. 임대인의 처와 임차인이 임대차 갱신 조건에 관해 연락을 주고 받다가 다툼이 생기자 임대인은 “임대차기간이 종료하면 임대인이 직접 사용하므로 임차인과 계약을 갱신할 수 없다”는 내용증명우편을 보냈다.

라. 임차인은 위 내용증명우편을 받은 뒤 원고에게 “계약갱신청구권을 행사한다”라는 문자 메시지를 보냈고, 임대인은 임차인에게 “동일 조건의 임대차갱신은 거부하되, 임대료 5% 인상 조건으로 갱신에 동의하니 만나서 임대차계약서를 다시 작성하자”는 취지의 메시지를 보냈지만, 세입자가 응하지 않았다.

마. 이로 인해 임대인은 “계약갱신 상호협의를 되지 않아 만료일 이후로 직접 입주하겠다”는 내용증명우편을 보냈으나, 임차인은 전세 갱신청구권을 행사하면서 계약해지로 인한 건물인도 의무가 이행되지 않아, 건물소송을 제기했다.



[관련 법령]

주택임대차보호법 제6조의3 제1항 제8호 [임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우가 정하는 정당한 사유가 있는지 여부가 쟁점]

[판결의 주요 요지]

- ① 원고(임대인)가 2021. 3. 16. 피고(임차인)에게 '임대인이 이 사건 아파트에 실제 거주할 의사가 없음'을 확인해 주었고,
- ② 2021. 5. 6. 피고로부터 '임대인이 실제 거주할 의사가 없는데, 왜 거짓말을 하였는지'에 대해서 항의를 받고도 반박하지 않고 '잘못했고 사과한다'라고 답변한 점,
- ③ 원고의 태도 변화는 당초 실제 거주할 의사가 없었으나 원고가 요청하는 차임 인상을 피고가 받아들이지 아니하자 피고의 계약갱신요구권의 행사를 저지하기 위해서 내세운 것으로 보이는 점에 비추어 법 제6조의3 제1항 제8호가 정한 사유가 있다고 보기 어렵다고 판단했다.

[연구]

1. 법원의 판단과 이에 대한 문제의 제기

1. 법원은 임대인이 계약연장 의사확인을 위해 최초 연락하면서, 서두에 나온 언급으로 임대인이 거주할 의사가 없다는 표현을 확정적이라고 단정지으며, 이를 '실제 거주할 의사가 없음을 확인해 주었다'고 판단 했다.

임대인은 임차인과 계약갱신 여부를 조율하는 과정에서 의사변경을 할 수 있는 자유가 있어야 한다. 계약만료 시 최초로 갱신 연장 여부를 결정하는 과정에서 실거주할 의사 혹은 계획이

없었다가, 이후에 사정변경 등으로 인한 실거주에 대한 계획변경이 얼마든지 가능하다. 그러나 1심 판단대로 하려면, 임대인은 반드시 처음부터 확정적인 의사로서만 임차인과 의견을 주고받아야 한다는 것이 되어 의사표현 특히 실거주 관련한 임대인의 계획을 언급할 경우에는 상당히 신중해야만 한다는 결론에 이른다.

계약 만기 시에 임대인은 상당히 긴장 관계에 놓일 수밖에 없다. 실거주 관련한 어떠한 상반된 언급도 나중에는 보호받지 못하는 근거로 사용될 가능성이 있기 때문이다.

2. 2021. 5. 6. 피고로부터 ‘임대인이 실제 거주할 의사가 없는데, 왜 거짓말을 하였는지’에 대해서 항의를 받고도 반박하지 않고 ‘잘못했고 사과한다’라고 답변한 점을 두고, 법원은 임대인이 사과했다는 점을 착안하여 실거주할 의사가 없었다는 근거로 삼는다.

의사 표현의 당사자들 간에 일어나는 내부적인 의사 표현을 두고 다른 의사를 간주하는 것은 상당한 오류를 낳는다. 실제로 임대인은 선한 성품으로 평상시 분쟁을 싫어하는 성향 탓으로, 임차인의 항의에도 불구하고 분쟁을 그치고 화해를 시도하기 위해, 시시비비를 가리기보다는 우선 ‘잘못했다, 사과한다’는 표현을 사용했을 수 있다. 이 부분으로 인해 잘못을 인정하는 태도를 두고 나아가 임차인의 항의가 맞으니 잘못을 시인한 것으로 사실관계를 확정짓는 것은 상당한 오류를 낳을 수 있다는 점에 경각심을 가져야 한다.

실제로도 사건 의뢰인은 실제 거주를 할 의사가 없었음에도 있었다고 한 것 때문에 임차인에게 잘못했다, 사과한다는 표현을 한 것이 아니고, 분쟁을 더 이상 하고 싶지 않고, ‘좋은 게 좋은 것’이라는 심정으로 잘 넘어가 보려고 한 의도에서 나온 말이라는 항변을 했다.

법원에서 타자와의 의견교환과정에서 나온 짧은 한 두 마디의 의견표명을 두고 이것이 ‘실제 거주 의사가 없음을 확인해 준 것’이라는 방식의 단언적 판단으로 실제적 진실을 확인할 경우에는 오류가 발생할 가능성이 높다.



3. “원고의 태도 변화는 당초 실제 거주할 의사가 없었으나 원고가 요청하는 차임 인상을 피고가 받아들이지 아니하자 피고의 계약갱신요구권의 행사를 저지하기 위해서 내세운 것으로 보이는 점” 부분에 대한 법원의 판단은 다음과 같은 오류가 있다.

임대인은 계약갱신을 받아들일 것인가, 실제 거주하는 방법을 택할 것인가에 대한 선택이 자유로워야 한다. 그런데 현행 법률과 법원의 해석 태도는 임대인의 양자 간 선택의 자유를 보장하고 있지 않다. 처음부터 목적 주택에 실제 거주할 목적으로만 임차인에게 접근하지 않은 채, 실거주 계획의 변경 가능성을 염두에 두고 임대료 증액 협상에 나선다면, 자칫 나중에 실거주 계획으로 변경하여 해지통보를 하는 것은 보호를 받지 못한다는 결론에 이른다.

결국 임대인은 증액 협상을 시도해서는 안 되고, 계약종료일에 이를 즈음에는 반드시 실거주를 이유로 한 해지통보를 계속해서 일관적으로 주장했을 때에만 그 주장을 인정받게 되므로, 선택을 할 자유는 보장되지 않는다고 보아야 한다.

II. 검토의견

법 조문의 갑작스러운 개정으로 임대인·임차인 간에는 눈치싸움이 치열하다. 임대인은 당연히 증액 관련 협상을 자연스럽게 할 수 있어야 함에도, 증액 협상을 했다거나, 임차인이 실거주 아니면서 왜 실거주라고 했느냐는 질책에 분쟁을 무마하기 위해 했던 사과 한마디조차 법원에 서는 실거주가 아닐 가능성에 대한 판단 근거가 된다. 임대인은 자유로운 의사표현마저 위축될 상황에 놓인 것이다.

4. 동부지방법원 2021가단150515 건물인도 사건

[계약만료일 2개월 전에 임차인에게 갱신 여부를 물었으나, 실거주로 계획변경하여 해지 통보한 사건]



[사건 개요]

가. 임대인은 계약만료일이 2개월 앞으로 다가오자 임차인에게 갱신 여부를 확인하기 위해 문자를 보냈다.

나. 임차인은 임대인에게 문자메시지로 계약갱신청구권을 행사하겠다고 통보하자, 임대인은 임차인에게 이 사건 아파트에 거주할 계획임을 밝히며 이 사건 임대차계약을 갱신하지 않겠다고 통보했다.

다. 임대인은 임차인에게 계속해서 계약을 갱신하지 않겠다는 의사를 카카오톡 메시지로, 내용증명우편으로 보내 임대인이 이 사건 아파트에 입주하여 거주할 계획임을 거듭 밝혔다.

라. 임차인은 위 내용증명우편을 받은 뒤 실거주할 의사 없이 차임을 인상하려다 뜻대로 되지 않자 임차인의 갱신요구권을 거절하기 위하여 이 사건 아파트에서 실거주할 것처럼 내세운 것에 불과하여 정당한 갱신 거절사유가 될 수 없다고 주장하며, 갱신되었다고 주장했다.

[관련 법령]

주택임대차보호법 제6조의3 제1항 제8호 [임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다)
이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우가 정하는 정당한 사유가 있는지 여부가 쟁점



[판결의 주요 요지]

- ① 원고(임대인)가 이 사건 아파트에 실거주할 계획임을 밝히고 피고(임차인)의 갱신요구를 거절한 것은 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 제8호 [임대인(임대인의 직계존속·직계 비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우가 정하는 임대인의 정당한 갱신 거절사유에 해당한다고 할 것
- ② 갱신거절권을 행사할 무렵에 원고가 주택에 실제 거주할 의사가 없었다고 볼 만한 특별한 사정이 있었다거나 원고의 갱신 거절이 임대인의 갱신거절권을 악용한 것이라거나 허위의 갱신거절이라고 볼 만한 아무런 증거가 없다.
- ③ 원고도 해당 주소지에서 임차인으로 거주하고 있었던 점에 비추어 보면, 원고와 피고 간에 임대차의 갱신 여부나 차임 인상 등 임대차의 조건에 대하여 협의하였다는 사정만으로 원고에게 당초 이 사건 아파트에서 실거주할 의사가 없었다고 볼 수도 없다.

[2021가단131712 건물인도 판결과 비교 분석]

이번 판례는 앞서 살펴본 2021가단131712 건물인도 판결과 비교해 보면, 양 판결의 결과를 달리한 것에 대해 의문이다. 양 사건에서 한 가지 차이가 나는 부분이 있다면, '임대인 측이 계약만료일 전에 증액 관련 협상을 보다 적극적으로 시도했던 사정이 있었는지 유무' 정도다. 이외 나머지 사실관계는 거의 일치한다.

임대인은 계약만료일 2개월 전 임차인에게 갱신의사 유무를 확인했던 점, 임대인이 실거주하거나, 임대인은 다른 곳을 다시 얻고 이곳은 갱신을 해줄 수 있다고 했던 점, 임대인은 다른 곳에 임차인으로 거주하고 있었던 사정 등 사실관계는 거의 동일하다. 다만, 임대인은 보다 적극적으로 갱신 관련 협상을 시도하는 과정에서 증액에 대한 금액이나 인상율에 대해 갈등과 다툼이 있었고, 다툼이 되자 다음 대안으로 임대인이 실거주하겠다고 선택했던 것이다.

본 판례(2020가단283343 건물인도)는 보다 적극적인 증액 관련 협상 과정에 돌입하기 이전에 임차인이 먼저 갱신청구권을 행사하겠다고 했고, 이에 갱신을 거절하며 실거주 목적의 해지 통보를 한 사안이다.

임대인은 임차인의 갱신을 허용해 줄지 말지를 결정하는 중요한 부분은 바로 ‘증액 관련 부분’에 대한 협상 결과이다. 그럼에도 하급심 판단에 따르면 임대인이 실거주 목적으로 해지통보를 하고, 임차인의 갱신요구권에 대해 임대인 측의 갱신거절권이 정당하게 보호받기 위해서는 적어도 ‘증액 관련 협상’을 해서는 안 된다는 결론에 이른다.

개정된 주임법에 따르면 임대인은 증액 관련 부분에 대해 처음부터 적극적인 협상에 돌입할 경우, 갱신거절권을 상실당할 수 있는 위험에 놓이게 되기 때문이다.

5. 하급심 판단에 비추어 본 실거주 목적 해지 사유의 정당성 요건

실거주 목적의 해지통보 요건은 법문 그대로 단순히 실거주를 예정하기만 하면, 언제나 유효한 해지통보가 되지는 않는다.

특별히 법원에서는 실제 거주 목적의 해지통보가 유효하기 위해서는 다음과 같은 조건을 요구한다.

「임차인에게 임대차기간 만료 후 임대인이 목적 주택에 거주할 예정이 아니라는 신뢰가 형성된 경우와 같이 특별한 사정」이 존재하지 않아야 할 것인데, 이 내용을 더 구체화하면 다음과 같다.

- ① 임차인이 갱신요구권을 행사하기 이전 과거에 임대인이 목적물 매매를 목적으로 임차인에게 퇴거요청을 했던 사정이 있는 경우
- ② 임차인이 갱신요구권을 행사하자 비로소 실거주를 이유로 한 해지통지를 하는 경우
- ③ 나아가 임대인의 지위와 직업, 국내외 활동의 내용 및 성격 등 내용이 외국에서 주로 활동했던 사정이 있는 경우
- ④ 원고가 요청하는 차임 인상을 피고가 받아들이지 않았던 사정 등 증액 관련 협상에 실패한 결과 피고의 계약갱신요구권의 행사를 저지하기 위해서 실거주 목적의 해지 사유를 내세운 것으로 보이는 사정이 있는 경우

이와 같은 사정이 있었던 임대인의 경우라면, 실제 거주 목적의 해지통보를 한 뒤 인도소송을 하더라도 패소할 가능성이 많다는 결론에 이른다.



6. 결 론

법이 보장하는 실제 거주 목적의 해지통보라함은 장래 일어날 임대인 측의 주관적인 사유이다. 그럼에도 현행 하급심 법원의 해석에 따르면 임차인의 주거권 강화를 보호하기 위한 입법취지를 강조하여 지나치게 임차인의 갱신요구권을 보호해 주려는 경향이 강하다. 임대인은 장래 실거주이기만 하면 이를 이유로 한 해지통보는 보호를 받아야 하는 것이다. 입법자들도 이를 예정하고 임대인이 실거주 목적의 해지통보를 해 놓고도 이를 위반하여 장래 실거주를 하지 않았을 경우에는 임대인이 손해배상책임을 지도록 하는 내용으로 법이 규정된 점을 감안하면 더욱 법의 명시한 내용 이외에 확대해석은 또 다른 혼란을 가져올 수 있다.

현재 임차인들 사이에는 갱신요구권을 행사하지 않고 나갈 때는 '위로금'이라는 명목의 비용을 받는다는 관행이 형성돼 있다고 한다. 임차인은 임대인이 위로금을 주지 않으면 임대인이 주장하는 실거주가 법이 보호하는 진정한 의미의 실거주가 맞는지 믿을 수 없다고 하면서 소송을 제기하라는 식의 태도로 나온다.

'실거주'라는 애매모호한 법 규정 하나가 임대인과 임차인의 관계에 더 큰 혼란과 분쟁을 일으키고 나아가 사회적 신뢰망을 파괴함으로써 사회적 관계망의 스트레스 증가와 비용손실로 이어지는 것은 옳지 않다.

이에 대한 대안 마련이 시급하다. 예를 들면, 입법부에서는 실거주가 유효한 경우와 그렇지 않은 경우를 명확하게 규정할 필요가 있다.

일반 국민들에게도 임대인의 지위라면 언제든지 실거주를 이유로 해지통보를 한 것만으로는 법이 보장하는 해지권을 반드시 보장받는 것은 아니라는 점을 주지시켜야 한다.

나아가 입법단계에서 포괄적이고 애매모호한 법 규정이 있음으로 인해 마치 한 편의 권리를 인정해 주는 듯한 인상을 심어주지만, 막상 법의 적용단계에서는 많은 혼란이 올 수 있음에 대해 자각하고 이를 최대한 지양하는 방향이 바람직할 것이다.

▶ 발표일시 : 2022. 05. 11.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 신성민 회원

▶ 참석회원 : 김대휘, 김재승, 남승한, 노푸른, 서규영, 서장원, 신성민, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이소연, 이재용, 이지윤, 조주영, 주희응, 최수진, 하명휘, 허익범, 홍영호 변호사(총 22명)



보험금청구권의 소멸시효 기간과 기산점

－ 대판 2017다281367, 2018다209713의 판례평석을 중심으로 －

On the starting point of reckoning of
extinctive prescription of insurance claim

변호사 유 중 원

Yoo Jung Won

【사건의 표시】

대판 2021. 1. 14. 선고 2018다209713 사건, 대판 2021. 2. 4. 선고 2017다281367 사건

논문요약

1. 2017다281367 사건의 경우, 주요 쟁점 중 하나는 보험금청구권의 소멸시효의 기산점에 관한 것이다. 이 사건 판결문은, ‘단체보험의 피보험자가 사망하여 재해 사망보험금을 청구하려는 상속인 입장에서는 일반적인 개인보험보다 보험계약의 존재와 보험계약 내용을 파악하여 보험금 청구요건 해당 여부를 확인하는 데에 어려움을 겪을 수 있다’, ‘재해사망보험금을 청구하려는 상속인은 사망 사실뿐 아니라 약 관상 면책의 예외 사유에 해당한다는 점까지 소명할 수 있는 자료를 갖추기 어려운 경우가 일반적일 것이기 때문에 쉽게 보험금 청구에 나서기 어려운 측면이 있다’ 또한 ‘망인이 사망하였을 당시에는 면책의 예외 사유에 해당하는 보험사고가 발생하였는지 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금청구권자인 원고가 이를 알 수 있거나 그 소명자료를 갖추기 어렵다고 볼 사정들이 존재한다. 원고가 망인의 자살 당시 이



사건 보험계약의 존재와 구체적인 내용을 파악할 수 없거나 상당히 곤란하였을 여지도 있다'라고 실시하였으면서도 '유족보상금의 지급을 신청하고 이어 행정소송도 제기하였던 이 사건에서 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에 해당한다고까지 보기는 어렵다'고 판시한 것은 일종의 형용모순에 가까운 논리적 모순이라고 할 수 있다.

더욱이 위 사건은 2018다209713 사건과는 사실관계가 내부적으로 상당한 차이가 있음에도 불구하고 이를 무시하고 이 판결의 결론을 추종하고 있다.

소멸시효란 권리자가 자신의 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 일정기간 동안 권리를 행사하지 않은 경우 그의 권리를 소멸시켜버리는 제도이다. 이러한 소멸시효 제도를 인정하는 것은 오랜 기간 동안 자신의 권리를 행사하지 않음으로써 '권리 위에 잠자고 있던 자는 법률의 보호를 받을 가치가 없다'는 관점(그러나 권리 위에 잠자고 있었던 것이 아니라 그동안 일반 서민들은 법률에 무지했기 때문에 권리 위에 잠잘 수밖에 없었던 것이 아닐까)과, 일정한 사실 상태가 장기간 계속되면 진실한 법률 관계에 의한 것이라는 개연성이 상당히 높다는 점을 고려한 것이다(이러한 개연성은 그 근거가 희박한 것이다. 오히려 일반 서민들 입장에서는 증거의 보존과 발견의 어려움 때문이라고 할 수 있다).

2. 왜 보험금 청구권의 소멸시효 기간은 2년이었을까. 왜 개정 법률은 3년으로 연장하였는가. 왜 2년이고 왜 3년인가. 상법에는 상사시효가 있는데 보험의 경우 별도로 소멸시효를 규정할 이유가 있었는가. 소멸시효의 이익을 전적으로 향수하는 자는 거대 자본인 보험회사일 뿐이고 사회적 약자인 보험계약자 등과는 하등의 관련이 없다. 보험회사는 절대적으로 이익을 추구하는 사기업일 뿐이다. 왜 그들에게만 일방적으로 유리해야 하는가?

그렇다고 보험법에서 소멸시효를 당장 없앨 수는 없다. 그러면 생명보험의 경우 소멸시효의 기간을 독일법처럼 5년으로 연장해야 할 것이다.



위 두 개의 사건의 경우 모두 생명보험계약과 관련된 것이다. 2014년 법 개정에 의해 보험금청구권의 소멸시효가 3년으로 연장되었으나 2016년 자살 유족자에 대한 재해사망보험금의 소멸시효 기간이 문제가 되자 20대 국회에서 그 기간을 5년으로 확대하는 법안이 제출됐지만, 국회의원들의 태만으로 법률 개정으로는 이어지지 않았고 3년의 소멸시효 기간이 여전히 유지되고 있다.

〈주제어〉

보험약관, 단체보험, 보험금청구권, 소멸시효, 기산점, insurance terms, collective insurance, insurance claim, extinctive prescription, the starting point of reckoning

목 차

I. 대판 2021. 1. 14. 선고 2018다209713 사건

1. 사건의 개요
2. 쟁점과 판결의 요지
3. 소결

II. 대판 2021. 2. 4. 선고 2017다281367 사건

1. 사건의 개요
2. 쟁점과 판결의 요지
3. 소결

III. 소멸시효 제도와 기간, 기산점

1. 소멸시효의 기간
2. 보험금청구권의 소멸시효 기산점
3. 소멸시효와 권리남용
4. 소멸시효 제도의 존재 이유



IV. 보험청구권의 소멸시효 기간은 타당한가

1. 보험의 공공성
2. 보험사고의 특수성과 보험계약자의 상황

V. 결론 - 평석

1. 보험금청구권의 소멸시효의 기산점
2. 독일 보험계약법 제12조
3. 입법론적 과제

I. 대판 2021.1.14. 선고 2018다209713 사건

1. 사건의 개요

가. 원고와 망인은 부부 사이이다. 망인은 피보험자를 망인으로, 사망 시 보험수익자를 원고로 하여 재해사망특약이 포함된 2건의 보험계약을 피고와 체결하였다. 1999. 3. 23. 체결한 보험계약의 재해사망특약 보험가입금액은 1억 2,000만 원이고, 2007. 3. 29. 체결한 보험계약의 재해사망특약 보험가입금액은 3,000만 원이다.

나. 위 각 보험계약의 재해사망특약 약관에는, 재해로 인하여 피보험자가 사망한 경우에 약정한 보험금을 지급하지만, ‘피보험자가 고의로 자신을 해친 경우’에 해당할 때에는 보험금을 지급하지 아니한다는 내용이 정해져 있다.

다. 망인은 E 공무원으로 근무하였는데, 2009. 10.경 원고에게 업무량이 과도하여 힘들다는



점을 토로하였고, 불면증을 겪었으며, 2009. 11. 5. 특별승진 대상자에서 제외되는 등 직장 내의 일로 심한 스트레스를 겪게 되었고, 2009. 11. 중순경부터는 불면증이 심해져 아예 잠을 자지 못하였다. 이에 원고는 수차례 망인에게 휴가를 내고 병원에서 치료받을 것을 권하였는데, 망인은 할 일이 많다면서 이를 거절하였다.

라. 원고는 2009. 11. 25. 망인에게 강하게 요청하여 망인과 함께 한의원에 갔는데, 한의사는 망인이 불면증, 우울증을 앓고 있다고 진단하였다. 원고는 2009. 11. 27. 망인에게 2~3일 정도 병원에 입원하여 치료받기를 요청하기도 하였다. 망인은 그로부터 이틀 후인 2009. 11. 29. 05:32경 아파트 고층에 위치한 본인의 주거지에서 뛰어내려 추락에 의한 다발성 손상을 원인으로 사망하였다. 사망 당시 망인이 입고 있던 바지 주머니에서 유서가 발견되었다. 그 내용은 업무 과다로 인한 스트레스로 죽는다는 취지이다. 경찰은 2009. 12. 21.경 내사 결과, 망인이 극심한 업무 스트레스로 인하여 자살하였고 달리 타살 혐의점은 없다고 판단하였다.

마. 원고는 2009. 12. 24. 피고에게 보험금 지급을 청구하였다. 피고는 2009. 12. 30. 이 사건 각 보험계약에 따라 원고에게 일반사망보험금은 지급하였지만, 재해사망보험금은 지급하지 않았다.

바. 원고는 2010. 4. 14. ‘망인이 공무상의 과로와 스트레스로 우울증에 걸렸고 이로 인하여 자살을 감행하여 사망하였다’고 주장하면서 공무원연금법에 따른 유족보상금의 지급을 청구하였다. 하지만 공무원연금공단은 2010. 5. 31. ‘망인이 기질적 소인에 의하여 스스로 자살을 결의하였으므로 공무상의 과로와 스트레스로 인하여 사망하였다고 볼 수 없다’는 이유로 유족보상금의 지급을 거부하였다.

사. 원고는 2011. 1. 28. 공무원연금공단을 상대로 유족보상금 지급거부처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다. 원고는 그 소송의 1심에서는 2012. 7. 20. 패소판결을 선고받았지만,¹⁾

1) 서울행정법원 2011구합3272



그 항소심에서는 ‘망인이 극심한 공무원상의 스트레스 등으로 발병한 중증의 우울장애로 인하여 정신적 억제력이 현저히 저하된 상태에서 자살에 이르렀으므로, 공무원이 공무원 질병으로 사망한 경우에 해당한다’는 이유로 2013. 12. 19. 승소판결을 선고받았다.²⁾ 이에 공무원연금공단이 불복하여 상고하였지만, 상고심은 2015. 7. 9. 상고기각 판결을 선고하였다.³⁾

야. 원고는 2015. 8. 5. 피고에게 이 사건 각 보험계약에 따른 재해사망보험금 합계 1억 5,000만 원의 지급을 청구하였다. 피고는, 이 사건 사망사고는 ‘피보험자가 고의로 자신을 해친 경우’로서 이 사건 각 보험계약의 재해사망특약 약관에서 정한 ‘보험금을 지급하지 아니하는 보험사고’에 해당하고, 망인의 사망일로부터 2년 이상이 경과되어 보험금 청구권의 소멸시효가 완성되었다는 이유로 위 보험금의 지급을 거절하였다.

자. 원고는 2016. 6. 6. 이 사건 보험금을 청구하는 민사소송을 제기하였다. 원고는 1심과 항소심에서 승소하였으나 대법원에서 패소했다.

2. 쟁점과 판결의 요지

가. 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하고 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고 그 권리를 행사할 수 없는 동안에는 진행하지 아니한다. 여기서 ‘권리를 행사할 수 없다’라고 함은 그 권리 행사에 법률상의 장애 사유, 예컨대 기간의 미도래나 조건 불성취 등이 있는 경우를 말하는 것이고, 사실상 그 권리의 존부나 권리행사의 가능성을 알지 못하였거나 알지 못함에 과실이 없다고 하여도 이러한 사유는 법률상 장애 사유에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다15865 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다212220 판결 등 참조).

그리고 구 상법(2014. 3. 11. 법률 제12397호로 개정되기 전의 것) 제662조는 보험금 청구권은 2년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다는 취지를 규정하고 있을 뿐 보험금 청구권의

2) 서울고등법원 2012누27505

3) 대법원 2014두1901

소멸시효 기산점에 관하여는 아무런 규정을 두지 않고 있으므로, “소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다.”라고 규정한 민법 제166조 제1항에 따를 수밖에 없다. 보험금 청구권은 보험사고가 발생하기 전에는 추상적인 권리에 지나지 아니할 뿐 보험사고의 발생으로 인하여 구체적인 권리로 확정되어 그때부터 그 권리를 행사할 수 있게 되는 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 보험금 청구권의 소멸시효는 보험사고가 발생한 때로부터 진행한다고 해석함이 타당하다. 한편, 보험사고가 발생하였는지 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금 청구권자가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에도 보험사고가 발생한 때부터 보험금 청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석하는 것은 보험금 청구권자에게 가혹한 결과를 초래하게 되어 정의와 형평의 이념에 반하고 소멸시효 제도의 존재 이유에도 부합하지 않으므로, 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는 보험금 청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때부터 보험금 청구권의 소멸시효가 진행된다고 해석하는 것이 타당하다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다19624 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다34693 판결 등 참조).

나. 원고의 이 사건 보험금 청구권의 소멸시효는 보험사고가 발생한 때, 즉 망인이 사망한 2009. 11. 29.부터 진행한다고 할 것이고, 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있었다고 볼 수 없다.

원고는 망인의 배우자로서 망인이 자살하기 전에 심한 불면증과 우울증을 앓고 있다는 사실을 알고 있었고, 망인이 사망할 당시 남긴 유서를 통하여 망인이 업무 스트레스로 인하여 자살하였다는 등의 사망 경위를 파악하였다. 따라서 원고는 그 당시 망인이 정신질환 등으로 인하여 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망하였을 가능성을 충분히 인지할 수 있었다. 원고는 망인의 사망 후 1개월이 경과하기 전인 2009. 12. 24. 피고에게 보험금 지급을 청구하였는데, 피고는 원고에게 일반사망보험금을 지급하였을 뿐 재해사망보험금은 지급하지 않았다. 원고는 2010. 4. 14. 망인이 자유로운 의사결정에 따라 사망한 것이 아니라 공무상 스트레스 등으로 인한 우울증으로 사망하였음을 이유로 공무원연금공단에 공무원연금법상의 유족보상금을 신청하였는데 거부되자, 2011. 1. 28. 그 거부처분을 취소해 달라는 취지의 관련 행정소송을 제기하기도 하였다.



그런데 원고가 망인의 사망 후 피고를 상대로는 이 사건 재해사망보험금 청구권을 행사하지 못할 법률상의 장애 사유나 특별한 사정이 있었다고 보이지 않는다. 비록 공무원연금공단이 2010. 5. 31. ‘망인이 공무상의 과로와 스트레스로 인하여 사망하였다고 볼 수 없다’는 이유로 원고의 유족보상금 지급을 거부하고, 이에 따라 원고가 관련 행정소송을 제기하여 제1심에서는 패소판결을 받았다가 항소심에서 승소판결을 받고 2015. 7. 9.에야 비로소 그 상고심 판결이 선고되어 항소심 판결이 확정된 점, 피고는 망인의 사망이 고의로 자신을 해친 경우로서 보험금을 지급하지 아니하는 보험사고에 해당한다는 이유로 원고의 재해사망보험금 지급 청구를 거부해 온 점 등이 인정된다고 하더라도, 이러한 점들만으로는 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 2015. 7. 9.까지는 확인할 수 없었던 사정이 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

원심은 원고의 이 사건 보험금 청구권의 소멸시효는 원고가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었을 때인 2015. 7. 9. 즉 원고가 공무원연금공단을 상대로 김○○(이하 ‘망인’)의 사망에 관한 유족보상금 지급거부처분의 취소를 구한 행정소송의 상고심 판결이 선고된 시점부터 진행한다고 보아, 이 사건 소는 그때로부터 불과 약 10개월 남짓 후인 2016. 6. 6. 제기돼 원고의 보험금청구권은 2년의 소멸시효가 완성되지 않았다고 판단한 1심 판결의 결론을 유지했다.⁴⁾

그런데도 원심은 그 판시와 같은 이유만을 들어 이 사건은 보험사고의 발생 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 원고가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에 해당한다고 보아, 원고의 이 사건 보험금 청구권에 대한 소멸시효 기산점을 보험사고 발생일(망인의 사망일)이 아닌 관련 행정소송의 상고심 판결 선고일인 2015. 7. 9.로 판단하였다. 이러한 원심판결에는 보험금 청구권의 소멸시효 기산점에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4) 1심은 2017. 4. 6. “피고는 원고에게 1억 5,000만 원 및 이에 대해 보험금 청구일로부터 10영업일이 지난 2015. 8. 20.부터 판결선고일인 2017. 4. 6.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라”고 선고했다. 원고의 나머지 청구는 기각했다(서울중앙지법 2016가단5128684 판결 참조). 이 사건의 원심은 2018. 1. 17. 피고의 항소를 기각하여 1심을 유지했다(서울중앙지법 2017나24976 판결 참조).



3. 소 결

상고심은, 원심이 이 사건은 보험사고의 발생 여부가 객관적으로 분명하지 않아 원고가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에 해당한다고 보아, 원고의 이 사건 보험금청구권에 대한 소멸시효 기산점을 보험사고 발생일(망인의 사망일)이 아닌 관련 행정소송의 상고심 판결 선고일인 2015. 7. 9.로 판단했다. 이러한 원심판결에는 보험금청구권의 소멸시효 기산점에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 파기환송했다.

특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 보험금 청구권의 소멸시효는 보험사고가 발생한 때로부터 진행한다고 해석함이 타당하다. 다만 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는 보험금 청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때부터 보험금 청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석하는 것이 타당하다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다19624 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다34693 판결 등 참조).

상고심은 원고의 이 사건 보험금 청구권의 소멸시효는 보험사고가 발생한 때, 즉 망인이 사망한 2009년 11월 29일부터 진행한다고 할 것이고, 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있었다고 볼 수 없다고 판단했다.

하지만 이 사건 사실관계와 행정소송과 민사소송의 과정을 살펴보면 이 사건 보험금청구권의 소멸시효 기산점에 관한 상고심의 판단이 타당하다고는 볼 수 없다.

II. 대판 2021. 2. 4. 선고 2017다281367 사건

1. 사건의 개요

가. 이 사건 민사소송에서 원고(상고인)는 피보험자의 상속인이고, 이 사건 보험계약은 단체 보험계약이어서 보험계약자는 단체(광주교육청)의 대표자이며, 피고(피상고인)는 보험자인 다비손해보험주식회사(변경 전 상호 : 동부화재해상보험주식회사)이다.



나. 원고의 딸인 망인(피보험자)은 2004년경부터 초등학교 교사로 근무하였는데, 2006. 10. 경 학부모의 폭언 등으로 인해 극심한 스트레스를 겪었고, 2008. 10.경 우울증 진단과 함께 약 2달간 치료를 받게 된 이후부터 매년 가을 무렵 우울증을 호소하여 이듬해 봄까지 월 1회가량 그에 대한 정신과 상담과 치료를 받아왔다.

다. 망인은 2011. 9. 말경부터 전신에 발병한 홍반성 구진 등의 피부병과 간 수치 악화 등으로 입원 통원 치료를 계속하다가, 2011. 10. 12. 퇴근 후 자신의 집에서 목을 맨 채 발견되어 병원으로 이송되었으나 사망하였다.

라. 원고는 이 사건 민사소송에 앞서 ‘망인이 공무상 질병인 우울증으로 자살에 이르게 되었다.’고 주장하면서 유족보상금 지급을 청구하였다가 거부당하자 그 무렵 공무원연금공단을 상대로 그 지급거부처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였고, 소송 과정에서 망인이 자살할 무렵 정신과 주치의를 몇 차례 찾아가, 학교 업무로 인해 제대로 된 입원 치료를 받을 수 없는 사정을 밝히면서 ‘죽고 싶다.’거나 ‘간 수치나 피부병 등은 별로 관심이 없고 불안하고 힘든 것이 먼저다.’라는 취지의 상담을 하였던 사실이 밝혀졌다.

마. 망인의 정신과 주치의는 위 행정소송에서 제1심 법원의 사실조화에 대해 ‘망인은 2006년 사건으로 심한 스트레스를 받아 2개월 정도 힘들어했다고 하는데 그 기간이면 이를 첫 번째 우울 증상으로 판단할 수 있고, 그 후 같은 계절이 되면 우울증상이 반복되어 계절성 양상의 재발성 주요 우울병 장애로 진단할 수 있다. 망인은 2011. 10. 4. 상담에서 제대로 치료를 받지 못하는 상황이 하필 10월이어서 이전의 우울증상이 재발하는 것은 아닌지 불안감이 심했던 것으로 생각되고 이는 우울증의 대표적인 증상인 인지왜곡과 관련이 있다고 추정된다. 자신이 2011. 10. 10. 망인에게 학교 제출용 소견서를 써주며 재입원을 강력히 권유한 이유 중 하나는 어떻게든 치료 유지가 될 수 있도록 시간적·환경적인 스트레스를 최대한 줄이고, 절망적이고 도움을 받을 수 없다고 생각하는 인지왜곡 증상에 맞서 망인에게 도움을 줄 수 있는 주치의가 최소한 한 명은 있다는 사실을 보여주어 망인을 안심시키기 위함이었다.’라는 취지로 회신하였다.

바. 위 행정소송의 1심과 항소심⁵⁾은 우울증과 자살 사이의 인과관계를 부정하였으나, 대법원은 ‘망인은 공무 수행 중에 발생한 2006년 사건으로 인하여 극도의 스트레스와 정신적인 상처를 받아 최초 우울증이 발병한 이래 매년 위 사건이 있었던 가을이 되면 우울증이 재발하여 정신과 치료를 받아 왔는데, 2011년 가을 무렵 피부질환과 간 수치 이상 등으로 입원 치료를 받아야 함에도 학교 업무에 복귀하여야 한다는 정신적 부담과 압박감으로 인하여 제대로 된 치료를 받지 못하던 차에 기존의 우울증까지 재발함으로써 인지왜곡 증상까지 겹쳐 신병을 비관한 나머지 자살에 이르게 된 것으로 판단되고, 위와 같은 우울증의 발병 경위, 우울증의 발현 빈도와 치료 기간을 통하여 알 수 있는 증상의 정도, 자살 무렵 망인의 신체적 정신적 상황, 망인이 학교 업무에 느꼈던 부담의 정도, 망인을 에워싸고 있는 주위상황, 망인이 자살을 선택하게 된 동기나 계기가 될 수 있는 다른 사유가 나타나 있지 아니한 사정 등을 모두 참작해 보면, 망인은 질병 치료와 학교 업무 사이에서 정신적으로 갈등하다가 공무수행 중에 발병하였던 우울증이 재발함으로써 정신적인 억제력이 현저히 저하되어 합리적인 판단을 기대할 수 없을 정도의 상태에 빠져 자살에 이르게 된 것이라고 볼 여지가 충분하므로 공무와 사망 사이에 상당인과관계가 인정된다고 봄이 상당하고, 여기에 망인의 성격 등 개인적인 취약성이 자살을 결의하게 된 데에 일부 영향을 미쳤을 가능성이 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.’라고 설시하면서 항소심 판결을 파기하였고⁶⁾, 환송 후 항소심에서 위 대법원 판결과 같은 취지의 원고 승소판결이 선고 및 확정되었다.

사. 이 사건 민사소송에서는 원심은 위 행정소송 확정 후 판결을 선고하면서도, 사망 전날 정상적으로 출퇴근하였고, 사망 당일에도 특이한 행동이나 모습을 보이지 않았으며, 오후 늦게 거주지에서 목을 매어 자살하였다는 사정만을 들어 ‘망인의 심리상태가 급격히 불안정한 상태에 있었다거나 극도의 흥분상태나 정신적 공황상태에서 자살하였다고 보기 어렵다.’는 이유로 약관상 보험자 면책사유에 해당한다고 판단하였다. (1심 소송에서도 원고는 패소한 바 있다.)

5) 항소심 판결은 서울고등법원 2014. 7. 4. 선고 2013누32337 판결이다.

6) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014두10608 판결



아. 대법원은 일부 상고 이유를 타당한 것으로 받아들였다.

망인을 치료하였던 정신과 전문의의 전문적이고 의학적인 견해에 관한 증거가 제출되었고, 그 견해에 의할 때 망인은 2006년 학급 내 문제로 우울장애를 유발하는 스트레스를 겪은 후 매년 10월경을 전후하여 우울삽화가 발생하는 등 망인이 자살할 즈음 계절성 동반의 주요 우울 장애 상태에 있다고 판단할 수 있다. 원심은 정신과 전문의의 견해 및 그 바탕에 있는 의학적 판단 기준을 고려하지 않은 채 망인이 자살할 무렵 주변 사람들에게 겉으로 보기에 이상한 징후를 보이지 않았거나 충동적이라고 보이지 않는 방법으로 자살하였다는 등의 사정만을 내세워 망인이 우울증으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자살한 것으로 보기 어렵다고 단정한 후, 이 사건 보험계약 약관의 보험자 면책조항이 적용된다고 보아 피고들의 원고에 대한 보험금지급의무를 부정하고 말았으니, 이러한 원심판단에는 이 사건 보험계약 약관의 면책사유의 해석에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고 이유서 주장은 이유 있다.

2. 쟁점과 판결의 요지

가. 우울 삽화(Depressive Episode)

사망을 보험사고로 하는 보험계약에서 자살을 보험자의 면책사유로 규정하고 있는 경우에도 피보험자가 정신질환 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 경우까지 포함하는 것은 아니므로, 피보험자가 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 사망의 결과를 발생케 한 직접적인 원인행위가 외래의 요인에 의한 것이라면, 그 사망은 피보험자의 고의에 의하지 않은 우발적인 사고로서 보험사고인 사망에 해당할 수 있다.⁷⁾ 이때 정신질환 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서의 사망이었는지 여부는 자살자의 나이와 성행, 자살자의 신체적 정신적 심리상황, 그 정신질환의 발병 시기, 그 진행경과와 정도 및 자살에 즈음한 시점에서의 구체적인 상태, 자살자를 에워싸고 있는 주위상황과 자살 무렵의 자살자의 행태, 자살행위의 시기 및 장소, 기타 자살의 동기, 그 경위와 방법 및 태양 등을 종합적으로

7) 대법원 2015. 6. 23. 선고 2015다5378 판결 등 참조



고려하여 판단하여야 한다.⁸⁾

신체적 및 정신적, 행동적인 변화로 어려움이 지속적으로 심한 경우는 기분을 조절하는 데 문제가 있는 우울장애라고 할 수 있고, 정신의학에서는 우울한 상태란 사고의 형태나 흐름, 사고의 내용, 동기, 의욕, 관심, 행동, 수면, 신체활동 등 전반적인 정신기능이 저하된 상태를 말하며, 이렇게 기분의 변화와 함께 전반적인 정신 행동의 변화가 나타나는 시기를 우울 삽화(Depressive episode)라고 하며, 정도가 심한 삽화를 주요 우울 삽화라고 하여 주요 우울장애(Major depressive disorder)로 진단한다.

미국정신의학협회에서 발행한 **정신질환진단및통계매뉴얼 제5판**(The diagnostic and statistical manual of mental disorders, Fifth Edition, DSM-5)은 주요 우울장애에 대해서, ① 하루 중 대부분, 그리고 거의 매일 지속되는 우울한 기분에 대해 주관적으로 보고하거나 객관적으로 관찰될 것, ② 거의 매일, 하루 중 대부분, 거의 또는 모든 일상 활동에 대한 흥미나 즐거움이 뚜렷하게 저하됨 등을 포함한 9개의 인지, 행동, 신체적 증상을 제시하면서, ‘① 또는 ②가 포함된 5개 이상의 증상이 2주 연속으로 지속되며 이전의 기능 상태와 비교할 때 변화를 보이는 경우’라고 진단기준을 제시하고 있는데, 그중에는 ‘반복적인 죽음에 대한 생각, 구체적인 계획 없이 반복되는 자살사고 또는 자살시도나 자살수행에 대한 구체적인 계획’도 하나의 증상으로 포함되어 있고, 한편 계절성 동반의 주요 우울장애에 대해 주요 우울장애에서 주요 우울삽화의 발병과 한 해의 일정한 기간 사이에 규칙적인 시간 관계가 있을 것 등의 진단기준을 제시하고 있다.

한국표준질병사인분류(Korean standard classification of diseases, KCD)는 DSM-5에서 언급한 증상의 개수 등을 고려하여 우울장애를 경도, 중등도, 고도(중증)로 분류하고 있는데, ‘우울병 에피소드가 뚜렷하며 의기소침, 특히 자부심의 소실이나 죄책감을 느끼고 자살충동이나 행위가 일반적이며 많은 신체적 증상이 동반되는 경우’를 고도(중증)로 보고 있다.

위와 같이 주요 우울장애와 자살의 관련성에 관한 의학적 판단 기준이 확립되어 있으므로, 사실심 법원으로서도 주요 우울장애로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에 이르러 자살하였다고 볼 만한 의학적 견해가 증거로 제출되었다면 함부로 이를 부정할 수 없다. 만약 법원이 그러한 의학적 소견과 다르게 인과관계를 추단하려면 다른 의학적·전문적 자료에 기하여 신중

8) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009다97772 판결 등 참조



하게 판단하여야 한다.

나. 심신상실 상태에서 자살과 보험자 면책

보험사고가 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 생긴 때에는 보험회사는 보험금을 지급할 책임이 없다. 생명보험 표준약관 제5조는 피보험자가 고의로 자신을 해친 경우에 보험금을 지급하지 아니한다고 규정하고, 동조 단서에서 피보험자가 심신상실 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자신을 해친 경우, 특히 그 결과 사망에 이르게 된 경우에는 재해사망보험금을 지급한다고 규정하고 있다.⁹⁾

자살은 고의에 의한 사고이기 때문에 보험사고의 본질적 특성인 우연성과 불확정성에 어긋난다. 자살의 경우에도 보험금이 지급되면 도덕적 해이가 발생할 뿐만 아니라 선의의 보험계약자에게 손해가 전가되기 때문에 면책사유로 규정하고 있는 것이다. 다만 피보험자의 심신상실 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자신을 해쳐서 사망에 이르게 된 경우에는 의사무능력 상태에서 자행된 사고로서 고의성이 없다고 봐야 하므로 보험금을 지급한다.

정신질환이란 뇌세포의 손상으로 인하여 비정상적인 소인에 따라 정상적인 판단 형성이 이루어질 수 없을 정도의 자유로운 의사결정을 하기 어려운 상태를 의미한다. 그러므로 단순한 의지박약이나 우울 상태, 자살의 기도나 생활능력의 박약과 같은 수준의 정신병적 인격장애 정도는 자유로운 의사결정이 배제되는 정신질환으로 보기 어렵지만, 심각한 정신착란, 완전한 대취 정도의 명정 상태, 정신병원에서 주기적으로 치료를 받을 정도의 심각한 정서적 우울증 등은 자유로운 의사결정을 하기 어려운 정신질환으로 볼 수 있다. 한편 심신상실이란 심신장애로 사물에 대한 변별력이 없거나 의사를 전혀 결정하지 못하는 상태를 말하는데, 심신상실 여부는 의학상의 정도에 따라 결정되는 것이 아니라, 전문가의 감정을 토대로 법관이 결정해야 할 법적, 규범적 문제에 속한다.¹⁰⁾

9) 보통거래약관의 내용은 개개 계약체결자의 의사나 구체적인 사정을 고려함이 없이 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 하여 객관적·획일적으로 해석하여야 하고, 고객보호의 측면에서 약관 내용이 명백하지 못하거나 의심스러운 때에는 고객에게 유리하게, 약관작성자에게 불리하게 제한해석하여야 한다(대법원 1996. 6. 25. 선고 96다12009 판결, 2005. 10. 28. 선고 2005다35226 판결, 2010. 3. 25. 선고 2009다38438, 38445 판결 등 참조).

다. 보험금청구권의 소멸시효

구 상법 제662조는 보험금청구권은 2년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다고 규정하였다(2014. 3. 11. 상법 개정으로 보험금청구권의 소멸시효는 3년으로 변경되었다). 보험금청구권의 소멸시효는 특별한 다른 사정이 없는 한 원칙적으로 보험사고가 발생한 때부터 진행한다. 그렇지만 보험사고가 발생한 것인지 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금청구권자가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에도 보험사고가 발생한 때부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행된다고 해석하는 것은, 보험금청구권자에게 너무 가혹하여 사회정의와 형평의 이념에 반하고 소멸시효 제도의 존재이유에도 부합하지 않으므로, 이와 같이 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는 보험금청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행한다(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다39822 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007다19624 판결 등 참조).

이른바 단체보험¹¹⁾에서 단체가 규약에 따라 구성원의 전부 또는 일부를 피보험자로 하는 생명보험계약 내지 상해보험계약을 체결하는 경우에는 보험자는 보험계약자에게만 보험증권을 교부하고, 피보험자인 구성원 개인에 대하여는 보험증권을 교부할 필요가 없다(상법 제735조의3, 제739조). 따라서 단체보험의 피보험자가 사망하여 재해사망보험금을 청구하려는 상속인 입장에서는 일반적인 개인보험보다 보험계약의 존재와 보험계약 내용을 파악하여 보험금 청구요건 해당 여부를 확인하는 데에 어려움을 겪을 수 있다.

보험약관에서 사망보험금 지급요건에 관하여 ‘피보험자의 고의로 보험금 지급사유가 발생한 경우는 보험자가 면책되나, 심신상실 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자신을

10) 2010년 표준약관을 개정하면서 ‘정신질환 등의 사유’를 ‘심신상실 등의 사유’로 변경하였다. 정신질환은 의학적으로 정신장애, 의식장애 또는 정신병으로 한정 해석될 여지가 있는데, 책임능력과 연관이 있는 ‘심신상실’이란 개념이 더 광범위하게 자유로운 의사배제 상태를 내포하는 것으로 보아 변경한 것이다.

11) 생명보험계약에서 피보험자가 한 명인 것을 단생보험계약이라 하고, 피보험자가 복수인 것을 연생보험계약이라 한다. 특정 회사, 공장, 상점, 관공서 등의 일정 기준 이상의 단체소속자를 포괄적으로 피보험자로 하는 것을 단체보험계약이라 한다. (상법 제735조의3). 단체보험인 경우에는 단체계약체결을 효과적으로 수행하기 위해 사망보험인 경우라도 피보험자의 동의를 불필요하며(제735조의3 제1항), 보험증권교부는 보험계약자(단체대표자)에게만 하면 된다(제735조의3 제2항).



해친 경우에는 보험금을 지급한다.’는 내용의 보험자 면책사유 및 그 예외 사유가 규정되어 있는 경우, 주요 우울장애로 인하여 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자살하였다는 이유로 재해사망보험금을 청구하려는 상속인은 사망 사실뿐 아니라 약관상 면책의 예외 사유에 해당한다는 점까지 소명할 수 있는 자료를 갖추기 어려운 경우가 일반적일 것이기 때문에, 쉽게 보험금 청구에 나서기 어려운 측면이 있다.

이 사건 보험계약은, 피고들이 2011년 광주광역시 교육청과 사이에 망인 등 그 소속 공무원들을 피보험자로 한 공무원 단체상해보험계약의 방식으로 체결되었다.

망인은 목을 매어 자살하였고, 유서를 남기지 아니하였으며, 이 때문에 망인이 우울증 치료를 받은 적이 있다는 사실 등을 확인한 경찰 역시 ‘우울증으로 인한 단순자살’로 내사종결 처리하였다.

원고는 2012. 2.경 공무원연금공단을 상대로 망인의 자살이 공무상 생긴 우울증으로 인한 것임을 주장하면서 유족보상금 지급을 구하였으나 거부당하여 앞서 본 바와 같이 행정소송을 제기하였고, 2016. 2. 26.에 이르러서야 승소 확정판결을 받았다.

원고는 2016. 8.경 이 사건 소를 제기하였다.

원심은, 이 사건 보험계약 약관의 면책조항이 적용되지 않는다고 하더라도 이 사건 보험금청구권의 소멸시효 기산점을 망인이 사망한 날이라고 보아 그로부터 2년이 경과한 이 사건 보험금지급청구권은 이미 소멸시효가 완성되었다고 판단하였다.¹²⁾

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 망인이 사망하였을 당시에는 면책의 예외 사유에 해당하는 보험사고가 발생하였는지 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금 청구권자인 원고가 이를 알 수 있거나 그 소명자료를 갖추기 어렵다고 볼 사정들이 존재한다. 원고가 망인의 자살 당시 이 사건 보험계약의 존재와 구체적인 내용을 파악할 수 없거나 상당히 곤란하였을 여지도 있다. 그러나 원고가 망인이 공무상 생긴 우울증으로 인해 자살한 것이라고 주장하며 유족보상금의 지급을 신청하고 이어 행정소송도 제기하였던 이 사건에서 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에 해당한다고까지 보기는 어렵다.

12) 광주지법 2017. 10. 27. 선고 2017나55151 판결



3. 소 결

이 사건 대법원 판결에서 주심 대법관의 고뇌를 엿볼 수 있기는 하다. 하지만 논리적 모순이고 형용 모순이 아닐까.

위 2018다209713 사건과는 사실관계와 소송의 경과에서 많은 차이점이 있다. 우선 위 사건에서는 보험계약이 재해사망특약이 포함된 개인보험계약이고 망인(자살자)은 명백히 유서를 남겼으며(그래서 자살임이 명백했다) 공무원연금공단을 상대로 한 행정소송에서 원고는 1심 패소, 2심 승소, 상고심에서는 피고의 상고를 기각했고, 민사소송(보험금청구소송)에서는 1심과 2심에서 원고가 승소하였으나 대법원에서 패소했다. 반면에 이 사건의 경우 단체보험계약이었고 공무원연금공단 상대 행정소송에서 원고는 1심과 2심은 패소했으나 상고심에서 비로소 승소하였다. 망인(자살자)은 유서를 남기지 않았고 이 사건 민사소송(보험금청구소송)에서 원고는 1심과 2심에서 패소했을 뿐만 아니라 대법원에서도 패소했다.

원고는 망인의 어머니로서 망인의 자살 당시 이 사건 단체보험계약의 존재와 구체적인 내용을 파악할 수 없거나 아주 곤란하였을 것이고, 더욱이 공무원연금공단을 상대로 제기한 행정소송에서 1심과 2심에서 패소했을 뿐만 아니라 상고심에서 비로소 승소한 것을 고려하면, 상고심에서 승소했을 당시 처음 보험 사고의 발생을 확정적으로 알 수 있었던 것으로 보아야 할 것이다.

그런데 이 사건 소송은 위 사건의 대법원 판결을 무조건적으로 추종했다.

III. 소멸시효 제도와 기간, 기산점

1. 소멸시효의 기간

가. 일반적인 시효기간

시효는 일반적으로 일정한 사실상태가 일정한 기간 계속되는 경우 그 상태가 진실한 관리관계와 부합하는지 여부를 묻지 않고 그 사실상태를 존중하여 그에 대하여 권리의 취득 또는 권리



의 소멸이라는 법률효과를 부여하는 법률요건이라고 할 수 있다. 권리의 취득이라는 법률효과를 부여하는 법률요건을 취득시효, 권리의 소멸이라는 법률효과를 부여하는 법률요건을 소멸시효라고 한다. 우리 민법은 소멸시효와 취득시효가 그 요건과 효과에서는 공통점보다는 차이점이 많은 별개의 제도로 보는 것이 타당하기 때문에 민법총칙 제162조 이하에서 소멸시효에 관하여,¹³⁾ 물권법 제245조 이하에서 취득시효에 관하여 규정하고 있다.

상법 제64조는 상행위로 인한 채권에 관하여 5년의 소멸시효 기간을 규정하고 있다. 여기의 상행위에는 당사자 쌍방에 대하여 모두 상행위가 되는 경우뿐 아니라 당사자 일방에 대하여만 상행위가 되는 경우도 포함된다. 또한 상법 제64조 각호에 해당하는 기본적 상행위뿐 아니라 상인이 영업을 위하여 하는 보조적 상행위도 포함된다. 예컨대 단체협약은 보조적 상행위이므로 단체협약에 기하여 근로자의 유족이 회사에 대해 가지는 위로금 채권은 5년의 상사소멸 시효기간이 적용된다. 그러나 보조적 상행위라고 하더라도 정형적이고 신속한 해결이 필요하지 않은 권리라면 상사소멸시효 기간이 적용되지 않을 수 있다, 근로계약은 상인이 그 영업을 위해 하는 보조적 상행위이지만, 근로자의 근로계약상 주의의무 위반으로 회사가 가지는 손해배상 청구권은 정형적이고 신속한 해결이 필요하지 않으므로 특별한 사정이 없는 한 5년의 상사소멸 시효 기간이 아니라 10년의 민사소멸시효 기간이 적용된다.¹⁴⁾

13) 민법상 소멸시효는 기본적으로 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성하고, 채권 및 소유권 이외의 재산권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다(민법 제162조).

14) 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contracts, PICC)은 로마에 본부를 둔 사법 통일국제협회(UNIDROIT)에 의해 작성, 공표된 것이다. 그 자체로는 아무런 법적 구속력을 가지지 않지만 하나의 모델법으로서 각국의 입법에 영향을 미치고 있다. 이 원칙의 2004년판 제10장에서 시효에 관한 일련의 규정을 두었다. PICC는 소멸시효 기간에 관해 단기의 보통시효기간과 장기의 기간을 구분해서 규정하였다. 단기시효기간은 3년이다(제10.2조 제1항. 그 기산점은 채권자가 그 권리 행사를 가능하게 하는 사실을 안 때 또는 알 수 있었던 때로서, 주관적 기산점을 정하고 있다. 장기시효 기간은 10년이다.(제10.2조 제2항) 그 기산점은 권리를 행사할 수 있는 날의 다음 날이다. 시효기간이 만료하더라도 당해 권리가 소멸하는 것은 아니다(제10.9조 제1항). 채무자는 시효기간의 만료를 항변으로 원용할 수 있고, 원용하지 않으면 효력이 생기지 않는다(동조 제2항). 시효기간이 만료한 후라도 채무자가 이행하였으면 시효기간의 만료만을 이유로 그 반환을 청구할 수 없다(제10.11조, 제4판 주석 민법총칙(3) 496~497면 참조).



나. 상법 제662조(소멸시효)

이 사건 당시 상법 제662조에서는 보험금의 청구권과 보험료반환청구권 및 생명보험에서 적립금의 반환청구권의 소멸시효 기간은 2년, 보험료청구권의 소멸시효 기간은 1년으로 각각 규정하고 있었다.¹⁵⁾ 민법상 채권의 소멸시효 기간이 10년, 상사채권의 시효가 5년으로 규정되어 있는 것에 비하여 훨씬 단축되어 있다.¹⁶⁾ 이것은 기업거래의 법률관계를 신속히 매듭지도록 하여야 한다는 일반 상거래에서의 요청과 같은 취지라고 할 수 있다. 보험사업의 재무상황의 명료성의 확보라는 보험감독정책상의 요청도 들어있다. 따라서 민법상 특정 종류의 채권에 관한 특별단기소멸시효와는 그 취지를 달리한다.

보험금청구권의 소멸시효 기간을 2년으로 단축한 입법례로는 독일 보험계약법 제12조, 스위스 보험계약법 제46조, 일본 상법 제663조 등에서도 볼 수 있으나 독일법 제12조는 생명보험의 경우에는 계약자 보호의 취지에서 시효기간을 5년으로 하고 있다.

2. 보험금청구권의 소멸시효 기산점

이 사건 당시 보험금청구권의 소멸시효 기간은 2년이다. 이 경우의 청구권의 시효기간의 기산점에 관하여는 상법에 규정이 없으므로 민법 제166조 제1항에 의하여 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하는가 하는 것이 문제되고 있다. 이에 대하여 대법원의 판례는 보험금청구권의 소멸시효 기간은 2년이고, 특별한 사정이 없는 한 보험사고가 발생할 때로부터 진행한다는 견

15) 2014. 3. 11. 본조가 개정되면서 보험금청구권은 3년간, 보험료 또는 적립금의 반환청구권은 3년간, 보험료청구권은 2년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸하는 것으로 하였다. 다만 이 사건에는 개정되기 전 본조가 적용된다.

16) 보험계약이 무효인 경우 당사자인 보험계약자와 보험사 사이의 균형을 고려할 때, 보험사의 보험금 반환청구권에만 장기인 10년의 민사 소멸시효 기간이 적용된다고 하는 것도 적절하지 않다. 보험계약자가 보험금을 부정 취득할 목적으로 보험계약을 체결해 보험계약이 민법 제103조에 따라 무효인 경우, 보험사가 보험계약자 등을 상대로 이미 지급한 보험금의 반환을 구하는 부당이득반환청구권은 상법 제64조를 유추적용해 5년의 상사 소멸시효 기간이 적용된다고 봄이 타당하다(대법원 2021. 7. 22. 선고 2020다277812 전원합의체 판결).



해를 밝히고 있다.¹⁷⁾ 그러나 보험사고의 발생의 여부가 객관적으로 분명하지 아니한 경우에는 보험금청구권자가 알았거나 알 수 있었던 때로부터 소멸시효가 진행한다고 판시하고 있다.

특별한 다른 사정이 없는 한 원칙적으로 보험금청구권의 소멸시효는 보험사고가 발생한 때로부터 진행한다고 해석하는 것이 상당하지만, 보험사고가 발생한 것인지의 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금청구권자가 과실없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에도 보험사고가 발생한 때로부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석하는 것은 보험금청구권자에게 너무 가혹하여 사회정의와 형평의 이념에 반할 뿐 아니라 소멸시효제도의 존재이유에 부합된다고 볼 수 없으므로, 이와 같이 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는 보험금청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석하는 것이 타당하다고 실시하고 있다.¹⁸⁾

독일 보험계약법은 보험금청구권의 소멸시효의 기산일에 관해 급부를 청구할 수 있는 해(年)의 末(mit dem Schluss des Jahres, in welchem die Leistung verlangt werden kann.)이라 규정하고 있고, 스위스 보험계약법은 그 권리발생의 원인이 사실이 생긴 때라고 규정하고 있다. 일본 상법은 보험채권의 시효기간의 기산일에 관한 규정이 없으므로 일본 판례는 민법에 따라서 권리 행사를 할 수 있는 때로 보고 있지만, 이 밖에 보험사고가 발생한 때로 보는 설(보험사고 발생시설) 보험수익자(생명보험) 또는 피보험자(손해보험) 등의 보험금 청구권자가 보험사고의 발생을 안 때로 보는 설(보험사고 발생지료시설) 사고발생 시를 원칙으로 하고 예외로서 사고의 발생을 알지

17) 대판 1999. 3. 9 98다61913, 대판 1998. 2. 13. 96다19666, 대판 1993. 4. 13. 93다3622, 대판 1992. 7. 24. 91다40924, 대판 1992. 3. 31. 91다32053

18) 대판 2001. 4. 27. 2000다31168 - 보험금청구권은 보험사고가 발생하기 전에는 추상적인 권리에 지나지 아니할 뿐 보험사고의 발생으로 인하여 구체적인 권리로 확정되어 그 때부터 그 권리를 행사할 수 있게 되는 것이므로, 특별한 다른 사정이 없는 한 원칙적으로 보험금청구권의 소멸시효는 보험사고가 발생한 때로부터 진행한다고 해석해야 할 것이고, 다만 보험사고가 발생한 것인지의 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금청구권자가 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에도 보험사고가 발생한 때로부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석하는 것은, 보험금청구권자에게 너무 가혹하여 사회정의와 형평의 이념에 반할 뿐만 아니라 소멸시효제도의 존재이유에 부합된다고 볼 수도 없으므로 이와 같이 객관적으로 보아 보험사고가 발생한 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는 보험금청구권자가 보험사고의 발생을 알았거나 알 수 있었던 때로부터 보험금청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석할 것이다.



못한 경우는 그 사실을 안 때로부터 진행하는 것으로 보는 설(절충설) 등으로 나누어져 있다.¹⁹⁾ 우리 대법원 판례는 위 절충설을 취하고 있는 것이다.

3. 소멸시효와 권리남용

채무자의 소멸시효 완성의 주장도 민법상 신의칙과 권리남용 금지 원칙의 지배를 받는다. 그러므로 신의칙에 반하거나 권리남용에 해당하는 소멸시효 완성의 주장은 허용되지 않는 것이 타당하다.

대법원은 채무자의 소멸시효의 항변권 행사도 민법상 신의성실의 원칙과 권리남용 금지의 원칙의 지배를 받는다고 하면서, 소멸시효 완성의 주장이 권리 남용에 해당하는 경우를 유형화하고 있다. 국가도 시효완성의 항변을 할 수 있다고 전제한 후, “다만 채무자인 국가가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효 중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, 객관적으로 채권자인 원고가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, 또는 일단 시효완성 후에 채무자인 국가가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자인 원고로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, 채권자 보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무 이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한하여” 국가의 소멸시효 완성의 항변이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다고 판시했다.²⁰⁾

19) 상세한 것은 제1판 주석 상법(보험), 221~223면 및 이기수 외 저, 제7판 보험·해상법, 107~108면 참조

20) 대판 94다22927, 대판 95다29895, 대판 96다24101, 대판 99다12376, 대판 2001다60392, 대판 2002두11028, 대판 2002다32332, 대판 2004다33469, 대판 2004다71881, 대판 2006다70189, 대판 2007두2173.



4. 소멸시효 제도의 존재 이유

가. 소멸시효 제도는 지금도 존재 이유가 있는가?

오랫동안 계속된 사실상태를 그대로 유지하는 것이 그 위에 구축된 사회질서를 보호하기 위해 필요하다고 본다. 일정한 사실상태가 오랫동안 계속되면 이를 기초로 다수의 새로운 법률관계가 맺어진다. 그런데 그 사실상태가 정당하지 못하다고 하여 이를 부인한다면 그 사실상태를 기초로 맺어진 법률관계가 모두 뒤집어진다. 거래의 안전이 위협되고 사회질서가 흔들리게 된다. 그러므로 일정한 기간 동안 계속된 사실관계를 권리관계로 인정하여야 사회질서가 안정되고 제3자의 신뢰를 보호할 수 있게 된다는 것이다.

사실상태가 오래 계속되면 그 동안에 진정한 권리관계에 관한 증거가 없어지기 쉽다. 오랜 세월이 흐르는 동안에 증거가 흩어져 없어지고, 증인은 사망하거나 그 기억이 희미해진다. 따라서 당사자 사이의 소송에서 남아 있는 증거만으로 진상을 파악하는 것이 매우 힘들게 된다. 또한 어떤 사실상태가 오래 계속되었다는 사실 자체가 그것이 상당한 권리관계에 의해 유지되어 왔다는 개연성이 있다는 증거라고 할 수도 있다. 그러므로 계속된 사실상태를 권리관계로 인정하여 당사자의 입증 곤란을 구제할 수 있다.

장기간 권리를 행사하지 않으면 의무자도 의무의 존재를 잊어버리게 되고, 그 시점에서 돌연 권리를 행사하면 의무자에게 불의타가 된다. 채권자에게도 신의칙상 그 권리의 행사가 불의타가 되지 않도록 적시에 권리를 행사할 의무가 있다. 따라서 적시에 권리를 행사하지 않은 권리자에 대한 제재로서 권리를 박탈하는 것이 정당화 될 수 있다. 즉 “권리 위에 잠자는 자는 보호하지 않는다”는 법언이 시효의 근거로서 원용될 수 있다.²¹⁾

이게 소멸시효 제도의 주된 근거라고 할 수 있다. 하지만 과연 타당한 근거인지는 의문이다. 정의의 관념에 부합하지 않기 때문이다. 더욱이 과학 기술의 현저한 발달로 시대는 많이 변했는데 구태의연한 논리라고 할 수 있지 않은가.

21) 「주석 민법총칙(3)」, 487~488면 참조. 오만한 법률가들이 만들어낸 법언일 뿐이다. 이 법언은 일반 서민을 무식하다고 폄하하고 있다. 하지만 서민들이 어떻게 자신의 권리를 똑바로 인지할 수 있겠는가.

나. 소멸시효와 공소시효

민사사건에 소멸시효가 있다면 형사사건에는 공소시효 제도가 있다. 공소시효이건 소멸시효이건 간에 정의와 형평의 관념에 비추어 보면 어떠한 합리적 근거도 부족하다고 할 수 있다. 특히 그 기간의 장단에 대해서는 관습적인 이유에 의해 타당한 이유가 없으므로 더욱 그렇다. 순전히 편의상 인정된 제도라고 할 수 있다.

시효제도가 사실 상태에 대한 사회 일반 또는 제3자의 신뢰를 보호하기 위한 제도라고 할 수 없다. 사실 상태가 있으면 그에 부합하는 권리관계가 존재할 개연성은 있지만, 그러한 개연성만으로 무권리자에게 권리를 주고 의무자의 의무를 면하게 하는 것은 타당하지 않다. 권리 위에 잠자는 자를 보호할 수 없다는 것은 어설픈 핑계에 불과한 것으로 입증 곤란의 구제라는 이유를 보강하는 구실을 할 뿐 시효제도 자체를 이 이유로 설명할 것은 아니다.²²⁾ 예외적으로 특히 소멸시효에서 특수한 이유로 조속히 처리해야 할 필요가 있거나 조속히 처리하는 것이 타당한 채권, 채무에 한하여 시효를 인정해야 할 것이다.

소멸시효에서는 입증 곤란의 구제와 권리자가 더 이상 권리를 행사하지 않을 것으로 믿은 의무자의 신뢰를 보호하여야 한다는 이유는 정의와 권리자와 의무자 간 형평의 관념에 비추어봐도 타당한 이유가 될 수 없다. MZ세대가 확보하는 21세기 대명천지에 컴퓨터의 발달, DNA 분석기법의 발전, AI시대에 증거의 보존과 증거의 발견은 더 이상 문제 될 수 없다. 하지만 오랜 관습에 의해 유지되어온 이 제도를 어느 날 갑자기 폐지할 수 없다면 소멸시효의 기간에 대해서 검토해보아야 할 것이다. 물론 이것은 입법 정책의 문제이긴 하다.

소멸시효 제도는 공법상 권리에도 적용되고 사법상 권리에도 공통적으로 적용된다고 볼 수 있다.

공소시효란 범죄행위가 종료한 후에 공소제기가 없이 일정한 기간이 경과되면 그 법적 행위에 대해 국가의 형사소추권을 소멸시키는 제도를 말한다.²³⁾ 공소시효는 일정한 기간이 경과되면 국가의 형사 소추권을 소멸시키므로 시효가 완성된 때에는 면소판결을 해야 한다는 점에서 형

22) 제4판 주석 민법총칙(3) 486~489면 참조.

23) 공소시효가 없으면 범죄자는 계속 발 뻗고 편하게 잠잘 수가 없을 것이다. 그것만으로도 처벌 효과가 있다. 계속적으로 불안, 강박에 시달리면 결국 자수를 결심할 수도 있을 것이다.



이 확정된 후에 일정한 기간 동안에 집행이 이루어지지 않은 경우에 국가형벌권을 소멸시키고 시효가 완성된 때에는 형의 집행을 면제시키는 형의 시효와 구별된다.

공소시효는 시간의 경과에 의한 범죄의 사회적 영향이 약화되어 가벌성이 소멸되었다는 주된 실체적 이유에서 일정한 기간의 경과로 국가가 형벌권을 포기함으로써 결과적으로 각 형벌권 소멸과 공소권 소멸로 범죄인으로 하여금 소추와 처벌을 면하게 함으로써 형사피의자의 법적 지위의 안정을 법률로서 보장하는 제도이다. 비록 절차법인 형사소송법에 규정되어 있으나 그 실질은 국가 형벌권의 소멸이라는 점에서 형의 시효와 마찬가지로 실체법적 성격을 가지고 있다.²⁴⁾

하지만 사람을 살해한 범죄, 사형에 해당하는 범죄에 대해서는 기간의 경과와 관계없이 공소 시효가 완성하지 않게 된다. ‘사람을 살해한 범죄’란 살인죄(형법 제250조 제1항)뿐만 아니라 강도살인죄(형법 제338조) 등과 같이 살인이 포함된 범죄는 모두 이에 해당하고 ‘사형에 해당하는 범죄’란 법정형을 기준으로 사형이 선택적으로라도 규정되어 있는 범죄를 말한다. 그리고 부칙에 따라 시행일인 2015. 7. 31. 이전에 범한 범죄로 아직 공소시효가 완성되지 않은 범죄도 포함된다(제2조).

‘헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법’은 1) 형법상의 내란죄, 외환죄와 균형법상의 반란죄, 이적죄 등 헌정질서파괴범죄, 2) 형법 제250조의 살인죄로서 ‘집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약’에 규정된 집단살해죄에 해당하는 범죄에 대해 공소시효의 적용을 배제하고 있고(동법 제2조, 제3조) 국제형사재판소 관한 범죄의 처벌 등에 관한 법률도 집단살해죄 등에 대해 공소시효의 적용을 배제하고 있다.(동법 제6조)

그리고 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’은 1) 13세 미만의 사람 및 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대해 형법 제297조(강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행), 제301조(강간 등 상해, 치상) 또는 제301조의2(강간 등 살인, 치사)의 죄 등 일정한 성폭력범죄를 범한 경우에 공소시효의 적용을 배제하고 있고(동법 제21조 제3항) 2) 모든 피해자에 대해 형법 제301조의2(강간 등 살인, 치사)의 죄 중에서 강간 등 살인죄 등 일정한 성폭력범죄를 범한 경우에 공소시효의 적용을 배제하고 있다.

24) 이창현 저, 제7판 형사소송법, 589~592면 참조.

이와 같이 형사소송법 제249조부터 제253조까지 공소시효에 관한 규정이 배제되므로 결국 위 범죄들에 대해서는 기간의 경과와 관계없이 공소시효가 영구적으로 완성하지 않게 된다.

IV. 보험청구권의 소멸시효 기간은 타당한가

1. 보험의 공공성

보험은 장래 발생이 불확실한 사고의 위험에 대비하기 위하여 다수인이 보험료를 지급함으로써 사고 발생 시에 생기는 경제적 부담을 회피 또는 분산하고자 하는 제도로써, 다양한 사고의 발생 가능성, 즉 위험에 노출된 채 살아가는 국민들에게 경제적 안정성을 확보해 주는 중요한 역할을 수행한다. 보험금은 보험사고를 당하여 궁박한 상황에 놓인 보험계약자 등에게 기본적인 생활을 보장하기 위한 최소한의 수단이 된다. 그러므로 보험제도는 국민생활과 떼려야 뗄 수 없는 밀접한 관계를 맺고 있다. 보험제도는 국민의 삶과 행복을 좌지우지할 수 있을만큼 중요한 필수적인 존재인 것이다.

이러한 보험의 공공성에 비추어 「금융소비자 보호에 관한 법률」은 금융상품의 복잡·다양화, 금융소비자와 금융회사 간 정보의 비대칭성 심화 등으로 인하여 금융소비자가 금융회사에 비해 전문성과 교섭력의 측면에서 열등한 지위에 서게 된다는 점을 감안해서 보험계약자 등과 같은 금융소비자의 권익을 증진하고 보험업과 같은 금융판매업 등의 건전한 시장질서를 구축하기 위하여 보험회사 등의 영업에 관한 준수사항을 정하고 있다(제1조 참조). 우선 보험회사는 보험계약의 체결, 권리의 행사 및 의무의 이행을 신의성실의 원칙에 따라 하여야 하고, 보험업을 영위할 때 업무의 내용과 절차를 공정히 하여야 하며, 정당한 사유 없이 보험계약자의 이익을 해치면서 자기가 이익을 얻거나 제3자가 이익을 얻도록 해서는 안 된다(제14조 참조). 또 보험회사는 보험계약자가 금융소비자로서 갖는 권리를 보호하기 위하여 ‘보험상품을 제공하는 경우에 공정한 금융소비생활 환경을 조성하기 위하여 노력할 책무’, ‘보험상품으로 인하여 금융소비자에게 재산에 대한 손해가 발생하지 아니하도록 필요한 조치를 강구할 책무’, ‘보험상품을 제공하는 경우에 보험계약자 등의 합리적인 선택이나 이익을 침해할 우려가 있는 거래조건이나 거



래방법을 사용하지 아니할 책무' 등을 진다(제10조 제2호 내지 제4호 참조).

이와 같은 법 규정에 의하면, 통상의 계약에서와 달리, 보험계약의 일방 당사자이면서 거대 자본인 보험회사는 계약의 체결이나 이행과정에서 자신의 이익뿐만 아니라 상대 당사자인 보험 계약자 등의 이익도 공정하게 보호할 책무를 부담한다(그러나 보험회사는 자신들의 이익 추구에 몰두한 나머지 그러한 책무를 이행하는 데 소홀할 수밖에 없다).

2. 보험사고의 특수성과 보험계약자의 상황

세상사 모든 일이 복잡다기한 것처럼 보험사고 역시 그렇다고 할 수 있다. 그래서 보험사고의 특수성을 고려하면 보험사고의 의미나 범위를 처음부터 판단의 여지없이 명확하게 규정하는 것은 사실상 불가능하다. 보험계약의 당사자인 보험회사와 보험계약자 사이에서 보험사고를 원인으로 하는 보험금 지급책임의 존부나 범위에 관한 다툼은 필연적으로 예정되어 있는 것이다. 이런 다툼에는 일반인들로서는 평소에 접하기 어려운 난해한 보험 법리가 적용되고, 보험사고 여부나 보험금의 범위를 판정하는 데에는 특수한 의학적 과학적 전문지식이나 기술이 필요한 경우도 많으므로, 전문지식 등이 부족한 보험계약자 등이 직접 보험사고에 관하여 조사하거나 보험금을 얼마나 청구할 수 있는지를 판단하는 것은 사실상 기대하기 어렵다.²⁵⁾

다시 말하면 현실적으로 거대한 조직과 전문 인력을 갖춘 보험회사가 절대적으로 유리한 지위에 있고 사회적 약자인 보험계약자 등은 아주 열악한 처지에 있는 것이다. 그런데 보험회사 역시 절대적으로 이익을 추구하는 사기업이라는 것이다 (그들은 이익 추구를 속성으로 하는 사기업이기 때문에 이익을 많이 남겨서 주주에게 배당금을 지급해야 한다). 그래서 그들은 보험금 지급의 경우 지급액을 깎기 위해서 또는 가급적 지급을 늦추기 위해서 온갖 가능한 술책을 부린다.

25) 대법원 2021. 6. 17. 선고 2018다257958, 257965 전원합의체 판결 참조.

V. 결론 - 평석

1. 보험금청구권의 소멸시효의 기산점

2017다281367 사건의 경우, 주요 쟁점 중 하나는 보험금청구권의 소멸시효의 기산점에 관한 것이다. 이 사건 판결문은, ‘단체보험의 피보험자가 사망하여 재해사망보험금을 청구하려는 상속인 입장에서는 일반적인 개인보험보다 보험계약의 존재와 보험계약 내용을 파악하여 보험금 청구요건 해당 여부를 확인하는 데에 어려움을 겪을 수 있다’, ‘재해사망보험금을 청구하려는 상속인은 사망 사실뿐 아니라 약관상 면책의 예외 사유에 해당한다는 점까지 소명할 수 있는 자료를 갖추기 어려운 경우가 일반적일 것이기 때문에 쉽게 보험금 청구에 나서기 어려운 측면이 있다’ 또한 ‘망인이 사망하였을 당시에는 면책의 예외 사유에 해당하는 보험사고가 발생하였는지 여부가 객관적으로 분명하지 아니하여 보험금청구권자인 원고가 이를 알 수 있거나 그 소명자료를 갖추기 어렵다고 볼 사정들이 존재한다. 원고가 망인의 자살 당시 이 사건 보험계약의 존재와 구체적인 내용을 파악할 수 없거나 상당히 곤란하였을 여지도 있다’라고 설시하였으면 서도 ‘유족보상금의 지급을 신청하고 이어 행정소송도 제기하였던 이 사건에서 과실 없이 보험사고의 발생을 알 수 없었던 경우에 해당한다고까지 보기는 어렵다’고 판시한 것은 일종의 형용 모순에 가까운 논리적 모순이라고 할 수 있다.

더욱이 위 사건은 2018다209713 사건과는 사실관계가 내부적으로 상당한 차이가 있음에도 불구하고 이를 무시하고 이 판결의 결론을 추종하고 있다. [우선 자살의 과정을 살펴보면 전자의 사건에서는 ‘전신에 발병한 홍반성 구진 등의 피부병과 간 수치 악화 등으로 입원, 통원 치료를 계속하다가 퇴근 후 자신의 집에서 목을 매 자살했다는 것’으로 유서는 남기지 않았고, 보험계약의 종류가 공무원 단체상해보험계약의 방식이었는데에 반해, 후자의 사건에서는 ‘업무과다로 인한 스트레스로 죽는다는 취지의 유서가 발견되었다는 것’이다. 보험약관에는, ‘피보험자의 고의로 보험금 지유가 발생한 경우에는 보험자가 면책되지만 심신상실 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없는 상태에서 자신을 해친 경우에는 보험금을 지급한다’고 규정되어있는데, 전자의 경우에는 과연 심신상실 등으로 자유로운 의사결정을 할 수 없었는지를 객관적으로 판단하는데 아주 애매한 경우라고 할 수 있다.]



전술한 것처럼, 소멸시효란 권리자가 자신의 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 일정기간 동안 권리를 행사하지 않은 경우 그의 권리를 소멸시켜버리는 제도이다. 이러한 소멸시효 제도를 인정하는 것은 오랜 기간 동안 자신의 권리를 행사하지 않음으로써 ‘권리 위에 잠자고 있던 자는 법률의 보호를 받을 가치가 없다’는 관점(그러나 권리 위에 잠자고 있었던 것이 아니라 그 동안 일반 서민들은 법률에 무지했기 때문에 권리 위에 잠잘 수밖에 없었던 것이 아닐까)과, 일정한 사실 상태가 장기간 계속되면 진실한 법률관계에 의한 것이라는 개연성이 상당히 높다는 점을 고려한 것이다(이러한 개연성은 그 근거가 희박한 것이다. 오히려 일반 서민들 입장에서는 증거의 보존과 발견의 어려움 때문이라고 할 수 있다).

형사법에서 공소시효 제도에 관해 논란이 있었고 일부 법 개정에까지 이른 점을 고려하면 민사법에서도 소멸시효 제도 전반에 대해서 컴퓨터와 DNA 분석 기법의 발달과 AI의 발전이라는 시대 상황이 급속도로 변한 사정을 반영하여 충분한 논의를 거쳐 법 개정까지 나아가야 할 것이다.

이 사건의 경우 단체보험인 점, 유족보상금의 지급을 신청했지만 거절당한 점, 이어 행정소송을 제기하였지만 1심과 2심에서 패소하고 대법원에서 최종 승소한 점 등을 고려하면 원고 측은 충분히 자신의 권리를 행사하기 위해서 최선을 다했고 또한 보험사고의 발생과 관련하여 오랫동안 혼란이 지속되었기 때문에 보험사고인지 여부에 대해서 확신할 수 없었던 점에 비춰보면 권리행사에 과실이 있다고는 볼 수 없을 것이다.

2. 독일 보험계약법 제12조

독일 보험계약법 제12조는 보험금 청구권의 소멸시효 기간을 2년으로 규정하고 있다. 다만, 생명보험의 경우에는 계약자 보호의 취지에서 시효기간을 5년으로 규정하고 있다. 또한 기산일이 관하여는 ‘급부를 청구할 수 있는 해(年)’의 末(mit dem Schluss des Jahres in welchem die Leistung verlangt werden kann.)이라고 규정하고 있다.

3. 입법론적 과제

왜 보험금 청구권의 소멸시효 기간은 2년이었을까. 왜 개정 법률은 3년으로 연장하였는가. 왜 2년이고 왜 3년인가. 상법에는 상사시효가 있는데 보험의 경우 별도로 소멸시효를 규정할

이유가 있었는가. 소멸시효의 이익을 전적으로 향수하는 자는 거대 자본인 보험회사일 뿐이고 사회적 약자인 보험계약자 등과는 하등의 관련이 없다. 보험회사는 절대적으로 이익을 추구하는 사기업일 뿐이다. 왜 그들에게만 일방적으로 유리해야 하는가?

그렇다고 보험법에서 소멸시효를 당장 없앨 수는 없다. 그러면 생명보험의 경우 소멸시효의 기간을 독일법처럼 5년으로 연장해야 할 것이다(위 두 개의 사건의 경우 모두 생명보험계약과 관련된 것이다. 2014년 법 개정에 의해 보험금청구권의 소멸시효가 3년으로 연장되었지만 2016년 자살 유족자에 대한 재해사망보험금의 소멸시효 기간이 문제가 되자 20대 국회에서 그 기간을 5년으로 확대하는 법안이 제출됐지만 국회의원들의 태만으로 법률 개정으로는 이어지지 않았고 3년의 소멸시효 기간이 여전히 유지되고 있다).

보험업법은 ‘보험계약자 등을 보호할 수 있는 전문 인력과 전산설비 등 물적 시설’을 보험업의 허가요건으로 규정하고 있다(제6조 제1항, 제9조 제1항 참조). 또한 보험사고에 따른 손해액 및 보험금의 사정, 즉 손해사정에 관한 업무는 그에 관한 전문지식과 경험을 갖춘 손해사정사나 손해사정업자가 담당하되 그 업무를 공정하게 처리하도록 규정하고 있다(제185조, 제186조, 제189조 제3항 참조). 그렇지만 보험회사가 전문 인력과 설비를 유지·운영하거나 손해사정사 등을 통하여 손해사정업무를 처리하는 데 소요되는 비용은 사업비로서 보험계약자가 내는 보험료로 충당된다. 그러므로 보험업법은 보험계약에 내재된 특수한 사정을 감안하여 보험회사로 하여금 평소 보험계약자 등이 낸 보험료로 전문 인력과 설비를 유지·운영하면서 보험계약자 등이 보험금 지급을 청구하였을 때 전문 인력과 설비를 이용하여 보험금 지급책임의 존부 및 범위를 공정하게 판정할 것을 기대하고 있다.²⁶⁾

위와 같이 사회적 약자인 보험계약자나 피보험자를 보호하기 위해서 「보험법」이나 「보험업법」, 「금융소비자 보호에 관한 법률」이 상세한 법 규정을 마련하고 있다면 보험계약자 등에게 절대적으로 불리한 생명보험계약에서 소멸시효 기간을 연장하지 않을 하등 이유가 없는 것이다.

26) 대법원 2021. 6. 17. 선고 2018다257958, 257965 전원합의체 판결 참조.



[참고문헌]

대판 2014두10608 판결문, 대판 2018다209713 판결문, 대판 2017다281367 판결문, 대판 2009다38438, 38445 판결문, 대판 2018다257958, 257965 판결문, 대판 96다12009 판결문, 대판 2005다35226 판결문, 대판 2007다19624 판결문, 대판 2013다34693 판결문

편집대표 김용담, 제4판 「주석 민법총칙(3)」, 한국사법행정학회, 2010.

편집대표 손주찬, 정동운, 제1판 「주석 상법(보험)」, 한국사법행정학회, 2012.

이기수 외 저, 제7판 「보험·해상법」, 박영사, 2006.

이창현 저, 제7판 「형사소송법」, 정독, 2021.

이은영 저, 「약관규제법」, 박영사, 1994.

이한길, ‘무효인 보험계약에 기하여 지급된 보험금에 대한 부당이득반환청구권의 소멸시효 기간에 관하여’, 「보험법연구」, 2022.

윤재현, ‘보험금청구권 소멸시효 기간의 적정성 이슈 검토’, 「강원법학」, 2021.

▶ 발표일시 : 2022. 06. 15.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 오승원 회원

▶ 참석회원 : 유중원, 김재승, 서규영, 서장원, 송민정, 신성민, 신용간, 안경재, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이재용, 이진우, 정태용, 최수진, 최재희 변호사(총 18명)

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW



III

家事判例研究

Family Law

서울지방법원 판례연구 제36집 (1권)



조부모의 손자녀 입양 허부 및 입양허가 판단 기준

Can grandparents adopt a grandchild?
What is the evaluation standard of adoption permission?

辯護士 조 현 욱

Cho Hyun Wook

【사건의 표시】

대법원 2021. 12. 23. 2018스5 미성년자입양허가 전원합의체 결정

논문요약

조부모가 외손자에 대한 입양허가를 신청한 사안에서, 조부모의 미성년 손자녀에 대한 입양을 허가할 것인지 여부와 허가를 위한 판단 기준이 무엇인지가 쟁점이 된 사안이다.

대법원은 사건본인의 친생모가 생존하고 있다 하더라도, 가족내부질서나 정체성 혼란, 현재 양육에 지장이 없음을 이유로 입양을 불허해서는 안 되며, 입양의 요건을 갖추고 있고 구체적 사정에 비추어 입양이 사건본인의 복리에 더 부합한다면 입양을 허가해야 한다고 하면서 손자녀의 입양허가를 불허한 종전의 입장을 변경하였다.

조부모가 양친자로서 생활관계를 형성하려는 실질적 의사를 가지고 있는지, 입양의 목적이 부모로서 자녀를 안정적·영속적으로 양육하고 보호하기 위한 것인지, 그 밖에



조부모의 양육능력, 양부모로서의 적합성 등 개별적·구체적인 사안에서 입양이 자녀의 복리에 적합한지를 판단하여야 한다고 하여, 입양허가 여부를 판단하기 위한 기준과 고려 요소를 제시하였다.

〈주제어〉

조부모, 손자녀, 입양허가, 판단기준

grandparent, grandchild, adoption permission, evaluation standard

목 차

[사건의 개요]

[사건의 경과]

1. 제1심 : 청구 기각
2. 원심 : 항고 기각
3. 상고심 : 원심 파기 이송

[대법원 판결 이유]

1. 다수의견
2. 반대의견
3. 다수의견과 반대의견의 비교
 - 가. 공통점
 - 나. 차이점

[연구]

I. 첫 머리에



Ⅱ. 입양제도

1. 입양의 개념
2. 입양제도의 연혁
 - 가. 조선시대
 - 나. 제정민법
 - 다. 2005년 개정 민법
 - 라. 2012년 개정 민법
3. 미성년자 입양의 유형
 - 가. 일반 입양(이 사건 입양허가)
 - 나. 친양자 입양
 - 다. 입양특례법에 의한 입양
4. 입양허가 청구 사건의 심리
5. 입양의 의사로 허위 출생신고를 한 경우

Ⅲ. 대상판결의 분석

1. 조부모의 손자녀 입양에 관한 과거 결정례
2. 입양허가에 관한 다수의견의 논거
 - 가. 민법 규정 해석상 가능
 - 나. 관습상 입양 가능
 - 다. 비교법적으로 허용 가능
 - 라. 자녀의 복리에 부합
3. 입양 허부 판단 기준 - 아동의 복리
4. 입양허가 사건에서 심리할 사항
 - 가. 입양의 의사와 목적
 - 나. 친생부모의 입양동의
 - 다. 입양되는 자녀의 의견 청취



IV. 대상판결에 따른 구체적 문제점

1. 친족관계의 혼란
2. 비밀입양의 문제점
3. 친생부모의 지위 박탈 우려
4. 원가정 양육 우선의 원칙
5. 친생부모의 양육 회복 문제
6. 입양과 후견의 비교

V. 가족관계등록부 기재에 관한 개선 필요

VI. 맺으며

[참고문헌]

[사건의 개요]

사건본인의 친생모(1996년생)는 고등학생 때 사건본인을 임신하였고, 친생부와 혼인신고를 한 후 사건본인을 출산하였으나, 나중에 친생부와 협의이혼하였다. 친생모가 사건본인의 친권·양육자로 지정되었으나, 친생모는 사건본인 생후 7개월 무렵 자신의 부모인 청구인들 집에 사건본인을 두고 갔고, 그때부터 청구인들이 외손자인 사건본인을 키워 왔다. 청구인들은 사건본인이 친생부모와 교류가 없고 청구인들을 부모로 알고 성장하였으며, 사건본인의 친생부모가 입양에 동의하였다고 주장하면서 외손자인 사건본인에 대한 입양허가를 청구하였다.



[사건의 경과]

1. 제1심 : 청구 기각(입양 불허)

제1심은 ① 친생모가 생존하고 있는 상황에서, 입양이 이루어지면 외조부모가 부모가 되고 친생모는 사건본인의 어머니인 동시에 누나가 되는 등 가족 내부질서와 친족관계에 중대한 혼란이 초래되고, ② 현 상태에서 청구인들이 사건본인을 양육하는데 어떠한 제약이나 어려움이 있다고 보기 어려우며, ③ 설령 제약이 있다 하더라도 미성년후견을 통해 그 장애를 제거하는 것이 가능하고, ④ 장애에 사건본인이 받을 충격 등을 고려하면, 신분 관계를 숨기기보다 오히려 정확히 알리는 것이 사건본인에게 이롭다고 볼 여지도 충분하며, 입양을 할 경우 친생부모가 사건본인에 대한 책임을 회피할 수 있어, 입양이 사건본인의 복리를 위해 바람직하지 않다는 이유로 청구인들의 입양 청구를 기각하였다.

2. 원심 : 항고 기각

원심도 입양허가가 사건본인의 복리를 위해 바람직하다고 보기 어렵다는 이유로 제1심결정을 유지하여 항고를 기각하였다.

3. 상고심 : 원심 파기 이송

입양으로 가족 내부질서나 친족관계에 혼란이 초래될 수 있더라도, 사건의 구체적 사정에 비추어 입양이 사건본인의 복리에 더 이익이 된다면 입양을 허가해야 한다고 하며, 입양허가를 불허한 원심결정을 파기하고, 가정법원이 새로 설치됨에 따라 관할을 가진 울산가정법원으로 이송하였다.



[대법원 판결 이유]

1. 다수의견

미성년자에게 친생부모가 있는데도 그들이 자녀를 양육하지 않아 조부모가 손자녀의 입양허가를 청구하는 경우, 조부모의 손자녀 입양으로 가족의 내부질서와 친족관계에 혼란이 초래될 수 있더라도, 입양의 합의 등 입양의 요건을 갖추고 있고, 구체적 사정에 비추어 입양이 사건본인의 복리에 더 이익이 된다면 입양을 허가하여야 한다.

미성년자의 입양을 허가할 것인지 판단할 때에는 민법 제867조의 문언 및 취지, 유엔 아동권리협약과 입양특례법 규정 등을 고려하여 ‘입양될 자녀의 복리에 적합한지’를 최우선적으로 고려하여야 한다.

2. 반대의견(대법관 조재연, 대법관 민유숙, 대법관 이동원)

조부모가 미성년 손자녀를 입양할 수 있다는 것과 입양허가에 있어 자녀의 복리에 미칠 영향에 관하여 세심하게 살펴야 한다는 점에 관하여는 다수의견과 견해를 같이 한다.

그러나 조부모가 입양 사실을 비밀로 하고 친자녀인 것처럼 키우기 위하여 입양을 청구하는 경우, 입양의 의사가 있다고 보기 어려우며, 조부모가 입양을 통해 부모의 지위를 대체하면 친생부모의 지위를 박탈하는 것이 되므로 친생부모가 생존하고 있는 경우 조부모의 손자녀 입양에 대한 허가는 엄격하게 이루어져야 한다.

입양이 사건본인의 복리에 부합하지 않는다고 하여 입양허가 청구를 기각한 원심의 판단에 미성년자 입양의 법리를 오해한 잘못이 없으므로 재항고를 모두 기각하여야 한다.



3. 다수의견과 반대의견의 비교

가. 공통점

다수의견과 반대의견은 ① 조부모가 미성년 손자녀를 입양할 수 있다는 것, ② 조부모의 손자녀 입양허가에 있어 자녀의 복리에 영향을 미칠 요소들을 세심하게 살펴야 한다는 점에 관하여는 동일한 견해를 갖고 있다.

나. 차이점

다수의견에 의하면, 입양의 합의와 친생부모의 입양동의가 있고, 자녀의 복리에 도움이 된다면, 특별한 사정이 없는 한 입양을 허가하여야 한다는 것으로 비교적 폭넓게 조부모의 손자녀 입양을 허용하는 입장이다.

이에 비하여, 반대의견은 조부모가 입양허가를 청구하는 경우 친생부모가 사회보장수급권 등 지원을 받으면서 사건본인을 양육, 부양하도록 지지하고 친생부모의 양육의사나 능력이 도저히 개선되지 않아 원가정에서 양육할 수 없는 사정이 존재하는 경우에 비로소 예외적으로 조부모 입양을 허가할 수 있다고 한다.

반대의견도 조부모의 손자녀 입양이 불가능하다는 입장은 아니며, 아동의 복리 관점에서 세심하게 입양허가 여부를 살펴 엄격하게 허가해야 한다는 것으로 다수의견과 완전 대립되는 것은 아니라 할 것이다.



[연구]

I. 첫 머리에

최근 여러 사정으로 조부모가 손자녀를 양육하고 있는 경우를 심심치 않게 볼 수 있다. 특히 현대사회는 이혼의 증가 등으로 조부모가 친생부모 대신 손자녀를 떠맡아 양육하는 경우가 과거 그 어느 때보다 많아지고 있다.

한편 그동안 법원은 조부모가 미성년 손자녀의 입양을 청구하는 경우에 가족 내부질서나 친족관계의 혼란이 초래된다는 이유로 입양을 불허해왔다. 그런데 대법판결은 친생부모가 생존하여 있더라도 그들이 자녀를 양육하지 않아 조부모가 손자녀의 입양허가를 청구하는 경우, 입양의 합의 등 입양의 요건을 갖추고 있고, 구체적 사정에 비추어 입양이 자녀의 복리에 부합한다면 입양을 허가할 수 있다고 하여 종래의 태도를 변경하였다.

이에 입양에 있어 아동의 복리를 중시하는 방향으로 흘러가는 입양제도¹⁾ 및 법 규정 변화를 살펴보고, 대법판결에 관하여 분석해보고자 한다.

II. 입양제도

1. 입양의 개념

입양은 출생에 의하지 않고 법률에 의하여 부모·자녀 관계를 형성하는 것이다. 과거 우리 사회는 대를 잇기 위해 양자를 들이는 풍속이 있었으나, 점차 아동이 친생자와 차별받지 않고

1) 송덕수, 친족상속법(제5판), 박영사, 2020년 p170 양자를 사적 계약으로 보는 ‘계약형 양자’에서 국가 기관이 자의 복리를 위하여 개입하는 ‘복지형 양자’ 제도로 변천하고 있다.



양부모의 보호 속에서 정신적, 육체적으로 건강하게 성장할 수 있도록 하기 위한 방안으로 입양을 인식하게 되었다.

2. 입양제도의 연혁

가. 조선시대

고려시대에는 가계 계승을 위하여 양자를 들이는 제도가 존재하지 않았으나, 조선시대에는 남자 자손이 없는 사람이 대를 잇기 위하여 성과 본이 같은 사람 중 자(子)의 항렬에 해당하는 사람을 양자로 들여 가문의 대를 잇는 입양을 하였다. 이는 순전히 ‘가(家)를 위한 입양’이라 할 것이다.

나. 제정민법

1960. 1. 1.부터 시행된 민법에 당사자 간 합의를 기초로 한 입양제도가 도입되어 입양 의사의 합치와 부모의 동의가 있으면 당사자의 입양신고로 입양이 성립하였다. 그런데 호주가 직계 비속 없이 사망한 때에 양자를 선정하는 사후양자 제도, 호주의 직계비속 장남자는 본가의 계통을 계승하는 경우 외에는 양자가 되지 못하는 등 입양은 여전히 개인보다 가(家)를 위한 성격을 가지고 있었다.

다. 2005년 개정 민법

2005년 개정되어 2008. 1. 1.부터 시행된 민법은 친생부모와 양자의 친자관계를 단절하고 양자를 친생자와 같이 취급하는 친양자제도를 신설하였다. 친양자제도가 시행되기 전에는 양자가 양친의 성을 따를 수 없어 양자와 친생자 사이에 구별이 있었으나, 친양자제도 시행으로 양자가 양친의 성과 본을 따르고 양친의 친생자로 등록되어 법적으로나 실제 생활에 있어 양친의 친생자와 같이 취급되었으며,²⁾ 민법상 양자제도는 일반입양과 친양자제도로 구별되었다.

라. 2012년 개정 민법

2012년 개정되어 2013. 7. 1. 시행된 민법은 입양의 합의와 부모의 동의라는 요건을 갖추어 입양신고만 하면 성립하였던 입양제도 대신 입양과정에 가정법원이 개입하는 입양허가제를 도입하였다. 양부모로서의 자격이 없는 사람이 입양제도를 남용하여 입양아동의 복리를 해치는 사회문제가 발생하는 것을 막기 위한 것이었다. 입양은 대를 잇기 위한 가(家) 중심에서 벗어나 입양아동의 복리를 최우선 목표로 하게 되었으며, 이러한 목표를 실현하기 위해 법원이 입양절차에 적극적으로 개입하게 된 것이다.

3. 미성년자 입양의 유형

현재 미성년자를 입양하는 방식은 ① 입양 후에도 양자의 입양 전 친족관계가 존속하는 일반 입양(본 대상판결의 입양)과 ② 양자의 입양 전 친족관계가 종료하는 친양자 입양, ③ 요보호아동의 입양에 관한 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」(이하, ‘입양특례법’이라 한다)에 의한 입양이 있으며, 모두 가정법원의 허가제로 운영되고 있다.

가. 일반 입양

일반 입양의 경우, 양부모가 친권자가 되고 양자는 양부모의 친생자와 같은 지위를 가지나, 양자의 성이 바뀌지 않고, 입양 전 친족관계가 그대로 유지되며 친생부모와 부모 자녀 관계도 유지된다.

양친은 성년이어야 하며(민법 제866조), 양자가 될 자는 양친의 존속 또는 연장자가 아니어야 한다(민법 제877조).

2) 김상용·김주수, 친족상속법(제15판), 법문사, 2018년, p347



나. 친양자 입양

친양자제도는 양자가 양친의 성과 본을 따르고 가족관계증명서에도 양친의 친생자로 기재된다. 친양자는 법적으로뿐 아니라 실제 생활에서도 양부모의 친자처럼 인식되는 계기가 되었으며, 친양자 입양으로 양자와 친생부모의 관계는 단절된다.

친양자 입양을 위해서는 양친이 될 자가 ‘3년 이상 혼인 중인 부부’이어야 하므로 기혼자만 친양자 입양이 가능하다(민법 제908조의2 제1항 제1호).

* 일반입양의 경우 양부모가 될 사람은 성년이면 가능하지만, 친양자입양은 원칙적으로 3년 이상 혼인 중인 부부만이 입양이 가능하도록 한 민법 규정(민법 제908조의2 제1항 제1호)에 대하여 위헌심판이 제기되었고, 헌법재판소는 2013. 9. 26.자 2011헌가42 결정에서 5인의 재판관이 ‘위 법률조항은 독신자의 평등권과 가족생활의 자유를 침해한다’는 의견을 내었으나 위헌결정에 필요한 정족수인 6인에 달하지 못하여 합헌으로 선고되었다.

그런데 25세 이상의 성인 독신자도 입양을 할 의사와 능력이 충분하고 자녀의 복리를 보장할 수 있으면 가정법원의 입양허가 절차를 걸쳐 친양자를 입양할 수 있도록 하는 민법 개정안이 2022. 4. 5. 국무회의를 통과하였고, 2022. 4. 7. 국회법제사법위원회에 접수(의안번호 2115141)되어 특별한 사정이 없는 한 국회 본회의도 통과할 것으로 보여, 앞으로는 독신자라도 친양자를 입양할 수 있게 될 것으로 보인다.

다. 입양특례법에 따른 입양

입양특례법은 보호자가 없거나 보호자로부터 이탈된 아동 등 보호대상 아동의 입양에 관하여 규정하고 있는바, 구 입양특례법은 당사자의 입양 의사 합치와 입양 신고로 입양이 성립하도록 하였으나 2011. 8. 4. 법률 제11007호로 입양특례법이 개정되어 입양허가제로 전환하였다.

입양특례법은 친생부모의 입양동의 시기 제한,³⁾ 입양동의 전 상담과 정보 제공⁴⁾ 등을 규정하여 친생부모가 자녀의 양육이나 입양에 관하여 깊이 숙고하여 입양동의 여부를 결정할 수 있도록 하였다. 입양특례법에 의한 입양도 친양자 입양과 같은 효력이 있으며, 양친이 될 사람은 입양 성립 전에 입양기관에서 소정의 교육을 마쳐야 하고, 입양 아동의 복리에 반하는 직업이나 그 밖에 인권침해의 우려가 있는 직업에 종사하지 않도록 하여야 한다.

4. 입양허가 청구 사건의 심리

입양허가 청구 사건은 ‘라류 가사비송사건’⁵⁾이므로 상대방이 없는 비대심적 구조로 진행되며, 법원은 당사자의 청구취지에 구속되지 않고, 심리절차에 있어서도 직권탐지주의가 적용된다. 법원은 입양 의사⁶⁾의 합치, 친생부모의 동의, 양친자의 자격 등 요건을 살펴 입양 아동의 복리에 적합한지를 최우선적으로 고려하여 후견적인 지위에서 재량에 의해 입양허가 여부에 관한 판단을 내린다.

설령 입양아동의 친생부모가 입양에 동의하고 있더라도, 아동의 복리에 적합하지 않다고 판단되면 법원이 입양을 허가하지 않을 수 있다.

5. 입양의 의사로 허위 출생신고를 한 경우

과거에 입양 신고를 하지 않고 친생자로 허위의 출생신고를 하는 경우가 많았다.

그동안 판례는 양자를 친생자처럼 키우겠다는 생각으로 입양 신고 대신 허위의 출생자신고를 한 경우에, 당사자 간에 입양 의사⁷⁾의 합치가 있고, 입양의 실질적 요건을 갖추었다면 입양의

3) 입양특례법에 의한 입양에 있어 친생부모의 입양동의는 아동이 출생한 때부터 1주일의 숙려기간이 지난 후에 이루어져야 한다(입양특례법 제13조 제1항).

4) 입양기관은 입양동의 전에 친생부모에게 ‘아동을 직접 양육할 경우 지원받을 수 있는 사항 및 양육에 관한 정보, 입양의 법률적 효력, 파양, 입양동의의 요건과 철회, 입양 절차, 입양정보 공개 청구’ 등에 관하여 충분한 상담을 제공하여야 한다(입양특례법 제13조 제3항, 동법 시행규칙 제11조 제1항).



방편으로 허위의 친생자 출생신고를 한 것으로 보아 입양의 효력을 인정하였다(대법원 1977. 7. 26. 선고 77다492 전원합의체 판결 등 참조).⁵⁾

허위의 친생자 출생신고로 입양의 효력이 발생하면 입양 당사자 일방이 다른 일방을 상대로 친생자관계부존재확인의 소를 제기해도 확인의 이익이 없다는 이유로 각하판결을 선고하게 된다.

그런데 2012년 민법 개정으로 입양이 허가제로 전환됨에 따라 입양의사로 허위의 출생신고를 하였다 하더라도 법원의 입양허가를 받지 않은 이상 입양으로서의 효력을 발생할 수 없게 되었다.

Ⅲ. 대상판결의 분석

친생부모가 입양에 동의하였다고 주장하면서 조부모가 외손자에 대하여 입양허가를 청구한 대상판결의 쟁점은, ① 조부모가 손자녀를 입양할 수 있는지 여부와, ② 입양을 허가한다면, 그 판단 기준 또는 고려요소는 무엇인가 하는 점이다.

1. 조부모의 손자녀 입양에 관한 과거 결정례

그동안 손자녀 입양허가 사건에서, 조부모가 손자녀를 입양하면 조부모가 부모가 되고, 친생모는 누나가 되는 등 가족 내부질서와 친족관계에 중대한 혼란을 초래할 수 있고, 조부모가 현실적으로 손자녀를 양육하는데 어떠한 제약이 있다고 보기 어려우며, 설령 일정한 어려움이 있다고 하더라도 미성년 후견을 통해 어려움을 제거할 수 있다는 이유로 조부모의 손자녀에 대한

5) 박동섭·양경승, 친족상속법(제5판), 법문사, 2020, p372

이른바 ‘무효행위의 전환’ 이론에 의하여, ‘데리고 온 자식’이라는 사실이 알려지지 않도록 한 관행을 양성화한 측면이 있다.



입양을 불허하여 왔다(대법원 2010. 10. 24. 자 2010스151 결정, 대법원 2017. 3. 17. 자 2016스138 결정 등 참조).

아동의 복리보다 친족 내부의 질서를 더 중시하여, 제3자의 일반입양에 비하여 조부모의 손자녀 입양 요건을 더 엄격하게 판단하여온 것이다.

2. 조부모의 손자녀 입양허가에 관한 다수의견의 논거

대사판결의 다수의견은 아래와 같은 논거로 조부모의 손자녀 입양허가청구를 받아들였다.

가. 민법 규정 해석상 가능

민법은 양자될 자가 존속 또는 연장자인 경우 입양을 금지하고 있으나(민법 제877조), 혈족의 입양을 금지하고 있지 않으므로 조부모의 손자녀 입양이 민법 규정 해석상 불가능하지 않다.

나. 관습상 입양 가능

가족질서 관념이 엄격한 조선시대에도 조부모가 외손자를 입양하거나 손자 항렬의 혈족을 입양한 예가 있었으므로 조부모에 의한 손자녀 입양이 전통이나 관습에 배치된다고 할 수도 없다.

다. 비교법적으로 허용 가능

현대적인 입양법제를 갖춘 미국의 많은 주에서 조부모를 포함한 친족에게 입양 우선권을 주거나 간이하게 입양할 수 있도록 절차적 특례를 인정하고 있다. 독일도 친족의 입양이 금지되지 않으며, 예외적인 경우에 조부모의 손자녀 입양을 허가하고 있다.

라. 자녀의 복리에 부합

친생부모가 자녀를 양육하지 못하는 경우, 손자녀를 실질적으로 양육하고 있는 조부모가 손자녀를 입양하여 양친자관계를 맺을 경우, 양부모로서 양자를 더욱 안정적으로 양육·부양할 수 있고, 이러한 점은 아동의 복리에 매우 적합한 사정이다.



3. 입양 허부 판단 기준 - 아동의 복리

우리나라가 가입한 유엔의 「아동의 권리에 관한 협약」(이하 ‘아동권리협약’이라 한다) 제21조는 입양제도를 인정하거나 허용하는 당사국은 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다고 정하고 있다.

보호아동의 입양에 관하여 정하고 있는 입양특례법도 입양에 있어 아동의 이익이 최우선이 되도록 하여야 한다고 정하고 있다(동법 제4조).

민법 역시 양자가 될 미성년자의 복리를 위하여 그 양육 상황, 입양의 동기, 양부모의 양육능력, 그 밖의 사정을 고려하여 입양의 허가를 하지 않을 수 있다고 정함으로써(민법 제867조 제2항), 입양허가 여부에 입양 아동의 복리를 가장 판단 기준으로 규정하고 있다.

이처럼 미성년자의 입양허부에 관한 판단에 있어서 민법 제867조, 아동권리협약, 입양특례법 규정이 모두 ‘입양될 아동의 복리’를 최우선적으로 고려하도록 정하고 있으므로, 조부모의 손자녀 입양허가 청구 사건에 있어서도 역시 가장 중요한 판단기준은 ‘입양될 자녀의 복리’라 할 것이다.

입양으로 가족 내부질서나 친족관계에 혼란이 초래될 수 있더라도, 구체적 사정에 비추어 입양이 사건본인에게 더 이익이 된다면 입양을 허가해야 하며, 조부모의 입양 의사와 친생부모의 입양 동기가 있더라도 입양이 아동의 복리에 적합하지 않으면 법원이 입양을 허가하지 않을 수 있다.

4. 입양허가 사건에서 심리할 사항

가. 입양의 의사와 목적

입양의사란 단순한 양육을 넘어 양친자로서 신분적 생활관계를 형성하려는 의사를 말하여, 조부모가 손자녀를 입양하여 양친자로서의 신분적 생활관계를 형성하려는 실질적인 의사를 가지고 있는지, 입양의 주된 목적이 부모로서 자녀를 안정적으로 양육하고 보호하기 위한 것인지



등을 주의 깊게 살펴야 한다.

나. 친생부모의 입양동의

미성년 자녀의 입양을 위해서는 친생부모가 입양에 동의하여야 하며, 친생부모의 입양동의는 자발적이고 확정적으로 이루어져야 한다.

친생부모가 입양동의를 결정하기 이전에 친생 부모에게 아동을 직접 양육할 경우 지원받을 수 있는 사항, 자녀 양육에 관한 정보, 입양의 법률적 효력, 파양, 입양동의의 요건과 철회 가능성, 입양 절차 등에 관하여 정보를 제공하고, 그 이후에 자발적인 의사로 입양동의 여부를 결정 하도록 하여야 할 것이다.

현실적으로 조부모가 손자녀 입양허가를 청구하는 경우는 친생부모가 미성년 임신, 이혼, 경제적 무능력 등 스스로 자녀를 양육할 수 없는 상황에 있는 경우가 대부분이다. 따라서 열악한 지위에 있는 친생부모가 비자발적으로 입양동의를 해줄 수밖에 없는 상황에 놓이지 않도록 각종 사회보장 지원책, 입양의 효력 등에 대하여 정확하게 정보를 제공하여야 하고, 친생부모가 자녀 양육과 입양에 관한 충분한 정보를 제공받은 후 자녀를 스스로 양육할 의사가 있다면 입양 동의를 철회하도록 권하는 것이 바람직하다.

다. 입양되는 자녀의 의견 청취

입양되는 자녀가 13세 이상의 미성년자인 경우에는 법정대리인의 동의를 받아 입양을 승낙 하고, 13세 미만인 경우에는 법정대리인이 양자에 갈음하여 입양을 승낙한다(민법 제869조 제1항, 제2항, 동법 제908조의2 제1항 제4호, 제5호). 입양특례법상 입양에 관하여도 같다(입양 특례법 제12조 제4항).

법원은 입양허가 재판에 있어 양자될 사람이 13세 이상인 경우에는 그의 의견을 들어야 하나(가사소송법 제45조의9 제1항), 13세 미만 아동의 의견 진술 기회에 관하여는 가사소송법이 따로 정하고 있지 않다.



그렇다 할지라도 13세 미만의 아동의 경우에 그 연령에 맞는 적절한 방법으로 입양되는 자녀의 의견을 청취하는 것이 바람직하다. 의견청취 절차를 통하여, 조부모가 양육능력이나 양부모로서의 적합성을 갖추었는지, 현재까지의 양육 상황, 입양에 이르게 된 경위, 조부모와 손자녀 사이에 양친자관계가 형성될 것을 기대할 수 있는지 등을 파악할 수 있을 것이다.

IV. 대상판결에 따른 구체적 문제점

1. 친족관계의 혼란

구체적 사안에 있어 아동의 복리에 부합한다면, 조부모가 미성년 손자녀를 입양할 수 있다는 것에 대해서는 동의한다. 바야흐로 입양에 있어 가장 중요한 가치는 아동의 복리이기 때문이다.

그럼에도 불구하고 조부모의 손자녀에 대한 입양이 이루어지면 외조부모가 부모가 되고 친생모는 사건본인의 어머니인 동시에 누나가 되는 등 가족 내부질서와 친족관계에 중대한 혼란이 초래되는 것은 사실이다. 아동의 성장과정에서 친족들과의 왕래가 있을 수밖에 없는데, 나머지 가족 및 친족관계에 있어 호칭 등에 혼란이 생길 수밖에 없고 이는 갈등의 요소로 계속 내재하게 된다.

본 사안에서 사건본인이 이미 취학 연령에 이르렀으며 청구인들과 맺어진 조손관계가 법적인 부모·자녀 관계로 변경되면 오히려 정서에 혼란을 초래할 수도 있다.

2. 비밀입양의 문제점

우리 사회는 입양에 대한 편견으로 인해 양부모가 입양 사실을 숨기고 양자를 친생자처럼 키우는 비밀입양이 많았다. 본 사안에서도 조부모가 입양 사실을 비밀로 하고 사건본인을 친자녀

인 것처럼 키우기 위해 입양을 원한다고 주장하는 바, 이러한 경우 과연 양부모로서 양육하기 위한 실질적인 입양 의사를 가지고 있다고 볼 것인지 의문이다.

조부모가 입양 사실을 숨기고 친생부모인 것처럼 양육하기 위한 것이라면 이는 친생부모와 사건본인의 관계를 배제하고 친생자 관계를 가장한 관계를 형성하는 것이라고 볼 수 있다. 비밀 입양의 경우, 자신이 친생자인 것으로 알고 성장하다가 뒤늦게 입양 사실을 알게 되면 사건본인이 받을 정신적 충격은 훨씬 더 클 것이다.

3. 친생부모의 지위 박탈 우려

조부모가 손자녀에 대한 입양을 통해 부모의 지위를 대체하면 친생부모가 존재함에도 그 친생부모의 친권·양육권이 배제되어 친생부모의 지위를 박탈하게 된다. 또한 조부모가 친부모인 것처럼 가장하는 상황이므로, 입양으로 인하여 사건본인과 친생부모의 관계가 사실상 단절될 가능성이 매우 높다. 이것이 과연 장기적으로 사건본인의 복리에 부합한다고 볼 수 있을지 의문이다.

4. 원가정 양육 우선의 원칙

입양특례법과 유엔 아동권리협약 등은 친생부모에 의한 원가정 양육 우선의 원칙을 천명하고 있다.⁶⁾ 우리나라도 원가정 양육을 지원하기 위해 각종 사회보장제도를 마련하고 있다. 무엇보다 조부모는 친생모가 아동을 원가정에서 잘 양육할 수 있도록 도와주고 지지하여야 함에도 오히려 입양을 통해 부모의 지위를 대체하는 것은 바람직하지 않다 할 것이다.

6) 이진기, ‘친손 입양, 어제까지는 엄마, 오늘부터 언니?’ 법률신문 판례평석, 2022. 4. p13. 2018. 3. 12. 오스트리아 최고법원(OGH) 3 Ob 198/17i 판결도 원가정 양육이 친손입양에 우선한다고 판시하고 있다.



또한 사건본인이 이미 취학연령에 달하여 조손관계가 확립되었다고 볼 여지가 큰 상황이므로 조부모의 입양이 사건본인의 복리에 적합하지 않을 수 있다.

5. 친생부모의 양육 회복 문제

조부모가 입양허가를 청구하는 사건은 대부분 친생부모가 10대 또는 20대 초반의 어린 나이에 자녀를 출산하고 경제적 능력도 갖추지 못한 경우이다. 친생부모가 당장은 양육의사나 능력이 부족하지만 나이가 들고 정신적·경제적으로 성장하면 부모로서 친자녀에 대한 양육의사를 회복할 가능성이 높다.

물론 친생부모에 대하여 국가의 다양한 양육 지원 정책에 대한 정보를 제공한 후에도 친생부모가 자녀 양육을 포기하고 입양에 동의하는 경우에 자녀의 복리에 도움이 된다면 조부모의 손자녀 입양을 허가할 수는 있다. 그러나 친생부모가 양육 의사를 회복하여 자녀를 양육하고자 할 때 이를 배제하거나 차단하지 않도록 하여야 할 것이다.

그런데 일단 조부모의 입양이 이루어지면 친생부모가 양육의사와 능력을 회복하더라도 스스로 부모의 지위를 회복하기 어렵고, 재판상 피양이 되어야 하며, 재판상 피양 사유는 법에 엄격하게 제한되어 있다(민법 제905조).

따라서 법원은 조부모의 손자녀 입양허가를 결정하기 전에, 조부모가 친생모의 자녀 양육을 지원하기 위한 노력을 다하고, 친생모가 양육지원 정책에 대한 정보를 충분히 제공받았는지 살피고, 그러한 노력에도 불구하고 친생부모가 양육할 수 없는 사정이 존재하는 경우에 조부모의 손자녀에 대한 입양을 허가하여야 할 것이다.

6. 입양과 후견의 비교

2011년 민법 개정 전에는 친생부모가 모두 사망하거나 친권을 상실하여야만 후견이 개시되



었고 미성년 자녀의 친생부모가 생존하여 있는 경우 적합한 양육자에게 후견인 지위를 부여할 방법이 없었다.

그런데 2011년 및 2014년에 민법이 개정되어 법원이 미성년 자녀를 위해 적합한 후견인을 선정할 수 있게 되었고(민법 제932조), 자녀의 복리를 위하여 필요한 만큼 친권을 제한하였다가 그 사유가 소멸하면 친권을 회복할 수 있도록 친권의 일시 정지, 일부 제한 등 제도가 신설되었다(민법 제924조, 제924조의2, 제922조의2).

미성년후견제도는 ‘원가정 양육 우선의 원칙’에 부합되고, 조부모가 친생모의 양육을 지원하여 아동을 보호할 수 있으며, 조부모가 후견인이 될 경우 친생부모가 다시 친권·양육권을 회복하기도 쉽다.

또한 후견인은 아동의 보호자로서 아동의 양육과 관련한 사회보장수급권이 인정되며, 취학 전 아동의 양육수당이나 보육서비스 이용권 등을 지급받을 수 있다.

친생부모가 양육의사나 능력이 부족한 경우, 조부모의 손자녀 입양을 폭넓게 허용하기보다, 원칙적으로 친생부모가 사회보장 제도를 통해 지원을 받으며 스스로 사건본인을 양육하도록 지지하고, 친생부모의 양육의사나 능력이 도저히 개선되지 않는 경우에 보충적, 예외적으로 손자녀 입양을 허용하는 것이 합리적으로 보인다.

V. 가족관계등록부 기재에 관한 개선 필요

일반 입양의 경우(본 사안의 입양형태임) 입양 전의 친족관계는 존속하므로, 친생부모와 자녀는 여전히 친자관계이다.

가족관계증명서에 부모의 성명과 본을 기재하고, 입양의 경우에 양부모를 부모란에 기재하는데, 일반 입양은 친양자 입양과 달리 입양으로 자녀의 성·본이 변경되지 않으므로 입양이 허가



될 경우 사건본인의 가족관계증명서에 외조부와 성·본이 다르게 기재된다. 즉 이 사건 청구인들이 사건본인의 친생부모가 아니라는 사실이 가족관계증명서의 기록으로 드러나게 된다.

조부모들의 가족관계증명서에도 양자의 친생모와 사건본인이 모두 자녀로 기재되며, 사건본인의 성·본이 친생모의 성·본과 다르므로 성·본이 다른 두 사람이 자녀로 기재되는 결과가 된다. 가족관계증명서가 본인을 기준으로 그 부모, 자녀, 배우자가 누구인지를 증명하기 위한 것이기 때문이다.

이처럼 가족관계증명서상 조부모의 손자녀 입양에 관한 기재에 문제점이 있으므로, 이왕 조부모의 손자녀 입양을 허가하는 정책으로 나간다면 행정적으로도 조부모 입양의 관계를 기재하고 공시하는 방법에 관한 연구 및 논의가 필요하다. ‘자녀의 복리’를 위해 조부모의 손자녀 입양을 허가하는 것이므로, 일반 입양의 경우에 가족관계증명서 기재방법에 관한 개선이 이루어져야 실질적으로 자녀의 복리에 기여하게 될 것이다.

VI. 맺으며

이번 대법원 결정은, 미성년자에게 친생부모가 있어도 조부모가 손자녀에 대한 입양허가를 청구하는 경우에, 입양의 요건을 갖추고 입양이 자녀의 복리에 부합한다면 입양을 허가할 수 있음을 처음으로 밝힌 사례로, 손자녀 입양을 불허하던 종전의 입장을 바꾸어 입양을 허가하는 것으로의 변화에 큰 의미가 있다.

이는 이혼증가 등으로 조부모가 손자녀를 양육하는 현실을 반영하여 아동의 복지를 최우선 가치로 하면서 다양한 가족의 형태를 포용하는 것으로 보인다.

또한 입양허가 여부를 판단하기 위한 기준과 고려 요소를 상세하게 제시하였는바, 입양에 있어 ‘아동의 복리’를 최우선적인 고려요소로 한 점에 대하여는 절대적으로 찬성한다.



다만 조부모의 손자녀 입양으로 양친자의 관계와 친생부모 사이의 친족관계가 병존하여 신분 관계의 혼란이 우려되고, 친생부모의 지위를 박탈하여 친생부모의 친권·양육권 회복에 장애가 되므로, 친생부모가 생존하고 있는 경우에는 조부모의 손자녀 입양을 엄격하게 심사하여 아동의 복리에 필수 불가결한 경우에만 예외적으로 허용해야 할 것이다.



[참고문헌]

- 윤진수, 친족상속법 강의(제3판), 박영사, 2020.
- 송덕수, 친족상속법(제5판), 박영사, 2020.
- 박동섭·양경승, 친족상속법(제5판), 박영사, 2020.
- 김주수·김상용, 친족상속법(제15판), 법문사, 2018.
- 김상용, 양자법의 문제점과 개정방향, 법조, 2009. 5.
- 김상용, 개정 양자법의 개요, 법률신문 연구논단, 2012. 4. p13.
- 소라미, 한국에서의 입양제도 현황과 과제, 가족법연구 32권 3호, 2018.
- 장복희, 국제입양에 관한 헤이그협약과 국내입양법의 개선, 저스티스 93호 2006. 8.)
- 현소혜, 개정 「민법」 상 입양과 「입양특례법」 상 입양, 가족법연구 27권 1호, 2013.
- 박용수, 입양의 효력있는 허위의 출생신고와 호적정정, 부산판례연구회 판례연구 7집(1997)
- 안소영, 제입양의 허용에 관한 고찰, 가족법연구 27권 3호, 2015.
- 윤진수, 허위의 친생자출생신고에 의한 입양에 관한 몇가지 문제, 민법논고IV, 2009.
- 임혜원, ‘입양의 실질적 요건을 갖춘, 친생자 출생신고로 인한 입양의 효력, 대법원 판례해설 115호, 2018.
- 고형석, 친양자제도에 관한 연구, 저스티스 108호, 2008. 12.
- 이승우, 친양자제도 관련, 성균관법학 19권 2호, 2007.
- 배인규, 친양자제도 성립요건의 문제점에 관한 소고, 사법 21호, 2012.
- 이은주, 자의 복리를 위한 친양자제도, 가족법연구 27권 1호, 2013.
- 조경애, 친양자제도의 개선방향, 가족법연구 22권 3호, 2008.
- 홍창우, 민법상 친양자제도에 관하여, 인권과 정의, 2008. 5.
- 김상용, 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」의 개선방향, 가족법연구 23권 2호, 2009.
- 이진기, ‘친손입양, 어제까지는 엄마, 오늘부터 언니?’ 법률신문 2022. 4. 18. p13.

▶ 발표일시 : 2022. 04. 20.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 신용간 회원

▶ 참석회원 : 김대휘, 김재승, 서규영, 서장원, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이재용, 이태수, 조현욱, 최규호 변호사(이상 14명)

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW



IV

勞動判例研究

Labor Law

서울지방법원 판례연구 제36집 (1권)



유류비의 부담과 운송비용 전가

Burden of fuel cost and passing along of driving cost

辯護士 오 승 원

Oh Seung Won

【사건의 표시】

대구지방법원 2021. 10. 21. 선고 2020가합203705 판결

논문요약

종래 택시업계는 거의 대부분 사납금제로 운영되어 왔는데, 사납금제하에서는 회사가 사납금으로 직, 간접비등 차량운송원가를 회수하는 구조이므로, 택시기사들이 납부하는 사납금 안에는 차량구입비(감가상각비), 유류비, 제세공과금 등 형식으로는 차량운송원가가 반영되었다.

수년 전 전액관리제를 정착시키기 위하여 택시운송사업 발전에 관한 법률 제12조 제1항에 의해 택시회사가 기사에게 운송비용을 전가하는 것이 금지하는 규정이 도입되었는데, 현실에서는 여전히 사납금제를 취하는 경우가 많아 과연 어떤 경우가 유류비 등 운송비용 전가금지규정 위반이 되는지 다툼이 벌어지고 있다.

이에 본고를 통하여 운송비용 중 특히 비중이 높은 유류비 전가금지규정의 합리적인 해석기준을 마련하고자 한다.



[주제어]

유류비용, 전가, 임금, 택시

Fuel cost, Passing along, Wage, Taxi

목 차

[사건의 개요]

[사건의 경과]

[대상판결의 이유]

[연구]

I. 문제의 제기

II. 관련규정 및 입법취지

III. 헌법재판소의 결정과 합리적인 해석기준

1. 헌법재판소의 결정내용
2. 합리적인 해석기준

IV. 대상판결에 대한 검토

1. 임금협정의 내용
2. 임금협정의 의미



3. 유류비 결제시스템 및 기사 개인의 경제적 부담 여부
4. 충전소 결제대금의 소유권 및 실질적인 경제적 부담의 주체
5. 고정유류비와 변동유류비

V. 결 론

[사건의 개요]

피고는 경북 경산시에 소재하는 택시회사로서 택시운전근로자(이하 ‘기사’라고 함) 들이 하루 운송수입금 중 기준운송수입금을 회사에 납부하여 이를 재원으로 고정급을 받고, 나머지 운송수입금은 기사들이 갖는 이른바 정액사납금제 방식으로 운영해왔다.

차량구입비, 유류비, 세차비 등 택시 운행에 드는 비용을 사업자가 노동자에게 떠넘길 수 없게 하는 택시운송사업 발전에 관한 법률(이하 ‘택시발전법’이라고 함) 제12조 제1항(이하 운송비용 전가금지규정’이라고 함)이 2017. 10. 1.자로 시행되었는데 피고 회사는 그 이전에는 유류비를 기사들이 부담한다는 명시적 규정을 두고 있다가 운송비용 전가금지규정 시행이후에는 운송수입금 중 현금으로 유류비를 LPG 충전소에 입금하도록 하고 납부하도록 하고 그 외 일정금액을 기준운송수입금으로 회사에 납부하여 이를 재원으로 고정급(대체로 근무일당 1일 1만 원 내외)을 받고 나머지 운송수입금은 기사들이 갖는 형태로 운영해왔다.

피고의 기사들인 원고들은 위와 같은 방식이 택시발전법상 운송비용 전가금지규정에 위반되었고, 자신들은 사납금제하에서 전체운송수입금 중 회사에 납부하는 기준운송수입금(이른바 사납금)을 제외한 나머지 금액은 모두 성과급으로 받을 수 있었는데, 운송수입금 중 LPG 사용대금을 충전소에 결제함으로써 인하여 그만큼 성과급에 해당하는 임금을 덜 받았다고 주장하며 실사용 유류비에서 정부로부터 받은 보조금을 제외한 금액을 임금으로 구하는 소송을 제기하였다.

이에 대하여 피고 회사 측은 ① 운송비용 전가금지조항은 전액관리제 시행을 전제로 한 것인데, 원고들을 포함한 기사들의 요구로 전액관리제를 시행하지 못하고 여전히 과거와 같이 사납



금제로 운영하고 있으므로 위 조항은 적용되지 아니한다. ② 원고들의 이 사건 청구는 피고에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하므로 신의칙에 위배된다. ③ 원고들이 유류비 상당액을 청구하기 위해서는 원고들이 지급한 유류비가 실제 택시 운행 업무에 사용되었음을 증명하여야 한다는 등의 이유를 들어 다투었다.

[사건의 경과]

1심(대상판결)에서는 원고들의 주장이 받아들여져 피고에게 미지급 임금의 지급을 명하는 판결이 선고되었다. 이에 대해 피고가 항소를 제기하여 현재 항소심에 계류 중이다.

[대상판결의 이유]

강행규정 여부 : 택시발전법 제12조 제1항은 택시운송사업자가 택시운수종사자에게 택시구입비, 유류비, 세차비 등의 운송비용을 전가하는 것을 금지한다고 규정하면서도, 이와 달리 택시운송사업자가 택시운수종사자에게 운송비용을 전가하기로 약정한 경우에 그 법률행위의 효력에 관하여는 명확하게 정하지 않고 있다. 그러나 택시발전법 제12조 제1항의 입법배경과 규정취지, 보호법익과 규율대상, 위반행위의 중대성과 비난 가능성, 위반행위가 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하면, 택시운송사업자가 택시운수종사자에게 운송비용을 전가하는 것을 금지하는 택시발전법 제12조 제1항은 강행규정에 해당하고, 이를 위반하여 택시운수종사자에게 운송비용을 전가한 이 사건 유류비 부담약정은 무효라고 보아야 한다.

피고의 임금지급 의무 : 1) 운송회사가 그 소속 운전자들에게 매월 실제 근로일수에 따른 일정액을 지급하는 이외에 그 근로형태의 특수성과 계산의 편의 등을 고려하여 하루의 운송수입금 중 회사에 납입하는 일정액의 기준운송수입금을 공제한 잔액을 그 운전자 개인의 수입으로 하여 자유로운 처분에 맡겨 왔다면 위와 같은 운전자 개인의 수입으로 되는 부분 또한 그 성격



으로 보아 근로의 대가인 임금에 해당한다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다25113 판결 등 참조).

2) 원고들이 무효인 이 사건 유류비 약정에 따라 유류비를 부담한 사실은 앞서 본 것과 같다. 그렇다면 피고는 택시발전법 제12조 제1항에 따라 피고가 부담해야 하는 유류비를 원고들이 부담하도록 함으로써 그에 상당하는 임금을 지급하지 않은 것이다.

운송비용 전가금지규정이 전액관리제를 전제로 한 규정인지 여부 : 피고가 원고들을 비롯한 택시운수종사자들의 요구로 전액관리제를 시행하지 않았다고 하더라도, 택시발전법 제12조 제1항의 운송비용 전가금지규정이 전액관리제시행을 전제로 한 것이라고 볼 수 없으므로 피고에게 택시발전법 제12조 제1항의 적용이 배제된다고 볼 수는 없다. 그 이유는 다음과 같다.

- ① 운송수입금 전액관리제는 여객자동차 운수사업법 제21조 제1항, 제26조 제2항에서 규정하고 있으나, 택시발전법 제4조 제1항은 “이 법은 택시운송사업에 관하여 다른 법률에 우선하여 적용한다.”고 규정하고 있다. 그리고 택시발전법 제12조 제1항은 “대통령령으로 정하는 사업구역의 택시운송사업자는 택시의 구입 및 운행에 드는 비용 중 다음 각 호의 비용을 택시운수종사자에게 부담시켜서는 아니 된다.”고 규정하고 있을 뿐 여객자동차 운수사업법에 따른 전액관리제가 시행되는 경우에 한정하여 적용된다고 규정하고 있지 않다. 위와 같은 택시발전법의 체계 및 문언, 취지 등에 비추어 볼 때, 전액관리제가 시행되는 경우에 한하여 택시발전법 제12조 제1항이 적용되어야 한다고 해석할 수는 없다.
- ② 한편 피고는 택시발전법 시행령 [별표2], [별표3]의 ‘2. 개별기준’ 하단의 비고에서 “위 표의 가목(택시운송사업자가 법 제12조 제1항 각 호의 비용을 택시운수종사자에게 전가시킨 경우)은 일반택시운수종사자가 「여객자동차 운수사업법」 제26조 제2항을 위반하여 운송수입금의 전액을 택시운송사업자에게 납부하지 않아 과태료 처분을 받은 경우로서 해당 일반택시운수종사자에 대하여 운송비용을 전가하는 경우에는 적용하지 않는다.”고 규정하고 있는 점을 들어, 전액관리제가 시행되는 경우에 한하여 택시발전법 제12조 제1항이 적용된다고 주장한다. 그러나 위 비고의 규정은 전액관리제가 시행되고 있는 사업장에서 택시운수종사자가 이에 위반하여 과태료 처분까지 받은 경우에 한하여, 택시운송사업자가 그 택시운수종사자에게 운송비용을 전가하여도 과태료, 사업정지, 면허취소 등의 행정적

제재를 면제하겠다는 것일 뿐이다. 따라서 위 규정만을 근거로 전액관리제가 시행되지 않는 경우 택시발전법 제12조 제1항의 적용이 배제된다고 볼 수는 없다.

- ③ 전액관리제를 도입하였으나 위에서 본 것과 같이 다른 제도적 보완 장치가 마련되지 않아 전액관리제가 유명무실화되자, 택시운수종사자의 경제적 부담 완화와 대중교통의 안전성 담보라는 목적을 위한 특단의 조치로서 택시운행비용을 택시운수종사자에게 부담시키지 못하도록 하는 택시발전법 제12조 제1항을 규정하게 되었다. 이러한 입법 배경 및 취지를 고려할 때 전액관리제가 시행되는 사업장에 한정하여 택시발전법 제12조 제1항이 적용된다고 볼 수는 없다.

신의칙위반 여부 : 신의성실의 원칙(이하 ‘신의칙’이라고 한다)은, 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서, 신의칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다. 단체협약 등 노사합의의 내용이 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 강행규정으로 정한 입법 취지를 몰각시키는 결과가 되므로, 신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖추은 물론 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 그러한 주장이 신의칙에 위배된다고 볼 수 없다(대법원 2018. 7. 11. 선고 2016다9261, 9278 판결 등 참조).

앞서 든 각 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 원고들이 주장하는 위와 같은 사정만으로 이 사건 유류비 부담약정이 택시발전법 제12조 제1항에 위반하여 무효임을 주장하며 피고에게 이 사건 유류비의 지급을 청구하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르렀다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 택시발전법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 보기 어렵다. 따라서 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.



- ① 택시발전법 제12조 제1항이 시행되기 전인 2016. 9. 12. 국토교통부는 전국택시운송사업 조합연합회를 통하여 각 지역 택시운송사업조합에 「운송비용 전가금지 시행을 위한 가이드라인」을 전달하였다. 그렇다면 피고로서는 택시운수종사자에게 유류비를 부담시키는 행위가 택시발전법 제12조 제1항 위반에 해당함을 충분히 인식하고 있었을 것이 분명하다.
- ② 기준운송수입금은 피고가 일방적으로 정하는 것이 아니라 과거의 기준운송수입금의 상승 비율, 그 지역의 경제상황, 비용부담 등 여러 요소를 고려하여 노사합의를 통하여 비로소 결정된다. 그리고 택시운수종사자의 임금은 기준운송수입금 외에도 기본급, 비용부담, 근로형태 및 근로일수 등의 다양한 요소에 의하여 결정된다. 따라서 택시운수종사자가 유류비를 부담하는 대신 기준운송수입금을 피고가 주장하는 금액까지 인상하지 않았거나, 대구광역시 등 다른 지역에 비하여 낮은 액수의 기준운송수입금이 책정되었다는 사정만 으로, 이 사건 유류비 부담 약정이 일방적으로 원고들을 비롯한 택시운수종사자들에게는 유리하고 피고에게는 불리한 것이었다고 단정하기는 어렵다.
- ③ 또한 이 사건 유류비 부담 약정이 근로관계 당사자들 사이의 자발적 합의에 의한 것이라도, 이는 강행법규인 택시발전법 제12조 제1항의 취지를 회피하기 위한 행위 그 자체일 뿐이고, 강행법규가 보호하는 이익을 보호의 대상자가 스스로 포기하기로 하였다고 하여 강행법규의 취지와 규범으로서의 효력보다 신의칙을 우선하여 적용할 수 없다.
- ④ 이 사건 유류비 부담 약정이 무효라고 본다면 피고는 원고들에게 이 사건 유류비 상당액을 지급할 의무를 부담하는 반면, 원고들은 위 약정 당시 예상치 않았던 이익을 얻을 수 있다. 하지만 이는 택시발전법 제12조 제1항의 강행규정을 위반한 탈법행위를 통하여 초래된 불가피한 결과일 뿐이다.
- ⑤ 피고가 제출한 증거만으로는 원고들의 이 사건 유류비 청구로 인하여 피고에게 중대한 경영상의 어려움이 초래되거나 기업의 존립이 위태롭게 된다고 단정하기 어렵다.

유류비가 실제 운행에 사용되었음에 대한 증명책임 : 원고들이 지급한 유류비가 피고 소속 택시의 유류비로 사용된 이상 그 유류비는 택시 운행 업무에 사용되었다고 보아야 하고, 오히려 피고가 그 유류비가 실제 택시 운행 업무에 사용되지 않았음을 증명하여야 한다고 봄이 타당하다.



[연구]

1. 문제의 제기

우리나라 택시업계는 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, 기준운송수입금초과금액(이른바 초과운송수입금)은 기사의 개인수입으로 하는 방식을 취하고 있다.

대법원은 초과운송수입금은 근로의 대가인 임금에 해당한다고 보고 있다.(대법원 1993. 12. 24. 선고 91다36192 판결 등 참조)

사납금제는 기본적으로 회사가 사납금을 통하여 직, 간접비등 차량운송원가를 회수하는 구조이므로, 기사들이 납부하는 사납금 안에는 차량구입비(감가상각비), 유류비, 제세공과금 등 차량운송원가가 반영되어있다.

과거 사납금제하에서는 사납금 액수 안에 유류비를 포함하여 정하는 경우도 있고, 사납금 액수에 이를 포함시키지 않더라도, 취업규칙이나 임금협정에 유류비는 기사가 부담한다는 별도의 명문 규정을 두고 있는 경우도 있었다.

그러다가 정부의 정책이 전액관리제¹⁾ 방향으로 흐르게 되어, 이를 도모하기 위한 여러 법률규정이 시행되었다.

아래에서 보는 바와 같이 운송비용 전가금지규정도 전액관리제를 정착시키기 위해 도입되었는데, 현실에서는 여전히 사납금제를 취하는 경우가 많아 과연 어떤 경우가 유류비 등 운송비용 전가금지규정 위반이 되는지 다툼이 벌어지고 있다.

운송비용 전가금지규정시행 이후 기사들이 회사들을 상대로 미지급임금청구 또는 부당이득금 반환청구 등 소송을 제기하는 경우가 많고, 이에 수반하여 과태료나 기타 행정적 제재가 가해지는 수도 있다.

1) 기사가 운송수입금 전액을 회사에 납부하도록 하는 시스템을 말한다. 그런데 단순히 정부가 단순수납을 넘어서 임금체계에도 간섭하여 문제가 발생하고 있다.



현재 동종유사의 쟁점을 가진 민사, 행정, 과태료부와 사건 등이 다수 제기되어 전국법원에서 계류 중이다.

택시업종에는 다른 업종에서는 볼 수 없는 몇 가지 독특한 규정들이 존재하고 있다.

일례로 최저임금법 제6조 제5항, 동법 시행령 제5조의 3은 택시기사의 최저임금의 비교대상 임금에서 초과운송수입금은 제외하도록 하는 특례규정을 두고 있다.

택시업계는 위 특례규정의 해석, 적용과 관련한 대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원 합의체 판결 이후 최저임금차액사건으로 소송대란을 겪고 있는데, 그 판결이 안고 있는 여러 가지 문제점이나 그 판결이 정리하지 못한 다른 법리적 문제점 등으로 인하여 아직까지도 지역별 또는 재판부별로 정반대의 판결이 선고되는 등 극도의 혼란을 보이고 있다.²⁾

대상판결에서 문제된 운송비용 전가금지규정 역시 다른 업종에는 볼 수 없고 오로지 택시업종에만 존재하는 독특한 조항이고 시행된 지 얼마 되지 않아 아직 이에 대한 대법원의 명시적인 판결은 없는 것으로 보이지만, 차츰 분쟁사례가 늘어가고 있으므로, 위 최저임금사건에서와 같은 난맥상을 보이지 않기 위하여는 조기에 올바른 해석 및 운영의 지침을 제공할 필요가 있을 것으로 보인다.

이에 비록 하급심이기는 하지만, 대상판결을 중심으로 운송비용 전가금지규정에 대한 검토를 해보기로 한다.

2) 위 전원합의체 판결에 대하여는 필자가 2020. 7. 1. 서울지방법변호사회 판례연구에서 평석을 발표한 바 있다. 자세한 내용은 서울지방법변호사회 2020 판례연구 제34집 제1권 p.202 이하 참조.



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 사업 구역에 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 전가금지 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 전가금지 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 사용 정지
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 제1항제1호	경고	사업 일부 정지 90일(다만 택시 운송사업자가 법 제12조 제1항 각 호의 비용 중 유류비 또는 교통사고처리비를 2회 택시 운수종사자에게 전가시킨 경우에는 120일로 한다)	감차 명령(다만 택시운송사업자가 법 제12조 제1항 각 호의 비용 중 유류비 또는 교통사고처리비를 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 그 밖에 택시의 구입 및 운행에 드는 비용 등도 택시운수종사자에게 부담시키지 못하도록 하는 이 사건 금지조항을 두기에 이르렀다고 설명되고 있다.(헌법재판소 2018. 6. 28. 2016헌마1153 결정 참조)

III. 헌법재판소의 결정 및 합리적인 해석기준

1. 헌법재판소의 결정내용

운송비용 전가금지규정에 대하여 위헌확인을 구하는 헌법소원이 제기되었으나, 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 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 정당성)

[이 사건 금지조항의 시행 전까지 유류비, 신차 구입비, 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, 난폭운전 등 무리한 운행을 불리와 교통사고를 유발하는 등 승객의 안전상 문제의 원인이 되었는데, 운송비용 전가금지를 통하여 택시운수종사자들의 경제적 부담을 완화하고 생활안정을 도모한다면 수입 부담으로 인한 무리한 운행과 승차거부 등의 감소도 기대할 수 있다.

따라서 이 사건 금지조항의 운송비용 전가금지는 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 그 밖에 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 부



담완화와 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 그동안 택시운수종사자에게 전가하였던 운송비용을 직접 부담하여야 하기 때문에 그만큼 회사 이익이 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 법익 균형성도 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 전가금지 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 버스운수

종사자에게 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. 합리적인 해석기준

가. 택시운송사업의 특성상 기사는 차고지에서 배차를 받은 순간부터 차고지로 차량을 반환할 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.

택시업계의 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 공정하다는 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 못하였



다. 한편 2020. 1. 1.부터 시행된 현행 여객자동차 운수사업법 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 것이라고 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 2020구합84648 판결) 실질적으로는 기준운송수입금을 정할 수밖에 없다.

다만 과거 사납금제하에서는 기준운송수입금 미달금액을 곧바로 급여에서 공제하였으나, 전액관리제하에서는 급여에서 공제할 수 있는지 여부가 문제될 뿐이다.

다. 택시회사는 기본적으로 영리법인이므로 자선사업 하듯이 기사들을 위하여 유류비 등을 부담해줄 수는 없다. 차량구입비, 유류비, 보험료, 기사 및 사무직종사자 인건비, 사무실 및 차고유지비, 기타 조세공과금 등은 보조금으로 충당되지 않는 한 운송수입금으로 충당할 수밖에 없다. 그 운송수입금은 결국 승객이 납부하는 요금이므로 유류비 등 운송비용의 최종적인 경제적 부담의 주체는 승객이다.

이는 마치 아파트 분양가격 안에 토지가격, 레미콘, 철근대 등 건설원가가 포함된 것과 동일한 이치이다. 만약 아파트 분양가격 안에 토지가격이나 레미콘가격을 붙여 수분양자에게 전가할 수 없도록 하는 법률을 제정한다면 바로 위헌으로 결정될 것이다.

그런데 승객들로부터 받는 운송수입금을 전액 회사가 향유하지 못하고 그중 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.

운송비용 전가금지규정이 실시되자 대부분의 택시회사들은 유류비 부담이 늘어난 만큼 사납금을 인상하였고, 국토교통부도 아래와 같이 질의 해석을 통해 이는 유류비 전가금지규정 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 전가금지규정은 택시회사가 사납금을 통하여만 운송비용을 회수할 수밖에 없는 경제의 기본원리에 배치되는 측면이 있고, 이 규정이 택시운수종사자의 생활안정을 통한 택시이용자에 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.



IV. 대상판결의 이유에 대한 검토

1. 임금협정의 내용

운송비용 전가금지규정이 시행되기 전에는 피고 회사는 기사가 유류비를 부담하는 것이 당연하다고 보아 예컨대 2004년의 임금협정 제3조에는 사납금 규정을 둔 외에 제3조에 “LPG 공급 비용은 근로자가 부담한다”라는 명문의 규정을 두었다.

그러다가 유류비 전가금지규정이 실시되자 종전과 같이 규정할 수 없게 되었고, 2017년의 임금협정 제5조 가항은 다음과 같이 규정되어 있다.

제5조(운송수입금)

가. 운송수입금 중에서 당일 LPG사용액에 상당하는 금액은 LPG충전소를 통하여 회사에 납입하고, 이 금액을 제외하고 회사에 납입할 운송수입금은 격일제의 경우 1일 76,500원(1일2교대제는 격일제의 1/2, 1인1차제의 경우 격일제 납입액의 70%~85%)이상 되도록 성실히 근무한다. (1인1차제는 차령에 따라 별도로 정한다)

2018년 임금협정 제5조 가항도 마찬가지이다.

제5조(운송수입금)

가. 운송수입금 중에서 당일 LPG사용액에 상당하는 금액은 LPG충전소를 통하여 회사에 납입하고, 이 금액을 제외하고 회사에 납입할 운송수입금은 격일제의 경우 1일 84,500원(1일2교대제는 격일제의 1/2, 1인1차제의 경우 격일제 납입액의 70%~85%) 이상 되도록 성실히 근무한다. (1인1차제는 차령에 따라 별도로 정한다)

2. 임금협정의 의미

위 규정 내용은 기사는 당일 운송수입금 중 LPG 사용금액과 기준운송수입금 76,500원 또는 84,500원을 회사 몫으로 하고 나머지는 자신이 가져간다는 의미이다.



즉 택시를 운행하여 얻는 운송수입금 중 회사에 납부하는 금액이 진정한 사납금인데 피고 회사의 진정한 사납금은 “LPG 사용금액 + 76,500원 또는 84,500원”이라고 보아야 할 것이다.

그런데 후자의 금액은 정액으로 되어 있지만, LPG 사용금액은 기사마다 다르고 같은 기사도 그날그날 달라져 유동적이므로 “LPG 사용금액”으로 표기한 것으로 보인다. 즉 피고 회사는 “정액+유류비 실사용액”이라는 변동사납금제를 취하고 있었다고 보아야 한다.

이는 2017년도, 2018년도 기준운송수입금이 피고 회사의 경우 정액금이 76,500원~84,500원(격일제)인데 비하여, 대구지역 택시회사의 경우 131,000원~136,000원(1차제), 포항지역 일부 택시회사의 경우 90,000원(1차제), 62,000원(교대제), 경주지역 일부 택시회사의 경우 114,000원~127,000원(1차제), 88,000원~100,000원(교대제)인 점에 비추어도 충분히 추론할 수 있다.³⁾

3. 유류비 결제시스템 및 기사 개인의 경제적 부담 여부

앞서 본 바와 같이 운송비용 전가금지규정은 회사가 부담하여야 할 운송비용은 기사들 개인의 경제적 부담으로 하지 말라는 취지의 규정이지, 기사들에게 결제에 관한 사실행위도 하지 말라는 취지는 아니라고 보여진다.

현실적으로 기사는 운행뿐만 아니라 수금사원의 역할도 하고 있어 운송수입금을 받은 현금을 가지고 있다.

택시 회사가 자체 충전소를 가지고 있어 기사가 출고하기 전에 미리 유류⁴⁾를 주입해주고 기사들은 운행만 하는 시스템이라면 주유비전가의 시비가 발생하지 않을 수 있다. 그 경우 택시회사가 구입해오는 유류의 자금원은 당연히 기사들이 납부하는 사납금이다

현실적으로 택시회사는 차고지 내에 LPG 충전소를 갖고 있지 않으므로, 기사들이 운행하다가 충전소에 들러 충전을 하면서 택시요금으로 받은 돈을 가지고 현금으로 보관금을 맡긴다(그때

3) 대구나 포항, 경주지역의 회사들은 기준운송수입금 안에 정액의 유류비가 반영된 것으로 보인다.

4) 현실적으로 택시는 거의 모두 LPG를 사용하고 있다.



기사들이 주유카드⁵⁾도 같이 제출하여 주유량을 체크 받는다).

기사들이 충전소에 건네는 현금은 승객들로부터 받은 택시요금이고, 그 돈은 원칙적으로 회사 소유이므로, 기사들의 개인사비라고 할 수 없다.

기사들은 택시요금으로 받은 돈을 가지고 회사를 대신하여 결제과정 중 일부에 대한 사실 행위를 하는 것이다.

4. 충전소 결제대금의 소유권 및 실질적인 경제적 부담의 주체

기사들이 충전소에 건네는 돈은 순수한 개인사비가 아니라 택시요금으로 받은 돈이고 아무리 사납금제라고 하더라도 정산 이전에는 그 돈의 소유권 및 처분권은 회사에게 있다.

편의상 기사들이 충전소에 직접 보관금을 맡긴 것은 “LPG 사용금액 + 76,500원 또는 84,500원”으로 정해진 사납금 중 일부를 선입금한 것이나 마찬가지이다.

충전소는 기사들로부터 받은 현금을 회사에 입금해주고 회사는 다시 법인카드로 수 일치를 모아 한꺼번에 다시 결제해준다. 이것이 전국의 거의 모든 택시회사의 공통적인 관행이다.

충전소에 최종적으로 결제된 돈은 회사의 법인카드이고 기사들이 충전소에 건네주었다가 충전소에서 다시 회사에 입금해주는 돈은 사납금 중 유동금액에 대한 특수한 입금방법 중 하나라고 할 것이다.

임금협정상 기사들은 일단 차량운행으로 인하여 발생한 운송수입금을 전액 회사에 납입할 의무가 있는데(피고 회사 임금협정 제2조⁶⁾), 정산을 하여 사납금을 초과하는 금액은 기사가 가져가도록 되었다.

그런데 앞서 본 바와 같이 사납금을 정하는 요소 안에는 당연히 유류비가 포함되어 있다. 그 외 차량구입비, 유지관리비, 보험료, 인건비등도 포함된다. 이는 어느 택시회사나 마찬가지이고, 경제의 기본원리상 당연하다.

5) 주유카드는 결제기능이 없고, 주유량을 체크하는 기능만 있다. 이를 토대로 정부로부터 보조금을 받게 된다.

6) 다른 택시회사들도 거의 모두 비슷한 규정을 두고 있다.

그런데 충전소에서는 결제의 편의성과 즉각적인 입금확보의 필요상 그때그때 유류비를 결제 받기를 원한다. 그렇다고 하여 회사가 수십 개의 법인카드를 만들어 기사들에게 나누어주면 사고의 우려가 있으므로, 결제의 편의상 기사들이 승객들로부터 받은 돈을 가지고 직접 충전소에 결제하되, 회사에서는 현행파악을 해야 하므로 반드시 주유카드를 제시하고 현금으로만 보관금을 맡기도록 한 것으로 보인다.

앞서 본 바와 같이 유류비 보관금의 재원이 되는 운송수입금 현금은 기사들 개인 자금이 아닌 승객으로부터 받은 택시요금이고, 정산 전에는 원칙적으로 회사의 소유이다.

그러므로 기사들이 자신 개인의 사비로 유류비를 결제하였다고 볼 수 없다.

대상판결은 사납금제하에서는 운송수입금 중 사납금을 초과하는 금액은 모두 기사의 성과급인데, 운송수입금 중 충전소에 지급한 금액 상당을 성과급으로 덜 지급하였다고 보아 임금을 추가로 지급하도록 하였으나, 이는 피고 회사의 사납금이 고정금액만으로 구성되지 않고 “고정금액+실사용 유류비”로 정해진 것을 간과한 것이다.

5. 고정유류비와 변동유류비

기사마다 유류비 사용액이 다르다. 특히 사납금제하에서는 사납금만 납부의무가 있고 초과운송수입금을 거두기 위해 일을 더 할지 여부와 얼마나 더 할지는 기사 개인의 판단과 선택에 달려 있다. 그러므로 기사별로 유류 사용액에 많은 차이가 있다. 같은 기사도 매일매일 유류비 사용액이 다르다.

운송비용 전가금지규정시행 이후 평균적인 유류비를 사납금에 반영하여 정액으로 할 수도 있지만, 그 경우 임금협정상 유류 사용량이 많은 기사를 기준으로 고정금액을 책정할 수밖에 없다. 그렇게 되면 유류를 적게 사용하는 기사들과 형평성 문제가 발생할 수 있다. 또한 유류가격은 수시로 변하므로 임금협정 시 예정하였던 유류가격과 맞지 않아 여러 가지 불편한 점이 발생할 수 있다.

그러다 보니 사납금 중 유류비를 고정금액으로 하지 않고 실사용량에 맞추어 변동사납금으로



하는 것이 가장 공정하다고 보아 실제로 그렇게 운영하는 회사들도 있다. 피고 회사도 이런 차원에서 유류비 실사용액을 변동사납금으로 규정한 것으로 보인다.

만약 모든 기사들이 동일한 양의 유류를 사용하고 연간 유류가격도 변동이 없다면, 유류비를 고정액으로 하여 사납금에 반영하든 고정금액으로 하지 않고 실사용량에 맞추어 변동사납금으로 하든 실제에서는 차이가 없을 것이다.

국토교통부가 전자의 경우 운송비용 전가금지규정에 위반되지 않았다고 유권해석을 하고 있으므로, 후자와 같이 변동사납금으로 한 경우도 위반되지 않았다고 보아야 할 것이다.

V. 결 론

대사판결은 유류비 전가금지규정의 입법 취지나 정확한 의미를 이해하지 못하고 핵심을 벗어난 논리를 전개하고 있다.

유류비 전가금지규정의 입법 취지와 경제의 기본원리를 조화롭게 이해한다면, 유류비 전가금지규정의 핵심은 회사가 운송수입금을 통하여 유류비 등 운송원가를 회수하는 것을 넘어서 기사개인에게 경제적 부담을 시켰는지 여부라고 할 것이다. 이는 세차비 등 다른 운송비용도 마찬가지이다.

대사판결은 유류비 전가금지규정의 문면에만 집착하여 경제원리상 정액사납금제하에서 사납금을 정하는 요소에는 유류비가 포함될 수밖에 없다는 점을 간과하고 있다. 또한 사납금제에서 운송수입금 중 사납금을 제외한 돈은 기사의 성과급이라는 막연한 전제하에 운송수입금의 정산 전 소유권귀속을 정치하게 구분하지 못하고 임금이 덜 지급된 것으로 결론을 내리고 있는데, 이는 근본적으로 잘못된 판단으로 보인다.

대사판결 이전에 선고되어 확정된 청주지방법원 제천지원 2019. 5. 22. 선고 2018가소31743 판결도 대사판결과 사안이 거의 같은데,⁷⁾ 그 판결 역시 사납금제에서 성과급 문제와 운송수입

7) 그 사안의 경우는 기준운송수입금이 LPG 운송비용을 제외하고 1일 105,000원으로 정해져 있어 결국 “유류비 실사용액+고정금액 105,000원”이 사납금인 것으로 보인다.



금의 정산 전 소유권 귀속을 정치하게 구분하지 못하고 임금이 덜 지급된 것으로 판단하고 있는 바, 이 역시 오판으로 보인다.

한편 대상판결은 인용금액의 성격을 미지급임금으로 보고 있으나, 더러는 부당이득반환 청구의 형식으로도 소송이 제기되고 있다. 그러나 대상판결의 사안과 같이 기사 개인사비로 유류비를 부담하지 않고, 회사의 재산인 운송수입금 중 일부로 유류비를 먼저 입금하는 시스템이라면 회사가 부당이득을 얻거나 기사에게 손해가 있다고 볼 수 없어 부당이득 역시 성립하지 않는다고 할 것이다.

유류비 전가금지규정 위반사건은 단순한 민사판결의 문제가 아니라 행정처분을 수반하는 행정적인 문제로 비화되기 쉽다. 피고 회사도 대상판결로 인하여 행정적인 제재를 받아 불복절차를 진행 중이다.

향후 동종유사의 사건에서 경제원리와 사납금제를 조화롭게 이해한 합리적인 해석기준이 수립되기를 바란다.

▶ 발표일시 : 2022. 03. 16.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 신용간 회원

▶ 참석회원 : 김대휘, 김재승, 서규영, 서장원, 신성민, 신용간, 오승원, 이남진, 이선희, 이재용, 정태용, 최규호 변호사(총 12명)

JUDICIAL PRECEDENT REVIEW



V

行政判例研究

Administrative Law

서울지방법원 판례연구 제36집 (1권)



미등록특허 사용료소득의 원천별 안분*

- 대법원 2022. 2. 10. 선고 2019두50946 판결에 대한 고찰 -

Division of unregistered patent royalties income by source

辯護士 채 용 현

Chae Yong Hyeon

【사건의 표시】

대법원 2022. 2. 10. 선고 2019두50946 판결, 경정거부처분 취소

논문요약

대상판결의 의의는 다음과 같다.

첫째, 국내 미등록특허에 대한 사용료소득의 과세권 분배에 있어 국내 법인세법이 아닌 한미조세조약의 사용료소득 조항의 문언과 규정 취지, 특허권의 속지주의 원칙 등을 기준으로 국내원천소득 여부를 판단하여야 한다는 기존 판례의 입장을 다시 명확히 했다는 점에서 의미가 있다.

* 본 판례평석은 대상판결 선고(2022. 2. 10.) 직후 서울지방법원호사회 제1125차 판례연구발표회(2022. 3. 2.) 발표를 위해 작성된 것으로서 완성된 글이 아님을 밝혀둔다. 특히, 본 판례평석은 황준수, 김석환, “사용료소득의 원천별 안분기준 -cross-license하에서 미등록특허 사용료의 국내원천소득 구분을 중심으로-”, 강원대학교 비교법학연구소 『강원법학』 제64권, 2021. 8.의 내용을 주로 참조하였다.



둘째, 과세관청이 납세자의 경정청구에 답변하지 아니하여 불복에 나아간 사안에서, 부작위위법확인소송이 아닌 경정거부처분 취소소송으로서 총액주의에 따라 정당세액을 초과하는지 여부를 심리, 판단하여야 하고, 처분의 동일성 범위 내 처분사유의 추가나 변경이 허용된다는 전제에서 이와 달리 본 원심의 판단을 바로잡았다는 데 의미가 있다.

셋째, 국내 미등록특허 사용대가에 포함된 저작권, 노하우, 영업상의 비밀 등의 사용대가를 다시 분류하도록 하여 사용대가의 형식이나 명목 여하에 불구하고 실질에 따라 국내원천소득 범위를 합리적으로 다시 판단하도록 하였다는 데 의미가 있다.

목 차

I. 사건의 개요

1. 사실관계
2. 관련 법령

II. 법원의 판단

1. 1심 법원 - 수원지방법원 2019. 1. 24. 선고 2017구합69411 판결
 - 가. 원고들의 주장
 - 나. 피고의 주장
 - 다. 법원의 판단
2. 2심 법원 - 수원고등법원 2019. 7. 24. 선고 2019누10395 판결
3. 대법원 - 2022. 2. 10. 선고 2019두50946 판결

III. 연구

1. 미등록특허 사용료소득에 대한 과세권의 소재
 - 가. 구 법인세법상 사용료소득(국내원천소득) 조항의 변천



- 나. 한미조세조약상 사용료소득 과세권 배분 조항
- 다. 대법원의 판례
- 라. 대상판결의 검토
- 2. 경정거부처분 취소소송의 소송물과 심리대상
 - 가. 경정거부처분 취소소송의 소송물
 - 나. 처분사유의 추가, 변경의 기준
 - 다. 대법원의 판단
 - 라. 대상판결의 검토
- 3. 미등록특허 사용료소득의 원천별 안분 및 증명책임의 소재
 - 가. 경정거부처분 취소소송에서의 증명책임
 - 나. 증명책임 분배의 기준
 - 다. 대법원의 판단
 - 라. 대상판결의 검토

IV. 대상판결의 의의

[참고문헌]

I. 사건의 개요

1. 사실관계

M사와 M사의 100% 자회사(M'사, 이하 M사와 M'사를 총칭하여 “원고들”)는 2011. 7. 1. 내국법인인 S사(이하 “S사”)와 원고들이 S사에 안드로이드 기반 스마트폰과 태블릿 사업 등을

위하여 필요한 특허권(현재 또는 장래에 소유, 통제할 모든 특허를 포함하며, 이하 “이 사건 특허권”)의 사용권을 부여하고, S사로부터 기기당 일정액의 사용료를 지급받기로 하는 계약(이하 “이 사건 라이선싱 계약”)을 체결하였다.

S사는 2012년 사업연도부터 2015 사업연도까지 M'사 명의의 계좌에 이 사건 특허권의 사용료 총 4,358,270,484,530원을 지급하면서, 위 사용료가 국내원천소득에 해당한다고 보아 한미 조세조약 제14조 제1항에 따른 제한세율(15%)을 적용한 법인세 총 653,740,572,484원을 원천징수하여 동수원세무서장(이하 “피고”)에게 납부하였다.

원고들은 2016. 6. 29. 피고에게, S사가 M'사에게 지급한 이 사건 특허권의 사용료 중 한국에 등록되지 않은 특허권에 대한 사용료(이하 “이 사건 사용료”)는 국내원천소득이 아니므로, 이 사건 사용료에 대한 원천징수세액을 환급해달라는 취지로 경정청구를 하였다.

그러나, 피고는 원고들의 경정청구로부터 2개월 내 경정청구에 관한 아무런 통지를 하지 않았고, 이에 원고들은 2016. 10. 6. 피고가 경정청구를 거부한 것으로 보고(이하 “이 사건 처분”) 조세심판원에 심판청구를 하였으며, 조세심판원은 2017. 6. 30. 원고들의 심판청구를 기각하였다.

2. 관련 법령

구 국세기본법(2018. 12. 31. 법률 제16097호로 개정되기 전의 것)

제45조의2(경정 등의 청구) ① 과세표준신고서를 법정신고기한까지 제출한 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 최초신고 및 수정신고한 국세의 과세표준 및 세액의 결정 또는 경정을 법정신고기한이 지난 후 5년 이내에 관할 세무서장에게 청구할 수 있다. 다만, 결정 또는 경정으로 인하여 증가된 과세표준 및 세액에 대하여는 해당 처분이 있음을 안 날(처분의 통지를 받은 때에는 그 받은 날)부터 90일



이내(법정신고기한이 지난 후 5년 이내로 한정한다)에 경정을 청구할 수 있다.

1. 과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액(각 세법에 따라 결정 또는 경정이 있는 경우에는 해당 결정 또는 경정 후의 과세표준 및 세액을 말한다)이 세법에 따라 신고하여야 할 과세표준 및 세액을 초과할 때

2. 과세표준신고서에 기재된 결손금액 또는 환급세액(각 세법에 따라 결정 또는 경정이 있는 경우에는 해당 결정 또는 경정 후의 결손금액 또는 환급세액을 말한다)이 세법에 따라 신고하여야 할 결손금액 또는 환급세액에 미치지 못할 때

③ 제1항과 제2항에 따라 결정 또는 경정의 청구를 받은 세무서장은 그 청구를 받은 날부터 2개월 이내에 과세표준 및 세액을 결정 또는 경정하거나 결정 또는 경정하여야 할 이유가 없다는 뜻을 그 청구를 한 자에게 통지하여야 한다. 다만, 청구를 한 자가 2개월 이내에 아무런 통지를 받지 못한 경우에는 통지를 받기 전이라도 그 2개월이 되는 날의 다음 날부터 제7장에 따른 이의신청, 심사청구, 심판청구 또는 「감사원법」에 따른 심사청구를 할 수 있다.

④ 「소득세법」 제73조제1항제1호부터 제4호까지, 제4호의2, 제5호부터 제7호까지 및 제7호의2에 해당하는 소득이 있는 자, 「소득세법」 제119조제1호·제2호, 제4호부터 제8호까지, 제8호의2 및 제10호부터 제12호까지의 규정에 해당하는 소득이 있는 자 또는 「법인세법」 제93조제1호·제2호, 제4호부터 제6호까지 및 제8호부터 제10호까지의 규정에 해당하는 국내 원천소득이 있는 자(이하 이 항 및 제52조에서 “원천징수대상자”라 한다)가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항부터 제3항까지의 규정을 준용한다. 이 경우 제1항 및 제2항 각 호 외의 부분 중 “과세표준신고서를 법정신고기한까지 제출한 자”는 “연말정산 또는 원천징수하여 소득세 또는 법인세를 납부하고 「소득세법」 제164조, 제164조의2 및 「법인세법」 제120조, 제120조의2에 따라 지급명세서를 제출기한까지 제출한 원천징수의무자 또는 원천징수대상자”로, 제1항 각 호 외의 부분 중 “법정신고기한이 지난 후”는 “연말정산세액 또는 원천징수세액의 납부기한이 지난 후”로, 제1항제1호

중 “과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액”은 “원천징수영수증에 기재된 과세표준 및 세액”으로, 제1항제2호 중 “과세표준신고서에 기재된 결손금액 또는 환급세액”은 “원천징수영수증에 기재된 환급세액”으로 본다.

3. 원천징수의무자가 「법인세법」 제98조에 따라 원천징수한 법인세를 납부하고 같은 법 제120조 또는 제120조의2에 따라 지급명세서를 제출기한까지 제출한 경우

구 법인세법(2018. 12. 24. 법률 제16008호로 개정되기 전의 것)

제93조(외국법인의 국내원천소득) 외국법인의 국내원천소득은 다음 각 호와 같이 구분한다.

8. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 권리·자산 또는 정보(이하 이 호에서 “권리등”이라 한다)를 국내에서 사용하거나 그 대가를 국내에서 지급하는 경우 그 대가 및 그 권리등을 양도함으로써 발생하는 소득. 다만, 소득에 관한 이중과세 방지협약에서 사용지(使用地)를 기준으로 하여 그 소득의 국내원천소득 해당 여부를 규정하고 있는 경우에는 국외에서 사용된 권리등에 대한 대가는 국내 지급 여부에도 불구하고 국내원천소득으로 보지 아니한다. 이 경우 특허권, 실용신안권, 상표권, 디자인권 등 권리의 행사에 등록이 필요한 권리(이하 이 호에서 “특허권등”이라 한다)는 해당 특허권등이 국외에서 등록되었고 국내에서 제조·판매 등에 사용된 경우에는 국내 등록 여부에 관계없이 국내에서 사용된 것으로 본다.

가. 학술 또는 예술상의 저작물(영화필름을 포함한다)의 저작권, 특허권, 상표권, 디자인, 모형, 도면, 비밀스러운 공식 또는 공정(工程), 라디오·텔레비전방송용 필름 및 테이프, 그 밖에 이와 유사한 자산이나 권리

나. 산업상·영업상·과학상의 지식·경험에 관한 정보 또는 노하우



대한민국과 미합중국간의 소득에 관한 조세의 이중과세 회피와 탈세방지 및 국제무역과 투자의 증진을 위한 협약

제6조 【소득의 원천】

이 협약의 목적상 소득의 원천은 다음과 같이 취급된다.

(3) 제14조(사용료) (4)항에 규정된 재산(선박 또는 항공기에 관해서 본조(5)항에 규정된 것 이외의 재산)의 사용 또는 사용할 권리에 대하여 동 조항에 규정된 사용료는 어느 계약국내의 동 재산의 사용 또는 사용할 권리에 대하여 지급되는 경우에만 동 계약국 내에 원천을 둔 소득으로 취급된다.

제14조 【사용료】

(1) 타방 계약국의 거주자에 의하여 일방 계약국내의 원천으로부터 발생하는 사용료에 대하여 동 일방 계약국이 부과하는 조세는, 하기(2)항 및 (3)항에 규정된 경우를 제외하고는, 그 사용료 총액의 15퍼센트를 초과해서는 아니된다.

(4) 본 조에서 사용되는 “사용료”라 함은 다음의 것을 의미한다.

(a) 문학·예술·과학작품의 저작권 또는 영화필름·라디오 또는 텔레비전 방송용 필름 또는 테이프의 저작권, 특허, 의장, 신안, 도면, 비밀공정 또는 비밀공식, 상표 또는 기타 이와 유사한 재산 또는 권리, 지식, 경험, 기능(기술), 선박 또는 항공기(임대인이 선박 또는 항공기의 국제운수상의 운행에 종사하지 아니하는 자인 경우에 한함)의 사용 또는 사용권에 대한 대가로서 받는 모든 종류의 지급금

(b) 그러한 재산 또는 권리(선박 또는 항공기는 제외됨)의 매각, 교환 또는 기타의 처분에서 발생한 소득중에서 동 매각, 교환 또는 기타의 유상처분으로 취득된 금액이 그러한 재산 또는 권리의 생산성, 사용 또는 처분에 상응하는 부분. 사용료에는 광산, 채석장 또는 기타 자연자원의 운용에 관련하여 지급되는 사용료, 임차료 또는 기타의 금액은 포함되지 아니한다.

**국제조세조정에 관한 법률**

제28조(조세조약상의 소득 구분의 우선 적용) 비거주자 또는 외국법인의 국내원천 소득의 구분에 관하여는 「소득세법」 제119조 및 「법인세법」 제93조에도 불구하고 조세조약이 우선하여 적용된다.

II. 법원의 판단**1. 1심 법원 - 수원지방법원 2019. 1. 24. 선고 2017구합69411 판결****가. 원고들의 주장**

한미조세조약 제6조 제3항에 따르면, 미국법인이 국내에 ‘등록’한 특허를 실시하게 해주는 대가로 받는 사용료소득만이 국내원천소득인바, 국내에 등록되지 않은 특허(즉, 미등록특허)의 대가로 받는 사용료소득은 국내원천소득에 해당하지 않는다.

※ (참고) 원고들은 이 사건 특허권 중 국내원천소득으로 분류되는 국내 등록된 특허와 그렇지 않은 미등록특허를 특허권의 ‘개수’로 분류하였고, 구체적인 개수는 다음과 같음.

사업연도	전체 특허 개수	국내 등록특허 개수(비율)
2012	33,938	840 (약 2.47%)
2013	41,613	1,222 (약 2.93%)
2014	48,028	1,490 (약 3.10%)
2015	54,675	1,733 (약 3.16%)



나. 피고의 주장

한미조세조약은 사용료소득의 원천지를 ‘사용지’ 기준으로 판단하고 있으나, ‘사용’의 의미에 관해서는 특별히 규정하고 있지 않으므로, 한미조세조약 제2조 제2항에 따라 ‘사용’의 의미를 국내법에 의해 판단하여야 한다.

그런데 구 법인세법 제93조 제8호 단서 후문은 ‘국내에 등록되지 않은 특허권에 대한 사용료 소득이라도 그 소득이 해당 특허권을 국내에서 제조, 판매 등에 사용한 대가에 해당한다면 국내 원천소득으로 본다’고 규정하고 있는바, 이 사건 사용료소득은 국내원천소득에 해당한다.

또한, (원고들이) 이 사건 특허권 중 국내 등록된 특허와 미등록특허를 개별 특허권의 가치로 분류하여 국내원천소득이 아닌 금액을 증명하지 못하였는바 증명책임의 불이익은 원고들에게 돌아가는 것이 타당하다.

다. 법원의 판단

먼저 직권으로, 이 사건 라이선싱 계약에서 S사는 청구서에 명시된 M'사의 계좌에 사용료 대가를 지급하고, 계약에 관한 통지를 M'사에 하면서 사용료 보고서상의 수신처 또한 M'사로 특정하였던 점을 볼 때, M'사를 이 사건 특허권의 사용료를 지급받는 원천징수대상자로서 경정청구권을 행사할 수 있는 자로 판단한다. 즉, M사가 실제 이 사건 특허권 및 사용료를 실질적으로 관리하는 주체라 하더라도 경정청구권 행사에 따른 환급세액의 귀속은 원고들 사이의 내부적인 분배 문제에 불과하여 M사에는 별도의 경정청구권이 인정되지 않는다. ➡ M사 청구 각하

국제조세조정에 관한 법률 제28조는 “비거주자 또는 외국법인의 국내원천소득의 구분에 관해서는 (...) 법인세법 제93조에도 불구하고 조세조약이 우선하여 적용된다”고 규정하고 있으므로, 국내에 등록되지 않은 미등록특허의 국내원천소득 여부는 한미조세조약에 따라 판단되어야 한다.



한미조세조약의 문맥과 그 문언의 통상적 의미를 고려할 때, 한미조세조약 제6조 제3항, 제14조 제4항은 특허권의 속지주의 원칙상 특허실시에 관한 권리는 특허권이 등록된 국가의 영역 내에서만 효력이 미치고, 한미조세조약의 해석상 특허권이 등록된 국가 외에서는 특허권의 침해가 발생할 수 없어 이를 사용하거나 그 사용의 대가를 지급하는 것을 관념할 수 없다. 따라서, 미국법인이 국내에 등록하지 않은 미등록특허의 대가로 받는 사용료소득은 특허권을 사용한 대가로 볼 수 없으므로 국내원천소득에 해당하지 않는다.

더 나아가, ① 이 사건 라이선싱 계약에서는 체결 당시 등록되어 보유 중인 특허뿐 아니라 장래 시점에 등록될 특허까지도 포함하고 있는 점, ② 원고들이 모든 개별 특허권의 객관적인 가치평가를 전제로 국내에 등록된 특허와 미등록특허의 비율을 구분하여 산정하는 것이 기술적으로나 현실적으로 용이하지 않아 보이는 점, ③ 경정청구의 내용 자체가 이 사건 특허권 중 국내에 등록되지 않은 특허권에 대한 사용료에 한정하여 세액의 환급을 청구하는 것인 점, ④ 원고들이 특허목록이 명시되지 않은 사유나 특허권의 상세내역을 구체화하는 것이 곤란한 사유를 해명한 점(※계약상 등록특허와 미등록특허를 특정하고 있지 않으며 달리 이를 확인할 자료도 없음) 등에 비추어 보면, 피고로서도 (...) 일정한 기준에 따라 국내에 등록된 특허를 특정할 필요성이 있다는 것을 인지할 수 있었으므로, (...) 이 사건 처분이 적법하다고 볼 수 없다. ➡ M'사 청구 인용

2. 2심 법원 - 수원고등법원 2019. 7. 24. 선고 2019누10395 판결

2심 법원은 1심 법원의 결론에 수긍하면서 다음과 같은 쟁점에 대하여 추가로 판시하였다.

피고의 예비적 주장으로서 이 사건 사용료 중 국내 미등록특허의 사용대가는 구 법인세법 제93조 제10호 차목의 ‘국내에서 하는 사업이나 국내에서 제공하는 인적용역 또는 국내에 있는 자산과 관련하여 제공받은 경제적 이익’인 ‘기타소득’에 해당하므로 국내원천소득이라는 주장에 대해, 이 사건 사용료는 구 법인세법 제93조 제8호의 사용료소득임이 명백하고, 한미조세조약의 해석상 미등록특허의 사용대가를 국내원천소득으로 볼 수 없는 이상, 피고 주장은 이유 없다.



또한 피고는, 이 사건 특허권에는 특허권이 아닌 노하우, 영업상의 비밀, 저작권 등이 혼재되어 있어 M'사가 자료를 제출하여야 한국에 등록된 특허에 대한 사용료와 그렇지 않은 사용료를 구분할 수 있으므로 이 부분에 대한 심리도 이뤄져야 한다고 주장하나, ① 이 사건은 피고가 M'사의 경정청구에 대해 답변을 하지 않아 불복에 이르게 된 것으로서 실질적으로 부작위위법확인소송의 성격을 가지는 점, ② 이 사건을 부작위위법확인소송으로 본다면, 판결의 기속력은 피고의 판결 취지에 따른 처분의무로서 이 법원의 심리는 판결의 취지에 따라 M'사의 경정청구에 대하여 어떠한 처분을 하도록 하는 범위 내에서 이뤄져야 하는 점, ③ 앞서 이뤄진 판단들은 M'사와 피고 사이에 쟁점으로 다투어진 부분에 대하여 경정거부처분으로 보고 판단한 것으로, 향후 피고가 처분을 하면서 따라야 할 취지를 실시한 것인 점 등을 종합할 때, 피고가 심리를 하여야 한다고 주장하는 부분은 피고가 이 판결의 취지에 따라 처분을 하면서 판단할 문제이지 이 법원에서 심리할 대상이 아니다.

설령, 이 사건을 경정거부처분 취소소송으로 보더라도, 거부처분 취소판결의 기속력에 따른 처분청의 적극적 재처분의무를 부과하고 있는 이상, 처분사유가 아닌 점에까지 법원이 심리를 하여 판단을 내리는 것은 행정소송법의 규정 및 거부처분 취소소송의 법리에 위배된다. 따라서, 이 사건 판결이 특허 중 국내에 등록된 특허권을 제외한 부분에 대하여 피고에게 재처분 의무를 부과하는 취지인 이상 해당 부분에 특허권이 아닌 노하우, 영업상의 비밀, 저작권 등이 있는지 여부는 피고가 재처분의무를 이행하면서 판단할 문제이지 이 법원에서 심리할 대상이 아니다.

➡ 원, 피고 항소 전부 기각

3. 대법원 - 2022. 2. 10. 선고 2019두50946 판결(이하 '대상판결')

대법원은 다음과 같이 원고들과 피고들의 상고이유를 판단하며 원심판결을 파기환송하였다.

먼저, M사의 상고이유에 대하여, 원천징수의무자는 특별한 사정이 없는 한 실질과세의 원칙에 따라 국내원천소득의 실질귀속자를 기준으로 법인세를 원천징수할 의무가 있으므로(대법원 2017. 12. 28. 선고 2017두59253 판결), 소득의 실질귀속자는 구 국세기본법 제45조의2 제1항,



제4항 제3호에 따라 과세표준과 세액의 경정청구를 할 수 있다고 보아야 한다. 따라서, 원심 판결이 M사가 이 사건 사용료소득의 실질귀속자인지 여부에 필요한 심리를 다하지 않은 것은 원천징수대상자의 의미에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. ➡ M사 상고 이유 인용

그 다음으로, 피고의 상고이유에 대하여, 원심이 이 사건 사용료 중 국내 미등록특허의 사용료를 국내원천소득에 해당하지 않는다고 판단한 것은 정당하고, (...) 이 사건 라이선싱 계약의 내용에 비추어 볼 때 미등록특허에 대한 사용료가 구 법인세법상의 사용료소득이 아닌 기타소득의 요건을 구비했다고 인정할 증거도 없다.

그러나, 처분권주의에 관한 민사소송법 제203조가 준용되는 행정소송에서 심판 대상은 원고의 의사에 따라 특정되고, 법원은 당사자가 신청한 사항에 대하여 신청 범위 내에서 판단하여야 하는데, 원고들은 자신들의 경정청구에 대하여 피고가 아무런 답변을 하지 않음으로써 이를 거부하였다고 보고, S사가 납부한 원천징수분 법인세 중 정당세액을 초과하는 부분의 환급을 구하는 경정거부처분 취소의 소를 제기하였으므로, 이 사건을 부작위위법확인소송으로 보아 심리대상을 피고의 처분 의무 위반 여부로 한정할 수 없다.

또한, 경정거부처분 취소소송의 소송물은 정당한 세액의 객관적 존부로서, 과세관청은 사실심 변론 종결 전까지 해당 처분에서 인정한 과세표준 또는 세액의 정당성을 뒷받침할 수 있는 새로운 자료를 제출하거나 처분의 동일성이 유지되는 범위에서 그 사유를 교환, 변경할 수 있고, 반드시 처분 당시의 자료만으로 처분의 적법 여부를 판단하여야 하거나 당초의 처분사유만을 주장할 수 있는 것은 아니다. 원고들은 이 사건 사용료에 특허권 이외의 다른 권리의 사용대가는 포함되어 있지 않다는 전제에서 경정청구를 하였고, 이에 대해 피고는 원심에서 이 사건 사용료에는 이 사건 사용료에 국내원천소득으로서 원천징수대상인 저작권, 노하우, 영업상의 비밀 등의 사용대가가 포함되어 있다고 주장함으로써 처분의 동일성이 유지되는 범위에서 그 사유를 추가하거나 변경하였다고 볼 수 있는 이상, 원심으로서의 피고의 주장에 대해 심리, 판단하여야 한다.



따라서, 원심이 이 사건이 실질적으로 부작위위법확인소송의 성격을 가지므로 심리대상이 피고의 처분 의무 위반에 한정된다고 본 것과 설령 이 사건을 경정거부처분 취소소송으로 보더라도 피고가 이를 처분사유로 특정하지 않았으므로 법원의 심리대상이 될 수 없다고 본 것은 법원의 심리대상 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. ➡ 피고 상고이유 인용

III. 연구¹⁾

1. 미등록특허 사용료소득에 대한 과세권의 소재

가. 구 법인세법상 사용료소득(국내원천소득) 조항의 변천

구 법인세법²⁾ 제55조 제1항 제9호 본문은 ‘학술 또는 예술상의 저작물의 저작권, 특허권, 상표권 (...) 기타 이와 유사한 자산이나 권리’를 국내에서 사용하거나 그 대가를 국내에서 지급하는 경우의 대가(...)’ 등 사용료소득을 국내원천소득 중 하나로 열거하면서, 단서에서 ‘다만, 소득에 관한 이중과세방지협약에서 사용지를 기준으로 하여 당해 소득의 국내원천소득 여부를 규정하고 있는 경우에는 국외에서 사용된 자산·정보 또는 권리에 대한 대가는 국내 지급 여부에 불구하고 이를 국내원천소득으로 보지 아니한다’고 규정하여, 사용료소득의 국내원천소득 판단에 있어서는 조세조약이 국내법에 우선한다는 점을 명시하였다. 즉, 구 법인세법 조항에 따르면, 한미조세조약처럼 특허권 등이 국내에서 사용되며 대가도 국내에서 지급되는 경우³⁾라 하

1) 본 판례평석은 대상판결의 실시내용 중 이 사건 사용료소득의 귀속명의자(M'사)가 아닌 실질귀속자(M사)가 경정청구권을 가지는지 여부와 이 사건 사용료가 구 법인세법상 기타소득의 요건을 갖추었는지 여부에 대해서는 논의를 생략하기로 한다.

2) 1996. 12. 30. 개정 법률 제5192호로 개정된 것

3) 전개논문 71면, 2021. 3. 기준으로 대한민국이 체결한 조세조약 중 사용지를 기준으로 원천지를 판단하는 조세조약은 한미조세조약이 유일하다고 한다.



더라도 국내에 미등록된 특허에 대한 사용료소득은 조세조약의 내용에 따라 국내원천소득에서 제외되었다.

이에 과세당국은 2008년경 미등록특허 사용료소득도 국내원천소득으로 편입시켜 과세하기 위해, 구 법인세법⁴⁾ 제93조 제9호(상기 제55조 제1항 제9호와 동일 조문)에 ‘이 경우 특허권, 실용신안권, 상표권, 디자인권 등 권리의 행사에 등록이 필요한 권리는 해당 특허권 등이 국외에서 등록되었고 국내에서 제조·판매 등에 사용된 경우에는 국내 등록 여부에 관계없이 국내에서 사용된 것으로 본다.’는 후문의 내용을 추가하였다.

더 나아가, 과세당국은 2019년경 사용료소득에 대한 국내원천소득 조항을 전면 개편하면서, 구 법인세법⁵⁾ 제93조 제8호 다목에 ‘사용지를 기준으로 국내원천소득 해당 여부를 규정하는 조세조약에서 사용료의 정의에 포함되는 그 밖에 이와 유사한 재산 또는 권리[특허권, 실용신안권, 상표권, 디자인권 등 그 행사에 등록이 필요한 권리가 국내에서 등록되지 아니하였으나 그에 포함된 제조방법·기술·정보 등이 국내에서의 제조·생산과 관련되는 등 국내에서 사실상 실시되거나 사용되는 것을 말한다]’는 내용을 신설하여, 미등록특허의 사용료소득이라 하더라도 국내원천소득으로 보아 과세할 수 있음을 다시 한번 분명히 하고자 하였다.

나. 한미조세조약상 사용료소득 과세권 배분 조항

한편, 한미조세조약 제14조 제4항은 1979. 10. 20. 발효된 이래 현재까지 문학, 예술, 과학작품의 저작권 또는 영화필름, 라디오 또는 텔레비전 방송용 필름 또는 테이프의 저작권, 특허, 의장, 신안, 도면, 비밀공정 또는 비밀공식, 상표 또는 기타 이와 유사한 재산 또는 권리, 지식, 경험, 기능(기술), 선박 또는 항공기의 사용 또는 사용권에 대한 대가로서 받는 모든 종류의 지급금을 사용료로 정의하고, 동 조세조약 제6조 제3항에서 ‘(...)사용 또는 사용할 권리에 대한

4) 2008. 12. 26. 법률 9267호로 개정된 것

5) 2019. 12. 31. 법률 제16833호로 개정된 것



사용료는 어느 계약국 내의 동 재산의 사용 또는 사용할 권리에 대하여 지급되는 경우에만 계약국 내에 원천을 둔 소득으로 취급된다'고 하여, '사용지'를 기준으로 일방 계약국에서 특허권 등이 사용되거나 사용할 권리에 대하여 대가가 지급되는 경우에만 해당 국가의 국내원천소득으로 보도록 규정하고 있다.

다. 대법원의 판례

대법원은 2008년 국내 미등록특허에 대한 사용료소득을 국내원천소득으로 보도록 하는 법인세법 개정이 있기 전 현대자동차가 미국 현지법인 대신 미국법인인 필립스석유로부터 플리프로 필렌이라는 물질의 특허권에 대한 사용료 대가를 지급하여 해당 사용료소득의 국내원천소득 여부가 문제된 사안에서, “특허권은 국가에 의한 특허처분에 의하여 특허출원인에게 부여되는 권리로서 각국의 특허법과 그 법에 따라 특허를 부여할 권리는 각국에 있어서 독립적으로 존재하여 지역적 제한을 지니게 되므로 특허권자가 특허물건을 독점적으로 생산, 사용, 양도, 대여, 수입 또는 전시하는 등의 특허실시에 관한 권리는 특허권이 설정 등록된 국가의 영역내에서만 그 효력이 미치는 것”으로서, 법인세법과 한미조세조약에서 말하는 ‘사용료소득’이란 “외국법인 혹은 미국법인이 대한민국에 특허권을 ‘등록’하여 대한민국 내에서 특허실시권을 가지는 경우에 그 특허실시권의 사용대가로 지급받는 소득을 의미한다고 해석하여야 할 것”이라고 판시하여, 국내 미등록특허에 대한 사용료소득은 국내원천소득이 아니라고 판시하였다(대법원 1992. 5. 12. 선고 91누6887 판결).

이러한 대법원의 법리는 미등록특허가 국내에서 제조·판매 등에 사용된 경우에도 국내원천 소득으로 볼 수 있도록 한 2008년 법인세법 개정 이후에도 유지될 수 있는지에 대해 세간의 관심이 되었으나, 대법원은 “국제조세조정에 관한 법률 제28조는 ‘비거주자 또는 외국법인의 국내 원천소득의 구분에 관하여는 소득세법 제119조 및 법인세법 제93조에도 불구하고 조세조약이 우선하여 적용된다’고 규정하고 있으므로, 국외에서 등록되었을 뿐 국내에는 등록되지 아니한 미국법인의 특허권 등이 국내에서 제조·판매 등에 사용된 경우 미국법인이 그 사용의 대가로 지급받는 소득을 국내원천소득으로 볼 것인지는 한미조세협약에 따라 판단하지 아니할 수 없



다”고 하면서, “한미조세협약 제6조 제3항, 제14조 제4항은 특허권의 속지주의 원칙(과) 한미조세협약의 해석상 특허권이 등록된 국가 외에서는 특허권의 침해가 발생할 수 없어 이를 사용하거나 그 사용의 대가를 지급한다는 것을 관념할 수도 없으므로(...) 미국법인이 특허권을 국외에서 등록하였을 뿐 국내에는 등록하지 아니한 경우에는 미국법인이 그와 관련하여 지급받는 소득은 그 사용의 대가가 될 수 없으므로 이를 국내원천소득으로 볼 수 없다”고 판시하여 국내 미등록특허에 대한 사용료소득의 경우에는 특허권이 국내에서 제조·판매 등에 사실상 사용되었는지 여부와 관계없이 국내원천소득이 아니라는 입장을 다시 한번 명확히 하였다(대법원 2014. 11. 17. 선고 2012두18356 판결 등 다수).

라. 대상판결의 검토

대상판결은 국내 미등록특허에 대한 사용료소득이 국내원천소득에 해당하는지 여부와 관련하여, “이 문제에 대한 한미조세조약에 관한 판례는 다음과 같다. 한미조세조약 제6조 제3항, 제14조 제4항은 특허권의 속지주의 원칙상 특허권자가 특허물건을 독점적으로 생산, 사용, 양도, 대여, 수입하거나 전시하는 등의 특허실시에 관한 권리는 특허권이 등록된 국가의 영역에서만 그 효력이 미친다고 보아 미국법인이 국내에 특허권을 등록하여 국내에서 특허실시권을 가지는 경우에 특허실시권의 사용대가로 지급받는 소득만을 국내원천소득으로 정하였을 뿐이고, 특허권이 등록된 국가 외에서는 특허권의 침해가 발생할 수 없어 이를 사용하거나 그 사용의 대가를 지급한다는 것을 상정할 수 없다. 따라서 미국법인이 특허권을 국외에서 등록하였을 뿐 국내에는 등록하지 않은 경우에는 미국법인이 그와 관련하여 지급받는 소득은 그 사용의 대가가 될 수 없으므로 이를 국내원천소득으로 볼 수 없다. (...) 한미조세조약의 해석에 관한 판결을 변경할 만한 뚜렷한 근거를 찾기 어렵다”고 하여 기존 2012두18356 판결의 입장을 그대로 고수하였다.

한미조세조약 제6조 제3항의 ‘어느 계약국 내의 동 재산의 사용 또는 사용할 권리’라는 문언에 기초해 보면, 일방 계약국 내의 특허권이란 해당 계약국에 등록되어 실시권을 가지는 것이어야만 해당 특허권을 ‘사용’하는 것으로 볼 수 있다고 생각된다. 따라서, 국내에 미등록된 특허로서 국내에서 정당한 권원을 갖지 못하는 특허를 위해 지급되는 대가는 특허권의 ‘사용’에 대한



대가로 보기 어렵다고 생각되는바, 기존 판례들의 법리와 마찬가지로 미등록특허에 대한 사용료소득을 국내원천소득으로 보지 않은 대상판결의 태도는 적절하다고 사료된다.

특히, 미등록특허 사용료소득까지 국내원천소득에 포함시키기 위해 법인세법을 개정했던 것은 한미조세조약상 사용료소득의 과세권 배분조항을 무력화시키기 위해 지나치게 국고주의적 관점에서 행해진 ‘타겟 입법’이라고 생각된다. 조세조약이란 과세권 배분에 관한 국가간의 합의로서 국제법상 국내세법에 우선하여 적용될 성격의 법원(法源)이다. 따라서, 일방 체약국이 조세조약의 적용국면이 과세권 행사 측면에서 불리하다는 이유로 국내세법을 개정해 조세조약의 적용을 회피하려는 시도는 어느 국가의 입장에서 행하더라도 바람직하지 않다고 보인다. 해당 조항은 현행 법인세법에도 그대로 유지되고 있는데, 이제는 조세조약의 내용을 존중하고 대법원 판례를 수용한다는 측면에서 삭제 입법하는 것이 타당하다고 생각한다.

2. 경정거부처분 취소소송의 소송물과 심리대상

가. 경정거부처분 취소소송의 소송물

소송물이란 일반적으로 법원의 심리 및 판단의 대상으로 이해된다. 일반적으로 행정처분의 취소소송은 처분의 위법을 이유로 하여 취소를 구하는 것이므로 처분에 대한 취소사유(위법성)의 존부가 심판의 대상이 된다. 조세소송 역시 과세처분의 위법성을 이유로 취소를 구하는 것이므로, 즉, 과세처분의 실체적, 절차적 위법성이 소송물이 된다.

구체적으로, 조세소송의 소송물인 심리 및 심판대상 범위와 관련하여, 과세처분에 의하여 확정된 세액이 객관적으로 존재하는 세액을 초과하는지 여부를 소송물로 한다는 ‘총액주의’와 과세관청의 처분사유와 관계되는 세액의 적부로 소송물을 한정하여 본다는 ‘쟁점주의’의 대립이 있는데, 대법원은 일관된 총액주의의 입장에서, “과세관청이 그 과세표준과 세액을 구체적으로 산출, 결정하는 과정에서 그 계산방식 등에 잘못이 있다 하더라도 그와 같이 하여 부과지된 세액이 원래 당해 납세의무자가 부담하여야 할 정당세액의 범위를 넘지 아니하고 그 잘못된

과세단위와 처분사유의 범위를 달리하는 정도의 것이 아니라면 그 정당세액 범위 내의 과세 처분이 위법하다고 할 수 없다(대법원 1992. 7. 28. 선고 91누10695 판결)”고 판시하였다. 또한 대법원은 총액주의의 연장선에서 “과세관청인 피고는 사실심 변론종결 시까지 객관적인 과세표준과 세액을 뒷받침하는 모든 주장과 자료를 제출할 수 있고, 법원도 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 과세처분의 적법 여부를 판단하여야 한다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2003두12615 판결, 대법원 1997. 10. 24. 선고 97누2429 판결)”고 판시한 바 있다.

대법원은 조세소송의 한 유형인 경정거부처분 취소소송의 소송물에 있어서도 마찬가지로, “통상의 과세처분 취소소송에서와 마찬가지로 감액경정청구에 대한 거부처분 취소소송 역시 그 거부처분의 실제적·절차적 위법 사유를 취소원인으로 하는 것으로서 그 심판의 대상은 과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액의 객관적인 존부”라고 하면서, “경정청구가 이유 없다고 내세우는 개개의 거부처분사유는 과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액이 세법에 의하여 신고하여야 할 객관적으로 정당한 과세표준 및 세액을 초과하는 것이 아니라고 주장하는 공격 방어방법에 불과하(므로)(...) 과세관청은 당초 내세웠던 거부처분사유 이외의 사유도 그 거부처분 취소소송에서 새로이 주장할 수 있다”, “당사자는 사실심 변론종결시까지 객관적인 조세채무액을 뒷받침하는 주장과 자료를 제출할 수 있고, 이러한 자료에 의하여 정당한 세액이 산출되는 때에는 감액을 구하는 세액 중 당초 신고한 세액에서 정당한 세액을 차감한 부분만 취소하여야 하고 전체를 취소할 것이 아니다(대법원 2008. 12. 24. 선고 2006두13497 판결)”라고 판시하여, 경정거부처분 취소소송의 소송물 역시 총액주의에 따른 과세표준 및 세액의 객관적인 존부라는 점을 명확히 하였다.

나. 처분사유의 추가, 변경의 기준

대법원 판례의 입장인 ‘총액주의’에 따르면, 과세처분 취소소송이나 경정거부처분 취소소송의 소송물은 과세표준 및 세액의 객관적인 존부이므로, 앞서 본 판례들처럼 과세처분이나 경정거부처분을 뒷받침하는 개개의 사유들은 공격방어방법에 불과하여 처분의 동일성을 해하지 않는 범위에서 사실심 변론종결 시까지 새로운 처분사유를 추가하거나 변경할 수 있다. 반대로, 납세



자가 경정청구 당시에 주장하지 않았던 사유들 역시 처분의 동일성 범위 내에서 자유롭게 추가, 변경하여 해당 과세처분이나 경정거부처분이 위법하다고 주장하는 것 또한 가능하다(법적 안정성을 침해하지 않는 범위에서 분쟁의 일회적 해결 도모).

그런데 여기서 ‘처분의 동일성’이란 처분사유의 추가, 변경이 가능한 범위를 정하는 기준이 됨과 동시에 판결의 기판력이 미치는 범위를 결정한다는 점에서 중요성을 가진다. 이와 관련하여 대법원은 ‘처분의 동일성’을 ‘과세단위’로 보아 구분하고 있으며, 여기서의 과세단위란 인적 요소(개인, 부부, 가족단위)나 물적 요소(시간, 장소, 원천)에 따라 구분되는 과세물건을 의미하는 것으로 평가된다.

구체적인 처분사유의 추가, 변경(처분의 동일성 여부) 기준은 법원의 해석에 따르고 있는데, 논의를 위해 일부 판례들을 소개하면 다음과 같다. 예컨대 ①양도소득세 부과처분에서 과세원인이 된 양도자산이 동일하지만 양도의 상대방을 달리 특정하는 경우(대법원 1994. 5. 24. 선고 92누9265 판결), ②증여세 부과처분에 있어 증여자가 달리 인정된 경우나(대법원 1997. 2. 11. 선고 96누3272 판결), ③주식의 취득자금을 증여받은 것으로 보았다가 명의신탁주식 증여의제로서의 처분사유를 추가하는 경우(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두7277 판결), ④법인세 부과처분에 있어 부당행위계산부인 상의 저가양도로 보았다가 고가매입으로 보는 경우(대법원 1992. 9. 22. 선고 91누13205 판결) 등에는 처분이 되는 기초사실, 즉 과세단위의 동일성이 있으므로 처분사유의 추가변경이 허용되지만, ①법인세, 소득세, 부가가치세 등 기간과세 세목의 부과처분에 있어 귀속시기를 달리하는 경우(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두6914 판결 등), ②증여자를 1인으로 보고 과세처분을 하였는데 실제 증여자가 2인 또는 그 이상인 경우(대법원 2006. 4. 27. 선고 2005두17058 판결)에는 과세단위의 동일성이 없으므로 처분사유의 추가변경이 허용되지 않는다.

다. 대법원의 판단

원심은, 이 사건 경정거부처분 취소소송이 피고가 M'사의 경정청구에 대해 아무런 답변을 하지 않아 제기된 실질적으로 부작위위법확인소송의 성격을 지니므로, 당초의 경정거부사유가 아니었던 주장(이 사건 특허권에는 특허권이 아닌 노하우, 영업상의 비밀, 저작권 등이 혼재되어 있으므로 국내원천소득에서 제외되는 미등록특허의 사용료소득 액수를 구분하여야 한다는 주장)은 법원의 심리대상이 되지 않고, 설령 경정거부처분 취소소송의 성격으로 보더라도, 처분사유가 아닌 점에까지 법원이 심리를 하여 판단을 내리는 것은 행정소송법의 규정 및 거부처분 취소소송의 법리에 위배되어 법원의 심리대상이 되지 않는다고 판시하였다.

그러나 대법원은, 원고들의 경정청구에 피고가 아무런 답변을 하지 않자 자신들의 경정청구를 거부하는 처분이 있었다고 보고 S사가 납부한 원천징수분 법인세 중 정당세액을 초과하는 부분의 환급을 구하는 이 사건 경정거부처분 취소소송을 제기한 것이므로 이를 부작위위법확인소송으로 보아 심리대상을 피고의 처분의무 위반 여부로 한정할 수 없다고 보았다. 또한 경정거부처분 취소소송의 소송물은 정당한 세액의 객관적 존부로서, 과세관청은 사실심 변론 종결 전까지 해당 처분에서 인정한 과세표준 또는 세액의 정당성을 뒷받침할 수 있는 새로운 자료를 제출하거나 처분의 동일성이 유지되는 범위에서 그 사유를 교환, 변경할 수 있고, 반드시 처분 당시의 자료만으로 처분의 적법 여부를 판단하여야 하거나 당초의 처분사유만을 주장할 수 있는 것은 아니며, 피고가 원심에서 이 사건 특허권에 특허권이 아닌 노하우, 영업상의 비밀, 저작권 등이 혼재되어 있어 국내원천소득에서 제외되는 미등록특허의 사용료소득 액수를 구분하여야 한다고 주장한 이상 처분의 동일성 범위 내 처분사유를 추가, 변경하였다고 볼 수 있으므로, 원심이 이를 함께 심리, 판단하였어야 한다고 보았다.

라. 대상판결의 검토

결론부터 말하면, 대상판결은 기존의 경정거부처분의 소송물과 처분사유의 추가, 변경에 관한 확립된 법리를 기초로 원심의 잘못된 판단을 바로잡았다는 점에서 의미가 있다고 생각된다.



원심은 피고의 주장을 심리하는 것이 어렵다고 판단되자 이를 의도적으로 심리대상에서 제외할 목적에서, 이 사건 경정거부처분 취소소송이 부작위위법확인소송의 성격을 지닌다거나 설령 경정거부처분 취소소송으로 보더라도 당초의 처분사유가 아니어서 법원의 심리대상이 아니라는 논리를 내세웠는데, 이는 피고의 주장을 심리대상에서 제외하기 위한 정해진 결론을 내기 위해 기존의 대법원 판례들을 면밀히 고려하지 않은 채 다소간 무리한 설시를 하였던 것으로 보인다.

세부적으로 보면, 구 국세기본법⁶⁾ 제45조의2 제3항은 “(...) 결정 또는 경정의 청구를 받은 세무서장은 그 청구를 받은 날로부터 2개월 이내에 과세표준 및 세액을 결정 또는 경정하거나 결정 또는 경정하여야 할 이유가 없다는 뜻을 그 청구를 한 자에게 통지하여야 한다. 다만, 청구를 한 자가 2개월 이내에 아무런 통지를 받지 못한 경우에는 통지를 받기 전이라도 그 2개월이 되는 날의 다음 날부터 (...) 심사청구를 할 수 있다”고 규정하였던바, 경정청구 답변기한 내 통지를 하지 않을 경우 이를 거부처분으로 보도록 하는 명시적인 규정을 두고 있지 않았기는 하다.

그러나, 대법원은 동일한 국세기본법 규정의 해석과 관련하여 “납세자의 감액수정신고에 대하여 세무관서가 법정기한 내에 조사·결정이나 통지를 하지 아니하는 경우 납세자는 경정청구를 과세관서가 거부한 것으로 보아 납세자는 이에 불복할 수 있다”고 판시하여(대법원 1987. 1. 20. 선고 83누571 판결 등), 과세관청이 경정청구 답변기한 내 통지하지 않은 경우 이를 거부처분으로 보아 경정거부처분 취소소송을 제기하도록 해왔던 것이 기존의 판례이자 납세자들의 불복 관행이었다. 따라서, 원심이 이 사건을 부작위위법확인소송으로 전제하여 심리를 거부한 것은 경정청구 답변기한 내 통지가 없었던 경우 거부처분이 있었던 것으로 간주하여 불복대상을 특정하도록 한 당초 대법원의 태도에 정면으로 배치된다.

결국, 이 사건을 경정거부처분 취소소송으로 볼 수밖에 없다면, 심리와 심판의 대상이 되는 소송물은 ‘과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액의 객관적인 존부(정당세액)’인 것이고, 과세관청이 경정청구가 이유 없다고 내세우는 사유들은 정당세액을 초과하는 것이 아니라고 주장

6) 2018. 12. 31. 법률 제16097호로 개정되기 전의 것



하는 공격방어방법에 불과하여 처분사유의 동일성이 인정되는 범위 내에서 사실심 변론종결시까지 자유롭게 주장될 수 있음은 물론 법원의 심리 및 판단대상이 될 수밖에 없는 것이다. 따라서, 피고가 이 사건 특허권에 특허권이 아닌 노하우, 영업상의 비밀, 저작권 등이 혼재되어 있어 미등록특허의 사용료소득 액수를 구분하여야 한다는 주장 역시, S사가 M사에 2015~2015 사업연도의 사용료 대가를 지급하면서 법인세를 원천징수한 사실, 즉 경정거부처분의 기초가 된 사실로서 과세단위가 완전히 동일하므로,⁷⁾ 피고가 이를 처분사유로 추가할 수 있음은 물론 원심도 이러한 처분사유까지 심리대상에 포함시켜 판단하였어야 한다.⁸⁾

종합하면, 원심은 총액주의를 조세소송의 소송물로 보아 심리 및 판단하고, 처분의 동일성 범위 내 사실심 변론종결 시까지 처분사유를 추가, 변경할 수 있도록 한 대법원의 판례를 정면으로 오해하였다고 보이고, 이러한 원심의 판단을 바로잡은 대상판결은 정당하다고 생각된다.

3. 미등록특허 사용료소득의 원천별 안분 및 증명책임의 소재

가. 경정거부처분 취소소송에서의 증명책임

조세소송 역시 항고소송의 일종으로서 처분의 적법성에 대하여는 과세관청이 주장, 입증할 책임을 부담한다는 것이 확립된 대법원의 판례이다(대법원 2007. 2. 22. 선고 2006두604 판결 등). 대법원은 감액경정청구를 받은 과세관청으로서는 과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액이 세법에 의하여 신고하여야 할 객관적으로 정당한 과세표준 및 세액을 초과하는지 여부에 대하여 조사, 확인할 의무가 있으므로(대법원 2008. 12. 24. 선고 2006두13497 판결), 감액경정거부처분 취소소송에서도 거부처분의 적법성은 과세관청에게 입증책임이 있는 것으로 생각된다.

7) 대법원은 ‘처분의 동일성이 유지되는 범위에서 그 사유를 추가하거나 변경하였다고 볼 수 있는 이상(...)’이라고 하여 처분사유의 추가를 허용하는 세부 이유를 명확히 밝히고 있지는 않다.

8) 만약 원심 판결처럼 피고의 새로운 주장을 심리대상에 포함시키지 않아 판결 이후의 재처분에 반영될 경우 원고가 다시 처분에 불복하여 법원의 판단을 받아야 하는 문제가 발생한다(소송경제상의 비효율).



그런데, 과세관청의 부과처분이나 증액경정처분에 대한 경정청구처럼 경정청구의 대상이 되는 처분이 과세관청의 능동적 처분인 경우에는 거부사유에 대한 입증책임을 과세관청에게 지우는 것이 일응 합리적으로 보이지만, 반대로 신고납세세목에서 납세자가 신고를 하여 과세표준 및 세액을 확정시킨 뒤 경정청구를 하고 과세관청이 이를 거부한 소극적 처분인 경우에도 과세관청이 거부사유에 대한 모든 입증책임을 부담해야 하는 것인지에 대해서는 의문이 있을 수 있다. 과세관청이 실지조사권을 갖기는 하지만 과세요건사실을 뒷받침하는 과세자료의 대부분이 납세자가 지배하는 생활영역 내에 있어 납세자의 자발적 협력 없이 과세관청에게 완벽한 증명책임을 요구하는 것은 사실상 불가능한 입증을 요구하는 결과가 될 수 있기 때문이다.

나. 증명책임 분배의 기준

조세소송에서 증명책임이 납세자와 과세관청 중 누구에게 있는 것인지에 대해 다양한 학설들이 제기된 바 있으나, 대법원은 민사소송과 마찬가지로 조세소송의 증명책임을 분배하는 기준으로 ‘법률요건분류설’에 기초하여, 조세채권을 적극적으로 성립시키는 요건(과세요건사실)에 대해서는 과세관청이 증명책임을 부담하고, 조세채권의 성립을 저지하거나 장애가 되는 사실에 대한 증명책임은 납세자가 증명책임을 부담한다고 보고 있다.

이와 동시에, 조세법률관계의 특수성을 고려하여 원칙적으로 과세관청에 처분의 적법성에 관한 증명책임이 있다고 보면서 일정한 경우에는 증명책임을 일부 완화하거나 경우에 따라서는 납세자에게 증명책임을 전환시키는 방식으로 조세소송실무가 이뤄져 왔다. 예컨대, 대법원은 과세관청이 주장하는 당해 처분의 적법성이 합리적으로 수긍할 수 있을 정도로 일응 입증된 경우에는 처분이 정당하다고 보고 이와 상반되는 주장과 입증책임을 납세자에게 돌아간다고 보는 ‘일응의 입증’ 방식이나(대법원 1998. 7. 10. 선고 97누13894 판결 등), 과세관청이 경험칙에 비추어 과세요건사실을 추정할만한 간접적인 사실을 밝히는 경우 상대방이 이를 깰만한 사정을 입증하지 않는 한 당해 과세처분을 위법한 처분으로 단정할 수 없다고 보는 ‘사실상 추정’ 방식(대법원 2004. 4. 27. 선고 2003두14284 판결 등), 필요경비와 손금처럼 납세자에게 유리한 것으로서 입증이 용이한 것들의 경우에는 납세자에게 입증의 필요를 인정하는 ‘부존재의 추정’ 방식



등(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012두23341 판결 등)을 취사선택하여 사안별 구체적 타당성을 도모하였던 것이다.

다만, 이러한 증명책임의 완화나 전환 이론은 일반화될 수는 없으며 사안별로 입증의 난이, 증거와의 거리, 형평성 등을 종합적으로 고려하여 결정될 수밖에 없을 것이다.

다. 대법원의 판단

대법원은 대상판결에서 “원고들은 이 사건 사용료에 특허권 이외의 다른 권리의 사용대가는 포함되어 있지 않다는 전제에서 경정청구를 하였고, 이에 대해 피고는 원심에서 이 사건 사용료에는 이 사건 사용료에 국내원천소득으로서 원천징수대상인 저작권, 노하우, 영업상의 비밀 등의 사용대가가 포함되어 있다고 주장함으로써 처분의 동일성이 유지되는 범위에서 그 사유를 추가하거나 변경하였다고 볼 수 있는 이상, 원심으로서의 피고의 주장에 대해 심리, 판단하였어야 한다”고 설시하여 원심을 파기하면서도, 국내 미등록특허를 특허권의 개수로 안분하여 국내 원천소득을 분류한 원심의 판단에 대한 당부나 대법원이 파기한 쟁점에 대한 증명책임의 분배 기준(즉, 저작권, 노하우, 영업상의 비밀 등의 사용대가에 대한 증명책임을 누가, 어느 정도 부담하여야 하는지)에 관하여는 구체적인 언급을 생략하였다.

라. 대상판결의 검토

대법원은 대상판결 선고 이전에 미등록특허 사용료소득의 국내원천소득 여부가 문제된 사안에서, 미국법인이 보유한 전체 특허 중 ‘국내에 등록된 특허의 경제적 가치’를 기준으로 국내원천소득을 분류한 것이 아니라, 원심 판결처럼 ‘국내에 등록된 특허 개수’의 비율대로 안분하여 국내원천소득을 발라낸 다음 납세자들의 경정청구를 받아들이는 판결을 계속해 왔다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2012두18356 판결, 대법원 2019. 8. 12. 선고 2019두40314 판결, 대법원 2019. 11. 15. 선고 2019두48493 판결 등). 이러한 판결들은 하급심에서 관련 쟁점이 다루어진 경우에도 전체 특허의 개수 중 개별 특허권의 객관적 가치를 평가하는 것이 현실적으로 어렵다는



이유로 과세관청에게 증명책임을 모두 부담시킨 것으로 평가된다.

그런데 대상판결의 경우, 이 사건 특허권에 대한 대가로 이 사건 사용료에 포함된 저작권, 노하우, 영업상의 비밀 등의 사용대가를 분류하여야 한다고 판시하여, 원심이 인정한 국내원천소득의 범위를 다시 판단하도록 했다는 점에서는 원심의 결론에서 한 발짝 더 나아갔으나, ‘국내에 등록된 특허 개수’의 비율대로 안분한 기존의 원심 판단에 대해서는 “(...) 피고의 나머지 상고이유에 관한 판단은 생략한 채 원심판결을 파기”한다고 판시함으로써, ‘국내에 등록된 특허의 개수’를 기준으로 국내 미등록특허와 그에 따른 국내원천소득을 분류한 선행 판례들을 변경하지는 않은 것으로 보인다.⁹⁾

그런데 앞서 본 논의처럼, 과세관청은 납세자가 별도의 과세자료들을 제출하지 않는 이상 실질지조사권을 발동한다 하더라도 국내에 등록된 특허와 미등록된 특허의 경제적 가치 자체를 발라낼 수 있는 방법이 전무한바, 원심 판결처럼 특허권의 개수만을 기준으로 국내원천소득의 범위를 분류하는 것은 객관적인 합리성이 있다고 볼 수 없다.¹⁰⁾ 그럼에도 불구하고, 대상판결은 납세자들이 이 사건 라이선싱 계약에서 객관적인 가치평가를 통해 특허별 경제적 가치를 구분하지 않은 채 특허권의 형식적 숫자만을 기준으로 사용대가(국내원천소득)를 분류해온 선행판결들에 아무런 제동을 걸지 않고 있다.

또한, 대상판결의 실시대로 이 사건 사용료에 포함된 저작권, 노하우, 영업상의 비밀 등의 사용대가가 분류되어야 하고, 이에 대한 증명책임이 납세자 측에 일부 옮겨갔다고 보더라도,

9) 전영준, 미국법인이 얻은 국내 미등록특허권 사용료는 국내원천소득에 해당하지 않아, 일간NTN, 2022. 2. 25.자 기사 참조

10) 전계 논문, 96~98면. 선행 연구에서는 ① S사가 원고들에게 지급한 특허 사용의 대가는 원고들이 보유한 등록특허의 총 개수와 아무런 상관없이 결정되었던 점, ②특히 S사가 제조, 판매하는 제품의 성격상 국외 등록특허보다는 국내 등록특허에 대한 대가로서 사용료를 지급했다고 보이는 점, ③S사와 원고들이 체결한 라이선싱 계약은 상호 보유한 특허권의 침해를 양해하는 Cross-license계약의 일부로서 원고들이 S사의 특허를 침해하는 정도까지 함께 고려되어야 하는 점 등을 근거로, 국내에 등록된 특허권의 개수만을 기준으로 국내원천소득을 안분하는 것에는 합리성이 부족하다고 지적하였다.

원고들에게 완전히 증명책임을 전환하는 것이 아니라면,¹¹⁾ 국내 미등록특허 중 저작권, 노하우, 영업상의 비밀 등의 사용대가(국내원천소득)의 비중이 얼마인지를 확인하는 것은 여전히 어려울 것으로 보인다. 이는 S사와 원고들이 이 사건 라이선싱 계약의 협상과정이나 협상에 참여한 임직원들 및 전문가들의 증언이나 견해, 가치평가 등을 기초로 그 특허권들 안에 포함된 저작권, 노하우, 영업상의 비밀 등의 경제적 가치까지 발라내는 작업이 이뤄져야만 정확한 국내원천소득을 산정할 수 있을 것이기 때문이다.¹²⁾

이러한 현실적인 문제로 인하여 파기환송심에서도 빠르게 결론이 날 가능성은 높지 않아 보인다. 특히, 대상판결 사안은 쟁점세액의 규모가 상당히 크고 이미 오랜 시간 소송이 진행되어 왔기 때문에, 원고들이 파기된 쟁점의 증명책임을 다하기 어렵다는 문제와 피고의 일부 패소 시 고율의 국제환급가산금 부담 문제 등으로 인해 상호 간의 조정으로써 분쟁이 최종 해결될 가능성도 상당할 것으로 추측된다.

IV. 대상판결의 의의

이상의 논의들을 토대로, 대상판결의 의의를 다음과 같이 요약해볼 수 있다.

첫째, 국내 미등록특허에 대한 사용료소득의 과세권 분배에 있어 국내 법인세법이 아닌 한미 조세조약의 사용료소득 조항의 문언과 규정 취지와 특허권의 속지주의 원칙 등을 기준으로 국내원천소득 여부를 판단하여야 한다는 대법원 판례의 입장을 다시금 명확히 했다는 점에서

11) 전계 논문, 86~95면. 참고로, 미국의 경우에는 사용료의 지급자가 지적재산을 국내와 국외에서 함께 사용하는 대가로 사용료를 지급하는 경우 납세자는 사용지별로 원천소득을 적절히 안분해야 하고, 이때 국내 및 국외 원천별 사용료소득의 합리적 안분에 관한 증명책임은 당사자들이 부담하며, 만약 납세자가 이러한 증명책임을 다하지 못할 경우에는 법원이 모든 사용료소득을 국내원천소득으로 보아 과세하도록 하여, 납세자에게 증명책임을 완전히 전환시키는 것이 확립된 법리라고 한다.

12) 전계 논문, 96면.



의미가 있다. 과세관청은 대법원의 확고한 입장을 수용하여 관련 법인세법 조항을 삭제함과 동시에 한미조세조약의 개정을 논의하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

둘째, 과세관청이 납세자의 경정청구에 답변하지 않아 납세자가 불복에 나아간 사안에서, 해당 소송은 부작위위법확인소송이 아닌 경정거부처분 취소소송으로서 총액주의에 따라 정당 세액을 초과하는지 여부를 기준으로 심리, 판단되어야 하고, 처분의 동일성 범위 내 처분사유 추가, 변경이 허용됨을 재확인했다는 점에서 소송물과 처분사유 추가, 변경에 관한 법리를 오해한 원심 판결의 잘못을 바로잡았다는 점에서 의미가 있다.

셋째, 국내 미등록특허에 대한 사용대가에 포함된 저작권, 노하우, 영업상의 비밀 등의 사용대가를 다시 분류하도록 하여 사용대가의 형식이나 명목 여하에도 불구하고 실질에 따라 국내 원천소득의 범위를 합리적으로 다시 판단하도록 하였다는 점에서 의미가 있다. 그러나, 한편으로 대상판결은 국내에 등록된 특허와 미등록된 특허의 객관적인 경제적 가치가 아닌 특허권의 개수를 기초로 국내원천소득의 범위를 정함으로써 선행 판결들의 한계를 그대로 반복했다는 점에서 아쉬움이 남는다.

파기환송심에서의 깊이 있는 논의와 향후 동일 쟁점사건에서 대법원의 전향적인 판단을 기대하며 글을 마친다.



[참고문헌]

강석규, 조세법쟁론, 삼일인포마인, 2021년판

임승순, 조세법, 2013년판

서울행정법원, 조세소송실무(개정판), 2016.

황준수, 김석환, 사용료소득의 원천별 안분기준 -cross-line하에서 미등록특허 사용료의 국내원천소득 구분을 중심으로-, 강원대학교 비교법학연구소 『강원법학』 제64권, 2021. 8.

전영준, 미국법인이 얻은 국내 미등록특허권 사용료는 국내원천소득에 해당하지 않아, 일간 NTN, 2022. 2. 25.자 기사

▶ 발표일시 : 2022. 03. 02.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 김재승 회원

▶ 참석회원 : 김재승, 서장원, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이재용, 이재현, 채용현, 황경동 변호사(총 12명)



학생운동선수의 학교폭력과 징계

School Violence and Discipline of Student Athletes

辯護士 김 용 수

Kim Yong Soo

【사건의 표시】

대구고등법원 2016. 9. 9. 선고 2016누4325 판결 퇴학 처분 취소 청구

논문요약

학교폭력 중 가해학생이나 피해학생이 학생운동선수들인 경우 학생운동선수가 아닌 일반학생들의 학교폭력 사건과 다른 법률이 적용되거나 다른 절차가 적용되는 않는다. 또한 학교폭력 가해학생에 대한 선도 및 징계조치와 피해학생에 대한 보호조치에서도 학생운동선수의 경우 특별한 규정을 따로 두고 있지는 않다.

그러나 학생운동선수의 경우 상급학교 진학이나 대학입학이나 직업선택에서 대부분 운동선수로서의 특기를 발휘하여 상급학교나 대학을 진학하고 아마추어선수나 프로 선수로 활동하는 경우가 많다. 특히 운동선수로서 우수한 성적을 내거나 장래가 유망한 운동선수의 경우 상급학교 진학이나 대학 진학에서 특기를 살려 운동선수로서 진학 하거나 직업선수로 활동할 가능성이 높고 운동선수의 경우 활동할 수 있는 나이가 한정되어 있어 전성기를 넘을 경우 은퇴를 하는 점이 일반 학생의 경우와 다르다고 볼 수 있다.



대상판결의 경우 원심(제1심판결)과 항소심 판결은 원고의 퇴학 처분 취소 청구에서 정반대의 판결을 하였다. 원심(제1심)판결 후에 1심에서 합의에 이르지 못했던 피해 학생들 중 전부와 합의를 하였다는 점 이외에는 제1심판결과 사실관계나 정상참작 사유에서 특별히 달라진 점이 없음에도 제1심판결에서는 퇴학 처분이 정당하다고 판결한 반면, 항소심에서는 원심 판결을 파기하고 원고의 청구를 인용하면서 원고에 대한 퇴학 처분을 취소하였다.

대상판결에서 원심판결을 파기하면서 퇴학 처분이 징계양정에서 재량권을 벗어나거나 남용한 것으로서 위법하다고 본 이유에 대해서 타당한 결론인지를 살펴보면 학생운동선수의 경우 일반학생의 경우와 고려해야 할 사안 중 상급학교 진학이나 장래 진로선택(직업선택)의 점을 고려하는 것이 타당한지, 타당하다면 어느 정도 반영하는 것이 적절한지에 대하여 대상판결에 대한 비판적 검토를 하고자 한다.

〈주제어〉

학생운동선수 student athlete, 학교폭력 school violence 징계 discipline

목 차

[사건의 개요]

[사건의 경과]

[대구고등법원 판결 이유]

[연구]

I. 문제의 제기

II. 학교폭력 중 성폭력의 문제와 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보



1. 학교폭력에 대한 정의
2. 성폭력
3. 학교폭력과 성폭력
4. 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위

Ⅲ. 가해학생에 대한 징계조치와 퇴학 처분

1. 가해학생에 대한 조치의 종류
2. 퇴학 처분
3. 가해학생에 대한 조치와 재심청구
4. 가해학생에 대한 조치별 적용 기준
5. 퇴학학생의 재입학 등

Ⅳ. 형사처분과 징계처분

1. 일사부재리 원칙
2. 형사절차와 상관없이 징계절차 진행 가능

Ⅴ. 징계처분과 재량권의 일탈·남용

1. 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우
2. 일부 징계사유만으로도 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한 경우

Ⅵ. 본판결의 검토

[참고문헌]



[사건의 개요]

원고는 2013. 3. 4. B고등학교에 입학하여 C 선수로 활동하는 ○○고등학교 3학년 학생이며, 피고는 ‘원고가 2015. 3.경부터 같은 해 8.경까지 여러 차례에 걸쳐 같은 학교 1학년 학생인 피해자들에게 폭력을 행사하고, 피해자들을 성추행을 하였다’는 이유로, 2015. 9. 10. 학교폭력대책자치위원회 회의를 거쳐, 같은 날 원고에게 퇴학 처분을 통보하였다.

원고의 어머니 J가 이에 불복하여 2015. 10. 5. 재심을 청구하였으나, 대구광역시 교육감은 2015. 10. 15. 기각결정을 통지하였고, 원고는 이에 불복하여 이 사건 행정소송을 제기하였다.

제1심판결은 이 사건 원고의 학교폭력행위는 ○○고등학교 상급생인 원고가 하급생들을 상대로 폭력을 행사하거나 성추행을 한 행위로서 행위태양이 피해자들로 하여금 심각한 성적 수치심이 들게 하는 것이어서 비위행위의 정도가 매우 중하고, 원고가 군기를 잡는다거나 장난을 친다는 등의 명목으로 장기간 여러 차례에 걸쳐 다수의 피해자들에게 비위행위를 저지르고, 원고는 종전에도 하급생들을 괴롭혔다는 등의 이유로 징계를 받은 바 있고, 당시 피해학생이 다른 학교로 전학을 가는 상황에 이르렀음에도 원고는 반성을 하지 않고 이 사건 비위 행위를 저지르는 등의 점으로 보아,¹⁾ 원고가 주장하는 모든 사정을 감안하더라도 원고에 대한 퇴학 처분은 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 할 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였고, 이에 원고가 항소를 제기하였다.

1) 학교폭력 2차 가해 막는다... 가해학생에 사이버공간 ‘접촉금지’, 연합뉴스 2022-03-24.

학교폭력 가해학생의 온라인상 2차 가해를 막기 위해 가해학생의 피해학생 접촉금지 조치에 휴대전화와 사회관계망서비스가 포함된다. 또 가해학생의 전학 기록이 졸업 후 2년간 보존된다.

시행계획안에 따르면 학교폭력으로 전학 조치를 받을 경우 이런 사실이 가해학생의 학교생활기록부에 졸업 후 2년까지 보존하도록 한다. 가해행위에 대한 조치 사항을 졸업전 삭제하려면 심의를 거쳐야 하는데, 이 경우 피해학생과의 관계 회복 정도, 반성 정도 등을 객관적 증빙 자료를 바탕으로 엄격한 심의를 해야 한다.



[사건의 경과]

제1심판결

대구지방법원 2016. 1. 20. 선고 2015구합1917 판결 [퇴학 처분 취소 청구]

1. 처분의 경위

가. 원고는 2013. 3. 4. B고등학교에 입학하여 C 선수로 활동하는 ○○고등학교 3학년 학생이다.

나. 피고는 ‘원고가 2015. 3.경부터 같은 해 8.경까지 아래와 같이 여러 차례에 걸쳐 같은 학교 1학년 학생인 피해자들에게 폭력을 행사하고, 피해자들을 성추행하였다’(이하 ‘이 사건 비위행위’라 한다)는 이유로, 2015. 9. 10. 학교폭력대책자치위원회 회의를 거쳐, 같은 날 원고에게 퇴학 처분을 통보(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)하였다.

피해자	가해 행위
D	- 게임을 시켜 멘소래담을 겨드랑이, 입술에 바르게 하고, 항문에 파스를 뿌림. - 뺨 1대 때림 - 거의 매일 밤마다 마사지를 시킴.
E	- 상처 치료를 부탁하고는 아프다고 주먹으로 머리를 계속 때림. - 상처 치료 때 소독약을 성기에 뿌림. - 지나가다가 수시로 주먹이나 손바닥으로 때리거나 발로 걷어찼.
F	- 칫솔로 얼굴을 수차례 타격 후 젓꼭지 꼬집고 잡아당김. - 자고 있는데 성기 3차례 때리고 성기 잡아당김. - 항문에 파스 뿌림. - 뺨 1대 맞음(청각 신경 손상-6주 약물치료를 요하는 상처를 입음). - 거의 매일 밤마다 마사지를 시킴.



피해자	가해 행위
G E	- 손가락과 프라이팬으로 머리 맞기 게임을 강제로 시킴. - 젓꼭지 만짐. - 뺨 1대 맞음. - 게임을 시켜 멘소래담을 겨드랑이, 입술에 바르게 하고, 항문에 파스를 뿌림.
H	- 외모적인 모욕, 언어적 폭력 함. - 기숙사에서 상습적인 폭행. - 기숙사에서 가위로 겨드랑이 털을 자름. - 성기(고환)을 2대 때림. - 물구나무 세운 뒤 일그러진 표정 촬영해서 다른 사람에게 전송함.
I	- 장난이 심해서 이상한 게임을 시킴. - 물구나무서기를 시킨 후 사진 찍으면서 자신을 즐거워함.

다. 원고의 어머니 J가 이에 불복하여 2015. 10. 5. 재심을 청구하였으나, 대구광역시 교육감은 2015. 10. 15. 기각결정을 통지하였다.

2. 이 사건 처분의 적법 여부

가. 원고의 주장

1) 피고는 원고의 이 사건 비위행위에 대하여 형사절차의 진행 상황을 기다려 형사처분 결과를 토대로 징계를 하였어야 함에도, 이러한 절차를 거치지 않고 곧바로 이 사건 처분을 하였으므로, 이 사건 처분에는 중대한 절차상 하자가 있다.

2) 원고가 이 사건 비위행위를 깊이 반성하고 있는 점, 일부 피해학생과 합의한 점, 원고는 청소년 국가대표 경력이 있는 우수한 인재로 학교 발전에 기여해 왔고 장래가 촉망되는 운동선



수인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 퇴학 처분은 원고에게 지나치게 가혹하여 재량권을 현저히 일탈. 남용한 것으로 위법하다.

나. 판단

1) 어떠한 행위가 형사처벌조항의 구성요건을 충족하는지 여부 및 그에 대한 처벌 수위를 결정하기 위한 형사절차와 학교장이 비위행위를 저지른 학생을 징계하기 위하여 행하는 학교징계 절차는 목적, 방법, 절차 등이 다른 별개의 절차이다. 이 사건 비위 행위가 인정되는 이상 피고가 형사처분 결과를 기다리지 않고 곧바로 이 사건 처분을 하였다고 하더라도 어떠한 절차상 잘못이 있다고 할 수 없다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 둘째 주장에 관한 판단

피징계자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우, 어떠한 처분을 할 것인지는 징계권자의 재량에 맡겨진 것이고, 다만 징계권자가 그 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하여 그 처분을 위법한 것이라 할 것이다. 징계처분이 사회 통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권의 범위를 벗어난 위법한 처분이라고 할 수 있으려면 구체적인 사례에 따라 징계의 원인이 된 비위 사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려는 행정목적, 징계양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단할 때에 그 징계 내용이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정할 수 있는 경우라야 한다(대법원 2002. 9. 24. 선고 2002두6620 판결 등 참조).

위 인정사실, 앞서 거시한 각 증거에 의하여 알 수 있는 다음의 각 사정, 즉 ① 이 사건 비위 행위는 ○○고등학교 상급생인 원고가 하급생들을 상대로 폭력을 행사하거나 성추행을 한 것으로, 멘소래담을 거드랑이, 입술에 바르게 하거나, 항문에 파스를 뿌리거나, 성기를 때리고 잡아당기거나, 젖꼭지를 만지거나 가위로 거드랑이털을 자르는 등 행위태양이 피해자들로 하여금 심각한 성적 수치심이 들게 하는 것이어서 비위행위의 정도가 매우 중한 점, ② 원고는 군기를 잡는다거나 장난을 친다는 등의 명목으로 장기간 여러 차례에 걸쳐 다수의 피해자들에게 이 사



건 비위행위를 저지른 점, ③ 원고는 종전에도 하급생들을 괴롭혔다는 등의 이유로 2015. 4. 15. 교내봉사 10시간의 징계를 받은 바 있고, 당시 피해학생이 다른 학교로 전학을 가는 상황에 이르렀음에도, 원고는 반성하지 않고 이 사건 비위행위를 계속하여 저지른 점, ④ 초·중등교육법 제18조 제1항, 같은 법 시행령 제31조 제1항 제5호, 제5항 제1호에 의하면, ‘품행이 불량하여 개전의 가망이 없다고 인정된 자’에 대하여는 퇴학 처분을 할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 원고가 주장하는 모든 사정들을 감안하더라도 이 사건 처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 할 수 없다. 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[대구고등법원 판결 이유]

대구고등법원 2016. 9. 9. 선고 2016누4325 판결 퇴학 처분 취소 청구

다. 판단

1) 첫째 주장에 관한 판단

먼저, 실체적 하자 주장에 대하여 보건대, 을 제4, 5, 10호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 2015.3.경부터 2015.8.경까지 이 사건 비위행위를 저지른 사실을 충분히 인정할 수 있다.

다음으로 절차적 하자 주장에 대하여 보건대, 형사법상 범죄의 성립 여부 및 형벌을 결정하기 위한 형사절차와 학교장이 비위행위를 저지른 학생을 징계하기 위하여 행하는 학교징계절차는 목적, 방법, 절차 등이 서로 다른 별개의 절차이다. 이 사건 비위행위가 인정되는 이상 피고가 형사처분 결과를 기다리지 않고 곧바로 이 사건 처분을 하였다고 하더라도 어떠한 절차상 잘못



이 있다고 할 수 없다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 둘째 주장에 관한 판단

가) 학교의 장이 교육목적 실현과 내부질서 유지를 위하여 소속 학생에 대하여 징계처분을 하는 것은 가능한 한 존중되어야 할 것이지만, 학교의 장이 위와 같은 교육상에 필요에 의하여 학생에 대하여 징계처분을 하는 경우에도 징계사유와 징계처분 사이에 사회통념상 상당하다고 인정할 수 있는 균형이 요구된다 할 것이므로 그 한도 내에서 재량권의 한계가 있다. 특히 학생의 신분관계를 소멸시키는 퇴학 처분은 징계의 종류 중 가장 가혹한 처분으로서 학생의 학습권 및 직업선택의 가능성을 제한할 수 있는 중대한 처분이므로 아직 배움의 단계에 있고 인격적으로 성숙해 가는 과정에 있는 학생이라는 점을 고려하여, 적어도 객관적으로 학생 신분을 유지하게 하는 것이 교육상의 필요 및 학내질서의 유지라는 징계의 목적에 비추어 현저히 부당하거나 불합리하다고 인정될 수 있을 정도로 중한 징계사유가 있고 개전의 가능성이 없어 다른 징계 수단으로는 징계의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 예외적으로 한다고 봄이 타당하다.

초·중등교육법 시행령 제31조 제2항에서 학교의 장이 학생에 대하여 징계를 할 때에는 “학생의 인격이 존중되는 교육적인 방법으로 하여야 하며, 그 사유의 경중에 따라 징계의 종류를 단계별로 적용하여 학생에게 개전의 기회를 주어야 한다”라고 규정하고 b고등학교 생활규정 제 49조에서 “학생징계는 학생의 인격 존중을 우선적으로 고려하여 시행한다. 학생징계는 사안 발생 후 조치보다는 예방 지도에 중점을 둔다. 학생징계는 그 학생의 평소品行과 교육적인 면을 참작한다”라고 규정하고 있다. 위 규정들의 취지에서도 퇴학 처분은 중한 징계사유가 있는 경우에 한하여 예외적으로 이루어져야 한다는 것을 엿볼 수 있다.

나) 이러한 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 비위행위로 인하여 피해자들 및 그 부모들이 육체적·정신적으로 커다란 충격을 받았고 계속하여 고통을 겪고 있으리라는 것을 어렵지 않게 짐작할 수 있다.

그러나 앞서 든 증거 및 갑 제6 내지 10, 12 내지 19, 21, 22호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 이 사건 처분을 통하여



피고가 달성하려는 학내질서 유지 등의 공익을 감안하더라도 원고에게 징계의 종류 중 가장 중한 퇴학 처분을 내려 학생 신부를 소멸시킨 것은 지나치게 가혹하여 재량권을 벗어나거나 남용한 것으로서 위법하다.

- (1) 원고는 2016. 1. 7. 피해자 h와 합의를 하였고, 제1심판결이 선고된 이후인 2016. 1. 25. 피해자 d, e, i와 각 합의를 하였으며 2016. 3. 9. 피해자 g와 1,500만 원을 배상하고 합의를 하였고, 2016. 4. 11. 피해자 f와 2,500만 원을 배상하고 합의를 하여 결국 피해자 모두와 합의를 하였으며, 이에 따라 피해자들은 모두 원고에 대한 선처를 희망하고 있다.
- (2) 피고는 원고와 함께 이 사건 비위행위에 가담한 다른 학생들 중 원고와 k에 대해서만 퇴학 처분을 내렸고, 나머지 가해학생인 l, m, n, o, p에 대하여는 서면사과, 학교봉사 및 사회봉사 등의 처분을 내렸다. 또한 k는 2016. 3. 22. 대구지방법원 2015구합1924 퇴학 처분 취소 청구 사건에서 위 퇴학 처분을 취소하는 판결을 선고받았다.
징계양정의 중요한 원칙 중 하나인 징계처분의 형평과 균형에 비추어 보면, 비록 이 사건 비위행위에 대한 구체적 가담정도가 다를지라도 원고보다 현저하게 가벼운 징계처분을 받은 다른 가해학생들의 상황을 무겁게 고려하지 않을 수 없다.
- (3) 원고에 대한 학교생활기록부의 행동특성 및 종합의견란의 기재에 따르면, 1학년 때는 “학교 교칙을 준수하고 주어진 일은 책임감을 갖고 끝까지 함”이라고 기재되어 있고, 2학년 때는 “밝고 쾌활한 성품을 지녔으며 학급 친구들과도 두루두루 잘 지내고 있으며, 학교생활을 적극적으로 잘해나가고 있음”이라고 기재되어 있으며, 3학년 때는 “교우관계의 폭이 넓어 조직 내에서 매개체 역할을 잘해서 조직이 원활한 소통을 하도록 도움”이라고 기재되어 있는 등 이 사건 처분을 받기 이전 또는 적어도 고등학교 3학년에 진학하기 전에는 부정적 내용이 기재되어 있지 않았다.
- (4) 원고가 소속된 운동부에서는 기강을 세우고 안전사고 등을 방지한다는 이유로 선후배 사이에서 비인격적인 대우와 폭력을 대물림하는 악습이 만연하였고, 원고도 이러한 악습에 만연히 젖어 별다른 문제 없이 이 사건 비위행위를 저지른 것으로 보인다. 또한 원고를 비롯한 운동부 학생들은 주말을 제외하고는 기숙사에서 합숙생활을 하였는바, 혈기왕성한 미성년 운동부 학생들의 합숙생활을 함에도 그들의 생활을 면밀히 관찰하고 지도하지



않은 교육당국의 책임도 부당하기 어렵다. 이처럼 이 사건 비위행위에 영향을 미친 다른 요소들을 고려할 때 징계의 종류 중 가장 무거운 퇴학 처분을 하는 것은 가급적 자제해야 할 것이다.

- (5) b고등학교 생활규정 제60조는 ‘전국대회 성적이 우수한 학생은 징계를 경감할 수 있다’고 규정하고 있다. 이에 따라 살펴보면 원고는 피고가 고등학교의 학생으로 재학하면서 대통령기대회 개인 및 q, KBS 양양대회, 문화관광부 대회 등에서 여러 번 수상한 것을 비롯하여 피고의 고등학교가 2015년도에 열렸던 양양 국제 c대회, 제32회 대통령기 전국 c경기대회, 제44회 문화체육관광부장관기 전국학생 c대회에서 우승을 차지하면서 전국대회에서 3관왕에 오르는데 기여하였다.
- (6) 이 사건 처분은 원고의 졸업예정일이 5개월도 남지 않았던 고등학교 3학년 9월 중순에 이루어졌고 이러한 사정이 고려되어 제1심 재판부는 2015. 10. 29. 이 사건 처분을 제1심 판결 선고 시까지 그 집행을 정지하는 결정을 하였고, 당심 재판부 역시 2016. 2. 3. 항소심 판결선고 시까지 집행정지결정을 하였다. 이에 따라 원고는 이 사건 비위행위의 이후 계속 학교를 다녔는데 피해자들에게 재범 또는 보복을 하지 않은 채 r학부(야간)에 입학해 현재 재학 중이며 2016. 2. 24. 군복무를 위하여 해병대에 지원하여 현재 입대를 대기 중이다.
- (7) 원고의 부모는 앞으로 원고의 장래를 위해 각종 치료를 포함하여 세심하게 관찰 및 교육하겠다는 의사를 여러 차례 표시하고 있고, 부모의 직장 동료, 이웃, 이전에 원고에게 c를 가르쳤던 교사 및 피해자를 비롯한 다른 학생들의 학부모들 중 상당수가 원고에 대한 선처를 희망하는 탄원서를 제출하였다.
- (8) 청소년 국가대표로 선발되는 등 장래가 촉망되던 원고에 대하여 이 사건 처분이 유지되는 경우 원고의 대학교 입학이 취소되는 등 원고가 운동선수로서 활동기회를 상실하게 될 뿐만 아니라 향후 그 경력에 막대한 지장을 초래할 것이다. 원고는 현재 경북 포항시체육대회 c팀에 연습생으로 소속되어 자비로 훈련을 계속하고 있고, 이미 대한체육대회로부터 1년 6개월간의 선수자격정지 징계처분을 받았는데, 아직 어린 나이에 원고에게 향후 운동선수로서 계속 활동할 수 있는 기회를 주는 것이 바람직하다.
- (9) 이 사건 비위행위에 대한 대구지방법원 2016고합92 아동·청소년의성보호에 관한법률



위반(강제추행) 등 사건에 재판부는 판결 이유를 통해 원고에게 이번에 한하여 건전한 사회인으로 살아갈 수 있도록 다시 한 번의 기회를 부여하는 의미에서 벌금형의 선처를 한다고 밝히고 있다. 만약 이 사건 처분이 계속 유지된다면 피고인의 선수경력 유지를 비롯한 사회생활에 장애가 발생하여 피고인에 대한 위 선처의 의미도 퇴색될 것이다.

(10) 원고는 재판부에 여러 번에 걸쳐 제출한 탄원서 등을 통해서 잘못을 크게 반성하고 뉘우치는 자세를 계속하여 보이고 있다. 또한 원고는 2016. 1. 26.부터 2016. 2. 23.까지 어린이재단 대구종합사회복지관에서 5회에 걸쳐 24시간 동안 자원봉사활동에 참여하고, 2015. 12. 27.부터 2016. 2. 24.까지 대한적십자사가 관리하는 곳에서 4회에 걸쳐 헌혈을 하는 등 사회봉사활동 등을 통해 올바른 사회구성원이 되기 위한 노력을 하는 것으로 보인다.

(11) 대구보호관찰소 서부지소는 2016. 3. 11. 원고의 재범가능성 등을 묻는 질문에 대하여 원고가 후배들을 상대로 다수의 죄명에 해당하는 학교폭력을 장기간에 걸쳐 행한 점은 부정적이나 가족 내 정서적 유대감과 보호력 등 가족적 요인들이 양호한 점, 원한만 합의 등 피해회복을 위해 노력한 점, 피조사자가 반성하고 후회하는 태도를 보이고 피해자들에게 직접 사과한 점, JDRAI-S(청소년 재범위험성) 평가척도 결과 ‘하’ 수준인 점 등을 고려하여 교육조건부 기소유예 처분을 권고하였다.

다) 따라서 피고가 한이 사건 처분은 지나치게 과중하여 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하므로 취소되어야 한다.

3. 이 사건 처분의 효력정지

한편 이 사건 기록에 의하면 이 사건 처분의 효력 발생으로 말미암아 원고에게 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위한 긴급한 필요가 있다고 인정되고 달리 효력정지로 인하여 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 때에 해당한다고 볼 자료도 없으므로 직권으로 이 사건 판결이 확정될 때까지 이 사건 효력을 정지하기로 한다.



4. 결 론

그렇다면, 이 사건 처분은 위법하여 취소되어야 할 것이므로 원고의 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 이와 결론을 달리한 제1심판결은 부당하므로 원고의 항소를 받아들여 제1심판결을 취소하고, 이 사건 처분을 취소하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[연구]

1. 문제의 제기

학생운동선수의 경우 상급학교 진학이나 대학입학이나 직업선택에서 대부분 운동선수로서의 특기를 발휘하여 상급학교나 대학을 진학하고 아마추어선수나 프로선수로 활동하는 경우가 많다. 특히 운동선수로서 우수한 성적을 내거나 장래가 유망한 운동선수의 경우 상급학교 진학이나 대학 진학이나 직업선수로 활동할 가능성이 높고 운동선수의 경우 활동할 수 있는 나이가 한정되어 있어 전성기를 넘을 경우 은퇴를 하는 점이 일반 학생의 경우와 다르다고 볼 수 있다.

대상판결의 경우 원심(제1심판결)과 항소심 판결은 원고의 퇴학 처분 취소 청구에서 정반대의 판결을 하였다. 원심(제1심)판결 후에 제1심에서 합의에 이르지 못했던 피해학생 등 중 전부와 합의를 하였다는 점 이외에는 제1심판결과 사실관계나 정상참작 사유에서 특별히 달라진 점이 없음에도 제1심판결에서는 퇴학 처분이 정당하다고 판결한 반면, 항소심에서는 원심판결을 파기하고 원고의 청구를 인용하면서 원고에 대한 퇴학 처분을 취소하였다.

대상판결인 항소심 판결에서 원심판결을 파기하면서 퇴학 처분이 징계양정에서 재량권을 벗어나거나 남용한 것으로서 위법하다고 본 이유에 대해서 타당한 결론인지를 살펴보면 학생운동선수의 경우 일반 학생의 경우와 고려해야 할 사안 중 상급학교 진학이나 장래 진로선택(직업선택)의 점을 고려하는 것이 타당한지, 타당하다면 그 근거로 든 판시 이유들, 즉 제1심판결 후



피해학생들과 전부 합의를 한 점을 징계양정의 사유로 삼은 점이 적정한 것인지, 이 사건은 성폭력(강제추행)사건이 포함된 징계임에도 주동자라고 볼 수 있는 원고에 대한 퇴학 처분이 다른 가해학생들과의 형평성이나 징계의 균형 문제를 고려할 사안으로 볼 수 있는지, 가해학생인 원고가 이 사건 전이나 후의 행위나 반성의 정도를 퇴학 처분 취소사유로 삼은 것이 적절하였는지, 당시 운동부의 사회적 악습에 따랐던 사정이 징계감경사유로 볼 수 있는지, 원고가 학생운동선수로서 전국대회에서 우승하는 등 우수한 성적을 내는 등 수상경력이 징계양정에 퇴학 처분을 취소할 정도로 중요한 사유인지, 원고의 보호자가 원고에 대한 치료 및 교육의지가 강한 점이 징계양정사유에서 어느 정도 반영되어야 적정한지, 원고가 운동선수로서 대학진학이나 직업선택을 하는 데 있어서 운동선수라는 점이 징계양정에서 반영되는 것이 적정한지, 원고가 퇴학 처분 이후에 반성하고 자원봉사를 하는 등의 행위를 징계양정에 반영하는 것이 적정한지에 대하여 대상판결의 이유로 든 판시사항에 대하여 비판적 검토를 하고자 한다.²⁾

II. 학교폭력 중 성폭력의 문제와 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보

1. 학교폭력에 대한 정의

가. 학교폭력

“학교폭력”이란 학교 내외에서 학생을 대상으로 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위를 말한다(학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 제2조 제1호).

2) 국가인권위원회 결정 20직권0001100 학교운동부의 폭력 문화 관습에 대한 직권조사2021. 1. 27. 3페이지, 대학교의 선배 선수가 후배선수에게 시각한 인권침해 행위(폭행, 성추행 등)를 했다는 진정이 국가인권위원회에 여러 건 제기되어, 이러한 행위 등은 행위자의 일탈 자체도 문제였으나, 행위가 나타나게 된 배경에 운동부의 엄격한 위계 문화와 그 문화 속에서 생겨난 관습, 관행 등이 있다고 판단되었다.



“따돌림”이란 학교 내외에서 2명 이상의 학생들이 특정인이나 특정집단의 학생들을 대상으로 지속적이거나 반복적으로 신체적 또는 심리적 공격을 가하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위를 말한다(학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 제2조 제1의2호).

“사이버 따돌림”이란 인터넷, 휴대전화 등 정보통신기기를 이용하여 학생들이 특정 학생들을 대상으로 지속적, 반복적으로 심리적 공격을 가하거나, 특정 학생과 관련된 개인정보 또는 허위 사실을 유포하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 일체의 행위를 말한다(학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 제2조 제1의3호).

나. 형사법상 처벌규정과 학교폭력

형법이나 특별형법상 처벌규정이 없는 따돌림·집단 따돌림·사이버 따돌림 등의 행위 그 자체만으로는 형사처벌을 할 수 없으며, 따돌림·집단 따돌림·사이버 따돌림을 하는 방법으로 명예훼손이나 모욕, 공갈, 협박 등의 행위를 할 경우에는 그 수단으로 사용한 명예훼손이나 모욕, 공갈, 협박 등의 행위에 대해서 처벌을 할 수 있다. 따돌림·집단따돌림·사이버따돌림 행위로 인하여 피해학생이 진료를 받거나 손해가 발생한 경우에는 치료비 및 위자료 등에 대하여 민사상 손해배상 청구를 할 수 있다.

2. 성폭력

가. 성폭력을 학교폭력에 포함시킨 경위

2008. 3. 14. 개정법률에서는 성폭력을 학교폭력의 범위에 포함시켰다. 학교폭력 예방교육에서 성폭력 교육을 시킬 수 있는 근거를 마련한 것이다.



나. 성폭력의 정의

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 성폭력범죄의 정의에 따른 성폭력범죄

- (1) 「형법」 제2편 제22장 성폭속에 관한 죄 중 제242조(음행매개), 제243조(음화반포 등), 제244조(음화제조 등) 및 제245조(공연음란)의 죄
- (2) 「형법」 제2편 제31장 약취와 유인의 죄 중 추행 또는 간음을 목적으로 하거나 추업(醜業)에 사용할 목적으로 범한 제288조(영리 등을 위한 약취, 유인, 매매 등), 제292조(약취, 유인, 매매된 자의 수수 또는 은닉. 다만, 제288조의 약취, 유인이나 매매된 사람을 수수 또는 은닉한 죄로 한정한다), 제293조(상습범. 다만, 제288조의 약취, 유인이나 매매된 사람 또는 제289조의 이송된 사람을 수수 또는 은닉한 죄의 상습범으로 한정한다) 및 제294조(미수범. 다만, 제288조의 미수범 및 제292조의 미수범 중 제288조의 약취, 유인이나 매매된 사람을 수수 또는 은닉한 죄의 미수범과 제293조의 상습범의 미수범 중 제288조의 약취, 유인이나 매매된 사람을 수수 또는 은닉한 죄의 상습범의 미수범으로 한정한다)의 죄
- (3) 「형법」 제2편제32장 강간과 추행의 죄 중 제297조(강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행), 제300조(미수범), 제301조(강간등 상해·치상), 제301조의2(강간등 살인·치사), 제302조(미성년자 등에 대한 간음), 제303조(업무상위력 등에 의한 간음) 및 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)의 죄
- (4) 「형법」 제339조(강도강간)의 죄
- (5) 이 법 제3조(특수강도강간 등)부터 제14조(미수범)까지의 죄 및 위 범죄로서 다른 법률에 따라 가중처벌되는 죄는 성폭력범죄로 본다.

3. 학교폭력과 성폭력

가. 다른 법률에 규정이 있는 경우

학교폭력 중 성폭력의 경우 다른 법률에 규정이 있는 경우에는 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률을 적용되지 않는다. 강간과 같은 성폭력은 경미한 비행이 아니라 중대한 성격의 범죄 또는



비행이기 때문에 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률이 아니라 형법, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률, 소년법이 적용되어야 한다. 즉 일반적인 성폭력범죄의 피해자의 보호·지원 및 가해자의 처벌을 목적으로 성폭력범죄의 범위를 정하고 있는 법률에는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 있고, 아동·청소년에 대한 성폭력범죄에 관하여는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에서 다루고 있다.

나. 성폭력범죄의 경우 피해자의 프라이버시 보호

성폭력범죄의 경우 피해자의 프라이버시 보호가 중요하고, 증거 확보 및 피해자 보호 등이 중요하며 전문성과 경험을 가진 수사기관이 사건을 조사하는 것이 타당하다. 학교폭력문제를 담당하는 전담기구에서 성폭력 사건의 사안을 조사하는 경우 피해자의 프라이버시 보호에 문제점이 있을 수 있고 피해자가 사건조사과정에서 제2차적 피해를 입게 될 수도 있다.

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률은 “전담기구는 성폭력 등 특수한 학교폭력사건에 대한 실태조사의 전문성을 확보하기 위하여 필요한 경우 전문기관에 그 실태조사를 의뢰할 수 있다. 이 경우 그 의뢰는 자치위원회 위원장의 심의를 거쳐 학교장 명의로 하여야 한다.”라고 규정하고 있다(학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 제14조 제7항). 위 규정은 성폭력실태조사를 학교폭력 대책자치위원회에서 전문기관에 실태조사를 의뢰할 수 있도록 하여 연계시키는 취지의 규정이다.

4. 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위

가. 의의

인터넷, 휴대전화 등 정보통신기기를 이용하여 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위를 말한다.



나. 사람을 비방할 목적

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조는 제1항에서 “사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있으며, 제2항에서는 “사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있으며, 제3항에서는 “피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.”고 하여 반의사불벌죄로 규정하고 있다.

다. 처벌규정

또한 동법 제44조의7 (불법정보의 유통금지 등) 제1항에서 “누구든지 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보를 유통하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있으며, 이를 위반한 경우에는 “1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고(동법 제74조), “피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.”고 규정하여 반의사불벌죄로 규정하고 있다(동법제74조 제2항).

Ⅲ. 가해학생에 대한 징계조치와 퇴학 처분

1. 가해학생에 대한 조치의 종류

학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 제17조(가해학생에 대한 조치)는

① 피해학생에 대한 서면사과, ② 피해학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위의 금지, ③ 학교에서의 봉사, ④ 사회봉사, ⑤ 학내외 전문가에 의한 특별교육이수 또는 심리치료, ⑥ 출석정지,



⑦ 학급교체, ⑧ 전학, ⑨ 퇴학 처분을 규정하고 있으며, 위 순서는 학교폭력 가해학생에 대한 조치를 ‘경한 조치’에서 ‘중한 조치’순으로 규정한 것이다.

2. 퇴학 처분

피해학생을 보호하고 가해학생을 선도·교육할 수 없다고 인정될 때 취하는 최후의 조치이다. 학교의 장은 가해학생을 퇴학 처분하기 전에 일정기간 동안 가정학습을 하게 할 수 있으며(초·중등교육법 제31조 5항), 퇴학 처분을 할 때에는 당해 학생 및 보호자와 진로상담을 하여야 하며, 지역사회와 협력하여 다른 학교 또는 직업교육훈련기관 등을 알선하는데 노력하여야 한다(초·중등교육법 시행령 제31조 6항). 그러나 의무교육과정에 있는 초등학교와 중학교 학생에게는 퇴학 처분을 내릴 수 없다.

퇴학조치에 대하여 이의가 있는 학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날로부터 10일 이내에 「초·중등교육법」 제18조의3에 따른 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수 있다.

3. 가해학생에 대한 조치와 재심청구

가. 피해학생 또는 보호자의 재심청구

자치위원회 또는 학교의 장이 제16조 제1항 및 제17조 제1항에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 피해학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내에 지역위원회에 재심을 청구할 수 있다(학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조의2 제1항).

피해학생 또는 그 보호자는 피해학생에 대하여 내려진 조치에 대해서 뿐만 아니라 가해학생에 대해서 내려진 조치에 대해서도 지역위원회에 재심을 청구할 수 있도록 한 규정이다.



피해학생 또는 그 보호자가 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 제16조 제1항에 따라 내린 피해학생에 대한 조치에 대해서 재심을 청구할 수 있는 대표적인 경우는 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 제16조 제2항의 “자치위원회는 제1항에 따른 조치를 요청하기 전에 피해학생 및 그 보호자에게 의견진술의 기회를 부여하는 등 적정한 절차를 거쳐야 한다.”는 규정 위반이나, 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률 제16조 제3항의 “제1항에 따른 요청이 있는 때에는 학교의 장은 피해학생의 보호자의 동의를 받아...”의 규정을 위반한 경우일 것이다.

나. 가해학생에 대한 전학조치 및 퇴학 처분에 대한 재심청구

자치위원회가 제17조 제1항 제8호와 제9호에 따라 내린 조치에 대하여 이의가 있는 학생 또는 그 보호자는 그 조치를 받은 날부터 15일 이내, 그 조치가 있음을 안 날로부터 10일 이내에 초·중등교육법 제18조의3³⁾에 따른 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수 있다(학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조의2 제2항).

가해학생 또는 그 보호자는 가해학생에게 내려진 조치 중 전학과 퇴학 처분에 대하여만 이의가 있는 경우 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수 있도록 한 규정이다. 따라서 가해학생 및 그 보호자는 전학과 퇴학 처분 이외의 조치에 대하여는 재심을 청구할 수 없다.

다. 재심에 대한 심사·결정 기간

지역위원회가 제1항에 따른 재심청구를 받은 때에는 30일 이내에 이를 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 한다(학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조의2 제3항).

3) 초·중등교육법 제18조의3(시·도학생징계조정위원회의 설치) ① 제18조의2 제1항에 따른 재심청구를 심사·결정하기 위하여 교육감 소속으로 시·도학생징계조정위원회(이하 “징계조정위원회”라 한다)를 둔다. ② 징계조정위원회의 조직·운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.



라. 재심결정에 대한 이의와 행정심판 제기

재심사 결정에 이의가 있는 청구인은 그 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다(학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조의2 제4항).

마. 초·중등교육법상 심사절차 등 준용

재심청구, 심사절차, 결정통보 등은 초·중등교육법 제18조의2⁴⁾ 제2항부터 제4항까지의 규정을 준용한다(학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조의2 제6항).

4. 가해학생에 대한 조치별 적용 기준

학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조 제1항의 조치별 적용 기준은 (1) 가해학생이 행한 학교폭력의 심각성·지속성·고의성, (2) 가해학생의 반성 정도, (3) 해당 조치로 인한 가해학생의 선도 가능성, (4) 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도, (5) 피해학생이 장애학생인지 여부를 고려하여 결정하고, 그 세부적인 기준은 교육과학기술부장관이 정하여 고시한다(학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령 제19조).

5. 퇴학학생의 재입학 등

교육감은 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조 제1항 제9호에 따라 퇴학 처분을 받은

4) 초·중등교육법 제18조의2(재심청구) ① 제18조 제1항에 따른 징계처분 중 퇴학 조치에 대하여 이의가 있는 학생 또는 그 보호자는 퇴학 조치를 받은 날부터 15일 이내 또는 그 조치가 있음을 알게 된 날부터 10일 이내에 제18조의3에 따른 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수 있다. ② 제18조의3에 따른 시·도학생징계조정위원회는 제1항에 따른 재심청구를 받으면 30일 이내에 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 한다. ③ 제2항의 심사결정에 이의가 있는 청구인은 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다. ④ 제1항에 따른 재심청구, 제2항에 따른 심사 절차와 결정 통보 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.



학생에 대하여 법 제17조 제12항에 따라 해당 학생의 선도의 정도, 교육 가능성 등을 종합적으로 고려하여 초·중등교육법 제60조의3⁵⁾에 따른 대안학교로의 입학 등 해당 학생의 건전한 성장에 적합한 대책을 마련하여야 한다(학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 시행령 제23조).

IV. 형사처분과 징계처분

1. 일사부재리 원칙

일사부재리 원칙이란 판결이 내려진 어떤 사건(확정판결)에 대해 두 번 이상 심리·재판을 하지 않는다는 형사상의 원칙을 말하며, 학생 등 특별권력관계에 있는 경우 하나의 의무위반행위가 징계벌의 대상이 됨과 아울러 형사벌의 대상이 될 수 있다.

2. 형사절차와 상관없이 징계절차 진행 가능

학교폭력 가해학생에 대해서 형사고소가 있거나 학교폭력 가해학생이 형사처벌을 받았다고 하더라도 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률에 근거한 가해학생에 대한 조치를 내릴 수 있으며, 이는 일사부재리의 원칙에 위배되지 않는다.

5) 초·중등교육법 제60조의3(대안학교) ① 학업을 중단하거나 개인적 특성에 맞는 교육을 받으려는 학생을 대상으로 현장 실습 등 체험 위주의 교육, 인성 위주의 교육 또는 개인의 소질·적성 개발 위주의 교육 등 다양한 교육을 하는 학교로서 각종학교에 해당하는 학교(이하 “대안학교”라 한다)에 대하여는 제21조 제1항, 제23조 제2항·제3항, 제24조부터 제26조까지, 제29조 및 제30조의4부터 제30조의7까지를 적용하지 아니한다. ② 대안학교는 초등학교·중학교·고등학교의 과정을 통합하여 운영할 수 있다. ③ 대안학교의 설립기준, 교육과정, 수업연한, 학력인정, 그 밖에 설립·운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.



V. 징계처분과 재량권의 일탈 · 남용

1. 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우

공무원인 피징계자에게 징계사유가 있어서 징계처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 징계권자의 재량에 맡겨진 것이고, 징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하여 그 처분을 위법하다고 할 수 있으며, 공무원에 대한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었다고 하려면 구체적인 사례에 따라 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려고 하는 행정목적, 징계 양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단할 때에 그 징계 내용이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정할 수 있는 경우이어야 한다.

따라서 징계권의 행사가 임용권자의 재량에 맡겨진 것이라고 하여도 공익적 목적을 위하여 징계권을 행사하여야 할 공익의 원칙에 반하거나 일반적으로 징계사유로 삼은 비행의 정도에 비하여 균형을 잃은 과중한 징계처분을 선택함으로써 비례의 원칙을 위반하거나 또는 합리적인 사유 없이 같은 정도의 비행에 대하여 일반적으로 적용하여 온 기준과 어긋나게 공평을 잃은 징계처분을 선택함으로써 평등의 원칙에 위반한 경우라면 이러한 징계처분은 재량권의 한계를 벗어난 처분으로서 위법하다고 할 것이다(대법원 2012.10.11. 선고 2012두10895 판결 감봉2월 처분 취소)

2. 일부 징계사유만으로도 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한 경우

여러 개의 징계사유 중 일부가 인정되지 않으나 인정되는 다른 일부 징계사유만으로도 당해 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한 경우에는 그 징계처분을 그대로 유지하여도 위법하지 아니하다(대법원 2007. 12. 28. 선고 2006다33999 판결 등 참조).



피징계자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우 구체적으로 어떠한 처분을 할 것인가 하는 점은 징계권자의 재량에 맡겨진 것이며, 다만 징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하여 그 처분을 위법하다고 할 수 있을 것인데, 그 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권의 범위를 벗어난 위법한 처분이라고 할 수 있으려면 구체적인 사례에 따라 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려고 하는 목적, 징계양정의 기준 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 그 징계 내용이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정할 수 있는 경우라야 할 것이다(대법원 2014.06.26. 선고 2014두35799 판결 부당징계구제재심판정취).

VI. 본판결의 검토

1. 제1심판결 후 피해학생들과 전부 합의를 한 점을 징계양정의 사유로 삼은 점이 적정한지

가. 대상판결 이유

원고는 2016. 1. 7. 피해자 h 과 합의를 하였고, 제1심판결이 선고된 이후인 2016. 1. 25. 피해자 d, e, i와 각 합의를 하였으며 2016. 3. 9. 피해자 g와 1,500만 원을 배상하고 합의를 하였고, 2016. 4. 11. 피해자 f와 2,500만 원을 배상하고 합의를 하여 결국 피해자 모두와 합의를 하였으며, 이에 따라 피해자들은 모두 원고에 대한 선처를 희망하고 있다.



나. 검토

소년보호사건의 경우나 학생신분의 경우 자기 자신의 경제적 지출로 합의를 하거나 피해자를 위한 공탁을 하는 것이 아니며, 가해학생 보호자의 경제력이나 피해학생 보호자의 경제적 필요성에 따라 합의를 하는 경우를 배제할 수 없으므로 이 사건의 경우에도 피해학생과의 합의를 하지 않은 것보다는 낫지만, 합의를 징계양정에서 높이 평가할 요는 아니라고 보인다.

피해학생들이 가해학생인 원고의 선처를 희망하는 것은 합의금을 받았고, 합의서를 작성하면서 관용적으로 들어가는 것이며, 피해학생들이 처벌불원의 의사표시라고 볼 수도 있지만, 합의를 사실상 결정하는 피해학생 보호자의 의사가 반영될 수는 있지만 피해학생의 진정한 의사가 가해학생인 원고에 대한 처벌희망이라고 단정하기도 어려울 것이다.

더군다나 성폭력 사건에 대한 친고죄 규정이 2013. 6. 폐지되었으며, 이 사건은 강제추행죄에 대하여 친고죄가 폐지된 이후에 저지른 사건이라는 점에서도 합의를 하였다는 점을 양형의 주요 요소(퇴학 처분을 취소하는 사유 중 첫 번째로 판시함)로 삼은 것은 적절치 않다.

2. 이 사건은 성폭력(강제추행)사건이 포함된 징계임에도 주동자라고 볼 수 있는 원고에 대한 퇴학 처분이 다른 가해학생들과의 형평성이나 징계의 균형 문제를 고려할 사안으로 볼 수 있는지

가. 대상판결 이유

피고는 원고와 함께 이 사건 비위행위에 가담한 다른 학생들 중 원고와 k 에 대해서만 퇴학 처분을 내렸고, 나머지 가해학생인 l,m,n,o,p에 대하여는 서면 사과, 학교봉사 및 사회봉사 등의 처분을 내렸다. 또한 k 은 2016. 3. 22. 대구지방법원 2015구합 1924 퇴학 처분 취소 청구 사건에서 위 퇴학 처분을 취소하는 판결을 선고받았다.



징계양정의 중요한 원칙 중 하나인 징계처분의 형평과 균형에 비추어 보면, 비록 이 사건 비위행위에 대한 구체적 가담정도가 다를지라도 원고보다 현저하게 가벼운 징계처분을 받은 다른 가해학생들의 상황을 무겁게 고려하지 않을 수 없다.

나. 검토

이 사건 징계사유가 된 학교폭력은 강제추행이 포함되어 있으며, 피해학생이 다수이며, 가해기간이 장기간 지속되었다는 점 및 원고가 주동적으로 가해행위를 한 것으로 보이므로, 원고과 같이 퇴학 처분을 받았던 k가 행정소송 1심에서 퇴학 처분 취소 판결을 받았다는 사실을 단순비교하기는 어렵다고 보인다.

그럼에도 원고와 k의 가해의 정도 등을 비교함이 없이 단순히 ‘이 사건 비위행위에 대한 구체적 가담정도가 다를지라도 원고보다 현저하게 가벼운 징계처분을 받은 다른 가해학생들의 상황을 무겁게 고려하지 않을 수 없다.’고 판단한 것은 논리적 비약이거나 징계의 형평성을 지나치게 내세워 원고가 가해행위의 주동자로 볼 수 있는 점을 지나치게 간과한 것으로 보인다.

3. 가해학생인 원고가 이 사건 전이나 후의 행위나 반성의 정도를 퇴학 처분 취소사유로 삼은 것이 적정하였는지

가. 대상판결 이유

원고에 대한 학교생활기록부의 행동특성 및 종합의견란의 기재에 따르면, 1학년 때는 “학교 교칙을 준수하고 주어진 일은 책임감을 갖고 끝까지 함”이라고 기재되어 있고, 2학년 때는 “밝고 쾌활한 성품을 지녔으며 학급 친구들과도 두루두루 잘 지내고 있으며,



학교생활을 적극적으로 잘 해 나가고 있음”이라고 기재되어 있으며, 3학년 때는 “교우 관계의 폭이 넓어 조직 내에서 매개체 역할을 잘해서 조직이 원활한 소통을 하도록 도움”이라고 기재되어 있는 등 이 사건 처분을 받기 이전 또는 적어도 고등학교 3학년에 진학하기 전에는 부정적 내용이 기재되어 있지 않았다.

나. 검토

원고의 가해행위가 집단적, 지속적, 많은 피해자를 발생시켰으며, 성폭력을 포함하고 있다는 점에서, 우발적으로 발생하였거나 일회적으로 발생하였거나 피해학생이 소수인 경우와는 달리 사안의 심각성을 고려할 때 원고의 이 사건 전이나 후의 행위를 지나치게 높게 평가하여 징계양정사유로 삼은 것은 적절치 않다고 보인다.⁶⁾

- 6) 스포츠인권특별조사단 설치 및 운영에 관한 규정, 국가인권위원회 훈령 제308호 제정 2019. 2. 7.
- 제1조(목적) 스포츠 분야의 인권침해 및 인권상황에 대한 실태를 조사하고 국가 차원의 개선방안을 마련하기 위해 조직의 설치 및 운영에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.
- 제2조(설치) 스포츠 분야의 인권침해를 조사하고 개선방안을 마련하기 위해 국가인권위원회 소속으로 스포츠인권특별조사단(이하 “특조단”이라 한다)을 둔다.
- 제3조(기능) 특조단은 「국가인권위원회 사무처 및 소속기관 업무분장에 관한 규정」에도 불구하고 다음 각 호의 업무를 수행한다.
1. 스포츠 분야 인권에 관한 법령·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명
 2. 스포츠 분야 인권침해에 대한 조사와 구제
 3. 스포츠 분야 폭력·성폭력 등 인권상황과 인권보호체계에 대한 실태 조사
 4. 스포츠 분야 인권에 관한 교육 및 홍보
 5. 스포츠 분야 인권 관련 관계 기관 등과의 협력
 6. 스포츠 인권 가이드라인 정비 및 실행지침 수립
 7. 그 밖에 스포츠 분야 인권의 보장과 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 사항



4. 당시까지의 사회적 악습에 따른 것이 책임감경사유에 해당하는지

가. 대상판결 이유

원고가 소속된 운동부에서는 기강을 세우고 안전사고 등을 방지한다는 이유로 선후배 사이에서 비인격적인 대우와 폭력을 대물림하는 악습이 만연하였고, 원고도 이러한 악습에 만연히 젖어 별다른 문제없이 이 사건 비위행위를 저지른 것으로 보인다. 또한 원고를 비롯한 운동부 학생들은 주말을 제외하고는 기숙사에서 합숙생활을 하였는바,⁷⁾ 혈기왕성한 미성년 운동부 학생들의 합숙생활을 함에도 그들의 생활을 면밀히 관찰하고 지도하지 않은 교육당국의 책임도 부당하기 어렵다. 이처럼 이 사건 비위행위에 영향을 미친 다른 요소들을 고려할 때 징계의 종류 중 가장 무거운 퇴학처분을 하는 것은 가급적 자제해야 할 것이다.

나. 검토

원고의 가해행위가 당시 악습처럼 만연해 있던 비인격적 대우와 폭력의 운동부에 대한 사회적 분위기속에서 발생하였다는 사실은 학생운동선수의 합숙훈련 등을 개선하는 데 반영할 수는 있지만,⁸⁾ 원고의 가해행위를 경감할 사유는 아니라고 보인다.⁹⁾

7) 국가인권위원회 결정 20직권0001100 학교운동부의 폭력 문화 관습에 대한 직권조사2021. 1. 27. 36페이지, 운동부 중심의 폐쇄적 문화 거의 대부분의 선수들이 운동부만이 있는 기숙사에서 합숙을 하고 있었다. 이러한 운동부만의 폐쇄, 인 현행 합숙 구조는 외출·외박 통제, 선배들의 일상 통제 등의 폭력적 통제와 결부되어 운동부의 활동 외의 선수 개인의 온전한 삶을 누리는 데 방해가 되고 있으며, 운동부 문화와 다른 대학 내의 자율적인 문화를 접하지 못하는 데 큰 영향을 주고 있었다.

8) 국가인권위원회 결정 20직권0001100 학교운동부의 폭력 문화 관습에 대한 직권조사2021. 1. 27. 32페이지, 가. 폭력적 통제의 특징 1) 문화를 기반으로 하여 발생하며 폭력을 내포 폭력적 통제는 그 행위를 하는 행위자의 일탈로 인해 발생하는 것이 아니라 운동부의 전통 즉, 위계적 문화의 일환으로 주로 저학년 선수들에게 강요되고 있으며, 주로 선배 선수에 의해 생활공간인 숙소에서 가장 많이 발생하고



과거 음주로 인한 폭행이나 상해 등 범죄행위를 양형에 참작할 사유로 주장했던 것과 비슷한 논리로 운동선수의 합숙 및 훈련과정에서 발생한 선배의 후배들에 대한 폭력을 경감할 요소로 보는 것은 매우 부적절한 판단이라고 보인다.

5. 원고가 학생운동선수로서 전국대회에서 우승하는 등 우수한 성적을 내는 등 수상 경력이 징계양정에 퇴학 처분을 취소할 정도로 중요한 사유인지

가. 대상판결 이유

b고등학교 생활규정 제60조는 ‘전국대회 성적이 우수한 학생은 징계를 경감할 수 있다’고 규정하고 있다. 이에 따라 살펴보면 원고는 피고인이 고등학교의 학생으로 재학하면서 대통령기대회 개인 및 q, KBS 양양대회, 문화관광부 대회 등에서 여러 번 수상한 것을 비롯하여 피고의 고등학교가 2015년도에 열렸던 양양 국제 c대회, 제32회 대통령기 전국c경기대회, 제44회 문화체육관광부장관기 전국학생 c대회에서 우승을 차지하면서 전국대회에서 3관왕에 오르는데 기여하였다.

있다. 폭력적 통제가 위계문화를 기반으로 하고 있기 때문에 폭력적 통제를 하는 선수들이 졸업을 하여 운동부를 이탈하더라도 폭력적 통제가 개선되지 않고 선배가 된(위계를 갖게 된) 선수들이 그 행위를 지속하여 재생산하고 있다. 이처럼 폭력적 통제는 그 자체로 선수들에게 직접적인 상해를 입히지는 않았지만, 거부할 경우 폭력을 동반하므로, 폭력적 통제를 마주하는 선수들은 심리적으로 위축되고 지속적으로 긴장을 하게 되는 등 폭력행위를 직접 경험하는 것과 유사한 악영향을 받는다.

9) 학교폭력 선수, 더 이상 선수로서 성공하지 못한다.

보도자료-문체부와 교육부- 2020. 2. 24.

앞으로 학교폭력을 저지른 학생선수는 선수 선발과 대회 참가 등이 제한되고, 피해자에 대한 고려를 중심으로 과거에 발생했던 체육계 학교폭력에 대해 구단 및 협회 등의 처리 기준을 마련한다. 문화체육관광부(장관 황희, 이하 문체부)와 교육부(부총리 겸 교육부장관 유은혜)는 이와 같은 내용으로 2월 24일 제4차 사회관계장관회의를 통해 ‘학교운동부 폭력 근절 및 스포츠 인권보호 체계 개선 방안’을 심의·의결하였다. 개선 방안에서는 과거 일어난 학교폭력 사건에 대해 피해자 중심의 사건 처리 원칙과 기준을 제시하면서, 앞으로 학교체육 현장에서 폭력이 근절될 수 있도록 예방 차원의 제도 개선과 체육계 전반의 성직지상주의 문화를 개선하는 방안에 대한 내용이 담겼다.



나. 검토

원고가 과거 학생운동선수로서 전국대회에서 우승을 하거나 좋은 성적을 거뒀다는 점을 그 동안 지속적인 원고의 폭력행위를 경감시킬 수 있는 양형 참작사유로 보기는 어렵다.¹⁰⁾

원고의 성적을 위하거나 원고의 컨디션에 따라 다른 학생들과 특히 피해학생이 입었을 폭력과 강제추행 등은 원고의 과거 성적과는 상관없이 그 가해행위 자체로 양형에 반영되어야 할 것이다.

6. 원고의 보호자가 원고에 대한 치료 및 교육의지가 강한 점이 징계양정사유에서 어느 정도 반영되어야 적정한지

가. 대상판결 이유

원고의 부모는 앞으로 원고의 장래를 위해 각종 치료를 포함하여 세심하게 관찰 및 교육하겠다는 의사를 여러 차례 표시하고 있고, 부모의 직장 동료, 이웃, 이전에 원고

10) 학교폭력 선수, 더 이상 선수로서 성공하지 못한다.

보도자료-문체부와 교육부- 2020. 2. 24. 또한, 프로스포츠 구단, 실업팀, 국가대표, 대학 등에서 선수를 선발할 때 학교폭력 관련 이력을 확인해 선발을 제한하는 등 참고하도록 한다. 특히, 프로스포츠의 경우 신인 선수 선발 시 학교폭력 이력이 없음을 확인하는 서약서를 받고, 거짓으로 작성한 경우 서약서에 근거하여 제재할 수 있도록 하는 방안을 시행할 예정이다. 체육특기자 전형에 학교폭력 이력을 입학에 영향을 미칠 정도로 반영하는 대학에 대해 보조금 지원 시 가점을 부여하는 등 유인 체계도 도입한다. 아울러, 퇴학 처분을 받은 고등학생에 대해서는 선수 등록을 원천 봉쇄하고, 학교폭력예방법에 따라 가해학생 조치(21.3.1 이후 발생 건부터 적용)를 받은 경우 일정 기간(예: 전학의 경우 12개월) 동안 종목별 대회와 종합대회에 출전하지 못하도록 제한할 예정이다. 이를 위해, 앞으로 선수 등록이나 대회 출전 신청 시 학생부 또는 학교폭력 기록에 대한 학교장 확인서를 제출하도록 하는 방안이 마련된다. 학교폭력이 드러날 경우 구체적 근거를 가지고 제재할 수 있도록 프로스포츠 단체, 대한체육회 회원종목단체 등의 제재규정을 종합적으로 점검해 정비한다. 또한, 교육부에서 매년 ‘학생선수 폭력피해 전수조사’를 실시해 가해자의 경우 학교폭력 심의기구를 통해 조치하고, 스포츠윤리센터에서도 학교 현장에 인권감시관을 투입해 불시에 점검하는 등 학교 현장의 폭력 실태를 직접 확인한다.



에게 c을 가쳤던 교사 및 피해자를 비롯한 다른 학생들의 학부모들 중 상당수가 원고에 대한 선처를 희망하는 탄원서를 제출하였다.

나. 검토

소년사건이나 학교폭력 사건의 경우 가해학생의 보호자의 양육이나 교육태도는 가해학생을 건전한 사회구성원으로 성장시킬 수 있는 중요한 요소이며, 보호자를 포함한 가족이나 지인 등 사회적 유대감이 강한 경우 재범이나 재비행의 위험성이 낮아진다는 점에서 가해학생 보호자의 가해학생에 대한 치료 및 상담, 재발방지를 위한 의지를 징계양정사유에 반영한 점은 적절하다고 볼 수 있다.

7. 원고가 운동선수로서 대학진학이나 직업선택을 하는 데 있어서 운동선수라는 점이 징계양정에서 반영되는 것이 적절한지

가. 대상판결 이유

이 사건 처분은 원고의 졸업예정일이 5개월도 남지 않았던 고등학교 3학년 9월 중순에 이루어졌고 이러한 사정이 고려되어 제1심 재판부는 2015. 10. 29. 이 사건 처분을 제1심판결 선고 시까지 그 집행을 정지하는 결정을 하였고, 당심 재판부 역시 2016. 2. 3. 항소심 판결 선고 시까지 집행정지결정을 하였다. 이에 따라 원고는 이 사건 비위행위의 이후 계속 학교를 다녔는데 피해자들에게 재범 또는 보복을 하지 않은 채 r학부(야간)에 입학해 현재 재학 중이며 2016. 2. 24. 군복무를 위하여 해병대에 지원하여 현재 입대를 대기 중이다.



나. 검토

원고가 학생운동선수라는 점, 졸업예정일이 5개월 정도밖에 남아 있지 않아 퇴학 처분이 확정될 경우 고등학교 학력을 인정받을 수 있는 검정고시를 치르거나 그 해 대학교에 입학할 자격을 얻기는 사실상 어렵다는 점 및 대학진학이나 직업선택에서 원고가 운동선수라는 점을 고려한 징계양정은 적절한 판단이라고 보인다.

8. 원고가 퇴학 처분 이후에 반성하고 자원봉사를 하는 등의 행위를 징계양정에 반영하는 것이 적절한지

가. 대상판결 이유

원고는 재판부에 여러 번에 걸쳐 제출한 탄원서 등을 통해서 잘못을 크게 반성하고 뉘우치는 자세를 계속하여 보이고 있다. 또한 원고는 2016. 1. 26. 부터 2016. 2. 23. 까지 어린이재단 대구종합사회복지관에서 5호에 걸쳐 24시간 동안 자원봉사활동에 참여하고, 2015. 12. 27.부터 2016. 2. 24.까지 대한적십자사가 관리하는 곳에서 4회에 걸쳐 헌혈을 하는 등 사회봉사활동 등을 통해 올바른 사회구성원이 되기 위한 노력을 하는 것으로 보인다.

대구보호관찰소 서부지소는 2016. 3. 11. 원고의 재범 가능성 등의 묻는 질문에 대하여 원고가 후배들을 상대로 다수의 죄명에 해당하는 학교폭력을 장기간에 걸쳐 행한 점은 부정적이나 가족 내 정서적 유대감과 보호력 등 가족적 요인들이 양호한 점, 원한만 합의 등 피해회복을 위해 노력한 점, 피조사자가 반성하고 후회하는 태도를 보이고 피해자들에게 직접 사과한 점, JDRAI-S(청소년 재범위험성) 평가척도 결과 ‘하’ 수준인 점 등을 고려하여 교육조건부 기소유예 처분을 권고하였다.



나. 원고가 이 사건 이후 반성하면서 사회봉사를 하거나 가족 간의 유대감이 강하거나 보호자를 포함한 다른 가족들과의 유대감이 강하다는 점은 원고가 재범이나 재비행을 저지를 위험성이 높지 않다는 점에서 징계양정에 반영한 것은 적절하다고 보인다.

9. 결론

원고의 퇴학 처분에 대하여 원고가 퇴학 처분 이후에 반성하고 자원봉사를 하는 등의 행위를 징계양정에 반영 한 점은 적절하였다고 보이며, 원고가 운동선수로서 대학진학이나 직업선택을 하는 데 있어서 운동선수라는 점이 징계양정에서 반영된 점을 징계양정에 반영한 점은 적절하다고 보이며, 가해학생인 원고가 이 사건 전이나 후의 행위나 반성의 정도를 퇴학 처분 취소사유로 삼은 것이 적절하다고 보이며, 원고의 보호자가 원고에 대한 치료 및 교육의지가 강한 점이 징계양정사유에서 반영한 점은 적절한 판시 이유라고 보인다.

그러나 원고가 학생운동선수로서 전국대회에서 우승하는 등 우수한 성적을 내는 등 수상경력 이 징계양정에 퇴학 처분을 취소할 정도로 중요하게 반영할 사유로는 보기 어렵고, 당시까지의 사회적 악습에 따른 것이 책임감경사유에 해당한다고 볼 수 없다고 보이며, 이 사건은 성폭력(강제추행)사건이 포함된 징계임에도 주동자라고 볼 수 있는 원고에 대한 퇴학 처분이 다른 가해학생들과의 형평성이나 징계의 균형 문제를 고려할 사안으로 본 점은 구체적인 가해행위나 지속적인 행위인 점 성폭력 사건이 포함된 점 등을 볼 때 적절한 판시 이유라고 보기 어려우며, 제1심판결 후 피해학생들과 전부 합의를 한 점을 징계양정의 사유로 삼은 점도 적절하다고 보기 어렵다,

결국 원고에 대한 이 사건에 반영된 징계양정사유 중 대부분이 적절한 징계양정사유에 해당한다고 보기 어려우므로 원고에 대한 퇴학 처분 취소는 항소심 판결 이유 중 일부 징계양정사유에 해당하는 부분이 있으나 지나치게 높은 비중으로 징계양정사유로 삼은 것으로 보이므로, 제1심판결이 타당하고 원고에 대한 퇴학 처분을 취소한 항소심 판결(대상판결)은 부당한 판결이라고 보인다.



[참고문헌]

김용수, 알기쉬운 학교폭력·성폭력 관련 법령의 이해, 진원사, 2012. 6.

국가인권위원회 결정 20직권0001100 학교운동부의 폭력 문화 관습에 대한 직권조사 2021. 1.

27. 학교폭력 선수, 더 이상 선수로서 성공하지 못한다, 보도자료-문체부와 교육부-
2020. 2. 24.

학교폭력 2차 가해 막는다...가해학생에 사이버공간 '접촉금지'연합뉴스 2022. 3. 24.

▶ 발표일시 : 2022. 06. 08.(수) 07 : 30

▶ 사 회 : 서규영 회원

▶ 참석회원 : 김용수, 김재승, 서규영, 서장원, 신용간, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진,
이선희, 이재용, 이진우, 정지원, 최수진 변호사(총 14명)



공공조달계약의 법적 성질과 쟁송형태*

A study on the legal nature and litigation types of
public procurement contract

辯護士 김 경 선

Kim Kyung Sun

【사건의 표시】

대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결

논문요약

국가경제에 중요한 비중을 차지하는 공공조달계약과 관련한 법적 분쟁이 발생한 경우, 정작 소송을 제기하는 원고로서는 이를 민사법원에 제기하여야 하는지 아니면 행정법원에 제기하여야 하는지 소송 첫 단계부터 어려움에 봉착하게 된다.

그 이유는 공공조달계약이 행정의 수요를 충족하기 위하여 국가, 지방자치단체, 공공기관 등의 행정주체가 계약의 당사자가 되어 사인(私人)과 계약을 체결하는 사법적(私法的) 형식의 행정으로서, 소위‘행정사법(行政私法)’의 영역에 해당하기 때문이다. 즉 공공조달계약은 공법과 사법의 경계에 위치한다.¹⁾

* 이 글은 줄고, “공공조달에서의 공법상 당사자소송과 입찰참가자격제한 제도의 개선방안”, 단국대학교 박사학위논문(2022)의 일부를 정리하여 2022년 3월 11일 한국공법학회 신진학자 발표대회에서 발표한 내용의 일부를 수정·보완한 것입니다.

나아가 오늘날 공공조달계약은 단순한 행정수요의 충족에서 벗어나 사회·환경·혁신정책을 구현하는 수단으로서 그 기능이 확대되었다. 그 일례로 우리나라의 경우, 공공조달계약을 체결할 때 ‘직접생산의무’를 부과하는 계약조건을 통해 사실상 국내 대기업과 중국을 비롯한 외국 기업이 입찰에 참가할 수 없게 되는바, 공공조달계약은 국내의 중소기업들을 보호하는 중요한 정책적 수단으로 활용되고 있다.²⁾ 유럽 조달 법제의 경우, 당초 EC(유럽공동체)의 단일시장 형성을 위한 방편으로서 조달시장의 ‘자유화’에 초점이 맞춰져 있었으나, 「2014년 EU공공조달지침(Directive 2014/24/EU)」을 계기로 공익 실현 목적과 공공조달 과정에서 사회·환경·혁신정책을 구현하는 수단으로서 ‘공공성’이 강화 되었다.³⁾

그러나 소위 계약금액 고정 특약사건에서 대법원 전원합의체 판결⁴⁾ 다수의견은 아직도 공공조달계약에 대해 “사경제의 주체로서 상대방과 대등한 지위에서 체결하는 사법(私法)상의 계약으로서 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없다”라고 판시하여 공공조달계약의 법적 성질을 사법(私法)상 계약으로만 보고 있다. 공공조달 계약의 공법적 특수성에 대해 아무런 언급 없는 위 전원합의체 판결 다수의견은 공법과 사법의 경계선상에 있는 공공조달계약의 특성을 온전히 반영하지 못한다는 점에서 보완의 필요성이 있다고 사료된다.

〈주제어〉

공공조달계약, 공공계약, 행정조달계약, 정부계약, 공법상 당사자소송

public procurement contracts, party litigation under public law, restriction on qualifications for participation

1) 박정훈, 『행정부의 체계와 방법론(행정법연구 I)』, 박영사, 2005, 176~177면.

2) 이형식·김기환, “공공조달계약의 직접생산의무 위반 시 제재”, 법학연구 제32권 제3호, 2021, 51~52면.

3) 강지웅, 앞의 논문(각주 2), 124~125면.

4) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결.



목 차

[사건의 개요]

[사건의 경과]

[대법원 판결 이유]

[연구]

I. 문제의 제기

II. 공법과 사법의 구별기준

III. 공공조달계약의 법적 성질

1. 사법상 계약설
2. 공법과 사법의 성격이 함께 있다는 견해
3. 공법상 계약설
4. 판례

IV. 사건 - 공법적 특수성 인식과 권리구제측면에서의 접근

[참고문헌]



[사건의 개요]

1) 원고 경남기업 주식회사, 롯데건설 주식회사는 2007. 4. 16. 피고 한국토지주택공사로부터 아산배방지구 집단에너지 시설공사를 도급받으면서 ‘계약금액 중 원고들이 국외업체로부터 공급받는 부분(수입하는 설비)에 관한 금액은 고정불변이고, 물가변동(환율변동 등)이 있더라도 계약금액을 조정할 수 없다’는 내용의 ‘이 사건 고정특약’에 합의하였다.

2) 원고들은 국외업체로부터 가스·스팀터빈을 매수하면서 매매대금을 스웨덴화(크로나), 일본화(엔)으로 지급하였음 ⇨ 2008년 금융위기로 환율이 상승하자 계약금액 조정을 요청하였으나 이 사건 특약을 이유로 거절당하였다.

3) 원고들은 이 사건 특약이 물가변동(환율변동)에 따른 계약금액 조정에 관한 국가계약법 제 19조와 국가계약법 시행령 제64조에 위반하여 무효라고 주장하였다.

[사건의 경과]

- 1) 제1심: 원고들 청구기각
- 2) 원심: 원고들 항소기각
- 3) 대법원: 상고기각

[대법원 판결 이유]

1) 다수의견(11명)은 국가계약법 제19조를 국가의 내부규정으로 보아 그와 다른 내용의 합의인 이 사건 고정특약의 유효성을 인정하였는데, 그 논거 중 하나로써 국가계약법상 공공계약의 법적 성질을 사법상 계약이라고 판단하였다.

2) 반대의견(2명)은 다수의견과 달리 국가계약법 제19조를 강행규정 또는 효력규정으로 보아 이 사건 고정특약을 무효로 보았는데, 그 논거 중 하나로써 공공계약에는 사법상 계약과 다른 공법상 특수성이 있는 점을 근거로 들었다.



[연구]

1. 문제의 제기

우리나라 공공조달계약⁵⁾⁶⁾의 규모는 2020년 기준으로 175조 8,000억 원으로써 우리나라 국내총생산량(GDP) 1,924조 4,000억 원의 9.1%, 정부예산 554조 7,000억 원(추경포함)의 31.7%를 차지⁷⁾할 정도로 공공조달계약이 우리나라 국가경제에서 차지하는 비중과 영향력이 막대하다. 그러나 이처럼 국가경제에 중요한 비중을 차지하는 공공조달계약과 관련한 법적 분쟁이 발생한 경우, 정작 소송을 제기하는 원고로서는 이를 민사법원에 제기하여야 하는지 아니면 행정법원에 제기하여야 하는지 소송 첫 단계부터 어려움에 봉착하게 된다. 이는 비단 비법조인에 한정된 문제가 아니라, 법조인에게도 어려운 문제이다.

그 이유는 공공조달계약이 행정의 수요를 충족하기 위하여 국가, 지방자치단체, 공공기관 등의 행정주체가 계약의 당사자가 되어 사인(私人)과 계약을 체결하는 사법적(私法的) 형식의 행정으로서, 소위 ‘행정사법(行政私法)’의 영역에 해당하기 때문이다. 행정사법은 사법적 형식으로 행해지는 행정활동에 공법적 구속을 확대하기 위한 노력에서 발전한 이론인바, 공공조달은 공

5) ‘조달’ 그 자체의 개념에 대하여 직접적으로 규정한 법규는 없으나, 조달에 관한 법률관계를 규율하는 법 중의 하나인 「조달사업에 관한 법률」에서 ‘조달물자’(제2조), ‘조달사업의 범위’(제3조)에 대한 각 규정들을 종합하여 고려하였을 때, ‘조달’이란 국가, 지방자치단체, 국가기관 또는 지방자치단체가 투자·출연한 기관 등이 필요한 물품이나 용역의 구매, 공사 계약의 체결, 시설물의 관리·운영, 물품과 용역의 품질 관리 등을 위하여 사인(私人)과 체결하는 계약을 의미한다고 볼 수 있다.

6) 종래 강학상 용어로 ‘행정조달계약’, 미국의 용어를 번역한 ‘정부조달계약 또는 정부계약(government contract)’, 독일의 용어를 번역한 ‘공공조달계약’, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」에서 명시된 ‘정부조달계약’, 대법원 2012다74076 전원합의체 판결에서 처음으로 등장한 ‘공공계약’ 등 다양한 용어가 혼재되어 사용되다가, 최근에는 ‘공공조달계약’이라는 용어를 쓰는 학계 논문이 많다.

강지웅, “독일 공공조달법의 역사와 체계”, 행정법연구 제52호, 2018, 106면에 의하면, 독일, 프랑스, EU, 미국에서는 조달계약을 지칭할 때 핵심징표로서 ‘공공성(öffentlich; public)’을 용어에 포함시키는 점에서 공공조달계약이라는 용어로 쓴다고 한다.

7) 환경과 조성, “2020년 공공조달 계약, GDP 9.1% 차지”, 환경과 조성, <<https://www.lak.co.kr/m/news/view.php?id=11251>>, 2021. 5. 17.

법과 사법의 경계에 위치한다.⁸⁾

나아가 오늘날 공공조달계약은 단순한 행정수요의 충족에서 벗어나 사회·환경·혁신정책을 구현하는 수단으로서 그 기능이 확대되었다. 그 일례로 우리나라의 경우, 공공조달계약을 체결할 때 ‘직접생산의무’를 부과하는 계약조건을 통해 사실상 국내 대기업과 중국을 비롯한 외국 기업이 입찰에 참가할 수 없게 되는데, 공공조달계약은 국내의 중소기업보호를 위한 중요한 정책적 수단으로 활용되고 있다.⁹⁾ 유럽 조달법제의 경우, 당초 EC(유럽공동체)의 단일시장 형성을 위한 방편으로서 조달시장의 ‘자유화’에 초점이 맞춰져 있었으나, 「2014년 EU공공조달 지침(Directive 2014/24/EU)」을 계기로 공익 실현 목적과 공공조달 과정에서 사회·환경·혁신정책을 구현하는 수단으로서 ‘공공성’이 강화 되었다.¹⁰⁾

그럼에도 불구하고 소위 계약금액 고정 특약사건에서 대법원 전원합의체 판결¹¹⁾ 다수의견은 아직도 공공조달계약에 대해 “사경제의 주체로서 상대방과 대등한 지위에서 체결하는 사법(私法)상의 계약으로서 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없다”라고 판시하여 공공조달계약의 법적 성질을 사법(私法)상 계약으로만 보고 있다. 물론 종래 대법원 결정¹²⁾에서 “사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다.”라고 판시한 반면, 위 전원합의체 판결 다수의견에서는 “법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 ~중략~ 사적 자치와 계약자유 원칙을 비롯한 사법의 원리가 원칙적으로 적용된다.”고 판시하여 예외적으로 공공조달계약에도 공법이 적용될 여지를 남겨두고 있으나, 위 전원합의체 판결 다수의견의 취지는 공공조달계약이 사법상 계약에 해당한다는 것에 방점이 찍혀 있는 것이지, 예외적으로 공법이 적용될 수 있음을 암시하는데 방점이 찍힌 판결이라고 해석할 수 없다. 이와 같은 점에서 공공조달계약의 공법적 특수성에 대해 아무런 언급 없는 위 전원합의체 판결 다수의견은 공법과 사법의 경계선상에 있는 공공조달계약의 특성을 온전히 반영하지 못한다는 점에서 보완의 필요성이 있다고 사료된다.

8) 박정훈, 『행정법의 체계와 방법론(행정법연구 I)』, 박영사, 2005, 176~177면.

9) 이형식·김기환, “공공조달계약의 직접생산의무 위반 시 제재”, 법학연구 제32권 제3호, 2021, 51~52면.

10) 강자웅, 앞의 논문(각주 2), 124~125면.

11) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결.

12) 대법원 2006. 6. 19. 자 2006마117 결정.



특히 최근 대법원은 한국형 헬기(수리온) 개발협약에 따른 정산금청구사건¹³⁾에서는 공법관계에 해당한다고 보아 공법상 당사자소송으로 제기하여야 한다고 판단한 반면, 초소형 전기 개발을 위한 민·군겸용기술개발과제 협약에 따른 손해배상청구사건¹⁴⁾에서는 민사법률관계에 해당하는 것으로 보아 민사소송으로 제기하여야 한다고 판단하였는바, 결국 공공조달계약의 법적 성질이 사법상 계약 하나로 고정되어 있지 않음을 대법원도 이미 인정하고 있다고 평가할 수 있다.

이에 먼저 공법과 사법의 접점영역에 있는 공공조달계약의 법적 성질을 선제적으로 사법상 계약 또는 공법상 계약 중 어느 하나로 규명할 수 있는지 살펴보겠다. 나아가 사법상 계약과 공법상 계약을 구별하는 이유가 재판관할의 문제에 있으므로 문제해결의 방법론적 측면을 달리 하여, 즉 공공조달계약의 법적 성질을 어느 하나로 규명함 없이 권리구제(쟁송형태)의 관점에서 공법상 당사자소송을 제기하여야 하는지 아니면 민사소송을 제기하여야 하는지, 그 구별기준에 대해서도 살펴보겠다. 위와 같은 논증을 통하여 공공조달계약의 법적 성질을 사법상 계약으로만 단정 지어 민사소송으로 도식화할 것이 아니라, 공공조달계약의 공법적 특수성을 상기하여 해당 소송에서 쟁점이 공법관계에 있는 경우 공법상 당사자 소송으로 분쟁을 해결함으로써 공공조달계약의 공법적 특수성을 발현시키고, 궁극적으로 행정의 공법적 구속 강화를 목적으로 한다.

II. 공법과 사법의 구별기준

우리나라는 대륙법, 특히 독일법을 계수하여 공법과 사법을 구별하는 이원적 체계를 가지고 있다. 공법과 사법의 구별기준으로 이익설, 성질설, 권력설 등 다양한 학설이 있으나, 그 어느 학설도 완벽한 기준을 제시하지 못하고 있기에, 여러 학설을 상호보완적으로 적용하여야 한다는 것이 학자들의 일반적인 견해이고, 판례 역시 어느 한 설의 입장에 서지 않고 구체적 사안에

13) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다215526 판결.

14) 대법원 2019. 4. 10. 자 2017마6337 결정.



따라 다르다.¹⁵⁾

나아가 복잡·다양한 현대에서는 노동법·경제법 등과 같은 공법과 사법의 중간 영역에 속하는 법률이 다수 제정되고, 공법과 사법의 구분이 상대화 되어 그 구별이 더 어려워지고 있다.¹⁶⁾ 이에 더 나아가 공법과 사법은 분리된 것이 아니라 국가작용이든 사인의 활동이든 간에 함께 공통적으로 적용되어야 할 ‘공통법(Gemeinrecht)’으로서 최근 유럽화에 따라 공통법적 기능 결합이 더욱 요청된다며 공법과 사법의 구별 자체를 부정하는 공·사법 구별 무용론도 대두된다.¹⁷⁾

III. 공공조달계약의 법적 성질

1. 사법상 계약설

가. 근거

사법상 계약설은 이론적으로 독일 국고이론¹⁸⁾에 근거하여 공공조달영역을 행정주체가 사경제의 주체로서 행하는 사경제적 작용에 해당한다고 보아 사법관계에 해당한다고 주장한다.¹⁹⁾

15) 석종현·송동수, 『일반 행정법 총론』, 제16판, 박영사, 2020, 74면.

16) 안철상, “행정소송과 민사소송의 관계”, 법조 제57권 제1호, 법조협회, 2008, 322면.

17) 김용욱, “공법과 사법 구분의 기원·변천 및 당위체계에 관한 연구” 저스티스 제150호, 2015, 183면.

18) 박정훈, 앞의 책 (각주 4), 174~181면에 의하면, 독일의 국고이론은 당초 국가작용 중 권력적 행위를 제외한 나머지 부분을 사법의 영역으로 분리하여 민사재판권에 복종시킴으로써 국가의 권력을 제한하기 위한 것이었으나, 유의할 것은 현재 독일에서조차도 19세기 국고이론에 따른 순수한 사법 영역으로서의 국고행정이라는 용어는 억제되고, 그 의미가 ‘사법적(私法的) 형식의 행정인 ‘행정사법(行政私法)’으로 변화되었다고 한다. 즉, 독일에서 말하는 사법상 계약으로서의 공공조달계약은 본질이 사법 영역이므로 민사소송의 대상이 되기는 하지만 ‘행정사법’에 의거하여 평등권을 포함한 기본권, 헌법원리 등 공법적 구속을 받는다고 설명하고, 이것이 현재 독일의 통설적 입장이라고 한다.

19) 김진기, 『정부조달법의 이해:독일·한국 이론과 실무』, 법률신문사, 2019, 217면.; 강자웅, 앞의 논문 (각주 2), 107면.



한편 실정법적 측면에서 살펴보면, 우리나라 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘국가계약법’이라 한다)²⁰⁾과 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘지방계약법’이라 한다)²¹⁾에서도 국가, 지방자치단체가 대등한 당사자로서 계약자유 원칙, 신의성실이 원칙을 천명하고 있는 점도 우리나라 공공조달계약을 사법상 계약으로 보는 강력한 실정법상 근거가 된다. 다만, 우리나라 사법상 계약설에 의하더라도 국가계약법 및 지방계약법에 따른 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한은 국가의 사경제적 행위가 아니라 행정소송의 대상인 행정처분으로 본다.²²⁾

나. 공공조달 관련 법령의 성질 - 법규성 부정

사법상 계약설에서는 국가계약법과 지방계약법의 법적 성질에 대하여, “공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로 행정조직의 내부규정에 불과”한 것으로 보고 있다.²³⁾ 그 결과 계약담당공무원이 입찰과정에서 국가계약법령 등에 위배된다 하더라도 공공조달계약을 체결하지 못 하게 하거나 공공조달계약이 바로 무효가 아니라, 단지 계약체결상 과실책임에 따른 신뢰이익의 배상을 받는다고 한다.²⁴⁾

20) 국가계약법 제5조(계약의 원칙) ① 계약은 서로 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 한다.

21) 지방계약법 제6조(계약의 원칙) ① 계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하고, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 하며, 지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 이 법 및 관계 법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정하여서는 아니 된다.

22) 우리나라는 독일과 달리 입찰참가자격제한의 효과가 해당 관서에서 집행하는 입찰 이외에 다른 중앙관서, 지방자치단체가 집행하는 입찰에도 모두 참여가 제한되어, 그 제한의 효력이 확장되는 대외적 효력에 착안한다는 설명으로 정태학·오정환·현철·유병수, 『국가계약법』, 박영사, 2019, 381~382면; 임성훈, “부정당업자에 대한 입찰참가자격제한과 법률유보원칙”, 행정법연구 제51호, 2017, 247~248면; 김성근, 『정부계약법해설(II)』, 건설경제, 2013, 524면.

23) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결.

24) 박정훈, 앞의 책 (각주 4), 183면; 강지웅, 앞의 논문 (각주 2), 107면.

다. 권리구제수단으로서의 쟁송형태

사법상 계약설에서는 입찰절차에서 낙찰 받지 못해 낙찰자결정의 효력을 다투고자 하는 자는 민사소송을 통해 권리구제를 받을 수 있다. 구체적으로 낙찰자 지위를 정하는 가처분 신청 및 본안 소송으로서의 낙찰자 지위의 확인을 구하는 확인의 소의 형태에 의하게 된다.

2. 공법과 사법의 성격이 함께 있다는 견해

공공조달계약의 ‘공법적 성격’에 주목하여 공공조달계약에는 결코 사인간의 사법상 계약과 동일하지 않은 중대한 특수성으로서 공법적 성격이 있다고 하는데, 그것은 바로 국민의 세금을 재원(財源)으로 하기 때문에 경제적이고 효율적으로 집행되어야 하는 점, 그럼에도 불구하고 계약담당공무원에게 반드시 ‘최선의 계약 체결’이라는 동기 결여로 인해 부패 또는 비리의 위험성이 크다는 점, 그 결과 엄격한 감독이 요구되는 점 등이라고 설명하는 견해가 있다.²⁵⁾ 그러나 공공조달계약의 공법적 성격이 인정된다고 해서 그 사법적 성격을 완전히 부정해야 하는 것이 아니라며 공공조달계약은 공법과 사법의 점점영역으로서 상호보완관계에 있다고 한다.²⁶⁾

한편, 행정주체가 계약의 당사자가 되는 공공조달계약이 ‘공법적 효과’를 발생시키는 한 공법상 계약의 범주에 포섭될 수 있다는 전제 하에, 조달되는 목적물이 행정기관 내부에 쓰이는 물품과 같이 단순히 공무 수행을 위한 수단에 불과한 경우에는 공법적 효과를 발생시킨다고 볼 수 없는 반면, 도로·철도 등 대규모 사회기반시설이나 군수품 조달계약 등과 같이 조달되는 목적물이 직접적으로 공적(公的)인 것으로 볼 수 있는 때에는 공법상 계약에 해당한다는 견해가 있다.²⁷⁾

25) 박정훈, “공·사법 구별의 방법론적 의의와 한계 - 프랑스와 독일에서의 발전과정을 참고하여 -”, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 226면.

26) 박정훈, 앞의 책 (각주 4), 227면.

27) 정호경·선지원, “공공조달계약의 법적 성격과 통제에 관한 연구 - 공법상 계약 이론을 중심으로 -”, 법제연구 제46호, 2014, 185~186면.



나아가 공공조달계약의 법적 성질을 사법상 계약과 공법상 계약의 혼합적 성격을 가지는 계약으로 보고 계약체결 이전의 단계에서는 공법적 성격이 강하게 작용하고, 계약체결 이후에는 사법적 성격이 강하게 작용하는 것이라는 견해가 있다.²⁸⁾

3. 공법상 계약설

가. 근거

독일에서는 공공조달계약이 행정의 수요충족의 수단에 불과하다고 보아 사법적 성격으로 보는 것이 전통적인 견해였으나, 최근 독일 내에서도 공공조달계약의 공법적 특수성을 강조하는 Volker Schlette의 견해²⁹⁾를 토대로 공공조달계약이 공법상 계약에 해당하는 여부를 ‘행정주체에 대한 특별한 권한의 통제’의 관점에서 사법상 계약에는 인정되지 않는 권리구제수단을 인정하는지 여부, 계약체결절차와 관련한 특별한 규제를 가하고 있는지 여부 등을 살펴보아야 한다는 견해가 있다.³⁰⁾

이에 국가계약법상의 특징들, 공공조달계약방법의 결정에서부터 입찰, 낙찰자 결정, 계약체결, 계약이행 및 준공대가지급 등에 이르기까지 절차적 규정과 더불어 물가변동 및 설계변경 등에 의한 계약금액 조정, 부정당업체에 대한 과징금 부과 등 실체법적 규정들은 일반적인 사법상 계약과는 다른 특이점이 있는 점, 특히 WTO 정부조달협정에 가입하면서 국가계약법이 공정성 및 투명성을 대폭적으로 강화하는 내용—국가계약법의 경우 국제입찰에 따른 정부조달계약의 범위(제4조), 차별금지원칙(제5조 제2항), 이의신청(제28조), 국제계약분쟁조정위원회(제29조)

28) 이영동, “공공계약을 둘러싼 몇 가지 문제: 공공계약의 공법적 특성을 중심으로”, 사법논집 제44집, 2007, 201면.

29) Volker Schlette는 오늘날 공공조달계약이 중소기업진흥 등 공공정책의 수단으로 널리 사용되는 측면과, 독일의 공공조달 관련 규정은 유럽공동체 지침의 영향으로 낙찰자에 대한 권리구제수단을 인정하는 등 일반사법에 존재하지 않는 규정으로 인해 공법적 성격이 강하다는 측면에서 공공조달계약에 공법적 성격을 가지고 있다고 한다. 자세한 내용은 김대인, “공공조달계약 관련법제의 개혁에 대한 고찰—국가계약법을 중심으로—”, 강원법학 제28권, 2009, 28~29면.

30) 김대인, 앞의 논문 (각주 25), 30면.



등³¹⁾—으로 제정된 점 등을 고려할 때, 공공조달계약은 공법상 계약으로 보는 것이 타당하다고 한다.³²⁾

이렇게 공공조달계약을 공법적으로 접근하려는 노력으로 인해 공공조달계약을 공법상 계약으로 보려는 입장이 유력시되고 있다는 평가도 있다.³³⁾

나. 공공조달 관련 법령의 성질 - 법규성 인정

공법상 계약설에서는 공공조달계약의 공법적 성격을 근거로 국가계약법령 등에 대해 법규적 효력을 인정 하여야 하고, 그 법령에 근거한 행정규칙도 ‘법령보충적 행정규칙’으로 보아 법규적 효력을 긍정할 수 있다고 하고, 그 결과 국가계약법령 등의 위반은 낙찰자 결정을 위법하게 하여, 낙찰자 결정의 취소로 계약도 무효가 된다고 한다.³⁴⁾

다. 권리구제수단으로서의 쟁송형태

공법상 계약설에서는 계약의 효력과 채무불이행에 관한 것은 행정소송법 제3조 제2호에서 “행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송” 중 후단의 “그 밖의 공법상의 법률관계에 관한 소송”에 해당하여 공법상 당사자소송의 대상이 되고, 계약의 체결과 집행에 관한 행정청의 결정은 ‘처분’으로서 항고소송으로서 취소소송의 대상이 된다고 한다.³⁵⁾

31) 김대인, “재정행정법과 국제경제법의 상관관계에서 본 정부조달계약”, 행정법연구 제17호, 2007, 140면.

32) 김대인, 앞의 논문 (각주 25), 31면.

33) 김남진, “행정계약·공법상계약·행정법상 계약-주요 쟁점사항을 중심으로”, 고시계, 2007, 25면.

34) 전현철, “행정조달계약에 있어서 법적 구제수단에 관한 고찰”, 공법학연구 제14권 제1호, 2013, 411면; 박정훈, 앞의 책 (각주 4), 229, 238, 239면.

35) 박정훈, 앞의 책 (각주 4), 229~230면.



4. 판례

가. 종래의 대법원의 주류적 태도

대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결은 국가계약법에 의해 체결된 공공조달계약의 법적 성질을 명시적으로 언급하지 않았으나, 사법상 계약임을 전제로 국가계약법규가 법규성 없는 국가의 내부규정에 불과하다고 판시하였다. 나아가 위 판결에서 공공조달계약이 사법상 계약임을 전제로 한 논리적 결과 공공조달계약이 무효가 되는 기준으로 ‘침해의 중대성’, ‘상대방의 고의·과실’, ‘선량한 풍속 기타 사회질서’를 제시하며 엄격하게 해석하였다.³⁶⁾

대법원 2006. 6. 19. 자 2006마117 결정에서는 위 판례에서 더 나아가 공공조달계약의 법적 성질이 사법상 계약에 해당됨을 명시적으로 언급하였고, 그 결과 “사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다”라고 판시하였다.

나. 한국형 헬기(수리온) 개발 협약사건³⁷⁾

한국형 헬기(수리온) 개발협약사건(대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다215526 판결)에서는, 공

36) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결은 “계약담당공무원이 입찰절차에서 국가를당사자로하는 계약에관한법률 및 그 시행령이나 그 세부심사기준에 어긋나게 적격심사를 하였다 하더라도 그 사유만으로 당연히 낙찰자 결정이나 그에 기한 계약이 무효가 되는 것은 아니고, 이를 위배한 하자가 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 누가 보더라도 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것임이 분명한 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 국가를당사자로하는계약에관한법률의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다고 해석함이 타당하다.”라고 판시하였다.

37) 해당 사건은 국책사업인 ‘한국형 헬기 개발사업’(Korean Helicopter Program)에 개발주관사업자 중 하나로 참여하여 국가 산하 중앙행정기관인 방위사업청과 ‘한국형헬기 민·군겸용 핵심구성품 개발협약(이하 ‘이 사건 협약’이라 한다)을 체결한 한국항공우주산업 주식회사(KAI)가 협약을 이행하는 과정에서 환율변동 및 물가상승 등 외부적 요인 때문에 협약금액을 초과하여 120억여 원의 초과비용이 발생하자, 2013년도에 국가계약법 제19조와 위 협약에 기해 전속관할로 정한 서울중앙지방법원에 국가를 상대로 정산금 청구의 민사소송을 제기한 사건이다.

공조달계약을 사법상 계약으로 보던 전통적 입장과 달리 판례의 변경 없이 「과학기술기본법」의 위임에 따른 대통령령인 「국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정」에 근거한 협약에 따른 법률관계를 공법관계로 판단하여 공공조달계약의 법적 성질에 대한 논란을 가중시켰다.

(1) 사건 진행 경과

① 원심³⁸⁾은 이 사건 협약이 사경제의 주체로서 대등한 입장에서 합의에 따라 체결한 사법상 계약에 해당한다고 판단한 반면,³⁹⁾ ② 대법원은 이 사건 협약의 법률관계를 공법관계에 해당한다고 보고, 전속관할 위반을 이유로 원심판결을 파기하고, 직권으로 제1심 판결을 취소하고 서울행정법원으로 이송하였다. ③ 파기환송 후 제1심,⁴⁰⁾ 항소심,⁴¹⁾ 상고심⁴²⁾ 모두 파기환송의 취지에 따라 이 사건 협약이 공법상 계약에 해당한다고 판단하였다.⁴³⁾

38) 서울고법 2015. 4. 1. 선고 2014나2002868 판결.

39) 원심이 사법상 계약으로 판단한 근거는 이 사건 협약이 실질적으로 한국형 헬기의 민·군점용 핵심구성품을 연구·개발하여 납품하고, 그 대가를 지급하는 것으로 보아 국가가 우월한 공권력의 주체가 아니라 사경제의 주체로서 대등한 입장에서 합의에 따라 체결한 것으로 보았기 때문이다.
이에 원심은 국가는 국가계약법 제19조에 따라 물가변동 등의 경우 계약금액을 조정하여야 함에도 불구하고 협약의 특약사항으로 국가의 승인을 조건으로 초과비용을 인정하도록 약정한 것은 국가계약법 시행령 제4조의 상대방의 계약상이익 부당제한 특약금지원칙을 위반하여 무효에 해당하고, 따라서 국가는 추가비용 중 국가의 출연금 분담비율인 80%에 해당하는 101억여 원을 지급할 의무가 있다고 판시하였다.

40) 서울행정법원 2018. 8. 17. 선고 2017구합86125 판결. 파기환송 후 제1심은 국가계약법 제19조는 적용되지 않고, 국가가 초과비용의 지급을 거절하는 것이 신뢰보호의 원칙 또는 비례의 원칙에 위반되지 않는다면 KAI의 청구를 기각하였다.

41) 서울고등법원 2019. 11. 6. 선고 2018누64827 판결.

42) 대법원 2020. 10. 15. 선고 대법원 2019두62376 판결.

43) 결국 KAI의 입장에서는 2013년도에 소송을 제기하여 국가로부터 101억여 원의 초과비용(정산금)을 지급받을 권리를 인정받았다가, 공법상 계약임을 이유로 국가로부터 한 톨의 정산금도 지급받지 못하는 것으로 결론이 났고, 이와 같은 결론에 이르기까지 무려 7년이라는 긴 시간이 소요되었다.



(2) 대법원⁴⁴⁾에서 공법관계로 본 구체적 근거

대법원은 「과학기술기본법」, 「항공우주산업개발 촉진법」의 입법취지 및 내용에 의하였을 때 이 사건 협약에 따른 법률관계를 공법관계에 해당한다고 판시하면서 그 구체적 근거로 ① 이 사건 협약에서의 대가의 지급은 연구경비로 지급하는 출연금을 지칭하는 것일 뿐이고, ② 협약 금액의 증액은 실질적으로 정부출연금의 증액을 의미하는 것이므로 국가의 승인을 얻도록 되어 있는 것이고, ③ 이 사건 협약은 기술에 대한 권리는 방위사업이라는 점을 감안하여 국가에 귀속시키되 그 기술사용권은 장차 KAI에게 이전하여 군용·민간 헬기의 독자적 생산기반을 확보 하려는데 있고, ④ KAI도 민·군 겸용 핵심구성품 개발사업에 참여하여 기술력을 확보함으로써 향후 군용 또는 민간 헬기 생산에서 유리한 지위를 확보할 수 있게 된다는 사정 등을 실시하였다.⁴⁵⁾

(3) 대법원 판결에 대한 학계의 견해

이에 대해 대법원이 ‘공법상 계약’이라고 명시적으로 실시하지는 않았지만, 협약 체결의 목적이 공익성이 강하고, 위 ① ~ ④의 요소는 공법적 규율에 친한 조항이라는 점을 근거로 이 사건 협약이 공법상 계약임을 전제로 한다는 견해,⁴⁶⁾ 이 사건 협약의 근거되는 ‘법령’과 ‘협약(계약)’의 내용으로서 위 ① ~ ④는 ‘공익성’과 ‘공권력 행사’의 요소에 해당하여 이를 근거로 대법원이 이 사건 협약을 공법상 계약으로 보았다고 평석하면서도, 계약에 적용되는 개별법령의 내용을 분석한 후 비로소 공법상 계약에 해당할 수 있다고 보게 되면 소송당사자로 하여금 재판관할 선정을 더 힘들게 하는바, 국가계약법이 적용되는 모든 계약을 공법상 계약으로 보아야 한다는 견해가 있다.⁴⁷⁾ 반면, 이 사건 협약관계는 공법에 해당하는 과학기술기본법, 항공우주산업개발

44) 이하에서는 환송 전 대법원 판결인 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다215526 판결을 의미한다.

45) 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다215526 판결.

46) 하이훈, “행정계약 관련 분쟁의 소송형식 -공법상 당사자소송과 민사소송의 구별을 중심으로- [대상판결:대법원 2019. 8. 30. 선고 2018다242451 판결]”, 강원법학 제59권, 2020, 378면.

47) 김대인, “국가연구개발협약과 공사법구별”, 서울법학 제26권 제2호, 2018, 232, 250~251면.

촉진법에 따른 정부의 사업비용 출연관계로서 명백한 공법관계에 해당한다고 평석하면서도, 일반적인 공공조달계약의 경우 계약체결자 결정 단계까지만 공법관계로 파악하는 2단계 이론⁴⁸⁾에 의하면 협약 이행과 관련한 추가비용 지급관계는 원칙적으로는 사법 영역이고, 구체적인 상황에서는 공법적 법률관계를 발견할 수 있다는 견해가 있다.⁴⁹⁾ 나아가 해당 사건에서 국가가 이 사건 협약을 사법계약으로 인식하고, 전속관할을 서울중앙지방법원으로 정하였음에도 실제 분쟁에서 공법관계를 주장한 부분에 대해 금반언 원칙 검토가 필요해 보이고, 해당 사건과 같이 행정의 행위형식이 사법 혹은 공법으로의 명확한 구별이 어렵고, 사법과 공법 모두에 중첩되는 복합법률관계의 전속관할을 서울중앙지방법원으로 하는 것은 재검토가 필요하다고 한다.⁵⁰⁾

다. 계약금액 고정특약사건에서의 대법원 전원합의체 판결⁵¹⁾

한국형 헬기(수리온) 개발협약사건(대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다215526 판결)에서는, 「국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정」에 근거한 협약에 따른 법률관계를 공법관계로 판단하였는데, 불과 1달 뒤 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결은 공공조달 계약의 법적 성질이 사법상 계약임을 천명하였다.

(1) 전원합의체 판결의 다수의견과 반대의견

한국토지주택공사로부터 집단에너지시설 건설공사를 도급받은 계약 내용 중 국외공급분 금액에 대하여는 계약금액 조정이 불가능한 계약금액 고정특약(이하 ‘이 사건 고정특약’이라

48) 단계 이론에 의하면 낙찰자 결정을 기준으로 낙찰자 결정의 이전단계에서는 공법적 기초에서 계약담당 공무원에게 광범위한 재량을 행사하여 적절한 낙찰자를 결정하도록 하는 행정행위이고, 낙찰자 결정 이후 계약의 단계에서는 사법상 계약의 이행과 같이 파악한다는 논리이다. 이에 대하여는 김진기, 앞의 책 (각주 15), 215면.

49) 김진기, “공법상 법률관계로서 정부조달계약”, 법률신문, <<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=149765>>, 2019. 1. 3.

50) 김진기, 앞의 기사 (각주 45).

51) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결.



한다)이 있는데, 이후 2008년 발생한 세계금융위기로 인한 환율상승으로 인해 계약금액조정을 요청하였고, 이 사건 특약을 이유로 거절당하자 국가계약법 제19조 위반으로 이 사건 특약의 무효를 주장하며 부당이득금의 반환을 구한 사건과 관련하여, 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결의 ① 다수의견⁵²⁾은 국가계약법상 공공계약⁵³⁾은 “사경제의 주체로서 상대방과 대등한 지위에서 체결하는 사법상의 계약”이므로 사적자치와 계약자유 원칙을 비롯한 사법의 원리가 원칙적으로 적용된다는 취지로 판시함으로써 기존의 사법상 계약설의 입장을 재차 확인한 반면, ② 반대의견⁵⁴⁾은 공공조달계약을 원칙적으로 사법상 계약으로 보면서도 공법적 특수성이 있다고 판시하였는데, 그 공법적 특수성의 요소로 i) 계약상 지위의 비(非)대등성, ii) 공공계약의 재원이 세금인 점, iii) 공공계약은 대금 수령의 위험이 없는 점 등을 설시하였다.⁵⁵⁾

(2) 전원합의체 반대의견을 반영한 국가계약법 조항의 신설

이후 2019. 11. 26. 국가계약법 제5조 제3항 및 제4항을 신설(2020. 5. 274. 시행)함으로써 기존에 동법 시행령 제4조에서 규정하였던 계약상대자의 계약상 이익 부당제한특약금지 조항을 상위법인 국가계약법상 조항으로 격상시키고, 그 위반의 효과로서 무효에 해당함을 명백히 명

52) 다수의견은 국가계약법 제19조를 국가의 내부규정으로 보아 그와 다른 내용의 합의의 유효성을 인정한 것인데, 그 논거 중 하나로써 국가계약법상 공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 지위에서 체결하는 사법상의 계약이므로 사적자치와 계약자유 원칙을 비롯한 사법의 원리가 원칙적으로 적용되는 점을 근거로 들었다.

53) 2012다74076 전원합의체 판결에서 사용된 ‘공공계약’이라는 용어를 그대로 원용하였다.

54) 반대의견은 다수의견과 달리 국가계약법 제19조를 강행규정 또는 효력규정으로 보아 이 사건 고정특약을 무효로 보았는데, 그 논거 중 하나로써 공공계약에는 사법상 계약과 다른 공법상 특수성이 있는 점을 근거로 들었다.

55) “공공조달계약은 원칙적으로 사법의 영역이나, 공공계약에서 국가 등이 사인과 동일한 지위에 있다고 할 수 없고, 공공계약의 재원은 세금이므로 계약담당공무원의 부패와 전횡을 막기 위한 엄격한 법적 규율이 필요하고, 공공계약의 상대방은 대금 수령에 관한 위험이 없는 공공계약은 그 내용이 형평을 잃거나 부당하더라도 이를 감내하고 계약을 체결하려는 경향이 있는 등 공공계약에는 사법상 계약과 다른 공법상 특수성이 있다.”

시함으로써 위 대법원 2017. 12. 21. 선고 2012다74076 전원합의체 판결상 다수의견과 반대 의견 사이의 치열한 법리공방을 입법적으로 해결하였다. 나아가 제28조 제1항 제1호의 2를 신설(2019. 11. 26. 신설, 2020. 5. 274. 시행)하여 부당한 특약 등으로 불이익을 받은 자는 그 행위를 취소하거나 시정하기 위한 이의신청을 할 수 있도록 하였다.

위와 같은 국가계약법 제5조 제3항 및 제4항조항의 신설은 결국 공공조달계약에는 사법상 계약과 다른 공법상 특수성이 있다는 반대의견이 입법으로 반영된 것인바, 공공조달계약에 대한 공법성 특수성을 인정한 대법원 판결로 말미암아 국가계약법 개정(신설)이라는 입법 영역까지 변화를 주게 되었다.

IV. 사건 – 공법적 특수성 인식과 권리구제 측면에서의 접근

공공조달계약은 전통적으로 행정주체가 사경제의 주체로서 행정의 수요를 충족시키기 위한 수단으로 이뤄졌으나, 오늘날 공공조달계약은 사회·환경·혁신정책을 구현하는 효과적이면서도 중요한 수단으로써 공공성이 강조되는바, 사법상 계약설의 근거가 되는 환경이 바뀌었다. 이론적인 측면에서도, 사법상 계약설의 이론적 기초가 되는 국고이론은 행정이 공법적 구속을 피하기 위한 ‘사법법외로의 도피’를 정당화 하는 명분이 되어 그 의미가 반전되었다.⁵⁶⁾ 또한 근본적으로 공공조달계약은 국민의 세금을 재원으로 하고 국가재정정책의 주요한 수단이라는 점에서 사법상 계약에 없는 공법적 특수성이 존재한다. 나아가 WTO 정부조달협정에 가입하면서 국가계약법이 공정성 및 투명성을 대폭적으로 강화하는 내용이 제정되었음을 고려할 때, 공공조달 계약에는 일반적인 사법관계와 다른 특수성이 존재한다.

따라서 공공조달계약을 단순히 사법상 계약으로 보는 관점에서 벗어나, 공공조달계약의 공법적 특수성에 주목하고, 공공조달법제에 공법적 특수성이 잘 발현될 수 있도록 전향적인 시각을 가질 필요성이 있다.

56) 박정훈, 앞의 책 (각주 4), 174~175면.



그러나 위와 같은 공공조달계약에 존재하는 분명한 공법적 성격 때문에 공공조달계약을 공법상 계약으로 봐야할지는 의문이다. 왜냐하면 공공조달계약의 체결 및 이행의 상당부분은 민사법리가 적용되고 있고, 공법상 성격이 문제되는 경우는 오히려 소수에 해당하기 때문이다. 또한 사적 자치에 의해 부여되는 계약의 구속력은 당사자뿐만 아니라 법관도 이에 구속시키는바, 이것은 기본적으로 공공조달계약의 상대방을 보호하는 방패가 된다. 즉, 공법상 계약설이 곧 계약 상대방의 권리보호에 이바지한다고 도식화 할 수 없다는 것인바, 이를 잘 나타내는 사례가 바로 앞서 살펴본 한국형 헬기(수리온) 개발협약사건이다. 해당 사건에서 사법상 계약으로 본 원심은 국가계약법 제19조에 위배하여 물가변동 등의 계약금액을 조정할 경우 국가의 승인을 조건으로 한 특약조건이 국가계약법 시행령 제4조 소정의 계약 상대방 이익의 부당제한 특약금지에 위반하여 무효라고 보아 국가가 초과비용 101억여 원을 지급하여야 한다고 판시한 반면, 공법상 계약으로 본 대법원은 초과비용에 대한 국가의 승인 규정을 무효의 근거가 아니라 오히려 공법관계에 해당하는 근거로 바라보았고, 그 취지에 따라 파기환송 후 제1, 2, 3심 판결에서는 국가에게 초과비용을 지급의무가 없는 것으로 보았는바, 결국 공법상 계약설에 의한다고 곧 계약 상대방의 권리구제에 이바지한다고 도식화할 수 없다.

나아가 행정주체가 단순히 행정 수요를 충족시키기 위해 사무용품을 구매하는 것과 한국형 헬기(수리온) 개발협약사건과 같이 국방의 목적에서 군수물자를 개발·납품받는 것을 동일하게 바라볼 수 없다. 즉, 행정주체의 사무용품 구매에 굳이 공법상 계약으로 보아야 할 당위성은 크지 않아 보이는 반면, 국방의 목적에서 군수물자를 개발·납품을 받는 것을 사법관계에만 맡겨 놓는 것은 그 목적의 공공성 및 관련 법률이 공법에 해당하는 점에 비추어 타당하지 못 하다.

다시 근본으로 돌아와 공법과 사법의 구별기준을 생각해 보면, 이는 공·사법 구별의 이원론을 전제로 하는 대륙법계 하에서의 논의로서 아직까지 공법과 사법의 구별기준에 대해서 명확하면서도 단일한 구별기준으로서의 통설적 견해는 없는 점, 복잡·다양한 현대에서는 공법과 사법의 중간 영역에 속하는 법률이 다수 제정되고, 공법과 사법의 구분이 상대화 되는 등 그 구분이 더 어려워지는 점,⁵⁷⁾ 계약의 유형이 다양하여 일률적으로 그 법적 성질을 어느 하나로

57) 안철상, 앞의 논문 (각주 12), 322면.

단정 짓기 어려운 점 등을 종합적으로 고려하면, 사법적 성격과 공법적 성격을 모두 겸비하고 다양한 유형이 있는 공공조달계약의 법적 성질을 어느 하나로 고정시키는 것은 사실상 어렵다고 본다.

이에 공공조달계약의 법적 성질(사법상 계약설/공법상 계약설)을 어느 하나로 단정 지을 것이 아니라 권리구제수단으로서의 쟁송형태(민사소송/공법상 당사자소송)를 논증하는 데 집중하는 것이 문제해결에 보다 효과적이고 직접적인 방법이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 공법과 사법 구별의 방법론적 의의는 재판관할의 결정이고, 역사적으로 재판관할의 결정을 위해 공법과 사법의 구별이 탄생하였다고 할 수 있기 때문이다.⁵⁸⁾ 물론 공공조달계약에 대한 권리구제수단으로서 민사소송과 공법상 당사자소송의 구별문제는 기본적으로 공법과 사법의 구별문제로 귀결되지만, 이와 다른 시각에서 ‘행정사건의 특수성, 전문성’이 필요한지 여부 또는 사법정책적·기능론적 측면에 따라 구별할 필요도 있다는 견해⁵⁹⁾가 있고, 이에 의하면 사법적 성격과 공법적 성격이 혼재된 공공조달계약을 권리구제수단의 측면에서 접근하여 문제해결의 또 다른 단초를 제공해 주기 때문이다.

이에 민사소송과 공법상 당사자소송의 구별기준을 살펴봄으로써 사법적 성격과 공법적 성격이 혼재된 공공조달계약의 분쟁해결방법을 권리구제수단의 측면에서 논증하는 법리연구가 발전되어야 할 것이다. (이 부분에 대하여는 기회가 되면 후속 발제문으로 다루어 보겠습니다.)

58) 박정훈, 앞의 논문 (각주 21), 86면.

59) 안철상, 앞의 논문 (각주 12), 322면.; 허이훈, 앞의 논문 (각주 42), 386~388면.



[참고문헌]

- 강지웅, “독일 공공조달법의 역사와 체계”, 행정법연구 제52호, 2018.
- 김남진, “행정계약·공법상계약·행정법상 계약-주요 쟁점사항을 중심으로”, 고시계, 2007.
- 김대인, “국가연구개발협약과 공사법구별”, 서울법학 제26권 제2호, 2018.
- _____, “공공조달계약 관련법제의 개혁에 대한 고찰-국가계약법을 중심으로”, 강원법학 제28권, 2009.
- _____, “재정행정법과 국제경제법의 상관관계에서 본 정부조달계약”, 행정법연구 제17호, 2007.
- 김성근, 『정부계약법해설(Ⅱ)』, 건설경제, 2013.
- 김용욱, “공법과 사법 구분의 기원·변천 및 당위체계에 관한 연구”, 저스티스 제150호, 2015.
- 김진기, 『정부조달법의 이해: 독일·한국 이론과 실무』, 법률신문사, 2019.
- 박정훈, “공·사법 구별의 방법론적 의의와 한계-프랑스와 독일에서의 발전과정을 참고하여 -”, 공법연구 제37권 제3호, 2009.
- _____, 『행정법의 체계와 방법론(행정법연구 I)』, 박영사, 2005.
- 석종현·송동수, 『일반 행정법 총론』, 제16판, 박영사, 2020.
- 안철상, “행정소송과 민사소송의 관계”, 법조 제57권 제1호, 법조협회, 2008.
- 이비안, “당사자소송과 그 평가”, 법학논문집 제43권 제3호, 2019.
- 이영동, “공공계약을 둘러싼 몇 가지 문제: 공공계약의 공법적 특성을 중심으로”, 사법논집 제44집, 2007.
- 이은상, “공법상 당사자소송에 관한 소송실무상 난점과 해결방안”, 행정판례연구 제23권 제1호, 2018.
- 이형식·김기환, “공공조달계약의 직접생산의무 위반 시 제재”, 법학연구 제32권 제3호, 2021.
- 임성훈, “공공계약에서 계약금액조정을 배제하는 특약의 효력”, 행정판례연구 제23권 제2호, 한국행정판례연구회, 2018.



- 전현철, “행정조달계약에 있어서 법적 구제수단에 관한 고찰”, 공법학연구 제14권 제1호, 2013.
- 정태학·오정한·현철·유병수, 「국가계약법」, 박영사, 2019.
- 정호경·선지원, “공공조달계약의 법적 성격과 통제에 관한 연구 - 공법상 계약 이론을 중심으로 -”, 법제연구 제46호, 2014.
- 하명호, “공법상 당사자소송과 민사소송의 구별과 소송상 취급”, 인권과 정의 “대한변호사협회지 제380호, 2008.
- 허이훈, “행정계약 관련 분쟁의 소송형식 -공법상 당사자소송과 민사소송의 구별을 중심으로- [대상판결:대법원 2019. 8. 30. 선고 2018다242451 판결]”, 강원법학 제59권, 2020.
- 행정안전부, “대한민국 전자관보”, 제17975호, 2013. 3. 20.
 <<https://gwanbo.go.kr/user/search/searchDaily.do>>. 2.
- 환경과 조성, “2020년 공공조달 계약, GDP 9.1% 차지”, 환경과 조성, <<https://www.lak.co.kr/m/news/view.php?id=11251>>, 2021. 5. 17.
- 김진기, “공법상 법률관계로서 정부조달계약”, 법률신문, <<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=149765>>, 2019. 1. 3.

- ▶ 발표일시 : 2022. 06. 15.(수) 07 : 30
- ▶ 사 회 : 오승원 회원
- ▶ 참석회원 : 유중원, 김재승, 서규영, 서장원, 송민정, 신성민, 신용간, 안경재, 엄정숙, 오승원, 윤찬열, 이남진, 이선희, 이재용, 이진우, 정태용, 최수진, 최재희 변호사(총 18명)

判例研究 · 36(1) 2022

2022년 11월 11일 인쇄

2022년 11월 11일 발행

발행처 · **서울地方辯護士會**

발행인 회장 김 정 욱

주 소 서울특별시 서초구 법원로1길 21
(TEL : 02-6200-6200)

인쇄처 후 디 자 인
(TEL : 02-2269-5134)

【非賣品】